

最近の数次にわたる会社法の改正と改正事項

——その影響と問題点を探る——

早川 勲

- 一 はじめに
- 二 会社法制の抜本的改革の社会的・経済的背景
- 三 最近の会社法改正の特徴とその影響
 - 1 議員立法の急増
 - (1) 平成九年五月一六日法律第五五号法
 - (2) 平成九年五月一六日法律第五六号法
 - (3) 平成一〇年改正法
 - (4) 平成一三年六月改正法
 - (5) 平成一三年一二月改正法
 - 2 会社法のパラダイムの崩壊
 - 3 監査特例法の公開会社法への変容
- 四 改正事項の問題点
 - 1 社外取締役
 - (1) 社外取締役制度導入に至る経緯とアメリカの社外取締役
 - (2) 社外取締役に求められる機能・役割
 - (3) 社外取締役が機能しうる環境整備
 - (4) 社外取締役の責任とその減免

最近の数次にわたる会社法の改正と改正事項

- 2 取締役会の機能回復
- 3 自己株式取得・保有規制の全面的解除

一 はじめに

最近、会社法の改正がこれまでになかったほど相次いで行われた。平成に入ってからだけでも、二年、五年、六年、九年に三回―五月一六日法律第五五号、五月一六日法律第五六号、五月三〇日法律第七一号、一〇年、一一年、一二年、一三年も三回―六月二二日法律第七九号、一月二一日法律第四九号、一月二五日法律第一二八号、そして、今年一四年、と、ほぼ毎年行われている。特に、九年と一三年は一年間に各三回改正(うち一回は特例法の制定)があり、かつて経験したことがない異例の多さである。これは、後に考察の対象として取り上げる議員立法が急増したことによる。この議員立法について若干触れておくと、わが国においては法律の提案権は、内閣と国会議員(衆参両院)にあり、前者は憲法四一条および内閣法五条により、後者は憲法四一条により認められている。一般に、内閣の提出する法律案による立法が「政府立法」、議員の提出する法律案による立法が「議員立法」といわれるが、従来は政府立法が八、九割の多数を占め、議員立法は少なかった。ところが、立法担当者の説明によると、近年のように民事基本法(法務省民事局で所管している法律が民事法で、このうち民法、商法および民事訴訟法を民事基本法と呼ぶ)に関する国会の立法活動が盛んになってくると、緊急性のある事項や特定の政策的な色彩の濃い事項、いずれの省庁の所管に属するか判然としないう事項などの立法課題については、政府立法のみで対応することが困難な場合があり、むしろ議員立法に相応しいという場合がある⁽¹⁾ということである。しかしながら、必要に迫られ急いで立法するため、ややもすると、対症的なものになったり、法の統一性を損うことになりかねない。のみならず、対症的な改正であるが故に、また改定する必要

が生じてくる。こうした小刻みな改正を繰り返すと、結果的に各改正間の整合が失われたり、あるいは会社法のパラダイムを壊す危険さえある。

そこで、最近頻繁に行われた議員立法がどのような問題を引き起こしたのか、また一連の改正によって創設しあるいはアメリカ法から導入した諸制度を含む改正事項になにか問題はないのか、あるとすればそれはどのような問題なのか、を考察するのが本稿の目的である。後者の改正事項は、数多くあるが、本稿では、とくに社外取締役、取締役会の機能回復そして自己株式取得・保有規制の全面的解除、の三つの問題に絞って取り上げ考察することとしたい。

二 会社法制の抜本的改革の社会的・経済的背景

昭和五〇年以降、法務省法制審議会商法部会において、会社法制の全面的な見直し作業が行われてきた。これは、株主総会の充実・活性化のために取締役・監査役の総会での説明義務を法定し、また刑罰をもって利益の供与を禁止した。そしてまた、取締役会の形骸化に対処するため、取締役会の代表取締役等の職務執行に対する監督機能を明定し、取締役会の専決事項を詳細に法定した。さらに、監査役の独立性を確保する規定を充実し、大会社に複数常勤監査役制を導入した。株主総会が会計監査人を選任するものとし、監査役と会計監査人の連携を強化した。また、単位株制度を導入する、資本制も改革するという、内容の多い昭和五六年改正法となった。平成二年には、会社設立手続きの合理化、優先株制度の改正が、そして、ファイナンス関連では、平成五年に社債制度の抜本的見直しが行なわれた。それから、企業不祥事に関連して、監査役制度の改正もなされ、任期が三年に延長された。監査特例法上の大会社について、監査役の員数が三人に増員され、社外監査役と監査役会制度が導入された。株主代表訴訟と少数株主の帳簿書類閲覧請求権行使の要件緩和の改正もなされた。平成六年には、かねてから経済界の要望が強かった自己株式取得規制緩和の改正が行わ

れたが、これは小幅なものにとどまった。次いで、平成九年から企業組織再編制度の整備の改正が始まり、まず合併規制についてかなり大きな改正がなされた。続いて、平成十一年の、株式交換・株式移転による完全親子会社関係創設、時価会計の一部導入、の改正法の成立、さらに、平成一二年の改正で、会社分割制度が創設された。この間に、議員立法として、平成九年に、ストック・オプション制度が導入され、また株式消却特例法が制定された。

こうして、昭和五〇年以降、会社法制の全面的見直し作業は、右の平成一二年改正の会社分割制度の創設をもって一応終わったのであるが、この間にも、企業間の国際的な競争の激化、コンピュータ・ネットワークの普及、IT革命と呼ばれる情報技術の革新、間接金融から直接金融への移行、新規企業の資金調達の需要の増大等、わが国企業を取り巻く社会経済の情勢は著しく変化し、これに対応すべく新たな会社法制の大幅な見直しを迫られるに至った。そこで、法制審議会商法部会は、会社分割法制創設のための改正法案を国会に提出した直後の平成一二年四月から会社法制の大幅な見直しのための新たな検討作業に入った。どのような視点から改正作業を進めてゆくか、議論を積み重ねたうえで、①会社統治（コーポレート・ガバナンス）の実効性の確保、②高度情報化社会への対応、③会社の資金調達手段の改善、④企業活動の国際化への対応、の四つの柱を決定²⁾、これらを基に改正問題を検討することとなった。

いずれも重要であり、また時代の要請から改正することが必然と考えられるのは、②の高度情報化社会への対応であろう。③と④もそういってよい。これらに対して、①の企業統治の実効性の確保に関しては、これまでも種々の改正を行ってきた。昭和四九年に監査役への業務監査権限の付与、監査特例法を制定し大会社には会計監査人の会計監査を強制すること、などの改正、昭和五六年には、代表取締役の取締役会への業務執行状況報告の義務付け、取締役・監査役の株主総会での説明義務、罰則の強化、などの改正を行った。さらに、平成五年の大会社の監査役員数の増員、社外監査役制度の導入、監査役会の法定、の改正など、挙げればきりがなほ度である。にもかかわらず、相変らず懲りも

せず繰り返される企業の不祥事である。もともと何事によらず完全無欠なものなどは存在せず、制度的に改善する余地がないわけではないが、株式会社機関構成は基本的には優れたものであると見てよい。しかも、右に略述したように、株主総会、取締役会および監査役(会)のいずれの機関についてもコーポレート・ガバナンスの確立ないし強化の視点から改正を積み重ねてきた。とくに、監査役制度はこれ以上望むことが見当たらないくらいと見てよい。要は、人の問題であって、経営者の規範意識、価値観、責任感の問題であり、厳しさが足りない。このことは別稿でも指摘したことがある。⁽³⁾改善する必要があるとすれば、この後、本稿の四の2で述べるように、業務を執行する取締役以外の(平)取締役が執行役や使用人を兼務することを制限することである。しかし、平成一四年の改正でこのことについてなんらの立法措置も講じなかったので、コーポレート・ガバナンスの実効性確保という点からすると、新設した委員会等設置会社制度の意義ないし価値は半減してしまったと言わざるを得ない。

さて、先に述べたように、法制審議会商法部会で平成一二年七月に決定した会社法制の大幅な見直し作業は、これまでになく迅速に行うことが社会的、政治的に求められていたため、商法部会を改組して、機関関係、株式関係、計算関係の三研究会(いずれも、部会の一部を主要メンバーとする)に分け、これら三研究会(分科会)が同時並行的に頻繁に開催され、各分野についてその改正試案の原案の作成作業を行い、その成果を商法部会に上げて、さらに部会全体で議論を行って改正試案を策定するという手順で進められた。⁽⁴⁾当初は、二年後の平成一四年の通常国会へ改正法案を提出する予定であったが、先に掲記した改正問題のうち②の高度情報化社会への対応と、③の会社資金調達手段の改善、については、予定より早く、平成一三年の臨時国会に法案を提出しなければならぬ政治情勢となり、さらに、平成一三年春には、③の資金調達手段の改善のための改正のうち、自己株式取得・保有規制の緩和と株式の大きさに関する規制の見直しなどについて、株価下落防止という経済対策立法を緊急に行う必要があるということで、与党三党の議員提案によ

る法改正がなされた。

こうして、平成一三年四月一八日に、法制審議会会社法部会(平成一三年一月までの商法部会を改組)は会社法制の大幅な見直し等を内容とする「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」(以下、「中間試案」という)を取りまとめ、法務省民事局参事官室は五月末を回答期限として中間試案に関する解説付で、大学、経済団体、弁護士会、裁判所など約三〇〇の関係団体に個別に意見照会が行われた。そしてこの意見照会の結果を踏まえて、引き続き検討を行い、平成一三年秋の臨時国会にストック・オプション制度の改善、株主総会招集通知のIT化等を内容とする改正法案を、平成一四年の通常国会に残る検討課題である委員会等設置会社制度、執行役、重要財産委員会等大きな問題を内容とする改正法案を提出すべく、鋭意審議が進められ、各法案の要綱案を策定する作業が行われた。

三 最近の会社法改正の特徴とその影響

1 議員立法の急増

本稿の冒頭で、平成に入ってから現在までの一連の改正を年次順に掲げたが、従来であれば、たとえば「平成五年改正法」とか「平成一〇年改正法」という呼び方が可能であり、またそれで混乱することもなく、なんら問題がなかった。なぜなら、同じ会社法に関する改正法案を突発的な事態でも生じない限り一年間に二本も三本も国会へ提出されるなどという不手際を立法の専門集団がし出かすことはまず考えられないからである。これも既に触れたように、従来は商法関係の立法手続きは、簡潔に述べると、法務大臣の諮問に応じて諮問事項について法制審議会がその総会の下に設けられている専門的見地からより詳細で綿密な検討を行うための部会(商法部会は常設部会とされているが、会社法部会など分科会とも言われるものは必要の都度時限的に設置される——平成一〇年七月九日法制審議会改組)で調査・審議し

た上、法律案要綱案を作成し、これをさらに法制審議会の総会に諮り、そこで法律案要綱として決定され、これを法務大臣に答申する(法律案要綱は、改正事項をいわば箇条書きにしたものにすぎないので、これを条文の形にする立法作業が民事局参事官室の担当者等によって行われた上で、原案が作成され、局議を経てから修文して成案、つまり法律案となる)。その後は、内閣総理大臣が法律案提出権を有するので(内閣法五条。なお、憲法七十二条および四一条参照)、内閣を代表して国会に法律案を提出する。こうして成立した法律がいわゆる「政府立法」である。

このように、従来は立法作業や手続きが一つの機関によって行われてきたので、同じ会社法についての改正法案でありながら同時期に法務大臣からの諮問も受けなかった事項を内容とする法案が二本も三本も国会へ上程されるというようないふことはなかったわけである。ところが、国会議員も法律案提出権を有するので(憲四一条)、それに基づいて法律案を提出してくると、同一の法律について政府提出の改正法案と議員提出の改正法案(内容がまったく同じというようないふことはまずないだろうが、両法案の内容が密接に関連する事項を含むというようないふことはあり得るだろうし、そのような場合は成立した両改正法の内容が細部においては整合を欠くとか、論理的におかしいところが生ずるといふようなこととは出てこよう)が国会に一緒に上程され、衆・参両議院で同時に可決成立するといふことが出てくる。そうすると、成立年月日がまったく同一というわけであるから、区別するためには、法律番号まで表示しなければならぬ。その例が、本稿の冒頭であげた平成九年五月一六日成立の二法である。年が同じであるが、「月」が異なるならば、「月」まで表示することで足りる(たとえば、平成一三年六月改定法、同年一二月改定法、同年一二月改定法の三法の場合)。そして、もちろん、年が異なれば、「年」を表示すればよく(たとえば、平成一四年改正法など)、これが普通である。

既に掲げたように、平成に入ってから現在までの改正法(新立法一つを含む)のうち、議員立法は、(1)平成九年五月一六日法律第五五号法、(2)平成九年五月一六日法律第五六号法、(3)平成一〇年法、(4)平成一三年六月法、(5)平成一三年一

二月法、の五法である。これらは、それぞれいかなる理由・背景のもとに提案され、どのような内容の法であったのか、またこの五つの議員立法による改正法・新立法の間にとどのような関連性があるのか、を以下において考察したい。

(1) 平成九年五月一六日法律第五号法

いわゆる株式消却特例法(正式な法令名は「株式の消却の手續に関する商法の特例に関する法律」)の制定で議員立法によるものである。これは公開会社の株式の消却の手續きを簡素化するものであり、商法二二二条ノ二(平成六年改正法で新設)の特例を定めるものである。その内容は、公開会社は(定時總會の決議によらないでも)定款をもって取締役会の決議により発行済株式の總数の一〇分の一以内の自己株式を買い受けて消却することができる旨を定めることができること、買い受けることができる株式の取得価額の總額は、中間配当財源から中間配当額を控除した額の二分の一以内であること、会社は買い受けた自己株式を遅滞なく失効させなければならないこと、等とするものである。右にあげた平成六年改正法で新設された商法二二二条ノ二は、平成元年に始まる株価の下落に対して、株価維持のための自己株式取得規制の緩和が経済界や政界から強く主張され設けられた規定である。しかし、株価の下落は一向に止まらないので、公開会社は、「定款をもって、經濟情勢、当該会社の業務又は財産の状況その他の事情を勘案して特に必要があると認めるときは取締役会の決議によりその株式を買い受けて消却することができる旨を定めること」(同法三条一項)とされた(同法三条一項)。株式を証券取引所に上場している公開会社(上場会社)の株価は会社が自己株式を買い受けて消却すれば発行済株式が減少し株価は上昇すると考えられたからである。しかし、当初から疑問視する声があった。

(2) 平成九年五月一六日法律第五六号法

これは、自己株式方式と新株引受権方式によるストック・オプション制度(会社が取締役または使用人に対し、あらかじめ定めた価額で自社株を購入することができる権利〔自社株購入権〕を付与する制度)を導入した改正法で、やはり

議員立法によるものである。これも株価を中心とする経済対策の一環としてアメリカ法から導入したもので、あらかじめ定めた株価で将来(自社株購入権行使期間内に)自社から株式を購入しあるいは新株の発行を請求できる権利を取締役や従業員に与える契約を会社が取締役・従業員との間で締結するものであるから、取締役や従業員が勤労意欲を高め懸命に働いて会社の業績が向上すれば、それに伴って株価も上昇する、そうしたら権利を行使して自社株を会社から譲り受け、あるいは新株の発行を受けて入手し、これを売却すれば、会社に支払った代金(または払込金)と高く売却した売得金との差額を財産的利益として手に入れることができるものである。理屈からすると、会社の業績がアップして自社株の株価が上昇すれば多くの財産的利益を得ることができるから、取締役や従業員はなお一層懸命に働くようになるというものである。一種の「業績連動型インセンティブ報酬」である。自己株式方式によりこの制度をすぐ利用した企業がかなりあったが、株価が上昇した企業は少なかった。なお、ストック・オプションを付与すべき取締役・従業員の氏名を特定しなければならいとされていたが(同法二二〇条二項三号)、これが実務上疑義を生じ、対応が難しいということになった(後述)。

(3) 平成一〇年改正法

これも議員提案により、前記平成九年五月一六日法律第五五号法である株式消却特例法を一部改正したものである(以下、「〔改正〕消却特例法」という)。主な改正点は、改正前の消却特例法が自己株式の取得・消却の財源を配当可能利益に限定していたものを、それに加えて、資本準備金までも財源とすることを許容した点である。この改正消却特例法は、平成一二年三月三十一日(その後、平成一三年三月三十一日改正法で、一四年三月三十一日まで延長された)までの時限立法として制定された。平成二年から数次にわたって行われた改正によって自己株式取得事由が拡大され、規制緩和が徐々に進んできたが(後述)、それらいずれの改正の場合でも、取得財源は配当可能利益の範囲に限られるという原則が

守られてきた。しかし、この改正消却特例法は右原則を放棄し自己株式取得規制の緩和を取得財源の面から図ったわけである。これこそは、緊急株価対策としてなされたものであったが、株価は一進一退を繰り返し、結局は、効を奏しなかった。

(4) 平成一三年六月改正法

いわゆる金庫株解禁に伴う措置として自己株式の取得および保有規制の根本的な見直しがなされた。すなわち、①自己株式取得の目的および数量規制の撤廃、②取得手続きの整理一本化、③自己株式保有の自由化、④保有自己株式処分への新株発行手続きの準用、という会社法の制度の見直しとしては実に大きなもので、これも議員立法によるものである。右の事項を主要な改正点とし、その他に、法定準備金減少手続きの創設、株式単位の大きさの自由化、新株発行手続きの簡素化、親子会社の定義の変更、などである。この改正法案も証券市場活性化対策ないし緊急経済対策として経済界の要請を受けて自民党・公明党・保守党の三与党により提出された。立法の検討作業を始めてから国会へ法案提出までわずか二ヵ月という短期間であり、また立法関係者の詳細な立法趣旨の説明もなされていないので、実務上の対応が難しい、との批判がなされた。⁽⁵⁾

(5) 平成一三年一二月改正法

取締役の会社に対する損害賠償責任額に制限を設け、代表取締役で報酬等の六年分、代表取締役以外の社内取締役で四年分、社外取締役で二年分まで軽減できるとすることを改正の中心課題とし、その他、監査役の機能強化、株主代表訴訟制度の合理化、を内容とする議員立法による改正法である。改正提案の趣旨について、株主利益の最大化のために企業経営のチェック体制の強化を図ることにある、と説明されている。取締役の賠償責任制限法制はアメリカから導入したものである。

2 会社法のパラダイムの崩壊

右に述べたように、近時の議員立法は、そのほとんどが株価維持を中心とする緊急経済対策としてなされたものであるが、このような目的を会社法の改正によって達成しようとする場合には批判が強い。会社法は、「会社という団体およびその構成員たる私人間の権利義務関係を合理的に調整する私法」であり(通説)、緊急の経済対策は会社法の守備範囲ではない。もっとはっきり言えば、会社法は経済活性化法でもなければ、経済対策公法でもないのである。ここで公法という概念を用いたが、会社法が公法的規定を含むか、という議論とまったく異なることである。序に、このこと而言及しておく、次のようなことである。すなわち、会社法の実質的意義をめぐる議論において、会社法規は私法的規定を中心とするが、その他に設立無効の訴えなどの訴訟法的規定、会社の解散命令などの非訟事件的規定、罰則・行政罰規定など公法的規定もあるところから、これら公法的規定は私法である会社法に含まれないという見解と、それら公法的規定も会社法の中心をなす私法的規定の実現を確保するために必要であり、会社法に含まれるとする見解とが対立していたが、今日の通説は後者の見解である。

さて、議論を元へ戻すと、要するに、一時的かつ緊急の経済対策のために、会社法上の重要な基本原則や制度を変えるようなことをすべきではないのであつて、それは会社法のパラダイムの崩壊を招くと言わなければならない。ところが、この点について、今や会社法のパラダイムは変わったのであり、会社法は国の経済政策の一つの重要な制度的インフラとして捉えるのが最近のヨーロッパにおける共通の理解となつているのに、わが国ではあまり理解されていない、という注目すべき指摘⁽⁸⁾がなされている。傾聴すべき一つの考え方ではあるが、少くとも株価維持等緊急経済対策は、本来、時限的立法や特別立法によつて行ふべきものであつて、基本法である会社法の改正で対応すべきではなからう。そ

これは、会社法の基本理念を侵してしまうから⁽¹⁰⁾というだけに留まらず、さらに、次の諸点からも肯首し難い。すなわち、第一に一時的かつ緊急の必要のために行ったことは、その必要性がなくなったときは、元へ戻さなければならぬはずであるが、基本原則や制度の法規だけでなく関係法令もすべてまた変えなければならず、そのようなことは、成文法主義を基本とするわが国においてはきわめて困難である。第二に、会社法の改正は、会社法が一部門をなす「商法の一部改正」という形式で行われるが、前に触れたように商法というような基本法の改正は広く国民一般に周知させるために法の成立後、公布がなされ一定期間(六ヵ月間という例が多い)経過後施行するというのが通例である。しかし、改正の緊急性ゆえに、国会における改正法の成立と同時に、即日公布、即日施行(その例が、平成一〇年改正消却特例法)という異例のことが強行され、いかにも問題である。第三に、急ぐあまり法案提出まで準備不足で、指摘されているように、法案を提出した議員による詳細な立法趣旨の説明がないため、実務上対応が難しい⁽¹¹⁾というような問題が生じやすい。要するに実際に使えない法(たとえば、前記平成九年五月一六日法律第五六号の改正消却特例法)が、できてしまうおそれがある。第四に、既に述べたように一つの事項や制度について対症療法的な改正を繰り返して行くと、それが各改正法間の整合を失なわせ⁽¹³⁾、全体としての統一性が崩れるというようないふことが起りうる。その例が、平成六年改正法と平成九年五月一六日法律第五五号の議員立法である消却特例法である。具体的に述べると、平成六年改正で商法二二条ノ二を新設して、会社は定時総会の決議をもって消却のために自己株式を取得できる旨を定めたが、取得できる株式数についてはなんら制限しなかった。ところが、その後、平成六年五月一六日法律第五五号の議員立法により株価対策のため急遽制定された、同条の特例を定める新法である株式消却特例法三条三項で公開会社が消却するために取得できる自己株式数について「発行済株式の総数の一〇分の一」以内に限定している。そうすると、一般法である商法において平成六年改正までは株式会社はすべて原則として自己株式を取得してはならない(商二一〇条)という大原則の下で、例外的

に許容される場合を個別具体的に定めていたのを、二二二条ノ二を新設して消却のためならば無制限に取得できるとした。したがって、公開会社も無制限に取得できるのに、特例法では逆に制限されるというのはおかしいのであって、本来あるべき構成からすると、一般法である商法ではすべての株式会社については取得株式数に制限があるが、公開会社についてだけは、例外的に特例法で無制限とする、というようになっていなければならないはずである。一般法と特例法で内容が逆になってしまったわけである。商法では消却するための自己株式取得には定時総会の決議を要するという手続きを、より簡単な手続き、つまり、定款で定めれば取締役会の決議だけで出来るとしたことにこの特例法の重点が置かれているという反論があるとすれば、それは的外れであって、右に指摘した疑問になんら答えるものではない。

3 監査特例法の公開会社法への変容

いわゆる監査特例法(「株式会社法の監査等に関する商法の特例に関する法律(昭和四九年法律第二二号)」、略称「商法特例法」)も、平成一三年一二月改正と同一四年改正で大きく内容が変わった。特に一四年改正法で、それまで第二章大会社(みなし大会社を含む)に関する特例の最初の規定が会計監査人の会計監査を受けるべきことを定めたものであったが、これに代って、新たに「第一節 取締役会に関する特例」というタイトルの下に、一条の三として「重要財産委員会を設置等」という見出しで、この委員会の設置要件、組織、決定しうる事項、一条の四で運営、一条の五で設置した場合の登記、の三カ条が新たに入った。次いで、第二節で従来の監査等(内容は一部変わった)の条文がきて、その次に「第三節 議決権を有する株主の数が千人以上の大会社に関する特例」のタイトルで、従来規定されていたものであるが、この会社の株主総会の招集、議決権行使、商法の適用除外などを規定する。そして、「第四節 委員会等設置会社に関する特例」について二二条の五から二二条の三九までの三四カ条という多数の新条文で、委員会等設置会社の要件、

この会社の取締役の任期・権限、この会社の取締役会の権限等、すなわち、指名委員会・報酬委員会・監査委員会の三委員会の権限・運営、監査委員会による監査の方法等、報酬委員会による報酬の決定の方法等、委員会等設置会社となるべき要件の一つとして新たに導入された「執行役」の権限・選任、取締役会に対する報告義務、「代表執行役」、表見代表執行役、この会社の取締役および執行役の会社に対する責任、第三者に対する責任、連帯責任、代表訴訟、計算書類の作成等、提出期限等、会計監査人および監査委員会の監査報告書、計算書類の取締役会への提出等、一定の場合には貸借対照表・損益計算書・利益処分(損失処理)案につき定時総会の承認を要しないとする計算書類の定時総会における取扱い等、連結計算書類、株式申込証の用紙等の記載事項、登記事項、清算、商法等の規定の読替え適用等、委員会等設置会社に該当しなくなる場合、新たになる場合の経過措置、みなし大会社が大会社となる場合の経過措置、が規定された。最後に、「第三章 小会社に関する特例」として、基本的には従前通りの内容の条文、五カ条が来て、次いで、会計監査人、執行役等の汚職・特別背任の罪等、罰則規定が置かれている。

このように、平成一四年の改正によって、内容が大きく変わってしまい、「監査等」についての規定のウエイトは相対的に下がり、全体のほんの一部にすぎなくなってしまった。これに対して、右に記したように、新規導入の「重要財産委員会」制度、「委員会等設置会社」制度が大きな比重を占め、条文数からしても、全体の七割にのぼる。問題なのは、これら二つの制度自体は、基本的には「監査等」とは直接関係しない事項であるということである。したがって、本来この監査特例法で規定すべきものではなく、別に特例法を制定してそこで規定するか、さもなければ、今回の改正の際にこの法令の名称を、たとえば「株式会社のうち大会社と小会社について商法の特例を定める法律」というように変更するのが適切であった。これほど法令名と内容が大きく懸け離れ整合しなくなってしまったのは、法の在り方として問題である。もっと厳密に検討してゆくと、この後、四の一で取り上げる「社外取締役」のところ論ずるように、公開会

社におけるコーポレート・ガバナンスの実効性の確保という視点から、社外取締役、執行役、業務を執行しない取締役の執行役兼任禁止、など業務の「執行」と「監督」の分離を図る重要な改正をしたのであるから、監査特例法の「大会社」の章で委員会等設置会社を規定するのも妥当性を欠く。というのは、「大会社」は即「公開会社」ではないからである。詳述すると、監査特例法では、「大会社」とは、①資本額が五億円以上、または②負債合計額が二〇〇億円以上、であることと定義されている(監特一条の二第一項)。

①の資本額が五億円以上の会社は、公開会社でもあることが多いだろうし、かりにそうでないとしても、資本規模からみて委員会等設置会社となることを認めて差し支えないが、②の負債合計額が二〇〇億円以上の会社の場合には、資本規模が最も小さいものは、理論上は法定最低資本金一〇〇〇万円の零細な株式会社ということもあり得る。このような小規模会社に委員会等設置会社となることを認める必要がないことは多言を要しないだろう。では、監査特例法は、どのような理由で資本額が五億円未満であっても、負債合計額が二〇〇億円以上の会社も「大会社」としたのか。その趣旨は、昭和四九年にこの監査特例法が制定されたときの立法関係者の説明⁽¹⁵⁾からも明らかで、昭和四〇年の山陽特殊製鋼の粉飾決算による戦後最大の大規模倒産事件を初めとして不正経理スキャンダルが相次ぎ、監査を厳しくすべきであるとの声が各方面から上がり世論も高まったのを受けて、一定規模の会社については監査役の会計監査のみならず、会計監査人(公認会計士または監査法人)の会計監査を受けることを義務付けたが、その際、資本額が五億円未満であっても、負債合計額が二〇〇億円以上あるという会社は財務状況の悪化を隠蔽するために粉飾決算等不正経理を行うおそれがあるから、そのような会社についても、やはり会計監査人の会計監査を強制すべきであるとの見地から大会社に含められたのである。したがって、不正経理を防止するということもコーポレート・ガバナンスの問題であることは間違いないが、だからといって資本額では一〇〇〇万円、二〇〇〇万円程度の会社に委員会等設置会社になることを認める必要はどこにもない。そういう意味では、今回の改正で「みなし大会

社」とされた会社も同様である。すなわち、資本額が右の例のように小規模な会社であるが、定款において会計監査人の会計監査を受けることを定めた会社(監特一条の二第三項二号)は、「大会社」とみなされるのであるが、委員会等設置会社となることを認める必要もなければ、その意味もない。

ところで、この監査特例法の早期再改正を求める声が経済界の一部にあると報じられている。この再改正を望む意見の本音は、委員会等設置会社においては利益処分の決定権が取締役会にあるとされているが(監特二一条の三第一項柱書)、監査役を残す会社⁽¹⁶⁾の取締役会にも認められるべきであるということのようである(日本経済新聞二〇〇二年五月二三日)。このような見直し案の当否はともかく、もし、再改正するようなときは、これまで論じてきたように、この監査特例法をまた改正するということに対応するのではなく、「公開会社法」とか「大規模公開会社法」というように、それに相応しい法体系を有する立法をすべきである。⁽¹⁷⁾ そうでないと、この監査特例法はますます継ぎ接ぎ立法による混乱を生ずることになる。

四 改正事項の問題点

既述のように、ここ数年の改正は会社法の大規模な改正であったため、改正事項も多岐にわたり、しかもそれらが相互に密接な関係を有するものがあるので限定するのは難しいが、あえて本稿では社外取締役をメインに取り上げたい。社外取締役をめぐる問題については法制化される以前にも論じたことがあるからである。⁽¹⁸⁾ その他に、取締役会の機能回復、自己株式取得・保有規制の全面的解除、に絞って考察することにした。

1 社外取締役

一連の改正において新たに創設されあるいは導入された事項や制度の中で最も議論が多いのは、おそらく社外取締役制度であろう。

(1) 社外取締役制度導入に至る経緯とアメリカの社外取締役

まだ法律上の制度ではなかった平成一三年以前にわが国企業で初めて社外取締役を迎えたことが社会的にも注目されたのが、四年前のソニーのケースであった。その後一年間ぐらいで社外取締役を導入した企業は二〇〇社近くになったが、はっきり言って、その意義・役割や効用などを明確にかつしつかりと検討した上で置くことにしたかどうかはなはだ疑問であるケースも少なくなかった⁽¹⁹⁾ように思われる。例のごとく横並び意識でわが社と同レベルのあの会社が導入したのだからウチの会社でも入れないと遅れていると言われかねない、といった程度の認識に基づくものである。そういう意味で、いま少し企業の自由に任せ成熟するのを待ったほうがよかったのではないかと思うが、ともかくも平成一三年一二月改正により商法一八八条二項七号ノ二で社外取締役の意義・要件について、「取締役が其ノ会社ノ業務ヲ執行セザル取締役ニシテ過去ニ其ノ会社又ハ子会社(第二百十一条ノ二第一項ノ子会社ヲ謂フ以下ノ号ニ於テ同ジ)ノ業務ヲ執行スル取締役又ハ支配人其ノ他ノ使用人トナリタルコトナク且現ニ子会社ノ業務ヲ執行スト取締役又ハ其ノ会社又ハ子会社ノ支配人其ノ他ノ使用人ニ非ザルモノ」と規定している。したがって、右に該当しない者が「社内取締役」ということになり、改正法により間接的に社内取締役の意義についても定められたことになる。このように一般法である商法において、社外取締役が法制化されたが、すべての株式会社⁽²⁰⁾にその選任が強制されるわけではなく、——強制されるのは改正監査特例法における大会社(みなし大会社も含む)であって重要財産委員会を置く会社(監特一条の三第一項二号)、委員会等設置会社となる会社(監特二一条の八第四項)のみ——置くか否かは会社の自由であって、選任したとき

には、その旨を登記することを要するとされている(商一八八条二項)。社外取締役の選任を一〇〇万社以上あるすべての株式会社に義務付けなかったのは、小規模同族的な株式会社にはそもそも社外取締役の必要性がまったくないから当然であるが、監査特例法上の大会社すべてに義務付けること(中間試案第一五の一)も見送られた。大会社数が一万社としても各一名の社外取締役を置くとする一万人の人材を確保しなければならないが、後述するようにやはり無理がある⁽²⁰⁾と考えられたからである。他に定款で社外取締役について損害賠償責任限定契約を締結できる旨を定めた場合には(商二六六条一九項)、対外的に定款の存在を明らかにするため、株式申込証にその旨を記載することを要する、とされている(商一七五条二項一三号・二八〇条ノ六第一項四号)。

わが国の社外取締役はアメリカ型の社外取締役(outside director)といわれ、アメリカに起源を有することはよく知られているが、アメリカ模範事業会社法(MBCA)にも各州会社法にも規定されておらず、証券取引所規則、たとえば、ニューヨーク証券取引所の場合には、「Listed Company Manual」と称する上場規則に明文規定があるにすぎない。つまり、証券取引委員会(S.E.C.: Securities and Exchange Commission)の勧告によるものであって法律によるものではない⁽²¹⁾。しかし、連邦会社法を有しないアメリカにおいては、連邦証券諸法や証券取引所上場基準などが実質的なアメリカ大規模公開会社法の役割を担い機能してきたことは、これまでもよく指摘されている。その意味で、アメリカでは法律上の制度でなくとも、社外取締役制度はその求められる機能・役割をよく果している⁽²²⁾と評価するのがわが国での一般的な見方である。アメリカにおいて社外取締役がどのような役割を果たすべきものと考えられているか、論者によって見方は異なるが、アメリカの上場企業の取締役会は、社外取締役を中心とすることで効率性の高い監査機能に特化しており、「社外取締役は「内部者」である経営者が株主に対し説明責任(accountabilities)を果す体制が確立されてい

て、経営者が経営判断のプロセスおよび理由を株主の利益代表であり、「外の目」から批判的に検討する社外取締役に

説明し、その質問に応じ、業績が上がらない場合には経営責任をとるような枠組みを確立することにある」と考えられている。⁽²²⁾ 結果的に、エンロン事件で社外取締役制度の存在意義が疑問となったとみるか、それとも、社外取締役のモニターとしての有効性は会計士等の専門家による公正な会計監査が行われ取締役会に適正な会計報告がなされることが前提であって、それが行われる限り社外取締役制度の存在意義は少しも失われていない、とみるか評価の分れるところであろう。この他に、社外取締役の存在意義をモニター、つまり経営監視者としての機能というよりも、事後的に経営者にとって有利に作用する効用、つまり、経営者を法的責任から免れさせる「防弾着(bullet proof)」となることにあると考える見方もある。⁽²³⁾ すなわち、株主代表訴訟からの防弾着であり、裁判になったとき裁判所からの後追いの介入を防ぐ経営判断の原則(business judgment rule)の適用を受けるためには、金銭的な利害関係のない独立した社外取締役により構成されたボードまたは特別訴訟委員会が理由なしと判断した場合にはその判断が裁判所においても尊重される、ということである。

さて、わが国において社外取締役を法的制度として導入しようとする動きは、昭和五〇年六月一二日に法務省が公表した「会社法改正に関する問題点」で具体的にあらわれ、監査機能の強化として取締役の一定数を社外取締役とするとの是非が提案された。しかし、その後の昭和五六年の改正では監査役制度の充実という方向で改正され、また、平成五年の監査特例法の改正でも、その数年前に始まった日米構造問題協議においてアメリカ側から社外取締役により構成される監査委員会の設置を上場基準とすべきことを求めていたが、それに代って社外監査役の導入と監査役会の設置で対応した。その後、企業の不祥事の露見が相次ぎ社会的に大きな問題となって、コーポレート・ガバナンスの観点から社外取締役の導入についての議論が盛んになった。そして、平成一一年ごろになると、社外取締役を迎え入れる企業が続々とあらわれ、同年は「社外取締役元年」といわれるほどであった(読売新聞一九九九年六月一八日「考現学 新風

呼ぶか 社外取締役」。 「迎え入れる」という言葉に象徴されるように、企業では世間でいう「大物」とか「著名人」、 「斯界の権威」などといわれる人たちを三顧の礼を尽して、文字通り迎え入れた。後述するように、その狙いなしし意図は実にさまざまで、「経営に対し厳しいアドバイスを期待して」、「お目付役として」、「会社の知恵袋として」、「広い視野に立ったアドバイスを求めて」、「株主利益を最大化するため」、「横断的知識をもった人物を求めて」、「取締役会のレベルアップを期待して」など幅が広い。こうした経緯を経て、平成一三年四月一八日法務省民事局参事官室名で公表された、「商法の一部を改正する法律案要綱中間試案」(以下、「中間試案」という)において監査特例法上の大会社には一名以上の社外取締役の選任を義務付けること(第一五の一。ただし、要綱の段階で義務付けは外された)、社外取締役には会社に対する損害賠償責任の原因となる行為が取締役会の決議に基づいてなされた場合の賛成取締役の共同行為者とみなす旨の規定(商二六六条二項)、決議に参加した取締役が異議をとどめなかった場合に賛成したものと推定する旨の規定(商二六六条三項)は適用しないとする(第一五の二)、そしてまた、各種委員会・執行役制度を採用する大会社では、三名以上から成る各種委員会の構成員の過半数が社外取締役でなければならない(第一五の二の一)、などが提案された。しかし、改正されたのは右要綱に先行する形で議員立法による平成一三年一二月改正法で企業統治、つまりコーポレート・ガバナンスの観点からなされた改正事項のうちの一つとして「社外取締役」が商法上の概念として導入された。ただし、具体的に規定されたのは、その免除される責任の範囲について社外取締役は報酬等の二年分(社内取締役は四年分、代表取締役は六年分)に限定されることと、先に掲げた社外取締役の意義・要件を定めた一八八条二項七号ノ二から明らかなように、現に会社の業務を執行していないことが求められており、二六六条二〇項で社外取締役が会社または子会社の業務を執行する取締役になったときは、会社との間で締結した責任の減免契約は将来に向けてその効力を失うと定められているにすぎない。これによって、社外取締役に業務執行について「意思決定への参

加」と「監督」に専念してもらおうということに法の趣旨があることは推測できるが、それ以上に社外取締役にどのような行為ないし役割を期待しているのか、なんら直接規定がないので理論的に明らかにするほかない。

(2) 社外取締役に求められる機能・役割

バブル経済崩壊後の長引く不況から国際競争力を高める必要があるということで「経営の効率性」ということが言われるようになってきた。これは、経営者が長期的に経営目標を設定してそれに基づいて経営を行い、それをモニターである社外取締役を中心とした取締役会が正確な数値に基づいて評価し、場合によっては経営者を交代させる、というシステムを取締役会の機能として捉らえるアメリカの有力説の影響を受けたもの⁽²⁴⁾といわれている。ここでいう「効率性」とは、会社の利益を一〇から一二にする一五にするという意味ではなく、右有力説の説くように、経営者が基本的な戦略に基づいて業務を執行しそれが設定した目標をどれだけ達成したか、言い換えれば、成果の効率性がその数値の正確さを確保し、それによって業務の執行を評価するということであり、そういうことが社外取締役に期待されているというのである。つまり、基本的経営方針をベースにうまくいっているか否か、いっていないときには社長を交代させるというモニタリング・スキーム⁽²⁵⁾を効果的に機能させるためには、内部者だけでなく社外の者もいなければならぬというのが中間試案の方向性である⁽²⁶⁾と説明されている。しかし、前にアメリカの取締役会のケースをあげたが、社長の交代といたるところまで社外取締役に機能させるためには、わが国においても取締役会が社外取締役を中心として、つまり員数からいっても過半数いなければ無理であろう。この点、つい最近会計スキャンダルを起こし破綻したアメリカの大手エネルギー供給企業であるエンロン社は、取締役は一四名いて、そのうち経営にあたる役員兼務取締役は二名だけで、あとの一二名は社外取締役であった⁽²⁶⁾（取締役総数および社外取締役数については諸説⁽²⁷⁾ある）。また、同じく不正経理問題を起した通信大手のワールドコム社も、一二名の取締役のうち社外取締役が九名おり多数を占めていた。そしてまた、優

良企業の一つといわれる電器メーカーのゼネラル・エレクトリック社(GE)も、取締役一六名中、社外取締役が一二名である(以上、読売新聞二〇〇二年七月九日「社外取締役 企業の番人 なるか?」)。アメリカの大企業では、取締役会の構成は大体右にあげた企業と同じように、社長ほか業務を執行する取締役が若干名と、あと七、八割が社外取締役というのが一般的で、このような構成ならば、重大な企業スキャンダルを起こさないまでも前述の経営の効率性の悪さを理由に経営者を交代させることも可能であろう。事実、一九九三年にIBMがCEO(最高経営責任者)を代える際、社外取締役が力を発揮し経営を立て直したといわれる。しかし、中間試案の説明や経済界の一般的な認識は後掲の実例でもわかるように、社外取締役の員数割合について十数名中一、二名、多くて三名を考えているようである。これでは取締役会における多数決で社長の交代を図ろうとすることは難しい。社外取締役のモデル国であるアメリカでは前述の二社で会計スキャンダルが起った直後、改善策としてニューヨーク証券取引所(NYSE)では二〇〇二(平成一四)年八月一日に理事会を開催し、上場企業すべてに対して取締役の過半数を独立取締役(社外取締役より要件が厳しい)とすることなどを求める新たな上場基準を決定し、アメリカ証券取引委員会の承認を得て新基準⁽²⁹⁾を正式に導入する、と報じられた(読売新聞二〇〇二年八月三日「取締役の過半数社外から」)。また、従来の基準では企業の監視体制に関する基準は、監査委員会の設置が求められていただけであったが、新基準では、指名委員会、報酬委員会も含めて三委員会すべて設置が求められ、いずれの委員会も社外取締役のみをもって構成するよう求められた、とのことである(右二〇〇二年八月三日読売新聞)。わが国では、委員会等設置会社となる要件として初めから右三委員会を置くことが改正法で強制されているから(監特二二条の五第一項)、この点ではアメリカより一步先じたといえよう。ただし、各委員会は取締役三名以上のうち社外取締役は過半数であることを要する、とされているにすぎない(監特二二条の八第四項)。

エンロン社の会社統治機構そのものは、法令はいうまでもなく、上場基準にも違反するようなことはなかったようで

あり、したがって破綻に至るまでにはさまざまな要因が重なったといわれているが、社外取締役による経営監視機能が働かなかつた理由として、同社の社外取締役の相当数が経営首脳陣の知人、友人、顧問弁護士、コンサルタント、取引先企業の経営幹部等で、「社外」の取締役には違いないが、実質的には「身内」で「中立」の取締役とは言い難く、中立であるように思われる大学教授である社外取締役もその研究所は同社から多額の寄付を受けていたといわれている。また、右のような利害関係はなくとも、年数回開催されるのみの取締役会、各種委員会に出席するだけで相当な報酬を得ており、加えて、ストック・オプション供与、年金等の恩典が供与されていて、このような立場の取締役に中立性を期待するのは難しいと指摘されている。こうしたことを考えると、改正法が先に掲げたように、商法一八八条二項七号ノ二で定めた、社外取締役の意義・要件に該当するならば、社長の友人、知人は言うまでもなく、親族であっても差し支えなく、もっと極端な例をあげれば社長の妻であってもよいことになるが、そこには自ら限度があり、実際には自制作用が働くだらうし、右のような広い意義での「身内」とはどこまで誰を含むのかということは確定しようもないことであり、あまり実益のある議論ではない。ただ、注目すべきことは、アメリカでは社外取締役という概念は、「社外」で「中立」であるというだけでなく、その企業や経営者から「独立」していることが必須の条件で、一步進んで「独立取締役(independent director)」という概念を重視しているといわれている⁽³⁰⁾。実際に人選する場合、どのようなファクターをもって「社外」、「中立」、「独立」という三者の違いとするか、はきわめて難しい。いずれにせよ、「社外」の者がいる意義・効用は企業の業績向上には一定の役割を果しているという調査がある。すなわち、日本コーポレート・ガバナンス・フォーラムと慶応義塾経営力評価グループが共同で行った「コーポレート・ガバナンスに関する調査」の中から、社外取締役、社外監査役、執行役員制のデータを利用し分析を行ったところ、独立性を確保できるという意味で、「社外」というキーワードは重要であり、社外の人材によるモニタリングが業績を向上させているという結果が出て

いる。⁽³¹⁾

次に、社外取締役の役割はなにか、を論ずる場合の一つの重要なファクターとなりうると思われるが、一人が兼任しうる妥当な数は何社までなのか、また自己の本務・本業が激務であっても差し支えないのか、等についてわが国における実例を通して考えてみたい。社外取締役例でよく知られているのは、一九九九年の中谷巖氏のケースである。同氏は一橋大学の教授であったが、ソニーの社外取締役への就任を請われた。しかし、国家公務員である国立大学の教員がとくに営利企業の役員等を兼ねることについては法令上制約があったため問題となり、結局、一橋大学を辞めてソニーの社外取締役に就任し、現在に至っている。そして、現在は多摩大学学長、UFJ総研理事長にも就いておられる。その他、社外取締役の事例としては、最近の新聞報道⁽³²⁾によると、NTTの社外取締役に今井敬新日鉄会長と小林陽太郎富士ゼロックス会長がなっており、アサヒビールには山口信夫旭化成会長と岡本行夫岡本アソシエイツ代表取締役が、朝日生命保険には佐藤欣子弁護士・元東京高検検事、情報サービスのインテックには島田晴彦慶大教授が、三洋電機にはコラソン・アキノ元フィリピン大統領、熊谷信昭元大阪大学学長が、JR東日本には末松安晴高知工科大学学長が、ソフトバンクには藤田田日本マクドナルド社長、宮内義彦オリックス会長、大前研一大前・アンド・アソシエーツ社長、村井純慶大教授、ジャーナリストの野中ともよ氏が、FDPには奥田碩トヨタ自動車会長と西口泰夫京セラ社長が、雪印乳業には日和佐信子前全国消費者団体連合会事務局長が、東京ガスには茂木友三郎キッコーマン社長と井上幸彦元警視総監が、UFJホールディングスには内海孚国際金融情報センター理事長、浜田広リコー会長、磯村巖トヨタ副会長、そして安居祥策帝人会長が、バンダイには松永真理元NTTドコモ・ゲートウェイビジネス部企業室長が、花王には橋フクシマ咲江コーン・フェリーインターナショナル(ヘッドハンティング会社)日本法人社長と岡田明重三井住友銀行会長が、なっている。また、一人が複数企業の社外取締役に兼務している例も増えており、日経連の奥田碩会長は六社の

社外取締役を兼ねており、キックマンは、元日銀副総裁の福井俊彦富士通総研理事長を社外取締役に迎えたが、そのキックマンの茂木友三郎社長は東京ガスの社外取締役に就任した。福井・茂木の両氏は経済同友会副代表幹事であるが、福井氏はすでに商船三井と富士通、茂木氏はH O Y Aの社外取締役を兼務している、という複雑な関係になっている。

社外取締役は、現役を退いた者でない限り、本務があり、いわば非常勤取締役と同じに考えられる場合が多い。そうすると、企業経営者の場合、本務が社長といった激務で多忙な者が五社、一〇社の社外取締役を兼ねるのは疑問で、結果として単なる名目的なものになってしまうおそれがある。ただ、そこには社外取締役の人材を確保することが難しいという事情があり、アメリカでは社外取締役として迎えるに相応しい人材の流動性が高いが、わが国では低い。そこで、最近、平成一三年一二月一三日に人材を発掘確保し供給を目的とする団体である「日本取締役協会」(会長兼CEOには、宮内義彦オリックス会長が就任)が発足した。委員会等設置会社を選択する会社が差し当たり五〇〇社と想定して、各委員会の取締役三人以上のうち過半数が社外取締役(一人の社外取締役が三委員会の社外取締役を兼ねてもよいと解される)でなければならぬから(監特二一条の八第四項)、最低二人の社外取締役が必要である。そうすると、総数一万人を要することになる。右の日本取締役協会が人材を供給するとき、受け入れる企業の取引先とか関係の深いところから発掘した人材でないほうがよい。同種の企業間で環状的にまたは相互的に社外取締役を供給し合ったり、取引先の企業とか金融機関から受け入れると、社外取締役を通して企業間に一種の「もたれ合い」を生じ、社外取締役の機能が発揮されにくい。そういう意味では、日本取締役協会は、ガイドラインを策定しておくのがよからう。

前に触れたように、社外取締役に求められる機能・役割については、会社法にはなんら規定されていない。したがって、捉え方もさまざまに幅が広いが、議論を整理するとおおよそ次のようになる。

[A] 経営に対するアドバイザーとして——「社外取締役アドバイザー機能論」

これは、今回の改正で法制化される以前からかなり一般的にある考え方⁽³⁵⁾である。これは、さらに次のように分けることができる。

① 社外取締役自身が(他社で)社長、会長等を経験した優れた経営者であって、それまでの経験を生かして大所高所から経営について助言するというものである。つまり、社外取締役が経営を補佐して経営者の経営能力をさらに高める役割を担ってもらうというものである。⁽³⁶⁾

② 社外取締役自身は企業経営の経験はなく、むしろまったく異った立場、地位、環境にあった者で、社内の論理に捉われない「外(そと)」の価値観とか異なる視点から経営をみてもらいアドバイスをしてもらう、それが社外取締役の役割であるという考え方である。たとえば、メーカーの社外取締役にその製造した製品や商品を使う消費者がなるようなケースである。

③ 経営一般についてではなく、財務・会計とか法務などのプロフェSSIONナルが専門的知識に基づいてアドバイスをしてもらう、つまり高度な専門性を経営に生かすという考え方である。たとえば、予想される経営環境の変化に対応すべく会社の財務体質をどのように改善・転換してゆくのが望ましいか、とか、策定した新事業計画を実行に移す段階でどのような法律問題が生ずる可能性があり、それにどう対処していかなければならないかを積極的に提案する、そういう役割を期待する、という考え方である。社外監査役にプロフェSSIONナルを迎えて右のような高度な専門的知識を監査において生かしてもらうという方法も考えられるが、両者は「社外」という点は同じであっても、社外取締役は取締役会の正規のメンバーであり経営の中枢において正面から提案し審議に加わり、票決権も有する点で社外監査役と決定的に異なる。アドバイスを具体的に実現することをより効果的にサポートできるわけである。また、社外取締役も取締

役であるから、その得られる情報の量・質とも社外監査役より多く良いものといえよう。

右の「社外取締役アドバイザー機能論」に対しては、経営についても(㊦の場合)社内事情についてもよく知りもしない「外部」の者が、一体、会社の経営について何をアドバイスできるというのか、という批判がある。この批判は必ずしも的を射たものではなく、とくに㊦の場合には、そこで述べたように、社外の者であるからこそ、社内の論理では見えない問題点を第三者の目で見て発見し、あるいは指摘することが可能なのである。

〔B〕 経営に対するモニターとして——「社外取締役モニター機能論」

これは、株主の利益を代表するという立場で効率的な経営がなされているかどうかをチェックする、いわゆるモニター機能を求める考え方、つまり「社外取締役モニター機能論」である。前に触れたように、アメリカにおいてはごく一般的な考え方である。

種々の議論を整理すると、以上のように、大別して〔A〕と〔B〕に分けることができるが、良きアドバイザーになるには、いつもイエスマンではなれないのであって、時には厳しいモニターでもなければならぬ。そうすると、「社外取締役アドバイザー機能論」と「社外取締役モニター機能論」とは、言葉のうへの違いにすぎないようにも思える。一体両者の違いはどこにあるのか、ということになるが、そのメルクマールは、社外取締役が「何人の利益を守るのか」ということであろう。前者は、「経営者」であり、後者は「株主」である。〔B〕の考え方が正当であることは明らかである。

(3) 社外取締役が機能しうる環境整備

社外取締役に求められる機能・役割を、先に述べた〔B〕の「社外取締役モニター機能論」のように捉えるのが、中間試案の立場であり改正法の立場でもある。では、どのような環境・条件が備わり、あるいは備えれば、社外取締役として機能し活動できるか。このことについては、ソニーの中谷巖氏のケースが参考になる。なお、同氏自身は、〔B〕の立場に

おいて行動していると明言されておられる(後述)。

ところで、当然のことながら、それぞれの企業をめぐる内外の事情や環境は異なる。たとえば、事業目的、資本規模、資産・収益状況、業績の良し悪し、取引先、メインバンク、社風そしてグループ内企業間の資本関係、役員派遣関係等は企業によって異なり、それらについてすでに知っていることもあれば、知らないこともある。知らないことで知っておかなければならないことは、社外取締役への就任要請があった段階で資料を提供してもらったり、説明を受けなければい。この程度のこととは、企業側も社外取締役に就任する当人も心懸けるべきことである。

経済学者である中谷巖氏のケースであるが、同氏はソニーにおける数年間の経験から、次のような諸点をあげておられる。⁽³⁷⁾すなわち、①一般に企業では定例取締役会を月一回開催しているが、臨時取締役会も結構あり、全体的には二カ月に三回ぐらいである。放っておくと、臨時取締役会はどんどん増える傾向にある。社外取締役は他にアメリカ人(元米商務長官)、ヨーロッパ人もいて外国の常識では二カ月に一回ぐらいで、そのくらいが適当だと思う。②取締役会開催の一週間前から二日前まで事前に一時間から二時間半ぐらい議題・議案等について事務局のスタッフ(CEO室長といわれる立場の者)が説明に来る。関係資料は全部出してもらおう。つまり、隠しごとをしないで情報すべてを公開してもらおう。⁽³⁸⁾③ソニーではそういうことはないが、相当に重要な案件でこれが取締役会を通らなかつたら責任問題になるというようなことがあったとしても、経営陣から「賛成してほしい」といったようなことを言われたことはない。④自ら心懸けているのは、株主の視点に立って企業価値を高めるための意見を率直に述べることが一番大きな社外取締役の役割である。⑤そういう意味で、経営者に対し敢えて難問を発したり、ほんとうにそれでいいのか、こういう考え方もできる、といったように容易に賛意を表さないくらいでなければ存在意義はない。⑥他方、経営者も自己の倫理観、エシカル・スタンダードがどの辺にあるのかを正直に打ち明けて社外取締役の判断を求めるといふ素直な気持を持っていれ

ば、社外取締役をかなりうまく活用することができる。なお、中谷氏は、就任した一、二年は何がなんだか分らなくて、あまり確信を持った発言もできないという状況であった。また株主代表訴訟で責任追求されるのは怖いと思う、など率直に語っておられる。

(4) 社外取締役の責任とその減免

平成一三年一二月改正で、取締役の責任を限定することができるとされた。すなわち、すべての取締役について責任限定の方法として三方法が認められたが、必要な限度において以下に略述する。「第一の方法」は、個別の取締役に対する総会決議による事後的責任制限の方法、「第二の方法」は、定款の授權に基づき取締役会決議で責任制限決議をなす方法、そして、「第三の方法」は、社外取締役に対し定款で就任時に予め責任を制限する契約を締結する方法、である。まず「第一の方法」による場合であるが、①「減免の対象となる責任」は、商法二六六条一項五号に規定される「法令」又は定款ニ違反スル行為ヲ為シ」たことよつて会社が被つた損害賠償責任のみである。なお、右五号にいう「法令」には、商法のみならず独占禁止法、刑法、証券取引法等すべての法令が含まれる(通説・判例—平成一二・七・七民集四—六一—一七六七)。②「免除の要件」は、その行為をなした取締役が職務を行うにつき「善意ニシテ且重大ナル過失ナキ」ことである(商二六六条七項柱書)。ここにいう「善意」とは、ある事実を知らないことをいい、「過失」とは、自己の行為により一定の結果が発生することを認識すべきであつたのに、注意を怠つたためこれを認識しない心理状態のことである。民法・商法では、通常「過失」という場合は「軽過失」を指す。「重過失」とは、右の注意を著しく怠つた場合のことで、法的には「故意」(自己の行為が一定の結果を発生すべきことを意図して行為すること)と同視すべきほどの非難性があると評価される。そして③「責任免除の限度額」であるが、これが社外取締役とそれ以外の取締役とで異なる。すなわち、取締役の行為により会社が被つた損害額から、二六六条七項一号に規定する(社外取締役、代表

取締役以外の(平)取締役は、その受けた報酬等の四年分、代表取締役は六年分(商二六六条一七項)、社外取締役は二年分(商二六六年一八項)を控除した額を限度として総会の特別決議をもって免除できる⁽³⁹⁾(したがって、責任を負うべき額が右の四年分、六年分、二年分以内であれば、免除を受けられない)。この限度額は、次の「第二の方法」による免除についても共通する。なお、右責任免除の議案を総会に提案するには監査役全員の同意(監査特例法上の大会社にあっては全員一致による監査役会決議―監特一八条の三、一九条)が必要である(商二六六条九項)。「第二の方法」は、「定款授權に基づく取締役会決議による責任制限」である。これは、会社が定款に予め取締役会決議で免除できる旨の規定、つまり授權規定を設けておいて、前述の二六六条一項五号の損害賠償責任につき「責任ノ原因タル事実ノ内容、其ノ取締役ノ職務遂行ノ状況其ノ他ノ事情ヲ勘案シテ特ニ必要アリト認ムルトキハ」取締役会決議で(実際に責任の一部免除の議案を取締役に提出する場合にも、総会への提出の場合と同様に監査役の同意を要する)、それにより会社が被った損害額から同じく「第一の方法」で記した責任限度額を超過した額を限度として免除できる(商二六六条一二項)、とするものである。「第三の方法」は、「社外取締役に対し定款で就任時に予め責任を制限する契約を締結」するものである。すなわち、会社は定款をもって社外取締役との間で、この後二六六条一項五号の行為によって会社に損害を加えた場合に、その職務執行につき悪意または重過失のないときは、定款に定めた範囲内で予め定める額と商法二六六条一九項一、二、三号の合計金額とのいずれか高い額を限度として損害賠償責任を負う旨の契約をすることができる(商二六六条一九項柱書)。

先に述べたように、改正法が取締役会の「監督」機能を高めようとの狙いで社外取締役制度を導入したことを考えると、他の社内(平)取締役・代表取締役・業務執行取締役(平成一四年改正商法二六〇条三項二号にいう「会社ノ業務ヲ執行スル取締役」)よりも軽くてよいという合理的理由があるかどうか疑問である。これは、社外取締役への就任交渉を

容易にするためという政策的な理由によるものであろう。右に疑問だといったのは、あくまでも理論上のことであるが、たとえば、取締役会に上程された議題・議案につき賛否の差がさほどないときに、社外取締役が強力に採択すべく発言し、推進したため、賛否の数が逆転して賛成多数となり決定され実行に移されたが、結局は失敗し会社が大きな損害を被ったというような場合である。その場合でも、他の取締役や代表取締役は、四年分、六年分の責任を負うのに、社外取締役は二年分(既述)しか負わないというのは不合理ではないだろうか。その他、今回の改正法は、理論的に不明確な点がある。たとえば、取締役の責任は、「会社ニ対シ連帯シテ」負うものとされているが(商二六六条一項柱書)、右のように取締役の責任額が異なるので、その一部が免除されたときの負担部分、求償関係はどうなるのか、また、前記「第三の方法」いう「定款ニ定メタル範囲内ニ於テ」とは、どのようなことを意味するのか明らかでない、と指摘⁽⁴¹⁾されている。

2 取締役会の機能回復

わが国における株式会社企業経営管理機構は、取締役会が業務執行について意思を決定し、具体的な執行は取締役会で選任した代表取締役に行わせる。代表取締役が行う業務執行につき監査・監督は、選任・解任権を有する取締役会がこれを行い、もし適法妥当でなければ解任する、という体制をとっている(商二六〇条一項、二六一条一項など)。しかし、実際にはこのシステムは機能麻痺を起しており、業務執行についての「意思決定」と「執行」および「監督」の三者が法の期待したように機能していないことはよく指摘されるところである。まず、「意思決定」であるが、これは、実際には社長はじめ二、三名の幹部役員で協議・立案し、常務取締役以上で構成する常務会(法定機関ではない)で審議し決定する、そして取締役会に提出する。社長等が提案してきたものを取締役の序列では下位にいる者が真っ向から反

対したり否定するということはまずないのが通例である。そういった意味で、常務会で事実上決まってしまう、取締役会は単にその決定を追認するにすぎない。著しく形骸化しており、取締役全員による活発な討論と意見の交換により知識と経験を結集して決定するという取締役会の本来の機能を失ってしまったのが実態である。その理由・原因は種々あげうるが、第一に、社長が強大な人事権を有しており(法律上は格別規定はない)、保身のためには敢えて社長に反対しないのである。第二は、使用人から取締役に登用された(平)取締役はそれまでの地位、たとえば、部長といった使用人も兼ねるのがわが国ではほとんどで、そのような使用人たる地位において社長はじめ代表取締役(役付取締役)の指揮命令に従って命ぜられるままに業務を行っていた者が、取締役会では法律上は社長など代表取締役と同等の地位を有するとはいつても、現実問題としては社長などの提案・発言に堂々と反対できるかという点、なかなかそうはゆかない。それゆえ、「監督」といつても実際には難しい。要するに、従来、わが国の企業においては、取締役会は社外取締役がいるのは稀で、実質上社長はじめ代表取締役、業務執行取締役(前出)、使用人兼務取締役により構成されていて、取締役のほとんどすべてが経営に携わっており、監督すべき者が同時に監督される者なのである。このような取締役会構成の下においては「監督」機能は不全に陥らざるを得ない。第三は、実際に業務を執行する社長はじめ代表取締役も取締役会の構成員たる地位においては業務執行を監査・監督することになるが、自己の行為の妥当性を監査するという「自己監査方式」「自己監督方式」は、論理的にも矛盾である。つまり、業務執行の「監督」という機能が発揮し得ない仕組みになっている。「常務会」を法定機関とする立法論もこれまでにあったが、屋上屋を架すこととならないか、ということで見送られた。なお、数年前から「意思決定の迅速化」ということから、取締役の員数を大幅に減らし、一〇名から二〇名くらい(それまでは四〇人、五〇人いた企業も少なくなかった)になったが、それでも常務会を存置している企業は相変わらず多いといわれている。

次に、今度の改正で問題なのは、取締役の執行役兼務と監督機能についてである。詳しい説明は省略するが、右に述べたように、数年前から企業では「執行役員」(アメリカの「役員」officerをモデルにしたものといわれている)というものを置くようになった。もちろん、これは任意の制度であるが、取締役の員数を減らし、企業によってはこの執行役員に転じさせた例がかなりあった。執行役員は取締役会で選任するが、会社との関係は雇用関係(使用人)であるのがほとんどで、委任関係(商二五四条三項、民六四三条)にある取締役とは異なる。したがって、執行役員は取締役会に出席することを要せず、業務の執行に専念できるし、前述の「自己監督」というような問題も生じないことになる。このような企業の動向を踏まえて今回平成一四年改正で創設されたのが監査特例法の大会社であって委員会等設置会社となることを選択する会社に強制される「執行役」(および「代表執行役」)である(監特二一条の五・二一条の七・二一条の一〇・二一条の一・二一条の一三・二一条の一四・二一条の一五・二一条の一七・二一条の一八・二一条の一九・二一条の二二など)。この執行役(代表執行役)は、取締役会で選任される(監特二一条の一三第一項・二一条の一五第一項)。執行役は、いわば企業が任意に導入していた執行役員を名称を若干変えて改正法が法制化したものであるから、「執行」と「監督」の分離というコーポレート・ガバナンスの観点からすれば、取締役が執行役を兼務することを認めたいのは(監特二一条の一三)まったく失当⁽⁴²⁾であって、逆に全面的に制限または禁止すべきではなかったのか。わずかに、監査委員会を組織する取締役だけについて執行役の兼務を禁止しているにすぎない(監特二一条の八第七項)。監査特例法二一条の七第三項柱書は、取締役会は一定の事項について会社の業務の決定を執行役に委任できる旨を規定しているが、委任された執行役が取締役を兼務していれば、取締役会が会社業務の決定を取締役に委任できない旨を規定する二一条の七第二項は形骸化することは明白であり、「執行」と「監督」の分離という改正法の理念に反するといわなければならない。

同様の理由から、取締役が使用人を兼務することを制限しているのは右の委員会等設置会社の監査委員会の取締役（監査委員）だけであるが（監特二二条の八第七項）、使用人を兼務することも全面的に禁止すべきであった。

3 自己株式取得・保有規制の全面的解除

前に触れたように、平成一三年六月改正で自己株式取得・保有規制が撤廃され原則として自由になった。一般に金庫株の解禁とか金庫株制度の導入といっている。金庫株という名称は、トレジャー・ストック treasury stocks の直訳であるが、アメリカでは会社が自社株を買い入れて保有し、必要なときに放出するまで金庫の中にしまっておく様（さま）に似ているところから、そのように呼ばれるようになったといわれている。しかし、条文中には、「この「treasury stocks」という語は、調べた限りでは使われていない。アメリカにおいては、今回のわが国改正法と同様に、自己株式の取得・保有・処分を原則として自由に認めている（たとえば、模範事業会社法五条 Model Business Corporation Act sect.5、デラウェア一般会社法一六条 The Delaware General Corporation Law sect.160(a)など）。

金庫株解禁に至る経緯であるが、わが国では、従前は自己株式の取得・保有は「原則禁止」、「例外許容（任意の保有は一切認めてなかった）」ものが（旧商二一〇条一項・二二一条）、改正によって「原則自由」、「例外不許」と逆になったのである。学界では戸惑いがあったのは無理からぬことである。改正前は、法が例外的に許容する場合以外に自己株式を取得することを罰則をもって禁圧していた。すなわち、旧商法四八九条二号は、「何人ノ名義ヲ以テスルヲ問ハズ会社ノ計算ニ於テ不正ニ其ノ株式ヲ取得シ又ハ質権ノ目的トシテ之ヲ受ケタルトキ」は、五年以下の懲役または二〇〇万円以下の罰金に処するとされていた。改正法では、取得が原則として認められることになったため、質受けは当然許されるわけで、質受けの部分が削除された。他方、罰金が五〇〇万円に引き上げられた。もっとも、この引上げは、罰

則の強化という罰則全般の見直しの中で行われたことで、違法な自己株式の取得だけを対象としたものではない。また、不正取得の部分は改正前後で変わっていないが、これは後述のように、自己株式取得が自由になっても、取得手続きや取得財源規制はあるので、それらに違反してはならず、したがって、形式的文言は旧規定と同じになっているだけのことである。

自己株式取得禁止の原則がいかに厳格な原則であったかを示すものとして、旧二一〇条は効力規定であり公序法にも匹敵するもので、反禁的取得行為自体が無効であるばかりでなく、それを目的とする債権契約もまた無効であると解されてきた⁽⁴³⁾(通説)ことをあげることができる。もし、法が会社による自己株式の取得を無制限に許すと、①結果的に出資の払戻しと同じことになり、資本維持の原則に反し会社債権者を保護できない、また、②会社による不当な株価の相場操縦が行われ、一般投資家に不測の損害を与えるおそれがある。そして、③その方法・対価いかんによっては株主平等原則に反することになりかねない、などの弊害を生ずるおそれがあるからである。これら弊害を防止するという法政策的理由から、自己株式の(有償)取得を原則として厳しく禁止し、例外的にこれを許容するという立場をとっていた。このように、自己株式取得の原則的禁止規定(旧商二一〇条柱書)は、取得に伴う右の弊害を抑止するために一般予防的見地から設けられたもの(通説)とすると、この禁止規定の適用範囲は、實際上取得によりなんらの弊害を伴わない場合をも含むものであってはならず、また反対に脱法行為を容認するものであってはならないわけである⁽⁴⁴⁾。近時の学説はすべてこの見地から同規定の適用範囲を明確にしようと努めてきた。そうすると、前記①の場合には、配当可能利益を財源とする取得までも禁止する理由はないはずであり、取得は許容されることになる。他方、平成一〇年三月の消却特例法の改正で公開会社の場合には資本準備金をもって消却のため取得することができるとされたが(改正消特三条の二第三項)、これは本来ならば許されないとところである。②の場合に、いわゆる増資のための工作買、会社支配権維持のた

めの防戦買いや、買占めの対策としての自己株式の取得が、資本維持の原則に反せず、株価の不正操縦の意図がなくて、結果として一般投資者を害すれば違法なのか、それとも、その意図がなければ、右の工作買いや、防戦買いや、買占めに対する取得は認められるのか。また、これらのための取得は實際上他人名義(証券会社、関係諸団体、会社役員、仮設人などの名義)で行われるのが通例であり、ことに貸付金の形式で他人に資金を与えてその者の名義をもって取得させることが多いが、立法趣旨に照らせばこれらは違法、無効と解すべきであろう。しかし、譲渡人が善意である場合における取引安全の保護を考えると、少なくとも悪意の立証がない限り無効とすることには躊躇せざるを得ない。しかも、悪意の立法は實際上困難な場合が少なくない。同様に、③の場合も、自己株式の取得を自由に認めると、その方法や対価いかんによっては、特定の株主を優遇する結果になり、株主平等の原則に反する、ということも理論的にはその通りであるが、いかなる方法、いかなる対価が株主間に不平等を生じさせ、株主平等原則違反になると認定するか、これも実際問題として立証に大変な困難を伴う。このような事例だけを考えても、近時、この禁止規定の硬直性の故に、⁽⁴⁶⁾ 実際上、弊害抑止のために機能していないのではないか、として、規制方法それ自体の妥当性が問われていた。同規定の解釈問題も理論的に深化し、また経済界からの規制緩和の要望もあって、法改正によって例外的に取得が認められる場合が徐々に拡大されていった。⁽⁴⁷⁾

右のような流れの中にあつて、株価維持等を中心とする経済対策の最後の手段として自己株式取得および保有規制の全面的解除ということになったが、このような理由により行われたのはまったく失当である。結果は同一に帰すとしても、「自己株式の取得および保有はどうかあるべきか」という、この問題の本質の徹底した再検討を通して解除がなされるべきであった。

これに対して、平成一三年六月改正法が取得財源を「当期の利益処分後の配当可能利益の額の範囲内」(商二一〇条二

項)という条件の下に、⁽⁴⁸⁾取得および保有を自由に認めたのは妥当だったといつてよい。もちろん、会社による不正な株価操縦を防ぎ一般投資家等を保護すべく証券取引法はじめ関係法令の整備が不可欠であるが、これらの整備も行われた。⁽⁴⁹⁾今一度振り返って、株価維持を主とする経済対策を、一連の会社法改正によって行い成功したのか、またどのような問題を引き起こしたか、を検討してみたい。

平成六年改正法による定時総会決議による自己株式取得の許容は、実質的には経済界の要望を受けたものであるが、立法形式としては議員立法ではなく政府立法であった。しかし、その後の取得規制緩和方向への改正は、五回ともすべて議員立法によるものであった。自己株式の取得ができる例外的な場合を小刻みの改正によって作り出していったため、前回の改正はなんだったのか、と首をかしげなくなるような結果になったケースがあった。たとえば、右の六年改正法で商法二一〇条ノ二を新設し、「使用人に譲渡するための自己株式の取得」を許容することにしたが、これは、実質的には従業員持株会を念頭に置いたものであった。しかし、従業員持株会に譲渡するために会社が証券市場から自社株を買い入れたからといって、株価の維持または上昇をもたらすほど効果的なものではなかった。しかも、この時期には、従業員持株会が自社株を保有することを勧めるために「奨励金」を出すことが問題視されはじめていたから、従業員持株会の株式保有は下火になっていたことは立法関係者ならば知っていたはずである。右改正が株価の維持・上昇に効果的でないと判つたら、今度は九年五月一六日改正法(法律第五六号)でストック・オプション制度を導入した。しかし、同条を少し手直しするだけで対応しようとしたため、ストック・オプションの意義を定める重要な部分が同条二項の三号に規定された。つまり、二一〇条ノ二は、すでに従業員持株会への自社株の譲渡のための買受けということを内容とする規定の中へストック・オプション制度を無理に押し込んだため、読んでも分りにくい中途半端なものになってしまっている。条文が規定する内容に統一性・整合性を欠く結果となった。そしてさらにこの改正だけでは株価対策として十分で

はないかも知れず、またアメリカから批判があった株式の持合いを解消した場合の受け皿を作る必要から、同時に、既述のごとく議員立法で株式消却特例法(平成九年五月一六日法律第五五号)を制定して、公開会社は消却のため自己株式を取得できる、とした。株式を証券取引所に上場していなければ、消却のための自己株式の取得が株価に影響を与えることはできないのであるから、証券市場全体の活性化というなら、初めからこの消却特例法を制定して対応すべきであったわけで、それまでの会社法改正はなんだったのか、といわざるを得ない。そして、ついには一向に経済復調の兆しが見えないので業を煮やした経済界と政治家が議員立法によって「自己株式取得・保有は自由である」という改正に踏み切ったのであった。⁽⁵⁰⁾ 民事基本法たる商法の改正としては、前例のない失態である。慎まなければならぬ。

次に、金庫株の貸借対照表上の表示問題であるが、金庫株の解禁によって、会計制度にいかなる影響を及ぼしたか。会社が自己株式を取得して保有するとき、それを他の有価証券と同等の資産であると考えられることもできれば、自己株式の取得に要した金額分だけ資本が減少するわけであるから、取得した自己株式を資本の減少要素とみることも可能である。前者が「資産説」(旧商法の立場)、後者が「資本減少説」(会計学の立場)といわれているが、会計上の処理方式はこれらに対応して、「資産計上法」と「資本控除法」との二つがある。従来は、資産説の立場をとって貸借対照表の資産の部に計上するとされていた(旧計規一二条一項・二二条の二)。しかし、今回の改正で、取得した自己株式は早期に処分しなくてもよく保有も自由となった。そうすると、「会社が比較的多量の自己株式を保有する事態が想定されることにかんがみると、会社債権者等に対する情報開示の観点からは、資本の部における控除項目として計上するのが相⁽⁵¹⁾当である」と考えられる。そこで、計算書類規則も改正して(平成一三年法務省令第六六号、同年九月二二日公布)、その三四条四項において自己株式は、「資本の部に自己株式の部を設けて控除する形式で記載しなければならない」と規定するとともに、財務諸表等規則も改正し、一八条一項の自己株式の流動資産に計上する旨の規定および三二条の二の

固定資産(投資その他の資産)に計上する旨の規定を削除し、新たに六八条の二の三として、自己株式を資本の部の末尾に控除形式で表示する旨の規定を設けた。すなわち、同条は「自己株式は、資本の部の末尾に記載しなければならぬ」と規定している。こうして、金庫株の基本的な処理方法は資産計上法から資本控除法に転換したわけである。なお、その後、計算書類規則三四条四項は、平成一四年三月二九日法務省令第二二号で制定された「商法施行規則」六九条四項へ引き継がれ、そこで取得し保有する自己株式の表示につき同様の定めがなされるに至った。

もともと会計学では、伝統的に資本控除法(資本減少法)を支持する見解が主流であった。⁽⁵²⁾その理由は、自己株式の取得が実質的には減資と同一の効果をもたらすという側面をより重視してきたからであり、会計学のこの立場は一貫していた。先に述べた資産計上法と資本控除法の計算構造上の重要な相違として、金庫株を売却したときに生ずる簿価と売却価格の差額の処理がある。資産計上法では、資産とみなすわけであるから、売却による差額は営業外損益として損益計算書に計上されるのに対し、資本控除法では自己株式の取得を資本取引(資本の払戻し)とみるから、その売却は逆に新株発行に準ずるものとみなされ、売却額は資本金および資本準備金として扱われる。したがって、差額が損益として処理されることはない。⁽⁵³⁾

- (1) 吉戒修一「民事基本法の立法手続と最近の立法傾向〔上〕」商事法務一五〇〇号一九九八年、商事法務研究会)。なお、平成八年以降の民事基本法に関する議員立法の立案にあたっては、民事局がこれら法律を所管している立場から相当程度に関与しているのが実情で、従来の議員立法の分類には必ずしも入らず、むしろ、政治主導による新しいタイプの議員立法といえる、という。
- (2) 始関正光「平成一四年改正商法の解説〔1〕」商事法務一六三六号七頁(二〇〇二年、商事法務研究会)。
- (3) 拙稿「企業統治に関する商法等の改正案要綱」の分析とそれに伴う若干のコーポレート・ガバナンス補論」大東法学九卷一号二五頁(一九九九年、大東文化大学法政学会)。

- (4) 始関・前掲(2)七頁。
- (5) 中村直人・金庫株の商法改正と実務の対応一三三頁(平成一三年、商事法務研究会)。
- (6) 鈴木竹雄・新版会社法(全訂第2版補正版)四頁(昭和五八年、弘文堂)、大隅健一郎||今井宏・会社法論上巻(第三版)三頁(平成三年、有斐閣)、田中誠二・再全訂会社法詳論上巻二二三頁(昭和五七年、勁草書房)など。
- (7) 同旨、岩原紳作「緊急経済対策としての平成一〇年商法関連法の改正〔上〕」商事法務一四九三号一三頁(一九九八年、商事法務研究会)、宮島司「商法改正中間試案の論評1総論」税経通信七九三号四七、四九頁(二〇〇一年、税務経理協会)。
- (8) 神田秀樹「会社法改正の国際的背景」商事法務一五七四号一頁以下参照(二〇〇〇年、商事法務研究会)。
- (9) 宮島・前掲(7)五一頁。
- (10) 宮島・前掲(7)五一頁。
- (11) 中村・前掲(5)一三三頁。たとえば、ストック・オプション付与者の氏名を定時総会提出議案に記載しなければならないが、対象者が四〇〇名、五〇〇名にのぼる場合にも記載しなければならないのか、具体的な処理が実際に企業で問題となった。
- (12) 森本滋「公開会社法の抜本的改正と比較法研究」商事法務一五六八号四四頁(二〇〇〇年、商事法務研究会)、岩原・前掲(7)一六頁。
- (13) 同旨、岩原・前掲(7)一三頁をはじめ、多くの指摘がある。
- (14) 岩原・前掲(7)一六頁。
- (15) 竹内昭夫・改正会社法解説二〇頁以下(昭和五六年、有斐閣)。
- (16) 日本監査役協会が、二〇〇二年四月に実施した調査(約一一〇〇社が回答)では、半数の企業が現行の監査役制度を維持するとし、委員会等設置会社を選択するとする企業は四社にとどまった。そして四割強の企業は、「まだ分らない」としている。なお、取締役候補者は指名委員会(社外取締役が、過半数を構成)が決定することとなり、人事権を社外取締役に委ねることに抵抗感があるようである(日本経済新聞二〇〇二年五月二三日)との見方がある。
- (17) 森本・前掲(12)四六頁。
- (18) 拙稿・前掲(3)二二頁以下。
- (19) 平山由実「大企業における最近の経営管理機構改革——その分析と評価・問題点——」大東法政論集八号一一一頁以下(二〇〇〇年、大東文化大学院法学研究所)。
- (20) 同旨、西川元啓「会社機関の見直しについての考え方」取締役の法務八六号五頁(二〇〇一年、商事法務研究会)。
- (21) よく知られていることであるが、たとえば、井上輝一「社外取締役と社外取締役中心の委員会制度の法的義務付けへの疑問——商法改正案要綱中間試案について——」取締役の法務九一号四頁参照(二〇〇一年、商事法務)、読売新聞二〇〇二年八月三日「取締役

の過半数社外から」でも触れられている。

- (22) 中田直茂「エンロン破綻と企業統治・ディスクロージャーをめぐる議論〔下〕」商事法務一六三〇号二〇頁(二〇〇二年、商事法務研究会)。

- (23) 武井一浩「米国型取締役会の実態と日本への導入上の問題〔III〕」商事法務一五〇八号一八頁(一九九八年、商事法務研究会)。

- (24) 森本滋発言「シンポジウム 会社法の比較法的考察——会社法の抜本的改正との関連において——」私法六四号一〇一頁(平成四年、日本私法学会)はじめ、一般的な認識となっている。

- (25) 森本および北村雅史発言・前掲(24)一〇〇、一〇一頁。

- (26) 中田(直)・前掲(22)の「上」一六二九号二七頁以下。

- (27) 山口猛「エンロン事件の真相」取締役の法務九四号一〇一頁(二〇〇二年、商事法務)では、取締役総数一七名、社外取締役一五名としているが、読売新聞二〇〇二年七月九日「社外取締役 企業の番人になれる？」では、それぞれ一八名、一二名となっている。

- (28) 松山英明「社外取締役の法的要件」(取締役に関する諸問題 その1)取締役の法務九六号四一頁(二〇〇二年、商事法務)。アメリカのコーポレート・ガバナンス研究機関IRRCの調査による。そして、そのIRRCでは、個人が「独立取締役」とみなされる場合の「独立性」の判断基準として、「社内取締役(従業員から取締役になった者)でないこと」は言うまでもなく、さらに、①その会社のかつて従業員でなかったこと、②持株比率が五〇パーセント以上の子会社のかつて従業員でなかったこと、③その会社の専門的サービスの提供者でないこと、④持株比率が五〇パーセント以上の関連会社の従業員でなかったこと、⑤重要な取引先の従業員でないこと、⑥経営メンバーと親戚関係にないこと、⑦インタローキングの関係にないこと、⑧その会社からの寄付を受ける団体に所屬していないこと、そして⑨その他、独立取締役としての任務を果たすことを妨げるような経営陣との関係がないこと、である。その意味で、同氏は、今回のわが国改正法の社外取締役の要件は独立性の確保という点について不十分である、と批判される。

- (29) 河村賢治「米国における企業統治改革の最新動向」商事法務一六三六号六四頁参照(二〇〇二年、商事法務研究会)および大田洋二佐藤丈文「米企業改革法とNYSE・NASDAQ新規則案の概要〔中〕」商事法務一六四〇号三七頁以下(二〇〇〇年、商事法務研究会)に詳しい。

- (30) 松山・前掲(28)四一頁。

- (31) 大柳康司「関口了祐「コーポレート・ガバナンスと企業業績との関係——社外取締役・社外監査役・執行役員制に関するアンケート調査分析——」商事法務一五九四号二二頁(二〇〇一年、商事法務研究会)。

- (32) 読売新聞二〇〇一年五月一日「アフター5けいざい 社外取締役 束縛なく助言・監視」、同二〇〇二年七月九日「社外取締役 企業の番人 になれる？」による。

- (33) 同旨、田村達也「社外取締役が企業を守る、投資家を招く」取締役の法務九八号七頁(二〇〇〇年、商事法務)。
- (34) 社外取締役の機能・役割について論じたもの(シンポジウム形式・座談会形式のものも含む)は、本稿で引用したもの以外に、矢野朝水Ⅱ古田英明(対談)「株主サイドからの社外取締役論」取締役の法務九二号八頁(二〇〇二年、商事法務研究会)、森本滋Ⅱ多田品彦Ⅱ中川英彦Ⅱ榎木峰夫Ⅱ豊泉貴太郎(座談会)「執行役員、社外取締役の実態と課題(上)」取締役の法務八八号八頁(二〇〇一年、商事法務研究会)、「同(下)」九〇号八頁以下、伊藤建彦Ⅱ内藤正久Ⅱ平田雅彦Ⅱ渡辺五郎Ⅱ古田英明(座談会)「社外取締役義務付けへの期待①」取締役の法務八六号三二頁以下(二〇〇一年、商事法務研究会)、ブルース・A・バブコック「議決権のアドバイザーからみた社外取締役」取締役の法務(二〇〇一年、商事法務研究会)、森本滋Ⅱ久保利英明Ⅱ森一夫Ⅱ宮廻美明(座談会)「経営機構の選択制、今後の展開を探る」取締役の法務八頁以下(平成一四年、商事法務)、古田英明Ⅱ若杉敬明Ⅱ伊藤建彦Ⅱ宮内義彦Ⅱ伊藤雅俊Ⅱ福岡年勝Ⅱ森本昌義Ⅱ三澤千代治Ⅱ古賀憲介Ⅱ浦上浩Ⅱ森岡茂夫Ⅱ澤田秀樹Ⅱ安居祥策Ⅱ熊谷一雄Ⅱ植松増美Ⅱ潮洋一郎Ⅱ萩原敏孝Ⅱ和地孝Ⅱ東哲郎Ⅱ生田正治Ⅱ竹中正明(座談会)「社外取締役の展望」別冊商事法務二二五号七頁以下(平成一二年、商事法務研究会)、そして、①宮内義彦「CEOと社外取締役の緊張感が経営を強くする」、②藤木保彦Ⅱ鈴木洋Ⅱ古田英明(座談会)「社長が語る社外取締役の効用」、③中谷巖Ⅱ萩野博司(対談)「社外取締役から構造改革を」、以上三篇は取締役の法務九七号四頁以下(二〇〇二年、商事法務)、などがある。
- (35) たとえば、井上・前掲(21)六頁は、「(社外取締役は)月数回の取締役会に出席して、経営全般について社内にはない知識を提供するアドバイザーの性格であることを念頭におく必要がある。」と述べている。わが国企業の経営者の認識は、このようなものが一般的であると見られる。
- (36) 反対、田村・前掲(33)七頁は、経営者は、社外取締役に経営指導を期待してはならない、との意見である。その理由として、取締役会における社外取締役の役割は、経営諮問委員会や経営コンサルタントの役割と混同されてはならない。そういう意味で、業界事情に通じた人が集まると、経営者と同じような感覚になりやすく、経営監視の役が務まらない、とされる。
- (37) 中谷巖Ⅱ萩野博司「社外取締役から構造改革を」取締役の法務九七号八頁以下(二〇〇二年、商事法務)。
- (38) 同旨、松山・前掲(28)四一頁、田村・前掲(33)七頁。
- (39) 竹中正明「商法改正後の企業統治」取締役の法務九五号一七頁(二〇〇二年、商事法務)。減免を受ければ、控除額以上の責任を負わなくてもよいかのような説明が多いが、免除の対象となるのは責任を負うべきものとされた金額のうち控除額を超える部分で、その超過額のうちいくらを免除するか個別具体的に決められることになる。要するに、責任額が控除額の範囲内であれば、一切免除は認められないし、また控除額を超えた額はすべて免除されるわけでもない。法文は免除できない限度額を規定しているのであるが、分りにくいのには確かにある。

- (40) 東京弁護士会・会社法部会「取締役、監査役の責任限定」取締役の法務九九号七頁(二〇〇二年、商事法務)。
- (41) 前田庸・会社法入門〔第八版〕三〇一頁(二〇〇二年、有斐閣)。
- (42) 同旨、吉井毅「コーポレート・ガバナンスを考える」取締役の法務九三号七頁(二〇〇一年、商事法務)。
- (43) 蓮井良憲担当・(上柳克郎)竹内昭夫編集代表)新版注釈会社法(3)株式(1)二三六頁(昭和六一年、有斐閣)。
- (44) 蓮井・前掲(43)二三二頁。
- (45) 蓮井・前掲(43)二三四頁、二三〇頁。
- (46) 蓮井・前掲(43)二三〇頁、河本一郎「自己株式の取得禁止緩和論の背景とその根拠」商事法務五三五号三頁以下(昭和四五年、商事法務研究会)など。
- (47) 沿革については、大森忠夫「自己株式の取得(1)」法学論叢二九卷五号(昭和八年)七九三頁に詳しい。
- (48) アメリカでも、多くの州は、資本の欠損を生ずる取得は禁ずるが、明文をもって剰余金(surplus)からの取得を認めている(R・W・ジェニングス)北沢正啓編・アメリカと日本の会社法一四八頁(昭和四〇年、商事法務研究会)、北沢正啓)浜田道代共訳・デラウェア会社法五二頁(昭和六三年、商事法務研究会)、長浜洋一・アメリカ会社法概説一六七頁(昭和四六年、商事法務研究会)。なお、Revised Model Business Corporation Act (1994) sect. 6.30(北沢正啓)平出慶道共訳・アメリカ模範事業会社法四二頁(昭和六三年、商事法務研究会)参照。
- (49) まず、①「不正な相場操縦防止」は、新たに証券取引法一六二条の二が設けられ、具体的には内閣府令が定められた。また、②「インサイダー取引規制」には、同じく証取法一六六条を改正して自己株式の取得または処分の決定を「重要事実」に加えた。そして、③「ディスクロージャー強化」として、証取法二四六条の六が改正され、自己株券買付状況報告書の提出期間を三ヵ月ごとであったのを、自己株式取得を決定した定時総会が終結してから次期の定時総会までの間は、一ヵ月ごとにして、ディスクロージャー規定(証取二四六条の六)の充実を図った。
- (50) 宮島司「金庫株解禁に関する商法改正の概要と問題点」税経セミナー四六卷一四号四頁(二〇〇一年、税務経理協会)。
- (51) 相沢英之)金子一義)長勢甚遠)根本匠)谷口隆義)漆原良夫)小池百合子編・金庫株解禁等に伴う商法改正二五頁(平成一三年、商事法務研究会)。
- (52) 藤井秀樹「商法改正と会計の諸問題——金庫株の解禁をめぐる」税経セミナー四六卷一五号七頁(二〇〇一年、税務経理協会)、宮島・前掲(50)八頁など。
- (53) 藤田友敬「いわゆる金庫株の解禁と会社法」月刊資本市場一八六号七頁(二〇〇一年、資本市場研究会)、藤井・前掲(52)八頁。
(平成一四年九月稿)