

2012年（平成24年）1月30日

法務省民事局参事官室 御中

第二東京弁護士会
会長 澤井 英久

法制審議会会社法制部会における中間試案に対する意見

平成23年12月14日（水）～平成24年1月31日（火）を期間とする「『会社法制の見直しに関する中間試案』に関する意見募集」に対し、当会より下記のとおり意見を提出いたします。

記

1 企業統治の在り方

第1 取締役会の監督機能に関する論点

番号1

監査役会設置会社において社外取締役の選任を義務づけるべきか。

【意見】

監査役会設置会社において社外取締役の選任を義務づけるべきである。

【理由】

社外の人間（業務執行に携わらない）が、取締役として、取締役会の構成員となることにより、より充実した会社の業務執行の監督を期待できる。

番号2

義務付けられる社外取締役の人数及び対象とする会社の範囲について、どのように考えるか。

【意見】

社外取締役の選任を義務づける会社の範囲は、①公開会社かつ大会社及び②金融商品取引法第24条第1項の規定により有価証券報告書を提出しなければならない株式会社とし、選任を義務づける人数は、次のとおりとすべきである。

- 1 公開会社かつ大会社でさらに金融商品取引法第24条第1項の規定により有価証券報告書を提出しなければならない株式会社の場合
全取締役の人数の6分の1以上（ただし、最低2名以上。）
また、社外取締役のうち、最低1名は弁護士等法律の専門家。
- 2 公開会社かつ大会社または金融商品取引法第24条第1項の規定により有価証券報告書を提出しなければならない株式会社ではない場合
全取締役の人数の6分の1以上（ただし、最低1名以上）

【理由】

1 社外取締役の選任の必要性は、昨今の度重なる株式会社の不祥事の発生によって裏付けられている。株式会社の不祥事の原因は、経営者に対する監督体制の不十分さに、原因の一端がある。

2 社外取締役の選任を義務づける会社の範囲、その人数及び社外取締役の属性については、次の要素を考慮して決定すべきである。

まず、会社の規模及び利害関係者の多寡である。類型的に不祥事が社会に与える影響に比例して、より万全の不祥事発生防止の体制作りが求められるべきである。

次に考慮すべき要素は、社外取締役の人材確保の困難性である。

社外取締役の人材確保の困難性によって、株式会社の経営を不当に阻害するおそれがある。

3 以上の諸要素を踏まえ上記意見となるが、選任を義務づける取締役の人数の点について以下のとおり補足する。

上記意見の前提は、第1に、取締役の人数と株式会社の経営規模の間には一定の比例関係があることである。第2に、社外取締役に期待される役割は、特に、経営者に対する監督であるところから、取締役の人数が多いほど社外取締役に期待される役割も大きい。

そこで、選任が義務づけられるべき社外取締役の人数について、取締役の人数に比例すべきである。

次に、最低人数については、人材確保の観点から、原則1名とすべきである。

4 ただし、公開会社かつ大会社で金融商品取引法第24条第1項の規定により有価証券報告書を提出しなければならない株式会社の場合に、社外取締役1名だけで期待される役割を果たしうるのか、疑問がある。

さらに、公開会社かつ大会社で金融商品取引法第24条第1項の規定により有価証券報告書を提出しなければならない株式会社については、規模及び利害関係者多数であり不祥事の発生の防止が特に要求されることから、社外取締役に一定の属性が求められるところ、弁護士がかかる任を果たすのに最適である。

かかる株式会社については、最低2名の社外取締役の選任を義務づけ、そのうち1名について弁護士の選任を義務づけたとしても、かかる株式会社の社会的責任に鑑みれば不当に重い責任とまでは言えず、人材確保の面でも困難性はない。

番号3

監査役、指名委員会及び報酬委員会を置かず、社外取締役が構成員の中心となる監査・監督委員会が監査等を担う制度（監査・監督委員会設置会社制度）を創設すべきか。

【意見】

創設するべきである。

【理由】

かかる機関制度を必要とする会社のニーズに応えるべきである。

機関制度は株主が決めるが、株主がこれを肯定する以上、経営に対する監査・監督がはかられる限りにおいて、否定する理由はない。

番号4①

仮に、監査・監督委員会設置会社制度を創設することとする場合、監査・監督委員会の構成をどのように考えるか。

【意見】

最低3名以上の監査・監督委員を選任し、委員の過半数は社外取締役とすべきである。

【理由】

委員会設置会社における監査委員及び監査役会設置会社の構成を参考とした。

番号4②

仮に、監査・監督委員会設置会社制度を創設することとする場合、監査・監督委員会の経営者からの独立性を確保するための仕組みをどのように考えるか。

【意見】

- ・ 監査・監督委員は、業務執行に携わらないこととする。
- ・ 監査・監督委員の選任・解任は、株主総会のみができる。（選任は普通決議、解任は特別決議。）
- ・ 監査・監督委員となる取締役の選任に係る議案を株主総会に提出するには、監査・監督委員の同意を必要とする。
- ・ 監査・監督委員会は、取締役に対し、監査・監督委員の選任を株主総会の目的とすること及び監査・監督委員の選任に関する議案を株主総会に提出することができる。
- ・ 各監査・監督委員は、株主総会において、監査・監督委員である取締役の選任及び解任又は辞任について、意見を述べることができる。
- ・ 監査・監督委員を辞任した者は、辞任後最初に招集される株主総会に出席し、辞任した旨及びその理由を述べることができる。
- ・ 監査・監督委員である取締役の任期は、選任後2年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする。
- ・ 監査・監督委員の個別の報酬を、執行役や取締役会で決定できないものとする。監査・監督委員の報酬は、定款又は株主総会の決議で、その個別額又は報酬額を決定する。総額を決定した後、個別額の決定は、監査・監督委員間の協議で定める。
- ・ 株主総会における議案について、監査・監督委員の報酬額は、その他の取締役の報酬額とは、別の議案としなければならない。
- ・ 監査・監督委員は、株主総会において、報酬額について意見を述べるができる。

【理由】

監査・監督委員について、委員会設置会社の監査委員よりも、独立性保障が必要であ

る。

そこで、監査・監督委員の選任を、委員会設置会社の監査委員の選任のように取締役ではなく、株主総会の選任・解任事項として、通常の実務取締役とは別に監査・監督委員となる取締役の選任をすることとした。

また、報酬についても、経営陣が恣意的な決定をできないように、監査・監督委員の報酬は、株主総会で報酬額を決定することとし、また、監査・監督委員の報酬とその他の取締役の報酬は別に決議しなければならないとした。

その他、現行会社法の監査役並びに委員会設置会社における監査委員及び監査委員会の権限と同様の権限を認めることとする。

番号4③

仮に、監査・監督委員会設置会社制度を創設することとする場合、監査・監督委員の権限をどのように考えるか。

【意見】

監査・監督委員（会）の権限は、委員会設置会社の監査委員（会）と同じとする。

なお、また、監査・監督委員が賛成した利益相反取引について、取締役の任務懈怠の推定規定を適用除外とすることについては、反対。

【理由】

監査・監督委員（会）は、業務執行監査・監督を職務とする。

監査・監督委員が賛成した利益相反取引について、特別扱いする必要性及び合理性は全く存在しない。

番号4④

仮に、監査・監督委員会設置会社制度を創設することとする場合、取締役会から業務執行者に対する業務執行の決定の委任の範囲をどのように考えるか。

【意見】

基本的には、委員会設置会社の取締役会において執行役に委任できない事項と同じとする。

さらに、取締役のうち、監査・監督委員の個別報酬額について、その決定を特定の取締役（及び特定の業務執行者）に委任してはならない。

委員会設置会社における指名委員会の権限とされている取締役及び会計参与の選任議案の決定を、監査・監督委員会設置会社では取締役会の専決事項として取締役（及び特定の業務執行者）に委任することはできないことを明確にする。

なお、取締役会から業務執行を委任することができる者の範囲を、取締役に限定することについては、賛成。

【理由】

監査・監督委員会設置会社においては、委員会設置会社における指名委員会及び報酬委員会に相当するものがなくなる。

委員会設置会社ではない株式会社では、取締役等の報酬額について、株主総会で総額を決定し個別金額を取締役会ないし代表取締役等に委任することができることとされていることから、監査・監督委員会設置会社においても、取締役及び会計参与の個別報酬金額の決定を、執行役に委任することができるとした。但し、監査・監督委員となる取締役については、その報酬の決定について執行役の影響力が及ばないようにする（そもそも、定款又は株主総会で報酬額が決まるようにするのが適切であることは、上記のとおり。）。

また、株主総会に提出することになる、取締役及び会計参与選任に係る議案の作成について、委員会設置会社における指名委員会に相当するものを監査・監督委員会設置会社では設置しないことに鑑み、これを取締役会の専決事項として特定の取締役（及び特定の業務執行者）に委任できないことを明確にする。

番号5①

社外取締役の要件に、①親会社等の関係者でないこと②重要な取引先等の関係者でないことや③経営者の近親者でないことを追加すべきか。

【意見】

社外取締役の要件に、①親会社等の関係者でないこと②重要な取引先等の関係者でないことや③経営者の近親者でないことのいずれも追加すべきである。

社外取締役の要件には、親会社、兄弟会社、支配株主（以上①）、重要な取引先等の関係者（②）、経営者の近親者（2親等以内の者）のいずれでもないことを追加すべき（社外取締役を、東京証券取引所の企業行動規範における、独立役員と同等に取り扱うべき。）である。

但し、独立役員程度の厳格な要件を社外取締役に要求し、社外監査役にも独立役員程度の厳格な要件を要求する場合、監査役会について3名以上でそのうち半数以上の社外監査役の選任を義務づけている現行法をこのまま維持するならば、社外取締役の人数について、緩和（6分の1から8分の1（1名以上））とすることも考えられる。

【理由】

社外取締役の機能から、経営者との間で一定の関係にある者を社外取締役とするのは望ましいとはいえない。

また、社外取締役は、公開会社かつ大会社に限り選任を義務づけるのが相当であるが、かかる株式会社において、社外取締役は、一般株主保護の機能も十分に果たすべきである。

一般株主の利益を害し経営陣ないしそれ以外の特定の株主の利益をはかる類型的なおそれがある者は、社外取締役の地位に不適切である。

経営者との間に①や③の関係がある者を選任したければ、社外取締役ではなく、通常取締役として選任し、別に社外取締役を確保すべきである。

番号5②

仮に、社外取締役の要件を追加することとする場合、責任限定契約等の規律が適用される取締役の範囲について、どのように考えるのか。

【意見】※別意見あり。

責任限定契約等の規律が適用される範囲は、現行法どおりとすべきである。

【理由】

会社と一定の関係にある人物を選任したければ、通常取締役とすべきである。

【別意見】

責任限定契約の規律が適用される範囲について、取締役を、業務執行取締役と、（社外取締役ではないが）業務執行しない取締役（非業務執行取締役）というカテゴリを作り、後者については、責任の範囲を、業務執行取締役（4年分）未満社外取締役（2年分）以上とする。

【理由】

取締役の人材確保の観点から、責任限定契約の必要性に鑑み、現行法より要件を加重することによって社外取締役とすることができないが、業務執行に携わらない取締役を確保の必要性もある。

番号5③

社外取締役の要件を、就任前の全期間ではなく、就任前の一定の期間（例えば10年間等）における会社等との関係によるものとすべきか。

【意見】※別意見あり。

就任前の全期間における会社等との関係とするべき（現行法どおり。）である。

【理由】

社外取締役は、その機能に鑑み、できるだけ経営者から中立・独立の地位にあることが望ましい。

社外取締役に適任か否かについて、社外取締役就任前の職歴等が必ずしも影響を及ぼすものであるとはいえないと思われるが、一定程度の線引きは必要である。

その線引きとして、会社法は、社外取締役就任前に業務執行に携わったことがないことを要求しているのであるが、就任前から遡って業務執行に携わっていた期間の長短で影響力に差が生じるとは思われない。

【別意見】

一律に就任前の全期間における会社等との関係とするべきではなく、例えば、一定期間（10年程度）とするべきである。

【理由】

社外取締役の機能に鑑みれば、その就任前業務執行に携わったことがない者が就任することが望ましいとはいえ、これを厳格に貫くことは適切な人材確保の障害となる可能性がある。また、就任から遡って10年前に業務執行に携わっていたことがあるとしても、それが理由で適切な監査・監督できないというのも現実的には考えにくい。

また、株主総会において、経歴を明らかにして、社外取締役として選任されるならば、株主の意思を会社法が否定するのも行き過ぎであると思われる。

第2 監査役の監査機能に関する論点

番号8

社外監査役についても前記5～7と同様の改正をすべきか。

(参照) 番号5

社外取締役の要件に、①親会社等の関係者でないこと②重要な取引先等の関係者でないことや③経営者の近親者でないことを追加すべきか。

番号6

仮に、社外取締役の要件を追加することとする場合、責任限定契約等の規律が適用される取締役の範囲について、どのように考えるのか。

番号7

社外取締役の要件を、就任前の全期間ではなく、就任前の一定の期間（例えば10年間等）における会社等との関係によるものとすべきか。

1 社外監査役の要件について

【意見】

社外監査役の要件に、①ないし③を追加するべきである。

【理由】

(1) 監査役会設置会社における監査機能

監査役会設置会社の監査は、(i) 監査役就任前に、会社・子会社の取締役・使用人であり社内情報に精通したもの（通常は常勤監査役である）と、(ii) 社外監査役として会社のしがらみにとらわれず判断し、かつ代表取締役等の業務執行取締役に対しても、直言できる独立性の高い者により担われることで、監査が適性にされることが期待されている（江頭憲治郎「株式会社法」第3版〔有斐閣〕477頁）。すなわち、社外取締役に期待されるのは、経営者からの独立性であるといえる。諸外国におけるコーポレート・ガバナンスにあっては、今日では、社外性というよりは、経営者からの独立性が重視されているとの指摘もある（浜田道代ほか「新基本コンメンタール会社法1」〔日本評論社〕29頁）。

したがって、監査役の半数以上を占める（会社法第335条第3項）社外監査役が制度上、当該会社から一定の独立性を有することは、法の趣旨に合致するものである。

なお、東証では、2009年12月30日より、一般株主保護のため、上場会社は独立役員（一般株主と利益相反が生じるおそれのない社外取締役又は社外監査役）を1名以上確保しなければならないこととされている（東証上場会社コーポレート・ガバナンス白書2011〔2011年3月株式会社東京証券取引所〕（以下、単に「白書」という。）37頁）。

（2）社外監査役設置の現状

ア 白書29頁以下によれば、上場企業のうち全ての会社で（大会社でなくとも）監査役会が設置され、1社平均の監査役・社外監査役の人数は、3.82人、2.53人である。社外監査役の属性について、本検討事項に関連するものとしては、親会社出身者が5.6%、「その他関係会社」（財務諸表等規則第8条第17甲第4号（後記参照条文）に定める「その他関係会社」の意味）出身者が6.6%、親族関係者（当該会社又は当該会社の特定関係事業者（会社法施行規則第2条第3項第19号）の業務執行取締役、執行役等の配偶者、三親等内の親族その他これに準ずる者）が0.7%である。もっとも、親会社出身者との関係では、東証上場会社のうち、親会社を有する監査役設置会社のうち、ほぼ半数の者は親会社出身であるとされ（同様に社外取締役では6割近くが親会社出身である）、親会社を有する会社において、社外役員に占める親会社出身者の割合が高いことがわかる。なお、東証上場会社のうち、親会社を有する会社の比率は、11.1%となる。また、一定の独立性を有する社外監査役（「親会社」「関係会社」「大株主」「親族」「報酬関係」のいずれにも該当しない社外監査役をいう）の選任状況として、監査役設置会社においては85.5%と高い数値になっている。

イ 他方、「2007年における監査役及び監査委員会制度の運用実態調査」結果報告書〔平成19年10月30日社団法人日本監査役協会〕（以下、単に「報告書」という。）によれば、監査役会設置会社（このうち非上場会社は47.5%を占める）全体のうち、社外監査役が親会社の役職員であるのは21.2%、取引銀行の役職員が7.5%、取引先の役職員が6.3%となっている。

以上から、監査役会設置会社における「親会社等の関係者」あるいは「重要な取引先等の関係者」の社外監査役は30%程度存在するものといえる。

（3）要件の加重の影響

社外取締役の実態は①親会社当関連会社の出身者、②取引金融機関の出身者により相当部分が占められる（前述、江頭「株式会社法」477頁）との指摘もあるが、上記の白書及び報告書によれば、本意見のような要件の加重の影響を受ける会社は、上場会社のうち10数%であると考えられ、非上場会社も含めて、30%程度の会社に影響が及ぶにとどまることになる（その場合も、直ちに社外取締役の法定数を欠くとは一概には言えない）。また、後記3の社外取締役要件の適用期間を限定することで、上記の指摘は回避されることになろう。

したがって、要件の加重による影響は、必ずしも大きいものではなく、また後記3との関係では回避が可能である。

2 責任限定契約等の規律が適用される監査役の範囲について

【意見】

現行法どおりとすべきである。

(1) 責任限定契約の現状

白書によれば、社外取締役の責任限定契約の締結率は、55.1%である（同様に社外取締役は71.0%である。）が、会社法制定により社外監査役との責任限定契約締結がはじめて認められたことから、次第にその率は上昇しており、社外監査役のそれと平仄を合わせる動きがあるとされる（白書35頁）。

(2) 責任限定契約の規律が適用される監査役の範囲の拡大

このように責任限定契約が社外監査役にも広く採用されつつある現状及び人材確保の観点からの必要性に鑑みると、現行の規律を加重すること（責任限定契約について現行法どおりの規律とすること）は、一定の影響があると考えますが、監査役については、社外取締役における同様の議論の場面のように、業務執行取締役、非業務執行取締役、及び社外取締役というように合理的な区分ができるものではない。なお、将来的な立法論として、監査役にも一定の業務執行権（代表取締役の解職についての議決権等）を与える場合（大杉謙一「監査役制度改造論」商事法務1796号〔2007年〕4頁以下）には、この区分も可能となる余地がある。

3 社外取締役の要件の規律を及ぼす期間

【意見】

就任前の一定期間（たとえば5年ないし10年）における会社等との関係に限定すべきである。

(1) 期間の規律の意義

現行法上、社外監査役の要件は過去の全期間について適用される。これは、平成13年改正前の弊害（取締役退任後に監査役となり、5年以上経過した後に社外監査役となること）に鑑みての規制であるが、規制の目的に照らして、規制手段が適切であるかについては疑問があるといえる。

(2) 監査の意義

そもそも、上記弊害で取り上げられるいわゆる自己監査の弊害は、業務執行者と監視者の同一性を問題とするもので、社外監査役に期待される経営者からの独立性からは、禁じられるべき自己監査とは、同一時期に同一人物が業務執行と監査役の職務に携わることであるといえる（前述、大杉8頁）。一定期間経過後は、むしろ経営者からの独立性は高まることこそあれ、減少することは考えにくい。よって、自己監査と同視されるほど接近した時期の就任で無い限り、一定期間の経過により、社外監査役への就任を許容すべきである。

(3) 社外監査役選任時の情報開示規制

会社法では、社外監査役について、選任議案の参考書類や毎決算期の事業報告において、兼任状況や親族関係等、非社外監査役よりも一段と詳しく開示義務が課せられる（会社法施行規則第76条第4号等）。これにより、社外監査役の会社からの独立

性について、株主による適切な判断が期待できることになる。

(参照条文)

財務諸表等の用語、様式及び作成方法に関する規則第八条第三項

8 この規則において「関係会社」とは、財務諸表提出会社の親会社、子会社及び関連会社並びに財務諸表提出会社が他の会社等の関連会社である場合における当該他の会社等（第十七項第四号において「その他の関係会社」という。）をいう。

17 この規則において「関連当事者」とは、次に掲げる者をいう。

- 一 財務諸表提出会社の親会社
- 二 財務諸表提出会社の子会社
- 三 財務諸表提出会社と同一の親会社をもつ会社等
- 四 財務諸表提出会社のその他の関係会社並びに当該その他の関係会社の親会社及び子会社

第3 資金調達の場合における企業統治の在り方に関する論点

番号13

支配株主の異動を伴う第三者割当てによる募集株式の発行等に際して、株主総会の決議を要するものとすべきか。

【意見】

支配株主の異動を伴う程度の割合（一律に発行済株式の議決権の20%等）の場合について、株主総会の決議を要するとすべきである（少なくとも、反対株主の株式買取請求権を認めるべきである。）。

【理由】

1 増資の規模と既存株主への影響の関係

会社法は、増資の規模に応じた募集株式の発行規制を行っていないが、増資の規模が小さい場合には、株価に与える影響が小さいため、払込価額は市場での時価に近い形にすることが比較的容易であり、仮に株式に対する払込価額が時価を大幅に下回るものであっても、実際の株価に及ぼす影響はそれほど大きくないのに対し、増資の規模が大きい場合には、株価への影響が大きくなり、仮に増資前の株価に近い価額で新株の発行ができたとしても（後述のとおり有利発行とされない10%程度の値引率の場合でも）、その後の株価の下落の恐れなどから株主に与える影響は大きく、また、大規模な増資の場合には、何が公正な価格であるかの判断自体が難しいことが指摘されるところである（明田川昌幸「公開会社における株式および新株予約権の発行規制について」黒沼悦郎＝藤田友敬編『企業法の理論（上）』『（商事法務，2007年）351頁以下』）。

2 差止請求（210条）との関係

既存株主の保護は、差止請求の適切な行使で図ることができるとの指摘もあるが、実際、有利発行に関する東証の自主ルールないし各裁判例によれば、増資の規模にか

かわらず、一般に公正な価格から10%程度低くとも有利発行とされないと解釈されることに鑑みると、既存株主の保護としては十分とはいえない。

3 株式買取請求との関係

上記のとおり、特に規模の大きい第三者割当て増資は、既存の株主に与える影響が大きい上に、会社の構造、株主構成等、大きく変わることになるから、合併等の組織再編同様（合併の対価が株式である場合には、既存株主の持分が新株主に譲渡されることになるという点で増資も同様である）、反対株主の株式買取請求（この場合、新株主が買い取るようになる）を認める規制をすることも考えられる。これにより、事実上株価を下げるような増資決定はできなくなるため、株主総会の承認を要件としなくとも、一応の既存株主の経済的利益は保護されるともいえる。

4 資金調達との関係

このような規制によっては、柔軟な資金調達が損なわれるとの反論もあるが、実際、新株の発行が純粋な資金調達を目的として行われる場合には、新株発行による株式数の増加割合は、20%未満であることがほとんどのようであると指摘される（前述、明田川、注（8））から、かかる規制をしても資金調達の要請を阻害するとは一概には言えない。

5 証券取引所規制

もっとも、ニューヨーク証券取引所は、上場会社に対して、社外普通株式総数の20%以上に当たる普通株式を発行する場合には（ただし株主割当を除く）、株主総会の承認（単純多数決）を要求していることに鑑みれば、かかる規制は、流動的な側面も否定できないことから、法律で定めるよりも証券取引所の規制にとどめることも考えられる。

2 親子会社に関する規律

第1 親会社株主の保護に関する論点

番号21

親会社株主が子会社取締役に対して株主代表訴訟（多重代表訴訟を提起することを認める制度を創設すべきか。
--

【意見】

創設すべきである。

【理由】

完全親子会社であれば経済的には一体であるので、損害を受ける親会社の株主が多重代表訴訟を提起できることは当然のことと考える。「企業の組織選択に影響を及ぼし、企業集団における効率的経営に支障を来す」との指摘は、具体性がない。

番号22

仮に、多重代表訴訟の制度を創設することとする場合、多重代表訴訟が認められる子会社の範囲を次のいずれとすべきか。

【A 案】 完全子会社に限るものとする。

【B 案】 企業集団において一定の重要性を有している子会社で、かつ、完全子会社に限るものとする。

【意見】

【A 案】に賛成するが、多重代表訴訟が認められる子会社の範囲は、完全子会社だけでなく、子会社とすべきである。重要性の要件は必要ない。

【理由】

「子会社に少数株主が存在する場合には、当該少数株主に、子会社取締役に対する責任の追及を委ねることができるとして、完全子会社関係がある場合に多重代表訴訟を求めるべきであるとの指摘」があるが、①完全子会社の形式基準では、少数の株主を擁立することにより、簡単に回避できること、②当該少数株主に委ねても機能しない場合があること、③少数株主がいる子会社であっても取締役の責任による損害が発生している場合、多数株式を保有している親会社が適切な責任追及を行わないことにより親会社に損害を与えることがあることから子会社とすべきである。

親会社に対する損害が重大であるか否かは、自ずと株主が判断するので、重要性の要件は必要ない。

番号23

仮に、多重代表訴訟の制度を創設することとする場合、例えば、以下の事項についてどのように考えるか。

① 提起権が認められる親会社株主の範囲

提起権が認められる親会社株主の範囲は、親会社の取締役に対する株主代表訴訟の株主と同一の範囲とすべきである。但し、親会社の子会社の株式を継続保有していることを追加条件とすることはよい。

【理由】

親会社の子会社を通じて損害を受けた場合の回復制度であるため、同一の範囲でよい。M&Aを想定してみると、親会社に変更したことにより、子会社の取締役が責任追及を受けられる可能性が高まることは、不合理のように思えるので、親会社の子会社の株式を継続保有していることを条件とすることはやむを得ないと思われる。

② 親会社に損害が生じていない場合の取扱い

親会社に損害が生じていない場合の取扱いとして、多重代表訴訟を提起できないと規定するのでなく、親会社に損害があれば、多重代表訴訟を提起できると規定する方がよい。

【理由】

原告としては、親会社に損害が発生していることを主張立証する必要があるのであり、損害がなければ請求棄却となる。親会社に損害があるか否かは、裁判手続きで争えばよい。

③ 提訴請求の在り方

提訴請求の在り方は、権利主体である子会社に対して提訴請求することを要求すべきである。提訴請求と同時に親会社にも通知し、親会社が株主の原告適格を確認する手続きが必要であると考えられる。

【理由】

代表訴訟と同じく、子会社が当該取締役の責任追及するのが本来であるから、提訴請求のあり方も、同様の考えでよい。

④ 被告の範囲

被告の範囲は、代表訴訟の場合と同じでよい。

【理由】

会社に対し責任が役員等は、代表訴訟と異なるところがない。

第2 子会社少数株主・債権者の保護に関する論点

番号27

親会社と子会社との利益が相反する取引等によって子会社に損害が生じた場合に、親会社が子会社に対して損害賠償責任を負う旨の明文の規定を設けるべきか。
--

【意見】

賛成である。

【理由】

親会社が、子会社株主総会における議決権を背景にした影響力により、子会社ひいてはその少数株主の利益を犠牲にして自己の利益を図ろうとするおそれがある。但し、規定の適用対象となる取引については、定形的に子会社に損害を与える恐れがある利益相反行為に限るべきである。

番号28

仮に上記のような規定を設けることとする場合、次の事項について、どのように考えるか。

①適用対象となる利益相反の種類

【意見】

利益相反行為に限るべきである。

【理由】

親会社の子会社取締役同様の義務・責任を負う一般条項を設けることまでは適切ではない。親会社＝株主であり、親会社は、取締役と同様の善管注意義務・忠実義務を負っているわけではないので一般的な責任条項を設けることは適切とは思われない。

②責任の要件

【意見】

「利益相反行為によって子会社に損害が生じた場合」と規定すべきである。

【理由】

法文上は、一定の抽象的規定にならざるをえない。具体的内容として（a）取引が行われなかったと仮定した場合と比較して子会社にとって不利益かどうか（b）取引が独立当事者間であれば合意されたであろう条件によって行われたと仮定した場合として子会社にとって不利益かどうかという基準等が考えられるが、それは裁判上の解釈・運用で固めていくべきものと思料する。

③証明責任の在り方

【意見】

子会社の損害の発生が証明された場合、親会社の方が取引が公正であったことの証明責任を負う、とすべきである。但し、一定の場合、親会社に責任を追及する者に証明責任を転換すべきである。

【理由】

親子間の利益相反取引の類型的・構造的発生のおそれ、証拠の偏在からすれば、証明責任を原則、親会社負担とするのは適切である。一方で、親会社の過度な負担を考えれば、一定の場合、親会社の責任を追及責任する側に証明責任を転換させるべきである。

④責任を負う者の範囲

【意見】

親会社と同等の影響力を及ぼしうる自然人についても責任を負わせるべきである。

【理由】

立法趣旨からすれば、親会社と同等の影響力を子会社に及ぼせる自然人であれば、立法の根拠は同様に当てはまるからである。

番号 29

上記のような規定にみる子会社少数株主の保護の実効性を確保するための次の仕組みについて、どのように考えるか。

①子会社少数株主による株主代表訴訟の提起権等

【意見】

賛成である。

【理由】

親会社の有する議決権数からすれば、子会社が親会社の責任を追及しないおそれはあるのであり、少数株主保護の実効性を確保のためには責任追及の訴え等を認めるが合理的である。

②親子会社間の利益相反取引等に関する情報開示の充実

【意見】

情報開示のさらに充実を図ることは賛成である。

【理由】

個別注記表等に表示された親会社等との取引に関する監査役の意見を監査報告の記載事項にすることについて賛成である。監査役の意見を通じてのよりよい情報開示の充実を図ることができる。

番号 30

新たな親会社（支配株主）が現れた場合に、少数株主に親会社（支配株主に対する株主買収請求権を付与する制度を創設すべきか。

【意見】

創設すべきである。

【理由】

企業結合の形成時において、少数株主に適正な対価による退出の機会を与えることは、少数株主の保護という観点から有益である。

企業結合関係継続中に親会社の子会社少数株主への責任が認められるからといって、それで充分とは必ずしも言えないものとする。

第5 組織再編の手續に関する論点

番号45

吸収分割会社又は新設分割会社が吸収分割承継会社又は新設分割設立会社に承継されない債務に係る債権者を害することを知って会社分割をした場合には、当該債権者は、吸収分割承継会社又は新設分割設立会社に対して、当該債務の履行を請求することができる旨の規定を設けることとすべきか。

【意見】

この趣旨の規定を設けるべきである。

【理由】

会社分割制度は、実務上、広く利用されている制度であるが、一部では明らかに制度が悪用もしくは濫用されている事例が生じている。

即ち、現行法上、会社分割後も分割会社に債務の履行を請求できる分割会社の債権者は、債権者保護手続の対象とされておらず、この債権者には何の通知も連絡もすることなく会社分割が可能であり、特定の債権者のみを分割会社に残存させ分割会社の責任財産を大幅に減少させる会社分割が、合法的に可能であるかのごとき「コンサルタント」の指導のもとに横行していると言われている。

このような「濫用的会社分割」に対しては、判例上も、詐害行為として取り消した判例（東京高裁平成22年10月27日判決・金判1355号42頁）や法人格否認の法理を認めた判例（福岡地裁平成22年1月14日判決・金判1363号42頁）等、救済を認めた事例が現に生じているが、会社法の組織再編行為である会社分割については、濫用的な分割が許されないことを会社法上も明確に規定して、会社分割に関与する取締役等の関係者にその旨を周知し、かつ、「コンサルタント」等の横行を許さないようにする必要があると考えられる。

債権者を害することを知って会社分割をした場合には、分割会社と重疊的に「吸収分割承継会社または新設分割設立会社に対して、当該債務の履行を請求できる」こととすべきである。

また、このような規定を置くことによって、会社分割を利用する者は、正常な会社分割の実務にあつては、自らが承継する資産・負債が分割会社全体の資産・負債に比して相当程度大きな場合には、分割会社全体のデューデリジェンスを行うべきこととなることが想定されるが、相当程度大きな資産・負債を承継する場合であることを踏まえれば、特に過大な負担ではないと考えられる。

なお、このような立法手当の他に、全国倒産処理弁護士ネットワークから「会社分割の適正化に関する立法意見」（別添）が出されていることを付言する。

以上