

商法教授方法に関する研究手帖 (13)

浅 木 慎 一

第1帖「商」の概念

- 第1章 商法の意義
- 第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻 1 号)
- 第3章 商人の概念
- 第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻 2 号)
- 第5章 株式の概念

第2帖「商」への参入

- 第1章 企業形態の選択
- 第2章 企業の立上げ 総論 (以上、金沢法学 52 巻 1 号)
- 第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻 2 号)
- 第4章 持分会社の設立
- 第5章 企業施設の整備
- 第6章 企業情報の公示

第3帖「商」の管理・運営

- 第1章 会社を除く商人の営業の管理・運営 (以上、名城法学 60 巻 1 ~ 4 号)
- 第2章 株式会社による株式・株主の管理 (以上、名城法学 61 巻 1 号)
- 第3章 会社の機関 総説
- 第4章 株主総会および株主による会社運営の監視
(以上、名城法学 61 巻 2 ~ 4 号)
- 第5章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の業務執行およびその自浄化の体制
(以上、名城法学 62 巻 1 号)
- 第6章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の社内監査の体制
- 第7章 株式会社の計算数値の正確性を期する体制 (以上、名城法学 62 巻 2 号)

研究ノート

第8章 委員会設置会社の体制

1. 緒言
2. 意義
3. 取締役および取締役会
 - 3 - 1. 取締役の選任・終任
 - 3 - 1 - 1. 選任
 - 3 - 1 - 2. 任期
 - 3 - 1 - 3. 終任
 - 3 - 2. 取締役会
 - 3 - 2 - 1. 権限
 - 3 - 2 - 1 - 1. 業務執行の決定
 - 3 - 2 - 1 - 2. 職務執行の監督
 - 3 - 2 - 2. 運営
 - 3 - 2 - 3. 議事録
 - 3 - 3. 各委員会
 - 3 - 3 - 1. 各委員会の構成
 - 3 - 3 - 2. 各委員会の職務および権限
 - 3 - 3 - 2 - 1. 指名委員会
 - 3 - 3 - 2 - 2. 監査委員会
 - 3 - 3 - 2 - 3. 報酬委員会
4. 執行役・代表執行役
 - 4 - 1. 執行役の意義
 - 4 - 2. 選任・終任
 - 4 - 2 - 1. 資格・欠格事由・兼任禁止
 - 4 - 2 - 2. 員数
 - 4 - 2 - 3. 選任
 - 4 - 2 - 4. 終任
 - 4 - 2 - 4 - 1. 終任事由
 - 4 - 2 - 4 - 2. 任期
 - 4 - 2 - 4 - 3. 解任
 - 4 - 2 - 5. 欠員の場合の措置
 - 4 - 2 - 6. 職務執行の停止・職務執行代行者の選任
 - 4 - 3. 執行役の権限および義務

- 4 - 3 - 1. 一般的権限
- 4 - 3 - 2. 個別的権限および義務
- 4 - 4. 代表執行役
 - 4 - 4 - 1. 選定
 - 4 - 4 - 2. 権限
 - 4 - 4 - 3. 解職
 - 4 - 4 - 4. その他の準用規定
 - 4 - 4 - 5. 表見代表執行役
- 4 - 5. 執行役の責任
 - 4 - 5 - 1. 会社に対する責任
 - 4 - 5 - 2. 第三者に対する責任
 - 4 - 5 - 3. 取締役等との連帯責任

第9章 株式会社の計算

- 1. 緒言
- 2. 計算規定の変遷
 - 2 - 1. 明治 32 年 (1899 年) 立法時から昭和 25 年 (1950 年) 改正まで
 - 2 - 2. 昭和 37 年 (1962 年) 改正
 - 2 - 3. 昭和 49 年 (1974 年) 改正
 - 2 - 4. 昭和 56 年 (1981 年) 改正
 - 2 - 5. 平成 11 年 (1999 年) 改正
 - 2 - 6. 平成 13 年 (2001 年) 法律第 128 号改正
 - 2 - 7. 平成 14 年 (2002 年) 改正
 - 2 - 8. 平成 17 年 (2005 年) 会社法
- 3. 会計帳簿
 - 3 - 1. 会計原則
 - 3 - 2. 会計帳簿の作成
 - 3 - 3. 会計帳簿の保存義務
 - 3 - 4. 会計帳簿の提出義務
 - 3 - 5. 株主による会計帳簿の閲覧・謄写等請求権
- 4. 計算書類等の作成
 - 4 - 1. 成立の日における貸借対照表の作成
 - 4 - 2. 計算書類の意義
 - 4 - 3. 各計算書類・事業報告・附属明細書

研究ノート

- 4 - 3 - 1. 貸借対照表
 - 4 - 3 - 1 - 1. 意義
 - 4 - 3 - 1 - 2. 資産の部
 - 4 - 3 - 1 - 3. 負債の部
 - 4 - 3 - 1 - 4. 純資産の部
- 4 - 3 - 2. 損益計算書
 - 4 - 3 - 2 - 1. 意義
 - 4 - 3 - 2 - 2. 内容
- 4 - 3 - 3. 株主資本等変動計算書
 - 4 - 3 - 3 - 1. 意義
 - 4 - 3 - 3 - 2. 内容
- 4 - 3 - 4. 個別注記表
 - 4 - 3 - 4 - 1. 意義
 - 4 - 3 - 4 - 2. 内容
- 4 - 3 - 5. 事業報告
- 4 - 3 - 6. 附属明細書
- 5. 資産と負債の評価
 - 5 - 1. 資産の評価
 - 5 - 2. 負債の評価
- 6. 決算の手續
 - 6 - 1. 計算書類等の監査
 - 6 - 1 - 1. 総説
 - 6 - 1 - 2. 会計監査人設置会社以外の会社の監査手續
 - 6 - 1 - 3. 会計監査人設置会社の監査手續
 - 6 - 1 - 4. 取締役会の承認
 - 6 - 2. 計算書類等の株主への提供
 - 6 - 3. 計算書類等の承認・報告
 - 6 - 4. 計算書類等の公告
 - 6 - 5. 計算書類等の備置き・閲覧等
 - 6 - 5 - 1. 備置き
 - 6 - 5 - 2. 閲覧・謄写等
 - 6 - 5 - 3. 計算書類等の提出命令
- 7. その他の計算書類

- 7 - 1. 臨時計算書類
 - 7 - 1 - 1. 意義
 - 7 - 1 - 2. 監査および承認
- 7 - 2. 連結計算書類
 - 7 - 2 - 1. 意義
 - 7 - 2 - 2. 監査および承認
 - 7 - 2 - 3. 備置き・閲覧等
- 8. 資本金および準備金・剰余金
 - 8 - 1. 資本金の意義
 - 8 - 2. 資本金の額
 - 8 - 3. 資本（金）に関する3原則
 - 8 - 3 - 1. 資本充実・維持の原則
 - 8 - 3 - 2. 資本不変の原則
 - 8 - 3 - 3. 資本確定の原則
 - 8 - 4. 準備金
 - 8 - 4 - 1. 準備金の意義
 - 8 - 4 - 2. 法定準備金
 - 8 - 4 - 2 - 1. 資本準備金
 - 8 - 4 - 2 - 2. 利益準備金
 - 8 - 4 - 3. 任意準備金（任意積立金）
 - 8 - 5. その他資本剰余金・その他利益剰余金
 - 8 - 5 - 1. その他資本剰余金
 - 8 - 5 - 2. その他利益剰余金
 - 8 - 6. 剰余金の額
 - 8 - 7. 資本金および準備金の増減
 - 8 - 7 - 1. 資本金の減少
 - 8 - 7 - 2. 準備金の減少
 - 8 - 7 - 3. 債権者異議手続
 - 8 - 7 - 4. 資本金等の減少の効力発生
 - 8 - 7 - 5. 資本金額減少の無効
 - 8 - 7 - 6. 資本金の増加（剰余金の減少によるもの）
 - 8 - 7 - 7. 準備金の増加（剰余金の減少によるもの）
 - 8 - 7 - 8. 剰余金についてのその他の処分

研究ノート

9. 剰余金の配当

9 - 1. 総説

9 - 2. 剰余金の配当手続

9 - 2 - 1. 株主総会の決議

9 - 2 - 2. 現物配当

9 - 2 - 3. 取締役会による配当の決定

9 - 2 - 4. 中間配当

9 - 2 - 5. 配当財産の交付

9 - 3. 剰余金配当の制限

9 - 3 - 1. 純資産額による制限

9 - 3 - 2. 分配可能額による制限

9 - 3 - 2 - 1. 総説

9 - 3 - 2 - 2. 分配可能額による規制対象

9 - 3 - 2 - 3. 分配可能額の算定方法

9 - 4. 違法配当

第10章 持分会社・外国会社の管理・運営

1. 合名会社の管理・運営

1 - 1. 緒言

1 - 2. 合名会社の内部関係・外部関係

1 - 3. 社員の出資および責任

1 - 3 - 1. 社員の出資義務

1 - 3 - 2. 出資の履行

1 - 3 - 3. 社員の責任

1 - 4. 持分の譲渡・質入れ・差押え等

1 - 4 - 1. 持分の譲渡および譲受け

1 - 4 - 2. 持分の相続

1 - 4 - 3. 持分の質入れ・差押え

1 - 5. 加入および退社

1 - 5 - 1. 社員の加入

1 - 5 - 2. 社員の退社

1 - 5 - 2 - 1. 意義

1 - 5 - 2 - 2. 任意退社

1 - 5 - 2 - 3. 法定退社

- 1 - 5 - 2 - 4. 退社の効果
- 1 - 6. 制限行為能力者の社員資格
- 1 - 7. 業務執行の方法
- 1 - 8. 会社の代表
- 1 - 9. 業務執行社員と会社との関係
 - 1 - 9 - 1. 業務執行社員の義務
 - 1 - 9 - 2. 業務執行社員の責任
 - 1 - 9 - 3. 業務執行社員の権利
- 1 - 10. 社員の監視権
- 1 - 11. 社員代表訴訟
- 1 - 12. 計算等
 - 1 - 12 - 1. 会計帳簿および計算書類
 - 1 - 12 - 2. 資本金の減少
 - 1 - 12 - 3. 損益の分配および利益の配当等
 - 1 - 12 - 3 - 1. 損益の分配
 - 1 - 12 - 3 - 2. 利益の配当
 - 1 - 12 - 3 - 3. 出資の払戻し
- 2. 合資会社の管理・運営
 - 2 - 1. 緒言
 - 2 - 2. 有限責任社員と無限責任社員
 - 2 - 3. 有限責任社員の責任
 - 2 - 4. 有限責任社員の変動
 - 2 - 5. 業務執行および会社代表
- 3. 合同会社の管理・運営
 - 3 - 1. 緒言
 - 3 - 2. 社員の責任
 - 3 - 3. 社員の変動
 - 3 - 4. 業務執行および代表
 - 3 - 5. 計算等に関する特則
 - 3 - 5 - 1. 会社債権者の計算書類閲覧・謄写等請求権
 - 3 - 5 - 2. 資本金の減少
 - 3 - 5 - 3. 利益の配当
 - 3 - 5 - 4. 出資の払戻し

研究ノート

3 - 5 - 5 . 持分の払戻し

4 . 外国会社の管理・運営

4 - 1 . 外国会社の意義

4 - 2 . 代表者の選任

4 - 3 . 外国会社の登記

4 - 4 . 貸借対照表に相当するものの公告

4 - 5 . 代表者の退任規整

4 - 6 . 擬似外国会社

4 - 7 . 取引継続禁止・営業所閉鎖命令

第 8 章 委員会設置会社の体制

1. 緒言

すでに述べたように（第 3 章 3 - 2 - 8）、委員会設置会社のわが国における歴史は、まだ浅い。平成 14 年（2002 年）の旧商法特例法の改正により、当時の大会社・みなし大会社に限って、定款で定めることにより、任意的に、委員会等設置会社として、この制度を採用できることとしたのが、最初である（同年改正後旧商特 1 の 2 ）。これもすでに述べたように、その発想は、基本的に、アメリカ型のモニタリング・モデルを倣おうとするものであった。

河本一郎（1923～ ）の纏めによれば、当時の委員会等設置会社導入の長所として、以下の 2 点が挙げられている。すなわち、 監査役制度がわが国特有のものであって、外国人に理解されにくいのに対して、委員会等設置会社の体制は、国際的に（といっても、実際はアメリカにおいて）理解されやすいこと、 委員会等設置会社では、経営事項を大幅に取締役会から執行役に委任することができるため、経営の効率性が高まること、である¹。もっとも、河本によれば、 の点は、甚だムード（mood）的なものであって、高度に国際化されたわが国の大企業で、従来型の監査役設置会社であることに何ら不便はないと明言する会社もあったと評されている²。そして、この制度の選択の実質的な長所・基準は、 の観点にあったとされている³。

歴史として振り返るには、未だ日が浅いといえようが、1990 年代のわが国の企業社会は、対内的にはバブル崩壊後の不況に呻吟しつつ経営環境の立て直しを図り、対外的には押し寄せる市場化（多分に市場原理主義的

1 河本一郎『現代会社法（新訂第 9 版）』（商事法務・2004 年）569 頁。

2 同前参照。

3 同前参照。

なものであった)・グローバル化の波に対処するという、きわめて困難な局面に置かれていた。この2つの局面に同時に対処することを迫られたのである。そのために与えられた処方⁴が、徹底した企業経済の効率化の追求により、国際的な競争に耐えうる体力を涵養^{かんよう}することであった。この処方を法的に支援すべく、先にも述べたように(第1帖第1章2-4-5-4)、会社法は、90年代後半を通じて、深い検証を置き去りにしたまま(検証作業が改正作業に追いつく瑕もない程に)、矢継ぎ早に改正されたのであった。かくして、90年代のわけても後半、「企業経済の効率化・競争力の向上」がわが会社法改正の理念として次第に鮮明になったのである⁴。なお付言すれば、近時漸くにして、この当時の改正の検証の深化が見られ始めたことは、注目すべきことである⁵。

さて、このようにして迎えた21世紀初頭、法制審議会会社法部会は、平成13年(2001年)4月18日、会社法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」を公表した。委員会等設置会社制度の導入は、この中間試案において公表されたものである(中間試案第17)。

この中間試案が、企業の国際的な競争の激化を見据え、企業がその経済の効率性や企業統治の実効性を高めることを容易にしようとするものであり、その視点には、平成9年(1997年)以来行われてきた改正理念との共通性が認められるとの評価は、当時からすでに示されていた⁶。また、この中間試案が、グローバルなものを意識し、そういう中で競争力を高めるような形での法改正を目指すものであるとの指摘⁷、市場メカニズムを

4 浅木慎一「会社法制定の検証のための視座」浅木慎一・小林量・中東正文：今井克典編『浜田道代先生還暦記念・検証会社法』(信山社・2007年)16頁参照。

5 その代表的業績として、中東正文：松井秀征編著『会社法の選択 新しい社会の会社法を求めて』(商事法務・2010年)がある。

6 野田博「商法改正 その将来への視座・序論」法律時報74巻(2002年)5頁参照。

7 落合誠一：神田秀樹・斎藤静樹・深尾光洋「座談会・会社法改正の意義」ジュリスト1206号(2001年)8-9頁[神田秀樹発言]。

重視し、不必要な規制を大胆に廃止する方向性を持つものであるとの指摘⁸もなされていた。しかし、この中間試案に関しては、「他国の会社法ではできるのに、現在の日本の商法ではできないことをできるようにしよう」という意味での規制緩和を通じて、わが会社法の使い勝手の悪さを解消しようという方向性が認められるという趣旨の評価⁹が注目される。ここで意識されている他国とは、主としてアメリカである。90年代初頭から2008年(平成20年)のリーマン・ショックまでのアメリカは、唯一の超大国として、市場機能を活用した競争原理によって、経済の再生に成功を収めていた。この成功が、アメリカの企業システムを、いわゆるグローバル・スタンダードとして世界に広く受け入れさせる要因となった。このような流れの中で、わが国の企業も競争力を維持・強化して行くために企業システムのグローバル・スタンダード化が不可避である¹⁰との社会的な圧力が徐々に浸透したわけである。

委員会等設置会社制度の導入は、まさに上のような社会状況の中で実施されたのであった。このような社会状況を河本一郎は、甚だムード的なものであったと喝破したのである。その評価は、後世の商法史家の手に委ねたいと思う¹¹。

ともあれ、会社法は、旧商法特例法上の委員会等設置会社を、委員会設置会社という名称に改め、会社の規模を問わず、株式会社の機関構成の選択可能な1類型として規定したのである。会社の規模を問わないこととしたのは、ベンチャー企業等には、小規模でも、委員会設置会社となる需要もあるとの理由によるものである¹²。

8 同前 10 頁 [落合誠一発言] 参照。

9 同前 11 頁 [深尾光洋発言]。

10 井上英昭「解消が加速する株式持合いの状況」商事法務 1575 号 (2000 年) 16 頁。

11 最近では、委員会設置会社を採用する企業数が伸び悩んでいるとの指摘もある (岸田雅雄『ゼミナール会社法入門 (第7版)』(日本経済新聞出版社・2012年) 268 頁)。

12 江頭憲治郎『株式会社法 (第4版)』(有斐閣・2011年) 512 頁脚注 (2) 参照。

2. 意義

委員会設置会社は、迅速な業務執行と実効性のある経営監督の確保を目指して、両機能を担当する機関を分離する機関構成を有する株式会社である。業務執行を担当する機関として執行役を置き、経営監督は取締役会が担当するが、その実効性を確保するために、取締役会の下部機関として、過半数の社外取締役を含む取締役により構成される3つの委員会を設け、執行機関からの独立性を確保することとしている¹³。

会社法2条12号の定義規定によれば、委員会設置会社とは、「指名委員会、監査委員会及び報酬委員会（以下「委員会」という。）を置く株式会社をいう。」とのみ規定されているにすぎず、これだけでは、上に示したアウトライン（outline）は分からない。

なお、この会社をイメージするに、関俊彦は絶妙の譬えを用いている。すなわち、「プロ野球チーム（professional baseball team）に例えて単純化すれば、監督以下プレー（play）をするのが執行役であり、監督を辞めさせたり、選手の年俵を決定するオーナー（owner）に相当するのが取締役（取締役会、委員会）である¹⁴」。

繰り返し述べるように、株式会社であれば、規模の如何に関わらず、あらゆる会社が定款の定めによってこの制度を選択できる（会326）。委員会設置会社は、取締役会を置かなければならず（会327）、会計監査人を置かなければならない（会327）が、監査役を置いてはならない（会327）。

13 以上、吉本健一『会社法』（中央経済社・2010年）222-223頁。

14 関俊彦『会社法概論（全訂第2版）』（商事法務・2009年）316頁脚注。

3. 取締役および取締役会

3-1. 取締役の選任・終任

3-1-1. 選任

取締役の選任機関が株主総会であること(会 329)は、従来型の会社の取締役と同様である。決議要件・定足数もまた同様である(会 341)。欠格事由(会 331)も同様である。

委員会設置会社の取締役は、当該会社の支配人その他の使用人を兼ねることができない(会 331)。執行役を監督する立場にある取締役(会 416)が執行役の指揮命令を受ける使用人を兼務したのでは、取締役の監督権限を果たすことはできないからである¹⁵。かかる兼任禁止規定は、旧商法特例法時代には明定されておらず、ただ、監査委員となる取締役についてのみ、当該会社もしくはその子会社(当該会社が大会社である場合においては、連結子会社を含む)の執行役もしくは支配人その他の使用人または子会社の業務執行取締役を兼ねることができないとの規定が設けられていた(平成14年(2002年)改正後旧商特21の8)。この時代には、そのような者以外の取締役の場合には、使用人兼務も認められると解される余地があったため、会社法は、一般的に取締役の使用人兼務禁止規定を設けたのである¹⁶。

取締役の選任に係る議案の内容は、指名委員会が決定する(会 404)。すなわち、指名委員会によって決定された議案が、取締役会による修正・変更等がなされることなく、直接に株主総会に提出されることとなる¹⁷。

上の法構造の下では、たとえ委員会設置会社が非公開会社(全株式譲渡制限会社)であろうとも、取締役を種類株主総会により選任する旨を定款

15 青竹正一『新会社法(第3版)』(信山社・2010年)311頁。

16 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第4巻』(中央経済社・2008年)261頁〔藤原俊雄〕参照。

17 前田庸『会社法入門(第12版)』(有斐閣・2009年)529頁。

研究ノート

上定めることはできないことになる（会 108 柱書ただし書）。種類株主総会による取締役の選任は、株主にイニシアチブがあるのに対し、委員会設置会社における取締役選任議案決定権限は、指名委員会が一手に掌握しているからである。

指名委員会の決定に係る取締役選任議案に関して、候補者数に別段の制限がなく、ある株主総会において選任すべき取締役の員数と必ずしも同数である必要がないことに鑑みれば、累積投票制度（会 342）の適用は否定されないものと思われる。

3-1-2. 任期

その任期は、1年、より正確には、選任後1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である（会 332 ・ ）。非公開会社であっても、委員会設置会社制度を選択した場合には、定款によってその任期を10年に伸張することは許されない（会 332 かっこ書）。委員会設置会社にあつては、取締役会限りで計算書類を確定することができ（会 439）、一定の要件の下に自己株式の取得、剰余金の配当等の決定も取締役会限りで決定することができる（会 459 ・ ）。これに鑑みて、1年ごとに株主の信任を問う機会を与えるとの趣旨である。

定款または株主総会決議によって、その任期を短縮することは妨げられない（会 332 ・ ）。

委員会を置く旨の定款の変更または委員会を置く旨の定款の定めを廃止する定款の変更を行った場合には、定款の変更の効力が生じた時に、取締役の任期が満了する（会 332 ）。

3-1-3. 終任

辞任、解任、欠員の場合の措置に関しては、従来型の会社の取締役と同様である（民 651、会 339、346 ~ ）。

3 - 2. 取締役会

3 - 2 - 1. 権限

3 - 2 - 1 - 1. 業務執行の決定

(ア) 委員会設置会社の取締役会は、会社の業務執行に関する決定権限を有する(会 416)。この決定権限は、本来、広く会社のあらゆる業務執行全般に及ぶものである。しかし、会社法 416 条 4 項は、取締役会の専管決定決議事項を列挙したうえで、それ以外の事項については、取締役会決議をもって、その決定を執行役に委任しうるものとしている。このように、会社の業務執行の決定権限を大幅に執行役に委任しうるとの法政策は、かかる会社における迅速かつ機動的な意思決定を可能ならしめる趣旨である¹⁸。

(イ) 取締役会でまず決定すべき事項として、会社法 416 条 1 項 1 号は、以下の 5 項目を掲げている。これらの事項の決定権限こそが、委員会設置会社の取締役会の存在意義に係る根源的権限であると観察できよう。

経営の基本方針 (会 416 イ)

取締役・執行役が業務を決定し、取締役会が取締役・執行役の職務の執行を監督(評価)する際の基本方針であり、中長期計画等がこれにあたりと解される。具体的には、中長期の経営・事業計画、コーポレート・ガバナンスの基本方針、経営理念、経営ビジョン(vision)、行動基準を指す¹⁹。

監査委員会の職務の執行のため必要なものとして法務省令で定める事項(会 416 ロ)

会社法施行規則 112 条 1 項が以下の事項を定めるよう要求している。[2 の 1] 監査委員会の職務を補助すべき取締役および使用人に関する事項、[2 の 2] 当該取締役および使用人の執行役からの独立性に関する事項、[2 の 3] 執行役および使用人が監査委員会に報告をするための体制その他監

18 同前 530 頁参照、江頭・注(12)前掲 515 頁参照。

19 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第 5 巻』(中央経済社・2011 年) 311 頁 [西尾幸夫]。

査委員会への報告に関する体制、[2の4] その他監査委員会の監査が実効的に行われることを確保するための体制、である。

執行役が2人以上ある場合における執行役の職務の分掌および指揮命令の関係その他の執行役相互の関係に関する事項(会416 八)

執行役が複数いる場合の執行役相互の関係については、取締役会が決定する。これにより、効率的に業務の決定・執行をなしうる体制の整備を図るものである²⁰。

執行役が取締役会の招集を請求する場合の請求を受ける取締役(会416 二)

執行役は、職務遂行上取締役会決議による承認ないし同意を求められる場合(会416)があり、執行役は、ここで指定された取締役に対し、会議の目的たる事項を示して取締役会の招集を請求することができる(会417 前段)ので、執行役の請求に係る特定の取締役を定めおくわけである²¹。

執行役の職務の執行が法令・定款に適合しうるための体制その他会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備(会416 ホ)

委員会設置会社の内部統制システム構築に係る決定である。会社法施行規則112条2項が、以下の事項の決定を求めている。[5の1] 執行役の職務の執行に係る情報の保存および管理に関する体制、[5の2] 損失の危険の管理に関する規程その他の体制、[5の3] 執行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、[5の4] 使用人の職務の執行が法令・定款に適合することを確保するための体制、[5の5] 会社ならびにその親会社および子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制。

(ウ) 上記 ないし の決定は、委員会設置会社の取締役会の根源的専

20 同前 311 312 頁 [西尾幸夫] 参照。

21 同前 312 頁 [西尾幸夫] 参照。

管決定決議事項であるがゆえに、当該決定を個々の取締役委任することは許されない(会 416)。

(工) 取締役会は、業務執行の決定に係る権限を、その決議によって大幅に執行役に委任しうるものの、以下に掲げる事項は、執行役に委任することができず、取締役会の専管決定決議事項として、その掌中に残しておかなければならない(会 416 柱書ただし書)。

譲渡制限株式の譲渡等の承認の可否の決定(会 136、137)および指定買取人の指定(会 140)(会 416)、市場取引等による自己株式取得の決定を取締役に授権する定款の定めがある場合(会 165)における自己株式取得の決定(会 165 、156)(会 416)、譲渡制限新株予約権の譲渡等の承認の可否の決定(会 262、263)(会 416)、

株主総会の招集事項の決定(会 298)(会 416)、株主総会に提出する議案(取締役、会計参与および会計監査人の選任・解任ならびに会計監査人の不再任に関するものを除く)の内容の決定(会 416)、取締役または執行役の競業取引および利益相反取引の承認(会 365 、356 、419)(会 416)、取締役会の招集権者の決定(会 366 ただし書)(会 416)、各委員会の委員の選定および解職(会 400 、401)(会 416)、執行役の選任および解任(会 402 、403)(会 416)、会社と監査委員との訴訟における会社代表者の決定(会 408)(会 416)、代表執行役の選定および解職(会 420 前段・)、(会 416)、定款の定めに基づく取締役会による役員等の責任免除(会 423 、426)(会 416)、計算書類等の承認(会 436 、441 、444)(会 416)、中間配当に関する定款の定めがある場合(会 454)における配当事項の決定(会 454)(会 416)、事業の全部譲渡等に係る契約(株主総会決議による承認を要しないものを除く)の内容の決定(会 467)(会 416)、合併契約(株主総会決議による承認を要しないものを除く)の内容の決定(会 416)、吸収分割契約(株主総会決議による承認を要しないものを除く)の内容の決定(会 416)、新設分割計画(株主総会決議による承認を要しないものを除く)

の内容の決定（会 416 ）、株式交換契約（株主総会決議による承認を要しないものを除く）の内容の決定（会 416 ）、株式移転契約の内容の決定（会 416 ）、以上である。

（オ）以上によれば、従来型の取締役会設置会社において、取締役会の専管決定決議事項とされているもののうち、委員会設置会社の取締役会が執行役に委ねることのできる事項には、以下のようなものがある。

重要な財産の処分および譲受け（会 362 対照）、多額の借財（会 362 対照）、支配人その他の重要な使用人の選任および解任（会 362 対照）、支店その他の重要な組織の設置・変更および廃止（会 362 対照）、社債の募集に係る重要事項の決定（会 362 対照）定款授権がある場合における種類株式の内容の決定（会 108 対照）、自己株式の取得価格等の決定（会 157 対照）、自己株式の子会社からの取得（会 163 対照）、取得条項付株式の取得に係る決定（会 168 、169 対照）、取得条項付新株予約権の取得に係る決定（会 273 、274 対照）、株式の分割に係る事項の決定（会 183 対照）、株式無償割当てに係る事項の決定（会 185 対照）、所在不明株主の株式の競売等に係る事項の決定（会 197 対照）、公開会社における募集株式の募集事項の決定（会 201 対照）、公開会社における募集新株予約権の募集事項の決定（会 240 対照）、簡易株式交換・簡易分割・簡易合併等の株主総会の承認を要しない組織再編行為、などが主たる事項である。

上の および を執行役に委任できることから、委員会設置会社においては、特別取締役による取締役会決議の制度（会 373）を採用することができない。

3-2-1-2. 職務執行の監督

委員会設置会社の取締役会は、執行役等（執行役および取締役をいい、会計参与設置会社にあつては、執行役、取締役および会計参与をいう（会 404 かつこ書））の職務の執行を監督する（会 416 ）。

委員会設置会社において、執行役は、取締役会決議（会 416 柱書本文）によって委任を受けた会社の業務執行の決定および業務の執行を司る（会

418) から、取締役会による監督の主要な部分は、執行役を対象とするものである。

委員会設置会社において、取締役は、会社法または会社法に基づく命令に別段の定めがない限り、取締役たる資格において、会社の業務を執行する権限を有しない(会 415)。しかし、各々の取締役は、取締役会構成員としての職務、法定の各委員会の委員等としての職務を有しているため、それらの職務の執行が、取締役会による監督の対象となる²²。

委員会設置会社において、会計参与は、執行役と共同して計算書類(その附属明細書、臨時計算書類、連絡計算書類を含む)を作成すること、および会計参与報告を作成する職務を担う(会 374)。それらの職務の遂行が、取締役会による監督の対象となる。

3-2-2. 運営

(ア) 委員会設置会社においても、原則として、各取締役が取締役会の招集権を有するのは、従来型の会社の取締役会と同様である(会 366 本文)。さらに、定款または取締役会で招集権者を定めることもできる(会 366 ただし書)が、そのような定めがある場合であっても、各委員会がその委員の中から選定する者が、取締役会を招集することができる(会 417)。委員会の職務の成果を、取締役会に反映させるためである²³。執行役もまた、取締役会の招集請求を受ける取締役として定められた取締役(会 416 二)に対し、取締役会の目的である事項を示して、取締役会の招集を請求することができる(会 417 前段)。この請求があった場合において、5日以内にその請求の日から2週間以内の日を会日とする取締役会の招集通知が発せられないときは、当該執行役は、自ら取締役会を招集することができる(会 417 後段)。すでに述べたように、(本章 3-2-1-1 (イ))、執行役は、職務遂行上取締役会決議による承認ないし同

22 江頭・注(12)前掲518頁、青竹・注(15)前掲314頁。

23 吉本・注(13)前掲230頁。

意を求められる場合（会 416 ）があるので、速やかにこれを得る趣旨で招集請求権・招集権を与えられているのである。

（イ）各委員会がその委員の中から選定する者は、遅滞なく、当該委員会の職務の執行の状況を取締役に報告しなければならない（会 417 ）。ここに「遅滞なく」とは、委員会開催後遅滞なくとの謂である²⁴。各委員会における活動に関して、取締役会が情報を得ることにより、会社の基本方針（会 416 イ）を確認しつつ、委員である取締役の監督（会 416 ）に資するためである²⁵。

執行役は、3 ヶ月に 1 回以上、自己の職務の執行状況を取締役に報告しなければならない（会 417 前段）。この場合において、執行役は、他の執行役を代理人として、当該報告をなすことができる（会 417 後段）。したがって、執行役が 1 人しかいないときは、必ず本人が報告することを要する。この報告は、必ず会議体たる取締役会の場でなされなければならない（会 372 ・ ・ ）。また、執行役は、取締役会の要求があったときは、取締役会に出席し、取締役会の求めた事項について説明をしなければならない（会 417 ）。これらは、取締役会による執行役の監督（会 416 ）の実を挙げるとともに、執行役と取締役会との連携を図る趣旨である。

上記、会社法 417 条 4 項に依拠した執行役の 3 ヶ月に 1 回以上の職務執行の状況の報告を除き、取締役、会計参与、会計監査人または執行役が、取締役の全員に対して報告すべき事項を通知したときは、当該事項を取締役会へ報告することを要しない（会 372 ・ ・ ）。

なお、会社法は、会計参与が取締役に報告義務を負う旨の規定や取締役会が会計参与に報告を求める旨の直接の規定を欠くが（上記、会社法 372 条 3 項 1 項により、取締役会への報告省略対象機関に会計参与が含ま

24 奥島孝康：落合誠一：浜田道代編『新基本法コンメンタル会社法 2』（日本評論社・2010 年）299 頁 [大塚龍児]。

25 同前 [大塚龍児]。

れていることから、会計参与も取締役会に対する報告をなすことができると解される)、会計参与から報告を求めべき事態であると知りながら、これを看過したような場合に、これによって会社に損害が生じたときは、取締役は任務懈怠責任(会 423)を免れないと解されよう。

(ウ) 取締役会の招集手続、決議要件、決議方法、決議の省略については、従来型の取締役会と同様である(会 368、369 ・ 、370)。

3-2-3. 議事録

議事録は、これを作成しなければならないが(会 369 ~) 招集権者が異なること、委員による報告があることから、従来型の会社のそれと作成内容に異なるところがある²⁶(会施規 101)。議事録の備置きは、執行役がこれをなす²⁷。その閲覧・謄写等は、従来型の会社の取締役会議事録と同様である(会 371)。ただし、会社債権者は、取締役のみならず執行役の責任を追及するため必要があるときも、裁判所の許可を得て、閲覧・謄写等の請求ができる(会 371)。

3-3. 各委員会

3-3-1. 各委員会の構成

(ア) 委員会設置会社においては、取締役によって構成される機関として、指名委員会、監査委員会、報酬委員会、という3委員会を置かなければならない(会 2)。

各委員会は、それぞれ取締役たる3人以上の委員によって組織される(会 400)。3人というのは、やはり多数決に必要な最低員数を意識した数であると思われる。各委員会の委員は、取締役の中から、取締役会の決議によって選定する(会 400)。各委員会の委員の過半数は、社外取締役でなければならない(会 400)。話が前後するが、したがって、指名

26 青竹・注(15) 前掲 315 頁。

27 前田・注(17) 前掲 535 頁。

委員会の決定に係る取締役の選任に係る議案の内容（会 404）は、3 委員会が法定要件を満たして組織できるよう配慮されなければならない。社外取締役の定義は、従来型の株式会社の社外取締役のそれと同様に、会社法 2 条 15 号に従う。

各委員会について社外取締役が過半数を占めなければならないのは、その委員会の主たる構成員に経営から完全に独立した取締役をあて、各委員会に重要な役割を担わせることによって、取締役会におけるとりわけ執行役に対する監督権限を充実かつ強化しようとする趣旨である²⁸。

（イ）3 委員会の委員のうち、監査委員会を構成する監査委員に関しては、兼任禁止規定がある。すなわち、監査委員は、当該会社もしくはその子会社の執行役もしくは業務執行取締役または子会社の会計参与（会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員）もしくは支配人その他の使用人を兼ねることはできない（会 400）。社外取締役でない監査委員は、過去にそのような地位にあった者であっても差し支えないこととなる。これは、従来型の会社における監査役の兼任禁止（会 335）と同趣旨に出たものである。

なお、常勤監査委員の設置は要求されていない。

（ウ）これに対し、指名委員会や報酬委員会においては、執行役兼任取締役を、その委員に選定することが許される。これは、社外取締役が執行役の側と連携して取締役の人事および取締役・執行役の報酬について決定することが合理的であると考えられたためであるとされている²⁹。

また、1 人の取締役が複数の委員会に属することを禁ずる規定は設けられていない。よって、委員会設置会社において、社外取締役の資格を満たす取締役の最低員数は 2 人であるということになる（各委員会の員数を法

28 その理念の詳細については、酒巻：龍田編・注（19）前掲 210 - 211 頁 [久保田安彦]、奥島：落合：浜田編・注（24）前掲 266 - 267 頁 [尾崎安史] を参照のこと。

29 酒巻：龍田編・同前 211 頁 [久保田安彦] 参照。

定最低員数の3人と定め、2人の社外取締役を3委員会の委員を兼任する者として選定すれば足りるからである)。

(工) 委員会設置会社における各委員会・委員の重要な役割に鑑み、取締役のうち社外取締役であるものについて社外取締役である旨、および、各委員会の委員の氏名は登記事項とされている(会911 ㉒イロ)。

(オ) 各委員会の委員は、何時でも、取締役会の決議をもって、解職することができる(会401)。委員の解職の場合には、取締役・監査役・会計監査人の解任や執行役の解任と異なり、正当な理由のない解職についての委員の損害賠償請求権の規定が設けられていない(会339、403 対照)。たとえ委員を解職されたとしても、当然には取締役たる地位までをも失うものではないから、取締役の任期に対する期待さえ保護すれば足りると考えられた結果であろう³⁰。もっとも、正当な理由なく委員が解職された場合、委員の利益を保護する必要が皆無であるとはいいきれないので、このような場合に、会社法339条2項を類推適用する余地があるとの見解が示されている³¹。

(カ) 各委員会の委員の員数(定款で4人以上の員数を定めたときは、その員数)が欠けた場合には、任期の満了または辞任により退職した委員は、新たに選定された委員が就任するまで、なお委員としての権利義務を有する(会401)。裁判所は、必要があると認めるときは、利害関係人の申立てにより、一時委員の職務を行うべき者を選任することができる(会401)。裁判所は、一時委員の職務を行うべき者を選任した場合には、会社がその者に対して支払う報酬の額を定めることができる(会401)。役員に欠員を生じた場合と同旨である(会346～参照)。

(キ) 委員会設置会社の取締役会は社外取締役を含む全員の取締役によって構成されるから、各委員会は取締役会の内部機関であると解される³²

30 同前220頁[久保田安彦]。

31 同前[久保田安彦]参照。

32 関・注(14)前掲316頁。

(しかし、独立性を有している)。

3-3-2. 各委員会の職務および権限

3-3-2-1. 指名委員会

(ア) 指名委員会は、株主総会に提出する取締役（会計参与設置会社にあつては、取締役および会計参与）の選任および解任に関する議案の内容を決定する権限を有する（会 404 ）。

指名委員会にこうした権限が与えられたのは、取締役と執行役との兼任が認められ（会 402 ）、そうした取締役が取締役会の過半数を占める状況が容認されている中で、取締役の選解任に関する議案の内容の決定権を取締役に認めた場合には、監督権限を適切に行使できる人材が取締役として選任されないことになり、その結果として、委員会設置会社における監督機能の充実・強化に結びつかないと考えられたためである³³。

取締役会は、取締役（取締役および会計参与）の選任・解任に関する議案については、指名委員会が決定したものをそのまま総会議案としなければならない、これと異なる議案が上呈され、総会で可決された場合には、総会決議の取消原因となる³⁴（会 831 ）。

委員会の構成員の過半数が社外取締役であるから、取締役の候補者となるには、社外取締役から肯定的な評価を受けなければならない。このような形で、社外取締役によって取締役の人事に一定の影響が及ぶことが期待されているのである。こうして選出された取締役によって構成された取締役会は、執行役および取締役の業務執行につき、客観的かつ公正な監督権限を行使することができるものと意図されているのである。

指名委員会に執行役の選解任権がないのは、この権限が、執行役に対する監督権限の一部として、取締役会に留保されているからである³⁵。

33 酒巻：龍田編・注（19）前掲 255 頁 [若林泰伸]。

34 龍田節『会社法大要』（有斐閣・2007 年）124 頁。

35 江頭・注（12）前掲 522 頁参照。

(イ) 指名委員会は、当該委員会の各委員が招集する(会 410)。招集権者を定める規定を設けなかったのは(会 366 ただし書対照)、社外取締役たる委員の招集権を確保する趣旨である³⁶。委員会を招集するには、委員は、委員会の会日の1週間(定款による短縮が認められる)前までに、委員会の各委員に対してその通知を発しなければならない(会 411)。ただし、指名委員会の委員の全員の同意があるときは、招集手続を省略できる(会 411)。

執行役および取締役(会計参与設置会社にあつては、執行役、取締役および会計参与)は、指名委員会の要求があつたときは、指名委員会に出席し、委員会が求めた事項について説明しなければならない(会 411)。指名委員会の委員でない執行役および取締役は、委員会の求めがあるときに出席義務があり発言できるだけであり、委員会への出席権はない³⁷。

(ウ) 指名委員会の決議は、議決に加わることができるその委員の過半数(取締役会の決定による加重が認められる)が出席し、その過半数(取締役会の決定による加重が認められる)をもって行う(会 412)。委員会は取締役会の内部機関であるから、その決議要件は、取締役会の決定による加重が認められるのである。委員会が加重された決議要件に縛られて暗焦に乗り上げたときは、取締役会が再考して、その要件を緩めればよい。ただし、取締役会が定めうるのは、人数において上回る割合であるから、たとえば、定足要件・決議要件として、社内取締役全員一致を含む過半数、逆に社外取締役全員一致を含む3分の2などは、特定の委員に拒否権を与えるもので許されない³⁸。

指名委員会の決議において、特別の利害関係を有する委員は、議決に加わることができない(会 412)。指名委員会において、自らを取締役に選任する株主総会の議案を決定する場合には、従来型会社における代表取

36 奥島：落合：浜田編・注(24)前掲285頁[大塚龍児]。

37 同前287頁[大塚龍児]。

38 同前288-289頁[大塚龍児]。

締役の選定（会 362 ）の場合の候補者と同様、特別利害関係人に当たらない。そうでなければ、指名委員会を構成する全取締役を再任する場合に、その議案を決定する委員が存在しなくなってしまう。逆に、指名委員会において、解任議案の対象となる委員は、従来型会社における代表取締役の解職で述べたところ（第 5 章 4 - 2 - 3 - 3）と同様の理由により、特別利害関係を肯定すべきであると考えらる。

委員数 3 人で、2 人が特別利害関係人に該当する場合には、1 人の委員の決するところによる³⁹。大塚龍児は、1 人では会議といえないと考えられると主張するが⁴⁰、この場合にも、委員会自体は存在しているであろう。これを不都合と考えるなら、取締役会が委員の差替えを決定すれば済む話であるから、さほど議論の実益はない。

（エ）指名委員会の議事については、法務省令（会施規 111）で定めるところにより、議事録を作成し、出席した委員は、これに署名・記名押印または電子署名をしなければならない（会 412 ）。決議に参加し、議事録に異議をとどめなかった委員は、その決議に賛成したものと推定される（会 412 ）。

議事録は、委員会の日から 10 年間、その本店に備え置かれる（会 413 ）。会社の取締役は、議事録の閲覧・謄写等を自由になしうる（会 413 ）。これにより、委員会構成員でない取締役が委員会の情報を入手し、取締役会における取締役・委員の監督手段となしうる点に意義がある。

会社の株主は、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、議事録の閲覧・謄写等の請求が可能である（会 413 ）。許可の申立てに際して、必要性を疎明することを要する（会 869）。会社の債権者は、委員の責任を追及するため必要があるときに、親会社社員は、その権利を行使するため必要があるときに、各々裁判所の許可を得て、議事録の閲覧・謄写等の請求が可能である（会 413 ）。裁判所は、上の請求

39 龍田・注 (34) 前掲 116 117 頁参照。

40 奥島：落合：浜田編・注 (24) 前掲 288 頁 [大塚龍児]。

に係る閲覧・謄写等により、会社または親会社もしくは子会社に著しい損害を及ぼすおそれがあると認めるときは、許可をすることができない(会 413)。

(オ) 執行役、取締役、会計参与または会計監査人が指名委員の全員に対し指名委員会に報告すべき事項を通知したときは、当該事項を指名委員会に報告することを要しない(会 414)。

たとえ定款または取締役会で取締役会の招集者を定めていようが(会 366 ただし書)、指名委員会が選定した委員は、取締役会を招集することができる(会 417)。その趣旨は、本章 3 - 2 - 2 (ア) で述べたとおりである。指名委員会が選定した委員は、遅滞なく、委員会の職務の執行の状況を、取締役会に報告しなければならない(会 417)。

(カ) 指名委員会の委員が、その職務の執行につき、会社に対し、費用の前払いの請求、支出をした費用および支出の日以後におけるその利息の償還の請求、負担した債務の債権者に対する弁済(当該債務が弁済期にない場合にあつては、相当の担保の提供)の請求、をしたときは、会社は、当該請求に係る費用または債務が当該委員の職務の遂行に必要なことを証明した場合を除き、これを拒むことができない(会 404)。

3 - 3 - 2 - 2. 監査委員会

(ア) 監査委員会は、執行役および取締役(会計参与設置会社にあつては、執行役、取締役および会計参与)の職務の執行の監査および監査報告の作成、株主総会に提出する会計監査人の選任・解任および不再任に関する議案の決定、に係る権限を有する(会 404)。

(イ) 委員会設置会社を除く従来型の取締役会設置会社にあつては、会社法は、原則として、取締役の職務執行の監督について、「取締役会による監督」(会 362)と、「監査役による監査」(会 381 前段)という二重の監督体制を採る。前者の監督は、業務の適法性および妥当性にまで及んでおり(第 5 章 4 - 1 - 2 - 2)、後者の監査は、妥当性をまったく排除するものでないにせよ、適法性の監査に限られる(第 6 章 5 - 1)。適法性の監督ないし監査の点では、両者は競合するが、監査役に対しては、取締役

の違法行為差止権（第6章5-3-4）をはじめとする具体的権限を付与するとともに（第6章5-3）、その地位の独立性を保障する措置が構じられているので、会社法は、監査役による適法性の監査には、より精緻な深い監査を期待しているものと解されよう。他方、取締役会における個々の取締役には上述のような配慮はなされていない。よって、取締役会は、代表取締役・業務執行取締役の選定・解職権等を通じて、主として大局的な立場から、業務執行の適法性および妥当性について監督することが期待されていると解される。

委員会設置会社にあつては、取締役会は、執行役・取締役・会計参与の職務の執行を監督する（会416）とされ、また、監査委員会が、執行役・取締役・会計参与の職務の執行を監督する（会404）とされているから、やはり二重の監督体制が採られていると観察できる。それゆえ、委員会設置会社にあつても、監査委員会の監査権限と取締役会の監督権限の関係（監査委員会の監督権限の範囲）が問題となる。

（ウ）監査委員会の構成員である監査委員は、全員が取締役であつて、取締役会の構成員としては妥当性監査の権限を有する。同じ取締役が監査委員会の構成員としては適法性の監査権限にその権限を限られるとするのは不合理である。したがつて、監査委員会の監査委員の権限は、執行役・取締役・会計参与の職務執行の適法性のみならず妥当性の監査にも及ぶ⁴¹。監査委員に与えられる情報は、取締役会に与えられる情報と共通しており、監査委員会は、妥当性監査を行うに足る情報を有していることになる。さらに、監査委員会または監査委員には、以下に観るように、従来型会社の監査役に与えられている権限に相当する諸権限が与えられている。しかも、社外取締役が過半数を占めるとともに兼任禁止（本章3-3-1（イ））など業務執行担当者からの独立性を有している。したがつて、会社法は、監査委員会に、より精緻な監督監査を期待し、取締役会の監督は、大局的な

41 加美和照『新訂会社法（第10版）』（勁草書房・2011年）352頁、吉本・注（13）前掲225頁、青竹・注（15）前掲316頁。

見地に立つそれになるということになる。

(工) 監査委員に与えられる具体的権限は、以下のとおりである。

事業報告請求権・業務財産調査権

監査委員会が選定する監査委員は、いつでも、執行役・取締役・会計参与および支配人その他の使用人に対し、その職務の執行に関する事項の報告を求め、または会社の業務および財産の状況を調査することができる(会 405)。監査委員会が選定する監査委員は、委員会の職務を執行するため必要があるときは、当該会社の子会社に対して事業の報告を求め、または子会社の業務および財産の状況を調査することができる(会 405)。ただし、子会社は、正当な理由があるときは、上の報告または調査を拒むことができる(会 405)。

これらの権限は、従来型会社における監査役の実務報告請求権・業務財産調査権(会 381 ~)に対応するものである。しかし、監査役であれば、誰しものが、独任制の機関としてこのような権限を有するのに対し、委員会設置会社の各監査委員は、独自に上の権限を行使しうるとはされていない。上の権限を行使しうるのは、監査委員会が選定した監査委員に限られる(独任制の否定)。しかも、監査委員会が選定した監査委員が上の権限を行使する場合であっても、その報告の徴収または調査に関する事項につき、監査委員会の決議があるときは、これに従わなければならない(会 405)。すなわち、各監査委員が独自に監査活動を行うのではなく、監査委員会として組織的に監査することが求められている。

上の法政策は、監査委員が、監査委員会としての統一した方針の下で職務を行うことで、組織的・有機的な監査が期待されているものと理解される。監査委員会は、委員会としての独立性が高く、執行役の業務全般に対する監督権を有するため、監査役と同等の独任制を強調する必要がないと論じられているのである⁴²。

なお、すべての監査委員を調査権限を有する監査委員として選定するこ

42 以上、酒巻：龍田編・注(19)前掲271頁[近藤光男]参照。

とは禁じられていない。

取締役会への報告義務（報告権限）

監査委員は、執行役・取締役が不正の行為をし、もしくは当該行為をするおそれがあると認めるとき、または法令・定款に違反する事実もしくは著しく不当な事実があると認めるときは、遅滞なく、その旨を取締役に報告しなければならない（会 406）。

従来型会社における監査役の取締役・取締役会への報告義務（会 382）に対応する規定である（第 6 章 5 - 3 - 2 - 1）。

この義務（権限）は、と異なり各監査役に認められる。これは、主に経営判断の妥当性というよりも、違法性にも係わる事柄なので、独任制的な規定となっているのである⁴³。

違法行為差止請求権

監査委員は、執行役・取締役が会社の目的の範囲外の行為その他法令・定款に違反する行為をし、またはこれらの行為をするおそれがある場合において、当該行為によって当該会社に著しい損害を生じるおそれがあるときは、当該執行役・取締役に対し、当該行為をやめるよう請求することができる（会 407）。

従来型会社における監査役による取締役の違法行為差止請求権（会 385）に対応する規定である（第 6 章 5 - 3 - 4）。

監査委員の差止請求にもかかわらず、執行役・取締役が違法行為をやめないときは、差止めの訴えを提起し、また、仮処分を申請することになるが、裁判所は、差止めの仮処分について監査委員に担保を立てさせる必要はない（会 407）。従来型会社の監査役による仮処分申請の場合と同様の規定（会 385）である。

会社と執行役・取締役との間の訴訟における会社代表

会社が取締役・執行役（過去にその地位にあった者を含む、以下同様）に対し、または、取締役・執行役が会社に対し、訴えを提起するに際して

43 同前 277 頁 [近藤光男]。

は、(a) 監査委員が当該訴えに係る訴訟の当事者である場合には、取締役会が定める者（株主総会が定めた場合は、その者）が、(b) それ以外の場合には、監査委員会が選定する監査委員が、それぞれ会社を代表する（会 408 ）。監査委員が訴訟当事者となった場合には、公正な訴訟運営を確保すべく、監査委員会は全体として会社を代表するのは適切でないとの立場から、取締役会に判断が委ねられている⁴⁴。ただし、過去に監査委員であった取締役と会社との間の訴訟にあっては、監査委員会が選定する監査委員が会社を代表する。

執行役・監査役が会社に対して訴えを提起する場合には、当該訴えを提起する監査委員を除いて、各監査委員が当該訴状を受領する権限がある（会 408 ）。すなわち、いずれかの監査委員に対する訴状の送達があれば、当該送達は、会社に対する関係で効力を生じる。この法政策は、当該訴訟において会社を代表する監査委員が選定されていない事態も想定されることによるものである⁴⁵。

株主代表訴訟の提訴前の手続として、株主が会社に対して執行役・取締役の責任を追及する訴えの提起を請求するとき（会 847 本文）は、かかる請求を受ける会社代表者は、各監査委員である（会 408 ）。ただし、当該訴えに係る訴訟の相手方となる監査委員が請求を受けるのは、不適切・不公正であるから、この者は除外される（会 408 第2かっこ書）。

責任追及の訴えを提起した株主から、訴えを提起した旨の訴訟告知（会 849 ）を受ける場合や、株主が代表訴訟において和解をなすに際し、和解内容の通知・和解に異議があればこれを述べるべき旨の催告（会 850 ）を受ける場合もまた、各監査委員が会社を代表するが、この場合も当然に、当該訴えに係る訴訟の相手方となる監査委員は除外される（会 408 ）。

執行役等の責任免除に係る同意権

委員会設置会社においては、(a) 会社法 425 条に依拠して、取締役

44 同前 283 頁 [近藤光男]。

45 奥島：落合：浜田編・注 (24) 前掲 283 頁 [遠藤美光]。

(監査委員である者を除く) および執行役の責任の一部免除に関する議案を株主総会に提出する場合、(b) 同 426 条に依拠して、取締役(監査委員である者を除く) および執行役の責任免除に係る定款変更議案を総会に提出し、または取締役(監査委員である者を除く) および執行役の責任の免除についての議案を取締役会に提出する場合、(c) 同 427 条に依拠して、社外取締役(監査委員である者を除く) との責任限定契約設定に係る定款変更議案を総会に提出する場合には、各監査委員の同意を得なければならない(会 425、426、425、427、425)。

(オ) 監査委員会は、各事業年度ごとに監査報告を作成しなければならない(会 404)。業務監査事項に係る監査委員会の監査報告の内容については、会社法施行規則 131 条 1 項に定めがある。その内容は、従来型会社における監査役・監査役会の監査報告に対応するものとなっている(会施規 129、130 参照)。また、計算関係書類に係る監査委員会の監査報告の内容については、会社計算規則 129 条 1 項に定めがある。この内容もまた、従来型会社における会計監査人設置会社の監査役・監査役会の監査報告に対応している(会社計算 127、128 参照)。

監査報告の内容は、監査委員会の決議をもって定めなければならない(会施規 131、会社計算 129)。監査報告の作成に際し、各監査委員は、監査報告の内容が自己の意見と異なるときは、監査報告に自己の意見を付記することができる(会施規 131 柱書後段、会社計算 129 柱書後段)。これまた従来型会社における監査役会監査報告に対応している(会施規 130 柱書後段、会計計算 128 柱書後段参照)。

(カ) 監査委員会が、株主総会に提出する会計監査人の選任・解任・不再任に関する議案の内容の決定権を有することについては、すでに述べたとおりである(第 7 章 2-2-4、2-2-5)。また会計監査人の解任権限を有することも先に述べたとおりである(第 7 章 2-2-5)。

(キ) 監査委員会の運営であるが、その招集手続、執行役・取締役・会計参与の委員会への出席・説明義務については、指名委員会と同様である(本章 3-3-2-1 (イ))。決議等もまた指名委員会と同様である(本章 3-

3-2-1 (ウ))。監査委員会の決議事項に関して、特別利害関係が肯定される事態は少ないのではないと思われる(委員会の構成員たる取締役の取締役としての職務の遂行状況が審議の俎上に上される場合がありうるかもしれない)。議事録の作成・備置き・開示等についても、指委員会のそれと同様である(本章3-3-2-1(オ))。

監査委員の職務の執行についての費用償還請求についても指名委員会の場合と同様である(本章3-3-2-1(カ))。

3-3-2-3. 報酬委員会

(ア) 報酬委員会は、執行役・取締役および会計参与が受ける個人別の報酬等の内容を決定する権限を有する(会404 前段)。よって、委員会設置会社にあつては、これらの者の報酬等を株主総会の決議で定めることができないし、たとえ総会決議をもってしても、取締役会または代表執行役などにその決定を一任することも許されない。執行役が会社の支配人その他の使用人を兼ねているときは、使用人としての報酬等の内容をも、報酬委員会が決定する(会404 後段)。使用人としての報酬等の内容をも報酬委員会の手に乗ねたのは、報酬規整の潜脱防止の趣旨である⁴⁶。

報酬委員会は、執行役等の個人別の報酬等の内容に係る決定の方針を定め、当該方針に従つて、個人別の報酬等の内容を決定しなければならない(会409 〃)。そして、その報酬等を 確定金額とする場合は、個人別の額、 不確定金額とする場合は、個人別の具体的な算定方法、 非金銭型とする場合は、個人別の具体的な内容、を決定しなければならない(会409 柱書本文 ~)。ただし、会計参与の個人別の報酬等は、上の でなければならない(会409 柱書ただし書)。会計参与の報酬等に または を認めないのは、会計参与の職務の性質上、あるいは独立性という観点から、相応しくないからであるとされている⁴⁷。しかし、従来型の会社にあつては、会計参与に不確定額の報酬または非金銭報酬を支給すること

46 酒巻：龍田編・注(19) 前掲259頁 [若林泰伸] 参照。

47 同前289頁 [近藤光男]。

に特段の制限は存しないのであるから（第7章1-4-1）、委員会設置会社の会計参与に限って、その報酬が でなければならぬ合理的な理由は見出し難い⁴⁸。

なお、公開会社においては、個人別の報酬等の内容に係る決定に関する方針の決定方法および方針の概要が、事業報告において開示される（会施規121）。

（イ）委員会設置会社においては、各委員会委員の過半数が社外取締役（いうならば、非常勤の取締役）であるから、取締役が取締役として受ける報酬等は多くないのが通常であり（会計参与の報酬も）、報酬等として金額等が多額となるのは、すなわち、株主の利害にとってより重要となるのは、執行役のそれについてである⁴⁹。報酬委員会制度の狙いは、社外取締役が過半数の委員会がコンサルタント（consultant）等を利用してその合理的なシステムを確立し、かつそれを開示することにより、各執行役の業績の報酬への反映および株主との利害の調整を図ることにある⁵⁰。

（ウ）報酬委員会の運営等については、指名委員会と同様である（本章3-3-2-1（イ）～（カ））が、決議に特別利害関係を有する者（会412）に関して、委員自身の取締役としての報酬、執行役を兼ねるときの執行役の報酬の決定が、当該委員にとって、特別利害関係となることは明らかであろう⁵¹。

4. 執行役・代表執行役

4-1. 執行役の意義

「執行役」は、取締役会から委任を受けた事項について業務の執行の決定を行うとともに、会社の業務の執行それ自体を司る機関である（会418）。

48 青竹・注（15）前掲318頁。

49 江頭・注（12）前掲529頁脚注（5）、奥島：落合：浜田編・注（24）前掲284頁 [遠藤美光] 参照。

50 江頭・同前、奥島：落合：浜田編・同前284～285頁 [遠藤美光]。

51 奥島：落合：浜田編・同前288頁 [大塚龍児] 参照。

委員会設置会社における必要的常設機関である (会 402 参照)。

委員会設置会社の業務執行の基本的な構図は、取締役会の意思決定に基づき、その拘束 (牽制)・監督の下、執行役がこれを執行することになる。しかし、すでに述べたように (本章 3 - 2 - 1 - 1)、取締役会は、その専管決定決議事項を除き、会社の業務の執行に係る意思決定を大幅に執行役に委任することができるという法政策が採られている。

このように、業務執行権限を取締役会から執行役へと相当に集中させる狙いは、執行役が業務執行をなし、取締役会がそれに対する監督をなす、という形で、業務執行権限と監督権限とを分離しようとする点にあると思われる。つまり、この体制下では、執行役において機動的迅速な業務執行を実施することが可能となり、その業務執行につき、取締役会およびこれと連携した監査委員会による充実した監査・監督をなすことが可能になっている。もっとも、後述するように (本章 4 - 2 - 1)、取締役が執行役を兼任することは可能であり (会 402)、執行役兼取締役の人数や取締役会におけるその比率等については、特段の規定がないので、業務執行自体とその監督の分離といっても、完全に両者が分離しているわけではない。

4 - 2. 選任・終任

4 - 2 - 1. 資格・欠格事由・兼任禁止

執行役たりうる資格・欠格事由は、取締役のそれと同様である (会 402 331)。公開会社にあつては、執行役が株主でなければならない旨を定款で定めることはできない (会 402)。

執行役が使用人を兼務しうること、会社法 404 条 3 項の規定から、明らかである。執行役が使用人を兼ねる場合に、使用人として受ける報酬等の内容についても、報酬委員会に決定権限があること (会 404 後段)、先に述べたとおりである (本章 3 - 3 - 2 - 3 (ア))。

会社法 402 条 6 項は、明文をもって、執行役が取締役を兼ねることを許している。これは、取締役会の中に執行役を兼任する取締役がいた方が、取締役会が会社の業務執行の状況などを把握することが容易になり、取締

役会による適切な決定や監督に資すると考えられること、委員会設置会社のモデルとなったアメリカにおいても、そこまで両者の分離を徹底していないこと、社外取締役が過半数を占める指名委員会の権限（取締役の選解任議案の内容の決定）が適切に行使されることにより、取締役会の構成が適切になされ、執行役との関係を適切に処理することができると思われること、などを理由とする法政策が採られた結果である⁵²。

執行役兼取締役が、取締役たる資格で、指名委員会や報酬委員会の委員に選定されることはありうるが、監査委員会の委員たりえないこと（会 400）はすでに述べたとおりである（本章 3 - 3 - 1（イ）（ウ））。

執行役は会計参与を兼ねることができず（会 333）、また、親会社の監査役・監査委員・会計参与を兼ねることができない（会 335、400、333）。

4 - 2 - 2. 員数

執行役は、1人以上あれば、何人でもよい（会 402）。

4 - 2 - 3. 選任

執行役は、取締役会の決議によって選任する（会 402）。執行役の選任権限が、株主総会でも指名委員会でもなく、取締役会に付与されたのは、

取締役会は執行役の職務分掌等を決定する業務執行の決定機関であり、かかる機能と執行役の選解任は密接に関連すること、取締役会は執行役の監督機関であり、執行役の選解任権は取締役会の監督機能を強化する上で必要な権限であること、取締役会に執行役の選解任権を与えることで、執行役の速やかな入れ替えが可能になること、などの理由による⁵³。

もっとも、会社はそれぞれの需要に応じた支配形態をとりうべきであるから、定款をもって、執行役の選解任を株主総会の決議事項とすることは

52 酒巻：龍田編・注（19）前掲 235 頁 [河村賢治]。

53 同前 232 - 233 頁 [河村賢治]。

許されよう (第4章1-2-2-3)。

執行役への就任は、本人の承諾を当然に必要とする。この者に重い義務・責任を課すことになるからである。理論的には、執行役任用契約を観念すべきかと思われる。

執行役の氏名は登記事項である (会 911 ㉔口)。

4-2-4. 終任

4-2-4-1. 終任事由

執行役と会社との関係は、委任に関する規定に従うから (会 402)、執行役は、事由の何如を問わず、何時でも辞任することができる (民 651)。しかし、会社に不利な時期に辞任したときは、やむをえない事由のない限り、会社に生じた損害を賠償しなければならない (民 651)。

執行役が破産手続開始の決定を受ければ、委任終了事由に該当するが (民 653)、この者を再び執行役に再任することが可能であることは、取締役が破産手続開始の決定を受けた場合と同様である (第5章2-6-1)。

欠格事由 (402 331) の発生、定款所定の資格の喪失、会社の解散 (会 471 参照) も執行役の終任事由となる。

執行役の終任もまた登記を要する (会 911 ㉔口、915)。

4-2-4-2. 任期

執行役の任期は、選任後1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後最初に招集される取締役会の終結の時までである (会 402 本文)。委員会設置会社の取締役の任期が、選任後1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されている (会 332) ところ、新たに選任された取締役により構成された取締役会によって執行役を選任することが適切であると考えられたためである⁵⁴。

54 同前 236 頁 [河村賢治] 参照。

定款により、上の任期を短縮することは許される（会 402 ただし書）。執行役が定時株主総会の時期とは異なる時点で選任された場合に、新たに選任された執行役の任期を他の執行役の任期に合わせて短縮する旨を定款に定めることには合理性が認められるからである⁵⁵。

委員会設置会社が委員会を置く旨の定款の定めを廃止する定款の変更をした場合には、執行役の任期は、当該定款の変更の効力が生じた時に満了する（会 402 ）。

4-2-4-3. 解任

取締役会は、事由の何如を問わず、何時でも、その決議によって、執行役を解任することができる（会 403 ）。定款をもって、株主総会がその解任権を留保する場合には、株主総会の決議によるが、解任が否決されても株主の解任訴権は認められない（会 854 対照）。

取締役会による執行役の解任は、業務執行の決定・監督機関による業務執行者の解任であるから、性質的には、従来型会社における取締役会の代表取締役の解職に近いものである⁵⁶。そうであるとすれば、代表取締役の解職に係る取締役会において、解職対象代表取締役が特別利害関係人（会 369 ）に該当すると同様に執行役兼取締役についても、当該執行役の解任に際し、この者は、特別利害関係人に該当するものと解されよう（第 5 章 4-2-3-3）。

正当な理由なく解任された執行役は、解任によって生じた損害の賠償を会社に請求することができる（会 403 ）。執行役は、取締役の地位を前提とするものでないため、解任時の地位の不安定さは大きいといえる。河村賢治（1973～ ）は、たとえそうであるとしても、業務執行の決定・監督機関である取締役会が経営判断の失敗を理由として執行役を解任することは、その職責を果たすものであるといえることができるのであるから、経営判断の失敗は、執行役解任の「正当な理由」になると考えるべきでは

55 同前 236 237 頁 [河村賢治]。

56 同前 246 頁 [河村賢治] 参照。

ないだろうかと主張する⁵⁷。

果たしてそうであろうか。先に述べたように (本章 2)、関俊彦は、委員会設置会社のイメージをプロ野球チームに譬えて単純化し、オーナーを取締役 (取締役会・委員会) に、監督以下のプレイヤー (player) を執行役に、それぞれ擬したが、不佞はこれを、旧帝国海軍軍令部 (一部の権限は旧海軍省、以下同様) と各艦隊司令の關係に擬するのがより相応しいと考える。根本的な作戦目的の立案、艦隊の編成、人事などは、軍令部が掌握している。これは会社法 416 条 1 項に相当する権限であり、軍令部に任命された各司令は、この作戦目的に拘束され、作戦行動を行う。取締役会によって決定された執行役相互の指揮命令系統の頂点に立つ執行役が、いわば聯合艦隊司令長官に該当する。いったん戦闘が開始されれば、軍令部は、これを現場に委ねる他ない。戦闘海域における作戦行動は、目まぐるしく変化する戦闘状況の中で、艦隊司令が、各艦隊と連携しつつ、臨機応変にこれを行う。この作戦行動こそが、執行役の経営判断に該当するものである。最善を尽くしてなお、戦闘に敗れた場合、軍令部は、自らの行為を省みることなく、艦隊司令を更迭してそれで済むというものではない。そもそも艦隊司令を羈束する作戦目的に誤りがなかったのか、艦隊の編成に問題はなかったのか、こういった点を検証することなく、作戦行動を批判すること自体、失当である。作戦行動を批判できるとすれば、当該戦闘局面において、誰の目から観てもありえない判断が下された場合に限ってのことであろう。こう考えると、経営判断の失敗は、必ずしも執行役解任の正当な理由になるとはいえないと思われる。そうでなければ、有為の人材は、執行役への就任を躊躇うことになる。

4 - 2 - 5. 欠員の場合の措置

執行役が欠けまたは定款で定めた員数を欠くときの措置は、委員会の委

57 同前 247 頁 [河村賢治]。

員の員数が欠けた場合と同様である（会 403 ）（本章 3 - 3 - 1（力））。

4 - 2 - 6. 職務執行の停止・職務執行代行者の選任

執行役の選任決議に瑕疵がある場合には、仮処分による執行役の職務執行の停止およびその職務の代行者の選任がありうる⁵⁸（会 917 、民保 56）。

4 - 3. 執行役の権限および義務

4 - 3 - 1. 一般的権限

執行役は、取締役会決議により委任を受けた会社の業務執行の決定、および、会社の業務の執行、という権限を有する（会 418）。

複数の執行役がある場合に、各執行役の職務の分掌および指揮命令の関係その他の執行役相互の関係に関する事項は、取締役会が決定する（会 416 八）。業務執行事項の決定の多くを会社の自治に委ねることにより、効率的な業務執行が期待されているのである⁵⁹。

会社と執行役との関係は、委任に関する規定に従う（会 402 ）ので、執行役は、その職務の執行につき、善管注意義務（民 644）を負う。もっとも、執行役相互の一般的な監視義務は否定される。しかし、上述した取締役会の決定に係る職務分掌により、上下の統率関係が定められた場合には、これに依拠して監視・監督義務が問題となる⁶⁰。

執行役は、その職務の執行につき忠実義務を負うことも明らかにされている（会 419 355）。

多数の執行役が選任された場合に、その決定事項を機能的に処理する必要性から、たとえば執行役会といった会議体を設けることは、上述の取締役会の決定に反しない限り、禁じられない⁶¹。

58 江頭・注（12）前掲 532 頁。

59 同前。

60 青竹・注（15）前掲 320 頁参照。

61 酒巻：龍田編・注（19）前掲 327 頁〔野田博〕参照。

4 - 3 - 2. 個別的権限および義務

会社法は、各執行役に、以下のような権限および義務を認めている。

執行役は、3 ヶ月に 1 回以上、取締役会に対し、自己の職務の執行の状況を報告しなければならない (会 417 前段)。この場合、執行役は、代理人 (他の執行役に限る) により、当該報告をすることができる (会 417 後段)。これは、従来型の会社における代表取締役・業務執行取締役の、取締役会に対する報告義務 (会 363) に相当するものである。

執行役は、取締役会の要求があったときは、取締役会に出席し、取締役会が求めた事項につき、説明をしなければならない (会 417)。取締役会にとって、その執行役の業務執行に対する監督のための手段となるものである⁶²。同じく、各委員会の要求があったときもまた、執行役は、当該委員会に出席して、当該委員が求めた事項につき、説明をしなければならない (会 411)。

執行役は、執行役から取締役会の招集請求を受ける指定取締役 (会 416 二) に対し、取締役会の目的である事項を示して、取締役会の招集を請求することができる (会 417 前段)。この場合に、当該請求があった日から 5 日以内に、当該請求があった日から 2 週間以内の日を会日とする取締役会の招集通知が発せられないときは、当該執行役が、取締役会を招集することができる (会 417 後段)。取締役会の招集権者が定められている場合 (会 366 ただし書) と同一の法構造をもって規定されている。もっとも、執行役は、取締役兼執行役でない限り、取締役会の構成員ではない。前田庸は、執行役は、かかる場合であっても、執行役たる資格では、取締役会への出席権限がないと説くが⁶³、招集請求をした執行役が取締役でない場合には、会社法 367 条 4 項を類推し、出席権と意見陳述権を当然のものとして認めるべきであると考える。無論、前田が説くように、上記

62 前田・注 (17) 前掲 532 頁。

63 同前参照。

により、取締役会から説明を求められるのが通常であろうが⁶⁴、法の建前として、請求執行役に出席権があるのとないのとでは、やはり大きな違いがあるのではなからうか。

執行役は、会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実を発見したときは、直ちに、当該事実を監査委員に報告しなければならない(会 419)。従来型会社における取締役の報告義務(会 357)と同様の趣旨に出たものである。

執行役は、株主総会において、株主から求められた特定の事項について、説明義務を負う(会 314)。従来型会社の取締役等の説明義務と同様である。

執行役は、会社の組織に関する行為の無効の訴え(会 828)、株主総会決議取消しの訴え(会 831)について、その提起権を有する。

執行役の負う忠実義務の意義は、従来型会社における取締役が負うこの義務と同様に解してよい(第5章5-1-2)。したがって、執行役は、忠実義務の系譜に属する競業避止義務を負うとともに利益相反取引規制に服する。すなわち、執行役が会社との競業取引または利益相反取引をなす場合には、従来型会社の取締役と同様の規整に服する(会 419 356、365)。

4-4. 代表執行役

4-4-1. 選定

執行役が複数ある場合にあっては、取締役会は、執行役の中から代表執行役を選定しなければならない(会 420 前段)。代表執行役は、1人でも複数人であってもよい。

執行役の員数が1人である場合には、その者が当然に代表執行役となる(会 420 後段)。

64 同前。

代表執行役の氏名および住所は登記事項である (会 911 ②八)。

4 - 4 - 2. 権限

代表執行役は、委員会設置会社の業務に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限を有する (会 420 349)。

委員会設置会社において業務執行権限を有するのは執行役であるが、執行役は、それ自体としては会社の代表権限を有するものではない。会社代表権は、会社の業務執行権限の対外的側面であるから⁶⁵、会社代表権を有する者は、執行役の中から選定されるわけである。

代表執行役は、委員会設置会社の唯一の代表機関であり、この会社には、代表取締役という機関は存在しない。

代表執行役の代表権限は、従来型の会社における代表取締役の代表権限と同様のものである。代表執行役の代表権に加えられた制限が善意の第三者に対抗できないという点も、従来型会社の代表取締役と同様である (会 420 349)。ただし、委員会設置会社にあつては、代表執行役の代表権につき何らかの実体的・手続的制約を課しても、会社法 362 条 4 項のような法定の制約ではないので、もっぱら会社法 420 条 3 項・349 条 5 項の効果が生じるに過ぎないという点に留意すべきである⁶⁶。

4 - 4 - 3. 解職

代表執行役は、何時でも、取締役会の決議によって解職することができる (会 420)。取締役会にその選定権限があるからには、解職権限があるのも当然の理である。会社法 420 条 2 項の規定は、解職対象者を執行役の地位に留めながら代表権だけを剥奪する場合の定めであると解されている⁶⁷。

65 同前 533 頁。

66 江頭・注 (12) 前掲 533 頁脚注 (4) 参照。

67 酒巻・龍田編・注 (19) 前掲 334 頁 [野田博]。

4 - 4 - 4. その他の準用規定

民事保全法 56 条に規定する仮処分により代表執行役の職務の代行者が選任された場合、当該職務代行者の権限については、代表取締役の職務代行者の権限に係る会社法 352 条が準用される（会 420 ）。

代表執行役に欠員が生じた場合、任期の満了または辞任により退任した代表執行役は、後任者が就任するまで、引き続き代表執行役としての権利義務を有する（会 420 401 ）。この場合に、利害関係人の申立てにより、裁判所は、必要があると認めるときは、一時代表執行役の職務を行う者を選任するとともに、その者の報酬額を定めることができる（会 420 401 ・ ）。

4 - 4 - 5. 表見代表執行役

代表執行役でない執行役に、社長、副社長その他会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合には、会社は、当該執行役がなした行為につき、善意の第三者に対して、その責任を負う（会 421）。このような執行役が「表見代表執行役」である。従来型の会社における表見代表取締役（会 354）（第 5 章 4 - 3 - 5）と同様の外観信頼保護規定である。

委員会設置会社においても、表見代表取締役に係る会社法 354 条の適用は排除されない。会社の商号からは、当該会社が従来型の会社であるか委員会設置会社であるかの識別ができない。したがって、委員会設置会社の取締役に代表取締役等の名称を付し、この者が代表行為を行った場合に、取引の相手方を保護する必要があるからである。

4 - 5. 執行役の責任

4 - 5 - 1. 会社に対する責任

（ア）従来型会社における取締役の会社に対する責任に係る会社法 423 条 1 項（任務懈怠による損害賠償責任）、同条 2 項（競業禁止義務違反の場合における損害額推定規定）、同条 3 項 1 号 2 号（利益相反取引に係る責任の特則）は、そのまま委員会設置会社の執行役にも適用される。執行

役の任務懈怠による損害賠償責任も、やはり総株主の同意がなければ免除することができないこと、従来型の取締役の責任と同様である(会 424)。しかし、執行役・代表執行役がその職務を行うにつき善意無重過失のときは、執行役にあつては、従来型会社の社内取締役と、代表執行役にあつては、従来型会社の代表取締役と、それぞれ同様の方法・制度によって、責任の一部免除をすることができる(会 425、426 なお、会 428)。

(イ) 会社が、株主の権利の行使に関し、財産上の利益供与をしたとき(会 120 違反)、当該利益供与に関与した執行役は、会社に対し、連帯して、利益供与と相当額を支払う義務を負うが、利益供与をした執行役を除き、その者がその職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明したときはこの限りでない(会 120)。利益供与をした執行役は無過失責任を負う(会 120 第 2 かつこ書)。これまた、従来型会社における取締役の責任と同様である(第 4 章 3 - 2 - 6 - 3)。

(ウ) 会社が執行役の責任を追及する訴えを提起する場合には、監査委員会が選定する監査委員が会社を代表する(会 408 、本章 3 - 3 - 2 - 2 (工))。執行役についても、株主代表訴訟が認められる(会 847 ~ 853)。

4 - 5 - 2. 第三者に対する責任

執行役がその職務を行うについて悪意または重大な過失があつたときは、執行役は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う(会 429)。従来型会社における取締役の第三者に対する責任と同様である(第 5 章 7 - 2 - 2)。

執行役が、株式・新株予約権・社債・新株予約権付社債を引き受ける者の募集をする際に、通知しなければならない事項についての虚偽の通知または当該募集のための当該会社の事業その他の事項に関する説明に用いた資料についての虚偽の記載・記録をしたとき、計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書ならびに臨時計算書類に記載・記録すべき重要な事項についての虚偽の記載・記録をしたとき、虚偽の登記をしたとき、虚偽の公告(会社法 440 条 3 項に規定する場合を含む)をしたと

研究ノート

きは、当該執行役は、その行為をすることについて注意を怠らなかったことを証明しない限り、第三者に対して、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（会 429）。これも、従来型会社の取締役の責任と同様である（第 5 章 7 - 2 - 3）。

4 - 5 - 3. 取締役等との連帯責任

執行役が、会社または第三者に対する損害賠償責任を負う場合に、他の執行役あるいは取締役等も当該損害賠償責任を負うときは、これらの者は、連帯債務者となる（会 430）。

第9章 株式会社の計算

1. 緒言

本章において、株式会社の「計算」というのは、株式会社の「会計」の謂である。

会社を含むあらゆる商人にとって、企業会計規整が重要であること、今日的企業の会計について、法の関心が那邊にあるか、については、すでに述べた（第1章1）。

株式会社の計算規定がことに規整する目的は、株主・会社債権者に会計情報を提供・開示させて、株主・会社債権者が会社のリスクを予測し、投資や取引に関して自らの責任で判断できるようにすること、会社債権者の責任財産が会社財産だけである株式会社における、株主に対する剰余金配当額の限度額を定めるため、という点にある¹。

2. 計算規定の変遷

2-1. 明治32年（1899年）立法時から昭和25年（1950年）改正まで

制定当初の商法会社編は、その第4章第4節に株式会社の計算に関する法規を置いていたが、条文でいえば、同190条から198条にすぎず、商業帳簿に関しては、商法総則編第5章の規定に委ねていた。この基本構造は、昭和25年（1950年）改正後もほとんど変わらず、計算規定は部分的な修正を受けるにとどまっていた。

商法の会計規定の伝統的な立場は「財産法」と称される考え方であった。これは、会社会計の主たる目的を債権者保護に置き、そのために、企業を解体した場合の換価価値（時価）を明らかに表示すべきであるとする考え方である。換言すれば、債権者に対する担保価値としての企業の財産を正

1 青竹正一『新会社法（第3版）』（信山社・2010年）449頁参照。

確に表示させることがその目的である。したがって、貸借対照表の作成については、期末棚卸によって企業の所有する財産の総目録を作成し、この財産目録に基づいて、その要約としての貸借対照表を作成するという方法（棚卸法または財産目録法という）が採られていた。その資産の評価については、時価（交換価額）以下主義が採られていた²。しかし、企業の解体を前提とする会計処理は、徐々に時代に合わないものとなってきた³。

2 - 2. 昭和 37 年（1962 年）改正

昭和 24 年（1949 年）、企業会計制度の改善と統一を図る目的で、当時の大蔵大臣の諮問機関であった企業会計審査会が「企業会計原則」を公表した。これは、企業会計の実務の中に慣習として発達したもののうち、一般に公正妥当と認められたところを要約したものであって、必ずしも法令に強制されずとも、すべての企業がその会計を処理するに当たって従わなければならない基準と位置づけられるものであり、少なくとも慣習としての規範性が主張されていた⁴。他方、昭和 23 年（1948 年）に公認会計士法が制定され、これと関連して、昭和 25 年（1950 年）、当時の証券取引法の適用を受ける公開会社について「企業会計原則」を基礎として証券取引委員会が制定した「財務諸表の用語、様式及び作成方法に関する規則」（財務諸表規則）が制定され、これによって財務諸表を作成し（同年改正後旧証取 19、19 の 3）、公認会計士の監査を受けることになった。そこで、会社実務の処理と商法の計算規定との不統一からそれを調整するため、昭和 37 年（1962 年）に、株式会社（有限会社をも含む）の計算規定の大幅な改正が行われた⁵。つまり、企業会計原則が設けられ、証券取引法に基づく財務諸表規則がこの考え方を採用したことにより、期間損益計算を重

2 加美和照『新訂会社法（第 10 版）』（勁草書房・2011 年）457 頁参照。

3 近藤光男『最新株式会社法（第 6 版）』（中央経済社・2011 年）339 頁。

4 上柳克郎・鴻常夫：竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（8）』（有斐閣・1987 年）3 頁 [龍田節] 参照。

5 加美・注（2）前掲 456 457 頁。

視する会計が地歩を確立したため、商法の旧式計算規定の改正が強く望まれたのであった⁶。

この改正では、従来の財産法が改められ、損益法に移行することになった。「損益法」は、会社会計の主たる目的を債権者のほか投資家（ことに株主）の保護に置く考え方である。すなわち、企業の継続性を前提として、企業の収益力を明らかにさせるというものである。したがって、貸借対照表の作成については、通常の簿記の手續に基づいて、会計帳簿から誘導してこれを作成する方法（誘導法）が採られ、企業の損益を重視する。この立場では損益計算書が中心となり、資産の評価については、原価または取得価額主義が採られることになる⁷。結果、原価主義を原則として、資産の種類ごとに明確な評価規定が設けられた（昭和 37 年（1962 年）改正後商 285 ノ 2 ~ 285 ノ 7）。

以上に加え、繰延資産の範囲を拡大し、開業費・試験研究費・開発費・社債発行費用を追加する（同年改正後商 286 ノ 2 ~ 286 ノ 5）とともに、引当金を貸借対照表の負債の部に計上する（同年改正後商 287 ノ 2）といった改正が加えられた。

これらの改正に併せ、昭和 38 年（1963 年）に法務省令第 31 号として、「株式会社の貸借対照表及び損益計算書に関する規則」（計算書類規則）が制定された。

昭和 37 年（1962 年）改正は、損益法的思考を認知するものではあったが、決算財産目録を残した（昭和 49 年（1974 年）改正前商 281 ）ことに象徴されるように、財産法的会計処理の要素も濃く影を落としていたから、企業会計原則や証券取引法との調整は引き続き行わなければならなかった⁸。

6 上柳・鴻：竹内編・注（4）前掲 11 頁 [龍田節] 参照。

7 以上、加美・注（2）前掲 457 頁参照。

8 上柳・鴻：竹内編・注（4）前掲 12 頁 [龍田節] 参照。

2 - 3. 昭和 49 年 (1974 年) 改正

昭和 40 年 (1965 年) 前後にかけての有力会社の粉飾決算・倒産が監査役制度の再検討を促し、昭和 49 年 (1974 年) 改正に結実したことはすでに述べた (第 6 章 2 - 2)。これを教訓に、旧商法特例法が制定され、同法上の大会社に会計監査人による監査が強制された (同年制定後旧商特 2 ~ 17)。会計監査人には、公認会計士または監査法人たる資格のある者が就任することとなった (同年制定後旧商特 4)。そうなると、会計監査人による事前監査の際に基準となる商法上の計算規定 (計算書類規則) と、公認会計士または監査法人が従来から行ってきた当時の証券取引法による事後監査の際に基準となる「企業会計原則」に基づく財務諸表規則との調整が必要となった⁹。

それゆえ、この改正では、商法総則編に、商法 32 条 2 項として、「商業帳簿ノ作成ニ関スル規定ノ解釈ニ付テハ公正ナル会計慣行ヲ斟酌スベシ」との規定を設けて、商法においても、企業会計原則を公正な会計慣行として尊重すべきことを明らかにした¹⁰。すなわち、財務諸表規則の基礎となっている企業会計原則は、公正な会計慣行を要約したものであるから、これは商法の計算規定の解釈について考慮されなければならないとされたのである¹¹。

昭和 49 年 (1974 年) の改正は、財産法から損益法への移行をさらに進めた。決算期に作成する計算書類から財産目録を除外し、貸借対照表を会計帳簿を基礎に作成すべきこと、すなわち誘導法によることを明定した (同年改正後商 33 ・ 、 281)。

以上の他、附属明細書の記載事項について計算書類規則で詳細に定めることとした¹² (同年改正後旧商改施 49)。この時、計算書類規則の名称も「株式会社の貸借対照表、損益計算書及び附属明細書に関する規則」と改

9 加美・注 (2) 前掲 458 頁、近藤・注 (3) 前掲 340 頁。

10 近藤・同前。

11 加美・注 (2) 前掲 458 頁。

12 近藤・注 (3) 前掲 340 頁。

められた (同年法務省令第 60 号)。さらに、株式配当・無償交付・株式分割の際における端株の処理方法につき、疑義をなくすべく改正がなされ (同年改正後商 293 ノ 2 、 293 ノ 3 、 293 ノ 4)、中間配当の制度を新設した (同年改正後商 293 ノ 5)。

2 - 4. 昭和 56 年 (1981 年) 改正

計算書類と附属明細書につき、取締役会の承認を要することを明定し (同年改正後商 281)、定時株主総会においては、貸借対照表・損益計算書・利益処分案についてのみ承認することとし、営業報告書は、報告で済ませることとした (同年改正後商 283)。旧商法特例法上の大会社にあっては、貸借対照表・損益計算書につき、会計監査人および監査役の適法意見が付されたときは、定時総会の報告をもって足り、承認を要するのは利益処分案のみとした (同年改正後旧商特 16)。営業報告書の記載事項が法定され (同年改正後旧商改施 49)、この時、計算書類規則の名称も「株式会社の貸借対照表、損益計算書、営業報告書及び附属明細書に関する規則」と改められた (昭和 57 年 (1982 年) 法務省令第 25 号)。監査報告書につき、会計方針の変更の適否を記載事項に加えるなど、その記載事項を拡大した (昭和 56 年 (1981 年) 改正後商 281 ノ 3)。

2 - 5. 平成 11 年 (1999 年) 改正

資産の評価につき、改正が行われた。市場価格のある金銭債権・社債等・株式等の金融資産につき、時価評価を可能とした (同年改正後商 285 ノ 4 、 285 ノ 5 、 285 ノ 6)。これは、国際的に観て金融資産については時価会計を採用する傾向となっていたからである。市場化・グローバル化に対応する 21 世紀企業会計システムの眼目のひとつが「時価会計」にあることは、つとに指摘されていた¹³。この年の改正は、国際競争を意識し

13 磯山友幸「突き進む「市場化」と「グローバル化」商事法務 1583 号 (2001 年) 83 頁参照。

たものであったと評価しうる。ただし、金融資産につき時価評価が可能となった改正は、一般に取得原価主義を否定したものではなかった¹⁴。

2 - 6. 平成 13 年 (2001 年) 法律第 128 号改正

この改正にともない、従来の計算書類規則は廃止され、新たに商法施行規則 (平成 14 年 (2002 年) 法務省令第 22 号) が制定施行された。

2 - 7. 平成 14 年 (2002 年) 改正

会計基準の国際的調和化の観点から証券取引法会計に適用される会計基準の制定改廃が行われる中で、商法会計と証券取引法会計との整合性を確保し続けるためには、会計基準の変更に機動的・迅速に対応する必要があるという観点から¹⁵、同年改正後商法 285 条は、「会社ノ会計帳簿ニ記載又ハ記録スベキ財産ニ付テハ第三十四条 [資産評価の原則] ノ規定ニ拘ラズ法務省令ノ定ムル所ニ依リ其ノ価額ヲ付スルコトヲ要ス」と改められ、従来の資産評価規定、引当金、繰延資産に関する規定 (同年改正前商 285 ノ 2 ~ 287 ノ 2) を削除した。これを受けて、商法施行規則も改正された (平成 15 年 (2003 年) 法務省令第 7 号)。

また、従来商法ではそれぞれの会社を単体として計算書類の作成を要求してきたが、旧商法特例法を改正し、同法上の大会社については、「当該大会社並びにその子会社及び連結子会社から成る企業集団の財産及び損益の状況を示すために必要かつ適当なものとして」法務省令の定めるところにより連結計算書類を作成しなければならないものとした (同年改正後旧商特 19 の 2)。

14 近藤・注 (3) 前掲 340 頁。

15 江頭憲治郎：弥永真生編『会社法コンメンタール 10』(商事法務・2011 年) 29 - 30 頁 [弥永真生]。

2 - 8. 平成 17 年 (2005 年) 会社法

会社法における計算関係規定については、事業年度中の剰余金配当回数制限を撤回するなどの重要な改正をともなっているが、基本的には、平成 14 年 (2002 年) 改正法の考え方に立っている。すなわち、会計の技術的な制度に関しては多くを省令委任することとしているが、従来商法総則中に置かれていた計算に関する基本規定を、商法総則編の規定に平仄を合わせ、これを会社法中に盛り込み、自己完結的な制度構築を図っている¹⁶。

さしあたり、会社法の計算規定という長い隧道の入口を探索するには、宮島司 (1950 ~) の以下の纏めが最も理解し易いと思われる。すなわち、「株式会社は、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行 (金融庁企業会計審議会による「企業会計原則」や財団法人財務会計基準機構の企業会計基準委員会 (ASBJ¹⁷) の公表する会計基準等。公正なる会計慣行の意義が問われた近時の裁判例として、東京高判平成 18・11・29 判タ 1275 号 245 頁、最判平成 20・7・18 刑集 62 巻 7 号 2101 頁) に従い (431 条。「従う」とすることにより会計慣行の位置づけを強めた)、適時に正確な (当然だが、明文で明らかに) 会計帳簿を作成しなければならないものとし (432 条 1 項)、提出義務を課し (434 条)、保存義務をも課している (432 条 2 項)。さらに、成立時に貸借対照表の作成義務を課し、各事業年度に、貸借対照表、損益計算書、事業報告およびそれらの附属明細書の作成を義務づけている (435 条 1 項・2 項)。これらの書類を [商法会社編時代は] 計算書類と呼んでいたが、[会社法では] 何をもって計算書類とするかについて定義規定を置いた (435 条)¹⁸。」併せて、剰余金配当に根本的な変容が加えられた旨が述べられている¹⁹。

なお、平成 18 年 (2006 年) 2 月 7 日に、会社法施行規則と並んで、会

16 宮島司『新会社法エッセンス (第 3 版補正版)』(弘文堂・2010 年) 318 頁参照。

17 英名 Accounting Standards Board of Japan の略称。

18 宮島・注 (16) 前掲 318 - 319 頁。

19 同前 319 頁。

社計算規則（同年法務省令第13号）が公布され、同年5年1日から施行されている。これらは、毎年のように改正を受けている。

3. 会計帳簿

3-1. 会計原則

会社法431条は、「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。」と規定している。これは、平成17年（2005年）改正商法19条1項と平仄を合わせた規定である。

この規定の意義、解釈については、会社に固有の企業会計の慣行がある点を除けば、商法19条1項で述べたところ（第1章4）と同様である。

会社計算規則3条も、「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企業会計の慣行をしん酌しなければならない。」と規定し、会社計算規則の解釈指針を明示している。法務省令の規定は、企業会計の慣行の範囲内で定められているため、それらの規定の解釈・適用に関する指針を示したものである²⁰。

複数の会計処理の原則があり、それが公正な会計慣行に反しない限り、会社はいずれかを選択できる。もっとも、会計処理の変更が粉飾決算を意図するものであったり、会社の見積損益の状況の公正な判断を妨げるおそれがあつたりするようなときは、そのような選択は認められない²¹（大阪地判平成18年（2006年）2月23日判時1939号149頁）。

3-2. 会計帳簿の作成

会社は、法務省令で定めるところにより、適時に、正確な会計帳簿を作成しなければならない（会432）。この規定の趣旨は、適時に正確なものを作成することを求めることで数値が人為的に操作されることがないよう意図するもの、法務省令への委任を認めることを通じて、法律で規

20 青竹・注(1) 前掲450頁参照。

21 近藤・注(3) 前掲342頁。

定することによる迅速な対応が難しくなることを避けようとするもの、である²²。

少なくとも仕訳帳（取引を借方・貸方に分けて記録する帳簿）と総勘定元帳（仕訳帳の記録を勘定科目別に分類して記録する帳簿）とが「会計帳簿」に含まれる。その他、補助記入帳（現金出納帳、仕入帳、売上帳、受取手形記入帳、支払手形記入帳など）および勘定科目を相手先や内容によって区別して記録して行く補助元帳（商品在高帳、売掛元帳、買掛元帳など）からなる補助簿も「会計帳簿」に当たる²³。会計帳簿は、書面または電磁的方法をもって作成されなければならない（会社計算 4 ）。

計算書類およびその附属明細書は、当該事業年度に係る会計帳簿に基づいて作成されることになるのである（会社計算 59 ）。

3 - 3. 会計帳簿の保存義務

会社は、会計帳簿の閉鎖の時から 10 年間、その会計帳簿およびその事業に関する重要な資料を保存しなければならない（会 432 ）。

「重要な資料」とは、契約書、請求書、領収書など、将来の紛争に備えて事実関係や法律関係を証明するために重要となる資料である²⁴。事業に関する資料が後日の紛争時に証拠資料となりうることは十分に予想されることであるから、その範囲は、かかる証拠資料たりうるものか否かという観点から判断されるべきこととなる²⁵。

3 - 4. 会計帳簿の提出義務

裁判所は、申立てによりまたは職権で、訴訟の当事者に対し、会計帳簿の全部または一部の提出を命ずることができる（会 434）。

22 同前。

23 弥永真生『コンメンタール会社計算規則・商法施行規則（第2版）』（商事法務・2009年）103頁。

24 青竹・注（1）前掲 454頁。

25 江頭：弥永編・注（15）前掲 126頁 [尾崎安央] 参照。

会計帳簿は、会社債権者や株主の利益を図る上で重要な意味があり、たとえば、会社債権者・株主と会社間の訴訟において、事実解明の上で、これらが重要な証拠資料となることがありうる。そこで、会社法 434 条は、民事訴訟法 220 条所定の文書提出義務の存否を問うことなく、裁判所がその所持者たる訴訟当事者に対し、会計帳簿の提出を命ずることができるとしている。したがって、会社法 434 条所定の会計帳簿に該当する限り、所持者たる訴訟当事者はこれらの提出を拒否できない²⁶。

民事訴訟法の原則によれば、裁判所は、当事者の申立てがあるときに限って文書の提出を命ずることができる（民訴 219、221 ）が、会社法 434 条は、会計帳簿については、当事者からの申立てがなくても、職権をもってその提出を所持者たる当事者に対して命ずることができるとしている。弁論主義の例外を定めたものである²⁷。

3 - 5. 株主による会計帳簿の閲覧・謄写等請求権

(ア) 総株主（完全無議決権株主を除く）の議決権の 100 分の 3（定款による引下げが認められる）以上の議決権を有する株主または発行済株式（自己株式を除く）の 100 分の 3（定款による引下げが認められる）以上の数の株式を有する株主は、会社の営業時間内は、いつでも、請求の理由を明らかにして、会計帳簿またはこれに関する資料の閲覧・謄写等の請求ができる（会 433 ）。「株主の帳簿閲覧権」と称される権利を定めた条項であり、昭和 25 年（1950 年）改正時に、同年改正後商法 293 条ノ 6 として追加され、平成 5 年（1993 年）の改正によって持株要件が引き下げられた規定の後継規定である。

会計帳簿・会計資料は、株主の経理検査を通じ、わけても取締役・執行役の責任追及の手段として重要な意義がある。しかし、会計情報の入手は、会社の機密情報にも関わる可能性があるため、少数株主権として、株主の

26 以上、同前 148 頁 [中島弘雅] 参照。

27 同前 [中島弘雅]。

帳簿閲覧権を認めたのである²⁸。

(イ) 判例によれば、請求の理由は、具体的に明示しなければならないが、請求の要件として、請求理由を基礎づける事実が客観的に存在するとの立証を要すると解すべきではないとされている（最判平成16年（2004年）7月1日民集58巻5号1214頁）。理由を具体的に明示することは、会社にとって、閲覧対象たる帳簿・資料の範囲を把握する上で必要である。しかし、株主としては、閲覧請求する時点では、取締役・執行役に実際に違法・不当な行為があったかどうか知ることができないのが通常であるから、違法性・不当性を調査するために閲覧する必要があるということだけで十分であり、理由を基礎づける事実の立証までは必要ないと解すべきである²⁹。

(ウ) 閲覧・謄写等の請求対象たる帳簿・資料の範囲に関し、商法会社編時代にあつては、会計帳簿とは、平成17年（2005年）改正前商法32条1項にいわゆる会計帳簿と同義であり、日記帳・仕訳帳・元帳がこれに当たるが、日記帳および仕訳帳に代えて伝票を用いるときは伝票をも含むと解されており、同じく会計の書類（資料）というのは、会計帳簿記入の材料となった経理の状況を示す書類を指す（限定説）というのが趨勢であった³⁰。これによれば、法人税確定申告書類およびその控えや案は、会計の帳簿・資料に当たらない³¹（東京地決平成元年（1989年）6月22日判時1315号3頁、横浜地判平成3年（1991年）4月19日判時1741号150頁、大阪地判平成11年（1999年）3月24日判時1741号150頁）。しかし、今日にあつては、閲覧請求等の対象となる会計帳簿・資料は、計算書類等の作成の基礎となる会計帳簿（会社計算59）・資料に限らず、会社の会計に関する限り、一切の帳簿・資料に及ぶと解すべきである（非限定説）と

28 吉本健一『会社法』（中央経済社・2010年）326頁参照。

29 青竹・注（1）前掲454頁。

30 大隅健一郎：今井宏『会社法論中巻（第3版）』（有斐閣、1992年）504頁、北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院・2001年）613頁。

31 北澤・同前。

の見解も有力となりつつある³²。会計限定監査役の会計帳簿・資料閲覧権(会 389)の対象は、すでに述べたように(第 6 章 5 - 3 - 1)、会社による作成の義務を問わず、一切の帳簿を意味し、これに関して直接・間接に関連する一切の資料を含む。これを勘案すれば、わけても会社の監視の役割の多くを株主が担う中小の閉鎖型タイプの会社においては、株主の権利の確保・行使のため、非限定説を採ることが有益であろう。

(工) 株主の帳簿閲覧権は、繰り返し述べるように、株主の権利の確保・行使のために認められる株主権である。会社がこれを不当に拒絶することは、株主の正当な権利行使を妨げる結果となる。それゆえ会社法 433 条 2 項は、会社が株主からの請求を拒みうる事由を具体的に列挙している。すなわち、請求を行う株主(請求者)がその権利の確保または行使に関する調査以外の目的で請求を行ったとき、請求者が会社の業務の遂行を妨げ、株主の共同の利益を害する目的で請求を行ったとき、請求者が会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、またはこれに従事するものであるとき、請求者が会計帳簿またはこれに関する資料の閲覧または謄写によって知りえた事実を利益を得て第三者に通報するため請求したとき、請求者が、過去 2 年以内において、会計帳簿またはこれに関する資料の閲覧または謄写によって知りえた事実を利益を得て第三者に通報したことがあるものであるとき、である。平成 17 年(2005 年)改正前商法 293 条ノ 7 を承継するものである。

先に掲げた最高裁平成 16 年(2004 年)7 月 1 日判決は、譲渡制限株式の譲渡につき、株式の適正な価格を算定する目的でした会計帳簿の閲覧請求は、の拒否事由に該当しない旨判示している。

に関して、最高裁平成 21 年(2009 年)1 月 15 日決定民集 63 卷 1 号 1 頁は、この閲覧拒絶事由があるというためには、会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営む等の客観的事実が認められれば足り、請求者に会

32 江頭憲治郎『株式会社法(第 4 版)』(有斐閣・2011 年)649 650 頁、吉本・注(28)前掲 326 頁。

計帳簿等の閲覧等により知りうる情報を自己の事業に利用するなどの主観的意図があることを要しないとしている。この判例について、江頭憲治郎は、競業者による会計帳簿等の閲覧等は、株主名簿の場合（会 125 参照）よりも会社・株主の利益を害する危険が大きいことは否定できないものの、閲覧等を許容する帳簿・資料の範囲を裁判所が限定することもできる（親会社社員の請求の場合・下記（カ））点に鑑みると、一概に判例のように解すべきか否かは疑問であると評している³³。青竹正一もまた、競業者による会計帳簿等の閲覧等の請求の場合でも、信頼関係に基づく競業関係が維持されている場合もありうるので、主観的意図の不存在を、客観的に見て会社に損害を及ぼすおそれがないことにより反証することは許されてよいとしている³⁴。

なお、 の拒否事由については、請求者がその親会社と一体的に事業を営んでいると評価できるような場合において、親会社の事業が請求者の相手方会社の業務と競争関係にあるときも含み、また、近い将来において競争関係に立つ蓋然性が高い場合も含む³⁵（東京高決平成 19 年（2007 年）6 月 27 日金商 1270 号 52 頁、東京地決平成 19 年 9 月 20 日判時 1985 号 140 頁）。

（オ）会社が拒絶事由に該当することを立証しないまま閲覧・謄写請求を拒む場合、株主は、保全の必要性を疎明のうえ、閲覧・謄写の仮処分を求めることができる（民保 23 ）。

（カ）会社の親会社社員もまた、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、会計帳簿・資料につき、請求の理由を明らかにして、閲覧・謄写等の請求を認められる（会 433 ）。株主の請求は、会社法 433 条 1 項により少数株主権として規定されているが、親会社社員の請求に係る同条 3 項は、この項だけを日本語として読む限り、親会社社

33 江頭・同前 652 頁脚注 (2)。

34 青竹・注 (1) 前掲 458 頁参照。

35 同前 457 頁。

員に特段の持分要件を課していないように読める。吉本健一は、この場合、解釈上会社の株主と同様の持分要件が課せられると解される³⁶と述べているが、これはその通りである。会社法 433 条 3 項は、平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 293 条ノ 8 を承継するものであるが、同条 1 項は、「親会社ノ株主ニシテ其ノ総株主ノ議決権ノ百分ノ三以上ヲ有スルモノハ其ノ権利ヲ行使スル為必要アルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ子会社ノ会計ノ帳簿及資料ニ係ル第二百九十三条ノ六第一項 [少数株主権としての帳簿閲覧請求権に係る会計帳簿・資料] ノ閲覧又ハ謄写ヲ求ムルコトヲ得」と規定していた。現行法の下でも、親会社社員は、会社法 433 条 1 項所定の株主に相当する者として閲覧を請求することになるので、1 項所定の少数株主要件が親会社社員にも親会社との関係において求められると解される³⁷。それにしても、現行法は、法律の条文としては、救い難い悪文である。なお、親会社社員の会計帳簿・資料閲覧権に係る商法旧 293 条ノ 8 は、平成 11 年 (1999 年) 商法改正に際して追加されたものである。

4. 計算書類等の作成

4-1. 成立の日における貸借対照表の作成

会社は、法務省令で定めるところにより、成立の日における貸借対照表を作成しなければならない (会 435)。これを「開業貸借対照表」という。

会社計算規則 58 条は、開業貸借対照表を、会社成立の日における会計帳簿に基づき作成しなければならない旨を規定しており、貸借対照表の作成が誘導法によってなされることを明らかにしている。

開業貸借対照表については、会社法上、作成・監査・承認の手続規定は設けられていない。

平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 32 条 2 項も、会社成立時の開業貸借

36 吉本・注 (28) 前掲 327 頁。

37 江頭：弥永編・注 (15) 前掲 145 頁 [久保田光昭]。

対照表の作成を要求していた。

4 - 2. 計算書類の意義

会社は、法務省令で定めるところにより、各事業年度に係る計算書類、事業報告およびこれらの附属明細書を作成しなければならない(会 435)。これを作成するのは、代表取締役(委員会設置会社にあつては、取締役会が選定した執行役)であるが、会計参与設置会社においては、計算書類およびその附属明細書は、上記の者と会計参与とが共同して作成する(会 374 ・)。

会社法 435 条 2 項かっこ書中に、計算書類が何を指すか、定義されている。これによれば、「計算書類」とは、貸借対照表、損益計算書その他会社の財産および損益の状況を示すために必要かつ適当なものとして法務省令で定めるものをいう。

開業貸借対照表を含め、計算書類、事業報告およびこれらの附属明細書は、書面のみならず、電磁的記録をもって作成することが認められている(会 435)。なお、各事業年度に係る貸借対照表を「年度(期末)貸借対照表」という。

法務省令で定める各事業年度に係る計算書類は、会社計算規則 59 条 1 項によれば、株主資本等変動計算書および個別注記表とされている。各事業年度に係る計算書類およびその附属明細書も、誘導法をもって作成されることが明らかにされている(会社計算 59)。

なお、計算書類は会社の財産状態や営業成果に関する会計情報を記載・記録したものと性格づけられていることから、事業報告は、計算書類には含まれない³⁸。

38 近藤・注 (3) 前掲 347 頁。

4 - 3. 各計算書類・事業報告・附属明細書

4 - 3 - 1. 貸借対照表

4 - 3 - 1 - 1. 意義

「貸借対照表」とは、一定時点における会社の財産状況を総括的に示すべく、すべての資産、負債および純資産を記載・記録した計算書を指す。年度（期末）貸借対照表は、事業年度末時点における財産状況を示すものである。

貸借対照表は、資産の部、負債の部、純資産の部、に区分して表示しなければならない（会社計算 73 ）。

貸借対照表の表示方法については、一般に「勘定式（左右対照式）」が用いられる。すなわち、資産の運用形態を示す資産の部を左側（「借方」という）に、資産の調達先を示す負債の部および純資産の部を右側（「貸方」という）に対照させて記載・記録するという様式である。「借方」は、その時点で会社が現に有する財産を表わし、「貸方」は会社が有すべき財産を表わすものとイメージすればよい。

4 - 3 - 1 - 2. 資産の部

資産の部は、流動資産、固定資産、繰延資産、の各部に区分され、固定資産は、[2 の 1] 有形固定資産、[2 の 2] 無形固定資産、[2 の 3] 投資その他の資産、に区分される。各部はさらに適当な項目（現金、預金、受取手形等の名称を付した科目）に細分して表示される（以上、会社計算 74 ・ ）。

上記の「流動資産」とは、比較的短期に現金化される性質の財産のことであり、会計上、棚卸資産と呼ばれるものにほぼ相当する³⁹。会社計算規則 74 条 3 項 1 号に掲げられた資産がこれに属する。のうち「有形固定資産」とは、長期にわたって事業の用に供することを目的として所有される有体物である⁴⁰。会社計算規則 74 条 3 項 2 号に掲げられた資産がこれ

39 宮島・注 (16) 前掲 335 頁。

40 弥永・注 (23) 前掲 434 - 435 頁。

に属する。「無形固定資産」とは、いわゆる無体財産権および財産的価値のある事実関係（のれんなど）をいい、事業の用に供されるものである⁴¹。会社計算規則 74 条 3 項 3 号に掲げられた資産がこれに属する。「投資その他の資産」には、上記以外の固定資産が属し、会社計算規則 74 条 3 項 4 号がこれを列挙している。すでに対価の支払いを完了し、この対価としての役務の提供を受けたが、その効果が将来にわたって発現すると期待される費用は、その効果が及び期間内に合理的に配分するために、上記の「繰延資産」として計上される⁴²（費用収益対応の原則）。会社計算規則 74 条 3 項 5 号に定めがある。

資産の部は、その時点において、会社に投下されている資本がどのように運営されているのかを項目別に示すものである。

4-3-1-3. 負債の部

負債の部は、流動負債、固定負債、に区分しなければならず、各部分はさらに、適当な項目（支払手形、買掛金等の名称を付した科目）に細分される（会社計算 75 ）。

上記の「流動負債」とは、原則として1年以内に返済しなければならないものであるのに対し、の「固定負債」は、返済期限が長期にわたるものである。会社計算規則 75 条 2 項 1 号が に属するものを、同条同項 2 号が に属するものを、各々定めている。

負債の部は、その時点において、会社の他人資本がどのように調達されているかを示すものである。

4-3-1-4. 純資産の部

純資産の部は、株主資本、評価・換算差額等、新株予約権、に区分しなければならない（会社計算 76 ）。の「株主資本」の項目は、[1 の 1] 資本金、[1 の 2] 新株申込証拠金、[1 の 3] 資本剰余金、[1 の 4]

41 同前 435 頁。

42 吉本・注 (28) 前掲 336 頁。換言すれば、すでに支出された費用であるが、その効果が次期以降にも及び場合の支出を資産的に評価し、次期以降に漸次償却して行くものをいう。

利益剰余金、[1の5] 自己株式、[1の6] 自己株式申込証拠金、に区分しなければならないが、このうち、[1の5] 自己株式は控除項目とされる(会社計算76)。[1の3] 資本剰余金に係る項目は、[1の3の1] 資本準備金、[1の3の2] その他資本剰余金、に区分され(会社計算76)、[1の4] 利益剰余金に係る項目は、[1の4の1] 利益準備金、[1の4の2] その他利益剰余金、に区分される(会社計算76)。の「評価・換算差額等」は、[2の1] その他有価証券評価差額金、[2の2] 繰延ヘッジ(hedge) 損益、[2の3] 土地再評価差額金、[2の4] 為替換算調整勘定、その他適当な名称を付した項目に細分しなければならないが、[2の4] 為替換算調整勘定は、連結貸借対照表に限られる(会社計算76)。は、資産・負債が時価をもって貸借対照表に表示されているときに、その評価差額が損益計算書上に当期の損益として表示されない場合に当該評価差額が記載・記録されるものである⁴³。の「新株予約権」については、自己新株予約権を控除科目として区分することができる(会社計算76)。

純資産の部は、その時点において、会社の自己資本がどのように調達されているかを示すものである。

資産の部の合計額から負債の部の合計額を控除したとき、純資産額がマイナスとなれば、会社が有すべき財産が会社が現に有する財産を下回っていることになるから、当該会社は帳簿上、債務超過に陥っていることになる。純資産額は、会社が株主に対し、剰余金の配当が可能となる限度額を導く出発点となるものである。

4-3-2. 損益計算書

4-3-2-1. 意義

損益計算書は、特定の事業年度に、どれだけの費用を使ってどれだけの収益をあげたかについて、本来の事業活動によるものとそうでないものとに分けて表示し、当該事業年度における純損益を明らかにするものである

43 青竹・注(1) 前掲460頁。

る⁴⁴。

4-3-2-2. 内容

損益計算書は、売上高、売上原価、販売費および一般管理費、営業外収益、営業外費用、特別利益、特別損失に区分して表示しなければならないが、さらに各項目について適当な項目に細分化することができる(会社計算 88)。については、その金額が重要でないものを除き、[6の1] 固定資産売却益、[6の2] 前期損益修正益、[6の3] 負ののれん発生益、その他の項目の区分に従い細分化しなくてはならず(会社計算 88・)、については、その金額が重要でないものを除き、[7の1] 固定資産売却損、[7の2] 減損損失、[7の3] 災害による損失、[7の4] 前期損益修正損、その他の項目の区分に従い細分化しなければならない(会社計算 88・)。

からを減じて得た額(売上総損益金額)は、零以上であれば「売上総利益金額」として、零未満(マイナス)であれば、その絶対値に相当する額(マイナスを取った額)を「売上総損失金額」として表示しなければならない(会社計算 89)。売上総損益金額からの合計額を減じて得た額(営業損益金額)は、零以上であれば「営業利益金額」として、零未満であればその絶対値相当額を「営業損失金額」として表示しなければならない(会社計算 90)。これが、会社が本来の事業活動によって得た利益または損失であるということになる。

営業損益金額にを加えて得た額からを減じて得た額(経常損益金額)は、零以上であれば「経常利益金額」として、零未満であればその絶対値相当額を「経常損失金額」として表示しなければならない(会社計算 91)。会社の営業成績は、通常この額で評価される⁴⁵。

経常損益金額にを加えて得た額からを減じて得た額(税引前当期純損益金額)は、零以上であれば「税引前当期純利益金額」として、零未満

44 宮島・注(16) 前掲 339 頁。

45 吉本・注(28) 前掲 338 頁。

であればその絶対値相当額を「税引前当期純損失金額」として表示しなければならない(会社計算 92)。

税引前当期純損益金額の次に、法人税、法人税等調整額などを、適当な名称を付した項目を付して表示しなければならない(会社計算 93)、税引前当期純損益金額から法人税、法人税等調整額を加減して得た額(当期純損益金額)が、零以上であれば「当期純利益金額」として、零未満であればその絶対値相当額を「当期純損失金額」として表示しなければならない(会社計算 94)。

4-3-3. 株主資本等変動計算書

4-3-3-1. 意義

「株主資本等変動計算書」とは、資本金・準備金を減少することなどによる資本剰余金の増加や自己株式の処分による資本剰余金の増減など、いわゆる損益取引以外の取引が行われることにより、純資産の部の計算が変動する場合に、純資産の部の計数の変動を明らかにするものである⁴⁶。会社法の下では、剰余金の配当を事業年度中に何回でも行うことが可能になり、また剰余金の配当や処分が取締役に委ねられる場合があること(会社法 459 参照)を考慮して、会社計算規則において新たに導入された⁴⁷。株主資本の部を構成する全項目について、期首と期末の貸借対照表の数値の連続性を説明する情報を開示することにより、そのような期中の変動状況を明らかにする趣旨である⁴⁸。

4-3-3-2. 内容

株主資本等変動計算書は、株主資本、評価・換算差額等、新株予約権、の項目に区分して表示しなければならない(会社計算 96)。

は、[1の1] 資本金、[1の2] 新株申込証拠金、[1の3] 資本剰余金、

46 青竹・注(1) 前掲 464 頁。

47 吉本・注(28) 前掲 340 頁。

48 宮島・注(16) 前掲 341 頁参照。

[1の4] 利益剰余金、[1の5] 自己株式、[1の6] 自己株式申込証拠金、に区分しなければならない(会社計算96)。上記のうち、[1の3]は、さらに[1の3の1] 資本準備金、[1の3の2] その他資本剰余金に、また、[1の4]は、[1の4の1] 利益準備金、[1の4の2] その他利益剰余金に、それぞれ区分しなければならないが、[1の3の2] および[1の4の2]は、適当な名称を付した項目に細分することができる(会社計算96)。

上記は、[2の1] 其他有価証券評価差額金、[2の2] 繰延ヘッジ損益、[2の3] 土地再評価差額金 [2の4] 為替換算調整勘定、その他適当な名称を付した項目に細分することができる(会社計算96)。

上記は、自己新株予約権に係る項目を控除して区分することができる(会社計算96)。

[1の1]、[1の3]、[1の4] および [1の5] に係る項目は、(ア) 当期首残高、(イ) 当期変動額、(ウ) 当期末残高、を明らかにしなければならないが、(イ) については、各変動事由ごとに当期変動額および変動事由を明らかにしなければならない(会社計算96)。

および に係る項目は、それぞれ (ア) 当期首残高、(イ) 当期変動額、(ウ) 当期末残高、を明らかにしなければならないが、(イ) については、その主要なものを変動事由とともに明らかにすることを妨げない(会社計算96)。

4-3-4. 個別注記表

4-3-4-1. 意義

「個別注記表」は、会社法制定前において貸借対照表や損益計算書の一部として注記すべきこととされていた事項を、新たな独立の計算書類としたものである。ただし、表記方式としては、別個の書面ないし資料として作成しなければならないものではない⁴⁹(会社計算57 参照)。

49 吉本・注(28) 前掲340頁。

研究ノート

4-3-4-2. 内容

個別注記表は、継続企業の前提に関する注記、重要な会計方針に係る事項に関する注記、会計方針の変更に関する注記、表示方法の変更に関する注記、会計上の見續りの変更に関する注記、誤謬の訂正に関する注記、貸借対照表に関する注記、損益計算書に関する注記、株主資本等変動計算書に関する注記、税効果会計に関する注記、リースにより使用する固定資産に関する注記、金融商品に関する注記、賃貸不動産に関する注記、持分法損益等に関する注記、関連当事者との取引に関する注記、1株当たり情報に関する注記、重要な後発事象に関する注記、連結配当規制適用会社に関する注記、その他の注記、に区分して表示しなければならない(会社計算98)。貸借対照表等、損益計算書等または株主資本変動計書等の特定の項目に関連する注記については、その関連を明らかにしなければならない(会社計算99)。注記の内容については、会社計算規則100条ないし116条に定めがある。

会計監査人設置会社以外の非公開会社にあつては、上記 および から までの事項を表示することを要せず、会社監査人設置会社以外の公開会社にあつては、 および の事項を表示することを要しない(会社計算98)。

4-3-5. 事業報告

「事業報告」は、商法会社編時代には、「営業報告書」と呼ばれていた。会社の状況に関する重要な事項を内容とする資料である(会施規118)。

内部統制システム(会348、362、416 口ホ参照)の整備についての決定または決議があるときは、その決定または決議の内容の概要を事業報告の内容としなければならない(会施規118)。

会社が、その財務およ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ときは、基本方針の内容の概要、の[1]会社の財産の有効な活用、適切な企業集団の形成その他の基本方針の実現に資する特別な取組みの具体的な内容、の[2]基本方針に照らして不適

切な者によって当該会社の財務および事業の方針の決定が支配されることを防止するための取組みの具体的な内容、上記の取組みが、(ア)基本方針に沿うものであること、(イ)株主の共同の利益を損うものでないこと、(ウ)会社役員の状態の維持を目的とするものでないこと、という要件への該当性に関する取締役・取締役会の判断およびその理由、を事業報告の内容としなければならない(会施規 118)。これには、いわゆる敵対的企業買収防衛策も含まれ⁵⁰、買収防衛策についての株主・投資家および買収者の予見可能性を高める趣旨に出るものである⁵¹。

上記に加え、公開会社においては、会社の現況に関する事項、会社役員に関する事項、会社の株式に関する事項、会社の新株予約権に関する事項、を事業報告の内容に含めなければならない(会施規 119)。それぞれの事項については、会社法施行規則 120 条ないし 123 条に定めがある。また、公開会社が社外役員を設けた場合(会施規 124)、会計参与設置会社の場合(会施規 125)、会計監査人設置会社の場合(会施規 126)、各々、事業報告の内容とすべき事項が定められている。

4 - 3 - 6. 附属明細書

「附属明細書」は、貸借対照表、損益計算書、株主資本等変動計算書および個別注記表ならびに事業報告の内容を補足する重要な事項を表示する資料である。

各事業年度に係る会社の計算書類に係る附属明細書には、有形固定資産および無形固定資産の明細、引当金の明細、販売費および一般管理費の明細、会計監査人設置会社以外の会社(公開会社に限る)においては、個別注記表において、関連当事者との取引に係る事項のうち、省略した事項があるとき(会社計算 112 ただし書)は、当該事項、を表示しなければならない(会社計算 117)。

50 同前 342 頁脚注 (11)。

51 青竹・注 (1) 前掲 465 頁参照。

事業報告の附属明細書は、事業報告の内容を補足する重要な事項をその内容とするものでなければならない（会施規 128 ）。公開会社にあつては、他の法人等の業務執行取締役・執行役・業務執行社員・法人が業務執行社員である場合の被選任職務執行者その他これに類する者を兼ねることが重要な兼職に該当する会社役員（会計参与を除く）についての兼職の状況の明細（重要でないものを除く）を内容としなければならない（会施規 128 前段）。この場合に、当該他の法人等の事業が会社の事業と同一の部類のものであるときは、その旨を付記しなければならない（会施規 128 後段）。

5. 資産と負債の評価

5 - 1. 資産の評価

資産については、原則として、会計帳簿にその取得価額を付さなければならない（取得原価主義、会社計算 5 ）。

償却すべき資産については、事業年度の末日（事業年度の末日以外の日において評価すべき場合にあつては、その日、以下同様）において相当の償却をしなければならない（減価償却、会社計算 5 ）。

事業年度の末日における時価がその時の取得原価より著しく低い資産（当該資産の時価がその時の取得原価まで回復すると認められるものを除く）については、事業年度の末日における時価を、事業年度の末日において予測することのできない減損が生じた資産または減損損失を認識すべき資産については、その時の取得原価から相当の減額をした額を、それぞれ付さなければならない（会社計算 5 ）。

取立不能のおそれのある債権については、事業年度の末日においてその時に取立不能と見込まれる額を控除しなければならない（会社計算 5 ）。

債権については、その取得価額が債権金額と異なる場合その他相当の理由がある場合には、適正な価格を付することができる（会社計算 5 ）。

事業年度の末日における時価がその時の取得原価より低い資産、市場価格のある資産（子会社および関連会社の株式ならびに満期保有目的の

債券を除く)、上記の資産以外で事業年度の末日においてその時の時価または適正な価格を付すことが適当な資産、については、各々、事業年度の末日においてその時の時価または適正な価格を付すことができる(会社計算5)。

5-2. 負債の評価

負債については、原則として、会計帳簿に債務額を付さなければならない(会社計算6)。

退職給付引当金、返品調整引当金、その他将来の費用または損失の発生に備えて、その合理的な見積額のうち当該事業年度の負担に属する金額を費用または損失として繰り入れることにより計上すべき引当金、払込みを受けた金額が債務額となる社債、上記の他、事業年度の末日においてその時の時価または適正な価格を付すことが適当な負債は、事業年度の末日においてその時の時価または適正な価格を付すことができる(会社計算6)。

6. 決算の手続

6-1. 計算書類等の監査

6-1-1. 総説

計算書類等は、会社の監査機関による監査を受けなければならない。ただし、会社の機関設計の態様により、監査機関の監査対象資料に差異がある。整理すれば以下のとおりである。

監査役(会計限定監査役を含む)設置会社

監査役を置く会社にあつては、その監査権限を会計に関するものに限定している会社を含めて、計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書につき、法務省令(会施規116、会社計算121以下)で定めるところにより、監査役の監査を受けなければならない(会436)。

会計監査人設置会社

会計監査人設置会社にあつては、法務省令(会社計算125以下)で定め

るところにより、(ア) 計算書類およびその附属明細書につき、監査役または監査委員会および会計監査人の監査を、(イ) 事業報告およびその附属明細書につき、監査役または監査委員会の監査を、受けなければならない(会 436)。

取締役会設置会社

取締役会設置会社にあつては、計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書(会社法 436 条 1 項または同 2 項の適用がある場合には、これらの条項に基づく監査を受けたもの)につき、取締役会の承認を受けなければならない(会 436)。

6-1-2. 会計監査人設置会社以外の会社の監査手続

監査役は、計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書を受領したときは、法務省令で定めるところにより、監査報告を作成しなければならない(会 381 後段)。このうち、事業報告およびその附属明細書に係る監査報告の内容は、すでに述べたとおりである(第 6 章 5-2、6-2-2-1)。

監査役が計算関係書類を受領したときは、以下に掲げる事項を内容とする監査報告を作成しなければならない。すなわち、監査役の監査の方法およびその内容、計算関係書類が会社の財産および損益の状況をすべての重要な点において適正に表示しているかどうかについての意見、監査のため必要な調査ができなかったときは、その旨およびその理由、追記情報、監査報告を作成した日、である(以上、会社計算 122)。このうち、「追記情報」とは、[4 の 1] 会計方針の変更、[4 の 2] 重要な偶発事象、[4 の 3] 重要な後発事象、その他の事項のうち、監査役の判断に関して説明を付す必要がある事項または計算関係書類の内容のうち強調する必要がある事項である(会社計算 122)。

監査役会設置会社にあつては、事業報告に係る監査と同様、各監査役の監査役報告(上記 から に掲げる事項を内容とするもの(会社計算 122 柱書第 2 かつこ書))に基づき、監査役会監査報告を作成する(会 390

、会社計算 123)。監査役会監査報告は、(ア) 上記 から までの事項、(イ) 監査役および監査役会の監査の方法およびその内容、(ウ) 監査役会監査報告を作成した日、を内容とするものでなければならないが、各監査役は、監査役会監査報告の内容が自己の監査役監査報告の内容と異なるときは、その内容を監査役会監査報告に付記することができる(会社計算 123)。監査役会が監査役会監査報告を作成する場合には、監査役会は、1 回以上、会議を開催する方法または情報の送受信により同時に意見の交換をすることができる方法により、監査役会監査報告の内容を審議しなければならない(会社計算 123)。これらもまた、事業報告に係る監査役会監査報告作成手続と同様である(第 6 章 6 - 2 - 2 - 1)。

特定監査役(会施規 132 、会社計算 130 参照)は、事業報告または計算関係書類を受領した日から 4 週間を経過した日、事業報告の附属明細書または計算書類の附属明細書を受領した日から 1 週間を経過した日、

特定取締役(会施規 132 、会社計算 124 参照)との間で合意した日、のいずれか遅い日までに、特定取締役に対し、監査報告(監査役会設置会社にあつては、監査役会監査報告)の内容を通知しなければならない(会施規 132 、会社計算 124)。計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書は、特定取締役が当該監査報告の内容の通知を受けた日に、監査役会の監査を受けたものとされる(会施規 132 、会社計算 124)。特定監査役が、上述の通知をすべき日までに監査報告の内容の通知をしない場合には、通知をすべき日に、監査役会の監査を受けたものとみなされる(会施規 132 、会社計算 124)。このみなし規定は、特定監査役の監査報告がなされなくても、その後の決算手続を進めることができるようにするためである⁵²。

なお、公開会社にあつては、監査役が財務およ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、その事実が、事業報告の掲載事項

52 吉本・注 (28) 前掲 344 頁。

となる（会施規 121 ）。

6 - 1 - 3. 会計監査人設置会社の監査手続

計算関係書類については、それを作成した取締役（執行役）が監査のためそれを会計監査人に対し提供しようとするときは、各監査役（委員会設置会社にあつては、監査委員会が指定した監査委員）に対してもこれを提供しなければならない（会社計算 125）。

会計監査人は、会社法 396 条 1 項後段により、会計監査報告を作成しなければならない。すなわち、計算関係書類を受領したときは、会計監査人の監査の方法およびその内容、計算関係書類が会社の財産および損益の状況をすべての重要な点において適正に表示しているかどうかについての意見があるときは、その意見、上記の意見がないときは、その旨およびその理由、追記情報、会計監査報告を作成した日、を内容とする会計監査報告を作成しなければならない（会社計算 126 ）。上のうち、

の意見が、以下に掲げる意見である場合には、それぞれ次のような事項を内容としなければならない。すなわち、[2 の 1] 無限定適正意見である場合には、監査の対象となった計算関係書類が一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に準拠して、当該計算関係書類に係る期間の財産および損益の状況をすべての重要な点において適正に表示していると認められる旨、[2 の 2] 除外事項を付した限定付適正意見である場合には、監査の対象となった計算関係書類が除外事項を除き一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に準拠して、当該計算関係書類に係る期間の財産および損益の状況をすべての重要な点において適正に表示していると認められる旨ならびに除外事項、[2 の 3] 不適正意見である場合には、監査の対象となった事項が不適正である旨およびその理由、である（会社計算 126 イ～ハ）。また、は、[4 の 1] 継続企業の前提に関する注記に係る事項、[4 の 2] 会計方針の変更、[4 の 3] 重要な偶発事象、[4 の 4] 重要な後発事象、その他の事項のうち、会計監査人の判断に関して説明を付す必要がある事項または計算関係書類の内容のうち強調する必要がある事項である

(会社計算 126)。

会計監査人は、各事業年度に係る計算書類の全部を受領した日から 4 週間を経過した日、当該計算書類の附属明細書を受領した日から 1 週間を経過した日、特定取締役 (会社計算 130 参照)、特定監査役 (会社計算 130 参照 - 会社計算規則は「監査役」という単語でこの者を表現しているが、委員会設置会社にあつては、それぞれの場面に応じて、特定の監査委員を指す (会社計算 130)、以下同様) および会計監査人の中で合意した日、のいずれか遅い日までに、特定監査役および特定取締役に對し、当該会計監査報告の内容を通知しなければならない (会社計算 130)。計算関係書類については、特定取締役および特定監査役が上の会計監査報告の内容の通知を受けた日に、会計監査人の監査を受けたものとされる (会社計算 130)。会計監査人が、通知をすべき日までに会計監査報告の内容の通知をしない場合には、通知をすべき日に、会計監査人の監査を受けたものとみなされる (会社計算 130)。

監査役または監査委員が会計監査報告を受領したときは、監査役・監査役会・監査委員会が、それぞれ会社計算規則 127 条、同 128 条、同 129 条に依拠して、その内容の監査報告を作成しなければならない⁵³。

53 監査役監査報告の内容は、以下のとおりである。すなわち、監査役の監査の方法およびその内容、会計監査人の監査の方法または結果を相当でないと認めたとときは、その旨およびその理由 (会計監査人が会計監査報告の内容の通知をすべき日までにその通知をしない場合には、会計監査報告を受領していない旨)、重要な後発事象 (会計監査報告の内容となっているものを除く)、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、監査のため必要な調査ができなかったときは、その旨およびその理由、監査報告を作成した日、である。監査役会設置会社の監査役の監査報告の内容は、上記 ないし までである (以上、会社計算 127)。

監査役会監査報告の内容は、以下のとおりである。すなわち、監査役および監査役会の監査の方法およびその内容、上述の監査役監査報告の ないし に掲げる事項、監査役会監査報告を作成した日、である。この場合、各監査役は、当該事項に係る監査役会監査報告の内容が自己の監査役監査報告の内容と異なるときは、当該事項に係る自己の監査役監査報告の内容を、監査役会監査報告に付記することができる (以上、会社計算 128)。監査役会監査報告の作成にあつては、監査役会は、1 回以上、会議を開催する方法または情

特定監査役（会社計算 130 参照）は、会計監査報告を受領した日（会社計算規則 130 条 3 項により監査を受けたとみなされた日）から 1 週間を経過した日、特定取締役（会社計算 130 参照）および特定監査役の間で合意した日、のいずれか遅い日までに、特定取締役および会計監査人に、監査報告の内容を通知しなければならない（会社計算 132 ）。計算関係書類については、特定取締役および会計監査人が上の通知を受けた日に、監査役または監査委員会の監査を受けたものとされる（会社計算 132 ）。特定監査役が、通知をすべき日までに通知をしない場合には、計算関係書類については、当該通知をすべき日に、監査役または監査委員会の監査を受けたものとみなされる（会社計算 132 ）。

事業報告およびその附属明細書についての監査役・監査役会・監査委員会の監査報告の内容および通知期限については、会計監査人を設置しない会社と変わるところはない（会施規 129～132）。

6-1-4. 取締役会の承認

取締役会設置会社にあつては、計算関係書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書は、上述の監査を受けた後（非公開会社たる会計参与設置会社であつて監査役を置かない場合（会 327 ただし書）を除く）、取締役会の承認を得なければならない（会 436 ）。会計参与設置会社にあつては、会計参与もこの取締役会に出席し、必要があると認めるときは、意見を述べなければならない（会 376 ）。

商法会社編時代にあつては、当時の委員会等設置会社を除く従来型の会

報の送受信により同時に意見の交換をすることができる方法により監査役会監査報告の内容を審議しなければならない（会社計算 128 ）。

監査委員会の監査報告の内容は、以下のとおりである。すなわち、監査委員会の監査の方法およびその内容、監査役監査報告において掲げない事項、監査報告を作成した日、である。各監査委員は、監査報告の内容が自己の意見と異なる場合には、その意見を監査報告に付記することができる（以上、会社計算 129 ）。監査報告の内容は、監査委員会の決議をもって定めなければならない（会社計算 129 ）。

社では、代表取締役が作成した計算書類等を、まず取締役会において承認し（平成 17 年（2005 年）改正前商 281 柱書参照）、かかる承認済書類等を監査役・監査役会・会計監査人の監査に付すという手続であった（平成 17 年（2005 年）改正前商 281 ノ 2、281 ノ 3、平成 17 年改正前旧商特 12 ~ 14）。会社法は、上の決算手順を入れ替え、まず、監査機関による監査を先行させ、かかる監査機関の監査意見を参照して、取締役会の承認を求めることとした。

6 - 2. 計算書類等の株主への提供

取締役会設置会社にあつては、定時株主総会の招集通知を書面または電磁的方法により発しななければならないが（会 299 ）、その際、財務省令（会施規 133、会社計算 133）で定めるところにより、株主に対し、監査を受けるべき場合に上に述べた監査を受け、かつ取締役会の承認を受けた計算書類および事業報告ならびにそれらの監査報告または会計監査報告を提供しなければならない（会 437）。取締役会非設置会社にあつては、定時株主総会の招集通知に際し、株主に対して、計算書類等を提供することは要求されない。

これらを株主に提供することは、計算書類等の事前開示と観ることができ。これすなわち、「直接開示」と称される事前開示である。

6 - 3. 計算書類等の承認・報告

取締役は、計算書類および事業報告を定時株主総会に提出または提供しなければならない（会 438 柱書）。上に述べたように、取締役会設置会社にあつては、すでに招集通知と共に計算書類および事業報告が株主に「提供」されているので、これを前提に、総会において改めてこれらを「提出」することとなる⁵⁴。かかる提出は、たとえば、総会の場でスクリー

54 江頭：弥永編・注（15）前掲 377 頁 [片木晴彦]。

ン (screen) 等に掲示する等でも足りる⁵⁵。取締役会非設置会社にあつては、招集通知に計算書類および事業報告の提供が要求されていないので、定時株主総会の場で、株主への「提出または提供」がなされる。

定時株主総会に提出または提供される計算書類および事業報告は、以下のごとくである。監査役を置く会社（会計監査人設置会社および取締役会設置会社を除く）にあつては、監査役の監査（会 436 ）を受けた計算書類および事業報告、会計監査人設置会社（取締役会設置会社を除く）にあつては、監査役および会計監査人の監査（会 436 ）を受けた計算書類および事業報告、取締役会設置会社にあつては、取締役会の承認（会 436 ）を受けた計算書類および事業報告、上記 ないし 以外の会社にあつては、各事業年度に係る計算書類および事業報告（会 435 ）、である（以上、会 438 ）。

定時株主総会に提出または提供された事業報告の内容は、取締役によつて、定時株主総会の場で報告されれば足りる（会 438 ）。他方、計算書類については、原則として、定時株主総会の承認を受けなければならない（会 438 ）。ただし、会計監査人設置会社にあつては、取締役会の承認（会 436 ）を受けた計算書類が、法令・定款に従い、会社の財産および損益の状況を正しく表示しているものとして法務省令で定める要件に該当する場合には、総会による承認を要しない（会 439 前段）。会社計算規則 135 条によれば、承認を要しない場合とは、会計監査人による監査報告に、無限定適正意見（会社計算 126 イ参照）が含まれていること、監査役・監査役会・監査委員会の監査報告に、会計監査人の監査の方法または結果を相当でないとする意見がないこと、監査役会・監査委員会の監査報告に、会計監査人の監査の方法または結果を相当でないとする意見の付記がないこと、計算関係書類が、会社計算規則 132 条 3 項に依拠して監査役または監査委員会の監査を受けたものと

55 同前 [片木晴彦]。

みなされたものでないこと、取締役会を設置していること、のいずれにも該当することを要する(ただし、監査役設置会社であって、監査役会設置会社でない会社にあつては、を除く)。この場合には、取締役は、計算書類の内容を定時株主総会に報告すれば足りる(会 439 後段)。

以上の手続を経て計算書類は確定する。

6 - 4. 計算書類等の公告

会社は、法務省令で定めるところにより(会社計算 136,148)、定時株主総会の終結後遅滞なく、貸借対照表(大会社にあつては、貸借対照表および損益計算書)を公告しなければならない(会 440)。公告方法として、定款をもって、官報に掲載する方法、時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙に掲載する方法、のいずれかの方法(会 939 参照)を定めた会社は、貸借対照表の要旨を公告すれば足りる(会 440 、会社計算 137~146)。またはの方法で全文を公告すると、多額の費用を要するからである⁵⁶。さらに、このような会社は、上記の公告に代えて、法務省令で定めるところにより(会社計算 147)、貸借対照表の内容である情報を、定時株主総会の終結の日後5年を経過するまでの間、継続して電磁的方法により不特定多数の者が提供を受ける状態に置く措置を執ることができる(会 440)。インターネットを通じたホーム・ページによる開示方法である。これは、電子公告(会 939)とは別に、貸借対照表のみの電磁的方法による公告を認めるものである⁵⁷。定款で、電子公告(会 939)による旨を定めた会社は、定時総会終結後5年を経過する日まで、会社法 440 条 1 項による公告をしなければならないが(会 940)、調査機関による調査は不要である(会 941 第 1 かつこ書)。金融商品取引法 24 条 1 項の規定により、有価証券報告書を内閣総理大臣に提出しなければならない会社については、会社法上の計算書類の公告義務を免除される

56 加美・注(2) 前掲 473 頁参照。

57 吉本・注(28) 前掲 346 頁。

(会 440)。有価証券報告書において会社法上の計算書類よりも詳細な情報を提供しており、金融商品取引法上の開示をもって十分に代替できるからである。

計算書類の株主への提供(本章 6-2)が、事前開示ならば、その公告は、事後開示であると観察できよう。なお、承認後の貸借対照表の公告は、すでに明治 32 年(1899 年)立法時の商法 192 条 2 項において、その定めが設けられていた(昭和 13 年(1938 年)改正により、同 283 条 2 項に移動)。現行法は、平成 16 年(2004 年)改正後商法 283 条 4 項ないし 7 項を承継している。

6-5. 計算書類等の備置き・閲覧等

6-5-1. 備置き

会社は、各事業年度に係る計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書(監査報告または会計監査報告を含む)を、定時株主総会の日(取締役会設置会社にあつては、2 週間)前の日(総会決議の省略の提案がなされたとき(会 319)は、その提案があつた日)から 5 年間、臨時計算書類(監査報告または会計監査報告を含む)を、作成した日から 5 年間、その本店に備え置かなければならない(会 442)。

会社は、これら計算書類等の写しを、上と同様の起算日から 3 年間、その支店に備え置かなければならないが、計算書類等が電磁的記録で作成されている場合であつて、支店においてその事項の閲覧・提供等の請求に応じることが可能な措置として法務省令(会施規 227)で定めるものを執っているときは、写しを備え置かずともよい(会 442)。

定時総会前にあつては、「間接開示」と称される事前開示である。この法構造は、基本的に、昭和 56 年(1981 年)改正後商法 282 条 1 項を承継するものである。

6-5-2. 閲覧・謄写等

会社の株主および債権者は、営業時間内はいつでも、計算書類等の閲覧・

謄写等の請求（謄本・抄本の請求、表示資料の交付の請求には、会社が定めた費用を支払う必要がある）をすることができる（会 442、なお会社規 226①）。会社の親会社社員も、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、上記の請求をすることができる（会 442）。

このうち、親会社社員の請求は、平成 11 年（1999 年）改正後商法 282 条 3 項において認められたものである。株主および会社債権者による請求は、明治 32 年（1899 年）商法 191 条 2 項に遡ることができるが、費用の支払いについては、昭和 13 年（1938 年）改正後商法 282 条 2 項において認められた。

6 - 5 - 3. 計算書類等の提出命令

裁判所は、申立てによりまたは職権で、訴訟の当事者に対し、計算書類およびその附属明細書の全部または一部の提出を命ずることができる（会 443）。

商法 19 条 4 項と論理調整的に会社法中に設けられた規定である。これについては、第 1 章 5 - 2 において述べたところが妥当する。

7. その他の計算書類

7 - 1. 臨時計算書類

7 - 1 - 1. 意義

会社法は、「臨時計算書類」と称される計算関係書類の作成を認めている。会社法 441 条 1 項は、会社が、最終事業年度の直後の事業年度に属する一定の日（「臨時決算日」という）における当該会社の財産の状況を把握するため、法務省令で定めるところにより、臨時決算日における貸借対照表、臨時決算日の属する事業年度の初日から臨時決算日までの期間に係る損益計算書、を作成することができるものとしている。「最終事業年度」とは、各事業年度に係る定時株主総会の承認（会 438）またはこれに代わる取締役会の承認（会 439 前段、436）を受けた場合における当該各事業年度のうち最も遅いものを指す（会 224）。

臨時決算日は、最終事業年度の直後の事業年度に属する一定の日でなければならないから、前事業年度の計算書類が未確定である間は、当該事業年度に属する日を決算日とする臨時計算書類を作成することはできない⁵⁸。臨時計算書類の作成に係る期間を「臨時会計年度」と称するが、臨時会計年度は、当該事業年度の前事業年度の末日の翌日（当該事業年度の前事業年度がない場合にあっては、成立の日）から臨時決算日までの期間である（会社計算 60）。臨時計算書類は、臨時会計年度に係る会計帳簿に基づき作成しなければならない（会社計算 60）。

臨時計算書類の作成は、会社の任意に委ねられる。会社法の下では、剰余金の配当を事業年度中いつでも何度でも行うことができるので（会 453）、配当可能な剰余金額を適正に算定するために、定時株主総会に合わせて計算書類を作成するだけでなく、その度に必要な情報を記載・記録した計算書類を作成することによって、分配可能額の算定に期中損益を反映させることができるのである。臨時決算をすれば、分配可能額の算定において、臨時決算日の属する事業年度の初日から臨時決算日までの間の期間の利益の額および同期間中に自己株式を処分した場合の対価の額を分配可能額に加算することができる（会 461）。

7-1-2. 監査および承認

臨時計算書類は、監査役設置会社（会計限定監査役を置く会社を含む）または会計監査人設置会社においては、法務省令で定めるところにより（会社計算 121～132）、監査役または会計監査人（委員会設置会社においては、監査委員会および会計監査人）の監査を受けなければならない（会 441）。取締役会設置会社においては、監査を受けるべき場合に監査を受けた臨時計算書類について、取締役会の承認を受けなければならない（会 441）。監査機関による監査の内容・期限については、正規の決算手続に

58 青竹・注 (1) 前掲 482 頁。

準じ、これと同様である(会社計算 121~132)。ただし、臨時計算書類については、附属明細書が存在しないので、通知期限の規整が正規の決算手続と異なる部分がある(会社計算 130 □ 参照)。

臨時計算書類は、原則として、株主総会の承認を受けなければならない(会 441 柱書本文)。株主総会に提出または提供される臨時計算書類は、以下のごとくである。監査役を置く会社(会 436 参照)または会計監査人設置会社(いずれも取締役会設置会社を除く)にあっては、会社法 441 条 2 項の監査を受けた臨時計算書類、取締役会設置会社において、会社法 441 条 3 項の承認を受けた臨時計算書類、上記以外の会社において、作成に係る臨時計算書類、である(会 441 ~)。しかし、臨時計算書類が法令・定款に従い、会社の財産および損益の状況を正しく表示しているものとして法務省令(会社計算 135)で定める要件に該当する場合には、株主総会の承認は必要ない(会 441 柱書ただし書)。

7-1-3. 備置き・閲覧等

臨時計算書類も、計算書類と同様に、備置きおよび閲覧等の対象となる(会 442 ・ ・ ・)。しかし、臨時計算書類は、公告の対象外である(会 440 対照)。

7-2. 連結計算書類

7-2-1. 意義

「連結計算書類」とは、会計監査人設置会社において、当該会社およびその子会社から成る企業集団の財産および損益の状況を示すために必要かつ適当なものとして、法務省令で定めるものをいう(会 444 かっこ書)。

平成 14 年(2002 年)改正前商法の下では、会社単体の計算書類を作成することだけが求められ、ただ旧商法特例法上の小会社を除く会社について、当時の商法施行規則 84 条 1 項 3 号が、当時の営業報告書に記載すべき事項として、「親会社との関係、重要な子会社の状況その他の重要な企業結合の状況(その経過及び成果を含む。)」を要求する旨を規定すると

どまっていた。しかし、その会社の属する企業集団の財産・損益状況は、株主等にとって重要な情報である⁵⁹。そこで、平成14年(2002年)に旧商法特例法が改正され、同法上の大会社は、当該大会社ならびにその子会社および連結子会社から成る企業集団の財産および損益の状況を示すために必要かつ適当なものとして法務省令で定めるもの(連結計算書類)を作成しなければならないものとされた(同年改正後旧商特19の2)。同年改正によって設けられた当時の委員会等設置会社にも、連結計算書類の作成が要求された(同年改正後旧商特21の32)。これにともない、平成15年(2003年)に商法施行規則が改正され、同規則中に、第8章連結計算書類の記載方法等および第9章連結計算書類等の監査等という章が追加されたのであった。この制度が会社法に引き継がれたものである。

連結の範囲に関し、会社計算規則63条1項によれば、原則として、そのすべての子会社をその範囲に含めることを求めているが、財務および事業の方針を決定する機関(株主総会その他これに準ずる機関)に対する支配が一時的であると認められる子会社、連結の範囲に含めることにより当該会社の利害関係人の判断を著しく誤らせるおそれがあると認められる子会社、はその範囲に含めない。さらに、その資産・売上高(役員収益を含む)等からみて、連結の範囲から除いてもその企業集団の財産および損益の状況に関する合理的な判断を妨げない程度に重要性の乏しいものは、連結の範囲から除くことができる(会社計算63)。連結の範囲に含められる子会社を「連結子会社」と称し、その範囲から除かれる子会社を「非連結子会社」と称する(会社計算規則2)。そして、当該会社およびその連結子会社を指して、「連結会社」と称する(会社計算2①)。

会社法444条1項の授權により、法務省令で定める連結計算書類は、以下のないし のいずれかのものである。すなわち、連結貸借対照表・連結損益計算書・連結株主資本等変動計算書・連結注記表、連結財務諸

59 近藤・注(3)前掲355頁。

表の用語、様式及び作成方法に関する規則（昭和 51 年（1976 年）大蔵省令第 28 号）93 条により指定国際会計基準に従うものとされた会社では、指定国際会計基準に従い作成されたもの、連結財務諸表の用語、様式及び作成方法に関する規則 95 条または同規則の一部を改正する内閣府令（平成 14 年（2002 年）第 11 号）附則 3 項の規定により、米国預託証券の発行等に関して要請されている用語、様式および作成方法によることができるとされた会社では、これに従い作成されたもの、である（会社計算 61、120、120 の 2）。上記の作成にあたっては、会社計算規則 65 条ないし同 68 条に従う。連結計算書類は、電磁的記録をもって作成することができる（会 444）。

連結計算書類は、もっぱら情報提供を目的としており、剰余金配当限度額の算定は、連結計算書類を作成する会社で、分配可能額の算定につき特別の控除規定の適用を受ける旨を計算書類の作成に定めた連結配当規制適用会社（会社計算 2 ⑤1、158 参照）を除き、単体の貸借対照表を基準とする⁶⁰。

会計監査人設置会社においては、原則として、上記連結計算書類を任意に作成することができる（会 444）。しかし、事業年度の末日において大会社であって、かつ金融商品取引法 24 条 1 項の規定により有価証券報告書を内閣総理大臣に提出しなければならない会社は、当該事業年度に係る連結計算書類を作成しなければならない（会 444）。

7 - 2 - 2. 監査および承認

連結計算書類は、法務省令で定めるところにより（会社計算 126 ~ 129、130、132）、監査役（委員会設置会社にあつては、監査委員会）および会計監査人の監査を受けなければならない（会 444）。

取締役会設置会社においては、これらの監査を受けた連結計算書類は、

60 青竹・注 (1) 前掲 484 頁。

取締役会の承認を受けなければならない(会 444)。取締役は、定時株主総会の招集通知に際して、法務省令で定めるところにより(会社計算 134)、株主に対し、取締役会の承認を受けた連結計算書類を提供しなければならない(会 444)。

取締役は、取締役会設置会社にあつては、取締役会の承認を受けた連結計算書類を、それ以外の会社にあつては、監査役および会計監査人の監査を受けた連結計算書類を、それぞれ定時株主総会に提出または提供して、その内容および監査の結果を報告しなければならない(会 444)。

なお、連結計算書類は、その作成が有価証券報告書提出会社に義務づけられていることを考慮して⁶¹、会社法上、備置き、閲覧等および公告の対象とはならない。

8. 資本金および準備金・剰余金

8-1. 資本金の意義

会社法を含む商事に関する諸法について記述する上で、「資本」または「資本金」という用語は、その文脈上、購買力の元本や漠然と財産と同義に用いられることもある。しかし、ここでいう「資本金」とは、会計学上の概念と同義であつて、一定の計算上の数額を表わし、貸借対照表上の株主資本の部に表示された資本金額を指す。かかる意味で、会社法は、「資本金」という用語を用いているが、商法会社編時代の商法の条文上は、「資本」という用語を用いていた(たとえば、平成 17 年(2005 年)改正前商 284ノ2)。

株式会社は、間接有限責任を負うにすぎない株主から成る社団であるから、会社債権者に対する会社の信用を維持せしめる安全弁が必要となる。そこで、一定の会社財産を会社に保有・確保せしめる基準値としての金額を定めることを要求したわけである。この基準値たる金額がすなわち資本

61 吉本・注(28)前掲 347 頁。

金額である。会社財務の原点は資本金にあり、それを割り込むような資産の流出を意図的にはならない⁶²。いわば、資本金額は、計算上、その会社の資産確保のための最終防衛ライン (line) である。

8 - 2. 資本金の額

(ア) 資本金の額については、会社法 445 条 1 項に定めがある。すなわち、会社法に別段の定めがある場合を除き、設立または株式の発行に際して、株主となる者が会社に払込みまたは給付 (現物出資) をした財産の額である。ここから明らかなように、原則は、株主となる者が払込みまたは給付をした財産の全額が資本金に繰り入れられるべきことになる。しかし、上の払込みまたは給付に係る額の 2 分の 1 を超えない額は資本金として計上しないことができ、これを資本準備金として計上すべきことが可能である (会 445 条 1 項)。

(イ) 会社設立時における払込みまたは給付財産の額は、株式引受人から払込みを受けた金銭の額および現物出資財産の給付があった日における価額 (時価評価が原則であるが、例外的に帳簿価額による場合がある⁶³) の合計額から、設立に要した費用のうち設立に際して資本金または資本準備金の額として計上すべき額から減ずるべき額と定めた額 (会 32 条 1 項) を減じて得た額となる (会社計算 43 条 1 項)。よって、理論上、設立時の資本金額が零円という会社の設立も可能である。

(ウ) 会社成立後における募集株式の発行等の場合における払込みまた

62 龍田節『会社法大要』(有斐閣・2007年) 368頁。

63 会社と現物出資財産の給付をした者が共通支配下関係となる場合、および、これ以外の場合であって、当該給付を受けた現物出資財産の価額 (時価) により資本金または資本準備金の額として計上すべき額を計算することが適切でないとき、は、給付直前の帳簿価額による (会社計算 43 条 1 項イロ)。「共通支配下関係」とは、2 以上の者 (人格のないものを含む) が同一の者に支配 (一時的な支配を除く) をされている場合または 2 以上の者のうち 1 の者が他のすべてを支配している場合における当該 2 以上の者に係る関係をいう (会社計算 2 条 2 項)。

は給付財産の額（これを「資本金等増加限度額」という（会社計算 13 参照））は、株式引受人から払込みを受けた金銭の額および現物出資財産の給付期日または給付を受けた日における価額（時価評価が原則であるが、例外的に帳簿価額による場合がある⁶⁴）の合計額から、募集株式の交付に係る費用の額のうち資本金等増加限度額から減ずるべきと定めた額（会 199 ）を減じて得た額に、株式発行割合（当該募集に際して発行する株式の数を当該募集に際して発行する株式の数および処分する自己株式の数の合計数で除して得た割合をいう）を乗じて得た額から、自己株式処分差損額を減じて得た額である（会社計算 14 ）。

新株予約権が行使された場合の資本金等増加限度額は、行使時における新株予約権の帳簿価額と行使の際に払込みを受けた金銭の額または現物出資財産の行使時における価額（時価評価が原則であるが、例外的に帳簿価額による場合がある⁶⁵）の合計額から、新株予約権の行使に応じて行う株式の交付に係る費用の額のうち資本金等増加限度額から減ずる額と定めた額（会 236 ）を減じて得た額に、株式発行割合（当該行使に際して発行する株式の数を当該行使に際して発行する株式の数および処分する自己株式の数の合計数で除して得た割合をいう）を乗じて得た額から、自己株式処分差損額を減じて得た額である（会社計算 17 ）。

（工）払込みまたは給付に係る資本金として計上しない額を「払込剰余金」と称する。

払込剰余金の額は、設立時には、定款の定めまたは発起人全員の合意により（会 32 ）決定する。成立後には、株主総会または取締役会により（会 199 ・ 、 201 ・ 、 236 ・ 、 238 ・ 、 240 ）決定

64 会社と現物出資財産の給付をした者が共通支配下関係にある場合、および、これ以外の場合であって、当該給付を受けた現物出資財産の価額により資本金等増加限度額を計算することが適切でないとき、は、給付直前の帳簿価額による（会社計算 14 イロ）。

65 会社計算規則 17 条 1 項 3 号イロにおいて、(64) で述べた同 14 条 1 項 2 号イロと平仄を合わせた定めが設けられている。

する。

(オ) 資本金は、株式の発行をともなうことなく、準備金または剰余金を減少させ、これを資本金に繰み入れることによって増加させることができる(会 448、450、会社計算 25)。

(カ) なお、合併、吸収分割、新設分割、株式移転または株式交換に際して計上すべき資本金の額は、別途、法務省令で定められている(会 445、会社計算 35~39、45~52)。

(キ) 資本金の額は登記事項である(会 911)。

8-3. 資本(金)に関する3原則

かつては、資本金の有する会社財産確保の機能は、以下の「資本に関する3原則」に現れていると強調されていた。しかし、最近は、資本ないし資本金が軽視される傾向にあるとともに⁶⁶、すでに実質的に放棄された原則もある。

8-3-1. 資本充実・維持の原則

この原則については、株式会社の設立法制においてすでに述べた(第2帖第3章4-3-2-2)。改めて記せば、会社は、設立の当初からその存立中は常に、資本金額に相当する財産を保持し(資本の維持)、抽象的な資本金額を具体的な財産をもって充たしていなければならない(資本の充実)とする原則である。会社の財産を確保する資本金の機能上、最も基本的な原則である。

江頭憲治郎は、資本維持の原則は、会社債権者保護の1方法に過ぎず、株主の有限責任の不可欠の前提ではないと述べるとともに、資本充実の原則は、資本維持の原則のコロラリー(corollary - 当然の帰結)として、資本金の額に相当する財産が出資者から確実に拠出されることを要求する

66 龍田・注(62)前掲369頁。

もので、出資全額払込主義・変態設立事項の調査等は、その原則の現れであるとしている⁶⁷。

8-3-2. 資本不変の原則

これは、いったん定められた資本金を自由に減少してはならないという原則であり、上述の資本充実・維持の原則は、この原則と相俟って、はじめて完全なものとなる。資本充実・維持の原則は、資本金を基準としてそれに相当する会社財産の保持を図るものであるから、資本金自体の減少を自由にすれば、その原則は無意味に帰するからである⁶⁸。

龍田節によれば、この原則は、資本金の減少に債権者保護手続を必要とする限りで残っているとされている⁶⁹。この原則は、資本金の減少を規整する原則と評価できる。

8-3-3. 資本確定の原則

この原則については、すでに詳細に述べた（第1帖第5章5）。現行法の下では、この原則は完全に放棄されたものと評価してよい。

8-4. 準備金

8-4-1. 準備金の意義

「準備金」とは、会社法、定款の規定または株主総会の決議をもって、資本金額以上の一定の金額に相当する財産を会社に留保せしめるべく定められた金額のことである。これまた資本金と同様に、計算上の数額である。

準備金は、資本金と同様に、会社債権者のために会社財産を拘束する（準備金に見合う額の資産を社内に留保する）機能を有する金額である。ただし、資本金とは異なり、準備金は債権者の異議手続なしに減少させる

67 江頭・注(32)前掲35頁脚注(1)。

68 北澤・注(30)前掲44頁。

69 龍田・注(62)前掲369頁。

ことができる場合があり (会 449 柱書ただし書)、会社財産拘束機能が弱い分、会社業績の変動に柔軟に対応できるという性格を有する⁷⁰。資本金の廻りのクッション (cushion) として安全性を高める機能を有するものである。

準備金には、資本準備金と利益準備金とがあり、会社法は、両者を併せて「準備金」と総称している (会 445 参照)。これらは、会社法上、積立てが強制されるものであるとの意で、「法定準備金」と称される。法定準備金に対するのが任意準備金 (任意積立金) と称されるもので、これは、会社が任意に積み立てるものである。

法定準備金は (任意準備金も)、資本金と異なり、登記事項ではない (会 911 対照)。

8 - 4 - 2. 法定準備金

8 - 4 - 2 - 1. 資本準備金

上に述べたように (本章 8 - 2)、払込みまたは給付に係る額のうち、資本金として計上しなかった額 (会 445) は、資本準備金として計上しなければならない (会 445)。

剰余金の配当に際し、その他資本剰余金 (会社計算 76) を減少させた場合には、以下のように資本準備金を計上しなければならない。準備金の額 (資本準備金と利益準備金とを併せた額) が資本金額の 4 分の 1 以上に相当する金額以上の場合には、剰余金の配当にともなう資本準備金の計上を要しないが、これ以外の場合にあっては、剰余金の配当によって減少する会社財産の帳簿価額のうち、減少させるその他資本剰余金額に相当する額に 10 分の 1 を乗じて得た額、資本金額の 4 分の 1 に相当する額 (基準資本金額) から剰余金の配当をなす日における準備金の額を減じて得た額、のいずれか少ない額に相当する額を資本準備金として計上しな

70 吉本・注 (28) 前掲 330 頁。

なければならない(会 445、会社計算 22)。

以上の他、資本準備金は、資本金または剰余金(その他資本剰余金)を減少せしめ、資本準備金に組み入れる旨を定めた場合に増加する(会 447、451、会社計算 26)。

8-4-2-2. 利益準備金

利益準備金は、将来会社の経営が悪化したときに取り崩して欠損の填補に充てることができるように、剰余金の配当をする場合に剰余金の一部を積み立てるよう要求される準備金である⁷¹。

設立時における会社の準備金の額は、零である(会社計算 43)。

剰余金の配当に際し、その他利益剰余金(会社計算 76)を減少させた場合には、以下のように利益準備金を計上しなければならない。準備金の額(資本準備金と利益準備金を併せた額)が資本金額の4分の1以上に相当する金額以上の場合には、剰余金の配当にともなう利益準備金の計上を要しないが、これ以外の場合にあっては、剰余金の配当によって減少する会社財産の帳簿価額のうち、減少させるその他利益剰余金額に相当する額に10分の1を乗じて得た額、資本金額の4分の1に相当する金額から剰余金の配当をする日における準備金の額を減じて得た額、のいずれか少ない額に相当する額を利益準備金として計上しなければならない(会 445、会社計算 22)。

資本準備金と利益準備金との合計額が資本金額の4分の1に相当する金額に達するに至るまで準備金を計上させるという法政策は、平成13年(2001年)法律第79号改正後の商法288条を踏襲したものと観ることができよう。同年改正前は、資本準備金の積立額に関わらず、資本金の4分の1に達するまで、利益の処分として支出する金額の10分の1以上および中間配当の分配額の10分の1を利益準備金として積み立てることが要求されていた(平成2年(1990年)改正後商288)。しかし、多額の資本

71 青竹・注(1)前掲487頁。

準備金を有する会社では、欠損の填補は十分に確保されていることから⁷²、資本準備金が十分に積み立てられている会社にあつては、さらなる利益準備金の積立ては不要であるとして平成13年(2001年)法律第79号改正が行われたのである。

準備金の額が資本金額の4分の1に達すれば、会社法451条の手続によらない限り、それ以上の準備金を計上することはできない。準備金も剰余金の算定において純資産からの控除科目となり、株主が受けることができる剰余金配当を減少させることになるからである⁷³。換言すれば、株主の利益のために、それ以上の準備金の積立てを許さないというのが会社法の採る法政策であると解すべきだからである。

上記の他、利益準備金は、剰余金(その他利益剰余金)を減少せしめ、利益準備金に組み入れる旨を定めた場合に増加する(会451、会社計算28)。

8-4-3. 任意準備金(任意積立金)

法律上の強制なくして、剰余金の処分として、定款または株主総会の決議によって積み立てられるものをいう(会452)。使用目的が特定されず自由に支出できる別途積立金とか、使用目的が特定される欠損填補準備金、配当平均準備金、新設・改良準備金などがある。後期繰越金も任意準備金の1種である⁷⁴。

8-5. その他資本剰余金・その他利益剰余金

8-5-1. その他資本剰余金

「その他資本剰余金」とは、資本剰余金のうち資本準備金でないものを

72 平成13年(2001年)法律第79号改正前商法288条ノ2に規定された、いわゆる資本取引から積み立てられる資本準備金については、利益準備金と異なり、積立ての限度や資本金額に対する割合について制限はなかった。

73 青竹・注(1)前掲487頁。

74 以上、加美・注(2)前掲490頁。

いう（会社計算 76 ）。

資本取引から生じるものであり、具体的には、自己株式処分差益（会社計算 14 ）、現物出資の財産価格填補責任等の履行のために支払われた額（会社計算 21）、資本金の減少額のうち欠損填補・資本準備金への組入れに使用されなかった額（会社計算 27 ）などが、これに計上される⁷⁵。資本取引と損益取引とを区分する考えから⁷⁶、その他資本剰余金をその他利益剰余金に振り替えることは認められない（企業会計基準委員会「自己株式及び準備金の額の減少等に関する会計基準」19）。

8 - 5 - 2. その他利益剰余金

「その他利益剰余金」とは、利益剰余金のうち、利益準備金でないものをいう（会社計算 76 ）。

損益取引から生じる当期純損益金額（会社計算 94）が累積したものであり、当期純利益金額が生じた場合（会社計算 29 ）、利益準備金の減少額が欠損填補に使用されなかった場合（会社計算 29 ）などに増加する⁷⁷。

8 - 6. 剰余金の額

基本的には、資産総額と自己株式の帳簿価額の合計額から、負債総額・資本金・準備金・法務省令（会社計算 149）で定める各勘定科目の合計額を減じた額となるのが原則であるが、最終の事業年度の末日後の増減（資本金の額や準備金の額の減少等があった場合はその減少額を加算し、剰余金の配当や自己株式の消却をした場合には自己株式や配当財産の帳簿価額を減算する）も反映させる⁷⁸（会 446、末日後に生じる控除科目につき、

75 青竹・注（1）前掲 488 頁、江頭・注（32）前掲 614 頁。

76 江頭・同前 615 頁脚注（16）。

77 青竹・注（1）前掲 488 頁。

78 宮島・注（16）前掲 356 頁脚注参照。

会社計算 150)。剰余金の額は、配当の分配可能額を算定するときの基礎となるものであるが(会 461)、会社法の下では、剰余金配当の分配可能額を、決算日ではなく、剰余金の配当が効力を生じる日を基準に算定し(会 461)、決算日後の剰余金の変動も考慮するため、上のような構造になっているのである⁷⁹。

剰余金の算定方法は、会社法 446 条が規定している。具体的には、以下のとおりである。

まず、以下の **ないし** の合計額を求める。

最終事業年度の末日における資産の額と自己株式の帳簿価額の合計額から、負債の額・資本金および準備金の合計額・その他法務省令(会社計算 149⁸⁰)で定める各勘定科目に計上した合計額を減じた額(会 466)

最終事業年度の末日後に自己株式の処分をした場合における当該自己株式の対価の額から当該自己株式の帳簿価額を控除して得た額(会 466)

最終事業年度の末日後に資本金の額の減少をした場合における当該減少額(会社法 447 条 1 項 2 号の額を除く)(会 446)

最終事業年度の末日後に準備金の額の減少をした場合における当該減少額(会社法 448 条 1 項 2 号の額を除く)(会 446)

次いで、以下の **ないし** の合計額を求める。

最終事業年度の末日後に会社法 178 条 1 項の規定により自己株式の消却をした場合における当該自己株式の帳簿価額(会 446)

最終の事業年度の末日後に剰余金の配当をした場合における、[6 の 1] 会社法 454 条 1 項 1 号の配当財産の帳簿価額の総額(同条 4 項 1 号に規定する金銭分配請求権を行使した株主に割り当てた当該配当財産の帳簿価額を除く)、[6 の 2] 会社法 454 条 1 項 1 号に規定する金銭分配請求権を行

79 青竹・注 (1) 前掲 488 - 489 頁参照。

80 会社計算規則 149 条によれば、この合計額は、資産の額および自己株式の帳簿価額の合計額から、負債の額・資本金および準備金の額の合計額・その他資本剰余金の額・その他利益剰余金の額を減じて得た額となる。

使した株主に交付した金銭の額の合計額、[6の3] 会社法 456 条に規定する基準未滿株式の株主に支払った金銭の額の合計額、を合計した額（会 446）

上記 に掲げるものの他、法務省令（会社計算 150）⁸¹ で定める各勘定科目に計上した額の合計額（会 446）

最後に、上記 ないし の総和から、 ないし の総和を減算する。これが、会社法の定める剰余金の額である（会 446）。

8-7. 資本金および準備金の増減

8-7-1. 資本金の減少

会社は資本金の額を減少することができるが、この場合においては、株式総会の決議により、減少する資本金の額、減少する資本金の額の全部または一部を準備金とするときは、その旨および準備金とする額、資本金の減少の効力発生日、を定めなければならない（会 447）。ただし、会社が、株式の発行と同時に資本金の額を減少する場合に、株式の発行により増加する資本金の範囲内で資本金の額を減少させる場合（資本金減少の効力発生日後の資本金額が、それ以前の資本金額を下回らないとき）は、

81 会社計算規則 150 条 1 項によれば、この合計額は、以下の操作によって得た額となる。すなわち、次の ないし を加算した額から、 および の合計額を減じて得た額である。最終事業年度の末日後に剰余金の額を減少して資本金の額または準備金の額を増加した場合における当該減少額、最終事業年度の末日後に剰余金の配当をした場合における会社計算規則 23 条 1 号口および 2 号口に掲げる額、最終事業年度の末日後に会社が吸収型再編受入行為に際して処分する自己株式に係る会社法 446 条 2 号に掲げる額、最終事業年度の末日後に会社が吸収分割会社または新設分割会社となる吸収分割または新設分割に際して剰余金の額を減少した場合における当該減少額、最終事業年度の末日後に会社が吸収型再編受入行為をした場合における当該吸収型再編行為に係る、[5の1] 当該吸収型再編後の当該会社のその他資本剰余金の額から当該再編の直前の当該会社のその他資本剰余金の額を減じて得た額、[5の2] 当該吸収型再編後の当該会社のその他利益剰余金の額から当該再編の直前の当該会社のその他利益剰余金の額を減じて得た額、を合計した額、最終事業年度の末日後に会社計算規則 21 条の規定により増加したその他資本剰余金の額。なお、最終事業年度のない会社については、会社計算規則 150 条 2 項に従う。

その決定は、取締役の決定限り（取締役会設置会社にあつては、取締役会の決議限り）で行うことができる（会 447 ）。

後者の資本金減少につき、吉本健一は、これが実質的には株式発行による資本金増加限度額（資本金減少分を控除したもの）内の資本金額と資本準備金額との区分ルール（会 445 参照）を緩和するのと等しい結果となっているが、なぜ取締役の決定ないし取締役会決議でよいかは不明であると指摘している⁸²。

の額は、 の日における資本金の額を超えることはできない（会 447 ）。すなわち、減少後の資本金額をマイナスとすることは許されない。しかし、減少後の資本金額零円（いわゆる 100%減資）ということは、ありうることになる。

の額から の額を控除した額は、その他資本剰余金として計上される（会社計算 27 ）。

資本金を減少する株主総会決議の決議要件は、原則として特別決議によるが（会 309 ）、以下の例外が認められる。すなわち、 定時株主総会で資本金減少事項を定めるときであつて、かつ、 減少する資本金の額がその定時株主総会の日（計算書類を取締役会限りで確定する場合には、取締役会の承認があつた日）における欠損の額として法務省令（会施規 68、会社計算 151）で定める方法により算定される額を超えない場合、には普通決議で足りる（会 309 イロ）。すなわち、定時株主総会において資本金を減少する場合であつて、減少する資本金の額が定時株主総会の日（取締役会の承認があつた日）における分配可能額のマイナス額（欠損額）を超えない場合には、普通決議で足りるわけである。なお換言すれば、定時株主総会において資本金を減少し、その全額を欠損填補に充てる場合（このときは、分配可能額はプラスの数値にならない）には、普通決議で足りるのである。欠損填補のために資本金を減少させる場合には、株主に対して払戻しが行われることがなく、一部解散・清算という要素がないこ

82 吉本・注 (28) 前掲 331 頁脚注 (8)。

とから、普通決議でよいとされているのであり、定時株主総会に限定しているのは、欠損額をできるだけ正確に把握できるように、計算書類の確定時に限り、これを認めようとするからである⁸³。

8-7-2. 準備金の減少

会社は準備金の額を減少することができるが、この場合においては、株主総会の決議（普通決議をもって足りる）により、減少する準備金の額、減少する準備金の額の全部または一部を資本金とするときは、その旨および資本金とする額、準備金の減少の効力発生日、を定めなければならない（会 448）。ただし、会社が、株式の発行と同時に準備金の額を減少する場合に、準備金減少の効力発生日後の準備金の額が、効力発生日前の準備金の額を下回らないときは、その決定は、取締役の決定限り（取締役会設置会社にあつては、取締役会の決議限り）で行うことができる（会 448）。

会計監査人設置会社（取締役の任期の末日が選任後 1 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日後の日であるもの、および、監査役設置会社であつて監査役会設置会社でないものを除く）は、会社法 449 条 1 項 2 号（欠損填補のためにだけ行われる準備金の減少）に該当する場合における上記 を決算取締役会で定めることができる旨を定款で定めることができる（会 459）。

の額は の日における準備金の額を超えてはならない（会 448）。

商法会社編時代にあつては、準備金の減少額についての上限規制があつた。平成 13 年（2001 年）法律第 79 号改正後商法 289 条 2 項によれば、準備金が資本金額の 4 分の 1 に相当する額を下回る減少は許されなかった。会社法がこの規制を廃止したのは、会社債権者保護にとって、準備金の減少に上限を置く意味が少ないと考えられたためであるとされている⁸⁴。

83 近藤・注 (3) 前掲 360 頁。

84 同前 362 頁。

資本準備金の減少額（会社計算 26 ）のうち、 から を控除した額は、その他資本剰余金として、利益準備金の減少額（会社計算 28 ）のうち、 から を控除した額は、その他利益剰余金として、それぞれ計上される（会社計算 27 、 29 ）。

8-7-3. 債権者異議手続

（ア）資本金および準備金（資本金等）の減少は、準備金の減少額の全部を資本金に組み入れる場合を除き、会社財産拘束機能を有する係数を減少させ、または当該機能を低下させる（資本金減少額を準備金に組み入れる場合）から、会社債権者の利益に重大な影響を与えることになる⁸⁵。それゆえ、会社が資本金等の減少をする場合には、原則として、会社債権者は、会社に対して、異議を述べることができるという法政策が採られている（会 449 柱書本文）。

しかし、上に述べたように、準備金の減少額の全部を資本金に組み入れる場合には、何ら会社債権者の不利益とならないから、異議申述の対象とならない（会 449 第 2 かっこ書）。加えて、準備金の額のみを減少する場合であって、定時株主総会において準備金減少に関する事項（会 448 ）を定めるときで、かつ、減少する準備金の額がこれを定める定時株主総会の日（計算書類を取締役会限りで確定する場合には、取締役会の承認があった日）における欠損の額として法務省令（会社計算 151）で定める方法により算定される額を超えないとき、にも債権者異議手続は執られない（会 449 ただし書）。すなわち、定時株主総会において準備金の減少に関する事項を定め、減少する準備金の額が定時株主総会の日（取締役会の承認があった日）における分配可能額のマイナス額（欠損額）を超えない場合には、つまり、準備金を減少して、その全額を欠損填補に充てる場合には、債権者異議手続は不要である。この場合には、準備金の減少後に、分配可能額が増加することがないので、会社債権者に不利益に作

85 吉本・注 (28) 前掲 332 頁。

用することもないからである。

(イ) 会社債権者が異議を述べるができる場合には、会社は、資本金等の額の減少の内容、会社の計算書類に関する事項として法務省令(会社計算152)で定めるもの、債権者が一定の期間内に異議を述べるができる旨、を官報に公告し、かつ、知れている債権者には、各別にこれを催告しなければならないが、上記の期間は1ヵ月を下ることができない(会449)。ただし、会社が、公告を、官報のほか、定款の定めに従い、時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙に掲載する方法または電子公告の方法によってするとき、各別の催告は、これをなすことを要しない(会449)。

各別に催告をすべき「知れている債権者」とは、債権者が誰であり、その債権がいかなる原因に基づきいかなる内容のものであるか、の大体を会社が知っている場合をいう⁸⁶。金銭債権の債権者に限られないが、弁済や担保提供による保全が可能な債権に限られる⁸⁷。判例によれば、知れている債権者には、会社が債権の存在を争っている者も含まれるとされている(大判昭和7年(1932年)4月30日民集11巻706頁)。

(ウ) 債権者が、期間内に異議を述べなかったときは、当該債権者は、資本金等の減少につき承認をしたものとみなされる(会449)。債権者が異議を述べたときは、資本金等の減額をしても当該債権者を害するおそれがない場合を除き、会社は、当該債権者に弁済し、もしくは相当の担保を提供し、または当該債権者に弁済を受けさせることを目的として信託会社等(信託会社および信託業務を営む金融機関(金融機関の信託業務の兼営等に関する法律(昭和18年(1943年)法律第43号)1条1項の認可を受けた金融機関)に相当の財産を信託しなければならない(会449)。

債権者を害するおそれの存否は、当該債権者の債権額・弁済期などと資本金・準備金の減少による影響を考慮して判断することになる。その判断が

86 青竹・注(1)前掲493-494頁。

87 吉本・注(28)前掲333頁。

争われれば、債権者を害するおそれのないことの立証責任は、会社にある⁸⁸。

8-7-4. 資本金等の減少の効力発生

資本金等の減少は、株主総会の決議または取締役の決定もしくは取締役会の決議によって定めた効力発生日に、その効力を生じるが、債権者異議手続が終了していないときは、この限りでない(会 449)。会社は、効力発生日として定めた日の前は、いつでもその日を変更することができる(会 449)。債権者異議手続に時間がかかる場合があることを勘案した配慮である。

資本金額を減少したときは、変更の登記をしなければならない(会 911、915)。変更登記は、資本金の減少の効力発生要件ではない。

8-7-5. 資本金額減少の無効

資本金額の減少につき、瑕疵がある場合には、その無効は訴えをもってのみ主張できるものとされている(会 828)。訴えをもってのみ無効の主張を許すのは、法的安定性を確保するためである⁸⁹。

この訴えの提訴期間は、資本金の額の減少の効力が生じた日から6ヵ月以内とされている(会 828)。総会決議に瑕疵がある場合には、決議の日から3ヵ月以内に、決議取消しの訴え(会 831)を提起できるが(第4章5-5-2)、資本金減少の株主総会決議の瑕疵は、資本金減少の無効の原因のひとつと評価されるがために、資本金の額の減少の効力発生後は、総会決議の瑕疵を争う訴訟はこの訴訟に吸収されると捉えることができる。よって、資本金の額の減少の効力発生後は、もはや総会決議取消しの訴えは提起できなくなり、もっぱら資本金額減少無効の訴えによるべきこととなる⁹⁰。ただし、効力発生日前においては、違法な資本金減少を阻止す

88 青竹・注(1)前掲494頁。

89 吉本・注(28)前掲333頁。

90 近藤・注(3)前掲360頁参照。

べく、決議の日から3ヵ月以内であれば、決議取消しの訴えを提起しうると解される。そして、効力発生日以後は、この訴えを資本金額減少無効の訴えに変更することが必要になるものと解すべきであろう⁹¹。

資本金額減少無効の訴えの提訴権者は、株主、取締役、清算人（監査役設置会社にあつては、監査役を、委員会設置会社にあつては、執行役を含む）、破産管財人または資本金の減少について承認をしなかった債権者である（会 828）。株主は、資本金減少の効力発生日の株主に限られない。資本金の減少について承認をしなかった債権者には、債権者異議手続を欠いたため、異議申述の機会を失った者を含む。債権者は、株主等と異なり、債権者異議手続を欠いたことを理由としてのみ訴えを提起できると解すべきであり、訴えの提起後に弁済などを受けたときは、訴えの利益を欠くことになるから、訴えは却下される⁹²。この訴えの被告は会社である（会 834）。

この訴えは、会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属する（会 835）。数個の訴えが同時に係属する場合、弁論・裁判は併合してなされる（会 837）。株主・債権者が訴えを提起した場合、会社が、当該訴えが悪意によるものであることを疎明して申立てたときは、裁判所は、株主・債権者に対し、相当の担保を立てるべきことを命ずることができる（会 836～）。原告が敗訴した場合に、原告に悪意重過失があったときは、原告は、会社に対し、連帯して損害賠償責任を負う（会 846）。この訴えの性質は、形成訴訟である。

資本金の額の減少を無効とする判決が確定すると、その判決は、第三者に対しても効力を有する（会 838）。しかし、遡及効は否定され、資本金の額の減少は将来に向かってその効力を失う（会 839）。

商法会社編時代には、準備金減少無効の訴えの制度があつたが（平成17年（2005年）改正前商 289、380）、会社法においては、廃止されて

91 青竹・注(1)前掲233頁参照。

92 以上、同前495頁。

いる。したがって、準備金の減少の無効は、一般原則によることとなる。吉本健一は、このような資本金減少の無効と準備金減少の無効に関する異なる取扱いは、たとえば資本金と資本準備金を減少させてその他資本剰余金を原資として剰余金の配当を行い、かつ事後的に両者の無効が確定した場合に、その処理に困難な問題を生じさせるおそれがあると指摘している⁹³。

8-7-6. 資本金の増加（剰余金の減少によるもの）

会社は、剰余金の額を減少して、資本金の額を増加することができるが、この場合においては、減少する剰余金の額、資本金額の増加の効力発生日、を定めなければならない（会 450 ）。上の決定は、株主総会の決議によらなければならない（会 450 ）。この決議は普通決議で足りる。

平成 17 年（2005 年）改正前商法 293 条ノ 2 は、「会社ハ利益ノ処分ニ関スル株主総会ノ決議ヲ以テ配当ヲ為スコトヲ得ベキ利益ノ全部又ハ一部ヲ資本ニ組入ルルコトヲ得」と規定していた。平成 2 年（1990 年）商法改正によって規定されたもので「(配当可能) 利益の資本組入れ」と称されるものであった。配当しうる利益を配当しえない資本金に転換するという意味では、今日の会社法 450 条に相当する規定といえる。しかし、会社法 450 条の決議は、定時株主総会に限らず、株主資本の部の計算の変動として、事業年度中のいつでもこれを行うことができる。

上記の額は、 の日における剰余金の額を超えてはならない（会 450）。

8-7-7. 準備金の増加（剰余金の減少によるもの）

会社は、剰余金の額を減少して、準備金の額を増加することができるが、この場合においては、減少する剰余金の額、準備金額の増加の効力発

93 吉本・注 (28) 前掲 334 頁脚注 (10)。

生日、を定めなければならない(会 451)。上の決定は、株主総会の決議によらなければならない(会 451)。この決議は普通決議で足りる。

の決定には、以下の縛りがある。すなわち、会社の資本準備金の額は、その他資本剰余金の減少相当額だけ増加させることができる(会社計算 26)。つまり、その他資本剰余金の減少額と資本準備金の増加額とがセットになる。他方、会社の利益準備金の額は、その他利益剰余金の減少相当額だけ増加させることができる(会社計算 28)。つまり、その他利益剰余金の減少額と利益準備金の増加額とがセットになる。

上記 の額は、 の日における剰余金の額を超えてはならない(会 451)。

8 - 7 - 8. 剰余金についてのその他の処分

(ア) 会社は、株主総会の決議(普通決議)によって、損失の処理、任意積立金の積立てその他の剰余金の処分(資本金額または準備金額の増加、剰余金の配当その他会社の財産を処分するものを除く)をすることができる(会 452 前段)。会計監査人設置会社(取締役の任期の末日が選任後 1 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日後の日であるものおよび監査役設置会社であって監査役会設置会社でないものを除く)は、取締役会限りで、損失の処理、任意積立金の積立てその他の剰余金の処分(資本金額または準備金額の増加、剰余金の配当その他会社の財産を処分するものを除く)に関する事項を定めることができる旨を定款に定めおくことができる(会 459 、460)。

(イ) 会社法 452 条にいう「剰余金の処分」とは、貸借対照表に計上されるその他利益剰余金、その他資本剰余金という剰余金について、その内部での科目の変更(計数の変動)を意味するにすぎない⁹⁴。換言すれば、会社財産の流出をとまなわない剰余金の各科目の計数を増減させることで

94 森本滋：弥永真生編『会社法コンメンタール 11』(商事法務・2010 年) 108 頁 [小林量]。

ある。

「損失の処理」とは、その他利益剰余金がマイナス残高のときに、その他資本剰余金を減少させてその他利益剰余金を増加することと考えられるか⁹⁵、これが会社計算規則の他の規定の解釈と整合的であるかどうかについては疑義があるとされている⁹⁶。

(ウ) 会社法 452 条に基づき、会社が剰余金の処分等を行う場合には、当該剰余金の額、その他の法務省令で定める事項、を定めなければならない。 について、会社計算規則 153 条 1 項は、[2 の 1] 増加する剰余金の項目、[2 の 2] 減少する剰余金の項目、[2 の 3] 処分する各剰余金の項目に係る額、を定めることを要求している。小林量の纏めによれば、会社法 452 条に基づいてなしうる項目の変更は、結局、その他利益剰余金の中からの任意積立金の積立て、任意積立金の取崩し、その他利益剰余金がマイナス残高のときのその他資本剰余金からの填補である⁹⁷。よって、[2 の 1] は、任意積立金の積立ての場合は当該任意積立金であり、任意積立金の取崩しの場合には、繰越利益剰余金となる。損失填補の場合には、填補されるマイナス残高の剰余金が増加することになる。一方、[2 の 2] は、任意積立金の積立ての場合は繰越利益剰余金、任意積立金の取崩しの場合には、当該任意積立金である。その他資本剰余金によるその他利益剰余金の損失填補の場合には、その他資本剰余金・その他利益剰余金のそれぞれの増加額・減少額を定めることが必要となる。[2 の 3] は、各剰余金の項目で増加・減少する額である。単なる項目の振分けであるから、当然に、増加する額の合計額と減少する額の合計額は同額となる⁹⁸。

剰余金の処分は、期中において随時なすことができる。しかし、期中に

95 相澤哲：和久友子「計算書類の監査・提供・公告、計算の計数に関する事項」商事法務 1766 号 (2006 年) 73 頁、奥島康孝：落合誠一：浜田道代編『新基本法コンメンタール 2』(日本評論社・2010 年) 380 頁 [岸田雅雄]。

96 奥島：落合：浜田・同前 [岸田雅雄]、弥永・注 (23) 前掲 770 頁。

97 森本：弥永編・注 (94) 前掲 109 頁 [小林量]。

98 以上、同前 113 頁 [小林量]。

において発生した利益剰余金のマイナスの値をその都度資本剰余金で補填することは、年度決算単位で見た場合、資本剰余金と利益剰余金との混同になることがあるため、混同禁止の観点から、平成 18 年（2006 年）8 月 11 日の自己株式等会計基準の改正により（同基準 61 項）、利益剰余金のマイナスの資本剰余金での填補は、年度決算時の利益剰余金の残高がマイナスの値となった場合に限られている⁹⁹。

（工）剰余金の処分に株主総会決議を不要とする場合がある。会社計算規則 153 条 1 項柱書かっこ書の場合であり、具体的には同条 2 項に定めがある。同条 2 項 1 号によれば、第 1 の場合は、法令または定款の規定により剰余金の項目に係る額の増加・減少をすべき場合に株主総会決議が不要とされる。総会決議を不要とする理由は、以下のようなものである。定款に基づくものは株主の意思に基づくものであるし、法令により積み立てられるものについては、法が積立てを強制しているものは、これらの増加・減少は株主の期待に反するとはいえないし、任意によるものであっても、法令により増加・減少額が定められている場合には、同様といえるからである¹⁰⁰。税法上の圧縮積立金の積立てや定款の定めに基づく積立金等の積立て・目的に従った取崩しを行う場合がこの場合に当たる¹⁰¹。なお、商法会社編時代から、その性質上年度末決算を前提とするものは別として、目的を定めて積み立てた任意準備金（任意積立金）のその目的に従う取崩しは、期中における取締役会の決議でなすことができる¹⁰²と解されていた。

会社計算規則 153 条 2 項 2 号によれば、総会決議を不要とする第 2 の場合は、会社法 452 条前段の株主総会決議によりある剰余金の項目に係る額を増加・減少させた場合に、当該決議の定めに従い、当該剰余金の項目に係る額を増加・減少すべき場合である。これにあたるのは、会社法 452 条に基づき、任意積立金を総会決議により積み立てた場合に、これをその目

99 同前 110 頁 [小林量]。

100 同前 114 - 115 頁 [小林量]。

101 弥永・注 (23) 前掲 771 頁。

102 大隅：今井・注 (30) 前掲 459 頁脚注 (1)。

的に従って取り崩す場合が典型である¹⁰³。総会決議を不要とするのは、このような場合もまた、株主の期待に反することはないと考えられるからである¹⁰⁴。

9. 剰余金の配当

9-1. 総説

会社は営利法人であるから、対外的な営利活動によって得た利益を、構成員たる株主に分配しなければならない(第1帖第4章2-1)。かかる分配は、会社の解散に際し、株主に対する残余財産の分配の方法によってなすこともできるが、一般に、会社は存続期間を定めずに永続的に事業を行うため、定期的な区切りを設けて、株主に剰余金の分配を行う必要がある。

商法会社編時代にあつては、株主に対する金銭等の分配が行われる場合として、利益配当(平成17年(2005年)改正前商290)、中間配当(平成17年改正前商293ノ5)、資本金の減少にともなう払戻し(平成17年改正前商375)、法定準備金の減少にともなう払戻し(平成17年改正前商289)、自己株式の買受け(平成17年改正前商210)などがあり、それぞれの箇所では財源規制等を行っていた。しかし、いずれも株主に対する金銭等の分配という意味では共通であるし、債権者に対する関係から考えると、会社財産の堅固性を確保するためには、いずれの場合にも分配を規制する必要があることは共通であるところから、会社法では、これらの行為について、「剰余金の配当等」として統一的に財源規制をかけることとし(会461)、さらにまた「現物配当」についてもこれを承認することとした¹⁰⁵(会454)。

したがって、会社法の下では、「剰余金の配当等」とは、取引行為や贈

103 弥永・注(23)前掲771頁参照、森本：弥永編・注(94)前掲115頁【小林量】参照。

104 弥永・同前。

105 以上、宮島・注(16)前掲355頁参照。

与による場合を除く、株主に対するあらゆる会社財産の交付を意味する¹⁰⁶。これには、自己株式の取得対価として財産を交付する場合、対価なしの剰余金の配当、とがある¹⁰⁷。については、すでに述べた(第2章5)。

9-2. 剰余金の配当手続

9-2-1. 株主総会の決議

会社は、その株主に対し、剰余金の配当をすることができるが、自己株式に対してはこれをなしえない(会453)。

会社は、剰余金の配当をしようとするときは、その都度、株主総会の決議によって、配当財産の種類(当該会社の株式、社債、新株予約権、新株予約権付社債を除く)および帳簿価額の総額、株主に対する配当財産の割当てに関する事項、剰余金配当の効力発生日、を定めなければならない(会454)。

「その都度」とあるように、会社は、事業年度中いつでも、回数の制限なく、剰余金の配当をすることができる。したがって、上の株主総会の決議は、定時株主総会に限らず、臨時株主総会においてなすことも可能である。決議要件は、普通決議でよい。分配可能額の範囲内で行う限り、配当の回数を制限する理由がないから¹⁰⁸、上記の法構造が採られている。

上記にいう「配当財産」とは、会社が剰余金の配当をする場合における配当する財産をいう(会225)。この定義から明らかなように、配当財産は金銭に限られない。すなわち、金銭以外の財産を株主に交付すること(現物配当)も可能である。しかし、上で述べたように、当該会社の株式、社債、新株予約権または新株予約権付社債を、剰余金の配当として、株主に交付することは認められない(会451 かつこ書)。

上記に関し、剰余金の配当について内容の異なる2以上の種類の株式

106 吉本・注(28)前掲351頁。

107 同前。

108 青竹・注(1)前掲498頁。

を発行しているときは、会社は、当該種類株式の内容に応じ、[2の1]ある種類の株式の株主に対して配当財産の割当てをしないこととするときは、その旨および当該株式の種類、[2の2]その他、配当財産の割当てについて株式の種類ごとに異なる取扱いを行うこととするときは、その旨および当該異なる取扱いの内容、を定めることができる(会454)。たとえば、剰余金の配当に関する優先株式と普通株式を発行している場合に、優先株式にのみ配当を実施し普通株式には配当を行わないこと、あるいは優先株式と普通株式とで配当の割当額を異なるものとすることを決定することができる¹⁰⁹。これを株主総会決議によらしめるのは、このような取扱いを行うことによって、当該種類株式の株主およびそれ以外の種類株式の株主の利益に影響を与えるからである¹¹⁰。かかる扱いは、定款所定の当該種類株主に交付する配当財産の価額の決定方法、剰余金の配当をする条件その他剰余金の配当に関する取扱いの内容に従って(会108)、行わなければならないこと、当然である¹¹¹。

上記の事項についての定めは、株主の有する株式の数に応じて配当財産を割り当てることを内容とするものでなければならない(会454)。株主平等の原則に従うことが要求されている。株式の種類ごとに異なる定めをした場合にも、各種類の株式の数に応じて、平等原則が適用される(会454第2かっこ書)。ただし、自己株式および配当財産の割当てをしない種類株式の株主が除外されること、当然である(会454第1かっこ書)。

会社法454条3項に例外規定は設けられていないが、これは、期中に発行された募集株式についても日割配当を行うことができないことを前提とするものである¹¹²。日割配当を認めないのは、剰余金の配当における分配可能額には、ある1事業年度に生じた利益剰余金のみならず、それより前

109 奥島：落合：浜田編・注(95)前掲383-384頁[久保大作]。

110 森本：弥永編・注(94)前掲127頁[弥永真生]。

111 同前[弥永真生]。

112 同前[弥永真生]、青竹・注(1)前掲498頁参照。

の事業年度に生じた利益剰余金が反映されている上、その他資本剰余金の額も反映されていることに鑑みると日割配当には合理性がない一方、日割配当を行わないことを前提として、募集株式の発行等における払込金額を決定すれば、従来の株主と募集株式引受人との間での不公平も生じないからである¹¹³。

なお、会社法 109 条 2 項に依拠する定款の定めがある場合には、剰余金の配当につき、上のような厳格な株主平等原則は排除される（第 1 帖第 5 章 9 - 4 - 1 - 1）。

9 - 2 - 2. 現物配当

商法会社編時代の利益配当は、金銭の支払いであったが、会社法は、金銭以外の財産を配当しうることを認め、とくに規定を設けた。

配当財産が金銭以外の財産であるときは、会社は、株主総会の決議によって、株主に対して金銭分配請求権（配当財産に代えて金銭を交付することを会社に対して請求する権利）を与えるときは、その旨および金銭分配請求権を行使することができる期間、一定数未満の数の株式を有する株主に対して配当財産の割当てをしないこととするときは、その旨およびその数、を定めることができる（会 454 ）。の期間の末日は、剰余金の配当の効力発生日以前の日でなければならない（会 454 柱書ただし書）。

の金銭分配請求権を与えることが可能であるとの措置は、現物ではなく金銭による配当を望む株主が存在する場合に、当該株主に配慮した取扱いができるようにするとの趣旨であるが、あくまでも任意の措置であって、株主に対し、現物に代えて金銭を受け取る権利を、常に保障するものではない¹¹⁴。

現物配当を行う場合、これに係る事項の決定は、株主総会の特別決議を要するのが原則である（会 309 ）。現物配当を望まない株主がいるこ

113 森本：弥永編・同前 [弥永真生]。

114 奥島：落合：浜田編・注 (95) 前掲 384 頁 [久保大作]。

と(配当財産に対する各株主の抱く評価は区々であるからである)、受領した株主において即時に換価できるかという問題が生じるからである¹¹⁵。よって、株主に の金銭分配請求権を与えてする現物配当の場合には、普通決議で足りる(会 309 かつこ書)。

上記 の定めを基準株式数の定めという。現物配当を行う場合には、配当される財産の価値や単位によっては、金銭の場合とは異なり、1株について配当すべき財産を算定すると、端数が生じることが想定されるので、かかる場合に対応すべく、一定の数(基準株式数)以上の株式を有する株主に対しては現物配当を行い、基準株式数未満の株式を有する株主に対してはその価値に相当する金銭を支払うこととするといった取扱いを認める趣旨である¹¹⁶。

株主に対して、 の金銭分配請求権を定めた場合には、会社は、株主に対して、権利行使期間の末日の20日前までに、金銭分配請求権を与える旨およびその権利行使期間を通知しなければならない(会 455)。株主に対して権利の存在を知らしめるとともに、それを行使するかどうかにつき熟慮する期間を与える趣旨である¹¹⁷。よって、この期間を確保するため、権利行使期間の末日は、株主総会決議の日から20日以上後の日である必要がある¹¹⁸。

株主が金銭分配請求権を行使した場合には、会社は、株主が割当てを受けた配当財産に代えて、当該配当財産の価額に相当する金銭を支払わなければならない(会 455 柱書前段)。配当財産が複数個・複数単位割り当てられている場合に、その一部についてのみ金銭分配請求権の行使を認めることは、会社の事務費用・事務負担の増大を勘案すると、これを否定的に解すべきであろう¹¹⁹。会社がこれを任意に認めることも、現物と金銭と

115 青竹・注(1)前掲499頁。

116 森本：弥永編・注(94)前掲129頁[弥永真生]参照。

117 奥島：落合：浜田編・注(95)前掲386頁[久保大作]。

118 同前384頁[久保大作]。

119 同前386頁[久保大作]参照。

の間に、僅かであれ、不均衡を生じる可能性を否定できない以上、剰余金の配当に厳格な株主平等原則の反映を要求している会社法の趣旨から、総会決議を逸脱するものとして、許されないと解する。

金銭分配請求権を行使した株主に分配すべき金額の基準となる配当財産の価額は、(ア) 配当財産が市場価格のある財産である場合は、市場価格として法務省令(会社計算 154)で定める方法により算定される額、(イ) これ以外の場合は、会社の申立てにより裁判所が定める額、となる(会 455 後段)。(イ)の場合の価額決定は非訴事件である。会社は、会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所に価額決定の申立てを行う(会 868)が、裁判所は、価額を定める裁判をなすには、金銭分配請求権を行使した株主の陳述を聴かなければならず(会 870)、その裁判には理由を付すことを要する(会 871)。

の基準株式数を定めた場合には、基準未満株式を有する株主に対しては、配当財産の価額として定めた額に対し、基準株式数に対する当該株主の有する基準未満株式数の割合を乗じて得た額に相当する金銭を支払わなければならない(会 456)。ここにいう「配当財産の価額として定めた額」は、会社法 455 条 2 項後段と同様に定められる。支払うべき金銭の額の算定基礎となる配当財産の価額を画一的に定めることによって、会社の事務処理の便宜を図っているものと考えられる¹²⁰。

9 - 2 - 3. 取締役会による配当の決定

配当の決定をなす機関は、本章 9 - 2 - 1 で述べたように、株主総会たるのが原則である。

しかし、会計監査人設置会社であること、取締役の任期の末日が選任後 1 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日までであること、監査役会設置会社であることまたは委員会設置会社であること、のすべてを満たす会社(要するに、計算数値の正確

120 森本：弥永編・注(94)前掲 139 頁[弥永真生]。

性の確保において、一定水準の監査体制を整えている会社)は、剰余金の配当に関する定めを、取締役会で定めることができる旨を、定款で定めることができる(会 459)。ただし、配当財産が金銭以外の財産であり、かつ、株主に対して金銭分配請求権を与えないこととする場合は、除外される(会 459 ただし書)。

なお、上の要件を満たす会社にあつては、剰余金の配当以外にも、(ア)株主との合意による自己株式の有償取得(特定の者からの取得を除く。これについては、第2章5-2-2-1ですすでに述べた)、(イ)欠損填補のための準備金の減少(本章8-7-2)、(ウ)財産流出をとみなさない剰余金の処分(剰余金の各科目間の変更、本章8-7-8)も、取締役会が定めることができる旨を定款で定めることができる(会 459 ~)。

このような定款の定めが有効となるためには、最終事業年度に係る計算書類(定時株主総会または取締役会の承認を受けた場合における当該事業年度のうち最も遅い年度(会 2④)に係る計算書類)が、法令・定款に従い、会社の財産および損益の状況を正しく表示しているものとして法務省令で定める要件を満たしていなければならない(会 459)。すなわち、

会計監査人の作成する監査報告において、無限定適正意見が表明されていること、 会計監査報告に係る監査役会または監査委員会の監査報告において、会計監査人の監査の方法または結果を相当でないと認める意見がないこと、 上記 の監査報告に付記された監査役または監査委員の意見として、会社監査人の監査の方法または結果を相当でないと認める旨の内容がないこと、 監査報告の通知期限までに監査報告の内容が通知されないために、監査を受けたものとみなされたものでないこと、のすべての要件を満たさなければならない(会社計算 155)。これらの要件が満たされていない場合、定款の定めは、その効力が停止される。一度効力が停止された後、再びすべての要件が満たされることとなった場合には、定款の定めは、その効力を回復する¹²¹。

121 奥島：落合：浜田編・注(95)前掲392頁[久保大作]。

会社法 459 条に依拠して、剰余金の配当等につき、取締役会決議による決定を認める旨の定款の定めがある場合に、当該会社は、当該事項に関する決定を、株主総会の決議によって定めない旨を定款で定めることができる（会 460）。この定めがなければ、株主総会与取締役会の権限が併存することになるため、株主総会の決定権限を明確に否定できるようにする趣旨である¹²²。よって、このような定めを設けた場合には、剰余金の配当について、株主は原則として株主提案権（会 303）を行使できないこととなる¹²³。ただし、会社法 460 条 1 項による定款の定めが有効であるためには、やはり最終事業年度に係る計算書類が法令・定款に従い、会社の財産および損益の状況を正しく表示しているものとして、法務省令（会社計算 155）で定める要件を満たしていなければならない（会 460）。

9 - 2 - 4. 中間配当

剰余金の配当に関する事項を取締役会限りで定めることができる旨の定款の定めを設けていると否とを問わず、取締役会設置会社は、1 事業年度の途中において、1 回に限り、取締役会の決議によって剰余金の配当をすることができる旨を定款で定めることができる（会 454）。このような配当を「中間配当」と称する。中間配当は、配当財産を金銭に限られる（会 454 かつこ書）。

中間配当の許容は、昭和 49 年（1974 年）改正により、営業年度（事業年度）を 1 年とする会社が、定款をもって、1 営業年度（事業年度）につき 1 回に限り、営業年度（事業年度）中の一定の日を定め、その日における株主に対し、取締役会の決議によって、金銭の分配をすることができる旨を定めることとしたのが始まりである（同年改正後商 293 ノ 5）。会社法 454 条 5 項は、この制度を承継したものと見えようが、会社法の下では、事業年度を 1 年とする会社に限定されず、取締役会設置会社であれ

122 青竹・注 (1) 前掲 500 頁参照。

123 近藤・注 (3) 前掲 368 頁。

ば、中間配当の定めを設けることができる。

9 - 2 - 5. 配当財産の交付

株主は、会社が対外的な営利活動によって得た利益の分配を受けることを目的として会社に参加するから、商法会社編時代から、株主の利益配当請求権は、株主の有する権利のうちで最も重要な権利であり、株主の本質的利益に関するものであると説かれてきた。そして、株主の（抽象的）利益配当請求権は、株主総会の多数決をもって剥奪・制限することのできない、いわゆる固有権であると解されてきた¹²⁴。商法会社編時代には、一定の期間計算における利益が商法上の配当可能利益概念であったが、会社法は、資本金の減少分、準備金の減少分および保有する自己株式の帳簿価額等資本取引から生じたものを合わせて剰余金として規整している。とはいえ、株主の剰余金配当請求権は、議決権などとともに、株式に不可分に包含されている抽象的な権利であるという位置づけは変わらないのではないかとと思われる。

配当決議がなされると、各株主の会社に対する具体的な剰余金配当請求権が確定する。この権利は、株式に包含されている上述の抽象的剰余金配当請求権に由来するものであるが、確定後は、もはや株式に包含されず、通常の債権であり、株式とは独立に譲渡・質入れなどの処分や差押えの対象となり、独立して時効にかかるし、株式が譲渡されても、当然には譲受人に移転しない¹²⁵。

配当財産は、配当決議によって定められた効力発生日（会 454 ）に、交付されることになる。配当財産は、株主名簿に記載・記録された株主（登録株式質権者を含む）の住所または株主が会社に通知した場所において、これを交付しなければならない（会 457 ）。配当財産の交付に要する費用は、会社の負担となるが、株主の責めに帰すべき事由によってその

124 北澤・注 (30) 前掲 594 頁。

125 同前 598 頁。

費用が増加したときは、その増加額は株主負担となる（会 457）。交付の場所および費用に係る上の規定は、日本に住所等を有しない株主に対する配当財産の交付については、適用されない（会 457）。

配当金の支払いについて、商法会社編時代には、「会社の配当する利益又は利息の支払に関する法律（昭和 23 年（1948 年）法律第 64 号）」が定められていたが、会社法 457 条は、この法律を承継するものである。

配当財産の交付を持参債務としたのは、小株主保護のためであるから、上の趣旨に反する定款の定めは無効である。

剰余金配当の交付を受ける株主は、本来は、決議時における株主名簿上の株主であるが、多くの会社では、決算日を基準日として、剰余金配当はその基準日現在の株主名簿上の株主に帰属すると定めている¹²⁶（会 124 参照）。

株主が剰余金配当請求権を行使しない場合、それは 10 年の時効にかかる（民 167）が、これでは会社の事務処理上期間が長すぎるため、多くの会社は、定款で、この請求権につき、3 年とか 5 年とかの除斥期間を定めているというのが商法会社編時代からの通例であった。この場合には、具体的剰余金配当請求権が、そのような団体的制約のものに発生することとなり、株主は、定款所定の制限の下にこの請求権を行使しなければならない¹²⁷（大判昭和 2 年（1927 年）8 月 3 日民集 6 巻 484 頁）。

9 - 3. 剰余金配当の制限

9 - 3 - 1. 純資産額による制限

剰余金の配当に係る手続規整たる会社法 453 条ないし同 457 条の規定は、会社の純資産額が 300 万円を下回る場合には、適用されないものとされている（会 458）。すなわち、純資産額が 300 万円を下回る会社にあつては、剰余金の配当をすることが許されない。

126 青竹・注 (1) 前掲 501 頁。

127 北澤・注 (30) 前掲 601 頁参照。

会社法が最低資本金制度（平成 17 年（2005 年）改正前商 164 ノ 4、旧有 9）を廃止したことにともない、何の規制もしなければ、資本金額の小さい会社にとっては、分配可能額が計算上プラスになることがありえ（会 461）、剰余金の配当を許すならば、会社の財務状況の健全性を損ね、会社債権者に不利益をもたらすこととなる。

300 万円という額は、旧有限会社法における旧有限会社の最低資本金額と同額である（旧有 9）。

会社法 458 条にいう「純資産額」については、その算定方法に関する規定がないので、最終事業年度の末日における貸借対照表が基準となる¹²⁸。なお、資本金の額が 300 万円以上の会社にとっては、純資産額が 300 万円を下回った場合にはそもそも分配可能額が発生しない（会 446、461 参照）ので、会社法 458 条の適用が問題となるのは、資本金の額が 300 万円未満の会社に限られる¹²⁹。

9-3-2. 分配可能額による制限

9-3-2-1. 総説

先に、会社が自己株式を取得する際には、原則として、会社法 461 条 2 項に定める分配可能額を超えてはならないとする財源規制が存在し、会社法 461 条 1 項が財源規制に関する一般規定と位置づけられる旨を述べた（第 2 章 5-2-2-1 など）。しかし、「分配可能額」の算定方法については、言及しなかった。

繰り返し述べるように、平成 17 年（2005 年）改正前商法の下では、利益配当と自己株式取得とを別異に規整していたが、会社法は、「配当等の制限」として、株主に対する金銭等の分配と自己株式の有償取得との双方を同一の払戻規整として、規定している。いずれも会社財産を減少させる行為であって、会社債権者を保護する必要があるから、交付する財産の帳

128 森本：弥永編・注（94）前掲 147 頁 [齊藤真紀]。

129 奥島：落合：浜田編・注（95）前掲 389 頁 [大久保大作]。

簿価額について限度額を定めることとし、これを「分配可能額」という概念として定立したわけである。以下、分配可能額について述べる。

9-3-2-2. 分配可能額による規制対象

対象となる行為を改めて整理すると、以下のとおりである。これらの行為によって株主に交付する金銭等（当該会社の株式等を除く）の帳簿価額の総額は、当該行為の効力発生日の分配可能額を超えてはならない（会 461 柱書）。

会社法 138 条 1 号八または 2 号八の請求（譲渡制限株式の譲渡等の不承認時の買取請求）に応じて行う自己株式の買取り（会 461 ）

会社法 156 条 1 項の規定による決定（株主との自己株式の合意取得に関する事項の決定に基づく自己株式の取得（会社法 163 条（子会社からの自己株式の取得）に規定する場合または同 165 条 1 項（市場取引等による自己株式の取得）に規定する場合における取得に限る）（会 461 ）

会社法 157 条 1 項の規定による決定（株主との自己株式の合意取得の決定）に基づく自己株式の取得（会 461 ）

会社法 173 条 1 項の規定（全部取得条項付種類株式の全部の取得）による自己株式の取得（会 461 ）

会社法 176 条 1 項の規定による請求（相続人等に対する売渡請求）に基づく自己株式の買取り（会 461 ）

会社法 197 条 3 項の規定（所在不明株主の株式の会社による買取り）による自己株式の買取り（会 461 ）

会社法 234 条 4 項の規定（1 株未満の端数処理時における会社による買取り）（同 235 条 2 項において準用（株式分割・株式併合により 1 株未満の端数を生じる場合への準用）する場合を含む）による自己株式の買取り（会 461 ）

剰余金の配当（会 461 ）

以上である。

9-3-2-3. 分配可能額の算定方法

まず、以下の および の額を加算する。

会社法 446 条所定の方法で算定された当該行為の効力発生日における剰余金の額 (会 461 、本章 8 - 6 参照)、 臨時計算書類につき株主総会または取締役会の承認を受けた場合における、[2 の 1] 臨時決算日の属する事業年度の初日から臨時決算日までの期間 (臨時損益期間、会 441

参照) として法務省令 (会社計算 156) で定める各勘定科目に計上した額の合計額、[2 の 2] 同期間内に自己株式を処分した場合における当該自己株式の対価の額、である (会 461)。会社計算規則 156 条によれば、[2 の 1] の額は、臨時計算書類の損益計算書に計上された当期純損益金額 (零以上の額に限る) とされている。 と の加算額を仮に (a) と置く。

次いで、以下の ないし の額を加算する。

行為の効力発生日における自己株式の帳簿価額 (会 461)、 最終事業年度の末日後に自己株式を処分した場合における当該自己株式の対価の額 (会 461)、 上記 の場合における臨時損益期間の損失の額として法務省令 (会社計算 157) で定める各勘定科目に計上した額の合計額 (会 461)、 上記 ないし の他、法務省令 (会社計算 158) で定める各勘定科目に計上した額の合計額 (会 461)、の以上である。会社計算規則 157 条によれば、 の額は、零から臨時計算書類の損益計算書に計上された当期純損益金額 (零未満の額に限る) を減じて得た額とされている。会社計算規則 158 条によれば、 のその他減ずべき額として、[6 の 1] のれん等調整額、[6 の 2] その他有価証券評価損益、[6 の 3] 土地再評価差損、[6 の 4] 連単剰余金差損、[6 の 5] 最終事業年度の末日後に 2 以上の臨時計算書類を作成した場合における所定の控除額、[6 の 6] 純資産 300 万円不足額、[6 の 7] 吸収型再編受入行為等に係る臨時決算自己株式処分対価額、[6 の 8] 不正発行の責任履行額、[6 の 9] 自己株式を対価として自己の株式を取得した場合における所定の控除額、[6 の 10] 吸収型再編受入行為等に係る自己株式処分対価額、とされている (同条 1 号ないし 10 号)。 ないし の加算額を仮に (b) と置く。

分配可能額は、上記 (a) から (b) を減じて得た額となる (会 461 柱書)。

分配可能額の計算が複雑になるのは、これが、決算日ではなく、随時に計算される剰余金の額を基礎として、配当時を基準に計算されるからである。すなわち、分配可能額の計算は、剰余金の配当等が行われる事業年度の前の事業年度の末日の数字を出発点として、所定の項目を加減しつつ計算されるという方法が採られている。よって、期中に変動を生じるのが当然である。

の [2 の 1] および は、臨時計算書類を作成した場合の臨時損益期間の損益を分配可能額に反映させる趣旨である¹³⁰。したがって、臨時決算日までに利益が生じていれば、その額を分配可能額に加えてもよいこととなる（会 461 イ、会社計算 156）。

9 - 4. 違法配当

(ア) 会社法 461 条 1 項 8 号違反の剰余金の配当を「違法配当」という。分配可能額を超える配当が、俗にいわゆる「タコ配当」と呼ばれるものである。

繰り返し述べるように、会社法は、剰余金の配当を自己株式の取得と並置して、同様の財源規制を及ぼしている。不佞は、すでに、第 2 章 5 - 3 - 3 において、会社法 461 条 1 項違反の私法上の効力について、無効説を支持することを明らかにしている。

配当規制に反する配当は、決定機関が株主総会たると取締役会たるとを問わず、法令に反し、無効である¹³¹。したがって、株主において具体的剰余金配当請求権は発生せず、配当がなされた場合には、株主は、受け取った配当金等を、不当利得（民 703）として会社に返還しなければならない。

130 吉本・注 (28) 前掲 356 頁。

131 加美・注 (2) 前掲 499 頁、近藤・注 (3) 前掲 374 頁、宮島・注 (16) 前掲 360 頁、吉本・注 (26) 前掲 360 頁、江頭・注 (32) 前掲 628 頁、龍田・注 (62) 前掲 406 頁。なお、第 2 章 5 - 3 - 3 において言及したように、青竹正一は、財源規制違反の自己株式取得の場合と同じく、有効説を支持する（青竹・注 (1) 前掲 503 - 504 頁参照）。

(イ) 分配可能額を超える金銭等の配当がなされた場合、第1義的には、株主(当該行為により金銭等の交付を受けた者)が、会社に対し、会社から交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払う義務を負う(会462 柱書)。

違法配当に関する職務を行った業務執行者(業務執行取締役、執行役、その他職務執行上の関与者として法務省令(会社計算159)で定める者)および株主総会・取締役会に議案を提出した取締役も、会社に対し、連帯して、上の株主と同様の責任を負う(会462)。ただし、業務執行者および議案提案取締役は、その職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明したときは、この義務を負わない(会462)。なお、平成17年(2005年)改正前266条1項1号は、従来型会社における取締役の違法配当の責任を無過失責任としていた。業務執行者および議案提案取締役の負う義務は、原則として、免除することができないが、行為時における分配可能額を限度に、総株主の同意により、免除することができる(会462)。たとえ業務執行者や議案提案者が会社に対する支払義務を履行したとしても、違法配当であったことにつき善意の株主は、これらの者から求償に应じる義務を負わない(会463)。

さらに、会社債権者も、違法配当を受けた株主に対し、この者が交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を、当該債権者が会社に対して有する債権額の範囲内で支払うよう請求することができる(会463)。

(ウ) 会社が剰余金の配当をした場合に、配当をした日の属する事業年度(その事業年度の直前の事業年度が最終事業年度でないときは、その事業年度の直前の事業年度)に係る計算書類につき、定時株主総会または取締役会の承認を受けた時(配当をした後、最初に承認を受けた時)において、分配可能額に欠損を生じたときは(欠損を生じるおそれがあったにもかかわらず、見通しを誤って過大に剰余金の配当をしたがゆえに、事後的に欠損を生じてしまったときは)、配当に関する職務を行った業務執行者は、会社に対して連帯して、その欠損額と株主に交付した金銭等の帳簿価額の総額とのいずれか少ない額を支払う義務を負う(欠損填補責任、会

465)。ただし、その者が職務を行うにつき注意を怠らなかったことを証明したときは、この限りでない(会 465 柱書ただし書)。この義務は、総株主の同意がなければ、免除することができない(会 465)。

(エ) これらの規定の趣旨・内容は、いずれも第 2 章 5 - 3 - 4 で述べたとおりであるから、これに譲る。最後に述べた期末の欠損填補責任について付言すれば、この責任は、中間配当について事後的に期末に欠損が生じたときの填補責任(平成 17 年(2005 年)改正前商 293 ノ 5)を引き継いだものであるが、責任の有無は、事業年度の末日ではなく、計算書類が承認された時が基準となる。「その事業年度の直前の事業年度が最終事業年度でないとき」とは、配当をした日が事業年度が開始して間もない時期である場合である。支払義務を負うのは、配当に関する職務を行った業務執行者に限られる。定時株主総会に基づく剰余金配当、および、資本金・準備金の減少にともなう剰余金配当の場合であって、減少額の全部または一部を資本金・準備金とせず減少の範囲内で行う場合は、欠損填補責任を生じない(会 465 イ~ハ)。後者の場合は、債権者保護、異議手続が執られるからである¹³²(会 449)。

132 以上、青竹・注(1)前掲 506 - 507 頁参照。

第 10 章 持分会社・外国会社の管理・運営

1. 合名会社の管理・運営

1-1. 緒言

合名会社がいかなる会社であって、どのような場合に適した企業形態であるかに関しては、およそのアウトラインをすでに示した(第1帖第4章6)。本章においては、これを掘り下げて観察することにしたい。

1-2. 合名会社の内部関係・外部関係

合名会社の法律関係は、これを内部関係と外部関係とに分けて観察するのが適当である。ここに「内部関係」とは、会社と社員との関係、および、社員相互の関係、をいい、「外部関係」とは、会社と第三者との関係、および、社員と第三者との関係、をいう。合名会社は、社員の個性が重視される典型的な人的会社(第1帖第4章11-1参照)であるがゆえに、内部関係・外部関係ともに、各々上記の関係が生じる点が重要である。

商法会社編時代から、合名会社の内部関係は一般的に社員の利害のみに関し、また社員間に人的信頼関係があるから、内部関係に関する商法の規定は、原則として任意法規であり、定款によって変更することができる¹と解されていた¹。現行会社法もまた、内部関係に関しては、定款による別段の定めを大幅に許容する姿勢で立法されており、原則として任意規定であると解してよいと思われる²。これに対し、外部関係に関する規定は、第三者の利益に関係するので、強行規定である。

法律に規定のない事項は、任意に定款に定めることができる³。

1 北澤正啓『会社法(第6版)』(青林書院・2001年)840頁参照。

2 青竹正一『新会社法(第3版)』(信山社・2010年)591頁参照。

3 加美和照『新訂会社法(第10版)』(勁草書房・2011年)523頁。

1 - 3. 社員の出資および責任

1 - 3 - 1. 社員の出資義務

社員は、会社に対して出資義務を負うが、この義務は定款で定められる。すなわち、定款に、社員の出資の目的およびその価額または評価の標準を記載・記録しなければならない(会 576)。出資の種類は、金銭その他の財産出資に限られず、労務出資および信用出資も認められる。財産出資には、金銭出資と現物出資とがあるが、株式会社への出資と異なり、金銭出資が原則、現物出資が例外とはされていない(会 28 、33、34 など対照)。「労務出資」とは、たとえば、会社のために技術者として労務を提供することを出資することであるが、社員として当然になすべき業務の執行(会 590)をなすにすぎないことも、定款でとくに出資と認めれば、労務の出資となる。「信用出資」とは、たとえば、会社のために保証人となり、物的担保を提供し、会社の振り出す手形に裏書をして、会社のために自己の信用を利用させることを出資することであるが、社員として当然に負うべき無限責任(会 580)を負うにすぎないことも、定款でとくに出資と認めれば、信用の出資となる⁴。

1 - 3 - 2. 出資の履行

出資の履行は、株式会社と異なり、設立段階において必ず履行しなければならないものではない。いつ、どの程度出資するかは、定款に別段の定めがなければ、通常の業務執行の方法(会 590)により決定される。分割払込みであっても差し支えない。ただし、社員間の平等という原則に反することはできない⁵。すなわち、出資の性質に反しない限り、履行の時期および割合について社員に対し平等になすことを要し、これに反した出資請求の催告は無効である⁶。

4 以上、北澤・注(1)前掲840頁。

5 近藤光男『最新株式会社法(第6版)』(中央経済社・2011年)471頁、北澤・注(1)前掲841頁。

6 加美・注(3)前掲524頁。

判例によれば、社員の出資義務の履行期が定款の定めや会社の請求によって到来するまでは、出資義務は具体化せず、社員の地位に包含される抽象的義務にとどまるから、履行期到来前の出資請求権は強制執行の目的たりえず（大判昭和6年（1931年）6月12日民集10巻420頁、合資会社に関する事案）、また、履行期前に社員が退社したときは、出資義務は具体化しないまま消滅し（大判昭和16年（1941年）5月21日民集20巻693頁、合資会社に関する事案）、退社員の会社に対する持分払戻請求権は成立しない（最判昭和62年（1987年）1月22日判時1223号136頁、合資会社に関する事案）とされている。

抽象的な出資義務は、会社からの履行請求により、具体的な義務に変わる⁷。具体化した出資義務の履行は、出資の種類に応じてなされる。社員は、具体化した出資義務につき、相殺をもって会社に対抗することをうる。具体化した会社の出資請求権は、譲渡その他の独立の処分の対象となり、強制執行の目的ともなりうる⁸。

社員が具体化した出資義務を履行しないときは、損害賠償責任または弁済責任（ともに利息の支払義務を含む）を負う他（会582）、除名、業務執行権もしくは代表権喪失の事由となる（会859、860）。

1-3-3. 社員の責任

合名会社は法人であるから（会3）、会社が対外活動を通じて負担するに至った債務は、当然に会社の債務であって、社員の債務ではない。しかし、合名会社の社員は、会社の財産をもってその債務を完済することができない場合、会社の財産に対する強制執行がその効を奏しなかった場合（社員が、当該会社に弁済をする資力があり、かつ、強制執行が容易であることを証明した場合を除く）、には、会社債権者に対して、連帯して、会社債務を弁済するという、直接無限責任を負う（会580）。この社員

7 近藤・注(5)前掲471頁。

8 同前。

の責任は、補充性および従属性（付従性）を有する⁹。

社員の責任が補充性を有するがゆえに、社員は、会社に弁済の資力があり、かつ、強制執行が容易であることを証明したときは、責任を免れる（会 580 かつこ書）。

社員の責任が従属性を有するがゆえに、社員は、会社債権者に対し、主たる債務者たる会社が主張しうる抗弁をもって、対抗することができる（会 581）。また、会社が債権者に相殺権、取消権または解除権を有しているときは、社員は、当該債権者に対する履行を拒むことができる（会 581）。

社員が、会社債権者に対し、会社の債務を弁済をしたときは、会社の債務は消滅する。結果、当該社員は、会社に対し求償権を取得し（民 500）、また、他の社員に対し各負担部分につき求償権を取得する（民 442）。

社員でない者が、自己をその合名会社の社員であると誤認させる行為をしたときは、この者は、誤認に基づいて会社と取引をした者に対し、社員と同一の無限責任を負う（会 589）。

1 - 4. 持分の譲渡・質入れ・差押え等

合名会社社員の持分の意義およびその特徴については、株式との比較において、すでに述べたとおりである（第 1 帖第 5 章 2 - 1、2 - 2）。

1 - 4 - 1. 持分の譲渡および譲受け

社員が、その持分の全部または一部を他人に譲渡するには、定款に別段の定めがない限り、他の社員全員の承諾を必要とする（会 585）。「他人に譲渡する」とときには、他の社員に譲渡する場合を含む¹⁰。合名会社にあつては、社員相互の人的信頼関係を重視するから、他の社員の意思を

9 加美・注 (3) 前掲 525 頁。

10 青竹・注 (2) 前掲 592 頁。

尊重する趣旨から、このような規定が設けられている¹¹。承諾のない持分の譲渡は、無効であると解される。

持分の全部を譲渡した社員は、社員資格を失うので退社するが、退社による変更登記の前に生じた会社の債務については、従前の責任の範囲内でこれを弁済する責任を負う(会 586)。この責任は、登記後 2 年以内に、請求または請求の予告をしない会社債権者に対しては、当該登記後 2 年の除斥期間を経過した時に消滅する(会 586)。

持分全部の譲受人は、これが社員であれば、自己の持分が増加することとなり、これが社員でなければ、持分の承継取得者として、社員資格を取得する。

持分の一部の譲渡とは、持分をその計算上の数額において分割し、その一部を譲渡することである¹²。一部の譲渡の場合には、譲渡人は社員資格を失わない。譲受人は、これが社員であれば、自己の持分が増加することとなり、これが社員でなければ、持分の承継取得者として、社員資格を取得する。

持分の全部または一部を譲り受け、新たに社員資格を取得した者は、その加入前に生じた会社債務についても、これを弁済する責任を負う(会 605)。

なお、合名会社は、自己持分を取得することができず(会 587)、これを取得した場合には、当該持分は、会社が取得した時に消滅する(会 587)。

1-4-2. 持分の相続

社員の死亡は、法定退社事由とされている(会 607)。それゆえ、持分は、原則として、相続の対象たりえない。合名会社が社員の個性を重視する会社であるからである。

11 加美・注(3)前掲 527 頁参照。

12 同前。

しかし、会社法 608 条 1 項は、社員が死亡した場合に、当該社員の相続人がその持分を承継する旨を定款で定めることができるとしている。かかる定款の定めがある会社において、社員が死亡し、相続人が 2 人以上ある場合には、相続した持分についての権利行使者 1 人を定めなければならない（会 608 本文）。株式の共有に係る会社法 106 条本文と平仄を合わせる定めとなっている。権利行使者の指定がない場合であっても、会社の側から民法の準共有の規定に従って権利行使を認めることができるのも、株式の共有の場合と同様である（会 608 ただし書、106 ただし書）。

1 - 4 - 3. 持分の質入れ・差押え

持分の質入れおよび差押えは可能であるが、持分の譲渡には原則として他の社員全員の承諾を要する（会 585 ）から、持分を質受けしまたは差し押さえた債権者は、持分を容易に換価することができず、将来具体化される利益配当および出資・持分払戻しの請求権にその効力を及ぼしうるにすぎない¹³（会 611 、 621 、 624 、 民 350、304）。そこで、会社法は、持分差押債権者が会社および債務者である社員に対する 6 カ月前の予告をもって事業年度の終了時にその社員を退社させることを認めている（会 609 ）。これは、持分差押債権者がその社員の持分払戻請求権の転付を受けて、自己の債権の満足を受けることができるようにする趣旨であり¹⁴、平成 17 年（2005 年）改正前商法 91 条 1 項の法政策をそのまま承継したものである。したがって、上の予告は、社員が弁済をなし、または相当の担保を提供したときは、その効力を失うとする会社法 609 条 2 項の規定もまた、商法旧 91 条 2 項を承継している。

1 - 5. 加入および退社

持分の取得には、原始取得として、会社の設立行為による取得があり、

13 北澤・注 (1) 前掲 851 頁。

14 同前 852 頁。

これについてはすでに述べた (第2帖第4章1、2)。承継取得として、持分の譲渡または相続による取得があり、これについては上で述べた (本章1-4-1、1-4-2)。

1-5-1. 社員の加入

会社成立後、合名会社は新たに社員を加入させることができる (会 604)。合名会社にあつては、社員の氏名・名称および住所は定款の絶対的記載・記録事項であるから (会 576)、社員が新たに加入するには、定款の変更を必要とする。したがって、定款に別段の定めのない限り、総社員の同意が必要である (会 637)。合名会社の社員の加入は、当該社員に係る定款の変更をした時に、その効力を生じる (会 604)。

商法会社編時代には、成立後の会社に参加し、社員の地位を原始的に取得することを、通常、「入社」と称していたが、会社法は、持分の原始取得たと承継取得たとを問わず、「加入」という単語を用いているようである。会社成立後の持分の原始取得による加入は、加入しようとする者と会社との加入契約によって行われる。

新たに加入した社員は、加入前に生じた会社の債務についても責任を負わなければならない (会 605)。

1-5-2. 社員の退社

1-5-2-1. 意義

「退社」とは、存立中の会社から脱退し、社員の地位を絶対的に喪失することである。

持分の全部譲渡による退社の他、社員の意思による任意退社と一定の事由の発生に基づく法定退社とがある。任意退社が認められることは、持分の譲渡による投下資本の回収が困難である合名会社の社員にとって、投下資本を回収するうえで重要な機能を有する¹⁵。

15 吉本健一『会社法』(中央経済社・2010年)441頁。

1-5-2-2. 任意退社

会社の存続期間を定款で定めなかった場合、または、ある特定の社員の終身の間会社が存続することを定款で定めた場合には、各社員は、定款に別段の定めのない限り、事業年度の終了時において、退社することができる（会 606 前段・ ）。この場合には、各社員は、6 カ月前までに、会社に対し、退社の予告をしなければならない（会 606 後段）。さらに、各社員は、やむを得ない事由があるときは、いつでも退社することができる（会 606 ）。平成 17 年（2005 年）改正前商法 84 条を承継するものである。

一方的告知による退社は、当該社員の意思のみによる離脱である。このような退社を認め、退社員に持分を払い戻しても（会 611 本文）、他の社員が会社の債務について無限責任を負う（会 580 ）とともに、退社員も会社の債務について一定期間責任を負う（会 612）から、会社債権者は害されない。

「やむを得ない事由」とは、社員の一身上の事由をいい、会社の事業が不振で成功の見込みがないことを含まない¹⁶と解するのが、かつての趨勢であった。他方で、他の社員の不誠実や事業の不振など会社自体の事情においても、なお退社のやむを得ない事由となることがあると解する余地があり、やむを得ない事由に該当するか否かは、退社しようとする社員を中心とするすべての事情を斟酌すべきであって、その社員の一身上の事由のみに着眼すべきではなく、すべての事情を総合して判断することも差し支えないとする有力説もあった¹⁷。この有力説は、民法上の組合における組合員の脱退に関する民法 678 条 1 項ただし書の「やむを得ない事由」の解釈に係る、我妻栄の主張¹⁸に平仄を合わせたものである。なお、現行会社法の立法担当者の解釈を示せば、持分会社中に合同会社が創設されたことを勘案して、ここに「やむを得ない事由」とは、社員が単に当初の意思を

16 大隅健一郎：今井宏『会社法論上巻（第 3 版）』（有斐閣・1991 年）95 頁。

17 上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（1）』（有斐閣・1985 年）307 頁 [古瀬村邦夫] 参照。

18 我妻栄『債権各論中巻 2』（岩波書店・1962 年）828 頁。

変更したというだけでは足りず、定款規定を定めた時や入社・設立時に前提としていた状況等が著しく変更され、もはや当初の合意どおりに社員を続けることができなくなった場合等がこれに当たるものと解すべきであるとされている¹⁹。

持分会社の任意退社に関する規定を会社法 606 条に一括したとはいえ、会社の種類によって文言の解釈を違えることは何ら差し支えなからう。内部関係が民法上の組合契約とほぼ同様の合名会社にあつては、民法 678 条 1 項と同様の解釈によるべきである。

1-5-2-3. 法定退社

法定退社事由は、以下のとおりである。すなわち、定款で定めた事由の発生、総社員の同意、死亡、合併（合併により当該法人である社員が消滅する場合に限る）、破産手続開始の決定、解散（上記に掲げる事由によるものを除く）、後見開始の審判を受けたこと、除名、である（会 607）。基本的に平成 17 年（2005 年）改正前商法 85 条を承継するものであるが、会社法にあつては、上記およびが追加されている。これは、すでに述べたように（第 1 帖第 4 章 3 - 1）、会社が他の会社の無限責任社員になることができないとの、平成 17 年（2005 年）改正前商法 55 条が削除されたためである。およびは、法人たる社員に係る法定退社事由である。

上記およびは、総社員の意思による場合である。については、数人の社員が同時に退社の申出をした場合に、「総社員の同意」というのは、申出者を除く社員の同意で足りるのか、それとも各申出者ごとに、その者を除く他のすべての社員の同意を要するかにに関して、商法会社編時代から争いがあったが、この場合には、計算上の処理などで不利益を受けるのは申出者を除く社員だけであるから、前説が正当であり、現に多数説でもあった²⁰。ただし、判例は後説を採る（最判昭和 40 年（1965 年）11 月 11 日民

19 相澤哲：郡谷大輔「持分会社」商事法務 1748 号（2005 年）19 頁。

20 北澤・注（1）前掲 847 頁参照。

集 19 卷 8 号 1953 頁)。

上記 および は、特定の社員の人格が物理的に消滅するか、あるいはその者に対する信頼が損われた場合である。ただし、会社は ないし の全部または一部によって退社しない旨を定めることができる (会 607)。また、 および については、会社法 608 条に基づき、相続人その他の一般承継人が当該社員の持分を承継する旨を定款で定めることができる。

上記の を定款自治に委ねることは、従来から、解釈上は認められてきた²¹。しかし、 に関しては、この事由を退社事由としたのは、社員の債権者の保護が主たる理由であるから、定款で別段の定めをなすことができないと解されていた²²。債権者に、破産手続開始の決定を受けた社員を退社させ、その持分を弁済に充てさせて、その目的を達せしめる必要があると考えられたからである。持分の差押債権者がその社員を退社させることができるのに対し (会 609)、定款で定めれば、破産債権者が社員を退社させることができないというのは疑問である。

の除名は、当該社員の意思に反して、社員の地位を剥奪するものであるから、会社法は、除名の事由を一定の重要な義務違反または不正行為があることに限定し、かつ、その手続として、他の社員の過半数の決議に基づき、訴えをもって対象社員の除名を請求することができるものとしている (会 859)。平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 86 条 1 項を承継するものである。除名事由は、[8 の 1] 出資義務を履行しないこと、[8 の 2] 社員が競業避止義務に違反したこと、[8 の 3] 業務を執行するにあたり、不正の行為をし、または業務を執行する権利なくして業務執行に関与したこと、[8 の 4] 会社を代表するにあたり、不正の行為をし、または代表権なくして会社を代表したこと、[8 の 5] その他重要な義務を尽くさないこと、である (会 859 ~)。除名の対象社員が被告となる (会 861)。

21 上柳：鴻：竹内編・注 (17) 前掲 315 頁 [小瀬村邦夫] 参照。

22 北澤・注 (1) 前掲 848 頁。

被除名者が複数いる場合、他の社員による過半数の決議は、各自について別々になされなければならないが、一括決議でよいのかについては、古くから争いがあった。社員の地位の剥奪は個別的に検討されるべきであるから、一括決議は否定されるべきであろう²³。判例もまた、一括決議を不可としている（大判昭和4年（1929年）5月13日民集8巻470頁）。

定款で法定の除名事由を追加・除外し、または法定の除名手続を変更しうるか否かに関し、少なくとも、定款による除名事由の追加・除外ことに追加については、これを否定するのが商法会社編時代の判例である（大判昭和13年（1938年）12月13日民集17巻2318頁）。会社法859条に定める除名の事由と手続は、信頼の失われた社員を排除する会社および他の社員の利益と、意思に反して排除される社員の利益を調整したものと、定款による変更を認めるべきではないとする見解を採るべきであろう²⁴。なお、他の社員の過半数の決議だけで除名できるとする定款の定めを無効とした下級審裁判例がある（東京地判平成9年（1997年）10月13日判時1654号137頁）。

1-5-2-4. 退社の効果

社員は、退社によって社員資格を喪失し、退社員と会社との間で財産関係の処理がなされる。すなわち、退社員は、その出資の種類を問わず、退社の時（除名の場合には、除名の訴えを提起した時）における会社の財産の状況に従って、持分の払戻しを受けることができる（会611 本文・・）。商法会社編時代にあつては、商法旧68条が「脱退した組合員と他の組合員との間の計算は、脱退の時における組合財産の状況に従ってしなければならない。」とする民法681条1項を準用し、また商法旧87条が「除名セラレタル社員ト会社トノ間ノ計算ハ除名ノ訴ヲ提起シタル時ニ於ケル会社財産ノ状況ニ従ヒテ之ヲ為シ且其ノ時ヨリ法定利息ヲ附スルコトヲ要ス」と規定していた。除名の場合には、会社は、除名の訴えを提起した日

23 同前。

24 同前参照、青竹・注(2)前掲594頁参照。

後の年6分の利率により算定した利息をも支払わなければならない(会611)。

持分に相当する財産は、当該社員が過去に履行した出資と、当該社員に帰属している損益である²⁵。退社員の持分は、その出資の種類を問わず金銭で払い戻すことができる(会611)。判例によれば、この場合の持分計算の基礎となる会社財産の価額の評価は、帳簿価額でなく、会社としての事業の継続を前提とし、なるべく有利にこれを一括譲渡する場合の価額を基準とするものとされている(最判昭和44年(1969年)12月11日民集23巻12号2477頁、協同組合の脱退組合員に関する事案)。

社員が退社したときには、会社は、当該社員が退社した時に、当該社員に係る定款の定めを廃止する定款の変更をしたものとみなされる(会610)。

退社員は、退社の登記(会912、915)前に生じた会社の債務について、退社前の責任の範囲内で弁済する責任を負う(会612)。会社法612条1項は、外観信頼保護規定の一環をなすものとして捉えられるべきであり、取引の相手方が退社について悪意であるときは、退社員は同条同項の弁済責任を負わないと解すべきであろう。退社員のこの責任は、登記後2年以内に請求または請求の予告をしない会社債権者に対しては、当該登記後2年の除斥期間を経過した時に消滅する(会612)。

1-6. 制限行為能力者の社員資格

合名会社の社員となることを許された未成年者は、社員の資格に基づく行為に関しては、行為能力者とみなされる(会584)。かかる未成年は、法定代理人の同意を得ることなく、社員としての資格に基づく行為を単独で完全かつ有効になしえ、未成年者であることを理由に、責任を免れることはできない。合資会社・合同会社にあっても同様である。

自然人は、原則として、権利能力の制限を受けないから、成年被後見人もまた合名会社の社員たりうる(ただし、会社は、成年被後見人を社員と

25 青竹・同前594-595頁。

しない旨を定款で定めることができる(会 607 〃の趣旨から))。しかし、合名会社の社員となることにつき、許可の制度が設けられていないので、成年被後見人は常に単独で社員としての資格に基づく行為をなすことはできず、すべて後見人が被後見人を代表(代理)すべきことになる(民 859、859 の 2)。合資会社・合同会社にあっても同様である。

被保佐人が合名会社の社員となること自体(設立への参加、持分譲受契約の締結、会社との加入契約の締結)は、窮極的には、会社債権者に対して無限責任を負う地位に付くことであるから、民法 13 条 1 項 2 号を類推し、保佐人の同意を要すると解すべきであろう。被保佐人が合名会社の社員となった場合、社員としての資格に基づく行為は、特定が困難であり、包括性を有するものとなるであろうから、民法 876 条の 4 に依拠して保佐人に代理権を付与することはできないと解する。仮にある行為を特定して補佐人に代理権を与える旨の審判をすることも、個々の行為ごとにこれが必要であり、迅速な対処ができない。したがって、保佐人は、この点をふまえて、被保佐人が合名会社の社員となることに同意するか否かを決しなければならぬ。この同意を得た被保佐人は、社員としての資格に基づく行為を単独でなしうると考える。

被補助人が合名会社の社員となること自体もまた、被補助人保護の観点から、民法 17 条に基づき、設立への参加、持分の譲受け、加入契約の締結につき、補助人の同意を要する旨の審判を受けることが望ましいが、これは本人の自己決定が尊重されるべき問題であるから(民 17 参照)、被補助人は原則として任意に合名会社の社員たりえ、社員としての資格に基づく行為を自由になしうると考える。

なお、被保佐人・被補助人が他の種類の持分会社の有限責任社員となる場合も、同様に解してよいと考える。

1-7. 業務執行の方法

合名会社の各社員は、定款に別段の定めのない限り、会社の業務を執行する(会 590)。これは、各社員の権利であると同時に義務でもある。

よって、合名会社社員は、原則として、法律上当然に会社の業務執行機関となる。ただし、定款の規定によって、とくに一部の社員のみを業務執行社員とすることが許される。また、ある社員に除名事由に該当するがごとき事由があり、あるいは業務を執行することに著しく不適任であるときは、他の社員の過半数の決議に基づき、訴えをもってこの者の業務執行権を剥奪することができる（会 860）。

法人が業務執行社員である場合には、当該法人は、業務を執行する社員の職務を行うべき者を選任し、その者の氏名および住所を他の社員に通知しなければならない（会 598 ）。

業務執行に係る意思決定手続は、以下のとおりである。社員が2人以上ある場合には、業務執行の意思決定は、定款に別段の定めのない限り、社員の過半数をもって決定する（会 590 ）。業務執行社員を定款で定めた場合にあっては、業務執行社員が2人以上あるときは、定款に別段の定めのない限り、業務執行社員の過半数をもって決定する（会 591 前段）。ただし、支配人の選解任に限っては、定款に別段の定めのない限り、業務執行社員を定めたと否とを問わず、社員の過半数をもってこれを決定しなければならない（会 591 ）。

合名会社も社団法人であるから、意思決定機関としての社員総会あるいは業務執行社員による会議が観念されようが、上の意思決定は、定款に別段の定めのない限り、必ずしも会議を開く必要はない⁹⁶。他の社員の過半数による決定が要求される場合（会 595 、601 など）も同様である。たとえ会議を開くときも、社員に対し相当の期間前に議題を通知する必要はない（最判昭和33年（1958年）5月20日民集12巻7号1086頁、合資会社に関する事案）。

社員または業務執行社員が2人以上いる場合であっても、合名会社の常務は、他の社員または他の業務執行社員がその完了前に異議を述べない限

26 同前 596 頁、北澤・注 (1) 前掲 843 頁。

り、各社員または各業務執行社員が単独で専決し、これを行うことができる(会 590、591 後段)。ただし、対外的な業務執行をなしうるのは、代表社員(本章 1-8)に限られる²⁷。

上のように、会社の業務執行の意思決定は、広く頭数制による多数決でなされるので、持分単一主義がその実態に適うと評価される。しかし、たとえ合名会社であろうとも、定款の定めをもって、出資の価額による資本多数決を認めても差し支えない²⁸。

上記につき、会社法は、平成 17 年(2005 年)改正前商法 68 条(民法組合規定の準用)、同 70 条(社員の業務執行の権利義務)、同 71 条(支配人の選解任)の規定を承継しているが、民法組合規定の準用を止め、会社法中に完結した規定を設けるとともに、法人社員に係る定めを新設し、若干の明定を施している。

業務を執行する社員を定款で定めた場合において、当該業務執行社員の全員が退社したときは、当該定款の定めは、その効力を失う(会 591)。疑義を避ける趣旨である。業務を執行する社員を定款で定めた場合には、当該業務執行社員は、正当な事由がなければ、辞任することをえない(会 591)とともに、当該業務執行社員は、正当な事由がある場合に限り、他の社員の一致をもって解任することができる(会 591)。民法 651 条 1 項の特則であると観察しうるが、業務執行社員の辞任および解任については、定款で別段の定めをすることが許されている(会 591)。

1-8. 会社の代表

業務執行社員は、原則として、会社を代表する(会 599 本文)。業務執行社員が 2 人以上ある場合には、各自が会社を代表する(会 591)。

会社は、定款または定款の定めに基づく社員の互選によって、業務執行社員の中から会社を代表する社員を定めることができる(会 599 ただし

27 北澤・同前。

28 同前。

書、599)。会社を代表する社員が法人であるときは、当該法人は、代表社員の職務を行うべき者を選任し、その氏名および住所を他の社員に通知しなければならない(会 598)。合名会社を代表しない社員がいる場合には、代表社員の氏名または名称を登記しなければならない(会 912)、代表社員が法人であるときは、当該社員の職務を行うべき者の氏名および住所を登記しなければならない(会 912)。

代表社員は、会社の業務に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限を有する(会 599)。代表社員のこの権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない(会 599)。

会社・社員間の訴え(会社が社員に対しまして社員が会社に対して提起する訴え)においても、原則として、代表社員が会社を代表するが、1人だけの代表社員が訴訟当事者である場合のように、当事者である当該社員を除けば、会社を代表する者が存しないときは、他の社員の過半数をもって、当該訴えについて、会社を代表する者を定めることができる(会 601)。なお、退社員の会社に対する持分払戻請求権は、社員たる資格から生じた権利であるが、社員たる地位を失った者がはじめて取得する権利であるから、持分払戻請求権は、社員が会社に対して訴えを提起する場合に当たらず²⁹⁾、上の訴訟には、会社法 601 条の適用がない(最判昭和 58 年(1983 年)4月7日判時 1078 号 137 頁)。

上記につき、会社法は、平成 17 年(2005 年)改正前商法 76 条(会社代表の権利)、同 78 条(代表社員の権限)、同 79 条(会社と社員の訴えに関する代表権)をそのまま承継している。しかし、同 77 条の共同代表は廃止した。さらに、法人社員に関する規定を整備した。

1 - 9. 業務執行社員と会社との関係

1 - 9 - 1. 業務執行社員の義務

業務執行社員は、会社に対し、善管注意義務を負う(会 593)とともに

29 同前 853 頁。

に、忠実義務を負う（会 593 ）。株式会社の役員等と異なり、業務執行社員と会社との関係は委任に関する規定に従うとされていない（会 330 対照）のは、合名会社では、社員が社員たる地位に基づいて業務を執行するのが原則である（契約関係ではなく社員関係である）ことを考慮したものである³⁰。業務執行社員は、従来型株式会社における取締役と類似した地位を有することになる³¹がゆえに、とくに明文をもって、この義務を負うことを明らかにしたものと思われる。したがって、業務執行社員の会社に対する善管注意義務および忠実義務は、定款の定めによって排除することをえない³²。会社法 593 条 1 項および 2 項は強行規定であると解される。

業務執行社員は、定款に別段の定めのない限り、会社または他の社員の請求があるときは、いつでもその職務の執行の状況を報告し、その職務が終了した後は、遅滞なくその経過および結果を報告しなければならない（会 593 ）。民法 645 条の特則である。定款による別段の定めとは、たとえば、3 ヶ月に最低 1 度は定期報告をしなければならないといった定めである。

業務執行社員は、定款に別段の定めのない限り、他の社員の全員の承認を受けなければ、自己または第三者のために会社の事業の部類に属する取引をすること、会社の事業と同種の事業を目的とする会社の取締役・執行役・業務執行社員となること、ができない（会 594 ）。競業避止義務に関する定めである。平成 17 年（2005 年）改正前商法 74 条の後継規定であるが、会社の介入権は廃止されている。不佞の疑問とするところは、会社法 594 条 1 項柱書ただし書の、「ただし、定款に別段の定めがある場合は、この限りでない。」という部分の解釈である。株式会社の取締役の忠実義務に関する考究において（第 5 章 5 - 1 - 2）、不佞はいわゆる異質説を支持し、取締役の競業避止義務を、忠実義務の系譜に属する義務と位

30 吉本・注 (15) 前掲 445 頁脚注 (7)。

31 近藤・注 (5) 前掲 472 頁。

32 奥島孝康：落合誠一：浜田道代編『新基本法コンメンタール会社法 3』（日本評論社・2009 年）21 頁 [今泉邦子] 参照。

置づけ、忠実義務のうちとりわけ重要な義務であると解した。この立場から観れば、合名会社の業務執行社員の忠実義務を強行規定と解した場合、業務執行社員の競業禁止義務を、定款の定めによって、完全に排除することを許容することに、躊躇を覚えざるをえない。そうであるとすれば、会社法 594 条 1 項柱書ただし書にいう「定款に別段の定めがある場合」とは、同本文にいう承認要件の緩和を認める定め、あるいは、特定期間における一定総額未達の競業取引に限って承認を不要とする定め、といった、この義務の存在を前提としたうえでの別段の定めに限られるのではないかと思われるのである。かかる文理解釈が苦しいものであることは当然に承知しているのではあるが。

業務執行社員は、自己または第三者のために会社と取引をしようとするとき、会社が業務執行社員の債務を保証することその他社員でない者との間において会社と当該社員との利益が相反する取引をしようとするとき、には、定款に別段の定めのない限り、当該社員以外の過半数の承認を受けなければならない（会 595 ）。承認を受けた取引については、民法 108 条の規定の適用はない（会 595 ）。利益相反取引規制である。平成 17 年（2005 年）改正前商法 75 条の後継規定である。この場合にも、定款による別段の定め解釈につき、競業禁止義務に係る手続規制と同様の疑問を生じる。

この他、業務執行社員には、民法 646 条（受任者による受取物の引渡し等）および民法 647 条（受任者の金銭の消費についての責任）所定の義務が準用される（会 593 ）。

1-9-2. 業務執行社員の責任

業務執行社員は、その任務を怠ったときは、会社に対し、連帯して、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（会 596）。なお、業務執行社員が、競業禁止義務に違反して競業取引を行ったときは、当該行為によって当該業務執行社員または第三者が得た利益の額が、会社に生じた損害額であると推定される（会 594 ）。

責任の免除あるいは制限に関する別段の規定は存在しない。よって、この点は、定款自治に委ねられるものと解される。

会社は、代表社員その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う (会 600)。

1 - 9 - 3. 業務執行社員の権利

業務執行社員は、特約がなければ、会社に対して報酬を請求することができない (会 593 民 648)。報酬を受けるべき場合には、その職務を執行した後でなければ、これを請求することをえないが、期間によって報酬を定めた場合には、民法 624 条 2 項の準用により、その期間を経過した後、請求することができる (会 593 民 648)。その職務が業務執行社員の責めに帰することができない事由によって、履行の途中で終了したときは、業務執行社員は、すでにした履行の割合に応じて報酬を請求することができる (会 593 民 648)。上記の原則に係わらず、業務執行社員の報酬については、定款で別段の定めをすることが許容される (会 593)。

業務執行社員がその職務を処理するについて費用を要するときは、会社は、業務執行社員の請求により、その前払いをしなければならない (会 593 民 649)。業務執行社員が、その職務を処理するのに必要と認められる費用を支出したときは、会社に対し、その費用および支出の日以後におけるその利息の償還を請求することができ、必要な債務を負担したときは、会社に対し、自己に代わる弁済の請求 (その債務が弁済期にないときは、相当の担保の提供の請求) ができる (会 593 民 650)。また、業務執行社員がその職務を処理するため自己に過失なく損害を受けたときは、会社に対し、その賠償を請求することができる (会 593 民 650)。業務執行社員の、上に述べた費用前払請求権・費用等償還請求権等については、定款で別段の定めをすることが許容されている (会 593)。

1 - 10. 社員の監視権

定款で業務執行社員を定めた場合には、各社員は、会社の業務を執行する権利を有しないときであっても、原則として、その業務および財産の状況を調査することができる（会 592）。各社員は、業務執行権を有しないときであっても、会社の業務執行に重大な利害関係があるから、上のような監視権が認められているのである。もっとも、定款で別段の定めをなすことが許容されるが（会 592 本文）、定款をもってしても、社員が、事業年度の終了時または重大な事由があるときに調査を制限する旨を定めることができない（会 592 ただし書）として、社員の監視権を保障している。

1 - 11. 社員代表訴訟

合名会社の社員もまた、株式会社の株主のごとくに、代表訴訟提起権を認められている。すなわち、社員が会社に対して社員の責任を追及する訴えの提起を請求した場合において、会社が当該請求の日から 60 日以内に当該訴えを提起しないときは、当該請求をした社員は、当該訴えについて会社を代表することができる（会 602 本文）。ただし、当該訴えが当該社員もしくは第三者の不正な利益を図りまたは会社に損害を加えることを目的とする場合は、代表訴訟が認められない（会 602 ただし書）。

1 - 12. 計算等

1 - 12 - 1. 会計帳簿および計算書類

合名会社の会計もまた、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従ってなされなければならない（会 614）。

合名会社は、法務省令（会社計算 4）で定めるところにより、適時に、正確な会計帳簿を作成しなければならない（会 615）。そして、会計帳簿の閉鎖の時から 10 年間、その会計帳簿および事業に関する重要な資料を保存しなければならない（会 615）。

会社は、法務省令（会社計算 70）で定めるところにより、開業貸借対

照表を作成しなければならず(会 617)、また、法務省令(会社計算 71
・)で定めるところにより、各事業年度に係る計算書類を作成しなければなら
ない(会 617)。計算書類は、貸借対照表の他に、とくに定め
た場合における損益計算書、社員資本等変動計算書または個別注記表であ
る(会 617 かつこ書、会社計算 71)。

計算書類は、電磁的記録をもって作成することができる(会 617)。

会社は、計算書類を作成した日から 10 年間、これを保存しなければならない(会 617)。裁判所は、申立てによりまたは職権で、訴訟の当事
者に対し、計算書類の全部または一部の提出を命ずることができる(会
619)。

社員は、会社の営業時間内は、原則として、いつでも、計算書類の閲覧・
謄写等の請求をすることができる(会 618)。社員の閲覧・謄写等の請
求については、定款で別段の定めをすることを妨げられないものの、定款
によっても、社員が事業年度終了時に上の請求をすることを制限する旨を
定めることはできない(会 618)。

なお、会計帳簿に係る閲覧・謄写等の請求に関する規定、計算書類の備
置きに関する規定は、とくに設けられていない。

1-12-2. 資本金の減少

合名会社においても、社員が出資を履行することにより、資本金と資本
剰余金とが計上されるが、出資された財産の価額をどのように資本金と資
本剰余金とに区分するかは、社員になろうとする者および合名会社が任意
に定めうる(会社計算 44、30)。資本金の額に計上されなかった額は、
資本剰余金となる(会社計算 44、31)。資本準備金の制度はない。
利益剰余金の制度はあるが、利益準備金の制度はない³³。

会社は、損失の填補のために、その資本金の額を減少することができる

33 青竹・注(2) 前掲 598 頁。

(会 620)。減少する資本金の額は、損失の額として法務省令で定める方法により算定される額を超えることができない。会社計算規則 162 条によれば、この場合に減少する資本金の額は、 零から減資日における資本剰余金および利益剰余金の合計額を減じて得た額 (零未満であるときは、零)、または、 減資日における資本金の額、のうち、いずれか少ない額を超えることができない。

合名会社にあつては、社員が無限責任を負うため、債権者保護・異議手続は執られない。

1 - 12 - 3. 損益の分配および利益の配当等

1 - 12 - 3 - 1. 損益の分配

合名会社における損益は、各社員に分配され、結果、各社員の持分額は計算の上で増減する。損益分配の割合について、定款の定めがないときは、その割合は、各社員の出資の価額に応じて定められ (会 622)、利益または損失の一方についてのみ分配の割合に係る定めを定款に設けたときは、その割合は、利益および損失の分配に共通であるものと推定される (会 622)。民法上の組合の損益分配に関する民法 674 条と同旨の規定である。このように、合名会社の損益分配は、挙げて会社の自治に委ねられている。会社に利益を生じたとき、その全部または一部を会社に留保するのも自由である。この場合、各社員の持分は、計算の上で増加する。他方、会社に損失を生じたとき、当該損失の分配により、各社員の持分は、計算の上で減少するが、社員は、定款で定められた出資の価額 (会 576) 以上の追加出資義務を負わず、社員が現実に財産を提供して損失を填補する必要はない。このように増減した社員の持分は、社員の退社または会社の清算によって社員関係が終了するときに現実化し、そのとき、社員は、持分が積極ならば会社に対してその額の支払いを請求することができ、持分が消極ならば会社に対してその額を支払わなければならない³⁴。

34 北澤・注 (1) 前掲 842 頁。

1-12-3-2. 利益の配当

合名会社の社員は、会社に対し、社員に分配された利益の配当を請求することができる(会 621)。貸借対照表上の純資産額と社員の財産出資の総額とを比較し、前者が後者を超える額を利益とし、後者が前者を超える額を損失とするのが原則である³⁵。しかし、上に述べたように、合名会社の損益分配は会社の自治に委ねられるので、会社は、利益の配当を請求する方法その他の利益の配当に関する事項を定款で定めることができる(会 621)。合名会社にあつては、社員が会社債権者に対し無限責任を負い、会社財産の充実・維持を図る重要性が低いので、利益額を超える利益の配当も違法ではない(会 628 対照)。

1-12-3-3. 出資の払戻し

合名会社の社員は、会社に対し、すでに出資として払込み・給付をした金銭等の払戻し(出資の払戻し)を請求することができる(会 624 前段)。これは、社員に投下資本(出資が財産であるものに限られる)の回収手段を認めるものである³⁶。出資が金銭以外の財産であるときは、その財産の価額に相当する金銭の払戻しを請求することも可能である(会 624 後段)。会社は、出資の払戻しを請求する方法その他の出資の払戻しに関する事項を定款で定めることができる(会 624)。なお、社員の持分の差押えは、出資の払戻しを請求する権利に対しても、その効力を有する(会 624)。

2. 合資会社の管理・運営

2-1. 緒言

合資会社のアウトラインもまた、すでに示したとおりである(第1帖第4章7)。

合資会社もまた、合名会社と同様に、原初的な人的会社に分類される。したがって、基本的には、合資会社には、合名会社と同様の法規が適用さ

35 同前 843 頁、青竹・注(2) 前掲 599 頁。

36 吉本・注(15) 前掲 447 頁。

れる。しかし、合資会社には有限責任社員が存在することから、これに特
有な法規整が必要となる。

2 - 2. 有限責任社員と無限責任社員

すでに述べたように（第 2 帖第 4 章 1）、合資会社の定款には、その一
部の社員を無限責任社員とし、その他の社員を有限責任社員とする旨が記
載・記録される（会 576 ）。社員が有限責任社員または無限責任社員
のいずれであるかの別は、登記によって公示される（会 913 ）。

有限責任社員の出資は、金銭その他の財産に限られる（会 576 かつ
こ書）。会社法は、有限責任社員を資本の提供者として位置づけている³⁷。
このような位置づけは、平成 17 年（2005 年）改正前商法 150 条と同様で
ある。したがって、有限責任社員は、労務出資および信用出資を認められ
ない。

合資会社の有限責任社員が全員退社して、当該会社の社員が無限責任社
員のみとなった場合には、当該合資会社は、合名会社となる定款の変更を
したものとみなされる（会 639 ）。この規定から、合資会社の無限責任
社員の地位は、合名会社の無限責任社員のそれとまったく同一であること
が理解できよう。なお、他方、合資会社の無限責任社員が全員退社して、
当該会社の社員が有限責任社員のみとなった場合には、当該会社は、合同
会社となる定款の変更をしたものとみなされる（会 639 ）。

2 - 3. 有限責任社員の責任

（ア）有限責任社員は、その出資の価額を限度として、会社の債務を弁
済する責任を負う（会 580 ）。とくに、その未履行部分を限度として、
責任を負うにとどまる（会 580 かつこ書）。したがって、出資を履行す
れば、その分だけ会社債権者に対する責任が減少することになる。それゆ

37 北澤・注 (1) 前掲 865 頁。

え、すでに履行した出資の価額が登記事項とされているのである (会 913)。

(イ) 有限責任社員が、定款の変更によって、出資の価額を減少した場合であっても、当該有限責任社員は、その旨の登記をする前に生じた会社債務については、従前の責任の範囲内で弁済責任を負う (会 583)。無限責任社員が有限責任社員となった場合にあって、当該有限責任社員となった者は、その旨の登記をする前に生じた会社の債務については、無限責任社員として、当該債務を弁済する責任を負う (会 583)。ただし、上記の弁済責任は、登記後 2 年以内に請求または請求の予告をしない会社債権者に対しては、当該登記後 2 年の除斥期間を経過した時に消滅する (会 583)。

有限責任社員が、自己を無限責任社員であると誤認させる行為をしたときは、当該有限責任社員は、その誤認に基づいて会社と取引をした者に対し、無限責任社員と同一の責任を負う (会 588)。さらに、有限責任社員が、その責任の限度額を誤認させる行為をしたときは、当該有限責任社員は、その誤認に基づいて会社と取引をした者に対し、誤認させた責任の範囲内で会社債務を弁済する責任を負う (会 588)。

(ウ) 利益配当により、有限責任社員に交付した金銭等の帳簿価額 (配当額) が、利益配当日における利益額を超える場合には、当該利益の配当を受けた有限責任社員は、会社に対し、連帯して、当該配当額に相当する金銭を支払う義務を負う (会 623)。上の「利益額」は、会社計算規則 163 条によれば、社員の利益配当請求に応じて利益の配当をした日における利益剰余金の額、配当請求をした社員に対しすでに分配された利益の額から、当該社員にすでに分配された損失の額およびすでに利益の配当により交付された金銭等の帳簿価額の合計額を減じて得た額、のいずれか少ない額である。が基準とされているのは、利益剰余金の範囲内であれば、利益の配当を行っても会社債権者の保護に欠けることはないためである。が基準とされているのは、利益配当を受けた社員に帰属する積極持分から、すでに交付された配当額を控除した額に相当する部分については、

その社員が配当を受けても、他の社員に影響を与えないためである³⁸。

違法配当を受けた有限責任社員が負う会社債務の弁済責任の限度は、出資の額からすでに会社に対して履行した価額を控除した額（本来の責任限度額）に、配当額が利益額を超過する額から違法配当の会社に対する支払義務を履行した額を控除した額（違法配当を受けた場合の会社に対する支払義務の未履行額）を合計した額となる（会 623 ）。

（エ）有限責任社員は、損失の分担についても出資の価額を限度とするから、持分が消極となっても、後の年度の利益でそれを填補することを要するだけであり、消極持分を現実に支払う必要はない³⁹。

2 - 4. 有限責任社員の変動

業務を執行しない有限責任社員は、原則として業務執行社員全員の承諾があるときは、その持分の全部または一部を他人に譲渡することができる（会 585 ）。定款で別段の定めをすることを妨げない（会 585 ）。業務執行権を有する有限社員の持分の譲渡は、本則である会社法 585 条 1 項による（これまた定款で別段の定めをすることを妨げない（会 585 ）。）。

業務を執行しない有限責任社の持分の譲渡にともない定款の変更を生じるときであっても、当該定款の変更は、業務執行社員の全員の同意のみによってなすことができ（会 585 ）、総社員の同意（会 637 対照）は、必要ない。これについても、定款で別段の定めをすることができる（会 585 ）。

2 - 5. 業務執行および会社代表

（ア）商法会社編時代にあつては、合資会社の有限責任社員は、会社の業務を執行し、または、会社を代表することができなかった（平成 17 年（2005 年）改正前商 156）。しかし、会社法は、社員の責任の態様に關係な

38 奥島：落合：浜田編・注（32）前掲 54 頁 [青竹正一]。

39 北澤・注（1）前掲 865 頁、青竹・注（2）前掲 604 頁。

く、有限責任社員にも、原則として、無限責任社員と同様に、業務執行権と代表権限とを認めることとした(会 590、599 本文)。これは、持分会社中に、有限責任社員のみからなる合同会社を新設したことによるものである(合同会社の社員と合資会社の有限責任社員との地位に大きな差異を認めると、法規整が徒らに複雑となるからであろう)。もちろん、定款をもって、合資会社の有限責任社員の業務執行・代表権限を奪うことは自由である(会 590)。

(イ) 業務を執行する有限責任社員は、その職務を行うについて悪意または重大な過失があったときは、連帯して、これによって第三者に生じた損害についても賠償する責任を負う(会 597)。立法担当者によれば、この規定は、いわゆる「間接損害」に関する有限責任社員の利害状況に鑑みて設けられたものであると説明されている。業務執行社員の悪意・重過失による任務懈怠から会社が損害を被り、その結果、第三者に損害を生じる場合には、無限責任社員であれば、その損害の全部をこの社員が負担することになる可能性があるが、有限責任社員は、自己の出資の価額を限度として責任を負うにとどまるから、会社の財務状況が悪かろうが、より慎重に事業を実施したり、早期に倒産手続へ移行するといった配慮を欠く業務執行に走るかも知れない。それゆえ、かかる弊害を防止すべく、会社法 597 条を設けたものである⁴⁰。株式会社の役員等の第三者に対する責任に係る会社法 429 条 1 項と同旨の規定である。

しかし、合資会社の業務執行社員は、取締役会設置会社の取締役と異なり、他の社員の業務の執行について、その適正性を要求する権利はあるものの、その適正性を確保するための義務、いわゆる監視義務まで負うものではなく、したがって、会社法 597 条にいう「その職務」の範囲は、株式会社の取締役の場合と当然に同一でないとい解するのが、立法担当者の見解である⁴¹。

40 相澤：郡谷・注 (19) 前掲 18 頁参照。

41 同前参照。

3. 合同会社の管理・運営

3-1. 緒言

合同会社が会社法によって認められた新しい種類の会社であること、導入の経緯、そのアウトライン等については、すでに述べたとおりである(第1帖第4章8、第2帖第1章2-2-2-1)。合同会社は、他の持分会社と異なり、会社債権者に対し、間接有限責任を負う社員のみで構成される会社である(会576、578本文)。それゆえ、わけても計算に関する特例が設けられている点が重要である。

3-2. 社員の責任

合同会社の社員は、すでに述べたように(第2帖第4章4)、その社員になろうとすれば、その出資に係る全額を払い込み、またはその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならない(会578本文)。このように、全額払込制が採用されているので、合同会社の社員は、会社債権者に対し、直接責任を負うものではない。

合同会社社員は、その出資の価額を限度として、会社債務を弁済する責任を負う(会580)ものの、すでに出資を履行済みであるから、株式会社の株主と同様、会社債権者に対しては無責任であると観察してよい。

合同会社も、新たに社員を加入させることができる(会604)が、この場合、新たに社員となろうとする者が、当該社員に係る定款の変更をした時にその出資に係る払込みまたは給付の全部または一部を履行していないときは、その者は、当該払込みまたは給付を完了した時に、合同会社の社員となる(会604)。このように、社員の加入についても、全額払込制が徹底されている。

3-3. 社員の変動

合同会社もまた、持分会社として、社員の個性が重視される会社である。したがって、持分の譲渡については、合資会社の有限責任社員のそれと同

様の規整に服する。すなわち、業務を執行しない社員がその持分の全部または一部を譲渡することを欲するならば、定款に別段の定めのない限り、業務執行社員全員の承諾があることを要する（会 585 ・ ）。

3 - 4. 業務執行および代表

合同会社の社員は、合名会社・合資会社の社員と同様、原則として、業務執行権限を有する（会 590 ）が、定款の定めをもって、一部の社員のみを業務執行社員とすることができる（会 591 ）。業務執行社員は、原則として、会社代表の権限を有するが、定款または定款の定めに基づく社員の互選により、会社を代表する社員を定めることができる（会 599 ・ ）。

業務執行社員の義務、会社に対する責任は、合名会社・合資会社の業務執行社員のそれと同様の規整に服する（会 593 ~ 596）。第三者に対する責任もまた、合資会社の業務執行有限責任社員のそれと同様の規整に服する（会 597）。

3 - 5. 計算等に関する特則

合同会社は、有限責任社員のみから構成される会社であるから、会社債権者保護のため、計算等に関して、特則が設けられている。

3 - 5 - 1. 会社債権者の計算書類閲覧・謄写等請求権

合同会社の債権者は、会社の営業時間内は、いつでも、その計算書類（作成した日から 5 年以内のものに限る）について、閲覧・謄写等の請求をすることができる（会 625）。対象となる計算書類は、貸借対照表、損益計算書、社員資本等変動計算書および個別注記表である（会 617 かっこ書、会社計算 71 ）。

閲覧・謄写等に係る対象計算書類を、作成した日から 5 年以内のものに限ったのは、株式会社の各事業年度に係る計算書類等の本店における備置期間（会 442 ）との整合を図ったものと思われるが、青竹正一によれ

ば、持分会社には計算書類の備置期間について定めがなく、計算書類を作成した日からこれを10年間保存しなければならないのであるから（会617）、5年以内のものに限ったのは疑問であるとされている⁴²。

会社法625条は強行規定であり、定款で別段の定めをすることは許されない（会618 対照）。

3-5-2. 資本金の減少

（ア）合同会社は、損失の填補（会620）の場合以外に、出資の払戻しまたは持分の払戻しのために、その資本金を減少することが認められている（会626）。

出資または持分の払戻しのために減少する資本金の額は、出資の払戻しにより交付する金銭等の帳簿価額（出資払戻額、会632）または持分の払戻しにより交付する金銭等の帳簿価額（持分払戻額、会635）から、当該払戻日における剰余金額を控除して得た額を超えてはならない（会626・）。これは、出資の払戻しまたは持分の払戻しの財源として、まず剰余金を充てる趣旨である⁴³。上にいう「剰余金額」は、資産の額から、負債の額、資本金の額、その他法務省令で定める各勘定科目に計上した額の合計額、の総合計額を減じて得た額（ $- (+ +)$ ）である（会626）。

出資の払戻しについての合計額は、[1] 資産の額から、[2] 負債の額および資本金の額の合計額、および、[3] 当該社員の出資につき資本剰余金に計上されている額、の合計額を減じて得た額である（会社計算164・・イ）。持分の払戻しについての合計額は、[1] 資産の額から、[2] 負債の額および資本金の額の合計額、ならびに、[3]の1) 当該社員の出資につき資本剰余金に計上されている額、および、[3]の2) 当該持分の払戻しにより払い戻した財産の帳簿価額から当該持分の払戻しを受け

42 奥島：落合：浜田編・注（32）前掲57頁〔青竹正一〕。

43 吉本・注（15）前掲448頁脚注（12）。

た社員の出資につき資本金および資本剰余金の額に計上されていた額の合計額を減じて得た額、の合計額を限じて得た額である（会社計算 164 ・ 口）。よって、減少することのできる資本金の限度額は、出資の払戻しによる場合には、当該社員の出資につき資本剰余金に計上されている額であり、持分払戻しによる場合には、当該社員の出資につき資本剰余金に計上されている額と当該払戻しに際して減少する利益剰余金の額の合計額ということになる。

（イ）合同会社が資本金の額を減少する場合には、会社債権者は、会社に対し、資本金の額の減少について異議を述べることができる（会 627 ）。資本金を減少する場合には、会社は、当該資本金の減少の内容、債権者が一定の期間内（1 ヶ月を下ることができない）に異議を述べる旨、を官報に公告し、かつ、知れている債権者には、各別にこれを催告しなければならない（会 627 ）。ただし、会社が、官報による公告に加え、定款の定めに従い、時事に関する事項を記載する日刊新聞紙に掲載する方法または電子公告による公告方法によってこれをなすときは（会 939 ）、各別の催告は省略することができる（会 627 ）。債権者が、期間内に異議を述べなかったときは、当該資本金の額の減少について承認をしたものとみなされる（会 627 ）。

債権者が期間内に異議を述べたときは、会社は、当該債権者に対し、弁済し、もしくは相当の担保を提供し、または当該債権者に弁済を受けさせることを目的として信託会社等に相当の財産を信託しなければならないが、当該資本金の減少をしても当該債権者を害するおそれがないときは、この限りでない（会 627 ）。

資本金の額の減少は、上の債権者異議手続が終了した日にその効力を生じる（会 627 ）。

（ウ）合同会社の資本金の額の減少が効力を生じたときは、変更の登記をすることを要する（会 914 、915）。

3 - 5 - 3. 利益の配当

(ア) 合同会社の社員は、会社に対し、利益の配当を請求することができる(会 621)。しかし、会社は、利益の配当により社員に対して交付する金銭等の帳簿価額(配当額)が、当該利益配当をする日における利益額を超える場合には、当該利益配当をすることができず、利益配当請求を拒むことができる(会 628)。ここに「利益額」とは、請求に応じて利益配当をした日における利益剰余金の額、請求した社員に対してすでに分配された利益の額から、請求した社員に対してすでに分配された損失の額および同社員に対してすでに利益配当により交付された金銭等の帳簿価額の合計額を減じて得た額、のいずれか少ない額である(会社計算 163)。

(イ) 会社が、この規制に違反して利益の配当をした場合には、当該利益配当に関する業務を執行した社員は、その職務を行うにつき注意を怠らなかつたこと(無過失)を証明しえない限り、会社に対し、利益配当を受けた社員と連帯して、当該配当額に相当する金銭を支払う義務を負う(会 629)。この義務は、利益配当日における利益額を限度として、当該義務を免除することについて総社員の同意がある場合を除き、免除することができない(会 629)。ここにいう「利益額」は、配当日における利益剰余金の額である(会社計算 163 柱書かっこ書・)。

利益の配当を受けた社員は、配当規制違反につき善意であるときは、当該利益配当について、利益配当業務を執行した社員からの求償請求に応じる義務を負わない(会 630)。合同会社の債権者は、違法配当を受けた社員に対し、配当額(債権額を超えるときは、債権額)に相当する金銭を支払わせることができる(会 630)。直接、債権者自身に支払わせることができるわけである。この制度があるため、合同会社の社員には、違法配当がなされた場合の合資会社の有限責任社員の責任に係る会社法 623 条 2 項の規定が適用されない(会 630)。

(ウ) 利益の配当をした場合に、当該利益配当日の属する事業年度末日に欠損額が生じたときは、利益配当に関する業務を執行した社員は、その職務を行うについて注意を怠らなかつたこと(無過失)を証明しえない限

り、会社に対し、利益配当を受けた社員と連帯して、その欠損額（欠損額が配当額を超えるときは、配当額）を支払う義務を負う（会 631）。ここに「欠損額」とは、零から事業年度の末日における資本剰余金額および利益剰余金の合計額を減じて得た額から、当該事業年度に係る当期純損失金額、および、当該事業年度に持分の払戻しがあった場合における当該持分の払戻し額から払戻日における利益剰余金の額と資本剰余金の額の合計額を減じて得た額、の合計額を減じて得た額（零未満であるときは、零）（ $-$ （ $+$ ））である（会社計算 165）。 Δ が控除されるのは、株式会社の場合の欠損填補任（会 465）と異なり、配当を受けた社員も責任を負うからである⁴⁴。配当業務を執行した社員の欠損填補責任は、総社員の同意がなければ、免除できない（会 631）。

3 - 5 - 4. 出資の払戻し

合同会社の社員は、定款を変更して出資の価額を減少する場合を除き、出資の払戻しの請求（会 624）をすることができない（会 632）。これは、社員の有限責任制度を確保するために、出資の価額とすでに履行された出資との関係（定款で定めた出資の価額と履行された出資額）とを一致させるためである⁴⁵。

会社が、出資の払戻しにより社員に対して交付する金銭等の帳簿価額（出資払戻額）が、出資払戻請求日における剰余金額（資本金額を減少した場合には、減少後の剰余金額（会 626 参照））または出資の価額の減少額のいずれか少ない額を超える場合には、出資の払戻しをすることができず、会社は、出資の払戻請求を拒むことができる（会 632）。ここに「剰余金額」とは、出資の払戻日における利益剰余金の額と資本剰余金の額との合計額、当該社員の出資につき資本剰余金に計上されている額、のいずれか少ない額をいう（会社計算 164 八）。

44 青竹・注 (2) 前掲 610 頁。

45 加美・注 (3) 前掲 542 頁。

上の財源規制に違反して出資の払戻しが行なわれた場合、当該業務を執行した社員の責任（会 633）、払戻しを受けた社員の求償義務（会 634）、払戻しを受けた社員に対する会社債権者の支払請求（会 634）につき、違法な利益配当の場合と同様の定めが設けられている。なお、会社法 633 条 2 項に規定される責任免除限度額の指標たる「剰余金額」は、出資の払戻しをした日における利益剰余金と資本剰余金との合計額となる（会社計算 164 二）。

3 - 5 - 5. 持分の払戻し

（ア）合同会社が、持分の払戻しにより、退社する社員に交付する金銭等の帳簿価額（持分払戻額）が、当該持分払戻日における剰余金額を超える場合には、会社債権者は、会社に対し、持分の払戻しについて異議を述べる事ができる（会 635）。ここに「剰余金額」とは、資本剰余金の額と利益剰余金の額との合計額である（会社計算 164 ホ）。持分払戻額が、資本剰余金の額と利益剰余金の額との合計額を超える場合は、資本金の額を零までの範囲内で減少したうえで払戻しを行うことと同様であるから、債権者保護・異議手続を要求したものである⁴⁶。

この場合、会社は、当該剰余金額を超える持分の払戻しの内容、債権者が一定の期間内に異議を述べる事ができる旨、を官報に公告し、かつ、知っている債権者には、各別に催告しなければならない（会 635）。債権者の異議申述期間は、原則 1 ヶ月を下ることをえないが、持分払戻額が、当該会社の純資産額を超える場合には、2 ヶ月を下ることをえない（会 635 柱書かつこ書）。すなわち、持分払戻額が、資本金の額、資本剰余金の額、利益剰余金の額、および、最終事業年度の末日（最終事業年度がない場合にあっては、会社成立の日）における評価・換算差額に係る額、の合計額（会社計算 166）を超える場合には、2 ヶ月を下るこ

46 青竹・注 (2) 前掲 611 頁。

とをえないこととなる。この場合は、要するに持分の払戻しにより債務超過となる場合である⁴⁷。会社が、官報による公告に加え、定款の定めに従い、時事に関する事項を記載する日刊新聞紙に掲載する方法または電子公告による公告方法によってこれをなすときは（会 939 ）、各別の催告は省略することができる（会 635 本文）。ただし、持分払戻額が当該合同会社の純資産額として法務省令（会社計算 166）で定める方法により算定される額を超える場合は、各別の催告を省略できない（会 635 ただし書）。

債権者が、期間内に異議を述べなかったときは、当該持分の払戻しにつき、これを承認したものとみなされる（会 635 ）。

債権者が期間内に異議を述べたときは、会社は、当該債権者に対し、弁済し、もしくは相当の担保を提供し、または当該債権者に弁済を受けさせることを目的として、信託会社等に相当の財産を信託しなければならない（会 635 本文）。ただし、持分払戻額が会社の純資産として法務省令（会社計算 166）で定める方法により算定される額を超えない場合において、当該持分の払戻しをしても債権者を害するおそれがないときは、この限りでない（会 635 ただし書）。

（イ）合同会社が債権者保護・異議手続に反して持分の払戻しをしたときは、持分払戻業務を執行した社員は、その職務を行うにつき注意を怠らなかつたこと（無過失）を証明しえない限り、会社に対し、持分の払戻しを受けた社員と連帯して、当該持分払戻額に相当する金銭を支払う義務を負う（会 636 ）。この義務は、持分払戻しの時における剰余金額を限度として、当該義務を免除することについて総社員の同意がある場合を除き、免除することができない（会 636 ）。ここに「剰余金額」とは、資本剰余金の額と利益剰余金の額との合計額である（会社計算 164 ホ）。

47 吉本・注 (15) 前掲 450 頁脚注 (16)。

4. 外国会社の管理・運営

4-1. 外国会社の意義

わが会社法が、内国会社と外国会社の区分を設けていることは、すでに述べた（第1帖第4章11-3）。会社法は、初めて外国会社の定義規定を設けた。改めて記せば、会社法2条2号により、外国会社とは、「外国の法令に準拠して設立された法人その他の外国の団体であって、会社と同様のもの又は会社に類似するものをいう。」と定義されている。これは、設立準拠法主義を採用したものである⁴⁸。

外国会社を定義する目的は、会社法817条以下の規定の適用範囲を明らかにするとともに、会社法全体を通じて内国会社だけを対象とする規定の適用範囲を明確にすることでもある⁴⁹。すなわち、わが会社法上、単に「会社」という文言が使用される時、それは内国会社（会2）を指す。内国会社・外国会社の双方に適用される条文にあっては、「会社（外国会社を含む。）」と表記される（たとえば会10）。外国会社のみを規整する条文にあっては、「外国会社」と表記される（会817以下）。

外国会社が、わが国において継続して取引を行おうとする場合を規整するため、会社法は、その第6編に、外国会社に関する規定を設けている。そこではとくに、債権者（取引の相手方）を保護することに重点が置かれている⁵⁰。

4-2. 代表者の選任

外国会社が、わが国において取引を継続してしようとするときは、わが国における代表者を定めなければならない（会817前段）。この場合、わが国における代表者のうち、1人以上はわが国に住所を有する者でなけ

48 龍田節『会社法大要』（有斐閣・2007年）527頁。

49 同前。

50 近藤・注（5）前掲465頁。

ればならない(会 817 後段)。ここに「取引を継続してしようとする」とは、一定の計画に従う集团的企業的取引活動を指し、偶発的個別的取引を包含しないと解されるので、単に市場調査や情報収集にとどまる行為は除外される⁵¹。

「代表者」とは、外国会社の従属法上代表取締役や支配人に相当する形式的地位が要求されるわけではなく、わが国における営業の主任者とする意図の下に選任された者であれば足りる(朝鮮高決大正6年(1917年)10月24日朝高録4巻民880頁)。代表者を定めることを要求しているのは、わが国内に取引上の紛争の処理等に応じる相手方がいるようにし、また、外国会社を相手方とする訴えの提起をわが国内でできるようにするにすぎないためであるから、正当である。選任行為の準拠法については、当該行為が会社内部の意思を受けてのものであることから、理論的には会社の従属法と解すべきであろうか⁵²。もっとも、代表者選任行為が無効であっても、会社法823条の規定を通じて、表見代表者の法理が適用されよう。

わが国における営業所の設置は義務づけられない。

会社法817条1項は、平成17年(2005年)改正前商法479条1項を承継するものである。商法旧479条1項は、平成14年(2002年)改正前にあっては、外国会社に営業所設置義務を課していたが、同年改正により、この義務は廃止された。

わが国における外国会社の代表者は、その会社のわが国における一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有し、この権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない(会817)。また、外国会社は、わが国における代表者がその職務を行うにつき、第三者に加えた損害を賠償する責任を負う(会817)。

51 奥島：落合：浜田編・注(32)前掲334頁[上田純子]参照。

52 同前335頁[上田純子]参照。

4 - 3. 外国会社の登記

外国会社が、初めてわが国における代表者を定めたときは、3週間以内に、わが国に営業所を設けていない場合には、わが国における代表者(わが国に住所を有するものに限る)の住所地において、わが国に営業所を設けた場合には、当該営業所の所在地において、外国会社の登記をしなければならない(会 933)。

外国会社は、外国会社の登記をするまでは、わが国において取引を継続してすることができない(会 818)。これに違反して取引をした者は、相手方に対し、外国会社と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う(会 818)。すなわち、外国会社の登記には、これによってわが国における継続的取引が許容されるという、商業登記の付随的効力(第2帖第6章8-3)が認められる。

外国会社の登記においては、わが国における同種の会社または最も類似する会社の種類に従い、会社法 911 条 3 項各号(株式会社の登記事項)、同 912 条各号(合名会社の登記事項)、同 913 条各号(合資会社の登記事項)または同 914 条各号(合同会社の登記事項)に掲げる事項を登記しなければならない。その他、外国会社の設立の準拠法、わが国における代表者の氏名および住所、わが国における同種の会社または最も類似する会社が株式会社であるときは、設立準拠法による公告方法、上記と同様の場合に、貸借対照表に相当するものの内容をインターネットに接続された公衆送信設備により開示する場合の方法、公告方法(会 939)について定めがあるときはその定め、上記の定めが電子公告とする旨のものであるときは、その旨および電子公告ができない場合のそれに代わる公告方法、上記の定めがないときは官報に掲載する方法(会 939)を公告方法とする旨、をも登記しなければならない(会 933)。

初めての外国会社の登記に際し、その申請書には、本店の存在を認めるに足りる書面、わが国における代表者の資格を証する書面、外国会社の定款その他外国会社の性質を識別するに足りる書面、公告方法(会 939)について定めがあるときは、これを証する書面、を添付しな

ければならず (商登 129)、これらの書類は、外国会社の本国の管轄官庁またはわが国における領事その他権限がある官憲の認証を受けたものでなければならない (商登 129)。

わが国に営業所を設けていない外国会社が、その登記後に、わが国に営業所を設けた場合には、わが国における代表者の住所地においては 3 週間以内に営業所を設けたことを登記し、その営業所の所在地においては 4 週間以内に外国会社の登記をしなければならない (会 936 本文)。ただし、登記済みのわが国における代表者の住所地を管轄する登記所の管轄区域内に営業所を設けたときは、当該営業所を設けたことを登記すれば足りる (会 936 ただし書)。

4 - 4. 貸借対照表に相当するものの公告

わが国における同種の会社または最も類似する会社が株式会社である外国会社は、法務省令 (会施規 214) で定めるところにより、会社法 438 条 2 項の承認 (定時株主総会における計算書類の承認) と同種の手続またはこれに類似する手続の終結後、遅滞なく、貸借対照表に相当するものを、わが国において公告しなければならない (会 819)。ただし、公告方法が官報 (会 939) または時事に関する日刊新聞紙 (会 939) に掲載する方法である外国会社は、貸借対照表に相当するものの要旨を公告することで足りる (会 819)。このような外国会社は、法務省令 (会施規 215) で定めるところにより、計算書類の承認と同種の手続またはこれに類似する手続の終結後遅滞なく、貸借対照表に相当するものの内容たる情報を、手続終結後 5 年を経過するまでの間、インターネット上のウェブサイトに表示する措置をもって、公告に代替させることをうる (会 819)。金融商品取引法 24 条 1 項の規定により有価証券報告書を内閣総理大臣に提出しなければならない外国会社については、上のような開示を要しない (会 819)。

会社法 819 条は、平成 14 年 (2002 年) 改正により、商法 483 条ノ 2 として設けられた規定を承継するものである。同年改正により、外国会社の

わが国における営業所設置義務が廃止されたので、国内債権者保護の措置として、わが国の株式会社と同様の貸借対照表の開示を求めたものである⁵³。

4 - 5. 代表者の退任規整

外国会社は、わが国に住所を有するわが国における代表者の全員が退任しようとするときは、当該外国会社の債権者に対し、異議があれば、1ヵ月を下ることができない一定の期間内に、これを述べることができる旨を官報に公告し、かつ、知っている債権者には、各別にこれを催告しなければならない（会 820）。わが国の債権者を保護するために、債権者異議手続を課したものであり、平成 14 年（2002 年）改正によって設けられた商法 483 条ノ 3 を承継するものである。

債権者が期間内に異議を述べたときは、外国会社は、当該債権者に対し、弁済し、もしくは相当の担保を提供し、または当該債権者に弁済を受けさせることを目的として信託会社等に相当の財産を信託しなければならないが、退任をしても当該債権者を害するおそれがないときは、この限りでない（会 820）。

退任は、債権者保護・異議手続が終了した後、その登記をすることによって、効力を生ずる（会 820）。

4 - 6. 擬似外国会社

わが国に本店を置き、またはわが国において事業を行うことを主たる目的とする外国会社は、わが国において取引を継続してすることができない（会 821）。これに違反して取引をした者は、相手方に対し、外国会社と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う（会 821）。加えて、違反取引をした者には、設立登録免許税額に相当する過料に処せ

53 青竹・注 (2) 前掲 617 頁。

られる (会 979)。

わが会社法の適用を回避すべく、あえて外国法に基づき会社を設立しようとする脱法的な行為を防止する趣旨である⁵⁴。かかる脱法目的で外国法に準拠されて設立した会社を「擬似外国会社」という。

平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 482 条は、「日本ニ支店ヲ設ケ又ハ日本ニ於テ營業ヲ為スヲ以テ主タル目的トスル会社ハ外国ニ於テ設立スルモノト雖モ日本ニ於テ設立スル会社ト同一ノ規定ニ從フコトヲ要ス」と規定していた。当時の判例は、「日本ニ於テ設立スル会社ト同一ノ規定」のうち、設立に関する規定を含めていた (大決大正 7 年 (1918 年) 12 月 26 日民録 24 輯 2326 頁) から、この立場を採れば、擬似外国会社は、設立無効のゆえに、解散・清算手続を経て、改めてわが商法に基づく設立手続を要することとなると解されていた。しかし、現行会社法の下では、擬似外国会社であることから直ちに法人格が否定されるわけではない⁵⁵。

4 - 7. 取引継続禁止・営業所閉鎖命令

裁判所は、以下の場合には、法務大臣または株主、社員、債権者その他の利害関係人の申立てにより、外国会社がわが国において取引を継続してすることの禁止またはわが国に設けられた営業所の閉鎖を命ずることができる (会 827 柱書)。すなわち、外国会社の事業が不当な目的に基づいて行われたとき、外国会社が正当な理由なく登記の日から 1 年以内にその事業を開始せず、または引き続き 1 年以上その事業を休止したとき、

外国会社が正当な理由なく支払いを停止したとき、外国会社のわが国における代表者その他その業務を執行する者が、法令で定める外国会社の権限を逸脱しもしくは濫用する行為または刑罰法令に触れる行為をした場合において、法務大臣から書面による警告を受けたにもかかわらず、なお継続的にまたは反覆して当該行為をしたとき、である (会 827 各号)。

54 近藤・注 (5) 前掲 467 頁。

55 青竹・注 (2) 前掲 618 頁。

研究ノート

さらに、取引継続禁止・営業所閉鎖命令があった場合または外国会社がわが国において取引を継続してすることをやめた場合には、裁判所は、利害関係人の申立てまたは職権をもって、わが国にある外国会社の財産の全部について清算の開始を命ずることができる（会 822 ）。