

公開会社法要綱案 第11案について

公開会社法要綱案11案が日本取締役協会のいくつかの委員会において策定された経緯については、[「公開会社法要綱案11案の概要－補正版」](#)をご参照ください。

そこに記載されておりますように、日本取締役協会において最終的にこの要綱案を担当していた「金融資本市場委員会」(池尾和人委員長、上村達男共同委員長、川本裕子副委員長)は、日本取締役協会の一般社団法人化に伴い、その活動を休止し、その後は要綱案は早稲田大学グローバルCOE「企業法制と法創造総合研究所」(所長・上村達男早稲田大学教授)において引き継いでおります。

ただし、公開会社法については急速に立法化の動きが早まってきており、この要綱案を今後修正することは予定しておりません。このことは、第1案制定時から共に策定に携わり、その後もそのご了解を得ながら作業を進めてきた神田秀樹東京大学教授のご了承を得ているところであります。

今後はこの要綱案が、公開会社法制定のための論議に際して、共有財としての前向きの役割を果たしていくことを期待しております。

2010年1月10日

上村達男

公開会社法要綱案 第11案

第1章	総則
第2章	ディスクロージャー・会計・監査
第3章	ガバナンス
第4章	企業グループ

2007年10月17日

日本取締役協会・金融資本市場委員会

2009年1月21日

早稲田大学グローバルCOE

《企業法制と法創造》総合研究所

(日本取締役協会の一般法人化に伴い引き継ぐ)

第1章 総 則

1. 0 1 (趣旨)

この要綱は、公開会社（金融商品取引法第24条第1項の規定により有価証券報告書を内閣総理大臣に提出しなければならない会社をいう。）について、会社法の特例を定めるものとする(注)。

(注) 会社法における大会社の特例は廃止するが、一定規模以上の株式会社（例えば負債200億円以上の会社）については、この要綱の一部を適用する。

【コメント】

- 1 この要綱は、会社法における大会社概念に代えて有価証券報告書提出会社(以下「公開会社」という)概念を中核とする「公開会社法」の構想を提示しようとするものである。会社法における公開会社の語が、一株でも譲渡制限のない種類の株式がある会社(会社2条5号)という公開会社の本質に反する定義となったことから、真の意味における公開会社法の制定は特に急がれる。
- 2 要綱は、金融商品取引法のうち、株式・社債等の会社法が規律する金融商品に適用される概念ないし制度を、原則として、会社法上の概念ないし制度として認知し、また、金融商品取引法が求める規制の水準を確実に遂行しうる会社組織等のあり方を示すことで、証券市場と一体の公開会社制度のあるべき姿を追求するものである。
こうした構想は、欧米の経験を論理構成によって克服すると日本の企業法制のあり方を示すものとして重要な意義を有している。
金融商品取引法が定める情報開示制度以外の行為規制については次条の説明2を参照。
- 3 要綱は有価証券報告書提出会社に関する会社法の特例を定める。具体的には金融商品取引法24条1項に規定する4種類の会社(上場会社、店頭登録会社、公募をした会社、外形基準適用会社)に関する特例を意味する。これら四種のうち後二者は証券市場を有する会社と同義ではないが、公募をした会社は発行市場に続く流通市場を観念しうる会社であり、4号の外形基準適用会社も、株主数においてベンチャー企業向け市場における最低株主数を上回るものであるため、これらを公開会社法制の適用対象会社とすることには合理性がある。公開会社概念が米国の開示会社(1934年連邦証券取引所法12条g項)と同様のものとなることの利点もある。ただし、同じ有価証券報告書提出会社でも、適時開示制度を踏まえたものと、踏まえないものではその意義を異にすることに留意する必要がある。適時開示制度を踏まえた有価証券報告書制度とは、年間を通じて履行されてきた適時開示を一年に一回集約して一冊の年報として残すものという性格を有している。
- 4 要綱は現行の大会社の特例に代わる新たな基準による法規整のあり方を具体的に提案するものであるから、会社法のうち大会社に関する部分は廃止され、新たな公開会社の特例に引き継がれる。会社法上の大会社概念のうち負債基準200億円以上の会社についての特例を廃止することは規制の後退となるため、これには公開会社法の一部とされる金融商品取引法監査、すなわち公認会計士監査制度を適用することとする。
- 5 金融商品取引法を会社法として認知するための法改正は法務省が担当するが、金融商品取引法改正がそのまま会社法改正を意味することになる場

合も出てくるため、公開会社法は法務省と金融庁の共管とすることとなる。ただしこのことは、法務省にとっては、金融商品取引法の改正に対して会社法固有の観点から一定の発言を確保することを意味し、他方金融庁としても、金融商品取引法の改正が、株式・社債等については会社法としても認知されるのであるから、どちらかの権限が縮小するとか、奪われるといった関係にはない。なお、経済産業省による政策立法も、可能な限り会社法改正のための仕組みと整合性を持たせるように工夫することが望ましい。例えば、ベンチャー法制とは歴史的にも会社法制そのものを意味するし、破綻処理や事業再生も会社法制にとって本質的な意義を有する問題と言えるためである。

1. 0 2 (他の法律の適用)

この要綱が定める事項以外の事項については、会社法、金融商品取引法その他の会社に関する法令が定めるところに従うものとする。

【コメント】

- 1 要綱は、金融商品取引法が適用される公開会社について、会社法の特例を定めるものであるが、この法律に定めのない事項については会社法の規定が適用される。ただし、会社法上の公開会社概念、募集概念は、公開会社法の基本概念と矛盾するため、この点で会社法の見直しが必要である(会社法上の募集概念は、募集設立の募集概念を基本概念としたものであり、金融商品取引法上の私募概念そのものであるから、公開会社法上の公募を意味する募集概念とは相容れない)。
- 2 要綱は、多くの場合に金融商品取引法上の概念ないし制度を公開会社法上のものとして認知し受容する。その場合に金融商品取引法上のいかなる概念ないし制度が認知・受容されるかについては、概ね、金融商品取引法上の制度のうち「株券等」(以下、会社法の観点から「株式等」という)を適用対象とする制度となる。このことは公開会社が株式、社債といった金融商品生み出しの仕組み(一種の集団投資スキーム)という性格を有していることからくる当然の帰結である。例えば、企業内容等の開示制度は原則として適用されるが、特定有価証券の内容等の開示制度は適用されない。財務諸表制度はそれが株式等を適用対象とする限りにおいて適用されうることになる。本規定はそのことを包括的に明らかにする。金融商品取引法のいかなる制度が公開会社に適用されるかについては、要綱において、原則として明示することとする。以下に示すように、例えば、金融商品取引法上の情報開示制度、公開買付制度、会計制度、監査制度、募集・売付制度等の取引ルールは、原則としてそのまま公開会社法そのものとして認知される。例えば、インサイダー取引の禁止等の行為規制も、その適用対象が株式等に関する限り、原則としてその遵守を公開会社法上の会社(経営者)の責務として把握する。しかし、このことは、この要綱において明示されていない金融商品取引法上の制度・規定の適用を排除するものではなく、その内容は今後要綱を実現させる過程で、さらに明らかにしていく必要がある。

なお、金融商品取引法上の金融商品取引所規制、金融商品取引業等の業者規制、市場規制については、それが直接に公開会社法を構成しないものの、これらの機関の諸規定が定める行為規制等が、株式等の資本市場における公正な価格形成の確保に貢献する機能を有する限度において、公開会社として遵守すべき規範としての意義を有する場合がある。例えば、金融商品取引所の規則である適時開示や金融商品取引業協会の公正慣習規則の要請等も、公開会社として当然に遵守すべ

きルールとして受け止めなければならない。

株式等に関する金融商品取引法上の制度を会社法における制度として認知することは、それらの金融商品取引法上の制度が金融商品取引法に固有の制度目的、すなわち、それら株式等に関する市場機能の発揮、より具体的には株式等につき、公正な価格形成を確保するための制度であるという意義に変わりはない。証券市場と一体の公開会社とは、当該公開会社が発行した有価証券について、公正な価格形成機能が確保されることによる利益を十分に享受しようという株式会社なのであり、もともと金融商品取引法とは会社法であるといったかつての発想とは異質のものであることを確認する必要がある。金融商品取引法の目的観が市場機能を捉えたことで、市場機能と一体の公開会社の本質が把握できるのであり、金融商品取引法が市場を捉えていなかった時代には、真の意味における公開会社法の構想は成り立ちえなかったのである。

このように解したとしても、公開会社法には、当該会社が掲げるミッション（使命）・目的の実現、会社をとりまく様々なステークホルダー間の利害関係を調整する等、会社法に固有の意義があることは言うまでもない。

第2章 ディスクロージャー・会計・監査

2. 01 (情報開示・会計)

① 金融商品取引法が定める株式等に適用される情報開示制度は、原則として公開会社法上の情報開示制度とする(注1)(注2)。

② 金融商品取引法が定める会計制度である財務諸表制度は、原則として公開会社法上の会計制度とする(注3)。

(注1) 金融商品取引法の定める情報開示制度には、金融商品取引法、同法施行令、いわゆる開示府令等の府令のほか、金融商品取引所の規則等によるものを含む。

(注2) 金融商品取引法上の情報開示制度には、発行市場および公開買付制度の情報開示制度も含まれるため、例えば金融商品取引法上の募集・売出概念等は、原則として公開会社法上の概念として把握される。

(注3) 旧商法施行規則の上で、金融商品取引法上の規則である財務諸表規則は会社法上の規則となりうるとされていた(旧商法施行規則 200 条)。本規定は、これを公開会社について本則とする。

【コメント】

- 1 要綱は、株式等について金融商品取引法上作成を求められる情報開示制度を原則として公開会社法上の情報開示制度として位置づける。これにより、例えば、有価証券報告書が監査役の監査対象となり、有価証券報告書記載事項に対する株主総会での質問も当然のこととして認識される。現実には、公開会社の関係者は会社法上の権利を行使する際にも、EDINET や TDNET による金融商品取引法系列の情報開示に頼っている。このことを法律上当然のこととして位置づける。会社法は、EDINET によって有価証券報告書を閲覧できる場合に、決算公告を不要とする等により、部分的に要綱と同様の発想を肯定しているが、こうした対応を一貫させる必要がある。
- 2 金融商品取引法上の情報開示制度は連結情報開示制度を本則とする。これとの関係において、親会社・子会社概念も金融商品取引法上の実質概念(開示府令 1 条 27 号、財規 8 条 3 項 4 項)となるため、例えば、監査役の監査対象に有価証券報告書が含まれる以上、子会社調査権の対象たる子会社に金融商品取引法上の実質子会社が含まれることも当然である。こうした対応は会社法によって部分的に実現を見ている。
- 3 会社法上の事業報告の記載事項は原則として有価証券報告書記載事項に吸収する。事業報告固有の記載事項(たとえば、主要な借入先、技術提携先、ストックオプションの付与対象者の氏名等)がこれに該当する。これらを有価証券報告書の記載事項とすることが困難な場合には、会社計算規則に規定する。附属明細書記載事項も、有価証券報告書ないし財務諸表に吸収する。事柄に応じて会社計算規則に委ねることもあり得る。
- 4 金融商品取引法上の情報開示制度が公開会社法上の制度とされる以上、キャッシュフロー計算書、関連会社、関係会社、持分法等の概念等も、原則として同法上の概念として活用されることになる。これに伴い、有価証券報告書のほか、これらのものも監査役または監査委員会の監査権限の対象等に包含されることになる。

2. 0 2 (決算公告制度、株式申込証制度等の不適用)

- ① 公開会社については、会社法の定める決算公告制度は適用しない(注 1)。
- ② 公開会社は、計算書類の備置きを要しない。
- ③ 公開会社は、合併契約、分割契約、分割計画及び株式交換契約の備置きを要しない(注 2)。

(注 1) 株主に対する個別の催告・通知を要する事項の取扱いについては、なお検討する。

(注 2) 合併契約等は、臨時報告書で開示する。

【コメント】

- 1 ①は会社法において既に実現済みであるが、公開会社法としての理論的な一貫性を明らかにする見地からここに規定している。ただし、このことは中小会社にとって、公告に代わる電磁公告ないし電子公告制度が適合的(有効・有用)であるとの認識を損なうものではない。中小会社にとって適合的な電磁公告ないし電子公告制度は、年度途中での更新等も可能であるから、従来的一年に一度の新聞紙による公告概念とは別個の新たな中小企業向けの情報開示制度として受け止められる必要がある。
- 2 公開会社にとって情報開示制度とは金融商品取引法上のそれを意味するため、こうした会社に対して、計算書類(財務諸表)の本店備置き等を求める必要はない。
- 3 公開会社にとって、合併、会社分割、株式交換に関する事項は臨時報告書の記載事項であり、とりわけ合併の方法、合併契約の内容等が情報開示事項とされているため、合併契約等の本店備置等は不要とされる。ただし、合併比率の理由書等の対債権者むけ書類の備置は必要である。簡易合併の際の株主に対する公告又は通知、あるいは合併により消滅する会社による株券が無効となる旨の公告及び各別の通知等の取扱いについては、対投資家向けの金融商品取引法情報開示の機能との関係でなお検討する(注 1)。既存株主の利益確保のための固有の制度と投資家一般(売り手としての投資家である現在株主を含むのは当然)を対象とした制度とを理論的に区別する必要がある。

2. 0 3 (会計基準及び様式)

公開会社の財務諸表(計算書類)については、その用語、様式及び作成方法は、財務諸表規則その他の金融商品取引法の会計に関する規定の定めるところにより、これらの規定に定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に従う(注)。

(注)財務諸表等に関する金融商品取引法の会計規定自体が、「一般に公正妥当であると認められるところ」(金商法 193 条)に従って制定されていることが前提となる。

【コメント】

- 1 公開会社の会計は、原則として金融商品取引法会計(金商法 193 条)に従うこととし、株式会社固有の観点から必要と考えられる事項(配当規制その他)については法務省令の定めるところによる。
- 2 公開会社には金融商品取引法上の情報開示制度が適用され、開示情報のうちの重要情報である財務情報については財務諸表規則等の金融商品取引法会計制度が

適用される。財務諸表規則は、会計に関して「一般に公正妥当であると認められるところ」に従って作成された内閣府令であり(金商法 193 条)、公正な会計慣行が基本的に同規則に反映されている。こうした観念を前提に、財務諸表規則は、同規則に定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に従うと定めている(財規 1 条 1 項)。したがって、公開会社にあつては公正な会計慣行の意義が制度的に明確化されているため、原則として会社法の「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」(会社 431 条)が適用される余地はなく、その適用は中小企業が中心となる。中小企業に固有の会計慣行とは何かは別に検討される必要がある。

2. 0 4 (会計監査)

公開会社の会計監査は、金融商品取引法の定めるところによる。

【コメント】

- 1 公開会社において、情報開示制度は金融商品取引法上の情報開示制度により、会計制度も金融商品取引法上の財務諸表制度等による以上、ここで会計監査とは、金融商品取引法 193 条の 2 が定める公認会計士・監査法人による金融商品取引法監査を意味し、これが、基本的に公開会社法の下での外部監査制度として認識される。したがって、公開会社における会計監査の担い手は、公認会計士または監査法人であり、これを会計監査人という会社法上の用語に翻訳する必要はない。金融商品取引法監査制度を公開会社法上のものとして認識することで、金融商品取引法監査の主体である公認会計士・監査法人と会社法運営機構との関係は、公開会社法上直接的な関係となる(例えば、不正に関する公認会計士・監査法人による監査役への報告義務等の規定は、会計監査人概念なしに当然に可能となる一企業統治の項参照)。
- 2 こうした要綱の立場からは、公認会計士・監査法人が、会社その他の者と特別の利害関係のない者でなければならない、といった金融商品取引法上の規律(証券取引法 193 条の 2 第 1 項・2 項)はそのままこの法律上の意義を有することになる(会計監査人の独立性に関する規定—会社法 337 条 3 項も不要となる)。
- 3 公開会社の会計監査は、公認会計士または監査法人のみが行うこととし、監査役または監査委員会はこれを行わないこととする(第 3 章参照)。このことは、これらの機関が公認会計士・監査法人による監査を評価し、その人事に係わり、内部統制の水準を評価する等の業務報告(財務諸表の適正・不適正意見そのものではない)の作成を行うことと矛盾するものではない。金融商品取引法上の監査証明制度と会社法上の会計監査人監査報告記載事項の調整については次条参照。
- 4 公認会計士・監査法人による監査証明(監査報告)は、内閣府令で定める基準及び手続によって、行うべきものとされており、これを受けて監査証明府令は、金融商品取引法上の監査報告書等が、一般に公正妥当と認められる監査に関する基準及び慣行に従って実施された監査の結果に基づいて作成されなければならないとしている(同府令 3 条 2 項)。さらに企業会計審議会が定める監査基準等は、ここでいう一般に公正妥当と認められる監査に関する基準に該当するものとされている(同府令 3 条 3 項)。したがって、現実に公認会計士・監査法人による監査の拠り所となっている監査基準等は、公開会社法上の監査基準としての意義を有することになるのは当然である(従来より、公認会計士・監査法人である会計監査人が使用する監査基準は商法監査基準ではなく、金融商品取引法上のそれがそのまま利用されてきている)。

- 5 このように監査基準等は金融商品取引法監査の基準としての意義を有しており、かつその基準は公開会社法上の意義をも有するため、たとえば、公認会計士・監査法人が監査の実施において不正又は誤謬を発見した場合に、監査基準上、その結果を経営者等に報告して適切な対応を求めるべきとされていることは(監査基準第三実施基準三監査の実施6)、単なる監査慣行上の問題ではなく、監査人の金融商品取引法及び公開会社法上の責務として位置づけられることになる(3.13参照)。

2.05 (公認会計士・監査法人の監査報告)

監査人が作成する監査報告の記載事項は、金融商品取引法上の定める監査証明(報告)制度を基礎に、会社法上の(現行)会計監査人報告記載事項との調整を図るものとする。

【コメント】

- 1 公開会社における会計監査主体は金融商品法上の公認会計士・監査法人であるから、公認会計士・監査法人は会社法上の(現行)会計監査人監査報告に相当する、公開会社法上の公認会計士(監査法人)監査報告を作成しなければならない。金融商品取引法上の監査証明制度自体が、会社法固有の要求を充足するものとして改訂されるなら、それはそのまま公開会社法上の監査報告として受け入れれば足りるが、金融商品取引法上の監査証明制度に変化がなければ、公開会社法上の公認会計士(監査法人)監査報告制度を新たに再構成する必要がある。金融商品取引法上の監査証明制度は、財務諸表が企業会計原則に適うものであるか否かを証明する適正意見、さらに継続性、表示に関する意見表明を行うことが中心であり、会社不正その他の当該会社に固有の事象については特記事項として記載されることがあるにすぎない。しかし、会社不正等の当該会社に固有の事象も、単に会社法上の問題にすぎないものではなく、当該株式等の真実価値の把握という金融商品取引法の本質に係わる意義を有しうる。会社計算規則154条は、会計監査人監査報告の記載内容を、「適正意見」を中心に構成しており、ここでは会社法的な「適法意見」の意義を容易に放棄したかにも見える。この点、当該会社に固有の不正は、金融商品取引法監査証明にとっても、当該会社が発行する有価証券の真実価値を損なうものとして金融商品取引法監査証明の射程に入るならば、それをそのまま原則として公開会社法上受け入れればよい。そうでないならば、会社法固有の公認会計士(監査法人)監査報告制度を別に用意する必要がある。旧商法特別法が定めていた当該会社に固有の計算書類、会計帳簿等の適法・違法意見、継続性に関する相当性の意見、会社不正に関する意見等が、こうした問題として提起されよう。
- 2 公認会計士(監査法人)の金融商品取引法上の監査証明制度が、前項のような会社不正に関する意見も包摂するようなものに改訂されたとしても、その制度目的は金融商品取引法の目的(当該有価証券の真実価値に係る証明)に適う会計監査証明ないし報告という性格に違いはない。そこで、要綱における監査役ないし監査委員会の役割は、公認会計士(監査法人)による会計監査の実施状況を評価し、それを支える内部統制・内部監査、さらには取締役会制度のあり方等のいわゆる統制環境の状況を評価し、公認会計士(監査法人)の選任・解任等を行うところであり、会計監査報告主体としては性格づけない。しかし、監査役ないし監査委員会として一年間これらの業務について実施してきた事柄を記載した一定の業務監査報告ともいうべき報告書の作成を求めることは必要である。

2. 06 (募集・売出制度)

- ① 公開会社法上、募集設立における募集及び新株・社債の募集概念は金融商品取引法上の募集概念による(注1)。
- ② 金融商品取引法上の募集・売出に係る情報開示制度は、公開会社法上の情報開示とする。
- ③ 金融商品取引法上の募集・売出に係る行為規制は、公開会社法上の会社(経営者)の責務として把握する(注2)。

(注1) 金融商品取引法上の募集概念とは異質な会社法上の募集概念は全面的に見直されるべきである。

(注2) 金融商品取引法の不公正取引禁止規制も公開会社(経営者)の行為規範としての意義を有する。

【コメント】

- 1 公開会社の情報開示は、発行市場における情報開示を含め、金融商品取引法の定める情報開示制度がベースとなる。株式引受人に対する会社情報及び証券情報の開示は、有価証券届出書、目論見書等により行うこととなるため、募集事項の通知・公告は不要である。会社法も一部こうした方向を実現させている(会社201条5項、677条4項等)。

なお、会社法は募集株式、募集新株予約権、募集社債という具合に募集概念を多用しているが、ここでの募集は募集設立の場合の募集と同様募集対象が一名で足りるといえば私募を公募と呼ぶような概念であるため、金融商品取引法上の募集とはまったく異なるものである。金融商品取引法上の募集概念を会社法上の概念として認知することで、会社法の募集概念は全面的に修正されるべきである。

本要綱では、金融商品取引法上の用語との齟齬が生ずるため、以下で、会社法を引用する場合でも、募集株式といった概念は用いず、会社法施行前の新株発行という用語を使用している。

2. 07 (発行登録の場合の新株及び社債の募集等に対応する発行手続)

発行登録制度を利用する場合における新株及び社債の募集等に対応する発行手続においては、取締役会は、発行の要綱を決定し、発行登録制度利用期間中における新株及び社債の発行については、代表取締役又は代表執行役が、発行に関する事項を決定することができる。

【コメント】

- 1 金融商品取引法上参照方式適用会社とは、流通市場における情報開示が一定の水準を有し、かつ相当程度の売買実績、時価総額等が認められる会社(公開会社の中でもより市場機能に信頼しうる会社)であるために、発行情報開示事項としての会社情報(金商法5条1項2号)については、有価証券報告書等の流通開示を参照するのみでよいとされた会社である。こうした会社は、2年分の発行登録をすれば、その間の募集・売出については、金融商品取引法5条の届出をすることなく、そのつど募集・売出を行いうる(ただし、追補情報の開示と目論見書の作成・交付は必要)。こうした発行登録制度が適用される場合には、そうした金融商品取引法上の規律が及ぶことを前提に、発行登録期間中の募集・売出に対応す

る株式・社債の発行については、取締役会の決議を不要とするものである。もとより、発行登録時に、発行の要綱を取締役会において決定しなければならないことは当然である。

2. 08 (証券の発行価格)

- ① 公開会社は、正当な理由がある場合を除き、市場価格又はそれに準ずる価格で公募により新株を発行しなければならない(注)。
- ② ①によらない場合には、正当な理由を示して株主総会特別決議により市場価格ないし市場価格に準ずる価格を下回る価格での新株発行が認められる。

(注) 異なる種類の株式を発行する場合のルールについては、なお検討する。

【コメント】

- 1 公開会社における新株の発行につき、流通市場価格ないしそれに準ずる価格での発行を原則とすることで、いわゆる公募原則を表現するものである。公開会社は市場メカニズムを活用した資金調達、すなわち情報開示と投資家の平等取扱いの徹底を基本に形成されている市場価格での発行を原則とすることが、市場メカニズムによる資源配分を実現するうえで望ましい。公開会社が市場価格以下で、あるいは第三者割当増資によって新株を発行する場合には、何らかの形で既存株主の立場が害される可能性がある。また、要綱にあつては、株式市場構造が競争的なものであること、あるいはそれが個人投資家を基礎に置くものであることの意義が特に強調されるべきであり、個人投資家の増大による市場構造の改善を促し、ひいては個人ないし市民層によって担われる会社のあり方を模索する上でも、公開会社は公募を原則とするとの観念を確立することが望ましい。公開買付については強制公開買付制度が採用されているが、公開買付は透明性の高い大量株式買付制度であるが、個人株主が減少するという欠陥を有している。強制公開買付制度は公募原則と相まって、競争的な市場構造を確保・維持しうるものであり、一対の制度として位置づけることが望ましい(英国は株主割当てが原則とされているが、それは個人株主中心の企業社会のあり方を維持しようとの規範意識が反映されたものと思われる一個人株主ないし個人に対して厳格な受託者責任を負う機関投資家が大半を占めるような状況が我が国でも実現すれば、英国のように株主割当てを原則視することも可能となろう)。

もとより、公募原則はいかなる場合にも貫かれるべきものではなく、経営上の観点から正当な理由が認められる場合、例えば救済目的の業務提携等の場合に、一定の条件に従うことを条件に(投資目的の確認、株券の第三者預託、一定期間の転売制限等)、第三者割当増資ないし株式の私募を行うことは認められる(この種の条件は現行法上、臨時報告書において開示される一開示府令19条1項2号)。公開会社にあつては、新株の有利発行規制はこうした制度に吸収される(②)。

こうした基本的立場が、異なる種類の株式を発行する場合にどのような形で維持されるべきかについては、抛り所となるべき市場価格をいかに把握すべきかといった問題があり、なお検討を要する(注)。新株予約権ないし新株予約権付社債については、新株予約権自体の価格の評価が困難であり、社債については、券面ないしそれに近い価格で発行されるのが通常であり、流通市場が確立しているとも言えないため、いずれも公募原則は適用されないが、それらの発行について積極的に正当の理由の存在を求めるといった対応は可能であろう。

2. 09 (新株発行についての株主総会決議の効力)

新株発行について株主総会の決議を要する場合には、その株主総会決議は、決議の日から6か月以内に払込みをする新株についてのみ効力を有する。

【コメント】

- 1 会社法上、新株の有利発行について株主総会の特別決議を要する場合の決議の効力は決議後1年間とされているが(会社法200条3項)、金融商品取引法上の募集の通算期間は6ヵ月であるため(金商法2条3項2号ロ、金商法施行令1条の6)、これを金融商品取引法の方に平仄を合わせるための規定である。金融商品取引法上の発行市場規制が適用される以上当然であるが、念のため規定した。通常の新株発行について株主総会決議によることとしている場合も同様としている。

2. 10 (新株発行の差止期間)

2.06によって新株発行の公告又は通知を必要としない場合において(同条のコメント参照)、新株発行の差止めをすることができる期間は、金融商品取引法に基づく情報開示(EDINET及びTD-Netへの情報提供を含む。)がされた時から新株発行の効力が発生する時までとする。

【コメント】

- 1 新株が市場価格またはそれに準ずる価格で発行される場合には、既存株主の財産面での利益は害されないため、これとの関係では新株発行公告または通知は不要とされる(2.06のコメント参照)。会社支配との関係では、通知・公告を必要とするとも考えられるが、これも十分な適時開示が権威あるものとして実施されているならば、必ずしも新株発行公告・通知制度を存置しなければならない訳ではない。この場合には新株発行差止請求権の行使期間は、金融商品取引法系列の情報開示(適時情報開示が中心)がされた時から新株発行の効力が発生する時(払込の日)までの期間とする。適時情報開示の時期は市場価格感応情報の発生時期ないし情報開示にふさわしいものとして熟した時期であるから、この時点を見ると現在よりも差止期間は長くなる可能性がある。発行価格が確定価格であらかじめ決められることが少ない状況に鑑みると、差止めの実質的根拠を把握する時期は、この時点よりも遅れる可能性も高いがそれは現行の算式表示方式の下でも同様である。要綱にあつては、証券市場での情報開示によって得られた情報を抛り所に、違法な新株発行を差し止めることは理に適ったことと評価される。

2. 11 (新株発行の差止請求権者及び差止者)

株主及び新株予約権者は、新株発行の差止めを請求することができるが、これに加えて、市場規制機関及び市場開設者も、新株発行差止めの権限を有するものとする。

【コメント】

- 1 公開会社において、何らかの違法な新株が発行された場合に、その新株発行を直ちに無効とすることは難しい場合が多い。その場合には、株式市場に本来価格形成に参加すべきでない株式が大量に流入することで、市場における価格形成を大きく歪める可能性も高い。そこで、違法な新株発行の実行を防止することについて、市場規制機関ないし市場開設者(金融庁、証券取引等監視委員会、証券取引所、証券業協会)は大きな関心を有すべき立場にあるから、市場規制機関およ

び市場開設者に対して、市場の秩序維持の観点から、新株発行差止めの権限を付与すべきである。株主および新株予約権者が、それぞれの利害に基づいて差止請求権を行使するのと意義を異にする。こうした制度は証券市場機能を確保するためのものであるから、証券規制上の制度として肯定されてもよいが、その場合でもそうした制度は公開会社法上の制度としても認知されるべきである。

2. 1 2 (違法な新株発行についての措置)

① 違法な新株発行が行われた場合においては、会社は、その新株発行が募集の方法で行われたとき、あるいはそれ以外の場合でも発行された新株が流通市場に混入されている場合には、新株発行後遅滞なく、発行された株式と同一の種類 of 株式を買って受けて消却しなければならない(注)。ただし、その違法が軽微な場合は、この限りでない。

② 違法な第三者割当増資又は私募で転売制限が付されている場合で、当該新株について流通市場が存在せず、または新株の流通市場への混入がない場合には、その新株発行の効力を原則として無効とする。

(注) 新株発行の違法を確認するための簡易な訴訟手続を用意する。

【コメント】

1 募集の場合に新株発行を無効とすると、新株発行無効の訴えの効果に遡及効がなくても、要は無効とされた株券を回収することになるため、市場の混乱が避けがたい(これを従来は単に取引の安全と呼んでいた)。他方で、募集による新株発行を単に有効とすることは、重大な違法ほど問題視し得ないという矛盾を意味し、とりわけ、市場に参入してはならない本来は違法な株券が市場における売買等の対象となることで、市場の公正な価格形成を阻害する。そこで本条は、新株発行が違法でも株券自体は有効としたうえで、発行の違法のみを仮処分類似の簡易な手続によって確認し(注)、違法な株券の遅滞なき買入消却義務を発行会社に対して課すものである。これにより市場の価格形成を回復させるとの意思が示されることになる。ただし、軽微な手続違反の場合にはこうした義務を免除することが望ましく、そのことを違法確認手続において裁判所が判断すべきであろう。裁判所による広範な裁量を認める余地もある。なお、こうした発想からすると、市場買入による自己株式取得の違法についても、これを反対現象として把握することができ、違法に取得した自己株式の遅滞なき市場売却義務を課すことも考えられる。

この規定は、公開会社でない会社が募集を行う場合にも適用される。本要綱では、公開会社には、募集を行った会社も含まれている(1.01)。

2 他方、違法な第三者割当増資ないし私募は、多くの場合市場機能確保の観点から(ディスクロージャー制度の脱法回避のために)譲渡制限ないし転売制限が課されることもあるため、これを単に無効とすれば足り、新株発行無効の訴えによってのみ無効を主張しなければならないとする必要はない。ただし、こうしたことの認定は現実には容易でない可能性があり、なお慎重に検討する。

2. 1 3 (トラッキングストック等と情報開示)

① 公開会社がトラッキングストック(配当金額が子会社又は事業部門の業績に連動する株式をいう。)その他、一定の指標に連動して配当がなされ、又は他社の株式

への転換権が付与された株式若しくは社債を発行するときは、連動の対象となる事業部門又は子会社その他一定の指標その他内閣府令で定める事項に関する情報開示を金融商品取引法の定めるところにより行わなければならない。

② 前項の場合において、金融商品取引法に規定がないときは、公開会社は、投資家による投資判断の形成を可能とするような適切な情報を開示しなければならない。

【コメント】

- 1 会社法上トラッキングストックのような種類株式の発行が可能であるが、当該種類株式の株主に対する情報開示については何ら規定がなされていない。一方、金融商品取引法においては、現在のところ子会社を対象とするトラッキングストックに限られている(開示府令 19 条 3 項-連動子会社)が、金融商品取引所の規則を含めすでに情報開示のための規定の整備がなされている。普通株主に対する情報開示との格差を生じさせないためにも法整備が必要である。この規定により、トラッキングストックの発行会社による子会社情報の開示義務の根拠が示され、現時点で金融商品取引法に規定のない事業部門連動のトラッキングストックを発行する場合には、価格形成可能な情報が提供されなければならないとの原則が示される。こうした問題は、他社株連動社債のような社債にも妥当することが示されている。有価証券届出書に係る第 2 号様式の<記載上の注意(74)>では、届出に係る有価証券に関し、連動子会社「その他投資判断に重要な影響を及ぼすと判断される保証会社以外の会社の企業情報について記載すべき」旨が求められている。こうした問題については、金融商品取引法上の規制の性格や根拠も必ずしも明らかでなく、要綱にこれに関する規定を設けることには重要な意義が認められる。なお、価格形成の根拠が異なっても、末尾に「社債」という語が付きさえすれば金融商品取引法上の有価証券たる社債であるとの金融商品取引法解釈については、理論上の問題をなお検討する必要がある。

2. 1 4 (公開買付制度)

金融商品取引法上の公開買付制度による情報開示制度は、公開会社法上の情報開示として把握する。公開買付制度による行為規制も公開会社法上、会社(経営者)の責務として把握される。

【コメント】

- 1 公開買付制度は株式の大量取得における株主(投資家)の平等取扱を保証し、支配権移転に関するルールとして、基本的に公開会社法上のルールとして把握される。ただしそのことは公開買付規制が、会社支配とプレミアムの配分を規制するという意味においてもともと会社法的な制度であるからと理解されるべきではない。公開買付制度は発行市場と並ぶ流通市場の付随市場であり、競争的なプレミアムの発見を可能とするまさしく証券市場規制の一翼を占めるものであり、そうした規制を公開会社法上のものとして認知するという関係にある。

2. 1 5 (金融商品取引法違反を構成する会社の行為の効力)

公開会社法上、金融商品取引法違反を構成する会社の行為の効力は原則として無効とする。ただし、株券等が流通市場に流入して混在している場合、あるいはその可能性が大きな場合、その他金融商品取引法違反の公序性が弱い等の正当な理由がある場

合には、有効とする。その場合における違法是正の手段は、別に検討する。

【コメント】

- 1 金融商品取引法違反を構成する会社の行為は、資本市場機能の確保という公序を害する行為という性格を有するため、原則として無効とすべきである。例えば違法な新株の公募増資の効力については、株券等が流通市場の混入してしまっている場合等には有効とされるが2. 1 2に定めるような証券市場機能を回復させるべき違法の是正手段を検討する。1934年アメリカ連邦証券取引所法29条は、第1項で「この法律およびこれに基づく規則またはこれにより要求される取引所規則の規程遵守上の権利を放棄させるようにいずれかの者を拘束する条件、約定または規約は無効である。」と定め、さらに第2項では、この法律および規則等に違反するすべての契約上の権利等が無効である旨を定めている(違反を知った時から1年、違反があった時から3年の提訴期間制限規定、善意者保護規定もある)。本条は、これに倣うものである。

2. 16(会計帳簿等の不実記載)

公開会社における会計帳簿等の不実記載に対する刑事罰則を強化する。

【コメント】

- 1 会計帳簿等の不実記載については、会社法は単なる過料の制裁(会社 976 条 7 号)しか用意しておらず、有価証券報告書虚偽記載罪との落差が大きすぎる。公開会社にとって、情報開示の信頼性・正確性を確保する上で、いわゆる会計内部統制システムが有する意義は決定的であり、例えば帳簿上の簿外処理などがそれ自体としては軽罪としか認識されていないことは問題である(理論上、有価証券報告書虚偽記載になるまで待たねばならないことになる)。従来より個人商人の商業帳簿に関する虚偽記載規定であったものをそのまま公開会社に適用することはできない。

第3章 ガバナンス

1. ガバナンスの選択制

3. 01 【ガバナンスの選択】

- ① 公開会社は、委員会設置会社と監査役設置会社のいずれかを選択することができる。
- ② 公開会社が委員会設置会社を選択した場合に、取締役会の過半数が独立取締役である場合には、各委員会の権限の全部又は一部を取締役会の権限とし、かつ、取締役会の権限の全部又は一部を委員会の権限とすることができる。
- ③ 前項にいう独立取締役とは、現在又は過去において会社〔又はその親会社・子会社・関連会社〕との間において雇用関係、経済的利害関係（取引関係を含む。）又は親族的関係その他一切の利害関係を有しない者をいう。

【コメント】

- 1 公開会社は委員会設置会社または監査役設置会社のいずれかを選択することができるが、いずれを選択した場合にも、証券市場が要求する情報開示・会計その他のコンプライアンス等を確実に実施しうるものでなければならない。経営者の経営手法としての選択制という発想はそうした条件が充足された後の問題である。
- 2 委員会設置会社において取締役会の過半数が独立取締役である場合には、各種委員会は、監査委員会を除いて、監督機関としての取締役会の下部機関としての性格を認めて良いこととする。
- 3 2の効果を認めるためには、取締役会の過半数は単に社外取締役というだけではなく、真の意味における独立取締役であることが必要である。そこで、独立取締役の要件について定めている。2，3についてはすでに日本取締役協会より個別提案がなされている。

2. 株主総会

3. 02 【株主総会の招集】

- ① 公開会社が株主総会を招集するには、会議の日から1か月前に株主に対して招集通知を発しなければならない。
- ② 会社は、定時株主総会の招集通知に有価証券報告書等の金融商品取引法上の情報開示書類ないし記録を参照すべき旨を記載し、かつ、重要な情報については、招集通知にその要約を記載しなければならない。

【コメント】

- 1 決算手続と株主総会の招集手続とを分離することにより、決算情報は金融商品取引所やホームページ等での適時開示に委ね、他方招集通知を早期に発信することが可能となる。これにより、外国人投資家等による議決権行使の機会が増えることになり、定足数維持の問題も緩和される。
- 2 定時株主総会の招集通知には開催日時等に関する記載の他、会社の現況については有価証券報告書その他の金融商品取引法上の情報開示を参照すべき旨を記載すべきである。株主が株主総会に出席する状況は、単に投資家としての立場にお

いて金融商品取引法上の情報に対する状況とは異なるから、重要な情報については招集通知に要約的に記載することを求めるべきであろう。

3. 0 3 (定時株主総会についての基準日の設定)

公開会社は、定時株主総会について、会社法 124 条 2 項の定めにかかわらず、定款の定めるところにより、その基準日を定時株主総会の会議の日の前 4 か月以内に定めることができる。

【コメント】

- 1 3. 0 2により、定時総会日の1か月以上前に招集通知に有価証券報告書またはその要約文書を株主宛に発送しなければならないとき、現在の当該書類作成に要している期間を考慮すると現行の決算期から3月内での定時総会の開催が困難である場合もありうるので、たとえば現在損害保険会社について保険業法上認められているように4か月内に延ばすべきである(保険業法33条1項参照)。これに伴い、たとえば第1四半期の決算確定のように決算情報等に変化が生ずる場合にも、金融商品取引法上の情報開示制度ないし金融商品取引所による適時開示制度によれば足り、定時株主総会に向けられた情報開示を会社法の制度によってのみ賄わなければならないと考える必要はない。

3. 0 4 (株主総会における株主の質問権及び取締役又は執行役の説明義務)

① 株主は、株主総会の会議の目的事項のいかんにかかわらず、株主総会において、原則として投資者又は株主として当然に関心を有すると認められる一切の事項について、取締役又は執行役に質問することができる(注1)。

② 取締役又は執行役は、正当な理由により、株主総会において株主の質問に回答することができない場合においては、株主総会終了後に会社のホームページにおいて回答することを妨げない(注2)。

(注1) 説明を拒否できる場合については、なお検討する。

(注2) 会社のホームページのアドレスは、登記する。

【コメント】

- 1 公開会社における株主総会は、株式流通市場の高度化に伴って、会議体としての機能に期待することは困難となり、株主総会決議事項も縮小していくが、そのことが投資家としての株主にとって、株主総会での質問・説明の機会を失わせることになってはならない。株主総会は、投資家としての株主にとっては重要な情報収集の場であり、また経営者の資質を判定する場でもあるから、そうした機能を果たす場としての株主総会の意義はむしろ強調されるべきである。そこで本規定は、株式の質問権を株主総会決議事項と切り離し、およそ投資家として関心を有することがもっともと思われる一切の事項について、株主に質問権を付与している。本要綱の構想の下では、金融商品取引法情報開示に係る一切の事項について質問することが可能となる。
- 2 しかし、このことにより、会社側に過度の負担を課すべきではなく、その場で説明できない合理的な理由がある場合には(この意義をさほど厳格に解する必要はない)、後日ホームページにおいて説明することを認めるべきである。株主総会は質問自体が質問状によって株主総会開会前に提出可能であり、説明も株主総会后になされても構わない。なお、公開会社にあっては、公開会社に適用される

金融商品取引法上の諸問題が質問・説明の対象となることは当然視される。

3 なお、次条が実現されれば本条は不要との有力な意見がある。

3. 0 5 (株主の随時質問権及び会社の回答義務)

① 株主は、投資者又は株主として当然に関心を有すると認められる一切の事項について、いつでも、公開会社に対し、書面をもって質問することができる(注)。

② 公開会社は、前項に基づく株主の質問に対し、直接又はホームページにおいて回答しなければならない。ただし、この回答は1か月に1回まとめて行えば足りる。

(注) 説明を拒否できる場合については、なお検討する。

【コメント】

- 1 3. 0 4は株主総会における株主の質問について定めるが、そうした質問に対する説明はホームページによれば足りるとされる以上、これをより普遍化し、株主総会の開催とは切り離して、株主に一般的な随時質問権を付与するものとする。
- 2 ただし、こうした質問に対する説明は、ホームページにより、一か月に一回程度まとめて行いうるものとするのが妥当である。もとより説明するに値しない質問に対して説明する必要はないため、一定の説明拒否事由を明らかにする必要があるが、これについてはなお検討する。

3 役員

3. 0 6 (取締役、監査役及び執行役の欠格事由)

金融商品取引法に規定された罪により刑罰を受け、又は刑罰の執行を猶予された者は、取締役、監査役又は執行役になることができない。

【コメント】

- 1 会社法において実現済みであるが、公開会社法の意義を明らかにするために要綱には残している。

金融商品取引法上の開示・会計・監査を公開会社法上の制度として認識し、公開会社が発行する有価証券である株券等について、公正な価格形成が実現することの意義を強調する以上、役員欠格事由としての金融商品取引法違反の罪は、その重大性において、会社法違反の罪よりも評価の低いものとして評価されるべきではない。こうした観点からは、欠格事由となりうる金融商品取引法の罪とは、単に情報開示、会計、監査に関するものだけではなく、およそ証券市場での公正な価格形成を阻害するものとして金融商品取引法上意義づけられている一切の罪が対象になるものと考えらるべきである。

3. 0 7 (取締役会の剰余金処分権限)

① 取締役又は執行役は、剰余金処分案又は損失処理案を取締役会に提出し、その承認を受けなければならない。

② 取締役又は執行役は、前項の承認の後、剰余金処分又は損失処理の内容を定時株主総会において報告しなければならない。

③ 株主は、剰余金の処分又は損失の処理に関する議題を株主総会の議題とする提案をすることができない。

【コメント】

- 1 公開会社にあつては、経営に対する監督機能が十分に機能していることを前提に、利益(剰余金)配当は配当政策という経営政策のひとつと見るべきであり、配当可能利益を株主の所有物とみて、その一切を株主のものとする自由があるかを見るべきではない。このような自由を認めることは、単に理論上の根拠が薄弱であるだけでなく、経営者の設備投資・雇用・研究開発といった経営判断の余地を著しく制約するものである。配当政策に対する不満は経営者に対する不信任という形で表現されるべきものである。こうした発想をとる前提には、経営者を交替させることが可能な制度的条件(コーポレート・ガバナンス)が備わっていることが望ましく、単に公開会社における株主総会の無機能化のみを根拠とすべきではない。

剰余金処分案又は損失処理案は、取締役または執行役(代表執行役ないし担当執行役)がこれを取締役に提出し、その承認を受ければ確定する。

会社法は(現行)会計監査人設置会社については、定款で剰余金配当を取締役会決議事項とすることができる(会社 459 条 1 項)、これをさらに徹底させるものである。

- 2 剰余金処分案又は損失処理案は株主総会の報告事項とされる。
- 3 こうした立場からは、株主総会において株主が剰余金処分に係る提案権を行使して剰余金処分を決定することはできない。このことは、株主による経営者に対する不満の表現として行われる勧告的な提案を排除するものではない。

3. 08 (取締役または執行役の内部統制体制の構築義務)

取締役又は執行役は、一般に公正妥当と認められる内部統制体制を構築しなければならない(注)。

(注) 金融商品取引法上の要請を担う内部統制の意義をまず明らかにする。

【コメント】

- 1 会社法はすべての大会社について、取締役会の職務の執行が法令や定款に適合することなど、会社の業務の適正を確保するための体制の構築の基本方針を決定することを義務づけている(会社 348 条 3 項 4 号・4 項、362 条 4 項 6 号・5 項)。一般に内部統制構築責任と言われているこの制度は、株主総会の他に取締役のみしか存在しない会社にも適用があるが、ここでは金融商品取引法上の諸要求を確実に実行しうるシステムが、公開会社には備えられていなければならないとの観点が強調される。

金融商品取引法は、主として財務計算に関する内部統制報告書の提出を上場会社に義務づけ(金商法 24 条の 4 の 4 第 1 項)、これには公認会計士・監査法人の監査が求められる(同法 193 条の 2 第 2 項)。他方、会社法も会社のガバナンスの態様に応じて、いわゆる内部統制システムの整備につき、取締役会が決定しなければならないものとした(会社 362 条 4 項 6 号・416 条 1 項 1 号、会社法施行規則 100 条・112 条)。この両者の関係は、公開会社については、証券市場が要求する財務計算に関する内部統制を当該会社のガバナンスが支えなければならないという関係をまずは示すものである。また金融商品取引法上の違法行為全般の発生を防止すべきシステムという性格をも担うことになる。

現行法上、金融商品取引法上の財務計算に係る内部統制と、会社法上の内部統制の関係を単に並列的に理解する向きもあるが、ここでは、公開会社の内部統制

システムは、金融商品取引法上の開示・会計・監査等を確実に実行するためのものという縦の関係にあることが強調される。これとは別に、会社法固有の内部統制の意義については別個明らかにする必要がある。

3. 09 【監査体制】

公開会社は、監査役ないし監査委員会の職務を補助すべき使用人に係る体制その他監査役ないし監査委員会の監査が円滑に行われるための体制を確保しなければならない。

【コメント】

- 1 監査役ないし監査委員会をバックアップするスタッフ等の充実を公開会社の責務として明確化する。経営者の証券市場を担うべき内部統制構築義務(2.08)が十分に履行されているか否かを、監査役ないし監査委員会の立場において監査することが求められている。こうした制度は、会社法に固有の内部統制についても適用されることになる。

3. 10 【取締役及び執行役の対会社責任】

① 取締役又は執行役は、その任務を怠ったときは、公開会社に対し、これにより当該会社に生じた損害を賠償する責任を負う。

② 前項の場合において、訴訟委員会(当該会社および責任を問われた取締役又は執行役と一切の利害関係のない者2名以上によって構成される会議体をいう。)が、全員の一致により、賠償責任の軽減又は免除をすることが妥当である旨を決議したときは、裁判所は、(その裁量により)当該賠償責任の軽減又は免除をすることができる(注1)(注2)。

③ 前2項の場合において、取締役又は執行役は、責任の基礎を共通にする場合には、連帯責任を負う。

④ 前3項の規定は、監査役及び監査人について準用する。

(注1) 第2項につき、裁判所は、例えば次に掲げる諸要素を斟酌して、賠償責任の軽減又は免除(換言すると本人の行為に真に相応しい責任額の算定)をすることが考えられる。このことは、「企業責任」とは何かを問う作業でもある。公害被害者の救済等のように、将来に継続する補償責任のような責任についてのみ企業責任を論ずるのではなく、過去に負ってしまった損害額についても「企業責任」はあるはずとの発想による。実務法曹を中心に運用ガイドラインを構想するといった作業が必要となる。

- イ 会社設立時からの年限(株主有限責任に伴う富の蓄積分の一切を取締役個人の無限責任の対象とすべきではない)
- ロ 会社の規模(イと同様の観点を設定年限とは異なる観点から認識する)
- ハ 内部統制システムその他のリスク管理体制の整備状況(企業体質を勘案)
- ニ 会社の負担に帰すべき法人罰金額、司法取引ないし和解金額等
- ホ 会社が蒙った損害額に対する当該役員による行為の寄与度
- ヘ その他、会社の負担に帰すべき一切の事情

(注2) 責任軽減・免除の制度のあり方については、株主代表訴訟制度のあり方との関係で、なお検討する。

【コメント】

- 1 取締役及び執行役の対会社責任は、そのすべてが任務懈怠責任であり、過失責

任であることを明らかにする。会社法はほぼ同様の立場を明らかにしている。

- 2 公開会社における役員等の対会社責任は、多くのシステムによって運営される公開会社の特質に合致したものでなければならず、結果的にその会社に生じた責任額の一切を特定個人の責任に帰すもことを当然視すべきではない。

その意味で、公開会社において、取締役の責任を無限責任とした上で、株主総会決議により責任軽減を行うことは理論上の正当性を認めがたい。重過失であればいかなる巨額の賠償額も否定できず、軽過失であれば年間報酬の数倍であることにも根拠はない。要綱は、具体的な損害賠償額を決定するのはあくまでも裁判所であり、裁判所が誤った判断をするため株主総会決議でそれを正す、という発想をとらない。そこで要綱は、会社及び責任を問われた取締役又は執行役と一切の利害関係を持たない取締役のみによって構成される訴訟委員会の全員一致により、賠償責任の軽減または免除をすることが妥当である旨の決議をした場合には、裁判所は当該賠償責任の軽減または免除をすることができるとした。ここでの訴訟委員会の機能については、その決定が代表訴訟を却下しうる程のものとするべきか、一義的に賠償責任額の相当性を判断し、その具体的な賠償額の決定を裁判所に委ねる機能のみを有するものとするべきかは、なお検討する。訴訟委員会は会社法上任意の委員会であるので、ここでの同委員会の機能は司法判断にとって補助的な機能を有する。訴訟委員会を有さない会社であっても、裁判所は（注1）のような発想に立って、可能な限り当該取締役等の行為に見合った本来の責任額を追求すべきである。

裁判所が取締役又は執行役の賠償額を決定する場合には、当該取締役又は執行役の職責と地位、具体的な行為の会社行為に占める比重、会社として責任を負担すべき額等を、勘案して、取締役または執行役が真に負うべき責任額を追求する論理的手続を明らかにすることが必要である。（注）はそうした手続を明らかにするための試みである。個人としての取締役または執行役の対会社責任は、大規模な資本蓄積のために有限責任制度を採用している株式会社が第三者に対して（あるいは法人間取引で）有する取引額に、直接的に連動すべきものではない、との発想がそこにはある。

- 3 公開会社において、取締役又は執行役の対会社責任は、多くの統治システムを多角的に担う取締役又は執行役の職責と地位に応じて負担されるべきであり、連帯責任は責任の基礎を共通にする場合にのみ課されることを明らかにしている。
- 4 以上の考え方は、監査役及び公認会計士（監査法人）の責任についても準用する。
- 5 （注2）につき、ここでの発想は巨額の責任額を正当なものとする前提に立って責任額を軽減・免除するのではなく、当人の本来の責任額を追及する論理を持つようとするものであるから、理念的には株主代表訴訟の問題は生じないことになるはずである。

3. 1 1 （取締役又は執行役等の第三者に対する不実開示責任）

① 取締役又は執行役は、有価証券報告書、有価証券届出書、目論見書、半期報告書及び臨時報告書等金融商品取引法上提出を必要とする情報開示書類並びに適時開示書類等の書類のうち重要な事項について虚偽の表示があり、又は表示すべき重要な事項若しくは誤解を生じさせないために必要な重要な事実の表示が欠けているときは、当該表示が虚偽であり、又は欠けていることを知らないで会社の有価証券を取得した者に対し、表示が虚偽であり、又は欠けていることにより生じた損害を賠償する責任を負う。ただし、表示が虚偽であり、又は欠けていることを知らず、かつ、相当な注意を用いたにもかかわらず、知ることができなかつたことを証明したときは、この限

りでない。

② 前項の規定は、監査役及び公認会計士・監査法人について準用する。

【コメント】

- 1 この要綱の下での取締役・執行役等による虚偽の情報開示責任の規定を、金融商品取引法上のそれに合わせて整合的なものとするための規定である。第三者責任のうち対投資者責任については、金融商品取引法上の責任規定をそのまま適用し、金融商品取引法が規定しない問題(登記・公告等)についてのみ別に規定を設けることも考えられる。会社法 429 条は、取締役等の不実開示責任を定める規定であるが、そこには計算書類から商業登記、株式申込証から目論見書まで、様々な情報開示手段が無秩序に規定されている。金融商品取引法上の民事責任規定が、請求権者を有価証券の「取得者」に限定し、連帯責任を定める規定が存在せず、有価証券届出書については賠償責任額を定める規定(金商法 19 条)および損害賠償額の推定規定(金商法 21 条の 2 第 2 項・4 項)等も用意されており、課徴金制度の適用があるのに対して、会社法は、請求権者は「第三者」と無限定であり、連帯責任が肯定され、賠償額を定める規定も存在しない。公開会社にとって不実開示責任は金融商品取引法の開示手段に関する限り、金融商品取引法のルールが会社法に優先して適用されるべきである。本規定はその趣旨を明らかにするために設けられているが、まずは金融商品取引法の責任規定が適用されるとの定めを置くことが一貫性のある対応であろう。
- 2 こうした趣旨は、監査役、公認会計士・監査法人についても妥当する。金融商品取引法の民事責任は役員、公認会計士・監査法人にも適用されるため(金商法 21 条 1 項 1 号、3 号)、この点は金融商品取引法とも調和がとれている。ただし、金融商品取引法の場合には、これらの者の責任と取締役、執行役の責任は連帯責任とされていないが、3. 10③に相当する規定を設けるべきかについてはなお検討する。
- 3 なお、会社法 429 条 1 項についても、公開会社についてはいわゆる法定責任説は妥当しがたい。いわゆる不法行為責任説が公開会社を想定していたこと等を勘案して新たな責任論を再構築する必要があるだろう。

3. 12 (公認会計士・監査法人の選任及び解任)

公認会計士又は監査法人の選任及び解任は、委員会設置会社にあつては監査委員会が、監査役設置会社にあつては監査役会が行う。

【コメント】

- 1 公認会計士または監査法人の選任及び解任については、会社における監督機関が責任を持つこととする。現行法の会計監査人は、株主総会において選任され、選任議案には監査役会の同意を要することになっている。この要綱上の公認会計士・監査法人は、現行法の会計監査人同様に、会社の経営監督機関との連携が重視される存在であるため、その選任・解任自体を監査委員会ないし監査役会に委ねる。こうした措置が金融商品取引法監査自体の実効性を高めるものでもあることが重視される。
- 2 公認会計士または監査法人の任期については、監査契約およびローテーション制によることとするが、これに関する金融商品取引法の扱いを踏まえて、監査委員会ないし監査役会がその判断を行う。
- 3 本項については、現状の社外監査役の水準に問題があるとの意見がある。

3. 1 3 (公認会計士・監査法人の報告義務)

公認会計士・監査法人は、その職務を行うに際して取締役又は執行役の職務遂行に関し、不正の行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事実があることを発見したときは、そのことを監査役会又は監査委員会に報告しなければならない(注)。

(注) 公認会計士・監査法人が業務監査について、現行法の定める範囲を超えて一定範囲で役割と責任を負うべきか否かについては、なお検討する。

【コメント】

- 1 会社法上、現行の会計監査人がその職務を行うに際して、取締役の職務遂行に関し不正の行為又は法令もしくは定款に違反する重大な事実があることを発見したときは、そのことを監査役会に報告しなければならない(会社 397 条 1 項)。要綱では、公認会計士・監査法人が、金融商品取引法上の監査(例えば連結財務諸表監査)を行っている際に、同様の不正行為等を発見した場合にも、その旨を監査役会又は監査委員会に報告すべきことは当然視される。従来より、この問題は会計監査人による商法監査についてのみ妥当し、証券取引法(金融商品取引法)監査については監査慣行(監査基準等)に委ねられるのみであった。こうした問題が生ずるのは、商法と証券取引法(金融商品取引法)を別物とみる会社観から来していたのであり、本規定は、そうした理論上の壁を乗り越えることを象徴的に示している。

3. 1 4 (監査役会又は監査委員会の職務)

監査役会又は監査委員会は、公認会計士・監査法人の選任及び解任、公認会計士・監査法人の職務の状況のチェック、内部統制体制(3. 0 8 に定める体制をいう。)のレビュー及び内部監査機能の確保のチェック等を行う。

【コメント】

- 1 公開会社における監査役会または監査委員会の職責は、公認会計士・監査法人の選任及び解任、その職務の状況のチェック、内部統制の有効性のレビュー、並びに内部監査機能の確保のチェック等であり、主として会計・監査の観点から経営に対する業務監査機能を果たすことになる。こうした職責に鑑みて、会計監査を効果的に遂行するための統制環境の整備という視点から監査役会または監査委員会には、例えば、その職務を補助すべき使用人に関して、代表取締役または執行役からの独立性を確保するための手続の整備、あるいは会社内の不正通告手続の整備、取締役会制度のあり方等につき、現状の評価およびその改善のための業務を行うことが期待される。ここで内部監査機能の確保とは、内部監査人の人事に関する承認、内部監査体制の構築・整備等に関する職務等を指す。

3. 1 5 (監査役会又は監査委員会による報告請求権)

監査役会又は監査委員会は、いつでも、公認会計士・監査法人に対して監査に関する報告を求めることができる。

【コメント】

- 1 公開会社の公認会計士・監査法人は監査役または監査委員会によって選任され、会計監査の評価を行うのも監査役・監査委員会であるから、監査役・監査委員会

は、一般的に、公認会計士・監査法人に対して監査に関する報告請求権を有するものとすべきである。会社法は、監査役・監査委員会は現行の会計監査人に対して、「その職務を行うために必要がある時」に報告請求権を有するが(会社 397 条 2 項)、これをより一般的な報告請求権として位置づけたものである。

3. 16 (監査役会又は監査委員会による子会社等の調査権)

監査役会又は監査委員会は、いつでも、子会社及び関連会社に対し、事業の報告を求め、又は子会社及び関連会社の業務並びに財産の状況を調査することができる(注)。

(注)ここで関連会社とは、実質概念としての金融商品取引法上の関連会社をいう(財規 8 条 5 項)。

【コメント】

- 1 監査役会・監査委員会の子会社調査権について、子会社概念を金融商品取引法上の実質子会社及び関連会社まで拡張し(子会社については会社法で実現をみている)、さらに子会社及び関連会社に対する業務財産状況調査権を規定したものである。持分法が適用される関連会社は、子会社以外の会社で、出資・人事・資金・技術・取引等の関係を通じて、財務・営業又は事業の方針の決定に対して重要な影響を与えることのできる会社(財規 8 条 5 項)であるから、これを通じた不明朗な経理処理が行われる可能性がありうるため、報告徴収権と業務財産状況調査権を関連会社にも及ぼしたものである。ただし、関連会社の場合には調査の必要性等の行使要件を絞ることも必要と思われる。
- 2 ここでの請求主体は、監査役会・監査委員会とされているが、監査役ないし監査委員の独任制との関係については、なお、検討する。

3. 17 (監査役会又は監査委員会の業務監査報告)

監査役会又は監査委員会は、決算期ごとに、3. 14 に定める業務に関する業務監査報告(注)を作成しなければならない。

(注)業務監査報告の記載事項については、なお検討する。

【コメント】

- 1 監査役・監査委員会は公認会計士・監査法人の監査の結果に関する相当性の意見を述べなければならないような監査報告の作成主体ではないが、3. 14 に定めるような会計監査に重点をおいた業務監査ないし統制環境整備の担い手として、具体的な内容を有する重要な職責を担っているため、そうした職務の遂行状況を記載した業務監査報告とも言うべき報告の作成を義務づけることが望ましい。記載事項については、なお検討する。

4. 株主の救済

3. 18 【取締役・執行役・監査役の解任請求権】

公開会社の取締役・執行役または監査役の職務遂行につき不正の事実又は法令若しくは定款に違反する重大な事実が存在するときは、株主は、取締役・執行役又は監査役の解任を裁判所に対して請求することができる。

【コメント】

1 取締役・執行役または監査役の解任について、従来から批判のある株主総会の否決要件を削除したものである。公開会社において、株主総会の意義は、法令違反行為を行ったとされる取締役の地位を左右するものではない。

なお、執行役の解任請求については、執行役の選解任主体である取締役会の機能に委ねるべきとの主張もありうるが、取締役会がそうした機能を発揮しえない場合に、裁判所に対する解任請求を行えないことは、代表取締役の解任請求をなした従前の取扱いに較べて問題であるため、執行役に対する解任請求も肯定されるべきである。公開会社において株主総会の機能に期待しがたい面があることは、「会議体としての」株主総会の機能に関することであり、個々の株主の監督是正機能への期待は濫用対策に意を用いた上で、むしろ強調されるべきである。

3. 19 【違法行為の差止請求権】

- ① 取締役又は執行役が公開会社の目的の範囲外の行為その他法令又は定款に違反する行為をし、これにより会社に著しい損害が生じるおそれがある場合には、株主は、会社のためこれらの者に対し、その行為を差し止めることを請求することができる(注)。
- ② 裁判所による差止の仮処分又は命令に違反した取締役又は執行役は、当該仮処分又は命令を下した裁判所の制裁に服するものとする。

(注) 差止請求権者の範囲を、使用人・債権者等の重要な利害関係人にまで及ぼすか否かについては、なお検討する。

【コメント】

1 公開会社においては株主総会の会議体としての無機能化に対応して、個々の株主権ないし少数株主権の意義はむしろ強調される。本条は株主の差止請求権の要件を、従来の「回復すべからざる損害」から監査役差止請求権行使の要件である「著しい損害」にあわせ、かつ、継続保有要件を削除している。こうした事前の経営監督機能を強化することで、株主代表訴訟などの事後的な救済制度が過度に重視される事態を避けることが望ましい。公開会社の取締役又は執行役が違法行為を行った場合には、その影響は広範に及ぶため、従業員ないし債権者等の重要な利害関係人も、要件をさらに絞った上で請求権者に含めるべきとの考えも成り立ち得ないではない。この点については、なお検討する。

なお、会計監査権限しか有しない監査役については、会社法上、株主による業務監督機能を重視して、一般の違法行為の差止請求よりも要件を緩和している(会社 360 条 1 項、3 項)こととの均衡から、この場合には「著しい損害」の要件を単なる「損害」にさらに緩和することも考えられる。

2 アメリカの法廷侮辱罪類似の制度を導入することにより、差止めの実効性を確保することを目的とする。制裁の具体的内容ないし範囲は法定する。

第4章 企業グループ

I 親会社・子会社に関する特例

一 定義

4. 0 1 (定義)

この要綱において、親会社・子会社とは、金融商品取引法上の概念をいう。

【コメント】

- 1 金融商品取引法上の情報開示制度等が実質支配概念としての親会社・子会社概念を前提にしていることに鑑みて、また情報開示・会計・監査とガバナンスないし責任体制とは不可分のものであるとの認識に基づいて、金融商品取引法上の親会社・子会社概念を前提に企業グループにおけるガバナンスと責任体制について提言する。ガバナンスと責任体制だけを個別企業単位で構成することは企業にとっても将来の訴訟リスクを判断できないこと、全社的・内部統制が子会社内部統制について親会社の責任を認めていること、広範な連結配当制度の実現が困難であること等の問題がある。なお、会社法の親会社・子会社概念は実質概念となっている(会社2条3,4号、会社施行規則3条)。なお、第5案の段階ではこの章全体が参考意見として提案されていたが、その後、企業集団概念を前提とする情報開示制度を踏まえれば、ガバナンスも責任も企業集団について何らかの規定を置くことは自然であり、公開会社法要綱の論理一貫した姿を示すべきではないかとされ、現在に至っている。

二 親会社の子会社取締役に対する指揮命令権、義務と責任

4. 0 2 (親会社の子会社取締役に対する指揮権)

- ① 子会社の取締役会及び代表取締役又は執行役は、親会社から会社に指示があるときは、これに従わなければならない。指示があったことについては、その事実を開示する(注)。
- ② 親会社は、その定款に定めることにより、子会社に対する指示権限を有しないことができる。
- ③ 親会社と子会社との間において非通例的取引がされたときは、親会社から指示があったものと推定する。

(注)「指示」の意義については、さらに検討する。

【コメント】

- 1 企業結合法制の要諦は、親会社に対して子会社支配に伴う一定の責任を、子会社の債権者ないし少数株主に対して負わせるところにある。国際的には何らかの形でこうした責任が認められている。現に閉鎖的株式会社については、判例上法人格否認の法理ないし取締役の対第三者責任におけるいわゆる法定責任説によって、実質的に支配あるところに責任ありという実質確保のための努力がなされている。

ただし、こうした閉鎖会社向けの理論構成は法人である親会社との関係では適用が困難とされてきたところである。もっとも、企業結合における責任ないしガバナンスの問題は、日本の企業社会ではこれを急激に肯定することに対する抵抗

の強さも予想されるため、定款によるオプトアウト(適用除外)を肯定する提言となっている(2項)。

- 2 1項は、2項によるオプトアウトを肯定した上で、子会社に対する親会社経営者の指揮権を規定したものである。100%親会社でも100%子会社に対する指揮権がないことに対する不満はかなり認められるが、それを法律上肯定する代わりに一定の責任をも肯定しようとするものである。これにより、この種の問題に関するリーガルリスクを事前に予測しながら安定的な経営を行いたいと考える企業は、この規定を排除するための定款規定を置かないことになろう。

なお、本条2項の定款規定を置くことで、親会社の子会社関係者に対する責任が常に存在しないことを確認する効果をもつとすることはできないため、そのような定款の定めは本章の責任規定を当然には適用しないものの、裁判所によるこの分野における判例法理の発展を妨げるものであってはならない。

- 3 3項は、親会社と子会社との間における非通例的取引がなされた時には、親会社の指示があったものとの推定規定を設けることで指示の存在を立証し易くしている。

- 4 本章は、当初は単なる参考意見に止められていたが、情報開示、会計・監査、内部統制といった事柄について、グループを前提とした構想を提示しながら、責任とガバナンスについては提言を行なわないことは、公開会社法としての首尾一貫性を欠くとの判断から、章として位置づけることとし、そのうえでオプトアウトを認めるということとした。要綱はこうした形であってもまずは企業結合法における支配と責任に関する法理が一定の範囲で実現を見ることの意義を重視したものである。

4. 03 (指示に関する親会社の責任等)

- ① 親会社は、子会社の取締役会若しくは代表取締役又は執行役に対する指示をした結果、子会社において損害が発生した場合には、子会社に対し、その損害を賠償する責任を負う。ただし、その指示について過失がなかったことを証明したときは、この限りでない(注1)(注2)。
- ② 親会社の取締役若しくは代表取締役または執行役は、その職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、これにより子会社の第三者に生じた損害を賠償する責任を負う。

(注1)本条1項は前条2項の定款規定がある場合には、適用しない。

(注2)子会社の株主又は債権者による親会社責任追及の方法として株主代表訴訟制度ないしこれに相当する制度を導入する(4.08参照)。

【コメント】

- 1 前条2項の定款規定がない場合に(注1)、親会社の子会社取締役に対する指示によって子会社に発生した損害を親会社が賠償すべきことを規定する。前条2項の定款規定がある場合には、本条1項は適用されないが、本規定以外の規定の解釈として同様の判例法理が将来的に発展することを妨げるものではない。

- 2 2項は、親会社取締役等の子会社第三者に対する不法行為責任の要件を絞るものである。不法行為責任の成立を厳格化する規定であるので、定款規定によるオプトアウトは認められない。

親会社が子会社に対して損害賠償責任を負う場合に、その責任の追及相手および追及方法をどのように認めるかについては、株主代表訴訟ないしそれに相当す

る制度を導入する(注2)。

4. 0 4 (親会社の計算・開示)

- ① 親会社は、金融商品取引法の規定に従い、財務諸表及び連結財務諸表を作成しなければならない。この場合、当該親会社の子会社においても、会社法に基づく計算書類および附属明細書のかわりに金融商品取引法に基づく財務諸表を作成することができる。
- ② 親会社は、重要な子会社の財務諸表を有価証券報告書において開示しなければならない。
- ③ 親会社は、その支配の状況について有価証券報告書において開示しなければならない(注)。

(注) 事業報告制度は、廃止ないし見直し、会社法が要求する事業報告での開示事項は、原則として有価証券報告書において開示するものとする。

【コメント】

- 1 2項・3項は、支配状況の開示の充実を図る趣旨である。
- 2 1項については、親会社が金融商品取引法の定める財務諸表及び連結財務諸表を作成すれば、そのまま会社法上の制度として認知されることを前提に(2. 0 3)、子会社に金融商品取引法の適用がない場合でも、子会社について金融商品取引法上の財務諸表を作成できることを明らかにしている。

4. 0 5 (親会社の会社財産の分配)

親会社は、財務諸表又は連結財務諸表上の剰余金のいずれか少ない価額を上限として、剰余金の分配を行うことができる。

【コメント】

- 1 親会社の剰余金分配規制は、個別貸借対照表上の分配可能額と連結貸借対照表上のそれとを比較して、いずれか少ない額を上限としてのみ行えるものとする。連結配当は企業結合法制が確立し、指揮と責任のあり方が整備されることで可能になることを示している。会社法上の計算規則 186 条 4 項は、連結配当規制適用会社なる観念を認め、個別貸借対照表上の分配可能利益よりも、連結貸借対照表上の分配可能利益が下回っている場合に、その差額を個別貸借対照表上の分配可能利益から控除することを認める。企業結合法制が確立していないままに、また、会社法本体に連結配当に関する規定がないままにこうした対応を法務省令限りで行うことについては、疑問を提起する向きもあり、少なくとも理論上の不安定を否定できないように思われる。本来は本要綱が示すような包括的な対応が望まれる。

4. 0 6 (親会社による子会社の取締役等の選解任)

- ① 親会社は、子会社の定款に定めることにより(注1)、子会社の取締役又は執行役の全部又は一部を選任し、又は解任する権利を有することができる。この場合においては、その選任については、株主総会又は取締役会の決議を要しない(注2)。
- ② 前項の規定は、4. 0 2 条 2 項の規定に基づく定款の定めがある場合には、適用しない。

(注1) 既存会社の子会社化する場合には定款変更により、子会社の設立の場合には原始定款による。

(注2) 親会社における取締役・執行役の選任が、株主総会および取締役会決議以外の方法でなされた場合における登記手続について調整が必要である。

【コメント】

- 1 支配権の行使の一態様として、子会社の経営者の選解任権を親会社に認める趣旨である。「派遣取締役・派遣執行役制度」を肯定したことになる。親会社は株式譲渡制限定款規定を有していなくても取締役等の選任権付株式を有したのと同様の地位に立つ。この制度は親会社の子会社取締役に対して指示権を有し、かつ本章が定める一定の責任を負う場合にのみ認められる。

三 支配会社または従属会社の株主・債権者の権利

4. 07 (子会社の株主又は債権者による親会社の債務の履行請求)

- ① 親会社の子会社に対して弁済期にある債務を負担する場合には、子会社の株主又は債権者は、当該子会社に対し、書面をもって親会社にその履行を求めることを請求することができる。
- ② 前項の請求があった場合においては、正当な理由がある場合を除き、請求の日から相当期間内に親会社に対して履行の請求がなされないときは、請求をした株主又は債権者は、親会社に対し、会社に弁済をするよう請求することができる。
- ③ 前2項の規定は、4. 02条2項の規定に基づく定款の定めがある場合には、適用しない。

【コメント】

- 1 子会社株主または債権者による親会社に対する代表訴訟または代位請求を規定する趣旨である。子会社が親会社に対して損害賠償請求権を有する場合にも同様の制度を導入する(4. 03(注2))。

II 完全親会社及び完全子会社の特例

一 完全親子関係の形成

4. 08 (完全親子関係の形成)

- ① 親会社は、子会社の発行済株式総数の総議決権の100分の90以上の株式を保有する場合には、いつでも、当該子会社の株主に対し、その保有する株式の売渡しを請求することができる。
- ② 前項の場合において、子会社の株主は、いつでも、親会社に対し、その保有する株式を公正な価格で買い取ることを請求することができる。
- ③ 第1項の場合には、親会社は、4. 02条2項の規定に基づく定款の定めを置くことはできない。

【コメント】

- 1 株式移転や株式交換以外に、会社からの請求による完全支配・被支配関係の形成を許容する趣旨と、その反面における株主からの無条件株式買取請求を認める趣旨である。この場合の買取価格は、仮に両会社が合併していたとしたらあり得

べき価格を想定すべきであろう。この場合には、親会社は指示権を持たない旨の定款規定を設けることはできない。

二 完全子会社の機関設計の自由化と完全親会社の責任

4. 09 (完全子会社における取締役会並びに監査役等の任意機関化及び株主総会)

- ① 完全子会社は、その定款に定めることにより、取締役会を置かないことができる。
- ② 前項の場合において、完全子会社が委員会設置会社である場合には、執行役は、株主総会において選任しなければならない。
- ③ 第1項の場合においては、取締役会の権限は、完全子会社の取締役が多数決によって行使するものとする。
- ④ 完全子会社は、その定款に定めることにより、監査役または監査委員を置かないことができる。
- ⑤ 前項の場合においては、完全親会社は、完全子会社の業務執行を監督する義務を負う。この場合には、完全親会社の公認会計士(監査法人)は、完全子会社についても監査を行わなければならない。
- ⑥ 完全子会社においては、株主総会の決議は、書面により行うことができる。

【コメント】

- 1 完全親会社の責任において、経営機構も弾力的に構成することができることを認めた規定である。会社法上取締役会の設置が強制される場合でも、完全親子会社の場合には強制しない趣旨である。監査役・監査委員を置かないときは、完全子会社の監査は、完全親会社が直接行うこととなる。公認会計士(監査法人)監査も子会社に及ぶ。完全親子会社関係にあっては、親会社の子会社取締役に対する指示権が認められ、責任も肯定される代わりに、リーガルリスクは最小となり、経営機構の思い切った弾力化を図ることができることになる。

4. 10 (完全親会社の株主による子会社の取締役等に対する代表訴訟)

- ① 完全親会社の株主は、完全子会社の取締役、執行役及び監査役に対する代表訴訟を提起することができる(注1)。
- ② 前項の代表訴訟については、会社法847条以下の規定を準用する(注2)。

(注1) 代表訴訟以外の訴訟(新株発行無効の訴え、株主総会決議無効確認の訴え等)の取扱についてはなお検討する。

(注2) 濫訴を防ぐための仕組み、子会社の情報収集の仕組みについては、なお検討する。

【コメント】

- 1 いわゆる二重代表訴訟(子会社の定義からは多重代表訴訟)を許容する趣旨である。完全親子会社にあっては機関構造も弾力化し、親会社の株主総会の意義が特に強調されるため、親会社株主による子会社取締役に対する株主代表訴訟を肯定することはむしろ自然である。

4. 11 (完全親子関係がある場合の特例)

(注) 完全親子関係にある場合については、親会社・子会社に関するI二(4.02-

4.07)の諸規定のうち一部を適用しないこととする方向で、なお検討する。

【コメント】

- 1 機関構造が弾力化することに伴い、親子会社一般に関する規定の見直しが必要になる。また、完全親子関係にあつては指示と責任がともに肯定されるため、一定の規定の適用を再検討する必要がある。これらの問題については、なお検討する。