

# 株主の権利行使に関する利益供与の禁止

久 留 島 隆

- I. はじめに
- II. 株主総会の形骸化と問題点
- III. 利益供与禁止制度の新設
- IV. 利益供与禁止制度の意義
- V. 利益供与の推定
- VI. 供与された利益の返還
- VII. 取締役等の民事責任
- VIII. 取締役等の刑事責任
- IX. 取締役等の地位の剝奪
- X. 利益供与の開示
- XI. まとめにかえて

## I. はじめに

昭和56年改正商法は、株主総会の形骸化を改善し、これを活性化するために、株主の提案権制度の創設（商法第232条ノ2）・会社役員の説明義務（同法第237条ノ3）・議長権限の明文化（同法第237条ノ4）・決議取消事由の見直し（同法第247条）・株主の権利行使に関する利益供与の禁止（同法第294条ノ2）・書面投票制度の創設（株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律一以下、特例法と略称する一第31条ノ3）等が手当てされており、これらは昭和57年10月1日以降に開催される株主総会に適用されることになっている（附則第1条）。

改正商法がもっとも力を注いだ新しい制度は、いわゆる総会屋と呼ばれる特殊株主に対する会社の財産上の利益供与の禁止制度である。この目的を達成するために、改正商法は、取締役等の民事責任、刑事責任および地位の剝奪等を中心にいくつかの策を講じている。

そこで本稿では、これらの中心的政策を含め、その他若干の問題点について考察することに主たる目的を置いた。

## II. 株主総会の形骸化と問題点

株主総会は、株主によって構成され、法律または定款所定の事項について決議をなし（商法第230条ノ10）、この決議の形で会社の意思を決定する合議制の法定の必要的機関であるとともに、会社の最高機関であるといつて差支えない。というのは、株主総会の決議事項がこのように限定されているといつても、そのなかには会社の組織および運営の基礎に関する重要事項（定款変更、資本減少、解散、合併、組織変更等）はすべて含まれているし<sup>1)</sup>、取締役・監査役の選任権・解任権を有することによって、これらに対する監督的機能を果たすことができるからである<sup>2)</sup>。株主総会の存在理由は、まさにこの点にあるといつてよい。

株主総会は意思決定機関であるから、総会が適法に決議すれば、株主が総会に出席したと否とを問わず、その決議に賛成したと否とを問わず、すべての株主がその決議に拘束されるし、またその決議は、会社の他の機関（取締役会、代表取締役および監査役等）を内部的に拘束する。

株主は、特別な場合（商法第242条一議決権のない株式を有する株主、商法第412条第2項一合併に際して発行する新株の引受人）を除いて、原則として、会社の最高機関たる株主総会の構成員である。また株主総会は合議制の機関であるから、各株主は総会に出席し、その議事およ

び決議に参加する権利を有するのである。換言すれば、株主総会は、企業の所有者すなわち共同企業主たる株主が、会社の組織および運営につきみずからの意思を表明しうる唯一の場である<sup>6)</sup>。したがって、株主総会においては、できるかぎり株主の権利の実質的行使が確保されなければならないのである。そして株主総会は、議長の開会宣言によって始まり、その閉会宣言によって終了するのであって、商法は、株主総会の重要な議題については、定足数を定めるなど(商法第256条ノ2、同法第343条等)、総会での決議がなされるための手続が詳細に定められている。これは、できるだけ多くの株主が集まって、公正な実のある決議を成立させようという目的に根ざしているのである。

しかしながら株式会社の規模が大きくなるにつれて、株式の分散が高まり、一般株主の持株比率が相対的に低下していること、経営が複雑化することにより所有と経営の分離が甚しくなったため、株主の経営に対する無関心が高まり、株価の高騰・安定的な高率配当を期待する傾向にあること、法人株主の持株の増大および相互保有の進展にともない、個人株主が著しく減少してきたこと、これらが理由で、大規模会社では多数の株主が総会に出席することを期待することは困難であるために<sup>7)</sup>、委任状による議決権の代理行使という方法が利用されているのが現実である<sup>8)</sup>。

このような株主総会の形式化の傾向は、特に総会の所要時間に顕著であり、多くの場合、30分以内で総会は終了しているのである<sup>9)</sup>。そもそも、株主総会というものは、法律に従って招集され、大多数の株主が現実に出席し、自由で活発な質疑・討論がなされ、議案をあらゆる角度から検討し、必要であれば修正を加えるなどして、最終的にこれを可決または否決する会議体であるはずなのである<sup>7)</sup>。けれども現実の株主総会では、実質的な審議のなされようはずがなく、株主の総会議事および決議に参加する権利は、実質的には機能していないのであり、そ

のために、株主総会は会社の実質的な経営状態を開示する場所であるという機能すら失なわれている<sup>10)</sup>。すなわち、株主総会はその本来の機能を喪失し、運営が単なる形式に墮しているのである。この点において、商法との乖離が認められ、株主総会の形骸化(極端な形式化)が指摘される所以である。

もちろん、株主総会の活動に要する時間の長短という外形的事実だけで、総会の形骸化を論ずることはできないのであって、問題は、株主総会を形骸化するところの総会特有の原因を把握することにある。すなわち、わが国の株主総会の運営という点で、特殊株主であるいわゆる総会屋が議事進行の役割を担当し、結果的に審議も充分になされないうちに、短時間で終了することに問題がある。この点に、株主総会が形骸化している大きな理由の1つがある。

総会屋は、多くの会社の僅少の株式を入手して株主となり、通常の株主権を行使するのではなく、株主としての地位を濫用して不当な利益を得ようとする者である。株主総会の機会を捉えて、不当な利益を得ようとするのを通例とするから、総会屋という名称があるけれども、必ずしもこのような機会にかぎることはない。たとえば、形のみで何ら価値のない新聞雑誌を刊行し、中傷記事の原稿を売りつけたり、広告料名義で金品の交付を受けたり、あるいは100株券や10株券を1株毎に分割請求し、名義書換を求めて会社に嫌がらせをしたりする。特に株主総会に際しては、議決権や会計帳簿および書類の閲覧権(商法第293条ノ6)を悪用して総会を混乱に陥らしめ、またはそうした結果を惹起させる旨威嚇することにより会社に対して不当な利益を要求するのである。金品等の交付を受けたときは、一般株主の発言を封じ、要求が容れられないときは総会の正常な運営を妨害することを常習とする<sup>11)</sup>。まさに総会屋と会社経営者が結託すると、多くの場合一般株主の正当な権利が阻止され、経営者がその地位の安泰を図りうることになり、会社内に害毒が沈殿し、ひい

て株式会社のもつ社会性、公共性に違反することになることも考えられるのである<sup>10)</sup>。

このように総会屋が活発に活動するのは、そのことによって大きな収入が得られるからである。経営者の経営上の不手際、経理・会計原則の不遵守、法人税法等をはじめとする法令違反の暴露を恐れるため、あるいは訴による解決の遅延や費用の増大を考慮して、訴訟でこれを争うことをせず、いわゆる「金一封」をもって総会屋を懐柔することが会社経営者にとって「経済的に計算された便宜な解決方法」なのである<sup>11)</sup>。

そこで総会屋の活動実態を、支払われる金額の面から検討してみると、警視庁捜査第四課によれば、企業から総会屋に流れる金銭は推定で年間600億円という巨額なものであり<sup>12)</sup>、このような膨大な金銭が、いわば正当な理由もなく部外者に供与されているのである。また、総会屋の数も毎年増加の傾向にある<sup>13)</sup>。

以上のごとく総会屋が横行するのは、会社が総会屋に金銭を与えることに、そのすべての理由がある。したがって総会屋を根絶させる唯一の方法は、いうまでもなく経営者が総会屋に金銭等の財産的利益を与えることを完全にやめることである。現行商法上そうさせるための方策はいくつかある。まず、総会屋も株主であるから、総会屋に金銭を供与することは、隠れた利益配当であり、資本の払戻禁止原則および株主平等の原則に反することになる。しかしこれらの原則は、それ自体明文をもって定められているものではないから、このような抽象的な一般原則の違反をいくら主張しても、総会屋に対する会社からの金銭の支出を防止する効果はほとんどない<sup>14)</sup>。つぎに、株主総会における発言または議決権の行使に関して不正の請託を受けて、財産上の利益を収受し、要求し、または約束した者、上記の利益を供与しまたはその申込もしくは約束をした者は、刑罰が科せられることになっている（商法第494条）。しかしこの規定では、議決権の行使等に関し、「不正の請託」

の存在が認定されて、はじめて構成要件を満たすことになる。さらに「議決権の行使に関して」あるいは「不正の利益」というような条件が付されているために、この規定が適用されたことはあるが、一般的にはきわめて困難なものとされている<sup>15)</sup>。

したがって従来商法上の規制だけでは、総会屋対策は充分ではない。そこで昭和56年商法改正の際に新しく設けられた制度が、商法第294条ノ2による株主の権利行使に関する利益供与の禁止なのである。法制度としても、できるかぎり総会屋の排除の方策を考える必要があったからにはほかならない<sup>16)</sup>。

### Ⅲ. 利益供与禁止制度の新設

昭和49年4月2日に商法改正3法が公布される際、「商法の一部を改正する法律案、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律案及び商法の一部を改正する法律等の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律案に対する附帯決議」として、昭和48年7月3日の衆議院本会議において、10項目が挙げられ、その第一に「会社の社会的責任、大小会社の区別、株主総会のあり方、取締役会の構成及び1株の額面金額等について所要の改正を行なうこと。」、続いて昭和49年2月22日の参議院本会議において、3項目が挙げられ、その第一に「現下の株式会社の実態にかんがみ、小規模の株式会社については、別個の制度を新設してその業務運営の簡素合理化を図り、大規模の株式会社についてはその業務運営を厳正公正ならしめ、株主、従業員及び債権者の一層の保護を図り、併せて企業の社会的責任を全うすることができるよう、株主総会及び取締役会制度等の改革を行うため、政府は、すみやかに所要の法律案を準備して国会に提出すること。」が、政府に対して早急に検討すべき項目として指示されていたのである<sup>17)</sup>。

これを受けて、法制審議会商法部会では、昭和49年6月19日に会社法の全面改正の着手を決定し、同年9月11日には、改正主要事項につい

て審議を開始している。そして昭和50年6月12日に、法務省民事局参事官室から、「会社法改正に関する問題点」が発表され、各界に対して意見照会が始まった。総会屋に関する項目としては、その第二の二(五)において、「株主総会の運営に関する罰則について、例えば、現行第494条は、議決権の行使等に関し、『不正ノ請託ヲ受ケ財産上ノ利益』の收受等をした者を罰することとしているが、昭和13年改正の際における当初の政府原案のように、『不正ノ請託』がなくても不正の利益(賄賂)の收受等をすれば、これを罰するものとすべきであるとする意見があるが、どうか。」<sup>18)</sup>というものであって、総会屋に対する罰則の強化について問題を提示した。商法494条の「不正の請託」の削除等による罰則の強化については、賛成が多かったようである。しかし賛成する意見の中にも、罰則強化だけでは、総会屋対策としては不十分であることを指摘するものがあり、現行法どおりにすべきであると解する消極意見は、起訴の濫用のおそれを理由とするもの、公務とは違うから総会屋対策として罰則の強化にのみ頼るべきではないことを理由とするもの、利益を供与したはその申込みもしくは約束をなした者についてのみ積極的に解するものがある<sup>19)</sup>。

昭和53年12月25日には、同じく法務省民事局参事官室から、「株式会社の機関に関する改正試案」が公表されるに至った。総会屋に対しては、以下のような考え方が示されていた。

#### 第一株主総会

#### 二 株主総会の運営

#### 8 利益の供与の禁止

- a 会社は、一部の株主に対し、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与してはならない。
- b aに違反して会社から財産上の利益の供与を受けた株主は、これを会社に返還しなければならない。
- c 株主は、会社に対し、bによる返還の訴えの提起を請求することができ、会社が一定期

間内に訴えを提起しないときは、自ら会社のために訴えを提起することができる。

(注) 商法267条及び268条の準用については、更に検討する。

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

(注) (1)会社が無償で株主その他の者に対して金銭、物品その他財産上の利益(株主以外の者に対するものについては、重要なものに限る。)を供与したときは、その相手方及び供与したものを営業報告書又は附属明細書に記載すべきものとするかどうかは、会社の計算の問題とともに検討する。(2)会社と株主間の取引で通例的な取引に属さないものの明細を附属明細書に記載すべきものとするかどうかは、会社の計算の問題とともに検討する。

#### 三 罰則

- a 商法494条1項各号に掲げる事項に関し、請託を受け、財産上の利益を收受し、要求し、又は約束した者は、1年以下の懲役又は相当額の罰金に処する。

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

- b aの利益を供与し、又はその申込み若しくは約束をした者も、aと同様とする。
- c 二8 aに違反する行為をした取締役、その職務代行者又は会社の使用人は、これを処罰する。
- d 二8 aに違反する行為を勧誘し、又は要求した者も、cと同様とする。

改正試案は、利益供与の対象となる者は株主であり、理由なく利益を供与することは、株主平等の原則に反するという基本的立場を採り、

そのため利益供与が違法な配当であるという考え方を示しているのである。

この試案の立場に対して、各界は株主平等の原則から、一部の株主に不当な利益を与えるべきではないとして、積極的に賛成する団体が多い。しかし疑問を呈する団体もあり、たとえば、試案が法文化された場合には、表現に不明確さがあり、利益の供与を伴う折衝等が制限されるおそれがある、あるいは総会屋についての法制面の整備は、経営者の自覚と相まって、これが実現しやすい社会環境の整備を前提として意義がある、あるいは「権利の行使に関して」という要件は不明確で運用上混乱が生ずるおそれがある、あるいはおよそ株主であることをもって、利益の供与を禁止することは、総会屋排除のためであっても、立法政策上、著しく妥当を欠き、それぞれの具体的場合に依りて解決を図ればよく、たとえば、取締役が株主である場合に会社が利益を供与する場合には、商法265条、269条の問題として、その行為の違法性を検討すればよいと主張する。なお、試案の立場に基本的には賛成しつつ、株主のみに対する利益供与の禁止は、有効な総会屋対策にはならないとして、株主にかえて、株主の指定する第三者、一部の株主と利害を共通にする第三者、実質株主および株主になろうとする者、株主以外の者、株主またはその代理人に対する利益供与の禁止および罰則の強化を主張する団体もあった<sup>20)</sup>。

商法494条1項の要件から「不正ノ」を削除することについては、取締役の収賄罪(商法第493条)において「不正ノ請託」が要件となっており、また公務員の第三者供賄罪(刑法第197条ノ2)、公務員の斡旋収賄罪(刑法第197条ノ4)においてすら「請託」が要件となっているという点で、株主を公務員と同様に単純収賄で処罰するというのはこれらと均衡がとれないという刑事政策上の観点から、この方針は見送られることとなった<sup>21)</sup>。この点に関しては、株式会社でないしは、株式会社における総会の重要性を考

えると、このような規定が必要であること、あるいは総会屋対策を実効あらしめるため、あるいは「不正ノ」の立証が困難であるためなどの理由から賛成する意見が多い。これに対して反対の意見は、大株主説明会その他無用のトラブル回避のための対外折衝等には、わずかではあるが財産上の利益を伴うので、これら会社の円滑な運営に有益な行為まで処罰の対象となる、あるいは社会通念上違法の認識がなく、特に弊害が議論されていない行為まで犯罪となるので、総会屋規制のためには、特別立法を行なうのが相当であるというのが理由である。総会屋等に対する贈賄罪についても、「不正ノ」の要件を削除する点に関しては、利益の供与を強いられる会社側を総会屋と同様に罰するのは行きすぎであるとして反対するものもある。一部の株主に対する利益供与の禁止に違反した取締役等に対して処罰規定を設けることについては、総会屋の活動を封ずるのに有効であるとして賛成するものもあるが、さらに違反する行為があることを知りながら放置した取締役、監査役も処罰すべきであると主張するものもある。これらの立場に対しては、現行商法の罰則あるいは刑法で足りるとし、会社の使用人まで処罰するのは、酷であるという理由から反対するものもある。議決権の行使に関して、利益の供与をするように勧誘し、または要求した者を処罰する点については、総会屋の活動を封ずる意味において有効であるとして、賛成する団体もあるが、勧誘または要求というような積極的な行為がなくても、利益の供与を受けた者を処罰すべきであると主張するものもある<sup>22)</sup>。

昭和56年1月16日には、法制審議会第101回総会において、昭和55年12月24日の商法部会で決定された「商法等の一部を改正する法律案要綱案」が承認され、法務大臣あてに答申されることとなった。これは、昭和54年7月18日の商法部会の決定により、株式制度、株式会社の機関および株式会社の計算・公開に関する部分の改正を他の改正検討事項と切り離して、現行法

の枠組みの中で早急に実現をはかることとなったためである<sup>23)</sup>。総会屋対策項目の内容は次のようなものである。

#### 第一 商法の一部改正

##### 六 株主の権利の行使に関する利益供与の禁止

- (一) 会社は、何人に対しても、株主の権利の行使に関し財産上の利益を供与することができない。
- (二) 会社が(一)に違反して財産上の利益を供与したときは、その供与を受けた者は、その利益を会社に返還しなければならない。
- (三) 株主は、会社に対し、(二)の利益の返還を求める訴えの提起を請求することができる。
- (四) 会社が(三)の請求があった日から30日以内に訴えを提起しないときは、その請求をした株主は、会社のために訴えを提起することができる。
- (五) 会社が株主に対し無償で財産上の利益の供与をしたときは、その利益の供与は、株主の権利の行使に関してされたものと推定する。
- (六) 会社が株主に対し有償で財産上の利益を供与した場合においても、会社の受ける利益が供与した利益に比し著しく少ないときは、(五)と同様とする。

#### 九 罰則

六(一)に違反する行為につき罰則を設けるほか、罰則について所要の整備をする。

改正試案における利益供与の禁止についての原則的な考え方はそのまま踏襲されたが、細部について修正が行なわれている。改正試案において、「一部の株主に対し」とあるのが、「何人に対しても」と修正された。これは、改正試案に対する批判的意見を採用したことにはほかならない。このことによって株主でない総会屋、あるいは総会屋に直接関係はないが、何らかの形で総会屋に関係する者も、利益供与の禁止規制の対象となるわけである。その他「一定期間」

が30日と定められたがそのほかは改正試案のとおりである。

ただ、昭和55年11月19日に法制審議会商法部会の審議資料として作成、提示された「商法の一部を改正する法律案要綱案(案)」が昭和55年12月24日に要綱案となるに際して、利益供与の禁止についての変更はなかったが、取締役の会社に対する責任につき、商法第266条第1項第2号を設け、この禁止に違反して財産上の利益を供与した取締役は、その供与した利益につき、会社に対し連帯して弁済の責に任ずる旨が明らかにされた。

この要綱案は昭和56年5月15日に、衆議院本会議において原案どおり可決、次いで参議院本会議においても同年6月3日に原案のまま可決し、商法改正が成立するとともに、同年6月9日に法律第74号として公布された。

新設された総会屋対策規定は、商法第294条ノ2として設けられ、4つの項から成り立っている。

- ① 会社ハ何人ニ対シテモ株主ノ権利ノ行使ニ関シ財産上ノ利益ヲ供与スルコトヲ得ズ
- ② 会社が特定ノ株主ニ対シ無償ニテ財産上ノ利益ヲ供与シタルトキハ株主ノ権利ノ行使ニ関シテ之ヲ供与シタルモノト推定ス会社ガ特定ノ株主ニ対シ有償ニテ財産上ノ利益ヲ供与シタル場合ニ於テ会社ノ受ケタル利益ガ供与シタル利益ニ比シ著シク少ナキトキ亦同ジ
- ③ 会社ガ第1項ノ規定ニ違反シテ財産上ノ利益ヲ供与シタルトキハ其ノ利益ヲ受ケタル者ハ之ヲ会社ニ返還スルコトヲ要ス此ノ場合ニ於テ会社ニ対シテ給付シタルモノアルトキハ其ノ返還ヲ受クルコトヲ得
- ④ 第267条乃至第268条ノ3(代表訴訟)ノ規定ハ前項ノ利益ノ返還ヲ求ムル訴ニ之ヲ準用ス

総会屋に対する新しい商法の考え方は、基本的には改正試案の立場に基づいて、会社による利益供与を禁止し、これに反して金銭を供与し

た場合には、さまざまな民事上および刑事上の制裁が科されることとしているのである<sup>24)</sup>。

#### Ⅳ．利益供与禁止制度の趣旨

昭和56年商法改正の最大の眼目は、株主総会の形骸化の一因となっている総会屋対策として、株主権の行使に関し、利益供与を禁止する規定を民事的にも刑事的にも新設することであった。企業から総会屋に対する資金の供給を断ち、もって総会屋の活動の一端を抑止することによって、株主総会を浄化することが目的である。

新設された商法第294条ノ2第1項によると、株主の権利の行使に関し、会社が財産上の利益を供与することは禁止される。この場合の主体は、会社であるが、一体誰が利益供与を行なえば会社の行為となるかについては、代表取締役がなす場合は問題のないところである。この問題については、株主の権利の行使に関する利益供与の罪について定める商法第497条との関係から、その他の取締役、監査役、使用人も、会社の計算において行なった場合は、会社の行為と考えるべきであろう<sup>25)</sup>。会社の名をもってする場合も、会社の計算において行なう場合（商法第497条第1項）も含まれる。反対に、会社以外の者が金品を供与しても、禁ずるものではない。これは会社と株主または株主以外の者との関係を規制するのが本条の目的であり、会社以外の第三者間での問題は、本条の関与するところではないからである。例えば、取締役選任決議において、現職の取締役が再任されることを目的として、取締役個人の財産から他の株主に利益を供与することは禁止されない。なぜなら再選されたい取締役としては、みずから株式を買取することも可能だからである<sup>26)</sup>。供与の相手方は「何人」に対してもであるから、株主のみならず、株主が指定する第三者等に供与することも許されない。株主の権利の行使に関するかぎりにおいては、その利益を受ける者の資格を問わないのである<sup>27)</sup>。

「株主の権利の行使に関して」とは、株主権の行使・不行使の双方を含み、行使の態様方法のいかんを問わないのである。実際には、株主総会への出席・欠席、発言、採決の際の賛否、棄権のほか、各種の自益権行使をはじめ、訴の提起、訴訟参加、今回新設された株主の提案権等の少数株主権の行使、差止請求権の行使等、特殊贈収賄罪について定める商法第494条第1項第2号および第3号の権利も含まれる。

ここで株主権というのは、主として共益権と解されるが、本条第2項に推定規定が設けられている関係から、「株主権の行使に関して」という場合は、「正当の理由なく」というほどの広義に解すべきことになる<sup>28)</sup>。ただこのように解すると、法文の意図しなかったものを付加することになり、その場合、違法性よりも不当性が問題となって、正当の理由をめぐって会社が不必要な訴訟を強いられることにはならないか<sup>29)</sup>との疑問が呈せられている。しかし今回の商法改正の大きな眼目であった総会屋対策のための新設規定の立法趣旨という点を考慮するならば、限定的解釈は、当初の目的を没却することになるであろう。

ただ、名義書換請求権の行使・不行使という場合は、名義書換請求権が論理的には株券上の権利、すなわち会社との関係で株主として処遇されることを求める権利であって、正確な意味での株主権ではないと解されるならば、株主権の行使に関しないから、本条の適用がないことになる<sup>30)</sup>、との指摘がなされている。本条を解釈するにあたっては、株式引受人の権利の行使・不行使、あるいは新株引受権を付与された第三者が株主となるまでの段階を含めてこそ（商法第200条参照）、改正の趣旨が全うされるのではあるまいか。

株主の権利の行使に関する場合であるから、株主の権利の行使・不行使と財産上の利益とが対価関係にあることが必要であるが、株主権の行使が請託と結びつくことは要件ではない。その利益を受ける相手方の株主権の行使だけにか

ぎられるものではない。したがって、相手方が将来株主になる場合はもちろん、あるいはならないことを理由に利益を供与する場合も禁止の対象となる。なぜなら、後者の場合であっても、結局は株主の権利を行使しないことを条件とするものだからである<sup>31)</sup>。他の株主をして、または他の者をして株式を取得させて、株主の権利を行使し、または行使しないことを条件に、利益を供与することも禁止の対象となる。たとえば、株主である総会屋が実質的に経営する出版会社に金銭を交付する場合、あるいは株主に対して影響力を有する者に利益を供与する場合も、本条の利益供与禁止にふれることになる<sup>32)</sup>。

財産上の利益は、商法第493条および第494条に定めるところと同じである。したがって財産上の利益は必ずしも対価の有無は問わないのである。一般的には、金銭、物品、商品券、その他の有価証券のすべてを含み、これには役務も入る。このような積極的な利益供与はもとより、債務引受、債務免除および債務保証のような不利益を生ずる機会をなくす場合も含まれる。ただ、株主総会の出席者に対して、社交儀礼的な範囲を出ない程度の土産品等を提供することは、一部の株主に対するものではないから、差支えないと解されている<sup>33)</sup>。しかし実際には、社交儀礼上の贈与と賄賂との区別が難しい場合もありうる。また、会社が、その施設の無料ないし割引利用を、一定数の株主を有する株主に認めているいわゆる株主優待制度については、利益供与禁止制度が新設されたことにとり、再検討すべき問題である。なぜなら、株主優待制度のもとでも、本条に定める財産上の利益が、目的こそ異なってはいるものの、一部の株主に供与されていると解することもできるからである<sup>34)</sup>。ただ、一定の合理的な条件をみたした株主には、会社側の裁量の余地なく一律に供与される場合には、その供与と株主の権利行使との間には対価関係はないから、株主優

待券などは許されるとの考え方<sup>35)</sup>も示されている。従業員持株制度についても、これは、従業員の株主としての地位に基づいて与えられるのではなく、従業員たる地位に基づいて与えられるため、利益供与の禁止に違反するものではないとの見解<sup>36)</sup>がある。検討の余地は残されているが、勤労者福祉の問題としての範囲を逸脱していない場合ならば妥当とせざるを得ないものと考えられる<sup>37)</sup>。

本条によって禁止される利益供与は、会社の計算によってなされる場合に限定される。ここに会社の計算においてという意味は、対価の支払が会社の負担となり、損益が会社に帰属することである。本条による利益供与の禁止の根拠が、会社の機関である株主総会の決議および会社の所有者たる株主の権利の行使に、会社の金銭が使用されることは望ましくないことに由来することからも当然のことである<sup>38)</sup>。たとえ、取締役や使用人の個人の財産からの支出であっても、総会屋対策に使用させる目的で、取締役等の報酬や給料を増額する場合は、本条違反である。

なお、利益供与の約束はしたが、まだ利益の供与が実際になされていない場合は、利益供与禁止にふれることはない。また、本条に違反して供与された利益に基づいて、株主が議決権を行使しても、その議決権行使がそのために無効になることはない。

利益供与の禁止に関する諸規定は、改正法の施行前になされた利益供与には適用されない(附則第13条)。

## V. 利益供与の推定

株主の権利の行使に関して利益の供与をしたことの立証は、かなり困難である。そこで商法第294条ノ2第2項は、一定の場合には利益供与が株主権の行使に関しなされたものと推定することとしている。立証責任が転換されたことによって会社は、利益供与の禁止に違反して利益を供与した場合、その利益を受けた者に対する利益返還請求権を、また、利益供与をした取



締役に対する弁済または損害賠償請求権が行使しやすくなる。したがって、請求者たる会社または代表訴訟の原告である株主（商法第294条ノ2第4項）は、供与された利益が無償でなされたものであること、または反対給付に比して著しく過大なものであることだけを立証すればよいことになる。その際、その供与が株主の権利の行使に関してなされたものであることを立証する必要はない。この場合相手方において、利益供与が株主の権利の行使に関してなされたものでないことを立証しなければならないのであって、この立証がなされないかぎり、裁判所としては、その利益の供与は株主の権利の行使に関してなされたものと認定しなければならない<sup>39)</sup>。特定の株主に利益供与がなされた場合であっても、著しく低いものではない対価に対して財産上の利益が供与されている場合は、このような推定は働かないし、株主以外の者に対して財産上の利益が供与された場合も同様である。

会社の受けた利益が会社の供与した利益に比べて著しく少ないかどうかは、客観的な経済価値によって、判断されるのであって、会社の主観によって評価されるものではない。たとえば通常の取引の形式を仮装して行なわれるような購読料の場合は、当該出版物に掲載される情報の経済的価値、会費の場合は会社が参加によって得られる経済的利益が、重要な判断材料となる<sup>40)</sup>。この場合においても、利益の供与が特定の株主に対するものであり、同時に無償または著しく少ない対価をもってなされたという事実の立証は、訴訟を提起した者が負担するのである。しかし、会社の受ける利益が供与した利益よりも著しく少ないかどうかの立証は、実際上はかなり困難なものではある。

無償性の判断・認定の困難な場合が考えられるが、総会屋の存在がきわめて具体的な形で社会通念化している以上、総会屋として一応知られている者に利益を供与すれば、それが株主の権利行使に関しているものであることが、事実上推定されることになる<sup>41)</sup>。公益法人が株主と

なっている会社において、公益事業のために会社から寄付がなされた場合にも、この推定がなされるため、寄付が株主の権利行使に関係がないことを立証しなければならない。立証できないときは、寄付は返還されることになる。このような場合は、むしろ積極的にその寄付が公益事業のためになされたことを立証すればよい<sup>42)</sup>と考えられている。すなわち、利益の供与が株主の権利行使に関してではなく、他の正当な目的のためになされたものであることが立証されれば、返還する必要はない。

本条第2項の推定規定が適用されるためには、利益の供与を受けた者が株主であることが必要である。このように株主に限定したのは、株主でない者への贈与は多くの場合、株主権の行使に関してなされるものではないと考えられるためである<sup>43)</sup>。しかし、株主の親族あるいは株主が役員または重要な構成員となっている団体などのように、株主と特殊な関係にある第三者に対して、株主の指示によって利益が供与された場合には、当該株主自身に対する利益供与と同一に考えるべきであるから、この推定が働きやすいことになる<sup>44)</sup>。非株主で総会屋と関係のある者が前面に出て総会屋の意を体して（代理人あるいは使者のような立場）、利益供与を受ける場合には、この推定が働かない場合があるが、このようなときには、供与を受けた者が総会屋の使者であることを立証すれば推定規定の適用がある<sup>45)</sup>と考えられている。本条第2項に定める「株主」というのは、供与を受ける者が非株主たる法人であって、その代表者が株主である場合を含むという趣旨の規定があってもよい<sup>46)</sup>との提言もなされている。この推定規定をできるだけ活用すべきであるという考え方にほかならない。

なお、本条第2項の推定は、利益供与を受けた者または取締役の利益の返還・弁済義務についてのものであるから、刑事罰を定める商法第497条については働かないものと解されている<sup>47)</sup>。

## Ⅶ. 供与された利益の返還

会社が株主の権利行使に関して財産上の利益を供与したときは、その利益を受けた者に対して、会社は返還を請求することができる（商法第294条ノ2第3項）。

本条第1項に違反してなされた利益供与は、元来公序良俗違反により法律上無効である。したがって会社は、相手方がこれを保有する法律上の原因がないとして、不当利得の返還請求をすることができそうである（民法第703条）。けれども不当利得の規定のもとでは、総会屋は、非債弁済（民法第705条）であると認定されると、あるいはまた会社が、総会屋と結託して利益を供与した場合、不法原因給付（民法第708条）を根拠に、返還を拒むことができるのである。しかし、そこで改正商法は、総会屋に利益をそのまま留保することを認めることは、総会屋対策として問題があるため、禁止に違反して供与された利益を常に会社に返還させるため、あえて本条第3項の規定を設けたのである。したがって、この返還義務は、法定の特殊の不当利得返還義務と解することができる<sup>48)</sup>。多くの場合、供与された利益の価額の返還を求めることになる。

会社が返還を請求しないときは、株主が代位訴訟によって返還を請求できる（商法第294条ノ2第4項）。株主にこれを認めたのは、会社ないし株主を保護するためである。なぜなら、会社が自発的に返還請求を行なうと、そのことにより、その利益を供与したまたはその約束をなした者の贈賄罪（商法第494条第2項）が問われるおそれがあるためである。したがって会社が総会屋に対し、または取締役に対し自発的に訴訟で請求する場合というのは、何らかの理由で経営陣が交替したときあるいは会社更生や破産等の手続が開始されたのちの管財人による返還請求というようにきわめてかぎられてくる。

六月前より引続き株式を有する株主は、まず会社に対して書面をもって、利益供与を受けた

者に対する返還請求の訴の提起を求め、それから30日以内に会社が訴を提起しないときは、株主みずから訴を提起することができるとともに、利益供与により会社に回復すべからざる損害を生ずるおそれがあるときは、株主はただちに訴を提起することもできる（商法第267条第1項第3項）。けれども株主は、被告の請求により、裁判所の命令があれば相当の担保を提供しなければならない（同条第4項）し、たとえ株主が代表訴訟に勝っても、自分が弁済を受けるのではないから、そもそも訴訟を提起しようとする株主は稀であろう<sup>49)</sup>。

6ヶ月前より引続き株式を有する株主とは、単位株制度を採用している会社であれば、1単位以上の株式を有する株主であり、単位株制度を採用していない会社であれば、1株以上の株式を有する株主ということになる。

なお、自己の株主の権利の行使に関して財産上の利益の供与がなされた者であっても、自己が利益の供与を受けた者でないかぎり、利益の返還義務を負うことはない<sup>50)</sup>。また、利益の供与を受けた者から、会社に給付したものがあれば、会社はその返還請求に応じなければならない（商法第294条ノ2第3項後段）。

## Ⅶ. 取締役等の民事責任

改正商法第266条第1項第2号は、「第294条ノ2第1項ノ規定ニ違反シテ財産上ノ利益ヲ供与シタルトキ」は、取締役は会社に対し、連帯して供与した利益の価額を賠償しなければならないと規定した。取締役は、会社にその他の損害が生ずれば、それについても賠償しなければならない。

このような賠償責任を取締役に認めたのは、利益の供与を受けた者に対し、利益の返還請求をすることができるかぎり、会社には法律上損害が生じていないことになるため、利益供与禁止に違反した取締役に対して、損害賠償請求をすることができないという問題が生ずるからである<sup>51)</sup>。したがって会社が、利益の供与を受け

た者に対して返還請求権を保有しているか否とにかかわらず、会社または代表訴訟を提起する株主は、取締役に対してその供与した価額を会社に支払うよう請求できるのである。

利益の供与が取締役会の決議に基づいてなされた場合は、その決議に賛成した取締役は、その行為をなしたものとみなされ、連帯して弁済責任を課され、その決議に参加した取締役で、議事録に異議をとどめなかった者は、決議に賛成したものと推定される（商法第266条第2項、第3項）。取締役であっても、みずから利益の供与をしなかった場合は、弁済責任はない。また取締役会決議に基づく利益供与の場合に、これに反対した取締役も同様である。しかし取締役会の構成員たる以上、善良な管理者の注意義務として監督義務があるから、他の取締役、監査役あるいは使用人による利益供与を放置するなど監督懈怠が認められるときは、利益供与によって生じた会社の損害を賠償しなければならない（商法第266条第1項第5号、同法第254条第3項、民法第644条）。このような賠償責任を負担しないようにするためには、株主または株主になろうとする者と接触する使用人が、株主の権利行使に関して財産上の利益を供与することができない組織上の体制を作るとともに、加えて株主の権利行使に関して財産上の利益を供与した使用人を、その理由により懲戒処分にするものとしておくことなどが必要と解されている<sup>52)</sup>。

この取締役の弁済責任と利益の供与を受けた者の返還義務とは、事柄の性質上1種の不真正連帯債務と解される。監査役には、取締役の弁済責任の規定（商法第266条第1項第1号）が準用されていないため、この弁済責任はない。この点、監査役が会社支給の交際費を使って利益供与をする場合などが考えられる以上、このような差異は適当とは思われない<sup>53)</sup>。監査役が、その任務懈怠により、取締役の違法な利益供与を見逃したときは、取締役と連帯して会社に対して賠償責任を負う（商法第277条、同法第278条）。

なお、弁済をした取締役は、供与を受けた者に対して会社に代位して求償することができ<sup>54)</sup>（民法第500条乃至第502条）。

## Ⅶ．取締役等の刑事責任

利益供与をなした取締役、監査役または職務代行者もしくは支配人その他の使用人（総務部長・課長・係長その他嘱託職員を含む）は、6ヶ月以下の懲役または30万円以下の罰金に処せられ、株主権の行使に関するものであるということおよび会社の計算におけるものであるという事情を知って利益供与を受けまたは第三者にこれを供与せしめた者も同様である（商法第497条）。昭和56年改正商法が総会屋対策として設けた商法294条ノ2の規定に効果をもたせるために、罰則をもってこれを強化しようとするものである<sup>55)</sup>。

商法第494条と第497条との関係は、総会屋を処罰することについては同じであり、両者は、観念的競合に立つと解されている。商法第494条では、株主の権利行使の廉潔性を保護法益とするのに対して、第497条の方は、総会運営の健全ということが保護法益となっている<sup>56)</sup>。商法第497条の犯罪が成立するためには、財産上の利益が不正の請託を伴ってなされるか否かを問わないのに対して、不正の請託を伴うときは、商法第494条の犯罪が成立することになる<sup>57)</sup>。商法第497条の場合は、第494条の場合と異なり、処罰されるのは会社の役員等にかぎられている。これは請託がなくても処罰されるから、罪の主体を限定したことによる<sup>58)</sup>。また、商法第494条の場合は、不正の請託を受け、財産上の利益を収受したときには、その利益が会社から出ていようと、利益供与をする個人から出ていようと処罰の対象となるが、第497条においては、「会社ノ計算ニ於テ」すなわち会社にその結果が帰属していることを要するのである。会社の財産を使用して利益供与がなされることを法文をもって明確にしている。名義のいかんを問わず、究極的に会社の計算になれば本

条の罪は成立する。逆に取締役等が個人の財産を供与すること自体は、処罰の対象とはならないのである。利益の供与を受けたのみだけでなく、供与をした者も処罰される旨を定める商法第497条の規定には、むしろ供与する会社の方が悪質であるという考え方が示されているようである<sup>69)</sup>。商法第497条第1項は、このように会社側の役員等に対する罰則規定であるが、他方同条第2項は、利益の供与を勧誘し、または第三者に利益を供与せしめた者を罰する。利益供与を受けた者については身分上の制限はないから、自然人、法人、権利能力なき社団・財団を含む。

本条の効果については、構成要件が厳格すぎて期待できないのではないかと疑問が呈せられている。

## Ⅱ. 取締役等の地位の剥奪

取締役および監査役の資格が新たに法定された(商法第254条ノ2、同法第280条第1項)のにもない、利益供与の禁止規定に違反して処罰されたときは、たとえ罰金刑であっても欠格事由に該当することになるが、過料の場合は欠格事由にならない。すなわち、商法に定める罪によって刑に処せられ、その執行を終った日または執行を受けることがなくなった日から2年を経過しない者は、取締役または監査役となることができない。したがって、取締役、監査役、これらの職務代行者および使用人の利益供与を抑制する一般的予防的効果を発揮することになる<sup>61)</sup>。在任中に利益供与禁止に違反すると、欠格事由に該当して、当然に退任の効力を生ずる<sup>62)</sup>。利益供与に関して有罪判決を受けた者は、実刑に処せられた者も、執行猶予の判決を受けた者も、ただちに取締役、監査役の地位を失なう。また刑の執行を受け終っても、2年間はすべての株式会社および有限会社の取締役にも、監査役にも就任できない。現実には欠格事由に該当している者かどうかを知る方法がないため、問題は残る。ただ執行猶予を受けた者

は、猶予期間が過ぎた段階で刑の言渡しは効力を失なうため、取締役、監査役に就職できる資格を回復することになる。

## Ⅲ. 利益供与の開示

株主は代表訴訟によって、供与された利益の返還を請求することができるけれども、しかし利益供与の事実を把握しないで代表訴訟は提起できないのである。この点、利益供与の開示規制が実施されるとなれば、代表訴訟を提起しやすくなるとともに、利益の供与自体が抑制されるという機能も期待できるのである<sup>63)</sup>。利益供与の開示は営業報告書、附属明細書、および監査報告書の記載によって行なわれるものである。

そこで、「株式会社の計算・公開に関する改正試案」(昭和54年12月25日法務省民事局参事官室)では、営業報告書の記載事項の1つとして、会社が無償でした金銭、物品その他の財産上の利益の供与(反対給付に比して著しく過大な給付を含む。)の総額を記載させることとし、附属明細書の記載事項として、利益の供与の明細を記載させるとともに、監査報告書の記載事項の1つとして、利益の供与が「不当なものであるときは、その旨」を記載させるという考え方を示していた。そしてこれらの事項は改正試案ではいずれも省令で定める記載事項として示されていた。改正試案の立場だと、営業報告書には無償供与の総額が記載されることになるため、総会屋に対する支出も、社会的責任を果たし企業のイメージの向上にも役立つところの慈善・学術等のための寄附も一括して記載され、多くの不正支出をしているかの観を呈する結果となる。そこで、寄付の相手方をできるかぎり形式的かつ統一的な基準(公益法人・地方公共団体・学校法人・国公立の教育研究機関・政治資金規制法上の政治団体等)で区別し、それぞれに対する無償供与の額を開示させ、そのうえ監査役に無償供与の理由が不当か否かを判断させるために、代表取締役から説明をきくように

させるべきであるという提案<sup>64)</sup>がすでになされていた。また、営業報告書は、資本の額が1億円以下の会社を除いては（特例法第25条）、定時総会の招集通知に添付して株主に送付される（商法第283条第2項）ため、株主にとっては直接的開示の手段となる。他方、付属明細書の方は、それ自体またはその謄本が定時総会の会日の2週間前から、会社の本店または支店に備置かれて、株主や会社債権者の閲覧または謄抄本の交付請求の対象となるものであるから、株主にとっては間接的開示の手段といえる<sup>65)</sup>。したがって、営業報告書に、利益供与に関する重要な事実を詳細に記載するように要求することは妥当なものではない。そこで、その詳細な内容は、付属明細書において開示し、利益供与の総額あるいは特に重要なものを営業報告書において開示することが、これら両者の開示書類の役割分担からして妥当である<sup>66)</sup>、との考え方も示されていた。また、株主の権利の行使に関する利益の供与については、監査役の監査に完全な信頼ができないから、その内容そのものを開示した上で、監査役がそれについて監査上の意見を表明することが必要である<sup>67)</sup>とも説かれているのである。

昭和56年10月9日、法務省民事局参事官室の名において公表された「法務省令制定に関する問題点」三の16は、付属明細書の記載事項として、「営業費用中一般管理費に属する財産上の利益の無償の供与（その反対給付が著しく少ないものを含む。）で餐応接待以外のものの明細」を掲げるべきかどうか、としている。さらに、その注には、

「1 供与の種類（目的等）によって分類して記載することはどうか。

2 販売費に属するものは除いておいてよいか、典型的に記載しなくてもよいことにすべきものがあるか。」

「問題点」八の1の(二)の(注)は、

「商法特例法14条2項2号の記載として、無償の利益供与の有無及び内容並びに調査した範囲

を記載すべきものとするかどうか。」

という提案をした。

しかし消極的意見が多かったようである<sup>68)</sup>。

昭和57年4月24日に、同年10月から施行される商法改正にともなう法務省令の改正および新しい法務省令が制定、公布された。

無償の利益供与についての開示部分については、会社の状況を正しく示すために必要と考えられる程度のものであれば、営業の経過として、またはその他の重要な事項として、重要な寄附等を営業報告書または付属明細書に記載しなければならないと定められた（計算書類規則第45条第1項本文、同項第2号、同規則第46条第1項）。また大会社の監査役の調査報告書に限定されてはいるが、無償の利益供与（反対給付が著しく少ない利益供与を含む）に関する監査の方法の概要および結果が記載されることとなった（監査報告書規則第7条）。

結局、無償の利益供与に関しては、計算書類規則等の省令上、直接的にいかなる事項を記載すべきものが指示されてはいない。資本の額が1億円以下の小会社を除いて、付属明細書には、販売費および一般管理費の明細が記載されるべきことにともない<sup>69)</sup>（計算書類規則第48条第1項第5号）、監査役が無償の利益供与について監査役が調査をするのに参考となるように記載しなければならないことが明らかにされている（計算書類規則第48条第3項）。その具体的な開示範囲は、監査役の判断によって定まることとなるが、どのような範囲の無償供与について、どのような仕方で記載せしめるのが妥当であるかなどについては、今後の課題として残されている<sup>70)</sup>。このように、無償の利益供与については、画一的処理は回避されており、会社の状況に応じた会社の自主的判断に任されることとなった。このような無償供与の開示制度は、監査役や会計監査人の責任が一層重大となったことは明らかであるが、改正試案からの経過を考えると、かなり後退した感は否定できないであろう。というのは、監査は開示が十分に

なされないがぎり、機能しないものだからである。無償供与の明細開示にまさるものはないと考える。

## Ⅱ. まとめにかえて

株主の権利行使に関する利益供与の禁止制度は、関連する法務省令の公布をもって、一応法的体制は整えられたことになる。しかし、特に無償供与の開示書類への記載が、会社の自主的判断に任せられたことにより、監査役や会計監査役人の監査責任は、新しい段階を迎えたことになり、相当程度に重大なものとなった。法務省令では、無償供与について営業費用に含まれる分にかぎって問題としており、この問題については公正な会計慣行に委ねた形を採っている。しかし監査報告書への記載の段階では、実際には取締役との事前の打合わせが行なわれるなど、取締役との接触がなされるはずであるから、もっぱら監査役の調査能力やその人の個性・人格というものに左右され易くなったと思われるため、どの程度監査権限が機能するか疑問を抱かざるを得ない。というのは、経済界からはずで、無償の利益供与については、不当なものがあつた場合にかぎって、監査役の監査報告書に記載すれば足り、明細を開示する必要はないのであって、もし、明細を開示するならば、そのもたらすマイナス効果は測りしれないものがあり、社会に無用の混乱を生じさせる<sup>71)</sup>ことになるとの指摘がなされているからである。しかし企業の開示制度というものは、本来経営者の恣意に委ねられる不正の隠れ蓑として要請されるものではなく、逆に明細を開示することにより、投資者等の利害関係者の判断に資すべき性質のものであるはずである。

商法改正の段階では、総会屋に対してかなりの程度に実効を上げ得ることが期待され、またこれよりすぐれた総会屋対策は考えられないとも評価されている<sup>72)</sup>。

けれども、総会屋をめぐる犯罪は、被害のない犯罪でもあるため、表面に出にくい事件であ

るから、現実には罰則の適用がなされにくい性質を有する<sup>73)</sup>。会社の計算において利益供与がなされなければ、総会屋対策の対象外という抜け道もあり、無償といっても何が無償であるのか、あるいは会社の受けた利益と供与した利益とを比較するについても、判定に窮する場合が考えられる。また、利益供与を受けた者の返還義務および会社が有する返還請求権行使については、ほとんど期待できないし、株主に経済的犠牲を強いる代表訴訟についても同様である。取締役の弁済責任規定が、監査役に準用されていないことも適当ではない。しかも、利益供与禁止制度は、直接的には総会屋排除のための制度ではあるが、総会屋対策以上に広い範囲(総会に際しての土産、株主優待制度、従業員持株制度、その他一般の株主権行使等)に影響を与えることも考えられるため、制度の運用については細心の注意を払う必要がある<sup>74)</sup>。たとえば、株主の提案権行使による総会決議に基づいて、当該株主の子会社に何らかの利益供与がなされた場合等、利益供与に関係する提案権行使をどのように考察すべきかは残された課題の一つである。

このように総会屋排除のための利益供与禁止制度は、必ずしも万全のものとはいえないため、「商法等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」が、昭和56年6月2日の参議院法務委員および同年6月13日の衆議院法務委員会でなされており、総会屋排除について、「株主総会の形骸化を防止し、その適正な運営を図るため、いわゆる総会屋の絶滅に一層の努力をすること。」および「会社にかかる犯罪の防止を徹底させるため、更に実効ある制度の検討をすすめるとともに、いわゆる総会屋については、あらゆる角度からその絶滅を図り、株主総会の民主的運営が行われるよう指導すること。」が、謳われている。

株主総会に関する問題は、法制面というよりむしろ運用面にかかわるものが多い。すなわち株主総会を実質的な討議の場にするという問題

は、そもそも法律問題ではないと思われる。したがって、企業生活に対する法の強い干渉は、それ自体必ずしも歓迎すべきことではないが、また逆に法の後見的作用の後退も、殊に現況の株主総会の形骸化を考えると、認められるものではない。その意味で、利益供与の禁止制度が法的に整備された現在、最終かつ最高の責任は、会社経営者の決断と努力にあるのであるから、今回の商法改正の基礎にある精神を尊重して、開示の問題と積極的に取組まなければならないのである<sup>75)</sup>。また同時に、株主総会運営の正常化は、関与した者の民事上および刑事上の責任が現実追及され、法の執行が実際になされるか否かにも左右されることになる<sup>76)</sup>。

## 注

- 1) 立法論として、法律または定款で定めた決議事項のほか、取締役会がその決定を請求した事項についても決議できるとして、そこに弾力性をもたせる工夫も必要であろう（高鳥正夫『会社法』（慶応通信、昭和56年3月）133頁、同・「株主総会の権限」『会社法の諸問題（増補版）』（慶応通信昭和56年6月）298頁）という提言がなされている。
- 2) 西原寛一「最近の株主総会について」『商事法研究第3巻』（有斐閣、昭和43年11月）192頁参照。
- 3) Palmer's Company Law, 21th ed., 1976, p. 555, L.C.B. Gower, The Principles of Modern Company Law, 1969, p. 475, Alfred Hueck, Gesellschaftsrecht, 1975, S. 172. 倉沢康一郎「改正試案による株主総会の運営」『代行リポート』47号（昭和54年6月）10頁。
- 4) 大和証券調査部編「株主総会白書1981年版」『商事法務』922号50頁によると、東京、大阪、名古屋等の各証券取引所に上場されている会社の1,714社を調査対象とし、そのうち回答会社の609社（回答率35.5%）の委任状出席株主を除いた現実出席株主の人数は、41人以上60人以下の会社が最も多く、全回答会社の24.1%となっている。また、発行済株式総数に対する現実出席株主が所有している持株総数の比率が、0%以上5%以下と答えた会社は321社であり、全回答会社の52.7%となっており、発行済株式数の多い会社（資本金の大きい会社）ほど、現実出席株主の持株比率が低くなる傾向にある。
- 5) 三戸岡道夫「株主総会の形骸化とその改善策」『企業と法上巻—西原寛一先生追悼論文集』（有斐閣、昭和52年5月）180頁参照。なお、形骸化

の原因については、西原寛一「株主総会の性格」『商事法研究第2巻』（有斐閣、昭和38年2月）353頁以下および同・「株主総会の運営」『商事法研究第2巻』（有斐閣、昭和38年2月）116-117頁参照。酒巻俊雄「株主総会制度の理念と現実——株主総会白書を読んで——」『商事法務』718号（昭和50年11月）2-5頁参照。

- 6) 前記大和証券調査部編「株主総会白書1981年版」42頁によると、株主総会所要時間は、15分超20分以下が238社（全体の約40%）、10分超15分以下が181社（全体の約30%）、30分以下が579社（全体の約95%）である。資本金が1,000億円を超える巨大会社のうち、2社が15分以内、3社が20分以内、1社が25分以内、4社が30分以内である。したがって短かい総会の傾向は、資本金の大小によって差異はない（河本一郎『現代会社法〈新訂第1版〉』（商事法務研究会、昭和55年3月）294頁、同・「株主総会の現状と法改正の必要」『法学セミナー』292号（1979、6）65頁）。

なお、外国における株主総会の実状との比較研究もすでに多く公表されている（河本一郎・前掲『法学セミナー』292号（1979、6）67頁に列挙されている文献参照）。

- 7) 服部栄三「株主総会の現状と制度改正問題」『代行リポート』46号（昭和54年3月）2頁参照。
  - 8) 上田明信「株主総会制度の改善策について」『企業法の研究——大隅健一郎先生古稀記念』（有斐閣、昭和52年1月）103頁。元木 = 浜崎 = 稲葉「商法等の一部を改正する法律の概要」『ジュリスト』747号（1981、8）34頁参照。鴻 = 小山 = 坪内 = 前田 = 元木「会社法の改正——実務を中心として」『ジュリスト』747号（1981、8）78頁（前田発言）参照。吉井溥「株主総会・取締役会制度改正の方向」『代行リポート』40号（昭和52年9月）4頁参照。
  - 9) 野間繁「いわゆる総会屋とその対策」『法律論叢』36巻1号（1962、7）2頁参照。中村英二「総会屋の動向と対策上の諸問題」『商事法務』803号（昭和53年5月）17頁参照。伊藤司「総会屋の実態とその防止対策について」『ジュリスト』340号（1966、2）51頁参照。なお、株主総会議事録の閲覧請求件数についていえば、請求があったという会社53社のうち47社は特殊株主からの閲覧請求であったといわれる（前記大和証券調査部編「株主総会白書1981年版」63頁）。
- なお、取締役実務においては、総会屋という概念を広くとらえ、「株主権等を武器に企業に寄生し、社会的に是認されない行為（作為、不作為）の対価として、企業から金銭を得ている者」一切をこれに含めている（宮脇嘉介「総会屋対策からみた株主総会の改善策」『商事法務』844号（昭和54年7月）16頁）。

- 10) 東京高判昭和42.10.17判例時報501号51頁(いわゆる東洋電機カラーテレビ事件控訴審判決)。なお本件第1審の東京地判昭和40.8.27最民集23巻10号472頁によると、いわゆる総会屋とは、会社の若干の株式を所有して、その会社の依頼に応じて、職業的にその会社の株主総会の議事の進行係りを勤め、車馬賃等の名義で金品を受領する者をいい、いわゆる総会荒しとは、諸会社から金品等何らかの利益を得る目的で、株主総会に臨んで株主たる地位を濫用して、会社幹部の営業上の失敗ないし手落ちを攻撃し、はては会社幹部の個人攻撃までして、議場を混乱させて議事の進行を妨害し、自己の存在をその会社に認識させ、威迫を用いてその会社から金品を獲得する者をいう、というように判示して、総会屋と総会荒しを区別している。第2審の東京高判では、総会荒しより総会屋こそ適切な意味で商法第494条の規制を受けるべきであるという見解も成立しうると説いている(前掲判例時報501号51頁)。

本稿では、総会屋と総会荒しを区別して取扱う必要はない。なぜなら名称の如何を問わず、株主権の行使に名を籍りて、財産上の利益の收受、供与関係が生ずる問題を対象としているからである。

- 11) 石井照久「企業と裁判」『商法における基本問題』(勁草書房、1967、7)31頁および野間繁・前掲13頁参照。なお、竹内=稲葉=佐土井=小山「経済界からみた会社機関改正試案の問題点」『会社機関改正試案の論点』(商事法務研究会、昭和54年8月)132頁(佐土井発言)によると、賛助金的なものを総会屋に出しているのは、総会の議場で無用の混乱を起こすのを避け、総会の議事をスムーズに進行させるためである。

わが国の総会屋は、金銭的妥算によって、会社経営者の法令違反等を不問に付するのであるから、企業生活の合法的展開を阻害することになる。この点、アメリカでは、訴訟を提起する者はいるけれども、紛争が裁判所で具体的な法律判断を受けるため、かえって企業生活の合法的展開に奉仕することになる(石井照久・前掲33頁参照、鈴木=石井=矢沢=三戸岡=藤木「会社法研究会」『ジュリスト』340号(1966、2)39頁(石井発言)参照)。西ドイツでは株式法第405条の秩序違反規定〔Ordnungswidrigkeiten〕第3項第2号、第3号、第6号、第7号によって、議決権の行使等について経済的利益を与えることは許されていない(河本一郎・「ドイツ会社法セミナーの概要」『会社法抜本改正の論点』(商事法務研究会、昭和51年3月)117頁参照)。

- 12) 日本経済新聞昭和57年2月18日朝刊23頁。  
13) 警視庁捜査第四課による昭和53年6月株主総会

実施会社455社を対象とした「総会屋に関する調査」結果(回答会社352社、回収率77.4%)によれば、1社あたり総会屋に支払われる金額の合計は100万円以下というのが73社(20.1%)でもっとも多く、1億円以下というのが3社あった。総会屋1人あたりに支払われる金額は、年間1~10万円が156社(44.3%)でもっとも多く、1,000万円を支払っていた会社が1社あった。支払回数では、年間2回というのがもっとも多く、137社(39.0%)であった。1社あたり付き合っている総会屋の数は、300人以下というのがもっとも多く、174社(49.4%)あり、2,000人以下というのも6社(1.7%)あった(商事法務815号(昭和53年9月)36頁参照。河本一郎「総会屋の資金源」『法学セミナー』294号(1979、8)90頁参照)。前記大和証券調査部編「株主総会白書1981年版」55頁によると、100人超200人以下の会社がかもっとも多く、131社(21.5%)あり、つぎに多いのが50人超100人以下の会社で、93社(15.3%)ある。500人を超える会社は、77社(12.6%)あった。なお、警察庁のまとめによると、総会屋は昭和56年末6,309人で前年に比べ426人増え、最近では暴力団の進出も目立つことが指摘されている(日本経済新聞昭和57年4月8日朝刊23頁。根本芳雄「特殊株主をめぐる問題点」『商事法務』718号(昭和50年11月)8-9頁参照)。

#### 総会屋の年別推移

(単位人、カッコ内は全体に占める割合%)

	総数	うち組織暴力団員
昭和48年	1,763	327(18.5)
49	2,269	406(17.9)
50	5,227	469(9.0)
51	6,240	605(9.7)
52	6,504	662(10.2)
53	5,144	1,037(20.2)
54	5,770	1,218(21.1)
55	5,883	1,198(20.4)
56	6,309	1,656(26.2)

(警察庁調べ)

- 14) 河本一郎・前掲書295頁。同・「株主に対する不法な利益供与の禁止(その2)」『法学セミナー』296号(1979、10)38頁。同・「ディスクロージャーによる企業行動のコントロール」『民商法雑誌』78巻臨時増刊号(2)(昭和53年5月)422-423頁参照。龍田節「株式会社法の根本改正——株主総会」『商事法務』814号(昭和53年9月)12頁参照。竹内=稲葉=佐土井=小山・前掲133頁(竹内発言)は、外国に例のない日本独特の総会屋は、日本の経営者が明治20年から80年にわた



- り、株主の金を使って育ててきたものであると指摘されている。この間の経緯について、鈴木 = 石井 = 矢沢 = 三戸岡 = 藤木・前掲23頁（三戸岡発言）参照。
- 15) 竹内昭夫「株主総会制度改正の諸問題下」『商事法務』787号（昭和52年11月）17頁。藤木英雄『注釈会社法8のⅡ』（大森 = 矢沢編，有斐閣，昭和44年7月）418頁。山村忠平「商法第494条における不正の請託」『横浜市立大学論叢』18巻（昭和41年12月）41頁。河本一郎「株主に対する不法な利益供与の禁止（その1）」『法学セミナー』295号（1979，9）70頁。なお、総会屋による株主総会の議事妨害につき、従来同種の事件に適用されていた恐喝罪・贈収賄罪と異なり，威力業務妨害罪と強要罪の成立を認めた事例もある（東京地判昭和50.12.26商事法務737号（昭和51年6月）23頁以下参照）。
- 16) 元木 = 稲葉「株式会社の機関に関する改正試案の解説」『会社機関改正試案の論点』（商事法務研究会，昭和54年8月）11頁。竹内昭夫「株主総会制度改正の諸問題〔下〕」『商事法務』787号（昭和52年11月）17頁参照。
- 17) 田辺 = 加藤 = 黒木「商法改正三法の逐条解説」『別冊商事法務』24号（昭和49年5月）117頁。
- 18) 法務省民事局参事官室「会社法改正に関する問題点」『商事法務』704号（昭和50年6月）7頁。なお、矢沢惇「商法の次期改正について」『代行レポート』30号（昭和50年9月）6頁参照。
- 19) 稲葉威雄「会社法改正に関する各界意見の分析」『商法改正に関する各界意見の分析』別冊商事法務51号（昭和56年7月）28頁。保住昭一「次期会社法改正について——法務省民事局からの意見照会を中心として——」『代行レポート』32号（昭和51年2月）5頁および大隅 = 鈴木「私の会社法改正意見」『会社法根本改正の論点』（商事法研究会，昭和51年3月）135頁（鈴木発言）は，罰則を強化しただけで総会屋がなくなるとは考えられないと解されている。この点について，慶応義塾大学商法研究会「会社法の問題点と改正意見」『法学研究』49巻2号（昭和51年2月）80頁は，「削除の根拠がどこにあるかが明かでない。諮問事項の意味が商法494条2項に関してだけであれば，削除（「為シタル者」の次に「不正ノ請託ヲ為サザルトキト雖モ」を加えること）の合理性はあろう。元来，商法494条に定める賄賂については，収賄側より贈賄側により大きな違法性があると考えられるからである。」という意見であった。なお，公務員の賄賂罪との関係について，矢沢 = 河本 = 清水 = 竹中「会社法改正に関する問題点の研究」『会社法根本改正の論点』（商事法務研究会，昭和51年3月）28-29頁（清水発言）参照。
- 20) 元木 = 稲葉 = 浜崎「株式会社機関改正試案に対する各界意見の分析」『商法改正に関する各界意見の分析』（商事法務別冊51号，昭和56年7月）111-113頁参照。
- 21) 加藤一昶「利益供与の禁止」『ジュリスト』747号（1981，8）162頁。
- 22) 商法改正研究会が，改正試案に先立って，昭和53年9月に作成した「会社機関に関する改正意見」中，総会屋に関する部分は，次のような考え方が示されていた（商事法務817号（昭和53年10月）13頁，代行レポート44号別冊（昭和53年10月）3頁）。
- 第一 株主総会制度に関する改正意見
- 一 株主総会の権限
- 8 特定の寄附の禁止
- a 会社は，一部の株主又は一部の株主の指定する第三者に対し，いかなる名義をもってするを問わず株主の共益権の行使に関し寄附（反対給付に比し著しく過大な給付を含む。）をしてはならない。
- b 会社は，株主又は株主の指定する第三者に対し寄附をしたときは，その相手方及び金額を営業報告書に記載しなければならない。
- (注) 1 aに違反する寄附を受けた株主に返還義務を負わせることはどうか。
- 2 定型取引以外の会社と株主との取引をすべて附属明細書において開示させることはどうか。
- 三 罰則
- 1 株主総会等における発言又は議決権その他株主の共益権の行使に関し，請託を受け財産上の利益を収受し，要求し又は約束した者は，1年以下の懲役又は相当額の罰金に処する。
- 2 1の利益を供し又はその申込み若しくは約束をした者もと1と同じとする。
- 3 二，8に違反して寄附をした取締役，その職務代行者又は会社の使用人は，相当期間（6月又は3月）の懲役又は相当額の罰金に処する。その違反がされることを知り，その防止に必要な措置を講じなかった取締役若しくは監査役又はその職務代行者も同様とする。
- 4 二，8に違反して寄附を勧誘し若しくは要求した者も3と同様とする。
- (注) 会社荒し等に関する収賄罪又は会社から金品の供与を受けた罪につき有罪の確定判決を受けた者は株主の共益権を一切行使できないものとしてよいか。
- 改正試案では，「特定の寄附の禁止」に代え，「利益の供与の禁止」とし，「会社は，一部の株主に対し，株主の権利の行使に関して財産上の

- 利益を供与してはならない」と定めている。
- 23) 元木伸「株式会社法の早期改正方針の決定について」『商事法務』844号(昭和54年7月)2-3頁参照。
  - 24) 元木伸『改正商法逐条解説』(商事法務研究会, 昭和56年12月)206頁。
  - 25) 加藤一昶・前掲162頁。
  - 26) 元木 = 稲葉「商法の一部を改正する法律の概要」『改正商法の概要』(商事法務別冊50号, 昭和56年7月)51頁。元木 = 稲葉「商法等一部改正法の解説」『税経通信』36巻12号(1981, 9)58頁。正亀慶介「利益供与の禁止」『税経セミナー』26巻13号(昭和56年9月)162頁では, 第三者といえども, 株主権の行使・不行使あるいは株主になること, ならないことに関して金品のやりとりをすることは, 決して好ましいことではなく, 別途に方策が考えられるべきである, という提言がなされている。
  - 27) 元木伸・前掲書207頁。昭和56年商法等改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)『別冊商事法務』52号(昭和56年10月)125頁(中島(一)政府委員発言)参照。
  - 28) 前田 = 岩城「株式制度および会社の機関」『商事法務』900号(1981.3)28頁(前田発言)参照。
  - 29) 正亀慶介・前掲164頁。
  - 30) 正亀慶介・前掲164頁。
  - 31) 龍田節「株主総会」『企業会計』33巻9号(1981.8)68頁。なお, 昭和56年商法等改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)・前掲120-127頁(元木説明委員発言)参照。
  - 32) 元木伸・前掲書208頁。
  - 33) 河本一郎・前掲法学セミナー296号38頁。元木伸・前掲書209頁, 正亀慶介・前掲162頁。昭和56年商法等改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)・前掲126-127頁(中島(一)政府委員発言)。
  - 34) 正亀慶介・前掲164頁参照。
  - 35) 河本一郎・前掲法学セミナー296号38頁。
  - 36) 河本一郎・前掲法学セミナー296号38頁。
  - 37) 元木伸「株式会社の機関に関する改正試案に関する質疑応答」『代行リポート』48号(昭和54年9月)12頁。
  - 38) 元木伸・前掲書209頁。竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益供与」『商事法務』928号(昭和57年1月)20頁。
  - 39) 元木伸「利益供与の禁止」『商事法務』939号(昭和57年5月)33頁。
  - 40) 龍田節「株主総会」『企業会計』33巻9号(1981.8)69頁参照。なお, 供与した利益が受けた利益の1.5倍を基準にして, これを超えれば本条第2項の適用があると説かれている。この点について正亀慶介・前掲163頁参照。
  - 41) 倉沢康一郎「会社法 - 改正試案と今後の課題」『ジュリスト』731号(1981.1)114頁。元木伸前掲書208頁。竹内昭夫・前掲21頁。
  - 42) 河本一郎・前掲法学セミナー296号39頁。
  - 43) 正亀慶介・前掲163頁, 元木 = 稲葉・前掲別冊商事法務50号52頁。元木 = 稲葉・前掲税経通信36巻12号59頁。
  - 44) 龍田節・前掲69頁。神崎克郎「利益供与の禁止」『民商法雑誌』85巻3号(昭和56年12月)21頁。
  - 45) 菅原菊志『基本法コンメンタール新版会社法2』(服部 = 星川編, 日本評論社, 昭和57年3月)90頁。
  - 46) 正亀慶介・前掲165頁。
  - 47) 加藤一昶・前掲162頁。
  - 48) 菅原菊志・前掲90頁。元木伸・前掲『代行リポート』48号12頁参照。利益供与を受けた者が, 株主の権利の行使に関してなされた利益供与であることにつき善意である場合もあるが, 悪意の受益者に限定していないため, 善意の受益者にも返還義務があることになる(竹内昭夫・前掲21頁参照)。なお, 単なる強行法規違反の給付は不法原因給付にあたらないことについて, 我妻栄「債権各論下巻一(民法講義V4)」(岩波書店, 昭和48年4月)1134, 1143頁参照。
  - 49) 龍田節「株主総会の正常化」『ジュリスト』747号(1981.8)109頁。竹内昭夫『改正会社法解説』(有斐閣, 昭和56年12月)228頁。
  - 50) 神崎克郎・前掲民商法雑誌85巻3号23頁。
  - 51) 元木伸・前掲商事法務939号34頁参照。
  - 52) 神崎克郎・前掲民商法雑誌85巻3号24頁, 26頁。
  - 53) 菅原菊志・前掲書91頁。正亀慶介・前掲165頁。
  - 54) 加藤一昶・前掲163頁。
  - 55) 元木伸・前掲書249頁。
  - 56) 元木伸・前掲書250頁。
  - 57) 神崎克郎・前掲民商法雑誌85巻3号27頁。
  - 58) 河本一郎・前掲法学セミナー296号39頁。
  - 59) 昭和56年商法等改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)・前掲132頁(稲葉説明委員発言)。
  - 60) 河井信太郎『基本法コンメンタール』(服部 = 星川編, 日本評論社, 昭和57年3月)249-250頁参照。反対: 昭和56年商法等改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)・前掲130-131頁(漆間説明委員発言)。なお, 龍田節・前掲ジュリスト747号109頁参照。
  - 61) 神崎克郎・前掲民商法雑誌85巻3号27頁。
  - 62) 竹内昭夫・前掲書133頁。
  - 63) 龍田節・前掲企業会計33巻9号69頁。正亀慶介・前掲166頁。神崎克郎・前掲民商法雑誌85巻3号28頁。慶応義塾大学商法研究会「株式会社の機関に関する改正意見」『法学研究』52巻9号(昭和54年9月)98頁。
  - 64) 竹内昭夫・前掲書233-234頁参照。河本一郎「ディスクロージャーによる企業行動の規制」『法学セミナー』297号(1979.11)56-57頁参照。昭和56年商法改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)

- ・前掲135頁（河本参考人発言）、同139頁（鴻参考人発言）参照。
- 65) 倉沢康一郎「営業報告書に対する附属明細書」『企業会計』33巻11号（1981.10）25頁。
- 66) 神崎克郎・前掲民商法雑誌85巻3号29頁。反対：正亀慶介・前掲166頁。
- 67) 神崎克郎・前掲民商法雑誌85巻3号30頁。
- 68) 稲葉威雄「法務省令制定に関する各界意見の分析」『商事法務』928号（昭和57年1月）15頁参照。
- 69) 昭和57年1月14日付企業会計審議会意見書は、無償供与に関する開示を一般管理費に属するものに限定することは適当でない旨指摘している。
- 70) 稲葉威雄「商法等の改正に伴う法務省令について(1)」『商事法務』938号（昭和57年4月）6頁参照。
- 71) 窪内義正『問題点』に対する経団連意見——営業報告書及び附属明細書を中心に——『企業会計』34巻1号（1982.1）130頁参照。
- 72) 昭和56年商法等改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)・前掲116頁（中島政府員発言）、龍田節・前掲『ジュリスト』747号109頁参照。
- 73) 中島 = 岡田 = 並木「改正商法の意図と将来〜とくに中小企業への影響」『旬刊経理情報』288号（1981.8）15頁（岡田発言）参照。昭和56年商法等改正関係衆参両院法務委員会議録(抄)・前掲123頁（中島政府委員発言）参照。
- 74) 正亀慶介・前掲166頁。
- 75) 日本経済新聞昭和57年4月25日朝刊2頁。  
総会屋対策としては、会社の側も、警察の指導で企業防衛対策協議会を組織し、昭和56年までに35都道府県で80団体が結成され、上場および非上場を含め2,778社が参加しており（日本経済新聞昭和57年4月8日朝刊23頁。なお、伊藤司・前掲55頁参照）、賛助金打切等に相当の成果を上げている。その一方では、大幅な減益決算となった百貨店の株主総会が、社長と総会屋の連係プレーによって24分で終了する、との報道がなされている（日本経済新聞昭和57年5月27日夕刊15頁）。
- 76) 警察庁刑事局は、昭和57年4月7日に、10月1日の改正商法の施行をひかえて、「当面の総会屋等に対する取締の対策の基本方針」を決め、各都道府県警察本部に通達している。なお、昭和56年度警察白書111頁によると、総会屋の活動は、取締りのほこ先をかわすために、多様化されており、また大都市から地方都市に進出する傾向を強めているとのことである（日本経済新聞昭和57年4月25日朝刊23頁参照）。

〔横浜国立大学経営学部助教授〕