

総会屋の排斥と商法

— 第四七回三大学学生研究討論会（商法ゼミ）に参加して —

野 田 博

一 序

副題にある三大学学生研究討論会（三商大ゼミ討論会とか三商大ゼミという呼び方をする方が一般的であるかもしれない）は、本学のほか神戸大学、大阪市立大学の社会科学系の学生の間の研究上の交流の一環として設けられ、昨年までに四七回と、ほぼ半世紀続いている伝統のある行事である。三大学の後期ゼミで、専攻領域の近接したゼミごとに通通のテーマ、問題について討論を行うというかたちが採られており、一九九七年度は神戸大学で開催された。年度によって変動はあると思われるが、一九九七年度の法学部関係についてみると、分野としては憲法、民法、刑法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法、

国際法、法社会学、政治学（国際政治）、行政学に及び、三大学合わせて三〇余りのゼミの参加があった。

私の担当しているゼミは商法専攻であるため、昨年度は、やはり商法専攻の神戸大学の岸田雅雄ゼミおよび近藤光男ゼミとともに討論を行った。ホスト校である神戸大学の岸田教授に出題いただいた問題は後掲のように総会屋に対する利益供与に関するもので、問題についてのディスカッションとともに一部ディベート方式も採り入れて丸一日活発な議論がなされ、理解が深められた。

新入生の皆さんにとって商法は必ずしもなじみのあるものではないであろう。しかし、総会屋をめぐる企業不祥事については、誰もが知っているような会社での摘発が相次ぎ、しかも経営のトップに位置する役員が関与し

ているケースも目立っていることから、関心をもたれる方も少なくないのではないかと思う。

そこで、本稿では、上記討論会で議論された問題を手掛かりとして、総会屋に対する利益供与について商法がどのような規制を用意してそれに対処しようとしているのか、そのあらましを示すこととしたい。まず、二において、議論された問題を提示するとともに、それについての考察を行う。その際には、模範答案を示すというよりはむしろ各自考えていただく材料を提供することに主眼をおくこととする。出題された問題は主に民事責任について考えさせようとするものである。商法はそのほか抑制しようとしている。罰則規定については、最近の一連の利益供与事件を踏まえて改正法が成立し、平成九年一二月二三日にその施行がされている。三において、そういう刑事責任についての規制の概要を示し、四を結びとする。

二 問題とその考察——民事責任——

(一) 第四七回三大学学生研究討論会(商法ゼミ)で

出題された問題

● 甲株式会社(資本金一〇〇億円、上場会社、銀行)

には、取締役が九人(A、B、C、D、E、F、G、H、I、J)のみが代表取締役)と監査役が三人(J、K、L、M)は常勤監査役、Lは社外監査役)いる。Aは、株式会社丙経済研究所の所長X(実は総会屋)が要請した一〇億円の融資申込を断りきれず、これに応じた。しかしその一〇億円は、甲会社のアメリカの子会社乙を通じて、丙会社がアメリカに新たに設立した名目だけの子会社丁会社に融資される形態を採った。この融資については甲会社の取締役会で承認の決議がなされたが、その際、Aはこの融資が実際に返済される見込みがほとんどないことと、取締役会が承認を求めた。他の役員もお互いに口にする事はなかったが、その事実が気がついてきた。この決議には取締役のうち、H、Iは所用のためと称して欠席していた(実はHはこれが総会屋への融資かも知れないと気づき後に責任を問われることを恐れて欠席したものである。これに対しIはそのような事実をまったく知らず、以前から決まっていた海外出張に出か

けたものである)。取締役会ではFとGがこの融資は回収の見込みがないことを理由に反対の意思を明らかにした(ただ議事録にはGが異議を止めたとのみ記載されている)。また監査役のうち、K、Lはこの融資は回収されない恐れがあり、またXが総会屋であると知っていたので、代表取締役Aにその融資の中止を求めたが、どうしてもAが融資するというのでそれ以上は何もしなかった。取締役会では、この融資についてA、B、C、D、Eの賛成、F、Gの反対の多数決で決定され、その後前述のやり方で融資が実行された。なおこの年度の監査報告書で監査役はこの融資については何もふれず、取締役の業務執行には何ら指摘すべき事項はないと記載した。ところがその後、この融資はまったく返済されなかった。

このような事実関係の下で

①甲会社の株主Zは、どのような法的手段を誰に対して採りうるか、法的に可能なすべての場合について論ぜよ。

②仮にAの融資を実行する前に、株主Zが前記の事実を知った場合には、どのような法的手段を採ることができたか、そのすべての場合について論ぜよ。

(二) 考察

1 導入

近時の総会屋への利益供与事件をみると、額が巨額化するのと同時に、その供与の態様、手口が複雑、巧妙になる傾向がある。後にみる利益供与禁止の規定の適用や利益供与罪の成立が微妙といえるケースも出てこよう。本問にあっても、この関係で詰めなければならぬ点が少なくない。たとえば、海外の子会社を通じて融資がなされているが、それを単にトンネルとして利用されたにすぎないとみて、あくまでこれは甲会社による総会屋Xへの融資と捉えることができるか、また、ここでは融資という形が採られているため、返済するつもりであったと主張されることが大いに考えられるが、その場合どうか、等である。この部分の検討は討論会当日においても十分ではなかったが、岸田教授が講評でも述べられたように、いろいろな場合を想定して考えてみると、興味深い議論の展開が期待される所であろう。以下では、関連する商法上の規定を説明するが、それを踏まえて考えていただければ幸いである。

2 株主の権利行使に関する利益供与の禁止

総会屋の根絶を期して商法上設けられている規定のうち民事的規制の中心となるものは二九四条ノ二である。同条一項は、会社は、何人に対しても、株主の権利行使に関し、財産上の利益を供与してはならない旨を定める。総会屋関係の行為のみをとらえるというのではなく、より一般化して株主の権利行使に関する利益供与を禁止するという形で定められているが、規定成立の経過からしても総会屋の活動をひろく封殺することに主眼があることは疑いない。

この規定については、解釈上の問題がいろいろとある。まず、利益供与の相手方については、「何人ニ対シテモ」と規定されており、必ずしも株主であることを要しない。これにより、たとえば、ある者が現在には株主ではないが、株主になられると総会場で質問等をされてめんどうなので、株主にならないという条件でこの者に財産上の利益を供与する場合や、また総会屋が経営する新聞社、雑誌社、物品販売会社等に利益を供与するというように、総会屋の指定する第三者に利益供与する場合等もとらえうることになる。⁽²⁾ 問題文の総会屋も甲会社の株主であるか

どうか明らかでないが、仮に株主でないとしても、規定の適用において問題にはならない。

次に、供与の対象として、財産上の利益が問題にされている。現金、物品はいうまでもなく、その他役務の提供、債務の免除、信用の供与、会社の製品の値引販売を受ける利益等、金銭に見積りうる経済的利益であれば、その種類を問わずこれに該当する。また、これは対価の有無を問わない。典型的には、総会屋が発行する零細な雑誌に購読料や広告費を支払う場合のように経済的にみて通常の場合よりも相手方の給付する対価が少ない場合に財産上の利益の供与にあたることはいうまでもなく、さらに経済的にみて合理的な対価といえる場合であってもこれに該当することがあるとされている。たとえば、総会屋が建設工事請負業を営んでいる場合に、工事代金は格別高くない合理的な対価といえるときでも、競争者の中からその者を選んで取引をすること自体が財産上の利益供与と認められる場合もありうるのである。⁽³⁾

商法二九四条ノ二で禁止されるのは、会社が上記の意味での利益を、「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」て供与することに限られる。株主権の行使に関する限りその権利の

種類を問わないが、通常は株主総会における議決権や質問権、または代表訴訟を起こす権利のような監督是正権等、共益権と呼ばれる権利が問題になることが多いと思われる。そして、権利の行使に「関シ」であるから、それを行使すること（たとえば、議案に賛成することや、「異議なし」、「賛成」等の発言をして総会の議事進行に協力すること）、それを行使しないこと（たとえば、総会の会場で質問権や発言権の行使をしないこと）を問わず、それらに関して利益を供与することが禁止される。また、現在株主になっている者の権利の行使に関して利益が供与される場合だけでなく、たとえば、株主でない総会屋に対し、株を買って名義を書き換えることをしなると約束させて利益を供与することも株主の権利の行使に「関シ」に含まれると解される。ただ、たとえば新聞、雑誌にいやがらせ記事を書くとおどされてそれを載せないことを条件に金品等を供与する場合には、株主の権利行使との関係が認められず、ここでの禁止の対象外ということにならざるを得ない。なお、この要件については、後述するように、推定規定が設けられている。

最後に、商法二九四条ノ二で利益供与してはならない

とされているのは会社である。会社の計算においてなされた行為、すなわち会社の負担に帰する行為が違法となり、取締役等、会社以外の者が自己の計算で利益を供与する場合には同条に触れない。しかし、会社以外の者が供与する場合でも、それが実質上会社の計算においてなされたものと認められる限りは、会社の利益供与になるしたがって、問題文にあるように、子会社を通じてなされた場合でも、それがトンネルとして利用されたにすぎないといえるときには、会社の計算によるものと解される。総会屋に支出させるため、その分だけ取締役等の報酬を増やすような場合も同様である。

以上の要件のうち、利益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という要件については、実際上その立証は容易でないと考えられる。ある利益供与がどのような目的でなされたのかということは、当事者以外の者が知ることは非常に困難である。当事者たる会社側と総会屋が口裏を合わせて言い逃れをしようとすることに利用されることにもなりかねない。それでは総会屋に対する利益供与規制の実効性が危うくなる。そのため、商法二九四条ノ二第二項は、二つの推定規定を置

いている。第一に、会社が特定の株主に対し無償で財産上の利益を供与したときは、株主の権利行使に関して利益供与したものと推定することとする。第二に、会社が特定の株主に対し有償で財産上の利益を供与した場合でも、会社の受けた利益が供与した利益にくらべて著しく少ないときには、同様の推定をすることとしている。後者は、通常の取引の形を偽装して利益供与が行われる場合にそなえた推定規定である。株主たる総会屋の発行する新聞・雑誌の購読またはそれらへの広告掲載を行った場合に、その新聞・雑誌またはそれらへの広告がほとんど無価値であるといった場合、上記の推定が働く。推定であるから、反証をあげることができれば、その推定は覆ることになる。無償または著しく少ない対価で利益供与を受けた者が会社の株主である場合には、たとえ慈善団体や学術団体として寄付を受けたのであっても、上記の推定が働くことにならざるを得ないが、そのような場合にはその反証は容易になし得るであろう。⁽⁷⁾ 以上の推定は、供与先が株主である場合にのみ働く。問題文で、仮に融資という形が無償の供与の偽装のために採られたにすぎないと評価し得るとしても、供与を受けたXが株主であ

るかどうかは不明である。株主でない場合上記推定は認められず、それが株主の権利行使に関する利益の供与であることを責任を追及する側で立証しなければならぬ。ただ、Xのように供与の相手方が総会屋であるとか、その前歴のある者あるいはその使用人であることが明らかにされれば、実際上右の証明はあったものと認められる場合が多いであろうと指摘されている。⁽⁸⁾ このように、法律上の推定以外に、事実上の推定が働く場合があるのである。

3 違反の効果

これまで説明してきた利益供与禁止規定に違反して会社が財産上の利益を供与したとき、まず第一に、利益供与を受けた者は、これを会社に返還しなければならぬ。この場合にその者が会社に対して給付したものがあるときは、その返還を会社に対して求めることができる(商法二九四条ノ二第三項)。会社はその者に対し返還請求権を有することが明定されているわけであるが、会社がこの返還請求権を行使することは実際上期待できないことが多いと考えられる(それを行使するということは、会社側の担当者が違法な行為をしたことを認めることに

ほかならない⁽⁹⁾ので、そのような場合に代表訴訟を提起して利益の返還を請求できるとされている。すなわち、株主は会社に対し、供与した利益の返還を求め訴を提起するよう請求でき、この請求後三〇日以内に会社が訴を提起しないときは、その株主が自ら会社のために返還請求訴訟を提起することができる(商法二九四条ノ二第四項・二六七条ノ二六八条ノ三)。取締役の責任追及の場で株主代表訴訟が利用されていることはご存じの方も多いと思うが、これが違法に供与された利益の返還請求の手段としても利用できるようにされているのである。

第二に、利益供与の禁止に違反して財産上の利益を供与した取締役は、連帯してその供与した利益の価額を会社に弁済する責任を負わされる(商法二六六条一項二号)。上述の利益供与を受けた者の返還義務とこの取締役の義務との関係をどうみるかについては、意見の対立するところであるが、これを不真正連帯の關係にあるとする見解が多く、それによると供与を受けた者から返還された利益の額は取締役に対する会社の請求額から控除されることになる⁽¹⁰⁾。なお、違法な利益供与が取締役会の

決議に基づいてなされた場合には、決議に賛成した取締役は自らこれを行ったものと見做されて責任を負い、また決議に参加して議事録に異議を止めなかった取締役は決議に賛成したものと推定され、反証をあげない限り責任を負わされることとなる(商法二六六条二項・三項)。この会社が供与した利益の価額自体を弁済する責任のほか、取締役は法令違反に基づく損害賠償責任を会社に対して負っており(商法二六六条一項五号)、会社に別に損害があればそれについても賠償しなければならない。

ところで、取締役は会社に対して受任者として、善良な管理者の注意をもってその任務を遂行する義務を負い(商法二五四条三項・民法六四四条)、さらに法令定款の定めならびに総会の決議を遵守し会社のため忠実にその職務を遂行しなければならないとの義務(商法二五四条ノ三)を負っている。これらの義務に違反するとき会社に対してその責を免れないが、この取締役の善管注意義務違反または忠実義務違反の責任は、他の取締役の重大な任務違反を知りながら必要な措置をとることなく、漫然とこれを放置した場合にも認められる。したがって、取締役会の決議によらない場合でも、取締役または使用

人が違法な利益供与をするのを知りながらこれを見逃した他の取締役は、会社に対し右の監視(監督)義務を怠ったことによる責任を免れ得ない(商法二六六条一項五号)。

さらに、取締役の職務の執行を監査する立場にある監査役も、その任務を怠って、取締役の違法な利益供与を見逃してしまったり、あるいは監査報告書の不実記載をすることにより会社に損害を与えた場合には、取締役と連帯して会社に対して損害賠償の責任を負う(商法二七七条・二七八条)。

以上の取締役および監査役の会社に対する責任につき株主が代表訴訟によって追及することはもちろん可能である(商法二六七条・二六八条ノ三・二八〇条一項)。

4 問題文の問いについて

(a) 問い①について

3で述べたさまざまな法的効果が生じるには、当該行為が2において示した違法な利益供与の要件を満たすとの事実認定がなされる必要がある。1でも若干触れたように、問題文では、実際の裁判において事実の確定とそれが商法二九四条ノ二第一項の要件を満たすかという事

実の法規範へのあてはめについて争いになる余地を残す事実関係が示されている。そうした検討は、討論の場にあつていろいろな場合を想定して考えるのに適したものである。紙数の限られたこの場においては、これは甲会社による総会屋側への利益供与であり、そしてそれは株主の権利の行使に関してなされたものであると認定されるとして、考察を進めることとしたい。その場合、問い①については、かなりの部分は3に述べたところから答え得るであろう。受供与者たる総会屋、それに対する利益供与を実行した代表取締役A、それに承認を与える取締役会の決議に賛成した取締役B、C、D、Eに関してはあらためて説明を要しない。また、取締役会で反対の意思を表明したF、Gのうち、議事録に異議を止めなかったFは、決議に賛成したものと推定されるため(商法二六六条三項)、上記の責任を免れるためには反証をあげる必要があるということにも言及済みである。さらに、取締役会を欠席した取締役のうちHは、他の取締役の重大な任務違反に気づいておりながら何ら必要な措置をとることなく見逃したものである(監視義務違反)。これにつき株主がHに対して善管注意義務ないし忠実義務

務に違反したこと（法令違反）に基づく責任（商法二六六条一項五号）を追及しうることはすでに述べた。これに対しIはどうかについて、若干の補足をしておきたい。たしかにIも、業務監督の権限を有する取締役会の構成員としての地位において、他の取締役の職務の遂行が適法に行われるように注意する義務を負っている。しかし、Hにつき明らかに監視義務を果たさなかったことに故意または過失があったことを認めうる（商法二六六条一項五号の責任は取締役の故意または過失を要件とする）のに対し、Iについては、気づかなかつたこと自体に過失があつたといえるような事情でもない限りは、右の故意・過失の要件の点で、Hと同様に扱うことはできないと考えられる。次に、監査役に対し採りうる法的手段についてであるが、総会屋への利益供与との関係で監査役に生じうる責任に関しても一般的には既に3でみた。監査役は業務執行機関ではないから、取締役に対するように弁済義務を負わせることはできないが、会社に対する任務懈怠の責任を問ひ得る場合がある。監査役は会社から取締役の業務執行（取締役会によるものも含む）を監査する事務を委託されたものであって、種々の権限を行

使してその職務を遂行する。その際、善良な管理者の注意をもって職務遂行しなければならず（商法二八〇条一項・二五四条三項・民法六四四條）、この任務を怠つて会社に損害を生じさせた場合に賠償責任が課せられる。問題文の事案との関係で問われるであろうことの一つは取締役の違法行為の差止の権限を適切に行使したかであり、この点を補足しておきたい。監査役は、取締役が会社の目的の範囲内でない行為その他法令または定款に違反する行為をなし、これによって会社に著しい損害を生じるとおそれのあるときは、取締役に對してその行為を止めるべきことを請求することができる（商法二七五條ノ二第二項）。株主の有する差止請求権（商法二七二條）と異なつて、監査役は職務としてこの差止権限が認められてゐる。このため、株主の場合に比べて差止の要件が緩和され、差止の訴えを提起して仮処分によつて差止を求めるときにも監査役は担保を立てることを要しない（商法一七五條ノ二第二項）。問題文ではAに融資の中止を申し入れるに止まっているが、それが功を奏しなかつた場合監査役は適切に差止訴訟を提起すべきであつたといえ、任務懈怠があつたことを否定し得ない。

上記の責任を追及するため、株主は代表訴訟を提起しうる。ただ、その場合、勝訴したとしても会社が利益を受けるだけで株主が直接利益を受けるわけではない。討論会では、取締役・監査役の民事責任の追及につき、その他これらの者の対第三者責任を定める商法二六六条ノ三・二八〇条一項二項の規定に基づく損害賠償請求という手段を採りうるかが検討された。商法二六六条ノ三は、

取締役に悪意・重過失の職務行為があれば取締役は第三者に対しても損害賠償責任を負い(第一項)、また不実の情報開示(虚偽記載)をしたとき取締役は無過失を立証しない限り、これにより生じた第三者の損害を賠償しなければならない旨を定めている。この規定は監査役にも準用されている(商法二八〇条一項・二六六条ノ三第一項。虚偽記載の責任については、監査報告書について問題になる(二八〇条二項参照)。これらの規定の適用により株主が救済を求めることが可能かどうかに関しては、第三者に株主も含まれるかという第三者の意義をめぐる意見の対立があり、討論会では立場を分けてディベート方式により検討がなされた。ここでは、右のような問題もあるということ指摘するにとどめる。

問い①については、以上のほか、取締役等の解任の問題も当然に生じることになる。

(b) 問い②について

問題の融資が実行される前にそれを阻止することができるのであれば、事後に救済を求めるよりもいっそう望ましい。取締役の違法行為を事前に阻止するために株主に認められた権利として株主の差止請求権がある。これは個々の行為の執行の阻止に向けたものであるが、他に取締役の職務全体の執行を阻止することに向けた措置(解任、職務執行停止・職務代行者選任の仮処分)も考えられる。また、各種の情報収集権が株主に与えられており、上記の権利を適切に行使するにあたりそれらの利用が役立つであろう。

まず株主の差止請求権であるが、これは、取締役が会社の目的の範囲内になし行為その他法令または定款に違反する行為をなして、会社に回復すべからざる損害を生じることのある場合に認められる。請求をなすのは、六月前より引続き株式を有する株主である(商法二七二条)。「回復すべからざる損害を生じること」と厳格な要件がつけられているが、必ずしも損害の回復が絶

対に不能な場合に限らず、損害の回復に不必要に費用や手数がかかるような場合もこの要件を満たすと解されるので、問題文の場合も差止の対象になり得るものと思われ⁽¹⁾。差止の方法に制限はないが、監査役が中止を申し入れたにもかかわらず実行されてしまったことからみても、中止の請求をただけで取締役がたやすく応じるとは考えにくい。その場合、違法行為をなそうとする取締役を被告として訴えを提起し、その訴えに基づく仮処分をもってその行為を差し止めることができる(民事保全法二三条二項)。

次に、株主総会の決議をもってすれば、会社はいつでも取締役を解任することができる(商法二五七条一項本文)。裁判所に解任を請求する途もあるが、それは取締役の職務の遂行に關し不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があるにもかかわらず、株主総会でその取締役を解任することを否決した場合のことであり、そのときに限って六月前から発行済株式総数の百分の三以上に当たる株式を有する株主がその請求をなしうる(商法二五七条三項)。實際上解任を議題とする株主総会を現任の取締役が招集することはまれであり、少

数株主権として認められた総会招集権を行使するか(商法二二七条)または解任についての提案権を行使して(商法三三一条二)その総会で解任決議が否決されたときに始めて右の訴えを提起し得るというのが通常であろう。もし取締役の解任の訴えが提起されたとしても、その判決が確定するまでは、当該取締役の地位に影響はない。ただ、問題の取締役にそのまま職務を執行させることにより会社に生じる著しい損害または急迫の危険を避けるために必要があるときは、本案の管轄裁判所は、当事者(解任の訴えを本案とするときは商法二五七条三項の株主がこれにあたる)の申立により仮処分をもって取締役の職務の執行を停止しまたはこれを代行する者(職務代行者)を選任することができる(民事保全法一条・二三条二項)。監査役の解任についても、以上に述べたのとほぼ同様である(商法二八〇条一項・二五七条民事保全法二三条二項)。

商法は株主に各種の情報を入手するための手段を用意し、上述のような権利を有効適切に行使できるようにしている。問題文との関係では、取締役会議事録の閲覧・謄写請求権(商法二六〇条ノ四第四項)や経理検査権と

よばれる諸権利(これには、計算書類・付属明細書の閲覧権(商法二八二条)、会計帳簿・書類の閲覧謄写請求権(商法二九三条ノ六)および検査役選任請求権(商法二九四条)が含まれる⁽¹²⁾)等の活用が考えられよう。ここではその効果のもっとも強大である検査役選任請求権についてみると、これは、会社の業務の執行に關して不正の行為また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疑うべき事由があるとき、発行済株式総数の一〇分の一以上に當たる株主は、会社の業務および財産の状況を調査せしめるため、裁判所に検査役の選任を請求することができるものである(商法二九四条一項)。商法一九三条ノ六の帳簿閲覧権が会計の範囲に限定され、しかも帳簿・書類についての調査にとどまるのに対して、さらに広く会社の業務・財産状況の調査制度について規定するものである。もっとも、この権利は強力であるだけに、要件および手続は厳格になっている。請求をなしうるのは上記の持株要件を満たした株主に限られ、しかも不正の行為または法令定款に違反する重大事実の存在を疑うべき事由を立証することが要求される。株主の請求に基づき検査役が選任された場合、検査役は

会社の業務および財産の状況につき、現在および過去の事実を調査しうる。検査役は調査結果を書面で裁判所に報告し(商法二九四条二項・二三七条ノ二第二項、非訟事件手続法二二八条)、裁判所はそれをみて必要があると認めれば、代表取締役に対して株主総会の招集を命じることができる(商法二九四条二項・二三七条ノ二第三項、非訟事件手続法一三〇条)。この総会で検査役の検査報告書について説明されるが、これを基礎に取締役の解任について提案権(商法二三二条ノ二)を行使する等、適切な措置のとられることが期待される。

三 刑事責任

総会屋への利益供与の根絶を期して商法は、上にみた規制のほか、刑事罰による規制を大きな柱としている。簡単にではあるがこれについてもみておきたい。

さて、これまで刑事罰による規制について中心的役割を担ってきたのは、昭和五六年改正商法により設けられた商法四九七条の利益供与禁止違反の罪である。この罪が成立するのは、同条一項に挙げられた会社の役員等が、株主の権利の行使に關し、会社の計算において財産

上の利益を人に供与した場合（一項ノ供与罪）、および総会屋等が情を知つてこの利益の供与を受け、または第三者にこれを供与させたとき（二項ノ供与罪・第三者供与罪）である。要件は商法二九四条ノ二とほとんど同じであるが、刑事罰である商法四九七条には商法二九四条ノ二第二項のような推定規定はない。罰則強化を企図する商法改正が平成九年に成立し（施行は同年一月二三日）、それにともない右の罪の法定刑も従来の六月以下の懲役または三〇万円以下の罰金から三年以下の懲役または三〇〇万円以下の罰金に引き上げられた。なお、もしこの刑に処せられると（罰金でも、執行猶予でも）取締役および監査役はその資格を失うことになる（商法二五四条ノ二第三項）。

ところで、商法四九七条が設けられる前にも総会屋を取締る規定がなかったわけではない。商法四九四条の会社荒らし等に対する贈収賄罪である。これにより、株主総会における発言または議決権の行使に關して不正の請託を受けて、財産上の利益を收受し、要求しまたは約束した者（一項一号）、また右の利益を供与しまたはその申込もしくは約束をした者（二項）は処罰されることに

なる。ただ、この規定の構成要件を満たすためには「不正の請託」の存在が認定されねばならないが、それが困難であるため、この規定で有罪になることは稀であった。⁽¹³⁾ 具体的には、不正の請託があるといえる場合とは、①株主総会において、他の株主の正当な発言・議決を暴行・脅迫によって妨害するように請託を受けた場合や、②経営陣が粉飾決算などの違法な内容の決議を可決しようとする場合や、経営陣に重大な経営上の失態があり、それに対する責任追及が不可避であるような状況において、一般株主の発言を（暴行・脅迫に及ばない）駆け引きによって抑え、経営陣に有利に総会を進行させるよう請託するケース等に限られるとされる。⁽¹⁴⁾ したがって、商法四九七条は、総会屋の排斥をより徹底させた規定と位置づけられるが、ただ、不正の請託が立証できれば、刑罰の重い四九四条が適用される（平成九年商法改正で、四九四条の刑については五年以下の懲役または五〇〇万円以下の罰金と引き上げられている）。

なお、今回の改正での罰則強化の内容として、上にみた法定刑の引き上げ以外に、総会屋が利益供与を要求する行為自体を処罰することを企図して、株主の権利行使

に関する利益供与の要求罪が新たに設けられ(商法四九七条三項)、さらに受供与罪および利益供与要求罪を犯した者に威迫の行為があったとき罰則が重くなることを定める規定(同条四項)や情状により懲役と罰金の併科が可能とする規定(同条五項)が新設されている。

四 結び

新人生のみなさんにとって大先輩にあたる城山三郎氏の作品の中に、総会屋を題材にとった『総会屋錦城』という小説がある。昭和三三年下期の第四〇回直木賞をうけたこの作品は、総会屋が株主総会を牛耳っている様子を描いている。経営者が総会屋の助けを借りて筋書通りに事を進めようとするということがもしあるとすれば、それは、株主の総意により会社意思を決定するための仕組みとして認められた株主総会の本来のすがたとは掛け離れたものであり、株主総会の機能化、活性化を論じる以前の問題といえる。こうした総会の機能が害されるということのほか、総会屋への利益供与は会社財産の浪費にもなる。しかもそれは単なる浪費ではなく、闇の世界に資金を供給することを意味するし、また経営者が自分

にとって都合の悪いことから身を守るために会社の資金を使うことになる、一種の汚職の性格を帯びてくるだろう。さらに、利益供与事件が後を絶たないことは、一企業の問題にとどまらず、日本の経済界全体に対する信用の低下につながりかねない事柄である。わが国の商法が、このような弊害に対処するため、幾重にも規定をおいていることをみた。¹⁶⁾ それでも一掃できないということ、別に原因を求めなければならないことを意味しているようにも思われる。経営トップの意識改革の必要性はつねに指摘されるところである。ともかく、このような規制を設けなければならないこと自体がわが国にとって不名誉なことなのである。なお、本特集号の性格上、文献の引用は最小限にとどめたことをお断りする。

(1) 商事法務一四七五号(一九九七年一月三〇日臨時増刊号「株主総会白書一九九七年版」一四頁〜一五頁に最近の利益供与事件(平成八年一月より同九年一〇月に摘発のあったもの)の一覧表が掲げられているので参照されたい。

(2) 河本一郎『現代会社法(新訂第七版)』(一九九五)四〇二頁。

- (3) 竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益供与」同『会社法の理論Ⅱ』(一九八四)所収五三頁、五八頁、大隅健一郎、今井宏『会社法論中巻(第三版)』(一九九二)五一―七頁以下、参照。
- (4) 河本・前掲(注2)四〇三頁。
- (5) 竹内・前掲(注3)五九頁。ただし、恐喝罪(刑法二四九条)、特別背任罪(商法四八六条)等の問題が生じることはありうる。
- (6) 上柳克郎他『新版注釈会社法(九)』(一九八八)二四四頁(関俊彦)。
- (7) 竹内・前掲(注3)六〇頁。
- (8) 大隅、今井・前掲(注3)五二頁。
- (9) 関・前掲(注6)二四七頁。
- (10) 元木伸、稲葉威雄『商法等の一部を改正する法律の概要(別冊商事法務五〇号)』(一九八一)三四頁、河本・前掲(注2)四〇五頁、大隅、今井・前掲(注3)五二頁、関・前掲(注6)二四八頁以下等、通説である。これに対し、通説のような解釈では、株主が代表訴訟により、供与された利益を会社に返還させることに成功すると、それを傍観していた取締役の弁済責任が減縮することになるが、それは合理的とはいえないとの基本的な着想のもと、受供与者の返還義務と取締役の弁済責任は別個独立の責任であるとして、会社は、受供与者から利益の返還を受けた場合でも、重複して取締役の弁済責任を追及しようという見解も存する。竹内・前掲(注3)六四頁以下参照。後者は二重賠償
- 的な考え方にも通じるものであって注目に値するが、現行法の解釈としては無理であるとの見方が一般になされている。
- (11) 森本滋『会社法(第二版)』(一九九五)二六〇頁、大隅、今井・前掲(注3)二四八頁。
- (12) 上柳克郎他『新版注釈会社法(九)』(一九八八)二〇三頁(和座一清)。
- (13) なお、東洋電機カラーテレビ事件と呼ばれる判決がある。最決昭和四四・一〇・一六刑集三三卷一〇号一三五九頁。この判決につき、谷川久「判例批評」別冊ジュリスト会社判例百選(第五版)一九八頁、竹内昭夫「総会屋(会社法講義・第二五回)」法学教室七二号(一九八六)九一頁以下参照。
- (14) 西田典之編『金融業務と刑事法』(一九九七)二〇八頁(橋爪隆)。
- (15) 以上に加え、総会屋問題の存在は、間接的にも、わが国の会社法、会社法の実務に対して深刻な影響を及ぼしていることが指摘されている。竹内・前掲(注13)九四頁以下を参照されたい。
- (16) 本稿では触れることができなかったが、無償供与の情報開示と監査も規制の柱として重要である。その考え方につき、竹内・前掲(注13)九七頁以下参照。

(二橋大学教授)