

起業家の負担軽減に向けた定款認証の見直しに関する検討会（第2回）

第2回検討会における資料2について

2023年11月20日

学習院大学 神作裕之

1 第2について

定款認証の意義について、第1回検討会の参考資料2において、①定款原本の保管・内容の証明機能等による定款や法人格の存立をめぐる紛争の予防、②不正な起業・会社設立の抑止、③マネー・ロンダリング対策（実質的支配者の把握）の3点が挙げられている。定款認証を廃止した場合に、これらの趣旨が損なわれることがないか、また、仮にこれらの趣旨が損なわれるおそれがある場合には、それを防止する代替的な抑制策があるかどうか問われる。

公証人による原始定款の認証には、それにより定款の作成およびその内容が適法に行われたかどうかを公証人がチェックした上で、定款を法的に確定する意義がある。それとともに、認証により、原始定款の内容と、発起人が自らの意思に基づいて当該定款を作成し会社設立の意思があることが証明され、信用力が付与される。このことにより、不正な企業・会社設立が抑止されるとともに（上記②）、法的安定性ももたらされ、ひいては紛争予防的な効果をもつことが期待される（上記①）。

定款の認証制度がない場合には、たとえば、定款の必要的記載事項を欠いた定款が作成された場合に定款の効力がいつ発生するのか明確でなく、また、法定の要件を満たす定款が作成された後、法定の要件を満たす形で何度か改訂がなされたような場合に、どの時点でどのような内容の原始定款が制定されたとみるのか、認定するのが容易でない場合などが生じると考えられ、法律関係が不安定になり、ひいては紛争をもたらす可能性がある。会社法は、原始定款に規定がある場合とそうでない場合とで、定款変更の手続等を分けている場合があり、また、解釈論においても原始定款に当初から定められていた条項であったかどうかによりその有効性等について差異が生じると解すべき場合があるという議論もある。商業登記制度における株式会社の設立の登記の審査と登記によって、定款認証の機能の一部はカバーされるであろうが、発起人の氏名等のように定款記載事項ではあるものの登記事項ではない事項等もあり、法的安定性の確保および紛争防止という観点から、定款認証の廃止によりその機能を十分にカバーできるとは言い切れない。

また、定款の認証制度を通じて、発起人は、公証人との対話や助言等のコミュニケーションを通じて、自己が設立しようとする株式会社の根本規範や設立規制についての理解を深める機会を得るとともに、発起人の義務および責任について注意を促される警告機能があると考えられる。これらの機能は、適切な専門家に相談したり助言を得たりすることに

よってカバーされるであろうけれども、起業家の負担軽減に向けた定款認証の見直しの方向性は、むしろ、そのような手間やコストを不要にしたいということのようであり、そうだとすると、公証人の認証制度がなければ、これらの機能が失われる可能性が高い。

さらに、認証制度には、公証人によって一定の適法性についてのコントロールがなされるため（上記②）、商業登記所の負担を減少するとともに、紛争予防効果により裁判所の負担を減じる効果もあると考えられる。認証制度の廃止により、これらの負担が増加する可能性がある。そして、そのことは、翻って、発起人や株主、会社債権者等の利害関係者の負担を増大させる可能性がある。

会社法は、株式会社の設立について、株式会社の根本規範である定款を作成し、認証によりその効力が発生したことを出発点として、その後、設立時株主の確定、会社機関の選定等の法人の実態形成のための手続をかなり詳細かつ複雑に規定している。定款の効力について、設立プロセスの後半や会社設立の登記の段階以降に疑義が生じた場合には、法的安定性が害され、紛争が増加する可能性がある。そのことによって、かえって発起人の負担が増加し、株式会社設立の手間も増えることもあり得るであろう。定款の認証制度を廃止する場合には、株式会社の設立規制そのものを見直す必要性が生じるとも考えられることを示唆する。

2 第3について

第2に述べた定款の公証人による認証制度の意義を踏まえるならば、モデル定款を作成・公表しても、認証制度を直ちに廃止するというにはならず、認証の効率化、迅速化に資するものとし、定款の認証制度の機能や代替策等について、状況を観察するのが適当と思われる。

モデル定款を作成・公表する場合には、株式会社の根本規範である定款について、その作成者である発起人が、自らの意思を的確に定款の条項に反映させることの重要性や、会社設立のプロセスや発起人の厳格な義務・責任について意識を向けることに留意すべきであると考えられる。

平成17年会社法は、とくに非公開会社について、機関設計の多様性を大幅に認め、また、種類株式制度を拡充するなど、定款自治の範囲を拡大した。そのような会社法の下で、モデル定款を作成・公表する場合には、本来、あるべき定款は、会社ごとに異なるはずであるという認識をもつことが重要である。モデル定款を制度化することは、会社法の問題と必ずしも一致しない可能性がある点に留意しつつ、制度設計をすべきである。多様な類型を想定した上で、類型ごとにモデル定款を作成したり、総論的に会社法の構造や基本的な仕組みについての適切なコメントを付したりするなどした上で、基本的に自由記載欄を設けることにより対応することが考えられる。

3 第4について

定款認証には、定款の内容の適法性についてのチェックと、発起人の本人確認および発起人として定款に則った会社を設立することについての意思確認の機能がある。このうち、前者すなわち定款の内容の適法性のチェックについては、必ずしも面前確認による必要性は大きくなく、かつ、代理制度に適しているものと考えられる。それに対し、後者すなわち発起人の本人確認および発起人の会社設立についての意思確認が必要であるが、これは書面審査や代理にはなじまず、面前確認が有効であると思われる。発起人が設立時募集株式の全部を引き受ける発起設立が大半を占める日本においては、本人確認と発起人としての会社設立についての意思確認は、実質株主の確認（上記③）にとっても有意義であると思われる。もっとも、オンライン会議などのIT（情報技術）の活用等により、対面でも本人との直接的なコミュニケーションをとることによって本人確認と定款作成および会社設立の意思を確認することが望ましいと思われる。面前確認は、必ずしも対面で行う必要はなく、ビデオ機能や録画機能を伴うなど、面前確認の場合と同様の機能が実現するのであれば、オンライン会議などによって実施することが認められるべきである。

以上