

# 新しい会社法制を求めて(V)

— 会社法現代化要綱試案に関連して —

早稲田大学大学院法務研究科教授・弁護士

稲葉 威雄

目次	
はじめに	
一 利害関係の調整・調和	
二 会社の商号等 (商法総則関連)	
三 会社形態の統合・規律の統一等 (以上二一―二一号)	
四 資本の位置づけ	
五 発起設立への一本化・現物出資等	
六 譲渡制限株式・持分の移転等	
七 自己株式の買受け等	
八 種類株式特に議決権制限株式・株式の単位等	
九 株主総会 (以上二二―二二号)	
一〇 取締役	
一一 委員会等設置会社	
一二 執行役員等	
一三 取締役会の決議方法と新しい委員会制度	
一四 取締役の責任 (以上二二―二三号)	
一五 代表訴訟	
一六 監査役制度の整理	
一七 監査役と内部統制システム等	
一八 補欠監査役 (以上二二―二四号)	
一九 使用人兼務取締役	
二〇 会計監査人による監査	
二一 会計監査人の責任	
二二 計算の適正化	
二三 計算の開示 (以上本号)	

## 一九 使用人兼務取締役

要綱試案は、委員会等設置会社において、使用人兼務取締役の禁止や使用人兼務執行役の給与の扱いについての規定を置こうとしている(第四十)。しかし、もともと使用人兼務取締役の意味内容については問題がある。任せる職務の内容は別としても(商法総則の商業使用人の代理役に関する規定は、業務執行取締役にも適用を認めてよからう。商法四五条は、雇用関係が存在する場合についての規定と解される)、地位としては、その担う機能(監視・取締役会を通じた監督)からして、取締

役の地位と使用人(雇用関係による労務の提供者)の地位とは両立しないと解すべきものである(取締役会の監督機能を強化した委員会等設置会社については、もちろんである)。商法総則でいう使用人の意味も、使用人兼務が問題にされる場合の使用人の意味内容も、必ずしも整理されていない。そもそも取締役に使用人を兼務させる(雇用契約を維持する)合理的な実益はなく、総会決議における取締役の報酬や開示する報酬額をなるべく少なくする(この要請はあまり正当とはいえない)、また、改定決議の回数なるべく少なくしたい

という実務の要請から、このような実務慣行が成立したというのが、個人的な認識である。現に退職慰労金については、使用人兼務取締役を特に区別していない。このことからいえば、委員会等設置会社について使用人兼務（正確には兼任）を認める意味はないと思われる。立法するのであれば、まず使用人兼務の意味を明確にする必要がある。現行商法二六〇条三項二号の業務執行取締役の法制化により、使用人兼務取締役を業務執行取締役と整理することは容易になったと考えられる。

現在では執行役員制度の導入による取締役の数の減少、デフレ傾向等の影響で、報酬に関する実務の要請は切実なものではないし、近時の一般的傾向からいって報酬の扱いを透明化するのには当然の方向と思われる。これまでもこの給与の面以外で使用人兼務取締役を特に区別して考えるべき局面はなく、このような規定をおくことの見識が問われる。

むしろ、委員会等設置会社の取締役に限らず、その実務慣行の整理を求め、（現行商法一八八条二項七号ノ二の社外取締役の定義や商法特例法二一条の八第七項の監査委員の資格要件からその会社の使用人でない

ものというくだりを削除して）、むしろ取締役や執行役一般について使用人兼務ないし兼任の意味を整理し（執行役と使用人との関係、その使用人兼務の意味も問われる。実務上は取締役間にも階層があることは当然である。使用人を兼務しない業務執行取締役間でも指揮監督の関係は生ずる）、兼任は許されないと解釈で統一することを前提に、一般には使用人兼任の禁止規定などおかないかたちで規定を整備することが望ましい。委員会等設置会社についてのみ、このような手当てはしないほうがよいように思われる。

## 二〇 会計監査人による監査

### 会計監査人監査の強制範囲

要綱試案（一一（一））は、株式会社の会計監査人設置強制的基準については、検討事項とし、有限会社の大規模のものについては設置強制をし、連結計算書類作成会社たる完全子会社については省略を認める方向を示唆する。

会計監査人監査は、会社の計算の適正を確保することにより、株主・債権者の保護に資するためのものである（なお、会社の計算、会計、計算書類いずれの適正といっても、そ

の意味は同じである）。物的会社存立の条件として、会社財産の分別管理とそれを裏付ける会社の計算の開示・適正が基本であることは、既に述べた。会計は専門性を要する分野であるが、現行の会社法制では、その適正を図るために専門性を確保している制度は、この会計監査人の制度だけである。監査役監査も、その中核に会計監査があるが、監査役は特段の資格は要求されていない。これに問題があることも、既に述べたとおりである。

基本的に会計監査人監査を受けることによって、計算の適正を図る会社が多くなることは望ましい。強制範囲について、現行法は資本金基準五億円と負債基準二〇〇億円を採用している。ECでは、総資産、売上高、従業員数を基準とする。

資本金基準の問題点は、要綱試案において資本の位置づけに揺らぎ（矮小化の傾向）がみられ、基本的に人為的な操作が可能なことである。その意味では、総資産基準のほうがよいが、資本基準と比べて明確性に欠けるし、基準額をどう設定できるかという問題もある（現行の負債基準の二〇〇億円に引きずられれば、かなり高い額になりかねない）。

負債基準は、本来もつ引き下げるべきで、せめて一〇〇億円とするところが望ましい。従業員数と売上高は、業種・業態によって大きな差が生ずることに難点があるが、それなりの意味をもつ基準であることはいうまでもない。総資産額とともに、補助的な基準として利用する方向での検討も一案である。

連結対象の完全子会社の会計監査人省略については、どれだけ意味があるかはつきりしない。いずれにしても、親会社、子会社とも計算の適正は図られなければならない。親会社と子会社の会計監査人を同一人にすることで賄えないのかどうかである。親会社と子会社との利益相反的な事態が起こるか、子会社に関し会計監査人について独自の対会社責任や対第三者責任を問う必要がある事態が起こるかである。むしろ、企業結合法制の一環としての（完全）親子会社法制について総合的に検討したほうがよい。親会社の指揮監督権や責任との関係で、企業統治機構の簡略化がどこまでできるかを考えるべきであろう。

### 任意監査

あらゆる会社について、任意に会計監査人を採用することを妨げる理

由は考えられない。採用される強制の基準は政策的な判断の結果であり、これに全く過不足のないことは考えられない。一律に強制することは弊害は、費用に見合う効果が得られないという不均衡である。費用対効果を会社が自主的に判断して導入を決めたのであれば、その判断は尊重されるべきである。およそ会社が会計監査人監査を利用したいというのを妨害する理由はない。

### 会計監査人と機関設計

現行の制度では、会計監査人は、みなし大会社を含め、大会社における監査役制度と結び付けられている。これは、監査役との連携による監査役監査、会計監査人監査双方の充実を図る趣旨があり、また決算手続（計算書類についての総会の承認決議の省略）とも結び付いている。

この機関設計をどうするかは、この二つの観点から検討すべきであるが、結論からいえば、機関設計は会社の判断に委ね、その機関設計に応じた法律効果を認めればよい。すなわち、任意選択を認める会社の範囲を無制限にするということは、これまで会計監査のみを行う監査役が認められてきた会社も、当然対象になることを意味する。それは、監査

は、会計監査だけで足り、業務監査は取締役会なり、他の取締役の牽制あるいは株主・社員の監督に委ねることにされていた会社ということになる。このような会社について、あえて会計監査のみをする監査役の代替として会計監査人の設置を導入する余地を認めず、監査役と抱き合わせでなければならぬとする理由はない。

もちろん、監査体制をより充実するため、会社が任意に監査役監査と会計監査人監査とをともに導入する選択は妨げられない。また、その場合に総会の承認決議なしで計算書類を確定できる効果を認めてもよいが、その場合には監査役会を要求すべきであろう（少なくとも昭和五六年改正における大会社並みの監査体制は要件とすべきである）。必ずしも、会計監査人監査の強制と監査役の義務づけとを完全に連動させる必然性はない。

監査役や会計監査人設置の義務づけに規模の基準が必要であることは、既に述べたとおりであるが、それは実態として業務の適正を図る必要がある会社だからであり、なにも会計監査人監査が導入されるからではない（会計監査人強制の基準は政

治的歴史的理由から人為的に低く抑えられてきた。これを所与のものとするべきではない）。ここでも論理の逆転がみられる。

### 二一 会計監査人の責任

#### 株主代表訴訟

これまで会計監査人の責任が追及される事例は、殆どなかった（大和銀行代表訴訟事件では、ニューヨーク支店の保管証券の残高確認に当たり保管先に直接確認しなかったという初歩的なミス、古く日本コッパース事件でも問題になっていた類型のミスで、トレーダーの無断売却による保管証券の不存在を見過ごし、結果として一億ドルの損害を生じさせたが、その責任追及はされていないようである）。

類型的に会社による責任追及を担当する取締役と会計監査人との馴れ合いの恐れはなく、代表訴訟を認める必要は無いという意見もあるようである。しかし、会計監査人の責任は、取締役、監査役との連帯責任とされている（商特一一条）。この連帯責任を負うような場合において、取締役・監査役に対する代表訴訟に併せて責任追及を認めることが極めて自然である。期末監査に当た

り、会計事項に関しては、会計監査人は監査役に先立つ第一次的な監査責任を負うことになるはずである。会計監査人は、外部監査人ではあるが、株主の信任を受けて会計監査を分担する者であり、その責任追及について株主代表訴訟を認めておかしきことはないばかりか、責任の所在を明確にするためにはぜひとも対象にすべきものである。代表訴訟制度について、前に述べたような会社が訴訟に当事者として参加する改善がされればなおさらである。

代表訴訟を導入すれば、会計監査人の登記をすべきことにもなる（第四一〇）。

#### 責任免除

責任免除については、会計監査人については、取締役の責任に関する商法二六六条五項のような制約はない。その意味で責任免除についての規定をおく意味が問われる。会社として事前免責契約を締結する権限を定款の定めを条件として取締役に認めるという趣旨になろう。取締役、監査役について、責任の一部免責に關して定款の定めをおく場合には、会計監査人についてもおくほうがバランスがよいことにはあろう。しかし、一部免責の効果について解

積上さらに実務の扱いの上で問題があることは、既に監査役の責任に関連して述べたとおりである（前記一六）。

なお、会計監査人が取締役、監査役と連帯責任を負う場合の負担部分（求償）の扱いについては、特に免責が関係する場合に実務処理上難しい問題があることも、同じく監査役の責任に関連して述べた（一六）。

## 二二 計算の適正化

### その必要性―計算開示と適正化

有限責任の会社制度においては、現実の会社の財産と経営の状況の開示とその開示内容の適正（情報が正確で不足がないこと）は、会社財産の分別管理の確保、財政状況と経営成績の明確化の観点から、株主・社員・債権者等の利害関係の調整のためにも、社会制度としての公正を確保するためにも、不可欠である。最低資本金というもう一つの安全装置に重きをおかない場合には、有限責任の会社制度の正当性は、専らこれに依存することになる。

もつとも、有限責任の会社制度自体が経済活動の活性化という社会的有用性という政策目的から生まれたものであり、その正当性をどこまで

貫徹するかも、政策判断の面がある。その観点からすれば、最低資本金は、倒産を防止できるような多額のものとすることはできず、また企業が損失をだして資本欠損の状況に陥つたとしても、増資や解散の義務を課することもできないから、それほど意味がないともいえる。その意味では、計算の適正と開示が確保されればそれでよいということもできない（もつとも、企業活動によつて生ずる不法行為の債権者のような自発的な選択ができない債権者の保護の問題はある）。米国では、そういう建前だが、公正という観念、自己責任意識が強い。責任追及も厳しい。わが国では、そういう意識、厳しさが乏しい。

正しい情報の開示に対する意識が、日米ではまったく異なっていることに注意を払う必要がある。計算の公示（公告）についての反対の理由として、要綱試案の補足説明において、利益を計上していることで値引きが要求され、利益を計上していないことで必要以上の信用収縮が起ることという意見が紹介されている。この事態の発生の防止のためには、取引先への計算の開示を一切拒否しなければならぬ。それは、近代的

な有限責任の企業による取引を否定するものである。むしろ適正な計算とその正確な分析、さらに公正な競争原理に基づく取引社会が形成されるように努力することによって、これを是正しなければならない。日本企業については日本経済の体質改善のためには、そのための制度改正こそ重要である。なお、最低資本金の制度は、計算の適正と開示を励行する意欲と能力が期待できない企業を排除するという趣旨での意味をもつことは、前に四で述べた。

要綱試案は、会計監査人監査の任意採用を小会社にも拡大するほか、計算の明確化のための特段の方策を提示していない。規制緩和もいろいろ、制度の基本理念が失われる危険を禁じえない。前にも述べたことだが、有限会社は、昭和十三年（一九三八年）当時の一万円という最低資本金を前提として計算公開が免除された制度であることを忘れてはならない。

### 適正化の方法

計算適正化を図るためには、会計の専門性に照らし、専門家の関与が不可欠である（立法論としては会計監査の主体となる場合の監査役にも専門性が要求されるべきことは、前

に述べた）。制度として専門家の関与を要求することにより、その専門家としての責任を明確にすることができ（独立性の確保の要素もある）、それを裏づけにして計算の適正を図ることができる。

そのためには、会計監査人監査の拡大が最も単純明快であるが、現実には困難がある。昭和五六年改正で設定された強制の範囲を拡大することは望ましいことは既に述べたとおりであるが、現在の経済情勢等からみて政治的に難しい。公認会計士と税理士との職域争いもある。会社の選択で、会計監査人監査を中会社に導入する途は、平成一四年改正で開かれた。要綱試案は、それを小会社にも拡大しようとしている。しかし、コストの問題つまり費用が効果に見合うかという点が隘路となる（いわゆる正規の監査については、会計組織の整備も前提とされる）。特に前述のような計算の開示・適正に意義を認めない風潮が蔓延している状況ではそのことはなおさら問題である。

この問題を解決するためには、会計監査人監査より低廉な計算適正化のための方策を探る必要がある。それとともに、日本の現実として、会

計専門家として公認会計士と税理士という二つの職業集団が存在し、その間に職域の争いがあることも認識しなければならぬ。実際問題、税理士は、日本企業特に中小企業において重要な役割を演じており、この職業集団を取り込むことなしに、この問題の解決を図ることはできない。さらに強制することは、現実問題として困難であることは明らかであるという観点からは、差し当たりは少なくとも利用者たる会社の任意選択に委ねるかたちでの導入を図るべきである（会社の計算の適正に役立つ制度であれば、これを選択肢として採用することに反対する理由はないはずである）。

昭和六一年改正試案は、会計調査人による会計調査の制度を提案していた。調査人の注意義務の程度とその保証の程度が問題であるが、計算書類の利用者である会社利害関係者に対して有意義な制度を構築することは決して不可能ではないと考えられる（現在でも、正規の監査のほかに、レビュー、コンプレーションという会計情報の信頼性を保証するための方法があるとされる）。

しかし、要綱試案は、その試みをまったく放棄していた（日本税理士

会連合会は、要綱試案に対する意見として、この会計調査に類似の税理士を含む会計専門家による「計算書類適正担保証明」の制度を提案した。

「会計参与」（仮称）  
この日本税理士会連合会の動きの対案として、法務省事務当局から「会計参与」の制度が提案されている。これは、すべての株式会社について、取締役（執行役を含む。以下同じ）と共同して計算書類を作成するとともに、当該計算書類を取締役とは別に保存し、株主・会社債権者に開示すること等を職務とする会社の機関である会計参与を任意に設置することを認め、これに公認会計士や税理士の会計専門家をあてるというものである。

会計監査人監査との並存を認め、すべての株式会社を対象とされているが、実際には会計監査人が設置されない中小会社について計算（書類）の信頼性確保のために利用されることになろう。計算（財務）書類の作成（調製）は、公認会計士、税理士ともに業務範囲とされているため、職域争いを避けることができ、現にその面からの反対はないようである。さらに従来から問題として指

摘されている計算開示の充実をも狙っている巧妙な案ということができる。

問題点  
提示されたこの会計参与制度に関する若干の問題点を指摘しておく（現在入手している案を前提とする暫定的なものにすぎないことをお断りしておく）。その責任についての定めがあることが、法律上の制度とするこの意味であるが、これについて会計参与は、社外取締役と同様の責任（現行二六六条、二六六条ノ三）を負うとされる。しかし、計算書類の作成は業務執行そのものである、それによる会社に対する責任を監督責任のみを負う社外取締役並みとするこの説明は困難である。

共同してその作成に当たる取締役と連帯責任を負うことになろうが、その場合の責任分担（求償による負担部分）が問題になる（監査とは違って二次的なチェックによる責任とすることはできない）。社外取締役と同じ兼任禁止が課されるが、その意味が問われる（計算書類の作成以外の面での独立性の確保ということにはなるが、そうすることの意味が問題である）。現行二六六条ノ三第二項の責任（商法特例法二一条

置する株式譲渡制限会社について、会計参与を置くことで監査役を省略することを認めようとしている。既に述べたとおり、会計参与の職務は、業務執行そのものであり、およそ監査とは評価できない。監査役が業務監査権限を有することを前提とするとすればなおさら、会計参与でこれに代替することは、説明できないものである（会計参与が取締役の職務執行の監査という役割を果たすための権限行使の内容についての説明はない）。

基本的に計算の適正を確保するには、本来は独立の会計専門家による監査（計算書類の調査と意見表明）が望ましい。昭和六一年改正試案における会計調査も基本的な性格は同じである。会計参与は、わが国の特殊な事情に基づく次善の政策的な制度であることを認識すべきである。安易に甘味料を振りかけべきではない。

### 二二三 計算の開示

#### 附属明細書の作成免除

要綱試案では、株主に会計帳簿の閲覧・謄写請求権を認める場合には、附属明細書の作成を免除すると

いう提案がされている（第五五(1)）。しかし、附属明細書は、債権者に対する開示書類でもある。そのことを無視するのは、不当である。さらに、株主にとつても、情報が整理されて提示されるという意味がある。経営者にとつても、そのことは重要である。もちろん、会社の規模によつて、省略を認めてもよい場合はあると考えられるが、株主のほかに債権者という利害関係者がいることに配慮せず、見境なく規制を緩和することは、おかしい。

#### 決算公告

現行法上、株式会社については、決算公告が義務づけられているが、有限会社については、義務とされていない。この調整をどうするかという問題提起がされている（第五五(3)）。理論的には、結論は明らかである。有限責任の対価として、最低資本金の制度も廃止少なくとも有名無実にする以上は、有限責任の見返りは、計算の明確化とその開示以外にはない。これに反対する意見が根拠の無いものであることは、前に述べた（二二二）。会社における開示も嫌、だというのが、本音のようであるが、少なくとも制度としてそれらも

めるということはできない。

会社における開示は、それを要求することができない交渉力の弱い取引先が、信用を供与するかどうかを判断するために情報を得る手段としては機能しない（前記の会計参与による計算開示も、公告制度の廃止・縮小を念頭においた布石かもしれないが、それで補いがつくものでもない）。計算公告は、いわば自動車運転者の若葉マーク・紅葉マークの役割をもつものである。会社の財政基盤が弱くても、事故が起こると決まったものでないことはいうまでもないが、本人も周囲も慎重に行動するように警告するシグナルとして作用する。

これまで反対の理由とされてきたコストも、電子公告（ホームページへの掲載）の手段を採用すれば問題はない。その確保を図るためには、登記簿へのアドレスの記載・届出・確認の制度を整備し（登録のための特定のウェブサイトの設定等）、過料の制裁を発動すればよい。それが、日本経済・企業の体質強化、国際化を実現する正道だといわなければならない。

ただし、公正の確保より現実の不

利益を危惧する企業からは、実際的な抵抗は大きいであろう。建前として、（最低資本金制度のある）現行より後退することは適当ではない。しかし現実論としては、有限会社について制度として計算公開が行われてこなかったことを考慮して（制度としては経過措置・暫定措置として）、社会的影響（社会的責任）のある会社という基準で相当の範囲を画すべきである（それも、いわゆる大会社に限るなどというのは、ナンセンスである）。ここでも、閉鎖的な会社について、会計監査人設置以外に一貫して規模の基準を採用しないことの問題点が表れている。

計算公開をしなかった場合の債権者の保護のために取締役の責任強化をすることも、対案として検討に値しよう（昭和六一年改正試案は、二12において、計算書類の登記所公開を前提とし、これをしなかった取締役について特別の責任を定めることを提案していた）。

