

会社法の論点解明(七)

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

I 一般私法の一環としての会社法

II 立法過程に関する問題

一 立法の基本

二 そのためのシステム―法制審議会と意見照会

三 歴史の重み

四 拙速の立法

五 手続(多角的検討)の重要性

六 法務省令の制定過程―会社計算規則の意味

III 会社法の理念と体系

一 会社生活を規律する道具としての会社法

二 理念の整理と体系化

三 規制緩和の意味

四 会社類型の整理 (その一)―株式会社への統合

五 株式会社の特質

六 会社類型の整理 (その二)―持分会社という区分 (以上二四六号)

七 会社に関する制度・規定の整理のあり方 (以上二四七号)

八 法律(条文)の分かりやすさ・分かりにくさ―内容

九 法律(条文)の分かりやすさ・分かりにくさ―表現・文言 (以上二四八号)

一〇 会社法と法務省令 (以上二四九号)

IV 会社の区分

一 問題の所在―歴史的経過

二 会社の種類と区分の意味

三 株式会社の特質と実態

四 株式会社の類型化の問題点 (以上二五〇号)

五 会社法における株式会社の種類―定義の定めがあるもの

(1) 公開会社 (二条五号)

(2) 大会社 (二条六号)

(3) 取締役会設置会社 (二条七号)

(4) 会計参与設置会社 (二条八号)

(5) 監査役設置会社 (二条九号)

(6) 監査人設置会社 (二条一〇号)

(7) 会計監査人設置会社 (二条一一号)

(8) 委員会設置会社 (二条一二号)

六 株式会社の種類―定義の定めがあるもの

(1) 株式会社の機関構成に関する類型 (以上本号)

IV 会社法の区分 (続き)

五 会社法における株式会社の類型―定義の定めがあるもの

ここでは、会社法が定義規定において掲げている株式会社の類型(二条五号から一二号)を取り上げて、その内容と意味、さらに相互の関連を検討する。基本的には、企業統治機構に関するものということができる。五号は、閉鎖性に関する類型(基準)であり、六号は、規模に関する類型(基準)である。この二つの基準は、七号から一二号までのいずれかの機関設置の類型の基準とな

るものであり、その類型はまた相互に関連する。

一三号(種類株式発行会社)は、種類株式を発行するという会社の選択の結果である。いかなる種類株式(特に企業統治に関連するもの)を発行するかということが問題であつて(注1)、その結果としての種類株式発行会社という会社類型自体が問題になるものではない。それによつて、種類株主総会という会社機関が認められることにはなるが、種類株主総会の全てが企業統治に関連するものではない。

(注1) 種類株式の多様化に伴い、発行する種類株式によって、会社と株主と

の間の関係に変化が生ずる。これまでの伝統的に考えられてきた株主と会社との関係とは異なった関係が形成されることに注意すべきである。

剰余金配当・残余財産分配関係の種類株式（一〇八条一項一・二号）は、株主の経済的利益つまりはファイナンスに關係するだけである。譲渡制限種類株式（同項四号）は、株主の投下資本回収の方法を制約するだけという意味では、その経済的利益に關係するものではないが、公開・非公開会社という基本の会社類型と密接に關係する。

これに対し、議決権制限株式（同項三号）、これは、種類株式でしかあり得ない）、拒否権付種類株式（同項八号）、取締役・監査役選任権種類株式（同項九号）は、まさに株主による統治の形態を改革するものである。この最後の種類株式（九号）は、非公開会社についてのみ認められるが、それだけの条件（すべての非公開会社に認めること）でよいかどうかは、疑問である。三号、八号の種類株式も、どのような場合に（どのような条件で）認められるべきものかの検討が必要である。

また、取得請求権付種類株式（同項五号）、取得条項付種類株式（同項六号）、全部取得条項付種類株式（同項七号）は、株主たる地位そのものの得喪を生じさせるもので、特に後の二つには、問題がある（会社が一方的に取得できたり、株主の多数決で株主の地位を奪えたりする）。これについて

は、種類株式発行会社の問題としてではなく、種類株式の問題として論ずるべきであろう。

(1) 公開会社（二条五号）

公開会社は、非公開会社（全株譲渡制限会社）以外の会社である。むしろ非公開会社を定義したほうが制度として分かりやすいことは、繰り返し述べたところである（会社法上は、公開会社でない株式会社と称される）。非公開会社は、株主の範囲が限定（特定）された閉鎖的な会社ということになるが、その意味を法律上の会社制度にどのように反映させるかは、問題である（会社法における整理が正當かどうか）。

これは、次の大会社とともに、直接の登記事項ではなく、発行する株式の内容（一〇七条一項一・一〇八条一項四号）として譲渡制限が定められているかどうかによって、判断する（その登記事項については、九一条三項七号）。

全株式譲渡制限会社と譲渡制限株式を一切発行しない会社との中間に譲渡制限種類株式を発行する会社がある。これは、公開会社とされる。この譲渡制限種類株式と譲渡制限をしない株式とを同時に発行する会社は、いかなる会社かということが問

題である（閉鎖性が経営に関する見ず知らずの人間からの干渉を避けるためであるならば、絶対的無議決権株式は、譲渡制限をする必要はない）。

たとえば、一〇八条一項九号の取締役・監査役選任種類株式の発行は、非公開会社に限られるが（一〇八条一項ただし書）、譲渡制限をしない無議決権種類株式を発行する会社（公開会社）において、これを認めない理由が考えられるであろうか（無議決権株式は、いずれにしても取締役等の選任権をもたず、経営の蚊帳の外に置かれている）。

有限会社に相当する会社類型にするには、非公開会社になることを選択すべきことになるが、単にそれを選んだだけでは、かつての有限会社とは大きな差がある。

その一つは、社員の数五〇人以下という制限を廃止したことであり（少人数の出資者という客観的な基準を廃止し、専ら会社の意思のみの選択に委ねた）、二つめは、定款変更等のための特別決議要件（総社員の半数以上・総社員の議決権の四分の三以上）有限会社法四八条）を平成一四年改正による株式会社並み（総株主の議決権の過半数（三分の一以上の定款で定めた割合）の株主

の出席・出席株主の議決権の三分の二（それ以上の定款で定めた割合）以上の賛成（三〇九条二項）にまで著しく緩和したことである（注2）。

（注2）

有限会社について、これらの規程がその運営上大きな支障を招いているというような指摘はなかった。他方、会社の実態に即した規程（会社組織の整理）をするという定款自治の拡大は、私的（関係者の合理的な意思の一致）自治に実質的な根拠があると考えられる。その会社法的な根拠は、仲間意識の強い株主による意思の結集にあるが、その結集に参加する者の数が多く、その合致の程度（比率）が高くなければ、意思が結集されたとはいえない。つまり、本文中で指摘した仲間意識をもつ株主集団の確保（そのためには、株式の譲渡承認は株主自らがすべきである。後述）とその意思の合致が高度のものであることの確保とは、重要である。大小会社区分の問題は、小規模閉鎖株式会社における法の形骸化であり、その運営の簡素化が旧有限会社の実態に近いということにあるとすれば、その有限会社法の実質を大きく株式会社法化することは、採るべき方策ではなかった。

有限会社には、種類持分という制度はなく、譲渡制限は、当然に全持分が対象になっていた。しかし、会社法における株式会社については、

一部の株式についてのみ、譲渡制限がある場合がある。それが公開会社と扱われることは、従前の株式会社の延長と考えるのであれば、当然ということになるが、株式譲渡制限の意味つまり株式の自由譲渡性を奪う意味を考えると問題がある。

株主の閉鎖性の確保は、会社の支配に關与する株主についてのみ、問題になるように思われる。少なくとも議決権制限株式のうち無議決権株式については、あえてその移転を制限する意味はないのが普通である（もつとも、具体的な種類株式の内容・発行の機縁によっては、支配権に關係しなくても譲渡制限が特に必要とされる場合は考えられる）。そのような会社について、あえて公開会社扱いを強制すべき意味はない（もつとも、この場合には無議決権株主を保護するためという趣旨で、取締役会を要求することも考えられないことではないが、これが直ちに株主の権利縮減に繋がることには、疑問がある）。

全株譲渡制限株式会社（非公開会社）が、資本市場での株式による不特定多数人からの資金調達に適していないことは、明らかだが、公開会社であれば、それに適するともいえない。

ない。また、公開会社は所有と経営の分離がある会社、非公開会社はそれが無い会社と断ずることはできない（閉鎖的な株主でも、経営者の能力に対する信頼がある場合には、株主は経営者に経営を委ねるのである）。株主数の制限もされていない。

非公開会社の規模も、小さいとは限らない（株主が多額の出資をすることができる場合、企業結合の場合等）。規模が小さければ、株主以外の監査（モニタリング）の機能を確保することは困難だし、社会的な影響も少ないが、規模が大きくなれば、会社をめぐる利害関係が複雑化し、大きなものになる。その適正な処理のためには、企業統治機構の充実が必要である（注3）。

（注3） 基本的な株式会社の類型区分として閉鎖性、特に譲渡制限という基準を基本とした点に問題がある。会社の実態に応じて、会社の機関構成や株主のあり方について、多様性を認める必要自体は肯定するとして、もっと分かりやすく、実態に即したものにすれば法はあつたはずである。このことについては、改めて述べる。

また、閉鎖的な株主で構成される会社が必ず株式譲渡制限をするというわけでもない（株主が少数数で、その閉鎖性を守る意思が明確であれば、あえて譲渡制限をする必要はない）。つまり、会社法上の非公開会社になりたい会社つまりそれによる規制緩和を求める会社は、全株譲渡制限をするが、現に発行している株式について譲渡制限をしていても、非公開会社のレッテルを貼られたくなければ（たとえば、株主の権限拡大を望まなければ）、それを免れることは簡単で、形式上、譲渡制限をしない種類株式を発行する旨の定款を作成すればよいことになる。

会社の閉鎖性については、むしろ株主の数を基準にして測るのが客観性をもち得る。つまり、会社に対する個々の株主の持分が相対的に少なくなればなるほど、利害関係も、ひいてはその経営に關する関心も薄くなり、情報の非対称性も大きくなる。構成員が多くなれば、会議としても、機能しなくなる（實際上、経営に關する専門的事項を決定することとは、無理である）。たとえば、一人株主の会社などは、株式譲渡制限の定めの有無にかかわらず、閉鎖的な会社である。

また、株主の閉鎖性の維持は、株主（出資者・所有者）の自治に委ねるのが当然であつて、これを取締役（注4）つまり経営者に委ねること

は、基本的に許すべきではない（もちろん、取締役がアドバイスをすることは差し支えない）。この建前を貫徹すれば、譲渡制限をする会社は、適正なサイズに収まること期待できる。

閉鎖的な会社においては、株多数決の要件を厳重にするのは、当然のことである。そこでは、少数者保護の要請が強く働く。無機能株主が多い上場会社について、やむを得ず採用された特別決議要件の緩和を、安易に閉鎖的な会社に持ち込むことは許されない（上場会社については、たとえば株主の縮出しに繋がるような場合の特別決議要件については、再検討が求められるべきである）。

会社法上、公開会社の基準は、まず取締役会の設置強制と結び付く（三二七条一項一号）。その意味は、明確ではない。これは、取締役会の設置を欲しない会社は、全株株式譲渡制限をせよということの意味する。その場合における取締役会の強制の趣旨が問題になる。

取締役会の設置は、会社の平常の業務執行事項の決定を合議制で慎重に行わせ、特定の取締役の独断専行（独走）を抑制する（相互牽制の）ためのものと考えられる（三六二条）。

それは、株式の譲渡制限の有無と直ちに結び付けるべきもの（三二七条一項一号）であろうか。また、取締役会を設置する非公開会社の総会権限が、当然に縮小するものとされているが（二九五条二項）、取締役会設置を総会権限の範囲・内容と直ちに結び付けるべきものであろうか。

取締役会があれば、会社と取締役との利害対立（利益相反）の局面は、取締役会で処理する余地が生まれるが、そうしなければならぬものではないし（非公開会社でそれを原則にすべきものとはいえない）、総会の万能機関性を直ちに失わせなければならぬものでもなからう。

この点は、次の取締役会設置会社に関する(3)で改めて検討する。

この会社に関する一切の事項について、総会権限とすること（万能機関性）は、所有と経営の分離が希薄だ（株主について経営への関心が高く、そのための判断をする能力がある）ということのはずであるが、取締役会を設置することが、直ちにその状況を否定することになるのか（逆に取締役会を設置しなければ、その能力があることになるのか）は、極めて疑問である。

公開会社かどうかで差がある事項

は、そのほか、議決権・剰余金配当・残余金分配について株主ごとに異なった取扱いをする定款の定めをする場合（一〇九条二項）がある。株主間に仲間意識がある非公開会社（注4）にのみ認めべき事項ではあるが、その定めの設定の要件について、特別の定めはなく、緩和された特別決議の要件（相対少数多数決）のできるのでは、非公開会社に限定した意味がない。

（注4）それは、旧有有限会社のような仲間意識を確保することができる会社にふさわしいものであって、会社法によって拡大された非公開会社一般に及ぼすことは、適当ではない。

また、前記一〇八条一項九号の取締役・監査役選任種類株式についても、無条件で非公開会社に結び付けてよいかどうかには、疑問がある。

株式の募集に関しては、二〇一条・二〇二条三項四号が公開会社の特別を定め、募集事項の決定等につき、取締役会がすることにされている。その一方で、譲渡制限株式について新株引受権を認める法制を止め、非公開会社における募集事項は、総会の特別決議で決定することになっている（一九九条二項）（注5）。なお、株主割当募集については、定

款による別段の定めが認められている（二〇二条二項）。

他方で、公開会社における譲渡制限種類株式の募集については、種類株主総会を必要とするが、定款の定めでこれを排除する余地を認める（二九九条四項。募集の委任の場合につき二〇〇条四項）。会社法上の公開会社において、無議決権でない株式につき、平成二年改正で認められた譲渡制限株式（この場合は種類株式）の株主の利益保護の仕組み（第三者割当の制限つまり支配権割合の原則的保護つまり事前の一般的権利放棄は認めない）が奪われてよいとされた理由は、説明できない。

（注5）新株引受権があっても、新株発行によって株主の利益が害されることはあり得るから、手続的保障によって利益を確保することも、一つの選択ではある。しかし、その場合も、少数株主の意思・利益は無視されるという問題は起こるし、定款による手続の事前排除を認める理由はない。

新株予約権の募集についても、その構造は全く同じである（二三八条〜二四一条）。株式の募集と同じ問題点がある。

株主総会に関しては、公開会社かどうかの基準と取締役会設置会社か

どうかの基準が交錯する。公開会社は、当然に取締役会設置会社である。取締役会設置会社は、非公開会社で取締役会を設置したものが公開会社にプラスされる。

公開会社については、総会招集通知を発する時期が一週間前とされる（二九九条一項）、株主提案権の行使につき株式保有期間の制限が認められる（三〇三条三項・三〇五条二項）。しかし、既述のとおり、無議決権（議決権制限）株式のみ譲渡制限をしない公開会社については、提案権を行使できる株主はすべて譲渡制限株式の株主のみであり、公開会社として差別することはおかし。総会検査役の選任申立権に関する三〇六条二項についても、同じである。非公開会社の招集通知は、一週間前までとされるが、非取締役会設置会社にあつては、さらに定款の定めによって短縮できる。

非公開会社の機関設計に関しては、取締役会の設置ひいては監査役の設置が強制されないこととされる。ただ、大会社については、会計監査人の設置が強制されることによつて、監査役の設置は強制されるが、取締役会・監査役会が強制されることとはない（三二八条・三二七条三

項)。委員会設置会社の選択をすれば、別である。この連関についての考え方は是非つまりは企業統治の仕組みと公開会社の基準（リンク）について、改めて論ずることとする。

非公開会社については、定款の定めによる役員任期の伸長が、非公開会社について認められる（三三二条二項・三三四条一項・三三六条三項）。この取扱いの根拠は、その選任権を有する者（株主）の構成（その集団的意思）が変化しないことに求められるのであろうが、本来は定期的株主の信任を問うべきものとするのが適当である。特に会社法による非公開会社の範囲（要件）が、旧有限会社だけというより格段に広いものであること（全株譲渡制限のみが要件）から、問題がある（旧株式会社）に相当する会社について、これを認める必要はない。もつとも、この処理は、会計に権限を限定した監査役を認めることとともに、政治的な妥協の産物である可能性があるが、そもそもは会社類型の整理の観点から生じたものでもある。

そこで、この任期伸長をした場合には、緩和された解任要件を強行法として定めること（株主による信任の機会の確保）も検討に値する。

監査役の権限を会計に関する事項に限定することも、非公開会社に限られる（三八九条）。この権限限定をする意味は、明確でない。もともとは、一九五〇年（昭和三五年）改正に端を発したものであるが、取締役会による業務監督のシステムを取り入れることによつて、それまで業務監査権を有していた監査役の権限を会計監査に限定した。しかし、その会計に関する知識・能力（資格）を問わなかつたから、これが形骸化していたことは、歴然たる事実である。一九七四年（昭和四九年）改正では、頻発する企業不祥事に対応するため、小会社（資本金一億円以下）と有限会社を除き、監査役の業務監査権（取締役の職務執行全般の監査）を復活させ、一方で大会社について、会計監査人の制度を導入した。会計監査人監査と取締役の職務執行全般に権限が及ぶ監査役監査との連携による監査体制は、それなりの効果を収め、会社法に引き継がれている。

会社法制定までの改正作業の中では、会計処理のチェックに関するスキル（クラフト・能力）を有しない、会計監査のみを行う監査役が無意味であるという認識についての根

拠ある反論は、なかつたと考えられる（注6）。それにもかかわらず、実務界は、この利用価値（役員として処遇するメリット等）を主張して、（二種の既得権益として）その温存が図られたというのが、実情のように思われる。なお、これに替わる制度としての会計調査等の制度も昭和末期には検討されたが、利害対立があり、実現はできなかった（注7）。

（注6） 会社法制定の直接的な立法作業としての会社法現代化は、二〇〇四年（平成一四年）から始まり、翌年一月には、「会社法制の現代化に関する要綱草案」が公表されている。そこでは、監査役については、一律に業務監査権限を付与する方向で検討するものとされていた（第四部第四・六(1)）。（注7）（注6）の要綱草案では、会計監査人以外の会計専門家の活用については、全く触れていなかった。しかし、その後の税理士会の動きがあつて、会計参与という制度が導入された。この経過については、会計参与設置会社に関連して、改めて触れる。

非公開会社についても、取締役会を設置でき、取締役会設置会社であれば監査役を設置しなければならぬ（三二七条二項）。しかし、その監査役の権限は、会計に限定することができ（二八九条一項）。ま

た、非公開取締役会設置会社にあつては、会計参与を設置したときは、監査役を設置義務を免れる（三二七条二項ただし書）。これは、会計に関する資格を有する会計参与の関与は、実質上計算の適正を図る上で、会計に関する知識・能力が担保されていない監査役の設置に劣るものではない、つまり遜色はない、との判断に基づくと考えられる。

大会社については、公開会社であれば、委員会設置会社でない限り、監査役会設置が必要である（二三八条一項）。公開会社かどうかによつて、この差（取締役会も監査役会も一緒に強制されたり、強制されなかつたりする）を設ける理由は、理解しかねる（注8）。

（注8） 監査役会は、組織的監査を行うための仕組みである。企業・事業の規模が大きくなれば、監査も、個人プレイによるのではなく、組織的つまりシステムチックに行うことが、適当と考えられるから、強制してもよい。しかし、全株譲渡制限会社であれば、取締役会も、監査役会も、必要がないとすることはおかしい（企業統治体制の確立による健全性の確保ひいては企業の社会的責任という観点からいって、その実質的な根拠が理解できない）。閉

鎖的大会社は、多くは企業結合（グループ経営）の場合に生ずる。その場合には、その事業の内容や支配企業（親会社）の関与の仕方によっては、重整備の監査体制などは、必要としないということも考えられる。しかし、それを実現するのに、非公開会社（つまり株式譲渡制限）という一般的な基準を用いるのは、いささかの外れである（照準が定まっていない）。また、大会社における監査体制の実質的確保や責任の所在の明確化を抜きにした、そのような一般化には疑問がある。このことについては、改めて検討する。

(2) 大会社（二条六号）

大会社は、規模に関する基準であり、それ自体は、会社の制度的類型ではない。その意味では、同じように会社類型としては、登記されない公開・非公開の基準とも異なる。その大会社の範囲は、会社法制定前と同じである。定時株主総会で報告された貸借対照表上資本金額五億円以上または負債総額が二〇〇億円以上の会社である。事業年度の途中で達成することが原則である資本金基準についても、その基準時を毎事業年度（決算期）に貸借対照表に計上されたもの（定時総会で報告されたもの）によることにされている（注9）。

（注9） 商法特例法とは異なる。同法で

は、書面による議決権行使の制度について、次期定時総会の終結まで待たず、直ちに適用された。

これは、専ら会計監査人強制の基準とされる（三二八条）。会計監査人設置によつて、権限限定なしの監査役設置が強制され（三二七条三項）、それが公開会社であれば、監査役会設置または委員会設置が必要である（三二八条一項）。

会計監査人（設置）にのみ規模の基準を用い、その余の企業統治の仕組みについて、規模の基準を用いながらかつたこと（たとえば、取締役会設置に関して全株譲渡制限の定款の定めを用いたこと）については、疑問がある。

大会社という基準は、旧商法特例法のそれに依拠したもので、そこでは、確かに会計監査人監査や監査役会設置の強制について、機能していた。同法には、小会社の基準もあつたが、それは会社法において顧慮されていない。今回の会社法制定のよる基本的なパラダイムの変更が行われる場合（法改正のチャンス）には、安易に従前の制度を踏襲すべきではなく（注10）、その制度の根拠を基本から問い直すべきものである。

（注10） 会社法については、改めなくて

もよい点を変更し、改めるべき点を放置している嫌が大いにある。

株式会社の統治機構の基本構造を定めるに当たつて、何が保護法益かを考えてみると、株主の保護もさることながら、その株主の責任を限定する形で事業を行う仕組みという観点からは、債権者をはじめとする株主以外の利害関係者の利益ひいては社会への影響について、十分考慮する必要はある。つまり、機関設計について、定款自治を大幅に導入すれば、株主の利益は自ら守れるはずということがある（注11）。しかし、定款自治に関与できない利益関係者の利益はどうか。法律による企業統治機構に関する法律のルールにおいては、定款設定に直接関与できない者の利益保護や社会的影響が重視されるべきである。

（注11） もちろん、定款自治には、株主にそれに関する判断能力が十分あるか、会社経営の健全性へのインセンティブが働くか、多数決による少数株主の意思の抑圧等の問題があり、ともかく株主に任せておけばよい、とはいえない。その意味で、株主（特に少数株主）保護についても、法律が配慮すべきことは、いうまでもない。

社会的な影響の有無・大小に関して重要な規準は、会社（株主）の閉

鎖性ではなく、その事業規模である。会社法においては、このことが忘れられているように思われる。たとえば、取締役会設置を強制する基準について、専ら閉鎖性（主観的選択による）の基準によるものとし、およそ規模の基準を顧慮していないことには、疑問がある。

大会社基準が、その間の経済規模の発展にもかかわらず、四半世紀前の一九八一年（昭和五六年）の商法改正の際に定められたものをそのまま踏襲していることも、問題である。しかも、資本は、株主の株式払込額がそのまま資本額とされるわけではない。払込額の半額までは資本に組み入れないことができるし（四五条一項二項）、合併等の組織再編の場合には、会社による裁量が働く（四五条五項、計算規則五八条〜六九条）。最低資本金制度は廃止された。資本減少、資本充実を含め、資本をめぐる規制は、極めてルーズになっている。それにもかかわらず、資本金基準をそのまま温存したことは、疑問がある。

また、負債額は、ある程度客観的な基準ではあるが、決算期におけるそれを操作することができないわけではない。また、一九八一年当時から

ら、負債額の二〇〇億円が資本額の五億円に比して高すぎる、との指摘がされていた。

会社法での資本制度の下で、基本的な事業規模の基準を資本基準としたのは、芸がない。たとえば、EUで用いられているような事業規模を測る別の基準、たとえば、総資産、売上高、従業員数を組み合わせることを検討すべきであった。

これは、会計監査人監査の強制基準としての問題であるが、会計監査人設置が義務付けられることにより、委員会設置会社である場合を除いては、監査権限を会計に限定していない監査役を設置が義務付けられない(三二七条三項)、同時に公開会社であれば、監査役会をも設置しなければならない。

非公開会社であれば、監査役のみ設置が要求され、取締役会の設置は要求されない。これは、疑問である。企業統治の確立にとって、取締役会と監査役とのいずれが重要かという問題がある(このような監査役としての適任者の確保、その職務執行の方法等、問題は多い。監査役を強制しても、取締役の傀儡(かいらい)では意味はない)。また、会計監査人設置と監査役設置とを結び付

ける必然性、意味が問題である。会計監査人設置を中間項とする必要はない。これらの問題については、取締役会設置会社および会計監査人設置会社の項目で、詳しく検討する。

(3) 取締役会設置会社(二条七号)

取締役会は、会社法制定前の株式会社の必須の機関であった。その意味では、株式会社の企業統治の基礎となる機関と考えられる。合議・相互牽制によって会社の業務執行を慎重・適正に行うための仕組みである。その構成員たる取締役は、三人以上であることを要する(三三一条四項)。

このことについて、従前の小規模株式会社において、実際の必要もないのに取締役の員数をそろえることが要求されることになり、名目的取締役(名前だけで取締役としての実質をもたない)・従属的取締役(使用人そのものであって、取締役を牽制する存在ではない)が横行して、法規制の形骸化を招いているとの批判があった。

会社法では、取締役会設置が義務とされているのは、①公開会社、②監査役会設置会社、③委員会設置会社である(三二七条一項)。それ以

外の会社も、任意に設置することはできる。この三二七条一項の規定の趣旨に疑問があることは、既に述べたとおりである。

すなわち、株式譲渡制限をしない会社(公開会社)が取締役会を必要とし、譲渡制限をする会社が取締役会を必要としない状況にあるのが原則だと、認められない。むしろ、規模を基準とすべきである。取締役会設置会社については、公開会社がすべて含まれ、非公開会社については、取締役会設置を選択したものであることになるので、その観点も交錯する。

もちろん、閉鎖的な会社は、小規模であることが多いとはいえるから、実際の会社の範囲が重なり合うことは考えられるが、論理の問題としてはおかしい。取締役会を設置しなくてはならない、全株譲渡制限の定めをすればよい、また、そうしなければならぬというものは、取締役会を設置する趣旨(会社の業務執行を独裁的に行わせないことによつて、その適正を図る)からいって、おかしい。

また、監査役会設置会社・委員会設置会社は、取締役会を設置しなければならぬ、というのは、論理が

逆立ちしている。まず、会社の業務執行の適正を図るためには、監査役会の設置より、取締役の職務執行体制の整備(取締役会の設置)が先行すべきである、というのが制度論としての論理である。会社の選択は、取締役会設置が先行するのであって、監査役会設置をまず考えるわけではない。委員会設置会社にいたっては、委員会は、取締役会の下部機構として置かれるべきものであることは、その制度の構造上明らかである。委員会を置くから取締役会を設置するのではない。取締役会を置いている会社が、委員会制を採用するのである。このことも、既に述べた(委員会設置会社の定義を「三委員会を置く取締役会設置会社」とすべきであった)。

取締役会設置会社は、監査役を置くことができないう委員会設置会社および会計参与を設置した非公開会社を除き、監査役を設置しなければならぬ(三二七条二項)。これも、取締役会設置が規模とリンクしているのであればともかく、公開会社というだけで、取締役会と監査役という体制が強制される、というのは、首肯しにくい。取締役会設置と監査役設置とがセットでなければならぬ

い、というのは、小規模会社における望ましい統治システムを基本から考えると疑問である。取締役一人、監査役一人という機関設計は認め、取締役会のみという機関設計を認めない理由は、理解できない(注12)。

(注12) 監査役は、モニタリングに専門化した機関である。業務執行からは切り離され、相当の独立性が要求される。取締役が一人で足りるような小規模会社においては、ことさら役員とするほどの仕事があるとは考えられない。あえて役員を増員するなら、取締役を複数にして、その相互牽制による職務執行の適正を図るほうがよい。取締役間の相互牽制を機能させるための制度が取締役会である。監査役についても、むしろ、取締役会がない会社においてどのようにその職務を行うかは、問題がある。この点は、監査役設置会社に関連して検討する。

取締役会は、取締役全員で構成される組織体と観念して処理することのできないか、それとも従来のとおり会議体と取り扱うことが適当か、という問題がある(これは、特に監査役会について、問題になる)。取締役会に定足数を認めるのは、会議体として扱っている証しである。会社法は、会議を開かないで、取締役会決定をする余地を認めた。三七〇条の定めであるが、株主総会につい

ての三一九条・三二〇条と横並びであって、この問題を本格的に検討した結果とは、思われない(注13)。

(注13) 専門的に業務執行を担当する取締役について、たまたま会議に出席できなかったから、その責任が果たせない、という仕組みはおかしいのではないか。むしろ組織体とする方向での検討が望まれる。その場合、取締役会を設置する会社だから、取締役は三人以上とするのではなく(もちろん、会社の規模により、取締役数の下限を法定する)、複数の取締役は、常に取締役会を構成するものとするのがよい(重要な業務執行は、取締役会において取締役の過半数で決定することにする。相互牽制の趣旨が明確になる)。

取締役会の決議要件は、むしろ定足数なしの過半数(母数から決議に参加できない者を除く)とすべきである。会議には、意思疎通の面での利点があり、少なくとも三月に一回は必ずおよび構成員の要求があれば開催すべきものとすべきであるが、取締役としての意思表示は、電話、メール等の方法によってもできることにするのが相当である。これまで有限会社については、取締役会の制度はなかったが、それをそのまま踏襲すること(取締役会を設置すると有限会社らしさがなくなる)にな

るか)でよかったかどうかは、疑問である。取締役会設置には、必ずしも三人以上の取締役を要求する必要はない。少数数の取締役による職務執行を適切に行う仕組みについて検討し、改善を図るべきであった。

取締役会を設置すると、非公開会社でも、総会権限が縮小する(その決議事項が、会社に関する一切の事項から法律・定款で定めた事項に変わる。二九五条二項)。

総会に関連しては、取締役会設置会社の招集通知は、総会招集事項を記載した書面(承諾を得た株主に対しては、電磁的方法)とする。非取締役会設置会社では、書面・電磁的方法による議決権行使ができる旨を定めた場合を除き、書面等による通知は要求されない(二九九条)。非取締役会設置会社では、株主提案権は単独株主権であるのに対し、取締役会設置会社では、少数株主権とされ、公開会社であれば、保有期間の制限もされる(三〇五条)。総会で決議ができるのは、招集通知で、会議の目的とされている事項に限られる(三〇九条五項)。

これらの差が、取締役会という取締役の職務執行の適正を図る仕組みを導入することの効果として、生ず

るものとすべきかどうかは、疑問である(注14)。

(注14) このような取扱いは、所有と経営の分離がみられる典型的な株式会社においては、自然なことであるが、非公開会社では取締役会設置は、定款事項である。その定款の定めは、株主の権限を縮小させることを相当とする事情の反映ではなく、それが株主の総会における権限行使を当然に縮小させるのを原則とする意味は、理解できない。株主について、そのような意思を推定することは、無理である。もっとも、もともと所有と経営の分離つまり株式会社業務執行を行う者は、善良な管理者としての責任を負うということからすると、株主による業務執行に関する権限の行使によって会社に生じた損害(これは、債権者に影響を及ぼす)に関する責任のあり方について、検討する必要があった。その意味で、二九五条一項の規定は、ミスリーディングである。

会計監査人設置会社においては、計算関係書類(計算規則二条三項三号)につき、会計監査人および監査役の監査報告がそれぞれ適正意見かつ不相当意見でないときは、計算書類についての株主総会の承認を要せず、報告で足りるとされるが、これは、取締役会設置会社に限られる(四三九条、計算規則一六三条)。なお、委員会設置会社および監査役会

設置会社については、取締役会が設置されていることは、明らかである。四五九条による剰余金の配当等を取締役会が決定する旨の定款の定めをすることができ、取締役会設置会社だけであることは、言うまでもない。

(4) 会計参与と設置会社（二条八号）

会計参与は、定款の定めによる完全に任意の設置機関である。その職務は、計算書類を取締役と共同して作成するとともに、会計参与報告を作成することである（三七四条一項）。会社法上は、株式会社の種類・区分とは、無関係とされていて、すべての株式会社において導入することができる。しかし、その制度の趣旨から考えて、この設置が会計監査人設置と両立するとは思われない。基本的に、小規模会社のための制度である（注15）。会計参与設置会社である旨、会計参与の名称・氏名等は、登記事項である（九一条三項一六号）。

(注15) これは、典型的株式会社の機関構成の外にある。正統的な会社の計算の適正確保のための制度として、会計監査人の制度がある。しかし、この会計監査人制度の導入をめくっては、公

認会計士と税理士との間で、職域の争いが起こった。日本が公認会計士以外の税理士という会計専門家集団をもつことによる問題である。このため、会計監査人監査の拡大による計算の適正確保は、政治的な隘路にはばまれた。八〇年代前半の大小会社区分立法作業の過程では、中小会社を対象として、税理士を含む会計専門家による「調査」の制度の検討もされたが、実現の方向には向かわなかった。

会計参与の性格は、明確ではない。計算書類の共同作成は、明らかに業務執行事項であり、その担当者は業務執行をする者であるが、取締役の一員であるとは異なり、全般的な業務執行者ではなく、特定の事項についての業務担当者である。そのことから、調査権限等（三七四条二六項）、取締役会への出席（三七六条）が、特に定められている。公認会計士（監査法人）または税理士（税理士法人）という資格要件も、特に定められる（三三三条一項二項）。会計参与の任期については、取締役に類する（三三四条）が、その他の特則は、監査役に近い。つまり、会社の業務執行からは独立した監査担当者的に扱われている事項も多い。たとえば、資格（三三三条三項）、選解任についての特則（三四

五条一三項）、会計参与報告の作成（三七四条一項後段）、計算書類・会計参与報告の備置き等（三七八条）、報酬・費用等の扱い（三七九条・三八〇条）、責任限定（四二五条）四二七条）等である（注16）。

(注16) 本来取締役と共同して執行責任を負うべき業務執行担当者について、社外取締役（二条一五号）並みに、業務執行を担当しないことを要件としている（このこと自体は、望ましいのであろう）。社外取締役は、専ら監視・監督権限を行使することが期待されているが、会計参与については、むしろ主体的に計算書類の作成に関与することが期待されているはずである。その責任についても、責任の一部限定のみならず、責任限定契約をも認める。会計参与が政治的な妥協の産物であったことから、その性格を絞り込めない答が表れたものというべきであろう。

会計参与報告がもつ意味は、明確でない。その記載事項は、施行規則一〇二条が定めるが、共同作成した以上は、これらの事項は、当該計算書類に関する補足情報として一体化（注記表の記載事項とする等）すべきものである。しかるに、会社としての開示は求められておらず（これもおかしい）、むしろ会社とは独立した場所での開示だけが要求されている（施行規則一〇三条三項）。

なお、会計参与と取締役との間で計算書類作成に関する意見不一致の場合には、計算書類の作成はできないと解されている。その場合は、一方が辞任して、後任者と共同作成するか、会計参与設置の定款の定めを廃止して、取締役単独で作成するか、するほかない。

会計参与は、会計に関する知識・能力が定かでない会計に権限が限定された監査役（三八九条）よりは、計算の適正に関して意味がある（会計参与が、その職務について、公認会計士・税理士としての職務上の義務に著しく反する行為をすれば、公認会計士法・税理士法上の信用失墜行為等として懲戒もされる）。

監査役会設置会社・会計監査人設置会社以外の非公開会社では、取締役会設置に伴い、監査役設置が強制される場合でも、会計参与を置くことによって、その強制を免れることができる（三二七条二項）。

(5) 監査役設置会社（二条九号）

監査役設置会社は、定義の上では、その権限が限定されない（取締役の職務執行全般を監査する）監査役を置く会社である。監査役会設置会社を包含する。しかしながら、計

算書類等の監査（四三六条一項）および登記の関係（九一条三項一七号）では、その権限が会計に関するものに限定された監査役（三八九条）を含むものとされている。このことの指摘・批判については、既述のとおりである（注17）。

（注17）特にその権限の範囲の限定が公示されないことは、奇妙というほかない。このような権限の限定は、その意味につき、会計に関する知識・能力を有していない場合には、問題があるが、そのことはともかく、登記上その責任の範囲を画する権限の内容が公示されないことは、おかしい。その名称につき、権限を限定しない監査役と差を設けることも検討に値したと思われる（たとえば、会計監査役、これが会計監査人と紛らわしいというのであれば計算監査役など。拙稿「新しい会社法制を求めて（IV）」本誌二二四号三九頁）。

会社法では、取締役会設置会社と会計監査人設置会社について、監査役を置くことが義務付けられるが（二二七条二項三項）、逆に委員会設置会社では、これを置くことはできない（同条四項）。公開会社は、取締役会設置が義務であるから（同条一項一号）、監査役も置かなければならない。この場合には、その権限を限定することはできない。非公開

会社であっても、会計監査人設置会社・監査役会設置会社は、権限限定ができないが、この類型の会社については当然のことであって、いわゆる「もがな」といふべきである（監査役会は、組織的に業務監査全般を行うための機関である）。

監査役は、会社の業務執行からは切り離された存在とされており、その監査という職務を実効的に行うためには、業務執行（取締役の職務執行）に関する情報をいかに入手するかが、決定的に重要である。そのためにも、監査役が出席義務を負う取締役会という制度（ここでは、業務執行取締役によつてその職務執行の状況が報告され、重要業務執行事項が決定され、意見陳述権が認められる）は、極めて有効である。取締役会のない会社での監査役が、その任務を適切に果たすことには、困難があり、監査役は、取締役会があることによつてよく機能する。

しかし、取締役会が存在すれば、監査役を要求するということが適当かどうかは、疑問である。たしかに、取締役会が監査役の存在によつて、よりよく機能することは期待される。しかしながら取締役会について述べたとおり、会社の企業統治シ

ステムの充実の第一歩は、取締役の相互牽制システム（取締役会）の確立であり、それを監査役設置と抱き合わせにする必要はない。

そもそも、この問題は、本来取締役会設置の強制と結び付けるべきでない閉鎖性をその基準にしたことによつて生じた。後述するように、有限会社を統合した株式会社の類型の整理としては、規模を基準として、最も充実した企業統治構造の会社を出発点にして、そこから会社の実情に応じて、機関構造（設計）を簡素化することができる、という仕組みを採用するほうが適当であった（たとえば、会計参与の扱いについては、工夫がいる。会計監査人設置会社以外での選択とされるべきである）。

もちろん、その場合、最も簡素な機関構成は、会社法と同じく取締役一人（と株主総会）とすることである。昭和二五年改正以後の会社制度の運用・進展の経過を顧慮することなく、昭和一三年制定の有限会社法を基礎にした足し算の機関設計を容易に採用したことには、重大な疑問がある。

取締役会のみという機関構成と取締役一人と監査役一人という体制とを虚心に比較すれば、明らかに前者

のほうが企業統治の充実の上で有効と考えられる（たとえば、後者の場合における三八二条による報告義務の意味を考えてみよう）。後者が許されて、前者が許されないとする理由はない。あえていえば、ともに適任者であることを前提とすれば、取締役二人のほうが取締役の監査役各一人よりよい。

上述したところから明らかのように、大会社について、会計監査人設置を強制することはよいとして、その反映として監査役設置を強制し、他方で取締役会設置は不要とするのは、どうかと思う（取締役会設置より監査役設置のほうが意味があるという事態は考えにくい）。

会計の専門性をもたない会計事項のみの監査役は、意味がない。つまり、計算に特化していても、実際にはその能力がない監査役に期待される善管注意義務のレベルは、全く明らかでない（形骸化が目に見えている）。取締役の職務執行全般についての監査役は、会社の行動全般にわたつて健全性を確保する任務をもつ、ということと、その健全性違反の程度によつて、責任を問うことが期待できる（注18）。

（注18） もっとも、監査役に対する社会

的な期待の度合いについては、疑問がある（監査役に対してその責任が追及される事例はそう多くはない）。しかし、昭和四九年の商法改正以後、監査役に対する期待は、高まっております。それが立法にも反映して、その制度強化が図られてきた。それは、会計監査人との連携と監査役会という組織をもつこと（執行部に対する発言力の強化）による機能充実の成果と考えられる。この二つの条件が揃っていない場合の監査役の機能については、疑問があるというほかない。

会社に著しい損害を及ぼすおそれがある事実を発見した取締役は、監査役設置会社（二条九号のそれ）においては監査役に対し、監査役が設置されていない場合には、直接、株主に対し、その事実を報告しなければならぬ（三五七条）。これは、監査役に取締役の職務執行の適正を図ることにつき、株主の代理人としての地位を認めたものである。

(6) 監査役会設置会社（二条一〇号）
 監査役会は、非公開会社を除き、大会社について、設置が強制される（二二八条）。監査役が置かれぬ委員会設置会社については、もちろん監査役会はあり得ない。監査役会設置会社では、監査役は三人以上とされ、社外監査役（二条一六号）が半

数以上でなければならぬ（三二五条）。会社の業務執行全般について、組織的な監査を行い、その適正を確保するための制度である（三九〇条）。監査役会設置会社である旨も、登記事項である（九一条三項一八号）。

その規模にかかわらず、非公開会社であれば、取締役会も、監査役会も設置が強制されず、その企業統治の体制の上で、隔絶した差があってもよい、とする理由は理解できない。全株譲渡制限会社の株主であれば、監査役会に匹敵する監査を行うことができるとする理由はない（それが期待できる特段の事情があれば、設置を強制しない例外を認めることで足りる）。

取締役会設置会社でなければ、監査役会は設置できない（三二七条一項二号）。この扱いは正当である。取締役会を設置せずに監査役会を設置するというのは、およそ経済原則に反する（常識では考えられない）。剰余金の配当等を取締役会が決定することにするには、委員会設置会社である場合のほかは、取締役会の設置のほか、会計監査人、監査役会の設置を要する（四五九条）（注19）。これが、監査役会設置の法律効果の

主なものである。

(注19) このほか、取締役の任期を選任後一年以内に終了する事業年度の最終のものに関する定時総会の終結の日以前とすることが必要である。

(7) 会計監査人設置会社（二条一一号）

会計監査人設置は、大会社について強制される（三二八条）。ほかの会社も、任意にこれを設置することができる。しかし、会計監査人設置会社は、委員会設置会社でなければ、監査役設置が義務付けられる。

監査役との連携を重視したものであろうが、取締役（会）と会計監査人という組合せを絶対に許さないとする理由は、理解できない。もちろん、大会社について、そのような機関設計を強制することはよいし、監査役がいなければ計算書類の確定には株主総会の承認決議を必要とする

ことでよい。しかし、監査役を置くことなしで、会計監査人を置くことをあえて禁止する必要はない。会計監査人の職務執行の適正・独立性は、その専門家としての地位と矜持によって保障される。監査役による庇護が必要な存在と考えるべきではない（注20）。会計監査人設置会社である旨と会計監査人の名称・氏名

は、登記事項である（九一条三項一九号）。

(注20) 監査役が、取締役の傀儡（かいらい）そうでなくても取締役のクレームをつけることはできない立場にある事態は、よく起こる。ここでは、形式的に監査役を要求することには、意味がない。

取締役会の設置がある会計監査人設置会社では、計算規則一六三条の要件を充たせば、計算書類の総会承認を必要とせず、総会にその内容を報告すれば足りる（四三九条）。

会計監査人設置会社は、連結計算書類を作成することができる（四四四条一項）。

剰余金の配当等を取締役会で決定することも、会計監査人設置会社でなければならぬ（四五九条）。

(8) 委員会設置会社（二条一二号）

委員会設置会社は、機関構成の上では、完結した会社類型である。二〇〇二年（平成一四年）商法改正によって実現した会社類型（委員会等設置会社）が、会社法においても、殆んど変更なく引き継がれている。

取締役会、指名・監査・報酬の三委員会、会計監査人、執行役という機関が必ず置かれ、監査役が置かれ

ることではない（三二七条一項三号四項五項・四〇二条）。委員会設置会社になることが強制されることはない。他方、その選択は、すべての会社に開放されているが、社外取締役を基軸とするものであり、実際に意味があるのは、無機能株主が多い上場会社についてである。監査役が置かれぬ以上、監査役会が設置されることもあり得ない。

委員会設置会社については、法定のもの以外の機関を付加することは考えられず、省略することもできない。法律上は、会計参与の設置の余地が認められているが、およそ意味がない。委員会設置会社である旨等も、登記事項である（九一一条三項二二号）。

これは、独立した類型の会社（公開大会社に適したもので、閉鎖的中小会社とは、無縁のものである）として定めるほうが、分かりやすい。

六 株式会社の機関構成に関する類型の設定

以上、会社法における機関設置類型を取り上げて検討してきた。それは交錯して、条文の上でも整理されず、その選択に関する制約にも疑問が多い。

その原因は、まず全株譲渡制限という基準（閉鎖性の基準としても疑問がある）を出発点として、会社を区分し、最も株式会社らしくない会社を条文上機関構成の原型としたことによる。その原型とされたのは、有限会社のうち最も簡素なものであり、それにそれ以外の機関を積み上げる方式（足し算方式）を採用している。しかも、その足し算に理由がわからない制約が付されている。

全株譲渡制限会社がこの原型の会社であり、それ以外の会社には、取締役会を強制し、これに監査役を抱き合わせている。この出発点の根拠は、会社類型のあり方について基本に戻って検討をした結果ではなく、従来の有限会社と株式会社があったからという安易なものではなかったかとの危惧の思いを禁ずることができない。

企業統治の仕組み（特に強制するもの）については、むしろ会社による社会的影響（利害関係）の大きさ（外部関係）を基準とすべきであって、内部関係（株主と会社との関係。たとえば企業結合関係を典型とする株主による会社のコントロール）は、その区分における補助的要素と考えるべきものである。

有限責任で事業を行う場合には、対外関係を適切に処理するため、企業統治体制を充実するのが原則であつて、これを簡略化することを許すのは、企業の負担（費用対効果）、経済の活性化等を考慮した政策的な判断によるものである。

まずは、大会社（典型的には上場会社）について適用される機関構成を原型にして、引き算方式で、最後には、小規模で閉鎖的な会社については、取締役と株主総会という最も簡素な機関構成を採用することができるとするほうが、分かりやすい（注21）。その際の引き算には、その機関がなくてもよい事情なり、その機関が欠けることによつて生ずる不都合を補う条件を考慮して、要件を設定するのがよい。

（注21） その機関の採用が自社にとって必要または望ましいという積極的な判断とその機関の存在が不必要ないし望ましくないという消極的な判断と、どちらを会社に求めるのが適切か、という問題である。その判断をできるだけ容易なものにすることが重要である。これは、定款設定（変更）の要件の問題とも関連する。いずれにしても、その結果としては、会社の実態に即した機関構成が求められるべきである。しかし、会社法によるそれによつては、

そのような結果を求めることは極めて難しい。

その場合の規模の基準としては、五(2)で提示したものを組み合わせることが考えられる。そして、いくつかの基本類型（標準型）を提示して、引き算には条件を付し、足し算は、会社（株主）の判断で自由に行うことができるようにする方向が望ましい（会計参与や会計監査人は、中小会社における足し算要素として重要である）。

なお、会社法における会社区分は、株式会社についてだけではなく、持分会社という第三編の区分とその規制についても、会社の内部関係を基準にしている。これらは、本能的に誤りである。むしろ、外部関係によるべきことは、株式会社の区分については、既に述べた。たとえば、持分会社については、物的責任の会社か、人的責任に依存する会社か、の区別を基本にすべきである。また、外部関係について同じ条件（規模等）の物的責任の会社において、その内部関係いかん（特に人為的・作爲的な操作が可能ないわば客観性の不足する基準）によつて、その企業統治の質が大きく変化するのは適当ではない。