

中小会社の機関設計

葭田英人

目次

- 一 はじめに
- 二 株式会社の区分に基づく機関設計
- 三 株式会社の機関分化と権限配分
 - 1 株主総会と取締役(会)
 - 2 監査役(会)
 - 3 会計参与
 - 4 会計監査人
 - 5 委員会
- 四 各種企業形態における機関の比較
 - 1 有限責任事業組合
 - 2 合名会社・合資会社
 - 3 合同会社
 - 4 特例有限会社
- 五 中小会社における機関設計のあり方
- 六 結び

一 はじめに

改正前旧商法においては、株式会社によくの株主が存在し、株式に自由譲渡性がある比較的大規模な公開会社を想定した機関設計がなされ、その選択の自由を基本的に制限するものであった。しかし、日本の株式会社の大部分は、全株式に譲渡制限の定めがあり、所有と経営が一致した非公開中小会社であり、一律に取締役会や監査役の設置を強制しても機能しないことが多く、法定の機関設計と実態が乖離しているという問題があった。そこで、株式会社の実態に合わせて、小規模な非公開会社を想定した規律を会社法にも導入し、定款自治による機関設計の柔軟化が図られ、自由裁量の幅を拡大した。

同時に、実態が共通の株式会社と有限会社の規律の一体化を図ることにより、会社全体の実態に適合した法制になることから、有限会社が廃止され株式会社に統合された。改正前のわが国の中小会社の多くは、社会的信用を理由に有限会社形態をとらず、定款に全株式譲渡制限の定めをした株式会社の形態をとっていた。しかし、全株式譲渡制限会社の制度は、非閉鎖性を前提とした株式会社制度の実態にそぐわないものであった。また、有限会社という名称に人気がなく、有限会社形態の方が適合するであろう会社が株式会社の形態をとる例も多かった。したがって、全株式譲渡制限会社の形態をとりながら、定款自治を広く認める会社形態の方が実態に適合するという観点から、株式会社の一類型として、全株式の譲渡制限を定款で定める非公開会社（公開・非公開の区別は、上場・店頭登録等の有無ではない）を規定する改正がなされた。

なお、公開会社とは、その発行する全部または一部の株式の内容として、譲渡によるその株式の取得について、株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設けていない会社をいうのであり（会社法二条五号）、非公開会社（全株式

譲渡制限会社)は、すべての種類の株式が譲渡制限株式である株式会社のことをいう。

また、株式会社においては、公開会社と非公開会社、大会社(資本金五億円以上または最終の貸借対照表の負債総額二〇億円以上の会社)とそれ以外の会社(中小会社)では機関構成の選択肢が異なっている。特に、非公開会社や中小会社(大会社以外の会社)にとつては選択の範囲がきわめて広く、機関設計の大幅な自由化が行われ、旧商法上のみなし大会社(資本金一億円以上の会社)で、会社の定款において会計監査人の監査を受ける旨の定めをした会社)、中会社(資本金一億円超五億円未満かつ最終の貸借対照表の負債総額二〇億円未満の会社)、小会社(資本金一億円以下かつ最終の貸借対照表の負債総額二〇億円未満の会社)の制度は廃止された。

さらに、有限会社法の廃止に伴い、廃止前から存在する有限会社については、その実体を維持したまま会社法を適用することとし、「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」により、会社法の規定による株式会社(特例有限会社)として存続するか、商号を有限会社から株式会社に変更するかを選択は、その会社の自由に委ねられている。また、新たな会社類型として合同会社が創設され、すべての株式会社において、任意に設置することが可能な会計参与制度が新設された。

会社法における定款自治による多様な機関設計は、定款の相対的記載事項であり、定められた規律の下で、定款によって機関を設置しまたは変更することができる。確かに、非公開中小会社が公開大会社と同じ機関を設置しなければならぬという不合理は解消されることとなった。ただ、機関設計の柔軟化により選択肢が多くなり、いかなる機関を選択すべきか判断に迷う事態も考えられる。そこで、株式会社の機関設計のあり方、特に、中小会社における機関設計のあり方について、各種企業形態(有限責任事業組合、合名会社、合資会社、合同会社、特例有限会社)における機関設計と比較し検討することが本稿の目的である。

二 株式会社の区分に基づく機関設計

株式会社の意思決定や事業活動を行うために、一定の権限を与えられた自然人の会議体を会社の機関という。すべての株式会社においては、株主総会と取締役が絶対的必要設置機関であり、一人以上の取締役を置かなければならない(会社法三二六条一項)。そのほかの機関については、機関設計の柔軟化が図られた任意の設置機関である。したがって、定款の定めによって、取締役会、会計参与、監査役、監査役会、会計監査人または委員会を置くことが可能である(会社法三二六条二項)。

しかし、所有と経営が分離し、株主や会社債権者など多くの利害関係者がいる会社では、利害関係者を法的に保護する必要があることから監査役を設置し、経営の意思決定を迅速に行うために取締役会を設置する必要がある。一方、株主と経営者が一致し利害関係者が少ない場合には、監査役や取締役会等の機関の設置は自由に選択できる。したがって、公開会社、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ないが(会社法三二七条一項)、非公開会社(全株式譲渡制限会社)の取締役会の設置は任意である。なお、取締役会非設置の場合には、監査役会または委員会を設置することは認められないが、非公開会社であっても取締役会を設置した場合には、監査役会や委員会を設置することが可能である。

また、委員会設置会社を除く取締役会設置会社は、監査役を設置しなければならず(会社法三二七条二項本文)、取締役会非設置会社は、監査役の設置は任意である。つまり、取締役会設置会社は、監査役(監査役会を含む)または委員会のいずれかの設置が義務づけられている。ただし、取締役会設置の非公開中小会社において、会計参与を設置する場合には、監査役(監査役会を含む)または委員会を設置する必要はない(会社法三二七条二項但書)。

また、委員会設置会社を除く会計監査人設置会社は、監査役設置が義務づけられているが（会社法三二七条三項）、監査役設置会社が、会計監査人を設置することは任意であり強制されない。なお、委員会設置会社においては、監査委員会が監査を行うことから（会社法四〇四条二項）、監査役を置くことはできないが（会社法三二七条四項）、会計監査人の設置は義務づけられている（会社法三二七条五項）。つまり、会計監査人を設置した場合は、監査役または委員会のいずれかの設置が強制される。ただし、公開大会社については、監査役会または委員会のいずれかを置かなければならない。

さらに、委員会設置会社を除く公開大会社は、監査役会に加え会計監査人の設置が強制されている（会社法三二八条一項）。また、非公開大会社にも、会計監査人の設置が義務づけられている（会社法三二八条二項）。なお、中小会社においては任意に会計監査人を設置することが可能である。つまり、会社法において、多数の会社債権者が存在する大会社については、会社債権者保護の観点から会計監査人の設置が義務づけられた。一方、定款の定めによって、中小会社に会計監査人の任意設置を認めたが（会社法三二六条二項）、会計監査人の独立性確保の必要性から、業務監査権限を有する監査役（監査役会を含む）または三委員会のいずれかを設置しなければならない（会社法三二七条三項・五項¹）。したがって、株式の譲渡制限の有無や会社の規模により選択できる機関設計は制限されているが、機関設計の選択の範囲が広く、大幅に自由が認められるのは非公開中小会社であり、株主総会と取締役一人という機関設計も可能である。

また、新たに新設された会計参与制度は、株式会社の機関として定着する制度となるかどうかという問題がある。中小会社において会計監査人の任意設置が認められても、多くの中小会社にとっては、会計監査人の設置よりも会計参与の設置の方が利便性は高いといわれている。したがって、株主保護および会社債権者の保護の観点から、会計参

与制度の意義とあり方が課題となる。

一方、機関設計の柔軟化により、株式会社の発展に合わせて、適宜、必要となる機関を選択しながら、その実態に相應しい機関を設計することができることは評価すべきことである。しかし、機関設計の多様化・複雑化により、いかなる機関を選択すべきかの判断に混乱をきたす場合や、機関設計の自由化により、選択した機関設計が会社の使い勝手のみを優先した場合、利害関係者、特に会社債権者保護の観点から問題となるおそれがあり、今後の課題として検討する必要がある。

三 株式会社 of 機関分化と権限配分

1 株主総会と取締役(会)

すべての株式会社において、株主総会と取締役は必ず設置しなければならない機関である。株主総会は、株主全員により構成され、会社の意思を決定する機関であり、開催時期により、毎事業年度の終了後の一定の時期に開催する定時株主総会(会社法二九六条一項)と、必要に応じて臨時に開催する臨時株主総会(会社法二九六条二項)がある。しかし、株主総会の権限は、取締役会を設置しているかどうかにより法規制が異なり、取締役会非設置会社の株主総会は、旧有会社同様、会社法に規定する専決事項その他株式会社に関する一切の事項について決議することが可能である(会社法二九五条一項)。つまり、その権限に制限のない機関として位置づけられているが、重要事項の決定のために株主総会を開かなければならず、迅速な意思決定ができないおそれがある。

他方、取締役会設置会社の株主総会は、会社法に規定する専決事項および定款で定めた事項に限り決議することが

認められている（会社法二九五条二項）。したがって、取締役会の専決事項に関しては、多くの株主の意思に反する重要な事項の決定を、取締役会が行う危険性はある。なお、会社法の規定により株主総会の決議を必要とする事項について、株主総会以外（取締役、執行役、取締役会など）の機関が決定することができるとする定款の定めは無効である（会社法二九五条三項）。

しかし、株式会社において、取締役会の設置の有無により、株主総会が万能の機関であったり、非万能の機関であったりすることは、株式会社的基本的理念がないのではないかとする見解も成り立つ²⁾。さらに、たとえ取締役会の非設置により株主総会が万能の機関になっても、企業統治の機能が低下したシステムにしてよいという根拠はない。そもそも責任の問題をはつきりさせないで、業務執行事項に関する決定に対し責任を負うことがない株主に委ねることに疑問がある³⁾。

なお、公開会社、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ない（会社法三二七条一項）。公開会社については、株式の譲渡が自由であるため、株主による経営に対する関与が困難であるという理由から取締役会の設置を義務づけ、会社経営を取締役に委任している。監査役会設置会社については、法制審議会において取締役会を設置しないで監査役会を設けるニーズは考えがたいとの意見が多かったため、取締役会の設置が義務づけられたのだが、取締役会を設置しないで監査役会を設置する機関設計を認めても、取締役会と監査役会では役割が異なり、業務執行機関より監視・監督機能を強化するという理由から、特別に、機関設計におけるバランスを考慮する必要は何もないはずである。

また、委員会設置会社は、委員会（指名委員会、報酬委員会、監査委員会）を必置機関とし（会社法二条二号・三二六条二号）、各委員会は、取締役会決議により選定された取締役三名以上で構成される（会社法四〇〇条一項・

二項)。さらに、取締役会は、経営の基本方針、内部統制システムの整備、業務執行の決定および執行役等の職務の執行を監督する（会社法四一六条一項・二項）。したがって、委員会設置会社においては、経営に密接に関与している取締役会の設置が義務づけられている。

一方、非公開会社（委員会設置会社を除く）の取締役会の設置は任意であるが、取締役会を設置した場合には、株主総会の権限が制限されることから、監査役⁽⁴⁾の設置が義務づけられている（会社法三二七条二項本文）。ただし、会計参与を設置した場合には、監査役および監査役会または委員会を設置しなくてもよい（会社法三二七条二項但書）。このように取締役会を設置した場合は、取締役間の相互監視機能と監査役による監査機能を有し、取締役会の協議により、重要な業務執行の決定を慎重かつ合理的に経営判断がなされる可能性が、取締役会を設置しない場合より相対的に高い。しかし、株主総会と取締役会および監査役（会）ならびに会計監査人や会計参与の権限をどのように配分し機能を分化するのが合理的なのか、株式会社の経営の効率性とコーポレート・ガバナンスの観点から決定する必要がある。

2 監査役（会）

株主が取締役を監督するだけでは不十分なので、株主総会が選任して、取締役の職務執行を監査する機関が監査役である。したがって、会社から監査を委任（会社法三三〇条）されているのであるから善管注意義務を負うが（民法六四四条）、取締役と異なり、忠実義務を定める規定はない。監査役は、各自が独立して監査権限を有する独任制の機関であり、株式会社の規模にかかわらず、取締役の職務の執行について業務監査および会計監査を行う。

株式会社は、定款の定めにより、監査役の設置は任意であるが（会社法三二六条二項）、取締役会設置会社では、

株主総会の権限が制約されることから、取締役を監査するために監査役の設置が強制されている。ただし、取締役会設置の非公開中小会社である会計参与設置会社については、監査役を設置義務はない（会社法三二七条二項）。また、委員会設置会社を除く会計監査人設置会社では、会計監査人の取締役からの独立性の確保のため、業務監査権を有する監査役を置かなければならない（会社法三二七条三項）。したがって、監査役を設置しなくてもよいのは、取締役会非設置の非公開中小会社か、取締役会と会計参与を設置している非公開中小会社である。なお、委員会設置会社は、監査委員会が設置されるので、監査役を置いてはならない（会社法三二七条四項）。

監査役会設置会社および会計監査人設置会社を除く非公開会社においては、監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨（以下、会計監査限定監査役という）を、定款に定めることができる（会社法三八九条一項）。しかし、会計監査限定監査役は、業務監査の権限を有しないので、取締役への報告義務（会社法三八二条）、取締役会への出席義務等（会社法三八三条）、株主総会に対する報告義務（会社法三八四条）、取締役の違法行為差止請求権（会社法三八五条）、訴訟における会社の代表権（会社法三八六条）のいずれも認められない（会社法三八七条七項）。

したがって、会計監査限定監査役設置会社および監査役非設置会社においては、①株式会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実を発見したときの取締役による株主への報告義務（会社法三五七条一項）、②株主による取締役の違法行為差止請求権（会社法三六〇条）、③株主による取締役会の招集請求権・出席権・意見陳述権（会社法三六七条）、④株主による裁判所の許可なしでの取締役会議事録の閲覧・謄写請求権（会社法三七一条二項）、⑤会計参与が、取締役の不正行為または不法行為の事実を発見したときの株主への報告義務（会社法三七五条一項）、⑥定款による役員等の損害賠償責任の一部免除の株主による不適用（会社法四二六条五項）等の株主の監督権限の強化が図られている。なお、会計監査限定監査役設置会社は監査役設置会社とは呼ばない（会社法二条九項）。

会計監査限定監査役については、中小企業関係者からの強い要望により認められたものであり、その代替として、⁽⁵⁾株主の監督権限が強化されたということである。これは、特に株主数が少ない非公開中小会社においては、所有と経営が分離しておらず、会社と株主間、株主相互間での意思疎通が容易であるため、株主による経営者の監視が期待できる。したがって、取締役会や監査役等の経営監視機構を強制する必要はないし、株主の意思の表れとしての定款自治を認めることが望ましいとする考え方による。⁽⁶⁾

確かに、経営監視システムとしては合理性がある。しかし、利益を得ることが主要目的で、法的責任もない株主が、特に会社の健全性の確保にどれだけ期待できるか疑問であり、⁽⁷⁾会社債権者保護の観点からは問題である。さらに、資格を問わない専門性を要求されない会計監査限定監査役を認めたことは、業界からの強い要望があつたといえ妥当ではない。会計監査の実効性を期待できない会計監査限定監査役を認めている点には疑問がある。

また、非公開会社および委員会設置会社を除く公開大会社においては、すべての監査役で構成する監査役会を設置することが強制されているが（会社法三二八条一項・三九〇条一項）、それ以外の会社（委員会設置会社を除く）では任意である。ただし、監査役会設置会社においては、監査役の数人は三人以上を要し、監査役の中から常勤監査役を定め、監査役のうち半数以上は外部の目による適正監査を行うために社外監査役でなければならないが（会社法三三五条三項・三九〇条三項）、監査役会非設置会社の監査役の員数については、一人でも複数でも定款で自由に定めることができる。

また、監査役会の決定は、各監査役の権限行使を妨げないが（会社法三九〇条二項）、監査役会において役割分担を協議することはできる。なお、監査役は、監査役会の求めに応じて、職務の執行状況を監査役会に対し報告する必要がある（会社法三九〇条四項）。一般に、監査役会の方が監査役よりも強力な監査体制を構築できると解されてい

るが、監査役会の運営にはコストがかかり、非公開中小会社に監査役会を置くメリットはあまり考えられない⁽⁸⁾。

3 会計参与

会社法制の現代化に伴い、最低資本金制度が廃止されると、会社債権者保護の観点から会社の適正な財務情報の開示が重要になり、すべての株式会社について決算公告を義務づけ(会社法四四〇条)、最低資本金制度を廃止することを合理的に説明するために、計算書類の信頼性および適正性を担保するための重要かつ欠くべからざる機関として会計参与制度が導入された⁽⁹⁾。

会計参与は、公認会計士・監査法人または税理士・税理士法人でなければならないが(会社法三三三条一項)、会社の会計監査人となることはできず(会社法三三七条三項一号)、会社またはその子会社の取締役、監査役もしくは執行役または支配人その他の使用人との兼任は禁止されている(会社法三三三条三項一号)。なお、顧問税理士は、顧問税理士のまま会計参与を兼務することができる。また、会計参与は、計算書類の作成権限を有するが監査権限はない。一方、会計監査人は、中小会社でも任意に設置することが可能となり、会計士業界(会計監査人)と税理士業界(会計参与)による市場競争や戦域闘争という性格を弱めている。

会計参与は、特に、中小会社の計算書類の適正性と信頼性を担保するために、定款の定めによって設置することができる株式会社(株式会社)の業務執行機関であり、執行役(委員会設置会社)または取締役と共同して計算書類等を作成する権限を有する。ただし、持分会社や特例有限会社は、会計参与を設置することはできないが、株式会社については規模や機関設計にかかわらず、任意に設置することができる(会社法三二六条二項)。なお、取締役会設置の非公開中小会社においては、会計参与を設置する場合には、監査役の設置義務はない(会社法三三七条二項但書)。この点につ

いては、監査役を設置した方がよいとは思われるが、必ずしも資格を問われない専門的知識を要求されない監査役を設けるメリットがあまりないからである。

また、会計参与は、執行役または取締役の職務の執行に関し、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ときは、遅滞なく、株主、監査役（監査役設置会社）、監査役会（監査役会設置会社）または監査委員会（委員会設置会社）に対して報告することが義務づけられている（会社法三七五条）。したがって、会計参与は、報告義務を怠り会社に損害を与えた場合には損害賠償責任を負う。ただし、この報告義務については、会計に関する事項に限定されてはいない。

なお、会計参与は、会社または第三者に対し損害を賠償する過失責任を負うが（会社法四三三条一項・四二九条一項・二項）、社外性を有するので社外取締役同様、最低責任限度額（年の報酬等の二年分）（会社法四二五条一項）や責任限定契約の制度（会社法四二七条一項）が認められている。さらに、株主代表訴訟の対象となる（会社法八四七条）。

また、本来、会社の計算書類の信頼性を証明する手段は会計監査人の監査が原則であり、会計参与はその意味では特例的・簡便的手段である。⁽¹⁰⁾ 会社の規模に関係なく、計算書類の信頼性を担保するためには、計算書類の作成者とは別の監査人による会計監査が行われてはじめて、計算書類の信頼性が担保されるのであって、計算書類の作成者が自身の作成した計算書類を保証したところで、計算書類の信頼性を担保することにはならない。会計参与と会計監査人を併設することはできるが、同一人が兼務することを禁止する規定（会社法三三七条三項二号）の趣旨と矛盾することになる。⁽¹¹⁾

確かに、中小会社においても、原則として会計監査人の監査を強制すべきであるが、外部の会計監査人による会計

監査となると事務負担や経費増は避けられない。しかし、会計監査人を設けず、税務会計顧問が横滑りして会計参与になるのであればあまりコスト増にはならない。会計監査人の監査に比べて計算書類の信頼性が高いとはいえないが、会計知識を有し、専門職としての規律に服している職業人たちが、会計参与として法的責任を問われる立場で関与するとなれば、会社の計算の適正が確保されやすくなる⁽¹²⁾。

さらに、「法人税法においては固定資産の減価償却は任意になっている。会社が固定資産の減価償却をしない場合には、減価償却相当分の利益が増加し、それに比例して法人税額が増加するにすぎないため、課税政策上は問題にならないからである。その結果、税務会計による中小企業会計は、計算書類に対する信頼を獲得していない状況である。顧問税理士が会計参与になった場合には、一般に公正妥当と認められた企業会計の慣行に従うことになり、計算書類の信頼性が確保されることになる⁽¹³⁾」。株主や会社債権者保護の観点から、会社の規模や機関設計にかかわらず、計算書類の信頼性を高めることは重要な課題であり、税理士や公認会計士が、法的責任を問われる会計参与として、計算書類の作成に関与するとなれば、取引銀行や取引先などから高い信用が得られるばかりか、経営者が適切な経営を行うためにも効果が期待できる。

4 会計監査人

会計監査人は、株式会社での会計監査を行う外部の機関であり、会社との関係は、委任の規定に従うので（会社法三三〇条）、会社に対して善管注意義務を負う（民法六四四条）。公開会社・非公開会社を問わず大会社は会計監査人の設置が義務づけられているが（会社法三二八条）、委員会設置会社では、大会社であるか否かを問わず会計監査人の設置が強制される（会社法三二七条五項）。なお、公開会社・非公開会社を問わず中小会社（委員会設置会社を除く）

でも、定款の定めにより任意に会計監査人を置くことが可能である（会社法三二六条二項）。ただし、会計監査人を設置した場合（委員会設置会社を除く）には、監査役の設置が義務づけられるが（会社法三二七条三項）、会計監査限定監査役とすることはできない（会社法三八九条一項）。

会計監査人は、計算書類を監査し、その適正性を担保することを役割としているのであるから、会計監査人としての専門的職業人の独立性を確保する必要がある。そのために、監査役設置会社においては、取締役が、会計監査人の選任・解任・不再任に関する議案を株主総会に提出するには、監査役の過半数または監査役会（監査役会設置会社）の同意を得る必要がある（会社法三四四条一項・三項）。さらに、監査役または監査役会（監査役会設置会社）も、取締役に對し、会計監査人の選任・解任・不再任に関する議案を株主総会に提出することを請求することが可能である（会社法三四四条二項・三項）。また、取締役は、会計監査人の報酬等を定める場合も、監査役（監査役が二人以上の場合には、その過半数）または監査役会（監査役会設置会社）もしくは監査委員会（委員会設置会社）の同意を得なければならない（会社法三九九条）。

このように、会社法は、会計監査人を設置した場合には、監査役⁽¹⁴⁾の設置を強制している。しかし、監査役は、会計監査人の介護者ではないはずであり、監査役がいなければ監査の質が低下するというものでもないであろう⁽¹⁵⁾。さらに、監査役が取締役に傀儡であるような場合は無意味であり、会計監査限定監査役や会計参与の単独設置を認めているのだから、会計監査人単独の設置を認めても問題はないはずである。

また、取締役会設置会社である会計監査人設置会社では、取締役会の承認を受けた計算書類について、会計監査人の適正意見が付された監査報告書の提出があり、その監査結果に対して、監査役（会）の監査報告書に相当との意見が付されている場合には、取締役はその計算書類の内容を定時株主総会に報告すれば足り、計算書類につき定時株主

総会の承認は必要ない（会社法四三九条）。これは、会計監査人と監査役（会）の監査報告書により、計算書類の適正性が担保されているので、株主総会での計算書類の承認は省略できるとしたものである。

さらに、会計監査人設置会社で取締役の任期を一年と定めた監査役会設置会社および委員会設置会社においては、定款の定めにより、自己株式の取得、損失の処理、任意積立金の積立その他の剰余金の処分、剰余金の配当を取締役会決議により決定することができる（会社法四五九条一項）。これも、剰余金を分配する場合、計算書類の信頼性が担保される必要があるので、監査役会や監査委員会および会計監査人の監査を受けていることが条件とされるからである。なお、取締役会の権限が強化されているため、毎年、株主の信任を問う必要があることから、取締役の任期が一年を超えないこととしたのである。

また、会計監査人は、執行役または取締役の職務の執行に關し不正行為または法令・定款に反する重大な事実があるときは、遅滞なく、監査役、監査役会（監査役会設置会社）または監査委員会（委員会設置会社）に報告することが義務づけられている（会社法三九七条一項・三項・四項）。ただし、計算書類等の適法性について、会計監査人が監査役・監査役会・監査委員・監査委員会と意見を異にするときは、定時株主総会に出席して意見陳述をすることができ（会社法三九八条一項・三項・四項）、定時株主総会において出席を求める決議があったときには出席して意見を述べる必要がある（会社法三九八条二項）。

なお、会計監査人も会計参与同様、会社または第三者に対し損害を賠償する過失責任を負い（会社法四二三条一項・四二九条一項・二項）、社外性を有するので社外取締役同様、最低責任限度額（会社法四二五条一項）や責任限定契約の制度（会社法四二七条一項）が認められている。さらに、会計監査人の会社に対する責任も株主代表訴訟の対象とされている（会社法八四七条）。

会社法は、会計監査人の設置を大会社には強制し、中小会社（委員会設置会社を除く）については任意設置を許容している。すべての株式会社には会計監査人を設置することは可能になったが、本来、株主保護および会社債権者保護の観点から、会社の規模や機関設計にかかわらず、計算書類の正確性や信頼性を担保する制度として会計監査人による外部監査は必要不可欠な制度であり、広く強制されるべきである。しかし、会計監査人が設置できない場合には、会社債権者保護の観点から、少なくとも、会計の専門家である税理士や公認会計士が、法的責任を問われる会計参与として、計算書類の作成に関与することを義務づけるべきである。

5 委員会

委員会設置会社とは、会社の規模にかかわらず定款の定めにより、指名委員会、監査委員会および報酬委員会を置く株式会社をいい（会社法二条二二号・三二六項二号）、各委員会は委員の過半数を社外取締役で構成しなければならない（会社法四〇〇条三項）。さらに、取締役会と執行役および会計監査人の設置が強制されているが（会社法二二七条一項三号・五項・四〇二条一項）、監査役および監査役会の設置は認められない（会社法三二七条四項）。

委員会設置会社における取締役会は、経営の基本方針、内部統制システムの整備、業務執行の決定および執行役等の職務執行の監督などを職務とし（会社法四一六条一項・二項）、株主総会の権限は会社法に規定する事項と定款に定めた事項に限定され（会社法二九五条二項）、代表執行役が会社を代表し、執行役が業務執行を行う。つまり、業務執行の権限は執行役であり、迅速な業務執行と取締役会の監督機能を強化した会社形態であり、上場会社を中心とした公開大会社の株式会社形態であるといえるが、非公開会社および公開中小会社についてもこの会社形態を採ることは認められている。

委員会設置会社に設置される委員会には、取締役および会計参与の選任・解任に関する株主総会の議案内容を決定する権限を有する指名委員会（会社法四〇四条一項）と、取締役、執行役、会計参与の職務執行の監査および監査報告の作成、会計監査人の選任・解任・不再任に関する株主総会の議案内容を決定する権限を有する監査委員会（会社法四〇四条二項）、および取締役、執行役、会計参与が受ける個人別の報酬等の内容に係る決定に関する方針を定め、それに従い個人別の額、具体的な算定方法および金銭でない場合の個人別の具体的な内容を決定する権限を有する報酬委員会（会社法四〇四条三項・四〇九条）の三委員会がある。各委員会は、取締役会決議により選定した取締役三名以上で構成され（会社法四〇〇条一項・二項）、委員の過半数を社外取締役で組織する必要がある（会社法四〇〇条三項）。取締役は複数の委員会の委員を兼務することはできるが、監査委員会の監査委員は、自分で自身を監査する自己監査となることから、その会社および子会社の執行役・業務執行取締役・子会社の会計参与・支配人・その他の使用人を兼ねることは認められない（会社法四〇〇条四項）。

また、監査委員は、執行役または取締役が不正行為をしたか、その行為をするおそれがあるとき、または法令・定款に違反する事実もしくは著しく不当な事実があるときは、遅滞なく、その旨を取締役に報告することが強制されている（会社法四〇六条）。さらに、監査委員は、執行役または取締役に對し、違法行為の差止請求権が認められている（会社法四〇七条一項）。なお、委員会設置会社と執行役または取締役に對する訴えについては、取締役会が定める者または監査委員会が選定する監査委員が委員会設置会社を代表する（会社法四〇八条一項）。

ただし、株式譲渡制限の有無や会社の規模を問わず、すべての株式会社は委員会設置会社になることができるが、三委員会（会社法二条一二号）と取締役会（会社法三二七条一項三号）および執行役（会社法四〇二条一項）ならびに会計監査人（会社法三二七条五項）の設置は強制される。この場合、会計監査人が設置されないと、内部統制シス

テムの重要な要素である「企業の財務報告の信頼性を確保する」仕組みの構築が難しく、三委員会が十分機能しないと考えられたからである。⁽¹⁶⁾さらに、各委員会は委員の過半数を社外取締役で構成しなければならない(会社法四〇〇条三項)など、中小会社では採用の余地がない機関設計である。実際、大会社でも選択する会社は非常に少ないのが現状である。

四 各種企業形態における機関の比較

1 有限責任事業組合

民法上の組合契約の特例として公布(平成一七年五月六日)、施行(平成一七年八月一日)された「有限責任事業組合契約に関する法律」(以下、有責法という)に基づく有限責任事業組合は、個人または法人が、有限責任で共同の営利事業を有限責任事業組合契約に基づいて行うことを約する組合であって、法人格はなく会社形態ではない。有限責任事業組合は、イギリスにおけるLLP (Limited Liability Partnership) をモデルとしたもので、組合員は有限責任であり、内部自治原則をとるが、共同事業性が要求され、構成員課税(パススルー課税)が認められている。

有限責任事業組合は法人格がないので、組合自体は取引先との契約の当事者となることはできない。したがって、全組合員に組合の権利義務が帰属するので(有責法五六条、民法六六八条)、実務上は、取引先との契約を組合の肩書付名義で組合員が締結することになる。また、原則として、内部関係についても組合的規律が適用され、柔軟な業務執行の決定(有責法一二条)や機関設計および組合員の権利内容については自由である。なお、各組合員が他の組合員の業務執行の監視義務を負う規定は存在しないが、各組合員は、組合の業務および組合財産の状況を検査するこ

とはできる（有責法五六条、民法六七三条）。

有限責任事業組合は、複数の組合員が必要であり、組合員が一人になった場合は解散する（有責法三七条二号）。さらに、組合員のうち一人以上は居住者または内国法人でなければならない（有責法三条二項）。また、租税回避行為により不当に債務を免れる目的で濫用されることを防止する観点から（有責法三条三項）、共同事業性の確保が要求され、組合員全員が業務執行に携わらなければならないので（有責法一三条一項・二項）、出資のみの組合員は認められない。なお、組合の業務執行を決定するには、総組合員の同意によらなければならないが、一定の事項の決定については、組合契約書において総組合員の同意を要しない旨の定めをすることができ（有責法一二条一項・二項）。

また、有限責任事業組合の組合契約書の絶対的記載事項として組合の存続期間を記載しなければならず、存続の期限を定めておく必要があることから（有責法四条三項六号）、将来、解散することを前提としたものである。このように、有限責任事業組合は、機関設計や組合員の権利内容については自由に設定することができるが、組合員自身が分化されていない機関であり、債権者保護を勘案した機関設計が義務づけられていないうえに、柔軟性に欠け、不都合な点が多々あることは否めない⁽¹⁷⁾。

2 合名会社・合資会社

合名会社、合資会社は、広く定款自治が認められ、組合的規律が適用されることから合同会社も加え持分会社として規定された。合名会社・合資会社と合同会社との違いは、無限責任社員がいるかないかである。合同会社においては、無限責任社員のある合名会社・合資会社と同じ持分会社であると規定されているが、すべての社員が有限責任

社員であり無限責任社員がいないため、「合同会社の計算等に関する特則」が設けられ、会社債権者保護が図られている。

合名会社・合資会社の社員は、会社の業務を執行し（会社法五九〇条一項）、社員が二人以上いる場合には、社員の過半数をもって会社の業務を決定する（会社法五九〇条二項）。ただし、広く定款自治が認められていることから、定款に別段の定めを設けることもできる。なお、会社の常務については、各社員が単独で行なうことができるが、他の社員が異議を述べた場合は、単独で行うことは認められない（会社法五九〇条三項）。

また、業務執行社員を定款で定めた場合には、各社員は、持分会社の業務執行権を有しなくても、その業務および財産の状況を調査することができる（会社法五九二条一項）。ただし、定款によっても、事業年度の終了時または重要な事由があるときに、この調査権を制限する旨を定めることはできない（会社法五九二条二項）。このように、合名会社・合資会社では、各社員が、会社を代表し（会社法五九九条）、原則として業務を決定し執行する（会社法五九〇条）。つまり、定款に別段の定めがない限り、社員自身が未分化の機関であり、社員総会という機関の観念は希薄なうえに、会社に第三者機関は想定されていない。⁽¹⁸⁾

3 合同会社

新たな会社類型として創設された合同会社とは、アメリカにおける LLC (Limited Liability Company) を範として日本に導入されたものである。会社の所有と経営が一致し、対外的には有限責任社員のみから構成され、株式会社のように内部規律に強行規定が適用されることはなく、会社の内部関係については組合的規律が適用される会社である。合同会社は、人的結合が強く、社員の個性が重視され、社員が所有すると同時に全社員の総意により自ら経営

を行つていくという人的信頼関係の強い会社形態をとり、株式制度を採用しないという共通の特質を有することから、合名会社や合資会社とともに包括的に持分会社として整備された。

社員は会社に対し出資義務を負うだけの間接有限責任社員から構成されている（会社法五七六条四項・五八〇条二項）。しかし、内部関係においては、組合的な定款自治により社員が自ら業務執行を行い（会社法五九〇条一項）、会社を代表する（会社法五九九条一項）。したがつて、合同会社では、社員間の合意による意思決定をし、業務執行や監視はすべて社員が行い、自ら業務を執行することも（会社法五九〇条）、定款で定めた業務執行社員に委任することもできる（会社法五九一条）。さらに、法人を業務執行社員とすることも可能である（会社法五九八条）。

また、合同会社の機関設計は定款により自由に定めることができ、株式会社のように機関の設置に関する強制的な規制がないことから、社員総会、取締役、監査役等の機関の設置は任意である。さらに、社員全員の一致により、取り決めに自由に決定することができる。つまり、会社の内部的には民法上の組合であり、対外的には有限責任という会社類型である。なお、社員の出資は、金銭その他の財産に限定され（会社法五七六条一項六号）、会社債権者保護の観点から、社員になろうとする者は、定款作成後、設立登記をするまでに、その出資に係る金銭の全額を払い込み、またはその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならないとする全額払込主義をとっている（会社法五七八条）。

このように、合同会社は、有限責任制度をとり、株式会社比べて広く定款自治が認められ、設立手続が容易で費用も少なく済み、機関設計も自由に定めることができる。したがつて、迅速な意思決定が可能であり、会社を柔軟に運営することができ、コストも低くて済む。さらに、個人の専門的知識やノウハウなどの人的資産を有効に活用した企業や、法人によるジョイント・ベンチャーとしても利用することができる画期的な会社である。しかし、合同会

社は、事前規制である最低資本金制度を採用せず、会計参与を設置することができないうえに、監査役の設置は任意であり、会計監査人の監査や計算書類の公告の義務づけもなく、民事の一般原則である自己責任によるとしても、会社債権者が保護されるという保証はない。したがって、合同会社は、株式会社と比較しても、会社債権者保護の観点から問題があり再検討を要する会社である。⁽¹⁹⁾

4 特例有限会社

会社法の施行（平成一八年五月一日）に伴い有限会社法が廃止され、有限会社は株式会社に統合されたが、既存の有限会社がすべて株式会社に移行することによる混乱や負担を強いることを避けるため、政策上の判断から、その実体を維持したまま会社法を適用することとし、「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（以下、整備法という）により、会社法の規定による株式会社（特例有限会社）として存続するか（整備法二条一項）、商号を有限会社から株式会社に変更するかを選択を、その会社の自由に委ねている。

したがって、会社法施行後は、有限会社を新たに設立することは認められないが、特例有限会社は、「有限会社」という商号を継続使用できる株式会社であり（整備法三条一項）、存続期間に制限はなく、登記の必要もない。ただし、特例有限会社は、その商号を変更することにより、通常の株式会社に移行することができ（整備法四五条）、持分会社へ組織変更することも可能である（会社法七三四条）。しかし、一旦、特例有限会社でなくなると、二度と特例有限会社に戻ることはできない。

なお、特例有限会社においては、旧有限会社の社員総会は株主総会に（整備法一四条・一五条）、社員名簿は株主名簿とされ（整備法八条一項）、定款、社員、持分および出資の一口を、それぞれ存続する株式会社の定款、株主、

株式および一株とみなす（整備法二条二項）。さらに、発行可能株式総数および発行済株式の総数は、旧有限会社の資本の総額を出資一口の金額で除して得た数とする（整備法二条三項）。

また、特例有限会社は、合同会社同様、会社の規模による機関設計に関する規制はない。しかし、株主総会と取締役は必ず設置しなければならない。取締役会、会計参与、監査役会、会計監査人、委員会を置くことはできない（整備法一七条一項）。ただし、監査役を任意に設置することはできる。なお、特例有限会社が大会社になっても会計監査人の設置義務はない（整備法一七条二項）。本来、株主や会社債権者等の保護のため、計算書類の信頼性や適正性を担保することは、会社の種類や会社の規模にかかわらず重要であり、この場合は、特に会社債権者保護の観点から問題である。

特例有限会社の株主総会は、会社法に規定する事項および組織、運営、管理その他特例有限会社に関する一切の事項について決議することができる（会社法二九五条一項）。特例有限会社では、取締役会を設置することはできないので、株主総会の権限に対する制限は一切ない。取締役の欠格事由も通常の株式会社と同様であるが（整備法一九条一項、会社法三三一条一項）、取締役の人数や任期に関する規制がなく（整備法一八条）、任期を定めても定めなくても任意である。

また、各取締役は業務執行の権限を有し（会社法三四八条一項）、取締役が二人以上の場合には、定款に別段の定めがある場合を除き、業務は取締役の過半数をもって決定する（会社法三四八条二項）。ただし、取締役は各自、特例有限会社を代表するが、定款および定款の定めに基づく取締役の互選または株主総会の決議により、取締役の中から代表取締役を定めることができ、業務の一切の権限を有する（会社法三四九条）。さらに、定款により社外取締役を置くことも可能である。なお、特例有限会社においては、内部統制システムを決定する義務（会社法三四八条四項）や、

会社に著しい損害を及ぼすおそれがあるときの株主または監査役への取締役の報告義務（会社法三五七条一項）の規定の適用はない（整備法二二条）。

さらに、特例有限会社は、監査役を任意に設置することができ（整備法七条一項）、監査役は、株主総会の普通決議により選解任され（会社法三一九条一項・三四一条）、補欠監査役も認められている（会社法三一九条二項）。取締役と同様、監査役の人数や任期に関する規定はなく、監査役選任議案に関する監査役の同意権および監査役選任議案提出請求権に関する規定（会社法三四三条）の適用もない（整備法一八条）。欠格事由についても取締役と同様である（整備法一九条一項、会社法三三五条一項）。

また、監査役を置く旨の定めのある定款には、監査役の権限を会計監査に限定する旨の定めがあるものとみなされるが（整備法二四条）、監査範囲の限定に関する定款の定めを廃止し、監査役が業務監査権限を有するものとすることもできる。なお、特例有限会社においては、合同会社同様、社債を発行することができ、計算書類の公告義務も課されていない（整備法二八条）。

このように、特例有限会社は、有限責任の恩恵を享受しているにもかかわらず、会計参与や会計監査人を設置することができず、監査役の設置も任意であり、計算書類の公告の義務もないことは、合同会社同様、会社債権者保護の観点から問題のある会社であるといわざるを得ない。⁽²⁰⁾

五 中小会社における機関設計のあり方

株式会社の機関設計は、株主保護および会社債権者保護の観点から、株式譲渡制限の有無や会社の規模により、法

令や制度の適用に例外を設けるべきではないと思われるが、会社の実状にあった実効性ある制度として定着させるための方策が必要となる。本来、すべての株式会社においては、公開大会社の機関設計（監査役会設置会社か委員会設置会社）を採用すべきであり、最低資本金制度も復活すべきである。非公開大会社については、監査役または委員会および会計監査人の設置が義務づけられ、会社債権者の保護のための機関が設置されていることから妥当であるといえる。

しかし、中小会社の機関設計については、委員会設置会社を選択した場合を除き、実効性の面から最低限の機関設計を考慮する必要がある。具体的には、非公開中小会社は、株主総会と取締役だけを必要設置機関とするのではなく、それに会計参与を加えるべきではないかと考える。少なくとも会計処理については、取締役をけん制する機関が必要であり、会社債権者保護の観点から、原則として会計監査人が設置されるべきであるが、事務負担やコスト面から会計監査人を設置できない場合には、会計参与を設置すべきことを義務づけるべきである。株主総会と取締役を必要機関とするだけでは行き過ぎた緩和というべきであろう。やはり、会計監査限定監査役に比べ、会計の専門的資格を有する会計参与が、計算書類の作成段階で関与することにより、計算書類の信頼性・適正性が担保され、その対外的信用度の向上が期待できる。

さらに、会計参与は、取締役の職務の執行に関し、会計に関する事項に限らず、不正行為または不法行為の事実があるときは、遅滞なく、株主または監査役や監査役会に対して報告することが義務づけられ（会社法三七五条）、報告義務を怠り会社に損害を与えた場合には損害賠償責任を負う。なお、取締役と意見を異にする場合には、株主総会において意見を述べることも認められている（会社法三七七条一項）。

公開中小会社についても、会計監査人を設置しない場合には、会計参与の設置を強制すべきである。会計参与の報

酬や計算書類の作成者自身の保証では計算書類の信頼性が担保されたといえるのか等の問題はあっても、会計専門家の関与について必要性のない会社などあり得ないのであり、すべての株式会社は、その責任を強化されることになるが、横滑りして会計参与となることを強制すべきである。そうすれば、会計監査人の設置に比べ、あまりコスト増になることもない。

さらに、税務会計による会社の実態から乖離した中小会社の計算書類の問題は解消され、すべての中小会社の計算書類は、日本税理士会連合会、日本公認会計士協会、日本商工会議所ならびに企業会計基準委員会の民間四団体により公表された「中小企業の会計に関する指針」により会計処理された公正なる会計慣行に基づいたものに統一され、その適正性は向上する。

中小会社は、一般的に、会計帳簿の不備や計算・開示の制度の確立が遅れ、しかも、多くの監査役は会計の専門家ではないため、取締役の作成した計算書類を厳密に監査しているとは考えにくい。その結果、計算書類の信頼性には問題がある場合が少なくない。もちろん、会社の計算が明確・適正であっても、必ずしも会社の倒産を防止するものではない。しかし、計算の明確化・適正化が図られている場合には、会社の財政状態や経営成績を承知のうえで債権者となったのであるから、弁済を受けられなくても制度上やむを得ないことである。したがって、会計監査人が設置されていない中小会社においては、取締役による計算書類の虚偽記載や改ざんを抑止し、会計参与に会計保証人としての責任を負わせ、計算書類の正確性と信頼性を担保する必要がある。⁽²¹⁾

六 結 び

平成一七年会社法制定により株式会社の機関設計が柔軟化され、定款自治の拡大によって、その会社の状況や発展段階に応じ最も適合した機関を選択でき、適宜、必要な機関を追加設置することも可能となった。特に、非公開中小会社の機関の選択肢が増加したことは評価すべきことである。しかし、いかなる機関を選択すべきか判断に迷う事態も考えられ、基本的理念が欠如した過度の緩和は無用の混乱を招きかねない。いずれは、試行錯誤の結果、選択肢の中から実質的に有効なものだけが残ることになるであろうが、機関設計の自由度を高めた場合においては適切な選択が行われるように、そして、安易な選択が行われない(濫用防止)ようにする配慮は、立法に当たって欠くことはいかならずである。⁽²²⁾

事前規制を大幅に緩和し、会社の起業および機動性や効率性を重視し、経営者の裁量の幅を拡大したことは評価でき、事後規制による自己責任型の立法の弊害は、会社制度自体を揺るがしかねないことである。特に、会社の使い勝手のみが優先することにより、会社を取り巻く利害関係者、なかでも会社債権者保護を軽視することは問題であり、会社の機関設計について自由度を高めた場合には、いかに濫用を抑止でき、会社の健全性が確保できるかが重要な課題となる。

したがって、会社の機関設計については、すべての企業形態において、株式会社ばかりではなく特例有限会社や合同会社においても、たとえ無限責任社員のある会社(合名会社・合資会社)であっても、会社財産のほか無限責任社員自身の財産が引き当てになるだけであり、会社債権者がすべての弁済を受けられるという保証はないのだから、株主・社員および会社債権者の保護または企業経営の健全化の観点から、会計の専門家である会計監査人や会計参与が⁽²³⁾

設置された機関設計を強制すべきである。

そもそも、非公開中小会社であつてもさまざまなものが存在し、それについて等しく任意に機関設計を認めているのだから、その制度ができる限り適切な使い方がされるように誘導することが大切である。⁽²⁴⁾なぜなら、濫用による被害を受けるのも多くは同じ非公開中小会社であり、経営の健全化、利害関係者の保護は非公開中小会社全体を益するものとなるからである。

- (1) 相澤 哲「一問一答 新・会社法」(商事法務・二〇〇五) 一一二頁。
- (2) 池野千白「新会社法・会社法時代の幕開け(2)——機関設計恐るるに足らず——市民と法三六号(二〇〇五) 八頁。
- (3) 稲葉威雄「会社法制の現代化——株式会社機関設計を中心として——」監査役四九〇号(二〇〇四) 一〇頁。
- (4) 松本真輔「取引相手方の機関設計・会社形態の変更に伴う与信判断」銀行実務三七卷八号(二〇〇七) 五七頁。
- (5) 江頭憲治郎「会社法制の現代化に関する要綱案の解説(Ⅱ)」商事法務一七二二号(二〇〇五) 七頁。
- (6) 岩原紳作「会社区分のあり方」ジュリスト一二六七号(二〇〇四) 三七頁。
- (7) 稲葉威雄、前掲注(3)、九頁。
- (8) 黒沼悦郎「新会社法における機関設計」法律のひろば五九卷三号(二〇〇六) 三五頁、三六頁。
- (9) 弥永真生Ⅱ北原 直Ⅱ宮口定雄「会計参与の創設の意義とその責任・義務」税理四七卷一三号(二〇〇四) 三三頁、四九頁(弥永発言)。
- (10) 阿部徳幸「会計参与(仮称)制度の問題点」税経新報五一八号(二〇〇五) 九頁。
- (11) 拙稿「会計参与制度の論点と展望」神奈川法学三八卷二・三合併号(二〇〇六) 一七頁、一八頁。
- (12) 浜田道代「会計参与、監査役、監査役会、会計監査人」ジュリスト二二九五号(二〇〇五) 八一頁。
- (13) 鳥飼重和Ⅱ高田 剛Ⅱ小出一郎Ⅱ村瀬孝子「新版 非公開会社のための新会社法」(商事法務・二〇〇六) 八頁。
- (14) 稲葉威雄、前掲注(3)、一五頁。
- (15) 稲葉威雄「定款自治の拡大——株式会社の機関設計」企業会計五七卷二二号(二〇〇五) 八六頁、八七頁。

- (16) 江頭憲治郎、前掲注(5)、六頁。
- (17) 拙稿「合同会社の意義と問題点」神奈川法学三九卷二・三合併号(二〇〇七)一四頁。
- (18) 龍田 節『会社法大要』(有斐閣・二〇〇七)六三頁。
- (19) 拙著『創業と会社変更のための会社法―中小会社・合同会社・特例有限会社―』(晃洋書房・二〇〇七)一五〇頁、一五二頁。
- (20) 拙稿、前掲注(17)、一七頁。
- (21) 拙稿「小規模会社の会計制度と監査制度」琉大法学七三号(二〇〇五)一七八頁。
- (22) 稲葉威雄、前掲注(3)、八頁。
- (23) 拙稿「資本(資本金)制度の再検討―株主有限責任と会社債権者保護―」神奈川法学三九卷一号(二〇〇六)一三三頁注(3)。
- (24) 稲葉威雄、前掲注(3)、九頁、一五頁。