

中小会社におけるコーポレート・ガバナンス

浦 川 章 司

抄録

本稿では、経営者はどのように経営に参加すべきものであるかを検討するとともに、中小企業におけるコーポレート・ガバナンス、経営の危機管理、内部統制システム等の必要性について検討する。

キーワード

中小企業、取締役、経営判断の原則、危機管理、遵法経営、内部統制、会計参与

The Corporate Governance in Small and Medium-Sized Companies

Urakawa, Shouji

Abstract

In this paper I will examine how managers should participate in management and the small and discuss also the necessity of corporate governance, crisis management and internal control in small and medium-sized companies.

Key Words

small and medium-sized companies, director, corporate governance, Business Judgment Rule, legal compliance, crisis management, internal control, accounting advisor

も く じ

- I はじめに
- II 取締役の内部関係における戒律
- III 経営判断の原則
- IV コーポレート・ガバナンスと内部統制システム
- V 会計参与
- VI むすびにかえて

I はじめに

筆者は、通信教育部で商法関係の科目を担当している。通信教育部で学ぶ学生のほとんどは社会人である。社会人のうち、会社に勤務している学生は、それぞれの職場で種々の法的問題に直面している。筆者および同じ科目を担当している先生は、学生から種々の質問を受けるが、その中で、同じ科目を担当している先生が、商法・会社法に関する課題を与えられたことがあった。本稿では、そのうちの一つを簡単に示し、問題提起の対象としたい。

食料品の仕入れ販売をするA会社（資本金1億円、正規の従業員約50人、株主は従業員・取引先等を含め30名）は、戦後の経済成長の折りに設立され、業界では優良な会社で、利益も順調にあげていた。平成15年、代表取締役社長が病のため代表取締役社長の座を退いた。取締役会が開催され、元代表取締役社長の妻Xが新たに代表取締役社長に就任し、Y取締役が副社長に就任した。Yは、元代表取締役社長の右腕としてA会社の経営に参加していた人物である。A会社には、X、Y以外に3名の取締役と1名の監査役がいる。Xは、過去、一切会社の経営に加わったことはなかった。X新社長のもと会社のは関係者は一致団結し、Yの指揮のもと、事業経営は順調に動いていた。しかし、平成17年半ばごろから、A会社の経営にきしみが出てきた。それは、Xに会社代表権があるものの、会社はYの指揮の下で遂行され、XとYとの間に意見の対立が顕著化した結果である。たとえば、支店を通じた取引で、売掛金が回収不能になったが、Xはこの取引先の信用不安を感じていたが、YはXの意に反して取引を継続した結果である。また、Yが自らの別会社を設立し、競業取引が発覚したこともあった。さらに、古参の従業員による商品の横流しや、Yの部下であるZ次長はA会社の商品アイテムや取引顧客名簿等に関する情報を競争会社に漏洩したなど、元社長時代には想定できない不祥事が発生した。さらに、販

売商品の産地偽装につき、内部告発をうけ、Xは執行猶予付きの罪に問われた。この産地偽装もYの部下が関与し、Xは知らないことであった。

このような状況下で、A会社の事業実績は悪化の一途をたどり、昔からの取引先との取引も中断すると共に、資金繰りも悪化し、また、取引先から損害賠償を請求されるにも至った。当然、銀行の返済も滞り、当然に、Xの責任問題が浮上してきた。A会社では、将来、Xの子Bが後継者となり、上場を視野に入れた経営を目指していた。新社長のもと、一時期関係者全員が一つになって事業遂行に邁進していたが、いつの間にか内紛が生じ、優良企業から倒産の憂き目に会ようになった。

そこで本稿では、経営者はどのようなリーダーシップをとって経営に参加すべきものであるか、会社法上から検討したい。とくに、通例、大会社や公開会社において議論されているコーポレート・ガバナンス、経営の危機管理、内部統制システム等は中小会社においても同様に議論の余地があることを示したい。

II 取締役の内部関係における戒律

一 10の戒律

中小株式会社（以後、中小会社とする）の取締役は、自ら法務、税務、労務等会社のあらゆる業務を執行しなければならない。取締役は、その業務執行につき、義務違反をし、会社に損害が発生したならば、その責任を負わなければならない。具体的に、取締役はどのような義務を負うか、戒律として考えてみよう⁽¹⁾。

(1) 戒律1 法令を遵守すること

取締役は、会社との関係は委任であるので（会社法330条）、善管注意義務（民法644条）および忠実義務（会社法355条）を負う。この法令遵守義務につき問題となるのは、まず第一に、どのような義務が内部的義務として重視されるのか、つぎに、その義務違反の結果、会社に発

生じた損害に対し取締役が損害賠償の責任を負うが、最終的に、取締役は外部者（会社債権者）に対しいかなる方法で、かつ、いかなる範囲で責任を負うかということである。

(2) 戒律 2 定款および業務規定を守ること

取締役は、定款および業務規定から生ずる義務に従わなければならない。とくに、会社の目的を遂行しなければならない。会社の目的は取締役の行動を拘束する、つまりその権限の制約である。たとえば、自動車の販売業者が不動産取引の権限を有しないようなことである。取締役がこの目的の遂行にあたり、義務違反をし会社に損失が生ずれば、会社はその責任を追及することができる（会社法355条・423条）。

(3) 戒律 3 任用契約を守ること

任用契約（委任契約）は、取締役の権限を制約する性質を有する。たとえば、金融機関からの借入についての権限を付与する場合に、一定額以上の高額な金員の借入は、単独ではできないという制約である。通例、任用契約中で、取締役の権限の範囲が決定されるので、その範囲内において取締役の権限の制約があるといえよう。業務執行にあたり、取締役がこの任用契約に違反し、会社が損害を被ったならば、損害賠償の責任が生ずる。

(4) 戒律 4 株主（株主総会）の指図に従うこと

取締役は、業務の執行については、少なくとも、それが違法とならない限度で、株主（株主総会）の指図に反論することは許される。株主は自らの意見を固守するならば、取締役はそれを実施するか、あるいは、自らの地位を退くかである。取締役が執るべき行動は、辞任は別に、損害賠償の危険を招く。たとえば、株主の指図に反し、石油や金を購入しないで、その価格が

上昇した場合、その損失につき賠償しなければならない。

株主の指図に対峙する取締役には、二つの問題がある。まず、一つ目の問題として、当該指図は正規の機関が発したものであるか。多数の株主を有する会社にあつては、その指図は大きな意義を有するが、個々の株主は何らの指図権を有しない。唯一人の株主が同時に指図権を有する株主総会、いわゆる一人会社においては問題はない。もちろん、一人会社では、あらゆる場面に書面化、すなわち、記事録の作成が不可欠である（会社法318条）。第二に問題となるのは、株主の指図があつた場合に、取締役は、当該指図が法令または定款に違反しないかを調査しなければならない。たとえば、剰余金の配当につき指図があつたとしても、それが会社の財産を弱体化するようなことであつてはならない。もし、取締役がそのような指図を実行したならば、会社法423条により損害賠償の責任を負うことになる。同様に、会社の目的と相違する指図があつた場合には、まずは、定款変更の決議をしてから、指図に従って行動すべきである。

(5) 戒律 5 会社組織を維持すること

会社組織を維持するということは非常に抽象的であり、それ自体、取締役の義務として捉えるのではなく、むしろ、経営学上の議論であり、組織論の範疇の問題であろう。たとえば、50人の従業員で1億円の売上をする会社組織と500人の従業員で100億円の売上をするそれとは自ずと異なってくる。ここでの議論の対象は、取締役はいかに会社を組織するかという広い裁量権についてである。当然に、取締役にこの裁量権は委ねられているし、認められなければならない。問題は、会社組織における権限の分配であるが、リスクを排除することを意図した組織を構築することが、取締役の基本的な義務である。この点については、内部統制システムの構

策の問題として後で議論する。

ドイツ連邦裁判所は、この会社財産に関して、典型的な例示として、信託財産をあげている。すなわち、会社に信託財産があれば、それを分離して保管・管理しなければならない。従業員がその財産を利用する場合には、明確な規則を定めておかなければならない。この場合に、任務懈怠があれば会社に発生した損害につき賠償しなければならない。取締役が組織でなすべき義務を履行しておけば、従業員の義務違反に対し責任を負わないですむが、そうでなければ、会社に生じた損害について責任を負うことになる。

(6) 戒律 6 組織をコントロール（監督）すること

組織のコントロールには二つある。会社の組織の設定およびそれに伴う規則の制定ならびに会社の目的を遂行するために個々の従業員に対する職務および義務の指図が組織のコントロールの一つであり、その実行がもう一つの組織のコントロールである。

取締役が、組織およびその根拠規定をコントロールすることは当然の義務である。前記の例示から、取締役が信託財産と会社固有の財産を区別しておかねばならないことを命じるだけでは足りない。つまり、取締役は個人的にあるいは上司によって命令（指図）を伝えていることが確認できなければならない。取締役がこれをいかに実行するかは自身の裁量に委ねられている。信託財産の保管・管理を託されている者は、その職務を遂行するにあたり、取締役またはその上司からコントロールを受けるにちがいない。取締役がこれを懈怠すれば、会社から責任を追究される。この点についても、内部統制システムの問題として、後に論議することにする。

(7) 戒律 7 会社の支払能力と財産状況を監視・監督すること

会社は、企業のあらゆる典型的な危険または当該会社の特有の危険を回避し、さらに、その危険を開示しなければならない。とくに、これが問題とされるのは、会社の資金調達に際し、これに結びつく危険がある場合である。資金は企業に循環する血液である。これが不足すると貧血をおこす。不足すれば、衰弱し、倒産にいたる。したがって、会社の財産に関して権限を有する取締役は、支払能力と財産状況に絶えず注意を払わなくてはならない。企業の貧血が早めにわかれば、それだけ早期に改善することが可能である。この支払能力と財政を一体としてとらえるのか、あるいは分けて考えるかである。少なくとも、財産問題が初めに認識されるはずである。取締役が財産状況に十分な注意を払わないことになれば、それから生じる損害について責任を負う。常に、財産状況に注意を払えば、救済手段を講じることができるからである。

(8) 戒律 8 重大なリスクを回避すること

① 日常の企業活動におけるリスクに注意すべき義務（リスク監視義務）

企業家にリスクのない事業活動は存在しない。価格上昇・下落や取引の相手方の倒産に対し誰も影響を受けない者はいない。取締役もしかりである。会社は危険を担い、リスクが生じたらそれを克服していくであろう。しかし、リスクが蓄積し、または、資金力とつり合いのとれない状況に至れば、事情は異なる。リスクの具体化が会社を倒産に至らしめる状況になれば、取締役の義務違反になることは、一般に認められるところである。取締役が事業活動を展開するにあたり、それにはどのようなリスクが存在するか、あるいは、発生するかを考慮しなければならない。もし、リスクの具体化の蓋然性が高まれば、その事

業を中止しなければならない。少なくとも、取締役（会）は、会社の存続をあやぶむような危機に陥れるような事業展開を早期に知るべき監視システムを設ける必要がある。いわゆる内部統制システムの構築である。

今日では、大会社において導入することになっている内部統制システムではあるが、拡大発展しようとするそれ以外の会社においても、危険監視システムの構築の必要性は否定できない。取締役の個々の果たすべき義務の中に、リスク防止の義務も含まれるはずである。

② リスク判断の心構え

業務執行において発生したリスクにつき、義務違反となるリスクとそうでないリスクがある。取締役の内部的責任に関して重要な問題である。リスクが具体化し、損害の発生之余地が大きくなればなるほど、損害の大きさも明確化してくる。したがって、事業経営に責任を負う機関の決定が入念に準備されなければならない。取締役は、リスクに対してどこまで準備しておかなければならないか。これは、経営判断の原則とも関連しているはずである。

特に以下の諸点がひとつの基準となろう。

- イ リスクを伴う事業については、適切な準備がなされたか。
- ロ 全体としての情報を収集したか。
- ハ リスクを削減するためのあらゆる措置が講じられたか。
- ニ 生じうる損害が会社の支払能力に見合うものか。
- ホ 利益が損失（損害）と適切な割合であるか。

(9) 戒律 9 会社の利益と取締役個人の利益の衝突を回避すること

取締役と会社の関係は委任関係にあるので、

取締役は会社に対して善管注意義務を負う。したがって、取締役はいかなる状況にあっても、会社の利益を全力をもって追求し、自己の利益を犠牲にしなければならない（会社法330条・350条・356条）。

(10) 戒律10 取引等事業経営の決定のために十分な準備をしておくこと

二 事業および政策決定における取締役の免責の必要性

以上、取締役が会社の事業遂行にあたり、負担しなければならない義務を戒律という形式で示したが、これらは取締役には当然の義務である。しかるに、取締役にこれらの戒律を厳格に適用し、会社に損害が生じたときは、取締役は常にその責任を負わなければならない。つまり、義務違反をした取締役に對する責任追求が正当であるのかの判断につき考慮しなければならないことは、取締役に会社の業務執行につき広範囲な活動余地が認められなければならないということである。取締役に、企業家としての行動および判断が求められ、これには、事業のリスクを認識することも含まれ、誤って中止した判断および誤ったリスクも伴う。この場合、取締役の責任は発生しない。義務違反が問題になるのは、責任という意識のもとに、企業繁栄に注意をはらった行為を限度とし、これを超えた場合である。企業リスクを引き受けるための準備には責任は追及されない。この問題は、企業家としての裁量が法的カテゴリーとして存在するかを問うのではなく、その前提条件は何か、つまり、企業家としての判断はどのようなものかということである。

企業家の判断は、法令または定款の単なる実施ではなく、企業の目的の実現のための業務執行に関わるあらゆる処置である。すなわち、契約自由のごとく、その取引をどうするか、誰と、いつどこで、どのような条件のもとで行うかという判断

であって、事業上あるいは企業上の判断である。

III 経営判断の原則

一 経営判断の原則の目的

会社の経営者（取締役）は、営利を目的とする会社の経営を委ねられた専門家として、長期的な視点に立って全株主にとって最も利益になるように職務を遂行すべき善管注意義務および忠実義務を負っている。もっとも、事業を営み、利益を上げるには、時々刻々と変化する諸々の要素を的確に把握し、総合評価し、短期的・長期的な将来予測を行った上で、時機を失うことなく経営に判断を積み重ねて行かなければならない。したがって、会社の経営の判断には、リスクが伴うものであり、取締役に結果責任を負わせたのでは、取締役の活動を著しく萎縮させることや経営判断には専門性が必要なことから、常に裁判所の介入を認めることは適切でないというアメリカの判例法上、株主代表訴訟が多発したことに対する法理として形成発展した法原則が経営判断の原則（Business Judgment Rule）である²⁾。

二 アメリカ法および日本法における経営判断の原則

(1) アメリカ法上における経営判断の原則

アメリカ法上の経営判断の原則とは、判例法上、経営判断を行うにあたり、取締役が十分な情報にもとづき、善意かつ真摯に当該行為が会社に資すると考えたであろうと推測を意義すると理解され、その結果、取締役・会社間に利害対立がなく、取締役が行う意思決定過程において、善意かつ十分な資料にもとづいて行われた経営判断について、後知恵により責任を判断することは行わないことを意味する。すなわち、取締役が行った業務執行に関しては、事後的に裁判所は判断内容の合理性には踏み込むことを抑制すべきであるとする考え方が経営判断の原則である³⁾。

(2) 日本法上の経営判断の原則

それに対し日本法での経営判断の原則は、取締役の善管注意義務違反の有無を判断基準としてとらえられている。すなわち、取締役が業務執行によって、かりに、結果が悪く会社に損害を生じさせたとしても、取締役が業務執行を行うにあたり、一応の要件を充足すれば、取締役に義務違反はない。つまり、取締役の責任を問わないという取締役の免責の道具として攻撃防御方法として把握される。このように、今日では、経営判断の原則を取締役の業務執行の意思決定が裁量の範囲内にあるかどうか、すなわち、注意義務違反があるかどうかを判断する際の基準として理解される。

三 判例上における経営判断の原則の意義

(1) 野村証券事件（東京地判平成5年9月16日判例時報1469号25頁）

本件は、初めて経営判断の原則を判決中に示した。判旨によれば、取締役の経営判断の当否が問題となった場合、取締役であれば、そのときどのような経営判断をすべきであったかどうかをまず考えたうえで、これとの対比によって実際に行われた取締役の当否を決定することは相当ではない。むしろ、裁判所としては、実際に行われた取締役の経営判断そのものを対象として、その前提となった事実の認識について不注意な誤りがなかったかどうか、また、その事実にもとづく意思決定の過程が通常の企業人として著しく不合理なものでなかったかどうかという観点から審査を行うべきであり、その結果、前提となった事実認識に不注意な誤りがあり、または意思決定の過程が著しく不合理であったと認められる場合には、取締役の経営判断は許容される裁量を逸脱したものとなり、取締役の善管注意義務または忠実義務に反するものとなる。この判決は、経営判断の原則は、経営判断そのものの当否を判断するではなく、取締役が

その採用した判断の決定過程を問題にすることを明らかにした。

(2) セメダイン事件（東京地判平成8年2月8日 資料版商事法務144号111頁）

判決は、前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなく、意思決定の過程・内容が企業経営者として特に不合理・不適切なものといえない限り、取締役としての善管注意義務ないし忠実義務に違反するものではないとして、判断の中身まで経営判断の原則の適用要件としている。

(3) リそなホールディング事件（大阪地判平成15年9月24日 金融・商事判例1177号31頁）

経営判断の原則について、取締役は、営利を目的とする会社の経営を委ねられた専門家として、長期的な視点に立って全株主にとって最も利益となるように職務を遂行すべき善管注意義務および忠実義務を負っている。もっとも、事業を営み利益を上げるためには、時々刻々変化する諸々の要素を的確に把握して総合評価し、短期的・長期的な将来予測を行った上、時期を失することなく経営判断を積み重ねて行かなければならないから、専門家である取締役には、その職務を遂行するにあたり、広い裁量が与えられているものといわなければならない。したがって、取締役に対し、過去の経営上の措置が善管注意義務および忠実義務に違反するとしてその責任を追求するためには、その経営上の措置を執った時点において、取締役の判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがあったか、あるいは、その意思決定の過程・内容が企業経営者として特に不合理、不適切なものであったことを要するものと解するのが相当であるとして、経営判断の原則の内容は、取締役が下した経営の意思決定の内容の当否もその

対象としている⁽⁴⁾。

これらの裁判例およびその後の裁判例からみて、日本の経営判断の原則の最大公約数は、取締役が業務の意思決定を行った過程、決定した理由等、その決定した時点において、その判断の前提となった事業の認識の重要かつ不注意な誤りがなく、その意思決定の内容が企業経営者として不合理、不適切なものといえない場合には、かりに、結果として会社に損害をもたらしたとしても、それは取締役に認められた裁量の範囲にあるものとされ、そのように判断された場合は、取締役に善管注意義務・忠実義務違反となるべき任務懈怠はないとするところにある⁽⁵⁾。

四 中小会社における経営判断の原則の必要性発生

経営判断の原則は、取締役の職務執行の結果、会社に損害が発生したとしても、取締役が誠実にその職務を執行していれば、その責任は問われないとするものである。その理由として、まず、取締役の積極的・挑戦的な経営の促進があげられる。企業はその目的を遂行するために、取締役が責任を意識して、その職務の遂行が萎縮してはならないはずである。つぎに、取締役の経営判断につき、裁判官が介入することは必ずしも適切でないことが指摘される。さらに、大規模会社にあっては、所有と経営が分離しているので、株主は取締役に経営を委任した以上、株主も一定のリスクを負うべきであって、会社経営につき損失を招いた取締役を信任できなくなったならば、再任しなければよいことなどがあげられる⁽⁶⁾。

他方、中小会社においては、株主は大して多くなく、所有と経営は分離していない。だが企業は日々拡大発展して行くものであるが、経営者が積極的にその職務を遂行するためには、自由な経営判断が求められる。確かに、所有と経営が分離している大会社や公開会社での経営判断の原則の適用条件がそのまま中小会社においてそのまま妥当

するかは疑問である。たとえば、必要な情報あるいは資料の収集、さらには会社との利害関係の有無など厳格に解釈することが正当視されるか検討の余地がある。中小会社の取締役は、自ら法務、税務、労務等会社のあらゆる業務を執行しなければならない。その結果、会社に損失が生じ内紛が発生し、責任追及へと発展した場合に、その責任追及は必ずしも正鵠を得たものとはいえない。この内部紛争を回避する有効な手続きとして経営判断の原則が有用と考えられよう。

IV コーポレート・ガバナンスと内部統制システム

一 コーポレート・ガバナンス

株式会社の経営にもっとも利害関係を有するのが、その所有者である株主である。この株主が経営者の行動を規律するのが、本来的に言うコーポレート・ガバナンスである。つまり、その意図は企業価値の最大化をめざし、イノベーションを起こし、雇用を創設し、最終的には、経済を成長させるところにある。

このように考えれば、今日、その意義は、経営者（取締役）と株主との関係を越え、株主以外に、投資家、従業員、消費者、取引先、金融機関、地域、行政というステークホルダーの利益をもとに会社は経営されるべきであるとする企業規律にある⁷⁾。

しかし、このコーポレート・ガバナンスの議論は、企業不祥事の未然防止（コンプライアンス）や内部統制の問題に方向付けられるようになってきた。本来的な意味でいう株主と経営者（取締役）の利害調整の手段という観点からすれば、「異質な機関による相互牽制」と「正確な経営情報の開示」であり、その一つが株主に代わって経営執行者を監視・監督する強力な役職を設けることであり、さらに、監視・監督機能と経営執行機能を完全に分離することである。

実際に、会社法上ではコーポレート・ガバナ

スなる用語は用いられておらず、それが用いられているのは、金融商品取引法下での有価証券報告書および東京証券取引所による「コーポレート・ガバナンスに関する報告書」においてである。

会社法において、「コーポレート・ガバナンスの状況」を記載するにあたり、「会社の機関内容」等のほか、「内部統制システムの整備の状況」、「リスクの管理態勢の整備状況」を含み、金融商品取引法では、「会社の機関内容」、「内部統制の整備状況」、「内部監査部門および監査役（監査役会）」、「会計監査人の連携状況」等の事項が掲げられる⁸⁾。

二 内部統制システム

今日では、企業不祥事が多発したことから、コーポレート・ガバナンスを上位概念として、危機管理（リスクマネジメント）、遵法経営（コンプライアンス）、内部統制（インターナル・コントロール）などの概念が主張されている。

内部統制システムとは、健全かつ効率的に企業経営を行うために必要な組織上のコントロールやチェック体制をいう。内部統制システムは、会社法および金融商品取引法で定められている⁹⁾。

(1) 会社法上での内部統制

会社法上は、判例（たとえば、大和銀行株主代表訴訟事件；大阪地判平成12年9月20日判例時報1721号2頁）や多くの企業不祥事の発生を省みて、平成18年5月施行法でこれを定め、一定の会社（大会社および委員会設置会社）に対してその整備を義務づけている（会社法348条3項4号・362条4項6号・5号・416条1項1号ホ）。会社法上の内部統制システムは、取締役の職務執行にかかる情報の保存や管理、損失の危険の管理、取締役の職務執行が効率的に行われることの確保、使用人の職務執行が適法に行われることの確保（いわゆるコンプライアンス）等事業全般にわたるリスク管理体制を示す広い概念である（会社法施行規則98条1項、100

条1項、122条2項)。

会社法における内部統制は、「取締役の職務執行が法令および定款に適合すること」等、対象範囲を業務全般に広く設定し、内部統制の体制整備の決定は取締役会の責任である。また、検証は監査役の責任であり、大会社においては監査役等が会計監査人の実施した監査の方法と結果の相当性も評価する。

(2) 金融商品取引法上の内部統制

金融商品取引法では、対象は、「財務報告に係る内部統制」であり、責任主体は代表取締役や代表執行役等の企業の最高責任者である。財務報告に係る内部統制の検証は、独立した会計監査人によって実施される。結局、内部統制の整備・運用に係る基本方針を決定することは取締役会の責務であるが、財務報告に係る内部統制の整備および運用を含めた開示書類の信頼性に対する責任は代表取締役等の最高経営責任者が負う。内部統制の全般的な検証は、監査役等が会計監査人と連携しつつ実施し、財務報告に係る内部統制の評価の検証は会計監査人が実施する⁴⁰⁾。

(3) 取締役会を設置していない中小会社における内部統制

以上の説明は、大会社および委員会設置会社における内部統制システムについての概要であるが、本稿の目的は、中小会社における内部統制を議論することにあるので、以下においては、取締役会を設置していない中小会社の場合についてみてみよう。

取締役会非設置会社では、取締役が決定する「内部統制システムの基本方針」に関する事項として、次のものが掲げられる(内部統制省令4)。

- ① 取締役が二人以上の場合において、適正に業務が行われることを確保するため

の体制

- ② 取締役の職務の執行に係る情報の保存・管理に関する体制。
- ③ 損失の危険の管理に関する規定その他の体制
- ④ 取締役の職務執行が効率的に行われることを確保するための体制
- ⑤ 使用人の職務執行が法令・定款に適合することを確保するための体制
- ⑥ 企業集団における業務の適正を確保するための体制
- ⑦ 監査役がその職務を補助する使用人を置くことを求めた場合における使用人について関する事項(監査役設置会社の場合。監査役を設置していない会社の場合は「取締役が株主に報告すべき事項の報告をするための体制」が必要である。)
- ⑧ 前記⑦の使用人の取締役からの独立に関する事項(監査役設置会社の場合。⑦に同じ。)
- ⑨ 取締役・使用人が監査役に報告するための体制その他の監査役への報告に関する体制(監査役設置会社の場合。⑦に同じ。)
- ⑩ その他の監査役の監査が実務的に行われることを確保するための体制(監査役設置会社の場合。⑦に同じ。)

このように、取締役会が設置されていない会社にあっては、取締役会という経営の統一的な意思決定機関が存在しない。そのために、複数の取締役が個別に意思決定を行う余地があることから、とくに、①の体制の整備が求められる。

大会社および委員会設置会社には、内部統制システムの整備が義務化されている。このようなシステムは、これらの会社だけでなく、中小会社においても、将来の企業の拡大発展を希求するならば、その整備は必須である。

ただ、会社法が求めている内部統制システム

の内容については、会社法施行規則で言及されているが、それは大して詳細なものではない。また、金融商品取引法で定める罰則もない。通例、この基本方針については、事業報告書によって株主に開示されることになっている。当然、次期株主総会でその内容に関し、株主から質問されることが予想される。その際、企業は適切な説明責任を果たし、経営トップは自社の内部統制について自らの言葉でステークホルダーに説明しなければならない。万が一に、重大な企業不祥事や事故等が発生したときは、当該企業において真に実効性のある内部統制システムが構築されていたのか、経営トップの善管注意義務違反が問われることを当事者は忘れてはならない。

そこで、自己の内部統制システムの現状を認識し、自己の課題を抽出しておく必要がある。結局、経営トップとしては、罰則の有無に拘わらず、会社法にも、金融商品取引法にも対応した内部統制システムを構築しておかなければならない。そのために自社に求められる内部統制システムとは何であるか、それを構築するにあたり、自社において何が欠けているか、常に考えながら全体像を立てなければならない。

(4) 中小会社における内部統制

中小会社において、大会社や公開会社におけるのと同様の内部統制システムに対応することは会社にとって大きな負担となる。しかし、内部統制は、会社の大小・公開非公開を問わず、いかなる会社においてもすでに置かれているものである。中小会社でも、資本市場から事業資金を調達しようとするならば、資本市場または一般投資者に対して、信頼のおける財務報告を提供する義務がある。

そこで、事業規模が小規模で、比較的簡素な組織構造を有する企業にあっては、要員の不足等により、担当者間に相互牽制をはたかせる

ための適切な職務分掌の整備が難しい場合が想定される。そのような場合には、たとえば、経営者や他の部署の者が適切にモニタリングを実施すること等により、リスクを軽減することや、モニタリングの作業の一部を社外の専門家を利用して実施することなど、各企業の特성에応じて適切な代替的な内部統制により対応することが考えられる¹¹⁾。

V 会計参与

一 会計参与の意義

会計参与制度とは、株式会社が任意に定款または株主総会において設置することができる会社の機関であり、登記されることにより外部に対して明らかにされるものである（会社法326条2項、379条2項、911条3項16号）。

公認会計士（監査法人を含む。）および税理士（税理士法人を含む。）のみが会計参与になることができる（会社法333条1項・3項¹²⁾）。

取締役等と共同して計算書類を作成し、株主総会において当該計算書類に係る説明を行い（会社法374条1項¹³⁾）、会社とは別個に会計参与の事務所に当該計算書類を備え置き、株主および会社債権者に対し閲覧に供することができる（会社法378条）とされるものである。

このようにして、会計参与を設置した株式会社においては、株主総会に提出された計算書類は、会計参与報告を会計参与自信が独自に作成し（会社法374条）、株主および会社債権者の閲覧に供することにより、共同作成した事実を明らかにし、かつ、株主および会社債権者に対して計算書類の適格性を証明し、さらに、その後に会計参与が当該計算書類を会社とは別個に備え置き、公開して事後の改ざん等を防ぎ、透明性が確保される¹⁴⁾。

二 計算書類の透明性と自己責任

会計参与制度の目的は、中小会社における計算書類の透明性と自己責任性をはかるところにある。

日本の会社の99%以上を占める中小会社、とくに、株主の有限責任を基礎とする中小の株式会社の計算書類は透明性と自己責任性を有していない。たとえば、税務署に提出する計算書類と金融機関に提出する計算書類が異なっているという事実、計算書類を公開しない会社が多数に及んでいるという事実、公開した計算書類に対し何らの責任を負わないという事実が存在するということを思い浮かべてみれば納得の行くことである⁶⁵⁾。

三 最低資本金制度と会計参与

会社法上、最低資本金制度が廃止された。最低資本金制度の意義は、会社債権者の利益を保護する機能にあった。株式会社では、出資者である株主はその出資だけの有限責任を負い、取締役等の役員も、原則、個人責任を負わず、会社債権者にとっては、会社財産のみがその債権を担保するにすぎない。しかし、倒産するような会社にあっては、会社財産はほとんどなく、当該会社の債権者の有する債権はほとんど回収されない。株式会社が倒産した場合、債権者は取締役等の役員の責任を追及するにも、費用と時間を費やすことになる。少なくとも、最低資本金制度の意義は会社の経済的な財産基盤を堅固なものにすることにあった。

現実には、この最低資本金制度は、会社財産の確保による債権者保護という効用はあるものの、あくまで会社設立時のみであり（この条件をクリアーすることにより、会社債権者の保護に対応しようとする。）、取引の安全性に係る永続性はないといえよう⁶⁶⁾。

そこで、会計参与制度は、的確にその機能を発揮すれば、中小会社の計算の透明化・自己責任化により、取引の安全に寄与し、かつ、永続性をはかることができる。つまり、取引の安全の基礎には、会社の計算の透明性と自己責任性が必須である⁶⁷⁾。

四 監査役と会計参与

大会社以外の公開会社でない取締役会設置会社（委員会設置会社を除く。）では、会計参与を設置すれば、ある一定の会社では、監査役機能のうち、業務監査については、取締役会や株主に、そして、会計監査については会計参与に委ねることにより、監査役を設置する必要はなくなる。

監査役の権限を会計に限定する場合に、この会計を監査するにつき、監査役は会計に関しての知識・能力を問われないのであるから、専門性の無い監査役の監査を受けるよりも、会計参与の方が、計算の適性確保に有効である⁶⁸⁾。

五 会計参与のメリットとデメリット

(1) メリット⁶⁹⁾

① 取締役等の職務の軽減

会計制度が複雑化する現状において、会計に関して専門家である会計参与が会社の計算書類等の作成に関与することにより、取締役等は計算書類等の作成や株主に対する説明の労務が軽減され、会社経営と意思決定に専念することができる。

② 資金調達の容易化

計算書類の正確性が担保されることにより、金融機関の優遇金利の適用および融資枠の拡大が期待でき⁷⁰⁾、また、中小会社でも私募債の募集が可能となる⁷¹⁾等の債権者あるいは投資家からの資金調達が容易になる。

③ 計算書類等の透明性・信頼性の向上

会計の専門家である会計参与が会社の計算書類の作成および開示に関与することで、中小会社の計算書類等の正確性・透明性および信頼性を向上させることができる。

(2) デメリット

まず、会計参与という専門家を設置する以上、相当の費用（コスト）が必要である。中小会社で費用対効果を考慮した場合に、会社は積極的

に設置するか疑問である。つぎに、会計参与は会社の業務執行機関であるから、他の機関とどのように会社業務を遂行していくのか、会社組織上問題が生じるおそれがある。さらに、会計参与に就任する者は、他の会社役員と同様の責任を負わなければならない。つまり、大きなリスクを背負って、業務執行機関として会社運営に参画するかということである⁷⁾。

六 コーポレート・ガバナンスと会計参与

コーポレート・ガバナンスのための伝統的な方策は、「異質な機関による相互牽制」と「正確な経営情報の開示」であり、その一つが株主に代わって経営者・執行者を監視・監督する強力な役職を設けることであり、さらには監視・監督機能と経営執行機能とを完全に分離することである⁸⁾。会社法では、会社の機関設置につき、大会社・中小会社の区分および公開会社・非公開会社の区分に従って、それぞれの多くの選択肢の中から自社に適した機関設定をすることが認められている。異質な会社機関による相互牽制と並んで、重要な方策が、株主やステークホルダーに対する説明責任の履行であり、その中心が適正な会計制度に裏づけられた経営情報の開示である。公開会社や大会社と異なり、中小会社や非公開会社にあっては、適切な会計制度に裏づけられた正確な経営情報を発信する有効な手段として会計参与の設置が望まれる。

VI むすびにかえて

従来、コーポレート・ガバナンスあるいは内部統制システム等の議論は、大会社または公開会社を中心に行われてきた。議論はこれらの会社を対象とするだけでなく、中小会社においても議論の意義がある。中小会社で、健全かつ優良企業といわれる会社がなぜ崩壊していくのであろうか。企業は、日々発展していく生きものである。発展過程においては、予期しない不祥事等が起こる。そ

れが企業である。カリスマ性のある経営者が万事をこなしていくには限界がある。経営能力者であれば、随時、業務執行におけるシステムをメンテナンスすることができるはずである。何が欠けているかを問うべきである。それぞれの企業において、それぞれのメンテナンスが必要である。これを経営者は意識すべきである。不祥事等は想定外と捉えず、必然と考えるべきである。それに対応したシステムの構築が求められる。そのようなシステムを構築しておけば、仮に、不祥事等が発覚したとしても十分に対応することができるはずである。コーポレート・ガバナンスの議論は企業価値の最大化を目指すものであるが、今日では、企業の不祥事の多発を機に、コンプライアンスないし内部統制システムへと方向転換していった。コーポレート・ガバナンスはひとり、大会社・公開会社だけを対象とするものではなく、中小会社においても同じく論じられるべきである。「はじめに」において、本稿の目的の問題提起として例示した中小会社での事件をみると、その業界で優等性のある企業といわれた会社でも消滅していくことにもなる。中小会社の経営（者）の限界が予想されよう。企業は拡大発展していく。その過程で、将来指向のために、コーポレート・ガバナンスあるいは内部統制システムの構築は不可避である。たしかに、費用対効果を考慮すれば、大会社や公開会社でのシステムの構築は中小会社では弊害である。

しかし、企業経営の短期的・長期的な視点から、企業内法務の充実は必須である。すでに、どのような規模の会社にあっても、いかなる形態であれ、内部統制は存在している。内部統制の考え方や評価は、それぞれの会社において、その制度の意義を損なうことなく、効率的に行われるべきである。たとえば、ほとんどの会社は、税務処理を税理士に依頼しているはずである。まず初めに、税理士を用いた会計参与の導入を検討したらよいであろう。異質な機関による相互牽制あるいは外部者に

よる経営参加という観点から評価されよう。会社経営に参加しようとする税理士はそれに相応した能力を有していなければならず、自ら知識の習得に励むであろう。他方、会計参与を設置しようとする会社にあっては、当該設置につき必要な体制を確立しなければならない。いずれにせよ、会計参与に就任する税理士およびその受け入れ側の会社にとっても何らかのメリットがあるはずである⁸⁾。

(注)

(1) 以下、Lutter, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHHR 2000, s. 301 による。Lutterはこの論文の初めの部分で次のように述べている。

誰もが潜在的に会社の債権者になりうる。しかし、この潜在的債権者は会社の内部において確立される。というのは、つぎの理由による。

まず第一に、無能で怠慢な、責任を負おうともしない取締役がいる場合で、それを放置し、責任を追究しようとしぬ株主(社員)がいるとき、会社は外部者(債権者)から損害賠償を訴求される。第二に、多数派株主(社員)によって選任された取締役または何らかの理由から保護されている取締役を解任しようとしぬ少数株主(社員)がいる場合に、債権者から責任を追究される。第三に、会社が倒産し、破産管財人が選任された場合、彼は破産財団のために財産を探し、これを確保すべき重大な任務を負っている。この関係で、倒産した会社の取締役は責任を追究される。

取締役および会社が外部者(債権者)から責任を追究される以前に、まずは、取締役が会社内部での業務執行にあたりどのような義務を負うかを明確にする必要がある。内部関係における責任を明確にすることにより、それが外部に波及することを可能な限り阻止できるからである。

なお、公開会社、大会社の取締役に關して、Steven R. Barth 「取締役の法的責任リスクを最小化するための17のステップ」監査役 No.S13 (日本監査役協会) (2006年) 110頁以下を参照されたい。

(2) アメリカ法における経営判断の原則 (Business Judgment Rule) の判例上認められる要件として、① 経営判断の事項について取締役が利害関係を有していないこと、② 経営判断事項について、当該事項の下で、適切であると合理的に取締役が信じる範囲で十分に情報を得ていること、③ 当該経営判断は会社の利益になると取締役が理性的に信じたこと、④ 法令違反の経営判断は保護されないことこの4つがあげられる。ちなみに、アメリカ法律協会 (ALI) が発表した「コーポレート・ガバナンスに関する原理」(4.01(9)・(c)) に

においても同様の要件が示されている。

日本法においても経営判断の要件としてつぎのものがあげられる。

- ① 十分な情報を集めた上での経営判断であること
 - ② 合理的な根拠のある経営判断であること
 - ③ 法令に反する経営判断は保護されないこと
 - ④ 原作として、不作為は保護されないこと
- (3) 八代英輝・米国ビジネス法実務 (中央経済社) (2003年) 120頁、片岡大輔「取締役の負う経営判断に伴う法的責任」立命館法政論集第1号 (2003年) 236頁。
- (4) 最近の判例でも、経営判断の内容に踏み込んで善管注意義務・忠実義務違反を認めている (長島・大野・常松法律事務所編・アドバンス新会社法 (第3版)) (商事法務) (2010年) 387頁、東京地判平成22年6月30日判決 判例時報2097号 144頁。
- (5) 要約すると、まず取締役は、当該判断をするためには、当時の状況に照らして合理的だと思われる程度に情報収集・検査・検討等をしたかどうか (経営判断の過程)、つぎに、取締役としての通常的能力・見識を有するものの立場からみて、当該判断が当時の状況に照らして、明らかに合理的でないか (経営判断の内容) であり、取締役が業務の意思決定を行った過程、決定した理由等その決定をした時点において、その判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなく、その意思決定の内容が企業経営者として不合理・不適切なものとはいえない場合には、仮に、結果として会社に損害をもたらしたとしても、それは、取締役に認められた裁量の範囲内にあるものであって、そのように判断された場合には、取締役に善管注意義務違反となるべき任務懈怠はない。
- (6) 渡邊顕・取締役の善管注意義務のはなし (商事法務) (2008年) 178頁。
- (7) 日本においては、コーポレート・ガバナンスは、不祥事の未然防止というコンプライアンスの観点と企業の収益性・競争力の向上という経済的な観点の2つの側面から議論されてきた。そして、この2つは相入れないものではない (井窪保彦・佐長功・田口和幸編著実務企業統治・コンプライアンス講義 (民事法研究会)) (2005年) 14頁以下。
- (8) 諸石・危機管理役員手控帖 (日本監査役協会) (2008年) 21頁以下。
- (9) 会社法の内部統制と金融商品取引法の内部統制の關係について、第一に、両者のカバーする範囲は異なるが、経営者としては両者を相互に関連するものとして一体として捉えることが望ましい。第二に、経営者としては両者の意味を十分に理解する必要がある。会社法が要請する内部統制システムは、会社の目的を達成するために必要なすべての要素を含み、会社組織を適正に運営するための基本的事項を定める。他方、金融商品取引法の財務報告に係る内部統制は、あくまで、財務報告の適正性を確保するために必要な統制を求めるも

のである(経済産業省企業行動課編・コーポレート・ガバナンスと内部統制—信頼される経営のために—(2007年)82頁以下。

- (10) 金融商品取引法の内部統制について簡単に説明しよう。金融商品取引法では、上場会社および店頭登録会員に対し、

- ① 有価証券報告書の記載内容が適正であることを経営者が確認した旨の確認書(経営者確認書の提出)(同法24条の4の2第1項)、
- ② 事業年度ごとに財務計算に関する書類その他の情報の適性を確保するための体制を評価した報告書の提出(内部統制報告書)(同法24条の4の4第1項)、
- ③ この内部統制報告書に対し、公認会計士(または、監査法人)の監査報告書を受けること(同法193条の2第2項)が義務づけられている。

このような規制の背景には、西武鉄道による有価証券報告書の「大株主状況」における虚偽記載やカネボウの粉飾決算、ライブドア事件などを追い風にディスクロージャーに対する信頼を揺るがすような事件が相次いだことがある。つまり、証券市場に対する信頼を維持し、健全な経済活動を確保するための基盤を構築するという社会的要請が基盤となっている。

上述のことから、会社法と金融商品取引法の内部統制システムの関係を見ると、会社法の内部統制は取締役の法的責任の観点から規律されているのに対して、金融商品取引法の内部統制はディスクロージャーを充実させて投資家保護を図るという観点から規律されている。ことに、両者の関係が実際上問題となってくるのは、内部統制報告書において、経営者が「重大な欠陥」があると評価せざるを得なかった場合の取締役の責任についてである。この場合、金融商品取引法では、内部統制報告書の記載に虚偽や欠如がなければよく、財務報告に係る内部統制に重大な欠陥があることと、欠陥の内容などの記載がなされていれば、罰則や損害賠償の対象にならない。しかし、会社法との関係では、そのような重要な欠陥のある内部統制システムでは、会社法の要求するレベルに達していないと評価されるおそれがあり、取締役の職務執行に善管注意義務違反がなかったかが問題となる(渡邊・前掲書160頁以下)。

- (11) 町田祥弘・内部統制の知識(第2版)(日本経済新聞社)(2008年)250頁以下。
- (12) 株式会社の現在の顧問税理士がそのまま会計参与になることができる。税務に関する顧問契約は、委任契約であり、この契約により会計参与の独立性が害されないからである。相澤・葉玉・郡谷 論点解説 新会社法千問の道標(商事法務)(2006年)377頁。
- (13) 計算書類を作成するにあたり、会計参与が取締役と共同して作成するのだが、意見が一致しない場合には、法律上、計算書類が作成することができないので、その解決策として考えられるのはつぎのようなことであ

る。

- ① 会計参与が辞任すること、
- ② 会計参与が辞任しないで、意見が一致しない事項等について株主総会において意見を述べること、および
- ③ 会計参与を設置する旨の定款の定めを廃止すること

などである(相澤・葉玉・郡谷 前掲書387頁、滝川・リーディング会社法(第2版)(民事法研究会)(2010年)421頁、葉玉・新会社法100問(第2版)(商事法務)(2010年)451頁)。

- (14) 税理士法人 右山事務所編・会計参与制度と実務のポイント(新日本法規)(2006年)2頁。
- (15) 税理士法人 右山事務所編・前掲書1頁以下。
- (16) 稲葉威雄・会社法の基本を問う(中央経済社)(2006年)108頁以下、同・会社法の解明(中央経済社)(2010年)239頁以下。
- (17) 税理士法人 右山事務所編・前掲書3頁。
- (18) 稲葉・会社法の解明(中央経済社)(2010年)206頁。
- (19) 税理士法人 右山事務所編・前掲書129頁、滝川・前掲書417頁。
- (20) 埼玉りそな銀行の会計参与導入ローンでは、会計参与設置会社につき金利を優遇し、また、全国保証協会は、会計参与設置会社に対しては、0.1%の保証料軽減を行っている(弥永真生・会社法の実践トピックス24(日本評論社)(2009年)196頁以下)。
- (21) 今日、株式会社、合同会社および特例有限会社いずれにおいても、社債を発行して、外部からの資金調達が可能である。そして、私募債を発行することができる。私募債とは、募集社債の申込みの勧誘が、①小人数(金融商品取引法2条3項1号・2号ハ)、②適格機関投資家(同法2条3項2号イ)、または、特定投資家(同法2条31項)に対してのみなされる行われる場合であって、通例、同法によって要求される発行開示は要求されていない。この際、投資家は、社債を引き受けるにあたり、会社の財産状況を確認するには、透明性と信頼性のある計算書類を求めるはずである(江頭憲治郎・株式会社法(第3版)(有斐閣)(2009年)664頁)。
- (22) 平成18年4月25日付の日本公認会計士協会および日本税理士協会連合会による「会計参与の行動指針」の中で、会計参与に就任しようとする者は、就任を承諾するに際し留意すべき事由として、いくつかをあげている。たとえば、税務顧問や会計指導等の業務上の関係を有する会社からの要請により会計参与に就任しようとする者であっても、就任を承諾するに先立って、会計参与の職務・権限・責任および、取締役の役割について会社が十分理解しているかを確認し、さらに、必要があれば、追加的に会社の状況等を把握し、就任可能であるか否かについて判断する。

税務顧問や会計指導等の業務上の関係を有しない会

社からの要請により会計参与に就任しようとする者は、就任を承諾するに先立って、会社の概要、事業の状況、会社の組織体制等を追加的に把握し、会計参与の職務・権限・責任および、取締役の役割に関して会社が十分理解しているかを確認し、就任可能であるか否かについて判断する。

会計参与に就任しようとする者は、最終的に自己責任のもとで行動しなければならないことは言うまでもない。

しかしながら、会社が会計参与を設置しようとするれば、会社自体が会計参与を受け入れる体制をきちんと整備しなければならないはずである。受け入れる側も体制の整備をはかることにより、内部統制システムを構築することにもなり、将来において事業資金の導入

のための行動指針を明確化することができる。

- ② 諸石・前掲書22頁以下。
- ④ 昨年、東日本大震災が発生した。大会社・公開会社等で正規に構築した内部統制システムも一瞬のうちに崩壊したように思えた。しかし、全てが崩壊した後に、ある一定の企業は動き出した。これは、内部統制システムの構築・運用の効果とも考えられよう。

いかなる企業においても、今回のような大震災で企業活動が被害を被る。そこで、経営者は、起こりうる状況を認識して内部統制システムの構築に配慮すべきである（上谷佳宏「内部統制・BCP・CSRの観点からみた震災対応」NBL No.950（商事法務）（2011年4月1日）6頁以下）。