

小会社監査役論

鈴木千佳子

- 一 はじめに
- 二 監査役の権限に関する変遷
- 三 現行法下における小会社監査役の問題点
- 四 これまでの立法提案
- 五 結語にかえて―小会社監査役の意義と役割

一 はじめに

わが国の株式会社は、株主總會、取締役、監査役という三機関により成り立ち、会社運営に関する権限もそれぞれに分属して、株主總會を頂点としてその他の機関がそれぞれに補助しあうようにとされてきた⁽¹⁾。その後昭和二五年改正を経て、取締役会と代表取締役という新しい制度の導入をみる⁽²⁾が、あいかわらず、監査役という機関は残されたままで、すべての株式会社に例外なく適用されてきた。しかし株式会社では、この機関構成は「所有と経営の分離」があることを当然の前提として成り立っているのに対して、規模においても株主相

互の関係においても、実質は個人企業と同一視できる程度の株式会社では、あえて株主総会、取締役会、監査役という機関をおかなくても、株主の利益を守り、株主の了解さえ得ていけば、機関を設ける必要性すらないのではないかということがいわれる⁽³⁾。また、株主利益を代表する経営者の下では、自治を原則とするのであれば、監査役を必要とするかの判断も株主が行えばよく、監査役を任意化しても構わないのではないかということもいわれている⁽⁴⁾。

昭和四十九年改正で成立した「商法の監査等に関する特例に関する法律」(以下商法特例法という)は、株式会社中の大会社(資本の額が五億円以上であるか、または最終の貸借対照表の負債の部に計上した合計額が二〇〇億円以上の会社をいう。負債額基準は昭和五六年改正時に追加)、小会社(資本の額が一億円以下の会社)に関する特例を定め(商法特例法一条の二第二項、第二項参照)、会社規模によつて監査の度合いに差を設けた。すなわち、監査役の権限は業務監査・会計監査の両面に及ぶ(商法二七四条)という一般法である商法の原則を変更し、小会社の監査役ではそれを会計監査権限に限定し(商法特例法二二条、二五条)、また、大会社においては、監査役のほかに会計監査人において外部的専門的見地から意見を述べさせ、監査役の監査を補助させるという制度を導入した(商法特例法二条)。これらに対して、特例法の適用が問題にならないそれ以外の会社は、講学上、中会社という。

しかし、この昭和四十九年以後の監査役についての改正は商法特例法上の大会社および中会社に関して行われ⁽⁵⁾、小会社については、全く手をつけられないまま、ただ放置されていたといってもよいような状況である⁽⁶⁾。このようなことを続けていることには問題があり、早急に方策を講ずる必要がある。

本稿では、規模が小さく(その点では、商法特例法上の小会社)、株主間の関係が密であり、更に所有と経営が一致した会社を念頭におき、経営の監査・監督をどのように行うべきか、これまでどおり監査役をおくとすれば、その役割は何かを考えてみたい。まず二で、監査役の権限についての現行法にいたるまでの変遷を検討し、三で

現行法下における小会社の監査役の果たすべき役割を第三者に対する責任に関する判例の分析から考え、四でこれまでに出された改正提案についてまとめ、最後に五で、小会社における監査役の任意化の実現の可否を考察する。もとより、以上に挙げた諸点に関しては、ひとつひとつでもそれぞれに一つの論文を書くことができるほどの大きなテーマではあるが、今回は、これらを横断的縦断的に見ることで大局的な考察を試みたいと思う。

(1) ヘルマン・ロesslerによる商法草案以来のわが国独自の株式会社機関構造として、株主総会が、業務執行に当たるときはその監督に当たるときもを選任するという「三権分立型」を採用したことの経緯と評価に関しては、倉沢・「昭和十五年商法改正―監査制度を中心として―」昭和商法学史（日本評論社、平成八年）三四頁以下参照。

(2) この機関構成は旧商法制定時代からずっと維持されてきたが、平成一四年の改正で、「委員会等設置会社」制度が新設された。商法特例法上の大会社では、従来型の機関方式と、委員会等設置会社方式のどちらかを選択できることとなった（商法特例法一条の二第三項）。この改正を受けて、今後大会社はこのどちらを取るかの選択を迫られることとなるであろうが、中小会社においては、選択の余地はない。新制度については、森本・「委員会等設置会社の理念と機能（上）（中）（下）」商事法務一六六号四頁以下、一六六七号一九頁以下、一六六八号一三頁以下（いずれも平成一五年）等、参照。

(3) 例えば、法制審議会会社法（現代化関係）委員会では、本年（平成一五年）七月二日に開催された委員会において、譲渡制限株式会社について、有限会社の機関に関する規律（法定の機関たる「取締役会」は設置されず、取締役の人数は一人以上で足りる等）の選択を認めることとおおむねの意見の一致がみられたとされている（商事法務一六六八号（平成一五年）四三頁）。このようであれば、有限会社では既にそうであるように、監査役の任意化の採用が当然、問題にならう。一人会社に関する考察であるが、取締役会の果たすべき役割については、拙稿・「一人会社における取締役会の意義―取締役・会社間の取引を中心に―」法学研究六五卷一一号（平成四年）二五頁以下参照。

(4) 最近公表された名古屋地区の中小株式会社の実態調査によれば、監査役の設置を自由とすべきとの意見が四九パーセントを占め、現行法のままでよいという意見（三〇パーセント）を大きく上回っている。前者の理由は、税理

士・会計士の関与があることからその必要性を感じないとしたものが七二パーセントであった。また、名目的に監査役をおくに過ぎない会社も全体の四〇パーセントである（家田川広瀬・「中小規模株式会社の実態」商事法務一九七四号（平成一五年）三一頁以下）。

(5) 昭和五六年改正では、監査役報酬の取締役報酬との一括決定が禁じられ、大会社では監査役を複数選任し、そのうちの一人は常勤でなくてはならないとされ、会計監査人は株主総会において選任されることとなった。平成五年改正では、大会社では監査役は三人以上選任をすることを要し、そのうち一人以上は社外監査役でなければならぬとし、監査役は監査役会制度を組織し、監査役相互が協力し合ってシステムティックな監査を実現できる仕組みを整えた。平成一三年改正では、大会社における監査役の「社外性」の要件が厳しくなり、監査役の半数以上が社外監査役でなければならぬとされた（監査役の半数以上が社外監査役でなければならぬ点に関してのみ、改正法の施行期限は猶予されており、平成一七年六月の定時総会で選任される監査役から適用されることになっている。平成一三年改正（法律一四九号）附則一条）。前述の一四年改正では、いわゆる中会社にあたる会社でも、会計監査人の監査を受ける旨を定款に定めた会社を「みなし大会社」とし、大会社の特例を受けることができることを認めた（商法特例法一条の二第三項二号二条二項）。監査役の任期についても、昭和四九年改正で、一年から二年と延長され、平成五年には三年、そして、一三年では四年となり、この点では監査役の地位の安定化が着実に実行されてきた経過をみることができると思う。

(6) 酒巻・「中小会社監査の立法課題」現代会社法・証券取引法の展開（堀口先生退官記念）（経済法令研究会、平成五年）一二六頁。

二 監査役の権限に関する変遷

これまで監査役の権限に関しては、大きな転換期が二回あり、全部で三期に分かれる。⁽¹⁾

まず、昭和二五年改正前に、監査役に業務監査権限も会計監査権限も付与していた時期（第一期）、昭和二五

年改正によって監査役の権限を会計監査権限に限定した時期(第二期)、昭和四九年改正によって小会社を除いて昭和二五年改正前の状態に戻ってから今までに至る時期(第三期)である。

昭和二五年、四九年の改正のそれぞれの意義は何であったのかをみてみる必要がある。

まず、昭和二五年改正において、監査役の権限が「縮小」されるにいたった理由はなにか。その理由は、同改正によって新たに導入された取締役会および代表取締役制度との関係を想起しなくてはならない。取締役会に業務監督機能を期待した上に取締役会に由来どおり監査役を業務監査権限あるものとすれば、業務監査について「屋上屋を架するの感あるを免れ」ないと考えられたのである。⁽²⁾しかし、その裏では、監査役が実際に監督の実を挙げていることについても指摘がなされていて、業務監査ができなくても、会計監査ならできるという前向きな理由のために会計監査権限が残されたのではなく、業務監査について実効性がないことから、「暫定的に」監査役に会計監査権限を残したという認識を示していた学者もいた。⁽³⁾しかし、この改正当時から、会計監査を会計について専門知識のないものに任せることは問題であると考えられており、公認会計士制度の充実を待つて改善がはかられるまでの間の「過渡的」容認に過ぎないと考えられていたようである。⁽⁴⁾田中誠二博士が「新しい監査役制度の新設という代わりに、従来の監査役の権限の縮小という形となったのである。」⁽⁵⁾といわれるように、この時期の監査役は従来の監査役制度とは切り離され、別個の性格のものとなっていたとも考えられる。⁽⁶⁾また、単なる名称の問題ではなく、実際にこの時期の監査役は、ただの「会計監査役」であったということもできる。⁽⁷⁾

それに対して、昭和四九年改正で商法特例法上の小会社を除いて監査役に業務監査権限が「戻った」理由は何か。昭和三九年から四〇年にかけて、有力会社の粉飾決算と倒産が相次いだことがきっかけとなり、監査制度の再検討が必要との声が高まり、それが四九年改正として結実したことは一般によく知られていることであるが、⁽⁸⁾監査制度の改正について、法制審議会商法部会では昭和四二年三月にAからDの四つの案が提出されていた。A

案は、取締役会の業務監査機能を強化するとともに、今までどおり監査役に会計監査権限を与えるが、その資格を公認会計士に限るとする案、B案は、監査役に会計監査権限とともに業務監査権限を与えるという案、C案は、監査役が取締役を選任して監督を行うという案、D案は、監査役を廃止して、取締役会に監督を任せるという案であった。この中で、C案はドイツ式の機関構成と類似しており、D案はアメリカ式ということができるが、同年五月公表された「監査制度に関する問題点」では、これらを避けて、A案とB案を選び、この検討・審議を行うこととなった。⁽⁹⁾そして、A案は、大会社における監査役の全廃、監査役の資格を公認会計士に限定するというような実業界と摩擦の多い改正になる可能性があるのに対して、業務監査権限は、取締役会と別個の機関である監査役に与える方が独立性をよりよく保持しうることに、B案が明治三二年の商法上の監査制度として約五〇年にわたってわが国において実施された制度に近接してなじみが深く、A案のように社外取締役の強制というようなドラスティックな、かつ実業界の抵抗の多い制度を入れる必要がないこと、公認会計士監査との調和がとりやすいことなどの理由により、B案を採用することが決まった。⁽¹⁰⁾このことから考えれば、監査役に業務監査権限が戻った経緯は、他の方策とともに検討した際の消去法によるものであり、また、見方によっては、一度任務を任せてみたものの役割を果たせない取締役会の様子を見て再び安易に監査役に業務監査を担わせようとする態度と評価をうけ、批判が少なくなかった。⁽¹¹⁾

通説は、以上の記述の中で示したように、監査役は昭和四九年改正により昭和二五年改正以前の監査役へと復活を果たしたとし、⁽¹²⁾監査役という一機関の権限の縮小と拡大という面からのみしか捉えることをしない。しかしながら、業務監査権限と会計監査権限を併せ持っていた機関から業務監査権限を奪ってそれを他の機関に移すということは、『権限の縮小』にほかならない」と考える通説に対し、「自治的監督機構のあり方という観点からとらえらるれば、旧商法以来の三権分立型監査役制度は廃止され、アメリカ法的な取締役会制度にとつてかわ

られたものと見なければならぬ。」とし、監査役の経営監督機関としての地位は取締役会の「議決権なき取締役会員」として考えられなければならないとの説もある。⁽¹³⁾ この考えは、昭和二五年改正を経て、また昭和四九年に変更を迫られた業務監督にはたす取締役会と監査役のそれぞれの役割に関する改正の趣旨を一貫した考え方で説明しうる点で優れていると考える。したがって、監査役の権限に関する変遷とは、別の言い方でいえば、監査役という名で呼ばれる機関がどのような機能を任されるべき機関であるかということ进行分析することであると考えられる。

そして、最後に検討しなければならないのは、小会社の監査役の機関としての役割、あるいは権限のあり方である。すなわち、この点は、昭和四九年改正の改正試案、改正要綱案、法律案要綱案、法律案要綱では小会社の監査役に関して特別な例外は示されていなかったのが、法案作成段階で小会社の監査役には業務監督権限が付与されなかった。⁽¹⁴⁾ したがって、小会社の監査役が昭和四九年改正により経営監督機関としての面を付与されず会計検査機関であり続けたのは、それを排する積極的な意味があったのか、あるいは、消極的に昭和二五年以来の会計監査役としての役割を維持するに過ぎないのかは、はっきりとはしない。形式的にいえば、これは小会社に関するのみ昭和二五年改正前の法制度が維持されたという意味にも受け取ることが可能であるが、むしろ、この点については、学説上、同制度の積極的な肯定論は少なかつたといつてよいであろう。すなわち、法案を通過させるためのやむを得ず行つた「妥協」⁽¹⁵⁾ であり、近い将来予定されるであろう、大小会社区分立法の検討の中で、監査役制度も改善されるであろうことが期待されていたのである。⁽¹⁶⁾ まさに遅きに失する点はあるとしても、これについて正面から検討すべきと考える。

このような経緯によって、現行法上認められている小会社の監査役の職務権限を整理すると以下のようなになる。監査役の監査権限は会計に関するものに限定され、取締役が株主総会に提出しようとする議案その他を調査して、

その結果を株主総会に監査報告書という形で提示することであり(商法特例法二二条一項、二三条)、そのため、監査役は会計帳簿・書類を閲覧したり取締役および使用人に会計についての報告を求めたりして、必要な業務・財産の状況の調査を行うことができる(同法二二条二項、三項)。その監査報告書は本店には備え置かれるが、その記載事項などは法定を免れ、株主総会の招集通知にはあえて添付されない(同法二三条六項、二五条による商法二八一条ノ三、二八三条二項三項の適用除外)。業務監査権がないことから、当然のこととして、取締役会に出席義務もなく、取締役が違法行為を行おうとしても差止請求権も有しない(同法二五条による商法二六〇条ノ三、二七五条ノ二の適用除外)ということになる。また、会社法上の訴えを提起する権限、会社・取締役間の訴えが提起されたときに会社を代表する権限もない(商法特例法二四条、二五条)。しかし、この場合も、監査役は、会社に対してほかの場合の監査役と同様に、会社に対する委任ないし準委任の関係により、会社に対し善管注意義務をおう(商法二八〇条、二五四条三項、民法六四四條)。しかしながら、小会社における自治的監督は監査役が行えない以上、一般の会社においては取締役がその責任の下でおこなわなければならないが、また取締役が自己監督を行った場合その実効性を確保ができるのかには疑問がある。

- (1) 倉沢・商法の基礎(三訂版)(税務経理協会、平成五年)一五六頁。
- (2) 大隅Ⅱ大森・逐条改正会社法解説(有斐閣、昭和二六年)三二六頁。これに伴って、同時に監査役全廃論議も出ていたことについては、大隅Ⅱ大森・前掲書三二六頁、鈴木Ⅱ石井・改正株式会社法解説(日本評論社、昭和二五年)一九〇頁、鈴木(竹)・商法とともに歩む(商事法務研究会、昭和五二年)一八一頁参照。
- (3) 石井「監査役論」会社と訴訟(松田判事在职四〇年記念)下巻(有斐閣、昭和四三年)一一九二頁。石井博士は、暫定的性格は、業務監査を廃止したことはなく、会計監査を監査役に残したことであるとされる(石井・前掲書同所)。

- (4) 大隅・「商法改正法案における取締役会制度」法学論叢五七巻一号（昭和二五年）三二頁（同様の指摘が、大隅
 大森・前掲書三一七頁、鈴木・石井・前掲書一九〇頁）。大隅博士は同論文の中でつづけて、会計監査役の資格を
 經理の専門家に限定しなかつたことについて、「公認会計士制度の充実していない現状による過渡的なものとしてや
 むを得ないとするのであろうが、それならばむしろ公認会計士制度の充実するまでこの点の改正を見送るか、又は監
 査役制度そのものの有効化の方向に努力を示すべきではないか……」とされているのである。それに対して、鈴木
 （竹）・前掲書一八三頁は、当時はまだ、株式会社の数（昭和二六年三月現在の国税庁調べによれば一六万六六九
 社）に比較して公認会計士の数が少なかつたために、監査役の資格を公認会計士に限ろうとする案を捨てなければな
 らなかつたとされる。
- (5) 田中（誠）・確定改正会社法解説（千倉書房、昭和二六年）一一八頁。
- (6) 酒巻・前掲書一二九頁。
- (7) 大隅大森・前掲書三一六頁は「おもうに、政府原案ではこれまでの監査役制度を廃止し、改めて英国の常任檢
 査役 (auditor) の制度にならつて会計監査を任務とする新機関を創設せんとする構想に立つていたのであろう。」と
 される。鈴木・石井・前掲書一八九頁および大隅大森・前掲書三一五頁では、「会計監査役」とな
 つていたのを、参議院に上程する際に、単に「監査役」と改めたということが明らかにされている。倉沢・前掲書
 （昭和二五年商法改正）三八頁は、これらの経緯は、監査役の権限の縮小という評価ではなく、昭和二五年改正よ
 り前は監査役が経営監督機関と会計検査機関を兼ねていたのが、自治的監督機構としての面を剝奪されて、「会計監
 査役」という独立の機関が新設されたものと評価できるとする。
- (8) 上柳ほか編（北沢）・新版注釈会社法（六）（有斐閣、昭和二六年）四三二頁。
- (9) 鈴木（竹）・「監査役制度の改正について」会計九三巻三号（昭和四三年）四頁。この経緯は、鈴木（竹）・前掲
 書四八二頁以下に詳しい。A・B案の問題点を説明するものとして、味村・「監査制度に関する問題点について」商
 事法務四一三号（昭和四二年）二頁以下参照。
- (10) 田中（誠）「監査役制度改正の現在の問題点」商事法務四四三三三号（昭和四三年）、二頁。
- (11) 石井・前掲書一一九八頁。同書一一九九頁は、「取締役の業務監査などが実効性をあげていないことから、監査

役の業務監査権限の復活ないし強化を図ろうとする安易な観念論と監査役制度の廃止を警戒する実業界における一部の意向との意識的ないし無意識的な『抱き合わせ』ではないかと考える。」と厳しく批判される。

(12) 上柳ほか編〔北沢〕・前掲書四三二頁、酒巻・前掲書一二九頁等。

(13) 倉沢・前掲書〔昭和二五年商法改正〕四〇頁は、昭和二五年改正により導入された取締役会制度は相変わらず維持されていることから、「旧商法以来の監査役制度が復活した」とは考えないと主張される。このように考えれば、当然、監査役の監査の範囲は業務執行の妥当性にも及ぶとする(同・同書四二頁)。宮島・「監査機構」昭和商法学史(日本評論社、平成八年)四〇六頁も、四九年以降の監査役は業務監査権限を政策的に与えられた新機関として新たに登場したとされる。

(14) 上柳ほか編〔平出〕・新版注釈会社法(六)六四五頁。商事法務六二五号五二頁。任意機関としておかれる有限会社の監査役の権限も、それまでは株式会社と同じ業務監査・会計監査に広く及ぶことになっていたのが、この点に対応してこの改正時に会計監査に限定されることとなった。またこの時期に、公認会計士監査の強制される会社の範囲が、資本金一億円以上の株式会社から、資本金五億円以上の株式会社へと変更され、監査役の任期が短縮された。川島一郎政府委員(法務省民事局長)は、法制審議会最終答申と改正法案の相違点である監査役の権限縮小の趣旨について、「監査制度を強化する必要があるのは大会社である。中小会社についてはあまりその必要は強くない。仮に倒産した場合にも社会的影響はだいぶ違う……。」と解答している(監査法人中央会計事務所編・昭和四九年商法改正関係衆参両院法務委員会会議録(抄)(商事法務研究会、昭和四九年)九頁)。

(15) 鈴木(竹)・前掲書四八六頁。

(16) このことは、田邊明(聞き手鈴木光夫)・「改正商法の疑問点を聴く」商事法務六六六号(昭和四九年)一六頁、竹内・「監査役制度の改正について」商事法務六四三三号(昭和四八年)四頁および一〇頁からも明らかである。

三 現行法下における小会社監査役の問題点

以上、みてきたように、監査役の権限に関する立法の推移をうけて、当然、監査役の負うべき責任の範囲に関する議論も変化しているとみることができる。

監査役はその任務を怠り会社に損害を与えた場合には、会社に対し損害賠償責任を負い（商法二七七条）、また、職務執行について悪意又は重過失によって第三者に損害を与えた場合と監査報告書に記載すべき重要な事項に虚偽の記載をした等の場合には、第三者に対しても損害賠償責任を負う（商法二八〇条一項、二六六条ノ三）⁽¹⁾。しかし、現実的には、監査役が判例上責任を負ったケースは取締役比べて著しく少なく、その研究も取締役の問題に比べればそれほどなされていないように思われる⁽²⁾。また、監査役に会社が責任を追及する事件自体が非常に少ない⁽³⁾。それに対し、監査役が第三者に対する責任を追及された事例は会社に対する責任を追及された事例に比べれば比較集積していることから、主要な判例の中からある程度の問題点を指摘することができるのではないかと考える。

1 監査役の責任が否定されたケース

【一覽】 ①京都地判昭和五年一〇月一四日判タ四二七号一八六頁、②東京高判昭和五六年七月一六日判タ四五二号一六一頁、③東京地判昭和五六年一月二七日判タ四六三号一三三頁、④東京地判昭和六二年三月三〇日金法一一八九号三六頁、⑤神戸地判昭和六二年五月二七日判タ六六一号二四〇頁、⑥東京地判平成二年一月三一日金商八五八号二八頁、⑦京都地判平成四年二月五日判時一四三六号一一五頁、⑧大阪高判平成一年七月二一日判時一六九八号一四二頁。

昭和四九年改正法適用後の小会社の判例を、責任を否定した理由によってこれらを区分すると、監査役に業務監査権限がないことから任務懈怠がないことを理由とするものは、判例②③④⑥⑦⑧、任務懈怠は認められるが、

任務懈怠と損害との間に因果関係がないことを理由とするものは判例⑤、任務懈怠は認められるが、職務執行に悪意又は重過失がないことを理由とするものは判例①であり、任務懈怠がないことを最初から認めてしまうケースが多いことがわかる。

判例の理由づけから、監査役が名目的であったと認められるような事例は、①③④に見られるが、③④は名目的であることを認めつつ、任務懈怠がないというのは論理的矛盾ではないかと思われる。

損害が生ずる原因となった経営者の違法行為を間接侵害（取締役の行為によって会社に損害が生じ、その結果として第三者が損害を被る）と直接侵害（取締役の行為によって第三者が直接に侵害を被る）によって分けると、間接侵害のケースでは、①③⑤⑧で、経営拡大の失敗・取締役の放漫経営・代表取締役の経営放棄・過大な株式取引などによる会社の倒産が問題となっており、直接侵害のケースでは②④⑥⑦で、代表取締役の決済の見込のない手形振出、住宅適性地でない土地について偽っておこなった住宅ローン保証保険詐欺、従業員によって行われた商品先物取引の詐欺的勧誘行為についての監督不十分などが理由である。直接侵害の場合は、判決は、監査役に業務監査権限がなくその意味で監査役としての任務懈怠がないことを理由に責任を否定するが、間接侵害の場合は偶々、監査役が名目的であることも関連するの⁽⁴⁾か理由づけは様々であり、必ずしも監査役の任務懈怠がないことが理由とされてはいない。

当該事例に監査役のほかに責任を認められたものがあるのは、①③④⑤⑥⑦⑧であり②は監査役にしか責任が追及されていない事例、⑦の判決は監査役としての責任はないとするが、同人に事実上の取締役として責任を負わせている、監査役⁽⁵⁾の責任を否定する一方、経営者の経営に何らかの問題があったことを認めていることがわかる。

学説には、現行法では不正会計の監督是正権は株主総会に帰属し、監査役はその是正権行使のための補助的機能として位置づけられているため、取締役の第三者に対する責任が認められる要件として、「(イ)看過したとさ

れる懈怠事由が計算書類の調査過程で監査できる事柄であること。(ロ) 取締役により計算書類が作成され、監査役に監査の機会が供与されること。(ハ) 監査報告書が株主総会に提出されること。(ニ) 株主総会が是正機能を保持していること。(ホ) 是正措置がなされることよって第三者の損害が回避されること。」をあげ、監査手(続上の障害が存する場合(是正機能を有する株主総会の不開催)、株主総会による監督是正機能の期待可能性の欠如が見られる場合などでは、監査役を問うことはできないとするものがある。しかし、この主張者自身が指摘されるように、計算書類の適法な手続による作成・株主総会の開催、貸借対照表の公告のような法律上要請される手続を遵守せず、株主総会の是正機能が期待できない会社では、監査役(6)の責任は発生せず、法令を遵守し誠実な経営がなされるほど監査役(7)の責任が問われる結果になることは矛盾であり、このような論理的な捻じれをこのままにすることはできない。

2 責任を肯定したケース

次に、責任を肯定したケースを検討する。監査役が第三者に対する責任を負うことを肯定した判例自体も一〇例あまりしかないが、その中(7)でも、昭和四九年改正後に小会社の監査役(8)の責任を認めた例は、わずかに東京地判平成四年一月二七日判時一四六六号一四六頁があるのみである。以下、この事例の内容を検証することにより、責任が認められた理由とその妥当性を考察してみたい。

【事実】 A会社は土木・建築の企画、設計、施工及び管理並びに宅地建物取引業等を目的とする、商法特例法上のいわゆる小会社である。原告X会社はマンション建築の計画を立て、土地を購入し、A会社との間に昭和六三年一月二六日マンション新築工事に関する請負契約を締結したが、それに先立ってX会社は、A会社との初めて取引であるから、契約締結前にA会社が本件工事を間違いなく完成させることができるだけの力量があるか

どうかの信用調査を東京都住宅局に出向くなどして行い、その結果、会社の最新の二期から四期まで（昭和五九年一月一日から昭和六二年九月三〇日まで）の業務成績を入手していた。しかしながら、A会社は仕事を着工したもののすぐに負債総額二〇億円で倒産し、本件仕事を放棄するに至り、そのため、X会社は支払済請負代金五〇〇〇万円相当の損害を被ったとして、同額の損害賠償を求めて訴を提起した。被告Y₁はA会社の代表取締役、Y₂は監査役、Y₃は取締役であるが、Y₂はY₁の一〇年来の友人で弁護士業を営んでおり、Y₃はY₂の妻である。裁判所は、Y₁が第五期（昭和六二年一月一日から昭和六三年九月三〇日まで）の決算報告書中の貸借対照表に虚偽記載を行い会社に利益があるように装ったこと、Y₃は会社から報酬を受け取った形跡もなくいわゆる名目的取締役であったこと、Y₂が弁護士事務所を移転したビルはかつてはA会社の本店があったこと、Y₂はしばしばA会社あるいはY₁との間に高額の貸し借りがあったこと、Y₂はY₁から決算報告書を見せられて報告を受ける機会があったが、会計帳簿について何等の説明も求めることなく、経理担当者を信用し、この規模の会社では帳簿に基づいてできていれば十分と一人納得して決算報告書にゴム印を押していたこと、などの事実を認定している。

【判決】 Y₂はA会社の監査役として善管注意義務をもって会計監査を行う義務がある（商法特例法二二条参照）。Y₁はかなり以前から粉飾決算をしていた疑いが極めて濃厚であるが、Y₂は監査役としてY₁の右粉飾の事実を暴く機会を与えられたにもかかわらず、A会社の会計監査を真摯に行わず、右の計算書類について説明を何ら求めることもなく、右の不正経理を見過ごし、結果的にA会社の本決算書中の貸借対照表等の計算書類がA会社の財産・損益状況を正しく示していないのにそれを放置した。また、「Y₂が弁護士であって、監査役に就任した以上一般人に比して監査役の職務を一層真摯になすべきことが期待される職責にあることを斟酌すると、Y₂には監査役として重大な任務懈怠があり、任務懈怠につき悪意・重過失があるといわざるを得ない。」そして、判決は、X会社の被った損害とY₁、Y₂の任務懈怠行為との間には相当因果関係があるとして、X会社の請求を認容した。

【検討】 Y₂が会計監査権限を正当に行使していなかったことは、事実認定において明らかである。小会社の監査役であっても、小会社の監査役である理由で任務を免れることはできない。少なくとも小会社の監査役として、法律の要求するだけの職務を遂行することが求められる。前述のように、監査役の責任を否定する判例では、会社が帳簿を作成しなかったり、また、それを隠して監査役に見せないというような場合に、監査役の注意義務について問題とするのは酷であるとか、または、損害との因果関係を否定することによって、責任を否定する例があるが、「業務監査の権限を有しない監査役も善管注意義務を負っているから、会計の帳簿・書類の閲覧を強く求め、更に会社の業務財産を調査すべき義務があ⁽⁹⁾」るとする学説もあり、何もしない名目的な監査役が問題とされないのはおかしい。少なくとも、会計書類の提出を求め、監査報告書を出すところまでの仕事は全うするべきである。当該判決がその点、監査役の職務懈怠をはつきり認めた点は評価するべきと考える。

しかし、弁護士資格をもつことが一般人以上の注意義務を果たすべきであるという根拠になることは認められない。監査役として尽すべき義務にはその監査役個人の能力によって左右されるものでなく、弁護士であるからといってより高度の注意義務を負わされるということはない⁽¹⁰⁾。

本判決が一番問題としなければならなかったのは、任務懈怠と損害の因果関係ではなかったかと考える。本判決は、因果関係をどの点に求めているかの説明をほとんどしていない⁽¹¹⁾。代表取締役が粉飾決算を行っていたと思われる計算書類を監査役が妥当な監査を行わなかった結果見過ごした任務懈怠とその計算書類を信じて取引に入った第三者の損害との因果関係なのか、或いは、会計監査を適切に行わなかったことで会社が倒産に陥ったことと損害との因果関係なのか問題である。しかし、前者のような因果関係があることに疑問がある。なぜならば、原告は、粉飾決算が認定されている第五期の決算報告をみて契約に入ったのではなく、(粉飾決算の虞れ濃厚であるとはされる)第五期より前の決算報告書しか手に入れられなかったのであり、そのことから因果関

係を持ち出すことには無理がある。⁽¹²⁾では、後者であればどうか。監査役の適切な職務遂行がもしもあつたとしたら、この事例のような倒産を監査役が防止できたかといわれれば、会計監査を超える権限は現行法では小会社の監査役に認められていないことを考えれば、やはり、この判決においても、監査役の責任を認める結論を導いたのは、かなり無理のあるものであつたのではないかとの疑問が残る。したがって、監査役の責任が認められた数少ない例として本件を積極的に評価することには疑問があり、責任を否定した事例とともに、小会社の監査役の権限と義務を再検討すべき必要性がますます感じられる。

3 小括

以上、監査役の責任が問題となつた判例の分析を行った。小会社の監査役には会計監査権限しか与えられていないが、その会計監査権限すら正当に行使せず、名目的な地位に甘んじてしまつてゐるケースもあり、それでもなお責任を問われないということは、監査役というものがそもそも何の期待もされていないことを間接的に認めてゐることもつながら。名目的監査役であることは責任軽減の理由とはならない。⁽¹³⁾株主総会の適正な是正機能が残されておらず、監査役が権限を行使したとしても是正可能性のない会社では、監査役が責任を問われることがないということも、監査役がそもそも株主の利益を守るための機関であるために仕方がないとされる学説もあるが、監査役は、このような場合でも、少なくとも何らかの業務を行う姿勢を示さなければ、悪意又は重過失による職務懈怠であるとの解釈が示されるべきである。

また、取締役の第三者に対する直接侵害については、経営に対する監督是正権のない監査役はそれを防止することが難しいと思われるものも多いが、間接侵害、例えば、不当な会社経営による会社の倒産等の場合は、そんなに短い間に急激に事態が悪化するわけでもないと考えるので、監査役が会計監査を行ううちに事態の重大さを

見つけ出すことができる場合もあるのではないかと考えられる。また、もしも会計監査に限定されとしても、現行法で認められているような権限だけではまだ適切な会計監査を行うためには不十分である。立法論としては、例えば、取締役会に出席義務を課して、倒産を防止するように努めることをも職務範囲とすれば、それによって、会社債権者を侵害する会社経営がおこなわれることを少しは防ぐことができるのではないかと考える。

(1) 監査役が第三者に対して負うべき責任の性質については、取締役の第三者責任に対応させると、法定責任説と不法行為特別説の対立が想起される。この点、取締役の第三者責任に関しては昭和四四年一月二六日の最高裁大法院判決(民集二三卷一一号二一五〇頁)が商法二六六条ノ三の性質を、法律が特に第三者保護の立場から取締役が第三者に直接責任を負うこととしたものとの判断を示し、多数説もこの見解に従っていることが参考になろう。また、監査役の場合、特に取締役と立場を異にするのは、不法行為特別説のように取締役の悪意・重過失を加害行為についての悪意・重過失と捉えられ、監査役の責任を問うことはきわめて難しくなると考えられる点である。したがって、これは、監査役の任務懈怠に関する悪意・重過失と解するべきであり、法定責任説が当てはまるべきと考える(同旨・田村諱之輔・「監査役責任」判例に現れた任務懈怠による責任を中心に」監査役二五二号(昭和六三年)六頁)。

(2) 周知のとおり、取締役の対第三者責任、すなわち商法二六六条ノ三に関する判例は、会社法の条文の中でもっとも数が多い。これは、個人企業並みの小規模株式会社を行った行為の責任を、法人格を否認して実質的支配者である主要株主あるいは経営者に負わせるという解決方法を回避して、何らかの根拠条文を法律の中に求めるとすると、商法二六六条ノ三がその役割を果たしうるからであるといわれている(上柳ほか編(龍田)・新版注釈会社法(六)三〇一頁)。また、これに関する研究も多くなされている。

しかし、監査役に関しては、本文で書いたように状況が全く異なるが、近時、このテーマも見直されてきたように思われる。監査役責任一般については、田村・前掲四頁以下、野中郁江・商法監査における監査役の責任について「制度と判例の検討から」法政研究六五号(平成六年)六二頁以下、近藤光男・「監査役義務と責任」商事法律一三八三号(平成七年)二頁以下、小会社の監査役責任については、林光佑・「小会社における監査役の第三者に

に対する責任について―判例の分析を通して―現代株式会社法の課題―北澤先生還暦記念―(有斐閣、昭和六一年) 四九一頁以下、丸山修平・『小会社』の監査役の法的地位および第三者責任―名目的監査役・表見監査役、事実上の監査役について―現代企業法の理論と実務―高窪先生還暦記念―(経済法令研究会、平成五年) 二〇八頁以下、森光雄・『小会社の監査役の第三者に対する責任』松阪政経研究一四卷一号(平成八年) 八五頁以下、徐聖浩・『監査役の責任に関する研究―監査役責任の変遷過程と小会社における監査役責任の諸問題を中心に―(一)(二)』早稲田大学法研論集七八号(平成八年) 一一九頁以下、八〇号(平成九年) 一七一頁以下など。これらの論文では判例分析を通じて詳細な考察を行っているが、本論文では紙幅の関係からそれを行う余裕がない。事例の詳細についてはこれらを参照していただきたい。

(3) これは、会社が仲間である取締役の責任を追及しないのと同じ考慮によるという(田村・前掲七頁)。会社に対する責任が認められた例としては、宮城控判大正五年二月二九日新聞一〇九三号一五頁、大判大正五年一〇月一十二日民録二二輯一七三五頁、大判大正一一年五月一日新聞二〇二〇号一七頁、神戸地姫路支決昭和四一年四月一日下民一七卷三二四号二二二頁(山陽特殊製鋼事件)、大阪地判昭和四九年四月二六日判時七八一〇三頁、東京地判昭和五二年七月一日判時八五四号四三頁、大阪地判平成一二年九月二〇日判時一七二二号三頁などがある。

(4) これに対して、監査役に昭和四九年改正前の法律が適用され、責任が否定された事例は以下のとおりである。

監査役に業務監査権限がないことから、任務懈怠がないことを理由とするものとして、広島地判昭和三六年八月三〇日下民一二卷八号二二一六頁(間接損害)、東京地判昭和五三年八月二四日判タ三七二号一四一頁(間接損害)、任務懈怠と損害との間に因果関係がないことを理由とするものとして、東京高判昭和四六年四月三〇日下民二二卷三二四号五四五頁(直接損害)、東京高判昭和五一年三月二二日判タ三三三九号二八〇頁(直接損害)、新潟地判昭和五二年一月二六日判タ三六九号三八三頁(間接損害)である。これら昭和四九年改正前後の判例を比較すると、監査役の権限の範囲は、昭和四九年改正前の監査役一般と現行法の下での昭和四九年改正後の小会社の監査役では権限の範囲に差異はないが、昭和四九年改正前は、任務懈怠は認められるが損害との因果関係がないことが理由となっている事例が多いが、四九年改正後の小会社の例では端的に任務懈怠なしとするものが多い。

(5) 林・前掲書五〇〇頁、五〇三頁。林論文は、問題を因果関係の有無として捉えるが、丸山・前掲書二一六頁は故

- (12) 同旨・前田・前掲二二頁。
- (13) 丸山・前掲書二一五頁。森・前掲九八頁。

四 これまでの立法提案

小会社をめぐる監査のあり方については、大小会区分立法のあり方に関して積極的に議論されたことがある。その中で触れられている、監査役に関する改正が求められる点と会計監査強化に関する点について、ここでまとめてみたい。後者は会計に関する外部監査導入の可否につながる論点であるが、会計監査に関する監査役の役割と関連する限りでどのような問題点が挙げられているかを指摘するのにとどめる。

1 「大小(公開・非公開)会区分立法及び合併に関する問題点」⁽¹⁾

昭和四九年改正の後、いわゆる大小会区分立法の実現が検討された。⁽¹⁾その後部分的な改正として実現した昭和五六年改正を経て、昭和五九年五月九日、法務省民事局参事官室から出された、「大小(公開・非公開)会区分立法及び合併に関する問題点」(以下『区分別立法の問題点』⁽²⁾という)は、監査に関して、以下のような点について改正を行うことを検討していることを公にした。

まず、監査役に関しては、第一に、小(非公開)会社では監査役の設置を任意化すること(『区分別立法の問題点』⁽²⁾三一)、第二に、すべての株式会社・有限会社の監査役に業務監査権限を付与すること(同三二)⁽³⁾、第三に、監査役の独任性を損うような取締役との関係の深い者(親族等)を監査役としてはならず、複数の監査役を選任した場合、監査役会を構成することを義務づけること(同三三)、第四に、監査役を任意化し、監査役がない場合

に、株主・社員⁽⁵⁾の監視権（報告請求権等）を強化すること（同三）等である。第一点である監査役の設置の任意化について、稲葉参事官は、会計監査については、一定規模以上の会社には会計専門家による会社の計算をチェックするための制度を設けることが必要であるが、それに対し、専門的知識を欠く形式的な存在に過ぎない監査役による監査を強制することは無意味であるとし、また、業務監査については、会社規模が小さい場合には、対外的な影響力が比較的小さいために、コストに比べて必要性が薄いとの見解を示された。⁽⁶⁾

次に、外部監査の導入に関しては、一定規模以上の会社（公開会社・非公開会社を問わず）への会計監査人による監査の強制（『区分立法の問題点』七）と、会計監査人監査を受けない会社で一定規模以上の会社への会計監査専門家（公認会計士、監査法人、会計士補または税理士）による監査の強制（同七）を提案していた。後者では、監査の程度も緩和して、商法二八一条ノ三第二項二号の要請から「会計帳簿が適正に作成されているか」のチェックを主眼とするのでよいのではないかとされた。監査役を設置してもその実際の効果に疑問ありと考えると、設置を強制する必要はないとされると、今度は会計監査を一切受けない会社の範囲が拡大することが問題とされるに至った。会計監査を監査役が適切に行うことができなからといって、有限責任しか負わない株式会社⁽⁵⁾が、会計監査をなおざりにして債権者に迷惑をかけることは認められてはならない。会計監査を実効性のあるものとして直接的な担保をするためには、まず、監査を行う者の資質として、会計専門家にそれを限定することができれば、理想的であると考えられた。⁽⁶⁾

2 「商法監査問題研究会報告書」―外部監査人「調査」の実行方法の検討

昭和六〇年一月に大小会社区分立法に関して審議中であった法制審議会商法部会長（鈴木竹雄東京大学名誉教授）の要請によって発足された商法監査問題研究会は、昭和六一年三月二五日の「商法監査問題研究会報告

書」を公表した。報告書は、研究会の目的は、いわゆる「限定監査」または「調査」問題をどのように考えるべきか、すなわちこれは、会計専門家による「調査」の成立可能性と、「調査」の内容を検討する中、討議の過程に提案・提示された諸意見を整理し、取りまとめたものである。⁷⁾研究会においてまとめられた諸意見は、大きく分けると、以下のようにA・B・Cの三案である。A案は正規の監査を受ける範囲の会社をできるだけ拡大すべきとする案、B案は正規の監査を簡易化するために監査の程度を緩和する案（これらは手続を限定するB1案、対象を限定するB2案、程度を限定するB3案にさらに分かれる）、C案は会社に公認会計士・監査法人・会計士補・税理士による経理指導を受けさせる案である。また、報告書は、最後の段階でB3案の立場をとる法務省側から寄せられた意見を「別記」という形で付記する体裁をとっている。報告書は、これらの案について、有意性・問責性、会社側の受け入れ態勢、会社側の経済的負担、監査・調査の担当者能力、資格、被監査会社の範囲、制度化の可能性の諸点により、諸意見を分析した結果を示している。⁸⁾A案は、有意性・問責性ではB・C案より問題は少ないが、会社側の受け入れ態勢の整備が必要で、社会の経済的負担はB・C案より大きい上、調査の担当者を公認会計士・監査法人に限り、制度の拡大に限界があるので、全体として問題が残るとされる。B案は、会社側の受け入れ態勢としてはA案よりは問題が少くないが、内部統制組織・会計組織などの整備が必要となる点が検討を要し、監査・調査の担当者に税理士を入れるならば、制度の拡大は見込めるとしている。そして最後にC案は、会社の受け入れ態勢には問題がなく、会社の経済的負担もA・B案よりも少なく、担当者に税理士を加えれば精度の拡大可能性が考えられるが、「指導」に意義があるのか否かが問題であるとされる。

3 「商法・有限会社法改正試案」

これを受けて、昭和六一年五月一五日に法務省民事局参事官室が発表した「商法・有限会社法改正試案」（以下

『試案』という)では、株式会社について、①資本金五億円以上または負債総額二〇〇億円以上の会社では、会計監査人監査をこれまでどおり行うとともに、監査役を二人以上(かつ一人以上は常勤、従業員五〇人又は三〇人以下の会社では常勤者の省略可)選任し監査役会を構成させることとし、②資本金一億円以上かつ負債総額一〇億円以上の会社では、従来どおりの監査役監査と新規の会計調査人調査を強制し、③資本金一億円未満かつ負債総額一〇億円未満の会社では、監査役の設置を任意とするかわり(しかし、選任される以上、業務監査権限は有する)②の会社と同様会計調査人調査を強制、④資本金三〇〇〇万円未満かつ負債総額三億円未満の会社では、監査役を任意(権限は③と同じ)とし、さらに会計調査人の調査を免除しうるとしている。又、有限会社については、⑤資本金五億円以上または負債総額二〇〇億円以上の会社では、監査役選任および会計調査人の調査を強制し、⑥資本金一億円以上負債総額一〇億円以上の会社では、会計調査人の調査は強制するが、監査役を任意機関とし、⑦資本金一億円未満かつ負債総額一〇億円未満の会社では、会計調査人の調査、監査役設置ともに任意としている。

①では、のちに平成五年改正で導入されることとなった監査役会制度を除いて従来と変更がないが、②③⑤⑥では、会計調査人調査が強制される点では厳格になっていくかわりに、③④では、監査役を必要の機関から任意機関とし、⑤では任意機関から必要の機関とするように、株式会社・有限会社を横断的に考えて、規模により規制を異なるものにしようと試みられている。しかし、監査役が選任されるからには、どの会社においても会計監査権限のみならず業務監査権限も有するという点では、③④⑤⑥⑦について監査役の権限が強化されるといえる。しかし、試案によれば、④と⑦において監査役を選任しなかった会社では、会計調査人の監査も受けない関係から、会計について全く監査を受けない会社があることを容認していることが問題である。⁽¹¹⁾

4 監査役と外部監査との関連

以上のような検討経緯の後、平成二年には改正が行われたが、株式会社に初めて最低資本金の導入がなされ過小資本の株式会社が淘汰された一方で、議論され続けた、外部監査人による会計監査は、計算書類の登記所における備置・閲覧とともに実現がなされなかった。外部監査人の監査（調査）をある程度の規模以上の株式会社に導入すべきであることは、商法理論上不可欠に思えるのであるが、実施の方法がある程度具体的になっていながらもかわらず、監査理論・会計理論、あるいは実際にこれらの作業を担当する者の職域問題などとの関係で、結果的に棚上げになってしまっているのはとても残念なことである。平成一四年改正で会計監査人監査を中会社でも任意に導入することが認められたから、法的強制という形ではなく、これが事実上のコンセンサスとなって外部監査人による会社の計算書類が正しく会社の現在の状況を示していることを担保するようになることが望ましいと考えるが、小会社の監査役の意義・機能を問う本論文のテーマから離れるので、外部監査人の導入の問題自体はその経緯を示すのみで、一先ず置くとする。⁽¹²⁾

『試案』は、外部監査（調査）人を要求する会社の範囲と監査役の任意化を認められる会社の問題を別個に議論しているが、それは妥当ではないと考える。なぜならば、それは、現行商法特例法でもそうであるように、外部監査人が要求されている範囲では、監査役の会計監査は要求されないのではなく、異なった視点からの会計に対するアプローチ、すなわち、監査役による会計監査が行われることを前提にする専門家の関与が求められているのであって、それを抜きにして、会計監査は外部監査人だけに任せてしまえば社会的要請を満たすと考えることには理論的な飛躍があるのではないかと考える。例えば改正試案では、資本金一億円未満かつ負債総額一〇億円未満の会社では、監査役を設置を任意とするが、その代わりに会計調査人の監査を強制している。しかし、外部監査が要請される会社の範囲では、当然監査役も重疊的に会計監査に携わるのでなければならない。⁽¹³⁾ 専門的知識を

有する外部監査人による会計監査（調査）を受けさせることによって、その計算書類等の真正さ・精密度は随分高くなると考えられるが、監査役の会計のみにとどまらない全面的なバックアップが得られれば、より充実した監査が考えられると思われる。確かに一般の監査役が行っている監査の対象は業務監査と会計監査に分けることができ、それぞれ別の機関に分属することが可能であり、また、後者は会社が対外的にその信用を保つという意味でも強制されるべきであるかもしれない。しかし、その目的は、会社以外の社会一般の利益保護であるのに対して、会社を中心にした利害関係人の保護という面から、なお、監査役の役割は期待されるのではないだろうか。

- (1) 拙稿・「会社の区分と株主の数」法学研究七四巻二一七号（平成一三年）七〇頁以下参照。
- (2) それに対して、公開会社および規模の大きい（この場合の規模の基準については、会計監査人強制の基準、三人以上の取締役強制の基準、専門家による「外部」監査強制の基準等と関連づけて、更に検討する）閉鎖会社では、監査役を強制するとの意見である。

(3) 任意設置の監査役と強制される監査役の資格・権限・地位には差があつてはならないとされた（『区分立法の問題点』三三）。

- (4) 稲葉・大小会社区分立法に関する諸問題（別冊商事法務七三三・昭和五九年）六三頁以下。
- (5) 稲葉・前注同書一一八頁。
- (6) 研究会構成員は、会計学者五名、商法学者二名、税理士三名、公認会計士三名、法務省側三名、オブザーバーとして、大蔵省、国税庁、中小企業庁から各一名の計一九名が参加した。
- (7) 新井清光・『商法監査問題研究会報告書』の公表にあたって「商事法務一〇七四号（昭和六一年）二頁以下参照。
- (8) 報告書の詳細は、商事法務一〇七四号（昭和六一年）五頁以下。
- (9) 『試案』一および四を参照。会社の資本金による区分が、株式会社では四区分、有限会社では三区分になっており、しかも、規制の内容が資本の額を比べれば、有有限会社の方が株式会社より一段階緩やかな規制内容になっていることに注意。例えば、株式会社②（現行法上商法特例法上の中会社相当）と有限会社⑤（もし株式会社であれば、特

例法上の基準では大会社)、株式会社③と有限会社⑥(同じく小会社相当と中会社相当)が同じ内容の規制になっている。

また、外部監査人については、試案は、中小会社の適用に関しては前述の「商法監査問題研究会報告書」のA案を否定して、B3を採用し、C案の選択的な採用を考えていると思われる(『試案』四参照)。

(10) また、『試案』作成後に、「調査」問題の具体的実施に向けた検討が「調査問題検討研究会」によってなされた(酒巻ほか・「座談会」商法改正問題における『調査』の検討状況「商事法務一一九〇号(平成元年)四頁以下に詳しい)。

(11) 尾崎・「小規模株式会社における監査制度」商事法務一四〇二号(平成七年)四二頁。

(12) 武田隆二編著・中小会社の計算問題と監査(清文社、平成二年)参照(各国における制度実施を検討し、わが国の制度のあり方に積極的な示唆を与える有益な文献である)。同書五八頁以下にあるように、計算公開と外部監査の制度化は密接な関係を持っており、信頼性のない計算書類をいくら公開してもあまり進展はないのに対し、技術革新による計算書類の公開がある程度見込めるようになった状況下において(たとえば、平成一三年改正によるホームページ上の決算公告の許可、証券取引所における開示資料の充実など)、監査制度の充実はあらためて期待されるところであらう。

(13) 同旨・山村・「監査役及び監査役会」商法・有限会社法改正試案の研究(金商増刊号七五五号九〇頁)は「外部監査人と会社の業務執行者たる取締役の中間に監査役が存在することによって外部監査が円滑に実施されることにもなるからである。」とする。正当であると考える。

五 結語にかえて―小会社監査役の意義と役割

「はじめに」と四でも触れたように、小会社の監査役を任意の機関とすることが提案されているがこの点をどのように考えたらいいかを、これまでの検討をまとめながら、最後に論じることとする。

まず、有限会社では現行法でも監査役を任意機関としている（有限会社法三三条）ので、それとの関連を考へる。

有限会社で監査役が任意機関化されている理由は、会社の特性としての小規模性に求めるもの、社員関係の緊密性に求めるものがあり、一般的には、この両方をあげている。⁽²⁾しかし、小規模性を理由とするのであれば、現行法では大規模な有限会社でも監査役は任意機関であり、株式会社では規模が小さくても常設機関であるので、矛盾が生じているという。⁽¹⁾これに対して、社員の数が一定数以上である場合には、有限会社であっても監査役を強制すべきであるとの立法論も主張されている。⁽⁵⁾

したがって、有限会社においても、監査役が任意機関でよいとされている真の理由が何処の点にあるのかについては、詳しい研究は行われてきていないように思われる。

では、これに対して、小規模な株式会社の場合はどうであろうか。

まず、監査役の権限についての議論に関して、株式会社機関の変遷と監査役に関するこれまでの立法の経緯を検討したが、それにより迎えることができる結論には、以下の二つのものがありうるであろう。すなわち、監査役という一つの機関が昭和二五年改正前には業務および会計の両面に関する監査権限を持っていたのに対し、同年改正によりその権限が会計監査のみに縮小され、また、昭和四九年改正により監査役に業務監査権限が戻ったことを、単に権限の縮小と拡大として捉える立場がある。しかし、それに対して、昭和二五年の商法改正の際の機関組織の改変をつうじて、会社業務の監督は取締役会を中心に行うべきとする方向転換があり、その方向性は昭和四九年改正を経ても変更していない、又は、変更させるべきでないとの見解もある。どちらの説明によっても、監査役の業務監督機構としての重要性には変わるところはないようにも思われるが、二において検討したように、後者の説が妥当であると考ええる。そして、この時期の監査役に関する改正議論を素直に株式会社法全部に行き渡

らせるとすれば、小会社であっても特別の例外は認めるべきではないように思われる。この点、『試案』は小会社の監査役も業務監査権をもつことを肯定するが、賛成することができると考える。他方、『試案』は株主の監督は正権を強化することを提案されるが、所有と経営の一致している会社で、株主がこの権利を利用することはまず考えられないし、また、それが株主の責任を負担させるといふ結果に結びつくとするれば、(5)区分立法の問題点⁽⁵⁾ 五九、『試案』三十四)、株式会社の性質にも反することが考えられ、問題である。

そしてそのことは、現行法における商法特例法上の小会社監査役が会計監査役の役割しか持たないことは現実の問題を残していないかについて、三では、判例の検討により明らかにした。まず、明らかにしたのは、所有と経営の一致している会社においては、経営者の行うままの経営が行われており、主たる経営者以外の取締役が適正に業務監督を行うことに期待するのは極めて難しいという点である。所有と経営が一致している会社の典型である合名・合資会社では社員としての業務執行社員が会社債権者に対して直接に無限あるいは有限の責任を負うことになっている。しかし、株式会社・有限会社では、株主・社員が債権者に責任を負うことはない。事実上、経営者が債権者に対して会社の債務を保証することがしばしば行われているというが、すべての取引で行われるわけではなく、個別的な処置であることは否めない。また、なにか問題が生じてから責任者を探して賠償させるとしても、それは消極的かつ事後的な処置にしか過ぎないが、これに関しても、会社の活動の結果第三者が被った損害に対する事後救済は、監査役の責任を問えるかどうかは個々の事例により、因果関係・注意義務違反の程度などによって結果を予想することは難しい。少なくとも、職務を尽す意欲のない名目的監査役が権限の範囲以外の職務であるからといって、任務懈怠ではないとの結論を導き出すのは早計である。主たる経営者が株主利益を代表しており、総会に是正可能性がないとしても、それをよいことに何もしなかった監査役が正しいとはいえないであろう。⁽⁸⁾ 少なくとも、計算書類を作成させるように取締役に働きかけ、調査権限をきちんと行使し、監査

報告書を提出するために努力したといふのでなければ、監査役の職務を果したとはいえないであらう。更に、現行法では計算書類の作成を促したり、監査報告書を無視して活動する経営者の行動を阻止する権限が監査役には認められていない。そこで、何らかの意味で、事前の第三者チェックが働く仕組みが必要であるように思われる。⁽⁹⁾そこで、上述したが、株式会社である以上、小会社の監査役にも業務監査権限は与えられるべきであり、また、少なくとも、それが会計監査にとどまるとしても、会計監査権限の行使を実際に実行ならしめるための業務執行にも踏み込んだある程度の監査権限は認められるべきであると考えられる。

また、専門的な知識を持たない監査役に会計監査を任せることには問題があることが指摘されている。昭和二五年改正、四九年改正の際、また、大小会社区分立法を検討した際に行われた、小会社に関する専門家による会計監査の強制如何の議論を通じてずっと論じられてきている点である。たとえば、監査役⁽¹¹⁾の設置の任意化を容認される代わりに、専門家としての外部監査人の導入を不可欠と主張される論者もいるが、会社が有限責任しか負わない物的会社の形態であり、ある程度の規模以上のものであれば、第三者に不測の損害を与えることも考えられるので、株式会社には原則として外部監査人が強制されるべきであらう。しかし、それであれば、監査役は必要ではないのかといえ、外部監査人が会社の内部監査機構を利用して監査を行おうとしても、小会社ではそのような機構が整っているとはいいがたい。そのためには、監査役がある程度、取締役会に接触できる機会と可能性を持つておくことを利用して、監査の充実を図るべきである。したがって、外部監査人が導入されても、それとの協力体制を図る意味でも監査役の役割は重要であり、また、外部監査人が強制されない株式会社では、会計監査を全く受けない計算書類が公開されても何の意味も持たないと考えられる。そこで、小会社においても、計算書類は所定の監査手続の下で真正が担保されたものであるとの前提が存在せねばならず、そのためには、消極的に監査役の会計監査権限を奪う方向性での主張には首肯しかねる。

したがって、株式会社に監査役は必要であるか否かについては、その会社が株主間の関係が緊密であるか、所有と経営が一致しているかにかかわらず、会社が有限責任を固持することでどれだけ的外的影響力が及ぶかにかかわる問題であると考ええる。すなわち、現行法上、株式会社は少なくとも最低資本金一〇〇〇万円以上でなくてはならないというのであるから、監査役の機能すべき局面は認められるのであり、監査役制度は任意化させるべきではない。小会社の監査役が現実には法律の期待した役割を果たしていない、又は期待すること自体が無理であるから監査役が不要であるという議論があるが、このことは、個人企業並みの企業の株式会社利用を安易に認め、事実を追認する意味で正しくない。株主が有限責任しか負わず、多くの債権者に影響力があるであろう株式会社では、監査役の任務は、あたかも経営者が個人でハンドルを切るだけではなく、両者が一体となって監督の役割を果たし、舵をとるようになってはならない。監査役を任意とすれば、多くの会社では、法的追認を得たとして、監査役をおくものはほとんどいなくなることが予想される。株式会社において、監査役があればあつてもよく、なくてもよいといった性質のものではない。

法律は会社の現状に追従するのではなく、株式会社たるものと有限会社たるものの相違点を改めて問い直し、また、株式会社は原則として公開性のある大規模な会社に限り、有限会社は大規模な企業にはその算入を認めず、閉鎖的な企業に限る方向で、はっきり分離させなければならない。有限会社を廃止して株式会社一本化し、性質に分けて規制する道をとったとしても、その場合、その底辺に存在する小規模株式会社を例外として捉えるのであれば、株式会社法を一本化することには意味があるのかについても再考する必要がある。

(1) 奥野健一・佐々木良一ほか・有限会社法釈義(厳松堂書店、昭和二六年)六〇頁。

(2) 佐々・日本有限会社法論(厳松堂書店、昭和一三年)一三二頁、田中(耕)、改正商法及有限会社法概説(有斐

- 閣、昭和一四年)三一七頁。
- (3) 上柳ほか編(平出)・新版注釈会社法(一四)(有斐閣、平成二年)二六三頁、江頭憲治郎・株式会社・有限会社法(有斐閣、平成一三年)など。
- (4) 上柳ほか編(平出)・前掲書二六四頁(同旨・大森ほか編(山村)・注釈会社法(九)(有斐閣、昭和四六年)一九四頁以下)。これについては、ここでは詳しくは論じないが、理論的には大規模有限会社(例えば、商法特例法上の中会社以上の規模、すなわち資本が一億円超の有限会社)は、規模の上で株式会社並みの会社であれば、その規模に応じて当然増えてくるであろう利害関係人(債権者)保護のために、株式会社相当の規制を受けるべきであろう(同旨・尾崎・前掲四〇頁注5)。
- (5) 田中(誠)・会社法詳論(再全訂、勁草書房、昭和五七年)一二九〇頁は、フランス旧法が二〇人以上の社員がある場合に監査役を必要的機関とする例を参照し、本文のような立法論を提示される。
- (6) 尾崎・前掲四〇頁。
- (7) 尾崎・前掲三九頁以下。
- (8) 森・前掲九八頁は、利益を受けるのは債権者である旨を指摘する。同旨・丸山・前掲書二二二頁。
- (9) 尾崎・前掲三九頁は、「取締役とか監査役のような第三者機関によるチェックという構想自体が、小規模株式会社の法的『仕組み』としてそぐわないのかもしれない。」というが、実際に働くか否かではなく、働かせるべきなのであるから、このように考えることはできない。
- (10) 徐・前掲(二)一七六頁は、取締役会への出席権、取締役から報告を受ける権利など、会計監査の実効性を高めるためにもっとも重要であると思われるような商法の規定までも適用除外としたことに対して、疑問を呈している。
- (11) 酒巻・前掲書一三一頁。

(平成一五年九月三〇日脱稿)