慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	日本企業の大半を占める「中小会社」における企業統治
Sub Title	
Author	大賀, 祥充(Oga, Yoshimitsu)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 商事法 : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.1- 31
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453885-00000005-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

日本企業の大半を占める「中小会社」における企業統治

大賀祥充

一　はじめに
二　「企業の内部統制システム」に関する法的規制
三　「会社法」における内部統制システムの内容
四　「株式会社」における内部統制システムの構築の義務とその根拠
五　内部統制システムに関する判例
六　「特例有限会社」における内部統制システム
七　内部統制システムの「情報開示」とその「チェック」
八　「持分会社」における内部統制システム
九　まとめ
十　おわりに

一　はじめに

平成一七年七月二六日に制定された「会社法」（平成一七年法律第八六号）[1]は、株式会社について、法定的な必要機関を、基本的には、株主総会（会社法二九五条）及び取締役（同三二六条一項）の二つのみとして[2]、従来、株式会社については、その規模・業種の如何を問わず、最小限必要な機関として設置強制されていた四つの機関（具体的には、株主総会（旧商法（明治三二年法律第四八号）二三〇条ノ一〇）、取締役会（同二六〇条）、代表取締役（同二六一条）及び監査役（同二七三条））[3]を大幅に削減した。これは、わが国の会社の実態が、極く少数の巨大株式会社と、数的には圧倒的大多数を占める中小・零細企業とから成る、いわゆる「二重構造」になっていることを勘案し、会社法制度を実態に近づけたもので、画期的な制度変革であると言ってよい。会社法制定（平成一七年）当時の会社数の状況は、旧有限会社法（昭和一三年法律第八七号）に基づく「有限会社」が約一八七万社（会社の総数の五九パーセント）、次いで、旧商法に基づく株式会社が約一一五万社（同三七パーセント）、そして、合資会社が約八万六千社（三パーセント）、合名会社が約一万七千社（一パーセント）であった。[4]

このようなわが国の会社の実態を踏まえて、旧有限会社法（昭和一三年法律七四号）に基づく「有限会社」で会社法施行の際現に存するもの（旧有限会社）は、新しい「会社法」では、定款変更・登記変更等特段の手続きを執ることなく、「株式会社」として存続するものとされながら（「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、関係法律整備法と記す。）二条）、商号は「有限会社」を称すべきものとされ（同法三条一項）、「特例有限会社」と呼ばれることとなった（同条二項）。そして、特例有限会社については、旧有限会社法の規制が実質的に維持されるものとされているから（同法二条ないし四四条）、本来株式会社ならば要求される筈の「取締役の任期の定め」（会社法三三二条、関係法律整備法一八条参照）も要らず、「決算公告」（会社法四四〇条、関係法律整

備法二八条参照）も不要とされている。これは、有限会社が数的に大多数であることに鑑み、利害関係者に格別の負担をかけないようにとの配慮と、中小企業団体からの強い要請に基づく。[5]

しかし、このような立法措置は、私見によれば、一国の会社法体系としては、極めて異例のことであり、会社法制度としても不備・不完全であるとの誹りを免れないものと考える。[6] 何故なら、特例有限会社は、社員の責任が間接有限責任制である以上当然、適正な会計と会社情報の開示とが強く要請されてしかるべきであるところ、それにも拘わらず、決算公告を求められることなく（関係法律整備法二八条は、会社法四四〇条及び四四二条二項の適用を排除している。）、しかも、中小企業の計算の適正性を確保するための「会計参与」（会社法三七四条）の制度も採用する余地がない（関係法律整備法一七条一項参照）からである。私としては、会社の実数を勘案するにしても、特例有限会社の扱いは、時限を切って対処すべきであったと考えるが、これからの現実論としては、将来に向かって、時限を立法化し、その上で、時限が到来し特例有限会社を名実ともに会社法上の「株式会社」に移行させる際には、変更登記等における登録免許税の減免措置を講ずるべきであると考えている。[7]

わが国の会社の実数は、前記のような状況にあるが、極く一部の大株式会社[8]を除いて、圧倒的大多数は、中小・零細企業であり、そのうちの殆どが「株式譲渡制限会社」[9]であって、金融商品取引市場には上場していない、いわゆる非上場会社である。後者の、規模において中小・零細であり、組織において、株式譲渡制限をしており、数において、会社組織の殆どを占めているところの、「大会社でない株式会社」を、以下では「中小株式会社」と呼ぶこととするが、『日本企業の大半を占める「中小会社」における企業統治』と題する本稿で採り上げるのは、これら「中小株式会社」のみならず、実数上最多の「特例有限会社」、及び数的には少ないが、会社法により新設された「合同会社」[10]を含む「持分会社」の場合をも含めて、「中小会社」における「企業統治のあり方」を検討することとする。

（1）　会社法の施行は、一部を除いて、基本的には、平成一八年五月一日とされ（平成一八年政令第七七号）、残る「合併等対価の柔軟化」に関する部分は、平成一九年五月一日とされていた。従って、同日以後会社法は全面的に施行されている。

（2）　もっとも、取締役会、会計参与、監査役、監査役会、会計監査人又は委員会等の機関は、基本的には、会社の定款の定めによって設置することのできる任意的機関として位置づけられ、一定の場合には、それらの一部の機関が法定的に必置機関とされている（会社法三二六条二項）。一例を挙げれば、公開会社（会社法二条五号）、監査役会設置会社（同二条一〇号）又は委員会設置会社（同二条一二号）にあっては、取締役会を置かなければならないとされている（同三二六条二項）。

（3）　もっとも、旧商法特例法（平成一四年法四四号）二一条の五は、指名委員会、監査委員会及び報酬委員会並びに執行役を置くところの、いわゆる「委員会等設置会社」の場合には、監査役は設置できないものとされていた。会社法では、このシステムを踏襲したが（ただし、株式会社の規模の如何を問わないものとされた。）、「委員会設置会社」と改称されている（会社法二条一二号、三二七条四項）。

（4）　なお、総務省統計局の「平成一六年　事業所・企業統計調査報告」（平成一八年三月刊）によれば、有限会社の総数は、八一万五一四五社（企業総数（これには相互会社が含まれている。）一五二万九六一六社中五三・三パーセント）、株式会社が六九万三六八三社（四五・四パーセント）、合名会社及び合資会社が二万七八二一社（〇・〇一パーセント）となっている。

（5）　相澤哲『一問一答　新・会社法』（商事法務刊、平成一七年七月）二八七頁参照。

（6）　拙著『「特例有限会社」考』（山本爲三郎編『新会社法の基本問題』（慶應義塾大学出版会刊、平成一八年））三一九頁以下。

（7）　詳細は、拙著・前掲注（6）殊に三三五頁以下参照。

（8）　会社法は、「最終事業年度に係る貸借対照表に資本金として計上した額が五億円以上の株式会社」、又は、「最終事業年度に係る貸借対照表の負債の部に計上した額の合計額が二百億円以上の株式会社」を「大会社」と呼んで（会社法二条六号）、特例を定めているが、金融商品取引法は、株券等を金融商品取引所に上場している会社を「上場会社」として捉えており（同法一六二条の二参照）、上場審査基準によれば、株式の譲渡制限のないことが株券等の上場の要件とされている。

（9）　会社法は、また、「その発行する全部又は一部の株式の内容として譲渡による当該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株式会社」を「公開会社」と読んでいる（同法二条五号）。それ故、「上場会社」は全て「公開会社」ではあるが、その逆は真ではない。「上場会社」の数は、平成一九年一一月末現在で、「上場国内会社」が三九四九社、「上場外国会社」が二七社である（日経会社情報二〇〇八Ⅰ新春号）。非上場の株式会社の殆どは、株式譲渡制限会社である。

（10）　同会社は、制度施行後、年間五千社のペースで設立が進んでいるという（石井芳明「日本版LLP・LLC制度の現状と課題」調査月報五五六号（国民生活金融公庫刊、平成一九年八月）三六頁以下。

二　「企業の内部統制システム」に関する法的規制

会社企業の「内部統制システム」については、「会社法」が、その構築に関連する規定を設けているほか、「金融商品取引法」（昭和二三年法律第二五号、平成一八年法律第六五号により「証券取引法」を改正。以下「金商法」と略す。）も、それに関連する規定を設けている。

金商法によれば、金融商品取引所に上場している有価証券（同法二条参照）の発行会社であって、「有価証券報告書」（同法二四条以下参照）を提出しなければならない会社[1]は、事業年度ごとに、当該会社の属する「企業集団及び当該会社」に係る「財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するために必要なものとして内閣府令で定める体制」について、内閣府令で定めるところにより評価した報告書（以下、「内部統制報告書」という。）を、「有価証券報告書」と併せて内閣総理大臣に提出しなければならないものとされている（同法二四条の四の四第一項）。

そして、「財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するための体制に関する内閣府令」（以下、単に「内部統制府令」と記す。）三条によれば、それは「当該会社における財務報告が法令等に従って適正に作成され

るための体制」を意味するが、その用語、様式、作成方法は同府令により、またそこに規定のないときは、一般に公正妥当と認められる財務報告に係る内部統制の評価の基準に従うものとされている（同府令一条一項）[12]。また、企業会計審議会が公表する財務報告に係る内部統制の評価に関する基準は、同府令にいう「一般に公正妥当と認められる財務報告に係る内部統制の評価の基準」に該当することとされている（同府令一条四項）。

そして、この「内部統制報告書」には、当該会社と特別の利害関係のない公認会計士又は監査法人の「監査証明」を受けなければならないものとされている（金商法一九三条の二第二項、内部統制府令一条一項参照）[13]。

また、金商法は、有効な内部統制の構築を前提として、有価証券報告書等に記載された内容の適正性について経営者（代表取締役又は代表執行役）自らが確認し、その旨を記載した「確認書」を有価証券報告書等に添付することが義務付けられている（同法二四条の四の二以下、企業内容等の開示に関する内閣府令一七条の五参照。）[14]。

従って、金商法に基づく「内部統制システム」というのは、畢竟、上場会社のうち、「有価証券報告書提出会社」及び「その企業集団」が対象であって、しかも、財務諸表等財務に関する報告に係る・企業自体が作成する「内部統制報告書」、公認会計士又は監査法人が作成する「内部統制監査報告書」及び企業経営者が作成する「確認書」がその内容となる[15]。

これは、金商法の目的が「企業内容等の開示の制度を整備するとともに、金融商品取引業を行う者に関し必要な事項を定め、金融商品取引所の適切な運営を確保すること等により、有価証券の発行及び金融商品等の取引等を公正にし、有価証券の流通を円滑にするほか、資本市場の機能の十全な発揮による金融商品等の公正な価格形成等を図り、もって国民経済の健全な発展及び投資者の保護に資すること」にある（同法一条）ことの係わりで、「内部統制報告書」制度が有価証券報告書提出会社における財務報告に係る内部統制の強化を図ること等を通じて適正な企業情報の開示を確保することを目指していることによる[16]。

それ故、わが国企業の大半を占める「中小会社」を研究対象とする本稿では、「金融商品取引法」における「内部統制システム」[17]については、これを考察の対象から外し、専ら「会社法」における「内部統制システム」(Internal Controle System) に限定して考察することとする。そこでは、「中小株式会社」のみならず、「特例有限会社」、「持分会社」もその対象となる。その際、会社の規模の大小は問わないが、「会社法における内部統制システム」についても、会社本体のみならずその子会社を含む企業集団が対象とされる点では、金商法におけると同様であることには留意しておく必要があろう。

(11) 厳密に言えば、金融商品取引法施行令四条の二の七第一項に定める会社を含むが、以下では、単に、「有価証券報告書提出会社」と呼ぶこととする。

(12) 内部統制報告書の記載事項等の詳細については、野村昭文「「内部統制報告書制度」及び「確認書制度」に係る政令・内閣府令の解説」企業会計五九巻一二号（中央経済社刊、平成一九年一二月）三六頁以下参照。

(13) 内部統制監査報告書の記載事項等の詳細については、野村・前掲注（12）三八頁以下参照。

(14) 確認書の記載事項等の詳細については、野村・前掲注（12）四一頁参照。

(15) これらについては、八田進「特集　内部統制実施基準の重要ポイント」新会社法A2(to)Z、二二号（第一法規刊、平成一九年一月）六頁以下、吉川純「金融商品取引法が定める内部統制報告制度」自由と正義五八巻一一月号（日本弁護士連合会刊、平成一九年一一月）三五頁以下、神田秀樹・黒沼悦郎・静正樹・鷲地隆継・武井一浩「新春座談会　会社法と金融商品取引法の交錯と今後の課題（上）―財務報告に係る内部統制制度への対応―」商事法務一八二一号（商事法務研究会刊、平成二〇年一月）八頁以下、同・同前（中）商事法務一八二二号（平成二〇年一月）四頁以下、同・同前（下）商事法務一八二三号（平成二〇年二月）一三頁以下、持永勇一・吉田良夫「内部統制の理念―金融商品取引法・会社法―」（第一法規刊、平成二〇年一月）一頁以下、柿崎環「上場会社の内部統制と監査」会社法務A2(to)Z、二巻二号（第一法規刊、平成二〇年一月）二四頁以

下参照。

この他、土田義憲「内部統制の評価モデル」（中央経済社刊、平成一八年八月）一頁以下、大川博通・尾崎安央・武井一浩編著「内部統制の実務と監査役監査―内部統制法制を踏まえた新たな企業統治と監査役監査の方向性」別冊商事法務三〇七号（株式会社商事法務刊、平成一九年七月）一頁以下参照。

(16) 田島掌「中小企業に求められる「内部統制」と「種類株式」「属人的株式」」会社法務A2（to）Z、二巻二号（第一法規刊、平成二〇年一月）四四頁は、『「財務報告に係る内部統制」は、あくまで「証券市場の信頼性確保」を制度趣旨として組み立てられている』のに対して、『中小企業の内部統制の目的は「事業の継続性の維持」である』とされている。

ここで言われる「中小企業」は、本文後記の「中小会社」と同義と言ってよかろう。

(17) 鳥羽英至『内部統制の理論と実務』（国元書房刊、平成一七年）三頁。

三　「会社法」における内部統制システムの内容

「会社法における内部統制システム」を考察するに当たって、まず最初に検討すべきことは、いわゆる「内部統制システム」とは何かということである。と言うわけは、この用語が会社法上のものではないからである。そして、会社法自体は、いわゆる「内部統制システム」については、定義規定を置くことなく、単にそれに係わって、次のような規定を置いているに過ぎない。

第一に、株式会社に関して、会社法三四八条は、『取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備』については、その決定を個々の取締役に委任することを許さず（同条三項四号）、取締役の過半数をもって決定すべきことを要求している（同条二項）。

第二に、会社法三六二条は、取締役会設置会社の場合について、前記の事項の決定を取締役に委任することを許さず（同条四項六号）、大会社である取締役会設置会社においては、取締役会で決定すべきことを要求している（同条五項）。

そして、会社法のこれらの規定を受けて、会社法施行規則は、「法務省令で定める体制」について、以下のように規定している。すなわち、『一　取締役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制、二　損失の危険の管理に関する規程その他の体制、三　取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制、四　使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制、五　当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制』がそれである（同規則九八条一項、同一〇〇条一項）。

そして、会社法三四八条三項四号の具体的な内容は、会社法施行規則九八条二項によれば、『取締役が二人以上ある株式会社である場合には、前項（施行規則九八条一項）に規定する体制には、業務の決定が適正に行われることを確保するための体制を含むもの』とされ、同条三項によれば、『監査役設置会社以外の会社である場合には、第一項（施行規則九八条一項、会社法三四八条三項四号参照）に規定する体制には、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を含むもの』とされ、更に、同条第四項によれば、『監査役設置会社（監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがある株式会社を含む。）である場合には、第一項に規定する体制には、次に掲げる体制を含む』ものとされて、『一　監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項、二　前号の使用人の取締役からの独立性に関する事項、三　取締役及び使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体制、四　その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制』が挙げられている。

また、会社法三六二条四項六号の具体的な内容は、会社法施行規則一〇〇条二項によれば、『監査役設置会社以外の株式会社である場合には、前項（施行規則一〇〇条一項、会社法三六二条参照）に規定する体制には、『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を含むもの』とされ、また同条三項によれば、『監査役設置会社（監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがある株式会社を含む。）である場合には、第一項に規定する体制には、次に掲げる体制を含む』ものとされて、『一　監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項、二　前号の使用人の取締役からの独立性に関する事項、三　取締役及び使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体制、四　その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制』が挙げられている。

また、会社法三六二条四項六号の具体的な内容は、会社法施行規則一〇〇条二項によれば、『監査役設置会社以外の株式会社である場合には、前項（施行規則一〇〇条一項、会社法三六二条参照）に規定する体制には、『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を含むもの』とされ、また同条三項によれば、『監査役設置会社（監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがある株式会社を含む。）である場合には、第一項に規定する体制には、次に掲げる体制を含む』ものとされて、『一　監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項、二　前号の使用人の取締役からの独立性に関する事項、三　取締役及び使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体制、四　その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制』が挙げられている。

これらの諸規定を見ると、会社法及び会社法施行規則で言われている『取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備』こそが一般に「内部統制システム」と呼ばれているものであり、またそのように捉えること

でよいと考えられる。

前述の理解に誤りがないとすれば、「内部統制システム」と呼ばれている事柄の具体的な内容は、会社法及び会社法施行規則によれば、次のように分類できることになる。

① 第一は、企業集団を対象とした会社経営の「法令定款への適合性の確保」（会社法三四八条三項四号、会社法施行規則九八条一項四号・五号、同規則同条二項、同規則一〇〇条一項二号、同法三六二条一項六号、同施行規則一〇〇条一項三号・四号、同法四一六条一項一号ホ、同施行規則一一二条二項四号・五号参照。なお、この他、監査役の業務を補助する使用人の情報およびその独立性に関する施行規則九八条四項一号・二号、同規則一〇〇条三項一号・二号、同規則一一二条一項一号・二号）、ならびに監査役の監査の実効性確保に関する施行規則九八条四項四号、同規則一〇〇条三項四号、そして監査委員会の監査の実効性確保に関する施行規則一一二条一項四号もこの範疇に含めてよいと考えられる。）、言い換えれば、コンプライアンス（法令遵守＝Compliance）の体制整備がそれである。

② 第二は、種々のリスク、例えば、会社またはその子会社の役員・従業員等の不祥事、取引先の倒産、天災による被害等々によって会社に生じうるあらゆる「損失の危険の回避」（施行規則九八条一項二号、同規則一〇〇条一項二号、同規則一一二条二項二号参照。）の体制整備である。

③ 第三は、情報の管理（施行規則九八条一項一号、同規則一〇〇条一項一号、同規則一一二条二項一号）・報告体制の整備（施行規則九八条三項、四項三号、同規則一〇〇条二項、三項三号）であって、これはコンプライアンス又はリスク管理（危機管理、Risk Management）に関わる情報の共有化を意味する。

④ 第四は、会社「経営の効率性の確保」[18]のための体制整備（施行規則九八条一項三号、同規則一〇〇条一項三号、同規則一一二条二項三号）である。

（18）「会社法」の規律する「内部統制システム」の内容がこのようなものであるとすると、「金商法」に基づく内部統制システムの内容が、前述のように、上場会社のうち「有価証券報告書提出会社」及び「その企業集団」のみが対象であって、しかも、その財務諸表等財務に関する報告に係る・企業自体が作成する「内部統制報告書」、公認会計士又は監査法人が作成する「内部統制監査報告書」及び企業経営者が作成する「確認書」がその対象である（前注（15）参照）のと対比される。前者の対象が、広く企業集団の業務全般にわたる適正の確保が狙いであるのに対して、後者のそれは、極めて限定的であると言ってよい。

四　「株式会社」における内部統制システムの構築の義務とその根拠

「会社法における内部統制システム」の内容を前述のように理解した場合、次に問題となるのは、「内部統制システム」の構築の責務は、会社法上、大会社の場合に限られるのか否かである。何故なら、会社法三四八条四項は、『大会社においては、取締役は、前項第四号に掲げる事項を決定しなければならない。』と規定し、同法三六二条五号は、『大会社である取締役会設置会社においては、取締役会は、前項第六号に掲げる事項を決定しなければならない。』と規定しているから、一見すると、大会社の場合に限っての責務であるかのように解される可能性があるからである。[19] しかし、このように解することの合理性は一体どこにあるのであろうか。次に検討してみる。

ところで、そもそも「内部統制システム」の論議が始まったのは、平成一六年六月一六日、自由民主党政務調査会法務部会商法に関する小委員会「会社法制の現代化に関する中間とりまとめ」においてであったようである。[20] そこでは大企業に関する規律の見直し」として『国際的な競争に晒されている大企業については、その競争力を確保し、企業関係者の自治を尊重するとともに、特に、その資本市場をはじめ社会に与える影響力の大きさに鑑

み、企業経営の健全性維持に十分留意し』『内部統制システムに関する決定・開示の義務付け……についてさらに検討する』ものとされていた。[21]

そして、平成一七年二月九日決定の法制審議会「会社法制の現代化に関する要綱」第二部・第三3（5）は、『内部統制システムの構築に関する決定・開示』について、「現行法では、委員会等設置会社のみに要求されていた内部統制システムの構築の基本方針に関する取締役会の決定およびその概要の営業報告書への記載が、大会社に一律に義務付けられることになる。大会社に分類される会社にも、上場会社から閉鎖性の高い株式譲渡制限会社までさまざまな形態のものがあるため、内部統制システムの構築およびその開示方法に関し、それぞれの会社の実態に即したきめ細かいモデル作りをしていくことが今後の実務上の課題と言えよう。」とされていたから、[22]注（19）に掲げた多くの文献が、内部統制システムの構築を大会社の場合に限定して理解することに全く理がないわけではない。

しかし、大企業を対象とした規律の見直しに関する、こうした議論の切っ掛けや、改正要綱の趣旨はともかくとして、「内部統制システム」の構築は、事柄の性質上、単に大会社の問題に止まらないものと理解すべきであると考える。以下にその理由を述べる。

確かに、会社法三四八条四項は、『大会社においては、取締役は、前項第四号に掲げる事項（「内部統制システム」のこと。大賀注）を決定しなければならない。』と規定しているし、また、同三六二条五項は、「大会社である取締役会設置会社においては、取締役会は、前項第六号に掲げる事項（「内部統制システム」のこと。大賀注）を決定しなければならない。」と定めている。従って、これらの文言の単純な反対解釈からは、内部統制システムの構築が大会社以外の場合には義務付けられていないかのような先の説明も一応成り立ち得るようにも見えることは前述した。[23]

しかし、同法三四八条三項は、取締役が二人以上ある場合（同条二項参照）を前提に各取締役にその決定を委任できないことを明示し、同条二項は、取締役の決定は取締役の過半数をもって行うことを求めているのであるし、また、同法三六二条四項は、内部統制システムの整備を取締役に委任することができないと明定しているのである。

従って、大会社であって取締役会を設置している場合には、取締役会が「内部統制システム」の構築を決定し、大会社であっても取締役会を設置していない場合には、取締役が複数いるならば、その過半数で決定すべきことを求めていると理解すべきことになる。

仮に、「内部統制システム」の構築が大会社の場合にのみ義務づけられていると解釈するとすれば、反対に、中小会社の場合には、「内部統制システム」の構築は法律上義務づけられていないのかが問われなければならなくなるが、しかし「内部統制システム」の内容が前述のように、（A）「法令遵守」（コンプライアンス）、（B）「リスク管理」、（C）「情報の管理・報告体制の整備」（すなわち、情報の共有化）、そして（D）「経営の効率性の確保」の四点を主要内容として含むものであるとすれば、大会社以外の中小会社の場合に、「内部統制システム」の構築を不要とする合理的根拠はどこにもないことになる。

そもそも、会社の取締役は、株主総会で選任され、会社の業務執行及び会社代表を担当する（会社法三四八条・三四九条）ところの、いわば、株主に代わって会社を経営することを委託されている者である。そして、会社と取締役との関係は委任に関する規定に従う（会社法三三〇条）ものとされているから、取締役は善良な管理者の注意義務（民法六四四条）を負い、忠実義務（会社法三五五条）を負っている。後者を具体的に言えば、『法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない』ものとされているのである。この内、法令遵守はいわば国民としての義務の側面を持つが、他面取締役としての職務の範囲と

しても認識できる。従って、結局のところ、会社の経営を託されている取締役としては、「経営の効率性の確保」に努めるべきことは勿論、「法令遵守」及び「リスク管理」、更には、これらに絡む「情報の管理・報告体制の整備」についても、それらを構築する義務・責任を負うべき地位にあるものと解すべきであろう。[24]

このように、企業の「内部統制システム」の構築が、会社・取締役間の委任関係に基づく、善管義務及び忠実義務に基づくものと理解すべきであるとすれば、[25] 現行会社法の下では、取締役会設置会社[26]でなければ、監査役の設置は任意であるし（同法三二六条二項）、監査役の有無に拘わらず、内部統制システムの構築は、企業の所有と経営との制度的な分離を前提とする株式会社である以上、外ならぬ「取締役」の職務であると理解すべきことになる。[27]

このことは、会社の規模のいかんを問わないし、また、取締役の員数にも係わりはない筈である。従って、大会社であるか中小株式会社であるかを問わず、また、取締役会の設置の有無を問わず、会社の取締役たる者は、すべからく、会社の「内部統制システム」を構築する義務があるものと解することが正当であると言わなければならない。

因みに、会社法四一六条一項一号ホは、「委員会設置会社」（会社法二条一二号）の場合について、『執行役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備』については、その決定を取締役に委任することを許さず（同条三項）、取締役会で決定すべきことを要求している（同条二項）。この規定は、もともと、平成一四年に、「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」（昭和四九年法律第二二号。以下、商法特例法と略す。）が改正されて、委員会設置会社（当時は、委員会等設置会社と呼んでいた。）について「内部統制システム」の整備が取締役会の義務と明定されたものに由来する（平成一四年法律第四四号改正後の二一条の七第一項二号、商法施行規則一九三条、商

特法二一条の二六第五項、商施規一〇四条一号、商特法二一条の二九第二項二号参照）。もっとも、当時の商法特例法においては、「大会社」または「みなし大会社」（商法特例法一条の二第三項二号参照。すなわち、資本の額が一億円を超える株式会社であって、定款をもって、会計監査人監査を受けることを定めた会社は、大会社とみなされた。同法二条二項参照。）でなければ委員会等設置会社になりえないという制約があったが、新会社法においては、会社の規模のいかんを問わず、委員会設置会社となりうるのである（同法三二六条二項）。

従って、委員会設置会社の場合にのみ、会社の規模のいかんを問わず、「内部統制システム」の構築を義務づけられていると解し、[28] 同時に、委員会設置会社以外の会社の場合には、大会社または取締役会設置会社のみに限定して、「内部統制システム」の構築を義務づけられていると解釈する合理的な根拠は見あたらないと言うべきである。

それ故、内部統制システムの構築は、株式会社の場合、企業の所有と経営との制度的な分離を前提とするものである以上、取締役（委員会設置会社以外の場合）又は執行役（委員会設置会社の場合）（以下では、両者を「取締役等」と記す。）、会社代表者（これらを、経営者と言い換えてもよい。）の職務と解すべきことになる。

（19） 現に、そのように読める記述が散見される。例えば、弥永真生『リーガルマインド会社法・第一〇版』（有斐閣、平成一八年）二一一頁注一一八には、『会社法の下では、内部統制システム等の整備の基本方針は、取締役会が設置された株式会社においては取締役会の専決事項とされ、大会社には、内部統制システム等の整備の基本方針の決定が義務付けられている。』とあり、また、宮島司『新会社法エッセンス・第二版』（弘文堂刊、平成一八年）一九一頁には、『大会社の場合には内部統制システムの構築が義務づけられる（会社法三六二条五項、三四八条四項）』とある。

また、相澤哲『一問一答　新会社法』（商事法務刊、平成一七年）一二九頁には『会社法では、すべての大会社において、取

締役の職務の執行が法令や定款に適合することなど、会社の業務の適正を確保するための体制（内部統制システム）の構築の基本方針を決定することを、新たに明文上義務づけることとしている（会社法三四八条三項四号、三六二条四項六号、四一六条三項）』とある。

更に、相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔編著『論点解説　新・会社法千問の道標』（商事法務刊、平成一八年）三三二頁には、『会社法では、大会社および委員会設置会社においては、取締役の職務の執行が法令および定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備（いわゆる内部統制システム）を決定しなければならないとされている（三四八条四項、三六二条五項、四一六条二項）。』とある。

また、浜田道代『キーワードで読む会社法』（有斐閣刊、平成一七年）七八頁は、新法は「内部統制システムの構築を」（委員会設置会社のみならず、大賀注）「取締役会設置会社にも拡大するとともに、大会社である取締役会設置会社にあっては、その構築を義務づけた（新三六二条五項）。」とされている。

この他、内部統制システムの構築が大会社の場合に義務づけられている趣旨の記述が見られるのは、例えば、近藤光男『最新株式会社法（第三版）』（中央経済社刊、平成一八年）二一一頁、太田達也『改訂増補版・新会社法の完全解説（第二刷）』（税務研究会出版局刊、平成一八年）二九三頁、青竹正一『新会社法』（信山社刊、平成一八年）一九六頁、河本一郎・岸田雅雄・森田章・川口恭弘『日本の会社法』（新訂第八版）（商事法務刊、平成一八年）二三九頁。なお、田邊光政『新版会社法要説』（税務経理協会刊、平成一八年）は、「法は、取締役会がいわゆる内部統制システム（リスク管理システム）ないしコンプライアンス体制を構築することを要求している（三六二条四項六号、五項、四一六条一項一号ロ、ホ）。」とされている。

なお、小館浩樹・山神理・戸倉圭太「会社法における内部統制システムの構築」商事法務一七六〇号（商事法務刊、平成一八年）四四頁は、『ある程度以上の規模の株式会社の取締役には、その事業の規模、特性等に応じた内部統制システムを構築・運用する義務が存在するという理解が一般的である。』とされている。同旨、神田秀樹『会社法（第八版）』（弘文堂刊、平成一八年）一七九頁、一八九頁、坂本延夫・中村建『新現代会社法』（嵯峨野書院刊、平成一八年）二〇〇頁。

(20)　内部統制システムの構築に係る規律の会社法への導入の経緯については、小館ほか・前掲注（19）四八注（三）参照。

(21)　詳細は、「ニュース」商事法務一七〇三号（商事法務刊、平成一六年）四七頁以下、殊に四八頁参照。

(22) 三苫裕・玉井裕子・清水毅・藤原総一郎「企業統治(1)」商事法務一七一九号（商事法務刊、平成一七年）一〇八頁。

(23) 小館ほか・前掲注（19）参照。

(24) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第四版）』（有斐閣刊、平成一七年）四〇五頁。

(25) 後述の「委員会設置会社」の場合には、取締役会が経営の基本方針を決定し、取締役会で選任した「執行役」が会社の業務執行を実行する建前であって、委員会設置会社と執行役との間の関係は、委任に関する規定に従うから（会社法四〇二条三項）、会社経営の受任者としての善管義務（民法六四四条）を負っている。このことを根拠に執行役の「内部統制システム」構築の義務を裏付けることができる。

(26) 中村直人『新会社法—新しい会社は何を考えているか（第二版）』（商事法務刊、平成一八年）二二〇頁は、「大会社では、内部統制システムを構築すべき義務がある。」とされてはいるが、「その根拠は善管注意義務である。」とされている。

(27) この点について、前田雅弘「経営管理機構の改革」商事法務一六七一号三〇頁参照）は、『委員会設置会社においては、法律上常勤の監査委員が要求されておらず、監査委員の調査権限等についても独任制がとられていない（会社法四〇五条等）ことからうかがわれるように、監査委員会は、内部統制システムを通じた組織的な監査を行うことが想定されていることによるのであろう』とされ、また、小館ほか前掲注（19）四三頁は、『委員会設置会社は、内部統制システムが当然に組み込まれた制度であるということがいえよう。』とされている。

しかし、これでは、委員会設置会社の場合にのみ、内部統制システムが当然に組み込まれた制度であると認識しうる根拠にはなりにくいと思われる。

多くの学説が、「内部統制システム」の構築を取締役等の善管注意義務の内容として理解しながら、大会社以外の場合には、それが義務づけられていないとする根拠は不明確である。

従って、『大会社以外の会社の場合、内部統制システムの構築をしなくても具体的な法令に違反することはない。』と言いながら、『適切な内部統制システムの構築を怠った場合、取締役は善管注意義務に違反することになり得る』（小館ほか・前掲注（19）四四頁）とするのは、実質的に矛盾していると言うほかはない。

(28) 前掲注（27）参照。

五　内部統制システムに関する判例

ところで、会社における「内部統制システム」の構築に関しては、過去に、判例が存する。大阪地判・平成一二年九月二〇日、判例時報一七二一号三頁は、大和銀行ニューヨーク支店従業員の不祥事を巡る株主代表訴訟事件において、取締役会を構成する取締役及び代表取締役に会社の損害発生を防止するため内部統制システムを整備する義務があると判示している。[29]

同判決は、『取締役は、……リスク管理体制を構築すべき義務を負い、さらに、代表取締役および業務担当取締役がリスク管理体制を構築すべき義務を履行しているか否かを監視する義務を負う』、『取締役は、従業員が職務を遂行する際、違法な行為に及ぶことを未然に防止するための法令遵守体制を確立するべき義務があり、』と述べており、また、『監査役は、商法特例法二二条一項の適用を受ける小会社を除き、……取締役がリスク管理体制の整備を行っているか否かを監視すべき義務を負う』と述べて、[30]商法特例法上の小会社を除く会社がその対象であるとしている。

もっとも、同判決では、リスク管理体制の大綱は、取締役会で決定されることを要し、業務執行を担当する代表取締役らは、担当部門のリスク管理体制を具体化すべき職責を負い、他の取締役は代表取締役・業務担当取締役がこれらの義務を履行しているか否かを監視すべき義務を負う[31]のであり、監査役も取締役がリスク管理体制の整備を行っているか否かを監査すべき職務を追うとしているのであるから、会社におけるリスク管理を中心とする内部統制システムの構築が取締役会の職務であることを前提としているように見える。

しかし、これは、この判決の当時においては、全ての株式会社において取締役会が必置の機関であったからであって（旧商法二六〇条）、現行会社法の下では、取締役会は一部の会社を除いて、原則的に任意の機関とされて

おり（会社法三二六条二項）、しかも、株主総会とともに、必置機関とされている「取締役」も、最低限一人でも可能とされているのである（同条一項）。それ故、内部統制システムの構築は、取締役がもし一人ならばその一人の取締役の義務として、また取締役が複数のときには、取締役の過半数による決定（同法三四八条二項）をもって、更に、取締役会設置会社の場合には、取締役会での決定（同法三六二条三項、同条五項、同法四一六条二項参照）が求められているという風に理解すべきものである。

要するに、「内部統制システム」の確立は、前述したように、取締役等の善管注意義務・忠実義務の範囲に属する事柄であるから、大会社以外の会社であっても、その構築義務を免れるものではないと考えるべきことになる。[32]

（29）岩原伸作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題（上）」商事法務一五七六号（商事法務刊、平成一二年）一一頁は、「取締役のリスク管理体制や法令遵守体制（内部統制システム）の構築義務を明確に打ち出し、それに基づく責任を認めた画期的な意義を持つ」と評価されている。

この他、「ヤクルト本社株主代表訴訟事件」に関する東京地判・平成一三年一月一八日、金融商事判例一一一九号（経済法令研究会刊、平成一三年）四三頁、「三菱商事株主代表訴訟事件」に関する東京地判・平成一六年五月二〇日、判例時報一八七一号（判例時報社刊、平成一六年）一二五頁、「ダスキン株主代表訴訟事件」に関する大阪地判・平成一六年一二月二二日、金融商事判例一二一四号二六頁、「雪印食品工業株主代表訴訟事件」に関する東京地判・平成一七年二月一〇日、判例時報一八八七号一三五頁等参照。

（30）なお、大阪地決・平成九年一二月八日、資料版商事法務一六六号（商事法務刊、平成一〇年）一四五頁、一四九頁ないし一五〇頁は、『内部統制システムの構築及び実施は、証券取引業務を行う銀行の業務執行取締役（平取締役及び監査役についても同様）にとって、その基本的な組織運営のあり方にかかわる重要な任務である』としている。

(31) 最高裁（三小）・昭和四八年五月二二日、判例タイムズ二九七号二一六頁は、『取締役は会社に対し、代表取締役の業務執行一般につきこれを監視し、必要があれば取締役会を招集しあるいは招集を求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行われるようにする職務を有する。』と判示している。

(32) そして、適切に構築された内部統制システムに基づいて個々の取締役の職務執行に対する監視が行われている限り、取締役の監視義務を内容とする善管注意義務違反の問題は原則として生じないと解しうるであろう（東京地判・平成一六年一二月一六日、判例時報一八八八号三頁）。なお、小館ほか・前掲注（19）四二頁参照。

六　「特例有限会社」における内部統制システム

ところで、特例有限会社には、「内部統制システム」の構築義務は課せられていないかが問題となりうる。何故ならば、「関係法律整備法」二一条は、特例有限会社について、会社法三四八条三項・四項および三五七条の規定の適用を排除しているからである。しかしながら、新会社法は、特例有限会社を、形式的には、株式会社として扱うものとしているから（関係法律整備法三条以下参照）、上記の法条以外の会社法の規定は、特例有限会社にも適用されるものと解すべきである。従って、会社・取締役間の関係には委任に関する規定に従うものと規定している会社法三三〇条は、特例有限会社にも適用されることになるが、このことは、旧有限会社法三二条が旧商法二五四条三項（会社法三三〇条と同旨）を準用している趣旨を受け嗣ぐものである。

それ故、会社における内部統制システムの構築は、企業の所有と経営との制度的分離を前提に、会社経営の受任者としての取締役等の善管義務に基づくものと理解すべきであるから、株式会社に限らず、特例有限会社についても、取締役の義務として認識しなければならないと考えられる。

会社法の三四八条は、取締役が二人以上の会社に関する規定であり、同条四項は、大会社の場合を規定しているし、また、同法三六二条は、取締役会設置会社の場合に関する規定であり、同条五項は、大会社の場合を規定している。

そして、同法四一六条は、委員会設置会社の場合における規定であって、会社の規模を問わないものとされている。

これらの各規定は、会社の内部統制システムの構築の仕方を定めたものであるから、仮に取締役が一人の場合には、株式会社であれ、特例有限会社であれ、その一人の取締役が、その職務として「内部統制システム」の構築をしなければならないと解釈すべきである。

それ故、大会社であっても取締役員が一人の場合には、その者がその職務として「内部統制システム」の構築をしなければならないし、また、中小会社の場合、取締役会設置会社ならば取締役会の決定で、また、取締役会設置会社でない場合ならば取締役の過半数をもって決定し、仮に取締役が一人ならば、その者がその職務として「内部統制システム」の構築をしなければならないと解することになる。

七　内部統制システムの「情報開示」とその「チェック」

ところで、会社法は、いわゆる「内部統制システム」の「体制の整備についての決定または決議があるときは、「その決定または決議の内容の概要」を、「事業報告」に記載（または電磁的記録の作成。以下、両者を単に記載と記す。）することを求めている（同法四三五条二項・三項）。これは、事業報告にいわゆる「内部統制システム」の体制の内容を記載させることによって、株主等利害関係者にその概要を開示することを意味していると考えられ

る。

ただ、ここで一つ問題となるのは、会社法の右法条を受けて、会社法施行規則一一八条二号が規定している文言によれば、『法三四八条一項四号、三六二条四項六号並びに四一六条一項一号ロ及びホに規定する体制の整備についての決定又は決議があるときは』、『その決定又は決議の内容の概要』の記載が求められているからである。言い換えれば、「決議」とある以上は、取締役会の存在が前提であろうし、本稿の問題提起（前記四参照）の出発点に戻るおそれがあるからである。

しかし、この点について私は、次のように解している。すなわち、前述のように、会社における内部統制システムの構築は、企業の所有と経営との制度的分離を前提に、会社経営の受任者としての取締役等の善管義務に基づくものと理解すべきであると考えているから、株式会社に限らず、特例有限会社についても、取締役の義務として認識しなければならない。出資者の間接有限責任制を採っている以上、経営受任者としての取締役等が出資者その他利害関係人に対して、会社情報の開示をすべきことは、事柄の性質上、当然のことであると見なければならない。また、会社経営者は、受任者としての状況報告、経過・結果報告の義務（民法六四五条参照）を負っているから、これを経営者の説明責任（Accountability）として理解することもできよう。

そして、内部統制システムの構築は、各会社の組織に差異がある以上当然のこととして、各会社の組織により異なる。具体的には、中小会社の場合であっても、取締役が一人の場合と、取締役が二人以上の場合と、あるいは取締役会設置会社の場合とでは、内部統制システムの構築の手続は、異なるわけである。また、委員会設置会社の場合にも同様のことが言える。

要するに、企業の所有と経営とが制度的に分離されている会社の場合には、株式会社であれ、特例有限会社であれ、その会社の規模の如何を問わず、「内部統制システム」の構築をしなければならないのであるから、その

『決定（取締役会設置会社の場合には、決議）の内容の概要』を事業報告に記載すべきであると考える（法四三五条二項以下、施行規則一一八条二号、法四三七条、施行規則一三三条以下参照）。

そして、事業報告は、監査役設置会社（法二条九号）の場合には、監査役（監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨を定款で定めている会社の監査役を除く。）の監査の対象とされ（法四三五条二項以下、施行規則一一八条二号、法三八九条参照[33]）、監査役会設置会社（法二条一〇号）の場合には、監査役会の監査の対象とされ（法三九〇条以下参照。）、更に、委員会設置会社（法二条一二号）の場合には、監査委員会の調査の対象とされている（法四〇四条二項）。

右の点を、特例有限会社について検討すれば、内部統制システムの事業報告による情報開示に関する会社法の規定は、特例有限会社に適用排除されていないことから（関係法律整備法二七条参照）、株式会社の場合と同様に解すべきことになる。また、監査役を置く旨の定款の定めのある特例有限会社の定款には、監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定め（法三八九条一項参照）があるものとみなさるから（関係法律整理法二四条）、事業報告は監査の対象とはならない。

（33）大川ほか・前掲注（15）四九頁参照。

八　「持分会社」における内部統制システム

中小会社における内部統制システムについて前述のように解した場合、次に問題となるのは、「持分会社」（法第三編、法二条一号参照）における内部統制システムをどのように捉えるべきかという点である。

まず、「合同会社」（法五七六条四項）にあっては、定款に別段の定めがある場合を除き、社員が会社の業務を執行するものとされているから（法五九〇条一項、三項参照）、出資者としての社員が会社経営に直接携わることを前提としていると言える。この場合においては、企業の所有と経営とは制度的には分離されていないわけであるから、会社または業務の非執行者に対する業務執行者の義務として「内部統制システム」の構築を論ずる意味はないと考えられる。

これに対して、会社の業務を執行する社員を定款で定めた場合においては、その者が、善良な管理者の注意をもってその職務を行う義務を負い（法五九三条一項）、法令及び定款を遵守し、会社のため忠実にその職務を行わなければならない（同条二項）ものとされている。従って、業務を執行する社員は、会社、または会社の業務を執行する権利を有しない社員（同法五九二条一項参照）に対しては、その職務として、会社の内部統制システムを構築する義務があるものと解すべきことになろう。

右と同様の論法で、「合名会社」（法五七六条二項）の場合においては、社員の全てが、無限責任社員であって、その社員が、会社の業務の執行に当たるのが基本とされているから、企業の所有と経営とは制度的に分離されていないのが原則である。従って、合名会社の場合には、会社または業務の非執行者に対する業務執行者の義務として「内部統制システム」の構築を論ずる意味はないと考えられる。ただし、定款で、会社の業務を執行する社員を定めたときは（法五九一条参照）、前記と同様にその者に内部統制システムを構築する義務があると解すべきことになる。

他方、「合資会社」（法五七六条三項）の場合においては、無限責任社員が原則として会社の業務の執行の権利を持ち、有限責任社員は、業務の執行の権利を有しない（法五九〇条。なお、同法五九二条一項参照。）のが原則であるから、業務を執行する社員は、会社、または会社の業務を執行する権利を有しない社員（同法五九二条一項

参照）に対しては、その職務として、会社の内部統制システムを構築する義務があると解することができる。

要するに、「持分会社」における「内部統制システム」の構築については、企業の所有と経営との制度的分離のないことを前提として、以上のように場合を分けて解釈すべきであると考える。これに対して、株式会社及び特例有限会社の場合には、企業の所有と経営とは制度的に分離されているから、会社の規模のいかんを問わず、取締役等の経営者にその職務として内部統制システムの構築の義務が課せられているのと対比できると思う。

九　まとめ

中小会社における「内部統制システム」とは、会社法及び会社法施行規則によれば、『取締役等（具体的には、取締役または執行役）の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備』をいうものと理解すべきである。そうとすれば、その体制の具体的な内容は、（A）「法令遵守」（コンプライアンス）、（B）「リスク管理」、（C）「情報管理・報告体制の整備」（情報の共有化）、そして（D）「経営の効率性の確保」の四点に集約される。

そして、その「内部統制システム」の構築は、会社からの受任者として経営を担当する取締役等（株式会社または特例有限会社の場合）、また、業務を担当する社員（持分会社の場合）（以下、これらを併せて、会社経営者と呼ぶ。）の善管義務・忠実義務[34]の範囲、従って、その職務に属する事柄ということになる。同様に、「内部統制システム」の内容の「事業報告」への記載も、会社からの受任者として経営を担当する者（すなわち、会社経営者）の善管義務・忠実義務の範囲、従って、その職務に属する事柄として理解すべきことになる。

また、「内部統制システム」の構築とその内容の事業報告への記載は、いずれも監査役（監査役設置会社（法二

条九号）の場合）・監査役会（監査役会設置会社（同条一〇号）の場合）、また委員会設置会社（同条一二号）の場合には、監査（調査）の対象とされている（同法三八一条・会施規一〇五条、法四三六条、会施規一二九条一項五号、一三〇条二項二号、一三一条）。

このように「内部統制システム」の構築、その情報開示及び監査の体制が、会社の組織により、また、企業の所有と経営とが制度的に分離されている場合には、会社の規模の如何を問わず、会社経営者の法律上の義務として位置づけられていること、そして、これは、健全な会社経営に基づく「中小会社の継続性（Going Concern）」を目指すものであることを正しく認識すべきであると思う。[35]

（34）委員会設置会社における執行役の場合、委員会設置会社と執行役との間の関係は委任に関する規定に従うとの規定（会社法四〇二条三項）があるため、執行役の善管義務を根拠に考察すればよいが、逆に、忠実義務に関する会社法三三五条は準用されておらず、同趣旨の規定も存しない。それ故、委員会設置会社における「内部統制システム」の構築は、取締役の善管義務を根拠とするとしても、忠実義務を持ち出すことはできないことになる。

また、特例有限会社について言えば、旧有限会社法三二条は、旧商法二五四条三項（会社ト取締役トノ間ノ関係ハ委任ニ関スル規定ニ従フ）は準用していたし、また、特例有限会社は形式的には株式会社として位置づけられているから、「内部統制システム」の構築を取締役の善管義務を根拠に認めて差し支えないが、旧有限会社法三二条は旧商法二五四条ノ三（取締役ハ法令及定款ノ定並ニ総会ノ決議ヲ遵守シ会社ノ為忠実ニ其ノ職務ヲ遂行スル義務ヲ負フ）を準用していない。それ故、特例有限会社の場合も、取締役の善管義務に根拠を置くとしても、反対に忠実義務を根拠とすることはできないことになる。

もっとも、忠実義務と善管義務との関係について、両者を同質・同一のものと解する立場（最高裁昭和四五年六月二四日民集二四巻六号六二五頁、拙著・前掲注（6）六五頁参照）に立つとすれば、こうした議論に意味はないことになる。この点に関する私見については、拙著『新会社法のエッセンス』（法律文化社、平成一七年）六五頁。

（35）田島・前掲注（16）四四頁は、『現在の中小企業の最も重要な経営課題は、ゴーイング・コンサーン（継続する企業）を実現すること』であり、『中小企業の内部統制の目的は、「事業の継続性の維持」である』とされている。

十　おわりに

わが国の中小会社の実態は、前記の統計数字からも明らかなように、殆ど（約九九・九八パーセント）が中小・零細規模であり、特例有限会社又は中小株式会社が大半を占めており、しかも、後者にあっては、株式の譲渡制限をしているものが殆どである。こうした実態の中小会社にあっては、多くの場合、同族経営であり、また、企業の所有と経営とは法制度的にではなくて現社会実態としては、分離はなされておらず、株主の人的関係が事実上会社経営に影響を及ぼす事例が多い。

そして、そもそもそうした中小会社は、法制度的に会社の最低資本金制が導入されていないこともあって、その設立段階から事業資金不足分の調達は、金融機関からの借り入れに依存しており、その上会社の借財を出資者・経営者が個人的に連帯保証をするケースが殆どである。その結果、出資者有限責任制の会社形態を選択しながらも、事実上は、連帯保証人としての個人責任を負担させられている状況にある。それ故、会社経営者は、自らの加齢に伴い、会社経営者（会社債務の連帯保証人でもある）の後継者問題にも悩むことになる。そのため、ブランド力のある事業体の場合には、オーナー経営者が自己の保有する株式を大手企業に買い取ってもらって、その経営傘下に入るケースも見られる。[36] また、時として、会社の法的紛争の実態は、オーナー経営者の相続問題と実質的に重なるケースも少なくない。

こうした中小会社の厳しい状況に対する対応は、一つには、人口少子化時代とも絡むが、オーナー経営者の保

有する株式の売却または相続に係る課税率の優遇措置が考えられる。[37] また今一つは、中小・零細規模の同族会社の場合、往々にして、会社の経理と個人の家計との混同が見られることが多い。この傾向は、市民の価値観として、公私の区別・けじめの無さを意味し、その根底には、「まあ・まあ」とか、「そう細かいことは言うまい。」とか、主語なくして通用する、言語表現の曖昧さ、あるいは謙虚さ（ないし「出る釘（杭）は打たれる」の消極性）を尊ぶ、国民性・民族性に関連することがあるようにも思われる。

こうした一般市民生活の事象に対しては、法的には、広く遵法精神（コンプライアンス）の高揚が求められる。そして、それらの事象は、具体的には、経営者としての受任義務、従って、善管注意義務・忠実義務の違反事象であり、また、経営者を信託受託者として捉える立場[38]に立てば、会社財産の分別管理義務（信託法（平成一八年法律一〇八号）三四条参照）の違反事象であることを正しく認識し、その法的責任は経営者としての自らが負うべきことを自覚することが何よりも肝要である。そして、それと同時に、利害関係者としては、経営者の責任を放置すべきではなく、適正な法的手続に則ってその責任を追求すべきことになる。法人格否認の法理の適用もその一場面として捉えてよい。また、主として「中小会社の経理の適正化」のための制度として新会社法により構築された「会計参与」（法三七四条）[39]の制度も、その資格を与えられている（法三三三条）公認会計士（又は監査法人）及び税理士（又は税理士法人）、並びに金融機関の理解と協力の元に、殊に中小株式会社の場合その導入に努めるべきものと考えられる。

近年、食品の産地・成分等の偽装、コンピューターのシステム障害、欠陥商品の発生、有価証券報告書の虚偽表示、粉飾決算、インサイダー取引、その他各種の企業をめぐる不祥事件が跡を絶たない。

しかし、結局のところは、会社企業の経営者については「遵法精神の涵養」と「法的責任の自覚」を、そして利害関係者については「正当な手続に基づく法的責任の追求」を求めることが、地道でも、会社経営の適正化に

向けての正道であると言うことになろう。

（36）日経・平成二〇年一月二三日付け、日経・同年二月一八日付け参照。

（37）日経・平成一九年一二月三日付けによれば、「中小企業の事業承継」を円滑化するための法案が国会に上程される模様である。その趣旨は、現行法制度の元では、相続における遺留分（民法一〇二八条以下）の主張があるときには、たとえ被相続人たるオーナー・経営者の意向が自らの持株の全てを事業承継者に帰属させることにあった（遺言）としても、株式は分散してしまうため、これを改めて、家庭裁判所の許可を前提に、事業後継者がオーナー・経営者から生前贈与を受けた株式については遺留分の対象から外すことが柱の一つとされている。法案の今一つの柱は、相続税に関連して、現在いる従業員の多くを雇い続けることなどを条件に、現行の「自社株の評価額の一〇パーセント減免」という特例を、「八〇パーセント減免」（場合によっては、一〇〇パーセント減免）とすることが考えられている（中国新聞・平成二〇年二月一〇日付け、社説参照）。この法案が通常国会で成立すれば、平成二〇年一〇月を目途に施行される見込みである。

（38）拙著「株式会社設立の法理」（慶應通信刊、昭和五〇年）三一五頁以下、殊に三二三頁、及び、前掲注（34）に掲げる拙著一五四頁参照。

（39）拙稿「『会計参与制度』考」修道法学二八巻二号（広島修道大学総合研究所刊、平成一八年）五二六頁以下参照。