
監査役設置会社の登記簿上の表示

— 最判平成21年3月31日民集63巻3号472頁を踏まえて —

平田 和夫

I 結論

現行会社法においては、株式会社の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と否とにかかわらず、監査役を置く限り、登記簿上「監査役設置会社」と記録されるが、この定めがある場合には、「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。）」と登記簿に記録されるよう会社法等の規定を改正すべきである。

II 理由

1 監査役設置会社の定義及び範囲

（1）監査役設置会社とは、監査役を置く株式会社（以下単に「会社」という。）（その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ものを除く。）又は会社法の規定により監査役を置かなければならない会社をいう（同法（以下法令名を示さないで引用する条項は同法の条項を指し、法令名の略語は有斐閣版『六法全書』巻末の「法令名略語」による。）2条9号）。

公開会社（2条5号）は、取締役会を置かなければならず（327条1項1号）、公開会社である取締役会設置会社（2条7号）は委員会設置会社を除き^{（1）}監査役を置かなければならないところ（327条2項本文）、その監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定することができない（389条1項の反対解釈）ので、監査役設置会社に該当する。監査役設置会社（2条10号）は、3人以上の監査役があり（335条3項）、その監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定することができない（389条1項括弧書き）ので、監査役設置会社に該当する。会計監査人設置会社（2条11号）は、委員会設置会社を除き監査役を置かなければならないところ（327条3項）、その監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定することができない（389条1項括弧書き）ので、監査役設置会社に該当する。

他方、上記の公開会社、監査役会設置会社及び会計監査人設置会社を除き、会社は、その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ることができる（389条1項）。この会計監査の権限のみを有する監査役を置く会社は、監査役設置会社に該当しない（2条9号括弧書き）。

特例有限会社の監査役は監査の範囲は会計に関するものに限定される(会社法整備法24条。廃止前の有限会社法33条の2、34条参照)ので、特例有限会社は、監査役設置会社に該当する余地はないと解される⁽²⁾。

(2) その監査役は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会社であっても監査役設置会社に含まれる旨会社法に規定されている場合があり、設立時役員等の選任(38条2項2号)、業務の適正を確保するための体制の内容の一部(362条4項6号、会社則100条3項)、費用等の請求(388条)、計算書類等の監査等(436条1項、会社則132条5項1号)、新設合併契約(753条1項5号口)等、設立の登記(911条3項17号)がその主なものである。

(3) 本稿は、上記(2)のように監査役設置会社の文言に二義があること自体を問題とするのではなく、後記3.(2)のとおり、現行の911条3項17号によると、登記事項証明書(商登10条1項)を見ても当該会社が会社法2条9号の監査役設置会社であるか否かが判然としないことを問題とするものである。

2 監査役設置会社と監査役設置会社以外の会社との間の規制の相違点

監査役設置会社と監査役設置会社以外の会社との間の規制の相違点の主なものは、次のとおりである。

(1) 業務監査の権限を有する監査役のある監査役設置会社と異なり、監査役設置会社以外の会社においては、株主の取締役に対する監督権限を強化する必要があるため、①取締役の職務の執行に関し不正の行為等があることを発見した取締役・会計参与の株主への報告義務(35

7条1項、375条1項)、②株主による取締役の行為の差止めの要件の緩和(360条1項・3項)、③株主による取締役会の招集(367条1項)、④株主が取締役会議事録等を閲覧できる要件の緩和(371条2項・3項)などの点で、監査役設置会社の場合と比較して株主の権限が拡張されている⁽³⁾。

(2) 取締役会の招集通知の発送の相手方、招集手続省略の同意を要する者及び取締役会への報告を省略するための報告事項の通知の相手方について、監査役設置会社においては、監査役が含まれるのに対し、監査役設置会社以外の会社においては、監査役は含まれない(368条、372条)。

(3) 取締役会の決議の省略について、監査役設置会社においては、監査役が取締役の提案に異議を述べた場合には当該決議の省略が認められないのに対し、監査役設置会社以外の監査役を置く会社においては、監査役の異議があっても、当該決議の省略が認められる(370条)。

(4) 監査役設置会社においては、会社が取締役に対し、又は取締役が会社に対して訴えを提起する場合には、当該訴えについては、監査役が会社を代表する(386条1項)。これに対し、監査役設置会社以外の会社においては、当該訴えについて、代表取締役が会社を代表することを原則とするが(349条4項)、取締役会設置会社以外の会社においては株主総会が(353条)、取締役会設置会社においては株主総会で定めた場合を除き取締役会が(364条)、会社を代表する者を定めることができる。

取締役の責任を追及するための提訴請求の相手方については、監査役設置会社においては、上記と同様である(386条2項1号)が、監査役設置会社以外の会社においては、代表取締役である(349条4項)⁽⁴⁾。この点は、後記

3. (2) アで更に述べる。

会社が取締役等を補助するため責任追及等の訴えに係る訴訟に参加する際、監査役設置会社においては、監査役全員の同意を得なければならない(849条2項1号)。これに対し、監査役設置会社以外の会社においては、監査役がある場合であっても、監査役の同意は不要である。

(5) 任務懈怠による取締役の責任の一部免除に関する議案を株主総会に提出する際、監査役設置会社においては、監査役全員の同意を得なければならない(425条3項1号)。これに対し、監査役設置会社以外の会社においては、監査役がある場合であっても、監査役の同意は不要である。

監査役設置会社においては、定款の定めにより、取締役会の決議(取締役会設置会社以外の会社においては、2人以上ある取締役の過半数の同意)により、一定の額を限度として任務懈怠による役員等の責任を免除することができる(426条1項、362条4項7号)。これに対し、監査役設置会社以外の会社においては、この責任の一部免除自体が認められない。

3 現行法の問題点

(1) 監査役設置会社以外の監査役を置く会社の数

国税庁長官官房企画課編・税務統計から見た法人企業の実態(平成20年度分)によると、特例有限会社を含む株式会社の数は合計260万3365社(株式、合名、合資及び合同会社並びにその他を含む法人数合計に対する構成比約96.3%)、このうち資本金1億円以下は合計247万8948社(上記の約95.2%)である。

同実態(平成17年度分)(調査対象は、会社

法施行前である平成17年2月1日から同18年1月31日までに終了した事業年度)によると、株式会社の数は合計104万1067社(株式、有限、合名及び合資会社並びにその他を含む法人数合計に対する構成比約40.3%)、このうち資本金1億円未満は合計100万3800社(上記の約96.4%)、有限会社の数は合計145万4078社(株式、有限、合名及び合資会社並びにその他を含む法人数合計に対する構成比約56.3%)、このうち資本金1億円未満は合計145万3149社(上記の約99.9%)である。

ところで、会社法の施行日(平成18年5月1日)に現に存した会社の定款には監査役を置く旨の定めがあるものとみなされ(会社法整備法76条2項)、これに伴い、上記施行日に監査役設置会社である旨の登記がされたものとみなされ(同法113条3項)、職権で当該登記がされている(同法136条12項2号)。特例有限会社については、監査役設置会社である旨の登記は要しない(同法43条1項)⁽⁵⁾。

他方、上記施行日の際会社法整備法1条8号による廃止前のいわゆる商法特例法1条の第2項の小会社(資本の額1億円以下かつ負債総額200億円未満)(以下「旧小会社」という。)であった会社の定款にはその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ものとみなされる(会社法整備法53条)ので、上記のとおり監査役設置会社である旨の登記がされていても、当該会社は、会社法2条9号の監査役設置会社に該当しないこととなる。

そうすると、監査役設置会社である旨の登記を要しない特例有限会社を除き、監査役設置会社以外の監査役を置く会社は、会社法施行後に設立された会社を含め、平成22年3月31日

現在、(資本金1億円「以下」と「未満」の違いはともかく)100万社余り存在するものと推測される。

(2) 現行法の問題点

現行法によると、前記1.(2)及び(3)のとおり、会社の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と否とにかかわらず、監査役を置く限り、登記簿上「監査役設置会社」と記録され(911条3項17号)、当然、登記事項証明書を見ても、当該会社が会社法2条9号の監査役設置会社であるか否かは判然としない⁽⁶⁾。

しかし、このような現行法の規制によると、次のような不都合が生じる。

ア 代表訴訟における提訴請求の相手方

株主は会社に対し取締役等の責任を追及する訴えの提起を請求することができるが(847条1項)、前記2.(4)のとおり、取締役の責任を追及するための提訴請求の相手方については、監査役設置会社においては、監査役である(386条2項1号)のに対し、監査役設置会社以外の会社においては、代表取締役である(349条4項)。

提訴請求の相手方を決定するに当たり、株主としては、当該会社が会社法2条9号の監査役設置会社であるか否かを知らない場合、当該会社の登記事項証明書を取得するであろうが、当該会社が監査役設置会社以外の監査役を置く会社である場合(前記(1)のとおり、この類型の会社は、特例有限会社を除き、100万社余り存在するものと推測される。)であっても、上記証明書には「監査役設置会社」と記載されているだけであるので、当該会社が会社法2条9号の監査役設置会社であるか否かが判然とせず、当該会社の代表取締役と監査役のいずれを相手方として提訴請求をすべきか判断に迷うことと

なる。この場合、株主が当該会社の代表取締役及び監査役の両者を相手方として提訴請求をすることもあるであろうが、そのような請求を事実上せざるを得ないこと自体が適切ではないし、適法な請求と不適法な請求がされた場合における後者の前者に及ぼす影響の有無をも考えると、両者に対する提訴請求により株主の不安が完全に解消されるとはいえない。

提訴請求の相手方を決定する資料として登記事項証明書ではなく定款を用いようとしても、株主が定款の写しを所持していないこともあり、他方、株主は会社に対し会社の営業時間内いつでも定款の閲覧等の請求をすることができるが(31条2項)、取締役としての責任を追及される代表取締役等が当該請求を拒絶することも十分考えられ⁽⁷⁾、監査役設置会社以外の監査役を置く会社であっても、そもそも定款に監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨記載されていない場合もある⁽⁸⁾。

監査役設置会社において提訴請求の相手方を代表取締役としたり、監査役設置会社以外の監査役を置く会社において当該相手方を監査役とするなど当該相手方を誤った場合における当該提訴請求の効力について、最判平成21年3月31日民集63巻3号472頁(裁判所時報1481号1頁)は、農業協同組合に関する事例であるが、「農業協同組合の理事に対する代表訴訟を提起しようとする組合員が、農業協同組合の代表者として監事ではなく代表理事を記載した提訴請求書を農業協同組合に対して送付した場合であっても、監事において、上記請求書の記載内容を正確に認識した上で当該理事に対する訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえるときには、監事は、農業協同組合の代表者として監事が記載された提訴請求書の送付を受けたのと異なる状態に置かれ

たものといえるから、上記組合員が提起した代表訴訟については、代表者として監事が記載された適式な提訴請求書があらかじめ農業協同組合に送付されていたのと同視することができ、これを不適法として却下することはできない」と判示した⁽⁹⁾。

「監査役において、提訴請求書の記載内容を正確に認識した上で取締役に対する訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があった」ことの証明責任が株主に課されると解されること⁽¹⁰⁾に加え、会社の取締役に対する権利について消滅時効の完成が間近い場合の不利益⁽¹¹⁾及び上掲最判が後日適法な提訴請求がされた場合における当初の提訴請求に係る瑕疵の治癒の論点については判示していないことをも考えると、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有無が公示されない不都合は小さいとはいえない。

イ 株主による取締役会の招集請求

前記2.(1)③のとおり、取締役会設置会社の株主は、取締役が違法行為等をし、又はそのおそれがあると認めるときは、取締役に対し取締役会の招集を請求することができ(367条1項・2項)、一定の場合には自ら取締役会を招集することができるが(同条3項)、当該会社が監査役設置会社である場合には、上記の招集請求及び招集のいずれも認められない。

例えば、株主が違法行為等をした代表取締役を取締役会決議により解職しようとする場合(362条2項3号)において、当該会社が監査役設置会社以外の監査役を置く会社であるときは、株主は、自らの取締役会の招集請求がそもそも認められるのか否か判断に迷うこととなる。上記アのような解釈の余地のある場合とは異なり、当該会社が監査役設置会社以外の監査役を置く会社である場合には、そもそも当該招

集請求が認められないので、この不都合も小さいとはいえない⁽¹²⁾。

ウ その他の不都合

前記2.(2)のとおり、取締役会の招集通知の発送の相手方、招集手続省略の同意を要する者及び取締役会への報告を省略するための報告事項の通知の相手方について、監査役設置会社においては、監査役が含まれるのに対し、監査役設置会社以外の会社においては、監査役は含まれない(368条、372条)。

当該会社が監査役設置会社に該当すると否とを問わず、例えば取締役会の招集通知を発送しようとする代表取締役は、当該会社がいずれの会社に該当するか知っているであろうし、仮にこれを知らなかったとしても、監査役に対しても当該通知を発送するか否か判断に迷ったときは、念のため監査役に対しても当該通知を発送すれば足りるので、これらの場合には、不都合はほとんど考えられない。

4 改正の内容

(1) 前記3の不都合を回避するためには、911条3項17号中「その旨」の次に「(当該定めがある場合にあっては、当該定めがあることを含む。)」を加えるべきである。このように同号の規定を改めることにより、監査役設置会社以外の監査役を置く会社の登記簿中「監査役設置会社に関する事項」には、「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。)」と記録されることとなる。

なお、当該定めがない場合には当該定めがないことを登記する必要はないので、会社法2条9号の監査役設置会社については、現行法による登記簿上の記録が維持されることとなる。

(2) 上記(1)のとおり911条3項17号を改めることについては、いくつかの批判が考えられる。

ア そもそも会社法の施行前においても、旧小会社の監査役には業務監査の権限がなく(廃止前の商法特例法22条から25条まで)、代表訴訟における提訴請求の相手方は代表取締役であると解され(同法24条)、旧小会社以外の会社における当該相手方は監査役である(平成17年法律第87号による改正前の商法(以下「旧商法」という。)275条の4後段)⁽¹³⁾など会社法と同様の規制であった(会社法整備法53条参照)のであるから、同法施行後において法改正の必要はないとする批判である。

しかし、廃止前の商法特例法においては、資本の額1億円以下かつ負債総額200億円未満という形式的な基準を満たせば旧小会社に該当し(同法1条の2第2項)、資本の額が登記事項である(旧商法188条2項6号)ので登記事項証明書を見れば当該会社が旧小会社に該当するか否かが比較的判明しやすく⁽¹⁴⁾、他方、旧小会社に該当する限り一律に業務監査の権限が否定され、定款の変更により旧小会社の監査役に業務監査の権限を付与することもできなかった(廃止前の商法特例法26条、みなし大会社に関する同法2条2項参照)。

これに対し、会社法においては、公開会社、監査役会設置会社又は会計監査人設置会社のいずれにも該当しない限り、会社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を定款で任意に定めることができ(389条1項)、登記事項証明書のような定型的な資料により当該会社が会社法2条9号の監査役設置会社であるか否かが判明し難くなったのであり、同法施行前と同様の規制であるということではできない。

イ 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は、監査役の権限についての内部的な制限にすぎないから、登記事項とする必要はないとする批判である⁽¹⁵⁾。

しかし、当該定めの有無により、前記2.(1)のとおり監査役と株主との権限の分配が決定され、同(4)のとおり代表訴訟における株主による提訴請求の相手方が決定される点で、株主の重要な利害にかかわるのであるから、当該定めの有無は、単なる監査役の権限についての内部的な制限の問題にはとどまらない。

ウ 上記イに関連し、登記簿は主として債権者の利害にかかわるところ(908条)、会社の監査役の権限の内容により当該会社と取引をするか否かを決定する債権者は少ないであろうから、当該定めを登記事項とする必要はないとする批判である。

しかし、当該会社の監査役の業務監査の権限の有無が、当該会社との取引の開始時はともかく、当該会社との取引後の債権者の利害に影響を及ぼす場合がある。例えば、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を廃止する定款の変更の効力が生じた時には監査役の任期が満了するところ(336条4項3号)、債権者が会社に当該定めがあることを知りつつ当該会社と取引をした後、当該定めを廃止する定款の変更の効力が生じた場合において、その後の当該会社の取締役の行為により損害を被った債権者が当該取締役に損害賠償を請求するに当たり、当該監査役に業務監査の権限がないので当該取締役に対する監査に係る任務懈怠がないものと考えて当該監査役に対しては損害賠償を請求しないこととする事態も考えられるが⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾、監査役の業務監査の権限の有無が登記簿により公示されていれば、このような事態を回避できるはずである⁽¹⁸⁾。

エ 上記(1)のように911条3項17号を

改めると、監査役設置会社以外の監査役を置く会社に対し、後記5.(1)のとおり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ことを登記事項とする登記申請義務を課すこととなるが、費用も含めその負担は大きいとする批判である⁽¹⁹⁾。

しかし、後記5.(3)のとおり、当該登記申請に要する費用の額を抑える法解釈により会社の負担を軽減させたり、同(2)イ及びウのとおり、同アで述べる猶予期間に当該登記申請をしない会社に対する措置を工夫することにより法務局等の負担を軽減させることもできる。

オ 会社法の施行により、社外取締役に係る登記事項が責任限定契約など社外取締役の存在が法律上の効果をもたらす場合に限定されたこと(911条3項21号ハ・22号イ・25号)からすれば、監査役の権限を登記事項とするとしても、当該権限が法律上の効果と関連する場合に限り登記事項とすれば足りるとする批判である。

しかし、上記の改正の理由は、社外取締役の存在を一般的な登記事項とすると、特に中小企業において登記申請の懈怠を招来するおそれがあるとする点にあるところ⁽²⁰⁾、後記5.(2)イ及びウのとおり、同アで述べる猶予期間に登記申請をしない会社に対する措置を工夫することにより当該登記申請の懈怠の事態を発生させないことができる。また、社外取締役の場合とは異なり、前記2.のとおり監査役設置会社と監査役設置会社以外の会社との間には規制の相違点が多数あるので、監査役の権限が法律上の効果と関連する場合を登記事項とすると、登記事項がいたずらに多くなるおそれがある。

5 改正の方法

(1) 登記申請義務

前記4.(1)のように911条3項17号を改めた場合、監査役設置会社以外の監査役を置く会社については、監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがあることを登記事項とする変更登記が必要となる。会社の定款の現在の内容を登記官が自ら調査することは困難であるので、職権による登記にはなじまず、会社に登記申請義務を課すこととなると解される。

なお、前記4.(1)のとおり、監査役設置会社については、現行法による登記簿上の「監査役設置会社」との記録が維持されるので登記申請をする必要はなく、以下においては、特に必要のない限り、監査役設置会社以外の監査役を置く会社について述べる。

(2) 経過措置

ア 猶予期間

上記(1)のとおり登記申請義務を課す場合において、何らの経過措置もとらないときは、改正法施行後2週間以内に登記申請をしなければならぬこととなる(915条1項)。

しかし、前記2.のとおり監査役設置会社と監査役設置会社以外の会社との間には規制の相違点が多数あるところ、会社法施行の際例え種類株式のように同法の施行前後で規制の内容が大きく異なり登記申請義務を課さざるを得ないこととなる場合には同法施行後6箇月間の猶予期間を設けたこと(会社法整備法113条5項、61条3項等)⁽²¹⁾からすると、改正法施行後6箇月以内に登記申請をすれば足りることとすべきである⁽²²⁾。

イ 猶予期間経過後の措置

上記アのように当該改正法施行後6箇月間は任意の登記申請に委ねるとしても、当該猶予期間に当該登記申請をしない会社に対する当該猶

予期間の経過後の措置については、①過料の制裁（976条1号）により当該登記申請を促すにとどめる方法、②現行法による登記簿上の「監査役設置会社」との記録を維持しつつ、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を廃止する定款の変更があったものとみなす方法、③②の方法とは反対に、会社法2条9号の監査役設置会社であると否とを問わず、公開会社、監査役会設置会社又は会計監査人設置会社のいずれにも該当しない会社について（389条1項）、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旨一律に登記簿に記録する方法などが考えられる。

①の方法によると、法改正をする意味がほとんどない。

③の方法については、前記3.(1)のとおり、監査役設置会社以外の会社と比較して監査役設置会社の数が極めて少ない現状にかんがみ、法改正の影響の及ぶ会社の数をできる限り抑える見地からすると、一見合理的であるかのように思えるが、監査役が会計監査の権限に加え業務監査の権限を有するという会社法の原則（381条1項前段、389条1項）を著しく逸脱するものであり、適切ではない。

上記のとおり、会社法上、監査役は会計監査の権限に加え業務監査の権限を有するのが原則であること⁽²³⁾、現行法による登記簿上の「監査役設置会社」との記録を尊重することが簡明であり諸費用が節約され法務局等の負担も軽減される可能性があることからすると、②の方法によることが望ましい⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾。

ウ ②の方法の帰結

②の方法によると、当該猶予期間に当該登記申請をしない監査役設置会社以外の監査役を置く会社においては、当該猶予期間の経過時に監

査役の任期が満了し（336条4項3号）、監査役が欠けた場合に該当するので、当該監査役は、新たに選任された監査役が就任するまでなお監査役としての権利義務⁽²⁷⁾を有することとなる（346条1項）。

この場合、退任の理由からして、当該監査役権利義務者に監査役の職務を引き続き行わせることが不可能であるとも不相当であるともいえないので、一時監査役を選任する必要性（同条2項）は認められないことが多いであろう⁽²⁸⁾。

新たに監査役を選任する時期については、会社の規模や株主の数にもよるが、a当該猶予期間の経過時から定時株主総会の予定日までの期間が3箇月間（124条2項参照）に満たない場合には、当該定時株主総会の決議で監査役を選任すれば足り、b当該期間が6箇月間を超える場合には、当該猶予期間の経過後できる限り早期に臨時株主総会の決議で監査役を選任することを要し（976条22号参照）、c当該期間が3箇月間以上6箇月間以内である場合には、具体的な事情にもよるが、やはりできる限り早期に臨時株主総会の決議で監査役を選任すべきである。

会社の負担が最も軽いのは上記aに該当する場合であるので、毎年3月31日を事業年度の末日とする会社が多いことにかんがみ、当該猶予期間の経過時を4月上旬から6月下旬までの間とするよう改正法の施行時期を調整することが望ましい。

（3）費用の負担

上記（1）の登記申請に関し、当該登記事項のみについて改めて当該会社に登記申請を義務付けるとすると、登録免許税額として3万円（登税別表第一24号(一)カ又はネ。同カに該当するとすると、資本金の額が1億円以下の会社については、1万円）を要し、費用の負担が生ずる

こととなる。

この解決策として、当該登記事項が監査役の退任及び選任と同じく「監査役に関する事項の変更」（登税別表第一24号(一)カ)に該当すると解し⁽²⁹⁾、その旨通達等で定めることにより、3万円（又は1万円）を節約することができ、当該登記事項について監査役の退任及び選任の登記と同時に登記申請をすることを促すことが

できる⁽³⁰⁾。

6 おわりに

本稿の内容については、会社法制定後の判例等を除き、同法制定の際十分議論されたであろうし、本稿に対する批判も大いに予想される。読者諸氏の叱責を乞いたい。

<注>

- (1) 本稿においては、以下、特に必要のない限り、委員会設置会社に関する規制には触れないこととする。なお、近時の実態調査によると、委員会設置会社の数は、東京、大阪、名古屋等全国五証券取引所に上場されている国内会社（新興市場・外国企業を除く。）2532社のうち回答会社901社中29社（約3.2%。回答期間平成21年1月26日から同年3月19日まで）である（「会社法下における取締役会の運営実態」別冊商事法務編集部編・会社法下における取締役会の運営実態47頁（商事法務、2009））。平成21年1月1日から同年12月31日までの1年間の委員会設置会社の数について、純増ゼロとの報道もされている（日本経済新聞平成22年3月5日夕刊第1面）。
- (2) 江頭憲治郎・株式会社法第3版483頁（有斐閣、2009）、松井信憲・商業登記ハンドブック〔第2版〕574頁（商事法務、2009）。反対の見解として、石井裕介「会社法の施行に伴う役員等の任期・責任の取扱い」相澤哲編著・立案担当者による新・会社法の解説339頁（商事法務、2006）、東京地方裁判所

商事研究会編・類型別会社訴訟〔第二版〕II932頁〔小川雅敏〕（判例タイムズ社、2008）

- (3) 江頭憲治郎編・会社法コンメンタール1—総則・設立(1)36頁〔江頭憲治郎〕（商事法務、2008）、江頭・前掲（注2）483頁注（1）
- (4) 落合誠一編・会社法コンメンタール8—機関(2)38頁・235頁〔落合誠一〕、425頁〔吉本健一〕（商事法務、2009）

なお、監査役設置会社においても、代表訴訟の被告となる者が取締役以外の者であるときは、取締役相互の馴れ合いのおそれはないので、原則どおり（349条4項）、提訴請求の相手方は代表取締役である（386条2項1号括弧書き）。もともと、委員会設置会社の監査委員が代表訴訟の被告となる場合（408条3項1号括弧書き）において、その余の監査委員（400条1項参照）を提訴請求の相手方とすることができる旨判示した裁判例（東京地判平成19年9月27日金判1278号18頁）からすると、監査役設置会社の監査役が代表訴訟の被告となる場合においても、監査役が2名以上あるときは（335条3項参照）、その余

の監査役を提訴請求の相手方とすることができる。と解される。

- (5) 平成18年3月31日付法務省民商第782号法務局長・地方法務局長宛民事局長通達「会社法の施行に伴う商業登記事務の取扱いについて」第3部第2第2項

(1)、松井・前掲(注2)573頁

- (6) 東京地方裁判所商事研究会編・前掲(注2)931頁〔小川雅敏〕

なお、本文Ⅱ3.(1)(以下「Ⅱ」を省略する。)及び前掲(注5)の通達のとおり、特例有限会社においては、監査役設置会社である旨の登記は「要しない」とされており、当該登記がされることがあることも想定されているように読めるが、現実には当該登記はされず、また、本文1.(1)のとおり、特例有限会社は、監査役設置会社に該当する余地はないと解される。したがって、特例有限会社においては、本文で指摘した、登記事項証明書を見ても当該特例有限会社が会社法2条9号の監査役設置会社であるか否かが判然としないという問題は生じない。

- (7) 一般に会社訴訟(代表訴訟を含む。)は公開会社でない会社かつ同族会社における会社の支配権に関する争いであることが多く(東京地方裁判所商事研究会編・前掲(注2)930頁〔小川雅敏〕)、このような事案においては、過料の制裁(976条4号)に実効性が乏しいことはもとより、取締役としての責任を追及される代表取締役等が株主に対し、当該会社の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の有無を教えない場合や、故意又は過失により当該定めの有無について誤った事実を伝える

場合もないとはいえず、他方、代表訴訟においては株主が弁護士を代理人とすることも少なくないが、提訴請求の相手方を適法に確定するため株主に一律に弁護士の委任を強制するのも現実的ではないであろう。

なお、近時、企業統治の在り方や親子会社に関する規律等に係る会社法制の要綱について法制審議会に諮問され(平成22年2月24日諮問第91号)、審議の対象となる会社は公開会社に限られないこととされているようであるが(法制審議会第162回会議事録第4議事32頁〔團藤関係官発言〕。本文1.(1)のとおり、公開会社が監査役を置く場合には、監査役設置会社に該当し、提訴請求の相手方は監査役となるので、代表取締役と監査役のいずれを当該相手方とすべきか株主が判断に迷う事態は、少なくとも制度上は生じない。)、親会社の株主に子会社の取締役に対する代表訴訟の権限が付与された場合(日本経済新聞同月25日朝刊第4面参照)、少なくとも現行法によると、親会社の株主が子会社の定款を閲覧等するためには裁判所の許可を要するとされており(31条3項)、この点の株主の負担も無視することはできない(後掲(注10)参照)。

- (8) 本文3.(1)のとおり、旧小会社であった会社の定款にはその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ものとみなされるが(会社法整備法53条)、現実はその旨の定款の変更をするか否かは会社の判断によるのである。

- (9) 金判1342号39頁(2010)、佐久

間毅「判批」平成21年度重判解81頁(2010)、判時2065号145頁(2010)、商事1894号59頁(2010)、金法1892号34頁(2010)、判タ1314号136頁(2010)、後藤元伸「判批」セレクト2009 [I] (法教353号別冊付録) 12頁(2010)、奈良輝久「判批」法支156号180頁(2010)。当該最判は、会社法における代表訴訟についても妥当すると解される(上掲金判43頁・44頁、判時147頁・149頁、商事59頁、金法38頁・40頁、判タ139頁・140頁、セレクト12頁、法支190頁。後掲(注18)金判1342号24頁、判時2067号137頁、判タ1314号133頁、ジュリ1394号45頁参照)。

いずれも本文4.(2)アにいう旧商法下の裁判例であるが、当該提訴請求の効力及び後日適法な提訴請求がされた場合における当初の提訴請求に係る瑕疵の治癒をいずれも否定する裁判例として、東京地判平成4年2月13日判時1427号137頁、後者の瑕疵の治癒を肯定する裁判例として、大阪高判平成18年6月9日判タ1214号115頁、大阪地中間判昭和57年5月25日判タ487号173頁

当該提訴請求の効力及び後日適法な提訴請求がされた場合における当初の提訴請求に係る瑕疵の治癒をいずれも否定する見解として、東京地方裁判所商事研究会編・類型別会社訴訟〔第二版〕I288頁・293頁〔名島亨卓ほか〕(判例タイムズ社、2008)、後者の瑕疵の治癒

を否定する見解として、奥島孝康ほか編・新基本法コンメンタール会社法3(別冊法学セミナーNo.201)399頁〔山田泰弘〕(日本評論社、2009)、後者の瑕疵の治癒を肯定する見解として、落合編・前掲(注4)425頁〔吉本健一〕(10)例えば監査役設置会社において提訴請求の相手方を代表取締役とした事案を考えると、当該代表取締役と監査役が結託して監査役に当該機会がなかった旨主張され(監査役設置会社においては、取締役会の招集通知の相手方に監査役が含まれ(368条1項)、監査役には取締役会への出席義務があるが(383条1項)、とりわけ公開会社でない会社においては、取締役会を現実に開催したことがほとんどない会社が少なくない(東京地方裁判所商事研究会編・前掲(注2)931頁〔小川雅敏〕。)、この主張を裏付ける取締役会議事録などが証拠として提出されると(署名等の義務は「出席した」監査役に限られる(369条3項)。)、株主としては、当該機会の証明に困難をきたすこととなる。意思表示の到達(民法97条1項)について相手方のいわゆる支配圏内に置かれることをもって足りると解されている(最判昭和43年12月17日民集22巻13号2998頁)のとは異なり、当該機会の有無は現実の機会の有無の判断であり(当該最判理由第2項(2)参照)、少なくとも3箇月に1回以上取締役会が開催されるはずであること(363条2項、372条2項)から直ちに当該機会の存在が認定されるわけではないであろう。

当該提訴請求の効力について当該最判

が単純に肯否いずれかの見解によらなかったことについては、柔軟な判断として一定の評価はできるものの、当該最判によると、いわば総合的な事実認定の問題となるだけに、株主の立証上の負担はかえって増大したのではないかと思料される（出口正義「判批」ジュリ1241号101頁・102頁（2003）参照）。

なお、前記（注7）で触れた親会社の株主の子会社の取締役に対する代表訴訟を認めた場合（例えばアメリカの制度につき釜田薫子「アメリカにおける親会社株主保護」森本滋編著・企業結合法の総合的研究268頁以下（商事法務、2009）参照）、親会社の株主が子会社に関する情報を取得するための制度を整備しない限り、法人格が異なるために上記の株主の立証上の負担は一層増大するであろうから、いわゆる親子上場の解消が進み（日本経済新聞平成22年3月29日夕刊第1面）、公開会社でない子会社が増加する傾向を踏まえると、親会社の株主を保護する方策を審議する過程においてこの点も議論し、同（注7）の諮問に係る法改正により解決されることが望まれる。

- (11) 代表訴訟が不適法却下された場合、裁判上の請求としての時効中断の効力は生じないが（民法149条）、後日適法な提訴請求がされた場合における当初の提訴請求に係る瑕疵の治癒を否定する見解に立ったとしても、当該代表訴訟の提起に催告に準じた時効中断の効力を認める余地はあろう（商法504条ただし書に関する最判昭和48年10月30日民集27巻9号1258頁参照）。
- (12) 当該株主が総株主の議決権の100分の

3以上の議決権を有しない場合には、株主総会の招集請求等により当該代表取締役の取締役としての地位を解任する機会も与えられないこととなる（297条）。

- (13) 上柳克郎ほか編・新版注釈会社法（6）株式会社の機関(2)644頁以下〔廃止前の商法特例法24条は山口幸五郎、22条、23条及び25条は平出慶道〕（有斐閣、1987）、大隅健一郎＝今井宏・会社法論中巻〔第三版〕322頁以下（有斐閣、1992）
- (14) 会社法施行前である平成17年4月1日から同18年3月31日までに発生した企業倒産を調査対象とする調査結果によれば、資本金1億円未満の企業（株式会社以外の形態の企業を含む。）の倒産件数合計1万0833件のうち負債総額100億円以上の倒産件数合計がわずか57件（約0.53%）にすぎないこと（独立行政法人中小企業基盤整備機構経営安定再生部「企業倒産調査年報（平成17年度倒産）」資料編表10-1）からすれば、同法施行前において、資本の額が1億円以下であるのに負債総額が200億円以上ある会社はほとんどなかったものと推測される。
- (15) 立法担当官による解説にもその旨明記されている（相澤哲ほか「外国会社・雑則」相澤編著・前掲（注2）225頁、相澤哲ほか編著・論点解説新・会社法273頁・413頁（商事法務、2006））。
- (16) 当該定款の変更があっても、役員に関する事項として、登記簿には、「年月日退任」とのみ記録され、当該定款の変更により監査役の任期が満了したことまでは記録されない（小川秀樹＝相澤哲編著・通達

準拠会社法と商業登記201頁（金融財政事情研究会、2008）)ので、当該定款の変更の効力が生じる日と当該監査役の本来の任期の満了の日（336条1項から3項まで）が同じであるときは（変更登記に要する費用を節約する必要上、このような事態は大いに考えられる。）、当該監査役が任期の満了のみを理由として退任したものと債権者が誤解する可能性があり、本文で述べた弊害が一層大きくなる。

旧小会社の監査役に業務監査の権限がないことを理由にその第三者に対する損害賠償の責任を否定した裁判例として、①東京地判昭和56年11月27日判タ463号133頁、②東京高判昭和56年7月16日判タ452号161頁、③東京地判昭和53年8月24日判タ372号141頁、④東京高判昭和46年4月30日金判374号4頁（平取締役の監視義務を認めた最判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁の原審）(①及び②はいずれも昭和49年法律第21号による旧商法の改正及び同第22号による商法特例法の制定後の事案、③及び④はいずれも同改正等前の事案)参照

なお、当該責任を肯定した裁判例として東京地判平成4年11月27日金法1365号43頁（同改正等後の事案）があるが、当該裁判例は、被告である監査役が弁護士であり（とりわけ大会社に社外監査役を2名以上要求した平成13年12月の商法特例法の改正法（同年法律第149号）の施行以降、大会社の社外監査役に弁護士が就任する例はよくみられるが（廃止前の商法特例法18条1項、

会社法335条3項参照）、大会社以外の会社の監査役に弁護士が就任する例はそれほど多くはないと思われるところ、当該裁判例は、大会社に1名以上の社外監査役を要求し、監査役会の設置を義務づけた平成5年の商法特例法の改正法（同年法律第62号）が施行される前の事案である上、そもそも旧小会社の事案であったのであるから、監査役が弁護士であることは特筆すべき事情であったと推察される。）、当該監査役と共同被告である粉飾決算をした代表取締役が単なる友人を超えた特殊な関係にあったなどやや特異な事案であり、いずれにせよ監査役に業務監査の権限がないのに当該責任を肯定した裁判例は少ない。

- (17) 債権者は、利害関係を疎明して登記簿の附属書類、例えば当該定款の変更に係る株主総会の議事録などの写しの閲覧を請求することもできるが（商登11条の2、54条4項）、このような負担を債権者に課すことは適当でない。
- (18) 業務監査の権限のある監査役等が名目的な存在にすぎない場合にも任務懈怠による損害賠償の責任を認める最近の判例（最判平成21年11月27日金判1342号22頁、判時2067号136頁、判タ1314号132頁（いずれも2010）（裁判集民232号登載予定。農業協同組合の監事の事例）参照。評釈として、弥永真生「判批」ジュリ1394号44頁（2010））を前提とすると、損害賠償の請求の相手方から業務監査の権限のある監査役を除外する場合、とりわけ当該監査役に資力がある場合には、債権者の被る損害は少なくない。

- (19) 松井・前掲(注2)375頁は、当該定めを公示する意義が大きいことは認めつつも、当該負担の大きさの点を指摘する。
- (20) 相澤哲編著・一問一答新・会社法〔改訂版〕257頁(商事法務、2009)
- (21) 山本憲光「商法の一部改正・商法特例法廃止に伴う経過措置」相澤編著・前掲(注2)249頁・251頁
- (22) 監査役設置会社と監査役設置会社以外の会社との間に規制の相違点が多数あることを更に強調し、監査役任期が原則として4年間であること(336条1項)をも踏まえ、当該猶予期間を4年間とする見解もないではないであろう。
- しかし、当該相違点が会社法施行時から存在していることからすれば、周知期間の意味の猶予期間はほとんど不要であり、旧商法下の最低資本金制度の導入(平成2年法律第64号)に係る猶予期間である5年間(大隅健一郎=今井宏・会社法論上巻〔第三版〕151頁以下(有斐閣、1991)参照)に比肩すべきほどの猶予期間は必要ない。
- (23) 会社法の制定過程においては、監査役に一律に業務監査の権限を付与することが検討され、この場合における旧小会社の監査役の権限の拡大に伴う「所要の経過措置」の必要性が指摘されていた(法制審議会会社法(現代化関係)部会・会社法制の現代化に関する要綱試案第4部第4第9項(1)(2003)、同補足説明第4部第4第9項(1)(2003))。
- (24) ②の方法によることにより、当該猶予期間の経過時に強制的に、当該会社が会社法2条9号の監査役設置会社であるか否かの区別が登記簿上明確となるので、本

文4.(2)オで触れた登記申請の懈怠の事態が生じない。

- (25) ②の方法によると、当該猶予期間に限る問題ではあるが、監査役設置会社以外の監査役を置く会社において、その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旨の登記申請をしない場合、当該会社は当該定めがあることを善意の株主に対抗することができず(908条1項前段)、その結果、当該定めがあるにもかかわらず、当該株主との関係では当該会社は監査役設置会社として取り扱われるのではないか、あるいは、例えば代表訴訟における提訴請求の相手方として株主が誤って監査役を選択した場合、当該監査役は自らが提訴請求の相手方ではないことを当該株主に対抗することができず(同項前段の類推適用)、その結果、当該監査役が当該相手方となるのではないかとの疑問が生ずる。

しかし、同項前段の「第三者」に株主は含まれないと解されている(奥島ほか編・前掲(注9)478頁〔浜田道代〕、大隅健一郎・商法総則〔新版〕267頁(有斐閣、1978)、鴻常夫・商法総則(新訂第5版)241頁(弘文堂、1999)。なお、「第三者」を「登記事項である事実を内容的にみて、その事実を知っているとみなされる関係のない局外者」とする見解があるが(服部榮三=星川長七編・別冊法学セミナーNo.147基本法コンメンタール第四版/商法総則・商行為法20頁〔西山芳喜〕(日本評論社、1997))、この見解に立ったとしても、株主には定款の閲覧等請求権があるので(31条2項)、実際(本文3.(2)ア)

はともかく、法解釈としては、株主は「第三者」に含まれないと解される。)ので、このような問題は生ぜず、当該猶予期間においても当該猶予期間前と同様、当該定めの有無という実態に応じて、当該相手方が決定される。

- (26) 昭和49年法律第21号による旧商法の改正により、昭和25年法律第167号による同法の改正前と同様、監査役に業務監査の権限を付与する一方、商法特例法の制定(昭和49年法律第22号)により、中小企業が倒産した場合の監査役の責任の重さなどにかんがみ、旧小会社の監査役には、上記昭和49年商法改正前と同様、会計監査の権限のみを付与することとした(廃止前の商法特例法22条から25条まで。河本一郎・現代会社法〈新訂第九版〉556頁(商事法務、2004)、鈴木竹雄=竹内昭夫・会社法〔第三版〕43頁(有斐閣、1994)、大隅=今井・前掲(注22)167頁参照。前掲(注16)参照

②の方法によると、とりわけ中小企業の監査役に重い責任を負わせ上記の昭和49年旧商法改正等の趣旨を損なうおそれがあるとの批判も考えられるが、6箇月間の猶予期間を設け、登記申請に要する費用の負担も比較的low額であることを踏まえると、この批判は適切ではない。

- (27) 346条1項の「権利義務」は退任前の役員が当該退任前に有していた権利義務を意味すると解されるところ(大隅=今井・前掲(注13)180頁参照)、監査役設置会社以外の監査役を置く会社においては、当該猶予期間の経過前に監査役は業務監査の権限を有しなかったため、

この場合の「権利義務」には業務監査の権限は含まれないようにも思われる。しかし、当該猶予期間に当該登記申請をしない会社に対しては、その監査役権利義務者に業務監査の権限を付与しなければ②の方法による意味が滅殺されるので、この場合の「権利義務」には業務監査の権限が含まれるよう立法上の手当てをすべきである。

- (28) 高橋美加「欠員と一時役員制度の運用」
浜田道代=岩原紳作編・新・法律学の争点シリーズ5会社法の争点131頁(有斐閣、2009)、東京地方裁判所商事研究会編・類型別会社非訟31頁以下〔金澤秀樹〕(判例タイムズ社、2009)参照

- (29) 登録免許税法18条によると、登記事項が複数ある場合、同法別表第一に掲げる登記等の区分が異なる場合には各区分に掲げる税率を適用して計算した金額の合計額が登録免許税額となり、当該区分が同じである場合には当該区分に掲げる税率を適用して計算した金額のみが登録免許税額となる(清水湛監修=藤谷定勝編著・不動産・商業等の登記に関するQ&A登録免許税の実務236頁(日本加除出版、2009))。当該登記事項が会社法2条9号の監査役設置会社に該当するか否かの問題であると考え、「登記事項の変更」(登録免許税法別表第一24号(一)ネ)に該当するようにも思われるが(清水=藤谷上掲258頁)、旧商法下の同じく機関の権限に係る共同代表取締役の定めに関する設定、変更、消滅等が現行の登録免許税法にいう「代表取締役に関する事項の変更」(同力)に該当すると解されていたこと(清水湛編著・登録免

許税法詳解483頁（金融財政事情研究会、1982年）からすると、当該登記事項は、監査役の退任及び選任と同様、

「監査役に関する事項の変更」（同カ）に該当すると解される。

- (30) 監査役の任期は原則として4年間である（336条1項）ので、6箇月間の猶予期間に当該同時の登記申請をすることができる会社は多くはないであろうから、法の下での平等の観点から問題がないとは

いえないが、本文で提案した方法は、費用の負担を回避するための一つの方法としては有益であろう。

なお、本稿脱稿後、中島弘雅「いわゆる『組織法』上の訴えの当事者適格、訴訟上の会社代表者をめぐる問題」（シンポジウム 会社法の制定と民事手続法上の問題点）民訴55号127頁以下（2009）に接した。