

松 山 大 学 論 集
第 24 卷 第 3 号 抜 刷
2 0 1 2 年 8 月 発 行

会社法制の見直しと取締役会の監督機能の充実

王 原 生

会社法制の見直しと取締役会の監督機能の充実

王 原 生

目 次

- 一 はじめに
- 二 現行会社法における企業統治の仕組みとその実効性
- 三 社外（独立）取締役の機能の活用
- 四 むすび

一 はじめに

1 問題の所在

2010年2月24日に開催された法制審議会第162回会議において、千葉景子法務大臣（当時）から法制審議会に対して、「会社法制について、会社が社会的、経済的に重要な役割を果たしていることに照らして会社を取り巻く幅広い利害関係者からの一層の信頼を確保する観点から、企業統治の在り方や親子会社に関する規律等を見直す必要があると思われるので、その要綱を示されたい。」との諮問（諮問第91号）がなされた¹⁾。これを受けて、法制審議会に会社法制部会が設置され、「企業統治の在り方」と「親子会社に関する規律」を中心とした会社法制の見直しについて検討がなされている。会社法制部会は、2011年11月7日、「会社法制の見直しに関する中間試案」（以下「中間試案」という）をまとめ、これを受けて法務省民事局参事官室は、同年12月14日、同室の責任で作成した「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」（以下「補足説明」という）を公表するとともに、2012年1月31日を期限としてパブリック・コメントの手續に付していた²⁾。そして、2012年8月1日、会社

法制部会において、「会社法制の見直しに関する要綱案」が取りまとめられた(以下「要綱案」という)³⁾

その具体的経緯⁴⁾は、次の通りである。すなわち、現行会社法が2005年6月29日に成立し、2006年5月1日に施行から5年以上が経過して、同法は相当程度実務に定着してきた。しかしながら、運用の実情から見ると、上場会社の中に監査役会設置会社が大半を占めることは、海外投資家にとって理解しやすい企業統治の仕組みではないこと、また、近時、大王製紙、オリンパスにおいて、不祥事の発覚が相次いでいるので、日本企業の企業統治の在り方が問題とされている。企業統治の在り方について、要綱案は、取締役会の監督機能を充実させるため、経営者からの影響を受けない独立性のある社外取締役の機能を活用すべきという問題意識を有し、この視点から社外取締役の独立性の確保と監査・監督委員会設置会社制度の創設という社外取締役の機能活用の方策が提案されている。すなわち、要綱案において、取締役会の監督機能を充実させる方策は、独立性のある社外取締役の機能を最大限に発揮させることを意図している。

2 本稿の目的と構成

本稿は、要綱案のうち「第1部企業統治の在り方」の中の「第1取締役会の監督機能」に焦点を合わせて検討することを目的とする。

そこで、以下においては、まず、現行会社法における企業統治の仕組みを明らかにし、その問題点と実効性の有無を検証する。その上で、社外取締役の機能活用によりどのようにすれば取締役会の監督機能を充実させるかを巡る会社法制部会における議論を整理し、法的な対応を必要とする場合、どのように対処すべきかについて、検討を試みることにしたい。

二 現行会社法における企業統治の仕組みとその実効性

1 総説

公開会社では、所有と経営が分離している。株主が自ら経営をするのではなく、経営は第三者である経営者に任せることになっている。問題が生じるのは、経営者が、株主全体の長期的利益よりも自分自身の利益を優先させる経営決定を行うリスクの存在である。このリスクをいかに最小限に抑制するかが、企業統治の中心課題である。現行会社法における企業統治の仕組みとしては、事前予防規制と事後救済措置が設けられている。事前予防規制の課題は、このリスクの顕在化を最少にする経営組織を構築する方策、すなわち、適切な経営を確保するために、会社組織内部に経営者の経営を監督する仕組みを構築する方策である。事後救済措置の課題は、経営者の義務と責任に関する規制および経営者の責任を追及する方法を制度化し、経営者の会社に対する損害賠償の追及により、会社の利益を保護するとともに、経営者の不正行為を抑制する仕組みを構築する方策である。

現行会社法では、会社組織内部の機関設計については、選択可能な運営形態は20通りある⁹⁾。しかし、公開会社（会社法2条5号）である大会社（会社法2条6号）の場合には、選択可能な運営形態は、①取締役会＋監査役会＋会計監査人（以下「監査役会設置会社」という）（会社法327条1項1号、328条1項）、または②取締役会＋三委員会＋会計監査人（以下「委員会設置会社」という）（会社法327条1項1号・4号、328条1項）に限定されている。以下では、コーポレート・ガバナンスの視点から、現行会社法における公開会社である大会社の内部組織の仕組み（事前予防規制）が、会社経営の効率的かつ公正に行われていることを担保できるかを検討する。

2 監査役会設置会社の経営監督

監査役会設置会社の内部組織における経営監督・監査は、主に取締役会によ

る監督、監査役会による業務監査と会計監査、また、会計監査人(専門職業人)による会社の計算書類に関する監査である。以下では、取締役会の監督と監査役会の監査を中心に検討する。

(1) 取締役会

監査役会設置会社において、取締役会は業務執行の決定と取締役の職務執行を監督する機能がある。取締役会は、取締役会の決議により会社の経営の意思決定を行い(会社法362条2項1号・4号)、その決定を執行する代表取締役およびその他の業務執行取締役を選定し、権限を委任し、かつその者の職務の執行を監督する(会社法362条2項2号・3号、363条1項)。取締役は取締役会の構成員として経営に関する意思決定に参画し、代表取締役およびその他の業務執行取締役が経営の意思決定の実現を図るための適確な行動をしているかを監督する義務がある。すなわち、取締役会による監督は、取締役の職務の執行が法令・定款に違反しない適法なものかどうかということに限らず、それが会社経営上妥当なものかどうかという効率性の側面にも及ぶ。

取締役会は代表取締役・業務担当取締役の選定・解職をなす権限を付与されている(会社法362条2項3号・363条1項2号)。代表取締役等の業務執行が不適切であれば、取締役会は、その権限を適切に行使して代表取締役を解任できる。従って、取締役会には、その解任権を背景とした監督権限により業務執行の適法性・妥当性の確保を図ることが期待されていたのである。また、取締役の報酬等の額の決定については、定款で定めないときは、株主総会の決議により定めなければならないが(会社法361条)、株主総会では報酬等の総額の枠を定めれば足りると解され、個人別の具体的な額の決定は取締役会に委任されるのが一般的な実務であるとされる⁹⁾。すなわち、取締役会は取締役の個人別の報酬決定を通して業務執行の効率性を確保することが可能である。

しかし現実には、取締役会の経営の意思決定は、法が予想したようには行われていない場合が多い。上場会社の取締役会は取締役の人数が多いため、実質

的意思決定をする場としては適さず、セレモニー化していることも少なくない⁷⁾。また代表取締役等の職務執行の監督の側面でも、取締役会による経営の監督は十分機能していないというのが一般的評価である。その主な理由としては、次のようなものが考えられる。まず、取締役の人事および個人別の報酬決定の権限は実質的に代表取締役である社長が握っていることである。社長が選任する部下が取締役になり、取締役会が構成されている。そうすると、取締役は、いずれも社長の指揮命令下にある者であるから、上司である社長の意向に逆らえない。これでは、取締役会が代表取締役を監督することは無理となる。また、取締役会の経営機能と監督機能が分離されていないことである。ほとんどの取締役が、業務執行も担当するから、自己の業務執行について自らが監督することは困難であり、また同僚の取締役の業務執行を批判すると、自らに跳ね返ってくる可能性があるから、お互いに他人の領域には口を出さない風潮が生じる⁸⁾。

(2) 監査役会

公開会社である大会社は、監査役会を置かなければならない（会社法 328 条 1 項。委員会設置会社を除く）。会社法上、監査役会設置会社（会社法 2 条 10 号）とは、業務監査権限と会計監査権限をともに有する監査役のみで構成されるものをいい、監査の範囲を会計に限定する定款の定めがあるものは、除外される（会社法 2 条 9 号）。

監査役会の構成と選任については、監査役会設置会社の監査役は、3人以上でなければならない（会社法 335 条 3 項）、監査役の中から常勤監査役を選任しなければならない（会社法 390 条 3 項）。そして、取締役の影響を受けにくくするために、監査役会においては、社外監査役⁹⁾が監査役の半数以上でなければならない（会社法 335 条 3 項）。監査役の選任は株主総会でなされるが、取締役会が総会に提出する監査役の選任議案を決定する。そうすると、監査役は取締役にもものが言えなくなる可能性があるから、監査役の選任・解任議案に監

査役の意向を反映するため、株主総会での監査役の選任・解任については、監査役の意見陳述権が付与された（会社法345条4項・1項）。さらに監査役会には意見陳述権よりも強力な選任に関する同意権が付与された（会社法343条1項・3項）。言い換えれば、監査役会は、取締役が株主総会に提出する監査役選任議案に関する拒否権を有することになる。また、監査役会は、取締役に対し、監査役選任の議題および議案の提出請求権ももっている（会社法343条2項・3項）。すなわち、監査役会¹⁰⁾は監査役の選任に関し、取締役の意向を拒否し、監査役の候補者を特定する独自の議案を提出することが認められることは、監査役会が監査役の選任権を実質的にもっていると考えられる。

監査役の権限について、通説によれば、取締役会の監督は、業務執行の妥当性にまで及ぶのに対して、監査役の監査は、適法性の監査に限られる。すなわち、監査役は、法令・定款違反がないかどうかの監査が中心となるが¹¹⁾法律に定められた個々の監査項目の中には監査役の判断が取締役の行為の当不当の問題に事実上及ぶものがあること、取締役が善管注意義務や忠実義務を果たしているかどうかを監査する（適法性の監査）過程で事実上妥当性の判断を加えることもあることを踏まえると、監査その過程で妥当性を判断する場合があるといえる¹²⁾ただし、妥当性をめぐる意見の対立は、最終的には人事で決着をつけざるを得ないので、妥当性に関する最終判断は、取締役会にある。なぜならば、業務執行担当者の選任・解任権限は、取締役会にあり、監査役にはないからである。

また、業務執行に関する妥当性の判断と異なり、違法・適法に関する判断は、監査役の多数決で決着をつけるべき問題ではないという理由に基づいて、監査役は独任制の機関とされている。すなわち、複数の監査役がいる場合にも各自が単独でその権限を行使できる。この独任制は、監査役会においても基本的に維持される。監査役会は、監査の方針、会社の業務・財産の調査の方法等の監査の職務執行に関する事項をその決議をもって定めることができるが、決議によって個々の監査役の権限行使を妨げることはできない（会社法390条2

項)。すなわち、独任制は監査役会の監査役についても基本的に維持されている。

昭和49年の商法改正から会社法の制定に至るまでの法改正は、一貫して監査役の地位を強化する改正となった。しかし、監査役の監査が実効性のあるものとして実際に機能しているかについては、依然として、疑問も少なくない。その原因は、第1に、監査役の業務監査権限は違法性に限定されること、第2に、監査役は取締役会における議決権がないから、会社の経営意思決定には参画できず、代表取締役を解職する権限がないこと、第3に、社外取締役が相当数を占める取締役会においては、監査役会・監査役の存在意義が乏しいものになること等を指摘できる。すなわち、監査役という制度設計そのものに問題があると思われるのである¹³⁾

こうした基本的な現状認識から、会社法には、従来の監査役制度とは全く異なる経営監督制度——委員会設置会社制度も用意されている。

3 委員会設置会社

(1) 制度の趣旨

バブル経済が崩壊して以来、日本の会社の業績が低迷し続けている。その理由の1つとして、経営者は、業務執行の相当細かい点まで取締役会で決定しなければならないという法規制が、迅速な経営の意思決定を妨げていると主張している。他方、バブル経済の崩壊により、社内のリスク管理体制および法令遵守体制の不備を明るみに出す事件が多数発生した。そこで、迅速な意思決定を可能とする法制度と業務執行に対する監督の強化とを同時に可能とするシステムとして、2002年の商法改正により、一方では業務執行を執行役に委任でき(取締役会は業務執行の決定に関与することを要しない)、他方では社外取締役が強い権限をもって執行役の業務執行を監督する、委員会設置会社¹⁴⁾の形態が導入された¹⁵⁾。すなわち、委員会設置会社は、社外取締役が過半数を占める3委員会(指名委員会・監督委員会・報酬委員会)が強い権限を有し、業務執

行は取締役会が選任・解任する執行役に委任されるという一種のモニタリング・モデル¹⁶⁾に基づく機関形態である。

(2) 制度の特徴

委員会設置会社においては、監査役・監査役会という機関は置かれず、取締役会による監督が基本となる。その機関構成の特色としては、第1に、取締役会は、業務執行の決定を、自らが選任した執行役に対し大幅に委任できる。一般の取締役会設置会社においては、業務執行の決定の多くは取締役会が行わねばならず、しかも取締役会が通常多数で組織されているため、迅速な業務執行の決定が難しいのに対し、委員会設置会社の形態をとると、執行役の業務執行の決定方法に法規制はないので、執行役による機動的な決定が期待できる。第2に、委員会設置会社においては、執行役がいわゆる経営者であり、取締役会は、主にその監督機関の役割を担う。取締役会による実効的監督を可能にするため、社外取締役が過半数を占める3委員会（指名委員会・監督委員会・報酬委員会）の設置が強制され、その委員会が強い権限をもつ¹⁷⁾。例えば、指名委員会は、株主総会に提出する取締役の選任・解任に関する議案の内容を決定できる（会社法404条1項）のであり、その決定は、取締役会において覆すことはできないのである（会社法416条4項5号）。報酬委員会は、取締役と執行役の個人別報酬の内容を決定する権限を有する（会社法404条3項。執行役が会社の使用人を兼ねているときは、使用人分の報酬の内容についても決定しなければならない）。すなわち、社外取締役が過半数を占める指名委員会と報酬委員会は、従来型の代表取締役が実際にもっていた人事権と報酬決定権を奪うことになった。また、監査委員会は取締役会の監督機能の実施機関として、取締役および執行役の職務執行を監査する（会社法404条2項1号）。監査委員会の委員は取締役であるため、この監査は違法性の監査のほか、妥当性の監査にも及ぶ。

しかし、委員会設置会社の取締役会の取締役は、執行役との兼任が許容され

ること、社外取締役には独立性が要求されないこと、社外取締役は取締役会ではなく、委員会のレベルにおいてのみ過半数とされるにすぎないこと等から、経営者支配に対処する方策として、従来型の機関形態と委員会設置会社の形態は、どちらが優れているかは、断言できない。そもそも企業の実態は千差万別である。そこで、会社法は、従来型の機関形態をとるか、委員会設置会社の形態をとるかの選択について、各会社の自治に委ねている。複数の制度を選択可能とすることにより「制度間競争」を生じさせ、競争の緊張を通じて機関の運用が改善されることを、期待している¹⁸⁾しかし、2010年9月10日現在、東証上場会社2,291社中、監査役会設置会社は2,243社(97.8%)に対し、委員会設置会社は僅か51社(2.2%)しかいない¹⁹⁾すなわち、会社法が予期している「制度間競争」が起こらなかったのである。

4 若干の検討

(1) 監査と監督の区別

監督と監査の意義(区別)について、大杉謙一教授は次のように述べている²⁰⁾
「会社法は「監査」(同法381条1項前段、396条1項前段、404条2項1号)と「監督」(同法362条2項2号、416条1項2号)の語を区別しているが、両者の定義は会社法には見当たらない。そこで、会社法の規定や趣旨から判断すると、両者は次のように解される。まず、「監査」とは、「監査される人(業務執行者)と監査する人を厳格に分離し、監査者は被監査者のルール(法令・会計基準)からの逸脱の有無を審査して、意見を表明すること」をいう。これに対して、「監督」とは「監督する人が監督される人(業務執行者)の業績を評価することにより、経営の効率性を確保すること」をいう。なお、監督においては、被監督者と監督者は一応分離されるが、両者が共同で意思決定を行うこともあるという意味では分離は厳格ではないといえる。……このように、監査と監督は(関連するが)異なる機能であり、一方で他を代替することはできないというべきである。」

以下では、大杉教授の解釈に依拠して監査役会設置会社の監督・監査制度と委員会設置会社のモニタリング制度との比較で、それぞれの問題点を検討する。

(2) 監査役会設置会社の監督・監査制度の問題点

取締役会の監督機能では経営者の個別的な意思決定や業務執行の妥当性を審査するのではなく、経営陣の戦略計画に照らした結果の相対的な評価である。すなわち、経営陣は今後の収益予想に基づいて経営戦略を策定し、業務執行に当たる。取締役会は経営者の経営成果が、当初の方針に照らして妥当だったかどうかを評価する²¹⁾ その評価に基づいて経営者の報酬や人事を決定する。

この観点からすれば、監査役会設置会社の取締役会の法定決議事項（会社法362条4項）には「経営の基本方針」（委員会設置会社の取締役会の権限、会社法416条1項1号イ）の決定が含まれておらず、取締役会は経営者の業務執行が経営戦略の基本方針に達したかどうかを判断することが不可能であり、監督機関として機能することを妨げている。

一方、取締役会において他の機関に委任できない取締役会の法定決議事項が多い（会社法362条4項）ことは、取締役会の監督の実現を阻害する要因となるとも考えられる²²⁾ すなわち、業務執行の意思決定への参加により、取締役には当該業務執行についての責任が生じるから、監督の機能を十分に発揮できない可能性があるとも考えられる²³⁾

また、上記2の(1)で述べたように、現実には、ほとんどの取締役が業務執行を担当し、代表取締役社長の部下である。すなわち、監査役会設置会社は、会社法が予定している取締役会の経営機能（会社法362条1項・2項1号）とモニタリング機能（会社法362条2項2号・3号）とが分離されていない。監査役会設置会社監督・監査制度の特徴として、取締役会につき、業務執行の妥当性に関する監督機関というより、業務執行の意思決定機関として位置付けられている²⁴⁾ 業務執行取締役の業務執行に対するチェックは監査役（会）という

仕組みに任せることになっている。

これまで、日本の商法（会社法）改正では、取締役会の監督機能の向上よりも監査役（会）の監査機能の改善に重きが置かれてきた。確かに、監査役は強い監査権限をもっている。例えば、監査役は複数の監査役がいる場合でも、各自が単独でその権限を行使できるから、独任制の機関である。この独任制は監査役会においても基本的に維持される。監査役の調査権限として取締役・使用人に対する報告請求・業務財産調査権、子会社調査権等が個々の監査役に与えられている（会社法 381 条 2 項～ 4 項）。また、取締役会の招集請求権・招集権（会社法 383 条 2 項・ 3 項）や会社・取締役間の訴訟の会社代表権（会社法 286 条）にも個々の監査役に与えられている。これに対し、委員会設置会社では監査委員会が選定する監査委員にしか与えられない。すなわち、監査役会設置会社の個々の監査役が使える法的手段は委員会設置会社の監査委員より多いといえる。しかし、上記 2 の(2)で述べたように、監査役による監査と取締役会による監督との大きな違いは、監査役による監査は原則として業務執行の適法性監査に限られる点と、監査役（会）には業務執行担当者の選任・解任の権限がないことである。すなわち、取締役会の構成員ではない監査役には取締役会での議決権が与えられていないことから、監査役には、経営が効率的に行われているかという観点から経営者による業務執行の妥当性を監督する権限はなく、経営者のパフォーマンスに従って経営者を交替させる権限もない²⁵⁾これは監査役（会）制度そのものの限界といえるであろう。

(3) 委員会設置会社のモニタリング制度の問題点

委員会設置会社のモニタリング制度は、形式においては明瞭に監査役会設置会社に勝ると評価できる²⁶⁾しかし、この制度の下においても、次のような問題点があると考えられる。

① 取締役会の監督機能は中途半端である。

第 1 に、執行役の選解任・職務の分掌等の決定は取締役会の専権事項である

(会社法402条2項, 403条1項, 416条1項1号ハ)。しかし, 取締役は執行役との兼任が許容され, 社外取締役以外の取締役については執行役兼務者が多数を占めるのが多くの委員会設置会社における実態である²⁷⁾ また, 取締役3人以上で構成される3委員会のメンバーの過半数は社外取締役であることが法律上要求されているが, 取締役会のメンバーの過半数は社外取締役であることは, 法律上要求されていない。すなわち, 2人が3委員会のメンバーを兼任すれば, 委員会メンバーの過半数は社外取締役でなければならないとの法律の要件を満たすことができる²⁸⁾

第2に, 執行役等の職務を監督するため, 個々の取締役に業務・財産調査権が必要である。しかし, 監査委員である取締役であっても監査委員会が選定した者以外には, 会社・子会社・連結子会社に対する業務・財産の調査権がないこと(会社法405条1項・2項)から, 個々の取締役に業務・財産の調査権がないと解されることが明らかである²⁹⁾

以上の2点からみると, 取締役会による執行役に対する監督機能が十分に発揮されうるのかについては疑問である。

② 社外取締役に独立性が要求されていない。

現行会社法では, 社外取締役とは, 株式会社の取締役であって, 当該株式会社またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人ではなく, かつ, 過去に当該株式会社またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人となったことがないものである(会社法2条15号)と定義される。要するに, 親会社の関係者や重要な取引先の関係者および経営者の近親者等経営者と利害関係を有する者も社外取締役になれる。

③ 委員会設置会社の制度設計は硬直的である。

委員会設置会社のルールは, 法で細目(委員会の種類・権限・社外者比率)を定めすぎており, 使い勝手が悪い, つまり各会社における効率的な(監督に関する)意思決定を妨げている面がある³⁰⁾ 例えば, 「委員会設置会社では, 監

査委員会が役員に対して責任追及の訴えを提起するか否かを専権的に決することができるため、CEOの「お友達」から成る社外監査委員の抵抗で、責任追及の訴えを提起する際に支障が生じたりするケースがあるようであり、また、同様に、取締役・会計参与の選任・解任議案に関する限り、指名委員会に最終的な決定権限があるため、やはり、CEOの「お友達」から成る社外指名委員の抵抗で、CEOの解任などが迅速に進まない場合があるともいわれるようである。】³¹⁾との指摘がある。

また、指名委員会が必須とされていること、つまり経営トップの再任を阻むことが可能であるため、企業経営者の中で抵抗感が強いようであり、委員会設置会社に移行する会社の数が伸び悩む一因となっている。³²⁾

三 社外（独立）取締役の機能の活用

1 問題の所在

これまで、日本の商法（会社法）改正では、取締役会の監督機能向上よりも監査役（会）の監査機能の改善に重きが置かれてきた。本来、「コーポレート・ガバナンスの根本的な改正としては取締役会制度そのものの改革が求められているのに、それを避けるために代わりに監査役制度の改正がなされたり、取締役に関する規制を緩和する方法・条件としてないしはその代わりとして、監査役制度の強化がなされてきたという側面がある。】³³⁾しかし、上記二で検討してきたように、監査役（会）制度は、その制度自身の限界により、取締役会の監督機能を代替することができないことが明らかになってきた。そこで、今回の会社法制の見直しにおいて、企業統治の在り方については、取締役会の監督機能の充実を中心としている。すなわち、会社法制部会が纏めた要綱案は、独立した社外取締役の機能の活用により、取締役会の監督機能を充実させる具体案を提示した。その具体的な方策としては、社外取締役の独立性の確保と監査・監督委員会設置会社制度の創設である。

現在、所有と経営を分離している公開大会社において、取締役会の基本的な

役割は、経営者に対して助言を行うことより、経営者の監督を行うことが主流の考え方となっている。このような取締役会のあり方は、いわば世界の事実上の標準となっている³⁴⁾ すなわち、所有と経営が分離した会社においては、経営者が株主共同の長期的利益の増加を図る経営を行っているかは、株主は十分にチェックできないので、株主に代わって取締役会がそれを行うべきこととするとの考え方である。そこで、いかに取締役会の監督機能を発揮させるかについては、独立した社外取締役の機能の活用が期待されている。すなわち、独立した社外取締役は、経営者との利害関係がないから、経営者からの影響を受けることなく、株主利益の守護者として経営者の経営行動を十分に監督できると考えるのである³⁵⁾

以下では、いかに取締役会の監督機能を充実させることができるかという観点から、上記二で検討した現行会社法における企業統治の仕組みの問題点を踏まえて、要綱案が示した取締役会の監督機能充実の方策を検討することにした。

2 社外取締役の独立性の確保

(1) 社外取締役が存しない場合の開示義務

監査役会設置会社等不特定多数の株主が存しうる会社（委員会設置会社を除く）の監査役（会）の限界および取締役会の監督機能の形骸化を対処するために、中間試案では、取締役会の監督機能を充実させるため、社外取締役の機能活用の方策として1人以上の社外取締役の選任を義務付けることの可否が問われていた（中間試案第1部・第1・【A案】，【B案】）。その理由について、補足説明においては、取締役会の監督機能の充実という観点から、社外取締役に期待される機能として、①経営全般の監督機能（経営全般を監督する機能と経営評価機能）および②利益相反の監督機能（株式会社と経営者または経営者以外の利害関係者との間の利益相反を監督する機能）を挙げている。それは、経営者が監督を受ける立場となるので、社外取締役を活用するかどうかは経営者

の判断に委ねるのではなく、法的規律によりその活用を一律に強制したとも考えられ³⁶⁾、社外取締役の選任を義務付けたとされ得るのである。

また、中間試案は社外取締役の選任を義務付けないとの選択肢も用意した(中間試案第1部・第1・【C案】)。その理由として、補足説明によれば、第1に、監査役会設置会社において、監査役は、3人以上で、そのうち半数以上は社外監査役でなければならないとされているため、これに加えて社外取締役を選任することを監査役会設置会社に義務付けると、両者の機能が重複することになり、規制として過剰であること、第2に、一律に社外取締役の選任を義務付けることは、各株式会社の規模、業種、業態等に適した柔軟な企業統治体制の構築を阻害する恐れがあること、第3に、社外取締役の人材確保の点で株式会社に過度の負担を課すことになるとの指摘がされた。

社外取締役の選任の義務付けについて意見が分かれていることを踏まえ、会社法制部会は、経済界の意見に配慮して、社外取締役の義務付けを見送る代わりに、社外取締役を選任しない会社はその理由を説明するという折衷案を示した。すなわち、同部会は、公開会社であり、かつ大会社である監査役会設置会社のうち、その発行する株式について有価証券報告書を提出しなければならない株式会社において、社外取締役が存しない場合には、社外取締役を置かない理由を事業報告書の内容として開示することを義務付けると提案している(要綱案第1部・第1・2・(前注))。

その狙いは、ヨーロッパで使われている「comply or explain (遵守するか、遵守しないときは説明せよ)」アプローチによって、会社に社外取締役の選任を自主的に取り組むことを促進したいという考えにある³⁷⁾。

(2) 社外取締役の要件の見直し

現行会社法における社外取締役の社外性の要件は、当該会社の業務執行者そのものであったかどうか、またはその指揮下にあったかどうかという観点から設定されている³⁸⁾。すなわち、親会社の関係者や経営者の親族、重要な取引先

の関係者といった者であっても社外取締役の要件を満たされる（会社法2条15号）。

これに対して、要綱案は、社外取締役の経営に対する監督機能の実効性を高めるという観点から、現行法における社外取締役の要件は十分ではないので、経営者と利害関係を有しない「独立性」をより強めるべきであるとし、社外取締役の要件を次のとおり見直すべきと提案している（要綱案第1部・第1・2・(1)）。

① 親会社等の関係者の取扱いについては、社外取締役の要件に、株式会社の親会社等またはその取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の使用人でないことを追加する。

② 兄弟会社の関係者の取扱いについては、社外取締役の要件に、株式会社の親会社等の子会社等（当該株式会社およびその子会社を除く。）の業務執行取締役若しくは執行役または支配人その他の使用人でないことを追加する。

③ 株式会社の関係者の近親者の取扱いについては、社外取締役の要件に、株式会社の取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の重要な使用人または親会社等（自然人である者に限る。）の配偶者または2親等内の親族でないことを追加する。

その理由として、親会社のほか、親会社と同様に議決権を背景として株式会社の経営を支配する者、すなわち、親会社等がその経営を支配している法人（兄弟会社）等の関係者については、親会社の指揮・監督を受ける立場にあり、株式会社の経営者が当該株式会社の利益を犠牲にしてその親会社等の利益を図ることについての実効的な監督を期待することはできないという点を挙げる³⁹⁾ことができる。すなわち、社外取締役に期待される機能のうち利益相反に対する監督機能との関係では、親会社と子会社の利益が相反する場面で親会社等の関係者や兄弟会社の関係者である取締役に経営者が当該株式会社の利益を犠牲にして親会社の利益を図ることについての監督を期待することはできないことから、上記①、②が提案されている。

また、経営者等の近親者については、経営全般の監督機能や利益相反の監督機能は期待のないことから、上記③が提案されている。

ところで、社外取締役の要件に、株式会社の重要な取引先の実務担当者でない者であることを追加することについては、取引先というのは常に変化するものであり、重要な取引先という判断基準が不明確であるため、このような規定があることが無用な実務負担を増加させる可能性が大きい⁴⁰⁾という経済界からの強い反対意見に配慮して、見送られることになった。

3 監査・監督委員会設置会社制度の創設

現行法の下で認められている機関設計のうち、監査役会設置会社については、少なくとも2人の社外監査役の選任が義務付けられている（会社法335条3項）。そのため、社外監査役に加えて社外取締役も選任することの重複感・負担感があり、社外取締役の機能の活用という観点からは、必ずしも利用しやすい機関設計となっていないとの指摘がなされている。また、委員会設置会社については、指名委員会および報酬委員会を置くことへの抵抗感等から、広く利用されるには至っていないとの指摘がなされている（補足説明第1部・第1・2・(1)・ア）。これらの指摘を踏まえ、要綱案は、経営の決定への関与が経営に対する監督において重要な意義を有するという観点から、監査役会設置会社および委員会設置会社とは異なる新たな種類の機関設計として、監査・監督委員会設置会社制度を創設することが提案されている⁴¹⁾。これは、取締役会の監督機能の充実という観点から、自ら業務執行をしない社外取締役を複数置くことで業務執行と監督の分離を図りつつ、そのような社外取締役が、監査を担うとともに、経営者の選定・解職等の決定への関与を通じて監督機能を果たすことを意図するものである（中間試案第1部・第1・2）。

監査・監督委員会設置会社を置くかどうかは、株式会社の定款の定めによることとされており、これを採用するかどうかは、各株式会社の選択に委ねられている（要綱案第1部・第1・1・(1)・①）。

また、監査・監督委員会設置会社の機関構成は、監査・監督委員会のほかは、取締役会および会計監査人を置かなければならないものとされ、他方で、監査役や指名委員会、報酬委員会を置いてはならないものとされている（要綱案第1部・第1・1・(1)・①～④）。監査・監督委員会設置会社の業務執行するのは、代表取締役等の会社法363条1項各号に掲げる取締役であるとされている（要綱案第1部・第1・1・(1)・⑤）。監査・監督委員会の構成・権限については、取締役である委員3人以上で構成され、その過半数は社外取締役であることとされ（要綱案第1部・第1・1・(3)・①～③）、その権限は、基本的に、委員会設置会社の監査委員会および各監査委員が有する権限と同様な権限を有するものとされている（要綱案第1部・第1・1・(4)・⑥）。これに加えて、監査役の権限に倣って、監査・監督委員は、取締役が株主総会に提出しようとする議案等について法令違反等があると認めるときは、その旨を株主総会に報告しなければならないものとされている（要綱案第1部・第1・1・(4)・④）。監査・監督委員会設置会社には指名委員会、報酬委員会を置かないことを鑑み、監査・監督委員会が人事・報酬に対して発言権を確保するため、監査・監督委員会の選定する監査・監督委員は、株主総会において、監査・監督委員である取締役以外の取締役の選・解任等および報酬等について監査・監督委員会の意見を述べることができるものとされている（要綱案第1部・第1・1・(4)・⑦、⑧）。また、取締役（監査・監督委員である取締役を除く）との利益相反取引について、監査・監督委員会が事前に承認した場合には、取締役の任務懈怠の推定規定（会社法423条3項）を適用しないものとされている（要綱案第1部・第1・1・(4)・⑨）。

さらに、監査・監督委員会による監査の実効性を確保するためには、監査・監督委員会の地位が経営者から独立している必要があるところ、その独立性を確保するために、その選任や解任、報酬の決定等につき、監査役の独立性確保のための仕組みを参考として、監査・監督委員である取締役は他の取締役とは別に株主総会で選任する等の仕組みを設けるものとされている（要綱案第1

部・第1・1・(2))。

4 若干の検討

(1) 取締役会の監督機能充実のあり方

所有と経営が分離した会社においては、経営者が株主共同の長期的利益の増加を図る経営を行っているかについて、株主は十分にチェックできないので、株主に代わって取締役会がそれを行うべきことになる。どのようにすれば経営者（業務執行者）を監督する装置として会社内部に組み込まれた取締役会という機関をよりよく機能させることができるかという問題について、独立した取締役会（Independent boards）を持つという処方箋を提示する考え方は、世界の共通な考え方となっているのである⁴²⁾ すなわち、経営者からの影響を受けずに、株主共同の長期的利益の増加の観点から経営者の経営を評価し、改善不能のときには、経営者を入れ替えることができるような取締役会となるべきである。

独立した取締役会を実現させるために、その構成要件については、次のものが考えられる⁴³⁾

第1に、経営者からの独立性のある社外取締役が必要である。経営者による経営を厳しくチェックするためには、取締役になるべき者が、その評価の対象になっている経営者から独立していなければならない。経営者に従属しているような人では、経営者に対する厳しくチェックすることを期待できないからである。そこで、その独立性を確保するための基本的要件としては、次に掲げる者を除外すべきであろう。すなわち、経営者の親族や、経営者が当該経営を行っている会社の従業員であるという従属的な地位にある者、また、経営者からいろいろ恩恵を受けている重要な取引先等である。経営者の経営を正しく評価することが期待できないからである。

第2に、具体的・個別的な経営決定は極力取締役会の決定事項から外して経営者の権限に移すことが必要である。監督する者は、自ら業務を執行すると、

自分が執行した業務を自分でチェックすることになり、公正な評価が期待できない。また、具体的・個別的な経営の意思決定に関わると、その後当該意思決定が裏目に出て、会社に大損害が生じたとき、賛成した取締役は公正な評価が期待できないであろう。さらに、上記二の4の(2)で述べたように、社外取締役が参加する取締役会で、必要的決議事項が多すぎると、むしろ取締役会の監督機関として機能することを妨げることになる。

第3に、独立性のある取締役は取締役会の過半数を占めることが必要である。監督の重要な構成要素として人事と報酬決定が挙げられる。すなわち、経営者の経営評価は経営者の人事と報酬に連動しなければ、効果がないものといえる。従って、株主に代わって経営者の監督を行うためには、その経営者を解任等の提案は通るような取締役会構成にしなければならない。論理必然的に独立性のある取締役が過半数を占めなければならないのである。

(2) 社外取締役選任義務付けの是非

社外取締役の選任の義務付けの可否について、上記2の(1)で述べたように、①社外取締役の人材確保が困難であること、②社外監査役と機能が重複することとなり、規制として過剰であること、③一律の義務付けは、柔軟な企業統治構築を妨げることという反対論がある。要綱案は、これを配慮して、特に柔軟性の観点から社外取締役の選任の義務付けを見送り、代わりに社外取締役を置かない場合の開示義務を設ける妥協案をまとめた。

しかし、①人材確保が困難であることについて、現に欧米やアジアでも独立取締役が取締役会の中核である事実からすれば、日本は、他国と比べて、果たして極端に人材不足なのであるか⁴⁾ 要するに、社外取締役の選任をしたくない口実にすぎないであろう。また、②社外取締役と社外監査役と両者の機能が重複することについて、上記二の4の(1)「監査と監督の区別」で述べたように、そもそも両者の機能の違いは、監督と監査の違いである。両者の機能が重複し、過剰規制との意見は、両者が取締役会の議決権の有無を考慮しないもの

であって妥当ではないであろう。

③企業の自主性を尊重すべき、社外取締役が置かない会社はその理由を開示すればよいという考え方については、賛成できない。この考え方は、いわゆる「comply or explain（遵守するか、遵守しないときは説明せよ）」アプローチによって、企業自身のガバナンス構造の選択が適切になされ、社外取締役の普及を促す目的である。しかし、日本の現状では、上場会社の法定開示事項として、基本的に同様なことを有価証券報告書の内容としてすでにあるにもかかわらず、この開示によって社外取締役が普及した事実はないのである。また、理由の説明それ自体に現状を改善する力を期待することができないことは、すでに実証されている。実際に「いい人材がなかなか見付からない」、「既に社外監査役がいる」、「現状で十分機能している」といった貧弱な説明が書かれていることが多くである⁴⁵⁾ すなわち、そのアプローチは、運用において、柔軟性の長所が十全に活用されているとはいえず、また合理的な理由なしに遵守しないという現象（柔軟性の濫用）を生じさせていることは、制度的な限界を露呈している⁴⁶⁾ 開示を通じて社外取締役が普及していくということは、恐らく望むべくもないのではないであろう。さらに、経営者が社外取締役の監督を受ける立場にあることから、社外取締役を活用するかどうかを経営者の判断に委ねるのではなく、法的規律によりその活用を一律に強制するべきであろう。すなわち、「取締役会における経営者の監督機能の充実強化は、放置して自然に実現するようなものではない。各社の自主性に任せた柔軟な企業統治構築は、ミニマムの企業統治が実現できていて初めて言えることである。」⁴⁷⁾

(3) 社外取締役要件の厳格化

独立性のある社外取締役の独立性の要件を如何に定めるのかについては、2つの方式が考えられる。第1は、SOX法やニューヨーク証券取引所の上場規則において定める方式等が典型的であり、そこでは、独立性の要件は、取引関係、親族関係等の一定の場合が定められ、これに該当すると、当然に独立取締

役とは扱われたいとする方式となっている。いわば形式的・画一的基準による定式化であり、要綱案の社外取締役の要件の厳格化の定め方も、この方式である。この方式の利点は、判断基準が極めて明確かつ客観的であり実務的にもその運用が容易であることにある。しかし、この形式的・画一的判定基準からは独立性がないとされても、実際には独立性を有する者であることがあり得るし、他方、その基準からは独立性があるとみなされても、実際には独立性がない者もあり得るとの問題がある⁴⁸⁾。例えば、重要な取引先の関係者は、どうしても経営者と持ちつ持たれつの関係になりやすく、株主の利益よりも自分の利益を優先させるリスクがあると考えるべきであるから、その独立性を否定すべきである。しかし、要綱案では、重要な取引先の内容をどのように確定するかについて明確な基準を設けることが困難であるという理由で、見送られることになった。

そこで第2の方式として、独立性を実質的に判断する方式が考えられる。すなわち、モニタリング目的を実際に達成できる人物であるか否かをより個別・具体的に判断すべきであるとの考え方になる。しかし、このような実質基準の問題点は、その判断がどのようにしてなされるのかであり、現実問題としては大変困難な作業となる⁴⁹⁾。

そうすると、解決策としては、第1の方式と第2の方式とを組み合わせる方式が妥当ではないかと考えられる。すなわち、まず形式的・画一的判定基準を設けて、形式的・画一的な基準では独立性を判断できない場合には、独立性の有無の実質的な判断を企業に委ね、その判断基準を開示させる方式である。例えば、重要な取引先かどうかについて、取締役会が基本的な判断基準を決定させることにして、それを事業報告書で開示させ、それとともに、参考書類で、個別具体的な人についての開示をさせて議案を提出するという形にするのも、1つの考え方であろう⁵⁰⁾。

(4) 監査・監督委員会設置会社制度

取締役会の監督機能を充実させる観点からすれば、監査・監督委員会設置会社制度の創設は、確かに現行の監査役会設置会社より前進している。しかし、監査・監督委員会には、指名委員会および報酬委員会の義務付けがないことから、委員会設置会社に比べると、ガバナンスの後退といえる。経営の監督とは、経営者の経営の業績を評価し、その評価を当該経営者の人事および報酬に反映させねばならないのである。監査・監督委員会設置会社制度は、監査・監督委員会の過半数が社外取締役であることを義務付けられ、監査・監督が強化されていたようにみえるが、しかし、取締役会レベルで社外取締役を強制せず、また、監査・監督委員会には人事権および報酬決定権がないため、監督機能の重要な部分において大きく欠けることといえるのであろう。

また、監査・監督委員会設置会社制度は、会社の定款の定めにより、会社の選択に委ねられている任意制度である。すなわち、監査役会設置会社のままでいたい会社は、監査・監督委員会設置会社制度を採用しないでいけばよいのである。それがこの制度の創設に強い反対意見のない所以でもある。しかし、これでは、また採用されることのない制度が増えるだけとなってしまうであろう⁵¹⁾。

四　む　す　び

現行会社法の下で、公開会社である大会社の場合では、選択可能な機関構成が監査役会設置会社および委員会設置会社に限定されている。監査役会設置会社のガバナンスの特徴は監査を中心とするが、監査制度自体に限界がある。委員会設置会社は経営者が自分の人事および具体的報酬額を決定する権限を奪われることになるのを嫌がっているため、普及しない。

それについての対処法として、会社法制部会は、所有と経営が分離している会社の株主に代わって、経営者の経営行動を十分に監督できる独立性のある社外取締役を活用して、取締役会の監督機能を充実しようという目的から会社法

制の見直しの検討を始めた。しかし、現状を極力変えたくない利害関係者の意見を考慮し、まとめられた取締役会の監督機能に関する要綱案は、社外取締役の選任義務化の代わりに、社外取締役を置かない場合の説明義務となり、また任意制度としての監査・監督委員会設置会社制度を創設することになった。取締役会の監督機能を発揮させるためには、独立性を有する社外取締役の数を過半数にしなければならないという観点からすれば、要綱案の立場は、日本の会社における取締役会のあるべき姿、目指すべき方向性を明確に示したものとはいえないと評価⁵²⁾ されても仕方がないように思われる。

日本の立法におけるパワーバランスおよび諸般の状況を前提とすれば、要綱案の立場は、やむをえないと考えられる。しかし、様々な利害関係者間の妥協点を探ることに配慮するあまり、あるべき企業統治の基本理念・方向性が、極めて曖昧なものになってしまった。会社法が、ガバナンスの中核をなすべき取締役会のあり方について、経営者に広く選択権を認めるのは妥当でない。会社法自体が、その目指すべき企業統治のあり方を明示するとともに、そのガバナンスの基本的枠組みを法ルールとして明確に定めるべきであろう⁵³⁾。

注

- 1) 法務省民事局参事官室「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」商事法務 1952号 19頁 (2011年)。
- 2) 中間試案および補足説明の全文については、商事法務 1952号 (2011) 参照。
- 3) 要綱案の全文については、商事法務 1973号 13-31頁 (2012)。
- 4) 会社法制見直しの背景や具体的な問題等については、岩原紳作「会社法改正の主要論点に係る概要説明」監査役 600号 19-26頁 (2012年)。
- 5) 江頭憲治郎『株式会社法 (第4版)』292頁 (有斐閣, 2011年)。
- 6) 野田博「会社の業務執行と取締役会による監督の制度的仕組み」法学教室 374号 27頁 (2011年)。
- 7) 江頭・前掲 (注5) 358頁。
- 8) 落合誠一『会社法要説』120頁 (有斐閣, 2010年)。
- 9) 社外監査役とは、監査役に就任する前にその会社または子会社の取締役・会計参与・執行役・使用人となったことがない者をいう (会社法 2条 16号)。

- 10) 会社法では監査役会がない監査役にもこの監査役の選任に関する同意権と選任の議題および議案の提出請求権が認められる。
- 11) 矢沢惇「監査役職務権限の諸問題（下）」商事法務 696 号 3 頁（1975）。
- 12) 関俊彦『会社法概論 [全訂版]』292-293 頁（商事法務，2007 年）。
- 13) 落合・前掲（注 8）125 頁。
- 14) 2002 年商法改正による導入時の正式名称は「委員会等設置会社」であるが、以下では、現行会社法の用語法に合わせて「委員会設置会社」の語で統一して表記する。
- 15) 江頭憲治郎『会社法の基本問題』324 頁（有斐閣，2011 年）。
- 16) モニタリング・モデルの取締役会は、業務執行の監督機関である。江頭・前掲（注 5）360 頁。
- 17) 江頭・前掲（注 5）512 頁。
- 18) 始関正光「平成一四年改正商法の解説 [V]」商事法務 1641 号 20 頁（2002 年）。
- 19) 東京証券取引所『東証上場会社コーポレート・ガバナンス白書 2011』15 頁図表 15 参照。
- 20) 大杉謙一「取締役会の監督機能の強化 [上]—社外取締役・監査役制度など」商事法務 1941 号 18-19 頁（2011 年）。
- 21) 川濱昇「取締役会の監督機能」森本滋＝川濱昇＝前田雅弘編『企業の健全性確保と取締役の責任』28 頁（有斐閣，1997 年）。
- 22) 豊田祐子「第 5 章 独立取締役をめぐる主な論点」落合誠一＝太田洋編著『会社法制見直しの論点』114 頁（商事法務，2011 年）。
- 23) 日本取締役協会『独立取締役ハンドブック』138 頁（中央経済社，2010 年）。
- 24) 和田宗久「公開株式会社に関するガバナンス制度の変遷と課題」稲葉威雄＝尾崎安央編『会社法史から読み解く会社法の論点』92 頁以下（中央経済社，2008 年）。
- 25) 阿南剛＝二井矢聡子『会社法改正中間試案 Q&A』19 頁（中央経済社，2012 年）。
- 26) 大杉謙一「取締役会の監督機能の強化 [下]—社外取締役・監査役制度など」商事法務 1942 号 23 頁（2011 年）。
- 27) 太田洋「第 6 章 委員会設置会社の機関設計の柔軟化と「監査・監督委員会」設置会社」落合誠一＝太田洋・前掲（注 22）128 頁。
- 28) 江頭・前掲（注 15）325 頁。
- 29) 江頭・前掲（注 5）519 頁。
- 30) 大杉・前掲（注 26）22 頁。
- 31) 太田洋「大杉論文へのコメント コーポレート・ガバナンスおよび経営支配権争奪の規制関係を中心に」金融・商事判例 1322 号 15 頁（2009 年）。
- 32) 太田洋・前掲（注 31）15 頁。
- 33) 岩原紳作「監査役制度の見直し」前田重行＝神田秀樹＝神作裕之編『（前田庸先生喜寿記念）企業法の変遷』23 頁（有斐閣，2009 年）。
- 34) 落合誠一「「会社法制の見直しに関する中間試案」の基本的論点」商事法務 1965 号 26

- 頁（2012年）。
- 35) 落合誠一「独立取締役の意義」新堂幸司＝山下友信編『会社法と商事法務』229頁（商事法務，2008年）。
- 36) 法制審議会会社法制部会第4回会議議事録34頁（田中幹事発言）<http://www.moj.go.jp/content/000054772.pdf> 参照。
- 37) 法制審議会会社法制部会第21回会議議事録1頁（塚本関係官の説明）<http://www.moj.go.jp/content/000100831.pdf> 参照。
- 38) 阿南剛＝二井矢聡子・前掲（注25）24頁。
- 39) 法制審議会会社法制部会第21回会議議事録22頁（宮崎関係官の説明），前掲（注37）参照。
- 40) 法制審議会会社法制部会第21回会議議事録28頁（伊藤（雅）委員発言），前掲（注37）参照。
- 41) 坂本三郎「会社法制に関する近時の動向」商事法務1954号37頁（2012年）。
- 42) 野田博「取締役会の監督機能の充実と法の役割－社外取締役選任の義務付けおよびその要件の見直しを中心として」監査役598号37頁（2012年）。
- 43) 落合・前掲（注34）26-27頁。
- 44) 落合誠一「会社法制見直し中間試案の『取締役会の監督機能』」MARR209号37頁（2012年）。
- 45) 法制審議会会社法制部会第21回会議議事録2頁（静委員発言），前掲（注37）参照。
- 46) 野田・前掲（注42）41頁。
- 47) 落合・前掲（注44）37頁。
- 48) 落合・前掲（注35）233頁。
- 49) 落合・前掲（注35）233-234頁。
- 50) 法制審議会会社法制部会第21回会議議事録28-29頁（中東幹事発言），前掲（注37）参照。
- 51) 落合・前掲（注34）29-30頁。
- 52) 落合・前掲（注34）28頁。
- 53) 落合誠一「第1章 会社法制見直しの基本問題」落合誠一＝太田洋・前掲（注22）9頁。

* 本稿は、平成22年度松山大学特別研究助成による成果の一部である。脱稿日：平成24年8月31日。