

企業統治と監査役制度の活性化

高 橋 均*

- I. はじめに
- II. 監査役制度の変遷
- III. 監査役の役割と実態
- IV. 監査役の役割の明確化
- V. 監査役制度の見直し
- VI. おわりに

I. はじめに

わが国の監査役は取締役の職務執行を監査する会社機関である（会社法381条1項）。監査役は株主総会で選任される（会社法329条・341条）が、当該会社の取締役や使用人を兼務できないこと（会社法335条2項）、監査役報酬等は定款または株主総会の決議で定めなければならないこと（会社法387条1項）など、経営からの独立にも配慮した法制度となっている¹⁾。

監査役は、取締役の職務執行の監査を通じて、取締役の法令・定款違反を監視・検証し、ひいては企業不祥事を未然に防止する役割を担っている。監査役が持つ、かかる重要な位置付けの観点から、「上場会社等における戦後の機関に関する改正の歴史は、監査役制度の強化の歴史」²⁾であった。すなわち、節目の商法改正の中で、監査役の権限・任期等の強化の立法化が行われ、監査役の地位の向上が図られてきた。その中で、平成13年の商法改正（法149号）においては、

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第8巻第1号2009年3月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院国際企業戦略研究科経営法務専攻博士後期課程修了

- 1) 他には、監査役の解任は特別決議によること（会社法343条4項・309条2項7号）、監査役選任議案の提出についての監査役（会）の同意権（同343条1項・3項）、監査役選任を議題とすることおよび議案を提出することの請求権（同343条2項・3項）、監査役の選任・解任・辞任の場合における監査役の意見陳述権（同345条4項・1項・2項）、監査費用の請求（同388条）、監査役設置会社における社外監査役の半数要件（同335条3項）がある。
- 2) 江頭憲治郎『株式会社法（第2版）』466頁（有斐閣、2008年）。

監査役の選任に関する監査役会の同意権・議案提案権の新設、監査役の辞任に関する意見陳述権の新設、監査役の任期の4年への伸長、監査役会設置会社の社外監査役の員数増加と社外要件の厳格化等、コーポレート・ガバナンスの一環³⁾として監査役制度の機能強化策が図られ⁴⁾、会社法でも継承されている。

一方において、監査役の地位向上が図られたにもかかわらず、監査役の機能について否定的な見解も多い⁵⁾。これは、依然として企業不祥事が後を絶たず、その歯止めがかかっていないと考えられていることが大きな原因であろう⁶⁾。企業不祥事の防止に向けて、日々努力している監査役も多数存在するものとは思われるが、ほとんどの会社において、事業年度の監査活動結果が、株主総会の株主招集通知に添付される簡素な監査役（会）監査報告によってのみ開示されている現状を考えると、監査の実効性が確保されているのか、株主等の外部からの評価は困難である。また、企業不祥事が発生しても、監査役が監査の視点から説明責任を果たすことも、その責任を問われることもほとんどなかった⁷⁾。

他方、会社法では、買収防衛策や内部統制システムの基本方針の相当性の評価を監査役（会）報告に記載すること（会社法施行規則129条1項5号・6号）、また、株主代表訴訟の提訴請求に対して、監査役が調査した上で、提訴請求株主等に対

-
- 3) コーポレート・ガバナンスについて、森本教授は「公開会社の経営者支配現象を前提に、健全かつ効率的な会社経営を確保する経営コントロールないし経営チェックシステムを構築し、その効果的な運用を確保する法的実務問題の総称である」と定義している。その上で、経営コントロールないしチェックとして、①適法性のチェック、②利益相反（忠実義務のチェック）、③妥当性ないし効率性のチェック、の三種類を挙げている。森本滋「コーポレート・ガバナンスの中の監査役」監査522号12頁（2007年）。
 - 4) 当時の日本監査役協会会長も、「監査役としては、法律上ほぼ完全に手当てをしていただいた」との認識を持っていた。吉井毅「日本の監査役制度」商事1694号7頁（2004年）。
 - 5) 森本滋＝岩原紳作ほか「平成14年商法改正と経営機構改革（中）」〔岩原発言〕商事1652号9頁（2003年）、江頭・前掲注2）466頁。
 - 6) もっとも、監査役監査を通じて、未然に不祥事を防止している事例が多々あるのも事実である。しかし、発生した不祥事に対して、社長等、執行部門が謝罪をする際に、監査役から監査の観点からの原因や問題点を説明・公表する実態がないことも原因にあるように思われる。
 - 7) 監査役に対する損害賠償請求が認容された数少ない事例として、「興人事件」（東京地判昭和52・7・1判時854号43頁）、「大和銀行株主代表訴訟事件」（大阪地判平成12・9・20判時1721号3頁、本件は最終的に和解）、「ダスキン株主代表訴訟事件」（大阪高判平成18・6・9判タ1214号115頁、最判平成20・2・12）等がある。

して、不提訴理由書通知制度が明定されたこと（会社法847条4項）は、監査役の適法性監査限定論⁸⁾から、一步踏み出した規定ぶりになったものと解することもできる⁹⁾。この点を進めれば、定款自治の下で、第三者割当増資や買収防衛策等が株主総会ではなく取締役会において決議・決定することが可能となったために、株主と経営者の対立する場面において、今後、新たに監査役が調整する機能を持つ余地もあるかもしれない。

企業価値向上の必要性が主張されることが多いが、企業価値には、単に企業収益の増大と持続的な企業成長に限定されず、企業不祥事防止のための内部統制システムの体制整備、更には株主と経営者との適切な利害調整なども含んだ上で、株主や投資家等のステークホルダーから広く支持される企業経営が求められている。このような中で、コーポレート・ガバナンスの一翼を担う監査役による監査が「監査役の人事権が事実上、取締役会ひいては社長に掌握されている限り十分に機能しえない」¹⁰⁾との見解に甘んじているわけにはいかないであろう¹¹⁾。

それでは、ドイツの監査役会制度のように、監査役会が取締役の選任・解任権を持つ立法化が必要なのであろうか。あるいは、現行法による監査役の選任同意権を監査役自身による選任決定権に変更すれば、問題は解決するのであろうか。

-
- 8) 適法性監査限定論の主な根拠は、取締役会が持つ合目的・能率的な経営方針の決定を妨害すること、妥当性監査まで拡大することは、監査役に困難すぎる任務を強いることなどが挙げられている。矢沢惇「監査役職務権限の諸問題(下)」商事696号3～4頁(1975年)、同旨、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻(第3版)』304頁(有斐閣、1992年)、また、決定権限も責任もない監査役が業務執行の不当を云々するのは監査権限を逸脱する点からの主張としては、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法(第3版)』314頁(有斐閣、1994年)、龍田節『会社法(第6版)』124頁(有斐閣、1998年)がある。他方、適法性の範囲に限る旨がないことなどを根拠として、妥当性監査まで及ぶとする説もある。田中誠二『3全訂会社法詳論(上)』723～724頁(勁草書房、1993年)。更に、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から、監査役が妥当性監査まで可能かという一般命題を設定すること自体に疑問であるとの意見もある。関俊彦『会社法概論』318頁(商事法務研究会、1994年)、同旨、河本一郎『現代会社法(新訂第8版)』434～435頁(商事法務研究会、1999年)。適法性監査限定論と妥当性監査拡張論の対立は、神学論争とまで言われて、長らく見解が分かれていた。
- 9) 前田庸『会社法入門(第11版補訂版)』496～497頁(有斐閣、2008年)、結果としては同旨、弥永真生『コンメンタル会社法施行規則・電子公告規則』731～736頁(商事法務、2007年)。監査役が取締役の善管注意義務違反の有無を監査することは、実質的に妥当性監査をすることとほとんど変わらないとの意見としては、神田秀樹『会社法(第8版)』210～211頁(弘文堂、2008年)がある。

短期的な実現の可能性も含め、問題はそれほど簡単ではないように思われる。

他方で監査役制度の実効性が確保されずに放置され、そのことが不祥事発生を含めた自律的な会社運営の欠陥であるとの評価に至れば、グローバル競争に晒されている日本企業は、海外の投資家からの信頼を失うことにつながる可能性もある。したがって、わが国固有の制度といわれる監査役制度について、企業統治の観点から、その実効性確保に向けた課題を整理し、検討を行うことは意味があると考えられる。

以上のような認識に基づき、本稿では、現行の監査役制度の課題を確認するとともに、監査役制度の活性化について、制度運用論および立法論の両面から今後の方向性について具体的に検討する。

II. 監査役制度の変遷

まず、わが国に監査役制度の変遷について、ドイツの監査役会制度との比較を含めて簡単に概括する¹²⁾。

1. 戦前の監査役制度

わが国の監査役制度は、戦前の商法の中に既に規定されていた¹³⁾。すなわち、

-
- 10) 久保利英明「社外役員制度と株主代表訴訟の現状」久保利英明ほか『日本型コーポレート・ガバナンス』165頁（日刊工業新聞社、1998年）、同旨、浜田道代「企業倫理の確立と監査役・株主代表訴訟制度」ジュリ1123号115頁（1997年）。この問題は、監査役取締役会からの独立性への疑問ともなる。中島弘雅「民事手続法の観点からみた株主代表訴訟」ジュリ1191号12頁（2000年）、同旨、岩原紳作「株主代表訴訟の構造と会社の被告取締役への訴訟参加」竹内昭夫編『特別講義商法I』234～235頁（有斐閣、1995年）。言い換えれば、監査役会が監査役についての人事権を持つことが、監査役の本来の機能を発揮できるという主張につながる。奥島孝康編『コーポレートガバナンス』[奥島発言] 29頁（金融財政事情研究会、1996年）。
 - 11) 企業経営者のコーポレート・ガバナンスの確立等を評価する主体として、監査役監査自体が実質的に機能していることを確保しなければならないのである。経済産業省企業行動の開示・評価に関する研究会「コーポレート・ガバナンス及びリスク管理・内部統制に関する開示・評価の枠組みについて」56頁（平成17年8月公表）。
 - 12) ドイツの監査役制度と日本法への継受について詳細に解説したものとして、西山芳喜『監査役制度論』24～45頁（中央経済社、1995年）がある。
 - 13) わが国の監査役制度の歴史の変遷、特に戦前の状況を解説したものとして、山村忠平『監査役制度の生成と発展』49～76頁（国際書院、1997年）がある。

監査役は取締役と同様に株主総会で選任され、その主たる業務は、会社の財産および取締役の職務執行の監査、取締役が株主総会に提出する計算書類等の調査・報告であった（明治32年商法181条・183条・190条）。もっとも、現行法と異なり、監査役の調査権が及ぶ範囲は、株主総会に提出される書類に限定されていた。

他方において、戦前の監査役制度は、監査役は取締役からは独立した会社機関というよりも、取締役を補完する位置付けと思われる規定がある。例えば、①会社と取締役の利益相反取引の局面において、監査役に取引の承認権が付与されていること（同176条）、②会社と取締役との間の訴訟において、監査役が会社を代表することを原則とすること（同185条1項）、③取締役の中に欠員が生じた際には、取締役と監査役の協議により、監査役の中から一時取締役の職務を代行する者を定めることができること（同276条1項但書き）、などである。これらの規定は、監査役に対して、取締役に代替する権限の一部が付与され、一定の事項については、監査役が取締役を代行する業務執行権限が認められていたということができよう。

もっとも、わが国が当初参考にしたとされるドイツの監査役会制度は、監査役が株主総会で選任される一方で、監査役会が業務執行機関である取締役を選任・解任する権限が付与されており、取締役への監督機能が強化された制度設計となっていた点で大きく異なっていた¹⁴⁾。ドイツの監査役会制度は、株主の負託を受けた監査役が株主を代表して取締役を監督する上下の関係となっているのに対して、わが国の監査役制度は、監査役に部分的な業務執行権限が認められていたものの、業務執行を担う取締役と並存した構造となっていたわけである。

なお、明治32年商法においては、監査役の任期は1年であったが、明治44年の商法改正では、2年以内に伸長された。

2. 戦後の監査役制度の変遷

戦後の昭和25年商法改正においては、アメリカ型の株主権の拡大や取締役会

14) もっとも、ドイツにおいて取締役員の選任を監査役の権限としたのは、1937年の株式会社法であることから、明治32年（1899年）の商法制定にあたって監査役に取締役の選任権を定めなかったのは当然であるとの意見がある。山村・前掲注13)27～28頁。

制度改革の中で、監査役の権限は会計監査に限定された¹⁵⁾。すなわち、戦前、監査役に付与されていた業務執行に対する監査権限、監査役による取締役の職務代行権限は廃止されるとともに¹⁶⁾、取締役と会社との間の利益相反取引の承認権限や訴訟における会社の代表権限は、取締役に移行された（昭和25年商法261条ノ2、265条）。また、監査役と取締役との兼任禁止が規定され（同276条）、取締役と監査役が並存しつつも、監査役が取締役を補完するという構造はなくなった。更に、監査役の任期は1年に短縮された。

しかし、昭和40年の山陽特殊製鋼の粉飾事件等を契機に、監査役制度の強化の機運が高まり、以後強化が図られてきた。

昭和49年商法改正においては、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律（商法特例法）が制定され、資本の額が1億円以下かつ負債総額200億円未満である小会社以外の会社については、監査役に対して会計監査権限に加えて業務監査権限が復活した（昭和49年商法274条1項）¹⁷⁾。また、子会社調査権の付与（同274条ノ3）、監査役の任免について株主総会での意見陳述権の付与（同275条ノ3）、大会社および中会社の場合に、監査役が会社と取締役間の訴訟を代表する権限の復活が行われた（同275条ノ4）。更に、監査役の任期は、1年から2年に延長された。

昭和56年商法改正においては、監査役の地位の独立性の強化に焦点を当てた改正が行われた。具体的には、監査役の報酬を株主総会決議により定める等の監査役報酬規定の創設（昭和56年商法279条）、監査費用に関して会社に対する請

15) 会計監査に限定された理由は、取締役の業務執行を監督することは無理であり、業務監査の権限が、従来十分に行使されなかったことが要因のようである。上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』[北沢正啓] 432頁（有斐閣、1987年）。

16) 昭和25年の改正により、監査役の職務権限が会計監査に限定されたことが原因であると説明されている。大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』320頁（有斐閣、1951年）。

17) 業務監査権限が復活したのは、特に資格制限をしていない監査役に、専門的な知識を要する会計監査だけを行わせるのは無理であり、業務監査こそが監査役が行うのに相応しいというのが理由である。もっとも、業務監査権限は、戦前の監査役の業務監査の権限のように妥当性にまで及ぶのではなく、適法性に限定されるというのが通説となった。これは、戦前の監査役が取締役の業務執行を代行する権限が認められていたのに対して、戦後は取締役会が妥当性を判断する役割を持ったからである。上柳ほか編・前掲注15) [北沢正啓] 433頁・[竹内昭夫] 442頁。

求権の創設（同279条ノ2）により、業務執行部門から、監査役の報酬や監査費用の面による監査上の制約を受けないような配慮がなされた。また、大会社については、複数監査役制度および常勤監査役制度の創設（昭和56年旧商法特例法18条1項・2項）により、監査役監査の実効性向上を目的とする制度改定がなされた。

平成5年の商法改正においては、監査役の権限を更に強化するために、監査役の任期を2年から3年に伸長する（平成5年商法273条1項）とともに、大会社については、監査役の員数を3人以上とし、その内1人以上を社外監査役とした（平成5年旧商法特例法18条1項・2項）。更には、組織的な監査を実施するために、監査役会を設置することが規定された（同18条の2）。

平成13年12月の商法改正では、コーポレート・ガバナンスの観点から、監査役制度の一層の強化が図られた。具体的には、監査役の取締役会出席義務および意見陳述権（平成13年商法260条ノ3第1項）、監査役任期の4年への伸長（同273条1項）、監査役の辞任に関する意見陳述権（同275条ノ3ノ2）、大会社に関する社外監査役の社外要件の厳格化¹⁸⁾（平成13年旧商法特例法18条1項）、取締役の責任軽減議案への同意権（平成13年商法266条9項）、取締役会決議による取締役の責任軽減を認める定款変更議案および取締役会決議への同意権（同266条13項）、社外取締役責任軽減を認める定款変更議案への同意権（同266条21項）、監査役の責任軽減規定（同266条5項・7項・8項・10項・11項・12項・14項・15項・16項・同280条1項）、株主代表訴訟における被告取締役に会社が補助参加することの同意権（同268条8項）が規定された。

平成18年5月から施行された会社法においては、それまでの規定が引き継がれた上に、定款自治による会社機関設計の自由度が増したことに伴い、監査役は、すべての会社で会計監査権限と業務監査権限を原則的に持つことができることとなった。また、株主代表訴訟に関して、提訴請求を受けた監査役は、当事者から請求があった場合には、不提訴理由書による通知が義務付けられた（会社法847

18) 社外監査役の要件は、従来は「就任前5年間会社またはその子会社の取締役または支配人その他の使用人でなかった者」となっていたが、5年間要件が削除された（旧商法特例法18条1項）。このために、当該会社の出身者は社外監査役の要件から除外された。

条4項)。不提訴理由書制度は、株主代表訴訟における監査役の調査期間を実質的に意味のあるものとするとともに、取締役を提訴するか否かについて、監査役が取締役の業務実態まで踏み込んだ上で判断する観点から、監査役の権限の拡充ともいえるであろう¹⁹⁾。

Ⅲ. 監査役の役割と実態

1. 取締役と監査役の協同性

会社に不祥事が発生し、社会からの信頼を失うと、会社の継続的な発展どころか、会社の存続さえ危ぶまれる²⁰⁾。株主は、株価下落に伴う損失を被り、債権者は、債権の未回収の危険に晒される。したがって、株主としては、取締役に対しては単に経営の専門家としての会社業績の向上のみならず、取締役会を通じた取締役の監視・監督機能を、監査役には取締役の職務執行に対する監査機能を期待して、取締役および監査役を株主総会において選任している。株主と監査役の関係でいえば、監査役は株主の受任者として、取締役の職務執行の監査を通じて、会社の不祥事を防止し健全な企業経営であることを監視する役割を求められているといえよう。

企業不祥事は、企業にとって、社会的な信頼を喪失することにもなりかねない中で、株主の負託に応え、不祥事が発生しない健全でかつ持続的な企業経営を目指す方向性は、代表取締役をはじめとした経営者と監査役との間で同じはずである。特に、わが国においては、社外取締役の導入が途上であり、社外である第三者の視点によるチェック体制が未整備であり、取締役会による取締役への監視・監督機能が実質的にほとんど機能していると言い難い状況下にあっては、監査役による監査機能の役割は、取締役会の監視・監督機能を補完する意味でも、社内

-
- 19) 不提訴理由書制度によって監査役の役割は高まるとの指摘として、江頭憲治郎「新会社法による不提訴理由書制度の導入」監査501号3頁(2005年)がある。また、日本監査役協会の大川博通監査法規委員会委員長(当時)も、「取締役の職務執行に対する監査責任と説明責任を法律的に高めたものであり、大きな意味を有する」と評価している。大川博通「監査役からみた会社法の捉え方」監査506号53頁(2005年)。
- 20) 三井物産の榎田社長は、企業は赤字だけではなく、コンプライアンスの問題でも倒産する可能性がある旨を述べている。第58回監査役全国会議「良質な企業統治体制の確立と監査役の役割」[榎田発言]監査488号19頁(2004年)。

外から見ても本来的には大きなはずである。それにもかかわらず、企業不祥事防止の目的に向けて、取締役と協同的であるはずの監査役の機能が発揮されていないとされているのは、何故であろうか。

この点を解明するアプローチとしては、監査役に取締役に対する解任権がないから等の監査役制度論から結論付ける前に、むしろ、監査役の実効性が上がっていない実態を踏まえた原因を検討することが必要であろう。その上で、実態を克服するための具体的な運用論または立法論を考察することが重要であると考えられる。

2. 監査役監査の実効性が上がらない要因

監査役監査の実効性が上がらない理由として、四つの要因が考えられる。

第一は、監査役の業務監査（以下、「監査役監査」という）に対する効率性と妥当性との対立に起因する問題である。すなわち、不祥事を未然に防止する監査役監査の役割は取締役にとり理解できるものの、監査役監査と企業収益を確保するために必要な効率性とは、短期的には対立する局面となる。例えば、監査役監査の実効性を向上させるために、監査費用や監査役スタッフの員数を増加させることは、会社のコストの点では、直ちにその負担が増加する。経営者は、常にコストパフォーマンスを意識した企業経営を推進している中で、費用対効果の観点からの検討を要すると考える。

他方、企業が法令遵守体制を整備し、内部統制システムが適切に機能するためには、継続的で長期的視点に立った取り組みが不可欠である。代表取締役が不祥事防止を徹底するための通達を出したとしても、速効性があるとは言い難い。企業の特性に応じたリスクを把握し、そのリスクに応じた規程類や組織体等の整備を行い、またリスク管理に向けて役職員全員に周知徹底するなど、長年の地道な企業努力と蓄積が必要である。かかる中長期的な課題として、不祥事防止のために監査役監査の必要性を認識しつつも、その効果が短期的に明示できない中では、四半期毎に収益状況を公表し、株主をはじめとした投資家から常に評価に晒されている経営者にとって、短期的には必ずしも監査役と利害が全面的に一致しているわけではない。また、監査役が適法性の指摘にとどまらず、妥当性の領域まで踏み込んでくることに対しては、意思決定の二重構造として、経営者は強く

警戒しているといつてよいであろう。

このように、不祥事防止という点では取締役と監査役の方向性は一致しているものの、経営の効率性や妥当性が問題となる局面においては、むしろ取締役と監査役は、潜在的に対立している²¹⁾。

第二は、内部監査部門や機能部門と、監査役との職務上の重複感である。会社機関としては、取締役会が取締役を監視・監督する義務があるが、経営者としては、企業不祥事防止のためには、すべての役職員に対して、組織的な対応を整備する必要がある。例えば、環境問題のリスク対応であれば環境部が、知的財産に対する係争の対応には知的財産部が、現場の安全については労働部等、各企業とも多くの機能部門または管理部門を組織化し、対応を図っている。

また、近時、会社法や金融商品取引法によって、内部統制システムが明文化されたことに伴い、多くの会社で、独立の内部監査部門を設置または強化する傾向となっている。内部監査部門は、個別の機能部門や管理部門を束ね、会社全体としてのリスク管理を包括的に管理する部署であり、社長直轄型の組織形態として

いる会社もある。すると、経営トップからみると、社長直轄の内部監査部門が、社内の業務監査を行うことにより不祥事の防止のためのリスク管理を行うことが可能であり、監査役監査に必ずしも頼る必要がなくなるとの意識が生じても不思議ではない。

内部監査部門や機能部門に対しては、経営者が直接に意思命令を下し、自らの意思に基づいて、内部監査要員の増加等の機能強化を行うことができる。他方、監査役は、法的には、経営から独立した会社機関であることから、経営者の意思決定を監査役に直接及ぼすことはできない。業務監査という観点では、内部監査部門監査と監査役監査で、その実質的な内容上の差があるわけではない²²⁾中で、

21) 「経営陣が監査役に対して抱く不信を払拭するには、企業経営の効率化の実現において経営陣と歩調がそろっていることしかない」(永野周志「監査役の実験からみた監査役制度のあり方」商事1535号29頁(1999年))との主張も、経営陣の効率化の志向と監査役の実験の対立軸が念頭にあるものと思われる。

22) 法理論的には、監査役監査は、会社の正式な機関として取締役の職務執行を監査するのに対し、内部監査部門は、会社法上の会社機関ではない任意の組織であり、その監査対象は、法令上特に規定はない点で、両者には明確な相違がある。しかし、監査活動という実務的観点からは、両者に明確な差があるわけではない。

会社経営者にとって使い勝手のよい内部監査部門や機能部門を利用するのは、ある意味で当然のことであろう。

第三は、監査役の社内の位置付けである。社長は、必然的に情報が集約されるのに対して、監査役は、自ら情報収集のために行動しなければならない。およそ、組織を動かすための最大の武器は、人事権と予算決定・実行権である。この点で、代表取締役社長は、社内で最大の権力者である。また、事業部の長である取締役も多くの権限が集中している。従業員にとっては、取締役に情報を上げ、必要に応じて相談したり決定を仰いでいくことにより、自らの組織を運営しその職務を遂行しているのである。

他方、監査役は、会社内において人事権も予算決定・実行権も存在しない。会社法上は、取締役は、会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実を発見したときは、直ちに、当該事実を監査役（監査役会設置会社においては、監査役会）に報告しなければならない（会社法357条）。しかし、「著しい損害を及ぼすおそれ」の程度については、取締役が判断することであり、まして、一般従業員が監査役に日常的に報告することは、現実的には定着した業務とはなっていない。また、従業員にとってみれば、監査役に報告しても、監査役は意見表明を行うことができても、直接的に関係する部署に対して、指揮命令を下し改善を行うことはできないため、直接のメリットを実感することは稀である。すなわち、監査役は、リスクの未然防止に向けた意見表明は可能であるが、未然防止のために、執行部門に対して、人や資金の手当てなどによる直接の権限の行使はできないのである。

監査役には、取締役の違法行為差止め請求権が付与されている（同385条1項）が、取締役が法令・定款に違反する行為により会社に著しい損害が生ずるおそれを判断するためには、基本的には、監査役が自ら情報収集をしなければならない。定例的に実施される監査役監査の場において、監査役は各取締役に対して、法令・定款違反の事実やそのおそれがないか確認するものの、日々の経営上のリスクについて、定例的な監査役監査で新たに発見されることは、極めて稀である。監査役は、重要会議の出席、資料の閲覧および個別調査によって不祥事を発見し、不祥事の程度によって取締役に改善策を求め、改善がみられない違法行為に対しては、取締役の違法行為差止め請求権を行使することになる。

しかし、取締役は、会社に著しい損害が生ずるおそれを発見したとしても、自らの責任の下で、損害のおそれが現実の損害とならないように、改善に向けて全力を尽くすのが通常である。したがって、監査役が自らの監査活動によって情報収集の努力を怠れば、監査役に報告が上がるのは、取締役の法令・定款違反により会社の重大な損害が発生した後である場合、またはマスコミに報道される可能性が高まった時点である可能性が強い。すなわち、監査役が取締役への違法行為差止め請求権を行使しようとする際には、既に不祥事が発生していることが圧倒的に多く、実際に監査役がその権限を行使する局面は、実務的には極めて少ないものと考えられる。

第四は、監査役の独立性に関してである。監査役の解任決議は、特別決議によること（同309条2項7号）、監査役の報酬は、取締役とは別に株主総会の決議で決定すること（同387条1項）、監査役が請求した監査費用について、基本的には会社は拒否できないこと（同388条）などの規定により、法的には、監査役は会社執行部門からは独立した地位にある。しかし、常勤監査役の多くは、社内から登用されており、同じ社内において、日常的に従前の上司、同僚および部下と接している中で、法的な独立性は保有されたとはいえ、心理的な独立性を確保することは容易ではないものと想像できる。監査役の解任は株主総会の特別決議を要することや、監査役の報酬は株主総会の決議で決定されるという独立性確保のための規定は、監査役が不当に解任されたり、報酬の面で会社側から不利な扱いをされないための地位保全のためであり、監査役が、監査役監査活動の中で、解任や報酬面で独立性を確保されていることを意識して、取締役の職務執行の監査を取締役に遠慮なく実行することとは、全く別次元の問題である。

取締役の違法性が極めて高く、その行為を見逃すことにより、監査役としての任務懈怠責任が問われる可能性が高い場合を除けば、監査役が、特に予防監査の段階で、取締役や従業員の責任を会社執行部門に先立って追及することは、かなりの決断であるように思われる。

以上にみられるとおり、確かに、企業不祥事を防止するという目的においては、会社経営者と監査役の方向性は一致している。しかし、経営の効率性を含めた妥当性の問題の対立、業務監査という性格上から内部監査と監査役監査の境界の不

明確性、監査役監査を実施する環境と精神的な独立性等を勘案すると、監査役が監査の実効性を高め、社内外から本来期待されている役割を全うすることは、実は、現実的には容易なことではないといえよう。

IV. 監査役役割の明確化

監査役制度を考察するにあたっては、監査役監査の役割を再確認した上で、実効性のある制度設計をしなければならない。そのためには、現行の課題を踏まえて、監査役の役割を明確化する必要があろう。

1. 経営トップの監視および内部統制システムの確認・評価

第一の役割は、取締役の職務執行の監査を通じて取締役の暴走を防ぐとともに²³⁾、不祥事防止にむけた内部統制システムの構築の適正性と適切な運用を確認・評価することである。

企業不祥事防止に向けて、内部統制システムを構築し、適切に運用することが求められる中、経営者は、その責任の下で、内部統制システムを強化する方向に益々進むであろう。すると、監査役監査が不祥事防止のために、監査項目や監査の方法を精緻化すればするほど、内部監査部門との重複感がでてくる。内部監査部門と監査役監査による業務監査の重複感は、監査対象部門にとっては大きな負担となり、経営からみても効率性を阻害し、むしろ形式的な監査対応となる危険性もある。そこで、企業不祥事防止という一般的な概念ではなく、監査役は、取締役、特にトップである代表取締役社長による暴走を未然に防止すること、内部統制システムの整備状況を確認・評価することに特化する業務監査の運営を行うことが考えられる。日常的な不祥事の未然防止については、内部監査部門の業務

23) 監査役権限は、商法時代から「取締役の職務の執行を監査する」(旧商法274条1項・会社法381条1項)となっていたが、「業務執行」ではなく「職務執行」という文言を使用したのは、新株発行についての取締役会の決議のように狭義の業務執行に属しないものも、取締役の職務執行とする限り、監査役監査の対象となる趣旨であるとのことである。味村治「株式会社監査制度改正要綱案の解説」商事626号4頁(1973年)、上柳ほか編・前掲注15)[竹内昭夫]442頁。一方、取締役の職務執行ばかりではなく、取締役会の職務執行に及ぶべきことから、この点を法文上明定した方が良いとの主張として、田中・前掲注8)722頁がある。

監査に任せ、監査役は、内部監査部門の監査の状況や結果等について、内部監査部門担当役員から状況報告を受けるとともに、事業部門や現場の工場等によるモニタリングを通じて、内部統制システムの整備状況を評価するわけである。

また、内部監査部門は、取締役の意思命令によって業務を行っているために、取締役の違法行為等を直接指摘したり改善要望を行うことは、組織の性格上馴染まない。他方、監査役は、取締役の職務執行を監査することを職務とすることから、経営トップをはじめとした取締役の直接の違法行為および任務懈怠義務違反に注視した監査活動を行うこととするのである。企業不祥事は、経営トップの暴走に歯止めをかけられなかったことを理由とする場合に加え、経営トップの不作为を原因とする場合も多い。したがって、監査役は、経営トップが直接関与したり、認知または認知すべきであるのに放置している場合について監査活動を通じて察知し、監査役の権限を行使することが大きな役割である点を再認識すべきである。仮に、配下の役職員の不祥事に対して経営トップや取締役が不知であること、または不作为の行為の場合も、内部統制システムの整備の観点から、その責任追及の有無をきちんと調査し判断することが監査役の役目である。したがって、社内の調査委員会や懲罰委員会については、重要会議への出席として直接係るか若しくは監査役が自ら調査することも必要である。このような対応が事前に行われていれば、監査役に対して株主から取締役の責任追及の提訴請求があったとしても、監査役の考慮期間である60日間に対して、余裕を持って対処できるはずである。言い換えれば、株主からの取締役に対する提訴請求がなされた時点で、株主による誤解や思い込みの場合は別にして、監査役がはじめて取締役の責任有無を判断するような事実を認識したとしたら、監査役としての職務を全うしているとはいえないであろう。

2. 株主と経営者との利害調整

第二は、株主と経営者との間の利害調整の役割である。買収防衛策をはじめ、第三者割当増資、取締役に対する損賠賠償請求など、株主と経営者である取締役との間で利害が直接的に対立する事案が増加してきている。特に、会社法施行以降は、定款自治の下で、取締役会の権限を強化したために²⁴⁾、株主を無視した取

取締役会決議が行っているとの批判もあり得るだろう。例えば、買収防衛策の発動にあたり、株主総会での承認を得ないで取締役会での決議で足りるとした買収防衛策の導入を総会議案とした会社では、外国人投資家をはじめとした議案反対が多くなされた²⁵⁾。このように、株主・資本市場と経営・執行現場との意見の衝突が顕在化している場面において、経営・執行から独立した機関として株主から選任されている監査役が、株主・資本市場と経営・執行現場との調整機関としての役割も期待されている。すなわち、会社の所有者たる株主と会社経営者との対立の構図の中で、取締役会決議か株主総会決議かの二者択一的な議論ではなく、監査役が広くステークホルダーの利益を踏まえて、株主・資本市場と経営・執行現場との調整機能を積極的に果たす時期にきているのではなかろうか。そして、内部統制システムや買収防衛策の基本方針については、監査役が監査役(会)監査報告の中で評価を行う旨の規定(会社法施行規則129条1項5号・6号、130条2項2号)があり、実質的に妥当性の監査まで踏み込んでいることから、監査役が評価する項目の対象範囲を拡大することは検討に値しよう。ただし、経営の二元化構造による混乱を避けるために、第三者割当増資、取締役の責任、経営者による内部統制報告書の妥当性など、具体的項目の限定を考慮すべきである。

V. 監査役制度の見直し

監査役は、取締役に対する監視を強め、かつ内部統制システムの整備を監査すること、一方で、株主と経営者の利害調整を役割とした場合、その実効性確保のために、現行の監査役制度の見直しが必要である。そこで、いくつかの視点に分けて検討する。

- 24) 例えば、組織再編行為の一つである簡易合併における取締役会決議要件の緩和や、配当についても、株主総会での承認ではなく定款変更を行った取締役1年任期の会社は、取締役会決議で実施できるようになった。
- 25) 買収防衛策の導入の当初は、取締役会の決議のみで発動できるとした会社が多かったが、経済産業省と法務省は、買収防衛策は、その導入に際して、目的、内容等が具体的に開示され、かつ株主の合理的な意思に依拠すべきであるとして、指針を公表した。指針では、取締役会の決議で導入する場合は、株主の総体的意思によってこれを廃止する手段を設けていることが株主意思の原則に反するものではないとしている。経済産業省＝法務省「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」6頁(2005年5月27日公表)。

1. 経営からの独立性要件の強化と課題

(1) 独立性要件の強化

経営トップ主導の違法行為、あるいは役職員の違法行為を意図的に放置する不作為を防止するためには、監査役が経営トップに対して、遠慮なく率直に助言・改善・勧告等が行うことが不可欠である。しかし、代表取締役が人事権を掌握されている以上²⁶⁾、代表取締役の違法行為や不作為の行為が意図的である場面においては、代表取締役に意見具申することは、現実的には困難であると思われる²⁷⁾。

そこで、株主と経営者の利害対立の調整機能の観点からも、株主・投資家からみて、監査役の独立性要件は、監査役の調整機能の信頼性確保の点で極めて重要な要件であろう。それでは、具体的にどのような方策があるのであろうか。

第一は、監査役(会)のイニシアティブを社外監査役がとる体制の構築が考えられる。すなわち、監査役会設置会社であれば、監査役会議長は社外監査役が就任すること、過半数を社外監査役とすることである。監査役会議長は法定要件ではないが、監査役設置会社の多くは、株主総会終了後の監査役会において、監査役会議長を選任し、監査役会として意見形成を図ったときには、監査役会を代表して、取締役等に意見表明を行う役割がある。また、株主代表訴訟における監査役の調査においても、監査役会議長が主導的に調査指揮をとり、取締役の責任有無の判断を行う場合が多い²⁸⁾。監査役会設置会社でない場合も、執行部門への意見表明等の際には、社外監査役が行うことが考えられる。

監査役会議長への社外監査役の就任や社外監査役の過半数化は、現行法の枠内で可能であり、運用面ですぐにでも対応が可能である。将来は、委員会設置会社の監査委員会等の委員会に倣って、社外監査役の過半数化の立法化も考えられよう。

26) この点は、監査役選任時よりも、監査役後の人事が代表取締役の意向次第と考えられている点で、社内出身監査役の活動の制約になっているように思われる。

27) 自ら監査役就任後の最初の取締役会で質問したところ、出席していた当該担当の常務取締役から暗に将来のためにならない旨の忠告をされたという監査役時代の辛い経験談が紹介されている。森井英雄『新監査役法律と実務』203頁(税務経理協会、2007年)。

28) 社内出身の監査役が監査役会議長となると、案件によっては執行部門時代の直接関わった場合があり、事案と利害関係があるケースも存在し得る。この点からも、社外監査役が議長となった場合には、調査の指揮をとるのに相応しい。

第二は、社外要件の厳格化である。独立性があると評価されるためには、会社とは、利害関係のないことが必要である。会社法における社外要件は、過去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と定められている（会社法2条15号・16号）。しかし、かかる定義では、確かに社外性はあるが、独立性要件としては不十分である。例えば、親会社の役職員が子会社の監査役に就任した場合は、社外監査役扱いとなるが、親子会社の関係では利害関係があるのは明確であり、いわゆる独立性のある監査役とはいえないであろう。また、主要取引先、主要債権者、親族関係者からも、独立性の観点からは除外すべきである²⁹⁾。そして、社外監査役は、その独立性要件を満たしていることを予め株主総会参考書類に開示した上で、株主総会の選任決議を経る手続きを踏むことが考えられる。

代表取締役の学友や同窓生なども、利害関係が全くないとは言いきれないが、厳密な線引きは難しいであろう³⁰⁾。したがって、主要取引先、主要債権者または親族関係者のように客観的な基準によって判断することが現実的である。この点を法令に明記するとともに、株主総会の社外監査役の選任議案の際に、株主に対して社外監査役候補者の属性を明記し、社外要件を満たしていることを前提に選任される流れとなろう。すると、社外監査役の候補者としては、弁護士・公認会計士などの専門職、大学の研究者などの学識経験者、または同じ企業集団や取引先とは異なる実務家が考えられる³¹⁾。代表取締役に対する従属感の呪縛から心理

29) アメリカでは、エンロン事件を受けて初めて連邦法として2002年に成立したSarbanes-Oxley Act of 2002の301条では、①取締役としての報酬以外に、いかなる報酬も当該会社から得ていないこと、②当該会社およびその子会社の関係者でないこと、が規定され、独立取締役 (independent director) の独立要件が強化された。これを受けて、NYSE (NY証券取引所) 上場規則では、近親者が現在または過去3年以内に当該企業の執行役であるといった事実がないなども追加された。太田洋＝佐藤文文「米企業改革法とNYSE・NASDAQ新規則案の概要(上)(中)(下)」商事1639号(2002年)19～30頁、同1640号(2002年)37～46頁、同1641号(2002年)88～100頁。

30) 多額の寄付をしていた大学教授は、当該会社と利益関係があるため、独立取締役としての独立要件を満たしていないとされて判例として、In re Oracle Corp. Derivative Litigation, 824 A. 2d 917 (Del. Ch. 2003)、In re Limited Corp. 2002 WL 537692 (Del.Ch.)がある。オラクル社事件を紹介したものとして、近藤光男「社外取締役の独立性」商事1738号51頁(2005年)、リミテッド社事件を紹介したものとして、行澤一人「株主代表訴訟における会社取締役の独立性の判断基準」商事1822号49頁(2008年)、がある。

的に社内出身監査役が完全に払拭することが困難な現状を考えると、代表取締役と利害関係がない社外監査役に期待することが現実的である。

監査役の権限の強化として、ドイツの監査役会制度に倣って、監査役に取締役の解任権を付与するとの意見もある³²⁾。そのためには、取締役と監査役を株主総会で選任し並列的に設定している現行の会社機関設計の変更を意味し、会社法の抜本的な改正を必要とする。また、仮に、監査役に取締役の解任権を付与したとしても、代表取締役に人事権を掌握され心理的な従属感が存在している中では、取締役解任権を行使することは難しいであろう。したがって、社外監査役に関してその独立性要件を高めるとともに、監査役会議長の選任や社外監査役の過半数化とすることを通じて、監査活動の運用面において社外監査役を主体する方策が現実的であると考えられる。

(2) 社外監査役強化に対する課題

社外監査役を過半数とし、主体的な監査役（会）の活動を期待する中で、第一の課題は、社外監査役への情報集積の方策である。

社外監査役は、社外取締役と同様に、他に本業を持っている非常勤の場合が圧倒的に多い現実がある。監査役設置会社の場合、社内出身の常勤の監査役は、社内出身であるが故の情報網を駆使し、独任制の下で自ら情報を入手したり、重要会議に出席することを通じて監査を実行することが期待されている。また、監査役には、他の執行部門と異なり、専任のスタッフの数が極めて少ない現状は³³⁾、この点を裏付けているといえるかもしれない。

31) 例えば、コニカミノルタ(株)では、独立取締役の適用除外要件として、グループ関係者、大口取引先関係者（連結売上高の2%以上を占める重要な取引先の取締役・執行役・従業員）等、具体的に設定し、「社外取締役の独立性運用基準」として公表している。その考え方などについて、当時の取締役会議長が述べたものとして、植松富司「中長期的な企業発展」監査496号4～10頁（2005年）を参照。

32) 片木晴彦「監査役制度の行方（二・完）」民商120巻3号434頁（1999年）。また、中立監査役の選任権限を中間管理職従業員に与えるべしとの主張として、森淳二郎「会社法学の再構築に向けて」商事1535号23頁（1999年）がある。

33) 日本監査役協会のデータでは、監査役スタッフを設置している会社は全体の37.51%にすぎず、設置していても、平均1.8人とのことであり、多くの会社では1人のようである。日本監査役協会「2007年における監査役及び監査委員会制度の運用実態調査結果報告書」別冊商事法務322号55頁（2007年）。

他方、非常勤の社外監査役が、社内の定例の業務監査や工場等の実査を行っている事例は稀であり、多くの会社の社外監査役は、監査役会の場で監査役間の情報の共有を進め、取締役会に出席し、必要に応じて意見陳述を行うことが通常である。すると、社外監査役が主体とした監査活動となると、情報収集の不足化が懸念される。

委員会設置会社では、当初から非常勤社外取締役が過半数を占める監査委員会が自ら情報を集めるのではなく、会社の内部監査部門等を通じて、監査に必要な情報を収集し監査する制度設計となっている³⁴⁾。しかし、委員会設置会社の監査委員は、全員、取締役であり、業務執行権が付与されていることから可能となっている。一方、業務執行権が付与されていない監査役が、会社の組織を自ら指揮・命令することが可能かという論点がある。解釈論として、可能であるとの主張もあるが³⁵⁾、否定的な見解が通説である。

会社法下では、監査役は、取締役（会）が決定した内部統制システムの基本方針について、その相当性について監査報告を通じて評価をしなければならない³⁶⁾。内部統制システムの整備状況が、企業リスクの未然防止に不可欠な要素である以上、監査役は、監査役監査を通じて内部統制システムの機能状況を評価し、仮に不備な点があれば指摘し改善をさせることは、その責務であろう。監査役は不備な点を自らの手で改善することは、業務執行権が付与されていないことから不可能であったとしても、不備な点を代表取締役や取締役に直接指摘し、取締役を通じて内部統制部門等に見直しをさせることは可能であり、また調査権を行使して情報収集を行うことも法理論的に可能である。したがって、社外監査役が、内部統制部門等に指示して、監査に必要な情報を収集すること自体は、特段問題ではないであろう。

34) 江頭・前掲注2)512頁。

35) 森本滋ほか「シンポジウム検証・会社法改正」[前田雅弘発言]私法66号78頁（2004年）。

36) 会社法を厳密に解釈すれば、内部統制システムに関する取締役会の基本方針に対する相当性の判断であり、その運用状況について、評価するものではないともいえようが、監査役の監査の趣旨からすれば、広く運用状況も含むものと考えらるべきであろう。日本監査役協会の監査役監査報告のひな形でも、取締役（会）の基本方針と運用に対する取締役の職務執行を含む記載ぶりとなっている。日本監査役協会「監査報告のひな形について」監査519号77頁（2006年）。

しかし、リスクを的確に把握して、必要な情報を適切に効率よく収集するためには、やはり社内出身の監査役の役割は重要なものがある。一方、開催が限定されている取締役会や監査役会に出席するのみでは、監査の実効性を上げるためには、やや不足であると思われる。そこで、監査役制度の独立性を高めるために社外監査役の員数の過半数化や社外監査役による主体的な活動を図るとしても、役員と日常的に意思疎通を行う意味から、社内出身の常勤監査役の就任は必要である。したがって、現行法のように、監査役設置会社における常勤監査役の制度の下で、社内出身の監査役は残しておくべきであろう³⁷⁾。

第二の課題は、外部から見て監査役の独立性が見える形の工夫である。前述したように、監査上必要な費用は、原則的に執行部側は拒否できず、監査役の監査活動面での制約を受けない形となっている。しかし、この点以外にも、執行部門と共通の顧問弁護士回避、取締役と異なった監査報酬の基準設定、監査役スタッフの人事権の掌握が考えられる。

多くの会社は、紛争処理や将来に向けた契約行為のために、顧問弁護士と契約している。しかし、取締役の職務執行を監査する立場にある監査役は、会社と利害対立をする局面が十分にあり得る中で、執行部門の利益をサポートする顧問弁護士とは別の弁護士と契約することが適切である。会計監査人は、執行部門からは独立した立場で会計監査を行っていることから、監査役が会計監査人と意思疎通を図り、協力して監査活動を展開することは何ら問題がない。しかし、会社の顧問弁護士の場合は、執行部門の利益を代弁して紛争の相談や訴訟代理人としての役割を果たすことから、監査役が法的諸問題を相談するには、執行部門から独立した弁護士に依頼することが適切である。また、会社訴訟が発生したときにも、執行部門から独立した弁護士に訴訟代理人への就任を要請することが望ましい³⁸⁾。

監査役の報酬の算定基準についても、取締役とは別体系とすべきである。例え

37) 常勤監査役と社外監査役の役割分担として、常勤監査役が情報を把握して、その情報をもとに不祥事を本気で阻止するには、社外監査役がいると非常にやりやすいとのことである。吉井・前掲注4)11頁。

38) 会社の顧問弁護士とは別に監査役が独自に弁護士と契約している会社は、わずか1.1%の調査結果がある。日本監査役協会・前掲注33)67頁。

ば、取締役の月額報酬について、業績が悪い場合は一律カットを行ったり、賞与を利益連動方式で決定している例も多く見られるが、監査役の場合は、業績によるカットや賞与の利益連動ではなく³⁹⁾、ある程度基準値を決めた上で、不祥事の発生に対して、監査役にも責任の一端がある場合に、一定割合の削減を行うような別方式にすることが考えられよう。

監査役スタッフは、監査役と異なり、法的に執行部門から独立しているのではなく、組織上は、執行部門の組織に位置付けられているのが普通である。すると、監査役のスタッフの人事異動や評価について監査役が行なう必然性はない。しかし、監査役が監査を実践する上で、監査業務に相応しいスタッフの人材を確保し活用することは監査の実効性をあげるためには重要である。特に、会社法で強制はしていないものの、会計に知見のある監査役は事業報告に記載する旨の定めがあることは、監査役が会計監査人の監査の相当性を判断する際など、会計の知見が必要であるとの立法者の趣旨であるとも解せられる。仮に監査役に経理や財務出身者が存在しない場合には、監査役スタッフに経理・財務のエキスパートを配置し、監査役をサポートすることは十分に考えられる。監査役と監査役スタッフは一体となって業務を遂行するわけであるから、監査役スタッフの仕事ぶりをもっとも身近に見ている監査役がスタッフの人選や評価を行うことは当然のことである。したがって、監査役スタッフの異動や評価については、基本的に監査役が行う旨を明文化しておくことも必要である⁴⁰⁾。

-
- 39) 業務執行によって会社の利益に積極的に貢献するわけでもない監査役が、賞与を支給されることは本来不合理であるとの見解として、稲葉威雄「監査役」商事837号14頁(1979年)、鈴木竹雄「役員報酬・賞与等の取扱い」商事917号3頁(1981年)がある。一方、不正行為の防止など、間接的に企業利益に貢献していることから、賞与の支給を受けることができるとする主張として、酒巻俊雄「監査役・会計監査人」ジュリ747号121頁(1981年)、田中誠二＝山村忠平『コンメンタル会社法(5全訂)』(勁草書房、1994年)923頁。以上、見解は分かれているが、賞与を支給すること自体は問題ないと考える。むしろ、短期的な業績に直接連動するより、不祥事の有無などコンプライアンスの状況を反映した賞与支給の方が理にかなっているように思われる。
- 40) ㈱日本監査役協会の「内部統制システムに係る監査の実施基準」(平成19年4月5日制定)の中でも、補助使用人(監査役スタッフ)に関する人事異動・人事評価・懲戒処分等に対して監査役に同意権が付与されていない場合は、監査役は代表取締役等に対して必要な請求を行うべきとしている(14条1項4号)。

2. 経営者と株主の利害対立の調整

(1) 第三者委員会の設置

不祥事が発生したときの調査や、買収防衛策の妥当性を判断するために、近時は第三者委員会を設置する傾向がある⁴¹⁾。第三者委員会の構成メンバーは、顧問弁護士とは別の弁護士や学者などの有識者によって構成されているために、外観としては独立性がある委員会である様相を呈していることが通常である。会社法において、定款自治の下で、取締役会での決議事項が増加したが、取締役会では、その構成員に利害関係が存在しているために公正妥当な判断を下すことが困難であるとの批判に対応するために、取締役会と利害関係のない専門家や有識者に一次的な判断を委ねるものである。

第三者委員会は、取締役(会)から委託された事項に対して独自に調査を行い、結論を出すことを目的に設置される非常設の委員会である。アメリカの株主代表訴訟制度において、取締役会では公正な判断を下すことが困難であるとして、訴訟委員会(litigation committee)を会社が設置し、独立取締役や弁護士などが中心となって、被告取締役の責任の有無を判断し、裁判所に対して訴訟却下の申し立てをする制度と同様の位置付けであると考えられる。

しかし、アメリカの場合は、約半数の州が、訴訟委員会を州の会社法で規定しており⁴²⁾、正式に認められた組織体であるのに対して、わが国の第三者委員会は、法的裏付けがない任意のものである。取締役会がかかる第三者委員会を活用する意図は、取締役の責任や買収防衛策などのように、株主の利害とも関連が深い事案に対して、会社の経営機関である取締役(会)に全面的に委ねることの批判を回避し、適切な判断を下していることを保証しているとの理由付けを得るための手続的な意味が強いものである。

わが国では、社外取締役の導入が進んでいない上、同じグループの取締役や取引先の経営者が就任しているなど、その独立性が十分でない中で⁴³⁾、法が要請し

41) 例えば、役員に対する責任追及では、日興コーディアルグループが、旧経営陣に対して33億円強の損害賠償訴訟を提起したが、特別調査委員会(第三者委員会)が調査した結果に基づいている。商事1800号63～64頁(2007年)。また、買収防衛策の発動と第三者委員会との関係については、ブルドックスソース事件などが著名である。近藤浩=井田美穂子「特別委員会の運営実務」ビジネス法務7巻10号19～26頁(2007年)。

ている取締役に対する取締役会の監視・監督機能の有効性が問題であり、株主や投資家の理解が十分に得られない懸念がある。したがって、(代表)取締役が第三者委員会に一次的な判断を委ね、その判断を尊重することは、一面において合理的な点もある。しかし、第三者委員会の構成委員を選任するのは取締役(会)であり、しかもその選任手続きが不透明な場合が多いという問題もある。また、第三者委員会の構成員は、通常、事案の専門性を考慮して選任されることから、第三者委員会の一次的な結論を受けて、取締役(会)が覆すことは考えにくく、第三者委員会の結論を取締役(会)で追認しているのにすぎない場合が多いようである。法的裏付けのない第三者委員会の構成員自身は、その結論に対して基本的に法的責任を負うことはない中で、取締役が第三者委員会を濫用的に利用し、かつ第三者委員会の結論に全面的に依拠するようであれば、取締役(会)の決定・決議の正当性を形式的に保証したことにもなりかねず、運用面や手続き面での厳格化が求められよう。

(2) 監査役の役割

現行法において、株主から取締役の責任に対する提訴請求が行われたときは、監査役が取締役の責任追及の有無の調査を行い、会社として提訴すべきか否か判

-
- 42) 訴訟委員会を州会社法で規定している州は、Alabama, Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, North Carolina, Ohio, Pennsylvania, Texas, Virginia and Wisconsinの28州であった(2006年11月末調査時点)。ちなみに、Virginia州会社法では、裁判所は経営判断原則を適用して、多くの要素を勘案した結果による訴訟委員会の株主代表訴訟却下の申立てに基づいて却下を決定する必要がある旨の規定がある。“The trial court should apply its own independent business judgment to decide whether to dismiss a shareholder derivative suit which has been dismissed by a corporation’s special litigation committee, taking into account many factors-ethical, commercial promotional, public relations, employee relations, fiscal as well as legal.” Va. Code § 13.1-689.

- なお、アメリカでは、州会社法に訴訟委員会を規定していない場合も、裁判所が判例法理から訴訟委員会の決定を尊重する判断を下すことが多いようである。
- 43) 江頭・前掲注2)471～472頁、森本教授も、「社外性の要件の厳格化、とりわけ独立性の要件の導入が今後の立法論的課題となる」と主張している。森本滋「会社法のもとにおける経営権利機構」商事1744号31頁(2005年)。厚生年金連合会(現在の企業年金連合会)は、独立性に関する判断基準を公表し、社外役員の選任議案に対する立場を明確化している。厚生年金連合会「株主議決権行使基準における社外取締役の独立性に関する判断基準」(平成16年3月公表)。

断する⁴⁴⁾。また、内部統制システムや買収防衛策の基本方針に対しても、監査役は、監査役(会)監査報告を通じて、その相当性の意見表明を行う。

これらの規定からみると、監査役は適法性の監査に限定すべきであるという制約説にこだわる必要は無いように思われる。一方で、監査役に経営の妥当性の判断を制限無く認めることは、会社の意思決定の二元化構造を招き、経営の効率化の阻害要因となる。したがって、意思決定の二元構造を招かない範囲の一定の項目において、監査役が株主と経営者との間の利害調整機関としてその役割を果たすことは十分にあり得よう。すなわち、会社として第三者委員会に一方的に判断を委ねるのではなく、監査役(会)を活用することも考えられるように思われる。

監査役は、株主総会から選任される正式の会社機関である。したがって、株主から負託されて取締役の職務執行を監査する役割を担っている。監査役の監査が、適法性監査に限定すべきであるという通説の制約を受ければ、株主と経営者の利害調整の中には、妥当性に関わる部分も含まれることから、当初より監査役が利害調整の役割を果たすことは有り得ることではなかった。しかし、既に述べたように、会社法の規定では、内部統制システムの基本方針や買収防衛策について、監査役として意見表明を行う必要が明定されたことから、監査役が経営判断の二重構造とならない一定の範囲内について、妥当性の面の監査までおよび、株主と経営者の調整的な役割を果たすことは十分に考えられよう。そこで、具体的には、調整を行う対象項目と調整の方法が問題となる。

まず、調整の対象項目であるが、株主と会社との利害が尖鋭的に対立するものであり、会社経営者が保身目的として利用することによって株主利益を毀損する可能性が高いと考えられる項目であろう。具体的には、既存の買収防衛策の導入・発動に加えて、第三者割当増資と取締役への責任追及の事案が考えられる。

第三者割当増資は、会社が増資を目的とした資金調達を株式市場で行う場合に、予め特定の第三者に対して増資要請を行うことである。通常は公募で実施するが、公募によると、会社と敵対的關係にある機関投資家等が株主となる危険性

44) 会社の名で取締役の責任追及訴訟を提起するか否かの判断は、利害得失を比較して行われる経営上の判断・決定であるとの指摘(大杉謙一「監査役制度改造論」商事1796号7頁(2007年))は、その通りであろう。

があるために、株式発行会社にとっては一定のリスクを伴う。また、既に敵対的株主が一定以上の株式を保有し、株主提案権等の株主権の行使が可能となることを回避するために、自社と通じた第三者の株主の株式を引き受けてもらうことによって、相対的に敵対的な株主の持株比率を希釈化する効果もある。しかし、買収防衛策と同様に、その運用が濫用的に行われると、経営者の保身目的につながる懸念があり、結果的には株主の利害と反することにもなる。例えば、短期的な債務超過を回避するための大量の新株発行、海外のファンドなど不透明な割当先や有利発行的な新株発行は、株主利益の希薄化が進んだり、株価が下落するなど、不適切な第三者割当増資と考えられる⁴⁵⁾。第三者割当増資の際に、株主総会の決議を経て実施されたものであればともかく、経営者の思惑により取締役会の決議によって一方的に実施したものであれば、株主利益を毀損する可能性がある。

また、取締役の責任に関しても、経営者と株主の利益が対立する場面がある。取締役は、会社から受任して職務執行を行っているために、取締役が任務懈怠により会社に損害賠償を及ぼすことになれば、債務不履行責任により、会社に対して損害賠償を負うことになる（会社法423条1項）。言い換えれば、会社は当該取締役に対する責任追及を通じて、必要な損害回復を図る必要がある⁴⁶⁾。会社としてどのような手段を用いて取締役に責任を取らせるかという問題に対しては、会社の損害の程度、取締役の行為の過失性、取締役のそれまでの貢献度合いなどを考慮して、経営判断の一環として決定する。しかし、会社の判断が、株主の利益の観点から常に正しいとは限らない。会社が取締役への仲間意識や、代表取締役への遠慮等から、本来は損害賠償の請求をすべき事案であるのにもかかわらず、責任追及をせずに放置したり、仮に軽い処分で済ませてしまう場合がある。

取締役への責任追及については、株主は代表訴訟提起の手段がある（会社法847条1項）が、代表訴訟提起は最後の手段ともいべきものであって、経営執行部門から独立した立場にある監査役が就任している以上、監査役が株主の利益

45) 日本証券業協会では、第三者割当増資に関する手続き上の留意点や増資の概要・具体的な資金の用途を確認するように指針を出している。日本証券業協会「第三者割当増資等の取扱いに関する指針」（平成18年5月1日公表）。

46) 会社による取締役への責任追及の手段として、直接の損害賠償請求以外にも、懲戒解雇、退職慰労金・賞与不支給、給与カット、左遷・降格などある。

も斟酌して取締役への責任追及の妥当性について、適切な判断を行うことが望ましいであろう。わが国の株主代表制度では、取締役の責任追及を考えている株主は、まず監査役に提訴請求を行い、監査役が60日間の考慮期間の中で、取締役の責任の有無判断を行う仕組みとなっている(同847条3項・386条2項1号)。株主代表訴訟が提起されるような事案は、既にマスコミ等で報道されている場合が多いのであり、監査役としては、マスコミに報道される前に当該事実を把握し、自ら調査することにより取締役の責任の有無や会社の処分の程度について、会社と株主の利害調整の側面から、予め判断を下す権限と義務があるというべきである。

次に、監査役(会)が関与する方法である。現行法においては、内部統制システムや買収防衛策の基本方針について相当でない場合は、その旨を監査役(会)監査報告に記載することになっている。このために、各々の事項に対して、監査役(会)として会社の基本方針の相当性について審議し結論を出した結果として、株主に対して監査役(会)監査報告を通じてその結論を開示する⁴⁷⁾。したがって、第三者割当増資や取締役の責任問題にまで開示の対象範囲が拡大しても、買収防衛策と同様の方法、すなわち監査役(会)監査報告における記載によることが基本である。

他方において、取締役会が調査や結論を一次的に依拠する第三者委員会に、監査役が積極的に関与する方法がある。すなわち、第三者委員会のメンバーに監査役が加わることにするか、または、第三者委員会の設置は監査役(会)の同意要件とするとも考えられる。一次的には、取締役(会)が第三者委員会の設置を決定することは変わらないものの、後者は、取締役会が第三者委員会構成員を恣意的に決定すると考えられる場合には、監査役(会)が拒否権を発動することができるとするものである。

第三者委員会に監査役が加わることによって、単に結論のみではなく、審議の過程や議論に積極的に関わり、また監査活動を通じて得た知見を活用しながら、監査役としての立場から意見表明を行う意味は大きいものと思われる。また、仮に第三者委員会として何らかの調査を必要とした際には、会社内の状況に習熟し

47) 監査役会設置会社であれば、監査役会議事録によって、審議の経過と要領を記載することになり、株主は、裁判所の許可を得ればその議事録の閲覧・謄写が可能である。

た常勤監査役が加わっている意味は大きいであろう。更に、監査役が第三者委員会を主導的に運営することも検討に値しよう。

監査役は、経営者から法的に独立した正式な会社機関であるとともに、監査役会設置会社においては、社外監査役は半数以上を要件としている。したがって、例えば、監査役会で第三者委員会のメンバーを選定するとともに、社外監査役を委員長とした第三者委員会によって、買収防衛策や第三者割当増資の妥当性、取締役の責任の追及の有無の課題について審議し結論を出した上で、監査役会に対して答申する形式とする。そして、その結果を踏まえて、監査役（会）として最終的に第三者委員会の調査や結論等の適切性を判断し、取締役（会）に通知するとともに株主に公表するのである。かかる方式の利点は、株主総会で選任され、株主から監査を負託され、かつ独立性のある監査役が主体的に第三者委員会を運営することによって、第三者委員会は非常設な組織体とはいえ、法的な位置付けが明確化される委員会となる。第三者委員会を構成する専門家や有識者の知見を活かしつつ、監査役が第三者委員会に積極的に関与することにより、第三者委員会は名実ともに意味のあるものになるであろう。

3. その他の課題

(1) 監査役の権限強化（監査役選任権、会計監査人選任権・報酬決定権）

監査役の機能を最大限発揮するために、監査役の権限を更に強化することも検討すべきとの意見もある。例えば、監査役の人事が代表取締役に掌握されている点を緩和するために、現行法において、監査役の選任に対して付与されている監査役の同意権を、監査役自身の選任権とすべきというものである⁴⁸⁾。監査役の同意権の場合においては、少なくとも、監査役の選任の原案を作成するのは、代表取締役であり代表取締役が選任した監査役候補者を監査役が覆すことは、現実問題では困難であろうという理由からである。確かに、代表取締役が自らに都合のよい監査役候補者を選任し、その候補者を監査役が不同意とすることが叶わず結果として株主総会で正式に選任されたとしたら、監査役機能は弱体化するであら

48) 経済産業省企業行動の開示・評価に関する研究会・前掲注11)39頁。

う。しかし、仮に監査役に監査役の選任権を付与したとしても、監査役の人事は役員人事の一環として決定されている現実問題がある以上、監査役候補者の人事のみが別扱いとなるのか大いに疑問である。現任監査役が監査役候補者を発掘し、次期の監査役候補者として選任したとしても、結局のところ、代表取締役の承認が得られるかどうかは別である。代表取締役の意向を顧みずに監査役が監査役候補者の選任を貫くとすれば、実はかかる監査役は、現行法の監査役同意権の制度の活用でも十分なはずなのである。問題の本質は、むしろ入口である監査役の選任の際よりも、監査役の退任後の処遇に左右される現実を考えると、監査役の選任権の付与は、法形式的には監査役権限の強化に見えるものの、実はその効果については疑問の面があるのではなかろうか。

他方、会計監査人に関して、任免権と報酬を監査役の同意権から選任権とすることは、意味があろう。会計監査人は、監査役と同様に、経営から独立した立場で会計監査を行う任務を負っている。しかし、会計監査を行う会計監査人のいわゆる人事と報酬が、監査を受ける立場にある経営執行部にあることは極めて不自然である。会計監査人の独立性を確保し、また監査役と会計監査人が協力して監査業務を全うするためには、会計監査人の任免と報酬について、監査役の同意権から監査役が主体的に実行できる選任権・決定権に変更する立法化は検討に値しよう。

かかる立法化に対して、会計監査の対応は経理部・財務部を中心とした執行部門である事実から考えて、会計監査人の業務遂行状況および報酬レベルの妥当性については、経理部等が判断することが適切であるとの意見もあるかもしれない。言い換えると、仮に監査役に会計監査人の選任権や報酬の決定権を付与しても、その適切な行使は不可能ではないかとの見解である。しかし、会社法の規定ぶりでは、監査役は、事業年度の監査役（会）監査報告をまとめる際に、会計監査人の監査の相当性について判断しなければならない（会社法計算規則155条1項2号・156条2項2号）。例えば、会計監査を実施しているのにもかかわらず、粉飾決算が発見されたり、税務当局から重加算税の徴収が頻発したとしたら、当該会計監査人の会計監査の相当性に関しては疑問と言わざるを得ないであろう。したがって、監査役自身が、会計監査人の監査の方法や結果について、主体的か

つ責任をもって判断を行わなければならない。このために、監査役は、会計監査人から会計監査の状況の報告聴取を受けるとともに、会計監査人の監査の現場の立会を行ったり、会計資料などの書類の閲覧等によって、会計監査人の監査の方法や結果の相当性の判断活動を通じて、会計監査人の選任や報酬の決定権を持つことは十分に可能であると考えられる。監査役が会計監査人と連携を深めて監査活動を推進するためにも、監査役に会計監査人の選任と報酬の決定権限を付与する立法措置は検討に値するであろう。

(2) 会社法と金融商品取引法の調整の問題

会社法においては、監査役は、株主総会で選任される正式の機関として存在し、株主からは取締役の職務の執行を監査する役割が負託されている。一方、金融商品取引法では、前身の有価証券取引法時代から、監査役が条文に規定されていることはない。会社法と金融商品取引法は、別個の目的があり所轄官庁も異なることから、そのこと自体とりわけ問題とはならなかったが、内部統制システムに関して、両法に規定が存在することになり、相互の調整の問題が浮上してきた。

会社法では、大会社および委員会設置会社に対して、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）の構築の基本方針について、取締役（会）において専決することを義務付けた（会社法348条4項・362条5項・416条2項）。その上で、取締役は、その内容の概要を事業報告に開示するとともに、監査役は監査役（会）監査報告の中で、内部統制システムの整備についての決定または決議の内容が相当でないとき、その旨およびその理由を記載することになった（会社法施行規則129条1項5号・130条2項2号・131条1項2号）。すなわち、監査役は、内部統制システムの基本方針について、監査業務の一環として評価し、評価の結果について監査報告を通じて株主に開示する義務が生じている。

他方、金融商品取引法においては、財務計算に関する書類とその他の情報の適正性を確保するための体制（財務報告に係る内部統制）について、有価証券報告書の提出会社は、経営者が自ら評価した内部統制報告書の提出（金融商品取引法24条の4の4第1項）とともに、内部統制報告書については、公認会計士または監査法人（以下、「外部監査人」という）の監査証明を受けなければならない（同193条の2第2項）。ここでは、監査役の監査活動は、内部統制システムにおける

統制環境の一つとして、公認会計士等の評価の対象となっている。「財務報告に係る」との限定の規定がなされているとはいえ、内部統制システムの整備は、特段、財務に係るものに限定することは困難であり、内部統制を構成する「統制環境」「リスクの評価」「統制活動」「情報と伝達」「監視活動」を実質的に評価する点⁴⁹⁾においては、会社法で規定する内部統制と変わることはない。例えば、具体的な手順や有効性の判断の基準を定めた実施基準⁵⁰⁾では、経営理念や取締役会の運営、リスク管理の状況等、全社的な内部統制の評価手続きが示されている。

かかる点にみられるとおり、会社法と金融商品取引法における内部統制関連規定は、その目的や対象範囲が異なるとはいえ、会社にとって内部統制の構築・運用のための基盤整備は同じものである。しかし、会社法においては、監査役が会計監査人の会計監査の相当性を判断するのに対し、金融商品取引法では、内部統制システムの整備という会社の基盤となる事項に対して、外部監査人が監査役の監査の相当性も評価するという点で、監査役と会計監査人（外部監査人）との間で擦れの問題が生じているわけである。したがって、監査役が会社法の規定に基づいて取締役（会）で専決された内部統制の基本方針と監査活動の一環として内部統制の運用に関して、監査役（会）監査報告の中で相当であると評価したものの、株主総会後に有価証券報告書とともに提出される内部統制報告書に対して、外部監査人が内部統制の不備または重要な欠陥であるとの監査証明を付したならば、監査役監査の信頼性は著しく毀損されたものとなる。

この点を解消するためには、監査役が監査役（会）監査報告を決定する時期までに、会計監査人と緊密な連携をとることにより、経営者の内部統制報告書に対する外部監査人の監査証明においても、その整備状況が適正である旨を実質的に確認しておくことが理想的である。しかし、そのためには、監査役（会）監査報

49) 内部統制について、会計分野に限定することなく、体系的に整理したのが1992年に公表されたトレッドウェイ委員会組織委員会（The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission）による報告書（COSOレポート）である。COSOレポートでは、統制環境以下、5つの構成要素を示している。COSOレポートについては、鳥羽至英『内部統制の理論と制度』60～71頁（国元書房、2007年）を参照。

50) 金融庁企業会計審議会「財務報告に係る内部統制の評価及び監査の基準」（平成19年2月15日）。

告を株主に送付した後、1ヶ月超経過した後に提出すればよい内部統制報告書と監査証明の作成時期を、実務的に前倒しにする必要があること、また仮に、監査役(会)監査報告作成時点では、会計監査人として、内部統制に関して不備や重要な欠陥がないと判断したとしても、その後の有価証券報告書の作成プロセスの1ヶ月の間に指摘すべき事項が発見されれば、外部監査人としてはその旨を記載せざるを得ないという問題もある。

監査役と会計監査人は、どちらが上位であるかという議論ではないものの、会社法と金融商品取引法の内部統制関連規定に端を発した捩れ問題については、やはり何らかの調整が必要であろう。例えば、金融商品取引法上の監査結果(財務諸表監査証明、財務報告に係る内部統制監査証明)について重要な欠陥が認められる場合、定時株主総会に報告することを義務付けることも検討に値するのではないであろうか。すなわち、仮に監査役監査報告で内部統制が問題でないと記載されても、外部監査人の監査証明において重要な欠陥があるとされたときは、その経緯を含めて、株主に説明するのである。

株主の立場からは、会計監査人(外部監査人)による内部統制監査結果についても、定時株主総会における取締役の選任に関する議決権行使の判断にとって重要なはずである。そして、株主総会の報告事項とすることによって、金融商品取引法の目的である市場規律と会社法が求める企業統治とを融合させ、株主に開かれた総会運営の一環として、実効的な企業統治の実現に向けて意義あることにもなろう。

(3) 監査役の権限拡大と責任

監査役に一定事項について株主と会社の利害調整の役割を持たせること、また会計監査人の選任権や報酬決定権を付与することは、監査役の権限強化ともいえる内容である。しかし、同時に監査役としてその責任も拡充することで、初めて権限と責任のバランスがとれたものとなる。そのために具体的に検討すべき点があると思われる。

第一は、積極的な監査結果の開示である。現行法では、監査の方法と結果を監査役(会)監査報告として株主に開示する義務があるが、かかる報告を結果のみならず経緯も含めてもう少し詳細に記載することを考えてよいであろう。例え

ば、会社法では内部統制システムについては、取締役（会）の専決事項の基本方針が相当でないときはその旨と理由を記載するように定めているが、内部統制システムの具体的な運用状況に関しても、監査役としてどのような指摘をしたのか、およびその改善状況を含めた評価を記載することが考えられよう。また、買収防衛策や第三者割当増資の妥当性についても、単に相当であるとの文言で済ませるのではなく、監査役として相当と判断した理由や今後の課題などについても、株主に説明責任を果たすべきである。更に、事業年度で会社に影響を及ぼした大きな事件・事故については、事業報告で記載することが定着しつつあるが、監査役は、それらの問題について、監査役としての見解や今後の監査上のポイント等についても、監査役（会）監査報告で記載することによって、監査役としての説明責任を積極的に果たすことが可能である。したがって、運用面において、各社の監査役が監査役（会）監査報告を通じた積極的な開示を図るように工夫を重ねる一方で、その記載事項については、法務省令でもう少し具体的に規定してもよいかもしれないと考える。

第二は、監査役の実任について、取締役との平仄をとることである。現行法では、監査役の実任の限定は、社内・社外にかかわらず報酬等の2年分となっており、代表取締役や社内の取締役と比較して軽減されている（会社法425条1項1号）。しかし、監査役も監査活動を通じて、会社の健全かつ持続的な発展のためのリスクの未然防止等、コーポレート・ガバナンスの一翼を担っているものであり、その責任は重いというべきである。したがって、監査役の実任の限定が社内取締役と比較して軽減されるべき根拠はないと思われる。まして、今後、株主と会社の利害調整や会計監査人の選任権の付与等、その権限が増大する場合には、少なくとも常勤監査役の実任の限定は、社内取締役と同様の4年分とすべきである。そして、現行法の監査役の実任4年を取締役と同様の2年とし、株主総会の場合を通じて株主による信任の評価を受ける頻度を上げることが必要であろう⁵¹⁾。

VI. おわりに

現在のわが国では、監査役設置会社と委員会設置会社の選択制となっている。委員会設置会社は、監督と執行の分離を図ることにより、監督機能を強化してい

る。委員会設置会社が必置の報酬委員会・指名委員会・監査委員会はすべて過半数の社外取締役から構成される必要があり、特に監査委員は、当該会社若しくはその子会社の執行役若しくは業務執行取締役または子会社の使用人等を兼ねることが禁止されている（会社法400条4項）。監査委員会が業務執行に対する監督機能を果たすことが予定されているために、委員会設置会社では監査役は置くことができない。すなわち、委員会設置会社と監査役設置会社に対比して呼称されるように、監査役の設置の有無が両会社形態の最大の差異といえよう。したがって、「経営者支配に対処する特効薬的な方策はないので、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、法は期待している」⁵²⁾というところの制度間競争とは、本質的には、代表取締役を中心とした経営者の不正に対して、監査役制度と監査委員会制度のどちらがより実効性のある制度であるかということの意味している⁵³⁾。

監査委員は取締役でもあるために、監査役制度で議論となるように、適法性監査限定論や妥当性監査拡張論は存在しない⁵⁴⁾。しかも、監査委員の過半数は社外取締役である。仮に、委員会設置会社の監査委員会の方が監査の実効が実証され、会社不祥事が明確に少ない事実が判明すれば、少なくとも、企業不祥事防止のた

-
- 51) 監査役任期は、平成13年の商法改正の際に、監査役地位向上の一環として、従前の3年から4年に伸長された。その立法趣旨として、「監査役身分保障を強化し、もって監査役の監査の実効性をより一層高めようというものである」(太田誠一ほか監修「企業統治関係商法改正法Q&A」商事1623号5頁(2002年))と解説されている。しかし、4年任期未満の退任にも罰則規定がないこともあり、現実的には、社内の役員人事の一環とした異動処理がなされている。そして、仮に退任を余儀なくされたとしても、退任後の人事処遇との関係もあり、閉鎖会社による内紛のケースを除けば、監査役が株主総会で退任に異議を申し立てるケースは、現実的には困難であるといえる。
- 52) 江頭・前掲注2)495頁。
- 53) 当時の立案担当者は、委員会等設置会社の制度の創設は、適切な企業統治を実現するための機関のあり方について会社の選択の幅を増やそうとする趣旨であり、監査役制度を否定するものではない旨の解説をしている。始関正光「平成14年改正商法の解説〔V〕」商事1641号20頁(2002年)。
- 54) 前田教授は、「同じ取締役が監査委員会の構成員としては適法性の権限しか有しないで、取締役会の構成員としては妥当性監査の権限も有するという区別をすることは適当ではない」ことから、監査委員会の権限が適法性監査と妥当性監査双方に及ぶことは立法論としても妥当であると解説している。前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔Ⅲ〕」商事1623号23頁(2002年)。もっとも、監査委員会も、妥当性監査について監査報告書に記載することは適さない。始関・前掲注53)28頁。

めには委員会設置会社形態の方が優れているということになる。しかし、現時点において委員会設置会社の会社数は、監査役設置会社の会社数と比較して圧倒的に少数であるために⁵⁵⁾、その評価は今しばらく時間を要するものと考えられる。また、監査委員会のような形態の方が優れているとすれば、監査委員会の特色である取締役との兼務や社外者の過半数要件が監査上有効ということになる。この場合は、監査役に取締役を兼務するという主張⁵⁶⁾もあるいは現実には近づくであろうし、戦前の監査役制度のように、監査役が取締役の代替的あるいは補完的役割を果たす方向性も考えられる⁵⁷⁾。しかし、当面は監査役制度を巡る現状を再確認した上で、運用面で工夫できる点を実行すると同時に、現行法の基本的な枠組みを大きく変更せずに、立法的な手当てを目指すことが現実的な対応であると思われる。

企業の社会的責任（CSR、Corporate Social Responsibility）に対する世間の認識が高まるにつれて、企業としては、不祥事を未然に防止するとともに、仮に発生させてしまった場合には、企業としての説明責任を果たし、原因究明と再発防止を徹底する姿勢が求められる。かかる自律的な体制である企業統治が、企業の内部統制システムの整備として重要なものであり、コーポレート・ガバナンスにつながるものである。

わが国固有の制度である監査役制度の役割が減ずることはない。コーポレート・ガバナンスの番人として監査役の役割に期待し、監査役制度の活性化に向けた必要な対応を引き続き行っていかなければならないであろう。

55) 日本監査役協会の調査によると、108社である。http://www.kansa.or.jp/PDF/iinkai_list.pdf (平成21年1月9日現在)。委員会設置会社が少ない理由の一つは、報酬委員会・指名委員会・監査委員会の3委員会を常設しなければならないこと、特に、代表取締役社長等の人事権を社外者に委託し、かつその決定を取締役会で覆すことができないことに、わが国の経営者は抵抗感があるものと思われる。

56) 大杉・前掲注44)4頁・7頁。

57) 西山教授は、取締役の経営機能が停止するような非常の場合には、監査役自らが経営判断を伴う経営機能を果たすこともあると解し得るとする監査役の代替機関説を主張した。西山・前掲注12)145～146頁。