

コーポレート・ガバナンスと社外取締役 Corporate Governance and Independent Director

金田 充広
Mitsuhiro Kanata

- I はじめに
- II 取締役会の監督機能
- III 社外取締役に關する法律改正
- IV おわりに

I はじめに

株式会社は、株主が会社に資金を拠出し、経営者がこれを運営し獲得した利益を株主に剰余金の配当として分配する機構を有する。上場会社の場合には、少数株主権を行使できる保有割合でも個人株主にしてみれば相当大量の数であり、会社経営に積極的に参加することを目的とせずに投機的に株式を保有している個人株主も多い。いずれにしても会社は法人であり多数の株主からの出資により共同で事業を営むための法律形態である。株主はいわば会社の所有者である。そして会社事業は、その営む事業に特有のノウハウ、得意先関係、技術等がありその経営に際しては高度の専門知識、経験等が要求される。また取締役は、会社の利益を最大にすることに尽力しなければならない（会社法355条）。したがって取締役として経営の任務に当たる人材を株主に限定することなく広く求めることができなければならない（同331条2項）。所有と経営が分離しているわけである。

会社は株主のものであるということが株式会社制度の本質であるとするならば、会社の業務執行における健全性を確保することにより、最終的には株主の共同利益に資する制度の維持が重要であると考ええる。そのためには取締役会、監査役等の機関が、十分な監督機能を発揮することができる法制度とすることが重要である。委員会設置会社では、各委員会の構成員である取締役の過半数は社外取締役になければならない（会社法400条3項）。しかし取締役の社外性ということをあまりに強調しすぎると、株主の意図と離れたところで会社経営が行われるおそれがある。もちろん取締役は株主が選任する（同341条）のであるから、誰が取締役になるのかに関しては株主の意思に基づくものである。しかしすべての株主が、企業者的に会社経営に積極的に関与する意識を持ち会社経営者の人選、経営方針その他に関心を持っているということとはできない。そうすると制度として、どのような取締役会とするか社外取締役にどのように定義するか、株式会社の機関構成をどのようにするかということなどが重要な意味を持つことになる。本稿では、企業統治いわゆるコーポレート・ガバナンスにつき、取締役会の監督機能および社外取締役に關する 2014年の会社法改正の動向を概観することにしよう⁽¹⁾。

II 取締役会の監督機能

1 監督機能の問題点

株式会社の取締役会制度は、昭和25年の商法改正により米国型の制度にならい導入された制度である⁽²⁾。同年改正により代表取締役の制度も導入されている。以来、会社法制定⁽³⁾までは、株式会社において業務執行の決定および取締役の監督を行う必要常設の機関であった（会社法326条2項・327条1項）。取締役会設置会社の取締役会は、代表取締役その他の取締役の職務の執行を監督する（同362条2項2号、旧商法260条1項）。したがって取締役は、取締役会の構成員として、代表取締役の業務執行を監視・監督する権限を有するということができる⁽⁴⁾。もちろん代表取締役は、他の取締役の行為について監督権限を有する。また代表権のない取締役も相互に監督権限を有するということができる⁽⁵⁾。しかし取締役会が取締役を監督することについて、十分に機能するのかという問題がある⁽⁶⁾。すなわち取締役会の構成員は、取締役であるから自己監査の側面があることと、特に上場会社の場合には、実質的な意思決定の場ではなくセレモニー化している⁽⁷⁾ こともしばしばあるからである。監督権限が最も有効に機能するのは解任に関する権限の行使によってである。旧商法は代表取締役の解任に関しては明文で規定していなかったが、旧商法の下でも取締役と会社との関係が委任に関する規定に従う（旧商法254条3項）ことから、取締役会による代表取締役の解任権が認められていた（民法651条・111条2項）。あるいは監督権限があること自体、解任権があると解する考え方もできる⁽⁸⁾。いずれにしても日本の経営風土、企業文化からは、年功序列で従業員から取締役になるのが一般的であり、実質的に代表取締役によって選任された取締役から構成される取締役会または監査役による監督が十分であるのかということについて疑問なしとしない⁽⁹⁾。

2 監査役監査との関係

取締役会設置会社は、株主総会は法律の規定および定款で定めた事項についてのみ決議することができる（会社法295条2項）。取締役会設置会社のうち委員会設置会社は監査委員会の設置が強制され（同2条12号）、その他の会社は監査役を設置しなければならない（同327条2項）。株主の権限が取締役会に委譲され、その監督が及ばないところを監査役の監査に委ねたわけである。また監査役の権限は、すべての株式会社において業務監査に及ぶ。コーポレート・ガバナンス強化の目的から機関設計、資本金・負債の額にかかわらず、原則として監査役は業務監査権

¹ 日本取締役協会監修「独立取締役の現状と課題－社外取締役から独立取締役へ－」別冊商事法務359号（2011年）、岩原伸作「「会社法制の見直しに関する要綱案」の解説〔I〕」商事法務1975号4頁以下（2012年）、別冊商事法務編集部編『別冊商事法務No.372会社法制の見直しに関する要綱の概要』（同年）、神田秀樹監修＝株式会社東京証券取引所編著『ハンドブック独立役員の実務』（同年）、商事法務編集部「会社法の一部を改正する法律案等の国会提出と概要」商事法務2017号4頁以下（2013年）など参照。

² 取締役会制度は、戦後、1950年の商法改正（同年法律167号）により導入された。

³ 2005年に会社法が制定（同年法律86号）されるまで、会社に関する法律関係は商法が規定しており、取締役会制度は商法の制定当初当初において存在せず、また取締役は株主でなければならなかった。以下、同年の商法改正（平成17年法律87号）前の商法を「旧商法」という。

⁴ 最判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁、最判昭和55年3月18日判例時報971号101頁。

⁵ 堀口亘『新版注釈会社法（6）株式会社の機関（2）』108頁以下（260条）〔上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表〕（1987年）、神田秀樹『会社法』〔第15版〕211頁（2013年）。

⁶ 石井照久『注釈会社法（4）株式会社の機関』11頁以下（前注）〔大森忠夫＝矢沢惇編集代表〕（1970年）、落合誠一『会社法コンメンタル8機関』212頁（362条）（2011年）など参照。

⁷ 拙稿「株式会社の監査制度」関西法律特許事務所編『民事特別法の諸問題第4巻関西法律特許事務所開設35周年記念論文集』445頁以下（2002年）、江頭憲治郎『株式会社法』〔第4版〕358頁（2013年）。

⁸ 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』276頁（1994年）参照。

⁹ 新山雄三「監査役（会）制度の終わりの中押し？－いわゆる監査・監査委員会設置会社について－」監査役609号53頁（2013年）。会社法では、取締役会の権限として代表取締役の解任が明文で規定されている（会社法362条2項3号）が、その機能については事実上の制約があることは否定できないであろう。

限を有する（ただし同389条1項参照）⁽¹⁰⁾。取締役会とは別個に監査権限を有する機関による会社の業務執行の監督が予定されていることになる。また監査役の監査は、監査役会が置かれている場合でも会議体を通じてするのではなく、いわゆる独任制の機関として各自が監査権限を行使する⁽¹¹⁾。

もとより業務執行にあたらぬ機関が業務執行の監督をすることにより、十分な監督機能を発揮することができるのかということも疑問である⁽¹²⁾。取締役会の監督権限は、取締役の業務執行が法令または定款に違反しないかという適法性に関する判断以外に、会社経営の観点から適切であったかという妥当性に関する判断に及ぶ。これに対して、監査役の監査権限が、適法性監査（会社法385条）に加えて妥当性に及ぶかという問題に関して、多数説は妥当性監査には及ばないとする。業務執行を決定し執行するのは取締役であるから、そのような立場にない監査役の権限が妥当性にまで及ぶとするのは行き過ぎであるということになる⁽¹³⁾。業務執行の不当性が一定程度以上になれば、取締役の善管注意義務の問題になるのであるから、監査役は業務執行に不当な点がなかった否かということに関する判断を出発点にせざるを得ない⁽¹⁴⁾。そして取締役会において経営の妥当性に関する意見を述べるので、これによりある程度の抑止的効果はあると解せられる。また法文上は、監査の範囲を適法性の監査に限るとする規定はないのであるが、実際に妥当性監査をすることに関しては実体法上の根拠が必ずしも明らかではない⁽¹⁵⁾。しかし監査役の権限が、妥当性の監査にまで及ぶとなれば、監査役の権限が強くなりすぎ、取締役の業務執行に対する干渉が問題となり会社業務の円滑な遂行が阻害されるおそれがある⁽¹⁶⁾。なお委員会設置会社の監査委員会の権限は、適法性監査ができることについて会社法の規定するところである（同407条）が、妥当性監査に及ぶということに関しては、明文の規定を欠く。しかしこれに関しては、監査委員会の委員である取締役は、全員が妥当性監査をする権限を有する取締役会の構成員であるうえ、監査委員会は取締役会の監督機能を高めることを目的として取締役会の中に設けられた委員会であることから、同委員会の権限は妥当性監査に及ぶと解される⁽¹⁷⁾。

1950年の商法改正により、監査役の権限が会計監査に限られ業務監査権限を有しないことになったのは、同年改正で取締役会および代表取締役の制度が導入されることになり、取締役会は、その解任権を背景に代表取締役の業務執行を監督できることになったからである⁽¹⁸⁾（同年改正商法274条）。その後、1974年改正では、監査役に業務監査権限が認められた（同年改正商法274条）。改正法による監査役の監査の範囲は、業務執行の適法性に関するものであり、妥当性に関しては取締役会の権限である。すなわち取締役会は、代表取締役の行為が妥当でないときは、その行為をやめさせたり妥当と認める行為を行わせることもできる⁽¹⁹⁾。監査役はこのような指揮監督権限を有しな

¹⁰相澤哲=石井裕介「株主総会以外の機関〔下〕」商事法務1745号17頁（2005年）。会社法の施行に伴い廃止された商法特例法（昭和49年法律22号）に規定されていたいわゆる小会社の監査役の権限は会計監査に限定されており（同法22条・25条、旧商法274条）、同じく廃止法令の有限会社法（昭和13年法律74号）により監査役は任意機関であったが、その権限は会計監査に限定されていた（同法33条・33条ノ2）。

¹¹鈴木竹雄=石井照久『改正株式会社法解説』193頁（1950年）、大隅健一郎=今井宏『会社法論中巻』〔第3版〕292頁（1992年）、江頭・前掲注（7）490頁など。

¹²鈴木竹雄「株式会社法改正の法理」私法2巻39頁（1950年）。

¹³鈴木=竹内・前掲注（8）314頁、大隅=今井・前掲注（11）304頁など参照。

¹⁴江頭・前掲注（7）489頁。

¹⁵拙稿・前掲注（7）444頁以下。

¹⁶昭和48年5月8日の衆議院法務委員会における川島政府委員の発言。味村治=加藤一昶『改正商法及び監査特例法等の解説』（新法解説叢書6）85頁以下（1977年）。

¹⁷江頭・前掲注（7）526頁、法務省大臣官房参事官始関正光編著『Q&A平成14年改正商法』71頁、90頁以下（2003年）。会社法416条1項1号口という法務省令（会社法施行規則112条1項4号）は、「監査委員会の監査が実効的に行われること」という文言を用いている。

¹⁸矢沢惇=鴻常夫『会社法の展開と課題』4頁以下（1968年）。

¹⁹味村=加藤・前掲注（16）82頁以下。

い。また昭和30年代後半から40年代にかけての不況により会社倒産事件が多発し大きな社会問題となり、これがきっかけで商法特例法が制定され株式会社の監査に関して商法の特例が規定された⁽²⁰⁾。会社法の制定に伴い、商法特例法における制度の大部分は会社法において規定されている。

Ⅲ 社外取締役に関する法律改正

1 概説

2010年に、企業統治の在り方に関する規律等の見直しのため、法務大臣より法制審議会に要綱を示すことが諮問され、経営者の影響を受けない外部者による経営の監督の必要性や監査役の機能強化などの見直しの検討が開始されていた⁽²¹⁾。これらを受け2013年11月29日に会社法改正法案⁽²²⁾が第185回国会に提出され、改正法⁽²³⁾が2014年6月20日に第186回国会で成立した。取締役会の監督機能は、従来より重要な論点であり種々議論されていた。社外取締役に関する論点は、かならずしも最近のことに限らず以前より商法改正の際議論されることがあった⁽²⁴⁾。2014年の会社法改正にさいしては、社外取締役の設置強制は見送られたが、関連の改正が行われ事実上の義務付けであると解されている。

ところで2013年時点で全上場会社数3,557社のうち、委員会設置会社は57社である⁽²⁵⁾。全上場会社の1.6%にすぎない。2014年会社法改正前の状況として、委員会設置会社は、指名・報酬・監査の3委員会をすべて設置する必要があるうえ、各委員会の委員の過半数が社外取締役であり、それら委員によって取締役等の人選、報酬等の内容が決定されることになり、取締役会の判断が直接的に反映されないことなどが大きな原因であると考えられる（会社法2条15号・400条・404条参照）。改正会社法2条12号は、従来の3委員会より構成される委員会設置会社を「指名委員会等設置会社 指名委員会、監査委員会及び報酬委員会（以下「指名委員会等」という。）を置く株式会社をいう。」と規定するとともに、監査等委員会設置会社⁽²⁶⁾を新設した（同2条11号の2）。これら委員会を置く会社の委員会の委員である取締役は、3人以上でその過半数は社外取締役でなければならない（同331条6項・400条）。

2 コーポレート・ガバナンスのモデル

（1）委員会設置会社その他会社における社外取締役の活用

社外取締役が、商法上初めて規定されたのは、2001年12月改正である。同年12月改正（平成13年法律149号）⁽²⁷⁾は、コーポレート・ガバナンスに関する議員立法による商法改正である。監査役制度、取締役・監査役の責任、株主代表訴訟に関する改正が行われた。同年改正商法188条2項7号の2は、次の取締役を社外取締役としている。現時点で、その会社の業務を執行する取締役でないことを前提として、さらに子会社（商法211条ノ2第1項）の業務

²⁰これは会社法でも規定されているように、株式会社を資本金5億円以上または負債の額200億円以上の会社を大会社として公認会計士による監査を導入し会計監査を強化したものである。ただし商法特例法の制定当初は、負債の額による基準はなかったが、倒産したときの社会的影響の大きさを考慮して後に大会社の基準とされた。

²¹法制審議会会社法制部会第1回会議（平成22年4月28日開催）議事録（議題会社法制の見直しについて）参照。

²²「会社法の一部を改正する法律案」（内閣提出第22号）。

²³「会社法の一部を改正する法律」（平成26年法律90号）（以下、「会社法改正法」という。）。これによる改正後の会社法を「改正会社法」という。

²⁴鴻常夫=矢沢惇「会社法の戦後の展開と課題」法学セミナー 144号29頁（1968年）参照。

²⁵http://www.jacd.jp/news/odid/130805_03report.pdf 日本取締役協会「上場企業のコーポレート・ガバナンス調査」7頁（2013年8月1日）。

²⁶監査等委員である取締役は、3人以上で、その過半数は、社外取締役でなければならない（改正会社法331条6項）。

²⁷これ以外に2001年には、6月改正（平成13年法律79号）と11月改正（平成13年法律128号）があった。12月改正法の経緯等について、神田秀樹『企業統治に関する会社法改正』別冊商事法務253号（2002年）など参照。

を執行する取締役でないか、その会社・子会社の支配人その他の使用人でない。過去において、その会社・子会社の業務執行取締役、支配人、その他の使用人でない。右の現在・過去両方の要件が必要である。その要件については、数次の改正を経て現在に至っている⁽²⁸⁾（会社法2条15号）。

委員会設置会社は、2002年の商法特例法の改正（平成14年法律44号）により導入された。これは米国型のガバナンスを参考にしたものであり、委員会等設置会社という呼称であった。制度設置の目的は、取締役会において決議すべき事項が多くなり、会社の事業展開が国際的になってきていることから、業務担当取締役による迅速かつ果敢な業務決定ができるようにするためである⁽²⁹⁾。その後、この類型の機関構成は、会社法でも委員会設置会社として踏襲され、2014年の会社法改正により指名委員会等設置会社となった（改正会社法2条12号・327条4項）。委員会設置会社の取締役会は、業務執行の決定について、他の類型の会社とは異なる業務執行決定事項を有する（会社法416条1項1号）が、委員会設置会社の形態を選択する限り、実際上は取締役会の決定権限はその多くを執行役に委任されると解される（同条4項）ので、取締役会はそれだけ業務執行の監督を充実させることができる（同条1項2号）。社外取締役が過半数を占める監査委員会の一員として、また兼任禁止の規定（会社法331条3項・333条3項1号・400条4項）により、監査委員会による監査は、業務執行の妥当性にも及び、その成果を取締役会の監査権限に反映することができ監査の実をあげることもできる⁽³⁰⁾。特に、取締役会は、監査委員会の職務執行のために必要なものとして、法務省令で定める事項を決定しなければならない（同416条1項1号ロ）。これを受けて会社法施行規則112条1項1号2号では、「一 監査委員会の職務を補助すべき取締役及び使用人に関する事項」「二 前号の取締役及び使用人の執行役からの独立性に関する事項」と規定し、執行役からの独立性を確保するとともに、その他業務の適正を確保するための体制を規定する（同項3号・4号）。これらを背景に、取締役会は、委員会の職務の執行の報告を受け（会社法407条3項）、執行役の職務分掌等（同402条・403条・416条1項1号ハ）を通じ、強力に監督権限を実現することができる。なお委員会設置会社の監査委員会のする執行役等の職務の監査は、独任性ではなく委員会がする組織体としての監査である⁽³¹⁾。

委員会等設置会社が導入されるまでに、自由民主党商法に関する小委員会（以下、「小委員会」という。）は、1997年9月8日に、「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」をまとめている⁽³²⁾。Ⅰ.監査役の独立性の確保、Ⅱ.株主代表訴訟の見直し、Ⅲ.今後の検討課題、という構成による。監査基準の明確化や株主総会・株主・取締役会のあり方を検討課題としており、特に監査役の独立性に重点を置く。また米国型の機関構成として、株主総会と取締役会以外に、社外取締役が過半数を占める独立の4委員会（報酬委員会、人事委員会、監査委員会、訴訟委員会）と経営執行部からなる仕組みとの比較において、日本型の改正案を提示している⁽³³⁾。そこでは株主総会と取締役会以外に、経営執行部と監査役会を置く。また規定6では、取締役選任への参加を予定しており、ドイツ型のモデルに近いと評価できる。同試案骨子において社外監査役に重点が置かれており社外取締役が盛り込まれていない点については、過半数が社外取締役からなる独立した委員会を取締役会の中につくるという制度にも矛盾

²⁸吉本健一「社外監査役および社外取締役の社外性の意義と機能」阪大法学52巻3・4号77頁以下（2002年）参照。

²⁹始関・前掲注（17）66頁。

³⁰始関・前掲注（17）71頁参照。なお監査委員会の監査が、自己の監査に及ぶ範囲がわずかな部分であることから、自己監査のおそれはないことにつき、江頭・前掲注（7）525頁参照。

³¹大塚龍児『新基本法コンメンタール会社法2』294頁（416条）〔奥島孝康・落合誠一・浜田道代編〕（2010年）。

³²商事法務1468号27頁以下（1997年）、資料版商事法務162号279頁以下（1997年）。なお経済団体連合会コーポレート・ガバナンス特別委員会「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」商事法務1468号30頁以下（1997年）参照。

³³前掲注（32）資料版商事法務162号281頁。

があるということであり、米国型はとらないということである⁽³⁴⁾。これに対しては、米国型のモデルのほうが、優れているとする見解がある。すなわち妥当性の監査と戦略レベルの意思決定とは厳密には分離できず、ボードにその両方の機能を持たせる米国型のほうが望ましいということである⁽³⁵⁾。特に、取締役会が経営者の監督をする米国型の制度を導入し、現在の委員会設置会社に相当する改革案を提示する。

さらにそれより前、1981年の商法改正に関する、株式会社の機関に関する改正試案は、取締役および取締役制度の基本的性質を変更せずに、取締役制度の問題を解決するため、従来の常務会等に変わる経営委員会の設置という選択肢を用意した⁽³⁶⁾。すなわち取締役会の監督機能の問題点として前述したように、取締役には社内者が多いということと、2002年に委員会等設置会社が導入された理由にもあるように、取締役の人数が多くなりすぎ機能不全に陥っている状況が見られるという問題である。1981年の改正試案では、権力の集中しがちな業務執行機関の分化をはかり、取締役会の監視権能が十分に行使できるようにするために、業務執行の意思決定は、取締役会、決定された業務を執行するのは、代表取締役とするのが目的に適合するとし、代表取締役の職務が、会社の業務を執行することを明らかにしている⁽³⁷⁾。

社外取締役に關しては、基本的にはどの範囲から人材を確保するかという問題である。委員会に組み込まれる社外取締役がどのような役割を果たすべきかということは、重要な検討課題である⁽³⁸⁾。改正会社法では、親会社関係者・取締役等の近親者でないことを要件に追加し、社外取締役に要件が厳格化されている。それとともに株主は株式会社の所有者であるから、社外取締役に選定手続きにおいて、株主の意図を反映できるようなガバナンスのモデルを実現できるものでなければならない⁽³⁹⁾。これに関して、日本取締役協会は、社外取締役・取締役会の主たる職務は、経営（業務執行）の意思決定ではなく、経営者（業務執行者）の「監督」である、と提言⁽⁴⁰⁾する。

（２）社外取締役と独立取締役

会社法上、社外取締役に設置が強制されるのは、委員会設置会社であり、改正会社法のもとにおいて、指名委員会等設置会社と監査等委員会設置会社である。わが国の上場会社の大部分は、監査役設置会社であるから、社外取締役に設置義務はない。しかし海外の投資家からは、彼らにはなじみのない監査役制度に懸念が寄せられ、そうした投資家保護のためのチェック機能を社外取締役により行うべきであるという要求があったようである⁽⁴¹⁾。そして経済界の認識としては、実際に会社のためになっているという点では共通しているが、経営者としては内情を知らない外部者に介入されたくないということである。とはいえ社外取締役に導入に関しては、上場会社を対象とした調査では、導入している会社は少ないということではできない。東京証券取引所が、上場会社における社外取締役に選任状況等について行った集計によると、社外取締役に選任する上場会社（市場第一部）の比率が、2012年9月の

³⁴太田誠一「インタビューコーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」商事法務1470号4頁以下（1997年）。

³⁵江頭憲治郎「自民党の商法等改正試案骨子と監査役・監査役会」商事法務1470号17頁以下、特に22頁（1997年）。

³⁶元木伸「株式会社の機関に関する改正試案の解説〔8〕取締役及び取締役会——職務内容・経営委員会」商事法務831号12頁以下（1979年）。

³⁷元木・前掲注（36）8頁以下、元木伸「株式会社の機関に関する改正試案の解説〔7〕取締役及び取締役会——権限」商事法務830号12頁以下（1979年）。

³⁸法務省参事官室「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」（平成23年12月）は、社外取締役に、経営の監督に関する機能として、①経経営全般の監督機能、②利益相反の監督機能を期待することができるとしている。なお経済産業省コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会「社外役員等に関するガイドライン」（平成26年6月30日）7頁以下参照。

³⁹神田・前掲注（1）2頁以下、146頁以下、154頁参照。

⁴⁰日本取締役協会「社外取締役・取締役会に期待される役割について」（平成26年3月7日）資料版商事法務360号63頁以下（2014年）参照。

⁴¹日本取締役協会・前掲注（1）75頁。

時点で55%であったが2013年8月には62%になっている⁽⁴²⁾。

ところで取締役の権限は、取締役会設置会社であればその構成員として、業務執行の決定を行い、業務執行を監督することが主要なものである。社外取締役を導入することにより、社外者によって業務執行の監督機能を実効性のあるものとし、不正な行為が行われることがないようにすることができる。そのことにより株主の共同利益が増大することにつながることを目的とするものである。取締役会設置会社には、その監督機能の点において自己監査の場面がないではないうえ、業務執行にあたらぬ機関が業務執行の適法性等を監督することについても若干の疑問が残る。委員会設置会社は、各委員会の委員である取締役の過半数が社外取締役である。改正会社法における指名委員会等設置会社もこれを引き継ぐ（同400条3項）。取締役は業務の執行をすることができない（同415条）。業務執行については、執行役が取締役会決議により委任を受けた事項の決定および執行自体の権限を有する（同418条・416条4項）。人事、報酬等の権限が事実上代表取締役に集中しており取締役会が十分な監督権限を行使できない場合に、委員会でその内容を決定することとして取締役会の監督機能の大幅な強化を企図した制度である⁽⁴³⁾。また改正会社法により新設された監査等委員会設置会社に関して、取締役会の権限について、監査等委員会設置会社の取締役の過半数が社外取締役である場合には、当該監査等委員会設置会社の取締役会は、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができる、と規定する（同399条の13）。このように社外取締役が委員会の過半数を占めていることにより、監督機能が相当程度に確保できるため、個々の取締役に重要な業務執行の決定を委任できるわけである。しかし真に経営者の監視・監督・評価いわゆるモニタリングを行おうとするのであれば、経営者からの独立があつてはじめてできることである⁽⁴⁴⁾。

3 2014年会社法改正に至る議論

会社法（平成17年法律86号）が、2005年（平成17年）6月29日、第162回国会において成立して以来、約10年を経過し、会社法改正法が、2014年6月20日、第186回国会で可決成立した。改正理由は、「株式会社をめぐる最近の社会経済情勢に鑑み、社外取締役等による株式会社の経営に対する監査等の強化並びに株式会社及びその属する企業集団の運営の一層の適正化等を図るため、監査等委員会設置会社制度を創設するとともに、社外取締役等の要件等を改めるほか、株式会社の完全親会社の株主による代表訴訟の制度の創設、株主による組織再編等の差止請求制度の拡充等の措置を講ずる必要がある。これが、この法律案を提出する理由である。」ということである。

この改正に至るまでには、「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。）が、2011年（平成23年）12月7日開催の法制審議会会社法制部会第16回会議において取りまとめられている。その後、2012年（平成24年）8月1日開催の法制審議会会社法制部会第24回会議では、「会社法制の見直しに関する要綱案」（以下、「要綱案」という。）の取りまとめに向けた議論が行われ、要綱案が取りまとめられた。

中間試案における、「第1部企業統治の在り方、第1取締役会の監督機能、1社外取締役の選任の義務付け」に関しては、次のような3つの案が提示されていた。【A案】監査役会設置会社（公開会社であり、かつ、大会社であるものに限る。）において、一人以上の社外取締役の選任を義務付けるものとする。【B案】金融商品取引法第24条第1項の規定により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、一人以上の社外取締役の選任を義務付けるものとする。【C案】現行法の規律を見直さないものとする。中間試案に対しては、各界から種々の

⁴²東京証券取引所「東証上場会社における社外取締役の選任状況等について」（2013年9月10日）。

⁴³始関・前掲注（17）66頁。

⁴⁴神田・前掲注（1）3頁、日本取締役協会・前掲注（1）8頁。

意見が寄せられている⁽⁴⁵⁾。日本経済団体連合会は、2012年1月24日に「「会社法制の見直しに関する中間試案」に対する意見」を表明し、社外取締役の選任の義務付けに関して、C案を支持している。「経営の適正な監督を行うことができるか否かは、社外取締役であるといった形式的な属性ではなく、個々人の資質や倫理観といった実質により決まる。また、監督を行うにあたっては、専門的な経営判断の妥当性をも見極める必要があるが、社外取締役であれば常にそうした能力を備えているとは限らない。」という意見は、経営者側の生の声でもあり説得力がある。これに対して、東京証券取引所は、2012年1月30日に「「会社法制の見直しに関する中間試案」に対する東京証券取引所の意見」を表明している。そこでB案支持の理由として、「東証上場会社の97パーセント以上は社外取締役の不要な監査役会設置会社であり、そうした会社に社外取締役の選任を義務付ければ、全ての上場会社において取締役会における議決権及び経営の妥当性に及ぶ監督権限を通じた実効性の高い監督がなされるようになることが期待されます。」としている。

要綱案がまとまるまでの議論において、経済界からは、社外取締役の義務付けについて反対の意見表明があった⁽⁴⁶⁾。その理由としては、適正な監督の可否は、社外取締役であるか、そうではないかという形式によるものではないということ、むしろ個人の資質、倫理観というところに依拠しているものであるということ、あるいは一律に形式的にルール化することとは、その企業にとり、規模や業種、業態に最適なガバナンスの体制の追求を制約するという意味で弊害につながりかねない、ということが掲げられている。あるいは、社外取締役の選任は、コーポレート・ガバナンス強化の一手段にすぎないから、各企業が自社に最適な制度を構築する中で、自主的に採用してこそ意味があるという意見もあった⁽⁴⁷⁾。

事務局作成の資料では、①社外取締役が存しない一定の会社において、社外取締役を置くことが相当でない理由を開示する、②上場規則において、上場会社を対象として、取締役である独立役員を一人以上確保することについての努力義務を定めること、が提案されている。これに対して、開示に関しては、単に社外取締役を「置かない理由」ではなくて、「置くことが相当でない理由」という文言が、合理的理由がなければ置かなければならないことを示す表現であると読むことができることから、社外取締役選任への方向付けに意義のある規律になるという意見、独立役員を確保することについての努力義務に関して、いままでは社外取締役を置きませんでしたで済むが、努力義務があるにもかかわらず、社外取締役を置かないことが正しいということを天下に向かって堂々と発言するということは、現在の状況あるいは世論に背を向けた態度だという意見などが表明された⁽⁴⁸⁾。

要綱案は最終的に折衷的なものになった。各界の強い反対がない状態で法改正がはかれるように全会一致を目指したのである。会社法制部において決定された要綱案および附帯決議は、2012年（平成24年）9月7日、法制審議会第167回会議において、原案どおり採択され直ちに法務大臣に答申することとされた。会社法制の見直しに関する要綱⁽⁴⁹⁾（以下、「要綱」という。）は、第1部企業統治の在り方、第2部親子会社に関する規律、第3部その他、という構成である。社外取締役に関しては、「（前注）監査役会設置会社（公開会社であり、かつ、大会社であるもの

⁴⁵阿部ほか「会社法の見直しに関する中間試案について」商事法務1962号4頁以下（2012年）、坂本ほか「「会社法制の見直しに関する中間試案」に対する各界意見の分析（上）、（中）、（下）」商事法務1963号4頁以下（2012年）、同1964号16頁以下（同年）、同1965号37頁以下（同年）、経済産業省産業組織課「第1回コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会参考資料」（平成24年3月7日）参照。

⁴⁶法制審議会会社法制部会第19回会議（平成24年4月18日開催）議事録（議題会社法制の見直しについて）、岩原・前掲注（1）10頁以下参照。

⁴⁷法制審議会会社法制部会第23回会議（平成24年7月18日開催）議事録（議題会社法制の見直しについて）参照。

⁴⁸前掲注（47）議事録参照。

⁴⁹要綱につき、別冊商事法務編集部・前掲注（1）を参照。

に限る。)のうち、金融商品取引法第24条第1項の規定により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、社外取締役を置くことが相当でない理由を事業報告の内容とするものとする。」ということになった。附帯決議は、「1 社外取締役に関する規律については、これまでの議論及び社外取締役の選任に係る現状等に照らし、現時点における対応として、本要綱案に定めるもののほか、金融商品取引所の規則において、上場会社は取締役である独立役員を一人以上確保するよう努める旨の規律を設ける必要がある。2 1の規律の円滑かつ迅速な制定のための金融商品取引所での手続において、関係各界の真摯な協力がされることを要望する。」というものである。

4 社外取締役設置関連の規定

2014年会社法改正法は、①企業統治のあり方に関しては、取締役会の監督機能につき、監査等委員会設置会社の制度が創設され、社外取締役を置かない場合に理由を開示すべきこととされ、社外取締役・社外監査役の要件の見直しその他に関する改正があった。②親子会社に関する規律の整備に関しては、多重代表訴訟制度の創設による親会社株主の保護等、その他に関する改正が行われた⁽⁵⁰⁾。次のように、社外取締役に関する規定の改正があった。

(1) 改正会社法2条15号

改正会社法は、社外取締役を次のように定義した。

「社外取締役株式会社の取締役であって、次に掲げる要件のいずれにも該当するものをいう。

イ 当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役（株式会社の第363条第1項各号に掲げる取締役及び当該株式会社の業務を執行したその他の取締役をいう。以下同じ。）若しくは執行役又は支配人その他の使用人（以下「業務執行取締役等」という。）でなく、かつ、その就任の前十年間当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役等であったことがないこと。

ロ その就任の前十年内のいずれかの時において当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与（会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員）又は監査役であったことがある者（業務執行取締役等であったことがあるものを除く。）にあっては、当該取締役、会計参与又は監査役への就任の前十年間当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役等であったことがないこと。

ハ 当該株式会社の親会社等（自然人であるものに限る。）又は親会社等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。

ニ 当該株式会社の親会社等の子会社等（当該株式会社及びその子会社を除く。）の業務執行取締役等でないこと。

ホ 当該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又は親会社等（自然人であるものに限る。）の配偶者又は二親等内の親族でないこと。」

これについては、従来より、現在の会社法は、親会社関係者・重要な取引先関係者等であっても社外取締役の要件を満たすことが指摘されている⁽⁵¹⁾。会社から多額の資金の提供を受けていたりその他緊密な関係がある場合には、適切な監督機能を果たすことができるのかといったことが問題である。たとえばアメリカでは、2002年7月30日に、サーベンス・オクスレー法（Sarbanes-Oxley Act）が成立したが、同法301条により、1934年証券取引所法10A条（m）（3）は、監査委員会の構成員が取締役会の構成員であり独立役員でなければならないことを追加的に規定す

⁵⁰商事法務2017号1頁以下（2013年）参照。

⁵¹吉本・前掲注（28）93頁、北村雅史「経営機構改革とコーポレート・ガバナンス」森本滋編「比較会社法研究 ― 21世紀の会社法制を模索して―」245頁（2003年）、江頭・前掲注（7）513頁以下。

る。このような規準からすると、たとえばオリンパス事件の社外取締役は、社外取締役ではあるが独立取締役ではないことになる⁽⁵²⁾。会社経営を実効的に監督するためには、取締役は経営者から独立していなければならない⁽⁵³⁾。会社から、直接であれ間接であれ金を受け取っている場合には、独立性を欠くことになる。もちろん監督機能が有効に機能するためには、その人の倫理観が重要であることはいうまでもないことであり、法律等により制度を強制できたとしても制度を有効に機能させるのは人間である⁽⁵⁴⁾。

(2) 改正会社法327条の2

改正会社法では327条の2が追加された。「事業年度の末日において監査役会設置会社（公開会社であり、かつ、大会社であるものに限る。）であって金融商品取引法第24条第1項の規定によりその発行する株式について有価証券報告書を内閣総理大臣に提出しなければならないものが社外取締役を置いていない場合には、取締役は、当該事業年度に関する定時株主総会において、社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならない。」

すでに見たように、この規定が成立するまでの議論において、特に経済団体からの反対が強く、折衷的な規定になった。ヨーロッパ諸国で採用されている「comply or explain」（遵守せよ、さもなければ説明せよ）というルールを採用したものといわれている⁽⁵⁵⁾。

5 有価証券上場規程

東京証券取引所は、2014年2月5日、「独立性の高い社外取締役の確保に係る有価証券上場規程の一部改正について」として、要綱の附帯決議に基づく上場制度上の対応を図るため、社外取締役に関する有価証券上場規程の改正を公表している。有価証券上場規程445条の4の規定の条見出しを（独立役員の構成）から（取締役である独立役員の確保）とし、「上場国内株券の発行者は、取締役である独立役員を少なくとも1名以上確保するよう努めなければならない。」とする改正をしている。同月10日からの施行である。同規程436条の2は、（独立役員の確保）として、上場国内株券の発行者は、一般株主保護のため、独立役員を1名以上確保しなければならないことを規定する。独立役員⁽⁵⁶⁾とは、一般株主と利益相反が生じるおそれのない社外取締役または社外監査役である。社外取締役に關しては、会社法2条15号の定義規定に該当しかつ会社法施行規則（平成18年法務省令12号）2条3項5号に規定する社外役員に該当しなければならない。

東京証券取引所は、上場会社コーポレート・ガバナンス原則（2009年12月22日改定版）を公表しているが、そこでコーポレート・ガバナンスが有効に機能するためには、取締役会・監査役（会）が期待される役割を果たすことが必要であるとする。近時のコーポレートガバナンス規制を考えるうえで、社外取締役は不可欠であり、かつその独立性が重要であることはいうまでもない。ここでは、金融審議会金融分科会「我が国金融・資本市場の国際化に関するスタディグループ報告」（2009年6月17日公表）においてコーポレート・ガバナンスのモデルとされた3つのモデルを備考として付記している。いずれも社外取締役を組み込んだガバナンス・モデルである。同規則を受けて、東京証券取引所の有価証券上場規程445条の3（2009年12月30日追加）は、（上場会社コーポレート・ガバナンス原則の尊重）について規定し、上場会社がコーポレート・ガバナンスの充実に取り組むよう努めるものとしている。

⁵²岩原伸作「会社法の間題試案とコーポレート・ガバナンスについて」生命保険論集179号24頁以下（2012年）。オリンパス社の第139期有価証券報告書の訂正報告書（2007年10月17日提出）では、社外取締役であるF氏が会社から寄付を受け取っている財団法人の理事長であるとしている。

⁵³片山信弘「独立取締役の意義と機能」大阪学院大学法学研究34巻2号31頁以下（2008年）。

⁵⁴吉本・前掲注（28）94頁、大杉謙一「取締役会の監督機能の強化〔上〕」1941号20頁（2012年）、阿部ほか・前掲注（45）5頁。

⁵⁵神田秀樹「会社法改正の動向」<http://www.westlawjapan.com/pdf/wljp/hounosihai.pdf>

⁵⁶神田・前掲注（1）32頁以下、136頁以下、江頭・前掲注（7）363頁以下参照。

IV おわりに

2014年の会社法改正法では、社外取締役の設置強制は最終的には見送られたが、これは経済団体の反対が強かったためである。最近では、2002年の商法特例法の改正のさいにも、中間試案において社外取締役を大会社に限り設置強制することが提案されていた。しかし大会社に社外取締役の選任を強制することは、その人材確保が時間的に必ずしも容易ではないことと、社外取締役の選任を望まないときに設置を強制した場合に期待した役割を果たすことができないおそれがあることなどから、結局立法化されなかった⁵⁷⁾。2002年の商法等の一部を改正する法律案に関する審議に際しては、衆議院法務委員会および参議院法務委員会いずれにおいても、社外監視機能が十分発揮されるよう社外取締役の要件等を周知徹底することが附帯決議された。さらに参議院法務委員会では、今後の実務の運用状況を踏まえ、必要に応じその見直しを検討することとされていた。今般の会社法改正は、この延長上にある。

会社法改正法の附則25条は、「政府は、この法律の施行後2年を経過した場合において、社外取締役の選任状況その他の社会経済情勢の変化等を勘案し、企業統治に係る制度の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて、社外取締役を置くことの義務付け等所要の措置を講ずるものとする。」と規定する。社外取締役に関する改正としては、将来的に設置強制の余地がある。

社外取締役に関する検討課題としては、従前より社外取締役に何を期待するのかという問題があったが、これについては会社のステーク・ホルダーが誰なのかということとも関連のある複雑な問題である。またコーポレート・ガバナンスにおける社外取締役にに関する議論は、会社経営の公正性や健全性の観点から重要である。わが国だけではなくヨーロッパ諸国においても国境を越えて活発に議論されている⁵⁸⁾。社外取締役を導入するのであれば、個々の会社として取締役会における議論がどのようなものかどのような事項を付議すべきであるのかということなどにも取り組まなければならない⁵⁹⁾。独立役員の視点については、立法政策上これを法律等に反映することが重要な課題である。東京証券取引所の有価証券上場規程では、独立役員について、一般株主保護、利益相反取引というキーワードが用いられているが、これらにつきさらに検討すべきである。また社外取締役および独立取締役の二つの概念の重複異同も検討の余地があるように思われる。

⁵⁷⁾法務省民事局参事官室「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」（平成13年4月18日）商事法務1593号28頁以下、39頁（2001年）、始関正光「平成一四年改正商法の解説〔I〕」商事法務1636号9頁（2002年）。

⁵⁸⁾正井章作「EUにおけるコーポレート・ガバナンスをめぐる議論 ―ヨーロッパ・コーポレート・ガバナンス・フォーラムの声明を中心として―」比較法学43巻1号1頁以下（2009年）参照。

⁵⁹⁾澤口実=太子堂厚子「取締役会規則における付議事項の見直し ―社外取締役の選任、会社法改正その他近時のコーポレート・ガバナンスの動向を踏まえて―」資料版商事法務362号6頁以下（2014年）参照。