

従来型経営監視システムに関する若干の考察

— 米国型監視システムとの比較法的視点を交えて —

高橋理一郎
(本法務研究科教授)

第1章 株式会社法の改正と 経営監視機能の強化

1 はじめに

日本では、90年代に入りバブル経済が崩壊して以降、金融機関やその他の一般会社において、さまざまな不正行為・不祥事などが多数顕在化し、大きな社会問題となった。一例をあげてみても、高島屋事件（元専務ほか3名が有罪）、野村証券事件（社長と元常務が逮捕、他に2名起訴）、第一勧銀事件（前会長、前副頭取等11名が逮捕）、山一証券事件、日興証券事件、大和証券事件、松坂屋事件、海の家事件（三菱自動車工業、三菱電機、東芝、日立製作所、三菱地所）、三菱自動車工業のリコール隠し事件、雪印乳業による食中毒事件、大和銀行ニューヨーク支店巨額損失事件、住友商事銅不正取引事件など、いずれも著名な会社ばかりである。このような不正や不祥事は、企業の社会的な信用を損ねてしまうことは勿論、株価の急激な下落や収益環境の大幅な悪化に見舞われ、場合によっては、企業自体を崩壊させるという重大な結果を招いている。

こうした一連の企業不祥事を契機に、日本では、従来の経営監視システム（以下「従来型経営監視システム」という）が有効に機能していないのではないかということが問題とされ、経営監視機能をいかに充実強化すべきかが盛んに議論されるようになった。また、こうした経営監視システムの機能低下の原因は、①法制度上

のチェック機関である株主（総会）、取締役会、監査役（会）の形骸化や②これまで事実上のチェック機能を果たしてきたといわれているメインバンク・従業員などからの影響力の低下にあると指摘されていた¹⁾。

さらには、企業の不祥事と業績の低迷の原因は株主軽視にあるとして、株主重視の経営という視点からあるいは日本の従来型経営システムが非効率であるという考え方からいずれも米国型経営システムに転換する必要があるということが提唱され、他方では、日本の法制度には、あまり問題がなく監査役の機能不全だけが問題であるので、監査役の権限を強化すれば足りるといった主張がなされていた。

前者の提唱は主として「効率性」についての監視を重視し、後者の主張は主として「適法性」に関する監視を問題としているものと理解されるが、こうした議論がなされる中で、健全で活力のある日本企業の経営を促進するという目的から、平成13年と平成14年の2度にわたり、企業の統治に関する商法の大改正が行われた。一つは、これまでと同様の、監査役制度の権限を強化するという方向での改正であり、もう一つは、米国型の取締役会制度（委員会制度）を導入するという方向での改正であった。

また、平成17年には、会社法制の現代化とその制度全体についての大規模な改正が行われ、「会社法」（平成17年法律第86号）として、平成18年5月から施行されている。

そこで、本稿では、経営監視システムに関す

るこれまでの改正経過等から日本の従来型経営監視システムが抱えていた問題状況を明らかにし、その監視システムのどこにどのような問題があり、また、そうした問題を克服するためにどのような法的改善策が講じられてきたのかを概観してみようとするものであり、併せて米国型監視システムについても若干の考察を試みている。そして、こうしたこれまでの制度の問題状況を理解し、米国型監視システムとの比較法的視点を交えた考察を試みることは、平成13年以降の法改正によって日本企業の経営監視システムの機能に今後どの程度の効果が期待できるのかを展望するために有用であると考えられるのである。

2 企業の不祥事とコーポレート・ガバナンス

ところで、企業経営の目的は、業績向上にあるとするのが、これまでの一般的な考え方である。そして業績向上のためには、経営陣に対する監視の問題もあるが、競争適合型の経営システムを構築することも重要である。そして、そうしたシステムを構築するためには非効率的な規制の緩和と経営陣の権限強化が求められることになる。

従って、効率的な経営システムのあり方については、個別企業の創意・工夫による制度設計に委ねるべきであり、法が干渉し、一律な規制をすることは、むしろ非効率的であるということになる。しかし他方では、その結果、経営陣に対する規律づけが弱まり、企業行動の効率性が失われあるいは適法性がなおざりにされるという傾向が出てくることから、企業の健全な行動を確保するために法の干渉が要請されることになる。

要するに、企業組織のあり方や内部の問題については、どこまで私的自治の原則に委ねられ、どこまで法が強行法規として干渉すべきかという規制緩和と規制強化の対象範囲とその均衡が会社法上の一つの大きな課題である。

なお、経営者の違法な行為については、司法

上の問題であり、コーポレート・ガバナンスの問題ではないという見解がある²⁾。しかし、経営者の行為であれ、従業員の行為であれ、その違法な行為が企業の行為として観念できるものであれば、それは企業をいかに統治するかというガバナンスの問題である。換言すれば、ガバナンスとは、企業内部の管理・統制という内向きのシステムに限定されるものではなく、企業独自の行動全体を統制するシステムをも意味するものと捉えるべきである³⁾。それは、法が企業の社会的活動を容認しているのは、自然人と同様に自律的統制システムを有し、かつその行動の責任をとれるシステムであることを当然の前提としているからではないかと考えるからである⁴⁾。

もっとも、このガバナンスあるいはコーポレート・ガバナンスという言葉は、必ずしも明確に定義されているわけではないし、その意味するところについても統一性があるわけではない⁵⁾。従って、その言葉には注意が必要である。しかし、コーポレート・ガバナンスと題する論文や文献等では、主として大規模公開会社の運営機構に関する問題が扱われており、特に法的側面からコーポレート・ガバナンスを論じている各文献においては、会社の運営が公正かつ効率的に行われる仕組みの問題として論じられている⁶⁾ものが多いし、わが国におけるコーポレート・ガバナンス論では、冒頭のような、相次ぐ企業不祥事が強く反映し、大規模公開会社における企業不祥事防止のための経営監視・監督機構のあり方がその議論の中心となっている。そうした観点から言えば、本稿のテーマもまたコーポレート・ガバナンスの領域に関連した問題ということになる⁷⁾。

3 改正の経過等からみた監視機能の問題点

(1) 日本の会社法は、古来の法的な伝統の上に形成されたものではない。1899(明治32)年に成立した最初の近代的商法典は、19世紀ドイツが作り出した企業に対する近代的監視シ

システムを、基本的に継受する形で成立したものであった⁸⁾。また、1950年の商法改正もまた、第2次大戦の敗北、米国による占領の結果として、体系的にも、経営監視システムについての考え方もまったく異なる米国の法文化を受け入れたものであった。

明治32年商法では、株主総会は、会社の実質的な所有者である株主の集合体として会社の最高・万能の機関とされ、株主総会中心主義が採られていた。そして、取締役は株主の互選によって選任され、各自執行権・代表権を持つことが原則とされていた⁹⁾。また、監査役は株主の代表的立場¹⁰⁾で、取締役の業務執行を監督する業務監査を主たる任務とし、併せて会計監査の権限を有していた。要するに、当初は、株主総会が経営の意思決定権限等を有し、株主の代表的立場にある監査役が、取締役の業務執行を監査するという関係にあった。しかし、監査役には、身分上の独立性がなく¹¹⁾、かつ業務関係の外におかれていたので業務監査の効果が期待できずに、有名無実の存在であった。

(2) 昭和25年の改正では、株主中心主義から、新たに取締役会制度を設け、取締役会中心主義を採用している。

要するに取締役会に業務執行権限を集中させ、その権限の強化を図り、業務監査権を監査役から取締役会の権限とし、新たに設けた業務執行機関である代表取締役の監督を取締役会に行わせることにしたものである。

しかし、実態は、取締役社長を頂点とし、ピラミッド型を形成していた従前の取締役（業務執行者）を、そのままにした状態で、上席取締役に代表という名称を付し、その下に新たに代表権のない平取締役を加えて取締役会とただけであった。このように法律上では、株主総会の下に取締役会を置き、その下に代表取締役を位置付けてその監督をさせることとしたが、実態は、従前の取締役のトップが代表取締役となってしまった¹²⁾ ために、業務執行者である代表取締役が、あたかもその監督役であるはずの

取締役会の代表者であるかのような認識を与え、原因となってしまったものである¹³⁾。

また、この改正では、取締役の各自代表権を廃止したことから、その後日本独特の労働慣行と相まって名前だけの取締役（従業員取締役）を多量に生じさせる要因を作り出している。さらに、機能していなかったとはいえ、経営監視機関としての監査役の権限を会計監査に限定し、会計検査機関としてしまったために、上席取締役に対する監視機関がまったくない制度となってしまった。

このように、昭和25年改正では、米国型に範をおいた改革を行っているが、いかにも中途半端な導入にとどめてしまったために、監視機能の強化という観点からは、なんらみるべきものない改正となってしまっている

(3) 昭和49年改正の立法経過等をみると、昭和25年の改正とは異なり、経営監視機関としての比重は、取締役会から監査役に比重が置きかえられ、監査役の監視機能に再度期待した改正となっている。

そして、その後の昭和56年の改正、平成5年の改正のいずれも、取締役会制度ではなく監査役制度の権限強化の流れに沿った改正となっている。しかし、実態として巨大な経営管理権を有する社長をはじめとする代表取締役の業務執行を監視するには、監査役が取締役から独立した存在であることと経営を監視するために必要な各種権限の充実が必要であった。

昭和49年改正はまさにこの方向への改正を目指したものであったが、監査役の権限強化、独立性の点で不十分なままに終わっている。当初検討されていた取締役解任請求権が採用されていないし、事後監査の強力な手段である取締役に違法行為があった場合の株主総会招集権と取締役会招集権が盛り込まれなかった。その他、監査役の報酬の決定方法、監査費用の改善、監査役の選任提案権を監査役（会）に属させることはもちろん、解任に際しての意見表明の機会の保障も認められていない。

それは、監査役があまりに権限を持ちすぎ地位が強化されすぎると、会社内での紛議の手段とされるおそれがあるとの危惧が表明され、その危惧に配慮して採用されなかったということである¹⁴⁾。

要するに、取締役会に異質なメンバーを加えることは、いたずらに対立を強め、あるいは不協和音を恒常化させることになり、経営の効率を著しく阻害することになるというのである¹⁵⁾。しかし、そうした懸念が全くないとは言いきれないかもしれないが、真に監査・監督の実をあげようとするのであれば、取締役あるいは監査役の相互の間における健全な緊張関係というものは本来欠いてはならないはずである。

(4) また、昭和49年の改正で、監査役に再度業務監査権が与えられた。しかし、その内容は、昭和25年以前の会社業務全般についての監査権ではなく、業務監査のうち適法性監査に限られ、妥当性監査は依然として取締役会の権限として残された。

このように、取締役会に妥当性監査を残すのであれば、取締役会についても抜本的な改正がなされなければならなかったはずである。ところが、取締役会については何らの手当もなされていない。

取締役会の自主的監視機能の強化をめざしたはずの昭和56年の改正においても、監視機能強化のための実質的な改正はほとんどなされていない。

また、改正がなされない以上解釈上監査役に妥当性を含めた業務監査権を認めるように解釈すべきでなかったかと思われる。現に、その境界の判断が難しいために、監査の実務を消極的にしているという指摘がなされていた¹⁶⁾。また、「このような棲み分けの論理の裏は、監査役は経営に介入してはならないという暗黙の了解が伏在している」¹⁷⁾といわれていたが、このような考え方が通用している限り、監査役制度をもって、真に監査の実をあげさせることに期待することは、そもそも困難であったというこ

とになる。

第2章 株式会社制度の特徴と課題

1 法的特徴とその実態

(1) 会社法上株式会社は、対外的な活動によって利益を獲得し、その得た利益を株主に分配することを目的とする営利社団法人（会社法3条）¹⁸⁾である。

ここでの社団とは、特定の共同目的達成のために人的に結合した団体をいい¹⁹⁾、法人とは、自然人以外で権利義務の主体となり得る法的地位（権利能力）を有するものことである²⁰⁾。

株式会社では、この社団を構成する構成員（社員）は株主である。そして歴史的には、こうした株式会社は、株主のために組織され、かつ株主によって運営され、そしてすべての利益は株主に分配されてきた²¹⁾ことから、近代的な株式会社法制においては、資本主義社会の私的所有制度との整合性を図り、会社は、出資者である株主によって所有されるという論理構成がとられている。その結果この社団を構成する出資者である株主が、その会社の実質的な所有者であるとするのが、伝統的な会社法の考え方である²²⁾。

(2) 株式会社の所有者は株主であるという考え方から、会社法においては、株主が経営の担い手である取締役等をコントロールする仕組みになっている。具体的には株式会社の最高機関である株主総会において、株主は取締役あるいは監査役を選任あるいは解任し、または会社運営における重要な意思決定をする法律上の権利を有している²³⁾。そして、この制度では、出資者がいかに巨額な出資者であっても、少額な出資者であったとしても、すべての出資者が、それぞれ与えられている議決権（会社法105条1項3号）を、自ら自覚的に行使するはずであるとして、そうした自立した株主像というものを理念的に想定した制度となっている²⁴⁾。

しかし他方では、法律上株式会社の意思決定

は資本多数決によって行われる仕組みになっている(会社法309条1項, 同308条1項)ことから, 実際には, 資本的多数を支配する者は株主総会で取締役(経営者)を選任することができるが, 少数株主の場合は, 経営への参加が事実上困難となっている。従って, 特に取締役の過半数を選出するだけの力を有する株主(支配株主)は自ら取締役となるか自己の代理人を取締役に選出して会社の経営に参加し, 会社を支配することが可能となる(所有と経営・支配の一致)。その典型的な例として敵対的な企業買収をあげることができる。このように, 株式会社では, 株主は権利の濫用とならない限り議決権を自らの私的な利益追求のために自由に行使し²⁵⁾, 会社経営に参画することができることになっているが, 実際上は, 資本的多数を形成できる株主でない限り困難であるということになる。

(3) また, 企業が大規模化するに従い出資と経営の分離がおこり, 経営陣の権限が強化されるとともに, 株主の地位は相対的に低下してきているというのが日本に限らず先進資本主義経済諸国の共通した歴史的経過である。特に, 株式公開制度の下で大資本化した現代企業においては, その傾向は著しく, 今や大多数の株主は, その意識においても実態においても単なる分散化した資本提供者となり, 純粹かつ単純な投資家にすぎなくなっている。

このように, 株式が細分化されかつ分散所有が一般化するに従い, 経営者支配が問題となり, この経営者を監視する企業統治の改善策が先進資本主義諸国での共通の課題となり論議されている。

なお, この株式会社における経営者支配の実態に関し, 日本の場合には, 他国と異なった①株式の持合, ②メインバンク制, ③年功序列・終身雇用を前提とする従業員により組織化された企業内労働組合, あるいは内部昇進型経営者の存在, などといった特徴が見られた²⁶⁾。ここでは, 紙幅の関係からごく簡単に触れるに止

めるが, こうした日本の特徴は, 他国のような資本市場による規律づけとは異なり, ともすると一般型のルールよりも相対型のルールを尊重しあるいは優先させる傾向を持っていたことが認められる。そのため, 日本における経営者に対する監視・監督は, 公正で透明な資本市場とは異なる日本特有の相対型あるいは閉鎖的なルールの中で行われてきたということがいえる²⁷⁾。

こうした日本における株式会社の実態は, 一方では, 高度成長期における長期・安定的な日本の経営を支えるための規律付けの役割を果たしてきたと評価できるが, 他方では, 株主については経営者や従業員の次にくるものとしてあまり重視してこなかったという問題を抱えていた²⁸⁾ことが認められる。

2 株式会社の経営支配と責任をめぐる問題

(1) 人が, 経済的な活動をするためにどのような組織を作るかは, 私的自治の問題であり基本的には自由である。それは, 出資者が無限連帯責任を負うことが前提になっているからである。従って, そうした組織を作るにあたっては, 出資者は, 誰と出資し, どのようにして組織をコントロールしてゆくかについて極めて重大な関心を払うことになる。そのため, 自ずと人的色彩が強くなり, 資本の規模も制約されることになる。ところが, 株式会社制度では, 出資者である株主の責任は, 会社に払い込んだ出資金に限定され(払い込んだ後は責任というよりもリスク), それ以外には何らの責任を負うことがない(会社法104条)²⁹⁾。従って, 株式会社制度では, 不特定かつ多数の出資者による組織化が容易となり, 資本の大規模化が可能となる³⁰⁾。他面, 株式会社では, 株式が分散・小株主化し, かつ株主が無責任化してゆくに従い, 出資と経営の分離がおこり, 企業の経営は, 株主の手から専門的経営者に委ねられることになる。

伝統的な経済学の考え方からは, こうした関

係について、剰余請求者であると同時に出資金に限定された責任とはいえ債務に対する責任を負っている株主が、会社を代表して雇用契約、販売契約等の契約を結ぶ仕事を経営者に委託しているという説明がなされている³¹⁾。これは一種のプリンシパル・エージェント関係であり、ここではエージェントである経営者は株主の利益に反する契約を結び、あるいは行動に出る可能性（モラル・ハザード）がある³²⁾。そこで、こうした事態を防止し、所有者である株主が経営者をコントロールするためにはどのような権限、義務の体系を法的に配置すればよいかということを考察することになる³³⁾。これが、伝統的な法的パラダイムを基にした株主のための経営監視システムの問題ということになる。

(2) 前述のとおり、伝統的な企業観では、株主が会社の所有者である³⁴⁾とし、株主のみがその会社の経営者を選任・解任する固有の権限を有し、かつ経営者をコントロールする権利と義務を負っていることになる。

従って、理論的には、経営者³⁵⁾または取締役及び監査役（以下「経営者等」という）が株主に対し法的義務を果たさなかったり、株主が経営者等のモラル・ハザードなどのために企業が効率的に運営されていないと考えるならば、取締役会を通じて経営陣の入れ替えを行ったり、取締役や監査役を解任しあるいは再任しないことが可能であり、こうした法的権限を通して株主は、経営者等をコントロールしているということがいえる。そして、前述のとおり株主が企業経営をコントロールするためには、取締役会の多数派を選任できる力を持つことが必要である³⁶⁾。しかし、企業が巨大化するに従い株式が分散してきた結果、特定の株主が資本多数決を制し、取締役あるいは監査役を意のままに選任・解任し、あるいは取締役会の多数派を選任するということが現実的には不可能となり、ほとんどの株主が法の理想とはかけ離れたサイレントでかつ無関心な株主となっている。

また、ここでの詳論は避けるが、株式会社相

互間での株式の持合という現象³⁷⁾が、持ち合う相互の株式会社の経営者等の地位を安定的なものとし、結局は選任されるべき取締役がその多数派を選任できる現実的な力を持つことで、企業を支配するに至っている³⁸⁾。

従って、伝統的な法的パラダイムでは、こうした経営者等をいかに所有者である株主が監視・監督することができるか、その為にはどんな法的制度が効果的であり、どのような法改正が必要かということが問題となる。

(3) 以上は株主と経営者との関係からみた監視システムの問題である。しかし、近時株主以外の利害関係者（ステークホルダー）、あるいは社会的な視点から、株式会社に対する監視システムが問題とされるようになってきている。株主の場合は、株式の発行時に株式の代金を会社に払い込んだ時点ですべての義務を果たしたことになり（経営に関与する権利はあっても責任（義務）は全くない）、投資によって被る損害は、株式を購入した代金に限られる。また、公開会社では、株式が自由に譲渡できることから、会社からの退出は容易であり、その損失もカバーしやすい。

しかし、株式会社と取引をする債権者の場合には、現実には株主よりも退出が容易でない場合が多いし、株主が限定された責任しか負わないために、経営者の行動によっては、その利益が害されるおそれ大きい。従って、その利害を調整する必要があり³⁹⁾、そうした観点からの監視システムも問題とされるようになってきている。従業員・顧客といった他の利害関係者においても同様である⁴⁰⁾。

(4) また、伝統的には、経済学などでは利益極大化が企業の目的であるとされてきた⁴¹⁾。しかし、株式会社は、巨大化・複雑化するに伴い、上記のような多数の利害関係者に対してばかりではなく、もっと広範囲にわたる他の社会構成員に対しても大きな影響力を持つようになった。そうしたことから、会社存続の目的は利益極大化だけでは不十分であるとして、「社会

の要求」という会社にとっての外部的条件や地域社会における「公共的な必要」についての条件を満たすことも、会社にとっては必要な条件であり、それゆえ、会社は社会の一構成要素であるとか、会社は社会の一員であるというような考え方⁴²⁾が強調されるようになってきている。そこでは会社内部とは異なった視点での監視システムが問題となり、社会からのチェック機能をいかに会社内部にビルト・インすべきかということになるものと考えるが、こうした会社の社会的責任の会社法内在的な確保の要請が今日緊要な立法政策の課題とされてきている⁴³⁾。このように、伝統的な株主所有者企業観から離れ、近代法的監視システムのパラダイムそのものを、現代的に見直しをすることも問題とされるようになってきている⁴⁴⁾。

(5) 株式会社行動の社会的コントロールあるいはその責任が問題とされるようになったのは、会社にも、自然人と同様に法的な主体としての人格が与えられていることにある。この人格を与えられた会社は、人と物よりなる一個独立の組織体として、企業意思を持ち、価値量の増加(利潤)を目的とした経済活動を行っている。こうした経済活動は、一般論で言えば、個人が行うときは、人格的な規律づけが機能するので、そこには限度と節度が自ずと認められる。しかし、会社の場合は、価値量を増大化させるために不断に組織が増殖してゆくことからその限度がなく、その非人格性もあって節度もなくなりがちである。ところが、法人である会社の社会的行動が問題とされ、その責任が問われるとき、法人はあくまで法が擬制したフィクションに過ぎないため、その法人に法的責任を負わせ、直接法人を社会的に規律づけるということは困難である。従って、その責任は組織の一員として当該行為を行った個人にまず帰せしめられることになり、法人のトップがその為に直接罰せられるということがない。ましてや当該法人の所有者と観念される株主には、その責任を求めることができないとするのが近代法の原則であ

る。このように法人においては、当該法人の行為に関与した法人組織の構成員が個人としてその責任を負うだけであることから、結果的にはいわゆるトカゲの尻尾きりに終わり法人としての責任が見逃されてしまうか曖昧なものとしてとられてしまうところに問題の所在がある⁴⁵⁾。従って、こうした法人の責任については、誰にどのようにして果たさせることが法人に対する規律づけとして最も効果的であるのかということも、現代の株式会社法制度における大きな課題であるといえる。

第3章 従来型取締役会制度と監視機能

1 従来型取締役会の監視機能とその実態

法律上では、取締役会が代表取締役及びその他の取締役の行う業務一般の監督を行うことが明定され(旧商法260条1項、会社法362条2項2号)、判例もそうした法的地位にある以上監視・監督ができるものとして、例えば、「株式会社の取締役会は会社の業務執行一般につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行われるようにする職務を有する」⁴⁶⁾とし、また、「我が国の株式会社、とくに大会社では、代表取締役等の業務執行者を除くいわゆる平取締役ないし監査役は、その大半が社内取締役ないし監査役であり、これを従業員の年功労報償的な地位におく運用がなされている。それは、厚遇を受けながら取り締まらない取締役、監査しない監査役として業務執行者の追認機構と化しているのである。……もとより、このような現状を我々も知らぬではない。知らないではないが、そうだからといって、……報酬のみを得て取締役、監査役としての職務をしない名誉的な取締役、監査役に、法は席

を与えることができない。」⁴⁷⁾と述べるなど、取締役の責任を厳しく解している。

しかし、実際にも、取締役個人そして取締役会という合議体ともにその機能を十分に果たしていないことが問題であり、その原因として以下のような事情が従前指摘されていた。

(1) 前述したとおり、昭和25年の改正によって、それまで取締役社長を頂点とした経営体が多分法律上取締役会と呼称されるようになったことから、取締役会は経営体であるという間違った企業文化を醸成してきた。

そして、その結果として法律上は、従来の代表取締役の上位に取締役会を明確に位置づけ、対外的な業務執行機関である代表取締役を、その上位機関である取締役会によって監視・監督することを予定した⁴⁸⁾にもかかわらず、実態は取締役の長が代表取締役となり、代表取締役が取締役会を主宰し、運営するという法とは逆の関係の慣行を生んできた⁴⁹⁾。

(2) 取締役の人事権と報酬決定権が社長に委ねられ、代表取締役である社長の経営権力が取締役会よりもはるかに強大であることが挙げられる⁵⁰⁾。現実の企業社会では、いずれの会社においても社長が取締役候補者の腹案を予め考えておき、取締役会でこれを提案する。このように、専ら社長の意向によって取締役候補者が決まり、株主総会に提案されることになる⁵¹⁾。

また、社長を選ぶのは本来取締役会であるはずであるが、その取締役会の構成員である取締役候補者を選ぶのは前記のとおり社長である⁵²⁾。従って、実質的に自分が選んだ取締役によって構成される取締役会によって自分を選ばせるということになることから、そうした取締役会が社長を解任できるはずがないということになる⁵³⁾。

(3) 取締役会が、代表取締役以外の取締役に対する監視・監督についても十分に機能していない原因として、取締役の多くが使用者兼務取締役であるということが挙げられている⁵⁴⁾。日本では、取締役の大多数は、大学その他の学

校を卒業してからの生涯のほとんどをその社内内部で過ごした内部昇進者によって占められ、執行組織の「偉い人」=取締役という社内慣行が成り立っていた⁵⁵⁾。こうした長期雇用関係の下での昇進レースは、伝統的な経済理論で強調される外部労働市場における競争よりも激しいかもしれない⁵⁶⁾という利点が指摘される一方で、こうした慣行が、取締役総務部長・取締役経理部長といった従業員を兼ねる取締役の存在を常態化してきた。こうした使用者兼務取締役の場合は、担当部門の利益代表的な性格を持っていることから、他の取締役の業務執行についてあまり関心が高くないことと、意見を述べるとそれが自分にはねかえって来ることでの遠慮がある。また、総務部長・経理部長は法的には商業使用人(旧商法43条、会社法14条)にすぎないから、商業使用人として本来代表取締役の指揮・命令を受ける立場にある。従って、こうした日本の取締役会はそもそも法が予定した合議機関にふさわしい人事構成になっていないことが指摘できる。

こうした従業員兼務取締役については、そもそも違法であるという見解も一部にあったが、その兼務を肯定するのが判例・通説であった⁵⁷⁾。

このように、各取締役は、終身雇用制をベースに従業員の中から選ばれ、社長を頂点とする業務執行機関の一員となっているために、社長に対する実効的な監視・監督を取締役会に期待するのはそもそも困難であった⁵⁸⁾。

(4) 前項で述べたことは、いわゆる役付取締役⁵⁹⁾についても同じようにあてはまる。常務取締役、専務取締役といった役職は、法的には会社の内部職階制に基づく任意の役職であり、会社内部秩序として同じく内部職階制の役職である社長の指揮・命令に服することになる。

このように日本企業の取締役会は、その構成員である取締役が階層化し、上から社長、専務、常務、平取締役と縦一線に並べられている⁶⁰⁾。

(5) また、取締役会とは別に、常務取締役会

あるいは経営会議が設けられ、そのメンバーである少数の取締役によって意思決定がなされ⁶¹⁾、他の取締役はそうした意思決定には参画できないため、そのメンバーと他の取締役との間に地位の分化が起こり、実質的には取締役会は、事後承認機関あるいは形式的な決済機関としてしか機能していないのではないかとわかれていた⁶²⁾。

(6) また、取締役の選任は、本来株主の権利であるが、上記のような実態から、いきおい社内人事としての性格が強くなり現れざるを得なくなる。そのために一部メンバーの固定化を招くおそれがあり、「一部の固定メンバーと政権を担うトップは、反対分子を徐々に切り捨てイエスマンのみを構成メンバーとして選び、その結果権力が集中し、暴走してしまうケースが少なくない」⁶³⁾という弊害も指摘されていた。

(7) 取締役会の構成員の増加も取締役会の形骸化の一因となっていた。取締役の数が30名を越える企業も珍しくなかった⁶⁴⁾が、最近では取締役の数を減少させる傾向が目立ってきている⁶⁵⁾。これは、コーポレート・ガバナンス(企業統治)の観点から取締役会を活性化し、相互チェック機能を高めようとする現れであると理解できる。

このように、大所帯化した取締役会に機動力ある監視機能を求めることは難しい。また、前記のとおり、経営の基本にかかわる事項も、常務以上で構成される常務会や、さらに上席役員だけに絞った経営会議で決定し、取締役会はただそれを追認する機関となってしまうのも、こうした大所帯化した取締役会で意思決定することが事実上困難となっていたからである⁶⁶⁾。

(8) 法律上は、取締役は執行機関である取締役会の構成員としてその意思決定のプロセスに参画することによって監督することが期待されている。しかし、実際は経営の重要な部分が、取締役会ではなくこうした別の機関でかつ密室で審議されるため、本来の取締役会にそのチェ

ックを求めてもできるはずがなく、法と実態との間には大きな隔たりが認められた。

2 従来型取締役会制度の課題

このように日本の取締役会は、法の建前とは異なり、実際は社長を頂点とする指揮監督のもとで、他の取締役が階層化し、かつ一体となつての効率的な経営体を組織しているため、その指揮監督下にある役付取締役あるいは従業員兼務取締役が、その上部の取締役を監督するということはほぼ不可能に等しい構造にあったことが認められる⁶⁷⁾。

また、法律で定める重要な事項については、取締役会は自ら決定をしなければならず(旧商法260条2項、会社法362条4項)、代表取締役には委譲できないことになっているが、会社の規模が大きくなり、取締役の人数が多くなるに従い、このような事項を取締役会で実質的に決定することが困難となり、取締役会の決定機能は、法に合致させるための形式的なものにならざるを得ず、実質的には意思決定機関というよりも経営者の議案に対する承認ないし同意の意味を有する同意機関というべき状態にあった。このように、日本の取締役会の実態は、使用人兼務取締役や役付取締役が普及し、執行機関としては有効に機能しているが、監督機関としての機能は損なわれ、監督者が被監督者の指揮命令を受けるという国際的には理解し難い制度となっていた。

以上のような、取締役会の実態から、商法学者の間では、以下の点を改革すべきであるという指摘がなされていた⁶⁸⁾。

- ①意思決定と執行の分離
- ②意思決定と監督の分離
- ③社外取締役の構成比率のアップ

また、従来の使用人兼務取締役は、「取締役」とはいても、現実には意思決定にも監督にも実質的には関与していなかったし、それを期待することもできないという実情にあった。そこで、こうした取締役からは「取締役」の肩書き

をとり、意思決定と監督の職務を解いてやること
が実態にあった制度であるとして、執行役員
制が提案されていた。

因みに、執行役員制を導入した会社に対する
アンケート調査では、以下のようなメリット、
デメリットが指摘されているが、概ね肯定的で
ある⁶⁹⁾。

〈メリット〉

- ①取締役会の意思決定が迅速になった。
- ②取締役会の討論が活性化した。
- ③部門責任者が担当業務に専念できるよう
になった。
- ④使用人のインセンティブになった。

〈デメリット〉

- ①取締役非兼務の執行役員との間で会社情報
が共有されにくくなった。
- ②機構改革だけが形に留まり、本質論での改
革議論を埋没させてしまった。
- ③取締役の大半が執行役員を兼務しているが、
それぞれの職分を分離して機能させること
は困難。

第4章 従来型監査役制度と監視機能

1 監査役の役割

監査役⁷⁰⁾は、法律上取締役と同様に株主総
会の決議によって選任され(旧商法280条、同
254条1項、会社法329条1項)、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)ことになっている⁷¹⁾。

監査役は取締役と異なり、それぞれが独立し
て会計監査と業務監査を行う⁷²⁾が、旧法上の
大会社の場合は、監査役の権限を強化するため、
監査役全員で監査役会を組織し、その監査役会
に一定の権限が与えられていた(旧商特法18
条の2、会社法390条)。なお、会社法では、
公開会社でない大会社では必ずしも監査役会を
置く必要がなくなった(会社法328条1項)が、
他面公開大会社以外でも監査役会を組織できる
こととなった(2条10項)。

監査役の職務は、取締役が日常作成する会計
帳簿、毎決算期に作成する計算書類及び附属明
細書について会計監査を行うことと、取締役の
業務一般についての業務監査を行うことであ
る⁷³⁾。業務監査とは、具体的には取締役会、
代表取締役、業務執行(担当)取締役が行う職
務執行に不正等がないかを第三者の立場で監督
し、必要に応じてその是正措置をとることであ
る。

こうした監査役の具体的な監査行為の内容を
整理すると、次の三つに大別することができる。

- ①取締役が不正行為を行う前にこれを防止す
ること(事前行為)⁷⁴⁾
- ②取締役が何か不正な行為を行った場合にそ
の行為を阻止すること(事後行為)⁷⁵⁾
- ③取締役の行った不正な行為を指摘し報告す
ることで阻止すること(監査報告書の作
成)⁷⁶⁾

そのほか監査役は会計監査人との連携を保つ
ために、必要があるときは、会計監査人に対し
随時その監査に関する報告を求めることができ
る(旧商特法13条3項、会社法397条2項)
ことになっている⁷⁷⁾。また、日本監査役協会
の「監査役監査基準」(平成16年2月12日改
正)によれば、監査役は、会計監査人と緊密な
関係を保ち、積極的に意見及び情報の交換を行
い、効率的な監査を実施するように努めなけれ
ばならない(同監査基準42条1項)とされて
いる⁷⁸⁾。

監査役が、このような日常的な監査を効果的
に遂行させるために、法は監査役に対し各種の
調査権限を与えている。そして、こうした調査
活動によって、取締役が、会社の目的の範囲内
にない行為、その他法令もしくは定款に反する
行為をなし、またはなすおそれがあることを見
出したときは、監査役はまずその旨を取締役会
に報告する義務がある(旧商法260条ノ3第2
項、会社法382条)。この報告義務を履行する
ために、監査役には、取締役会の招集を要求し、
または自ら取締役会を招集する権限が与えられ

ている（旧商法260条ノ3第3項・4項、会社法383条2項・3項）。監査役は、このようにして取締役会に情報を提供した後は、今度は取締役会による監督是正権の行使の状況を監査する立場に回ることになる。取締役会がその監督是正権を適切に行使しない場合には、監査役は自らの監督是正権（275条ノ2、会社法385条）を行使し、その是正を図ることが求められている。監査役が自己の監督是正権を先に行使することも考えられる。しかし、その影響力の大きさを考慮するならば、実際にはまず取締役会の監督権限の行使を促すのが通常であろう。それは、監査役が裁判によって取締役の行為の差し止めを求めるということになると、そのことのみで会社の社会的信頼が大きく損なわれることになり、会社の利益擁護あるいは適法性の要請に応えるための行動が、一方では、会社内部に混乱をもたらし、場合によっては損害を与えかねないことになるおそれが多分にあるからである⁷⁹⁾。従って、監査役は、必然的に抑えのきいた行動をとらざるを得なくなるであろうし、他方では、その自制が強すぎると今度は監査役としての機能が果たせなくなるおそれも出てくることから、場合によっては、勇気のいる難しい判断を迫られることにもなる。

また、監査役は取締役会に対し、法律上の報告義務を負っているが、この報告義務は、取締役のある程度重大な違法ないし不当な行為に対してであると解されている。しかし、監査役が監査手続を実施することで知り得た会社経営上の問題点を、取締役会あるいは個々の取締役に個別に情報提供することはまでもが否定されるものではない。これは、前述したとおり取締役が不正行為を行う前にこれを防止するのが監査役職務であることから、今後問題になりそうであると思われる場合には、その事項を予め取締役会等に情報として提供し、取締役会が、違法あるいは不当な行為に発展する前に抑止できるようにしておく必要があるからである⁸⁰⁾。

2 監査役業務の現状と課題

(1) 監査役が、経営陣の業務執行について違法でないかを監査することは前述のとおり権限として認められている。ところが、社会常識や倫理に反する業務執行をチェックする妥当性監査については、これを認めているのか否か法文上からは明確でない⁸¹⁾。取締役会の監督権限は、業務執行の適法性だけではなく、その妥当性にも及ぶとされているのに対し、監査役の業務監査権限は、もっぱら適法性監査に限られ、取締役の職務執行が「著しく不当」な場合だけは、妥当性の監査にも及ぶと狭く解されている。なお、その理由として、ある有力学説は「妥当性をめぐる意見の対立は、最終的には人事で決着つけざるを得ないが、業務執行担当者の選任・解任権は取締役会にあり、監査役会にないからである」と説明し、「著しく不当」な場合についても、その監査は限定された事項の指摘に止まるとする⁸²⁾。しかし、前述したような監査役の実際の監査行為からすれば、妥当性監査についても柔軟に認め、その監査結果が取締役会に報告されるだけであつたとしても事前監査機能として十分に意味あることのように思われる⁸³⁾。もっとも、何が妥当性の監査で、何が適法性の監査であるかを実務上適確に判断することは困難である⁸⁴⁾。そして、困難であるがためにこうした監査役の権限の解釈上の不明確さが、現実の監査行為を消極的なものとしているという指摘がある⁸⁵⁾。

(2) 前述したとおり昭和25年の改正では、監査役制度は会計監査のみを行う「監督機関としての監査役」としてスタートした。しかし、会計監査と業務監査とは本来あくまでも分かちがたい関係にあり、会計監査抜きの業務監査はありえないし、業務監査と無縁な会計監査もあり得ない⁸⁶⁾ということからすれば、監査役の監視機関としての機能には、スタート当初から無理があつたし、そもそも監視機関として軽視されてきたのではないかと思われる。しかも、監査役は、会計監査の専門機関とされていたに

もかわらず、監査役の資格に会計の専門性が求められていなかった。このように法制度上もさほど期待されてこなかったという監査役制度の歴史的な経過が社会的意識として色濃く影を落とし、監査役の権限が格段に強化された今日においても監査役の実際上の機能に少なからぬ影響を与えているものと推測される⁸⁷⁾。

(3) 監査役には、法律によって各種の調査権限が与えられている(旧商法274条2項・同274条ノ3、会社法381条2項・3項)が、実際には監査役固有のスタッフが不足している⁸⁸⁾ために、組織的に情報活動を行い十分な情報収集がなされないことから、有効な監査ができないということが従来から指摘されている。しかし、会社の活動について日常的に報告を受けることによって、会社の営業内容や会社の管理体制の現状を把握することは可能であり、それで十分であるかどうかは別にして、そうした活動によって情報収集に努めてきているのがこれまでの実務である。もっとも、常勤監査役以外の社外監査役の場合は、その性質上、常勤監査役やその他の会社関係者からの定期的な報告等に頼らざるを得ないというのが実情である。しかし、こうした監査役については、日常的な調査活動よりも、他の監査役から提供された情報を基に、いざというときには、経営陣からの強い独立性を背景にして、他の監査役の後ろ盾となって適切な監視機能を発揮することが期待されているということになる。

従って、こうした常勤監査役と非常勤監査役との役割分担とその連携のあり方が監査役の監視機能の実効性にとって重要ということになる。

(4) 監査役は、その職務の性格から、取締役や使用人(従業員)を兼務することが法律上禁止され(旧商法276条、会社法335条2項)、独立性が求められている。

ところが、現状での監査役は、取締役の推薦によって選任されていたこともあって前述したとおり歴史的には取締役の下部組織のように位置づけられてきた。また、社内出身者が多く、

従業員への恩恵的再就職先のようになり、社長の指揮監督下にある部下であるかのように認識されてきた。そのため、実質的には経営者から独立した監査機構になっていないという問題があった。

そこで、平成5(1993)年の改正では、旧商特法上の大会社の監査役については、「監査役は3人以上で、そのうち1人以上は、その就任前5年間会社又はその子会社の取締役又は支配人その他の使用人でなかった者でなければならない」(旧商特法18条1項)といわゆる「社外監査役」制度を導入し、監査役の独立性の強化を図った。しかし、改正された内容では、「その就任前5年間」とあることから、なおその独立性の要件として不十分であるとして批判されていた⁸⁹⁾。

(5) 法律上では、株主総会が監査役を選任することになっている。しかし、とりわけ常勤監査役の場合には、実際の人選にあたって社長・会長といったトップの意向が反映されることが少なくないと言われている⁹⁰⁾。従って、社内の先輩や上司に対しては、単刀直入に意見を述べるのが難しい日本の風潮の中で、ましてや監査役への推薦を受けた長年の上司である取締役あるいはトップに対してその監査を実効的に果たせるかということになるとそれがなかなか容易でないものと想像できる。そして、常勤監査役の場合は、その収入の大部分を監査役報酬に頼っているのが通常である。従って、こうした人選に対するトップの関与と報酬への依存は、経営陣からの監査役の独立性に大きな影響を与え、監査制度の監視機能を少なからず制約していたものと推測される。

(6) また、監査役には、取締役会への出席が権利として保障されている。しかし、前述したとおり取締役会が事実上意思決定の場ではなくなっているという問題があった。現実には、取締役会構成員の一部だけが参加する会議(経営会議、常務会等)で、業務執行の重要事項が実質的に決定され、取締役会はこれを形式的に承

認するだけという傾向が強まっていたため、監査役が取締役会に出席するだけでは、適切な情報を入手することができず監査機能が十分に果せなくなっているという問題である。このように、監視機関としての監査役は、やはり前述した監視機関である取締役会と同根の問題を抱えていることになる。いくら監査権限を強化し、制度的な監視機能を改善しようと試みたところで、事実上機能できない仕組みが作られているとすれば、それは全く無意味である。法が監査役に求めている趣旨からすれば、常務会＝取締役会と置き換え、実際上も常務会等への監査役の出席を常態とすべきであるという解釈論がこれまでも求められていた。従って、平成13年の改正により監査役の取締役会への出席が義務づけられたことから、常務会が実質的に取締役会的な役割を果たしているとすれば、監査役が常務会へ出席することも義務と解釈されることになるものと考え⁹¹⁾。

(7) 企業を対象として行われる監査には、上記監査役監査と会計人監査以外に、内部監査が行われている。この内部監査は、本来取締役会の業務の監視を支援するためのシステムとして構築されている。ところが実際は、内部統制の一部として各部門が経営者の指揮命令に沿って業務を適切に遂行しているか否かを企業内の監査部門（通常は監査室）が監査するという形になっている。

そのようなこともあり、運用面でも社長直属となっていることや、その監査報告書も社長宛である場合が多いといわれている⁹²⁾。監査役は、専任のスタッフがいないことから、前述のとおり実際の調査活動は、こうした内部監査に依存せざるを得ないと思われる。従って、監査役はこうした内部監査部門と緊密な連携を保ち、あるいは内部監査機構の監査を活用することにより、自らの監査を効果的なものにする工夫をすることが重要である⁹³⁾し、そうした適切な内部監査システムを経営者が構築しているかを点検し、効果的な構築を経営者にうながすこと

も監査役の重要な職務であると解する⁹⁴⁾。

第5章 米国型経営監視システムについて

1 米国型監視システムと問題点

かつて、米国の多くの会社法では、「会社の業務は取締役会によって執行されなければならない」と定めている例が多く、伝統的には取締役会が業務執行機関とされ⁹⁵⁾、積極的な意思決定機能が求められていた⁹⁶⁾。それは意思決定を合議体で行うことで権力の集中を排除し、また、複数の構成員が有する経験・意見・専門知識を利用した議論がなされることで問題の本質が把握できると期待されていたからである。

ところが、実際の実務取締役会については、以下のような問題点が指摘されていた。

(1) 現実には、取締役会の職務の大半が上級執行役員（Senior Executive Officer）によって遂行されるようになってきている⁹⁷⁾。

(2) 意思決定機能が取締役会に求められているが、その前提となる情報が監視の対象者である最高業務執行役員自身によってコントロールされている⁹⁸⁾。

(3) 社外取締役は会社業務における重要な項目を実際に理解するのに十分な関心も時間も持ち合わせていない⁹⁹⁾。

(4) 取締役は最高業務執行役員の目を通してしか問題を理解し得ないため、取締役は、最高業務執行役員による状況説明・その判断・議論のリードといったことによって事実上支配されている¹⁰⁰⁾。

(5) 最高業務執行役員に依存する傾向が一般的であるため、最高業務執行役員の示した解釈ないし判断が積極的に容認され、それが取締役会における最高業務執行役員の支配力の源となっている¹⁰¹⁾。

(6) 重要な意思決定がしばしば取締役会の検討や承認なしに、事実上上級執行役員ら経営陣によって決定されている¹⁰²⁾。

(7) 取締役が取締役会の中で最高業務執行役

員を尊重し困惑させないという規範が一般的に受け入れられており、最高業務執行役員と意見を異にするときは、非公式に最高業務執行役員との間で意見を交換し調整することが歓迎され、また取締役会場で質問するときも、反対意見は遠回しに示唆することになり、現実の取締役会における審議は期待から遠く離れたものとなっている¹⁰³⁾。

(8) 上級執行役員が伝統的に取締役会の権限であった機能を引継ぎ、機能的には取締役化したということが、形骸化の原因となっている¹⁰⁴⁾。

(9) 最高業務執行役員は自分の地位を永続化するため、自分と関係のある社外者を取締役に選任するのが一般化している¹⁰⁵⁾。

以上のような問題点の解決のために、米国では、二つの改革の方向が示されてきた。一つは、意思決定の権限を大幅に上級執行役員に委譲し、取締役会はその同意機関と位置付けるとともに取締役会の執行役員に対する監督機能を強化するという方向である¹⁰⁶⁾。もう一つは、取締役会が経営者に対し適切な監視・監督機能を果たすためには、その前提として取締役会が上級執行役員の支配力から独立的であることが必要であるとして、その独立性を強化するという方向である。その中で、特に有力に主張されたのが、経営者の影響から真に独立した取締役が取締役会の少なくとも過半数を占める社外（独立）取締役制度を導入し、さらに、その取締役会内の各委員会においても、その構成員の過半数を社外（独立）取締役とすることで、監視・監督機能が実効的に果たされる制度的基盤を構築しようということであった¹⁰⁷⁾。

2 米国型システムの特徴

以上のとおり米国型システムは、基本的には取締役会の権限が強大で、その監督と責任の下に会社業務が遂行される仕組みになっている。そして、こうした業務執行機関であると同時に監督機関でもある米国型システムは、通常「一

層システム」と呼ばれ、監視・監督機関と、業務執行機関とを法制度上明確に別個独立した機関としている「二層システム」¹⁰⁸⁾とは異別なものとして論じられてきた。

しかし、前述したとおり、取締役会の構成員である取締役と具体的な業務執行を担当する執行役員とが分化し、実際の大規模公開会社では、具体的な業務執行権限は、執行役員に委譲され、基本的な経営政策の策定と選任及び報酬の決定を通じて行われる役員の業務執行に対する監督が取締役会の主たる機能となってきている。その結果、米国型でも、業務執行は執行役員が担い、取締役会はその執行役員の上位に位置し、執行役員の業務執行を監督するというようになってきているので、いわゆる二層システム同様に上位に位置する機関が下位に位置する機関の業務執行を監視するという垂直構造になっている。そして、いずれもその監督を実効あらしめるための権限として、業務執行者に対する選任・解任権が与えられていることから、機関についての呼称が異なることは別にして、米国型の一層システムといわれる二層システムとは、実質的にはほとんど変わりがなくなってきているといえる¹⁰⁹⁾。

もっとも、二層システムでは、監督機関と業務執行機関の構成員とは、人的には明確に分離することを特徴としているが、米国型システムでは、取締役会の構成員である取締役が執行役員を兼務することは可能であるし、兼務しなくともよいというように人的な構成において柔構造をとっている点が大きく異なっている。そして、米国型がこうした一層システムを採っていることのメリットとして以下の二点が指摘されている¹¹⁰⁾。

- ①業務執行機関と監督機関が一元化されることで、監督に必要な情報が二層システムの場合よりは、よりスムーズに監督機関に流入することになる。
- ②業務執行機関と監督機関が単一機関の中に集中していることにより双方の密接な相互

協力関係が形成され、集中化した監督が行われ易いし、特に会社の経営戦略や長期計画の策定の策定段階におけるチェックが行われ易い。

逆にデメリットとして以下の点が指摘されている¹¹¹⁾。

①業務執行の決定とそれに対する監督が同一機関で行われることから、自分が自分を監督することからくる実効性に対する疑問と監督機関としての独立性の弱体化が生じやすい。

②権限と責任の所在が不明確となり、外部からは見えない特定の取締役会構成員による事実上の影響力が行使される危険性がある。

この一層システムのメリットは、二層システムのデメリットであり、一層システムのデメリットは、二層システムのメリットであるという関係にあるが、一層システムを採る米国型では、前述したとおりこのデメリットを克服する方向での改革が実行されてきている。

例えば、上記デメリット①については、これまで取締役会が行ってきた業務執行の決定を実質的には執行役員に委譲し、取締役会はその決定に対する同意機関として関与することで、監督機関としての実効性を高める工夫がなされている。また、デメリット②についても、取締役会の過半数を社外取締役が占めることで、執行役員を兼ねる社内取締役の人数を次第に制約し、加えて独立性を有する取締役からなる監査委員会等を設けることで、執行機関からの監督機関としての独立性を確保し、業務執行者に対する監督機能を高めるための方策を講じている。

このような改革を行うことで一層システムを採る米国型は、二層システムと近似してきているが、監督機関と業務執行機関とが人的にも機能的にも明確に分離されていることを特徴とする二層システムとは異なり、業務執行機構の構築については、広範な会社の自治を認め、そして監督機能についても制度上は分離せず、あくまで執行機構と一体化した関係の中で、取

締役会の独立性を保障する工夫をすることで監督の実をあげてゆこうという柔構造をとっているところにその大きな特徴がある。

要するに、米国型システムでは、一元的な取締役会の中に委員会制度という独立性のある機関を設け、かつその機関を構成するメンバーについても業務執行役員の影響を受けない人物を配置することで、委員会を構成する取締役について二重の独立性を確保しようとしているところに特色がある。

しかし、この米国型のシステムが、実際にその理念どおりに機能しているかということになると評価が分かれ明確ではない。

CEOをはじめ経営者の報酬が社会的非難を浴びるほどに高騰しているのがその一例である¹¹²⁾。その原因は、取締役の報酬がCEOによって左右されることにあるといわれている。要するに、報酬については、取締役、経営陣ともに利害が一致しているため、その監視が期待できずに抑制が効かなくなっていることである。CEOの報酬は、いくらが適正であるかは難しい問題であるが、そうした事実が問題となる背景には、株主主権というよりも経営者主権としての色彩を見て取ることができるし、報酬委員会制度が必ずしも機能していないことを窺わせるものである¹¹³⁾。

また、社外取締役についても同様に高額報酬が問題となっている。米国大手200社の社外取締役は平均6万8,300ドルの年間報酬を得ているといわれている¹¹⁴⁾。この金額が経営陣と比較して高いか安いかはさておいて、社外取締役の場合は、複数企業の取締役を兼務するなどして本来の役割を果たしていないところに問題があるとされている。例えば、特殊化学品大手のW・R・グレースや複合企業のモリスン・ノードセンでの不祥事件で、いずれもトップの経費流用疑惑などで経営が揺れ、業績や株価に影響が出ているにもかかわらず、社外取締役が傍観を続けていた¹¹⁵⁾し、最近のエンロン事件においても一流著名人が社外取締役として就任して

いたにも拘らず¹¹⁶⁾、その不正を防止できなかつたといったように、経営者に対する監視・監督機能が期待されている社外取締役が、実際には、経営陣の暴走に歯止めがかけられないでいるケースが続いている¹¹⁷⁾。

なお、上記報酬について米国では、経営者に対するインセンティブとして、そのインセンティブと株主の利益とを一致させる方策として業績連動型報酬制度（ストック・オプションの付与など）を採用してきたが、この制度についてもうまく機能をしていることを示す直接的な証拠はないといわれている¹¹⁸⁾。

3 米国型と日本型との比較

(1) 前述したとおり、戦後の日本型取締役会が、米国型の取締役会に範を置いたことからその制度上の機能が似ていることは当然である。しかし、米国型システムでは、執行役員制度が設けられ、近時業務執行については、取締役会から執行役員に対して大幅に権限が委譲されるようになってきているが、日本型では、取締役会の構成メンバーが執行機関となることが法律上予定されている。もっとも、日本型では、米国型にはない代表取締役制度を設け、取締役会の監督の下に一定の業務執行の任にあらせている。しかし、この業務執行機関である代表取締役が取締役会の代表者であるかのように観念され、実際には、監督機関としての取締役会は代表取締役を頂点とする階層化した執行機関でもあるという構造になっている。従って、日本型では米国型以上に、自己同一監督の問題と個々の取締役についての独立性の弱体化が生じることになる。こうした問題を克服するために日本型システムでは監査役制度が設けられている。しかし、その監査役制度は、いわゆる一層システムが本来有しているデメリットに加えて前述したような日本型監査役制度特有の難点を抱えている。

(2) また、この日本型監査役制度は、その導入当初はドイツ法をモデルとしたものであるが、

ドイツ型とは、法制度上も実態上も全く異なった機関となっている。米国型では、取締役会は、執行機関である執行役員あるいは取締役の上位機関として位置付けられ、業務執行者に対する監督権限とその選任・解任権を有している¹¹⁹⁾。しかし、日本型監査役（会）は、制度上は取締役会と並列した機関として位置付けられ、業務執行者に対する選任権も解任権も有しない立場で取締役会あるいはその構成員である取締役の業務執行を監査することになっている。そして、その実態は、これまで取締役会の下位に位置付けられてきたという歴史的な経過がある。

もっとも、日本型の監査役は、その職務の性格から取締役を兼務することが法律上禁じられているので、この点では、米国型の社外取締役と一部似ているところがあるといえる。また、日本型の監査役が取締役会への出席権と出席義務を併せ持っていることから¹²⁰⁾、日本型監査役（会）を米国型の監査委員会と比較し、日本型監査役（会）は取締役会内部に設置される監査委員会にきわめて近い性格を持っているといえないこともない。しかし、日本型の監査役に取締役会での議決権がないことや代表取締役の選任権がないことを別にしても、日本型では取締役のほとんどが業務執行役員（従業員を含む）によって占められていること、そうした取締役の人数に比べて、監査役の人員はあまりにも少数であること、監査役は機関としても、その人的関係の面でも徹底した独立性が確保されていないことなどからすれば、米国型とは大きな隔たりがあるということになる¹²¹⁾。なお、日本型監査役が業務執行を行わない取締役を兼ねることを禁じる旧商法 276 条（会社法 335 条 2 項）には疑問があるという見解がある¹²²⁾。もし兼ねることが許されるとすれば、日本型監査役の機能は、米国型監査委員会以上に強力なものとなるものと思われるが、他方では、当該監査役の自己同一監査の問題が出てくることになる¹²³⁾。

(3) 米国型取締役会と日本型取締役会とを監

視機能を中心として比較した場合、以上述べたとおり、米国型では、監視機能と業務執行機能とを分化させることで、取締役会を業務執行者の上位に位置付けその監視に実効性を持たせるとともに、取締役会内部の大半を社外取締役とし、かつその社外取締役で構成する委員会を設けることで、監視機関としての独立性の確保を図っているが、日本型では、監視機能の実効性という点でもあるいはそのための独立性の確保という点でも米国型より劣っているといえる。

もっとも、日本型では米国型にはない監査役制度を有している。この監査役制度がその人的関係の面での独立性の確保等、前述したような難点が解消され、この制度を本当に機能させようとするならば、取締役会制度と相俟って米国型と同程度の監視・監督機能が期待できるものとする。特に、適法性についての監視機能についていうならば、優るとも劣るところはないものとする。また、米国の独立取締役が非常勤であることやドイツの監査役員が兼務であることが難点として指摘されていることと比較した場合、日本の常勤監査役制度は、その点でも優れているといえることができる。

(4) 次に、意思決定の側面を中心に比較した場合、制度上は日米それぞれ異なるが、実質は、米国では上級執行役員、日本では常務会あるいは経営会議と少数の上席業務執行者によってなされているものであり、その仕組みにそれほどの違いは認められない。

他面、そうした経営体としての意思決定あるいはその意向に適った業務執行そのものが、果たして妥当であるか、あるいは適法であるか、さらには経営体が効率的に機能しているかということについての監視となるとどうであろうか。これは、その経営体を誰が監視しているのかということの問題である。日本型の場合には、権力が集中する最高経営者を監視・監督する機関がないに等しいことは前述したとおりである(本来は、監査役制度にそうした役割を果たすことが期待されているが、そのとおりにはなっ

ていない)¹²⁴⁾。

米国型では独立取締役制度と取締役会内部の委員会制度にその機関としての役割が期待されているが、これも必ずしも期待どおりは機能していない¹²⁵⁾。

(5) このようにどのような制度にも難点はあるが、経営陣の監視・監督という目的に沿ってその機関がどの程度精練された制度になっているかということになると日本型が一番問題点を有していることになる。

もっとも、米国型では、社外取締役制度あるいは委員会制度等がうまく機能しない場合には、日本型以上に最高経営者の権力を牽制できなくなるという問題が起こり得るのではなからうか。それゆえ、米国では株主主権が強調され、企業買収市場や機関投資家(市場)によるコントロールに期待が寄せられることになるものと推測される¹²⁶⁾。

なお、米国では会社の監視システムに関する実体法的規制は、州法に委ねられ、州法では、これまで各種委員会を法的かつ画一的に定めていなかった¹²⁷⁾。その理由として、会社法が州法であることから、会社の設立を勧誘する立場にある州が厳格な規制立法をすることは政治的に無理があるからであると説明されていた。しかし、エンロン社・ワールドコム社という超大規模な倒産劇によって明るみに出た一連の不正行為に対処して、2002年7月に制定された「The Sarbanes-Oxley Act of 2002」(サーベンス・オクスリー法—以下「SOX法」と称する)¹²⁸⁾は、その目的が、主として会社の監視機関である監査委員会と外部監査人の機能の実効性を強化し、そして市場の透明性を高めるための規制にあるとされているが、連邦レベルにおいて初めて実体法的規制にまで踏み込んだものであるとも評されている¹²⁹⁾

第6章 まとめ

1 従来の日本型監視システムについて

日本の会社法は、前述したように日本古来の伝統的な企業法の上に形成されてきたものではなく、当初はドイツの近代的な経営システムを継受し、第2次大戦後は、基本的には米国の法文化を大きく受け入れ形成してきたものである。そして、こうした歴史的な事情の下で、今日取締役会の機能不全が問題となっている根源の一端は、戦前の異なった経営システムに基づき形成された実態の上に、戦後の新たな経営システムを接合した昭和25年の改正にあることが認められる。

この改正は、戦前の業務執行者であった取締役を、異なった制度である取締役会の構成メンバーとして位置づけ、その構成メンバーによりその構成メンバーの業務執行を監視するという「業務の自己監査」を認めるものであったし、加えて、法制度上は、取締役会の下位に位置づけられている代表取締役についても、戦前から既に実態として業務執行者である取締役の上位に位置していた代表取締役をそのまま就任させるというものであった¹³⁰⁾。

また、戦後日本の会社では、日本独特の労働慣行と内部昇進制度によって、「出世した従業員」がその経営を担うのが一般的であった。そのため会社内部における昇進過程での激しい競争がなされてはいたが、同一の企業環境の下での同質でかつ人間関係の濃い者同士による閉鎖的で排他的な会社組織が構築されてきた。そして、こうした人間関係を基本要素とする組織構成と前述した法制度及び実態とが相俟って、会社法が想定した業務執行者の業務執行を監視する取締役会とは、異質な取締役会がこれまで築かれてきた。従って、こうした取締役会が監視機関として機能しないのは当然のことであった。

また、こうした取締役会が機能しないことを前提に、これまでは監査役制度についての機能

強化が幾度となく求められてきた。しかし、監査役についても、従業員出身者が多いことなどから、取締役以上にその独立性が問題とされてきた。さらに、監査役については、これまでは取締役会の下部組織のように位置づけられ、制度としてもさほど重要視されてこなかったことから、前述したように多くの制度的・構造的制約があった。

従って、この監査役制度を真に機能させるためには、①いかに経営陣から独立した立場で監視・監督を行うことができるかという監査役の独立性と身分保障の強化の問題、②当該会社の規模に応じた監査役スタッフの充実、③内部統制システムの構築に対する関与と統制システムとの連携の強化、④取締役および業務執行者からの情報を確保するための制度上の工夫、⑤会計監査人との連携の強化と会計監査人の経営陣からの独立性を確保するための方策などといった制度的・構造的な問題を解消し、あるいはその運用実態を改善することが重要であるということになる。

また、これまでの、監査役に関する法改正の歴史とその機能強化についての経過を検討してみると、これまでの監査役制度改善の主たる目的は、いずれも効率性の向上を目指したものとより、もっぱら企業の不正行為の防止に重点が置かれてきたといえることができる。

2 米国型監視システムについて

米国でも同様に、歴史的には一連の企業不祥事が契機となり、取締役会の監視・監督機能が問題とされてきた。しかし、米国は日本とは異なり、会社法は州法で定められていることから、これまでは、ABA (American Bar Association—アメリカ法律家協会) やALIが公表したモデルや勧告が各州の会社法上の改正に反映したり、あるいは裁判所の判断の指針となることで、規範的な役割を果たしてきたことが認められる。そして、連邦レベルでは、投資家保護を目的とする証券法・証券取引法とこれらの法

を執行する役割であるSECが、証券取引規制を通じて、あるいはNYSE (New York Stock Exchange—ニューヨーク証券取引所)・NASD (National Association of Securities Dealers—全米証券業協会)といった自主的な監視システムを介して、間接的に公開会社に対する監視機関としての役割を果たしてきた¹³¹⁾。しかし、こうした米国での制度は、どちらかというと法による強制的な規制ということではなく、任意あるいは自主的な監視システムを用いた柔軟な方策での規制を行ってきたと評することができる¹³²⁾。

また、米国では、過去取締役会は、経営方針の決定、業務執行、結果の測定と監督など、いろいろな機能と権限を有していたが、現在では、経営方針の決定と監督を主たる任務とし、業務執行は別の業務執行役員が担うようになっていく。また、最近では、取締役会の過半数を社外取締役で構成し、主として独立取締役からなる委員会制度を重視した取締役会改革論が主流となり、特に連邦レベルでは、監査委員会の監視機能を重視した施策がとられている。

3 改革の方向

以上のような日本型の経営システムと米国型の経営システムとを比較してみると、米国型は、制度上取締役会が監視機関であると同時に業務執行機関でもあり、基本的には取締役会の権限が強大で、その監督と責任の下に会社業務が遂行されるという点では日本型と異なる。しかし、米国型では、前述したように、取締役会の構成員である取締役と業務執行役員とは次第に分化し、特に大規模公開会社では、業務執行権限が執行役員に委譲されるとともに、基本的な経営政策の決定と執行役員の業務執行の監督が取締役会の主たる機能となってきている点で、従前の日本型システムとは大きく異なっている¹³³⁾。

また、日本型では、取締役会が業務執行者である代表取締役を頂点とする階層化した業務執

行者である取締役によって構成されているが、米国型では、業務執行者の一部が取締役を兼務しているものの、制度上も実態上も業務執行者は取締役会の下部組織として位置づけられ、その監督に服している¹³⁴⁾。もっとも、米国型でも最高業務執行役員 (CEO) 等の監視については、必ずしも完全なものではない。

このように、事実上権力の集中する最高経営責任者の監視・監督に関しては、日米いずれも問題を抱えているが、従来の日本型と米国型でもっとも大きく異なっている点は、米国型では、独立取締役制度と取締役会内部に委員会制度を設けて、権力の集中している最高経営責任者を監視・監督するための仕組みを工夫してきているところにあった。そして、従来の日本型の取締役会においては、そうした仕組みについての工夫がこれまでなされてきていないということにある。

もっとも、米国型のこの独立取締役制度と委員会制度は、適法性の確保あるいは効率性の向上を直接の目的として、州の会社法によって強制されてきた制度ではない。利益相反行為、経営判断、敵対的企業買収に関する防衛策など取締役の責任が問われた裁判での判断過程の中で、そうした独立取締役を奨励する理論を州裁判所が採用してきたことから、取締役らによって自発的に構築され、促進されてきたものである¹³⁵⁾。

他方、連邦レベルでは、州レベルとは異なり、健全な資本市場の維持と投資家保護の観点からではあるが法的規制を用い、その実施機関であるSECあるいは民間の自主規制機関であるNYSEなどを介し、結果的に独立取締役からなる監査委員会の設置を強制してきた。そして、最近のSOX法では、そうした監査委員会と外部監査人の機能の実効性に向け、その規制の強化が図られている¹³⁶⁾。

こうした米国の監査委員会制度と類似した制度として、日本型では、法律上義務づけられた監査役制度があるが、両者の機能や仕組みは相

当異なっている。しかし、他方では、監視機能の向上のためには、適正な財務管理や正確な会計帳簿類の作成やそうした情報開示についての実効性のある方策が不可欠であるということと、適法性については、単に市場の機能に委ねるのではなく、法による一定の規制と仕組みが必要であるという点では、日米ともに共通の方向にあるように見受けられる。

そして、日本では、平成13年改正によって、この日本型の監査役制度の更なる改善が図られている。また、他方では、平成14年改正によって、上記米国型取締役会をモデルとする取締役会制度の改革を実施し、監査委員会制度を導入している¹³⁷⁾。さらには、平成17年制定の会社法では、より米国型の会社法制（会社契約自由の原則¹³⁸⁾）の方向に向けた改革が図られ、経営情報に関する各種開示の方策が講じられている。また、現在さらに公開会社法の制定が検討され¹³⁹⁾、そこでは公開会社のガバナンスのあり方が再び議論されている。こうした一連の法改正の結果が、経営監視機能の面で今後どのような効果をもたらすことになるのか興味を持たれるところである。

注

- 1) 小野桂之介「コーポレート・ガバナンスの改革に関する基礎的考察」慶応経営論集第11巻1号(1993)2~4頁、伊藤勇剛外3名『会社経営機構の法的諸問題』（同文館第3版、1995）2頁以下、川村正幸「コーポレート・ガバナンス論と株主総会の役割—1997年版株主総会白書を読んで」商事法務1478号5頁参照。なお、前田重行「ドイツにおけるコーポレート・ガバナンスの問題」（民商117巻4・5号(1998)36頁）は、「経営に関する監視のメカニズムとしては、株式会社法上制度的監督メカニズムの外に市場等の非制度的監督メカニズム（市場の監督メカニズム）による経営監視も考えられる」としている。
- 2) 経済企画庁経済研究所編『日本のコーポレート・ガバナンス—構造的分析の観点から』（大蔵省印刷局、1998年）27頁。
- 3) 少なくとも、法律学者は会社の不正行為を防止するための統治機構の問題としても捉えている（末永敏和『コーポレート・ガバナンスと会社法（日本型経営システムの法的変革）』（中央経済社、2000）17頁、吉田直『競争的コーポレート・ガ

バナンスと会社法』（中央経済社、2001）3頁、川村正幸「会社法とコーポレート・ガバナンス—アメリカの議論を参考にして—」橋論叢第111巻4号(1994)86頁、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(1997)17頁、森本滋「コーポレート・ガバナンスと商法改正—自民党商法に関する小委員会「試案骨子」について」ジュリスト1121号(1997)63頁、川村正幸前掲注1)7~8頁など。

4) 最高裁判決でも、営利事業を営むのが会社の本来目的であるとする反面、自然人と同様に「社会を構成する社会的実在である」としている（最大判昭和45・6・24民集23巻6号625頁—八幡製鉄政治献金事件）。

5) コーポレート・ガバナンスに関する定義や考え方は、論者の数ほど様々である。本論文は、直接このコーポレート・ガバナンスについて言及するものではないが、その定義や考え方について参考として筆者が読んだ文献の中から以下のとおり若干掲げておく。

(1) 前掲注3)以外の法律学の立場から、「コーポレート・ガバナンスは経営機構の問題であるが、単なる経営機構の問題ではなくいわゆる企業の社会的責任の問題も当然に含まれる」（証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンス—アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」の研究』（財）日本証券経済研究所(1994)70頁）、「会社の業務責任者の選任・解任権限を有する機関（取締役会なり監査役会）によるモニタリングの強化をいかにして図るかが中心課題の一つとなっている」（川濱昇「取締役会の監督機能」森本滋外2名編『企業の健全性確保と取締役の責任』有斐閣（オンデマンド版、2001）4~5頁）。

(2) 企業経営についての効率性を重視する考え方が多い経営学の立場から、「企業が効率性を発揮するための企業主権者の影響力の行使」（伊丹敬之『日本型コーポレートガバナンス』（日本経済新聞、2000）17頁）、「①株主が取締役会や経営者（社長）の行動に影響を与え、チェックする機構がどのようになっているのか、②取締役（会）が経営者の行動を監督しチェックする機構がどうなっているのか、③経営者の行動いかにによって影響を受ける企業の利害関係者の正常な利害を保護する機構がどうなっているのか」（高橋俊夫編著『コーポレート・ガバナンス—日本とドイツの企業システム』（中央経済社、1995）145頁）。

(3) 経済学の立場から、「株主、貸手、従業員、関連企業、顧客などの企業のステークホルダー間の経営にかかわる権利と責任の構造を意味する」（青木昌彦・奥野正寛編著『経済システムの比較的制度分析』（東京大学出版会、1996）183頁）、「企業が効率よく運営されるためには、株主、債権者、従業員等の企業のさまざまな利害関係者（ステークホルダー）の間で、どのような権限と責任が配分されることが必要か」（伊藤秀史編『日本の企業システム』（東京大学出版会、1997）3頁）、「企業をめぐって相互に対立する複数の利害関係者が多様な批判的方法を駆使して企業をより効率的なシステムへと進化させることである」

(菊澤研宗『比較コーポレート・ガバナンス論(組織の経済学アプローチ)』(有斐閣, 2004) 272頁)。

- (4) その他として、「規範的定義に限っても、たとえば、株主価値最大化に貢献する適法性遵守と経営効率向上のための経営モニタリング・システムといった狭いものから、経営ミッションの自主的選択とその達成をめぐるステークホルダー間の利害調整・監視システムといったゆるやかなものまで含まれる」(稲上毅/連合総合生活開発研究所編著『現代日本のコーポレート・ガバナンス』東洋経済新報社(2000)5頁)、「企業の利害関係者が、自己の利害に基づいて、自己の利益に合致する経営を行わせることを目的として、何らかの手段によって、経営者の意思決定に影響を及ぼすことである」(経済企画庁経済研究所編『日本のコーポレート・ガバナンス—構造的分析の観点から』(大蔵省印刷局, 1998年)5頁)。
- 6) 瀧田節「日本のコーポレート・ガバナンスの基本的問題」商事法務1692号(2004)4頁。
- 7) なお、江頭憲治郎は、コーポレート・ガバナンスの語の下で、「会社は誰のものか」と「株式が公開された大会社の経営・管理機構はどうあるべきか」の二つのことがらが論じられ、後者の意味のコーポレート・ガバナンスが、現在世界中の先進国の課題になっているとし(江頭前掲注3)17頁)、日本では規範論として大会社の運営・管理機構が議論される際、これまで米国のように「業績向上のための制度改革」が議論されることは少なく、主に違法性監査に関する制度改革が中心であったと分析している(「コーポレート・ガバナンスを論ずる意義—シンポジウムのねらい」日本私法学会商法部会シンポジウム資料「コーポレート・ガバナンス—大会社の役割とその運営・管理機構を考える」商事法務1364号(1994)4頁)。
- 8) 岩崎稜『戦後日本商法学史所感(商法学研究第1巻)』新書出版(1996)27頁参照。
- 9) 昭和13年商法改正では、定款に定めがあれば、代表取締役の選任は、取締役の互選でできることとし、取締役の選任を株主の互選によるとしていた制限を廃止したが、取締役が有すべき株式数の定款による定めについては維持している(岩崎前掲注8)208頁参照)。
- 10) 明治32年商法では、監査役は株主中から選任されるものと定められていたが、昭和13年の改正で株主から選任することを要しなくなった(菅原貴与志「監査役制度の見直しに関する一考察」、豊泉貫太郎編『改正会社法の基本問題(東京弁護士会・会社法部20周年記念)』(商事法務, 2003年)178頁注(4))。なお、日本最初の近代商法典を起草したヘルマン・レスラーは、ドイツ法上のAufsichtsratと米国法上のDirectorの双方を旧商法に導入し、それ以来昭和25年改正に至るまで、株主総会は、一方においては経営担当者としての取締役を直接選任すると同時に、他方においてそれを監督する者としての監査役を選任してきたという(倉澤康一郎「株式会社の不祥事と監査役・会計監査人の機能」商事法務1272号(1992)30頁)。
- 11) 昭和25年改正以前の監査役は、取締役及び支配人との兼任が禁止されていたのみであったため、総務部長、経理部長などの使用人が監査役を兼任する例が少なくなかった(加美和照「兼任禁止§276」上柳克郎外編『新版注釈会社法(6)』(有斐閣, 1987)476頁)。
- 12) 昭和25年改正商法施行法では、業界に配慮し、改正前に既に代表取締役の地位にあった者はそのまま改正後の代表取締役になると定めたことから、この定めが取締役会・代表取締役新設の精神を自己否定することになり、現在の「取締役会」体制を固定してしまっただといわれる(岩崎前掲注8)36頁参照)。
- 13) なお、日本の「代表取締役」という呼称は、単に取引上広範な代表権を委ねられているという法的意味を超えて、「取締役中で一番えらい人」という印象を一般に与えやすいという(江頭前掲注3)23頁)。
- 14) 伊藤勇剛外3名前掲注1)92頁参照。
- 15) 奥島孝康「監査制度と会社立法の国際化」法律時報第65巻7号(1993)59頁。
- 16) 例えば、倉澤前掲注10)31頁参照。なお、後述するとおり、監査役の判断の独立性という観点から、適法性あるいはそのごく近い周辺部分に限るべきであるとする見解もある(城戸善和「監査役人事」森淳二郎編『蓮井良憲先生・今井宏先生古稀記念—企業監査とリスク管理の法構造』(法律文化社, 1994)129頁)。
- 17) 奥島前掲注15)61頁。
- 18) 神田秀樹『会社法(第7版)』(弘文堂, 2005)5頁。なお、旧商法では、52条2項で「営利を目的とする」との定めがあったが、会社法では削除されている。これは、会社法上、会社の株主等には、利益配当請求権・残余財産分配請求権(会社法105条1項1号・2号)が認められていることから「営利を目的とする」という用語を用いる必要がないからであるとして立法関係者による説明がなされている(相澤哲編著『一問一答新・会社法』(商事法務, 2005)25頁)。
- 19) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法(第2版)』有斐閣(2002)19頁、藤田祥子「法典編纂期における会社の概念」『近代企業法の形成と展開—奥島孝康教授記念第2巻』(成文堂, 1999)137頁。なお、社団とは、組合に対する概念であるとして狭く解する見解もある(鈴木竹雄『新版会社法』(弘文堂, 1968)7頁参照)。
- 20) 江頭前掲注19)23頁。
- 21) 岩崎前掲注8)注(3)128~129頁参照。なお、同氏は、資本提供者である株主を「機能資本家」と「無機能資本家」に区別して論じている。
- 22) 鈴木前掲注19)28頁参照。
- 23) 株主は会社の共同所有者であることから、本来すべて共同処理できるが、多数の株主が日常集合することは不可能であるばかりか、一般の株主は企業経営の能力も意思もないので、基本的事項の決定権限と最小限度の監督は正権を自己の手に留保し、他はすべて経営の専門家に委ねたと説明される(鈴木前掲注19)28~29頁)。
- 24) 新山雄三『論争“コーポレート・ガバナンス”—コーポレート・ガバナンス論的方法的視座』商事法務研究会(2001)269頁。
- 25) 市川兼三「コーポレート・ガバナンス」民商法雑誌第117巻4・5号(1998)23~24頁。

- 26) なお、他の特徴として「行政機関の関わり」が指摘されている。土屋守章・岡本久吉『コーポレート・ガバナンス論—基礎理論と実際』(有斐閣, 2004) 51頁, 稲上毅外前掲注5) 40頁, 青木・奥野前掲5) 315~318頁など参照。また, Mark D. Westは, 日本の①株式の持合, ②メインバンク, ③内部昇進者による取締役会の3つコーポレート・ガバナンスの側面が秘密の維持を助け (Mark, 大杉謙一訳「なぜ総会屋はなくなるのか—ゆずりと株主総会の法と経済学(1)」ジュリスト1145号(1998)65頁), 官僚制は実際のところ「情報カルテル」を生み出している(同66頁)と分析している。
- 27) 伊藤勇剛外前掲注1) 25頁は, コーポレート・ガバナンスには, 「相対型」と「一般型」の2つのタイプがあり, 「相対型」は, 監督官庁, 系列内親企業, メインバンク等の特定の牽制機関を通して, チェックするシステムであり, 「一般型」は, 公開された情報をもとに, 不特定多数の利害関係者が市場や準備された制度を通して牽制する方法であるとしたうえで, わが国のコーポレート・ガバナンスは, 圧倒的に「相対型」が多いと指摘している。なお, 行政機関との同様の相互依存関係については, 土屋守章外前掲注26) 300~303頁参照。
- 28) 同旨, 楠元純一郎「社外監査役の独立性の確保とコーポレート・ガバナンス—アメリカの専門取締役の構想と機関投資家の役割を参考にして」佐賀大学経済論集第26巻5号(1994)22頁。
- 29) もっとも, ニューヨーク州事業会社法のように, 例外的に株主の責任を認めるものもある(N. Y. BUS. CORP. §630(a)(1989))。
- 30) 岩崎前掲注8) 135~136頁, 若杉敬明「現代経営とコーポレート・ガバナンス—株主の責任と経営者の責任」神田秀樹編『コーポレート・ガバナンスにおける商法の役割』(中央経済社, 2005) 17~18頁参照。
- 31) 青木・奥野前掲注5) 183~184頁, 三隅隆司「コントロールメカニズムとしてのメインバンク」ビジネスレビュー40巻3号(1993)56頁など参照。
- 32) ある人が自分の目的のために, 別の人に権限を委譲して特定の仕事を代行させる契約関係をエージェンシー関係と呼び, 権限を委譲する人(本人あるいは依頼人)をプリンシパル, 委譲される人をエージェント(代理人)と呼んでいる(高橋前掲注5) 198頁)。なお, 株主と経営者との間に生じるエージェンシー問題については, 高橋前同200~202頁, また, エージェンシーの理論については, 今井賢一・小宮隆太郎編『日本の企業』(東京大学出版会, 1995) 27~31頁参照。
- 33) 青木・奥野前掲注5) 184頁。
- 34) なお, 法律上は法人である会社に対し所有者は存在しない(若杉前掲注30) 14頁)。
- 35) 本稿では, 経営者とは, 代表取締役及び業務執行(担当)取締役(場合によっては, 執行役員)を意味し, 委員会(等)設置会社の場合は, 執行役を意味する。しかし, 日本では取締役を含めて使用されるのが一般的であるため, どの機関がどういう立場で監督し, あるいは監督されるのかの議論が錯綜する傾向にある。
- 36) バーリー=ミーンズは「企業(株式会社)支配とは, 取締役会の多数派を選任できる現実的な力である。」と定義している(A. A. Berle and G. C. Means, The Modern Corporation and Private Property 69(1932)), なお, 邦訳は, 北島忠男訳『近代株式会社と私有財産』文雅堂書店(1958) 88頁によった)。
- 37) なお, ニッセイ基礎研究所「株式持ち合い状況調査2000年版」(http://www.nli-research.co.jp/stp_repo.html)(2001年9月21日)の調査結果によれば, 金額ベースで集計した市場全体の持合比率は10.10%となり, 10年連続して減少していることが窺われる。しかし, より重要なことは, 株式持ち合いの弊害ではなく, 資本多数決制度によって会社支配権が与えられるという仕組みにある。従って, いかに安定的株主を確保すべきかという目的がなくなることはなく, 例え, 持ち合いが解消したとしても, 類似の制度が生み出されるものと推測される。
- 38) 江頭憲治郎「日本の企業支配」『岩波基本講座基本法学7—企業』(岩波書店, 1983)は, 日本の企業支配に関する①経営者支配が優勢か, ②会社による会社支配の形態が優勢かという対立した見解に関する実証的研究に詳細な検討を加えたうえで, 法人が株式を取得する主たる動機が, 相手方会社との「取引の確保」にあることは否定できない事実であるとし(同91頁), そうであれば, 法人株主は, その局面では, 会社の意思決定に強く影響を及ぼそうと試みるであろう(同94頁)が, 取引が順調に推移し拡大している限りでは, 相手方の経営者が誰であろうと関心がない, という程度の支配の意図しか通常持っていない(同91頁)と述べている。
- 39) 例えば, 最近米国では, 「会社は, 株主の利益だけではなく, 従業員, 地域社会などのステークホルダーの利益を考慮に入れて行動しうる」旨の規定が28州で採用されているという(森田章『会社法の規制緩和とコーポレート・ガバナンス』(中央経済社, 2000) 55頁)。
- 40) 荻野博司「商法改正とコーポレート・ガバナンスの10年」神田編前掲注30) 56頁は, 「ステークホルダーとりわけ従業員への利益やリスクの適切な配分や株主との利害関係の調整は, 日本における企業活動の成否を決める重要な要素であると考える」としている。
- 41) 「あらゆる企業は利潤の極大化を目指す」(小川英次外4名『経営学の基礎知識』(有斐閣ブックス, 1994) 13頁), 「ほとんどの場合, 経済学の分析で企業の目標とされるのは, 利潤の最大化である」(ポール・ミルグロム, ジョン・ロバーツ著, 奥野正寛外4名訳『組織の経済学』(NTT出版, 1997) 43頁), 「新古典派の世界における株主は, いかに経営者をコントロールしてこの剰余を最大化するかという, コーポレート・ガバナンスの問題に直面している」(青木・奥野前掲注5) 184頁), 「近代資本主義社会において企業がとってきたビヘイビアが, 利益の極大化を目指しての可能な限りのあらゆる有効な手段・方法を用いる経営の戦略と管理にあった」(水谷雅一『経営倫理学の実践と課題(経営価値四原則システムの導入と展開)』(白桃書房, 1997) 4頁), 「伝統

- 的なミクロ経済学における標準的な企業の理論では、企業は私企業体制のもとでその所有者（「資本家」）に帰属する利潤を最大化するように行動する、という『利潤最大化仮説』がとられている」（今井賢一外前掲注32）93頁など。なお、島田克美『企業間システム一日米欧の戦略と構造』（日本経済評論社、1998）109頁は、「企業の目的は、雇用の創造であって、利益の最大化ではないというような主張が行われていた」とし、河端真一『コーポレートガバナンスの研究』（信山社、2004）14頁は、「大規模会社では、株主の意図する株式利益極大化という目的がそのまま企業目的とはなっていない」と述べている。また、メルヴィン・A・アイゼンバーグ（竹原隆信訳「アメリカ会社法学者から見た問題点」民商法雑誌、108巻4・5号（1993）18頁）は、米国では、会社の目的は利益の極大化であると考えられているが、会社が何を目的とするかはそれぞれの社会によって決められるべきであり、株式会社は株主の利益を最大限にしなければならないと決められているわけではないとしている。
- 42) 水谷前掲注41) 5頁参照。なお、判例の考え方として、前掲注4) 参照。
- 43) 新山前掲注24) 179頁。なお、今西宏次「コーポレート・ガバナンス論の展開」証券経済学界年報32号（1996）360～363頁参照。また、こうした企業の社会的責任の意味を、英語及びドイツ語の言語上の意味から、「企業がその社会的役割を全うする責任、企業が社会の期待ないし要求に応じて果たさなければならない責任」であるとする見解もある（竹内昭夫「企業と社会」『岩波基本講座 基本法学7—企業』（岩波書店、1983）23頁）。
- 44) 近時、企業の社会的責任（CSR）という考え方が台頭してきているのもその一例といえる（朝日新聞2004年3月10日「14版」朝刊参照）。法律学者の立場から「社会的責任」を論じた文献として、竹内前掲注43) 22頁以下、新山前掲注24) 176頁以下、末永敏和「企業の社会的責任」森本滋外2名編『企業の健全性確保と取締役の責任』有斐閣（オンデマンド版、2001）140頁以下、河本一郎「企業の社会的責任—法学的考察」ジュリスト578号（1975）106頁～116頁、西脇敏男『コーポレート・ガバナンスの多面的研究（経営者のコントロールシステムとして）』（八千代出版、2001）89頁以下、中村一彦『企業の社会的責任と会社法』（信山社、1997）、経営学者の立場から論じたものとして、森本三男『企業社会責任の経営学的研究』（白桃書房、1998）、さらに経営倫理の観点から論じたものとして、水谷前掲注41) など参照。上記河本（109、114頁）では、企業行動の「私的」側面について、市場メカニズムを通じての価格というサンクションに委ねてよいが、今日の企業行動は公的側面をも有しているという否定できない現実に鑑みて、この公的側面について一定のサンクションを与える制度を絶えず考案する必要性を認識するための、「手段概念」として、「企業の社会的責任」なる概念を法律学上も理解すべきであるとし、上記末永（142頁）では、このような社会的責任が認められてきた背景には、大企業の多年にわたる反社会的な数々の非行があり、現在でもその非行は止まず、その社会的責任を問うべき事態が続発しているという。そして、この企業の社会的責任とは何であるかそもそも議論があり、最近では、積極的に企業に対して「社会貢献」を期待する声も高まっているとする。なお、日本での昭和49年商法改正後における企業の社会的責任をめぐる議論の系譜については、松田二郎『会社の社会的責任』（商事法務研究会、1988）3～28頁、米国における社会的責任論の発生と展開については、森田章『現代企業の社会的責任』（商事法務研究会、1978）5～31頁参照。
- 45) 例えば、1998年に発覚したNECの防衛庁に対する過大請求事件がその一例である。この事件では幹部2人が逮捕されるに至ってはじめてNECがその組織的関与を認めた事件である。報道するところによれば、それでも経営トップは、「私の目の及ぶところではない」、「私は一切報告を受けていない」、「下に対して全ての責任があるのだろうか」と自らの経営トップとしての責任を否定し、その後辞任した際にも、「道義的かつ社会的なわけでもない」と弁明している（朝日新聞1998年10月23日「14版」朝刊、同10月24日「14版」朝刊）。なお、新聞では、上記事件がNECの売上高に与えた影響が100億円をくだらないと報じられている（前同新聞10月24日「14版」朝刊）。また、関税法違反の罪に問われた大手食肉加工メーカー「伊藤ハム」の伊藤正視社長について、検察側が、「捜査中は会社の関与を強く否定し、起訴後は担当者の方に全責任を取らせて解雇しながら、公判に出頭させない」と公判廷で批判したということが報じられていた（朝日新聞2005年11月23日13版朝刊）が、いずれもこうした組織としての責任は一体誰がとるのかということが問題である。
- 46) 最判昭和48・5・22民集27巻5号655頁。
- 47) 大阪高決平成9・8・26資料版/商事法務162号234頁（ミドリ十字株主代表訴訟担保提供命令申立事件抗告審決定）。
- 48) 神田秀樹前掲注18) 178頁。
- 49) 宍戸善一「経営者に対するモニター制度—従業員主権論と株式会社法」伊丹敬之外2名『リーディングス 日本の企業システム 第1巻企業とは何か』（有斐閣、1993）214頁。
- 50) 稲上毅外前掲注5) 184頁、浜田道代「取締役会制度の改革②（委員会等設置会社）」金融・商事判例1160号（2003）143頁、宍戸前掲注49) 235頁、小田切宏之「日本の企業戦略と組織—成長と競争のメカニズム」（東洋経済新報社、1992）43頁参照。
- 51) 河村貢『社長の実権』（商事法務研究会、1988）24～26頁。
- 52) 稲上毅外前掲注5) 118～119頁参照。
- 53) 数少ない社長の解任劇として、社長が「なぜだ」という有名な言葉を残して解任された三越事件があるが、それだけ日本では、トップが下からの反乱（もっとも、取締役会は法的には代表取締役の上部組織である）で解任されるということが珍しいというところである（なお、小田切前掲注50) 44～45頁参照）。また、同様の解任事例として、名古屋メイテック事件がある（名古屋地裁平

- 成 9・6・18 資料版 / 商事法務 162 号 275 頁)。
- 54) 酒巻俊雄「取締役と執行役の職務と責任—従来型と新型経営機構における職務内容の対比」判例タイムズ 1093 号 (2002) 114 頁, 稲上外前掲注 5) 184 頁参照。
- 55) 稲上外前掲注 5) 140~143 頁参照。
- 56) 小田切前掲注 50) 7 頁。
- 57) 最判昭和 56・5・11 金融・商事判例 625 号 18 頁。なお, 使用人兼務取締役の問題点については, 中村一彦「コーポレート・ガバナンスと重要財産委員会制度—従来型の運営管理機構」判例タイムズ 1093 号 (2002) 97 頁参照。
- 58) 同旨, 江頭前掲注 19) 294 頁。
- 59) 多くの会社では, 現実には内部職階制にもとづいて, 社長, 副社長, 専務取締役, 常務取締役などの特別の肩書きを付した取締役が存在することが通例であるが, これがいわゆる役付取締役である。この役付取締役を業務担当取締役と呼んでいる。なお, 業務担当取締役には, 広狭の二義があり, 広義では役付取締役と同義で, 代表取締役であるものを含むが, 狭義では代表取締役を除外した対内的業務執行をその権限とする取締役を指称するという (酒巻俊雄「業務執行機関の権限」竹内昭夫・龍田節『現代企業法講座第 3 巻企業運営』(東京大学出版会, 1985) 281 頁)。この業務担当取締役については, これまでも解釈上容認されていたが, 平成 14 年改正法により業務執行取締役として明文化されている (旧商法 260 条 3 項 2 号, 会社法 363 条 1 項 2 号)。
- 60) 高橋前掲注 5) 46 頁参照。
- 61) 酒巻前掲注 54) 114 頁, 中村前掲注 57) 93~94 頁, 高橋前掲注 5) 46 頁, 稲上外前掲注 5) 186 頁など参照。
- 62) 志谷匡史『マーケットメカニズムと取締役の経営責任』(商事法務研究会, 1995) 191 頁, 高橋前掲注 5) 46 頁, 深尾光洋・森田泰子『企業ガバナンス構造の国際比較』日本経済新聞社, 1997) 77 頁など参照。
- 63) 宇南山英夫・小倉一郎監修『企業倫理と会社不正』(東京経済情報出版第 3 版, 1997) 125 頁。
- 64) 1996 年 4 月に合併した東京三菱銀行の取締役数は 71 人と日本一であった。
- 65) ソニーが, それまで 38 名いた取締役の数を平成 9 年に 10 名に削減したのが始まりで, トヨタ自動車は 58 名から 27 名に, 松下電器産業が 27 名から 19 名に削減したことが報じられていた (日本経済新聞 2003 年 6 月 27 日「12 版」朝刊, 同 4 月 24 日「12 版」朝刊, 同 8 月 14 日「12 版」朝刊)。
- 66) 同旨, 酒巻前掲注 54) 114 頁。
- 67) なお, こうした取締役会の現状については, 経済同友会『第 12 回企業白書 日本企業の経営構造改革—コーポレート・ガバナンスの観点を踏まえた取締役会と監査役会のあり方』(1996) 6 頁参照。
- 68) 川濱昇「取締役会の監督機能」森本滋外 2 名編『企業の健全性確保と取締役の責任』有斐閣 (オンデマンド版, 2001) 38 頁以下, 酒巻前掲注 59) 266 頁以下, 近藤光男外 6 名「株式会社における経営監督のあり方 (上)」商事法務 1611 号 (2001) 5 頁以下, 前田雅弘「企業管理と法」岩波講座『現代の法』(岩波書店, 1998) 78 頁など参照。なお, 経済同友会前掲注 67) 9~10 頁は, ①戦略決定機能と業務執行機能の分離, ②取締役会の人数の見直し, ③認識の共有化と情報開示, ④社外取締役制度の導入による自律的ガバナンス機能の向上を挙げている。
- 69) 東京弁護士会が平成 12 年 2 月に実施したアンケート調査結果 (951 社) による (榎本峰夫「執行役員, 社外取締役アンケート結果に見る問題点」豊泉貫太郎編『改正会社法の基本問題 (東京弁護士会・会社法部 20 周年記念)』(商事法務, 2003 年) 129 頁~144 頁)。執行役員制は, 前掲注 65) のとおりソニーが平成 9 年に取締役の数を削減するに際して導入したものである。このアンケート結果では, 951 社中 122 社 (約 13%) が導入していると回答しているが, 平成 14 年 6 月 20 日付日本経済新聞朝刊に掲載されたアンケートでも, 導入済みの回答と平成 14 年度から導入するという回答とを合わせると 51%, さらに平成 15 年度以降に導入予定との回答と合わせると 60% 位になるといふ (同書 131 頁)。
- 70) 監査役制度は, 歴史的には東インド会社における「大株主会」の企業支配への傘下という形で発生し, 株主保護のための監査として生成してきた (末永敏和「監査役監査と外部監査」森淳二朗編前掲注 16) 3 頁, 伊藤邦雄「日本の会社制度とチェック機構—新たな日本型モデルを求めて」ビジネスレビュー 第 40 巻 3 号 1 頁~17 頁 (1993) 9 頁)。こうした沿革から生じた監査役は, 株主の代表として経営担当者の活動を監督する者であり, その場合の「監査」は「監督」にほかならないといわれている (倉澤康一郎「監査機構」竹内昭夫・龍田節編前掲注 59) 327 頁)。
- 71) 但し, 旧法では, 旧商特法上の小会社と有限会社は除かれていた。なお, 会社法では, 監査役設置会社及び会計監査人設置会社を除いた公開会社ではない株式会社の場合は, 定款でその監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定できるとしている (会社法 389 条 1 項)。
- 72) 独任制がとられている理由として「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からである」(江頭前掲注 19) 399 頁) と説明されているが, 違法・適法の判断が必ずしも合議制になじまないものとは思われない。独任制がとられている主たる理由は, おそらく前述した監査役制度の歴史的経過にあるのではないかと推測されるが, 要は, どちらの制度が効果的であるかである。なお, 監査という言葉は, 「監督検査」が圧縮されたもので, 一つは事前監査としての「監督」であり, 他は事後監査としての「検査」であるとされる。そして, 前者は取締役の諸活動に対する予防的監査であり, 後者は防衛的監査とされるが, 前者が重要視される傾向にあるという (中原俊明「事前監査と事後監査—社会的責任確保の視点から」森淳二朗編前掲注 16) 31 頁)。
- 73) 倉澤前掲注 70) 334~335 頁参照。なお, 中原前掲注 72) 36 頁は, 監査役システムの中心をなす監査役制度の主目的は, 取締役の職務の執行と決算期における計算書類の作成が適法かつ正当になされているかどうかにつき, 調査し報告をして

- 究極的に株主に判断材料を提供することであり、これを前提に監査役の権限が法定されているという。
- 74) 片木晴彦「監査役の業務監査・会計監査(1)一常勤監査役を中心として」民商法雑誌第103巻5号(1991)32~33頁参照。
- 75) 片木前掲注74)24頁参照。
- 76) 片木晴彦「監査役制度の行方(1)」民商法雑誌第120巻2号(1999)67頁参照。
- 77) 会計学においては内部監査と外部監査が区別され、前者は被監査人の内部機関で行われ、後者は外部機関で行われる監査をいうとされる。この基準によれば、監査役は前者に属し、会計監査人は後者に属することになるが、監査役については後者に属するという説もある(末永前掲注70)5頁)。なお、この会計監査人制度が商法に規定された(旧商特法2条)のは、1974(昭和49)年の改正によってであるが、それ以前は、証券取引法において1948(昭和23)年に米国の証券取引関連法に倣い会計監査制度が導入され、公認会計士による財務諸表の監査が行われていた(末永前同4頁参照)。
- 78) なお、監査委員会についても、同協会の「監査委員会監査基準」(平成19年5月10日改正)において同様の定めをしている(同監査基準15条)。また、同協会と日本公認会計士協会による平成17年7月29日付「監査役若しくは監査役会又は監査委員会と監査人との連携に関する共同研究報告」が公表されているので参照のこと。
- 79) 同旨、片木前掲注74)32~33頁。
- 80) 同旨、片木前掲注74)38~41頁。なお、こうした監査領域を、「経営監査」と呼んでいる(片木前同38頁)。
- 81) 昭和25年の改正前は、監査役は業務監査を主たる任務としていたが、昭和25年の改正により会計だけを監査する機関となった。そして、昭和49年の改正により再び業務及び会計の両面にわたり監査する機関となったが、他方では、取締役会が依然として業務監査権限を有するため(旧商法260条1項)、両者の関係をどのように解するかが問題となっている(荒谷裕子「監査役業務監査権限と代表訴訟」森淳二朗編前掲注16)41頁~45頁参照)。
- 82) 江頭前掲注19)398頁。なお、こうした適法性監査限定説が通説(森淳二朗「監査役構成原理とシステム」森本滋元編前掲注22)62頁)あるいは多数説(片木前掲注74)36頁)である。そして、この説の主たる根拠は、「監査役に妥当性監査権を認めると取締役の経営権に介入する結果になる」という理解にあるという(戸塚登「違法性監査論の問題点」民商法雑誌第95巻3号(1986)2頁)。
- 83) 同旨、倉澤前掲注70)336~338頁、奥島孝康「監査制度と会社立法の国際化」法律時報第65巻7号(1993)61頁。なお、倉澤は、監査役業務監査について「監督」機能と「検査」機能とを区別し、「監督」機能に関しては、監査役業務監査権限は適法性の監査の範囲にとどまるものと解し、事後的である「検査」機能に関しては、妥当性監査についてもそのすべてが監査役に属すると解すべきであると述べている(倉澤前同337~338頁)が、戸塚前掲注82)18頁は、この見解に対し、その試みを評価しつつも、この見解には疑問があるとしている。また、森淳二朗前掲注82)60~61頁は、監査役には違法行為摘発機関としての性格と利害調整機関としての性格があるとし、後者として機能すべき局面では、「監査役を適法性監査に限定すべき理由はなく、むしろ幅広い妥当性判断とその意見陳述を認めた方がよい」とする。
- 84) 片木前掲注74)36頁(なお、片木は通説による場合でも、自己が著しく不当な職務であると「正当な根拠」があって信じた事項を指摘すればよいはずであると述べているが、この「正当な」という価値概念が、実務ではやはり非法律家たる監査役を悩まし、萎縮させる効果を持つものと思われる)、奥島前掲注83)61頁参照。
- 85) たとえば、戸塚前掲注82)3頁、29頁。なお、実務家としての立場から、多田昌彦氏は(「日本のコーポレート・ガバナンスと監査役」商事法務1463号(1997)16頁)、「監査実務上は、違法性監査論の立場には到底与しがたいものがある」とし、永野周志氏(「監査役経験からみた監査役制度のあり方」商事法務1535号(1999)27頁)は、「監査役には、妥当性監査に関する柔軟な業務監査が認められるべきではなかろうか」と述べている。もっとも、ここ2~3年で監査役意識も変わり、大半の監査役が従来にいう妥当性の領域に踏み込んだ監査を行っているのが実態であるという(吉井毅「日本の監査役制度」商事法務1694号(2004)7頁)。
- 86) 片木晴彦「監査役業務監査・会計監査(2)」民商法雑誌第103巻6号(1991)18頁。
- 87) ひとつは、「閑散役」と揶揄されていたことがこうした事実を物語っているが、この言葉にはそれ以上に、機能しない監査役こそ望ましいという意味も読み取れる。
- 88) 監査役スタッフの数は、公開会社でも、専属の者が一人、兼務者が一人という例が過半数を占めるという(江頭前掲注19)404頁注(9)参照)。
- 89) 1994年8月に行われた調査によれば、「社外監査役の4割強は当該会社の系列企業の出身者で占められている」との結果が出ていた(東洋経済新報社「企業総覧」1995年版16頁~19頁)。この調査結果からすると、独立性の強化という点では、現行社外監査役制度の要件は緩すぎるものであり、社外監査役が当初の期待通り果たして機能し得るか疑問が残るといわれていた。しかし、後述するとおり、平成13年の改正では、この批判に 대응して「その就任前5年間」という要件を削除している。
- 90) 監査役候補者の選定者は、過半数の57%が社長ないし会長であり、取締役会ないし常務会が人選し、社長ないし会長が最終的に決済するケースが33%となっている(伊藤前掲注70)1頁)。
- 91) 出席義務を業務財産調査権の一環であると解し、必要があれば、この調査権の行使として常務会、経営会議等へ監査役が出席できるとする見解もある(江頭憲治郎『株式会社法第2版』(有斐閣、2008)479~480頁)。
- 92) それゆえ、内部統制制度を経営者に対する牽制組織として機能させるためには、内部監査部門の

- 報告を経営者から独立した立場で受領し、監査活動を果たす機関が必要とされることになる(片木前掲注86)5頁)。
- 93) 片木前掲注86)3頁によれば、監査役には、内部監査部門との緊密な連携を保ち、かつ内部監査機構の監査を活用し、自らの監査成果を達成するように勤めることが求められていることになる。
- 94) 判例(大阪地判平成12.9.20, 金融・商事判例1101号3頁以下)大和銀行ニューヨーク支店損失事件)は、経営者には、会社不正を防ぐための様々な内部管理規定の充実にこうした規定の実効性を確保するための措置を講じる責任があるが、こうした責任を経営者が果たさないときは、経営者の任務違反を構成し、監査役はかかる経営者の行為について指摘することがその任務となると解していた。なお、平成14年改正では、委員会等設置会社についてのみ、「内部統制システム」の整備を明文で義務づけた(旧商特法21条の7第1項2号)が、会社法では、さらにすべての大会社及び委員会設置会社に対しこれを義務付けている(同法348条4項・3項4号, 362条5項・4項6号, 416条2項・1項1号ロ・ホ)。また、米国では、内部統制の確立は会社の責務であることが法律上明確にされており、重大な不正に対しては経営トップとしてなすべきことをしているかが常に問われる体制になっている(米国連邦証券取引所法13条(b)(2)(B))。
- 95) もっとも、実態は、取締役会によって選任された執行役員が業務執行を担当するのが通常であったことから、取締役会は一歩後退し、その背後から監視・監督するという役割を担うべきであるとする考え方が次第に有力となっていったようである(証券取引法研究会前掲注5)131頁)。その結果、デラウェア州会社法も現在会社の経営及び業務は取締役会により、または取締役会の指揮の下に執行されなければならないと定めるに至っている。DEL. CODE ANN. tit. 8, §141(a)(2005), available at <http://www.delcode.state.de.us/title8/c001/sc04/index.htm#TopOfPage> (last visited Oct. 2, 2005)。改正模範事業会社法(Revised Model Business Corporation Act) §8.01(b)でも同様に規定している。なお、この模範事業会社法(Model Business Corporation Act)は、会社法の規定のモデルとして1946年ABAの委員会承認され、その後1950年と1969年に公表され、そして1984年に改正されたものが、改正模範事業会社法(RMBCA)又は模範事業会社法(MBCA)として、デラウェア州会社法とともに、米国諸州の会社法の規定に大きな影響を与えてきた。See ROBERT W. HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS IN A NUTSHELL 72-74 (Jesse H. Choper et al. eds., West Group, 5th ed. 2000) [hereinafter HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS].
- 96) See HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS, *supra* note 95, at 232.
- 97) See Ira M. Millstein, *The Professional Board*, 50 BUS. LAW. 1427, 1432-1433 (1995); Melvin A. Eisenberg, *Corporate Governance: The Board of Directors and Internal Control*, 19 CARDOZO L. REV. 237, 237 (1997).
- 98) See Robert W. Hamilton, *Corporate Governance in America 1950-2000: Major Changes But Uncertain Benefits*, 25 J. CORP. L. 351 (2000) [hereinafter Hamilton, *Corporate Governance*]; R. William Ide, *Post-Enron Corporate Governance Opportunities: Creating a Culture Greater Board Collaboration and Oversight*, 54 MERCER L. REV. 838 (2003); JEFFREY D. BAUMAN ET AL., CORPORATIONS LAW AND POLICY 579 (5th ed. 2003); Laura Lin, *The Effectiveness of Outside Directors as a Corporate Governance Mechanism: The Theories and Evidence*, 90 NW. U. L. REV. 898, 914 (1996).
- 99) See BAUMAN ET AL., *supra* note 98, at 579; Hamilton, *Corporate Governance*, *supra* note 98, at 361, 363-364; Arthur R. Pinto, *Corporate Governance: Monitoring the Board of Directors in American Corporations*, 46 AM. J. COMP. L. 317, 346 (1998).
- 100) See Ide, *supra* note 98, at 839-840; Marleen A. O'Connor, *The Enron Board: The Peril of Groupthink*, 71 U. CIN. L. REV. 1233, 1245 (2003).
- 101) See Ide, *supra* note 98, at 833, 839-841; O'Connor, *supra* note 100, at 1243-1246.
- 102) See Hamilton, *Corporate Governance*, *supra* note 98, at 352.
- 103) See Lin, *supra* note 98, at 901.
- 104) See Hamilton, *Corporate Governance*, *supra* note 98, at 352; 志谷匡史『マーケットメカニズムと取締役の経営責任』(社)商事法務研究会(1995)236-237頁。
- 105) See Hamilton, *Corporate Governance*, *supra* note 98, at 351-352; Ide, *supra* note 98, at 840; Sanjai Bhagat & Bernard Black, *The Non-Correlation between Board Independence and Long-Term Firm Performance*, 27 J. CORP. L. 231, 266 (2002); Pinto, *supra* note 99, at 346.
- 106) See ALI (American Law Institute), PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATION (1994) [hereinafter ALI PRINCIPLES] §3.02(a)(1)-(4) (なお、各条文の表記は、証券取引法研究会前掲注5)の邦訳及び CHARLES R. T. O'KELLEY & ROBERT B. THOMPSON, CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ASSOCIATIONS SELECTED STATUTES, RULES, AND FORMS 263 (Richard A. Epstein et al. eds., Aspen Law & Business, 1999) [hereinafter O'KELLEY & THOMPSON] に依拠している)。
- 107) See HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS, *supra* note 95, at 407-412.
- 108) このように業務執行機関と監督機関とが制度上明確に分離している制度として、ドイツの監査役制度と取締役制度(以下ドイツ型と称する)がある(早川勝「ドイツにおけるコーポレート・ガバナンスの改正—1998年コントラック法における監査役監査と会計監査人制度の改正を中心として」『比較会社法研究・奥島教授還暦記念第1巻』(成文堂, 1999)322頁)。因みに、ドイツの監査役会の主要な任務は、①取締役の選任・解任権(株式法111条1項)、②業務執行の継続的監督(前同)、③会計監査と決算書の確定(同法172

- 条), ④定款または監査役会規則で定められている場合は, 業務執行措置に対する同意(同法114条4項)となっている。また, ドイツ型監査役会には, 基本的な業務決定権限しかなく, 業務の監視・監督機能に特化されている(株式法111条4項1文)(正井章箚「監査役会による企業のコントロール—ドイツの法規制」前同比較会社法研究402頁, 前田前掲注1)39頁)。これに対し, 取締役は業務執行権と代表権を有し(株式法76条1項, 同78条1項), 業務執行についての権限は取締役に専属するとされている。なお, 取締役会は, 日本と異なる制度としては設けられていない(正井章箚「ドイツにおけるコーポレート・ガバナンス」ジュリスト1050号(1994)71頁)。このように, ドイツでは, 業務執行機関と監督機関が異なった機関として構成され, 両機関の役員は, 兼任することができないことになっていることから, 監査役と取締役は, 人的にも機能的にも分離され, 明確な区別がなされている。また, ドイツの経営機構の特徴は, 労働者の代表者が株主の代表者とともに会社の最高機関である監査役会に参加するという共同決定制度にある。この考え方は, 巨大化した企業は一人株主の所有物ではなく, 少なくとも当該会社の従業員の利益も密接に関連しているという認識から出発している。こうした認識を基礎に, 会社の意思決定に対し, 株主のみならず従業員も参加させようというものである。ここに, 日米の伝統的な法的パラダイムを前提とした監視・監督機構と異なるドイツ的な試みを看取することができる(高橋前掲注5)20頁, 菊澤前掲注5)57~104頁)。
- 109) 奥島孝康「コーポレート・ガバナンスと監査役」監査役395号21頁, 前田前掲注1)47頁。また, こうしたALIの方向は, ドイツ方式がとる二層システムに類似することが注目されるとし, 3.01条の下では, 業務執行の決定とその実行は主要上級執行役員に委ねられ, それに対する監督が取締役会の役割とされることになり, 二層システムの方向に接近しているように思われるという指摘がなされている(証券取引法研究会前掲注5)129頁)。
- 110) 前田前掲注1)45頁参照。
- 111) 前田前掲注1)6頁参照。
- 112) 米国大企業365社の経営トップの1996年の平均報酬は, 前年と比較し54%増加し, 578万1,300ドル(約7億2,800円)であり, これは一般工場労働者の平均年収の209倍に相当するということである。因みに, 最高額は, 総額1億245ドル(約129億円—金融グループのグリーントリール・ファイナンシャル最高経営責任者(CEO)であるローレンス・コス氏)であったとのことである(寺本義也編著『日本企業のコーポレート・ガバナンス』生産性出版(1997)24頁以下)。また, 2000年から2001年にかけても140万ドルから190万ドルへと38%も伸びている(ケネス・A・キム/ジョン・R・ノフシグー, 加藤英明監訳『コーポレートガバナンス—米国にみる『企業価値』向上のための企業統治』(ピアソン・エデュケーション, 2005)25頁)。
- 113) なお, 武井一浩「米国型取締役会の実態と日本への導入上の問題点(IV)」商事法務1509号(1998)は, CEOの報酬は, 社外取締役が多いほどむしろ多額になっているということが米国で発表されている(同21頁)とし, 税法・証券法の規定が事実上(損金算入や返還免除というインセンティブを用いて)大規模公開会社に報酬委員会の設置を強制しているといつてよいと述べている(同20頁)。
- 114) 日本経済新聞1995年5月30日「12版」朝刊。
- 115) 日本経済新聞1995年5月30日「12版」朝刊。
- 116) エンロン社のボードは17名で構成され, 社内取締役はCEOとCOOの2名のみで, その他は社外取締役であった。その社外取締役には, 会計学の権威で元監査委員会委員長・元スタンフォード大学ビジネススクール学長, 元連邦商品先物取引委員会委員長, 元イギリス・エネルギー大臣, モトローラの取締役, その他CEO, COOの経験者など錚々たる人達が就任していた。しかし, これら社外取締役の報酬は年間5万ドルで, エンロン社会長の報酬800万ドルの130分の1であり, 取締役会は定例が5回, 臨時が4回と合計で9回であったとのことである(岸田雅雄『ゼミナール会社法入門(第5版)』(日本経済新聞社, 2003)308~309頁参照)。
- 117) See O'Connor, *supra* note 100, at 1233-1238; Developments in the Law - Corporations and Society, II. And Now, the Independent Director! Have Congress, the NYSE, and NASDAQ Finally Figured Out How to Make the Independent Director Actually Work?, 117 HARV. L. REV. 2182 (2004). なお, 両論文において, これまでの独立取締役が真に独立していなかったという事だけでなく, 取締役会内でのプレッシャー等精神な要因等も独立取締役の機能を低下させていると述べている。
- 118) ケネス・A・キム前掲注112)19~21頁, 26~27頁参照。なお, 米国では, 株価や業績への関心を高める目的で, 社外取締役にもこのようなストック・オプション制度を取り入れ(日本経済新聞前掲注220)参照), エンロン社では, 社外取締役に35万ドルもの給与と株式, スtock・オプションが支払われていたというのである。しかし, こうした実態を仔細にみると, この制度には, 株主の利益と結びつく以前に, むしろ, 監視されるべき経営者の利益と監視すべき社外取締役の利益を緊密にさせるという両者の危うい関係も認められる。
- 119) ドイツ型監査役会においても同様である。
- 120) 従前は解釈論として出席義務があるとされていたが, 平成13年改正で明文化された。
- 121) むしろ, 機能的には, 米国型社外取締役とドイツ型監査役員とがある種近似してきているといえる。
- 122) 大杉謙一「社外取締役(独立取締役)」([2004]アメリカ法日米法学会, 2004)25頁注(28)。なお, 同氏はさらに「監査役は(業務執行を行わない)取締役を兼任できることとし, また監査役は取締役を兼ねなければならないと定める」ことまで提案している(「監査役制度改造論」商事法務1796号(2007)4頁)。
- 123) 問題は意思決定に加わることにある。意思決定に加わることなく, 監督だけに特化した取締役の

- 存在を認めるとするならば、ドイツ型の監査役会が持つ機能に近くなるが、反面米国型の一層制に類似した日本型取締役制度が持つ機能を減殺することになるものと思われるし、そうした取締役制度と従前の監査役制度との重複・兼任を認めることが果たして必要なのかという問題も出てくるものと思われる。
- なお、観点が異なるが、監査役が取締役会において議決権を持たないことは監査機能を担う者の独立性を保つためであるとする見解もある(倉澤康一郎「監査役と取締役会」商事法務1296号(1992)16頁,同旨,奥島前掲注15)59頁参照)。
- 124) なお米国では、業績不振を理由としたものであるが、1992年から1996年の間に、ゼネラルモーターズやコンパックといったフォーチュン500企業の125人のCEO達が取締役会によって交替させられているという(See HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS, *supra* note 95, at 410)。
- 125) もっとも、ドイツ型では、別個独立した経営体の監督機関が制度として設けられているが、これも前述のように法が予定していたようには機能していないようである(正井前掲注108)ジュリスト, 74頁)。
- 126) なお、米国では、改革の要がこれまでのCEO中心の考え方や文化を改めることであることを強調し、未だCEO中心文化が存在していることを認める見解(Ide, *supra* note 98, at 834, 871)から、取締役の選任に対するCEOの影響力が劇的に低下している、CEOは今や企業のリーダーとしてよりも、企業の最高位の従業員として見られているといった見解(HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS, *supra* note 95, at 408, 412)まである。
- 127) 模範会社法(Model Business Corporation Act of 1987)では、取締役会の下部機構としての委員会について、「取締役会は1個または数個の委員会を創設し、取締役会の構成員がそこで服務するように任命することができる。各委員会は、取締役会の意思に従って服務する2名以上の委員を有しななければならない。」という一般的な規定をおいているだけである(§8.05条(a), O'KELLY & THOMPSON, *supra* note 106, at 53)。また、Committee on Corporate Governance, ABA, *Corporate Director's Guidebook*, 59 BUS. LAW. 1057, 1085 (4th ed. 2004)は、「委員会の組織は、取締役会の構造や規模といった多様性によって異なり、一律にさだめるのは適当でない」としている。ALI (American Law Institute)でも、法律をもって設置することを求めているのは、監査委員会のみで、しかも大公開会社に限定している。ALI PRINCIPLES §3.05, O'KELLY & THOMPSON, *supra* note 106, at 265; ALI PRINCIPLES §3A.02 (証券取引法研究会前掲注5)20頁)。
- 128) なお、SOX法の概略については、拙著「新会社法と監査役・監査委員会制度—効果的な経営監視機能の強化の観点から」横浜弁護士会『専門実務研究』第1号(2007)37頁以下参照のこと。また、「The Sarbanes-Oxley Act of 2002, の具体的な内容については、Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745 (codified in scattered sections of 11, 15, 18, 28, and 29 U.S.C.) (2002), available at <http://uscode.house.gov/search/criteria.shtml> (last visited Dec. 12, 2005); <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/gw-bush/sarbanesoxley072302.pdf> (last visited Dec. 12, 2005) [hereinafter Sarbanes-Oxley Act]; The Sarbanes-Oxley Act of 2002, Summary of Key Provisions of Interest to Internal Auditors, <http://www.theiia.org/iaa/guidance/issues/sarbanes-oxley.pdf> (last visited Sep. 1, 2005)を参照のこと。
- 129) See James Hamilton & Ted Trautmann, Responsibilities of Corporate Officers and Directors under Federal Securities Law 25 (CCH Incorporated. 2002); Brian Kim, *Recent Development: Sarbanes-Oxley Act*, 40 Harv. J. on Legis. 235-236 (2003); Ide, *supra* note 98, at 855. なお、Robert Romano, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance*, ECGI, European Corporate Governance Institute Finance Working Paper No. 52/2004, 16, 18 (2004) (available from the Social Science Research Network eLibrary at <http://ssrn.com/abstract=596101>)は、最も重要なことは、この法が、州法では義務づけられていなかった監査委員会のような委員会の構成はもちろん、取締役会の構成を義務づけたということであると述べている。
- 130) 岩崎前掲注8)36頁。なお、同氏は、こうした実態から監査役制度をどういじろうと、取締役会の無機能な現状を打破しない限り、監査役制度の充実はありえないとしている(岩崎前同36頁)。
- 131) 日本は、これまで持合やメインバンク制等による安定株主方策がとられてきたことから証券市場における株式の流動性が低かったが、米国では、株式所有者は個人と機関投資家を主体とする分散型であり、流動性の高い証券市場を形成してきた。その結果、機関投資家等の株主との連携により社外取締役制度が発達してきたといわれている(鈴木直次「米国におけるコーポレート・ガバナンスの歴史的展開」監査役494号(2004)44頁以下が詳しい)。また、米国の連邦レベルでは、投資家に対する市場の信頼確保という観点から、SEC (Security & Exchange Commission—連邦証券取引委員会)が重要な役割を担い、このSECの働きによって社外取締役制度と委員会制度が普及し、他方州レベルでは、州裁判所の独立取締役を奨励する判例理論が取締役会における独立取締役の過半数の形成を促進してきたという歴史的な背景と経過がある。
- 132) もっとも、企業不祥事を防止し、透明性を確保することで、市場の信頼を回復・維持することを意図して制定されたSOX法は、会社は法によって監視・監督されなければならないという信念に基づいたものであるといわれている(Kim, *supra* note 129, at 236)。そして、こうした法による強制的な規制をめぐす連邦法が、伝統的な州法の領域にまで踏み込み始めていることについては、前掲注129)参照。
- 133) もっとも、米国でも、1970年以前は、ほとんどの公開会社が、主として社内取締役とCEOで構成された経営優先型の実務取締役会であった(HAMILTON, THE LAW OF CORPORATIONS, *supra* note 95, at

- 406)。
- 134) なお、この点について、日本でも最近執行役員制度が導入され始めていることについては、前掲注69)、また、平成14年改正で導入された米国型委員会制度については、拙著前掲注128)49～52頁参照。
- 135) See Romano, *supra* note 129, at 15 ; Lin, *supra* note 98, at 904-909.
- 136) なお、SOX法については、外部監査人および監査委員会のメンバーそして上級執行役員の役割には、目を向けているが、取締役会の役割については触れていないし、その構成員が其の役割を果たすために必要な最低限の質についても明らかにしていないという批判もある (See Kim, *supra* note 129, at 250)。
- 137) この委員会制度の導入は、制度間競争を促すことで、企業統治の実効性が期待されるからと説明されていたが (始関正光「平成14年改正商法の解説 (V)」商事法務1641号27頁)、その採用の推移は、2003年44社、2004年59社、2005年67社、2006年70社、2007年72社 (2007年8月21日現在、日本取締役協会調べより) と思ったほど増加していない。
- 138) 米国の州会社法制定の基本概念が (定款自治を含む) 「会社契約自由の原則」にあることについては、玉井利幸「アメリカにおける会社契約自由の原則—ファイナンス的な観点から—」一橋論叢第131巻第1号 (2004) 31頁参照。
- 139) 日本取締役協会金融市場委員会、2007年10月17日「公開会社要綱案11」 (http://www.jacd.report/071017_01report.pdf) 参照。なお、この要綱では、有価証券報告書会社 (具体的には、金融商品取引法24条1項に規定する「上場会社」「店頭登録会社」「公募をした会社」「外形基準適用会社」の4種類の会社) を公開会社とし、会社法の特例とすることで、証券市場と一体としての公開会社制度のあり方を求めている。