



Title	社外監査役および社外取締役の社外性の意義と機能
Author(s)	吉本, 健一
Citation	阪大法学. 2002, 52(3,4), p. 77-98
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54766
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

社外監査役および社外取締役の社外性の意義と機能

吉 本 健 一

一 はじめに

二 社外役員の資格要件

(1) 社外監査役

(2) 社外取締役

三 検 討

(1) 選任および任期

(2) 職務権限

(3) 義 務

(4) 責 任

四 おわりに

一 はじめに

平成一三年二月および同一四年の「商法」および「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」(以

下「商法特例法」という⁽¹⁾改正の特徴の一つとして、社外監査役および社外取締役(両者を併せて「社外役員」という)に対して重要な意義を認めている点が挙げられる⁽²⁾。また、実務でも、商法特例法上の大会社に選任が義務づけられている社外監査役はもちろん、社外取締役もかなりの割合で選任されていることが報告されており、その導入には積極的な姿勢がうかがわれる。会社法上社外役員をどのように位置づけ、どのような機能を期待するかは、理論的にも実際のにも興味ある問題である。本稿では、改正商法および商法特例法における社外役員の社外性の意義と機能を検討する。

二 社外役員の資格要件

(1) 社外監査役

一 わが国の商法および商法特例法上、社外役員が最初に規定されたのは、平成五年改正商法特例法における社外監査役である。社外監査役は、現在のところ、商法特例法上の大会社にのみ選任が強制されている。それまで大会社では、監査役は二人以上で、監査役の互選により、そのうちの一人を常勤監査役に選任しなければならないとされていた(昭和五六年改正による商特一八条)。日米構造問題協議で、社外取締役の選任が要求され、それへの対応として、最低一人の社外監査役の選任および三人以上の監査役で組織する監査役会の設置が制度化された⁽⁴⁾。

平成五年改正による商法特例法のもとでは、社外監査役は、監査役としての資格要件ならびに社外監査役としての資格要件の両者を満たす必要がある。

まず第一に、社外監査役も監査役として、一定の欠格事由のほか(商二八〇条一項、二五四条ノ二)、以下のような兼任禁止がある。

平成一四年改正前商法二七六条

監査役ハ会社又ハ子会社ノ取締役又ハ支配人其ノ他ノ使用人ヲ兼ヌルコトヲ得ズ

これによれば、監査役は、①同時に（すなわち現在において）、①その会社の、④取締役、または⑧支配人その他の使用人、を兼ねることができず、かつ②子会社の、④取締役、または⑧支配人その他の使用人、を兼ねることができない（②子会社に関する部分は、昭和四九年の商法改正による）。つまり、商法は、監査役の、①現在の地位を問題として、①④および⑧の否定、ならびに②④および⑧の否定を要求している。

第二に、社外監査役の社外性の要件として、以下のような資格が要求されていた。

平成五年改正商法特例法一八条一項

会社にあつては、監査役は、三人以上で、そのうち一人以上は、その終任の前五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つた者でなければならない。

ここでの社外性の要件は、監査役の就任前の経歴を問題にしている。すなわち、社外監査役は、Ⅱ就任前（過去において）、①五年間、①その会社の、④取締役、または⑧支配人その他の使用人、または②子会社の、④取締役、または⑧支配人その他の使用人、でなかつた者でなければならない。つまり、Ⅱ過去①五年間、①④および⑧の否定、ならびに②④および⑧の否定を要求している。

二 監査役が、①その会社の④取締役を兼ねることができないのは、監査役の職務が取締役の職務執行の監査であり、この兼任を認めると自分の取締役としての職務執行を監査役としての自分が監査するといういわゆる自己監

査になるからである。⁽⁵⁾これに対して、監査役が、①その会社の、③支配人その他の使用人、または②子会社の、④取締役、または⑤支配人その他の使用人、を兼ねることができないのは、これらの者は、監査対象である取締役からの指揮命令に法律上または事実上服する従属的な地位にあるため、その独立性が不十分で、客観的な監査が期待できないからである。

社外監査役について、過去の経歴を問題とするのは、同様に、過去において、①その会社の、④取締役、または⑤支配人その他の使用人、あるいは②子会社の、④取締役、または③支配人その他の使用人であった者（いわゆる内部出身者）は、現在の取締役からの独立性が弱いと考えるからであろう。ただ、それは、現在の、①その会社の、⑤支配人その他の使用人、または②子会社の、④取締役、または③支配人その他の使用人のように、現時点において、会社の取締役から法律上または事実上指揮命令を受けてこれに従属する者と比較して、それと同じ程度に独立性が不十分であるとはいえず、したがって、平成五年の改正商法特例法は、大会社に三人以上の監査役の選任を義務づけると同時に、そのうちの一人以上がこの意味での社外性を満たす監査役であればよいとしたものである。

三 なお、平成一三年一二月の商法改正では、取締役の会社に対する責任軽減、ならびに株主代表訴訟の合理化に関する改正がなされたが、責任軽減の議案提出や代表訴訟の和解および被告側への補助参加において、監査役が重要な役割を担うことを考慮して、監査役の任期を四年に延長し（商二七三条一項）、取締役会への出席及び意見陳述を義務づけ（商二六〇条ノ三第一項）、さらに辞任した監査役の総会での理由陳述権（商二七五条ノ三ノ二第一項）を規定するとともに、商法特例法を改正して、大会社の社外監査役の員数と要件を強化した。⁽⁶⁾

平成一三年一二月改正商法特例法一八条一項

会社にあつては、監査役は、三人以上で、そのうち半数以上は、その就任前に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となったことがない者でなければならない。

ここでは、社外監査役の員数が三人以上である監査役の半数以上とされ、またその資格要件として、就任前五年間の経歴を問題としていたのを、就任前のすべての期間にわたって考慮することにして(⑩について期間を限定しない)、社外性の要件を強化したが、①その会社の、④取締役、または⑨支配人その他の使用人、または②子会社の、④取締役、または⑨支配人その他の使用人、となったことがない者でなければならないこと、については変わらない。

四 平成一四年の商法改正では、同年の商法特例法改正において、大会社またはみなし大会社について、委員会等設置会社の特例が定められたことを受けて、監査役の兼任禁止の範囲が拡大された。

平成一四年改正商法二七六条

監査役ハ会社若ハ子会社ノ取締役若ハ支配人其ノ他ノ使用人又ハ子会社ノ執行役ヲ兼ヌルコトヲ得ズ

すなわち、監査役は、①同時に(現在)、①その会社の、④取締役、または⑨支配人その他の使用人、を兼ねることができず、かつ②子会社の、④取締役、⑤執行役、または⑨支配人その他の使用人、を兼ねることができない。ここでは、監査役とその会社の執行役との兼任禁止がないが、その理由は、執行役は委員会等設置会社のみにおいて選任され(商特二二条の五第一項四号)、反対に監査役は委員会等設置会社では選任されない(つまり両者の兼任はあり得ない)からである(商特二二条の五第二項)。

平成一四年の商法特例法改正では、大会社の監査役および社外監査役の資格要件についても改正がなされた。

平成一四年改正商法特例法一八条四項

大会社の監査役は、その連結子会社の取締役、執行役または支配人その他の使用人を兼ねることができない。

まず、大会社の監査役は、商法上の兼任禁止規定（商二七六条）に加えて、③その連結子会社の、④取締役、⑤執行役、または⑥支配人その他の使用人、を兼ねることができないとされた。これは、商法特例法上の大会社では、^⑦連結計算書類を監査する関係で、監査役に、子会社のほかに連結子会社（他の株式会社により経営を支配されているものとして法務省令で定める会社その他の団体をいう。商特一条の二第四項）に対する会計報告請求権および業務財産調査権が与えられており（商特一九条の三第一項）、連結子会社の取締役、執行役、または支配人その他の使用人も、親会社の取締役からの独立性が十分でないと考えられたからである。

平成一四年改正商法特例法一八条一項

大会社にあっては、監査役は、三人以上で、そのうち半数以上は、その就任前に、大会社又はその子会社の取締役、執行役又は支配人その他の使用人となったことがない者でなければならない。

ここでは、社外監査役の社外性要件として、三人以上の監査役のうち、その半数以上は、⑩過去において、①大会社の、④取締役、⑤執行役、または⑥支配人その他の使用人、または②その子会社の、④取締役、⑤執行役、または⑥支配人その他の使用人、となったことがない者でなければならいとされた。ただし、連結子会社の④取締役、⑤執行役、または⑥支配人その他の使用人、であった者は排除されない。大会社の執行役であった者も、社外監査役の社外性要件から排除されるが、それはその大会社が過去に委員会等設置会社であった時に執行役であった

者が、その大会社が委員会等設置会社でなくなった後に、その監査役に就任する可能性があるからである。

(2) 社外取締役

一 商法上の社外取締役の概念は、平成一三年一二月の改正商法により、初めて採り入れられた。それによれば、社外取締役の社外性の要件は、以下のようである。

平成一三年一二月改正商法一八八条二項

前項ノ登記ニ在リテハ左ノ事項ヲ登記スルコトヲ要ス

七ノ二 取締役ガ其ノ会社ノ業務ヲ執行セザル取締役ニシテ過去ニ其ノ会社又ハ子会社(第二百十一条ノ二第一項ノ子会社ヲ謂フ以下此ノ号ニ於テ同ジ)ノ業務ヲ執行スル取締役又ハ支配人其ノ他ノ使用人トナリタルコトナク且現ニ子会社ノ業務ヲ執行スル取締役又ハ其ノ会社若ハ子会社ノ支配人其ノ他ノ使用人に非ザルモノ(以下社外取締役ト称ス)ナルトキハ其ノ旨

これによれば、①現在、①その会社の、④取締役のうち、②業務を執行する取締役、または⑤支配人その他の使用人、でなく、かつ②子会社の、④取締役のうち、②業務を執行する取締役、または⑤支配人その他の使用人、でない者であって、かつ①過去において、①その会社の、④取締役のうち、②業務を執行する取締役、または⑤支配人その他の使用人、または②子会社の、④取締役のうち、②業務を執行する取締役、または⑤支配人その他の使用人、となったことがない者が、社外性の資格要件である。

ここでは、以下の諸点が問題となる。第一に、会社の取締役を、業務を執行する取締役と業務を執行しない取締役に分けたことである。業務の執行とは、もともと業務に関する意思決定とその実行を含む概念である。⁽⁸⁾取締役は

取締役会の構成員であり、取締役会は業務執行の決定機関であるから（商二六〇条一項）、改正法における業務の執行とはどのような概念であるかが問題となる。⁹⁾

第二に、社外取締役の職務内容ないし機能は何かが問題となる。社外監査役の場合には、その職務内容は社内監査役と全く同一である。つまり、監査役の中に社外性を有する監査役を一定数以上置かなければならないということであって、社外監査役が独自の職務を有するわけではない。

これに対して、社外取締役は、取締役の中で、会社又は子会社の業務を執行する取締役または使用人でない者のうち、過去の経歴が同様の要件を満たした者であるが、一定範囲の会社に社外取締役の選任が強制されているわけではなく、これを選任した場合には登記することが求められているに過ぎない。したがって、社外取締役の職務ないし機能として何が期待されているのか不明であるが、取締役会の監督権限の発揮ならびに取締役の監視義務の履行に際して、業務を執行する取締役からのより強い独立性を期待されているといえよう。¹⁰⁾

商法上、社外取締役の意義が認められるのは、会社に対する取締役の責任軽減において、社外取締役の責任軽減の限度が、報酬および退職慰労金の二年分とされ（商二六六条一八項）、また契約による責任軽減が認められることである（商二六六条一九項）。¹¹⁾

第三に、社外取締役は、その会社の取締役であることは当然として、子会社の業務を担当しない取締役であること、ならびに過去において、その会社または子会社の業務を担当しない取締役であったことが排除されていない。この点は、社外監査役と異なる点であり、なぜ業務を担当しない取締役が排除されないかが問題となる。子会社の取締役である者（ないし過去においてその会社または子会社の取締役であった者）は、それが業務を執行する者であるか（ないしあったか）否かにより、親会社の取締役からの独立性において、法的に評価しうるほどの差異はな

いと考えられるからである。

二 社外取締役の資格要件は、平成一四年の商法改正により、以下のように強化された。

平成一四年改正商法一八八条二項七号ノ二

取締役ガ其ノ会社ノ業務ヲ執行セザル取締役ニシテ過去ニ其ノ会社又ハ子会社（第二百十一条ノ二第一項ノ子会社ヲ謂フ以下此ノ号ニ於テ同ジ）ノ業務ヲ執行スル取締役、執行役又ハ支配人其ノ他ノ使用人トナリタルコトナク且現ニ子会社ノ業務ヲ執行スル取締役若ハ執行役又ハ其ノ会社若ハ子会社ノ支配人其ノ他ノ使用人に非ザルモノ（以下社外取締役ト称ス）ナルトキハ其ノ旨

要するに、①現在、①その会社の、④取締役のうち、⑤業務を執行する取締役、または⑧支配人その他の使用人でなく、かつ②子会社の、④取締役のうち、⑤業務を執行する取締役、⑥執行役、または⑧支配人その他の使用人でない者であつて、かつ⑩過去において、①その会社の、④取締役のうち、⑤業務を執行する取締役、⑥執行役、または⑧支配人その他の使用人、または②子会社の、④取締役のうち、⑤業務を執行する取締役、⑥執行役、または⑧支配人その他の使用人、となつたことがない者である。

ここで注目されるのは、社外性の要件から、その会社の執行役であることが排除されていない点である。つまり、社外取締役が執行役を兼任しても、その社外性は否定されないのである。^⑫ もちろん、社外取締役が執行役を兼ねる場合には、執行役としての独自の職務内容、義務および責任が生ずるから、それで差し支えないという考え方もありうるであろう。^⑬ しかし、社外取締役の社外性は、経営トップ（取締役または執行役）からの独立性確保にあり、その具体的基準として、現在も過去においても、会社の業務を執行しないという点にあるとすれば、執行役との兼

任を排除しない社外性要件は不十分なものではなからうか。他方では、社外取締役は、業務を執行しない取締役であることが要求されているからである。将来、社外取締役の職務内容が独自に定められる場合には、再考が必要であらう。現に、平成一四年の改正商法特例法では、委員会等設置会社において、三人以上の取締役で組織される指名、監査および報酬の各委員会が設置されるが、各委員会の取締役のうち過半数は、独立性の高い社外取締役であることを要するが、それに加えて執行役でないことが要求されているのは（商特二条の八第四項但書）、社外取締役の定義の不十分性を示すものであらう。

三 平成一四年の改正商法特例法における委員会等設置会社では、監査役を廃止する代わりに（商特二条の五第二項）、取締役および執行役の職務執行を監査する機関として、監査委員会が設置される（商特二条の五第一項二号）。そこで、この監査委員会を組織する取締役（監査委員という）の資格要件が問題となる。この点につき、商特二一条の八第七項によれば、以下のようである。

平成一四年改正商法特例法二一条の八第七項

監査委員会を組織する取締役（以下「監査委員」という。）は、委員会等設置会社若しくはその子会社（当該委員会等設置会社が大会社である場合においては、連結子会社を含む。以下この項において同じ。）の執行役若しくは支配人その他の使用人又は当該子会社の業務を執行する取締役を兼ねることができない。

これによれば、委員会等設置会社の業務を執行する取締役が排除されていないが、それは、委員会等設置会社においては、取締役はそれ自体として、会社の業務を執行することができないからである（商特二一条の六第二項）。それゆえ、監査委員の資格要件としては、①現在において、①その会社の、④（④業務を執行しない）取締役であ

り、かつ◎執行役、もしくは⑧支配人その他の使用人、または②子会社の、④取締役のうち、②業務を執行する取締役、◎執行役、または⑧支配人その他の使用人、さらに③その連結子会社の、④取締役のうち、②業務を執行する取締役、◎執行役、または⑧支配人その他の使用人、を兼ねることができないとされた。

ここでは、大会社の監査役と比較して、子会社および連結子会社の業務を執行しない取締役が排除されていないことが、指摘できる。

四 つぎに、平成一四年の改正商法特例法では、大会社またはみなし大会社において、重要財産委員会を設置することが認められた。そのための適格要件としては、取締役の数が一〇人以上であること、および取締役のうち、一人以上の社外取締役がいること、である。しかし、なぜ社外取締役が一人以上いることが要件となるかは不明である。社外取締役が一人以上いることによって、取締役会の監督機能が強化されるという理由が挙げられるが、社外取締役がいることが果たして監督機能の強化につながるか、もしつながるとしてそれは一〇名のうち一名でもよいかが問題となる⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。

なお、社外取締役は執行役を兼任することを妨げられないが、重要財産委員会は委員会等設置会社では採用できないので、重要財産委員会設置会社においては、両者の兼任はあり得ないことになる。

三 検 討

以下では、商法特例法上の大会社において、従来の監査役制度を採用する大会社における社外監査役と委員会等設置会社を選択する大会社における社外取締役の社外性の意義および機能を比較検討する。

(1) 選任および任期

従来型の大会社では、社外監査役は、それ以外の監査役と同様に、株主総会で選任する（商二八〇条一項、二五四条一項）。その任期は、平成一三年一二月の改正により、就任後四年以内の最終の決算期に関する定時総会の終結の時まで延長された（商二七三条一項）。監査役の独立性を高めるためである。そして、大会社では、監査役のうち半数以上を社外監査役としなければならない（商特一八条一項）。

これに対して、委員会等設置会社では、取締役の選任は株主総会で行うが、指名、監査および報酬の各委員会を組織する取締役は、取締役会で決定する（商特二一条の八第五項）。取締役の任期は、平成一四年の改正商法特例法により、就任後一年以内の最終の決算期に関する定時総会の終結時までとされた（商特二一条の六第一項）。各委員会を組織する取締役のうち、過半数は社外取締役でかつ執行役でない者でなければならない（商特二一条の八第四項但書）。そして、監査委員についても、前述したように、一定の兼任禁止が規定されている（商特二一条の八第七項）。

これらの規定を比較すると、第一に、監査役の任期が四年であるのに対して、委員会等設置会社の取締役の任期は一年である。これは株主総会による信任の機会を毎年の定時総会に付与するためであるが、⁽¹⁷⁾そのため、監査役と比べて、監査委員の地位が不安定となり、独立性を弱める結果となるおそれがある。⁽¹⁸⁾第二に、前述したように、監査委員および社外取締役の資格には、子会社および連結子会社の業務を担当しない取締役が排除されていないため、この面でも、委員会等設置会社の執行役からの独立性に疑問があるといわざるをえない。第三に、員数の点では、監査委員会の方が、過半数の社外取締役を要求しており、形式的な数のみを比較すれば、独立性が高いといえる。第四に、社外監査役は株主総会で選任するが、監査委員は取締役会で決定する。もちろん、監査委員の前提となる

取締役は、社外取締役も含めて、株主総会で選任する。結局のところ、社外役員の独立性確保は、実質的な人事権の所在が問題であるが、形式的な議案提出権をみると、監査役については、取締役会に決定権があると解されるが、代表取締役は、監査役の選任議案を株主総会に提出するには、監査役会の同意を要し、また監査役会は、その決議をもって、取締役に對し、監査役の選任を株主総会の議題とすることおよび選任議案を提出することを請求することができる（平成一三年二月改正商特一八条三項、三条二項、三項）。したがって、監査役会は監査役の選任について、相当程度影響を及ぼすことができる。⁽¹⁹⁾これに對して、委員会等設置会社においては、社外取締役を含む取締役の選任議案は指名委員会が決定する（商特二一条の八第一項）ので、経営トップからの独立性は高い。指名委員会の構成は、過半数が社外取締役でかつ執行役でない者であるからである（商特二一条の八第四項但書）。

(2) 職務権限

一 社外性との関係で最も問題となるのは、その職務ないし役割であろう。社外性の要件は、結局内部出身者でないという過去の経歴を問題とするが、それによってどのような職務ないし役割が期待されているかは明らかでない。⁽²⁰⁾そのことは、社外監査役や社外取締役の資格要件がもっぱら消極的要件として定められ、何ら積極的要件が要求されていないことにも反映している。結局、他の監査役や監査委員と同じ職務を遂行する中で、取締役または執行役からの独立性がより高い立場で、監査・監督機能を果たすことが求められているのであろう。⁽²¹⁾

二 従来型の大会社と委員会等設置会社における社外役員の権限上の違いは、その独任性の強弱に現れている。すなわち、従来型の大会社では、監査役は、取締役および支配人その他の使用人に対する営業報告請求権、および会社の業務財産調査権を有し（商二七四条）、職務遂行上必要な場合には、子会社に対しても同様の権限を認められ（商二七四条ノ三）、また監査役は取締役の責任を追及するために、会社を代表して訴えを提起することができる

(商二七五条ノ四)。そして、監査役会は、監査の方針、業務および財産の状況の調査方法、その他監査役の職務の執行に関する事項を決議することができるが、個々の監査役の権限行使を妨げることができないとされ(商特一八条の二第二項)、監査役間の職務分担による組織的監査を認めつつも、監査の独任制にも配慮している。

これに対して、委員会等設置会社では、会社または子会社の取締役、執行役および支配人その他の使用人に対する報告請求権および業務財産調査権、ならびに取締役または執行役に対しする訴え提起権は、監査委員会が指名する監査委員の権限とされ(商特二条の一〇第一項、二項、六項二号)、指名された監査委員も、報告の徴収または調査に関する監査委員会の決議がある時は、これに従わなければならない(商特二条の一〇第三項)。個々の監査委員には、例外的な緊急事態における報告権または差止請求権が認められているのみである(商特二条の一〇第三項、四項)。したがって、ここでは、監査委員会による組織的監査に重点が置かれ、その分監査委員の独任性はかなり弱められている。²²⁾

社外監査役の機能は、このような独任制の監査体制のもとで、独立した監査権限を行使できるところに意義が認められるが、監査委員である社外取締役には、このような独立した権限行使には、制約があるといわざるをえない。²³⁾

三 従来型の大会社では、三人以上の監査役のうち、監査役の互選により、常勤監査役を定めなければならない(商特一八条二項)。これに対して、委員会等設置会社においては、三人以上の監査委員のうちで、常勤者を置くことは強制されていない。この相違からして、委員会等設置会社における監査委員会による監査は、実地調査(実査)を原則としないという見解が主張されている。²⁴⁾ この見解は、従来の学説が、もっぱら常勤者の勤務形態のみを採り上げ、その職務内容を問題としてこなかったことからすれば、注目に値する。しかし、従来型の大会社では実査が

必要であるのに、委員会等設置会社ではこれを必要としないとする根拠は明らかでない⁽²⁵⁾。常勤者の存在が果たして実査の有無と必然的に結びつくのか、疑問がないわけではない。

四 また、従来型の大会社では、監査役監査は取締役の職務執行の適法性監査に限られるが、監査委員会の監査は、取締役および執行役の職務執行の適法性監査のみならず、妥当性監査にも及ぶとする見解もある⁽²⁶⁾。監査役監査が適法性監査に限られるとする見解は、その根拠として、監査役は取締役会決議に参加できないこと、監査報告書の記載事項（商特一四三条三項）および代表取締役が株主総会に提出する議案等についての意見の報告事項（商二七五条）が限定的であることを挙げている⁽²⁷⁾。

しかし、監査役は取締役会決議に参加できないとしても、取締役会に出席し意見を述べることができる⁽²⁸⁾。また、監査委員会の監査報告書の記載事項は、商法特例法二一条の七第一項二号に掲げる監査委員会の職務遂行のために必要なものとして法務省令で定める事項についての取締役会決議の内容の相当性に関する事項を除いては、監査役の監査報告書と変わりが無い（商特二一条の二九第二項）。この監査委員会の職務遂行に必要な事項の相当性は妥当性の問題に関わると解されるが、その対象は取締役会の決議であり、執行役の職務遂行の妥当性とは直接関係がない。したがって、取締役会決議参加権や監査報告書の記載事項を根拠に、監査役監査は適法性監査に限られ、監査委員会は（とくに執行役の職務執行に関して）妥当性監査にも及ぶとするには、不十分であると考えられる⁽²⁹⁾。むしろ、監査委員会に執行役の職務執行の妥当性監査の権限を認めるのであれば、監査役にも取締役の職務執行の妥当性監査の権限を認めるべきではないだろうか⁽³⁰⁾。

五 なお、会計監査人の選任・解任・不再任につき、従来型の大会社では、監査役会に同意があるに過ぎない（商特三條二項、三項、五條の二第三項、六條三項⁽³¹⁾）、委員会等設置会社においては、監査委員会に議案の内容の決

定権がある（商特二条の八第二項二号）。

(3) 義 務

監査役は、会社との間において、取締役の職務の執行を監査するから、準委任の關係に立つ。それゆえ、委任に関する規定に従い（商二八〇条一項、二五四条三項）、善管注意義務を負う（民六四四条）。社外監査役も同様である。しかし、会社の業務執行には関与しないから、競業避止義務や利益相反取引による規制を受けないとされている。³²⁾

これに対して、社外取締役は、取締役である以上、忠実義務を負うのみならず、競業避止義務を負い利益相反取引規制を受ける（商特二条の一七第三項、二一条の二第一項一号参照）。

しかし、監査役も業務執行に関与しないとはいえ、その職務執行を離れた局面において、会社の利益を犠牲にして自己または第三者の個人的利益をはかってはならないという忠実義務を負うと解すべきである。そうすると、監査役も、取締役会への出席などを通じて、会社の内部情報を知る立場にある以上、利益相反取引規制や競業避止義務を負うと解してもよいのではないだろうか。

(4) 責 任

監査役は、会社に対して任務懈怠責任を負い（商二七七条、二八〇条一項、二六六条五項）、この責任については、社外取締役と同様に、報酬および退職慰労金の二年分を限度として、軽減することができる（商二八〇条一項、二六六条七項、一二項、一八項）。ただし、社外監査役については、社外取締役とは異なり、契約による責任限定は認められていない。

これに対して、委員会等設置会社の社外取締役は、それ以外の会社の社外取締役と同様に、総会決議または定款に基づく取締役会決議による責任軽減のほか（商特二一条の一七第四項）、契約による責任限定も認められる（商特

二一条の一七第五項⁽³³⁾。

以上の規定を比較すると、監査役の場合は、社内外を問わず、報酬および退職慰労金の二年分を限度とする責任軽減が認められるのに対し、委員会等設置会社においては、監査委員が社外取締役でない場合には、責任軽減の限度額は報酬および退職慰労金の四年分である。反対に、委員会等設置会社の社外取締役は、契約による責任限定が認められるが、社外監査役には認められない。つまり、従来型の大会社では、監査役の責任は社内外を問わず一定であるのに対し、委員会等設置会社では、監査委員が社外取締役であるかどうかでその責任軽減・限定に差があり、社内取締役の場合は監査役より重く、社外取締役の場合は監査役より緩和される。しかし、このような相違は、合理性を欠くように思われる。⁽³⁴⁾

五 おわりに

以上、平成一三年および一四年の商法および商法特例法の改正における社外監査役と社外取締役の社外性について、その意義と機能を検討した。これらの社外役員は、その過去の経歴から、社内出身者よりも、現在の経営トップからの独立性が高く、その点で業務執行の監査または監督において一定の役割を果たしうる。そして、改正法がその役割を高く評価していることは、一定の範囲においてこれらの社外役員の選任を強制していることからも理解できる。しかし、これらの改正法が社外役員の具体的な職務をどのように考え、どのような機能を期待しているかは、明確でない面があることは否めない。また、社外役員の導入がコーポレート・ガバナンス機能の向上に結びつくかも、自明であるとはいいがたい。⁽³⁵⁾ さらに、社外役員の効用が認められるとしても、現行法上の社外要件で十分かという問題もある。⁽³⁶⁾

社外監査役と社外取締役とくに委員会等設置会社における監査委員に関する規定を比較すると、少なからぬ相違点が見出される。もちろん、従来型の大会社における監査役会と委員会等設置会社における監査委員会の機関構成における位置づけや役割は全く同じではないから、両者に相違点があることは不思議ではない。しかし、委員会等設置会社では、監査役および監査役会は廃止されるのであるから、その機能のうち委員会等設置会社においても必要な機能は監査委員および監査委員会が代替せざるをえず、その範囲においては、両者の間に理由の明らかでない相違があるとすれば、その合理性が問われなければならない。

社外役員によるコーポレート・ガバナンス機能を発揮させるためには、制度設計も重要であるが、それに相応しい人を得ることが不可欠である。そして、そのためには、社外役員の選任が、機関投資家などの大株主の意向を背景に行われることが必要ではなからうか。その意味では、機関投資家などの大株主と社外役員との連携によるコーポレート・ガバナンスの確保が、今後重要性を増すことであろう。

(1) 平成一三年二月改正法(法一四九号)は、平成一四年五月一日から施行されたが、社外監査役に関する商法特例法の改正部分については、三年後の平成一七年五月一日から施行される(付則一条、一〇条)。平成一四年改正法(法四四号)は、平成一五年四月一日施行予定である。

(2) 家近正直「企業統治に関する「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律」について」監査役四五八号四四頁以下(二〇〇二年)、五〇頁参照。

(3) 日本監査役協会が実施したアンケート調査(調査対象四四五社)によれば、回答数三〇四九社のうち、社外取締役がいるのは四七・〇%である。監査役四五四号二頁(二〇〇二年)参照。

(4) 吉戒修「『平成五年・六年商法改正』一九八一―一九九頁参照(商事法務研究会、一九九六年)、龍田節「日米構造問題協議と会社法改正」民商一〇八巻四・五号二五頁以下(一九九三年)参照。

(5) この観点からは、いわゆる横すべり監査役による監査も自己監査に該当する。吉本健一「いわゆる横すべり監査役

監査役と自己監査の禁止」判タ七五四号五一頁以下（一九九一年）参照。

(6) もっとも、注(1)で述べたように、責任軽減および代表訴訟に関する改正は、平成一四年五月一日から施行されたが、社外監査役に関する改正は、平成一七年五月一日からの施行であり、平仄が合っていない。

(7) この規定は、みなし大会社には適用されない。商特二条二項後段参照。

(8) たとえば、商法七〇条、一五一条という業務の執行は、明らかに意思決定と実行の両者を含んでいる。

(9) 業務執行をその決定と実行に一応分けることができるとしても、実行の中から決定の要素を完全に排除することは不可能ではないだろうか。後述するように、平成一四年の改正商法は、業務を執行する取締役の定義規定を設けたが（平成一四年改正商二六〇条三項）、この規定でも業務の執行自体の定義付けはなされていない（なお、平成一四年改正商二六〇条五項参照）。

(10) 業務執行につき決定と実行を分けるという立場に立てば、社外取締役は決定のみに参加し、実行には関与しないから、実行を担当する取締役の職務執行を監視・監督するという点で、いわゆる自己監督の弊を免れることができる。

(11) これには、社外取締役の責任軽減を容易にして、その選任を促進しようとする立法趣旨がみえるが、何のために（すなわちどのような職務ないし機能を果たす者として）社外取締役を選任させようとするのか、明らかでない。また、同じように取締役会決議に賛成した者として取締役が会社に対して責任を負う場合に、なぜ社外取締役が責任軽減の限度を低く設定されるのか疑問がある。

(12) 平成一四年改正商法二六六条二〇項でも、社外取締役の責任軽減契約の失効事由として、子会社の執行役となったことが追加されたが、その会社の執行役となったことは、失効事由とはなっていない。

(13) これは、親会社や取引金融機関（メイン・バンク）などから派遣された取締役が、執行役として、会社の業務を執行する場合を考慮したものであろうか。

(14) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説（Ⅱ）」商事一六二三四頁以下（二〇〇二年）、一五頁。

(15) 中村一彦「コーポレート・ガバナンスと重要財産委員会——従来型の運営管理機構——」判タ一〇九三号九一頁以下（二〇〇二年）、九六頁参照。今中利昭「赫高規「会社法改正と弁護士が果たす役割」自正五三巻七号九四頁以下（二〇〇二年）、一〇一頁注(11)は、社外取締役一名以上を選任することが重要財産委員会設置会社となることの要件

であるから、この委員会に一名以上の社外取締役が委員として就任することを要件とするを解すべきであるとされる。

(16) なお、重要財産委員会設置会社には、半数以上の社外監査役が必要である（商特一八条一項）。

(17) 前田・前掲注(14) (Ⅲ) 商事一六二三号一四頁以下（二〇〇二年）、二二頁。

(18) 森本教授は、監査役の任期が四年に延長されたことを、株主主権論との関係で問題とされるようである。森本滋「コーポレート・ガバナンス関連立法の最近の動向——委員会等設置会社制度を中心に——（下）」取締役の法務九九号一八頁以下（二〇〇二年）、三五頁注(78)参照。これは、結局株主総会の決議を、それ自体独立性のある意思とみるか、経営トップの意思の反映に過ぎないとみるかによる。

(19) 社外監査役については、監査役会が候補者を選任し株主総会に議案を提出する権限を有する方がすっきりするといふ見解もある。片木晴彦「監査役の権限強化」企会五四巻三三三頁以下（二〇〇二年）、三六頁。

(20) 社外監査役についての指摘として、森本滋「社外監査役」民商一〇八巻四・五号六九頁以下（一九九三年）、七七頁注（一）参照。

(21) 実務では、よく社外役員に大所高所からのアドバイスを期待するという声が聞こえる。しかし、このような機能は、ほんらい諮問委員会（アドバイザリーコミッティー）ないし顧問・相談役などに期待すべきであって、法定機関構成員としての社外役員に求められる機能であるとはいいがたい。近藤光男「牛丸與志夫」田村詩子「志谷匡史」川口恭弘「黒沼悦郎」行澤一人「株式会社における経営監督のあり方（上）」商事一六一号四頁以下（二〇〇一年）、五頁参照。

(22) 前田・前掲注(17)二六頁。

(23) 浜田道代「商法改正とコーポレート・ガバナンス」監査役四六二号五頁以下（二〇〇二年）、九頁。もっとも、その分監査委員会では、社外取締役が過半数を占めることが求められる。

(24) 森本・前掲注(18)二九頁。

(25) 常勤者が義務づけられていない監査委員会の適法性監査に疑問を呈する見解として、家近正直「監査委員会と監査役」河合伸一判事退官・古稀記念『会社法・金融取引法の理論と実務』四五頁以下（商事法務研究会、二〇〇二年）、五五頁参照。前述の日本監査役協会のアンケート（注(3)参照）でも、回答会社の九二・三％が実地調査を行っていると回答している。監査役・前掲注(3)一〇一頁。

- (26) 前田・前掲注(17)二二三頁。
- (27) 前田庸『会社法入門』二二頁(有斐閣、第八版、二〇〇二年)。
- (28) 平成二三年一二月の改正により、監査役の取締役会出席と意見陳述は義務とされた(改商二六〇条ノ第三項)。
- (29) なお、監査役の総会議案等についての意見報告権(商二七五条)は、委員会等設置会社においてどのように扱われるか、現時点では不明である。政令による読替えがおこなわれるのであろうか(商特二二条の三六第三項参照)。
- (30) 取締役の責任軽減について監査役の同意を要することは、監査役に経営上の決定というべき判断を求めるものであるとの指摘がある。川村正幸「改正商法によるコーポレート・ガバナンス改革」企会五四巻三号一八頁以下(二〇〇二年)、一二頁。
- (31) 例外的な事由がある場合には、監査役会はその決議をもって、会計監査人を解任することができ(商特六条の二第二項)、また欠員がある場合に、仮会計監査人を選任しなければならない(商特六条の四第一項)。
- (32) 大隅健一郎・今井宏『会社法論』中巻二九九頁(有斐閣、第三版、一九九二年)、神田秀樹『会社法』一五六頁(弘文堂、第二版、二〇〇二年)など参照。
- (33) これらの責任軽減の議案または定款変更の議案を株主総会または取締役会へ提出するに際しては、監査委員会の全員の一致の同意を要することになる。商特二二条の一七第七項参照。
- (34) なお、委員会等設置会社においては、取締役および執行役の会社に対する責任は過失責任が原則とされ、とくに商法特例法二二条の一八第一項但書および二二条の二第一項但書では、取締役及び執行役の無過失の証明責任が規定されたことから、これを証明責任の転換規定と解する立場もある。前田・前掲注(14)(IV)商事一六二四号九七頁以下(二〇〇二年)、一〇〇頁。この立場では、同じく過失責任とされる任務懈怠に基づく責任に関する二二条の一七第一項では、そのような但書がないので、原告側に過失の証明責任があることになる。他方では、商法二七七条に基づく監査役の任務懈怠責任は、監査役に無過失の証明責任があると解されているから(上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』四八二頁(北沢正啓)(有斐閣、一九八七年))、この点を社外監査役と社外取締役との違いの一つに挙げることができるとにも思われる。しかし、取締役および執行役の任務懈怠責任も、いわゆる債務不履行に基づく責任として、原則通り債務者側に無過失の証明責任があると解すべきであり(龍田節『会社法』八五頁(有斐閣、第八版、二〇〇一年)、

吉本健一「取締役の会社に対する責任」今中利昭先生還暦記念『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』五一頁以下（民事法研究会、一九九五年）、五二二頁参照）、この立場では、二二条の一八第一項但書、二二条の二二第一項但書の規定は、当然のことを明定したにすぎないと解される。

(35) これに対して、末永教授は、社外取締役が、監督や重要な業務執行の決定において、有効な役割を果たすことは、社外取締役制度が各国において採用されていることから、ほとんど周知の事実であるとされる。末永敏和「機関を中心とする大会社関連の改正」ジュリー二二九号二六頁以下（二〇〇二年）、三三頁。しかし、アメリカでも、社外取締役と会社の業績の相関関係については議論がある。Cf. Bhagat & Black, *The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance*, 54 *Bus. Law.* 921 (1999).

(36) アメリカでは、社外取締役の独立性が強く要求されることにつき、飯屋広郷「アメリカの社外取締役に期待される役割」監査役四〇六号二九頁以下（一九九八年）など参照。