

第2回有識者懇談会 議事要旨

日 時：平成20年4月23日（水）18時00分～20時00分

場 所：（社）日本監査役協会 本部A会議室

議 事：1. 株主・資本市場との関係で上場会社が直面しているコーポレート・ガバナンス上の諸課題について－2

【報告者】東京大学大学院法学政治学研究科教授

岩原 紳作氏

2. 質疑

3. その他

議事内容

1. 「監査役制度の直面している諸課題と監査役制度の見直し—株主・資本市場との関係で上場会社が直面しているコーポレート・ガバナンス上の諸課題について—2」

岩原委員より、標題について報告が行われた。

岩原委員 岩原から報告します。懇談会では関会長の問題提起、増田委員、飛山委員からの話を受けて、問題点について検討してほしいとのことですが、いずれも非常に重い問題についてたくさんの課題があり、そこで取り上げた問題を全部ここで話すことは難しいと思います。まず監査役制度そのものに直接関係するものであり、かつ現在一番直面している問題に絞って話したいと思います。その点ご容赦いただきたいと思います。

検討の進め方としては、日本の監査役制度が沿革から考えて、また現在の法制度から考えて、どういうものとして位置づけられ、その下において関会長ほかから提起されている問題が、どのような問題として位置づけられるのかを考えたい。また現実的な監査役制度の実際の機能、あるいはその背景等を考えて、提起された問題についてどのように考えていけばいいのか、今後検討していただく糸口、たたき台のたたき台になるような問題の整理をしたいと思います。

I 監査役制度の位置づけ...沿革から

(1) 監査役制度の沿革

我が国最初の商法典である明治23年商法の監査役に関する規定は、ドイツの1870年商法の影響を大きく受けた明治17年ロエスレル草案をほぼ受け継いだ内容になっています。すなわち、監査役は株主総会の決議によって株主の中から選任される3名以上の必要的機関であり、取締役の業務執行が法律・命令・定款・総会決議に適合するか否かを監視し、かつ総てその業務執行上の懈怠及び不正を検出すること、計算書類や配当金分配案を検査し株主総会に報告すること、会社のために必要又は有益と認めるときは株主総会を招集することが職務とされ、会社業務や会社の帳簿等の検査権もありました。

このような、明治23年商法のモデルになったドイツ1870年商法は、監査役会は経営の全部門にわたって会社の業務執行を監督するものとしていました。沿革的にはドイツの監査役会は大株主からなる大株主会から発生したとも言われ、多くの会社において、単なる監督機関ではなく、広範な経営管理の権限を有する決定機関でした。明治23年商法における監査役の監査権限が業務執行全般にわたりその妥当性を含む広いものだったのは、このようなドイツ法の影響があったものと考えられます。

ただ、明治23年商法は殆どの規定が施行されず、明治32年商法が實際上施行された最初の商法典となりました。明治32年商法は、監査役については、計算書類等、取締役が株主総会に提出する書類を調査し、株主総会にその意見を報告することをその主たる職務としました。会社業務・会社財産の調査権は引き続き有しているが、明治23年商法と比較すると、株主総会に提出する書類の調査に監査の対象が限定されるなど、監査の対象が限定されています。

また、監査役は1名以上でよいものとされていることも、明治23年商法と比較して監査役制度の後退を示唆していると思われる。ただ、注目すべきことには、取締役と会社の利害が対立する局面で、監査役が会社の利益を代表することとされていました。

例えば、会社と取締役の利益相反取引において監査役に取引の承認権が与えられ、会社と取締役の間の訴訟においては監査役が原則として会社を代表することとされ、さらに注目されるのは、監査役が取締役または支配人との兼任が禁止される一方で、取締役中に欠員があるときは、取締役及び監査役の協議により、監査役中より一時取締役の職務を行う者を定めることができるとされていました。これは一定の事項については監査役に取締役に代わる業務執行権限を認め、いわば取締役を補う執行機関としての機能を持たされていたもののように思われます。

このような明治32年商法の監査役に関する規定は、1884年ドイツ商法の影響を受けたものと考えられています。1884年ドイツ商法においては、監査役は株主総会で選任され、業務執行を行う取締役との兼任が禁止されるなど、株主のために業務執行機関である取締役を監督する役割が規定されました。

取締役の選任方法は定款で定められることとされていましたが、実際の定款の規定においては、監査役会が取締役を選任することが通常であり、監査役会が取締役を選任・解任を通じて監督する実務が形成されていきました。このような監査役会の取締役の選任・解任権は、1937年株式法において明文の定めが置かれています。

しかし、このような監査役会の取締役に対する上位機関としての関係は、単に監督機関としての立場にとどまらず、自ら経営管理にかかわることも認められました。すなわち、定款で定めればそのような職務の担当を認めることができ、取締役に故障がある場合取締役の代理を務めることも許されていました。

このような機能は現行株式法にも引き継がれ、111条4項1文において「監査役に業務執行上の処置を委託することはできない」と定めながら、同項2文は「定款または監査役

会社が一定の種類業務は監査役会の同意を得たときに限って行うことができる」としているため、今日においてもドイツの多くの株式会社は、かなり多くの業務執行に関する重要事項を定款により監査役会の同意に服せしめており、実務上、監査役会が経営管理の基本的執行方法の決定職能を営むための手段として利用されていると言われています。

このような会社の業務執行への監査役への関与は、株主総会決議取消訴訟や株主総会決議無効確認訴訟の被告である会社を、取締役と並んで監査役が共同で代表することが規定されたことにも表れています。監査役を代表者に加えたのは、総ての株主の利益のためと立法理由において説明されています。

また、会社と取締役の間の法律行為については、監査役が会社を代表することとされ、会社と取締役の間の訴訟に関しても、株主総会が特別の代表者を定めない限り、監査役が会社を代表するとされました。このように会社と取締役の利害が相反する場合に、会社を代表して業務執行をする権限が監査役に与えられ、これに倣った規定が明治32年商法の176条や185条1項だったわけです。

以上のように、明治32年商法の監査役に関する規定のモデルになったドイツの監査役制度は、株主総会で選ばれる監査役が業務執行を行う取締役を選任し、自らは取締役を兼ねることができないとすることにより、監督機関たる監査役会と執行機関である取締役会を分離する制度ではありませんでした。

しかし、監査役は業務執行から完全に切り離されるわけではなく、定款規定の授権がある場合、取締役に故障がある場合、取締役と会社間に利益相反関係があるような場合等には、株主から直接選ばれた会社機関として、株主の利益を守るため、業務執行に直接関与することが予定されていたわけです。

なお、明治32年商法制定当初から、我が国においては、取締役は監査役同様に株主総会で選ばれることとされ、業務執行機関と監督機関が並立する構造になっていた点で、監督機関である監査役会が業務執行機関である取締役を選任・解任する上位機関であったドイツとは大きな違いがありました。

このような違いは、1884年ドイツ商法、1897年ドイツ商法では取締役の選任方法は定款で定めることとされていたため、法律の条文上は決定的な違いではなかったわけですが、ドイツにおいては1937年株式法以来、監査役会が取締役を選任・解任することを株式法上明定したため、条文上も明らかな違いとなりました。

尤も、このような違いも制度上の違いであり、日本だけでなくドイツにおいても、監査役選任議案の株主総会への提出権限が取締役にあることから、株式所有が分散している大規模公開会社においては、実際には取締役のほうが主導権を握っていることが多いのですが、ドイツにおいては監査役会のほうが主導権を握っている会社もかなりあります。

我が国の監査役制度は昭和25年商法改正において、アメリカ型の取締役会制度を導入したことから、監査役は会計監査権限のみを有することとされ、業務執行に関する監査権限は否定されました。監査役による取締役の職務代行の規定は廃止され、取締役の会社と

の利益相反取引の承認権限や取締役と会社との間の訴訟における会社の代表権限も取締役会に移され、監査役が取締役を兼任することも禁止されました。そういう意味で、ドイツの監査役制度とも大きく乖離し、世界的に見てかなり独特の制度になったと言えます。

他方、ドイツも戦後は共同決定制度が導入され、監査役の半数は従業員代表とされたために、監査役会の性格は大きく変わりました。現在のドイツの監査役会は株主総会により選任され、株主の利益を代表する監査役と従業員代表の監査役が、業務執行者である取締役を選任し監督する監督機関であり、我が国の監査役・監査役会とは著しく異なり、むしろモニタリング・モデルの確立により、業務執行機関からオフィサーの監督機関という役割に転じたアメリカの取締役会に類似した機関と言えます。

しかも、オフィサーと取締役の兼任が認められるアメリカと異なり、ドイツでは監査役と取締役の兼任が禁止される、いわゆる「two-tier system」を採っていることから、ある意味アメリカ以上に徹底したモニタリング・モデルの監督機関と言えます。

このように、昭和25年商法改正により監査役の権限は大きく削減されました。ところが、山陽特殊製鋼など粉飾決算の多発を受けてなされた昭和49年商法改正以降、平成13年商法改正まで、我が国のコーポレート・ガバナンスに関する会社法改正は、監査役制度の再強化の歴史だったと言っても過言ではないと思います。

昭和49年商法改正において、大会社及び中会社の監査役に再び業務監査権限が与えられましたが、適法性監査に限られ、妥当性監査には及ばないというのが多数説の理解でした。また、子会社調査権の付与、監査役の任免につき株主総会で意見を述べる権利の付与、大会社・中会社の場合に監査役が会社・取締役間の訴訟における会社を代表する権限の復活などがなされました。

昭和56年商法改正においては、監査役の報酬を株主総会決議により定めるなどの監査役報酬規定の創設、監査費用の会社に対する請求権の規定の創設等、監査役の地位の独立性強化及び責任の強化がなされ、大会社については複数監査役・常勤監査役の制度を創設しました。

平成2年商法改正においては、監査役に発起設立、現物出資、財産引受の調査・報告権限が与えられ、それに伴う責任の拡充が行われました。平成5年商法改正では監査役の任期が伸張され、大会社につき社外監査役や監査役会の制度が採用されました。

平成13年12月の商法改正では監査役を取締役会出席義務及び意見陳述権、監査役の任期のさらなる延長、監査役の辞任に関する意見陳述権、大会社に関する社外監査役の社外性の資格の厳格化、大会社の監査役選任の場合の監査役会の同意権・議題議案提案権、取締役の責任軽減議案への同意権、取締役会決議による取締役の責任軽減を認める定款変更議案及び取締役決議への同意権、契約に基づく社外取締役の責任軽減を認める定款変更議案への同意権、監査役自身の責任軽減に関する規定、株主代表訴訟の被告取締役側に会社が補助参加することへの同意権等が規定されました。

これらの規定は新会社法に引き継がれ、さらに新会社法は株主から役員等に対する責任

を追及する提訴請求を受けた株式会社が、提訴しない場合はその理由、つまり不提訴理由を、提訴請求をした株主に通知しなければならないと規定しました。株式会社を代表して取締役に対する提訴請求を受け、提訴か不提訴かの判断をするのは、監査役設置会社では監査役と考えられるため、これは監査役権限の拡充を意味すると思われます。以上が歴史です。

(2) 現行法における監査役的位置づけ

以上のような我が国の監査役制度の沿革を踏まえて、現行法における監査役制度の位置づけはいかに考えるべきであるかを検討したいと思います。現行法上の監査役的位置づけからは、監査役が業務執行に関与することは許されないものかどうか。監査役が会計監査人の選任や報酬の決定を行うことは、そのような法体系上の理由から原理的に否定されるべきであろうか。監査役が企業買収、第三者割当新株、あるいは新株予約権の発行、株主代表訴訟の却下、企業結合における結合企業間の利害調整等において、何らかの役割を果たすことができるか、また果たすべきか、こういった問題について考えてみたいと思います。

現行会社法において、監査役には業務監査に関しては適法性監査のみが認められ、妥当性監査は認められないと多数説が解しているのは、以下のような理由によります。第一に、取締役や取締役会への報告義務や取締役会の招集権が監査役にあるのも、取締役が株主総会に提出しようとする議案・書類等を調査し、株主総会に報告する義務が監査役にあるのも、監査報告書の記載事項とされているのも、総て取締役の職務執行に関し、「法令もしくは定款に違反し、又は著しく不当な事項があると認めるとき」に限られていることです。

第二に、妥当性を巡る意見の対立は最終的に人事で決着をつけざるを得ませんが、業務執行担当者の選任・解任権が取締役会又は株主総会、もしくは取締役相互にあつて監査役にはないということです。このほか、監査役を取締役の行為に対する差止め請求権が、取締役が「法令もしくは定款に違反する行為をし、又はこれらの行為をする恐れがある場合」に限って認められていることも、多数説の根拠として挙げられるかもしれません。

これに対して、現行法のもとにおいて、監査役の業務監査は妥当性監査にまで及ぶとする説は、平成17年改正前は監査役又は監査役会の監査報告の内容は計算書類及び取締役の業務執行等の法令定款違反の有無などの適法性いかに限られており、そのことが監査役の権限が適法性監査に限られるという考え方の根拠になっていましたが、新会社法においては監査報告の内容が大幅に拡充されていることを指摘します。

すなわち、監査役・監査役会の監査報告の内容として、取締役会で決定した内部統制システム、これには取締役の職務執行が効率的に行われることや、企業集団の業績の適正を確保するための体制等を含むわけですが、そういった意味での内部統制システムの相当性や、会社の財務及び事業方針の決定を支配する者のあり方に関する基本方針、いわゆる買

取防衛策が事業報告の内容になっているときはその事項についての意見、つまり監査役あるいは監査役会の意見等が含まれていることから、新会社法の下における監査役の権限は相当性に関する業務監査にも及んでいるというのが、こういった説の考え方です。

監査役の取締役を被告とする株主代表訴訟に関する権限や、監査役及び会計監査人の選任・解任議案並びに会計監査人の報酬についての同意権も、妥当性監査にまで権限が及んでいる理由として挙げられています。ここに引いている前田庸先生は第10版補訂版を改訂する前は、適法性監査だけに監査権限は限られ、妥当性監査には及ばないという説でしたが、このたび改訂され、妥当性監査にまで及ぶという説になり、その理由として挙げられているのがこういうことです。

この二つの立場は必ずしも対立する見方と考える必要はないように思います。監査役個々の権限の範囲については、それぞれの説が指摘しているとおりの規定がなされているわけで、それを監査役全体の権限として評価した場合に適法性監査に権限が限られていると評価するか、妥当性監査まで権限が及んでいると評価するかという、評価の差に過ぎないように思います。

適法性監査に限られるという説が指摘するように、監査役の株主総会に対する調査報告、監査報告書に記載できる取締役の職務遂行に関する問題点、取締役に対する差止請求権等は、いわゆる適法性の範囲の問題に限られており、監査役は妥当性を理由にこれらの権限を行使することはできないわけで、その意味では、監査役の業務監査権限は原則として適法性監査に限られていると思われまます。

しかし他方、妥当性監査権限を肯定する説が指摘するように、監査役の権限の中には取締役の業務執行の妥当性に踏み込んだ判断を求められるものがあり、業務執行そのものを担う権限も含まれていることも事実です。例えば、ドイツ商法に由来し、明治32年商法185条1項に遡ることのできる、会社と取締役の間の訴訟における会社の代表権限は、まさにその限りで監査役に業務執行権限を認めたものです。

その権限の中には、会社を代表して提訴するか否か、和解に応じるか否かの判断権限も含まれると考えられており、そのような判断は単に適法性の視点のみから行われるものではなく、妥当性の視点、例えば訴訟を提起・継続することの費用と訴訟によって会社が実際に回復できる損害の額との比較等を含めてなされるものと思われまます。このことは新会社法により導入された、会社と取締役の間の訴訟の一つである取締役等の責任追及訴訟に関する不提訴理由書に関する規定からもうかがうことができます。

すなわち、株主から会社に対する取締役等を被告とする責任追及訴訟の提訴請求を受ける会社の機関は、監査役設置会社においては監査役であり、提訴請求に従わない場合に会社、すなわち監査役は当該株主の請求により不提訴理由を通知しなければならないとされ、不提訴理由書には会社が行った調査の内容、請求対象者の責任の有無についての判断のほか、請求対象者に責任があると判断した場合において、訴えを提起しないときはその理由を記載しなければならないと規定されています。

ということは、不提訴の理由として、単に株主から提訴請求を受けた取締役に対する請求権に法律的な原因が存在するか否かだけでなく、何らかの妥当性ないしは政策的判断により不提訴とすることを認めているわけです。そのような判断としては、恐らく提訴した場合の費用と訴訟により実際に回復できる損害の額との比較といった、訴訟のコスト・パフォーマンス等が含まれるものと思われます。

尤も、国会に提出された当初の会社法案においては、「責任追及等の訴えにより、当該株式会社の正当な利益が著しく害されること、当該株式会社が過大な費用を負担することとなることその他これに準ずる事態が生ずることが相当の確実さをもって予測される場合」が、役員等に対する責任追及訴訟が認められない事由として規定されていましたが、株主代表訴訟を提起する株主の権利を損なう恐れがあるという野党の批判を受けて、結局この規定は削除され、新会社法には入っていませんが、削除された中に責任追及訴訟の妥当性の判断が書かれています。そのことを不提訴の理由としてどこまで書くことができるかという問題の解釈のうえで評価するという問題があると思います。

さらに、それを超えて会社の営業や評判、役員・従業員への士気、会社の規律に与える影響など、非常に高度の政策的判断まで総合的に考慮して提訴するか否かを定めることができるか否か等については、まさに議論のあるところだと思います。

いずれにせよ、このような政策的な役割を監査役が果たすこととされたのは、母法であるドイツ法において監査役が株主、特に大株主の代表として取締役を選任・監督するだけでなく、会社と取締役の利害が相反するような場合等においては、自らが会社経営に関与することもあり得る立場にあったことを反映したものと思われます。

このような監査役の業務執行自体、もしくは業務執行の政策的判断への関与は、監査役の業務執行に係る妥当性監査権限を認める説が指摘するように、近時の会社法立法において、取締役の責任軽減案等への同意権が監査役に与えられたこと、株主代表訴訟における被告取締役側への会社の補助参加の同意権が与えられたこと、内部統制システムの相当性や買収防衛策に関する意見の監査報告書への記載など、個別の監査役権限拡充の中で進められているように思われます。

このように監査役の業務監査権限は、原則は適法性監査に限られるものの、個別の監査役権限に関しては妥当性監査を認め、場合によっては監査役が業務執行そのものを担うことが認められてきたわけであり、そのような権限を認めることは監査役に関する法体系に反するためにそもそもあり得ないとは言えないと思われます。業務執行や妥当性監査は、元来は取締役あるいは取締役会の権限事項ですが、政策的要素が低く、経営者からの独立性の高い判断が求められるような業務執行や妥当性監査の事項については、監査役の権限に帰属させてもよいという判断がなされてきたように思います。

しかし、会計監査人の選任や報酬の決定など、現在提案されている監査役の業務執行に係る権限は、計算書類の作成等、より経営の核心に迫る業務執行に係る権限であり、そこまでの権限を認めることは、原則として業務執行権限を認めてこなかった監査役の会社機

関としての位置づけを大きく変えて、我が国のコーポレート・ガバナンスのあり方の基本を動かすことにならないのか、それは我が国におけるコーポレート・ガバナンスのあり方として適切か、また現在の監査役に関する法制や実態がそのような権限拡大にふさわしいものになっているか等の問題が検討されなければならないと思います。

日本の監査役制度の母法であるドイツ法においては、監査役は大株主の代表という性格をもともと持っており、19世紀の定款規定に基づく実務の中で監査役会が取締役の選任・解任権限を有し、監督機関となるという性格が明確に位置づけられ、実際にも株主の利益を代表する立場から大きな監督機能を果たしてきました。また、取締役より監査役のほうが経営の主導権を握る会社も多数存在しています。

このような監査役会を取締役の選任・解任権限は、1937年株式法において条文上も規定され、しかも戦後は共同決定制度が導入されることにより、監査役会は会社経営に関し株主の利益と従業員の利益を調整する機能も営むことになりました。取締役の上位機関として会社経営に自ら関与する合理性も基盤もドイツにおいてはあったと言えます。

ところが、日本では明治32年商法制定のときから監査役制度は基盤が弱かったと思われる。取締役の選任・解任権を有しない単なる監視機関に過ぎず、取締役の業務執行に問題を見いだしても、株主総会に報告して株主総会による処分等を促すことなどに限られた監督機能しか持ち得なかった。監査役も取締役と並んで株主総会で選任される対等な機関であると言ってみたとところで、株主総会への取締役や監査役の選任等の議案提出権を有しているのは取締役であったために、実際には取締役の影響下であって、監査役による取締役の監督は有名無実であったと戦前から言われていました。田中耕太郎先生の著書にもそう書かれています。

もともと、日本においても山陽特殊製鋼の倒産事件をきっかけとする昭和49年改正以来、会社法改正は監査役制度の強化の歴史であったと言っても過言ではありません。しかしその結果、現実の監査役が十分に独立性を有し、業務執行に関与できる能力を備えるに至ったかといえ、例外は多数あると思いますが、多くの監査役に関しては否定的たらざるを得ないのではないかと思います。日本の監査役はドイツと異なり取締役の選任・解任権を持たず、かえって監査役の選任・解任議案の株主総会への提案権を有する取締役に、実質的な選任・解任権を握られています。

監査役会は監査役の選任・解任議案への同意権や、辞任についての株主総会における意見陳述権等を有しているといっても、実際にはそれらはあまり機能していません。社外監査役の要求、その他、昭和49年以来の監査役に関する多くの制度改正も、あくまで取締役側が主導権を握り、監査役が経営に実質的な影響を与えることがない限度での制度強化が図られてきたのが実際だったと思います。そのような範囲での監査役に関する制度改正は、平成5年、平成13年の商法改正でほぼできるところまで進んでしまったのではないか。それ以上の改正には大きな壁が控えているように思われます。

今回問題になっているインセンティブのねじれに関する制度的問題もその一つではない

かと思えます。そして何よりも現実の監査役の選任の実態、監査役に就任する人の実際のあり方、制度の運用等を考えた場合、監査役に業務執行に関与する権限を与えてうまく機能するのが大きな問題であり、それらを以下で考えていきたいと思えます。

II 会計監査人の選任と報酬の決定

(1) 会計監査人の選任、報酬決定の意義

会計監査人の選任議案の決定権や監査報酬の決定権を監査役・監査役会に付与する、いわゆるインセンティブの「ねじれ」解消の提案については、まずその提案の意義について検討する必要があると思えます。

会社法は、監査役設置会社については、会計監査人は株主総会において設置されるものとし、取締役が会計監査人選任・解任議案等を株主総会に提出するには、監査役・監査役会の同意が必要とされており、監査役・監査役会には選任等の議案の提出請求権まで規定されています。会計監査人に払う報酬は取締役が定めますが、これも監査役・監査役会の同意を得なければならないと規定されています。これらの同意権を決定権に変えるのが「ねじれ」解消の提案です。

すなわち、現在は取締役が主導権を持って決め、監査役・監査役会には同意権、いわば拒否権があったものを、監査役・監査役会だけで決定し、取締役をその決定から排除しようという提案と理解できます。なお、委員会設置会社の場合は会計監査人の報酬の決定については、監査役設置会社と同じく監査委員会には同意権だけがありますが、会計監査人の選任議案については、内容の決定権限は監査委員会にあると規定されています。

会計監査人設置会社の多くは金融商品取引法適用会社ですが、同法に基づき財務計算に関する書類につき監査証明する公認会計士・監査法人は、会社法上の会計監査人と通常は同一です。また、上場会社においては、公認会計士・監査法人は内部統制報告書の監査証明も行います。「ねじれ」解消提案は、これらの公認会計士・監査法人の選任や報酬を含めて、監査役・監査法人・監査委員会に決定権限を付与することを提案するものと思われ

ます。これらは金融商品取引法に基づくものですから、金融商品取引法に決定権限に関する規定を設けることも考えられますが、それは会社機関の権限秩序にかかわる問題でもあるため、会社法との調整が必要であることから立法に至っていないと理解しています。また、会社にとっては金融商品取引法上の公認会計士・監査法人と、会社法上の会計監査人は一致することが通常であるため、実際上も両者一体の立法が必要と考えられます。

このように、会計監査人の選任議案や報酬の決定の問題は、それだけにはとどまらず、金融商品取引法上の有価証券報告書等や内部統制報告書の監査証明を行う公認会計士・監査法人の選任や報酬の決定の問題と併せて検討する必要があることに留意する必要があります。

(2) 計算書類・財務諸表の作成・監査過程における監査役の関与

会計監査人や公認会計士・監査法人の選任や報酬につき監査役が決定権限を有するためには、彼らの監査業務の内容につき監査役が十分に知り、評価することができなければなりません。また、会社全体の財務状況の中で、どれぐらいの費用を彼らの報酬として支払うことが適切かという判断ができなければなりません。

そのためには監査役自身が、会社における計算書類や財務諸表・内部統制報告書等の作成及びその監査の過程、会計監査人・公認会計士・監査法人の提供しているサービスの内容や質等につき、相当な認識を有していなければならないし、会社の財務状況全体に関する把握も必要です。そこで、現在の我が国の監査役の実態はそれにふさわしいものになっているのかというのが次の問題になります。

委員会設置会社の場合は、会計監査人の選任議案については、既に監査委員会に決定権限が与えられています。これは監査委員が取締役でもあり、取締役会のメンバーとして計算書類や財務諸表等を作成する立場にあり、会社の会計部門や内部統制部門に対して、指揮・命令権を有していることと大きくかかわっているように思われます。

監査委員会制度の母法であるアメリカ法等においては、監査委員会は会社内部の会計部門や内部統制部門を活用して監査を行います。SOX法に基づいて監査委員会によって選任された公認会計士がそれをサポートする体制を採っています。このような実際上の体制の存在が、監査委員会による会計監査人の選任議案の決定権の背景にあるものと思われま

す。

尤も、我が国の監査委員会の場合、アメリカにおける体制が本当に存在しているのかどうか。また我が国の場合、なぜ会計監査人の選任議案の決定権だけがあって報酬については同意権限にとどまっているのかなど、現行法上の監査委員会の権限の制度もいろいろ問題があるように思います。

今日においては、計算書類、財務諸表や内部統制報告書に係る公認会計士・監査法人の監査は、単にそれらの書類の適正さを見るだけでなく、実際には監査を行う際に必要となる会社の資産・財務の評価やリスク管理等に関する評価を通じて、会社の経営へのアドバイス機能も必然的に果たすことになると思います。もちろん、公認会計士法24条の2に基づく制限はありますが、公認会計士法2条1項の監査業務に伴う行為としてのアドバイス機能は、当然果たすことになるし、それは許されることだと考えています。

そのようなアドバイス機能を評価し経営に反映させることも、監査委員が取締役会メンバーであることから可能になる側面もあると思います。さらに監査委員の場合は、取締役会のメンバーとして会社の財務状況全体について把握し、その中におけるこれら会計監査人・公認会計士・監査法人の貢献を評価して、会社として支払える報酬の決定を行うこともやりやすいと思います。これに対して監査役は、会社内部の会計部門や内部統制部門等に対して、抽象的に言っても指揮・命令する立場にはないわけです。

会社法上、監査役には取締役、会計参与、支配人その他の使用人に対する報告徴求権や

調査権は与えられていますが、実際には会社の会計部門や内部統制部門等に対する指揮・命令系統の外にあることから、彼らを使って監査することは難しいと思います。「月刊監査役」534号129頁以下に監査役による監査の実態調査、217頁以下に監査委員会の場合について書かれていますが、現在の日本の監査役と監査委員会を比較すると、会社の会計部門や内部統制部門等とコミュニケーションしながら監査していく機能は、監査役の場合は現状でも見劣りするように思われます。

そこで補助者を雇って監査の作業を行い、その費用を会社に請求する権利が会社法上与えられているだけです。そのような監査役が会計監査人・公認会計士・監査法人による計算書類、財務諸表、内部統制報告書等の監査過程をどこまで把握し、その評価を行うことができるのか、また、彼らのアドバイス機能をどこまで評価することができるのか、監査役・監査役会に会計監査人・公認会計士・監査法人の選任や報酬につき決定権限を与えるとすれば、まずそのような体制整備の可能性から検証していく必要があると思います。

仮に、アメリカにおけるように監査委員会が会社の内部組織や公認会計士を使いながら財務報告の監査過程を、「統括」と言うと言い過ぎかと思いますが、全体を把握するような体制を構築することを、監査役・監査役会につき認めるとすれば、我が国の会社会計におけるガバナンスのあり方をかなり変えることになるのではないかと。アメリカにおける監査委員会と同様の役割を監査役・監査役会が果たすことになり、それには経済界等の理解が広がるのが可能になる前提ではないかと思えます。

そのような体制が形成され、経済界において監査役が果たす役割と重みについての理解が十分に備わっているのであれば、実は現行法における会計監査人選任・解任の同意権や議案提出請求権でも、実際には決定権とさして変わらない役割を監査役は果たし得るのではないかという感じを持っています。制度的に言うと、同意権や議案提出請求権と決定権の間で決定的な違いはあるようには思えないし、それはどこかの国の国会を見ればわかることです。

(3) 監査役の実効性

監査役に業務執行に関与する権限を認める場合、現在のような監査役の実効性で足りるのか、権限を有しそれを行行使する以上は、きちんと責任も果たす法制になっているのかも問題になります。現行会社法においては、監査役には業務執行権限等がないことを前提に、監査役の実効性は取締役の実効性に比べると緩やかなものになっているため、例えば取締役の会社との間の利害対立とその責任に関する会社法356条、423条2項・3項、428条等に相応する規定を監査役にも設ける必要が出てくると思います。

責任の一部免除に関しても、その業務執行機能に係る責任については、会社法425条1項1号ハにおけるように、社外取締役と同様の一番緩やかな責任免除額の制限の対象にするわけにはいかならないかと思えます。また、取締役の実効性の一部免除につき要求されている監査役の実効性の要件に相当するものが、監査役の実効性の一部を免除すると

きにも、何らかのものを設けることが検討されるべきだと思います。

Ⅲ 第三者特別委員会と監査役

(1) 第三者特別委員会

買収防衛策の導入やその発動の判断にあたり、社外役員や社外の有識者により構成される第三者特別委員会が設置され、その判断が参考にされることが多くなっています。このような役割は、社外監査役が半数以上を占めることが会社法により要求されている監査役会が果たすべきではないかという問題意識があります。

さらに、このような視点を発展させて、そのほかにも一定規模以上の第三者割当増資の合理性や、関連会社取引の取引条件の合理性など、会社経営者または支配株主と、会社または少数株主の間で利益相反する問題についても、監査役が役割を果たすべきだということが問題とされています。

このような、いわゆる第三者特別委員会の会社法上の意義については、結局取締役会が買収防衛策や第三者割当増資、関連会社取引等を決定するにあたり、その判断の合理性を担保するために、自らの決定手続を慎重ならしめるために設けた手続に過ぎないと考えられます。そのような第三者特別委員会の議を経たということは、経営判断にあたり慎重な検討等の手続が尽くされたかという、裁判所が経営判断原則を適用するうえでの一材料になるだけではないかと思います。経営判断原則も適用し得ないような利益相反事例にあつては、当該会社行為の実質的な合理性を裁判所が判断するうえでの単なる参考資料になるだけではないかと思います。

このようなことから、第三者特別委員会の存在自体は過大評価されるべきではなく、その活用をもって監査役制度の空洞化を問題にすることはないと思います。もし問題があるとすれば、それらの問題につき監査役が本来果たすべき役割を果たしていないのではないのか、あるいはもっと役割を果たすことのできる余地があるのではないかという点にあるように思います。

(2) 監査役が果たすことのできる役割

取締役と会社間の利益相反取引につき監査役がその承認権限を有するのは、昭和25年商法改正以前の制度でした。昭和25年改正により承認権限は取締役会に移されましたが、新会社法のもとにおいて、いわゆる買収防衛策が事業報告の内容になっているときは、それに関する意見が監査報告書の記載事項にされました。これは買収防衛策の適法性だけでなく、妥当性についても、監査役に意見を述べるのが義務付けられているものと理解されています。

また、買収防衛策にせよ、第三者割当増資にせよ、関連会社取引にせよ、第三者、相手方に特に有利な払込金額、あるいは条件であるのに株主総会の特別決議を経ていないなど、いわば法令・定款違反があつたり、取締役の善管注意義務なり忠実義務に反する違法な内

容であれば、監査役は適法性監査権限を行使して、取締役、取締役会や株主総会に報告したり、差止権限を行使する義務があると言うべきだと思います。ただ、細かい話をすると、違法な有利発行により会社に損害があるのか、会社法385条の差止権限の要件としての会社損害があるのかという問題は、実は学説の間では議論のあるところですが、普通はあると考えるのが多数説だと思います。

そのような場合に、権限を行使せずに取締役が第三者特別委員会を設置し、その意見に基づいて違法行為を行おうとしているのを看過していたとすれば、監査役はその義務を果たしていないのであり、自ら招いた空洞化であって、むしろその責任が追及されるべきだと思います。ただし、買収防衛策・第三者割当増資・関連会社取引等の妥当性については、事業報告書記載の買収防衛策の妥当性につき監査報告書に意見を記載する義務の例外を除けば、現行会社法上は監査役の権限が及ばないものと考えられます。

立法論としても、これらの非常に政策性の高い問題について、監査役が妥当性の判断をすることは、取締役会との間で会社の政策決定の二元化をもたらすことになり、基本的には適切でないように思われます。我が国の監査役・監査役会の場合、ドイツの監査役会におけるように、取締役と異なり株主総会で選任されることからくる株主の利益の唯一の代表機関という側面もないし、従業員の利益の代表という側面もありません。

もっとも、現在は買収防衛策に関してのみ規定されている監査役・監査役会による監査報告書への意見の記載を、第三者割当増資や関連会社取引等に拡大し、これらに関する妥当性につき株主総会への報告事項に加えることなど、それぐらいの範囲であれば政策決定の二元化の虞が少ない行為と考えることができるのであれば、検討対象になると思います。

さらにまた、取締役のそれらの行為が、会社との関係では違法とはされないが、少数株主の利益を明らかに害する場合、例えば既存の株主の持ち株割合を毀損する著しく不公正な新株発行であるが、株主はそれに気付かない等の事情で株主による新株発行差止訴訟が提起されていないような場合に、監査役がそれを差し止めたりする何らかの行為ができるような権限を与える法改正をすることは、検討課題たり得るように思います。さらに、これらの事項の合理性に関する監査役・監査役会・監査委員会の意見書を証券取引所に提出することを義務付け、証券取引所の適時開示の対象にすることが、関会長のペーパーの中で提言されています。

会社法的にはこれらの監査報告書への記載や株主総会への報告と同様、そのような行為を監査役が行うことが、会社の政策決定の二元化をもたらす虞が大きくないかという配慮が一つのポイントだと思います。また、証券取引所のような機関がコーポレート・ガバナンスに関していかなる役割を果たすべきか、大きな議論のあるところですが、会社経営者の行動に実際に影響を与えることができる究極的な存在は資本市場であり、監査役・監査役会・監査委員会の意見を資本市場にさらすことにより、資本市場の力を背景に監査役等がコーポレート・ガバナンスに一定の役割を果たすことは考えられる方向だと思います。

しかし、監査役等の意見が公正かつ適切なものとして資本市場の信頼を得られることが

その機能を果たす前提であり、その点での条件の整備が課題になると思います。

IV 株主代表訴訟と監査役

株主からの役員等に対する責任追及訴訟の提起請求に会社が応じない場合の不提訴理由書において、監査役が不提訴理由として会社が行った調査の内容、請求対象者の責任の有無についての判断のほかに、請求対象者に責任があると判断した場合において訴えを提起しないときはその理由を記載しなければならないと、会社法施行規則に規定されています。すなわち、監査役が責任追及訴訟の提訴・不提訴につき、適法性以外の妥当性なり政策的判断を行うことを明らかにしているわけです。

もともと、現行会社法847条4項や会社法施行規則218条3号の解釈として、監査役がどこまで責任追及訴訟の不提訴を決定するうえで政策的判断を行えるか、それを不提訴理由書に記載できるかについては、立法経緯等と絡んで議論のあるところだと思います。

このような制度が新会社法において設けられたのは、以下のような事情があったと思います。新会社法の起草過程において経済界は、取締役会が選んだ訴訟委員会が株主代表訴訟を棄却する決定を行えば、裁判所が原則としてそれを尊重する、アメリカの多くの州で採られている訴訟委員会の制度を我が国会社法上の制度として採用することを要求していました。他方、司法界や学会においては、株主代表訴訟は会社をも被告として提訴すべきであり、会社は自らの見解と有している訴訟資料を、株主代表訴訟の中で主張し提出すべきであるという意見もありました。例えば稲葉元裁判官等がそういう意見です。

もともと、前者の主張に対しては訴訟委員会の独立性に問題があり、株主の代表訴訟提訴権を損ない、会社経営者の責任追及を困難にするという反対意見があり、後者についても民事訴訟法理論上の問題や代表訴訟の中における会社の代表の仕方等に問題がありました。そこで新会社法の起草の際には、これらの意見をそのまま取り入れることは困難であるが、そういう意見の実質を一部取り入れるものとして、不提訴理由書の制度が設けられたように思います。

すなわち、会社を代表する監査役が、訴訟委員会に代わって責任追及訴訟を提訴することの妥当性を判断し、不提訴理由書に記載されている理由や訴訟資料を、株主代表訴訟を審理する裁判所が参考にし、裁判所は監査役の決定をあくまで参考にするだけであり、また不提訴理由書に記載されていることだけを参考にするというように、訴訟委員会制度や会社自身が被告となる制度に比べれば弱い効力しか持たない制度ではありますが、将来、会社を被告とさせ、裁判所としては訴訟委員会の決定を原則として尊重し、レビューすることにとどめるという制度への一歩にしようという志向を秘めていた制度のように思われます。

また同時に、監査役が株主からの役員等に対する責任追及訴訟の提訴請求を受けたときに、十分な調査と責任をもって提訴・不提訴の判断をすることを期待する制度でもあり、監査役に役員等の責任追及につき会社自身の自己規律を働かせる役割を担うことを期待し

た制度でもあったと思われます。

もっとも、その一環として起草された株主代表訴訟の棄却事由に関する規定が国会の審議において野党の反対で削除されるなど、今言ったような志向は殆ど実現されていません。そのため実務の運用も、不提訴理由書に監査役が不提訴の理由やその前提となった資料等をなるべく簡単にしか記載しないものになっており、制度の趣旨を実現する方向にはなっていない。このことは前回関会長から指摘のあったところです。

しかし、もし監査役が本当に独立した立場に立って、十分に資料を収集し、しっかりした調査を行い、公正な立場から責任追及訴訟の理由の存否とその妥当性につき意見をまとめて不提訴理由書を作成するのであれば、それは株主代表訴訟を審理する裁判所にも影響を与えるようになると考えられます。実務の側も、原告株主側に利用されることを恐れて、不提訴理由書に詳しい記載をすることを避けるのではなく、むしろそれを充実させることにより、裁判所がそれを株主代表訴訟における判断のベースにできるような方向に持っていくことが望ましいと思われます。

それは会社の経営に関する判断につき裁判所が過剰な介入を行うことを控え、会社内部の自己規律による責任追及のメカニズムを育て、そのことが会社の実情に合ったより合理的な責任追及を実現することにつながっていくことが期待されるからです。またそのことはコーポレート・ガバナンスの過程において、監査役がより独立した役割を果たしていくことを可能にする一つの道になると思われます。

V 開示及び監査に関する会社法と金融商品取引法の制度の一元化

今までと色合いが違い、一番自信のない私の思い付き的な個所です。ここで言う公開会社の意味は、金融商品取引法の開示規制の対象となる会社という意味での公開会社です。公開会社については、金融商品取引法の開示制度に統一することとし、株主に必要な情報を有価証券報告書に盛り込むことにより、会社法上の事業報告書や計算書類の作成は不要とすること、また会社法上の会計監査人監査を金融商品取引法上の公認会計士・監査法人監査に統一することが提案されています。公認会計士協会の増田会長の報告にあったところです。

会社法上の開示・監査制度と金融商品取引法上の開示・監査制度は、目的や適用範囲に違いがあることから単純な統一は困難ですが、両者が重複する部分は省き、両者の調整をより進めることで、実務の負担を軽減する努力はなされてよいと思います。

まず、開示面における両者の関係を見ると、計算書類や事業報告の記載事項と有価証券報告書の記載事項は重なる部分と違う部分があり、違いの中には会社のガバナンスの観点からの開示と資本市場における投資者の投資判断のための開示という両者の目的の違いに基づくもの、あるいは開示方法の違いに基づく量的な差異に基づくものもありますが、必ずしもそのような違いに基づくものではない違いも存在するように思われます。それらに関しては両者の調整を図ることも考えられると思います。

他方、目的の違いに基づく差異や、計算書類や事業報告は株主に送付されるもので量的に限界があるのに対し、有価証券報告書は内閣総理大臣に提出して公衆縦覧に付されることから、より多くの情報を提供できるという開示方法の違いに基づく差異については、直ちに解消できるものではありませんが、違いによる実務の負担を少しでも和らげる工夫はなされるべきだと思います。しかし、株主に直接送付される計算書類や事業報告を廃止し、公衆縦覧に付されるだけの有価証券報告書に一本化するという提案は、会社法上の株主の権利を著しく弱めるものであり、賛成できません。

考え得る一つのアイデアとして、仮に有価証券報告書の開示のほうで計算書類や事業報告による開示よりも量的に多いという差異だけで解消できるのであれば、公開会社においては有価証券報告書の作成をもって計算書類や事業報告の作成とみなし、株主に送付する計算書類や事業報告には会社法が要求する情報の範囲だけが含まれていればよいとする等の工夫が考えられると思います。既にそういう例として、公告に関して、会社法440条4項の規定が存在します。会社法上の計算書類や事業報告とみなすのは、それらに関する責任等の会社法の規制を及ぼす必要があるためです。

もっとも、そのように単なる量的差異で解消できるのか、あるいは金融商品取引法と会社法の法体系としての違いに基づく問題はあり得ないのか、そのような「みなし」をすることにより、実際にどれだけの実務負担の軽減になるのかなど、検討すべき課題は多いと考えています。

また、そのような「みなし」を行う場合は、監査の面においても同様の「みなし」を行うことになるのかもしれませんが。例えば、公認会計士・監査法人による財務諸表監査により、計算書類に関する会計監査人監査がなされたものとみなすという方法が考えられると思います。

ただ、会社法上の監査と金融商品取引法上の監査の手続は、全く別立てで規定されており、後者は監査役・監査役会・監査委員会による監査の手続を考慮していない等の違いもあり、そのような「みなし」を可能にするためには、監査のスケジュールに合わせた細かい具体的な調整の検討が必要であり、課題は多いと思われます。この場合の「みなし」という手法を用いる理由は、先ほどの開示の場合と同様、会社法上の責任等の規制が及ぶようにするためです。

最後に「その他」として、社外監査役の社外要件の強化、企業集団における監査役を通じたガバナンスの強化等の提案は、関会長のペーパーに記載されていたところで、これらは非常に大きい検討課題であり、かつ会社法規制の見直しが必要になります。例えば企業集団に関する提案などは、そもそも親子会社間の指揮・命令権を認めるという提案ですから、かなりドラスティックな提案で、それに伴う責任関係などの会社法の規定の整備等、多くの問題が含まれていると思います。そういう問題について検討し、特に経済界を含めた各界の理解を得ながら検討を進めていく必要があると考えています。以上で私の報告を終わります。ご清聴ありがとうございました。

2. 意見交換

報告後、意見交換が行われた。主な要旨は以下のとおり。

- ・ 経済界では、取締役と監査役の職責をきちんと整理しようという点についてかなり前向きである。業務執行に関する部分はいくまで取締役がカバーすべきであるが、監査に係る部分は監査役が積極的に決定していくことでよいのではないかと。会計監査人の選任議案や報酬の決定についても、監査にかかわることであるなら業務執行と切り離して、監査役あるいは監査役会にゆだねても良いというところまで踏み込もうとしており、平成17年の会社法改正当時とは変化してきている。
- ・ 会社法改正の焦点は、監査役の「地位強化」から「権限強化」に移ってきているのではないかと。ただ、権限だけを強化しても、実際に機能するのかわからないという問題がある。特に社外監査役の場合、情報へのアクセスも含め、実質的に機能するような仕組みになっている必要がある。監査役会の議長を社外監査役にするなど、社外者が実質的に機能するような仕組みを検討する必要があるのではないかと。
- ・ 株主による議決権の効果的な行使は、今や「義務」である。現在の日本の株主は適切に権限を行使していないのではないかと。例えば、有数の大企業グループの会計監査人を個人の公認会計士が長年務めていた例があり、そのような体制では適切な会計監査は実施できないと思われるが、会計監査人は株主総会で選任されており、こうした会社の株主は適切に議決権を行使していないのではないかと。
- ・ 会社法上の開示・監査制度と金融商品取引法上の開示・監査制度を統一する「制度の一元化」には疑問がある。立法担当者間の競争や試行錯誤があることは悪いことばかりではないのではないかと。
- ・ 監査役制度の実効性を向上させるためには、専門知識を有する人材を登用することで専門性を向上させることや、社外監査役が実質的に機能する方策を採ることで独立性を向上させることが必要ではないかと。また、スタッフの強化など監査役を補助する環境の整備も必要である。
- ・ 「制度の一元化」については、すべて統一するというのではなく、少なくとも上場企業が資本市場に対して開示するものについては連結財務諸表に統一するということを想定している。
- ・ 会議体においては、誰が議長を務めるかが大きな要素である。責任を伴う職務であり、監査役会の議長が誰かというのも大きな意味があるのではないかと。
- ・ 会計監査人の選任議案及び報酬の決定に関して、監査役に決定権を与えてはいけないという理由は見当たらないのではないかと。
- ・ 制度的に監査役に決定権を与えてはいけないということにはなっていない。むしろ問題は、監査役に決定権を与えるだけの合理的な条件が整っているかどうかである。

- 会社法では従前の有限会社に近い姿を原則的な株式会社の姿としているため、上場企業の監督や規制にあたっては、証券取引所が機能を発揮する必要があるのではないかと。
- 会計監査人の選任議案及び報酬の決定権を監査役に与えることで、必要なスタッフの整備などが必然的に行われ、制度が機能する形になるのではないかと。
- 「インセンティブのねじれ」が存在するということの意味がよく分からない。経営者が提示した報酬に監査人がなぜ拘束されてしまうのか。報酬で合意が得られずに監査契約を締結できなければ、法定監査を受けられずに困るのは経営者サイドなのではないかと。
- 制度の改正を検討するうえで、何が本当に問題になっているのかを深く掘り下げたうえで検討する必要があるのではないかと。そうでなければ、これまでの監査役制度の改正の歴史と同様、制度は変えたが機能しない、ということにもなりかねないのではないかと。

以上