

〔論 説〕

会社法における社外取締役と  
社外監査役の法的役割

尾 関 幸 美

1. はじめに
  - (1) 平成26年会社法改正の経緯
  - (2) 社外取締役を置くことが相当でない理由の説明
2. 平成26年改正における社外取締役と社外監査役
  - (1) 総説
  - (2) 資格要件と独立性
  - (3) 監査等委員会設置会社・指名委員会等設置会社における社外取締役
  - (4) 支配株主の異動を伴う募集株式の発行における特定引受人との関係のチェック
  - (5) 会計監査人の選任・解任議案等と報酬等の決定
  - (6) 親会社等との利益相反取引のチェック
3. 検討
  - (1) 監査役（会）設置会社、監査等委員会設置会社と指名委員会等設置会社の相違
  - (2) 社外取締役・社外監査役に期待される法的役割
4. 結びに代えて

1. はじめに

(1) 平成26年会社法改正の経緯

現在、上場会社のコーポレート・ガバナンス、とりわけ社外取締役制度

に関しては、会社法に加えて、金融商品取引法、東京証券取引所の上場規則といった三層のルールが共存し、重層的に適用される状況になっている。そして、後述するように、平成 26 年会社法改正および平成 27 年 5 月の東証の上場規則の改正により、上場会社は、社外取締役制度の採用をほぼ強制されることとなった。

平成 17 年に商法典の一部であった会社法が独立した法律として制定されたが（平成 18 年 5 月 1 日施行）、平成 22 年 2 月 24 日に、法務大臣から法制審議会に「会社を取り巻く幅広い利害関係者からの一層の信頼を確保する観点から、企業統治の在り方や親子会社に関する規律等を見直す必要があるので、その要綱を示すように」との諮問があり、これを受けて、法制審議会に会社法制部会が設置された。そして、同年 4 月から審議が開始され、平成 23 年 12 月 14 日に、「会社法制の見直しに関する中間試案」が公表され、これに対する意見照会を経て、法制審議会会社法部会は、平成 24 年 8 月 1 日に、会社法制の見直しに関する要綱案と附帯決議案を取りまとめた。この附帯決議の内容は、第一に、社外取締役に関する規律については、これまでの議論および社外取締役の選任に係る現状等に照らし、現時点における対応として、本要綱案に定めるもののほか、金融商品取引所の規則において、上場会社が取締役である独立役員を 1 人以上確保するよう努める旨の規律を設ける必要があること、第二に、上記の規律の円滑かつ迅速な制定のための金融商品取引所での手続きにおいて、関係各界の真摯な協力がされることを要望するものであった。

そして、平成 24 年 9 月 7 日法制審議会において、会社法制の見直しに関する要綱案および同附帯決議は採択され、両者をまとめた会社法制の見直しに関する要綱は、法務大臣に答申された。その後、「会社法制の見直しに関する要綱」に沿った「会社法の一部を改正する法律案」は平成 26 年 6 月 20 日第 186 回国会において可決され、平成 26 年 6 月 27 日法律第 90 号として公布された（平成 27 年 5 月 1 日施行）。

これに続いて、平成 27 年 3 月 5 日、金融庁と東京証券取引所を共同事務局とする「コーポレートガバナンス・コードの策定に関する有識者会議」が、上場会社向けに「コーポレートガバナンス・コード原案」を策定し、東京証券取引所において上場規則化され、同年 6 月 1 日から適用されるに至った。これは、上場会社が株主との対話を通じて成長し、業績を上げることを支援するものであって、このコードで示される規範を実施するか、

実施しない場合はその理由をコーポレート・ガバナンス報告書（取引所が上場会社に毎年提出を求める書類の一つ）において説明しないと上場規則違反となる規制方法（コンプライ・オア・エクスプレイン・ルール）を採っている<sup>1</sup>。

## （2）社外取締役を置くことが相当でない理由の説明

今回の改正案の審議の過程で、もっとも活発に議論されたのは、上場会社等に社外取締役の設置を会社法で強制すべきか否かという問題であった。この問題に関する各界からの意見は分かれ、法制審議会会社法制部会の審議でもコンセンサスは得られず、結局、平成24年9月の法制審議会の要綱では、会社法において、社外取締役の設置を義務付けることは見送られた。

その代わりに、事業年度末日において公開会社かつ大会社で金融商品取引法上の有価証券報告書提出会社である株式会社があり、監査役設置会社であり、社外取締役を設置していない場合には、社外取締役を置くことが相当でない理由の説明を、当該事業年度における定時株主総会において説明し（会社法327条の2）、さらに事業報告にも記載しなければならないとされた（会社法施行規則（以下「会施規」とする）124条2項・3項）。

また、社外取締役を置いていない会社において、社外取締役候補者が含まれていない取締役選任議案を提出する場合には、株主総会参考書類に、その時点における事情に応じて、社外取締役を置くことが相当でない理由を記載しなければならない（会施規74条の2第3項、124条3項）。

そして、このいずれの場合においても、「相当でない理由」は個々の会社の各事業年度における事情に応じて、説明されなければならない、社外監査役が2人以上いることのみをもって、相当でない理由とすることはできない（会施規74条の2第3項、124条3項）。

会社法の立案担当者によると、「相当でない理由」の説明は、各社の個別の事情に応じてすべきものであるとして、「相当でない理由」の説明として認められるものを具体的に例示することはしないという立場を表明している。この場合、「置くことが相当でない理由」とは、社外取締役を設置することが、かえって会社にマイナスの影響を及ぼすことの説明を求め

---

1 油布志行＝渡邊浩司＝谷口達哉＝中野常道『『コーポレートガバナンス・コード原案』の解説 [I]』商事法務2062号49頁（2015年）。

る趣旨であるという<sup>2</sup>。

このような改正法に対して、実務家からは「相当でない理由」として認められるものは、かなり限られるのではないかと懸念する意見が多い<sup>3</sup>。

そして、取締役を選任する株主総会において、株主総会参考書類に、「社外取締役を置くことが相当でない理由」を記載しなかった、あるいは不適法な記載をした場合は、招集手続の法令違反として、総会決議の取消事由になるものと解される（会社法 831 条 1 項 1 号）<sup>4</sup>。また、監査役会設置会社（公開会社かつ大会社に限る）で有価証券報告書の提出義務がある会社が、事業年度末日に社外取締役を置いていない場合は、取締役は当該事業年度にかかる定時株主総会で、社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならず、これに欠如あるいは不備があれば、決議方法の法令違反となり、取締役選任決議が取り消される可能性も十分にある（会社法 327 条の 2）<sup>5</sup>。

東京証券取引所は、平成 19 年 9 月に「上場制度整備懇談会」を設置し、上場規則にかかわる実効性確保手段の整理やコーポレート・ガバナンスを取り巻く環境の整備等、上場制度に関するさまざまな課題について審議してきた。その一環として、平成 20 年以降、上場会社に対して、会社法の規制だけでは一般株主の保護に不十分であるとの認識から、これに上乗せするようなルールを、「企業行動規範」として多数定めている。

東京証券取引所が平成 21 年 12 月から導入している独立役員制度は、一般株主保護の観点から、上場会社に対して、一般株主と利益相反が生じるおそれのない社外取締役または社外監査役を 1 人以上確保することを、企業行動規範の「遵守すべき事項」として規定し（第 4 章第 4 節）、その遵

- 
- 2 坂本三郎編著『一問一答平成二六年会社法』85 頁注 1（商事法務、2014 年）。
  - 3 中西和幸＝小磯孝二＝柴田堅太郎＝辻拓一郎『『社外取締役を置くことが相当でない理由』に関する規律の要綱からの変更と実務に与える影響』商事法務 2025 号 14-25 頁（2014 年）、太田洋「取締役会の監督機能の強化」太田洋＝高木弘明編『平成 26 年会社法改正と実務対応』39 頁（商事法務、2014 年）、石井裕介＝若林功晃「コーポレート・ガバナンスに関する規律の見直し」商事法務 2056 号 26 頁（2015 年）。
  - 4 株主総会の参考書類の記載の不備は、招集手続の法令違反と解される。江頭憲治郎『株式会社法 [第 6 版]』364 頁（商事法務、2015 年）。
  - 5 田中亘「取締役会の監督機能の強化——コンプライ・オア・エクスプレイン・ルールを中心に——」商事法務 2062 号 11-12 頁（2015 年）。

守状況を確認するために、取引所への「独立役員届出書」の提出を求める制度である。

また、上場会社が自らのコーポレート・ガバナンス・システムを選択する理由と独立役員の確保の状況（独立役員として一定の利害関係者に該当する場合は、それを踏まえてもなお独立役員として指定する理由を含む）を、コーポレート・ガバナンス報告書において開示することが求められた。その後、前述した附帯決議を受けて、平成24年に一部改正され、平成27年2月に上場会社は取締役である独立役員を少なくとも1名以上確保するよう努めなければならないと上場規則で改められた<sup>6</sup>。

さらに、平成26年に制定された政府の成長戦略に関する閣議決定である「日本再興戦略」を契機として策定された「コーポレートガバナンス・コード」（平成27年6月1日施行）では、本則市場（1部・2部市場）の上場会社について、少なくとも2人以上の独立社外取締役の設置を求めている<sup>7</sup>。そして、これを実施しない場合の理由をコーポレート・ガバナンス報告書で説明することになっており、独立社外取締役を設置せず、かつその理由も説明しないと上場規則違反となる。

本稿では、まず、平成26年会社法における社外取締役制度および社外監査役の規制の概要を、とりわけ改正点を中心に整理する。そして、監査役（会）設置会社、指名委員会等設置会社に加えて、新たに監査等委員会設置会社という機関設計の選択肢が増え、よりモニタリング・モデルを推奨する規制となった平成26年改正法の下で、それぞれの機関設計の特色と機能を検討した上で、社外取締役と社外監査役に期待される法的役割につき、若干の考察を試みることにしたい。

## 2. 平成26年改正における社外取締役と社外監査役

### (1) 総説

既に見てきたように、平成26年改正会社法および東証の「コーポレートガバナンス・コード」は、社外取締役の設置を正面から直接義務付けるものではないが、設置することが相当でない理由の説明が適切と認められ

6 東京証券取引所有価証券上場規程436条の2、445条の2、同施行規則436条の2。

7 東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コード」原則4-8。

る範囲は、かなり具体的かつ限定的に解され、かつこれを満たさなければ、株主総会の決議が取り消されるという法的リスクを発生させることから、かなり強制力の強い規制となっているといえる<sup>8</sup>。

今回の改正に至る議論の背景には、社外取締役による業務執行の監視・監督機能（モニタリング）が企業価値を向上させるために、望ましいという積極的な意見が多少なりとも影響したと考えられるかもしれない。しかし、社外取締役に業務執行を監視させることが、そもそも社外取締役を設置せずに、社内取締役の相互監視に任せる場合と比べて、費用を上回る便益を得られるかどうかは必ずしも明確ではない。平成26年改正会社法が、結果として、社外取締役の選任を強く推奨することに対して、経済学者からはこれを疑問視する意見も見られる<sup>9</sup>。

参考までに、社外取締役の選任または増員と会社の業績との関係を扱う実証研究を見ると、その後の業績が改善する傾向にあることを示すものもあるが、こうした業績改善が、社外取締役の選任または増員により生じたものなのか、それとも、社外取締役の選任と正の相関を有する別の要因によるものなのかは、必ずしも明らかでない<sup>10</sup>。常に実証研究には限界があり、今後、さらに分析手法が進展したとしても、社外取締役が企業価値の向上に寄与するという確証が得られることは期待しづらいという<sup>11</sup>。

諸外国におけるコーポレート・ガバナンス・システムの近年の考え方としては、経営に対する監督と執行を分離し、取締役会の役割の中心は監督機能であるという考え方が主流となっている（モニタリング・モデルと呼ばれることが多い）。モニタリング・モデルとは、取締役会は経営の基本方針、内部統制システムの構築ならびに業務執行者の選定および解職の決定しか行わず、かつ取締役の全部または大多数は重要な業務執行に関与せず、当該業務執行を効果的に監督する機関設計であり、1970年代にアメ

---

8 このような総会決議取消の訴えに裁判所による裁量棄却が認められる余地はあると考えられる（会社法831条2項）。

9 佐々木弾「ガバナンスの自律と他律-中教審報告・学校教育法の改正と会社法改正を事例に-」田中亘＝中林真幸編『企業統治の法と経済』99-128頁（有斐閣、2015年）。

10 田中・前掲注5文献14頁注10参照。

11 藤田友敬＝宮島英昭＝田中亘＝内田交謹＝神作裕之「〈シンポジウム〉株主保有構造と経営機構-日本企業のコーポレート・ガバナンス」私法76号61-119頁（2014年）。

リカで提唱され、1990年代以降、ヨーロッパ諸国に広まった<sup>12</sup>。

我が国でも、平成14年商法改正で導入した「委員会等設置会社」は、まさに、モニタリング・モデルを取り入れることを意図した制度であった<sup>13</sup>。その後、平成16年商法改正で名称が、「委員会設置会社」に、平成26年会社法で、「指名委員会等設置会社」に、それぞれ改められたが、現在の会社法にも承継されている。仮に、指名委員会等設置会社を選択した会社は、取締役会の役割は基本事項の決定と委員会のメンバーおよび執行役の選定・選任等の監督機能が中心となり、指名委員会、監査委員会、報酬委員会の3つの委員会が監査・監督機能を果たすことになる。そして、各委員会の構成員は3名以上で、その過半数は社外取締役であることを要する（会社法400条1項・3項）。また、監督と業務執行が制度的に分離され、業務執行の意思決定と執行は執行役に委ねられ（会社法416条1項・3項・4項）、代表権は代表執行役に付与される（会社法420条）。取締役は原則として業務執行を行うことはできない（会社法415条）。

しかし、平成14年に導入された委員会等設置会社は、当初期待されたほどには普及せず、当時の上場会社のうち採用したのは、約60社にとどまり、平成26年改正法が成立した直後（平成27年7月24日時点）でも90社に過ぎなかった<sup>14</sup>。つまり、我が国の株式会社の取締役会の実質がモニタリング・モデルに変わることはなく、ほとんどは監査役会設置会社のままであったことを意味する。また、実際に、委員会設置会社を採用した会社においても、取締役会の業務執行の決定を執行役へ委任することはほとんど進んでいなかったという<sup>15</sup>。

## (2) 資格要件と独立性

平成26年改正以前の会社法における社外取締役の要件は、株式会社の取締役であって、当該株式会社またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人でなく、かつ、過去に当該株式会社

---

12 大杉謙一「コーポレート・ガバナンスと日本経済」金融研究32巻4号122頁（2013年）。

13 始関正光「平成14年改正商法の解説 [V]」商事法務1641号20頁（2002年）。

14 日本監査役協会のホームページ内にある委員会設置会社リスト (<http://www.kansa.or.jp/support/library/secretariat/post-2.html>) を参照。

15 編集部「委員会設置会社特有の事項・その他」商事法務1873号29-30頁（2009年）。

またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人となったことがないものとされていた（平成26年改正前会社法2条15号）。

これに対して、改正法の社外取締役の要件は、①現在、その株式会社または子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人（以下あわせて、「業務執行取締役等」という）でなく、かつ、取締役に就任する前10年間、その株式会社または子会社の業務執行取締役等であったことがないこと、②社外取締役に就任する前10年間のいずれかの時において、その株式会社または子会社の取締役、会計参与（会計参与が法人であるときはその職務を行うべき社員）または監査役であったことがあるもの（業務執行取締役等であったことがあるものを除く）であるときは、取締役、会計参与または監査役に就任する前10年間、その株式会社または子会社の業務執行取締役等であったことがないこと、③現在、その株式会社の経営を支配している者（法人である者を除く）として法務省令で定める者または親会社等（親会社および株式会社の経営を支配している者（法人である者を除く）として法務省令で定めるもの）<sup>16</sup>の取締役もしくは執行役もしくは支配人その他の使用人でないこと、④現在、その株式会社の親会社等の子会社等（その株式会社およびその子会社を除く）の業務執行取締役等でないこと、および⑤その株式会社の取締役もしくは執行役もしくは支配人その他の重要な使用人または株式会社の経営を支配している者（法人であるものを除く）として法務省令で定めるものの配偶者または2親等内の親族でないこと、以上すべてを満たすことを要する（会社法2条15号）。

以上の要件のうち、①②は、その会社で過去に業務執行を主導し、あるいは経営者の指揮命令を受ける立場にあった者は、一定の期間が経過する

---

16 親会社等とは、親会社または株式会社の経営を支配している者（法人であるものを除く）として法務省令で定めるもののいずれかに該当する者をいう（会社法2条4号の2）。そして、「株式会社の経営を支配している者（法人であるものを除く）として法務省令で定めるもの」とは、ある者（会社等であるものを除く）が株式会社の財務及び事業の方針の決定を支配している場合における当該ある者をいうと定められている（会施規3条の2第2項）。株式会社の財務および事業の方針の決定を支配しているかどうかについては、親子会社関係の要件である「株式会社の財務及び事業の方針の決定を支配している」と同様に判断基準が定められている（会施規3条3項）。



まで、人的関係や心情面で独立性が不十分であると考えられるから、これを除外する趣旨である。また、今回の改正で③④が新しく追加されたのは、親会社の出身者や大株主に近い者は、会社よりも親会社・大株主の利益を優先させるおそれがあるためである<sup>17</sup>。これは、会社と親会社等との利益相反が生じ得る状況において、会社の利益、ひいては少数株主の利益を保護することが社外取締役期待されていることを意味すると考えられる。

また、「その株式会社の取締役もしくは支配人その他の重要な使用人(社外取締役との関係では、さらに執行役)または株式会社の経営を支配している者(法人であるものを除く)として、法務省令で定めるものの配偶者または2親等内の親族でないこと」が⑤の要件として追加されたが、これは①②および③④の両方の趣旨が混在している。

他方で、過去10年間、当該会社または子会社の業務執行取締役等でなかった者は、たとえ、それ以前にそのような地位に就任していたとしても、社外取締役になることができるように要件が緩和された(会社法2条15号ロ)。これは、社外取締役の資格要件が厳格すぎて、会社または子会社の社外取締役の人材の確保の困難さに配慮したためである<sup>18</sup>。

次に、平成26年改正以前の社外監査役の要件は、過去に当該株式会社またはその子会社の取締役、会計参与(会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員)もしくは執行役または支配人その他の使用人となったことがないものとされていた(平成26年改正前会社法2条16号)。

平成26年改正法の下での社外監査役は、⑥監査役に就任する前10年間、その株式会社または子会社の取締役、会計参与(会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員)もしくは執行役または支配人その他の使用人であったことがないこと、⑦社外監査役に就任する前10年間のいずれかの時において、その株式会社または子会社の監査役であったことがある者であるときは、その就任する前10年間、その株式会社または子会社の取締役、会計参与もしくは執行役または支配人その他の使用人であったことがないこと、⑧現在、その株式会社の親会社等(自然人である者に限る)または親会社等の取締役、監査役もしくは執行役もしくは支配人その

17 坂本三郎=高木弘明=宮崎雅之=内田修平=塚本英巨=辰巳都=渡辺邦広「平成二六年改正会社法の解説〔Ⅲ〕」商事法務2043号8頁(2014年)。

18 同。

他の使用人でないこと、⑨現在、その株式会社の親会社等の子会社等（その株式会社およびその子会社等をのぞく）の業務執行取締役等でないこと、⑩その株式会社の取締役もしくは支配人その他の重要な使用人または親会社等（自然人である者に限る）の配偶者または2親等内の親族でないこと、以上すべての要件を満たす必要がある（会社法2条16号）。

従来と比べて変更されたのは、⑥⑦の社外監査役となることができない期間が、就任前10年間に短縮されている点であり、また、新たに追加された要件は、⑧から⑩であるが、その趣旨は社外取締役で述べたことが同様に当てはまる。

資格要件との関係で言えば、社外取締役に期待される監視・監督機能が発揮されるためには、単に業務執行者でない、あるいは業務執行者に支配される立場にないという意味での社外性だけではなく、独立性も必要であるとの見解がある<sup>19</sup>。ここでいう「独立性」とは、(ア)雇用関係の不存在、(イ)親族関係の不存在に加えて、(ウ)経済的利害関係の不存在が要求される。平成26年改正会社法では、社外取締役の資格要件として、(ア)(イ)のみを定め、(ウ)までは要求していないが、前述した東京証券取引所が採用している独立役員制度において、自主規制により(ウ)をも満たす役員を設置することが義務付けられている<sup>20</sup>。

### (3) 監査等委員会設置会社・指名委員会等設置会社における社外取締役

監査等委員会設置会社とは、社外取締役の機能の活用を容易にし、業務執行者に対する監督機能を強化することを目的として導入された機関設計である。すべての株式会社は定款の定めにより、取締役会に監査等委員会を設置することができ、その構成は監査等委員である取締役3名以上からなり、過半数が社外取締役でなければならないとされている（会社法326条2項、331条6項、399条の2第1-3項）。指名委員会等設置会社の監査委員が取締役の中から取締役会決議により選定されるのに対し（会社法400条2項）、監査等委員である取締役は株主総会の決議によって選任され、それ以外の取締役とは区別して行われなければならない（会社法329条1項・2項）。

監査等委員会設置会社の取締役会の権限は、監査役設置会社とほぼ同様

---

19 たとえば、日本取締役協会「社外取締役・取締役会に期待される役割について」平成26年3月7日公表の提言8。

20 東京証券取引所「上場管理等に関するガイドライン」Ⅲ5(3)の2。

であり（会社法 399 条の 13 第 1-3 項）、原則として、取締役はその決定の委任ができない事項も同じである（会社法 399 条の 13 第 4 項）。しかし、取締役の過半数が社外取締役である場合または定款の定めがある場合には、取締役会の決議により、重要な業務執行の決定の全部または一部を取締役に委任することができる（会社法 399 条の 13 第 5 項・6 項）。この趣旨は、監査等委員会設置会社の取締役会の業務執行の決定権限を狭くすることで、業務執行者に対する監督機能に専念できるようにし、監督機能の強化をより実効性あるものとするためである。これにより、監査等委員会設置会社においても、重要な業務執行の決定について、指名委員会等設置会社において執行役に対する委任が認められるのと同様の範囲で、取締役によるその決定を委任することができる。

監査等委員会は、取締役の職務の執行の監査を行い（会社法 399 条の 2 第 3 項 1 号）、また、監査等委員会が選定する監査等委員は株主総会において、取締役の選任等および報酬等に関する監査等委員会の意見を陳述する権利を有する（会社法 342 条の 2 第 4 項、361 条 6 項、399 条の 2 第 3 項 3 号）。

監査等委員会設置会社を選択した場合、監査役を設置することはできず（会社法 327 条 4 項）、社外監査役との重複・負担が生じないように配慮されている。監査役設置会社において監査役が行う監査の範囲は、適法性監査に限られ、妥当性監査にはその権限が及ばないとするのが多数説である<sup>21</sup>。この場合、業務執行の適法性監査を、監査等委員会とその構成員が行うことになる。監査等委員会設置会社における監査等委員会による適法性監査は、内部統制システムを通じて実施され、取締役・使用人等の職務執行に関する報告請求権や会社の業務・財産の状況を調査する権限は監査等委員会で選定された監査等委員にのみ与えられ、各監査等委員に個別に与えられているわけではない（会社法 399 条の 3 第 1 項）。子会社に関する報告徴収・調査権限についても同様である（会社法 399 条の 3 第 1 項）。

そうすると、これはもっぱら監査等委員以外の取締役の選任等・報酬等に関する同委員会の意見決定を通じて発現することが期待されているようである（会社法 399 条の 2 第 3 項第 3 号）。

つまるところ、監査等委員会設置会社制度は監査役（会）設置会社にお

---

21 江頭・前掲注 4 書 583 頁。

ける監査役（会）の監査機能のすべてと取締役会の監督機能を一元化する効果を生じさせることができる。これは、すなわち、執行と監督を分離することによりモニタリング・モデルの実現を可能にすることを意味する。

そして、監査等委員の独立性を確保するために、改正法は様々な制度を設けている。たとえば、株主総会において、取締役（監査等委員である取締役を除く）の選任等および報酬等についての意見陳述権もその1つである（会社法342条の2第4項、361条6項、399条の2第3項3号）。社外取締役が過半数を占める監査等委員会が、指名委員会等設置会社における指名委員会や報酬委員会に準じる機能を有することを期待した制度であると説明される<sup>22</sup>。また、監査等委員である取締役は、株主総会において監査等委員である取締役の選任・解任または辞任について意見を述べることができ（会社法342条の2第1項）、その意見の概要は株主総会参考書類に記載される（公開会社における辞任の場合は事業報告）（会施規74条の3第1項5号、78条の2第3号、121条1項7号ロ）。辞任した監査等委員である取締役は、辞任後最初に招集される株主総会に出席して、辞任した旨およびその理由を述べることができ（会社法345条2項、342条の2第2項）、公開会社の場合、その意見の概要は事業報告に記載される（会施規121条1項7号ハ）。しかも、監査等委員である取締役を株主総会の決議により解任する場合の決議も、監査役解任決議と同様に、特別決議によらなければならないものとされている（会社法309条2項7号）。

これに対して、指名委員会等設置会社の場合、株主総会に提出する取締役（および会計参与）の選任・解任に関する議案の内容は指名委員会が決定し（会社法404条1項）、取締役会には権限はない（会社法416条4項5号括弧書）。また、報酬については、社外取締役が中心となって、報酬委員会が執行役、取締役、会計参与の報酬内容を決定する権限を有し（会社法404条3項）、執行役等の個人別の報酬等を決定する方針を定めた上で、報酬の種類ごとに一定の事項を決める（会社法400条3項、409条）。

#### **(4) 支配株主の異動を伴う募集株式の発行における特定引受人との関係のチェック**

平成26年改正以前の会社法においては、公開会社の募集株式の発行に

---

22 岩原紳作「『会社法制の見直しに関する要綱案〔I〕』の解説」商事法務1975号7頁(2012年)。

係る事項の決定につき、募集株式の払込金額が募集株式を引き受ける者に特に有利な金額である場合を除き（有利発行という）、取締役会がこれを決定できることとされていた（平成26年改正前会社法201条1項）。しかし、改正法においては、支配株主の異動は他の株主にとっても重要な利害を有することが多いから、経営者ではなく、株主がこれを決定すべきであるという発想に基づき、支配株主の異動を伴う第三者割当による募集株式の発行等について、一定割合以上の議決権を有する株主が反対の意思を会社に通知した場合には、株主総会の普通決議を要するものとした（会社法206条の2）。

公開会社は、募集株式の引受人について、募集株式発行後に、①当該引受人およびその子会社等が有することとなる議決権数の、②総株主の議決権数に対する割合が2分の1を超える場合には、払込期日（払込期間を定めた場合には、その初日）の2週間前までに、株主に対し、当該引受人（特定引受人という）の氏名・名称および住所、当該特定引受人についての①の数その他の法務省令で定める事項を通知または公告しなければならないとされた（会社法206条の2第1項・2項）。もっとも、当該特定引受人が当該公開会社の親会社等である場合には支配株主の異動が生じないため、または株主に株式の割当てを受ける権利を与えた場合にすべての株主が引受・払込を行う限りにおいては持株比率に重要な変動が生じないのが原則であるため、通知を要するとされる事項について払込期日（または払込期間の初日）の2週間前までに金融商品取引法4条1項ないし3項までの届出をしている場合、その他の株主保護に欠けるおそれがないものとして法務省令で定める場合には<sup>23</sup>、別途、通知・公告をしなくとも株主は当該募集株式の発行等がなされることを知り得るため、通知・公告を要しないものとされている（会社法206条の2第3項）。

---

23 株式会社は払込期日（払込期間の末日）の2週間前までに、金融商品取引法の規定に基づき有価証券届出書、発行登録書、発行登録追補書類、有価証券報告書、四半期報告書、半期報告書または臨時報告書（会施規42条の2各号に掲げる事項に相当する事項をその内容とするものに限る）の届出または提出をしている場合（当該書類に記載すべき事項を金融商品取引法の規定に基づき電磁的方法により提供している場合を含む）であって、内閣総理大臣が当該期日の2週間前の日から当該期日まで継続して金融商品取引法の規定に基づき当該書類を公衆の縦覧に供しているときである（会施規42条の3）。

## 会社法における社外取締役と社外監査役の法的役割

なお、通知・公告に含めるべき事項には、特定引受人の氏名または名称および住所、特定引受人（その子会社等を含む）がその引き受けた募集株式の株主となった場合に有することとなる議決権の数および募集株式に係る議決権の数ならびに募集株式の引受人の全員がその引き受けた募集株式の株主となった場合における総株主の議決権の数のほか、たとえば、特定引受人に対する募集株式の割当てまたは特定引受人との間の総数引受契約の締結に関する取締役会の判断およびその理由、社外取締役を置く株式会社において、取締役会の判断が社外取締役の意見と異なる場合には、その意見、および特定引受人に対する募集株式の割当てまたは特定引受人との間の総数引受契約の締結に関する監査役、監査等委員会または監査委員会の意見などが含まれる（会社規42条の2）。

この趣旨は、株主が支配株主の異動を伴う第三者割当てによる募集株式の発行等に反対するかどうかを決定するために、当該募集株式の発行等についての十分な情報が必要であり、募集株式の発行等の結果、支配株主の異動が生じる当否についての取締役の判断・意見は、株主にとって大いに参考となると考えられたためである。また、取締役会、社外取締役および監査役等にとって、彼らの判断・意見が通知・公告により表明されることは、彼らが不十分・不適当な判断をすれば、後日、善管注意義務違反による任務懈怠として、損害賠償の責任を追及され、または正当な解任事由ありとされるおそれが高いため、慎重な検討を行うインセンティブとなり、これは特定引受人以外の株主の利益保護に資するからである。

総株主（株主総会において議決権を行使することができない株主を除く）の議決権の10分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合には、その割合）以上の議決権を有する株主が通知または公告の日（株主の保護に欠けるおそれがないものとして通知・公告を要しないものと法務省令で定める場合には、法務省令で定める日<sup>24</sup>）から2週間以内に当該特定引受人による募集株式の引受けに反対する旨を公開会社に対し通知したときは、その公開会社は払込期日（または払込期間の初日）の前日までに、株主総会の普通決議によって、当該特定引受人に対する募集株式の割当てまたは当該特定引受人との間の引受契約の承認を受けなければならない（会社法

24 株式会社金融商品取引法の規定に基づき、有価証券届出書などの届出または提出（当該書類に記載すべき事項を金融商品取引法の規定に基づき電磁的方法により提供した場合には、その提供）をした日である（会施規42条の4）。

206条の2第4項本文)。一定割合以上の議決権を有する株主から当該特定引受人による募集株式の引受けに反対する旨の通知があった場合にのみ株主総会の普通決議による承認を受けなければならないとされているのは、常に募集株式の発行等に際して株主総会の決議を要するものとする、株主総会の開催のための費用や手間がかかるのみならず、迅速な資金調達ができなくなるためである。

また、総株主（株主総会において議決権を行使することができない株主を除く）の議決権10分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合には、その割合）以上の議決権を有する株主が通知・公告の日（株主の保護に欠けるおそれがないものとして通知・公告を要しないものとして法務省令で定める場合にはその日）から2週間以内に当該特定引受人による募集株式の引受けに反対する旨を公開会社に対し通知したときであっても、その公開会社の財産の状況が著しく悪化している場合において、その公開会社の存立を維持するため緊急の必要があるときは、株主総会の決議による承認を要しないものとされている（会社法206条の2第4項但書）。

これは募集株式の発行等に際して株主総会の決議を要するものとする、資金調達の緊急性が高い場合に柔軟な対応をすることができず、かえって株主の利益に反する結果となることもあり得るからである。この判断は直接的には取締役会が行うが、その際に、社外取締役および社外監査役も、それぞれの職責に基づき、「公開会社の財産状況等が著しく悪化している場合であり、かつ会社の存立を維持するため緊急の必要があるとき」に該当するかどうかを、慎重に検討することになろう。

以上に加えて、募集株式の割当て等に関する規律の潜脱を防止するため、支配株主の異動を生じるような新株予約権の割当ての場合にも、同様の規制が設けられている（会社法244条の2）。

#### （5）会計監査人の選任・解任議案等と報酬等の決定

平成26年改正前の監査役設置会社において、取締役（会）が株主総会に提出する会計監査人の選任等議案の内容を決定する場合には、監査役（会）の同意を要するものとされていた（平成26年改正前会社法344条1項1号・3号）。

これに対して、会計監査人の独立性を確保する観点からすれば、会計監査人の監査を受ける立場にある取締役（会）が会計監査人の選任・解任等に関する議案および報酬等を決定することに問題があると指摘されてい

た<sup>25</sup>。

このような指摘を受けて、平成 26 年改正法では、監査役設置会社においては、株主総会に提出する会計監査人の選任および解任ならびに会計監査人の不再任に関する議案の内容は、監査役（監査役会設置会社では監査役会）が決定するものとされた（会社法 344 条）。また、株主総会に提出する会計監査人の選任および解任ならびに不再任に関する議案の内容を、指名委員会等設置会社の場合は、改正前同様に監査委員会が、新しく導入された監査等委員会設置会社の場合は監査等委員会が、それぞれ決定することとされた（会社法 404 条 2 項 2 号、399 条の 2 第 3 項 2 号）。

取締役が会計監査人の選任に関する議案を提出する場合に、「監査役（監査役会設置会社にあつては監査役会、監査等委員会設置会社にあつては監査等委員会、指名委員会等設置会社にあつては監査委員会）が当該候補者を会計監査人の候補者とした理由」を株主総会参考書類に記載すべきことを定めている（会施規 77 条 3 号）。そして、東証の「コーポレートガバナンス・コード」は、監査役会は少なくとも外部会計監査人候補を適切に選定し、外部会計監査人を適切に評価するための基準の策定および外部会計監査人に求められる独立性と専門性を有しているか否かについての確認を行うべきであるとされている（コーポレートガバナンス・コード補充原則 3-2 ①）。

なお、取締役が会計監査人の解任または不再任に関する議案を提出する場合には、株主総会参考書類に、監査役（監査役会設置会社にあつては監査役会、監査等委員会設置会社にあつては監査等委員会、指名委員会等設置会社にあつては監査委員会）が議案の内容を決定した理由を記載しなければならない（会施規 81 条 2 号）。そして、株主総会において、株主から説明を求められたときは、監査役等が解任議案または不再任議案を提出するにいたった過程および理由について説明を行うことになる（会社法 345 条 4 項）。

平成 26 年改正前会社法では、監査役（会）全員の同意により解任できる場合を除き（会社法 340 条 1 項・2 項）、取締役（会）から不再任議題提出に対する同意を求められた場合に、初めて監査役（会）が不再任の是非を検討すれば足りた。これに対して、平成 26 年改正法において、監査

---

25 坂本他・前掲注 17 文献 13 頁。



役（会）が株主総会に提出する会計監査人の選解任・不再任の議案の内容の決定権限が認められたことにより、不再任議案を提出するかどうかの判断を能動的にしなければならなくなった点が、改正前と比べて一番大きな違いであると考えられる<sup>26</sup>。

会計監査人の報酬の決定については、財務に関わる経営判断と密接に関連すること、また、監査役および監査委員会が同意権を適切に行使用することにより、会計監査人の独立性を確保することができること等を理由に、平成26年改正前と同様、取締役・執行役または取締役会が有している（会社法399条）<sup>27</sup>。もっとも、公開会社である会計監査人設置会社の事業報告に、「当該事業年度に係る会計監査人の報酬等の額及び当該報酬等について監査役（監査役会設置会社にあつては監査役会、監査等委員会設置会社にあつては監査等委員会、指名委員会等設置会社にあつては監査委員会）が法第399条第1項の同意をした理由」を記載しなければならないものとしている（会施規126条2号）。また、「コーポレートガバナンス・コード」は、取締役会及び監査役会は、少なくとも高品質な監査を可能とする十分な監査時間の確保を行うべきとされている（コーポレートガバナンス・コード補充原則3-2②（i））。

以上見てきたように、改正法では、会計監査人の業務執行者からの独立性を確保するために、社外取締役および社外監査役に期待されている役割は大きいと考えられる。なぜなら、大会社である公開会社においては、社外監査役が監査役会の半数以上、または社外取締役が過半数を占める監査委員会もしくは監査等委員会に会計監査人の選任・解任等に関する議案の内容の決定、会計監査人の報酬等についての同意権が付与され、その判断理由の開示を求められているからである。

#### （6）親会社等との利益相反取引のチェック

親会社等（親会社および自然人である支配株主）<sup>28</sup>と会社との間の取引において、取締役・執行役が前者の利益を図って、会社の利益ひいては非支配株主の利益が害されるおそれがある。そこで、子会社少数株主の保護

26 弥永真生「会社法改正-社外取締役・社外監査役に影響を及ぼす改正を中心として-（Ⅲ）」会計・監査ジャーナル719号78頁（2015年）。

27 岩原紳作「『会社法制の見直しに関する要綱案』の解説〔Ⅱ〕」商事法務1976号5頁（2012年）。

28 会社法2条4号の2、会社法施行規則3条の2。

のため、平成 27 年会社法施行規則の改正により、会社とその親会社等との間の利益相反取引（会社と第三者との間の取引でその会社とその親会社等との間の利益が相反するものを含む）であって、その会社の当該事業年度に係る個別注記表において関連当事者との間の取引の注記を要するものがあるときは、その取引をするにあたり、会社の利益を害さないように留意した事（留意した事項がない場合には、その旨）、その取引が会社の利益を害さないかどうかについての取締役（取締役会設置会社では、取締役会）の判断およびその理由等を事業報告の内容とし、および、社外取締役を置く株式会社において、取締役（取締役会設置会社では、取締役会）の判断が社外取締役の意見と異なる場合には、その意見を事業報告（計算書類の附属明細書に記載したときには事業報告の附属明細書）に記載しなければならないものとされた（会施規 118 条 5 号、128 条 3 項）。また、監査役（会）、監査委員会または監査等委員会の監査報告には、これらの事項についての監査役等の意見を記載しなければならない（会施規 129 条 1 項 6 号、130 条 2 項 2 号、130 条の 2 第 1 項 2 号、131 条 1 項 2 号）。

この改正により、監査役等も親会社等との取引が適切に個別注記表に記載され、または計算書類の附属明細書に記載されているかを監査するだけでなく、当該取引が会社の利益を害さないかどうか、適切な措置が講じられたかどうかに注意を払わなければならないことが明確化された。

このように親会社等との取引について、社外取締役は適切な意見を述べるのが前提とされており、監査役（会）、監査等委員会もしくは監査委員会が取締役会から独立した立場で、会社ひいては非支配株主の利益保護という観点から、親会社等との取引の適切性につき検討することが予定されている。

これに加えて、監査等委員会設置会社の取締役（ただし、監査等委員である取締役は除く）が、利益相反取引につき監査等委員会の承認を受けた場合は、これにより、会社に損害が生じた際に取締役の任務懈怠を推定する規定の適用がない旨を定めている（会社法 423 条 3 項・4 項）。監査等委員会設置会社の場合にだけ、任務懈怠の推定が及ばない理由は、監査等委員会は監査役・監査役会や指名委員会等設置会社の監査委員会と異なり、取締役の選任等および報酬について意見陳述権を有し、業務執行者に対する監督機能を有しているからであるという<sup>29</sup>。

### 3. 検討

#### (1) 監査役（会）設置会社、監査等委員会設置会社と指名委員会等設置会社の相違

東京証券取引所の上場会社（東証1部・2部、マザーズ、JASDAQ市場を含む）3513社のうち、監査役設置会社が3170社、監査等委員会設置会社制度に移行した会社が275社、指名委員会等設置会社が68社となっている（平成28年3月21日現在）<sup>30</sup>。

全体で見れば、まだ監査役設置会社が全体の90%を占めるが、同じモニタリング・モデルを志向する、平成14年に導入された委員会等設置会社の導入当時の状況と比べると、短期間にこれに移行する会社が増加しているのがうかがえる。

なぜ、このような違いが生じたのか、指名委員会等設置会社の採用が伸び悩んだ原因は、社外取締役が過半数を占める指名委員会や報酬委員会に指名や報酬の決定を委ねることへの抵抗感があると指摘されている<sup>31</sup>。そこで、監査等委員会設置会社では、これらの委員会を設けなくてもよいこととされた。しかし、取締役の一部が監査等委員として、経営の妥当性を監視・監督し、取締役会で議決権を行使するという点で、指名委員会等設置会社の監査委員（会）に似ているが、監査役（会）とは明らかに異なる。すなわち、監査役設置会社の監査役は、取締役会に出席し意見を述べる権利を有するが、議決権はなく、あくまでオブザーバーとして参加しているに過ぎない（会社法383条1項）。

指名委員会等設置会社では、取締役と執行役は区別されるのに対して、監査等委員会設置会社には執行役という機関はなく、業務執行は代表取締役および選定業務執行取締役が行う（会社法363条1項）。

また、社外取締役の独立性は、2.(3)で見たように、指名委員会等設置会社でもっぱら指名委員会により確保されるのに対して、監査等委員会設置会社では指名委員会がないため、監査役と同様のルールでこれを確保しようとしている。

29 坂本・前掲注2書44頁。

30 東京証券取引所のホームページ内にあるデータベース、「コーポレート・ガバナンス情報サービス」で検索した結果である。

31 岩原・前掲注22文献5頁。

監査等委員会設置会社の特徴は、第一に、組織に対する規制が柔軟で、当事者の選択の余地が広い点にある<sup>32</sup>。すなわち、取締役会が重要な業務執行の決定の大部分を行う形態、言い換えれば、単に監査役会を監査等委員会に置き換えただけの形態をとることもできれば、取締役の過半数を社外取締役が占め、重要な業務執行の決定を大幅に取締役に委任した、モニタリング・モデルの機関設計を採ることも可能である。

第二に、制度の利用を推奨する手段が多数盛り込まれていることである<sup>33</sup>。たとえば、監査等委員会設置会社は指名委員会、報酬委員会を欠くことから、取締役会による業務執行の監督機能が指名委員会等設置会社におけると同等とは言い難いにも関わらず、定款の定めによって、指名委員会等設置会社におけると同等の業務執行の決定権限の委任を行うことが可能であることである<sup>34</sup>。また、監査等委員会が利益相反取引を承認した場合には、当該取引に関与した取締役の任務懈怠の推定を受けない。これらは、理論的整合性を犠牲にしても、制度の利用を促進するという立法者の配慮であるという<sup>35</sup>。

また、指名委員会等設置会社の監査委員会による監査は、監査役設置会社の監査役（会）による監査と、その趣旨・目的において共通する点が多い。たとえば、監査委員会の監査報告の内容は（会施規 131 条 1 項、会社計算規則 129 条 1 項）、監査役（会）の監査報告の内容と類似する（会施規 129 条 1 項、130 条 1 項および会社計算規則 127 条・128 条 1 項との対比）。しかし、その監査方法には差異があり、まず、監査役は独任制であり（会社法 390 条 2 項柱書但書）、監査役は自ら会社の業務・財産の調査等を行うことが期待されているが、監査委員会は取締役が設ける内部統制部門を通じて監査を行うことを予定されている（会社法 416 条 1 項 1 号ホ）<sup>36</sup>。また、監査委員会が選定する監査委員には、報告聴取権、業務財産調査権が与えられているが、これは監査委員会の多数決によって制約を受ける（会社法 399 条の 3 第 1 項・4 項、399 条の 10 第 1 項）。監査役は、

---

32 江頭・前掲注 4 書 575 頁。

33 同。

34 前述 2. (3)。

35 前田雅弘「監査役会と三委員会と監査・監督委員会」江頭憲治郎編『株式会社法体系』255 頁（有斐閣、2013 年）。

36 江頭・前掲注 4 書 560 頁。

取締役会が構築する内部統制システムに指揮命令を行うことができない。

このように、監査等委員会設置会社は、機能的に見れば監査役に取締役としての地位を与え、取締役会の議決権と妥当性監査権限を付与したものとと言える。

この他に監査等委員会設置会社への移行が進んでいる理由として、指名委員会等設置会社を選択した場合は、3委員会の各過半数が社外取締役であることが必要とされるから、最低限必要な社外取締役の人数は6名だが、監査等委員会設置会社を選択した場合は、最低2名で良いことに加えて、常勤者を置く必要もないことが考えられる（会施規121条10号イ）。

## (2) 社外取締役・社外監査役に期待される法的役割

平成26年改正会社法において、社外取締役に期待される法的役割とは何であろうか。

理論上、社外取締役に期待される監視・監督機能の対象は、第一に、経営の妥当性・効率性であり、第二に、経営者と会社の利益相反取引、第三に、経営の適法性であると考えられている。今回の改正法では、支配株主の異動を伴う募集株式の発行における特定引受人との関係のチェックおよび親会社等の利益相反取引に対するチェックが、新たに社外取締役・社外監査役の監視・監査の対象として明文化された。これにより、彼らに期待される法的役割として、上記3つの監視対象のうち、とりわけ、経営者と会社の利益相反取引に対するチェック機能に比重が置かれたと評価してよいだろう。もちろん、改正以前も、両者の善管注意義務の内容として、利益相反取引に対する監視・監査がその職責に含まれていたと考えられるが、それでも、明確に規定が設けられたことにより、今後は、より一層、慎重かつ適切にこれを実施しなければならず、その意味で、責任が厳しくなる可能性があると考えられる。

すでに見たように、大会社である公開会社においては、社外監査役が監査役会の半数以上、または社外取締役が過半数を占める監査委員会もしくは監査等委員会に会計監査人の選任・解任等に関する議案の内容の決定ならびに会計監査人の報酬等についての同意権が付与され、さらに判断理由の開示を改正法により求められたことにより、会計監査人の業務執行者からの独立性を確保するために社外取締役および社外監査役に期待されている役割は大きいと考えられる。

また、監査等委員会は取締役の業務執行の妥当性・効率性を監査する権

限をも有すると解されるが、前述のように、取締役の過半数が社外取締役の場合、重要な業務執行の決定の全部または一部を取締役に委任することができる。この場合、監査役（会）設置会社における、社内取締役による業務執行の決定の妥当性の監査と比べて十分に機能しない可能性があるのではないだろうか（会社法 362 条 4 項との対比）。

#### 4. 結びに代えて

本稿で見たように、今回の改正は、社外取締役を中心としたモニタリング・モデルを推奨した内容であるといえるが、その実質は監査等委員会設置会社における業務執行の監視・監督機能が従来の監査役（会）設置会社や指名委員会等設置会社の監査委員会のそれよりも効果的であると積極的に評価できるだけの根拠は乏しいと考えられる。

とりわけ、社外取締役・社外監査役に期待されている取締役・執行役の利益相反取引のチェックは、経営の妥当性にまで踏み込んだ微妙な判断を要求される場合もあるように思われる。さらに、監査等委員会設置会社においては、その採用を促進するために、監査等委員会の承認があれば、取締役・執行役の利益相反取引につき、任務懈怠の推定規定（会社法 423 条）の適用を免れることができるとされている。しかし、取締役・執行役以外の関連当事者については、開示規制があるに過ぎず、また、監査等委員会設置会社にだけ、このような特則を設ける理論的必然性は見出せない。その意味で改正法で期待されている利益相反のチェック機能は不十分であると言わざるを得ない。今後の立法論的検討を期待したい。