

取締役会の監督機能と社外取締役の 果たすべき役割（3・完）

神 吉 正 三

〈目次〉

はじめに

1. 社外取締役の選任をめぐる動向と選任の状況
2. 社外取締役が果たすべき役割（以上、龍谷法学54巻2号1頁～27頁）
3. 社外取締役の機能強化に向けた課題
 - （1）社外取締役の業務執行の決定への関与に関する問題
 - （2）役員報酬のあり方
 - （3）経営者支配からの脱却
 - （4）社外取締役を含む取締役の調査権限
 - （5）社外取締役の監視義務の範囲
 - （6）専門的職業経営者の市場の創設とスキル・マトリクスの活用
 - （7）在任期間と兼任会社数の制限の必要性
 - （8）取締役会の活動の評価
 - （9）取締役会等の議事録の重要性
 - （10）社外取締役の会社に対する責任のあり方
 - （11）社外取締役の第三者に対する責任のあり方
 - （12）小括（以上、龍谷法学54巻3号103頁～133頁）
4. 社外取締役をめぐる将来展望
 - （1）「コーポレートガバナンス・コード」の改訂
 - （2）ROEの動向
 - （3）監査役制度との関係
 - （4）社外取締役による徹底した監督機能の発揮に向けた展望
 - （5）社外取締役と社内取締役との対立
 - （6）わが国上場会社の将来展望

おわりに

（以上本号）

4. 社外取締役をめぐる将来展望

(1) 「コーポレートガバナンス・コード」の改訂

金融庁に設置された「スチュワードシップ・コード及びコーポレートガバナンス・コードのフォローアップ会議」は、2021年3月31日に「コーポレートガバナンス・コード」の改訂を提案し⁽⁸⁹⁾、この改訂は、2021年6月11日に施行された⁽⁹⁰⁾。この提案は、2022年4月から東京証券取引所の市場区分が変更され、新たにプライム市場が創設されることを踏まえて行われたものである。提案では、プライム市場の上場会社において、独立社外取締役を3分の1以上選任することを求めるとともに、独立社外取締役を過半数選任することを検討することが重要であるとしている。これは、会社法上の義務付けよりさらに進んで、議決権行使助言会社の助言方針と同水準になることを意味する⁽⁹¹⁾。

「コーポレートガバナンス・コード」はソフト・ローであって、法律に基づく規制ではない。遵守しない選択肢がないわけではないものの、コンプライ・オア・エクスプレインの原則に基づき、これを実施しない場合において、実施しない理由を説明しなければ上場規則違反となるから、上場会社にとっては、法律による規制とほとんど同じ意味を持つ。

会社法327条の2の改正による社外取締役の選任の義務付けに見られる

(89) 同会議の「コーポレートガバナンス・コードと投資家と企業の対話ガイドラインの改訂について（案）」1頁参照。（<https://www.fsa.go.jp/singi/follow-up/siryou/20210331/01.pdf>）

(90) 2021年6月12日日本経済新聞朝刊5面。

(91) コーポレートガバナンス・コードの改訂の意義・背景とその解説については、神作裕之「コーポレートガバナンス・コード改訂とガバナンス改革」商事法務2264号（2021年）4頁以下、とくに本稿で扱った社外取締役に關する点については、4頁～7頁参照。なお、今回の改訂の意義については、「ガバナンス改革をさらに実質化し深化させることを目的とするもの」と説明されている。18頁参照。

ように、社外取締役の選任が推奨される時代から、さらに進んで社外取締役を選任しなければならない時代を迎える。そして、社外取締役の員数を増やすことは、社外取締役を選任するという外形を整えることに目標があるのではなく、選任された社外取締役が、わが国上場会社が永年抱えてきた取締役会の監督機能の限界を打破する役割を実際に果たすことにこそ、最終的な目的がある⁽⁹²⁾。これを明確にすべきである。

（2）ROEの動向

平成26（2014）年会社法改正によって令和元年改正前の会社法327条の2が新設され、さらに同年にスチュワードシップ・コードが策定された。そして、翌2015年にはコーポレートガバナンス・コードが策定された。このような動きによって、社外取締役の選任の推進をはじめとする取締役会の構造改革が積極的に進められてきた。株式会社の業績の良否は、株主から見た場合、ROEに集約して示される⁽⁹³⁾。そこで、東京証券取引所一部上場会社のROEの推移を見る。

上記の改革が始まる前の2012年度のROEの平均値は5.8%であり、それが2018年度には8.1%へと、2.3ポイント大きく改善しているとの調査結果が示されている⁽⁹⁴⁾。ROE（純利益／株主資本）は、売上高純利益率（純利益／売上高）、総資産回転率（売上高／総資産）、財務レバレッジ（総資産／株主資本）の3つの財務指標の積に分解できる。そして、分解された3つの財務指標のうち、どの指標がROEの改善に貢献したのかをさらに

(92) 神作・前掲注(91)18頁参照。

(93) 株主以外の債権者を含めたステークホルダーの立場からは、総資産に対する利益の割合を示すROAが重視される。企業全体としての資産効率を問うためには、むしろROAを重視すべきであると考ええる。政策保有株式や不稼働の不動産など、収益に対する貢献度が低い資産を確実に減らしていくことが、ROEの向上にも寄与する。

(94) 宮島英昭＝齋藤卓爾「企業統治改革と企業行動〔上〕——経営者のマインドセットを変えることができたのか」商事法務2231号（2020年）51頁の図表参照。

分析することが可能である。この分析によれば、売上高純利益率が、2012年度の3.3%から2018年度の5.1%へと、1.8ポイント上昇していることがROEの向上に大きく貢献しているとされている⁽⁹⁵⁾。売上高純利益率の向上とは、すなわち収益性の改善である。端的に言えば、売価の改善がない限り、人件費の削減や仕入価格の低減をはじめとする経費の削減によって実現できる。売上高総利益率の改善要因を費用項目別にさらに分析する必要があるものの、人件費の削減効果に主な改善の要因があるとするなら、役員報酬の高額化が進む中で、株式会社の経営をめぐる役員と従業員との対立を深める要因となる。むしろ、総資産回転率、あるいは財務レバレッジの改善を進めるべきである。

このように、近年、わが国で進められてきた取締役会の改革は、ROEの推移を見る限り、一応は成功してきたと評価できる。ただし、欧米各国のROEの平均を見ると、2012年時点でアメリカが15.93%、イギリスが18.00%、ドイツが14.05%、フランスが11.93%であり⁽⁹⁶⁾、依然としてわが国との格差は非常に大きい。

また、短期的利益を徹底して追求することによって、短期的にROEを向上させることが可能である。下請け企業へのさらなるコスト削減要求、正規雇用から非正規雇用への切り替えによる人件費の徹底した削減、設備投資の抑制、研究開発費の抑制、収益を生まない本社管理部門の人員削減といった手段によって、短期的な収益性向上のための手段を継続することは可能である。しかし、このような一時的な収益性向上のための手段を継続することは、わが国企業の永続的な発展の必要性の観点ともあいまって、果たして

(95) 宮島＝齋藤・前掲注(94)50頁～51頁参照。

(96) 蟻川靖浩＝井上光太郎＝齋藤卓爾＝長尾耀平「日本企業の低パフォーマンスの要因 国際比較による」宮島英昭編『企業統治と成長戦略』（東洋経済新報社、2017年）402頁。

わが国とこれだけの格差があるものの、これらの国で、長時間のサービス残業や過労死が問題になっているという報道に接することはない。

当該会社の将来的な発展につながるのかが問われる。社外取締役の選任の推進とROEとの関係をめぐる、より詳細な実証研究、そして、欧米諸国とわが国企業のROEの歴然とした格差が一体どこから生じるのかに関する徹底した分析も必要である⁽⁹⁷⁾。また、徒に価格競争と経費の削減を繰り返す企業間のあくなき消耗戦によるのではなく、社会全体として、従業員の給与を含む各企業のコストを適正に価格に反映させることができるような社会が展望されるべきである。

今後のわが国で、社外取締役の選任がさらに進む中、わが国上場会社のROEがどのように推移するのかという点と、その平均値がどの程度、欧米各国の数値に近づくのか、注視する必要がある。

（３）監査役制度との関係

わが国で社外取締役の選任が急速に進められてきた背景・要因の一つとして、社内取締役で構成される取締役会の監督機能の限界とともに、監査役による監査の機能不全とわが国の監査役制度に対して世界的な理解が得られないという点が挙げられる。

まず、昭和25年商法改正後のわが国の監査役制度の変遷を概観する。

昭和25年の商法改正により、アメリカ法を導入して取締役会制度が導入され、取締役会が妥当性監査を含む業務監査を担うこととなった⁽⁹⁸⁾。これに伴い、監査役の権限は会計監査に限定された（昭和25年改正後商法

(97) 2021年5月29日日本経済新聞朝刊15面「攻防 企業統治⑤」と題するシリーズ記事には、東京証券取引所1部上場の1314社を抽出した2020年3月期のROEに関する同社による分析結果が報じられている。それによれば、取締役会に占める社外取締役の割合が3分の1以上を占める807社のROEの中央値は6.48%であり、3分の1未満の507社の値は6.59%とされている。

これを踏まえれば、取締役会の構成員に占める社外取締役の割合を増やすことが、必ずしもROEの向上には寄与していないと見ることができる。

(98) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第3版〕』（有斐閣、1992年）289頁～290頁。

274条)。それにもかかわらず、監査役の資格として、会計の専門家であることが要求されていないという大きな矛盾があった。同時に、取締役と会社との間の訴訟における会社代表の権限、取締役と会社との利益相反取引の承認権限も、取締役に移り（昭和25年改正後商法261条ノ2・265条）、監査役の株主総会招集権の規定も削除された（同年改正による商法235条2項の削除）。また、改正の前後を通じて、監査役が取締役の上位機関として、取締役の業務執行を監査する機関でもなかった。このような点を踏まえて、わが国の監査役制度は、世界的に見ても独特の制度となったとの指摘⁽⁹⁹⁾や、わが国固有の制度であるとの指摘⁽¹⁰⁰⁾がある。

その後、昭和49年商法改正以降、平成13年商法改正までのわ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であったと総括されている⁽¹⁰¹⁾。詳細は他の文献に譲り⁽¹⁰²⁾、以下では、重要な点を確認する。上場会社の粉飾決算による倒産を契機とする昭和49年商法改正では、監査役に業務監査権限が復活するとともに（昭和49年改正後商法274条1項）、大会社に会計監査人による計算書類等の監査が強制された（旧商法特例法2条）。監査役による取締役の行為の差止請求権（昭和49年改正後商法275条ノ2）が法定されたのも、同年の改正による。そして、昭和56年改正による監査役の権限と地位の独立性の強化を伴う改正を経て、平成5年改正では、監査役の任期が2年から3年に伸長される

(99) 岩原紳作「監査役制度の見直し」同『商事法論集Ⅰ 会社法論集』（2016年、商事法務）185頁。

(100) 西山芳喜『監査役制度論』（中央経済社、1995年）133頁。高田晴仁「監査役誕生から現在、そして未来」監査役724号（2021年）10頁・16頁は、株主を頂点として取締役と監査役とが横並びとなる「トライアングル型」と表現している。

(101) 岩原・前掲注(99)186頁。江頭・前掲注(4)541頁も、上場会社等における戦後の機関に関する改正の歴史の相当部分が監査役制度の強化の歴史であるとしている。

(102) 昭和49年以降の監査役制度に関する商法改正の詳細については、岩原・前掲注(99)186頁～188頁参照。

とともに（平成5年改正後商法273条1項）、社外監査役と監査役会制度が創設された（平成5年改正後旧商法特例法18条1項・18条の2）。そして、平成13年12月改正では、監査役の任期が4年に伸長され（平成13年改正後商法273条1項）、社外監査役の要件の厳格化とその必要人数が半数以上とされた（平成13年改正後商法特例法18条1項）。

このように、わが国では、社会の耳目を集める企業不祥事の発生によって起こるコーポレート・ガバナンス改革の議論に対して、長年にわたって、取締役会における階層構造の解消・改善を進めるのではなく、監査役の権限強化によって問題の解決を図ろうとしてきた。しかし、社外監査役と監査役会の制度が導入されたとはいえ、社内監査役は社内取締役と同様に内部昇進の従業員出身者である。さらに、社内監査役のポストは、社内取締役に就任できなかった者が役員に就任するために用意されたものであった⁽¹⁰³⁾。そして、株主総会への監査役の選任議案に関する同意権が監査役（監査役会設置会社の場合は監査役会）にあるとは言え（会社法343条1項・3項）、監査役の人事権は、基本的には取締役の側にある。取締役会内に階層構造があるのと同様に、社内監査役もまた、従来の上司である取締役の下位に位置付けざるをえない存在である。ここでも、下位に位置付けられる者が上位に位置付けられる者を対象として業務監査が行えるかという問題となる。任期が4年に伸長され、監査役会は監査役3人以上で構成され、かつ半数以上が社外取締役に構成されるとはいえ（同335条4項）、監査役に就任した者、とくに社内監査役が、当該会社に経済的に依存する状態であれば、厳格な監査を実施できるのかについては疑問が生じる。

ところで、監査役が調査権を有するとはいえ、各監査役が円滑に職務を遂行するためには、監査役・監査役会の職務を補佐する会社の内部組織の存在が必要になる。そのような組織に所属する従業員は、他の内部組織と

(103) 拙稿・前掲注(1) 6頁の注(16)。

の人事交流の中で当該の職務に従事している。したがって、完全に監査役の指揮・命令権の下に置かれているといえるのかについては大きな疑問がある。当該従業員の立身出世と引き換えに、特定の従業員が監査役の活動状況を取締役の側に逐一、情報伝達する可能性もある。監査役の地位の独立性を確保し、その活動をさらに活性化させるためには、監査役・監査役会に直属する部門と、経営側に直属する内部監査部門との関係、連携のあり方を含め、会社の組織のあり方から議論する必要がある⁽¹⁰⁴⁾。

なお、監査役を補佐する部署に所属することが、当該従業員の立身出世の将来展望と相いれないなら、当該の部署が期待される役割を十分に果たせるとは考えられない。あえて極論すれば、監査役、監査役会は、会社内で仮に彼らを補佐する部署が設けられているとしても、独自に使用人を雇用して⁽¹⁰⁵⁾職務を執行する以外、孤軍奮闘して法的責任を全うするほかに途はない、ということなのかもしれない⁽¹⁰⁶⁾。

(104) なお、コーポレートガバナンス・コードの補充原則4-13③は、「上場会社は、内部監査部門と取締役・監査役との連携を確保すべきである。(以下省略)」としている。また、会社法施行規則105条2項は、監査役に対して、同項各号に定める者と意思疎通を図り、情報の収集および監査の環境の整備に努めなければならないとしたうえで、「取締役又は取締役会は、監査役の職務の執行のための必要な体制の整備に留意しなければならない。」と規定している。

また、内田修平「監査役等と内部監査部門の連携」商事法務2232号(2020年)66頁～68頁は、監査役が内部監査部門に対して指示・承認を行うこと、内部監査部門長の人事・報酬について承認を行う権限を有すること、内部監査部門が監査役に直属するものとするを内部規程等に定めることは、いずれも許容されるとしている。

(105) 監査役は会社法388条に基づいて、会社に対して監査費用の請求権を有するから、これを利用して使用人を雇用することができる。江頭・前掲注(4)561頁の注(10)参照。

(106) このようなわが国監査役制度に内在する問題を、国際的な視点から批判的かつ多角的に捉えた資料として、日本銀行金融機構局金融高度化センター「金融機関のガバナンス改革・論点整理」(2017年10月)

(https://www.boj.or.jp/announcements/release_2017/data/rell171024al.↗)

このように、監査役制度の充実によってコーポレート・ガバナンス改革を推進していくことには、限界がある。平成5年商法改正以降の監査役制度の改正は、取締役制度の改革の身代わりとして行われてきた面があるとの指摘がある⁽¹⁰⁷⁾。10年ほど前から急速に始まった社外取締役の選任に向けた動きは、世界的に理解が得られにくいわが国監査役制度のさらなる充実という途が断念されたことを意味する。これは同時に、取締役会の監督機能をより直接的に発揮させるために、取締役会の構成について、代表取締役を筆頭とする業務執行権限を有する取締役と距離を置いた社外取締役を中心として構成するという制度改革であると捉えることができる。

そもそも、上場会社が選択可能な機関設計として、監査役会設置会社と指名委員会等設置会社に加えて、平成26年会社法改正によって監査等委員会設置会社制度が創設されたのは、多様な機関設計を用意し、制度間競争を図ることにあった⁽¹⁰⁸⁾。ただし、指名委員会等設置会社と監査等委員会設置会社の場合は、いわゆるモニタリング・モデルを実現できる制度であり⁽¹⁰⁹⁾、監査役会設置会社はいわゆるマネジメント・モデルの機関設計である。この3つの機関設計のうち、監査役が置かれるのは、監査役会設置会社だけである。すでに述べたように、監査役会設置会社の場合、社外取締役が業務執行の決定に関与するものの、他の2つの機関設計では、社外取締役が業務執行の決定に関与することはない。このように、社外取締役の果たすべき役割も、監査役会設置会社と他の2つの機関設計とは大きく

ㄨ pdf) がある。

指名委員会等設置会社、監査等委員会設置会社の監査委員会と監査等委員会は、取締役側の組織であるため、内部監査部門との連携を進めやすいと考えられる。

(107) 岩原・前掲注(99)188頁～189頁。

(108) 江頭・前掲注(4)312頁。

(109) 以下では、監査等委員会設置会社について、会社法399条の13第5項の規定に基づいて、重要な業務執行の決定を取締役に委任していることを前提として記述する。

な違いがある。

就任する社外取締役の側から見た場合、これら3つの機関設計の間には、果たすべき役割に関して、非常に大きな違いがある。制度間競争というよりも、社外取締役に主に期待される役割が監督機能であるとするなら、監査役会設置会社の社外取締役に就任することには、大きな矛盾が生じる。社外取締役の選任に向けた動きをさらに強めるなら、果たして今後とも、わが国上場会社で、機関設計としての監査役会設置会社を存続させる意義がどこにあるのかが問われる⁽¹¹⁰⁾。あらためて監査役による監査と、指名委員会等設置会社における監査委員会、監査等委員会設置会社における監査等委員会による監査との違いを明確にする必要が生じてくる。あるいは、監査役を監査機関と位置付けながらも、必要のある場合に取締役に代わる経営機関としての権限を有するところから、代替的経営機関と位置付けることも必要である⁽¹¹¹⁾。

（４）社外取締役による徹底した監督機能の発揮に向けた展望

繰り返し述べたように、社外取締役、さらには独立社外取締役の取締役会における比率を高めることの意義は、社外取締役が監督機能を十分に果たすことにある。これを徹底するためには、とくに上場会社については、取締役会が経営の基本方針等の決定と、執行役および取締役の職務執行の監督に特化する指名委員会等設置会社への移行を強制することが極めて簡明な対応である。ところが、社外取締役の選任を今後さらに進め、指名委員会等設置会社への移行を強制したとしても、決して取締役会が監督機能を十分に果たすことができる保証はない。これを実例として証明したのが、

(110) 高田・前掲注(100)16頁は、東京証券取引所で新たに創設される「プライム市場」を踏まえて、「監査役会を残す上場企業というのは、数の上で少数派になるのではないかと考えております。」としている。

(111) 監査役の代替的経営機関性については、西山・前掲注(100)145頁～146頁参照。

2021年６月に発覚した東芝の事例である。

東芝では、2020年７月開催の定時株主総会において、機関投資家が郵送した議決権行使書面が議決権行使の集計業務を受託している株主名簿管理人である信託銀行によって有効なものとして取り扱われていない点と、一部株主の議決権の行使が妨げられた点が問題となった。同年12月に、東芝の筆頭株主は、この問題を調査するため、臨時株主総会の開催を請求した。2021年３月開催の臨時株主総会では、調査をする議案が賛成多数で可決され、この調査に当たるため、３人の弁護士が選任された。東芝は、調査を進めた弁護士による報告書を同年６月10日に受け取った。報告書では、東芝が経済産業省と連携して、一部の株主に圧力をかけて、議決権が行使できなかったとして、2020年７月の株主総会が「公正に運営されたものとはいえないと考える。」と結論付けた。問題は、この報告書の前に、東芝の監査委員会も調査を行っており、対応に問題はなかったと結論付けていることである⁽¹¹²⁾。

社内の調査と外部調査とで異なる結論が示され、むしろ外部調査の結果に対する信頼性の方が高いという矛盾した結果となった。東芝では、2021年６月開催予定の定時株主総会での社外取締役に関する人事案を差し替え、監査委員会委員長ともう一名の監査委員（いずれも社外取締役）を再任から退任に変更することが報じられ⁽¹¹³⁾、その後さらに、社外取締役である取締役会議長の再任が株主総会で否決されるという事態に発展した⁽¹¹⁴⁾。

東芝は指名委員会等設置会社であり、2015年に会計不正処理問題が発覚したことは３．（６）で述べた。この問題の発生を受けて、東芝では、再

(112) この段落の記述については、2021年６月11日日本経済新聞朝刊１面・３面・13面（調査報告書の要旨）、同月13日朝刊７面、同月15日朝刊３面、同月16日朝刊５面を参考にした。

(113) 2021年６月15日日本経済新聞朝刊３面参照。

(114) 2021年６月26日日本経済新聞朝刊１面・３面参照。また、選任された社外取締役の１名が株主総会当日に辞任している。

発防止のために経営改革を実施したはずである。それにもかかわらず、社内調査の結果と正反対の内容を含む報告書が提出されたことと、会社が特定省庁と連携して特定の株主の議決権行使に圧力をかけたとする報告書の内容は、取締役会の監督機能について、重大な警鐘を鳴らすとともに、コーポレート・ガバナンスの改革・改善を実現することがいかに困難な問題であるのかを実例として証明している。

要するに、社外取締役の選任を進めたとしても、わが国上場会社で頻繁に発生している不祥事やこれに類する事件を根絶することはできないということである。むしろ、このような事件が発生しないよう、構築されているべき内部統制システムが健全に機能しているかを定期的に把握し検証すること、問題とすべき事象が発生した際に、原因究明を含めて、状況を改善するための基本的な方策が事前に立案されているかを確認しておくことが重要である。このように、社外取締役の員数、取締役会における比率を増加させることに最終目的があるのではなく、選任された社外取締役が、最高経営責任者の支配に服さない状態で、真に監督機能を十分に果たすための制度基盤を実際に機能させることこそが重要である。

逆に、求められた基準どおりに社外取締役を選任し、外形を整えることは、ある意味で簡単である。外形だけを整えるだけで実質が伴わなければ、従業員が取締役に就任できる機会が結果的に奪われ、高額化する役員報酬の下、従業員と経営者との分断を強め、場合によっては従業員の勤労意欲の低下を招く。また、就任する社外取締役は、社外取締役が決して名誉職ではなく、極めて重い責任を伴う仕事であることを十分に自覚しておくべきである。

(5) 社外取締役と社内取締役との対立

社外取締役の選任を今後さらに進めた場合、将来的に懸念される問題は、社外取締役と社内取締役との間で、激しい対立が生じることである。社外

取締役が取締役会の過半数を占めれば、社外取締役が団結することによって、取締役会を牛耳ることが可能になる。

最も深刻なケースとして想定されるのは、指名委員会等設置会社の指名委員会の過半数を占める社外取締役が団結して、自らを含む社外取締役の選任議案を無批判に承認し続けるケースである。指名委員会の人事案に対しては、取締役会でも結論を覆らせることができないことはすでに述べた。これを逆手にとれば、社外取締役の居座り、社外取締役による会社経営の乗っ取りが十分に可能になる。指名委員会の社外取締役の意向に沿わない社内取締役に、再任の途はないことになる。「経営者支配」に代わる「社外取締役支配」が出現する可能性が生じる。社外取締役には、すでに述べたように、現行法上、在任期間の制限がない。

このような事態が発生した場合、指名委員会の暴走を阻止するには、株主総会で指名委員会の人事案を否決する以外に方法はない。しかし、このような意味での社外取締役の暴走に対して、社内取締役がどのような対抗策がとれるのかは今後の課題である。とくに、指名委員会等設置会社に移行する株式会社においては、初めに選任する社外取締役の人選に、極めて慎重な作業を重ねるべきである。

以上を踏まえれば、取締役会の構成を社外取締役が過半数を占める状態にすることには、慎重であるべきではないかと考える。社外取締役は常勤でもないし、会社法348条の2に基づいて会社から業務の執行を委託されないかぎり、会議体の構成員にすぎない。現時点では、取締役会に占める社外取締役の比率の引上げ、つまり社内取締役、とくに特定の代表取締役に支配された取締役会からの脱却が指向されているものの、株式会社の経営に対して最終的な責任を負うべき者は、常勤の社内取締役であって、社外取締役ではない。

（6）わが国上場会社の将来展望

今後、わが国上場会社の取締役会は、その過半数を社外取締役が占める状態に向けた動きがさらに強まると考えられる。取締役は、使用人から確実に分断され、社内取締役はごくわずかの使用人経験者が就任できる地位になるから、使用人と取締役とが一体となって当該会社の発展のために精勤するというわが国企業に典型的に見られた図式は、今後、確実に崩壊する。使用人は、会社から支給される賃金の範囲で勤務する労働者としての位置づけが強まると考えられる。サラリーマンの副業の解禁の動き⁽¹¹⁵⁾は、使用人と会社との関係のあり方の根本的な見直しをも迫るものである。また、出世と引き換えに行われてきた従業員のサービス残業も、必然的になくなる。なお、会社法上の取締役会改革を進めてみたところで、使用人の会社に対する精勤なくして、会社の業績向上と発展は期待すべくもないことは強調しておく必要がある。

それでもなお、使用人に対して会社への精勤を会社が期待するなら、執行役員制度を整える必要がさらに強まると考えられる。日本監査役協会の調査によれば、執行役員制度を採用している会社数は、上場会社かつ監査役会設置会社で77.1%、上場会社かつ監査等委員会設置会社で72.0%を占める⁽¹¹⁶⁾。執行役員制度は、会社法上の制度ではない。あくまでも上級使用人を使用人のまま、取締役に擬制した立場で雇用するための便宜的な仕組みである。会社法上の制度ではない執行役員制度の下で、実質的に、かつての使用人兼務の社内取締役と同様の職務を遂行しながら、執行役員が会社に対する責任と第三者に対する責任を問われることがないことが妥当なのかという点も、将来、問われるかもしれない。

(115) 厚生労働省「副業・兼業の促進に関するガイドライン」（平成30年1月策定、令和2年9月改訂）（<https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/000665413.pdf>）

(116) 日本監査役協会「第20回インターネット・アンケート集計結果（役員等の構成の変化など）」2020年5月18日（www.kansa.or.jp/support/library/secretariat/enqtotal20-1.html）

わが国のとくに上場会社では、終身雇用、年功序列、ボトムアップの意思決定によって従業員のやる気を引き出すいわゆる日本の経営が行われてきた⁽¹¹⁷⁾。この日本の経営の下で、経営者支配とあいまって、株式会社に於ける株主利益最大化よりも、従業員や取引先といったステークホルダーの利益が重視されてきたのかもしれない。バブル経済の崩壊は、そのような日本の経営の終焉を導き、極めて厳しい国際競争の中、経営者は株主からの監視をこれまでになく強く受けることにつながる。そして、敵対的企業買収が一般的になるなか、取締役、とくに代表取締役は、株主利益最大化を強く意識せざるを得なくなることは間違いない。

株主の側でも、その株主権の行使をめぐる議論が浮上する可能性がある。株主権は、当該株主の自己の利益の最大化の観点から行使すればよいと考えられてきた。しかし、アクティビスト・ファンドや超高速取引の結果、瞬間的に株主になっているにすぎない株主、あるいは支配株主といった特定の株主の株主権の行使のあり方については、支配株主の誠実義務としてかつて議論されてきた点も踏まえて、検討すべき局面が増えることが予想できる⁽¹¹⁸⁾。

(117) 江頭・前掲注(4)49頁。

(118) 支配株主の誠実義務については、江頭・前掲注(4)133頁とそこに挙げられた文献参照。

本稿執筆の時点では、関西スーパーマーケットがエイチ・ツー・オーリテイリング傘下の食品スーパー2社との経営統合をめぐる会社側提案と、これに反対するとともに自社の子会社化を提案するオーケーとの間で、関西スーパーマーケットの株主総会での議決権の取扱い方法をめぐる争いが最高裁にその判断が委ねられ、最高裁は2021年12月14日に関西スーパーマーケットとエイチ・ツー・オーリテイリングとの経営統合を認める判断を示したことが注目される。2021年12月15日日本経済新聞朝刊1面・17面参照。ゴーイング・コンサーンとしての株式会社のあり方と、会社と株主間との対立をめぐる問題は、今後とも増加すると予想される。

おわりに

本稿では、社外取締役の制度が、わが国で導入された経緯、さらにその選任が義務付けられることになった経緯を振り返って示し、社外取締役が果たすべき役割、さらには、会社法上の社外取締役の権限と義務が明確ではない点を指摘した。

そして、社外取締役が、わが国上場会社が永年抱えてきた取締役会の監督機能の限界を打破する「魔法の使い」なのかという問題意識から、むしろ、それに否定的な立場からの検討を行った⁽¹¹⁹⁾。現行の会社法のままでは、就任する社外取締役は、あまりにも大きな法的リスクを抱えることになる。選任する会社の側からみると、社外取締役を選任したという外形を整えること自体は、比較的簡単に行える。ただし、本稿で述べた社外取締役が潜在的に抱える法的リスクに疎く、高額報酬と社会的な名声を得ることに熱心な者は、必ず存在する。そのような者が、本稿で述べた社外取締役として期待されている役割を十分に果たすことができるのかは、大いに疑問がある。

むしろ、社外取締役を選任する意義を踏まえ、期待される役割を果たせるような環境整備を進めるべきである。社外取締役の選任という外形を整えることなく、整えた外形を実際に機能させることこそが重要である。そのためには、本稿での検討を踏まえ、次のような点について、さらに検討を進めるべきである。

社外取締役が取締役会の構成員として、取締役会が担う代表取締役等に対する監督機能を尽くす上で、社外取締役の就任先の会社からの経済的独

(119) 社外取締役の選任が進むことに対する徹底した批判として、神谷高保「社外取締役の導入促進に反対する」法学志林113巻2号（2015年）1頁～114頁がある。特定の頁を引用していないものの、神谷教授は、あらゆる観点から社外取締役の選任促進に徹底して反対されている。

立性を確保することが重要である。再任されないこと、さらに進んで、解任も視野に入れた活動を社外取締役が徹底して行うためには、社外取締役が就任先の会社に経済的に依存することのない状態を実現することが必要となる。これに関する会社法の条文はないものの、これが、監督機能の実効性を確保する上で非常に重要なファクターであると考ええる。そのためには、一社から得られる社外取締役としての報酬額の如何によるものの、一定の範囲内で、社外取締役に兼任を認めざるを得ない。専門的職業経営者の存在をわが国社会として認めるということである。ただし、社外取締役に兼任を認める場合も、その数には、おのずと上限があることも指摘したとおりである。社外取締役の在任期間について、一定の制限も設ける必要性も同様である。現時点では、社外取締役候補者が当該の株式会社にどの程度経済的に依存するかに関する判断は、株主に提供される株主総会参考書類に基づく各株主の判断に全て委ねられている。

次に、本稿の随所で指摘してきたとおり、社外取締役が果たすべき役割のさらなる明確化が必要である。これは、社外取締役が負う善管注意義務の内容を具体化する作業でもある。これが具体的に明らかにされない限り、社外取締役の選任を今後さらに進めていく上での障害になると考える。上場会社で社外取締役の選任が現時点で順調に進んでいるのは、社外取締役を標的とした責任追及の訴訟が行われていないことによるのかもしれない。あらゆる会社で不祥事の発生が相次いでいるというのが、現在のわが国上場会社の現状である⁽¹²⁰⁾。上場会社の代表取締役と業務執行取締役、さらに社外取締役を含めた取締役は、巨大な組織の末端まで、不祥事や違法行

(120) 本稿の執筆中に、わが国を代表する上場会社の一社である三菱電機株式会社で、鉄道用装置の検査データの不正が35年以上にもわたって継続され、架空の検査データを生成するプログラムまでもが使用されていたことが報じられた。これを受けて、同社では、組織ぐるみの不正であったと認めざるをえなくなり、社長が辞任する事態となった。2021年7月3日日本経済新聞朝刊1面・3面・13面参照。

為・不正行為が発生していないか、監視の目を行き届かせることは不可能である。内部統制システムの構築と、その機能の実際のあり方が問われる。

さらに、社外取締役の側から見た場合、就任に際して、その職務の内容を具体的に明確にした任用契約を会社と取り交わすことも、今後は必要になると考える。ただし、このような動きが盛んになり、社外取締役の職務の範囲を契約で狭く限定して設定した場合、そのような契約の有効性が社外取締役の会社に対する責任の局面で、会社法上、認められるかという問題⁽¹²¹⁾とともに、その法的効力が認められた場合、果たして社外取締役の選任を積極的に進める意義が、一体どこにあるのかも同時に問われることになる。むしろ、使用人性を排除するとともに、取締役就任者の経済的独立性を確保したうえで、社内取締役の選任を積極的に進めた方が、上場会社の経営にとって、よりよい結果を生むことにつながるということも考えられる。

最後に、社外取締役は、株式会社の「業務執行の決定」（会社法362条2項1号）にではなく、「取締役の職務執行の監督」（同条2項2号）におい

(121) 会社法制定前には、株式会社は取締役会設置会社である必要があったため、取締役の員数合わせのため、とくに小規模な株式会社には名目的取締役が存在した。このような名目的取締役の第三者に対する責任については、これを肯定するものと否定するものがある。江頭・前掲注(4)・537頁参照。

ただし、株式会社と取締役との関係は、委任に関する規定に従うから、受任者と位置付けられる社外取締役が行うべき職務について、社外取締役が株式会社との間で、その内容について具体的に定めた契約を締結することは、可能であるのかが問われる。株式会社の側では、当該契約を締結した社外取締役に対して、その契約の範囲を超えて、当該社外取締役に対して株式会社に対する責任を追及できるか、ということになる。私見は、社外取締役が就任に際して、その職務の範囲を明確に限定した契約を株式会社と締結することは可能であると考えられる。

なお、名目的取締役の会社に対する責任を当該会社が追及した事例は、代表訴訟を含めて、これまでに見られないと思われる。前掲注(87)で示した東京地判平成25・11・26は、取締役の第三者に対する責任が追及された事例である。

て果たす役割にこそ、社内取締役に期待できない社外取締役としての存在意義があることを指摘しておく。

（後記）

筆者は、2021年10月23日に早稲田大学で開催された東京商事法研究会で、本稿に基づく報告を行った。その際、多くの先生方から、有益なご指摘・ご意見を頂戴した。この場を借りて、篤くお礼を申し上げる。研究会でいただいたご意見のうち、主なものと、それに対する私の考えをここにあらためて示しておく。

第一に、本稿で検討した「社外取締役」の定義に関する点である。本稿では、会社法2条15号の社外取締役にに関する定義を前提として検討している。ただし、この定義規定で、本稿で検討した社外取締役としての機能が十分に果たせるのかについては、さらに検討が必要である。例として、メインバンク出身者、当該株式会社から報酬を得ている弁護士・公認会計士・税理士、そして、当該株式会社の主要取引先出身者があげられる。これらの者は、会社法上の社外取締役としての要件を充足するものの、果たしてこのような経歴を有する者が社外取締役として期待される役割を十分に果たせるか、ということには疑問が生じる。

第二に、本稿3.(2)で検討した役員報酬に関する点である。本稿では、役員報酬の全体的傾向を踏まえて検討を進め、社外取締役とそれ以外の取締役の報酬とを、とくに区別して検討していない。社外取締役に監督機能の発揮を期待する場合、社外取締役に業績連動型報酬を採用することには、矛盾が生じる。現時点で、社外取締役の報酬を社内取締役と明確に区別して議論することは、行われていない。このような視点については、今後の課題としたい。また、例えば取締役会議長に社外取締役が就任する場合、その職責の重さを踏まえれば、固定的な報酬としてよいのか、当該議長の下での経営活動の結果、業績が向上した場合に、その貢献をどのように評

価するかという問題もある。

第三に、本稿3.(4)で検討した社外取締役の調査権に関する点である。本稿で検討した社外取締役の調査権は、監査役の調査権について規定した会社法381条2項と同様の権限を前提としたものである。取締役の調査権については広狭の二義があると考えられる。広義には、業務執行権限を有する取締役には、業務執行権限に基づく情報収集権がある。本文で参照した最判昭和48・5・22民集27巻5号655頁は、監査役が有する会社法381条2項と同様の権限が取締役会に専属するとの判断を示したものであると解釈できるところから（とくに「取締役会を通じて」としている点）、本稿では、本判決をそのように解した解釈論を示した。私見と同様、個々の取締役に調査権はないとする落合誠一編『会社法コンメンタール8』（商事法務、2009年）219頁〔落合誠一〕も参照されたい。

最後に、本稿の2.(2)の注(28)〔龍谷法学54巻2号18頁〕に対応する本文「平成元年改正前会社法327条の2」は、「令和元年改正前会社法327条の2」の誤記である。お詫びして訂正する。