

社外取締役はコーポレート・ガバナンス強化の 担い手たり得るのか？——「企業統治改革（14年会社法改正、 スチュワードシップ・コード、コーポレート・ガバナンス・コード）」の実相と課題

新山 雄三

はじめに コーポレート・ガバナンスはどこへゆく

一 企業統治改革ないしコーポレート・ガバナンス強化の課題

ここ数年間の「貯蓄から投資へ」などという国の政策にもよるところは大きいのだろうが、わが国においてもようやく、株式所有の分散化ないし株主の大衆化ともいべき株式投資への一般大衆の参加が、一段と進行しつつあると言えるであろう。そのような状況認識からすれば、株式会社制度が文字通りその「社会化」を一段と強めている現実を否定することは出来ない。そしてまた、それに応ずる形で、かかる株式会社制度への法的コントロールの在り方についてもまた、それなりの現代的改革が求められることになる。

一言で言えば、企業統治改革ないしコーポレート・ガバナンス強化の課題が、よりいっそう切実な要請として実現されなければならないということでもある。現に、他方で、ごく最近においても、たとえばわが国を代表する大家電メーカーの一つである東芝¹⁾の不正会計処理に見られるように、大衆投資家の期待を裏切るような、相変わらずの大型の企業不祥事の発生が止まらない。コーポレート・ガバナンス強化の課題が、わが国の企業社会において、いわば永続的な課題であり続けているということが、厳しく認識されなければならない。

わが国における株式会社企業をめぐるそのような経済的社会的状況のいっそうの変化をも踏まえてか、安倍政権は、アベノミクス継続維持のための、さらなる規制改革の一環として、14年2月に金融庁・経産省等が主導する形で日本版スチュワードシップ・コードな

1) 東芝は、監査役(会)制度の無機能化を非難しつつ、社外取締役による業務監査を特色とするアメリカ型のコーポレート・ガバナンスへの移行を図った02年商法改正で導入されたいわゆる委員会等設置会社を、いち早く導入した会社として注目され、コーポレート・ガバナンスの優等生会社と呼ばれていたといっても過言ではないであろう。その東芝においてこの不祥事である。

るものを策定し、さらに14年6月に会社法改正を行い、加えて15年に入って東京証券取引所がコーポレート・ガバナンス・コードなるものを定め、一連の「企業統治改革」の一応の立ち上げが終了したものといえる²⁾。

二 最近の一連の「企業統治改革」の内容の簡単な紹介

そこで、本稿は、今回の「企業統治改革」の内容がどのようなものであり、それが現代日本の企業社会が求めている企業統治改革（コーポレート・ガバナンスの強化）に相応しいものとなっているのかどうか、問題があるとすればどのような問題があるのか、検証を試みようとするものである。まず最初に、ここで行われた「企業統治改革」の内容を簡単にご紹介しよう。

まず、日本版スチュワードシップ・コードは、主として投資信託の運用会社、年金基金などのいわゆる機関投資家の責任基準として、金融庁が中心となって策定されたものであるが、「投資と対話を通じて企業の持続的成長を促すために」という副題がついているように、責任ある機関投資家が投資家と投資先企業との間に立って、適切にそのスチュワードシップ責任を果たし、投資先企業の企業価値の向上や持続的な成長発展を促し、同時に顧客・受益者の中長期的な投資リターンの拡大を図るための責任原則ともいべきものであるとされる（コードそのものの詳細な具体的内容等については、商事法務誌上やインターネット上で参照されたい）。要するに、主として機関投資家の受益者に対する責任ある行動原則についてのルールを策定したものと言える。

次いで、14年会社法改正についてであるが、今回の改正内容はいくつかのテーマに分かれるが、本稿においては、もっぱら企業統治改革関連項目とされる論点のみを扱うこと

2) 以下、今回の一連の会社法改正ならびにスチュワードシップ・コードおよびコーポレート・ガバナンス・コードによる企業統治改革をまとめて「企業統治改革」と表示し、カギ括弧無し企業統治改革はそれこそ理論的一般的な意味での企業統治改革を意味するものとする。なお、今回の「企業統治改革」に特徴的なことは、とりわけ、企業統治関連の法的環境作りとして、ハード・ロー（法規制）としての会社法改正に加えて、いわゆるソフト・ローと呼ばれる自主規制ないし紳士協定とも呼ぶべきものが付随されていることである。すなわち、第一に、昨年金融庁等が中心となって定めた日本版スチュワードシップ・コードなるものと、第二に、今年に入って東京証券取引所が定めたコーポレート・ガバナンス・コードなるものである。これらはもとより、ハード・ローではなく、法規制のような強制力を持つものではない。ただ、企業経営の在り方に関する指針として一定の在り方を指し示し、それに従わない場合には従わない理由を説明しなければならぬ（「従え、さもなければ説明せよ（comply or explain）」）といった、イギリス流の規制方式が取り入れられているという点で共通しているということが出来る。株式会社規制システムとしてのソフト・ローの意義と問題点については、後掲注7)をも参照されたい。

とする。そこで取り上げられているのは、まず第一に、新たな機関設計として監査等委員会設置会社が導入されたこと、第二に、社外取締役・社外監査役要件の見直しが行われたこと、第三に、社外取締役を置いていないことの理由の開示義務を設けたこと、第四に、監査役（会）設置会社において株主総会に提出する会計監査人の選任・解任等に関する議案の内容の決定は監査役（会）において行われるものとされたことの四つである。

さらに、コーポレート・ガバナンス・コードは、東京証券取引所が策定したコーポレート・ガバナンス強化のための規準であり、いうまでもなく証券市場に上場されている株式会社企業向けのものであるが、それによれば、その主要な目的は、わが国の株式会社企業において、「持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のための自律的な対応が図られることを通じて、会社、投資家ひいては経済全体の発展にも寄与する」ためのものとされ、さらに、「会社の迅速・果敢な意思決定を促すことを通じて、いわば「攻めのガバナンス」の実現を目指す」とされている。要するに、アベノミクスの一環としてのいわゆる成長戦略の一端を担うものとして、企業パフォーマンスを高めるために、効率性の向上を目指すという意味合いが強くなっているということが出来よう。具体的には、株主の権利や平等性の確保、株主以外のステーク・ホルダーとの適切な協同、適切な情報開示と透明性の確保、取締役会等の責務、株主との対話等々が狙いとされている。

続いて、以上見てきたような昨今のコーポレート・ガバナンス・コード絡みでの「企業統治改革」の、問題点の摘示とその検討に入ろうと思うが、その前に、われわれは、そもそもそこで語られているコーポレート・ガバナンスの意味と、コーポレート・ガバナンスの本来の意味との、若干の齟齬を明確にしておかなければならない。なぜならば、その強化を図るための改革的措置の在り方についても、そこで前提とされているコーポレート・ガバナンスの意味の違いが、自ずと微妙な改革的措置の違いを生み出すことになるからであり、本来の意味における企業統治改革を実現するためにも欠かせない作業であると思われるからである。

第一章 企業統治改革として求められているものは何か

一 「企業統治改革」における企業統治の意味

先ず、昨今のコーポレート・ガバナンス・コード絡みの「企業統治改革」の評価を行う

場合、何よりの前提として認識されていなければならないのは、企業統治、すなわちコーポレート・ガバナンスということがいったい何を意味しているのかということである。

今回の一連のいわゆる「企業統治改革」においては、先に簡単にご紹介したように、基本的には、いわゆるアベノミクス継続のための追加的経済成長戦略の一環として、ある種の経済政策的措置として位置づけられている面が色濃いように思われる。これが「攻めのガバナンス」と称される所以であろう。

すなわち、そのような位置づけから、「企業統治改革」に最終的に求められていたことは、株式会社企業の持続的な成長と中長期的な企業価値の増大のための対応なのであって、その意味においては、本来のコーポレート・ガバナンスの意味からはやや乖離が生じていると言わざるを得ない。というのは、企業の持続的な成長や企業価値の増大化は、株式会社企業の企業経営それ自体の本来の任務であり、あえて言えば、業務執行機関そのもののいわば固有な任務なのであって、ことさら企業統治改革といった形で求められるべきような性質の任務ではないからである。

二 企業統治（コーポレート・ガバナンス）とは法人たる株式会社企業に固有なもの

なぜならば、コーポレート・ガバナンスとは、文字通りコーポレートすなわち法人の、ガバナンス（統治）はどうあるべきかということが問題とされる、法人企業たる株式会社に優れて固有なテーマなのである。というのは、いうまでもなく法人制度とは、この社会における基本的な構成員として、本来の法主体性を生まれながらにして認められている自然人に対し³⁾、その自然人が一定の目的の下に複数集まって団体を形成し、団体的活動を行おうとするときの、いわば便宜のためにその団体に法的主体性を与えるための制度である⁴⁾。この自然人と法人との権利能力における差異の認識はきわめて重要である⁵⁾。

いずれにせよ、かくして、営利を目的とした経済活動のための団体である株式会社もまた法人ということにされ（会社法3条）、団体としての株式会社それ自体が法主体性を持つこととなる。ところが、ここで、株式会社が法主体性を持つとはいえ、法人である以上

3) 民法3条は「私権の享有は出生に始まる」と規定する。

4) 民法34条「法人は、法令の規定に従い、定款その他の基本約款で定められた目的の範囲内で権利を有し義務を負う」と規定する。

5) 法人の法主体性は、自然人が複数集まって団体を形成し、一定の団体的活動をする場合の、いわば便宜のために認められたものであるがゆえに、その団体の存在目的に制約されざるを得ないことになる（詳しくは拙編著『会社法講義 - 会社法の仕組みと働き』（日本評論社、2014年刊）32頁以下を参照されたい）。

自然人とは違って、あくまで無形の観念的な存在にすぎず、結局のところ、代表機関の地位にある自然人（代表取締役）の意思や行動を介して意思し活動するしかない。

そこで、コーポレート・ガバナンスが問題となるのである。すなわち、株式会社においては一方での出資者たる不特定多数の株主（実質的所有者）の存在と、他方における会社、ひいては出資者たる不特定多数の株主、からの委任を受け業務執行を担う取締役等（経営）との分離が必然化する。そこで、後者すなわち経営が、きちんと前者すなわち所有の意思に従っているかどうかが問われざるを得ないことになる。コーポレート・ガバナンスの問題とはそのような法人たる株式会社企業に優れて固有な問題なのである⁶⁾。

三 企業統治（コーポレート・ガバナンス）の課題

すなわち、繰り返すいうがコーポレート・ガバナンスとは不特定多数の出資者から成る、法人たる株式会社という企業形態においてはじめて問題となる性質の事柄なのである。しかも、その本質は所有による経営のコントロールが働いているかどうかということが問題とされているのであることを忘れられるべきではない。

法人の代表機関の地位にある者（代表取締役等）が、自己もしくは第三者の利益のために代表行為を行ってはならず、もっぱら会社の利益ひいては株主達の利益のために忠実に代表行為を行わねばならないということなのである。株式会社においては、実質的な所有者である出資者たる株主が不特定多数化し、会社の業務執行がかかる株主とは異なる業務執行機関に委ねられざるを得ないという企業形態的特徴のゆえに、所有と経営との機能的制度的乖離が起こっているということ、したがって私的所有制を基礎とした経済的自由主義の社会では、所有による経営のコントロールが、別な言い方をすれば、株主によるガバナンスがきちんと効いているのかどうか問われざるを得ないことになる⁷⁾。

もとより、株主総会を最高の基本的意思決定機関とする権限分配が行われてはいるのであるが、その株主総会によって選出されている業務執行機関がきちんと実質的な所有者である株主の意思にしたがって、会社の利益、株主の利益のために執行されているかどうか問われており、次章において触れるように、それを疑わせるさまざまな諸要因が不可避

6) ただし、同じく法形式的には法人扱いにはなっているが（会社法3条）合名会社企業や合資会社企業、ならびに法人ではない組合契約企業や個人企業はいずれもすべて、自然人が個人として行う企業活動の延長線上で捉えられるのであって、ここでは所有と経営は合一しており、出資者＝経営者ということになっており、ガバナンスが問題となることは一切ないと言って良い。

であるからである。

第二章 「企業統治改革」とあるべき企業統治改革（コーポレート・ガバナンスの強化）

一 「企業統治改革」の現実と課題

ところで、先にも若干触れたが、アベノミクス関連の一連の「企業統治改革」に掲げられている、投資先企業が持続的に成長し企業価値が増大して行くという点について検討してみよう。たしかに、企業の持続的成長や企業価値の増大が、結果として投資者たる株主の利益にも繋がることを否定することはできない。がしかし、そのような企業の持続的成長や企業価値の増大を厳しく追求するということは、場合によっては逆に業務執行担当者に精神的な負担を強いることとなり、東芝の例にも見られるように、代表取締役社長の設定した到達不可能ともいえる過大な結果が求められるあまり、ついつい粉飾に走るという違法行為を行い、その結果として株価は下がり、将来にわたる多大なる損害の発生といった事態を招くことにも繋がりがねないのである。過大な業績主義の結果として、損失隠しや粉飾決算等々の不正経理に手を染めたり、欠陥商品の販売や手抜き工事に目をつぶったり、環境破壊の有毒汚染水の排水を放置したり...等々、不法不当な企業の経営行動が行われていくのであり、これらをチェックしコントロールすることこそ、コーポレート・ガバナンスの課題であると言わざるを得ない。

さらに、本来的に言えば、企業の持続的成長や企業価値の増大化といった業務は、先にも触れたように、実は業務執行機関に固有な領域に属する仕事であって、企業統治改革と

7) コーポレート・ガバナンスのこのような意味については、まさしく、近代社会の成り立ちや構造との関連によって規定されていると言わざるを得ないのであるが、さらに言えば、コーポレート・ガバナンスの維持強化を任務とする株式会社法は、いわば経済的自由主義を秩序理念とする資本主義経済システムの、いわば基盤的的制度としての私的所有制にかかわる、経済的インフラストラクチャーとして、優れて所有権法的性質を持った法律なのである。

株式会社法的法律関係を契約関係や債権関係として捉える考え方が、およそ理論的には成り立ち得ないことについては、拙稿「株式会社法の基本的性格と法としての任務－株式会社法は何ゆえに強行法規の体系として存在してきたのか」永井＝中島＝南保編『会社法学の省察』1頁以下参照。この拙稿の考え方からすれば、株式会社に対する法的コントロールにおける、たとえば今回の「企業統治改革」に見られるような、いわゆるソフト・ローなる規制システムが大幅に拡大されることもまた、一定の批判の対象とされざるを得ない面を免れ得ないのであるが、この点についての詳細は稿を改めたい。

してあえて口を差し挟むべき事柄ではないのではなかろうか。業務執行機関の立場から言えば、それこそ余計なお世話とすら言いたいのではないのだろうか。

企業統治改革ないしコーポレート・ガバナンスの強化として求められるべき仕事は、実は、所有による経営のコントロールないし株主によるガバナンスの強化でなければならない。その点、「企業統治改革」においても、たしかに、日本版ステュワードシップ・コードは機関投資家が投資家の利益の観点から投資先企業への影響を強めることを一つの重要な狙いとしており、コーポレート・ガバナンス・コードも株主の権利や平等性の確保を、さらには株主との対話をも語っている。

これらのことは大いに助長されるべき改革の一つの在り方と言えるのであろうし、その点は重要な指摘として、企業統治改革としても大いに評価されるべきものと考えられる。ともすればお座なりになりがちな株主によるガバナンスの強化要請、すなわち株主の権利の強化や株主総会の権限の強化を図ることが、企業統治改革においては何よりの前提となることの認識は明確化されていなければならない。

二 私的自治の株式会社法的表現—“株主によるガバナンス”

以上、企業統治すなわちコーポレート・ガバナンスとは、言うまでもなく、“株主によるガバナンス”を意味しているということであるが、ではいったいなぜそうなのかについて若干の説明をしておこう。

われわれのこの社会が私的所有制を基礎とした経済的自由主義の社会であるということは自明のことであるが、そこでは、経済活動は市民誰も自由に行うことができ、基本的に私的自治が支配することになるのであり、株式会社による経済活動、すなわち株式会社の経営についても、基本的には同様な私的自治が支配することになる。ただ注意を要するのは、株式会社という経済主体の特性からして、当然のことながら私的自治も株式会社法的な変容を受けざるを得ないということである。

すなわち、株式会社法における私的自治は、所有による経営のコントロールの論理と制度、言葉を換えれば、株式会社の実質的な所有者である“株主によるガバナンス”の論理と制度という形で表現されることになる。この社会においては、この“株主によるガバナンス”こそが私的自治の株式会社法的表現として、経営に対する唯一無二の法的コントロールということになる。株式会社の経営者は、この“株主によるガバナンス”以外のコントロールを受けることは、基本的にはないと言わざるを得ない。だから、株式会社法におい

ては、経営に対する法的コントロールとしての、“株主によるガバナンス”の論理と制度がきわめて重要な役割を担うことになる⁸⁾。

ところが、この“株主によるガバナンス”についてであるが、もちろん、それ自体を強化していくための、先にも触れたような諸々の株主権の強化とか株主総会の権限の拡大とかの諸措置を、よりいっそう維持発展させていかなばならないことはいうまでもない。しかし、高度に専門化し複雑化した現代経済社会の株式会社大企業の経営に対して、それぞれ社会各層のさまざまな職業を持った一般大衆が、別な言い方をすれば、いわばアマチュアの集団ともいうべき株主達が、いかに努力したとしても、すなわち会社法上与えられている各種の株主権を行使し、せいぜい年数回程度開かれる株主総会に出席し議決権行使をしたとしても、プロの経営に対する真の実効性のあるガバナンスを効かせることなどは、ほとんど不可能に近いことなのである⁹⁾。

三 わが国の株式会社大企業の経営ないし経営者の実態と意識

かくして、この“株主によるガバナンス”というコントロールシステムは、すでに上で述べたような、それ自体としてすでに内在的な自ずからなる限界を免れ得ない。かてて加えて、どうしても克服されなければならないとわれわれには思われる、わが国の企業社会における経営の実態と経営者の意識の在り方を指摘せざるを得ない。すなわち、それは、わが国の企業内慣行としての年功序列や人事制度の在り方との関係もあるのであるが、最終的に業務執行機関の長たる代表取締役社長の椅子に座ることになった方々に、おそらく厳然としてあるのではないかと思われる、わが社は自分の会社であるというオーナー意識といった感覚である。大卒で入社し、主任になり係長になり課長になり次長になりそして部長になり、その中から選ばれて役員になるというプロセスを経る中で、一生かけて最

8) コーポレート・ガバナンスの意義と機能等に関する学説上議論の検討を踏まえて、あるべきコーポレート・ガバナンスについて論ずる拙著『論争“コーポレート・ガバナンス”』（商事法務研究会刊、2001年）参照。

9) 株式会社法制度は、ある意味においては、近代経済社会における私的所有制の持つ一定の限界（生産の社会性公共性と所有の私的性格との矛盾）を乗り越えるために考えられた企業形態であるが、それは文字通り私的所有の一定の枠内における「社会化」に他ならなかったと言えよう。資本主義経済のいっそうの高度化の中で、その「社会性」もまた一段と高度化する。当然のことながら、それに対応した法的コントロールの在り方についても、いってみれば私的自治の限界を乗り越えた新たな可能性を探っていかなければならないものと思われる。そのような意味においては、私的自治の株式会社法的表現である、「所有による経営のコントロール」ないし「株主によるガバナンス」の論理と制度それ自体もまた、さらには、多元的なステーク・ホルダーの諸利益をもどのようにガバナンスに反映させるのかといった、新たな問題にも直面していかざるを得ないのである。

後の到達点にやっとたどり着いたという代表取締役社長の地位、ある意味では致し方のないことかもしれないが、そういった事情が良くも悪しくも、ある種のオーナー意識を生み出すことになっているように思われる。

しかし、株式会社という企業形態においては、実は、代表取締役社長は決してオーナーではなく、近代法秩序の下においては、あくまで、オーナーは法形式的には株式会社であり、そしてまた経済実質的にはその背後に存在する不特定多数の株主達なのである。要するに、オーナーたる会社もしくは株主達から、委任を受けて業務執行を行っている受任者に過ぎないのである。

したがって、このような意識の面におけるずれを是正する意識改革こそが何より求められなければならない。すなわち、本来は受任者であるに過ぎないのではあるが、代表取締役社長等は、もとより表面的には受任者たることを認識をしていないことはないのである。本音の部分では実は頂点に立った自分こそわが社のオールマイティーな権力を持ったオーナーであると思いつく。かくして、ともすれば、株主の利益よりも先に、わが利益を優先するようになるということが頻繁に起こり得ることになっているのではなからうか。たとえば、そのような意識の結果として、業績を上げて盛名を得たいとか、不当に過大なお手盛り報酬を続けたりとか、経営陣の人事等についても社長個人の個人的な依怙臆等々による、不適切人事が行われるとか、さまざまな悪影響が生じかねないわけである。確かに日常的には代表取締役社長の意思や行動を指図する者はいないのであり、年1回ないし数回行われ得る株主総会をクリアすれば、誰にも後ろ指をさされることはない。

かくして、一方での経営の側のオールマイティーな権力を持ったオーナー意識、他方でその所有の側の“株主によるガバナンス”のコントロール力の脆弱性を考えるとき、わが国の株式会社大企業における経営は、ほとんどノーコントロールといっても良いほどの状態におかれているといっても強ち過言ではない。

第三章 企業統治改革（株主によるガバナンスの強化）における 直接的措置と間接的措置

一 株主による直接的ガバナンスの脆弱性と業務監査機関の必要

すでに論じたように、業務監査機能ないし業務執行をコントロールしチェックする機能

を、株主達が彼らに与えられた諸権利を行使して直接的に果たすことができるのかについていえば、すでに明らかなように、それはほとんど不可能に近い事態であると言わざるを得ないであろう。要するに、このようないわば株主による直接的なガバナンスの強化は、一方での現代経済社会における株式会社企業の高度に専門化し複雑化している経営実務の現状、他方でのいわばアマチュアともいうべき株主やその集合体である株主総会自身による経営の監視監督を考慮すれば、実際問題としては、その実効性という点できわめて困難な事情が存在しているということ認識せざるを得ない。

そこで、このようなアマチュア集団ともいうべき株主による直接的なガバナンスに代わって、株主の利益を代弁しいわば専門的に経営への監視監督、いってみれば業務監査を行う、株主による間接的なガバナンス機能を担う専門的職業集団の存在が必要になる。それこそ業務執行機関が不当不法な行為を行わないように監視監督する、業務監査機関の存在なのである。

そのような機関を設けることによって、まずは株主の利益に、さらには株式会社にかかわるさまざま多面的諸利益に資することになる。すなわち、資本主義経済の高度化に伴う株式会社法制度の「社会化」への一応の対応としての、業務執行機関から独立した専門的な業務監査が行われ得る制度的保障が確立されることになる。これが、機関の分化、すなわち業務執行機関から独立した業務監査機関の必要性の、いわば理論的な次元での認識根拠となる。

それがもつばら業務監査を任務とする専門的な担い手の存在ということになる。かつてドイツ型の近代株式会社法制度は、その出発の時点においてすでに、そのようなもつばらの業務監査機能の担い手として、業務執行機関から独立した第三の機関としての監査機関を必要常設の機関として設計していた¹⁰⁾。かくして、もつばらの業務監査の担い手として第三の機関としての監査役(会)があることをわれわれは知っている。

しかし、同時にわれわれは、さらに加えて、21世紀に入って以降、わが国の株式会社法制度にも新たな業務監査方式が導入されるに至っている。とりわけ2002年商法改正によって導入された委員会等設置会社に見られるように、伝統的な監査役(会)制度を廃止して、新たな業務監査の担い手としての、アメリカ型の社外取締役制度に期待するシステムが取

10) ドイツ監査役(会)制度の生成とその意義については、さしあたり拙稿「監査役(会)制度の過去・現在・そして未来—コーポレート・ガバナンスにおける監査役(会)制度の意義上下」(月刊監査役556号94頁以下、558号54頁以下)参照、より詳細な論究として拙著『ドイツ監査役会制度の生成と意義—ドイツ近代株式会社法の構造と機能』(商事法務刊、2001年)参照。

り入れられている。文字通りここでは、二つの選択肢が与えられることになる。業務監査の担い手として監査役(会)制度を維持するのか、あるいは社外取締役制度に移行するのか。

二 業務執行における執行と監査—権力分立と相互牽制・その一

ここで問題となるのが、先にも若干触れた経営における業務の執行と監査との、そしてまた権力分立と相互牽制の必要性とその具体的な在り方である。そこで、監査役(会)か社外取締役かこの二つの選択肢の中で、真の権力分立と相互牽制に相応しい、業務執行の監視監督ないし業務監査という本来的な任務を果たしうるシステムはいずれであるのか。当面の課題はそこである。

「企業統治改革」にかかわる昨今の論壇においても、たとえば、日経新聞紙上においても、中央大学法科大学院教授の大杉謙一氏のこの点に関する言及がなされている¹¹⁾。すなわち、ここで大杉氏はそのご主張の核心として、経営陣の内部における権力分立ないし相互牽制の確保の課題を上げておられる。きわめて傾聴すべき重要なご指摘と思われるのであるが、ただ、大杉氏の場合は、社外取締役を意識されたもっぱら取締役会内部における権力分立と牽制が問題とされている。さらに、実務界からの声としても、朝日新聞紙上での、UBA インベストメンツ社長の吉原和仁氏の、東芝の不正会計問題に触れながらの経営と監視の完全分離の主張がなされている¹²⁾。

そのように、最近の度重なる会社法の改正の在り方を見ても、「企業統治改革」から発する諸改革の提案においても、上に見た論壇の状況においても、社外取締役に対する期待が圧倒的であり、監査役(会)に対する期待はほとんど眼にすることはない。しかし、本当に業務監査の担い手として社外取締役に期待することが出来るのであろうか。社外取締役は取締役会内部において本当に権力分立と相互牽制の働きをすることができるのであろうか。

結論を先取りして言わせていただくとすれば、しかしながら、こと業務執行機関としての取締役会内部での権力分立や相互牽制が語られるとすれば、確かな業務監査の実を上げる実現可能性はきわめて僅少軽微なものではないのかと言わざるを得ないであろう。なぜならば、取締役会内部における取締役達の力関係にかかわるが、すでにたびたび触れてきたように、その長として取締役会を仕切る代表取締役社長の存在を考えてみて欲しい。彼

11) 日経新聞 9月3日朝刊 29頁。

12) 朝日新聞 9月25日朝刊(14版) 9頁。

が有する他の取締役達の人事権や報酬決定権を背景として、ほとんどオールマイティーとも言って良いほどの強力な支配力を持っていることを、否定することはきわめて困難であるからである。そもそも権力分立が存在しうるのか自体が問題とされなければならない。

三 業務執行における執行と監査—権力分立と相互牽制・その二

問題は、ここにある。核心は、業務執行と業務監査との分離であり、しかもそれは業務執行機関たる取締役会内部にける単なる機能的分離にとどまらない、業務執行機関から独立した業務監査機関の創設という制度的分離でなければならない。権力分立と相互牽制の本来の働きを期待するとするならば、このような機関の分化こそが前提とならなければならない。そして、それは、すでにドイツ型の近代株式会社法、その系譜に連なるわが株式会社法は、一方で、株式会社の生命線ともいえる、会社の事業活動を通じていかにして極大の利潤を上げるか、といういわば利益至上主義的任務を負っている業務執行機関（取締役会・代表取締役）に対し、他方で、場合によっては起こりうる業務執行機関の不法不当な経営行動をチェックしコントロールするために、業務執行機関から独立した第三の機関として、業務執行を監視監督する監査機関（監査役(会)）をも、すでに創出していたのである。

これこそ、真の権力分立の本来の在り方であると言わざるを得ない。近代法の慧眼を思う¹³⁾。権力分立を語るなら、少なくとも先ず、このような機関の分化、業務執行機関と業務監査機関との機関の分化こそが、何よりの前提として語られなければならない。機関の分化こそがまず図られねばならない権力分立の存立基盤であろう。

また、相互牽制という点を取り上げても、取締役会内部におけるそれが、いかに社外取締役に期待したとしても、個別的な事例としてたまたまある社外取締役が健全な相互牽制機能を果たすことがあったとしても、それは偶然的例外的な事例であると言わざるを得ない事情を否定出来ないのではないか。やはり、他の取締役達と同様に基本的には代表取締

13) 権力分立の理論は、もともと政治的社会において、国民の基本的人権や自由や民主主義を核心とする近代国家の政治的なシステムとして定着している理論であり、わが現代日本の政治社会においてもすでに導入されていると言ってよいであろう。改めてご紹介するまでもなく、国家権力を国会、裁判所、内閣という三つの機関に分化し、それぞれ立法権限を国会へ、司法権限を裁判所に、そして行政権限を内閣へと分配している。こうすることによって、権力の一極集中とそこから来る弊害を防止しようとしている。しかし、このように機関の分化を図り、それぞれへの権限の分配を図りつつもなお、現実には、行政権限を担う内閣、その長たる内閣総理大臣に、圧倒的な権力の集中が行われざるを得ないということを、われわれは昨今のわが日本の政治状況の中でも身をもって認識させられているのではなからうか。

役社長に人事権等を握られていることに変わりはなく、結局地位や身分といった次元において、人間一般に伴わざるを得ない人間的な弱みからして、すでに強力な牽制を行うことの難しさを指摘せざるを得ないのではないか。きちんとした相互牽制機能が常に維持される期待は裏切られることの方が多いのではないか。

第四章 コーポレート・ガバナンスの担い手としての監査役(会)と 社外取締役

一 監査役(会)と社外取締役は二者択一か

今われわれは、コーポレート・ガバナンスの担い手として、監査役(会)か社外取締役かという、二者択一的な問題提起をさしあたりしているのであるが、あくまで誤解のないように前もって確認しておかなければならないことがある。それは、本来的に言って、監査役(会)と社外取締役とは、決して二者択一的な問題の取り上げ方がなされるような性質の問題ではないということの確認である。本来的にはどちらもという選択肢が十二分に成り立ちうるものであることをお断りしておきたい¹⁴⁾。

以上の確認の上に立って、なお、二者択一的な問題提起をしているのは、いわゆる「企業統治改革」が、監査役(会)を廃棄しもつぱら社外取締役に期待する、という制度改革を推し進めているからに他ならない。そのような状況からすれば、こと業務監査の担い手ということになった場合の、監査役(会)か社外取締役という二者択一になれば、それはそれでその視点からそれなりの吟味をしなければならないことになるからである。

二 監査役(会)制度批判について

そこで、あえて二者択一という問題提起をしておいた上で、若干の検討をしてみよう。まず第一に、2004年商法改正が委員会等設置会社を導入し、監査役(会)制度を廃止し、コー

14) 当然のことながら、取締役会内部における業務執行の決定について、社外取締役の視点から諸々の経営諸決定につき一定の意見を述べ、決定の相当性妥当性を担保する働きはきわめて重要であり、同時に業務執行機関から独立した第三の業務監査機関としての監査役(会)が、それこそ株主の利益のみならず会社全体の利益や従業員労働者、顧客、諸々のステーク・ホルダーの利益の観点から監査意見を述べるという働きも不可欠であろう。社外取締役、監査役(会)それぞれが相応の役割を担っているということができるのであり、二者ともという選択肢のあることは言うまでもない。

ポレート・ガバナンスの担い手を社外取締役へと代えた際に主張されていた、監査役(会)が業務監査の実を上げていないという批判についてである。

株式会社の内部組織上、たしかに監査役(会)制度は、法形式的には業務執行機関とは別個な第三の監査機関として位置づけられており、いわゆる機関の分化は確保されていた。しかし、にもかかわらず監査の実が上がっていなかった最大の問題は、法形式的には一応独立の機関として位置づけられていたにもかかわらず、業務執行機関から独立したという意味での機関の分化が勝ち取られておらず、監査役(会)の構成メンバーたる監査役の人事の実権が、業務執行機関の長たる代表取締役社長に握られていたということである。すなわち、第三の機関としての監査機関における人事権のオートノミーが確保されておらず、監査役といえども代表取締役社長の意のままにならざるを得ない、という事情の存在を見逃すべきではないであろう。真の意味での機関の分化が図られていなかったということに尽きる。そこにこそ監査の実が上がらない真の原因があったと言わざるを得ない¹⁵⁾。

第二に、そのような場合、監査役(会)制度に内在し監査の実が上がらない真の原因を地道に探求し、その原因を取り除くことをするのではなく、そこから安易にも目をそらし、いわゆるアメリカ型のコーポレート・ガバナンス、とりわけ業務監査機能を社外取締役に期待する方向へと舵を切ったことである。しかし、このアメリカ型の、社外取締役に期待するコーポレート・ガバナンスの確保もまた、再び裏切られ続けることになることは、その後の実態を振り返れば明らかであろう。

ここで、この議論を詳しく展開する余裕はないが、たとえば、アメリカにおいても、いわゆる企業改革(SOX)法誕生の契機となったエンロンやワールドコム不正会計処理に端を発した世界金融恐慌においても¹⁶⁾、その後のリーマンショックによる世界恐慌に際しても、社外取締役は報酬として与えられた新株予約権の行使を介した報酬増額化のために、株価操作や不正経理を見逃していたという事実が指摘されており、さらにはごく最近のわが国においても、その委員会等設置会社であった東芝における社長三代にわたる長

15) 14年会社法改正において、会計監査人の人事については、監査役(会)が株主総会への原案(選・解任ないし不再任議案)をも決定することとされ(344条)、会計監査人人事についてのいわゆる“インセンティブのねじれ”は解消されたかに見えるが、それを担当する監査役(会)の構成員である監査役自身の人事権が、今なお事実上代表取締役社長に握られていることに変わりがない以上、すなわち、監査される者が監査する者を選ぶという、監査役人事におけるいわゆる“インセンティブのねじれ”が残されたままである以上、その効果のほどは知れていよう。

16) この間の状況については、たとえば、拙稿「世界金融恐慌の発生とアメリカ流コーポレート・ガバナンスの破綻？」専修大学法学研究所所報39号(2009年)1頁以下を参照されたい。

期間の不正経理、粉飾決算につき、事実上社外取締役はほとんど役割を果たせていなかったという現実がある。

三 監査役(会)の廃止と社外取締役の導入—業務監査システムにおけるドイツ法系と英米法系

いずれにせよ、このようなコーポレート・ガバナンスすなわち業務監査の担い手としての監査役(会)を廃止し、その役割を社外取締役に担わせようとする姿勢は、今回の「企業統治改革」においても基本的に維持されており、02年改正において導入された委員会等設置会社(現行法の下での指名委員会等設置会社)においても、今回の14年会社法改正において新たに導入された監査等委員会設置会社においてもまた監査役(会)制度が廃止されている。

かくして、わが国の株式会社大企業の経営管理組織には、伝統的な監査役(会)設置会社にくわえて、指名委員会等設置会社(改正前の委員会設置会社を改称)、監査等委員会設置会社の経営管理組織として3つの形態が併存することになった¹⁷⁾。要するに、業務監査機能を伝統的株式会社法における第三の内部組織機関としての監査役(会)から、業務執行機関内部でのモニタリング、すなわち社外取締役によるものへと、その重点を移行させる立法政策への転換が行われているということである。

この間の事情をやや歴史的理論的に振り返るとすれば、要するに、大ざっぱに言って、ドイツを中心とした大陸法型のシステムから英米法系のシステムへの移行が意味されることになっている。英米法系、すなわちアングロサクソン系の株式会社システムは、初期資本主義段階における商業資本の豊かな蓄積を背景に、それこそ大口の資金拠出者達が集まってパートナーシップ(日本の組合契約的団体ないし合名会社型)を作り、株式会社の活動を行っていたと考えられる。それに対し、いわゆるドイツ法系ないし大陸法系の株式会社システムは、アングロサクソン系に比較して商業資本の蓄積が脆弱であり、資本主義経済化が後発的であり、であるがゆえに、先進諸国に追いつき追い越すための急激な資本主義化が求められ、そのために零細な大衆資本の糾合が必要であった。文字通り不特定多数の出資者を募るという大陸型の株式会社方式である。

17) この新しく創出された監査等委員会設置会社について、コーポレート・ガバナンス強化という立法政策的視点から検証したものとして、14年会社法改正の成立以前に執筆されたものではあるが、拙稿「監査役(会)制度の終わりの始まり?—監査・監督委員会設置会社」月刊監査役 609号 52頁(13年2月)以下を参照されたい。まさにそこで指摘していた「監査役(会)制度の終わりの始まり」が、一段とその色合いを強めている現実が表出されていることは感慨深いものがある。

すなわち、自ら独立した個別資本として機能しうる程度の資本家同士の結合体としての、アングロサクソン系の株式会社においては、言ってみれば相互監視というか、文字通り業務執行機関内部における監視監督し合うというシステムが普遍的な形態となっていたといえる。それに対して、ドイツを中心とした大陸型の株式会社制度は、その近代化に際してドイツ法を継受することになったわが日本においてもそうであるが、まさしく出資の単位を株式という零細な資金とすることによって、それまで資本として機能し得なかったような零細な社会的遊休資金をも糾合することによって、大量な資本の集中体を作り上げるという方式であり、かくして資本主義経済の求める大量な資本要請に応えるという仕方に他ならなかった。

であるがゆえに、ドイツ株式法においては、文字通り不特定多数の株主保護のために、株式会社内部組織法上、業務執行機関から独立した第三の機関としての監査機関を必要常設の機関としたのであった。まさしく、ドイツにおいて株式会社制度の自由化をはじめて導入した1870年株式会社法改正が¹⁸⁾、監査役(会)制度を必須不可欠の第三の機関として株式会社制度に登場させていた。文字通り、株式会社制度の持つ社会的性格を踏まえた近代法なりの対応であった。

おわりに 社外取締役はコーポレート・ガバナンスの担い手たり得るか

かくして、先ず指摘されるべきことは、株式所有の著しい分散化による株主の不特定多数化が一段と進行しているという現代株式会社の実態に鑑みれば、株式会社の社会的性格はますますいっそう増大しているということであり、株式会社の経営行動に対する法的コントロールもまた、それなりの社会化が求められざるを得ないということである。

さらに加えて、本稿において論じてきた株式会社法制度の歴史的理論的認識から明らかなのは、株式会社における業務執行の監視監督をアングロサクソン系の組合的株式会社観に立った、いわば個人契約関係の思考に基づいて、業務監査機能をもつばら業務執行機関内部におけるモニタリング・システムにのみ委ねておいて、事足れりとされ得るのか、深甚なる疑問を抱かざるを得ない。これでは、現代が要請する改革に対して後ろ向きのも

18) 厳密にいうと1861年普通ドイツ商法典(ADHGB)の株式会社に関する規定の第一次改正ということになる。さらに第二次改正として、1884年に自由化に伴う諸弊害への対応としての厳格化を内容とする改正が行われている。その間立法政策的变化の事情等についての詳細は、前掲拙著『ドイツ監査役会制度の生成と意義』を参照。

のとなっではないか。

たとえば、昨今の企業社会の状況を見てみよう。今年の株主総会でも大きく取り上げられていた東芝の大々的な不正会計処理問題の発生とその原因究明の在り方、今後の対応策の在り方や責任の取り方を見ても、さらには、その他のかかりの諸々の大企業において見受けられていた、多大なる営業損失の発生とその原因究明や責任の取り方を見ても、いずこも複数の社外取締役を抱えた会社であり、先に挙げたように、鳴り物入りで社外取締役への期待が声高に喧伝されている「企業統治改革」が、はたして真にコーポレート・ガバナンス強化の課題に応えることになり得るのかどうか、深甚なる疑念を抱かされざるを得ない。

業務執行機関内部におけるモニタリング・システムという場合、言うまでもなくそれは社外取締役による業務監査ということになるわけであるが、そこで行われる業務監査が現代の企業社会における企業統治改革（コーポレート・ガバナンスの強化）のあるべき姿からみて、はたして十分なものであると言えるのか、現代の企業社会の株式会社にかかわる多元的な諸利益主体の、真に妥当にして合理的な利益調整を保障するものとなっているのかどうか、多大なる懸念を禁じ得ない。

なぜならば、それは、実態として、先に挙げたいくつかの例に見られるような、そのようなモニタリング・システムが採用されている会社においても、なお著しい機能不全事例が多数発生しているということにとどまらず、制度そのものの在り方としても、そもそも取締役会内部での社外取締役によるモニタリングが、結局のところ仲間内で行われているものであるという制度内在的問題点を指摘せざるを得ないからである¹⁹⁾。

その点、近代的株式会社制度の初発の段階から、すでに株式会社制度の制度内在的な「社会性」を認識していた近代株式会社法は、それこそ多種多様な市民一般の株主化を予

19) これはこの種の問題に限った話ではないが、いずれにせよ近代法的なシステムの、今後克服されていかなければならない課題の一つは、主体概念としての抽象的な「人 Person」が念頭に置かれて、システムが作られているということではないかと思われる。たとえば、取締役は取締役として、監査役は監査役として、株主は株主として、その本来的なそれぞれの役割りなり、任務なりを当然きちんと果たし得るしまた果たすべき主体として想定されているように思われる。ところが実際にその地位にある現実の存在は、あくまで文字通り生身の「人間 Menshen」であり、多くのさまざまな人間弱みを抱えた存在なのである。そのあたりの誤差を埋める努力が、今後の法システムそのものの在り方を考えていく者としても必要となるように思われる。制度設計において大事なことは、そのあたりの誤差をきちんと踏まえることであろう。たとえて言えば、業務執行における執行と監査の制度的分離、すなわち機関の分化を図るということも、業務監査という仕事が人間的弱みによって無機能化されることを避けるための一つの試みとも言えようか。

社外取締役はコーポレート・ガバナンス強化の担い手たり得るのか？

測して、業務監査は業務執行機関内部における業務執行の担い手達の仲間内だけのモニタリングではなくして、もっぱら業務監査を担う第三の機関としての業務監査機関を、常設必須の機関として設置することを求めていたのであり、巨大化した株式会社大企業における業務監査が、業務執行機関とは別個独立な客観的な第三機関によるものでなければならない必然性は、一段と増大している。そのことをすでに見通し、明確に制度化していた近代株式会社の慧眼を想う。