

「企業統治に関する商法等の改正案要綱」の分析と

それに伴う若干のコーポレート・ガバナンス補論

早川 勲

目次

- 一 はじめに
- 二 議員立法としての「企業統治に関する商法等の改正案要綱」の評価
 - (1) 「要綱」の成立に至るまでの経緯
 - (2) 「要綱」の構成と具体的改正事項
 - (3) 改正提案の趣旨と内容との整合性
- 三 改正提案事項の個別的検討
 - (1) 取締役の損害賠償責任の軽減
 - イ・取締役の損害賠償責任の事前軽減
 - ロ・取締役の損害賠償責任の事後軽減
 - (2) 株主代表訴訟
 - イ・訴訟提起資格を行為時株主に限定すること
 - ロ・株主代表訴訟へ会社が補助参加すること
 - (3) 監査役
 - イ・社外監査役の資格要件の厳格化と増員
 - ロ・監査役の任期の伸長と辞任に関する意見陳述
 - a・任期を四年に伸長すること

「企業統治に関する商法等の改正案要綱」の分析とそれに伴う若干のコーポレート・ガバナンス補論

b. 辞任に関して意見を陳述すること

ハ. 取締役の監査役に対する説明義務

四 コーポレート・ガバナンスに関する若干の補論

- (1) 社外取締役の導入
- (2) 監査役の中立性の確保と選任機関
- (3) コンプライアンス体制の確立

一 はじめに

本稿は、今年平成一二年四月一五日に公表された「企業統治に関する商法等の改正案要綱」を分析して問題点を洗い出し、そして、それに伴って論及すべき諸問題のうち、かねてから筆者がそれなりにまとまった見解をもつに至ったもの、すなわち、コーポレート・ガバナンス論で最近盛んに取り上げられるようになってきた社外取締役導入の問題、従来から議論のある監査役の中立性確保と選任機関の問題、そして最も新しいコンプライアンス体制確立の問題、の三つについて立法論的考察を試みることを目的とするものである。

なお、本稿は、右のように、改正案要綱が取り上げているコーポレート・ガバナンスに関する改正提案の分析・検討を主とするため、それに伴って論及するのが相当と考えて取り上げる前記三つの問題は本稿では従たる位置にあることになるので、補論という見出しで最後の章にもってきているが、このことは、それら三つの問題がコーポレート・ガバナンス論に占める重要性において要綱が取り上げている諸問題との間に軽重の差があることを意味するわけではないことを付言しておく。

二 議員立法としての「企業統治に関する商法等の改正案要綱」の評価

(1) 要綱の成立に至るまでの経緯

今年四月一五日に自由民主党政務調査会法務部会「商法に関する小委員会」(委員長・保岡興治衆議院議員、委員長代理・横内正明衆議院議員)がまとめた「企業統治に関する商法等の改正案要綱」(以下、「改正案要綱」または単に「要綱」という)が公表された⁽¹⁾。

同委員会は、すでに三年ほど前からわが国のコーポレート・ガバナンスの在り方について検討を始め、平成九年九月八日付で「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正案骨子」を公表して、経済界はじめ関係各界に意見を照会した。そして、それら各界からの回答を踏まえて、さらに同試案骨子の検討を重ね、昨平成一〇年六月一日付で「企業統治に関する商法等の改正案骨子」を取りまとめている。その後、今年になってから要綱案の取りまとめのための調整が本格化し、今回の改正案要綱となったものである。

なお、この改正案要綱が正式な法案としてまとめられ、本稿を執筆し終えた平成一一年七月二九日現在、来月八月一三日まで五七日間会期が延長された第一四五回通常国会に議員立法として提出することが予定されている。

(2) 要綱の構成と具体的改正事項

「要綱」は、まず大きく「1 総論」と「2 具体的な改正事項」という二つの部分から成り立っており、後者は、さらに「第1 取締役の監査役に対する説明責任」、「第2 社外監査役の数」、「第3 監査役の任期等」、「第4 監査役選任に関する監査役会の同意権」、「第5 取締役等の損害賠償責任の軽減」、「第6 定款変更による取締役等の損害賠

償責任の軽減」、「第7 株主代表訴訟への補助参加」、「第8 株主代表訴訟を提起できる者」、そして、「第9 監査役の考慮期間」、の九つの改正事項から構成されている。

これら九つの改正事項のうち、第5、第6、第7、第8が、現行法を大きく変えることになる事項で、改正の是非はともかく客観的にみて本改正案要綱の核心となるものといつてよい。

(3) 改正提案の趣旨と内容との整合性

ところで、「要綱」の「1 総論」のところ、今回の改正を意図した趣旨について、「株主重視」ないし「株主利益の最大化」を図ることであると述べている。すなわち、わが国ではコーポレート・ガバナンスが確固として確立していないため、企業経営における一般株主を軽視する現状を看過しえず、「株主利益の最大化のための企業経営のチェック体制の強化」が急務であるとの認識に立って、一般株主の利益を尊重する方向で、これまでに社外監査役の導入、商法特例法上の大会社（以下、「特例法上の大会社」または、単に「大会社」という）についての監査役増員、監査役会の法定化、株主代表訴訟制度の見直し、そして株式消却特例法の制定・改正など努力してきたが、にもかかわらず、最近の経済情勢を反映し、株主軽視の土壌が大きく改善される兆しは未だ見られない。そこで、株主重視の姿勢を一層鮮明にし、社外取締役の機能強化に努める米国の企業社会をモデルに、グローバル・スタンダードの観点から、わが国におけるコーポレート・ガバナンスの確立を早急に図らなければならない。この一環として、企業社会内の私的紛争に公権力の仲裁を求める「株主代表訴訟制度」についても合理的な位置づけをする改正が必要である、と述べ、そして最後に、激変する経済・社会情勢に対応しきれなくなった商法を総合的・多角的に見直さなければならないが、これには長期的な検討を要し、またコーポレート・ガバナンスの確立が急がれることなどを考慮して、大改正に先行して立法府のリーダー

シップの下に今回の改正を企図した、というのである。

このように、「要綱」は、「株主保護」「株主重視」を繰り返して強調している。ところが、以下に述べるように、総論に続く後半の「2 具体的な改正事項」の内容をみると、とくに株主代表訴訟に関する改正案は、株主保護・重視とは逆であって、株主権の形骸化・弱体化をもたらすものであって到底受け入れられるようなものではない。

「要綱」が、高らかに掲げている「企業統治」、すなわち、コーポレート・ガバナンスという観点からすると、監査役制度に関する改正提案のうち、一、二点が評価できるのみで、他の諸点はみるべきものがない。羊頭狗肉のたとえがそのままあてはまる。建前と本音は違うものではあるが、「要綱」の實質的内容が、現政権与党たる自由民主党の提案する改正法案といえども、あまりに大企業経営者の擁護に終始するものであり、ここまで偏ると商法という国家の基本法の改正案としては稚拙というほかない。しかし、稚拙だといって一笑に付すわけにはゆかないのであって、改正され一度施行されると、そう簡単に元に戻す再改正などできるものではない。その意味で、このような改正がなされると、深刻かつ重大な事態に陥る。議員立法は、これまでにいろいろ問題を起している。

なお、右に稚拙だと評したのは、提案の趣旨説明でも意味不明のところがあるからである。その部分は、前掲の総論で出てくる一節であるが、そこを引用すると、「……企業社会内の私的紛争に公権力の仲裁を求める『株主代表訴訟制度』についても合理的な位置づけをする商法の改正を行うべきである。」というくだりである。何を言わんとしているのかよくわからない。おそらく、株主代表訴訟という制度は経営者を苦しめている悪い制度だと言いたいのだろうが、そう露骨に言うわけにもいかないので、素直に表現すれば、「……株主代表訴訟制度について合理的な商法の改正をすべきである。」というだけで済むものを、「企業社会内の私的紛争に公権力の仲裁を求める(株主代表訴訟制度)……」という、いわずもがなの説明的な文句をあえて頭につけ、さらには「位置づけ」などという語句を不用意に用いるもの

だから、取り様によっては、取締役の会社に対する責任などという企業内の私的な問題は当該企業内で解決すべきもので、企業の自治に委ねればよく、それを裁判所に持ち込むような株主代表訴訟制度は本来おかしい、もっとはっきりいえば廃止すべきだ、というように受け取れる。

いうまでもなく、株主代表訴訟は、経営者たる取締役の違法行為・不正行為によって会社が損害をこうむった、しかし経営者は損害賠償責任を認めようとしめない。では会社(特例法上の小会社以外の会社では監査役が取締役を相手取って訴訟を提起する。商二七五条の四)は責任追及の訴訟を起すか、と思うと、その会社もしない。そこで、最後の砦として株主に認められているのが株主代表訴訟(提起権)という制度なのである。企業内で取締役が起した問題なのだから、取締役が責任を認めれば、それで治まるものを、言を左右に責任を回避しようとするものだから、裁判に解決を委ねるほかないのである。法治国家であれば当然のことであって、右のような考えは裁判制度の否定につながる。いやしくも、このようなニュアンスを含む表現はすべきではない。

三 改正提案事項の個別的検討

(1) 取締役の損害賠償責任の軽減

イ. 取締役の損害賠償責任の事前軽減

前記のように、「要綱」の「2 具体的な改正事項」のうち、肯定するにせよ否定するにせよ、もっとも重要な事項は、「第6 定款変更による取締役等の損害賠償責任の軽減」であろう。したがって、この提案事項から検討してゆくが、その内容は、「①会社は、定款をもって、取締役会の決議により、取締役の報酬の二年分を限度として、取締役の会社に対する損害賠償責任を軽減することができる旨を定めることができるものとする。」とし、そして、これに続いて、「た

だし、取締役がその職務を行うにつき悪意若しくは重大な過失があったとき又は取締役の責任となる行為が犯罪となるときは、この限りでないものとする。」となっている。これらのうち、前段の部分が重大な内容を含んでいるのであるが、要するに、それは、定款をもって包括的に事前にとり締役の責任を軽減できる旨を定めることを認める、というものである。そして、このような責任の事前軽減と選択的に事後軽減ができることも提案しているが、とにかくいずれかにより軽減しないと、現行法の下では取締役ら経営者が会社にあたえた全損害を賠償しなければならず、その過重な責任におびえて経営が委縮してしまうから、責任の事前軽減をすべきだ（第5 取締役等の損害賠償責任の軽減）の「趣旨」説明）、という。もし、そうならば、事後的に責任を免除・軽減するほうにすべきである。現行法は、取締役の対会社責任の免除には原則として総株主の同意を要することになっているので（商二六六条五項）、上場会社では事実上免除は不可能だというのはそのとおりである。したがって、実際に免除を可能にする必要があるなら免除要件を緩和して株主総会の特別決議（商三四三条）でできることにしてもよいし、さらに進めて普通決議（商二三九条一項）でできることにしてもよい。ただし、会社債権者を害しないことが条件である。この条件の下でなら、取締役の損害賠償責任をどのような決議方法によって免除または軽減するかは、会社の実質的所有者たる株主が決定することである。しかし、事前の軽減はすべきでない。⁽²⁾

その理由であるが、第一に、「要綱」によると、取締役会の決議で事前に賠償責任額を報酬の二年分を限度として軽減した場合、その決議後最初に招集される株主総会において責任を軽減した旨、責任の内容、責任を軽減した理由および取締役の報酬の額を報告しなければならない（「要綱」 2 第6 ④）、として、事後報告を義務づけている。しかし、取締役会の決議ですでに軽減された取締役の会社に対する損害賠償責任の内容がなんであったのか、原因となった違法行為はなんであったのか、いかなる理由で軽減を決定したのか、などを後になって報告を受けても、ほんとうにそれが

軽減の対象となるものであったのか、軽減した理由は合理的なものであったのか、について問題があるような場合でも、事後では株主には手の打ちようがない。軽減された責任の内容が、株主代表訴訟(商二六七条)において判決や和解などによって客観的に責任発生原因となった行為、責任の内容、賠償額がはっきりしているような場合ならば、報告を受ける総会の場で納得ゆくような説明を求めることもできよう。しかし、取締役会の軽減決議の対象となる損害賠償責任は、右のように訴訟上確定したものに限られないだろうから、極論すれば、原因行為、責任内容、軽減理由など取締役は思うがままに報告でき、株主がその当否・是非について説明を求め議論してみても、株主側は会社が提出してきた資料しかないだろうから、ただただ聴くほかない。法理上は、違法な取締役会決議の無効確認訴訟を提起することもできるだろうし、虚偽の報告だったことを理由として取締役の解任、代表訴訟による責任追及などできるだろうが、これも実際にはなかなか困難である。とくに、軽減した理由については、微妙な場合は、見解の相違だ、といわれればどうにもならない。このようなことを考えると、事前軽減はかえって取締役の無責任経営を助長するおそれがあるとさえいってよく、コーポレート・ガバナンス強化の観点からは大きく後退する立法である。

第二に、「要綱」が、取締役の対会社責任の事前軽減を打ち出したのは、アメリカの会社法をモデルにしていることは明らかである。アメリカでは、会社法は基本的には州法であるから、すべての州法がそうであるというわけではないが、多くの州法が、定款による取締役の責任の事前免除・軽減を認めていたり、制定法で賠償責任額を定め、その範囲内で定款によって一定の責任を事前に免除・軽減できる、としている⁽³⁾。そして、アメリカでこのような立法動向が生れた背景には、一九八〇年代半ばから取締役のための責任保険を入手することが困難になるほど高額かつ頻繁な株主代表訴訟による責任追及がなされたため、重要な公開会社の社外取締役(outside directors)が辞任または再任を拒否する⁽⁴⁾という事態が生じ、社外取締役の人材を確保することが難しくなったという事情があった。しかし、わが国で、右のような事

態を生じさせるほどの高額の賠償金を実際に支払われたという事例が相次いでいるわけではなく、また、そういうことをおそれて社内取締役であれ社外取締役であれ、辞任したとか再任を拒否した例もきかない。それも当然で、株主代表訴訟の係属件数は、平成一〇年一二月末現在で二四〇件⁽⁵⁾あるが、これは平成五年以降に係属した事件で未解決のものが累積しているためであり、日増しに増加しているわけではない。まして、現在までに原告株主勝訴により確定したのは、たった二件(一つは、違法な自己株式取得の責任を問われた三井鉱山事件〔最判平五・九・九民集四七―七四―四八一四〕と、贈賄の責任を問われた間組事件〔東京地判平六・一二・二二資料版商事法務一三〇―九四〕)だけである。そして、その賠償額も高額なものではない。⁽⁶⁾なお、先にあげた株主代表訴訟のほとんどの事件は、担保提供命令(商二六七条五項・六項)に服さないための取下げまたは却下か、あるいは請求棄却で終っている。⁽⁷⁾

それからまた、取締役責任賠償保険を販売する会社が高額な保険金の支払いが頻繁に続いたため販売を中止したとか撤退したということもない。

ところで、その「**取締役責任賠償保険の問題**」であるが、従来から議論があるのが、保険料を会社が負担することは許されるか、である。論理的には、取締役個人が負担するものである。それは、取締役が会社に損害を与えた場合の保険であるから、加害者のための保険料を被害者となる会社が負担するというのは矛盾だからである。しかし、この問題は理屈に合うか合わないかだけで済むものではない。もっとも単純な例をあげれば、取締役が無資産で賠償能力がない場合である。取締役としてそれ相当の報酬や賞与などを受けているからそれなりの賠償能力はあるだろうといえなくもないが、いったん個人の懐に入ったものを、いざという場合に備えて使うとか貯えておけ、というわけにもいくまい。そうになると、結局、会社は損害を補填できないままにいるほかないことになる。

このように考えてくると、保険料を会社が負担して取締役責任賠償保険をかけておけば、会社の損害を保険金で補填

することができるし、また取締役も安心して経営にあたることもでき、そのもたらす利益・効果は大きい。結果的には、会社が支払った保険料総額が会社のこうむった損害額を上回ることもあるだろうが、もともと保険とはそういうものである。

これでもまだ不満だというなら、それはもう取締役として不適格なのだろうから、経営者たる地位から去るほかない。それから、取締役の会社に対する「損害賠償債務の相続の問題」であるが、代表訴訟において被告取締役の賠償責任が判決により確定した後、当該取締役が死亡した場合、その遺族が数億円の債務を相続することになり途方に暮れるというケースが起りうる。いうまでもなく、相続の放棄(民九一五条)や相続の限定承認(民九二二条)という法律制度があるのだから、それらを利用すればよいともいえるが、遺族が住む所まで失うということになると、それでも致し方ないといつて済ませてよいかどうか、問題であろう。このことについて、「死亡により相続人たる遺族に対する会社の損害賠償請求権は消滅する」という規定を商法典に設けるといふ考えもあり得ようが、基本的にはこの問題は債権者たる会社の意思にかかわることであるから、株主総会の特別決議(賠償額によっては普通決議)で放棄することを決定するのが妥当であろう。放棄を徹底すべきだというなら、定款で取締役が死亡したときは、相続人に対する損害賠償請求権を放棄する旨を定めることができる、という立法も考えられる。

第三に、取締役会決議により軽減できる取締役の賠償責任額を報酬の二年分とする点であるが、この提案の元になったのは、一九九二年に採択されたアメリカ法律協会(The American Law Institute)の「コーポレート・ガバナンスの諸原理(Principles of Corporate Governance)／分析と勧告(Analysis and Recommendations)」が一年間の報酬額を限度として取締役の責任を定款で軽減することを定めていること⁽⁸⁾、またわが国企業のアンケート調査によると年間報酬の二、三倍を基準とすると回答した企業の割合が高いこと⁽⁹⁾、にあったようである。しかし、アメリカ会社法が定めてい

る額自体が合理的な根拠があるわけではないだろうし、同じようにわが国企業の回答の額もなんら合理的根拠があるわけではない。要するに、いかなる額を事前軽減の対象とするのが適当か否か、はきわめて困難であって、この点でも事前軽減は否定的にならざるを得ない。

また、「要綱」は、「2」の「第6」の③において、「(責任の事前軽減の)定款の定めをした会社は、取締役の報酬額を営業報告書に記載しなければならぬものとする。」と述べているが、意味が曖昧である。というのは、定款で事前軽減の定めをしたときの取締役各自の報酬額をその決算期に作成する営業報告書に記載するのか、毎決算期に作成される営業報告書にそれを記載するのか、わからない。報酬額は変るものであるから、前者の記載では無意味であり、したがって後者を意図したと考えるべきだろう。それにしても要綱の段階とはいえ稚拙な表現である。

第四に、責任軽減の決定機関の問題である。前にあげたように、「取締役会の決議」で責任を軽減するかどうかを決定できる、とする提案である。

取締役が同僚の取締役の会社に対する損害賠償責任を軽減する決定権限をもつことにしたい、など論外である。責任を軽減してもらおうとする当の取締役は、軽減するかどうかを決定する取締役会決議につき特別利害関係人にあたるから、決議に参加できない(商二六〇条の二第二項)のは当然であるが、広い意味ではすべての取締役が利害関係を有するわけで、とても決議の公正性など期待できるものではない。百歩譲るとしても、決定機関は特例法上の大会社では監査役会の全員一致による決議とすべきであり、その他の会社では監査役全員の同意を要するとすべきである。いずれにせよ、「要綱」の提案は立法論としては稚拙で驚くほかない。

ロ・取締役の損害賠償責任の事後軽減

一の(1)で触れたように、「要綱」は、取締役の会社に対する損害賠償責任の事後軽減を、事前軽減と選択的に提案して

いる。すなわち、「要綱」の「2」の「第5 取締役等の損害賠償責任の軽減」の見出しの下に、「①取締役の会社に対する損害賠償責任は、株主総会の特別決議により、取締役の報酬の二年分を限度として軽減することができるものとする。ただし、取締役がその職務を行うにつき悪意若しくは重大な過失があったとき又は取締役の責任の原因となる行為が犯罪となるときは、この限りでないものとする。②株主総会の決議により取締役の責任を軽減するときは、取締役の責任の内容、責任を軽減する理由及び取締役の報酬の額を株主総会の招集通知に記載しなければならぬものとする。③取締役は、取締役の責任の軽減に関する議案を株主総会に提出するには、監査役の全員の同意(商法特例法上の大会社にあっては、監査役の全員一致による監査役会の同意)を得なければならぬものとする。商法特例法上の小会社にあっては、監査役の同意を得ることを要しないものとする。④監査役の責任軽減についても、同様とするものである。〈商法二六六条五項「総株主の同意による免除」の特例〉、とし、続いて、提案の〔趣旨〕説明は、これも事前制限をすべきである、との提案の場合と同じで、総株主の同意を要件とする現行法では、公開会社における取締役の責任の免除は事実上不可能であるが、にもかかわらず高額な損害賠償請求がなされていて経営の委縮を招いている。そこで、責任を軽減するための要件を緩和することが必要だ、と述べている。

再論すれば、取締役の会社に対する責任の免除の要件として総株主の同意(商二六六条五項)というのは、公開会社では事実上無理であろう。ただ、現行法が立法として失当だというわけではなく、「要綱」が対象としている責任の場合ではないが、たとえば、違法配当に基づく取締役の弁済責任(商二六六条一項一号)は資本充実・維持の要請に基づく無過失責任であると解する従来の通説からすると、免除により理論的には会社債権者を害することになるから総株主の同意があっても免除できないという見解も成り立ち得るくらいであるから、妥当であることはいうまでもない。ただ、実際問題として総株主の同意という要件のためにこれがまったく機能しないということになると、全面的見直しに際して

は要件を緩和することが必要であろう。いずれにせよ、会社債権者を害しない限り、株主総会の特別決議あるいは普通決議で責任の一部免除でも全部免除でもできる、としてよいと考える。⁽¹⁰⁾ただ、ここで問題となるのは、責任免除または軽減決議(以下、免除等決議という)をどの時点以降で認めるか、ということである。というのは、取締役の会社に対する損害賠償責任が発生して間もなく免除等の決議がなされてしまうと、株主の代表訴訟提起の機会を奪ってしまうことになるからである。種々の立法論があり得ようが、代表取締役が責任免除等の議案を株主総会に提出しようとするときは、事前に株主に対し通知する制度を設けるのがよからう。そして、この事前通知は、責任免除等の決議の九〇日前で、かつ責任原因行為、責任の内容、賠償額など株主が免除等をするか否かの判断をなすに足る事実を書面によってなすべきものとするのである。このように、九〇日間という期間があれば、株主が代表訴訟を提起すべきかどうかの判断や準備をするのに十分であろう。そして、責任免除等に関する議案を総会に提出するのには、監査役(会)全員の同意あることを条件とする、というのは至当であり賛成したい。業務監査を行う監査役の中で責任免除等の議案提出は控えるべきだと判断する者がいるのに、それでも多数の者がいいといっているから、というのでは、ことの性質上好ましくない。

(2) 株主代表訴訟

イ. 訴訟提起資格を行為時株主に限定すること

「要綱」の「2」の「第8 株主代表訴訟を提起できる者」として、「取締役又は監査役の会社に対する責任の原因となる行為があることを知って株式を取得した株主(知らなかったことについて過失がある場合を含む)は、株主代表訴訟を提起することができないものとする。」そして、その「趣旨」説明として、「現行法においては、六月前から引き続き株式を有する株主は、株主代表訴訟を提起することができるとされているため、代表訴訟の原因となる行為が行われ

たことを知った者が、訴訟をするために株式を取得し、株主代表訴訟を提起することも可能であり、このような行為を防ぐため、株主代表訴訟を提起できる株主を適正化することとする。」と述べている。また、「第9 監査役の考慮期間」について、「株主代表訴訟に関し、監査役の考慮期間は、六〇日とする。」旨の提案をしており、そして、その「趣旨」説明として「現行法においては、株主代表訴訟に関し、監査役の考慮期間は三〇日とされているが、それを伸長することとする。」と述べている。

まず、代表訴訟提起資格を取締役の責任発生原因たる行為（以下、「責任発生原因行為」または、「行為」という）が行われたことを知らない（知らないことにつき無過失の）株主に限定するという問題であるが、どうも実益のある立法とは思えない。取締役の責任発生原因行為の存在を知って株式を取得した株主を除くというのはなんとか理解できるが、知らなかったことに軽過失がある場合も否定するというところまでくると、いささか滑稽じみてくる。理屈をいえば、行為の存在はマスコミ報道で知っていたものは、当該会社の株式を手に入れたのは、代表訴訟の提起という狙いはまったくなく、優良株で前から欲しかったが資金がなかったので株式を購入できなかった、ところが今度、その資金ができたから買った、というような場合において、その後、株主として代表訴訟を提起して会社を護るべきだと決意し、訴えを提起するというのまでも否定されなければならないのか。株主の悪意は、被告取締役の側で主張・立証することになろうが、代表訴訟のどの段階で争うのか。知・不知などという人の心理的事象の立証をめぐっていたずらに時間を費やすおそれが容易に考えられる。このような資格制限は行き過ぎであって、反対である。⁽¹¹⁾ 株主代表訴訟を有名無実な制度にしてしまうといわなければならない。なお、監査役の考慮期間を現行法の三〇日（商二六七条二項）から、六〇日に伸長することに異論はない。

ロ・株主代表訴訟へ会社が補助参加すること

「要綱」の「2」の「第7 株主代表訴訟への補助参加」では、「①会社は取締役を被告とする株主代表訴訟の被告を補助するため、監査役の全員の同意(商法特例法上の大会社にあっては、監査役の全員一致による監査役会の同意)を得て、その訴訟に参加することができるものとする。」ことを提案している。そして、その「趣旨」説明として、「株主代表訴訟において、訴訟が、会社の意思決定の結果として行われた場合や、訴訟が会社(株主全体)に利益となるような場合等においては、会社が訴訟参加できるようにすべきである。しかし、現行法には、訴訟に参加することができる旨の明文はなく、判例が分かれていることから、会社が、株主代表訴訟の被告を補助するために、その訴訟に参加することができることを明らかにするとともに、そのための手続きについて規定を設けることとする。」とある。

株主代表訴訟は、訴訟上形式的には原告は株主であるが、株主は自己のために訴訟をするのではなく会社を代表(地位)して行うのであるから、実質的には会社が原告である。そして、被告は会社に損害を与えたとされる取締役である。そうすると、被害者たる会社が加害者たる取締役のために補助参加(民訴四二条)するというのは、敵に塩をおくるようなもので、戦国時代ならば美談として賞讃されようが、現実の株主代表訴訟で、会社にこういうことをされると、株主はいい面の皮である。本来ならば、会社は原告株主を補助するために訴訟参加するものだからである。⁽¹²⁾ もちろん、代表訴訟が会社とはまったく関係のない取締役に對する株主の個人的な利害関係、たとえば、私怨を晴らすため、といったことがあって提起されるというようなことが絶対ないとはいえないが、それは被告たる取締役の裁判所に対する担保提供命令の請求にあたって説明すべき原告株主の「悪意」の問題として解決することができるものであって、前述のように、通常の場合は会社に対する加害者たる取締役に被害者たる会社が補助参加するなどということは、立法論としては否定されるべきである。もし、被告取締役に会社が補助参加を認めるとすれば、原告株主の「悪意」が説明された場合に限り、ということになる。なお、現行法にもすでに会社の訴訟参加について明文規定はある(商二六八条二項)。

それから、前記〔趣旨〕説明として、「……訴訟の対象となつてゐる取締役の行為が、会社の意思決定の結果として行われた場合……には会社が訴訟参加できるようにすべきである。」⁽¹³⁾ ということの意味が不明である。これをそのまま受け取ると、決算取締役会で粉飾された違法な計算書類であることを知りながら誰も反対しないので結果的には承認され(商二八一条一項)、そして定時総会でも一般株主がみな簿記・会計の知識があるわけではないので粉飾決算だとは判らず承認されてしまい、それに基づいて違法配当がなされた場合とか、株主の権利の行使に関して違法な財産上の利益供与(商二九四条の二第一項・三項)になることが判つていながら取締役会で誰も反対せず、結局は承認されたような場合にも、それら違法配当や違法な利益供与が会社の意思決定の結果として行われた場合であるから、被告取締役を助けるために会社が補助参加するといふのか。取締役の行為が、会社の意思決定の結果として行われた場合には、その行為はつねに適法有効で会社の利益になるもだと考えるのは、短絡的といふか論理の飛躍であつて、会社の意思決定の結果として行われた行為が、その意思決定の内容が法令違反のため無効であり、したがつてその結果として行われた行為も無効といふことは法理上認められるし、またそのようなことは現実にもあることである。

(3) 監査役

イ. 社外監査役の資格要件の厳格化と増員

「要綱」の「2」の「第2 社外監査役」では、「商法特例法上の大会社にあつては、監査役は、三人以上で、そのうち半数以上は、会社またはその子会社の取締役または支配人その他の使用人でなかつた者でなければならぬものとする。」との提案をしている。すなわち、現行法では社外監査役の資格として、「就任前の五年間会社又はその子会社の取締役または支配人その他の使用人でなかつた者」(商特一八条一項)となつてゐるが、「五年間」という期間を外すという

こと、また、社外監査役の員数を、三人中一人以上となっているのを半数以上とすることの二点である。そして、この提案の「趣旨」として、「現行法においては、就任前の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を社外監査役とし、また、社外監査役の人数は一人以上で足りることとしているが、監査役(会)の取締役会からの独立性を高めるため、社外監査役の要件を厳格にするとともに、その人数を増やすこととする。この場合、社外監査役の人材不足に対処するため、経過措置が必要である。」と説明している。

コーポレート・ガバナンスの観点からすると、監査役の取締役会からの独立性の強化を目的として資格要件を厳格化し、純粋な社外監査役とすべきである⁽¹⁴⁾というのは、現行法を一步進めるもので異論はない。また、社外監査役の員数を一人以上から半数以上にするというのも評価していい。ただ、あえていえば、大会社の監査役会決議は、監査役の過半数をもって行うので(商特一八条一項)、社外監査役の員数を過半数とするなら、かなり社外監査役の意向が反映されるだろうが、半数以上では、そのあたりのことはいかがなものか⁽¹⁵⁾。

ところで、「監査役員の員数の問題」については根本的に考え方を改める必要があるのではないだろうか。

これまでは、取締役が三〇人とか五〇人いる会社でも、監査役は三人か五人であった。七人以上という会社は皆無のようである。しかし、監査役員の員数は、なぜ取締役の一〇分の一といった少ない数で当然なのか。合理的な根拠・理由はどこにもないのであって、そのような固定観念は打破すべきである。特例法上の大会社では、監査役は三人以上となつてはいるが、取締役も法律上は三人以上になつてはいる(商二五五条)。ならば、監査役の員数も取締役と同数でよいではないか。いや、いるべきではないか。ここ二年前ごろから公開会社では、①取締役会の意思決定の迅速化と効率化を図るため、あるいは、②社外取締役を迎えるためとか、①に通ずるが、③取締役会の意思決定・監督と業務の執行とを分けて、後者に専念する執行役員制度を導入するため、とか、さらに最近では、④リストラの一環として、など、理由な

いし動機はさまざまであるが、たしかに取締役の数を減らしてきている。しかしながら、これらのうち、執行役員制度を導入した多くの会社において、名称は取締役ではないが、会社との関係は雇用関係ではなく委任関係であることをはっきりと認める会社もあり、実質的には取締役となら変わらないものがほとんどある。さらには、使用人兼務取締役の存在等も考え合わせると、業務の執行に携わる者は、依然として三〇人、五〇人いるのである。取締役の員数は、取締役と同数にすべきであり、常勤監査役(商特一八条二項)も代表取締役と同じ員数にすべきである。⁽¹⁶⁾

なお、監査役の手足となって動いてくれるいわゆる「監査役スタッフ」制度は設けるべきであって、いままでにこれになかったというのが土台おかしい。監査役一人一人にスタッフを数人つけるべきである。

ロ・監査役の任期の伸長と辞任に関する意見陳述

a. 任期を四年に伸長すること

「要綱」の「2」の「第3 監査役の任期等」の見出しの下に、「①監査役の任期は、四年とする。」ことを提案している。

現行法は、平成五年の商法改正で、それまで二年であった任期を三年に延長したものであるが、平成五年前後の時期は平成三年に始まった日米構造問題協議を契機とし、さらに平成元年に露見した証券・金融不祥事も加わって、監査役の地位の強化を目的として行われたものである。「要綱」提案のように、監査役の任期をさらに一年延長して四年にすることに反対するわけではないが、一年ではなく二年延長して五年にすべきであろう。というのは、始めて監査役になった者を考えると、社外監査役であれば、会社のさまざまな様子や事情がわかるようになってきて監査役としての実力を十分に発揮できるようになるには、一年半から二年はかかる。常勤監査役はもっと早く監査業務に習熟するとも思われるが、初めて社内監査役でかつ常勤監査役になったような者の場合は、頭の切替えや環境の変化に対応するのにかえっ

て時間がかかることが考えられる。すでに、平成五年の改正のときの法制審議会商法部会での監査役の任期についての検討の過程で、六年にするのが相当との案もあった⁽¹⁷⁾。ただ、六年にすると、三年と決まったときにもあった議論であるが、改選の時期が取締役と一致するという長所があるものの、取締役の監査役への横すべりをしやすくしてしまうから、三年にして、取締役の改選時期とずらせば、これを防ぐことになるし、それがまた監査役の再選の可能性を残すことになる、という理由で、三年になった経緯があった。以上から、監査役の任期を五年とする私見には合理性があると考ええる。

b. 辞任に関して意見を陳述すること

同じく、「要綱」は監査役の辞任に関する意見陳述について、「②監査役が辞任したときは、その監査役は、辞任後最初に招集される株主総会に出席し、辞任の理由を述べることができるものとする。この場合においては、他の監査役も、辞任につき意見を述べることができるものとする。」提案をし、そして、その「趣旨」を、「……監査役は監査役の選任又は解任について株主総会において意見を述べることができることとされているが(商二七五条ノ三)、監査役が辞任した場合についてはこのような権利は認められていない。そこで、……辞任に関する発言の機会を設けることによって取締役等から意に添わない辞任を強制されることがないようにし、監査役の身分保障の強化・独立性を高めることとする。」ものと説明している。

結論からいえば、改正問題とするほどのことではない。入れたいというなら、二七五条の三に「……選任、解任又ハ辞任……」とすればよからう、といった程度のことである。というのは、このように入れてみても、あまり意味がないと思うのは、形式上本人の自発的な意思による辞任となっている以上、それが強制されたものであったかどうかは当事者以外の者には容易に判らず、強制の証明はきわめて難しいからである。辞任後最初の総会に出席し、あの辞任は強制さ

れ意に反するものだったと本人または他の監査役が陳述してみても、辞任届(願)を手にしている社長との間で結局は水かけ論に終始するに違いない。解任の場合は、原則として取締役会の決議に基づいて「解任議案」が総会に提出されるから、総会場で、監査役としての職務に専念したのになぜ解任されなければならないのか、不当である、と本人または他の監査役が意見を陳述することは、きわめて効果的であり有意義である。したがって、解任についての意見陳述が、監査役の地位の強化に果す役割は大きい。辞任に関する意見陳述とは比較にならないすぐれた立法である。

さらに、辞任の場合については、つぎのようなことも考えられる。すなわち、任期の途中で辞任したような場合、それによって法律または定款に定めた員数を欠くに至った場合には、後任者が就職するまでなお監査役として留任するか(商二八〇条一項・二五八条一項)、辞任後最初に招集される総会で理由を述べ、意に反した辞任であったことを株主に訴えることもできるが、辞任しても法律・定款に定めた員数を欠くに至らないときは、退任してから総会までかなりの時間が経過してしまうことがあり、意見陳述を決意していた当の本人が今更と気が抜けてしまっていることがあり、他方、総会場でそれを聴く株主や同僚だった他の監査役は泣きごとを聴くようで情けないやら戸惑うやらで、かえってマイナスになりかねない。要するに、このような立法はほとんど意味がない。

ハ・取締役の監査役に対する説明責任

「要綱」の「2」の「第1 取締役の監査役に対する説明責任」(筆者注、「説明責任」ではなく「説明義務」であろう)では、「取締役は、三ヶ月に一回以上、業務の執行の状況を監査役(商法特例法上の大会社にあっては、監査役会)に報告しなければならないものとする。商法特例法上の小会社については、この規定は、適用しないものとする。」との提案である。そして、この提案の「趣旨」は、「現行法においては、取締役は会社に著しい損害を及ぼすおそれがある事実を発見したときは、直ちに監査役に報告しなければならないとされているが、取締役が監査役に定期的に報告をす

ることは要求されていない。そこで、取締役は業務状況を定期的に報告することを義務付け、監査役が会社の状況をよりの確に把握できるようにし、監査の実効性を高めることとする。」ことにであると説明している。

監査役は業務監査を実効あるものにするため、昭和四九年改正商法は、取締役の監査役への報告義務(商二七四条の二)以外にも、監査役に取締役会への出席権および意見陳述権(商二六〇条の三・二五九条の二)も認めた(ただし、商特二五一条参照)。これにより、取締役会が業務執行の意思決定をなすにあたって監査役が意見を述べ、違法または著しく不当な決議が行われることを事前に防止することを可能にした。これは、監査役が取締役会において意見を述べる権限に関連して職務上必要な事項について説明を請求する権限を有するものと解される⁽¹⁸⁾。そして、他方、代表取締役には業務執行の状況について三ヶ月に一回以上取締役会に報告すべきものとされている(商二六〇条三項)。もちろん、この代表取締役等の取締役会への業務執行状況の報告義務は、取締役会が有する取締役の職務執行に対する監督機能(商二六〇条一項)を十分に發揮するためには、取締役会を構成する各取締役が会社の業務の執行の状況について十分に情報を与えられる必要があるために課されたものであり、監査役に対するものではない。そのことは立法の経緯からも明らかである。しかし、結果的には、この取締役会での報告は、出席している監査役には業務監査を行ううえで有益である。それに加えて、監査役(会)に対しても三ヶ月に一回以上業務執行の状況を報告させようというのであるから、コーポレート・ガバナンスの充実強化に資するものであり、この提案は評価してよい。

四 コーポレート・ガバナンスに関する若干の補論

(1) 社外取締役の導入

最近の新聞報道によると、社外取締役(outside directors)やアドバイザリーボード(advisory board 顧問会議)のメ

ンバーとして内外のビッグネームを迎え入れる企業が急増しており、その意味で、平成一一年は「社外取締役元年」とも呼ぶべき年だ、と報じられている。⁽¹⁹⁾ それによれば、企業側の動機・目的はさまざまであり、「経営に対し厳しいアドバイスを期待して」、「お目付け役として」、⁽²⁰⁾ 会社の知恵袋として、「広い視野に立ったアドバイスを求めて」、「株主利益を最大化するため」、「横断的知識をもった人物を求めて」、「取締役会のレベルアップを期待して」などがあげられている。他方、社外取締役として迎えられた当の本人は、「遠慮することなく発言してゆく」、「すべては会社があえて異質の意見を求めるかどうかにかかっている」といった、気概のあるものから比較的冷静なものまで、これもいろいろである。そして、企業のこうした動向を評して、「社外取締役を迎えたといっても、一人か二人であり、しかも招いているのは、著名人ばかりであり、「開かれた企業」をアピールするイメージアップ作戦にすぎない。株価対策だ」、あるいは、「一人や二人の社外役員を加えるだけでは、単なるご意見番を迎えるにすぎない。社外役員の声が実際に経営に反映される仕組みが必要だ」など、厳しいもの、将来に期待感をもつものなど、さまざまであるが、概して、今のところ未知数ですべてはこれからだろう、というニュアンスを含むものがほとんどである。

右のような企業の意欲は評価するとしても、社外取締役を法制度化すべきか、⁽²¹⁾ ということになる、これを真に実効あるものにするためにはそうすべきだとの意見もあろうが、時期尚早というか、困難な問題を伴い無理をしないほうが賢明のように思う。その理由であるが、まず第一に、人材の点で間違いなく無理である。社外監査役制度と同様に、特例法上の大会社だけに限っても人材確保は至難であろう。前記指摘にもあったように、取締役数が二〇人、三〇人いる中で社外取締役が一人や二人いても効果的とは思えない。少なくとも三分の一は必要だろう。しかも、企業側としては、迎えるなら、経営トップが一目も二目もおくような斯界の超大物とかオーソリティーで、かつ傾聴に値するような鋭く斬新な意見を信念をもって主張してくれるような人物、したがって、対外的にも企業のイメージアップ・宣伝になる

人物を欲することは間違いない。超大物であっても取締役会で席を暖めているだけでは、おそらく要らないだろう。このような企業側の論理は当然で、日本にかぎったことではなく、諸外国でも同じに違いない。

こう考えてくると、厳密な意味での「社外」取締役を企業に確保せよ、というのとは不可能を強いることになる。しかし、立法化するとはそういうことにほかならない。居てもらってもなんのメリットもない、いや、むしろ迷惑なような人材しか確保できなかった企業は次第に不満をもち、やがては法制化されたことを非難することになる。法制化しないほうが賢明である。

社外取締役が制度として法定されていない現時点においては、その地位も権限もなんら法的保障はなく、社長の気分次第で、気持が变ればその機能を發揮できなくなってしまふ存在であるが、外国人株主が増え、取引の一層のグローバル化など企業を取りまく環境も確実に変化してきているので、それに対応してゆくため、その一つの方策として企業が自発的に社外取締役を導入するのは望ましいことであり、⁽²⁴⁾ 評価してよい。

そういう意味で、執行役員と同様に、一時的なブームではなく企業自身の手により社外取締役を生かす仕組みが構築されていって、馴れ合いに陥りがちな社内に新風を入れ不正行為に対するチェック機能を真に發揮するようになれば、それに越したことはない。アメリカでも定着するまでに二〇年の歳月を要したといわれており、短兵急に立法化を考えないほうがよい。企業の自由に任せておくべきである。

なお、わが国における社外取締役導入論は、経営効率性の監視の観点からの議論であるが、そこで見落されているのは、経営陣側のメリットである。すなわち、アメリカでは、経営陣が法的責任から免れるための最後の「防弾チョッキ (bullet proof)」としての役割であり、これが最大のメリットとされている。⁽²⁵⁾ わが国でも真の狙いがそこに定められる時代が間もなくやって来るだろう。

(2) 監査役の中立性確保と選任機関

監査役は、監査機関という性質上、取締役からも会社からも中立でなければならぬ。理論的にはそのとおりである。そうになると、監査役の人事権が取締役に有ること自体が根本的に問い直されなければならない。すなわち、監査役の選任は株主総会で行われるが(商二八〇条一項・二五四条)、公開会社では人事案がそのまま承認されるのが普通である。そして、この総会へ提出される人事案は、取締役会の承認(商二二二条)を得て社長が行うが、その取締役会へ提出する監査役人事案は社長が作り、提案された取締役会が否決したという例もきかない。これが現状である。つまり、監査役は社長の意向で決まり、社長が人事権をにぎっているのである。他方、このようにして監査役になった者が、とくに社内から登用された社内監査役のような場合、それまで、たとえば部長など使用人たる地位にあって社長等業務執行取締役の指揮命令に服していた者が、今度は、逆に社長等の業務執行について法令・定款に違反するおそれがある旨を直言できるか、という現実にはなかなか難しい。これを、社長の方からみれば、自分の業務の執行に厳格な監査をすることができるか、ということになる。しかし、法の指導原理からすると、監査役の候補者としてふさわしいのは、職務に忠実で厳格な監査を行う者を選ぶことである。それは、あたかも牧場にいる羊たちに犬の中で番犬としてもっとも厳しく自分たちを見張り、群から外れる羊には容赦なく噛みつくような厳しい犬を選ぶことを期待するようなもので、あまり過大な期待をしても無理というものである。だからこそ、社外監査役という制度も取り入れられ、さらにその徹底化を図ろうとするこの「要綱」のような動きも出てくるのである。

そういうことを考えると、監査役の選任・解任権を第三者機関、たとえば裁判所に与えること、言い換えれば、裁判所に選任(任命といふべきか)してもらおうというようにすることも考えられよう。⁽²⁶⁾「お上(おかみ)」意識の強い日本人の国民性

からすると、監査役も取締役もかなり本人の意識や人の見る目が違ってくるかも知れない。しかし、監査役の候補者の選定をどうするのか、それも筆者が主張するように取締役と同数の監査役がいるべきだ、ということになると、現実の問題としてほとんど不可能に近い。さらに、報酬や賞与をどうするか、ということも問題になってくる。「中立性の確保・維持」を徹底するということになる、会社からもらうという方式はどうもうまくない。では、企業に拠出させ、これをプールして裁判所から支払いを受けることにするか、などと議論してみてもどうにかなることではない。企業の良識を信じ、その自治に任せるべきであろう。

右のような議論の延長線上に、コーポレート・ガバナンスの再構築論として、ドイツ法のように監査役会で取締役を選任する方式がよりすぐれているとか、アメリカのように(アメリカ会社法では監査役は法定機関ではない)監査役制度をやめて社外取締役制度を導入し、さらに会計監査人の権限も強化するのがよいとか、さまざまな立法論がでてこようが、いずれも株式会社の機関構造を根本的に変えてしまわなければならず、容易なことではない。いや、困難だから否定するという意味ではなく、法制度として監査役(会)制度が比較的にみてすぐれているから、この制度を維持すべきだといっているのである。先にも述べたように、数次の改正によって、この制度自体はほど理想的な姿になっているといっている。完全・完璧なものなどは存在しないのであって、改善すべき点は、前述したようにあることはある。さて、そうになると、問題は取締役になる「人」、監査役になる「人」にある。これだけ、企業の不祥事が続発すると、取締役・監査役など企業人に規範意識はあるのか、きわめて疑問といわざるを得ない。

(3) コンプライアンス体制の確立

アメリカでは古い歴史をもつ概念であるが、わが国でも、最近コンプライアンス(compliance 法令遵守)という語が

使われるようになってきた。当初は、「企業が法令を遵守し違法行為を行わない」という意味で使われていたが、近時は、単純な「法令遵守」に限られるものではなく、もう少し広く「するべきでないこと」を行わない、とするビジネス・エシックス(business ethics 経営倫理)に近い意味を含めて使われるようになってきているといわれる。⁽²⁷⁾

ところで、周知のごとく、わが国では、一九九〇年代のバブル期およびその崩壊期に目を覆うばかりの企業の違法行為・犯罪行為が相次いで露見した。そのころ、あるテレビ特別報道番組で危機感をもった企業が始めた役員研修の模様を特集したものがあった。その大企業の取締役が後でインタビューに応えて、「取締役には、こんなに厳しい義務や責任があるとは知りませんでした。驚きました。」と語っていたが、むしろ、聞いたこちらが驚いた。というのは、取締役ならば当然知っていなければならぬと思われる基本的な事項であったからである。しかし、そのときの表情が心から驚いているようなので、妙に納得したものだった。つまり、法令を守るという意識が希薄というよりも、むしろ自分が経営者として守るべき法令はなんなのか知らないのである。では、どうして知らないのか。いろいろな理由・原因が考えられようが、取締役になったときに、しっかりした法務教育を受けていないことが一つの大きな理由のように思われる。従来は、「取締役の心得」といった類の小冊子を渡されて、それで終り、といった程度がよく聞かれた例であり、その内容も取締役としての法令上の義務や民事・刑事責任などは書かれていなかったようである。

「凄腕」、「遣手」、「辣腕」と評され、ひたすら成績を上げ会社の利益に貢献して、念願叶って営業部長から取締役に昇進した。彼は、これまでやってきた部長としての職務に一層精進することをみずから誓うと同時に、ここまで自分を引き立ててくれた常務には今まで以上に忠誠を尽そうと決意し、常務に命じられれば火の中へでも飛びこむ覚悟である。この心情は、ある意味では、感動的であるが、法の立場からすると、むしろこれは困ったものであり、危険ですらある。

右の例は、使用人兼務取締役に該当するものであるが、取締役になると、会社との間に雇用関係(民六二三条以下)ではなく、委任関係(商二五四条三項、民六四三条)が発生し、この委任関係に基づいて、職務の執行にあたってはいわゆる善管注意義務(民六四四条)を負うことになること、また、引き立ててくれた常務の命ずることにただただ従ってはいけない場合があり、取締役会の一員としては、法律上社長も常務も「平」も取締役はすべて対等で、常務取締役の業務の執行についても業務監査をする権限と義務を負うことになること(商二六〇条一項)、もし、会社に著しい損害を及ぼすおそれがある事実を知ったなら、それをしているのが常務といえども、監査役に直ちに報告しなければならぬ(商二七四条の二)、また取締役会会議で糺さなければならず、これを黙認すると、監視義務違反として会社に対する損害賠償責任が生ずることにもなること(商二六六条一項五号)、などを知っていなければならぬ。ところが、部長という使用人を兼務している取締役の場合には、どうしても引き続いてやっている部長職が大きなウエイトを占め、取締役としての規範意識が育たないようである。無理からぬことではある。このようなことを考えると、取締役が使用人を兼ねることは望ましくなくともいえるが、現行法上は禁止されていないので、わが国の企業社会では、専務・常務といった将来経営トップとなるべき「後進を育成するため」必要であるということを取締役になっても右のように使用人を兼務させることが多い。そうだとすると、このような社内取締役には、取締役に登用したときに、しっかりした法務教育をすべきである。これは監査役についても同様である。

法務教育を実施するにあたっては、すべての企業の役員に共通する基本的かつ普遍的なコンプライアンス・プログラムを策定するのがよい。初めからあまり細かいことを定めると、かえって焦点がぼけてしまう。監査役・法務部スタッフ・顧問弁護士の三者が共同で行なえばスムーズに進めることができよう。そして、「法務研修」を開催して実施することである。

企業の違法行為の防止は、いまやコンプライアンス・プログラムの充実なしには不可能であるといわれる。後追的な監査とは違って、コンプライアンス・プログラムは、まさに日常の業務執行行為における法令・倫理規範遵守のメカニズムである。⁽²⁸⁾

この問題は、これからも引き続き関心を払ってゆかなければならない。

- (1) 資料／企業統治に関する商法等の改正案要綱・商事法務一五二四号(1999. 4. 25)、商事法務研究会(三七頁以下)。
 - (2) 結果同旨、株主代表訴訟制度研究会(座長・岩原紳作)「自民党の『企業統治に関する商法等の改正案要綱』に対する意見」商事法務一五二六号(1999. 5. 25)、商事法務研究会(一六頁は、反対する理由として「定款による事前的・包括的な取締役・監査役の責任制限の取締役会への授権は、事後的制限と比べて、具体的な責任発生の事情等を考慮せずに決議がなされ、その将来持ち得る意味を十分理解して決議がなされるといいがたいため、株主の予想を越えて免責の範囲が広がる恐れがあつて認めがたい。……(また)定款による制限は、定款の附合契約的性格から、将来の株主も拘束される点からも慎重でなければならぬ……」ことをあげる。また、浜田道代「企業統治と監査役制度、代表訴訟・役員責任軽減」商事法務一五二八号(1999. 6. 15)、商事法務研究会(一二頁は、この事前制限は、「責任の原因となる行為がまだ行われない段階で責任軽減の権限を株主たちが取締役会に包括的に授権しても、『取締役会がその裁量により取締役の責任軽減を決定するおかしさ』は克服できない。しかも要綱が提案するように定款で授権するものとするれば、はるか将来にわたって新たに株主になる者もすべて、当然に拘束されることになるだけに、不都合はなおさらである。……」ので賛成できないとする。そしてまた、末永敏和「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事法務一五二八号(1999. 6. 15)、商事法務研究会(二五頁は、このような定款による取締役の損害賠償責任の取締役会決議による事前軽減は、「……個別取締役の具体的責任に関する判断(処分)権を取締役に委ねるものであり、これはこの権限を最終的に各株主に与えている現行法の立場からすると、大変化であり、行きすぎである。」とする。
- 他方、賛成するものとして、鈴木進一「企業統治に関する商法等改正案要綱と監査役」商事法務一五二八号(1999. 6. 15)、商事法務研究会(一九頁があり、このような事前制限が認められれば、「……会社経営活性化のためにも期待が持てよう。」という。
- (3) William E. Knepper, Dan A. Bailey, Liability to Corporate Officers and Directors (6th ed., 1998) Vol. 2 p. 3, p. 275 et seqq.
 - (4) 北村雅史「米国における取締役責任制限法について」法学雑誌三八巻三・四号(1992. 3)、大阪市立大学(五九九頁以下に、その前

後の歴史的背景や事情が詳細に論じられている。

- (5) 商事法務一五二五号(1999. 5. 5) 商事法務研究会)一〇八頁の「株主代表訴訟の動向」参照。
- (6) 資料版・商事法務一三〇号(1995. 1) 商事法務研究会)九四頁。
- (7) 商事法務一四七一号(1997. 10. 25) 商事法務研究会)八頁、九頁、二〇頁(注一四)・二二頁(注一五)(注一六)、中村直人「株主代表訴訟の最近の状況」商事法務一五二二号(1998. 12. 15) 商事法務研究会)一頁以下、参照。
- (8) The American Law Institute's *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, supra note (3) p. 15 et seqq.
- (9) 通産省産業政策局産業資金課編「株主代表訴訟の現状と課題」別冊商事法務一七三三号(1995. 7) 商事法務研究会)三五頁参照。
- (10) 昭和二五年改正前商法二四五条一項四号は、総会の特別決議による免除を認めていたし、また、昭和六一年五月一五日法務省民事局参事官室「商法・有限会社法改正試案」二二注は、訴訟上の和解・調停における責任の一部免除を総会の特別決議でできることを検討事項として取り上げていた経緯がある。なお、近藤光男(担当)・新版注釈会社法(6)株式会社の機関(2)(昭和六二年九月二〇日初版、有斐閣)二九二頁以下参照。
- (11) 同旨、株主代表訴訟制度研究会・前掲意見書六頁、浜田・前掲論文七頁、末永・前掲論文二五頁。反対、鈴木・前掲論文二〇頁。
- (12) 同旨、末永・前掲論文二五頁。
- (13) 内田信也「株主代表訴訟における監査役の実務対応と留意点」商事法務一三七九号(1995. 2) 商事法務研究会)も、要綱と同趣旨であろうと思われることが述べられており、「……したがって、取締役個々の判断で執行した結果についての訴訟では、会社の参加はあり得ないのである。」としているが、取締役が執行する業務がつねに取締役会の意思決定に基づかなければ違法というわけではなく、取締役会の決議を経る必要のない日常的な業務の決定と執行は、取締役会から委任を受けて代表取締役が行うのが通常であるので、やはり、意味不明である。
- (14) 同旨、浜田・前掲論文五頁、末永・前掲論文二三頁、森田健太郎「二十一世紀のコーポレート・ガバナンスに関する研究会報告書の概要」商事法務一四九三三号(1998. 6. 15) 商事法務研究会)二二頁ほか。
- (15) 同旨、株主代表訴訟制度研究会・前掲意見書一〇頁、一一頁が、詳しく論じている。なお、下村昌作「コーポレート・ガバナンスに関するアンケート調査結果の概要」商事法務一五一一号(1998. 12. 5) 商事法務研究会)一一頁の「表4」社外監査役の増員に関する検討状況によると、一一三七社(100%)のうち、①三七四社(32.8%)が、すでに過半数まで増員している、と回答しており、②四三五社(38.3%)が、半数まで増員していると回答している。
- (16) 反対、株主代表訴訟制度研究会・前掲意見書一一頁は、「要綱の社外監査役の強化が、結果的には、社外監査役の数を増大させる

「企業統治に関する商法等の改正案要綱」の分析とそれに伴う若干のコーポレート・ガバナンス補論

だけでなく、監査役の員数全体を実際には増やすことが予想される。このことから、現在の企業の自主的な取締役会改革において、取締役の員数を大幅に減少させて、一〇人前後の数にしようとしているのと比較して、監査役会が重くなりすぎるのではないかと、といった問題」も生じてくるとしているが、企業が取締役の員数を減らしている理由を「取締役会のスリム化により意思決定の迅速化・効率化を図るため」といつているのを額面どおり受け取ることができないところがある。つまり、株主代表訴訟による責任追及を回避する狙いがあるものもあり、名称は執行役員でも実質的には取締役と同じに取り扱わなければならない場合がある。したがって、企業が大幅に取締役の員数を減少させているという評価・認識は疑問である。また、監査役会が重くなりすぎるとい判断も、どのくらいの員数ならば適正だと考えるのか不明であるが、これまでが軽すぎたというべきである。

- (17) 北沢正啓(担当)・新版注釈会社法第2補巻平成2年改正(平成八年一月三〇日、有斐閣)四一頁以下。
- (18) 北沢正啓(担当)・注釈会社法補巻昭和49年改正(昭和五五年三月二五日、有斐閣)四五頁。
- (19) 読売新聞一九九九年(平成一年)六月一八日朝刊「考現学 新風呼ぶか 社外取締役」。
- (20) 武井一浩「米国型取締役会の実態と日本への導入上の問題」III「商事法務一五〇八号(1998. 11. 15、商事法務研究会)一七頁は、「……米国データからすると、理論で主張されているような社外取締役による経営陣の監査機能の向上は、必ずしも実現されていない疑いがある。……」と指摘する。そして、理論と現実とが合っていない最大の理由として、「社外取締役は経営陣を監視する『番犬(watchdog)』というよりは、まだ経営者の『飼い犬(Lapdog)』ではない。……(略)……社外取締役を飼い犬から番犬に変える問題は、今でも米国のシステムの最大の課題である。」と述べている。
- (21) わが国において、社外取締役を法制度化すべきであるとの主張は以前からあった。詳しくは、法務民事局参事官室「会社法改正に関する問題点」(昭和五〇年)参照。
- (22) 前田庸「商法からみた証券市場の課題」証券市場の課題と展望(平成一年四月一日、東京証券取引所)四頁。
- (23) 同旨、岩原・山下・須藤・小林・久保利・荻野(座談会)「経営環境の変化と企業の取締役会改革」商事法務一五〇五号(1998. 10. 5、商事法務研究会)六頁以下、渡辺恒「インベスターリレーションズとコーポレート・ガバナンス」下「商事法務一五一九号(1999. 3. 5、商事法務研究会)二七頁ほか。
- (24) 下村・前掲論文の中の「表7」社外取締役選任の検討状況によると、一三七社(100%)のうち、①すでに選任している企業が四〇四社(35.6%)あり、②選任する予定がない企業が四三二社(37.9%)である。なお、この調査で社外取締役とは、現行商法における社外監査役の定義に準拠したものが想定されている。
- (25) 武井・前掲論文一八頁以下は、アメリカにおける社外取締役に関する諸問題についてのすぐれた研究である。
- (26) たとえば、関俊彦・会社法概論(初版)(平成6年10月25日、商事法務研究会)三三一頁(注3)(注4)参照。

(27) 久保利英明・菊地伸「事業会社におけるコンプライアンスの進め方」商事法務一五二七号(1999. 6. 5)、商事法務研究会(四頁以下に詳しい)。

(28) 武井一浩「米国型取締役会の実態と日本への導入上の問題」〔完〕商事法務一五二一号(1998. 12. 5)、商事法務研究会(一八頁。岩原ら・前掲座談会一一頁。

(平成一一年七月二九日稿了)

〔追記〕 本要綱が掲げている改訂事項は、予定されていた第一四五回通常国会に法案として提出することが見送られたが、現政権与党の手によるものであるから、次の通常国会には提案されると思われる。その場合には批判に対しては謙虚に耳を傾け、よりよい法案となっていることが期待される。