

取締役会制度に関する沿革的考察

洪 濟 植

- 一 はじめに
- 二 取締役・取締役会機能の史的変遷
 - 1 ロエスレル草案
 - 2 明治23年制定商法
 - 3 昭和25年改正前商法
 - 4 昭和25年改正商法
- 三 取締役会の権限拡大とその問題点
 - 1 平成14年以前までの商法改正
 - 2 平成14年改正商法
 - 3 平成26年改正会社法
- 四 検 討
 - 取締役会の機能とその問題点——
 - 1 取締役会の機能
 - 2 問題点
- 五 おわりに

一 はじめに

2014年（平成26年）に「会社法の一部を改正する法律」（平成26年法律第90号）により改正された会社法（以下「平成26年改正会社法」または「現行会社法」という）は、企業ガバナンスの強化および親子会社に関する規律等の整備に関する事項を中心に会社法全般にわたって改正を行ったものであり、平成17年制定会社法に大改正を加えたものである⁽¹⁾。

平成26年改正会社法は、株式会社（以下「会社」と略する）の取締役会の

監督機能を高めるべく、監査等に関する規律の見直しを行った。その中でも、特に会社法上の監査役の監査権限を「監査等委員である取締役」に持たせることで、いわば監査役を取締役会の構成メンバーとして取り込んだ新たなガバナンス・システムとして「監査等委員会設置会社制度」を創設したことは、注目に値するところである（2015年（平成27年）5月1日施行）⁽²⁾。これにより、公開会社であり、かつ大会社（以下「公開大会社」という）としては、既存の「監査役会設置会社」（平成5年導入）⁽³⁾、「指名委員会等設置会社」⁽⁴⁾に加え、新たに導入された「監査等委員会設置会社」という3つの異なる経営管理システムの設計構造の中から、会社の組織とその実態に見合った機関設計が可能となった⁽⁵⁾。ただし今後の公開大会社は、前記のいずれかの会社の機関設計を選択するにせよ、取締役・執行役の職務執行の監査・監督を担う社外取締役を選任する必要があるだろう⁽⁶⁾。すなわち公開大会社のうち、社外取締役の選任が義務付けられている指名委員会等設置会社および監査等委員会設置会社でない監査役会設置会社が、その発行する株式について有価証券報告書を提出する上場会社であって、社外取締役を選任しない場合には、その理由を会社の実質的所有者である株主に適正に説明したうえで、対外的に開示する必要があるからである⁽⁷⁾。今後、公開大会社における取締役会がその監督機能を果たせるかどうかは、社外取締役の監査・監督機能が十分に機能するかどうかにかかっているといても過言ではない。

本稿のねらいは、取締役会制度に関する沿革的考察にある。本稿は、まず、取締役・取締役会の史の変遷について分析する。その次に、取締役会の機能とその問題点について検討するために、既存の経営管理システムの設計構造として採用されている監査役会設置会社および指名委員会等設置会社、ならびに、平成26年改正会社法により創設された監査等委員会設置会社の取締役会の監査・監督機能を比較したうえで、その機能を強化するための一方策として2002年（平成14年）商法特例法改正（以下「平成14年改正商法特例法」という）によって導入された社外取締役制度の現状とその問題点につい

て検討する。

二 取締役・取締役会機能の史的変遷

1 ロェスレル草案

1881年（明治14年）当時の司法省法律顧問であったドイツ人ヘルマン・ロェスレル（Hermann Roesler）は、日本商法の起草の依頼を受けた同年から1884年（明治17年）にかけて、1861年（文久元年）ドイツ普通商法典をモデルにした草案⁽⁸⁾を1884年1月に脱稿した（以下「ロェスレル草案」という）⁽⁹⁾。1884年に公開されたロェスレル草案においては、会社の機関構造として、「株主總會」、「頭取」（以下「取締役」という）、および定款の定めによる任意的機関として「取締役」（以下「監査役」という）を置いていた⁽¹⁰⁾。ロェスレルが考案した会社の経営管理機構の構造は、株主総会中心の思想をベースにしたものであった。ロェスレルは、その草案において、会社の代理権を有する者でない株主は、株主全員で構成される株主総会の決議により会社の経営管理について干渉することができる⁽¹¹⁾、株主は、会社の代理として、株主総会で株主の中から3人以上の取締役を選任し（ロェスレル草案219條）⁽¹²⁾、会社の諸般の事項に関わる権限を与える一方で（ロェスレル草案222條）⁽¹³⁾、いつでも取締役を解任することもできる（ロェスレル草案226條）⁽¹⁴⁾としたのである。また株主は、自己に代わって会社の業務を執行する取締役を監督し、会計の監査を行うべき任意的機関として監査役（3人以上5名以下）を株主総会で選任することもできた⁽¹⁵⁾。ロェスレル草案における企業ガバナンス・システムは、取締役会を欠いてはいたものであったが、2005年（平成17年）に会社法典が制定される以前における会社の経営管理機構の原型を提示したものとみえよう。

2 明治23年制定商法

(1) 序

前記のロエスレル草案は、当時の外務省から司法省に移管された「法律取調委員会」によって修正が加えられた。この修正案を受けたロエスレルは、商法原案の起草にあたり、1888年（明治21年）10月に商法草案を完成した。商法草案は、元老院に付議され、1889年（明治22年）6月に可決された。1890年（明治23年）4月に公布された「会社に関する一般的規定を含む商法典」（明治23年法律32号）（以下「旧商法」という）は、ロエスレル草案を基礎としつつ、相当の修正を加えたものである⁽¹⁶⁾。しかし会社の機関については、旧商法は、ロエスレル草案によって提示されていた経営管理構造を基礎にしたものであった。ただしロエスレル草案において、任意的機関であった監査役の法的地位は、旧商法では必置機関として位置付けられていた点が注目に値するところである⁽¹⁷⁾。すなわち旧商法では、会社の最高意思決定機関である株主総会を頂点に、会社の内部関係において業務を執行し対外的に会社を代表する取締役、および、株主総会に代わって取締役の職務執行を監督・検査する監査役を下部機関とする3つの機関から構成されていた⁽¹⁸⁾。

(2) 取締役制度

旧商法は、取締役にに関する諸規定については、ロエスレル草案に修正を加えず、その内容を踏襲している。旧商法は、会社は、株主の中から任期3年の取締役3人を株主総会で「選定」し⁽¹⁹⁾、再選を認めていた⁽²⁰⁾。取締役の被選資格については、取締役は会社の株主である必要があり⁽²¹⁾、しかも「資格株」（定款で定める数の株式をいう）を有する株主でなければならない⁽²²⁾と定めていた⁽²³⁾。旧商法に定められていた取締役の権限内容をみると、業務を担当する取締役は、裁判上と裁判外とを問わず、会社のすべての業務を代理する権限を有するとされていた⁽²⁴⁾。また業務を担当する取締役の代理権に加えた制限については、取引の相手方である第三者が善意である場合には、その効力を生じないとされた⁽²⁵⁾。取締役（または監査役）の報酬につ

いては、定款または株主総会の決議により決定すると定められていた。かかる取締役に関する諸規定の内容は、125年の長い年月が過ぎた現行会社法においても変わらずに受け継がれている。

この時期における会社は、所有と経営が一致する株主総会中心主義の経営管理システムを採用していたため、会社の所有者たる自然人株主のみが取締役および監査役になり、取締役各自が会社の業務を執行し、会社を代表するとともに、監査役が取締役の職務執行を監督・監査する機関として位置づけられていたものと考えられる（いわゆる各自・単独代表の原則）⁽²⁶⁾。旧商法は、現行会社法の持分会社のように、取締役の無限連帯責任を認めていた。すなわち取締役は、定款または株主総会の決議で、その在任中に生じた義務違反については、連帯無限の責任を負う旨を予め定めることができると定めていた⁽²⁷⁾。

3 昭和25年改正前商法

(1) 明治32年改正商法

1899年に新しい商法典（以下「明治32年改正商法」という）（明治32年法律48号）が制定され、旧商法第1編第6章に定められていた会社に関する規定は、明治32年改正商法では独立編として第2編に設けられた⁽²⁸⁾。明治32年改正商法第2編第4章には「株式會社」に関する規定が定められていたが、会社の基本的機関構造は、旧商法から明治32年改正商法に引き継がれ、平成26年に改正された会社法においても、大会社でない公開会社の基本的機関構造として受け継がれている⁽²⁹⁾。

このように明治32年改正商法は、旧商法上の会社の基本的機関構造を維持する一方で、他方で株主総会の権限および法定事項について定めるなど、旧商法とは異なる会社機関の特色を見て取れる。

旧商法では、株主総会について、総会の招集権者などの7カ条の規定を設けたにすぎず、総会の権限やその他の法定決議事項についての定めは見あたらない⁽³⁰⁾。しかし旧商法上の株主総会は、ロエスレル草案と同様に、最高

かつ万能の機関として解されていたため、総会は会社の運営にかかるどのような事項についても決議し得る権限を有する機関であったと考えられる。そこで明治32年改正商法は、株主総会の法的地位や法定決議事項を具体的に定めて、総会に関する位置づけを明確にした。すなわち明治32年改正商法では、株主総会とは、「株主ノ總意ヲ直接ニ発表シテ以テ會社ノ意思ヲ決定スル唯一最高ノ會社ノ機関ヲ謂フ」と定義され、総会は会社の機関中に最高の地位を占めるものとして位置づけられた⁽³¹⁾。したがって、この時期の会社は、法制度上、会社の組織・運営・管理にかかるすべての事項について、株主総会の決議をもって決することが可能であったと推察できる。また旧商法においては、1つの款に併せて規定されていた取締役・監査役に関する事項について、両者の性質および職務が異なるという理由から、第2款に取締役に関する規定を、第3款に監査役に関する規定を定めてその役割の明確化が図られた⁽³²⁾。

(2) 明治44年改正商法

1911年に改正された商法（以下「明治44年改正商法」という）（明治44年法律73号）では、取締役と会社との関係を明確に定立し、取締役の会社および第三者に対する責任を強化するための改正が行われた⁽³³⁾。

旧商法においては、取締役と会社との法律関係を規律する定めがなく、その法律関係の性質が不明であったために疑義が生じていた⁽³⁴⁾。明治44年改正商法は、かかる疑義を解消するべく、株主総会で株主中から選任される取締役と会社との法的関係について、「會社ト取締役トノ間ノ關係ハ委任ニ關スル規定ニ従フ」と定め、取締役は会社と委任関係に立つことを明らかにした⁽³⁵⁾。また取締役は、会社と委任関係に立つことをもって、①その任務の懈怠に基づく会社に対する連帯責任を負うこと、②法令または定款に反する行為によって第三者に生じた損害を賠償する連帯責任を負うことを定め、取締役の責任の強化が図られた⁽³⁶⁾。このほかにも明治44年改正商法では、旧商法で定めていた取締役の各自・単独代表制を原則としながら、例外的に定

款または株主総会の決議をもって代表取締役を定めることが認められた⁽³⁷⁾。

（3）昭和13年商法改正

旧商法制定以降、会社の取締役は、フランス法系にならない、その資格として株主たることを要していた⁽³⁸⁾。これは、取締役が株主であれば、会社のオーナーとして会社を大切にするという考え方に基づいたものである（以下「必要説」という）⁽³⁹⁾。ところが、当時の実業界においては、株主でない経営人材を会社の取締役として迎えたいという需要も実際にあったわけで、株主でない者を株主と仮装して取締役にするために株式を貸渡す行為が行われていた当時の会社では、株式の返還をめぐる紛糾が生じていたことも珍しくはなかったようである⁽⁴⁰⁾。取締役の被選任資格にかかる株主の必要説については、当時の会社において、株主を仮装して取締役にする事例が頻出していったこと、および、取締役の資格を株主に限定する旧商法164条への批判があったこと（以下「不必要説」という）⁽⁴¹⁾、ならびに、会社の「所有と経営分離の原則」の思想が次第に広がっていたことから、1938年（昭和13年）商法改正（以下「昭和13年改正商法」という）によって、取締役の選任規定から「株主中ヨリ」という文言が削除され、株主から会社経営の委任を受けた業務執行機関たる取締役が業務の執行にあたるものとされた⁽⁴²⁾。このように昭和13年改正商法は、取締役の資格を株主に限らないことにしたが、株主が会社に親しみを持ち会社経営に真摯にあたれるという必要説に基づく会社からすると、会社に利害関係のない者が取締役にすることに対しては相当反対の意見もあっただろうから、原則として不必要説に立脚しながら、折衷的な立場に立ち、会社が定款をもって取締役の被選任の対象を株主に限定することを認めたものと考えられる⁽⁴³⁾。

明治32年改正商法では、取締役については、共同執行制を採用せず、単独機関制の性質を有するものと解されていた⁽⁴⁴⁾。すなわち、すべての取締役は業務執行権および代表権を有し、取締役の過半数の決議をもって業務執行に関する意思を決することを原則としていた。前記のように明治44年改正商

法170條は、取締役各自の単独代表制を原則としながら、①「定款又ハ株主總會ノ決議ヲ以テ取締役中會社ヲ代表スヘキ者ヲ定メス」、または、②「定款又ハ株主總會ノ決議ヲ以テ數人ノ取締役カ共同シ若クハ取締役カ支配人ト共同シテ會社ヲ代表スヘキコト」を認めるとされていた⁽⁴⁵⁾。明治32年改正商法以降、すべての取締役は業務執行権および代表権を有し、取締役の過半数の決議をもって業務執行に関する意思を決することを原則としていたが、株主から経営の合理化を求められていた多くの会社では、定款の定めにより、取締役の互選で代表取締役を選任し、定款または取締役会規則などをもって、会社の業務執行の意思決定を行う任意的機関として取締役会を事実上運営していたとされる⁽⁴⁶⁾。そこで昭和13年商法改正では、「取締役の互選を以て会社を代表すべき取締役を定めること」が認められ、商法上業務執行に関する機関の分化が一段と進んではいたものの、取締役会は、商法上の機関として存在するまでには至らなかった⁽⁴⁷⁾。

4 昭和25年改正商法

(1) 取締役会中心主義への転換

朝鮮戦争経済特需効果による経済発展に伴って会社の資本が巨大化しつつ、株主数も増えていた昭和25年頃の日本では、商法上の株主総会中心主義に基づく会社の運営は、現実の企業の経営に適していないのではないかと指摘されていた⁽⁴⁸⁾。会社の常設の機関ではない株主総会は、会社の最高の意思決定機関として君臨するものの、その性質上、会社の業務を執行し会社を代表する機関には適せず、実際上の会社の経営は常設機関たる取締役の専権に属していたのである⁽⁴⁹⁾。またその当時の実業界では、定款によって会社の業務執行に関する意思決定を行う「重役会」という会議体が慣行的に採用されていたが⁽⁵⁰⁾、取締役がそのメンバーとなる重役会は、商法上認められる会議体ではなかったため、法形式上、会社の業務執行に関する重要な事項の意思決定は、定款に別段の定めがないときは、業務の遂行の慎重を期すために取締役の過半数の決議をもって経営方針を決定すべきものとされていた

（昭和25年改正前商法260條）⁽⁵¹⁾。さらに昭和25年改正商法は、法改正の最も基本的な事項の一内容として、「授權資本制度および無額面株制度」を採用していたが、これは設備投資のための事業資金の調達を容易にせしめるために導入された法制度であった⁽⁵²⁾。しかし取締役これをなす強大な権限を与えた以上は、取締役の権限濫用を抑制するための取締役制度の見直しも求められていたわけである⁽⁵³⁾。そこで株主總會中心主義を排して、会社経営を少数の取締役に委ねた以上、「取締役の間の協議と意見の交換により、その叡智と知識と事業上の識見の結集」を図る必要があったため⁽⁵⁴⁾、昭和25年商法改正では、アメリカ法制度にならって会社の業務執行に関する意思決定を行う会議体として取締役会が導入され（昭和25年改正商法260條）、法制度上の会社の運営は「株主總會中心主義」から「取締役會中心主義」へと大變貌を遂げていたのである⁽⁵⁵⁾。そして昭和25年商法改正では、改正前の業務執行に関する取締役各自の代表機関制を改め、会社の業務を執行し代表する権限は、取締役会の構成メンバーたる取締役の中から選任された代表取締役に与えられた（昭和25年改正商法261條1項）⁽⁵⁶⁾。

この点、この時期における日本では、会社の代表取締役が行う業務の執行に対し、「取締役會による監督と監査役による監査」とが並行する日本的モニタリング・システムとして、「取締役会設置会社の原型」ともいべき経営管理構造が構築されていたとみることができる⁽⁵⁷⁾。

（2）取締役会の権限

イ 総説

昭和25年商法改正によって導入された取締役会は、「會社の業務に關する意思を決定するため、取締役全員をもって構成せられる必要且つ恒常的な會議體形式の會社機關である」と位置づけられていた⁽⁵⁸⁾。昭和25年改正商法における取締役会の権限については、「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス支配人ノ選任及解任亦同ジ」と定められていた⁽⁵⁹⁾。商法上、支配人の選解任権を取締役会の権限に属せしめられたのは、支配人は強大な法定権限を有する

者であるから、その選任機関である取締役会による監視・監督の必要性があったためであろう⁽⁶⁰⁾。そして昭和25年改正前商法では、会社の本店だけでなく支店の所在地も定款の絶対的な記載事項であったため、会社が支店を設置するためには株主総会を開催し特別決議による承認を得る必要があるなど、会社経営の機動性および効率性を追求するうえでの問題があった⁽⁶¹⁾。そこで、会社の経営合理化を図るという趣旨から、1962年（昭和37年）商法改正では、「会社ノ支店ノ設置、移転及廃止」に関する決定権について、株主総会から取締役会に移譲させる立法措置が取られ、取締役会の権限は、「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス支店ノ設置、移転及廃止並ニ支配人ノ選任及解任亦同ジ」と明定された（昭和37年改正商法260条）。

ロ 権限の内容

旧商法以来の株主総会中心主義から一大変革を試みたものと評価されている昭和25年改正商法では、取締役会は、会社の業務執行について、「商法又は定款をもって株主總會の権限とされている事項（昭和25年改正商法230條ノ2）を除いて、すべて取締役會が會社意思を決定する権限を有する」ものとされた（昭和25年改正商法260條前段）⁽⁶²⁾。昭和25年改正商法260條前段は、取締役会は、会社の業務執行に関する意思を決定する機関であると定めていたが、この決定に基づく代表取締役または業務執行取締役の業務執行行為を監督する職務を負うことについては明文上明らかにしていなかった⁽⁶³⁾。しかし、学説においては、通説的見解として取締役会の業務監査権が認められていた⁽⁶⁴⁾。そして昭和25年改正商法260條後段は、支配人の選任には取締役会の決定を要する旨を定めていたが、これ以外にも昭和25年改正商法は、次のような一定の重要事項については、必ず取締役会の決議によるべき旨を明らかにした⁽⁶⁵⁾。すなわち①「總會招集の決定」（同法231條）、②「代表取締役の選任及び共同代表の決定」（同法261條）、③「會社と取締役との間の訴訟における代表者の選任」（同法261條ノ2第1項）、④「會社と取締役との間の取引の承認」（同法265條）、⑤「新株發行事項の決定」（同法280條ノ2）、⑥「法定準備金の資本組入」（同法293條ノ3）、⑦「株式の

分割」（同法293条ノ4）、⑧「社債發行の決定」（同法296条）については取締役会の権限に属する専決事項とした⁽⁶⁶⁾。かかる取締役会の専決事項以外の業務執行に関する基本的な事項として、昭和25年改正前商法245条1項1號に定める「營業の重要でない一部の譲渡」に関する事項、および、昭和25年改正前商法266条1項1號の定める「計算書類及び利益配當に關する議案の總會提出」は、業務執行行為の一種として捉えられるから、取締役会の権限に属するものと解された⁽⁶⁷⁾。かかる取締役会の専決事項以外については、会社經營の機動性および能率性を追求するという観点から、代表取締役にこれを委ねるべきとした⁽⁶⁸⁾。

三 取締役会の権限拡大とその問題点

1 平成14年以前までの商法改正

昭和25年改正商法によって取締役会制度が取り入れられたが、それ以降は株主総会の決議事項を縮小する代わりに取締役会の決議事項の範囲を拡大する商法上の法政策が推し進められた⁽⁶⁹⁾。1955年（昭和30年）改正商法（以下「昭和30年改正商法」という）においては、特に注目に値する改正事項として、新株引受権に関する事項の決定を原則として取締役会が行うとしたことである⁽⁷⁰⁾。

昭和25年改正商法166条1項5號は、「会社ノ設立ノトキニ定メラレタル会社ガ發行スル株式ノ総数ニ付株主ニ対スル新株ノ引受権ノ有無又ハ制限ニ関スル事項若シ特定ノ第三者ニ之ヲ与フルコトヲ定タルトキハ之ニ関スル事項」について原始定款の絶対的な記載事項に掲げていた⁽⁷¹⁾。このように昭和25年改正商法が、株主に対する新株引受権の有無または第三者に対する新株引受権の附与を原始定款の絶対的な記載事項とした趣旨は、取締役会に市場の状況を考慮して機動的に資金調達をなさしめようとする授權資本制の妙味を十全に生かすことにあったとされる⁽⁷²⁾。昭和25年改正前商法における資本の増加には、株主総会の決議が求められていたので、株主は増資による新株発行につき、慣行上新株を引受ける権利を確保する機会が与えられていたが、昭和25

年商法改正により授権資本制が採用された結果、新株発行に関する意思を決定する権限は取締役会に委ねられたため、株主の新株引受権をどのように取り扱うべきかが問題となっていた⁽⁷³⁾。会社の新株発行にあたっては、株主保護の見地からすれば、既存の株主に持株数に応じて新たに発行する株式を優先的に引受ける権利を保障するのが一般的であるように思われるが、昭和25年改正商法は、取締役会に新株発行の決定権を与えるという授権資本制度を取り入れたため、証券市場での資金調達ということの重要性に鑑みれば、立法上既存株主の新株引受権の有無については明らかにせず、会社の定款の自治に委ねた方がよいと判断したものと推察できる⁽⁷⁴⁾。したがって、通常の場合には、会社成立後、代表取締役が、発行可能株式総数のうち未発行株式を、何時、どの程度の新株を、どのような条件で発行するべきかについて合理的に判断して新株発行に関する原案を作成し、その発行事項の内容を取締役会で決定することになるであろうが、定款をもって株主総会の権限に留保してあれば、株主総会の決議による必要があると解された（昭和25年改正商法280条ノ2）⁽⁷⁵⁾。

ところが、昭和30年電気化学工業事件判決（東京地判昭和30・2・28下民6巻2号361頁）は、会社の株主は、未発行株式についての新株引受権を有するという定款の定めについて、無効と判示した。この判決を受け、昭和30年改正商法は、新株引受権に関する事項を定款の絶対的記載事項からはずすとともに、定款の定めをもって株主に新株を引受ける権利を保障する場合は別とし、原則として新株引受権の交付に関する決定権を取締役会の権限とした（昭和30年改正商法280条ノ2第1項5号）⁽⁷⁶⁾。ただし、株主以外の第三者に対する新株引受権の附与につき、同改正法は、既存の株主の利益を保護する観点から、取締役がその理由を開示したうえで株主総会の特別決議を得た場合に限り限定的に認め、厳重に規整していた（昭和30年改正商法280条ノ2第2項）⁽⁷⁷⁾。しかし実務上では、十数年にわたって新株発行に際して証券会社が公募分を一括して買取引受する方式（以下「買取引受方法」という）によって増資を行う商慣習があり、このことについては1966年（昭和

41年）改正前商法280条ノ2第2項の定める規定の法解釈上、その適法性が問題となっていた。この点につき、下級審裁判例（横浜地判昭和37・12・17下民13巻12号2473頁）（新株発行無効確認事件）は、東京芝浦電気会社が行った新株発行につき、「公募株につき行われているいわゆる買取引受は第三者に対する新株引受権の附与であり、株主総会の特別決議を経ない限り商法違反である」旨を判示した。しかし昭和37年横浜地裁判決は、経済界に昭和41年改正前商法280条ノ2第2項に関する商法改正要望書を関係各方面に提出させる事態へと発展した。経済界は、「株主以外の者が新株を引受ける場合に常に株主総会の特別決議を要するものとすれば、企業の資本調達を機動的に行うことは不可能となり、・・・授権資本制度即ち取締役会の自主経営尊重の本旨に反する」という意見を表明し、商法改正を促すことになったのである⁽⁷⁸⁾。学説においても、昭和41年改正前商法280条ノ2第2項を買取引受方法による新株発行に適用すべきではない、すなわち株主総会の特別決議を要しないという否定説が支配的であったが⁽⁷⁹⁾、同条同項は、第三者に対する新株の有利発行により害されるおそれのある株主の利益を保護するために株主総会の特別決議を要求する趣旨の規定であると解されるから、新株が公正な価額で発行される以上は、本規定の適用はないとする見解も主張された⁽⁸⁰⁾。

このような経済界・学会の議論を受け、昭和41年改正商法は、第三者に対する新株引受権の附与についての改正前の規整のあり方を替え、新株引受権の附与自体は問題視しない規整方法を採用することになった。すなわち改正前には、厳重に規整していた新株引受権の附与については、株主以外の第三者に対し「特ニ有利ナル発行価額」による新株を発行する場合に限り、株主総会の特別決議を要するとともに、「特ニ有利ナラザル発行価額」による場合は、取締役会の決議による新株の発行を認める方向に転換したのである⁽⁸¹⁾。

かかる取締役会については、昭和25年改正商法260条によれば、3人以上の取締役全員をもって構成し、①会社の業務執行に関する意思決定を行い、②取締役の職務の執行を監督する機関であると定められていたが（昭和25年

改正商法255條、260條1項⁽⁸²⁾、1981年（昭和56年）改正商法（以下「昭和56年改正商法」という）は、かかる昭和25年改正商法260條の定める取締役会の権限につき、その決定権限の範囲を拡大するとともに、取締役の職務の執行を監督する機関であることを明文上明確にした。すなわち、昭和56年改正商法260条2項の定める事項（①重要な財産の処分および譲受、②多額の借財、③支配人その他の重要な使用人の選解任、④支店その他の重要な組織の設置、変更および廃止）およびその他の重要な業務執行事項については、取締役会の一般的な法定決議事項として定め、定款の定めによってもその決定権限を代表取締役等の下部機関に委任することを認めていなかったのである⁽⁸³⁾。昭和25年改正商法によって導入された取締役会は、平成17年に会社法が制定される前には、会社であれば、必ず設置する必要がある機関であった。

2 平成14年改正商法

(1) 大会社における経営健全性の確保

1) 監査役制度の強化

前述のように、1884年に公開されたロエスレル草案では、会社は、「頭取（現在の取締役をいう）」を監督し会計監査を行う者として「取締役（現在の監査役をいう）」を設置できるとされていたが、これは会社の定款により定める任意的機関にすぎなかった（ロエスレル草案230條）⁽⁸⁴⁾。

このようにロエスレル草案における会社の監査役の地位が任意的機関として位置づけられていたのは、商法の支配理念として「株主総会中心主義」を標榜していたロエスレルは、その当時の大半の企業が小会社であり、かかる会社においては株主が取締役の業務執行を監視・監督することが可能であるから、監査役は不要であり、必要的機関にすれば、その職務に相応しい監査役を得られ難いと考えていたからであろう⁽⁸⁵⁾。かかるロエスレル草案における監査役の任意機関説は、現行会社法においても、一般に大会社でない非公開会社の機関設計構造として承継がれている⁽⁸⁶⁾。他方でロエス

レルは、政府の免許取得が会社設立の大前提となっていた大会社については、「然レトモ至重ナル起業就中政府ノ免許ヲ受クヘキ會社ニ在テハ其業務上ニ於テ取締役ヲ選舉セサル可カラス」と述べ、大会社においては監査役を必要的機関として設置する必要があるとも考えていた⁽⁸⁷⁾。旧商法は、かかるロessler草案と同様に、監査役を任意的機関として位置づけていたが、明治32年改正商法は、その当時の商法が設立免許主義を採用していたことを理由にして、監査役を任意的機関から商法上の必要的機関に転換せしめた⁽⁸⁸⁾。明治32年改正商法における会社機関の設計構造は、現行会社法の非大会社であり、かつ公開会社の原型として受け継がれている⁽⁸⁹⁾。

旧商法の定める監査役の権限は、ロessler草案の内容と変わりはない。すなわち監査役の職務については、①取締役の業務執行が法令および定款ならびに株主総会の決議に基づいて適正に行われているかどうかを監視し、②すべての業務執行上の過失の有無について調べることに、会社の計算書類や利益配当または利益分配案などを検査して株主総会に報告すること、③会社のために必要または有益であると認めるときは、自ら株主総会を招集し開催することであると定められていた⁽⁹⁰⁾。そして明治32年改正商法では、取締役の職務の執行を監査するための調査として、監査役が取締役に対して営業の報告を求め、会社の業務および財産の状況の調査をすることができる権限が追加的に与えられるとともに⁽⁹¹⁾、監査役は株主総会に対する報告義務を負うものとした⁽⁹²⁾。さらに監査役の独立性を確保するべく、監査役の兼職を禁じる規定が新たに設けられたが、取締役の欠員が生じたときは、監査役は株主総会における取締役選任議案の承認を得るまでに監査役の職務を一時停止したうえで、一時取締役としての職務を行うことは可能であった⁽⁹³⁾。

1974年（昭和49年）改正商法（以下「昭和49年改正商法」という）の主たる目的は、明治25年改正商法により縮小されていた監査役の権限の範囲を拡大し、監査役制度を強化することにあつた⁽⁹⁴⁾。そして昭和49年には、同改正法と同時に、株主総会前の事前監査を通じて、法定の大会社の会計処理上の透明性および適正性を確保するべく、「株式会社

例に関する法律」(以下「昭和49年制定商法特例法」という)(昭和49年法律22号)を制定して会計監査人制度を導入した(昭和49年制定商法特例法2条)⁽⁹⁵⁾。

監査役の業務監査権が認められなかった昭和49年改正前商法と異なり⁽⁹⁶⁾、監査役は、取締役の「職務の執行一般」を監査することができることとされた(昭和49年改正商法274条1項)⁽⁹⁷⁾。これにより、監査役の権限は、会計監査に加え、取締役の職務執行の監査に及ぶことになったが、これは適法性監査に限られるものであって、昭和25年商法改正までに維持されていた監査役の妥当性監査を認めていたことを意味するものではない⁽⁹⁸⁾。また昭和49年改正商法は、企業グループの親子会社関係における経営の透明性を高めるべく、親会社監査役に子会社に対する報告徴収権および業務財産調査権を認める規定を新たに設けた(同法274条ノ3第1項および第2項)⁽⁹⁹⁾。このほか、監査役は取締役会に出席し、必要があると認めるときは、意見を述べる義務を負うとともに(同法260条ノ3)、取締役が違法行為を行い、またはこれらの行為をするおそれがある場合には、会社の著しい損害を未然に防止するべく、その行為の差止めを請求し(同法275条ノ2)、もしくは取締役と会社間の訴訟が生じた場合に会社を代表する新たな権限が認められた(同法275条ノ4)⁽¹⁰⁰⁾。そして昭和56年商法改正では、改正前商法274条により認められていた取締役に対する営業報告請求権が支配人その他の使用人まで拡張された(昭和56年改正商法274条2項)⁽¹⁰¹⁾。また監査役は、取締役が違法行為をするおそれがあるときは、会社に損害が生ずるおそれがない場合であっても、必要があるときは、取締役会招集権を行使できるとした(同法260条ノ3第2項ないし3項)⁽¹⁰²⁾。明治32年改正商法によって監査役が会社の法定機関として位置づけられてから、昭和56年商法改正により監査役の取締役会招集権が認められるまでに行われた度重なる商法改正によって監査役の監査活動を遂行するための権限に関する法整備は、必要十分に整えられたともいえるであろう。

2) 大会社の監査役体制の整備と強化

そして昭和56年改正商法特例法では、法定の大会社の監査役の体制を強化するべく、複数監査役・常勤監査役の制度が新たに設けられた⁽¹⁰³⁾。さらに1993年（平成5年）商法改正（以下「平成5年改正商法」という）では、証券・金融不祥事を防ぐべく、監査役制度を強化する一環として、監査役の任期を従来の2年から3年に延長するとともに（平成5年改正商法273条）、法定の大会社については3人以上の監査役（そのうち、1人以上は社外監査役でなければならない）をもって監査会議体を構成する監査役会制度を新設することにより、監査役会は大会社の必置機関として制度化された（平成5年改正商法特例法18条1項、18条の2第1項）⁽¹⁰⁴⁾。そして2001年（平成13年）改正商法特例法は、法定の大会社の代表取締役等の業務執行担当者からの監査役の独立性をより一層強化するべく、監査役会の構成メンバーの半数以上を社外監査役とするとともに⁽¹⁰⁵⁾、社外監査役の要件を厳格にし、職務上の独立性を高めた⁽¹⁰⁶⁾。

3) 監査役会の権限

平成5年改正商法特例法により創設された監査役会は、各監査役が招集でき（同法18条の3第2項）、その決議については、原則として監査役の過半数をもって行うことを求める監査会議体である（同法18条の3第1項）⁽¹⁰⁷⁾。

かかる監査役会は、監査を開始するに当たり、監査の方針、大会社の業務および財産状況の調査方法、監査役の職務の執行に関する事項を定め（同法18条の2第2項）、かかる定めに従って各監査役が行った監査結果に基づく監査報告書を作成するとともに（同法14条3項）、作成された監査報告書を取締役に提出し、その謄本を会計監査人に送付する権限（同法同条2項）を有するほか、監査役会創設以前に監査役の権限とされていた次のような各種の権限が監査役会に移行された。第1は、取締役から独立性のある会計監査人を確保するとともに、各監査役と会計監査人との職務上の連携を確保する必要性のある権限である。これには、①取締役がする会計監査人の選任、不任・解任に関する議案に同意する権限（同法3条2項、5条の2第3項（昭

和56年改正商法特例法により追加された)、6条3項)、②取締役に対する会計監査人の選任、不再任・解任に関する議題・議案の提出請求権(同法3条3項、5条の2第3項、6条3項)、③会計監査人の解任権(同法6条の2第1項)および一時会計監査人の選任権(同法6条の4第1項)等がある。第2は、各監査役がその監査活動に必要な情報を共有するための権限である。具体的には、①取締役(平成5年改正商法274条の2)および会計監査人(平成5年改正商法特例法8条1項)から取締役の職務執行上の違法行為等についての報告を受ける権限、②監査役から監査報告書記載事項(同法14条1項)、およびその職務の状況に関する報告を受ける権限(同法18条の2第3項)、③取締役から計算書類・附属明細書(同法12条)、および会計監査人から会計監査報告書(同法13条1項)を受領する権限であり、これらの監査役会の権限事項以外に、監査役会の構成メンバーたる各監査役には、前述の2(1)1)に掲げられた事項は、独任制の下で各監査役がその監査活動のために当然に行使すべき権限に属する。平成5年改正商法特例法により創設された監査役会の権限内容は、現行会社法の監査役会設置会社の監査役会の権限内容と変わりはない⁽¹⁰⁸⁾。

(2) 大会社における取締役会の機能改善

1) 重要財産委員会制度の創設

昭和56年改正商法では、原則として、会社の取締役会の権限に属する法定決議事項の決定を代表取締役等の下部機関に委ねることはできないとされていた⁽¹⁰⁹⁾。しかし、企業間の国際競争力を確保するという見地からすれば、特に取締役の数が多く大規模会社における取締役会を効率的かつ合理的に運営せしめる必要性があり、企業統治制度に関する法整備が求められていた⁽¹¹⁰⁾。かかる要請に応えるべく、平成14年改正商法特例法では⁽¹¹¹⁾、取締役会により選任された執行役に大幅な業務執行の決定を委任できる企業統治制度として後述の委員会等設置会社制度が導入された⁽¹¹²⁾。委員会等設置会社制度は、社外取締役が過半数を占める各委員会(指名・監査・報酬)を取

取締役会の内部機関として必置する米国型モニタリング・モデルであり、社外取締役に執行役等の業務の執行を監督する権限が託されることになるため、当時の立法前の段階においては従来型の企業統治制度（現行会社法上の監査役（会）設置会社の形態）を維持する大規模会社が多数に上ることが想定されていたようである⁽¹¹³⁾。かかる委員会等設置会社を選択しない大規模会社においても、業務執行を担う代表取締役等の役員が迅速・果敢に業務に関する意思決定を行うことによって機動的な会社運営を可能ならしめるための法整備が求められていた。そこで、平成14年改正商法特例法は、前記の取締役会の権限のうち、①重要な財産の処分および譲受、②多額の借財につき「重要財産委員会」への委任を認める特例的措置を採用した。すなわち平成14年改正商法特例法の定める一定の要件を満たした大会社またはみなし大会社が、3人以上の重要財産委員である取締役で組織する重要財産委員会を設置した場合は⁽¹¹⁴⁾、重要財産委員会に対し、前記①および②の事項について決定できる権限を委任したのである⁽¹¹⁵⁾。

平成14年改正商法特例法は、大規模会社に対し、取締役会の決議により、3人以上の重要財産委員となる取締役を選任したうえで、1人以上の社外取締役と重要財産委員全員で組織する重要財産委員会の設置を認め、その職務遂行についての取締役会に対する報告義務を課すこととした⁽¹¹⁶⁾。この制度は、平成17年制定会社法では、「特別取締役による取締役会決議」という制度に衣替えしたが、同制度にかかる規律の内容を一部緩和して、現行会社法に至っている。このような取締役会の権限に関する会社法上の特例的措置の内容に鑑みれば、取締役会の最も重要な機能は、会社の利害関係人の利益を最大化するための合理的な経営判断を担保とする予防的機能にあると考えられる。

2) 委員会等設置会社の導入

前述のように昭和49年改正商法以降、特に会社の監査役制度の強化を中心に法改正が行われてきたが、法律上整備された監査役制度の下でも会計の不正処理（粉飾決算）による企業不祥事を未然に防止できず、監査役制度の強

化・改善を図るのみでは取締役等の業務執行者の職務の執行を十分にモニタリングできないとの指摘がなされた⁽¹¹⁷⁾。そこで平成13年4月18日、法制審議会会社法部会は、会社を取り巻く社会経済の変化に対応するため、コーポレート・ガバナンスの実効性を確保するなどの視点から検討してきた内容を取りまとめ、「会社法制の大幅な見直しを内容とする商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」（以下「平成13年公表中間試案」という）が法務省民事局参事官室により公表された⁽¹¹⁸⁾。

平成14年改正前商法上の会社の取締役会については、学界等から、①その構成メンバーの大半が従業員兼務取締役であったため、その頂点にある代表取締役の実質的な支配下に置かれていること、②自己監督の矛盾にあること（業務執行者と業務監督者が同一であるということ）、③大人数の取締役により経営機動性を欠くこと等の問題点が指摘されていた⁽¹¹⁹⁾。かかる指摘を受け、商法特例法上の大会社による各委員会制度および執行役制度の導入（以下「委員会等設置会社制度」という）が提案された（平成13年公表中間試案19）⁽¹²⁰⁾。かかる委員会等設置会社制度は、特に大会社における経営の「健全性および効率性」を確保するという見地から、取締役会の独立性を高めるために社外取締役を中心メンバーとする各委員会を設置し、また取締役会の監督機能を強化するために業務執行と監督とを分離させ、経営効率性を高めるために執行役への権限移譲を図るなど、いわゆる米国型モニタリング・モデルの機関形態を採るものである⁽¹²¹⁾。

この制度は、大会社またはみなし大会社が、定款の定めにより委員会等設置会社制度を選択する場合は、取締役会の下部機関としていずれも社外取締役が過半数を占める指名・監査・報酬の各委員会を必置するとともに、会社の経営を担う役員として執行役を置き（平成14年改正商法特例法21条の5第1項）、会社経営にかかる取締役会決議事項についての決定権を執行役に大幅に委任することを許容する代わりに（同法21条の7第3項）、既存の監査役を置くことを要しない（同法21条の5第2項）とした⁽¹²²⁾。

この制度の特色は、前述のように、①会社経営に関する機動的な意思決

定、②取締役会の監督機能の実効性の確保にあるといえる⁽¹²³⁾。すなわち、①についていえば、委員会等設置会社の執行役は、平成14年改正商法特例法21条の7第3項の定める取締役会の専決事項（経営方針、利益相反取引の承認、組織再編等）以外に取締役会から委任を受けた業務に関する意思を決定し執行できるから、会社経営に関する迅速な意思決定が可能であり、機動的な経営実行が可能である⁽¹²⁴⁾。また②については、代表取締役等の社内取締役から独立的な社外取締役が過半数を占める指名委員会が取締役の選解任権を有し、報酬委員会が取締役・執行役等の役員の報酬を決定し、監査委員会が取締役・執行役の職務の執行に関する違法性監査のみならず、取締役会の議決権を有する取締役が監査委員会委員として妥当性監査を行い得ることに鑑みると、この制度によって取締役会の監督機能が強化されるものと期待できる⁽¹²⁵⁾。監査委員会の機能およびその構成メンバーたる各監査委員の権限は、監査役会および各監査役のそれと類似するが、監査役会・監査役を取締役等の職務の執行の監査範囲が適法性監査にとどまるのに対し、委員会等設置会社の監査委員会は、——その構成メンバーたる監査委員が、執行役等の職務の執行の妥当性を監督できる取締役会の構成員でもあることから——、執行役等の職務の執行の妥当性監査にまで踏み込むことができる点が異なる点である⁽¹²⁶⁾。委員会等設置会社の名称は、平成17年制定会社法では「委員会設置会社」に移り変わり、平成26年改正会社法によって「指名委員会等設置会社」と改められ、現行会社法に引き継がれている。

3 平成26年改正会社法

(1) 監査等委員会設置会社の創設

上場会社において、平成14年改正商法によって導入された委員会等設置会社ないし平成17年以降の委員会設置会社（以下、平成26年会社法改正後の名称である「指名委員会等設置会社」とする）を採用する会社は、相当数に限られている⁽¹²⁷⁾。このように上場会社において、指名委員会等設置会社を選択する大会社の数が伸びなかった理由は、社外取締役が社内取締役や執行役

の報酬決定を行い、次期取締役候補者を指名し、代表取締役等の職務の執行を監視・監督することに対する経営トップの抵抗感にあったといわれる⁽¹²⁸⁾。

有価証券上場規程437条によると、会社法上の大会社（会社2条6号）に該当しない上場会社においても、監査役会設置会社、指名委員会等設置会社のいずれかを選択する必要があるため、上場会社のうちで指名委員会等設置会社を選択している57社以外の会社は、必ず2人以上の社外監査役を選任し監査役会を設置しなければならない会社（会社335条3項（以下「監査役会設置会社」という））となっている⁽¹²⁹⁾。監査役会設置会社では、2人以上の社外監査役に加え、社外取締役を採用しなければならないことへの負担があるため、指名委員会等設置会社に移行することへの妨げになっていたとされる⁽¹³⁰⁾。

しかし監査役（または監査役会）設置会社における監査役は、その職務においては取締役等の職務の執行の適法性監査に限られ、代表取締役等の業務執行者を含む取締役への人事に関与できる権限はなく、却って代表取締役の指名により株主総会で選任されるから、その監査の独立性を確保することには限界がある⁽¹³¹⁾。そこで、指名委員会等設置会社を選択することが困難な状況を改善し、社外取締役の機能を活用しやすくする方策として、監査等委員会設置会社が導入されたとされる⁽¹³²⁾。前述のように、今後、現行会社法の定める監査役会設置会社においても、少なくとも2名以上の社外監査役に加えて、1名以上の社外取締役を採用しないと、「社外取締役を置くことが相当でない理由」を開示する必要がある⁽¹³³⁾。この点、監査役会設置会社にとっては、会社の対外的な信用度を意識した結果として、コーポレートガバナンス・コード原案に基づいて社外監査役2名に加えて実際には社外取締役2名以上と、合計4名以上の社外役員を求める監査役会設置会社を維持するよりも、社外取締役2名以上を求める監査等委員会設置会社に移行する誘因策となり得るだろう⁽¹³⁴⁾。

(2) 監査等委員会設置会社の特色

1) 取締役会の権限

監査等委員会設置会社における取締役会は、会社法362条4項各号の定める事項その他の重要な業務執行の決定を取締役に委任することができない⁽¹³⁵⁾。しかしながら、監査等委員会設置会社は、経営の機動性を確保する見地から、一定の要件を満たした場合には、取締役会の権限の一部を取締役に委任できるものとしている⁽¹³⁶⁾。すなわち監査等委員会設置会社の取締役は、取締役会の決議によって委任を受けた重要な業務執行について意思決定を行うことができる⁽¹³⁷⁾。また監査等委員会設置会社の取締役は、定款の定めに基づき、会社法399条の13第5項に掲げる事項を除く重要な業務執行の全部または一部に関する意思決定を行うことができる⁽¹³⁸⁾。この点、監査等委員会設置会社の取締役は、指名委員会等設置会社の執行役と同様に、会社の経営一般に関する意思決定を行い、業務の執行を行い得る権限が与えられており、業務の執行に関する大幅な権限の委任を受けた取締役等に対するモニタリングが社外取締役の権能にかかっているところは懸念されうるところである⁽¹³⁹⁾。

2) 特色

既存の監査システムと異なる監査等委員会設置会社の最も重要な特色は、監査を行う側も取締役会の構成メンバーとなり、取締役会の決議に一票を投じることができることから、取締役等の業務執行者の選解任の人事権等に関わることを通じてその監査機能が期待できるところにある⁽¹⁴⁰⁾。

監査等委員会設置会社の取締役の選解任・報酬等においては、監査役の独任制に倣い、監査等委員である取締役の独立性を担保することに加え⁽¹⁴¹⁾、監査等委員会の監査は、指名委員会等設置会社の監査委員会と同様に「内部統制システムを活用した監査」を行うという点からすれば、業務の執行を行う代表取締役等（会社363条1項各号）の職務の執行（会社399条の2第3項1号）に対する妥当性監査にまでその権限が及ぶものと解される⁽¹⁴²⁾。監査等委員会設置会社においては、監査等委員である取締役の独立性を確保する

べく、監査等委員である取締役とそれ以外の取締役とを区別して株主総会の決議で選任する必要がある、監査等委員である取締役の解任については、株主総会の特別決議を求める⁽¹⁴³⁾。そして監査等委員である各取締役に、監査役（または監査役会）設置会社の監査役と同様に、監査等委員である取締役の選解任・辞任についての株主総会における意見陳述権を与えている（会社342条の2第1項）。監査等委員会は、取締役が、監査等委員である取締役の選任に関する議案を総会に提出することについて同意または拒否できるとともに（会社344条の2第1項）、取締役に對し、監査等委員である取締役の選任を株主総会の議題とすることまたは議案を株主総会に提出することを請求する権利があり（同条2項）、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、監査等委員である取締役以外の取締役の選任等についても、監査等委員会の意見を述べることができる（会社342条の2第4項）⁽¹⁴⁴⁾。

その次に、監査等委員会設置会社の特有のものとして、取締役と会社間の利益相反取引についての任務懈怠の推定の排除に関する規定が挙げられる（会社423条4項）⁽¹⁴⁵⁾。すなわち監査等委員会設置会社では、監査等委員である取締役以外の取締役と会社の利益相反取引について、当該取締役が事前に監査等委員会の承認を得た場合には、現行会社法423条3項の定める取締役の任務懈怠の推定規定は適用されない⁽¹⁴⁶⁾。

四 検 討

——取締役会の機能とその問題点——

1 取締役会の機能

昭和25年改正前商法によれば、会社の業務執行については、原則として株主総会で選任された各取締役（同法254条1項）の多数決により業務執行に関する意思決定を行うとともに（同法260条）、業務執行自体は取締役各自が単独で行う（同法236条）とされていた⁽¹⁴⁷⁾。ただし「定款で常務を特定の取締役に専決せしめ、また取締役會を設けて重要事項を決議する旨を定める

ことが多かった」ようである⁽¹⁴⁸⁾。昭和25年商法改正によって取締役会が法定の制度とされ、その権限については「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス支配人ノ選任及解任亦同ジ」と定められた⁽¹⁴⁹⁾。通常、取締役会とは「取締役全員をもって構成する會議體の業務執行機關であるというのは、會議における決議をもって機關意思の決定をなすべき全體としての取締役に業務執行の権限が属する意味にほかならない」と解されていたことからすると⁽¹⁵⁰⁾、文言解釈上、昭和25年改正商法によって導入された取締役会の主な権限は、「会社の業務執行の意思決定をすることであった」とされる⁽¹⁵¹⁾。このことは、当時の取締役会の任務は、取締役等に対する経営監督よりも、委任者たる株主の利益を代弁し保護することにあつたことを意味すると考えられる。もとより、明文上の規定はなかったが、取締役会は、取締役等の業務執行を監査することについても、学説上により認められていた⁽¹⁵²⁾。昭和25年改正商法以降、幾多の改正を経て取締役会の権限が拡大され、昭和56年改正商法は、取締役会機能の活性化を図るべく、その権限を明確にし、取締役会は、業務執行に関する意思決定を行うのみでなく、取締役の職務執行を監督するとともに、株主総会の法定事項以外の重要な業務執行についても、取締役会の専決事項であることを明確にしたことは、前述の通りである⁽¹⁵³⁾。平成13年改正商法特例法は、商法特例法上の大会社に対し、株主総会によらない計算書類を取締役会で確定することを認めるとともに、平成14年改正商法によって剰余金の処分についても取締役会が決議できる旨が定められ（ただし公開大会社でない会社は、監査役会・会計監査人を置き、取締役の任期が1年である場合に限る。）、その権限が拡大された⁽¹⁵⁴⁾。

2 問題点

昭和25年商法改正から平成26年会社法改正までの取締役会の変遷について検討したとおり、株主総会の権限を縮小する代わりに取締役会の権限については一貫して拡大せしめる法政策を採ってきた。そのねらいは、現代企業に求められている機動的かつ効率的な会社運営の要求に沿うためであるといえ

る⁽¹⁵⁵⁾。しかし、相次ぐ経営破綻や企業不祥事（粉飾決算等）に鑑みれば、取締役会の権限とその機能によって企業の不正行為を事前に予防することには、ある程度の限界はあると考える⁽¹⁵⁶⁾。

現行会社法362条によれば、取締役会は、株主総会で選任された3人以上の取締役（会社331条5項）全員をもって構成し（同条1項）、その決議により業務執行に関する意思を決定するするとともに（同条2項1号）、取締役の職務執行を監督する（同条2項2号）機関であるとされる。また取締役会は、取締役の中から代表取締役を選定しなければならないとする（会社362条3項）⁽¹⁵⁷⁾。この点、取締役会が代表取締役や業務執行取締役を選定する権限を有するから、当然に代表取締役等は取締役会の下部機関に属すると思われるが、実質的には取締役会の構成メンバーたる取締役の大半は業務を担当する社内取締役であるためにその頂点にある代表取締役の影響を受けるから、取締役会が上位機関として機能すると考え難い実情がある⁽¹⁵⁸⁾。この意味においては、取締役会の経営監督は、いわゆる自己監督に過ぎず、代表取締役等の業務執行を客観的な立場から監督することは期待できない。

この点、平成14年商法改正、および平成26年会社法改正によって社外取締役の監視機能に期待する指名委員会等設置会社および監査等委員会設置会社のような新たなモニタリング・モデルが導入され、取締役会の監督機能強化に期待しているところである⁽¹⁵⁹⁾。前述のように、公開大会社は、監査役設置会社、指名等委員会設置会社、監査等委員会設置会社のいずれかを選択し事業活動を展開することになるが、取締役会の機能を強化し、会社の業務執行に関する適法性監査のみならず妥当性監査による経営監督の効率性をも高めるためには、従来の取締役会構造に鑑みれば、社外取締役の能力等に期待する方法しかないように思われる。現行会社法によれば、監査等委員会設置会社における取締役会の権限は、監査役会設置会社、指名委員会等設置会社のいずれかを選択した公開大会社における取締役会と概ね同様であり（会社399条の13、416条）、いわば業務の執行と監督とを分離する形態を採用し、取締役等の業務執行者の経営監督については監査等委員会設置会社の監査等

委員である社外取締役（会社399条の2第1項、2項、331条6項）、指名委員会等設置会社の各委員会の社外取締役の能力（会社400条1項ないし3項）に期待がかかっている。

しかるに、社外取締役を監査役会または取締役会内部に設置する各委員会もしくは監査等委員会のメンバーとして迎え入れることだけで、取締役会が十分に機能するのであろうか⁽¹⁶⁰⁾。この点につき、私見として、今後の課題として以下の事項について検討する必要があるように思われる。第1は、監査等委員会設置会社の特有の問題として、監査等委員以外の取締役が利益相反取引をする場合において、監査等委員会の承認を受けたときは、当該取締役の任務懈怠の推定（会社423条3項）が排除される規定であるが（同条4項）、社外取締役の負担過重につながるおそれがあるため、公開大会社が求める多数の有能な人材をどのように確保し、供給できるか疑問である。第2は、社内の経営情報に乏しい社外取締役をどのように有効に活用できるかが問題である。社外取締役は、その職務として監査・監督の役割をより効果的に遂行するためには、会社の事業計画等に関する十分な情報を得る必要がある。なぜなら、取締役等の職務執行の適法性監査だけでなく、妥当性監査まで要求される社外取締役にとっては、所属会社の事業方針等に対する知識と情報は必要十分な要素であるからである。これらの情報は、取締役会開催時の参考資料、代表取締役等から事業計画等に関する報告を通じて得られるものもあるが、取締役等の報告において企業情報に関する守秘義務を負う経営担当取締役等と社外取締役との関係についてどのように設定できるかという問題がある。第3は、社外取締役の経営監督の効果を十分に発揮できるよう、会社の経営者支配体制下から取締役会の地位の独立性をどのように確保できるかも重要な事項である。指名委員会等設置会社の指名委員会や監査等委員会設置会社の株主総会において、独立性のある社外取締役や監査等委員である取締役をある程度までは選任できるとも考えられるが、最高経営者である代表取締役等の人事関与という実質的な権限から完全に分離独立することは難しいからである。また公開大会社における取締役会の権限は、現行会

社法362条4項（監査役会設置会社）、399条の13第4項（監査等委員会設置会社）、416条4項（指名委員会等設置会社）の定める重要な業務執行については、取締役等に委任できないとしているため、取締役会は重要な業務執行の全般についてまで決定しなければならないが、取締役会への権限拡大は、却って各委員会または監査等委員会を傘下に置く取締役会の効果的かつ能率的な運営を阻害する要因にもなりかねないと思われるからである。

五 おわりに

本稿では、取締役会の沿革を中心にその機能と問題点について検討してきた。非公開会社と公開（大）会社における取締役会の役割を異にするべきであると考え。周知のように、平成17年制定会社法では、すべての会社に典型的な機関設計構造を義務付けていた従来からの発想から脱皮し、会社の機関設計の多様化および自由化が図られた⁽¹⁶¹⁾。新たに監査等委員会設置会社が導入された平成26年改正会社法においても、会社に対し、必要最低限の機関として、出資者である株主からなる株主総会と、株主から委任を受けた経営事項に関する職務執行を遂行する取締役を求めるとともに、定款の定めにより、これ以外の機関として「取締役会、会計参与、監査役、監査役会、会計監査人、監査等委員会又は指名委員会等を置くことができる」とする、「定款自治尊重の理念」が引き継がれている⁽¹⁶²⁾。かかる定款自治の拡大が図られた現行会社法は、大会社以外の公開会社に対して従来からの典型的な機関設計構造を義務付けると同時に⁽¹⁶³⁾、大会社でも全株式の譲渡を制限する非公開会社であれば、株主総会と取締役以外に監査役と会計監査人を置いただけの機関構成を認める代わりに、公開大会社に対しては、①監査役会設置会社、②監査等委員会設置会社、③指名委員会等設置会社のうち、いずれかを選択せしめる法政策を採っている⁽¹⁶⁴⁾。

経済産業省による中小企業の数を集計結果をみると、一般に上場会社や公開大会社を除く中小企業の割合は、企業全体の中でも99.7パーセントまでにと上るとされる（2012年2月時点）⁽¹⁶⁵⁾。かかる中小企業は、所有と経営が一

致する非公開会社が大半であって、株主自らが取締役となり会社経営に直接参加する形態が一般的に採られており⁽¹⁶⁶⁾、経営失敗による損失も株主たる経営者自分自身に跳ね返る側面もあるので、株主総会による取締役の職務の執行の監督機能が期待できよう⁽¹⁶⁷⁾。かかる非公開会社は、社員間の関係が緊密であり、かつ好ましくない投資家による会社経営への参加を嫌う傾向が強く、機関設計上のコスト管理という側面からしても、必要最小限度の機関として株主総会と取締役による会社運営を求め、それ以外の機関設置については、定款自治に委ねた現行会社法の態様は、法政策上の妥当な判断であるように考えられる⁽¹⁶⁸⁾。そして中小企業の中でも、会社の資産規模が大きい中堅会社の場合は、その発行する全部または一部の株式について会社の承認を要しない公開会社を採用することが想定されるが、たとえ公開会社であっても、会社の所有と支配の度合いが高い会社であれば、経営実績の悪い取締役をいつでも交替させることができるから、取締役等にとって取締役会または監査役による監査・監督よりも、株主総会によるモニタリングがより脅威的に感じるかもしれない⁽¹⁶⁹⁾。ここに、正しくロエスレル草案に提示された株主総会中心的企業統治システムが脈々と生きており、特に小規模非公開会社が、公開大会社を念頭に置いた企業統治ルールを選択する余地は乏しいと考えられる。

これに対し、所有と経営または所有と支配が完全に分離する公開大会社では、取締役等による経営支配の一般化がみられるため、株主総会または取締役会もしくは監査役（会）によるモニタリングの制約が機能しない蓋然性があると考えられる（いわゆる機関形骸化の問題）⁽¹⁷⁰⁾。この点、会社の株主および債権者の利益を保護するため、公開大会社における取締役等の職務の執行を監査・監督する仕組みを改善・強化する必要がある。公開大会社は、監査役会設置会社、監査等委員会設置会社、指名委員会等設置会社のいずれかを選択する場合であっても、取締役等の職務の執行を二重に監査・監督する企業統治システムとなる共通点がある一方で、取締役等の職務の執行の監督につき、取締役等から独立性の高い社外取締役の役割に期待する仕組

みとなっている⁽¹⁷¹⁾。しかし公開大会社における取締役会は、前記のとおり
に株主総会の法定事項以外の会社経営に関する基本方針等を決定するととも
に、取締役等の職務の執行を監査・監督する役割を果たさなければならな
い。その上に公開大会社における取締役会の機関構造は、「業務の執行と監
督とを分離する」形をとっており、この趣旨を生かすためには業務執行の決
定に関する負担を軽減させるとともに、取締役等の経営を監督する機能に特
化することが、より合理的であるように思われる。例えば、会社法上の機関
ではない常務会等に業務執行に関する決定権を与える代わりに、取締役会の
権限については経営監督に限定するべきである。

平成26年改正会社法によって導入された監査等委員会設置会社を含む多様
な機関設計構造の可能性を提示し、企業間において制度間競争を通じて機関
の運用の合理性を高めようとする日本型コーポレート・ガバナンス構造は、
諸外国に一モデルを提供するものとして注目に値するものであると考えられ
る⁽¹⁷²⁾。公開大会社における社外取締役による経営監督の効果およびその効
率性については、今後の取締役会の運営状況により評価・改善すべき立法
課題であろう。

※本稿は、日本学術振興会学術研究助成基金助成金・基盤研究（C）（課題
番号15K03207）の助成を受けた研究成果の一部である。

- (1) 坂本三郎ほか「平成26年会社法の解説〔I〕」商事2040号28頁以下（2014年）
参照。なお、現行会社法の条文を示すときには、現行会社法を「会社」と略す
こととする。
- (2) 鳥山恭一「監査等委員会設置会社」金判1461号20頁以下（経済法令研究会、
2015年3月）。
- (3) 監査役会制度は、平成5年に開催された日米構造問題協議におけるアメリ
カ側の要請（社外取締役制度と監査委員会制度の導入）に対応するために、平
成17年改正前商法特例法上の大会社の監査機能を改善する方策として法定化さ
れたものである。酒巻俊雄＝龍田 節編『逐条解説・会社法』9頁（中央経済
社、2008年）参照〔酒巻俊雄〕。

- (4) 指名委員会等設置会社の前身は、米国型の機関制度にならって平成14年商法改正により導入された「委員会等設置会社」である。委員会等設置会社という名称は、平成17年の会社法制定により「委員会設置会社」に変更されたが、平成26年改正会社法では、改正前の委員会設置会社の監査委員会が、新設の監査等委員会設置会社の監査等委員会の名称と重なったことから、「指名委員会等設置会社」の名称が用いられることとなった。しかし機関設計構造は、委員会等設置会社の場合と全く変わっていない。
- (5) 村田敏一「監査等委員会設置会社の創設とその課題——不思議なコーポレートガバナンス——」『立命館法学』359号265頁以下（2015年）。
- (6) 鳥山・前掲（注2）26頁参照。
- (7) 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2062号4頁以下（2015年）。
- (8) 日本の一般的な会社法規は、1861年ドイツ普通商法典をモデルにしたロエスレル草案をもとにしているが、フランス法の影響を強く受けているという（龍田 節『会社法大要』26頁（有斐閣、2008年））。
- (9) 竹田 省『商法総論〔補増訂版〕』64頁（有斐閣書房、1921年）、伊藤紀彦「近代的公司法の出発——レースラー商法草案と明治23年商法——」北澤正啓先生古稀祝賀論文集『日本会社立法の歴史的展開』46頁以下（商事法務研究会、1999年）参照。高田晴仁「日本商法の源流・ロエスレル草案」——「ロエスレル型」株式会社を例として——早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察——』比較法研究所叢書41号175頁以下（2014年）参照。
- (10) 高橋英治「日本におけるコーポレート・ガバナンス改革の歴史と課題——現在行われている会社法改正を中心として——」商事1997号4頁以下（2013年）。ロエスレル草案における「頭取」とは取締役のことであり、「取締役」とは監査役のことを意味すると思われるが、これは、当時の『司法省訳』が“Directoren”を「頭取」と、“Aufsichtsrath”を「取締役」と誤訳していたことによるものであり、旧商法の制定の過程においては前者を「取締役」、後者を「監査役」と改訳された（高田・前掲（注9）179頁、現代法制資料編纂会編『明治『旧法』集』25頁以下（国書刊行会、1983年）参照）。
- (11) ロエスレル氏起稿商法草案において、「抑々株主ハ株式會社ノ代理權ヲ有スル者ニ非スシテ株主全員ヲ以テ總會ヲ組成シ此總會ノ決議ニ依テ社務管理ニ干涉スルコトヲ得ル者ナリ」と定められている（司法省『ロエスレル氏起稿商法草案〔上巻（復刻版）〕』397頁以下（新青出版、1995年））。
- (12) ロエスレル氏起稿商法草案219條は、「總會ハ業務着手ノ一カ月前ニ株主中ヨリ頭取三名以上ヲ撰舉スヘシ」と定めている（司法省・前掲（注11）396頁）。

- (13) ロェスレル氏起稿商法草案222條は、取締役の権限について、「會社ハ頭取ノ所業ニ依リテ特ニ直接ノ權理義務ヲ得ル者トス」と定めている（司法省・前掲（注11）399頁）。
- (14) ロェスレル氏起稿商法草案226條は、取締役の解任について、「頭取ハ何時ニテモ會社ヨリ解任スルコトヲ得ヘシ」と定めている（司法省・前掲（注11）404頁）。
- (15) 高橋・前掲（注10）5頁。ロェスレル氏起稿商法草案230條は、「申合規則ニ預定シ置クカ或ハ否サルモ會社ニ於テ便宜ト認ムルトキハ株主中ヨリ三名以上五名以下ヲ撰擧シテ取締役ト爲スヘシ」と定めている（司法省・前掲（注11）407頁）。
- (16) 伊藤・前掲（注9）46頁。
- (17) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法律取調委員會商法草案議事速記』174頁以下（商事法務研究会・1985年）参照。
- (18) 松本烝治＝田中耕太郎『解註日本商法』100頁（帝国地方行政學會、1922年）、松本烝治『日本會社法論』244頁以下（巖松堂書店、1929年）、高橋・前掲（注10）5頁。
- (19) 「總會ハ株主中ニ於テ三人ヨリ少ナカラサル取締役ヲ3年内ノ時期ヲ以テ選定ス」現代法制資料編纂會編・前掲（注10）25頁（旧商法185條参照）。
- (20) 「但其時期滿了ノ後再選スルハ妨ナシ」と定められていた。現代法制資料編纂會編・前掲（注10）25頁（旧商法185條参照）。
- (21) この規定は、株主總會において取締役を選任する主義を採用するフランス法にならったものであるという（松本・前掲（注18）280頁）。
- (22) 旧商法187條は、「取締役ニ選マルル爲メ株主ノ所有ス可キ株數ハ會社定款ニ於テ之ヲ定ム取締役ノ在任中ハ其株券ニ融通ヲ禁スル印ヲ捺シ之ヲ會社ニ預リ置ク可シ」と定め、取締役の資格株の譲渡および買入れを禁止していた。現代法制資料編纂會編・前掲（注10）25頁。
- (23) 旧商法164條は、フランス法系の立法にならったものである（松本烝治・前掲（注18）280頁以下）。
- (24) 現代法制資料編纂會編・前掲（注10）20頁（旧商法143條参照）。
- (25) 現代法制資料編纂會編・前掲（注10）21頁（旧商法144條参照）。
- (26) 法人株主または意思無能力者は、取締役になることができないと解され、現行法に至っている（明治民法102條参照）。松本・前掲（注18）280頁、松本＝田中・前掲（注18）100頁以下参照。
- (27) 現代法制資料編纂會編・前掲（注10）26頁（旧商法189條参照）。
- (28) 今井 潔＝浅木慎一「法典論争と国産会社法の成立」北澤正啓先生古稀祝賀論文集『日本会社法の歴史的展開』114頁（商事法務研究会、1999年）。
- (29) 加美和照『会社取締役法制度研究』71頁（中央大学出版部、2000年）。
- (30) 現代法制資料編纂會編・前掲（注10）27頁以下参照。

- (31) 松本＝田中・前掲（注18）101頁以下参照。
- (32) 松本＝田中・前掲（注18）107頁、118頁参照。
- (33) 加美・前掲（注29）72頁。
- (34) 法律新聞社編纂『改正商法理由』168頁（法律新聞社、1911年）参照。
- (35) 松本＝田中・前掲（注18）108頁参照。
- (36) 松本＝田中・前掲（注18）116－117頁参照。
- (37) 松本＝田中・前掲（注18）111頁参照。
- (38) 大森洪太『會社法』371頁（日本評論社、1939年）。
- (39) 大森・前掲（注38）同頁。
- (40) 大森・前掲（注38）371頁以下参照。
- (41) 大森・前掲（注38）371頁以下参照。
- (42) 大森忠雄ほか編集代表『注釈会社法（4）』249頁（有斐閣、1968年）〔星川長七〕。
- (43) 田中耕太郎『改正商法及有限會社法概説』188頁以下（有斐閣、1939年）参照。
- (44) 大森ほか編代・前掲（注42）249頁以下〔星川長七〕。
- (45) 松本＝田中・前掲（注18）111頁参照。
- (46) 松本蒸治・前掲（注18）289頁、田中誠二『最新会社法論〔上巻〕』368頁（勁草書房、1963年）、大森忠雄＝矢沢 惇編・前掲（注39）322頁以下〔堀口 亘〕。
- (47) 加美・前掲（注29）72頁。
- (48) 大森ほか編代・前掲（注42）250頁〔堀口 亘〕。
- (49) 伊澤孝平『註解新會社法』415－417頁（法文社、1951年）参照。
- (50) 石井照久『会社法〔上巻（商法Ⅱ）〕』299頁（勁草書房、1967年）参照。
- (51) 伊澤・前掲（注49）415頁。
- (52) 大森ほか編代・前掲（注42）250頁〔堀口 亘〕。
- (53) 伊澤・前掲（注49）415頁。
- (54) 大隅健一郎『會社法概説』126頁（有斐閣、1954年）。
- (55) 加美・前掲（注29）73頁。関 俊彦『会社法概論』246頁以下（商事法務研究会、1994年）。
- (56) 加美・前掲（注29）74頁。
- (57) 昭和25年会社法改正によって構築された企業ガバナンス構造は、単純な取締役会設置会社の形として平成17年制定会社法にも受け継がれている。会社法制定以前は、会社は、基本的に株主総会および3人以上の取締役全員をもって構成される取締役会ならびに監査役をワンセットで設置する必要があった。ただし公開大会社については、特例として、「監査役会設置会社」、「委員会等設置会社」のいずれかを選択するように義務付けていた。いわゆる「機関設計の柔軟化」が図られた平成17年制定会社法では、取締役会を設置しない会社が認め

られたため、「取締役会設置会社」（会社2条7号）という用語が定義されたと推察できる。平成17年制定会社法、および、それ以来の大改正である平成26年改正会社法の機関設計構造については、江頭憲治郎『株式会社法〔第5版〕』303頁以下（有斐閣、2014年）、神田秀樹『会社法〔第16版〕』173頁以下（弘文堂、2014年）、吉本健一『会社法〔第2版〕』141頁以下（中央経済社、2015年）、高橋英治編『入門会社法』81頁以下（中央経済社、2015年）、龍田・前掲（注8）63頁以下等を参照されたい。

- (58) 西原寛一『会社法（商法講義Ⅱ）』204頁（岩波書店、1962年）。
- (59) 伊澤・前掲（注49）431頁。
- (60) 伊澤・前掲（注49）432頁。
- (61) 大森ほか編代・前掲（注42）332頁参照〔堀口 亘〕。
- (62) 大隅健一郎『会社法概説〔改訂〕』136頁（有斐閣、1954年）、伊澤・前掲（注49）431頁、西原・前掲（注58）204頁参照。
- (63) 大森ほか編代・前掲（注42）332頁参照〔堀口 亘〕。
- (64) 大森ほか編代・前掲（注42）332頁参照〔堀口 亘〕。
- (65) 大隅・前掲（注59）136頁、伊澤・前掲（注49）432頁参照。
- (66) 伊澤・前掲（注49）432頁、鈴木竹雄ほか編『商法會社編〔下〕』1093頁（中央大學、1952年）参照。
- (67) 西原・前掲（注58）204頁、大隅・前掲（注62）136頁、伊澤・前掲（注49）432頁参照。
- (68) 大隅・前掲（注62）136頁参照。
- (69) 加美・前掲（注29）74頁参照。
- (70) 浜田道代「新株引受権騒動への緊急対策——昭和30年改正——」北澤正啓先生古稀祝賀論文集『日本会社立法の歴史的展開』292頁以下（商事法務研究会、1999年）参照。
- (71) 伊澤・前掲（注49）253頁参照。
- (72) 鈴木竹雄ほか編『商法會社編〔上〕』498頁以下（中央大學、1952年）参照。
- (73) 鈴木ほか編・前掲（注72）同頁。
- (74) 鈴木ほか編・前掲（注72）498頁以下参照。
- (75) 鈴木ほか編・前掲（注66）1250頁参照。
- (76) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法〔7〕』7頁（有斐閣、2002年）参照〔竹内昭夫〕。
- (77) 上柳ほか編・前掲（注76）同頁参照。
- (78) 商事269号21頁以下（1963年）。
- (79) 大隅健一郎「東京地裁の判決と買取引受」商事271号2頁以下（1963年）参照。
- (80) 鈴木竹雄「買取引受と商法第280条の2第2項」商事268号2頁以下（1963

- 年）参照。
- (81) 山中正明「改正商法施行後における新株発行（増資）の態様と特徴」商事397号7頁（1966年）参照。
- (82) 大森ほか編代・前掲（注42）332頁参照〔堀口 亘〕。
- (83) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法〔6〕』102頁（有斐閣、2002年）参照〔堀口 亘〕。
- (84) 司法省・前掲（注11）407頁以下参照。
- (85) 高橋・前掲（注10）4頁。ロエスレルは、小会社においての監査役が任意的機関であるべき理由につき「何トナレハ會社殊ニ小会社ニ在テハ之ヲ必要トセサル之而已ナラス其人ヲ得易カラサレハナリ」と述べている（司法省・前掲（注11）407頁以下参照）。
- (86) 大会社でない非公開会社では、株主総会と取締役が必要的機関であり、その他の機関は任意的に設置可能である。大会社でない非公開会社が取締役会設置会社である場合においても会計参与を置いた場合は、監査役設置は強制されない（神田・前掲（注57）176頁参照）。
- (87) 司法省・前掲（注11）407頁以下。
- (88) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲（注17）174頁以下参照。
- (89) 神田・前掲（注57）176頁参照
- (90) 旧商法192條は、監査役の権限について、「①「取締役ノ業務執行カ法律、命令、定款及ヒ總會ノ決議ニ適合スルヤ否ヤヲ監視シ且總テ其業務施行上ノ過愆及ヒ不整ヲ検出スルコト、②計算書、財産目録、貸借対照表、事業報告書、利息又ハ配當金ノ分配案ヲ檢査シ株主總會ニ報告ヲスコト、③會社ノ爲ニ必要又ハ有益ト認ムルトキハ總會ヲ招集スルコト」と定めている。現代法制資料編纂会編・前掲（注10）26頁参照。
- (91) 明治32年改正商法181條は、監査役の権限について、「監査役ハ何時ニテモ取締役ニ對シテ營業ノ報告ヲ求メ又ハ會社ノ業務及ヒ會社財産ノ状況ヲ調査スルコトヲ得」と定めている。
- (92) 明治32年改正商法181條は、監査役の報告義務について、「監査役ハ取締役カ株主總會ニ提出セントスル書類ヲ調査シ株主總會ニ其意見ヲ報告スルコトヲ要ス」と定めている。
- (93) 明治32年改正商法181條は、「①監査役ハ取締役又ハ支配人ヲ兼ヌルコトヲ得ス、但取締役中ニ缺員アルトキハ取締役及ヒ監査役ノ協議ヲ以テ監査役中ヨリ一時取締役ノ職務ヲ行フヘキ者ヲ定ムルコトヲ得、②前項ノ規定ニ依リテ取締役ノ職務ヲ行フ監査役ハ・・・株主總會ノ承認ヲ得ルマデハ監査役ノ職務ヲ行フコトヲ得ス」と定めている。
- (94) 田中誠二『新版商法〔第8全訂版〕』213頁（千倉書房、1975年）参照。

- (95) 田中・前掲（注94）239頁以下参照。
- (96) 昭和25年改正前商法上、監査役の権限は、取締役の業務執行の妥当性監査までに及ぶと解されていた（昭和8.7.15大判、集12巻19号1897頁）が、昭和25年改正商法においては、監査役の権限が会計監査のみに制限されることに改められた（田中誠二『最新会社法論〔上巻〕』408頁以下（勁草書房、1963年）。
- (97) 田中・前掲（注94）216頁以下参照。
- (98) 昭和25年商法改正までは、取締役会制度は存在せず、監査役も取締役と同様に株主総会で株主中より選任されていたため、株主たる監査役の監査権限が取締役の業務執行の妥当性監査までに及んでいた。
- (99) 田中・前掲（注94）218頁参照。
- (100) 田中・前掲（注94）216頁以下参照。
- (101) これは、監査役の監査の範囲が会計監査から業務監査までに拡大されたことに伴い、支配人その他の使用人の営業報告をも容易にするため、従来の規定を改めたものである（田中・前掲（注94）220頁参照）。
- (102) 北澤正啓「会社法根本改正の計画とその一部実現——昭和56年の改正」北澤正啓先生古稀祝賀論文集『日本会社立法の歴史的展開』456頁以下（商事法務研究会、1999年）参照。
- (103) 上柳ほか編・前掲（注83）434頁参照〔北澤正啓〕。
- (104) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法〔第2補巻平成5年改正〕』49頁以下（有斐閣、1996年）参照〔龍田 節〕
- (105) 岩原紳作編『会社法コンメンタル〔7〕』478頁以下（商事法務、2013年）参照〔山田純子〕。
- (106) 平成13年改正商法特例法181条によれば、会社またはその子会社の取締役（平成14年改正商法により、執行役が追加された）になったことがない者だけが法定の大会社の社外監査役になれるとされた（岩原・前掲（注105）478頁以下〔山田純子〕）。
- (107) 上柳ほか編・前掲（注104）54頁。
- (108) 上柳ほか編・前掲（注104）52頁以下、落合誠一編『会社法コンメンタル〔8〕』465頁以下（商事法務、2014年）〔森本 滋〕参照。
- (109) 北澤・前掲（注102）452頁以下参照。
- (110) 始関正光「平成14年改正商法の解説〔IX〕」商事1646号4頁（2002年）。
- (111) 昭和49年に制定された株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律をいう（昭和49年法律22号）。平成17年の会社法の制定により、商法特例法で規定されていた内容は会社法に盛り込まれ、同法は平成18年5月に廃止された。
- (112) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第2版〕』411頁（有斐閣、2002年）参照。

- (113) 始関・前掲（注110）4頁。
- (114) 会社の取締役の数が10人以上であり、かつ1人以上の社外取締役が存在する会社をいう（平成14年改正商法特例法1条の3第1項1号2号参照）。
- (115) 江頭・前掲（注112）310頁以下参照。
- (116) 平成14年改正商法特例法1条の3第1項、3項、4項および同法1条の4第1項参照。
- (117) 北村雅史「経営機構改革とコーポレート・ガバナンス」商事1603号9頁以下（2001年）。
- (118) 法務省民事局参事官室「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案の解説」商事1593号5頁（2001年）。
- (119) 法務省民事局参事官室・前掲（注118）18頁参照。
- (120) 法務省民事局参事官室・前掲（注118）同頁参照。
- (121) 法務省民事局参事官室・前掲（注118）同頁参照。
- (122) 始関正光「平成一四年改正商法の解説〔V〕」商事1641号19頁（2002年）。
- (123) 江頭・前掲（注112）411頁。
- (124) 江頭・前掲（注112）411頁以下参照。
- (125) 始関・前掲（注122）20頁、江頭・前掲（注112）411頁以下参照。
- (126) 江頭・前掲（注57）559頁。
- (127) 上場会社のうち、指名委員会等設置会社を選出した会社は、57社しかない（東京証券取引所「東証上場会社コーポレート・ガバナンス白書2015」64頁参照）。
- (128) 村田・前掲（注5）268頁、坂本三郎編『一問一答・平成26年改正会社法』18頁（商事法務、2014年）。
- (129) 東京証券取引所・前掲（注127）37頁。
- (130) 坂本編・前掲（注128）18頁。
- (131) 坂本三郎ほか「平成26年改正会社法の解説〔II〕」商事2042号19頁（2014年）参照。
- (132) 坂本ほか・前掲（注131）19頁以下参照。
- (133) 田中・前掲（注7）4頁以下。
- (134) 2015年（平成27年）3月5日、金融庁・東京証券取引所により公表されたコーポレートガバナンス・コード原案（原則4-8参照）によると、監査役会設置会社は、社外監査役2名に加えて社外取締役2名と、合計4名以上の社外役員を確保する必要があるとされる（村田・前掲（注5）4頁参照）。
- (135) 会社399条の13第4項参照。
- (136) 江頭・前掲（注57）575頁以下参照。
- (137) 会社399条の13第5項参照。
- (138) 会社399条の13第6項参照。

- (139) 江頭・前掲（注57）576頁参照。
- (140) 鳥山・前掲（注2）20頁以下参照。
- (141) 江頭・前掲（注57）573頁以下、坂本ほか・前掲（注131）30頁。
- (142) 江頭・前掲（注57）579頁。
- (143) 会社329条2項、344条の2第3項、309条2項7号参照。
- (144) 江頭・前掲（注57）573頁。
- (145) 江頭・前掲（注57）577頁。
- (146) 会社423条4項。
- (147) 石井照久『会社法〔上巻〕』151頁以下（勁草書房、1948年）参照。
- (148) 石井・前掲（147）同頁参照。
- (149) 大森ほか編代・前掲（注42）332頁参照〔堀口 亘〕。
- (150) 大隅・前掲（注62）136頁。
- (151) 田中誠二『新版・商法〔全訂版〕』169頁（千倉書房、1952年）。
- (152) 大森ほか編代・前掲（注42）332頁参照〔堀口 亘〕。
- (153) 加美・前掲（注29）76頁参照。
- (154) 江頭・前掲（注57）311頁参照。
- (155) 大隅・前掲（注62）136頁参照。
- (156) 岩原紳作ほか「座談会・経営環境の変化と企業の取締役会改革」商事1505号11頁〔山下友信発言〕（1998年）。なお、指名委員会等設置会社である「株式会社東芝」が過去の決算で不適切な会計処理をしていた問題で、この問題を調べる第三者委員会は、同社の前社長が社員に利益の水増しなどを促す指示に関わったと認定する見通しであると報道された。（<http://www.asahi.com/articles/ASH7C3QY8H7CULFA001.html>〔2015年7月11日最終閲覧〕）。脱稿後の新聞報道によれば、「東芝は、組織的に利益を水増ししていた不正会計問題の責任をとり、歴代3社長が21日付けで辞任した」と報じられた（毎日新聞・朝日新聞朝刊大阪本社版2015年7月22日、1面）。
- (157) 神田・前掲（注57）210頁以下。
- (158) 高橋 均「取締役会改革と展望」商事2023号4頁以下（2014年）参照。
- (159) 神田・前掲（注57）179頁。
- (160) 高橋・前掲（注10）6頁以下参照。
- (161) 江頭・前掲（注57）309頁以下参照。
- (162) 吉本・前掲（注57）141頁以下参照。
- (163) 大会社以外の公開会社の場合は、株主総会以外に取締役会を設置する必要があり、さらに監査役を設置する必要がある（会社327条2項本文）。取締役会設置会社でも、大会社以外の非公開会社は、会計参与を設置した場合には、監査役を置く必要がないが（会社327条2項ただし書）、ただし会計監査人を任意

に設置する場合は、監査役を置く必要がある（会社327条3項）。

(164) 神田・前掲（注57）173頁以下参照。

(165) <http://www.meti.go.jp/press/2013/12/20131226006/20131226006.html>（経済産業省ホームページ参照〔2015年7月11日最終閲覧〕）。

(166) 江頭・前掲（注57）306頁参照。

(167) 龍田・前掲（注57）17頁参照。

(168) 江頭・前掲（注57）374頁参照。

(169) 龍田・前掲（注57）16頁以下参照。

(170) 江頭・前掲（注57）305頁以下参照。

(171) 高橋・前掲（注158）4頁以下参照。

(172) 高橋・前掲（注10）12頁以下、江頭・前掲（注57）545頁参照。