

# 監査制度の機能化

葎 田 英 人

## The Functionalization of Audit System

Hideto Yoshida

The auditor has the audit competence on the exercise function of the director. As shareholders can not thoroughly oversee the exercise function of the director, the auditor is selected by the general meeting of shareholders and audits it.

The amendment of the audit system in the 5th year of Heisei is not the enlargement of the audit competence. It aims at the functionalization of the audit system. The audit system in Japan is better than foreign systems. But, it is not fully functioning now. The functionalization of the audit system is the important subject.

From this point of view, this paper studies legal problems and compares with audit systems in foreign countries. I want to make clear the future as it ought to be on the audit system in Japan.

### 1. はじめに

監査役制度に関する平成5年度の改正は、証券・金融不祥事の続発および日米構造問題協議の中でのアメリカ側からの経営に対する監督機能の強化、さらに、経済界を含む関係各界からの監査役制度の充実強化の要望が契機となって実現したものである。

その内容は、商法自体の一部改正として、①監査役の任期の伸長に関する事項がある。これは、株式会社すべてに適用されるものである。商法特例法の一部改正としては、②監査役員の数の増加、③社外監査役制度の導入、④監査役会の法制化があげられる。これらは、実務上、監査権限の拡大を図るというのではなく、監査を実効性ある制度として機能化させるための改正であるといえる。しかし、現実には、監査役による監査は十分に機能していないといわれており、監査役による監査の機能化は重要かつ緊急の課題である。

監査制度それ自体は、比較法的にみて優れているといえることができようが、監査機構が無力であるのは、その制度の実効性を担保する仕組みが制度自体の中に組み込まれていないからである。この観点から、監査制度が実効性ある制度として機能するための方策を比較検討し、監査制度の今後のあり方を考察することが本稿の目的である。

## 2. 監査役の独立性

### (1) 監査役の位置付け

監査役は、取締役の職務執行について業務監査および会計監査をその権限とする常設機関である（商法274条）。株主総会でも、取締役の選任と解任、決算の承認を通じて取締役を監督することはできるが、株主が監督するだけでは十分ではない。そこで、株主総会で監査役を選任して、監査役に取締役の職務執行の監査に当たらせている。

したがって、監査役と会社との関係においては、監査役は会社から取締役の職務執行を監査することを委託されたものであるから善管注意義務を負う（民法644条）が、取締役と異なり、忠実義務（商法254条の3）、競業禁止義務（商法264条）、自己取引の制限（商法265条）はない。これは、監査役は業務に直接関与することはないので制限の必要性はないとされたためであるが、競業取引や自己取引が会社に損害を及ぼす場合は、善管注意義務違反となることもありうる。

また、監査役は会社の利益を考えて判断すべきであり、自己や第三者の利益を図って行動することは忠実義務違反となる（注1）。さらに、監査役が職務上知り得た情報を利用して会社に損害を与える場合や会社の株式や社債等を売買する内部者取引を行うことはできない（証券取引法166条、167条）。

商法により監査役監査が制度化されたのは、会社の経営を委任された経営者が、会社の所有者である株主に不当な損害を与えることを防止するためである。それゆえ、監査役は監査を受ける経営者によって支配されず、公正に取締役の職務執行をチェックすることが要件であり、監査制度の中で最も重要な事項は監査役の独立性である。さらに、監査役の役割は株主の利益保護ばかりでなく、会社債権者保護の観点から取締役の会社財産の運営についても監査権限を有する必要がある（注2）。

また、株主総会に監査役の選任・解任権があるといいつながら、実際の人事権が監査対象となる取締役会とくに社長にあり、役員人事の一環として取り扱われている実情からすると（注3）、監査役は、経営側の都合によって選ばれ、経営の合理化や経済優先の経営方針の下では監査の実施が十分に行えず（注4）、加えて、実際の運営上も、監査役は、従業員グループから選出される社内監査役が大部分であって、取締役会メンバーに対しては、上司意識や仲間意識に支配されるため、監督機関としての中立性・独立性を保持して機能発揮をすることは実際上期待できない（注5）。

たしかに、監査役の人事は取締役会の議案に基づき株主総会が選任するのであるから、制度的には社長に監査役の人事権が握られているわけでも、監査される者が監査する者を選任するわけでもない。ただ、取締役の内部職階制の結果として、代表取締役社長が意に合った者を候補者として株主総会に議案として提出し決議される限りにおいては、監査される者の意に合った者が監査役になるということになる（注6）。監査役の実効性を阻害している原因がこの点にあるとすれば、この原因の解決がなされない限り法改正を繰り返しても実務を混乱させるだけであり、実効性には限界がある。そこで、その実効性を期待しうる方策として、株主の提案する候補者を監査役に選任するためにも、取締役の選任の場合と異なり監査役に認められていない累積投票の制度を監査役の選任に認めることは、制度の性格から有効であるとする立法論が主張されている（注7）。

このように、制度上は、株主総会を通じて実質的には株主が選任した取締役が株主の意向に沿った経営を行っているかどうかを監査させるために監査役を選任することになる。この監査役と取締役は、監査する者と監査される者という立場においては対立関係にあるが、株主から経営を

委ねられているという立場においては一体的関係にある（注8）と監査役を位置付けることができる。

## （2）監査制度に関する比較法的考察

わが国の監査役は株主総会により選任され、取締役の職務執行を監査する。これに対して、ドイツでは、取締役は業務執行と代表行為を担当し、監査役会は取締役の職務執行を監査・監督する権限のほか決算書の確定権も有し、取締役の選任・解任権を担う。したがって、監査役は株主総会により選任されるが、取締役は監査役会が選任することになり職務執行と監査監督の機能の分化が図られ、監査役会に強力な権限と地位が与えられている。

また、アメリカでは、内部委員会制度を採用し、通常の職務執行の権限を社内取締役から構成される執行委員会や財務委員会に付与し、これらの委員会の決定や取締役の職務執行を監査監督する権限を、社外取締役から構成される監査委員会に与えている。

つまり、ドイツの監査役会にしるアメリカの監査委員会にしる取締役に大きな影響力があり、業務執行者の地位を脅かすことができるほどの権限が法的に認められている。さらに、わが国の監査機構は、監査役が取締役の職務執行の監督を行うとともに、取締役ににも取締役の職務の執行を監督する権限を付与するという二重の監査を行っている。これに対して、ドイツの監査役会にしるアメリカの取締役会（監査委員会）にしる、取締役の職務執行に対して単一の監督機構を有するのが一般的である。わが国が二重の監査システムであるにもかかわらず十分機能しないのは、監査機関の重複・併存によってその役割および権限分配が曖昧になっていることが一因であること否定できない（注9）。

また、監査機関が経営者の選任・解任権を有するドイツのシステムがわが国の企業文化にはなじみがなく、合議制の機関の内部における相互的なコントロールというアメリカのシステムが、わが国の縦社会では機能しないことがこれらの制度が採用されなかった理由である。そして、わが国の監査役制度がその機能を発揮することができなかった理由は、ドイツの監査役会のような取締役の選任・解任権もなく、監査役の権限が実質的な監督・是正権には及ばず単なる監視権にとどまっていたこと、および、経営に直接関与しない監査役は監査からも疎外されてしまったことにあるといえる（注10）。

しかし、欧米における実態も理想とはかけ離れているようである。たとえば、アメリカやイギリスにおいてはほとんどの企業で、監視機能を持つ取締役会の最高責任者である会長と、経営執行機能を持つ最高経営責任者との兼務傾向がみられ、さらに、監査委員会を構成する社外取締役候補者の推薦は会長によって行われている。また、ドイツにおいては、監視機能を持つ監査役会によって経営機能を持つ取締役を選任・解任できることになっているが、株主総会での監査役選任がうまく機能していない現状では、実態は逆転しており、取締役が監査役の人事権を掌握している（注11）。このように諸外国においても、監査制度を機能させることは困難を極める問題である。

さらに、取締役会の業務執行の的確性を担保する制度として内部監査制度がある。これはアメリカから導入されたものであり、経営者が経営目的のために経営管理の諸手段が有効に機能しているか否かを探り、経営効果性の達成に寄与させるためのものであり（注12）、株主の利益擁護の目的のために行われる監査役監査とは異なる。そして、アメリカ内部監査士協会は、その内部監査に関する職務慣行基準に、独立性、職業的熟達性、仕事の範囲、監査業務の遂行および内部監

査組織の管理という5つの基準を掲げ、内部監査人はその会社の従業員であるが、その独立性が重要なことを強調している（注13）。ところが、わが国においては、社長の業務執行上の指揮命令が業務執行の組織に行きわたっていることをチェックし、社長の業務執行権を担保する制度になってしまっている（注14）のが実状のようである。

### （3）監査役の独立性確保のための方策

監査役制度を実効性のある制度として機能化させるためには、監査役の独立性を確保するための法律制度が必要となってくる。さらに、商法改正の都度、重責となる監査役の監査しやすい状況をつくり出す必要性がある。

ただ法律論としては、制度の実効性を担保する仕組みが制度自体の中に組み込まれておらず、もっぱらその制度を動かす人の個性的性格にたよろうとしているような場合には、そのような制度を信頼することはできない。取締役とくに社長に対する監査役の身分保障を制度的に十分考えないと、監査の実効性を期待する法のあり方としては問題である。一方において、社長への権力の集中という傾向は不可避である。社長に対して相当程度の独立性を持った監査役でなければ監査役としての職責を果たしえないことも確かであるが、他方において、社内に2つの権力の中心ができ上がるような事態になったら効率的な会社経営はできないのではないかという反論もありうる（注15）。

そこで、十分に機能していない監査役制度を機能化させるためにどのような方策が必要なのかを検討しなければならない。まずはじめに、監査役に監査を的確に行うための情報が十分に与えられていないという問題に注目すべきである。商法上、監査役は職務を遂行するために、いつでも取締役や使用人に対して営業の報告を求めることができる営業報告徴収権や、会社の業務や財産の状況の調査をすることができる業務財産状況調査権（商法274条2項）などが認められているが、社内情報は非常に限定されている。とくに、企業の稟議制度においては、すべての稟議が終わってしまってから取締役会等でしか情報が入ってこない。さまざまな稟議書類等が監査役を経由して流れていく仕組みになっていない（注16）のが実状である。やはり、社内情報は監査役を経由して稟議される仕組みや稟議制度を法定化することによりの確な事前監査を行うことができるのではないかと思う。

ここでいう事前監査とは、取締役が違法または妥当性を欠く行為をしないようにする予防的監査であるのに対して、事後監査とは取締役が違法または妥当性を欠く行為をしたために対処を促す防衛的監査である。商法274条に基づく監査役監査にはこれらの監査が考えられるが、監査役監査の本質は事後監査よりは事前監査にあるはずである（注17）。

しかし、わが国においては、株主総会が形骸化しているうえに、代表取締役の意に適った取締役からの横すべり監査役の選任は禁止されていない。確かに、横すべり監査役は、社内事情に詳しいことから詳細な監査および元上司である立場を利用して元部下から積極的に報告を求められることができる反面、直前まで会社の業務の決定および執行に関与していた者が事後的自己監査をすることおよび自分を監査役に選任してくれた代表取締役や同僚であった取締役を公正かつ独立性をもって監査することができるかどうか疑問のあるところである（注18）。このように、株主総会の決議により選任されたとはいえ、横すべり監査役による事後監査はもとより事前監査も実質的に監査役制度が公正かつ独立性をもって機能しない原因のひとつであり、法制度上横すべり監査役を簡単に認めることは問題である。

さらに、監査役制度を機能化させるためには監査役の身分保障を強化する必要がある。つまり、監査役は違法行為や任務懈怠など正当な理由がない限り、取締役会や株主総会により解任されないとすべきである（注19）。監査役は、株主の代表として経営担当者の活動を監督するものであるが（注20）、株主の利益を保護するばかりでなく、社会の利益を保護しているといえる（注21）。それゆえ、会社の社会的責任という面からは、監査役は取締役会や株主総会の支配の外にあるべきであり、監査を受ける者が監査を行う者の人事権を持つという不合理を解決するためにも、監査役人事の株主総会への議案提案権を取締役会から外し監査役会に委ねる方が合理性がある（注22）。

また、監査役の実効性を高めようとするならば、会社の監査を担当する者は会社から報酬を受領する地位にある者よりも会社外に属する者であることが望ましい。しかし、たとえば、国や地方公共団体の職員に会社の監査を担当させることは、会社に対する出資者（株主）の私的利益のために公的財源（税金）を使用することになりその妥当性も問題である（注23）。したがって、監査役の報酬は会社から支給され、監査役の選任は取締役会の議案に基づき株主総会で選任されるのであるから監査役の独立性はないというのでは、あまりにも形式的・短絡的である。会社の適法性・妥当性を監査するのは、会社・株主・債権者のためであり監査役報酬の会社からの支給は合理的であると思う。

このように監査役の独立性を確保するためには、株主総会において監査役を選任するに際し、株主の提案する候補者を監査役に選任するためにも、累積投票の制度を認めることは有効であると思う。また、監査を的確に行うための社内情報は、監査役を経由して稟議される仕組みを法定化することにより、的確な独立性を持った事前監査を行うことができるのではないかと考えられる。さらに、横すべり監査役による監査には一長一短はあるが、監査役制度を公正かつ独立性を持って機能させるために、監査役選任に際し一定の制限を設ける必要がある。つまり、監査役会において横すべり監査役が占める人数の割合をあらかじめ法定しておく必要がある。そして、監査役人事の株主総会への議案提案権を取締役会から外し監査役会に委ねることについては、監査役の独立性を確保するための最重要課題であり、このための具体的方策についても後で考察する。

### 3. 監査役の資格と任期

#### (1) 監査役の資格

監査役の選任には、取締役の欠格事由を定める規定が準用されているが（商法280条1項、254条の2）、監査役となるための資格については別段の制限はなく、ただ、定款によっても監査役が株主たることを要する旨を定めることはできない（商法280条1項、254条2項）。また、監査役が、会社または子会社の取締役または支配人その他の使用人を兼ねることはできないものとされている（商法276条）。しかし、比較的少数の監査役で多くの監査業務を行う能力や経験の豊富さが要求されるから、法律、経理、監査などに従事した経験年数程度の資格条件は明文化してもよかつたのではないかと等の課題が残されている（注24）。

ここでまず問題となるのは、監査役の欠格事由である禁治産者、準禁治産者、破産者、または刑罰を受けた者などは監査役になることはできない（商法280条1項、254条の2）。それでは、禁治産者や準禁治産者と同様に行為無能力者である未成年者は、なぜ欠格者として取り扱われないのかということである。その理由は、未成年者は親権者もしくは後見人から営業の許可を受け

ば、その営業に関しては成年者と同一の能力を有する（民法6条、823条、857条）とする取締役の規定を監査役にも準用しているのも、親権者などの同意を得たときは監査役になることができると考えられているからである。

これに対して、監査役は取締役の職務執行について業務監査および会社の会計監査を行う者であるので、少なくとも監査役としての職務を果たすための行為能力が認められなければならない。取締役に判断力・先見性・実行力・行動力・指導力・統率力が要求されるように、監査役にも類似の資質・能力に加えて、取締役に對する説得力も要求される（注25）。すなわち、法務省が昭和53年に公表した「株式会社の機関に関する改正試案」第3、5aロが示すように未成年者を欠格事由とすること、および昭和61年に公表した「商法・有限会社法試案」2、16が示すように監査役は取締役の直系親族、配偶者または取締役と生計を一にする者であってはならないとする見解がある。

私見としては、監査役に未成年者や経営者の親族・配偶者等が就任する場合は、経営者の意に適う者が選任されることになり、実質的には経営者により支配され、公正な監査を行うことはほとんど期待できないものと思われる。それゆえ、法務省試案の立法化（注26）を強く支持したい。

つぎに、監査役は自然人に限られるのか、それとも法人もなりうるのかについては、明文の規定がないので見解が分かれている。法人が監査役になりうるかについては、これを否定するのが通説であるが、その理由として、会計監査の性格および責任の所在を明確にする意味から、また監査役の職務が人的信頼関係を基礎としたものであること、監査役の職務が代行を許さないこと、あるいはまた法人の監査役を認めるときは、法人組織を悪用して責任をこれに転嫁せしめるおそれがあることなどがあげられる（注27）。

肯定する見解の理由は、監査法人が会計監査人として認められていること、そのほか優秀な経理部員を有する銀行または信託会社が監査役となるときの、会計監査についてより実効をあげることができること（注28）、法人はその目的の範囲内において設立中の会社の機関である發起人となることができるとしているが（大判大正2・2・5、民録19輯27頁）、この論理からすれば、法人が成立後の会社の機関である監査役になりうるかと解すべきであること（注29）、あるいはまた会社更生法は、信託会社、銀行その他の法人が管財人となることができると規定し（会社更生法95条1項）、法人が管財人に選任された場合には、その法人は、代表者のうち管財人の職務を行うべき者を指名して、裁判所に届け出なければならないものと定めている（会社更生法95条2項）ことなどがあげられる。

私見としては、法人が監査役となりうる場合、法人組織を悪用して責任を転嫁するなど監査役としての責任を負う上で問題である。しかし、フランス会社法のように、法人の代表者を指名し、その代表者が監査役としての責任と義務を負う（フランス会社法91条1項）ものとするれば、複雑化する監査業務の効率化を図ることができ、法人による賠償責任の負担の面からも利点があると思われる。

さらに、商法276条は監査役の兼任禁止について定め、監査役はその会社の取締役または支配人その他の使用人を兼ねることができないし、子会社の取締役または支配人その他の使用人を兼ねることはできない。これは監査役の独立性を確保するための規定である。この兼任禁止の対象となる使用人の範囲は、会社との雇用契約により職務の遂行につき会社の指揮・命令のもとで業務執行を分担する者であるから、営業上の代理権を有する商業使用人だけでなく、工場長・技師などの商業使用人以外の使用人も含まれるとするのが通説である。しかし、会社と雇用関係になくても使用人に準ずる継続的な関係があり、実質的に会社と従属関係があると認められる場合には、

やはり兼任禁止の対象となると解する（注30）。

つぎに、使用人以外でも、定款に定めのある顧問・相談役などは会社の経営に指導的な影響を与える継続的關係のある地位であることから、監査役がこれらの会社の役職を兼ねることも許されない（注31）。もっとも、親会社の取締役または支配人その他の使用人が子会社の監査役を兼ねることは差し支えなく、また、親会社の監査役が子会社の監査役を兼ねることも許される。しかし、ドイツ株式法においては、すでに10社の監査役になっている者は、それを超えて他の会社の監査役になることは禁止されている（ドイツ株式法100条2項）。これは、あまりに多くの会社の監査役を兼ねることは監査が形式的になるおそれがあるからである（注32）。

これに対して、会社から特殊の仕事を委託されている顧問弁護士が監査役を兼任できるかどうかについては学説が分かれている。否定説は、雇用関係がなくても使用人に準ずる継続的な関係があり、実質上従属関係があると認められる場合には、やはり兼任禁止の対象となると解すべきであるので、会社に専属的な顧問弁護士も禁止の対象となる（注33）と解するのに対し、肯定説は、顧問弁護士は、会社から法律事務の処理を依頼される場合は会社の本来の業務とは異なる。また、弁護士は会社取締役の指揮命令に従う地位ではなく、自らの判断と責任のもとにおいて公正に職務を遂行する独立の立場にあるから兼任を容認する（注34）。ただし、顧問弁護士が常勤の監査役を兼ねることは適当とはいえないだろう（注35）。なお、近時の最高裁判例は、商法276条の規定は、顧問弁護士である監査役が会社から委任を受けて訴訟事件の訴訟代理人になることを禁止するものではないと解し、委任された職務を行うことは使用人にはあたらない旨を判示する（注36）。

また、顧問税理士と監査役との兼任についても、専門職としての独立性の見地から兼任可能であり、顧問税理士業務は委任契約と経営コンサルタント契約の混合契約であり委任類似契約とされている（注37）。ただ、会社に従属的に企業内の弁護士、公認会計士、税理士として機能している場合もあるので、取締役との従属関係の有無という実質で判断すべきであり、監査役が会社から単に特定の事務処理の委任を受けただけの場合でも、受任者としての地位が取締役の指揮・命令に服するものであるときは、兼任禁止の対象に含まれるが、その地位自体において取締役の指揮・命令から独立したものであるときは、これに含まれるものではない（注38）。ただし、会社の会計監査人である公認会計士が、会社の監査役になることは禁止されている（公認会計士法24条、34条の11）。

つまり、監査役に選任される者の社会的地位ではなく、むしろ監査役自体が取締役の指揮・命令に従う地位がなく、自らの判断と責任のもとに公正に職務を遂行する地位にある点が重要である（注39）。

一方、弁護士、公認会計士、税理士などが、会社に関与しその知識と経験を活かして監査役として監査することは、取締役の違法行為を未然に防ぐことができ、取締役の行為が適法または妥当な行為か否かを判断し企業活動への助力となる（注40）ばかりではなく、外部から監査役が導入されるかもしれないことをおそれて取締役が法令違反をしないように動くインセンティブは無視できない（注41）。

私見としては、特に大会社においては、経済的自立性、取締役からの独立性、取締役の違法行為の未然防止の観点から、監査役のうちの一には弁護士、公認会計士、税理士などの国家資格者を監査役とすることを法定化すべきではないかと考える。ただし、これらの資格者は監査役としての任務以外に本業を有していることから、監査役としての任務懈怠をした場合の責任および取締役の指揮・命令に服した場合の責任が問題になることはいうまでもない。

また、監査役の人材不足解消の意味からも、監査士（仮称）なる国家資格制度を設け、資格試験合格者を監査役とすべきことも併せて立法化すべきではないかと思う。ただし、監査士会から会社に派遣されるという形態をとることにより、会社からの独立性を確保し、地位保全のために取締役の指揮・命令に服することのないシステムをとるものとする。したがって、会社からの監査役報酬については監査士会へ支払うことになり、監査役の任期の限度も設定する。もちろん、監査役としての権利を有し責任と義務を負うものとするような制度を考える必要があると思う。

## (2) 監査役の任期

監査役の任期に関する商法の規定は、取締役の任期に比べてたびたび改正されてきた。平成5年の改正において、監査役の任期が過去最長の3年となったことの意義は、①監査役の地位の強化、②監査役の職務への習熟期間の確保、③取締役との任期の違いを設けることによる横すべり監査役の発生を少なくすることにある（注42）。

監査役の任期3年と取締役の任期2年が異なることにより、取締役から監査役に横すべりする機会が6年に1度ということになる。完全に横すべりが防止できるわけではないが、改正前よりは少なくなると考えられる。しかし、取締役の任期中であっても、辞任して監査役に選任することが禁止されているわけではないので、横すべり防止の有効な手段とはなり難い（注43）。

そこで、監査役の任期を5年ないしは6年とし、その代わり1期限りで終りとし、再任は認めないとする（注44）方法により身分を保障すれば、取締役の指揮・命令に服することもなく監査に専念することができ、株主の提訴請求に対し、監査役が取締役に対して責任追及訴訟を提起すべきか否かを客観的に判断することも期待できる（注45）。これにより監査役の任期伸長の意義である上述の①、②、③は達成されるのではないかと思われる。

さらに、このことをより実効性あるものとするためには、監査役退任後の取締役就任をも規制すべきである。すなわち、監査役退任後に取締役就任の可能性があるとして、それに対する期待感から厳しい監査を行うことが躊躇されてしまうおそれがあるからである（注46）。

また、監査役に適任の人材が見つければ、早い機会に選任することが望ましい。そこで、監査の継続性を維持するためにも、3年に1度全員を選任するより各監査役の任期をばらつかせることで、各監査役の任期の満了を分けて選任する人事ローテーションがより好ましい。このように1年ごとに選任の機会があるほうが3年に1度しかないより、より多くの株主の意思を確認できることになる（注47）。

## 4. 常勤監査役と社外監査役

### (1) 常勤監査役

昭和56年の改正により、大会社の監査役監査の充実強化のために複数監査役制度と常勤監査役制度が規定された。さらに、平成5年の改正においては、一般の会社では監査役は1人以上であればよいが、大会社の監査役の人数を3人以上に増員するとともに、そのうちの1人以上は社外監査役でなければならないと定めた。これは社外監査役制度を導入しながら常勤監査役の員数が低下しないようにするために、監査役の員数を増加し監査制度の一層の強化を図ったものである。なお、常勤監査役の選任は監査役の互選によるものと定められている（商法特例法18条2項）から、

取締役会であらかじめ常勤監査役の候補者を定めて株主総会を招集し、株主総会が常勤監査役を選任するという事はできない（注48）。

また、常勤監査役と非常勤監査役との間においては、勤務状態の点で差異はあるが職務権限と責任のうえでは何ら差異はない。監査役の職務のうち事後的な検査機能については、これを行うために会社に常勤する必要はない。むしろ、ある場合には広い視野と識見さらには経済的な力量の点で、他に職業をもっている非常勤監査役の方がより適切でさえありうる。しかし、事前的な監査機能については、会社の経営は経常的なものであるから常勤監査役が必要であるということになり、常勤監査役と非常勤監査役の間には、職務分担と機能分担が生ぜざるをえない（注49）。

なお、社外監査役については、常勤か非常勤かについての法に明示規定がないので常勤だと否とを問わないと解されるが、非常勤の社外監査役といえども、常勤監査役に任せ切りで監査報告書を作成するだけでは任務懈怠といわざるをえない。

さらに、常勤監査役は、監査役の職務に専念する義務を負う法律上の地位を有する監査役であり、会社内の職制上の地位としていわれる常任監査役と常勤監査役とは必ずしも一致しない（注50）。

## (2) 社外監査役

多くの監査役は会社の取締役から横すべりの就任したり、使用人から就任するのに対して、監査の効果が上がっていないという批判がある。社内出身の監査役だけの場合は、従前からの特殊関係により取締役会とくに社長からの影響を受けやすく、監査権限を積極的に行使することがむずかしくなるおそれがある。すなわち、自らがその中で行った業務執行に対して監査を行うことになるので、その業務執行が違法または著しく不当であった場合でも、客観的な立場から業務執行を監査することは困難になると考えられる。

そこで、改正法は、社内出身の監査役は社内事情に精通しており、情報や資料の収集・分析の面においても的確かつ迅速に調査を行うことができるが、業務執行の監査が社内出身の監査役だけで行われることも適当ではないとの観点から、業務執行から一定の距離を置き客観的な視点から監査することができる社外監査役を選任することにより、社内出身の監査役と協力して適正な監査を行おうとするのが社外監査役制度導入の狙いである。したがって、大会社の監査役を3人以上としそのうちの一人以上を社外監査役とすることとした。

また、社外監査役の要件については、監査役就任の前5年間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った者でなければならない（商法特例法18条1項）と規定している。これは、まったく会社と関係がなかった者でなければ、社外監査役の要件を満たさないとした場合、約8,000社もある大会社のすべてにおいて適当な社外監査役を確保することは實際上困難を伴うものである。他方、会社の取締役であった者でも、その地位を離れて一定期間が経過したときは、会社の業務執行者との関係も希薄となり、独立して第三者的立場で監査を行うことができると考えられたからである（注51）。ただ、5年間で社外者とみることができるか否かは個人差があり問題ではあるが、現状ではやむをえないことであろう。

しかし、この社外監査役の要件は、純粹社外出身者といえるような者を社外監査役として選任するよう努力すべきであり、そのような者を見つけることができなかつた場合に、社内出身者であつて社外監査役の要件を満たす者を登用するという規定である（注52）。それゆえ、横すべりで監査役に就任していた者が5年の経過により社外監査役の資格要件を満たしたからといってただちにその者を社外監査役と解することは、社外監査役制度の趣旨を逸脱するものといえる（注53）。

また、社外監査役に取締役も敬意を払わざるを得ないような社会的信用のある人を選び、取締役の不正を発見したときは、このような監査役の力を借りてこれを阻止し是正するという大物監査役待望論もあるが、このような大物監査役が経営陣と独立した形で監査機能を果たすかどうか必ずしも期待できないし、監査役間の独任制が損なわれるおそれもあり、法律論としてはいささか問題であろう。

さらに、企業不祥事の続発は任意的監査制度のマヒにあるとして、中立性という観点から、特別監査役の選任を裁判所に任せ、裁判所による間接的な介入が商法の体系に適合するという見解(注54)がある。この点に関して、会社外部の裁判所を利用することは私的自治の放棄であるとの見解(注55)もある。私見としては、企業の不祥事は任意的監査制度のマヒにあるとする前者の見解は一考に値すると思うが、実際に、多くの会社に対し裁判所が特別監査役の選任を行うことは不可能に近いことではないかと思われる。

ただ、社外監査役に期待されることは、違法な取締役の業務執行をチェックするとする本来的な監査役監査とは異質な一種の社会的監査または公益的監査の要素を含むことである(注56)。

## 5. 監査役会

大会社では、監査役全員で監査役会を組織する(商法特例法18条の2第1項)。各監査役は独立した監査権限を有するが、各自が会社の業務全体を監査することは難しい。各監査役が職務分担し情報を交換するほうが効率的かつ正確な監査を行うことができる。そこで、監査役会において監査方法の決定や役割分担を協議することとした。なお、大会社以外の会社では、監査役会を設けた場合でも任意的機関であるにすぎない。

また、監査役会はその決議により、監査の方針、会社の業務および財産状況の調査方法その他の職務の執行に関する事項を定めることができる(商法特例法18条の2第2項)。しかし、各監査役は単独で監査権限を行使する独任制の機関であるので、監査役会の決議は監査役の権限の行使を妨げることはできない(商法特例法18条の2第2項但書)。そして、監査役は、監査役会の求めがあるときは、いつでもその職務執行の状況を監査役会に報告しなければならない(商法特例法18条の2第3項)。なお、監査役会の議事録に異議をとどめない限り、決議に参加した監査役は決議に賛成したものと推定される(商法特例法18条の4第1項)。

しかし、監査役相互間の協議により共同して監査をすることも、内部的に分担して監査することもできるが、それぞれの監査役は独立の監督機関であるので、それにより責任を限定することは認められない(注57)。さらに、監査役のうちの1人でも取締役の業務執行が違法ないしは不当であると判断した場合には、各種の権限を行使して取締役の摘発、抑止に努めることができる(注58)が、株主総会や取締役会との関係では、監査役会として行動した方が経営陣と対等にわたりあうことができる(注59)。

ただ、多数決原理が支配したり、監査役の中の誰かが支配力をもつことにより、個々の監査役の意見が多数決の中に埋没してしまうことは好ましくない。会議体を構成することにより監査役のもたれあいが生まれ、監査が形骸化することも問題である。したがって、実質的に監査役会の権限とされるのは監査の方法についての決定などであり、個々の監査役が監査全般にわたって注意義務を負うことには変わりはない(注60)。

また、監査役会で職務分担を決定するに際しては、決定プロセスと決定内容が相当であることが必要であり、形式的な決定手続だけで処理することは善管注意義務に反するものといえる。さらに、事後的に監査の方針や分担、調査方法の変更がある場合、各監査役はそれが適切であるように適時に配慮すべき注意義務を負う。なお、各監査役は、職務分担に関する決議にしたがって職務を行えば、任務懈怠の責任を問われることはない。しかし、他の監査役の調査結果について相当の疑義がある場合、たとえ監査役会による定めがどのようなものであろうと、また、常勤でない監査役といえども自らの調査権に基づきさらに調査し、あるいは再調査させることができ、また、そのようにする義務がある。かかる場合に必要な措置を怠った監査役については、非常勤者であれ社外者であれ任務懈怠の責任が問題となる（注61）。

さらに、各監査役の調査の結果を監査役会に持ち寄って報告した結果、各監査役の報告が信頼し得ないと判断すべき特別の事情がない場合には、他の監査役の報告を信頼して自己の監査意見を形成した監査役は、任務懈怠を問われることはない（注62）。

ところで、個々の監査役と監査役会との関係は、ドイツやフランスにおいては個々の監査役は監査役会の構成員にすぎない。あくまでも監査の主体は監査役会である。これに対して、イタリアや日本では監査役会は法制化されているが、各監査役は単独で監査権限を行使することができ独任制が認められている。しかし、監査役会は業務執行者たる取締役の選任・解任権を有してこそ、その実効性を発揮することができるとの考えから、ドイツの監査役会もアメリカの取締役会も業務執行者の選任・解任権が認められている。また、業務執行者からの従属を断ち切って独自の中立的監査の実をあげるためにも、監査役人事の株主総会への議案提案権を監査役会に委ねることを認めるべきである（注63）。

それゆえ、監査役の人事権については監査役会が、取締役の人事権については取締役会がそれぞれつべきであると考えられる。どちらかが一方の人事権を掌握している場合、経営と監査の分離が不明確となり、実質的に取締役が自分自身を監査し、監査役が経営を行うという不合理が生じ、企業経営の健全性が損なわれるのではないかとと思われる。

また、監査役会の構成員については、大株主の代表者のみならず少数株主その他各種の株主の代表者も含めて、株主全体の現状を反映するようなミニ株主総会であるべきであり、さらに、監査役会に取締役および従業員を出席させて質問をし報告を求めることができる。要するに、大会社においては株主の直接民主制による監督と経営者の自己監査に期待するよりは、株主の間接民主制による経営者の監督の方が合理的である（注64）。そして、これに社内監査役や社外監査役を加え監査役会を構成すれば、監査制度をより機能化することができるのではないかとと思われる。さらに、会社の統治機構のあり方（コーポレート・ガバナンス）の観点から、株主以外にも従業員といった利益代表を監査役会の構成員とすることも考えられる。

## 6. 監査役と会計監査人との関係

大会社、つまり、資本金5億円以上または負債総額が200億円以上の株式会社が、会計監査人の監査を受けるべきことを強制されている理由は、会社をとりまく多くの株主や債権者その他利害関係人が存在し、経理内容も複雑であり粉飾決算を防止するためにも、職業的専門家である公認会計士や監査法人による会計監査を受けなければならないものとしたのである。しかし、会計監

査人の監査と監査役の監査との関係は必ずしも明確ではない。法律上は、会計監査人の監査報告書には会計に関する部分についてのみ記載しなければならない（商法特例法13条2項）ので、監査役会の監査報告書には会計に関する部分の記載の重複がないよう業務監査に関する事項の記載が要求されている（商法特例法14条3項2号）。

しかし、監査役会は会計監査の権限を有し、会計監査の適否につき責任を負うべき立場にある。それゆえ、会計監査人の監査が相当であると認められるときは、監査報告書の中で会計監査に関する事項を記載する必要はないが、相当であると認められない場合は、その旨および理由を記載しなければならない（商法特例法14条3項1号）。このように、監査役は、会計監査人の監査が相当であるかどうかを判断するために必要な会計監査を行わなければならない

たとえ、監査役が会計監査の手続方法等について知識や経験がない場合でも、会計監査に無関心になってしまったり、会計監査人に任せてしまったりするのではなく、会計監査を基礎とした業務監査に積極的に取り組んでいくことが、監査役監査の有効化に役立つのである。監査役は、会計監査人監査との重複を避けるためにも、会計監査人との調整を図り、絶えず情報交換を行っていくことが望ましい（注65）。そのためにも、会計監査に関する監査役会には、必要があるときばかりではなく、会計監査人の出席と報告を義務付けることが必要であると思われる。

また、監査役は、会計監査人に対する取締役からの干渉を排除し、その職務執行を援助することが役割であり、会計監査人の任免についても、監査役会の同意を要するのは、会計監査人の取締役からの独立を保障するためであり、会計監査人を監査役に従属させるためのものではない（注66）。つまり、監査役と会計監査人とは相互に独立して職務を執行する関係にあると同時に、互いに協力援助し合う関係であることが、監査制度を機能化させるために重要なものとなると考える。

さらに、会計監査人は、その職務執行において取締役会の不正行為または違法行為を発見した場合、その事実を監査役会に報告しなければならない（商法特例法8条1項）。しかし、監査役会がその報告を取り上げなかった場合でも、会計に関する事項については会計監査人の監査報告書に記載することにより開示されるが、会計以外の事項についてもその実効性を確保するためには、会計監査人の監査報告書にその経過を記載すべきことを義務付けるべきであると考えられる。そして、監査役会は、株主総会において会計監査人からの報告を取り上げなかった旨および理由を説明する義務を負うべきであり、さもなくば、任務懈怠の責任を問われてもやむをえないと思う。たとえば、会計監査人といえども、職務を通じて知り得た不正行為または違法行為については社会的公正性の観点から開示すべきものではないかと思われる。

## 7. 妥当性監査と違法性監査

### (1) 監査役の監査権限の範囲をめぐる学説

取締役会による業務監査については、違法性（法令・定款違反）監査のみならず妥当性（合目的性）監査にまで及ぶと一般に解されている。しかし、商法274条1項には、「監査役は取締役の職務の執行を監査す」と規定されているように、監査役の業務監査については、取締役の業務執行の違法性監査に限定されるのか、その妥当性監査にも及ぶのかについては、法に明示規定がないので見解が分かれている。

第1説は、監査役の業務監査は違法性監査に限られ、妥当性監査には及ばないとする学説（多数

説)である。これは業務執行に直接関与することもなく、決定権もない監査役が、妥当性について判断することは、取締役の経営活動に対し不当に介入することになりかねないばかりか、妥当性監査の任務を課し責任を負わしめることは、監査役に対し困難を強いることになる。ただ、商法275条および281条の3第2項8号の取締役の「著しく不当」な業務執行は、取締役の善管注意義務に反することになり、結局はその監査も違法性監査の対象となる。なお、監査役が取締役会において業務の妥当性に関してその意見を述べたり、質問をすることが許されないわけではない。また、「著しく不当」な事項を発見するためには、取締役の職務執行の妥当性についてもある程度の注意を払うことが必要とされるが、しかしそれは適法性監査の実施の方法として要求されるのであって、それ自体が監査役の職務をなすものではない(注67)。

次に第2説は、原則的には監査役監査は違法性監査が中心であるが、「誰がみても不当と認められる」場合とは「著しく不当」な場合に該当し、監査役の業務監査は、取締役の職務執行がこれに該当する場合にそれを指摘するという限られた範囲で、例外的に妥当性監査に及ぶと解する説である(注68)。

そして第3説は、経営政策的または能率増進を目的とする積極的な妥当性の監査は取締役会に任されているが、一定事項が不当か否かという消極的かつ防止的な妥当性監査は、監査役の職務に属すると解する説である(注69)。このように、この説は、監査役の妥当性監査の範囲を限定するものである。

さらに第4説は、監査役の職務権限一般について論ずるのではなく、個々の権限についてその範囲を検討すべきであるとする説である。具体的には、調査・報告請求権(商法274条2項)、取締役会における発言権(商法260条の3第1項)については、法は何の制約も加えておらず、監査役は妥当性についても制限なく監査できるし、また、各種の報告権限(商法275条、281条の3第2項)については、妥当性には及ぶが著しく不当である場合に限られる。また、差止請求権(商法275条の2第1項)についても、妥当性に及ぶが、会社に著しい損害を生ずるおそれがある場合に限られている(注70)。また、第5説は、監査役監査については取締役の職務執行の妥当性一般に及ぶと解する説である。これは商法274条や商法260条の3第1項など法文上も、監査役監査については適法性の範囲に限る旨の限定がないこと、また、監査報告書の記載事項に関する規定(商法281条の3第2項)も、それ以外の記載を禁ずるものではないことなどから、監査役監査を違法性監査に限定するものではないとするものである(注71)。

以上、学説についてはこのような状況であるが、第1説から第4説までは、監査役の妥当性監査を取締役の監査に比較して制限的に解しているのに対し、第5説は、監査役の妥当性監査を広く認める学説である。

## (2) 妥当性監査の必要性

監査役の監査が、妥当性監査にまでおよぶか否かについてはその位置付けがいまだに明確にされていない。このような現状において監査役監査における違法性監査と妥当性監査との関係をどのように考えるかという重大な問題が存在している。

もし監査役に妥当性の監査権限を与えるとすれば、複雑で変化の激しい経済状態に対応した合目的かつ能率的な取締役会の経営方針の決定を妨害するおそれがあるばかりでなく、監査役の職務権限を妥当性まで拡大することにより、任務懈怠があれば無過失を立証しない限り責任を免れないこととなり、監査役に困難を強いることになる。これは取締役自身、違法行為にまで至ら

ない著しく不当な行為をしたという段階では、任務懈怠について責任を負わないのに対し、監査役が妥当性監査について任務懈怠で責任を負うことになり衡平ではないことから明かである(注72)。たとえ弁護士への援助を受けるにしても、違法行為についての監督是正権限ないし職務を行使遂行するだけでも決して容易なことではない(注73)。

しかし、監査役が著しく妥当性を欠くような取締役の行為、つまり、いずれ会社に重大な損害を与えることが明らかな行為を発見した場合、それが法令・定款の枠内の行為であっても、取締役の受託責任に反する行為であるので、監査役はこれを取り上げなければならない。また、取締役の行為が適法であるかどうかの判定のためにも、妥当性監査は監査役の違法性監査の手段としても必要であり有用である(注74)。さらに、監査役の監査を違法性監査に限定すると解すれば、違法すれすれの善管注意義務や忠実義務違反が問題となる場合、監査役の責任追及を避けるために消極的な態度になって、法が意図する監査の実効性がますます失われるという見解もある(注75)。

また、取締役が会社および彼自身の権限内において、ある決定を下した場合に、その決定に合理的根拠があり、かつ彼が会社の最良の利益であると誠実に信じた事柄以外には影響を受けずに、彼独自の裁量と判断の結果として、当該決定を下したのであるならば、裁判所は、取締役の経営事項については干渉しないし、裁判官の判断をもって、取締役の判断に代替せしめることはしないというものである(注76)。このように取締役に広範な経営判断が認められるとするならば、なおのこと経営ないし業務執行機関から独立した監査機関による、取締役の経営判断の是非を含む独自の公正中立の経営チェックが必要不可欠なものとなる。したがって、監査役は違法性監査のみならず、広く外から業務執行の妥当性について監査する権限を有するものと解する(注77)。

さらに、監査役の業務監査権について定める商法274条は、監査の範囲について何の限定もなく、監査役が妥当性監査権限をも行使しうると解することができる。また、商法275条においては、著しく不当な場合に限り、株主総会にその旨の意見を報告するという限度で妥当性監査が認められている。しかし、商法275条の2で認められている差止請求は、法令・定款違反行為にしか及ばないのであって、著しく不当な行為を取締役が行おうとしているからといって差止請求ができるわけではない(注78)。

従来から、監査役監査の範囲は違法性監査を原則とするが、取締役の職務執行が著しく不当な場合にそれを指摘するという限られた範囲では、例外的に妥当性監査をも含むものと解するのが多数説となっている。しかし、監査役の業務監査の中でも、その事後的な検査機能は何ら取締役会の業務監査権限と競合するものではない。事後的な検査権限の範囲としては違法性監査のみならず、妥当性監査についてもそのすべてが監査役に属するものと解さなければ、取締役により不当な職務執行が行われてしまった場合、これを株主総会に報告しうる機関が会社に存在しないことになってしまう。商法275条は、義務の範囲を限定したものと解すべきものである(注79)。

さらに、監査実務の立場からは、経営活動の妥当性を含めて調査をして初めて違法な経営行為を摘出することができるはずであり(注80)、放置すれば違法な職務執行にまで進展する危険のある事項について事前に防止するための方策としても、違法性であると妥当性であるとを問わず監査役の監査対象とすべきであると思う。

たとえば、形式的には法令・定款に必ずしも違反するものではないが、実質的には社会通念上不当と評価されるべきものでかつ不当の度合いが著しいもの、具体的には、配当により会社経営に支障を生ずるおそれがあるにもかかわらず配当する場合、また配当可能利益が十分あるのに役員賞与や内部留保を過大計上して利益配当をしない場合である。

さらに、将来の企業内再投資のための内部留保については、その具体的な目的根拠および算定基礎の合理性が問われることになる。これは、監査役による監査によることが妥当であると考えられる。監査役は、任意積立金の目的根拠および算定基礎を監査し、その旨監査報告書に記載すべきであろう。また、内部留保の合理性を監査するばかりでなく、当該任意積立金が実際にその目的どおり使用されたか、その用途について違法性監査を行う必要があると思う（注81）。

このように、監査役は貸借対照表の財産状況、損益の動向、資金繰りの状況等、自社の状況および他社の状況、傾向等に照らして、法令・定款違反ではないが、利益処分の妥当性を欠くようなものではないかも的確に判断しなければならない（注82）。

次に問題となるのは、妥当性を欠く行為や法令違反の行為が会社に利益をもたらすような場合であっても、監査役はその行為を阻止しなければならないかという問題である。監査役が株主総会で選任される（商法280条1項、254条1項）ということは、監査役監査は会社ないし株主の利益を保護するために行われるということの意味する。しかし、取締役の違法行為または違法ではないが放置すれば将来違法行為となる危険があるような行為を放置することにより、会社が受ける罰金、課徴金、損害賠償金などの制裁が会社に不利益をもたらすことを考えると、監査役は会社の利益のために取締役の不正行為や違法行為を阻止する必要がある（注83）。

私見としては、業務執行に直接関与することもなく、決定権もない監査役が、妥当性について判断することは、取締役の経営活動に対し不当に介入することになりかねないばかりか、任務懈怠があれば無過失を立証しない限り責任を免れないことにもなり、妥当性監査の任務を課し責任を負わしめることは、監査役に対し困難を強いることになる。しかし、取締役により不正な職務執行が行われてしまった場合、これを株主総会に報告しうる機関が会社に存在しないことになってしまい、たとえ、それが法令・定款の枠内の行為であっても、そして、その行為が、当面は会社に利益をもたらすような場合であっても、取締役の受託責任に反する行為である場合には、監査役の業務監査については、取締役の業務執行の違法性監査に限定されるのではなく、その妥当性監査にも広く及ぶものと解すべきではないか考える。

## 8. 代表訴訟と監査役

6か月前から引き続き株式を有する株主から、書面をもって取締役の責任を追及する訴えの提起の請求が会社に対してなされた場合（商法267条1項）、訴訟の公正を確保するため、株主の提訴請求を受けて会社を代表して取締役に対して訴えを提起するか否かを判断するのは各監査役であるから、監査役が代表して請求を受けることになっている（商法275条の4）。この場合、株主は監査役の1人にあてて提訴請求すれば足りる。

しかし、監査役会はこのような権限を有さないばかりか、監査役会で提訴しない旨の決議をしても、各監査役の提訴権限は影響を受けない。つまり、各監査役は、他の監査役の反対を押し切っても、取締役に對してその責任を追及する訴えを提起することができる（注84）。

また、監査役は、株主から提訴請求を受けたならば30日以内に提訴するか否かを決め、提訴するのであればこの期間内に提訴しなければならない。この期間内に提訴がないときは、株主は代表訴訟を提起することができる（商法267条2項）。

つまり、株主は監査役により提訴するか否かの判断を待たねばならず、いきなり取締役に對し

て代表訴訟を提起することはできない。また、監査役は30日間という短期間内に判断しなければならず、この判断は相当困難なこともありうるであろう。しかし、取締役の責任が明らかであり重大なものであるときは、少なくとも、監査報告書には重大な法令違反があることを記載しなければ、明瞭な監査役の義務違反があることになる（注85）。ただ、株主の代表訴訟の提起が任意であるのに対し、監査役の提訴権限は職務上の義務とされ、提訴すべき場合にこれを怠れば任務懈怠となる。

また、監査役が取締役の責任を追及しなくてもよいと判断したが、株主が代表訴訟を提起して勝訴した場合でも監査役の責任を認めるべきなのは、取締役の忠実義務違反、重大な注意義務違反、刑法などの公序に反する行為が立証できると監査役が考えたにもかかわらず、あえて訴訟を提起しなかった場合などに限るべきであろう。そして、社会的評判を考えて訴えを提起しなかったとか、費用と比較して提訴しなかったということは、これら責任が認められた場合には抗弁としないと考えるべきである（注86）。

しかし、もともと提訴するか否かの決定は監査役の判断に委ねられており、株主からの提訴請求の時点で、監査役がその注意義務に基づく判断によって提訴不要あるいは不相当として提訴しなかったのであれば、その旨、主張・立証すればよく、結果的に株主が代表訴訟によって勝訴しても、監査役の義務違反が問われることはないと解すべきである（注87）。

さらに、株主代表訴訟において、会社が被告である取締役に補助参加することを認めるべきか否かの議論がある。この背景には、株主代表訴訟の濫用による弊害から取締役または会社の利益を擁護すべきであるとする事実があることを否定することはできない。しかし、代表訴訟とは、株主は自分のためではなく、会社のために会社に代わって訴訟を提起しているのであり、その権利の帰属者である会社が、被告取締役に補助参加するということは、自らその権利の帰属を否定することを意味し、明らかに論理の一環性を欠く行為といわざるをえない（注88）。いずれにしても、監査役はあくまでも取締役の業務執行行為を監査することにあるから、代表訴訟において、監査役が監査役として、被告取締役に補助参加することはできないものと解する（注89）。

## 9. むすび

度重なる監査制度に関する法改正の結果、制度それ自体をみる限り、比較法的にみれば優れているということができよう。しかし、相次ぐ会社不祥事に対して監査機構が無力であるのは、監査制度が実効性ある制度として機能していないからである。その制度の実効性を担保する仕組みが制度自体の中に組み込まれている必要がある。そこでまず、監査役の独立性を確保するための法律制度が必要になってくる。

監査役の独立性を確保するためにはいろいろな方策が考えられるが、株主総会において株主の提案する候補者を監査役に選任するためにも、累積投票の制度を監査役の選任に際し認めることは有効であると思う。また、的確な独立性を持った事前監査を行うため、社内情報は監査役を経由して稟議される仕組みを法定化する必要がある。さらに、横すべり監査役による監査には一長一短があるが、監査役会において横すべり監査役が占める人数の割合をあらかじめ法定しておいたり、任期や再任の制限を厳しく制限するなど横すべり監査役選任に際し一定の制限を設けるべきである。

また、監査役に未成年者や経営者の親族・配偶者等が就任する場合は、経営者の意に適うものが

選任されることにより、会社は経営者により実質的に支配され公正な監査を行うことはほとんど期待できない。それゆえ、未成年者を監査役の欠格事由とすること、監査役は取締役の親族、配偶者または取締役と生計を一にする者であってはならないとする法務省試案の立法化を支持したい。

さらに、法人が監査役となりうるかの問題であるが、法人の代表者が監査役としての責任と義務を負うものとするれば、法人組織に責任を転嫁することは認められないであろうし、複雑化する監査業務の効率化を図ることができ、法人による賠償負担の面からも利点があるであろう。

また、経済的自立性、取締役からの独立性、取締役の違法行為の未然防止の観点から、監査役のうちの一人には弁護士、公認会計士、税理士などの国家資格者を監査役にすることを法定化すべきではないかと考える。しかし、監査役の人材は不足しているので、監査士（仮称）なる国家資格制度を設け、資格試験合格者を監査役とすべきことも併せて考慮すべきではないかと思う。ただし、監査士会から派遣されるという形態をとり、会社からの監査役報酬については監査士会へ支払うことにより、会社からの独立性を確保し地位保全のために取締役の指揮・命令に服することのない制度を法定化する必要があると考える。

つぎに、監査役の任期についても監査役の独立性確保の意味から重要な事項である。そこで、監査役の任期を5年ないし6年とし、その代わり1期限りで終りとし、再任は認めないとする方法により身分を保障すれば、取締役の指揮・命令に服することもなく監査に専念することができる。さらに、このことをより実効性あるものとするためには、監査役退任後の取締役就任を規制すべきである。

また、監査役に適任の人材が見つければ早い機会に選任することが望ましい。そこで、監査の継続性を維持するためにも、各監査役の任期をばらつかせることで、各監査役の任期の満了を分けて選任し、3年に1度しか選任する機会がないより1年ごとに選任の機会があるほうが合理的である。

最後に、監査役の独立性を確保するための最重要課題である監査役人事の問題がある。監査役の人事は取締役会の議案に基づき株主総会が選任することになっているが、実質的には監査される者が監査する者を選任しているというのが実情である。そこで、監査役人事の株主総会への議案提案権を取締役会から外し監査役会に委ね、監査役の人事権については監査役会が、取締役の人事権については取締役会がそれぞれ持つべきである。どちらかが一方の人事権を掌握している場合、経営と監査の分離が不明確となり、実質的に取締役が自分自身を監査し、監査役が経営を行うという不合理が生じ、企業経営の健全性が損なわれるのではないかと思われる。

さらに、監査役会の構成員についても、大株主のみならず少数株主も含めて構成し、これに社内監査役や社外監査役および従業員といった利益代表を加えた構成員により監査役会を構成すれば、より幅広い立場から全体の現状を反映することができ、監査制度をより機能化することができるのではないかと思う。

また、監査役の監査権限の範囲については、法に明示規定がないためさまざまな学説に分かれている。監査役に妥当性監査の任務を課し責任を負わしめることは、監査役に対し困難を強いることになるが、取締役により、たとえ法令・定款の枠内の行為であっても、そして、その行為が、当面は会社にも利益をもたらすものであっても、不正な職務執行が行われてしまった場合、これを株主総会に報告しうる機関が会社には存在しないことになってしまうばかりでなく、それを放置することにより、将来、会社を受ける制裁が会社に不利益をもたらすことになる。それゆえ、監査役業務の業務監査については、取締役の業務執行の違法性監査に限定されるのではなく、その妥当性にも広く及ぶものと解すべきではないかと考える。

(注)

- (注1) 近藤光男「監査役の義務と責任」商事法務1383号(1995)6頁。  
(注2) 前嶋京子「監査役責任」企業監査とリスク管理の法構造(1994)223頁。  
(注3) 酒巻俊雄「株式会社制度の現状と課題、総論」商事法務1296号(1992)3頁。  
(注4) 高田正淳「監査役監査の意義と商法等改正への対応」企業会計VOL45 NO10(1993)56頁。  
(注5) 水口 宏『会社運営と株主の地位』(1994)144頁。  
(注6) 酒巻俊雄=藤原祥二『監査役監査・代表訴訟』(1994)30頁。  
(注7) 大隅健一郎=今井 宏『会社法論中巻』第3版(1992)293頁。  
(注8) 森淳二郎「監査役制度と会社支配理論」企業監査とリスク管理の法構造(1994)241頁。  
(注9) 荒谷裕子「監査役業務監査権限と代表訴訟」企業監査とリスク管理の法構造(1994)39頁、40頁。  
(注10) 倉沢康一郎「監査役制度の改正」企業会計VOL45NO6(1993)33頁、34頁。  
(注11) 吉森 賢「日本型会社統治制度への展望—日米比較による視点」組織科学27巻2号 28頁、29頁。  
(注12) 友杉芳正『内部監査の論理』(1992)15頁。  
(注13) Id.at778.Institute of Internal Auditors:IIA,Standards for the Professional Practice of Internal Auditing,1980.  
(注14) 酒巻=藤原、前掲(注6)、134頁。  
(注15) 竹内昭夫『会社法の理論Ⅱ』(1984)129頁、130頁。  
(注16) 久保利英明「株主総会の最新動向と取締役・監査役役割」コーポレートガバナンス(1996)90頁。  
(注17) 友杉芳正、前掲(注12)、198頁。  
(注18) 砂田太士「監査役資格」企業監査とリスク管理の法構造(1994)117頁、118頁。  
(注19) 菅原菊志『取締役・監査役論』(1992)247頁。  
(注20) 倉沢康一郎「監査機構」現代企業法講座(3)企業運営(1985)327頁。  
(注21) 稲葉威雄「監査役監査の現状と展望(上)」監査240号(1987)5頁。  
(注22) 居林次雄「監査役強化」経営法務200号(1992)23頁。  
(注23) 関 俊彦『会社法概論』(1994)312頁。  
(注24) 高田正淳、前掲(注4)、57頁。  
(注25) 森井英男「監査役選任・終任(その1)」監査305号(1992)39頁。  
(注26) 砂田太士、前掲(注18)、122頁。  
(注27) 加美和照『新版注釈会社法(6)』(1994)502頁。  
(注28) 大隅=今井、前掲(注7)、295頁。  
(注29) 菅原菊志『新訂二版 監査役ハンドブック』(1995)151頁。  
(注30) 石井照久『会社法上巻』(1967)303頁。  
(注31) 大隅=今井、前掲(注7)、294頁；加美和照、前掲(注27)、477頁。  
(注32) 菅原菊志、前掲(注29)、154頁。  
(注33) 石井照久、前掲(注30)、387頁；菅原菊志、前掲(注29)、153頁。  
(注34) 大隅=今井、前掲(注7)、294頁；加美和照、前掲(注27)、477頁。

- (注35) 大隅=今井、前掲(注7)、296頁。
- (注36) 最高裁昭和61年2月18日第3小法廷判決民集40巻1号32頁。
- (注37) 友杉芳正、前掲(注12)、202頁。
- (注38) 倉沢康一郎「弁護士である監査役の訴訟代理の可否」別冊ジュリスト(1992)141頁。
- (注39) 西山芳喜『監査役制度論』(1995)192頁、193頁。
- (注40) 砂田太士、前掲(注18)、117頁。
- (注41) 関 俊彦、前掲(注23)、33頁。
- (注42) 吉戒修一「平成5年商法改正の解説(3)」商事法務1327号(1993)13頁、14頁。
- (注43) 酒巻=藤原、前掲(注6)、35頁。
- (注44) 奥島考康「監査制度と会社立法の国際化」法時65巻7号(1993)60頁。
- (注45) 新谷 勝『株主代表訴訟と取締役の責任』(1994)215頁。
- (注46) 城戸善和「監査役人事」企業監査とリスク管理の法構造(1994)134頁。
- (注47) 酒巻=藤原、前掲(注6)、40頁。
- (注48) 倉沢康一郎、前掲(注20)、341頁。
- (注49) 倉沢康一郎、前掲(注20)、340頁。
- (注50) 神崎克郎『新版注釈会社法(6)』(1994)626頁。
- (注51) 吉戒修一=大谷晃大「社外監査役制度の趣旨およびその運用」商事法務1332号(1993)11頁。
- (注52) 吉戒=大谷、前掲(注51)、12頁。
- (注53) 砂田太士、前掲(注18)、120頁。
- (注54) 関 俊彦「社外監査役制度の模索(下)」商事法務1306号(1992)15頁。
- (注55) 森淳二朗、前掲(注8)、242頁。
- (注56) 酒巻俊雄「社外取締役と社外監査役の機能」ジュリスト1050号(1994)138頁。
- (注57) 菅原菊志『基本法コンメンタール(第5版)会社法2』(1994)46頁。
- (注58) 前田 庸「平成5年商法等の改正要綱について(上)」商事法務1315号(1993)45頁。
- (注59) 片木晴彦「監査役会と監査役の独任性」商事法務1336号(1993)18頁。
- (注60) 山下友信「監査役機能強化の方策」商法の争点I(1993)171頁。
- (注61) 今泉恵子「監査役制度の改正と常勤監査役」企業監査とリスク管理の法構造(1994)187頁、188頁。
- (注62) 前田 庸、前掲(注58)、47頁。
- (注63) 荒谷裕子、前掲(注9)、60頁。
- (注64) 平出慶道「企業形態論」岩波講座基本法学(7)企業(1983)70頁、71頁。
- (注65) 森 實「監査役監査の有効化の方策について」産業経理VOL50 NO4(1991)9頁。
- (注66) 矢沢 惇『企業会計法の理論』(1981)189頁。
- (注67) 大隅=今井、前掲(注7)、305頁。
- (注68) 鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(第3版)』314頁。
- (注69) 田中誠二『三全訂会社法詳論上』(1982)723頁。
- (注70) 水田耕一「監査役業務監査権限の範囲」商事法務668号(1974)7頁。
- (注71) 大住達雄「監査役の意味と限界」監査役6号(1969)4頁。
- (注72) 前嶋京子、前掲(注2)、218頁。

- (注73) 矢沢 惇、前掲(注66)、187頁。
- (注74) 森 實、前掲(注65)、10頁。
- (注75) 荒谷裕子、前掲(注9)、48頁。
- (注76) Knepper, Liability of Corporate Officers and Directors(3rd ed.)(1978) P.20 ; Henn=Alexander, Law of Corporations(3rd ed)(1983)p.661.
- (注77) 荒谷裕子、前掲(注9)、50頁。
- (注78) 竹内昭夫、前掲(注15)、119頁。
- (注79) 倉沢康一郎、前掲(注20)、337頁、338頁。
- (注80) 片木晴彦「監査役の適法性監査と妥当性監査」商法の争点I (1993) 167頁。
- (注81) 拙稿「公正な利益配当と資本の担保機能」企業法学4巻(1995) 136頁。
- (注82) 別府三郎「監査報告書の記載事項」企業監査とリスク管理の法構造(1994) 97頁。
- (注83) 関 俊彦「社外監査役制度の模索(上)」商事法務1304号(1992) 4頁。
- (注84) 今井 宏「株主代表訴訟と監査役」監査役320号(1993) 16頁。
- (注85) 山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事法務1336号(1993) 12頁。
- (注86) 近藤光男、前掲(注1)、8頁。
- (注87) 今井 宏、前掲(注84)、25頁、26頁。
- (注88) 荒谷裕子、前掲(注9)、56頁。
- (注89) 山下友信、前掲(注85)、15頁。