



## 日本取引所グループ金融商品取引法研究会

令和元年会社法改正（５）－社外取締役の活用等－

2020年12月25日（金）15:00～17:01

オンライン開催

### 出席者（五十音順）

飯田	秀総	東京大学大学院法学政治学研究科准教授
石田	眞得	関西学院大学法学部教授
伊藤	靖史	同志社大学法学部教授
梅本	剛正	甲南大学共通教育センター教授
片木	晴彦	広島大学大学院人間社会科学研究科実務法学専攻教授
加藤	貴仁	東京大学大学院法学政治学研究科教授
川口	恭弘	同志社大学法学部教授
北村	雅史	京都大学大学院法学研究科教授
久保	大作	大阪大学大学院高等司法研究科教授
黒沼	悦郎	早稲田大学大学院法務研究科教授
小出	篤	学習院大学法学部教授
齊藤	真紀	京都大学大学院法学研究科教授
白井	正和	京都大学大学院法学研究科教授
洲崎	博史	京都大学大学院法学研究科教授
高橋	陽一	京都大学大学院法学研究科准教授
船津	浩司	同志社大学法学部教授
前田	雅弘	京都大学大学院法学研究科教授
松井	秀征	立教大学法学部教授
松尾	健一	大阪大学大学院高等司法研究科教授
山下	徹哉	京都大学大学院法学研究科准教授

## 令和元年会社法改正（５）－社外取締役の活用等－

京都大学大学院法学研究科教授

齊 藤 真 紀

### 目 次

#### 社外取締役の活用に向けた規律の整備

##### 1. 社外取締役を置くことの義務付け

- (1) 規律の概要
- (2) 立案担当者による改正の趣旨に関する説明
- (3) 背景的な事情
- (4) 社外取締役を置かなかった場合の効果
- (5) 取締役選任決議の効力
- (6) 社外取締役欠如のまま有効な取締役会決議をなし得るか
- (7) 施行日と経過措置

##### 2. 業務執行の社外取締役への委託

- (1) 改正の概要
- (2) 背景
- (3) 社外性と業務執行概念の関係

(4) 「当該株式会社と取締役（執行役）との利益が相反する状況にあるとき、その他取締役が当該株式会社の業務を執行することにより株主の利益を損なうおそれがあるとき」

(5) 取締役会決議による委託

(6) 業務執行取締役・執行役の指揮命令の下で執行した場合

(7) 「その都度、」取締役の決定・取締役会決議により委託

(8) 指名委員会等設置会社

(9) 開示

##### 3. 要綱から除外された事項－監査役設置会社の取締役会による重要な業務執行の決定の委任 討論

○前田 定刻になりましたので、日本取引所グループ金融商品取引法研究会を始めさせていただきます。

本日は、「令和元年会社法改正」の第5回目、「社外取締役の活用等」につきまして、京都大学の齊藤真紀先生にご報告いただくことになっております。

それでは、齊藤先生、よろしくお願いいたします。

○齊藤 京都大学の齊藤でございます。本日は

どうぞよろしくお願いいたします。

本日の報告の順番ですが、要綱の順番とは異なりまして、社外取締役を置くことの義務付けの方を先に取り上げたいと思います。この方が、社外取締役に関連する規律周りの状況の説明がしやすく、その後の社外取締役の活動にも話をつなげやすいからです。

##### 1. 社外取締役を置くことの義務付け

###### (1) 関連する法務省令の改正

レジュメに掲げているとおり、改正前は、社外

取締役を置いていない場合の理由の開示が義務付けられていましたところ、改正後は、同じ範囲の会社に社外取締役1名の設置が義務付けられています。

まず、関連する法務省令の改正ですけれども、幾つか法制審議会の会社法制（企業統治等関係）部会（以下、「部会」）では取り上げられなかった事項も含まれています。

#### 〔社外役員等の定義〕

これは形式的な変更ですが、「社外役員」（会社法施行規則2条3項5号）及び「取締役候補者」（同7号）の定義が、説明義務の対象となる立場を念頭に置いた表現から、会社法327条の2によって設置が義務付けられる立場であることを示す内容に変更されています。

この場合、設置が義務付けられる社外取締役というのは1名なので、複数の社外取締役がいるときには、1人目が設置が義務付けられることになる社外取締役に該当し、2人目以降は、設置が義務付けられる社外取締役に該当しないけれども、ほかの要件に該当するので、実質的には同じ規制が及ぶという説明がなされています。ここにおいて、社外取締役が複数いる場合には1人目、2人目とカウントするという発想が用いられている点が、後の議論に若干関係し得ます。

#### 〔株主総会参考書類〕

次に、株主総会参考書類における社外取締役を置くことが相当でない理由に関する規定（会社則74条の2）が削除されました。

そして、「社外取締役に選任された場合に果たすことが期待される役割の概要」というものが追加されています（会社則74条4項3号、監査等委員である取締役の選任議案につき、同74条の3第4項3号）。

これは、法制審議会の部会においては議論が正面からなされなかった事項です。

改正の理由としまして、従来の記載事項では、

社外役員に期待される機能を果たし得るか否かを株主が評価するための情報が十分に与えられていないからという説明をされています。

当たり前のことですが、ここに網羅的に社外取締役の職責を記載する必要はなく、また、そこで記載された内容に社外取締役の職責が縮減されるわけではないことが法務省の説明で確認されています。

#### 〔公開会社の事業報告〕

公開会社の事業報告における社外取締役を置くことが相当でない理由の記載に関する規定（会社則124条2項・3項）が削除されました。

先ほどの期待される役割に対応しまして、公開会社の事業報告の記載事項に「当該社外役員〔たる社外取締役〕が果たすことが期待される役割に関して行った職務の概要」というものの報告が求められています（会社則124条4号ホ、119条2号）。これも、部会では正面から議論されなかった事項に該当します。

これにつきましては、公開会社においては、社外取締役に期待される役割が大きいので、事後検証を可能とする必要があるからと説明されています。

これらの改正について若干コメントめいたことを申し上げますと、立案担当者は、これらの記載が社外取締役にのみ求められるのは、上場会社等において社外取締役による監督が保証されているというメッセージを内外に発信するという今回の改正の趣旨に合致すると考えられたためであるとしています。

また、社外監査役に関する記述と不均衡ではないかという指摘に対しては、監査役は独任制の機関であり、取締役と違って監査役には業務の分担という概念がなじまないこと（会社390条2項。会社則74条2項4号と76条2項3号の違い―後者には「担当」への言及がない）が挙げられています。

実務においては、既に株主総会参考書類等やコ

コーポレート・ガバナンス報告書においてこれに類似する記載がされていることがありますので、実務において追加的な負担が生じるわけではなく、実務を法務省が後追いつる形で今回の改正をしたように見受けられます。しかし、実務における記載は、その記載の背景となる規律を見ましても、社外監査役と社外取締役を明示的に区別しているとは言えないことから、このように社外取締役のみになされる追加的な改正の趣旨というのが若干不明確であるように見受けられます。

## （２）親子会社関係にかかる法務省令の改正

今回の報告のテーマには直接関係するわけではないのですが、関連する法務省令の改正内容としまして、子会社の少数株主保護という観点から加えられた開示事項の改正があります。

株主総会参考書類における取締役、監査等委員である取締役、監査役の選任議案における親会社等や特定関係事業者との関係の記載が、これまでは過去５年までの情報を記載することになっていたものが過去１０年に拡張されています（会社則 74 条 3 項 3 号、4 項 7 号ロ・ハ、74 条の 3 第 3 項 3 号、4 項 7 号ロ・ハ、76 条 3 項 3 号、4 項 6 号ロ・ハ）。これは、親子上場等を念頭に、親会社等が存在する子会社の少数株主保護の観点から開示を充実させるためであるようです。

また、会社法施行規則 120 条 7 項におきまして、株式会社の現状に関する事項として重要な親会社及び子会社の状況の記載が求められているのですが、その具体的な例として、親会社との間に存在する財務・事業の方針に関する契約等の開示が追加されています。

これらの事項につきましても、部会の議論の対象になっていなかったという批判があるわけですが、立案担当者は、親会社との関係についての開示の充実の必要性は広く認識されていると回答しています。

コーポレート・ガバナンス報告書に関する記載要領が本年２月に一回改訂されていまして、そこ

におきまして、グループ経営に関する考え方や方針に関連した契約を締結している場合には、その内容を記載することを要求しています。この法務省令の改正は、このような動きを後追いつるものと位置付けることができるように思います。

## （３）社外取締役の義務づけにかかる立案担当者の説明

立案担当者は、社外取締役の位置付けにつき、少数株主を含む全ての株主に共通する株主の共同の利益を代弁する立場にある者として、業務執行者から独立した立場で、会社経営の監督を行い、また、経営者あるいは支配株主と少数株主との利益相反の監督を行う役割を果たすべきである（一問一答 156）として、監督機能と利益相反の監視という点を挙げています。

立法理由としては、３つ挙げています。

①機関投資家や金融商品取引所等から、上場会社に画一的に義務付けるべきであるという意見があったこと

②既に上場会社において（独立）社外取締役の選任が普及していること

③「我が国の資本市場が信頼される環境を整備し、上場会社等については、社外取締役による監督が保証されているというメッセージを内外に発信すべきである」という認識が共有されたこと

ガバナンスを実質的に向上させるというよりも、投資を呼び込むために国としての姿勢を示すという意味合いが強い改正であったように思われます。また、既に社外取締役の選任が進んでいることから、義務付けることによる実質的なマイナスの効果もあるという指摘もあるところですが、その種の影響もないわけではないけれども、少ないと判断したことがうかがわれます。

対象が上場会社等に限定された理由（一問一答 158）としましては、①不特定多数の株主が存在するため、社外取締役による監督の必要性が特に

高いこと、②社外取締役による人材確保に伴い生ずるコストを負担できるだけの規模があること、が挙げられています。

実際には、上場会社と定義されているわけではなく、有価証券報告書提出会社となっているわけですが、上場会社以外も適用対象になり得るわけですが、その点につきましては、神作先生は、このような会社においては、経営陣と支配株主との利益対立から一般株主を保護するためのものとして評価し得るのではないかと指摘されています（神作 44 頁）。

#### （４）背景的な事情

次に、このような今回の改正の背景にあります様々な事情について若干見ておきたいと思います。

#### ○官邸における成長戦略としてのコーポレート・ガバナンス政策の位置付け

第一に、コーポレート・ガバナンスに係る規律というのが、官邸主導によって成長戦略として近年重視されてきたことが挙げられると思われます。

関連する動きとしてよく言及されるのが 2013 年の「日本再興戦略－JAPAN is BACK」に係る閣議決定です。ここにおいて成長戦略としてコーポレート・ガバナンスの強化に言及されていまして、平成 26 年改正の会社法改正法案の国会提出が記載されています。

それ以来、この日本再興戦略は、名前を変えつつ、ほぼ毎年内容が更新されていますけれども、そこにおきましてコーポレート・ガバナンスに関する課題には必ず言及されていまして、経産省や金融庁はほぼこの内容に沿う形で政策を実行してきていることが見受けられます。

このような動きの中で、上場会社のコーポレート・ガバナンスに係る実質的な規範形成は、経産省や金融庁とそこの中に設置される有識者会議等に移ったと言えるのではないかと思います。その中で会社法そのものを改正する必要が出てきたときに、法務省を通じて会社法が改正されていく

というのが近年の動きの流れではないかと思われます。

今回のガバナンスに関する改正は、政府のいわゆる成長戦略の一環として、日本企業に稼ぐ力を発揮させるための政策と位置付けられます。政府にとって、企業法制の改正というのは、あまり国のお財布を痛めずに経済政策の企画・実践をやっているという姿勢を示せる安価な政策領域であるとも言えます。

しかしながら、これらの政府から出される発信において、社外取締役の役割としては、いわゆるアドバイス機能に着目されているように思われまして、前述の立案担当者による改正の説明とのずれが見受けられます。

#### ○コーポレートガバナンス・コードによる規律

ご承知のように、コーポレートガバナンス・コードの原則 4－8 で、独立社外取締役を少なくとも 2 名以上選任すべきであることが記載されています。

また、令和 2 年 12 月 18 日に公表されたスチュワードシップ・コード及びコーポレートガバナンス・コードのフォローアップ会議の意見書（「コロナ後の企業の変革に向けた取締役会の機能発揮及び企業の中核人材の多様性の確保」）におきまして、現在企画中の資本市場改革の一環として設置される「プライム市場（仮称）」の会社に、独立社外取締役 3 分の 1 以上の選任を求めるべきであるとされ、さらに、独立社外取締役の過半数の選任の推奨にも言及されています。

#### ○現在の選任状況

レジュメ（6 頁）に現在の選任状況についてのデータを若干挙げています。

このような動きに照らすと、この度の議論の本質は社外取締役の選任を義務付けるかどうかではなく、社外取締役に何を期待すべきなのかという社外取締役の活動の在り方にシフトしていたと言

えます。

また、全ての上場会社に関係するものではありませんが、ご承知のとおり、ここしばらく上場子会社のガバナンスの在り方についての議論がなされてきていまして、その中で、上場子会社のガバナンスにおいての担い手として、社外取締役に対する期待が高まっているということも、関連する動きとして挙げられます。

部会よりも後に生じた動きもこの報告の中には含まれていますが、部会の議論におきましては、今回の選任の義務付けの理由として、義務付けが実質的に望ましいということよりも、内外の投資家の要求であることを明らかにするように求める学者委員の意見が目立ったことが指摘されています。

一連の動きに照らしまして、今さら法によって上場会社にたった1人の社外取締役の選任を義務付けることにどれほどの意義があったかは疑問であるところです。しかしながら、今見てきたような背景的な事情がある中で、改正の論議は、建前上は社外取締役を義務付けるべきかどうかを白紙からもう一度議論するということであつたわけですが、このように政府が成長戦略としてガバナンスの強化というものを掲げ、社外取締役の機能にも期待を示している中で、「社外取締役の義務付けの可否を検討するも、不要」であるという結論が持ち得るメッセージ性を考えますと、そのような結論を出す余地があつたのかは疑問であるところです。

もし社外取締役の義務付けという結論が既定路線で覆せなかったのであればとしますと、改正の論議も、社外取締役を義務付けることを前提に、後ほど述べます解釈論も含めまして、どのような立法が望ましいのかという点に重点を置いて議論した方がよかったのではないかと思います。

従来、法制審の部会の議論というのは、部会が白紙から議論しまして、どちらの方向に進むかもその議論に委ねられているところが多かったと思いますが、政策立案の在り方がいろいろ変化し

てきておりますので、例えば今回の取締役の欠格事由の改正のように、欠格事由を改正するという結論が既に決められていて、その中でどのような規律が望ましいかということが主に議論されるという議論の仕方が、社外取締役についてもあり得たのではないかと思います。

#### (5) 社外取締役を置かなかった場合の効果

まず、976条19号の2に過料制裁に関する規定が設けられています。

それ以外に、立案担当者は次のように解説しています。まず、これは欠員に当たるので、欠員に関する規定の329条3項（補欠役員の選任）や346条1項（役員権利義務者）・2項（一時役員の選任申立）が適用される。また、株主総会への議案提出や一時役員の選任申立てをしないような場合には、取締役の任務懈怠となるとされています（一問一答160頁）。

#### (6) 取締役選任決議の効力

改正に関連して生じ得る解釈上の論点を2つほど検討させていただきたいと思います。

まず、社外取締役がいない会社の株主総会においては、社外取締役を選任する会社提案を出すべきであるところ、そのような提案が出されなかった場合の当該株主総会の他の取締役の選任議案の効力という問題があります。このような問題は、これまでも、例えば社外監査役の場面においても起こり得たわけですが、あまり議論されてこなかったところでございまして、実際に実務で起こることはまれであろうとは思われますが（山本＝野澤14頁）、存在し得るというわけです。

考えられ得る解釈として、既に紹介されているものも含めて3つほどあり得るのではないかと思います。

- ①社外取締役選任議案のうちの最後のもののみが瑕疵を帯びる。
- ②全ての取締役選任議案が瑕疵を帯びる。
- ③株主総会決議の瑕疵は問題とならない。

①は、社外取締役を1人選任しなければいけないところ、順番に採決をして、選任された者が全て社内取締役だったら、最後の者が社外取締役でなければ法の要請にはかなわないことになるから、最後の候補に関する議案が瑕疵を帯びると解されるという立場で、松中先生が紹介されています（松中43頁）。

②は、そうではなくて、全ての取締役の選任議案が瑕疵を帯びるという立場で、白井先生が唱えておられます（白井7頁）。

理論的には、③の他の取締役の選任決議の効力には影響を及ぼさないという立場もあり得るのではないかと思います。

会社法327条の2は会社に設置を義務付けていることになりますので、社外取締役が欠けた場合に、社外取締役を選任すべきことになる株主総会で、社外取締役選任議案を会社提案として提出されていなくても、取締役選任議案に何の法的な瑕疵もないとするのは、立法の趣旨に合致しないのではないかと思います。社外取締役の候補者を立てるという手続を伴わないまま社内取締役選任候補を提案したものとして、決議手続の法令違反ということになるのではないかと思います。白井先生は、招集手続の法令違反と位置付けられています。

複数の取締役の選任議案の間に論理的な前後関係はないので、解釈論としては②の立場にならざるを得ないようにも思われるのですけれども、冒頭にご紹介しましたように、社外取締役として選ばれた人が複数いる場合に、1人目、2人目というようなカウントの仕方をするという立場を法務省も示していますことから、株主総会で選任される者の間で1人目、2人目というようなカウントの仕方があるとすれば、①の立場の方が整合的であるのではないかと思います。どちらが望ましいのかは少し悩ましいところがあります。

（7）社外取締役不在のまま有効な取締役会決議

をし得るか

この問題につきましては、部会の第15回会議の議論において、いろんな意見が交わされ、議論が分かれたところです。遅滞なく選任すれば、それまでにされた決議は瑕疵を帯びない、有効な取締役会決議もし得るという立場もある一方で、社外取締役を欠いていれば、瑕疵を帯びた会議体となるというような立場も表明されたところです。

レジュメ（8頁）でご紹介している立案担当者や神田先生の解説は、遅滞なく選任手続を進め、合理的な期間内に社外取締役が選任された場合には、それまでにされた取締役会決議は無効とはならないという立場に立っているようです（一問一答160頁、神田（5）10頁）。

#### ○取締役会の決議の瑕疵に係る一般論

取締役会決議については無効に関する規定はないため（⇔株主総会の決議の取消・無効・不存在）、私法の一般原則に従うことになり、瑕疵があれば、原則として、遡って無効となります。ただし、招集手続、決議方法に法令定款違反がある取締役会決議は、原則として無効であるが、些細な瑕疵について全て無効となるわけではないと解されます（株主総会決議取消しの訴えにおける裁量棄却参照）。

これに関連する判例としまして、レジュメ（9頁）に2つ、招集通知漏れに係るものと特別利害関係人が参加した決議についてのものを挙げています。

招集通知漏れに関するものは、「その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めべき特段の事情があるとき」は有効になると解するのが相当という立場で、決議への影響という点に着目をし、また特段の事情というファクターを入れているところに特徴があります。

特別利害関係人が参加した決議につきましても、やはり決議への影響というところに着目しているわけですが、こちらはもっぱら票のカウントというところに着目してしまっていて、こちらはご承知の

とおり漁業協同組合に関するものですが、特別利害関係を有する者が加わってされたものであっても、その者を除外してもなお議決の成立に必要な多数が存在するときは、有効と解する立場を示しています。

若干関連し得る議論としましては、監査役会設置会社において社外監査役が欠如した場合の監査は有効なのかという議論があります。ここでご紹介しているいずれの見解も、それは瑕疵を帯びるという立場をとっているわけですが、社外監査役欠如による監査の瑕疵というのは、いわゆる承認特則規定の利用ができないという効果に結び付くことにとどまりますため、取締役会決議の瑕疵のような深刻な問題を生じさせないのではないかと。もちろん、承認特則規定を適用できないということも会社にとっては影響が大きいわけですが、事業運営そのものに関わるような取締役会決議の瑕疵という問題は生じないということになります。

この点に関する検討ですが、前述のいずれの判例法理も、社外取締役不在の取締役会決議にそのまま応用するのは難しいように思われます。なぜなら、誰が社外取締役として選任されるべきであるか不明である時点で「当該取締役が出席した」場合の影響や決議の行方を想定することは難しいからです。

このような問題に係る対応の仕方として、一案は、従来の判例法理に対する有力説として唱えられてきた決議の瑕疵の重大さというところに着目する立場を採ることです。瑕疵の重大さということで、その瑕疵が重大かどうかというのをどのように判断するのかという問題が次に出てくるわけですが、原則として、遅滞なく補充すればよい、すなわち、欠けてからの期間があまり経過していない間は瑕疵が軽微である、という形で救済をすることができるという考え方があり得るだろうと思われます。白井先生は、そうであったとしても、例えば利益相反関係の監視という場面においては、社外取締役が果たすべき役割は非常に

大きいので、一時的な欠員であっても、瑕疵は重大であるという評価をされています（白井5頁）。

この点につきましては、確かにそのように考える立場も傾聴に値すると思いますが、実際に会社法上義務付けられているのは1人の社外取締役として、デッドロックに陥った場合のキャスティングボードを握るというような場合はあり得るかもしれませんが、通常は、その1人が決議の行方を左右するというようなところまでの影響力は期待されていないわけです。1人社外取締役を置くことによる効果としましては、社外取締役の存在を通じて取締役会の監督機能（重要な業務執行の意思決定を含む）が一層発揮されるということです。

ですので、社外取締役が欠けた取締役会が会議体として瑕疵を帯びるということは否定し得ないけれども、利益相反関係が認められる事項も含めて、直ちに決議ができなくなるというわけではなく、仮に社外取締役がいたのであれば、①決議に際して重要な情報の提供が一層促され、審議が深まるということ、そして、②決議に際して、社外取締役は経営者を牽制するという立場から、賛否を問われればまずは否を投じるということを想定して、実際に議事が十分に尽くされ、追加に否の票が1つ増えたとしても、過半数の賛成があったと言える場合には、決議を無効とする必要はないように思われます。

社外取締役の不在が長期であるということは、実質的な審議がなされていないという評価に結び付けられることになります。以上のような検討ならば、瑕疵の重大さを基準としない、最高裁の昭和44年判決の枠組み、瑕疵の決議への影響という枠組みの中においても可能なのではないかと思います。

## （8）施行日と経過措置

説明は省略させていただきます。

## 2. 業務執行の社外取締役への委託

### （1）改正の概要



今回の改正で 348 条の 2 という条文が設けられて、その内容はレジュメ（11 頁）にお示ししているとおりです。対応する会社法施行規則も改正されて、その内容もそこにお示ししているとおりです。

## （2）背景

業務執行に該当する行為をした場合には、その者は、現在の社外取締役の定義に照らすと、その要件を満たさなくなり、社外取締役ではなくなってしまう。そうすると、責任限定契約に関する 427 条も適用されなくなります。

構造的な利益相反関係があるマネジメント・バイアウト等や親子会社間の取引におきまして、近年、社外取締役が業務執行者から独立した立場で、会社の利益にかなう条件であるか等について審査をしたり、意見を述べたり、相手方（マネジメント・バイアウトの買い手や親会社等）と交渉をしたりするという実務が普及してきています。これらの行為が業務執行に該当しますと、先ほどの問題が生じることになりまして、このような実務を萎縮させることがないように、立法によりセーフハーバーを設けることが必要となったというのが改正の経緯ということになります。

既にコーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会（座長：神田秀樹教授）におきまして、現行法における業務執行の解釈で、このような実務は業務執行には該当しないというような解釈指針も示されていたところですが（2015 年 7 月 24 日研究会報告書別紙 3「法的論点に関する解釈指針」5 頁以下）、今回の改正によりまして、立法で、その解釈に頼らず、社外取締役制度を安定して運用できることになったということになります。

関連する動きとしましては、「公正な M&A の在り方に関する指針」（2019 年 6 月 28 日）（「企業価値の向上及び公正な手続確保のための経営者による企業買収（MBO）に関する指針」の改訂版）におきまして、社外取締役にいわゆる特別委員会

の構成員になってもらうことが期待されています。従来は社外の有識者によって構成されることが多かったところもあるのですが、社外の有識者と会社との関係は不明確なところもあるので、社外取締役や社外監査役を補助する形で社外有識者が入るといったことが望ましいとされています。実際に、実務においても、社外取締役を中心に特別委員会が編成されるようになってきたという指摘もされています。

関連する従来の解釈論としましては、監査役の兼任禁止違反に関する解釈がありました。関連する裁判例を、2 つ挙げています。

1 つ目の、弁護士である監査役が会社の訴訟代理人になることは兼任禁止（使用人への該当性の有無）に反しないことを述べた最高裁の解釈（最判昭和 61・2・18 民集 40 巻 1 号 32 頁）は、確かに参考にはなるのですが、2 つ目のもの（最判平成元・9・19 判時 1354 号 149 頁。顧問弁護士が監査役に責任された事案。顧問弁護士の監査役への就任が兼任禁止に抵触するかどうかについては明言せず）のように、実際に兼任禁止に抵触することになったときに、監査役の兼任禁止の場合には、相容れない他の業務の方をやめるという形で解消する余地があるわけですが、社外取締役の前述のような活動につきましては、社外取締役であるがゆえにその活動をしてもらいたいわけですし、どちらかをやめるというような対応はできませんので、監査役の議論を応用するということにも限界があったところです。

## （3）社外性と業務執行概念の関係

我が国の社外取締役の定義というのは、平成 13 年 12 月改正で設けられたのですが、それ以来一貫して、会社の業務を執行していないという要素を要求してきました。

他方で、「業務執行」の本来の意味は非常に広範であるわけです。

「業務執行」は、営利法人において、その自然人が営利法人のためにする事実上の行為は一通り

含まれ得る概念でありまして、いわゆる対外的な営業、ビジネスに関わる行為に限られない内容であると思われます。現行法は、「業務執行の意思決定」と「業務を執行する」ということを分けていまして、決められたことを機械のように実行する場合も、「業務を執行する」ことに該当することになりそうであるけれども、何の裁量もなく、誰に頼んでも同じことがなされるような、決められたことを機械的に実行することだけというものにとどまるような行為については、その担い手と対象事項との利害関係も希薄であるので、実際に今回のような文脈で問題としなければいけない業務執行概念というのは、何らかの裁量を与えられた場面ということになると思います。

指名委員会等設置会社における取締役は、社外取締役であるか否かを問わず、業務執行をすることができないとされているわけですが、実際には、取締役会において業務執行の意思決定に加わり、委員会活動も行うことが予定されています。なので、伝統的な業務執行概念ですと、特に委員会活動などは業務執行に該当すると言ってもいいようなものですが、これによって生じる解釈上の問題は、会社法 415 条の「別段の定めがある場合を除き」というので一応解消できるわけです。しかし、社外取締役の定義における業務執行概念までは法的な手当てがされていません。

社外取締役制度の趣旨に照らして、一般的な業務執行概念の解釈ではなく、定義規定における「業務執行」の意義を制限的に解釈する余地があります。例えば、指名委員会等設置会社においては、社外取締役が取締役会への出席を通じて業務執行の意思決定に参加し、委員会活動をするのを会社法が想定している以上、このような活動を通じて社外性が失われるとは、そもそも会社法が解していないと理解する余地があります。

しかしながら、MBO 等における社外取締役の活動は、会社法上において社外取締役が関与するものとして法定されているわけでもなく、また、その態様も様々であるため、このような解釈で対応

することにも限界があります。ですので、今回のような立法に意義が認められるわけです。

#### ○実際に社外取締役が行う活動

経営へのアドバイザー・株主との仲介役としての活動、役職員等への社内レクチャーや、M&A 等の商取引の相手方の発見・紹介、株主や投資家との対話などが挙げられています（「社外取締役の在り方に関する実務指針」）。

また、特に、近年の社外取締役の在り方に関する議論の中で、「解任の主導権をとる」ことへの期待が表明されることが多いように見受けられます。

（４）「当該株式会社と取締役（執行役）との利益が相反する状況にあるとき、その他取締役が当該株式会社の業務を執行することにより株主の利益を損なうおそれがあるとき」

348 条の 2 が適用される場面というのは、法文では、「当該株式会社と取締役（執行役）との利益が相反する状況にあるとき、その他取締役が当該株式会社の業務を執行することにより株主の利益を損なうおそれがあるとき」とされておりまして、大きく 2 つに分けられます。前半の会社と取締役等との利益が相反する状況にあるときというのは例示、その実質的な内容は、後半の「その他取締役が株式会社の業務を執行することにより株主の利益を損なうおそれがあるとき」ということになります。

①会社と取締役・執行役との利益が相反する関係にある場合（例示）

②その他取締役・執行役が株式会社の業務を執行することにより株主の利益を損なうおそれがある場合

どのような場合がそこに該当し得るかということを整理しますと、①の場合は、伝統的な利益相反取引というのがこれに該当してくると思われます。その他考えられる場合として、白井先生は、

会社不祥事に関する調査というものを指摘されています（白井9頁）。

また、ほかに該当するものがありうるかどうかということを考えてみますと、今議論する意義があるかは分からないのですけれども、例えば、将来 AI が活用されるようになり、一定の業務執行を AI が担うようなことになった場合には、AI はブラックボックスの中のアлゴリズムで動くわけですが、そのコードが取締役の報酬に用いられている KPI に有利に判断するように、誘導するように書かれているようなこともあり得るので、その利益相反性の監視というのが今後の課題になってきます。

そのような利益相反性の監視というのは、社外取締役自身がアルゴリズムを構成するコードをそのまま読めない場合には、その知識のあるような人たちの助力を得て、そのような仕組みを監視していくということが必要となってくるわけですし、そのような活動が挙げられるかと思います。

②の場合は、後半の部分ですが、議論の当初は「株主共同の利益を損なうおそれがある」という表現が用いられていたのですが、「株主の利益を損なうおそれがある」というふうに修正されています。共同の利益という表現ですと、株主間で富の移転が起こるような場合を捕捉し切れないからです。

また、「取締役・執行役が会社の業務を執行することにより」と、まさに取締役が担うことにより株主の利益を損なうおそれがあるという文言が用いられていることから、取締役等が業務につき利益相反関係があるということをここに含意していると見るべきではないかと思われます。実際、348 条の 2 が利益相反性のある場面を想定しているとする見解を示される先生方は多いようです（神作 46 頁、松中 44 頁、白井 7 頁）。

①の取締役と会社との間に利益相反関係があるという以外に、会社との間に利益相反関係はないが、取締役が利益相反状態に置かれるケースがあ

り、その典型は支配株主が存在する場合です。具体的な場面として、取締役が親子会社間の取引やキャッシュアウトに関与するような場面が挙げられます。また、MBO や買収防衛策の発動というような場面が②に入ってくるのではないかと思います（神田(5) 7 頁参照）。

#### （5）取締役会決議による委託

新たに設けられた会社法 348 条の 2 は、これらの行為を行っても社外性が失われまいと規定したのではなく、取締役会決議を要するという形で規定しました。その実質的な意義というのは、後ほど見ますように、その都度委託が必要とすることにより、社外取締役が誰からも監督を受けないで継続的に活動する事態を回避するためであると言えます。

社外取締役が行う特定の行為を列挙して、それは社外性を害しないというような形で規定した場合と比較して、取締役会決議を要することとした利点としては、社外取締役の方もどのような決議に基づいて自分が活動しているかは分かりますので、適法な範囲内の活動であったかの判断が司法に丸投げされるのではなくて、事前にセーフハーバーのメリットを享受し得る領域というのを当事者間で可視化できるということが挙げられるように思います。

もっとも、このような規定ぶりをしたことで、社外取締役が何らかの行為をするときには取締役会による授權が必要であるというような解釈を生む余地が生じました。また他方で、348 条の 2 が適用される行為が「業務執行」とであるとしますと、監査役が担うことが難しいのではないかという疑義も生じ得ることになってしまいました。もちろん、監査役が「業務執行」をしてはいけないという規定があるわけではないのですけれども、現行の監査役の兼任禁止の規定の解釈から、監査役は業務執行ができないと解されます（松中 46 頁参照）。

このような規律の在り方に関する検討ですが、

先ほど少し触れましたように、本条が想定している適用範囲は、利益相反関係の監視が取締役会の職責に含まれることを前提として、対象事項について取締役会構成員が利益相反関係に立つために、取締役会自体がその条件等の審査を行うことはふさわしくないとして、社外取締役に特定の職務を委託するという関係が認められる場面であると解されます。したがって、このような利益相反性が認められない場面というのは、そもそも 348 条の 2 の適用場面には入らないと考えるべきではないかと思われます。

利益相反性がない場面においても、業務執行の意思決定の裁量を委ねられるのでない限り、「業務執行」には該当しないものとして、これからも取締役会決議は不要な活動であると解するべきであると思われます。このような活動の一例としては、弁護士資格を持っている社外取締役が、会社と第三者との訴訟事件において代理人となるような場面が挙げられます。

現行法は、あらゆる業務執行上の意思決定権限は取締役会に帰属するために、業務執行について何らかの裁量が委ねられる場合には、取締役会決議による委任が必要であるということになります。業務執行を前述のように広く解しますと、以下のような不都合も生じ得ることになるのではないかと思います。

1 つ目の不都合として、社外取締役には、解任に向けて主導権をとるようなことが期待されているわけですが、そのような場面におきましては、解任に至る前に、当然に個々の業務執行の決定や業務執行者の行為の是非を議論するような場面、そしてそれについての意見の対立等がありまして、それらを巡って、取締役会での議論だけではなくて、インフォーマルな情報交換や意見交換があるように思われます。

個々の行為を阻止するような行為は差止めに当たりそうですけれども、一般の取締役にはそのような差止めも認められていません。社外性を否定されないために、業務執行に係る行為を行う場合

には取締役会の授権が必要であるということになるとしますと、業務執行に対して批判的な意思表示をするのは難しくなり、少数の社外取締役が行う解任に向けた多数工作も、取締役会決議がなければ、社外性を否定されるおそれがあるということになってしまいます。

また、経営についてのアドバイス機能や橋渡し役などを果たしているような場合には、そもそも取締役会に期待されてそういうことをしているわけなので、取締役会の決議によるコントロールを求めることもあまり意味がない、または求めたとしても形式的なものにすぎなくなると思われます。ただ、一方で、これらの活動が継続的になりますと、それは業務執行を直接している、直接介入していると評価できるような事態にもなるわけです。そうしますと、解釈論としては、結局のところ、このような活動は 348 条の 2 の適用範囲には含まれないけれども、業務執行該当性が一切否定されるわけでもなく、引き続きケース・バイ・ケースで考えなければいけないということになるのではないかと思われます。

このような法律問題が生じるのは、「業務を執行していない」という地位に多くの法的効果を結び付けた結果です。社外取締役の本来の意義は、業務執行に関与していないという点よりも、経営上の意思決定権を握っている経営者及び問題となっている個々の対象事項との間で利害関係がないという点に求められるのでありまして、抽象的に業務執行に関与していないということを社外取締役の要件とするのは過剰規制になっているのではないかと思われます。

#### （６）業務執行取締役・執行役の指揮命令の下で執行した場合

改正法におきましては、業務執行取締役・執行役の指揮命令の下で執行した場合は 348 条の 2 の適用がされない場面とされています。このような場面で社外取締役が監督機能を果たすことは困難であるから、セーフハーバーの対象外とされてい

るわけです。

(7) 「その都度、」取締役の決定・取締役会決議により委託

既に述べましたように、野放図に継続的に社外取締役が誰の監督も受けずに業務を担うという事態を回避するためです。

取締役会によって、仮にこの委託が撤回されたとしても、セーフハーバーのメリットが受けられなくなるだけでありまして、改正前から業務執行に該当しなかった行為については、引き続き社外取締役として遂行可能であるということになります。

(8) 指名委員会等設置会社

指名委員会等設置会社につきましては、規律の構造が若干異なるために、別立てで規律がされていますけれども、実質的な点に違いがあるわけではありません。

(9) 開示

説明は省略させていただきます。

3. 要綱から除外された事項－監査役設置会社の取締役会による重要な業務執行の決定の委任

(1) 中間試案の内容

【A案】会社法第三六二条第四項の規定にかかわらず、監査役設置会社の取締役会は、取締役の過半数が社外取締役であることその他一定の要件を満たす場合には、その決議によって、重要な業務執行（指名委員会等設置会社において、執行役に決定の委任をすることができないものとされている事項を除く。）の決定を取締役に委任することができるものとする。

（注）「その他一定の要件」は、例えば、以下の要件のいずれにも該当することとするものとする。①会計監査人設置会社であること。②取締役会が経営の基本方針について決定していること。③取締役会が会社法第三六二条第四項第六号に規

定する体制の整備について決定していること。④取締役の任期が選任後一年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時のままであること。

【B案】現行法の規律を見直さないものとする。

(2) 改正議論の契機

このような提案がなされる契機となったのは、362条4項が、社内の事情に精通していない社外取締役が取締役会に入ってくることが前提となった場合に、機動的な業務執行の決定を阻害するのではないかということがあります。

また、平成6年の最高裁判決（最判平成6年1月20日民集48巻1号1頁）が、重要性の審査基準として比較的定量的な要素に重点を置いた規律を示しており、このような規律に照らす限り、会社の柔軟な対応の余地がないのではないかという問題があります。

(3) 改正が見送られた理由

改正が見送られた理由として、大きく3つ挙げられています。

- ①監査等委員会設置会社・指名委員会等設置会社への移行、任意の委員会の設置等で対応可能。
- ②取締役会等の開催頻度が低くなり、取締役会による監督・監査役による監査の機能が低下する。
- ③機関構成の選択肢が複雑化して分かりにくくなる。

現行法に関する分析としまして、飯田先生のご論考の要旨を一部挙げさせていただいております（飯田19頁）。

飯田先生は、現行の会社法がこのように強行法的に取締役会の決議事項等を定めているのは、株主の集合行為問題の存在を前提に、会社法が株主に代わって定款の内容を定めているという側面があるとされておられます。

そして、現在のように3つの形態のみを認める現行法が提示するメニューが分かりやすい場合のメリットとしましては、ネットワーク効果や法解釈の蓄積による予見可能性の確保、あるいは情報収集コストの低減があるとされます。しかしながら、実際の取締役会の運用や任意委員会の設置の実務から、現実には、機関構造によって会社の実態が区別されるには至っていないというのが現状である。したがって、3つ目の理由として挙げられた分かりやすさというのは、実際のそのような意味での分かりやすさではなくて、国民・利用者にとっての分かりやすさということになろうという指摘をされています。

#### (4) 実務における附議規律の見直しの動き

実務におきましては、附議基準の見直しの動きがあります。

ここで興味深いと思われましたのは江川雅子教授の分析で、取締役会の附議事項が多くなり過ぎる要因は、専決事項が法定されていることや重要な業務執行につき保守的な解釈によらざるを得ないことではなくて、任意の報告・決議事項が多いためではないかということデータを基づいて述べておられます(江川 32、37 頁)。

#### (5) 今後の方向性

部会第 12 回会議の藤田委員の発言をレジュメ(19 頁)に引用させていただいていますが、この10 年間ほどで日本の企業の取締役会の構成は劇的に変わってきているから、今回このような形で微調整をするのではなくて、大きな見直しをすればよいのではないかということを示唆されています。

最後に、検討でございますが、社外取締役の義務付けがされたときに、本来であれば、今回のように社外取締役の義務付けがされたという結論を前提にしますと、実際に社外取締役が義務付けがされた場合に、では、そのような会社の取締役会はどのようにあるべきかという形でもっと議論をするべきであったと思われますところ、今回の改

正の議論の展開では、中間試案の段階では、社外取締役の設置の義務付けがなされる方向であるのかどうかというところについてかなり不透明なところがあったように思われます。ですので、社外取締役の設置が義務付けられた場合に現行の規律でよいかという問いかけがパブリックコメントで十分になされたかという点は、否であると思います。

そして、実際に現行法は分かりやすいかといえ、どのルールがどのような場合に適用されるかという意味では分かりやすいわけですが、実際には、なぜそのようになっているかという説明は非常に難しく、経路依存性を抜きに語ることにはできません。特に外国人にこの制度を説明するときには非常に苦労するところです。

上場会社につきましては、昭和 56 年商法改正で 362 条 4 項が設けられたわけですが、同改正というのは、株主総会や取締役会の形骸化が問題とされていた改正でして、今日はそのような時代とも随分様相を異にしています。ですので、立法論といたしましては、現行法をどのように修正するかというのではなく、昭和 56 年改正の前に戻って、現在の状況ならどのような規律を置くべきかという形で議論するべきではないかと思われます。

平成 26 年改正で 327 条の 2 が設けられたときに、株式を上場している会社とそうでない会社という区別が設けられたわけでした、上場会社においては、ガバナンスのメカニズムがそうでない会社と随分異なるところです。ですので、今後は、上場会社に関する規律とそうでない会社の規律という形で議論が進んでいくのではないかと思います。

そして、上場会社におきましては、既に資本市場の監視があり、コーポレートガバナンス・コード等による規律も存在しますので、経営機構の形態を問わず、取締役会の権限に関する規律の規定は、現行の 416 条をモデルに作るということで足りるのではないかと思います。

そうでない会社の所有構造というのは多様です

けれども、取締役会を設置している会社、特に公開会社においては、取締役会の議事を通じた事業の運営の透明性の確保は引き続き重要な意義を有するので、会社法で强行法規として 362 条 4 項を設けることの意義は認められるかもしれないと思われる。

報告時間を若干超過して申し訳ありませんでした。雑駁な議論ではございますけれども、よろしくご指導のほどをお願いいたします。

(●参考文献：レジュメ 20、21 頁に記載)

~~~~~

#### 【討 論】

○前田 齊藤先生、どうもありがとうございます。

それでは、ただいまのご報告につきましてご質問、ご意見をよろしくお願いいたします。

まず、社外取締役を置くことの義務付けのところからご質問、ご意見をいただけますでしょうか。

【社外取締役選任議案を欠く取締役選任決議の効力と社外取締役を欠く取締役会決議の効力】

○伊藤 レジュメの 8 頁以下のところの解釈論ですが、(5) 取締役責任決議の効力の話と (6) 社外取締役欠如のまま有効な取締役会決議をなし得るかという話で、2 つありまして、関係しているので、一気に言わせていただければと思います。

まず、(5) での齊藤先生のご見解、それからそれ以前の先行研究は、いずれも、社外取締役がいない会社が会社提案に社外取締役の候補者を示さなかった場合に、社外でない取締役の方の選任議案について成立した決議が一定の範囲で瑕疵を帯びるとしているのですね。ただ、私は、直ちにそういうふうに解することができるのか、疑問を持っています。

例えば齊藤説では、取締役選任議案に何の法的な瑕疵もないとするのは、立法の趣旨に合致しな

いとされているわけです。ただ、立法の趣旨がどこにあるのかということ自体が議論の対象ですから、これだけでは論拠が述べられていないです。

あるいは、ほかをちょっと見てみたところ、白井先生のご論考では、幾つか場合分けをして詳細に検討されていまして、ここで問題になっているような場合については、新しい 327 条の 2 が社外取締役の選任議案を提出する義務を会社に負わせるものであると。したがって、その義務の違反がその株主総会における取締役選任決議に招集手続の法令違反を帯びさせるというふうに説明されています。

それについては、新しい 327 条の 2 が社外取締役選任議案を提出する義務を会社に負わせると捉えることには賛成できるのですが、問題は、そのような義務の違反によって、社外でない取締役の選任議案について成立した決議も瑕疵を帯びることになると考えられるかということにあると思うのですね。しかし、そういうふうに考えることは、直ちにはできなさそうにも思えます。例えば、会社が定款で取締役の員数の上限を定めていて、そのぎりぎりまで全部社外でない取締役の候補を出してきた場合はともかく、そうでない場合に、社外でない取締役の方の選任決議に直ちに瑕疵が生じるかということは、ちょっと分からないと思います。

それからもう一つ、(6) の問題についてですが、けれども、こちらは齊藤先生のご見解だと、議事が十分に尽くされて、追加に否の票が 1 個増えても過半数の賛成があったと言える場合には、決議を無効にする必要はないとされていて、恐らくこういう基準によると、実際には取締役会決議が無効になることはあまりないと考えられます。したがって、これは、比較的緩やかな見解だろうと思います。

これに対して、白井説ですと、選任時期だけでなく、決議の内容にも注目して、社外取締役なしで行われた取締役会決議に重大な瑕疵があったと言えれば、決議は無効になるとしていますから、

恐らく齊藤先生よりは厳しい見解だと評価できるのではないかと思います。

この（６）の問題が、（５）の問題とも関係しているように思えます。つまり、齊藤先生のように、（５）については比較的厳格な見解をとりながら、（６）については緩やかな見解をとるというバランスのとり方もあるかと思うのですが、逆に、（５）については社外でない取締役の選任決議の瑕疵には基本的にはつながらないと考えながら、（６）の方で厳しい見解をとるというバランスのとり方もあるのではないかと思います。

○齊藤 これらの点につきましては、私も、解釈の可能性として提示したところにとどまりまして、（５）については、おっしゃるとおり、素直に考えれば③もありうるように思われますが、他の株主総会決議の法的効力について、例えば株主提案などに関連するところでも、当該議案にかかる直接の瑕疵でなくても、周辺の事情により瑕疵を帯びるという議論もないわけではないところなので、可能性として関連する議案の瑕疵——この場合は、「議案がない」わけですが——が影響してくるという解釈の余地もないわけではないと思います。

（５）と（６）は、伊藤先生もご指摘のとおり、結局、社外取締役を選任させるとように会社を動機付けるためにどのような解釈をしていくがよい、という点が実際には大事で、効力を否定するというよりも、選任してもらうことの方が大事だと思いますので、社外取締役が不在のままいろい理由を付けながらほったらかしにしておくという事態にならないのであれば、先生のおっしゃるようなバランスのとり方でもいいのではないかと思います。私も今のところ、定見と言えるようなところはまだないところでして、先生のお考えも十分に成り立ちうるのではないかと思います。

ただ、白井先生や松中先生のご見解も、それが完全に否定されるというようなものでもないので、結局、目指すべきところから遡って考えていくということにならざるを得ないかなと思われま

○伊藤 ありがとうございます。私が素朴に思いましたのが、（６）の方で、社外取締役なしで特に利益相反関係についての何らかの取締役会決議をやっても、それが事後的に無効になるということが分かっているのであれば、社外取締役なしにしておくという行動を会社はとりにくくなるのかなとも思いましたので、２つ目に言ったようなことを申し上げたわけです。

○久保 私も今伊藤先生がご議論された（５）の取締役選任決議の効力のところがちょっと気になりまして、多少意見も混じるところがあるのですけれども、質問させていただきたいと思います。

齊藤先生もそうですし、松中先生、白井先生のご論考もそうなのですが、これを取消事由と捉えていらっしゃるのですが、実は内容の法令違反で無効なのではないかという気もしなくもないですね。

これって、社外取締役を選任する議案を出さなかったという問題をどういうふうに捉えるのかによって、多分見方が変わってくると思うのです。本来だったら提出されるべき議案を提出しなかったという問題だと捉えると、例えば株主提案権で株主提案がされていたときに、本当はそれを上程しなければいけなかったのだけれども、それが上程されていませんでしたという問題に似てくるということになるわけですね。そうすると、そのことがほかの議案に影響を及ぼすのですかというときに、基本的には影響は及ぼしませんということになる。ただし、密接に関連性があるときには、ほかの決議は取消しの瑕疵を帯びることがあるのですという議論につながってくるのだらうというふうに思います。

もう一つの捉え方としては、提出された議案が本来備えるべき性状を備えていなかったという問題。例えば、会計監査人の選任議案を出したけれども、実はその人が公認会計士でも監査法人でもなかったというような場合だと、これは内容の法令違反ということになるので、無効ということになると思います。なので、提出された議案は、



社外性を備えていない候補者を出したということ  
が内容の法令違反になって、無効だというふうに  
捉えられることになるのだと思うのです。

で、この問題のときに、一体どっちの見方とし  
て捉えるべきなのかというのが、私もちょっと今  
決断しかねているところでして、影響の大きさか  
ら考えると、前者の出すべき議案を出していなか  
ったというふうに捉えて、ただし密接関連性がある  
から、ほかの議案が全て取消事由を帯びますとい  
う、そういう方向に行くのが落ち着いた議論にな  
るのかなと思うのですが、このあたりの齊藤先  
生のご感触はいかがでしょう。

○齊藤 この場合、内容の法令違反というの  
もありまして、内容の法令違反という立場をとり  
ますと、今回の報告で省略させていただきましたレ  
ジュメ 8 頁の中ほどの社外性を欠いていたよう  
な場合も、内容の法令違反ということになってき  
得るのではないかと思います。

ただ、取締役の選任議案というのは、「社外取  
締役の選任」という議題でしたら、このような場  
合に内容の法令違反になりうると思うのですが、  
議題は取締役の選任にすぎない、内容の法令違反  
と考える一つの理由です。もう一つの理由は、  
内容の法令違反と考えると、複数の取締役が選ば  
れているときに、全員につき内容の法令違反にな  
ってしまうのか、という問題があります。しかし、  
全員社外取締役であることまで求められていない  
ので、そうすると、例えば松中先生の立場のよう  
に、最後の人が社外取締役であるべきなのに社外  
取締役でなかったと考えざるを得ないかもしれ  
ない、そのような問題が出てくるということもあり  
まして、だから、内容の法令違反というような解  
釈は、可能性としてはないわけではないけれども、  
ハードルが一層高いのではないかというふうに思  
った次第です。

○久保 ありがとうございます。

立案担当者の説明の中では、もし社外取締役が  
欠けると欠員になる、それゆえ例えば 346 条 1 項  
が適用される、とされています。とすると、取締

役の中の一人ではなくて、それは社外取締役とし  
ての枠なのだという捉え方をすると、むしろ社外  
取締役というものをきちんと選任せよという、い  
わば一つの取締役とはまた別個の枠のようなもの  
として捉えられているというふうにもなるのかな  
とも思えます。なので、そちらの線から考えると、  
内容の法令違反という、そういうベクトルが発生  
するのではないかという気はするのですね。

ただ、私も今齊藤先生がおっしゃったように、  
じゃあ、誰がというときに、松中先生のように最  
後の 1 人が内容の法令違反ですということにな  
ったら、たまたま審議の順番でその人が最後にな  
ったというだけでその人が無効ですというふうにな  
るのは、何かルーレットで当たった人が死にます  
というのと同じような話になって、あんまり妥当  
ではないと思います。齊藤先生がおっしゃったよ  
うに、あるいはほかの先生方がご議論されている  
ように、取消事由、株主提案権の方になぞらえて  
関連するものと捉える方が真っ当なのかなとい  
う気がしています。今は単なる感想ですので、  
お答えいただく必要はないかと思います。

○齊藤 ありがとうございます。

○久保 ありがとうございました。

○北村 私も伊藤先生が問題とされた部分につ  
いて、少し意見を述べさせていただきたいと思  
います。レジュメ 8 頁以下の (5) (6) の問題  
です。

(5) で伊藤先生は③のような考えも成り立ち  
得るのではないかとおっしゃったと思いますが、  
改正前の 327 条の 2 との関係で、取締役選任が株  
主総会の議題になっているのに同条の説明を欠い  
た場合は、取締役選任の決議については取消事由  
があると考えられていたのではないかと思います。  
だから、今回の改正でより厳しい規制になった  
ときに、取消事由がないというのは少しバラン  
スが悪いかなと思いました。

そうすると、①か②になるのですけれども、改  
正前の 327 条の 2 のもとで、社内の候補者しか取  
締役に選ばず、かつ説明もなければ、全ての候補

者の選任について決議の瑕疵があったと解釈されていたと思いますので、②がそれと整合すると考えます。

(6)の問題について、レジュメの10頁で書かれているところですが、齊藤先生は比較的緩やかな、できるだけ有効に決議ができるようにという立場をとっておられると思います。私はもっと緩やかな立場で、そもそも社外取締役を欠く場合でも取締役会決議の瑕疵にはならないと解釈することができるのではないかと考えています。

つまり、社外取締役を置かなければいけないという327条の2の規定は、取締役会の構成を定めているのではなくて、こういう会社では社外取締役を置かなければいけない、つまり選任する議案を会社として株主総会に提出しなければならないということを定めているわけです。

したがって、それに違反すると、まず取締役の過料があり、取締役の任務懈怠責任が発生し、先ほど言いましたように、私の立場では、取締役を選任する株主総会決議に瑕疵が生じるという問題があり、しかもそういう会社はコーポレート・ガバナンスの観点から適切ではないという市場の評価はされますけれども、社外取締役を欠くことが取締役会決議そのものに影響するというのは少し行き過ぎではないかと思っています。特に立案担当者がいうように、遅滞なく社外取締役の選任を行えば社外取締役を欠く間に行われた取締役会決議は有効だとする立場には疑問がありますので、むしろ緩やかに、効力には影響しないと解釈してはどうかと思いました。

もし何かコメントをいただけるのであれば幸いです。よろしくお願いします。

○齊藤 (5)につきましては、北村先生の立場は、私が採用しようとしている立場と同じかな、と拝聴して思いました。もし誤解があったら申し訳ないのですが、そのようなものとして伺いました。

(6)の点につきましては、今回はあまり明示的には述べなかったのですが、私個人は、

このように会社法で社外取締役の設置を義務付け、特に上場会社に義務付けて、それを何らかの法的効果に結び付けるという政策自体にもともと反対の立場ですので、そのようなこともあり、比較的緩やかな立場をとりました。

従来の議論や既に表明されているいろいろなご見解に照らして、北村先生が表明されたような見解まで採用する勇氣は私にはなかったということで、そのような立場もあり得るようでしたら歓迎いたしますし、政策論的には、そのような結論の方が望ましいのではないかと思います。解釈論としてそれを取り得るかは、もう少し検討してみたいと思います。

○北村 ありがとうございます。

#### 【株主総会の開催時期と社外取締役設置義務】

○加藤 レジュメ8頁の(5)のところで、取締役選任決議の効力を論じる際の前提として、なぜ社外取締役を含まない会社提案が出てしまうのかということを考える必要があると考えます。例えば社外取締役の候補者がどうしてもいなかったという場合に会社はどうすればいいのか。会社が社外取締役候補者を含まない提案をすることは結局、定時株主総会の開催時期の話と関係があり、どうしても例えば6月に株主総会を開催しなければいけないということが前提とされているように思います。

定時株主総会の開催時期の関係では、定款に定時株主総会の基準日は3月末であるとの定めがあったとしても、必ず6月までに定時株主総会を開催しなければいけないというわけではないと思います。そうすると、取締役選任決議の効力を考える場合にも、なぜ社外取締役候補者を選べなかったのか、なぜ提案できなかったのかという理由を考える余地はないのかという気がするのですね。

どうしても社外取締役の候補者がいないというときに、会社はどのように行動すべきかが最初に検討されるべきかだと思います。この点に関して、齊藤先生のお考えを伺えればと思います。

○齊藤 法改正の趣旨としては、社外取締役としてふさわしい人を会社が一生懸命探して選んでくれるという方向に動機づけるのが望ましいところ、あまりに厳しい規制にできてしまって、会社によっては、例えば一時的に非常に評判が悪化してしまったような会社などで、本当にふさわしい社外取締役に一生懸命探しているけれども見つからないという事態もあり得ると思われまして、そのような会社に猶予を与えるという方法が求められるところはあると思うのです。一時社外取締役の選任でその場をしのぐということもできるかもしれませんが。

です。加藤先生の問題意識に対して、直接のお答えになっていないかもしれませんが、あまり形式的に、また厳格に早く社外取締役を選任せよという方向だけを目指しますと、結局、本来社外取締役にはふさわしくないけれども、形式的には社外性を満たすような人を登用してお茶を濁すというようなことを助長してしまうおそれもありますので、先ほどの北村先生に対するご回答にも関連するのですが、あまり法的に厳格にこれを運用すると、本来の意義を減殺してしまうのではないかと思います。

加藤先生の掲げられた問題に関連して言えば、実際に一生懸命探しても株主総会に間に合わないという場合の救済措置というのは、本来なら考えなければならないと思います。そのうまい落としどころというのを今すぐに申し上げることはできないのですけれども。

○加藤 ご回答ありがとうございました。

齊藤先生のお考えだと、社外取締役の候補者を探すことができなかったから定時株主総会のスケジュールを少し延期しろとかと、そういうところまでは必要ないのではないかとということです。

○齊藤 そこまで言うところまでは……。でも、加藤先生はそこまでお考えであるということでしょうか。

○加藤 いや、6月に開催するというスケジュール自体は動かさないものではないと思うのです

ね。だから、定時株主総会を6月に開催するというスケジュールありきで適切な候補者を探せませんでしたというのは、自分で自分の首を締めているような気がするのです。

つまり、社外取締役をこれから初めて選任しなければいけない会社に対して、ちゃんとした人を社外取締役に選んでもらうための解釈論というのはどうあるべきなのかという、これは齊藤先生と同じ問題意識だと思うのですけれども、その際、定時株主総会の時期というのは、必ず6月の第3週、第4週で動かさないのだということを前提にする必要はないのではないかと問題提起のようなものです。

○齊藤 ありがとうございます。こういう形で3月決算の会社の定時株主総会を6月に開催しなければいけないというような慣行が緩和されていくというのはあり得ることだと思いますし、また、定時株主総会が6月だから間に合いませんでしたというのは理由にならないというようなところも、おっしゃるとおりかと思います。

○加藤 ご回答ありがとうございました。

#### 【あるべき取締役会像と決議の効力】

○白井 私の見解を取り上げていただいてありがとうございます。挙手の理由ですが、自説についてちょっとだけ補足をさせていただければというのが一点と、あと一点は質問です。

最初に補足についてですが、齊藤先生のレジュメ8頁の(5)でご紹介頂きました私の見解は、問題意識として、そもそも改正後の会社法327条の2という規定が、株主総会における取締役選任決議の場面において、会社に対してどのような義務を課していると解されるかを正面から論じた方が建設的な議論ができるのではないかと価値判断があります。そこで、まずはその点を考察した上で、伊藤先生がご指摘くださいましたように、幾つか場合分けをして生じ得る法的問題を検討するという枠組みをとりました。

従いまして、改正後の会社法327条の2によっ

て、会社としては社外取締役候補者を選任議案として提出する義務が生じると考えられるのではないかと、というところからいろいろと議論を組み立てて参りました。先程、厳しい立場であるとのことご指摘も頂いたのですが、個人的には、むしろ逆の価値判断に依拠していた面がありまして、例えば、会社としては社外取締役選任議案を提出していたにも関わらず、株主総会で当該議案が否決されるといった場合に、後から取締役選任決議が取消しなり無効なりということになると影響が大きいですので、避ける必要があるだろうと考えました。とりわけ先程も議論に出たような内容の法令違反という解釈をとってしまうと、非常に影響が大きく、円滑な株主総会運営を害し得るように思ひまして、会社としてはやるべきことを尽くしておけば瑕疵は帯びないという解釈をどうやったら導き出せるかという問題意識に基づきつつ、以上の議論を組み立てたわけです。

もちろん、齊藤先生のレジュメ 8 頁（5）の③の見解ように、そもそも瑕疵が問題にならないという立場もあり得ると思ったのですが、この点は、既に北村先生がご指摘されましたように、さすがに全く瑕疵がないというのは難しいのではないかと、いうところがありました。

以上とは別に、齊藤先生のレジュメ 10 頁（6）の方になりますけれども、こちら私の問題意識を述べさせていただければと思うのですが、商事法務に論文を書いた当時大変気になっていたのが、立案担当者の解説で示されていた「遅滞なく」という議論でした。そこでは、一時取締役に関する実務を参照しつつ、3 か月以内の欠員であれば欠員のままで問題なく、6 か月であれば瑕疵が問題となり得るといったように、主に時期の点だけに焦点を当てた議論が展開され始めていましたが、私自身は、時期だけで瑕疵の程度を判断するというのは理論的に説明がつかないのではないかと考えまして、この点が、商事法務に論文を書いた際のそもそもの問題意識でした。

ただし、私も、利益相反の要素を伴うような決

議の場面では、常に欠員の瑕疵は重大であるという立場まではとっていないつもりでおりまして、商事法務の論文でも、「利益相反の監督機能はまさに本改正により社外取締役に強く期待される場所であると考えられるから……、たとえ一時的な欠員であったとしても、社外取締役を欠くという瑕疵を当該決議における瑕疵として軽微であると断ずることは必ずしも容易ではないだろう」という程度で、例外の余地を完全に否定するつもりまではありませんでした。社外取締役がいなくても、社外取締役がいた場面と実質的に同程度の審議を取締役会においてすることができるのであれば、瑕疵は重大でないという解釈する余地はあると考えています。

ここで一点ご質問なのですが、そうはいながらも、個人的には、そういった場面（すなわち、社外取締役がいなくても、社外取締役がいるのと実質的に同程度の審議を取締役会においてすることができる場面）というのは、現実にはあまりないのではないかと考えています。利益相反の要素を伴うような決議の場面では、内部者のロジックだけでは通ってしまったかもしれないことが、外部者の目が入ることで議論が変わる可能性が十分にあるように思われるからです。この点は、社外取締役を 1 人以上導入することを法が強制する趣旨の一つとして考えられるところではないかと思えます。

そうだとしますと、齊藤先生がご議論されている内容の中で、「議事が十分に尽くされ」た場合には別に考える余地があると指摘されているのですが、実際には取締役会において内部者しかいない場面で、かつ利益相反が問題となる場面で、どのような審議をすればそのような評価が可能になるのかというのが個人的にはよく分からないという印象を抱きました。

そこで、齊藤先生が議論されている「議事が十分に尽くされ」というのは、どの程度のことを想定されているのかをご教示いただければと思います。よろしくお願いいたします。

○齊藤 白井先生のご議論を引用させていただきながら、ご紹介が不十分であるところを補っていただきまして、ありがとうございます。

(5) につきましては、おっしゃるとおり、先生はいろいろな場合分けをされていたのですが、今回の説明の議論で全てご紹介するだけの紙幅ありませんでしたので、内容を一部省略してご紹介させていただきまして申し訳ございません。

後半の点につきましては、おっしゃるとおり、これまでの立案担当者の解説を含めた議論ですと、本当に時期だけの問題で、きちんと一時社外取締役の選任とか、あるいは株主総会での提案さえすれば、あとはもう安心して決議できますよというような議論になりかねないところがありましたけれども、先生のおっしゃるとおり、それは取締役会で扱われる議事の内容によって変わってくる余地のある問題でございまして、その議事の内容次第では、社外取締役に期待される内容も変わってくるので、社外取締役の役割が非常に大きな意味を持つときには、その時期が、この後間もなく選任されるから今決議しておいてもいいというような問題ではないだろうというのは、おっしゃるとおりです。

先生の問題意識はおっしゃるとおりで、そこに社外取締役がいない状況で、社外取締役が仮にいたらこうなったであろうということをどう想定するのかという冒頭での問題が結局ここでも出てくるわけです。

他方で、誰であれ、社外取締役がいたらこうなるというような化学反応のような型があるわけでもないというところもありまして、社外取締役が1人ぽつんといっても、その人がシンボリックな存在であるような場合もあり得ます。しかし、確かに、望ましいベストプラクティスですと、そこに社外の人々が1人いることによって、情報の提供が促されて、社外取締役も積極的に発言をして、従来の人では気づかなかった視点からの批判も出てくるというのはあり得るように思います。

このような場合に、仮に社外取締役がいればあ

り得たであろう姿として想定する内容が、ベストプラクティスを想定して、そのベストプラクティスに従っていないと議論するのか、とりあえず形式的には社外の人々がぽつんという、法の最低限の要請に応えたところと比べて今どうなのか、を議論すべきなのかというところで違ってくるように思います。

この点についてお答えをするとすれば、私は、法というのは最低限の規律なので、そこにぽつんと社外の人がいるというような状況でも、適法な状態であるのだとすると、そこと比べざるを得ないのではないかと思います。

瑕疵が重大かという視点で判断するのか、決議への影響という形で議論していけるのかという点については、いずれの形をとっても似たような着地点にはたどり着けそうなので、結局、有効な取締役会決議をするための条件は何かというところに帰着するのではないかと思います。

それで、せっかくですので、先生に併せてお尋ねしたいのですが、私の紹介では瑕疵は重大だというふうに述べてしまったのですが、実は、先生は、そうではなくて、軽微とはいいかねるけれども、でも、条件を満たせば有効な決議も場合によってはなし得るというふうにおっしゃいました。先生が有効な決議がなし得ると思われるような状況というのはどのような場合でしょうか。ぜひとも伺いできればありがたいのですが、いかがでしょうか。

○白井 ご質問ありがとうございます。お話を伺いまして、齊藤先生のご議論との違いがどこにあるのかがよく分かりました。大変勉強になりました。私自身は、法によって期待されているベストプラクティスとしての社外取締役の存在を前提に考えるべきだろうと考えています。ですので、社外の人々にも説明でき、納得してもらえるような観点で議事が十分に尽くされているかどうか、利益相反の場面で例外的に瑕疵を軽微であると評価する上で必要であると考えられるわけですが、現実問題としては、以上のことを内部者だけでやるの

はなかなか難しいのではないかという印象も持っています。

たしかに、私のように考えますと、取締役会決議が採れないという問題が生じ得ることになるのですけれども、社外取締役欠員の状況は当然会社としては速やかに対処しないといけないわけですから、社外取締役の存在が重要であるような場面、すなわち利益相反の要素を伴うような取締役会決議の場面などにおいては、社外取締役が選任されるまでの間は新たな利益相反取引等はしないようにさせ、選任されたところで取締役会決議をとるというのが、個人的には妥当ではないかとも考えており、このあたりのことが価値判断として背後にありました。

○齊藤     ありがとうございます。先生のような解釈をとるほうが、結局、議論を尽くしたというようなことを後から実証しなければいけない材料を取ってまで利益相反取引を今急ぐ理由があるのか、それだったら、早く社外取締役を選んだ方がよいということにもなり、改正の趣旨に合致するように思いました。

○白井     ありがとうございました。

#### 【社外取締役に期待される機能とエンフォース手段のあり方】

○舩津     もう大分語り尽くされたところだとは思いますが、もう一度社外取締役を選任しないという場合についての話をさせてください。

久保先生の話なんかもあったと思うのですが、内容の法令違反なのか、手続の違反なのかという点、結局のところ、齊藤先生もおっしゃったように、社外取締役を設置するための動機付けをどういうふうに与えるかというところと大きく影響してくるのかなという気がしています。恐らく久保先生がおっしゃっていたような、例えば欠格事由の場合なんかだったりすると、そういう人はおおよそ会社に携わってはいけないような人を選んだということで強いエンフォースが求められるから、内容の法令違反で一発アウトという形にす

るという、そういうようなエンフォースの観点から効力を考えるということの一つあり得るかと思っています。

その場合に、では今回の社外取締役がどの程度までエンフォースさせなければいけないのかということになってくるわけですが、私がちょっと気になっていましたのは、先ほどの白井先生とのご議論でもあったと思うのですが、社外取締役の役割は一体どこまでなのか、ベストプラクティスを求めるべきなのかどうなのかというところ です。

まず、確認をしたいのは、今回の社外取締役の設置強制で社外取締役が何かを必ずしなければならないというような義務あるのかどうかという話です。私が見た限りでは、そういうものはあまりないように見受けられるのです。そうすると、利益相反のときに活躍してくれることが期待できるのだけれども、絶対に社外取締役をかませなければいけないという法律にはなっていないということではないか。そうだとした場合に、例えば社外取締役に期待される役割を書きなさいという話があったと思うのですが、もしかすると、

（政治的には無理でしょうけれども）理論的には、社外取締役に期待していません、通常取締役と同じようなものを期待していますとか、例えば利益相反については期待していません、むしろ大所高所からのプラスの攻めの方だけお願いしますというようなこともあり得るのではないかと。そうすると、要するに社外取締役の役割はどれほど強いものかということについては会社が決めていいのだという立法なのではないか。そうだとしたならば、例えば我々は社外取締役にそんなに期待していませんという立場の会社において、社外取締役を設置していないことが果たしてどれほど重大な瑕疵になるのか、エンフォースすべきなのかということを考えていくと、かなり疑問があるのではないかと気がしています。

仮に、その会社でそれぞれ期待している、あるいは利益相反の状況に応じて活躍することが期待

されるというような事情はあるかもしれないけれども、それを言い出し始めると、今度は、社外取締役の役割を強く望めば望む会社ほど、社外性の要件を満たさないことが判明した場合のペナルティーがきつくなるという気がします。そういう印象を持ったという単なる意見になってしまいますけれども、そのように考えると、今回の立法に関して、エンフォースという観点から選任の効力を議論するのはかなり危険なのではないかという気がしましたので、そのあたり、先生のご見解をいただければと思います。よろしくお願いします。

○齊藤 立法論としては、舩津先生と同じような問題意識を持っていまして、結局、取締役会の構成というのは、株主が望む構成をするべきであって、その中に社外取締役がいる、いないだけではなくて、取締役の間の専門性の多様性とか、そういうことも含めてバランスよく株主が望むものを実現するというのに会社法は手を貸せばよいのであると思っています。

なので、そういうことも含めて社外性を認められる人を1人ぽつんと選任せよという今回の立法自体の意義が問われるところです。

先生のご意見ということで、お答えもなかなか難しいのですが、立案担当者は利益相反の監視や業務執行への監督機能を求めているわけですが、実際に社外取締役に期待される役割はもっといろいろありまして、株主自身もアドバイス機能の方を期待している場合もありますし、社外取締役に期待しているというよりも、取締役会の全体のバランスにいろいろ期待をしているような場合もあるわけです。ですので、特定の政策のエンフォースという観点を強調するのは危険ではないかという点に関連して言いますと、特定の社外取締役像を前提に、そのような人を選任させるようにというような規律付けをしていく必要はないように感じていますし、そうであるべきでもないと思います。

今までの議論とちょっと矛盾するようなところで大変申し訳ないのですが、立法論として

は、このようなことが必要なかどうかというのは疑わしいということになると、どのような方向に議論になるのか、まとも切り切れておりません、申し訳ありません。

#### 【選任決議の効力と取締役会決議の効力について】

○伊藤 先ほど北村先生から批判いただいたところですけれども、かつての327条の2の解釈は、立案担当者の解説でも、説明義務の違反は決議方法の法令違反として、社外でない取締役の選任決議の瑕疵につながる余地もあるとはされています。これは通説だったのかもしれませんが、私に言わせれば、不適切な考え方だったと思います。理由は先ほどと同じで、社外取締役を置くことが相当でない理由の説明が十分でなかったことが、社外でない取締役の選任決議の瑕疵につながるとは言えないように思うからです。

それから、(6)の方ですけれども、北村先生は、取締役会決議につながらない考える根拠として、言ってみれば、新しい327条の2は、社外取締役選任議案提出義務だけを負わせる規定だというような説明をされたのですね。しかしながら、それは、「置かなければならない」という文言とはなじまない解釈ではないかと私は考えています。

○前田 この新しい327条の2の規定が、もし社外取締役選任議案を提出する義務を課するという形で書かれていれば、北村先生の言われたように、社外取締役が欠けてもおおよそ決議の効力に影響はないと考えることができると思うのですが、この規定は、設置せよという形で、取締役会の構成について定めていますので、社外取締役が欠けてもおおよそ決議の効力に影響はないという解釈は難しいのではないかと、私も思いました。

他方、立案担当者による解釈、すなわち社外取締役不在の期間が短期間なら決議は無効ではないという考え方には、私も相当無理があると思います。取締役の責任とか過料の制裁の場面であれば、欠けた後で補充に尽力しましたという要素が重要ですが、決議の効力との関係では、幾ら補

充に尽力したとしても、問題となった決議が社外取締役のチェックを全く受けずにされたことに変わりないわけですね。ですから、やはり瑕疵はあって、決議は原則無効だけれども、例外的に特段の事情でどこまで救済できるかという形で議論を立てるべきだと思います。

この大きな判断枠組みは、齊藤先生も同じくとおられる考え方なのだと思います。そして、この場面でどういう事情があれば特段の事情があると言えるのか、ここはまたいろいろ考え方があるところで、齊藤先生のおっしゃったような考え方も十分あり得ると思ってお報告をお聞きしました。

それでは、時間が押してしまいましたけれども、齊藤先生のご報告の残った部分、業務執行の委託以降の部分について、ご質問、ご意見をお願いできればと思います。

#### 【348 条の 2 の適用範囲】

○片木 基本的なところを教えていただければと思います。

今回の規定によりまして、業務執行に該当するから、本来社外取締役がやってはいけないのだけれども、業務執行取締役の利益相反性ゆえに新たに認められると想定される業務というものが、どうもイメージ的によく分かりにくいというのがありまして、いろんな解説とかを読ませていただくと、従来社外取締役がなさっていたような第三者割当てなんかの適法性の確認であるとか、あるいは何らかの不祥事の事件での調査委員会の活動とかいうものについては、そもそも業務執行という言葉で言っているのかということについては非常に疑問があるということを言われています。

一方で、さすがに代理権を与える場合には入ってくるのかなということだったのですけれども、前田先生などは、全く第三者を相手に、例えば弁護士である取締役が訴訟代理を引き受ける場合なんかは、そもそも業務執行に該当しないのだというご意見であるというご紹介をいただいております。

す。

そうしますと、例えば考えられるところでは、取締役を相手に訴訟するわけではないので、監査役とか監査等委員に代表権が移るわけではないのだけれども、被告である会社とか、そういう人と代表取締役とかの関係性ゆえに、そのまま代表取締役が会社の代表になるということが適切でない場合なんかに、この規定によって、弁護士である社外取締役などが業務執行をするということなんかを考えているのか。あるいは、M&A とかににおいて、代理権を得て何らかの行動をする、相手方と交渉するというような場合を想定するという理解でよろしいのでしょうか。

○齊藤 先生のご質問の前半の部分ですが、利益相反関係があるような状況で社外取締役が会社のために訴訟で代理人になるような場面という、そういうご趣旨でしたでしょうか。

○片木 そうですね。会社の代表がそのままなっては適切でないという場面なんかを考えられるかと思うのですけれども。

○齊藤 そういう場面が今回の 348 条の 2 の適用対象になるかというご質問、そういう場面で取締役会の委託を受けたらという……。それはなかなか難しい問題であると思うのですけれども、まず、今回の改正は、従来の業務執行概念に手を入れるという、そういう改正ではなくて、仮に業務執行という解釈があったとしてもできるようにするという点にありますので、従来の業務執行概念はこういうものであったということを確認するものではないように思います。

ただ、利益相反関係があるような場面で社外取締役に一定の事項を委託することができる、それは代理権を付与されるような対外的な行為だけではなくて、内部で検討するという、別に対外的に交渉をしたりとか、あるいは契約を締結したりというところまで至らないようなものも、348 条の 2 の適用範囲に入るという話になってくると思います。

部会における初期の議論における、このような



ものまで業務執行というふうに言う必要がないという前田先生のご指摘はごもっともと思って引用したのですけれども、これは社外取締役として活動しているというよりも、弁護士としての活動でたまたま社外取締役も兼任していたときにというような場面かと思ひまして、先ほどの先生のお立っていただいた例のように、社外取締役であるがゆえに、会社と取締役との間にある利益相反のために会社側に立ってもらおうというような場面は、今回の 348 条の 2 の適用対象になるのではないかと思います。

○前田 片木先生、よろしいでしょうか。

○片木 はい、ありがとうございます。

#### 【社外取締役にかかる会社法の規律のあり方】

○前田 それでは、松井先生、恐れ入りますが、時間が押していますので、手短にお願いできれば幸いです。

○松井 今回の改正の中身ではなく、今日のご報告で先生がご示唆くださった内容についてのご意見を簡単にお伺いしたいと思います。

レジュメの 17 頁で、業務執行概念に非常に負荷がかかって過剰規制になっているのではないかとというご指摘があつて、これは私も非常に心に染みたくところです。

業務執行概念にいろいろなものが結び付けられた結果、業務執行概念について非常にテクニカルな議論に終始してきている。例えば MBO とか敵対的買収といった局面での社外取締役の役割のようなものを考え得るところ、業務執行概念との関係でそれができるのかどうかといったことを考えなければいけなくなった結果、かえって我々が皆呪縛にさいなまれているという感じがしておりました。その意味で、先生のご指摘には非常に感動したわけです。

ここから少しお伺いしたいのですけれども、業務執行概念にここまで負荷がかかってしまった原因として、齊藤先生は、今回、平成 13 年の改正を引いておられます。ただ、これはもっと遡ると、

平成 5 年の社外監査役の制度を入れたところまで遡れるのではないかと思います。社外監査役であれば、もともと監査役は業務執行をしませんので、その社外性の判断について業務執行概念を用いたところで、あまり実害がない。ところが、取締役の場合に監査役の社外性と同一議論を持ってくると、やはり取締役は監査役とは持っている機能が全然違うので、実はいまうまくいかない面が出てきた。

そこで過剰規制という先生のご指摘にもつながるのですけれども、今後、取締役と監査役で社外性概念を分けていく可能性はあるのではないかと。特に取締役については、単純に業務執行という概念だけで切り分けるのは不適切なのではないかと。むしろもっと機能的に社外性概念を考えていく余地があるのではないかと。先生の今回のご指摘にはそういった内容を含んでいるのではないかと思います。そこで、今後、例えば立法論を考えていくときに、齊藤先生としては、この社外性概念について何か機能的に変えていく余地があるとお考えかどうかを伺いたしたいと思います。

今日のご報告の主たる内容とは違うのですが、できる範囲で構わないのですが、もし何か感触やお考えがあればお伺いしたいと思って質問しました。よろしくお願いします。

○齊藤 大きなご質問ですので、すぐに自分の考えをまとめ切れないのですけれども、今回の報告で私の中にあった大きな方向性としては、社外性の定義も含めて、社外取締役というのを会社法で厳格に定義して、それについての設置義務や取締役会の構成について口を出すというような現在の立法それ自体が、自分たちの首を締めていく方向に行っており、最後の議論にもつながるのですけれども、そういったものを例えば上場規則などに委ねて、あとは投資家の判断に委ねるべきではないか、と。

利益相反の監視につきましては、利益相反の取引に取締役会決議を要求し、適法な決議の欠缺をそれに基づく行為の瑕疵に結び付けて行為の効力に影響させるというのが日本法の特徴なのです。

れども、そうではなくて、取締役の責任で解決をするということにしますと、個々の利益相反の場面において、実質的に当該事項について利害関係のない取締役がどの程度支持していたかというようなところで、取締役の任務懈怠の有無や責任の程度を考えていくというような、もう少しソフトというのですか、柔軟な対応ができるようになってくるのではないかと思います。

ですので、現行法を全て見直して、そもそも社外取締役を会社法で定義して、取締役会の構成に結び付けるという考え自体を見直してほしいというのが、個人的な意見でございます。

○松井　ありがとうございます。私も全面的に賛成です。

会社法のエンフォースメントは、やはり非常に限定的ですから、会社法に規定をすることでいろいろ不自由があるというのは、今日の前半の議論からも感じたところです。ありがとうございました。

○前田　司会の不手際で、ご報告の後半部分についてご質問、ご意見をいただく時間が少なくなってしまうして申し訳ございません。

時間になりましたので、本日の研究会はこれで閉会とさせていただきます。

齊藤先生、ご報告、どうもありがとうございました。