

社外取締役の活用に向けた規律の整備

社外取締役の活用に向けた規律の整備 1

1. 社外取締役を置くことの義務づけ 1

- (1)規律の概要 1
- (2)立案担当者による改正の趣旨に関する説明 4
- (3)背景的な事情 5
- (4)社外取締役を置かなかった場合の効果 7
- (5)取締役選任決議の効力 8
- (6)社外取締役不在のまま有効な取締役会決議をしうるか。 8
- (7)施行日と経過措置 10

2. 業務執行の社外取締役への委託 11

- (1)改正の概要 11
- (2)背景 11
- (3)社外性と業務執行概念の関係 13
- (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」 15
- (5)取締役会決議による委託 16
- (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 17
- (7)「その都度、」取締役の決定・取締役会決議により委託 17
- (8)指名委員会等設置会社 17
- (9)開示 18

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 18

●参考文献 20

1. 社外取締役を置くことの義務づけ

(1)規律の概要

(改正前)

(社外取締役を置いていない場合の理由の開示)

327条の2 事業年度の末日において監査役会設置会社（公開会社であり、かつ、大手会社であるものに限る。）であって金融商品取引法第24条第1項の規定によりその発行する株式について有価証券報告書を内閣総理大臣に提出しなければならないものが社外取締役を置いていない場合には、取締役は、当該事業年度に関する定時株主総会において、社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならない。

(改正後) 同じ範囲の会社に、社外取締役を置くことを義務づけ

(社外取締役の設置義務)

327 条の 2 監査役会設置会社（公開会社であり、かつ、大手会社であるものに限る。）であつて金融商品取引法第 24 条第 1 項の規定によりその発行する株式について有価証券報告書を内閣総理大臣に提出しなければならないものは、社外取締役を置かなければならぬ。

関連する法務省令の改正

法制審議会会社法法制（企業統治等関係）部会（以下、「部会」という。）において正面から取り上げられなかつた事項も含まれる（★）。

[社外役員等の定義]

○「社外役員」（会社則 2 条 3 項 5 号）および「社外取締役候補者」（同 7 号）の定義を説明義務の対象となる立場を念頭においていた表現から、会社法 327 条の 2 により設置かれる立場であることを示す表現に修正。

・複数選任された場合においては、2 人目に当たる者は、会社法 327 条の 2 により選任された立場にはならないが、事業報告に「社外取締役」と記載していたり（会社則 2 条 3 項 5 号ロ（3））、株主総会参考書類に社外取締役候補として記載していたり（同項 7 号ロ（2））するときは、社外役員・社外取締役候補者に該当することになる。→会社法施行規則 74 条 4 項などが適用される（意見募集の結果 1 頁）。

[株主総会参考書類]

○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）を削除。

○株主総会参考書類の記載事項に「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」を追加（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）。

★

・公開会社に限定されない。公開会社・非公開会社に限らず、社外取締役候補とした場合には当該候補者を社外取締役とした理由を記載しなければならない（会社則 74 条 4 項 2 号、74 条の 3 第 4 項 2 号）こととの平仄から（意見募集の結果 10 頁）。

・「社外取締役候補者とした理由」（会社則 74 条 4 項 2 号、74 条の 3 第 4 項 2 号）や「経営に関与したことがない候補者であつても社外取締役としての職務を適切に遂行することができるものと当該株式会社が判断した理由」（会社則 74 条 4 項 5 号、74 条の 3 第 4 項 5 号）では、社外役員に期待されている機能を果たしう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るとはいえないという指摘に対応した（意見募集の結果 11 頁）。

・ここに記載された内容が不十分であつても、それによって社外取締役としての職責が縮減されるわけではない（意見募集の結果 12 頁）。→あらゆる職務を網羅的に記載することまでは求められてはいない。また、記載後に環境等の変化により役割が変更されることも当然に想定されている（後者につき、意見募集の結果 12 頁）。

[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)を削除。

○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する行った職務の概要」を追加(会社則 124 条 4 号ホ、119 条 2 号)。

・公開会社においてのみこの記載が求められるのは、公開会社のほうが社外取締役に期待される役割は大きいから事後検証を可能とするため(意見募集の結果 10 頁)。会社法施行規則 124 条 1 項 4 号イ～ニと内容が重複しても、期待される役割との関連性を示して、あらためて記載させる点に意味があると考えられた(意見募集の結果 47 頁)。

○(コメント)立案担当者は、上記のような記載が、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る(意見募集の結果 10 頁～11 頁参照)。また、社外監査役に関する規律と不均衡であるという指摘に対して、独任制の機関であること、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 号と同令 76 条 2 項 3 号の違いー後者には「担当」への言及がない。)が挙げられている。実務においては、コーポレートガバナンス・コード原則 3-1(v)に関連する情報提供として、株主総会参考書類等において、社外取締役に期待する役割に言及する例もあるようであり(視点 3 頁)、上場会社のコーポレート・ガバナンス報告書においても、「当該社外取締役を選任している理由」の記載が求められている。しかし、これらの記載においては、社外監査役と社外取締役が区別されていない。

コーポレートガバナンス・コード

【原則 3-1. 情報開示の充実】上場会社は、法令に基づく開示を適切に行うことに加え、会社の意思決定の透明性・公正性を確保し、実効的なコーポレートガバナンスを実現するとの観点から、(本コードの各原則において開示を求める事項のほか、)以下の事項について開示し、主体的な情報発信を行うべきである。

(i) ~ (iii) 略

(iv) 取締役会が経営陣幹部の選解任と取締役・監査役候補の指名を行うに当たっての方針と手続

(v) 取締役会が上記(iv)を踏まえて経営陣幹部の選解任と取締役・監査役候補の指名を行う際の、個々の選解任・指名についての説明

コーポレート・ガバナンスに関する報告書記載要領(2020 年 11 月改訂版)

<https://www.jpx.co.jp/equities/listing/cg/01.html>

II 経営上の意思決定、執行及び監督に係る経営管理組織その他のコーポレート・ガバナンス体制の状況

1. 機関構成・組織運営等に係る事項 (2) 取締役関係⑤ 社外取締役の選任状況 ニ. 会社との関係(2)

□ 選任の理由

<当該社外取締役を選任している理由>・会社との関係などに照らして、なぜ当該社外取締役を現在選任しているのか、その選任理由を記載してください。

(例)・当該社外取締役の専門性と上場会社の業務との関連性から選任理由を記載することが考えられます。

・経営者や特定の利害関係者の利益に偏ることなく公正に会社が社会において果たす役割を認識し、経営者の職務遂行が

妥当なものであるかどうかを監督するなどの観点から、経営の客觀性や中立性の重視が選任理由につながることも想定されますので、そうした点について具体的に記載することが考えられます。

- ・当該社外取締役選任時の選任議案に付した選任理由で代替することでも構いません。
- ・当該社外取締役の独立性に関する上場会社の考え方について記載してください。また、当該社外取締役の上場会社における役割や機能について記載することも考えられます。
- ・当該社外取締役に期待している効用が独立性に基づくものでない場合には、あわせてその効用を記載することも考えられます。

*社外監査役についても、社外取締役と同様の記載が求められている（「⑤社外監査役の選任状況」については、「■1.（2）⑤社外取締役の選任状況」の記載要領を準用します。」

（参考）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★

○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を過去5年から過去10年に拡張（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）。

親子上場等を念頭に、親会社等が存在する会社の少数株主保護の観点から開示を充実させるため。

○会社施行規則120条7項（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の追加）。

部会の議論の対象となっていたいなかったという批判に対して、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（意見募集の結果48頁参照）。 cf. 「社外取締役による監督の実効性を確保するための体制」を事業報告に追加すべきという意見については、会社施行規則118条2号に「含まれ得る」事項であるから不要と回答（意見募集の結果57頁）。

・東京証券取引所「コーポレート・ガバナンスに関する報告書記載要領」2020年2月改訂（5頁）

<https://www.jpx.co.jp/equities/listing/cg/tvdivq0000008j85-att/nlsgeu00000190y2.pdf>

コーポレート・ガバナンス報告書において、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。

I コーポレート・ガバナンスに関する基本的な考え方及び資本構成、企業属性その他の基本情報

5. その他コーポレート・ガバナンスに重要な影響を与える特別な事情

親会社（非上場会社を含みます。）を有する場合においては、少数株主保護の観点から必要な当該親会社からの独立性確保に関する考え方・施策等について記載してください。また、当該親会社におけるグループ経営に関する考え方及び方針や、それらに関連した契約を締結している場合はその内容を、併せて記載することが望れます。

（2）立案担当者による改正の趣旨に関する説明

○社外取締役の位置づけ：少数株主の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存在である（一問一答156頁）。

○立法の理由（一問一答156頁）

- ①機関投資家・金融商品取引所等から、上場会社に画一的に義務づけるべきであるという意見
- ②上場会社における（独立）社外取締役の選任の普及
- 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」という認識の共有
→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の強い。すでに社外取締役の選任が進んでいることから、義務づけによる負の影響も少ないと判断したことが窺われる。

○対象が限定された理由（一問一答 158 頁）：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。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することができる。
○上場会社以外の有価証券報告書提出会社においては、経営陣・支配株主との利益対立から一般株主を保護するためものと理解しうる（神作 44 頁）。

（3）背景的な事情

○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づけ

「日本再興戦略—JAPAN is BACK」2013 年 6 月 14 日閣議決定

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/saikou_jpn.pdf

成長戦略としてコーポレート・ガバナンスの強化に言及。平成 26 年会社法改正法案の国会提出が記載される。それ以来（現在は未来投資会議「成長戦略実行計画案」に引き継がれる）、ほぼ毎回、コーポレート・ガバナンスに関する課題に言及。立法に対する市場・機関投資家の影響力の増大が認められる。→経済産業省および金融庁はほぼ忠実にそれを実行。上場会社のコーポレート・ガバナンスにかかる実質的な規範形成は、これらの省庁（およびその中に設置される有識者会議等）に移ったといえる。会社法の改正を要する部分のみ、法務省に対応が求められ、法制審議会等で取り上げられる。

・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づけられている。政府にとって、企業法制の改革とは、大規模な財政支出を伴わず、経済政策の企画・実践の功績を示せる安価な政策領域。

・政府は、社外取締役のアドバイス機能に期待しているように見受けられる ⇔ 立案担当者の説明とズレ 未来投資戦略 2017において、「稼ぐ力」の強化（コーポレートガバナンス改革を形式から実質へ）として、期待される変革後のワンシーンとして紹介されている例：

（取締役会・企業経営陣）他社で社長や会長を務めた人物を社外取締役としてスカウトしたこと、当社の取締役会の経営機能・監督機能は飛躍的に高まった。その結果、新たな経営戦略上はノンコア事業と位置付けられながら、先々代の実力社長の出身部門であったために売却できなかった事業の売却を決断できた。他方で、コア事業を充実すべく他社のヘルスケア事業を買収できた。

・（参考）最新版

未来投資戦略会議第 40 回配付資料「成長戦略フォローアップ」

<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/miraitoshikaigi/dai40/siryou1-2.pdf>

コーポレート・ガバナンス関連のテーマは 41 頁以下に記載

○コーポレートガバナンス・コードによる規律

【原則 4－8. 独立社外取締役の有効な活用】

独立社外取締役は会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上に寄与するように役割・責務を果たすべきであり、上場会社はそのような資質を十分に備えた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。

また、業種・規模・事業特性・機関設計・会社をとりまく環境等を総合的に勘案して、少なくとも 3 分の 1 以上の独立社

外取締役を選任することが必要と考える上場会社は、上記にかかわらず、十分な人数の独立社外取締役を選任すべきである。

・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」(令和2年12月18日) :「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とし、さらに独立社外取締役過半数の選任の推奨にも言及。

<https://www.fsa.go.jp/news/r2/singi/20201218.html>

○現在の選任状況

・「東証上場会社における独立社外取締役の選任状況及び指名委員会・報酬委員会の設置状況」(2020/9/7)(令和元年8年14日現在)

1名以上の独立社外取締役 市場第一部 99.7% JASDAQ 82.1% 全上場会社 95.6%

2名以上の独立社外取締役 市場第一部 95.3% JPX日経400 98.5%

3分の1以上の独立社外取締役 市場第一部 会社数1,276社(58.1%)

<https://www.jpx.co.jp/news/1020/20200907-01.html>

<https://www.jpx.co.jp/listing/others/ind-executive/index.html>

・東証のコーポレート・ガバナンス情報サービスより(2020年10月29日現在)

監査役設置会社 監査等委員会設置会社 指名委員会等設置会社

2501社(うち、社外取締役1名以上 2462社/0人 39社)/1109社/78社

・社外取締役の多くは独立社外取締役と扱われているようである。

(構成の分析9頁より)

構成比率	社外取締役		独立社外取締役	
	社数	比率	社数	比率
1/3未満	87社	22.7%	103社	26.8%
1/3以上1/2未満	253社	65.9%	243社	63.3%
過半数	44社	11.5%	38社	9.9%
合計	384社	100.0%	384社	100.0%
平均比率	38.0%		36.6%	

○議論の中心は、社外取締役の選任義務づけから社外取締役の活動の在り方にシフト

・コーポレート・ガバナンス・システム研究会(CSG研究会)「社外取締役の在り方に関する実務指針」(2020年7月31日) ←上記2020年版「成長戦略フォローアップ案」に記載

<https://www.meti.go.jp/press/2020/07/20200731004/20200731004.html>

<https://www.meti.go.jp/press/2020/07/20200731004/20200731004-1.pdf>

○上場子会社における少数株主保護の担い手としての期待

・CGS研究会「グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針(グループガイドライン)」

<https://www.meti.go.jp/press/2019/06/20190628003/20190628003.html>

https://www.meti.go.jp/press/2019/06/20190628003/20190628003_01.pdf

6.3.2 上場子会社における独立社外取締役の役割

上場子会社の独立社外取締役には、業務執行を監督する役割を果たすための執行陣から独立性に加え、

一般株主の利益を確保する役割も期待されるため、親会社からの独立性も求められる。

- 独立社外取締役には、一般に、執行陣による業務執行を監督する役割を果たすべく、執行陣からの独立性が求められるが、上場子会社の独立社外取締役には、このような役割に加え、上場子会社としての中長期的な企業価値向上を図るべく、支配株主である親会社との利益相反を監督し、一般株主の利益を確保する役割も期待されるため、支配株主である親会社からの独立性も求められる。
- また、上場子会社の指名委員会・報酬委員会は、コード上、「独立社外取締役を主要な構成員とする」ことが原則とされており、独立社外取締役には、上場子会社の企業価値向上やガバナンス強化に向け、経営陣の指名や報酬設計においても重要な役割を果たすことが期待される。

←「未来投資戦略 2018」に伴う「成長戦略実行計画案」(25 頁以下)にグループガバナンスの在り方に
関する実務指針の策定が盛り込まれる。

4 コーポレート・ガバナンス (2) 対応の方向性

(中略)

① 実務指針

上場子会社のガバナンスの在り方を示し、企業に遵守を促す「グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針」を新たに策定する。(中略)

② 東京証券取引所の対応等

「グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針」の実効性を高めるため、同指針の方向性に沿って、東京証券取引所の独立性基準の見直し等、上場子会社等の支配株主からの独立性を高めるための更なる措置等を講ずる。

○部会の議論において、義務づけの理由は、内外の投資家の要求であることを明らかにすることを求める学者委員の意見が出された(部会第 15 回田中亘幹事・藤田友敬委員発言と、それに関する神田(5)10 頁・12 頁注 5 による言及を参照)。

○(コメント)一連の動きに照らして、会社法によって上場会社にたった一人の社外取締役の選任を義務づけることにどれほどの意義があったのか疑問である。他方で、改正の論議は、社外取締役の義務づけをすべきか白紙から議論するという建前がとられたが、成長戦略の一つとしてコーポレート・ガバナンスに対して政府が強い関心を示している中、「社外取締役の義務づけの要否を検討するも、不要」という結論を出す余地があったのか不明。社外取締役の義務づけが既定路線であったのであれば、社外取締役の選任を義務づけることを前提に、どのような立法が望ましいか、という点に重点を置いて議論したほうがよかったのではないか(cf. 取締役の欠格事由の改正)。改正論議において、上場会社以外のガバナンスに関する関心は希薄。

(4) 社外取締役を置かなかった場合の効果

○遅滞なく選任しなかったときには、100 万円以下の過料(976 条 19 号の 2)。

○立案担当者(一問一答 160 頁):

- ①欠員に当たると理解→欠員に関する規定が適用される。
- ②補欠役員の選任(329 条 3 項)、役員権利義務者(346 条 1 項)、一時役員の選任申立(346 条 2 項)。
- ③株主総会への議案提出、一時役員の選任申立てをしない場合は、取締役の任務懈怠となる。

(5)取締役選任決議の効力

○社外取締役がいない会社において株主総会会社提案に社外取締役候補者がいない場合の決議の効力

- ・ただし、株主総会決議の効力が問題となることは実務上稀（山本＝野澤 14 頁）。
- ・考えられ得る解釈

①取締役選任議案の最後のものが瑕疵を帯びる（松中 43 頁）。

②すべての取締役選任議案が瑕疵を帯びる（白井 7 頁）。

③株主総会決議の瑕疵は問題とならない。

・（検討）会社法 327 条の 2 は会社に設置を義務づけていることから、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と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と思われる。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方法の法令違反ということになろうか（白井 7 頁は、招集手続の法令違反と位置づける）。複数の取締役選任議案に論理的な前後関係はないから、理論的には②と考えざるを得ないように思われるが、前述の法務省令にかかる立案担当者の理解からは①が整合的であるともいえる。株主提案により社外取締役選任議案が提出されたとしても、会社提案に瑕疵あることには変わらないが、株主提案により社外取締役が選任されたら、瑕疵は治癒されると考えられ得る。

○社外取締役候補者が社外性を欠いていた場合

- ・その者に関する選任議案について招集手続の法令違反（株主総会参考書類の虚偽記載）（白井 7 頁）

(6)社外取締役不在のまま有効な取締役会決議をしうるか。

- ・部会での意見は分かれた（第 15 回会議の議論参照）。
- ・立案担当者（一問一答 160 頁）：事後的に欠けた場合においても、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ときは、取締役会決議は無効とはならない。他方、長期間に亘って不在であれば、無効となりうる。
- ・神田（5）10 頁：
上場会社等は「社外取締役を置かなければならぬ」という定め方をすることが想定されており、このような定め方であれば、取締役会の決議要件との関係においては社外取締役を特別扱いせず、社外取締役を欠いている場合であっても、ただちに有効に取締役会の決議をすることができないこととなるものではないと整理することができると思われる。

…部会における議論を踏まえると、社外取締役が欠けた場合であっても、遅滞なく社外取締役が選任されるときは、その間にされた取締役会の決議は無効とならないと解釈することができると考えられ、また、社外取締役が欠けた場合であっても、遅滞なく社外取締役が選任されるときは、ただちに過料の制裁が課されることにはないと解釈することができると考えられる（…）。

結局のところ、この問題は解釈問題であるということになるが、部会での審議に鑑みると、社外取締役が欠けた場合であっても、遅滞なく社外取締役が選任されるときは、その間に取締役会を開催することができ、その取締役会の決議は瑕疵を帯びないものと考えられ（なお、権利義務取締役（会社法 346 条 1 項）等の適用もある）、このような考え方

に立った上で要綱案…が採択されたものと考えられる。

○取締役会の決議の瑕疵にかかる一般論

・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、原則として、遡って無効となる。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すべて無効となるわけではない（株主総会決議取消の訴えにおける裁量棄却）。

・招集通知漏れについて

「取締役会の開催にあたり、取締役の一部の者に対する招集通知を欠くことにより、その招集手続に瑕疵があるときは、特段の事情のないかぎり、右瑕疵のある招集手続に基づいて開かれた取締役会の決議は無効になると解すべきであるが、この場合においても、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るべき特段の事情があるときは、右の瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解するのが相当である（最高裁判所昭和三六年（オ）第一一四七号同三九年八月二八日第二小法廷判決、民集一八巻号一三六六頁参照）」（最判昭和44・12・2民集23巻12号2396頁）

「特段の事情」の例としては、名目取締役が出席しても決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情がある場合（上記の最高裁判例は、特段の事情の有無を判断させるために、原審を破棄差戻し）、取締役会の構成員の意見が分かれており、多数派の意見は（招集通知漏れのあった）取締役の出席によっても変わらぬ見込みがない場合（学説は、このような事情を理由に有効とすることに批判が強い）がある。

・特別利害関係人が参加した決議について：

「水産業協同組合法37条2項が、漁業協同組合の理事会の議決について特別の利害関係を有する理事が議決に加わることはできない旨を定めているのは、理事会の議決の公正を図り、漁業協同組合の利益を保護するためであると解されるから、漁業協同組合の理事会において、議決について特別の利害関係を有する理事が議決権を行使した場合であっても、その議決権の行使により議決の結果に変動が生ずることがないときは、そのことをもって、議決の効力が失われるものではないというべきである。

そうすると、漁業協同組合の理事会の議決が、当該議決について特別の利害関係を有する理事が加わってされたものであっても、当該理事を除外してもなお議決の成立に必要な多数が存するときは、その効力は否定されるものではないと解するのが相当である（最高裁昭和50年（オ）第326号同54年2月23日第二小法廷判決・民集33巻1号125頁参照）。水産業協同組合法37条2項と同旨の定めであるA漁協定款49条の3第2項についても、同様に解するのが相当である。（最判平成28年1月22日民集70巻1号84頁）」

上述の最判昭和44年との違い：特段の事情の有無に言及していない。ただし、特別利害関係人が審議に参加して、議決に影響を与えた可能性を考慮していないことにつき、批判もある。

○社外監査役に関する関連する議論

・前田雅弘=北村雅史『会社法実務問答集I』（商事法務）15頁[前田雅弘]：法定の社外監査役の員数を欠いてなされた監査は、手続的瑕疵を帯び、無効と解する（15頁）。

・上柳克郎ほか編『新版注釈会社法第2補巻一平成5年改正一』（有斐閣）[神崎克郎]：商法特例法の大会社において、監査役が3人未満となったとしても、当然に監査役監査が無効となり、監査役会決議が無効となるわけではないが、長期間にわたり、法定の員数が欠ける状態が継続した場合には、承認特則規定

による定時株主総会での承認の省略はできないと解する(§18◆5)。社外監査役の欠如については、短期間にとどまるときには、監査役監査が当然に違法となり、監査役会決議が無効になるわけではないが、このような監査役会によって作成された監査役会の監査報告は瑕疵を帯びたものになり、承認特則規定による定時株主総会での承認の省略はできないと解する(§18◆10)。

→社外監査役欠如による監査の瑕疵は、承認特則規定を利用できないという効果に結びつくにとどまるため、取締役会決議の瑕疵のような深刻な問題は生じない。

○(検討)上記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ことが難しい。なぜなら、誰が社外取締役として選任されるべき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が難しいからである。

一案は、少なくとも本問題については、決議の瑕疵の重大さに照らして有効性を判断するべきであるという立場(松中43頁、白井5頁)を採用することである(白井5頁は、一時的な社外取締役の欠如は軽微な瑕疵と扱うことができるが、他方で、「遅滞なく」に着目すると選任時期のみが問題となりかねないが、瑕疵の重大さにおいては、決議の内容にも着目するべきであり、取締役・支配株主との利益相反関係が問題となりうるような決議においては、一時的な欠員であっても、瑕疵は重大であるとする)。

もっとも、取締役の員数にかかわらず、1人の社外取締役の義務づけがされていることに鑑みると、当該社外取締役が決議の行方を左右することまでは期待されていない。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)が一層発揮されることが期待されている。多数決原理による取締役会の運営において、1人の社外取締役に議決権比率以上の影響力を認めることも望ましくない。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ていることは否定しえないが、利益相反関係が認められる事項についても、直ちに決議ができなくなるわけではなく、社外取締役の存在により、①決議に際して重要な情報の提供がいっそう促され、審議が深まること、②決議に際して、経営者を牽制する立場から賛否に際してまずは否を投じると想定し、議事が十分に尽くされ、追加に否の票が1つ増えても過半数の賛成があったといえる場合には、決議を無効とする必要はないようと思われる。不在が長期であることは、①の点が満たされていないという評価に結びつけられることになる。このような解釈は、最高裁昭和44年判決の枠組みにおいても可能ではないかと思われる。

(7)施行日と経過措置

○社外取締役の義務づけ:

改正法の施行時に上場会社等であるものは、施行後最初に終了する事業年度に関する定時株主総会の終結時までは適用しない(附則5条)。∴施行に対応するための臨時株主総会招集等の負担を回避するため(一問一答162頁)。

(例)3月決算の上場会社等→令和3年6月の定時株主総会で社外取締役を選任すれば足りる。

(例)施行後に適用対象に含まれることになった会社→適用対象になった時点から社外取締役を置いていることが必要。

○株主総会参考書類:

施行日前に招集された株主総会・種類株主総会のほか、施行日以降に期末が訪れる会社が、最初に招集す

る定時株主総会以前に開催する株主総会・種類株主総会の株主総会参考書類における社外取締役関係の記載については、従前の例による（附則 7 項・8 項・9 項）。3 月決算の会社は、2021 年に開催する最初の定時株主総会以降、新ルールが適用。

○事業報告：

施行日前に期末が到来した事業年度のうち最終のものおよび施行日以後に最初に期末が到来する事業年度にかかる事業報告の記載は、従前の例による（11 項・12 項）→3 月決算の会社が、2021 年 3 月以降最初の定時株主総会にむけて作成する事業報告は旧ルールによる（社外取締役を置かないことにおける理由の記載が必要）。

2. 業務執行の社外取締役への委託

(1) 改正の概要

（業務の執行の社外取締役への委託）

348 条の 2 株式会社（指名委員会等設置会社を除く。）が社外取締役を置いている場合において、当該株式会社と取締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は、当該株式会社は、その都度、取締役の決定（取締役会設置会社にあっては、取締役会の決議）によって、当該株式会社の業務を執行することを社外取締役に委託することができる。

2 指名委員会等設置会社と執行役との利益が相反する状況にあるとき、その他執行役が指名委員会等設置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は、当該指名委員会等設置会社は、その都度、取締役会の決議によって、当該指名委員会等設置会社の業務を執行することを社外取締役に委託することができる。

3 前二項の規定により委託された業務の執行は、第二条第十五号イに規定する株式会社の業務の執行に該当しないものとする。ただし、社外取締役が業務執行取締役（指名委員会等設置会社にあっては、執行役）の指揮命令により当該委託された業務を執行したときは、この限りでない。

○対応する会社法施行規則の改正

会社法施行規則 2 条 3 項 6 号の修正（業務執行者の定義から、348 条の 2 第 1 項および第 2 項の委託を受けた社外取締役を除く）。

(2) 背景

○業務執行に該当する行為をした場合の社外取締役の地位：その時点で社外取締役の要件を満たさなくなる。→社外取締役ではなくなる（→責任限定契約に関する 427 条も適用されなくなる）。

○構造的な利益相反関係があるマネジメント・バイアウトや親子会社間の取引において、社外取締役が、業務執行者から独立した立場で、株主の利益に適う条件であるか等につき、審査し、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実務の普及。→これらの行為が「当該株式会社の業務を執行した」ことに該当すると、社外取締役の要件を事後的に欠くことになるおそれがあることから（2 条 15 号イ）、これらの実務を萎縮させることがないよう立法によりセーフハーバーを設けることが求められた。

○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）報告書（2015 年 7

月 24 日) 同別紙 3 「法的論点に関する解釈指針」 5 頁以下

https://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/sansei/corporate_gov_sys/report_001.html

https://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/sansei/corporate_gov_sys/pdf/report01_b03_00.pdf

第 2 社外取締役の役割・機能等 2. 業務執行性

○ 「業務を執行した」(会社法 2 条 15 号イ) 取締役が社外取締役となれない趣旨は、監督①及び監督②の監督機能を担う社外取締役と被監督者である業務執行者の分離独立を確保することにある。したがって、業務執行者の指揮命令系統に属して行われる行為が、「業務を執行した」にあたるものである。

○ 例えば、以下の行為は、通常は業務執行者の指揮命令系統に属しては行われない行為であり、原則として「業務を執行した」にはあたらない。

- ① 業務執行者から独立した内部通報の窓口となること
- ② 業務執行者から独立した立場で調査を行うために、企業不祥事の内部調査委員会の委員として調査に関わること
- ③ 内部統制システムを通じて行われる調査等に対して、業務執行者から独立した立場に基づき、指示や指摘をすること
- ④ MBO における以下のような行為 ・対象会社の取締役会の意見表明（賛同の是非、応募推奨の是非、アドバイザーの選任等）について検討を行うこと
 - ・MBO や買付者に関する情報収集を行うこと
 - ・買付者との間で交渉を行うこと
- ⑤ 第三者割当による株式の発行、支配株主との重要な取引等を行う場合等、上場規則に基づき必要となる場合において、業務執行者から独立した立場から意見を述べること
- ⑥ 任意に設置されたコンプライアンス委員会に出席し、自らの経験を基に役職員に対するレクチャーを行う等、社内におけるコンプライアンス向上の活動に関与すること
- ⑦ 経営会議その他、経営方針に関する協議を行う取締役会以外の会議体に社外取締役が出席し、意見すること
- ⑧ 社外取締役が、その人脈を生かして、自ら M&A その他の商取引の相手方を発見し、紹介すること
- ⑨ 株主や投資家との対話や面談を行うこと

←日本再興戦略 2015 年版

「「攻め」のガバナンス体制の強化

取締役会による経営の監督が実効性の高いものとなるよう、取締役会が経営陣に決定を委任できる業務の範囲（取締役会への上程が不要な事項）や、社外取締役が社外性を有したまま行える行為の範囲等に関する会社法の解釈指針を作成し、公表する。【本年夏までに作成、公表】】

○ 「公正なM&Aの在り方に関する指針」(2019 年 6 月 28 日)（「企業価値の向上およ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)：特別委員会の構成員として社外取締役に期待 (23 頁以下)。

<https://www.meti.go.jp/press/2019/06/20190628004/20190628004.html>

https://www.meti.go.jp/press/2019/06/20190628004/20190628004_01.pdf

- a) 社外取締役 - 社外取締役は、①株主総会において選任され、会社に対して法律上義務と責任を負い、株主からの責任追及の対象ともなり得ること、②取締役会の構成員として経営判断に直接関与することが本来的に予定された者であること、③対象会社の事業にも一定の知見を有していること等を踏まえると、特別委員会の役割に照らして、社外取締役が委員として最も適任であると考えられ、独立性を有する 社外取締役がいる場合には、原則として、その中から委員を選任することが望ましい。また、社外取締役が委員長を務めることも、特別委員会の実効性を高めるため実

務上の工夫の一つとして考えられる。

- b) 社外監査役 - 社外監査役は、①本来的に経営判断に直接関与することが予定された者ではないものの、取締役会への出席・意見陳述義務や取締役の行為の差止請求権等を通じて、間接的な形で経営に関与すること、②株主総会において選任され、会社に対して法律上義務と責任を負い、株主からの責任追及の対象ともなり得ること、③対象会社の事業にも一定の知見を有していること等を踏まえると、取締役会に占める社外取締役が少数にとどまる現状においては、社外取締役を補完するものとして、社外監査役も委員としての適格性を有するものと考えることが妥当である。
- c) 社外有識者 - これに対して、社外有識者は、株主総会において株主の付託を受けて選任されているわけではなく、社外役員に比べて会社や株主に対する責任関係も不明確であり、株主による直接の責任追及も困難であるものの、M&Aに関する専門性（手続の公正性や企業価値評価に関する専門的知見）を補うために、社外取締役および社外監査役に加えて、社外有識者を委員として選任することは否定されない。

→実務では、外部専門家を中心であった特別委員会の構成が社外取締役中心に変化しているようである。

<https://www.plutuscon.jp/reports/7669>

○監査役の兼任禁止違反に関する解釈は業務執行該当性につき参考になるが、応用には限界がある（相容れない他の業務を取りやめればよい、という形で解決はできないから）。

（参考裁判例）

- ・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）に反しないか。：特定の事件に限られる限り、反しない（最判昭和 61・2・18 民集 40 卷 1 号 32 頁）。
- ・兼任が禁止される地位にある者が監査役に選任された場合の決議の効力：兼任禁止規定は、欠格事由を定めたわけではなく、選任された者が監査役の就任を承諾したときに、従前の地位を辞任していればよい。辞任したものと解するべきであるが、仮に辞任しなくとも、監査役の任務解怠責任が問題となることはあっても、選任決議の効力には影響しない（最判平成元・9・19 判時 1354 号 149 頁。顧問弁護士が監査役に選任された事案。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）。

（3）社外性と業務執行概念の関係

○立法過程における議論：本条の創設により、「業務執行」にかかる従来の解釈に影響を及ぼすことは予定されていない（中間試案の補足説明第 2 部第二 1、神田（5）6 頁）。司法判断を事前に得られないことに伴う実務の萎縮を回避するための、セーフハーバールールであるとされる。

○我が国においては、社外取締役の定義を商法ないし会社法に置き、現行法に至るまで、社外性を基礎づける一要素として当該会社の「業務を執行していない」ことを要求してきた。

平成 13 年 12 月改正後商法 188 条 2 項 7 号の 2(登記事項の定め)：

七ノ二 取締役ガ其ノ会社ノ業務ヲ執行セザル取締役ニシテ過去ニ其ノ会社又ハ子会社（第二百十一条ノ二第一項ノ子会社ヲ謂フ以下此ノ号ニ於テ同ジ）ノ業務ヲ執行スル取締役又ハ支配人其ノ他ノ使用人トナリタルコトナク且現ニ子会社ノ業務ヲ執行スル取締役又ハ其ノ会社若ハ子会社ノ支配人其ノ他ノ使用人ニ非ザルモノ（以下社外取締役ト称ス）ナルトキハ其ノ旨

(定義)

2条

15 社外取締役 株式会社の取締役であって、次に掲げる要件のいずれにも該当するものをいう。

イ 当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役（株式会社の第三百六十三条第一項各号に掲げる取締役及び当該株式会社の業務を執行したその他の取締役をいう。以下同じ。）若しくは執行役又は支配人その他の使用人（以下「業務執行取締役等」という。）でなく、かつ、その就任の前十年間当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役等であったことがないこと。

ロ その就任の前十年内のいずれかの時において当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与（会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員）又は監査役であったことがある者（業務執行取締役等であったことがあるものを除く。）にあっては、当該取締役、会計参与又は監査役への就任の前十年間当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役等であったことがないこと。

ハ 当該株式会社の親会社等（自然人であるものに限る。）又は親会社等の取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の使用人でないこと。

ニ 当該株式会社の親会社等の子会社等（当該株式会社及びその子会社を除く。）の業務執行取締役等でないこと。

ホ 当該株式会社の取締役若しくは執行役若しくは支配人その他の重要な使用人又は親会社等（自然人であるものに限る。）の配偶者又は二親等内の親族でないこと。

○（コメント）他方で、「業務執行」の本来の意味は非常に広範である。

「業務執行」は、営利法人において、自然人がその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、事業（business）に関わる行為に限られない。現行法は、「業務執行の意思決定」と「業務を執行する」ことを分けており、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」に該当することになりそうであるが、（何の裁量もなく、誰でもなし得るような）決められたことを機械的に実行することだけの行為については、その扱い手と対象事項との利害関係も希薄であるから、実際に問題とすべきは、何らかの裁量が与えられた場面である。

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ものの、取締役会において業務執行の意思決定に加わり、委員会活動を行うことも予定されている。これにより生じる問題は、会社法 415 条の「別段の定めがある場合を除き」が解消しているが、社外取締役の定義における業務執行概念までは手当てがされていない。

社外取締役制度の趣旨に照らして、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はある。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、業務執行の意思決定に参与し、委員会活動をすること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解されていない、と理解する余地がある（このことは、監査等委員会設置会社における社外取締役にも当てはまる）。

しかし、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はなく、また、その態様もさまざまであるため、上記のような解釈で対応することに限界がある。そのため、今回のような立法に一定の意義が認められる。

(参考)

昭和 25 年改正前商法 260 条（昭和 13 年改正前商法 169 条）会社ノ業務執行ハ定款ニ別段ノ定メナキトキハ取締役ノ過半数ヲ以テ決ス（以下略）

平成 18 年改正前民法 52 条 2 項 理事数人アル場合ニ於テ定款又ハ寄附行為ニ別段ノ定メナキトキハ法人ノ事務ハ理事ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス

同 67 条 1 項 法人ノ業務ハ主務官庁ノ監督ニ属ス

同 3 項 主務官庁ハ何時ニテモ職權ヲ以テ法人ノ業務及ヒ財産ノ状況ヲ検査スルコトヲ得

○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（参考、前述の社外取締役の在り方に関する実務指針）
- ・「解任の主導権をとる」ことへの期待
- ・疋田ほか：「…コーポレートガバナンスの観点から逆効果となる可能性もあるため、社外取締役は、「非業務執行」という立場を踏まえ、過度に細かい業務執行に立ち入らないことが重要である。」

この点については、インタビュー調査においても、「社外取締役は、社内の役員が気付かないような本質論について議論を行い、後は執行陣に任せる。そのバランスが大事だと思っている」との意見や「社外取締役として気を付けていることは、執行のマイクロマネジメントにならないようにするということだ。社外取締役は自分が経営側に立ってやってきた方が多いので、つい執行の領域に深く入り、全てを決めたくなってしまいがちだが、それはあくまでも執行側の役割であり社外取締役の役割ではない。そこまで執行に携わりたいのであれば、業務執行取締役に就任すべきだ」との意見が寄せられた。」

（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」

○会社法 356 条 1 項 2 号・3 号を含み、それに限られない（部会資料 20 第四 1 の補足説明）。議論において、例としてあげられてきたもの：立案担当者は、マネジメント・バイアウト、株式会社と取締役・執行役との間の利益相反取引、親子会社間の取引を挙げている（一問一答 153 頁）。このほか、現金を対価とする少数株主の締め出しが挙げられている（神田（5）7 頁、部会資料 20 第四 1 補足説明 1(3)18 頁）。

①「会社と取締役・執行役との利益が相反する状況にある場合」（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」

①「会社と取締役・執行役との利益が相反する状況にある場合」（例示）

○議論で挙げられた例：伝統的な利益相反取引

○その他考えられる例

- ・会社不祥事に関する調査（白井 9 頁）
- ・一定の業務の意思決定において、AI の活用がされる場合、AI のアルゴリズムに関するコードが取締役の報酬に用いられる KPI に有利な判断をするように書かれる可能性があり、この利益相反性の監視が今後の課題となる。社外取締役（ないし任意の報酬委員会等）が、プログラミングの知識のある者の助

力を得てチェックをするような場合が①に該当すると考えられる。

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」

○(当初の案)「株主の共同の利益を損なうおそれがある」→「株主の利益を損なうおそれがある」

・共同の利益という表現では、キャッシュアウトのような場合を含むのは難しいから(神田(5)7頁、部会資料25参照)。

○「取締役・執行役が株式会社の業務を執行することにより」という文言において、取締役・執行役が業務につき利益相反関係にあることを含んでいると解するべきであると思われる(本条が、利益相反性がある場面を想定していると解する見解として、神作46頁、松中44頁、白井7頁)。

→取締役と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の典型は支配株主が関係するとき(取締役自身は当該行為から直接利益を得ないが、利益を得る支配株主の影響下にあるから)。

○②の例(神田(5)7頁参照):親子会社間の取引や少数株主の締め出し(対立しているのは、会社と取締役の利益ではなく、支配株主と少数株主の利益)、MBO(対立しているのは、買い手となる取締役と売り手となる株主)、防衛策の発動(対立しているのは、防衛策の発動を望む取締役と買収を望む株主)。

(5)取締役会決議による委託

○348条の2はこれらの行為を行っても社外性が失われない、と定めているのではなく、取締役会決議を要することとした。実質的な意義は、後述(7)のように、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点に認められる。

○社外取締役が行う特定の行為が社外性を害しない、という規定ぶりと比較した場合の利点としては、セーフハーバーのメリットを享受しうる範囲を裁判外で当事者が可視化できることが挙げられる。

→今後、社外取締役が何らかの行為をするときには、取締役会による授権が必要である、という解釈を生む契機となった。また、348条の2が適用される行為が「業務執行」であるとすれば、監査役が担うことが難しいという問題も生じうる(ただし、監査役の兼任禁止規定は、業務執行に結びつけられておらず、解釈上、業務執行はできないと解されているにとどまる。松中46頁参照)。

○(検討)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、対象事項につき取締役会構成員が利益相反関係にあるため、取締役会自体がその条件等の審査を担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をするという関係が認められる場面であると解される。したがって、このような利益相反性がない場面は、そもそも本条の適用場面には入らないと考えるべきである。

利益相反性の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、取締役会決議が不要な活動であるというべきである。そのような活動の一例は、弁護士資格をもっている社外取締役が、会社と全くの第三者との間の特定の訴訟事件について代理人となること(第6回会議〔前田雅弘委員発言〕)が挙げられる。

現行法によれば、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、業務執行について特定の者に何らかの裁量を委ねられる場合には、取締役会決議による委任が必要となる。業務執行を広

範に解すると以下のような不都合も生じる。

解任に向けて主導権をとるような場面においては、通常は、解任に至る前に、個々の業務執行や業務執行者の行為の是非に関する意見の対立等があり、それらを巡って、取締役間でフォーマルだけでなく、インフォーマルな情報交換・意見交換があると思われる。個々の行為を阻止する行為は差止めに当たりそうだが、差止めの権限は、(監査等委員、監査委員以外の)取締役には与えられていない。社外性を否定されないために取締役会の授権が必要であるとすれば、このような意見の表明はできず、少数の社外取締役が行う解任に向けた多数派工作も「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、ということにもなるおそれがある。

また、社外取締役が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場合には、取締役会に求められた役割を発揮していると考えられることから、取締役会の決議によりその妥当性をコントロールすることを期待することはできない。

しかし、これらの活動が継続的になれば、業務執行に直接介入しているという事態も生じうる。解釈論としては、結局のところ、このような活動は会社法 348 条の 2 の適用範囲には含まれないが、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ならないものと解される。

このような問題が生じるのは、「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つけた結果である(社外取締役の地位、責任限定契約が利用できる範囲等)。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および問題となっている個々の事項との間に利害関係がないという点に認められるのであり、抽象的に業務執行に関与していないということを要件とするのは過剰規制となっているおそれがある。

(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

- このような場合には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た
- 業務執行取締役との協働が必要となる場面で、注意を要する(松中 45 頁・白井 8 頁・山本=野澤 15 頁)。

(7) 「その都度、」取締役の決定・取締役会決議により委託

- 上記の業務を社外取締役が誰の監督も受けずに野放図に継続的に担うという事態を生じないようにするため(神田(5)5 頁・部会資料 20 第四 1 の補足説明 2)。
- その都度:個別の事案ごと(一問一答 154 頁)。

監査等委員会設置会社・指名委員会等設置会社において、取締役・執行役に委任できない(399 条の 13 第 5 項 6 号・416 条第 4 項 6 号)。監査役設置会社では、取締役に委任できない(一問一答 154 頁)。

- 取締役会による撤回:セーフハーバーのメリットを受けられなくなるだけ。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。

(8) 指名委員会等設置会社

- 指名委員会等設置会社においては、業務執行は執行役が担う(418 条 2 号)、社外取締役であるか否かにかかわらず、業務執行をすることができない(415 条)、というように、取締役の立ち位置が違うこと

から、別立てで規定された（一問一答 155 頁、かならず取締役会が置かれ、必ず社外取締役がいることから、1 項と 2 項には文言に違いがある）。

○本条 2 項は、会社法 415 条における「別段の定め」に該当する（一問一答 155 頁）。

(9)開示

○社外取締役への業務執行の委託にかかる改正に対応した、事業報告の記載事項の変更はなされていない（一問一答 152 頁注 1 参照）。社外取締役への業務執行の委託がただちに事業報告の記載内容になることはない。「株式会社の会社役員に関する重要な事項」（会社則 121 条 11 号）、「各社外役員の当該事業年度における主要な活動状況」（同令 124 条 4 号）に該当すれば、記載することが必要となる（意見募集の結果 45 頁）。

○監査等委員または監査委員である社外取締役が、会社法 348 条の 2 第 1 項・2 項の委託を受けた業務を執行する場合における、監査職務の適性が損なわれることのないようにするための措置が講じられていれば、内部統制システム等の整備にかかる事項（会社則 118 条 2 号）として記載対象となる（意見募集の結果 46 頁）。

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

中間試案

【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までであること。

【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

・社内の事情に精通していない社外取締役が取締役会における個別の業務執行の決定に逐一関与しなければならないとすると機動的な業務執行の決定を阻害。

・業務執行への関与が深くなれば、社外取締役の監督機能を損ねる。

○会社法 362 条 4 項の重要性の審査基準（最判平成 6 年 1 月 20 日民集 48 卷 1 号 1 頁）。

○上記の提案の意義：結果として、社外取締役の選任義務づけが実現した改正法の下では、

「内外に発信されるメッセージは、社外取締役が取締役会で個別の業務執行の決定に参加する方法での監督も含む意味での監督が行われるというメッセージとなる。ここでいう監督には、たとえば、経営陣が実行しようとしている重要な財産の処分などについて、それが株主利益に反する場合、社外取締役が賛成せずに、考え方直すように要求する形での監督が含まれるということである」（飯田 17 頁）。

(3)改正が見送られた理由

○立案担当者：パブリック・コメントにおいて、ニーズが乏しいという意見等が多く寄せられたため（神田(5)11頁、一問一答162頁）。

- 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。

○飯田19頁：

・現行法の規律は、株主の集合行為問題の存在を前提に、会社法が、株主に変わって定款の内容を決めているという側面がある。

・3つの形態のみを認める現行法が提示するメニューがわかりやすい場合のメリットとして、ネットワーク効果、法解釈の蓄積による予見可能性、情報収集のコスト低減がある。しかし、実際の取締役会の運用、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。

・改正消極論③が挙げる「わかりやすさ」があるとすれば、それは国民・利用者にとってのわかりやすさということになろう。

(4)実務における付議規準の見直しの動き

○解釈指針3頁：モニタリングモデルを指向する会社については、主として監督機能を果たす取締役会においては、『重要な業務執行の決定』とは、基本的には、具体的な業務執行の決定は含まず、経営戦略や経営計画の策定やこれらに準ずる程度に『重要な』ものに限られる。①任意に設置される指名委員会および報酬委員会、②社外取締役の選任、③内部統制システムの構築・運用の三点を挙げ、これらの要件を満たす会社については取締役会決議事項を限定的に解すべきとする。

○高木25頁：改正が見送られた理由②につき、これは上記解釈指針に沿った実務運営により監査役設置会社においても取締役会決議事項は相当に絞り込むことができる。

○江川37頁：上場会社13社の取締役会実務を比較した調査において、委員会設置であるか監査役会設置であるかにより、法定決議として上程される事項の数に大きな差はなく、むしろ、企業ごとに、委員会設置・監査役設置を問わず、法定決議事項・報告事項の解釈が企業ごとに大きく異なる可能性があることを示唆する結果となっている（江川32頁）。このことは、取締役会の付議事項が多すぎる要因は、専決事項の法定および重要な業務執行につき保守的な解釈に依らざるを得ないことではなく、任意の報告・決議事項が多いことを示唆する（江川37頁）。

(5)今後の方向性

○第12回会議・藤田友敬委員発言：

「理論的には、監査役設置会社にこういう選択肢を認めてはいけないという理由はないと思います。柔軟な設計を認めることにも意味があり得るとは思うのですが、パブコメや当部会での議論では、意外と経済団体が反対している。なぜだろうと思うのですが、もしこういうことを認めることができが、かえって企業の機関設計の選択に混乱をもたらしたり、選択がゆがめられるというふうなことを恐れ、現在の制度の中で選んだ方が分かりやすくて使いやすいというのであれば、現段階で無理に導入すべきではなく、これを積極的に支持することもないと思います。」

日本企業の取締役会構成は、ここ10年ほどで劇的に変わってきた状態です。長期的に見ますと、機関構成の在り方について、どこかでもう一度見直し、整理し直すことはしなければいけないと思います。そのときに、この問題も含めてやった方がいいのかもしれません。その方が、個別に自由度を増やしたりするより、一貫した改正できるのではないかというような気もします。ですから、今回の提案が間違っているから反対だと言うつもりもありませんが、経済団体が望んでもいないのに、理屈としては間違っていないからやるべきだと積極的に支持するつもりもありません。」

○(検討)社外取締役の義務づけがされたときに、監査役設置会社の取締役会に社外取締役がいることを念頭に議論をする必要があったが、中間試案の段階では、社外取締役の選任義務づけに関する提案の方向性が不明であり、社外取締役の義務づけがされた場合に現行法のままでよいか、という問い合わせがパブリックコメントで十分にされたかは不明。

実際に現行法は、どのルールが適用されるべきかという意味ではわかりやすいが、現行法の規律は複雑で、なぜそのようになっているのかという理由付けも、経路依存性を抜きに説明できない。

上場会社については、昭和56年商法改正が想定していたものとはずいぶんと様相を異にする環境に置かれるようになった。立法論としては、昭和56年改正前に戻り、現在の状況下ならどのようなコードを書くか、という視点で検討すべきではないか。平成26年会社法改正により株式を上場している株式会社(正確には株式につき有価証券報告書を提出している会社)という区分が設けられた。上場会社は、資本市場と取引所の規律に服する点において、ガバナンスのメカニズムが、そうでない会社と異なる。今後は、上場会社とそうでない会社を分けて、会社法の規律も設計していくべきではないかと思われる。

上場会社(資本市場による監視があり、2つのコードの存在する)においては、監査役・監査等委員会・指名委員会等のいずれを設置しているかにかかわらず、取締役会の権限の規定は、会社法416条でよいのではないか。

そうでない会社の株式の所有構造は多様だが、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運営の透明性の確保は重要な意義を有すると考えられる。会社法で決議事項に関する規定を強行法規として設けることの意義が大きい(決議の効力の問題に結びつけられる可能性が高い/司法判断・登記実務による監視/内部からの規律も働き易くなる)。このような会社においては、会社法362条4項を維持する意義は引き続き認められるかもしれない。

●参考文献

- 阿南剛「近時の社外取締役に期待される役割の深化・職務の広がりと選任・就任時の留意点」資料版/商事法務430号(2020)6頁
- 飯田秀総「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託」商事法務2234号(2020)16頁
- 江川雅子「コーポレートガバナンス・コード導入後の取締役会の実態」商事法務2196号(2020)29頁
- 神作裕之「社外取締役一選任の義務付け、業務執行の委託」ジュリスト1542号(2020)46頁
- 神田秀樹「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する要綱案」の解説(5)」商事法務2195号(2019)4頁
- 神田秀樹ほか「〈座談会〉令和元年改正会社法の考え方」商事法務2230号(2020)31頁〔竹林俊憲

発言)。

- 白井正和「社外取締役の選任義務づけと業務執行の委託」商事法務 2234 号 (2020) 4 頁
- 高木弘明「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」商事法務 2234 号 (2020) 24 頁
- 土田正彦ほか「『社外取締役のあり方に関する実務指針』の解説」商事法務 2239 号 (2020) 4 頁
- 松中学「社外取締役の活用等—選任義務づけと業務執行の委託」法律のひろば73巻3号 (2020) 43 頁
- 山本憲光=野澤大和「社外取締役の活用等」商事法務 2234 号 (2020) 14 頁
- 渡辺邦広/邊英基「社外取締役の活用に関する実務上の留意点」商事法務 2234 号 (2020) 26 頁
- 「(視点) 令和元年会社法改正に伴う法務省令の改正手続にみる会社法制のあり方」資料版/商事法務440頁 (2020年) 3頁 (「視点」として引用)
- 三菱UFJ信託銀行法人コンサルティング部会社法務・コーポレートガバナンスコンサルティング室「社外取締役および社外監査役の構成の分析」資料版/商事法務438号 (2020) 6頁 (「構成の分析」として引用)
- 「会社法の改正に伴う法務省関係政令及び改正法施行規則等の改正に関する意見募集の結果について」 (「意見募集の結果」として引用)

<https://public-comment.e-gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCM1040&id=300080224&Mode=1>