

## 社外取締役を置くことの義務付け等に関する論点の検討

### 第1 社外取締役を置くことの義務付け

監査役会設置会社（公開会社であり、かつ、大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（以下「上場会社等」という。）は、社外取締役を置かなければならないものとするについて、どのように考えるか。

（補足説明）

本文は、上場会社等は、社外取締役を置かなければならないものとするについて、どのように考えるかを問うものである。

会社法の一部を改正する法律（平成26年法律第90号。以下「改正法」という。）により、事業年度の末日において上場会社等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こととされ（会社法第327条の2）、これと併せて、会社法施行規則等の一部を改正する省令（平成27年法務省令第6号。以下「改正省令」という。）により、「社外取締役を置くことが相当でない理由」を事業報告及び株主総会参考書類の内容とし、株主に開示することとされた（会社法施行規則第74条の2第1項、第124条第2項）。その上で、改正法附則第25条（以下「検討条項」という。）においては、「政府は、この法律の施行後二年を経過した場合において、社外取締役の選任状況その他の社会経済情勢の変化等を勘案し、企業統治に係る制度の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて、社外取締役を置くことの義務付け等所要の措置を講ずるものとする」こととされている。改正法の施行後2年が経過したところ、検討条項に基づき、社外取締役を置くことの義務付け等の措置を講ずる必要があると認められるかどうかについて検討する必要がある。

東京証券取引所の全上場会社における社外取締役の選任比率は、改正法の施行前から増加傾向にあり、平成26年度においては64.4パーセント（市場第一部においては74.3パーセント）であったが、改正法の施行後更に増加して、平成29年度においては96.9パーセント（市場第一部においては99.6パーセント）となっている。

このような上場会社における社外取締役の選任状況の下において、社外取締役を置くことの義務付け等の措置を講ずべきかどうかについては、社外取締役の選任比率が大幅に増加しているからこそ、その選任の義務付けをしても負担は必ずしも小さくなく、社外取締役は、少数株主を含む全ての株主に共通する株主共同の利益を代弁する立場にあるので、少なくとも一人の社外取締役を置くことが必要であるという指摘がある。他方で、社外取締役を置かなくてよいと説明しているごく少数の株式会社についてまで社外取締役を置くことを一律に強制すること

は適切でないという指摘もある。

## 第2 社外取締役の行為の業務執行該当性

社外取締役の行為に関して次のような規律を設けることについて、どのように考えるか。

- (1) 株式会社と取締役との利益が相反する状況にある場合において、社外取締役が株式会社の業務に関する行為（業務執行取締役の指揮命令の下に執行する業務に関する行為を除く。以下「特定受託行為」という。）をすることが相当と認めるときは、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つては、取締役会の決議）によって、社外取締役に対して、当該特定受託行為をすることを委託することができるものとする。
- (2) (1)の場合において社外取締役が特定受託行為をしたことは、会社法第2条第15号イの「当該株式会社の業務を執行した」に当たらないものとする。

（補足説明）

本文は、株式会社と取締役との利益が相反する状況にある場合において、社外取締役が特定受託行為をすることが相当と認めるときは、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つては、取締役会の決議）によって、社外取締役に対して、当該特定受託行為をすることを委託することができるものとし、この場合において社外取締役が特定受託行為をしたことは、会社法第2条第15号イの「当該株式会社の業務を執行した」に当たらないものとするについて、どのように考えるかを問うものである。なお、本文は、指名委員会等設置会社以外の株式会社を念頭に置いており、指名委員会等設置会社において株式会社と執行役との利益が相反する場合にも本文と同様の規律を設けるべきかどうかなどについては、更に検討を要する。

会社法第2条第15号イは、社外取締役の要件の一つとして、「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363条第1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」いことを規定しており、取締役が「当該株式会社の業務を執行した」場合には、社外取締役の要件を満たさないこととなる。

「業務の執行」の意義については、伝統的に、会社事業に関する諸般の事務を処理することと広く解釈されてきたが、業務執行取締役等の定義においても「業務を執行した」の意義を広く捉えすぎると、社外取締役の活動機会を過度に制約するおそれがあるという指摘がある。例えば、取引の構造上株主と買収者である取締役との間に利益相反関係が認められると評価されるマネジメント・バイ・アウト等、株式会社と業務執行者その他の利害関係者との利益相反が問題となる場面において、実務上、取引の公正さを担保する措置として、対象会社の社外取締役が、対象会社の独立委員会の委員として、買収者との間で交渉を行う場合等があるが、社外取締役がこのような行為をしたことが「業務を執行した」に該当するか否かが問題となる。仮に、このような行為をしたことが「業務を執行した」に該当するとすれば、社外取締役には、株式会社と業務執行者その他の利害関係者との間の利益相反を監督することが期待されており、

社外取締役がこのような行為をすることは会社法の趣旨にかなうと考えられるにもかかわらず、当該行為をした取締役は、社外取締役の要件に該当しないこととなる。また、「業務を執行した」の意義について、社外取締役の要件との関係では、「業務を執行した」取締役は社外取締役の要件に該当しないこととする規律の趣旨が、監査役兼任規制と同様に、監督者である社外取締役の被監督者である業務執行者からの独立性を確保することにあることを理由として、取締役が継続的に業務に関与するか、又は代表取締役等の業務執行機関に従属的な立場で業務に関与した場合のみ、「業務を執行した」ことになると解すれば十分であって、特定の事項について会社から委託を受けて、業務執行機関から独立した立場で一時的に業務に関与することは、「業務を執行した」ことにはならないと解することができるのではないかという見解がある。

そこで、これらの指摘及び見解も踏まえ、本文のような規律を設けることが考えられる。なお、本文の「株式会社と取締役との利益が相反する状況にある場合」には、会社法第356条第1項第2号及び第3号に掲げる場合には該当しないときであっても、上記のとおり、取引の構造上株主と取締役との間に利益相反関係が認められると評価されるマネジメント・バイ・アウト等、株式会社と業務執行者との利益相反が問題となる場合を含むことを想定している。

他方で、前記見解のとおり、現行法の解釈としても、特定受託行為を行っても、会社法第2条第15号イの「当該株式会社の業務を執行した」に当たらないという見解に従えば、あえて本文のような規律を設ける必要はないとも考えられる。

### 第3 監査役設置会社における重要な業務執行の決定の取締役への委任に関する規律の見直し

会社法第362条第4項の規定にかかわらず、次に掲げる要件のいずれにも該当する監査役設置会社の取締役会は、監査等委員会設置会社の取締役会と同様の範囲内で、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとするについて、どのように考えるか。

- (1) 取締役の過半数が社外取締役であること。
- (2) 会計監査人設置会社であること。
- (3) 取締役会が経営の基本方針について決定していること。
- (4) 取締役会が会社法第362条第4項第6号に規定する体制の整備について決定していること。
- (5) 取締役の任期は、選任後1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とすること。

(注) 重要な業務執行である「重要な財産の処分及び譲受け」(会社法第362条第4項第1号)並びに「多額の借財」(同項第2号)の該当性について、軽微基準は設けないものとするので、どうか。

(補足説明)

- 1 本文は、会社法第362条第4項の規定にかかわらず、一定の要件に該当する監査役設置会社の取締役会は、監査等委員会設置会社の取締役会と同様の範囲内で、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとするについて、どのよう

に考えるかを問うものである。

会社法上、監査役設置会社の取締役会は、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができないものとされている（同法第362条第4項）ところ、裁判所が同項各号に掲げる事項及び同項柱書きの「その他の重要な業務執行」の範囲をどの程度厳格に解釈するか（例えば、同項第1号にいう重要な財産の処分に当たるか否かの判断基準に関する最判平成6年1月20日民集48巻1号1頁）を予見することが難しいために、監査役設置会社において、重要性が低いと思われる事項が取締役会の決議事項として上程されているという指摘がある。また、近時、我が国の株式会社は、その機関設計にかかわらず、企業間の国際的な競争が激しくなるなど、会社を取り巻く社会経済情勢の変化に対応するために、機動的に業務執行の決定をすることが求められている。そして、改正法の施行後、上場会社等である監査役設置会社において社外取締役の選任が進んでいるところ、社外取締役が株式会社の事業内容に必ずしも精通していない場合があることなどから、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することが難しくなるのみならず、社外取締役が、その期待される役割の一つである業務執行者の監督に専念することが難しくなるという指摘がある。機動的な業務執行の決定等の要請があるのであれば、それを可能とする機関設計（監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社）を選択すればよいという考え方もあり得るが、他方で、監査役設置会社において企業統治の実効性を高めながら、機動的な業務執行の決定等を志向する会社も存在し得るとも考えられる。また、監査役設置会社にも重要な業務執行の決定を取締役に委任することを認めた上で、各会社において、自社が採用した制度が企業統治の実効性を十分確保するものであることについて、株主や投資家に対して説明がされ、また、自社の業務執行がより適正かつ効率的に行われるようにするための工夫や努力が一層払われることになるという、いわゆる制度間競争を通じて、企業統治の実効性が一層高められることが期待できるとも考え得る。そこで、監査役設置会社においても、一定の要件に該当する場合には、取締役会は、監査等委員会設置会社の取締役会と同様の範囲内で、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとするのが考えられる。なお、仮に、一定の要件に該当する監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとする場合であっても、特別取締役制度（同法第373条）は存続させることを想定している。

- 2 会社法第362条第4項の規定にかかわらず、監査役設置会社の取締役会が、監査等委員会設置会社の取締役会と同様の範囲内で、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるのは、以下に述べる理由から、本文(1)から(5)までの要件のいずれにも該当する場合とすることが考えられる。

(1) 取締役の過半数が社外取締役であること

仮に、監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとする場合には、当該委任を受けた代表取締役等の業務執行者に対する監督の実効性を確保するために、取締役会の監督機能を強化する必要がある。

取締役会の決議において議決権を有する社外取締役には、業務執行者から独立した立場で、業務執行全般を評価し、これに基づき、取締役会における業務執行者の選定又は解職

の決定や業務執行者の報酬等の決定に関して議決権を行使することが期待されるところ、監査役設置会社の取締役の過半数が社外取締役である場合には、社外取締役のみの議決権の行使により取締役会における業務執行者の選定又は解職や業務執行者への報酬等の分配額を決定することができるため、取締役会は業務執行全般の監督機能を実効的に果たすことができる。したがって、監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとするためには、取締役の過半数が社外取締役でなければならないものとするのが考えられる。

(2) 会計監査人設置会社であること

重要な業務執行の決定の委任を受けた代表取締役等の業務執行者に対する取締役会の監督は、取締役会が、業務執行者が作成した計算書類を基礎として業務執行者の業務執行全般を事後的に評価することを通じて行われる。その評価の基礎となる計算書類の適正性及び信頼性を確保するためには、会計の専門知識を持った専門家である会計監査人によって業務執行者が作成した計算書類の監査を受ける必要がある。したがって、監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとするためには、会計監査人を置かなければならないものとするのが考えられる。

(3) 取締役会が経営の基本方針について決定していること

仮に、監査役設置会社の取締役会において、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとする場合には、業務執行者に対する監督をその職務とする取締役会に、その監督業務の遂行の一環として「経営の基本方針」の決定を義務付け、業務執行者がその経営の基本方針を逸脱していないかを監督させるものとするのが適切であると考えられる。そこで、監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとするためには、監査等委員会設置会社や指名委員会等設置会社の取締役会において「経営の基本方針」を決定しなければならないものとされていることと同様に、監査役設置会社の取締役会は、業務執行者の職務執行を監督するために「経営の基本方針」の決定をしなければならないものとするのが考えられる。

(4) 取締役会が会社法第362条第4項第6号に規定する体制の整備について決定していること

監査役設置会社の取締役会は、大会社でない限り、株式会社の業務の適正を確保するために必要な体制（以下「内部統制システム」という。）の整備についての決定が義務付けられていない（会社法第362条第5項参照）。しかし、仮に、監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとする場合には、取締役会が代表取締役等の業務執行者に対する監督を実効的に行うために、業務執行者の業務執行に関する情報を取得する必要があるが、常勤とは限らない社外取締役が自ら業務執行者の業務執行に関する情報を収集して業務執行者に対する監督を行うことは困難であると考えられる。なお、監査等委員会設置会社の監査等委員会や指名委員会等設置会社の監査委員会は、内部統制システムを利用して監査に必要な情報を入手し、また、必要に応じて内部統制部門に対して具体的指示を行うという方法で監査を行うこととなるため、監査等委員会設置会社及び指名委員会等設置会社の取締役会は、大会社であるかど

うかにかかわらず、内部統制システムの整備についての決定が義務付けられている（同法第399条の13第1項第1号ロ、ハ、第2項、第416条第1項第1号ロ、ハ、ホ、第2項）。

そこで、監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとするためには、取締役会は、業務執行者に対する監督に必要な情報が提供され、また、取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することその他株式会社の業務の適正を確保するために、監査等委員会設置会社及び指名委員会等設置会社と同様に、内部統制システムの整備（会社法第362条第4項第6号）について決定しなければならないものとするのが考えられる。

- (5) 取締役の任期は、選任後1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とすること

監査役設置会社においては監査専門機関である監査役が置かれてはいるものの、前記(1)のとおり、業務執行決定権限の委譲を受けた業務執行者に対する監督の実効性確保を取締役会の監督機能の強化によって図ることを前提とすれば、仮に、監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとする場合には、取締役の選任を通じた株主による監督を重要な業務執行の決定の委任が認められない監査役設置会社の取締役よりも頻繁に受けるものとするのが適切であると考えられる。なお、監査等委員会設置会社における監査等委員である取締役以外の取締役の任期は1年とされており（会社法第332条第3項）、指名委員会等設置会社における取締役の任期は1年とされている（同条第6項）。

そこで、監査役設置会社の取締役会が、その決議によって、重要な業務執行の決定を取締役に委任することができるものとするためには、取締役の任期は、選任後1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とすることが考えられる。

### 3 (注) について

(注) は、重要な業務執行である「重要な財産の処分及び譲受け」（会社法第362条第4項第1号）並びに「多額の借財」（同項第2号）の該当性について、軽微基準は設けないものとするを提案するものである。

重要な業務執行である「重要な財産の処分及び譲受け」並びに「多額の借財」に該当するか否かの判断基準が不明確であるために取締役会で重要性が低いと思われる多くの取引が付議事項とされ、その結果として取締役会の監督機能が阻害されているという認識を背景として、「重要な財産の処分及び譲受け」並びに「多額の借財」の該当性についても、量的な基準を軽微基準として定め、処分、譲受け又は借財の対象となる財産の額が、当該軽微基準を下回る場合には、取締役会決議を不要とはどうかという指摘がある。しかし、株式会社によって規模や財務状況等は異なるため、一律の量的な基準の設定は難しいと考えられる。また、現在の判例を前提とすると、軽微基準の水準が低いものにとどまる可能性があり、又は軽微基準を上回った場合には、全て取締役会に付議するという実務となるおそれがあり、軽微基準を設けても取締役会の監督機能が阻害されているという問題の抜本的解決にはならないという指摘や、近時、実務において、取締役会の決議事項について付議基準の見直しが進

んでいることに留意すべきであるという指摘もある。そこで、重要な業務執行である「重要な財産の処分及び譲受け」並びに「多額の借財」の該当性について、軽微基準を設けるものとするは必ずしも相当でないと考えられる。