

社外取締役の在り方に関する検討

(前注) 社外取締役に期待される役割(機能)については、第1から第3までの各論点を検討するに当たっての前提となるところ、例えば、法制審議会会社法制部会においては、社外取締役に期待される機能について、次の①から③までのように整理されている(法務省民事局参事官室「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」2頁)。

① 経営全般の監督機能

(a) 取締役会における重要事項の決定に関して議決権を行使すること等を通じて経営全般を監督する機能

(b) 経営全般の評価に基づき、取締役会における経営者の選定・解職の決定に関して議決権を行使すること等を通じて経営者を監督する機能(経営評価機能)

② 利益相反の監督機能

(a) 株式会社と経営者との間の利益相反を監督する機能

(b) 株式会社と経営者以外の利害関係者との間の利益相反を監督する機能

③ 経営効率の向上のための助言を行う機能(助言機能)

このほか、近時示されている社外取締役に期待される役割(機能)は、別紙のとおりである。

第1 社外取締役の活動範囲

社外取締役に期待される役割(機能)を踏まえ、「株式会社の業務を執行した」(会社法第2条第15号イ)の意義及びこれに関する立法上の手当ての要否について、どのように考えるか。

(補足説明)

1 問題の所在

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、業務を執行すると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(大隅79頁、江頭375頁も同旨)。しかし、このような解釈は、専ら取締役会が決定すべき事項の範囲や、代表取締役の権限が会社に関する事務全体に広範に及ぶことを述べるものであり、社外取締役が行うことができない「業務執行」とは何かを議論するものではなく、社外取締役の活動機会が大きく

拡大し、更なる拡大も期待される実情を踏まえれば、社外取締役の要件との関係では、「業務執行」の範囲について限定的な解釈が志向されるべきであるという指摘もある（石井ほか32頁）。

2 「株式会社の業務を執行した」の意義についての近時の見解

- (1) 会社法制定時には、「業務の執行」の意義については、株式会社の何らかの事務を行うということではなく、会社の目的である具体的事業活動に関与することを意味するとし、①監査委員が取締役に対する訴えの代表として訴訟行為をすること、②監査委員による執行役等の行為の差止め、③社外取締役による取締役会の招集、議論、議決権の行使、④社外取締役による株主総会の招集、⑤買収防衛策の発動の有無を社外取締役が決定することについては、社外取締役の「職務の執行」に該当するものの、会社の「業務の執行」に該当するものではないとする解釈も見られた（相澤ほか290頁）。

もっとも、このような解釈は、必ずしも従来から支持されてきたものではなく（田中14頁）、また、「具体的事業活動」への関与とそうでない行為との区別が明確ではないという指摘がされている（田中14頁、課題と展望84頁〔石井裕介発言〕）。

- (2) 近時は、「業務の執行」の意義について、①会社法第2条第15号の趣旨が、監査役の兼任規制と同様に、監督者の被監督者からの分離・独立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」ことになるか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、業務執行には当たらないと解することができるとする見解（田中14頁）や、②社外取締役の要件として業務執行に関与しないことが求められている趣旨が、業務執行者の指揮命令系統に属したことの影響を排除することにあることを理由として、社外取締役が行うことができない「業務執行」とは、業務執行者の指揮命令系統に属して行われるものに限られるとの見解（石井ほか32頁）、③社外取締役に期待される役割（経営全般の監督機能、利益相反の監督機能及び助言機能）を担うための行為については、経営者との一体化・従属を生じない限りにおいて業務執行には該当しないとする見解（大杉34頁、課題と展望83頁〔後藤元発言〕）が示されている。

そして、社外取締役の活用を積極的に推進する観点から、例えば、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「コーポレート・ガバナンスの実践～企業価値向上に向けたインセンティブと改革～」（以下「解釈指針」という。）においては、原則として「業務執行」には当たらないと解される行為として、以下の各行為が掲げられている（解釈指針6頁）。

- 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。
- (3) なお、社外役員を含めた非業務執行役員が担うことのできない行為とはどのようなものがあるかという点については相当難しい問題があり、この点について条文上何らかの手当てがされると、より社外取締役の活動の範囲が広がるかも知れないという指摘がある（課題と展望84頁〔石井裕介発言〕）。

3 検討

以上を踏まえ、「株式会社の業務を執行した」の意義及びこれに関する立法上の手当ての要否について、どのように考えるか。なお、本研究会の第1回では、これについて考える前提として、社外取締役はどういう観点から何をすべきで、何をしてはいけないかについて検討する必要があるという指摘があった（第1回議事要旨5頁）。

第2 社外取締役の情報収集権

社外取締役が、期待されている監督機能を十分に発揮するため、全ての重要な情報に確実にアクセスできるようにする方策を法的に確保する必要があるという指摘があるが、これについて、どのように考えるか。

(補足説明)

1 問題の所在

従来、社内出身の取締役が取締役会において十分な監督機能を果たせないことがあったことの主要な原因の一つとして、監督のために必要な情報を有していないことが挙げられていたところ、社外取締役であれば、更に情報を入手することは難しいと考えられる（弥永ガバナンス77頁）。そこで、社外取締役が、期待されている監督機能を発揮するためには、全ての重要な情報に確実にアクセスできるようにする方策を法

的に確保する必要があるという指摘がある（弥永情報収集5頁）。

2 取締役会を構成する個々の取締役の権限

会社法上、取締役会設置会社における取締役は、取締役会の構成員としての立場から、株主総会に出席し（会社法第314条参照）、各種の訴えを提起する権限を有する（会社法第828条第2項）（鈴木＝竹内243頁）。また、取締役会設置会社における取締役は、原則として、取締役会の招集権限を有する（同法第366条第1項）。

もっとも、取締役会の職務である取締役の職務の執行の監督（会社法第362条第2項第2号）の関係で必要となる業務・財産調査権については、個々の取締役にあるのではなく、取締役会にあり、したがって、取締役会を通じてのみ行使できるものと解するのが通説であると思われる（阿部ほか41頁～43頁〔江頭憲治郎発言、森本滋発言、菊池洋一発言〕、コンメ（8）219頁〔落合誠一〕、類型別662頁、会計帳簿等の閲覧請求権について東京地判平成23年10月18日金融・商事判例1421号60頁。ただし、反対説として江頭412頁、山城686頁、稲葉ほか130頁〔味村治〕）。

3 取締役会を構成する個々の取締役の監視義務の範囲

取締役会設置会社の取締役会を構成する個々の取締役は、その有する取締役会の招集権限や代表取締役の選定・解職権限及び支配人の選任・解任権限を用いながら、取締役会の審議ないし決議を通じて代表取締役、支配人らの業務の執行を監視すべき権利義務を有する（最判昭和37年8月28日集民62号273頁）。

会社の実情が直接の監視・監督を困難とするものになっていけば、会社の種類を問わず、内部統制システムを構築することが取締役に課された義務となると解されており（類型別260頁）、個々の取締役は代表取締役及び業務執行取締役が内部統制システムを構築すべき義務を適正に履行しているか否かを監視する義務を負うことになる（大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁）。

社外取締役について、取締役の善管注意義務が果たされたというためには、内部統制システムの内容として、社外取締役が、少なくとも十分な情報を入手し、かつ、適切な補助者を有し、あるいは専門家等に対して助言等を求めることができる体制が整備されていることが必要であるという考え方もあり得ると指摘されている（弥永情報収集8頁）。

4 検討

以上を踏まえ、社外取締役が全ての重要な情報に確実にアクセスできるようにする方策を法的に確保する必要があるとの指摘について、どのように考えるか。

また、内部統制システムの内容について、例えば、社外取締役が、少なくとも十分な情報を入手し、かつ、適切な補助者を有し、あるいは専門家等に対して助言等を求めることができる体制の整備について決定することを求めるなどの会社法施行規則上の手当ての要否について、どのように考えるか。

仮に、社外取締役の情報収集権について、会社法又は会社法施行規則上の手当てを講ずることとする場合には、社外取締役以外の非業務執行取締役についても同様の手当てを講ずる必要性について、どのように考えるか（なお、個々の取締役にも情報収

集権を認めるべきであるとする見解として、龍田7頁、江頭413頁、山城692頁がある。)

第3 社外取締役の選任の義務付けの可否等

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。）附則第25条（以下「検討条項」という。）が、「政府は、この法律の施行後2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。」としていることに照らし、社外取締役の選任の義務付けの可否やそれを検討するに当たり考慮すべき事項について、どのように考えるか。

（注）改正法の施行後間もない現段階において、社外取締役の選任の義務付けの可否等について検討することはできないという指摘もされている（第1回議事要旨5頁）。

（補足説明）

1 会社法上の規律

社外取締役の選任の義務付けについては、法制審議会会社法制部会において、重要な検討課題として取り上げられたが、次のとおり、賛成及び反対双方の意見が激しく対立し、コンセンサスが得られなかった。

① 賛成意見の主な理由

- ・ 業務執行者から独立した立場にある社外取締役には、業務執行者に対する適切な監督を期待することができる。
- ・ 社外取締役が一人でもいれば、取締役会の意思決定の透明性が高まる。
- ・ 監視される立場にある業務執行者の自律性に期待することには限界がある。
- ・ 社外取締役の選任を義務付けることにより、国内外の投資家の期待に応えることになる。

② 反対意見の主な理由

- ・ 社外取締役は、会社の事業やリスクに精通するには限界があるため、社外取締役を選任するだけで、取締役会の監督機能が高まるとは限らない。
- ・ 社外取締役の選任を義務付けると、かえって各会社の規模、業種、業態等に適した柔軟な企業統治体制の構築を阻害するので、社外取締役の導入は、各会社の自由な選択に任せるべきである。
- ・ 業務執行者は、自らに友好的な人材を選任することになるので、社外取締役の選任の義務付けは、実質的効果を持たない。
- ・ 社外監査役に加え、社外取締役の選任を義務付けることには、重複感・負担感がある。
- ・ 社外取締役となる人材の不足が懸念される。

そこで、法制審議会会社法制部会においては、社外取締役の選任の義務付けに代えて、上場会社等において、社外取締役が存しない場合には、「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することとされ（会社法制の見直しに関する要綱案第1部第一2の前注、会社法施行規則第74条の2、第124条第2項、第3項）、さらに、その後の自由民主党政務調査会法務部会における議論を踏まえ、「社外取締役を置くことが相当でない理由」の株主総会における説明義務に係る規定（会社法第327条の2）及び検討条項が追加され、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、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た（坂本5頁、6頁、81頁から84頁まで）。

2 上場規則上の規律

東京証券取引所の有価証券上場規程第436条の2の規定により、上場会社は、独立役員（一般株主との利益相反が生じるおそれのない社外取締役又は社外監査役）を1名以上確保することが義務付けられており、加えて、同第445条の4の規定により、上場会社は、取締役である独立役員を少なくとも1名以上確保するよう努めなければならないとされている。

また、株式会社東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コード～会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のために～」（以下「コーポレートガバナンス・コード」という。）（原則4-8）において、上場会社（市場第一部及び市場第二部）は、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とされており、2名以上の独立社外取締役の選任を行わない場合には、その理由の説明が求められることとなる。

3 社外取締役の選任の義務付けの可否を検討するに当たって考慮すべき事項

参考資料13（株式会社東京証券取引所が平成28年7月27日に公表した「東証上場会社における独立社外取締役の選任状況<確報>」）によると、上場会社（市場第一部）における社外取締役の選任比率は、改正法の成立前である平成25年は62.3パーセントにとどまっていたが、同法律施行後の平成27年は94.3パーセント、平成28年は98.8パーセントと増加し、100パーセントに近づいている。このように社外取締役の選任が進んでおり、その選任比率が100パーセントに近づいていることを踏まえ、社外取締役の選任の義務付けの可否やそれを検討するに当たり考慮すべき事項について、どのように考えるか。

例えば、「社外取締役を置くことが相当でない理由」の開示状況に照らすと、社外取締役を置いていない会社の類型は、取締役会の意思決定機能を重視している会社と将来的に社外取締役を選任すると見込まれる会社に二分されるとの指摘がある（塚本59頁）。そして、監査役設置会社である上場会社に対する独立社外取締役の導入に向けた圧力が強まり、また、その導入が進んでいる今日において、その導入をしないという選択をすることは容易ではない中で、あえて業務執行の意思決定機関としての取締役会を重視し、社外取締役を一人も置かないという選択をしているごく一部の会社にまで一律に社外取締役の選任を義務付けることについては疑問も呈されている（塚本開示分析66頁、塚本活用と見直し33頁）。

4 社外取締役の人数

参考資料13によると、上場会社（市場第一部）における2名以上の独立社外取締役の選任比率は、平成26年は21.5パーセントにとどまっていたが、平成27年は48.4パーセント、平成28年は79.8パーセントと増加している状況にある。

コーポレートガバナンス・コード（原則4-8）においては、独立社外取締役が、複数名存在すれば、有益な意見形成がなされる可能性が高まる上、その意見を取締役に反映することも格段に容易になると考えられることから、上場会社は、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とされている（油布ほか47頁）ほか、ISSの2016年日本向け議決権行使助言基準（5頁）においては、監査役設置会社について、株主総会後の取締役会に最低2名の社外取締役がいない場合には、経営トップである取締役の選任議案に対し、原則として反対を推奨するとされており（平成28年7月2日付け日本経済新聞朝刊によると、ISSは、監査等委員会設置会社では、社外取締役を4人以上起用するように求める方針であると報道されている。）。グラス・ルイスの2016年版議決権行使助言方針日本語要約版（2頁）においても、監査役会設置会について、取締役会の独立性基準は「最低2人以上の独立役員かつ取締役会の20%以上」であり、独立性基準を満たさない場合、責任追及という意味で、会長（会長職が存在しない場合、社長又はそれに準ずる役職の者）に対して、反対助言を行うとされている。

なお、社外取締役の人数に関しては、最適な社外取締役比率は各社の状況によって異なり、例えば成熟した大企業のように経営者がほとんど自社株を持たず、投資機会が限られているためキャッシュが豊富に貯まっている場合には、経営者を監視する必要性が高く、取締役会には高い独立性が求められ、社外取締役の比率が高いことが望ましいと考えられるのに対し、新興企業のように事業の専門性が高く、経営者が株式の大半を所有し、投資機会が豊富にあり、キャッシュが不足状況にある企業では、取締役会の独立性の重要性は低く、社外取締役比率は低いことが最適であると考えられるとの指摘もある（齋藤70頁）。

これらの指摘等について、会社法上の規律を検討するに当たり、どのように考えるか。

社外取締役に期待される機能

● 株式会社東京証券取引所上場制度整備懇談会「独立役員に期待される役割」（平成22年3月31日）6頁、7頁

独立役員（※1）には、上場会社の取締役会などにおける業務執行に係る決定の局面等において、一般株主の利益への配慮がなされるよう、必要な意見を述べるなど、一般株主の利益保護を踏まえた行動をとることが期待されている。

独立役員は、上記の期待される役割を果たすにあたり、例えば次のような点を考慮した適切な判断を行うことが望まれる。

- ・ 上場会社の業務執行に係る決定等が、その会社の事業目的の遂行及び企業価値の向上という視点からみて合理的なものであるかどうか。特に、一般株主の利益に対する配慮が十分に行われているか。
- ・ 業務執行に係る決定等を独立役員として適切に評価するために必要な情報が、あらかじめ十分に提供されているか。
- ・ 業務執行に係る決定等の目的、内容及び企業価値に与える影響が、正確、適切に開示されるよう工夫されているか。

● 日本取締役協会「社外取締役・取締役会に期待される役割について（提言）」（平成26年3月7日）2頁

- 社外取締役・取締役会の主たる職務は、経営（業務執行）の意思決定ではなく、経営者（業務執行者）の「監督」である。
- 「監督」の中核は、経営者が策定した経営戦略・計画に照らして、その成果が妥当であったかを検証し、最終的には現在の経営者に経営を委ねることの是非について判断することである。
- 前記に加え、経営者の評価や投資家の投資判断の前提となる財務情報の重要性に鑑み、その信頼性を高める観点、経営者の報酬を成果に応じた合理的なものとする観点、経営者の利益相反行為の抑止、更には適切なリスク管理体制の構築などの観点からも、社外取締役による経営者の監督が期待されている。

● 株式会社東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コード～会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のために～」（平成27年6月1日）

【原則4－7. 独立社外取締役の役割・責務】

上場会社は、独立社外取締役（※2）には、特に以下の役割・責務を果たすことが期待されることに留意しつつ、その有効な活用を図るべきである。

- (i) 経営の方針や経営改善について、自らの知見に基づき、会社の持続的な成長を促し中長期的な企業価値の向上を図る、との観点からの助言を行うこと。
- (ii) 経営陣幹部の選解任その他の取締役会の重要な意思決定を通じ、経営の監督

を行うこと。

(iii) 会社と経営陣・支配株主等との間の利益相反を監督すること。

(iv) 経営陣・支配株主から独立した立場で、少数株主をはじめとするステークホルダーの意見を取締役に適切に反映させること。

● 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「コーポレート・ガバナンスの実践～企業価値向上に向けたインセンティブと改革～」(平成27年7月24日)別紙3「法的論点に関する解釈指針」5頁

○ 社外取締役の役割・機能は、概要以下のように整理できる。

① 指名や報酬の決定を通じた業務執行の適切な評価と、評価等を通じた将来志向のインセンティブ付けによる監督

② 利益相反の監督

③ 助言や議決権の行使による業務執行の意思決定への関与

○ このような社外取締役の役割・機能を活用することにより、会社の意思決定の適法性や合理性を確保することが可能となる。

※1 「独立役員」とは、一般株主と利益相反が生じるおそれのない社外取締役又は社外監査役をいう。

※2 「独立社外取締役」とは、独立役員として届け出られている社外取締役をいう。

会社法研究会資料10 参考文献一覧
(太字ゴシック体は略称を示す)

- 鈴木竹雄＝竹内昭夫『法律学全集28 会社法』(有斐閣, 新版, 昭和62年)
- 大隅健一郎『会社法論上巻』(有斐閣, 第3版, 1991)
- 稲葉威雄ほか『[新訂版] 実務相談株式会社法3』(商事法務, 平成4年)
- 山城将美「取締役の社内情報収集権－取締役会活性化への一提言－」酒巻先生古稀記念『公開会社と閉鎖会社の法理』686頁(商事法務, 平成4年)
- 阿部一正ほか『条解・会社法の研究7 取締役(2)』別冊商事法務200号(平成9年)
- 龍田節「日本のコーポレート・ガバナンスの基本的問題」商事1692号(2004)
- 相澤哲ほか『論点解説新・会社法』(商事法務, 2007)
- 落合誠一編『会社法コンメンタール(8)』(商事法務, 2009)
- 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟II [第三版]』(判例タイムズ社, 2011)
- 弥永真生「コーポレート・ガバナンスは何のためにあるのか」ビジネス法務12巻9号(2012)
- 田中亘「MBOにおける特別委員会」金融・商事判例1425号(2013)
- 田中亘ほか「座談会 会社法制の今後の課題と展望」商事2000号(2013)
- 弥永真生「社外取締役と情報収集等」商事2028号(2014)
- 江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣, 第6版, 2015)
- 石井裕介ほか「平成26年会社法改正を踏まえた実務の検討(1)コーポレート・ガバナンスに関する規律の見直し」商事2056号(2015)
- 大杉謙一「業務執行」法学教室415号(2015)
- 坂本三郎編『一問一答平成26年改正会社法』(商事法務, 第2版, 2015)
- 油布志行ほか「「コーポレートガバナンス・コード原案」の解説 [IV・完]」商事2065号(2015)
- 塚本英巨「独立社外取締役の活用と取締役会の上程事項の見直し」商事2080号(2015)
- 齋藤卓爾「経済学からみた社外取締役」企業会計68巻2号(2016)
- 塚本英巨『「社外取締役を置くことが相当でない理由」の開示分析』企業会計68巻2号(2016)

以上