

issue 11.10.3

report no.26 「改正会社法の下での企業法務」

Seiwa・Meitetsu Legal-map

改正会社法の下での企業法務

～企業統治の在り方に関する検討事項の概要～

成和明哲法律事務所
企業法務研究部会・実務報告

弁護士	渡	邊	顯	※	弁護士	土	岐	敦	司	※	
弁護士	卜	部	忠	史	弁護士	西	江		章		
弁護士	渡	辺	昭	典	弁護士	田	代	桂	子		
弁護士	辺	見	紀	男	弁護士	福	田	大	助		
弁護士	武	井	洋	一	※	弁護士	飯	田	直	樹	
弁護士	西	村		賢	弁護士	佐	藤	弘	康		
弁護士	中	島	雪	枝	※	弁護士	山	内	宏	光	
弁護士	樋	口		達	※	弁護士	村	瀬	幸	子	※
弁護士	平	井	智	子	※	弁護士	赤	根	妙	子	※
弁護士	山	下	成	美							

※は、本報告書の作成に関与した者である。

改正会社法の下での企業法務 ～企業統治の在り方に関する検討事項の概要～

第1 会社法制見直しの議論の背景

現在、法制審議会会社法部会において、会社を取り巻く幅広い利害関係者からの一層の信頼を確保する観点から、企業統治の在り方や親子会社に関する規律等を見直す必要があるとして、会社法制の見直しの議論が続けられています。（なお、会議は平成22年4月28日より10回開催されており、震災の影響で一時中断していましたが、平成23年7月27日より再開しています。）

実際に改正が行われるかについて、本稿掲載時点では明らかではありません。ただ、現在議論されている内容から、会社法制の問題点を事前に把握しておくことは、コーポレートガバナンス上も有益であると考えられることから、本稿では、まず議論の概要について整理しています。

第2 法制審議会会社法部会における検討事項の概要

会社法制の見直しは、以下の1～3の分類で進められています。

本稿では、1の分類についての概要を整理いたします。

1 企業統治の在り方（以下（1）～（3）は、本稿における小見出し）

（1）取締役会の監督機能に関する見直し

- ア 社外取締役の選任の義務付けの可否
- イ 監査・監督委員会設置会社制度（仮称）の創設
- ウ 社外取締役の要件の見直し

（2）監査役の監督機能に関する見直し

- ア 社外監査役の要件の見直し
- イ 監査の実効性を確保するための仕組みの見直し
- ウ 会計監査人の選解任等に関する議案等及び報酬等の決定を監査役（会）の権限とすることについて

（3）資金調達の場合における企業統治

- ア 第三者割当てによる募集株式の発行等の際の株主総会決議の要否
- イ 株式の併合についての見直し
- ウ その他

2 親子会社に関する規律（企業結合法制）

- （1）親会社株主の保護
- （2）子会社の少数株主・債権者の保護
- （3）企業結合の形成過程等に関する規律

3 その他

第3 企業統治の在り方についての検討事項の概要

1 取締役会の監督機能に関する見直し

(1) 前提

現在、「取締役会による（経営の）監督機能の充実」という観点から、社外取締役の機能を活用する内容での見直しが議論されています。

議論の背景として、現行法上は、監査役が代表取締役の選定及び解職の権限を有しないため、監査役制度による取締役の職務執行に関する監査の実効性について、特に海外の投資家等からの理解が得られていないとの指摘がなされていることが挙げられています。

一方、監査役に上記権限を認めることは、業務執行（決定）機関から分離された監査専門機関による監査という監査役制度の本質と整合しないとの本質論からの指摘もなされているところです。

そこで、取締役会による監督機能に着眼し、社外取締役の活用による取締役会による監督機能の充実の方法として、①監査役会設置会社における社外取締役の選任の義務付けと、②社外取締役が構成員となる監査・監督委員会設置会社制度（仮称）の創設の2つの観点から、会社法制の見直しが検討されています。

■取締役会の監督機能に関する見直し

(前提) 社外取締役の機能の活用による取締役会による監督機能の充実

①監査役会設置会社における社外取締役の選任の義務付け

②社外取締役が構成員となる監査・監督委員会設置会社制度（仮称）の創設

*①②に共通して、③社外取締役の要件の見直しについても議論があります。

(別稿「社外取締役の要件が厳格化されるか?～実務上の問題点と今後の展望～」参照。)

なお、上記の見直しの議論の前提として、社外取締役に期待されている機能は以下のとおり整理されています。各方向性について議論は、かかる機能の実効性確保の観点から進められています。

■社外取締役に期待されている機能（以下「機能①～③」と言います。）

- ① 経営効率の向上のための助言を行う機能（助言機能）
- ② 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など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などを通じて経営者を監督する機能(経営評価機能)
- ③ 利益相反の監督機能
 - (a) 会社と経営者との間の利益相反を監督する機能
 - (b) 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

(2) ① 監査役会設置会社における社外取締役の選任の義務付け

ア 見直しの内容

社外取締役の機能のうち、経営全般の監督機能（機能②）、利益相反の監督機能（機能③）は、経営者の監督についての機能です。そのため、監督機能の実効性確保の観点から、経営者に社外取締役の選任の判断を委ねるのではなく、法的ルールによりその選任を一律に強制し、各機能の実効性の強化を図ることの可否について議論がなされています。

イ 議論の状況

義務化賛成の立場からは、海外投資家からの信頼を維持するためには、（少なくとも1名の）社外取締役選任義務化は必要という意見が出されています。

一方、義務化反対の立場からは、社外取締役の義務付けについての立法事実の検討が十分ではない、企業のガバナンス構造は、各企業の自発的な努力に任せるべきであり、法的に一定のガバナンス体制を強制することは適当ではない、法律で義務付けると、それが会社の設立無効、取締役決議の無効原因になるので、そこまでの効力を持たせるべきか、他の制度に対する影響が大きく、見直しをしなければならない点が多い等の意見がだされています。

ウ 実務上の問題点

社外取締役の選任が義務づけられた場合、社外取締役の人材確保の点での負担が問題となります。選任が義務付けられる社外取締役の人数、および社外取締役の選任義務付けの対象となる会社の範囲については議論が進められているところですが、あらかじめ身近に社外取締役の要件を満たす人材がいないか、選任は可能か等の検討を進めておく必要があります。

(3) ② 社外取締役が構成員となる監査・監督委員会設置会社制度（仮称）の創設

ア 制度の見直しの内容

監査役会設置会社は、社外監査役に加えて社外取締役を強制することの負担感が著しいことから利用しやすい機関設計ではなくなること、一方、委員会設置会社は、指名委員会と報酬委員会を置くことに抵抗感があり導入が進んでいないことから、監査役、指名委員会及び報酬委員会を置かず、社外取締役が構成員の中心となる監査・監督委員会（仮称）が監査等を担う制度（「監査・監督委員会設置会社制度（仮称）」）の創設が議論されています。本制度は、社外取締役が、取締役会決議における議決権行使等を通じて監督機能を果たすことにより、経営に対する監督の実効性が高まることを期待するものです。

イ 議論の状況

監査・監督委員会設置会社制度（仮称）の創設については、現行法の機関設計と比べ、監査機能、経営監督機能について劣ることがないよう慎重な検討が必要であるという意見がありますが、概ね賛成の方向で議論が進められています。

なお、監査・監督委員（仮称）は取締役会の構成員として業務執行の決定に関与することから、かえって経営に対する監督の実効性が阻害されるのではないかとの意見もありますが、この点については、自ら業務執行せず、業務執行と監督の分離が図られるのであれば解決できる問題であるとの指摘がなされているところです。

現在進められている監査・監督委員会設置会社制度（仮称）の設計に関する議論の内容は以下のとおりです。

(ア) 構成

- ①監査・監督委員の過半数を社外取締役とする。
- ②監査・監督委員は、委員会設置会社における監査委員会の委員と同様に、業務執行取締役等を兼ねることができないものとする。
- ③業務執行の決定に関与することから、監査・監督委員となる取締役

かそれ以外の取締役かを問わず、任期を一律に1年とする。

- * 監査・監督委員の全てが非常勤になる可能性あり、社内の状況を把握した上での適切で有効な監査・監督活動が期待しづらくなるという指摘から、常勤者（常勤監督委員）の選定の義務付けを求める意見もあります。

(イ) 経営者からの独立性を確保するための仕組み

監査・監督委員会設置会社においては、指名委員会及び報酬委員会が置かれないことから、監査・監督委員会の経営者からの独立性を適切に確保し得る代替的な仕組みについて、以下の①②の意見が挙げられています。

① 監査・監督委員の選定及び解職を取締役会決議で行う

(取締役会選定型)

- ・ 選定に際し、出席した社外取締役の過半数の賛成を要件として追加する。
- ・ 解職に際し、監査・監督委員の過半数の賛成を追加するか、監査・監督委員会の同意を要するものとする。
- ・ その他社外取締役の選任に関する株主総会での意見陳述権または社外取締役の選任議案に関する同意権を付与する。

② 監査・監督委員の選解任を株主総会の決議事項とする

(株主総会選出型)

- ・ 株主総会における取締役の選任決議に際して、監査・監督委員となる取締役と他の取締役とを区別し、両者を別枠で選任するものとする。
- ・ 監査・監督委員となる取締役の選任に関し、監査・監督委員会に対して、議案への同意及び議題・議案の提案権を付与する。
- * 経営者からの独立性確保等の点から、株主総会選出型が望ましいという意見が多い状況です。

(ウ) 権限

- ・ 委員会設置会社の監査委員（会）と同様の権限のほか、例えば、経営評価機能（機能②（b））に鑑み、取締役の選任等に関する株主総会での意見陳述権を付与することなどについて検討されている。その他、利益相反を監督する機能（機能③（a））に鑑み、取締役の利益相反取引について、監査・監督委員会が賛成する場合には、取締役の任務懈怠の推定規定（会社法423条3項）を適用除外とすることなどが考えられている。

- * 取締役の任務懈怠の推定規定の適用除外については、慎重に検討

すべきという意見が多い状況です。

(エ) 取締役会から業務執行者に対する業務執行の決定の委任の範囲

- ・委任の範囲をより広く認めることで、取締役会における決議事項を特に重要性の高い事項に限定し、当該事項についての審議を充実させ、取締役会の監督機能の実効性確保に資するとともに、複数の社外取締役を選任した場合にも、取締役会の機動性を確保するようにすることが考えられる。

ウ 実務上の問題点

機関設計の選択の幅が増えることによって、機関設計の選択の理由が問われることとなります。監査・監督委員会設置会社制度（仮称）を選択したとしても、實際上現在の社外監査役が、そのまま社外取締役として選任されるということが考えられますので、いずれの機関設計が望ましいかは十分な検討が必要です。

また、監査役、指名委員会、報酬委員会を置かない制度ですので、そこだけ見ると監査役という名称を使わないだけで、委員会設置会社の弱体化のように見えるため、逆に株主の理解が得づらいのではないかとこの指摘が考えられます。

(4) ③ 社外取締役の要件の見直し

ア 見直しの内容

現在、法制審議会会社法制部会において、会社法制見直しに関する検討が進められています。

その中で、社外取締役の要件について、以下のように現在の要件に追加することが検討されています。

- i 会社と一定の資本関係を有する者（親会社、支配株主等）の関係者でないこと。
- ii 会社と一定の事業上の関係を有する者（重要な取引先等）の関係者でないこと。
- iii 会社の経営者の近親者でないこと。

他方で、現行法では、過去に一度でも経営者の指揮命令系統に属したことがある者は、社外取締役の要件を満たさないこととされています（会社法第2条第15号「株式会社の取締役であつて、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でなく、かつ、過去に当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人となったことがないものをいう。)が、これについて、以下の点で要件緩和も検討されています。

iv 就任前の一定期間（例えば、10年間等）における会社等との関係によるものとする（社外取締役の要件に係る対象期間の限定）。

イ 議論の背景

社外取締役が会社の利害関係者と一定の関係を有する場合、利害関係者が社外取締役に影響を及ぼしうるため、社外取締役が会社の利益を犠牲にして利害関係者の利益を図り、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（機能③（b））の実効性を阻害する可能性があるとの指摘がなされています。

ウ 改正内容の問題点

以下の①～③について、議論がなされているところです。

議論の詳細につきましては、別稿「社外取締役の要件が厳格化されるか？～実務上の問題点と今後の展望～」をご参照ください。

- ① 要件の範囲の明確性
- ② 責任限定契約等の規律が適用される取締役の範囲
- ③ 社外取締役の要件についての期間の定め

2 監査役の監査機能に関する見直し

(1) 社外監査役の要件の見直し

ア 議論の背景

社外取締役の要件を見直すこととする場合、社外監査役の要件も同様の見直しをすべきであるとの指摘がされています。

イ 実務上の問題点

社外取締役の要件の見直しと同様に、責任限定契約を締結することができる監査役の範囲や、社外監査役の要件に係る対象期間の限定の当否が問題とされています。

(2) 監査の実効性を確保するための仕組みの見直し

ア 議論の背景

現行法上、大会社は、「取締役の職務の執行が法令及び定款に適合する

ことを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」（上記体制について、以下「内部統制システム」という。）を決定しなければならないとされ（会社法 348 条 4 項、3 項 4 号、362 条 5 項・4 項 6 号）、法務省令では、内部統制システムには、監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制を含むものとされ（会社法施行規則 98 条 4 項、100 条 3 項）、内部統制システムの整備についての決定または決議の内容の概要は、事業報告の内容とされています（同規則 118 条 2 号）。また、その相当性に関する事項が監査報告の内容とされています（同規則 129 条 1 項 5 号、130 条 2 項 2 号）。

この点について、監査役と内部統制システムとの関係から、規律の見直しを検討すべきとの指摘がなされています。

イ 検討されている事項

- ・ 事業報告の内容に、内部統制システムの運用状況の内容の概要等を追加する。
- ・ 内部統制システムに含まれる事項に、監査費用に係る会社の方針に関する事項を追加する。
- ・ 内部統制システムに含まれる事項に、「使用人が監査役に法令違反等の情報を提供したことを理由として当該使用人に対して不利益な取扱いをしないようにするための体制」を明記する。

(3) 会計監査人の選解任等に関する議案等及び報酬等の決定を監査役（会）の権限とすることについて

ア 議論の背景

現行法上、会計監査人の選解任等に関する議案等及び報酬等は、監査を受ける立場にある取締役（会）が決定しており、会計監査人の独立性の観点から問題があるとの指摘がなされています。

イ 議論の状況

意見が非常に分かれており、以下に挙げる議論以外にも多様な意見が出されています。

【肯定的な意見】

- ・ 監査役は監査費用について会社に対する請求権が認められているのであるから、会計監査人の報酬も監査費用の一つであると見ることができるのではないか。

【否定的な意見】

- ・ 監査役に決定権限を付与すると、別の機関による監査を受けることがない業務執行に関する決定を認める結果となるので、ガバナンスの基

本原則に反するのではないか。

- ・監査役による決定については是正が必要となった場合、監査役の地位が、任期4年（会社法336条1項）、株主総会における解任決議の要件が特別決議（会社法309条2項7号）と強化されていることから、監査役交代による是正が困難になるのではないか。
- ・会社の財務に関わる経営判断と密接に関係するので、業務執行と切り離して決定するのは妥当でないのではないか。

3 資金調達の場合における企業統治の在り方に関する見直し

(1) 第三者割当てによる募集株式の発行等

ア 議論の背景

第三者割当てに関する現行法の規律についての近時の指摘は、以下の①～③に整理することができます。

- ①既存の株主の議決権が希釈化されることを問題とするもの。
- ②会社の経営者が支配株主を選択することができることを問題とするもの。
- ③新たに支配権を獲得した株主が会社を搾取するおそれがあることを問題とするもの

イ 議論の状況

上記の問題意識に対しては、一定割合以上の株式の発行等がされる第三者割当てについて株主総会の決議を要するものとすべきであるとの指摘がなされています。

また、上記の問題意識に対して、東京証券取引所（以下「東証」といいます。）では、「第三者割当てに係る上場制度の整備」を平成21年8月に実施し、上場廃止基準（有価証券上場規程601条1項17号、同条1項9号の2、同施行規則601条13項6号）、企業行動規範条の遵守事項（有価証券上場規程432条）、第三者割当てに係る適時開示（有価証券上場規程402条本文、同施行規則402条の2）等の規程・規則を定めるほか、第三者割当てに係る決議・決定の前に、東証に事前相談するよう要請するなど運用面における対応も強化し、不適切な第三者割当ての未然防止に係る取組みが行われているところであり、東証の制度の他に会社法での規制が必要か否かについて様々な意見が出されています。

【肯定的な意見】

- ・上場廃止をいとわない会社に対しては、東証の制度（ソフト・ロー）では対応できない。

- ・親会社が出現するような第三者割当てでは、株主は実質的に組織再編に近い影響を受ける。

【否定的な意見】（主に経済界の意見）

- ・株主総会の決議事項となると、会社の資金繰りが急速に悪化している場合等 資金調達の緊急性が高い場合に柔軟な対応をすることができず、かえって株主の利益に反する結果となることもあり得る。
- ・まずは東証の制度の導入による効果を見極めるべきである。
- ・現行法の差止請求権（会社法 210 条）を活用等で対処できる

【その他】

例えば、社外取締役、監査役等による意見表明手続や、支配株主に対する株式買取請求手続（セル・アウト制度）を設けることの可否についても検討がなされています。

なお、上記【否定的な意見】の差止請求権の活用の指摘に関しては、第三者割当ての必要性・相当性に関する事項や割当予定先に関する事項を、株主に対して通知・公告すべき事項（会社法 201 条 3 項・4 項参照）や株主総会参考書類の記載事項（会社法 301 条 1 項参照）に加えること、および第三者割当ての必要性・相当性について、社外取締役・監査役による意見表明手続を設けることも議論されています。（ただ、差止請求において「著しく不公正な方法」の要件を充足するかについては、問題になります。裁判例では、会社の支配権に争いがある場合に特定の株主の持株比率を低下させ、経営者の支配権を維持することを主要な目的として行われる第三者割当ては、著しく不公正な方法による発行に当たるといふ、いわゆる主要目的ルールと呼ばれる考え方が有力です。そのため、そのような目的にかかわらず、「支配株主の持株比率を低下させて支配権を喪失させるような第三者割当て」であることから差止請求を認められるのかという点については議論を要するところです。）。

（2）株式の併合についての見直し

現行法上、株式の併合により発生する端数株式の株主（以下「端数株主」という。）に対して、端数の処理により交付されるべき金銭の額は、市場価格による売却等によって実際に得られた端数株式の代金の額とされています（会社法 235 条， 234 条 2 項・3 項）。このような処理によると、株式の併合に際しては、処理される端数が多く生ずる結果、市場価格が下落する場合や売却先の確保が困難となる場合があり得るため、端数株式について適切な対価が交付されないおそれがあることから、株式買取請求の付与が

議論されています。

かかる株式買取請求制度の適用対象については、キャッシュアウトを目的とする株式の併合に限定すべきであるとの指摘もなされていることから、議論の詳細については、別途「親子会社に関する検討事項」の「キャッシュ・アウトに関する規律の見直し」の項で解説します。

(3) その他の見直し

- ア 仮装払込みによる募集株式の発行等に関与した者の責任について
- イ 新株予約権無償割当てを用いて行う資金調達について

社外取締役の要件が厳格化されるか？ ～実務上の問題点と今後の展望～

1. 社外取締役の要件見直しの議論の背景

(1) 社外取締役の要件見直しとは

現在、法制審議会会社法制部会において、会社法制見直しに関する検討が進められています。

その中で、社外取締役の要件について、以下のように現在の要件に追加することが検討されています。

- i 会社と一定の資本関係を有する者（親会社、支配株主等）の関係者でないこと。
- ii 会社と一定の事業上の関係を有する者（重要な取引先等）の関係者でないこと。
- iii 会社の経営者の近親者でないこと。

また、現行法では、過去に一度でも経営者の指揮命令系統に属したことがある者は、社外取締役の要件を満たさないこととされています（会社法第2条第15号）が、これについて、以下の点で要件緩和も検討されています。

- iv 就任前の一定期間（例えば、10年間等）における会社等との関係によるものとする（社外取締役の要件に係る対象期間の限定）。

(2) 改正の議論の背景

(1) ア～ウのような社外取締役の要件見直しの議論が出てきた背景としては、現行法上、社外取締役は、「株式会社の取締役であつて、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言う。以下同じ。）若しくは執行役又は支配人その他の使用人でなく、かつ、過去に当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人となつたことがないもの」と定義されていますが（会社法第2条第15号）、経営に対する監督機能の実効性という観点からは、現行法における社外取締役の要件は十分とはいえず、経営者と利害関係を有しない「独立性」が必要であるとの指摘がされているという点が挙げられます。

また、(1) エのような要件緩和は、(1) ア～ウのような社外取締役の要件を見直すこととする場合におけるその人材確保の要請等も考慮して議論されています。

2. 独立役員の独立性に関する判断基準とどう違うのか？

ところで、上記1 (1) と良く似た制度として、上場会社を対象とした証券取引所規則で定められている「独立役員」の制度があります。

既に周知のとおりですが、原則として取締役と一般株主との利益相反が生じるおそれがあると判断される類型は、以下のとおりであり、これに該当すると「独立役員」としての要件を欠くと解されています。

- ① 当該会社の親会社又は兄弟会社の業務執行者 ☛上記1 (1) アに類似
- ② 当該会社を主要な取引先とする者若しくはその業務執行者又は当該会社の主要な取引先若しくはその業務執行者 ☛上記1 (1) イに類似
- ③ 当該会社から役員報酬以外に多額の金銭その他の財産を得ているコンサルタント、会計専門家又は法律専門家(当該財産を得ている者が法人、組合等の団体である場合は、当該団体に所属する者をいう。) ☛上記1 (1) イに類似
- ④ 最近において①から③までに該当していた者 ☛上記1 (1) エに類似
- ⑤ 次の(a)から(c)までのいずれかに掲げる者(重要でない者を除く。)の近親者 ☛上記1 (1) ウに類似
 - (a) ①から④までに掲げる者
 - (b) 当該会社又はその子会社の業務執行者(社外監査役を独立役員として指定する場合にあっては、業務執行者でない取締役又は会計参与(当該会計参与が法人である場合は、その職務を行うべき社員を含む)を含む。)
 - (c) 最近において前(b)に該当していた者

実際に会社法の改正として社外取締役の要件が変更されるかどうかは、本稿記載時点においては明らかではないですが、現行の「独立役員」の要件と同様の要件が定められる可能性があるため、上場会社以外の会社も、上記判断基準について、身近に満たす人材がないかも含めて、現段階から確認しておくといよいでしょう。

3. 実務上の問題点（1）立法化された場合の問題点

ア. 要件の明確性

上記1（1）i～iiiの要件の中で、「重要な取引先等」や、「経営者の近親者」の要件について、法的規律として適切かつ明確に定めることができるかが問題とされています。

たとえば、「取引先は多岐にわたり、それらとの関係性も多様であることから、類型的・構造的な問題が生じ得る範囲を明確に定めることは困難であり、取引先に関わる要件を追加することは現実的ではないのではないか」といった問題点の指摘があります。

要件が不明確であることで、社外取締役の社外性の要件が争われることとなり、後述するように、特に社外取締役が義務付けられた場合などに、実際には社外性のない取締役が参加した取締役会決議だったとして決議が無効になる等といった重大な結果を引き起こす可能性があるからです。

かかる問題点は、上記の要件を立法化することで生じる問題であり、独立性の要件の追加がそもそも立法に馴染むものか議論があるところです。

なお、既に運用が始まっている「独立役員」の要件に類似した規定を置くとした場合も、ソフトローとして柔軟に対応でき比較的問題の少ない東証等の基準とは異なり、やはり、立法化における不明確性の問題に伴う解釈問題等が残るでしょう。

また、独立役員要件が立法化されたとしても、現在独立役員となっている方が、新たな立法において、以下説明するように、要件を満たさない虞もあります。

例えば、現在、東証ホームページでは、独立役員届出書一覧が掲載されており、そのうち、過去に上記2の事由に該当していた者を独立役員として指定する場合には、その事実を踏まえてもなお一般株主と利益相反のおそれがないと判断し、独立役員として指定する理由を書く欄があります。

当該箇所を見てみると、現実には、上記1（1）の改正が全て行われた場合に、現在独立役員として届け出ている者でも、上記1（1）ア～ウの該当性に議論のある者や、エの限定期間の長さによっては社外取締役として認められない者が出てくることが予想されるのです。

たとえば、

- ①平成19年6月まで、当社の主要取引銀行である●銀行の常務執行役員であった。
- ②同氏は、金融機関における豊富な経験と経歴を通じて培われた幅広い見識がある。
- ③当社は複数の金融機関と取引をしており、同行からの借入額が当社の借入額全体に占める割合は特に大きいものではなく、同行が当社の意思決定に対し重大な影響を与えるおそれはない。

という理由で「独立役員」として指定された者については、①について、上記1（1）エの期間によっては、要件を満たさないことになり、②については、要件を満たすことの積極的な理由にはなりえず、③については、借入額全体に占める割合が大きいかどうかについて評価概念が入ってくるため、改正後の要件の明確性とも関連しますが、少なくとも解釈上は要件を満たさない可能性が出てくるわけです。

イ．責任限定契約等の規律が適用される取締役の範囲

さらに、責任限定契約等の規律が適用される取締役の範囲にも問題が生じ得ます。

すなわち、社外取締役の要件の見直しに合わせ、責任限定契約等の規律が適用される「社外取締役」の要件が変更された場合、従前の社外取締役のうち、改正後の社外取締役の要件に該当しなくても、知識、経験、インセンティブ等の面で経営全般の監督機能や会社と経営者との間の利益相反を監督する機能を実効的に果たすと考えられる者との間で、責任限定契約等の規律を適用できなくなるという問題が生じます。

その場合、新たに人材を確保する必要があるため、人材確保の点で、重大な影響があるといえます。

ウ．社外取締役の要件についての期間の定め

社外取締役と会社等との関係について、上記1（1）ivの就任前の一定期間（例えば、10年間等）の関係に限るかについての議論がなされているところであり、仮に一定期間に限らなければ、やはり人材確保の点で問題が生じ得ます。

(2) 要件厳格化によるその他の問題点（組織再編の活発化、要件の明確性）と今後の展望

上記のとおり、要件の明確性や、責任限定契約等の規律が適用される取締役の範囲等の実務上の問題点のほか、法制審議会会社法制部会内でも、特に、上記1（1）ア～ウの要件厳格化については多くの問題点が指摘されています。

すなわち、仮に要件を明確に定められたとしても、以下の場合には、どのように解釈されるか問題となることも予想されます。

ア. 要件に該当しているものとして選任された社外取締役が、実は最初から要件を満たしていなかったことが後に判明した場合、当該社外取締役が加わった取締役会決議は有効か？無効とする場合、取締役会決議を前提とした取引行為等も無効となってしまうのか？社外取締役の選任が義務付けられた場合にはこの点が特に問題になると思われる。

イ. 社外取締役の選任時点において、要件に該当していたものの、後に会社の資本政策等の変動により、事後的に要件を満たさなくなった場合、当該取締役は退任しなければならないのか？現在のように頻繁に企業再編が行われる状況下で実際にその都度対応することが困難ではないか？

このように、実際に改正が行われる場合には、非常に多くの論点が噴出されることが予想されるため、立法により何らかの経過措置が設定されることが予想されるものの、

- ・ 法務省等から公開されるであろう要件該当性の判断基準の確認
- ・ 当該要件に該当する人材の確保の準備
- ・ 組織再編の際の追加検討項目としての役員の人選
- ・ 資本政策や取引関係が変動した場合の要件該当性チェック
- ・ 株主総会における独立性該当についての質問の対応

などが必要となってきますので、改正状況には常に注意が必要です。

以上

(平成 23 年 10 月 1 日現在)