

平成20年7月2日

監査役制度改革有識者懇談会資料

**Re: 買収防衛策と監査役（論点整理）****一 関会長からのご指摘****1 「③ 第三者特別委員会の設置事例とその意義—買収防衛策ほか**

買収防衛策の導入是非及び導入後の発動・不発動の判断に当たり、取締役会の任意の諮問機関として、社外役員、外部有識者等で構成される特別委員会を設置するケースが増えている（「買収防衛策の事例分析」別冊商事法務310号によると、平成19年7月末時点で買収防衛策を導入した会社381社のうち85.8%に当たる327社が第三者委員会を設置）。

例えば米国では、上場企業の多くは会社と外形的にも実質的にも利害関係を有しない「独立取締役」が取締役会の大半を占めていることから、取締役会の意思決定がそのまま株主意思の投影として受け入れられやすい状況にある。一方、わが国においては、業務執行を兼ねる取締役が取締役会メンバーの過半を占めるケースが大半であることから、株主意思をどれだけ反映できるのか、議案いかによっては疑義が生じ兼ねない状況にあるといえる。そのため、買収防衛策の導入に当たって、経営者の恣意性を排除し客観・公正な判断を導くため、業務執行者から独立した第三者から成る特別委員会を設置し、そこでの判断を最大尊重するという意思決定プロセスを確保する動きとなって表れてきているものと考えられる。

第三者特別委員会を設置した事例によると、そのメンバー構成は、「社外監査役＋有識者」のパターンが42.2%と最も多く、社外監査役が何らかの形で関わっているケースが約7割（68.8%）に上るものの（前掲別冊商事法務）、外部有識者が関与しているケースも約7割（71.9%）ある。

買収防衛策の導入又は発動・不発動という、会社と一部株主とが対立する重要案件について会社が意思決定を行うに当たり、経営者から独立した立場にある者が公正な判断を下すことは必須である。

しかし、たとえ取締役会の任意の諮問機関とはいえ、株主の負託を受けておらず、した

がって会社に対する善管注意義務を一切負っていない外部有識者に会社の重要な意思決定を実質的に委ねることについては、取締役会の本来機能である会社の重要な意思決定機能と取締役の職務執行の監督機能の空洞化をもたらすという見方もできる。

このように、外部有識者を積極的に活用しようとする最近の傾向については、その要因の一つとして、大半の会社では取締役会の過半を社外取締役とするには至っていない現実があると考えられるが、こうした実態を踏まえ、わが国の取締役会をより実質化するためにはどうしたらよいか。また同じく業務執行者が取締役会の大半を占めているという実態を踏まえ、取締役会の実質化を補完するための機能として、株主の負託を受け会社に対する法的責任を負っている監査役（監査委員会）に、何らかの代替的な監視機能を担わせることも考えられるのではないか。」

## **2 「（２）株主と経営執行の利害調整にかかわる諸問題の顕在化—わが国資本市場の信任の喪失**

上場会社にとり、株主・資本市場から信任を得ることは不可欠である。しかし、現実には、上場会社の健全性確保に向けた取り組みや経営判断等が、株主・資本市場から期待に反すると指摘される事例が少なからず生起している。

わが国の上場企業に対する資本市場からの声・評価が年々厳しくなっているとの指摘も一部にある中、そうした諸課題は、株主・資本市場と経営・執行現場との意見の衝突が顕在化してきているとの見方もある。経営・執行から独立した機関として、株主から選任され会社に対して法的責任を負っている監査役としては、そうした会社と株主間の利害が衝突する諸問題について相応の役割を果たすことは、法が本来的に監査役に期待している職責と言えるのではないか。

### **① 買収防衛策**

買収防衛策に関しては、敵対的買収者により市場で大量買付行為が行われた場合、会社（取締役又は取締役会）としては、当該買収者が企業価値に与える影響等について意見を述べたり、買収防衛策の発動・不発動に関して判断するなどの対応が求められることとなる。こうした対応に際しては、業務執行者（経営者）と会社との利害相反の懸念を最小化するため、業務執行と利害関係を持たない会社役員が一定の役割を果たすことが期待され

ることとなる。

買収防衛策の導入又はその発動・不発動の判断に当たっては、実務上、前述の通り、取締役会の諮問機関として社外役員、外部有識者等で構成される第三者特別委員会を設置する傾向にある。こうした第三者機関の設置は、取締役会の多くを業務執行者が占めているというわが国企業の現状において、独立性と客観性の高い判断を導くための一つの方策といえるが、法律に基づき半数以上を社外監査役が占める監査役会にその任務を担わせるほうが、法が予定した会社機関間の役割分担から言えば、むしろ自然ではないか。またそうすることにより、買収防衛策の運用等について、現状で株主、取締役及び取締役会、司法の三者により行われている利害調整プロセスにおいて会社機関の一端を担う監査役が加わることとなり、より適正な買収の実現のためのインフラ整備に繋がることになるのではないか。またそのことは、買収防衛策の導入・発動等の判断を株主総会に諮ることの意義について、再考を促すことにもなるのではないか。

さらに、現時点で買収防衛策を導入した会社は上場企業の約一割といわれているが、今後、その導入がさらに一般化した場合、導入企業が常に人材を社外に求め、第三者特別委員会の設置が恒常化するということは現実的とは言えないばかりか、自律的で効率の良い企業運営を実現するという点からも、決して望ましいと言えるものではない。

わが国企業の取締役会の実態等を踏まえ、監査役会の独立性の再検討なども視野に入れ、買収防衛策の導入等の判断プロセスにおいて監査役会を活用する方策はないのか、検討する価値があるのではないか。」

## 二 監査役として果たしうる役割について一領域の三分法

- 1 監査役はその果たすべき法的義務を果たしていない（**義務領域**）
- 2 監査役がそうした職務を行うことに「誰も」メリットを有していない（禁止されていないが義務でもない領域＝**中間領域**）
- 3 監査役がそうした役割を果たすことが会社法上禁止されている（**禁止領域**）。

## 三 義務領域—現行法における監査役の法的義務

### 1 業務監査＋監査報告義務

監査役は取締役の職務執行を監査する＋監査結果について会社法施行規則105条に定めるところに従い監査報告を行わないといけない（381 I）。

### 2 事業報告監査＋監査報告義務

- ・ 事業報告について監査役は監査を行い、監査報告を作成しないと行けない（会社法436条2項・会社法施行規則129条）。
- ・ 事業報告に対する監査役監査報告の対象事項として、取締役の職務の遂行に関し、①不正の行為又は②**法令・定款に違反する重大な事実**があったときはその事実（施行規則129条1項3号）がある。

### 3 取締役会への報告義務等

監査役は、取締役が①不正の行為をしたと認めるとき、②不正の行為を行うおそれがあると認めるとき、③法令・定款に違反する事実があると認めるとき、④**著しく不当な事実**があると認めるときは、遅滞なく取締役会に報告しなければならない（382）＋監査役は、取締役会に出席する＋必要があれば意見を述べる（383）。

## 注 取締役等から監査役への情報提供

- (1) 取締役は、会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実があることを発見したときは、直ちに監査役に報告しなければならない（357）。
- (2) 取締役会は、業務の適正を確保するための体制の一環として「取締役及び使用人が監

査役に報告するための体制その他監査役への報告に関する体制」を決議しなければならない（会社法施行規則100条3項3号）

#### 4 株主総会提出議案等に対する調査義務

監査役は、取締役が株主総会に提出しようとする議案及び書類を調査しなければならない+①法令・定款に違反すると認めるとき、②著しく不当な事項があると認めるときは、その調査の結果を株主総会に報告しなければならない（384）

注 384条による監査役の調査結果があるときは、その結果の概要が株主総会参考書類に記載されないといけない（会社法施行規則73条1項2号<sup>1</sup>）。

#### 5 差止権

監査役は、取締役が①会社の目的の範囲外の行為その他法令・定款に違反する行為をしたと認める場合、②会社の目的の範囲外の行為その他法令・定款に違反する行為をするおそれがある場合で、当該行為によって会社に著しい損害が生ずるおそれがあるとき、取締役に対して当該行為を止めることを請求することが出来る+裁判所に仮処分を求めることも出来る（385）

#### 6 買収防衛策に関する監査役意見

監査役は以下の事業報告開示事項について、監査報告において意見を述べなければならない（会社法施行規則127+129）

(1) ①「会社の財務・事業の方針の決定を支配する者の在り方に関する基本方針（「基本方針」）に照らして不適切な者によって会社の財務・事業の方針の決定を支配されることを防止する取組み」及び②「会社の財産の有効な活用、適切な企業集団の形成その他の基本方針の実現に資する特別な取組み」が当該基本方針に沿うものであること

(2) ①②の取組みが株主共同の利益を損なうものではないこと

---

<sup>1</sup> 上場会社は書面投票制度の対象。

- (3) ①②の取組みが**会社役員**の地位の維持を目的とするものではないこと

#### 四 禁止領域—監査役が買収防衛策について意見等を述べることが何か法的規律に反しているか

- 1 業務執行者を兼ねてはいけないという規律（＝自己監査の弊害の回避）
- 2 「取締役」との法的立場の違い

#### 五 岩原先生のご指摘

1 「・・・いずれにせよこのような政策的な役割を監査役が果たすこととされたのは、母法であるドイツにおいて監査役が株主、特に大株主の代表として、取締役を選任・監督するだけでなく、会社と取締役の利害が相反するような場合等においては、自らが会社経営に関与することもありうるという立場にあったことを反映したものと思われる。

このような監査役の業務執行自体、もしくは業務執行の政策的判断への関与は、監査役の業務執行に係る妥当性監査権限を認める説が指摘するように、近時の会社法立法において、取締役の責任軽減案等への同意権が監査役に与えられたこと、株主代表訴訟における被告取締役側への会社の補助参加の同意権が与えられたこと、内部統制システムの相当性や買収防衛策に関する意見の監査報告書への記載等、個別の監査役権限拡充の中で進められているように思われる。このように監査役の業務監査権限は、原則は適法性監査に限られるものの、個別の監査役権限に関しては、妥当性監査を認めたり、場合によっては監査役が業務執行そのものを担うことが認められてきたわけであり、そのような権限を認めることは監査役に関する法体系に反するためにそもそもあり得ないとは言えないと思われる。業務執行や妥当性監査は元来は取締役（会）の権限事項であるが、政策的要素が低く、経営者からの独立性の高い判断が求められるような業務執行や妥当性監査の事項については、監査役の権限に帰属させてもよいということではなかろうか。」

「但し、買収防衛策・第三者割当増資・関連会社取引等の妥当性については、上述した事業報告書記載の買収防衛策の妥当性につき監査報告書に意見を記載する義務の例外を除けば、現行会社法上は監査役の権限が及ばないものと考えられる。立法論としても、これらの非常に政策的性の高い問題について、監査役が妥当性の判断をすることは、取締役会と

の間で会社の政策決定の二元化をもたらすことになって、基本的には適切でないように思われる。我が国の監査役・監査役会の場合、ドイツの監査役会におけるように、取締役と異なって株主総会で選任されることからくる株主の利益の唯一の代表機関という側面もないし、また従業員の利益の代表という側面もない。尤も、現在は買収防衛策に関してのみ規定されている監査役・監査役会による監査報告書への意見の記載を、第三者割当増資や関連会社取引等に拡大したり、これらに関する妥当性につき株主総会への報告事項に加えることなどは、政策決定の二元化の虞が少ない行為と考えられるのであれば、検討対象になりうるかもしれない。更にまた、取締役のそれらの行為が、会社との関係では違法とされないが、少数株主の利益を明らかに害するような場合、例えば、既存の株主の持株割合を毀損する著しく不公正な新株発行であるが、株主はそれに気付かない等の事情で株主による新株発行差止訴訟が提起されていないような場合に、監査役がそれを差し止めしたりする何らかの行為ができるような権限を与える法改正をすることは、検討課題たりうるように思われる。」

## 2 「Ⅲ 第三者特別委員会と監査役

### (1) 第三者特別委員会

買収防衛策の導入やその発動の判断にあたり、社外役員や社外の有識者により構成される第三者特別委員会が設置されて、その判断が参考にされることが多くなっている。このような役割は、社外監査役が半数以上を占めることが会社法により要求されている監査役会が果たすべきではないかという問題意識が存するところである。更にこのような視点を発展させて、その他にも、一定規模以上の第三者割当増資の合理性や、関連会社取引の取引条件の合理性等、会社経営者又は支配株主と、会社（株主）又は少数株主の間の、利益相反する問題につき、監査役が役割を果たすべきことが問題とされている。

このようないわゆる第三者特別委員会の会社法上の意義については、結局、取締役会が買収防衛策・第三者割当増資・関連会社取引等を決定するのに当って、その判断の合理性を担保するために、自らの決定手続を慎重ならしめるために設けた手続に過ぎないと考えられる。そのような第三者特別委員会の議を経たということは、経営判断に当って慎重な検討等の手続が尽くされたかという、裁判所が経営判断原則を適用するうえでの一材料に

なるだけではなかろうか。経営判断原則も適用しえないような利益相反事例にあつては、当該会社行為の実質的な合理性を裁判所が判断するうえでの、単なる参考資料になるだけであろう。

このようなことから、第三者特別委員会の存在自体は過大評価されるべきではなく、その活用をもって監査役制度の空洞化を問題にすることはないと思われる。もし問題があるとすれば、それらの問題につき監査役が本来果たすべき役割を果たしていないのではないか、あるいはもっと役割を果たすことのできる余地があるのではないか、という点にあるように思われる。」

## 六 買収防衛策と監査役の関与に関する論点整理

1 本論点整理において「買収防衛策」とは、いわゆる「事前警告型の買収防衛策」<sup>2</sup>をまずは念頭に置いて議論を行う。

- ・ またその重要性に照らして、有事の買収防衛策の運用・発動の是非について論点整理を行う。

2 「買収防衛策」においては新株予約権が活用され、その発行は基本的に取締役会決議をもって行われることから、取締役会決議の適正性の確保が論点となる。

- ・ 買収防衛策の発動・不発動が問題となる局面では、取締役会の判断に利益相反のおそれ（「会社役員の地位の維持を目的とする」おそれ）があることから、こうした利益相反に基づいた判断ではないことを確保するために、監査役が果たすべき（果たしうる）役割が論点となる。

- ・ ブルドックの最高裁決定は、差別的行使条件付新株予約権の無償割当てについては、「会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持するためのものである場合には、原則として著しく不公正な方法によるものと解すべきである」と判示している。

3 買収防衛策の発動が取締役会決議により現に行われようとしている場合については、前回の大規模第三者割当増資に関する論点整理に準じて、監査役の意見のあり方を検討することでどうか。

- ・ ①法令・定款違反の事実が認められないこと＋②著しく不当な事実（会社法 382 条参照）

---

<sup>2</sup> 条件決議型や（導入数は少ないが）信託型買収防衛策も含まれる。要はライツプラン的機能が企図された買収防衛策である。

がないこと。特に経営陣の保身のために発動を決議していないことが重要となろう。

4 買収防衛策の発動は、株主意思の原則に則ることが法解釈上求められている。

換言すると、買収防衛策の発動の是非は、最終的には何らかの形で株主総会の場（勧告的決議による場合、取締役の選解任決議による場合、買収者側からの招集請求による場合を含む。

以下「**有事の株主総会での意思確認**」と総称する）における株主意思の反映の機会を得ることが多い。

そして監査役は、上記の通り、会社法 384 条において、取締役が株主総会に提出しようとする議案及び書類を調査しなければならない+①法令・定款に違反すると認めるとき、②著しく不当な事項があると認めるときは、その調査の結果を株主総会に報告しなければならない（改正の履歴について、**別紙 1** 参照）。また、384 条による監査役の調査結果があるときは、その結果の概要が株主総会参考書類に記載されないといけない（会社法施行規則 73 条 1 項 2 号）。

そこで、「有事の株主総会での意思確認」について、監査役として 384 条に従い、「一定の観点」から調査を行い、その結果を述べることについて検討する（下記**七**へ）。

5 4に加えて、現在実務で行われている独立委員会について、それに対する監査役関与のあり方が議論の対象となる（後記**八**）

## **七 有事の株主総会での意思確認について監査役が 384 条の調査を行うべき観点**

1 監査役が調査結果を述べることについて諸考慮要素

(1) 会社法 384 条において、株主総会に付議される事項や書類について、監査役が「法令定款

違反」や「著しく不当な事項」がないか調査し、調査結果を招集通知と共に株主に周知させることを求められているのはなぜか？

→ 監査役には、株主がその判断の前提とする重要な事実・情報を指摘・提供する職責が、一定程度あるといえる？

(2) 監査役が対外的に意見等を述べる範囲に関する留意点（合理的限界説？）

・ 法 384 条(旧商法 275 条)では、業務監査の範囲である限り意見を述べる権利があると考えられる。「報告権限の行使を無制限に認めるときは、取締役の職務執行に関する欠点等が多く世間に知られることとなって、会社の業務に影響するところがはなはだ大きいと考えられ」「監査役もまた、会社に対して善良な管理者の注意をもって監査権限を行使する義務を負っているものであるから(商 280 条、254Ⅲ、民 644)、報告権限の行使によって取締役の職務の執行を阻害し会社に損害を与えるような結果となることは許されない」「その点に鑑みると、監査役の報告権限の範囲は、実質的にみて、商法所定の報告義務の範囲にほぼ一致するのではないかと考えられる。」という指摘もある<sup>3</sup>。

(3) 監査役監査報告においても著しい業務執行については監査意見を述べることが可能。ただ実際にはこうした対外的な意見陳述の権限を監査役が有していることが「抜かすの宝刀」として機能して、取締役会の場で買収防衛策の運用を行う際に監査役の意見が適正に反映されるという効果を持つこととなる。従って、「合理的限界説」についてはそれほど神経質にならなくてもよいともいえようか？

---

<sup>3</sup> 水田耕一弁護士「監査役業務の業務監査権限の範囲—適法性監査と妥当性監査をめぐる議論への一提言」商事法務 668 号 10 頁

(4) そもそも会社法施行規則において、監査役は導入されている買収防衛策について①株主共同の利益を損なうものではないこと、②会社役員の地位の維持を目的とするものではないことについての意見を述べることが求められている。

会社法施行規則において求められている監査役の意見は、事業報告に記載されている買収防衛策の内容に対する監査役としての意見と考えられるが、事業報告に記載されるべき買収防衛策について、その実際の「運用」時点においても、①②について監査役が一定の意見を表示することも否定されていないと考えることができようか。

→ 従って、現行法の下においても、毎定時総会ごとに監査役は、買収防衛策の運用が①株主共同の利益を損なうものではないこと、②会社役員の地位の維持を目的とするものではないことについて、意見を述べることが求められている。

(5) 臨時総会における384条の意見についてどう考えるか—後記3

・ 384条の意見は、総会で口頭で「特に指摘すべき事項はありません」と回答してしまっている例が多い模様。しかしこの実務では、実効的な調査を行うことを担保していないのではないか？

2 監査役が384条の調査結果を述べるにあたって行う必要がある調査（監査）のスタンス

A案 プロセスチェック型（あるいは+著しく不当でないことの実質内容チェック型）

監査対象項目の例示

- (1) 取締役会による買収防衛策の発動又は不発動の判断が、保身目的で行われていないこと
- (2) 以下はこの点の監査対象項目の例示ともいえる？
- (2) 独立委員会が、その構成及び運用において、現経営体制の保身を実効的に防いでいるか。

q 会社役員以外の者が委員会の構成員となっている場合、会社（の現経営体制）から報酬を受け取っていてかつ株主からは直接には訴えられない関係にあるとしてもなお、独立委員会が現経営体制の保身目的を果たすことになっていないことについて<sup>4</sup>

(3) 買収防衛策により確保された期間内において、取締役は企業価値ひいては株主共同の利益の確保・維持のため、必要な情報の入手や代替案の模索、あるいは真摯な交渉を行っていたか。

(4) 取締役会が、当該買収提案が企業価値ひいては株主共同の利益を向上させるものか否かという観点から、買収条件、買収が株主共同の利益に与える影響等の買収提案の内容や、買収者の属性・資力等について、真摯な検討を行ったか。

・ 取締役会が、当該買収者による経営支配権の取得に伴い企業価値が毀損されると判断している場合には、当該判断に関して前提となる事実等について真摯な検討を行ったか+当該判断の内容に著しく不当な点がないか（←取締役会の判断が経営判断の原則に則って適正に行われているのか否かの監査でもある）。

(5) 買収防衛策の発動に伴って金銭支払が買収者に行われようとしていないか←利益供与規制の観点から問題がないか（適法性監査の一環）

(6) その他、株主意思を確認するに当たって、取締役会が株主に対して説明責任を果たすべき事項が説明されているかどうか。

#### B案 プロセスチェック+実質内容チェック型

(7) 買収者が経営支配権を取得することに伴い企業価値が毀損する、あるいは現経営体制のほ

<sup>4</sup> たとえばその者が、その社会的地位・評判や有資格者であること、現経営体制との関係（実は仲が悪い？）、強烈な（？）アドバイザーが付いていること等の諸事情に照らして、特定の現経営体制の肩を持つ行動をとらないと（株主・資本市場等の目から見て）合理的に判断され

うが将来の企業価値を高めることについて、実体的内容についてまで監査役が調査結果として意見を述べる

Q こうした意見を監査役が述べることは、任意（中間領域）？それとも法的に禁止されている（禁止領域）？—「政策決定の二元化」の恐れや、合理的限界説からはどう考えられるか？

3 監査役が 384 条の調査をきちんと行うことをどうやって担保するか？

(1) 「有事の株主総会での意思確認」が定時総会である場合—436 条 2 項+施行規則 129 条ルートの意見を述べるのが義務づけられている。

(2) 臨時総会での調査結果の実効化に向けて、どういった仕組みが考えられるか？

#### A 案（監査役の善管注意義務からの自主規制案）

買収防衛策について「有事の株主総会での意思確認」が行われる場合には、384 条の調査結果を述べるのが監査役の善管注意義務として求められていることを、監査役監査基準など実務における自主規範等の形で明確に示す。

← 旧商法の時代でも、「・・・取締役の義務違反があるときはその旨」という記載が法定されているところに、日本監査役協会が出している監査報告ひな型の影響もあり、「義務違反はない」という監査報告を行っていた。こうした前例に照らすと、日本監査役協会から一定のひな型を出すことで、実務に対する相応の浸透効果が得られるのではないかと。

← 必要により、取引所との関係を図ることで、調査結果の記載の実効性を高めることも有効か。

Q 虚偽のある監査役の調査結果について、監査役は対株主に対していかなる法的責任を負う

---

うる場合など？

か—429 条 2 項の法的責任（過失責任）を負う？

**B案（インセンティブ付与案）**

（A案に加えて）、監査役が 384 条の意見を述べた方が司法判断等においても有利に働きうると言う仕組みとする（メリットを示した誘導型）。

- ・ ブルドックの最高裁決定は、「株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在しなかったり、虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵」があったかどうかについて、発動差止めの文脈において司法審査を行うとしている。
- ・ 監査役から積極的に独立性の高い意見が出てくれば、その後、当該総会決議の正当性についての司法審査の際に（程度については議論があろうが）参考事情としてプラスに働く余地があり得るか（鶏と卵）？

注 B案の点は、実効的な監査役調査という観点から常に念頭に置いた方が良いのではないか

**C案** その他？

## 八 独立委員会と監査役の関与に関する論点整理

1 独立委員会は、多くの買収防衛策の場合、法的に取締役会が行う判断事項について、取締役会の判断が恣意的にならないための工夫といえる。

2 買収防衛策に関する判断に法的責任を第一次的に負っているのはあくまで取締役会であることから、独立委員会を経た判断の適正性（独立委員会の人選の独立性その他の適切さを含む）についても、監査役は、取締役会の判断全体の適正性の一環として、上記七のとおり意見を述べることになる。

3 独立委員会の委員として監査役が入ること自体、法的に禁じられていると考える必要があるか？

**A説** 会社法の規定（施行規則127条+129条を含む）に照らして、法的に禁じられているとまで考える必要はない。

また、独立委員会はその多くが、取締役会が最終的に法的責任を持って防衛策に関する運用を行う過程における一種の諮問機関であり、監査役がその期待される取締役の判断の適正性をチェックする機能を十分に果たすために、独立委員会段階で関与することには、積極的な意義が見い出せるのではないか。

4 独立委員会に対する監査役の関与についてどう考えるか。

（考慮される点）

(1) 独立委員会のどの程度の機能+法的効果（事実上の効果を含む）を持たせるのかは買収防衛策の設計によって異なる。たとえば①取締役会が買収提案者との間で情報受領や折衝等を行っている過程等について独立委員会が利益相反的な危惧がないか等をチェックする場合もあるが、他方②独立委員会が取締役会をさしおいて積極的に買収者との買収条件の交渉等まで行うことが企図されている場合もある。しかし、②の場合については、監査役としての法的性格に照らして法的議論がありえる？

(2) 会社法上はあくまで任意機関である独立委員会に法定機関である監査役（会）をどう適合させるのかと検討するよりも、法定機関である監査役（会）を出発点に検討するのが

よいのではないか？

(3) 上記七等の監査役（会）が会社法上求められている調査結果や意見をきちんと形成することが重要ではないか。

## 九 その他の関連周辺論点

1 MBOなど、少数株主が排除される局面における独立委員会及び監査役のあり方（親子上場における子会社少数株主の保護に関する議論の箇所併せて検討）

### 一〇 監査役が上記の役割を適正に果たすために必要な体制・条件整備等は何か

1 会社法施行規則 127 条及び 129 条に基づく買収防衛策に関する監査役監査報告について、監査の方法と報告内容のあり方について、監査役協会等からより具体的な内容を示していくべきではないか。

2 実務が今ひとつ進展していない 384 条の監査役調査結果についても、調査のあり方と結果の開示のあり方について、監査役協会等からより具体的な内容を示していくべきではないか。

3 上記の買収防衛策に関する意見を適正に述べるために、社外監査役に本来求められるべき独立性とは何か。

以上

## 別紙 1 384 条の改正の履歴

現 384 条

監査役は、取締役が株主総会に提出しようとする議案、書類その他法務省令で定めるものを調査しなければならない。この場合において、法令若しくは定款に違反し、又は著しく不当な事項があると認めるときは、その調査の結果を株主総会に報告しなければならない。

〈改正経過〉

昭和 25 年改正以前

183 監査役ハ取締役ガ株主総会ニ提出セントスル書類ヲ調査シ株主総会ニ其意見ヲ報告スルコトヲ要ス

↓

昭和 25 年法

275 監査役ハ取締役ガ株主総会ニ提出セントスル会計ニ関スル書類ヲ調査シ株主総会ニ其ノ意見ヲ報告スルコトヲ要ス

↓

昭和 49 年法

275 監査役ハ取締役ガ株主総会ニ提出セントスル議案及書類ヲ調査シ法令若ハ定款ニ違反シ又ハ著シク不当ナル事項アリト認ムルトキハ株主総会ニ其ノ意見ヲ報告スルコトヲ要ス

- 業務監査も監査役の職務とされたことに伴い、調査対象を拡大し、同時に株主総会に意見を報告しなければならない場合を明確にしたものである(注釈会社法補巻昭和 49 年改正 73 頁[谷川])。
- 著しく不当な事項とは、取締役の業務執行についての善管注意義務ないし忠実義務の違反となるような不当な点を含むものをいう(注釈会社法補巻昭和 49 年改正 74 頁[谷川])。それは必ずしも明白に違法性を帯びるものである必要はない(新版注釈会社法(6)461 頁)

↓

平成 13 年法 128

275 監査役ハ取締役ガ株主総会ニ提出セントスル議案其ノ他ノモノヲ調査シ法令若ハ定款ニ違反シ又ハ著シク不当ナル事項アリト認ムルトキハ株主総会ニ其ノ意見ヲ報告スルコトヲ要ス

- 会社関係書類が電子化されたことに伴う改正である。

↓

会社法 384 条

監査役は、取締役が株主総会に提出しようとする議案、書類その他法務省令で定めるものを調査しなければならない。この場合において、法令若しくは定款に違反し、又は著しく不当な事項があると認めるときは、その調査の結果を株主総会に報告しなければならない。

会社法施行規則 106 条

法 384 条に規定する法務省令で定めるものは、電磁的記録その他の資料とする。