

[論文]

ビジネス法における取締役の信認義務に関する一考察

大 槻 敏 江

- 〈目 次〉
- I、はじめに
 - II、会社法制の現代化に関する要綱試案の経緯
 - 1、わが国の商法改正の背景
 - 2、会社法現代化の要綱試案
 - III、アメリカビジネス法にみる取締役および執行役
 - 1、アメリカビジネス法の管理機関
 - 2、取締役およびオフィサーの義務関係
 - IV、商法改正による委員会等設置会社の導入と問題点
 - (1) 商法改正による会社機関のあり方と変革
 - (2) 取締役忠実義務の変革
 - V、むすびに

I、はじめに

ビジネス法は、明確な概念に基づいて用いられているとは必ずしもいえない。日本ビジネス法学会の初代理事長である榎原先生は、ビジネス法の定義として「企業経営に関わるもろもろの法の総称」、『企業の組織とその運営に関するもろもろの法総称』などとしている¹⁾。企業における株式会社を中心とするこれらを取り巻く法規範として、ビジネス法は広範囲の法を包括すると捉える。

したがって、ビジネス法の中心は、『株式会社』であり、近時目まぐるしい改正、すなわち商法大改正がされたのである²⁾。改正は、2点ありまずその1点目には、日本企業が国際競争力に打ち勝つ為の会社改革であり、2点目は企業適正化への方法の改革である。

本稿では、ビジネス法における中心課題である株式会社の改正の背景およびその後の問題点が改正試案として考えられている、会社法現代化の要綱試案を考慮に入れる。すなわち、商法大改正されたものの、なお問題点である会社法の現代語化の要望ないしは商法改正されたものの条文上の整合性の問題等を課題とするものである。

次に、第2の論点は、企業内部の取締役、執行役の役割に関して、アメリカビジネス法での取締役、執行役に関する判例等を論じた上で、わが国の商法改正による委員会等設置会社の導入について比較研究することを目的とする。したがって、商法改正後の企業適正化がされる為に改正商法は、十分な機能をなしえる改正となっているかの検証を判例等踏まえて考察するものである。

なお、本稿で述べる範囲は、会社法の機構改革の一環ではあるが企業内部機関である『取締役および執行役』に関してのアメリカビジネス法の判例を引用し、また、わが国改正商法の後の委員会等設置会社導入に向けての動向に関しても論究するものである。

II、会社法制の現代化に関する要綱試案の経緯

会社法の大改正は、2001年の監査役制度、監査役の責任等の強化が行われ法的な手当てがされた。これは、会社の不正、不祥事防止策としての法的強化策がとられたものである。

2002年の改正で会社の統治機構は、従来型とアメリカ法をそのまま導入した委員会等設置会社との2つが統治機構として認められることになり、いわゆる選択制の時代到来と位置づけられることになる。

日本の監査役に関する実務家レベルでは、統治機構の選択制導入に関して『日本の企業にとっては、この改正はコーポレート・ガバナンスを考える上で大変良い刺激を与え。また各経営者も真剣に考えて統治機構を選択してきていると考えられる』³⁾との戸惑いはあるものの、法改正後の実務家レベルでのコンプライアンス（法遵守）を位置づけようとしているのが現状である。

1、わが国の商法改正の背景

近年の商法改正は、猫の目のごとく改正がされ、企業の中でも大規模公開会社等には大改革であり、将来的に国際競争力にも対抗できる企業にのみ適用される改正ともとれるものであった。そのため、改正はされたものの各企業がこの改正の実行力にどれ程の企業が商法改正を実行できるかに問題点が投げかけられてきている⁴⁾。

たとえば、平成9年ストック・オプションの解禁などは、日本の商法では受入れにくいとまで言われてきたことが解禁となり、平成9年以降合併法制の機動性向上、株式の交換、株式移転等の手続き面における迅速性向上などがみられた。これは、会社法の規制緩和であり、わが国商法規定が規制によってがんじがらめになっていた規定を緩和する、いわば自由度の拡大策をおこなったことによる。この目的性は、まさに日本企業の国際競争力を強化するための規制緩和策であった。

また、その背景には、企業の粉飾決算などの不祥事、

1) 榎原猛編『ビジネス法の常識〔改訂版〕』嵯峨野書院、平成7年、参照。

2) 木村実編著『憲法・法学一学説・判例を学ぶ〔改訂版〕』（第4章 企業と法、望月（大槻）担当）八千代出版、2003年、pp.202～204。

3) 吉井毅、『商事法務No1694』商事法務研究会、p.7。

4) 旬刊商事法務1669号、商事法務研究会、p.33（主な「委員会等設置会社」移行会社一覧では、平成15年4月から6月の間に委員会等設置会社に移行した会社は55社に上がる。）

企業内における株主総会をめぐる利益供与事件関係の多発化に対処するなどの意味合いを含んでいた。

しかし、その後の改正では、立法趣旨も多岐に分かれたものであった。時代に対応した電子取引（IT化）に対応する改正や役員に関する代表訴訟の改正、さらに機関に関する改正である委員会等設置会社の選択など、使い勝手の悪いところを一気に全面改正してしまう。さらには、会社の機関についてもコーポレート・ガバナンスの観点から見直すということであった。しかしながら、企業の自由拡大から会社法の全面改正、根本改正に発展してきたものの、それが1つの法律改正としてなされたのではなく、企業の不祥事に対する改革であり、ある場合には特定の大規模公開会社などにのみ適用される法改正として、いくつかの改正を同時並行的に改正するバラバラに行ってきたことにまず問題がある。

たしかに、日本経済の低迷している今日手当たりしだいできることは何でもしようとの商法改正アクション・プランなるものであるならこのプランを実行するだけのことであっても、単に商法の改正をしたからといって企業業績の向上が図られるともいいきれない。しかしながら、迅速な改正は長期的スパンで考えればその効果は期待できようが、企業の低迷を改革する為の商法改正への期待は多くない。ただし、長期的スパンで考えれば迅速な商法改正は、実態と法の距離をできうる限り縮小化する考え方からすれば迅速な改正は有用である。従来からすれば、商法改正という遅々として進まないことが多く、社会の進歩とますます離れた法としてそのギャップが激しいものとなっていた。ところが、近時の改正は2年程の期間に猫の目的改正をやってきた。一時期には、株主総会や実務レベルでの混乱はみられたものの、また条文の整合性のない部分的な課題もあるが、これらは今後の修正によるところに期待し、会社法の使い勝手の悪いところや不便な箇所を手を付けたことは、まず会社法の改正を実施する、とにかく導入すべき部分を改め、問題のある点については再考ないしは、全体の整合性を考える方式は会社法の社会的役割、迅速な社会に対応できる会社法を考えるならば商法改正は大きな前進である。

(1) 平成13年・14年商法大改正の理由

平成12年改正における会社分割制度によって、一応の区切りがついたとみられたものの、企業の不況は続き、リストラの嵐は吹きすさび、バブル崩壊の時期からも立ち直れない経済の再建の為には、その経済を担っている日本の企業を総体として見直すためにも、構造改革の再構築から着手しなければならなかった⁵⁾。

商法改正の目的は、何よりもわが国の企業活性化させることによる景気回復策であり、技術、インセンティブを持っていても企業家として起業しにくい部分に関する促進力を見出す企業への会社制度の利用しやすい法制度の確立に向けての課題である、IT化などのベンチャー起業促進を強く要請されたことにもよる。そのため、商法改正の理念と目的は4項目のポイントにまとめられた。

①企業の資金調達手段の改革

これは、企業の資金調達方法がバブル期に発生した不良債権を大量に抱えた銀行などの金融事情における資産の劣化現象と経営破たんリスク回避をする、従来型のメインバンクの間接金融から直接金融シフトする方法へと移行する考え方がとられた。(平成13年法律79号、議員立法として提案、平成13年10月1日施行)⁶⁾

②IT化への改革

第1の狙いは、インターネットの活用による、企業と投資家(株主)のコミュニケーションの活性化を図り、企業情報開示を推進する目的がある。

第2は、株主総会の招集通知、議決権行使に電子メールによる利用を認められたことによる、株主総会IT化による運営の合理化である。

第3は、国際化に対応する改革

株主総会への参加が難しい海外投資家である株主は、議決権行使を電子メールで参加する方法がとれることによる株主総会定足数の確保が可能とされる。

以上の3点が、株主総会のIT化改革のメリットである。

しかし、これらのメリットは確かにわが国の会社法において活性化させる原動力になることは確かであるが、実際問題としては、外国人投資家である株主の場合個人

5) 久保利、中村、菊池、松山著『平成14年商法改正のすべて』商事法務、2002年、pp.1~2.

6) 平成13年法律第128号は、法律79号の企業の資金調達手段を改善する株式制度見直しおよび会社のIT化運営を含めた改正として、平成14年4月1日施行された。

株主より法人である銀行等が名義の中心である為確認作業が必要になるなどのデメリットを持っていることに留意したい。

③企業統治実効性の確保

1990年代の企業不祥事件が相次いで生じたことは、企業におけるコンプライアンス（compliance）（法遵守）の欠如によるものとし、ある面コーポレート・ガバナンス不全との考えからその充実を主張する立場がとられた。これは、バブル崩壊期の経営不振や効率的経営の不在などの観点から、経営のあり方に対するコーポレート・ガバナンスが強調されることになった発端である。その結果、平成14年改正では、経営の効率と迅速な意思決定を可能にする観点からの改正がなされたのである。とくに、取締役会制度との関連改正点は、重要財産委員会の設置を認める取締役会に関する特例を新設するとともに、アメリカ法のコーポレート・ガバナンスで考え適用されてきた委員会等設置会社をわが国にも同様に採用する改正を行った⁷⁾。しかしながら、委員会等設置会社の制度そのものは、アメリカの法制度そのものに全面的に頼ったものを単に、わが国の会社法制改革に適用したにすぎない。たとえば、委員会等設置会社の権限を制約し、新たに執行役による経営判断の実行を可能とする。まさに、この発想はアメリカ法CEO（会社の最高執行役員）による経営スピード化を期待するものではあっても、わが国会社法の実態に十分適用するだけの要素があるものと判断した上での改正といえるものであろうか、具体的な適用に関しての問題点である。

また、委員会等設置会社は選択制をとるものとはいえ、執行と監督を分離しさらに複数の社外取締役を導入することとした。これらの過半数を占める社外取締役は、指名委員会・報酬委員会・監査委員会の3委員会の設置により、コンプライアンスを含めた監督の実効性を高める配慮をしている。これらの点は、コーポレート・ガバナンスの改善策を目指しているものと考えられる。

④企業活動の国際競争力への対応

経済のグローバル化に対応するわが国会社法改正のニーズは、世界的に通用する会社法システムを備える必要がある。まず、商法の規制等に関する見直し、企業の構造改革を促し、企業経営にインセンティブを持って経営に当たる多様性を持ったユニークな企業の出現が、諸外国に負けない企業へと発展する必要がある。そのためにも、企業活動にとって、機能的で効率的な会社法制度の実現が、グローバル・スタンダード経営に合致した企業に適合する法制度実現となる。

平成14年改正は、国際競争力対応ニーズをたかめるため、従来の強行規定により企業を規制によってがんじがらめにしてきた実情に鑑みて、企業自治の範囲を拡大する改正に踏み切ったのである。たとえば、株式会社では、同一の法規が要求され（強行法規的）企業独自の定めをする範囲は限定されていた。しかし、この改正により、委員会等設置会社の採用の任意化、重要財産委員会の設置の任意制やベンチャー企業への対応などの、会社の実情に即した定款の定めをすることが可能となり、かなり原則的な枠組や規制からの離脱を選択できるような改正となったことにより、国際社会への進出、諸外国に負けない企業などの達成に前進した対応をとってきている。

2、会社法現代化の要綱試案

商法大改正は、過去に考えられない速さで猫の目も驚くほどの改正が、平成13年・14年と大改正され平成15年4月1日施行された。その改正がされるや否や、今度は会社法現代化・条文の整合性の問題へと会社法は移行試案が提示された。

商法が改正されたとはいえ、直ちに反映されることばかりではなく、会社法における委員会等設置会社を選択するか従来の重要財産委員会を選択するかは、最終的に平成18年定時株主総会（6月の定時株主総会）で決定すればよいとする移行期間が含まれて考えられている⁸⁾。

7) 木村『前掲書』pp. 208～209。

8) 平成13年12月の議員立法により、3月決算会社においては、平成18年6月の定時総会において改選される監査役から要求される（商法特例法18条1項、同改正法附則1条ただし書き、10条）、森本滋、『委員会等設置会社制度の理念と機能〔上〕』商事法務1666号、商事法務研究会、2003年、p. 9。

平成18年6月の定時総会において、監査役設置会社と委員会等設置会社の選択が問題となる（熊谷一雄『グループ経営戦略と委員会等設置会社』取締役の法務109号、p. 17）。

しかしながら、商法の改正がなされた後すみやかに、従来から問題点の指摘されていた『会社法の現代化』に向けての着手も、以前にはとても考えられない速さで要綱試案が提示された。

その要綱試案は、2003年10月22日『会社法制の現代化に関する要綱試案』として法務省民事局参事官室からこの試案を公表したことによる⁹⁾。

会社法制に関しては、近時のわが国経済情勢の急激な変化に対応した度重なる改正が行われてきているが、現行商法は明治32年に制定されたものであり、いまだ文語体のカタカナで表記されており、現在ではほとんど使用されない用語も用いられている。そのため、これらの法律について、わかりやすいひらがなの口語体による表記に改めるべきであるとの指摘がかねてよりされている。また、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律において大規模・小規模の株式会社についての商法特例規定が置かれており、これらの規定のあり方について指摘されてきた。さらに、会社法制については、短期間のうちに多数回にわたる猫の目改正が積み重ねられ、全体的整合性を図り、現代社会における企業活動に適應した改善をするために、改めて体系的に見直しを行う必要があるとの指摘がある。

この状況を背景として、2002年2月13日法制審議会において、会社法制の現代化に関する諮問がされ、会社法部会が設立された¹⁰⁾。したがって、会社法現代化要綱試案では、民法や、刑法の課題でもある条文の口語体によるひらがなを商法上も改正に向けた部会での検討とともに、近時の2年余りの間に度重なる改正が急速になされたことによる条文上の整合性に関する課題の2点を含む検討が、『会社法制現代化の要綱試案』で考慮されなければならないのである。

(1) 〔試案の概要〕

法制審議会から出された試案は、第1部から第6部ま

で構成されている。この第1部は、会社法制の『現代化』の作業に関する基本方針が掲げられている。第2部から第4部においては、実質的改正に関係する検討事項が取り上げられており、会社法に関する多岐にわたる検討事項となっている。

①第一部基本方針では、会社法制現代化の検討である。会社に関する規定の商法第2編の検討は、有限会社法、商法特例法についての『現代語化』を行う作業である。この現代語化においては、カタカナ文語体で表記されている規定をひらがな口語体化するとともにこの整備等を行うこととしていた。さらに商法第2編、有限会社法、商法特例法等の各規定を1つの法典として再編成することの検討である。

『会社法制現代化に関する要綱試案』の表題であるが、本来の目的はカタカナ文語体をひらがな口語体にまず改正することが検討課題であった、そのため本来の表題は『会社法現代語化に関する要綱試案』が、いつの間にかすり替えられて会社法改正の為の要綱試案であり、そのため三分科会が2003年9月から編成された。すなわち、会社法の現代語化といわれたキャッチフレーズは会社法『現代化』に変わっている。さらに、この会社法制に大きな変革をもたらした要綱試案は、平成17年改正を目指して、『要綱案』から『会社法〔仮称〕』としての法典を作り上げる作業へと進展している¹¹⁾。

②第二部総則関係では、会社法総則に関する改正検討である。会社の商号、支店の所在地における登記事項や使用人に関する事項の改正が検討事項である。

③第三部合名会社・合資会社関係に関しては、合名会社と合資会社を1つの類型として規律する方向での検討である。

④第四部株式会社・有限会社関係では、試案の概要でも指摘したように会社法改正に係わるメインの項目であり、また現状の条文においてもそれぞれ商法規定の株式会社法と、別に有限会社法の制定がされているのであり、

9) 法務省ホームページ (<http://www.moj.go.jp/>) に掲載する、パブリック・コメント手続きを実施している。

10) 『会社法制の現代化に関する要綱試案』の資料全文については、商事法務1677号、pp. 10~41参照。

会社法制の現代化は、法務省が取り組んでいる経済活動に関する民事・刑事基本法制整備のプロジェクトとして検討されている。商事法務1685号、p. 39参照。

(法務省は、1896年制定以来のカタカナ交じりの文語体が残る民法を全文、ひらがな・口語体化を1991年に改正の方針を決めていたが手つかずの状態であったが、刑法の条文および商法の内容を含めた現代化の改正が進められている)。

11) 江頭、森本、相澤、永井『会社法制の現代化に関する要綱試案めぐって』商事法務1685号、2004年1月5日号、p. 8。

これを一体化した条文となれば、両会社の設立関係、最低資本金制度、払込取扱機関、設立時の定款記載事項、財産引受に係わる両会社の重要事項の改革検討であり、難解な問題といわざるをえない。しかしながら、会社法の使い勝手の良い条文と一般的にはみられるであろうが、会社法組織に関する根本的改正である。

⑤第五部外国会社関係では、擬似外国会社の取扱について、また外国会社の日本における代表者に関する規律の整備を行うことを検討する。

⑥第六部では、新たな会社類型について出資者の有限責任が確保され、会社内部関係については組合的規律が適用されるとする特徴的な新たな会社類型の創設をする方針で、この規律に関する骨子の提案がされる。

会社法制の要綱概要についてだけでもとくに第四部の改正概要は、簡単な改正とはいかない企業形態の根本的問題を含んでいる。『要綱試案は、6部から成っているが、「第四部株式会社・有限会社関係」が全体の8割以上を占めているほか、第6部では、出資者の有限責任が確保され、会社の内部関係については組合的規律が適用されるというような特徴を有する』¹²⁾として、実務上の問題点を検討した文献がある。

したがって、度重なる近時の商法大改正における会社法の条文上の整合性の問題および会社法のカタカナ語体の表記が民法の財産編とともにいまだに現代語化されていない問題が残されていた。これは、平成5年商法改正にあたり「商法等の現代語化を図ること」（衆議院法務委員会付帯決議、平成5年4月27日）をもとめていた。また、平成14年改正においても「会社法制の現代語化に際しては、会社の実態および制度に応じた、わかりやすい法文の表現および構成について、特に留意すること」（衆議院法務委員会の付帯決議、平成14年4月19日）としており、会社法の現代語化や現代化の要望がなされてきたことの要綱試案でもある。

とくに、商法改正されたものの実務家レベルでの会社法改正の取り扱い方や使い勝手については、改正はなされたものの実効性のある、さらには経営者側のコンプライアンスの問題として捉える必要がある。それゆえ、この際全体的な会社法制の整合性にまでおよぶ「さらな

る会社法改正」に向けて進行している。

(2) 会社法要綱試案の株式会社・有限会社関係

「会社法現代化要綱試案」の最も中心的問題であり、抜本的改正を必要とする要綱案の第四部「株式会社・有限会社関係」について論点および変更点等に関して述べるものである。

(a) 株式会社と有限会社の規律に関する一体化

わが国の会社法では、準則主義に基づく株式会社形態と有限会社形態とが設けられている。

しかも、昭和13年に有限会社法は中小企業係わる簡易な会社形態としての会社類型が設けられた。昭和25年改正では、株式会社について、英米法の考え方が導入された。これは、公開会社に適した会社類型として、資金調達円滑化、株主総会の権限縮小、取締役会の権限の拡大などによる経営機構の合理化を担うことを内容とするアメリカビジネス法の導入である。また、有限会社については、企業規模の關係に鑑み社員の地位強化が改正の中心となった。制定当時は、株式会社は公開会社として、有限会社は非公開会社としての位置づけのもとそれぞれの制度が設けられてきた。

しかしながら、法の理想と現実社会の隔たりは、非公開会社の大部分が株式会社であり、そのため、昭和41年の商法改正では、非公開会社の株式会社の規模に応じた、定款で株式の譲渡を制限できる制度に改められた。また、昭和49年改正では、株式会社の監査役に業務監査の権限を与えるなどの改正とともに、商法特例法では資本の額が5億円を超える株式会社（大会社）には会計監査制度と監査を義務付け、他方資本の額が1億円以下の株式会社（小会社）の監査役の権限を会計監査に限定するなどの制度化に踏み切った。すなわち、資本の額を基準とした会社規模による会社類型を分類し、それぞれの規模に応じた規制区分制度がされた。「大小会社区分立法」は、大規模かつ公開的株式会社を想定し厳格な規制を対象とする株式会社であるが、わが国の株式会社は商法の規律を遵守していない。そのため、法の遵守（コンプライアンス）されない点に鑑み、実態と法規制のとの著しい状態をどのように解決すべきかの検討がされ、最低資本

12) 弥永真生、松井秀樹、武井一浩編著『ゼミナール会社法現代化』商事法務、2004年、p.v（序説）。

13) 商事法務1678号、2003年、p.41参照。

金制度を設定し、株式会社と有限会社の区分をすることが示された。平成2年の最低資本金制度導入である¹⁴⁾。

しかし、平成2年の改正から今日までの経過時点で、昭和59年に問題視された株式会社の実態と法規制の著しい距離、法規制の形骸化は改善されない状態といわれる。たとえば、株式会社の最低資本金が1000万であるが、80%は最低資本金をやっとクリアしている（2000万以下の資本金が株式会社の90%を占めている）株式会社の現状において、組織面においても名目的取締役などの形骸化の問題が指摘されている。

平成9年改正による持ち株会社の解禁、平成11年改正の株式交換・株式移転制度、平成12年改正による会社分割法制の整備を通じて、大規模な完全子会社の設立が、存在することになった。したがって、大規模子会社は典型的な非公開的株式会社であり、株主が一人で将来的に株主が増加することも想定されない会社であるが、従来の非公開会社の小規模と比較にならないほど大きい会社である。そこで、規模に着目した改正が検討された。

平成13年・14年商法改正では、譲渡制限株式会社における授権株式数に関する規制緩和、種類株式制度の見直しなどである。この改正を踏まえて、要綱試案では基本的に規模による会社類型の区分および区分された会社類型に対する画一的規制適用とは捉えず、株式会社の実質的理由に着目した分類上で、強行的規制について会社の公開性・非公開性、会社規模等による区別規制をする方針で進められている。

Ⅲ、アメリカビジネス法にみる取締役および執行役

本稿では、アメリカビジネス法における会社の構造であり、取締役の注意義務などを中心的に考察するものである。したがって、すでにリステイトメントルールを定める1966年アメリカ法律協会理事長の提唱を、1968年に承認した原則¹⁴⁾および「コーポレート・ガバナンスの原

理：分析と勧告」¹⁵⁾を基盤とする展開を試みるものである。これは、わが国会社法が直面している問題をすでに1960年～1970年代に会社法上の問題点として捉え、改革の基盤として経済のグローバル化した社会へアメリカ企業はどう対応すべきかを「法的拘束力はない」が原則としてすでに積極的方針を作成し、企業の国際化に向けた対策の一環とみることができる。

1、アメリカビジネス法の管理機関

1969年、すでにアメリカビジネス法における会社構造の対策としては、リステイトメント試案第Ⅲ編で、会社の構造（Structure of the Corporation）を主要な基本法として扱い、先の中心課題「公開会社の管理機関」¹⁶⁾では①取締役会の監視機関を重視する立場から取締役の機能を最低限法定化し、②社外取締役の要請を試み、③監査委員会や指名委員会の設置させることにした。この管理機関の要請、設置は、グローバルな経済社会にとってもっとも重要な経済制度である公開会社の経営者を、株主および社会全体のための責任ある職務遂行へ導くことにある。しかしまた同時に、リステイトメントでは、適切な会社実務の指針を広く示しながらも最低基準のみを強制することによって、会社経営に関し当事者に広範な柔軟性を許容する立場を採用してきた¹⁷⁾。

このリステイトメントの課題には、取締役会の監視機能の強化の役割、取締役会構成員の社外取締役の充実および監査・指名委員会の設置に関して、従来の会社法が制定法も判例法も一律に扱ってきたが、会社の管理機関の構成上、株主数による区分形態などが認識され、階層ごとの区別に区分する考え方が盛り込まれた。したがって、第一段階にある大公開会社、第二段階にあるそれ以外の公開会社についてもほぼ同様な規定とし¹⁸⁾、だが社外取締役については、大会社に取締役の過半数が社外取締役とし、第二段階の公開会社については、具体的に3名以上の社外取締役を有するとした¹⁹⁾。

アメリカビジネス法を考える場合、やはりその基盤で

14) Wechsler, *The Course of the Restatements*, 55 A.B.A.J.147,150 (1956).

15) The AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* 1994.

16) Administrative Organs of Publicly Held Corporation

17) 浜田道代「会社の構造（第3編）」証券研究、Vol. 71、1984年、p. 25.

18) リステイトメント第Ⅰ編§1.24大公開会社（Large Publicity Held Corporation）第Ⅲ編取締役および役員の職務と権限§3.01、§3.02

19) 「前掲」第ⅢA編§3A.01 公開会社における取締役会の構成

あるコモンロー（Common law）と呼ばれる判例法（case law）の発達によるものである。コモンローは、ノルマン王朝以来の国王裁判所の判例によって作られてきた法分野であり、わが国の制定法を中心とする大陸法と対比される。したがって、コモンローと制定法は対比されながらも、制定法の要請は、時代とともに、また、経済的社会的公平の見地から、基本法であるコモンローに修正を加え、あるいは、コモンローの扱っていなかった分野を補充してきた。たとえば、統一商法典の扱う領域は、コモンローでは商慣習法（law merchant）に相当する領域であるが、制定法の分野である。制定法は、判例法に優先するものではあるが、完全に法の領域をカバーしているものとはいえず、法体系の中心をなすのはやはりコモンローである。しかし、法典のないコモンローは、裁判所の判決記録が整理され、法領域（契約、代理、信託、財産、不法行為など）、判例に基づく準則を、条文的に記録したリステイトメント（Restatement）が起草されてきた²⁰⁾。判例法中心のアメリカビジネス法に関して、従来からリステイトメントが作成されて、不完全ではあるがコモンローの法領域をカバーしてきている。このことは、コモンローの領域を持つ英米法体系のみならず制定法のわが国への大いなる影響を与えてきている指標ともなりえる。

2、取締役およびオフィサーの義務関係

わが国経済活動についての評価は、バブル崩壊前までは世界的にその評価は高く経済大国の名を広めてきた時期もあった。その世界経済が、もろに日本経済を圧迫しむしろアメリカ経済の発展、立ち直りの早さに目を奪われ、グローバルスタンダード経営はアメリカ経営に目を向けなければならないほど、わが国経済・経営判断は不振をきわめた。そのころ、アメリカビジネスは、グローバルな発展を遂げ、今度はアメリカの経営・経営判断を見習うべきとの反省がよせられた。これは、会社法の例外ではなく、アメリカのコルポレート・ガバナンス（企業統治）による経営が必要であるといわれてきた。そのためには、会社法を改正し、会社の役員意識改革によるコンプライアンス（法遵守）の確立に向けて、商法

の度重なる改正がされた。また、改正をしたところで企業経営者の意識が会社法の規定を無視して暴走することによる経営破たんや日本型経営の特徴の株の持ち合いによる安定株主についても会社法の改革がなされた。その結果、外国の株主層の増加が、会社法改正に追い討ちを掛け、外国の株主でも容易に分かりえるアメリカビジネス法に委ねるコーポレート・ガバナンスが必要とされ、すなわち、監視体制の強化、国際競争力に打ち勝てる企業規制緩和策などにより、アメリカなどの外国株主にも理解可能な会社法への変革がなされてきた。

①取締役の義務

アメリカビジネス法における取締役は、会社に対して忠実義務および誠実義務からなる信託義務（fiduciary duty）が課せられる。また、忠実義務に関しては、取締役と会社との間で「利益相反関係」が生じ、利害がある場合に問題となる。業務執行においては、合理的な注意と慎重性（reasonable care and prudence）の慎重人準則（prudent person rule）義務をもとめられることである。

②オフィサーの役割

オフィサー（officer）は、取締役会に選任された会社の執行機関である。わが国商法では、代表取締役や取締役個人を示すものである。アメリカビジネス法では、取締役とオフィサーは分離している。ただし、オフィサーが取締役を兼ねること（社長等）が多いことから、機関として分離していることが理解されていない面がある²¹⁾。やはり、法的な面と実務上の業務執行機関では、明確な分離がされているとはいえ、オフィサーが複数の役職を兼務することが可能であることから鑑み、オフィサーの役割を完全に分離することには実務上やや難問といえる。それは、業務執行機関としてオフィサーは、社長（president）、財務担当（treasurer）、総務担当（secretary）などの名称で置くことができるといわれているためである。また、オフィサーは取締役同様に会社に対して信託義務を負う、と伴にその代理行為が、会社の業務の為に行った行為とはいえ、結果的に自らの行為については、不法行為責任を負うことになる。

オフィサーに関しては、「コーポレート・ガバナンスの原理」定義第1.27条によると役員（Officer）と規定して

20) 西川郁生「アメリカビジネス法」中央経済社、平成5年、pp.4~5.

21) 西川「前掲書」p.212.

いる²²⁾。

したがって、アメリカの会社事業は、取締役会によって経営するとの立場について会社の実態に合わない原則論を早い段階で検討し、会社の経営機能と経営の監視機能の分離をした。すなわち、取締役会に監視機能を委ねる方法がとられることになった²³⁾。監視機能のシステム化をアメリカ法に求めた理由は、経済の建て直しに会社の監視体制の甘さに早くから着目し、グローバルな視野で企業のあり方を内部の体制の改革に向けた対策を行ってきたアメリカ法に委ねることが、わが国経済や企業経営にとってまず間違いのない方策として導入したに過ぎなかったのではないか。

③取締役会の会議のあり方

アメリカの法制度をわが国の商法改正に大いなる影響を与えた改正であるならば、さらに大胆なるIT化の改正をも含めた改正を考慮すべきものではなかったのか。たとえば、電子取引、株主総会での電子投票制度²⁴⁾の採用が可能になった。このステップアップ化を考えるならば、改正模範会社法(s 10.7)の規定では、「取締役会もしくはその委員会の構成委員は、全ての取締役が同時に互いの声を聞くことができるような通信手段を用いて、定時、臨時の取締役会に参加することを認める権限を取締役に与えている²⁵⁾」。

今回の商法大改正で、電子化(IT化)の改正をし、電子投票制度の導入に踏み切っているものであり、なお、取締役の数を減少させ取締役会会議の迅速性と活性化を担っているものであるならば、取締役会会議のあり方にもアメリカ企業の通信手段を利用した「電話会議」方式の適用を制定するなどの方策も導入されるべきではなかったか。もっとも、企業内部の機構改革からすれば、各企業で規定化する方法をとられた方が、規制的にならないですむかもしれないとの考え方もありえる。

いずれにしろ、電子化による会議の実現化は遅かれ早かれ各企業で導入されることになると考えられる。

IV、商法改正による委員会等設置会社の導入と問題点

わが国の商法改正により、企業の機関である取締役、社外取締役、執行役、執行役員のある方が、商法の改正とともに規定に準じた会社機構、組織改革などの内部改革を迅速に行う必要性にせまられてきている。それは、会社自体の大会社やみなし大会社などであっても改正が早急に行われたことと、十分な実態が整っていないわが国会社法への大改正であった為の弊害が出てきていることの問題でもある。

(1) 商法改正による会社機関のあり方と変革

わが国会社法改正による取締役の責任は、従来型の監査役設置会社と平成14年商法改正後の重要財産委員会設置会社および委員会等設置会社とでの商法規定の責任のあり方に相違が生じている。監査役設置会社の取締役の会社に対する責任に関する商法266条は、一般的な法令・定款違反による損害賠償責任(1項5号)、それ以外に第1項1号から4号において、違法配当(中間配当)、株主の権利行使に関する利益供与、取締役に対する金銭貸付、および取締役会社間の利益相反取引について無過失責任とする特別責任規定を設けている。さらに、厳格な規制として同条1項の責任原因行為が取締役会決議に基づいて行われた場合は、賛成した取締役を行為者とみなしてその責任を厳格化している。

平成14年商法改正によって、委員会等設置会社の取締役・執行役の対会社責任は、違法配当議案の提出や利益相反取引に関する責任が過失責任として、監査役設置会社の取締役の責任よりも緩和されている。たとえば、任務かい怠の責任原因行為が取締役会の決議により行われた場合に決議に賛成した取締役をみなし行為者としないう等の相違がある。その理由として、委員会等設置会社では、社外取締役を中心メンバーとする3委員会、指名・監査・報酬の委員会設置により、業務執行に対する取締

22) 証券取引法研究会国際部会訳「コーポレート・ガバナンスの原理分析と原理：分析と勧告」の研究、平成7年、p. 11.

23) Eisenberg. *The Structure of the Corporation*. 139-170 (1976).

24) 望月敏江(大槻)「新しいビジネス法学」八千代出版、2004年、pp. 97~98.

25) Robert W Hamilton, *The Law of Corporations* 3rd. ロバート・W・ハミルトン(山本光太郎訳)、アメリカ会社法、p. 221.

改正模範会社法(Revised Model Business Corporation Act)は、通称RMBCAまたはMBCAとして1984年に公表された。

役会の監督体制が強化されている²⁶⁾。

商法266条1項各号の〔無過失〕責任および同2項3項のみなし行為者責任規定は、昭和25年改正において、株主総会の権限の縮小、取締役会の法定と権限拡大および監査役の権限縮小に鑑み、取締役の責任を厳格化することによって業務執行の適格さを確保し取締役会の監督機能の強化を図るために設けられた。取締役会制度の監督体制の弱さを責任の厳格化で補おうとするのが商法266条の趣旨であったとすれば、同条に関する伝統的な解釈は、見直すべき時期にきている。すでに、多くの批判的議論が展開されてきている²⁷⁾。

委員会等設置会社の取締役・執行役にかかる対会社責任に関する規定は、商法の伝統的解釈に対する批判のうち合理的なものを取り入れたといえることができる。その結果発達した委員会等設置会社と監査役設置会社の責任のアンバランスについては、今後引き続き検討すべきとの、平成14年改正に際して付帯決議が付されている²⁸⁾。

(2) 取締役忠実義務の変革

従来型の監査役設置会社と平成14年改正商法のもと重要財産委員会設置会社また委員会等設置会社の取締役責任の相違がみられる。また、商法改正により、新たに経営機構体制の会社については、取締役会の体制に変革をもたせる。すなわち、わが国の大会社といわれる会社は、取締役の数が多く取締役会で経営に関する活発な議論ができない。したがって、従来会社の重要な経営案件については、常務取締役以上のメンバーによる常務会や経営会議で決議され、商法上取締役会決議については、形式的取締役会に付議される²⁹⁾。

平成14年商法改正では、重要財産委員会が設けられた。その理由は、常務会や経営会議自体商法での組織体ではないものであった為、そこで常務会や経営会議に代わっ

て重要財産委員会が設置されたのである。

多くの大会社やみなし大会社は、重要財産委員会設置会社または委員会等設置会社の選択制によるものであるが、海外の投資家の多い株主である場合アメリカ法を参考にした委員会等設置会社の方が海外投資家・株主にとっては理解しやすいなどの利点を持っていることも確かである。したがって、株式会社の取締役の忠実義務(duty of loyalty)³⁰⁾を中心とする考察であり、これは委員会等設置会社の執行役、任意の機関である執行役員などの会社との関係義務を考える場合にも利用される。

取締役の忠実義務は、一般に取締役が取締役としての地位を利用して自己または会社以外の第三者の為に会社の利益を犠牲にすることを禁止し、取締役と会社間に利害の対立がある場合に、取締役に対して会社の利益を優先して会社のために適正な職務を遂行すべきことを義務付ける。これは、アメリカ州判例法を取締役の忠実義務と誠実義務からなる信託義務の法理(fiduciary duties)は、取締役は信託財産(会社)の受託者(trustee)との観念で、会社の最善の利益との間の利害関係が疑われる状況に取締役がなった場合の責任は免れないとする要件の厳格性、および義務違反が生じた場合に単なる債務不履行ではなく信託違反として法定信託(constructive trust)の重い責任を追及されるという効果面の厳格性を有する³¹⁾。取締役と会社間の利害対立、すなわち「会社の機会」の問題であり、会社が関心を持つはずの新規事業機会等を取締役が自己の事業にしてしまうことが、会社に対する忠実義務違反となることがあり、「会社の機会」(corporate opportunity)の奪取といわれる³²⁾。

取締役の忠実義務(商254条の3)が、昭和25年改正で「取締役は法令・定款の定めと株主総会の決議を遵守し会社のために忠実にその職務を遂行する義務を負う」と規定した。これに関して、商法254条の3に規定する

26) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説〔Ⅳ〕」商事法務1624号、2002年、p. 97。始関正光「平成14年改正商法の解説〔Ⅳ〕」商事法務1643号、2002年、p. 18。

27) 「監査役設置会社の取締役の会社に対する責任と委員会等設置会社の取締役・執行役の対会社責任に関して、取締役責任の理由づけについての批判的見解がある」森本滋「コーポレート・ガバナンス関連立法の最近の動向(下)」取締役の法務99号、2002年、p. 34、浜田道代「取締役会制度の改革②〔委員会等設置会社〕」金融・商事判例1160号、2003年、p. 159。

28) 北村雅史「会社法制の現代化に関する要綱試案研究(1) 取締役の責任」商事法務1695号、2004年、p. 10。

29) 堀龍児「新任取締役等役員へのアドバイス」商事法務、2004年、pp. 10~11。

30) 江頭憲治郎「会社法〔第3版〕」有斐閣、2004年、pp. 336~337。

31) 道垣内弘人「信託法理と私法体系」有斐閣、1996年参照。

32) 江頭「前掲書」p. 343。

忠実義務は、商法254条3項、民法644条「善管注意義務」と同質のものであるか、異質のものであるかの判例・学説上で争われたが、同質説が通説的見解といわれる³³⁾。本稿では、取締役と会社の利害が対立する際の類型化として取締役の忠実義務の語をあらわすものである。

なお、忠実義務の社会的機能に関しては、不完備契約(incomplete contracts)との関係で説明する見解である。それは、複雑で長期にわたる会社間の信認関係において、受任者のとるべき行動を、全てあらかじめ契約で特定することは不可能であるため、不完備契約との見解をとる。では、契約の空白を何に求めるかについては、事後的に忠実義務による受任者の行動を規制する考え方による³⁴⁾。

「取締役の忠実義務の範囲に限界を設ける理由」は、会社の取締役が個人で得た情報をどこまで会社に提供すべきかの問題は、取締役の忠実義務違反よりも取締役の善管注意義務の一環として会社の事業開発などにどの程度まで取締役の範囲が義務付けられるかに関して、取締役の社内での地位・役割の程度でもことになってくる³⁵⁾。また、アメリカ判例法のように取締役の会社の機会を事前に契約で定める方法は、アメリカ法が不明確性を批判されながらも、何らかの基準によって「会社に機会」の範囲を限定する方法は、合理性がある³⁶⁾。

確かに、アメリカの判例法上会社の機会について、閉鎖会社のオーナー経営者が、複数の会社を設立し事業を行っている場合は、そのうちの一家の少数株主が、会社の機会の奪取責任を追及する忠実義務違反の事例がある。この場合、会社経営者が会社資産を不正利用していた場合は、義務違反の裁判例がみられる³⁷⁾。しかし、それ以外に関しては会社の機会の基準を採用し、裁判例でも取締役忠実義務に関する閉鎖会社への判断は緩やかな（請

求を棄却するなど）ものとなっている³⁸⁾。

では、受認者である、取締役の忠実義務に範囲に制限を設ける理由は何にあるか。それは、アメリカの判例法理が歴史的に形成され、合理的に判断されて適用されてきたのであるが、しかし、それをそのままわが国の会社法に適用させる法改正は行き過ぎではないか。それは、取締役である（受認者）が自ら積極的努力により新規事業を見出すことや市場の状況を判断し、企業にとって利益の上がる事業であるかどうかについての知識・経験が個人により異なる。そのすべての機会に関して、会社の同意を要するとなればインセンティブ要因が失われることになる。そのためには、ある範囲の会社の機会については、受認者個人の取得を認めることが、相対的には会社の利益になる可能性が考えられる。また、個々の事例からも取締役の忠実義務違反行為が、受認者の退任に際して事件関係が生じることでもある³⁹⁾。

したがって、取締役（受認者）が積極的に新規事業に取り組むなどの個人的な判断能力、経験についてまで、全ての機会を会社の機会とすることには行き過ぎではないか。すなわち、裁判所の判断にゆだねる部分も残しておく必要があると考える。

V、むすびに

近年わが国の商法の改正は、猫の目のようなめまぐるしい改正がなされて今日に至っている。この大改正により大規模企業体は世界的に活躍可能な規制条件が少しでも取り払われることにより、その企業拡大化現象がグローバルに見込まれる傾向にある。しかしながら、企業数から見ると大多数が中規模ないしは小規模企業体がほと

33) 最高裁大法廷判決では、忠実義務に関して「商法254条3項、民法644条に定める善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまり、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の高度な義務を規定したものではない」とする。(最大判昭和45・6・24民集24巻6号p. 625, 百選2.)。

34) See. e. g. Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* Chap. 4 (Harvard University Press, 1991), Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Contract and Fiduciary Duty* 36J. L. & Econ. 426 (1993). 藤田友敬「忠実義務の機能」法協117巻2号、2000年、p. 283。

35) 「会社の機会」奪取の法理は、アメリカの州判例法上発展したもので、わが国の解釈論としても、取締役の忠実義務としてない得ることは、一般に認められている。問題は、義務の限界であり、公開会社は広く業務展開をする力があり、常勤の取締役は自己の能力全てを会社にささげるべきで、個人の資格で得た情報も会社に提供する義務がある（北村雅史「取締役の競争禁止義務」、有斐閣、2000年、p. 44. 閉鎖会社等の中小企業の取締役に会社への忠誠心を期待することは無理であろう（江頭「前掲書」pp. 343~344.

36) 落合誠一先生還暦記念「商事法への提言」、商事法務、2004年（田中亘「忠実義務に関する一考察」p. 245.）。

37) *Guth v. Loft, Inc.*, 5A. 2d 503 (Del. 1939)

38) *Tovrea Land and Cattle Company v. Linsmeyer*. 412P. 2d 47 (Ariz. 1966).

39) Pat K. Chew, *Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine*. 67N.C. L. Rev. 435 (1989).

んどであり、改正そのものの要件を十分受け入れられない企業が多いことを考慮する必要がでてきている。さらに、一旦株主総会で大会社およびみなし大会社である企業が、委員会等設置会社への変革決議をした後、「会社の持ち味を出せない」との理由で、委員会等設置会社形態から重要財産委員会をとるなどの会社（後退する考え方に戻るなど）も存在する。

また、企業におけるコンプライアンス（Compliance）の徹底化に関しては、各企業の機関が根本的にとくに企業のトップ意識改革を取り入れやすい素地を作り上げることなどの必要性がある。その役割を担う取締役の責任性は、企業の国際的役割、進展、企業の拡大化など重要な課題が山積している。取締役の責任のみを追及することのみならず、企業活性化のために外部の新鮮な風、風通しの良い企業とするためにも社外取締役制度の役割を明確にし、適用させるなどの改正会社法の応用、適用する考えが望まれる。

しかしながら、改正会社法が平成15年4月1日に施行され、50年ぶりの改正といわれてきたが、急激な改正であったことにもより、すでに次の改正に向けて用語の現代化と商法条文の整合性を踏まえた「会社法制の現代化に関する要綱試案」が提示され一部平成17年改正および18年改正に向けてその作業が進展している。大会社およびみなし大会社の委員会等設置会社にあっては、理念的に、執行役が経営の主体となり、独立した社外取締役を中核とする取締役会が適切に企業コンプライアンスを徹底させ、監督できる⁴⁰⁾かが課題でもある。これに伴い、現実には社外取締役の新任が増加することによる新任の取締役の独立化と役割の徹底化の考慮が迫られてきている。

40) 稲葉威雄「取締役の責任の新しいかたち」商事法務1690号、2004年、p. 13.