

[論文]

ビジネス法における企業の取締役会の課題に関する一考察

大 槻 敏 江

- 〈目 次〉
- I、はじめに
 - II、わが国の商法改正の要因および沿革
 - III、アメリカビジネス法からの影響力
 - IV、商法改正からみる二層制取締役会（two-tier board system）の課題
 - V、むすびに

I、はじめに

企業ビジネスへ大きな影響を与えてきた商法改正は、なぜ、今論じるべきなのか。それは、そもそも迅速な商法改正であり、急速な改正であったように商法の条文上の整合性に着目し『会社法現代化に関する要綱案』が法制審議会会社法部会でとりまとめられたことによる¹⁾。名称は会社法の現代化であるが、非公開会社すなわち商法大改正で積み残された分野の規律不均衡は正および社会情勢の変化への対応の両面に関する要綱案である。また、改正商法の条文上の『社外取締役』の適用について、どこまでが社外取締役の役割としてみとめられるか²⁾など現実のビジネス法の問題として捉えた場合、難しい問題が山積してきたのも事実である。したがって、商法立法当時以来多くの改正がされてきた今日に至るまでの改正商法の変遷・再考により、いままで部分的な改正や関連事項の改正沿革をみてきたにすぎないものであった。さらに平成17年・18年改正に向けて準備がなされる今日であるがゆえに、商法改正（会社法改正）から紐解くことから始める。

商法は、ロエスレル草案以来ドイツ法の影響を受けて明治32年施行され、その後改正商法をきっかけにアメリカ法の影響を受けた改正がされてきた。しかしながら、1992年の在外研究当時から、EC法、EUの法体系に興味を持って研究をすすめるとアメリカ法の多大なる影響のもと改正商法がすすめられていくことに疑問をもつようになってきたのである。そこで、比較法的考察を含めた進め方を試みるものである。

アメリカ法コンプライアンス・プログラムは、1990年代の企業の低迷化や不祥事件によりインセンティブに、企業のコンプライアンスを無視した企業行動批判に対し、徹底した企業活動コンプライアンスと企業の刑事責任の問題にまで進展してきている取締役会の最高責任者に対する監視体制の強化などについて改めて検討課題がある。その場合、我が国が会社法改正で求めている要件とアメリカ法の企業ビジネスの失敗で得たものが一致するも

のであるかどうかを検討課題とする。

II、わが国の商法改正の要因および沿革

商法改正により、取締役会のあり方や今後の課題への影響は、各改正商法により異なる効果を生み出し、さらなる改正へ継続審議される機会が多く行われてきたが、従来の改正は、時間の経過ばかり過ぎ去り思い切った改革がされない状況であった。これを鑑みれば、今回の改正（平成13年・14年）および会社法改正要綱案の取りまとめにいたる経過は迅速であり、時代の要望に適した改革である。

アメリカ法の改革が、企業の取締役に巨額な損害賠償を負わせた事件関係を契機に法の改革が行われるようになった³⁾。わが国の商法改正のきっかけは、①バブル崩壊、②企業の責任性、誰がその責任の主体をどのようにするかの問題点解決策として迅速な改正が試みられてきたのである。そこで、『取締役会』に関わる改正を考察することから述べるものである。

[1] 1899年(明治32年)会社法の制定

わが国の企業形態は、1868～1912年の明治期以前において個人形態で営まれていた。やがて明治時代の始まりにより、経済体制が封建経済から資本主義経済へと移行し、そのためには近代的企業形態の会社制度を導入する必要が迫っていたのである。当時会社制度を法的に承認したのは、1872年(明治5年)の国立銀行条例であり、アメリカ法の National Bank の制度を導入したものであったのである。わが国は、近代国家を作り上げるために、繊維産業を中心とした工業化を推進し、その結果1890年代には、紡績業を確立することとなったのである。また、1897年(明治30年)近代製鉄業の成立がなされた。この経済発展に対応する商法(会社法)は、ドイツ人のヘルマン・ロエスラー(Hermann Roesler)が起草した「商法草案」⁴⁾をもとに旧商法典1890年(明治23年法32号)第1編第6章に初めて設けられた。しかし、経済界の実情な

1) 法制審議会会社法(現代化関係)部会(部会長・江頭憲治郎先生)では、平成16年12月8日に『会社法制の現代化に関する要綱案』を決定し、今年の通常国会に『会社法案』を提出予定である。なお、決定された要綱案は商事法務、1719号(2005)pp.8-39参照。

2) 望月敏江(大槻)「新しいビジネス法学」八千代出版(2004)pp.108-109。

3) Smith v. Van Gorkom 事件関係による取締役への巨額損害賠償を契機として、アメリカの各州で取締役個人の責任を制限・免除する方法が行われるようになった。

4) ロエスレル氏起稿「商法草案」上下、復刻版(1955年)新青出版参照。(なお、Hermann Roesler の呼称をロエスラーとする)。

どから制定を急ぐ必要があり、1893年(明治26年)旧商法典の会社法部分を手形法および破産法とともに全体から切り離して施行されたのである⁵⁾。

[2] 会社法の改正、1911年(明治44年)および1938年(昭和13年)

1911年には、商法の会社法編の大改正が行われた。これは、1904年から1905年(日露戦争前後)鉄鋼業が飛躍的発展をし、企業の中には泡沫企業が発生し、会社法の欠陥とくに、株式会社法への指摘、批判がされたためである。そのため、会社編の大改正により、発起人、取締役、監査役の民事責任を明確とし、さらに刑事責任の規定を新たに定めたのである。

金融恐慌1927年を経て、企業の独占が進展するに従い会社法改正への動向がみられ、1938年(昭和13年)会社法が全面的に改正され、1940年に施行されたのである。また、1938年には、ドイツ法による有限会社法も施行された時期でもある。この改正は、企業の巨大化、株式所有の分散化、株主総会の権限の拡大による取締役権限の制約および民事責任や刑事責任強化策の改正により近代株式会社法の形態を整えた改正である。

[3] 1950年(昭和25年)改正

この改正では、株式会社機関法制のあり方に大きな影響力を与えた商法改正であり、取締役制度を改め取締役会と代表取締役の2つの機関に分け、会社代表権は取締役会の選任による代表取締役のみを認める。また、取締役の相互牽制と合議体による討議により、取締役に強大な権限を適正・慎重に行使させるために取締役会制度を導入し、会社業務に関する決定と代表取締役の業務執行の監督を行う取締役会制度とした。そのため、監査役は業務監査を行うとされていたが会計監査に限定されるものとなったのである。

機関法制に関連して、この改正では株主監督是正権が

強化、株主代表訴訟(商267条以下)、違法行為差止請求権(商272条)会計帳簿・書類の閲覧権・謄写請求権等が単独株主権または少数株主権として法制化されている⁶⁾。

[4] 1962年(昭和37年)の改正

この改正では、計算規定の大改正がなされ会計学を取り入れた期間損益計算を可能にしたのである。これによって、次の年には「株式会社の貸借対照表、損益計算書、営業報告書および附属明細書に関する規則」が制定され、計算書類の記載方法が詳細に規定された。

[5] 1966年(昭和41年)改正

改正要点は、1950年(昭和25年)改正法により定めていた株式譲渡の自由の原則を廃止することにより、定款で株式譲渡に取締役会の承認を要する旨を定めることができる。それは、わが国株式会社の大部分を占める中小株式会社の「閉鎖性維持」の要望に應えるものであった。また、記名株券の譲渡に関する裏書の禁止、株券不所持制度の採用、議決権の不統一行使の承認等の改正がされた。

[6] 1974年(昭和49年)改正

すでに、1950年代より高度経済成長時代に入り、これを支えたのが設備投資であった。しかしながら、設備投資の行き過ぎによる過剰生産が引き起こす企業倒産は、中小企業のみならず、大企業の一部にもみられ、その原因が粉飾決算によるものであることが原因であった。1965年(昭和40年)の山陽特殊鋼株式会社粉飾決算倒産事件関係である⁷⁾。このような事件関係の再発防止策として、1974年改正では監査役の強化を打ち出したのである。これは、監査役に取締役の業務執行に対する監査権限を再度与える改正であった。さらに、商法特例法「株式会社の監査などに関する商法の特例に関する法律」を別に

5) 「旧商法典の国内における評判は悪く、その施行は何度も延期された」河本一郎・岸田雅雄・森田章・川口恭弘(共)、『日本の会社法』、商事法務(平成5年)p.37。

6) 大野正道・川島いづみ(編著)『会社法』北樹出版(2004)p.73。

7) 山陽特殊鋼粉飾決算事件は、昭和40年3月6日会社更生法の申請をした。山陽特殊鋼倒産にともなう最大のスキャンダルは、過去7年間にわたる資本金の倍以上の153億円あまりの粉飾決算発覚である。監査担当の公認会計士は、粉飾の事実を7年前から知っていた。」奥島孝康「会社法の基礎」日本評論社、pp.162-163。

制定し、大会社は公認会計士または監査法人を会計監査人を選任し、会計監査にあたることになった。また、小会社では監査役権限が、従来通り会計監査に限定された。

[7] 1981年(昭和56年)改正

この商法改正は、会社法の抜本的改正を検討することであったが、機関法制について、

① 株式会社の形骸化の是正を図るため、まず株主の権利行使に関する利益供与を禁止する一株主総会で総会屋を排除する措置一、株主提案権の新設、取締役・監査役の説明義務の明文化、総会議長権限の明確化、総会検査役制度を新設した。

② 取締役制度に関しては、取締役会の業務監督権限を確認・明記し、取締役会専決事項の範囲を明確化した。代表取締役の取締役会に対する報告義務を要し、招集権者以外の取締役への取締役会招集請求権等を明確化することによる取締役会の監督機能の強化策がなされている。

③ 監査役に関しては、独立性の強化が図られた。監査役報酬の決定方法の改善や監査費用請求権の保障の強化がされた。

商法特例法の大会社については、監査役は2名以上、しかもそのうち1名は常勤者でなければならない。また、会計監査人の選任機関を取締役会から株主総会に改め、その任期・選任・解任についての詳細な規定化がされた。

[8] 1990年(平成2年)改正

この改正では、株式会社の最低資本金制度の規定化(株式会社の設立には1000万円の最低資本金、有限会社の最低資本金額については300万円に引き上げられた)、設立手続きの簡素化、優先株式制度の合理化等の抜本的改正がされた。

[9] 1993年(平成5年)改正

① 株主による会社業務執行の監督是正機能の強化として、株主代表訴訟の訴訟費用の改正である。この訴訟目的額を95万円とみなし、代表訴訟を提起する手数料を請求額にかかわらず一律8200円としたのである。さらに、代表訴訟で勝訴した株主は会社に対して訴訟で支出した

費用の支払いを請求できることになった。

② 株式会社監査機能を強化するために、監査役の任期を2年から3年に延長し、大会社については監査役会を法制化し、監査役を3名以上、社外監査役の強制をしたのである。

③ 社債法の全面見直し一社債発行限度規制の廃止、社債管理会社の原則義務付け、社債管理会社の権限・義務の法定化、社債権者集会に関する規定整備、担保附社債信託法に関する改正等一がされたのである。

[10] 1994年(平成6年)改正

この改正では、自己株式規制緩和、自己株式取得禁止の例外を認めたのである。その例外は、定時株主総会決議に基づき株式を任意償却するため、取締役または使用人に譲渡するため、株式譲渡制限会社が株式の売渡請求をするための要件を会社が株式の相続人から株式を取得するための各自己株式を一定の要件のもと認める緩和がなされたのである。

[11] 1997年(平成9年)改正

① ストック・オプション制度の導入(平成9年法56号)。この改正では、アメリカ法の影響を受け、議員立法の形で改正に踏み切り、取締役および使用人に対するインセンティブ報酬(優先的報酬権)を狙った改正である。

② 合併手続きの簡素化・合理化(平成9年法71号)。

③ 大企業における総会屋への利益供与再発防止策として、利益供与に関する罰則規定の新設・強化(平成9年法107号)がとられた。

[12] 1999年(平成11年)改正

① 株式交換・株式移転制度の創設。

② 親会社の子会社に関する情報の収集権の整備。

③ 金融資産に関して時価会計の導入。

[13] 2000年(平成12年)改正⁸⁾

① 会社分割制度を創設。

② 簡易な営業全部の譲受を認める。

③ ストック・オプション制度の改善。

8) 平成6、9、11、12年改正に関しては、木村実(編著)「法学・憲法〔改訂版〕」(第4章望月担当)八千代出版(2003)の補遺を作成した資料をもとにしたものである。

なお、昭和56年改正から平成12年改正は、前田庸「会社法入門」〔第9版〕有斐閣(2003) pp.7-10参照。

④ 子会社の計算による利益供与を禁止としたのである。

[14] 2001年(平成13年)改正

① 6月改正(平成13年法79号、議員立法)では、金庫株の解禁—自己株式の抜本的改正であり、自己株式の取得・保有についての目的、数量保有期間規制が撤廃された。そのため、株式消却特例法は廃止された。また、株式の単位法制に関して、単位株制度の廃止、単元株制度の創設・端株制度の改正、額面株式の廃止、法定準備金制度の改正がされたのである。

② 機関法制に関して改正では、株主総会のIT(法128号)が認められた。すなわち、株主総会の招集通知の電子化である。また、株主の議決権行使方法に関して改正され、従来の議決権行使方法は、議決権のある株主が1000人以上の大会社にのみ適用されていたにすぎなかった書面投票制度が、それ以外の株式会社にも取締役会決議で任意に決めることが認められた。

③ 12月改正(平成13年法149号、議員立法)では、取締役の法令・定款違反責任(商266条1項5号)、監査役の任務・怠責任に関する株主総会の特別決議による免責・定款に基づく取締役会決議による免責を認める等の責任免除の要件緩和がとられている。また、監査役の任期を4年に伸長するなど監査制度の強化を図り、大会社の外部監査の資格要件を厳格化し、外部監査役を1人以上から半数以上に増員、監査役の独立性強化が一層図られている。

さらに、株主代表訴訟制度については、裁判上の和解に関する規定を設ける改正がされたのである。

[15] 2002年(平成14年)改正

この商法改正(平成14年法44号)では、機関法制に関して、法務省民事局参事官室公表「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」構想のもと大幅な改正となった。

株主総会では、株主提案権の行使期限の繰上げ、株主総会の特別決議の定足数緩和がされた。

とくに平成14年改正では、

① 大会社、みなし大会社

会社法における株式会社は、大規模企業形態を対象としている。この大会社には、会計監査人の監査を強制、外部監査役も要求される。また、大会社以外の会社について、商法特例法のみなし大会社に関しても監査役制度を維持するかまたは委員会等設置会社への移行選択制を認める改正をした。この場合、後者を選択となると監査役は選任されない委員会等設置会社による3委員会を導入することになる。すなわち、定款で商法特例法の適用を受ける旨を定めることのできる「みなし大会社」を導入した。

② 委員会等設置会社制度

この委員会等設置会社は、平成14年改正で最も注目すべき改正点で3委員会の導入である。指名委員会、監査委員会、報酬委員会の新制度は、アメリカ型の影響を受けて導入された。しかも、監査役中心の従来型と新制度との間には、各企業による選択制を採用したことが、経営体制に大きな発想の転換をもたらしたとみることができる。また、監査役制度(従来型)を維持する会社については、重要財産委員会制度を導入し、取締役数が10名以上であり、その中に社外取締役が含まれている大会社またはみなし大会社について、取締役専決事項の一部を3名以上の取締役で組織される重要財産委員会に委任できる⁹⁾。

[16] 2004年(平成16年)改正

この改正点は、株券等不発行制度「株式等の取引に係る決済の合理化を図るための社債等の振替に関する法律等の一部を改正する法律」(平成16年法律第88号)、電子広告制度「電子広告制度の導入のための商法等の一部を改正する法律」(平成16年法律第87号)の確立である。まず、電子広告制度の導入のための商法等の一部改正する法律(平成16年法律第87号)では、この制度を採用するにあたり、定款変更が必要となるなど実務的な対応が問題とされている。この電子広告制度の株式会社(公開会社)への導入は、平成13年・14年と続けて行われた「会社法制の大幅な見直し作業」の中、法制審議会の会社法部会が平成13年4月に取りまとめた「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」において、高度情報化社会への対応との観点から、また、その背景としてはインタ

9) 久保利・中村・菊池・松山「平成14年商法改正のすべて」、商事法務(2002) p.144。

ーネットの急速な普及によると考えられている¹⁰⁾。

また、「株式等の取引に係る決済の合理化を図るための社債等の振替に関する法律の一部を改正する法律」（株式等決済合理化法）は、商法における株券の不発行制度導入と、「社債、株式等の振替に関する法律」における株式の振替制度導入の2本立て改正である。この改正により、公開会社（publicly held corporation）、非公開会社（closely held corporation）に関しても、株券発行しないとする制度が導入されることになった、非公開会社は、株式を譲渡されることがほとんどなく、株券を発行する必要性が乏しく、株券発行のコストとリスクを考えれば、一律に株券発行を強制すること自体に無理が生じていたのである。公開会社についても、必ずしも株券を発行しなければならないことが、会社にとり、経費等の負担が大きい等の問題が生じていた。一方公開会社については、株式譲渡は頻繁に行われるが、株券による譲渡、株券の存在を前提とする株券保管振替制度による譲渡よりも、円滑かつ安全に株式を譲渡する仕組みを構築する必要が迫られていた等の理由により、株券不発行制度の公開会社と非公開会社の導入には大きな相違がある¹¹⁾。

この改正では、非公開会社が株券を発行しない会社（株券廃止会社）になるかどうかは、定款自治に委ねられる（商227条1項）。すなわち、定款変更手続きをとる必要がある。ただし、一律に株券廃止会社とした場合、名義書換手続きが面倒になる、法的安定性に欠ける等不便も生じるので、非公開会社であっても株券を発行するほうがよいとする場合もある¹²⁾。公開会社の株券不発行制度は、その採用が一律に移行されることになる。すなわち、改正法の施行日（改正法の公布後5年以内に政令で定める日）の時点で保管振替制度を利用している会社は、株券不発行の定款変更決議をしたものとみなされる（附則6条1項）。これにより、施行日に株券廃止会社となって新振替制度に改正される。

[17] 2005年（平成17年）および2006年（平成18年）改正の課題

すでに、平成16年12月8日「会社法制の現代化に関する要綱案」が決定された。この改正案が、平成17年会社法改正の目玉としてその運用等に関して考察する必要がある。

さらに、平成18年には「社外監査役」の義務付け化等が今後の改正の論点と指摘されている。

以上の商法改正（会社法）の要因および沿革は、会社法改正の度に必要な要件・要因のみを必要に応じた引用であった。そもそも、法制度の原点から今日に至る体系・要因の明確な把握をするうえで全体を捉えられたことによる、今後どのように展開するべきかの課題を見出すために必要な要件である。

すなわち、わが国会社法がドイツ法の影響を受けて法制化され、社会の変化に対応した会社法が要求される。その社会的な変化・激動に大きく関わってきているのが戦争による経済の変動であり、この影響力が法の分野に改めて介入していることに驚きの念を抱くものである。したがって、アメリカ法の影響のもと商法（会社法）改正がなされてきたことによる理由の一つである。

Ⅲ、アメリカビジネス法からの影響力

1、個人企業から大会社への移行期

わが国の企業は、個人的経営から近代化した大会社が出現したのが1890年ごろであり、そもそもこの時代の経営者はヨーロッパやアメリカでその経営を学び帰国した若い人々によって大会社に移行する手段を実践した企業形態といわれる。この企業形態が、初期の日本にあってヨーロッパ・アメリカの継受によるものであることは、法制化の面でもドイツ法からの継受法であることからその影響力は計り知れないものである。また、諸外国から学んできた技術や経営哲学を紡績業、工業に生かす能力を見出せる若者によって起業できたことも利点である。

すでに大会社となった大企業は、取締役会が取締役の

10) 「法制審議会の会社法部会が平成13年4月に取りまとめた『商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案』において、高度情報化社会への対応という観点から、初めて改正の提言がされた。インターネットが国民や企業の間で急速に普及してきていたことを挙げる事ができる」 始関正光「電子広告制度の導入と実務対応（座談会）」商事法務1720号（2005）pp. 4-5。

11) 前田雅弘「株式等決済合理化法の法的論点」ジュリスト1280号（2004）p. 12。

12) 始関「電子広告制度・株券等不発行制度の導入」商事法務1707号（2004）p. 16。

中から代表取締役を選任することで経営者を任命する¹³⁾。まさに、取締役会が経営者から構成され、監視役のいないすなわち、社外取締役のいない会社形態が100年続いできたのである。しかし、これは一概に弊害ばかりではなく、むしろ存在することに問題な場合は社外取締役的な取締役を排除することによって企業の進展をみた例もある¹⁴⁾。

2、アメリカ企業の不祥事件から法制化にいたる経過

アメリカ会社法は、会社の不祥事に起因して法制度改革が行われてきた。その要因ともいわれる、エンロン社の破綻やワールドコム事件に端を発した企業・金融事件関係により投資家の信頼を失脚させた事態は、アメリカの損なわれた証券市場を早期に解決すべく、いわゆるアメリカ企業改革法「サーベンス・オクスリー法」¹⁵⁾であり、制定法としては迅速かつ法制化されたものとして評価される。その法制がアメリカ公開会社法制に与える影響は、1930年代の大恐慌における「1933年証券法」¹⁶⁾、「1934年取引所法」¹⁷⁾以来との指摘をされている。これは、アメリカの取締役会の構成について、証券取引所の規制（SEC）以外に強行法規による規制が行われてこなかった要因がある。そこで、サーベンス・オクスリー法制定によりニューヨーク証券取引所の上場規則が改正にいたったのである¹⁸⁾。

3、取締役会改革

1990年代の企業改革の論点は、取締役会に独立した監視体制（モニタリングシステム）の確立、確実な実施とその後の効果にかかっている。そこで、取締役会制度改革

革に取り組んできたアメリカ¹⁹⁾は、1970年代すでにこの改革への取り組みをどの国よりもいち早く取り組みに着手したのである。また、イギリス²⁰⁾の改革では、とくに社外取締役のモニタリングシステム強化改革が推進されてきた。

2000年代には、ドイツ²¹⁾、韓国、中国、日本においても法改正されてきており、ドイツでは委員会等の議論が活発にされ、企業改革の効果については各国とも錯綜している状況にある。

2001年韓国では、上場会社（総資産が17億ドル以上）に対して、社外取締役（過半数）、社外取締役指名委員会、監査委員会の義務付けを必要とし、その他の上場会社に関しても25%以上の社外取締役を要する²²⁾。中国では、2001年8月公布の規則により、2003年6月までに上場会社は、取締役の3分の1以上の独立取締役を設置することが義務付けられた。さらに、報酬委員会、指名委員会、監査委員会の過半数は独立取締役であることとされた²³⁾。以上の比較法からも、各国の監視体制は厳格に規定されているものの、わが国でも同様に改正されたからといってその改革の効果に疑問を抱く考えも存する。たとえば、社外取締役の独立性が本来の目的に到達できるかどうかなどの問題点がある。一応の期待感と不安感が錯綜しているのが、各国の実状でもある。

4、公開会社のガバナンス

わが国の会社機構はどうあるべきなのか。1990年代、バブル崩壊後の企業のあり方に関しては、アメリカのコーポレート・ガバナンスを会社法改正に取り入れることにより経済の低迷化を防ぎ、企業不祥事に対する防御策

13) 現行商法261条【代表取締役】。

14) 江頭「日本の公開会社における取締役の義務—特に監督について—」商事法務、1693号（2004）p. 4。

15) The Sarbanes-Oxley Act of 2002.

16) *E.g.*, Securities Act of 1933.

17) *E.g.*, Securities Exchange Act of 1934.

18) NYSE Listed Company Manual § 303A. (2003年11月4日 SEC によって承認された)

19) Business Roundtable, *Corporate Governance and American Competitiveness*, 46 Bus. Law, 241 (1990).

20) See Committee on the Financial Aspect of Corporate Governance (Cadbury Committee), Report (1992).

21) ドイツ法に関する委員会での議論がなされてきた詳細は、早川勝「ドイツにおけるコーポレート・ガバナンス規律の策定」同法54巻2号（2002）p. 246参照。

22) Presentation by Hasung Jang (Prof. at Korea Univ.) at RIETI (Research Institute of Economy, Trade and Industry) Academic Conference, *Comparative Corporate Governance: Changing Profiles of National Diversity* (January 9th, 2003).

23) [日本コーポレート・ガバナンス・フォーラム編, 『年報』(第6集)], 志村治美(基調報告者)「日中韓におけるコーポレート・ガバナンスと我が国会社法」(2003) pp. 99-102.

を会社法改正に見出すことにあった。ところが、そのお手本であるアメリカにおいて、世界的規模での破綻事件が相次ぎ、我が国会社法改正に大きな影響がでてきた。アメリカでの不祥事、それは、エンロン社の破綻やワールドコム社事件にしても巨額な資金をトップ（CEO）に該当する者によって直接事件に絡んだ会計粉飾であり、しかもその者自身の懐を暖める為に行った色彩の濃いものであったといわれる。わが国の不祥事件、不正事件は約年間100件ぐらいである。「そのうち46件が談合事件で、次に続くのが贈賄となっている。しかもこれらは、基本的にトップが直接起こす事件ではなく、会社の風土に根ざした、あるいは、業界の風土に根ざしているような不正ないし事件が起きているわけである」²⁴⁾。すなわち、問題の異なる事件関係を粉飾決算と称して混同し、解決策を見出すことにも問題がある。

(1) アメリカの基本原則

アメリカ法の基本原則によれば、企業規模が大きくなればなるほど、その経営プロセスはダイナミックで複雑なものとなっていく。この背景のもと、アメリカ法律家協会では、企業の健全な経営の確保のための法的枠組みを検討し、『コーポレート・ガバナンスの諸原理』（ALI）1992年に刊行された²⁵⁾。それは、企業の健全性を確保するために、取締役役に業務適法性を維持する目的で監視機能の強化がされたのである²⁶⁾。

その背景に、アメリカ会社法では取締役会による業務執行が前提とされてきたため、大企業化した企業組織では、取締役会で業務執行、監視機能を実施することが困難となって、現実には取締役会により選任された執行役員が業務を担当している。このような取締役会役割の検討が、ALIによって再検討され、業務執行は執行役員に委ねられ、取締役会が監視を主たる役割を担うものとされた。その取締役会が監視の役割を果たすためには、『コンプライアンス・プログラム』の作成と有効性の維持に

配慮することが重要要件とされたのである。

(2) アメリカ法のコンプライアンス・プログラム

少なくとも、1990年代のアメリカ法のコンプライアンス・プログラムの実施を促すインセンティブは、企業のコンプライアンスを無視した企業行動批判に対し、企業活動のコンプライアンス（法遵守）の徹底化、および刑法の領域からのアプローチの両面からの検討が積極的になされたことによる。すなわち、1991年連邦議会司法部所属の独立委員会である合衆国量刑委員会（U. S. Sentencing Committee）では、「組織体に対する連邦量刑ガイドライン（Federal Sentencing Guidelines for Organizations）」を制定した²⁷⁾。企業に対しては、従来とは比較にならない高額な罰金刑を科すことを定める一方で、コンプライアンス・プログラムが適正に実施されていた場合は、罰金額を必要的に軽減することを明確にしたのである。たとえば、連邦量刑ガイドラインの下では、他との条件が同じであれば、コンプライアンス・プログラムを実施していた企業は、実施していなかった企業に比して適用可能な罰金刑の法定額を83%から30%程度まで減額される可能性が認められる²⁸⁾。

これらのアメリカでの企業に関するコンプライアンス・プログラムの実態は、わが国商法（会社法）改正に当然考慮され、取り入れられてきている。しかし、コンプライアンス・プログラムシステムをアメリカ型のそのままを適用することには懸念がある。連邦量刑ガイドラインが、罰金額の算定にあたってコンプライアンス・プログラムを考慮する目的は、「犯罪防止、発見および報告のための内部的機構を確保するためにインセンティブを企業に与えることにある²⁹⁾」とされている³⁰⁾。その後、アメリカ企業の熱心な取り組みは1990年代以降にコンプライアンスの質的向上がみられる。その要因としては、連邦量刑ガイドラインの導入である。このガイドラインは、一方では『企業の責任性の厳格化』を踏まえ、違反行為

24) 吉井毅「日本の監査役制度」商事法務1694号（2004）p. 8

25) The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation (1994).

26) Richard S. Gruner, Director and Officer Liability for Defective Compliance Systems: Caremark and Beyond, in Corporate Compliance after Caremark 57, 59-60 (Carole L. Basri et. co-chaired 1997).

27) United States Sentencing Commission, U. S. Sentencing Guidelines Manual [hereinafter U. S. S. G.] ch. 8 (2003).

28) U.S.S.G., *supra* note 52. ch. 8 intro. Comment.

29) *Id.* § 8C2. 5 (f).

30) Molly E. Joseph, *Organization Sentencing* 35 Am. Crim. L. Rev. 1017, 1034 (1998).

に対する罰金刑の金額を引き上げる、またコンプライアンス・プログラムを実施した企業については、罰金額の軽減事由として考慮の対象とするなど「飴と鞭 (carrot and stick)」を使い分ける量刑ガイドラインの方針が、企業のコンプライアンス・プログラムへの整備をすすめる機会を与えるものとなったのである。今日アメリカの企業では、『企業の社会的責任』(Corporate Social Responsibility)、『企業倫理』の重要性が企業に一層浸透し、より高いレベルでのコンプライアンス・プログラムの導入がすすめられているのである³¹⁾。

このアメリカビジネス法から我が国会社法改正への影響力は、大きな力となっていることは間違いないことである。すなわち、わが国の大会社やみなし大会社は、企業としてのコンプライアンスを自主的にプログラム化し、実施する必要性があり、社会的には企業が単に寄付をすることによる社会への貢献と従来考えられてきたこと自体、企業献金による弊害等の事態を巻き起こしてきた。したがって、企業の社会的責任は、企業自体の責任性をどのように取れるかにかかっている。さらに、企業は「企業の責任性」や「企業倫理」(Compliance)の徹底、今後の課題として「企業の刑事責任」(Corporate Criminal Liability)の問題にまで発展しなければ解決できない企業関連問題が生じている。ますます、企業の事件が大規模化すればするほど、「飴と鞭」の使い方の必要性にかられることになる。

IV、商法改正からみる二層制取締役会の課題

わが国独自の企業倫理に基づくコンプライアンス・プログラムの作成、実施をどのようにすべきか。その中心的存在が、会社機関(取締役会)である。しかも、平成14年改正では業務執行権限が誰にあるかを法文上に明定した(商260条3項)。すなわち、取締役会決議により会社の業務執行する取締役に指名された、代表取締役以外

の取締役(業務執行取締役)と代表取締役が業務執行にあたる³²⁾。したがって、取締役会が業務執行を監督する(商260条1項)。取締役会での意思決定事項は、代表取締役が執行することとなる。その執行には取締役会の意思決定に反するものであってはならない、それゆえ取締役会は代表取締役の業務執行を監督する権限を有する。ところが、経営効率化向上のために会社機関である取締役会の法改革は、戦後の我が国会社業績が好調であったため、機関制度法改革の課題が、粉飾決算、特別背任行為、総会屋の利益供与等の企業不祥事事件関係を防止することを中心とした改革であった。そのため、違法性に対する監視監督義務を取締役会は法制度上負うものであるが、わが国の場合、株主により取締役が選ばれその中から代表取締役を互選するため、取締役会メンバーとして代表取締役も加わる形態である。しかも、その取締役が従業員出身の内部者によって占められてきており、取締役による監視監督機能は期待できないものであった。そのため、違法性監査を行う監査制度の強化策が、商法特例法の大会社・みなし大会社等でなされてきたのである。これによる監査役の地位向上対策が、選任方法・任期の伸長・権限・報酬等の改革がされてきたにもかかわらず、公開会社の監査役が経営者から独立した実効性にしたがって監査を行っているとの評価と独立した監視実行性に欠けるとの見解に分かれる³³⁾。

諸外国の法制を概観すれば、各国で紆余曲折しながら幾多の改正を試みながら会社法の機関に関する問題をクリヤーしてきたかにみえる。わが国も、その変遷のまさに過度期に差しかかっている時期といえる³⁴⁾。

(1) 取締役会のガバナンス形態

モニタリングシステム(経営者を監視・監督する体制)は、世界的に見て各国により異なるものである。次に、代表的な2つの類型がある³⁵⁾。

①アメリカ型 この型は、一元制といわれる形態であり、経営者(officer)を含む取締役会で監視・監督するも

31) 川崎友巳「企業の刑事責任」成文堂(2004)p.240。

32) 神田秀樹「会社法」[第四版補正Ⅱ版]弘文堂(平成16年)p.117。

33) 江頭「株式会社・有限会社」[第3版]有斐閣(2004)p.398。

34) 商法改正要綱試案(2003)から商法改正要綱案(2004年12月8日)へと50年振りといわれる商法改正が2006年度まで改正作業が予定されている。

35) 末永敏和「機関を中心とする大会社関連の改正」ジュリスト、1229号(2002)pp.32-33。

のである。業務執行機関内部において監視・監督機能を行うものである。すなわち、監視・監督する手段としては、経営者の選任、解任の権限を含み、取締役は株主総会で選任、解任がされる。このアメリカ型は、執行と監督の分離が進み、委員会等設置および社外取締役の導入、違反行為に関する規制の導入が行われている。しかし、かつてのアメリカ型においても、取締役の多くを経営者に委ねており、また、社外取締役の独立性に疑問が提起されてきたことから、その運用に関して執行と監督の完全な分離があいまいになる可能性がある³⁶⁾。最近の公開会社においては、取締役の過半数が社外取締役であり、CEOとの独立監視・監督体制の執行と監督の2層式化が主流になりつつある³⁷⁾。さらに、会計監査、取締役の指名、経営者の報酬など、執行と監督の分離が求められる点に関しては、社外取締役のみで構成される委員会が独立して責任を負うシステムが開発されている³⁸⁾。

- ②ドイツ型 この型は、2元制といわれるものであり、経営者(director)を別の機関である監査役会によって監視・監督するものである。監視・監査の手段として監査役会が取締役の選任・解任の権限をも有する。また、取締役は、各自が会社を代表して権限を行使することができる。したがって、監査役は株主総会において選任・解任され、監査役会の機能が進んでいる形態である。

アメリカ型とドイツ型を比較すれば、CEO(経営責任者)を内部的に監督するか、外部的に監督するか、いわば効率妥当性の監査に適しているのがアメリカ型であり、健全性、適法性の監査に適しているのがドイツ型である。

わが国改正商法(平成14年改正)では、アメリカ型を大会社・みなし大会社に導入し、委員会等設置会社の選択制に踏み切ったのである。

(2) 委員会等設置会社と取締役会

商法特例法上の大会社(商特1条の2第1項)とみな

し大会社(商特1条の2第3項2号・2条2項)は、2002年(平成14年)の商法改正により経営管理機構の選択制が認められた。いわゆる、委員会等設置会社(商特1条の2第3項)の導入により監査役制度に代え定款の定めをすることによる制度の採用がされた。委員会等設置会社となるためには、定款にその旨の定めを要する。この制度を選択した会社では、株主総会で選任された取締役で構成された取締役会のもと、その下部機関として指名委員会・監査委員会・報酬委員会が3名以上の取締役に組織されその過半数が社外取締役であることを要する。

取締役会は、業務執行役を1人以上選任しなければならないが、また執行役の選任・解任の権限、執行役に対する上位機関として監督を行う機関でもある。すなわち、委員会等設置会社を選択した会社は、監査委員会が取締役・執行役の職務の遂行を監査・監督する。これによって、監督・執行を分離する関係(二層制取締役会: two-tier board system)にある³⁹⁾。いずれにしても、企業の不祥事や最近の営業行為、製造の犯罪性がコンプライアンス違反からくる犯罪であるのは、内部統制システムの構築がされていないゆえに問題視されてきた事件である。経営の適法性を確保するのであるならば、執行役、代表取締役(CEO)により設置した内部統制システムの適切な機能のモニタリングを、監査委員会が行うことが監査の役割である⁴⁰⁾。

V. むすびに

ビジネス法のグローバル化を考察する上で、商法(会社法)改正の沿革を省み、また将来のビジネス法への過程において、過去、現在、未来の会社法のあり方をみることは、見えなかったことが何気なく見えてくることやものの考え方に広範囲から判断できる総合判断に結びつくことに気づく。それは、消費者によるモニタリング、株主による企業内部機関へのモニタリング、監査役や監査委員会によるモニタリングを改正重点課題としてきた。

36) Cf Myles L. Mace, *Directors: Myth and Reality* 86 (1971).

37) Sanja Bhagat & Bernard S. Black, *The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance*, 54 Bus. Law, 921 (1999).

38) 宍戸善一「交渉の場としての取締役―取締役会の仕組と動機付けの仕組の相互関係」、落合誠一先生・還暦記念『商事法への提言』、商事法務、(2004) p. 275。

39) 大野・川島「前掲書」(中村担当、第4章) p. 72 参照。

40) 久保利英明『委員会等設置会社と新しいコーポレートガバナンス』、落合「前掲書」 pp. 34-35。

しかし、ビジネスのグローバル化は、大規模企業体が世界を駆け巡るビジネスにどのようなモニタリングが可能かを判断するのは、下部機関に任せるのではなく企業の代表である CEO や執行役が内部統制システムの構築をされることから始める、この監視体制を確立することである。

しかしながら、巨大企業プロジェクトはわが国の企業数からすれば少なく、むしろ中小規模の会社であることが多い。それに関連して、2003年「商法改正要綱試案」から2004年（12月8日）には「会社法制の現代化に関する要綱案」が2005年には『会社法案』の改正が予定されている。この要綱案では、大規模公開会社のみならず中小規模企業体にも配慮した考え方へ発展し、たとえば、企業設立時の最低資本金制度の事実上撤廃に近い1円株式会社の設立など、ベンチャー企業に関しての配慮もされてきている。しかし、今後の課題としては、国際競争力をつけるアメリカ型ガバナンス・システムではなくわが国に適合する経営機構の構築を求めることにある。それゆえ、アメリカのみならず世界的ショックを与えたエンロン事件やワールドコム事件においても、社外取締役は機能していたかにみえたものの、監査・監視体制のもろさを伺わせた。その後、大改革を事件発生から1年以内に企業改革法案であるアメリカではめずらしく制定法である、サーベンス・オクスリー法の制定を成し遂げた。直ちに施行された規定は、CEOの不正行為に関する刑罰の重さ、社外取締役（outside director）から独立取締役（independent director）へ変更し、社外取締役による監査委員会の強化を図り、設置義務化を実施し、監督監視体制の強化を成し遂げてきている。アメリカでの事件後、その失敗から迅速に立ち直るアメリカ型ガバナンス・システムの機構改革構築については、わが国の会社法改革に取り込む要素がある。