

日本企業の将来とコーポレート・ガバナンスのあり方 ～我が国の企業経営の特性や実質に照らした理論の 再構築に向けて～

大阪ガス株式会社 監査役室長 柳 伸之介 (やなぎ しんのすけ)

目 次

1. はじめに
2. 我が国企業経営の伝統的・本質的特徴
3. 現在の我が国コーポレート・ガバナンス論の基本的問題点
 - (1) 組織・機関構成
 - (2) 責任論
4. 伝統・特性に適合したコーポレート・ガバナンス論のあり方への提言
 - (1) 「信認」と英米における参考例
 - (2) 権限及び義務の明確化
 - (3) 責任主体と責任追及の実質に基づく解釈論
 - ① 責任主体拡大の解釈論
 - ② 実質的責任認定の解釈論
5. 結語

1. はじめに

コーポレート・ガバナンスを巡って議論百出の状況の中、主流となる動向は、日本企業の組織編制上の不備に疑問を呈するとともに、主として米国の制度の紹介や彼我の制度の比較検討の中で、それらを導入する形で会社機構の編成や役員の責任追及の方法に関する会社法の制度改革等の実現に繋げてきたものである。国際競争力の強化やグローバルスタンダードの名のもとに、米国制度の直輸入の様相も感じられるが、そのような制度改革は本当に我が国企業の伝統や文化に沿った実効的なものであろうか。欧州における日本研究においては、様々な立法上の制度改革にもかかわらず、日本型のコーポレート・ガバナンスの本質は何ら変化していないと結論付ける調査資料¹⁾や日本の制度改革の「あらゆる点で単に漠然と米国型企業統治メカニズムを手本とする姿勢」に関する失望の声²⁾もある。

立法による変革は一見時代を反映した的確な動きのように映るが、従来の会社機構の組織体制は維持しながら、求められるガバナンスの規範につき、法解釈論や公的基準及び企業の努力により、その内容や運用を常に見直していく方がより迅速に時代の変化に対応できる面もある。今般の会社法改正が中間試案の公表以来2年以上経過して国会を通過するという経緯に鑑みても、立法による対応に全面的期待を寄せることはできない。

一方で1997年にソニーが初めて導入して以来、我が国企業の一般的な機関となった執行役員制度は組織体制の運用変

更の成功例なのであろうか。確かに立法に拠るものではない。しかし本質においては米国のOfficerの制度を模して従来の使用人兼務取締役を置き換えて設置した会社機関に過ぎないという見方もでき、常務取締役以上で構成された常務会が実質的な意思決定機関であったという実情は多くの会社で経営会議等と名称を変えて継承されており、実質的なガバナンスの変更とは言い難いように思われる。最近では執行役員制度の導入が経営効率の向上に結びついていないという分析や実証研究等も見られる³⁾。

本稿は、このような米国の制度に倣った若干形式に偏った感のある我が国のコーポレート・ガバナンスに関する動向を批判的に検討するとともに、我が国の企業経営の特性に鑑み、我が国の企業の健全性や競争力を将来に向けて強く育むための実質的側面を重視したコーポレート・ガバナンスに関する理論の再構築に向けた私的な提言⁴⁾を試みるものである。

2. 我が国企業経営の伝統的・本質的特徴

会社の主権者に関する議論は、コーポレート・ガバナンス論における不可欠の命題である。英米の理論モデルであるエージェンシー理論や契約説的解釈においては、会社の所有者である「本人（株主）」(principal)と「代理人（経営者）」(agent)間の契約を基礎として、それを会社の本体とする。会社は株主、従業員、債権者等との契約の束 (nexus of

contract) であり⁵⁾、株主は相互利益を追求するために会社という媒介を通じて契約関係に入った当事者の一方であるため、会社は契約当事者が媒体として利用する装置 (device) や法的擬制 (legal fiction) に過ぎず、実在のもの (entity) ではないという法人擬制説の考え方に立脚する。

一方、我が国においては、法人を自然人並みの人として扱う発想が徹底されてきた⁶⁾。経済学の観点からは、英米の資本主義が活発な株式買収活動を通じて法人擬制説を現実化する資本主義であるのに対して、日本の資本主義は少なくとも戦後50年間は法人実在説を現実化してきたという⁷⁾。このような法人実在説の観点においては、会社の経営状態と最も大きな利害関係を有するステークホルダーが従業員であり、会社の主権者を従業員とする考え方が主張されてきた。古典的な資本主義の企業システムはカネの繋がり方を原点に経済組織を編成している「資」本主義であるのに対して、日本の企業システムは、ヒトという最も貴重な資源を提供しているコアメンバーを中心とした「人」本主義のシステムであるとする「人本主義」の主張がその代表である⁸⁾。また産業資本主義の時代にあってはカネと設備が利潤を生み出すことができたが、ポスト産業資本主義の時代においては、ブランドやノウハウ等の無形のものが必要になり、それらを生み出す従業員の重要性がより増大していると説いて、株主主権の考え方は資本主義の経過の中で普遍的に時代に合わないものになってきているという説明もなされる⁹⁾。

更には、株主主権を主張することは、結局法人株主の主権を意味することになり、株主主権を主張すればする程、個人株主が軽視される傾向を助長することになるという現実的弊害に関する指摘もある¹⁰⁾。

また、歴史学上の観点からは、株主主権の根底にある「所有」と「権力」との関係について、欧米と我が国とでは大きな相違がある。江戸時代における我が国の武士が農民や町人の土地所有とは隔絶されたところで権力を有していたのに対して、中世における欧州の貴族は私的所有こそが権力の源泉であるという観念のもとに土地所有と権力とを密接に関連付けていた¹¹⁾。欧州における「所有」と「権力」との密接な関係は株主主権の考え方と親和的である。一方「所有」を「権力」から切り離して観念する我が国では、株式所有と会社支配とは別物であり、伝統的な経営者支配の傾向を助長する。この傾向に後述の従業員と経営者の連続性という基本的な日本的経営慣行が絡むことにより、従業員主権の考え方と親和的となる。ちなみに、株主を所有者とする経済学的な考え方の根底には、株主の有する残余利益の請求権 (residual claim) に基づく企業経営への影響力があるが¹²⁾、法学の見地では、残余利益の請求権は最劣後債権でしかなく、これを所有というのは精々一種の符丁ないし比喩的な用法であり法的な所有とは言えないという批判があるが¹³⁾、妥当な見解であろう。

株主権に関する法学上の議論の経緯にも注目しておく必要がある¹⁴⁾。株主の

権利義務は、株主が会社より経済的利益を受けるための自益権と会社支配に参加するための共益権の両方の権利があいまって法律関係の総体として実体を形成しているとする「社員権説」が通説的見解である。一方で、共益権と自益権とは異質のものであるという前提に立って、自益権と共益権とを包含する社員権を観念することは無意味であるという説¹⁵⁾、その中でも、直裁に株式は利益配当請求権あるいは金銭債権と観念する株式債権説¹⁶⁾などが、かつて有力に主張された。これらの説は通説とはならなかったものの、従業員主権的な我が国の企業の実情に照らして、解釈論的な対応を試みたものであり¹⁷⁾、理論面で英米に先駆けて検討された極めて斬新なコーポレート・ガバナンス論であったという評価もある¹⁸⁾。また、この考え方は、企業は株主のみでなく、その企業の従業員や消費者延いては一般公共の受託者的地位に立つという考え方の論拠を提供したものであった¹⁹⁾。「公器」としての会社観と関連し、契約理論モデルの所有者的な企業観とは距離を置いた解釈である。「企業の社会的責任」を想起させる論理でもある²⁰⁾。

経営史の観点からも、我が国の会社の現実的支配者が所有者ではなく雇われた者であるという特徴が江戸時代に遡って伝統的に見られる。「大元方」という、越後屋の経営で大成した三井家が創業者から相続した経営財産を九つの家で共同管理していくための仕組みである²¹⁾。大元方の重要な点は、九つの各家が財産を処分又は分割請求することが許されて

いなかったことである。大元方の経営大綱を決定する評議の場には三井家一族も参加したものの、日常のマネジメントは総て優秀な従業員に委ねられていた。このような体制は、住友や三菱など他の財閥も有していたようであり、我が国の企業体制のその後に根源的な影響を与え、戦後の株式持合と企業内部者による支配の起源となると考えられている²²⁾。

以上の我が国の企業が有する伝統的な特徴に加えて、我が国の企業経営の実態的特色として指摘されてきたものとして「分散シェアリング」がある。「情報」・「付加価値」・「意思決定」の三つの要素が従業員の間で分担され、階層下部に多く権限委譲されているものであり、今でもこれらの特徴は根強く説かれている²³⁾。そのような我が国の経営体制は、ほぼ連続的な管理職制によって維持されており、取締役等の役員についても従業員との差異は機能的区分に過ぎない場合が多い²⁴⁾。さらに、我が国企業の従業員は、生産性と給与とのバランスにおいて、入社後短期間の過大支払を受け、続いて過小支払の時期が続き、最後に過大支払を受ける。前半の過小支払を従業員の企業への出資とみなし、後半の過大支払に至ってリターンを受け取るという出資関係が隠れているという指摘が「見えざる出資」論である²⁵⁾。見えざる出資は、出資分を第三者に譲渡できない点でストック・オプションなどとは異なる。途中退社するとリターンを受け取れないので、従業員にとって退出障壁となる。退出障壁の高い組織において内部競争を高揚することにより、従業員の企業に対

するコミットメントを高め、従業員による自律的ガバナンスをもたらす可能性があるという²⁶⁾。

また我が国の会社法上の機関は、諸外国と比較しても著しく多様で複雑となっている。平成14年商法改正により、監督機関としての取締役会と執行機関としての執行役及び効果的な監督機能を目指して社外取締役を中心とした委員会の設置が定められた。現行会社法はその制度を踏襲しているが、今般の会社法改正により「監査等委員会設置会社」が追加されることになる。また、多くの会社では先述した執行役員制度が導入されており²⁷⁾、同じく会社法に規定のない「常務会」や「経営会議」という名称の上級役員で構成される機関も設置されている。役員に付される名称もまた千差万別であり、「専務取締役」「取締役総務部長」「常務執行役」「執行役法務室長」「専務執行役員営業本部担当」等、会社における地位や権限が一見して分かり難い場合もある²⁸⁾。米国の役員（Officer）は定款（bylaws）に明確に位置付けられ、CEO（chief executive officer）・COO（chief operating officer）等、名称もほぼ統一されており、責任や権限も比較的明瞭に解説されているが²⁹⁾、その対比においても、我が国の会社機関の構成員の位置付けや権限は、極めて相対的で不明瞭なものであると言える。

以上のように、我が国の企業経営は独特の伝統と特質を有している。このような特質は、企業の永続性と深く関連性があるのか、我が国には創業200年以上の長寿企業が3,000社以上存在し、これ

は世界中の同様の長寿企業の43%に相当するという研究結果がある³⁰⁾。フランスのアルベールは、資本主義はアングロ・サクソン型（アメリカ型）とライン型（ライン川河畔のドイツ等で発展）の二つの対立軸に分類できるとして、経済的にも社会的にも後者の方が優れているものの、両者の戦いとなると前者に分があると説明する³¹⁾。我が国は明らかに後者の資本主義に属する国であるが、その中でも、長寿企業の例を見ても分かるように世界的にも独特の企業文化を育んできたと言える。わが国の企業文化も前者の資本主義との戦いに負けつつある旨をアルベールも述べているが³²⁾、アングロ・サクソン型の米国の企業経営の枠組みを範とする制度見直しが我が国経営に効果的に根付くのか、十分に吟味する必要がある。我が国の企業文化の伝統を活かしながら、枠組みの議論もよいが、もっと実質に照らした制度設計や解釈論を展開していくべきであると考ええる。

3. 現在の我が国コーポレート・ガバナンス論の基本的問題点

現在の我が国のコーポレート・ガバナンスを巡る議論は、米国の制度に倣った枠や器（うつわ）等の導入の要素が大きい。器の中身である役員概念や義務などの実質的議論が十分に尽くされないうちに、器である委員会制度や社外役員等の外形部分の導入が図られてきた。実質的な議論は主流とはならない傾向にある。例えば、会社法上の取締役や執行役

のみが株主代表訴訟の対象となり、それ以外の重要な従業員等は如何に重要な役割を果たしているかが蚊帳の外となる我が国の制度に関する懐疑的主張は以前には見られた³³⁾。企業が本格導入し始めた2000年前後に議論された「執行役員」に関する株主代表訴訟の被告適格の問題も含めた法的性格についても一時は大いに議論された³⁴⁾。ところが、これらの実質的な議論は長続きせず、最近では議論の対象とはならない。

また、取締役等の役員の義務の概念は会社法において善管注意義務及び忠実義務と規定されているが、その実質的内容は曖昧なままである。役員が会社に対して負う義務については、「経営判断の原則」³⁵⁾等の米国の判例法理に基づいた取締役の責任認定における判例や法解釈論により或る程度確定はできるものの、立法、法解釈及び公的基準等の進展は余り見られない。このような義務や責任の曖昧さは、他の局面においても見受けられる。例えば米国において使用される「アカウンタビリティ」という概念を我が国では「説明責任」と訳して導入している。「アカウンタビリティ」の本質は、「受託したことをやり遂げ、それを定量的に説明し、それができなければ懲罰を受ける可能性があること」という重厚な意味であるにもかかわらず³⁶⁾、漠然とした概念に転化してしまっている。実質を考慮せずに、形式面のみを導入を図った結果であり、本質的には同根の問題である。

以上の基本的問題を有すると思われる我が国のコーポレート・ガバナンス論に

ついて、中心的テーマである組織・機関構成及びその権限と責任の具体的問題点を以下簡単に述べる。

(1) 組織・機関構成

国際的な会社機関のモデルには、米国を代表とする一層式モデルとドイツを代表とする二層式モデルの二つが存在する。取締役及び取締役会とは別に監査役制度を伝統的に有する我が国は基本的には二層式モデルに属してきたが³⁷⁾、平成14年商法改正において米国に倣って導入された制度が現行会社法の委員会設置会社制度に引き継がれており、非常に柔軟な機関構成の選択が認められている。その結果会社機関が諸外国から見ても極めて複雑で分かり難く、先述の通り構成員の位置付けや権限がより不明瞭なものとなった。

このような機関構成の選択の自由は実効性を伴って活用されているわけではない。東証上場会社のうち委員会設置会社を導入している会社は僅か2.2%に過ぎず、これは過去から殆ど増減がない³⁸⁾。また先述の通り、執行役員制度の経営効率上の実効性についても疑問な点が多いが、会社法上の責任対象から外れるという執行役員制度導入の持つ企業の法的リスクマネジメントの一環としての側面を考慮すればそれ程不思議なことではなからう。

今般の会社法改正における重要テーマである社外取締役³⁹⁾についても、米国の制度に倣うものであるが、社外取締役の導入と企業経営の効率化やガバナンスの改善には相関関係がないというのが従

来の国内外の説であったが⁴⁰⁾、特段の環境変化がない中での社外取締役の導入がROE向上に貢献するという昨今の見解には懐疑的にならざるを得ない⁴¹⁾。対極にある「ファミリー企業」の業績が相対的に優れており、我が国に2万社強存在する創業100年以上の長寿企業の殆ど総てがファミリー企業であるという実証研究すらある⁴²⁾。外形基準を業績の向上と結びつけて説明するのは一種の流行を惹起するが、一定数の外部者登用の効用はあっても、多数の外部者登用が業績への貢献者である内部者のモラルに影響することが企業にとって良いガバナンスと言えるのか、本質的議論が必要であろう。

基本的には、現在の機関構成の制度自体に問題があるわけではなく、その運用に問題があるのではなかろうか。監査役を廃止して、一層式の委員会設置会社に移行すればガバナンスの質が向上するわけではなかろう。内部者である監査役のガバナンス上の有効性は企業実務上も認識されている⁴³⁾。また先述したように、我が国の伝統的な商家の組織は、大元方のような「所有」というより「総有」的意義の強い組織であり、その結果「番頭」のような専門経営者に経営が委ねられる傾向が強い。トップである当主の行状が好ましくない場合は、親族や番頭が当主を強制的に隠居に追い込む「押込め隠居」という制度が江戸時代には存在したが、有力な内部者の果たすガバナンス機能にも再度注目すべきであろう。

現在の我が国企業の特徴からも、株主主権的な考え方が通用しにくく、法人実

在説的で、共同体的特徴がある上に、分散シェアリングとミドルマネジメントの重要性が大きいことは先述したが、このようないわばボトムアップ的な体制においては、米国型の株主主権的な構造においては、法人は擬制的なものであり所有者である株主から信任を受けた経営者が株主の利益のために行動するトップダウンの体制において必要とされる社外取締役や委員会設置会社等の機関構成の変革にばかり注力したところで、本質は何ら変わらない。文化的伝統や企業経営の特質を考慮せずに制度を導入しても、しっかりと根付くことはなかろう。

(2) 責任論

コーポレート・ガバナンスの議論においては、義務違反行為の抑止力としての責任追及の制度が課題となる。法律上の中心テーマは株主代表訴訟制度の問題である。以前より、我が国の制度については、原告に代表者としての適切性を要求する「適切代表」の定めがないことは、「代表訴訟」としての性格を見逃すものであるという批判⁴⁴⁾があるが、このような基本的性格に関する議論がなされるほど、我が国では株主代表訴訟に関する理論的基礎が充実しているとは言えず、米国の「実生」の制度を「接木」したものと揶揄される⁴⁵⁾所以である。このような理論的背景において、比較法的にも制度上明文化されることが稀な⁴⁶⁾多重代表訴訟が今般の会社法改正により明文化されようとしている。いわば接木の制度に接木を重ねることになり、接木を重ねた法律⁴⁷⁾の解釈論に法律家の労力が

割かれる状況には、本質的議論が欠けていると思われる。殊に、母国の米国においても「問題児」⁴⁸⁾として難問視されてきた株主代表訴訟については、法解釈や理論の蓄積に乏しい立法は、実務と理論に新たな混乱を助長することが危惧される。我が国の企業実態という土壤に適した接木であれば育つ余地もあるかもしれないが、その点の考慮を欠いているならば、我が国企業のコーポレート・ガバナンスの健全な森を支える大木に成長するとは思えない。

我が国企業の特徴である分散シェアリングの状況に鑑みた場合、相応に重要な役割を果たす従業員も含めた権限と責任の公的かつ理論的な体系を構築していくことが重要であろう。例えば、有名な株主代表訴訟事件⁴⁹⁾において、不相当なデリバティブ取引を行った結果の損失額約67億円の賠償責任を認められた元副社長以外の役員の責任を認めなかった理由の一として、一応のリスク管理体制がとられた上に、職制上のチェック機関である財務部門や監査部門からの情報を信頼したことの合理性があげられている。この結論自体は妥当なものであると考えるが、そのような取引を見逃していた重要な従業員である財務や監査の部門長の責任は現行法の制度では争点にすらならないのであろうか。先述の執行役員の被告適格の議論が止んでしまっている状況では、解釈論には進展はない。

以上のような責任論に関しては、会社法の立法に依存し過ぎている問題があると考えられる。従業員も含めたコミットメントが重要な我が国企業の特徴に照らした

とき、執行役員や重要な従業員等の責任が公的にも明確になるような法解釈論を展開することで、企業の健全性を確保するためのより実効性の高い理論を構築すべきではなかろうか。

4. 伝統・特性に適合したコーポレート・ガバナンス論のあり方への提言

昨今のコーポレート・ガバナンス論に関する基本的な問題は、我が国企業経営の伝統的特性を考慮せずに英米の制度を導入する「翻訳」にあると考える。本来それらを考慮して「翻案」すべきであり、「接木」ではなく環境に適合した「品種改良の苗木」を育てるべきである。

我が国の特性に照らしたコーポレート・ガバナンスを考える上で、英米の制度を範とした立法に偏ることは問題であるが、英米における実質的理論は参考にすべきである。特に、会社と人との関係に照らした根拠理論である「信認関係 (fiduciary relationship)」や「信認義務 (fiduciary duty)」⁵⁰⁾を参考として、我が国企業の特徴を考慮した解釈論を提言する。分散シェアリングを特徴に「人」を中心とした我が国企業において、役員や従業員など広範囲の構成員を対象としたコーポレート・ガバナンスの理論体系を構築すべきである⁵¹⁾。

(1) 「信認」と英米における参考例

英米法において取締役 (director) は伝統的に株主に対して信託 (trust) 上の受託者であるとされてきた。19世紀

半ばまで英国の会社は殆ど法人化されておらず、会社財産を受託者 (trustee) に委ねる継承的財産設定証書 (deed of settlement) に基づき、多くの取締役が受託者であったため、エクイティ裁判所は明瞭に取締役を受託者と認識できたからである⁵²⁾。受託者が受益者 (beneficiary) に対して負う義務が信託義務であり、その関係を信託関係というのが、裁判所は受託者と受益者の関係を他の信託関係に拡大適用してきた⁵³⁾。

英国では、取締役の概念は実質的に判断され、その名称に関係なく取締役に相当する地位にある者が含まれる⁵⁴⁾。また、正式に取締役として選任されていなくとも、取締役として権限を有し行動する者も実質的に取締役としての義務を負う⁵⁵⁾。従業員も一定の場合、信託義務を負うという点は異論がない。ただし、同じ雇用契約でも役員 (officer)⁵⁶⁾と従業員 (employee) とでは、負うべき義務の程度が異なる。従業員の信託義務は、例えば競業 (competing with the company) の場合に適用され、勤務時間外であっても競業者のために勤務することはできないという判例⁵⁷⁾がある。また、取締役の一般的義務については明確化のための法令化の検討がなされてきた結果、現行の2006年会社法では、「権限の範囲内の行為」「会社の成功の促進」「独立した判断」「合理的な注意、技倆および勤勉さ」「利益相反の回避」「第三者からの利益受領の不可」「取引または取決め計画に対する利害関係の申告」の7つの項目に基づきそれぞれ具体的に定められている⁵⁸⁾。

米国では取締役 (director) と役員 (officer) は明確に分離されており、経営は取締役会が指名する業務執行役員に委譲され、取締役は業務執行を監督する。取締役の大部分は社外取締役 (outside-director) であり⁵⁹⁾、マネジメントから独立 (independent) した者で構成される。業務執行役員は、各州又は各社で構成が異なるが、一般には付属定款 (bylaws) で名称、義務等が定められ、最高経営責任者CEO (chief executive officer)、最高執行責任者COO (chief operating officer)、最高財務責任者CFO (chief financial officer) 等が定められている⁶⁰⁾。業務執行役員は、会社との間の契約 (employment agreement)⁶¹⁾により、義務、責任、報酬等が詳細に確認される⁶²⁾。これらの役員と会社との関係において信託義務を負う者の概念は実質的に判断され、裁量権を持ち高給を得る従業員には役員と同じ信託義務が課され⁶³⁾、管理及び業務執行の機能を裁量として委ねられている者がOfficerであると判断される⁶⁴⁾。

以上の通り、英米の役員概念が信託義務を基礎とした実質的なものであり、かつ明瞭に定められており、我が国の立法上の形式的な役員概念における不明確な義務の定めとは質的に異なることに注目すべきである。英米の実質的な概念は、分散シェアリングでミドルマネジメントが重要な我が国企業のガバナンスを考える上で参考とすべきである。取締役や執行役と会社の関係は委任であり (会社法330条・402条3項)、従業員と会社の関係は雇用であると契約法上は区別され

るが、このような区別で総てを説明できるわけではない。契約法の学説上も委任と雇用の区別は元来相対的なものであると解釈されており⁶⁵⁾、従業員から取締役まで連続的階層を成す我が国企業においては、相対的概念で理解すべきである。

委任関係の根底には、英米の信認関係と類似の信頼関係があり、基本的には雇用関係も同様である。人や従業員を中心とした我が国企業経営の特性に適った、広く役員から従業員を含めたガバナンスの根幹である「権限と責任」の体系を構築すべきであろう。実質的に会社を動かしている構成員を含む明快な会社機構論と法解釈と司法による実質的責任論の構築が必要であろう。以下、それらに関する基本的な考え方について提言する。

(2) 権限及び義務の明確化

我が国においては、従業員を広く視野に入れた組織論やガバナンス論を構築することが重要であり、そのためには取締役等の役員だけではなく、一定の役割と裁量を有する役職にある従業員も含めた権限と義務の公的体系を明確にする必要がある。かつて日本的経営が諸外国から高く評価された時代の我が国経営の推進機構の一つに、小集団活動等の小ユニット単位に組織分割して権限と義務を明確にするという手法が存在していた。稲盛和夫氏の「アメーバ経営」はその代表である⁶⁶⁾。アメーバ経営の目的は、①市場に直結した部門採算制度の確立、②経営者意識を持つ人材の育成、③全員参加経営の実現であるが⁶⁷⁾、同氏の会社経営の成功は、トップ層の役員だけで

はなく従業員を含めて各組織ユニットの権限と義務を明確化したところにあるようである。「ボトムアップのガバナンス改革」が我が国の企業経営の特徴に適ったコーポレート・ガバナンスの鍵と言えよう。米国が従業員のコミットメントの低い「参加」と「退出」の文化を有するのに対して、我が国は従業員のコミットメントの高い「所属」と「告発」の文化を有するというが⁶⁸⁾、幅広く従業員を巻き込んだガバナンス改革により、従業員の「告発」による自力救済のバランスをとることによる企業の健全性の維持を図っていく工夫が必要であると考えられる。

具体的には、どのような工夫が考えられるのか。筆者は所属する会社において役員及び組織長等の従業員の権限と義務を定める社内規程の作成に携わったことがある。各組織長等の役割・ミッションを規定し、社長や担当役員に留保された権限を明記して、それ以外は各組織長等の従業員に権限移譲される体系となっており、分散シェアリングの特性を体现する内容である。このような規程の整備は既に各社各様で推進されているが、このように我が国企業において重要な役割を果たしているミドルマネジメント層の権限・義務と取締役等の経営トップ層の権限・義務とを合わせた体系での公的基準を設けるべきであろう。

EU諸国では、政府が主導してコーポレート・ガバナンスに関する公的基準としてのソフト・ロー（「順守せよ、さもなければ説明せよ」の原則が適用される準則）が積極的に策定されており、英国ではそれらの基準をもとに上記の取締役

の義務に関する会社法の規定に結びつけたわけである⁶⁹⁾。我が国においては、日本監査役協会や東京証券取引所などの組織によるコーポレート・ガバナンス原則が従来策定されてきたが⁷⁰⁾、企業経営上の準則として従来なかなか定着してこなかった。しかし昨年から今年にかけて会計監査人に関する公的な行為基準である「監査における不正リスク対応基準」が策定されたこと⁷¹⁾、日本監査役協会の「監査役監査基準」が法令ではないが監査役の注意義務を判断する際に裁判上考慮すべき基準であると判決において言及されたこと⁷²⁾、更には「責任ある機関投資家」の諸原則として「日本版スチュワードシップ・コード」が政府主導でまさにソフト・ローとして策定されようとしていること⁷³⁾など、我が国においても上記体系のコーポレート・ガバナンスの規範となり得る公的基準を策定する機が熟してきていると思われる。

同時に、各企業における自助努力として、ミドルマネジメント以上の従業員から役員に至るまでの階層において、上述の米国の会社との間の契約(employment agreement)に倣って、それぞれのステージに応じて、各人の権利と義務を具体的に明記した契約書を作成するなどにより、役員及び重要な従業員の権限と義務の明確化を図るべきであろう。

(3) 責任主体と責任追及の実質に基づく解釈論

権限には責任が伴う。コーポレート・ガバナンスの体系には責任に関する法解釈論が不可欠である。責任に関する理論

構築は立法や司法の役割であるが、トップダウンにおける役員の責任だけではなく、人を中心とした重要な従業員も含めた責任の体系を確立する必要がある。また、会社との実質的な関係に鑑みて一定の従業員の責任を認めるとしても、現実的な責任追及の場面では、株主代表訴訟の被告となり得るのは、取締役や執行役など会社法423条に規定している者のみであり、従業員の責任は会社が追及しない限り問題とならない。この責任追及面での格差は従来一般的にも問題視されている⁷⁴⁾。

重要な従業員に対しては、直接訴訟提起できないまでも、違法行為の認められる重要な従業員の責任追及を放置する代表取締役の懈怠責任を追及することは可能である⁷⁵⁾。ただし、取締役への直接的な追及の場合は、訴訟提起自体が経営判断事項とはならないが、会社が重要な従業員に訴訟提起するか否かは、費用対効果のバランスを考慮した経営判断の問題となろう。米国の代表訴訟(derivative action)では、取締役や業務執行役員のみならず、代理人や従業員等の第三者に対しても提起することができ⁷⁶⁾、総ての者に対する訴訟提起が会社側の経営判断に委ねられる⁷⁷⁾。その点では、取締役と従業員との間で責任追及に差異はない。我が国企業の役員と従業員との連続的階層性に鑑みて、従業員の責任を正面から認めて、その責任追及の方法も検討されるべきであろう⁷⁸⁾。

① 責任主体拡大の解釈論

取締役や執行役と会社との関係は委任

であり、その責任追及手段には会社法が適用され、執行役員を含む従業員と会社との関係は雇用であって⁷⁹⁾その責任追及は労働法の理論が適用される⁸⁰⁾と一般的には考えられる。委任と雇用の区別の相対性及び分散シェアリングの特徴を有する我が国企業の特徴を考慮すると、社内で相応の裁量をもって役割を果たしている従業員も広く権限と責任のシステムの対象に含めて理論構成する方が有効であろう。

そこで今般の会社法改正のテーマであった多重代表訴訟を巡る理論が参考となる⁸¹⁾。現行制度上は多重代表訴訟を不可とする認識が一般的であるが⁸²⁾、いくつかの学説は多重代表訴訟を解釈上認めている⁸³⁾。その中に、親会社役員と株主とは会社を介して実質的な委任関係にあり、親会社役員は子会社を介して子会社役員に復委任していることを理由とする「復委任説」がある⁸⁴⁾。企業グループ内の構成員の実質的地位に応じた責任を検討する上では、子会社役員と会社及び株主との要素的關係（いわば英米法の「信認関係」の程度）を個別具体的に積み上げて判断するための理論的基礎を提供する点で有益な説であると考ええる。

委任のうち委任者の名で法律行為をすることが許されているときは代理権も認めるべきであり⁸⁵⁾、委任と代理は密接な関係にある。英米の信認義務の主役である忠実義務は我が国の代理人にも解釈上認められており⁸⁶⁾、委任は対人的信託関係の絶対性において雇用・請負とは質的に異なる⁸⁷⁾。このような性格を有

する委任を英米法の信認関係に準じて法解釈の統一的視座とすべきという主張もある⁸⁸⁾。形式的な個々の規定に拠らずに、団体構成員の本来の権利として代表訴訟の見直しを主張する有力説⁸⁹⁾にも適う。経営学上の複雑化した組織内での事業部門や子会社のコントロールの問題における、株主と経営者間と並ぶ経営者と事業組織トップ間の二層のエージェンシー問題⁹⁰⁾にも法的理論の支持を与え得る。

民法解釈上の復委任の可否については、比較法的には復委任を認める立法例もあることなどから、民法104条の代理人の復委任権の規定に準じて一定の範囲で認めるべきであり、民法107条2項を類推して復委任者は委任者に対して直接権利義務を負うという説が有力である⁹¹⁾。事業が高度化する中、役割分化した事業部や子会社群を抱え二層のエージェンシー問題が議論される実態に鑑みれば、会社の重要な役職者は復委任の関係に立つものと考えられよう⁹²⁾。それ以外の従業員は復委任ではなく、受任者の履行補助者と考えるべきである。「委任」とみなせるのは支配的影響力のない場合であり、一般的に支配従属関係にある企業グループにおける親子会社の関係においては「委任」は考え難いという反論もあるが⁹³⁾、委任・雇用・請負の各典型契約が境界線の曖昧な相対的な関係にあるという従来の説⁹⁴⁾を考慮しないものである。「支配従属関係」を前提としても、複雑・専門化した企業活動において、例えば財務の専門家の経理部長と代表取締役の関係について雇用であり委

任ではないと断言して解釈論を停止することは不合理であろう⁹⁵⁾。

このような解釈論に基づき株主代表訴訟の被告適格を司法が認定する道を探るべきである⁹⁶⁾。執行役員、使用人兼務取締役及び重要な従業員も含めた重要な構成員に対する、英米法の信認関係に類比し得る委任を基礎とした責任認定の解釈論を確立する必要がある。商法上の「商業使用人」と会社との関係についても、雇用契約だけでなく、委任契約によるものもあるという説が有力なのである⁹⁷⁾。委任は「高級労働」を対象とし、報酬の支払いが契約の要素ではない点で雇用と区別されるという考え方もあるが⁹⁸⁾、高級かどうかは相対的なものであるので、結局は英米の信認義務の軽重のような要素で判断せざるを得ない。一般的には、我が国の企業においては、職責権限規程等の社内規程において、社長から一次的に権限委譲を受けている重要な従業員以上の者に被告適格を限定すべきであろう。復委任の連鎖で末端の従業員まで会社法の責任追及の対象となることを避けるためである。

② 実質的責任認定の解釈論

責任追及の対象を広げるだけでは、一般的に我が国の企業経営をリスク回避方向に向かわせ萎縮させることになりかねない。法人実在的な性格と分散シェアリングという我が国企業経営の特性に鑑み場合は、役員等の個人にどの程度の責任を負わせるのか、公平性の観点から適正金額の責任を認定する解釈論を構築することが必要である。役員等の個人の対

会社責任は法の規定によって一律に限定すべきではなく⁹⁹⁾、役員等の違法行為によって発生した損害全体に関して、その関与度合いによって具体的な責任額を決定すべきである。上村教授は、大和銀行事件に対する実際の意見書¹⁰⁰⁾を基礎に、取締役の責任を限定する解釈の方向性を示唆しているが¹⁰¹⁾、それらの論考も参考にしながら、筆者独自の見解を別稿にて展開している¹⁰²⁾。我が国企業の文化や特性を加味して、個人としての妥当な責任額の認定や連帯責任の厳格性を考慮した分割責任の可能性に関する解釈論である。

極めて簡潔に要点のみ述べると、第一に損害賠償責任における公平な分担及び加害者側での帰責性や非難可能性の量的割合を考慮して金銭的評価に繋げるといった基本的な法解釈原理からスタートする。第二に企業体質や負の伝統といった法人実在的な会社側の帰責性について過失相殺の解釈論を適用する。第三に、複数の役員等の関係においては、割合的因果関係や寄与度の解釈論を適用するが、ここでは評価に関する評価的寄与度の一つとして、上述の英米の信認関係の程度を参考とした「包括的寄与度」という概念を考案している。役職・裁量・在職年数・保有株式数・報酬額等を係数化して、当該役員等個人の評価としての寄与度を「包括的寄与度」としてベースに加味するものであり、それに個別の事実関係の寄与度を勘案するという考え方である。第四に、寄与度や割合的因果関係との整合性から役員等の連帯責任（会社法430条）に関して分割責任の必要性

を説くものである。

このような解釈論については、江頭教授も、なお検討する必要があるとしながらも、その必要性については認めている¹⁰³⁾。立法・解釈での本格的な検討が待たれるところである。

5. 結語

80年代に絶賛された日本的経営は、景気後退の場面でその負の側面ばかりが強調されてきた感があるが、制度的慣習、文化及び国民性等に照らして我が国の企業経営に適合した効率的な側面もあることは間違いない。雇用、株式、取締役の義務等の様々な制度（法的ルールのみならず他のルールも含む）は、相互に補完しあって成立していることは「制度的補完性」や「相互補完性」という概念で説明されるが、この相互補完性を考慮せずにコーポレート・ガバナンスの日米制度比較や会社法改正論議をすると間違った方向に議論を誘導しがちであり、コーポレート・ガバナンスの仕組みに関する法的ルールは、局所的にのみ最適な制度が安定的となった事例ではないかと従来指摘されてきたところでもある¹⁰⁴⁾。

立法による制度改革については、明治期に民事法典の起草に参加した法学者である穂積陳重が、立法者が商業活動の雛型を作るのではなく、商法は商業の後追いでできるものであって、商法が商業に先立つものではないことを述べているが¹⁰⁵⁾、今もなお参考とすべき達見であろう。会社法がコーポレート・ガバナンスの仕組みについて詳細かつ具体的に規

定することは、まさに商業に先立って、経営の枠組みを決めるかのようなものである。コーポレート・ガバナンスの制度改革が本格的に議論され始めた頃、「企業統治システムは、その企業文化を基礎とすべきで、現在米国が優位であるからといって、それに追随するのがよいというものではない」旨の識見があったが、国民性や文化を無視した急な改革に警鐘を鳴らしたものであり、同じ問題認識に立脚するものと思われる¹⁰⁶⁾。米国においても、かつて有名な会社法学者が次の主旨を述べている「会社法の主要な目的は規制にあるのではない。会社法は実業家がその事業を、規模の大小を問わず、組織し運営するのに会社機構のメリットをもって行えるようにする授権規定(enabling act)である。会社法は、効率的な事業経営、および変化の必要性への適応を容易にする目的で作成される」¹⁰⁷⁾。立法に過度の期待を寄せるべきではないことは、国際的にも普遍的なことであると言えよう。

司法の役割については、米国デラウェア州の最高裁首席裁判官が「裁判所は、取締役が責任にさらされることを最小限にする予防的に有益な最善の会社実務を奨励するための積極的発言により、その任務を果たすことができるし、またそうすべきである。」旨を述べて¹⁰⁸⁾、司法の役割の重要性を示唆する。我が国に株主代表訴訟が導入された時期に、判例の積み重ねにより妥当性が保障される米国とは異なり我が国の裁判所には同様のことは期待できないという学界の声があった¹⁰⁹⁾。その困難な事情は理解できるが、

現在の我が国の状況に鑑みたときには、立法による解決に過度に依存するのではなく、もう少し理論や司法の活躍に期待したい。特に我が国企業における役員体制を含む多様な職制の状況に鑑みれば、その実態に応じて、適切かつ柔軟な法解釈で対応することが必要と思われる¹¹⁰⁾。上述の通り寄与度等の法解釈論を駆使して実態や実質に応じた妥当な法的責任を追及していく場合には、司法の役割が非常に重要となる。裁判所が自主的な対応に一定の意味を付与することで法が創造されるという感覚が日本にも求められているという上村教授の意見があるが¹¹¹⁾、細部まで立法化して、理論はその解釈に追われ、企業はその制度に合わせて企業法務上対応し易い実務体系を考案するという攻防は社会経済的にも非効率であろう¹¹²⁾。

また、以上の立法や司法に関する私見に基づき、我が国企業のコーポレート・ガバナンスの質的向上を図り、企業グループの国際的競争力を高めていくためには、企業実務の側からの積極的な工夫や対応をしていくべきであることは言うまでもない。「法律や株主側から上が決めて会社がそれに従うかどうかという一方的議論ではなく、もっと会社側からの実態に応じた積極的な議論をなすべき」旨の柳川教授の意見¹¹³⁾があるが大いに参考とすべきであろう。その際には、行政もまた公的基準等の工夫による支援を積極的に行っていくべきであろう。かつて日本的経営が評価されていた頃には、様々な日本的な経営管理手法が編み出されて、諸外国の範ともなっていたように

思うが、昨今では我が国の多くの企業は、立法主導のコーポレート・ガバナンス改革をフォローすることに力を削がれ、自主的な経営管理手法の工夫をする余裕を奪われているように思える。

企業経営を巡る文化は一朝一夕で変化するものではない。我が国企業の競争力を維持し、適切なコーポレート・ガバナンスが確保できるように、伝統や特性を配慮した制度が望まれるところである。そのような環境の中で、企業は我が国の強みを活かした経営管理手法を自主的・積極的に検討していく、そうすることが我が国の企業経営におけるより実効性の高いコーポレート・ガバナンス構築への近道であろう。

加護野教授は最近の著書の中で、コーポレート・ガバナンスの議論に不可欠の「よい経営とはどのようなものか」という規範の問題を経営学者が避けているうちに、コーポレート・ガバナンスの規範を法学者や司法関係者が作ってしまったために、企業経営の現場に深刻な問題が生じていると述べている¹¹⁴⁾。法学を実務に実践しようとしている筆者にとっては些か悔しい意見であるが、経営学者の間でも経営学の理論偏重に対する反省に基づき実学としての役割を重視すべきという意見が見られる中で¹¹⁵⁾、企業経営の主体的判断や工夫を理論的に支援する学問が経営学であるとするれば、本稿での筆者の主張の主旨と照らし合わせても傾聴すべき意見である。企業経営の本質とは無関係と思われる小手先の企業法務のリスクマネジメントが必要となるような事態は我が国の企業経営を巡る環境とし

て決して好ましいものではなからう。そして、まさにこのような意見が提示されている今こそ、法学や経営学等の分野に関して横断的に研究を進め、実務では司法、行政及び企業の経験や英知を集める

ことにより、我が国企業の将来のために「よい経営」「よいコーポレート・ガバナンス」のモデルを構築すべき時だと言えるのではなからうか。

【注】

- 1) J.Buchanan and S. Deakin, *Japan's Paradoxical Response to the New 'Global Standard' in Corporate Governance*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No.87 (2007)
- 2) 成毛建介「フランスにおける企業統治の特徴と改革の動きについて」日本銀行海外事務所ワーキングペーパーシリーズ2003-1 (2003年) 18~19頁
http://www.boj.or.jp/research/wps_rev/wps_2003/data/owp03j01.pdf
- 3) 浜辺陽一郎『執行役員制度・第四版』(東洋経済新報社、2008年) 576頁、久保克行「日本の経営者と取締役改革」久本憲夫編『労使コミュニケーション』(ミネルヴァ書房、2009年) 107頁、秋吉史夫=柳川範之「コーポレート・ガバナンスに関する法制度改革の進展」寺西重郎編『構造問題と規制緩和』(慶應義塾大学出版会、2010年) 252頁、吉村典久『会社を支配するのは誰か』(講談社、2012年) 196~200頁
- 4) 本稿は、あくまでも筆者の個人的知見に基づく見解を述べるものであり、筆者の属する組織を代表するものではないことを付言する。
- 5) Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 *Journal of Financial Economics* 305, 311 (1976)
- 6) 上村達男『会社法改革—公開株式会社法の構想』(岩波書店、2002年) 23~24頁
- 7) 岩井克人『会社はこれからどうなるのか』(平凡社、2003年) 113~148頁
- 8) 伊丹敬之『人本主義企業』(日本経済新聞社、2002年)(初版:筑摩書房、1987年)
- 9) 岩井・前掲注7) 270~275頁
- 10) 上村・前掲注6) 43~44頁
- 11) 水谷三公『江戸は夢か』(ちくま学芸文庫、2004年) 43頁(初版は、筑摩書房、1992年)
- 12) 今井賢一=小宮隆太郎『日本の企業』(東京大学出版会、1989年) 3頁、18~22頁
- 13) 上村・前掲注6) 42頁
- 14) 森本滋『会社法・第二版』(有信堂、1995年) 105~107頁、江頭憲治郎『株式会社法・第4版』(有斐閣、2011年) 125~126頁・注(3)
- 15) 田中耕太郎『改正会社法概論(上)』(有斐閣、1955年) 72頁
- 16) 松田二郎『会社法概論』(岩波書店、1968年) 35~40頁、76頁
- 17) 江頭・前掲注14) 117頁

- 18) 上村・前掲注6) 50～55頁
- 19) 大隈健一郎『新版株式会社法変遷論』(有斐閣、1987年) 167～168頁
- 20) 社会的企業観の概要については、中村一彦『企業の社会的責任と会社法』(信山社、1997年) 15～28頁参照。
- 21) 「大元方」に関する詳細は、宮本又郎「総有システムと所有者主権の制限」伊丹=加護野他編『日本的経営の生成と発展・第一巻』(有斐閣、1998年) 2～40頁参照。
- 22) 宮本・前掲注21) 39頁
- 23) 伊丹敬之『デジタル人本主義への道』(日本経済新聞出版社、2009年) 115～119頁(初版:『経営の未来を見誤るな』(日本経済新聞社、2000年)、大原社会問題研究所雑誌No.599、600(2008年) 31頁及び宮島英昭「人本主義」日本労働研究雑誌No.609(2011年) 58頁等
- 24) 柳伸之介「英米の制度及び理論に鑑みた「使用人兼務取締役」の責任論」民商法雑誌124巻3号(2001年) 399頁、402頁
- 25) 加護野忠男『経営はだれのものか』(日本経済新聞出版社、2014年) 49～66頁
- 26) 加護野・前掲注25) 65頁
- 27) 日本監査役協会の調査では上場会社の69.2%、大会社の63.9%が執行役員制度導入済みである(「役員等の構成の変化などに関する第14回インターネットアンケート集計結果」(2014年)。旬刊商事法務2016号110頁・図表115(2013年)によると、資本金500億円超の187社のうち85%以上の160社が執行役員制度導入済みである。東京証券取引所「コーポレート・ガバナンス白書2013」65頁・図表83によると、売上高1兆円以上の会社の76.3%が執行役員制度導入済みであり、企業の規模が大きいほど導入率が高いことが分かる。
- 28) 我が国の株式会社の黎明期であった明治期の株主支配から経営者支配への移行の過程で、一部富裕層の大株主による非常勤取締役の立場が、雇用者による専属経営者としての常勤取締役に取って代わられた経緯を痕跡として、「専務」や「常務」は「非常勤ではない」ことを殊更に明示するための名称であった(宮本又郎「日本型コーポレート・ガバナンス」宮本又郎他『日本型資本主義』(有斐閣、2003年) 180～182頁。現在でも取締役間の序列や尊称以上の意味は余りない。
- 29) R. W. Hamilton and R. D. Freer, THE LAW OF CORPORATIONS IN A NUTSHELL 6th ed. 139-141 (2011, WEST), FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF PRIVATE CORPORATIONS 2006 rev. vol. vol.2 § 269 (Thomson West, 2004)
- 30) 後藤俊夫『三代、100年潰れない会社のルール』(プレジデント社、2009年) 90～91頁。ちなみに同書によると、二位はドイツの約1,500社であるが、この結果からも我が国とドイツが基本的には同じ型の資本主義に属することが頷ける。
- 31) Michel Albert (久水 宏之監修・小池はるひ訳)『資本主義対資本主義』(竹内書店新社、2011年) 223～247頁
- 32) Michel Albert・前掲注31) 200～203頁
- 33) 株主代表訴訟制度研究会「株式交換・株式移転と株主代表訴訟(2)企業結合と株主代表訴訟」商事法務1682号(2003年)、12頁・注30、法制審議会会社法制部会第6回会議議事録(2010年10月

20日) 23頁 [神作裕之発言]

- 34) 執行役員の被告適格につき、株主代表訴訟の対象とはならないとする説 (大賀祥充『『会社業務執行役員制』考』法学研究73巻2号(2000年)274頁、事実上の取締役として株主代表訴訟の対象となり得るが非常に稀であるとする説 (近藤光男=牛丸與志夫=田村詩子=川口恭弘=黒沼悦郎=行澤一人「執行役員制度に関する法的検討(下)」商事法務1543号(1999年)24頁)、会社と委任契約関係にある執行役員の場合は株主代表訴訟の対象となるとする説 (山田泰弘『株主代表訴訟の法理—生成と展開』(信山社、2000年)57~58頁がある。
- 35) 江頭・前掲注14) 438~439頁、近藤光男編『判例法理 経営判断原則』(中央経済社、2012年)
- 36) 山本清『アカウントビリティを考へる—どうして説明責任になったのか』(NTT出版、2013年)、田中求之「経営組織論：責任について」(<http://mtlab.ecn.fpu.ac.jp/responsibility.html>) (2006年)
- 37) 厳密にはドイツの二層式とも異なる (監査役制度問題研究会「監査役制度問題研究会・中間報告書」2頁 神作裕之執筆部分 (<http://www.kansa.or.jp/news/briefing/post-293.html>) (日本監査役協会、2014年)。
- 38) 東京証券取引所・前掲注27) 15~16頁
- 39) 今般の会社法改正では義務付けは先送りされたが、トヨタ自動車などの従来社外取締役の選任を避けていた会社が導入するなど、社外取締役制度は主流となってきている。法案附則25条においても、将来に向けた義務付けが検討課題として明記されている。
- 40) 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・砂川伸幸「現代経営学とコーポレート・ガバナンス」(2012年)13~16頁 (http://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/sansei/corporate_gov_sys/pdf/006_03_00.pdf)、Justin Fox and Jay W. Lorsch, *What Good are Shareholders?*, 57 Harvard Business Review July–August 2012 at 57 (2012)
- 41) 中西敏和教授も講演 (日本監査役協会関西支部2014年2月24日) の中で疑問を呈していた。ROEの高い会社に外人投資家が投資して相乗的に社外取締役が増加するという「卵と鶏」の関係なのではないかという。
- 42) 後藤・前掲注30) 40~44、110頁。日本のファミリー企業を代表するトヨタ自動車が最近に至るまで社外取締役の導入をしてこなかったことが理解できる。
- 43) 小松製作所の藤塚氏の発言「社内のことに詳しい監査役がいる方が会社のガバナンス上は有効」旬刊商事法務2026号(2014年)11頁
- 44) 竹内昭夫『会社法の理論Ⅲ総論・株式・機関・合併』(有斐閣、1990年)244頁
- 45) 竹内・前掲注44) 228頁
- 46) 多重代表訴訟について、英米仏は相当する制度はあるが制定法上の根拠はなく、独は制度自体存在しない (法務省「企業結合法制に関する調査研究報告書」(2010年)(執筆者・加藤貴仁)1頁)。
(<http://www.moj.go.jp/content/000070279.pdf>)
- 47) 中間試案に対する「妥協的・弥縫的」という印象の意見もあるが (落合誠一「『会社法制の見直し』に関する中間試案」の基本的論点」旬刊商事法務1965号(2012年)36頁)、同根の意見と思わ

- れる。
- 48) Dyson, *The Director's Liability for Negligence*, 40 Ind. L.J. 341,347 (1965)
 - 49) 東京高判平成20年5月21日、判タ1281号274頁
 - 50) 基本参考文献として T. Frankel, *Fiduciary Law*, 71.Cal.L.Rev.795 (1983)、樋口範雄『フィデューシャリー [信認] の時代』(有斐閣、1999年)
 - 51) 「人間中心の会社観」を持つことの重要性について、上村達男・金児昭『株式会社はどこへ行くのか』(日本経済新聞出版社、2007年) 306~310頁
 - 52) Paul L.Davies, *Gower and Davies' PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW* 8th ed. 495-496 (2008, Sweet & Maxwell)。取締役が信託に基づいて責任追及された初期の事例は、法人に関するものが多い(L. S. Sealy, *The Director as Trustee*, Cambridge L. J. April 1967 at 84 (1967))。取締役の義務は会社の法人化の有無にかかわらず同じであったため、エクイティ裁判所は信認関係にある者は誰でも受託者と認める傾向にあったようである (Davies, at 496)。
 - 53) T. Frankel, supra note 50 at 804。受託者と受益者との関係は古典的な信認関係である ((J. E. Penner, *THE LAW OF TRUSTS* 8th ed., 19 (2012, Oxford))。
 - 54) 2006年会社法 (Companies Act, 2006) 250条。この実質的判断は1908年以降継続されており1985年会社法 (Companies Act, 1985) 741条1項にも同様の規定がある (イギリス会社法制研究会 (代表: 川島いづみ)「イギリス2006年会社法 (2)」比較法学41巻3号 (2008年) 190頁)。
 - 55) 事実上の取締役 (de facto director) と影の取締役 (shadow director) がある。前者はあたかも有効に選任された取締役のように公然と行動する者であり、後者は裏で正式の取締役を指揮命令できる立場にある者のことである (2006年会社法251条)。法の潜脱を防ぐために影の取締役については明文で取締役の義務規定等が準用される場合が多かったが (1985年会社法309条3項)、2006年会社法では取締役の一般的義務を影の取締役も負うことが明記された (2006年会社法170条5項) (前掲注54) イギリス会社法制研究会192頁、202頁)。
 - 56) “officer” は、取締役 (director)、秘書役 (secretary)、会計監査人 (auditor) 等を包括的に指す。
 - 57) *Hivac Ltd v. Park Royal Scientific Instrument Ltd* [1946] Ch. 169
 - 58) 2006年会社法171条~177条 (前掲注54) イギリス会社法制研究会191~192頁、203~206頁)
 - 59) Korn/Ferry社の調査によると取締役の平均人数は12名であり、1~2名が社内取締役、10~11名が社外取締役である (The Korn/Ferry Market Cap 100: Board leadership at America's most valuable public companies 26-27 (2010))。
(<http://www.kornferryinstitute.com/reports-insights/kornferry-market-cap-100-board-leadership-america%E2%80%99s-most-valuable-public-companies>)
 - 60) Model Bus Corp Act § 8.40は、デラウェア州法に倣い、業務執行役員の名義等の法定は避け、各社が柔軟に対応できるように、付属定款で定めることとしている。
 - 61) 使用人 (employee) と会社の契約も同じタイトルであり、我が国のように委任契約と雇用契約という典型契約による分類はしていないが、使用人とは負うべき義務の内容・程度に差異がある。
 - 62) 英国においても、同様の契約書が使用されている (P. Loose, M. Griffiths & D. Impey, *THE*

- COMPANY DIRECTOR POWERS, DUTIES AND LIABILITIES 8th ed. Appendix F (2000, Jordans Publishing)。
- 63) FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF CORPORATIONS 2010 rev. vol. vol.3 § 846 (WEST, 2010)。
- 64) A. Gilchrist Sparks, III and Lawrence A. Hamermesh, *Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers*, 48 Bus. Law. 215, 216 (1992)。役職名称の如何ではなく、より重要な職務を負う者がOfficerである (Harry G. Henn & R. Alexander John, LAWS OF CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES 3rd ed., 587 (1983, West Group))。
- 65) 雇用・請負・委任の区別や利用は、取引当事者の意思などに応じての具体的な人間間の社会的関係のあり方によって決まるものであり、労働行程における独立性と従属性という指標など、本来相対的で程度の差に過ぎないと説明される (幾代通=広中俊雄『新版注釈民法 (16)』(有斐閣、1989年) 4~5頁)。
- 66) 稲盛和夫『アメーバ経営 ひとりひとりの社員が主役』(日本経済新聞出版社、2010年)。三枝匡氏の「ハンズオン」の経営概念も同じ考え方である (伊丹敬之=三枝匡『「日本の経営」を創る』(日本経済新聞出版社、2008年) 175~184頁)。
- 67) 稲盛・前掲注66) 31頁
- 68) 伊丹=三枝・前掲注66) 44~46頁、51~52頁
- 69) 正井章彦「EUにおけるコーポレート・ガバナンスをめぐる議論」比較法学43巻1号 (2009年) 1頁
- 70) 日本コーポレート・ガバナンス研究所「JCGRコーポレート・ガバナンス原則」
http://www.cg-net.jp/pdf/jcgr/CG_Principles.pdf
日本取締役協会「取締役会・監査役会併設会社のガバナンス・ベストプラクティス・コード」
http://www.jacd.jp/news/manage/050801_01report.pdf
東京証券取引所「上場会社コーポレート・ガバナンス原則」
http://www.tse.or.jp/rules/cg/principles/b7gie60000002yj4-att/governance_091222.pdf
日本監査役協会「監査役監査基準」
http://www.kansa.or.jp/support/el001_100315_01a.pdf
- 71) この基準が策定されたことの法的意義として取締役の善管注意義務のあり方にも影響を及ぼすと指摘するものとして、遠藤元一『「監査における不正リスク対応基準」が取締役に及ぼし得る影響 (上)』旬刊商事法務2023号 (2014年) 46~58頁
- 72) 東京地判平成25年10月15日、この判例の評釈につき、松井秀樹「監査役監査基準、監査役監査規程と監査役責任~注目される最近の2つの裁判例~」月刊監査役627号 (2014年) 44~45頁参照。
- 73) 金融庁HP参照 (<http://www.fsa.go.jp/news/25/singi/20140227-2.html>)。
- 74) 金築誠志 [座談会]『条解・会社法の研究9 取締役 (4)』別冊商事法務No.219 (1999年) 111頁
- 75) 代表取締役と重要な従業員の関係は内部求償で処理できる。

- 76) William L. Cary & Melvin Aron Eisenberg, CASE AND MATERIALS ON CORPORATIONS 7th ed. 996 (1995, The Foundation Press)
- 77) ALI, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE ANALYSIS AND RECOMMENDATION, § 709-710 at 108-160 (1994, ALI Press)
- 78) 「外部者追及型株主代表訴訟」として、「取締役のみに請求を集中させるべきではなく、より多くの加害者を被告とするべきである」という意見もある（遠藤直哉『取締役分割責任論』（信山社、2002年）63～64頁）。
- 79) 執行役員の位置づけには、「委任型」と「雇成型」の二通りがあるとされる（浜辺・前掲注3）147～151頁、江頭・前掲注14）388～389頁）。
- 80) 使用者から労働者への損害賠償請求は損害の衡平な分担という見地から信義則上許容される限度までしか通説判例上では認められておらず、重過失がない限り請求できないという説も有力である（荒木尚志『労働法第2版』（有斐閣、2013年）74～75頁）。
- 81) 柳伸之介「多重代表訴訟における子会社役員の実質的考察」阪大法学62巻3・4号（2012年）607～619頁参照。
- 82) 川浜昇「持株会社の機関」資本市場研究会編『持株会社の法的諸問題』（1995年）73～74頁、春田博「アメリカにおける重層代表訴訟の展開」酒巻俊雄＝奥島孝康編『現代英米会社法の諸相』（成分堂、1996年）210頁・注（71）、土田亮「多重株主代表訴訟の法構造についての一考察」名城法学53巻1号（2003年）69頁、高橋英治「株式移転と株主代表訴訟の原告適格」旬刊商事法務1719号（2005年）131頁
- 83) 土田・前掲注82）53～59頁、株主代表訴訟制度研究会「株式交換・株式移転と株主代表訴訟（2）企業結合と株主代表訴訟」旬刊商事法務1682号（2003年）4～5頁、古川朋雄「米国における二重代表訴訟制度の日本法への導入について」六甲台論集54巻3号（2008年）61～65頁、船津浩司『「グループ経営」の義務と責任』（商事法務、2010年）416～418頁
- 84) 浜田道代「サービス提供取引の法体系に関する一試論」浜田道代＝小林量＝中東正文＝原秀六＝坂上真美編『現代企業取引法』（税務経理協会、1998年）16～18頁、山田・前掲注34）309～313頁、浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」旬刊商事法務1671号（2003年）43～44頁
- 85) 明石三郎「前注§§ 643－656」幾代＝広中・前掲注65）209頁
- 86) 四宮和夫『民法総則・第四版補正版』（弘文堂、1996年）236頁
- 87) 中川高男「§ 643」幾代＝広中・前掲注65）220頁
- 88) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996年）168～169頁、浜田（1998）・前掲注84）11頁
- 89) 竹内・前掲注44）227頁
- 90) 宮島英昭編『日本の企業統治』（東洋経済新報社、2011年）282～284頁
- 91) 明石・前掲注85）210頁
- 92) 浜田道代「持株会社と株主の地位」資本市場研究会・前掲注82）48頁では、同一会社内の事業部

長について、経営者との間で「復代理人的立場に立つ」と述べる。

- 93) 船津・前掲注83) 423頁
- 94) 広中俊雄『債権各論講義 第5版』(有斐閣、1979年) 249頁、浜田(1998)・前掲注84) 8頁
- 95) 注意義務・忠実義務の内容は委任関係から一義的に決まるのではなく、職務との関係から考えるべきとする見解(近藤光男=牛丸與志夫=田村詩子=川口恭弘=黒沼悦郎=行澤一人「執行役員制度に関する法的検討(下)」旬刊商事法務1543号(1999年)18頁)が妥当である。経理部長の判断を信用して業務を執行した取締役に関する「信頼の原則・抗弁」の成否につき、柳伸之介「我が国における取締役責任論の実質的解釈に関する一考察(二・完)」阪大法学55巻5号(2006年)82~83頁参照。
- 96) 多重代表訴訟を司法が解釈で認めるべきことを主張するものとして、浜田(2003)・前掲注84) 44頁、山田泰弘「結合企業と代表訴訟(二・完)」高崎経済大学論集45巻3号(2002年)80頁
- 97) 商法上の商業使用人と会社との関係についても、雇用契約だけでなく、委任契約によるものもあるという説が有力である(鴻常夫『商法総則・新訂第5版』(弘文堂、1999年)163頁)。
- 98) 大内伸哉「弁護士は労働者か」ジュリスト1467号(2014年)53頁
- 99) 上村・前掲注6)では、「一番大事なことは、そもそも当該取締役の『賠償ノ責ニ任ズベキ額』とは何か、を追及するための論理を持つことなのである。」(255頁)、「責任追及のための地道な努力を行わない対応は、結局現場を困らせるだけである。」(257頁)と述べる。
- 100) 上村達男「取締役が対会社責任を負う場合における損害賠償の範囲」旬刊商事法務1600号(2001年)4頁
- 101) 上村・前掲注6) 250~252頁
- 102) 柳伸之介「我が国における取締役責任論の実質的解釈に関する一考察(一)(二・完)」阪大法学55巻2号177~180頁、5号(2005年、2006年)62~81頁
- 103) 江頭・前掲注14) 445頁・注(12)
- 104) 神田秀樹=藤田友敬「株式会社の特質、多様化、変化」三輪芳朗=神田秀樹=柳川範之編『会社法の経済学』(東京大学出版会、1998年)469~474頁
- 105) 福島正夫『日本資本主義の発達と私法』(東京大学出版会、1988年)120頁
- 106) 稲葉威雄「新世紀における会社法制の改革」ジュリスト1203号(2001年)3頁
- 107) H. W. Ballantine, BALLANTINE ON CORPORATIONS revised ed., 41-42 (1946, Callaghan and Company)
- 108) E. Norman Veasey, *Should Corporation Law Inform Aspirations for Good Corporate Governance Practices - or Vice Versa?*, 149 U. Pa. L. Rev. 2179, 2181 (2001)
- 109) 鈴木竹雄「株式會社法改正の法理」私法第二号(1950年)40・43頁
- 110) 上村教授も最近の法解釈の後退や減少を批判している(上村=金児・前掲注51)79頁)。
- 111) 上村・前掲注6) 292頁。上村教授は、多重代表訴訟の導入に関しても、「支配あるところに責任あり」という法格言からしても既に理論が確立しているべきであり、立法に頼らざるを得ないのは、法律家の責任である旨述べている(ビジネス法務2012年3月号71頁)。

- 112) 近藤教授は「細部において制度がアメリカ等の諸外国のものと合致していても、トータルとしての成果（効率性と公正性の実現）が劣っていれば意味がない」と述べる（宮本又郎＝杉原薫他『日本型資本主義』（有斐閣、2003年）158頁）。
- 113) <パネルディスカッション> 「会社法制の見直しに関する中間試案について」旬刊商事法務1962号（2012年）11頁
- 114) 加護野・前掲注25）239頁。伊丹教授は、「従業員メイン、株主サブ」という論理と会社法の論理との接点作りの作業は、法律家に任せるだけでなく、経営学者や経済学者が「現場の経営者の皮膚感覚に合った」理論を構築すべき旨を主張する（伊丹＝三枝・前掲注66）138頁）。
- 115) 入山章栄『世界の経営学者はいま何を考えているのか』（英治出版、2012年）317頁