

## 《論 説》

コーポレート・ガバナンスの  
改善と社外取締役制度

—中国法への社外取締役制度の導入モデルを中心に—

周 劍 龍

## I はじめに

グローバル化の時代の到来に伴い、国家間の競争がますます激化する一方である。国家間の競争は、さまざまな内容を持っており、制度間の競争がその重要な一つの内容を成すものであろう。制度間の競争といえば、いうまでもなく会社制度の競争も含まれる。現在、会社制度の競争力を高めるために、既に会社法の改正を完了した国もあれば、またこれから会社法を改正しようとする国もある。会社法改正の重要な課題の一つは、コーポレート・ガバナンスの改善であると考えられる（本稿では、特に明記しない限り会社はすべて株式会社を指す）。コーポレート・ガバナンスとは何かについて、さまざまな見解があるが、本稿では、それは会社経営に対する監督メカニズムであると解する。中国においては、コーポレート・ガバナンスをいかにして改善するかについて、既に数多くの見解が示されているなか、会社法の中に社外取締役制度（中国語＝独立董事）を導入する主張が最も注目されるものの一つである。本稿では、まずアメリカ法および日本法における社外取締役制度を考察、比較したうえで、

\* 本稿は、2002年9月14、15日に「グローバルな競争的経済体制下の会社法改革（The Company Law Reform in a Global Competitive Economy）」をテーマに、中国・清華大学法学院が主催した「21世紀商法フォーラム・2002年国際シンポジウム」にて筆者の行った報告をもとに作成された論文である。

中国会社法へどのような形で社外取締役制度を導入すべきかについて論ずる。

## II アメリカ法における社外取締役制度

### 1 社外取締役制度普及の背景

アメリカの伝統的な会社法理論によれば、会社は法人 (artificial person) または法的主体 (artificial entity) である。会社が会社の出資者である株主から独立して存在し、自己の名義で取引するといっても、会社の実質的所有者は株主であるため、会社経営の目的は株主の利益の最大化であって、会社の経営者は、株主の代理人 (agent) にすぎず、会社や株主に対して注意義務 (duty of care) および忠実義務 (duty of loyalty) を負わなければならないとされる<sup>1)</sup>。この基礎理論に基づいて、会社の機関は株主総会および取締役会とされ、株主が株主総会において取締役を選任、解任することなどによって取締役の経営活動を監督する。そしてまた、会社の日常的な経営活動は、取締役会によって任用されたCEO (Chief Executive Officer) をはじめとする執行役 (Officer) が行うことになる。取締役会の内部では、一般的に社外取締役を中心とする監査委員会、指名委員会および報酬委員会が設けられている。社外取締役はこうした委員会を通して社内取締役および執行役の経営活動を直接監督する。いわゆる社外取締役とは、一般的に会社の社内取締役、執行役または従業員ではなく、かつ会社と直接的な利害関係を持たず、会社の日常的な経営活動をしない取締役をいう。

アメリカではいつから社外取締役が導入され始めたかは定かでないが、1920年代にそれが一部の会社に既に設けられていたといわれ、本格的な普及は主として1970年の前後に始められた。その時期のアメリカにおいては、環境汚染、粗悪製品の販売、外国の政治家に対する違法な政治献金など大企業と関連する企業不祥事が相次いで発生し、アメリカ社会を震撼させた。人々が大企業に対

---

1) Hamilton, *The Law of Corporations*, 5<sup>th</sup> Ed., West Group, at 46 (2000).

して激しく批判し、企業不祥事の大量発生の原因を探っていくなか、企業不祥事はアメリカのコーポレート・ガバナンスに重大な欠陥が存在することを意味するものと厳しく指摘された<sup>2)</sup>。こうした動きを受けて、アメリカ証券取引委員会 (SEC, Security and Exchange Commission) は、コーポレート・ガバナンスを改善するための手当てを開始した。例えば、1977年4月にSECは公聴会を開き、その後公表された報告書の中で次のように指摘した。つまり、取締役会は、会社の責任感を高めることに努める中心的な存在として看做され始め、社外取締役の人数を増加し、効率よく運用される委員会制度を構築することによって、取締役や、執行役に責任のある行動を取るよう促す構造が作り出されるはずである、と<sup>3)</sup>。そしてまた、SECは、1934年証券取引所法14条に基づいて制定された委任状規則を改正し、取締役の選任に関する委任状勧誘書類において、取締役候補者の株式保有情報、取締役や執行役と当該取締役候補者との間の親族関係、過去5年間の事業経験の要旨など当該企業と取締役候補者との間の一定の関係について開示させることにした<sup>4)</sup>。

SECなど政府機関からの圧力に対して、会社の経営監督に関する連邦立法を避けるために、アメリカの経済界や弁護士らは、自主的な措置を採り始めた。まず、1976年11月にアメリカ弁護士協会 (ABA, American Bar Association) における会社、金融およびビジネス・ロー委員会は、取締役が忠実に職責を履行することに資するために「取締役のガイドブック」を作った<sup>5)</sup>。「取締役のガイドブック」のなかで提示された公開会社の取締役会モデルは、取締役会が会社の経営に直接参加する取締役とそうでない取締役によって構成されるものであ

---

2) 例えば、アメリカの著名な消費者保護運動の社会活動家であるNaderは、この問題を厳しく指摘した。See, Nader, Green & Seligman, *Taming the Giant Corporation* (1976). なお、アメリカにおける社外取締役制度の普及背景について詳しくは、伊勢田道仁「社外取締役の法的役割」*経済研究* (大阪府立大学) 39巻2号10頁 (1994年) 以下参照。

3) SEC Staff Report on Corporate Accountability, 96<sup>th</sup> Cong.12 Sess. 579 (Sept. 4, 1980)

4) SEC, Schedule 14A Item 7, Regulation S-K Item 401.

5) ABA, *The Corporate Director's Guidebook*, 32 Bus. Law. 5 (1976).

る。そしてまた、当該「ガイドブック」も、会社の経営に直接参加しない取締役は取締役会の構成員の過半数を占め、取締役会のなかで少なくとも指名、報酬および監査委員会を設けなければならず、こうした委員会の構成員の全部または過半数以上は非経営的取締役であることを提案した。その後、これらの動きに呼応するかのように、1978年に会社のCEOを中心とする経営者円卓会議(Business Round Table)は、大規模の公開会社における取締役会の構造について報告書を公表した<sup>6)</sup>。この報告書は、アメリカの公開会社においては社外取締役が取締役会の構成員の過半数以上を占めていると指摘し、CEOと取締役を分離させることを除いて、現在の経営者資格を剝奪しようとするいかなる立法にも反対すると述べた。

日増しに高まっていたコーポレート・ガバナンスを改善すべきであるという主張に対して、ニューヨーク証券取引所も積極的な反応を見せた。1973年にニューヨーク証券取引所は、上場会社すべてに対して、社外取締役のみからなる監査委員会を設置する旨を厳しく要求し、なおかつそれを上場基準の1つに設けようとした。1977年3月にSECは正式に当該上場基準を認め、それが1978年3月に効力を発することになった<sup>7)</sup>。近時、アメリカにおいて、エンロンや、ワールドコムなど大手企業の粉飾決算事件が次々と発覚し、証券市場に対する投資者の信頼が甚だしく傷つくことになった。こうした信頼の危機に面して、上場会社のコーポレート・ガバナンスを改善し、投資者の信頼を回復するために、ニューヨーク証券取引所における会社の説明義務および上場基準委員会(CALS, Corporate Accountability and Listing Standard Committee)は、2002年6月に同取引所の理事会に対して会社の上場基準についての改正案を提出した。同理事会は、改正案を公表し、各方面に対して意見を照会した後、同年8月1日に同改正案を可決し、SECに提出した。改正された上場基準

6) Statement of the Business Round Table, The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation, 1978.

7) New York Stock Exchange, Listed Company Manual, § 303.00. 1956年以降ニューヨーク証券取引所は、新規の上場会社について社外取締役を少なくとも2人有することを求めている(竹下ちえ子「アメリカにおける社外取締役の役割とコーポレート・ガバナンス(上)」商事法務1327号2頁以下(1993年))。

における社外取締役に関する規定内容は次のようなものである<sup>8)</sup>。つまり、社外取締役を会社との間に過去5年間直接または間接的な関係を持たない者にして社外取締役の定義を厳格にしたこと、取締役会における社外取締役の人数を半数以上にしたこと、取締役会において社外取締役だけによって構成される監査委員会、報酬委員会および指名委員会を設置しなければならないことなどである。

ところが、その後SECは当該改正案が社外取締役の独立性の要件につき十分に検討していないとの理由でより厳しい要件を設けるようニューヨーク証券取引所に要請した。こうした要請や、また2002年7月に成立したサーベンス・オクスリー法(Sarbanes-Oxley Act)に対応するために、同証券取引所は2003年4月に社外取締役の独立性の要件を具体化することを含めた改正案を再度作成した<sup>9)</sup>。

いうまでもなく、ニューヨーク証券取引所の上場基準はアメリカにおける社

---

8) Corporate Governance Rule Proposals Reflecting Recommendations from the NYSE Corporate Accountability and Listing standards Committee as Approved by the NYSE Board of Directors August 1, 2002, [Http://www.nyse.com](http://www.nyse.com) (2002年8月2日にアクセス)。

9) 改正案は社外取締役の独立性の基準について次のように規定する(303A,2(a)(b))。まずは、経済関係について、取締役本人またはその親族が取締役報酬、委員会報酬、年金または以前の役務の対価としての後払い報酬以外に、上場会社から年間10万ドル以上の直接の報酬を受領した場合に、こうした報酬の受領が停止してから5年間が経過しなければ、その取締役は独立した者として見做されないと規定される。次に、監査法人との関係について、取締役本人またはその親族が会社の監査法人と関係を持ち、または監査法人に任用された場合に、監査法人との関係が終結してから5年間が経過しなければ、その取締役は独立した者として見做されないと規定される。さらに、役員の相互派遣について、取締役本人またはその親族が業務執行役員として相手会社によって任用され、上場会社の業務執行役員が相手会社の報酬委員会の構成員である場合に、こうした相互に任用される関係が終結してから5年間が経過しなければ、その取締役は独立した者として見做されないと規定される。なお、取引関係について、取締役本人またはその親族が取引先会社の業務執行役員であり、かつ取引先会社と上場会社との取引量が上場会社の連結総収益の2%または100万ドル以上、もしくは取引先会社にとって上場会社との取引量がその連結総収益の2%または100万ドル以上であ

外取締役制度の普及のために大きな役割を果たした。ただ、ここでもう一つ強調したいのは、会社の経営者が社外取締役の構成する訴訟委員会を利用して株主代表訴訟を阻止しようとすることも同様に社外取締役の普及に対して図らずも大きな役割を果たしたことである。

## 2 アメリカ法律協会の立場

社外取締役制度の評価をめぐって、以前からアメリカには賛否両論がある<sup>10)</sup>。賛成意見では、社外取締役は会社および株主の利益保護に資するものであると考えられる。つまり、社外取締役は、会社の内部者としての経営者と違って、第三者の立場からより公正に会社経営の判断過程を考察することができ、かつ経営者を監視し、彼らが会社および株主の利益を犠牲にすることを阻止できる。そしてまた、社外取締役による経営者の違法行為の阻止は、会社の社会的責任の実現にも寄与する。したがって、社外取締役制度は、会社および株主のみならず、社会の利益にも資するものであるとされる。これに対して、反対意見は、社外取締役の役割について極めて懐疑的である。それによれば、社外取締役は、非常勤的な職であり、彼らの大半が会社のCEOなど執行役と何かの個人的な関係を持ち、経営監督のインセンティブを持たず、しかも得られる会社経営の情報や時間が極めて限られている。そのため、経営者の言いなりにその行為を承認するのである。その結果として、社外取締役は必ずしも会社や株主の利益保護に資するものではないと考えられる。

---

る場合に、こうした取引量が掲げられた金額を下回るようになってから5年間の経過しなければ、その取締役は独立した者として見做されないと規定される。親族には、配偶者、両親、子供、兄弟、義理の両親、義理の子供、義理の兄弟および同居している者（使用人を除く）が含まれる（Amendment No.1 to the NYSE's Corporate Governance Rule Proposals, [Http://www.nyse.com](http://www.nyse.com) (2003年5月3日にアクセス)、上田亮子「取締役の独立性に関するNYSE規則強化」取締役の法務 No.109, 86頁以下(2003年))。

10) Brudney, The Independent Director—Heavenly City or Potemkin Village? 95 Harv. L. Rev., 597 (1982); 尾関幸美「アメリカ法における社外取締役制度の一考察」一橋論叢119巻1号146頁以下(1998年)参照。

反対意見の中で指摘された社外取締役の弱点がハーバート大学の Mace 教授の行った調査によっても実証されている。まず、Mace 教授は1960年代の末頃に行った調査研究の中で社外取締役の時間や経営情報の不足、独立性の欠如が人々の社外取締役に対する期待を損なうものであると指摘した。その後、彼は、1970年代の末期に行った調査研究の中でアメリカの会社における社外取締役が十分にその役割を果たしていない旨をも述べた<sup>11)</sup>。

このように、社外取締役に対して懐疑的なまたは反対する意見があるにもかかわらず、アメリカ法律協会 (ALI, American Law Institute) は、10数年を費やして、1992年によくまとめられた「コーポレート・ガバナンスの原則：分析と提言」の最終案において社外取締役について下記のような提言を行った。つまり、まず、会社の議決権付き株式が、ある個人あるいはある家族あるいはある支配集団によって保有されていないのであれば、当該会社の取締役会構成員の大多数は、会社の執行役と密接な関係を持ってはならない (§3A. 01(a))。次に、上記会社以外の公開会社において執行役と密接な関係を有しない取締役は少なくとも3人以上でなければならない (§3A. 01(b))。このような提言は次の二つの理由を考慮したようである。一つは会社が経営業績を客観的に評価できる取締役会を作るよう促すためである。もう一つは、会社の執行役と密接な関係を持つ者を取締役会から完全に排除しないためである。というのも、そうすることによって、取締役会がより詳細な経営情報を知り得たうえで会社経営につき議論、監督できるからである<sup>12)</sup>。ALI の提言のなかに「社外取締役」や「独立の取締役」のような用語は直接使われていないものの、いわゆる執行役と密接な関係を持たない取締役とはいうまでもなく社外取締役を指すものである。

### 3 社外取締役に関する制定法

11) Mace, Director: Myth and Reality—Ten Years Later, 32 Rutgers L. Rev. 293 (1979).

12) American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume I, at 111 (1994).

ミシガン州は、1989年に事業会社法を改正する際に社外取締役に関する規定を設けるに至った。このような規定は、現在アメリカの各州の会社法のなかで唯一の立法である。ただ、留意しなければならないのはこの立法が強制的な方式ではなく、任意選択制を採用していることである。以下では、ミシガン州の事業会社法における社外取締役に関する規定を概観する。

まずは、社外取締役の資格要件についてである。a. 株主によって選任されること、b. 取締役会または株主によって社外取締役として指名されること、c. 少なくとも5年以上の事業、法務または金融に従事した実務経験を有すること、d. 社外取締役として指名されるまでの3年間は、①会社またはその関連会社の執行役または従業員でないこと、②会社またはその関連会社と10万ドル以上の金融、法務などの取引関係を持っていないこと、③前記①と②にいう取引に従事した者のいかなる関係者、執行役、パートナーまたは親族でもないこと、f. 会社において3年以上取締役として勤めたことがないこと（社外取締役も含む）、である<sup>13)</sup>。

次に、社外取締役の権限や、報酬また監査用費用などについて次のような特別な規定を設けている。第一に、社外取締役は社内取締役や執行役と会社との間の自己取引を承認することができる。ただし、その前提条件としては自己取引を行う前に社外取締役に自己取引の関連情報が開示されなければならない<sup>14)</sup>。第二に、利害関係のない社外取締役が誠実に合理的な調査を経て、株主代表訴訟が会社の最善の利益に反し、中止すべきであると判断した場合に、裁判所は社外取締役の当該判断を尊重しなければならない<sup>15)</sup>。第三に、社外取締役が合理的な報酬を得る権利を有し、社外取締役がその権限を履行するために費やした相当な費用は会社が補償しなければならない<sup>16)</sup>。

なお、社外取締役の負うべき義務や責任を他の取締役のそれより厳しくして

---

13) Mich. Comp. Laws Ann. § 450. 1107(3).

14) Mich. Comp. Laws Ann. § 450. 1545(a) (1),(b).

15) Mich. Comp. Laws Ann. § 450. 1495.

16) Mich. Comp. Laws Ann. § 450. 1505(3).



はならないことも規定されている<sup>17)</sup>。

### Ⅲ 日本法における社外取締役制度

#### 1 社外監査役制度の立法

日本商法は、明治32年に制定された時からドイツ法モデルを継受して、会社の経営機関と監査機関を分離する二元システムを採用してきた。二元システムでは、取締役が業務執行を行い、監査役が取締役の業務執行を監督する。しかし、昭和25年商法改正を経て、日本商法は、基本的にドイツ法モデルの枠組を維持しながらも、アメリカ法に倣って、取締役会制度を導入した。取締役会は経営監督権を与えられたのに対して、監査役は経営監督権を奪われ、その権限が会社の会計監査に限るとされた。しかし、その後、昭和49年商法改正を経て、再びその経営監督権が回復された。

日本商法は、ドイツ法を参考に監査役制度を導入し、形式的にはドイツ法モデルとよく似ているが、実際にはドイツ法モデルと大きく異なるところを有する。つまり、ドイツ法は監査役会を取締役の上部に置き、取締役を選任、解任する権限を与えられているのに対して、日本商法は監査役(会)と取締役会を同列にし、監査役(会)が取締役の選任・解任権を与えられていない。なお、日本の会社では実際に監査役の指名がほとんど代表取締役によって行われ、監査役が「閑散役」や飾り物にすぎないとよく批判される。したがって、監査役にあるべき機能をいかにして果たせるかは以前より人々から大いに関心を持たれてきた大問題であり、これまで監査役制度に関する商法改正が数回行われた。

監査役制度につき近時に行われた改正は平成5年と平成13年改正である。まず、平成5年改正によって日本商法に社外監査役制度が導入された。改正の背景は主に次のようなものである。つまり、一方では、1990年代を前後に日本と

---

17) Mich. Comp. Laws Ann. § 450.1505(3).

アメリカとの間に経済構造協議が行われ、その際にアメリカ側は日本に対して圧力をかけ、商法改正を強く要求した。商法改正の要請内容の一つは、アメリカ法に倣って、社外取締役制度を導入し、社外取締役からなる監査委員会を設置するというものであった。他方では、証券・金融会社に関連する企業不祥事が発生した<sup>18)</sup>。日本側は、アメリカ側の社外取締役を導入する要求を拒絶し、その代わりに現行商法の枠組みのなかで社外監査役制度を導入することにした。その意図は、社内監査役が実際に取締役（とりわけ代表取締役）の制約を受けていることを打破することによって、監査役が独立した客観的な立場から取締役の業務執行を監視監督できるようにすることである。社外監査役の独立性を図るために、商法特例法は、社外監査役の人数や資格要件を次のように定める。それによれば、会社にあつては、監査役は3人以上で、そのうち1人は、就任前の5年間会社またはその子会社の取締役または支配人その他の使用人でなかった者でなければならない（18条1項）。その後、民間団体の日本監査役協会は、監査役の活動実態と意識について調査を行った。この調査によれば、社外監査役の実態は、①会社・子会社の元取締役・使用人で5年の待機期間を経過した者、②親会社等関連会社の出身者、③取引金融機関の出身者により大部分を占められているという<sup>19)</sup>。これに対して、監査役の独立性を高めるためという社外監査役の導入目的に鑑みれば、①はもちろん、②③も独立性の点で立法の期待に合致した人選か否かが疑わしいと厳しく批判されている<sup>20)</sup>。

こうしたなかで、監査役とりわけ社外監査役の独立性と監査の実効性をより一層高めるために、自民党政務調査会法務部会商法に関する小委員会は平成9

---

18) 上柳克郎、鴻常夫、竹内昭夫編『新版注釈会社法：第2補巻平成5年改正』森本滋担当（有斐閣、1996年）88頁。

19) 日本監査役協会「監査役の活動と意識調査・結果報告書」監査役443号12頁（2001年）。日本監査役協会は1974年に設立され、現在の会員が4000社あり、そのうち上場会社は8割を占め、加入した監査役の数は6000人である。協会の活動内容は、監査役に関する教育や研修の計画を提供すること、監査役に関する法律制度を研究することなどとされる（井上輝上「日本における監査役活動の実態と監査役協会」監査役461号12頁（2002年））。

20) 江頭憲次郎『株式会社・有限会社法』（有斐閣、2002年）393頁。

年9月8日に「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」を発表した。その後、同骨子の改正を経て、平成11年4月15日に発表された「企業統治に関する商法等の改正案要綱」のなかで監査役制度の改善について提案がなされた。この要綱を基に作成された「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律案」は平成13年12月に国会で可決され、成立を見た。監査役制度に関する改正内容は次のようなものである。①監査役が取締役会に出席し、意見を陳述する義務を法定した(商法260条の3第3項)。②監査役の任期を3年から4年に延長した(同273条)。③監査役の辞職について、辞職した監査役本人またはその他の監査役が株主総会において意見を述べるができることにした(同275条の3の2)。④商法特例法所定の大会社における監査役の半数以上(少なくとも2人)は社外取締役でなければならないにしたほか、社外監査役の資格要件について従来と異なり、「就任前の5年間」をはずした(18条1項)。つまり、大会社に当たっては、監査役は、3人以上で、そのうち半数以上は、その就任前に大会社またはその子会社の取締役、執行役または支配人その他の使用人となることがない者でなければならない<sup>21)</sup>。⑤商法特例法上の大会社における監査役の選任について、監査役会は同意権と提案権を有するとされた。

## 2 社外取締役制度の立法

日本において、1960年代末頃から70年代半ばまでアメリカの影響を受けて、企業の社会的責任の問題が人々の注目を浴び、ホットな話題となった。この問題に関する議論の中で、社外取締役制度を日本法へ導入すべきであると積極的に主張する説が見られた<sup>22)</sup>。しかし、経済界の強い反対があつて、こうした主張は実現するに至らなかったが、1990年代にコーポレート・ガバナンスの議論

21) ただし、本項の改正規定は、平成17年5月1日から施行されることになっている。

22) 昭和50年6月11日、法務省民事局参事官室は「会社法改正に関する問題点」を発表した。そのなかで、取締役および取締役会制度の改善策として、①取締役のうち一定数はいわゆる社外取締役とすべきであるかどうか、②社外取締役の職務権限について他の取締役と異なる扱いをする必要があるか、③監査役の職務権限との関係についてど

がますます白熱するにつれて、社外取締役制度の導入問題が再び注目されるようになった。

日本商法は、取締役会が会社の業務執行を決定し、取締役の業務執行を監督すると規定する(260条1項)。しかし、取締役会の形骸化の現象は久しい。実際に取締役会の業務執行に関する意思決定は、常務取締役、専務取締役、代表取締役などによって作られる「経営会議」、「常務会」、「経営委員会」などが行い、多くの場合は代表取締役の「鶴の一声」で会社のことが決まり、取締役会が有名無実化している。そしてまた、取締役会の構成員である取締役の大半は互いに「先輩」と「後輩」の関係を持ち、いわゆる会社の「内部者」である。そのため、こうした関係が重要視される日本社会においては、取締役が互いに業務執行を監督することに対して期待することはもとより無理であると思われる。取締役会の形骸化という状況を変えて、名実ともに取締役会の監督機能を強めるために、アメリカ法に倣って、社外取締役制度を導入すべきであるという考えが再び表れるようになったわけである。例えば、日本コーポレート・ガバナンス・フォーラムは、その最終報告の中で、取締役会に会社と直接の利害関係のない、独立した社外取締役を選任し、社外取締役に情報提供を充実するための支援体制を確立、強化するとの提言を行っている(原則5A)<sup>23)</sup>。ただ、日本商法の中に、それともその他の方法を通じて社外取締役制度を導入するかについて若干の見解の違いが見られる<sup>24)</sup>。具体的にいえば、商法のなかに社外取締役に関する規定を設けるべきであるとする見解があるし、アメリカのニューヨーク証券取引所のようなやり方に範を求めて、社外取締役制度を上場基準の一つにする見解もある。その一方、もとより社外取締役制度の導入に対

---

う考えるか、などの問題点が提示された。これに対して、一部の商法学者が積極的な反応を見せた(例えば、中村一彦「経営者の社会的責任と取締役会の構成」『企業の社会的責任——法学的考察』改訂増補版219頁以下(同文館、1980年)、田中誠二「株式会社の社会的責任についての商法上の立法論的考察」亜細亜法学9巻2号12頁(1975年))。

23) 「コーポレート・ガバナンス原則——新しい日本型企業統治を考える(最終報告)」別冊商事法務212号後ろより5頁。

24) 前田雅弘「企業の管理と法」岩波講座『現代の法7 企業と法』(岩波書店、1998年)165頁以下参照。

して反対する意見も存在する。

法務省民事局参事官室は、2001年4月に「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」(以下では「中間試案」という)を作成し、公表した<sup>25)</sup>。中間試案は、社外取締役制度を立法すべきであるとの主張を受け入れ、以下のように規定する(15の1、2)。つまり、①取締役のうち、1人以上は、その就任前大会社またはその子会社の業務を執行する取締役もしくは支配人その他の使用人でなかった者でなければならない。②前記①に規定する者は、大会社またはその子会社の業務を執行する取締役もしくは支配人その他の使用人を兼ねることができない者とする。ただし、中間試案は、株式会社すべてに対してではなく、商法特例法上の大会社だけを対象に義務として社外取締役制度の導入を要求する。中間試案の規定に対して賛否両論がある<sup>26)</sup>。反対しているのは主として経済界である。例えば、日本経済界の代表とされる経団連(後に「日本経団連」に改名)は、社外取締役設置の義務化を根強く反対する。なぜならば、一つは、日本は現在社外監査役制度の改善に努めているからである。もう一つは、中間試案は会社がその自身の経営理念に基づいてコーポレート・ガバナンスを構築し、ならびに各会社自身のコーポレート・ガバナンスの構築に対する評価を市場に委ねるべきであることに資するものではないからである<sup>27)</sup>。そのほか、社外取締役と社外監査役が重複することとなり、無意味であるとか、社外取締役をすでに選任したところで何ら実態が変わらないなどといった反対理由が他の反対論者からも述べられている。また、賛成意見の中にも大会社に社外取締役の導入を義務付けることに対して反対する意見が見られる。なお、賛成論者のなかに社外取締役の資格要件、導入会社の範囲、人数などについてさまざまな意見もある。

その一方、平成13年12月に成立した「商法および株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律」(以下「平成13年12月商法等

25) 中間試案の内容および解説についてジュリスト1206号165頁以下参照(2001年)。

26) 原田晃治等編『会社法制の大幅な見直しに関する各界意見の分析』別冊商事法務244号51—51頁参照。

27) 同前掲注25、353頁。

改正法」という)は、社外取締役を認め、次のように規定する。つまり、取締役はその会社の業務を執行しない取締役であり、また過去にその会社または子会社の業務を執行する取締役、執行役または支配人その他の使用人でなかった、かつ現に子会社の業務を執行する取締役もしくは執行役またはその会社もしくは子会社の支配人その他の使用人でない者をいう(商法188条2項7号の2、平成14年に改正)。平成13年12月商法等改正法の主な目的の一つは取締役の会社に対する損害賠償責任を軽減、制限するためである。近年多発する株主代表訴訟の中に、請求される取締役の損害賠償額が高い訴訟が含まれるため、会社の経営者たる取締役が精神的にもまた経済的にも相当なプレッシャーを受け、会社経営につき萎縮するのではないかと経済界を中心に恐れられている。したがって、取締役の損害賠償金額を軽減、制限する必要があるとの意見が表れ、議員立法の形でこうした意見を受け入れ平成13年12月商法等改正法が成立した。当該改正法の規定によれば、会社は株主総会の特別決議または定款で損害賠償額より6年分の報酬に相当する額を控除した額を限度に代表取締役の損害賠償額、4年分の報酬に相当する額を控除した額を限度に取締役の損害賠償額、2年分の報酬に相当する額を控除した額を限度に社外取締役の損害賠償額を免除することができる。ただし、損害賠償責任が部分免除できる前提は、取締役が職務を行う際に善意にしてかつ重大な過失を犯していないことであるとされる(商法266条7項以下)。こうした立法は、ほぼ経済界の主張を受け入れて、実現したものである。

大会社は社外取締役を導入しなければならないと中間試案が規定したことに対して経済界が激しく反対することを考慮して、中間試案を修正したうえで作成された「商法等の一部を改正する法律案要綱」(以下では「要綱」という)<sup>28)</sup>は社外取締役の導入について選択制を採用することにした。つまり、従来の監査役(会)制度を保つか、それともアメリカ型に倣った「委員会等設置会社」にするかについての選択を大会社自身に任せることである。「委員会等設置会

28) この法律案要綱についての詳細な解説は、前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説(I)(II)(III)(IV)(V)」商事法務1621号4頁以下、1622号4頁以下、1623号14頁以下、1624号9頁以下、1625号4頁以下(2002年)参照。

社」には、監査役(会)を設けないかわりに、指名委員会、監査委員会、報酬委員会および執行役を設けなければならない。各委員会が3人以上の取締役からなり、その過半数は社外取締役であって、委員会等設置会社の執行役でない者でなければならない。「委員会等設置会社」もしくはその子会社の支配人もしくは従業員またはその会社の業務執行を担当する取締役が監査委員会の構成員になることはできない。ただし、株式会社すべては「委員会等設置会社」になるのではなく、商法特例法上の大会社や資本金が1億円以上でかつ会社定款で公認会計士による監査を認める会社(みなし会社)だけが「委員会等設置会社」になれるとされる。その後、当該要綱をもとに作成された「商法等の一部を改正する法律案」は、2002年5月に国会において可決された。商法特例法の中には「委員会等設置会社」についての規定が置かれる(21条の5以下)。このように、時代の要請に応えるために、日本の会社法制史上、取締役会と監査役(会)を持つ従来型たる二元システム会社と、アメリカ会社法に倣って取締役会の中に監査委員会を設ける一元システム会社が併存し、かつ競争する新たな一頁が開かれた。その意義は実に大きい。

#### Ⅳ 中国法への社外取締役制度の導入モデル

中国法への社外取締役制度の導入モデルを論ずる前に、まず上述のアメリカ法と日本法における社外取締役制度との比較を試みる。アメリカ法では会社経営と経営監督を一括して取締役会の権限とする一元システムが採られ、取締役が経営者であると同時に監督者でもある。このような二重的機能は確かに自己矛盾の誘いを免れないおそれがある。こうした制度的あるいは構造的な欠陥が1970年代前後にアメリカにおいて一連の企業不祥事を引き起こし、厳しい批判を浴びた。その後、こうした欠陥を克服するために、社外取締役が一部の大企業に任意的に導入された。さらに、ニューヨーク証券取引所が社外取締役の導入を会社上場の基準の一つにしたため、社外取締役制度がアメリカの大企業に本格的に導入され始めたのである。それでも、アメリカにおいて社外取締役の機能につき依然として賛否両論があるのも事実である。とりわけ最近エネル

ギー会社のエンロン会社や、通信会社のワールドコム社などによる粉飾決算などの事件が相次いで発覚したため、社外取締役の機能に対して厳しい目が向けられている。しかし、一元システムを維持する以上、社外取締役制度はおそらく唯一最善の選択であろうと思われる。なお、アメリカにおける会社経営の監督メカニズムの中に社外取締役制度だけではなく、株主代表訴訟制度、活発に活動する機関投資家、比較的健全な証券市場なども存在することにも十分留意すべきであろう。

その一方、日本法は沿革的にドイツ法の二元システムのモデルを継受し、会社の経営機関と監督機関を分離する。監査役（会）の独立性を高めるために、これまで監査役制度に対して数次に亘って改正が行われてきた。にもかかわらず、監査役による監督の実効性に対してもなお疑問が残る。そこで、2002年5月に成立した商法等改正法はアメリカ法に範を求め、社外取締役の導入を義務付けられる「委員会等設置会社」を新たに認めるに至った。ただし、改正法は大会社に社外取締役制度の導入を押し付けるのではなく、従来の監査役（会）制度を採るかそれとも「委員会等設置会社」にするかの選択自由を委ねることにした。これで、会社はそれ自身に見合ったコーポレート・ガバナンスの構造を選択することができるようになった。このような対処の仕方は合理的であり、注目に値するものである。

中国会社法は、ドイツ法や日本法などと同様に二元システムを採用し、会社経営と経営監督の機関を分離する。取締役会は、経営の意思決定を行い、具体的な業務執行が取締役の任用した執行役（中国語＝経理）に委ねられる。監査役会は、会社の必須機関とされ、会社の経営活動を監督する権限を有する（124条1項）。監査役会の構造について、会社法はその構成員を3人以上とし、株主総会により選任される代表と適当な割合の従業員代表からなることを要求する（同条2項）。中国における株式会社の大半が純粋な国有企業を改組して作られ、しかも株式会社における国家持ち株の意味が強調されすぎたが故に、株式会社において国家が支配株主として現れる。取締役のほとんどは、国家によって派遣され、彼らが会社で内部者によるコントロールの局面を形成し、思うままに権力を利用できる。その結果、会社、株主特に少数株主の権利



が侵害を被りがちである。こうした権利侵害に対し歯止めをかけるはずの監査役は、以前国有企業で共産党関係の仕事を担当した者が多く、会社の経営活動を監督するための専門的な知識もない。そのため、会社経営を監督しようと思っても、実際に監督の効果を上げることができない監査役もあれば、最初からあきらめて事実上監査権限を放棄する監査役もある<sup>29)</sup>。こうした現象はまさしく監査役が「飾り物」に過ぎないことを如実に物語っている。

そこで、中国においてもアメリカ法モデルを参考に株式会社に社外取締役制度を構築して、コーポレート・ガバナンスを改善する主張が徐々に多く見られるようになった。事実、任意に社外取締役を導入した上場会社もある。中国証券監督管理委員会（以下、「中国証監会」という）は社外取締役制度を導入するため下記のような措置を採ってきた。まず、1997年に制定された「上場会社定款のガイドライン」（2000年に改正）（以下「ガイドライン」という）は、上場会社が必要に応じて社外取締役を設けることができると規定した（112条）<sup>30)</sup>。そして、2001年8月に「上場会社において社外取締役制度を構築することに関する指導的意見」（以下、「指導的意見」という）を制定した。「指導的意見」は、2002年6月30日までに中国国内の上場会社が取締役会に2人以上の社外取締役を設け、2003年6月30日までに取締役会に3分の1以上の社外取締役を設け、かつそのうちの一人が企業会計の専門家でなければならないことを要求する（1の（3））。社外取締役とは、会社で取締役を除いたその他の一切の職務を担当せず、ならびに会社およびその主要株主との間に独立して客観的に判断

29) 甘培忠「論完善我国上市公司治理結構中的監事制度」中国法学2001年第5期79頁参照。

30) 「ガイドライン」は、社外取締役の独立性を保つために以下のような者は社外取締役になれないと規定する。つまり、①会社の株主または株主が法人である場合には当該法人に所属する者、②会社の内部者（例えば、会社の執行役または従業員）、③会社の関係人または会社の執行役と利害関係を持つ者、である。

31) 「指導的意見」は、社外取締役の独立性を保つために次のような者ではない者を具体的に規定する（3）。つまり、①上場会社またはその関連企業に所属する者およびその直系親族、主要な社会関係者（直系親族とは配偶者、父母、子供などをいう。主要な社会関係者とは兄弟姉妹、義理の父母、嫁婿、兄弟姉妹の配偶者、配偶者の兄弟姉妹など

できることを妨げるいかなる関係も存在しない取締役をいう(1の(1))<sup>31)</sup>。定義そのものは、中国の株式会社の独特な事情を考慮し主要株主と社外取締役との癒着を排除しようとするものであり、大いに賛成する。しかし、この定義を下記のように改めたほうがより妥当であろうと考えられる。つまり、社外取締役とは、会社若しくは子会社の業務執行取締役またはその他の職務を担当しなかった、かつ会社およびその子会社、主要株主との間に独立して客観的に判断できることを妨げるいかなる関係も存在しない者をいうことにする。こうして、子会社との関係を排除することをも含めれば、社外取締役の独立性がより一層図られることは期待されよう。

ところで、本稿で筆者がとりわけ問題としているのは、中国会社法が社外取締役制度を導入する際にどのような立法モデルを採用すべきであるかのことである。換言すれば、株式会社に対して社外取締役の導入を強制するのかそれとも選択自由にするかのことである。前述のように、アメリカでは立法方式によるのではなく、ニューヨーク証券取引所の定める上場基準の方式で上場会社は社外取締役制度の導入を要求される。これは上場会社にとって結局強行法規と変わらぬ役割を果たすものである。アメリカにおいて各州には立法権があり、また会社の経営機能と監督機能を取締役会に集約させる一元システムがとられる以上、上場基準による方式はアメリカにとっては最善の選択であるかもしれない。ただ、唯一社外取締役の導入を立法化したミンガン州事業会社法は会社に強制をしていない。日本の方式も会社すべてに義務付ける強制的な方式では

---

をいう)、②上場会社の発行済株式の1%以上を直接または間接に保有する、または上場会社の10位までの上位個人株主(中国語=自然人股東)およびその直系親族、③上場会社の発行済株式の5%以上を直接または間接に保有する法人株主(中国語=股東單位)、または上場会社の5位までの上位法人株主に所属する者およびその直系親族、④過去1年以内に①②③に規定する者であった者、⑤上場会社またはその関連企業に財務、法務、コンサルティングなどの役務を提供する者、⑥会社の定款に規定するその他の者、⑦中国証券監会が指定するその他の者、である。「ガイドライン」の規定する資格要件より、「指導的意見」のほうがかなり詳細である。

32) 同旨については、郭強「独立董事制度与公司化中国」<http://www.chinalawinfo.com> (2002年3月28日にアクセス) 参照。

なく、選択制である。筆者は、中国法への社外取締役の導入につき中国証監会の「指導的意見」の規定するような強制的な方式には賛成できず<sup>32)</sup>、日本法のように選択制をとるべきであると考え。つまり、会社法は、社外取締役制度と伝統的な監査役制度のどちらを採用するかを選択権を会社自身に与えるべきである。というのも、第一に中国は伝統的に成文法の国家であり、会社法沿革上会社の経営機関と監査機関を分離する二元システムがとられていたし、また現行会社法上二元システムも維持されているからである。第二に、現行二元システムの中に社外取締役を導入すると、社外取締役と監査役とがオーバーラップしてしまい、両者間の権限配分が不明確になるからである。つまり、外形上経営者が暴走しないように二重の防火壁を設けたように見えても、実際に経営監督の効果が損なわれるおそれがある。第三に、会社によって各会社に適するコーポレート・ガバナンスのシステムが必ずしも同様なものではないからである。会社法が社外取締役の導入につき選択制を採用すれば、各会社は会社自身に見合うような経営監督システムを選択するチャンスを与えられることとなる。そして、会社が社外取締役を導入すると決めたのであれば、取締役会において社外取締役が多数を占める監査委員会、指名委員会、報酬委員会などが設置されなければならない。委員会制度を通して社外取締役にその監督機能を発揮させる。委員会の構成、運営などについて、2002年1月に中国証監会が制定、公布した「上場会社のコーポレート・ガバナンスの原則」は、アメリカ法モデルに倣って比較的詳細に規定している<sup>33)</sup>。それらの規定は、将来中国会社法を改正する際に参考になりうると思われる。

ただ、選択制を主張するのは、決して現行会社法における監査役会に関する規定を現状のまま維持してもよいということを意味するものではない。いうまでもなく、いかにして監査役の独立性を高めるかは中国のコーポレート・ガバナンスの改善にとって一つの大きな課題でもある。この問題を解決するために日本法における社外監査役制度は参考に値するものと考えられる。このことに

33) これについての解説は、拙稿「中国型コーポレート・ガバナンスの動向(一)(二)」国際商事法務 Vol.30, No.5,654頁以下、Vol.30, No.6,796頁以下(2002年)を参照されたい。

ついでの詳細な研究は後日に譲りたいが、ここでひとまず社外監査役の定義を試みたい。つまり、社外監査役とは、会社もしくはその子会社の取締役またはその他の職務担当者ではなかった者、ならびに会社およびその子会社、その主要株主との間に独立して客観的に判断できることを妨げる関係が存在しない者をいう。

## V 結 語

以上、アメリカ法と日本法における社外取締役制度の比較、考察を通して、いかにして中国会社法に当該制度を導入すべきであるかについて日本法モデルは中国にとってより参考に値するものとの結論に至った。つまり、社外取締役制度と伝統的な監査役会制度のどちらを採るかの選択権を会社に付与し、法律が強制しないとすべきことである。しかし、社外取締役制度の機能に対して高く期待するのも禁物である。社外取締役制度は、会社の経営者や支配株主の違法行為を防止、根治し、会社や少数株主の権利を保護できる万能薬ではない。社外取締役制度は、コーポレート・ガバナンスの改善に資するさまざまな措置の一つに過ぎない。株主代表訴訟制度<sup>34)</sup>の導入、国家持株の放出、機関投資家の育成、証券市場の監視・監督機能の強化などはいずれも中国におけるコーポレート・ガバナンスを改善するための有用な方策であろう。

---

34) 筆者はかつて中国会社法に関する研究論文の中で中国会社法の一つ大きな不備は株主代表訴訟を認めていないことであり、会社内部の監督メカニズムを改善する視点に立ってみれば代表訴訟を導入すべきであると論じた(拙稿「論股份有限公司経営的内部監督機制」法学評論(武漢大学)1995年第1期11頁以下参照されたい)。