

法人は、取締役になることが できないのか？ (2・完)

酒 井 太 郎*

- I はじめに
- II 法人の本質と業務執行者の資格 (以上 21 卷 2 号)
- III 法人取締役の是非をめぐる学説
- IV 英国における法人取締役制度の改革
- V 取締役会サービス提供者 (the Board Service Provider: BSP) (以上本号)

III 法人取締役の是非をめぐる学説

法人取締役の是非をめぐる学説のほとんどは、法人であることをもって取締役の欠格事由とすること (会社 331 条 1 項柱書 1 号) が明確に定められているところの会社法が制定される前——つまり、法人取締役を認めるか否かが法文上明確でなく、解釈に委ねられていた当時⁵¹⁾——のものである。一般に、否定説が当

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 21 卷第 3 号 2022 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

- 51) 昭和 56 年商法改正にあたり、法人を取締役および監査役の欠格事由とすることが提案されている (法務省民事局参事官室「株式会社の機関に関する改正試案」[昭和 53 年 12 月] 第二の五 a へ、第三の五 a へ)。これは、同改正前において取締役の欠格事由にかかる規定が存在しなかったため、当該規定を整備することとしつつ (昭和 56 年改正商法 254 条ノ 2 の新設)、欠格事由として何を定めるべきかという点に関連して示されたものである。すでに当時、登記実務において法人を役員とする旨の就任登記は認めないこととされていたため (大正 11 年 9 月 29 日法曹会決議 [法曹会雑誌 1 卷 4 号 91 頁]、昭和 32 年 5 月 16 日民 4 発第 93 号民事局第 4 課長回答 [金法 143 号 11 頁]、昭和 32 年 10 月 30 日民事甲 2088 号民事局長回答 [登記関係先例集追加編 II 636 頁、金法 165 号 13 頁])、事実上、法人取締役は禁止されていたに等しかった。しかし、学説は、本文で述べるように、法人取締役を否定する見解が通説とされていたものの、法人取締役を容認する見解も有力に示されていたことから、法人を取締役の欠格事由として法定するとの方針は採用されず、

時の通説であると説明される⁵²⁾⁵³⁾。

肯定説および否定説が各々挙げる論拠を類型化すると、まず (i) 理論的見地からのものがある。続いて、法人を取締役とすることについて理論的な障害がないことを前提とした上で、(ii) 立法政策を始めとする政策的見地からのもの、および (iii) 会社における実益または需要という見地からのものがある⁵⁴⁾。

上の (i) にいう理論的見地からの考察のうち、否定説としては、甲会社の機関を乙法人とした場合に、甲の機関は乙の機関によって初めて行動することとなり、機関のそのまた機関によって行動されるということでは機関制度を認めた趣旨から遠ざかるものといわなければならないから、法人は会社の機関になること

この問題への対応は今後の解釈に委ねられることとなった。関連する文献として、元木伸「取締役及び取締役会——運営・資格（株式会社の機関に関する改正試案の解説〔9〕）」商事法務 832号 9頁（1979年）、稲葉威雄「商法改正と銀行取引3」金法 1005号 12頁（1982年）、北沢正啓『改正株式会社法解説〔改訂版〕』（税務経理協会、1982年）68頁参照。

ちなみに、昭和56年商法改正までの間、取締役・監査役の欠格事由に関しては、刑法施行法（明治41年法律29号）37条に基づき、剥奪公権にかかる旧刑法（明治13年太政官布告36号）31条（同条8号「分散者ノ管財人ト為リ又ハ会社及ヒ共有財産ヲ管理スルノ権」〔下線筆者〕）が適用されるものと解されていたのであるが（大判大正14年4月24日民集4巻233頁。旧刑法10条は附加刑として剥奪公権〔同条1号〕および停止公権〔同条2号〕を定めていた）、この点をめぐり学説上争いがあった。元木・前掲論文13～14頁参照。なお、平成18（2005）年改正前の民法施行法（明治31年法律11号）27条は、法人の理事に関して、「剥奪公権者及ヒ停止公権者ハ法人ノ理事、監事又ハ清算人タルコトヲ得ス」という具体的な定めを置いていた。その他、会社法制定（2005年）および一般法人法（2006年）制定より前の法人の理事および株式会社の取締役の欠格事由について、林・前田編・前掲注19）356～357頁〔藤原〕を参照。

- 52) 大森忠夫・矢沢惇編『注釈会社法（4）』（有斐閣、1968年）258頁〔星川長七〕、泉田・前掲注29）94頁、今井潔「法人が役員となることの可否」北沢正啓編『商法の争点〔第2版〕』（有斐閣、1983年）116頁等。
- 53) ちなみに、法人が他の法人の理事となることを認めないとする大審院判例がある（大判昭和2年5月19日刑集190頁）。同判例は、①「我カ法制ノ体系ハ本来自然人ヲ以テ法人ノ役員ト為スノ主義」を採用していること、および、②自然人をもって役員とする旨の定めがない場合、社員中から役員を選任する法人において他の法人が社員であるならば、前者の法人において「終ニ其ノ機関ヲ欠クニ至ルノ結果」を生じることなどを理由に挙げる。これは、本文後述の (i) の見解中、第1に紹介されるものに近い。
- 54) ちなみに、今井・前掲注52）116頁は、学説を整理するにあたり、(a)（他の法人を役員とする）法人の側からの考察と、(b)（法人が就任することとなる）役員側の側からの考察という二つの局面を設定することができるとする。この (a) は、法人がその性質上会社の役員となることができるか否かを問題とするものであり、(b) は、取締役・監査役が、その性質上または法律の規定上、法人であってもよいか否かを問題とする。

ができないとするものがある⁵⁵⁾。また、単に、法人は行為能力を有しないことを理由に挙げるものもある⁵⁶⁾⁵⁷⁾。肯定説としては、（日本において通説とされていたところの⁵⁸⁾法人实在説をとる以上は、法人もまた取締役になることができるとするものがある⁵⁹⁾⁶⁰⁾⁶¹⁾⁶²⁾。

55) 西本寛一『株式会社重役論』（大同書院、1935年）23～24頁。かりにこれを、業務執行が（実行不能というのではなく）迂遠なものになるという点のみを問題とするものであると解するならば、厳密には理論的な見地からの批判とまではいえない。

会社というものを、その目的事業を遂行するために作り出された器ないし道具（前掲注38）対応本文参照）と見るならば、とりわけ重層的な支配従属関係を構築しようとする際には、法人が他の法人の機関となることは、理論的に可能であるのみならず、実際上も一定の効用があるように思われる（ⅠⅠ第6段落参照）。会社内部において、その会社の業務執行機関は、当該会社の各事業部門の運営を指揮・命令・監督するが、そのような事業部門が当該会社の子会社である（内ではなく外にある）ときであっても、同じ方法を用いることができたほうが、直接的な支配という点で効率的であると考えられるからである。

56) 片山義勝『株式会社法論〔第2版〕』（中央大学、1917年）643頁。なお、片山博士は、法人擬制説および法人实在説のいずれにも与せず、法人（法人格）というものが、自然人の人格と並んで法律上認められたものであると主張する。片山・同書9～10頁。

57) この系統に属すると思われる見解として、X会社とY会社が互いに相手方会社の取締役に就任し、他に自然人の取締役がない場合、各々の会社は正規の活動をすることができないとするものがある。津田利治『会社法の大意（上）』（慶應通信、1958年）280頁。

58) 前掲注29）第1段落参照（組織体説が通説であったとされる）。

59) 田中誠二『会社法詳論 上巻〔3全訂版〕』（勁草書房、1993年）75～76頁、泉田・前掲注29）110頁。泉田教授は、法人实在説によるとき、「法人は固有の意思と行為能力を与えられた実体として、『理論的には』取締役の職務に選任されうることになる」と指摘する。泉田・前掲注29）110頁（なお、その後で泉田教授は、法人の技術的性格を強調する見解が有力であり、法人学説の教義的体系をもって法人の法構造を分析するべきではないと述べて、この問題の検討から離れている）。

法人实在説によるとき、法人それ自体が意思決定および行為をする能力を備えたものと観念されることから、自然人と変わらない存在（实在）であるとして、他の法人の機関になることは当然に可能であるようにも一見思われる。しかし、法人は自然人と同じ権利能力を有するものの、他者の力を借りなければ意思決定も行為もすることができないという点に留意しなければならない。「法人は固有の意思と行為能力を与えられた実体」と上で述べられているが、厳密には、法人独自の意思と行為があると観念されているにとどまる。法人实在説に基づくそのような理解は、法人が取締役任用契約の当事者となることができる地位を有することまでは導くことができるが、実際に取締役に就任した後に、「自己完結的に（他の権利主体の助けをまったく借りないで）」（前掲注48）参照）自律的な意思決定と行為をすることができることまでは保障しない。

法人本質論にかかる諸学説を踏まえると（Ⅱ参照）、外部的に見たとき、法人は、自然人と同様に権利義務を享受することができ、または自然人と同様に行為をすることができる存在である——取締役任用契約の当事者としての資格も備えているはずである——と観念される。しかし、内部的に見たときには、基本的に自然人によって諸活動を担われた存

学説の多くは、肯定説および否定説とも、理論的に法人が取締役となることに支障がないことを承認した上で、政策上または実際上の理由からその是非を論じようとするものである⁶³⁾。

上の(ii)に整理される政策上の理由として、まず、法人取締役の職務執行は取締役である法人が指定する自然人(職務執行者)が担当するところ、この職務執行者は株式会社の承諾なくして当該法人が任意に交代させることができるため、当該法人を取締役として選任した当該株式会社の株主総会の信頼を害するおそれがあるとするとするもの(否定説)が挙げられる⁶⁴⁾。これに対しては、株主総会において取締役として選任されるのは、(職務執行者である特定の自然人ではなくて)法人そのものであり、このとき、当該法人に対し、当該法人がよいと思う者を取

在として、これまで観念されてきたものといえる。つまりそこでは、自然人が機関を構成することが当然であるとの見方が働いているように思われる。

- 60) 法人が権利義務の主体であることをもって、法人が持分会社の無限責任社員・業務執行社員としての資格を有すること(平成17年改正前商55条対照)の根拠としている例が、会社法の立案担当者の解説に見られる。それによれば、法人自身はその行う事業から生じる債務について無限責任を負い、他の法人の債務を保証することができる以上、法人が他の会社の債務について無限責任を負うことができないものとするべき合理的理由はないのであり、法人が業務を執行する人的要素に欠けているという指摘も、無限責任社員となる資格を否定する決定的な理由にはならないというのである。相澤哲・郡谷大輔「持分会社」相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』(別冊商事法務295、2006年)156～157頁。ちなみに、会社が無限責任社員になることができないことの根拠が、会社の業務執行・代表における人的要素の必要性に求められるとの指摘は、田中耕太郎『改正会社法概論』(岩波書店、1939年)109頁(「自ら会社事業の遂行の任に当ると云ふ自然人に固有な人的要素を備へてゐない故に、……此の種の社員[=無限責任社員]となることを得ないものと解すべきである。」)などにおいて見られた。平成17年改正前商法55条をめぐる学説状況に関して、上柳・鴻・竹内編集代表・前掲注16)95～96頁[竹内]参照。
- 61) 会社法の立案担当者が、理論的見地ではなく政策的見地に基づいて法人取締役を否定していることについて、前掲注13)および前掲注29)の最終段落参照。
- 62) 大森忠夫『新版会社法講義[改訂版]』(有信堂、1967年)202頁は取締役の資格に関して、「理論上は、必ずしも自然人たることを要しない」と述べるが、これ以上の説明は行われていない。
- 63) たとえば、木内彦彰『会社法(企業法学Ⅱ)』(勁草書房、1983年)174頁注*参照(「法人が取締役になれるかどうか議論のあるところであるが……、これは理論上の可能性が問題なのではなくて、法人が取締役となることによって企業経営が無責任体制にならないかという政策的な考慮が重要である。」。ちなみに同所において木内教授は、「今日の法人企業の在り方をみるかぎり」否定説に与するべきであるという。
- 64) 相澤・葉玉・郡谷編著・前掲注13)281頁。

締役に選任する権利と解任権を授けたものと解されるとの反論がある⁶⁵⁾。取締役としての義務と責任を負うのは、（取締役として選任された）法人であり、職務執行者の交代に起因して生じる会社の損害は、当該会社（委任者）に対する職務執行者の個々の任務懈怠行為（＝受任者である当該法人の債務不履行）⁶⁶⁾に基づく当該会社の損害ともども、当該法人の側に帰責事由があるものととらえられ、当該法人の当該会社に対する賠償責任の問題として処理されることになる。それゆえ、職務執行者の安易な交代は構造的に行われにくいものと考えられる⁶⁷⁾。また、会社法や金融商品取引法は、自然人である取締役自身に民事責任を課して会社経営の姿勢を正させようとしているが、法人を取締役にすればこれが骨抜きにされるとの見解（否定説）もある⁶⁸⁾⁶⁹⁾。この点についても、上で述べたのと同じ反論が可能である⁷⁰⁾。

65) 泉田・前掲注29) 112～113頁。

もっとも、株主総会によって授与されたと解されるところの、そのような選解任権が濫用されるおそれは皆無であるとはいえないことから、何らかの対策を講じておく必要があるといえる。ちなみに、株主総会が取締役報酬の個別支給額の決定を取締役に委任した際、株主総会から授与された決定権限を取締役会が適切に行使することができるようにするため、会社法は、一定の株式会社において、取締役会が、取締役の個人別の報酬等の内容にかかる決定に関し、一定の方針を定めなければならない旨を定めている（会社361条7項、会社則98条の5）。法人取締役の職務執行者の決定に関しても、取締役である法人に対して一定の方針の決定と遵守そして開示を義務づけることが考えられる。

66) ここでは、職務執行者（受任者）の当該法人（委任者）に対する債務不履行責任も問われることとなる。

67) しかしこのとき、損害額の算定や、損害と、当該法人の当該職務執行者に対する選任および指揮監督上の過失との間の因果関係の立証などをめぐる別の問題が生じる。

68) 河本一郎『現代会社法〔新訂第9版〕』（商事法務、2004年）444頁。

69) 法人取締役自身は会社と競業関係または利益相反を抱えるものではないが、当該法人から派遣される職務執行者が競業者または利益相反関係に立つ者であるという場合、会社法上の競業行為規制・利益相反取引規制が僭脱されるとの指摘（否定説）がある。大濱信泉「取締役と取締役会」田中耕太郎編『株式会社法講座 第3巻』（有斐閣、1956年）1040頁。これについては当該法人による監督が可能であることや、実質的な利益があることを挙げて反論するものがあるが（大野実雄「株式会社は取締役となりうるか」大野『[正]企業法の諸問題』〔成文堂、1970年〕2頁）、条文の適用上は、法人取締役とその職務執行者を共通のものとして取り扱うことになると思われる。

70) 泉田・前掲注29) 113～115頁は、刑事責任が職務執行者に課せられるとする一方、民事責任（対会社責任および対第三者責任）を取締役である法人が負うものとする。なお、このとき、職務執行者の不法行為責任は排除されないものと解する。こうした理由から、取締役自身に課した民事責任が法人取締役を認めることにより骨抜きになるということは、

上の (iii) に整理されるところの実際上の理由として、否定説の側から最も多く挙げられるのは、取締役の任務が個人的性質を有するとか⁷¹⁾、取締役の活動がこれを現実に担当する者の人的個性を重視するものであるとか⁷²⁾、取締役の地位が個人的信頼関係を基礎とする⁷³⁾といったものである⁷⁴⁾。ある法人が、ある株式会社の取締役の任務に果たして堪えるものであるかどうかは、基本的に、当該株式会社の事情（必要とされる取締役の技能等）⁷⁵⁾を踏まえた上で、株主総会が判断すべき事柄（私的自治に属する事柄）であるように思われる。当該株式会社の取締役として求められる能力を備えておらず、またはそのような能力があることを証明することができない法人は、株主総会で選任（または再任）されないまでのことである。また、ここにいう「個性」が会社の経営に関して必要とさ

あり得ないという。もっとも、現実には、法人取締役自身の法令遵守の問題としてとらえた上で、内部統制を通じ、その職務執行者に対する法人取締役の適切な監視および監督を図っていくべきことになるものと思われる。

- 71) 青竹正一『新会社法〔第5版〕』（信山社、2021年）274頁、田中耕太郎『改訂会社法概論 下巻』（岩波書店、1950年）386頁、西原寛一『会社法（商法講義Ⅱ）〔第2版〕』（岩波書店、1969年）192頁（「取締役たるには、その職務の性質上自然人……たるを要し、法人はこれに就任し得ないものと解される」）、松田二郎『会社法概論』（岩波書店、1968年）208頁、鈴木竹雄『新版会社法〔全訂第5版〕』（弘文堂、1994年）182頁（「取締役は、……その職務からみて自然人に限られると解する」）。
- 72) 上柳克郎「会社の能力」田中耕太郎編『株式会社法講座 第1巻』（有斐閣、1950年）88頁（ただし、法人が無限責任社員となることが当時できなかったことの理由に関連させる形での説明）。
- 73) 大濱・前掲注69）1040頁、石井照久『会社法 上巻（商法Ⅱ）』（勁草書房、1971年）302頁。
- 74) ここでの議論の内容は、会社法制定前（平成17年改正前商法下）において、法人が持分会社の無限責任社員となることが許されていなかったことの根拠をめぐる議論と、（反論を含めて）相当程度似通っている。上柳・鴻・竹内編集代表・前掲注16）93～94頁〔竹内〕（人的信用の欠如を理由とする説の紹介）・95～96頁〔同〕（人的要素の不備を理由とする説の紹介）参照。
- 75) それは、単独で会社の業務執行と代表を担当するとか、取締役会の一員として常勤または非常勤の任務を行うとか、または主として一定の助言業務に従事するものであるといった、具体的な職務内容に応じて異なり得るのであり、その中には、（たとえばコンサルティング会社のように）法人のほうがむしろ豊富に備えているものがあると考えられる。

田中誠二博士は、「支配人等の商業使用人については肉体に基づく労務を前提とし、会社がなり得ないということが出来るが、取締役員については事情が異なるのであって法人実在説をとる以上は、会社も取締役員たることが出来る」（下線筆者）という。田中誠二・前掲注59）75～76頁。

れるものであると解するとき、むしろ法人（とりわけ会社）のほうが、事業の経歴、資本の大小、経済界における信用・名声、系列関係などを通じて客観的に把握することができる要素を有しているという点で、自然人よりも容易にその能力を審査することができるともいえる⁷⁶⁾。

前段落で紹介した否定説は、本質的に、取締役すなわち法人の業務執行機関のモデルを自然人に求め、法人与自然人との間にある差異（なかならず、法人が自己完結的に行為をすることができないこと）をもって反対の理由としているように見える。しかし、そのことが果たして、法の定めをもって会社の私的自治を否定しなければならぬほどの、不利益または弊害をもたらすものであるといえるかどうかは疑問である。

さて、上記（iii）にいう実際上の理由として、肯定説の側から挙げられるものは多様である。総じていえば、法で禁止する根拠となるべき問題ないし弊害を見いだしがたいとするものであり⁷⁷⁾、その際、法人が会社の発起人（設立中の会社の業務執行機関）となることができると解するのが通説および判例であること⁷⁸⁾、法人が破産管財人および更生管財人となる資格を法律上有すること⁷⁹⁾が

76) 大野・前掲注 69) 10～11 頁、泉田・前掲注 29) 112 頁、および大森・矢沢編・前掲注 52) 259 頁〔星川〕参照。

77) たとえば、北沢・前掲注 51) 68 頁参照。

78) 大判大正 2 年 2 月 5 日民録 19 輯 27 頁（会社が他の会社の発起人となることができるか否かは、発起人になろうとする会社の定款所定の目的により定まるといふ）。上柳・鴻・竹内編・前掲注 16) 98 頁〔竹内〕、北沢正啓『会社法〔第 6 版〕』（青林書院、2001 年）357～358 頁、大森・矢沢編・前掲注 52) 259 頁〔星川〕、大野・前掲注 69) 2 頁。登記実務を含む詳細に関して、今井・前掲注 52) 116 頁参照。

なお、平成 17 年改正前商法 499 条（昭和 13〔1938〕年商法改正で新設。会社法 972 条に相当）は、罰則規定の名宛人（発起人、取締役その他の者）が法人であるとき、当該法人の業務執行者に当該規定が適用されることを明らかにするものであるが、同条について上柳教授は、「法人が少くとも発起人となりうることを前提とする」と指摘する（法人が会社の役員一般になり得ることまでを宣言するものではないとの趣旨に解される）。上柳・前掲注 72) 88 頁。

79) 北沢・前掲注 78) 357～358 頁、大野・前掲注 69) 2 頁、大森・矢沢編・前掲注 52) 259～260 頁〔星川〕。ただし、上柳教授は、根拠条文があるからこそ法人に更生管財人の資格が認められるという趣旨を述べ、むしろ法人取締役に反対する論拠の一つとしている。上柳・前掲注 72) 88 頁（反対：上柳・鴻・竹内編・前掲注 16) 98 頁〔竹内〕）。条文上の手当なくして法人取締役に認めるべきではないとの見解は、神崎克郎『商法Ⅱ（会社法）（現代法律学講座 17）』（青林書院新社、1977 年）192 頁（「法人取締役に認めるときは、

示されている。また、現実の需要または効用があるとも指摘される⁸⁰⁾。外国で法人取締役を認めている例があることも意識されている⁸¹⁾。

IV 英国における法人取締役制度の改革

1. はじめに⁸²⁾

英国の2006年会社法は、私会社 private company⁸³⁾には1名以上、公開会社 public company⁸⁴⁾には2名以上の取締役を置くことを義務づけている(英国会

その常任代表者の制度を必要とするところ、このような制度がないところで、法人が取締役となることは妥当でない)にも見られる。

- 80) 元木伸『改正商法逐条解説〔改訂増補版〕』(商事法務研究会、1983年)116頁参照(昭和56年商法改正時の議論)、大森・矢沢編・前掲注52)258~259頁〔星川〕。江頭憲治郎教授は、合弁会社において法人取締役を利用することの需要があるなどの理由を挙げて、立法論として、少なくとも閉鎖型のタイプの会社について法人の取締役資格を認める余地があると指摘する。江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』(有斐閣、2021年)396頁。他方、森本滋教授は、法人取締役を理論的に不可能なものとする必要はないとしつつ、これを積極的に肯定する実益もないという。森本滋『会社法〔第2版〕』(有信堂、1996年)220頁。
- 81) たとえば、田中誠二・前掲注59)76頁。イギリスの法人取締役制度に関して、IV参照。フランスの会社法令には法人業務執行者および法人業務監査役にかかる定めがある(78-704号デクレ35条、民法1847条、L.225-76条、R.225-42条)。加藤徹・小西みも恵・笹川敏彦・高田尚彦「〈翻訳〉フランス会社法(1)・(5)」法と政治64巻1号137頁(2013年)・65巻3号259頁(2014年)参照。台湾会社法27条1項は、行政機関または法人が株主であるとき、当該株主が取締役・監査役の被選資格を有するものとし、選出された場合に自然人の職務執行者を指定しなければならない旨を定めている(政府或法人為股東時、得當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務。)(条文上、法人取締役の利用にあたって所有と経営の一致が要求されている)。
- 82) 英国の2006年改正会社法 Companies Act 2006の全般的内容または機関規制に関して、イギリス会社法制研究会『イギリス会社法——解説と条文——』(成文堂、2017年)、酒巻俊雄・川島いづみ・中村信男・酒巻俊之・菊田秀雄『英法系諸国の会社法——理論と実務・1』(中央経済社、2021年)、ジェトロ調査レポート「2015年英国における企業設立について(2015年10月)」(<https://www.jetro.go.jp/world/europe/uk/invest_09.html>)、上田谷恒久「イギリス会社法におけるコーポレート・ガバナンス規律」武蔵野大学政治経済研究所年報3号41頁(2011年)、中村信男「イギリス2006年会社法における影の取締役規制の進展と日本法への示唆」比較法学42巻1号211頁(2008年)を参照した。
- 83) 日本会社法上の、公開会社でない株式会社または持分会社に相当する会社。2006年英国会社法(以下、英国会社法)4条1項。
- 84) 日本会社法上の公開会社に相当する株式会社。英国会社法4条2項。私会社および公開会社にかかる主要な特別(公募増資の許否、最低資本金制度の適用の有無)について、イギリス会社法制研究会・前掲注82)525~534頁(英国会社法755~767条の規定および解

社法 154 条)。

2015 年改正前の英国会社法 155 条 1 項は、会社の取締役のうち少なくとも 1 名は自然人でなければならないとしていた。つまり、複数の取締役のうち 1 名を自然人としておいて、他を法人とすることが許されていた⁸⁵⁾。2015 年の改正により英国会社法 155 条は削除され、それに置き換わる 156A 条⁸⁶⁾が定められているが、2022 年 4 月末の時点で同条は未施行である⁸⁷⁾。

2015 年改正で英国会社法 155 条が削除されたにもかかわらず、英国では最近に至るまで、法人取締役の現代的な意義、および法人取締役の利用を一定の場合に許容するための例外規定を置くことの可能性が、政府のディスカッション・ペーパーおよび報告書において論じられている。そもそも、法人取締役制度の廃止は、ある者が自己の属性を隠したままその支配する法人を他の会社の取締役に就任させ、不正の目的で当該会社を支配することができないようにするための措置として行われたものである⁸⁸⁾、他方で、後述するように法人取締役に一定

説) 参照。その他、公開会社に関し、年次株主総会を開催しなければならないなどの特則が各所に置かれている (英国会社法 336 条 1 項等)。英国会社法上の会社の区分に関し、酒巻俊雄ほか・前掲注 82) 29~34 頁・53~58 頁参照。

85) なお、英国会社法 155 条 2 項は、単独法人である自然人が取締役となること、および法人の指名に基づいて自然人が取締役となることは妨げないとしていた。See UK Company Act 2006 section 155 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/155>); UK Company Act 2006 Explanatory Notes (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/notes/division/5/29/2>). ちなみに単独法人 corporation sole とは、宗教上または政治上の一定の地位または職位を有する 1 名の自然人に対して、当該自然人本来の人格とは異なる法人格が与えられたもの——当該自然人とは別の権利主体——をいう。国王や英国国教会の主教などについて利用されている。小山貞夫編著『英米法律用語事典』(研究社、2011 年) 246 頁、オックスフォード英語辞典 (<https://www.oed.com/>) の corporation にかかる解説 5a 参照。この地位・職位が承継され続ける限り、単独法人が有する権利義務は当該法人に永続的に帰属する。法人本質論における単独法人の意義に関して、四宮・能見・前掲注 20) 101 頁参照。明治憲法下の国体論にいう君主国体 (「君主即ち国家タリ」) は、単独法人の考え方に類似したものであるように思われる。君主国体に関して、穂積八束『修正増補憲法提要 [第 5 版]』(有斐閣、1935 年) 43~49 頁参照。

86) 2015 年小規模事業、企業および雇用に関する法律 (Small Business, Enterprise and Employment Act 2015) 87 条 4 項に基づく新設条文。この 156A 条 1 項は「自然人でないものは会社の取締役として選任されてはならない。」と定める。同条 2 項は改正前の 155 条 2 項と同じものである。

87) See Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 section 87 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/section/87>).

の効用が現実に認められてきたところであり、英国政府としては、法人取締役の不正利用の可能性があることをもって法人取締役制度を完全に廃棄してしまうことに、躊躇があったものと思われる。法人取締役を利用することができる例外的要件に関する政府の公表資料を通じて、法人取締役がいかなる効用を有するものであるかを詳細に知ることができることから、以下、その内容を概観することとする。

2. 英国ビジネス・イノベーション・技能省 (BIS) の論点整理 (2013年7月) および改革提案 (2014年4月)

2013年7月に英国ビジネス・イノベーション・技能省 (BIS) は、あるディスカッション・ペーパーを公表した⁸⁹⁾。これは、英国の会社における実質的所有者に関する情報を登録し、公開する仕組みを提供することにより、英国企業に対する信頼を高めていくことを最終的な目的として、関連する論点、検討課題、および具体的な政策提案を取りまとめたものである⁹⁰⁾。それによれば、英国の法人取締役制度は、とくに外国会社が法人取締役とされているような場合に、法執行当局および税務当局が英国会社の実質的所有者を捕捉することを困難にするおそれがあり⁹¹⁾、複数の国にまたがる違法な活動を容易にするという問題があるとされる⁹²⁾。

当時 (2015年改正前) における英国での法人取締役の利用は低調であり、そ

88) See UK Department for Business, Innovation and Skills, *Scope of Exceptions to the Prohibition of Corporate Directors* (27 Nov. 2014) (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/378197/bis-14-1017-scope-of-exceptions-to-prohibition-of-corporate-directors.pdf) at 6.

89) UK Department for Business Innovation and Skills, *Transparency and Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business - Discussion Paper* (July 2013) (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/212079/bis-13-959-transparency-and-trust-enhancing-the-transparency-of-uk-company-ownership-and-increasing-trust-in-uk-business.pdf).

90) See BIS, *supra* note 89, at 5-6.

91) BIS, *supra* note 89, at 14.

92) BIS, *supra* note 89, at 50.

の数は290万の取締役の約0.4%（1万3000）に過ぎない。法人取締役を利用する会社は1万6000社であり、英国会社の0.5%以下にあたる⁹³⁾。このように、利用件数が少ないこと、そして濫用の危険性があることにかんがみて、BISは、法人取締役の禁止——具体的には、法人取締役の登記不受理——には十分な理由があると指摘する⁹⁴⁾。

他方で、法人取締役を禁止することにより、現職の法人取締役が退任することとなり、当該取締役を通じて得られてきた経営に関する情報が失われるという、当座の損失が生じる。しかし、法人取締役の利用自体が少ないので、この損失は小さいものである可能性が高いとする⁹⁵⁾。

以上その他の論点を列挙した上で、このディスカッション・ペーパーは、法人取締役の禁止の可否、禁止すべき理由または禁止すべきでない理由、禁止する場合に定められるべき経過措置の内容、他に講じるべき手段があるならばその内容、法人取締役にかかる既存の政策を変更することから生じる費用便益について、広く意見を募ることとした⁹⁶⁾。

翌2014年4月、BISは、法人取締役制度に関する制度改革を含む、企業の透明性向上に関する各種の政策提案をまとめた報告書を発表した⁹⁷⁾。そこでは、上の意見照会に対する回答の概要が紹介された後、政府の方針として次の点が表示されている。すなわち、多くの会社に対し、法人取締役の利用が自由であるという考えを改めさせたいというのが政府の立場である。取締役は自然人であるとい

93) BIS, *supra* note 89, at 50.

94) BIS, *supra* note 89, at 51. そして、法人取締役を禁止することにより、①資金洗浄を通じて行われる犯罪活動の財源を減らすことができる、②複数の国にまたがって法人取締役を利用している会社について、英国の法執行費用を削減することができる、③会社の支配、会社の方針・経営思想に関して投資者に提供される情報の透明性を増大し、これによって投資者の信頼が高まり、会社の資本コストの減少が期待されるという。Id.

95) BIS, *supra* note 89, at 50.

96) BIS, *supra* note 89, at 52.

97) UK Department for Business Innovation and Skills, *Transparency and Trust: Enhancing the Transparency of UK Company Ownership and Increasing Trust in UK Business - Government Response* (April 2014) (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/304297/bis-14-672-transparency-and-trust-consultation-response.pdf).

うのが通常とされるべきである。しかし、企業開示要件や企業の透明性などに対して厳格な態度をとるほどではないような場合には、法人取締役が有用であることが認められている。制度改革において政府は、不必要な負担を増やすことなく事業環境を改善することを目指している⁹⁸⁾。このように述べた上で、政府は、法人取締役を原則禁止としつつ、禁止の例外を限定的に認めるという方針をとることを明らかにした⁹⁹⁾。そして、法人取締役の利用が具体的な利益をもたらす場合であって、かつ、金融犯罪の危険性が低く、企業統治、開示、および規制当局の監視について高い水準を保つことができるときに、法人取締役の利用が例外的に認められることになると述べ、例外が認められる場合を検討中であるとしている¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾。

3. 法人取締役の利用が認められる例外要件に関する BIS の検討結果 (2014年11月27日)¹⁰²⁾

2014年11月に公表されたこの資料において、法人取締役の利用を例外的に認めてもよいと考えられる場合が、理由とともにいくつか示されている。

まず、法人取締役になることができ、または法人取締役を置くことができる会社として、次の5種類が挙げられる。それらは、(a) 規制市場（ロンドン証券取

98) BIS, *supra* note 89, at 45.

99) *Id.*

100) BIS, *supra* note 89, at 45-46. 提案の骨子および今後の方針として、法人取締役を禁止しつつ、法人取締役の利用が高い価値をもたらす危険性が低いとされる場合をもって限定的かつ具体的な例外要件を定めることを目指すという。*Id.* at 46.

101) このような政府 (BIS) の方針と齟齬する形で2015年に英国会社法改正 (156A条の新設) が行われたこと (前掲注86) および対応本文参照) に関して、2020年12月の英国ビジネス・エネルギー・産業戦略省 (BEIS) の意見照会資料 (後掲注116) は、これが過去の経緯を踏まえたものではないと指摘する。ただし同資料は、2015年改正英国会社法156A条の規定が、一定の状況で会社が法人取締役の利用を継続することができる例外要件を政府が定めることができる余地を残しているとも述べている。See BEIS, *infra* note 116, at 9.

102) UK Department for Business Innovation and Skills, *Corporate Directors: Scope of Exceptions to the Prohibition of Corporate Directors* (27 Nov. 2014) (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/378197/bis-14-1017-scope-of-exceptions-to-prohibition-of-corporate-directors.pdf).

引所のメインマーケットなど）に株式を上場する英国会社、(b) 英国の指定市場（ロンドン証券取引所のサブマーケットである Alternative Investment Market: AIM など）に株式を上場する英国会社、(c) 企業集団を構成する大規模な公開会社、(d) 企業集団を構成する大規模な私会社、(e) 特別法上の規制を受ける会社（慈善会社、年金基金の受託会社、開放型の投資会社）、(f) その他の法人（ヨーロッパ会社¹⁰³⁾、有限責任パートナーシップ）である¹⁰⁴⁾。以下、各々の類型について概観することとする。

後述するように、上の (a)・(b) の類型であるところの上場会社が法人取締役に就任することができるのは、それらの会社において、企業統治にかかる準則および企業開示規制という適正利用を担保するための措置が講じられていることによる。ただし、あわせて法人取締役になることを認めるべき実質的理由があることが求められており、その結果、本公表資料において、上の (a)・(b) の類型は (c) の類型と統合する形で検討されている。上の (c) の類型である企業集団を構成する大規模会社については、子会社管理において法人取締役の利用が有益であることを認めつつも、企業運営の透明性の確保と企業内容の開示という、法人取締役制度の濫用を阻止することができる措置を講じた上で初めて利用が可能になるという。つまり、企業集団を構成する大規模会社であること（有用性）と上場会社であること（適正利用の担保手段）とが両立していることが、法人取締役制度の利用の条件として要求されている。上の (e) にいう慈善会社その他の個別規制を受けている会社についても、企業集団を構成する大規模会社の場合と同様、法人取締役制度を利用することに有用性があるという点にかんがみ、濫用防止手段が確保されていることを条件として例外を認めることとしている。上の (f) の会社については、根拠法令であるヨーロッパ会社法の規定内容に照らすと、英国の公開会社に対する規制との一貫性を保ち得る限りにおいて例外の対象とすることができるとする¹⁰⁵⁾。

103) Societas Europaea: SE. ヨーロッパ会社に関し、高橋英治『ヨーロッパ会社法概説』（中央経済社、2021年）参照。

104) BIS, *supra* note 102, at 4-5. 規制市場 (regulated markets)、指定市場 (prescribed markets)、および適用対象となる大規模会社の定義について、同所の注 4~6 参照。

105) なお、有限責任パートナーシップ (LLP) については、本文で述べずにここで簡単に

(1) 企業集団に属する大規模会社

大規模会社を含む企業集団が法人取締役制度を利用することの是非に関し、本公表資料は以下のように述べている。

法人取締役は企業集団において時々利用されることがある。ある会社が子会社を有し、または資産保有の名義として休眠会社 (dormant company)¹⁰⁶⁾を使用している場合、それらの会社の管理において法人取締役が有益であることは、BISも認めるところである。利点としては、取締役が自然人であるときに必要となる管理費用(文書への調印、会議出席など)を節減したり、自然人である取締役の交代のつど生じる変更登記費用を回避したりすることが挙げられる。ただし、BISは、企業集団を構成していること自体が法人取締役の利用を容認する十分な根拠になるものとは考えない。なぜなら、所有と支配が階層構造をとると支配の実態が不明瞭なものとなるが、法人取締役の利用を例外的に認めればそのような階層構造の形成を促すこととなって、その不明瞭さが助長されることになるからである。そこで、企業集団において法人取締役を例外的に許容するにあたっては、当該企業集団の構造がどのようなものであるかが主たる考慮要素になる¹⁰⁷⁾。

企業集団に属する大規模企業を公開会社と私会社に区分した上で、公開会社について考えてみる。このうち、英国の規制市場に株式を上場している会社の過半数は企業集団を構成している。そのような会社にとり、法人取締役は、子会社(特に休眠会社である子会社)の管理に際して有用であるといえる。英国および外国の規制市場で上場されている英国の会社は、企業統治および企業の透明性に関する高い基準が適用されていることから、そのような会社であることは、法人

整理しておく。LLPに関する議論は、法人である社員を引き続き認めることの是非をめぐり行われている。本公表資料では、LLPの法人社員というものが制度の濫用を助長する確たる証拠はないとして現状維持を図るものとし、法人社員が許容されているがゆえにLLP形態が濫用されていることが明らかになったとき、改めて対応を検討するとしている。BIS, *supra* note 102, at 20-21.

106) 重要な会計取引が行われていない会社。英国会社法 1169 条。会計監査が免除されるといった特則(同法 480 条 1 項[ただし 481 条]等)が定められている。会社登記所(Companies House)への年次計算書類(annual accounts)の提出が必要であることや、税務上の休眠会社の取扱いその他については省略する。

107) BIS, *supra* note 102, at 8.

取締役の禁止の例外とする——法人取締役になることを認める——根拠になるといえる¹⁰⁸⁾。

大規模会社を含む企業集団において、法人取締役の利用を例外的に許容するに足りる事情があるかどうかを判断する際に考慮されるべき事項として、(i) 子会社の態様、(ii) 親会社と子会社との関係、(iii) 法人取締役である会社の実態が挙げられる。

まず (i) の子会社の態様についていえば、子会社が休眠会社であるとき、親会社が純粋に子会社の管理運営を担っているものということができ、その場合には子会社の経営に対する透明性および答責性（アカウントビリティ）の要請は相対的に大きなものとならない。次に (ii) の親会社・子会社間の関係であるが、禁止の対象外となる子会社（法人取締役を任用することができる子会社）として、完全子会社、議決権の過半数保有に基づく支配または取締役選任にかかる支配力に服している子会社、そして、その他の実質的な方法により他の会社から支配されている会社が該当する。(iii) にいう法人取締役である会社の実態についていえば、子会社が法人取締役となることの可否、および、法人取締役である会社の取締役を全員自然人とすることの要否が検討課題となる¹⁰⁹⁾。

(2) 特別法上の規制を受ける会社

慈善会社その他の、特別法上の規制を受ける会社における法人取締役の利用の

108) BIS, *supra* note 102, at 9-10. 本公表資料は、英国の指定市場に株式を上場する会社にも同様の例外を認めることができるとしており、その際、規制市場の上場会社のとときと同じく、本文で続いて述べられるところの、子会社の態様、親会社と子会社との関係、法人取締役である会社の実態が、例外事由の存否の判断にあたり考慮されることになるとする。BIS, *supra* note 102, at 12.

他方、非上場会社と私会社の場合には、上場会社に対するものに相当する企業の透明性と開示に関する規制が行われない。本公表資料は、非上場の公開会社についてもまた、子会社の態様、親会社と子会社との関係、法人取締役である会社の実態というものが、法人取締役となることの例外を認める際の考慮要素になるとしているが、それ以上の具体的な検討は行われておらず、現段階で禁止を解く積極的な理由がないと解しているようである。私会社に関しては、大規模な私会社の事業活動が上場会社のそれに匹敵するかどうかを主たる検討事項になるとしているけれども、それ以上の考察は特段行われておらず、やはり、禁止の例外事由があるものとは基本的に解されていない。BIS, *supra* note 102, at 13-15.

109) BIS, *supra* note 102, at 10-11.

是非に関し、本公表資料は次のように述べている。

2011年慈善団体法 (Charities Act 2011) の適用を受ける慈善団体は、英国会社法上の会社その他の形態をとることができる。イングランドとウェールズでは慈善団体の大半が慈善委員会 (Charity Commission) により規制され、スコットランドおよび北アイルランドでは、それぞれ関連する機関 (スコットランド慈善規制局 Office of the Scottish Charity Regulator、北アイルランド慈善委員会 Charity Commission for Northern Ireland) が規制を行う。当局による一定の規制があることから、慈善会社の法人取締役 (corporate directors of charitable companies)¹¹⁰⁾ が濫用されるおそれは軽減されるものと推測される。また、諸団体の代表者からは、法人取締役が有用とされる場面があるとも指摘されている。アカデミー・トラスト (Academy Trust)¹¹¹⁾ において法人取締役を引き続き利用することには、相当程度の理由がある。しかし、慈善団体の法人取締役は濫用に弱い性格を持っている。別の法人格および複雑なまたは不明瞭な支配構造が違法な活動のために用いられる可能性があることは、否定することができない。慈善団体に対する規制は濫用の危険性があることに基づいたものであり、ここにいう濫用の中には、法人取締役も含まれる。それゆえ、BISは、慈善会社である法人取締役の禁止について全面的な例外を認めることは適切ではないと考える¹¹²⁾。

次に、年金基金の受託者である会社について検討する。英国の専門的な年金投資の大半は信託の方法で行われており、受託者ないし受託者の理事会は、年金投資が適切に行われ、委託者の利益保護が図られていることを確保すべき責務を負っている。受託者が会社であるとき、当該会社の取締役は個人であることが多いが、法人取締役を任用している例もある。ただし、法人取締役である会社は、定

110) 本公表資料のこの部分では、慈善会社が法人取締役を任用することが許されるべきかどうか議論されている。

111) 国から拠出される基金を元に中等教育機関 (アカデミー・スクール) を運営する受託者団体。See UK government website, the explanation of the types of school <<https://www.gov.uk/types-of-school/academies>>; UK Department of Education, *Building Strong Academy Trusts: Guidance for Academy Trusts and Prospective Converters* (May 2021) <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987336/Building_strong_academy_trusts_guidance.pdf>.

112) BIS, *supra* note 102, at 17.

評があり、規模が大きく、透明性を備えた会社に限られており、そのような会社であることは、受託者の指定を行う側において相当の注意を払う際の手助けとなる。英国の年金監督庁（The Pension Regulator: TPR）は、問題が生じたときに受託者の業務停止命令または業務禁止命令を発することができ、この程度の水準の規制であれば、個人受託者および受託会社による濫用行為のおそれを小さくするのに役立つ。それゆえ BIS は、受託会社が任用する法人取締役を禁止の例外として認めることを考えている¹¹³⁾。

（3）英国会社法上の会社以外の法人

BIS は、ヨーロッパ会社法（EU 委員会規則 2157/2001）47 条 1 項が、ヨーロッパ会社に定款の別段の定めがあるときには法人がその取締役となることを認め、この場合に自然人である職務執行者を指定しなければならないと規定していること¹¹⁴⁾を理由に、ヨーロッパ会社は英国において法人取締役禁止の例外の対象になること、そして、英国の公開会社に対する取扱いと矛盾しないように対応する必要があることを明らかにしている¹¹⁵⁾。

4. 法人取締役禁止の例外に関する英国ビジネス・エネルギー・産業政策省（BEIS）の再提案（2020 年 12 月）¹¹⁶⁾

英国ビジネス・エネルギー・産業政策省（BEIS）による本公表資料は、法人取締役を例外的に許容すべき場合に関して政府が行った、これまでの意見照会に対する各界の反応を紹介し、それを踏まえて、個別具体的な例外要件を設定する

113) BIS, *supra* note 102, at 18-19.

114) ヨーロッパ会社法 47 条 1 項：ヨーロッパ会社の登録事務所がある加盟国における公開の有限責任会社に適用される法律が別段の定めを置く場合を除き、ヨーロッパ会社の定款は、会社または他の法人が当該ヨーロッパ会社の機関の構成員の一つとなることを認めることができる。当該会社または他の法人は、当該機関の職務を遂行すべき 1 人の自然人を指定するものとする。

115) BIS, *supra* note 102, at 20. ここでは、2021 年の EU 離脱は想定されていない。

116) UK Department for Business, Energy and Industrial Strategy, *Corporate Transparency and Reform: Consultation on Implementing the Ban on Corporate Directors* (9 Dec. 2020) (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/942194/Corporate_Directors_Consultation.pdf).

のではなく、例外にかかる一般規定を定めることを改めて提案したものである。

例外にかかる一般原則とは、すなわち、会社の取締役が全員自然人であることと、これら自然人である取締役が会社登記所の本人確認手続を行っている場合において、当該会社が法人取締役に就任することができるというものである¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾。以下、本公表資料の内容を見ていくこととする。

2014年11月のBISの公表資料に対する回答(総数41)として、まず、企業の透明性を高め、法人取締役を用いて会社の真の支配者を覆い隠すことをより困難にするという政府の方針には、広い支持が寄せられた。2014年11月の公表資料で示されたところの、法人取締役禁止の例外にかかる4類型——①規制市場・指定市場の上場会社、②企業集団に属する大規模公開会社および大規模私会社、③慈善会社、④年金基金の受託会社——については、次のような反応があった。上記①の上場会社に関し、企業透明性に関する厳しい基準が適用されていることに着目して、回答者の過半数が例外の対象とすることに賛成した。ただし、例外の対象は、上場会社の子会社にも及ぶべきであり、その際、子会社の少数派持分を有するにとどまる上場会社の当該子会社も含まれるべきであるとする意見があった。上記②の会社に関し、例外を公開会社の企業集団について認めるか、それとも私会社の企業集団を含むのかをめぐっては意見が分かれた。ただし、公開会社・私会社の区分は透明性向上に関係するものではないとし、いずれの会社も、親会社からの派遣取締役の変更のたびに登記をしてきたところ、その頻度を減らせるようになることに関心がある。上記③の会社に関し、回答の多くは、慈善事業において法人取締役が利点を有すること、具体的には、法人取締役が慈善団体同士の合併事業を円滑なものにし、1個の法人取締役の中で複数の専門家が役務を提供することが可能になるという点に着目する。他方で、慈善団体に対する既存の透明性の要件が十分であるといえるかについて疑問を示し、禁止の例外とす

117) BEIS, *supra* note 116 at 14.

118) 本公表資料によると、この一般原則は、2014年11月のBISの公表資料に対する回答結果を踏まえ、2015年3月26日にBISから示され、意見照会に供されたものであると説明されている。BEIS, *supra* note 116 at 13. しかし、当該提案(BIS, *Questionnaire, Proposal for an Exemption to the Ban on Corporate Directors.*)に関する記事・資料を見つることができなかった。

るには規制当局の承認が必要であるとする意見がある。最後に、上記の④の会社に関しては、いずれも例外とすることに賛成する。そこで示された意見によれば、年金基金が法人取締役を利用することで、管理費用が節減され、年金基金に助言をする専門家および基金の従業員に対する責任追及のおそれを小さくすることができるといった利点があるという¹¹⁹⁾。

意見照会に対する回答では、BISが提案する4類型の会社以外に例外を認めるのが望ましいとされるものがいくつか提案されている。それらは、経営サービス提供事業者 (corporate service providers)、ロイズ保険組合 (Lloyds of London) の会員、非業務執行取締役、資産管理会社、特定目的事業体、生命保険会社、そしてスタートアップ企業の少数派持分にかかる投資主体である¹²⁰⁾。

以上の回答内容から分かることは、政府の方針に賛成を表す回答がある一方で、法人取締役の禁止にかかる例外として政府が限定的に列挙する会社類型は狭いとし、企業の支配構造の透明性確保の必要性は理解するが、法人取締役がもたらす利点を考慮して、それを享受させるにふさわしい会社を取り込んでいくべきであるとする見解があり、両者が対立しているということである¹²¹⁾。

先に述べたように、本公表資料でBEISは、例外対象の限定列挙というそれまでの方針を変えて、自然人のみを取締役とする会社が、当該自然人について本人確認をする限りにおいて法人取締役になることができるという一般規定を提案した¹²²⁾。このことについて、BEISは、禁止規定の適用除外となる会社の範囲は、法人取締役の利用を禁止することが一般原則であるという趣旨を損なうようなものであってはならないと指摘し、会社の業務執行を担当する自然人の本人確認手続などの担保手段があることが、適用除外を認める根拠になるとの趣旨を明らかにしている¹²³⁾。

119) BEIS, *supra* note 116 at 11-12.

120) BEIS, *supra* note 116 at 12.

121) See BEIS, *supra* note 116 at 14.

122) 本公表資料でBEISは、任用者である会社(C)と、取締役として就任する会社(D)が、ともに英国で登記された会社であることを構想している。See BEIS, *supra* note 116 at 15. また、CはDの取締役が自然人のみで構成されていることを確保すべき義務を負うものとするのが本公表資料で構想されている。Id. at 16.

123) See BEIS, *supra* note 116 at 14-15. このこととの関わりで、リミテッド・パートナ

V 取締役会サービス提供者 (the Board Service Provider: BSP)

1. 米国における法人取締役の禁止、問題提起

米国の州会社法、およびモデル法は、取締役が自然人であることを要件としている¹²⁴⁾。しかし、そのことおよびその理由について論じる文献は、筆者が調べる限り見つからなかった¹²⁵⁾。日本におけるような、法人は取締役となることができるのか、または、なぜ法人は取締役になることができないのかに関して論じた文献も、次に紹介するものを除いて見当たらない。

ベーンブリッジとヘンダーソンは、2014年の学術論文¹²⁶⁾および2018年の一

ーシップ (limited partnership: LP) (業務執行権を有するゼネラル・パートナーと、出資をするのみのリミテッド・パートナーで構成されるパートナーシップ) および有限責任事業組合 (limited liability partnership: LLP) (パートナーが全員有限責任で業務執行権を有するもの) にも、本人確認手続が導入されていることから、そのことが法人取締役の禁止の例外を認める理由になるとしている。 *Id.* at 14-15 & 17.

124) たとえば、デラウェア州会社法 141 条サブセクション (b) は、取締役会が 1 名以上の自然人 (natural person) をもって構成されるものと定める。

米国法曹協会の模範事業会社法は、「個人 individual」を自然人とする定義規定 (1.40 条アイテム (13)) を置いた上で、取締役会が 1 名以上の個人により組織されることを定めている (8.03 条サブセクション (a))。なお、自然人と法人をあわせ含む主体は、「もの person」と定義されている (1.40 条アイテム (16))。また、模範事業会社法は、設立定款に設立時取締役である個人の氏名・住所を定めなければならないと規定し (2.02 条サブセクション (b) アイテム (1))、補償および費用の前払いにかかる規定を置くサブチャプター E の定義規定において、取締役は個人であるとする旨を定めている (8.50 条アイテム (2))。

米国法律協会の「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と提言」の 1.13 条は、「取締役とは、会社により取締役として選任された個人、または法律もしくは会社の定めるところにより取締役にならざる個人をいう。」と定義する。「個人」を定義した規定は置かれていないが、模範事業会社法におけるものと同じであると解される。

125) 代表的なデラウェア州会社法注釈書では、自然人であることを除いて取締役の資格は法定されていない旨が簡潔に記されているにとどまる。 *See, e.g.,* R. Franklin Balotti, Jesse A. Finkelstein, John Mark Zeberkiewicz, and Blake Rohrbacher, *BALLOTI & FINKELSTEIN'S DELAWARE LAW OF CORPORATIONS AND BUSINESS ORGANIZATIONS* (2021-2 Supplement) (4th ed., Wolters Kluwer Law & Business, c1998-) § 4.3, par. 1; Edward P. Welch, Robert S. Saunders, Allison L. Land, and Jennifer C. Voss, *FOLK ON THE DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW*, (2015-2 Supplement) (6th ed. Wolters Kluwer, c1999-) § 141.04, par. 1.

126) Stephen M. Bainbridge and M. Todd Henderson, *Boards-R-US: Reconceptualizing Corporate Boards*, 66 *Stan. L. Rev.* 1051 (2014).

般向け書物¹²⁷⁾で、株式会社の取締役会のサービスを法人が請け負うことの可能性を論じている。そのような法人を、彼らは「取締役会サービス提供者（the Board Service Provider: BSP）」と呼ぶ。

2. BSP の基本構想

(1) 意義および効用

ベーンブリッジとヘンダーソンは、株式会社の取締役会というものを1個のもの（it）と観念し、人々の集団ととらえない¹²⁸⁾。彼らは、取締役会の構成員となる一人ひとりの取締役が候補者として指名され選出されるのではなく、取締役会そのものの役務を提供する主体として、取締役会サービス提供者（BSP）が会社において選択されるという制度を構想する。これは、自然人である取締役が個人財産による賠償責任の履行から自己を守ることを目的として、取締役を会社または有限責任事業体として法人化したものではなく、取締役会の運営そのものを外部の専門業者に委託するというものである¹²⁹⁾。その際、ベーンブリッジらは、州法では一般にリミテッド・パートナーシップ（LP）¹³⁰⁾において会社または他の団体が当該LPのゼネラル・パートナーとなることを認めていることを挙げて、この、法人（自然人でないもの）によるパートナーシップの管理を許容するという政策が、有限責任（の享受）を直接の契機としつつ、自由な契約締結を促し、個別的な状況に適合した企業統治を可能にし、市場をより完全なものにしていくという意義を持つものであると指摘する¹³¹⁾。彼らは、米国を始めとするほぼすべての国で、取締役会が自然人だけで構成されているところ、これを変

127) Stephen M. Bainbridge and M. Todd Henderson, *OUTSOURCING THE BOARD: HOW BOARD SERVICE PROVIDERS CAN IMPROVE CORPORATE GOVERNANCE* (Cambridge University Press, 2018).

128) ベーンブリッジらの主張を踏まえるならば、取締役会は、自然人の集合体ではなく、1個の機能的存在に過ぎないということになる。ただし、機関（an organ）という表現は行われていない。

129) Bainbridge & Henderson, *supra* note 126 at 1068-69 & 1068 n. 85. なお、賠償責任からの防御を目的とする取締役の法人化は、そのような目的にしか役立たない（BSPが与えるような利益はもたらされない）とベーンブリッジらはいう。*Id.* at 1069.

130) 前掲注123) 参照。

131) Bainbridge & Henderson, *supra* note 126 at 1101-02.

えることで取締役会の機能不全が相当程度改善されるという¹³²⁾。

そして、現行の法制度は、企業（法人）が取締役として取り扱われる場面があることを想定したものとなっているし、企業が取締役と同様の役割を果たすことを認めているとして、企業が取締役となったり、取締役会が提供するのと同じようなサービスを企業が提供したりすることは、過激な変革にあたるものではないという¹³³⁾。

(2) BSP の概要

BSP の選任は、次の方法で行われる。いずれも米国の現行の州会社法における取締役の選任方法と同じものであるが、まず会社の設立時においては発起人の決定または設立定款で定めるものがBSPとなり、会社成立後においては株主または指名委員会がBSP候補を指名し、選任されたBSPは次の定時株主総会までの間任期を有する。なお、BSPの選任にあたり、2以上のBSPを候補者として提案することもできる。現行の取締役と同じく、BSPの再任回数は無制限であり、株主総会で解任される¹³⁴⁾。

ベーンブリッジらは、取締役会から個人を完全に取り除いて、取締役会の機能をBSPに委託するという法律関係を想定する。これは、会社が法律に関連する業務を法律事務所に委託し、監査業務を会計士事務所に委託する関係と変わらない¹³⁵⁾。このとき、委託会社との間でBSPの窓口（職務執行者）となる個人が指定される。BSPが委託会社のCEOから一定の事項の決定——たとえば買収合意の承認——を求められた場合、BSPの職務執行者は、BSPが有するすべての資源を利用して当該事項にかかる判断をすることとなる。しかし、実際の検討は、BSP内に置かれた検討チームが担当するのであり、法律事務所が依頼者から受

132) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 4.

133) Bainbridge & Henderson, *supra* note 126 at 1104. 制定法上の例として、ベーンブリッジらは、法人が破産管財人になることができる点を挙げている。

134) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 93-95.

135) ただし、法律事務所および会計士事務所は、一定の例外的状況において、外部規範の命令に基づき、依頼人を拘束する決定をしたり、依頼人の費用で依頼人との関係を断ったりすることができるという違いを有するという。Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 99.

けた案件に応じて異なる担当班を編成するのと同じような対応が行われる。ベーンブリッジらは、BSPの検討チームに参加する者が自然人（個人）であると想定しているようであるが、そのような自然人は、BSPとの間で継続的な契約関係を持つこともあれば、特定案件に限定した当座的な契約関係を結ぶこともある¹³⁶⁾。

取締役会の中に、BSPと並んで自然人の取締役を置くこともできる。ベーンブリッジらは、単純なモデルとしてBSPのみで構成される取締役会を提案するものであるが、BSPと自然人取締役による混合的な取締役会モデルも当然認められるとする。そしてこのことは、授權規定を志向するという彼らの観点に合致するものであるという。たとえば、取締役会にBSPを置くとともに、現行の企業実務を反映する形で、大株主が指名し、経営陣がそれに同意する取締役を置くこともできるとされる¹³⁷⁾。

BSPは、委託会社に対して基本的な年間サービス料を請求する。これは法律事務所および外部監査人による対価請求の方法と同じものといえる。ただし、BSPの利益を委託会社の株主の利益と一致させるため、委託会社としては、エクイティによる報酬支給を望むかもしれない。自然人である取締役にエクイティ報酬を与える場合には、株価下落のおそれがないときに彼らの意思決定が歪められるおそれがあり、非常勤の取締役の場合は、株価の変動というリスクを十分に負担させるべき地位にあるとはいえず、彼らが提供する役務は、大量のエクイティ報酬に見合うものとはいえないといった問題がある。しかしBSPは、リスク負担に堪える力、自己の名声にかかるより大きな利害、より大きな効率性その他を備えているから、取締役会で個人取締役が全体として有するエクイティよりも、大きなエクイティを保持することができる¹³⁸⁾。

BSPの法的責任は、法人（団体）としてのBSPの上に存在する。委託会社の株主は、株主代表訴訟（派生訴訟）を通じてBSPの信託義務違反の責任を追及することができる。ただし、法規範の根底にある政策が、個人責任の追及を促す

136) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 98.

137) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 99-100.

138) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 100-101.

ものであると考えられるときには、BSPの権限を行使する個人が責任を負うことも排除されない。ベーンブリッジらは、団体が責任を負うこととなれば、個人である取締役の責任を認定することに消極的な裁判所の態度を改めさせることにつながるのではないかと期待する¹³⁹⁾。

3. BSP に対して想定される反論

ベーンブリッジらは、個人である取締役ではなく BSP なるものが取締役会の業務を請け負うことについて、予想される反論を数多く列挙し、それぞれに対する見解を明らかにしている。

(1) 人々には現状維持を図ろうとする心理的傾向があること

ベーンブリッジらは、たとえ BSP の仕組みが経済的その他の観点から優れていたとしても、慣れ親しんだやり方はそう簡単には変わらないという反論が一番大きなものとして考えられるという¹⁴⁰⁾。

会社が取締役会に参加すること（法人取締役が単独で、または複数いる取締役の一員として取締役会を構成すること）を許容する法域においてすら、BSP に相当するものが生まれていないという点が、現状維持が続くことの例証として挙げられるかもしれないとベーンブリッジらは推測する。しかし、米国の場合、成熟した資本市場があり、投資者およびその他の関係者（議決権行使助言サービス、法律事務所、企業コンサルタントなど）が企業統治において今日優れた役割を演じていることに照らせば、米国はそうした法域とは一線を画するものであると彼らは指摘する¹⁴¹⁾。

(2) BSP は答責性（アカウンタビリティ）に乏しいと考えられること

ベーンブリッジらは、自然人の取締役で構成される取締役会よりも、BSP は

139) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 101.

140) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 207. ただし、筆者が思うに、これは BSP そのものに対する批判ではない。

141) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 208.

答責性に乏しい——その責務を自己のものとして強く意識していない——という批判がしばしば聞かれるという¹⁴²⁾。会社は、有限責任制度があるがゆえに、または政治的権力などにより、その性質上自己の責任を何らかの方法で回避することができるとの指摘があるともいう。しかし彼らは、BSPの株主についてBSPの責任を個人的に負担しないという取扱いが必要であるとしつつ、BSPは自己の行為により責任を追及される可能性があり、そのことにより株主はBSPに対する投資を失うリスクを抱えていると反論する。BSPは規模が小さいものであっても個人よりも多くの財産を有しており、今日取締役および取締役会よりも透明性や名声を有するのであって、むしろより大きな答責性を備えるものというべきであるとする。なお、責任負担に関していえば、これまでのところ取締役は会社が負担する保険により損害賠償をしているところ、BSPは自ら保険契約を締結して将来の原告に対する支払に備えることで、自己の答責性に対する裏付けを与えることになるという¹⁴³⁾。

(3) 自然人ではない者が役務を提供することで失われるものがあること

ベーンブリッジらは、オランダ東インド会社の時代から取締役会（重役団）は個人の企業家によって組織されていたし、そのみならず、取締役会とは、必然的に自然人であるところのリーダーたちの集まりを単に言い表したものののではないかといった反論が考えられるとする。このことに対し、彼らは、提案しているのは会社の取締役に關するものであって、個人であることが求められているところの政治的なリーダーに關するものではなく、両者の費用便益計算はまったく異なるという。企業は様々な市場で競争を強いられており、誤った企業統治は市場の規律を免れないが、そこでの規律の仕方は政治的リーダーにとって切実なものというわけではないという。また、政治的なリーダーに対して個人的なつながりを持つために働きかけをしているのだと人が思うことはあるだろうが、会社の利害関係者——従業員、顧客、投資者にせよ——が、特定の取締役または取締役会全体に対してそのような気持ちを抱くとは考えにくいという。CEOにも政

142) 日本における同様の見解として、前掲注68) 対応本文参照。

143) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 209-10.

治的リーダーについて述べたのと同様のことが当てはまり、企業をCEOの地位に就かせると大きな問題を生じることになるといえるが、取締役会において個人が与える価値を見いだすことは難しいとする。取締役会は様々な機能を提供するものであるが、それらは、自然人であるリーダーたちが有するとわれわれが考えるところの個人的なリーダーシップとは何ら関係しないというのである¹⁴⁴⁾。

(4) 集団的意思決定の利点が失われること

ベーンブリッジは、かつて論文で、取締役会の効用というものが、会社の最上層において1人の個人ではなく集団的組織を置いている事実と求められると主張した¹⁴⁵⁾。ベーンブリッジらは次のように述べている。すなわち、創造性を要求される事柄については集団よりも個人のほうが能力上優れているというのが経験的事実であるが、他方で、厳密な評価を要する業務は集団のほうが能力上優れていることは、多くの証拠から裏付けられている。集団は、情報を蓄積することおよび他者の誤りを訂正する機会を与えることの両面で恩恵をもたらす。会社の文脈でいえば、取締役会は、組織的な意思決定プロセスにおける限定合理性(bounded rationality)¹⁴⁶⁾を解消するための企業統治メカニズムとして出現したものである。また、企業の階層構造において効果的な監視を実現するために、会

144) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 210-11. ここでのベーンブリッジらの主張の背景には、取締役会が、主体的・能動的に経営判断をするのではなく、監視・監督機能を基本的に担うものであるという理解があるといえる。そして、管理的性質を有しない指導的・創造的な活動に従事するCEOは、自然人であることが望ましいと考えられているようである。ボード・モニタリング・モデルに基づくこのような整理(主体的・能動的な経営判断行為の属人的性質と、監視・監督活動の機関化可能性という区分)は、日本の会社法学説において法人取締役を認めない政策的理由として挙げられているいくつかの点(取締役の任務が個人的性質を有すること、取締役の活動が人的個性を重視するものであること、取締役の地位が個人的信頼関係を基礎とすることといった指摘)(Ⅲ第6段落参照)に回答するに際し、考察局面を切り分けること——取締役会非設置会社であるか、古典的な取締役会設置会社であるか、それともモニタリング・モデルを採用し、またはこれを志向する取締役会設置会社であるか、また、個々の取締役について、業務執行権限を有する取締役であるか否か——に役立つものといえる。

145) Stephen M. Bainbridge, *Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance*, 55 Vand. L. Rev. 1 (2002).

146) 時間や情報に制約があるために、意思決定主体は、その判断に際して完全な合理性を備えることができないこと。

社法は集団による監視という仕組みを取り入れている。すなわち、階層構造の頂点において、同一の地位を有する者の集団を組織させれば、この集団は下位者（ここではCEO）に対する垂直的な監視とともに相互の水平的な監視をすることができ、そのことが代理人問題の解決に役立っている。また、相互監視についていえば、集団的な統治の内部で働く力学が、集団の構成員における自己取引および職務放棄を抑制するだけでなく、集団自体におけるそれをも抑制する。もし、以上のことが正しいならば、個人の集団である取締役会は、代理費用を低減するという点において企業統治の重大な構成要素である。そのことからすると、取締役会を1個の法人（legal entity）に統合させることは、前記の利点を減殺し、または消滅させることにつながるであろうし、対外的な答責性が損なわれるかもしれない。しかしそのような考察には疑問がある。BSPモデルは、一見すると、会社の階層の最上位に1個の意思決定主体を置くことにより複数人で構成される取締役会の利点を放棄するものであるように思われる。しかしそのような単純な想定は、BSPを具体的に見ていけば誤りであることが分かる。実際のところ、BSPは、法律事務所や公認会計士その他の役務提供者がしているのと同じように、個々の依頼人のために働く個人のチームを置くこととなる。そうしたチームは、複数人で組織された取締役会と同種の力学が働いていて、分離独立した個人らを通じて集団が与える利点を享有することとなる。もし、会社の階層の最上位において対等な立場にある者らにより組織されるチームがあることで、職務放棄や横領行為に対する重要な抑止効果が働くということであれば、BSPについても、現行の取締役会を踏襲する形で内部構造をデザインすることができる。すなわち、BSPは、ある会社の取締役会のために個人で編制された特別のチームを割り当てる。当該会社の取締役会は現行の取締役会と同じく会議を開いて意思決定をする。現行の取締役会との主要な相違点は、チームがする決議はBSPの決定であるということであり、それが当該会社の意思決定になるということである¹⁴⁷⁾。

BSPに取締役会の機能を委ねるというベーンブリッジらの提案に対しては、

147) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 212-16.

代理人問題を二重にするだけであるという批判が考えられると彼らはいふ。委託会社はその取締役会の業務をさせるためにBSPを選任し、BSPが当該委託会社の取締役会の業務執行のために1人または複数の従業員を選任するならば、伝統的なやり方のときは取締役会について一つだけ抱えていたに過ぎない代理人問題を、(取締役会に加えてBSPという形で)二つ抱えることになるということである。しかし、会社の所有と経営が分離している限り、この問題は、当該会社が他の企業——法律事務所、コンサルティング業者、会計士事務所など——から役務を提供されている際に等しく見いだされるものであって、BSPを用いた際に固有のものではない。このような場面で代理人問題に対処するため、法的ルールの体系、推奨される実務上の標準(ベスト・プラクティス)、契約慣行、報酬体系が発展してきたのであり、費用を全体として減少させることにつながっている。BSPがそれとは違うものであると考える理由があるとは思われないと彼らは述べる¹⁴⁸⁾。

ベーンブリッジらは、複数の構成員で組織される取締役会を1個の意思決定主体に統合することで、重大な評価を伴う判断の場面で集団が個人に対して有する長所が、損なわれてしまうとの批判が考えられるとする。これに対して彼らは次のように反論する。まず、委託会社がBSPに複数の代表者を置くことを望むならば、そのような取締役会(の業務を担うBSP)は集団的意思決定の機能を維持することとなる。委託会社が純粋なBSPモデル(代表者を1名置くもの)を選ぶならば、当該会社に役務を提供するBSPの中に設けられたチームが、当該チームの活動の一環として集団的な意思決定をしていくこととなる。つまり、いずれの場合であっても、直接的な形であるにせよ間接的な形であるにせよ、複数の個人が委託会社のためにする活動において分析に従事して議決に参加することとなる。このような集団的な意思決定プロセスが、BSPの従業員ではなくて、取締役会の構成員として役務を提供する個人(sole proprietors, 個人事業者)によって行われなければならないという理由はないはずである、と¹⁴⁹⁾。

148) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 217-18.

149) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 218.

(5) BSP が経営陣に手なずけられてしまうおそれがあること

BSP は、現行制度における個々の取締役よりも、経営上層部に強い恩義で縛られており、それゆえ経営陣に対する監視の効率性が下がるという批判が、ベーンブリッジらの提案に対する批判として挙げられると彼らはいふ。彼らはまた、取締役らの選任にかかる支配力を有する株主がいる会社において、BSP を置いたならば、すでに当該株主の支配が及んでいる取締役会構成に追加のコストをかけさせるだけのものに終わり、追加的な効用をほとんどもたらさないとも指摘されるという。このような、経営陣または株主の影響下に取締役会が置かれている会社において BSP は企業統治の改善に役立つものではないとの見解に対し、ベーンブリッジらは次のように反論する。まず、経営陣によって取締役会が支配されている場合についていうと、非常に低いコストで、より透明性ある形で、そしてより効果的な形で、BSP を委任状争奪戦で提案することができるならば、株主に対してより答責性のある方向へ取締役会を動かすことができる。また、取締役会に対して経営陣が影響力を有する場合にせよ、支配株主が影響力を有する場合にせよ、独立性のある BSP モデルを作って、取締役会を現在のような経営陣・支配株主の意向を追認するだけのものに陥らせないようにしていくことは可能である。たとえば、株主が常に BSP を指名することができる権利を持つとか、支配株主がいる場合にはこの者による BSP の選定について少数派株主の過半数の承認を必要とするといった取扱いが考えられる。少数派株主の保護に関していえば、州法はこれまで十分に練り上げられた対策を講じており、このことは BSP についても変わるところがない、と¹⁵⁰⁾。

(6) BSP の動機が株主の利益に沿ったものにならないこと

ベーンブリッジらは、次のようにいう。取締役会の構成員の利益と株主の利益とを一致させることが重要であることを踏まえて示される BSP への反対として、たとえ BSP が経営陣から真に独立しているとしても、BSP はそれにもかかわらず株主の利益に不十分な形でしか沿わないという指摘が挙げられる。たとえば、

150) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 221-22.

営利を目的とする公開企業と同様に、BSPは、従業員の人数と能力を極力切り下げることでコストを減少させたいという動機を持つ可能性があるということである。しかしこのような見解はいくつかの点で誤っている。まず、現在の取締役会は、無制限の補助人員と資源を備えたものではなく、複数の個人をもって構成されたものであり、この取締役会が契約を締結して対価を支払うことで、必要とする外部のサービスと専門家を調達していかなければならない¹⁵¹⁾。そしてそのための費用は、最終的には、会社の名においてCEOが——自己の監視に使われるものを含めて——支払っているのである。また、上の見解は、営利企業であるところのあらゆるサービス提供者（法務、会計、コンサルティング業務の提供者等々）に当てはまるものであることが明らかである。会社が買い付けるサービスのうち、取締役会の業務に関するサービス（BSPのサービス）が他のサービスと比べてとりわけ疑問視されることの理由は見当たらない、と¹⁵²⁾。

(7) 費用がかかる仲介者を上乘せしているに過ぎないこと

BSPには、実質的所有者の共同負担の下、少なからぬ費用がかかっている代理機構（intermediaries）を置くことですでに負担過剰となっている企業統治の枠組みに、費用がかかる代理機構をもう一つ加えるだけのものであるという反対論があるとベーンブリッジらは述べ、次のように応答する。すなわち、われわれは、法で設置が命じられている代理機構（取締役会）の改善を、BSPモデルをもって提案しようとしているに過ぎない。独立したBSPというモデルは、現行の取締役会と比べて、経営陣または支配株主の意向を追認するだけに終わらせる可能性を著しく小さくする形で実施可能である。その一例として、支配株主がいる場合において、BSPを指名する権利と、少数派株主の過半数をもってBSPの選任を承認する権利を株主に与えるといったことが考えられる。創業者に支配力

151) ここでは次の趣旨が述べられているものと解される。すなわち、取締役会がその内部であらゆる任務を遂行することができる態勢を整えるということは、現実には難しいのであり、外部からサービスを買って案件を処理していくことが避けられない立場にある。そうであるならば、会社が、取締役会の任務遂行にかかるサービス（BSPのサービス）を買うことも妨げられないはずである、ということである。

152) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 222-23.

を集中するために、議決権付株式と議決権制限株式を組み合わせた資本構成を取る会社において、支配株主の専横に対するチェック機能をBSPが果たすことができるならば、そうした会社に対する投資がもっと増えることになるであろう、と153)。

(8) BSPが利益相反を抱えるおそれがあること

ベーンブリッジらは、BSPモデルに対する批判として、1個のBSPが同業種または異業種に属する2つの会社の取締役会に対して役務を提供するとき、一方の会社で行われる判断が他方の会社の将来に影響を及ぼすものであるならば、BSPに利益相反を生じるという見解を挙げ、さらにこれが高じて、1個のBSPによる市場の独占、または取締役会サービスにかかる市場における支配的な地位の獲得に至るとも指摘されるという。また、サービスの価格が上昇するだけでなく、企業統治にかかる役務を提供する分散化された個人を前提とした現行のモデルが本来的に備えているところでもある、企業統治と企業戦略に対する多角的な視点というものを減少させることにつながるとの意見があるという¹⁵⁴⁾。

ベーンブリッジらは、上記の指摘がBSPの利用に伴って生じることとなる深刻な問題であることを認めつつ、しかし、こうした懸念を制御可能な程度に縮小することができる解決策があるとする¹⁵⁵⁾。彼らは、次のように述べる。

まず、既存の取締役会モデルにおいて、利益相反に関する諸問題がすでに存在しているということを明らかにしておく必要がある。一般に同一人が複数の取締役会で役務を提供しているところであるが、そうした取締役兼任は利益の相反を生み出すものである。しかし、この点は個々の取締役および会社によって、さほど無理を強いることなくして処理されている。兼務元会社の取締役である個人が兼務先である競業会社の取締役（または役員および取締役）を兼務することで、なぜ兼務元会社の株主に利益を与えるのかということ、専門性と情報とを共有することが社会的に好ましい形で価値を与えるという理由があるからである。ただし、

153) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 223-24.

154) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 224.

155) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 224.

BSP の場合は状況が異なり、問題を厄介なものにしている。すなわち、BSP は一介の取締役の意見にとどまらない支配力を備えており、これが利益相反を大きなものにするということである¹⁵⁶⁾。

なお、こうした利益相反はどのサービス業界でも普通に見られることである。法務、会計、コンサルティング業務その他を提供する企業は、同様の利益相反を抱えつつ、これに対応している。こうした企業は、倫理的にまたは法的に許容されない地位に自らを追い込むことがないように、利益相反に対応するための洗練された仕組みを採用している。BSP が利益相反に対応するための同様のアプローチをとることが期待される¹⁵⁷⁾。

倫理基準、または BSP を利用する会社と BSP 自身の各々が有する固有の利害が、利益相反を十分克服することができないほどのものであると判明した場合には、州または連邦の立法と証券取引所の規制をもって新しい基準を設定することとなる。会計サービスについていえば、会計士事務所に対して同一企業への顧問業務と監査業務の提供を認めることには、そこから生じる利益相反を上回る利益があると長年信じられてきたのであったが、サーベンス・オクスレー法により、これらのサービスは別々の企業によって提供されることが義務づけられ、あわせて会計士団体は倫理基準を改訂した。このことは BSP にも示唆を与える¹⁵⁸⁾。

非常に可能性は小さいものと思われるが、実務慣行、倫理基準、または業務規制にかかる立法によって問題が解決されないということになると、反トラスト法が BSP 業界の過剰な集中を防ぐために利用され得る。もっとも、ある状況で市場支配力を獲得するかもしれないという予測に基づいて、ある産業の形成を阻止するというのは、いずれにせよ奇妙な議論であるといわなければならない、と¹⁵⁹⁾。

156) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 224-25.

157) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 225.

158) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 225.

159) Bainbridge & Henderson, *supra* note 127 at 225.