

# 会社の機関をめぐる国際会社法上の分析

松井秀征

- 一 行為等に対する法的規律
  - 1 抵触法の観点からの分析
    - (1) 一般的枠組み
    - (2) いわゆる「公法」的規定の扱い
  - 2 実質法の観点からの分析
    - (1) 兼任禁止
    - (2) 社外性要件
    - (3) 監査役等の子会社調査権
- 二 行為主体の責任に対する法的規律
  - 1 抵触法の観点からの分析
    - (1) 会社に対する責任
    - (2) 第三者に対する責任
    - (3) いわゆる「公法」的規定の扱い
  - 2 実質法の観点からの分析

本稿は、いわゆる国際会社法と呼ばれる領域のうち、<sup>(1)</sup> 会社の機関をめぐる法的規律一般について検討を加える。その検討の対象は、抵触法上の問題、および実質法上の問題に大別される。

ところで、「機関」という概念それ自体、わが国実質法である会社法の思考様式に強く規定された概念である。<sup>(2)</sup> しかし、国際会社法の問題を考える場合においては、わが国実質法の考え方からひとまず離れて、抵触法上の観点からこれを検討する必要がある。そこで本稿では、わが国実質法の機関概念が想定している内容を価値中立的に評価して、抵触法上の観点から次の点を検討する。すなわちいかなる主体による、いかなる行為等について、いかなる場合にその効果が会社に帰属するのか、という点である。また、行為等の効果帰属と関連する問題として、当該行為等に基づいて会社なり第三者なりに損害が生じた場合——それが最終的に会社の行為等として評価されるか否かは別として——誰がどのような責任を負うべきかを検討する。これは、一定の行為主体がなした行為等によって損害を被った者がある場合に、当該行為主体が負うべき責任について、いかなる法に従うべきなのか、という問題に帰着する。

以下、本稿では、会社への行為等の効果帰属に関する法的規律(一)、そして行為等に基づく責任に対する法的規律の問題(二)について、それぞれ抵触法の観点、および実質法の観点からどのように考えるべきか分析を行う。なお、実質法の観点から分析を行う際には、原則として、日本法の適用に際して国際的な問題が生ずる場合を念頭において論ずることとしたい。また、本稿で検討の対象とする「会社」とは、わが国の株式会社、もしくは他国におけるそれに相応する団体を指す。これは、わが国の会社法二条一号が定義する「会社」とは異なるので、注意されたい。

(1) 国際会社法の意義については、「会社の渉外的私法関係を規律する抵触法およびその実質法を合わせて」理解するのが適当である、との指

摘がある(落合誠一「国際会社法 総論」商事法務一七〇六号五頁(二〇〇四))。

(2) わが国で機関という概念は、会社なる団体内部において、その機関なる地位にある者の意思決定なり行為なりが(以下、これらを併せて「行為等」という)、会社の行為等として評価される、という意味合いを担っている(谷川久・新版注釈会社法(5)一頁(一九八六))。

## 一 行為等に対する法的規律

### 1 抵触法の観点からの分析

#### (1) 一般的枠組み

会社内における誰の、どのような行為等を、いかなる場合に会社のそれとして評価すべきか。この問題は、抵触法の観点から見ると、当該問題の性質決定の問題として考えられる。<sup>(3)</sup>そして伝統的には、いずれも法人という単位法律関係に属する、つまり会社従属法に従うものとして考えられてきた。<sup>(4)</sup>また、その際に挙げられる理由が、会社の内部組織の問題はその法人格と密接な関連を有するからだ、というのも一致した意見である。<sup>(5)</sup>とはいえ、ここにいう「密接な関連」の意味は必ずしも自明ではない。そこで、会社内部組織の問題を会社従属法に服せしめるといふ結論が導かれるのはなぜなのか、「密接な関連」というあいまいな表現にとどまらない、より明確な説明を尽くす試みをしてみたい。

#### ① 行為等の主体との関係

まず、行為等の主体の観点から考える。これは、会社の「誰」の行為等が、会社のそれとして評価されるかという問題である。

さらに、これについて法人の単位法律関係とは別の単位法律関係に服するものとしよう。どのような例でもよいが、たとえば「ある主体の行為が会社の行為として評価されるか否かは、行為地法による」といった規律を仮定し

てみる。これは、ある主体によってなされた行為等を会社のそれとして帰属させるか否かについて、会社従属法以外の準拠法に従うべき可能性を認める。しかしこのような規律は、会社従属法が想定していない組織によって行為等をなすよう指示する可能性も拓くことになる<sup>(6)</sup>。先の規律の下で、日本で設立された会社がある取引をドイツ国内で行った場合を考えてみよう。この場合、会社従属法は日本法であるのに対し、行為等の会社への帰属を決する法がドイツ法となる。すると、場合によっては共同決定制度に基づき、労働者が選任した監査役の関与する監査役会において、当該取引の同意可能性を検討することも必要となりうる<sup>(7)</sup>（ドイツ株式法一一四条四項）。ひいては、行為等の会社への帰属を決するための法的規律が、行為等のたがいに変わりうるということも考えられるだろう。取引Aの際にはニューヨーク州法、取引Bの際にはドイツ法、といった具合である。

むろん、会社従属法と会社への効果帰属を規律する法とが異なる場合、後者の法が想定する行為主体について、これと等価と評価しうる主体を前者の法に探せばよいという解釈も成り立たなくはない。しかし先の例で言えば、ドイツ法上義務づけられる労働者選任監査役の参加した監査役会と等価のものを、日本法上探すことは実際上不可能である。すると実質法たる日本法の帰結としては、一定の意思決定等について機関決定なしになされることになり、会社の事業活動が法的瑕疵を伴ってなされることにもつながりかねない。

このような結論が導かれるのは、行為主体のあり方が、法人たる会社の構造それ自体を決定しているからである。つまり、ある法域において法人たる会社を設立するという行為は、とりもなおさずその地の法が規定する行為主体のあり方を選択することを意味する。これを拒絶することは、すなわち設立ができないことにほかならない。したがって、行為等の主体に関する問題は、法人の単位法律関係、つまり会社従属法の規律すべき範囲に含まれるものというべきであろう。その結果、会社にいかなる行為等のための主体を置くか、その主体はいかなる構成をとるか、そしてその主体の構成員の資格はどうかといった問題は、会社従属法に従って決せられることにな

る。

② 行為等の手続・内容との関係

次に、会社内の行為主体が、その職務遂行として何らかの行為等をなす場合を考えてみる。これは、会社の「どのような行為等」が、会社のそれとして評価されるかという問題である。さらに、これを行為等の手続面と内容面に分けて論じる。

まず、この行為等の手続面を考えると、行為主体の単独の行為等としてなされることもあれば、合議体による意思決定を前提としてなされることもある。いずれの場合でも、行為等の手続に関する法的規律は、当該主体の存在を前提としてはじめて意味を持つ。またその手続は、当該主体の行為基準ともなることから、常に主体それ自体との関係で、画一的に決せられるべきものである。たとえば、「行為等の手続を規律する法を会社の定款で任意に指定できる」と仮定してみよう。すると行為等の手続について、日本法を会社従属法とする委員会設置会社が（会三二六条二項）、制度化された委員会を持たない法域を定款で指定することも観念的には可能である。<sup>(8)</sup>しかし、これでは委員会の意思決定にかかる手続に関する法的規律が存在せず、結果としてその意思決定が会社にどういう効果をもたらすのか確定しない。

また、行為等の内容面を考えると、これは日常的な意思決定から極めて重要な業務執行まで多種多様である。そして当該行為等の内容は、とりもなおさず行為主体にかかる権限や義務に依存するものである。これも、先の例を「行為等の内容を規律する法を会社の定款で任意に指定できる」と変えてみよう。定款で会社従属法と異なる法域が指定された場合、ある行為主体に関する権限や義務の規定が存しないこともありうるから、その場合にはいかなる行為等を会社のそれとして評価しうるか判断できなくなる。<sup>(9)</sup>したがって、ある行為主体の行為等を規律する法も、法人の単位法律関係に含まれるものとして、原則としてその主体を規律する法と同じ法に服させることが望ま

しい。

以上のとおり、行為等の手続、および内容に関する法的規律は、行為主体の存在を前提としてのみ、有効に機能しうるものであり、法人の単位法律関係、つまり会社従属法に含めるべき問題である。すなわち、会社の行為主体が有する権限・義務の範囲、およびその行使は、その決定の手続の面も含めて、会社従属法に服すると考えるべきことになる。

③ 行為等の会社への効果帰属

最後に、行為主体が行為等を行った場合に、それが有する効果の検討を行う。つまり、当該行為等が「いかなる場合」に会社のそれとして認められるか、という問題である。

かりに、行為等に関する法的規律と効果に関するそれを切り離した場合、どのような結果を招くだろうか。これは、本来、その行為等を想定していない法によって、その効果の判断を強いられる可能性を生じる。このような例は考えるのもばかばかしいが、先の②に挙げた例でいえば、日本法を従属法とする委員会設置会社の意思決定の効果を委員会制度を持たない法で判断するという、理解し難い状態が生じる。これは、効果の発生、不発生について判断不能な状態が生じることに他ならず、やはり行為等に関する法的規律とその効果に関する法的規律は同じであることが求められる。<sup>10)</sup> もっとも、会社を代表する主体が対外的取引行為をなし、その効果が会社外の第三者との関係で発生する場合には、取引安全との関係で問題が生じる。<sup>11)</sup>

以上より、行為等の効果に関する法的規律も、行為主体の存在、およびその行為等の存在を前提としてはじめて有効に行いうる。したがって、これも法人の単位法律関係、つまり会社従属法に含まれるというべきである。

④ まとめ

以上の検討より、会社内における誰の、どのような行為等を、いかなる場合に会社のそれと評価するかという問

題は、いずれもそれを法人の単位法律関係に属する問題として考えるべきである。さもないと、適切な法的規律を行えない場合の生じることが明らかだからである。

以上のような帰結が導かれるのは、以上の一連の問題について、次のような因果律が存在することによるものである。ある法域で会社を設立する場合、その実質法の定める行為主体のあり方は、当該会社のあり方を決めるものとして、その受容が求められる。そして、その行為主体のなす行為等は、当該行為主体の存在を前提とする。さらに、その行為等の効果は、やはりその行為主体、および行為等の存在を前提としている。このような「設立——行為主体——行為等——効果発生」という因果律を前提とする限り、解釈論としては、会社の行為等に関する規律は、法人の単位法律関係、つまり会社従属法に依拠せざるを得ない。なぜなら、会社従属法というパッケージによらずして法的規律を行うことは、以上の各部分に整合性を欠いた法的規律を及ぼすこととなり、その結果として、以上の因果律が破壊されて適切な法的規律が行えないことを意味するからである。従来の議論が説く、会社内部組織の問題の法人格との「密接な関連」とは、まさに会社内部組織の行為等に以上の意味での因果律が存在することを意味している。

ただし、これには若干の留保も必要である。第一に、以上の因果律に従って会社従属法というパッケージを適用するのは、あくまでも会社運営の仕組みに適切な法的規律を行う上で必要だからである。それならば因果律が保障され、会社運営に対する法的規律を適切に行いうる限り、会社内部組織の問題について、会社従属法以外の法が規律する選択肢を認めることも理論上はありえない話ではない。この考え方については、当事者に会社従属法のパッケージからの離脱を認めうるかという問題が、別途現れることを指摘しておく。第二に、甲国の会社法のパッケージを適用されている会社が、乙国でも活動する場合に、乙国が自らの政策的観点から当該パッケージに介入するということがある。この場合も、会社内部組織に関する問題について、会社従属法のパッケージからの逸脱が生じ、

やはり整合性を欠いた異なる法的規律がなされる可能性が生じうる。これは、いわゆる「公法」的規定の扱いに関する問題であり、以下、項を改めて検討を加える。

(2) いわゆる「公法」的規定の扱い

① 問題の所在——金融商品取引法の委任状勧誘規制を例に——

わが国の金融商品取引法には、会社の行為主体による行為等を規律する規定、具体的には行為等の手続を規律する規定が存在する。議決権の代理行使の勧誘に関する規定、つまり委任状勧誘に関する規定がそれであり(金商一九四条)、金融商品取引所に上場している会社の株主総会に際し委任状勧誘を行おうとする者は、委任状用紙と参考書類を交付すべきことが求められる(金融商品取引法施行令三六条の二以下)<sup>(12)</sup>。この委任状勧誘に関する規定は、金融商品取引法に規定が置かれていることもあり、準拠法選択とは別の観点から法の規定の適用関係が決まると考へることも可能である。つまり、日本法を従属法とする会社が委任状勧誘を行った場合でも、なお金融商品取引法の規制に服さずともよい場合があるか、あるいは外国法を従属法とする会社が委任状勧誘を行った場合に、わが国の金融商品取引法の規制に服すべき場合があるか、ということである<sup>(13)</sup>。

以上の問題をより一般的に論ずると、当該規定がいわゆる「公法」的規定か否か、すなわち「法規からのアプローチ」が妥当するか否かという問題にほかならない<sup>(14)</sup>。当該問題を検討するに当たっては、個別規定が実現しようとしている政策目的を基礎に、その目的を実現する手段・方法として、当該規定を会社従属法にかかわらず適用すべきことが不可欠か否か、という点を判断する必要がある。なお、この検討に際して注意を要するのは、金融商品取引法等のように、全体として見れば「公法」的な行政法規であっても、その個々の条文の中には、伝統的な国際私法のアプローチ、つまり「法律関係からのアプローチ」<sup>(15)</sup>に委ねられるべきと思しき民事法的な規定の含まれている

場合も少なくない、という点である。<sup>(16)</sup>したがって以下では、金融商品取引法という全体で問題を把握するのではなく、個別の規定である同法一九四条の趣旨を検討する必要がある。

## ② 規定の趣旨

委任状勧誘に関する金融商品取引法規定の趣旨は、旧証券取引法の時代から必ずしも一義的に理解されてきたわけではない。<sup>(17)</sup>一つには、株主に対する議案の開示を主眼とし、実質的に会社法三一〇条や三一一条等の規定と区別すべき質的差異はないとの考え方がある。この考え方によれば、アメリカの連邦証券規制を継受したという歴史的経緯ゆえに金融商品取引法に規定が置かれているものの、実際には法規からのアプローチを基礎づける強い政策目的を有するとは考えにくい、ということになる。つまり、会社従属法として日本法が選択されてはじめて適用になる性格の規定だということになるだろう。<sup>(18)</sup>

これに対して、委任状勧誘に関する金融商品取引法の規定は、株主総会において自己の思うままに決議を行い、もって株価に影響を与えることを防止することを目的としており、それは金融商品取引法の目的から導かれるのだとする考え方もありうる。この論者は、当該規定が、金融商品取引所上場会社の大株主に対する特殊な行政調査手段を定めた<sup>(19)</sup>と論ずるから、むしろ法規からのアプローチに親和的な議論となる。つまり、本稿の文脈からすれば、わが国の金融商品取引所に上場する会社が委任状勧誘を行おうとする限り、必ず適用されるべき「公法」的規定だということになる。

そこで、改めて金融商品取引法一九四条を見ると、「何人も、政令で定めるところに違反して、金融商品取引所に上場されている株式の発行会社の株式につき、自己又は第三者に議決権の行使を代理させることを勧誘してはならない」と規定されている。この条文にいかなる政策目的が存するか。そして、その政策目的は法規からのアプローチを基礎づけるだけの意味を有しているか。この点を考えるに当たって、私は、当該規定の文言のうち、次の二

点に注意すべきではないかと考えている。第一に、この規定の名宛人が「何人も」とされている点、そして第二に、この規定による規律が「金融商品取引所に上場している株式の発行会社」を前提としている点である。以下、この点を順次検討する。

まず第一に、規定の名宛人が「何人も」とされている点である。この規定ぶりからは、会社が委任状勧誘を行う場合のみならず、株主、あるいは第三者がこれを行う場合も規律の対象とされていることがわかる。たしかに、会社のみが委任状勧誘を行うような例であれば、これは實際上、会社法に定められた書面投票の場合と果たす機能は変わらない<sup>(20)</sup>。この場合には、当該規定が会社法の規定と質的な差異がないという先の評価もありうる。しかし、たとえば取締役選任・解任議案にかかる株主提案がなされ、これに伴って委任状勧誘が行われる場合、この規定の意味は格段に異なる。なぜなら、この委任状勧誘は、当該勧誘を行っている株主と現経営陣との間で、支配権争奪の問題が生じていることを意味するからである。この場面における当該規定の意味は、金融商品取引所上場会社において支配権争奪が生じている場合に、適切な開示を前提として株主に議決権を行使させ、金融商品市場を通じた会社支配権移転の機能を保護しようとする点にある。そして、当該機能の保護という目的を実現するには、わが国の金融商品市場が用いられる限り、必ず金融商品取引法一九四条を適用するという必要がある。

第二に、改めて金融商品取引法一九四条を見ると、「金融商品取引所に上場している株式の発行会社」を前提としている。金融商品取引法上、「金融商品取引所」とは、同法「第八十条第一項の規定により内閣総理大臣の免許を受けて金融商品市場を開設する金融商品会員制法人又は株式会社」を指す（金融商品取引法二条一六項）。これは、原則として、わが国の主権が及ぶ範囲において金融商品市場を開設する法人に対して、規制を及ぼすことを念頭においている。したがって、金融商品取引所に上場している株式の発行会社に対して委任状勧誘の規制を行うことは、やはりわが国の金融商品市場の有する機能を保護するという目的——支配権移転に伴う市場機能の保護——が

存在しているというべきであろう。そして、この目的を実現するための手段としては、金融商品取引所への上場というわが国の金融商品市場との関連性を手がかりに、委任状勧誘に関する規制を必ず適用するという方法をとる必要が生じる。<sup>(21)</sup>

### ③ まとめ

たしかに金融商品取引法一九四条の規制は、実質的に「私法」的性格を有するようにも見える。それは、純粋に会社側からのみ勧誘が行われるような場合については、妥当しうる説明であろう。<sup>(22)</sup>しかし当該規定は、同時に、会社の支配権争奪に用いられることも予定している。そして支配権争奪に伴う開示は、わが国の市場機能保護という目的に直ちに結びつきうる。この目的を実現するためには、当該規定の適用を会社従属法が何であるかということに依存することはできない。<sup>(23)</sup>したがって、わが国の金融商品取引所にその株式が上場されている発行会社については、会社従属法が何であれ、金融商品取引法一九四条は適用されるというべきである。つまり、当該規定は「公法」的規定であって、準拠法選択の枠組みに従わない性質の規定である。

なお、当該規定が従属法を問わず適用されうるという視点が必ずしも明確ではなかったためか、わが国の委任状勧誘内閣府令は、委任状勧誘の際の開示事項について、会社従属法が日本法である場合を想定した規定になっている。<sup>(24)</sup>その結果、会社従属法が外国法となっている場合には、そのままでは対応できない規定が多い。その結果、問題となる会社の従属法上、対応可能な範囲で対応するという中途半端な解決になる可能性はある。立法論としては、会社従属法に対して中立的な規定とするか、もしくは会社従属法が日本法ではない場合を想定した規定を置く必要がある。

## 2 実質法の観点からの分析

ここからは、実質法である当該会社従属法の解釈上、生じうる問題を検討する。主として検討対象となるのは、実質法たる会社従属法の定める要件が、当該会社限りで完結せず、他会社との関係で規定されているような場合である。<sup>25)</sup> わが国の会社法を例にとると、かねてより指摘されているのが、機関の兼任禁止に関する問題、社外役員の外社外性要件に関する問題、そして監査役等の子会社調査権に関する問題である。いずれも子会社との関係で問題となるものであるが、わが国の会社法上、「子会社」には外国会社も含むものとされることから(会二条三号、会社法施行規則三条・二条三項二号)、それぞれに難しい問題が存在している。

(1) 兼任禁止

① 問題の所在

わが国の会社法によれば、監査役設置会社の場合、監査役は、子会社の取締役、支配人、あるいは執行役等の地位を兼任できない(会三三五条二項)。委員会設置会社においてもこれは同様であり、監査委員会を組織する取締役は、子会社の執行役や業務執行取締役等の地位を兼任できない(会四〇〇条四項)。このような兼任禁止の趣旨は、監査する者とされる者が同一である場合には、監査の実質が伴わないという点にある。<sup>26)</sup>

ところで、わが国会社法の兼任規制は、同一会社内における地位兼任を禁ずるのみならず、子会社にまでこれら及ぼしている。子会社取締役は、實際上、親会社取締役——親会社監査役の監督対象である——の指示を受けるのみならず、親会社監査役から子会社における事業の報告を求められ、業務や財産の調査を受ける(子会社調査権。会三八一条三項)。したがって、親会社監査役と子会社取締役等との兼任を認めると、監査対象から指示、監督を受けるのみならず、監査される対象と監査する主体が一致することになる。これでは、監査の公正を欠き、権限の適切な行使ができないだろう。<sup>27)</sup> つまり当該規定は、子会社における業務執行権限と親会社における監査権限との相克

に対応することを予定しており、子会社における業務執行権限の有無が一つの判断基準になる。

以下において検討すべき問題は、ここにいう子会社の従属法が、外国法であった場合である。<sup>(28)</sup> なぜなら、当該子会社の準拠する外国法において、わが国の会社法がいう取締役、支配人、あるいは執行役なる地位と全くの等価の地位が存在することはありえないからである。もとより、形式的な訳語の対応関係のみでこの点の対応関係を判断することは、わが国会社法の規制趣旨を損なう可能性が高く、避けられねばならない。<sup>(29)</sup>

あくまでもわが国会社法の兼任禁止規定は、親会社における監査の実効性確保の観点から設けられている。したがって解釈論上は、以上の趣旨を実現すべく、親会社監査役が、わが国会社法上兼任禁止となっている子会社取締役等と、機能的に見て等価の地位に就いているか否かを個々の子会社ごとに判断することになる。以下では、監査役設置会社と委員会設置会社のそれぞれについて、具体的な例を挙げながら考察する。

## ② 監査役設置会社の場合

繰り返すように、親会社が日本法を従属法とする監査役設置会社の場合、当該親会社の監査役は、子会社において取締役その他の業務執行を担当すべき地位に就くことを禁じられる(会三三五条二項)。

たとえば、日本法を従属法とする株式会社が親会社となり、アメリカのデラウェア州法を従属法とする corporation を子会社とする場合を考えてみよう。考えるる兼任のパターンとしては、日本親会社の監査役がデラウェア州子会社における officer の地位を兼任する場合と、同じく日本親会社の監査役がデラウェア州子会社における director の地位を兼任する場合とがある。このうち、前者の officer を兼任する場合を考えると、デラウェア州法上、親会社監査役が子会社の業務執行を担当することになる。この子会社 officer は、親会社監査役の監視対象であって親会社取締役から直接、間接に指図を受けうること、<sup>(30)</sup> 加えて子会社の業務執行は親会社監査役の監査対象となりうることからすると、兼任は認められるべきではない。

詳細な検討が必要なのは、日本親会社の監査役がデラウェア州子会社における director の地位を兼任する場合である。アメリカにおける director は、その果たす実質的な役割において監視 (monitor) が中心であり、その意味においてわが国における監査役と変わらない側面がある。<sup>(31)</sup>したがって、会社法三三五条二項にいう兼任禁止の対象とはならない、という考え方はありうる。<sup>(32)</sup>ただしこの点を検討する上では、なお次の二点が障害となりうる。第一に、子会社 director を選任する権限は、デラウェア州法上株主総会にあるが、この株主としての権限を行使するのが親会社である点。そして第二に、デラウェア州法上、子会社の board of directors が子会社経営にかかる究極的な権限を付与されている点である。

第一の点について、具体的に何が問題になるか。親会社が子会社株主としての権限を行使する場合、これは重要な業務執行の一環として考えられる。したがって、取締役会設置会社であれば、この権限行使は親会社取締役会の意思決定に基づき、取締役が行うことになる(会三六二条四項・三六三条一項)<sup>(33)</sup>。その結果、親会社監査役としては、自ら監視すべき対象である取締役から子会社 director としての選任を受けることになる。<sup>(34)</sup>選任権の行使というのは、株主の取締役に對する監督権限の行使として最も重要な内容をなすから、ここではまさしく監視する対象から監視を受けることになる。その反面、わが国の会社法上、親会社監査役と子会社監査役を兼任することは可能である。この場合、子会社監査役の地位を選任するのは、親会社取締役に由る株主としての親会社権限の行使である。これと同様に考えるのであれば、先のデラウェア州子会社 director の兼任は問題にする必要はないかもしれない。つまり会社法は、親会社取締役に對する親会社議決権行使による子会社役員を選任、およびそれに伴う指図や監督までは許容しているとも考えられる。むしろ、親会社監査役と子会社監査役の兼任も好ましくない、という議論もありうるが、現行法の規定を前提に解釈論を展開する限り、以上の結論になる。したがって第一の点は、少なくとも現行法の解釈としては、障害にならないと考えることができそうである。

では、第二の点はどうか。デラウェア州法上、「本法の規定により設立された会社の業務 (business and affairs) については、本法、および設立定款に特に定めのない限り、board of directors により、もしくはこれの指示の下で、執行 (manage) される」。つまり子会社経営にかかる究極的権限は、子会社の board of directors に存する<sup>35)</sup>。したがって、親会社監査役が子会社調査権を行使すると——後述するように、その権限行使が外国子会社の受忍する限りにおいて認められるとすると——その権限行使の対象には board of directors も含まれる。このような構造を見ると、結局、自らの意思決定を自らが調査対象とするという、会社法三三五条二項が本来禁止しようとしていた状況を招来するのではあるまいか。その意味では、日本親会社の監査役がデラウェア州子会社の director を兼任することについては、わが国会社法の解釈として、疑問がある。

以上の検討より、親会社が監査役設置会社であって、これと外国子会社との間で兼任禁止の問題を考える場合、次のように結論を導くことができる。第一に、親会社監査役の監視対象である親会社取締役が、外国子会社における役員の選任権を行使しうることは、わが国会社法上、以上の兼任禁止の問題には影響を与えない。しかし第二に、親会社監査役が子会社調査権を行使した場合に、自らの意思決定、もしくは業務執行それ自体が自らの調査対象とすべき場合が生じるのであれば、それは監視する者と監視される者が同一になるという、わが国の会社法が禁止すべきだと考えてきた状況が生じる。この第二の場合に、兼任禁止に触れる場合の限界があるといえよう。<sup>36)</sup>

### ③ 委員会設置会社の場合

親会社が日本法を従属法とする委員会設置会社である場合、その監査委員会に属する取締役は、子会社において業務執行を行うべき地位に就くことは禁じられるが、重要な業務執行に関する意思決定に関することは可能である。たとえば親会社監査委員会に属する取締役は、委員会設置会社である子会社の業務執行取締役でなければ、当該子会社の取締役の地位を兼任することは可能である。その結果、当該子会社において、重要な業務執行に関する

取締役会の意思決定に参加することもできる（会四〇〇条四項・四一六条一項・四項参照）。

このような制度設計になっていることを前提に、再び、日本法を従属法とする株式会社を親会社となり、アメリカのデラウェア州法を従属法とする corporation を子会社とする場合を例に考えてみる。もとより、親会社監査委員会に属する取締役が、子会社 officer の地位を兼任することは、監査役設置会社の場合と同様、兼任禁止規定に触れるというべきである。

これに対して、親会社監査委員会に属する取締役が、子会社 director の地位を兼任するという場合、監査役設置会社の場合とは異なった結論となる。本稿の先の検討によれば、監査役設置会社の場合に兼任禁止が妥当するか否かの限界は、子会社調査権が及ぶべき業務執行上の意思決定、ないし業務執行を行っている地位についているか否かという点にあった。ところが、わが国の会社法は、親会社、子会社とともに日本法上の委員会設置会社の場合、親会社監査委員会に属する取締役は、子会社の取締役の地位を兼任することが認められ、子会社の業務執行上の意思決定を行いうる。これとて、親会社監査委員会に属する取締役が子会社調査権を行使した場合、当該意思決定には子会社調査権が及ぶと考えられるはずである。したがって、監視する者と監視される者が同一となることを防ぐという観点からは、非常に問題があるように思われるが、少なくともわが国会社法は、この点の相克を許容している。そうであるならば、親会社監査委員会に属する取締役が、業務執行上の意思決定に関与するにとどまる子会社 director の地位に就任することは、少なくともわが国会社法上の解釈としては可能である。

ただし以上の議論は、わが国の現行の会社法の解釈として、そうならざるを得ない、という類のものに過ぎない。監査役設置会社と委員会設置会社との間で、子会社役員との兼任禁止の妥当すべき範囲が異なることについて、合理的な説明は困難である。これは、デラウェア州法を従属法とする子会社の例を出すまでもなく、日本法を従属法とする子会社の場合でも生じうる法的規律の矛盾である。立法論としては、このようなねじれは好ましい状態では

なく、監視する者と監視される者の一致を回避するのであれば、委員会設置会社の場合に、親会社監査委員会に属する取締役については、子会社取締役との兼任を禁じるべきだろう。

④ 兼任禁止規定に違反した場合の効果

實際上、兼任禁止規定に触れるような親会社役員と子会社役員との兼任に対する需要は、あまりないと言われる<sup>(37)</sup>。したがって、以上に検討した問題が実務的に顕在化することは少ないと思われるが、以下では念のため、兼任禁止規定に違反する地位にある者が行った監査、あるいは業務執行の効果が、わが国会社法の解釈としてどのように理解されるべきか、国際会社法上の観点から検討する。ここでも、これまでの例にならって、親会社監査役、ないし親会社監査委員会に属する取締役（以下、「親会社監査役等」という）が、デラウェア州子会社 officer、ないし director（以下、「子会社 officer 等」という）を兼任し、兼任禁止規定に違反する場合を考慮することとする<sup>(38)</sup>。具体的に兼任禁止が問題となりうる場合としては、子会社 officer 等が、その地位にとどまったまま親会社監査役等に就任する場合、および親会社監査役等が、やはりその地位にとどまったまま子会社 officer 等に就任する場合である。

そもそも同様の問題が純粹な国内事案として現れた場合、これはどのように解釈されてきたのだろうか。まず、子会社の業務執行を担当する者が親会社監査役等に就任する場合には、最高裁の判例が、傍論として次のように述べている<sup>(39)</sup>。すなわち兼任禁止規定は、「監査役の欠格事由を定めたものではないと解すべき」であり、また子会社の業務執行担当者が親会社の監査役に選任された場合には、この者が「就任を承諾したときは、監査役との兼任が禁止される従前の地位を辞任したものと解すべき」である。さらに、かりに「監査役就任を承諾した者が事実上従前の地位を辞さなかったとしても、そのことは、監査役の任務懈怠による責任……の原因になりうるのは格別」、親会社監査役選任決議自体は有効である、というのである。この論理的帰結としては、当該監査役が行った

監査も、当然に無効とはならないということになる。<sup>(40)</sup>これに対して、親会社監査役等の地位にある者が、子会社の業務執行担当者に就任する場合には、裁判所による判断はなされていない。ただし、わが国の従来の議論においては、やはり親会社監査役等の地位は辞任したものと解され、その結果、その後親会社において事実上監査役としての職務を遂行しても、その監査は無効であると理解されてきたようである。<sup>(41)</sup>

以上のとおり、わが国の従来の議論は、従前の地位を辞任することを条件に新しい地位に就任することとして、兼任禁止規定を解釈してきた。これは、通常の関係者の合理的思想がこのようなものであると考えられることや、<sup>(42)</sup>新しく就任した地位において行われた行為等の法的安定性を高めることにもなるから、相応の合理性ある解釈にも思われる。しかし、この兼任禁止に関する問題の法解釈は、純粋な国内事案のそれとして考えても、以上そのまま維持することが可能かどうか相当に疑問が残る。たとえば、すでに先の最高裁判例との関係でも、従前の地位を辞任するという関係者の合理的思想が推認できないような場合には、その解釈が維持できないことは指摘されている。<sup>(43)</sup>しかも、従前の地位を辞任するという解釈は、事実上、従前の地位にとどまって行われた行為等の効力をどうすべきかという問題を生じさせるから、全体としてみれば、何も法的安定性を保障することにはならない。

子会社の従属法が外国法となっている場合には、さらに指摘すべき問題点がある。たとえば、デラウェア州子会社の officer 等が、日本法を従属法とする親会社の監査役等に就任した場合を考えてみる。この場合、先のような従前の子会社 officer 等の地位を当然に辞任するといった解釈はとりえない。なぜなら、この子会社における officer 等の地位は子会社従属法によって決せられるべき問題だからである。つまり兼任禁止規定の解釈に当たって、わが国の議論が伝統的に行ってきた従前の地位を辞任するという解釈は、日本法を従属法としていない子会社にまでその射程を及ぼそうとすると、困難を生じさせることになる。<sup>(44)</sup>かりに従前の地位を辞任するという解釈を前提に、親会社監査役等の地位にある者がなした行為等の効果に関する法的規律を考えるとすれば、次の二つがありう

るだろう。第一は、デラウェア州子会社における officer 等の地位を辞任するという結論が導けない以上、親会社の監査役には就任できない。かりに監査を行ったとしても、それは監査役の地位にない者による監査として無効であるとの結論である。第二は、デラウェア州子会社における officer 等の地位は辞任していないとしても、日本法上は、辞任したものとみなす。その後の外国子会社における業務執行は、事実上職務を遂行したに過ぎず、親会社における監査役選任は有効であり、その監査役が行った監査を当然に無効とはしないとする結論である。この二つのうちどちらが良いかと問われれば、会社の行為等が事後的に効力を否定されることの法的な不安定さから考えて、わが国の会社法の解釈としては、第二の立場の方が好ましい。

ただし、以上の検討が提起する問題は、何よりも次の点であろう。まず、従来の解釈論が、親会社、子会社とも日本法を従属法とする場合のみを念頭においていた——かつてのわが国の議論ではやむを得ないことである——ところ、国際会社法の観点から検討すると、もはやそのままでは維持できないということである。さらに、従前の地位を辞任したものと理解するという従来の解釈論は、そもそも純粋な国内問題の解釈としても、果たして会社の行為等を法的に安定させるという観点からは妥当なものかどうか、問い直されるべきだということである。従前の解釈論に存する以上の問題点を考えると、兼任禁止規定に違反した場合の効果は原則として無効とせず（したがって「辞任」という解釈を必要としない）、解任における正当事由、あるいは任務懈怠に基づく損害賠償責任といった、その他のシステムで対応することとした方が好ましいように思われる。

- (2) 社外性要件
- ① 問題の所在

会社法は、社外取締役、あるいは社外監査役の社外性要件について、やはり当該会社限りで完結しない要件を定

めている。すなわち社外取締役について、過去、現在を問わず、子会社の業務執行取締役、執行役、あるいは支配人等の地位になかったことが求められる（会二条一五号）。同様に、社外監査役についても、その就任前に子会社の取締役、執行役、あるいは支配人等の地位になかったことが求められる（会二条一六号）。

問題は、兼任禁止の場合と同様、子会社が外国法を従属法とする場合である。この場合も、わが国において社外役員が必要とされる趣旨に依じて、問題となる外国子会社の役員の地位が社外性要件を満たすか否かを判断すべきである。そこで、以下では社外取締役の場合、および社外監査役の場合にそれぞれ分け、やはりデラウェア州法を従属法とする子会社を例としつつ、検討を加える。

## ② 社外取締役の場合

会社法上、社外取締役の選任が義務づけられているのは、委員会設置会社である（会四〇〇条三項）。委員会設置会社において、現在であれ、過去であれ、「当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役……若しくは執行役又は支配人その他の使用人」の地位に就任したことがない取締役（会二条一五号）が求められるのは、次のような考え方に基づいている。すなわち以上の要件を満たすことで、具体的な業務執行を行うべき執行役から独立性を確保し、重要な業務執行に関する意思決定、および業務執行に対する監督を行う、ということである（会四一六条一項）。以上、会社法の定める要件、そして社外取締役の求められる趣旨を考えると、法が社外性の有無に当たって問題としているのは、問題となる者が、業務を現実<sup>45</sup>に執行すべき地位にあった（ある）か否かである。

したがってここでの議論は、委員会設置会社において監査委員会に属する取締役の兼任禁止の場合と同様である。たとえばデラウェア州子会社において、現在、過去を問わず officer の地位にあった者は、業務執行を現実に行い、あるいは行っていた以上、日本法を従属法とする親会社において社外取締役とは認められない。他方、デラウェア州子会社において、現在、過去を問わず director の地位にあったとしても、これは重要な業務執行にかか

る意思決定に参加するということとどまるから、なおわが国の会社法の解釈として、日本法を従属法とする親会社において社外性要件を満たすと考えられる。

### ③ 社外監査役の場合

会社法上、社外監査役の選任が義務づけられているのは、監査役会設置会社である(会三三五条三項)。監査役会は、任意にこれを設置する場合を除けば(会三二六条二項)、原則として大会社においてこれを設置すべきものとされている(会三二八条一項)。このとおり大会社には、過去に当該株式会社又は子会社の取締役等の地位になかった者が監査役として求められる(会二条一六号)。その趣旨は、社内情報に精通した者は、会社の過去のしがらみから独立して判断することが難しいであろうという事情、つまり業務執行担当者からの独立性の確保という点に由来している。<sup>(46)</sup>以上の社外監査役に関する会社法上の要件、そしてその趣旨の説明に依拠するならば、法が社外性の有無に当たって問題としているのは、過去に業務執行に関与する地位にあり、社内事情に通じているか否かである。

したがってここでの議論は、監査役設置会社における監査役の兼任禁止の場合と同様である。デラウェア州子会社において、過去に officer の地位にあったのであれば当然のこと、たとえ director の地位にあったとしても、重要な業務執行の意思決定に関与できた以上、やはり社外性要件を満たさない。

以上のとおり、社外監査役における社外性要件の解釈は、社外取締役の場合と異なることになる。いずれの場合も業務執行からの独立性確保を目的としているにもかかわらず、制度間に差異が生じている。これは、取締役と監査役との差異、あるいは委員会設置会社と監査役会設置会社との差異から、合理的に導かれるものとは考えにくい。この差異は、純粹な国内問題として考えても、疑問の生じる場合がある。たとえば、一度、監査役会設置会社から委員会設置会社の形態を採用した後、再び監査役会設置会社の形態に戻った場合を考えてみる。この場合、委員会設置会社において社外取締役の地位にあった者を、監査役会設置会社に戻った際に社外監査役に就任させよう

としても、これは過去に「取締役」という地位にあった以上、社外監査役としての社外性はないという、いささか滑稽な結論となる。これは、そもそも委員会(等)設置会社の制度を導入した際、「取締役」の有する権限や役割が、委員会設置会社と監査役設置会社との間で異なっていたにもかかわらず、用語として同一の文言を用いたことに由来する問題である。

④ 社外性要件を満たさない場合の効果

外国法を従属法とする子会社において、現在、もしくは過去に業務執行者の地位にあった者を、親会社の社外取締役、ないし社外監査役として選任するという場合、社外性要件を満たさない取締役、ないし監査役を選任したことになる。これは、純粹にわが国会社法の解釈問題となる。

社外取締役、ないし社外監査役の設置が義務づけられている会社において、社外性要件を満たさない者を選任した場合、その選任決議には瑕疵がある。これを争う可能性としては、次の二つが考えられよう。第一は、法律上定められた要件を満たさない者を選任しているのだから、決議内容に法律違反があり、したがって株主総会決議無効確認の訴えによって争うことができる、というものである(会八三〇条二項)。第二は、社外性要件を欠く者を社外取締役、ないし社外監査役として選任しても、取締役、監査役としての選任は認められる、というものである。ただし、法律上要求される社外性の有無は、株主総会招集通知に際して参考書類を交付すべき場合には、その開示事項となる(会三〇一条一項、会社法施行規則七四条四項)。したがって第二の場合、この開示に誤りが生じ、招集手続違反があるとして、株主総会決議取消しの訴えによって争われる可能性はある(会八三一条一項一号)。

たしかに、社外性要件は取締役や監査役自体の欠格事由とは関係ないから(会三三一条一項・三三五条一項)、第二の考え方に従って、株主総会決議取消しの訴えによらしめれば足りるようにも思える。だが、このような考え方によれば、三か月の出訴期間を徒過することにより瑕疵が治癒する(会八三一条一項本文)。それは、社外性要件を

欠く社外取締役、あるいは社外性要件を欠く社外監査役がそのまま会社機関として活動することを意味する。このような制度の趣旨に反した状態が生じるのは、当該問題が、やはり治癒の認められる手続的瑕疵に解消できないことを意味しているといえよう。したがって、この瑕疵は治癒が認められるべき類の問題ではなく、決議内容の違法があるとして、無効事由と解すべきだと考えられる。

社外性要件を欠く者を選任した場合、その会社では社外取締役を欠いた重要な業務執行の意思決定、あるいは社外監査役を欠いた監査が行われることになる。このような意思決定、あるいは監査には、手続的な瑕疵があるということになる。あとは、瑕疵ある取締役会決議の効力（あるいは当該決議に基づく対外的行為の効力）、ないし監査の効力という一般的な問題となる（ここでの検討は省略する）。

### (3) 監査役等の子会社調査権

#### ① 問題の所在

わが国の会社法上、親会社の監査等を行うために必要があるときは、監査役設置会社における監査役、もしくは委員会設置会社における監査委員会が選定する監査委員（以下、これらを併せて「監査役等」という）は、子会社に対して事業の報告を求め、または子会社の業務・財産の状況を調査できる（会三八一一条三項・四〇五条二項）。

わが国における監査役等の子会社調査権は、親会社による違法行為が子会社を通じて行われる例があること、あるいは親会社が持株会社等の場合には子会社側の情報が重要であることから認められてきた。<sup>(47)</sup> ただし、監査役等が子会社調査権を行使するということは、調査権を行使される子会社の側からすれば、その調査に応じて情報を提供すべき義務があることを意味する。つまりわが国の会社法は、子会社調査権の規定によって、実質的には親会社監査役等の権限と子会社の義務をとともに定めていると考えられる。

そうなる、兼任禁止規定、および役員の外要件の場合と同様、子会社の従属法が外国法である場合の扱いは、非常に微妙な問題をはらむ。従前の議論においては、外国子会社に対し当該調査権の行使が可能であることを述べ、<sup>(48)</sup> 実務もそのような理解で運用しているようである。また、問題となる外国子会社が完全子会社であれば、現実に問題が起ころことは少ないかもしれない。<sup>(49)</sup> だが、外国子会社に対して、親会社監査役がわが国会社法の規定に従って調査権を行使するということは、当該子会社にわが国の会社法が一定の義務を課すことにほかならない。解積論上、このようなことが当然に認められるとはいえず、やはり検討を要するところである。

## ② 調査権の行使と効果

では、日本法を従属法とする会社の監査役等が、日本法を従属法としていない子会社に対して調査権を行使した場合、どのように考えればよいか。子会社の側から見れば、この調査権の行使に対して情報を提供すべきかどうかは、子会社の業務執行にかかる問題である。したがって、これはとりもなおさず子会社の行為等の問題であって、子会社従属法によって判断すべきである。<sup>(50)</sup> その意味するところは、日本の法律が、親会社監査役等の子会社調査権についてどのような規定を設けたところで、外国子会社に義務的には及ばない、ということである。このことは同時に、外国子会社においてそれに従うことが法的に許され、かつそれに進んで従うのであれば、当該子会社調査権を行使できる、ということでもある。<sup>(51)</sup> したがって、わが国会社法の解釈としては、当該権利の行使が可能であるが、ただしそれは外国子会社が任意にそれに応じ、受忍することが前提となる、ということになる。<sup>(52)</sup>

外国子会社が、親会社監査役等の行使した調査権に任意に応じない場合、親会社における監査役等の監査が十分行えない可能性もある。この場合、監査役等としては監査報告書に必要な調査ができなかった旨の記載をするほか(会四三六条一項・二項・四三七条、会社法施行規則二二九条一項四号・一三〇条二項二号・一三一条一項二号参照)<sup>(53)</sup>、当該監査役等の任務懈怠の有無の判断においても、適切な権限行使の不可能であった場合として考慮されるべきであ

る。

- (3) 藤田友敬「国際会社法の諸問題〔上〕」商事法務一六七号一八頁(二〇〇三)における指摘を参照。ここでは、企業組織に関連する法的紛争の準拠法の決定に関して直面する問題は、単位法律関係の設定という法律関係の性質決定にある旨の指摘がなされている。
- (4) たとえば溜池良夫・国際私法(第三版)二九八頁(二〇〇五)、山田録一・国際私法(第三版)二三三頁(二〇〇四)等参照。
- (5) 山田・前掲注(4)二三三頁、石黒一憲・国際私法三〇〇頁(一九九四)。
- (6) 以下の記述に関連して、神前嶺「早川吉尚」元永和彦・国際私法(第二版)一一四頁(二〇〇六)以下に掲げられた説明も参照。
- (7) 労働者数が二〇〇〇人を超える株式会社(Aktiengesellschaft)の場合は、一九七六年に制定された「労働者の共同決定に関する法律(Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer)」が適用となり(同法一条一項一・二号)、監査役会の構成は、株主側が選任した者と労働者側が選任した者がそれぞれ同数入るものとなる。労働者数が五〇〇〇人を超え、二〇〇〇人までの株式会社には、二〇〇四年に制定された「監査役会の三分の一に労働者が参加する」とに関する法律(Gesetz über die Drittbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat)」が適用となり(同法一条一項一号)、この場合は、監査役会の三分の一が労働者側の代表となる(同法四条一項)。
- (8) もとよりこのような定款の規定を置く必要性は考えにくいし、その効力すら疑わしいが、これはあくまでも思考実験として考えていただきたい。
- (9) あるいは、事情に応じて適用になる実質法が異なるという可能性を認めると、行為主体としては、いかなる法の定める基準に従って行為すべきかを常に調査することが要求され、ひいては会社としての行為等が不安定化する。画一的確定の問題については、藤田友敬「会社の従属法の適用範囲」ジュリスト一一七五号一一頁(二〇〇〇)。
- (10) この行為等は、会社従属法の規定に従ってなされたか否かを問わず、会社従属法に従ってその効果を判断すべきであろう。たとえば、当該行為等の権限なき主体が行った場合、当該行為等をなす権限ある主体がそれを行ったがその権限を逸脱していた場合、あるいは会社の目的の範囲外の行為であったり、本来、会社ができない行為であった場合等が、その場合として考えられるだろう。ただし、代理・代表の問題のように、その行為等の効果が第三者との間で発生する場合には難しい問題がある。
- (11) この問題は、代理・代表に関する準拠法というそれ自体大きな論点となるため、本稿ではひとまず検討の対象としない。これは、伝統的に会社の代表と取引安全の関係で論じられてきた問題であって、難問の一つである。比較的近時の論稿として、石黒一憲「国際企業法上の諸問題——商法学と抵触法学との対話——」落合還暦・商事法への提言五九三頁以下(二〇〇四)、大杉謙一「会社の代理・代表の実質法・準拠法——『取引安全』のあり方について」ジュリスト一一七五号四二頁(二〇〇〇)以下参照。
- (12) その他、参考書類の記載事項等について、「上場株式の議決権の代理行使の勧誘に関する内閣府令(いわゆる「委任状勧誘内閣府令」)の

- 規定に従う必要がある。
- (13) 準拠法選択の枠組みで考えた場合、金融商品取引法の当該規定は、会社従属法が日本法である会社がわが国の金融商品取引所に上場している場合にのみ、適用になる規定だということになる。したがって、会社従属法が外国法である会社は、たとえわが国の金融商品取引所に上場していたとしても、この規定は適用とならない。
- これに対して、当該規定が、たとえばわが国の金融商品取引所に上場している会社にはおよそ適用となる「公法」的な規定であるとした場合、会社従属法が何であれ、わが国の金融商品取引所に上場している会社にはおよそ適用があることになる。
- (14) (1)においてなされてきた説明は、問題となる法律関係について適用されるべき法がいずれの国の法であるのかという伝統的な国際私法のアプローチをとっている（いわゆる「法律関係からのアプローチ」）。このアプローチは、原則として「私法」と呼ばれてきた分野において妥当するものであり、このプロセスで指定された実質法規は、その地理的適用範囲を問題としないものとして考えてきた。これに対するものが、「個々の法規の地理的適用範囲がどこまで及ぶのかを探索するというアプローチである（いわゆる「法規からのアプローチ」）。この説明については、「法規からのアプローチ」、「法律関係からのアプローチ」なる用語法も含めて、早川吉尚「会社法の抵触法的分析」商事法務一七〇六号二頁以下（二〇〇四）に依拠している。
- (15) 注（14）参照。
- (16) 藤田・前掲注（9）九頁のほか、石黒一憲「証券取引法の国際適用に関する諸問題——序説的覚書として——」証券研究一〇二巻四頁以下（一九九二）、石黒一憲・金融取引と国際訴訟三一頁（一九八三）以下参照。
- (17) 以下の議論の対立については、神田秀樹監修・注解証券取引法一三四二頁以下（一九九七）。
- (18) この点については、藤田・前掲注（9）一六頁注（2）参照。
- (19) 神田監修・前掲注（17）一三四三頁。
- (20) 実務的に委任状勧誘制度の役割が書面投票制度に委ねられたことについて、河本一郎・大武泰南・金融商品取引法読本五八頁（二〇〇八）。
- (21) この解釈を採用すると、複数の国の金融商品取引所に上場している会社が委任状勧誘を行う場合には、それぞれの国が規定する委任状勧誘に関する規制に従う必要が生じる。これは、いかなる範囲の株主にどの規制が及ぶのか、あるいは全ての株主に重疊的に全ての規制が及ぶのかといった、若干厄介な問題が生じうる。
- (22) 委任状勧誘に関する規制は、会社からそれがなされる場合と、会社以外の者からそれがなされる場合とで区別されていない。前者の場合には、会社法で求められる開示と実質上大差ないとして、立法論としては、会社側からのみ委任状勧誘がなされる場合と、それ以外の場合とで規定を区別するという議論も考えられなくはない。しかし、会社からのみなされた勧誘であっても、それが支配権争奪の一環としてなされることはありうるから、やはり以上の点をメルクマールとして別の規制を及ぼすことは難しい。
- (23) 周知のとおり、わが国の金融商品取引法の委任状勧誘に関する規制は、そもそもアメリカにおける連邦の証券規制を継受している。かの地

においては、株式所有が分散した公開会社における適切な情報開示という観点から出発し、会社における意思決定が証券の価値に影響を与えるため、証券規制の枠組みで規律を及ぼしているという説明が与えられる。これは、やはり市場機能の保護と密接に関連した説明であり、そのような説明が与えられているという事実は、アメリカと同様の規制枠組みを採用しているわが国でも、やはり無視することはできないように思われる（以上のアメリカにおける規制の趣旨については、黒沼悦郎・アメリカ証券取引法（第二版）二〇一頁（二〇〇四）参照）。

(24) たとえば、会社提案について発行会社が勧誘を行う場合の記載事項は、わが国の会社法に基づいて議案が提出されることを前提に規定されている（委任状勧誘内閣府令二条以下参照）。

(25) その他、実質法の観点から行為等の問題を論ずる場合には、行為主体に関する外人法（外国人法）の規定も重要である。たとえば、わが国の会社のうち、一定の公益事業を行う会社の株式については外国人株主の保有制限がある（外国人株主が一定の議決権割合を占める場合に、株主名簿における名義書換拒絶を会社に認める。航空運送事業者につき、航空法二〇条の二・四一条一項、一般放送事業者につき、放送法五二条の八、電波法五条四項等参照）。これは、株主総会における議決権行使について、外国人に対する制約を認めることになるため、行為主体の構成についての外人法（外国人法）上の規制となる。なお、外人法の問題一般については、溜池・前掲注（4）三〇二頁のほか、龍田節「国際化と企業組織法」竹内昭夫・龍田節編・現代企業法講座2——企業組織二六八頁（一九八五）以下参照。

(26) 江頭憲治郎・株式会社法（第三版）四七六頁（二〇〇九）。

(27) 加美和照・新版注釈会社法（6）四七六頁（一九八七）。

(28) かつては、兼任禁止規定の言う「子会社」にそもそも外国子会社は含まないとして、外国子会社との関係では当該兼任禁止規定が適用にならないという考え方もあった（田代有嗣・吉牟田勲・海外子会社の法律と税務一四四〜一四五頁（一九八九））。しかし、この解釈はそもそも問題があったし（藤田友敬「国際会社法の諸問題（下）」商事法務一六七四号二七頁（注八一）（二〇〇三））、現在の会社法は、すでに本文で述べたように「子会社」に外国子会社を含むこととしているから、この点はこれ以上触れない（この議論の詳細な紹介として、加藤勝郎「監査役が海外子会社の取締役等を兼任することの可否」商事法務一〇八九号三四頁以下（一九八六））。

(29) たとえば、アメリカにおける director にわが国の取締役という訳語が充てられること、あるいはドイツの Aufsichtsrat にわが国の監査役会という訳語が充てられることは、判断の手がかりになるものではあっても、それが決定的な解釈の基準となるものではない。言うまでもなく、アメリカの取締役、ドイツの監査役会構成員が持っている権限や役割は、わが国の会社における取締役一般、監査役一般とは異なるからである。この点に関しては、藤田・前掲注（28）二四四頁参照。

(30) もっとも日本親会社は、デラウェアア州子会社の株主として、officer にどのような形で指示を与えるのかは、なお検討の余地がある。なぜなら、officer は board of directors によって選任されるものであるから、当然に株主と直接に法的な関係を有するわけではないからである（Del. Gen. Corp. Law § 142）。

(31) American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, § 302 (1994).

- (32) 藤田・前掲注(28)二四頁、田代「吉牟田・前掲注(28)一四五頁。
- (33) 子会社 director の選任のために議決権を行使するというのは、取締役会の意思決定が必要となる場合として列挙される場合ではないが、会社法三六二条四項三号に準ずる場合として、同項本文の「その他の重要な業務執行」に含まれるというべきであろう。
- (34) デラウェア州子会社の director 選任権は、株主総会にある (Del. Gen. Corp. Law § 211(b))。
- (35) Del. Gen. Corp. Law § 141(a) なお、重要事項に関しては、現実にもその board における意思決定が要求される (たとえば合併につき、Del. Gen. Corp. Law § 251(b))。
- (36) なお、本文で述べたことのほかに、外国法を従属法とする親会社の監査役的地位に就いている者が、日本法を従属法とする子会社の取締役の地位にもある場合に、わが国会社法の兼任規制の規定が適用になるか否かという問題設定もできなくはない。しかし、わが国の会社法が親会社監査役と子会社取締役等の兼任を規制しているのは、あくまでも親会社における監査の実質を確保するためにあると考えるのであれば、親会社従属法が日本法でない限り、さしあたりわが国会社法の兼任規制の規定は適用にならないというべきである。
- (37) 事業年度内に、子会社取締役から親会社監査役に横滑りするような場合に、起こりうる問題ではある (江頭・前掲注(26)四七七頁注(2)参照)。
- (38) なお、本稿における検討によれば、親会社監査委員会に属する取締役が子会社 director を兼任する場合、兼任禁止規定には触れない。
- (39) 最判平成元・九・一九判時一三五四号一四九頁 (会社の顧問弁護士を監査役として株主総会で選任した場合に、当該決議が兼任禁止規定に触れ、無効になるか否かが争われた事案)。
- (40) 加美・前掲注(27)四八〇頁。
- (41) 加美・前掲注(27)四八〇頁。
- (42) 山口賢「判批」私法判例リマックス一九九一〈下〉一一〇頁(一九九一)。
- (43) 山口・前掲注(42)一一〇頁。
- (44) これに対して、解釈論の射程が、日本法を従属法としている親会社限りで完結する場合にはさしあたりは問題が生じない。たとえば、親会社監査役であった者が外国子会社の業務執行担当者となった場合、親会社監査役の地位を辞任したものとするという解釈は、そのままで特段の問題はない。
- (45) むろん、現行法の要件で十分に独立性が確保されているか否かという立法論上の問題は、また別に存在する (江頭・前掲注(26)五〇八、五〇九頁注(1)参照)。
- (46) 江頭・前掲注(26)四七七頁注(3)参照。
- (47) 江頭・前掲注(26)四八六頁。
- (48) たとえば、龍田・前掲注(25)三〇六頁。ただし、ここで引用されている文献は調査権が義務的には及ばないとする文献であるため、当該

龍田論文も同趣旨であろう。

(49) たとえば、取締役制度研究会・監査役制度の検討(7)七一頁(若松宗継発言、熊谷一雄発言、二宮博昭発言)(二〇〇三)参照。現実の問題になるとすれば、会社の情報等を親会社も含めて外部に開示することについて、子会社従属法上、何らかの制限が設けられている場合であろう。

(50) 以上の点については、藤田友敬「国際的な結合企業関係」商事法務一七〇六号三六頁(二〇〇四)参照。

(51) 江頭・前掲注(26)四八六頁注(5)、取締役制度研究会・前掲注(49)七一頁(稲葉威雄発言)、高桑昭「外国子会社の監査について」商事法務六七〇号四頁(一九七四)参照。

(52) ただし、特に理由もなく子会社側が情報提供に応じないような場合、親会社の業務執行担当者としては、親会社における監査を円滑に行わせるよう、子会社の業務執行機関に働きかけていくことはありうるかもしれない。

(53) 江頭・前掲注(26)四八六頁注(5)。

## 二 行為主体の責任に対する法的規律

### 1 抵触法の観点からの分析

行為主体が、会社従属法の規定に従わずに行為等をなした結果、会社や会社以外の第三者に損害が生じる場合がある。この場合に、当該行為主体、ないしその他の主体の責任はいかなる法によって規律されるかが、以下での検討課題である。責任の問題については、いかなる場合に責任が発生するかという責任原因に関する実体面での規律の問題と、その責任をいかなる手続で追及するかという手続面での規律の問題がある。

#### (1) 会社に対する責任

##### ① 実体面での規律

行為主体のなした行為等が、会社従属法の行為主体に課した何らかの義務に違反し、その結果、会社に損害が生

じた場合を考えてみる。この場合、もとより義務違反の判断は行為内容に対する規律であり、本稿の立場からすれば会社従属法に従うことになる。では、当該義務違反行為に基づく損害の賠償責任は、いかなる法によって規律されるべきか。従来の議論は、これも会社従属法に服する、すなわち法人の単位法律関係に含まれる問題であると考えてきたようである。<sup>54</sup> その根拠を論ずるものは少ないが、例外的に「会社」を「株主全体」として把握しつつ、ある株主に対する関係と他の株主に対する関係とで異なる結論が導かれないようにする、すなわち画一的確定の必要が非常に強いということを挙げる議論がある。<sup>55</sup>

さて、この問題をどう考えるべきか。実質的に考えると、会社の行為主体の行った行為等によって会社に生じた損害をどう賠償させるかという問題は、行為等の効果と密接に関連している。行為主体によるある違法な行為等が、当該行為等の有効・無効という枠組みによって処理されるのか、あるいはそれとは別に行為主体に対する損害賠償責任を追究することによって処理されるのか、あるいは法が体系として考えるべき事項である。その意味では、行為主体の会社に対する責任の問題は、行為等の効果と同様に会社従属法のパッケージに包含しないと、当該会社従属法が実現しようとしている政策目的が統一的に実現できない可能性がある。

さらに、行為主体の会社に対する責任の問題は、一〇一において論じた因果律の問題——行為主体、およびその行為等の存在を前提としない限り論じられないのか否か——から考えても会社従属法とすべきと考えざるを得ない。理屈からいえば、会社内部における行為主体として負うべき責任の問題とは、会社従属法の規律対象となる行為主体が、会社従属法の規律対象となる行為等を行ったことにより、初めて生ずるものである。それは、会社と行為主体とが契約その他の法律関係にあることを前提としつつ、それに加えて「会社従属法が定める一定の地位にある」という事実から生ずべき責任を含む。したがって理論的に考えても、行為主体の会社に対する責任の問題は、法人の単位法律関係に属するものとして、会社従属法の規律を及ぼすべきである。<sup>56</sup>

## ② 手続面での規律——代表訴訟制度の理解について——

ところで、行為主体の会社に対する責任を考える場合、日本法やアメリカ法の例を見ればわかるとおり、代表訴訟制度を認めている場合がある。当該制度は、手続法上の問題であるとして、法廷地法が代表訴訟制度を認めるかどうかというアプローチも考えられる。

だが、代表訴訟制度とは、それが手続法的な諸規律を設けているというよりは、むしろ会社の行為主体に対する請求権を誰が行使するかという問題である。このような観点から問題を把握する限り、手続法上の問題というよりは、実質法上の問題として理解すべきであろう。<sup>(57)</sup>したがって、会社の行為主体に対して有する請求権を行使するための代表訴訟の制度は、原則として、その請求権を規律する会社従属法がこれを認めているか否かに従って決まる<sup>(58)</sup>としてよいだろう。

## (2) 第三者に対する責任

次に、行為主体が、自らの職務についてなした行為等により、特定の第三者に損害が生じた場合を考えてみる。

これは、一般的にいえば、契約関係にない第三者に対する責任の問題である。このように考えると、抵触法的な評価の問題としては、法定債権の準拠法の問題と理解し、不法行為地法によるものとして考えるのが原則であろう<sup>(59)</sup>。(法の適用に関する通則法一七条参照)。

たとえば、日本法を従属法とする株式会社において、その取締役が日本国内の事業で放漫経営を行った結果、外国に住所を有する会社債権者が外国法を準拠法とする債権の弁済を受けられない、という場合を考えてみよう。当該会社債権者が当該取締役の責任を追及する際には、かりにわが国における法の適用に関する通則法によるのであれば、同法一七条の規定に従って、加害行為の結果発生地の法が適用となる。この結果発生地をどう考えるかはな

かなか難しいところだが、取締役が放漫経営を行い、会社財産を散逸させた地の法である日本法が適用になるというのも一つの考え方であろう。このように解釈した場合には、民法七〇九条に定められた要件に従って、あるいは会社法四二九条の要件に従って、当該責任の問題を考えるべきことになる。

ところで、契約関係にない第三者という枠組みで問題を捉えた場合、会社の行為主体と株主との関係もやはり第三者の関係になる。この株主との関係で指摘されている問題が、新株の有利発行、あるいは組織再編比率の不正の場合等に典型的に見られるように、当該行為がなされる前の既存株主全体に損害が生じる場合である。むしろ、このような場合も原則に従って不法行為の単位法律関係に属するものとし、加害行為の結果発生地を連結点として、準拠法を決定するということも考えられる。これに対して従前の学説においては、次のような興味深い指摘がなされている。たとえば、新株の有利発行の場合における争いの本質は、問題となる新株発行が既存株主全体の利益を最大化させていなかったという主張の是非にある。したがってこれは、取締役の会社に対する責任と同じ単一ルール——会社従属法——による画一的な判断になじむ類型だ、<sup>(60)</sup> というのである。

本稿は、会社機関の問題が法人の単位法律関係に含まれるのは、行為主体の存在に由来する因果律ゆえであると考えている。<sup>(61)</sup> したがって、その因果律から論理的に導かれない問題は、別途、単位法律関係を考えるべきことにならなければならない。会社の行為主体が特定の第三者に負うべき責任は、その行為主体に関する規律に当然には依存するものではないから、<sup>(62)</sup> 株主が責任を追及する場合であるか否かを問わず、不法行為の単位法律関係に属するものと考えべきである。たしかに株主が第三者として現れる場合には、画一的な判断のなされることが好ましい場合がありうる。それは、株主が本来的に会社の出資者として会社と一定の法律関係を有し、経済的に会社と株主全体を同視しうる実態が存在することによる。つまり、会社業務執行者の行為等が不正に行われ、その結果株主に損害が生じる場合というのは、会社取締役間に存在する契約その他の法律関係、および会社株主間に存在する出資に基づく法律関係

の存在が前提となつてゐることによる。しかし、この点をとらえて、だから法人の単位法律関係に服せしめよ、というの議論として性急であらう。既存の法律関係と関連して不法行為がなされた場合に、当該法律関係と無関係に不法行為の単位法律関係に服せしめることには、かねてより批判がなされてきたところである。<sup>(63)</sup> このような場合には、原則はなお不法行為の単位法律関係に服することとしつつ、連結点を当事者間の法律関係に設定することで対応すべきであらう(法の適用に関する通則法二〇条参照)。したがって、既存株主全体に損害が生じるような、会社法上の行為がなされた場合も、従前の前提となる法律関係の準拠法に属する——会社従属法に属する——とすれば、理論的にも、実質的にも、均整の取れた結論になるように思われる。

(3) いわゆる「公法」的規定の扱い——金融商品取引法上の責任を例に——

わが国の金融商品取引法は、証券の発行者が提出すべき書類において不実の開示がなされた場合、その発行された有価証券の取得者が被つた損害について、一定の民事責任を追及することを認める。この責任追及の対象となるのは、当該書類の提出会社の場合と、その役員等の場合がある。本稿で問題となる行為主体の責任、つまり虚偽記載のある有価証券届出書の提出会社の役員等の責任については、発行市場における責任(金商二一条一項一号)、そして流通市場における責任(金商二二条。なお、有価証券報告書の場合について、金商二四条の四)の規定がそれぞれ置かれている。

これらの責任は、いずれ不実開示に関して定められた金融商品取引法上の特別の責任規定であり、いわゆる「公法」的規定か否かを検討する必要がある。実際のところ、この金融商品取引法上の責任規定については、その性格において不法行為責任と類似する面もある。それゆえ、金融商品取引法に規定が置かれているけれども、法の適用に関する通則法一七条(旧法例二一条)により日本法が当該問題の準拠法となつた場合にのみ適用されるべき規定

であるとの主張が、かねてよりなされていた。<sup>(64)</sup>これを「公法」的規定と理解するか、あるいは準拠法選択の枠組みに従う規定と理解するかを論ずることの意味は、次のような場合に明らかになる。たとえば、外国法を従属法とし、かつ日本の金融商品取引所に上場している株式会社がある場合に、この会社が発行する証券を日本の居住者である投資家が取得したという例を考えてみる。この会社が、実際には日本で虚偽の開示書類を提出しており、その結果として日本の投資家が損害を被った場合、これが「公法」的規定であるならば、当該投資家が当該規定によって責任追及する可能性が認められる。これに対して、準拠法選択のプロセスに従う規定であれば、日本法が準拠法とならない限り、当該規定による責任追及の余地がなくなる。

本稿は、ある規定が「公法」的規定か否かを検討するについては、個別規定が実現しようとしている政策目的を基礎として、その目的を実現する手段・方法として会社従属法にかかわらず適用すべきことが不可欠か否か、という点を判断する必要があるという立場をとる。そこで以下でも、金融商品取引法の当該規定の趣旨・目的をまず明らかにする。

不実開示に伴う金融商品取引法上の責任に関する規定は、わが国において開示を義務づけられる会社において提出すべき有価証券届出書、ないし交付すべき目論見書につき不実の記載があつた場合に適用となる。そして、会社機関の責任に関する規定に関しては、「記載が虚偽であり又は欠けていることを知らず、かつ、相当な注意を用いたにもかかわらず知ることができなかつたこと」について、被告側で証明すべきこととされており(金商二一条二項一号・二二条二項)、立証責任が転換されている。このような立証責任の転換規定を置いてまで実現しようとしている立法目的は、一次的には、不実開示に基づいて証券を取得した投資家に生じた損害をより容易に回復することにあるが、このような損害の適切な回復が必要であるのは、それがわが国の金融商品市場の信頼性を高めることにつながると考えているからである。<sup>(65)</sup>これが金融商品取引法の当該規定の趣旨であるとするならば、その投資家の損

害の適切な回復、およびそれを通じた市場の信頼性の確保という目的を確実に実現するため、次のように解釈すべきではないか。それは、わが国の金融商品市場において、不実の開示を行って証券を発行・流通させている会社の機関は、わが国の金融商品市場において、当該証券を取得した投資家に対して、常に当該規定に基づく責任を負う可能性がある、ということである。したがって、先の投資家保護とそれに伴う市場の信頼性確保の目的実現のためには、当該規定をいわゆる「公法」的規定と解し、「法規からのアプローチ」を採るべきである。<sup>(66)</sup>

## 2 実質法の観点からの分析

ここまで行為主体の責任に関する問題のうち、会社に対する責任は契約準拠法、そして第三者に対する責任は不法行為、つまり法定債権の準拠法の規律に服することを前提に議論を行ってきた。以上の準拠法選択の枠組みに従って、日本法が準拠法とされた場合、なおこの実質法の解釈として、国際会社法上生じうる問題を検討するのが最後の課題である。

もつとも、行為主体の責任に関する規定は、行為等に対するその場合とは異なり、ここで特段の検討を要する問題はさほど多くはない。かつての商法においては、単に「会社」と書かれている場合にこれが外国会社も含むのか否かが問題となりえたが、<sup>(67)</sup>会社法上、「会社」の定義には「外国会社」を含まないこととされているから（会二条一号・二号参照）、原則として立法的に解決されている。その結果、先に述べた行為主体の第三者に対する責任の場合、かりに日本法が準拠法として選択されたとしても、会社法四二九条は外国会社に適用にならず、原則として、民法七〇九条の問題として考えることになる。

そのほか、実質法としての会社法の定める要件が、当該会社限りで完結せず、他会社との関係で規定されるといった場合も少ない。たしかに、利益供与が行われた場合において、会社機関が会社に対して負うべき責任について

は、子会社の計算において利益供与をした場合であっても、問題となりうる(会二〇条一項・四項)。しかし、ここでは子会社を通じてであれ、親会社の会社財産が流出することが問題となるのであるから、この子会社には当然のことながら外国子会社も含むものとして解釈しないと、親会社の財産保護は図れない。すでに述べたように、この点については、会社法、および会社法施行規則上、「子会社」には外国会社も含むものとされ(会二条三号、会社法施行規則三条・二条三項二号)、特に解釈上の問題は生じない。

(54) たとえば、神前「早川」元永・前掲注(6)一一四―一二五頁、山田・前掲注(4)二三三頁、藤田・前掲注(9)一二頁、龍田・前掲注(25)二八四頁等参照。

(55) 藤田・前掲注(9)一一頁。藤田は、二つの具体例を挙げている。第一に、この種類の責任について準拠法が異なると、ある株主との関係では責任があり、ある株主との関係では責任がないとされる可能性があるが、そうなると代表訴訟が動かなくなることで、そして第二に、株主によって異なった内容の義務を負わされると身動きが取れなくなる恐れがある、という。もともと、この説明に対しては、本稿の立場からすれば、次のように説明することになる。第一の代表訴訟の問題は、請求権に依存するものと考えて会社従属法に従うことになる。第二の義務の問題は、行為等の内容の問題として、やはり会社従属法に従うことになる。したがって、結論において同じのだが、株主の間での画一的確定という理由は正面から必要となるものではない。

(56) なお、龍田・前掲注(25)二八四頁は、取締役が個人の資格で会社と取引をし、債務不履行があった場合には、取引に適用される法に従って判断されるものとするが、これは妥当であろう。

(57) その限りにおいては、債権者地位や債権者取消の問題について、債権の対外的効力という観点から、準拠法選択の問題として処理する場合と同様である(この点に関しては、溜池・前掲注(4)四〇七頁、神前「早川」元永・前掲注(6)二三〇―二三二頁、山田・前掲注(4)三七五―三七六頁等参照)。

(58) ただし、代表訴訟制度との関係では、国際的な結合企業関係が存在している場合に難しい問題がある。たとえば、日本法を従属法とする子会社の取締役が何らかの義務違反行為をした場合に、デラウェア州法を従属法とする親会社の株主は子会社取締役を代表訴訟で訴えられるだろうか。代表訴訟の問題について、誰が会社の行為主体に対する請求権を行使するかという問題であるという原則からとらえた場合、これは当該請求権と同じ準拠法、つまり子会社従属法によることになる(したがって、わが国の会社法は原則として二段階代表訴訟を認めていないから、原告適格を欠き、訴え却下ということになる)。しかし、これに対しては、株主は会社に代わって会社のいかなる権利をエンフォースで

きるかという観点から代表訴訟制度をとらえることができることも指摘されている。このように問題を把握した場合、親会社の有する代表訴訟提起権も含めて、親会社株主が親会社の権利にアクセスできるか否かの問題となり、アプローチとして、親会社従属法であるデラウェア州法から考えるということもありうる（デラウェア州の会社法は二段階代表訴訟を認めるから、子会社取締役に対して代表訴訟を提起できるとことになる）。以上の議論について検討したものととして、詳しくは藤田・前掲注（50）三六頁参照。

(59) 石黒・前掲注（11）五九九頁以下、藤田・前掲注（9）一一頁以下。

(60) 藤田・前掲注（9）一二頁。

(61) なお、特定の株主が第三者として現れた場合に関しては、石黒・前掲注（11）六〇〇頁にも会社従属法とする議論に対する批判的検討がなされている。ここでは、当該紛争事実関係の重点の所在地次第で、より牽連性の強い法があればそれによるべきだという考え方が示唆されている。

(62) 第三者に対する責任の問題は、行為主体として特定の責任規定が用意されているか否かを問わず、一般不法行為法による対応が可能な問題である。

(63) 西谷祐子「不法行為」ジュリスト一二九二号三八頁（二〇〇五）。

(64) 石黒・前掲注（16）証券研究一〇二巻一二頁。

(65) 平成一六年の旧証券取引法改正においては、発行者の責任を中心に、同法の民事責任規定の見直しが図られた。ここでは、市場の信頼性向上の観点から、違反行為により被害をこうむった投資家が違反行為者に対して損害賠償請求をする手段を拡大しようとしている。この民事責任規定の見直しの趣旨に関しては、田原泰雅「証券取引法等の一部改正の概要」ジュリスト二二八〇号二八頁（二〇〇四）参照。

(66) もっとも、このように解釈をするにしても、わが国の金融商品取引法の規定よりは、原則として日本法を従属法とする会社に適用することを前提としており、外国会社に適用する際には、若干の注意が必要である。たとえば、金融商品取引法二一条一項一号によれば、責任を負うべき主体は「役員（取締役、執行役、監査役又はこれらに準ずる者をいう。〔以下略〕）」とされているが、外国会社の行為主体の責任を考える場合には、ある行為主体が「これらに準ずる者」に当たるか否かを逐一考えていく必要がある。

(67) 藤田・前掲注（9）二二頁。なお、本稿の検討対象である行為主体の第三者に対する責任の問題に関しては、かつての下級審裁判例は、外国法を従属法とする会社に商法二二六条ノ三の規定を適用している（東京地判昭和五七・四・二二判夕四七六号一一八頁）。