HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	アメリカにおける従業員の不法行為と役員の対第三者責任の理論構成
Author(s)	南, 健悟
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 14, 109-139
Issue Date	2007-12-21
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30323
Type	departmental bulletin paper
File Information	14_P109-139.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

アメリカにおける従業員の不法行為と役員の対第三者責任の理論構成

南（みなみ）　健悟（けんご）

目　次

第１章　はじめに …… 111
第１節　問題の所在 …… 111
第２節　日本法における取締役の対第三者責任の議論
—従業員の不法行為との関係を中心に …… 111
第２章　アメリカ法における従業員の不法行為と役員の伝統的な対第三者責任
…… 114
第１節　アメリカ法における役員や取締役の関与と不法行為責任 …… 114
第２節　注意義務（duty of care）の第三者への拡張？ …… 114
第３章　アメリカ法における従業員の不法行為と役員の代位責任 …… 116
第１節　使用者（master/employer）に役員は含まれるか？ …… 116
第２節　不法行為債権者保護と間接有限責任との相克
—代位責任の拡張とその批判 …… 117
第１款　序論 …… 117
第２款　役員に代位責任原理を適用することを肯定する学説
—Glynn教授の見解 …… 118
第３款　役員に代位責任原理を適用することを否定する学説 …… 120
（1）Hansmann and Kraakman教授による否定
—経営者責任による影響からの否定（1） …… 120
（2）Easterbrook and Fischel教授による否定
—経営者責任による影響からの否定（2） …… 120
（3）Booth教授による否定—代位責任原理の根拠からの否定 …… 121
第４款　Glynn教授による適用否定説への反論 …… 123
（1）リスク負担による過剰抑制 …… 123
（2）経営者のリスク回避 …… 124
（3）過剰抑制によるコスト …… 124

(4) 保険がかけられていない事業活動 …… 125
第3節 小括 …… 126
第1款 検討の視点 …… 126
第2款 小規模閉鎖会社の場合 …… 127
第3款 大規模公開会社の場合 …… 128
第4章 日本法への示唆―報償責任により基礎付ける代理監督者責任 …… 129
第5章 結びに代えて …… 131

第１章　はじめに

第１節　問題の所在

会社の従業員が事業の執行につき第三者に対して損害を加えた場合、当該従業員及びその使用者である会社に対して損害賠償責任を追及することが可能である。また、従業員の不法行為によって第三者に対して損害を加えたときに、加害者である従業員だけでなく、使用者である会社も資力不充分であるような場合や当該会社の経営の中核的地位にある者の責任を明確にする場合に[*1]、当該会社の代表取締役等の責任も追及することもある。本論文は、第一に、そもそも従業員の不法行為について代表取締役（役員）が責任を負うべきであるのかという点、もし負うとすれば、どの法条によって負わされるのかという点を解明するための一助として、アメリカ法における議論を参照することとしたい。この事象について、民法では代理監督者責任（民法715条２項）の問題として、他方、商法では法定責任説に与した上で取締役の対第三者責任（会社法429条１項）の問題として論じられることとなるが、この問題については従来統一的に論じられることが少なかったように思われる[*2]。

より具体的にいえば、主としてアメリカにおける役員に対する代位責任原理の適用可能性の議論を参照したいと考えている。使用者責任という局面で見れば、従業員の不法行為によって会社が責任を負いつつ、代表取締役も責任を負うべきか否かという構造となる。使用者責任に問われた会社が合名会社のような会社であるような場合、会社債務について社員が不法行為債権者に対して無限連帯責任を直接負うのであるから、従業員と使用者である会社以外に対して損害賠償責任を追及する必要はない。しかし、別の角度でこの問題を捉えると、被害者である第三者にとって、加害者である従業員及び会社以外に対して責任追及する必要があるのは、株式会社の場合のように社員たる株主が間接有限責任しか負っていないような場合であろう。このように捉えると、従業員の不法行為によって生じた会社の債務―逆に言えば、不法行為の被害者が会社に対して有する不法行為債権と株式会社の間接有限責任制度との間に緊張関係が生まれることになる。

このような問題に対しては、従来、不法行為債権者という非任意債権者[*3]は破産手続において任意債権者より優先的地位に立たせるべきであるとか、予測される不法行為によって発生するコストに見合った最低限の責任保険を会社に強制する制度といった方法の模索[*4]、そして、当該会社だけではなく、それ以外の会社の参加者（株主、取締役、役員その他の関係者[*5]）に責任を課すべきではないかなどと考えられてきた。特に会社の不法行為について（ある種の）株主[*6]に責任を負わせるべきであると論じられてきた[*7]。また、会社の役員すなわち、一定のOfficerに対して代位責任を負わせるべきであるとする見解が主張されるようになった[*8]。そこで、まず本稿では従来アメリカ法の枠組みで言われている上級者責任としての代位責任―使用者責任―について論じた上で、その場合に使用者に会社の役員や取締役が含まれるかという問題を論じる。そして、その上で近時主張されるようになった最高位役員に対して会社の不法行為債務を代位して責任を負わせるべきであるとするGlynn教授の見解を紹介しつつ、経営者である役員に対して代位責任を負わせるべきではないと考えてきた従来のアメリカでの議論を参照しつつ、日本法に対する示唆を得たい。

第２節　日本法における取締役の対第三者責任の議論―従業員の不法行為との関係を中心に

本論文で扱う従業員の不法行為について取締役が被害者である第三者に対して責任を負うとする構成は、商法学説の中では平成17年改正前商法（以下「旧商法」という）266条ノ３第１項の取締役の対第三者責任の問題として論じられてきた。そこで、アメリカ法における議論を参照する前に、会社法429条１項の取締役の対第三者責任の議論を従業員の不法行為との関係で概観する。

まず、従業員との不法行為との関係で取締役の対第三者責任を考えるには、注意しておくべき点

がある。すなわち、いわゆる直接損害の事例と間接損害の事例とを区別しなければならないということである。本稿で念頭に置くのは、専ら従業員の不法行為によって直接に損害を被った被害者が取締役に対して監督義務違反を理由に会社法429条１項に基づき損害賠償請求をするという事例である（いわゆる直接損害類型[*9]）。

旧商法266条ノ３第１項（会社法429条１項）の趣旨等について、裁判例や学説はどのように解してきたのか、ということを整理したい。まず、最高裁判例は著名な最大判昭和44年11月26日[*10]で、本条の趣旨等について以下のように述べる。すなわち、「法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務〔善管注意義務・忠実義務―筆者註〕に違反し、これによって第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれを被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである。」と判示している。これに対して、学説には、本条の趣旨及び旧商法266条ノ３第１項における「損害」の意義について、前記最高裁判例の立場を支持する（ⅰ）法定責任説・両損害包含説[*11]や法定責任説を修正する（ⅱ－１）間接損害限定説[*12]・（ⅱ－２）両損害包含説[*13]、本条を不法行為の特則であると捉える（ⅲ）不法行為特則説[*14]、そして、本条を特殊な不法行為責任であると捉えた上で損害の範囲を考える（ⅳ－１）両損害包含説[*15]・（ⅳ－２）間接損害限定説[*16]がある。なお、（ⅰ）法定責任説・両損害包含説が通説的見解である。

ところで、多くの学説が（ⅰ）法定責任説・両損害包含説を採用する根拠は何か。一つは損害の範囲を区別する必要がない点であろう[*17]。そもそも直接損害・間接損害という区別はかなり曖昧である。そこで、両損害包含説であればそのような曖昧な概念を区別して論じる必要はない。また、二つ目の根拠として、直接損害の事例の際に、取締役の行為が民法709条の不法行為責任の要件を満たさなかった場合でも、本条による責任追及の方法が残される点であろう。本論文での考察対象である、従業員の不法行為によって第三者が損害を被った場合、その監督義務違反を追及する場合、民法709条や同715条２項によると、その要件を満たさない可能性も高く、その責任を拡大したものと捉えることも可能となる[*18]。この場合には、本条は民法715条の基礎にある思想、すなわち他人の不法行為について監督を怠った者の損害賠償責任が妥当する範囲を拡張する機能を果たすことになり[*19]、従来からこのような拡張機能は会社法学説においては好意的に評価されてきた[*20]。

以上のように、判例及び通説的見解である（ⅰ）法定責任説・両損害包含説に立脚するならば、従業員の不法行為によって第三者に対して損害を生じさせた事案については、取締役には悪意または重過失により会社に対する監視監督義務違反（任務懈怠）があり、それによって第三者に対して損害を生じさせたという因果関係が認められれば、会社法429条１項を根拠に責任が肯定されることになる。

しかしながら、会社法429条１項はそのような場合についてまで取締役に責任を負わせることを予定している条文であるのか、疑問が生じる。なぜならば、法定責任説・両損害包含説の利点である両損害を区別する必要はない、という考え方は新しい会社法においてはとることができないからである[*21]。また、取締役という地位にあることだけで一般不法行為責任以上の責任を負わせる必要があるのかが不明であるし、会社に対する任務懈怠の概念も不明確なまま取締役に責任を負わせることが妥当であるとは思えない。

そのことを考える上で、示唆的であると思われるのは「取締役の対第三者責任の規定は、会社法人格否認の法理の代替手段」であると考えられていることである[*22]。つまり、旧商法266条ノ３は主に小規模閉鎖会社の事例において適用されてきたが、それは会社の債権者が自らの債権を満足させ

るために、債務者である会社の取締役に対して責任を追及してきたからである。この機能から推測するに、株式会社の株主の責任が間接有限責任であることから生じるリスクを、取締役に移転するために取締役の対第三者責任の規定が存在すると思われる。結局、株式会社において株主は対外的には無責任であり、会社債権者に対する責任財産は会社財産に限られる上、その会社財産が専ら取締役の管理に委ねられ、その会社財産の維持・確保の有無は取締役が適正に職務を遂行するか否かにかかっているにもかかわらず、債権者としては原則としていかなる対処もできない。そこで、自らの失当行為によって会社財産の減少・欠缺をもたらした取締役に一般原則では認められない特別の責任を負わせて、債権者保護を図ろうとしていると解される[*23]。したがって、本条の射程を株主の間接有限責任との関係で考えるべきであると思われるが、しかし、これだけでは直接損害を除外することにはならない。会社の不法行為によって生じた債権を会社の財産だけでは満足させ得ない場合という点では同様であり、株主の間接有限責任の観点からだけでは本条の射程を狭く解する理由にはならない。やはり、ここで重視されるべきは「職務を行うことについて」の意味、すなわち取締役の会社に対する任務懈怠をどのように捉えるべきかであろう。

法定責任説・両損害包含説に立脚した場合、直接損害の事例における取締役の任務懈怠はどのように捉えられているのか、ということを見ると、一つは会社の社会的信用を傷つける点に責任を見いだす見解[*24]、二つ目は、会社の状況及び業務執行の帰結を把握すべく務める義務違反に責任を見いだす見解[*25]、三つ目は、会社債権者保護のため人的責任を課す立法政策に合理性があり、本条にいう任務懈怠とはこのような取締役の責任を認めるための借用概念であるとする見解[*26]、四つ目として倒産の危険を顧みず経営の悪化した会社の営業を継続し、あるいは倒産処理の開始を遅らせるなど、会社債権者の損害拡大を阻止するため取締役には再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務が善管注意義務として課されており、その任務懈怠が問題となるとする見解[*27]がある。しかし、いずれも会社に損害が生じていないという点で、そもそも任務懈怠といえるのだろうか。もし、会社の利益や損害予防を離れて抽象的に不正行為を論ずると、任務懈怠の射程距離を定める基準を見失い、それが際限なく膨張するおそれがある[*28]。

したがって、少なくとも会社法429条１項の損害は間接損害に限定されるべきである。しかし、次に問題となるのは、従業員の不法行為について取締役が本条により第三者に対して責任を負わせられるのは間接損害限定説でも可能であるとする立場もあることである（iv－２）。この立場は、あくまで任務懈怠は会社に対するものであって、第三者の取締役に対する損害賠償請求権が発生するためには、取締役があ会社に対し損害賠償義務を負担することを要件とする[*29]。しかし、（ii－１）法定責任説修正・間接損害限定説と異なり、間接損害の範囲を広げて、他の取締役や会社の従業員の第三者に対する直接損害について、抽象的には会社も損害を被っており、その場合には監視監督義務違反をした取締役も第三者に対して損害賠償責任を負うとする。これは会計学上の発生主義を根拠とする。確かに、この立場は第三者保護という点では（ii－１）法定責任説修正・間接損害限定説よりも資するし、（ii－１）説では本条の適用範囲が狭くなり、その存在意義が必要以上に減殺されるとする批判[*30]を回避することも可能である。しかしながら、現実に第三者に対して賠償金を支払っていないのにもかかわらず、会社に対して取締役が損害賠償義務を負うのだろうか。これに対しては、会社が第三者に賠償すれば会社に対し求償義務を負う、という条件付の損害賠償義務を負っていると解してその問題を回避している[*31]。だが、このように本条の責任を広げる根拠は不明確である。そこで単純に第三者保護という名目で取締役の責任を拡張することは望ましいのかを検討し、たとえ望ましいとしてもその法的根拠を何に求めるのか、ということを考えなければならない。会計学上の発生主義を根拠とする点について、確

かに、従業員が事業の執行について不法行為をした場合、民法715条１項により会社は使用者責任を負う可能性はある。しかし、あくまでそれは法的抽象的債務であって、会計上は注記の対象となるに過ぎない（会社計算規則134条５号）。つまり、会社の損害賠償債務は偶発債務で、かつ実際にその債務が発生するか否かは確定判決が出るまではわからないのである。

したがって、間接有限責任制度との関係及び会社に対する任務懈怠の解釈という観点からは、債権者代位権の特則と捉える（ii－１）法定責任説修正・間接損害限定説が最も説得的である。

もちろん、このような結論に対しては、本条の機能を制限することになり、従業員の不法行為を防止しうる代表取締役等に、その義務違反を理由に、損害を被った第三者に対して責任を負わせるべきであるとする反論もあろう。しかしながら、従業員の不法行為について会社という法人が責任を負うのは報償責任等という観点から正当化されうるし、民法715条２項によって、これを防止しうる立場にいる代表取締役等に責任を負わせることも可能である。結局、問題は取締役の責任一般ではなく、株式会社法上、株主、債権者を保護すべきかということであり、これらの保護の体系上取締役に対する責任の最後の砦として損害賠償請求権を合理的に位置づけることである。それゆえ、漠然たる要件をもって広く損害賠償請求権を認めることは必ずしも合理的であるとはいえないだろう[*32]。したがって、会社法429条１項にもとづき考えうる役員の責任は、既に生じていた不法行為債権者との関係でのみ問題となるのである[*33]。

以上述べた理由により、本論文の考察対象である「従業員の不法行為によって第三者に対して損害を生じさせた場合、取締役がその損害を賠償すべきか」を考える上で、アメリカ法を参照するが、日本法における枠組みでは会社法429条１項はその対象外となることを前提とする。

第２章　アメリカ法における従業員の不法行為と役員の伝統的な対第三者責任

第１節　アメリカ法における役員や取締役の関与と不法行為責任

伝統的なアメリカ会社法においては、判例・学説上、会社の取締役や役員は、会社の従業員の不法行為に対して何らかの関与、例えば、取締役や役員が従業員の不法行為に参加したとか、教唆・指示したなどの行為がなければ、単にその地位にあることだけを理由に当該会社の従業員の不法行為について第三者に対して責任を負うことはないとされる[*34]。つまり、当該取締役や役員にその会社の従業員の不法行為について責任を負わせるためには、原告（被害者側）は責任を追及する取締役や役員が何らかの関与をしたと主張、立証しなければならないとされている[*35]。

しかし、伝統的な会社法・不法行為法においても、取締役や役員が従業員の不法行為について関与していない場合であっても、会社の設備・従業員の行為にある危険性の存在を知っていた場合に、その危険性を除去しなかった場合には責任を負うとする判例がある[*36]。

第２節　注意義務（duty of care）の第三者への拡張？

次に、伝統的な会社法において、取締役や役員が従業員の不法行為に関与していなかった場合に、損害を被った第三者に対して責任を負うかどうかという点について議論がある。取締役や役員は、「会社」に対して信認義務（fiduciary duty）を負い、そこから会社業務の遂行における注意義務、会社に忠誠を尽くす義務（及びそこから派生する会社に帰属する事業機会の奪取の禁止）の両義務をコモン･ロー上課せられてきた[*37]。この注意義務について、取締役に関して改正模範事業会社法§8.30条（a）は「取締役会の各構成員は、その義務を果たすに当たり、(1) 誠実に、かつ、(2) 取締役が会社の最善の利益に合致すると合理的に信じる方法によって、行動しなければならない。」[*38]

とし、役員についても同§8.41条（a）において、「役員は、その地位において職務を遂行するに当たり、（1）誠実に、（2）同様の地位にある者が類似の状況の下で合理的に尽くすであろう注意をもって、かつ、（3）役員が会社の最善の利益に合致すると合理的に信じる方法によって、行動する義務を負う。」と定める。また、ALI（The American Law Institute、以下「ALI」という。）によるコーポレート・ガバナンス原理§4.01条（a）で「取締役又は役員は、会社に対し、誠実に、会社の最善の利益に合致すると合理的に信ずる方法で、かつ、通常の慎重な者が同様の地位において類似の状況の下で尽くすことが合理的に期待される注意をもって、その職務を遂行する義務を負う。（a）項の適用がある場合、（c）項（経営判断の原則）の規定を前提とする。」[*39]とし、その（1）に「（a）項の義務には、諸般の状況から合理的な取締役又は役員が必要と認める場合、かつその場合にかぎり、調査をなし又はなさしむる義務を含む。調査は、当該取締役又は役員が必要と合理的に信ずる程度において行われるものである。」と規定する。取締役はその職務において、業務執行が適切に行われているかどうかを評価するために、会社の事業活動を監視・監督しなければならず（監視義務）、モニタリングシステムもしくは他の方法を通じて得られた懸念材料となる情報に適切に対処しなければならない（調査義務）し、また、役員についてもこれらに対応する義務を負うとされる[*40]。そして、前述した取締役と役員の注意義務は、この監視・調査義務を履行する上での行為基準となるのである。

しかし、ここで注意すべきなのは、監視監督義務は「会社」に対して負うものであって、会社外の「第三者」に対して負うものではないという点である[*41]。このことは、前述のコーポレート・ガバナンス原理§4.01条の公式コメントｆでも触れられている。すなわち、「§4.01条に定められている注意義務の基準は、直接に会社に対して負っている義務に関するものである。§4.01条は取締役又は役員に対して第三者（例えば、不法行為による損害賠償の請求権者又は政府機関）に新たな権利を付与することを意図されたものではないと強調されるべきである。第4章で規定されている基準は、取締役、役員、株主、そしてその会社間の関係についてのみ適用されるのである。」[*42]とする。

ところが、以上のように、あくまで取締役や役員の注意義務は「会社」に対するものであると確認されているにもかかわらず、裁判例や現行法においては、その注意義務の基準が、会社以外の第三者の利益に対しても適用されると考えているものもあると指摘する見解もある[*43]。この点について、興味深いのが、Francis v. United Jersey Bank事件（432 A.2d 814 （1981））である。

本件は、再保険事業及び再保険ブローカーを行っていた会社（Pritchard & Baird Intermediaries Corp.、以下Pritchard社という）の亡き創業者の息子らが、無担保貸付け等という形で、多額の資金（Prithard社の資金及び他の保険会社から受け取っていた保険料等）を会社から横領したことについて、Pritchard社の破産管財人が、保険料等をPritchard社に支払っていた他の保険会社と共に、亡き創業者の配偶者であった取締役（Pritchard夫人）（―訴訟提起時には既に死亡）の相続財産に対して、Prithard夫人の監視義務違反を理由に損害賠償を請求した事案である。Prithard夫人は高齢であり、かつ事業内容や会社の計算書類の内容等についてほとんど知らなかったため、他の取締役による横領を知らなかったと認定されている。しかし、ニュージャージー州最高裁判所は、以下のように判示して、Prithard夫人の監視義務違反を肯定した。

「一般的に、取締役とその会社や株主との関係は信認関係にある。･･･取締役は一般的に支払不能であると認識されていない場合には、取締役は債権者に対して信認義務を負わない。しかしながら、ある特定の会社においては、たとえ会社が支払可能な状況にあったとしても、取締役は債権者やその他の第三者に対して義務を負うものと思われる。会社が信託で他人の財産を保有している場合、金

融機関でない会社の取締役は同様の義務を負う。･･･他の州の裁判所は、たとえ取締役が横領行為を知らなかったり、参加していなかった場合でさえ、金融機関ではない会社の取締役に対して、信託財産の横領について責任を課してきた。･･･したがって、会社に財産を信託している者に対する取締役の義務を肯定することは、取締役の義務が当該状況の下で通常の分別ある者のそれと同じであるとする一般的ルールの適用として見られるだろう。･･･再保険ブローカーとして、Pritchard & Bairdは逐次、財産分離義務を有しながら、顧客の多額の財産を受託していた。･･･それゆえに、Pritchard夫人のPritchard & Bairdの顧客との関係は、銀行取締役の預金者に対する義務と類似している。･･･その信託関係は、信義誠実に当該財産を保護する信認義務を生じさせる。実質的な再保険事業会社の取締役として、彼女〔Pritchard夫人―筆者註〕は、定期的に再保険会社に託した保険料財産と多額の損失を知るべきであった。」として、ニュージャージー州最高裁は横領に関与していなかった取締役であっても、監視義務を負っていたとし、Prithard夫人の会社および第三者（保険料等をPritchard社に支払っていた他の保険会社）に対する責任を肯定した。

この事件は、取締役の他の取締役に対する監視義務違反によって、第三者（本件ではPritchard社に保険料等を支払っていた他の保険会社）に損害を生じさせた場合には、当該取締役は第三者に対して損害を賠償する責任を負う可能性を示唆した。しかし、本判決に対しては、取締役の責任が認められたのは、一時的に金銭を預かっていた会社が、保険会社に対して受託者としての特別の義務を負っていたことによると解すべきであると主張するものもある[*44]。それに対して、近時、本判決を引用しつつ、保護されるべき当事者が政府、消費者もしくは不法行為の被害者である場合に、より強い監督義務を、少なくとも不法行為等のコンテキストにおいて提示しているのではないかとする見方もある[*45]。

本判決の考え方は、取締役の会社に対する注意義務が第三者に対しても拡張されたものではあるが、しかし、それは本判決で問題となった会社の事業内容から金融機関の取締役と類似の義務を負うとしたのであって、一般的に第三者に対して注意義務を拡張するというよりは、かなり例外的なケースと考えられるであろう[*46]。

以上のように、現段階においても一般的に従業員の不法行為について何ら関与していない取締役や役員はその不法行為によって損害を被った第三者に対して責任を負わないとするのが一般的見解であるが、他方で、従業員の不法行為を含む会社の不法行為について会社以外の会社参加者が責任を負うべきであるとする見解がある。特に、従来は株主に責任を負わすべきであるとする見解が有力に唱えられてきた。

第３章　アメリカ法における従業員の不法行為と役員の代位責任

第１節　使用者（master/employer）に役員は含まれるか？

代位責任（vicarious liability）とは、自らに義務違反がないにもかかわらず、他の人の不法行為責任を代わって負うという意味である[*47]。そして、特に代理人たる被用者（従業員）（servant/employee）が物理的行為によって、第三者の身体や財産に対し損害を生じさせた場合、たとえ本人たる使用者（master/employer）に何ら過失がなくとも、代理人（被用者）の不法行為責任が本人（使用者）に帰属するとされ[*48]、これを使用者責任（respondeat superior）と呼ぶ。これは、日本における民法上の使用者責任（民法715条）とほぼ同じ内容であるが、日本と異なり、アメリカではたとえ本人に過失がなかったとしても、その代理人（被用者）が雇用の範囲内で行った行為であれば責任を負うとする無過失責任である[*49]。ALIの代理法リステイトメント（第３次）7.07条（1）は「使用者（employer）はその被用者（employee）が雇用の範囲内で行ったその不法行為について代位責任を負う」と定める[*50]。では、そもそもここ

にいう「使用者（employer）」とは、誰を指すのか。

この点につき、Meyer v. Holley事件（537 U.S. 280（2003））が明示的に判示している。

本件は、原告Ｘ１、Ｘ２は人種の異なるカップルであったが、Twenty-Nine Palmsで家を買おうとしていた。他方、被告Ｙ１（Tried Inc.,）は不動産会社であり、売却不動産リストを有していたが、そのセールスマンである被告Ｙ２は、Ｘらの人種を理由に不動産を売却しなかった。Ｘらは連邦裁判所に損害賠償請求訴訟を提起したが、その後、Ｘらは被告Ｙ３（Ｙ１の社長であり、唯一の株主）に対しても分離して訴訟を提起し、Ｙ３は被告Ｙ２の不法な行為に対して代位責任を負う地位にあると主張した、という事案である。連邦最高裁判所は以下のように判示した。

「伝統的な代位責任のルールは通常、その代理人または従業員の権限内もしくは雇用の範囲内で、彼らの行為について本人または使用者が代位責任を負うとする。」「そして、特段の事情がない限り、本人または使用者とは会社を指すのであって、その会社のオーナーや役員を指すものではない。そして、会社が、その従業員または代理人によってなされた不法行為の代位責任を負うのである。代理法リステイトメント（第２次）§１は以下のように定義づけている。すなわち、正当な本人－代理人関係は、コントロール（もしくは、指揮・監督権）だけではなく、一方から他方の者による本人の代理として行動するという同意の明示を要求し、･･･他方の者によってそのように行動するという明確な同意を要求している。会社従業員は一般的には、会社の代理として行動するのであって、そのオーナーや役員の代理として行動しているのではない」として、原告の請求を棄却した。ここでの「使用者」とは「会社」、本件ではTried Inc.,であってその役員（社長）ではないとしているのである。

以上のような判例や学説においては、取締役や役員は、特定の行為をするように命令したり、参加したり、協同したりしていない限り、不法行為をした会社の他の代理人、役員もしくは従業員の行為について第三者に対して個人的に損害賠償責任を負わないと解されており[*51]、従業員の不法行為について代位責任を負わされることはないとする。

そして、学説は一般的に会社と取締役との関係については以下のように解している。すなわち、会社の取締役は、株主によって選解任されるが、彼らは株主にコントロールされているわけでもない。会社の取締役は、支配監督関係という点に着目すると、会社の代理人というよりもむしろ、本人に類似している。しかし、だからといって本人でもない特殊な立場である[*52]。なぜならば、会社財産を所有しているのは、取締役ではなく会社であるからである[*53]。したがって、取締役は会社の代理人である可能性は残されるものの[*54]、会社の取締役は使用者には当たらないと解されることには異論がない。他方、一般に役員（officers）は会社の代理人と解されている[*55]。したがって、会社の取締役及び役員は、使用者となり得ず、それによって同時に自らが所属する会社の従業員の不法行為について使用者責任を負うことはないとされる。

しかし、一部の学説においては役員に対して、従業員の不法行為を教唆または関与していない場合についても、その従業員ひいては会社の不法行為につき代位責任を負わせるべきであるとするものが現れてきている。そこで、次節では役員が従業員の不法行為に関与していなかった場合についても、代位責任を負わせるべきか否かを検討していきたい。

第２節　不法行為債権者保護と間接有限責任との相克[*56]―代位責任の拡張とその批判

第１款　序論

前節において見たように、伝統的な使用者責任の法理からすれば、取締役や役員である経営者は会社従業員の使用者には当たらないとされるから、従業員の不法行為につき代位責任を負わされることはない。また、前述したように、取締役や役員

は、従業員などの代理人の不法行為に関与していなければ、これについて第三者に対して損害賠償責任を負うことはない、とするのが伝統的な会社法や不法行為法の考え方であり、取締役や役員に対して損害賠償責任を追及するためには、当該取締役や役員が直接その不法行為に関与したという証明が必要である[*57]。

ここで一つの事例を仮定する。従業員が業務中に何らかの不法行為をして第三者に対して損害を与えたとして、その第三者である不法行為債権者は不法行為をした従業員及びその従業員を雇っている会社について使用者責任を追及しようとする。ところが、従業員本人だけでなくその会社も資力不充分だったような場合には伝統的理論によっては救済が困難である。では、不法行為債権者が救済されるにはどのような手段があり得るだろうか。

そこで、ここからは別のアプローチから役員の責任を考えてみたい。すなわち、不法行為債権者保護と間接有限責任制度との関係の観点からの役員の責任である。株式会社の出資者である株主は当然、間接有限責任を負うに過ぎない。したがって、株主は、会社に対し株式の引受価額を限度とする出資義務を超えて、会社の債務について責任を負うことはない。その会社の債務は契約によって生じた債務のほか、従業員による不法行為債務を含む。アメリカでは、会社債権者は有限責任から生ずる危険に対して自衛すべきであるという思想があるとされ[*58]、任意債権者の場合、株主有限責任制度による株主のモラルハザードはその債権から生じる利息により、または債権者が取引する会社の取締役や役員、そして株主と債務保証契約を締結することによって、対処することが一応可能であると考えられている[*59]。ところが、会社の不法行為債権者のような非任意債権者の場合、事前に会社と関係を有することなしに、突然会社の債権者となるのである。このような会社の不法行為債権者は、任意債権者とは違い、事前に会社と交渉・約定することができず、損失の危険を織り込んだ契約条件を設定することもできない。そして、株主有限責任原則による不法行為債権者への危険の転嫁を正当化することも難しい[*60]。なぜならば、もしそれを正当化すると不法行為による被害者の救済が不十分になり、損害賠償責任が有する不法行為の抑止機能が損なわれるからである[*61]。そのことから一般的に非任意債権者は任意債権者以上に特別の保護が与えられる必要があるのではないか[*62]、という問題が生じた。

そこで、以下では、特に従業員ひいては会社の不法行為について、役員にその責任を負わせるべきであるか否かを論じる。そこでまず、役員に対して会社の不法行為責任を代位して負わせるべきであるとするGlynn教授の見解をまずを紹介する。そして、それに続いて、Glynn教授以前において主張されてきた経営者に代位責任を課すことを否定する学説を紹介し、経営者特に役員に対して責任を負わせるべきなのか、という点について、代位責任原理適用によって生じる問題点と代位責任原理の根拠の観点から考える。

ところで、本節においては、経営者（manager）、役員（officer）、取締役（director）という用語を用いるが、経営者には取締役及び役員を含む意味で使用する。そのため、経営者責任という場合には、取締役及び役員に対して責任を課すことを意味する。

第２款　役員に代位責任原理を適用することを肯定する学説―Glynn教授の見解

Glynn教授は、最高位役員（Highest-ranking Officer）は企業活動によって生じた不法行為などについて会社に代位して責任を負うべきであるとする[*63]。なぜなら、最高位役員は企業の日常の業務執行をしており、そもそも役員自体が企業参加者の中で最も効率的にリスク発生のコストを減らし、監視することができる人物だからである[*64]。すなわち、最高位役員は他の会社参加者（株主や取締役など）よりも効果的に、企業活動を監視し、リスクをコントロールすることができる[*65]。なぜならば、最高位役員は直接的に企業内の様々な情報を得ることができ、また日常業務の最終的な責任を有している人物であるからである[*66]。ただし、

ここで最高位役員と限定を付したのは、経営監督をしていた会社の一部の役員に限定するためであり、それは最終的な監督権限を行使しない下位の役員にまで責任を負わせることはできないからである[*67]。しかし、当該役員が特定の事業について最終的な監督権限を有していたような場合には、その役員の担当していた事業の範囲内で生じた責任について負わされることは排除されない。例えば、最高財務責任者（CFO）であれば、その財務担当の従業員が、その会社の財務報告書などに虚偽記載をしたような場合には、代位責任を課されることはあり得る。なお、複数の役員が代位責任を課される場合には、その責任は各自連帯して負うことになる[*68]。

また、最高位役員に代位責任を課す理由として、彼らは会社の利潤を最大化しようとする人物である上、将来的に生じる可能性がある会社の不法行為による損失（損害賠償請求等）をカバーする保険を購入することができ、また、当該会社の資本が維持されているかどうかなど、適切な資本について計算することができる立場にあるからとする[*69]。そして、最高位役員は会社内の（不法行為発生可能性）リスクを監視し、そのリスクを回避することのできる立場にあり、役員はそのリスクが過大になりそうな場合には顧客、株主のほか保険者など全体に分散させることができる立場にいることを理由とする[*70]。

ところで、Glynn教授は最高位役員について代位責任を肯定するが、取締役に対しても代位責任を負わせられるのではないか、とする疑問も生じる。その点につき、Glynn教授は以下のように説明する。すなわち、取締役は役員が有している様々な情報を取得することも困難であり、更に、取締役が役員を、その指揮に従わせることになると、その段階で取締役にエージェンシー･コストが生じる[*71]。その観点から取締役に従業員（会社）の不法行為について代位して責任を負わせることは、情報取得のコストの点、エージェンシー･コストが生じる点で、責任を負わせる主体として、役員よりも劣るとする。

また、最高位役員に会社の不法行為について代位責任を負わせることになれば、もし、その不法行為をした会社における資本が、不法行為による損害賠償債権に充当するには不充分であるような場合であっても、責任を回避できない自然人がどのような会社形態にも存在することになるので[*72]、不法行為の被害者の救済に資する。むろん、それに対しては、法人としての会社にその不法行為によって債務が生じたとしても、会社は保険をかけることができるので、特にそのような問題を考えなくてもよいのではないかという批判もありうる[*73]。しかし、Glynn教授は保険でカバーすることができないほど多額の損害が生じた場合には、保険ではリスクを会社に内在化することができなくなると反論する[*74]。そして、たとえそのような場合であっても、会社の不法行為について最高位役員が代位責任を負うことにより、不法行為債権者である被害者へのリスク移転を減らすことができるとする[*75]。

このようなGlynn教授の見解は、会社の不法行為債務を不法行為の主体たる会社以外に負わせようとする議論の流れの一つとして捉えることができると考えられる。しかし、従来の見解には有限責任制度を利用している株主に責任を負わせる見解、すなわち株主無限責任を追及する見解が多かった[*76]。これに対して、Glynn教授は、株主にその不法行為債務を負わせるのではなく、役員（特に最高位役員）に負わせるべきであると主張する。それにより、株主の有限責任によって生じる有益な効果[*77]を残しつつ、社会的コストを減少させることが可能であるとする[*78]。そして、同時に会社の不法行為について株主無限責任を認める見解よりも、より現実的であると主張する[*79]。確かに、代位責任を課したものではないが、従来の裁判例においても役員に対して会社従業員の不法行為責任を負わせる場合もありうるとしたものもある[*80]ことからすれば、株主の無限責任を追及する見解よりは現実的であると考えられる。

また、最高位役員に会社の不法行為責任を負わせようとするのは、いわゆるエンロン・ワールド

コム事件後に制定されたSarbanes-Oxley法（以下、「SOX法」という）[*81]の規定とも整合的であると主張する[*82]。確かに、SOX法において、企業内における不正・違法行為について役員が民事責任及び刑事責任を課されている流れからすれば、会社やその従業員の不法行為について役員に民事責任を負わせることは自然なこととも思われる。

以上のように、いくつかの理由により、Glynn教授は会社の不法行為についてその会社の最高位役員に代位責任を負わせるべきであると主張するが、従来から、経営者に代位責任を負わせるべきではないとする見解が有力に唱えられてきた。そこで次款では、経営者に会社の不法行為責任を代位して負わせるべきではないとする従来の見解を紹介し、それに対するGlynn教授の反論を紹介する。

第３款　役員に代位責任原理を適用することを否定する学説

（1）Hansmann and Kraakman教授による否定―経営者責任による影響からの否定（1）

会社の不法行為について経営者に責任を負わせるべきか、という問題に関して、Glynn教授以前の学説は基本的に経営者に会社の不法行為責任を代位して負わせることを否定してきた。ここでは、まず、Hansmann教授とKraakman教授による有力な批判を取り上げる。

教授らは、会社の不法行為について株主がその持分割合に応じて責任を負うべきであるとしつつ[*83]、役員[*84]などに対する代位責任を否定するする見解を提唱する。会社が保険をかけていない場合に、役員に対して会社の不法行為責任を負わせると、役員はリスク回避的な経営を行うことになってしまい、また、役員は会社内にいる人物に対して相当な監視・監督をすることとなり、会社内の人物が不法行為をしないようにするための安全措置に過剰な投資を強いられると指摘する[*85]。そして、役員に責任を負わせることは、責任を負わせられる役員に、その地位を放棄するインセンティブを与えてしまう。要するに、経営者のなり手がいなくなってしまうおそれがあるのである[*86]。加えて、潜在的な不法行為債務が役員の財産に比べて、かなり大きい場合、役員らは高い報酬を得るために、進んで過度のリスク・テイクをすると主張する[*87]。すなわち、役員らが将来予想される不法行為債務に備えるために、ギャンブル的な事業を行うことにより会社から高額な報酬を得ようとするおそれがある、というのである。

（2）Easterbrook and Fischel教授による否定―経営者責任による影響からの否定（2）

次に、Easterbrook教授とFischel教授の見解を取り上げる。教授らは、株主有限責任によるモラル・ハザードを減少させる手段として、最低資本金制度及び強制保険制度に並んで経営者責任を検討している。教授らは経営者に会社の代わりに不法行為責任を負わせるにはいくつか問題があるとする。すなわち、経営者に責任を負わせると、会社が経営者のリスク負担のための支出をする点に問題があると指摘する[*88]。経営者はその人的資本を分散して投資することができないので、経営者は非効率なリスク負担者である[*89]。したがって、会社は経営者に保険等を提供することによって経営者の責任を軽減するインセンティブを有するようになるとする[*90]。

ただし、このようにリスクを経営者に移転させることは経営者責任の目的を覆すものではない。会社とともに経営者に責任を負わせると、経営者は不完全なリスク移転に伴うコストを負担することになるから、会社の資本や保険を監視するインセンティブを有するようになるとする[*91]。したがって、経営者責任の下で経営者の価値最大化戦略は会社の資本を増やしたり、保険をかけたりすることによって経営者が自己防衛することになる[*92]。そして、いずれの場合においても過度にリスキーな事業をするインセンティブを減少することになる[*93]として一定の評価をする。

しかし、経営者責任に伴う問題として、経営者から経営者以外の者へのリスク移転が完全に働かないということを挙げる。例えば、大きいが発生

が予見できない不法行為責任を負わされる経営者はこのリスクの全てを保険者に移転することはできない[*94]。つまり、その責任額が大きく、監視するのも困難であることから、保険者はかなりの確率で発生すると予想される責任を引き受けようとはしないからである[*95]。結局、経営者のリスクが完全に移転しない限り、経営者責任という法的ルールはリスクを負担することによって不利になるグループにリスクを負わせることになるのである。そして、この資源配分上の非効率性は、経営者に対して支払われる報酬を増大させ、かつリスキーな事業からの撤退をもたらすことになる[*96]。経営者責任がない場合において、リスキーな事業から撤退することにより生じる社会的コストが、過度にリスキーな事業により発生する社会的コストを上回らないという保証はないとする[*97]。したがって、経営者に対して責任を負わせることに一定の理解を示しつつも、経営者がリスク回避的な経営を行うおそれがあるという点では、Hansmann and Kraakman教授による批判と一致する。

(3) Booth教授による否定―代位責任原理の根拠からの否定

次に、Booth教授の見解が挙げられるだろう。Booth教授は、まず代位責任原理の根拠について検討をし、その検討から代位責任原理を拡張して、取締役や役員に対して従業員の不法行為について責任を代位して負わせられるのか、を検討している。ここで、Booth教授は代位責任原理を取締役や役員にまで拡張することを否定する[*98]。

Booth教授は、代位責任原理について、資源配分上の効率性の観点からその根拠や限界を検討したSykes教授の見解に依拠する。

そこで、まずSykes教授の見解を見る前に、代位責任原理の根拠について、ここでまとめておきたい。使用者に対して代位責任を課すその根拠として①企業責任、②リスクの回避、③リスクの分散、④deep pocket（資金力）理論等が挙げられる[*99]。まず①企業責任については、いわゆる報償責任とも言われ、代理人を使用して利益を享受している者はそれに伴うリスクも負担すべきであるとする考え方である。次に、②リスクの回避であるが、これは使用者が被用者の物理的行動について支配監督する権利を有していることから、使用者は、被用者が不適切な行動をしないよう阻止するのに適切な地位にあるとして、代位責任によって、使用者に対してリスクを回避するように支配監督する地位を利用する強いインセンティブを与えるべきであるとするものである[*100]。③として、リスクの分散が挙げられる。使用者は企業に内在するリスクに前もって対処することができ、また、（企業）保険をかけることによってそのリスクを分散することもでき、そして、その財やサービスの価格に保険をかけるコストを考慮することができる立場にあること、加えて、それによって財やサービスから得られる利益全体でリスクを分散することができるということから、代位責任を正当化できるとする。そして、④deep pocket理論が挙げられる。これは、被用者の圧倒的大多数はその使用者よりも少ない財産しか保有していないため、経済的な現実性等からして、資金力を有する無過失の人（法人）に対して代位責任を負わせることが実務上重要であると説明される[*101]。また、それらの根拠の他に、被用者は財力的に自分が生じさせた損害を支払うことができないため、彼らの行為は不法行為訴訟もしくは不法行為訴訟の脅威によって抑止されにくい。そのため、最適な抑止をするためには、被用者らが不法行為をしないように適切な支配・監督をすることで責任を回避しようとさせるように使用者に責任を課すべきであるとする[*102]。

以上の根拠に加え、Sykes教授は代位責任原理について経済分析を試み、その適用により効率的な資源配分がもっとも促進される場合を検討する[*103]。Sykes教授は典型的な本人とエージェントとの関係を仮定する。そして、その場合、エージェントは限定された資産しか有しない個人であるためにリスク回避的である[*104]一方、充分な資力を有する本人はリスク中立的であると経験則上いえるとする。そのために、本人はそのエージェントよりも

財政上の損失リスクを負担するのにより良い立場にあるとする。そして、最適なリスクシェアの理論は、私的なパレート最適（本人とエージェントの仕事に関する取り決めによって本人の主観的効用の最大化がエージェントの効用の減少をもたらすことなく達成される状態）となる取り決めは本人に責任を配分することであるとする[*105]。すると、私的なパレート最適な状態になるのが、リスクを本人が全部または一部を引き受けるときであるとし、本人はエージェントとの間で契約を締結し、その契約において少なくともエージェントに損害の一部を負担させる合意を取り付けることが、エージェントに損害回避行動をとらせることになるとする[*106]。ただし、ここで重要なことは代位責任の効率性を考える上でエージェントの損害回避行動を本人が監視できるか否かであるとする[*107]。すなわち、監視できなければ、損害を発生させたエージェントは、実際には本人が要求するよりも低い注意しか払っていないにもかかわらず、本人に対して注意を払ったと主張することになり（本人は確認する術がない）、本人の代位責任ルールは潜在的に非効率をもたらす[*108]。エージェントに効率的に期待通りの行動を求める方法として、損害発生に対しては解雇を含めて制裁を科し、他方で損害回避に対しては報酬を与えるとする旨の契約を本人とエージェントの間で締結する方法があるが、これは本人がエージェントを監視可能な状態にあるときに効率的な結果をもたらす[*109]。

したがって、代位責任原理が効率的な資源配分を最も促進するのは、代理人に資力がないという前提の上で、本人と代理人との間で、私的な契約を締結することが可能であり、かつ本人が代理人を監視することが容易もしくは少なくとも低コストで可能な状態にあることであるとする。

以上のことを前提に、役員に対して代位責任を負わせるということについて、Booth教授は、以下のようなことを指摘する。最初に重要なことは役員と従業員はSykes教授が説明したような契約を締結することができる当事者ではないということであるとする[*110]。すなわち、従業員は役員と契約を締結するのではなく、会社と雇用契約を締結するのである。

そして、Booth教授は続けて説明する[*111]。もし、従業員による不法行為が発生した場合に、役員に対する代位責任ルールを適用することができないとすると、被害者が使用者（会社）に対して使用者責任を追及しても使用者がその不法行為債務を満足させることができなかったときは、結局そのリスクを不法行為をした従業員かその被害者に負わせることになる。

Booth教授は、確かに、役員は会社それ自体とは違うものの、少しだけ下位の従業員よりも損害を回避することができる立場にあるとする[*112]。しかし、下位の役員には効率的にリスクを評価するのに必要となる歴史的な視点や組織的な全体像が欠如していると指摘する[*113]。つまり、下位の役員になれば、過去に発生した問題など、その会社が有している危険性について知らないことも多いため、そのような役員については従業員よりも損害を回避することができる立場であるとは限らないからである。次に、リスクの分散という点に着目する。役員は会社の不法行為のリスクを分散するのに適した地位にあるのか、という点である。まず、リスクの分散のために保険をかけることが考えられるが、役員は会社と同程度に安価に保険をかけられる立場にはない[*114]。リスクの分散のための保険という観点からすれば、役員は会社よりも従業員により近くなる。また、従業員の不法行為について代位責任を負わされたとしても、それを負担することができるほどの資産を有しているとは限らないし、自らの報酬を決定することもできないのである[*115]。

それに加え、リスクを引き受ける代わりに得られるリターンが役員には存在しないことから、役員には基本的に下位の従業員を監督するインセンティブが欠けていると指摘する[*116]。会社であれば、リスキーな事業活動によって増大するリターンを得る可能性はあるが、報酬が既に決定されている役員は、そのリスクを引き受けたとしても増大するリターンを得られる立場にはない[*117]。下位の従

業員を監督するインセンティブが欠如していることから、役員に対して代位責任を負わせることが資源配分上の非効率をもたらしてしまうとする。

もちろん、会社はその代理人を通じて下位の従業員を監督する点については役員と同様であると主張されるが、これに対して、ある特定の役員はその会社の従業員の不法行為というリスクについて完全に認識することができないと反論される[*118]。すなわち、ある特定の部署の役員は他の部署の役員の部下（従業員）を完全に監督することは不可能であるということである。結局のところ、代理人を通じて下位の従業員を監督する点については会社と役員は同じであるが、ある特定の役員は別の役員の部下を監督することは困難であるから、監視は不可能であるか、かなりのコストがかかることになって、代位責任を負わせることが経済的に非効率な状態であるとするのである。また、会社には入手可能な従業員の情報であっても、役員にとっては入手困難なものである可能性も指摘する[*119]。

以上のことから、Booth教授は、役員というのは有効なリスク負担者であるとする仮定がそもそも曖昧である上、たとえ有効なリスク負担者であったとしても、役員はその下位の従業員の不法行為を監督するインセンティブが働かないから、結局役員に代位責任を負わせることは正当化され得ない、と主張する[*120]。

第４款　Glynn教授による適用否定説への反論

以上のように、従来は経営者に会社の不法行為責任を代位して負わせることについての批判がなされてきたが、Glynn教授はそれに対して以下のように反論する。

(1) リスク負担による過剰抑制

役員に対して代位責任を負わせることになると、企業の経営活動において、役員は不法行為がなされないように、会社（実際には会社内の自然人）の行動を過剰に抑制する可能性があるという批判がなされてきた。

この点について、Glynn教授は以下のように反論する[*121]。

確かに、会社の不法行為債務を負わされるリスクが発生し、そのリスクを負担するのは役員であるとする。しかし、そのリスクを第一次的（initial）に負担するのは役員であっても、究極的なリスクを負担するわけではない。第一次的にリスクを負担することと究極的なリスクを負担するのとでは異なる。役員も裕福な株主[*122]と同様、損失を負担することができない可能性はある。しかし、下位の経営者と違って、最高位役員は、そのようなリスクを回避したり、分散したりするための様々な方法を有しているのである。例えば、所有と経営が一致しているような小規模閉鎖会社である場合については、監視につき投資をし、資本を維持し、また保険をかけることによって対処できるのである。それに加え、最高位役員が小規模会社の株主の一人である場合、その役員は比較的少ない取引コストで報酬契約を締結することができるのである。また、所有と経営が分離している大規模な会社においては、最高位役員は株主や取締役とリスクを負担するために必要な方策をとるために交渉することができる。その方策とは会社の損害賠償債務を負担するのに充分な資本を維持すること、責任保険の購入等である。確かに、最高位役員は究極的なリスク負担者としては適していないかもしれないが、他方で、負担したリスクを他の会社内の参加者に対して分散することが可能である。ただし、たとえ資本を維持していたとしても、また保険をかけていたとしても、情報の不完全性やそれにより保険が不充分であったりするような場合、最高位役員は不法行為債務を負わされるリスクを有することになり、その点を批判されるかもしれない。

しかし、そもそも株主有限責任というのはリスクを生じさせ、そのリスクを不法行為の被害者に負担させるものであるが、そもそも不法行為の被害者は非効率なリスク負担者である[*123]。最高位役員に個人責任を負わせる可能性があることは、彼らにリスクの回避やリスクの分散をさせるために

必要である。同時に、会社に対してリスクを回避させ、リスクを分散させれば、最高位役員もその損害賠償債務を負う蓋然性を減らすことになるのである。最高位役員や当該役員を保証している株主に対しては未だ責任が残されるが、そのことは最高位役員に会社を監視し、リスクを回避させるインセンティブを与えることになる。

個人経営の小規模な会社においては、その会社の全ての潜在的な損失に対して予測することができないかもしれないし、保険をかけることもできないかもしれない。しかし、このような最高位役員であってもリスクを負担するのに適した地位にある。彼らは大抵支配株主でもあるし、彼らが負担するであろうリスクのための報酬を受け取ることができる。また、今日の制度においても、保証人として、不法行為者として、もしくは法人格否認の法理の対象として彼らは責任を負わされうるのである。少なくとも、彼らは不法行為の被害者よりもリスク負担者として適した地位にある。

他方、大規模な会社においては、一般に資本が大きく、破産に至る可能性は低いので、そもそも役員自体に損害賠償責任を追及することはかなり珍しいであろう。それでも、不法行為債務が残っているような場合であれば、最高位役員が契約した保険によってカバーすることができるであろう。また、会社がかけた保険でも不充分であったとしても、最高位役員は自身の保険をかけることによって防ぐことが可能である。さらに、それでも不充分であるような場合でも、最高位役員は債務を負担するのに充分な資力を有している。したがって、彼らは様々なリスク分散の方策をとっている限り、そのリスクを充分に負担することができるから、したがって会社の行動に対する過剰抑制が発生することはないと主張する。

(2) 経営者のリスク回避

次に、Glynn教授が反論するのは、経営者のリスク回避が生じるのではないかという点についてである[*124]。確かに、下位の役員・従業員や会社の取締役については、もし代位責任を負わされることになれば、リスク回避的になるだろう。なぜならば、下位の役員・従業員は特定の企業に特化した人的資本の投資をしており、その交渉力が限定されており、かつその資産も限られているからである。取締役については確かに、会社の業務を監督する権限を有しているものの、高い情報コストに直面し、かつ比較的少額の報酬を受けるだけである[*125]。また、取締役特に社外取締役はすぐにその地位を放棄し、もしそのようにならなくとも、より多くの報酬を要求し、過度の監視や保険・資本金も要求するようになる。しかしながら、最高位役員は下位の役員や取締役とは異なる[*126]。リスクを外部化しようとするインセンティブを有する点では、最高位役員は、株主兼役員や支配株主と類似している。むしろ、過度にリスキーな事業を行おうとするインセンティブさえ有するだろう。なぜならば、そのような事業から株主に還元できる収益を短期的に上げて、それを利用することによって、成果に基づいた報酬を要求することが可能であるからである。事実、ストック・オプションによる報酬が役員のリスク・テイクを促進したとする指摘もある。それに加え、役員は企業間を短期間で移動する傾向にあると言われる。したがって、最高位役員は短期間のうちに収益を上げ、潜在的な不法行為が具体化される前に退職しようとするだろう。明らかに、最高位役員がリスク中立的であるか、リスク選好的である限り、問題はリスク回避や過剰抑制ではなく、むしろ株主と同様に過度のリスク・テイクをすることであろう。したがって、経営者のリスク回避の問題は下位の経営者や取締役に対しては適用可能であるが、最高位役員については適用がないと考えられると指摘する。

(3) 過剰抑制によるコスト

最高位役員に責任を負わせることによって、リスク回避やリスク分散に過剰投資が発生し、他方で、社会的利益となる事業に対しては過小投資がなされ、過剰抑制が生じる可能性があるのではないかとする批判に対しては、以下のように反論す

る[*127]。

すなわち、役員などに対する反トラスト法[*128]や環境法分野[*129]の責任では、我々が懸念するような過剰抑制の問題は生じていない、と。そして、経営者と株主が一致するような小規模閉鎖型会社においては過剰抑制は特に問題とならないだろう。この場合においては、経営者（株主）は会社のモニタリング・コストや保険をかけるコストをすべて負担し、それ故に可能な限り効率的にリスクを回避し、分散しようとするからである。また、支配株主が存在する大規模な会社においても特に問題とならないだろう。その株主は高い収益性を有するリスキーな事業を選択しやすいのである。そして、彼らは自らの交渉力と会社情報へのアクセスのしやすさから、リスキーな事業と抑制との上手なバランスをとるように最高位役員と交渉することになる。最適なリスク・テイクが、当事者が重要な情報や相互に相反するインセンティブを有し、かつ同程度の交渉力を有している場合にはなされるのである。

他方で、支配株主が存在しない大規模な会社においては問題となるかもしれない。そのような会社においても株主はリスク選好的となりやすい一方、エージェンシー・コストの存在によって役員がそのリスクを会社に内部化させることが困難になるからである。しかし、前述したように最高位役員が適切に資本を維持し、保険をかけているならば、そのような過剰抑制は生じないと考えられるし、事業に対する過小投資と、モニタリングと保険に対する過剰投資の双方を株式市場が監視することによって[*130]、過剰抑制によって生じるコストを減らすことができると考えられる。また、適切に決定されたインセンティブ報酬によって最高位役員は過剰抑制により発生するコストを内部化させることも可能であろうし、特にエンロン事件後、取締役会改革や機関投資家の監視を増大することで、株主に代わって行動する社外取締役や機関投資家は適切なバランスを与えるのである。そして、市場の検証によって、役員が消費者に過大なリスクプレミアムを転嫁することを禁じることになると指摘する。

(4) 保険がかけられていない事業活動

会社の事業活動のうち、保険をかけられないような活動であっても社会的に見て利益となるような活動の場合、役員に代位責任を負わせることになると、その事業活動は行われない可能性があるのではないかという批判に対しては、以下のように説明する[*131]。確かに、そのような活動は存在し、それによって社会的損失を生じる可能性はある。特に小規模な会社においては、そのようなハイ・リスクな事業を行わないだろう。しかし、それに対して大規模な会社においては、他の適切なリスク回避・リスク分散の方法によって、そのような事業活動を行おうとする可能性は残されている。また、そのような事業を補助する立法によっても対処可能であると指摘する。

以上の反論から、Glynn教授は最高位役員に対する代位責任は株主に対して無限責任を追及する従来の考え方よりも、効率的であると主張する。その一方で、最高位役員に対する代位責任によって会社の不法行為が完全になくなることはないし、不法行為の被害者に対して確実な損害賠償をなし得るとは限らないとする[*132]。しかし、この理論は株主有限責任による資源配分上の効率性を維持しつつ、そのことによって生じる社会的コストを減少させることができるとする。そして、最も重要な点は、最高位役員は適切なリスク・テイク、資本の維持、保険の購入を決定でき、かつ、効率的に企業の顧客・株主・保険者全体にリスクを分散できる立場にあることであると指摘する[*133]。

以上のように、Glynn教授は、経営者に対する責任（特に役員に対する代位責任の肯定）から生じるリスク回避的経営等の問題について反論を試みているが、必ずしもこのような理解は多数派とはいえないだろう。また、Glynn教授の反論の中には、代位責任原理の根拠をリスクシェアやリスク分散の観点から考えているようではあるが、伝統的な代位責任原理を基礎付ける根拠である報償

責任等については触れていないように思われるし、最後の保険がかけられていない事業活動についての反論には些か疑問が残る。自己責任と解さない以上、何らかの根拠が求められるであろう。次節においては、伝統的な代位責任原理を基礎付ける根拠にも配慮しつつ、Glynn教授の考え方などを考慮して、示唆を得ることとしたい。

第３節　小括

第１款　検討の視点

以上、見てきたように、伝統的な会社法・不法行為法・代理法上の対第三者責任においては、原則、役員は従業員の不法行為について第三者に対し責任を負うわけではない。なぜならば、一つは、役員の注意義務というのは会社や株主に対して負っているのであって、第三者に負っているわけではないからである。ただし、それに対しては何らかの理論によって克服しようとするのも見られる。例えば、注意義務を第三者に対しても拡張しようとする議論には、会社支払不能時（insolvency）に取締役や役員は第三者に対しても注意義務を負うとする信託基金理論等が提唱されてきた。

しかし、伝統的な不法行為法や代理法の場面においては、従前からしばしば主張されるように、従業員の不法行為について使用者責任が問われる場合、その使用者は会社という法実体であって、最高経営責任者を含む役員ではないとされてきた。以上見てきたように、会社の役員は、当該会社の従業員の不法行為について何らかの関与をしていない限り、当該従業員の不法行為について第三者に対して責任を負うわけではないと何度も繰り返し論じられてきたのである。

他方で、そのような従業員の不法行為によって損害を被った第三者が、いざ当該従業員や会社に対して責任追及したとしても、従業員だけでなく、会社も資力不充分のとき、そのコストを不法行為の被害者である第三者に負わせることが果たして合理的であるのか、という疑問が生じてきた。特に不法行為債権者の場合、契約によって会社と取引関係に立つ債権者（任意債権者）と違って、事前にそのようなリスクを予見することができないために、任意債権者以上に保護が必要であると考えられてきたのである。

そのような非任意債権者である不法行為債権者保護のために、株主の間接有限責任の見直し、法人格否認の法理の活用などが提唱されてきた一方、経営者に対して責任を負わせようとする見解も登場した。すなわち、株主の間接有限責任から生じるモラル・ハザードからどのように非任意債権者を保護すべきであるのか、という問題意識の下、経営者に対して責任を負わせようとするのである。本論文では、特に最高位役員の責任を肯定するGlynn教授の見解を紹介し、Glynn教授以前における経営者に対して責任を認めない見解を紹介し、そして、役員に対して責任を課すべきではない見解に対する反論を紹介した。そこで、本節では、アメリカにおける見解を網羅したわけではないが、本論文において紹介した見解などを検討し、日本法への示唆を得たいと考えている。

ここで再度Glynn教授の経営者（最高位役員に限定）責任を肯定する論拠を提示する。Glynn教授は、最高位役員は、①会社の不法行為による損失をカバーする保険を購入することが可能であり、②会社の資本が適切に維持されているのかということを監視することが可能であり、③会社内のリスクを監視することができる地位にあり、④発生するリスクを顧客（消費者）、株主、保険者などに分散することも可能であり、⑤株主の間接有限責任の効果を維持することによって社会的コストを削減することが可能であるとする。加えて、⑥株主無限責任を模索するよりも現実的であるとし、⑦SOX法などのエンロン・ワールドコム事件後の立法とも整合的であるとする。

他方、従来の経営者責任を否定する見解として、経営者責任を肯定すると、①経営者がリスク回避的な経営をしてしまい、②役員のなり手がいなくなる懸念があり、③会社内の監視システムへの投資が過剰になってしまうとする。また、④人的資本の投下をしている役員は、株主よりもリスクを分散することができないとし、⑤そもそも代位責

任（vicarious liability）を基礎付ける根拠が存在しないというものである。

では、次にGlynn教授による反論を含めて、それぞれの見解について検討するが、ここで注目したいのは、会社の種類すなわち従業員の所属する会社が小規模閉鎖会社であるのか、それとも大規模公開会社によって経営者に責任を負わせるのか否かが変わるのではないのか、ということである。なぜならば、大規模な公開会社と小規模な閉鎖会社とでは、同じ株式会社であっても、その内部機構や構成員の多寡、実質的利益帰属主体が違うのではないのかと思われるからである。また、それに加え、そもそも間接有限責任の正当化根拠[*134]は、閉鎖会社も公開会社の場合も同じであるとは考えられてこなかったという点にも着目したい。従来、資源配分上の効率性という点でみてきた間接有限責任の正当化根拠は、公開会社の場合には当てはまっても閉鎖会社の場合には当てはまらないという指摘がなされてきたのである[*135]。そのため、閉鎖会社の場合には間接有限責任によってもたらされる資源配分上の効率性は公開会社の場合のそれよりも小さいために、非任意債権者との関係で無視される傾向があったと言われる[*136]。そうであるならば、閉鎖会社の場合と公開会社の場合とで、間接有限責任を貫徹することに違いが出てくるだろう。そして、従来の株主に対して責任を負わせようとする立場も同様の観点から様々な議論をしてきたのである。そして、またGlynn教授も閉鎖会社と公開会社を区別しながら論じている。そこで、閉鎖会社である場合の検討と、公開会社である場合の検討という形で論じる。ここでは少なくとも、どのような場合であれば、最高位役員に対して責任を課すことができるかということを提示することとを目的とする[*137]。

第２款　小規模閉鎖会社の場合

まず小規模閉鎖会社の場合について検討する。小規模閉鎖会社の場合においては、その特徴として経営者は当該会社の従業員を監視するコストが低く抑えられるということが挙げられよう。小規模閉鎖会社の場合、役員と当該会社の従業員との距離は―あくまで相対的に過ぎないが―小さく、容易に監視監督するすることが可能であろう。つまり、たとえ最高位役員であっても、従業員を監視監督することが比較的容易であると考えられる。次に考えられるのは、大規模公開会社の場合でも当てはまることではあるが、Glynn教授が指摘するように、最高位役員は会社に保険をかけさせることが可能な立場にもあるし、資本を維持することによってリスクをある程度分散することができ、リスク回避的経営を避けることができるのではないかと考えられる。また、閉鎖会社の経営者は、多くの場合、自らが支配株主でもあるために、容易に自らの報酬を決定することができるため、将来予想されるリスクに応じて報酬を得ることでも、かかる経営を回避することができよう。そして、ここが重要な点になろうが、経営者責任を肯定することに対して、Booth教授が批判するような代位責任原理を基礎付ける根拠がないことについては、一つには報償責任によって基礎付けることができるのではないだろうか。なぜならば、小規模閉鎖会社のように所有と経営が一致しているような会社では、最高位役員（取締役も兼務している場合もある）と株主は兼務していることがしばしば見られるところであり、その上、そのような最高位役員は唯一の株主ないし大株主として会社の利益を実質的に享受することができる立場にあると考えられるからである。この点、Thompson教授は、会社の不法行為責任について「会社を支配監督し（control）、かつ何らかの経済的利益を得ている者」に負わせるのが適当であると指摘するのである。また、それとともに、Booth教授が前提とするSykes教授による代位責任の経済分析からの否定についてもある程度反論することができるだろう。すなわち、Sykes教授は代位責任がもっとも効率的に機能する場面とは「本人と代理人との間で、私的（private）な契約を締結することが可能であり、かつ本人が代理人を監視することが容易もしくは少なくとも低コストで可能な状態である」とするが、小規模閉鎖会社のような所有

と経営が一致している会社においては、確かに、従業員は会社と契約関係に立つが、実質的には最高位役員が会社という実体を媒介にして契約を締結しているに過ぎないと考えることができると思われる。いわば会社と従業員との契約関係を経営者と従業員との契約関係と同視することも可能であるかもしれない。また、前述したように、最高位役員ですら従業員を監視することが容易もしくは低コストで可能な状態にあると言えるだろう。加えて、Thompson教授は、所有と経営が一致しているような場合には、コストを外部化、つまり、そのコストを会社以外の者に転嫁しようとする決定がなされる可能性が高まるとする[*138]。

したがって、以上のことから、会社を容易に支配監督でき、かつ一人株主もしくは大株主であるなど、何らかの経済的利益を得ている最高位役員に対しては責任を負わせることが可能と考えられる[*139]。また、従業員の不法行為によって損害を与えられた第三者にコストを負担させることは、その不法行為債権者という特質から見て合理的ではなく、会社の資力が不充分な場合には、会社の役員（特に最高位役員）に責任を負わせられてもよいのではないかと考える。

第３款　大規模公開会社の場合

一方、小規模閉鎖会社の場合と違って、大規模公開会社の場合はどうか。大規模公開会社のような場合、確かに、役員の賠償責任保険などによってリスクを分散することは可能であろうし、また、役員は会社間を異動することが多いため、リスク回避的とはならないかもしれない。また、小規模閉鎖会社の場合と同様、資本がきちんと維持されているか否かを監視することも可能であろう。しかし、最大の問題は、大規模な会社の場合は、監視コストを低く抑えにくいという点があるだろう。この点について、非常に興味深いのは、SOX法等による内部統制システムにかかる構築費用についてのデータである。これはGlynn教授による根拠のうち、⑦とも関連するが、SOX法404条[*140]による会計監査に関する内部統制について興味深いデータが存在する。2002年７月のSOX法の施行に伴い、Financial Executive International（FEI）[*141]が、その会員上場企業217社の2005年3月アンケート回答にもとづき以下のような報告書を公表した[*142]。この報告書には、会員上場企業の内部統制監査に関連して生じた年間費用の平均が記載されているが、その額も小さくはない。SOX法404条監査にかかる年間費用の平均は2005年3月時点で、社内費用[*143]が＄1,337,935、外部コンサルタント費用が＄1,716,987、監査法人監査費用が＄1,301,050、合計で＄4,355,972と評価されている。そして、内部統制監査導入時における経営者の予想に反し、実際に要した費用は予想金額の２倍を上回ったとの報告もなされているとのことである[*144]。また、制度導入後１年半経った2005年４月13日、証券取引委員会が内部統制報告実務に関するさまざまな意見聴取をするためのラウンドテーブルを開催したが、そこでは多大の内部統制監査に関して多大なコストがかかるという意見が出され、無視できない額のコストが生じているという指摘がある[*145]。確かに、Glynn教授のいうように他の会社参加者に比べて、その監視コストは低いのかもしれない。しかし、少なくともSOX法上の内部統制監査について、以上のような莫大なコストがかかるということを前提とすると、役員自体が容易に従業員を監督することができるとは言いにくい。結局、2006年現在、SOX法による内部監査費用の増加に伴い、企業実務家等の主張や監査関係者からの要望もあり、その見直しの検討がなされているところである[*146]。

次に、アメリカの大規模公開会社において役員は会社間を異動するので、役員に責任を負わせることになれば、役員のなり手が減少することはより切実な問題であろうし、その上、就任したとしても高額の報酬を要求されることとなり、それによって生じる会社のコストはますます増大すると考えられる。この点において、Hansmann and Kraakman教授やEasterbrook and Fischel教授の批判は的を射ていると思われる[*147]。

また、最大の問題点はBooth教授が論じるよう

に、大規模公開会社のような場合、最高位役員に代位責任を負わせる理論的根拠を欠くことだろう。この点について、役員が株主を兼ねている場合もあるだろうが、それは唯一の株主ではないだろう。すると小規模閉鎖会社の場合のように報償責任によって基礎付けることは難しくなる。また、Sykes教授が分析したように、代位責任がもっとも効率的に機能する場合とは、エージェントの監視にコストがかからない場合であるが、先に紹介したように、たとえ内部統制という形で監視するにしても既に大きなコストが生じていることからすれば、必ずしもエージェントである従業員の監視が容易もしくは低コストで行えるとは考えにくい。すると、資源配分上の効率性という観点からも代位責任を基礎付ける根拠に乏しいと言わざるを得ないと思われる。

そもそも大規模公開会社のような場合には相対的にではあるが、破産に至る可能性が低く、第三者が経営者責任を問う必要性がどこまで存在するかという問題もあろう。

以上のように大規模公開会社については、第三者が経営者責任を問いえないと考えたとしても、一般的に最高位役員も含めて経営者が従業員の監視を怠るとは考えにくい。なぜならば、少なくとも会社や株主に対する注意義務の一環として従業員を監視監督する義務を有しているのであって、それを怠ったことによって会社に損害が生じれば、株主による責任追及という途が残されているのであって、それによって経営者に対して抑止効果をもたらすことになると思われる。結局、大規模公開会社のような場合には、最高位役員に対して代位責任を負わせる理論的根拠もない上、負わせることのメリットも少なく、逆に過剰抑制[*148]や監視にかかるコストという観点からも肯定し得ないだろう。

したがって、大規模公開会社について第三者が最高位役員の責任を追及する点についてはGlynn教授の説を消極的に解さなければならないだろう。

ただし、アメリカ法の議論において、従業員の不法行為について役員が代位責任を負うべきとするのはあくまで少数であり、役員（この場合取締役も含むこともある）が第三者に対して従業員の不法行為責任を負うには、当該不法行為に何らかの関与がなければならないとされている。また、会社・株主に対する注意義務を第三者に対して負うと考えられるのは、会社が事実上支払不能となっているとき、当該会社が金融機関など預金者などの債権者に対して何らかの注意義務を役員や取締役が負うようなときである。このような場合、従業員の不法行為についての監督義務違反を理由に責任を負わされてきた。そして、会社が資力不充分であるなど、不法行為債権者の債権を満足できないような場合に何らかの手段によって、会社参加者にその責任を負わせるべきであると考えられ、その一環としてGlynn教授の見解のように最高位役員の責任が主張されてきたのである。

第４章　日本法への示唆―報償責任により基礎付ける代理監督者責任

本論文においては、従業員の不法行為について会社役員の第三者に対する責任の理論構成について論じてきた。アメリカ法において、従業員の不法行為に何らかの関与をしていない会社役員の責任については、原則、代理法や不法行為法の観点からは消極に解されてきた。しかし、株式会社の間接有限責任という観点から、不法行為の被害者にそのリスクを負担させることが合理的であるのか、という疑問が生じ、その結果株主に責任を負わせる見解や、そして経営者に責任を負わせる見解が提唱されてきた。本論文においては、特に後者の経営者責任を中心に論じた。そこでは、リスクシェアやリスク分散の観点から、経営者特に最高位役員に責任を負わせることが望ましいとするGlynn教授の見解を紹介し、それに対して、Glynn教授以前に考えられてきた経営者責任を否定する見解を見てきた。経営者に責任を課すことに対する批判は、資源配分上の効率性の観点から、経営者に責任を課すことは過剰抑制や監視に対する過

剰投資などの問題があると指摘するが、Glynn教授は保険制度の活用、会社外の者（消費者等）に商品（サービス）価格を設定することでリスクを分散することが可能であるから、最高位役員に責任を負わせるべきであるとする。他方、もう一つの批判として、代位責任を基礎づける根拠を欠くとするBooth教授の批判もあったが、Glynn教授はそれに対して明確な反論をしていないように思われ、その点はTompson教授の見解が参考に値すると考えられる。すなわち、会社を支配し、かつ、会社経営によって何らかの利益を得ている者に対して責任を課すことが適当であるとするのである。結局、会社を経営し、それによって会社の実質的利益帰属主体であるような経営者ならば、報償責任の原理によって根拠づけることも可能なのではなかろうか。したがって、小規模閉鎖会社のように実質において経営者が従業員を指揮監督し、その会社の利益を享受している場合であれば、代位責任を課すことが可能である一方、大規模公開会社のように経営者が従業員を指揮監督することが困難であるような場合であったり、その会社の実質的利益帰属主体となっていないような役員であれば、代位責任を課すことができないのではないかと考える。

そこで、次にアメリカ法からの示唆を受け、日本法の枠組みでも同様に考えることができるのか、ということを論じることとする。

まず論じなければならないのは、アメリカ法における議論がそのまま日本法においても妥当するのか、ということであろう。第一に、アメリカの役員（特に最高位役員）が代位責任を負うべきであるとする根拠の一つに、リスクシェア・リスク分散能力が他の会社参加者よりも優れている点が挙げられていた。すなわち、役員は①会社役員賠償責任保険に加入することができ、②資本の維持に対する監視が可能であって、資本を充実させることができ、③会社に企業保険をかけさせられる立場にあるとされる。しかし、まず①日本においては役員賠償責任保険について、小規模閉鎖会社の役員に対しては実務上販売していないという扱いをしている[*149]。したがって、アメリカにおける役員よりも日本の代表取締役等がリスクシェアやリスク分散能力に劣る可能性はある。

しかし、②日本の代表取締役等も資本の維持に対する監視が可能であって、資本を充実させようとすることはできるし、③会社に企業保険を加入させることも可能である。すなわち、代表取締役等は会社の資本の状態や財務状況を把握する立場にあるし、自ら資本を適切に維持するという点でも、リスクをある程度分散することができる立場にあると思われる。多くの場合は、会社が購入した保険制度に頼ることになろうが、このような方法によってリスクを分散することが可能である代表取締役については代位責任を課すことによる過剰抑制を回避することができると考えられる。

一方、代表取締役に代位責任を課す理論的根拠については、以下のように考えることができるだろう。アメリカにおける議論では、役員等経営者は代位責任を基礎付ける根拠を有しないとする批判もあるが、日本における民法715条２項の代理監督者責任の議論で提唱されている「会社の実質的利益帰属主体であるような場合には報償責任を根拠に代理監督者責任を判断する」[*150]という立場が参考になると思われる。民法715条２項の代理監督者責任について、最判昭和42年５月30日[*151]等が、代理監督者を、客観的に見て使用者に代り現実に事業を監督する地位にある者とした後、多くの学説はそれを支持しているが、他方で、下位の被用者になればなるほど責任が認められやすいという弊害が指摘されてきた[*152]。そこで、神田教授は代理監督者責任について、会社と並んで実質的利益帰属主体たる者で、かつ法文上との関係で最低限被用者に対する監督を担当している者に認めるべきであると提案する[*153]。このことは、第３章で論じた中で紹介したThompson教授が、近時のアメリカにおける裁判動向や環境に関する立法例等を検討して、会社の不法行為について「会社を支配監督し、かつ何らかの経済的利益を得ている者」に責任を課すのが適当であるとする点[*154]と類似すると考えられる。

以上のことを考慮すると、代理監督者を会社の実質的利益帰属主体であるとする立場を採用し、報償責任の見地から代表取締役等に従業員の不法行為責任を代位して負わせることが可能であると思われるのである。神田教授が指摘するように、日本においては多くの理由から、経営の実態は個人企業でありながら便宜上会社形態がとられることが少なくない[*155]。加えて、会社法が最低資本金制度[*156]を廃止し、１円以上の出資があれば株式会社を設立することができることとなったから、より資本が少ない会社が設立される可能性が増大し、それによって会社が従業員の不法行為によって生じた債務を支払うことができない場面は容易に想定される。

では、具体的にはどのような要素によって代理監督者であると判断すべきか。会社の実質的な利益帰属主体に代理監督者責任が認められると判断した裁判例を見ると、いくつかの要素が挙げられている。それは、①役員報酬の支給の有無、②出資の有無、③営業利益の帰属である。例えば、東京地判昭和44年６月25日[*157]は①役員報酬の支給の有無、②出資の有無を要素として判断している。そして、最終的には被告代表取締役は親会社からの出向で、役員報酬も受けておらず、かつ親会社・子会社に対して出資していないことをもって責任を否定している（①、②）。また、神戸地判昭和45年１月19日[*158]は企業規模、営業の状況、売上金などの営業利益は事実上代表取締役に帰属していたことを理由に責任を肯定した（③）。また、東京地判昭和54年11月27日[*159]は被告取締役は名目的取締役であり、会社に対して出資もしていないということを基礎として責任を否定した（②）。実質的利益帰属主体を代理監督者として判断する裁判例は非常に少なく、決して一般性を持たせることはできないが、判断要素の一部として、上記の②少なくとも会社に出資をしているか否か、③営業利益が帰属している否かを考慮することが適当であると思われる。

第５章　結びに代えて

本論文においては、従業員の不法行為について会社役員の第三者に対する責任の理論構成について論じてきた。アメリカ法において従業員の不法行為に何らかの関与をしていない会社役員の責任については、代理法や不法行為法の観点からは一般的に消極に解されてきた。しかし、株式会社の間接有限責任という観点から、不法行為の被害者にそのリスクを負担させることが合理的であるのか、という疑問を出発点として議論が多くなされ、本論文においては特に経営者責任に絞って考察した。

日本法の枠組みにおいては、会社法429条１項によって考えるのではなく、あくまで民法715条２項の枠組みで代表取締役等の経営者に対して責任を負わせるべきである。ただし、民法715条２項について従来の通説・判例のように「客観的に見て、使用者に代り現実に事業を監督する地位にある者」と解するのではなく、あくまで報償責任によって基礎付けられる責任として捉えるべきである。すなわち、既に存在する不法行為による損害賠償債務を会社の破綻によって弁済することができない場合については会社法429条１項による枠組みで考える一方、既に無資力の会社（有資力でも弁済不能なくらい巨額の賠償債務の場合も含む）の従業員の不法行為によって生じた損害賠償債務を会社財産によるだけでは弁済することができない場合については、民法715条２項の代理監督者が責任を負うべきであると考える。

本稿においては、理論構成のみを論じてきたが、実質的利益帰属主体の意義をより緻密に考え、その判断基準（要素）を詰めていく必要があると考えるが、それについては今後の課題としたい。また、対第三者責任との関係で従業員の不法行為について論じたが、大規模会社における従業員の不法行為や不正行為によって会社に損害を生じさせた場合の経営者の責任について論じることは他日に期したい。

*1　神田孝夫「使用者と代理監督者」判例タイムズ393号（1979年）91頁。

*2　旧商法266条ノ3第1項と民法715条2項との関係を統一的に論じた数少ない論稿の一つとして、田上富信「代理監督者の責任」佐藤進＝齋藤修（編）『現代民事法学の理論上巻』（信山社、2001年）289頁。

*3　会社債権者には会社との契約関係による債権者と、会社の不法行為等によって強制的に債権者になった者の2種類がいる。前者を任意債権者（voluntary creditor）、後者を非任意債権者（involuntary creditor）と呼ぶ（金本良嗣＝藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳郎＝神田秀樹＝柳川範之（編）『会社法の経済学』（東京大学出版会、1998年）。

*4　Gerard Hertig and Hideki Kanda, *"Creditor Protection", The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach in Reinier Kraakman et al.,* (Oxford University Press, 2004), at 77.

*5　一般に、顧問弁護士・会計士など、一般に"Gatekeeper"と呼ばれる人が挙げられる。See, e.g., Reinier H. Kraakman, *"Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls"*, 93 Yale L. J. 857 (1984), at 888-896, See, Hertig and Kanda, supra note 4, at 91-92.

*6　例えば、Note, *"Should Shareholders Be Personally Liable for the Torts of Their Corporations?"*, 76 Yale L.J. 1190 (1967), Hansmann, Henry and Reinier Kraakman, *"Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts"*, 100 Yale L. J. 1879 (1991), Nina A. Mendelson, *"A Contorol-Based Approach to Shareholder Libility for Corporate Torts"*, 102 Colum. L. Rev. 1203 (2002). Noteでは、会社法人格否認の法理は確かに不法行為債権者から株主の財産への請求を認める法理ではあるものの、それだけでは不適切であると指摘する。Note, at 1192-1194. そこで、株主が会社の不法行為について個人的に責任を負うとする法律を設けるか、それとも小規模な会社について不法行為被害者のため強制保険制度を設けるべきであるとする。Id. at 1196. 近時、有力に唱えられたHansmann and Kraakman教授の見解は、間接有限責任に起因する非任意債権者の問題を克服するために、会社の株主に対して、その持分割合に応じて個人責任を負うべきであるとする"pro rata shareholder liability"を提唱する。Hansmann and Kraakman, at 1893. 他方、Mendelson教授は、株主が所有する力でもって会社を支配する能力を有している場合には、会社の不法行為や法令違反の責任を当該支配株主に課すべきであるとし、それは法人格否認の法理や代位責任原理の緩和によって達成することができると指摘する。その一方で役員（CEO等）の場合、確かに会社内において小さな所有的利害関係を有しているが、所有の力でもって支配する能力が欠如していることを理由に責任を負わないとする。Mendelson, at 1271-1272. これらHansmann and Kraakman教授の学説とMendelson教授の学説の紹介と検討として、向井貴子「株主有限責任のモラル・ハザード問題と非任意債権者の保護」九大法学91号（2005年）337頁以下参照。

*7　日本におけるアメリカの議論の紹介・検討として、田中誠二「企業の社会的役割と企業についての有限責任の根拠」民商法雑誌96巻5号（1987年）601頁、吉原和志「株主有限責任の原則」法学教室194号（1996年）16頁以下、関俊彦「株主有限責任制度の未来像」商事法務1402号（1995年）25頁以下参照。なお、田中教授は不法行為債権者や労働債権者など予測できない損害を与えた場合において、有限責任を対抗することは正当ではなく、したがって、そのような弊害が認められる領域については有限責任の適用の制限を認めるのが正当であると主張される（前掲・田中599頁）。また、関教授も有限責任を制限する例外的な場合を考えつつ、有限責任制度を再検討すべきであるとする（前掲・関26頁）。なお、専ら不法行為債権者に対しては保険制度によって解決すべきであると主張するものとして、小林秀之＝神田秀樹「「法と経済学」入門」（弘文堂、1986年）173頁。

*8 Timothy P. Glynn, *"Beyond "Unlimiting" Shareholder Liability: Vicarious Tort Liability for Corporate Officers"*, 57 Van. L. R. 329 (2004)

*9 ただし、間接損害類型と位置づける立場もある（塩田親文＝吉川義春「総合判例研究叢書商法（11）」（有斐閣、1969年）316頁）。

*10 最高裁判所民事判例集23巻11号2150頁。

*11 石井照久「会社法（上）（第２版）」（勁草書房、1972年）352頁。上柳克郎（編）「新版注釈会社法（6）」〔龍田節〕（有斐閣、1987年）343頁、鈴木竹雄「新版会社法（全訂第５版）」（弘文堂、1999年）203頁、前田庸「会社法入門（第10版）」（有斐閣、2005年）420頁、神田秀樹「会社法（第８版）」（弘文堂、2006年）216頁、青竹正一「新会社法」（信山社、2006年）269頁、江頭憲治郎「株式会社法」（有斐閣、2006年）453頁等通説。

*12 佐藤庸「取締役責任論」（東京大学出版会、1972年）133頁、中村信男「取締役の対第三者責任の政策目標とその機能領域」今中利昭先生還暦記念論文集刊行委員会（編）『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』（民事法研究会、1995年）544頁、弥永真生「リーガルマインド会社法（第10版）」（有斐閣、2007年）226頁。

*13 菱田政宏「東京地判昭和33年11月28日判批」ジュリスト216号（1960年）115頁、上田宏「最大判昭和44年11月26日判批」法学34巻２号（1970年）137頁～138頁。

*14 松田二郎「私の少数意見」（商事法務、1971年）52頁、服部栄三「株式の本質と会社の能力」（有斐閣、1967年）154頁。

*15 田中誠二「再全訂会社法詳論（上）」（勁草書房、1982年）657頁、加美和照「新訂会社法（第8版補訂版）」（勁草書房、2005年）、大隅健一郎＝今井宏「会社法論（第３版）中」（有斐閣、1992年）262頁。

*16 前掲註９・塩田＝吉川316頁。

*17 神田秀樹「取締役の第三者に対する責任」倉澤康一郎＝宮島司（編）『商法の判例と論理』（日本評論社、1994年）256頁、吉本健一「取締役の義務と責任」倉澤康一郎＝奥島孝康＝岩崎稜（編）『昭和商法学史』（日本評論社、1996年）376頁。

*18 上柳克郎「両損害包含説」同『会社法・手形法論集』（有斐閣、1980年）121頁。

*19 前掲註18・上柳121頁。

*20 前掲註11・龍田317頁、洲崎博史「最大判昭和44年11月26日判批」鴻常夫＝落合誠一＝江頭憲治郎＝岩原紳作（編）『会社判例百選（第６版）』（有斐閣、1998年）121頁参照。

*21 会社法597条は間接損害について業務執行有限責任社員に責任を負わせるための規定であるからである（相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔「論点解説新会社法―千問の道標」（商事法務、2006年）578頁～579頁）。

*22 前掲註11・青竹268頁。

*23 前掲註12・中村544頁。

*24 前掲註17・上柳120頁。

*25 前掲註11・龍田314頁、松井英樹「名古屋地判平成３年４月21日判批」法学新報99巻11/12号（1994年）285頁。

*26 森本滋「取締役の第三者に対する責任の機能とその適用範囲の拡大（上）」金融法務事情1212号（1989年）11頁。

*27 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護（３・完）」法学協会雑誌102巻８号（1985年）1480頁、前掲註11・江頭455頁。

*28 吉川義春「取締役の第三者に対する責任」（日本評論社、1986年）63頁。

*29 前掲註９・塩田＝吉川150頁、小野剛「法人役員の不法行為責任」山口和男（編）『現代民事裁判の課題⑦〔損害賠償〕』（新日本法規出版、1989年）899頁も同旨と思われる。

*30 龍田節「第三者の直接損害と商法二六六条ノ三の適用」法学論叢66巻３号（1960年）99頁。

*31 前掲註９・塩田＝吉川154頁。

*32 前掲註12・佐藤139頁。

*33 前掲註12・佐藤183頁～184頁。

*34 W.A. Harrington, *"Personal Civil Liability of Officer or Director of Corporation Negligence of Subordinate Corporate Employee Causing Personal Injury or Death of Third Person"*, 90 A.L.R. 3d 916,

918 (1976). 18B American Jurisprudence 2d, Corporation, (Thomson West, 2004), §1629. なお、役員や取締役は、その不法行為に権限を与えたり、指示したり、参加していた場合であっても、単にその地位（役員・取締役という地位）にあることを理由に免責されるわけではない。Henry Winthrop Ballantine, *"Ballantine on Corporations"*, (Callaghan, rev. ed. 1946), at 275.

*35 Harrington, supra note 34, at 918.

*36 Cameron v. Kenyon-Connell Commercial Co., 56 P. 358(1899). Dwyer v. Lanan & Snow Lumber Co., 297 P.2d 490(1956). Morgan v. Eaton's Dude Ranch, 239 N.W.2d 761(1976).

*37 ロバート・W・ハミルトン（山本光太郎訳）「アメリカ会社法」（木鐸社、1999）296頁。

*38 改正模範事業会社法の訳は、メルビン・A・アイゼンバーグ（松尾健一訳）「アメリカ会社法における注意義務〔Ⅰ〕」商事法務1712号（2004年）29頁～30頁を参照した。

*39 コーポレート・ガバナンス原理の条文訳については、証券取引法研究会国際部会訳編「コーポレート・ガバナンス―アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」の研究」（日本証券経済研究所、1994年）を参考にした。

*40 前掲註38・アイゼンバーグ29頁。監視監督義務は受動的側面と能動的な側面を併せ持つとされる。前者は、取締役は従業員等による違法行為に関する情報を入手した場合に、適切な措置を講じなければならないということであり（メルビン・A・アイゼンバーグ（松尾健一訳）「アメリカ法における会社の違法行為に関する責任（下）」商事法務1743号（2005年）52頁）、後者は、従業員等による違法行為に関する情報を能動的に得ようとし、事前に何らかの措置を講ずる義務のことを指す。前者については、従来から肯定されてきたが（前掲註40・アイゼンバーグ52頁～53頁に掲げる裁判例参照）、後者については若干の争いがあった。その点、内部統制システムを構築することにより、監視監督義務を履行すべきか否かが問題となってきた。Graham v. Allis-Chalmers Mfg, Co., 188 A.2d 125(1963). In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (1996). American Bar Association, *"Section of Corporation, Banking, and Business Law, Commitee on Corporate Laws, Corporate Director's Guideline"*, 33 Bus. Law. 1591(1978), at 1610. American Bar Association, *"Commitee on Corporate Laws, Corporate Director's Guideline Third Edition"*, 56 Bus. Law. 1571(2001), at 1587-1588. この点について詳細に論じた邦語文献として、神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」法曹時報34巻4号（1982年）1頁以下、伊勢田道仁「取締役会制度の現代的課題」大阪府立大学経済研究叢書第80冊（1994年）14頁以下、酒井太郎「会社の法遵守体制と取締役の注意義務」泉田栄一＝関英昭＝藤田勝利（編）『現代企業法の新展開』（2001年）194頁以下等。

*41 前掲註40・アイゼンバーグ54頁。

*42 American Law Institute, *"Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations"* §4.01 (a)(1)-(a)(2), comt. f.

*43 Robert B. Thompson, *"Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise"*, 47 Vand. L. R. 1 (1994), at 27.

*44 前掲註40・アイゼンバーグ54頁。

*45 Thompson, supra note 43, at 28.

*46 経営者の社会的責任のコンテクストで、取締役は誰の受託者であるか、という問題提起から、取締役は株主の受託者であって、取締役の信認義務というのは株主に対して負うものであるとする見解と、株主だけではなく、債権者を含むステークホルダーに対しても信認義務を負うべきであるとする見解という対立を参照（森田章「現代企業の社会的責任」（商事法務研究会、1978年）12頁以下参照）。

*47 樋口範雄「アメリカ代理法」（弘文堂、2002）186頁。

*48 前掲註47・樋口185頁～186頁、Daniel S. Kleinberger, *"Agency and Partnership: Examples and Explanations"* , (Little, Brown and Co., 1995), at 82.

*49 日本における民法715条の性質論については、従来から争いがあるが、一応選任・監督上の過失が必要とされ、選任・監督上の過失がないことを使用者が証明した場合は、免責される構造となっている。しかし、現実的には選任・監督上の過失がないことを理由に免責されたケースはほとんど存在せず、実質的において代位責任的な構造も有しているとされる（平井宜雄「債権各論Ⅱ」（弘文堂、2004年）224頁、内田貴「民法Ⅱ（第２版）」（有斐閣、2007年）456頁）。

*50 Restatement of the Law, Third, Agency 7.07.

*51 W. Fletcher, *"Cyclopedia of the Law of Private Corporations"* (Per. Ed.), §1137.

*52 W. Edward Sell, *"Agency"*, (The Foundation Press, Inc, 1975), at 20.

*53 Id. at 20.

*54 Vol. 18B American Jurisprudence, supra note 34, §1170は、取締役は会社の代理人であると考えられている一方で、裁判所においては、取締役は支配監督されるというよりもむしろ支配監督するという立場にあることから、取締役は会社の代理人ではないと言っているものもあるとする。ただ、続けて、いずれにしても、取締役は会社の従業員からみて使用者（master）にはならないとする。

*55 Sell, supra note 52, at 13. Fletcher, supra note 51, §266.

*56 より広く株主の有限責任と非任意債権者の保護の問題を詳細に紹介、検討したものとして、前掲註６・向井267頁以下参照。

*57 Fletcher, supra note 51, §1137.

*58 江頭憲治郎「会社法人格否認の法理」（東京大学出版会、1980年）151頁。

*59 前掲註３・金本＝藤田201頁、205頁、前掲註７・吉原16頁参照。

*60 前掲註７・吉原16頁。

*61 前掲註７・吉原16頁。

*62 Gerard Hertig and Hideki Kanda, supra note 4, at 77.

*63 Glynn, supra note 8, at 396. なお、Glynn教授の見解の紹介において「役員」と書かれている場合は、最高位役員だけではなく、他の下位の役員を含む意味である。

*64 Id. at 401.

*65 Id. at 400-401.

*66 Id. at 401.

*67 Id. at 397.

*68 Id.

*69 Id. at 402.

*70 Id.

*71 Id. at 401.

*72 Id. at 418.

*73 See, e.g., Easterbrook and Fischel, *"The Economic Structure of Corporate Law"*, (Harvard University Press, 1991), at 52-54.

*74 Glynn, supra note 8, at 415, 418.

*75 Id. at 416. ただし、最高経営者に会社の不法行為について代位責任を負わせるこの考えは、すべての不法行為の被害者が完全な賠償を得ることができることを保証するものではないとする。

*76 前掲註６参照。

*77 See, e.g., Easterbrook and Fischel, supra note 73, at 41-44.は、効率性の観点から株主有限責任の根拠を６つ挙げる。①エージェントを監視する必要性を減らし、ある一定以上のモニタリング･コストを防ぐ。②他の株主に対するモニタリング･コストを減らす。③効率的な経営をするようなインセンティブを経営者に与える。④有限責任は市場価格に対して企業価値について付加的な情報を反映させることができる。⑤より効率的な投資の分散をさせる。⑥有限責任は最適な投資決定を促進する。なお、閉鎖会社の場合でもこれらの正当化事由が妥当するかという点について、後掲註135参照。

*78 Glynn, supra note 8, at 416.

*79 Id. at 398.

*80 Schaefer v. D&J Produce, Inc., (62 Ohio App.2d 53, 403 N.E.2d 1015 (1978)). 事実の概要は、以下の通りである。1973年７月15日、D&J Produce Inc.所有のトラックで、その従業員James Beese運転のトラックが、Raymond Schaefer運転の自動車

と衝突、それによってShaeferが死亡した。記録によると、事故前にBeeseは、トラックがブレーキシステムに問題があり、ハンドブレーキがきかず、またクラクションも鳴らないということを知っていた。そこで、Schaeferの配偶者が、BeeseとD&J Produceを訴えた。それに加えて、Beeseに事務を任せ、トラックの状態について気づいていた、もしくは気づくべきであったということを理由にD&J Produceの役員2名に対しても訴訟を提起した。事実審裁判所では、2名の役員に対する請求を棄却したが、控訴裁判所では、役員の責任について新しい基準を採用して、それを破棄した。その基準とは「①本人又は使用者は第三者に対して注意義務を負い、その義務に違反して回復を求められている損害を引き起こした場合、②この義務が本人又は使用者によって被告（役員）に対して移転させられている場合、③被告である役員、代理人又は従業員が個人的な過失によってこの義務に違反した場合、④個人的な過失に関して、個人責任は単に、雇用上の機能の履行について管理上の責任故に、役員、代理人または従業員にその責任を課されることはできず、もし、一般的な責任が下位の者（役員）に相当な注意を移転されている場合に、その役員が個人的にその不作為不法行為を知らなかった場合もしくは知るべきでなかったのであれば、責任を負わない」というものであった。最も重要な点は4つ目の基準の「知るべき」という部分であり、実際に知らなかったとしても、「知るべき」であるとされれば、責任を負わされる可能性があると理解できる。確かに、そのように規範的に捉え、役員のnegligenceとすることで、下位の従業員の不法行為について役員が責任を負うことになろう。しかし、この判決に対してはSchaefer事件が提示した基準は、あまりにも曖昧なものであることを理由に否定的に捉える論者もある。Christine W. Booth, *"Real Persons, Corporate Persons and Vicarious Liability"*, 38 Case W. Res. 453 (1988), at 476. なお、Booth教授は、このSchaefer基準に替わる基準として、「役員が従業員の不法行為を知っていた場合、もしくは『役員の通常の業務において確実に』その不履行もしくは不正行為を知らなければならなかった場合であったにもかかわらず、損害発生のリスクをなくさなかったとき」という基準を提唱し、責任を課すにはより厳格な要件を課すべきであるとする。結局、この基準は曖昧で、例外的なものと考えられるのではないか。See, e.g., Id. at 477.

*81 15 USC 7201.

*82 Glynn, supra note 8, at 398.

*83 Hansmann and Kraakman, supra note 6. 日本における紹介として、前掲註7・吉原17頁、前掲註3・金本＝藤田220頁、前掲註6・向井340頁以下参照。アメリカにおける検討として、See, Mendelson, supra note 6, at 1279-1301.

*84 本款における「役員」はGlynn教授の見解と異なり、特に限定はない。本款の各説は「役員」自体に代位責任を負わせることに批判的である。

*85 Hansmann and Kraakman, supra note 6, at 1929.

*86 Id. at 1929.

*87 Id.

*88 Easterbrook and Fischel, supra note 73, at 61. なお、Easterbrook and Fischelが用いている「リスク」というのは（1）のHansmann and Kraakmanの見解で述べた「リスク」とは異なり、不法行為によって会社に生じるリスクを指す。

*89 Id.

*90 Id.

*91 Id.

*92 Id. at 62.

*93 Id.

*94 Id.

*95 Id.

*96 Id.

*97 Id.

*98 Booth, supra note 80.

*99 Kleinberger, supra note 48, at 84-85.

*100 Id. at 84-85. はそれに対して、なぜ使用者は被用者の選任・監督・教育について合理的な注意を払っていたとしても責任が課されるのか、という

疑問を提示する。しかし、この疑問について、直接に不法行為による損害を被った者が使用者に責任を負わせようとするときに、その選任・監督・教育について過失があったと証明するのは困難であるから、便宜的に使用者に厳格責任を負わせていると説明する。

*101 Kleinberger, supra note 48, at 85.

*102 Dan B. Dobbs, *"The Law of Torts"*, (West Group, 2001), at 908.

*103 Alan O. Sykes, *"The Economics of Vicarious Liability"*, 93 Yale L. J. 1231 (1984). 日本におけるSykes教授の代位責任の経済分析の紹介と評価について、田上富信「代位責任の経済分析（その１）（その２・完)」法と政治48巻４号（1997）１頁、同49巻１号（1998）29頁参照。

*104 Sykes, supra note 103, at 1235.

*105 Id. at 1236.

*106 Id. at 1236-1237.

*107 Id. at 1237.

*108 Id.

*109 Id. at 1237-1238.

*110 Booth, supra note 80, at 470.

*111 Id. at 470-471. また、Kraakman, supra note 5, at 864. は高位の役員は会社のリスクについて従業員よりも知ることができる立場にあるとする。

*112 Booth, supra note 80, at 471.

*113 Id. at 471.

*114 Id. at 471-472.

*115 Id. at 472.

*116 Id.

*117 もちろん、業績連動型の報酬制度であれば多少のリターンを得られる可能性はあるだろう。

*118 Id. at 472.

*119 Id.

*120 Id. at 473.

*121 Glynn, supra note 8, at 403-409.

*122 例えば、機関投資家など。

*123 アメリカの議論の簡単な流れは既に述べたが、株主有限責任制度から生じるリスクをいかに克服するかということがその議論の底流にあると思われる。株主が有限責任であることから、会社が多額の債務を負ったとしても、出資した株主についてはその既に出資した分の株式が無価値になるのみで、債権者にその倒産のリスクを負わせることになる。会社法はそのようなリスクを少しでも緩和するような様々な債権者保護手続、資本制度などを用意しているのは、アメリカ及び日本でも同様である。前述したHansmann and Kraakmanの議論は任意債権者については、会社と契約関係に入る当事者は、そのリスクをよく吟味し、そのリスクを緩和するために様々な方策を有しているとして株主有限責任を貫徹する一方、会社の不法行為債権者の場合はそのようなリスクに対して方策を有していないことを理由に株主の無限責任を提唱する。

*124 Glynn, supra note 8, at 409-413.

*125 社外取締役は役員からは独立しており、会社法は、社外取締役に誠実に役員や専門家によって提供された情報に依存させることによって、この情報についての不利な条件を予定している。例えば、DEL. CODE ANN. tit. 8, §141(e) (2002)参照。Id. at 410.

*126 Kraakman, supra note 5, at 871. は高位の役員と下位の会社のエージェントとの間には情報その他の点において質的に異なっていると指摘する。

*127 Glynn, supra note 8, at 413-415.

*128 連邦反トラスト法24条は「会社が反トラスト法の制裁条項に違反したときは、同時にその違反行為の一部又は全部を構成する行為を授権し、命令し又は行った当該会社の取締役、役員又は代理人の違反ともみなされ、かつその違反は軽罪であるとされ、その取締役、役員又は代理人は裁判所の判決により5000ドル以下の罰金又は１年以下の懲役もしくはその両方を併科される。」と規定する。

*129 例えば、一般的に知られているものとして、CERCLA法（Comprehensive Enviromental Response Compentation and Liability Act of 1980）「有限物質除去基金法」が挙げられる。

*130 過剰抑制がなされることによって企業価値が減少する場合には、常に現職の役員を解任しよう

とする株主によってその会社が買収されるおそれがあり、それに対抗するためにも役員はリスキーな事業への過小投資とモニタリング、保険購入にかかる過剰投資のバランスをとるようになると考えられている。

*131 Glynn, supra note 8, at 415-416.

*132 Id. at 416.

*133 Id.

*134 前掲註77参照。

*135 閉鎖会社においては、まず、モニタリング・コストが低いと考えられる。閉鎖会社は所有と経営が未分離であるから、株主の経営者に対するモニタリングは公開会社の少数の株式を有し、分散している株主と違って容易であるからである。また、有限責任が株式市場の流動性に寄与しているという正当化事由も、閉鎖会社の場合、当てはまらず、それによる経営者行動の是正も難しい。さらに、有限責任の下では、株主兼経営者は会社の資本を限度にリスクを限定することができる一方、それ以上のリスクを第三者に対して移転させることができるから、過度にリスキーな事業を引き受ける経営者のインセンティブも公開会社のそれよりも大きい。前掲註６・向井280頁、Easterbrook and Fischel, supra note 72, at 55-56. Stephen M. Bainbridge, *"Corporation Law and Economics"*, (Foundation Press, 2002), at 148. Glynn, supra note 8, at 368. したがって、非任意債権者保護は公開会社の場合よりも閉鎖会社の場合により考えなければならないだろう。なお、この点について、逆に小規模な企業の場合、支配株主はその資本を分散することはないし、非任意債権者との関係においても、実際問題として当該不法行為に関与した等ということにより責任を負わされる可能性があるということから、株主有限責任は小規模な企業に対してリスキーな事業を引き受けさせる原因とはならないと指摘する者もいるということに注意が必要であろう。Richard A. Booth, *"Limited Liability and The Efficient Allocation of Resources"*, 89 Nw. U.L. Rev. 140 (1994), at 154-158.

*136 前掲註６・向井280頁は閉鎖会社の場合に法人格が否認されることが多いという事実が、閉鎖会社で効率性の正当化事由が当てはまりにくいという裏づけとして理解できるとする。

*137 なお、前掲註６・向井354頁はHansmann and Kraakman教授（株主の比例責任を認める）、Mendelson教授（支配株主に責任を認める）、Glynn教授の学説（最高経営者に責任を認める）の各学説を検討し、非任意債権者との関係においては、支配株主と経営者の両方に初期的なリスクを負担させることが必要であるとする。

*138 Thompson, supra note 43, at 27.

*139 See, Id. at 28. ただし、Thompson教授は、その責任が代位責任であるのか自己責任であるのか、それは支配監督（control）に基づくものであるのか、それともリスクシェア（risk-sharing）に基づくものであるのかが問題であるとする。Id. at 27.

*140 15 USC 7262.

*141 主要な企業の財務責任者と学者を会員とする機関。

*142 http://www.prnewswire.com/cgi-bin/stories.pl?ACCT=104&STORY=/www/story/03-21-2005/0003236429&EDATE=参照。日本における紹介として、内田芳樹「Sarbanes Oxley Act 404条（内部統制監査）の米国での実施状況の検証」国際商事法務34巻７号（2006年）846頁以下参照。

*143 SOX法に対応するための従業員の残業代・新規雇用費用。

*144 前掲註142・内田848頁。

*145 国際会計協会編「内部統制の要点」〔八田信二〕（第一法規、2006年）８頁～９頁。

*146 「内部統制ルール 米で緩和機運」日本経済新聞2006年11月23日付朝刊参照、「米、過剰規制を見直し・企業改革法緩和へ」日本経済新聞2006年12月１日付朝刊参照。

*147 本論文第３章第２節第３款（1）（2）参照。

*148 経営者の意思決定がリスク回避的になりすぎたり、経営者のなり手がいなくなる可能性もあるだろうし、なり手がいたとしても、高いサラリーを得て過剰なリスクテイクをする経営者が増えるという指摘が当てはまるだろう（前掲註３・金本

＝藤田223頁）。

*149 山下友信（編）「逐条Ｄ＆Ｏ保険約款」〔洲崎博史〕（有斐閣、2005年）28頁。

*150 神田孝夫「不法行為責任の研究」（一粒社、1988年）160頁。

*151 最高裁判所民事判例集21巻４号961号。

*152 通説・判例のように代理監督者の意義について監督の現実性を要求する立場の問題点は、前掲註150・神田155頁以下および南健悟「従業員の不法行為と支店長の管理監督者としての責任」労働法律旬報1652号（2007年）34頁以下参照。

*153 前掲註150・神田161頁

*154 Thompson, supra note 43, at 28.

*155 前掲註150・神田210頁。

*156 See, Easterbrook and Fischel, supra note 73, at 60-61.は最低資本金制度について、その基準が画一的で、かつその金額の設定は難しいが、間接有限責任に起因するモラル・ハザードを軽減する一つとして挙げている。

*157 判例タイムズ238号159頁。

*158 判例時報246号316頁。

*159 判例時報953号76頁。

（みなみ　けんご　北海道大学法学研究科博士後期課程１年）