

● 翻 訳 ●

## 企業のインテグリティ（Integrity）と 専門家としての責任の推進の中核となる ゼネラル・カウンセルの役割（2・完）

サラ・ヘレン・ダギン\*

本間正浩・監訳\*\*

はじめに

I 現代企業におけるゼネラル・カウンセル

（以上、17巻2号）

II エンロン／サーベンス・オクスレー時代以後の企業トップの姿勢とゼネラル・カウンセル

III 会話の始まり：ゼネラル・カウンセルの機能に関して考慮に値する領域

結語

（以上、本号）

---

## II エンロン／サーベンス・オクスレー時代以後の企業トップの姿勢と ゼネラル・カウンセル

過去数年の出来事は、法令遵守の観点における会社のゼネラル・カウンセルの重要性<sup>176)</sup>、特に、会社の不正行為の可能性を示す証拠に適切に対応するというゼネラル・カウンセルの役割の重要性を浮き彫りにした<sup>177)</sup>。

多くの学者及び実務家——自ら企業内弁護士として勤務したことがある者を含め——は、企業内弁護士は常日頃から法人の法令違反を捜し出し、取り組む責任があるという

---

\* Sarah Helene Duggin：アメリカ・カトリック大学コロンバス・ロースクール准教授ほか。肩書詳細は、前号参照。

\*\* 弁護士，日清食品ホールディングス(株) 執行役員・CLO。

だろう<sup>178)</sup>。しかしながら、法律家職務模範規則 1.13 の前身及び同規定に基づいた各州法上の規定が、企業内弁護士に対し、自らの責任範囲を過度に狭くとらえさせる余地を残し、そのことによって問題に対して彼らの目をつむらせていたこともまた事実である<sup>179)</sup>。法律家職務模範規則 1.13 の改正と公開会社に関する SEC の Part205 ルールは、企業のために業務を行う弁護士——とりわけゼネラル・カウンセル——が問題点について見ざる・聞かざるという態度をとることを困難にする固有の義務を課している<sup>180)</sup>。これと同調する展開——例えば、企業内弁護士が、民事制裁手続、株主代表訴訟、さらには刑事訴追手続においてすら、被告当事者として名指しされることがますます増えているとの認識<sup>181)</sup>など——もまた、これらの地位にある弁護士のリスクをさらに上昇させている。

エンロンの不正事件が落ち着き始めて以来、多くの企業内弁護士たちは、自社を対内的にも対外的にも保護できるよう設計された内部統制手段を構築するために膨大な努力を払っている<sup>182)</sup>。当然ながら、制定法に従った SOX 法及び SEC の諸施策は、企業のインテグリティに向けての努力をさらに向上させることの強力な動機付けとなった。企業内弁護士協会 (Association of Corporate Counsel) の資料、業界における出版物、その他法律関係及び一般向けメディアの記事が明らかにしているように、SOX 法の遵守は、多くの企業内弁護士——特にゼネラル・カウンセル——にとって主要な懸念事項である<sup>183)</sup>。多くの優れた学術論文及び実務書が、SEC の Part205 ルール、法律家職務模範規則 1.13 及び 1.6 に関する 2003 年 8 月の修正<sup>184)</sup>、並びに SEC が提言したものの結局実現しなかった騒々しい辞任条項<sup>185)</sup>において定められた基準の性質とその影響について探究している。以下での議論は、チーフ・リーガル・オフィサーとしてのゼネラル・カウンセルの役割に関して鍵となる部分に焦点を当てる。

この文脈において、我々は、単に職業倫理だけを取り扱っているのではなく、コーポレート・ガバナンスをも取り扱っているということを認識することが重要である。ABA タスクフォース報告書は強調する。「弁護士は、コーポレート・ガバナンスにおける重要な役割を果たす者であり、かつ、企業の社会的責任に対する重要な貢献をする者であり、また、そのようにあるべきである。[中略] 賢明なコーポレート・ガバナンスを計画するには、法令遵守促進のための社内手続の設計及び維持を支援するために、弁護士——『特に当該企業のゼネラル・カウンセル』——を関与させなければならない」<sup>186)</sup>。同様に、2003 年 8 月に、ABA の代議員会は次の通り決議している。

[企業の] 取締役がその監督責任を履行するのに必要な情報と分析を提供するには、

とりわけ監督責任が法令遵守の事柄に関係するときは、『公開会社のゼネラル・カウンセルが能動的に関与する必要がある』<sup>187)</sup>。

決定的に重要な問題は、関係する規則が、ゼネラル・カウンセルに、彼らが求められたことを行えるよう、効果的に力を与えることができるか、ということである。

#### A. SECの規定及び法律家職務模範規則に基づくゼネラル・カウンセルの役割

エンロンの破綻を受けて、一般的に一致した見解は、企業内弁護士の中には、自分の本当の依頼者が誰であるか——それは法人そのものなのだが——について、考えが混乱していた者がいる、ということであった。現実には、当然のことであるが、企業内弁護士は、Robert Jackall と Kimberly Kirland が説明したような種類の、規則を使い分ける行動をとっていただけだったのかも知れない<sup>188)</sup>。SEC と ABA は、弁護士をして、問題に取り組みその問題を解決する力のある企業内の人々に、報告させる方法を考え出すのに、多大な労力を捧げてきた。ゼネラル・カウンセルは——チーフ・リーガル・オフィサーとして——報告受領者としての資格を与えられており、SEC の Part205 ルールにおいて顕著な役割を与えられている。テネシー州の James Cheek を委員長とする、企業の社会的責任に関する ABA タスクフォース（The ABA Task Force of Corporate Responsibility）は、ゼネラル・カウンセルの役割も議論した。だが、タスクフォースが提言し、ABA 代議員会が可決した法律家職務模範規則の修正条項では、ゼネラル・カウンセルやチーフ・リーガル・オフィサーには、特に言及されていない<sup>189)</sup>。本節では、2003年8月に修正された Part205 ルール及び法律家職務模範規則 1.13 の概要を、ゼネラル・カウンセルの文脈から説明する。

##### 1. SEC Part205 ルールの下におけるチーフ・リーガル・オフィサーとしてのゼネラル・カウンセル

SEC Part205 ルールは、登録された証券発行者（registered issuers）——すなわち、株式上場企業——のために、「SECに出頭して業務する（appearing and practicing before the Commission）」弁護士に適用される<sup>190)</sup>。「出頭し又は業務する（appear or practice）」という言葉は非常に広い範囲にわたり、企業内及び外部の双方で企業法務の多くの場面に関与する弁護士に適用される<sup>191)</sup>。Part205 ルールに基づき、SECに出頭し又は業務する弁護士は、疑われる重大な違反を調査し、又は、これに対し適切な弁護を行うため

にチーフ・リーガル・オフィサー又は適格法令遵守委員会（QLCC）が依頼した者を除いて<sup>192)</sup>、重大な法令違反の証拠を、企業の指揮系統をさかのぼり、チーフ・リーガル・オフィサー又はチーフ・リーガル・オフィサーと CEO の両方に報告しなければならない。そして、チーフ・リーガル・オフィサーは、その報告を企業の取締役会の QLCC に委ねることができる<sup>193)</sup>。もっとも、QLCC を設立している法人は、どちらかというところかわからない<sup>194)</sup>。したがって、報告する弁護士は、ゼネラル・カウンセルを経由しなければならない——その弁護士が、チーフ・リーガル・オフィサーへの報告、又は、チーフ・リーガル・オフィサー及び CEO への報告が、無駄であろうと合理的に信じている場合を除いては<sup>195)</sup>。その場合には、弁護士は、企業の監査委員会、独立取締役で構成される他の取締役会内委員会、又は、独立取締役による委員会が無い場合には取締役会それ自体に、直接報告することができる<sup>196)</sup>。

チーフ・リーガル・オフィサーとして、上場企業のゼネラル・カウンセルは、SEC に「出頭し又は業務する」監督弁護士（supervisory attorney）<sup>197)</sup>であるとみなされ、被監督弁護士（subordinate attorney）が、その適用される報告義務に従っていることを保証するために合理的な努力をする責任を負う<sup>198)</sup>。もし、チーフ・リーガル・オフィサーが重大な違反の報告を受領したときは、チーフ・リーガル・オフィサーは、その問題の対応を QLCC に委ねるか、又は、重大な違反といわれているものが、「既に発生した、現在継続している、又はこれから発生しようとしている」かどうかを判断するために、適切な調査を行わなければならない<sup>199)</sup>。かかる重大な違反は無いとチーフ・リーガル・オフィサーが合理的に信じた場合でない限り、チーフ・リーガル・オフィサーは、「企業に適切な応答を取るようさせるために、あらゆる合理的な手段を取」らねばならない。すなわち、企業に対し、違反を停止し、かかる違反が発生することを防ぎ、又は、違反によって起きた結果を是正するための手段を取らせるための努力をしなければならない<sup>200)</sup>。

重大な違反が起きたと判断するかしないかにかかわらず、チーフ・リーガル・オフィサーは、報告した弁護士に結果を知らせねばならない<sup>201)</sup>。重大な違反が既に発生し、現在継続し、又はこれから発生しようとしていると判断したときは、チーフ・リーガル・オフィサーは、取られた対応を報告した弁護士に伝達しなければならない<sup>202)</sup>。もし、報告した弁護士が、その対応が適切であると合理的根拠をもって信じない場合には、監査委員会、独立取締役で構成される他の取締役会内委員会、又は、そのような委員会がない場合には取締役会それ自体に報告しなくてはならない<sup>203)</sup>。もし、合理的期間が経過しても、報告した弁護士において、未だ会社が適切に対応していないと合理的根拠を

もって信じた場合は、当該弁護士は、報告を行ったチーフ・リーガル・オフィサー、CEO 又は／及び取締役にならざるにそう信じる理由を説明しなければならない<sup>204)</sup>。究極的には、報告した弁護士は、もし、「上場企業や投資家の資産や経済的利益を大きく損なうであろう重大な違反」を防止し、会社による偽証又は偽証教唆を抑止し、SEC に対する不正行為を防ぎ、又は「上場会社による重大な違反行為であって、当該弁護士の業務がこれを行うために使用されている場合であって、かかる違法行為が上場企業や投資家の資産や経済的利益を大きく損ない又は損なうであろう場合において、これを是正するために」必要であると考えたときは、SEC に対して、「当該業務に関する秘密情報」を会社の同意なしに開示することができる<sup>205)</sup>。この規則に従って重大な違反の証拠を報告したことの結果として解雇されたと考える弁護士は、「その〔会社の〕取締役会又は取締役会内委員会に対し、重大な違反の証拠を報告したことの結果として解雇されたのだと信じていることを通知することができる」<sup>206)</sup>。

もちろん、弁護士にとっても会社にとっても同様に、最善の解決は、会社組織の外部に不利な情報を報告する必要性を未然に防ぐ環境を構築することである。しかし、全ての状況において最善の結果が生ずると信じることはナイーブであろう。しかしながら、ゼネラル・カウンセルは、ビジネス幹部や他の企業内弁護士や外部弁護士との公式の又は非公式の交流を通じて、企業内において、インテグリティや法令遵守の環境を育てる理想的なポジションにいる。

もし、チーフ・リーガル・オフィサーが、会社をして、重大な違反を回避し、阻止し、又は是正させる努力に失敗した場合には、問題を報告した弁護士と同様、辞任する又は関連する情報を外部に報告するという選択肢を有している<sup>207)</sup>。もし、自社の取締役が重大な違反の証拠に対応することを拒んだ場合には<sup>208)</sup>、ゼネラル・カウンセルが辞任を選択するということもあり得るであろう。そのような決断が、経済的考慮その他の専門外の考慮基準が関係するとしても<sup>209)</sup>。ゼネラル・カウンセルが会社に打撃をもたらす情報を外部に報告することを選択することを想定するほうが困難である。そのようにすることは、会社に対する忠誠と企業構成員同士の絆に反することになるだけでなく、プロフェッショナルとしての自殺行為を意味しうるであろう。どんな企業やその他の組織が、自社の幹部弁護士として、会社やその上級マネージャーを当局に報告した弁護士を雇用するであろうか？従って、会社のインテグリティをその内部において促進する力をゼネラル・カウンセルに与えることはとりわけ重要である。

## 2. 法律家職務模範規則 1.13 に基づく報告義務及び開示の許容

法律家職務模範規則 1.13 は、法人に関する業務を特に取り扱った規定である<sup>210)</sup>。その制定時から、規則 1.13 は、企業や他の組織のために業務を行う弁護士は、構成員に対する忠誠よりも優越した忠誠を法人に置かなければならないと規定していた<sup>211)</sup>。2003年8月の規則改正は、一般論として、上層部への報告要求を加え、法律家職務模範規則 1.6 の依頼者の秘密保持条項の改正と平仄を合わせて、依頼者の秘密情報を外部に報告することが許容される状況を特定した<sup>212)</sup>。

Part 205 ルールとは異なり、法律家職務模範規則 1.13(b)に規定された「上司を超えた報告」(up-ladder reporting) 義務は、公開会社だけではなく、全ての法人に適用される。この報告義務は、弁護士が、「その業務に関する事項に関する〔企業の構成員による行動〕が、「組織に対する法的義務の違反又は合理的に見て組織に帰責されるであろう法律違反であって、組織にとって重大な損害を生じさせることとなること(中略)」を「知った」ときに生じる<sup>213)</sup>。このような状況において、「弁護士が、組織の最善の利益のためにそうする必要がないと合理的に考えるのでない限り」、「当該組織の上層部——これには、もし状況により必要とされる場合には、当該組織を代表して行動できる最上級機関を含む——に当該問題を付託」しなければならない<sup>214)</sup>。

法律家職務模範規則 1.13(c)は、規則 1.6 が許容していない場合においても、情報を法人外部へ報告することを許しているが、それは、上層部への報告の努力が無駄に終わった場合に限り、かつ、その場合であっても、それが明確な法律違反であり、かつ、「組織が相当な損害を被ることが合理的に確実であると」当該弁護士が考える場合で、「しかも、その弁護士が、損害を回避するために必要であり、必要な限度であると合理的に信じる限りにおいて」、会社の外部に情報を報告することを容認している<sup>215)</sup>。この開示許容条項は、法律違反の疑いを調査し、又は疑われた法律違反に対してこれを防御する弁護士には適用されない<sup>216)</sup>。もちろん、企業内弁護士は、法律家職務模範規則と実質的に同一の倫理法規に基づいて業務を行う全ての弁護士のように、依頼者が弁護士の業務を犯罪や不正行為を促進するために使うということを防止するためだけではなく<sup>218)</sup>、「合理的に確実な死亡又は深刻な傷害を防止するために」<sup>217)</sup>、又は、弁護士の業務の悪用の結果としての「他人の資産や経済的利益に対する多大な損害を回避し、緩和し又は是正するために」<sup>219)</sup>、情報を開示すべく、長年続く規則 1.6 の秘密保持の例外を行使することができる。最終的に、当該弁護士はまた、当該業務から辞任し、「当該弁護士に

において、会社の最上級機関に当該弁護士の中略）辞任の事実が確実に伝わるために必要であると合理的に考える手順を進める」ことができる<sup>220)</sup>。SECの規定と同様、報告によって解雇されたと合理的理由により信じる弁護士にも同じ手順が適用される<sup>221)</sup>。

ゼネラル・カウンセルの役割は、法律家職務模範規則 1.13 の修正の中において示唆されている。なぜならば、多くの社内弁護士及び外部弁護士が依頼者に損害を及ぼしかねない重大な問題を発見した際に当然報告するであろう、まさに「上級機関」に類する者であるからである。法律家職務模範規則 1.13 も、これに付随する注釈も、法人のゼネラル・カウンセル／チーフ・リーガル・オフィサーに対する報告が要求されることを明記していないが、企業その他の法人は契約によりそのような要件を設けることができる。また、ゼネラル・カウンセルは、組織に相当の損害を及ぼす結果となるであろう行動について社内上層部へ報告する義務にも拘束される。ゼネラル・カウンセルの業務の範囲は、法人そのものの事業の範囲と軌を一にすることから、上記改正は、その種のかなる事項についても、CEO 及び、最終的には取締役会と連絡をとるべきゼネラル・カウンセルの義務を明らかにするものである。

### 3. SOX 法における独立弁護士に関する規定

新たに生じた倫理的状況を、ゼネラル・カウンセルの視点から眺める場合に、SOX 法の他の規定は特に注目する価値がある。1934 年証券法第 10A 条を改正する SOX 法第 301 条は、次のように規定する。「監査委員会は、その職務を遂行するのに必要であると判断した場合には、独立した弁護士その他のアドバイザーを起用する権限を有する」<sup>222)</sup>。同法はさらに、これらの役務に対する支払いは、企業の資金から行われるべきことを規定する<sup>223)</sup>。SOX 法の独立弁護士規定は、会社法において既に確立された傾向を明確にするものである。取締役による独立弁護士の起用頻度の増加の影響については、従来からの他の構成員が弁護士を別個に起用する実務と併せて後述する<sup>224)</sup>。

#### B. 重要な法的問題の上層部への報告及び解決に資する風土の醸成に対するゼネラル・カウンセルの決定的な役割

SEC の Part 205 ルールにより制定された法的及びプロフェッショナルとしての基準、及び改正法律家職務模範規則 1.13 を取り入れた州の倫理基準は、特に公開会社にとって、新たな倫理の枠組みの境界線を明らかにするものである。両者のアプローチは共に、上

司を超えた報告を要求し、限定的な範囲で外部への開示を許容するものであるが、これらのルールがその目的を達成するか否かは、外部当局によるルールの執行のみならず、法律プロフェッション及びその所属する法人の構成員による規範の内部への浸透度合いにも依存する。規範の内部への浸透度合いは、文書化された方針及び手続の機能というよりは、組織文化及び制度を機能させるための担当者の能力と意欲の成果である<sup>225)</sup>。この過程において、ゼネラル・カウンセルよりも決定的な役割を担う者はおそらくいない。

法務部門の長として、また、法人の事業の法的側面について最も直接的かつ包括的に責任を負う個人として<sup>226)</sup>、ゼネラル・カウンセルは、重要であると強く喧伝される企業の「トップの姿勢 (tone at the top)」に深く関与する。このシステムには抑制と均衡が組み込まれている。すなわち、主として、Part205 ルールの規定がチーフ・リーガル・オフィサーがその責任を果たさないとき、CEO 又は監査委員会に対する報告すること、そして下位の権限者が自ら改善をすることを怠った場合において法律家職務模範規則 1.13 の要求に従い、「最上級機関」に連絡すること<sup>227)</sup>を要求するものである。

しかし、現実には、CEO や取締役会と接触することの実際上の困難さ、及び、ほとんどの社内弁護士及び外部弁護士が、自己の業務を遂行・継続し、依頼者を維持していく上において、ゼネラル・カウンセルと積極的な関係に依存することの度合いのゆえに、ゼネラル・カウンセルは大きな影響を及ぼし続けるであろう。

企業においてゼネラル・カウンセルが及ぼしている、或いは潜在的に及ぼし得る影響に照らせば、このような新たな倫理的状況のかじ取りを行う責任の大部分を彼らに負わせることには合理性がある。議会、SEC 及び、明確性には欠けるものの、弁護士という職業集団それ自体としても、チーフ・リーガル・オフィサーのこの職務を成し遂げる能力に対して多大な信頼を置いてきた。この規制の枠組みが、倫理上の義務を履行するようにゼネラル・カウンセルを力づけ<sup>228)</sup>、これを怠った場合にその結果について責任を負わせるのに十分なものであるかどうかは、現時点でははっきりとしない。

### Ⅲ 会話の始まり：ゼネラル・カウンセルの機能に関して 考慮に値する領域

本稿のⅠ章で触れたものは、企業のゼネラル・カウンセルの多面的な公式及び非公式の責任、企業のインテグリティ促進に関する彼らの役割の重要性、そして、企業内弁護



士の職業倫理や他の企業構成員のインテグリティを損なう、その場に応じて規範を変えるという現象に対抗するための広い視野を持つことの重要性、であった。II章では、Part 205 ルールに基づき、及び改正法律家職務模範規則 1.13 で示唆されているチーフ・リーガル・オフィサーに割り当てられた機能に焦点を当てた。弁護士、規制当局、及び法学者がこの新たなルールについて経験を重ねるに従い、その運用についての継続的な評価が重要になってくるであろう。この評価においては、他の重要な関係者に加えて、ゼネラル・カウンセルへの影響についての分析も行われるべきである。以下、ゼネラル・カウンセルの役割についての議論を開始するための試みの一つとして、新しい倫理の情景に関し継続的な考慮に値する多くの領域のうち、二つに焦点をあてて簡単に論じる。すなわち、(1) 取締役及びその他の構成員に助言を行うために独立した弁護士を起用する実務の影響、及び(2) ゼネラル・カウンセルと取締役との関係についてである。

#### A 別個の弁護士（separate counsel）に関する条項及び外部弁護士の管理を調整するための条項の必要性

時に、幹部執行役員、事業部門及びその他の企業構成員が、ゼネラル・カウンセル又は法務部門に知らせないまま、外部弁護士に仕事を依頼することがある。かつては、この現象が発生する場合の頻度は、ゼネラル・カウンセルが有する影響力の程度、弁護士費用が種々の企業内部署に配分され支払われる方法、及び、企業構成員が社外の弁護士からのより良い、あるいは、もしかするとより「保守的」でないアドバイスや援助を受けられると信じる程度が反映されていた<sup>229)</sup>。より最近では、取締役会及び取締役会内の委員会（とりわけ、独立取締役によって構成されるもの）が、別個の弁護士を選任することが比較的好く見られるようになってきている<sup>230)</sup>。この後者の現象は、株主代表訴訟の急激な増加及びこれに関し請求内容を評価し訴訟に対する取締役会の対応を決定するための特別訴訟委員会の利用<sup>231)</sup>、一定類型の企業結合に関連する経営行動に対する独立した評価の必要性<sup>232)</sup>、そして、エンロン以後の世界において他の経営幹部と共にゼネラル・カウンセルも関係する不正行為の告発に際して全社規模の内部調査をする要請、などの進展が関連している<sup>233)</sup>。

企業構成員が独立弁護士を選任することは、時には必要であるものの、当該法人の最善の利益とは正反対の方向になりうる。企業構成員が、法務部門の関与なしに、当該企業のための最善の法的助言を得る可能性は低い。その理由は、企業構成員が不適切な弁護士を雇うからではなく、このようにして選任される弁護士には、個別事象について当

該法人の全体的な目的に適合させるための方法に関する十分な知識が往々にして欠如しているからである。時には、彼ら外部弁護士は、彼らの業務にとって不可欠な情報を欠いていることの認識すらないこともある。また、社内弁護士からの好ましくない助言を回避し、あるいは許された経路以外の手段を求める企業構成員から、外部弁護士は、「選別された」事実の報告を受ける危険にさらされている<sup>234)</sup>。制度論としての観点からみると、問題解決のための調整のない努力は、企業の経営資源を浪費するほか、一貫しない助言や全体的な目的と相反する訴訟を作り出す危険もある。おそらく最も重要なこととしては、「独立」弁護士が問題点に関連する客観的な分析をもたらしてくれると信じることは容易である一方で、最終的な結果がビジネス上の観点からより望ましい、そして企業のインテグリティをより促進すると信じるに足る説得的な理由は何もなく、また、このような独立弁護士の関与は人的及び財務的資源の観点から多大なコストを会社に負担させる可能性があるということである。

多くの論者は、企業内弁護士が彼らの雇用主という唯一の依頼者しか有していないために、外部弁護士よりも独立性に乏しいことを強調してきた<sup>235)</sup>。しかしながら、外部弁護士が「欲せられる外部意見が提供されるように、当該回答と精密に対応する、選別された事実を基礎として依頼されうる」ことも同じように事実である<sup>236)</sup>。大きな経済的利益がかかっているなかで、少なからぬ法律事務所が、問題のある取引について過度に積極的な意見を提供し、また、「過度に保守的な」社内弁護士をくぐり抜けるための経営者の努力を支援する意見を提供してきた。企業責任に関するABAタスクフォースは、明確に、「企業の経営組織内で出世したいという欲望と同様に、依頼者との取引を獲得し維持するための競争は、弁護士に対して、自分たちの依頼者——すなわち企業——の長期的な利益に集中せず、やり取りしている企業幹部を喜ばせることを追求させる可能性がある。」と述べている<sup>237)</sup>。不完全な知識又は社内弁護士が特定の行動指針を主張してきた理由に対する理解を欠いたままでの外部アドバイスは、企業を危険水域に引き寄せることがありうる。最後に、企業構成員が社内弁護士の協力なしに外部弁護士を選任した場合、企業構成員は弁護士費用の有利な条件交渉をせず、あるいは業務を効果的に管理しないために、往々にして、提供されたサービスに比してより多くの弁護士費用を払うことになる。

公開会社にとって、新しい倫理的な枠組みは、弁護士の連携を促進する付随的な効果をもたらすかもしれない。ABA代議員会による2003年8月の決議では、下記が推奨されている。

公開会社についての社内弁護士及び外部弁護士のすべての指揮系統としては、まず最初に、これらの弁護士が当該企業による潜在的ないし進行中の重大な法令違反及び企業に対する信認義務の違反を報告するための、ゼネラル・カウンセルとの直接の連絡系統を確立すべきである<sup>238)</sup>。

しかしながら、この勧告は法律家職務模範規則には取り込まれておらず、また、法律家職務模範規則には、法人のための職務を行う弁護士に適用される、弁護士の協働に関するためのその他の条項も含まれていない。

企業の取締役会及び独立取締役で構成される取締役会内委員会が行う場合、独立弁護士の選定に関する考慮は異なってくる。この文脈では、独立弁護士への相談には顕著な利点がある、なぜなら、それは、取締役会及び取締役会内委員会が、企業内弁護士や法人と近い関係を有する法律事務所による助言を汚染しうるひいき目や自己防衛バイアスから離れて法的助言を入手できるからである。幾つかの場合——例えば、株主代表訴訟に関する特別訴訟委員会の決定——においては、法令上の要請として、あるいは実務的な対応として、独立弁護士への相談が必要となる<sup>239)</sup>。同様に、別個の弁護士の起用は、独立取締役をして、疑惑がある企業活動に関与している可能性があったり、あるいは、CEOや他の上級幹部の影響を切断できないゼネラル・カウンセルを避けることが可能となる。独立弁護士の起用は、選任される外部弁護士が真に独立している限りは、弁護士自身が彼らの過去の作業を評価する必要に迫られるという危険な状況を回避することに役立つ<sup>240)</sup>。このことは、おそらく、SOX法が、特に企業や公開会社の監査委員会が会社の費用で独立弁護士を選任できる権限を有すると定めていることの原因である<sup>241)</sup>。類似の考えは、ABA代議員会による2003年8月の決議において、「特別な調査ないし独立したアドバイスを受けるための取締役会ないし取締役会内委員会による弁護士の業務は、その独立性と当該取締役会ないし当該委員会への直接の指揮系統とが確保されるように構成すべきである。」とされていることにも現れている<sup>242)</sup>。

いずれにせよ、取締役会及び取締役会内委員会にとってすら、別個の弁護士の起用には負の側面が存在する。例えば、内部調査を行うための独立弁護士を起用することは、独立取締役が株主代表訴訟における請求内容の正当性を評価する必要がある場合、問題が経営上層部にまん延している証拠が存在する場合、又はゼネラル・カウンセル自身の行為が問題視されている場合であれば、理にかなっている<sup>243)</sup>。たとえそうであっても、企業構成員による弁護士の起用に当てはまる問題と同様の問題の多く——不十分な知識に基づく助言、法務の運用の無用な重複、並びに、財務コスト及び人的コストの顕著な

増加——が生じる可能性がある<sup>244)</sup>。また、取締役らが、当該法人の最善の利益に奉仕するためではなく、不正行為の疑いが発生したときに自分たちに対する疑いを晴らすために、独立弁護士を起用しうる危険が存在する。そのような場合には、会社及びその株主の費用負担で取締役を救済する効果となるかもしれない。従って、弁護士を別途起用することは、万能薬からは程遠い。

さらに、取締役又は他の構成員の緊急の命を受けたか否かにかかわらず、他の弁護士が混ざったとき、役員、取締役及びその他の主要な要員と企業のゼネラル・カウンセルとの間のつながりが弱まる可能性があり<sup>245)</sup>、それによりゼネラル・カウンセルが他の法的問題に対処することが更に困難になるかもしれない。ゼネラル・カウンセルのコントロールを越えて、時にはゼネラル・カウンセルの知らないうちに行動する外部弁護士が対応した事項に関連する法的事項に対して、ゼネラル・カウンセルが責任を果たすことは、確実に困難になる。企業責任に関する ABA タスクフォースは、「公開会社のゼネラル・カウンセルは、取締役会の監督の下で、効果的な法令遵守体制の実施を確保するための第一義的責任を負うべきである」と強調した<sup>246)</sup>。企業のビジネスを処理し又は疑わしい不正行為の調査を行うために起用された弁護士が、ゼネラル・カウンセルとの間で何らかの方法で調整することの確約のないままに、ゼネラル・カウンセルが効果的な法令遵守を統括することを期待するのは、非現実的である。

社会全体が「独立」のプロフェッショナルに夢中になってしまった。独立弁護士はその中の一種に過ぎず、他には「独立の」医師、コンサルタント、検察官、審査官、検査機関ほか多数が含まれる。これらの独立した専門家や団体は、多くの良いことを行うが、企業やその他の法人のインテグリティを確保する責任を負う者たちに取って代わるべきものではない<sup>247)</sup>。独立弁護士は、賢く利用されれば非常に有益なサービスを提供するけれども、ゼネラル・カウンセルから責任を問われることのない弁護士を起用しようとする風潮は、ゼネラル・カウンセルがその義務を履行することを力づけるものではないし、当該外部弁護士の側においても、企業の法令遵守又は倫理的な行動に対して、彼らに完全な責任を負わせる基礎となるものでもない。

ABA の 2000 年倫理委員会 (ABA's Ethics 2000 Commission) 委員長であり、企業法の卓越した専門家である、かつてデラウェア州の最高裁判所長官であった E. Norman Veasey は、独立弁護士についての現象に関する近時の論稿の中で、監査委員会が継続的に独立弁護士を起用すべきであるという見解に対して警告する点において、企業責任に関する ABA タスクフォースに賛成した<sup>248)</sup>。Veasey 元長官の見解は以下の通りである。

この新しいコーポレート・ガバナンスの世界における真の「困難な仕事」（heavy lifting）は、一般的にはゼネラル・カウンセルとその配下の企業内弁護士スタッフによって実行されなければならない、必要に応じて、当該企業において常時依頼している外部弁護士によって補完されるべきものである。取締役会によるベスト・プラクティスの探求を具体化せねばならないのは、ゼネラル・カウンセルである。（中略）高度なプロフェッショナルであるゼネラル・カウンセルは、取締役が別個の弁護士を考えている場合に、取締役らに助言を与える知的誠実性を期待されている<sup>249</sup>。

Veasey 元裁判長の指摘は注目せずにはいられない。外部弁護士の業務が非常に貴重であることが多いとしても、その判断が、唯一のプロフェッショナルとしての責任が、単一の組織のために業務することであるゼネラル・カウンセルの判断にとって代わることはまずありえない<sup>250</sup>。

2つの結論が、この分析から導き出される。第一に、法律家職務模範規則 1.13 に、法人のために業務を行うために起用される弁護士に対してゼネラル・カウンセルとの間の調整を求める何らかの条項を盛り込むことが、重大な考慮事項として評価に値する。当該条項は、依頼者である法人の CEO、取締役会若しくは取締役会内委員会が別段の指示をする場合、又は、このような状況において起用された弁護士が、チーフ・リーガル・オフィサーとのコミュニケーションが当該法人自体の健全性を危険にさらすだろうと合理的に考える場合を除き、適用される。かかる要求は、全ての弁護士と企業のゼネラル・カウンセルとの間のコミュニケーション系統の形成も強化するだろう<sup>251</sup>。同様に、独立弁護士が調査メンバーの輪から法人のゼネラル・カウンセルを除外しなければならないときでさえ、善きガバナンス実務として、調査の実質を阻害しない限度において、取締役は今までどおり報酬に関して会社の標準的な業務実務に従うよう、調査を実行する弁護士に要求すべきである<sup>252</sup>。さもなければ、当該企業は、高品質で価値の高い法的成果物を確保するのに最も熟練した人々が築き上げた方針による恩恵を失うことになる。これは、特に、別個の弁護士に対する支払が、法務部の予算外において、その監督を経ずになされるときに当てはまる。

第二に、会社の取締役会及び取締役会内委員会による独立弁護士の起用にかかる相対的な利益の探求を続けることが肝要である。かかる傾向が継続すると仮定する限り、独立弁護士の起用が適切な場合及びかかる委任が不要であるか又はおそらく却って非生産的ですからある場合を決定するに際し、会社の取締役を助けるための指針をまとめることを検討することが理にかなっている。

## B ゼネラル・カウンセルと取締役との関係性に対する目下の議論

良いガバナンスの方針と企業内弁護士側におけるプロフェッショナルとしての責任とは、企業幹部、企業、そして企業内弁護士が互いに責任を負うところの健全な経済的な環境を支えるために、密接に協調して運営されなければならない。本稿でも前述した Nelson 及び Nielson の研究により、人々がどのように振舞うかは、その人がどのような扱いを受けるかによって決定されるという共通認識が裏付けられた<sup>253)</sup>。とりわけ、Nelson, Nielson 両教授は、企業内における企業幹部と弁護士の関係性には、かなりの相互作用関係があることを見出した<sup>254)</sup>。同様に、Kirkland 教授は、Jackall 教授が企業内における規範の選択を研究した際の方法論を当てはめ、大規模な法律事務所の勤務弁護士はしばしば、自らの内なる倫理的な尺度に基づいて行動規範を決定するというよりも、むしろ法律事務所の中でいかに生き抜き、発展するかという視座に基づき、意思決定を行うことがあることを見出した<sup>255)</sup>。これらの研究結果は、企業幹部とビジネス・ロイヤーの目指すところを、共に、社会の目指すところに一致させることの重要性を強調する。共有されるべき目標は、法令遵守の重要性への強い意識を含有していなければならない。結局、おそらく、SOX 法及びその証券取引委員会の施行規則における最も有用な側面は、手続きの仕組みに帰着するものではなく、規範というのは他に替え難いものであり、企業幹部と企業内弁護士らは企業のインテグリティを確保するため協働しなければならない、という明確なメッセージである。

企業という領域において優先順位の上位に法令遵守を位置付けるという目標は、ABA タスクフォース報告書が強調する通り、弁護士、ビジネス側の人々、裁判所、そして立法者が、コーポレート・ガバナンスと企業内弁護士の役割との間の一体不可分の相互関係を十分認識することにより、達成可能である<sup>256)</sup>。タスクフォースの勧告に従い、2003年8月、ABA 代議員会はこの関係性に光をあてる幾つかの決議を採択した。その提案は、次のような訴えかけを含む：

公開会社は、次の事項を含む実務を採用すべきである：

- a. 企業のゼネラル・カウンセルの選考、採用及び報酬は、取締役会の承認が必要とされること。
- b. 潜在的な又は現に進行中の、企業による重大な違法行為、もしくは、企業に対する信認義務違反行為を含む法令遵守上の問題についての懸念を伝えるため、

ゼネラル・カウンセルは独立取締役の委員会に定期的に出席するとともに、委員会が行う経営陣との面談に出席すること<sup>257)</sup>。

これらの決議はゼネラル・カウンセルと企業経営陣の間を強化するための重要な戦略を示すものであるが、それだけに留まるものではない。企業とその他の事業体においては、タスクフォース報告も認めるとおり、ゼネラル・カウンセルの指揮系統の構造については様々な形態があるものの<sup>258)</sup>、ゼネラル・カウンセルはCEOに対する指揮命令関係にあるとともに、「必ず」取締役会に対しても指揮命令関係になければならず、それとともに、独立取締役との対話のための開かれた経路を有しなければならない。この関係性は、ゼネラル・カウンセルからのそれであると同様に、取締役側からも拓かれていく双方向の過程であることが、全ての関係者に対して、疑問の余地なく明確でなければならない。そのような明確さなしには、ゼネラル・カウンセルが法人の最良の利益を守る能力は、重要な点において必然的に完全性を欠くものになってしまう。取締役会は、ゼネラル・カウンセル及び企業のために働く全ての弁護士——取締役会又は、取締役がその正式な権限において直接依頼した者も含む——が負う倫理的責任について教育されなければならない。

第二に、ゼネラル・カウンセル又は上級の企業内弁護士は、重要な取締役会内委員会に加えて、全ての取締役会に常に出席するものでなければならない<sup>259)</sup>。ゼネラル・カウンセルは、取締役らが法的義務を特定することの支援をするための、また、潜在的な法令違反の可能性を彼らに注意喚起するための、最適な地位を占める。上場企業が関わる事柄が多岐にわたることを考えれば、たとえ最良の能力を有する弁護士ですらも、全ての論点を拾い上げることはできない。とはいえ、取締役会にゼネラル・カウンセルの姿があることは、そのような過ちを極小化する、最も高い可能性を与えるものである。それはまた、ゼネラル・カウンセルに、関連する法的義務に関し、取締役らを教育できる機会を提供する。独立取締役会の機能の仕方とは多少異なるが、ゼネラル・カウンセルは、企業の運営とガバナンスにかかる各種の法的側面の全てに対して、専門家としての責任を負う。その結果、Veasey 元長官と Di Guglielmo 氏が近年述べたように、ゼネラル・カウンセルにとって、「議論の下にある重要事項について、相談に自ら関与している場合を除いては、独立取締役会に出席すること、もしくは少なくとも出席可能であることは、一般的には良い考えである」<sup>260)</sup>。最小限のこととして、ABA タスクフォース報告が推奨する通り、ゼネラル・カウンセルは、当該会社の独立取締役と定期的に面談の機会を持つべきである<sup>261)</sup>。

第三に、ゼネラル・カウンセルは、当然のこととして、次の事象が生じた場合における弁護士を採用または継続のアレンジメントについて、取締役会に報告をしなければならない：(1) ゼネラル・カウンセルもしくは他の上級の企業内弁護士の解任又は辞任、(2) 案件の完了の場合を除き、会社の重要な案件に対応している法律事務所の中途における解任又は辞任。適切なガバナンスという観点においては、不当に解雇されたと信じている個別の弁護士を単に信ずることでは十分ではない<sup>262)</sup>。取締役会、もしくは取締役会内委員会は、それまで企業の重要な事項について重要な役割にあった弁護士たちの解任、辞職又は辞任の理由についての情報を要求し、特別な懸念を生起する事項について調査すべきである。ほとんどの場合、このような変更は企業のインテグリティについての懸念とは関係はないであろうが、適切なガバナンスという観点においては、取締役からは解任又は辞任の根拠について自らを満足させるだけの手順を踏むべきである。

経営幹部は、弁護士に適用されるような専門家責任に関するのルールと同種のルールの下で経営を行っているものではない。しかしながら、弁護士は、適切なガバナンスの確立において取締役会と立法者に助言する役割を有し、そして、裁判所は、訴訟の場において法廷に現れた企業の実務に対しコメントする立場にある。ABA 企業責任タスクフォースは、多くの企業においてはすでに実行されているが、一部においてはこれから非常に必要となるころの、適切なガバナンス実務を明確にすることにおいて、大きな歩を進めた。この仕事が継続されていくことは、法的な領域及び企業の領域の双方において重要である。

## 結 語

Hazard 教授が10年前に述べた通り、「企業内弁護士の役割は、弁護士たちが担う様々な職能の中でも、最も複雑であり困難なものの一つである」<sup>263)</sup>。この観察はゼネラル・カウンセルについて顕著に当てはまるものであり、なおかつ、彼らが果たす役割は、これまでの10年間の間にさらに複雑になった<sup>264)</sup>。ゼネラル・カウンセルが、この新たな倫理をめぐる状況において、中核となる役を演じるものであるという事実を認識することは、弁護士にとって決定的な重要性を持つ。NY市弁護士会タスクフォースが近年強調する通り、「ゼネラル・カウンセルの機能を強化することは、証券法制を含む、法令へのコンプライアンスを推進する努力において、高い優先性を持つものとされなければならない<sup>265)</sup>」。規制の諸規則と倫理的なルールは、ゼネラル・カウンセルが仕事を遂行



する上において力を与えるものでなければならないとともに、その任務を充足することが出来なかった場合において責任を負わせるものでなければならない。

（完）

〔謝辞〕

この論文の草稿は、2007年1月5日、ワシントンDCで開かれた American Association of Law Schools (AALS) の年次会議で発表された。弁護士としての責任についての講座を担当している Carol Needham 教授の独創的な発想、そして “Navigating Treacherous Waters; Initiating an Investigation, Going Up the Ladder and Reporting Out.” というパネルへの参加を招待して下さったことについて感謝を述べたい。また、Association of Corporate Counsel (ACC) の副代表であり、ゼネラル・カウンセルでもある Susan Hackett の明敏な意見や、ACC のオンラインライブラリを利用することを許可して下さったこと、さらには、私の同僚である Lisa Lerman 教授の深い見識、そしてコロンバス・ロースクール 2008 年度生 Sean Murphy がこの論文のための調査に対して惜しめない協力をしてくれたことにも感謝を述べたい。加えて、いつも絶え間なく私をサポートし、励ましてくれる Kirk, Alex 及び Bryant Renaud にも大いなる感謝を述べたい。

（筆者）

#### 注

- 176) 21 世紀初頭の企業の悪名高い不祥事及びこれらの法律家への影響についての議論に関して、例えば、Bost, *supra* note 94, at 1090, Cramton, Cohen & Koniak, *supra* note 80, Cramton, *supra* note 156, の文献、Lisa H Nicholson, *Sarbox 307's Impact on Subordinate In-House Counsel, Between a Rock and a Hard Place*, 2004 MICH. ST LREV 559 (2004)
- 177) 例えば、Bost, *supra* note 84, at 1111, Cramton, *supra* note 156, at 186, DeMott, *supra* note 8, at 979
- 178) 例えば、エンロンの瓦解とそれに次ぐ SOX 法制定及び 2003 年の法律家職務模範規則 1.13, 1.6 に対する修正の数年前に執筆された論考において、Geoffrey Hazard 教授は次のように述べている。適切に機能している法務部門では、ゼネラル・カウンセルは社内の「公式情報」だけでなく裏ルートからの情報にも注意を払っている。ゼネラル・カウンセルは、事が起こってしまってからごちゃごちゃな状況の後片づけをするよりも、法的に不適切な動きを早期に遮断する方がはるかに容易であることを知っている。ゼネラル・カウンセルは、倫理的に困難な場面に直面している配下の弁護士に対して、秘匿性を確保して話し合うことについて開かれた態度であることを、宣言するだけではなく行動によって明らかにしている。「ゼネラル・カウンセルはまた、自らが CEO に対し、あるいは必要ならば取締役会に対し、報告が求められるような事項でも持ち込む意思があることを、宣言するだけではなく行動によって明らかにしている。」ゼネラル・カウンセルはさらに、同様のやり方をもって、部下の弁護士が難しい問題を法務部門の本部に報告することができることを前提にして、当該部署の長が問題を解決する責任があるということを、明らかにしなければならない。ゼネラル・カウンセルは、倫理問題に関しては頑として開かれた態度でいる方が、教条的な態度でいるよ

りもはるかに効果があることを知っている。

Hazard, *Ethical Dilemmas*, *supra* note 8, at 1021-22 (強調引用者)。また, Cramton, *supra* note 156, at 154-55 (「(2003年8月以前の)規則は, 組織の弁護士に対して, 組織上層部に問題の報告を上げることが明文上は要求していなかったが, それが『当該組織の最大の利益』を守る唯一の手段である場合にはそのような行為を要求するものであった」ことを示唆している)。Thomas Morgan 教授は次のように述べている。

弁護士の行動に関する論者の一部には, 連邦のSOX法による規制以前には企業内弁護士に対する効果的な規制は事実上存在しなかったと決めつけているものがあるようである。これは事実とは全く異なる。[中略] 少なくとも (大半の州規則が依拠していた法律家職務模範規則) 7箇条の条文は, それ単独で又は他と合わせて解釈されることによって, 潜在的な企業犯罪や不正に対処するにあたって企業内弁護士が負う義務として州法が理解するところの内容を定義している。

The Role of Attorneys in Corporate Governance: Hearing Before the Subcomm. on Capital Markets, Ins. and Gov't Sponsored Enterprises, 108th Cong. 71-72 (2004) (Thomas D. Morgan 教授の陳述)。ただし, Bost, *supra* note 94, at 1089 (「直近の約4年間で, 企業内弁護士の役割・義務・期待・責任について激動が生じ, 次の地殻変動が生じた」としている)。

179) Cramton, Cohen & Koniak, *supra* note 80, at 738 (2003年修正以前の法律家職務模範規則1.13条の混乱を招く文言と構造について論じている), Cramton, *supra* note 156, at 145 (2002年の時点では, 倫理規則は「論争の種であり, しばしば曖昧であり, 法律家に不十分な指針しか提供せず, 企業による不正・違法行為の防止に関して公益を不十分な形でしか保護していなかった」ことが言及されている)。Cramton 教授は次の指摘をしている。

エンロン, アーサー・アンダーセン及びエンロンのスキャンダルに巻き込まれた多くの金融機関のために業務していた企業内弁護士及び社外の弁護士らの行動は, 過去50年間にわたり連綿と続いてきた重大な金融詐欺事件によって我々に語り継がれてきたのと同じ話を教えてくれるのである。「独立した専門家による判断」という職業的理想像は, 重要な取引や, 極めて深刻な訴訟において, 大企業を代理する法律家としての振舞い方を教えてくれはしない。これらの法律家は, 法によって許される限りにおいて, 依頼者の経営者から求められることの全てを依頼者のためにやらなければならないという立場をとっている。問題は, 継続的に法が許す境界まで行き, 法の許容する範囲を非常に広く解釈することによって, これらの法律家が, 第三者と依頼者たる法人に害を及ぼす依頼者の経営者による違法行為を無視し, 最後にはこれを助長しさえするような思考態度を徐々に身につけていくことである。これらの法律家は, 訴訟又は対立的な交渉での代理人の役割と, 依頼者たる企業の, 意思決定の過程における独立した客観的な立場からの助言の必要とを混同するものである。現在の職務遂行のやり方は, 個々の法律事務所の失敗例にとどまらず, 幅広い問題をもたらしている。

Cramton, *supra* note 156, at 173 (引用省略)。ただし, Jill E. Fisch & Kenneth M. Rosen, *Is There a Role for Lawyers in Preventing Future Enrons?*, 48 VILL. L. REV. 1097, 1097 (2003) (「SOX法のコーポレート・ガバナンス改革への働きかけには不備がある」と結論づけている), Thomas D. Morgan, *Sarbanes-Oxley: A Complication, Not a Contribution, in the Effort to Improve Corporate Lawyers' Professional Conduct*, 7 GEO. J. LEGAL ETHICS 1, 2-11 (2003) (新しい倫理規範の価値について疑問を呈している)

180) 例えば, ASS'N OF CORPORATE COUNSEL, *supra* note 66, at 18-19 (「SOX法の下で拡大されたゼネラル・カウンスルの倫理上の役割」に言及), *After Sarbanes-Oxley: A Panel Discussion on Law and Legal Ethics in the Era of Corporate Scandal*, 17 GEO. J. LEGAL ETHICS 67 (2003), Susan D. Carle et al., *The Evolving Legal and Ethical Role of the Corporate Attorney after the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Panel Three: *Ethical Dilemmas Associated with the Corporate Attorney's New Role*, 52 AM. U. L. REV. 655 (2003), Karl A. Groskaufmanis, *Climbing "Up the*

- Ladder*”: *Corporate Counsel and the SEC’s Reporting Requirement for Lawyers*, 89 CORNELL L. REV. 511 (2004), Morgan, *supra* note 179, Terry F. Moritz & Robert M. Oberlies, *Up the Ladder and Beyond: Attorney Conduct and Reporting Duties with Respect to Issues, Auditors and the Commission under SEC Implementing Rules to the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, 1402 PLL/CORP 307 (2004)
- 181) 例えば, Janet Langford Kelly, Susan R Sneider & Kelly A. Fox, *The Relationship Between the Legal Department and the Corporation*, 1 SUCCESSFUL PARTNERING AGAINST INSIDE CORPORATE COUNSEL § 16:36.3 (Feb. 2006) (ゼネラル・カウンセルを「新たなホワイトカラー犯罪者」と表現する)。企業内弁護士を標的にすることに関し入手できる情報の詳細な分析として, JOHN K. VILLA, SEC AND CRIMINAL PROCEEDINGS AGAINST INSIDE CORPORATE COUNSEL (2005), available at <http://www.acca.com/resource/v6063>。また, DeMott, *supra* note 8, 974-975 (ゼネラル・カウンセルに対する近時の裁判手続の動きと, Rite Aid のゼネラル・カウンセルであった Franklin C. Brown 及びエンロンのゼネラル・カウンセルであった James V. Derrick, Jr. が置かれた苦しい立場について論じている)。しかしながら, 2006 年のワシントン・ポストのある記事は「欺瞞に満ちた企業に奉仕した弁護士たちが比較的無傷で済んでしまったことが浮かび上がってきた」と示唆している。Carrie Johnson, *Legal Penalties in Corporate Frauds Seldom Paid by Legal Advisers*, WASH. POST, Aug. 31, 2006, D1
- 182) 例えば, ASS’N OF CORPORATE COUNSEL, EMERGING AND LEADING PRACTICES IN SARBOX 307 UP-THE-LADDER REOPRTING AND ATTORNEY PROFESSIONAL CONDUCT PROGRAMS: WHAT COMPANIES AND LAW FIRMS ARE DOING 1 (2003), available at <http://www.acca.com/legres/corpresponsibility/attorney.php>.
- 183) 例えば, *Id.*
- 184) 例えば, Carle et al., *supra* note 180 の文献, Cramton, Cohen & Koniak, *supra* note 80, Groskaufmanis, *supra* note 180, Morgan, *supra* note 180, Russel, *supra* note 65。関連事項についての初期の議論として Cramton, *supra* note 156。SEC はまた, その SOX 法の規定の提案に対して, 様々な視点からの洞察に富む広範な論評を受けた。SEC Final Rule: Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, Release Nos. 33-8185, 34-47276, IC-25929 (Jan. 29, 2003 発布, Aug. 5, 2003 発効) (167 のコメントを受領したと報告されている)。
- 185) Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, Securities Act Release, 67 Fed. Reg. 71670-71 (Nov. 21, 2002 に提案), available at <http://www.sec.gov/rules/proposed/33-8150.htm>。2003 年 1 月, SEC は騒々しい辞任条項の代替案を提言したが, この条項というのは上場企業をして SEC に弁護士の辞任を知らせることを求めている。Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, Securities Act Release, 68 Fed. Reg. 6824 (Jan. 29, 2003 に提案), available at <http://www.sec.gov/rules/proposed/33-8186.htm>。  
(訳者注:「騒々しい辞任条項」(the noisy withdrawal provision) とは, 弁護士が所属組織の不正に気付いて組織上層部にその問題の報告を上げた場合において, 相当の期間が経過したにもかかわらず何らの措置が講じられないとき, または適切な措置が講じられないと合理的に判断できるときに, 単に辞任(退職)するだけでは当該弁護士を免責せず, 当該弁護士をして SEC に対する当該不正の報告をさせるというルールのことを指している。)
- 186) CORPORATE RESPONSIBILITY TASK FORCE REPORT, *supra* note 6, at 20-21 (強調引用者)
- 187) AUGUST 2003 ABA RESOLUTIONS, *supra* note 5, at ¶ 4 (強調引用者)
- 188) *Supra* Part III .B
- 189) CORPORATE RESPONSIBILITY TASK FORCE REPORT, *supra* note 6, 34-40
- 190) 17 C.F.R. § 205.1 (2003)
- 191) *Id.* § 205.2 (a)。また, Implementation of Standards of Professional Conduct for Attorneys, Securities Act Release 68 Fed. Reg. 6296, 6296 (Feb. 6, 2003) (17 C.F.R. § 205 で立法の予定),

- available at <http://www.sec.gov/rules/final/33-8185.htm>
- 192) この立場で行動する弁護士は、しかしながら、17 C.F.R. § 205.3 (b) (6) & (7) (2003) に示された規則に従わねばならない。
- 193) 17C.F.R. § 205.3 (b) (2) (2003)
- 194) Bost, *supra* note 94, at 1107 (Susan Hackett, *QLCCs: The In-House Perspective*, WALL ST. LAW., May 2004 available at <http://www.acca.com/resource/v6355> を引用する。), Eli Rosen, *Resistances to Reforming Corporate Governance: The Diffusion of QLCCs*, 74 *FORDHAM L. REV.* 1251 (2005) (QLCC の利用は僅かであることについて言及し、2005年9月30日時点で97.5%の上場企業がQLCCを持っていないと述べている。)
- 195) 17C.F.R. § 205.3 (b) (4) (2003)
- 196) *Id.* § 205.3 (b) (4) & (3)
- 197) *Id.* § 205.4 (a)。概論として、VILLA, *supra* note 89, at § 8:6 参照。
- 198) 17C.F.R. § 205.4 (a), (b) (2003)。しかしながら、チーフ・リーガル・オフィサーの直接の監督下にある弁護士—例えば、副ゼネラル・カウンセル—は、Part205 ルールに従う被監督弁護士ではない。*Id.* at § 205.5 (a)。概論として VILLA § 8:6
- 199) 17C.F.R. § 205.4 (b) (2) (2003)。チーフ・リーガル・オフィサーには、QLCC に報告し対応を委ね、報告した弁護士に、委ねたことを知らせるといふ選択肢もある。*Id.* § 205.3 (c) (2)
- 200) *Id.* § 205.3 (b) (2)
- 201) *Id.*
- 202) *Id.* 適切な応答には、違反を防ぐか若しくは止めるようにする会社の行動、及び／又は、取締役会、QLCC または他の適切な取締役委員会の同意を得て、弁護士に依頼してその問題を調査することも含まれる。*Id.* at § 205.2 (b)
- 203) *Id.* at § 205.3 (b) (3)
- 204) 17 C.F.R. § 205.3 (b) (9) (2003)
- 205) *Id.* § 205.3 (d) (2)
- 206) *Id.* at § 205.3 (b) (10)。しかし、VILLA, *supra* note 89, at § 8.11 (抵触する州の倫理規定に対する § 205.1 の優越は、「弁護士が実際に規則で要求されているとおりに行動し、「加えて」その行いは誠実なものであった」という状況においてのみ、依頼者の秘密を開示した弁護士を保護するものである、と指摘している。)
- 207) 17 C.F.R. § 205.3 (d) (2) (2003)
- 208) DeMott, *supra*, note 8, at 967-68
- 209) *Id.* at 967-69
- 210) 法律家職務模範規則 1.13 (2003)。法律家職務模範規則は、1983年8月2日に制定された。このときから、規則 1.13 (a) は、「組織に雇用され又は委任されている弁護士は、その組織の正当な権限を付与された構成員を通じて当該組織の業務を行う」と規定していた。*Id.* 1.13 (a)。法律家職務模範規則に関する情報として、ABA 専門家責任 センター (ABA Center for Professional Responsibility) のウェブサイト [http://www.abanet.org/cpr/mrpc/model\\_rules.html](http://www.abanet.org/cpr/mrpc/model_rules.html) 参照。
- 211) HAZARD & HODES, *supra*, note 102, at § 17.2
- 212) しかしながら、Hazard 及び Hodes 両教授が述べるように、「2003年のABAの代議員会によって一体として承認された規則 1.6 及び 1.13 の重要な改正を生んだエンロン、ワールドコムその他のスキャンダルにもかかわらず (中略)、規則 1.13 は、未だにほぼ完全に『内向きの規定』である」。*HAZARD & HODES supra* note 102, § 17.2
- 213) 法律家職務模範規則 1.13 (b) (2003)。HAZARD&HODES, *supla* note 102
- 214) 法律家職務模範規則 1.13 (b) (2003)
- 215) *Id.* R.1.13 (c)
- 216) *Id.* R.1.13 (d)

- 218) *Id.* R.1.6 (b) (2) (訳者注：原著の脚注と番号を合わせるため、訳文中では 218) と 217) で脚注番号が前後する。)
- 217) *Id.* R.1.6 (b) (1)
- 219) 法律家職務模範規則 R.1.6 (b) (3) (2003)
- 220) *Id.* R.1.13 (e)
- 221) *Id.* *supra* note 206 における記述参照
- 222) Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, § 3 01, 116 Stat. 745, 776 (2002) 「別個の」カウンセルという用語は、「独立」した弁護士と区別しないで用いられることがあるが、Veasey 最高裁長官及び Di Guglielmo 氏が指摘するように、そのときの状況次第で、「独立」の意味は「語られる文脈」によって異なる。Veasey & Di Guglielmo, *supra* note 8, at 9。別個に起用される弁護士は必ずしも「独立」している訳ではない。
- 223) *Id.* at § 301 (m) (6)
- 224) *Supra* Part III. A
- 225) ルールの執行こそが肝要である。例えば、エンロンは、紙上の芸術作品ともいえる企業倫理規程を有していた。Enron Code of Ethics available at <http://www.thesmokinggun.com/enron/Enronethics1.html> (last visit 2007年6月25日)。
- 226) 多くの会社において外部弁護士は個別案件ごとに委任されていることを考えると、これは特にあてはまる。前掲 Part I, C.1 c.ii. 参照。
- 227) MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT I. 13 (b) (2003)
- 228) Coffee 教授が特に指摘するように、「押しとどめることは容易だが、力づけることはより複雑である」Coffee, *supra* note 72, at 1315
- 229) *Infra* note 236 に付随する記述
- 230) このような実務の発生及び潜在的な利点と問題点の評価に関する議論について、Geoffrey C. Hazard, Jr. & Edward B. Rock, *A New Player in the Boardroom: The Emergence of Independent Directors' Counsel*, 59 BUS. Law. 1389 (2004)。また、Veasey, *supra* note 74, at 1414-15 (取締役ないし取締役会のため日常的に別個の弁護士を選定することは不要であると示唆する)
- 231) Hazard & Rock, *supra* note 230, at 1391-92
- 232) *Id.*
- 233) *Id.* at 1392
- 234) Hazard, *Ethical Dilemmas*, *supra* note 8, at 1019。また、*supra* note 173 及びそこにおける記述を参照。
- 235) 独立性の論点に関する有益な議論として、DeMott, *supra* note 8, at 967-68, Veasey & Di Guglielmo, *supra* note 8, at 11-12
- 236) Hazard, *Ethical Dilemmas*, *supra* note 8, at 1019
- 237) Corproate Responsibility Task Force Report, *supra* note 6, 15
- 238) AUGUST 2003 ABA RESOLUTIONS, *supra* note 5, at ¶ 7 (c)
- 239) Hazard & Rock, *supra* note 230, 1390-91, Veasey, *supra* note 74, at 1414
- 240) Vinson & Elkins 法律事務所は、もともと法的アドバイスを与えていたエンロン社の案件の内部調査を同事務所所属の弁護士が遂行した結果、大変な困難に遭遇した。その法律事務所が調査の対象としていたのは、単なる自らの主要なクライアントの行動のみならず、同事務所自らのそれについてもであった。NEAL BATSON, FINAL REPORT OF NEAL BATSON, COURT-APPOINTED EXAMINER (2003) available at <http://www.enron.com/corp/por/examinerfinal.html>.
- 241) Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, § 301, 116 Stat. 745, 776 (2002)
- 242) AUGUST 2003 ABA RESOLUTIONS, *supra* note 5, ¶ 9
- 243) Hazard & Rock, *supra* note 230, at 1390, Veasey & Di Guglielmo, *supra* note 8, at 8-10
- 244) Hazard & Rock, *supra* note 230, at 1141-12, *supra* note 93

- 245) DeMott, *supra* note 8, at 980 (独立弁護士起用のゼネラル・カウンセルの取締役会及びCEOに対する関係にもたらす影響を議論)
- 246) CORPORATE RESPONSIBILITY TASK FORCE REPORT, *supra* note 6, at 32
- 247) さらに、「独立した」プロフェッショナルであっても、誰が依頼者かについての混乱の問題から常に解放されるわけではない。*Id.* at 26 (「外部アドバイザーが取締役会又は取締役会内委員会によって正式に起用されている場合でも、あまりに頻繁に、当該アドバイザーが経営幹部層を依頼者と捉える見方がその提供する助言に影響を与えてきた。」)
- 248) CORPORATE RESPONSIBILITY TASK FORCE REPORT, *supra* note 6, at 24 n.54 (「ゼネラル・カウンセル以外に、取締役会若しくはその1つまたは複数の委員会に助言する弁護士を起用することは(中略)オープンなコミュニケーションを減らし、取締役とそれ以外の経営幹部層との間の協力関係をより非建設的なものとし、そして、最終的には、取締役会による監視の有効性を損ねる結果となり得る」と警告する), Veasey, *supra* note 74, at 1414-15, Veasey & Di Guglielmo, *supra* note 8, at 8-10 (独立性の問題は社内弁護士だけでなく社外弁護士にも適用されること、また、「弁護士の独立性を判断するには状況に応じた固有の考察が必要であること」を指摘する)
- 249) Veasey, *supra* note 74, at 1414-15, Hazard & Rock, *supra* note 230, at 1402-03
- 250) Veasey 元長官は、以下の点も指摘する。  
独立取締役は、特別な外部弁護士の必要性及び必要となる時期について継続的に判断しなければならない。この意思決定プロセスのために、彼らはゼネラル・カウンセル又は当該会社が常時依頼している外部弁護士(ありのままの客観的なアドバイスを取締役に提供するプロフェッショナルリズム及びインテグリティを持つ者でなければならない)に頼ることができて然るべきである。もしこれらのゼネラル・カウンセルや外部弁護士が当該務めを行うに至らない場合には、交代させられるべきである。  
Veasey, *supra* note 74, at 1418
- 251) CORPORATE RESPONSIBILITY TASK FORCE REPORT, *supra*, note 6, 36-38
- 252) この種のポリシーは、通常、報酬請求のために要求される詳細さの水準、請求内容の説明、費用の制限その他関連事項を扱う。
- 253) *Supra* note 161-67において引用する記述
- 254) *Id.*
- 255) *Supra* note 169-72において引用する記述
- 256) Corporate Responsibility Task Force Report, *supra* note 6, at 9 & nn. 20-21
- 257) August 2003 ABA RESOLUTIONS, *supra* note 5, at ¶ 7, また、REPORT OF THE NEW YORK BAR ASS'N TASK FORCE ON THE LAWYERS'S ROLE IN CORPORATE GOVERNANCE (Nov. 2006), 62 Bus. Law. 427, 482-83 (2006) (以下、「NY市弁護士会タクスフォース報告」という)] (ゼネラル・カウンセルの取締役会との関係及び取締役会へのアクセスの重要性を強調する。)
- 258) Corporate Responsibility Task Force Report, *supra* note 6, at 29, また、Ass'n of Corporate Counsel, *supra* note 66, at 24 (全てではないものの、高い割合で、ゼネラル・カウンセルが企業の経営陣へだけではなく取締役会にも直属していることを表すデータを提示する。)
- 259) Veasey & Di Guglielmo, *supra* note 8, at 17
- 260) *Id.* 独立取締役は、CEOの部下であるゼネラル・カウンセルの機密保持に懸念をもつかもしれないが、ゼネラル・カウンセルにとっては、独立取締役会の機密を守ることが義務付けられていることである。この守秘義務を守ることのできない者は、解任を余儀なくされる。これは、ゼネラル・カウンセルという役割に必然的に伴う、必要な緊張関係の一つである。概論として、Veasey & Di Guglielmo, *supra* note 8, Di Mott, *supra* note 8, at 956-57, N. Y. C. Bar Ass'n Task Force Report, *supra* note 257, at 480-81
- 261) Corporate Responsibility Task Force Report, *supra* note 6, at 32, 70

- 262) *Supra* note 206 & 221 に記載された記述
- 263) Hazard, *Ethical Dilemmas*, *supra* note 8, at 1011
- 264) DeMott, *supra* note 8, at 980（ゼネラル・カウンセルの役割が変化し続けるであろうと予測する指摘をしている。）; Veasey & Di Guglielmo, *supra* note 8, at 36（「弁護士だけでなく、取締役や役員も、企業のために弁護士が直面する課題の複雑さと変化し続ける性質を理解し評価する必要がある」と観察する。）
- 265) N.Y.C. Bar Ass'n Task Force Report, *supra* note 257, at 480-81