

取締役の対会社責任の制限（一）

上田谷 恒久

目次

第一章 序 論

第二章 責任制限制度の必要性と妥当性

第一節 責任制限制度の意義

第二節 対会社責任についての損害賠償のあり方

第三章 責任制限の対象

第一節 責任制限の対象となる責任

第二節 責任制限非適用事由としての悪意・重過失の再検討

第三節 会社債権者の利害と取締役の責任制限

第四節 責任制限の人的対象 ……（以上本号）

第四章 責任制限の方法・手続

第一節 株主総会による決定

第二節 事前の責任制限制度の必要性

第三節 裁判所の裁量制

第四節 商法に法定する方式

第五章 責任減免額（賠償限度額）

第一節 賠償額の算定基準

第二節 損害賠償の額

第六章 結 語

第一章 序 論

一 取締役の責任制度強化の沿革と立法対応

（一）現在の取締役の対会社責任制度の原型は昭和二十五年の商法改正に求められる。それ以前の株主総会中心主義と取締役の各自代表制度に代えて、取締役会制度、代表取締役制度が導入された。これによって取締役の権限・地位が強化されたことに対応し、その濫用の防止と職務の公正な執行を期して、取締役の責任を強化した。併せて、アメリカに倣つ

て株主による取締役の責任追及制度として、株主代表訴訟制度が導入された。

この責任体制は、極めて厳しいものである。すなわち、商法二六六条（以下商法条文は単に条数のみを記す）一項各号の責任は、一部は無過失責任とし、発生した損害は因果関係が認められる全額につき、責任を負うべき取締役（同条二、三項により決議に賛成した取締役も行為者とみなされる）が連帯して、賠償ないし弁済しなければならぬ。また、責任の免除（一項四号の責任を除く）は、総株主の同意がなければなし得ず、公開大会社においては、責任の一部にせよ全額にせよ免除は事実上不可能である。近時の企業経営規模においていったん損害が発生すれば損害額は巨額となり、有責取締役は過酷な責任を負うことになる。

(二) しかしながら、特に公開大企業においては、倒産等の場合を除いて現実に取締役の責任を追及する場面が極めて少なかったため、経済界も学界・立法当局も、その厳しさを現実のものとして実感することはなかった。むしろ、厳格な責任制度は取締役の強大な権限に対応して、コーポレート・ガバナンスを支えるための必要的存在であるとの観念的認識のもと、昭和二十五年の責任制度は、緩和されることなく維持され続けたに止まらず、むしろ強化（たとえば昭和五十六年の責任解除制度の廃止や平成五年の代表訴訟提起の容易

化）されてきたのである。

(三) 平成五年の代表訴訟制度改正以降、株主代表訴訟により取締役の責任が頻繁に追及されるようになるに及んで、政・財界は漸く問題の大きさを認識するとともに、急遽その対策に乗り出した。そして学界等からの理論的支援が得られないだけでなく、むしろ逆に強力な反対論が展開される中で、国会審議過程での政治的妥協も加わって、平成十三年に議員立法によって、拙速ともいえる形で責任制限制度（二六六条七項以下）が成立した。

この制度は、取締役の責任の成立要件には触れず、発生した責任を事後的に減免するだけのものであるが、責任制限の理念・意義づけが十分でなく、制度内容も体系的考慮や理論的裏づけの欠如と安易な妥協の結果を反映して、適用範囲が狭いものとなり、その実用性について大いに疑問視されているところである。議員立法が現状打破の動きを進めた功績は評価されるべきであるものの、成立した制度には当の立法関係者自身も満足していない模様であり、あるいは政・財界主導で早期の再改正が目論まれる可能性もある。ここで痛感されるのは、商法のような基本法の改正については、学説等による建設的な理論的バックアップが欠かせないことである。

(四) 平成十四年に、経営管理機構の抜本的改革として、

アメリカ型の委員会等設置会社制度が導入された。委員会等設置会社では、取締役会による監督機能が強化され、取締役・執行役の責任についても、無過失責任の過失責任化、みなし行為者制度（二六六条二、三項）の排除などの緩和が行われた。そして平成十七年六月二十九日成立の会社法（以下「新会社法」）において、取締役の責任については、一般の株式会社に関しても委員会等設置会社との調整が図られている。しかし、責任制限制度については、平成十三年に成立したものが、委員会等設置会社にはほぼパラレルに適用され、さらに新会社法においても基本的再検討が行われることなく引き継がれている。

二 責任制限制度の必要性

(一) 取締役は、会社の利益追求のために必要な経営判断を行い、また、他の取締役が不当な行為を行なわないうく監視しなければならず、そのために、委任の本旨たる善管注意義務を尽さなければならない。しかし不幸にしてそのような義務を尽し切れず（すなわち任務遂行に過失があり）会社に損害が発生するとき、その損害は巨額になることが多い。

右に述べたように、取締役に対する責任追及の場面が極めて少なかったことに加え、実際に裁判で責任を問われた事例においては、そのまま責任を認めると巨額になり過ぎること

を懸念し、裁判所が法を裁量的に解釈・適用することにより、責任を否定し、あるいは賠償額を減額する実態がある。そのような裁判所の意図や努力自体は評価されるべきであるが、裁判例の中にはかなり無理な裁量を行ったものもあり、一部学説からは鋭くその非を突くものもある。裁判上・外における責任の否定は、その厳格さゆえにもたらされる責任制度の形骸化⁽¹¹⁾ともいえる。法の定める義務に違反があれば、その責任が適正に追及されるようになっていくことが、健全な法体制であり、コーポレート・ガバナンスを支えるための基本條件でもある。そのためには、責任制度そのものが合理的なものでなければならぬ。

(二) 平成十三年改正にあたっては、学説の多くは、その立法に至る過程で様々な見地からの消極的対応が目立った。制度のあり方の全体像を示して建設的に批判するものは皆無であったし、改正法成立後に部分的に批判を加えつつも、制度には賛意を表するものも見られないわけではないが、総じて、制度創設そのものに反対し、あるいは制度内容個々について痛烈に批判することにより、制度反対論に結びつけようとするものが多かった。これら批判論は概して、取締役をして適正な任務遂行にあたらせるために厳格な責任制度が不可欠であるとする、従来からのパラダイムに止まるものである。取締役はその強大な裁量権行使により、会社の内外に多大な

影響を及ぼしうる地位にあるのであり、その責任が重いものであるべきことについて私見として殊更の異論はない。しかしながら、責任が合理性に欠けるほどに過度に厳格なものではなければならない必然性はない。取締役の個人的な賠償資力は、企業経営規模で発生した会社の損害額に比べると微々たるものである。法制度のあり方を考えるに際して、賠償能力の有無・程度は別問題であるとするのは、法律と現実の乖離を容認して顧みないものとも受け止められかねない。

重視すべきは、取締役にそのような巨額の損害を賠償させるときではないことを、正面から認めることである。取締役が過失を犯すことは、過失であるが故に回避しがたい面もあり、また過失による責任は故意などによるものと比べて、過失を犯した取締役を破産に陥れなければならないほど重くあるべきものではないであろう。それにもかかわらず巨額の賠償責任を課せば、当該取締役にとって不公平となり、そのような責任制度は不合理なものといわざるを得ない。商法の規定する賠償責任額を合理的で妥当なものとし、それによって、適正に責任追及が行われることを可能にしなければならぬ。

三 論文の内容

本稿は、右に述べた問題意識に基づいて、平成十三年に成立した責任制限制度の、根本的な再構成を試みるものである。

その基本的視点は、取締役の合理的な責任制度のあり方としての責任制限制度であり、その必要性・意義、制度の妥当性を多角的に考察し、損害賠償法や会社法における意義・体系的な位置づけを考慮しつつ、具体的な責任制限制度を構築するところにある。

ところでアメリカでは、早くから、判例法上の経営判断の原則や制定法としての責任制限制度など、取締役を保護する制度を発達させており、本来、これの比較的研究が不可欠である。尤も、各州会社法における責任制限制度は、自州への企業誘致競争（いわゆる底辺への競争）の中で導入されたものであり、日本法への参考とするにあたっては、客観的で冷静な観察眼を要する。反面、アメリカ法律協会（American Law Institute：以下、ALI）において、学者グループが長年議論を重ねて構築したモデル制度（PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS：以下「ALI原理」または“ALI Principles”）は、これをもとにして会社法を制定した州は殆どないものの、制度の理念・意義・内容ともに優れたものであり、大いに参考となる。一方イギリスやドイツにおいては、事前の責任制限を禁じるなど責任制限制度は取締役にあって概して厳しいものであるが、株主からの代表訴訟提起が制度的に制約されており取締役等への責任追及は多くなく、つれて責任制限制度

の現実的なニーズも乏しいといった法的背景事情と呼応しているということが出来る。その意味において、責任制限制度として直輸入的に参考とすべきところは多くない。本稿では、紙数の都合もあり、比較法については必要に応じて研究の結論的な部分のみを記述するに止める。

第二章 責任制限制度の必要性と妥当性

第一節 責任制限制度の意義

一 取締役の職務の特性

取締役は、委任関係における受任者の地位にあり（二五四条三項）、善管注意義務、忠実義務（二五四条ノ三）を尽して会社の経営、業務執行に当たらなければならない。

業務執行の内容は一義的に定まるものではなく、委任の本旨（善管注意義務を尽すこと）にしたがって、会社（＝株主）の利益を追求するために、どのような行為を、どのように、いつ行なうかについて、取締役はその大幅な自由裁量に任せられることになる。そして、将来のことが確実に予測できない常に変化する状況の中で、迅速な決断をしなければならぬ。そのようにして行った判断が、不幸にして会社にとって望ましくない結果をもたらすことがないとはいえない。その場合、

判断当時の状況において、十分な調査と情報に基づいて合理的な検討を行い、判断内容においても、同様の業務に従事する通常の取締役に要求される能力水準に照らして不合理な点がなければ、取締役に過失がなかったことになり、会社の損害についての責任を負わないでよいとする裁判準則（経営判断の原則）がほぼ確立している。⁽¹³⁾しかし、判断の課程や内容において不合理な点があれば、取締役に許容された裁量の範囲を逸脱するものと認められ、故意または過失による善管注意義務違反の責任を負うことになる。

また、取締役の善管注意義務には、他の取締役や執行役が不当・不正な行為を行なわれないように監視すべき義務も含まれ、これを怠って損害が発生したときも、善管注意義務違反の責任を負う。

取締役がその任務を怠らないように、商法は厳格な責任制度を設けて取締役の注意を喚起し、かつ義務に違反すれば厳罰を課しているのであるが、それにもかかわらず、一方では利益追求のためにリスクのある経営判断を果敢に選択しなければならず、その結果として、善管注意義務に違反する（すなわち過失を犯す）危険性を全くなくすることはできないのである。

二 取締役の経営判断における萎縮の防止

取締役は、果敢にリスクを取って最大の利益を追求するところが、会社の目的・利益に合致するわけであるが、失敗した場合の損害賠償責任が身の破滅を来たすような金額となる可能性がある場合には、取締役は必要なリスクをとることに消極的になるであろう。取締役が萎縮した結果会社の利益が上からなければ、会社は得べかりし利益を失うことになる。そこで予め損害賠償額を抑制（低額あるいはゼロとする）しておくことにより、取締役が果敢なリスクテイクをするにあたって障害となる要因を除去することが法政策的に有意義となる。

取締役の行為についての評価は一方通行的であり、リスクテイクを行いそれが過剰であったために損害が発生すれば、当然責任を追求され得るが、反対に必要なリスクテイクを行わず、会社は得べかりし利益を喪失した場合は、経営者としての優劣を問われ得ることは別として、法的に善管注意義務違反を問われることは、そのような証明は困難であるが故に少ない。また、取締役が会社の本来の目的に沿って、果敢にリスクを取って成果を挙げた場合は、その利益は当然会社に帰属し、取締役はそのごく一部を報酬・賞与等の形で受け取るに過ぎない。一方、リスクテイクが裏目に出て会社に損害が発生した場合は、損害をまると取締役に関与させるのでは、

あまりにも一方的である。会社（＝株主）は、取締役の行為の結果としての利益を享受すると同時に、損害リスクも負担することが適当と言えよう。

三 責任の公平性

（一） 取締役が、その任務を懈怠したことにより発生する損害は、企業経営の規模におけるものであるから、その個人的な資力・財産規模とは、比較にならないほど巨額なものとなり得る。その場合、取締役の行為と因果関係のある損害について、その全額を債務者たる取締役に賠償させることは、故意や殆ど故意と同視しうるような要因による場合はいざ知らず、過失つまり善管注意義務違反の場合は、その有責性（非難可能性）に比して賠償額が過大なものとなりかねない。すなわち、賠償額が多額で個人の有限の資産額を超える金額であれば、当該取締役はたちまちにして破産に陥ることになるが、取締役が経営判断を行うたびに、身の破滅と引き換えにするほどにはその責任は重いものであるべきとはいえないであろう。責任額を取締役にとって公平で適正なものに抑制する必要がある。

（二） 取締役に過酷な責任を課せば、取締役の人材確保に支障を来たしかねない旨がしばしば主張され、これに対して社内取締役や執行役については人材確保に支障を来たすよう

な事実はないのだから、よつて責任制限制度を設ける必要はなく、あえて設けるなら社外取締役に適用する制度だけでよい旨の主張⁽¹⁴⁾がなされる。たしかに社内取締役や執行役が、責任が重過ぎることを理由に就任を拒否したという事例はこれまでほとんど聞かない（人選の過程で、火中の栗を拾わずとして就任拒否した事例は、少なからずあるものと推測するが）。しかしそのことは、取締役・執行役が責任の過大さを問題としない故ではない。これまで実際問題として責任を追及されることが少なかったから、責任の過大さが認識されなかつただけである。また、責任をあまり厳しく追及しないような裁判の運営もなされている。しかし、もし義務違反の責任が、法に定めるとおりの確に追及されるものであつたら、たちまちにしてその過酷さに悲鳴を上げたはずである⁽¹⁵⁾。そして通常の者であれば、就任拒否を真剣に考慮することにならなかつたとい切れるであらうか。責任が追及されることは少なく、取締役はそのことに安住して、自ら被りかねない責任のことをあまりまじめに考えていないといふこれまでの実態があり、そのことを前提として、責任制度は厳格のままでもよいとするのは、法のあり方に対するお座なりな姿勢といふことにならないか。責任が過度に厳格であるべきでないことを是認するなら、責任制度を厳格過ぎない通常・妥当なものに変更しなければならず、その上で、その責任を適格に追及できること

を保障するような仕組みにするのが、本来の法制度のあり方であろう。

(三) 取締役が過失を犯したときは、あたかも取締役に無限の賠償能力があるかのごとく、発生した損害を全額賠償させようとすることは、公正でも合理的でもないことを改めて確認する必要がある。これを損害賠償法にいう損害分配論の観点からみると、損害の一部（損害が多額な場合は大部分となるが）を債権者（＝会社・株主）に負担させることが、公平性、合理性に適うことになる。

(四) 責任制限制度が、法技術的に取締役の任務懈怠によつて発生した損害を、一定の要件に該当する場合にその一部ないし全部を免ずるといふ形を取ることは、本来なら取締役が個人的に負わなければならない責任額を、恩恵的に免除することを意味するものではないのであつて、そのようにして軽減された後の賠償額が、取締役をして本来的に負わせるべき、適正な責任額にほかならないものと観念すべきである。その意味で、免除、一部免除といういい方はその語感において適切さを欠くかもしれないが、責任制限ないし責任の限定といった用語の方が妥当であらう。本稿では商法等の規定文言と平仄をあわせて、前者の「免除」の文言を用いることもあるが、真意は後者の意義である。

四 コーポレート・ガバナンスにおける意義

(一) 昭和二十五年以降最近まで、取締役の厳格な責任制度が、コーポレート・ガバナンスの要をなすものと考えられてきた。強大な裁量権限を持つ取締役の職務の公正な執行を期するためには、取締役に厳格な責任を課すことが不可欠という考え方は変わることなく、責任制度はひたすら維持・強化¹⁶⁾され続けてきたのである。

委員会等設置会社制度の導入は、取締役の責任のあり方についての、パラダイム変更の端緒をなすものというべきであろう。ここでは、責任制度を合理的なものに改めるとともに、取締役・執行役の義務違反を未然に防ぐよう監視を強化するために、取締役に業務執行を行なわせず監督に専念する役割を付与し、また、取締役会が、公正な判断を自律的に行なえるように、社外取締役を活用するガバナンス体制の形成を促そうとの意図がうかがわれる。取締役に義務違反があった場合には厳罰で臨むというのではなく、違反を未然に防ぐことに重点を置くものである。

このような新しいコーポレート・ガバナンス体制をより完成させるために、以上に加えて、不幸にして取締役が注意義務に違反した場合にも、青天井の賠償責任を課すのではなく、適正な賠償額に抑制する制度が不可欠となる。本稿の責任制限制度再構成の主眼はここに置かれる。

(二) これまで訴訟において、被告取締役が過酷な賠償額を負わせることを懸念して、責任なしとの結論を出していたものが、責任制限制度が設けられ、現実的で適正な額の賠償を命じることが可能となれば、却って責任は認定しやすくなるであろう。厳密な意味で経営判断の原則に合致しない場合でも、過大な責任を認定するのを避けるために、取捨当行爲は取締役の裁量権の範囲内にあるとして、取締役に過失はないとしてきた事例もあるが、有効に機能する責任制限制度のもとでは、そのような意味での経営判断の原則が適用されず、過失ありとして損害賠償責任を認定されるということにもなり得よう。

責任を合理化するとともに、事後の適切な責任追及ができるようにすることが、経営者の行動を的確に制御する¹⁸⁾。つまり取締役に過失があれば、責任を適正に問うことこそ重要なのである。その意味においては、これらを側面支援するものとして開示制度をいっそう充実させ、代表訴訟における証拠収集方法など、原告が訴訟追行をし易くするような手段を、さらに考慮することが重要となる。

五 責任制限制度と役員賠償責任保険との関係

(一) D & O 保険と責任制限による二重保護問題

(ア) 役員賠償責任保険 (D & O 保険) があるから、取締

役はこれにより保護されれば十分であり、責任制限制度は不要であるとの見解がある。²⁰⁾ D & O 保険は、債務者取締役を保護するとともに、債権者（会社）にとつても損害填補機能を果たす有益なものと考えられ広範に利用されている。しかしながら、左に見るように D & O 保険がカバーする金額・範囲には限界があり、損害填補機能としては不十分としかいいようがなく、またコストも高く極めて経済的に効率の悪いものである。D & O 保険制度の存在とこれへの加入を所与として、法律上の責任制限制度の合理的なあり方を考える思考方法は順序が逆である。

(イ) 損害填補機能の観点から見た場合、保険のコスト構造はきわめて非効率なものである。すなわち、①保険金として被害者の手に渡る部分と、②それ以外の保険会社や代理店の諸費用（人件費、物件費、募集等コストおよび保険会社利潤）の割合は、四〇～七五対六〇～二五である。²¹⁾ さらに裁判を起こすとすると、弁護士費用（原告・被告の双方に二重に掛かる）、証人・証拠収集等の費用と時間が掛かり、極端な場合は、被害者の手に渡る額が払い込んだ保険料総額の二〇％にも満たないこともある。²²⁾ このことは、賠償金を填補するために、実にその五倍もの費用を要することを意味する。保険というシステムの意義は、偶発的で予測不能な保険事故による不時の賠償金支出のリスクを負う者が、多数集まっ

て保険団体を構成してそのリスクを分散し合い、債権者は、その債権（の一部または大部分）が填補される効果が生じるところにもある。そのようなメカニズムのための一定のコストは許容できる。D & O 保険においても、取締役の注意義務違反という保険事故が、偶発的ないし予測不能であることや賠償責任リスクをお互いに分散し合う必要性は大いに認めるところであり、D & O 保険制度を不要というつもりはない。しかし、リスクの人的・時間的分散機能を持つものの、コスト効率はきわめて悪い D & O 保険が存在するからといって、これが、取締役の責任制度の適正化を企図する責任制限制度を、不要とする論拠には結びつくものではないことを確認しておきたい。

(ウ) これらのほかに、D & O 保険には免責事由によって填補されない場合（例えば、大株主や会社からの訴訟の場合は D & O 保険の対象とならない）があり、このような場合には取締役を保護（責任を適正化）するためには、責任制限制度に依存するほかない。

(エ) また、保険事故が増えれば、保険料が高騰し、場合によっては付保そのものができなくなることがあり得ることは、一九八〇年代のアメリカにおいて実証済である。²³⁾ 最近でもベンチャー的新興企業の破綻が相次ぎ、保険金の支払が増え、つれて保険料の高騰が見られることに加えて、二〇〇一

年九月ニューヨークのテロ事件により打撃を被った保険会社、再保険会社が全体的に引受を厳しくしていることと相俟つて、D & O 保険の引受条件の厳格化・保険料の高騰に拍車がかかっている模様である。これが再保険市場を通じてわが国の引受条件・保険料等に影響を及ぼしている。D & O 保険は、その必要性が強く認められるような情勢下では、あるいは、必要度の高い個別企業にとつては、コストが非常に高くつくだけでなく、状況によっては保険を付することすらできなくなるような、逆説的ともいふべき特質を持つ制度である。取締役を、その善管注意義務違反による極めて高額となりかねない賠償責任から保護するために、D & O 保険制度が常に的確かつ十分に役立つものかどうかは、大いに疑問のあるところである。

(二) D & O 保険による義務違反抑止機能減殺の問題

(ア) 責任制限制度のもとでは、軽減された後の賠償額が D & O 保険のカバー範囲内に納まることになれば、取締役は責任を全部免除されるに等しい効果が生じるため、取締役の責任制度の存在意義が改めて問われるとの指摘がある。

差し当たり、責任制限後の賠償額が保険による填補限度額以下に納まっても、保険会社の提供する D & O 保険には、①免責金額(自己負担額)、②縮小填補割合(保険金の支払い割合、通常九五%)が設けられており、カバーされない部分

が残る。この金額は無制限の賠償額に比し少額ではあるが、取締役が個人的な支払を余儀なくさせられる意味において、それなりの抑止力となることを挙げておきたい。

保険が損害填補機能を果たすことが、同時に責任制度の抑止機能を弱めることを殊更問題とすることは、(i) 責任制限制度反対論ないし不要論、または、(ii) D & O 保険否定論(ないしカバー範囲抑制論)につながる。このうち(i)については、保険は損害填補機能においてはコスト効率が悪く、カバー範囲が限定的かつ制度としての安定性に欠けるのであり、右(ii)に見たように、責任制限制度と対比してこれに優先すべき制度とはいえない。考え方の順序としては、まず責任制度を合理的なものとするべきである。

しかる後の責任制度のもとで、保険制度がその抑止力を弱め、あるいは無意味にしかねないから、保険制度の方を制限、廃止あるいは利用を禁じるべきであるという(ii)の議論につながるべきであろう。軽減後の賠償額に保険給付額を加算した額を賠償額とすべきであるとする学説見解³²⁾、あるいは、責任制限制度を採用する場合はそれに応じて保険からの填補額を減額すべきであるとの見解がある。これら見解は、裏を返せば D & O 保険の利用制限論ないし制度否定論にも相通じる。

(イ) D & O 保険制度は責任制度を補完するものとして、

責任制限制度の有無にかかわらず存在しているのであり、①保険の存在を軸にして責任制度のあり方を論ずるべきではない。また、②D&O保険があっても、義務違反に対する抑止力は影響を受けないとはいえないにしても、一定程度は維持されることに留意すべきである。医師や公認会計士などの専門家が過誤を犯せば、賠償金の大部分は保険によって賄われるとしても、専門家としての資格剥奪、営業基盤喪失等により職業生命そのものが脅かされる。取締役は専門家資格は不要であるものの、過失を冒したことが明確になれば、経営者としての能力の否定的評価につながるであり、D&O保険がつけてありそれによって賠償金（の大部分）がカバーされるから、善管注意義務に対して無頓着になつてしまふというのは考え過ぎではなからうか。

すなわち取締役の責任規定のあり方を考察する場合には、すつきり割り切れない論点を残しつつも、D&O保険の問題は一応切り離して、これを従たるものとして扱うほかないと考える。

なお、責任制限制度とD&O保険の共存を是とするならば、責任制限制度により賠償額が低額に制限されれば、保険でカバーする金額がより低額となるから保険料が格段に安くなり、かつ、賠償額が計算可能となるから保険料の算定もより精緻になる。このことは見方によつて、責任制限制度のメリット

ということもできるのである。

第二節 対会社責任についての損害賠償のあり方

一 債務不履行の一般原則との関係

取締役と会社の関係は委任の関係（二五四条三項）であるから、債務の本旨である善管注意義務に違反（任務懈怠）があれば、取締役は、当然債務不履行の一般法理（民法四一五条）によつて損害賠償責任を負うが、商法は二五四条ノ三および二六六条を設けて、これを特別の法定責任としている。³³⁾

民法の債務不履行の一般原則においては、債務不履行と事実的因果関係のある損害のうち、通常の損害（民法四一六条一項）を全額賠償しなければならぬ。しかし契約の内容については、債務不履行の場合の措置も含めて、当事者間で自由に定めることができる。³⁴⁾ 損害賠償額の予定（民法四二〇条）もその一例であり、債務者の責に帰すべき債務不履行があれば、損害発生の実実、損害額の証明を要しないで、予定賠償額を請求できるものであるが、このような取決めは、債務者のリスク計算を容易にする機能を果たす。³⁵⁾ この自由な取決めの限界を画するものは、公序良俗および強行法規に違反しないことである。³⁶⁾

商法において、二六六条、二五四条ノ三に法定される任務

懈怠の責任は、当事者の特約を許さない強行規定であるから、会社と取締役は、取締役の委任債務不履行の措置について、契約により自由に定めることはできない。これら規定に反して損害賠償額を制限するためには、実定法にそれを可とする根拠規定を設ける必要がある。

二 損害填補機能と違法行為抑止機能

(一) 民法上不法行為法・損害賠償法の機能・作用は、①損害填補機能(被害者の救済)、②予防的機能(将来の不法行為・違法行為の抑止)であるとされる。³⁸⁾

このうち①の損害填補機能は、損害分配機能といひ換えられることもあるが、それは、被害者という特定の主体だけに損害を負担させることが不都合であるということに尽き、加害者自身が損害を負担すべきかどうかは、決定的な問題ではないとされる。³⁹⁾加害者(取締役)に資力がなければ、この機能は果たせない⁴⁰⁾のであり、二六六条をもって、損害填補機能を目的とする規定であるといつてみても絵に描いた餅と云ふかねない。保険でカバーすることにより損害を填補することも可能であろうが、比較的低額の損害賠償金額を填補する保険はともかくとして、会社の事業規模における巨額の損害を、全額D&O保険でカバーするとすれば、保険料は極めて高額になろうし、現実に保険会社の提供するD&O保険の損害填

補額は無限ではなく、あまり高額とはいえない上限額が設けられている。

②の予防的機能(違法行為抑止機能)については、潜在的加害者が合理的な行動をする限り、賠償責任が課せられていることを考慮して、注意深く行動して加害行為を回避することを考えられる。このインセンティブを大きくするためには、賠償コストを分散しないで加害者に集中する方がよいことになる。しかしそれでは被害者救済の観点から不十分であり、保険等により賠償コストを分散させることが不可避となるが、そうすると今度は、抑止へのインセンティブが小さくなるというデイレンマがある。違反に対する抑止力は刑事罰・行政罰等に依存すべきとの考え方もあるが、過失事案の場合には、民事責任の抑止力も無視できないものがある。⁴¹⁾

(二) 平成十三年改正前の二六六条(一)六項)の取締役の責任規定は、原因行為をした取締役をして、会社に発生した損害を填補せしめることを目的としていると同時に、厳格な責任を課すことにより、会社に対する義務を遵守させる機能も果たすものである。そして同規定にはいくつかの無過失責任を定めていることから、前者の損害填補機能の色彩が強いものとされる。⁴²⁾

しかし、会社が取締役に対して損害賠償請求を行うのではなく、株主が株主代表訴訟により責任を追及するときは、単

独ないし少数株主にとつては、自己の持分に対応する損害額回復額は小さく、経済的にそれほどの意味を持ち得ないことから、損害填補機能というよりも、違法行為抑止機能（経営の健全性確保機能、監督は正機能ともいわれる）に重点があると考えられる。平成五年の商法改正により代表訴訟の費用を一律八二〇〇円としたことは、株主代表訴訟の持つ補填機能よりも抑止機能を重視したものであるといえよう。

一方、取締役が特別な資産家・高額所得者である場合を除き、一般的には個人として賠償可能な金額には限界があることは論を待たない。賠償額が多額で賠償義務者の支払可能額を超えていると、当該賠償義務者は破滅に陥ることになるのであるが、二六六条一―六項の責任規定が、取締役を破滅に陥れるような制裁・報復を意図したものでないことはいうまでもない。

(三) 以上のように、取締役の責任制度が、会社の損害を填補する機能を主な目的とすることは、現実にも期待することができないことが多く、また適当でもない。これに沿って考えを進めれば、損害賠償額はゼロとしてもよいともいえる。現に、二六六条五項および六項はそのような場合を前提にした規定である。

しかしながら賠償額をゼロにしてしまえば、通常は、取締役の注意義務遵守マインドをもゼロにしてしまうことにな

る。損害填補機能は諦めるとしても、最低限善管注意義務を遵守させ、その違反を抑止する機能を残すことは必要である。抑止機能を維持するために、賠償額はゼロとするのではなく有限の額を定める必要がある。そしてその適正な水準のあり方を考えるに当っては、損害填補機能を主目的としない以上は、多ければ多いほど抑止力が維持されるというディレンマに、逆戻りするべきではない。無論、賠償に報復・制裁的機能を持たせるべきでもない。賠償額は一定の抑止力が有効に維持される限度の、最低額でよいといって差し支えないであろう。そのように賠償額を定める必要がある（後記第五章「責任減免額（賠償限度額）」で検討する）。

(四) 抑止力は、責任規定に基づく賠償金支払義務に対する恐怖感という直接的抑止力だけでなく、会社の内外からの監視の目（社内の他の役員、社員、労働組合など、社外からは会計監査人、株式市場・機関投資家、メディアなど）と、開示制度・説明責任の強化によっても補強されると考えるべきであろう。また、賠償額は制限されても責任そのものは認定されるのであり、このことが経営者としての資質・資格への否定的評価につながり（特に、本業が他の会社の経営者である社外取締役には効果がある）、賞与・退職金の不払い等を含めた報酬額にも大きく影響を与え、状況によっては退任を余儀なくされて再び経営者人材市場への復帰の道は閉ざさ

れることとなりかねず、これらが総合的に抑止力となる。

三 法定責任と一般責任の競合

(一) 二六六条の責任は、一項各号に列挙される責任原因について、責任の発生についての立証責任の転換、責任の無過失性、連帯責任性といった点において、通常の債務不履行責任とは別個の特別の法定責任を定めたものである。取締役に任務懈怠があれば、この特別責任規定のほかに、債務不履行責任あるいは不法行為責任といった一般的責任規定の要件をも備え、それぞれに基づく請求権競合が考えられる。しかしこれまでこの競合は、現実的には問題にならなかった。原告にとっては、特別責任規定によって責任を追及する方が、一般責任規定等によるよりも明らかに有利であった。しかし、特別責任規定の一内容として責任制限条項が付加されれば、賠償額が減免され、このことを嫌う原告（ないし訴訟代理人）が、取立て一般責任規定による訴追を選択することも考えられる。善管注意義務の違反についてみれば、原告にとっては特別責任規定によらなくても、立証責任において不利となるわけでもなく、複数の被告取締役がいけない場合などには連帯責任も問題となり得ない。

(二) 責任制限条項を付加した新たな特別規定たる二六六条と、他の責任規定との請求権競合を認めれば、特別規定の

意義が没却される。請求権競合論⁽⁵⁴⁾には、複数の請求権を認めることが被害者の保護に役立つ（債権者に有利となる）とする考え方が背景にあるが、責任制限制度を採り入れる前であれば、会社（ないし株主）にとって有利となる方法を選択することが許されたということもできよう。しかし、責任制限制度においては、もはや被害者（会社）の保護（損害填補）は期待すべきでないのであり、これらの点から、請求権競合論は妥当でない。

以上のような結論（法条競合説⁽⁵⁶⁾ないし折衷説⁽⁵⁷⁾）を確実に得るために、明文の規定をもって二六六条による請求に限定する⁽⁵⁸⁾のがよいであろう。

第三章 責任制限の対象

第一節 責任制限の対象となる責任

一 会社に対する任務懈怠の責任

(一) 取締役の会社に対する任務の懈怠は、委任関係に基づく善管注意義務を尽さないことである。このうち故意ないし故意に準じるもの以外、すなわち過失によるものは、その損害の全額につき賠償責任を負わせるとすれば、その有責性に比して責任が過大となるため、これを一定額に軽減しよう

とするのが責任制限の趣旨である。

したがって、同義反復のない回しとなるが、責任制限は、基本的に取締役の会社に対する過失による任務懈怠の責任を対象とする。つまり、二六六条一項五号（取締役の法令・定款違反行為）および商法特例法（以下単に「商特」）二二条の一七第一項（取締役・執行役の任務懈怠）、ならびに、新会社法四二三条でこれら責任を統合する任務懈怠責任が対象となる。

(二) ただし現行制度（二六六条七項以下、商特二一条の十七第四項以下）では、会社に対する任務懈怠のうち、通常の過失（軽過失）以外の悪意または重過失による責任は責任の一部免除の対象とせず、新会社法（四二五～四二七条）もこの要件をそのまま引き継いでいるが、重過失には、故意に準じるようなものとあくまで過失の範疇に属するものが含まれ、後者も責任制限の対象とすべきである。「重過失」の語義の明確化を通じて、いかなるものを責任制限の適用対象（対象外）とすべきかについて節を改めて検討する（第二節）。

二 二六六条一項一～四号と対応する商法特例法上の責任
二六六条一項一～四号の責任は、無過失の弁済責任（一～三号）ないし賠償責任（四号）であり（通説・判例）、同条五項、六項の責任免除制度の対象とはなるものの、同条七項

取締役の対会社責任の制限（一）（上田谷）

以下の一部免除の対象とならないと解される⁴⁶⁾。委員会等設置会社におけるこれらに対応する責任は、必ずしも商法とバラレルではなく、取締役の違法配当については、特別の責任は設けず一般の任務懈怠責任（商特二一条の一七第一項）に含め、これに伴い、総株主の同意による免除（商特二一条の一七第二項）および一部免除の対象とする（同条四、五項）。一方、執行役についての違法配当の責任、および取締役・執行役についての二六六条一項三～四号に対応する責任は、自己に過失がなかったことの証明責任を被告取締役・執行役に負わせる任務懈怠責任に変わっている（商特二一条の一八および二一条の二一）が、二六六条二号に対応する責任は、商法と同じく無過失責任のままである。そしてこれら責任は、総株主の同意等による免除の対象とするものの、責任の一部免除を可とする規定はない。

新会社法においては、これら責任を基本的に過失責任（四六二条二項、一一〇条四項、四二三条）とするが、違法分配の責任（金銭等の分配および減資、自己株式の有償取得等を「剰余金の分配」として統一的に規制する⁵⁰⁾）については、一部免除を認めないほか、分配可能額を超える部分についての総株主の同意による免除も認めず（四六二条三項）、株主の権利行使に関する利益供与責任は、利益供与をした取締役を除いて過失責任とする（一一〇条四項）が、総株主の同意に

よる免除は認めるものの、一部免除は認めない（同条五項）。利益相反取引の責任は一般の任務懈怠責任に含めて規定し、一部免除、総株主の同意による免除とも認める（四二三条、四二七条）が、自己のために会社と取引をした取締役・執行役については、責任そのものを無過失責任とし、一部免除を認めない（四二八条）。

新会社法の責任免除の内容が概ね妥当であると考えるが、事前の責任制限制度における取り扱いを含めて、以下に敷衍する。

（一） 剰余金分配の責任

（ア） 剰余金分配と会社債権者の保護（事後的免責の場合）
新会社法が、違法な剰余金分配の責任について、これを過失責任化するが、株主や取締役会は免責の決議（事後的な決議）をすることはできないこととしているのは妥当である。

違法な剰余金の配当は財源規制（二九〇条、二九三条ノ五、新会社法四六一條）に違反することであり、これによりだちに会社は債務超過若しくはそれに近い状態になる。少なくとも違法な配当により債務超過となった場合（分配可能額を超える配当の場合）は、事後的な責任制限制度の下では、株主や取締役会は、会社債権者の利害に反するような責任制限の決議を新たに行う権限はなく、取締役の責任を免除することはできない（本章第三節一）。

（イ） 事前の責任制限制度における取り扱い

一般に、事前の責任制限制度（第四章第二節）を採用しておれば、個別の責任追及事案が発生したとき、この責任を制限するための新たな決議は要しないのであるから、取締役の当該任務懈怠行為の後で発生した別の要因により、あるいは、当該任務懈怠行為により直接、会社が債務超過に陥った場合であっても、責任制限は有効に成立する。行為の当時の取締役・執行役のリスクテイクを伴う経営判断を尊重し、また責任制限の適用があることへの予測（期待）を理由なく損なってはならないからである（本章第三節二）。違法な剰余金の配当の責任についても、この原則どおり定款条項にしたがって責任制限を適用すべきであろうか。

たとえば違法配当は、粉飾決算を伴うことがほとんどであり、違法配当議案を提出し実施した取締役・執行役（すなわち行為者）には、法令違反（二九〇条、二九三条ノ五）の認識があったか、そのような認識を持つべきであったと考えられる場合が多いであろう。その場合には取締役・執行役の行為が、悪意（故意）かつ非難可能性の高い法違反に該当し、責任制限を適用する余地は初めからない。

一方行為者以外の、取締役会決議において違法配当議案に賛成した取締役については、会計知識に必ずしも精通していない取締役が、代表取締役（指定執行役）が作成し、会計監

査人・監査役会（監査委員会）による監査を受けた計算書類等が、正当なものであるとしてこれを信頼して承認したこと
に合理性があれば、過失がないとされる場合が多いであろう。
行為取締役・執行役も計算書類等への信頼に過失がなかった
とされる場合（経理事務ラインの取締役・執行役、従業員が
提出した計算書類等を過失なく信頼し、これを取締役会・監
査委員会・会計監査人へ提出する場合）が皆無ではないかも
しれない。これらの場合には、過失責任制度のもとでは、取
締役・執行役に過失がなかったと認定されれば責任を負わ
ない。

問題は、違法配当の議案を提出し実行した取締役・執行役、
あるいはこれを承認した取締役に過失があつたとされる場合
である。会社が債務超過に近い危機的状況にあるときは、配
当が違法なものとならないように注意すべき義務の程度が高
くなるが、その違反があくまで過失によるものであれば、過
失責任一般として責任制限を適用してもよきさうにも思われ
る。

配当の実施は、会社が健全なときは、会社の資金調達政策
その他のための積極的な経営判断と評価され得よう。しかし
会社の財務が、配当をすることにより即債務超過となりかね
ない危機的状況にあるときは、配当をすることに配当政策と
しての積極的意義を見出すことは難しくなる。結果として違

法配当となりかねないような危険を冒す（すなわち配当を
実施する）判断を、責任制限制度によって促すべき理由は
つまり、債務超過に陥る状況下での配当については、取締役・
執行役の萎縮防止の目的は妥当せず、責任を制限すべき理由
がないといえる。

そうはいっても、資本金規模の大きい会社では違法配当の
責任は多額となり、取締役・執行役にとつて責任制限をしな
いことが酷となることも多いであろう。この場合も理論的に
は、違法配当の責任は弁済責任であり、取締役・執行役は悪
意の株主に対しては求償が可能である（二六六条ノ二、商特
二一条の一九、新会社法四六三条）から、違法配当金額の全
額を取締役・執行役が最終的に負担することとはならないの
であるが、実際には、大公開会社では悪意の株主に対する求
償は実効性が乏しく、取締役・執行役が違法配当額のほとん
どを負担することになる。しかし違法配当が問題となるよ
うな状況下では、取締役・執行役には会社の財務を保持すべ
き高度な注意義務が課せられているのであり、そのような義
務を怠つて違法配当を実施ないし承認することは、株主を利
する一方、会社債権者に損害をもたらす。このような責任を
もし制限すれば、当該取締役・執行役にとつて仮に公平性
かなうものであつても、会社債権者にとつては謂れのない多
大な不公平をもたらす。

会社が債務超過（近接）状況にあるときは、取締役・執行役は、配当については極めて注意深く慎重に行動し、判断しなければならぬ。これを怠つた結果として違法配当の責任を負うことになつても、責任制限は適用されないことを覚悟の上で行動しなければならぬし、そのことがより強力な違法配当抑止力ともなる。

(ウ) 期末の填補責任

中間配当や自己株式の買受けに関して、期末の予測を誤つて資本欠損（純資産額が二九〇条一項各号の金額の合計額を下回ることであり、厳密には資本欠損にいたる直前の状態も含んでいる）が生じるにいたつた場合には、取締役・執行役は損害賠償責任を負い、総株主の同意による責任免除規定の適用があるが、一部免除の適用対象となるかどうかについては、規定上は明確でない（二九三条ノ五第五、七項、二二〇条ノ二第二、三項、商特二一条の三六第二項）。

これら規定は、二六六条一項五号の法令に包摂されると考えられ、その責任は過失責任（過失がなかつたことの証明責任を被告に負わせる）であるから、現行法の解釈としては、同条七項以下に規定する責任の一部免除の対象になりそうである。しかし、この期末填補責任に責任免除を適用すべきかどうかについては、右の違法な剰余金分配の責任と同じ問題がある。本責任についても、取締役・執行役の違反行為によ

り資本欠損（かそれに近い状態）に直結して、ただちに債権者の利害が顕在化し、そのような行為はリスクテイクを促すという責任制限制度の趣旨には合致しない。したがつて違法分配の責任と同様に、株主や取締役会が事後的な責任制限決議をすることができないのは当然として、事前の責任制限制度の場合でも、責任制限の適用を除外する扱いが妥当である。なお、新会社法では、中間配当等（四五四条五項、一五六条ほか）は剰余金の分配として規制され、これに伴う期末の填補責任（四六五条一項）については、一部免除を認めないが、総株主の同意による免除を認める（同条二項）。

(二) 利益供与の責任

二六六条一項二号およびこれに対応する商特二一条の二〇の株主の権利行使に関する利益供与の責任について、新会社法では、これを過失責任化するが、利益供与した取締役については無過失責任のまゝとした。有責取締役には、利益供与額について弁済責任を負わせ、責任は一部免除の対象としていない。

この責任についても、健全なリスクテイクを促進するといふ責任制限の目的が妥当しない。むしろ責任制限がなく全額責任を問われ得ること自体を、利益供与という反社会的な行為の抑止力とすべきと考えるのが妥当である。これまでの事件における利益供与の金額は、企業経営規模に比例するほど

多額ではなく、全額賠償としても取締役・執行役にとつて必ずしも過酷なものとならないことも指摘できよう。

(三) 利益相反取引の責任

二六六条一項三、四号(商特二一条の二)の利益相反取引に係る責任も、新会社法では、一般の任務懈怠責任とし、一部免除も適用する。

企業グループ内の取引のように、利益相反取引であっても、必ずしも取締役・執行役やその関係する会社が、不当な利益を取得することにならない場合もあり得る⁽⁵⁶⁾のであり、この責任を過失責任とすることおよび責任制限を適用することには意義がある。

これに反して、自己のためにした利益相反取引により、本来取得すべきでない利益が個人的に帰属するような場合には、過失の有無にかかわらず、その者に利益を留保させておくことを正当化する理由は見当たらない⁽⁵⁹⁾。このような責任を無過失責任とし、かつ責任の一部免除を認めないとする新会社法の取り扱いは、基本的に妥当と考えるが、さらに次のことを付加したい。

すなわち、自己のためにした利益相反取引から得た利益は、概ね会社の損害額に相当するであろうから、損害賠償により概ね会社に返還されることになろうが、厳密には、取得した利益額と会社の損害額は一致せず過・不足が生じることがあ

り得る。会社の損害額が取締役・執行役の得た利益を上回る場合は、責任を無過失責任として、主観的要件如何を問わず損害額を賠償させればよい。しかし、取締役・執行役の得た利益が損害額を上回る場合は、責任を無過失責任とするだけでは不十分であり、損害額を超えて利益額全体の返還義務を負わせる必要がある。この場合利益額全額を返還させることは、解釈によっては限界もあるから、明文の規定を設ける必要がある⁽⁶⁰⁾。

第二節 責任制限非適用事由としての悪意・重過失の再検討

一 問題提起

(一) 平成十三年改正法は、責任の一部軽減を、取締役の行為が善意にしてかつ重大なる過失がない場合に限定している(二六六条七項、一二項および一九項)。このような責任制限非適用事由の定め方については、検討すべき事項が二つある。

そのひとつは、「重大なる過失」の語義の問題であり、わが民商法上重過失は、故意の立証はできないが故意に準じて扱つてよいというほど重いものから、故意と過失の間でかなり軽いものまでであるとされる。問題は後者の場合である。請求原因行為が重過失か軽過失かをめぐって争いが生じ、訴

訟は不当に長引く可能性がある。あるいは、現行法のような事後的免責制度の場合は、判決は責任の有無を認定するだけだから過失か重過失かを明示しない場合もあつて、認定された責任の一部免除の可否をめぐつて新たな紛争も生じ得るであらう。

責任制限制度は、取締役が行為をする時点で、その行為が責任制限の対象となるかどうかについて、予見可能でなければならぬ。このように曖昧な適用（非適用）条件であれば、責任制限制度を設ける趣旨が今ひとつまっとうされ得ないことにもなる。

二つ目は、現行法では、善意にしてかつ重過失のない場合にのみ免責が適用されるということであるが、それでは適用範囲が狭すぎるという問題である。善意でない（悪意である）場合についても、害意（故意）から知っている（認識がある）ことまで幅がある。このうち害意（故意）による責任については、責任制限の適用を考える余地はない。しかし害意（故意）以外の悪意であっても、非難性・有責性に乏しい法令違反もある。また重過失とされても、会社に損害をもたらすとの認識に欠ける行為もあり得る。悪意または重過失のある行為を除外することにより、責任制限制度が適用される範囲は非常に狭いものに止まり、制度としての機能が十分發揮されない可能性がある。

(二) このような、害意（故意）以外の悪意、または、故意に準じる重過失以外の重過失に該当する行為について、責任制限を適用することなく一〇〇％賠償させ、一方、善意にしてかつ重過失のない場合に責任を一部免除すれば、両者の賠償額の落差は非常に大きいものとなり得るが、これを合理的に説明するのは困難である。

もともと、二六六条五項（総株主の同意）および同条六項（総株主の議決権の三分の二の同意）の責任免除は、決議要件こそ厳格に過ぎるものの、免除そのものに関しては、責任の発生要件の如何、免除の金額の一部か、あるいは免除の理由を問わないものである。理論的には、責任免除は善意・無重過失の場合に限定すべきことに当然にはならないのであり、責任制限制度を設ける趣旨・目的に合わせて、政策的にそのあり方を決めるべき問題である。

責任の一部免除制度は、責任があることを認めたと上で、その賠償額を制限するものであるから、その適用範囲を必ずしも極度に狭いものに絞りこまなくてもよい。責任を認定された取締役は、法的賠償責任は軽減されるものの、他方で、報酬・退職金等のカットや退任など、適切な個人責任（非法的な責任）も取らされ、場合によっては、経済界での経営者としての評価を失うことにもなれば、総合的な責任を十分取つたことになる。加えて会社は、再発防止のための社内制度・

組織の樹立ないし充実策を講じることとなる。

二 悪意・重過失の意義の明確化

(一) 学説・判例上の定義

(ア) 学説では、悪意・重過失の具体的意義についての説明は極めて少ない。取締役の第三者に対する責任(二六六条ノ三)についてであるが、取締役は会社の財務状況など会社のおかれた状況を知り、業務執行に関して自分の取る作為・不作為がどういふ結果をもたらすかを把握する義務を負っており、この義務を放棄して顧みないのが悪意による任務懈怠であり、それを著しく怠るのが重過失による任務懈怠であるとする定義がある。私法体系上、取締役は会社に対してしか責任を負わないのが原則であり、対第三者責任は例外的な責任事由であるから、制限的に、無謀または明らかに不合理な注意義務違反であるとする解釈が妥当であるとする見解もある。対会社責任の軽減(二六六条七項以下)の要件に関して、故意・重過失は、会社に損害が及ぶことについての確定的ないし未必の認識があったか、著しく注意を欠いたためそのような認識はなかったがそのような認識を持つべきであった場合であるとし、具体的には、取締役会への情報のインプットや、取締役会における討議を意図的に妨害した者には、当該経営決定に関する故意・重過失が認められ、責任軽減は適用

されないと解するものがある。

裁判例では、取締役の対第三者責任に関して、悪意・重過失とは、手形が支払えないことが予見できたのに、支払可能と軽信して振り出して損害を与え、あるいは返済の見込みのないことを予見できたのに漫然と融資を続けて会社を倒産させたこと⁷²や、これら行為を未然に防止すべき監視義務を著しく怠ったこと⁷³、大規模で、専門的知識と多額の資金を要するゴルフ場建設にあたって、事業計画や合理的な資金調達計画を全く欠いたまま、会員を募集して途中で頓挫した⁷⁴ことなどである。民法の失火の責任に関する判例で、重過失は通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すとしたものがある。⁷⁵

(イ) 学説・裁判例において、悪意・重過失について、少なくとも、「自己の行動の結果について認識し、あるいは認識すべきであったにもかかわらず著しく注意を欠くことにより認識せず、行動した結果、会社や第三者等に損害をもたらす」場合、すなわち、故意(害意)に準ずるものを意味するものを含むことには、問題はない。問題なのは、それ以外のものである。重過失が、過失という語を含むが故に、故意害意)に準ずるもの以外の、「過失の部類に属する概念」も含

むように受け取り得ることである。それは国語的理解として当然ともいえるし、裁判例においてもそのようなばらつきはある。しかしそのような重過失が、委任の本旨たる善管注意義務の違反としての過失(軽過失)と、異なるのかどうか、異なるとするればどのように異なるのかについては定かでない。そのようなものを、一括りに重過失として責任制限の適用を除外しようとしても、その定義も実際の裁判における認定も困難というほかないであろう。私は何を除外するかの概念の問題というよりも、むしろ、除外すべきものをどう定義するかの問題であると考える。重過失⁷⁶というような文言を使わないで、責任制限の適用を除外すべき事由を明確に規定することが有意義となる。

(二) 責任制限非適用の具体的要件

行為者の主観的態様とこれに対応すべき責任制限の適用ないし非適用要件を整理すると、次のようになる。①故意(害意)ないしこれに準じるような重過失(これは過失の領域を超えており、この主観的態様を説明するための用語として重過失は適当でない)は、責任制限の対象となり得ない。しかし、②悪意ではあつても、非難性・有責性に乏しい法令違反は適用対象としてよい。③過失の程度が重いと認識されるようないわゆる重過失(この重過失は単に過失といつてよいことにならう)であつても、会社に損害をもたらすとの認識に

欠ける行為は、故意に準じるような重過失と区分して、責任制限の適用対象とする。⁽⁷⁷⁾

(ア) 損害発生のおそれがあることを認識しながらした無謀な行為⁽⁷⁸⁾

会社に損害を発生させる害意をもつて、任務懈怠行為ないし不作為をするのは故意であり、当然に責任制限の適用は除外される。会社に損害が発生する恐れがあるが構わないという未必の認識がある場合、あるいは、認識すべきであつたのに著しく注意を欠いたため認識しなかつた(認識しなかつたことにつき合理的な説明ができない)場合で、そのような認識状況の下では、通常人なら行なはずのないような無謀な行為をした責任には、責任制限を適用すべきでない。回収見込みのない取引先に漫然と融資を続け、その取引先が倒産して会社が損害を被るような場合である。会社に損害を被らせることについての認識がなくても、取締役の任務懈怠行為が著しく合理性を欠き損害を発生させたような場合も、責任制限は適用すべきでない。たとえば、開発事業に素人である取締役が、用地確保すらできなかったような不なずさん極まりない事業計画に基づき、資金計画も会員の入会保証金のみを当てにしたようなゴルフ場開発などの大規模プロジェクトを実施する⁽⁷⁹⁾といった、合理性の欠如も甚だしい場合が該当する。

(イ) 悪意かつ有責性(非難性)の高い法令違反

故意（悪意）または過失による法令違反があれば、法令の如何を問わず、取締役は任務懈怠の責任を負う。⁽⁸⁰⁾

このうち、悪意による刑事法違反の犯罪行為や、個人の生命・安全を脅かすような悪性・反倫理性の高い不法行為によるものは、公序良俗に反するから責任制限の適用を除外しなければならぬ。しかし悪意であっても、罰則の軽い行政取締法規、多様な解釈が可能な法令や、有効性・適用範囲に疑義があるような法令の違反は、有責性（非難性）が低いものとして、責任制限を適用してよいと考える。悪性・反倫理性の乏しい不法行為も責任は成立するが、責任制限の適用対象としてよい。

以上とは反対に過失による法令違反（法令に違反すること知らないことについて過失がある）の場合は、原則どおり、責任制限の対象としてよい。⁽⁸¹⁾しかし、悪性・反倫理性の強い刑事法違反について、仮に悪意がなく過失により知らなかったと抗弁しても、知るべきであったのに著しく注意を欠いて知らなかった行為として、悪意と同視される行為に該当すると考えられるから、責任制限は適用すべきでない。

（ウ） 会社に対する義務の放棄

取締役はコーポレート・ガバナンスの基本的構成機関であり、取締役としてとるべき行動を全くとらないことは許されない。自分は名目的取締役に過ぎないといった抗弁は認めら

取締役の対会社責任の制限（二）（上田谷）

れない。取締役会に全く参加することなく経営の意思決定に関与せず、あるいは他の取締役・執行役の業務執行に対する監視を怠るような場合は、会社に対する義務の放棄に等しい任務懈怠であり、当然に責任が成立し、かつ、責任制限は適用されない。ただし、会社に対する任務の放棄は、任務の核心をなす部分についてであるほかに、持続的かつ容認し難いものでなければならぬ。昭和四八年最判の⁽⁸²⁾ような、代表取締役の責任は（事案は融通手形により損害を被った第三者に対する責任であるが、対会社責任であったと仮定して）、責任制限の対象となし得ない。病気などでやむを得ず長期間欠席中に発生した損害については、任務の核心をなす義務の継続的な放棄に該当するが、許容性が皆無とはいいがたい。辞任しなかったことを理由に責任が成立するとしても、責任制限の適用はあつてよい。

第三節 会社債権者の利害と取締役の責任制限

一 会社債権者を害する責任制限

（一）かねてより、会社債権者を害するような責任の減免は、認めるべきでないとする考え方が主張されてきた。⁽⁸³⁾債権者を害するとは、一般に、債務者の弁済資力を不足にするこ

とである。弁済資力が不足である（無資力⁸⁴）かどうかは、積極財産（資産）から消極財産（負債）を控除したものが、マインスになるかどうかで判定される。⁸⁵ 取締役の責任減免との関連では、①減免を行なうことにより会社が無資力となること、および、②既に会社が無資力状態にあるのに減免を行うことが、会社債権者を害することにならう。

(二) 会社が無資力状態にあるときに、会社（株主総会、取締役会）が取締役に対して会社の損害賠償債権の減免を行えば、現行法上、(i) 債権者は債権者取消権（民法四二四条）を行使することにより、あるいは(ii) 当該決議以後六か月以内に支払の停止または破産の申立があれば、破産管財人は否認権（破産法七二条）を行使することにより、責任制限決議の効力を否定することができる。(iii) 会社更生や破産等の法的手続開始後は会社財産の管理・処分権は管財人に専属する（会社更生法七二条、破産法七条）から、株主総会や取締役会は会社財産の処分（取締役に対する賠償債権の減免はこの処分に該当する）をなしえない。⁸⁷

しかし、このような具体的な法的手続きがとられるか否かにかかわらず、一般的に、会社が取締役に対する当該賠償債権を貸借対照表上に計上する前の段階で、会社に資本欠損がある場合、またはもつと悪い財務状況下でなされた、株主による減免の決議（二六六条五項、六項および七項）は、会社

債権者との関係では無効と解される。⁸⁸ 株主は残余財産請求権者であり、会社を清算するとき、会社財産を定額の請求権者である会社債権者への債務の弁済に充て、なお残りがあれば株主に分配される（四二五条）が、会社財産が債務の弁済に不足すれば、株主の取り分はゼロになり、不足分は会社債権者の負担（損害）となる。⁸⁹ 会社の純資産が負債を上回っている通常時は、株主は、会社の重要事項について本来の議決権を行使することができるが、債務超過の状態になれば、現実に清算手続きに入っているかどうかにかかわらず、もはや株主は債権者の利益に反するような決議をすることはできないこととなる。

なお、新会社法（四六二条三項）において漸く、違法分配の責任のうち分配可能額を超えて分配された額（概ね資本の額を割り込んで会社債権者を害することとなる部分）については、株主は減免の決議が出来ないことが明文化されることとなった。

二 事前の制度における責任制限の可否

(一) 会社無資力化以前の行為についての責任制限

(ア) 責任制限制度のもとでは、取締役は善管注意義務・忠実義務違反による過大な責任を負うことはないことを念頭に置き、その裁量により必要と考えるリスクを取るはずであ

る。財務が健全な時に行なつた取締役の経営判断に過失があつた場合、その責任について本来責任制限の適用があるべきところ、別の要因によつて事後的に会社が無資力化したために、責任制限が適用されないとすれば、それは取締役に就つて予測に反する過大な責任を負わせることとなり、そのような法的安定性に欠ける取り扱いは好ましくない。

(イ) このような事情は、会社の財務状態が悪化していても未だ無資力に至っていないときに、取締役の経営判断の失敗により多額の損害が発生して、これによつて会社が無資力化した場合であつてもあてはまる。

経営が悪化した時取締役は、会社に対して、経営状況の確實な把握と必要な措置を講ずべき義務を負う。取締役が講ずべき措置の内容についてはその裁量に委ねられるが、その措置が合理的の根拠に基づいたものであれば、結果として失敗に帰しても、いわゆる経営判断の原則が適用され(過失がなかつたとされ)、責任を問われるべきではないことは通常時と異なるところはない。しかし、取締役に過失があつたと認定されれば、発生した損害について会社に対して責任を負うことになり、その場合の責任制限の適用が問題となる。経営が悪化しているけれど未だ無資力化していない時は、会社の利益を最大化するために、あるいは経営の苦境を脱却するため、取締役は最善の経営努力を行い、その過程で必要と考え

る適度なリスクをとることは、許容されて然るべきであらう。取締役はもし自分が多大な責任を負いかねず、かつ責任制限の適用がないとなれば、財務の健全化方向に向けた経営リスクを取ることを早々と放棄して、リスクのない経営方針を採り、回避できたかもしれない無資力化、ひいては倒産という結果を確定的なものとする可能性もあろう。安易に会社を倒産に向かわしめることは、債権者を含む会社関係者や会社を取り巻く社会にとつても利益に適うとはいえない。

尤も会社財務が完全に健全ではない(債務超過に接近している)場合には、失敗すれば容易に無資力に転落する度合いが高くなるから、安易にそうならないよう、取締役はリスクについて通常より慎重な判断を要求される。したがつてリスクテイクが失敗したときは、過失ありとされる場合が増え、あるいは、通常よりも過失の程度が重いと評価される可能性が高くなるかもしれない。しかし、任務懈怠が過失の領域を逸脱して責任制限適用除外事由に至るのでないかぎり、発生した損害全額についての責任を負わせるべきではなく、責任制限を適用するのが責任制限制度の目的・趣旨に適うというべきである。

(ウ) しかしながら会社の無資力化以前の取締役の行為があつても、事後的な責任制限制度であれば、右にみたように、結果として会社(株主総会、取締役会)は責任制限を決議す

ることができなくなるが、そのような結果は妥当ではない。これを避けるためには、責任制限制度が事前の制度でなければならぬことになる。現行法上唯一の事前の制度である、二六六条一九項以下の社外取締役に対する事前免責契約の効力も、任務懈怠行為が無資力化以前のものであるかぎり、事後的に会社が無資力に転じても影響を受けないと解される。

(二) 会社無資力化後の取締役の行為についての責任制限の是非

会社の無資力化後は、会社財産は基本的に債権者の利益のために維持されなければならない。しかしこの段階でも、取締役がリスクの大きい事業展開をして、起死回生を図ることが事実上あり得るであろう。その事業展開がうまく成功すれば、債権者も無資力状態の解消にいたるまで取り分を増やすことができるが、それを超えると定額債権者としての取り分に影響はなく、こんどは株主の取り分がゼロから正に転じる。もし事業展開が失敗しても、株主はもともと取り分がなくなっていたのだから新たに失うものはないが、債権者は失敗により取り分が大きく減少する。このような事業展開は、いわば債権者の犠牲においてリスクをとって、株主の利益を図ったことにもなる。会社の再建のためとはいえ、取締役のリスクテイクを促すための責任制限を、安易に正当化することはできない。債権者の利益を一方的に犠牲にすることにもなり

かねない責任制限は、逆の意味で公平性に欠ける。会社の無資力化後の取締役の行為には、事前の責任制限制度においても、責任制限の適用は原則的に認められないこととしなければならない。ただし、公平の観点から裁判所の裁量(第四章第三節)により責任を制限してよい場合もあり得る。

三 第三者からの責任追及と責任制限

(一) 以上の考察は、取締役が会社に対して負う責任を、会社(破産管財人等)が会社債権者のために追及する場合に、その責任の制限の可否について行ったものである。会社債権者が直接、二六六条ノ三第一項に基づいて、取締役の会社に対する任務懈怠に由来する責任(間接損害)を追及する場合は別途の検討を要する。

二六六条ノ三の責任については学説・判例が多岐に分かれていたが、昭和四四年最大判は、取締役は第三者に対して当然に責任を負うものではないが、法は第三者保護の立場から、取締役が悪意・重過失により会社に対する任務を懈怠し第三者に損害を被らせたときは、当該任務懈怠行為と第三者の損害との間に因果関係がある限り、間接損害・直接損害のいずれであるかを問わず、取締役に損害賠償の責任を負わせたと判示した。これによって同条の理論的な問題が解消されたわけではないが、明確な裁判規範を確立した重みを持ち、以後

の判例・学説はこれを中心に展開されてきたとされる。本稿の叙述も論点の錯綜を避けこの判旨に沿って進める。

(二) 第三者は直接取締役に対して自己に対する損害賠償を請求することができる。間接損害については会社の無資力を要件とするが、債権者の請求額は会社から取り立て得ない額である。しかし、会社・取締役間で行われる免責、放棄、和解等は、第三者からの請求権に影響を及ぼさない。二六六条ノ三の責任は、二六六条の会社に対する責任とは異なる趣旨で別個に規定されているのであるから、二六六条の責任についての取締役と会社の間抗弁事由は、第三者に対する責任に関しては当然に問題にならないということである。責任制限について見れば、その決議が行なわれたのが、会社の無資力化以前であったか以降であったかにかかわらず、あるいは、事前の責任制限制度として会社(株主)・取締役間で取り決められた定款条項も、二六六条ノ三に基づく会社債権者からの請求に対しては、何ら抗弁事由となり得ない。つまり、会社(破産管財人等)からの責任追及であれば適用があり得べき責任制限制度も、第三者からの責任追及には適用の余地はない。

(三) 具体的には、取締役の経営判断の失敗により会社が無資力化した場合において、その失敗が重過失(故意・害意に準じるもの以外の過失の重いもの)によるものであるとき

は、会社(破産管財人等)からの責任追及では、事前の(定款の)責任制限条項の適用により減免され得る場合であつても、第三者が直接責任を追及する場合には、その損害額全額につき賠償責任を負うことになる。尤も重過失の意義を、放漫経営ないし無謀な経営というように限定的に解するならば、对第三者責任が認定される場合は、对会社責任も適用除外事由に該当して責任制限が行われないような場合であり、両責任の間に不均衡は生じない。しかしそうではなく、重過失を幅広く解して对第三者責任を認めれば、同じ会社に対する任務懈怠行為に由来する責任なのに、片や責任制限の適用があり片や適用がないという不均衡が目立つことになる。そのことに問題はないのであろうか。

大規模な会社においては、第三者の債権額も取締役の通常の賠償能力に比し巨額になり、これを全額取締役の個人資産で賠償せしめることは、非現実的かつ取締役にとつて不公平なものとなり、その意味で立法論として、事前の責任制限規定を、二六六条ノ三の責任についても適用できるようにすることが望ましいように思う。一方同条が、資力の弱い中小会社にあって、法人格否認の法理の代替機能を果し、取締役の個人資産による保証人的役割を負わせる結論となることに、私見として殊更の異論はない。このような場合に、安易に責任制限を行うべきでないことは確かである。ことは二六六条

ノ三の意義・あり方に絡む問題であるので、ここでは問題の指摘だけに止めておきたい。

第四節 責任制限の人的対象

一 社内取締役・執行役

平成十三年改正法案の段階で、責任制限の目的が、賠償額が高額となることを恐れて取締役への就任を拒否するのを防ぐことにあるとした場合、アメリカの例を引いて、その必要があるのは社外取締役だけであるとして、責任軽減の対象は社外取締役だけに限定すべきであるとの見解があつた。しかし責任制限制度には、人材確保の解消だけではなく、萎縮を防止して果敢な経営判断が行なわれることを期し、かつ、会社経営の任に当たるものの責任を適正化し、賠償額負担の公平化を図る狙いがあるのだから、対象を社外取締役に限定すべき理由はない。会社の経営の監督・執行機関たる取締役および執行役はすべて、責任制限の対象となるべき理由を持つのであり、これらの者を等しく責任制限の対象とすることに問題はないと考える。

論者のいうように確かにアメリカでは、執行役 (officer) を適用対象としていない州会社法が多い。しかしながらアメリカ各州会社法は、執行役には責任制限を適用しない一方、

取締役^(officer)に対しては、責任を一部でなく全額免除し、注意義務違反に対する抑止機能が失われてしまうといういびつな形になつていたのである。また各州の制度は、その創設の経緯においても、学説等をもとにしてその本来的なあり方を熟慮検討した形跡はなく、目先のD&O保険危機と、これに伴う社外取締役の人材確保に急遽対応するためとして拙速に行われており、これをそのままの形で比較法として参考にするとは有益でない。しかしA.L.I.の勧告(A.L.I.原理)は、学者の論議を集約して責任制限の本来の必要性とあり方を検討した上で、その目的を人材確保に限定せず、また、賠償額も責任の全額免除は認めないで報酬の一年分を限度とすることにより、違法行為抑止力を維持するとともに、取締役および執行役の双方に適用するものである。A.L.I.の勧告に基づいて実際の立法を行なつた例は少ないが、比較法上の参考とするにはこちらの方が適している。尤もアメリカの執行役については、事前の制度としての実定法上の責任制限の適用はないにしても、判例法上の事後的制度ではあるが、経営判断の原則が適用されれば、過失による責任も事実上免責される^(officer)という事情がある点は、日本と大きく異なる点である。

二 監査役

やはり平成十三年改正法案に対する批判で、監査役は萎縮

しないから責任軽減制度を認める必要はないとの見解もあつた。⁽¹⁰⁾この見解は、委員会等設置会社の場合は、監査委員会を構成する取締役には適用する必要がないという議論につながるかも知れない。しかし、監査役(監査委員)は萎縮しないとはいえないのであり、責任の公平性の観点からも、監査役や監査委員だけを青天井の賠償責任に曝してよい理由は見当たらない。⁽¹¹⁾

注

(1) 昭和二十五年改正前二六一一条。ただし代表取締役の選任は可能であつた(同条二項)

(2) 昭和二十五年改正前二六六条は、取締役が任務を懈怠したときは連帯して賠償責任を負うとし、連帯責任とする点においてのみ特別責任としての厳格性があつた(本間輝雄・大森忠男ほか「注釈会社法(以下「旧注会」)(四)四三八―三九頁(有斐閣、一九六八))

(3) 昭和二十五年改正前二六七条、二六八条は、総会の決議または資本の一〇分の一の少数株主により、会社に対して提訴請求をすることができるとする、現在のドイツ株式法一四七条(一)に類似する規定であつた

(4) 昭和二十五年改正前商法(二四五条一項四号)では株主總會の特別決議により免責が可能であつた。ただし同条二項により、免責決議があつた場合も一〇分の一以上の株主による取締役の責任追及

取締役の対会社責任の制限(一)(上田谷)

(注(3))は可能なため、特別決議による免責の意義が明確でないところがあつた(稲葉威雄ほか条解会社法の研究「取締役(四)二三二頁森本発言(別冊商事法務二二九号)(以下「会社法の研究」))

(5) その原因として、代表取締役の権力が強大で取締役会・監査役の監督・監視機能が十分でなかつたことがあり、また過失や損害についての立証が容易でない面もあることなどにより、違反があつても会社からの訴え提起に消極的であつたことが考えられるが、そのほかに、株主代表訴訟が機能しなかつたことも大きい。株主代表訴訟が機能しなかつた理由として、①勝訴しても自己の持株に反映される利益は少ない、②自らの時間・労力・各種経費の負担があり、③敗訴すれば訴訟費用や弁護士費用などを負担しなければならぬ、しかも平成五年以前は訴訟費用は訴訟比例で個人が負担するには高額すぎた経緯がある、④株主は経営に不満を感じれば、経営者の責任を追及するよりも株式を売却する方が手取り早いことなどが挙げられる(近藤光男「取締役の経営責任」・竹内昭夫「龍田節編」現代企業法講座第三巻「二九三頁、三二六頁(東大出版会、一九八五)」、竹内昭夫「会社法の理論Ⅲ」二八四頁(有斐閣、一九九〇))、竹内昭夫「株主代表訴訟の活用と乱用防止」商事一三二九号三四頁、三五頁(一九九三)

(6) 太田誠一「片田哲也」鳥飼重一「コーポレート・ガバナンスの商法改正」一三―四頁太田発言(商事法務、二〇〇二)は、アメリカでは代表訴訟制度に濫訴などを制約する制度があるのに、そのことを知らず、平成五年の訴え提起を容易にするだけの改正を認めてしまった。しかし法務省・商法学者は、改正がアメリカの制度と異なるものであることを指摘すべきであつたと非難する

- (7) たとえば、自民党「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」(商事一四六八号二七頁(一九九七))に続いて、同「企業統治に関する商法等の改正案骨子」(商事一四九四号五四頁(一九九八))、同「企業統治に関する商法等の改正案要綱」(商事一五二四号三七頁(一九九九))が出された。これらおよび最終的な法案に対応して、株主代表訴訟制度研究会(岩原伸作、上村達男、川村正幸、神作裕之、柴田和史、高橋宏志、永井和之、能見善久、藤田友敬、前田重行、宮島司、山本和彦で構成)が、三回にわたって公表した意見書を、本稿では、代表訴訟制度研究会(一)〔株主代表訴訟に関する自民党の商法等改正案骨子に対する意見〕(商事一四七一号二頁(一九九七))、同(二)〔自民党の「企業統治に関する商法等の改正案要綱」に対する意見〕(商事一五二六号四頁(一九九九))、同(三)〔株主代表訴訟および監査役制度に関する商法等改正案に対する意見(上)〕(下)〔商事一六〇五号三六頁、一六〇六号一七頁(二〇〇二)〕として引用している。
- (8) 太田ほか・前掲書注(6)三四頁太田発言参照
- (9) 森本滋「講演・次期商法改正について」代行通信七四号一四頁(略)だいこう証券ビジネス刊、一九九九)において森本教授は、平成五年以降代表訴訟によって取締役の責任が追及される時代となり、二六六条を抜本的に改正する必要性が明らかとなったにもかかわらず、学者はその責任を等閑視してきたと述べている。
- (10) 森本滋「日米構造協議と株式会社法の改正」(商事一三〇九号四二頁注二〇(一九九三)、稲葉威雄「取締役の責任の新しいかたち——特に代表訴訟について——」(商事一六九〇号一三頁、一六頁(二〇〇四)) (企業が巨大化するにつれ、わずかのミスが大きな損害を生じつながら、これをすべて個人の責任にするには疑問があるが、そのため無理に取締役の責任を全面否定している裁判例もあるように思われる)。そのような裁判例やこれに対する学説見解につき、後掲第四章注一四五、一四六、一四七にあげるものを参照
- (11) 稲葉・前掲論文注(10)一三頁
- (12) 委任の本旨は債務の本旨(民法四一五条)であり(中川高男・新版注釈民法(一六)二二六頁(有斐閣、一九八九))、善管注意義務は注意の程度だけでなく、債務の内容を表す(中川・同二三三頁)。取締役の債務不履行は、善管注意義務を尽さないことである(大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫古希「現代企業立法の軌跡と展望」五一頁、六三頁(商事法務、一九九五)、吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学六〇巻一頁、三六頁(一九九六))。この善管注意義務を欠くことが過失(抽象的輕過失)である(奥田昌道「債権総論(増補版)」三六頁(悠々社、一九九二)) (以下「奥田」)、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」(民商八一卷四号四五頁、四七二頁(一九八〇))が、一方債務不履行の帰責事由も過失であり(奥田一二五頁)、委任債務のような行為債務においては、不履行事由と帰責事由は表裏一体の関係となる(平井宜雄「債権総論」七七頁(弘文堂、一九九四)) (以下「平井・総論」)、大塚・同 六三頁、吉原・同三六七頁。債務不履行に関する証明責任の分配の一般原則からは、履行が債務の本旨に従ったものでないことの証明責任は債権者の側にあり、責任阻却要因としての責に帰すべき事由がないことの証明責任は債務者の側にある(奥田一二四頁、平井・総論八二頁注一、森本滋「会社法(二)版」二五三頁(有信堂、一九九五)) (以下「森本」)、吉原・同三五頁)が、債

- 務不履行(善管注意義務違反)の事実が証明されれば取締役の側で責に帰すべき事由の不存在(無過失)の反証をする余地はなくなる(平井・総論八三頁注一(婦責事由の証明は不履行の証明で足りる)、大塚・同六三頁、江頭顕治郎『株式会社・有限会社(三版)』三六九頁注八(有斐閣、二〇〇四)(以下「江頭」)、吉原・同三六頁)
- (13) 江頭三六八頁、弥永真生『会社法(七版)』二〇三〜〇四頁(有斐閣、二〇〇三)(以下「弥永」)
- (14) 後掲第三章注(103)参照
- (15) 大和銀行事件一審判決(大阪地判平十二・九・二〇商事一五七三号四頁)の反響は大きく、これを機にD&O保険への加入や保障内容のより充実を求める取締役が増えたことにつき、淡路伸広「株主代表訴訟と役員賠償責任保険の仕組み」小林秀之『近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』四一七頁、四三七頁(弘文堂、二〇〇一)
- (16) 注(6)に対応する本文参照
- (17) 北村雅史「コーポレート・ガバナンスに関する商法改正問題」商事一四七七号二頁、八頁(一九九七)、岩原伸作「株主代表訴訟」ジュリ二〇六号一二二頁、一二五頁注二二(二〇〇一)、岩原伸作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(下)」商事一五七七号四頁、一三頁(二〇〇〇)
- (18) 岩原・前掲論文注(17)ジュリ一二三頁、森本滋「コーポレート・ガバナンス関連立法の最近の動向(上)」取締役の法務九八号二一頁注三四(二〇〇二)
- (19) 稲葉・前掲論文注(10)一三〜四頁(取締役が適度の緊張感をもって、他方、不当な責任追及はされないという安心感を持って、職務を遂行する体制の確保が要請される)
- (20) たとえば、末水敏和「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事一五二八号二二頁、二四頁(一九九九)
- (21) 淡路・前掲論文注(15)四三七頁、特に大和銀行事件判決後顕著となっている。より高額の填補金額を求める企業も増えた)
- (22) 西島梅治「賠償と補償・保険」『岩波基本法学五——責任』三七頁、三三四〜三五頁(岩波、一九八四)(ただしコスト分析は火災、自賠償、傷害保険についてである)
- (23) 同三三五〜三六頁
- (24) 同三三八頁
- (25) 西島梅治「専門家の責任」と保険」川井健編『専門家の責任』一八五頁、二〇二〜二〇三頁(日本評論社、一九九三)は、まじめな会社役員が慎重に業務執行した際に不可抗力的に陥ることのある災難を対象に商品構成しているのだから、D&O保険の免責条項による数多くの給付制限はやむをえないとする
- (26) アメリカでは、D&O保険危機が責任制限立法の直接の要因となつたとされる(たとえば「Thomas C. Lee, Limiting Corporate Director's Liability: Delaware's Section 102(b)(7) and the Erosion of the Director's Duty of Care, 136 U. Pa. L. Rev. 239 (1987)」)
- (27) 淡路・前掲論文注(15)四三七〜三八頁
- (28) 填補限度額は保険会社との交渉によるが、通常は数億円〜一〇億円程度が一般的である(淡路・前掲論文注(15)四二二頁)
- (29) 江頭三六三〜六四頁、近藤光男「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」企業会計五四巻三号二五頁、二八頁(二〇〇二)
- (30) 役員一名あたり一〇〇万円、一賠償請求あたり五〇〇万円程度(淡

路・前掲論文注(15)四二一頁

- (31) 大杉謙一「取締役・監査役の責任とその軽減——監査役によるリスク管理体制の監視とアクティブ・ボードの推進」法律時報七四卷一〇号二五頁、二九頁(二〇〇二)

(32) 近藤・前掲論文注(29)二八頁

- (33) 本間輝雄・旧注会(四)四四二頁、鈴木竹雄・竹内昭夫「会社法(三版)」二九六頁(有斐閣、一九九四)、森本二五三頁、弥永二〇三頁

(34) 奥田一六九頁

- (35) 内田貴「民法Ⅲ」一六一頁(東京大学出版会、一九九六)(一定の遅延があった場合のJ・R特急料金の払戻しなど、債務者のリスク計算を容易にする)

(36) 奥田一六九頁

- (37) 森本・前掲論文注(12)四七七頁は、委任に関する民法六四四条の規定は任意規定であり、特約により軽減し得るけれど、他方、取締役は誠心誠意会社の為に善管注意義務を尽さなければならず、特約によつてもこの義務は軽減し得ないものとして、取締役として行動する者に対する法定の一般義務として、二五四条二(現二五四条ノ三)により明定したとする。江頭三三七頁も同旨

(38) 平井宜雄「債権各論」五、六頁(弘文堂、一九九四)(以下「平井・各論」、内田貴「民法Ⅱ」二九九、三〇〇頁(東京大学出版会、一九九七)(以下「内田・民法Ⅱ」)

(39) 内田・民法Ⅱ三〇〇頁

- (40) 内田・民法Ⅱ三〇三頁(莫大な賠償金を考えて自動車の運転スピードを控えるという抑止力はある)

- (41) 江頭三六三頁、河本一郎ほか「座談会・株主代表訴訟」民商一一〇巻二号一九九頁(一九九四)の森本滋発言(理論的には損害賠償補填機能を中心になりそれが私人による法の実現という機能を通して、監督は正機能としても機能すると整理するのが抽象理論としては妥当なのではないか)

(42) 森本二五七頁

- (43) 善管注意義務違反に限つてみれば、その特殊性から、債務不履行、不法行為、二六六条のいずれによつても、責任の立証責任はいずれも原告が負うので差異はないことになる(注(12)参照)

- (44) 江頭憲治郎「商取引法(二版増補補正)」二五四頁注三(弘文堂、二〇〇一)(陸上物品運送契約における運送人の運送品に関する損害賠償責任に関して、高価品についての特別を定める五七八条など法定の債務不履行責任と不法行為責任との選択行使を認めれば、高価品免責等の運送人保護制度は殆ど意義を失うとして、選択行使を許容する判例を疑問視する)

- (45) 通説とされる(戸田修三「運送人の契約責任と不法行為責任」北沢正啓編「商法の争点(二版)」ジュリ増刊二二〇頁(有斐閣、一九八三))。判例は多くないが、競合説である(奥田六二五頁)。請求権競合説を採る判例として、最判昭四十四・十・十七判時五七五号七一頁、東京高判昭五十四・九・二十五判時九四四号二〇六頁(これに対して同原審たる東京地判昭五十五・十一・二十五判時八一九号八七頁は法条競合説に立っている)

(46) たとえば、石井照久「鴻常夫」商行為法(商法V)一一五二頁(勁草書房、一九七八)

- (47) たとえば、鈴木竹雄「新版商行為法・保険法・海商法(全訂二版)」

四二頁注三(弘文堂、一九九三)(五七八条など)に関して、債務不履行の責任が追及できるからといって、不法行為責任追及を否認し、あるいは債務不履行責任の追及に変更させるのは無用なことである。債務不履行責任の効果が緩和されている場合に、その緩和が不法行為責任にも及びうるものと解釈すればよい)

(48) 国際海上物品運送法二〇条の二第二項において、「商法五七八条の規定は…不法行為による損害賠償の責任に準用する」としているのが参考となる

(49) 二六六条一項一―四号の責任規定も形式的に同五号の法令に含まれるが、これら責任を無過失責任と解する通説・判例の立場によれば、同条七項にいう「善意にして且重大なる過失なきとき」に該当しないため、責任の一部免除の対象とならない

(50) <http://www.moj.go.jp/SHINGI/050209-1-1.pdf> 「会社法制の現代化に関する要綱(以下「会社法制現代化要綱」) 第二部第六一

(51) 二六六条六項(商特二二条の二第二項)の特別の決議による免除は廃止される(会社法制現代化要綱第二部第三三(八)③ハ)

(52) 後記第二節(イ)参照

(53) たとえば、青竹正一「違法配当と取締役の責任」『二十一世紀の企業法制』一頁、一六頁(商事法務、二〇〇三)

(54) 後掲注(92)、(94)と対応する本文参照

(55) 近藤光男・上柳克郎ほか『新版注釈会社法(六)』二六六条注釈五(有斐閣、一九八七)(以下「新注会」)

(56) 前掲注(50)参照

(57) この場合厳密に言えば、総株主による免除は、違法分配の責任(新会社法四六二条三項)と同様に分配可能額を限度としてのみ認め

こととすべきであろう

(58) ロイヤルホテル事件・大阪地判平一四・一・三〇判タ一一〇八号二四八頁(代表取締役を共通にする関連会社に対する債権を放棄したことは二六五条一項に該当する取引であっても、実質的にみて債権放棄をした会社の利益を図る目的でなされたものであり、会社と取締役または第三者との間に利益相反をもたらさないとして、取締役の損害賠償義務を否定した)

(59) 岩原・前掲論文注(17)ジュリ一二七頁、代表訴訟制度研究会(三)(下)一八頁

(60) 赤堀光子「取締役の忠実義務(四・完)法協八五巻四号五六三―六四頁(一九六九)。森本・前掲論文注(12)四八一頁も、取締役の得た全ての利得の会社への返還義務を、明文の規定がないにもかかわらず認めるのは解釈を超えているとする。山下友信「委員会等設置会社における取締役・執行役の責任」民商一二六巻六号八〇五頁、八一六頁(二〇〇二)は、利益相反取引にかかる責任のあり方として、米国流の忠実義務違反と注意義務違反とを峻別する責任体系のあり方を検討する必要がある旨を示唆する

(61) 故意は、一定の結果の発生を認識しながら、それを容認して行為をすること(加藤一郎「不法行為(増補版)」六七頁(有斐閣、一九七四)、あるいは、損害を加えようとする意思(加害の意思)またはそのような意思を以って損害を生じさせる行為(平井・各論七〇頁)である

(62) 奥田一二五頁注(2)。平井・各論七二頁注(1)も、理論的には、過失概念の要素たる予見義務を、専ら意思の緊張を欠くために予見できなかったことよって怠ったことと考えるべきであり、意思の

緊張を欠いたことによる怠りという点で、通常の過失とは性質を異にし故意に近くなるが、加害の意思ではないという点で故意とも異なるとする

(63) 加藤・前掲書注(61)七五頁(重過失は著しく注意を欠いた場合であるが、軽過失と質的な相違はなく量的な差があるに過ぎない。一概にきめるわけには行かないが、故意に準ずるものというほど嚴格に解することもないと思われる)

(64) 森本・前掲論文注(18)一七〇頁、神田秀樹ほか・座談会「企業統治に関する商法改正法の実務への影響」商事一六一七号八頁、一八頁、神田発言(二〇〇二)

(65) たとえば民法六九八条(緊急事務管理)、九二一条(法定単純承認)では、相手方(債権者、本人)を害する意思を意味する。これに対してたとえば善意の第三者というときは、理事の代表権の制限(民法五四条、虚偽表示(民法九四二条二項)などについて、知っていたかどうかを意味するにすぎない

(66) 上村達男「取締役が対会社責任を負う場合における損害賠償の範囲」商事一六〇〇号四頁、一七頁(二〇〇一)

(67) 龍田節・新注会(六)二六六条ノ三注釈二六

(68) 龍田節・新注会(六)二六六条ノ三注釈二六

(69) 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)」金法二二二号九頁、一一二頁(一九八九)

(70) 大杉・前掲論文注(31)二九頁

(71) 最大判昭四十四・十一・二十六民集三三卷一五二一五〇頁、最判昭四十一・四・十五民集二〇卷四号六六〇頁、東京高判昭五十・一・二十九金商四四八号二頁、東京高判昭五十三・七・十九下民集

二九卷五〇八号四八五頁、京都地判昭五十五・十・十四判タ四二七号一八六頁

(72) 最判昭五十一・十・二六金法八一三三四〇頁、最判昭五十三・十二・十二金法八八四号二七頁

(73) 最大判昭四十四・十一・二十六民集二三卷一五二一五〇頁、最判昭四十八・五・二十二民集二七卷五号六五五頁、京都地判昭五十五・十・十四判タ四二七号一八六頁、東京高判平七・五・十七金商百一〇〇二号一五頁

(74) 東京地判昭五十四・十一・二十八判時九六五号一〇八頁

(75) 最判昭三十二・〇七・〇九民集一一卷七号一二〇三頁

(76) アメリカでも重過失 (gross negligence) の語彙、解釈をめぐって混乱がある点につき、後掲注(107)参照

(77) 森本・前掲講演注(9)一四頁参照

(78) 「船舶の所有者等の責任の制限に関する法律」三三四項は責任制限却事由について、「自己の故意により、又は損害の発生のおそれがあることを認識しながら自己の無謀な行為によつて生じた損害に関するものであるときは、その責任を制限することができない」と規定する。国際海上物品運送法の二三条の二も、同様の規定

(79) 東京地判昭五十四・十一・二十八判時九六五号一〇八頁(第三者に対する責任の事例)を参考にした

(80) 最判平十二・七・七金法一五九七号七五頁・野村證券損失補填事件(二六六条一項五号の法令には会社を名宛人とするすべての法令を含み、故意・過失によりこれに違反すれば取締役は当然に責任を負う)

(81) 法令を知らないことに過失ありとするためには、一般的、抽象的に法令違反の可能性があるだけでなく、具体的な法令（たとえば独禁法一九九条などの特定の法律の条項など）違反についての認識可能性があることを要する（日興證券事件判決・東京地判平九・三・十三金法一四九六号四頁および東京高判平十一・二・二十三判タ一〇五八号二五一頁）と考えるべきであろう。

(82) 最判昭四十八・五・二十二民集二十七卷五号六五五頁・マルゼン事件。名目的取締役過ぎない者に責任を負わせるのは酷であるが、基本的には、責任を負う立場にあるということを見自覚して取締役として必要な行動をとるべきであり、それができないのであれば、取締役就任を拒否しあるいは遅滞なく辞任すべきというはかない。

(83) 黒沼悦郎ほか「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正案骨子の検討」商事一四七七号二一頁、二〇頁（一九九七）、代表訴訟制度研究会（二）一二頁、代表訴訟制度研究会（三）（上）四四頁、大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫古希「現代企業立法の軌跡と展望」五一頁、八一頁（商事法務、一九九五）。昭和六十一年の法務省民事局参事官室「商法・有限会社法改正試案」の「二二一」は、「株主・社員による取締役の責任免除は、会社債権者（第三者）を害することができない」となっていた。これは会社は無資力であるが、取締役に對する弁済・賠償請求権を行使すれば会社債権者に対して債務を履行することができるような場合には、責任免除の効力がなくなり、詐害行為取消権（民法四二四條、否認権（破産法七二條）の行使をまつまでもなく、会社債権者の利益が守ることができるとの趣旨であった（北沢正啓「会社法改正試案解説」五三頁（稅務經理協會、一九八六））。

取締役の対会社責任の制限（二）（上田谷）

(84) 本稿では、無資力のほか、資本の欠損（二八九條一項）、債務超過（破産法二二七條）、支払不能（同二二六條）などの文言を、それぞれの法における厳密な定義や効果の問題は措いて、本文にいう弁済資力が不足する状況を意味する文言として任意に使用する。

(85) 奥田二九一〜九三頁、平井・総論二八三〜八四頁（ともに民法四二四條の債権者による債務者の詐害行為取消における場合の説明）

(86) 北沢・前掲書注（83）五三頁、江頭三七一頁注（11）。さらに会社整理では、裁判所は責任免除の禁止を命ずることができ、また既に免除決議が行なわれてしまっている場合は整理開始前一年以内に行われた免除を取り消すことができる（三八六條一項六号、七号）。民事再生法二二七條、会社更生法八六條も否認権について同旨の規定

(87) 谷口安平「倒産企業の経営者の責任」『新・実務民事訴訟講座』二四一頁、二四八頁（日本評論社、一九八一）

(88) 江頭三七一頁注（11）は、二六六條五項の総株主の同意による免除について無効とする

(89) 藤田友敬「株主の議決権」法教一九四号一九頁、二〇頁および二二頁注（3）（一九九六）

(90) 藤田友敬「株主有限責任と債権者保護（一）」法教二六二号八一頁、八四頁（二〇〇二）

(91) 株主は会社経営に参与し、取締役等の行為を監督是正する権利（公益権）のひとつとして、株主総会における議決権を有する（二四二條）（江頭二二五頁）

(92) 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護（三・完）」法協一〇二卷八号一四三二頁、一五二三〜一四頁（一九八五）、藤田友敬「株主有限責任と債権者保護（二）」法教二六三号一二二頁、

一三四頁注(22) (二〇〇二)

(93) 倒産手続で追及された第三者に対する責任について、いわゆる経営判断の原則により責任を否定した裁判例として、東京地判昭五十三・三・二判時九〇九号九五頁(会社の経営状態が逼迫した時点における金員借り入れであつても、それが専ら会社の利益を図る目的でなされ、借り入れ金額や借り入れ条件等が通常の企業経営者の立場から見ても明らかに不合理と認められないときは、会社に対する任務懈怠には当たらない)、東京地判昭五十五・九・三十判時一〇〇五号一六一頁(取締役が実際に行なつた経営判断が結果的に適切でなかつたとしても、それが当初から会社に損害を生じることが明白である場合など、重大な判断の誤りがある場合は格別、与えられた裁量の範囲内であれば、取締役としての任務を懈怠したことにはならないとして、二六六条ノ三の重過失に該当しない)などがある

(94) 谷口・前掲論文注(87)二五九頁は、会社が倒産ないしはそれに近い状態に入つてからは、会社債権者に対する関係において注意義務が加重されるので、より厳格な「経営判断の基準」が適用されるべきであるとする

(95) 取締役の職務違反行為によつて第一次的に会社が損害を受けた結果、第三者が被るにいたる損害(上柳克郎「直接損害・間接損害」論叢一〇二巻三・四号二頁、三頁(一九七八)、江頭三九二頁、弥永二二七頁)

(96) 最大判昭四十四・十一・二十六民集三三卷一一号二一五〇頁。二六六条ノ三を法定の特別責任と解する(直接そのような表現は用いていないが)ものであり、通説もこの立場をとつていた(龍田節・新注会(六)二六六条ノ三注釈五五)

(97) 龍田節・新注会(六)二六六条ノ三注釈三

(98) 龍田節・新注会(六)二六六条ノ三注釈二九(会社から弁済を要するべき債権者には損害がない)、森本・前掲論文注(69)一三頁(会社財産の減少の結果、債権の満足を受けられなくなることが責任の基礎となる)

(99) 龍田節・新注会(六)二六六条ノ三注釈三六

(100) 佐藤庸「取締役責任論」一一九頁および一九七頁(東大出版会、一九七二)(取締役は債権者に対していはば保証責任を負つている)、龍田節・新注会(六)二六六条ノ三注釈一(保証類似の責任である)および同・注釈三六(総株主の同意によつて会社が取締役の責任を減免しても、債権者取消権や否認権を行使するまでもなく、債権者は自己の損害の賠償を取締役に対して請求することができる)、江頭三九三頁注一

(101) 森本・前掲論文注(69)一一一―一二頁

(102) 代表訴訟制度研究会(三)(下)二〇頁、岩原・前掲論文注(17)ジュリ二九頁。ともに事前の責任制限そのものを認める必要がないが、もし認めるとしても対象を社外取締役のみとすべきであるとする

(103) 執行役にも責任制限を適用する州は、Louisiana, Maryland, Nevada, New Jersey, Virginia 5州だけであり(ALI Principles 5.7.19, Reporter's Note, Vol. 2, at 257)

(104) 多くの州はCEO, COO, CFOなどの上級執行役を兼ねる社内取締役も含む。この場合、兼務取締役の行為のうち執行役としての行為には責任制限を適用しないとする州もある

(105) 各州会社法の規定上は、責任を一部制限に止めるか全額免責とす

るかは、各企業に選択させることとなっているものが多いが、実態としては各企業ともほぼ一律に全額免責を選択している（後掲第四章注二三六と対応本文参照）

(106) All Principles 57.19

(107) テラウエアー最高裁の Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812-13 & n6 (Del. 1984) 判決は「重過失 (gross negligence) では責任を問うが、それより軽い過失では責任を問わない」と明言している。なお、重過失の文言についてアメリカでは必ずしも統一的に使用されていないが、テラウエアー法における経営判断の原則の適用においては、「gross negligence」は責任制限適用除外事由に該当する「会社の利益を省みない無謀な」態様を現すものとして使用されている

(108) 岩原・前掲論文注(17)ジュリ一三〇頁

(109) 田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ一二三〇号三一頁、三三三頁(二〇〇二)は、たとえば取締役会がハイリスクな新規事業を計画している場合、監査役が自己に責任が及んでくるのを恐れて、取締役会で反対意見を述べたり、これが容れられなければ差止請求を示唆したりする可能性があり、結果として会社の萎縮につながるようになるから、監査役にも認めるべきであるとする

(110) 北村雅史「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」民商一二六巻四・五号五六五頁、五七九頁(二〇〇二)（取締役と監査役が連帯して責任を負うとき問題が顕著となる）

（筑波大学博士課程ビジネス科学研究科企業科学専攻修了、

シーアイ化成株式会社監査役）

取締役の対会社責任の制限（二）（上田谷）