

# 取締役の対会社責任の制限

筑波大学審査学位論文(博士)

2004

上田谷 恒久

筑波大学大学院

ビジネス科学研究科 企業科学専攻

# 目次

<b>第1章 序 論</b> .....	<b>1</b>
第1節 問題提起.....	1
1 責任制度強化の沿革と立法対応.....	1
2 責任制限制度の必要性とそのあり方.....	3
第2節 本論文の内容と構成.....	4
1 論文の内容.....	4
2 論文の構成.....	5
3 留意点.....	5
<b>第2章 アメリカにおける取締役の責任制限</b> .....	<b>7</b>
第1節 序 説.....	7
1 取締役に対する保護の必要性.....	7
2 取締役を保護する制度の概要.....	8
3 取締役の職務と問題点.....	9
4 本章の内容.....	10
第2節 株主による取締役の行為の追認.....	12
1 追認制度とその要件.....	12
2 具体的事例.....	12
第3節 補償と役員賠償責任保険.....	14
<b>第1項 補 償</b> .....	<b>14</b>
1 総説.....	14
2 会社が補償（任意的補償）を行う権能とその制限.....	16
（1）補償の基本要件 - 行動基準.....	17
（2）補償の制限.....	18
（3）非限定型条項.....	20
3 義務的補償.....	22
4 費用の前払い.....	23
5 裁判所が命じる補償.....	24
6 補償を決定する手続と開示.....	25
<b>第2項 役員賠償責任保険（D&amp;O 保険）</b> .....	<b>26</b>
1 保険料の会社負担の妥当性.....	27
2 D&O 保険の機能と公的政策.....	27
第4節 経営判断の原則.....	31

第1項 経営判断の原則の取締役保護機能.....	31
1 経営判断の原則.....	31
2 経営判断原則の効果.....	32
第2項 取締役会による株主代表訴訟却下の判断.....	35
1 株主代表訴訟の提起とこれに対する会社の対応.....	36
(1) 是正要請 (Demand) .....	36
(2) 会社の対応 - 是正要請の容認、拒絶等.....	37
(3) 株主の提訴等.....	38
(4) 会社の却下申立、訴訟継承等.....	39
(5) 和解、取下による訴訟終了.....	40
2 却下申立・和解案に対する裁判所の審査・承認基準.....	41
(1) 却下申立についての裁判所の審査基準.....	41
(2) 和解案についての裁判所の承認基準.....	45
3 取締役会ないし委員会の判断・手続の基準.....	47
第5節 責任制限制度立法.....	49
第1項 責任制限制度導入以前における論議.....	49
1 取締役に対する過失責任追及の状況.....	49
2 注意義務の活性化と賠償額上限設定の提言.....	51
(1) 注意基準による違反抑止力の活性化.....	51
(2) 賠償上限額の設定.....	51
(3) 補償や D&O 保険による取締役保護の経済的不合理性.....	52
(4) エクイティーによる救済とコモンローによる賠償の併用.....	53
3 ALI の提言試案とこれをめぐる議論.....	54
(1) 市場の力による規制説.....	55
(2) その他の批判.....	57
第2項 D&O 保険危機の発生と取締役人材の確保難.....	59
(1) D&O 保険危機.....	59
(2) Smith v. Van Gorkom 事件判決.....	59
(3) 社外取締役の人材確保難.....	61
第3項 各州の会社法改正競争.....	61
第4項 責任制限制度の内容.....	62
1 定款による減免 (デラウェア法型).....	63
2 制定法規定による賠償責任の廃止・責任上限額の設定.....	67
(1) 制定法による賠償責任の廃止.....	67
(2) 制定法に責任の上限を定める方式.....	68

3 責任制限の効果.....	69
(1) 訴訟の却下.....	69
(2) 取締役の対第三者責任と責任制限.....	70
第5項 ALIの責任制限.....	78
1 軽減のみを認め執行役にも適用する制度.....	78
2 制度の概要.....	79
第6節 責任制限制度の評価と妥当性の検討.....	80
第1項 各州の制度の評価 注意義務基準の実質的消滅.....	80
第2項 ALIの責任制限制度の意義・妥当性.....	83
1 制度の政策的意義 ( Policy Considerations ) .....	83
2 責任制限の理論的妥当性 ( rationale ) .....	84
(1) 責任の公平性.....	84
(2) 注意義務基準の活性化と無益訴訟等の排除.....	84
(3) D&O 保険の合理化、適正化.....	84
(4) 注意義務基準の損害補償機能と違反抑止機能について.....	85
(5) 責任制限制度適用の客観性.....	86
第7節 責任制限についての各論的検討.....	88
第1項 定款方式に関する論点.....	88
1 定款方式の有効性.....	88
2 定款変更手続き上の問題点.....	89
第2項 賠償額を年間報酬額に制限する理論的根拠 ( 契約法の定式 ) .....	92
第3項 執行役への不適用の是非.....	93
第4項 責任制限の適用除外事由.....	94
1 適用除外事由の意義.....	94
2 具体的な適用除外事由の検討.....	95
(1) 公正取引義務違反 ( いわゆる忠実義務違反 ) .....	95
(2) 悪意 ( knowing ) かつ有責な ( culpable ) 法違反.....	97
(3) 義務の認識ある無視 ( a conscious disregard )、無謀性 ( recklessness ) .....	99
(4) 会社に対する義務の放棄 ( abdication of the duty to the corporation ) .....	100
(5) 違法な分配 ( Unlawful Distributions ) .....	101
第8節 まとめと日本法への示唆.....	104
<b>第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限.....</b>	<b>108</b>
第1節 イギリスにおける取締役の責任制限.....	108
第1項 イギリスの責任制限制度の概要.....	108

第2項 責任免除禁止規定	108
第3項 株主の追認による責任免除	110
1 追認 (ratification)	110
2 株主代表訴訟の改正について	113
第4項 裁判所の裁量による減免	115
第5項 責任保険および補償	119
1 会社による付保の許容	119
2 訴訟費用の補償	119
第2節 その他の国の取締役の責任制限制度	120
第1項 ドイツ	120
1 責任免除制度	120
2 賠償責任保険	121
3 株主からの提訴請求権	121
第2項 フランス	122
1 責任制限の禁止	122
2 株主代表訴訟制度	123
3 D&O 保険、補償	123
第3項 その他のヨーロッパ諸国	123
1 株主総会決議による免除	123
2 裁判所の裁量による減免制度	124
<b>第4章 取締役の責任追及とその制限の現況</b>	<b>126</b>
第1節 取締役の責任追及状況	126
第1項 取締役の責任制度の概要	126
1 取締役の責任の特則性	126
2 委員会等設置会社における変容	127
第2項 取締役に対する責任追及状況と問題点	128
1 業務執行上の判断の誤り	129
(1) 取締役の経営判断	129
(2) 業務担当取締役、使用人兼務取締役の業務執行責任	133
2 監視義務違反	134
(1) 取締役の監視義務とその範囲	134
(2) 内部統制システム構築義務	135
(3) 使用人兼務取締役、業務担当取締役、社外取締役の監視義務	137
(4) 代表取締役・業務担当取締役の下位者に対する監視義務	138

( 5 ) 委員会等設置会社における監視・監督制度 .....	138
3 266 条 1 項 5 号の法令違反の責任 .....	139
( 1 ) 法令の意義・範囲に関する学説・判例.....	139
( 2 ) 委員会等設置会社.....	143
( 3 ) 裁判例の検討.....	143
4 266 条 1 項 1～4 号の責任 .....	148
( 1 ) 266 条 1 項 1 号の責任 .....	148
( 2 ) 266 条 1 項 2 号の責任 .....	150
( 3 ) 266 条 1 項 3、4 号の責任.....	151
5 損害賠償額に関する論点.....	153
( 1 ) 連帯責任と寄与度に応じた賠償額.....	153
( 2 ) 過失相殺、損益相殺 .....	156
( 3 ) 罰金を損害賠償の対象とすることの問題点 .....	159
第 2 節 現行責任制限制度の内容 .....	161
第 1 項 取締役の責任制限制度の概要.....	161
第 2 項 責任の一部免除制度の内容.....	161
1 一部免除制度の概要.....	161
2 株主総会の特別決議による責任の一部免除.....	162
3 取締役会決議による責任の一部免除.....	163
4 社外取締役の事前免責契約.....	164
5 監査役の責任の一部免除.....	165
6 一部免除の限度額 .....	165
7 株式会社以外の法人の役員への適用.....	166
第 3 節 現行責任制限制度の問題点.....	167
第 1 項 総株主の同意による責任免除の問題点 .....	167
第 2 項 責任の一部免除制度の問題点.....	168
1 制度全般の問題点 .....	168
2 軽減の対象となる責任、行為についての問題点.....	169
( 1 ) 対象となる責任条項 .....	169
( 2 ) 善意・無重過失の行為を責任制限の対象とするので十分か .....	169
( 3 ) 忠実義務違反の適用除外の可否 .....	170
( 4 ) 会社債権者を害するような責任制限の可否 .....	170
3 責任制限の方法に関する問題点.....	170
( 1 ) 軽減を行うタイミング、制度の使い勝手.....	170
( 2 ) 株主総会の判断機能についての疑問.....	171

( 3 ) 監査役の同意、公正さの確保.....	172
( 4 ) 取締役会決議による責任の一部免除についての論議.....	172
4 軽減の限度額に関する問題点.....	175
5 役員賠償責任保険との関係.....	175
<b>第5章 責任制限制度のあり方.....</b>	<b>177</b>
第1節 責任制限制度の必要性和妥当性.....	177
第1項 責任制限制度の意義.....	177
1 取締役・執行役の職務の特性.....	177
2 取締役の経営判断における萎縮の防止.....	178
3 責任の公平性.....	178
4 コーポレート・ガバナンスにおける意義.....	180
5 類似の職務にある者との権衡.....	181
( 1 ) 他の専門家責任との関係.....	181
( 2 ) 公務員、会社従業員の賠償義務との比較.....	182
6 責任制限制度と役員賠償責任保険との関係.....	184
( 1 ) D&O 保険と責任制限による二重保護問題.....	184
( 2 ) D&O 保険による義務違反抑止機能減殺の問題.....	186
第2項 取締役の対会社責任についての損害賠償のあり方.....	188
1 債務不履行の一般原則との関係.....	188
2 損害填補機能と違法行為抑止機能.....	188
第2節 責任制限の対象.....	192
第1項 責任制限の対象となる責任.....	192
1 会社に対する任務懈怠の責任.....	192
2 266 条 1 項 1 ~ 4 号と対応する商法特例法上の責任.....	192
( 1 ) 違法配当の責任.....	193
( 2 ) 利益供与の責任.....	196
( 3 ) 利益相反取引の責任.....	197
3 資本充実・維持責任.....	198
( 1 ) 引受（払込）・財産価格填補の責任.....	198
( 2 ) 期末の填補責任.....	199
4 法定責任と一般責任の競合.....	200
第2項 責任制限の適用除外.....	202
1 適用除外事由としての悪意・重過失の再検討.....	202
( 1 ) 問題提起.....	202

( 2 ) 悪意・重過失の意義の明確化.....	204
( 3 ) 責任制限適用除外要件のあり方.....	206
( 4 ) 責任制限適用除外の具体的要件.....	206
2 狭義の忠実義務違反.....	208
<b>第3項 会社債権者の利害と取締役の責任制限.....</b>	<b>211</b>
1 会社債権者を害する責任制限.....	211
2 事前の制度における責任制限の可否.....	213
( 1 ) 会社無資力化以前の行為についての責任制限.....	213
( 2 ) 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.....	214
3 第三者からの責任追及と責任制限.....	215
<b>第4項 責任制限の人的対象.....</b>	<b>217</b>
1 社内取締役・執行役.....	217
2 監査役.....	218
<b>第3節 責任制限の方法・手続.....</b>	<b>219</b>
<b>第1項 株主による決定.....</b>	<b>220</b>
1 株主の判断の適正さの確保.....	220
2 株主の判断事項の限定.....	222
<b>第2項 事前の責任制限か事後的責任制限か.....</b>	<b>222</b>
1 行為時点での予測可能性.....	222
2 事後的制度の運用上の問題.....	223
3 事前の制度の必要性和論点.....	224
<b>第3項 裁判所の裁量制について.....</b>	<b>227</b>
1 裁量制の意義と必要性.....	227
2 取締役の責任制限としての裁量制度のあり方.....	229
<b>第4項 商法に法定する方式.....</b>	<b>230</b>
<b>第4節 責任減免額（賠償限度額）.....</b>	<b>233</b>
1 賠償額の算定基準.....	233
2 損害賠償の額.....	234
( 1 ) 賠償基準額（下限額）.....	234
( 2 ) 実際の賠償額の決定.....	235
( 3 ) その他の問題.....	236
( 4 ) 下限額以下の賠償額、全額の免除.....	237
3 複数の取締役・執行役が賠償責任を負う場合の連帯関係.....	237
<b>第5節 取締役の責任軽減に関するその他の問題.....</b>	<b>240</b>
<b>第1項 取締役への訴追についての会社の裁量権.....</b>	<b>240</b>

1 株主の代表訴訟提訴権と会社の利益との調整 .....	240
2 制度が有効に機能するための条件・問題点 .....	242
(1) 制度の内容と要件 .....	242
(2) 判断の公正性・客観性 .....	243
(3) 取締役訴追判断機関としての社外監査役と社外取締役の相違点 .....	245
<b>第2項 補償制度について .....</b>	<b>246</b>
1 賠償金・和解金の補償 .....	246
2 訴訟費用の補償(会社負担) .....	247
(1) 取締役・執行役が勝訴した場合 .....	247
(2) 取締役・執行役が敗訴した場合も会社負担を可能とすべき場合がある .....	248
(3) 応訴費用の前払い .....	249
3 D&O 保険料の会社負担の可否 .....	250
<b>第3項 時効と責任の解除 .....</b>	<b>252</b>
1 時効 .....	252
2 責任解除 .....	254
<b>第4項 取締役の責任追及訴訟の和解、会社の代表訴訟参加 .....</b>	<b>256</b>
1 取締役への責任追及訴訟の和解 .....	256
(1) 和解についての現行法上の問題点 .....	256
(2) 取締役の責任追及訴訟における和解制度のあり方 .....	258
2 会社による株主代表訴訟被告側への参加 .....	259
<b>第6節 まとめ .....</b>	<b>263</b>
1 責任制限制度 .....	263
(1) 責任制限の趣旨と対象者 .....	263
(2) 予見可能性のある客観的な制度が必須である .....	263
(3) 責任制限を非適用とする場合 .....	264
(4) 減免額の基準と実際の賠償額の決定 .....	265
2 取締役の責任を軽減する関連諸制度 .....	266
(1) 訴訟委員会制度は時期尚早 .....	266
(2) 5年の責任解除制度の新設 .....	266
(3) 和解の裁判所による承認 .....	266
(4) 勝訴費用等の補償、D&O 保険料の会社負担 .....	266
<b>第6章 結 語 .....</b>	<b>267</b>
<b>参考文献リスト .....</b>	<b>270</b>

## 第1章序 論

### 第1節 問題提起

#### 1 責任制度強化の沿革と立法対応

(1) 現在の取締役の厳格な責任制度の原型は昭和25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(株主総会の万能機能性)と取締役の各自代表制度<sup>1</sup>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、取締役の責任を厳格化した<sup>2</sup>。併せて、アメリカに倣っ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<sup>3</sup>。

この責任体制は、極めて厳しいものである。すなわち、266条1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2、3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ない。また、責任の免除は、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<sup>4</sup>。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、有責取締役は過酷な責任を負うことになる。

(2) 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<sup>5</sup>ため、実務界も学界・立法当局も、その厳しさを実感す

<sup>1</sup> 昭和25年改正前261条。ただし代表取締役の選任は可能であった(同条2項)

<sup>2</sup> 昭和25年改正前266条1項は、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った。昭和25年商法改正の趣旨につき、近藤光男・新注会(6)266条注釈1、森本滋「公開会社の経営機構改革と執行役員・監査役(上)」論叢145巻1号1頁、9頁(1999)

<sup>3</sup> 昭和25年改正前267条、268条は、総会の決議または資本の10分の1の少数株主による会社に対する提訴請求を規定していた(現行ドイツ株式法147条(1)に類似)

<sup>4</sup> 昭和25年改正前商法(245条1項4号)では、株主総会の特別決議により免責が可能であった。ただし同条2項により、免責決議があった場合も10分の1以上の株主による取締役の責任追及(脚注3)は可能であるため、特別決議による免責の意義が明確でないところがあった(会社法の研究『取締役(4)』232頁森本発言)

<sup>5</sup> 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・監視が機能不全であり、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、違反があっても会社からの訴え提起に消極的であっ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ったことも大きい。株主代表訴訟が機能しなかった理由として、勝訴しても自己の持株に反映される利益は少ない、自らの時間・労力・各種経費の負担があり、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ない、しかも平成5年以前は訴訟費用は訴額比例で個人が負担するには高額すぎた経緯がある、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(竹内昭夫『会社法の理論』284頁(有斐閣、1990)、竹内昭夫「株主代表訴訟の活用と乱用防止」商事1329号34頁、35~頁(1993)、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3巻』293頁、316頁(東大出版会、

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必要的存在であるとの認識が、観念的に維持され続けた。取締役会制度は、法律と実務との乖離が最も甚だしい分野である<sup>6</sup>といわれつつも、昭和25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56年の責任解除制度の廃止や平成5年の代表訴訟提起の容易化<sup>7</sup>）されてきたのである。

（3）平成5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<sup>8</sup>。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13年に議員立法によって拙速とも言える形で責任制限制度が成立した。

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、制度内容も法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、適用範囲が狭く、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。しかし幸いにも、立法関係者の良心や学説の批判により、アメリカ各州の責任制限立法のように、殆ど底辺に落ちてしまったようなものになってはいない。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<sup>9</sup>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はいない模様であり、あるいは政・財界ベースで早期の再改正が目論まれる可能性もある<sup>10</sup>。

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ということである。

（4）平成14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、従来型の監査役設置会社制度と選択的的制度として導入された。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、

---

1985) などから)

<sup>6</sup> 会社法の研究『取締役(4)』はしがき(稲葉威雄)

<sup>7</sup> 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』13~4頁太田発言(商事法務、2002)は、アメリカでは代表訴訟制度に濫訴防止などを制約する制度があるのに、そのことを知らず、平成5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ったと非難する

<sup>8</sup> 経済同友会「商法と企業経営とのハーモナイゼーションを目指して」小林秀之=近藤光男『株主代表訴訟大系』469頁(弘文堂、1996)、通産省『株主代表訴訟の現状と課題』別冊商事法務173号(1995)等の問題点の指摘に続いて、改正試案骨子、経済団体連合会「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」などが出され、その後自民党改正案骨子、改正案要綱の後、平成13年に議員立法により商法改正が行われた。自民党案に対しては、学説から厳しい批判が加えられた(代表訴訟制度研究会(1)、代表訴訟制度研究会(2)、代表訴訟制度研究会(3)(上)(下))

<sup>9</sup> 森本滋「講演・次期商法改正について」代行通信74号14頁(株だいいこう証券ビジネス刊、1999)において森本教授は、平成5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、266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

<sup>10</sup> 太田ほか・前掲書(脚注7)34頁太田発言参照

みなし行為者制度（266条2、3項）の排除などの緩和が行われた。しかし、監査役設置会社については手付かずのままであり、今後、委員会等設置会社との調整が課題である<sup>11</sup>。委員会等設置会社における責任制限制度については、一般の監査役設置会社について平成13年に成立したものが、ほぼ平行に適用されているだけで、制度そのものの再検討は行なわれていない。平成14年改正に続いて、現在会社法制現代化プロジェクトの中で取締役の責任制度のあり方についても検討が進められている。本論文はその方向性を参照し、必要に応じて試案に対して独自の見解も加えつつ、そこでも必ずしも真正面から論じられてはいない責任制限制度についての創設的見直しを試みる。

### 2 責任制限制度の必要性とそのあり方

（1）取締役が実際に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。裁判における責任の否定は、責任制度の厳格さがもたらす形骸化<sup>12</sup>とも言えるが、そのような現象は、責任制限制度導入前のアメリカやヨーロッパでも同様に見られた。

義務違反があればその責任を適正に追及できるようになっていることが、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条件のひとつでもある。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ない。

（2）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わないよう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く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が、商法はこれを全額賠償せしめるのを原則とするものであった。

平成13年改正により賠償責任に一定の制限を加えることとなったが、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、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。これら批判論の中には、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

<sup>11</sup> 始関正光「平成14年改正商法の解説（ ）」商事1643号6頁、23頁注85（2002）では、国会付帯決議があることおよび解釈論として過失責任を主張する説もあることから、委員会等設置会社以外の会社についても過失責任とすることが継続検討課題であるとする。会社法制現代化試案および会社法制現代化試案補足説明によれば、平成17年通常国会への法案提出を目指して、取締役の責任に関する委員会等設置会社とそれ以外の会社との調整を図るものとされている

<sup>12</sup> 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1690号13頁（2004）

可欠であるとする、従来からのパラダイムに止まるものもあろう。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厳格なものでなければならぬ必然性はない。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、賠償能力の有無は別問題であるとするのは、法律と実務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。

(3) 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べ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を是とするわけではないが、過失は過失であるが故に不可避であるとも言え、また過失による責任は故意によるものなどと比べて、過失を犯した取締役に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そうとするのは、当該取締役にあって不公平であり、責任制度が不合理であるとしか言うことができない。

平成13年の立法趣旨は、取締役の経営判断に当たって萎縮させないために責任を制限する必要があることとされる<sup>13</sup>。これに加えて責任の公平性も重要である。取締役がリスクを取らなかった場合には法的責任は問いようがない一方、リスクを取ろうとして失敗したときには、めいばいの責任を負わせようと言うのであれば、不公平性そのものとなる。

(4) 責任制限は、責任制度を公平で合理的なものにするための手段である。仮にも、本来は全額賠償すべきところを、恩恵的に若しくはそれに類する理由で、その全部または一部を免ずるものと言うような思考方法をとるべきではない。重要なのは責任額を妥当なものに置き換えることであり、それによって、適正に責任追及が行われることを可能にするものでなければならぬ。

## 第2節 本論文の内容と構成

### 1 論文の内容

本論文は、第1節に述べた問題意識と必要性に基づいて、平成13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。制度の骨格は、定款条項に基づく事前の責任制限制度とし、責任は免除ではなく報酬の1~2年分を賠償させることにより義務違反抑止力を維持する。責任制限の対象となるのは、過失による責任であるが、重過失であっても過失に属するものはこれに含めるな

<sup>13</sup> 中川博史(衆院法制局)「コーポレート・ガバナンス関連の商法および商法特例法改正法の概要」金法1632号6頁、7頁(2002)

## 第1章序 論

ど、公平の観点から適用の幅を広くし、制度として実用に耐え得るものとする。しかし善管注意義務違反であっても、利益相反関係から生じる狭義の忠実義務違反による責任は、厳しく責任制限の対象外とし、また、債権者を害するような責任制限は原則的に無効であることも確認する。

### 2 論文の構成

まず第2章において、取締役を保護する制度を早くから発達させてきたアメリカについて、責任制限だけでなく、広く補償・保険制度、経営判断の原則などについても、判例の参酌にも重点を置きつつ、詳しく制度の内容、妥当性、問題点を検討する。アメリカの実定法としての各州の会社法は、企業の誘致競争のもとに行き過ぎとも思われるところもあり、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。しかし、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（後出の PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS: 「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、大いに参考とすることができる。

次いで第3章において、イギリスと欧州各国における責任制限ないし類似の制度について概観する。イギリスやドイツでは、事前の責任制限を禁じるなど責任制限制度は概して取締役にとって厳しいものとなっている。これは、株主代表訴訟制度が原告にとってかなり制約的であり、取締役等への責任追及も多くなつて責任制限制度の現実的なニーズも乏しいといった法事情と呼応しているとも言え（現在両国において株主代表訴訟制度を活性化すべく具体的な改革の動きがあるが）、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。

第4章は、わが国における取締役に対する責任追及における実態を、裁判例・学説を通じて概観し、責任制度のあり方も含めて問題点をより明確にする意図である。次いで、平成13年改正後の現行責任制限制度の内容と問題点を整理する。

第5章において、本論文の核心部分である責任制限制度のあり方を提言する。責任制限制度の意義・妥当性（第1節）に続いて、責任制限の対象となる責任の範囲と責任制限非適用事由（第2節）、責任制限の方法・手続（第3節）および賠償の限度額（第4節）を論じる。次いで第5節において、責任制限制度そのものではないが、取締役が適切に業務を遂行する上でこれを保護し防御訴訟等における支援となる点において、広い意味で責任制限制度に属する論点として、訴訟委員会制度、防衛訴訟費用の補償、責任の時効と責任解除制度および代表訴訟の和解と会社の参加について、その是非、あり方ないしは問題点を検討する。

### 3 留意点

本論文の表題は、「取締役の対会社責任の制限」であるが、平成14年改正で登場した執行役も責任制限の対象とする。本文の叙述においては、「取締役」、「執行役」、「取締役および執行

## 第1章序 論

役」などの文言を、厳密に使い分け性格に記述するのが適当である。なるべくそのように務めるが、平成14年改正以前の裁判例や論文に関しては原文等に即して取締役とのみ記述し、また、条文のような厳密な記述が却ってわずらわしく、これを避けるため単に取締役とのみ述べることもある。その本意を必要十分に理解されることを期する。

なお、論文の考察は主として、公開大会社における取締役（および執行役）の責任とその制限のあり方を念頭においている。小規模閉鎖会社については考察が及んでいない部分も少なからずあり、また異なる規整のあり方が必要な場合も否定できないが、その考察は別途の機会に譲ることとしたい。

論文中法令条文につき、商法については単に条数だけを記す。また、「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」（商法特例法）は、商特と略記した上で条数を記す。

## 第2章 アメリカにおける取締役の責任制限

### 第1節 序 説

#### 1 取締役に対する保護の必要性

取締役 (director) が会社 (株主) に対して負う義務 (legal obligation) は、伝統的な区分法によれば、注意義務 (duty of care) と忠実義務 (duty of loyalty) に大別される<sup>1</sup>。注意義務は、会社の経営活動を監視・指揮する任務を遂行するにあたって、注意深く行動する義務であり、忠実義務は、会社および株主の最善の利益を自己の個人的利益に優先させなければならないことを承認し、会社に忠誠を尽くす義務である<sup>2</sup>。

取締役がこれらの義務に違反すれば、会社に発生した損害を賠償する責任を負う。このうち忠実義務に違反した場合は、会社 (株主) の信認に反して不正に利得をなすものであるから、裁判所は厳しくこれをとがめてきた。しかしその責任は、基本的には賠償すべき損害額は不当に得た利益に概ね相当し、これを返還することが中心となる<sup>3</sup>。

一方、注意義務違反の場合は、事業運営上の損害であるため、金額的に容易に巨額なものになりうる。これを、不法行為法の原則により、全額賠償せしめることとすると、取締役にとっては破滅的なものとなりかねず、その有責性に比し不公平であると考えられる。取締役は、会社経営上適度のリスクをとることが求められる。巨額の賠償責任を課せられる可能性があるとするれば、そのことに対する脅威が、取締役をして逆に過度にリスク回避的姿勢をとらせることになりかねないし、また、巨額の賠償義務を負いかねないことが、取締役としての有能な人材の確保を困難にすると多くの判例が指摘している。アメリカにおいては、このような賠償責任から取締役を保護することが、当該取締役のみならず、会社、ひいては社会にとっても必要で

<sup>1</sup> ALI Principles, Introductory Note *c* to Pt. , Vol.1, at 137. American Bar Association (“ABA”), *Corporate Director's Guidebook*, 49 Bus. Law. 1243, 1252 (1994) Cox *et al.*, at 180

<sup>2</sup> ALI Principles, Introductory Note *c* to Pt. , Vol.1, at 137. 忠実義務が信認義務 (fiduciary duty) と呼ばれることもある。さらに信認義務が注意義務を含む取締役の会社・株主に対する義務の総称として用いられることもある。取締役の信認義務は、代理人と本人の関係、信託受託者と受益者の関係などにおける信認義務に類似するが、取締役は会社をほぼ全面的に支配する点において、これらの信認義務とは異なる (ALI Principles, Introductory Note *a* to Pt. , Vol.1, at 199)。判例上忠実義務には非金銭的な利害が取締役と会社との間で相反する場合も含まれることもあるので、ALIは金銭的な忠実義務に関しては忠実義務 (duty of loyalty) の語を使わず、公正取引義務 (duty of fair dealing) の語を用いている (*id.* at 199~200)

<sup>3</sup> ALI Principles § 7.18(a) (違反が法的原因となる損害を全額賠償しなければならず、これに加えて忠実義務違反の場合は、衡平法上の救済法理に基づき、会社に生じた損害の賠償を超えて取締役が利得が残るときは、これも不当な利益として会社に返還しなければならない。また、意図的な会社財産の詐取 (窃盗) など限られた場合ではあるが、懲罰的損害賠償 (punitive damages) を命じられることがある (ALI Principles § 7.18 Reporter's Note 1, Vol.2, at 233. MBCA § 2.02 Official Comment *i*, at 2-18)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

あり、かつ利益になるものと考えられるようになった。

### 2 取締役を保護する制度の概要

(1) 取締役を保護する制度としては、古くからの英米法における判例法の原則 (rule<sup>4</sup>) として、取締役の行為を株主が追認 (ratification) することができ、これが取締役の責任を免除する機能を果たす。日本の商法 266 条 5 項、6 項の取締役の責任の免除および平成 13 年の商法改正で認めるに至った同 7 項の株主総会の特別決議による責任制限は、責任が発生した後で株主の承認により成立する点において、これと同じ制度類型に属する。

また日本にはないが、取締役が代表訴訟などの防御に要した費用を会社が補填する補償制度 (indemnification) があり、さらに役員賠償責任保険 (Directors' and Officers' Liability Insurance, 「D&O 保険」) も取締役を保護する機能を果たしてきた。補償も D&O 保険も取締役の責任や経費を経済的に賄うものである点において概ね同じ機能を果たすが、取締役の会社に対する責任については、会社の補償を認めない州が多数であるが、D&O 保険ではカバーされるといった違いもある。

一方で、裁判所が経営判断の原則を適用することにより、取締役に注意義務違反による賠償責任を課す判例は極めて少ないのが実態であり、取締役の注意義務責任基準が事実上消滅しかかっていたことが指摘される。

このような状態の中で、1970 年代以降、注意義務責任基準の義務違反抑制機能を重視し、株主代表訴訟を活性化して現実にと取締役の責任を追及しやすくすることが、コーポレート・ガバナンス上必要であるとする学説が有力に主張されるようになった。そのためには、過大な責任制度そのものが、裁判所による責任認定の障害となっているので、これを緩和して、損害賠償額を一定の合理的な額に制限すれば、裁判所が取締役の注意義務違反の責任を認定しやすくなるのである。この議論は具体的に、アメリカ法律協会 (American Law Institute, "ALI") による責任制限制度提言につながっていく。

この注意義務責任基準の活性化の主張に対して、法と経済学派に属する学者から、コーポレート・ガバナンスは取締役の行為を市場の力が規律するので十分であるから、注意義務による責任制度は不要でありこれを廃止すべきであるとの考え方も有力に主張されていた。この説は各州による責任制限制度立法の事実上の論拠となった。

(2) 折しも 1980 年代半ば、取締役を保護する重要な手段となっていた D&O 保険が、保険料の急騰などにより、企業が利用することが極めて困難な状況 (いわゆる D&O 保険危機) が発生し、加えてデラウェア最高裁において、経営判断の原則が適用されるとみられていた事案で、

---

<sup>4</sup> 英米法上の rule は、「法則 (判例で確立された法解釈の意)」（英米商事法辞典）であるが、business judgment rule (経営判断の原則) のように「原則」の訳がなじんでいることもあるので、これと平仄を合わせて本論文では「原則」の訳語を使う。判例から導かれた原則の意味で「準則」と訳すこともある

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

社外取締役を含む取締役に対して、注意義務違反による多額の賠償責任を課す判決<sup>5</sup>が行われた。これらにより、コーポレート・ガバナンスに重要な機能を果たすと考えられる社外取締役の人材の確保に、多大な支障が生じることとなった。

この事態に対応すべく、各州は急遽会社法を改正して、取締役の賠償責任を減免する新たな責任制限制度を設け、取締役に対する保護の強化を図るに至った<sup>6</sup>。これら責任制限立法はその殆どが、取締役の過失 (negligence) による責任を、軽減のみならず免責してしまうことをも許容し、これに基づき各企業の大勢が免責を選択したため、アメリカ各州の実定法においては、取締役の注意義務責任基準の活性化どころか、その違反による金銭的損害賠償責任をほぼ消滅させてしまうこととなった。

これに対して ALI のモデル制度は、賠償責任の免責を認めず一部軽減に止めることにより、注意義務責任基準の違反抑止力を確保するものとして、制度の意義が認められる。ただ、各州の立法がほぼ終わった後に発表されたこともあり、これに準拠する制定法がほとんどないモデル制度となってしまうが、日本法のありようを検討するうえでは参考となる。

### 3 取締役の職務と問題点

取締役および執行役<sup>7</sup> (officer) は以下のような任務・権限を有し、これを遂行するにあたって信認義務 (注意義務と忠実義務) を負い、その違反によって生じる責任の制限のありようを本論文の考察の対象とする。

多くの州会社法では、会社の業務は「取締役会によってまたはその指揮のもとに (by or under the direction of a board of directors)」経営されると規定している<sup>8</sup>が、アメリカの大規模・公開会社の実態はこれと異なり、経営 (業務執行) は執行役の機能であり、取締役の任務はそれを監督する (いわゆる monitoring model) というのが、実務界で永年かけて形成された慣行となっている<sup>9</sup>。

<sup>5</sup> Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985)

<sup>6</sup> アメリカの責任制限についての日本での研究には次のようなものがある。近藤光男「取締役の責任とその救済 (1)」～「同 (4・完)」法協 99 巻 6 号、7 号、9 号および 12 号(1982)、同「取締役の責任制限と責任保険 (1)」および「同 (2)」民商 96 巻 6 号および 97 巻 1 号(1987)、同「経営判断と取締役の責任」(中央経済社、1994) の各著作におけるアメリカについての研究部分、北村雅史「米国における取締役責任制限法について」法学雑誌 (大阪市大) 38 巻 3・4 号(1992)、柳明昌「アメリカ法における取締役の責任制限・責任免除」法学 59 巻 2 号(1995)。

<sup>7</sup> 従来 officer を、執行役員ないし業務執行役員と訳す場合が多かったが、平成 14 年改正でアメリカ法をモデルとして導入された委員会等設置会社における執行役と、概念的に類似するものであるため、本論文では「執行役」の訳語をあてることとした。座談会 (森本滋ほか)「経営機構の選択制、今後の展開を探る」取締役の法務 100 号 11 頁森本発言 (2002) によれば、「執行役」はアメリカの「オフィサー」に該当する

<sup>8</sup> Delaware General Corporation Law (“DGCL”) § 141(a), California General Corporation Law (“CAGCL”) § 300(a), New York Business Corporation Law (“NYBCL”) § 701

<sup>9</sup> American Bar Association (“ABA”), *Corporate Director's Guidebook*, 33 Bus. Law. 1591, 1606-11 (1978) (最新版は、*Corporate Director's Guidebook Third Edition*, 56 Bus. Law. 1571 (2001)) や The Business Roundtable, *The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation*, 33 Bus. Law. 2083, 2093-2102 (1978) (最新版は、*Principles of Corporate Governance* (2002), <http://www.brtable.org/pdf/704.pdf>) が、この実

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

取締役会は最高経営責任者（CEO）、最高執行責任者（COO）、最高財務責任者（CFO）などの執行役を選・解任し、その報酬の決定を行い、会社業務が適正に行われているかを監督し、会社の財政や重要な計画および行動を審査、同意、監査し、会計原則の承認を行う。経営は主要執行役によって若しくはその監督の下に、あるいは、主要執行役や取締役からの権限委譲に基づいて他の執行役や従業員によって行われる<sup>10</sup>。

取締役会のこの監督機能の実効性を確保し、コーポレート・ガバナンスをより強固なものにするために、取締役会には複数（できれば過半数）の社外取締役が存在することが望ましいと考えられ、事実その数は増加している。社外取締役は、社内取締役に比し執行役（特にCEO）からの独立性が高く、会社の業務を客観的に見て自由な立場で意見を表明することができ、その専門分野における経験や知識が経営判断に有益とされる。しかしながら、自らの本業を有するため、会社の業務への時間配分や精力傾注に制約があり、また、会社内の情報も十分に得られない。その独立性についても、会社やCEOなどと関係のある者（取引先関係者や友人等）が社外取締役となっている例も多く、実は極めて限定的であることが指摘されている<sup>11</sup>。そのような限界はあるものの、社外取締役制度は有力なコーポレート・ガバナンスを形成するものと目され、その実態に合った責任および責任制限のあり方を考える必要がある。もし過度の責任を追及される恐れがあるようであれば、社外取締役の人材確保自体に支障をきたすことにもなる。アメリカの責任制限制度は、社外取締役を保護することを契機として創設されたものである。

### 4 本章の内容

本章では、順次、追認（第2節）、補償制度と役員賠償責任保険（第3節）、経営判断の原則（第4節）および取締役の責任制限（第5節～第7節）の各制度について、その成立経緯、意義、内容および問題点などについて考察する。考察の対象となる各制度の法源としては、企業の設立根拠法として他州に圧倒的優位を誇り<sup>12</sup>、判例や人材を含む法曹資源が豊富であるとされる、デラウェア法（Delaware General Corporation Law, "DGCL"）を重点的に見ることにする。これ

---

務慣行となっている内容を指針として示している。また、ALIもこの内容を規定化し、裁判所の各州会社法規定の解釈指針とする（ALI Principles § 3.01 Comment *a & b*, Vol.1, at 83）（この解説として、前田重行「第編・A編会社の構造」・『証券取引法研究会・コーポレート・ガバナンス』121頁以下がある）。モニタリングシステムについて、川濱昇「取締役会の監督機能」森本＝川濱＝前田1頁以下がある

<sup>10</sup> ALI Principles § 3.02, 3.01, 1.30, 1.27, & Comment *c* to ALI Principles § 3.01, Vol.1, at 83~4

<sup>11</sup> 近藤・前掲論文(脚注6) 法協99巻6号12~20頁に、社外取締役についての問題点の指摘がある。このような問題は簡単には解決せず、最近のエンロン事件などにもつながっている（たとえば、中田直重「エンロン破綻と企業統治・ディスクロージャーをめぐる議論(上)(下)」商事法務1629号27頁、1630号18頁(2002)がある）。その後、法改正(The Sarbanes-Oxley Act of 2002)や上場基準改正により、取締役会・監査委員会構成取締役の独立性要件の強化、外部監査人の独立性強化、ディスクロージャーの拡大、取締役・執行役の不正行為防止規制などが行なわれている（たとえば、太田洋＝佐藤文文「米企業改革法とNYSE・NASDAQ新規則案の概要(上)(中)(下)」商事1639号19頁、1640号37頁、1641号88頁(2002)）

<sup>12</sup> フォーチュン500社の58%、米国内証券取引所上場企業の50%以上がデラウェア州を設立根拠地としている（<http://www.state.de.us/corp/default.shtml> (Updated: 27-Oct-04)）

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

にカリフォルニア（California General Corporation Law, “CAGCL”）、ニューヨーク（New York Business Corporation Law, “NYBCL”）等の主要州の法を適宜加える。さらに、それ自体は実定法ではないが、多数の州の立法モデルとなっているアメリカ法曹会（American Bar Association, “ABA”）の模範事業会社法（MODEL BUSINESS CORPORATION ACT, “MBCA”）、ならびに、リステイメント的性格と望ましい法制度の提言としての性格を併せ持ち、各州立法、裁判あるいは実務における典拠として目論まれ<sup>13</sup>、かつ、実際にそのように機能している、ALI 原理を参照する。

なお、本論文全体を通じて言えることであるが、取締役の責任のうち会社に対する責任を中心にみる（制度の全体的理解のため必要な程度において第三者に対する責任も見る）こととし、また制度のあり方等を考えるにあたっては、基本的に公開上場会社を念頭におく。その結果、小規模閉鎖会社についての詳細な考察・検討は必ずしも十分でないが、止むなしとしたい。

---

<sup>13</sup> 龍田節「序説 - コーポレート・ガバナンスと法」、『証券取引法研究会・コーポレート・ガバナンス』90頁

## 第2節 株主による取締役の行為の追認

### 1 追認制度とその要件

コモンロー上の原則<sup>14</sup>として、株主が多数決により、取締役の行為ないし不作為を追認することができる。取締役の行為の違法性や手続き的な瑕疵を、株主の追認により治癒するものであり、これが取締役の注意義務違反<sup>15</sup>を含む信託義務違反の責任についての、事後的免責機能を果たす<sup>16</sup>。ただし詐欺、違法行為または会社資産の浪費・詐取となるような行為は、株主の多数決によっても追認することはできない。換言すれば、取消し得る（voidable）行為は株主の多数決で追認することができるが、会社財産の浪費や役員（director and/or officer）への贈与に該当する行為は、無効な（void）行為として、株主全員の一致でなければ追認することは不可能である<sup>17</sup>。

追認は、株主が訴えを提起した後でもできるが、株主への完全開示<sup>18</sup>が前提となり、いわゆる白紙追認のようなものは当然ながら許されない<sup>19</sup>。

### 2 具体的事例

取締役の注意義務違反の追認に関する数少ない判例として、Smith v. Brown-Borhek Co.<sup>20</sup>判決がある。閉鎖会社である Brown-Borhek 社の特定先に対する売掛金が増加し、売掛勘定の 80%、会社総資産の 63%に達したところで当該売掛先が倒産した。原告株主は、被告取締役や執行役は当該取引先の財務状況が悪化していることを認識していたのに、事前に設定した与信限度額を守らず、かつ、他の取引先よりも長い売掛期間を容認していた。あまつさえ、社長は自らの市長選挙への出馬キャンペーンに多忙であり、副社長は別の会社の経営に従事していたため、通常の慎重な者が行使する勤勉、注意および技能をもって行動しなかったと主張した。被告は訴訟の間に開催した定時株主総会で、被告の行為と当該取引先債権の回収不能につき、原告株主を除く圧倒的多数決による追認を得た。ペンシルヴァニア最高裁は、株主がその多数決で取締役ないし執行役の行為を追認できることは、判例上確立した原則（rule）である。ただし会社資

<sup>14</sup> 無権限者が本人のためと称する行為を個人である本人が追認する場合の代理法の原則が、会社である本人による代理人と目される取締役の行為の追認にも適用される（Fletcher Cyc Corp § § 750, 751 (1992)）

<sup>15</sup> 注意義務違反に関する追認の事例は少ない。本文の2にあげる判例の他に In re Santa Fe Pac. Corp., 1995 Del. Ch. LEXIS 70, at 22 などがある

<sup>16</sup> Douglas M. Branson, CORPORATE GOVERNANCE § 6.16, at 298 (Michie Co. 1993)

<sup>17</sup> Kerbs v. California Eastern Airways, Inc., 90 A.2d 652, 656 (Del. 1952)（ストックオプション・プランは、会社財産の役員への贈与となる可能性があり、株主の全員一致でなければ追認できない）、Aronoff v. Albanese, 446 N.Y.S.2d 368, 370 (N.Y. App. Div. 1982)

<sup>18</sup> Kane v. Klos, 314 P.2d 672, 676 (Wash. 1957), Atlas Coal Co. v. Jones, 61 N.W.2d 663, 672 (Iowa 1953)

<sup>19</sup> Branson, *supra* note 16, at 300

<sup>20</sup> 200 A.2d 398 (Pa. 1964)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

産の浪費や詐欺的な処分に該当する場合は、少数株主の意思に反して追認することはできないが、本事案ではそのような立証はないから、本件追認は有効であるとした。

In Re Wheelabrator Technologies, Inc. Shareholders Litigation<sup>21</sup>判決において、情報が完全に開示された上で株主が合併を承認したら、取締役の注意義務違反を問う訴えは成立しないと述べて、被告からの追認の抗弁を認めている。本来、合併や定款変更は、株主の承認が法的要件でありこれがないと成立せず、また株主の承認が有効となるためには、完全な情報開示が行われることが前提となる。取締役会で合併を決定する過程で、取締役が相当の注意義務を果たさなかったとしても、最終的に株主による有効な承認（追認）があれば、取締役に義務違反の責任が発生しないとしているのである。

この判決より先に行われた Smith v. Van Gorkom<sup>22</sup>判決においても、デラウェア最高裁は、取締役会の行動に問題があったとしても、完全な情報開示のもとに行われた株主の承認があれば合併は有効となる<sup>23</sup>と述べて、追認の法原則そのものは認めている。ただし完全な情報開示とは、合理的な株主が、株を売るかあるいは持ち続けるかを決めるのに重要なすべての情報であるが、本件においては、情報開示が不十分であったために追認は成立しなかったことになると判示した<sup>24</sup>。

---

<sup>21</sup> 663 A.2d 1194, 1196 (Del. Ch. 1995)

<sup>22</sup> 488 A.2d 858 (Del. 1985). この判決は責任制限立法のきっかけとなったとされ、後掲脚注 276 対応本文参照

<sup>23</sup> *id.* at 889

<sup>24</sup> *id.* at 890, 663 A.2d 1194, at 1200

### 第3節 補償と役員賠償責任保険

#### 第1項 補償

##### 1 総説

(1) 補償は、取締役または執行役が会社の業務遂行上、義務違反があるとして訴えられた訴訟において発生する費用や責任（賠償金・和解金等）について、会社がこれを肩代わり補填することにより、取締役および執行役に対して金銭的保護を提供するものである<sup>25</sup>。

コモンローのもとで、取締役の会社業務に起因する責任に関連して、補償を受ける権利があるかどうかについては、判例が分かれていた<sup>26</sup>。代理法においては、本人は代理人が第三者から提起された訴訟の防御費用を補償する義務を負う<sup>27</sup>が、代理人と本人の間の訴訟で、代理人が勝訴してもそれに要した経費について補償することは認められない<sup>28</sup>。さらに会社の取締役を、代理法上の代理人とみることができるかについても明確でなく、代理法理論による取締役の保護は、とりわけ株主代表訴訟（代表訴訟は本人とも目されうる会社が究極の原告である）においては、疑問のあるものであった<sup>29</sup>。

(2) 補償の制定法化のきっかけになったのは、取締役が代表訴訟で完全に防衛に成功したにもかかわらず、弁護士報酬その他の費用を会社が補償することはできないとする、1939年のNew York Dock Co. v. McCollum 判決<sup>30</sup>であった。代表訴訟で防衛に成功した被告取締役から、弁護

<sup>25</sup> アメリカの補償制度を日本に紹介するものとして次のようなものがある。近藤光男『会社経営者の過失』37頁以下（弘文堂、1989）、同「取締役の責任とその救済（二）」法協99巻7号145頁以下（1982）、竹内昭夫「取締役の責任と保険」『会社法の理論』77頁（有斐閣、1984）、長浜洋一「取締役および監査役責任・補償・保険」商事600号11頁（1972）、山下友信「第編救済・義務違反に対する損害の回復並びに補償及び保険」・『証券取引法研究会・コーポレート・ガバナンス』259頁、畠田公明「取締役の責任の補償」福岡大学論叢45巻1号43頁（2000）など

<sup>26</sup> 補償を認めない判決として、Jesse v. Four Wheel Drive Auto Company, 189 N.W. 276 (Wis. 1922)（取締役の株主との個人的な取引に関する訴訟であって会社経営に関係がないものであるから、その防御費用の会社による補償を、通常多数決で認めた株主総会の承認は無効であり認められない）、Griesse v. Lang, 175 N.E. 222 (Ohio Ct. App. 1931)（防御費用支出についての株主総会による承認もなく、取締役としての行為に関する訴えではあるが、防衛に成功したことが会社に利益をもたらしていないとして補償を否認した）。

補償を許容する判決として、Figge v. Bergenthal, 109 N.W. 581 (Wis. 1906)（会社が取締役に訴訟経費を補償することは不適當ないし不公平であるとする判例がないことは明らかであるとして補償を認めた）、Solimine v. Hollander, 19 A.2d 344 (N.J. Ch. 1941)（後掲脚注33参照）などがある

<sup>27</sup> Restatement, Second, Agency § 439(c). Comment on Clause (c) (1958)

<sup>28</sup> Restatement, Second, Agency § 438, comment k (1958)（訴訟に要した費用は認められない。認められるのは通常の裁判所費用のみである）

<sup>29</sup> Joseph F. Johnston, Jr., *Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers*, 33 Bus. Law. 1993, 1994 (1978)

<sup>30</sup> 16 N.Y.S.2d 844(N.Y. Sup. 1939)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

士費用等の補償を求められた会社が、宣言判決 (declaratory judgment<sup>31</sup>) を求めた裁判である。被告取締役は、代表訴訟で勝訴したときは常に、会社はその合理的費用を補償する黙示の法的義務を負っている、そのような勝訴は本質的に会社に利益をもたらすのであり、取締役が防衛に要した合理的な弁護士費用を会社が支払うことには、衡平法上の正当性があると主張した。しかし判決は、取締役たる地位は独自に法的に創造されたもので、取締役と会社との関係にはコモンローの代理法、信託法等の類推適用はなく、それらに関する先例は会社法には当てはまらない。すなわち、厳密に法的な意味で、会社は取締役の防衛費用を補償する義務を負っていない。また、会社は取締役に対して広義の衡平法上の義務を負うことは否定できないとしても、代表訴訟で被告取締役が防衛に成功したことが会社に利益をもたらしたとは言えないから、補償を認めなくとも不公平ではないとした。

Washington 教授はこの McCollum 判決を強く批判し、取締役なかつく社外取締役は、低報酬でリスクの多い経営判断をする立場にあり、争点についての防衛は取締役としての任務の範囲内にある。根拠のない代表訴訟の防衛費用を取締役個人に負担させるのは不公平であり、そのような訴訟の防御費用は会社が補償する必要があるし、またそうしなければ能力ある人材が確保できないと主張した<sup>32</sup>。この批判に続いて、McCollum 判決において会社が補償を行うために必要とされた「会社の利益」要件を否定する *Solimine v. Hollander*<sup>33</sup>判決が出た。

この McCollum 判決やこれを批判する学説が、立法当局者、経済界の注目を浴び、これを機に補償を制定法により認めようとする考え方が強まった<sup>34</sup>。1941年ニューヨーク州が立法を行ったのに続き、デラウェア州(1943年)ほか、逐次全州が(多くはデラウェアに倣い)補償を許容する立法を行うにいたった<sup>35</sup>。この段階では、取締役または執行役が勝訴したときの、合理的な費用の補償を許容するのみである。

1969年までにデラウェア法と MBCA が改正を行い、防御費用のほかに費用の前払い、非限定条項 (non-exclusivity) 対第三者責任訴訟の判決金や和解金の補償などを認めるにいたった<sup>36</sup>。

(3) 1980年の MBCA の大幅改正を経て、デラウェア型と MBCA 型という2つの立法形態に大

<sup>31</sup> わが国の確認判決に相当(英米商事法辞典)

<sup>32</sup> George T. Washington, *Litigation Expenses of Corporate Directors in Stockholders' Suits*, 40 Colum. L. Rev. 431, 431-32 (1940)

<sup>33</sup> 19 A.2d 344 (N.J. Ch. 1941) (自分は防御に成功することは会社の利益になると考えるが、そもそも会社に利益があることを補償の要件とすることは妥当でない。本案について防御に成功した取締役は、費用の補償を受ける権利がある。そのような原則があることで、取締役は安心してその専門的な技能を会社に提供し、あるいは資力が必ずしも十分でない取締役も訴訟に適切に対応できることを可能にする。補償を受ける権利は、信頼に足る経営者を取締役に就かせるための条件である)

<sup>34</sup> Joseph W. Bishop, Jr. *New Cure for an Old Ailment: Insurance Against Directors' and Officers' Liability*, 20 Bus. Law. 92, 97 (1966)

<sup>35</sup> Johnston, *supra* note 29, 1995-96. Bishop *supra* note 34 at 97

<sup>36</sup> Orvel Sebring, *Recent Legislative Changes in the Law of Indemnification of Directors, Officers and Others*, 23 Bus. Law. 95, 111-13 (1967). S. Samuel Arshat and Walter K. Stapleton, *Delaware New General Corporation Law: Substantive Changes*, 23 Bus. Law. 75, 77-80 (1967)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

別される、補償制度の基本形ができ上がった<sup>37</sup>。このとき MBCA は主に次の点の改正を行っている。それまでは取締役が過失や違法行為(misconduct)がないことが補償の要件であったが、これに代えて、取締役が誠実に、会社の利益になると信じて行動することを補償の要件とした。補償の主要目的は、取締役をその行為や不作為から生じる金銭的賠償責任から救済することであるとの認識に立ち、誠実にかつ会社の利益になると信じて行動すれば、相当の注意義務(due care)要件を満たさなくてもよいとするものである。それまでの非限定型から、制定法に規定する補償のみを認める限定型へ転換し、補償が認められない制限要件を明示した。任意の補償、義務的補償、裁判所の命じる補償の3類型を確立した。そして、義務的補償の要件として、完全に防衛訴訟に成功することの要件を付加した<sup>38</sup>。

その後 1980 年代後半に、後述の取締役の責任制限立法と同じタイミングで、取締役の救済制度拡充の一環として、補償制度の改正を2つのモデルに倣って行った州が多いが、中には、対会社責任の和解金・判決金の補償まで認めるという行き過ぎた立法例も見られる。

以下にアメリカの補償制度の内容を考察する。補償は対会社責任にとどまらず対第三者責任も含めて広く行われるものであり、理解を正確にするために一応全貌を見るが、本論文の対象である取締役の対会社責任に関連するものに重点を置く。

### 2 会社が補償（任意的補償）を行う権能とその制限

MBCA や主要州法の規定によると、対第三者責任訴訟に関して、会社は、取締役または執行役員が、取締役または執行役である（あった）がゆえに当事者とされた訴訟その他の公式、非公式の手続きにおいて生じた、民事、刑事、行政または調査上の責任または合理的な費用（弁護士費用を含む<sup>39</sup>。以下本項において同様）について、補償する権能を有する<sup>40</sup>。

対会社責任訴訟に関しては、取締役または執行役が防御に成功した場合、それに要した費用について会社は補償する義務を負う。しかし敗訴・和解の場合、その費用や和解金は、裁判所がその全部または一部の補償を認めることが衡平かつ合理的であるとして許可すれば、補償することが可能であるが、賠償金そのものを補償することは、どのような場合であっても認められないとする州が圧倒的に多い<sup>41</sup>。さらに、不当な利益を得た場合などの公正取引義務（duty of

<sup>37</sup> MBCA 型と DGCL 型の主な違いは、後者がいわゆる非限定型(non-exclusivity)をとっているのに対して前者は限定型(exclusivity)に変更したこと、経費の義務的補償の要件を前者が完全に本案防御に成功した場合とするのに対して、後者は一部でも勝訴したらその部分につき補償を認める、代表訴訟で敗訴した場合の経費の補償について、DGCL は裁判所が許可した場合にのみ認めるのに対して、MBCA は裁判所の許可なしに任意に補償することができる（MBCA § 8.51(d)(1)）点などである

<sup>38</sup> 36 Bus. Law. 99, 102 (1980), 34 Bus. Law. 1595 (1979)

<sup>39</sup> MBCA § 8.50(4), DGCL § 145(e)（単に費用とのみしか規定していないが、弁護士費用を含むとの判例がある。Security Am. Corp. v. Walsh, Case, Cole, Brown & Burke, 1985 U.S. Dist. Lexis23482, at 10）

<sup>40</sup> MBCA § § 8.51(a), 8.56, DGCL § 145(a), CAGCL § 317(b), NYBCL § 722(a), ALI Principles § 7.20(a)(1)

<sup>41</sup> MBCA § § 8.51(d)(1), 8.54(a)(3), DGCL § 145(b), CAGCL § 317(c)(d), NYBCL § 722(c), ALI Principles § 7.20(b)(1)(D), (c)(2).

本文の記述は ALI の場合であるが、対会社責任訴訟の場合の、各法の補償の可否、裁判所の許可の可否に

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

fair dealing) 違反についても、軽微な違反の場合を除いて補償は認められない<sup>42</sup>。

対会社責任訴訟と対第三者責任訴訟とを問わず、補償を行うためには取締役または執行役の行動が以下に見る一定の行動基準に適い、また、補償制限事由に該当しないことが必要である。

### (1) 補償の基本要件 - 行動基準

MBCA、DGCL、CAGCL、NYBCL など多くの規定は、補償を認める基本要件として、取締役または執行役の行動が、誠実であり、かつ、会社の最善の利益に適うか、少なくともこれに反しないことを合理的に信じていることを要求する<sup>43</sup>。このいずれかを欠いても補償は受けられない。

アメリカ各州の会社法上、取締役および執行役がその任務を遂行するに当たって要求される注意義務は、誠実に、会社の最善の利益に合致すると合理的に信じ、かつ、通常に慎重な者が、同様の地位にあって同様な状況下で行動すると、合理的に期待されるような注意(いわゆる due care : 相当の注意)をもって行動することである<sup>44</sup>。

取締役の行動が、の相当の注意要件を満たさなかったり、あるいは不運な結果が出た後の後知恵で注意を欠いていたとみなされたりして責任を問われる可能性がある。そのことが取締役の人材確保に支障をきたし、かつ、経営上必要なリスクをとりにくくするのは好ましくないとの政策的判断に基づき、注意義務(行動基準)の3つの要素のうちの を満たしていなくて

ついて整理すると下表のようになる

	防衛成功の費用	和解の費用	敗訴の費用	和解金	敗訴賠償金
MBCA	義務的補償	任意に補償可*	任意に補償可*	裁判所の許可要	補償不可
DGCL	義務的補償	任意に補償可	裁判所の許可要	補償不可	補償不可
CAGCL	義務的補償	任意に補償可*	裁判所の許可要	裁判所の許可要**	補償不可
NYBCL	義務的補償	任意に補償可*	裁判所の許可要	裁判所の許可要	補償不可
ALI	義務的補償	裁判所の許可要	裁判所の許可要	裁判所の許可要	補償不可

\* 補償の基本要件(e.g. MBCA § 8.51(a))を満たしている場合、ただしMBCAでは§ 8.54(a)(3)により補償の基本要件を満たさない場合も裁判所の許可による補償を受けることができることに留意

\*\* CAGCL § 317(c)(2)に裁判所の許可のない和解金の補償を禁じていることの反対解釈で裁判所の許可があれば補償可能

なお対会社賠償責任の補償を認める州も若干あることにつき、後掲脚注 52 および 53 参照

<sup>42</sup> 公正取引義務(duty of fair dealing)について、MBCA は受領資格のない金銭の受領の場合は補償不可 (ALI Principles § 2.02(b)(5)(A), 8.51(d)(2)) とし、ALI は、裁判所の裁量による補償が許されない場合として多額の受領資格のない金銭受領を規定し (ALI Principles § 7.20(c)(2))、コメントで原告が公正取引義務違反をいう場合で、当該違反が争点以外であるか些細な公正取引義務違反であれば、裁判所の命じる補償を禁じる事由にはならないとする (ALI Principles § 7.20 Comment h(6), Vol.2, at 275)。NYBCL は法的に受領資格がない金銭的利益の受領で有責と判決された場合は補償を禁じる ( § 721)。これに対して DGCL は公正取引義務違反の場合の補償を明文をもって規定していないが解釈として禁止される (後掲脚注 50 に対応する本文参照)

<sup>43</sup> MBCA § 8.51(a)(1), DGCL § 145(a)(b), CAGCL § 317(b)(c), NYBCL § (a)(c)

<sup>44</sup> ALI Principles § 4.01(a)柱書、MBCA § 8.30(a)(b), CAGCL § 309(a). NYBCL § 717(a)は、取締役の義務においては誠実要件と相当の注意要件のみを規定するが、補償においては、誠実要件と会社の最善の利益要件を規定する (NYBCL § 722(a))。なお、デラウェア法は、取締役の義務に関する制定法上の規定を有さず、判例 (コモンロー) による

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

も、 および をともに満たしていれば、補償を認めることができるとするものである<sup>45</sup>。

### (2) 補償の制限

#### (ア) 公序 (public policy) による制限

取締役や執行役を保護する目的の補償が、広く認められ過ぎることになると、公序 (public policy, 公的政策と訳されることもある) に抵触し正当化されないことになる恐れがある。

この趣旨に基づいて、MBCA は、対会社責任訴訟の和解金および賠償金<sup>46</sup>のほかに、(A) 受領資格のない金銭的利益の受領、(B) 会社または株主に対する意図的な加害行為、(C) 違法分配、(D) 意図的な刑事法違反による責任の補償を禁じている<sup>47</sup>。州によりこれと類似するものやこれらの一部のみを規定するものもある<sup>48</sup>。

これに対して DGCL では、どのような補償が禁止されるか条文上必ずしも明快とは言えないが、対会社責任の和解金および賠償金の補償が禁止される<sup>49</sup>ほか、自己取引、制定法違反等に

<sup>45</sup> MBCA § 8.51 Official Comment, at 8-317~18.

<sup>46</sup> MBCA § 8.51(d)(1)は、§ 8.51(a)に定める補償の要件を満たしている場合は合理的な費用の補償は認めるが、それ以外の対会社責任訴訟における補償は認めないと規定する。そのうえで、§ 8.51(a)(3)( )で、裁判所がすべての関係する状況を考慮して公平で合理的であると認める場合に限り、たとえ § 8.51(a)に定める補償の要件を満たしていない場合であっても和解金・賠償金の補償を認めることができる。ただし § 8.51(d)(1)により責任があると認定された場合には賠償金の補償は認められないために、補償は和解金に限られると解釈される。すなわち対会社責任訴訟の場合には、裁判所が認定すれば和解金と合理的な費用の補償が認められる。同様に、§ 8.51(d)(2)に該当し不当な利益を得たとして賠償金の補償を認められない場合にも、裁判所の認定により和解金と合理的な費用の補償が認められる ( § 8.51(d) Official Comment, at 8-322 & § 8.54 Official Comment, at 8-349 )

<sup>47</sup> MBCA § 2.02(b)(5) ( 同 § 2.02(b)(4)の責任制限除外事由と同一の内容である )

<sup>48</sup> CAGCL は、MBCA と同様な規定のしかたをとり、責任制限を可能とする § 204(a)(10)と平仄を合わせて補償を可能とする § 204(a)(11)を設け、責任制限除外事由と同一の補償除外事由を規定する。これによれば、( )意図的な義務違反(intentional misconduct)ないし悪意かつ有責 (culpable) な法違反行為または不作為、( )取締役が会社の利益に反すると信じ、または、誠実さを欠く行為または不作為、( )不適切な利益を得た取引、( )取締役が通常の任務遂行課程で会社に重大な損害をもたらす危険性を認識もしくは認識すべきであった状況下での、取締役の会社に対する義務の無謀な無視を示す行為または不作為、( )取締役の会社に対する義務の放棄に等しい宥恕できない怠慢となる行為または不作為、( ) § 310 公正取引義務違反、( ) § 316 違反 ( 違法配当等 ) である。

NYBCL は、取締役または執行役の行動が不誠実 ( bad faith ) に行われ、もしくは、積極的かつ意図的な不正直の結果であり、そのことが判決中で重要な訴訟原因 ( cause of action ) とされ、または、法的に受領資格のない金銭的利益を個人的に得ている事実があるとして、取締役または執行役が有責の判決を下された場合とする ( § 721 )。

ALI は、(A)悪意かつ有責な(culpable)な法違反、(B)補償を禁じる制定法違反の結果としての罰金等、(C)補償を禁じる制定法に違反する行為に関係する和解金、(D)( )対会社責任訴訟における和解金ならびに有責と認定された場合の賠償金および( )経費の補償を禁じる ( ALI Principles § 7.20(b)(1)(A)-(D) )

<sup>49</sup> 対会社責任の補償の規定である DGCL § 145(b)は、補償の基本要件を満たす場合に限り防御や和解の費用の補償を認めるが、会社に対して有責とされた場合には補償は認められないと規定する。このことから、会社への賠償金の補償は認められないが、和解金については明確でない。これについては、第三者責任を規定する § 145(a)は明文で和解金や賠償金の補償を含む広範な補償を認めているのに反し、対会社責任を規定する § 145(b)はそうっていないことから、この2項を比較解釈して、後者が賠償金や和解金の補償を禁止するのが立法意図であるとされる ( E. Norman Veasey, Jess A. Finkelstein, and C. Stephen Bigler, *Delaware Supports Directors with a Three-Legged Stool of Limited Liability, Indemnification and Insurance*, 42 Bus Law. 399, 406~7 (1987) )。Balotti and Finkelstein, § 4.12, at 4-300~01 も同旨。また、§ 145(f)の非限定条項により賠償金・和解

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

よって有責とされる場合の補償も認められないと解されている<sup>50</sup>。

### (イ) 対会社責任の補償の禁止

多くの州は MBCA やデラウェア法に倣い、対会社責任訴訟においては、その費用の補償のみにとどめ、和解金や賠償金の補償を認めない。しかし和解金については無条件にまたは裁判所の許可により補償を認める州があり<sup>51</sup>、さらには、賠償金の補償も認める州<sup>52</sup>や、対第三者責任訴訟と代表訴訟とを区別せず補償を認める州<sup>53</sup>も若干ながらある。

対会社責任訴訟の賠償金、和解金の補償を許容すれば、会社が受け取った賠償金ないし和解金（当該金額から弁護士報酬分が差引かれる）を被告に返還（当該金額に弁護士報酬分を加算した上で）するという循環<sup>54</sup>が生じ、このことは、弁護士報酬分が会社の持ち出しとなるだけで、会社は対会社責任訴訟がなかったよりも不利益になり妥当性を欠くと考えられている<sup>55</sup>。

対会社責任訴訟における賠償金、和解金の補償を禁じる理由は、主として経済的非効率性である。しかし当初においては、もし対会社責任を補償すれば、取締役の会社に対する責任規定を無に帰せしめることになり、公序違反であるから認めるべきでないとする有力な主張があった<sup>56</sup>。しかし後にデラウェア州など主要法域において、その主張の端緒となったいわゆる非限定補償条項（Non-exclusivity Indemnification Provision）によっても対会社責任訴訟の賠償金、和解金の補償は許容されないことが明確になった<sup>57</sup>。さらに後年制定されるに至った責任制限制度によって、会社に対する注意義務違反についての過大な賠償責任から取締役を保護する必要があるとの観点から、取締役の対会社責任を軽減ないし免責することが正当化されたことを併せて視野においた場合、公序に反するという論点は消滅する<sup>58</sup>。

---

金の補償を認めることができるのではないかと疑問もないわけではないが、§ 145(f)によっても DGCL § 145 の他の条項に反するような内容の補償をすることは公序に反するから認められない（*id* § 4.16, at 4-321. なお、後掲脚注 65 の Waltuch 判決も参照）

<sup>50</sup> Balotti and Finkelstein, § 4.12, at 4-300. これら事由はデラウェアの責任制限（DGCL § 102(b)(7)）規定の適用除外事由に対応すべきものであるとする。しかし同書は、重過失（gross negligence）によって有責とされる場合の補償も適用除外であるとするが、重過失は責任制限の対象となり責任を問われない（第5節第4項1（64頁）参照）のであり、同書が補償だけ認めないとする趣旨が明確でない

<sup>51</sup> Florida, Maine, Maryland, Michigan, Missouri, Nevada, Tennessee, Texas, Wyoming の9州は無条件に認める。ほかに、Arizona, California, Colorado, Nevada, New York, Oregon の6州は、裁判所の許可があれば和解金の補償を認める（§ 7.20 Reporter's Note 2, Vol.2, at 279）

<sup>52</sup> Indiana, Maine, Maryland, Minnesota, North Dakota, Oregon, Wyoming の7州。うち Maine, Maryland, Oregon の3州は裁判所の許可を要する（*ibid.*）

<sup>53</sup> Indiana, Maine, Massachusetts, Minnesota, North Dakota, Vermont, Wyoming および District of Columbia（*ibid.*）

<sup>54</sup> MBCA § 8.51(d) Official Comment, at 8-321, ALI Principles § 7.20 Reporter's Note 2, Vol.2, at 273. Arnold v. Society for Sav. Bancorp, 678 A.2d 533, 540 n.18(Del. 1996)（Balotti and Finkelstein, § 4.19, at 4-359 を引用する）

<sup>55</sup> MBCA § 8.51(d) Official Comment, at 8-321~22.

<sup>56</sup> 後掲脚注 60 参照

<sup>57</sup> 脚注 49 参照

<sup>58</sup> 尤も Bishop も、社外取締役については、本業を持ち時間的にも精力的にも万全の注意を払うには限界があり、それを理由に社外取締役への就任拒否もありうることから、補償契約による免責の余地を与えてもよい（特に報酬が極めて低額が無報酬の場合）と考える。しかしながら、全国に分散する多数の零細株主が経営者と交渉の上そのような免責契約を有効に承認する方法は事実上ないため、制定法によって認めるしか方法

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

### (3) 非限定型条項

(ア)補償の制限に関連して、いわゆる非限定型補償条項( Non-exclusivity Indemnification Provision )が問題となる。会社が補償や費用の前払いを行い得る範囲について、制定法に規定するところに限定せず、付属定款( by-law )や取締役・会社間の契約等に定めることにより、会社は任意に補償を行うことができるとする立法例である。デラウェア州では1967年改正によりこの条項が新設された<sup>59</sup>。限定しないとする規定の文言からは、制定法の枠を超えるより広範な補償が可能のように読み、法改正当時は Bishop 教授らによる強い批判<sup>60</sup>もあったが、自ずと範囲は無制限ではあり得ない。

非限定型をとる制定法にも、任意の補償を可能とする限界を明定する<sup>61</sup>ものがあるが、デラウェア法のように何も規定していないものも多い<sup>62</sup>。

デラウェア法において、対会社責任の和解金および賠償金の補償が、DGCL § 145(b) の規定に反し、同 § 145(f) によっても認められないとされることについては先に見た<sup>63</sup>が、一般に補償は、法や公序の制約を受けるのであり、非限定条項は、これらに反する補償をも許容するものではないとする解釈が、デラウェア法曹界から示されていた<sup>64</sup>。このことは後に、対第三者訴訟についてであるが連邦高裁の *Waltuch v. Conticommodity Services, Inc.*<sup>65</sup>判決や、デラウェア衡平裁判所

---

はなかろうとし ( Bishop, *supra* note 34, at 102 )、後の責任制限制度にもつながる見解を示している点は興味深い

<sup>59</sup> DGCL § 145(f), NYBCL § 721, CAGCL § 317(g).

<sup>60</sup> Joseph W. Bishop, Jr. *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 Yale L.J. 1078, at 1085 (1968), William. L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, 83 Yale L. J. 663, 686 (1974). 両者とも同じ言葉で、「(底辺への競争のトップを走り続ける)デラウェア州は、DGCL § 145(f) (補償の非限定条項)および同条(g) (D&O 保険の会社による保険料全額支払の許容)により、いかなる状況下においてもすべて、直接的または保険を通して間接的に、補償を認めようとしている」と批判する。なお、竹内昭夫「取締役の責任と保険(講演)」東京株式懇話会報 243号1頁、21~23頁(1971年)(後に、竹内昭夫『会社法の理論』(有斐閣、1984)に収録)も、アメリカの補償契約は実質的・経済的だけでなく形式的・法律的にも取締役の対会社責任を文字通り空文化するとして批判的立場を表明し、あわせて、デラウェア法やニュージャージー法は経営者寄りの立法姿勢であると名指しで批判する

<sup>61</sup> CAGCL § 317(g) ( § 204(a)(11)の補償禁止事由と同じ限界)、NYBCL § 721 ( 取締役または執行役の行動が不誠実 ( bad faith ) に行われ、もしくは、積極的かつ意図的な不正直の結果であり、そのことが判決中で重要な訴訟原因 ( cause of action ) とされ、または、法的に受領資格のない金銭的利益を個人的に得ている事実があるとして、取締役または執行役が有責の判決を下された場合は、非限定条項の限界として補償は許容できない)、ALI Principles § 7.20(e) ( § 7.20(b)の補償禁止事由と同じ)

<sup>62</sup> ALIによれば、制定法の枠を超えて補償することができない ( exclusive, 限定型 ) ことを明言する州が8州、残り42州と District of Columbia は非限定型であることを明言する ( ALI Principles § 7.20 Reporter's Note 3, Vol.2, at 279 )。非限定型のうち14は制定法を超えて補償ができる範囲を明示するが、他はその範囲については明確にしていない ( *id* at 270 )

<sup>63</sup> 脚注49参照

<sup>64</sup> S. S. Arsht, *Indemnification Under Section 145 of Delaware General Corporation Law*, 3 Del. J. Corp. L. 176, 176~7(1978) ( Arsht は 1967 年改正法草案責任者であった )。 Arsht and Stapleton, *supra* note 36, at 80. Sebring, *supra* note 36, at 105 (1967). Ballotter and Finkelstein, § 4.16, at 4-321. Veasey, Finkelstein and Bigler, *supra* note 49, at 414~15 ( Veasey はデラウェア弁護士で、後に州最高裁判官となる )

<sup>65</sup> 88 F.3d 87 (2d Cir. 1996)、同判決91頁には、この判決の争点についてのデラウェア裁判所の先行判例はないとしている

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

の Mayer v. Executive Telecard, Ltd. 判決<sup>66</sup>によって確認されている。

Waltuch 判決は、本件原告である銀トレーダー<sup>67</sup>が取引で顧客に発生させた損失に関連し、被告として提訴された本案訴訟が和解で解決したが、その防衛に要した費用につき、会社の付属定款およびデラウェア会社法に基づいて会社に補償を請求した事案である。DGCL § 145(a)に基づいて、誠実に行動したことを証明すれば補償は認められるにもかかわらず、原告はその立証は行わず、もっぱら会社の付属定款の補償規定（これには誠実行動要件の記載はなかった）および § 145(f) の非限定条項を補償請求の根拠にした。つまり裁判では、原告が誠実行動要件を満たさなかったことを前提にして、§ 145(f) の非限定条項は、§ 145(a) の誠実行動要件の制約を受けずに、補償を認めるものであるかが争点<sup>68</sup>となった。判決は、たしかに § 145(f) の非限定条項は制定法以上の広範な補償を受ける権利を許容するものではあるが、その内容が § 145 によって認められる会社の補償権能（corporate power）を超えてもよいわけではない<sup>69</sup>。すなわち、§ 145(a), (b) に規定する「誠実な行動」基準を無視して会社が自由に補償をすることは、会社の補償権能を超えることになるから許容できないとした。これに反して § 145(g) は、補償権能の有無にかかわらず会社が保険を購入する権能を有する旨規定しており、会社の権能を拡大する規定であるとしている<sup>70</sup>。

（イ）それでは § 145(f) のような非限定条項が、実際にどのように機能するかについて、Waltuch 判決はその傍論において、補償を受ける者がより補償を受けやすくさせるための、手続や推定規定を定めるような場合であるとして、学説<sup>71</sup>を引用して次のように述べる。すなわち、（ ）法の許容する補償を義務化すること、（ ）費用の前払いを義務化（会社による個別事案ごとの認定を要せず自動的に受けられるようにする）すること、（ ）個別事案ごとの補償の決定手続きの迅速化、（ ）会社による補償の決定が受けられなかったときの提訴権の是認、（ ）会社が決定を行わない場合のみなし決定規定、および、（ ）合理的な補償資金源の事前確保である。

（ウ）この非限定型条項に対して、MBCA は、公序といっても具体的に何が公序かは分かり難いものであり、このような不明確さを避け、取締役や執行役に予測可能性を与えるため、非限定型ではなく、法の規定する範囲に限定する方式（限定型 Exclusivity Indemnification Provision<sup>72</sup>）を

<sup>66</sup> 705 A.2d 220 (Del. Ch. 1997)、Waltuch 判決の補償権能理論を踏襲する

<sup>67</sup> 本件銀トレーダーは取締役でも執行役でもない従業員（vice president）であるが、デラウェア法では取締役、執行役と並んで従業員、代理人も DGCL § 145 により補償を受ける対象となっている

<sup>68</sup> 争点は2つあり、本文のほかに、本件原告銀トレーダー（会社とともに本案訴訟の被告）に対する損害賠償請求に関連し、共同被告である会社が和解金を支払って解決したので、トレーダーとしては防衛に成功したことにならず補償が受けられないのではないかとする点も争点となった。判決は、誰が支払っても、トレーダーは防衛に成功したことになるとして、§ 145(c) に基づく会社の義務的補償を命じた

<sup>69</sup> 88 F.3d 87, at 93

<sup>70</sup> *id.* at 93& 95

<sup>71</sup> Veasey, Finkelstein and Bigler, *supra* note 49, at 415.

<sup>72</sup> MBCA § 8.59

とっている<sup>73</sup>。

### 3 義務的補償

義務的補償とは、取締役または執行役が、その者が取締役または執行役である（あった）ために提起された訴訟の防御において、本案またはその他について、完全に（若しくは部分的に）成功したときは、会社はその合理的な費用を補償しなければならない<sup>74</sup>、とするものである。

MBCA や ALI が「完全に」成功したときに限定しているのは、司法取引（plea bargaining）等により、一部責任を認めることと引き換えに複数の請求のうちのいくつかを棄却させるような場合<sup>75</sup>を回避するためである<sup>76</sup>。

制定法に基づく狭義の義務的補償のほかに、任意的補償または後述の費用の前払いを会社の義務とする条項を、定款ないし付属定款に設け、または取締役や執行役と個別契約を締結することができる<sup>77</sup>。ただし個別契約により義務化する場合は、当該契約は取締役および執行役の報酬についての公正取引義務（duty of fair dealing）の規整に従って、利害関係のない取締役若しくは株主総会の承認を得なければならない<sup>78</sup>。

補償を義務化しておけば、経営陣の交代、会社の倒産などで任意の補償が認められる可能性が乏しい場合にも、被告取締役や執行役の保護に有効である<sup>79</sup>。

<sup>73</sup> James H. F, Jr. and Larry P. Scriggins, *Protecting Directors and Officers from Liability – The Influence of the Model Business Corporation Act*, 56 Bus. Law. 3, 33 (2000)

<sup>74</sup> MBCA § 8.52, 8.56, ALI Principles § 7.20(a)(3)(A)は完全に成功した場合だけ補償を義務化する。DGCL § 145(c), CAGCL § 317(d)は、部分的に防衛に成功した場合もその限度において補償を義務付け、NYGCL § 723(a)にも「完全に」の文言はないため、部分的な成功も対象となる（1986年改正で wholly successful の文言を削除した）

<sup>75</sup> e.g. Merritt-Chapman & Scott Corp. v. Wolfson, 321 A.2d 138 (Del. 1974)（連邦証券法違反の複数の事犯のうち一部について司法取引を行い最終有罪判決をまぬかれた被告につき、その部分について補償を認めた）

<sup>76</sup> MBCA § 8.52 Official Comment, at 8-330~31, Comment g to ALI Principles § 7.20, Vol.2, at 268. しかし完全には成功しないためにこの義務的補償が受けられない場合も、任意的補償ないしこれを会社が任意に定款等において義務化することにより、または、裁判所の裁量によって補償を受けられる場合がある（MBCA § 8.52 Official Comment, at 8-331）

<sup>77</sup> MBCA § 8.58(a), ALI Principles § 7.20(a)(1)(B). デラウェア法には補償の義務化を許容する規定はないが非限定補償条項(DGCL § 145(f))によって可能となる。Citadel Holding Corp. v. Roven, 603 A.2d 818, 823 (Del. 1992)は、§ 145(e)は任意に前払いすることができるとしているに過ぎないが、個別契約を締結していれば会社は経費の前払いをする義務を負うとする。CAGCL § 317(g), NYBCL § 721 も同様に解釈できる。

Advanced Mining Sys., Inc. v. Fricke., 623 A.2d 82, 83 (Del. Ch. 1992)の傍論で、ほとんどの会社（上場会社はすべて）が、DGCL § 145 により許容される補償の権利を拡張して付属定款において義務化していると述べている

<sup>78</sup> Comment g (2) to ALI Principles § 7.20, Vol.2, at 269~70

<sup>79</sup> Advanced Mining Sys., Inc. v. Fricke, 623 A.2d 82 (Del. Ch. 1992)は、会社が信認義務違反を理由に前社長を訴えた訴訟で、被告前社長が求めた前払い請求を、付属定款等において前払いを義務化していない（会社が補償を義務化する規定は、費用の前払いの義務化を含むものではない）場合は、補償するか否かは取締役会の裁量事項であるとして認めなかった

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

### 4 費用の前払い

(ア) 取締役または執行役である(あった)ために提起された訴訟において、その者に生じた費用を、補償を受ける資格がないと最終的に決定された場合には返済する旨の約定を取った上で、会社は、裁判終結前に前払いすることができる<sup>80</sup>。

この制度は、組織体( Entity )に奉仕する者に、奉仕に起因して提起された訴訟の防御費用を、個人的に用立てさせることは妥当ではないとの考え方に基づくものである<sup>81</sup>。

裁判となれば相当な弁護士費用等がかかるものであり、取締役が就任するにあたっては会社に費用の前払い制度があることを要求するのが通常であり、現実にこのような制度を有する会社が多い<sup>82</sup>。

(イ) 費用の前払いを定款等において義務規定化していない場合には、事案ごとに前払いを認めるかどうかについて会社が決定することになる。

その承認基準を制定法上定めたものではなく、取締役会が決定する場合<sup>83</sup>は、通常の経営判断基準が適用される。前払いの決定は補償そのものの決定とは異なり、当該前払いを求める取締役の行動が補償の基本要件を満たしているかどうかについてや、訴えられている本案の内容についての調査をしなくてもよく、会社に前払いに応じる資金的余裕があるかどうかなどの点に絞って判断しても、取締役の前払いの許否を決定する行動基準を満たすものと考えてよい<sup>84</sup>。

また取締役または執行役による返済約定について、通常の資力の取締役よりも富裕な取締役が有利になるべきではないとの考慮に基づいて、担保を徴求しあるいは返済資力調査をしなくてもよいとするのが一般的である<sup>85</sup>。

<sup>80</sup> MBCA § 8.53(a), DGCL § 145(e), CAGCL § 317(f), N.Y.BCL § 723(b)(2)(C), ALI Principles § 7.20(a)(2). なお、前払いには、取締役や役員が支払う相手に会社が直接払う方法 (by direct payment) と、取締役等が支払ったものを当該取締役等に支払い補填する方法 (by reimbursement) とがある (MBCA § 8.53 Official Comment, at 8-337)

<sup>81</sup> *Ridder v. Cityfed Fin. Corp.*, 47 F.3d 85, 87 (3d Cir. 1995) 判決の傍論で、前払い制度は、優秀な人材が己の資力をはるかに超えるような責任が発生するのを恐れて、取締役になるのを忌避させないようにし、同じ土俵で戦えるように保障することで、取締役や執行役に対する訴訟の結果への確信度を高めようとする、立法者の意思を反映するものであると述べている

<sup>82</sup> MBCA § 8.53 Official Comment, at 8-337

<sup>83</sup> MBCA は補償を決定する手続(MBCA § 8.55)に準じて、前払いの決定を取締役会や株主総会が行うこととし、その手続を定める ( § 8.53(c) )。DGCL, CAGCL, NYBCL, ALI には、返済約定の受領を義務付けるだけで、そのような規定はないが、MBCA の定めるような方法によるべきであると考えられている ( Comment *f* to ALI Principles § 7.20, Vol.2, at 268 )

<sup>84</sup> MBCA § 8.53 Official Comment, at 8-338. Comment *f* to ALI Principles § 7.20, Vol.2, at 268

<sup>85</sup> MBCA § 8.53(b). ただし DGCL, CAGCL, ALI などにはそのような規定はないが、デラウェア法について *Veasey, Finkelstein and Bigler*, *supra* note 49, at 411 は、DGCL § 145 の規定は、取締役等に不当な制裁の恐れなしにその地位に就き、誠実に任務を果たさせるために設けられたものであり、訴訟費用の前払いに担保を要求することは、そのような立法政策意図に反するものであるとする。後に *Advanced Mining Sys. Inc. v. Fricke*, *supra* note 79, at 84 が、DGCL § 145 は、提出された返済約定書が、あらゆる状況を勘案して、会社の返済を受ける利益を守るに十分かどうか、費用の前払いが得失を比較考量して最終的に会社の利益になるかどうかを決定する任務を取締役会の経営判断に委ねていると述べた。他に同旨の判例として *Fidelity Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Felicetti*, 830 F. Supp. 262, 267-68 (E.D. Pa. 1993), *In Re Central Banking Sys., Inc.*, 1993 Del. Ch.

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

さらに ALI 原理は、会社（取締役会）が取締役や執行役に前払いした費用の返済について、免除したり何らかの妥協をしたりすることも、取締役・執行役に対する他の債権についての免除・妥協が可能であるのと同じく、取締役会の経営判断事項として可能であるとする。ただし、代表訴訟において費用の前払いを受けた取締役・執行役が責任ありと認定された場合には、後記の裁判所の許可がなければ、当該前払い費用の返還を免除することができない<sup>86</sup>。

（ウ）被告取締役または執行役が最終的に補償を受ける資格を有するかどうかについては、裁判所が判断を下さないまま裁判が終結する場合もあり、その場合は、後記の補償の決定手続にのっとり、利害関係のない取締役会、独立法律顧問または株主総会が最終判断をする<sup>87</sup>。

### 5 裁判所が命じる補償

（ア）（ ）裁判所は、取締役または執行役から請求があったときは、上記の義務的補償、定款、契約等によって会社の義務と定めた補償や経費の前払い、および、これら請求が認められたときはその請求手続に要した経費について、支払を命じなければならない<sup>88</sup>。これは、制定法や定款等によって与えられた権利を、手続的に保障することを意味する。

（ ）次に、裁判所は申立に基づきその裁量で、対会社責任訴訟で敗訴や和解の場合の経費および和解金（公正取引義務違反訴訟の和解金を除く<sup>89</sup>）など、本来補償が禁じられているものであっても、その全部または一部の補償をすることが、すべての状況を斟酌したうえで公平で合理的であると判断したときは、それを命じることができる<sup>90</sup>。MBCA はこれに加えて、経費の前払いについても裁判所が命令することができるとする<sup>91</sup>。

（イ）（ ）の裁判所の裁量による補償制度は、定款規定や契約等に補償を義務化する条項はあるが、必要な行動基準が満たされないときや、任意に補償を行いうる条項はあるが取締役会が補償を行わないようなときに有効である。しかしながら、裁判所が裁量するにあたっては、

---

LEXIS 235. これらから、Block *et al.*, at 1906 は、返済約定は担保のつかない約束を意味するとの一般的な合意があるとする

<sup>86</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.20, Vol.2, at 268.

<sup>87</sup> MBCA § 8.53 Official Comment, at 8-340

<sup>88</sup> MBCA § 8.54(a)(1)(2), (b), CAGCL § 317(a)(d), NYBCL § 724(c), ALI Principles § 7.20(c)(1). しかし DGCL にはそのような規定はなく、本訴についての費用を請求するための訴訟費用については、補償を許容していない (Davis & Cox v. Summa Corp., 751 F.2d 1507 (9th Cir, 1985), Mayer v. Executive Telecard, 705 A.2d 220, 222 (Del. Ch. 1997) )

<sup>89</sup> 受領資格のない多額の金銭の受領の場合は、裁判所の命じる補償は許容されない（脚注 42 参照）

<sup>90</sup> ALI Principles § 7.20(c)(2), MBCA § 8.54(a)(3)( ), DGCL § 145(b). ただし、和解のときの経費の補償に裁判所の許可を要するか否か、和解金の補償を許可があれば認めるかどうかについては、立法例は統一していない。本文の記述は ALI の規定であるが、各法の比較につき脚注 41 参照

<sup>91</sup> MBCA § 8.54(a)(3)( ) ( 任意的補償を可能とする取締役または執行役の行動基準に合致していない場合、経費前払い要件に合致していない場合、もしくは、任意的補償の除外要件（対会社責任訴訟での敗訴および法的に受領資格のない金銭の受領）に該当する場合で、賠償金の補償が認められない場合においても裁判所は前払いを認めることができる）、NYBCL § 724(c)も裁判所の命令による前払いを認める。しかし、ALI Principles, DGCL, CAGCL などにはこのような規定はない

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

取締役会や委員会が十分な情報に基づいて誠実に行った決定を尊重しなければならない。取締役または執行役が条件や手続を守らなかったにもかかわらず、裁判所がこれらの者への補償を命じることは、公平で合理的であるとは言えないと考えるのが普通である<sup>92</sup>。裁判所の裁量を申し立てる場合は、当該取締役または執行役は、会社の補償を行わない旨の決定ないし補償を禁ずる制定法の規定を克服するためには、自らと会社の双方にとって、補償が公平で合理的である特別な事実を証明する必要がある<sup>93</sup>。

裁判所の裁量の基準としては、制定法上は公平性と合理性しか規定されておらず、この基準のことに触れた判例もない<sup>94</sup>。MBCAは、違反の規模、補償することによって会社に与える財務的影響、経営陣の交代の有無、経費の前払いの場合は被告取締役または執行役の防御のための自己資金力といった要素のほか、代表訴訟の和解金の補償の場合などでは、当該取締役または執行役とともに会社も申立をしているか否か、といった背景事情なども考慮することになるとコメントする<sup>95</sup>。

### 6 補償を決定する手続と開示

(ア) 取締役または執行役に対して会社が補償を行うためには、個別の事案ごとに、会社による決定手続を経なければならない<sup>96</sup>。まず、利害関係のない取締役 (disinterested director)<sup>97</sup>か、独立の顧問弁護士<sup>98</sup>または株主総会により、当該取締役または執行役が補償に必要な行動基準を満たしているか、すなわち、補償を受ける資格があるかどうかを認定する。次いで、補償を

<sup>92</sup> MBCAは、デラウェア州が和解金の補償を禁じている(裁判所による裁量も認めていない)ことに殊更の問題が起っていない事実に影響を受け、裁判所の裁量による補償を異常事態に対応するための脱出口であるとしている(Changes in the Model Business Corporation Act - Amendments Pertaining to Indemnification and Advance for Expenses, 49 Bus. Law. 741, 743 (1994))

<sup>93</sup> MBCA § 8.54 Official Comment, at 8-349-50.

<sup>94</sup> *id.* at 8-350 & 8-357. Balotti and Finkelstein, § 4.12, at 4-300. Yiannatsis v. Stephanis, 653 A.2d 275, 281 (Del. 1995)が、裁判所の裁量について判断しているが、特に判断基準には触れず、許容されない(会社の収益機会の私的流用により責任を認定された訴訟の費用の)補償を認めることは、公平でもなければ合理的でもないとの原審(未公開)判断を、単に肯定するのみである

<sup>95</sup> § 8.54 Official Comment, at 8-350. 取締役会が適法な経営判断過程を経て補償を認めようとしても、裁判所の命令による補償が可能かどうかは、裁判所が決定事項である(§ 8.54 Official Comment, at 8-351)から、会社が共に申立をすることがありうる

<sup>96</sup> 補償が単に許容されるだけで義務化されていない場合、および付属定款等により義務化されていても「法の許す範囲まで」といった規定になっている場合は、この決定手続を要する(Block *et al.*, at 1888)。義務化されている補償でも、補償を受けようとする取締役等が行動基準要件を満たしているかどうかの認定は必要である(Block *et al.*, at 1869)

<sup>97</sup> MBCA § 8.50(3)によれば、利害関係がないとは、訴訟の当事者でないか、または、補償を受けようとする取締役と家族関係、金融関係、専門職上の関係もしくは雇用関係などがなく、その状況下で決定を行う取締役に影響を及ぼすことがないことが合理的に期待されることを意味する。ただし DGCL § 145(d), CAGCL § 317(e), NYBCL § 723(b)は、単に訴訟の当事者でない取締役と規定する

<sup>98</sup> MBCAは、特別法律顧問(special legal counsel)の語を用い、当該補償対象者と過去に顧問関係、または家族関係、金融関係その他の関係がない者、社内弁護士や社外の常任の顧問弁護士でない者でなければならないとする(MBCA § 8.55 Official Comment, at 8-360)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

受ける資格があると認定されれば、実際に補償を行うことを決定する<sup>99</sup>。実際の補償の決定には、経費の合理性や会社として補償を行うことの妥当性、必要性の判断が含まれる<sup>100</sup>。

(イ) 対会社責任訴訟において、会社が補償ないし費用の前払いを行ったときは、そのことについて、直後の定時株主総会召集通知書に記載するか、またはそれ以前に株主に報告しなければならない<sup>101</sup>。MBCAも当初この報告義務規定を設けていたが、後に、一般的な開示・報告規整によることで十分であるとして、その条文を削除した<sup>102</sup>。

### 第2項 役員賠償責任保険 (D&O 保険)

会社は、取締役または執行役員が、会社業務を遂行する上で当事者とされた訴訟により生じた責任<sup>103</sup>についての保険を、会社がその責任について補償をする権能を有すると否とにかかわらず、取締役または執行役のために付保することができる<sup>104</sup>。

いわゆる役員賠償責任保険 (D&O 保険) を、会社の費用で取締役または執行役のために掛けることを許容するものであり、ほぼ全州がこのような規定を設けている<sup>105</sup>。会社が補償することを禁じられている代表訴訟の和解金や敗訴の賠償金、費用も、この保険でカバーすることができる<sup>106</sup>。

D&O 保険は 1950 年代かそれ以前に市場に登場したが、D&O 保険でカバーされる内容が極めて制限的であったため、殆ど注目されることはなかった<sup>107</sup>。しかし 60 年代半ば頃までに、株主

<sup>99</sup> MBCA § 8.55, DGCL § 145(d), CAGCL § 317(e), NYBCL § 723(b)。実際に補償を行う決定も、資格を認定するのと同じ方法によるが、顧問弁護士は決定することができず、また取締役会が決定せざるを得ない状況で利害関係のない取締役が複数いない場合は、やむをえず利害関係のある取締役を含む取締役会が行う (MBCA 8.55(c), (b)(2)( ))。限定的な状況下で利害関係のある取締役の参加を認めるのも、必要性の原則の観点から正当化される ( § 8.55 Official Comment, at 8-359 )

<sup>100</sup> MBCA § 8.55 Official Comment, at 8-359.

<sup>101</sup> ALI Principles § 7.20(d), NYBCL § 725(c) ( 対会社責任に限定しない。また D&O 保険を付保したときも § 726(d)により同様に報告義務を課す )

<sup>102</sup> MBCA は、この種の報告義務を課すことに特に神経を使うべき状況下で § 16.21 を導入したが、今日ではそのような補償についてはよく知られるところであり、通常のコーポレート・ガバナンスの一部となっているとして 1999 年改正でこの規定を削除した ( 53 Bus. Law. 816 (1998), 54 Bus. Law. 1229(1999) )。DGCL, CAGCL にもこのような報告義務の規定はない

<sup>103</sup> 責任のみならず弁護士費用を含む経費も保険の対象となり、ALI Principles § 7.20(a)(4)は責任および経費と規定するが、ほとんどの規定が条文上責任のみを規定する (e.g. MBCA § 8.57, DGCL § 145(g))。Bishop, *supra* note 60, at 1086, n29 は DGCL § 145(g)につき、理由は明確でないが、起草上の不注意によるものであるか、責任という字句に弁護士費用支払義務を含むと解することになるとうとする

<sup>104</sup> MBCA § 8.57, DGCL § 145(g), CAGCL § 317(i), NYBCL § 726, ALI Principles § 7.20(a)(4)

<sup>105</sup> ALI によると 1 州を除く全州がこのような規定を設けている ( ALI Principles § 7.20 Reporter's Note 4, Vol.2, at 279 )

<sup>106</sup> Joseph F. Johnston, Jr. *Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers*, 33 Bus. Law. 1993, 2016 (1978)

<sup>107</sup> Reberta Romano, *Corporate Governance in the Aftermath of the Insurance Crisis*, 39 Emory L. J. 1155, 1157 (1990)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

代表訴訟や、独禁法、証券法違反による第三者訴訟が活発になり、取締役や執行役が責任を問われる場面が多くなると、D&O 保険に対する関心が高まってきた<sup>108</sup>。

保険料のうち、取締役や執行役が個人負担すべき部分についても、それに見合った額の役員報酬を増額することにより、間接的に会社が負担することが多いとされていた。その妥当性に疑念の余地もあったため、1967年のデラウェア法改正を初めとして、制定法により保険料を全額会社が経費として負担することを認めるに至った<sup>109</sup>。80年代初めまでには、殆どの上場会社がD&O 保険を利用するようになっている<sup>110</sup>。

### 1 保険料の会社負担の妥当性

会社が保険料を負担することの妥当性について、デラウェア改正法の起草者は次のように説明する<sup>111</sup>。すなわち、D&O 保険は二重構造になっており、ひとつは会社が取締役または執行役に対して行う補償をカバーし、保険料は会社が負担すべき部分（Part ）であり、他は取締役または執行役が会社から補償を受けられない損害をカバーし、保険料は取締役または執行役が個人的に負担すべき部分（Part ）である。本来理論的には二つの別々の保険であるが、保険会社はこれをセットで販売し、かつそれぞれの部分の保険料の内訳も示さない<sup>112</sup>ので、各企業では、確たる根拠なしに保険料の会社負担部分を90%程度とし、10%程度を役員個人に負担させてきた経緯<sup>113</sup>がある。

やがてこの取締役、執行役が支払う保険料は、広い意味で取締役会出席のための旅費・交通費と変わりがなく、取締役または執行役であることの結果として、正当に生じる経費であると認識するに至り、立法により直接会社が負担することを認めた。

### 2 D&O 保険の機能と公的政策

（1）保険は、取締役や執行役に対する基本的な機能としては、補償と同じものであるが、会社が補償権能を有しないもの（代表訴訟の和解金や敗訴の賠償金）も保険によって支払われる一方、会社が補償することはできるが保険の対象とならないもの（罰金、制裁金など）もある。また、会社が倒産して、制定法や付属定款にもとづく補償金の支払が行われないうちや、

<sup>108</sup> Note, *Liability Insurance for Corporate Executives*, 80 Harv. L. Rev. 648, 648 (1967)

<sup>109</sup> MBCA at 8-369H は、これまで会社が取締役および執行役のために保険を用意する権能の有無について疑念があったが、§ 8.57 はそれがあることを明言することを目的とする規定であり、保険の内容の制限を規定するものではないとする

<sup>110</sup> Romano, *supra* note 107, at 1157~58, John C. Coffee Jr., *Litigation and Corporate Governance: An Essay on Steering Between Scylla and Charybdis*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 789, 805 (1984)

<sup>111</sup> Arshat, *supra* note 64, at 180~81.

<sup>112</sup> この点について保険会社は、保険事故発生リスクは、個々の取締役についてよりも会社全体でコスト計算の方が容易かつ正確であり、適切な統計値がない現状においてより正確性を期することは重要である上に、取締役は集合体として訴えられることが多いことから妥当であると考えていたようである（Note, *supra* note 108, at 666）

<sup>113</sup> Note, *supra* note 108, at 650

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

経営陣に交代があり、新経営陣が旧経営陣に対して任意の補償を行わない場合に、保険は取締役や執行役を保護する機能を発揮する<sup>114</sup>。

会社に対しては、保険金が支払われることにより会社の補償支払負担を減じ、あるいは、会社に生じた損害を補填する機能を果たす。通常は会社規模の損害は、事実上個人の負担能力を超えているからである<sup>115</sup>。

(2) 会社法の、会社による付保を許容する条文には、保険の内容について何らの制限も規定しないものが一般的である<sup>116</sup>が、一定の制限を設けるものもある<sup>117</sup>。

保険市場から購入する D&O 保険は、主として保険法の規定および公的政策に従い<sup>118</sup>、自己取引（不法な利益取得、不法な報酬など）不誠実、不正直な行為、証券法規の故意の違反またはその他の意図的な違反行為による一定の損害についてはカバーしない<sup>119</sup>。このことを前提に、会社法には保険の内容について重複的に規定せず、保険料の全額会社負担を認めることのみを規定するものが多い<sup>120</sup>。

### (3) D&O 保険の適法性（公序該当性）の問題

(ア) Bishop は、60 年代に D&O 保険の利用が活発になってきた頃、その Part（取締役・執行役の対会社責任部分）を公序違反であると批判していた。会社が補償することを許容されていない責任、すなわち、取締役や執行役の会社に対する誠実義務、注意義務違反の責任を、D&O 保険によって回避することは許されるべきでない。そのような保険料を会社が直接負担することはおろか、間接的に会社が支払うこと（役員が保険料を支払うが会社が保険料相当額の役員報酬を増額する）も到底認められない。のみならず、たとえ取締役の自己負担であってもそのような保険自体が許されないとしていた<sup>121</sup>。

しかしながら Bishop も、通常の過失による責任については、これをカバーする保険は例外的に認めてもよいと考えた<sup>122</sup>。過失による過誤に対しては、通常、民事責任が唯一の法的抑止力

<sup>114</sup> Veasey, Finkelstein and Bigler, *supra* note 49, at 419

<sup>115</sup> Bishop, *supra* note 34, at 108 & n 65 は、会社から経営者や従業員に対して求償することは殆どなく、会社が最終的な損害の負担者となるとする

<sup>116</sup> MBCA § 8.57, DGCL § 145(g), 脚注 109 参照

<sup>117</sup> NYBCL § 726(b)(1)(2)は、積極的かつ故意の不正直な行為、不正な金銭的利益を得た場合および州の保険法が禁じる保険事故を挙げる。なお、NYBCL は代表訴訟の敗訴金などの会社に補償権能がないものをカバーする保険については、州保険監督当局の基準に合致するもので、一定の控除(retention)および縮小填補(co-insurance)のあるものでなければならないと規定する（§ 726(a)(3)）

<sup>118</sup> Johnston, *supra* note 106, at 2024, Arsh, *supra* note 64, at 180

<sup>119</sup> Johnston, *supra* note 106, at 2017~21(1978)

<sup>120</sup> Arsh, *supra* note 64, at 180

<sup>121</sup> Bishop, *supra* note 34, at 105~114, Bishop, *supra* note 60, at 1091, 1093~94, 95. Coffee, *supra* note 110, at 805, n.40 も同様に、制定法によって補償を禁止する責任を保険がカバーすることは、モラルハザードにも等しい結果をもたらすと認識する

<sup>122</sup> この場合も会社が保険料を負担することは、理論的には制定法によっても許されないが、会社が間接的に負担することを禁止する方法がない現実是否めず、Bishop としては、幸い取締役の通常の過失による責任を認定した判例は極めて少ない事実に着目して、この問題は『法は些事に関わらず（*de minimis non curat lex*）』

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

であることに変わりはないのであるが、それにもかかわらず医療過誤保険などと同様に、保険が掛けられることによって過誤の頻度が高くなることを懸念するよりも、被害者への補償を考える方が望ましいからである<sup>123</sup>。

ニューヨーク会社法は、他の州法や連邦法の規定のいかんにかかわらず、保険により会社経営者のリスクを分散することは、同州の公的政策（公序）であると明言している<sup>124</sup>。

（イ）D&O 保険については、一般的には痛みを伴う賠償責任を保険が肩代わりすることにより民事責任のもつ抑止機能が減殺される<sup>125</sup>と考えられている。尤もこの場合も、D&O 保険から支払われる保険金額は、通常、損害額（これが填補限度額を超える場合は当該填補限度額）から一定の額を控除<sup>126</sup>した額である。この填補限度額を超える額や控除額は取締役の個人的負担となるため、一定の義務違反抑止力が残ることを指摘することができよう。

これに対して、D&O 保険の利用が活発になり始めた 1960 年代のものであるが、抑止力は D&O 保険によって減殺されないのであり、その損害填補機能を重視すべきであるとする次のような見解がある。

一般に自己の過失責任を保険によってカバーすることは判例上も認められており、取締役・執行役も自己が企図しない不当行為（wrongdoing）に対して保険を付することを許容される。そのような企図せずかつ予期もしない不当行為は、自己の抑制力が及ばないものであり、それによる損害の発生件数・金額は統計的手法により合理的かつ正確に把握される。結果について企図せずかつ予期もしないことは、必然的に民事責任の抑止機能の重要性を減少せしめ、保険が抑止機能を損なうとする議論は意味をなさなくなる<sup>127</sup>。このことから、過失責任制度の目的は、そのような行為を抑制することよりも、あたかも厳格責任（無過失責任、strict tort liability）にも似て、主に過失により発生した被害者の損害（コスト）を事業活動（会社）に配分するものと言ってもよいのではなかろうか。この意味において保険は、事業経営者にコストを時間的に分散・平準化させる手段を提供するものと言うことができる。加えて、コモンロー上の注意基準（standard of care）の意義は、相対的に曖昧であり時の推移とともに進化する性格を有していることから、取締役は何が過失行為に当たるのかを前もって知ることが困難であり、取締役がそのような予測困難な責任に備えて自己を防衛することは公平の原則にも適うと言うべきであろう。一方、会社の損害が D&O 保険によって填補されることの意義は大きい。経営者の行動に

---

との法格言の適用により解決できるとする（Bishop, *supra* note 60, at 1094）

<sup>123</sup> Bishop, *supra* note 60, at 1093~94

<sup>124</sup> NYBCL § 726(e)（当時の § 727(e））。N.Y.州は 1969 年改正で会社による D&O 保険料支払を認めたが、裁判所が、それまでの判例、連邦法、公序による影響を受けることなしに、会社による保険料支払有効性を認めるよう配慮した規定であるとされる（Johnston, *supra* note 106, at 2005）

<sup>125</sup> Coffee, *supra* note 110, at 805, n.40

<sup>126</sup> 2 種の控除がある。免責金額（deductible or retention）（自己負担額）、および、保険金額（填補限度額）からこの免責額を控除した額に縮小填補割合（coinsurance, 被保険者の自己負担額、通常 5%）を乗じた額である（Note, *supra* note 108, at 651）

<sup>127</sup> Note, *supra* note 108, at 654

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

伴って発生する損害は、経営者の個人資力では賄い切れないことが多い。会社内部の者が会社に対して損害を与え、あるいは第三者に与えた損害を会社が代位賠償しても、それを当該内部者に求償しないことが殆どであり、損害を最終的に会社が負担するのが通常である。しかし経営者が保険に入っていれば、会社は遠慮なく求償することができる<sup>128</sup>。同論文は要するに、会社経営者はD&O保険がついていれば付いていないときに比べて、注意深さがなくなるとは言えず、会社は、資力のない経営者から賠償を受ける術がないところを、D&O保険によって損害の填補を受けることができるという大きな利益があるとする<sup>129</sup>。

---

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *id.* at 667

## 第4節 経営判断の原則

狭義の責任制限ではないが、実質的に取締役を保護する機能を果たすものとして、経営判断の原則（Business Judgment Rule）およびその適用例の一つである、取締役会ないし特別訴訟委員会（special litigation committee）による株主代表訴訟の却下判断について概観する<sup>130</sup>。

### 第1項 経営判断の原則の取締役保護機能

#### 1 経営判断の原則

（1）経営についての判断が、合理的な情報に基づいて会社にとって利益になると信じて行われた場合には、たとえそれが会社にとって悪い結果（損害）をもたらしたとしても、取締役・執行役は責任を問われることはないとされている。この経営判断の原則については制定法上の規定はなく、裁判所が長年にわたって形成し確立した判例法原則であり、判例は特にデラウェアにおいて豊富である。各州の判例上の用語法や原則の定式化の仕方は様々であるが、ALIはこれらを統合・整理して<sup>131</sup>、次のように定式化した（ALI § 4.01(c)）。その3つの基本要素（ALI § 4.01(c)(1)-(3)）は、いずれも先例拘束力を有する重要判例中に現れているものである<sup>132</sup>としていいる。なお最近になって MBCA も、ほぼ同様の規定を設けた<sup>133</sup>。

〔ALI § 4.01(c)〕取締役または執行役は、以下の3要件を満たした上で、誠実に（in good faith）

<sup>130</sup> アメリカにおける経営判断の原則についての日本での研究としては、次のようなものがある。戸塚登「経営判断の原則(1)(2)」阪大法学 126号頁、127号1頁（1983）、川濱昇「米国における経営判断の原則の検討(1)(2)」論叢 114巻2号79頁、同5号36頁（1983）、近藤光男『経営判断と取締役の責任「経営判断の法則」適用の検討』16頁~89頁（中央経済社、1994）

<sup>131</sup> デラウェア法上、経営判断の原則を的確に述べた判例として Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984) があり、そこに述べる経営判断の原則は ALI の要件のすべてを満たしている

<sup>132</sup> Comment a to ALI Principles § 4.01(c), Vol.1, at 173. Branson, *supra* note 16, at 328 は ALI の定式は的確なもの（good formulation）であるとする

<sup>133</sup> MBCA § 8.31(a)(2)(1998年改正)。MBCA はこれまで、経営判断の原則を構成する要素及びその適用条件は裁判によって進化すべきものであり、概念を制定法で固定的化することは望ましくないとして、経営判断の原則の条文化を避けてきた。それにもかかわらず、1998年改正で § 8.31 を設けて、経営判断の原則のうち、取締役の個人的責任にかかわる基本的要素のみを条文化したとしている。さらに裁判によって進化する例として、Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779, 788~89 (Del. 1981) の2段階審査という新たな準則が作り出された例を挙げている。すなわち、デラウェア最高裁は、忠実義務違反により過半数の取締役が被告として訴えられた場合にも、取締役会は特別訴訟委員会を任命して訴訟却下の申立をすることができるとした。しかしこの場合は通常の経営判断の推定（presumption）機能は働かず、(1)会社は、委員会の独立性、誠実性、調査の合理性、委員会の決定及び代表訴訟の却下が会社の最善の利益に適うと結論付けたことの合理的根拠、を証明する責任を負う。これに基づき、(2)裁判所は独自の経営判断を行って申立を認めるかどうかを決定するという二重の審査を行なうとするものである（後掲脚注 186~189 に対応する本文参照）（MBCA § 8.31 Official Comment, at 8-199~200）

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

経営判断をなす場合には、注意義務を尽くしたものとする。

- (1) 経営判断の対象に利害関係<sup>134</sup>を有さず、
- (2) 経営判断の対象に関し、当該状況下で適当であると合理的 (reasonably) に信じる程度に情報を得て、
- (3) 当該経営判断が会社の最善の利益に合致すると理性的に (rationally) 信じたとき

取締役・執行役が、違法であることを認識しながら (knowingly) 法令に違反する行為をした場合には、たとえその行為が、会社の利益を高めるために為されたときでも、「誠実に」という要件を満たさないため、経営判断原則は適用されない<sup>135</sup>。また経営判断の原則は、経営判断を奨励する観点から、現実には経営判断が行われた場合に適用されることによって取締役に対する保護機能を果すが、経営判断を伴わない監視義務等の違反については適用されない<sup>136</sup>。

(2) ALIによれば経営判断の原則は、取締役・執行役が注意義務を尽くしたものとする仮定 (assumption) であり、注意義務違反を追及するためにはその仮定を覆すような事実を証明しなければならず、その証明責任は原告が負う ( § 4.01(d) )。原告が証明に成功しない限り、取締役・執行役は safe harbor に保護される<sup>137</sup>。

デラウェアの判例法によれば、( ) 取締役・執行役は、経営判断を行うにあたって、情報に基づいて、誠実に、かつ、その判断が会社の最善の利益に適うものと正直に信じて ( in the honest belief ) 行動したとの推定 ( presumption ) を受ける。( ) この推定に対する反証責任は原告にあり、原告が取締役・執行役の裁量権濫用を証明しない限り、裁判所は、取締役・執行役の経営判断を尊重し、実体判断に立ち入らない<sup>138</sup>とする。

### 2 経営判断原則の効果

(1) ALI もデラウェア法も、仮定 ( assumption ) と推定 ( presumption ) が異なる<sup>139</sup>ものの、経

<sup>134</sup> 後掲脚注 165 と対応本文参照

<sup>135</sup> Comment *b* to ALI Principles § 4.01(c), Vol.1, at 174 & Comment *d* to ALI Principles § 4.01(a) first paragraph, Vol.1, at 149~50. ( 取締役・執行役がその任務を「誠実に」遂行しなければならないという義務には、ALI Principles § 2.01 ( 会社の目的と行為 ) の規定を遵守すべきことも含み、会社は自然人と同じく法の遵守義務を負うのだから、取締役・執行役が悪意で、会社をして法違反をせしめれば、「誠実」に任務を遂行すべき義務の違反となる )

<sup>136</sup> Comment *c* to ALI Principles § 4.01(c), Vol.1, at 174 . ある行為を為すべきか為さざるべきかを判断し、その結果として選択された不作為 ( omission ) は経営判断であり保護が適用される ( *id.*, at 175~76 )。Aronson v. Lewis, *supra* note131, at 813

<sup>137</sup> Comment *a* to ALI Principles § 4.01(c), Vol.1, at 173

<sup>138</sup> Aronson v. Lewis, *supra* note131, at 812. ペンシルヴァニア最高裁の Cuker v. Mikalauskas, 692 A.2d 1042 (Pa.1997) 判決は、経営判断の原則の意義を述べるに当たって、この判例および ALI Principles § 4.01(c)をもに引用している

<sup>139</sup> ALI の「セーフハーバー」とデラウェアの「推定」との違いは必ずしも明確でない ( Branson, *supra* note16, at 365~71 )。ALI は「推定」と言うと、反証や特別の証拠基準の設定が許されないといった誤った解釈を導きかねずかつ正確性に欠けるとする ( Comment *g* to ALI Principles § 4.01, Vol.1, at 144 ) が、これについては反証を可能とするものがまさに推定 ( presumption ) ではないかとの指摘もある ( R. Franklin Balotti and James J.

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

営判断の原則の要件・効果、および、取締役が経営判断を行うにあたって、適切に行動したとの推定ないし仮定を覆すような事実の証明責任を原告に課す点においても、大筋同じである。

原告がこの証明に成功した場合は、被告取締役・執行役には経営判断の原則による保護が適用されず、注意義務基準 (ALI § 4.01(a)) というより高い基準による審査を受けることになるが、ここで損害賠償責任を成立させるためには、原告はさらに、取締役・執行役が犯した注意義務違反と損害との因果関係および損害額を証明しなければならない<sup>140</sup>。

(2) ALI は要件(3)で、デラウェアを初めとする多くの判例上に使われている「理性的に (rationally)」の文言を用いている。これは「合理的に (reasonably)」よりも取締役の裁量幅を広く認めるものであり、合理性の範囲を逸脱しても、理性の領域からはずれていなければ、取締役は保護される<sup>141</sup>。理性的でなければすなわち裁量権の濫用となる<sup>142</sup>。理性的でない場合とは、不誠実に行動したり、意図的な法違反を犯したり、あるいは会社・株主の利益を無謀ないし意図的に無視したりした場合である<sup>143</sup>。ALI の主席報告者 Eisenberg は、理性的でない場合を首尾一貫した説明ができないような場合であるとし、具体的な例として、取締役の賠償責任を認定した *Selheimer, v. Manganese Corporation of America*<sup>144</sup> 判決を挙げる。被告取締役の鉄道引込線も貯蔵施設もないような工場への投資のために多額の会社資金をつぎ込んだ行為は、取締役として最低限必要な説明責任を果たさない非理性的な行為であるとする<sup>145</sup>。

判例や学説によっては、「合理的に」の文言を使用し、あるいは、「合理的に」とも「理性的に」ともいわず単に「誠実に」とだけ言う判例もある。もし、額面どおりであれば、「合理的に」は取締役の保護範囲を狭くしすぎるし、「誠実に」は広くしすぎることになる。しかしこれらの文言を使っても、「理性的に」が意味しようとするところと同じ内容を表すものが多い

---

Hanks, Jr. *Rejudging Business Judgment Rule*, 48 Bu. Law 1337, 1353 (1993)。本節では詳細な議論に立ち入るとは割愛して、大筋の理解を得ることとしておきたい

<sup>140</sup> ALI Principles § 4.01(d), 7.18(b)

<sup>141</sup> “rational” と “reasonable” は語源的にも近接した言葉であり、判例でもしばしば区別なく用いられているが、ALI は本文の意味において区別している (Comment *d* to ALI Principles § 4.01, Vol.1, at 142)。MBCA は区別していない (後掲脚注 146 参照)。William T. Allen, Jack B. Jacobs and Leo E. Strine, Jr., *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and Its Progeny As A Standard of Review Problem*, 96 Nw. U. L. Rev. 449, 452 n13 (2002) は、“rational” と “reasonable” をそれぞれ裁判基準と行動基準に使われる語として、両者の区別を基本的に支持しながらも、正直なところ “rational” と “reasonable” の区別は微妙にして分かり難いところがあり、言語学的には両概念ともその状況下で論理的であったかどうかを問うものであるから、不合理であるものなお理性的であるような経営判断がどのようなものであるかは通常では判断し難いとしている

<sup>142</sup> MBCA § 8.31 Official Comment, at 8-199

<sup>143</sup> たとえば、*Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corp.*, 547 A.2d 963, 970 (Del.Ch. 1986) (デラウェアでは重過失の場合に責任を負い、重過失は会社法の分野では、株主の利益を無謀にあるいは意図的に無視すること、あるいは理性による制約を受けない (without the bounds of reason) 行為を意味する)。これら概念は、後述の責任制限適用除外事由と重なるものである (第7節第4項2・95頁以下)

<sup>144</sup> 423 Pa. 563 (1966) (脚注 216 参照)

<sup>145</sup> Melvin A. Eisenberg, *The Divergence of Standard of Conduct and Standard of Review in Corporate Law*, 62 Fordham L. Rev. 437, 443 (1993)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

と思われる<sup>146</sup>。

(3) 会社法判例において経営判断の原則が形成・進化してきたことの意義は、ひとつには、リスクテイク、革新、あるいはその他の創造的な事業家活動を促すために、情報に基づいて、誠実に、会社の最善の利益になると理性的に信じて行われた経営判断は、督励され、かつ結果が良くても悪くても保護されるべきことである。2つ目には、利益追求という企業目的遂行のための経営判断の結果が裏目に出たとしても、そのリスクは株主が負担すべきである。3つめに、経営判断を特別に保護することにより、訴訟そのものや、私企業の意思決定の分野へ裁判所の後知恵判断を持ち込むことを制限することにある(訴訟コストの軽減にもなる)<sup>147</sup>。

(4) 次節以降の責任制限制度が設けられていない場合にも、取締役・執行役は経営判断の原則により、手続的にも実体的にも保護され通常の過失では責任を問われない<sup>148</sup>。このことから、注意義務基準本則は単なる講学上の概念となってしまう、これに代わって経営判断の原則が、事実上の取締役の注意義務基準となっているとの指摘<sup>149</sup>もないわけではない。しかし経営判断の原則は、取締役の行動基準ではなく裁判において取締役の行動を審査する基準である<sup>150</sup>。Eisenberg は、注意義務基準を、取締役・執行役が所期の行動をしあるいは役割を果す上での行為基準と、裁判所が事後的に、取締役・執行役の行動を評価し賠償責任を課すべきか否かを決定するときの裁判基準とに分けて考えるべきであるとする。そして裁判においては、取締役・執行役を保護するためにより緩やかな基準、すなわち経営判断の原則に基づいて、理性的であったか否かのテストによって判断するのが妥当であると説明している<sup>151</sup>。

(5) 取締役・執行役を個人的賠償責任から保護する機能<sup>152</sup>における経営判断の原則は、単に、

<sup>146</sup> 「合理的に」と述べる判例として、Cramer v. General Tel. & Electronics Corp., 582 F.2d 259(3d Cir. 1978) (取締役の経営判断に賢明さも合理性もなく、取締役に許された健全な裁量の範囲を逸脱するときは、裁判所は経営判断の合理性をみずから審査しなければならない)。ALI Principles § 4.01(c)(3)に相当する MBCA § 8.34(a)(2) (A)は“reasonable”を使用するが、その内容についてのコメントは、会社の最善の利益の判断が理性の領域からはみだして取締役に許容される健全な裁量範囲を超えてしまう場合は、取締役の経営判断は保護されないとしており、理性的に同じ結論になると考えられる (MBCA § 8.31 Official Comment, at 8-201~202)。「誠実に」と述べる判例として Sam Wong & Son, Inc. v. New York Mercantile Exchange, 735 F.2d 653, 678 n32 (2d Cir 1984) (商品取引所理事会の決定が誠実に行われたか否かが重要であるが、その決定は理性の要素を欠いているから、隠された動機があるとまでは言わないにしても、誠実に行われたとは言えない)

<sup>147</sup> ALI Principles, Introductory Note *a* to Pt. , Vol.1, at135

<sup>148</sup> 後掲脚注 299 と対応本文参照

<sup>149</sup> Branson, *supra* note16, at 371

<sup>150</sup> MBCA § 8.31 Official Comment, at 8-191 & 8-193

<sup>151</sup> Eisenberg, *supra* note145, at 440 . Eisenberg によると、行為基準は単なる期待的道徳律 (morality of aspiration) になってしまうわけではなく、依然として取締役の行動を規律するための法的規則である。たとえば経営判断基準の要件が満たされない場合には、被告取締役はもはやその行動が理性的であったか否かという緩やかな基準ではなく、本則に戻って相当の注意を尽くしたか否かの審査に従うことになる。その意味において行為基準に従って行動すれば安全であるが、緩やかな裁判基準に従って行動することはリスクを伴うことになる (*id.* at 463~64)

<sup>152</sup> 経営判断の原則は、取締役を個人的責任から保護する機能以外に、決定そのものや取引行為 (企業買収の防衛、LBO 提案、資本再編、リストラクチャリングなど)を有効とする機能もある(Comment *e* to ALI Principles

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

経済的な判断やリスクについての判断（これに関する争いが最も多いのは事実であるが）のみならず、利害関係のない取締役による、報酬の決定、株主代表訴訟の却下申立の判断、その他役員人事や、経営者に対する経営目標の設定と評価、委員会や執行役への権限の委譲や信頼、あるいは、経営判断のための準備的事項についての決定（たとえば外部機関への事前調査依頼等の要否）などについても適用される<sup>153</sup>。

このうち、株主代表訴訟の却下判断について次項にみることにする。

### 第2項 取締役会による株主代表訴訟却下の判断

株主代表訴訟は、経営者から独立した部外者により、経営者の会社に対する信認義務の遵守を強制するための法的メカニズムとして重要な意義を持つ。しかし一方でその弊害も大きく、判例・学説は、経営者とその裁量権にもとづいて行う経営判断について、単独・少数株主や裁判所による不当な干渉、後知恵的評価を、無制限に許容するのは妥当でない<sup>154</sup>。アメリカでは、取締役の会社に対する責任という内部問題を公的な解決手段たる訴訟によって解決することによる利益を、それに必要な社会的なコストが時として上回ることがあると経験的に指摘されている。たとえば、経営者が注意義務違反による損害賠償の可能性を恐れて経営上のリスクテイクに消極的になり、あるいは、そのために優秀な役員人材が確保できず、これらのことがひいては会社（株主）の損失につながる。また、弁護士が実質的原告となって、取るに足りない事案や根拠の乏しい事案であっても構わずに訴訟を提起し、自己に有利な和解に持ち込んで、多額の弁護士報酬を得ようとするため、会社には勝訴・和解による利益は殆ど残らないことも多い（原告・被告とも訴訟に要した費用は会社に転嫁できる場合が多い）といったマイナス面も指摘されている<sup>155</sup>。

事案について取締役を訴えるかどうかを決定するのはまさしく会社の経営判断であり、株主ではなく取締役会が処理すべき問題である<sup>156</sup>。そして経営判断の原則に基づいて、裁判所は取締役会の決定を尊重しなければならない<sup>157</sup>。

しかし一方で、取締役が同僚取締役に対する訴えについて公平な立場に立って判断するとは限らないといった潜在的問題（構造的偏向 structural bias<sup>158</sup>）があり、取締役会の判断について

---

§ 4.01, Vol.1, at 143, MBCA § 8.31 Official Comment, at 8-198, Branson, *supra* note16, at 376~77)

<sup>153</sup> Comment b to ALI Principles § 4.01(c), Vol.1, at 173~74

<sup>154</sup> ALI Principles, Pt. Chap.1, Introductory Note, Vol.2, at 4~5. Ferrell, *Note: A Hybrid Approach: Integrating the Delaware and the ALI Approaches to Shareholder Derivative Litigation*, 60 Ohio St. L.J. 241, 243~45 (1999)

<sup>155</sup> ALI Principles, Pt. Chap.1, Introductory Note, Vol.2, at 6

<sup>156</sup> Ferrell, *supra* note154, at 244~45. Aronson v. Lewis, *supra* note131, at 811

<sup>157</sup> Auerbach v. Bennett, 47 N.Y.2d 619, 630~35 (1979)

<sup>158</sup> James D. Cox, *Searching for the corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, 1982 Duke L. J. 959, 962~63 (1982) は、取締役会メンバーと訴訟委員会メンバーは共に公開会社の

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

は、裁判所がこれを監視する必要がある<sup>159</sup>。

以上の観点から、株主代表訴訟は構造的に絞り込まれたものとなっており、株主の提訴に制約（提訴の前提として会社に対する是正要請要件）を課すとともに、注意義務違反を迫及する代表訴訟については、取締役会に当該訴訟を評価させて、その結果としての株主の是正要請を拒絶し、あるいは訴訟の却下を妥当とする判断に法的効力を与え、裁判所はそれが経営判断の原則に適っているかどうかだけを審査するものとなっている。しかし公正取引義務（忠実義務）違反については、注意義務違反とは対照的に、取締役会による判断の合理性、その手続きおよび取締役会の客観性・独立性について、裁判所の審査に服せしめることとしている<sup>160</sup>。

株主代表訴訟の手続・要件は、これを規定する連邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）、各州会社法（判例法・制定法）等によって異同がある。本項においては、異同の詳細に立ち入ることは避け、一連の訴訟手続の流れの中で株主代表訴訟に対する取締役会の対応とこれについての裁判所の審査基準を視ることに重点を置いて、ALIの規定<sup>161</sup>を中心に補足的にデラウェア法ほか各州法を鳥瞰する<sup>162</sup>。

### 1 株主代表訴訟の提起とこれに対する会社の対応

#### （1）是正要請（Demand）

株主が代表訴訟を提起しようとするときは、前提要件として、会社に対して是正要請（提訴ないし適切な是正措置を講ずることの要請）をしなければならない。ただし、一定の場合にはこの是正要請が免除される<sup>163</sup>。株主からの是正要請に対して会社が何らかの反応をする前に株

---

取締役であるという連帯意識や共感性、訴訟委員会組成に当たって被告取締役に同情的な人物を選ぶ傾向、原告の訴訟継続を支援し取締役会に不快な思いをさせれば自分が解任される恐れなどから訴訟委員会の判断には構造的偏向があるといわざるを得ないとする

<sup>159</sup> Zapata Corp. v. Maldonado, *supra* note 133, at 787. ALIは、構造的偏向（structural bias）への対応というよりもむしろそのような偏向があることを前提とした上で、コーポレート・ガバナンスの高潔さ（integrity）に対する公共及び投資家の信頼を維持するために裁判所の監視が必要であるとし、裁判所の監視プロセスが最低限の安全装置の機能を果たすだけでなく、さらに訴訟委員会の判断に裁判所のチェックが入ることが前もってわかっていることにより、訴訟委員会が行う調査の内容も程度も高められるとする（Comment d to ALI Principles § 7.10, Vol.2, at 137）

<sup>160</sup> ALI Principles, Pt. Chap.1, Introductory Note, Vol.2, at 6~7

<sup>161</sup> ALIの各条項のcomment a. *Comparison with present law*によると、概ねデラウェアやニューヨークの最近の判例に合致するものとしている。判例が乏しく、あるいは実際の判例や州会社法と異なるがALIがありうべき法として独自に規定化を試みる部分については、都度その旨注釈することとする

<sup>162</sup> 取締役会（委員会）により代表訴訟を終了させる制度についての日本での研究として、釜田薫子「米国における株主代表訴訟の終了と特別訴訟委員会の役割(1)(2)(3・完)」民商 121 巻 1号 37 頁、同 2号 239 頁、同 3号 389 頁（1999）、畠田公明「株主代表訴訟の終了 - アメリカの特別訴訟委員会を中心として」福岡大学論叢 41 巻 3・4号 505 頁（1997）がある

<sup>163</sup> すべての州が是正要請前置要件を課している（Ferrell, *supra* note 154, at 246~47）。ALIは、是正要請は、さもなければ会社に回復しがたい損害が生じるであろうことを明確に示すのでなければ免除されないとするいわゆる universal demand rule を採る（ALI Principles § 7.03(b)）。MBCA § 7.42(2)も同様の是正要請要件を課す。一方デラウェア法では是正要請無用（demand futility）に該当すれば是正要請免除を認める方式であるが、そこではどのような場合には是正要請が無用となるかが争点となることが多い。Geoffrey Miller, *Special*

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

主が提訴すると訴えは却下される (ALI § 7.03) <sup>164</sup>。

### (2) 会社の対応 - 是正要請の容認、拒絶等

会社はこの是正要請に基づいて、株主・被告取締役間の訴訟の続行を承認し、あるいは株主に代わって自ら提訴するか、または、利害関係のない取締役が十分な情報に基づいて行なう経営判断によって、当該是正要請に記載されている請求原因となる取引ないし行為を承認・追認し、または株主からの是正要請を拒絶することができる。これを書面で提訴請求株主に通知しなければならない (ALI § 7.04(a))。この通知は、訴状の不備を理由とする訴答段階での却下申立 (下記 (3)) について裁判所が判断するための資料ともなる。

(ア) の利害関係のない取締役による経営判断とは、まず取締役会の過半数を構成する利害関係のない取締役が存在し、その取締役だけの多数決によって行われる経営判断である。利害関係については、(1) 取締役が当該取引・行為の当事者である場合、(2) 取締役が取引・行為の当事者と業務上、金融上若しくは同族上の関係にありそのことが判断に影響を与えると考えられる場合、(3) 取締役と業務上、金融上若しくは同族上の関係にある者が当該取引・行為に重要な金銭的利益を有しておりその関係や金銭的利益が取締役の判断に影響を与えると考えられる場合、および、(4) 取締役が取引・行為の当事者若しくは取引・行為に重要な金銭的利益を有する取締役・執行役の支配下にあり判断に影響を受けると考えられる場合に利害関係があるとされる (ALI § 1.23(a)) <sup>165</sup>。取締役が訴えの被告となっている場合も、当該取引・行為を承認しただけで被告とされたような場合を除いて、利害関係があるとされる (ALI § 1.23(c))。このほかに ALI は、形式的には利害関係者に該当しないが、被告取締役・執行役との間に親密な友人関係にあり家も隣り合わせであるといったような取締役がいて<sup>166</sup>、取締役会 (ないし委員会) が全体として客観的な判断をすることができないと考えられる場合にも、是正要請の拒絶

---

*Symposium Issue: Political Structure and Corporate Governance: Some Points of Contrast Between The United States and England*, 1998 Columbia Bus. L. Rev. 51, 65 (1998) によれば、提訴請求を出して取締役会に拒否されたときは代表訴訟が却下される可能性が高い、提訴請求が受け入れられたときは原告 (実質的原告は弁護士) は、訴訟 (報酬) についての主導権を失うことになることから、事前の提訴請求は無用 (無益) であるとして提訴請求をしないで代表訴訟を提起するのが、少なくともデラウェアの実態であるとする。Aronson v. Lewis, *supra* note 131, at 813 も多くの株主代表訴訟が事前の是正要請なしに提起されているとする。

Aronson v. Lewis, at 814 は、是正要請無用についての裁判所の判断基準は、過半数の取締役が問題とされる取引について利害関係を有していないこと、もしくは、独立性があること、または、当該取引が有効に経営判断の原則に則って行なわれたことについて、合理的な疑いが生じるかどうかであるとする

<sup>164</sup> デラウェア法につき、Allison v. General Motors Corporation, 604 F. Supp. 1106, 1118 (U.S. Dist. Del., 1985)

<sup>165</sup> 用語の定義の問題であるが ALI は同じ会社の上級執行役 (senior executive) と雇用関係や夫婦・親子関係などの近親関係にあることを、重要な関係 (significant relationship) として ALI Principles § 1.34(a)(b) に規定し、上級執行役と重要な関係にないことが取締役会の構成における独立・社外取締役についての要件となる (ALI Principles § 3A.01) が、ここでいう利害関係があることと同義ではない。重要な関係があっても利害関係がないことも、重要な関係がなくても利害関係があることもあり得る (Comment a to ALI Principles § 1.34, Vol.1, at 36)

<sup>166</sup> Comment g to ALI Principles § 7.09, Vol.2, at 122

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

等に法的効果が与えられないとする<sup>167</sup>。

各州の判例<sup>168</sup>においても、取締役が独立であること、あるいは利害関係がなく独立であることを要求している。判例上取締役の独立性に問題がある場合として、会社が主要寄付者となっている大学の学長である社外取締役を特別訴訟委員会の一人しかいない委員に任命した例<sup>169</sup>や、委員会の議長が最近多額の寄付を受けた大学の学長であり、かつ被告 CEO の別の企業買収計画に共同参画した者である（この事案では委員会の他のメンバーが被告の友人で税務代理人でもあった）といった例<sup>170</sup>がある。

（イ）利害関係のない取締役が過半数存在せず客観的な判断ができない状況のときは、是正要請拒絶および訴状の不備を理由とする却下申立（下記（3））はできない<sup>171</sup>。ただしこの場合も代表訴訟に関する取締役会の経営判断機能を封じてしまうのではなくて、利害関係のない取締役だけで構成する委員会（special litigation committee 特別訴訟委員会）を設けてこれに権限を委譲し、そこで代表訴訟の却下（下記（4））や和解の承認（下記（5））などの決定をさせることができる（ALI § 7.05(b)(1)）<sup>172</sup>。しかも、委員会は構成員全員が利害関係のない者でありさえすれば、これを任命した取締役会に利害関係取締役を含んでいてもよい<sup>173</sup>。

### （3）株主の提訴等

株主は、是正要請が免除される場合や是正要請に対して会社から適時の反応<sup>174</sup>がない場合のほか、会社が取引ないし行為を承認・追認したことや是正要請を拒絶した旨の通知があった場

<sup>167</sup> Comment *d*(2) to ALI Principles § 7.04, Vol.2, at 78~80. ALI は、利害関係者を ALI Principles § 1.23 の定義に限定し、これに該当しない者も「客観的な判断が全体としてできない状況にある者」として利害関係者と同じく是正要請拒絶等の判断ができない者と規定するが、本論文ではこれらをまとめて利害関係がある者としている

<sup>168</sup> Auerbach v. Bennett, 47 N.Y.2d 619, 623 (1979). Zapata Corp. v. Maldonado, *supra* note133, at 787

<sup>169</sup> Lewis v. Fuqua, 502 A.2d 962 (Del. Ch. 1985)（当該委員は、実際に不適切に行動したとは言わないが、潜在的な利害相反関係があるということは、全体として見たときに果たして独立して行動できるかどうかについて事実上の疑問を生ぜしめる。アメリカ法で被告が訴訟から逃れる唯一の方法が株主代表訴訟の特別訴訟委員会を指名することであるなら、被告はその委員会を真に独立性のあるものとすべきであろう、と判示した）

<sup>170</sup> Davidowitz v. Edelman, 583 N.Y.S.2d 340 (N.Y. Sup. 1992)

<sup>171</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.03, Vol.2, at 60

<sup>172</sup> Zapata Corp. v. Maldonado, *supra* note133, at 786

<sup>173</sup> Comment *a* & *d* to ALI Principles § 7.05, Vol.2, at 100 & 102( ALI のこの規定は最近の判例の大勢と合致する )。 e.g. Zapata Corp. v. Maldonado, *supra* note133, at 785~86. ただし ALI は、委員会が利害関係取締役を含む取締役会によって任命されたときは、委員会の客観的な判断能力について裁判所の審査は相当慎重になされることになるので、任命に利害関係取締役が参加することは可能な限り避けた方がよいとする( Comment *d* to ALI Principles § 7.05, Vol.2, at 103 )。尤も、取締役会に利害関係取締役がいる場合には特別訴訟委員会の利用は許容されないとする判例も少数ながら存在する。 e.g. Miller v. Register & Tribune Syndicate, Inc., 336 N.W.2d 709, 718 (Iowa 1983)

<sup>174</sup> Allison v. General Motors Corporation, 604 F. Supp. 1106, 1117~18 (U.S. Dist. Del, 1985)（デラウェア法には会社が回答すべき期間の定めはないが提訴請求の内容の技術的・量的錯綜度や法的問題点の程度に比例することになる。取締役は事案について重要な情報を十分に得て提訴請求の内容を評価する義務があるので、拙速な判断をすることは許されない）。universal demand rule を採る MBCA は 90 日の期間経過により原告は提訴できると規定している（MBCA § 7.42(2)）

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

合、代表訴訟を提起することができる<sup>175</sup>。

訴状<sup>176</sup>には、被告の注意義務違反・忠実義務違反や取締役会の是正要請拒絶判断の不適切さについて、相当な見込を生じさせるような事実を詳細に記載しなければならず、訴状がこの要件を満たさないときは、被告に証拠開示手続（discovery）前に訴状の却下を申し立てる権利が与えられる（§ 7.04(a)）。この却下申立は訴答段階（on the pleading）におけるものだから、裁判所は却下の許否については、訴状と拒絶通知記載内容のみによって判断する<sup>177</sup>。

### （４）会社の却下申立、訴訟継承等

（ア）株主代表訴訟が提起された会社の取締役会は、（３）の訴状却下申立のほかに、原告が持株要件などの原告適格（ALI § 7.02）を欠くこと、提訴の前提要件としての是正要請要件（§ 7.03）を満たさないことを理由に、訴訟の却下の申立または訴状の却下若しくは略式裁判の申立をすることができる（§ 7.05(a)(1)）<sup>178</sup>。

（イ）以上までのステップで、会社が申立をせず（上の（２）（イ）の場合など）、あるいは申立をしても認められず訴えが却下されないときも、取締役会は、当該訴訟が会社の最善の利

<sup>175</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.03, Vol.2, at 60

<sup>176</sup> 訴状には、(1)是正要請書に記載されている取引ないし行為を承認・追認したとする会社からの通知に応じて提訴する場合には、当該取引ないし行為が注意義務・経営判断についての規定（Pt. ）や公正取引義務等についての規定（Pt. , ）の要件を満たしていないという相当な見込を生じさせるような事実を詳細に記載しなければならず（ALI Principles § 7.04(a)(1)）、また、(2)会社の是正要請拒絶通知に応じて提訴するときはこれに加えて、(A)拒絶通知の内容が真実でない、(B)経営判断の原則の適用がある取引・行為の場合には、経営判断原則の要件を満たしていない、(C)経営判断の原則の適用がない取引・行為の場合には、誠実に十分な情報によって判断されていないこと、是正要請拒絶が会社の最善の利益に適用のものであると判断したことに合理性がないことについて、相当な見込を生じさせるような事実を詳細に記載しなければならない（§ 7.04(a)(2)）。MBCA § 7.44(d)は訴状に(1) 取締役会の過半数が独立取締役で構成されていないこと、または § 7.44(a)の却下要件を満たしていないことを記載しなければならないと規定する。デラウェア法についての Allison v. General Motors Corporation, *supra* note174, at 1122 では、是正要請拒絶に応じて提訴する場合会社の拒絶判断の不当性を証明する責任は原告にあり、原告は、訴状に単に取締役会の拒絶判断が不当であると書くだけでは不十分である。裁判所は何が会社の最善の利益であるかの審査には立ち入らないのであり、原告が取締役会の判断が重過失などに該当して不当なものであることを証明するに足る事実関係を詳しく述べなければならないと判示した

<sup>177</sup> 訴答手続における訴状の却下申立は後記（４）の会社の最善の利益に反するとする却下申立（この場合原告は反論のためには証拠を求められる）とは区別される。また、原告、会社・被告取締役とも裁判所の唯一の判断基礎となる訴状・拒絶通知の内容を事後的に補充（supplement）することは認められない（Comment *d* to ALI Principles § 7.04, Vol.2, at 75~77）

<sup>178</sup> 株主代表訴訟においては、事案の真実を明らかにし被った損害を回復することが会社の真の利益であるから、会社が、被告の義務違反を否定し、あるいは、会社の請求権を否定することを通じて被告のための訴訟防衛行為をすることはできない。ただし、是正要請要件や原告適格性など代表訴訟に特有の防御は会社だけに許容され、逆に被告は会社のために弁論することができないとの理由でこれら防御を許容されない（Comment *c* to ALI Principles § 7.05, Vol.2, at 100）。尤も、真の被告が会社であると見られるような事案（e.g. 社債発行条件が不適切であったと攻撃された Otis & Co. v. Pennsylvania Railroad Co., 57 F.Supp. 680 (E.D.Pa. 1944)）においては、会社自身の防衛活動を認めないと会社の利益が守られないため、判例は、会社が表に出てその利益をまもることを認めている。会社が真の被告であるか名目的な被告に過ぎないかの正確な線引きは困難であるが、いずれにしても、会社の直接的な利益の防御を超えて被告個人の利益の代弁を含むところまで拡張すると行き過ぎとなる（*id.* at 100~01）

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

益に反するとして訴訟の却下を申し立てることができる(§ 7.05(a)(3))。また、利害関係のない株主に、会社の最善の利益に反するとして訴訟の却下を求める決議をさせることも可能である(§ 7.11)。そのほかに、差止請求等の救済手段が会社の利害に重大な影響を及ぼす場合はこれに異議を申し立て(§ 7.05(a)(4))あるいは、代表訴訟を会社自らの訴訟として継承・追行することもできる(§ 7.05(a)(5))。

上の(3)の訴答段階での却下申立とここに言う却下申立とは別のもので、前者の却下申立が認容されなかった場合にも、会社は後者の却下申立をすることを妨げられない<sup>179</sup>。前者の場合、取締役会の過半数が利害関係のない取締役で構成されていなければならないのに対し、後者の場合は、2人ないし3人の非利害関係取締役で構成する特別訴訟委員会に権限委譲(§ 7.05(b)(1))して決定させることができる。また裁判所は、前者では是正要請拒絶通知所と訴状記載内容に基づいて判断するが、後者では取締役会ないし特別委員会の決定そのものを評価する点でも異なる<sup>180</sup>。

### (5) 和解、取下による訴訟終了

代表訴訟は、裁判所の承認があれば、原告と被告の合意によって和解したり取下げたりすることができる(§ 7.14)ことは、アメリカでは制度として確立している。

しかし原告の同意なしに被告と会社間で行う和解については、これまでの判例では必ずしもその法的位置づけが明らかでないが、ALIは次のような理由で、取締役会や委員会の判断で、裁判所の承認を条件に、会社は被告取締役・執行役等と和解しあるいは責任を免除することができることの適法化を提言する(§ 7.15)<sup>181</sup>。まず、原告の同意がない会社・取締役間の和解等の制度は、原告が合理性なく非妥協的であり、取締役会が訴訟継続が会社にとって有害であると判断するような場合に、事態を迅速に解決するための法的手段<sup>182</sup>を提供する。そしてこのような和解や責任免除を裁判所の承認なしに行えんとすれば、その効力に問題があるだけでなく、原告の反対を押し切ってそのような和解等を行うことにより自らが被告として訴えられることを懸念して、利害関係のない取締役といえども和解等に消極的になりかねないため、裁判

<sup>179</sup> Comment *c* to ALI Principles § 7.08, Vol.2, at 114

<sup>180</sup> *id.* at 113~14

<sup>181</sup> 原告の同意のない和解についての判例は必ずしも多くなく、会社にとって有利な内容の和解には連邦民事規則(Rule 23.1(c) of Federal Rules of civil Procedure)は適用されず、裁判所の承認や株主への通知は不要であった判例(Wolf v. Barks, 348 F.2d 994 (2nd Cir. 1965))もあるし、利害関係取締役は少なくとも裁判所の承認がなければ和解することができないとする判例もあり、裁判所の承認がない場合の法的効力は明確でない。ALIはこれを規定化するにあたって、不当な和解を禁じ、和解に既判力を与えて取締役の潜在的賠償リスクを軽減するため、裁判所の承認を要件とした(Comment *a* to ALI Principles § 7.15, Vol.2, at 198, and Reporter's Note1, at 202)。既判力のない和解によって支払われた額は、後訴でより多額の責任が認定されればその内金となるが、責任がないかより少額が認定された場合には返還されない(Comment *d* to ALI Principles § 7.15, Vol. 2, at 201)

<sup>182</sup> 適法に行なわれた原告の同意のない和解ないし責任免除は、請求と責任に関して、原告と被告の間の和解と同程度の積極的抗弁(affirmative defense: 訴答において、仮に訴状の内容が正しいと認めた上で、被告側から防衛として提出する対抗事由(BLACKS LAW DICTIONARY))を構成する(ALI Principles § 7.15(b))

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

所の承認があることを条件としている<sup>183</sup>。

### 2 却下申立・和解案に対する裁判所の審査・承認基準

#### (1) 却下申立についての裁判所の審査基準

##### (ア) 取締役会(委員会)の判断による却下申立

取締役会(委員会)の判断に対する裁判所の審査基準についての判例は、取締役会(委員会)の経営判断の手段面しか審査できないとして、内容についての判断を全面的に尊重した *Auerbach v. Bennet*<sup>184</sup>判決や、その対極とも言うべき、取締役会の過半数が利害関係者である場合には申立には裁判所は拘束されないとした *Miller v. Register & Tribune Syndicate, Inc.*判決<sup>185</sup>がある。

これらの中庸を行くものとして、デラウェアの *Zapata Corp. v. Maldonado*<sup>186</sup>判決は、是正要請が免除されない場合と免除される場合の二つにわけて、次のような基準を示した。このいわゆる Zapata 基準は、今日までデラウェア内外で広く採用されている。

( ) 独立取締役が過半数であれば是正要請が免除されず、この場合取締役会の決定には通常の経営判断の原則が適用され、裁判所は取締役会の判断を尊重する<sup>187</sup>。

( ) 過半数の独立取締役が存在せず是正要請が免除される場合<sup>188</sup>にも、取締役会は特別訴訟委員会を任命して訴訟却下の申立をすることができるが、通常の経営判断の推定(presumption)機能は働かず、裁判所は2段階の審査をする。第1段階として、委員会の独立性、誠実性、調査の合理性、委員会の決定及び代表訴訟の却下が会社の最善の利益に適うと結論付けたことについての合理的根拠を証明する責任を会社に負わせ、裁判所はこれらが証明されていないと判断するときは却下申立を否認しなければならない。続いて第2段階として、裁判所は代表訴訟による会社の権利の正当な追及と会社の独立委員会の申し立てる会社の最善の利益とを比較考量し、裁判所独自の経営判断により却下申立を認めるかどうかを決定しなければならない。

<sup>183</sup> Comment *c* to ALI Principles § 7.15, Vol.2, at 199. 被告・会社間の和解は原告・被告間の和解とはその危険性の性質が異なるものの、被告の会社に対する事実上の支配権の存在を考慮すると決して危険性が軽いとはいえないことも裁判所の承認を要することとする理由である(Comment *a* to ALI Principles § 7.15, Vol.2, at 199~200)

<sup>184</sup> 47 N.Y.2d 619, 623 (1979)(独立で利害関係のない者が構成する委員会が適切な手続を経て下した決定であれば、その決定内容については裁判所は審査しない)。Zapata 基準によった *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 889 (2d Cir. 1982) 判決は、Auerbach 基準では特別訴訟委員会の誠実性、完全性および独立性についての裁判所の審理・判断を制約しており、取締役・執行役の信認義務を大きく減殺しうるものとなるかと批判する

<sup>185</sup> 336 N.W.2d 709, 718 (Iowa 1983)(被告である取締役によって任命された訴訟委員会の潜在的な構造的偏向は無視できないほど大きく、利害関係取締役は訴訟に関する会社の決定権を訴訟委員会に委譲することはできない。このような場合には、裁判所に特別委員(special panel)の任命を申請すべきである。なお、6名の判事のうち1名は、このような結論は健全なる先例判例に反するのであり、潜在的偏向があり得てもなお委員会の決定が公正であるかどうかについて裁判所が判断すればよいとする反対意見を述べた)

<sup>186</sup> 430 A. 2d 779 (Del. 1981)

<sup>187</sup> *id.* at 784 n10, *Aronson v. Lewis supra* note131, at 813

<sup>188</sup> 脚注 163 参照

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

いとしている<sup>189</sup>。

ALIはこのZapata基準の2分法を採りいれたが、裁判所が最小限の関与をすればよいものとしてしっかり監視をする必要があるものを区分することに意味があるとし、Zapata基準の取締役会の構成（是正要請の要否）による区分を、注意義務違反のように経営判断の原則の適用があるものと忠実義務違反のように経営判断原則の適用がなく裁判所の徹底的な審査を要するものの区分に置き換えて<sup>190</sup>、以下の基準を提示する。

裁判所は、取締役会（委員会）が取締役・執行役に対する訴え<sup>191</sup>を下記3（47頁）の基準に則って評価・判断したうえで、会社の最善の利益に反するとして却下申立（上記（4））をしたときは、以下の基準（§7.10(a））に従って審査した上で、訴えを却下しなければならない（§7.07(a)(2)）。すなわち、請求原因行為の法的性質に従って二つの類型に分け、

- （ ）注意義務違反（悪意かつ有責な法違反を除く）、および、他の経営判断の原則の適用がある義務の違反については、取締役会（委員会）の決定が経営判断の原則によって行なわれていること（§7.10(a)(1)）
- （ ）それ以外の公正取引義務違反、および、悪意かつ有責な法違反などの経営判断の原則の適用がない注意義務違反の場合は、裁判所が、取締役会（委員会）が、当該状況で十分な情報を得ており、かつ、訴えを却下することが会社の最善の利益に合致すると信頼のおける根拠に基づいて合理的に判断したと思量する<sup>192</sup>こと（§7.10(a)(2)）

である

この（ ）は、後記の責任制限制度における責任制限適用除外事由である「公正取引義務違反」（95頁）、「悪意かつ有責な法違反」（97頁）と同じ場合を規定しており、経営判断の適用がないどころか責任制限の適用もないような忠実義務違反、法違反の事案であっても、取締役会（委員会）の決定に合理性があり裁判所の厳密な審査に適合すれば、訴訟の却下は認められるのである。

裁判所は実体判断に立ち入ることができる（§7.10(a)(3)）が、却下が会社にとっても公平なものであるか否かについて、取締役会（委員会）が実際に行なった判断の合理性に焦点を当てて判断する。そのためにも、文書による報告（下記3(4)）の提出が必要とされている<sup>193</sup>。

<sup>189</sup> Zapata Corp. v. Maldonado, *supra* note186, at 788~89, Aronson v. Lewis *supra* note131, at 813

<sup>190</sup> Comment c to ALI Principles § 7.10, Vol.2, at 133~35

<sup>191</sup> アメリカの株主代表訴訟では株主は会社の対役員請求だけでなく、対第三者へ請求することも可能であり、その場合も取締役会は経営判断により株主による代表訴訟の却下を申し立てることができる（§7.07(a)(1)）が、ここではその検討に立ち入らない

<sup>192</sup> 取締役会（委員会）の決議の根拠に信頼がおけるかどうかは、当該事項が法律問題か事実問題か、および主に経営上の考慮が行なわれているかどうか、却下判断についての報告書上の理由の真実味、取締役会（委員会）の調査は十分であったか（事実が不詳のままになっていないか）、争訟対象となっている行為等への取締役会の関与の有無、就中、争点の性質（たとえば公平性について被告が証明責任を負うべき取引・行為であるかどうか）に応じて判断することとする（Comment e to ALI Principles § 7.10, Vol.2, at 140）

<sup>193</sup> Comment e to ALI Principles § 7.10, Vol.2, at 139. ただし、提出された報告書に記載された事実関係についての認定は、審理の先取り（mini-trial）となることを避けるために行わない（*id.* at 139~40）。Zapata Corp. v.

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

MBCA は、独立した取締役（委員会）<sup>194</sup>が合理的な調査のもとに、訴訟の継続が会社の利益に反すると誠実に決定した場合には代表訴訟は却下される（MBCA § 7.44(a),(b)）が、デラウェア法と同じく独立取締役が過半数存在するか否かの場合に分けて、代表訴訟却下要件を満たしているかどうかの証明（反証）責任をそれぞれ原告側、被告側に負わせることとしている（MBCA § 7.44(e)）。

### （イ）株主総会の判断による却下申立

裁判所はまた、代表訴訟の却下を求める株主総会決議案が下記3の基準に則って作成され、重要事項を開示した上で株主に提出され、これを利害関係のない株主が承認したとき（§ 7.11）も、訴えを却下しなければならない<sup>195</sup>（§ 7.07(a)(3)）。

### （ウ）訴えの却下が認められない場合

次の場合において、訴えの却下が被告による著しい不当な利益の保持を許容することになる場合には、裁判所は却下を認めてはならない（ただし保持する利益が些少であるときや返却したときは本条の適用はない<sup>196</sup>）（§ 7.10(b)）。すなわち、

- (1) 被告が単独で、若しくは同じ取引により著しい不当な利益を取得した他の者と累積して、会社の支配権を有している場合<sup>197</sup>（§ 7.10(b)(1)） または、

---

Maldonado, *supra* note 186, at 788 も同旨

<sup>194</sup> 出席独立取締役が取締役会の定足数を満たしその多数決による（MBCA § 7.44(b)(1)）（この場合は申立却下要件を満たしていないことの反証責任を原告が負う）か、出席独立取締役が取締役会の定足数を満たしていなくてもその独立取締役だけの多数決によって任命された2人もしくは3人の独立取締役で構成する委員会の多数決による（MBCA § 7.44(b)(2)）（この場合は却下要件を満たすことについての証明責任を被告側に負わせる）か、または独立取締役に代えて裁判所が任命した特別委員会の多数決でもよい（MBCA § 7.44(f)）（この場合は原告に反証責任がある）

<sup>195</sup> この制度は判例法上認められる取消し得る行為についての株主の追認権（筆者注：本章第2節参照）を規定化したものであるが、この制度そのものに該当する判例はない（Comment *a* to ALI Principles § 7.11, Vol.2, at 161）。株主は分散しており訴訟の過程における争点についての判断といった技術的な問題を情報を得て判断するにはあまりにも無縁な存在であるとの批判もあり得ようが、利害関係のない株主による承認であること（§ 7.11(c)）および却下によって会社財産の浪費（不当な対価による会社財産の処分や事業目的以外への金銭の消費）にならないこと（§ 7.11(d)）の2つの要件を課したことによりこの批判が緩和されると考える。このような問題があるにもかかわらずこの制度を設けることには次のような実務上の利点がある。すなわち、閉鎖会社では連邦委任状規制の適用がないことなど株主への働きかけが容易であること、この制度では裁判所は「会社財産の浪費の有無」についてだけ実体判断をすればよく、会社としても利用しやすい制度であること、被告が会社の支配権を有する者である場合には取締役会（委員会）による却下申立よりも使い安い制度であることなどである（Comment *c* to ALI Principles § 7.11, Vol.2, at 162）

<sup>196</sup> Comment *g* to ALI Principles § 7.10, Vol.2, at 149

<sup>197</sup> 会社支配権を有する者に対する訴えは訴訟委員会が却下することはできないとする判例とこれを可とする判例があり、ALI はその中間を取って、会社支配権を有する者が不当な利益を得ているときは却下できないこととした（Comment *g* to ALI Principles § 7.10, Vol.2, at 149~50）。支配権を有するとは25%以上の株式議決権を有することを言い、単にCEO であるだけでは反証がない限り支配権を有するとはみなさない（ALI Principles § 1.08, Comment *g* to ALI Principles § 7.10, Vol.2, at 151）。ALI Principles § 7.10(b)(1) の理論的根拠とするところは、取締役会が利益を得た被告によって支配されているときは適切かつ客観的な調査が行われると考え難いこと、そのような加害行為が繰り返される可能性が高く、たとえ訴訟によって回収される利益がその費用よりも下回る場合であっても会社経費の浪費にはならないことである（*id.* at 150）。株主は

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

(2) そのような利益の取得が、(A)または(B)に該当するとき(§7.10(b)(2))

(A) 悪意かつ重要な不実表示、不作為若しくはその他の詐欺の結果としてである

(B) 会社との取引、会社財産の利用ないし会社の非公開情報や会社の地位の利用に該当する取引によるもので、利害関係のない取締役(ないし取締役でない執行役の場合はその上司たる執行役)若しくは利害関係のない株主による、事前の承認ないし必要とされる追認がないものである

ただし裁判所が、取締役会ないし委員会から提出された特定理由に照らして、訴訟の係属により会社の被る損害見込の方が、却下することによる社会的悪影響を上回ると判断したときはこの限りではない。

この条項には、信認義務の核心部分の違反に対しては株主代表訴訟が必ずその抑止力となるとの信頼を維持しておくことが、株主にとっての長期的な利益に寄与するとの政策的考慮が基本にある<sup>198</sup>。それでも条文但し書きのように、却下しないことによる会社の損害の方が大きく、却下したことによる公共の利益(public interest)に与えるマイナスの影響と釣り合いが取れない場合は、やはり却下を認める。

なお、前掲 Zapata Corp. v. Maldonado 判決は、裁判所が、会社の最善の利益のほか法および公序の問題について考慮した結果、代表訴訟の却下を認めない場合があり得ることを示唆している<sup>199</sup>。しかし Zapata 判決は公序への配慮が具体的にどの程度なされるべきかは示していない。そして和解承認についてであるがデラウェアの比較的近時の Carlton v. TLC Beatrice<sup>200</sup>判決は、Zapata 基準に拠りつつも、基準に言う公序のみを理由として株主代表訴訟の継続を強制する(却下申立を認めない)とすれば、会社に訴訟のコストの負担を強いることとなり合衆国憲法違反の可能性もあるから、裁判所は、法的根拠なしにあるいは株主の利益にならないにもかかわらずそのような判断をすべきでなく、結論として和解案は合理的であるとして承認した。この判

---

当該会社以外へも投資をしており、当該個別銘柄においては訴訟コストが利益を上回るとしても支配的な者への代表訴訟が成功することが一般的な抑止力になることによる利益を享受する(Comment g to ALI Principles § 7.10, Vol.2, at 149)

<sup>198</sup> *id.* at 148

<sup>199</sup> 430 A. 2d 779, at 789 は、第2段階の審査は、「委員会がその独立性と誠実な決定を行ったとの健全な根拠を示してもなお、会社の却下申立が拒否される場合があり得ることを意味する。第2段階は、会社のとった手続が第1段階の基準に合致していても結果がその精神を満足せしめていない場合や、株主の請求が会社の利益という観点からさらなる考慮に値するにもかかわらず、これを会社の申立により未熟に終了させてしまう場合が起こるのを妨げることを意図するものであり、「衡平裁判所は、無益とは言えない訴訟については、却下による会社の利益をどのように貫くかについて慎重に衡量しなければならず」、「会社の最善の利益に加えて、法および公序の問題について特別な考慮を払うことが適切な場合がある」と述べている

<sup>200</sup> 1997 Del. Ch. LEXIS 86, at 8 & n4 (事実関係につき後掲脚注213 対応本文参照)は、Zapata 基準の第2段階審査は、概念として理解し難く原理的にこれを正当化するのは難しいものである。第一段階で独立性や誠実性において問題はないとしか言えない場合であっても、それにもかかわらず、却下を認めれば不合理であるとか言語道断であると裁判所が感じるような結果となってしまう場合を救済するために、第2段階の審査という手法が考案されたものであろうが、法の裏づけがあると株主の利益になるといった理由がないときには、裁判所はそのような判断をすべきではないとする

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

決や ALI の比較的限定的な要件から判断すると、訴えの却下申立が認められないのは、法的根拠があるか株主（会社）の利益になる場合か ALI の言う著しい不当な利得の保持の場合に限られることになる<sup>201</sup>。

### （2）和解案についての裁判所の承認基準

代表訴訟の和解は、当事者の判断だけでは成立せず、和解案の株主への通知と裁判所による承認を和解成立の有効要件とする。裁判所は和解を承認するかどうかをその裁量に基づいて判断することができるのであるが、以下にその裁量判断基準について見る。

株主代表訴訟は、弁護士が実質的な原告となって提訴し、早期に和解に持ち込んで多額の弁護士報酬を獲得しようとする傾向があり、会社がほとんど得るもののない和解がおこなわれるといった危険性があることについては、本項の冒頭において触れたとおりである。そのような危険性を回避するため、連邦民事訴訟規則、MBCA や各州制定法においてほぼ例外なく、代表訴訟の却下と同様に和解、任意取下げについても裁判所の承認を有効要件としている（ALI § 7.14(a)）<sup>202</sup>。そして、和解等が株主の利害に影響を与えないと裁判所が判断する場合を除いて、裁判所の承認に先立って、和解案を株主に（実務的に可能な範囲で個別に<sup>203</sup>）通知しなければならない（ALI § 7.14(c)）<sup>204</sup>。裁判所は、和解案を評価するに当たっては、特に会社が得る金銭的・非金銭的利益に重点を置いて考慮しなければならないが、比較衡量を行った結果会社の利益が承認に値するものであると判断し、かつ、和解が公序に合致するときは承認を与えなければならない（ALI § 7.14(b)）。

事実審裁判所は専らその裁量により和解を承認するか否認するかを決定する。裁量判断の一般的な基準は、和解が公平かつ合理的なものであり、和解によって影響を受ける当事者の最善の利益に合致するかどうかである。そして和解案がこの基準に合致するものであることの証明責任を提案者に負わせるとするのが、アメリカで一致した連邦および州の先例的判決となって

<sup>201</sup> 釜田・前掲論文（脚注 162）は、学説、連邦・州の判例、ALI 提言の試案から確定版までつづさに検討し、結論として訴訟終了が公序によって明らかに制限されるのは、訴訟で問題とされている条項に訴訟終了の禁止が書かれている場合と、被告が不当な利得を保持している場合のみであるとする（同(3・完) 418 頁）

<sup>202</sup> e.g. Rule 23.1 of Federal Rules of Civil Procedure, MBCA § 7.45, NYBCL § 626(d). アメリカの和解の制度については、竹内昭夫『会社法の理論』267~72 頁（有斐閣、1990）に詳しく述べられている。また、ALI Principles § 7.14 の裁判所による和解承認制度については、前田雅弘「第 編救済・代表訴訟の和解と弁護士費用」・『証券取引法研究会・コーポレート・ガバナンス』236 頁以下に詳しく説明されている

<sup>203</sup> 株主名簿記載の全株主への通知が一般的慣行であるが、通知に代えて公告することも不可とは言えないが擬制的過ぎて適切ではない。学説によっては無作為に選んだ株主にのみ通知するのが経済原理に合うとか、少株主は和解内容に異論を唱える経済的利害が小さいのだから一定金額以上の株式保有者に限定すべきとする説もあるが、一定の方式でなければならないということではなく、基本的には裁判所の裁量判断に従うものである（ALI Principles § 7.14, Reporter's Note 8）。通知が例外的に不要とされる例として、通知に要するコスト（\$10,000 超）が原告の請求額（\$50,000）と和解提案額（\$40,000）の差額を上回るケースが挙げられている（Comment c to § 7.14 § 7.14, Illustrations 2. Vol.2, at 187）

<sup>204</sup> 通知を受けた株主は、和解案に反対のときは合理的な準備期間を与えられたうえで審理に参加して異議を申し立てることができる（§ 7.14 § 7.14(c)二文）。ディスカヴァリーも認められる。異議がどの程度認められるかは基本的に裁判所の健全なる裁量に委される（Comment c to ALI Principles § 7.14, Vol. 2, at 186）

いる<sup>205</sup>。

具体的な裁判所の判断基準として ALI は判例をもとに次のようなものを挙げている。

(ア) 押しなべて重視されるべきは、和解案に提示される金額の妥当性である。その審理の仕方も重要である。和解の審理は本案審理となつてはならないが、裁判所は、和解金額と判決見込み額との比較計算を正確に行うために必要な事実関係を探求しなければならない<sup>206</sup>。そのための記録資料が十分でないときは和解案を否認することもある<sup>207</sup>。和解案と判決見込み額の比較においては、本案審理となった場合のリスクおよび結審時での判決見込み額の現在価値への割引の要素を勘案しなければならない<sup>208</sup>。

(イ) 会社が有害あるいは不経済であるとする訴訟を終了させることの価値をどう判断するかについては問題なしとしない。このような要素を採り上げれば必然的に金銭的な回復が軽視され、馴合い和解を助長することになってしまう。もし会社が和解しようとする代表訴訟について無益訴訟あるいは有害訴訟であるとするなら、原告との合意に基づく和解においてではなく、会社の最善の利益に反するとする却下申立や原告の同意のない和解 (§ 7.15) の手続により解決を図るべきである (その場合も必要に応じて相当額の弁護士費用を認める必要があるが)。In re Pittsburgh & L. E. R.<sup>209</sup>は、和解による会社の主たる利益がさらなる費用と不都合を回避することであるとするような和解を否認したが、妥当な判決であった。訴訟の継続が会社の損害となることを理由として和解を承認すれば、無益・迷惑訴訟を招きやすくする。訴訟の却下費用よりもコストが安いとの理由で和解が容易に行われると、正に本訴に持ち込んだ上で和解をすることによって報酬獲得を狙う原告弁護士の望むところとなるからである<sup>210</sup>。

(ウ) 非金銭的利益を考慮することは禁じられてはいないが、和解においてならではの実質的に意義のある是正措置 (corrective measures) であるべきことに留意を要する。たとえば、独立監査委員会、指名委員会の設置、自己取引に関与した役員解任などである。しかし是正措置なるものが和解の価値を水脹れさせて、弁護士報酬の吊り上げを正当化する役目を果たすことがままあるが、裁判所は、弁護士報酬の算定においても和解の承認にあたっては、かかる非金銭的措置の価値というものについては注意深く判断する必要がある。

(エ) 和解案は利害関係のない取締役が承認するのが通常であり、そのことを考慮に入れることは差支えなく、逆に、利害関係のある取締役が承認した場合は和解案を否認する要素ともなりかねない。しかし利害関係のない取締役が承認したことをもって、公平性・合理性の推定 (presumption) としてはならない。和解案が公平かつ合理的であることの証明責任を、和解提案

---

<sup>205</sup> *id.* at 184~85

<sup>206</sup> In Re Traffic Executive Asso.--Eastern Railroads, 627 F.2d 631, 633 (2d Cir. 1974)

<sup>207</sup> Krasner v. Dreyfus Corp., 500 F. Supp. 36(S.D.N.Y. 1980)

<sup>208</sup> Desimone v. Industrial Bio-Test Laboratories, Inc., 83 F.R.D. 615, 619 (S.D.N.Y. 1979)

<sup>209</sup> 543 F.2d 1058, 1073 n6 (3d Cir. 1976)

<sup>210</sup> Comment *e* to § 7.14, Vol. 2, at 189

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

者に課した判例準則を軽視することになるからである。裁判所は、株主代表訴訟却下申立の是非を審査するときと同様に、独立取締役の判断が信頼できるものであるかどうか、その根拠にまで踏み込んで判断しなければならない<sup>211</sup>

(オ)原告の同意のない被告・会社間の和解についても、裁判所の承認基準は和解内容の妥当性を承認するものであるから、以上と基本的に異なるところはない<sup>212</sup>。

デラウェアの Carlton v. TLC Beatrice<sup>213</sup>事件は、死亡した前 CEO に対して支払った報酬・経費等についての取締役会の承認は信託義務に違反するものであるとして、株主が取締役等を訴えた代表訴訟において、原告の同意のない和解案に裁判所が承認を与えた事案である。1年以上にわたるディスカヴァリーや論戦の後、取締役会は社外取締役を2名(前陸軍長官および前連邦判事、CIA長官)増員して特別訴訟委員会を構成し、問題となっている事項を調査し訴訟に対して会社のとるべき最善の行為を決定する権限を委譲した。委員会は、5か月以上かけて報酬問題の専門家と弁護士との支援の下に多岐にわたる膨大な調査・検討を行なった結果、和解案を作成し、主たる被告(前CEOの相続財団)と交渉し同意に至ったが、原告はこれに反対した。和解金額は、請求額22百万ドルに対して法律関係、事実関係、訴訟(請求原因が11ありそれぞれにつき)の成功の可能性を検討して算定し15百万ドルとし、これに支払までの金利を加算し、早期決着による訴訟費用軽減見込額を減ずるものであった。判旨はまず、裁判所の役割は争点事項の事実関係や権利関係について実体的認定を行うことではなく、裁判所に提出された攻撃・防御を支えるディスカヴァリー記録上の事実関係に照らして、和解案が公平かつ合理的なものかどうかを決定することであり、その審査は前掲 Zapata 判決に示された却下申立についての2段階審査の基準に則って行なうとする。そして、委員会と顧問弁護士は誠実に調査および交渉を行っており、和解案は情報に基づいて作成され、金額の算定基礎が明示されており、和解案は問題を合理的に解決しているとする。次に Zapata 基準に言う第2ステップに関しては、確かに原告による会社のためにする主張には強力に思われる点もいくつかあるが、だからといって和解案が的外れなものと言うことにはならず、会社の権利放棄に関する部分には確たる考慮が払われたものであり、裁判官自身の経営判断としては、合理的な妥協案を示したものと言わざるを得ないとした。

### 3 取締役会ないし委員会の判断・手続の基準

取締役・執行役に対する代表訴訟の却下申立のため、および株主総会に提出する代表訴訟の却下を求める決議案の作成のためには、取締役会または委員会は、次の手続基準に則って、代表訴訟の審査および評価を行わなければならない(§7.09(a))。

(1) 取締役会または委員会が2人以上の利害関係を有しない取締役だけで構成され、全体

<sup>211</sup> *id.* at 190

<sup>212</sup> Comment *d* to § 7.15, Vol.2, at 200

<sup>213</sup> 1997 Del. Ch. LEXIS 86

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

として客観的判断ができるものであること

- (2) 必要に応じて弁護士などの助言を得ていること
- (3) 十分な情報を得た上で決定が行われたこと、および
- (4) 裁判所が判断するために必要な事項を記載した報告書等の書面を裁判所に提出すること

裁判所の承認の下に、原告の同意なしに、被告取締役・執行役等と和解しあるいは責任を免除する場合（上の1（5））にも、取締役会や委員会の判断については、(1)、(3)および(4)の手続基準が適用される<sup>214</sup>（§ 7.15(a)(1)）。また、(2)についても、社内・外の通常の顧問弁護士でもいいからこれらを利用すれば、言うまでもなく判断の正当性がより強化される<sup>215</sup>。

---

<sup>214</sup> Comment *d* to § 7.15, Vol.2, at 200

<sup>215</sup> *id.* at 201

## 第5節 責任制限制度立法

### 第1項 責任制限制度導入以前における論議

#### 1 取締役に対する過失責任追及の状況

(1) 1970年代までのアメリカにおいては、一般産業界の取締役の注意義務違反による賠償責任を認定した判例は極めて僅かである<sup>216</sup>。尤も銀行やローン・カンパニー等金融業務を行う会社の取締役については、責任が認定された事例は少なくない。銀行は預金の受託者であり、一般の会社の取締役よりも重い注意義務基準に服しているとされる<sup>217</sup>。しかしながら連邦預金保険機構ができて以降は、銀行も単なる預金受け入れにとどまらず広範に業務展開をしている会社もあり、一方一般産業に属する企業も金融業務を併せ行っていることも多いので、銀行や金融業という名称の有無によって区分する意味は乏しい<sup>218</sup>。

しかし原告勝訴判例が少ないからといって、取締役の行動がコモンローや制定法に言う基準に適合していることにはならず、単なる注意義務違反を問う裁判は、判決に至る前の和解により解決するケースが多いのであり、和解を含めた注意義務違反による賠償金支払いのケースは実質的には多いとされる<sup>219</sup>。

<sup>216</sup> Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2, 6 (N.Y.Sup. 1944) (傍論で「取締役が詐欺、不適當な動機、個人的利益などがない場合に、過失で責任を認定されるのは、極めて異常なことである」と述べた) Bishop, *supra* note 60, at 1099 (過失による責任認定事例を探すのは「干草の中の針を探す」ようなものである)。

Bishop によれば次の4件しかない。Clayton v. Farish, 73 N.Y.S.2d 727 (N.Y.Sup. 1947), New York Credit Men's Adjustment Bureau v. Weiss, 305 N.Y. 1(N.Y. 1953), Syracuse Television, Inc., v. Channel 9, Syracuse, 273 N.Y.S.2d 16 (N.Y.Sup. 1966), Selheimer, v. Manganese Corporation of America, 423 Pa. 563 (Pa. 1966)。ただしこの4件とも、裁判所は自己取引違反の疑いがあると見ているものの、それが明確に立証されていないために注意義務違反により責任を認定したものと見られる (Coffee and Schwarz, *infra* note 221, 317 n302)。その後のALIの調査で、これ以外に次の3件が挙げられる。Depinto v. Provident Security Life Insur. Co., 374 F.2d 37 (9th Cir.), cert. denied, 839 U.S. 822 (1967), Heit v. Bixby, 276 F.Supp 217 (E.D.Mo. 1967), Hoye v. Meek 795\_F2d\_893 (10th Cir. 1986) (銀行取締役に対する賠償命令)。

この7件はいずれも、注意義務違反のかなり程度のひどい(egregious)ものである (ALI Principles § 4.01, Reporter's Note 17, Vol.1, at 160)。たとえば Selheimer 事件を見ると、被告取締役兼執行役は新工場建設の名目で株式市場から集めた資金を流用して、鉄道引込線も製品貯蔵スペースもない旧工場に、仲介者を介してあるいは必要な承認を得ないで被告自らの子会社から設備を買うなどの投資を行い、あるいは、承認されていない役員報酬を自らに支払ったりして、設立後2年経たないうちに会社を倒産に至らしめた。判決はこれを、会社財産の浪費 (to waste and dissipate corporation's asset) であり、会社および株主に損害をもたらす過失を構成し、制定法ないしコモンローにいう注意義務違反であるとして、直接の因果関係のある損害につき賠償責任を命じた (423 Pa. 563, at 584)。

<sup>217</sup> Fletcher Cyc Corp § 1035 at 34 (1986 Rev) (株主に対しては、悪意や詐欺的な行為が責任基準となるが、預金者に対しては通常の注意義務基準が守られたかが基準となる)。

<sup>218</sup> ALI Principles § 4.01, Reporter's Note 18, Vol.1, at 160

<sup>219</sup> Stuart R. Cohn, *Demise of the Director's Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions Through the Business Judgment Rule*, 62 Tex. L. Rev. 591, 600 (1983)。Coffee, *supra* note 110, at 796 によれば、ほとんどの州会社法では最終判決で負けると訴訟費用の補償を受けられなくなるから (脚注 41 および対応する本文記述

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

(2) Conard 教授は、取締役の注意義務違反による損害額は、会社の事業展開における判断の誤りであるから、もし認定されれば容易に天文学的に巨額なものとなりうるものであり、一方、取締役は多くの場合、報酬として数千ドル程度しか得ていないので、コスト(賠償金)と報酬とは不釣り合いなものとなると述べる。そして合理的な者であれば、そのような潜在的リスクのある取締役の地位に、無定見には就かないと考えるのが普通であると言う<sup>220</sup>。

裁判所は、企業の有能な取締役の人材確保の必要性を考慮して、不誠実や詐欺あるいは利害相反がない限り、単なる過失(negligence)に対しては多額の損害賠償を課さないことが多い<sup>221</sup>。たとえば Smith v. Brown-Borhek Co<sup>222</sup>判決において、裁判所は、経営判断の原則を適用して被告の責任を認めなかった。その傍論において、不法行為法における過失責任基準が取締役に適用されるとしたら、有能で経験ある人材を取締役として確保することは極めて困難となる<sup>223</sup>と述べている。ただし Brown-Borhek 判決には反対意見<sup>224</sup>がついており、被告は経営判断の原則の適用の前提となる経営の決定を行なっておらず、経営ないしその監督の義務を放棄したに過ぎないとの指摘がある。Cohn は反対意見を支持し、この事案への経営判断の原則の適用には無理があり、取締役が注意義務をどの程度尽くしたかを裁判所が判断することが、取締役の人材確保を困難にすると言うのは行き過ぎであるとする<sup>225</sup>。しかし、多額の賠償を命じることができない以上、このような裁判傾向もやむをえないとも言う<sup>226</sup>。

---

参照)、取締役が負けそうな訴訟は和解に持ち込まれることが多く、逆に取締役に有利な訴訟は審理前の段階で棄却されこれが公表記録に残ることにもなる

<sup>220</sup> Alfred Conard, *A Behavioral Analysis of Directors' Liability for Negligence*, 1972 Duke L.J. 895, 899 (1972)

<sup>221</sup> John C. Coffee and Donald E. Schwarz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 81 Colum. L. Rev. 261, 317 (1981)

<sup>222</sup> 414 Pa. 325, 200 A2d 398 (Pa. 1964) (事案の概要につき脚注 20 対応本文参照)

<sup>223</sup> 414 Pa. 325, 333. 他に、Hun v. Cary, 82 N.Y. 65, 70~71 (1880)(もしそのような注意義務基準が求められるならその任務を担おうとする信託受託者を探すのは難しい)、Joy v. North, 692 F.2d 880, 885~86 (2d Cir.1982)(賠償責任の威圧感から過度に用心深い経営意思決定になりかねない) など

<sup>224</sup> 414 Pa. 325, at 339, Dissent by Cohen, J.

<sup>225</sup> Cohn, *supra* note 219, at 599~600

<sup>226</sup> *id.* at 607~08. Cohn は、裁判所が責任を課すことに消極的である理由として、ほかに、直接の行為者ではなく判断のための情報を執行役や第三者に依存せざるを得ない立場にある取締役に不法行為法の損害賠償責任を負わせるのは適当でないこと、単なる過失事案に巨額の責任を課すことは適当でないこと、取締役の責任事例における、損害と過失との因果関係および損害額の証明が困難であることをあげる。損害の全体額は分かるが、どの部分が取締役の責任であるかを原告が証明しなかったとして一部のみを課した例(Bellis v. Thal, 373 F.Supp. 120 (E.D. Pa. 1974), *aff'd mem.*, 510 F.2d 969 (3d Cir. 1975))や、損害額を認定できないとして却下した例(Barnes v. Andrews, 298 F. 614, 618(S.D.N.Y. 1924))もある(Cohn, *supra* note 219, at 629~30)。

Kenneth E. Scott, *Corporation and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 Stan. L. Rev. 927, 932~33 (1983)は、取締役や執行役の負う注意義務は、時間をかけて注意を払うこと(the time and attention)と、技能および判断(the skill and judgment)の2つの要素に分かれるが、については注意を払う程度の差異と損害額の差異との因果関係の証明は困難であること、については経営判断の原則によって、実際問題として責任を課されることはないとする

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

### 2 注意義務の活性化と賠償額上限設定の提言

#### (1) 注意基準による違反抑止力の活性化

注意義務責任基準が事実上機能していないことは妥当ではないとして、その活性化策が必要であるとする学説が唱えられる<sup>227</sup>。すなわち、過失を請求原因とする訴訟を、取締役や執行役に妥当な経営判断を行わせるためのコントロール手段として活かす必要があるとするものである<sup>228</sup>。

それにはまず、注意義務違反に対してきちんと賠償責任を認定しなければならないが、その無形の障害となっているのが、取締役の行為の有責度(culpability)に比して賠償金の額が不相応に大きいことである。このため、裁判官や陪審が法の適用を拒絶して、責任なしとしてしまう可能性があるから、この障害を取り除かなければならない<sup>229</sup>。

#### (2) 賠償上限額の設定

(ア)その方法として、Conard や Coffee & Schwartz は、注意義務違反による場合に限り、会社役員に対する賠償金額に、当該役員個人の財政事情に合わせた上限を設定することが必要であるとする<sup>230</sup>。

この場合、注意義務違反責任を問う株主代表訴訟の目的は、会社が蒙った損害を回復すること(compensation)というよりも、取締役や執行役が会社に対して負う注意義務の履行を強制し、それに違反した場合に制裁を課するための主要な手段という意味での抑止(deterrence)であると割り切っている<sup>231</sup>。

この段階では、賠償額に上限を設けるためには、新たな制定法が必要となると考えられている<sup>232</sup>。なぜなら、コモンロー(不法行為法)によっては、因果関係のある損害は全額賠償しかなく、取締役の過失により生じた責任の一部のみの賠償を命ずることはできないからである。ただし、後のALIの提言では、制定法がなくとも、信託法や代理法の受託者(代理人)の責任を契約により免除することが可能であることの類推により、その内容が公序による制約を逸脱

<sup>227</sup> Bishop, *supra* note 60, at 1093 (取締役の重過失責任の被害者すなわち会社に対する賠償というよりも違反行為抑止の方が重要と考えるが、抑止の唯一の手段は民事責任追及に対する脅威である)、Conard, *supra* note 220, at 912, Cohn, *supra* note 219, at 601

<sup>228</sup> Cohnによれば、経営上の過失問題のコントロール手段としては、訴訟以外には、株主による解任と、敵対的企業買収の脅威が理論的に有効とされるが、については、少数分散株主が取締役解任権発動のため結集するというのは非現実的であり、機関投資家もそのような問題を処理する経済的能力がなくかつその旗振りをした事例もない。についても、経営者の支配度合いが強かったり、敵対的買収対策が採用されたり、あるいは買収対象としての価値が乏しい場合にはその実効性に問題がある(Cohn, *supra* note 219, at 601 ~ 02)

<sup>229</sup> Coffee and Schwarz, *supra* note 221, at 317

<sup>230</sup> Conard, *supra* note 220, at 913, Coffee and Schwarz, *supra* note 221, at 317. Cohn, *supra* note 219, at 628 も、取締役は自ら経営活動をするのではなく執行役やその他の第三者の提供する情報により判断しており、誠実に行動していることを前提に、個人的利益を得ようとして行動していないといえるから、取締役の損害賠償に不法行為法による責任を課すべきでないとする

<sup>231</sup> Coffee and Schwarz, *supra* note 221, at 302~09

<sup>232</sup> Conard, *supra* note 220, at 914, Coffee and Schwarz, *supra* note 221, at 309 & 317

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

したものでなければ、定款自治の範囲内にあるものとして定款（契約）に責任制限規定を設けること（コモンローからの逸脱）は可能であると解釈するにいたっている<sup>233</sup>。

（イ）上限額としては、Conard は、思慮ある人間が喜んでリスクを取ることができる程度の額でなければならず、当該取締役の報酬の1年程度（税引き後）が、社外取締役にとっても社内取締役にとっても妥当であるとする<sup>234</sup>。

Coffee & Schwartz も、連邦証券法の立法例<sup>235</sup>を参考にして、同様に所得・報酬額を基準とした制度<sup>236</sup>を提案する。上限設定の基準に報酬額を用いることは、過失を犯したことにより、取締役としての仕事をしなかったことになると考え、その場合、賠償額の支払いが受け取った報酬の返却に該当するから、合理性があるとする<sup>237</sup>。

さらに Coffee & Schwartz は、代表訴訟の和解にあたっては、賠償額の下限設定も必要と考える。被告取締役が有責の場合には、少なくとも原告側の弁護士費用に相当する額の和解金（下限額）を支払わせることを、裁判所が和解を承認する際の条件とする。これにより、慣れ合い和解を防止するとともに、義務違反抑止力を確保することもできる。もし取締役が責任はあるが和解金は支払わないような和解をしたとしても、原告側の弁護士報酬は認められ、これを会社が負担するとなると、取締役はなんら痛みを感じない和解となってしまうからである<sup>238</sup>。この和解金額の規制については第4節に見た「和解案についての裁判所の承認基準」（45頁）に反映されている。

### （3） 補償や D&O 保険による取締役保護の経済的不合理性

ここで、取締役を保護する手段として従来から補償や D&O 保険があり、これらによって問題を解決すればよいとの議論もあり得ることに対して、Conard は、これらの制度は、構造的にコストパフォーマンスが低いものであり、そのために株主（会社）にとってむしろ有害なものとなると強調する。

まず、補償制度について見ると、仮に会社に対する賠償金についても補償を認めることとすれば、取締役から賠償として受け取った額を補償の形で取締役に支払うという循環となり、多額の訴訟費用を負担する分だけ企業の持ち出しとなる<sup>239</sup>。

<sup>233</sup> 後記第7節第1項1（88頁）参照

<sup>234</sup> Conard, *supra* note 220, at 913~14

<sup>235</sup> ALI, Fed. Sec. Code § 1708(c)(2)（会社情報の発表における重要な間違いなどに適用される個人に対する賠償責任の制限）

<sup>236</sup> Coffee and Schwarz, *supra* note 221, at 318 & 334、取締役の資力や有責性、違反行為への関与度の差異に応じ、その者の陪審評決前5年間の年間所得総額の最も高い額、または、その者が受け取った取締役報酬総額の高い方を上限額とし、さらに、裁判所がその額がなおその者の過失の非難可能性に比して不均衡に高いと考える場合は、またはの額の低い方を下回らない額にまで減額することができる

<sup>237</sup> *id.* at 318

<sup>238</sup> *id.* at 319. このような上限・下限設定の考え方は、最近の刑事法改正における、制裁は公平かつ確実にすなわち厳罰は避けつつも制裁逃れを減ずるものでなければならないという考え方に通ずるものである(*id.*, at 327)

<sup>239</sup> Conard, *supra* note 220, at 911

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

保険制度について言えば、保険料は全額を会社が支払っており、これはすなわち株主負担(倒産すれば会社債権者負担)ということになる<sup>240</sup>。D&O 保険に加入している企業全体でみると、企業が払い込んだ保険料の合計額から保険会社の保険の募集、管理費等に充当するための付加保険料(“retained premium”)を控除した残りの額(Conard は約 50%と見る)が保険給付額(殆どが和解金の形)に回るが、さらにこれから原告弁護士費用(保険給付額 = 賠償金、和解金の 20%)が支払われ、会社(株主)の手元にはわずか 40%程度しか保険給付金として還って来ない計算である<sup>241</sup>。

また、保険の損害再配分(loss redistribution)メカニズムにより、損害をこうむった会社(株主)の損害を、保険料を支払う全企業(の株主)が負担することになるが、ここには、交通事故の被害者への補償の場合に典型的に見られるような、損害の再配分理論を支える社会的利益があるとは必ずしも言えない(多額のコスト構造から、社会的利益ではなくむしろ社会的損失になっているのではないか)<sup>242</sup>。

さらには、補償や保険という事後的な保護制度によっては、いったん提訴されてしまえば、応訴のための時間や風評、心理的な平穩までをカバーするわけもない。あまつさえ、取締役個人が最終的に負担するのではなく、補償や D&O 保険という後ろ盾があることが分かれば、陪審や裁判官はより多額の賠償金を認めやすくなり、これが原告弁護人を代表訴訟によりいっそう駆り立てることにもなる<sup>243</sup>。

Conard はこのような無駄を解消するため、まず D&O 保険制度を廃止すべきであるとする。その上で、取締役の保護と注意基準の抑止力を活性化するために、責任制限制度を導入する必要があるとする<sup>244</sup>。

### (4) エクイティーによる救済とコモンローによる賠償の併用

このような提言に対して Cohn は、賠償責任の上限額設定が、注意義務規定の活性化に有効な方法であるとの認識は共有するが、実際に上限を設定する法の制定は困難であるとみる。それは、上限設定をすることにより、賠償額が合理的なものとなれば却って裁判所は賠償を課しやすく、その結果株主代表訴訟の成功事例が増えることになる。「底辺への競争」に走る各州立法当局がそのような法改正を行うことは、現実問題として期待し難いと考え<sup>245</sup>。

そこで、法改正を要しない現行の制定法ないし法制度の範囲内で実行可能なものとして、裁判所による衡平法上の救済手続きの拡充を主張する。衡平法によれば、裁判所は、コモンローのような原告勝訴(全額賠償)か訴えの却下しかないオール・オア・ナッシングを避け、状況に応じたエクイティーによる特別の救済(Remedies)を創出することにより、全当事者の利害

<sup>240</sup> *id.* at 909

<sup>241</sup> *ibid.*

<sup>242</sup> Conard, *supra* note 220, at 911

<sup>243</sup> *id.* at 903

<sup>244</sup> *id.* at 913

<sup>245</sup> Cohn, *supra* note 219, at 631~32. 後記脚注 269 も参照 (Kennedy も上限規定の成立は困難であるとする)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

をすべてとはいかないが、少なくとも部分的には保護することができる<sup>246</sup>。

具体的には、取締役会への株主代表者の派遣、取締役会の株主代表および裁判所への直接報告義務、合併、公開買付などの重要問題については株主のための特別顧問を会社の費用での採用、本来取締役会権限に属する事項の株主による承認などが考えられる<sup>247</sup>。

しかしエクイティー救済のみでは取締役の任務懈怠を阻止する効果が乏しいので、コモナーによる損害賠償も併せて課せば<sup>248</sup>、完全かつ効果的な救済と抑止効果を確保できる。ここで損害賠償といっても、原告の求める会社に発生した全損害ではなく、たとえば、経営判断の過程で費消した費用としてコンサルタントや弁護士等に支払った報酬は、取締役が適切な熟慮判断を欠いたために無駄となったので、その全部または一部を過失の程度や状況に応じて、会社の損害として賠償を命じるというものである<sup>249</sup>。この衡平法による救済プラス限定的な金銭賠償の方法によって、かなりの効果を発揮するものと思われるが、大きな損害を伴った事案では株主にとって完全な救済にならないことは確かである。しかしこの点については、有能な人材を確保し、取締役に合理的なリスクテイキングを督励することが社会的利益(society's interest)であり、その社会的利益と注意義務違反に対し制裁を課すこととの、利益衡量と考えるべきであると<sup>250</sup>。

### 3 ALIの提言試案とこれをめぐる議論

ALIは1982年に、コーポレート・ガバナンスに関する提言の試案を発表した。その中で、故意の法違反や無謀な行為で被告が会社に害を及ぼすことを主観的に認識していた場合などを適用除外事由として、注意義務違反による損害賠償責任を、一定金額ないし取締役報酬に比例する額を上限として制限する制度の提言を行った<sup>251</sup>。

この賠償額に上限を設定する考え方に対して、これを支持する見解<sup>252</sup>もあるが、批判も強く、

---

<sup>246</sup> *id.* at 632

<sup>247</sup> これらのうちには制定法の会社機関間の権限配分規定に反するものがあり、衡平法による救済が及ばないとの反論もあり得ようが、Cohnとしては、衡平法には、効果的な解決策を提供するという伝統的かつ否定しがたい役割があり、制定法の役割は取締役会の効果的な行為を助長することであって、これを遮蔽することではないことという2つの命題によって解決できるはずであると考えている(Cohn, *supra* note 219, at 634, n 231)

<sup>248</sup> Restatement, Second, Torts, § 951(a) (1971)(差止に加えてまたはその代わりに損害賠償を命じる判決をすることができる)

<sup>249</sup> Cohn, *supra* note 219, at 636. Mills v. Electric Auto-Life Co., 396 U.S. 375 (1970) (委任状違反を認定したがこれの損害賠償は認めず、原告が会社のために貢献したことに報いるために弁護士費用の賠償を認めた)

<sup>250</sup> *id.* at 637~38

<sup>251</sup> ALI, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE AND STRUCTURE: RESTATEMENT AND RECOMMENDATIONS § 7.06 (Tent. Draft No. 1, 1982). ALIの提言は、試案、議論のためのたたき台などの形をとってNo.11まで提出され、1992年に最終的に「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と提言(PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE AND STRUCTURE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS)」として確定する

<sup>252</sup> Tamar Frankel, *American Law Institute's Corporate Governance Project: Duty Of Care: Corporate Directors' Duty of Care: The American Law Institute's Project on Corporate Governance*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 705 (1984), Thomas C. Lee, *Limiting Corporate Director's Liability: Delaware's Section 102(b)(7) and the Erosion of the*

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

批判の概略を以下に見ておく。

### (1) 市場の力による規制説

(ア) ひとつの際立った批判は、取締役の行為規範を注意義務規定に求めるべきではなく、市場の力に依存しこれによる取締役の行為是正に期待すべきであるから、賠償責任に上限を設定しても意味がないばかりか、注意義務規定そのものを廃止すべきであるとするものである<sup>253</sup>(この章では端的に「市場の力による規制説」と呼ぶ)。

この説によれば、注意義務違反を追及する訴訟(あるいは賠償を認定されるかもしれないという脅威感)の役割・重要性は乏しい<sup>254</sup>。現に実際の判例において、会社の蒙った損害を回復する機能はおろか、取締役をして注意深い経営判断を行わせるという機能も殆ど果たしていない。そして、もし実際に責任が認定される可能性が高ければ、取締役は経営上必要なリスクを取ることに消極的になり、かつ、コストと時間を掛けた経営判断のための手続を踏むことになるが、これは株主の利益になるとはとても言えない<sup>255</sup>。

注意義務違反の損害賠償制度によらなくても、商品および証券市場(the product and securities

---

*Director's Duty of Care*, 136 U. Pa. L. Rev. 239 (1987), Note (by R. Link Newcomb), *The Limitation of Directors' Liability: A Proposal for Legislative Reform*, 66 Tex. L. Rev. 411 (1987)

<sup>253</sup> Scott, *supra* note 226. いわゆる「法と経済学」の立場から、Daniel R. Fischel, *The Corporate Governance Movement*, 35 Vand. L. Rev. 1259 (1982), Daniel R. Fischel and Michael Bradley, *The Role of Liability Rules and The Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis*, 71 Cornell L. Rev. 261 (1986)などが、取締役の行為は市場の力によって効果的に規制され得ることを説く。

Fischel は、株主は代理人(すなわち経営者)に対して株主の利益の最大化を望み、一方経営者は利益をあげても全部は自己のものにはならないし、事業が失敗しても自分は損失を全部は蒙らないため、自分が本人である場合ほどは献身的に働こうとはしない上に、仕事への投入時間を減らすことや報酬の余禄を望むのが一般的である。この株主と経営者の利害の分岐(divergence of interest)から生じるコスト(agency cost)を削減するためには、独立取締役や監査人による経営者の監視、これを補完するものとして法による信認義務、市場の力、株主の利益を最大化させるための経営者に対するインセンティブ制度などの組み合わせが有効であるとする(Fischel, at 1262~63)。そして、市場による規制は不十分だから信認義務による規制を強化すべきだとする説に対しては、むしろ信認義務による規制の方が不完全な場合が殆どである上に、規制を強化するコストがそれによって得られる利益を上回るから間違いであると反論する(*id* at 1272)。たとえば、社外取締役制の充実について、学説、経済界挙げてコーポレート・ガバナンスに有効であると説くが、直接的には報酬コストが必要であることもさることながら、会社の実態や専門性が分かっていない社外者には、合併問題への的確な対応や経営者の監視(評価・更迭)はできず、社内者の言いなりになるしかないと考えるのが妥当であり、このことは間接的に大きなコストとなるとする(*ibid.*)

<sup>254</sup> Scott, *supra* note 226, at 936. Fischel and Bradley, *supra* note 253, at 262~63.

Note (by Samuel Bjerre), *Evaluating The New Director Exculpation Statutes*, 73 Cornell L. Rev. 786, 801~06 (1988)は、注意義務による規制は、次のようなコストがかかり、総体として agency cost が高くつくことになるとする。すなわち、( )注意義務基準はその具体的内容があいまいであり(たとえば「通常の合理的な者が同様の状況の下で...」の具体的な意味は曖昧さがつきまとう)、裁判に当たってケースバイケースで判断されることから、取締役は自分の行動が適切であったかどうかは訴えられてみないとわからないともいえるし、裁判所が後知恵で責任の有無を判断する可能性が高いことから、経営上必要なリスクテイクに消極的になるが、このことは計り知れない大きなコストであり、必要以上に専門家の見解を求め、経営判断の手続に無駄な時間と金をかけさせる、( )取締役としての有能な人材の確保が困難になるといったコストである

<sup>255</sup> Scott, *supra* note 226, at 936. Fischel, *supra* note 253, at 1289~91

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

market)、および、経営者市場(the market for corporate control, the managerial labor market)といった市場の力や、業績比例報酬制度が、経営者への圧力ないしインセンティブになる。すなわち、経営成績の悪い会社は株価が低く、資本調達コストは上がりこれが製品コストを高め、あるいは経営者は合併、公開買付、委任状競争などにより交代を求められる。逆に製品がよく売れて利益が上がれば、株主だけでなく経営者もストックオプション等で報われるといったことが、経営者が適切な注意深い経営判断を行うインセンティブになる。取締役会は、自己の取締役あるいは経営専門家としての評判を維持し、かつ会社の株式の価値を高めるために、経営者に対する監視機能を発揮し、必要に応じて経営者を交代させもする。尤も、社外取締役が経営者交代は必要ないと思いつくこともあり、社内取締役にはトップ経営者の支配力が強く経営者を更迭する力がないような場合もありうるが、このようなときにこそ市場の力がバックネットの役割を果たすのである<sup>256</sup>。

一方、注意義務基準を廃止する(Scott教授は、注意義務違反責任についての代表訴訟の廃止も主張する)ことによって、失われるものは殆どなく、むしろ訴訟費用、D&O保険料、不必要な訴訟防御用資料の蓄積が不要となるのみならず、リスク回避的経営判断もなくなる効用があるし、会社法における規制の明確化、簡素化につながる<sup>257</sup>。

市場の力による規制説と注意基準による規制説は、相互にそれだけでは規制が不十分であることを指摘するが、とりわけ前者は、仮に市場による規制に不十分な部分があったとしても、それをカバーするために、いっそうのコスト(注意基準による規制のコスト)を掛けるべきかどうかの判断において、限界利益が限界コストを上回ることがなければ、どのような制度的規制も正当化されないとするものである。

(イ)これに対しALIの提言執筆者Coffee<sup>258</sup>は次のように反論する。

まず、注意基準の有する教育的・行動期待的役割(educational and aspirational role<sup>259</sup>)が重要である。市場の力による規制説が、法は違反を制裁するだけのもので、その機能がない以上注意義務規定を廃止してしまおうとするのは、いかにも貧弱・浅薄な考え方である<sup>260</sup>。賠償額に上限を設定すれば、注意義務を遵守させる力は限定的なものとなることは確かである<sup>261</sup>が、同じ

<sup>256</sup> Scott, *supra* note 226, at 935-37. 市場のインセンティブが経営者をして株主の利益になるよう行動させるとする理論と検証を行っているものとして、Frank H. Easterbrook, *Managers' Discretion And Investors' Welfare: Theories And Evidence*, 9 Del. J. Corp. L. 540 (1985)

<sup>257</sup> Scott, *supra* note 226, at 937

<sup>258</sup> John C. Coffee, Jr. はALI Principles 第 編のChapter 1, 2 および § § 7.21-7.23 のReporterである

<sup>259</sup> 経営者を監視する立場にある取締役に対して、自らと同じ立場にあるものが同様の状況下でどう行動すべきかの概念を提供するものであるが、仮に注意義務規定を廃して、このような規範作りを取締役に任せてしまふとすると、責任の発生や提訴される可能性をなくすための自己防御の基準作りに終始してしまうことになる。また、注意義務規定は責任基準(liability oriented standard)(単なる犠牲者への補償と損害の分配機能だけの最低の基準)ととらえるのは適切でなく、これを超えて教育的・行動期待的機能を有しているとする(Coffee, *supra* note 110, at 798)

<sup>260</sup> *id.* at 792

<sup>261</sup> *id.* at 791, n.4

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

注意義務違反でも、故意の違法行為や無謀な行為のような責任制限規定が適用されないものがある。その上、上限設定により注意義務違反に対する訴え提起が減り、報酬目当ての弁護士の提訴インセンティブを弱める効果もある<sup>262</sup>。

また、市場の力に依存すればよいと言うが、経営能力の拙劣さが必ずしも株価に反映されない場合があり（たとえば株式公開買付が高価格で実施されるような場合）、非上場会社には市場の力が及ぶべくもなく、1回限りの取締役の過誤や違反に対しては、株価は必ずしも反応しないことから、市場の力は、そもそも取締役の行為を規制する万能薬にはならない<sup>263</sup>。

### （2）その他の批判

（ア）市場による規制説とは反対に、注意義務違反も忠実義務違反と同様に厳しく追及し、会社の蒙った損害を回復する必要があるとの立場からの反対がある。この反対論は、上限設定は損害回復機能の減衰をもたらし、損害回復額が減少し訴訟費用がこれを上回ることが見込まれれば、訴訟継続は困難あるいは提訴当初の特別訴訟委員会による代表訴訟却下申立につながるるので、結局、過失責任追求の道が閉ざされることになるとする<sup>264</sup>。

これに対して Coffee 教授は、適用除外事由（故意の法違反や取締役の義務の放棄につながるような不注意など）もあることから、上限設定により損害回復期待額が減少するというのは必ずしも妥当しない<sup>265</sup>であり、上限設定をもって注意義務違反に対する金銭的な制裁を放棄したに等しいとするのは誇張に過ぎると指摘する<sup>266</sup>。Francis v. United Jersey Bank 事件<sup>267</sup>判決のような、取締役の義務懈怠が甚だしい事例には、当然ながら責任制限が適用されないように条文を書く必要がある。ALI の上限設定の考え方は、革新的な制度を導入するものではなく、基本的に現行の法運用のリステイトメントに過ぎないと言うこともできる<sup>268</sup>。

（イ）以上とは別に、アメリカ法曹会（ABA）からの反対論<sup>269</sup>で、低い上限を設定すれば裁判

<sup>262</sup> *id.* at 792

<sup>263</sup> *id.* at 799, James D. Cox, *Compensation, Deterrence, and the Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 745, 752 & n.29 (1984). Lee, *supra* note 252, at 267 & n148 は、市場の力に無頓着ないし影響を受けない取締役が存在しており、市場の規律が及ばない現実があるとして、義務の放棄や不活動、州外居住、飾りだけの取締役として過失を問われた判例を 10 以上挙げている

<sup>264</sup> Cox, *supra* note 263, at 785~86

<sup>265</sup> Coffee, *supra* note 110, at 819~20 は、そのほかに賠償額が減らない場合として、複数の被告がいてその中に忠実義務違反があり上限が適用されない被告もいる場合、複数の被告にそれぞれ上限額を設けても全被告の賠償合計額は必ずしも減らないことを挙げている

<sup>266</sup> *id.* at 819

<sup>267</sup> 432 A.2d 814 (N.J.Sup. 1981)（創業者の妻である取締役は会社のことは一切分からず、取締役の義務や会社の経営については全く注意を払わなかった。息子二人の取締役が多額の会社財産を詐取したが、これを放置したことに対して、取締役はコーポレート・ガバナンスの基本的構成者として名目的存在に終始することは許されず過失責任は免れないとして賠償を命じた。後掲脚注 351 および 493 に対応する本文参照）

<sup>268</sup> Coffee, *supra* note 110, at 820

<sup>269</sup> ABA が報告書を出し、『ALI は独立取締役の取締役就任拒否や過剰なリスク回避を抑制するための唯一の方法は、責任に上限設定することである旨述べているが、そうではなくて、これにより過失責任追及訴訟の増大が見込まれ、経営や経済に悪影響をもたらすものとなる』旨を述べて、ALI と全く反対の立場を表明したようである(*id.* at 818, n72)。Cohn も同様の指摘をしていた(脚注 245 対応本文参照)。William F. Kennedy,

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

所が責任を認定しやすくなりつれて株主代表訴訟が増えることを懸念するものもある。

ABA や経済界はこれまで、注意義務違反の責任を認定する判例が殆どないことに安住していたとも言え、ALI が、コーポレート・ガバナンスについての提言試案を出すや、責任制限についてだけでなく、取締役の職務、注意基準の再構成を含む提言全体について、急遽反対の姿勢を明確にしたようである<sup>270</sup>。

Coffee は、これに対して次のように反論する。これまで裁判所は、非難可能性 (culpability) の高くない取締役の過失行為に対しては、破滅的な高額賠償を課さないようにして来たが、上限を設ければ、確かに裁判所が責任を認定しやすくなると言えよう。しかし、反対説はそのことを必要以上に恐れているのであって、上限設定によって、取締役をこれまで以上にリスクのある立場に置くことにはならない。すなわち、責任を認定される確率が高くなることよりも制裁額の減少の方が、取締役をして過度のリスク回避姿勢をとらせなくする<sup>271</sup>。さらに、判決額が減少することは原告側弁護士の訴え提起のインセンティブを乏しくするし、損害回復見込額が減少し訴訟費用が回復額を上回るようであれば、訴訟が却下されることにもつながる<sup>272</sup>とする。

以上本項では、制度実施前における議論をかなり詳細に見た。各州の立法は勿論、ALI の最終提言自体も、政策的観点や様々な立場の議論との妥協、調整を経て、これら議論とは異なる結論となっている部分もある。しかしわが国の制度のあり方を考える上では、以上の議論内容は大いに参考になり得よう。

---

*American Law Institute's Corporate Governance Project: Duty of Care: The Standard of Responsibility for Directors*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 624, 642 (1984) も、上限設定をすれば訴訟が増えることを指摘し、次のように言う。原告は 過失責任追及と、過失より有責性の高い責任 (責任制限除外事由に該当する) をあわせて追及することが考えられ、したがって被告取締役は、過失責任については従来とは異なって上限付きの責任を認定されやすくなる (裁判所は取締役を、過大な賠償により破滅させたりはしないが、針で刺して痛めつける) ほか、現行と変わらない無制限の責任追及を受ける危険性がある。そのような状況では、D&O 保険にとっては、認定されやすくなる過失責任と訴訟費用にかかる保険金支払が増えるほか、従来どおりの青天井の責任追及場面が残ることになる。取締役はダウンサイドリスクを避けて和解に逃げるであろうから、その結果、弁護士の代表訴訟提起のインセンティブは増加することになる。これらの理由により、上限を持つ制度を提言しても、その成立は大いに疑問であるとする

<sup>270</sup> Victor Brudney, *The Role of the Board of Directors: The ALI and Its Critics*, 37 U. Miami L. Rev. 223, 224-28 (1983) によれば、ALI の提言の中核をなすものは、いわば取締役の機能、取締役および執行役の注意義務、経営判断の原則について、これまで判例や法令集に述べられてきたものを明文化したもので、すなわち restatement といってもよいものであり、ABA, *Corporate Director's Guidebook*, 33 Bus. Law. 1591,1606-11 (1978) や The Business Roundtable, *The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation*, 33 Bus. Law. 2083, 2093-102 (1978) において述べられてきたもの (取締役は経営者の選任・解任、主要な計画や取引の承認、業績の監視と評価を行う役割を担い、経営者も取締役も同様の注意義務を負い、取締役会は主に社外取締役で構成し、監査委員会等の委員会を設けるべきこと) とほぼ同じ内容である (Brudney, at 224)。それにもかかわらず、ABA や経済界は、ALI 提言はあたかも取締役をより大きな責任に曝そうとするものであり、そのことが取締役をして経営者の領域に過度に踏み込ませることになるとして、ヒステリックともいふべき様相でこれを批判しているとする (*id.* at 227)

<sup>271</sup> Coffee, *supra* note 110, at 818-19

<sup>272</sup> *id.* at 819, n76

## 第2項 D&O 保険危機の発生と取締役人材の確保難

前項に見たように、責任制限制度の導入を唱える学説の流れの中で、ALI がコーポレート・ガバナンスに関する提言試案を出し、責任制限制度の是非・あり方をめぐる議論が広く展開されるようになった。

その最中に、急遽、各州が責任制限制度の立法を行う機運が生じた。

### (1) D&O 保険危機

その要因のひとつは、保険危機といわれるもので、D&O 保険の利用可能性が大幅に減少したことである。1960 年代以降、経営者保護の為に積極的に利用されてきた D&O 保険が、80 年代半ばになると、保険料の高騰(や保険金額の上限の引き下げ、保険金控除額の引き上げ、カバー対象損害の縮減)などにより事実上保険に加入することが困難となり、企業によっては保険会社が引受を拒絶し D&O 保険加入が不可能となるといった深刻な事態も生じるに至った<sup>273</sup>。この保険危機の原因は、企業買収や特に金融、エネルギー産業における倒産事例の増加に伴い取締役に対する訴訟が増大し、和解金や賠償金の支払が増えたためであるともいわれる<sup>274</sup>が、保険業界の過当競争が原因とする見方<sup>275</sup>も有力である。

### (2) Smith v. Van Gorkom<sup>276</sup>事件判決

責任制限制度を創設する立法の直接のきっかけとなったのは、Smith v. Van Gorkom 事件 (Trans Union 事件ともいわれる) 判決であるとされる<sup>277</sup>。

この判決の概要は次のとおりである。Trans Union 社の最高経営責任者 (CEO) で取締役会議長である Van Gorkom (公認会計士と弁護士資格を有し、Trans Union 社の CEO を 17 年間勤めている) は、Marmon 社からの合併提案を受け、これを取締役に諮った。取締役会は、5 人の社内取締役と、5 人の社外取締役で構成されていた。社外取締役のうち 4 人は他の大手会社の CEO、一人はシカゴ・ビジネススクールの前学部長であり、いずれも経営者としての経験や識見は十

<sup>273</sup> Lee, *supra* note 252, at 253 (1987)によれば、1985 年前後に責任保険の保険料は 0.25% から 5% へ急騰したとの調査結果がある

<sup>274</sup> J. Hanks Jr. *Evaluating Recent State Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification*, 43 Bus. Law 1207, 1208-09 (1988). Romano, *supra* note 107, at 1158 も 1974 年から 84 年の 10 年間に訴訟件数が倍増し、これに伴い保険請求額も 1984-86 年の 2 年間で 75% も増加したとする

<sup>275</sup> Lee, *supra* note 252, at 254-55 は、保険危機の原因は明らかでないが多分に保険業界の過当競争によるところが大きい(保険金支払に必要な適正な保険料を取らないで、不足分を資産運用金利で埋め合わせていたが、保険請求の増加と金利の低下により賄えなくなった(*id.* at 254, n74)、)のであり、必ずしも訴訟の増大のみによるものではなく、したがって責任制限立法によってもこの保険業界の問題解決に寄与するとは限らないとしている。Romano, *supra* note 107, at 1159 も同旨。近藤教授の研究でも、保険危機の原因はいわれているような不法行為訴訟の肥大化や米国人の訴訟好きによるものではなく、保険業界が競争により保険料を不当に安くしたことと、ロンドンの再保険業界の衰退によるとされる(近藤光男「取締役の責任制限と責任保険(一)」民商 96 巻 6 号 27-31(1987))

<sup>276</sup> 488 A. 2d 858 (Del.1985)

<sup>277</sup> Lee, *supra* note 252, at 247 n32 によると、デラウェア州の責任制限条項 § 102(b) (7)の起草者は Smith v. Van Gorkom 事件 488 A.2d 858 (Del. 1985)が直接的なきっかけであるであると明言している

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

分であり、かつ Trans Union 社の経営上の問題点についても熟知していた。その問題点とは、会社はこのままでは投資にかかる税額控除 (tax credits) の恩典を活用できないことであるが、合併はその有力な活用方法であり、株主の利益になるものであった。合併提案については迅速に回答するよう迫られていたため、急遽議題を示さないまま取締役会が招集され、事前の資料配布もなく、わずか 20 分の Van Gorkom の口頭による合併案の説明があっただけで、取締役会は 2 時間の討議で合併案を承認した。執行役の中には買収価格が低すぎるとして合併に反対する者もあったが、1 株あたりの買収価格 55 ドル (市場価格は 24-39 ドルであった) についても、取締役は Van Gorkom の報告を信頼しただけで、投資銀行などの社外機関による合併条件についての公正な意見を求めることはしなかった。なお合併承認の株主総会では 90% の株主が賛成している。そこで株主からクラス・アクションを起こして取締役の責任を追及した。

デラウェア州最高裁判所は、取締役が十分な情報を得た上での判断 (an informed business judgment) をしなかったこと、および合併承認手続きにおいて、取締役が株主が判断するために重要かつ十分な情報を開示しなかった<sup>278</sup>ことを認定し<sup>279</sup>、このことは取締役の重過失 (gross negligence) による信認義務違反となし<sup>280</sup>とした。そして原審判決が経営判断の原則を適用したのは誤りであるとして、3 対 2 の多数決でこれを破棄差戻し、原審に会社の真の価値に基づく損害額の決定を命じた<sup>281</sup>。2 名の判事の反対意見は、取締役の合併承認の決定は経営判断の原則に則っており、問題は事実の経営判断の原則への当てはめにおいて、事実関係の肯定的な面に信をおかず否定的部分のみをみてこの原則の適用を判断したことであり、また、合併に関する重要事項は株主に開示されているとするものである。

本判決に対しては賛成、不賛成の両論が賑わった。取締役がした経営判断の内容が間違っていたのではなくてプロセスが問題なのであり、十分な情報なしに性急に事を運んだために正しい経営判断ができなかったことを指摘しており、経営判断の原則を軽視したわけではないとしてこれを支持するもの<sup>282</sup>もあれば、取締役の行うべき経営判断を裁判所が行おうとしていると

<sup>278</sup> 義務違反行為も完全に情報開示された株主総会において追認されれば、もはや訴訟の対象となりえないが、その完全開示の有無は、委任状説明書に公正かつ完全に重要情報を記載していたかどうかにかかる (488 A.2d 858, at 890)。本判決では、委任状記載事項および後で追加された補正説明書は、55 ドルの価格の妥当性を判断するに当たって株主に誤解を与えるものであるから、公平・完全に開示したことにならないとする (id. at 890-93)

<sup>279</sup> 原審の経営判断を適用するための前提となる事実認定に誤りがあるとして、デラウェア州の先例に基づき、最高裁が自ら事実認定を行った (id. at 871)

<sup>280</sup> id. at 873, 874, 881 & 884

<sup>281</sup> 本件は最終的には和解により解決され、社外取締役 5 名を含む取締役 10 名は 2,350 万ドルを支払った。うち D&O 保険から上限の 1,000 万ドルが支払われ、残りは被告ではないが買収を行った企業グループが被告取締役の代わりに支払った (41 Bus. Law. 1, Editor's note (1985))

<sup>282</sup> Bayless Manning, *Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Gorkom*, 41 Bus. Law. 1, at 4 (1985)。ほかに、Lee, *supra* note 252, at 250 (従来裁判所が取締役の経営判断を尊重しすぎてきた嫌いがあり、本判決はその揺り戻しとして評価できること、経営判断の結果ではなくそのプロセスに焦点を絞って判断している点は意義があること、および取締役が果敢にリスクテイクをするべきとの考え方をデラウェア最高裁判所が無視しているわけではないことは、本判決以後の判決からも伺えることから、本判決への批判は

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

批判するもの<sup>283</sup>も多い。

### (3) 社外取締役の人材確保難

本判決以前は経営判断の原則が適用され、裁判所が取締役の注意義務責任を認定するのは稀であった。これについて、会社との利益相反を含まない単なる注意義務違反については判決に至る前の和解による解決が多く、和解を含めた注意義務違反による賠償金支払いのケースは実質的には多いとの指摘があることも上に見たとおりである<sup>284</sup>。

そのような中で取締役の責任を認めた *Smith v. Van Gorkom* 判決は、会社の取締役や各州立法当局者に衝撃を与え、経営判断の原則による保護が不十分になり、D&O 保険危機とあわせ、取締役に対する救済制度が提供されなくなったと受け止めさせた。その結果、取締役の就任・再任拒否や辞任などが頻繁に起こり、有能な社外取締役の確保が困難となった<sup>285</sup>。これまでコーポレート・ガバナンスに有益と考えられ、増え続けてきた社外取締役が、この期に及んで減少したのである<sup>286</sup>。

## 第3項 各州の会社法改正競争

*Smith v. Van Gorkom* 判決の後、インディアナ州、デラウェア州が取締役の責任制限制度を導入

---

当たらない)、Krishnan Chittur, *The Corporate Director's Standard Of Care: Past, Present, and Future*, 10 Del. J. Corp. L. 505, 543 (1986) (取締役がより十分に情報を得るべきこと、およびその結果として責任のある経営活動をする必要性を、永年かかってようやく肯定するにいたった裁判である)、Barry F. Schwartz and James G. Wiles, *Trans Union: Neither "New" Law Nor "Bad" Law*, 10 Del. J. Corp. L. 429, 430 (1986) (十分な情報を得たものでないことを原告が立証すれば、取締役は相当の注意を欠いたことになり、経営判断の原則の推定機能は否定されるということを確認したものであり、新しい判例でもなければ間違った判例でもない)

<sup>283</sup> たとえば、Daniel R. Fischel, *The Business Judgment Rule and the Trans Union Case*, 40 Bus. Law. 1437, at 1438, 1447, 1450 (1985) (判旨には、経営判断の原則の理路整然とした論理が欠けており、縷々述べられた事実関係を、経営判断原則の理論ないしその目的とする機能と調和させる意図がみられない。情報入手にはコストがかかるのであり、情報がよかつ十分かどうかの総合的判断に最も適しているのは取締役である。取締役は合併後はその地位を喪失するはずなのに、公平・誠実に、市場相場を上回る価格での合併の承認を求めているとして、経営判断の原則を適用しなかったのは誤りであると経済的見地を強調して批判する)、Leo Harzel and Leo Katz, *Smith v. Van Gorkom: The Business of Judging Business Judgment*, 41 Bus. Law. 1187, at 1189 (1986) (判決は、経営判断がどのようになされ、取引がどのように行われるかについて分かっていないこともさることながら、経営判断原則そのものをも損ないかねない謬見に基づくものである。取締役の経営洞察力の評価や過誤に対する懲戒は長年の実績をもとに行われるべきで、一時点の一行為のみについて判断する立場の裁判所は、その任に適さない。取締役が経営リスクを果敢にとるべきことを助長せず、逆に過度に慎重にさせる結果となった)

<sup>284</sup> 脚注 216 ~ 219 とそれらに対応する本文参照

<sup>285</sup> Lee, *supra* note 252, at 256, Note (by Newcomb), *supra* note 252, at 412, ALI Principles § 7.19 Reporter's Note 3, Vol.2, at 255~56

<sup>286</sup> Note (by Craig W. Hammond): *Limiting Directors' Duty Of Care Liability: An Analysis Of Delaware's Charter Amendment Approach*, 20 U. Mich. J.L.Ref. 543, 546 (1987). 上位 1000 社の取締役会における社外取締役の比率が、1985 年の 63.2% から 86 年には 57.5% へと減少した。ALI Principles § 7.19 Reporter's Note 3, Vol.2, at 256 も同旨で、社外取締役の比率が 1966 年調査開始以来初めて減少したとする

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

すると、多くの州がこれらに追随した<sup>287</sup>。責任制限制度の導入と並行的に、補償に関する制定法規定を改正して、和解金や賠償金も補償の対象に含めることとした州もある<sup>288</sup>。

アメリカ各州が、フランチャイズ税(州内営業特権税)を中心とした税収や手数料の確保を狙って<sup>289</sup>、企業にとって魅力的な会社法を設けることにより、自州を会社設立根拠法地として企業を誘引しようとする競争が数十年にわたって行われ、デラウェア州が圧倒的優位を誇っている<sup>290</sup>。

このような競争を、株主の利益の犠牲において経営者を利する「底辺への競争(the race to the bottom)」であるとする批判<sup>291</sup>がある一方で、株主の利益に寄与する「頂点への競争(the race to the top)」であるとして擁護する見解<sup>292</sup>も有力である。2つの見解に対する評価は割愛するが、このような競争の中で、取締役の責任制限制度が一斉に導入されたことは事実である。

### 第4項 責任制限制度の内容

取締役の責任制限制度についての最も多い立法例は、賠償責任額を軽減(limit)または全額

<sup>287</sup> Hanks *supra* note 274, at 1209, Note (by Newcomb), *supra* note 252, at 414 & 439 & n156

<sup>288</sup> たとえば, Ind. Code § 23-1-37-8(a)

<sup>289</sup> William L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, 83 Yale L. J. 663, 668 (1974)は、デラウェア州のレゾナントルは税収確保でありそのための環境作りが同州の公的政策である。1971年は州の税収の約4分の1がフランチャイズ税ほかの企業関係税であった

<sup>290</sup> Curtis Alva, *Delaware and the Market for Corporate Charters: History and Agency*, 15 Del. J. Corp. L. 885, 887 (1990)によれば、1987年時点でニューヨーク証券取引所上場の40%超、フォーチュン500社の60%超の企業がデラウェア法を設立根拠法としている。現時点では <http://www.state.de.us/corp/default.shtml> (Updated: 27-Oct-04)によれば、デラウェアを設立根拠法とする企業数は500,000以上で、米国内証券取引所上場の50%以上、フォーチュン500社の58%となっている

<sup>291</sup> Cary, *supra* note 289 at 666, 700-01 (投資家・債権者・従業員・取引先および公衆の利益を守るのに主要な役割を果すのは連邦法であり、州法がそのような試みをするとうちはより居心地のいい州を求めて出ていこうと考えている州が殆どである(666頁)。かといって、設立準拠法としての連邦法を作ろうとしてもそのような政府コントロールにはアメリカ経済界がこぞって反対するだろうし(700頁)自分も反対であるが、デラウェア症候群を治すには会社の責任についての連邦ベースの基準によるしかなく、州境を越えて事業を営む会社に適用する最低基準としての連邦会社法条項を設けるしかない。統一性が基本であり、州によって異なる公的政策の解釈の余地がないようにする必要がある(701頁))、Melvin A. Eisenberg, *The Modernization of Corporate Law: An Essay for Bill Cary*, 37 U. Miami L. Rev. 187, 188-91, 196-98, 202-09 (1983), Donald E. Schwartz, *Federalism and Corporate Governance*, 45 Ohio St. L.J. 545, 548-51 (1984), Lucian A. Bebchuk, *Federalism and the Corporation: The Desirable Limit on State Competition in Corporate Law*, 105 Harv. L. Rev. 1435, 1455-56 (1992)

<sup>292</sup> Ralph K. Winter Jr. *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 2 J. Legal Stud. 251, 289-291 (1977) (州間の取締役の責任についての定款条項緩和競争は株主の不利に機能すると広く考えられているがそうではない。会社経営者の裁量権を制限すれば会社の経営効率もつれて悪くなるものである。競争的な州の法制が資本市場を規整する最善のシステムであるならば、このような会社・株主の経済的関係を望ましいものにする法的システムを作り出す機能を持たない連邦法に、コーポレート・ガバナンスの役割を求めるのは非生産的である)、Daniel R. Fischel, *The "Race to the bottom" Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law*, 76 Nw. U. L. Rev. 913, 919-20 (1982), Easterbrook, *supra* note 256, 549-50 (1985)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

免責 (eliminate) (以下この章において、特に断らない限り「免責」は全額免責を指し、「減免」、「責任制限」は軽減と免責の双方を意味することとする) する規定を定款におくことを許容する方式である (デラウェア州ほか)。この定款方式では、減免制度を採用するか否かは株主の選択による。他方、株主による制度採否判断の余地はなく制定法によって直接免責してしまう立法例 (インディアナ州) や、賠償額の上限を法に直接規定する (免責も可能である) 立法例 (ヴァージニア州) もある。MBCA、ALI 原理も、定款方式を採り、MBCA はデラウェア法と同じく責任の軽減だけでなく免責も認めるが、ALI 原理は責任額の一定額への軽減のみで全額免責は認めない制度を提言している。

### 1 定款による減免 (デラウェア法型)

(1) 取締役の会社またはその株主に対する金銭的賠償責任を、軽減または免責する規定を定款におくことができるとするもので、デラウェア州など 45 の州に採用されている<sup>293</sup>。

当初デラウェアでは、責任を制限する方法として、定款に規定する方法以外に、対会社責任についての補償を禁じる § 145(b) を改正して、新たに株主代表訴訟の敗訴賠償金ないし和解金の補償を認めること、§ 145(g) (非限定条項) を改正して 100% の保険子会社による D&O 保険提供を認めること、一定の固定金額を賠償金として定める方式、および、制定法に直接規定して自動執行型の責任制限とする方法もあわせ検討した。、 は資金循環となり、原告・被告双方の弁護士報酬を負担するだけ余分なコスト負担となるとして不採用となった。の方法は賠償責任を消滅 (免責) せしめる選択ができない点、および、賠償額の決定に合理性がないことから、の方法については、株主に責任の軽減ないし全額免除を判断する余地がないことは問題だとして排除された<sup>294</sup>。

そこで定款による減免方式となった。もっとも制定法根拠がなくとも現行コモンローの下で定款に設けられた責任減免規定は有効ではないかとの議論もあったが、実務界からの要請もあり、明確を期するために制定法によるべきとの結論となった<sup>295</sup>。

(2) デラウェア会社法 § 102(b)(7) は、取締役としての信認義務 (fiduciary duty<sup>296</sup>) 違反を理由

<sup>293</sup> MBCA § 2.02 Statutory Comparison, at 2-31~34 によれば、デラウェア型 (類似を含む) をとる州が 26、MBCA 型 (類似を含む) が 11、いずれの型でもない州 6 (後記の West Virginia も含んでいる) 計 43 州である。その後、比較的最近になって責任制限制度を取入れた West Virginia (W. Va. Code § 31D-2-201, 2002), Puerto Rico (14 L.P.R.A. § 2602(b)(6), 1995) がともにデラウェア型 (責任の免除をも認める) を採用した。これで 44 州と 1 法域が定款型、うちデラウェア型が 28 となる

<sup>294</sup> Balotti and Finkelstein, § 4.19 at 4-329~30

<sup>295</sup> *id.* at 4-330 (有効説は、信託法の設定者や受益者が受託者の過失責任の免除することができる規定の類推や、古いイギリスの定款規定による責任制限を有効とした判例 *In Re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd.*, [1911] 1 Ch. 425 (Ch. Div. 1910) (第3章脚注3参照) を根拠とする)

<sup>296</sup> DGCL には取締役の信認義務を定める規定 (e.g. MBCA § 8.30) はないが、ここでは取締役の義務を総称して信認義務とっており、( ) 忠実義務違反および( ) 不当な個人的利益を得た取引を除外しているから、注意義務違反が責任制限の対象となる (Veasey, Finkelstein and Bigler, *supra* note 49, at 402)。尤も、信認義務に注意義務を含むかどうかについてアメリカでは必ずしも共通の理解があるわけではなく、CAGCL は忠実義

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

とする会社または株主に対する金銭的損害賠償責任を、一定の適用除外事由に該当する場合を除いて、軽減ないし全額免責する条項を定款に設けることを認めている。適用除外とされるのは、( ) 会社または株主への忠実義務 (duty of loyalty)<sup>297</sup> に違反する責任、( ) 善意 (good faith) でないか意識的な違反行為 (intentional misconduct) 若しくは悪意の法違反 (knowing violation of law) を伴う行為ないし不作為に関する責任、( ) 違法配当や違法な株式の買受などの責任、および、( ) 取締役が不当な個人的利益を得た取引に関する責任の4つである。

(3) いわゆる重過失 (gross negligence) は( ) ~ ( ) の除外事由に該当せず、責任制限の適用があるとされる<sup>298</sup>。これまでデラウェア判例法においては、取締役の注意義務違反による責任を認定する (経営判断の原則が適用されない) のは、重過失またはこれより重い違反についてだけであり、通常の過失については責任を問わないものとされてきた (いわゆる「重過失基準<sup>299</sup>」)。その中で、Smith v. Van Gorkom 判決が重過失による賠償責任を認定したことに即応して、重過失による違反の責任をも制限することにしたといわれる<sup>300</sup>。

しかしながら重過失の意義・概念は、必ずしも学説や判例・制定法において統一的に理解し

---

務には注意義務は含まれないとの立場から忠実義務違反の文言を用いず、「会社、株主に対する § 309 に規定する注意義務への違反 の責任を制限または全額免責する」としている (Marsh *et al.*, MARSH'S CALIFORNIA CORPORATION LAW, VOL.2, at 811~12 (Aspen, 1999 supp.))。その上で忠実義務に相当するものとして、不当な個人的利益を得た取引 (CAGCL § 204(a)(10)(A)( ))、および § 310 (利害関係取引) 違反 (CAGCL § 204(a)(10)(A)( )) を適用除外とする

<sup>297</sup> 適用除外事由( )の“duty of loyalty”の文言は意義があいまいであり、( )個人的利益を得た場合も除外事由となっていることから混乱も生じ得る(第7節第4項、95頁参照)。デラウェア会社法の他の個所に“duty of loyalty”は使われていないし、デラウェア法に倣う他の州法でも当該責任制限条項以外には出てこない (Hanks, *supra* note 274, at 1212)

<sup>298</sup> Veasey, Finkelstein and Bigler, *supra* note 49, at 402. 一部の学説で、無謀な行為 (recklessness) も通常過失と故意の不当行為 (intentional wrongdoing) の間にある行為を意味するものとして、責任制限の対象となるとするものもあるが疑問であるとする。無謀な行為が「知れたる危険性の認識ある無視 (conscious disregard of a known risk)」を意味するならば、それは、DGCL § 102(b)(7)( ) に該当して適用除外となるはずである。他方無謀な行為が「義務に対する持続的な無頓着 (sustained inattention to duty)」に止まるならば、重大な過失に該当して責任制限の対象となるであろうとする

<sup>299</sup> E. Norman Veasey and William E. Manning, *Codified Standard-Safe Harbor or Uncharted Reef? An Analysis of the Model Act Standard of Care Compared with Delaware Law*, 35 Bus. Law. 919, 928 (1980) (デラウェア判例上責任を課す基準は「重過失 (gross negligence)」であると見てよい。ただし、重過失が何を意味するか明確に定義する判例はない。学説では、重過失は知れたる危険性を無謀に無視することを意味し通常の過失とは質的に異なるものとするものもあれば、両者は非難の程度が量的に異なるだけであるとするものもある)。Balotti and Finkelstein, § 4.7 at 4-168. Franklin A. Gevurtz, *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage of Misguided Notion?*, 67 S. Cal L. Rev. 287, 298 (1994).

Aronson v. Lewis, *supra* note 131, at 812~13 & n6 は、経営判断の原則が適用されるためには、利害関係のない取締役によって過半数を構成する取締役会で、十分な情報を得たうえで、一定基準の注意を尽くして決定されたものでなければならぬが、デラウェアの判例ではこれまでその注意基準を満たさず経営判断の原則が適用されない場合として、“bad faith or gross abuse of discretion”, “fraud, misconduct or abuse of discretion”, “reckless indifference to or a deliberate disregard of the stockholders”などいずれも単なる過失よりも緩やかな基準を示す文言が必ずしも統一されずに用いられてきたとする。そして上記 Veasey and Manning 論文を引用して、あらためて通常の過失よりも重い過失、すなわち “gross negligence” を、取締役に対する責任認定の基準とすると述べている。Smith v. Van Gorkom, *supra* note 276 もこの Aronson 判決の重過失基準を確認している

<sup>300</sup> Lee, *supra* note 252, at 272, n182

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

用いられているわけではない<sup>301</sup>。デラウェア法においてさえも重過失についての明確な定義がないことを学説の多くは指摘しており、一般的な理解は、結局重過失といっても過失と変わりがないものである<sup>302</sup>。つまり、過失による責任については重過失も含めて過失の程度を問わず責任制限が適用されるが、これを超えて、無謀あるいは故意の義務違反<sup>303</sup>によるものは責任制限の適用が除外されることになる。

ここでデラウェア最高裁の Aronson<sup>304</sup>判決において、経営判断の原則の適用がない場合を表す言葉として「重過失」の文言を使用するとしたことの統一的理解が困難となる。同判決に言う経営判断の原則が適用されない場合としての重過失の意味するもの（脚注 299 にあげる Aronson 判決に言う諸々の文言）は「理性的でなく取締役の裁量範囲を逸脱する」ような場合であり、これはすなわち責任制限適用除外事由（上の（ ））に該当するからである。その後の判決も Aronson 判決を踏襲し、理性的でなく取締役の裁量範囲を逸脱するような場合に重過失基準により経営判断の原則が適用されないとするもの<sup>305</sup>が多いが、逆に言葉の上では重過失基準によるとしつつも通常過失によって責任を認定してしまった最高裁判例<sup>306</sup>があったと指摘する

<sup>301</sup> W. Page Keeton, *et al*, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS, § 34, at 211~12 (5th ed 1984) は次のようにコメントする。法的には注意ないし過失に程度はなく、事実問題として注意の程度に差異があるに過ぎないとするのが有力説である。しかし、過失の程度概念、あるいは少なくとも通常の過失では責任を負わせないが加重された過失 (aggravated negligence) があれば責任を負わせるといった概念を採用する判例や制定法が少なからずあるのも事実である。たとえば重過失を、不注意な人間でも用いるようなわずかな注意をさえも用いないといったように表現する。裁判所によってはこのような漠然とした意義づけに満足せず、明確性を期して故意ないし無謀 (willful, wanton or reckless) のような全く注意を用いないものと解するところもあるが、大抵の裁判所は、重過失は結果についての無謀な無視 (reckless disregard of the consequences) の領域の手前にあるもので、通常の過失と質的ではなく程度においてのみ差異のあるものと解している。一言でいうと重過失の意義としては一般的に承認されたものはないが、通常の不注意 (ordinary inadvertence or inattention) 以上のものであり、結果に対する認識ある無関心 (conscious indifference to the consequence) 未満のものであると言えそうである

<sup>302</sup> Balotti and Finkelstein, at 4-171 Eisenberg, *supra*, note 145, at 448. Gevurtz, *supra* note 299, at 299. Gevurtz は、通常過失ではなく重過失であるといってみたとて結果は変わらない。しかしながら厳密な定義は容易ではないとしても、重過失は、通常の過失よりも怠慢の度合いがひどいものであると理解することを可能にする概念であり、80年代の倒産金融機関の取締役役に課される責任については、やはり、単なる過失というよりも重過失といった方が納得しやすい事例が多いのも事実であると理解を示しつつも (*id.* at 299~300)、取締役の責任の判断には、不法行為法や代理法における「通常の過失基準」を当てはめるのが正しいとする (*id.* at 304)

<sup>303</sup> 脚注 301 にいうところの、reckless disregard of the consequences, conscious indifference to the consequence, willful, wanton or reckless misconductなどを指す。なお後記第7節第4項「責任制限の適用除外事由」参照

<sup>304</sup> Aronson v. Lewis, *supra* note 131 (see also *supra* note 299)

<sup>305</sup> Rabkin v. Philip A. Hunt Chem. Corp., 547 A.2d 963 (Del. Ch. 1986), Solash v. Telex Corp., 1988 Del. Ch. Lexis 7, Tomczak v. Morton Thiokol, Inc., 1990 Del. Ch. LEXIS 47, Boeing co., v. Shrontz, 18 Del J Corp L 225 (Del. Ch. 1993), Gagliard v. Trifoods, 683 A.2d 1049 (Del. Ch. 1996), Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244 (Del. 2000). Edward P. Welch and Andrew J. Turezyn, FOLK ON THE DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW: FUNDAMENTALS, 1999 ed., 106~07 (Aspen, 1998) は、デラウェア平衡法裁判所では、会社法領域においては重過失の概念を、責任発生要件としては一般不法行為法における場合よりも狭く解しており、「reckless indifference (無謀なまでに無関心)」、「deliberate disregard of the stockholders (株主利益の故意の無視)」あるいは、「without the bounds of reason (理性の領域を超えている)」の意味に使用していると解説する

<sup>306</sup> Smith v. Van Gorkom, *supra* note 276 (Allen *et al.*, *supra* note 141, at 458 によれば、判決が重過失であるとする、

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

論文<sup>307</sup>もある。

(4) 責任制限の対象者は取締役のみで執行役は含まない。取締役を兼ねる執行役が、取締役の資格で行動した場合は減免が適用されるが、単に執行役として行動した場合には適用されない<sup>308</sup>。

責任制限は、金銭賠償のみに適用され、エクイティー上の救済たる違反行為の差止命令 (injunction) ないし無効・取消処分 (rescission) まで制限するものではない<sup>309</sup>し、また、株主による取締役解任権にも影響しない。

減免が適用されるのは会社または株主に対する責任であり、会社債権者等の第三者に対する責任には適用されない (第三者に対する責任とその制限については下記3(2)で改めて考察する)。第三者に適用されない限りは、取締役の行為により発生した経済的損失を、会社・取締役間でどう配分すべきかは、株主 (= 会社) が決定してしかるべきことになり、下記のような制定法方式 (自動執行型) でなく定款方式を採用する意義があるとされる<sup>310</sup>。

減免条項は、会社からの訴訟や株主代表訴訟のみならず、株主個人からの訴訟にも適用される<sup>311</sup>。定款規定の効力発生以前の取締役の行為には遡及適用されない。

(5) MBCAの規定も、基本的にデラウェア法と同じ内容であるが、責任制限適用除外事由については、その範囲・内容の明確さが重要であるとして、(A) 取締役が正当化されない金銭的利益を得た場合のその返還責任、(B) 会社または株主に故意に損害を蒙らせた責任、(C) 違法分配の責任、および、(D) 意図的な刑事法違反の責任の4つを規定する<sup>312</sup>。

なお、責任制限適用除外事由については、別途検討する (第7節第4項)。

---

会社の価値についての外部の評価を取らなかったこと、他からの競争的価格提示を受けないとする約定、および取締役会の決定は会社のCEOの影響を受けたものであるといった手続き的な失敗は、重過失すなわち会社の利益に対する無謀な無関心などに該当せず通常過失に過ぎないとする)、Cede v. Technicolor, 634 A.2d 345 (Del. 1993) (“Cede”)

<sup>307</sup> Allen *et al.*, *supra* note 141, at 458~61. ただし最近のデラウェア最高裁判例 Brehm v. Eisner, *supra* note 305 は本来の重過失基準に戻ったとする (*id.* at 464~65)

<sup>308</sup> Balotti and Finkelstein, at 4-335. Arnold v. Society For Sav. Bancorp., 650 A.2d 1270, 1288 (Del. 1994) (“Arnold”) にこのコメントを引用する

<sup>309</sup> Hanks, *supra* note 274, at 1215~16 (取締役が注意義務違反により合併に賛成しそうなときでも、これを阻止する訴訟が却下されることはない。しかし、いったん合併が完了してしまえばエクイティー上の救済は術がなくなり、同時に、金銭賠償についても取締役は責任を問われることはない)、Balotti and Finkelstein, § 4.7 at 4-167

<sup>310</sup> MBCA § 2.02 Official Comment 3 *i*, at 2-16

<sup>311</sup> DGCL § 102(b)(7), NYBCL § 402(b), MBCA § 2.02(b)(4). ALI 原理も代表訴訟、直接訴訟をとともに含むが、いずれかに限定する規定も可能であるとする (Comment *i* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 252)。しかし CAGCL § 204 (a) (10) は、会社による訴訟または会社の名においてする訴訟 (すなわち代表訴訟) によって生じる責任のみを制限の対象とし、株主の直接訴訟による場合は対象としない。したがってカリフォルニア法では Smith v. Van Gorkom のような株主のクラスアクションには、責任制限は適用され得ないことになる

<sup>312</sup> MBCA § 2.02(b) (4)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

### 2 制定法規定による賠償責任の廃止・責任上限額の設定

#### (1) 制定法による賠償責任の廃止

(ア) 制定法に直接、取締役は注意義務違反による賠償責任を負わないと規定する方式で、インディアナ州ほか若干州<sup>313</sup>で採用されている。

インディアナ会社法<sup>314</sup>によると、( ) 同法に定める取締役の義務<sup>315</sup>の違反または不履行であって、( ) その違反または不履行が故意の違反行為 ( willful misconduct ) または無謀な行為 ( recklessness ) を構成しなければ、取締役として取ったいかなる行為あるいは不作為<sup>316</sup>に対しても責任を負わない。この ( ) の「故意の違反行為または無謀な行為」は、危険な行動をとった場合、少なくともその結果について意識的に無視しあるいは無関心である ( a conscious disregard of or indifference to the consequences of a risky act ) ことを要するのであり、重過失 ( gross negligence ) よりも重いとされる<sup>317</sup> ( 従って重過失は責任制限の対象に含まれることになる )。

インディアナ州は、デラウェア最高裁の 1986 年 Smith v. Van Gorkom 事件判決後、デラウェアに先駆けて、アメリカで最初に責任制限についての会社法改正を行った。取締役の注意義務違反による金銭的賠償責任を、法により直接免責するもので、自動執行型制定法 ( self-executing statute ) と称される。株主の選択により、取締役の責任を制限しない旨の定款規定を設けることは認められない<sup>318</sup>。

(イ) 取締役のみが対象で執行役には適用されない。取締役は単に責任を負わないと規定されているために、会社・株主からのみならず、会社債権者等の第三者からの訴えにも適用され ( 下記 3 ( 2 ) 参照 ) 金銭賠償責任を負わないだけでなく、差止等の救済も閉ざされる<sup>319</sup>。

(ウ) 責任制限制度の採否を株主に任せるのではなく、州の制定法により実施する方式を採

<sup>313</sup> Indiana, Florida, Maine, Missouri, Ohio, Wisconsin (Hanks *supra* note 274, at 1216).

<sup>314</sup> Ind. Code. § 23-1-35-1(e) (Burns Ann. 2001).

<sup>315</sup> 取締役は、誠実に、同様の立場にある通常の慎重な人が類似の状況下で払うであろう注意をもって、取締役が会社にとって最も利益となると合理的に信ずる方法で、その時に知っている事実に基づき取締役としての義務を果さなければならない ( Ind. Code § 23-1-35-1(a) )

<sup>316</sup> いわゆる忠実義務違反 ( ALI は公正取引義務と称する ) は、( ) の故意の違反行為 ( willful misconduct ) に当然含まれるとされる ( Note (by Paul F. Banta), *The Indian Business Corporation Law: "Reckless" Statute or New Standard?* 1987 Colum. Bus. L. Rev 233, 245 (1987) )

<sup>317</sup> Ind. Code § 23-1-35-1 Indiana Comment (e) (Burns Ann. 2001)は、Keeton *et al.*, *supra* note 301, at 212 を引用して、重過失は通常の不注意 (ordinary inadvertence or inattention) よりも重い結果に対する意識的な無関心 (conscious indifference to the consequences すなわちインディアナ法のいう recklessness) よりも軽いとする。さらに同コメントは、このような免責基準は、近時の代表訴訟の増加と応訴費用の高額化、責任保険の保険料の高騰ないし付保自体の困難さとこれらによる取締役の人材確保難という深刻な状況に対応するものである。取締役に対する個人的責任は限られた状況下でのみ課されるべきであるとのインディアナ州の公序を反映したものであるとしている

<sup>318</sup> Hanks *supra* note 274, at 1217. Florida も同じ ( Fla. Stat. § 607.0831 )。ただしオハイオ州も制定法型であるが、定款 (株主が変更できる) ないし業務規則 (株主または取締役会が変更できる) に制定法規定の不適用を定めることを認める ( ORC Ann. 1701.59(D) )

<sup>319</sup> Hanks *supra* note 274, at 1217.

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

用したことについて、次のような立法者コメント<sup>320</sup>がある。すなわち、取締役個人の賠償により実際に会社や第三者の損害が全額回復されると考えるのは、今や幻影に過ぎない上に、取締役にとっては、訴訟の防御費用の捻出すらままならないのが現実である。また、取締役は注意義務基準を遵守して経営を行なうことが期待されているが、80年代半ばに、社外取締役が潜在的な賠償責任を懸念して、社外取締役への就任・再任を拒否した事実を見れば分かるように、個人的に責任を負わせるような制度は、経営にとって害あって益なしとの判断が州の立法当局者にあった。そうであるならば、州内での責任制限制度の統一の実施を期して（たとえば、顧問弁護士などいないような小会社では制度採用に至らず、取締役が制度の恩恵を受けられないことが考えられるから）、強行規定により制度を実施する方が、州の公的政策に合致すると考えたとされる。尤も、実情はD&O保険危機への応急的対応が主眼であり、危機が終わった後の平常状態下でも、責任制限制度の必要性があるのかどうかについての、十分な議論もなしに立法が行われた模様である<sup>321</sup>。

### （2）制定法に責任の上限を定める方式

ヴァージニア会社法は、いかなる対会社責任についても取締役および執行役の賠償額は、（ ）会社の原始定款（または株主の承認のある付属定款）に定める額（ゼロとしてもよい）と（ ）(A) 10万ドルまたは、(B) 責任が課される行為（ないし不作為）の直前12ヵ月の会社からの現金報酬のうち高い方の額との、いずれか低い方の額を超えてはならないと規定<sup>322</sup>する。自動執行型に定款型を組み合わせた独特のものである。ただし適用除外事由として、取締役または執行役が、故意の違反行為（willful misconduct）、刑法または連邦若しくは州の証券法の悪意（knowing）の違反（インサイダー取引と市場操作の場合は悪意か否かにかかわらず）に係った場合は、責任制限は適用されない<sup>323</sup>とする。

軽減だけでなく免除（定款上ゼロとすること）も可能であり、執行役も対象となる<sup>324</sup>。

このような責任制限規定の有効性に関して Sandberg v. Virginia Bankshares, Inc.,<sup>325</sup>では、原告がこのような取締役の賠償責任についての上限規制は、合衆国およびヴァージニア州憲法上の陪審裁判を受ける権利を侵害するものであると主張した。これに対して判決は、医療過誤についての上限規制<sup>326</sup>が有効とされた先例<sup>327</sup>をあげて、これと同じく取締役の責任の上限規制も有効で

<sup>320</sup> *id.* at 1233, 1234 n 68 (Wisconsin 法の立法担当者の説明)

<sup>321</sup> *id.* at 1232

<sup>322</sup> Va. Code Ann. § 13.1-692.1 (2002)

<sup>323</sup> Va. Code Ann. § 13.1-692.1B. 脚注 325 の後の新たな判決 Sandberg v. Virginia Bankshares, 979 F.2d 332 (4th Cir. 1992) は、陪審が、委任状に不正確な情報が含まれていたかどうかについて、被告は気がつきながらそのことを無視したと認定し、判決は、これが連邦証券法の悪意の違反に該当するとして、賠償額の上限の適用を認めなかった

<sup>324</sup> Va. Code Ann. § 13.1-692.1A,B

<sup>325</sup> 891 F.2d 1112, 1125 (4th Cir. 1989)

<sup>326</sup> Va. Code Ann. § 8.01-581.15

<sup>327</sup> Etheridge v. Medical Center Hospitals, 376 S.E.2d 525, 529 (Va.Sup. 1989) は、損害賠償などの救済制度は法律

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

あるとした。

### 3 責任制限の効果

#### (1) 訴訟の却下

会社の定款が責任を免責している場合(および制定法により責任を消滅させている場合)は、忠実義務違反などの適用除外事由に該当する事実がない限り、取締役の注意義務違反責任を追求する訴訟は却下される<sup>328</sup>。この場合、取締役の行為が責任制限適用除外事由に該当しないことの証明責任について、デラウェア判例はこれを被告取締役に負わせている<sup>329</sup>。これに対して Allen *et al* の論文<sup>330</sup>は、責任制限条項(DGCL § 102(b)(7))に基づく防御は、積極的抗弁(affirmative defense)事項ではなく、制定法規定に基づいて自動的に適用されるべきものであるから、原告に訴状において責任該当事由を推定しうる事実を記載(plead)せしめ、その上で本案審理において責任制限の適用のない行為をした結果損害が発生したことを証明する責任を負わせるのが本来であり、被告取締役は単に責任制限条項が存在することのみを指摘すればよい。そのように解さないと、コストのかかる訴訟を長引かせてしまうのは無益であり、濫訴も誘発しかねないと批判する。

なお、賠償責任を免責してしまうことは、責任制度の持つ抑止力を無意味にするため公的政策に反するのではないかとの議論もある<sup>331</sup>が、これについて判例<sup>332</sup>は、制定法に基づくものだ

---

問題であって事実問題ではない。陪審が事実認定機能を果たした(損害額を認定した)後に、事実審判所が上限額の定めのある救済制度を適用するのであるから、なんら陪審裁判を受ける権利を侵害したことにならないとした

<sup>328</sup> MBCA は 1998 年改正で新条文 § 8.31(a)を設け、原告が (1)被告取締役が責任制限条項によっては責任が減免されないこと、かつ、§ 8.31(a)(2)( )~( ) に掲げる事項(行為が誠実でないことや決定が会社の最善の利益になると信じて行われていないことなど)のいずれかに該当することを証明しない限り、取締役は会社に対して責任を負うことはない旨規定した。すなわち、訴訟却下ないし簡易判決の申立が認められる(MBCA § 8.31 Official Comment, at 8-197)

<sup>329</sup> Rothenberg v. Santa Fe Pacific Corp, 18 Del. J. Corp. L. 743, 751~53(Del. Ch. 1993) (会社の定款に取締役の注意義務違反を消滅させる規定がある以上訴えは却下されるべきである。ただし、除外事由に該当しないことについては affirmative defense (積極的抗弁事項: 訴答において、訴状の内容が正しいと認めた上で、被告の防御を構成する事由(BLACKS LAW DICTIONARY))として、被告取締役側が証明責任を負う)、Boeing co., v. Shrontz, 18 Del J Corp L 225, 233~34 (Del. Ch. 1993) (affirmative defense であるから被告が証明責任を負う)、Cook v. Oolie, 1997 Del. Ch. Lexis 92, at 40 nn.86,87 (affirmative defense である)、Emerald Partners v. Berlin, 726 A.2d 1215, 1223~24 (Del. 1999) (善意で行動したことの証明は被告取締役が負う)などがある

<sup>330</sup> *supra* note 141, at 463~64. ALI 原理も同じであることにつき、後掲脚注 456 と対応する本文参照

<sup>331</sup> Lee, *supra* note 252, at 275 (もし賠償金を全額免責によりゼロにしまうと、デラウェア法立法者には抑止力を残そうとの意図があったがこれを損ない公序違反となるから、裁判所はそのような定款の効力を認めるべきではない)。

ALI は、ALI の提言する責任制限は、制定法根拠がなくても責任を全額消滅せしめるのではなく一定限度の軽減する制度であるから、公序違反の問題は起こりえないとする(Comment *a* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 240)。また、州は責任を軽減だけでなく消滅せしめる法を制定する権限を有することにはいささかの疑念もないが、制定法に根拠が認められていない場合には、責任消滅を認める会社の定款は公序に反しないとイえるかどうかは定かでないとする(Comment *d* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 242~44)

<sup>332</sup> Teachers' Retirement System v. Welch, 664 N.Y.S.2d 38, 39~40 (N.Y. Sup. 1997) (州の公的政策とは、州の立法

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

から公的政策に反しないとしている。

デラウェアの *Arnold v. Society For Sav. Bancorp*<sup>333</sup>判決では、会社の定款の免責規定は、合併に関する情報開示義務違反にも適用され、不誠実な行動や忠実義務違反といった適用除外事由に該当しない限り、取締役は、衡平法による場合も含む法的な金銭賠償義務を免れるとしている。そして、早期の段階であれば、金銭賠償以外の救済手段として差止や委任状文言の訂正等が許されるが、いったん合併が完了した後はこれらもできなくなる。原告は衡平法による救済がなくなったことにより金銭賠償が復活すると主張するが、これは採用できず<sup>334</sup>、もはや株主には何らの救済手段も残されていない。判決は、このような事態は株主自身が定款変更を承認し、救済手段を断念したことの帰結だからやむを得ないものであると断じている。

### (2) 取締役の対第三者責任<sup>335</sup>と責任制限

責任制限制度が対第三者責任まで制限するのは問題であるとの指摘もある<sup>336</sup>。上では定款方式では適用がなく、制定法方式では適用があると記述しているが、改めて適用の有無と是非の問題を概観する。その前に、取締役が会社債権者、社債保有者などの第三者に対してどのように責任を負うのかを見ておく必要がある。

#### (ア) 取締役の第三者に対する責任

(A) 取締役は会社・株主に対して信認義務を負い、その違反に対して責任を負うが、取締役と第三者の間には直接的な権利義務関係を生じさせる当事者関係がないため、取締役は、詐欺、横領などの不法行為が成立する場合<sup>337</sup>を除いては、第三者に対して責任を負わない<sup>338</sup>とするの

---

者がそれが公的政策であるとするものである)

<sup>333</sup> 678 A.2d 533, 541 (Del. 1996)(“Arnold ”). 同様に取締役の金銭賠償責任を否定する判例として、John Hancock Capital Growth Management, Inc., v. Aris Corporation, 1990 Del. Ch. LEXIS 130, at 6 (取締役の重過失による責任を消滅させる定款規定がある以上、裁判所の審理対象外となり、原告は忠実義務違反で訴追するしかない)のほか、脚注329に挙げた判例を参照

<sup>334</sup> 判決中、通常アメリカ法の下では、何らかの形で有効な救済 (effective remedies) が認められのが自明の理 (axiomatic) であると考えられているが、制定法により新しい救済制度 (この場合は責任の追求を制限する制度) が創設された場合には、その制度が優先し個別的救済は認められなくなると判示している (Arnold , at 542 & n20)

<sup>335</sup> アメリカにおける取締役の対第三者責任についての研究は、佐藤鉄男「会社の倒産処理と取締役の責任(3)」法協 105 巻 5 号 623 頁、648 頁以下(1989)、前嶋京子「米国における取締役の会社債権者に対する責任 - 取締役のいわゆる受託者の地位をめぐる - 」阪大法学 115 巻 91 頁 (1980)、前嶋京子「米国における会社支払不能時の債権者の地位」下関市立大学論集 25 巻 3 号 1 頁 (1982)、畠田公明「アメリカにおける取締役の会社債務に関する制定法上の責任」岡山商大論叢 23 巻 3 号 15 頁 (1988)、吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(1)-(2)」法協 102 巻 3 号 423 頁、102 巻 5 号 881 頁 (1985) のアメリカに関する部分などがある

<sup>336</sup> Lee, *supra* note 252, at 276-77 は、定款方式の場合も会社債権者等に対する責任にも制限が適用されてしまうと、そのことは、債権者は責任制限制度導入手続きへの参加が認められていない、取引をしようとする者をして責任制限制度の有無について定款をチェックさせるのは取引の効率を阻害する、責任制限は取締役人材の確保のために設けられているが会社の倒産時には債権者の利益が優先するのでありそのような意義は薄れる等の理由により妥当でないと批判する

<sup>337</sup> 債権者に対する詐欺 (fraud, deceit) ・横領 (conversion) その他の個人的な不法行為 (tort) が成立する場合は、当然ながら債権者は (不法行為による訴権であるから債権者であるかどうかは問題ではないが) 直接そ

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

が原則<sup>339</sup>である。

この原則の例外として、会社の支払不能（insolvency<sup>340</sup>）状態においては、取締役は会社債権者に対して、若しくは、会社だけではなく会社債権者に対しても受託者の地位にあり、債権者は信託受益者の地位に基づいて、取締役が経営の失敗（misconduct, negligence）により会社に加えた損害について、会社を代表して提訴する資格を有する<sup>341</sup>とする判例が多い<sup>342</sup>。

---

の責任を問うことができる（Fletcher Cyc Corp § 1175, 18B Am Jur 2d CORPORATIONS § 1842）

<sup>338</sup> Fletcher Cyc Corp § 1193（会社役員の過失による作為・不作為は会社に対する責任を創出するが、会社の債務に関して会社債権者に対する個人的責任を創出しない）。18B Am Jur 2d CORPORATIONS § 1842。リーディングケースとして、Allen v. Cochran, 160 La. 425 (La.Sup. 1926) がある（銀行の出納係による資金横領を防ぎ得なかった取締役は、ルイジアナ州には債権者が役員を訴えることを認めるコモンローや制定法はなく、預金者との間に契約関係もないので賠償責任を負わない）。比較的近時の判例、たとえば Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173, 182-84 (Del. 1986) においてもこの原則が確認されている（取締役が株主の利益よりも債権者の利益を優先するようなことがあれば、株主に対する信託義務を果さなかったとして責任を追及される可能性がある）

<sup>339</sup> 佐藤鉄男・前掲論文(脚注 335) 649 頁（相当に堅固な原則である）

<sup>340</sup> insolvency には、債務超過（insolvency in the bankruptcy sense: MBCA § 6.40(c)(2), 11 U.S.C. § 101(32)(A)）、債務弁済不能（insolvency in the equity sense: MBCA § 6.40(c)(1)）の2通りの態様がある。債務超過の意味で支払不能ではなくても、流動資金不足であれば期限到来債務の弁済ができないため、事業が支払不能ということがある（Brandt v. Hicks, Muse & Co., *infra* note 357, at 302）。本項においては、会社の財務が危機状況にあることを意味するものとして主に の意味で用いている

<sup>341</sup> 19世紀初めの Wood v. Dummer, 30 F. Cas. 435 (C.C.D. Me. 1824) において判示された信託基金理論（trust fund doctrine）は、不当な分配金に関して、会社債権者による株主に対する請求権を基礎づけるものであったが、その後取締役に対する請求権を基礎づけるものとして判例に取入れられるようになった。すなわち、会社が無資力状態（insolvent）にあるときは、会社財産は会社債権者のための信託基金を構成し、取締役は受託者の立場で、その会社財産を管理すべきであるとされる。具体的には、会社債務の弁済に先んじて株主へ分配し、あるいは自己の債権や特定の債権者の債権への優先弁済は禁止され、これらの行為によって損害を被った会社債権者は、取締役に対して損害賠償を請求できる（Norwood P. Beveridge, Jr., *Does A Corporation's Board of Directors Owe A Fiduciary Duty to Its Creditors?* 25 St. Mary's L. J. 589, 595 & 616-18 (1994)、佐藤鉄男・前掲論文(脚注 335) 657-59 頁、前嶋・前掲論文(脚注 335) 25 巻 3 号 3 頁および 6-7 頁）

<sup>342</sup> Fletcher Cyc Corp § 1182（この立場をとる判例が多数派である）。信託基金理論そのものによるかどうかは明確でないものも含めて、取締役の第三者に対する受託者の地位に基づく責任を認定する判例は多い（前嶋・前掲論文(脚注 335) 115 巻 104 頁）。たとえば、Marshall v. F. & M. Savings Bank, 85 Va. 676 (Va. Sup. 1889)（預金者が自己及び他の銀行預金者を代表して訴えた事案。銀行の取締役は単に株主に対してのみならず会社債権者、預金者に対しても受託者責任を負う。銀行の取締役は株主、預金者および債権者に対して受託者・受益者の関係にあり、重過失や受託者としての義務の放棄から生じる詐欺や損害について賠償義務を負う。頭取が自己や縁故関係者などに対して十分な担保も取らず貸付を行なうなどの乱脈経営を行っているのを、取締役が阻止せずに放置していたことは重過失であり、これによる損害に対して賠償責任を負う）。Fletcher Cyc Corp § 1184 は、銀行やノンバンクの取締役は例外的に預金者との間にも受託者の関係があるとされ、預金者は衡平法上の権利として、かつ、自己および他の預金者を代表する形においてのみ取締役の責任を追及することができるとする判例が一般的であるとする。Appleton v. American Malting Co., 65 N.J. Eq. 375 (1903)（違法配当について取締役は、会社に対しては常に責任を負い、債権者に対して会社の清算及び支払不能の場合に責任を負う）、Davis v. Woolf, 147 F.2d 629, 633 (4th Cir.1945)（会社が支払不能にあるときは取締役・執行役はもはや株主の利害代表者ではなく、支払不能の事実によって会社債権者の受託者となるとする先例的判例がほぼ確立しているように思われる）、New York Credit Men's Adjustment Bureau, Inc. v. Weiss, 110 N.E.2d 397, 398 (N.Y. 1953)（破産管財人からの訴え。会社が支払い不能状態にあるときは取締役や執行役はあたかも会社債権者の利益のための会社財産の受託者とみなされる）、Harff v. Kerkorian, 324 A.2d 215, 222 (Del. Ch. 1974)（取締役は、詐欺、会社の支払不能あるいは制定法違反のような債権者の権利に影響を及ぼす特殊な状況がないかぎり、債権者に対して信託義務を負わない）、Clarkson Co. v. Shaheen, 660 F.2d

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

しかし、取締役と債権者の間に信託関係ないし代理関係はあるはずがないとして、会社が支払不能であっても、債権者による取締役に対する直接の責任追及を認めない立場をとる判例も少数派ながらある<sup>343</sup>。さらに取締役を会社の代理人とみて本人（会社）の債権者に対して、自己の不適当な行為（misfeasance）による損害については責任を負うが、単なる不作為（nonfeasance）によるものには責任を負わないと解する<sup>344</sup>判例もあり、判例相互間の錯綜・不統一を生じている<sup>345</sup>。

Fletcher Cyc Corp は端的に、エクイティー上の債権者訴訟（creditor's bill）の考え方に基づいて、取締役が会社に対して責任を負うべき場合において、財産管理人等が訴えを提起しないときは、債権者は会社の権利において全債権者の利益のために、取締役の責任を追及することができるかと解するのが正解であるとする。その理論的根拠を、会社の訴権は訴訟によって実現できる権利（a chose in action）であり、それが故に債権者訴訟によって、全債権に充当するために追及することができる衡平法財産（equitable asset）であると説明する<sup>346</sup>。

（B）また、制定法の規定<sup>347</sup>によって債権者に対する責任を負わせる例もある。

（C）取締役の第三者に対する責任は、制定法の規定に基づき、あるいは取締役の不法行為等により直接追及する場合を除いて、大筋において、取締役の会社に対する責任を、財産管理人（receiver）ないし破産管財人（trustee）が、会社の取締役に対する訴権を承継して、会社債権者

---

506, 512 (2d Cir. 1981) (破産管財人からの訴え。New York Credit Men's Adjustment Bureau 判決を引用)

<sup>343</sup> Fletcher Cyc Corp § 1181. see also, In Re STN Enterprises, 779 F.2d 901, 904~05 (2d Cir.1985) (判例の多数は支払不能会社の債権者が取締役の不当経営による損害賠償を会社が原告の場合と同様に追及するのを許容するが、少数派ながら認めない判例もある)

<sup>344</sup> “nonfeasance”は全くの不作為、“misfeasance”は有責な過失である。これらは取締役の直接的な不法行為に用いられる区別であり、提訴する者が債権者かどうかは重要でなくなる（Fletcher Cyc Corp § 1181, at 420）

<sup>345</sup> Fletcher Cyc Corp § 1175, at 405. 佐藤鉄男・前掲論文(脚注335) 650頁は、判例が錯綜しているのは救済のための実体法上の問題と手続法上の問題が混在しているためであろうとする

<sup>346</sup> Fletcher Cyc Corp § 1180, at 412~13, § 1182, at 424, § 1183, at 427 (制定法上の追及権は、条文は確かに会社のためとなっているが、実のところは全債権者の利益のために会社に代わって行うことを許容するものだから、債権者による全債権者の利益のための直接訴訟を禁じる理由がない。ただし、「会社に代わって」の要件は、二重訴訟とならないことと、賠償金を債権者個人に帰属させないために設けられている)。18B Am Jur 2d CORPORATIONS § 1843 も同旨

<sup>347</sup> たとえば、DGCL § 174 は、違法な配当の支払（§ 173）・違法な自己株式の買受・償還（§ 160）につき、取締役は会社に対して、また解散又は支払不能の場合には会社債権者に対して、連帯して賠償責任を負うと規定する。CAGCL § 316(a) は、違法な配当その他の株主への分配金（§ § 500 to 503, 166）、会社解散手続開始後の知れたる会社債権者への支払に違反して株主への財産分配、取締役への融資ないし保証について、株主又は会社債権者のために会社に対して責任を負うと規定する。この場合株主又は会社債権者は会社の名において訴えを提起する（§ 316(c), § 506(b)）。NYGCL § 719(a) は、違法配当等（§ 510）、違法な自社株購入・償却（§ 513）、会社解散後の知れたる債権者への支払をすることなく株主に行なった財産分配および取締役への違法な貸付（§ 714）について、会社債権者又は株主の利益のために会社に対して連帯して責任を負うと規定し、NYGCL § 720(a)(1)(A) は、取締役の過失・不作為などの義務違反は責任追及訴訟の対象となるとし、これらの責任を追及できる者は、会社、財産管理人（receiver）、破産管財人（trustee in bankruptcy）、取締役・執行役、判決債権者（judgment creditor）および株主（§ 626の株主代表訴訟による）であると規定する（§ 720(b)）。なお MBCA は、取締役の会社債権者に対する責任についての規定は設けていない

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

の利益のためにこれを行行使する<sup>348</sup>と理解して差支えないようである。取締役の対会社責任を会社債権者が直接追及することを認める場合も、管財人等が責任追及を行わない場合に限り、会社の権利において、会社を代表して、全債権者の利益のために提訴する場合に限られる<sup>349</sup>と理解してよい<sup>350</sup>。

破産管財人が取締役の不当経営による責任について訴えた事例として、ニュージャージー州最高裁の Francis v. United Jersey Bank<sup>351</sup>判決をみる。再保険仲介会社が破産し、その破産管財人が前取締役(の相続人)に対して、同取締役の会社債権者に対する責任を追及した事案であるが、判決は、取締役が債権者に対して信託義務を負うとしても、通常は会社が無資力状態にない限り認識されえない。しかし特定の会社、たとえば銀行の取締役は、会社が無資力状態になくても預金者に対して信託義務を負う。これと同じように、再保険仲介会社は、再保険仲介を依頼した保険会社(ceding companies)から資金を黙示信託(implied trust)として預かっており、取締役は再保険依頼会社に対して信託義務を負うとした<sup>352</sup>。この義務に基づき当該取締役は、他の取締役による資金の着服を止めさせるべきであったのにこれを怠ったから、取締役としての義務に違反し顧客に損害を被らせる結果となったとして賠償責任を認定した。

(D)以上から、取締役の対第三者責任は、制定法違反や第三者に対する不法行為に該当する場合を除いて、少なくとも注意義務違反については、会社が支払不能となって会社財産が会社債権者への弁済のための財源となった以降に発生する。しかもその責任の内容は、取締役が会社に対して負う責任を債権者(管財人等)が代わって追及することであるから、第三者に対する責任の制限の問題は、本来取締役に対する請求権(債権)が債権者のための責任財産の中に組み入れられるべきところを、責任制限制度により組み入れられず、あるいは減額されることがあり得るかどうか、およびその妥当性の問題となる。この問題は、取締役の注意義務違反行為が、会社が支払不能に転落する以前のものが、それ以後のものかに分けて考える必要がある。

<sup>348</sup> Receiver や同様の立場にある者は、会社、株主ないし会社債権者を代表して取締役を訴える。会社債権者は、詐欺によると過失によるとにかかわらず、株主と同じく保護される権利を有する(Fletcher Cyc Corp § 1177)。破産管財人につき、Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, 307 (U.S. 1939) (信託義務基準は株主だけでなく債権者を含む会社をとりまく全利害関係者を保護するためにあるから、その違反の責任は、通常は会社から直接または株主による代表訴訟のほか、破産の場合には、管財人によって追及される)。Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814 (N.J.Sup. 1981) (see *infra* note 351), Brandt v. Hicks, Muse & Co. (In re Healthco Int'l, Inc.), 208 B.R. 288, 300 (U.S. Bankr. Mas., 1997) (財産管理人は債権者に代わって訴えるのではなく、会社の取締役に対する信託義務違反による責任について、会社に代わって訴えることができることを明言する)

<sup>349</sup> 財産管理人が任命されれば、その者が提訴を拒否しない限り、債権者は提訴できないのがコモンローの法則である(Fletcher Cyc Corp § 1176 & § 1277)。債権者が自己の利益のために自己の名においてする訴訟は、制定法の規定がある場合を除いては、認められない(e.g. Gochenour v. George & Francis Ball Foundation, 35 F. Supp. 508 (U.S. Dist. 1940), *aff'd* 117 F.2d 259, *cert den* 313 U.S. 566)。債権者の自己の名における訴訟を認める判例もないわけではないが、他の会社債権者と共通の損害ではなく、会社債権者以外の者にも訴権が認められるような事案に過ぎない(Fletcher Cyc Corp § 1180, at 414)

<sup>350</sup> e.g. Beveridge, *supra* note 341, at 621

<sup>351</sup> 432 A.2d 814 (N.J.Sup. 1981) (see also *supra* note 267)

<sup>352</sup> *id.* at 824-25

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

### (イ) 支払不能以前の行為についての責任制限

責任制限がインディアナ法のような制定法方式による場合も、デラウェア法のような定款方式の場合にも、当該訴えの対象となる行為が、会社が支払不能状態となる以前のものである限り（その行為が支払不能の原因となった場合も含めて）、会社が支払不能状態に入った後に責任を追及されても、責任制限条項の適用が認められている<sup>353</sup>。

インディアナ法に関する連邦地裁の Resolution Trust Corp. (RTC) v. Vanderweele<sup>354</sup> 判決は、RTC（整理信託機構）が、倒産した貯蓄貸付組合（SLA）の取締役の責任を追及した事案である。追及された責任は、通常の過失によるものと、重過失によるものの二つに区分されていた。

の責任とも、インディアナ会社法の責任制限規定に基づき本来問われないところ、連邦法に州法や他の連邦法の規定に関わらず、RTCは取締役の重過失（およびこれより有責性の高い注意義務の違反）による責任を追及することができるとする規定<sup>355</sup>があるため、判決はこれに基づき、の重過失責任部分<sup>356</sup>について取締役は責任を負うとした。なお重過失よりも軽い通常の過失責任部分については、インディアナ法の規定どおり責任を負わないとしている。

Brandt v. Hicks, Muse & Co. (In re Healthco Int'l, Inc.)<sup>357</sup> 判決は、デラウェア法を設立準拠法とする Healthco 社が、LBO 取引により会社を合理的な領域を超える程度にまで過小資本化させ<sup>358</sup>、これが会社の存続を脅かし最終的に倒産に至ったことに関する責任について、破産管財人が当該 LBO 取引に参画した取締役を訴えた事案である。判決は、まず、破産管財人は会社の取締役に対する責任追及権を承継して提訴することができることを確認した上で、注意義務違反部分の責任については、同社の定款に、取締役は法（DGCL § 102(b)(7)）の定める除外事由に該当する場合を除いて、信認義務違反について一切の金銭賠償義務を負わないとする規定があることを理由に、責任を負わないと判示している。しかし被告の忠実義務違反の部分については除外事由に該当するとして責任を認定した<sup>359</sup>。

### (ウ) 支払不能以後の責任制限

(A) 支払不能以後破産等の制定法上の手続に入って管財人等が任命されれば、取締役はもは

<sup>353</sup> 後掲脚注 419 対応本文における Coffee 教授のコメントが倒産時の管財人からの責任追及についても責任制限は適用されることを前提としていることも参照

<sup>354</sup> 833 F. Supp. 1383 (U.S. Dist. Ind. 1993)

<sup>355</sup> 12 U.S.C.S. § 1821(k) of Financial Institution Reform, Recovery and Enforcement Act (FIRREA)（預金保険付保金融機関の取締役は重過失もしくは重過失よりも程度の悪い注意義務の無視による損害に対して、他のいかなる法の規定にかかわらず、金銭賠償責任を負う。何が重過失に該当するかは適用される当該州法の定義に従う）

<sup>356</sup> 本判決は、訴えの却下申立の可否を判断するものであり、具体的な重過失に該当する行為の態様については述べていない

<sup>357</sup> 208 B.R. 288 (U.S. Bankr. Mass. 1997)

<sup>358</sup> LBO 取引により会社に残された資本が合理性を欠くまでに小さいものとなったことは、会社を支払不能に陥れる可能性があるとはまではいわないまでも、支払不能に陥れる危険性があるほどの脆弱な財務状態にすることを意味する（*id.* at 302）

<sup>359</sup> *id.* at 308~309

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

や経営に関与することはなく責任の発生場面もその制限の問題もない。問題は、会社が支払不能状態になっても法的手続きを取るに至らずなお取締役が経営を続けており、取締役の行った行為（不作為）により会社の損害が拡大し倒産を確定的にしたような場合に、取締役が実質的に第三者に対して負う責任が減免制度の適用対象となるのかどうかである。

第三者に対する責任といってもその本質は会社に対する責任であり、第三者の利益のために会社（管財人等）が責任を追及するに過ぎないのであるから、会社（および株主）に対する注意義務違反の責任を制限する制度は、文理的には規定の適用が阻却されることはないようにも思われる<sup>360</sup>。

しかし判例はそのような解釈を取らず、以下に見るように責任制限の適用を認めない。

Pereira v. Cogan<sup>361</sup>判決は、連邦破産法 Chap 7（当初は Chap 11 を申請）に基づき任命された破産管財人が、支払不能であった数年間営業を続けた Trace 社の取締役・執行役を、注意義務違反を含む多数の訴因に基づいて訴えた事案である。判決はそのうちの注意義務違反の部分について、デラウェア法 § 102(b)(7)に基づいて設けられた Trace 社定款の取締役は一切責任を負わないとする免責条項は、破産管財人からの訴えには適用がないとした<sup>362</sup>。その理由として、破産管財人は債権者の利益のために提訴しており、債権者は会社の免責条項に拘束されないことを挙げる。責任制限制度導入以前の判例で、株主が追認した取引から生じた責任を管財人が追及することは、管財人は会社（株主）を代表しているのだから禁反言（estoppel）となるとする被告の抗弁を、判決は、管財人は、取締役が債権者に対して負う信任義務に違反したために会社債権者に代わって提訴しているとして退けたものがある<sup>363</sup>。Pereira 判決はさらに、免責条項は株主・会社・取締役の間の定款という形式をとる契約<sup>364</sup>であり、債権者は契約当事者となっていないとする。責任制限制度には、責任を制限することが第三者に影響を与えない限りにおいて、株主は取締役の行為に基づく損害（economic risk）を、会社と取締役の間にどのように配分するかを任意に決定することができるという政策的妥当性が認められるのである。しかし会社債権者にはリスクは配分されていない。また、責任制限条項は債権者に対する潜在的責任に言及しておらず、会社又は株主による訴訟を規定している<sup>365</sup>のであって、会社債権者ないしその利害代表者である破産管財人からの訴訟についての規定はないとする。

<sup>360</sup> 脚注 336 の Lee の問題指摘は、本文のように考えて行われたものと思われる

<sup>361</sup> 294 B.R. 449 (U.S.Bnkr .N.Y. 2003)

<sup>362</sup> *id.* at 533~34. 別件 Pereira v. Cogan, 2001 U.S.Dist.LEXIS 2461 (“Pereira ”), at 29~38 で判示された理由を引用する。さらにこれに先立って、In re Ben Franklin Retail Store, 225 BR 646 (U.S.Bnkr.Ill.1998), In re Ben Franklin Retail Store, 2000 U.S. Dist. LEXIS 276 にも同様の判示が行われこれを Pereira が引用している

<sup>363</sup> Clarkson Co. v. Shaheen, 660 F.2d 506, 512 n5 (2d Cir.1981)

<sup>364</sup> 「定款は契約である」ことはアメリカ法で定着している（Morris v. American Public Utilities Co., 122 A. 696 (Del. Ch.1923)）

<sup>365</sup> 判示はそのように言うが、そのような直接的な文言は DGCL § 102(b)(7)にはない（「会社または株主に対する個人的責任を消滅させるかまたは制限する」となっている）。ただし CAGCL にはそのような文言（「会社による訴訟または会社の名においてする訴訟」）があることにつき脚注 311 参照

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

(B) 一方インディアナ法のような制定法方式による責任制限制度の場合は、定款(契約)によるのではなく州法に規定されているのだから、債権者が契約当事者でないことは問題とならず、会社が支払不能となった以後の行為についても取締役は責任を負わないように読むしかなさそうであり、そのように解する解説<sup>366</sup>もある。

しかしここでも、会社が支払不能状態下であり会社債権者のための財産保全が重要任務であるときに、取締役は会社再建のためとして、成功見込の薄い過大なリスクをとり結局功を奏さなかったことに、過失・重過失(適用除外事由に該当しない)があったと認められるような場合にも、一切責任を問われぬと言うのでは問題がありそうである。支払不能時には会社の全財産が債権者等の取り分に充当され、株主の取り分は殆どない。この状態でリスクを取って成功し会社が再生すれば、債権者への支払財源が確保される上に、これを上回る部分は株主の取り分となる。しかしリスクテイクが失敗して、会社財産が減少することになれば、株主はもともと取り分がなかったのだから新たな損害は発生しないが、会社債権者の取り分はその分減少する。いわば、会社債権者の犠牲においてリスクテイクがなされることになる<sup>367</sup>。定款方式についての上の(A)に見る判例と同じように、取締役に対する訴えは会社債権者の利害を代表して行われていることを理由に、取締役の会社に対する注意義務違反の責任を否定する制定法規定は会社債権者を拘束しないとして、取締役の過度なリスクテイクを咎め会社債権者の保護を計るような判決が、今後現れる可能性がないとは言えないようにも思われる。

(C) 支払不能以降の行為について責任制限の適用がない場合にむしろ問題となるのは、取締役が責任を負いかねないことを嫌ってリスク回避的になると、経営再建に向けての努力が必要な場合であっても、早々と倒産・整理の法的手続きをとらせてしまい、会社および債権者も含めた会社関係者全体にとっての利益に反することにもなりかねないことであるとする指摘<sup>368</sup>がある。論者はこのような問題を回避するために、会社が支払不能状態になって以降も、会社再建のためのリスクテイクに対して、経営が健全なときに適用される経営判断の原則に類似する原則を適用することにより、取締役を保護する必要があると主張する<sup>369</sup>。

支払不能に陥った会社の取締役に経営判断の原則を適用した判例は多くないが、そのうちの *In re Xonics, Inc.*<sup>370</sup> 判決を見る。支払不能状態にある Xonics 社の一般債権者が構成する債権者委員

<sup>366</sup> 脚注 319 に対応する本文参照

<sup>367</sup> e.g. Stephen L. Schwarz, *Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors*, 17 *Cardozo L. Rev.* 647, 667~70 (1996)

<sup>368</sup> Gregory Varallo and Jesse A Finkelstein, *Fiduciary Obligations of Directors of the Financially Troubled Company*, 48 *Bus. Law.* 239, 254 (1992). Stephen R. McDonnell, *Geyer v. Ingersoll Publications Co.: Insolvency Shifts Directors' Burden from Shareholders to Creditors*, 19 *Del. J. Corp. L.* 177, 205~207 (1994)

<sup>369</sup> McDonnell, *supra* note 368, at 208~10. Varallo and Finkelstein, *supra* note 368, at 255 は、裁判所は経営判断原則を適用する前に、取締役の当該経営選択が会社の建直しにつながり債権者の利害に合致することを証明させる必要があり、破産の法的手続きが始まるまでは、信託法(「信託基金理論」の硬直的な適用)ではなく会社法を適用して、取締役に実務的かつ困難な判断の余地を与えることが必要であるとする

<sup>370</sup> 99 B.R. 870, (U.S.Bankr. Ill., 1989)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

会（Committee of the Creditors）が、会社の重要部門を第三者に売却したことが信託違反であるとして、CEO および取引を承認した取締役会メンバーを被告として訴えた。判決は、被告 CEO は個人的利害（取引成立後自分が売却先企業に転籍する契約があった）を完全に開示した上で取締役会の承認を得ており、また取締役会は、他部門の売却や連邦破産法（Chap 11）の適用の是非などを含む種々の選択肢を注意深く検討し、当該取引については、社外取締役が CEO や社内取締役を参加させないで開催した取締役会で二度検討した上で、会社債権者の最善の利益に合うものと信じて承認したことを認定し、経営判断の原則と同様の原則を適用して被告の責任を否定した。

反対に、New York Credit Men's Adjustment Bureau, Inc. v. Weiss<sup>371</sup> 判決は経営判断の原則を認めない。会社の売上が急減しこのままでは営業の継続が困難となった。全株式を保有する2名の取締役は、借入れ等による運転資金調達が奏功しないため、弁護士と相談して、債権者との交渉や連邦破産法（Chap 11）適用による債務猶予策の検討をしたものの、これら方策の実現可能性が見えず、また、裁判所の指揮・監督の下に法的な破産や清算手続きをとることも可能であったがこれも選択せず、会社の任意清算を選択した。これに基づき被告取締役は、公認競売業者に委託して会社の資産を売却したが、売却によって得られた額は、簿価（73千ドル）、生産・仕入原価（60千ドル）あるいは債務額（52千ドル）のいずれをもはるかに下回る額（20千ドル弱）であったため、会社債権者により破産手続きが申し立てられ破産が宣告された。破産管財人から、被告取締役は換価方法等につき制限を加えるなど競売の管理・監督を行わず、競売を成功させるためになんら積極的行動を取ることもなく業者に任せきりにしたことが、過失ないし義務懈怠により会社財産（債権者のための信託財産）を浪費（waste and dissipate）したことになるとして、損害額の賠償を求めた。判決は、たしかに被告の詐欺や不当利益取得の事実についての証明はなく、かつ不誠実であったとの認定もできないけれども、それをもって直ちに法的に責任を負わないことにはならない。会社が支払不能の状態にあるときは、取締役は会社債権者を受益者とする会社財産の受託者であるとみなされる。その時点で支払不能でなくとも、数日後に支払不能となるような場合も、取締役は制定法<sup>372</sup>に基づいて、債権者のための事実上の受託者となる。もし受託者の一方的な行動によって、債権者のための信託基金が浪費されたとしたら、債権者はそれによって生じた損害額を取戻す権利がある。債権者は競売の事実を知らされなかったために、自己の利益を守るための機会を逃した。取締役には債権者に対する告知義務がないことは確かだが、告知しなかったことにより、その資産売却行為により当該状況下における最高金額が得られ、信託財産の不適切かつ不用意な減耗の原因とならなかったことを証明すべき責任から逃れられなくなったとして、損害額を認定するために第一審のやり直しを命じた。

<sup>371</sup> 110 N.E.2d 397 (N.Y. 1953)

<sup>372</sup> 当時の N.Y. General Corporation Law § 60(2) (現 NYBCL § 720(a)(1) の前身規定)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

この判決の5名の判事による多数意見に対して、2名の判事の反対意見<sup>373</sup>がある。すなわち、被告取締役は誠実に情報に基づいて経営判断を行っており、その判断が結果として間違いであったとしても法的に責任を負わせることは妥当でないとして、経営判断の原則を認めるべきことを主張した。さらに反対意見は、多数意見が、取締役は会社資産を浪費(waste)したため、制定法により損害の回復義務があるとしていることについて、制定法上の“waste”の文言は、違法な詐欺行為に限定して用いられるのであるが、本件被告取締役は、そのような意味での浪費をしていない。さらに“trust fund doctrine”は、「会社の財産は全債務の弁済のための信託基金であり、それが故に債権者は衡平法上の先取特権(equitable lien)を有し、株主に優先して弁済を受ける権利を有すること」を意味するに過ぎず、その意味で本件には、この理論は無関係であると手厳しく批判している。

### 第5項 ALI の責任制限

#### 1 軽減のみを認め執行役にも適用する制度

ALIの責任制限制度<sup>374</sup>は、デラウェア法などと同じ定款方式であるが、注意基準活性化論の立場から、潜在的に巨額な注意義務違反賠償責任額が、裁判所の責任認定を躊躇せしめる要因となっており、この賠償額を合理的な額に軽減することにより、義務違反抑止力を維持しつつ、取締役を過度に萎縮することから解放することを制度の根幹とするものである。同じ理由で執行役についても、取締役と同様に責任制限の適用対象とする。上に見たようにMBCAを含む各州法が、社外取締役の人材確保の障害を除去するため、注意義務違反による金銭的賠償責任を軽減のみならず全額免責してしまうことをも許容し、注意基準の違反抑止力をほぼ放棄した結果となっているのと対照的である<sup>375</sup>。

ALI原理と同じく、1年分の報酬を下限として制限する定款規定を許容する立法例に、コネティカット州会社法<sup>376</sup>がある。責任制限適用除外事由もALI原理とほぼ同じであるが、責任制限の対象となるのは取締役だけであり、執行役には適用されない点がALI原理と異なる。

<sup>373</sup> dissent by Desmond, J.

<sup>374</sup> ALI原理の正式発表は1992年であるが、責任制限についての§7.19が機関決定されたのは1989年である(John C. Coffee Jr., *The Mandatory/Enabling Balancing in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, 89 Colum. L. Rev. 1618, 1652(1989))

<sup>375</sup> John C. Coffee Jr., *No Exit?: Opting Out, The Contractual Theory of The Corporation, and the Special Case of Remedies*, 53 Brooklyn L. Rev. 919, 923 & n 11(1988)によれば、DGCL § 102(b)(7)の法案はALIの暫定草案(最終的にALI Principles § 7.19となった)を手本にして作成されたようであるが、ALIは、ひとつの重要な点、すなわち責任を消滅させるのではなく軽減するものである点において、デラウェア法を上回るものであるとする

<sup>376</sup> Conn. Gen. Stat. § 33-636(b)(4)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

### 2 制度の概要

ALI § 7.19 は、制定法により別段の定めがある場合を除き、取締役または執行役の注意義務違反（行為準則<sup>377</sup>の不遵守）による損害賠償額を、年間の報酬額を下回らない額まで制限することを認める定款条項を有効とする。ただし、当該取締役または執行役の行為準則の不遵守が、(1)悪意（knowing）かつ有責な（culpable）法違反を含み、(2)行為または不作為が正当化され得ない重大な損害を会社にもたらす危険性があることを知っている状況下で、取締役または執行役が会社に対する義務を意図的に無視し、若しくは、(3)取締役または執行役の会社に対する義務の放棄につながるような、持続的かつ許容されない態様の不注意を構成する場合のいずれにも該当せず、かつ、取締役、執行役またはこれらの関係者が公正取引義務<sup>378</sup>に違反して不当な利益を得ていない場合でなければならない。適用除外事由については後ほど（第7節第4項）検討するが、これに該当しない限り、注意義務違反（過失）の程度を問わず責任制限は適用される。

賠償額の免除は認めずその者の年間報酬を限度として軽減する。この年間報酬は、義務違反のあった年のもの（判決のあった年ではなく）とする<sup>379</sup>。基本的にひとつの違反事案は、全体についてひとつの軽減後の賠償を課すものであり、事案を分割して順次提訴することにより個々の責任を累積させて、結果として高い賠償額を課すようなことは許されない。ただし、継続して違反が認められる場合は、責任制限適用除外事由の(2)または(3)に該当して、責任制限の対象外となる可能性はある。

責任制限は取締役だけでなく執行役にも適用される。

また、責任制限を規定する定款条項は、株主への開示を経て利害関係のない株主の決議で採択され、取締役会の事前の決議なくして、年次総会においていつでも撤回されうるものでなければならない（この点は第7節第1項2で検討する）。

係属中の訴訟または制度採択に先立って生じていた損害に関しては、責任軽減は適用されない<sup>380</sup>。

<sup>377</sup> ALI 原理第 編「注意義務および経営判断の原則」に規定

<sup>378</sup> ALI 原理第 編「公正取引義務」に規定する義務

<sup>379</sup> 報酬の内容につき、月給等の定例報酬以外のボーナス、利潤分配制度、適格ストックオプション制度などによる給付を含むか否かについては明確にしていない。ただし、適格年金掛金や健康保険料などは含まれないとする（Comment *h* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 252.）

<sup>380</sup> ALI Principles § 7.19 但書

## 第6節 責任制限制度の評価と妥当性の検討

### 第1項 各州の制度の評価 注意義務基準の実質的消滅

デラウェアやインディアナに続いて、現在までに全州が、定款方式か制定法型により、各企業の責任制限制度を認めるに至っている<sup>381</sup>。

これに基づいて個別企業の段階では、デラウェア法の改正後2年以内に、数百・数千の会社が定款変更を行った<sup>382</sup>。具体的な定款の規定内容は、金銭的賠償責任を軽減<sup>383</sup>とするものもあるが、適用除外事由等は法の規定どおりとした上で、殆どの会社が全額免責を採用したとされる<sup>384</sup>。

株主が責任制限の定款規定を採用しない会社は、そのような保護制度がないため有能な社外取締役が確保できず、経営監視機能を弱めることになり、逆に、金銭的賠償責任の全面的免責を選択してしまうと、違反抑止力の基本的部分が失われる。デラウェア法自体は、責任制限なしと責任なし(全額免責)の両極の間で、任意に株主の選択を認める建前となっているが、アメリカの中心的大企業では、殆どの株主が責任なしという一方の極の選択肢を選んだ結果になっている<sup>385</sup>。

インディアナ法もヴァージニア法もともに、注意基準のもつ違反抑止機能の主要部分を放棄

<sup>381</sup> 脚注 293 と脚注 313 を総合すると少なくとも全 50 州が定款方式または制定法型による責任制限制度を採用している

<sup>382</sup> Hanks *supra* note 274, at 1211

<sup>383</sup> 軽減については、取締役会全体としてあるいは個別の取締役ごとに軽減し、あるいは、特定の事項についてのみ軽減するがそれ以外は軽減しないといった規定の仕方もある。賠償額を、最大限1万ドルとするといった規定例もある (R. Franklin Balotti and Mark J. Gentile, *Commentary From the Bar: Elimination or Limitation of Director Liability for Delaware Corporations*, 12 Del. J. Corp. 5, 13 (1987))

<sup>384</sup> Balotti and Finkelstein, § 4.19, at 4-336. Note (by Hammond), *supra* note 286, at 555 は、デラウェア法改正後数か月内に行われた非公式調査によれば、殆どすべての会社が責任の全額免責の定款を採用したとする。規模の小さい会社や財務状況の悪化している会社はともかく、大多数の大規模なデラウェア法準拠会社においては、全額免責を提案するにあたって経営者に躊躇はなく、定款変更承認にあたって株主も特に反対の動きはなかったようである。Note (by Newcomb), *supra* note 252, at 438 & n154 も、これより少し前の時点であるが、定款改正を株主総会に提案もしくは提案しようとする会社のほぼ 90% が、全額免責を選んでいる模様であるとする。

因みに、GENERAL MOTORS CORPORATION の Restated Certificate Of Incorporation (As Restated and filed March 1, 2004) は、その第 7 条 2 項に、「取締役は会社もしくは株主に対して、..... ( DGCL § 102(b)(7) の責任制限適用除外要件と同じ内容・文言 ) の場合を除いて、信託義務違反に対する金銭的賠償についての個人的責任を負わない」と規定している ([http://www.gm.com/company/investor\\_information/docs/corp\\_gov/gmcoi.pdf](http://www.gm.com/company/investor_information/docs/corp_gov/gmcoi.pdf))。同様に Certificate of Incorporation of General Electric Company § 6( 取締役としての義務違反に対する個人的賠償責任を負わない ) ([http://www.ge.com/en/commitment/governance/corporation/article\\_directors\\_process.htm](http://www.ge.com/en/commitment/governance/corporation/article_directors_process.htm))、Certificate of Incorporation of IBM § 11 ( NYBCL § 402(b) の許容する限度一杯に、取締役としての義務違反に対する賠償責任を免除する ) (<http://www.ibm.com/investor/corpgovernance/pdf/certificateofincorporation.pdf>) のごとくである

<sup>385</sup> Note (by Newcomb), *supra* note 252, at 437

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

するものである。すなわちインディアナ法においては、金銭賠償義務をゼロに免責するものであり、ヴァージニア法は、取締役の行動基準を「会社の最善の利益となる誠実な (with good faith) 経営判断に従って履行しなければならない」とのみ規定する<sup>386</sup>ことにより、極度にバーを低くするとともに、責任額については、定款に記載すれば責任をゼロに免責することも可能であるからである。

(1) このような立法に対して、注意義務は取締役の違反行為抑止力の基本をなすものであり、しかも、市場の力では取締役の行動に影響を与えない事例<sup>387</sup>も厳然としてある以上、その最低限の抑止力を残すべく、金銭賠償責任を全額免責すべきではなく軽減に止めるべきであったとする批判がある<sup>388</sup>。各州法を支持する論者は、金銭的責任は免除しても非金銭的救済手段 (差止など) は残されていることを強調するが、差止は事案が完結してしまえばできなくなるという限定的な救済手段だから、金銭的賠償に代わりうるものではない。その上、取締役にとってみれば、弊害のある行為をやめるだけでよく個人的に何も失うわけではないから、再発抑止力もないことになる<sup>389</sup>。Eisenberg 教授も、デラウェア法が注意義務違反による金銭賠償責任の免責を許容しているのは行過ぎであると批判する。注意基準は、取締役に単なる損害賠償機能を越えた妥当な結果に対する責任 (accountability) を持たせる意義があり、それをなくしてしまうことは、会社法制度に重大な欠陥をもたらすことになるというものである<sup>390</sup>。

(2) 一方、各州の立法を弁護するものもある。

---

<sup>386</sup> Va. Code Ann. § 13.1-690

<sup>387</sup> 脚注 263 参照

<sup>388</sup> Lee, *supra* note 252, at 277 & 280. Note (by Newcomb), *supra* note 252, at 449 以下も注意義務を残すべきとして、最低限の責任を課すべきことを提案する

<sup>389</sup> Lee, *supra* note 252, at 274

<sup>390</sup> Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945, 971 (1990) は、accountability (経営成果が妥当であったかどうかの説明責任) は注意基準だけでなく、委任状規制によっても支えられ、この両者はともに完全ではなく限界のあるものであり、どちらを欠いてもよくない。さらにいえば、注意基準は連邦による規制を最小限に止める機能も果たしたのであり、これを縮小してしまうと、いずれは連邦による介入を招くことに行き着く。取締役は注意基準による不当に過大な責任から、責任制限制度によって保護されなければならないと同時に、その行動が他の者の損害をもたらす危険性を内包する者でもあるから、注意をもって行動しなければならないという一般原則に基づき、倫理的・法的な義務に従わなければならないとする。なお accountability の訳語については、川濱昇・前掲論文 (脚注 9) 28 頁および (注) 76 を参考とした。

ところで、比較的最近の論文 Melvin A. Eisenberg, *Corporate Law and Social Norms*, 99 Colum. L. Rev. 1253, 1266-70 (1999) において、責任制限制度により取締役の責任が減免されているにも関わらず、取締役の監督機能が強化されているとの見解が示されている。Ira M. Millstein and Paul W. MacAvoy, *The Active Board of Directors and Performance of the Large Publicly Traded Corporation*, 98 Colum. L. Rev. 1283 (1998) の研究成果を引用しつつ、責任の免責ないし軽減によって法的な脅威が消滅していることは明らかであり、また取締役に報酬インセンティブもほぼ皆無であったのに、取締役の「社会的規範意識 (social norms)」が強化されている事実があるとする。その社会的規範の変化をもたらしたものは、80年代以降の一連の訴訟 (Smith v. Van Gorkom など) において、裁判所が取締役の注意義務は何か、その意味内容を判決文の中で明らかにし、メディアの力が強く、取締役はその痛烈な批判に曝されて名声を失墜することがないように注意深い行動を取るようになり、機関投資家による注視・圧力が大きく影響しているとする (この論文の紹介として、伊藤靖史「会社法における社会規範の役割」アメリカ法 2001-1, 179 頁)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

たとえば、市場の力による規律説に立って、デラウェア法を擁護する次のような見解がある。この見解は、コモンローの注意義務による責任制度と改正法による責任制限制度を、いずれが株主の利益により多く寄与するかとの観点から比較し、その尺度としてそれぞれのエージェンシーコストをみると、新制度の方が圧倒的に低いとするものである。

すなわち、責任が減免されるのは、注意義務違反のうち適用除外事由に該当しない極めて限定された場合のみであるとし、この限定された場合には注意義務を廃止したことになるが、これにより、注意基準の最大のコストとなっている取締役の過度のリスク回避姿勢を抑制することになるから、その廃止自体は株主を害するのではなく利益となること、取締役が義務懈怠に陥ることは、市場のインセンティブにより最小限に阻止されること、および、株主は、自己が望む以上のリスクを取締役がとっていると思う場合、(A) 株主総会で反対投票をする、(B) 株式を売却する、(C) 株主としてとどまるが総会決議に参加しない、という幅広い選択肢の中から自分の行動を主体的に選択することができるからである<sup>391</sup>。このうち株主が (C) を選択して離脱し損ねた結果、会社の経営成績の悪化等により損害を蒙ることがあり得る。この点について論者は、このように株主が自らの不注意や判断間違いによって生じる損害を、制度的にコストをかけて防止あるいは救済する(すなわちコモンローの注意義務責任制度に立ち返る)必要はなかろう、との見解をとっている<sup>392</sup>。

インディアナ法についても同様に、同法は MBCA と同一の取締役の注意義務規定<sup>393</sup>を有しており、その違反に対する金銭賠償責任が課される場合を狭めてはいるものの、取締役の義務規定そのものを廃止したわけではないとする、立法当局者の自己弁護がある<sup>394</sup>。

また、裁判所が責任を課す基準の部分の切り離しただけで、取締役は依然として注意義務を果たすことを期待されており、市場(取締役の人材供給市場、資本市場および M&A 等の経営交代圧力となる市場)がその規制力となるとする、市場の力による規制説をなぞって援護するコメントもある<sup>395</sup>。

---

<sup>391</sup> Note (by Bjerre), *supra* note 254, at 815

<sup>392</sup> *id.* at 815~16 . Easterbrook, *supra* note 256, at 542 の、どのような制度であってもコストがかかり、経営者と株主の利害が相反する場面はあるのだから、市場による規律だけが不完全でコストがかかるというものではなく、ALI のような規制強化も、それに要するコストを上回る利益があるとはいえないとの主張を引用する

<sup>393</sup> Ind. Code § 23-1-35-1(a) (1) 誠実に(2)同様の立場にある通常の慎重な者が同様な状況下でとるであろう注意をもって(3)会社の最善の利益になると信じる方法で義務を履行しなければならない。これは、当時の MBCA の取締役の行動基準 § 8.30(a)(1)~(3)と同じである

<sup>394</sup> Ind. Code § 23-1-35-1 Indiana Comment (Burns Ann. 2001)

<sup>395</sup> Note (by Banta), *supra* note 316, at 242

### 第2項 ALIの責任制限制度の意義・妥当性

ALIの提言は、多年にわたる広範な議論を経てまとめあげられたものである。その完成を待たず、各州の実態的に金銭賠償責任を消滅させてしまう立法が先行しており、また、ALIの提言に対してはABAが反対の見解を表明し<sup>396</sup>、あるいは各州の会社法改正競争の影響もあるためか、ALI原理に倣って制定法を設けた州は殆どない<sup>397</sup>。しかし比較法的考察においては、ALIの制度はいわばありうべき制度であり、制度のあり方や理論面において重要な論点を提供するものとして参考に値する。責任制限制度の意義および妥当性について、前述の責任制限制度導入以前における論議（第5節第1項）と重複する部分もあるが、あらためて以下にまとめる。

#### 1 制度の政策的意義（Policy Considerations）

（1）取締役が注意義務違反を犯した場合は、会社の経営規模の中で発生する損害は巨額になり、これまで注意義務違反で責任が認定されることは稀であったと言うものの、責任制限制度がなければ、莫大な賠償責任を負いかねないことが問題である。注意義務違反により責任を負わされる可能性は一方通行的であり、取締役の行動や経営意思決定が、過度にリスクのあるものであれば、責任を問われる可能性があるのに対して、過度に慎重でリスクをとらない場合には、賠償責任を負わされることはないのが現実である。このインパクトとD&O保険の付保の困難さとが重なって、特に外部取締役は、その報酬に比し潜在リスクが高いことから、取締役への就任・再任を拒否し、あるいは、そのような潜在リスクが経営意思決定を過度にリスク回避的にさせ、これらが経営の効率性を低下させ、株主の利益を害することにつながる<sup>398</sup>。

（2）もちろん責任制限制度がなくとも、経営判断の原則がありこれが取締役の保護の第一次防波堤機能を果たすが、たとえ取締役が勤勉かつ思慮深い行動をとることにより注意基準要件を十分に遵守していても、事実審において、裁判所や陪審が事実の誤認定をしないとも限らないという懸念もある<sup>399</sup>。さらに経営判断の原則は、実際に判断を下した場合に適用されるものであり、取締役の任務が経営者の監督やコンプライアンスのウェイトが高いことを考えると、取締役の保護には必ずしも十分とは言えない。

（3）伝統的な不法行為法に基づけば、因果関係のある責任は全額賠償させなければならず、一方、定款自治の観点からは、株主はあらゆる責任の全面的な免責さえ、合法的に行うこともできる（株主全員の同意があれば、忠実義務違反の免責も可能である）。ALIの責任制限制度は、この両極の中庸をはかる政策的意義を持ち、責任制限適用除外事由に該当する有責な（culpable）

<sup>396</sup> 脚注 269 参照

<sup>397</sup> 比較的最近になって責任制限制度を取入れた West Virginia(2002年改正)、Puerto Rico(1995年改正) とともにデラウェア型（責任の免除をも認める）を採用した。これで少なくとも全州に責任制限制度が採用されたことになる

<sup>398</sup> Comment c to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 240~41

<sup>399</sup> *id.* at 240.

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

事由にまで達しない注意義務違反による損害賠償額を、その者が会社から得る報酬を下回らない水準にまで、軽減してもよいとするものである<sup>400</sup>。

### 2 責任制限の理論的妥当性 (rationale)

#### (1) 責任の公平性

まず最も基本的なものは、公平性であり、もし賠償額を制限しなければ、賠償額は被告の有责性 (culpability) および被告が会社から得る報酬額に比し過大となることである<sup>401</sup>。

取締役はその基本任務として経営上のリスクをとることにより会社 (株主) に利益を得させるべき立場にあるが、そのリスクをとって、成功すれば会社 (株主) の利益にはなるが取締役自身の利益にはならない一方、リスクテイクが裏目に出たときは、その損害を取締役に補填させると言うのはいかにも不公平である<sup>402</sup>。

#### (2) 注意義務基準の活性化と無益訴訟等の排除

責任制限により苛酷な賠償が緩和されれば、裁判所は却って注意義務違反の責任を認定しやすくなり、公正で適切な結果を導くことになる<sup>403</sup>。

責任を制限すれば、弁護士報酬は賠償額の一定比率以下である<sup>404</sup>から、原告側弁護士の注意義務違反訴訟提起の経済的インセンティブを萎えさせ、無益な訴訟が減る<sup>405</sup>。また、責任制限の対象外である忠実義務違反の方に、エネルギーを注がせることにもなる<sup>406</sup>。

#### (3) D&O 保険の合理化、適正化

取締役の責任を制限すれば保険給付見込額が減少する<sup>407</sup>から、会社の保険料負担が軽減する。

責任制限を忠実義務違反には認めず注意義務違反にのみ認めることの結果として、本来忠実義務違反により責任を問うべき訴訟を、注意義務違反訴訟としてすり替えるのを禁止するという隠れた効果も生じる。忠実義務違反は D&O 保険の対象外であるが、当事者双方が忠実義務違

<sup>400</sup> Comment c to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 241

<sup>401</sup> *ibid.*

<sup>402</sup> Eisenberg, *supra*, note145, at 445

<sup>403</sup> Comment c to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 241

<sup>404</sup> ALI Principles § 7.17 は、弁護士報酬は従事時間比例制 (lodestar method) でも、勝訴額比例制 (percentage of the recovery) でも合理的な方法であればいいが、裁判所が承認するにあたっていずれの方式によっても勝訴額の一定比率を超えないように留意すべきとする。Hensley v. Eckerhart, 461 U.S. 424 (U.S. 1983)が勝訴額比例を認めて以降、特に代表訴訟のような common fund (勝訴額は、他の株主・会社等の利益となるとともに、ここから訴訟費用や弁護士報酬も支払われる共通財源となる) 事案において、勝訴額比例制を認める判例が増えている

<sup>405</sup> Coffee は、とりわけ損失が巨額な場合 (新車開発の失敗や第三世界への巨額の融資の焦げ付きなど) には、原告弁護士がレバレッジ効果 (たとえ過失を認定される確率が低くても損害額が大きければ、勝ったときの判決額は大きくなり、報酬も大きくなる) を狙って提起する訴訟が最も回避されるべきと考える (Coffee, *supra* note 110, at 820)

<sup>406</sup> *id.* at 821

<sup>407</sup> 代表訴訟による責任は D&O 保険料率算定要素の一部ではあり、ほかに証券法上の責任、破産管財人から追及される責任や、環境、差別禁止行為による責任などは残る (Comment c to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 241)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

反訴訟を注意義務違反事案として和解に持ち込み、その和解金を D&O 保険から支払わせてしまう可能性があった。被告がこのようにして賠償責任を免れてしまうとすれば、忠実義務基準の抑止効果が失われ、また結局は会社の支払う保険料が高くなる。責任制限を適用すれば賠償額が忠実義務違反賠償額より少なくなることもあり、そのようなすり替え操作が減るとともに、忠実義務違反に対する D&O 保険の不適用という、法の本来の趣旨を全うすることができる<sup>408</sup>。

また保険制度があっても、付保額が不十分な場合、あるいは、事案によっては保険が不適用となる場合があり、責任制限制度によってこのようリスクから被告を保護することも可能になる<sup>409</sup>。

### (4) 注意義務基準の損害補償機能と違反抑止機能について

責任制限により賠償額が少なくなれば、その当然の結果として注意義務責任基準のもつ損害補償機能、違反抑止機能が低下してしまうことになる。

しかし、以下の理由で、注意基準には損害補償機能を期待すべきでない。一方、抑止機能については、制限された賠償額であってもなお金額面での抑止効果は残ると考えてよいし、他の代替的な機能も合わせて、総合的な抑止力が機能していると言える。

(ア) 注意義務違反を問う代表訴訟は、被害者に対する損害補償を第一目的とする不法行為訴訟とは区別して考える必要がある<sup>410</sup>。

その理由の第一として、代表訴訟では被害者への補償という目的は、実現し難くかつ緊急性も乏しいことである。取締役による過失ないし義務違反の究極の被害者は株主であるが、市場での株式売買により株主は絶えず変化しており、実際に被害を受けた株主を特定すること、および、真の経済的損失額の算定をすることは困難であり<sup>411</sup>、さらに、株主は、基本的に投資銘柄を分散しているから、不法行為における被害者のような破滅的な損害を受けることは通常はないと言える。

代表訴訟と一般の不法行為訴訟の第二の相違点は、取締役の事業リスク対応能力に関するものである。医者や弁護士のような独立の企業家の場合は、その業務上の過誤によって発生しかねない賠償責任リスクのカバー・コストを、予め事業から得る報酬に織り込んで、多数の患者

<sup>408</sup> ALI Principles § 7.19 Reporter's Note 5, Vol.2, at 258~59

<sup>409</sup> Comment c to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 241~42

<sup>410</sup> *id.* at 242

<sup>411</sup> Coffee, *supra* note 110, at 807 によれば、真に被害を蒙った株主の特定は難しい(当該加害行為があったときの株主ではなく、市場が取締役の加害行為を知ってネガティブな反応をする前に買いその後売却した株主である)、株主の株価変動による損害額は会社の損失よりも市場の反応(損失は一回限りと考えるか将来再発する可能性があるか)如何で大きくもなり小さくもなることから、代表訴訟に補償機能を期することは現実的とはいえないとする。

被害者は会社であって株主ではないというのは(それなら株主の代表訴訟提訴資格を違法行為時株主に限定するのは納得がいけないことになるが)、このように真の被害者を特定することが困難なために裁判所が受け入れたフィクションと考えられる。そのことはとりもなおさず、裁判所は、誰が被害を受けたかよりも、誰が被告(違反者)であるかの方に關心があることを物語る。被害者が誰かよりも誰が違反者として賠償金を支払うかの方が問題になるのは抑止の考え方なのである(Coffee and Schwarz, *supra* note 221, at 303 & 305)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

や依頼人に分散して負担させることが可能である。しかし社外取締役は、パートタイマーとして会社経営に参加しているのであって、その事業コスト（賠償額）が一般的に妥当とされる事業利益（取締役報酬）水準を超えることは好ましくない。

第三に、賠償責任をフルに課して注意義務違反による損害回復効果（および抑止効果）を維持しようとする場合、それによって得られる利益よりも、取締役としての経営意欲を萎縮させることにより生じる社会的損失の方が大きい<sup>412</sup>。

（イ）ALIの責任制限規定は抑止機能を確保するようできている。執行役にとっては、1年分の報酬は個人資産の相当割合になり適切な抑止力となる。一方、取締役の場合は報酬は低額だから、賠償金額面での抑止力は執行役と同じとは言えないかもしれない。しかし、責任制限規定には適用除外事由が設けられており、裁判官や陪審の事後的な非同情的な眼で、取締役の行為が除外事由に該当すると認定されるリスクはあり得る。このような、わずかながらも青天井の賠償を命じられかねない訴訟リスクがあることを、取締役が認識すること自体が抑止力となる<sup>413</sup>。

その上に、違法行為抑止機能は代表訴訟という強制力だけでなく、独立取締役制度、公開買付などの経営権市場や会社内外からの経営者を見る目、公開ディスクロージャー制度などの、諸々の代替機能にも依存することができる<sup>414</sup>。

さらには、ALI原理型の責任制限は賠償額を制限するが、責任（すなわちその前提となる過失などの経営上の失敗）の存在自体は認定するのだから、実際の損害額の大きさへの社会的評価と合わせて、これが経営者や取締役としての評判に影響し、場合によっては経営者人材供給市場からの退出を余儀なくされることにもなる。特に社内者の場合は、社会的な地位とともに生活の糧そのものを喪失することにもなりかねないであろう。

### （5）責任制限制度適用の客観性

取締役会による代表訴訟却下申立権限が行使されないような場合、事前に責任制限制度が設けられていれば、取締役を注意義務違反の責任から保護することができる<sup>415</sup>。倒産すればもはや取締役会は機能しないばかりか、管財人が取締役を提訴することができるのであり、また、敵対的買収などで取締役会が交代した場合などで、新取締役会が代表訴訟の却下申立をしないのみならず、提訴された株主代表訴訟を継承して前取締役の責任を追及することもある。

支払不能に陥った保険会社の財産管理人（receiver）が社長を訴えた *Meyers v. Moody*<sup>416</sup>事件がある。Empire 生命保険会社の社長はゼロから始めた会社を発足後5年でアメリカ16州に500代理店を有し取扱高455百万ドルの大保険会社に急成長させた。それを可能にしたのは、社長が祖

<sup>412</sup> Comment *c* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 242. Coffee, *supra* note 110, at 822.

<sup>413</sup> Coffee, *supra* note 375, at 928~30. この金額的な抑止力以外については、適用除外事由を持つ各州の責任制限法についても同様に言えることである

<sup>414</sup> Comment *c* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 241~42.

<sup>415</sup> Coffee, *supra* note 110, at 821

<sup>416</sup> *Meyers v. Moody*, 693 F.2d 1196 (5th Cir. 1982), *cert denied*, 104 S.Ct. 287(1983)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

母の設定した信託の終身受益権(評価額約5百万ドル)を会社に提供して資本剰余金に入れ(資本として認められるためには換金可能性がなければならないが、この受益権は譲渡禁止であり社長はそのことを秘匿していた)かつ、会計監査会社、保険数理人、州の保険局長などと相談はしたものの最終的には独自の判断で、これを14百万ドルに増額評価しそれによって強化されたかみえる資本基盤をベースにして、積極的に他の保険会社の買収を重ねたことによる。しかし、当該受益権からの実際のキャッシュフローは小さく、急拡大した業務に必要な流動性資金を賄うことは不可能であり、ほどなく当局から新規保険受け入れ禁止処分を受けるに至り、会社は多額の損失を計上するとともに、資金不足を来し保険金請求に対して支払を遅延せざるをえなくなった。裁判所によって財産管理人が任命され清算手続に入った。なお本件訴訟に先立って株主から代表訴訟が提起され、財産管理人が参加し次いでこれを承継した経緯がある。陪審は、信託受益権を再評価して造出した人為的な剰余金勘定をもとにした大規模な企業買収は、少なくとも社長による重過失を構成すると評決し、裁判所はこれに基づいて賠償責任を認定した<sup>417</sup>。上訴審も信託受益権の再評価に合理性がなく、仮に合理性があったとしても、評価に変動があれば会社の支払不能を来すべきことを知っていたか知るべきであったのであり、会社の命運をひたすらそのようなものの安定性にかけてことが重過失に該当しこれが会社を破産に追い込んだ原因である<sup>418</sup>としたのである。

Coffee 教授は、この事案には利害相反の事実は含まれておらず、被告は単にリスクの高い経営選択をただけであるから、当時責任制限制度があったら適用されたと思われる事案であるとする<sup>419</sup>。

---

<sup>417</sup> 陪審及び一審判決は、信託義務違反のほかに、連邦証券取引法についての違反(信託受益権の非譲渡性の非開示と受益権価値についての不当表示)を認定したが、上訴審は、信託義務違反が認定された以上連邦証券取引法違反についての判断は不要であるとしている(693 F.2d 1196, at 1211)

<sup>418</sup> *id.* at 1209~11

<sup>419</sup> Coffee, *supra* note 110, at 821 n82

## 第7節 責任制限についての各論的検討

### 第1項 定款方式に関する論点

#### 1 定款方式の有効性

(1) ALI § 7.19 は、制定法の根拠規定がなくても定款条項の効力を認めるものである。当初は、根拠となる制定法がなければ、賠償額を制限することはできないと考えられていた<sup>420</sup>ものであるが、下記のような解釈によりこれを可能としている。デラウェアにおいても当初、制定法規定がなくても責任を減免する定款条項は有効ではないかとの議論があったが、確実に期し法を制定したことは先に触れた<sup>421</sup>。

ただし現時点ですでに全州が責任制限の根拠となる立法を行っており、根拠法のない場合の定款規定の有効性の問題は、純粹に理論的な問題としてのみ意義を残す。

(2) さて、アメリカの判例法上、制定法根拠がない場合の定款規定の有効性についての直接の判断事例<sup>422</sup>はなく、ALI 原理はその根拠を次の3点に求めている<sup>423</sup>。

第一に定款自治である。各州会社法においては、一般に経営管理等についての定款自治は、法に反しない限り許容される<sup>424</sup>。ただし公序の範囲内であることが当然の前提となる。制定法の根拠規定がないのに責任を全額免責し、あるいは注意義務規定そのものを廃止するのであれば、公序に照らして問題があるかもしれない。しかし ALI § 7.19 は、金銭損害賠償責任をゼロにするのではなく被告の年間報酬額を限度に制限するものであり、その考え方は違反の有責性に比して不釣合いに過大な賠償責任を緩和するということであるから、公序に反するとは言えない。

なお、定款自治にも限界があり、広い意味での取締役の責任制限として、注意義務の範囲を制限し、あるいは、取締役の任務の範囲を特定の領域に限定するような定款変更は、ALI 原理

<sup>420</sup> 脚注 232 と対応本文参照

<sup>421</sup> 脚注 295 と対応本文参照

<sup>422</sup> イギリス法にはあるが ( In Re Brazilian Rubber Plantations and Estates, Ltd., [ 1911 ] 1 Ch. 425 (Ch. Div. 1910) )、後に会社法で禁じられることとなった経緯がある ( 第3章脚注3参照 )。なお、Fletcher Cyc Corp § 1047 は、「定款に...賠償責任がないと規定されていれば、不正直が証明されない限り、過失によっては責任を課されない」と規定し、Irwin v. West End Dev. Co., 342 F.Supp. 687 (D.Colo. 1972) を挙げる ( 公正さが証明されない自己取引契約を容認する定款規定の効力は認められない )。また、注意義務違反事例についての責任制限の定款規定の有効性を直接判断する判例はないが、コモンロー原則から外れる新たな規定を定款に定めることを認め、その許容範囲について述べた判例はある。Sterling v. Mayflower Hotel Corp., 93 A.2d 107 (Del. Ch. 1952) ( コモンロー原則から外れる定款規定は、それが制定法やコモンローによって確立され、あるいは DGCL の規定の趣旨から解釈される公序に反しない限り認められるとして、利害関係のある取締役も定足数に算入できるとする定款規定は有効であるとした )

<sup>423</sup> Comment a to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 239,240.

<sup>424</sup> e.g. DGCL § 102(b)(1), CAGCL § 204(d), NYBCL § 402(c), MBCA § 2.02(b)(2)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

としては認めない<sup>425</sup>。定款自治によって、コーポレート・ガバナンスの伝統的秩序からの大幅な離脱をすれば、裁判所は公序違反として否認することになる<sup>426</sup>。

第二に信託法リステイトメントの類推をあげる<sup>427</sup>。第二次信託法リステイトメント § 222<sup>428</sup>は、受託者の過失責任（非誠実、意図的あるいは受益者利益への無謀な無関心による違反の責任は除く）を契約により免除することを可能としている。受託者が減免されるなら、法的に擬似受託者（quasi-trustee）と目される取締役が減免されて当然である<sup>429</sup>。同様な類推根拠規定として、ほかに第二次代理法リステイトメント<sup>430</sup>がある。

第三に、定款により責任を制限することは、制定法や公序に違反するものではないとALIは考える。MBCA § 8.30 や NYBCL § 717 などは、取締役が注意規準を遵守すべきことを定めている。しかしこれら規定は、注意基準を定義するだけで、それに違反した場合の責任の度合いまでは特定していない。取締役の注意義務違反に対して、その抑止のために、不法行為法に基づく損害全額の賠償責任を課さなくとも、公序に違反することにはならないであろうとする<sup>431</sup>。

### 2 定款変更手続き上の問題点

（1）定款方式に関しては、その変更の手續において、株主総会における定款変更が附合契約（contracts of adhesion）化し、特に大規模公開会社において全国的に分散する少数・零細株主（この項で小株主と言う）に関しては、真の意味で、会社と交渉した上で同意が行われる機会がなく、経営者側の思うままに決まってしまうという問題（経営者支配）がある<sup>432</sup>。小株主は会社に対する自己の影響力が小さいことが分かっているから、費用と時間を掛けて、経営者の定款変更提案について賛否を検討するための情報を入手しようとはせず、無関心（理に適った無関心：rational apathy, rational ignorance）となり、会社提案がたとえ株主にとって不利なものであったとしても、そのまま賛成してしまう傾向にあることが指摘されている。

機関投資家のような零細ではない株主（この項において大株主と言う）も、自ら時間や費用を掛けて経営者と交渉して問題を解決した場合、それにより得られる利益は小株主よりは大きい。なお、その利益以上の費用がかかってしまう懸念が残る上に、全株主（株主全員が、大株主の交渉による利益を持株比例で享受する）にその費用を求償する方法がないため（小株主は大株主の活動にただ乗りすることになるという問題：free-rider problem）、そのような活動に消

<sup>425</sup> Comment *d* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 244

<sup>426</sup> *Abercombie v. Davies*, 35 Del.Ch. 599 (1956)（取締役の経営権限に属する事項を株主に移す契約条項は無効であるとした）、*Frankel v. Donovan*, 35 Del. Ch. 433 (1956)（対価を求めないストックオプションを認める条項は、法に反して無効であるとした）

<sup>427</sup> Comment *a* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 240

<sup>428</sup> Restatement, Second, Trusts § 222 (1959)

<sup>429</sup> Coffee, *supra* note 374 at 1652

<sup>430</sup> Restatement, Second, Agency § 379 (1958)の Comment *a* は代理人の重過失に至らない過失(negligence not of a gross character) 責任を免除する本人との契約は適法とする

<sup>431</sup> Comment *d* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 243~44

<sup>432</sup> Comment *e* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 245. Bishop もこの点を指摘していることにつき、脚注 58 参照

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

極的ともなる<sup>433</sup>。尤も最近では機関投資家による株式保有の増大に伴い、特に公的年金基金などによる会社経営への関与の活発化が顕著であり、株主によるコーポレート・ガバナンス（経営監視活動）に大きな変化が見られる<sup>434</sup>が、ALI原理は経営者による株主支配を前提において組み立てられている。

信託法においては、受託者が委託者に対する信認・信頼関係を濫用するような方法により責任制限条項を挿入した場合には、その条項は無効となる<sup>435</sup>。この規定を類推して、裁判所が、取締役の責任制限についての定款変更の有効性を判断する場合には、定款変更承認の過程で、この信認関係の濫用がなかったかどうかを審査する必要があると考えられる<sup>436</sup>。

(2)そこで、責任制限の定款変更にあたってALI原理は、株主の会社の交渉力との不均衡を改善する方策を用意する。少なくとも制定法根拠がない場合には、経営者と株主間の実際の交渉に代わりうるものとして、年次株主総会において株主は、取締役会からの議案提出<sup>437</sup>を必要

<sup>433</sup> Robert C. Clark, *CORPORATE LAW*, 390~96 (Little, Brown 1986), Choper *et al.*, at 526~28, Lucian A. Bebchuk, *Limiting Contractual Freedom In Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments*, 102 Harv. L. Rev. 1820, at 1836~40 (1989). もし大株主が他の株主からの委任状集めなどの方法を取ろうとすれば、SECへの登録や他の株主への通知、弁護士等に多大の費用がかかる (Choper *et al.*, at 527)

<sup>434</sup> たとえば Robert W. Hamilton, *Corporate Governance in America 1950:-2000: Major Changes But Uncertain Benefits*, 25 Iowa J. Corp. L. 349 (2000) によれば、アメリカの数千の機関投資家のうち、コーポレート・ガバナンスに関与している機関は多くないが、そのうち公的年金基金などは、モニタリングプログラムを作成して投資先会社を評価・選別し、投資先会社と非公式協議・説得をしてガバナンスを改善させ、効果がない場合には会社提案に反対し、場合によっては自ら株主提案をするといった活動をしている。他の私的年金基金、生保、大学基金なども株式投資が大きくて“Wall Street Rule”もままならず、長期保有方針をとり運用利益向上策に努めている。大多数の規模の大きい機関投資家は、投資銘柄のパフォーマンスが悪ければ単に、仮に損を出しても売り抜けて他の銘柄に乗り換えるという方針を採り続けている (*id* at 356~57)。後掲の森論文等によれば、機関投資家の役割を、公的年金基金等を中心として活発な株主活動をしており、経営者支配は終わり株主支配が復権したとする評価と、機関投資家の投資先企業との利益相反問題や権利行使のためのコストが高くつき、また、投資成績競争による機関同士の連携活動に限界があることなどから、必ずしも積極的な活動をしていないとする評価とが分かれているとする (後掲森論文 118 頁)。しかし最近では、かつて消極的方针 (passivity norm) を採った機関も、議決権行使は機関投資家の受託者責任であり義務であるとの認識が強くなり (ERISA に関連する労働長官通達などにも起因する)、消極的方针に止まることは許されない状況となり、また経済コスト効率面でも、投資資金量が増大して活動コストが割安となるほかに機関投資家支援機関からの情報・知的サービスの割安な提供その他諸々の要因により活動に有利な環境が形成されており、逐次、積極的方针 (activity norm) に転じているとされる (Eisenberg, *Corporate Law and Social Norms*, *supra* note 390, at 1283~87. 下記梅本論文 293~95 頁も同旨を述べる)。

アメリカの機関投資家についての日本での研究として、梅本剛正「コーポレート・ガバナンスにおける機関投資家の位置付け」甲南法学 37 巻 3 号 281 頁 (1997)、近藤光男「コーポレート・ガバナンスと株主の権利」岩原紳作=神田秀樹編『商事法の展望・竹内追悼』371 頁 (商事法務、1998)、森惇二郎「米国機関投資家と企業統治構造の分析視角」『比較会社法研究・奥島還暦第 1 巻』117 頁 (成文堂、1999)、三和裕美子「アメリカにおける機関投資家の議決権行使」証券アナリストジャーナル 40 巻 5 号 48 頁 (2002) などがある

<sup>435</sup> Restatement, Second, Trusts § 222 (3)

<sup>436</sup> Comment *e* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 245

<sup>437</sup> 定款変更は取締役会から議題が提出されることが要件である (e.g. DGCL § 242(b)(1), CAGCL § 902, NYBCL § 803, MBCA § 10.03)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

とせず、いつでも将来に向かって責任制限条項を撤回できることとする<sup>438</sup>。

期限自動消滅条項 (sunset provision) を設定する方法もある。尤も、この条項が過去に定款変更用いられた例はないし、また、当初の定款変更時に無関心であった株主が、将来の更新の時にはより関心を示すことになるかどうか疑問無きにしも非ずである。しかし、期限到来ごとに更新する必要があるれば、責任制限条項の附合的性格 (adhesive nature) を弱めることになるし、繰り返して更新決議をすることにより株主の注意を喚起し、株主と経営者間の信認関係の重要性を強調する効果もあると言われる。定款変更後に株式を取得した株主も、注意義務責任規定の復活 (責任制限条項の撤廃) を期することができる<sup>439</sup>。

(3) 市場の力による規制説を支持する立場から、責任制限に関する定款変更には、株主と経営者間の交渉力の違いにより無効となる要素はないとする見解がある<sup>440</sup>。

この論者は、医療過誤についての判例<sup>441</sup>で、事前免責契約が無効となり得る要素を述べたものがあり、この要素を責任制限の定款変更に関連的に当てはめて検証している。

当該判例が挙げる契約を無効とする要素とは、サービスの性質上、その提供を求める当事者に対して、免責契約を求める当事者が決定的な交渉上の優位にあること、取引における買主が、売主の支配下に置かれ、売主の不注意のリスクから逃れるすべがないこと、一方の当事者が、優先的な交渉力を行使して定型的な附合契約 (standardized adhesion contract) を突きつけても、他方当事者は、これを拒否して、一方当事者に過失があればそれによる損害に対して保護を受けるような選択をする (この場合他方当事者は、割増代金を払う必要がある) 余地がないことの3つである。

これを責任制限に関する定款変更に関連して当てはめた場合、<sup>1</sup>については、急病人が医療サービスを受けざるを得ないのと異なり、投資家 (潜在株主) には、当該会社に投資せざるを得ないという要素はまったくなく、責任制限条項を株主に要求しない会社の株を買うことを含めて、広範な選択肢を持つ。したがって、<sup>2</sup>については、会社は株主に対して交渉上の優越性を持たない。変更される定款の内容は会社ごとに異なるもので、定型的とは言えないから符合契約

<sup>438</sup> これを確実にするために、責任制限のための当初の変更定款条項を、「その責任制限規定は付属定款に盛り込み、その付属定款の改廃は株主が行う」と規定するとよい。このようにすれば、その後の総会委任状には定款変更の議案を掲載する必要はなく、単に付属定款に責任制限規定があること、および株主はその付属定款を変更する権限を有する旨を付記すればいいことになる (ALI Principles § 7.19 & Comment e, Vol.2, at 245)。経営者が議案に甘味剤 (通常以上の配当など) を抱合させる策を用い、株主に反対投票をさせないような事実上の強制力を行使してくることが考えられるが (Joel Seligman, *Equal Protection in Shareholder Voting Rights: The One Common Share, One Vote Controversy*, 54 Geo. Wash. L. Rev. 687, 723~24 (1986), Coffee, *supra* note 374, at 1676)、付属定款方式はこれに備えて工夫されたものである。経営者が行使する強制手段への現実的な対応策は、株主に、責任制限のようなオプション条項を撤回して注意義務違反責任規定などの本来の秩序体制に戻す権利を継続的に持たせることであり、これによって、株主は甘味剤と定款条項撤回権とを同時享受できる (*id.* at 1675~76)

<sup>439</sup> Note (by Hammond), *supra* note 286, at 561~62

<sup>440</sup> Note (by Bjerre), *supra* note 254, at 810

<sup>441</sup> *Tunkl v. The Regents of The University of California*, 60 Cal. 2d 92, 99~101 (Cal. 1963)

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

性はないと言え、株主は、合理的な割増代金（コスト）を払うことにより、過失による損害に対して保護を買うことができる。すなわち、株主は交渉（この場合の交渉は、責任制限に関する定款変更の議題に、単純に反対ないし更新拒否をすることにより）、いつでもコンロー体制（注意義務違反責任制度）に復する（この場合、注意義務違反責任制度の方が責任制限制度よりもエージェンシーコストが割増となる<sup>442</sup>、すなわち株主は合理的な割増代金を支払うことになる）ことにより、取締役の過失により損害を蒙るリスクから守られる<sup>443</sup>。株主が、取締役の行動に必ずしも満足しない場合にとり得る選択肢（株主総会における反対の投票、株式の売却など）を適切に選択しないで、会社の株を持ち続けて損害を蒙る株主があったとしても、それは株主の自己責任であり、制度として、すなわちコストを掛けて、そのような株主を保護する必要性はないと言うものである<sup>444</sup>。

たしかにALI原理が特別の要件を考慮するのは、根拠となる制定法規定がなく、いわゆる定款自治の範囲内で行う場合に、厳密な意味での定款変更の有効性を追求する意味があるであり、いったん根拠となる制定法が設けられた場合は、上のような見解を是認する余地があるかもしれない。現にALIのような責任制限条項の任意撤回制度を設けた州もなく、また、sunset provision が設けられている例もないようである。

（4）なおDGCL § 102(b)(7) に関して、SECが委任状に記載すべきものとしている事項は次の通りであるとされる<sup>445</sup>。開示義務強化の観点から参考になるので挙げておく。（ ）過失ないし重過失による金銭損害賠償を請求する会社または株主の、権限を修正することの効果についての明確な説明、（ ）衡平法上の救済手段は変更されないものの、特定の状況下では機能しないことがある旨の説明、（ ）当該定款変更によっては、連邦証券法違反についての金銭的賠償責任まで制限若しくは免責するものではないことの説明、（ ）§ 102(b)(7)に基づいて、一定の条件下で、そうでなければ取締役が支払わなければならない金銭的賠償責任を免責するような定款変更を提案することについて、取締役会は利害相反関係にあることの説明、および、（ ）定款変更の及ぶ正確な範囲に関する説明。

### 第2項 賠償額を年間報酬額に制限する理論的根拠（契約法の定式）

ALI原理は、注意義務違反の賠償額算定は契約法の定式に拠るのが妥当であるとする。会社は契約によって構成されている（a creature of contract）との考え方にに基づき、その会社が定款の変更により、一定の除外事由のもとに注意義務違反の責任を制限するものである。賠償額算定

<sup>442</sup> 脚注 253 参照

<sup>443</sup> Note (by Bjerre), *supra* note 254, at 810

<sup>444</sup> 脚注 392 に対応する本文参照

<sup>445</sup> Balotti and Gentile, *supra* note 383, at 22

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

につき不法行為法の定式（賠償責任を当該行為に起因せしめる考え方）によらなければならないとする制定法はなく、かつ、幸いそれによって賠償額を算定した判例も極めて少ないことから、裁判所は従来考えられていた不法行為の定式に代えて、契約法の定式を採用することができるものとする<sup>446</sup>。

具体的には、( )まず、第二次契約法リステイメント § 373 の不当利得返還規定<sup>447</sup>の類推から、取締役が本来の注意義務を果たすものとして、その対価として受け取った報酬は、その義務の不履行があった場合、手元に留保することを許容すれば不当利得となるから、これを返還させるものである（報酬が損害賠償の要素となる根拠）。

( )次に、同リステイメント § 351(3)<sup>448</sup>に、裁判所は不相応な金銭賠償を避けることが正義に適うと判断するときは、その裁量により損害賠償額を制限することができるが規定されている。経営上の損失が発生したとき、取締役がその保険者になることを了承し、取締役報酬にはその保険料が織り込まれているのであれば別だが、そのように考える余地はないのであり、全損害額の賠償を課すことは、同リステイメントに言う不相応な金銭賠償に該当すると解釈される（損害賠償額を報酬の額に限定することの理論的根拠）<sup>449</sup>。

### 第3項 執行役への不適用の是非

殆どの州や MBCA は、執行役は責任制限の適用対象としていない<sup>450</sup>。その最大の理由は、立法の狙いが社外取締役の人材確保にあることである。ほかに、社内者は利害相反の機会により多く曝されているから、より大きな責任リスクによる抑止力が必要である、社外取締役の情報入手には経営者のチェックがかかっているが、社内者にはその様な制約がないといった理由もあげられている<sup>451</sup>。なお社内取締役については、同じ取締役会の中に保護を受けられるグループと受けられないグループとがあるのは好ましくないこと、加えて経営の革新と企業家と

<sup>446</sup> Coffee, *supra* note 110, at 823~24

<sup>447</sup> Restatement, Second, Contracts § 373(1)(1981)（契約の不完全履行の場合受取った利益を返還する義務）。

<sup>448</sup> Restatement, Second, Contracts § 351(3)は、不均衡な損害賠償を回避することが正義に適う場合には、損害賠償額を、得べかりし利益を除外した上で、裁判所の裁量で予見可能であった損失に限定することができる。同 Comment *f* は、契約の対価に比し損害が不均衡に過大であるような場合、すなわち、価格が相対的に少額であるという事実から、そのような損害を負担するリスクを負う意図がないと考えられる場合、または、損害をいずれが負担するか正確な書面による合意がないような場合、すなわち、当事者に負担についての正確な意図がなく、裁判所がその損害を公平に配分することを正当化できるような場合は、予見可能性乃至発生の確実性がないような特別の場合であったことを要件として、裁判所の裁量を認めることができるとしている。Coffee は、取締役が損害が発生したら自分が負担するとの合意をしていたとは通常考えられないとする（Coffee, *supra* note 110, at 823, n 90）

<sup>449</sup> *id.* at 823~24.

<sup>450</sup> Louisiana, Maryland, Nevada, New Jersey, Virginia の 5 州が執行役にも責任制限を適用する（ALI Principles § 7.19, Reporter's Note, Vol.2, at 257）

<sup>451</sup> Note(by Newcomb), *supra* note 252, at 450~51

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

してのリスクテイキングを督励するためのインセンティブは均一であるべきだから、適用対象に含める考え方もある<sup>452</sup>。

(1) しかしながら ALI 原理は、執行役も責任制限の対象としている。その理由は、天文学的金額の損害賠償の脅威に曝しておけば過度にリスク回避的になる可能性があること、および、責任制限は会社の D&O 保険の保険料負担を軽減することの2点において、取締役における場合と変わるものではないからである。執行役にとっても、賠償下限額としての年間報酬相当額は、個人資産の相当な割合にあたりそれなりの抑止力になるから、代表訴訟の注意義務違反抑止機能は、取締役の場合と同様に維持される<sup>453</sup>。

ほかに執行役にも適用すべきとして、次のような理由を挙げるものもある<sup>454</sup>。補償においては取締役も執行役も区別されておらず、補償と同じ機能を持つ責任制限だけ異なる扱いをする理由がない、重要な決定や取引は、執行役が提示し取締役会が承認し、それを執行役が実行するという一連の流れの中で、執行役は取締役と同じ扱いを受けてしかるべきである、株主代表訴訟において執行役を狙い撃ちして訴え、執行役が一人で損害賠償責任を負うような結果となる場合には、取締役の責任制限制度があってもなくても保険会社の支払額は変わらないことになるが、責任制限を執行役にも適用すれば、会社の保険料負担を軽減することができるといった点である。

(2) 各州型は、社外取締役の人材確保のためには、金銭賠償責任の全額免責により注意基準の持つ抑止力の放棄をも許容するものである。これを人材確保という差し迫った要請がない社内取締役や執行役にまで拡大適用するとなれば、取締役や執行役を会社に対するその基本的な義務・責任から無定見に解放するものとして、底辺への競争の謗りを真っ向から受けるであろう。しかし ALI 型のように、免責ではなく軽減に止めて注意基準の抑止力を維持するものであれば、取締役の人材確保は責任制限制度を設ける直接の動機ではあったにしても、本来的に、責任そのものの合理的で公平・妥当なあり方と表裏一体で考えられるべき責任制限について、補償制度と同じく、執行役だけ別扱いする理由はないと思われる。

### 第4項 責任制限の適用除外事由

#### 1 適用除外事由の意義

(1) 取締役が注意義務に違反した場合はその責任は制限されるが、取締役の行為が一定の事由(適用除外事由)に該当する場合には責任制限は適用されない。

<sup>452</sup> MBCA § 2.02 Official Comment, at 2-16 (執行役を兼務する取締役の取締役としての行動について責任制限を認める)

<sup>453</sup> Comment g to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 251~252.

<sup>454</sup> Hanks *supra* note 274, at 1241~42

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

適用除外事由を設ける意義について、MBCAは、明らかに社会的に利益にならない、法の保護に値しないような行為であり、将来発生する責任を制限するものだから、株主が将来放棄することになる賠償請求権の正確な性質および程度を予め知りうる規定内容であり、よきコーポレート・ガバナンスは国民的利益でもあるが、これを支えるために、取締役の行動基準の重要性を確保するものでなければならず、さらに、取締役が株主として賛成したりすれば、責任制限の定款変更が容易に可決してしまうこともあり得るので、責任制限に反対する意思を持つ一般株主を最低限保護するものでなければならぬとする。具体的なMBCAの除外事由は、下に見るようにALIよりも狭いものとなっているが、これについてMBCAは、責任制限(除外事由)の内容・程度についての最低限の限界を示したのであり、株主は定款変更にあたって、この範囲内で任意に決定できるものとしている<sup>455</sup>。

ALI原理は、もし責任を制限すれば公序に反するような行為を、責任制限適用除外事由として§7.19本文および(1)~(3)に掲げる。取締役・執行役の行為が責任制限適用除外事由に該当することの証明責任は原告に課す<sup>456</sup>。

信託法第2次リステイトメント§222(2)にも、受託者の過失責任の免除は認めるが、非誠実な(bad faith)、意図的な(intentional)、あるいは受益者の利益への無謀に無関心な(recklessly indifferent)信託義務違反による責任の免除は、公序に反するから認めないとされている。

(2)適用除外事由の規定の仕方については、取締役にとっても責任制限が適用されるか否かに関わるため、その明確性、予見可能性が重要となる。ALIやMBCAはこの点に留意し、除外範囲は狭めになるかもしれないが正確な記述を重視している<sup>457</sup>。

具体的な規定の文言は各州によって様々であり、必ずしも網羅ないし整理されているとは思えないものもある。しかし誠実でない("not in good faith" or "in bad faith")といった文言を入れることにより、抽象的で分かり難いという難点はあるものの、ALI原理や他州と同様な適用除外事由をカバーしている州も多いと言えよう。そこで、ALI原理の規定が最も概念的に整理され、かつ、具体的で分かり易いと思われるのでこれを中心にして検討することとする。

### 2 具体的な適用除外事由の検討

#### (1) 公正取引義務違反(いわゆる忠実義務違反)

(ア)デラウェア法ほかの州会社法、MBCA、ALIともに、いわゆる忠実義務違反による責任は責

<sup>455</sup> MBCA § 2.02 Official Comment *i*, at 2-16~17. しかし、現実には取締役会がより狭い範囲の除外事由を株主総会に議案提出し、あるいは株主が発案してより狭い除外事由を決めるようなことがあることは少ないであろうから、結局は、MBCAはぎりぎりまで広く責任制限を認めているということになる

<sup>456</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 246. MBCAにつき脚注328参照。ただしデラウェア判例は、適用除外事由該当性の証明責任を被告取締役側に課しており、またこれについて批判があることにつき、脚注329および330とこれに対応する本文参照

<sup>457</sup> *ibid.* MBCA § 2.02 Official Comment *i*, at 2-17

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

任制限の対象から除外し、注意義務違反による責任のみを対象とする<sup>458</sup>。判例上でも、過失責任と忠実義務違反責任は明確に区別され、自己取引についての責任制限は認められていない<sup>459</sup>。ただし、法文上「忠実義務 (duty of loyalty)」の文言を使用すると、意義・範囲が曖昧となり問題が生じる。

ALI § 7.19 は、被告が「第 編 (公正取引義務) に言う不当な利益を得た場合」は責任制限を適用しないと規定しているのに対して、DGCL § 102(b)(7)( ) は、「忠実義務の違反」には適用しないと規定する。ところが、同じく § 102(b)(7)( ) により、「不当な個人的利益を得た取引」も責任制限適用除外事由である。この2つをあわせて解釈すれば、§ 102(b)(7)( ) の忠実義務違反には、不当な個人的利益を得なかったような忠実義務違反も含むことになる。その結果、企業買収事案にまで拡大適用され、買収防御策を講じることも忠実義務違反に該当し、責任制限が適用されなく (Zirn v. VLI Corporation<sup>460</sup>) になってしまう<sup>461</sup>。このような場合、ALI や CAGCL, NYBCL, MBCA の規定では逆の結果になり、忠実義務違反であっても不当な利益を得ていなければ責任制限は適用される<sup>462</sup>。

(イ) 市場の力による規制説<sup>463</sup>の立場から、会社経営者による不正取引も業務遂行上の義務の懈怠も、共に株主の損失をもたらすことに変わりないのだから、忠実義務と注意義務を分けて忠実義務違反は責任制限の対象とせず注意義務違反だけを対象とする意味が乏しいとの批判がある。たとえば、取締役が一定の報酬のもとに契約どおりに働かない (= 注意義務違反) のと、ちゃんと働くが契約以上の報酬を取る (= 忠実義務違反) のとでは、両者に違いはなく、ともに会社 (株主) の資産減少をもたらすエージェンシーコスト (経済的意義における株主とその代理人である経営者との利害相反) であるとする<sup>464</sup>。

これに対して ALI 原理は、忠実義務違反を犯して利得を得ようとする動機には看過し得ない

<sup>458</sup> デラウェア州およびこれに倣う州は忠実義務 (duty of loyalty) 違反と取締役が不当な利益を得た取引の責任を責任制限から除外する (DGCL § 102(b)(7)( ), ( ) )。他州では duty of loyalty の語を使わず、不当な利益を得た取引および利害関係取引 (CAGCL § 204(a)(10)( ), ( ) )、法的に資格のない金銭的利益やその他の利益の受領 (NYBCL § 402(b)(1))、資格のない金銭的利益の受領 (MBCA § 2.02(b)(4)(A)) などと規定する。ALI は「公正取引 (duty of fair dealing) 規制に反する不当な利益」と表現する (ALI Principles § 7.19)。ことさら規定はないが故意の違反行為 (willful misconduct) (Ind. Code. § 23-1-35-1(e)( )) に当然含まれるとする州もある (Note (by Banta), *supra* note 316, at 245)

<sup>459</sup> 例えば、Irwin v. West End Dev. Co., 342 F. Supp. 687, at 701 (D.Colo.1972) (会社の定款は盗みのライセンスではない)。Fletcher Cyc Corp § 1047

<sup>460</sup> 621 A.2d 773, 783 (Del. 1993) (“VLI ”) では、被告は不当な金銭的利益を得ているわけではないが、合併に関する開示義務も忠実義務に含まれ (判決中 Balotti and Finkelstein, § 4.19, at 4-334 を引用)、責任制限条項は適用されないと判示した。

ただし本判決の差戻上告審 681 A.2d 1050, 1061~62 (Del. 1996) (“VLI ”) においては、開示の範囲と内容についての判断の誤りは、不誠実に行われたものではなかったことを認定し、忠実義務違反ではなく注意義務違反を構成するから、責任制限は適用されると判決している

<sup>461</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 247

<sup>462</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Illustrations 5, Vol.2, at 250

<sup>463</sup> 55 頁参照

<sup>464</sup> Fischel and Bradley, *supra* note 253, at 291

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

ものがある反面、注意義務違反は動機としてはさほどのものではないのであり、批判はこの動機の違いを無視していると反論する。会社経営者が義務の懈怠ないし過失によって個人的利得を得るとしても、それは高々時間や労力を節約するだけのものであり、そのような僅かな利得は、合理的な上限を付してなされる控えめな制裁金（プラス社会的評価へのダメージ）によって相殺される。仮にこの法的制裁が抑止効果に乏しいものであったとしても、経営の怠慢に対しては、市場や社会的圧力が十分抑止効果を発揮する。対照的に経営者の利害相反取引は、利得規模も相対的に大きく発覚し難いものであり、特に反復的ではなく1回限りの行為であっても、それによって大きな利得を得たような場合には、市場による抑止力効果があるとは考え難い<sup>465</sup>。経営者の利害相反行為は常習化し、他の経営者に伝染しやすく、ひいては企業秩序破壊にもつながるものであり、この意味において代表訴訟の忠実義務違反抑止力への期待は大きい<sup>466</sup>。

### （2）悪意（knowing）かつ有責な（culpable）法違反

（ア）ALI § 7.19(1)は、「悪意（knowing）かつ非難に値する（culpable）法違反」を責任制限適用除外事由としている。単なる契約違反<sup>467</sup>や悪性の乏しい通常不法行為（ordinary tort）といったような法違反を責任制限除外事由とするのは問題があるとし、culpable（倫理的に非難に値するとの意味をもつとするのが定説である<sup>468</sup>）な法違反という限定を付している。

その意味で、デラウェア法 § 102(b)(7)( )の「善意でない（not in good faith）か、意図的な違反行為（intentional misconduct）、若しくは悪意の法違反（knowing violation of law）」は範囲が広く曖昧であることは否めず、字句だけからは悪意の契約違反までも責任制限適用除外事由とするようにも読める<sup>469</sup>。

逆に MBCA § 2.02(b)(4)(D)は、意図的な（intentional）刑事法違反に限定する。“knowing”は正確性に欠けるので、これに代えて、当該行為ないし不作為が刑事法違反に該当することを実際に認識した上で、行為ないし不作為をする特定の意図の存在を明確に表す文言として“intentional”を使用した<sup>470</sup>。

以下に見るように ALI 原理は、刑事法違反ではなくても非難可能性がありあるいは悪性が強い法違反であれば、責任制限除外事由に該当する点において MBCA より範囲が広いが、そのような場合を除けば、MBCA の意図的刑事法違反とほぼ一致するであろう。

<sup>465</sup> Clark, *supra* note 433, at 399によれば、公開買付などの市場の力は経営者の反復的な行為に対しては有効であるが、過去の違反による利得を自動的に取り返す力はない。Fischel and Bradley, *supra* note 253, at 270 も、一回限りの大きな利得を得た場合には義務違反責任基準が有効な抑止力となることを認めている

<sup>466</sup> ALI Principles § 7.19, Reporter's Note 5, Vol.2, at 258. John C. Coffee Jr., *New Myths and Old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action*, 48 Bus. Law. 1407, at 1427-28 (1993).

<sup>467</sup> Comment g to ALI Principles § 2.01, Vol.1, at 61（契約違反は、約束は守られるべきであるという道徳律違反ではあるが、必ずしも法規律違反ではない）

<sup>468</sup> Comment f to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 246

<sup>469</sup> *ibid.*

<sup>470</sup> MBCA § 2.02 Official Comment j, at 2-19

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

(イ) 悪意 (knowing) の刑事法違反は、限られた場合<sup>471</sup>を除いて、倫理的な非難に値する。刑事法違反には該当しなくても、個人の生命や安全を脅かすような悪意の不法行為は、倫理的な非難の対象となる。ALI § 7.19(1)への該当性の判断要素は、行為が不法行為に当たるということではなく、他人に与えた危険性の性質や程度に照らして、倫理的に許しがたいということである<sup>472</sup>。

刑事法では法の不知は赦さずが原則であるが、ここでいう法違反についての「悪意の法違反」の意味は、被告が当該制定法や規則の存在を知っていることではなく、悪行の重要な要素 (material elements of the crime) を知っていることである<sup>473</sup>。

(ウ) 悪意の法違反であっても、必ずしも非難に値しないで責任制限の適用が正当化される場合もある。たとえば、その法の有効性や適用範囲に疑問がある場合である<sup>474</sup>。同様に、弁護士の助言を誠実に信頼した場合、それ自体は法的防御にはならないとしても、その信頼したことが、当該法違反が倫理的な非難に該当しないことの証明になるような場合もある。

厳密な意味での悪意の法違反には該当しても、当該違反の対象となった法が、さほどの刑事罰を科さない取締規制に過ぎない場合などで、とりわけ、その法や規制が高度に技術的なものであったり、多様な解釈が可能なものであったりする場合にも、倫理的な非難には値しないものがある<sup>475</sup>。たとえば、連邦の健康安全規制法は州の類似の法律に優先する (preempt) が、役員はそのことを知った上で当該州法に違反する行動をとった。実質的に誰にも健康や安全上の害を与えるものではなく、かつ、それを隠すことなく州にも開示し州から罰則を科された場合は、当該法違反が倫理的に非難に値しないので、責任制限適用除外事由に該当しない<sup>476</sup>。

逆に、たとえ会社の利益に寄与させる意図で始められたとしても、その行為の悪性が強く (felonious) 、あるいは個人の安全や福祉に重大な危険を及ぼすことを知っていた場合は、倫理的な非難に値しないとするのは適当でない<sup>477</sup>。たとえば、多量のアスベスト粉末が出る製造過程に従業員を長年曝しているのに、そのことが健康に害のあることを知った以降も隠し続けて、罹病した従業員に対して会社が賠償金を払ったような場合である。支払った賠償金が会社の損害であるとして賠償を求められた役員は、その秘匿が (刑事法違反に該当するかどうかはともかく) 非難に値する不法行為に該当し、責任制限の適用を受けることはできない<sup>478</sup>。

<sup>471</sup> たとえば、環境基準に適合すべく発電設備の改良が期限に間に合わないときも、そのことが健康や安全に差迫った弊害をもたらす恐れがなく、かつ地域の停電を回避するためにも運転継続が止むを得ないといった場合 (Comment g to ALI Principles § 2.01, Vol.1, at 61)

<sup>472</sup> Comment f to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 246

<sup>473</sup> *ibid.*

<sup>474</sup> Comment g to ALI Principles § 2.01, Vol.1, at 61. たとえば、日曜日の小売営業を禁止する条例が残っている都市において、すでに多くの小売業が日曜営業をしており、当局は当該条例をここ数年発動したことがなく市民も日曜営業を歓迎しているような場合など ( *ibid.* & Illustrations 9, Vol.1, at 62 )

<sup>475</sup> Comment f to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 247

<sup>476</sup> Comment f to ALI Principles § 7.19, Illustrations 2, Vol.2, at 249

<sup>477</sup> Comment f to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 247

<sup>478</sup> Comment f to ALI Principles § 7.19, Illustrations 4, Vol.2, at 249

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

(3) 義務の認識ある無視 (a conscious disregard)、無謀性 (recklessness)

(ア) ALI § 7.19(2)は「会社に対する義務の認識ある無視 (a conscious disregard)」を適用除外事由とする。ALIは無謀性 (recklessness<sup>479</sup>) のような文言の使用を避けているが、これは裁判所によっては、無謀性を、責任制限の適用対象となる重過失 (gross negligence) と区別しない<sup>480</sup> ところもあり、反対の結果として、無謀な行為にも責任制限が適用されてしまうことがあるからである。

この条項により責任制限の適用が除外されるためには、当該取締役・執行役が、その行為若しくは不作為が会社に対する重大な侵害を生ぜしめるものであり、かつ、そのようなリスクをとることが正当化されない (unjustified risk) ことを主観的に認識している必要がある<sup>481</sup>。ALI § 7.19(2)は、Smith v. Van Gorkom 事件判決<sup>482</sup>で重過失により有責とされた社外取締役も、過失の有無や程度を問題にされることなく責任制限の保護が得られるように、条文文言に工夫が加えられたものである<sup>483</sup>。

ALIは次のような例を挙げる。化学会社の技術担当の執行副社長であるAは、過疎地帯にある自社の工場が導入したオートメーション設備に重大な欠陥があり、これが甚大な事故につながる可能性があることに気付いた。担当の部門は、事故が2年以内に起こる確率は30%であり、損害は5,000万ドルを超える可能性があると言う。ただし過疎地帯にありしかも自動製造設備であることから人的被害が発生する危険性はないと考えられる。会社の年収は約5,000万ドルであり、設備の改修・改良のため製造停止することによる減収は500万ドルとする。ここでAは、設備の安全化のための改修費用がいくらかかるか検討せず、また注意義務基準に必要な調査もしなかった。Aは必要な行動も取らず、また取締役会にも報告しないで、事故が起こらない方の70%の確率に賭けた。しかし不幸にして大きな事故が起こりAは会社に対して注意義務違反の責任を負うこととなった。この場合Aは、以上の事実関係のもとでは会社に発生しうる重大な損害についての正当化されないリスクを認識しえたと考えられるから、責任制限は適用されないことになる<sup>484</sup>。

この設例で、事故発生の確率が10%だったとしよう。この場合の予想割引損害額は500万ドル ( $\$50^m \times 10\% = \$5^m$ ) となり、予想減収額と見合うことになるから、Aが行動を取らないという選択をしても経営判断の原則によって保護されるはずである。仮に経営判断の原則が適用されずAが責任を認定されたとしても、当該不作為の選択が、会社に発生しうる重大な損害が生じ得ることについての正当化されないリスクをとったと言うことはできないから、責任制限は適

<sup>479</sup> CAGCL § 204(a)(11)( ), Ind. Code § 23-1-35-1( )などが、責任制限適用除外事由として recklessness の語を使用している。インディアナ法は、recklessness を認識ある義務の無視 (a conscious disregard) であり重過失よりも重いと説明している (脚注 317 および対応本文参照)

<sup>480</sup> Keeton *et al.*, *supra* note 301, at 214

<sup>481</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 247~48

<sup>482</sup> 脚注 276、脚注 298 も参照

<sup>483</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 248

<sup>484</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Illustrations 8, Vol.2, at 250~51

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

用される<sup>485</sup>。なおこの設例において、仮に工場内外に人的犠牲が出たとしても、当該執行副社長は、欺瞞行為その他の不法な行為がないことが前提となるが、人的被害を予想しなかったから、上の(2)の「悪意かつ非難に値する法違反」という適用除外事由には該当しない<sup>486</sup>。

(イ)経営判断を行うにあたって、会社の最善の利益になるという理性的な信念(rational belief)を欠いていたために、経営判断の原則(ALI § 4.01(c))が適用されない<sup>487</sup>場合は、通常は§ 7.19(2)に該当して責任制限適用除外となる。「理性的な信念を欠くこと」と「無謀性」とは理論的には異なる概念であるが、実際の裁判においては、被告が経営判断において理性的な信念を欠けば、§ 7.19(2)の責任制限除外事由たる無謀性(すなわち義務の認識ある無視)に該当しないとされることは、殆ど考えられないからである<sup>488</sup>。

(ウ)MBCAは、「意図的に(intentional)会社に損害を蒙らせること(§ 2.02(b)(4)(B))」と規定する。悪意(knowing)という不正確な文言を避けて、意図的の文言を用いることによって、その行為ないし不作為が会社に害をもたらすことを現実に認識した上で、なおかつ行為ないし不作為をするという特定の意図が存在すべきことを、明確に表現する。そのような行為による責任を制限すれば公序に反する<sup>489</sup>。MBCAのこの除外事由は故意・害意に該当し、ALI(会社に害をもたらしかねないリスクを取ることが正当化されないことを主観的に認識する)よりも狭いものと解される。

### (4) 会社に対する義務の放棄(abdication of the duty to the corporation)

ALI § 7.19(3)は、「会社に対する義務の放棄に等しい、持続的かつ許容されない怠慢(sustained and unexcused pattern of inattention)」が適用除外事由となるとする。DGCLの、「誠実でないか若しくは意図的な違反行為(intentional misconduct)を含む不作為」が、文言は違うが機能的に同じ行為を指すと考えられる<sup>490</sup>。

単に義務の反復的な怠慢だけでは「部分的な義務の放棄」であり、この適用除外事由には当たらない。取締役の任務遂行の全体的な水準を判断して、怠慢が義務の核心部分に及ぶものであり、かつ、その怠慢が許容されないものであることが必要である(単に健康上の理由だけで出席しないような場合には許容される)。ALIは次のような事例をあげる。A取締役は病気がちで、この1年間は取締役会に一度も出席しなかった。その間に会社が深刻な業況不振に陥り、取締役会は、Aの判断を問うことなくAの専門領域に属する対策を採り、これが失敗に終わり注意義務違反に該当することとなった。会社が取った対策はAが出席していたら反対したはずである。Aは、仮に事前に取締役を辞任するべきだったことを理由として責任を認定されるこ

<sup>485</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Illustrations 9, Vol.2, at 251

<sup>486</sup> *ibid.*

<sup>487</sup> 第4節第1項2(2)33頁参照

<sup>488</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 248

<sup>489</sup> MBCA § 2.02 Official Comment *j*, at 2-18

<sup>490</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Vol.2, at 248

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

とがあったとしても、責任制限は適用されることになる。継続的かつ許容されない欠席は義務の放棄を構成するが、本事例におけるAの取締役会への欠席はこれに該当しない<sup>491</sup>。

取締役としての義務の核心をなす部分に関する懈怠であり、仮に責任制限制度が存在したとしてもその適用は認められなかったであろうと見られる<sup>492</sup>事案として、Francis v. United Jersey Bank<sup>493</sup>判決があげられる。創業者の妻である取締役は、夫の死後酒におぼれ、会社（再保険仲介会社）のことは一切分からず、取締役としての義務や会社の経営については全く注意を払わなかった。息子である他の二人の取締役が多額の会社財産を詐取したが、これを放置し有効な防止策を講じなかったため、これが原因で会社は倒産した。判決は、取締役は飾り物ではなくコーポレート・ガバナンスの基本的構成者であるから、自分は名目的な取締役に過ぎなかったとする抗弁は許されない。まず顧客から資金を預かっていることを認識し、財務諸表上に現れている運転資金の不足とその原因たる息子二人の取締役による資金詐取に気付くべきであった。そして、単に止めなさいといいあるいは辞任するだけでは足りないのであって、弁護士に相談し訴えるとの強い決意をもって資金詐取を止めさせるべきであった。取締役としてのこのような義務を果さず原告をして損害を被らせたとして、原審の賠償責任認定判決を是認した。

### （5）違法な分配（Unlawful Distributions）

（ア）ALI原理には規定がないが、MBCAや多数の州会社法では、株主への違法な分配<sup>494</sup>（Unlawful Distributions）を責任制限適用除外事由としている<sup>495</sup>。

MBCAは、営業の通常過程において支払期限が到来した債務を支払えなくなる（支払不能基準<sup>496</sup>）とき、または分配後の会社総資産が負債総額を下回る（貸借対照表基準<sup>497</sup>）とき、配当等の分配をすることができないと規定する（MBCA § 6.40）。

デラウェア法も違法な配当金の支払等につき、取締役は会社に対して、また、解散又は支払不能の場合は会社債権者に対して、連帯して賠償責任を負うと規定する。カリフォルニア法、

<sup>491</sup> Comment *f* to ALI Principles § 7.19, Illustrations 7, Vol.2, at 250

<sup>492</sup> 脚注 267 および 268 とこれに対応する本文参照

<sup>493</sup> 432 A.2d 814 (N.J.Sup. 1981). 脚注 351 に対応する本文で、取締役の第三者に対する責任に関して本判決を上げているので事実関係も合わせて参照

<sup>494</sup> 配当、自社株の買入・償還、負債証書・約束手形の交付、会社解散時の残余財産分配などを指す（MBCA § 1.40 (6) Official Comment 3）

<sup>495</sup> MBCA § 2.02(b)(4)(C), DGCL § 102(b)(7)( ), CAGCL § 204(a)(10)( ), NYBCL § 402(b)(1). これ以外にも多数の州がデラウェア型か MBCA 型に倣う会社法を設け、違法分配を責任制限除外事由としている（MBCA2.02 Statutory Comparison 6, at 2-31~34）

<sup>496</sup> 債務を支払えるかどうかの判断基準として単純・明確なものではなく、取締役会は継続企業（going concern）における事業の将来の推移に関し、製品やサービスの需要予測による売上収入見込みや負債の借替見直しなどを総合的に予測・判断することが容認される（MBCA § 6.40, Official Comment 2, at 6-198~99）。なお、アメリカにおける違法分配の責任については、吉原・前掲論文（脚注 335）(1)~(2)の研究成果を参考としている

<sup>497</sup> 厳密には、当該分配決議が効力を発した後の状態で会社の総資産が総負債および清算時の優先分配受領権者への分配充当財源を下回るときである（MBCA § 6.40(c)(2)）。この貸借対照表基準は、たとえばカリフォルニア会社法では資産対負債比率を 1.25（自己資本比率 20 パーセント）とし、負債の 0.25 倍の資本クッションを要求している（CAGCL § 500(b)(1)）のと比べて、MBCA は 1（資本クッションはゼロ）でよいとするものでありその意味で会社債権者保護には手薄な基準となっている

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

ニューヨーク法も、株主又は会社債権者の利益のために、会社に対して責任を負うと規定しており<sup>498</sup>、いずれの州においても、違法分配の責任は責任制限の対象とすることができない。

(イ) 取締役会が注意義務違反により違法に分配を承認したときは、分配可能な額を超過して分配した額について、会社に対して損害賠償責任を負う (MBCA § 8.33(a))。取締役会が分配の承認をするにあたっては信頼の権利<sup>499</sup>が認められ、分配を決定したときの情報に基づいて承認したのであれば、経営判断の原則が適用され、事後的な後知恵で責任を問われることはない<sup>500</sup>。しかし経営判断の原則が適用されず、取締役に違法分配の責任が認定されれば、もはやこの責任は責任制限の対象とされない。MBCA はこれを、取締役の注意義務違反によって承認した違法分配の責任は、会社債権者の利害についての強い公序を示すものであり、したがって株主がこれを責任制限の対象とすることを禁じたものであると説明する<sup>501</sup>。

一般的に、取締役に注意義務違反があつて責任が発生した場合、平常時は当然ながら、その注意義務違反が倒産の原因となったような場合にも、責任制限条項 (定款方式・制定法方式ともに) の適用はある<sup>502</sup>。これに対して違法分配行為については、それが債務超過前のものでも責任制限は適用されない。ひとつには、違法分配行為があれば会社債権者の損害に直結し (MBCA の貸借対照表基準はその好例) あるいは違法分配行為により債務超過状態に限りなく接近して、債権者が損害を被る可能性が極めて高くなることから、会社債権者保護を重視して株主がそのような責任を制限することを禁じたものと考えられる。また違法分配行為は、取締役のリスクテイクを促すという責任制限の趣旨・目的にそぐわないことも指摘できるであろう。

他の過失責任と異なり、違法分配の責任が責任制限の適用除外となっていることは、一見、各州とも違法分配に関しては特別厳格な立場で臨んでいるもののように見える。しかし経営判断の原則が適用されれば過失責任は事実上免除されるのであるが、違法分配は経営判断の原則の適用のないような、取締役に許容される裁量範囲を超える注意義務違反として、結局、上の

<sup>498</sup> DGCL, CAGCL, NYBCL についても脚注 347 参照

<sup>499</sup> ALI Principles § 4.01(a)(2), 4.02 は、取締役・執行役はその義務 (監視義務を含む) の遂行にあたって、誠実に行動し、かつ信頼が正当の根拠を有するものと合理的に信じる場合、他の取締役、執行役、従業員、弁護士・会計士等の専門家が作成、提供した情報、意見、報告、財務諸表やデータを含む計算書類を信頼する権利を有すると規定する。MBCA § 8.30(取締役の行動基準)(d),(e)項も同様の規定を設ける。信頼の権利の意義について、注意義務違反を問う訴訟において取締役が監視義務に違反していないことについての強力な証拠となりうるものであるが、完全な防御にはなりえない (たとえば計算書類偽造による横領事件について責任を追及され、取締役が監査人監査を経た年次決算書類に疑念がなかったと抗弁しても、原告は、会社の計算書類に虚偽記載の可能性があるとの信頼すべき筋からの情報があったにもかかわらず取締役はこれを追跡調査しなかったといったといった反証を提出することができる) とする (Comment c to ALI Principles § 4.02, Vol.1, at 189-90)。ただし、論点が会計監査人への信頼そのものについてであれば、誠実に行動したこと、監査人は信頼するに値し、かつ、監査人を継続的に信頼することが正当な根拠を有するものであると合理的に信じたことを証明すれば、それは完全な防御となり、かつ、取締役は注意義務を正しく履行したことになる (*id.* at 190)

<sup>500</sup> MBCA § 6.40, Official Comment 2, at 6-199 & MBCA § 8.33, Official Comment, at 8-216KK (経営判断の原則の適用により保護される)

<sup>501</sup> MBCA § 2.02, Official Comment *i*, at 2-18

<sup>502</sup> 第5節第4項3(2)(イ)(74頁)参照

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

(1)～(3)の適用除外事由と実質的に変わらないとも言えることに留意する必要がある。このように考えると、ALIが、違法分配の責任を責任制限適用除外事由として、殊更掲げていないことも論理的に肯けるように思われる。

## 第8節 まとめと日本法への示唆

1. アメリカでは、責任制限制度の導入以前にあっては、古くからのコモンロー上の、株主の単純多数決による追認制度があった。しかしこの制度は、古い時代の小規模で閉鎖的な会社における場合はともかく、所有と経営が分離した大規模な会社経営の中では、どの程度取締役の保護に寄与してきたかは定かではなく判例も少ない<sup>503</sup>。取締役は経営判断の原則により、通常の過失による責任からは救済されるので、わざわざ株主総会を開いて追認決議を得るまでもなかったのかもしれない。この追認制度に類似する、日本の株主総会の特別決議による責任制限制度についても、株主総会への議案提出のタイミングが難しいことや、具体的な有責の事実や損害金額を目の当りにして、株主が冷静に責任制限を行なうことができるかといった問題点が指摘され、特に大規模公開会社においては、取締役の責任減免の手段としては、その有用性が疑問視されるところである。

対会社責任についての補償制度は、取締役・執行役が勝訴した場合に裁判に要した費用を補償するだけであり、敗訴したときの費用や賠償金、和解金等については、これを補償することはできないとする州が殆どである。一方 D&O 保険は、和解金・賠償金や訴訟に要する費用もカバーする。保険料の会社負担も、いわば取締役・執行役が、その地位に就き任務を遂行するための、会社が負担すべき必要経費として認められている。しかし D&O 保険による填補額には上限が設けられているほかに、保険制度のコスト構造は極めて非効率なもの<sup>504</sup>であり、責任を認定する判決が多発するような状況となると、保険料高騰や保険会社からの保険契約締結拒絶などが起こり、取締役救済制度としてたちまち機能不全に陥るような性格を有することは否定できない。

このような事情から必然的に、責任制限が確実に適用される制度の必要性が生じた。現在ではアメリカ全州の会社法が、いわゆる事前の責任制限制度として、定款方式ないし制定法方式（少数州）により、取締役の注意義務違反による金銭賠償責任の制限を認めている。

2. 責任制限論はもともと法学者が問題提起し、ALI がこれを継承・発展させて、ひとつのモデル制度として完成させたものである。学説は、取締役の注意義務基準が形骸化していたのに対して、これを取締役・執行役に適切な経営判断を行なわせるためのコントロール手段として活性化させる必要性を痛感し、そのためには、裁判所が責任を認定し易いように、賠償額を制限することが適当であると考えたのである。

ところが実際にアメリカ各州で成立した責任制限立法は、ALI の制度とは系譜を異にする。立法に先がけて、取締役の責任とその制限のあり方について理論的検討が十分行なわれた形跡

<sup>503</sup> 第2節および前掲脚注195のALI Principlesのコメントを参照

<sup>504</sup> 第5節2(3)(52頁)参照

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

はない。むしろ、D&O 保険危機と社外取締役の就・再任拒否という、目前の危機への対応に主眼を置き、多分に各州間の会社法改正競争（いわゆる底辺への競争）の中で、実務界の意向を反映して急遽制度化したものであった。そして、アメリカの大規模な会社の殆どが、実際の定款変更にあたって、責任の一部軽減ではなく全額免除を、躊躇することなく採用した<sup>505</sup>のである。このことから注意義務の規定は多くの州法に残ってはいるが、通常の過失による責任は消滅したという意味で、注意義務基準は実質的に廃止された。ALI モデルについての議論の過程で、法と経済学派から、取締役の行為規範は市場の力がこれを規律することで十分であり、注意義務規定によるべきでないとする学説が唱えられていたが、結果的には、この学説が安直に取り入れられた形になった。このように、アメリカの実定法における責任制限制度は、責任制限除外事由に該当する非難可能性の強い原因による場合を除いて、取締役には、金銭的賠償責任を全く負わせない一方、執行役については、責任制限制度の適用が全くないという偏った制度となっている。注意義務違反の責任について、取締役だけでなく執行役についても、責任の公平な負担のあり方を追求し、もって適切なリスクテイクを促すといった、本来の責任制限の政策的・理論的趣旨を、きちんと反映した制度にはなっていないのである。

これに対して ALI のモデル制度は、定款規定に基づき責任制限を認めるとする条文の体裁こそ各州法と似ている<sup>506</sup>が、これらと大きく異なるのは、賠償額の免除は認めず一定額への軽減に止めていること、および、執行役にも適用していることである。

つまり各州の責任制限制度と ALI のモデル制度とは、形の上では類似していても、本質的には、似て非なるものという評価が成り立ち得るのである。残念ながら、ALI の制度が最終的に完成された時点では、各州の責任制限の立法は概ね終了していたこともあり、ALI をモデルとする州は1州<sup>507</sup>しかない。しかしながら、その制度としての理念、理論的妥当性、内容いずれの点においても、日本法を考える上で参考にすることができよう。

日本でも責任制限制度の導入は政・財界主導で行われた。理論的・体系的検討に十分裏付けられない制度は問題点が多い。学説からの鋭い批判を受けて無定見に修正を加えた結果、アメリカのように行き過ぎなかったのは幸いであるものの、逆に、どの程度実用に資するかについて疑問を残すものとなっている。この間、責任制限制度のあり方について学界からは、制度案に反対するために、全体的・部分的に痛烈な批判を浴びせるか、制度案への受動的・部分的な賛成論ないし反対論を述べたものが多く見られるものの、制度の必要性を正面から唱え、全体像を示して積極的提言を行なうものはなかった。

3．日本法と対比した場合、いわゆる重過失による責任も制限の適用対象となる点が特徴的である。この重過失の概念はデラウェアほか若干の州において、過失と、過失の領域を超えた不誠実な行為や、意図的なあるいは無謀な義務違反など悪性の高い（公序に反する）行為の態様

<sup>505</sup> 脚注 384 参照

<sup>506</sup> むしろ定款方式について、デラウェア州が ALI のドラフトを手本にしたとされる（脚注 375 参照）

<sup>507</sup> コネティカット州（脚注 376 参照）

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

(すなわち責任制限適用除外となる行為の態様)との中間にあるものとして用いられている。重過失の語義・用法については学説上論議のあるところ<sup>508</sup>であるが、言葉の問題はともかく、要はアメリカでは、故意・害意あるいはこれと同視し得るような一定の事由に該当するものを除外して、重過失を含む過失による注意義務違反の責任は、減免の対象となるということである。

そこで適用除外事由の定め方が重要となるが、各州制定法の規定は、用語法、内容、除外範囲の定め方が区々若しくは曖昧であり、あるいは必ずしも網羅ないし整理されていないものもあるように見受けられる。尤もアメリカ法の特性として、制定法に不明な部分や一見不合理と思われる部分があっても、最終的にはコモンローの rule (原則、裁判準則) や public policy (公的政策、公序) に照らして、判例の中で調整されて、合理的な結論が得られる可能性は大いにある<sup>509</sup>が、事実認定次第では、妥当でない結論となる可能性も否定できない。

しかし取締役は、裁判が終わってみないと自分の行動が正しかったのかどうか分からないというのでは困るので、ALI や MBCA は、予測可能性のある、明確な規定の仕方が重要であるとして、適用除外範囲を限定的に狭く(責任制限が適用される範囲は広く)規定する。これを外延として、この範囲内で各会社の考え方に即して、個別に責任制限除外事由を設けさせるという法の建前であるが、各会社は制定法規定どおりの最小限の除外事由を設けている。MBCA の適用除外事由は、やや狭すぎるように思われるが、ALI 原理の除外事由の規定は、範囲も適切で整然・明快である。

日本法においては、「善意にして重大なる過失なかりしとき」責任制限が適用される(266条7項、12項、19項)が、重過失の意義・態様は必ずしも明確でない上に、もともと責任の免除(266条5項、6項)は、悪意、重過失の有無を問わないものである。この問題は再検討に値する課題であり、その際アメリカ法、特にALIの規定が参考となると考える。

4. 大多数の州法では執行役には責任制限を適用しない。社外取締役の人材確保が目的であるから当然とする考え方もあるが、ALI 原理は、過酷な賠償金額の脅威から来る経営上のリスク回避姿勢をなくす目的は、取締役にも執行役にも等しく該当するとし、執行役へも適用している。取締役のみに適用する各州の制度は、責任を全額免除し取締役についての注意義務規定は事実上廃止する結果となっている一方、執行役へは全く適用しないといういびつとも言うべき制度であるのに比し、ALI は、取締役・執行役ともに適用するが、責任の免除は認めず一定額への軽減のみに止め、注意義務規定の持つ義務違反抑止力を維持している。

アメリカ各州実定法上の制度が取締役のみへの適用(しかし社外取締役に限定しているわけではなく、執行役兼務取締役にもその取締役としての行為について適用)となっている部分を捉えて、日本でも、社内取締役や執行役には適用すべきではなく社外取締役だけに適用すべきといった見解も見られるが、ALI 原理の制度の合目的的なあり方を参考にするのであれば、取

<sup>508</sup> 脚注 302 参照

<sup>509</sup> たとえば補償の非限定条項の効力に関する議論(第3節第1項(2)(3)(20~21頁))参照

## 第2章アメリカにおける取締役の責任制限

締役だけに限定する必然性はないであろう。幸いに平成13年改正法は、取締役の責任を監督・監視責任と業務執行責任を区分してどちらかに責任制限を適用するというものではなく、また委員会等設置会社においても、執行役にも取締役と同じく適用されているのは妥当と言えるであろう。

5.最後に、経営判断の原則と責任制限制度の、取締役・執行役を保護する意味における意義、要件、効果（カバー範囲）について、その異同を整理しておく。

経営判断の原則は判例上形成されたものであるから統一的な概念・要件などはないとされてきたが、近時では、ALIやMBCAにより条文化の試みもなされ、責任制限制度と同じく、取締役の過失による注意義務違反を救済する機能を有するものとの認識が一般化してきた。経営判断の原則の適用が認められない事由は、ALIによれば、誠実でない場合、忠実義務（公正取引義務）違反、判断が理性的（rational）でない（裁量権を逸脱している）場合である。「理性的でない」の意義については依然理解し難い面もある<sup>510</sup>ものの、責任制限の適用除外事由として第7節第4項2（3）以下に掲げる、「義務の認識ある無視（無謀性）」、「会社に対する義務の放棄」等と同じ概念を指すように思われる。しかしデラウェア法において、「重過失」については責任制限への適用はあるが、一方、経営判断の原則の適用はない<sup>511</sup>とされ、文言の定義も含めて、経営判断の原則は統一的理解が困難で曖昧さを残す部分もある。

細かい点を除いて大筋をたどれば、各州法とも執行役には責任制限の適用がないところが多いが、同じ原因行為について、経営判断の原則が適用される。経営判断の原則は現実に経営判断を行った場合のみ適用され、監視義務違反への適用はないが執行役には監視義務はなく、執行役には経営判断の原則の適用を通じて、責任制限制度と類似の保護があると考えてよい。経営判断の原則は法令違反には適用されない（この場合も、適切に行動したとの仮定（推定）が働かないだけで、注意義務基準本則によって違反がないと判断されることはあり得る<sup>512</sup>）が、責任制限は悪意でも非難可能性の低い法違反にも適用される。

両者の違いは、経営判断の原則が、事後的に認められるものであることと、制定法規定はなく判例準則であるが故に、適用にばらつきや紛れがあり得ること、取締役にとっては監視義務違反への適用がないという欠点を有することである<sup>513</sup>。ここに、注意義務違反全般に関する事前の制度としての責任制限制度の際立った意義を見出すことができる。尤も、ALIの責任制限は、責任制限の適用があっても経営判断の原則による免責と異なり賠償額がゼロとはならないが、この違いについて説明するものは見当たらない。

<sup>510</sup> 脚注141参照

<sup>511</sup> 脚注298~307に対応する本文参照

<sup>512</sup> 取締役は法によって設定された限界の中で行動しなければならない（ALI Principles § 2.01(b)(1)）が、法違反によっては、この限界を超えないとみなされるものもある（Comment g to ALI Principles § 2.01, Vol.1, at 60~2）

<sup>513</sup> 近藤・前掲論文（脚注6）法協99巻7号1063頁も、経営判断の原則は取締役を過失責任から救済する機能を有するものの、本文に記したような問題点があることを指摘する

## 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

### 第1節 イギリスにおける取締役の責任制限

#### 第1項 イギリスの責任制限制度の概要

イギリスにおいては、定款・契約等による取締役の責任制限は、1985年会社法（Companies Act, 1985、以下 CA1985 と言う）§ 310 によって禁止されているが、一方で、判例法上古くから株主総会の決議による取締役の行為の追認が行われており、これが取締役の責任を免除する機能を果たす。また、取締役からの申立に基づいて、裁判所が裁量によって責任を減免する制度もある（§ 727）。1989年に会社法が改正され、§ 310(3)により役員賠償責任保険の保険料を会社が支払うこと、および、取締役が対会社責任を追及される訴訟に勝訴した場合に、それに要した訴訟費用の補償が認められるようになった。

なお取締役の責任制限制度のあり方は、その責任追及状況、とりわけ株主代表訴訟制度のあり方にも関連するが、イギリスでは株主代表訴訟は極めて限定的にしか機能していないことが指摘できる<sup>1</sup>。この点に関しては、株主代表訴訟を活発化する必要があるとの認識の下に現在法改正が進められている（下記第3項2）。

#### 第2項 責任免除禁止規定

CA1985 の § 310(1)および(2)は、役員（officer<sup>2</sup>）および会計監査人（auditor）の過失（negligence）、不履行（default）、義務違反（breach of duty）、信託違反（breach of trust）により発生する会社に対する賠償責任を免除ないし補償する（indemnify）ような条項は、会社定款や個別契約その他いかなるものにおいても無効であると規定する。

（1）過去においては、判例法<sup>3</sup>により、詐欺や意図的な任務懈怠により有責とされる場合

<sup>1</sup> 北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」小林=近藤 25 頁、41 頁もそのように紹介している。イギリスの株主代表訴訟についての解説に、吉本健一「イギリス会社法における株主代表訴訟 - Foss v. Harbottle のルールの形成と展開」『比較会社法研究 1 巻』33 頁（成文堂、1999）、川島いずみ「イギリス会社法における株主代表訴訟の展開」『比較会社法研究 1 巻』47 頁（成文堂、1999）がある

<sup>2</sup> 取締役 director、支配人 manager および秘書役 secretary をいう（CA1985 § 744）

<sup>3</sup> Re Brazilian Rubber Plantation and Estate Limited [1911] 1 Ch. 425 は、不正直な経営活動によるものでなければ会社に対する損害賠償を免除する旨の定款規定は違法ではないとした（尤も取締役に過失はなかったと認定された事案であった）。Re City Equitable Fire Insurance Company Ltd [1925] Ch. 407 は、120 万ポンドの負債を抱えて破産した保険会社の社長（刑事責任を問われた）以外の役員の責任に関し、正直に行動したが

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

以外は、取締役の義務違反責任を免除することができるとする定款条項は有効であることが認められていた<sup>4</sup>。これに対してこのような取締役の責任を全面的に免除し得ることに疑問が提起され、取締役を不当に保護するものだから禁止すべきであるとの提言<sup>5</sup>がなされ、これに基づき 1929 年に会社法が改正され現在の § 310 に相当する規定が設けられることとなった。

(2) § 310 はその適用範囲について正確性に欠ける規定<sup>6</sup>であり、判例・学説上解釈が一定しないところがある。

ある解釈はこの規定を事前の責任免除を禁止する規定であるとする<sup>7</sup>。もし予め責任を免除してしまうと取締役は会社に対する責任を追求されないとことをいいことに、法が厳格に要求する慎重かつ注意深く行為する義務を守らなくなるから、§ 310 は将来の行為についての責任免除（いわゆる事前の責任免除）のみを無効にするものとする。反対に事案発生後においては、§ 310 の規定にかかわらず完全開示された過去の義務違反行為は、株主総会の決議によって責任を免除することができるのである（下記第3項）。その論拠として、株主総会は過去の違反に対して法的責任追及を行わない旨を決定する権限を有するが、追認による責任免除はそのことの理論的帰結であると説明する。

別の解釈はこの規定を追認できないような行為についての免除禁止規定であるとする。追認ができないような義務違反（たとえば少数派株主に対する詐欺を構成する場合）は定款に免除規定を設けるわけにはいかないが、会社が事後的に義務違反を追認できる事項であれば、後日追認が可能であるものを事前に免除できるように定款を変更できない訳がないのだから、取締役の義務違反行為に事前に同意を与える定款規定は、会社が追認できるような事項に限って有効とするものである<sup>8</sup>。

なお、条文の文言中「その他いかなるもの（"or otherwise"）」が、「会社またはその他いかなる者との契約（による補償は無効である）」を意味するとの見解もあった<sup>9</sup>が、「会社の定款や

---

コモンロー上の取締役としての技能および注意義務の違反はある、しかし、意図的な任務の懈怠がなければ損害等に対する責任をとわれないとする定款規定があり、これに基づき責任はないと判示した。これら判決が取締役の責任に関しての支配的先例となっていた（Ryan, at 229）

<sup>4</sup> GOWER'S PRINCIPLES at 396, Ryan, at 228-29

<sup>5</sup> 当時の Greene Committee on Company Law のレポート（Ryan, at 229, GOWER'S PRINCIPLES, at 396 n30）

<sup>6</sup> Ryan, at 229. Gower's Principles at 396

<sup>7</sup> Pennington at 736. Final Report § 6.6 (at 134)も、この規定は事前の免除・補償についての規定であり、反対に追認は事後的なものであるとしている。なお、北村雅史「諸外国の会社法における取締役の責任と代表訴訟制度について」通産省『株主代表訴訟の現状と課題』別冊商事法務 173号 34頁および 118頁（1995）は、§ 310 は定款による事前の責任制限であるとして事後の追認と区別している。近藤光男「英国およびデンマークにおける取締役の責任とその救済」神戸法学年報 11号 123頁には、§ 310 と総会による追認の関係等については触れていない

<sup>8</sup> Ryan, at 230, Gower's Principles, at 396. 両説ともにこれまで判例上一定した解釈がなかったが、Movitex Ltd. v Bulfield, [1988] B.C.L.C. 104 により、このように解釈されることとなったとする

<sup>9</sup> Burgoine and another v London Borough of Waltham, [1997] 2 B.C.L.C. 612( 被告の本文のような主張に対して、判示は、ジョイント・ベンチャーの取締役が会社ではなくその出資者と締結した会社に対する賠償金についての補償契約を有効とした。後掲脚注 10 参照)

会社との契約その他いかなる約束事（によっても取締役の責任を免除しあるいは補償することは無効である）」と解するのが妥当であるとされる<sup>10</sup>。

## 第3項 株主の追認による責任免除

### 1 追認 (ratification)

株主総会の多数決により会社取締役の義務違反行為を追認することが、判例法上認められている。これは信認関係において、当該事実が完全に開示されることを前提に、信認義務を負わせる方の当事者が、信認義務を負う方の当事者の法的義務を免除することができるというコモンロー上確立した法理 (principle) である<sup>11</sup>。あるいは別の観点から、法人としての会社は自然人と同じように、自己に対する加害行為に対して法的手続きをとることができるのはもちろん、逆にそれを赦したり見逃したりすることもできるのと同じである<sup>12</sup>とも説明される。

(1) 追認には二面の法的効果がある。ひとつは違反があれば本来なら否認されるべき取引・行為（無効ではなく取消し得る取引・行為）を有効とすることであり、もうひとつはその違反によって取締役が負うべき責任を免除する効果である。会社の能力外 (ultra vires) の行為は CA1985 § 35(3) により、まずこれを有効にする決議と、次いでこれによって生じた損害についての追認決議を別個に行われなければならない。二つの決議はともに特別決議 (special resolution<sup>13</sup>) によらなければならない。ただし能力外以外の行為についてはコモンロー原則により、株主総会におけるひとつの過半数の賛成による普通決議 (ordinary majority) でよい<sup>14</sup>。

追認はその語義からして違反行為の事後的追認であるが、違反になりかねない行為について事前に株主の承認を得ることも ratification に含まれる<sup>15</sup>。Hogg v Cramphorn Ltd<sup>16</sup> 判決は、敵対買収攻勢を回避するために、通常株式の10倍の議決権を有する新株を発行し従業員年金信託に割り当てたことを、原告が無効として提訴した事案である。判決は、買収戦開始前の発行

<sup>10</sup> Final Report § 6.3, at 132 (取締役が不当に影響を与えるような地位にいることに問題があるのであり、親会社などの第三者との契約まで問題とするものではない)、Gower's Principles, at 396, n32, Mayson *et al.*, at 564-65

<sup>11</sup> Gower's Principles, at 437

<sup>12</sup> Ryan, at 230

<sup>13</sup> 決議方法には、年次総会、臨時総会ともに、投票権を有する出席株主の4分の3以上の賛成を要する臨時決議 (extraordinary resolution, CA1985 § 378(1))、特別決議による旨を21日以上前に株主に通知した上で、extraordinary resolutionと同じ多数決による特別決議 (special resolution, § 378(2))、普通決議 (会社法に規定はないが、過半数の賛成) の3種類がある (Pennington, at 752-53)。株主総会の定足数要件は別段の定めがない限り2人以上 (§ 370(4)) である (*id.* at 774)

<sup>14</sup> Gower's Principles, at 438

<sup>15</sup> *id.* n93, Ryan, at 231, Mayson *et al.*, at 562

<sup>16</sup> [1967] Ch 254 (現実に株主総会が開催され追認決議が有効に行われたため最終的に訴えは却下された)

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

であり、取締役は経営権の防衛が会社の利益になると信じて誠実に行ったものだから、少数派による議決権操作であるとは言えず、事前に株主総会に諮って承認を取り有効に発行および割当することもできたはずであるとして、訴訟を停止し、追認のための株主総会の開催を命じた（その結果として株主総会が追認したため、訴えは棄却となった）。

追認は経営事項についての決定権限を株主総会に再配分することではなく、取締役が決定したこと（それが義務違反であっても）の採否を株主が決定することである。この点で、定款により殆どの経営判断事項が取締役会へ権限配分されていることと矛盾を来すものではない<sup>17</sup>。Bamford v Bamford<sup>18</sup>判決は、取締役が50万株の新株を額面で発行し重要な取引先である一株主に割当てたのは、買収攻勢の防御を視野においてであり会社の利益のために誠実に行ったものとは言えず義務違反を構成する。定款上新株割当の権限は取締役にあり、取締役が割当行為において誠実さを欠いたことは、定款違反として損害賠償の対象となり、あるいは、取消の対象行為となる。しかし行為は定款規定外のものではなく、したがって、株主総会による承認（追認）は定款変更には該当しないから、特別決議による必要はなく単純多数決（ただし新株主は決議に参加できない）でよい。承認（追認）によって初めから違法行為はなかったことになると判示した。

（2）会社財産の横領<sup>19</sup>は普通決議では追認できないとされる。あるいは、会社の利益のために誠実に果たすべき義務（duties to act bona fide）の違反は追認不可能ともされる。このような場合には、総株主が同意しかつ資本維持の原則が守られる（会社債権者を害しない）場合に限って追認が容認されることになる<sup>20</sup>。会社財産といってもその意義は必ずしも明確でなく、会社の取締役として得た情報を個人的に利用して利益を得た場合は、付随的に得た利益に過ぎないから追認があれば有効となったはずであるとした判例<sup>21</sup>がある。逆に、従業員の利害に反するとか、会社債権者の利害に反するような行為<sup>22</sup>を株主が追認する権限はないのであり追認は有効とならない<sup>23</sup>。

過失事案について追認により取締役に責任がないとした判例 Multinational Gas and

<sup>17</sup> Gower's Principles, at 438

<sup>18</sup> [1970] Ch 212, CA

<sup>19</sup> Cook v Deeks, [1916] 1 A.C. 554 PC（会社に帰属させるべき契約を取締役個人のものとし、その支配的権限により株主総会で追認させてしまった。判決は、過半数を制する取締役は会社財産を自己に贈与することを許されるわけではなく、契約によって得た利益を、取締役は擬制的受託者として会社のために保有しているものとみなされるとした）

<sup>20</sup> Gower's Principles, at 440

<sup>21</sup> Regal (Hastings) Ltd v Gulliver, [1942] 1 All E.R. 378（会社の取締役として得た情報を会社が利用することができたところを個人的に利用して利益を得た事例であるが、会社は資金不足で情報を利用できなかったという事情もあり、もし株主総会の追認があれば利益を会社に返還する必要はなかった）

<sup>22</sup> Liquidator of West Mercia Safewear Ltd v Dodd & Anor (1988) 4 BCC 30（損害を蒙るのは会社債権者であり株主ではないから、株主が追認することはできない）

<sup>23</sup> Gower's Principles, at 440

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

Petrochemical Co. v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd<sup>24</sup>は、石油会社3社による合併子会社が市況下落で倒産に至り、その清算人から子会社取締役および親会社3社（全株保有）を訴えた事案である。判決は、取締役は定款規定を超えた業務を行ったわけではなく、また不正直に行動したわけでもなく、十分な情報に基づかず合理的な経営判断の領域をはみ出したことに過失があるとして責任を問われているのである。子会社取締役は親会社3社からの指示に基づいて意思決定を行い、あるいは事後的に親会社の承認を得ているのだから、親会社3社は取締役の行為を容認し会社の正当な行為として承認したと言うべきである。したがって会社（清算人）は、事後的に会社が健全な状況下で行われた自己の行為に対して損害賠償請求することはできないとした。なお親会社3社も被告となったが、株主は法的に会社とは別人格であり、かつ会社に対して注意義務を負わないから責任はないと判示した<sup>25</sup>。

（3）会社債権者を害するような追認はできない。Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd<sup>26</sup>では、取締役が会社に対する義務に違反して会社（＝株主）に損害をもたらしたときは、株主は取締役の行為を将来に向かって承認し、あるいは遡って追認することができる。しかし会社が支払い不能状態になると、判例法上あるいは論理的にも、株主がこれを承認ないし追認することはできず、取締役の会社に対する義務は会社債権者の利益を害してはならないという形で現れると判示した。この場合、取締役の法的な義務はあくまで会社に対するものであると解され、会社のために行動する清算人（管財人(administrator)、財産管理人(receiver)）によって間接的にのみ会社債権者の利益が代表される<sup>27</sup>。実際的な意味で、会社の資産は株主のものでなく会社債権者のものであると言うことができる<sup>28</sup>。

（4）株主に対して追認対象の事実が完全に開示<sup>29</sup>されることが必要である。Knight v Frost<sup>30</sup>判決は、原告株主はリスクのあるプロジェクトファイナンス（フィルムファイナンス）に使われることを了承した上で資金を出資したが、その資金は被告取締役からの個人的借入への返済に当てられてしまい会社は支払不能となった。株主が原告となって代表訴訟を提起し被告取締役が不当に流用した資金の会社への返還を求めた。被告は、完全な開示をしたわけではないが原告は資金が映画制作というリスクのあるプロジェクトに、被告の裁量によって使

<sup>24</sup> [1983] Ch 258

<sup>25</sup> 2名の控訴院判事の多数意見に対して May 判事の反対意見がある。全株主が取締役の行為を知り、かつその行為が義務違反であることを知っていたという事実は、それ自体では、取締役の過失による損害賠償責任の成立を妨げ、もしくはその責任を免除するものではない。合併事業者が合併事業についての支配権を留保するのは当然であり、自ら名目人（＝合併会社取締役）の過失責任を追及することは許されるべくもないが、株主はまさに会社とは別人格であるから、会社が本来的に付与されていると考えられる取締役に對する請求権まで会社に免除させたことにはならないとする

<sup>26</sup> (1986) 4 NSWLR 722, NSW CA

<sup>27</sup> Sealy, at 280

<sup>28</sup> Kinsela v Russell Kinsela Pty Ltd, *supra* note26, West Mercia Safetywear Ltd. v Dodd [1988] BCLC 250

<sup>29</sup> Kaye v Croydon Tramways Company [1898] 1 Ch 358(会社の売却に当って買主から売主会社の取締役に多額の現金が支払われることを開示しないで行われた株主総会の承認決議は無効である)

<sup>30</sup> [1999] 1 BCLC 364

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

われることに株主として同意していたから、会社は取締役に対して返還請求権を有しないと抗弁した。判決は株主の同意（追認）に関して、株主が同意しようとしている行為について、それが取締役の義務違反になることを知っていたかどうかはともかくとして、内容を十分理解した上で同意したものでなければ、裁判所が公平の原則に適合すると判断すれば、その同意は会社（株主）からの責任追及訴訟の提起を妨げないとした。

（５）現在進められている会社法改正においても、この追認制度は維持され、制定法上に成文化されることになっている。また現行判例法上は、行為取締役も株主であれば株主総会における決議に参加することができるのであるが、改正法では行為取締役の決議参加を認めないこととする<sup>31</sup>。

#### 2 株主代表訴訟の改正について

（１）イギリスの株主代表訴訟はその提起が限定的にしか認められず、現実的に機能しにくい制度である。19世紀半ば以降いわゆる *Foss v. Harbottle*<sup>32</sup>のルールにより、取締役の会社に対する責任を追及する訴えの提訴権者は基本的には会社であるから、株主が適法に訴えを提起するためには、会社の意思決定としての株主総会の決議を要する。義務違反が株主総会の単純多数決によって追認され得るものであり、あるいは違反取締役を訴追しない旨の決議がなされれば、多数派に属さない個人や少数株主はもはや提訴の根拠を失うとされてきた。

その後の判例で、違反行為が少数株主に対する詐欺となり、かつ、違反行為者が会社の支配権を有しているような場合には、*Foss v. Harbottle* ルールの例外として、代表訴訟の提起が認められるようになった<sup>33</sup>が、なお同ルールは、150年間の社会の変化にその進化が対応しきれていない<sup>34</sup>。たとえば取締役が過失（negligence）により会社に損害を発生させた場合には、過失は詐欺に該当しないため同ルールの例外に該当せず<sup>35</sup>株主代表訴訟は認められない。現経営陣が同僚取締役を直接提訴しない場合には、経営権の交代や清算人の任命でもない限り、取締役は過失による責任を追及されることはない<sup>36</sup>。

（２）新しい代表訴訟のあり方については、法律委員会（Law Commission）が検討・提言<sup>37</sup>し、

<sup>31</sup> Final Report § 7.46 (at 165), Completing the Structure § 5.84 (at 99). 利害取締役に株主総会決議参加権を与えないだけでなく、取締役会における非訴追決議にも当該利害取締役に決議権を与えない

<sup>32</sup> *Foss v. Harbottle* [1843] 2 Hare 461

<sup>33</sup> *Edwards v. Halliwell*, [1950] 2 All ER 1064, *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd. (No. 2)*, [1982] Ch 204

<sup>34</sup> Law Commission Consultation Paper 142, § 4.35 (1996)

<sup>35</sup> *Pavlides v. Jensen*, [1956] Ch 565

<sup>36</sup> 尤も取締役の過失は *Foss v. Harbottle* のルールの例外には該当しないものの、当該過失のある取締役が支配権を行使して会社の提訴を阻止した場合には、そのことが少数株主に対する詐欺に該当することになるであろう（Law Commission Consultation Paper 142 § 4.11）

<sup>37</sup> Law Commission Report 246 PART 6, A New Derivative Action (at 72~105)

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

これを基にして政府改正案が作成されている<sup>38</sup>。その概要は次の通りである。

(ア) 現在の代表訴訟制度は、永年にわたる判例法に基づくものであるが、ルールが錯綜して使い難く、たとえば「違反行為者の支配 (wrongdoer control)」の意義も明確性を欠き、取締役の過失による損害賠償など代表訴訟の提起を認めるのが望ましいにもかかわらず、「詐欺 (fraud)」という提訴禁止例外事由に該当しないために、少数株主による提訴が認められない場合も少なくないといった問題点がある。また、訴訟手続において原告適格性を証明するために本案についての疎明を要求されるが、このことが、訴訟の時間と費用を増大せしめる “mini trial<sup>39</sup>” に安易に持ち込まれてしまう要因にもなる<sup>40</sup>。

(イ) 改正案は、取締役の会社に対する義務違反行為によって生じた損害に対する救済であれば、株主は誰でも代表訴訟を提訴することができることを基本とする。義務違反には過失 (注意義務違反) および制定法違反を含む<sup>41</sup>。これらのことを制定法に明記する<sup>42</sup>。有効な追認は依然として代表訴訟提起を阻止する要因となりうる。追認すれば行為は初めから適法であったことになり、請求原因がなくなるからである。しかし実際に追認されたのではなく単に追認され得るものであるという事実は、下記(ウ)により裁判所が訴訟を継続させるかどうかの決定を行うときに考慮に入れることはできる<sup>43</sup>が、訴訟提起の阻止要因とはならない<sup>44</sup>。

(ウ) ただし、代表訴訟は裁判所の厳格なコントロールに服さなければならない。とりわけ原告は、訴答終結までに訴訟継続についての裁判所の許可を申し立て、裁判所はこれを許可するかどうか裁量判断するにあたって、あらゆる事情を考慮しなければならない<sup>45</sup>。

---

<sup>38</sup> Final Report § 7.46 (at 165)

<sup>39</sup> 私的で任意かつ非公式の紛争解決形式で、まず双方の弁護士がやりとりをし、次いで本人同士で和解による解決が試みられる (BLACK'S LAW DICTIONARY)

<sup>40</sup> Law Commission Report 246 § 6.4 (at 74)

<sup>41</sup> Law Commission Report 246 § 6.48 (at 87)

<sup>42</sup> Law Commission Report 246 § 6.5 (at 74), Final Report § 7.46 (at 165)

<sup>43</sup> 裁判所は審理を中断して、株主総会を開いて追認するかどうかを決めさせることができることとする (Law Commission Report 246 § § 6.84、6.103 (pp 97, 102))

<sup>44</sup> Law Commission Report 246 § 6.5 (at 74), Developing the Framework § 4.121 (at 127)

<sup>45</sup> 考慮すべき要素として次の6点を、裁判所規則に明記すべきであるとする (Law Commission Report 246 § 6.91 (at 99))。原告の誠実さ (good faith)、会社の利益、当該違反が株主総会で承認 (追認) されたか、あるいはその可能性があるか (追認されていれば原則として訴えは却下すべきである *id* § 6.82, at 97)、訴えの継続が経営に与える影響についての独立取締役などの見解、訴訟以外の適切な代替救済手段 (会社の清算申立など) が可能かどうか、株主総会が訴追しないと決定した事実

#### 第4項 裁判所の裁量による減免

CA1985 § 727 は、役員が過失、義務懈怠、義務違反、信託違反<sup>46</sup>により責任があるが、当該役員が正直にかつ合理的に行動し、あらゆる状況（その者が役員に指名された経緯に係わる事情を含む）を勘案して衡平の観点から赦されてしかるべきであると思われる場合には、裁判所は、裁判所が適当と考える内容で、当該役員の実任の全部または一部を減免することができる<sup>47</sup>。

会社法では、解散等において精算人等から旧取締役に対して責任を追及する事例に比較的多く見られるほかには、この規定が現実に適用される場面は多くない。しかし取締役を救済するために引き続き重要な規定であると考えられている<sup>48</sup>。事前の責任免除が禁止されている一方、追認制度は取締役の免責のためには現在では機能しにくいものと推定されることから、取締役救済のための残された制度としてはこの裁量免除規定によらざるを得ないであろう（しかも取締役に対する責任追及そのものが多くないために、この裁量救済規定自体が動する場面も多いとは言えないということである）。この制度についての判例・学説は少なく、実際の適用における曖昧さを多く残している<sup>49</sup>。

（1）取締役の定款違反の責任に裁量免除を認めた事例として、In Re Claridge's Patent Asphalt Company, Limited<sup>50</sup>がある。弁護士の助言のもとに変更を行なったにもかかわらず適法ではなかった定款に基づいて、新事業を行なうために子会社を設立し出資した。しかし将来性が高いと見られた新事業も第一次大戦によって失敗に帰し、つれて親会社も倒産した。清算人から親会社取締役に対して、損害は定款目的以外の事業への投資によって生じたものであるとして賠償請求をした。原告は、1908年会社法 § 279（現 CA1985 § 727）は定款違反には適用がないことを主張した。判示はまず、同条に使用される文言は広く一般的なものであり定款違反の不当な投資を行うことは、被告取締役の側から見れば信託違反に該当すると解釈すべきであるから、同条は本件に適用されるとした。そして、被告は弁護士に相談の上定款変更を行い、自己の利益を図ろうとする意図はなく専ら会社の将来の利益を上げるために正直に行動したのであり、戦争の影響がなかったら損害も生じなかったであろうとして被告取締役の救済を認めた。

（2）条文中の「合理的に」の解釈に関して、注意義務違反について合理的でないとは基

<sup>46</sup> これら過失等の文言は § 310 と全く同じ文言である

<sup>47</sup> CA1985 § 727(1) は訴訟係属中の救済規定、同(2)は、自己に対して訴え提起が予想されるとき役員が事前に裁判所に救済を求める場合の規定である。同(3)は、陪審によって事実審理が行われているとき、裁判官は、証拠審理を終えた後に被告が (1)の適用により責任の全部又は一部を免除されてしかるべきと考える場合は、陪審による審理をやめさせて、ただちに判決に入るよう指揮することができるとする規定である

<sup>48</sup> Developing the Framework § 3.77 (at 45)

<sup>49</sup> see *infra* note 60

<sup>50</sup> [1921] 1 Ch 543

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

本的に客観的な基準が要求されるのに対して、CA1985 § 727 の適用における合理性は主観的な基準であるとする説明<sup>51</sup>がある。

注意義務違反に関する判例として In Re D'Jan of London Ltd<sup>52</sup>がある。取締役は、保険ブローカーが予め記入して持ち込んだ保険契約書の内容を確かめなくて、自分には過去に破産経歴があるのになくしてサインしたため、保険金支払が拒絶され会社に損害が発生したことから、精算人が当該取締役に対して損害賠償請求した。判決は、多忙なビジネスマンにはそのような確認をしないでサインすることはあり得るのは理解できるが、だからといって損害が発生したときの会社に対する過失責任を免れるものではない。このような責任は、株主(99%が当該取締役で1%がその妻)の追認により免れることができたのであるが、倒産すれば株主は追認権限を失うのでその後となってみれば追認も不可能であるとする。しかしながら、CA1985 § 727 の適用により裁判所は被告取締役を救済する道がある。取締役に過失があったということは合理的な注意を払わなかったことを意味するが、同条が、その過失により責任がある者に対して、裁判所がその者が合理的な行動をとったと考えれば裁量により責任を減免することができるとしているのは、やや奇異に見えるであろう。しかし同条は、その者の行動がコモンローの注意義務基準では合理性を欠くとされても、同条の適用においては合理的であり得るような場合を規定しているのである。コモンローの過失法においては他人の財産をリスクに曝すことは不合理であるとしても、自己の財産であれば合理的と言える場合もある。過失法を適用する場合は、取締役の持株比率に関係なく自己とは異なる法主体としての会社に対する注意義務が守られたかどうか問われるが、§ 727 を適用しようとする場合には、被告が99%の株主であるという経済的事実関係が、裁量判断に当たって重要な考慮すべき要素となる。サインの前に保険契約書を読まなかったことは過失ではあるが、その当時会社は資金不足状態にあったわけではなく将来性もあり、被告が契約書を読まないという予見可能なリスクについて利害関係を持つのは株主である被告とその妻だけであった。したがって、§ 727 の適用においては、被告は合理的に行動したとすることができ、その責任の一部を免除するのが公正であると判示した。

先に In Re Duomatic Ltd<sup>53</sup>判決において、取締役が折合いの悪かった同僚取締役を辞めさせるために高額な辞任補償金を払ったことは、会社法上必要な総会決議も株主への開示もないため無権限の資金支出となる上に、弁護士に相談の上支払の要否・金額を決定すべきであったのにそうしなかったことは、取締役の行動は非合理的であったことになる。そして当時の § 448 (現 § 727) の適用上も、自分の財産を処理するときに要求される合理的かつ慎重である

<sup>51</sup> Mohammed R. Pasban, Clare Campbell and John Birds, *Section 727 and the Business Judgment Rule: A Comparative Analysis of Company Director's Duties and Liabilities in England and United States Law*, 6 J.Transnat'l L. & Pol'y 201 (1997) (筆者注: 共著者はいずれも Sheffield University 法学部教授、講師等である)

<sup>52</sup> [1994] 1 BCLC 561, [1993] BCC 646

<sup>53</sup> [1969] 2 Ch 365, [1969] 1 All ER 161

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

べき基準に照らしても、かかる高額な支払は合理的に行動したことにならないとした。

最近の *Bairstow v Queen's Moat Houses plc*<sup>54</sup>判決も、一般論として、727条の適用における「正直にかつ合理的に」行動したか否かの審査 (test) は、その者が過失や義務違反により責任があるかどうかの審査と同じではありえないとする。裁判所は基本的に取締役や受託者が個人的な責任から救済されるべきか否かを調べる。すなわち、過失等により責任があるとされた事情も含めてあらゆる事情を勘案し、過失はあるけれどもなお、その行為が個人的な責任を負わせることを正当化するに十分でないかどうかを見ると判示している。具体的には、配当可能額を超えて配当をしたことは会社法違反であり責任が認められるが、他のグループ企業を合わせれば配当原資があるとの監査人の言を過信したことは、なすべからざることではあるものの、取締役として、不正直であったとか不合理であったとまでは言えないとして救済を認めた。

(3) 救済を受ける要件としての「正直にかつ合理的に」について、さらに若干の判例を見る。

*Re Gilt Edge Safety Glass Ltd*<sup>55</sup>は、会社が減資をしたために、取締役としての持株要件を満たさなくなり資格を喪失した取締役が報酬を受領したことは信託違反になるが、これに対して救済を求めた。判旨は、資格要件喪失は顧問弁護士でさえ気がつかなかったのであり止むを得なかったものと言うべきであるから、義務違反といっても技術的な違反であり、もしこれに気がついていれば容易に持株要件を復元しえたのだから、「正直にかつ合理的に」の要件を満たしているとして救済を認めた。なお、裁判所による救済は株主が反対している場合でも与えられることを確認している。

逆に *Selangor United Rubber Estates, Ltd. v. Cradock (No. 3)*<sup>56</sup>では、自己を取締役に指名した大株主の指示に基づいて何ら考慮を払うことなく盲目的に、かつ、少数株主の利害を顧慮することもなく、会社の全財産に等しい額を他に移してしまう行為は、当時の § 448 (現 § 727) の適用上、仮に不正直であったとは言えないとしても、公開会社の取締役としては合理的に行動したとは言えず、救済されなくても公平性に欠けるものではないとした。

他に、非常勤取締役がサインだけした白地小切手を社長に与え社長がこれをほしいままに利用して損害が生じた場合は、非常勤取締役といえども常勤取締役と同じ注意義務に違反したことになり、合理的に行動したことにならない<sup>57</sup>とする判例もある。

(4) このように「正直にかつ合理的に」、就中「合理的に」についての統一的で正確な把握は困難と見られる。裁量制という点にも問題がないわけではない<sup>58</sup>が、裁量制自体を問題

<sup>54</sup> [2000] 1 BCLC 549

<sup>55</sup> [1940] Ch 495, [1940] 2 All ER 237

<sup>56</sup> [1968] 2 All ER 1073, [1968] 1 WLR 1555

<sup>57</sup> *Dorchester Finance Co Ltd v Stebbing*, [1989] BCLC 498

<sup>58</sup> *Pasban et al.*, *supra* note 51 at 212~13 は、条文では裁判所が救済することができる (may であり shall, will で

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

とするような議論は起こっていない。現在進められている会社法改正においては、この「合理的に」に関して、過失により責任を負うべき場合になおかつ合理的であることを要求するのは論理的に矛盾があることが指摘され、取締役の行動が合理的でない場合であっても、なお、裁量により救済を認めるべき場合があり、この「合理的に (reasonably)」の文言を削除することとされている<sup>59</sup>。

#### (5) 経営判断の原則との関係

CA1985 § 727 の裁量による責任制限制度は、取締役の過失・注意義務違反による責任を裁判所が免責する点において、アメリカ法における Business Judgment Rule と一見類似している<sup>60</sup>。

現在進められている会社法改正において、これまで判例法によってきた取締役の義務を制定法化することとされている<sup>61</sup>が、そのうち取締役の注意義務 (care, skill and diligence) の規定に関連して、アメリカ法の Business Judgment Rule と同様のものについて、取締役にとっての防御手段として必要性はあると考えられるものの、その条文化はしないこととされている<sup>62</sup>。その理由として、経営判断の原則は内容が錯綜していて条文化が困難であり、条文化することにより運用の柔軟性が失われ、あるいは、適用如何によっては厳しすぎたり甘すぎたりして公平性に欠けるものともなりかねないことが挙げられる。そして、注意義務規定の改正条文<sup>63</sup>自体が、裁判所による経営判断アプローチの余地を残すものとなっていることのほか

---

はない) となっており、事実審裁判官が救済を適当と考えるか否かにかかっており、特に条文における諸概念を広く解する (In Re Claridge's Patent Asphalte Company, Limited においては、定款違反を信託違反と解釈して同条の適用を認めた) か狭く解するかによって、取締役が救済を受けられるか否かの結論が異なったものとなることを指摘する

<sup>59</sup> Completing the Structure § 3.27 n 49 (at 44)。アメリカの学者からの指摘に、Joseph W. Bishop, Jr. *New Cure for an Old Ailment: Insurance Against Directors' and Officers' Liability*, 22 Bus. Law. 92, 102 n37 (1966)

<sup>60</sup> Pasban *et al.*, *supra* note 51 at 219~20 は、両者は注意義務違反に関連する救済制度として一見類似した制度であるが、次のような重要な違いがあることを指摘する。( ) 経営判断の原則はコモンロー上の原則であるが、イギリスの裁量救済制度は制定法により設けられたものであること、( ) 裁量救済の方は相対的に判例が少なく曖昧さも残すが、このため、実際にどのように適用されるかについての不確実性があること、一方経営判断の原則については、その基本要件である情報を得て、誠実に判断したものであれば裁判所の裁量は必ず行われてきたこと、たまに適用しないと *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d 858 (Del.1985) (第2章脚注 276 対応本文参照) のように大騒ぎになる、( ) イギリスの裁量制度については、その諸相や取締役を律する法の発展 (進化) における潜在的影響について、学説上真摯な議論が行われたことがない。これは学説が制定法上の取締役の責任のあり方については厳格な姿勢で臨んでいることと比べると奇異にも思われること、一方アメリカの経営判断の原則については判例・学説も多く ALI, ABA といった機関もその進化に大きく寄与してきたことである。このほかの事前の責任制限制度 (アメリカの定款規定による責任制限とイギリスの § 310 による責任制限の禁止など) や訴訟費用の補償 (イギリスでは勝訴のときだけ認められるがアメリカでは裁判所の裁量によりより広く認められる) に関しては、比較のしようのないほど英・米間に格差がある。イギリス法における、取締役について制定法やコモンローに基づく責任の厳格さと、その救済との間にある大きなギャップを早急に解消しなければならないとする

<sup>61</sup> Final Report § 3.5~ § 3.11

<sup>62</sup> Developing the Framework § 3.69

<sup>63</sup> 取締役の注意義務規定案 4 SCHEDULE 2, Final Report Annex C は次の通りである。「会社の取締役は合理的に勤勉な者が行使するであろうところの以下の注意、技能および勤勉さを行使しなければならない。(a) 取締役がその地位において期待される知識、技能および経験ならびに(b)その者が現に有している(a)を上回

に、経営判断の原則によらないまでも、§ 727 の裁量救済規定に修正(すなわち“reasonably”の削除)を加えて、より範囲の広い救済を可能にするとされている<sup>64</sup>。

## 第5項 責任保険および補償

### 1 会社による付保の許容

1989年改正により、CA1985 § 310(3)が追加され、これにより、同条(1)および(2)に規定する役員に対して会社が保険を付すことが可能<sup>65</sup>となった(§ 310(3)(a))。この改正は、取締役の賠償責任(たとえば倒産法による不正取引責任<sup>66</sup>など)のリスクが増加している中、公開会社は賠償責任保険を用意しなければ取締役就任要請が困難であるといった背景事情があり、これに応じて行われたものである<sup>67</sup>。

付保すれば年次報告で開示しなければならない<sup>68</sup>。

### 2 訴訟費用の補償

また補償について同条(3)(b)は、役員が、民事・刑事を問わず防衛訴訟において勝訴したとき、または裁判所の裁量による救済(CA1985 § 727)が認められたとき、会社による役員への補償を妨げないとした。なお、現在進行中の会社法改正においては、防御訴訟費用や裁判所の裁量救済の費用についての補償の前払を認めることとしている<sup>69</sup>。

---

る知識、技能及び経験」

<sup>64</sup> Developing the Framework § 3.70

<sup>65</sup> Ryan, at 234によれば、役員を被保険者とし会社が保険料を支払う責任補償保険は§ 310により無効と考えられていたが1989年改正法で§ 310(3)が追加されたことにより可能となった。甘利公人「取締役の責任免除と会社補償制度」熊本大学法学会雑誌78号24~30頁(1993)によると、会社役員賠償責任保険自体は適法であるが、会社による保険料の支払いの可否などにつき§ 310との関係で問題があったこともあり、同条の改正に到った

<sup>66</sup> “wrongful trading”(§ 214 of the Insolvency Act 1986)(役員が会社の倒産回避の合理的見込みがないことを知って行った取引)。ただし保険契約には“wrongful trading”も含まれているがその有効性については疑問とする見解もある(Campbell, at 270 by Richard Barham)

<sup>67</sup> GOWER'S PRINCIPLES, 6th ed., at 625

<sup>68</sup> Sched. 7, para. 5A, inserted by § 137(2) of Companies Act 1989

<sup>69</sup> Final Report § 6.3 (at 133). 利害関係のない取締役が、適切な助言に基づいて訴訟に勝訴する見込みがある場合に承認する。ただし敗訴すれば会社に返還しなければならない

## 第2節 その他の国の取締役の責任制限制度

### 第1項 ドイツ

#### 1 責任免除制度

(1) ドイツにおいては、取締役、監査役の会社に対する責任規定<sup>70</sup>は強行法規である<sup>71</sup>から、事前の免除は認められないが、総会決議による事後の免除は可能である<sup>72</sup>。尤も、取締役、監査役は株主総会の適法な決議に基づいてした行為については責任を負わない<sup>73</sup>。しかし取締役は監査役会が任命する(株式法 84 条(1))が、取締役が監査役会の承認によって行なった行為については、賠償義務は排除されない<sup>74</sup>。

(2) 取締役や監査役の会社に対する責任については、会社は、請求権発生から3年を経過して初めて、株主総会の普通決議(株式法 133 条)により承認を得て、かつ、合計して10分の1以上の株式を有する少数株主<sup>75</sup>が議事録に異議を留めない限り、賠償請求権を放棄し、または和解することができる<sup>76</sup>。発生から5年経過すれば請求権は時効によって消滅するが、時効完成を待たず3年を経過すれば、不確定な浮動状態を終了せしめることができ、これが会社の利益になると考えられている。しかし、3年より短い期間内に会社の請求権を消滅させるべき理由もないとされる<sup>77</sup>。

株主総会が、監査役会および取締役会構成員の過年度の業務を承認する責任解除(Entlastung)制度がある<sup>78</sup>が、承認によって損害賠償請求権を放棄するものではない<sup>79</sup>。

<sup>70</sup> 取締役につき株式法 93 条、監査役につき同 116 条により 93 条を準用。なお 117 条(2)により、第三者からその影響力の行使により行為して、会社・株主に対して損害を及ぼした取締役・監査役は、賠償責任を負う

<sup>71</sup> 株式法 23 条(5)

<sup>72</sup> Campbell, at 309 by G. Wittuhn

<sup>73</sup> 株式法 93 条(4)一文

<sup>74</sup> 株式法 93 条(4)二文

<sup>75</sup> 少数株主の持株要件は、責任追及についての提訴請求(本文下記3(1))の少数株主要件と同じである

<sup>76</sup> 取締役につき株式法 93 条(4)、監査役につき 116 条、会社に影響力を持つ第三者(117 条(1))およびその影響で会社に害を及ぼした取締役・監査役(117 条(2))につき 117 条(4)。北村・前掲報告(脚注 7) 118 頁。柳明昌「株主代表訴訟及び取締役の責任緩和の構造(3・完) - ドイツ法を手がかりとして - 」法学 62 巻 5 号 131~133 頁(1998)

<sup>77</sup> 1965 年株式法 93 条 4 項政府提案理由書(慶応義塾大学商法研究会訳『西独株式法』136 頁(慶應義塾大学法学研究会、1969)による)

<sup>78</sup> 株式法 120 条

<sup>79</sup> 同条(2)。T・バウムス(丸山秀平訳)「ドイツにおける会社取締役の個人責任」商事 1429 号 18 頁、24 頁(1996)。元木伸「その他(取締役・監査役の責任解除等)」商事 863 号 7 頁 10~11 頁(1980)も参照

#### 2 賠償責任保険

役員等の責任保険は取得可能ではあるが、種々の制限や免責条項が付されており、ドイツにおける保険料は付保禁止的に高額なものとなっている<sup>80</sup>。ドイツでは事前の責任免除が禁止されていることから、D&O 保険が取締役の責任を事実上免責することになるので、学説上無効ではないかとの議論がなされている模様である<sup>81</sup>が、それにもかかわらず、取締役になり手がなくなるのではないかとの観点から、D&O 保険への興味および重要性が高じつつある<sup>82</sup>ようである。

#### 3 株主からの提訴請求権

(1) ドイツでは単独株主権としての代表訴訟提起権は制度化されていない<sup>83</sup>。株主には訴えを提起する権利は認められず、少数株主のイニシアティブ権があるに止まる<sup>84</sup>。株主は株主総会の単純多数決により、または合計して資本の10分の1以上の株式を有する少数株主により、会社に対して取締役・監査役等の責任を追及すべきことを請求できる制度がある。この少数株主を構成する株主は総会前3か月を下らない期間株式を保有していなければならない。この請求があると会社は、総会の日以降6か月内に取締役等に対する損害賠償請求権を行使しなければならない<sup>85</sup>。

(2) 賠償請求権の行使は、原則として取締役会または監査役会が行なうが、株主総会は、取締役会または監査役会の代わりに損害賠償請求を行なう特別代理人を選任することができる<sup>86</sup>。また、(1)により株主総会の多数決または少数株主の要求により責任追及を決定すれば、裁判所は、株数で10分の1または金額で1百万ユーロ以上の株式を合計で有する株主の申立に基づいて、責任の適切な追及のために妥当であると思われる場合には、責任追及を行なう会社の代理人を選任しなければならない<sup>87</sup>。

以上については、株主総会の開催<sup>88</sup>自体が取締役会の協力がないと困難である上に、少数

<sup>80</sup> Campbell, at 310 by G. Wittuhn

<sup>81</sup> 柳・前掲論文(脚注76)761~62頁に、保険によって損害が填補される(債権者の引当にもなる)機能があることから肯定すべきとする説と、会社が保険料を負担しかつ保険金を受け取ることが資金の循環になることや取締役の責任の抑止機能を無にし、忠実義務違反の場合その責任を会社のコストで填補することになるのが問題とする否定説と両論があることの紹介がある

<sup>82</sup> バウムス前掲論文(脚注79)25頁

<sup>83</sup> 北村雅史・前掲論文(脚注1)41頁

<sup>84</sup> 柳・前掲論文(脚注76)146頁

<sup>85</sup> 株式法147条(1)

<sup>86</sup> 株式法147条(2)一文

<sup>87</sup> 株式法147条(2)二文。裁判所が申立を認めれば、申立費用(代理人の費用や報酬を含む)は会社が負担する(同三文、五文)。しかしながらこれら費用や本文(3)により会社が負担した費用は、損害賠償請求訴訟が全部又は一部敗訴に終わったりして回収できずに会社の損害となった部分については、少数株主は返済しなければならない(株式法147条(4))

<sup>88</sup> 株主総会は取締役会の決定(株式法121条(2))、あるいは、合計して20分の1の少数株主の要請により開催される(122条(1))

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

株主の持株要件も壁が高すぎて行使が困難であり、従来、破産等において管財人等による場合を除いて会社役員の実責任追及は極めて少なかった<sup>89</sup>。

(3) そこで1998年にさらに改正が加えられた。すなわち、会社が(1)の損害賠償請求権を行使しない場合に、合計して20分の1(または券面額50万ユーロ)に達する少数株主の請求に基づき、役員の実不正行為によりまたは法律若しくは定款の重大な違反によって、会社が損害を蒙ったことについての著しい疑いの証明があるときは、裁判所は賠償請求を行うための特別代理人を選任しなければならない。選任された特別代理人は、その義務に従った判断により訴訟追行が十分な成果を挙げうると見込まれるときは、損害賠償請求をしなければならない<sup>90</sup>。しかし、この制度も重大な義務違反に限定され、かつ、提訴は特別代理人の勝訴の見込みが高いとする裁量的な判断にかかっており、改正の効果がどれほど大きいものか疑問視されている<sup>91</sup>。

最近株主による代表訴訟制度についての改正が進められており、議決権の1%または10万ユーロ以上の株主は、特別代理人によるのではなく株主本人が、会社のために裁判所の許可のもとに代表訴訟を提起することができることとなる模様である<sup>92</sup>。

## 第2項 フランス

### 1 責任制限の禁止

フランスにおいては取締役の責任は公序にかかわるものであり、取締役の責任の減免、すなわち、取締役の業務遂行上行われた意思決定についての責任を問わないとする合意や定款上の取締役の責任免除条項は、法的に無効である<sup>93</sup>とされている(1966年会社法246条1項=2001年商事法典第L225条の253第1項)。フランスでは総会に提出される正式書類上、責任を免除する文言が付加される慣行が広くみられるが、これは記載がないものとみなされ、また、総会で免除決議をしたとしてもその後提起された訴訟に対しては、何の阻止・防御機能も果たさない(同第2項)。株主総会は会社の最高意思決定機関として、招集通知に記載の有無を問わずいかなる問題提起をすることも可能であり、総会の決議は経営者(取締役会および社長)を拘束する建前であることから、経営者は予防的に株主総会の承認を取り付けることが多い。しかしこの承認があったからといって、結果的な経営上の過失や懈怠について

<sup>89</sup> 前田重行「ドイツにおける株式法改正」証券取引法研究会国際部会編『欧米における証券取引制度の改革』190頁、206~207頁(日本証券経済研究所、1998)

<sup>90</sup> 147条(3)

<sup>91</sup> 1998年改正株式法147条、前田(重)・前掲論文(脚注89)206~209頁

<sup>92</sup> 海外情報・商事1690号60頁(2004)

<sup>93</sup> Campbell, at 286 by Paul-A Gelin

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

の救済は受けられない<sup>94</sup>。

なおフランスでは、ドイツのような2層制の業務執行機構を選択することも認められている<sup>95</sup>。しかしこれを採用する会社はわずかで、殆どの会社が1層制をとっており、業務の執行機関と監督機関が分離していないことから、取締役会の監督には自己監督の矛盾（社長・会長の権限は英米に比較すると強大である<sup>96</sup>）があり、監督の形骸化が指摘されている<sup>97</sup>。

#### 2 株主代表訴訟制度

単独株主または上場会社の株主で持株を合計して20分の1（資本の額が大きくなるにしたがってこの割合は逡減する）以上の株主は、代表訴訟を提起する（会社訴権を株主が行使する）ことが認められている<sup>98</sup>（会社法245条=商事法典第L225条の252）。

株主はアメリカのような提訴請求要件を課されておらず、取締役会は提訴を阻止する手段も与えられていない<sup>99</sup>ため、取締役にとっては厳しい制度のように映るが、実際は、これまでのところは殆ど代表訴訟が提起されず、取締役を保護する制度が必要でなかったことを意味するに過ぎないとされる<sup>100</sup>。

#### 3 D&O 保険、補償

D&O 保険制度はあり一定の機能を果たすが、訴訟費用、和解金、敗訴賠償金の補償についてはこれを許容する規定は見当たらない<sup>101</sup>。

## 第3項 その他のヨーロッパ諸国

### 1 株主総会決議による免除

スイス<sup>102</sup>、デンマーク<sup>103</sup>では株主総会の決議による責任減免が認められる。このうちスイ

---

<sup>94</sup> Campbell, at 280~281 by Paul-A Gelinias

<sup>95</sup> *id.* at 276~77 by Paul-A Gelinias

<sup>96</sup> *id.* at 276 by Paul-A Gelinias

<sup>97</sup> 鳥山恭一「株式会社の業務執行機構と監督機構 - フランスにおけるその展開」民商 117 巻 4・5 号 569 頁、594 頁（1998）

<sup>98</sup> James A. Fanto, *The Role of Corporate Law in French Corporate Governance*, 31 Cornell Int'l L.J. 31, 81 (1998), 古川朋子「フランスにおける会社訴権の個別的行使と訴訟引込」『比較会社法研究 1 巻』529 頁、540 頁（成文堂、1999）

<sup>99</sup> Fanto, *supra* note98, at 81~2

<sup>100</sup> *id.* at 83. さらに勝訴した場合の原告への弁護士報酬償還が可能かどうかも明確でなく零細株主にとって代表訴訟は労あって益は全くないものであることも代表訴訟の提起が少ない理由のひとつであり、アメリカのような報酬を目的とする「原告弁護士」もフランスには存在しない（*id.* at 83~4）

<sup>101</sup> *id.* at 83

<sup>102</sup> Campbell, at 648 by Eric L. Dreifuss and Matthias Alder Prager

<sup>103</sup> Campbell, at 160 by Jorgen Boe and Finn Overgaard

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

スにおいては、決議に賛成した株主と会社は一切の損害賠償請求権を放棄することになるが、その効果は告知された事実限定される<sup>104</sup>。デンマークにおいても、総会決議のとき知られていなかった事情に基づく損害に対する訴えの提起を妨げず、さらに、10分の1以上の少数株主が減免決議に反対したときは株主代表訴訟の提起が可能となる<sup>105</sup>。

#### 2 裁判所の裁量による減免制度

オランダ、スイス、デンマーク、ノルウェーでは、裁判所がその裁量により賠償額を減免する制度がある。違反の程度、損害の程度、その他のすべての状況を考慮して、算出された賠償額を減額することが合理的と考えられている<sup>106</sup>。減免制度がなければ、損害額の全額を認めるか訴えを却下するしかないところを、裁判所がその裁量により、過失が軽微である点や被告の資力状態を勘案して賠償額を減免することにより、責任の認定を容易にする効用がある<sup>107</sup>とされる。

(1) オランダ法では、裁判所は、全額の賠償を命じることが責任の性質、当事者の法的関係および当事者の財政的能力を含むその状況の下で、明らかに受け入れがたい結果をもたらす場合には、一般的に法律上の損害賠償義務を減額することができる(民法典第6章§109(1))。ただし債務者が保険によってカバーしていた責任額、あるいはカバーする義務を負っていた責任額を超えて減額をなすことはできない(§109(2))<sup>108</sup>。取締役の明白に不適切な行為による強制的会社解散の責任につき、裁判所は、取締役会の不適切行為の性質と重大さ、解散をもたらしたその他の原因(経済情勢など)や解散にまつわる顛末(管財人が雇用の維持のため解散を遅らせたために損害が拡大したような事情など)を勘案し、取締役の責任が過大と判断するときは減額することができると規定(民法典第2章§§138(4), 248(4))がある<sup>109</sup>。

(2) スイス法では、債務法§43(1)により不法行為一般につき、軽過失の場合に限り、裁判所は加害者に損害の一部のみの賠償を命じることができると定めている<sup>110</sup>

(3) デンマーク法では、違反の重大さ、損害の程度、その他の全般的状況を考慮して、賠償額を減額することが合理的と考えられ場合には、裁判所は賠償額を修正することができる、過去からの不文法が成文化されている(会社法§143(1))<sup>111</sup>。基本的には軽過失に適用されるものであるが、重過失についても除外されているわけではなく、軽過失とはとて

<sup>104</sup> スイス債務法 758 条(1)

<sup>105</sup> デンマーク会社法 144 条

<sup>106</sup> デンマークについて、Campbell, at 160 by Jorgen Boe and Finn Overgaard

<sup>107</sup> ノルウェーについて、Campbell, at 593 by Eric Hirsch and Wilhelm Matheson

<sup>108</sup> 弥永真生「会計監査人の責任の軽減(3) - 責任軽減問題に関する各国法制比較 - 」商事 1482 号 20 頁、25 頁(1998)

<sup>109</sup> Campbell, at 524~25, by Jan A. de Jong and Frenk A. van Vliet

<sup>110</sup> 弥永真生「会計監査人の責任の軽減(4・完) - 責任軽減問題に関する各国法制比較 - 」商事 1483 号 24 頁、27 頁(1998)

<sup>111</sup> 弥永・前掲論文(脚注 110) 27 頁

### 第3章 イギリスおよびその他の国の責任制限

も考えられないような事案であったにもかかわらず裁判所が賠償額を減額した、この規定についての唯一の判例がある。事案は、食料雑貨商会社の3人の息子からなる取締役会が、父親の行なった多額の不法株主貸付が決算書上に記載されていたのにこれを読まないでサインし、もし問題のある貸付なら監査人や顧問弁護士が何か言ってくるはずだと考えた。取締役会は有責と認定されたが、裁判所は同条に基づき賠償額を約15分の1に減額した。その理由として、取締役会の監視義務違反が同族会社におけるものであること、および監査人や弁護士への依存に起因するものであることを挙げている<sup>112</sup>。

(4) ノルウェー法では、取締役会メンバーの管理する会社資産の規模と個人的賠償資力とは極めて不釣り合いであるにもかかわらず、裁判では、賠償責任の全額認定か若しくは責任なしとして却下するしかなかったため、責任緩和規則を制定した(株式会社法 § 15(3))。判例はまだないが、この規則により裁判所は容易に責任を認定するとともに、過失の程度が重くないことおよび加害者の資力を考慮して、裁量により賠償額を減額することになることが考えられる。加害者がD&O保険を付保している(ないしは付保可能なのに付保していない)場合は、そのことが賠償額認定上勘案される<sup>113</sup>。

---

<sup>112</sup> Campbell, at 160~61 by Jorgen Boe and Finn Overgaard

<sup>113</sup> Campbell, at 593 by Eric Hirsch and Wilhelm Matheson

## 第4章 取締役の責任追及とその制限の現況

### 第1節 取締役の責任追及状況

#### 第1項 取締役の責任制度の概要

##### 1 取締役の責任の特則性

(1) 取締役と会社の関係は、委任または準委任の関係(254条3項、民法644条)であるから、取締役が、善管注意義務違反(任務懈怠)により会社に損害を与えれば、債務不履行の一般原則(民法415条)にしたがって損害賠償責任を負う。商法はこの責任を強化して266条を設け法定の特別責任とした<sup>1</sup>。すなわち、責任を負う取締役(266条2項、3項によるみなし行為者を含む)に連帯責任を課すとともに、1項1~4号には特別の責任原因を掲げて法定無過失責任(通説・判例)とする。

(2) 1項5号(法令・定款違反の行為)の責任は、取締役の義務を規定する254条3項、254条ノ3も、ここにいう「法令」に該当するので、これらの法令および定款に違反する任務懈怠(善管注意義務違反)の責任と、これら以外の「法令」に違反する責任がある。法令の範囲如何によっては、取締役の責任が過大となりかねないとして争いのあったところ、平成12年最高裁判決<sup>2</sup>で、法令を限定しない立場がとられるとともに、本号の責任が過失責任であることも再確認された。

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。しかし取締役の任務懈怠は委任関係の債務不履行であり、善管注意義務を尽くさない(過失)ことである<sup>3</sup>から、不履行事由と帰責事由(故意・過失)は

<sup>1</sup> 大隅=今井 251頁(債務不履行責任であるが連帯責任を課す点において一般原則の特例をなし、故意・過失を要件とする)、本間輝雄・旧注会(4) 442頁も大隅=今井と同旨、鈴木=竹内 296頁、森本 253頁、弥永 203頁

<sup>2</sup> 最判平 12.7.7 金法 1597号 75頁

<sup>3</sup> 取締役は、委任の本旨に従い善管注意義務を以て委任事務を処理する(254条3項、民法644条)が、委任の本旨は債務の本旨(民法415条、493条)であり(中川高男・新版注釈民法(16) 226頁)、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 223頁、三浦治「取締役の経営判断に対する不履行評価」『現代企業法の理論と実務』100頁、103頁(経済法令研究会、1993))。取締役の債務不履行は、善管注意義務を尽くさないことである(三浦・同 104頁および119頁注17、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』51頁、63頁(商事法務、1995)、吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学60巻1号1頁、36頁(1996))

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

表裏一体の関係をなし、原告が不履行事実を証明すれば、被告の帰責事由不存在の反証は困難となる<sup>4</sup>。

取締役に関責任を負わせるためには、債務不履行のほかに、債務不履行行為と損害との間の因果関係の証明が必要である（民法 415 条）。損害の範囲は、債務不履行により通常生ずべき損害に限定され、特別の損害については、予見可能性が立証された場合にのみ、賠償責任を負う（民法 416 条）。さらに、当事者間の公平をはかるため、過失相殺（民法 418 条<sup>5</sup>）や損益相殺<sup>6</sup>により、賠償額を減額調整することが可能である。

### 2 委員会等設置会社における変容

（1）266 条 1 項 1～4 号の責任については、通説・判例が無過失責任と解し、これに対して 1 号および 3～4 号（違法配当、利益相反取引）の責任を過失責任と解すべきであるとの論争があるが、委員会等設置会社においてはこれらに対応する責任を過失責任<sup>7</sup>と規定し、またみなし行為者規定も廃止した（商特 21 条の 18、21 条の 21）。ただし責任の連帯性（21 条の 23）は変わらない。

（2）266 条 1 項 5 号の責任に対応する取締役・執行役の責任は、任務懈怠責任（商特 21 条の 17 第 1 項）と規定した。昭和 25 年改正前の取締役の責任規定や、現行商法の監査役についての責任規定（277 条）と同じ規定の仕方である<sup>8</sup>。5 号の「法令又八定款ニ違反スル行為」に

<sup>4</sup> 取締役の善管注意義務は、その職務の性質上、具体的な行為をなすべき義務の内容を特定することは困難であり、幅広い裁量のもとに、通常取締役ならば下したであろう経営上の判断を下すこととしかいえないが、債務の不履行（善管注意義務違反）の認定は、損害が生じたときに、通常取締役なら少なくともそうはしなかったという形でなされる（三浦・前掲論文（脚注 3）108 頁、大塚・前掲論文（脚注 3）64 頁）。この善管注意義務を欠くことが過失（抽象的軽過失）である（奥田 36 頁、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商 81 巻 4 号 455 頁、472 頁（1980））が、一方債務不履行の帰責事由も過失とされ（奥田 125 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・総論 77 頁、大塚・前掲論文（脚注 3）63 頁、吉原・前掲論文（脚注 3）36～7 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 124 頁、平井・総論 82 頁注 1、森本 253 頁、吉原・前掲論文（脚注 3）35 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 83 頁注 1（帰責事由の証明は不履行の証明で足りる）、大塚・前掲論文（脚注 3）63 頁、江頭 369 頁注 8、吉原・前掲論文（脚注 3）36 頁（被告が債務の本旨に従った履行をしなかったことを、原告が証明するのは容易ではないが、逆に原告がこれに成功したときは、被告取締役が自己の無過失を立証することができるとはほとんど考えられない））

<sup>5</sup> 不履行の発生のみならず損害の発生・拡大に関しての過失も含まれる。裁判所の職権で過失相殺を行うことができるが、債権者の過失となるべき事実については債務者が主張・立証しなければならない（内田・民法 160 頁）

<sup>6</sup> 明文規定はなく解釈上認められる（内田・民法 160 頁）

<sup>7</sup> ただし注意を怠らなかつたことの証明責任を取締役に課している

<sup>8</sup> 任務懈怠とは善管注意義務違反を意味するのが伝統的解釈である（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 126 巻 6 号 805 頁、809 頁（2002））

については、その文言から、その範囲や責任成立要件についての解釈<sup>9</sup>がやや錯綜気味であるが、委員会等設置会社においては、端的に任務懈怠責任となった。尤も委員会等設置会社においても、取締役・執行役は、254条ノ3の「法令及び定款ノ定」を遵守する義務（商特21条の14第7項5号により準用）を負うから、善管注意義務違反とは別に、法令違反も任務懈怠に含まれ、新规定は実質的に266条1項5号と変わらないと解される<sup>10</sup>。

### 第2項 取締役に対する責任追及状況と問題点

取締役の任務懈怠による損害は、企業経営規模において生じる損害であり賠償者個人の賠償能力を優に超える巨額なものとなりかねないことから、実際の裁判において、法の裁量の解釈・適用によって妥当な結論を得ようとする努力が行なわれている<sup>11</sup>。すなわち、ひとつには、債務不履行事実や帰責事由（過失）を限定的に認定して善管注意義務・忠実義務違反がないものとし、あるいは、行為と損害との因果関係を否定することによって、賠償責任を否定することである。また、責任は肯定するが、被告の寄与度に応じた割合的因果関係を認定し責任額が過大とならないように調整し、あるいは、過失相殺や損益相殺の弾力的適用により賠償額を抑えることである。

しかしこのような裁判所の裁量による責任の否定や軽減には自ずと限界があり、また裁判官によっては、裁量を行わず結果として多額の責任を認める判決となる場合があることも否めない。

学説も、このような裁判所による法の裁量的運用を、その目的・意義を理解して基本的に支持するが、事例によっては解釈・裁量の限界を超えるものとして、理論的に厳しく批判するものもある。学説・判例とも、責任額制限について最終的には立法による根拠づけの必要性を示唆しているところである。

<sup>9</sup> 古くは、本号の「法令」には善管注意義務・忠実義務の規定を含まないとの説もあった（本間輝雄・旧注会(4)266条注釈5、近藤光男・新注会(6)266条注釈26）。また、「法令」の範囲・責任の成立要件に関して、後記のように限定・非限定両説が対立している（本章第2項3）。立法論として、本号の規定も任務懈怠の責任と改めるべきであるとの主張もあった（近藤光男「法令違反に基づく取締役の責任」森本＝川濱＝前田269頁、286頁、浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・株主代表訴訟・和解」商事1671号36頁、38頁（2003））。会社法制現代化試案第四部第四7(1)は、取締役の責任について、委員会等設置会社以外の会社と委員会等設置会社の規定との調整を図ることとし、「法令・定款違反」の責任を「任務懈怠」責任とするとともに、266条2、3項の規定を廃止するものとしている（会社法制現代化試案補足説明47頁）

<sup>10</sup> 法令違反の事実だけではもはや責任は発生しないという解釈論もあるが、本文のように解すべきであろう（後記第2項3（2）（143頁）参照）

<sup>11</sup> 森本滋「日米構造協議と株式会社法の改正」商事法務1309号42頁注20（1993）、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1690号13頁、16頁（2004）（企業が巨大化するにつれ、わずかのミスが大きな損害発生につながり、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）。後掲脚注94に対応する本文（平成12年最判における河合裁判官の補足意見）も参照

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

以下本項においては、上記のような状況について266条の取締役の責任追及についての学説と裁判例を概観する。直接的には責任制限制度の必要性の示唆を求めようとするものであるが、必ずしもそれに終始せず、やや広めに取締役の責任制度の問題点を指摘しておきたい。

まず、266条1項5号の責任を、( )業務執行における善管注意義務違反の責任(これをさらに、業務執行上の判断の誤りと、監視義務違反に分ける)と、( )それ以外の法令・定款違反の責任に分け、次いで同1~4号の責任について見る。

### 1 業務執行上の判断の誤り

#### (1) 取締役の経営判断

(ア) 会社は営利を目的とし、その経営には本来リスクがつきまとう。取締役が業務の執行のための経営判断を行うにあたっては、将来の経営環境を完全には予測できず、その判断が結果として誤っている場合は必ずしも少なくない。しかし、取締役が会社の業務執行にあたって行った経営判断が、業務執行が合理的な手続に従い誠実に行われた場合は、結果として会社に損害を生じさせたとしても、事後的な後知恵的判断によって、取締役に注意義務違反があったとしてその責任を問うべきではないと考えられている。

福岡県魚市場事件判決<sup>12</sup>では、経営危機に陥っている子会社に対する融資を継続するに当たって、子会社の経営状態を調査し積極案・消極案を比較検討した上で、危険ではあるが事業の好転を期待できるとして積極案を選択した。これは、親会社の利益を計るために出たものであるから、裏目に出て会社に損失を生ぜしめる結果となっても、企業人として合理的な選択の範囲を外れたものでないから忠実義務違反にならないとした。

すなわち取締役の業務執行に当たり、善管注意義務・忠実義務が尽くされたか否かの判断は、経営判断が行われた当時の状況に照らし、合理的な情報収集・調査・検討等が行われたか、および、その状況と取締役に要求される能力水準に照らし、不合理な判断がなされなかったかを基準になされるべきであり、事後的・結果論的な評価がなされてはならない<sup>13</sup>。このような判断枠組みを取る裁判例<sup>14</sup>は多く、学説<sup>15</sup>も大筋においてこれを支持する。

これを「経営判断の原則」として、アメリカ法上の“business judgment rule”になぞらえて理

<sup>12</sup> 福岡高判昭 55.10.8 高民 33 卷 4 号 341 頁

<sup>13</sup> 江頭 368 頁、弥永 203~04 頁、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林 = 近藤 78 頁、96 頁

<sup>14</sup> 経営判断の原則により取締役の責任を否定した事例として、セメダイン事件・東京地判平 8.2.8 資料版商事法務 144 号 111 頁(アメリカにおける不振合併子会社の株式を合併相手から実価値よりも高値で買取ったことが取締役の裁量の範囲内であったとした事案)、ニッポン放送事件・東京地判平 10.9.24 金判 1063 号 39 頁、東京高判平 11.7.15 金判 1074 号 25 頁(子会社についての支配的株主の地位を失ったことは高度の経営判断である)、朝日新聞社事件・大阪地判平 11.5.26 判時 1710 号 153 頁、大阪高判平 12.9.28 資料版/商事法務 199 号 330 頁(新聞社による放送会社株式取得事案)、長期信用銀行運転資金融資事件・東京地判平 14.7.18 金商 1155 号 27 頁(弁済期を延長した後貸付先が破綻し貸付金が回収不能となった事案)などがある

<sup>15</sup> 経営判断の原則についての文献には次のようなものがある。戸塚登「経営判断の法則(1)(2・完)」阪大法学 126 号 1 頁、127 号 1 頁(1983)、神崎克郎「経営判断の原則」森本 = 川濱 = 前田 193 頁、近藤光男『経営判断と取締役の責任 - 「経営判断の法則」適用の検討』(中央経済社、1994)、吉原・前掲論文(脚注 13)

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

解する学説も多いが、所論は必ずしも一致していない。アメリカの経営判断の原則は、取締役・会社間に利害対立がないこと、および、取締役の意思決定過程に不合理がないことのみを審査し、判断内容の合理性には一切踏み込まない<sup>16</sup>ものとして、長年かかって判例法（コモンロー）上確立したものである。さらに近時は、結果として、取締役の行為が通常の過失に該当する場合は、取締役の裁量権の範囲内にあるものとして、責任を問われないものともされる<sup>17</sup>。しかし日本においては、このような意味での経営判断の原則が確立しているとはいえない<sup>18</sup>。少なくともアメリカにおけるように、経営判断の内容の合理性については、裁判所は判断しないと言えるかどうかは疑わしい<sup>19</sup>。

また、善管注意義務が尽くされたか否かを判断するための基準である<sup>20</sup>から、経営判断の原則をもって、注意義務を緩和するものないし過失があっても責任を問わないもの（すなわちアメリカの）と認識することは適当とは言えない<sup>21</sup>。

なお、実際に経営判断を下した場合に適用されるものであり、監視・監督義務について適用の余地はなく、また、悪意の法令違反があれば、取締役は法令違反行為をする裁量権を有さないものであり、その意味で、法令違反行為について経営判断の原則は適用されない<sup>22</sup>。

（イ）以下に若干の裁判例を見る。

日本サンライズ事件<sup>23</sup>判決では、定款を変更した上で、多額の株式投資を全額借入金により行い、投資顧問業者の投資内容が問題点を持つにもかかわらず投資を継続したことは、著しく客観的合理性を失い取締役の裁量の範囲を逸脱している。新規事業は、会社の規模に照らし回

<sup>16</sup> 江頭 368 頁注 7

<sup>17</sup> ~ につき第 2 章第 4 節第 1 項を参照

<sup>18</sup> 岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリ 1206 号 122 頁、123 頁（2001）は経営判断原則が確立したこともあり、単なる過失が認められることは殆どないから、平成 13 年改正のような軽過失について取締役の責任制限する制度を設ける必要がないとする。代表訴訟制度研究会(3)（上）43 頁も同旨。これに対して田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ 1220 号 31 頁、32 頁（2002）は、日本の判例法上は経営判断の原則は未確立であり、大和銀行代表訴訟一審判決も経営判断の内容に裁判所が立ち入って審査するわが国の裁判例に一事例を加えるものに過ぎないとする

<sup>19</sup> 江頭 368 頁注 7、吉原・前掲論文(脚注 13) 109 頁および 118 頁

<sup>20</sup> 吉原・前掲論文(脚注 13) 96 頁

<sup>21</sup> 赤堀光子「取締役の忠実義務 (1)」法協 85 巻 1 号 1 頁、3 頁(1969)（経営判断の原則は注意義務の緩和である）、北沢 412 頁（経営上の判断の適否を、裁判所が事後的に論ずることは困難であり、取締役が経営上の判断について善管注意義務違反に問われることは稀となるという意味において、取締役の善管義務は緩和される傾向を持つ）。高窪利一「取締役の責任の軽減について (2)」銀行法務 21 第 568 号 55 頁（1999）（自民党改正案要綱についての論評において、軽過失の責任については責任を制限するよりも、経営判断原則を明確に法定することにより責任を免脱せしめる方が合理的であるとする）。経営判断の原則についてのこのような認識の仕方は少なくないのであるが、森本・前掲論文(脚注 4) 479 頁（1980）は、経営判断の原則は善管注意義務の緩和ではないと反論する。戸塚・前掲論文(脚注 15)(2・完)42 頁、吉原・前掲論文(脚注 13) 91 頁および 107 頁も、注意義務を軽減するものではないと明言する

<sup>22</sup> 近藤・前掲書(脚注 15) 124~26 頁（取締役の法令違反の判断まで、経営判断の法則によって裁判所が尊重するのはおかしい）、龍田節・判例評釈・商事 1454 号 28 頁、31 頁（1997）、吉原・前掲論文(脚注 13) 118~119 頁

<sup>23</sup> 東京地判平 5.9.21 判時 1480 号 154 頁

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

復が困難なほどの損失を出す危険性があり、かつその危険性を予見できたときは、善管注意義務違反となると判示した。投資の内容が危険なものであったにもかかわらず十分な監督を怠ったことが、善管注意義務違反となるとした結論は支持されようが、いわば本業として株式投資を行ったのであり、多額であったことがただちに合理性を欠くものかどうかについては疑問がないわけではない<sup>24</sup>。福岡魚市場株式投資事件判決<sup>25</sup>においても、会社の経営状況は敢えて新規事業に打って出なければならぬという切迫した状況にはなかったのに、本業に含まれない株式投資を行い、取締役会で決議した資金運用限度額を超えて、他の取締役に株式取引の実態が分からない状態で仕手戦と評価されるような取引をしたことは、善管注意義務・忠実義務に違反することが明白で、経営判断の法理が適用される場合に当てはまらないとした。

東京都観光汽船事件<sup>26</sup>判決は、グループ企業に対する金融支援は、自らの会社の経営上特段の負担とならない限度において行なうなら、回収不能となる危険性が具体的に予見できる状況でない限り、無担保、無保証の貸付であっても、原則として取締役の裁量権の範囲内にある。しかし当該グループ企業の倒産が具体的に予見可能となった状況下では、確実な担保を徴するなど十分な債権保全措置を講ずることもなく多額の金融支援を新たに行うことは、取締役としての裁量の範囲を逸脱し善管注意義務・忠実義務に違反するとした。

大和銀行事件<sup>27</sup>判決の、内部統制システムの構築およびその不備に関して、判旨は、どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは、経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に、広い裁量が与えられている。そして現時点で求められている水準をもって、本件当時の判断基準とすることは相当でないとする<sup>28</sup>。判旨はそのように述べながらも、財務省証券の残高確認の方法として、担当者を介して入手した保管残高証明書によるのは著しく適切さを欠き、保管銀行に直接照会を行って現物確認をすべきであったとする。しかしながら、検査方法に重大な不備があったと評価すべきか否かについては、他の銀行や公認会計士監査、銀行検査当局検査等における実務慣行が参考になり、当時の日米金融関係者間で、現物確認を行っていないことが著しく不備な確認方法とはみなされていなかった可能性もあることを指摘するもの<sup>29</sup>もある。また、判旨の述べる経営判断の原則の一般論と裏腹に、典型的な後知恵で裁判所自身の経営判断を当時の金融業界全体の経営判断に優先させた判決であると強く批判するもの<sup>30</sup>もある。一方では、カストディー業務を行う金融機関がかかる重大な不備のある検査

<sup>24</sup> 吉原・前掲論文(脚注13)105頁、河本一郎ほか・座談会「取締役の責任 - わが国における経営判断の原則の具体化 - 」民商109巻6号926頁、968~72頁河合、森本発言など(1994)

<sup>25</sup> 福岡地判平8.1.30判夕944号247頁

<sup>26</sup> 東京地判平7.10.26金商981号31頁、東京高判平8.12.11金商1105号23頁、最判平12.9.28金商1105号16頁

<sup>27</sup> 大阪地判平12.9.20商事1573号4頁

<sup>28</sup> 商事1573号34頁

<sup>29</sup> 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(上)」商事1576号12頁(2000)

<sup>30</sup> 田中・前掲論文(脚注18)32頁。大杉謙一・判例評釈・ジュリ1244号284頁、289頁(2003)もこれに賛同する

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

方法を一般的に採用していたとは考えにくいし、仮に他の金融機関でも同じ方法がとられていたとしても、そのことから大和銀行の検査方法が不適切でなかったものと評価される訳ではない。信託併営銀行のカストディー業務について、他行よりもいっそう慎重なリスク管理システムを採用すべきであったとして、判旨に賛同する見解<sup>31</sup>もないわけではない。判旨や賛同論の言う残高確認方法は、今になってみれば妥当な方法であると思われるが、当時の日米の状況下でそうであったかどうかは、十分吟味すべきであったろう。

貸出先の倒産で貸付金が回収不能となった中京銀行事件判決<sup>32</sup>で、取締役は、融資決定における判断が善管注意義務・忠実義務に違反しなかったとした。しかし、判断の基礎となる事実の認定又は意思決定の過程に、通常の企業人として看過しがたい過誤、欠落があるかどうかで判断すると判示した部分については、融資業務に従事する銀行の取締役に一般に期待される知識・経験を基礎に、必要とされる注意の程度を基準とすべきであったとの批判<sup>33</sup>がある。

一方、第一住金融資事件<sup>34</sup>判決は、貸付金が回収不能となった事案において取締役の責任を認めている。融資先は収益・財務状況が悪く、長期資金調達不足のため金融状態が非常に不安定であり、あるいは、弁済原資が開発事業の完成・売却による資金であったが、その成就の可能性は極めて乏しかった。担保不動産も価値がなかった。これらは資金貸付を業とする会社の取締役に要求される、通常の知見、経験をもってすれば認識しえたはずであり、判断の前提となる事実の認識に看過しがたい誤りがあり、経営上の行為の選択決定としても著しく合理性に乏しいものであったとした。

長期信用銀行プロジェクト融資事件<sup>35</sup>判決は、会員制リゾートマンションのプロジェクトに対する追加融資が未回収となった事案である。被告は、追加融資を打ち切ると実施する場合の利害得失の衡量を行った。追加融資を打ち切るとした場合について、それにより生じる損害の吟味とこれを最小化する方策の検討が不十分である。一方、追加融資を実行する場合の、回収財源である会員権の販売可能性や事業の成否について、当該状況下において合理的と考えられる情報収集・分析・検討を怠り、回収不能リスクを著しく過小に評価した。これは取締役として許容された裁量を逸脱した善管注意義務違反であると判示して責任を認定した。ところで、本訴訟は会社の訴訟引受人たる整理回収機構が提起し、損害額 60 億円強のうちの 1 億円のみを請求し認容されている。その理由は分からないが、現実の回収見込額の考慮もあるかもし

<sup>31</sup> 川村正幸・判例評釈・金商 1107 号 56 頁、64 頁（2001）

<sup>32</sup> 名古屋地判平 9.1.20 判タ 946 号 108 頁

<sup>33</sup> 神崎克郎・判例評釈・金法 1492 号 76 頁、78 頁（1997）、黒田清彦・判例評釈・金商 1016 号 48 頁、52 頁。ただし言い回しの問題であって、その内容は、銀行の取締役に一般に期待される知識、経験を基礎に必要とされる注意の程度を基準として判定した上で、看過しがたい過誤、欠落はなかったと認定しているように読み取れる。一般的には、金融機関の取締役・理事は、経営が破綻すれば、株主・社員だけでなく、預金者、社会一般、国（金融メカニズムの混乱など）へも影響を与えるため、経営判断における裁量が通常の企業より狭く限定されているといえよう（たとえば、岩原紳作・後掲判例評釈（脚注 121）133 頁）

<sup>34</sup> 東京地判平 13.11.5 判時 1779 号 108 頁

<sup>35</sup> 東京地判平 14.4.25 判時 1793 号 140 頁

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

れない。ほかにも損害額は巨額であるにもかかわらず、請求額や和解金額を低額に抑えている事例は多い<sup>36</sup>。

##### (2) 業務担当取締役、使用人兼務取締役の業務執行責任

(ア)ハザマ事件<sup>37</sup>判決は、建設会社の取締役支店長が、公共工事の入札に関連する贈賄のため会社資金を支出したことにつき、刑法・政治資金規正法違反は266条1項5号の法令違反に該当し、会社に対して同額の賠償責任を負うとした。被告は、贈賄行為は取締役としてではなく、支店長という従業員の立場で行なったものだから、株主代表訴訟の対象とならないと抗弁したが、判決は、取締役の固有の権限に基づく行為に限らず、取締役の地位にある者が、会社の業務に関してなした行為であれば取締役として責任を負うとした。日本航空電子工業事件<sup>38</sup>判決でも、取締役航機事業部次長は、取締役就任以降の関税法・外為法違反の不正取引による損害につき、善管注意義務・忠実義務違反の責任を負うとした。大和銀行事件<sup>39</sup>判決におけるニューヨーク支店長の地位にあった取締役の行為についても、取締役としての責任が認定されている。

これに対して、使用人兼務取締役(いわゆる平取締役)は、取締役としては業務執行に対する監視者に過ぎず、業務執行に携わるものではないから、行為者として責任を負担させることに疑念を呈する学説<sup>40</sup>もある。しかしこの論法に従っても、被告は実行行為をした本人であるから違法行為が行なわれたことは当然知っており、そのことを取締役の監視義務に基づき取締役会に報告(260条1項)すべき義務があり、その義務に違反した責任を負うといった迂遠な理論構成も可能となり、取締役としての責任は回避できないことになる。換言すれば、端的に、取締役は法令に違反する行為をなしてはならないという義務を負い、会社から業務執行権限を付与されているか否かに関わらず、取締役の地位にあるものがなす行為には、当然に取締役としての義務と責任が課せられるべきである<sup>41</sup>と考えることができよう。

<sup>36</sup> 後掲第5章脚注58および59とこれらに対応する本文参照

<sup>37</sup> 東京地判平 6.12.22 判時 1518 号 3 頁

<sup>38</sup> 東京地判平 8.6.20 判時 1572 号 27 頁

<sup>39</sup> 大阪地判平 12.9.20 商事 1573 号 4 頁

<sup>40</sup> 上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討(下)」商事 1434 号 9 頁、11~12 頁(1996)は、形式を貫き、監視義務者として自らの従業員としての行為をやめさせ、これを代表取締役に報告することを怠った責任と解すべきである。そうすることによって行為と損害との因果関係・損害額の判断が大きく違ってくるとする。しかし上村説は12億余円という行為者と同等の責任を負わせるのは不当であるとするが、具体的にいくらかすべきかについては説明がない。監視の対象となる従業員としての自分が発生させた損害について、監視者としての義務を怠った自分がより少額の責任にとどまるような論理はないのではなかろうか

<sup>41</sup> 川村正幸・判例評釈(日本航空電子工業事件)・金商 1010 号 42 頁、51 頁(1999)。近藤光男・判例評釈(ハザマ事件)・商事 1512 号 23 頁、25 頁(1998)も、商法の建前から使用人部分行為については一切責任が生じないと解すると不当な結果となる(業務執行担当取締役との間で不均衡となる)し、従来使用人部分と考えられてきた職務にも、本来取締役の職務と考えるべきものが含まれていないのかどうか、その報酬問題も含めて検討を要するとする。会社法の研究『取締役(4)』73 頁(金築発言)は、法律構成はともかく、実行行為者であれば取締役として責任を負う

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

古い裁判例<sup>42</sup>で、営業部長を兼ねる取締役が、部下の横領行為の監督を怠った責任を追及され、営業部長は通常会社の使用人としての職名であり、業務を担当する取締役とは認められないから、取締役としての業務執行についての任務懈怠はないとしたものがある。しかしこれに対しては、取締役として善管注意義務違反の責任を負わせるべきであるとの批判<sup>43</sup>があった。

(イ)業務担当取締役は、これまでも定款の規定や取締役会の決定に基づき、担当部門について業務執行権限を有する解されていた<sup>44</sup>が、260条3項2号として、新たに明文により確認された(平成14年改正)。これにより担当業務における監督責任がより明確になった。また業務担当取締役自身による違法行為については、厳密に言えば、会社から違法行為をする権限を付与されていないはずであるが、使用人兼務取締役と同様に、取締役の地位にあるが故に当然に責任を負うと考えてよいことになる<sup>45</sup>。

### 2 監視義務違反

#### (1) 取締役の監視義務とその範囲

(ア)取締役は取締役会構成員として、他の取締役の業務執行が適正に行なわれるよう監督・監視する権限・義務を有する(260条1項)。監督・監視義務の内容は、会社の業務執行の状況を把握する義務と、会社の業務執行が違法又は不当となる危険性があるときは、これを是正する措置をとる義務からなる<sup>46</sup>。取締役の負う監督・監視の範囲は、通説・判例<sup>47</sup>によれば取締役会上程事項に限らないものとされている。前掲の東京都観光汽船株主代表訴訟事件<sup>48</sup>控訴審は、社長が行ったグループ会社への金融支援(善管注意義務違反と認定された)につき、他の取締役は社長の意向に唯々諾々と従って了承した。これは取締役としての監視義務違反となり、仮に取締役会が開催されなかったとしても、取締役会の開催を求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行われるようにすべき職責を怠ったとした。

(イ)たしかに、取締役会が恒常的に開催されていないときは、取締役は取締役会上程事項であるか否かに関係なく監視義務を尽くし、必要な場合取締役会の開催を求めなければならない。しかしある程度規模の大きい会社では、業務は広範に及び会社組織も複雑化しているから、平取締役や業務担当取締役が代表取締役等の具体的な業務執行を自ら個別的に監視しておくことや、会社の業務及び財産の状況を常時積極的かつ詳細に調査しておくことは實際上不可能

<sup>42</sup> 東京地判昭 35.10.28 下民集 11 卷 10 号 2302 頁

<sup>43</sup> 菅原菊志『取締役・監査役論(商法研究1)』83頁(信山社、1992)(従業員を兼務する取締役が部下の職務違反行為を防止することを怠ったときは、雇用契約上の義務違反に止まらず、取締役としての善管注意義務違反となり責任を負うべきである)

<sup>44</sup> 堀口亘・新注会(6)260条注釈4、森本滋「公開会社の経営機構改革と執行役員・監査役(上)」法学論争 145 卷1号1頁、12頁(1999)

<sup>45</sup> 会社法の研究『取締役(4)』75頁稲葉発言

<sup>46</sup> 弥永 204 頁

<sup>47</sup> 近藤光男・新注会(6)266条注釈36(280頁)、弥永 204 頁、最判昭 48.5.22 民集 27 卷 5 号 655 頁

<sup>48</sup> 前掲(脚注 26)

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

である<sup>49</sup>。調査権限の認められていない取締役<sup>50</sup>には、特段の事由がない限り、取締役会の外部において積極的に監視機能を発揮することは期待されていないから、取締役会が定期的開催され業務執行事項について一応適切に審議・報告されているときは、特段の事情がない限り取締役は取締役会上程事項について監視していればよい<sup>51</sup>ことになる。この場合の監視義務の具体的内容は、取締役の職務執行ないし会社の業務に関する情報が、取締役会に適切に提供され取締役会の監督機能が効果的に発揮されるようなシステムを構築することである<sup>52</sup>。

大和銀行事件判決は、昭和48年最判<sup>53</sup>をうけて取締役は取締役会上程事項以外の事項についても監視義務を負い、リスク管理体制の構築が適正に行なわれているかを監視する義務があると判示している<sup>54</sup>。そう言いつつも、リスク管理体制の大綱及び具体的な仕組みも整備されていなかったとは言えない。検査業務については検査部という専門の部署が設けられていた。ただ、その専門部署が不適切な検査方法を採用し残高確認方法において基本的な過誤を犯した（残高の確認方法として証明書発行銀行に直接照会しなかった）のであるが、そのことについて疑念を挟むべき特段の事情がなかった<sup>55</sup>ので、取締役には監視義務の違反はなかったとする。

#### （2）内部統制システム構築義務

規模の大きい会社の事業活動は広範にわたり、組織・業務も多岐かつ専門的である。その中でも取締役が監視義務を尽くすためには、他の取締役による業務執行状況や、会社の業務・財産の状況を把握することが必要である。そのために、代表取締役等による取締役会への報告制度（260条4項）や内部監査部門を利用するほか、内部統制組織の確立とその適切さの審査が必要となる<sup>56</sup>。このような考え方は早くからあり、内部統制組織とともに法令遵守を一般的に確保する合理的な体制を設けるべきであり、かつそれが十分機能しているかどうかを監視すべきことが提唱されていた<sup>57</sup>。そのような内部統制システムが設けられかつ有効に機能しており、

<sup>49</sup> 山田純子「取締役の義務と責任」森本＝川濱＝前田 221 頁、237 頁（1997）

<sup>50</sup> 取締役は単独ではなく取締役会を通じてのみ調査権を行使することができるとするのが通説である（260条の規定は取締役会による監督となっている）。委員会等設置会社においては、監査委員会の指名する監査委員には調査権限がある（商特21条の10第1項）が、個々の取締役にはない（江頭321頁注8）

<sup>51</sup> 森本滋・判例評釈（大和銀行事件）・判時1743号200頁、207頁（2001）

<sup>52</sup> 森本・前掲判例評釈（脚注51）207頁

<sup>53</sup> 前掲（脚注47）（取締役会が開催されていない小規模な会社の取締役の、第三者に対する責任についてであるが、取締役会上程事項以外にも監視義務が及ぶとした）

<sup>54</sup> 大阪地判平12.9.20商事1573号4頁、41頁

<sup>55</sup> 森本・前掲判例評釈（脚注51）207頁は、取締役会においてリスク管理体制の具体的な仕組みとその適正さについて報告されていたかどうかを審理すべきであったとする

<sup>56</sup> 山田・前掲論文（脚注49）237～38頁。伊勢田道仁「会社の内部統制システムと取締役の監視義務」金沢法学42巻1号55頁、91頁（1999）（内部統制システムの構築とその維持が取締役の法律上の義務である）

<sup>57</sup> 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855頁、867～72頁（1982）は、内部統制・法令遵守の組織がどのようなものであるべきかは、会社の規模、営業の内容および組織の集中度に応じて判断される。一般的に、(a)取締役や従業員が遵守すべき法令の内容を熟知するために研修、マニュアル配布を行うべきこと、(b)業務執行が適当に記録され、これが検査され得る状態にあり、実際に検査が行われること、(c)違反に対して懲戒処分が行われることへの配慮が必要であるとしていた

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

疑わしい状況が存在しないことを取締役が合理的に信頼するときは、たまたま違法な業務執行が行われても監視義務違反の責任を追及されることはないとするものである。

裁判例では比較的最近になって、大和銀行事件判決が、取締役の内部統制システム構築義務を明示的に認め、次のように言う<sup>58</sup>。健全な会社経営を行なうために、事業の種類、性質等に応じて生じる各種のリスク（信用リスク、市場リスク、流動性リスク、事務リスク、システムリスク等）の状況を正確に把握し、適切に制御すること、すなわちリスク管理が欠かせず、その管理体制（いわゆる内部統制システム）を整備することを要する。このリスク管理体制の大綱については取締役会が決定することを要し、これを受けて代表取締役、業務担当取締役は、各部門におけるリスク管理体制を具体的に決定すべき職務を負う。どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に広い裁量を与えられているとする。

判示のような取締役の内部統制システムを整備すべき義務<sup>59</sup>を、銀行<sup>60</sup>以外の一般の会社にも認めるべきかについては懐疑的な見解<sup>61</sup>もある。しかしこれまではともかく今後のあり方としては、大規模会社においては健全な経営を確保するための何らかのチェック・システムが必要であることは論を待たないであろう<sup>62</sup>。

日本ケミファ事件<sup>63</sup>一審は対第三者責任に関してであるが、代表取締役には、新薬製造承認の申請に際しては、薬事法の規定を遵守し右行為が適正に行なわれるよう担当取締役及び社員を監督し、臨床実験データ捏造という重大な不正行為が行われないよう管理体制を整備すべき義務があると判示する。そして、社内の管理体制が確立していればたやすくこれを阻止できたはずであるにもかかわらず、その義務に違反してこれをしなかったのだから、データ捏造を発見できなかった代表取締役には重過失があるとした。ただし、管理体制整備義務の具体的内容には触れていない。しかし同控訴審では、データ捏造等の不正が行われず、またはそのような不正を看過しないよう社内の管理体制を整備すべきことは当然であるが、一般的な製薬会社の組織として、被告会社の当時の新薬開発管理の体制が、捏造防止の点で同業の他社と比べて

<sup>58</sup> 大阪地判平 12.9.20 商事 1573 号 4 頁、34 頁。さきに、大阪高決平 9.11.18 判時 1628 号 133 頁、大阪高決平 9.12.8 資料版商事法務 166 号 138 頁（ともに大和銀行事件担保提供命令申立事件抗告審決定）において、このような義務の必要性を述べ、本件大和銀行事件判決がこれを受けている

<sup>59</sup> 岩原・前掲論文(脚注 29)11 頁は、大和銀行事件の判旨を画期的な意義を持つと評価するが、金融機関以外についても程度の差はあれコンプライアンス体制整備が求められているとする（同 12 頁）。川村・前掲判例評釈(脚注 31) 62 頁も妥当であるとする。一般的に、会社法の研究『取締役(4)』65~6 頁稲葉発言は、違法・不当な業務執行が行われないようにチェックするシステムが必要であることを述べている

<sup>60</sup> 銀行について、平成 11 年 7 月金融検査マニュアル（<http://www.fsa.go.jp/manual/manual.html>）が公表された

<sup>61</sup> 森田章「取締役の注意義務と民事責任」金法 1601 号 6 頁、8 頁（2001）（アメリカでは法遵守プログラムの重要性が広く認識されているが、日本では銀行を除いてそれほど深く認識されていない。しかるに判決は何の理由も示さず内部統制システムを要求しており、少なくとも一般の会社については、現行法上は疑問なしとしない）

<sup>62</sup> 委員会等設置会社における内部統制システム整備の義務化につき、後掲脚注 75 と対応本文参照

<sup>63</sup> 東京地判平元.2.7 判タ 694 号 250 頁、東京高判平 3.11.28 判タ 774 号 107 頁

特に劣っていたとは認められないとして、被告代表取締役の重過失による責任を否定している。

#### (3) 使用人兼務取締役、業務担当取締役、社外取締役の監視義務

使用人を兼務する平取締役は、取締役会の構成員として、経営意思決定および代表取締役の業務執行を監督する義務を負う(260条1項)。しかし平取締役は自ら業務執行権を有さず代表取締役、業務担当取締役(260条3項2号)のマネジメント・ラインの下位にあり、これらの者の指揮・命令のもとに自己の担当する業務に専念しなければならない。自己の担当外部門についての情報も一般的には欠落している。加えて、取締役候補者の選任等の人事権を代表取締役が掌握している状況下で、代表取締役の業務執行を、適切に監視・監督することができないことは明らかである<sup>64</sup>。このような事情は、業務担当取締役においても程度の差はあるにしても平取締役と同様であり、代表取締役に対する監視・監督機能は十分に発揮されているとはいえない。

日本サンライズ事件一審判決<sup>65</sup>では、取締役2名に対して、代表取締役の株式取引を黙認しただけでなくその方針に賛成したので、業務執行行為に対する監視・監督を怠った点で、取締役の善管注意義務に違反するとした。判決は、たしかに株式投資は定款に記載された会社の目的たる行為であり、定款違反の責任こそ負わないが、著しく客観的合理性を失ったものであり、代表取締役に与えられた裁量権の範囲を逸脱している行為であった。2名の取締役がこれを抑止できなかったことは、取締役としての善管注意義務に違反するとして、代表取締役と連帯して損害賠償責任(3億円弱)を認定した。この判決に関連し、平取締役の監視義務のあり方について次のような問題指摘がある。すなわち平取締役は、業務上の指揮監督権、人事権を一手に握る社長の下にいて、その社長を監視するなど思いもよらない実態がある。そのような体制が戦後何十年も続いて、今になって急に賠償責任を命じることは、平取締役にとって非常に酷である。本件判決でも、並び大名にすぎない平取締役には、ワンマン社長の独断に反対する期待可能性がなかったとか、因果関係を否定し、あるいは割合的責任を認定するなどの、裁判所の裁量、解釈論等による救済方法が必要だったのではなかろうか<sup>66</sup>とする。なお本件判決後、平取締役2名はそれぞれ1,000万円宛支払うとする裁判外の和解が行なわれた<sup>67</sup>。また控訴審で代表取締役との和解が成立し、3億円弱の要賠償額のうち、1億1,000万円を約定どおり分割して払えばその余の債務を免除することとなった<sup>68</sup>。

現行商法では、取締役会というシステムを使えば、下位の取締役でも社長がおかしいことをすればこれに楯突くことができ、また、そうすべきだということを前提にして監視義務が考え

<sup>64</sup> 森本滋「公開会社の経営機構改革と執行役員・監査役(1)」論叢145巻1号11頁、13頁(1999)

<sup>65</sup> 東京地判平5.9.21判時1480号154頁

<sup>66</sup> 河本一郎ほか・前掲座談会(脚注24)974~75頁河本、河合、森本発言など

<sup>67</sup> 遠藤直哉ほか「日本サンライズ株主代表訴訟事件の一審判決と和解」商事1363号51頁、61頁(1994)

<sup>68</sup> 商事1354号134~35頁(1994)。遠藤直哉『取締役分割責任論』56頁(信山社、2002)

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

られている。代表取締役・業務担当取締役からの、指揮命令系統に基づく監督を受ける立場にある使用人兼務取締役をして、代表取締役・業務執行取締役を監督する義務を商法が強要していることに無理がある<sup>69</sup>。法の建前と現実の乖離の一典型例である。このような問題認識もあって、使用人兼務取締役に代って、商法上の制度ではなく取締役に対する監視義務を負わない執行役員制度が普及している。また、委員会等設置会社においては、使用人兼務取締役ないし業務担当取締役に相当する者は業務執行責任のみを負う執行役として位置づけられ<sup>70</sup>、監視義務を負うことはない。

社外取締役の監視義務について、ネオ・ダイキョー事件<sup>71</sup>一審は、利益相反のある不動産取引の決議に参加した取締役について、全員連帯して会社に対する賠償責任を命じた。議長を務めた非常勤取締役についても、実質的に取締役の忠実義務ないし監視義務を果すことができる中立的立場にある取締役の一人であったのに、代表取締役の思い通りに決議を成立させたとして、過失による監視義務違反を認定した。しかし同控訴審判決では、当該非常勤取締役は、取引の詳細を知ったのは取締役会の席上が初めてであること、不動産取引が会社の定款に違反しないことは弁護士に確認し、価格については不動産鑑定士の鑑定書によっているから問題ないと考えて議事進行したので、取締役として監視義務を怠ったことにならないとして責任を否定した（この部分の上告不受理確定）。

#### （４）代表取締役・業務担当取締役の下位者に対する監視義務

代表取締役・業務担当取締役も、取締役会構成員としての監視義務を負うほかに、業務執行者として上位者による下位者（従業員を含む）に対する指揮監督権に基づく監視義務も負う<sup>72</sup>。取締役会構成員としての監視義務には代表取締役、業務担当取締役、平取締役の間に注意の程度に差はないが、ラインの上位者が下位者を監督する場合の代表取締役や業務担当取締役は、平取締役よりも深く業務に関与しており、業務上の不適正な行為を発見しやすい立場にあるから、責任を負わされる可能性も大きくなる<sup>73</sup>。

#### （５）委員会等設置会社における監視・監督制度

委員会等設置会社においては、経営の監督機関と業務執行機関を分離し、取締役には業務執行を行なわせず（商特21条の7第2項）、監督に専念させて監督機能の実効性を確保すること

<sup>69</sup> 会社法の研究『取締役(4)』78~9頁稲葉発言、森本発言参照。森本・前掲論文(脚注64)13頁(1999)

<sup>70</sup> 執行役は委員会等設置会社の業務を執行する者であり、一般の会社の代表取締役、業務担当取締役に対応する者と理解するのが本来であろう。しかしこれまでの使用人兼務取締役の存在から推測すれば、使用人を兼務する執行役が置かれる可能性も否定できないであろう

<sup>71</sup> 神戸地尼崎支判平7.11.17金商1106号15頁、大阪高判平10.1.20金商1106号9頁、最決平12.10.20金商1106号23頁

<sup>72</sup> 近藤光男・新注会(6)266条注釈39。会社法の研究『取締役(4)』57頁、59頁、75~6頁の稲葉発言は、執行責任、監視責任のほかに、新しく監督責任という責任類型(ここで言う上位者の下位者に対する監視責任に該当する)を設けるべきことを示唆する。そうすれば、ラインの下位の取締役や従業員が行った利益供与を知らなかったで済ませるかどうかなどというようなシチュエーションにおいて有益となるとする

<sup>73</sup> 近藤光男・新注会(6)266条注釈39、40、山田・前掲論文(脚注49)239~40頁、江頭321頁注8

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

とした。社外取締役の活用も具体的に規定され、監督の内容として適法性監査だけでなく効率性監査も、取締役会（厳密には各委員会）の報酬決定権限、執行役指名権限と連動して適切に行なわれることが期待されている<sup>74</sup>。内部統制システムの整備も、取締役会の義務として明定されている<sup>75</sup>。

しかしながら、経済界を中心に社外取締役制度への信頼感や期待が醸成・確立されているとはおよそ言い難く、委員会等設置会社制度をどの程度の企業が採用するのか、重大な関心事である<sup>76</sup>。委員会等設置会社の制度内容に関しても、未だ裁判例が現れる段階でもなく、また制度が発足したばかりでいきなり理想的なものを望むべくもないのであろうが、社外取締役の独立性に関する規定が十分でない<sup>77</sup>ことは基本的な問題点である。また、監査委員会が監査を機能的に行うためには、業務執行を行わない監査委員が的確に社内情報を入手することが重要となるが、監査委員会への報告事項<sup>78</sup>や報告の方法などの実質的な充実も重要<sup>79</sup>と思われる。

### 3 266条1項5号の法令違反の責任

#### (1) 法令の意義・範囲に関する学説・判例

(ア) 266条1項5号に言う法令(「法令」)は、( )取締役の善管注意義務・忠実義務を定める一般的な規定(254条3項、民法644条、254条ノ3)を含む全ての法令を意味するとされてきた(通説：非限定説<sup>80</sup>)。これに対して、( )のほかには、( )会社・株主の利益保護を目的

<sup>74</sup> 森本滋「コーポレート・ガバナンス関連立法の最近の動向(下)」取締役の法務99号18頁、21頁および25頁(2002)。森本滋「委員会等設置会社制度の理念と機能(下)」商事1668号13頁(2003)は、取締役会が社長が効率的経営をしていないと判断するときは交代させることも可能とする

<sup>75</sup> 商特21条の7第1項2号、商法施行規則193条6号

<sup>76</sup> 江頭憲治郎「日本の公開会社における取締役の義務 特に監督について」商事1693号4頁(2004)によると、約3500社の公開会社のうち、委員会等設置会社制度を採用した企業は40社程度に過ぎないが、その中には有力企業も多く含まれており、委員会等設置会社の導入が会社実務に与えたインパクトは大きいとされる

<sup>77</sup> 森本滋「委員会等設置会社制度の理念と機能(中)」商事1667号19頁、23頁(2003)は、188条2項7号ノ2の規定では、親会社の執行役・職員や、代表執行役、社長の配偶者・親族などは、社外取締役の要件を充足するが独立性については問題がある。立法論としては、非常勤性を重視する社外取締役と実質独立性を有する取締役概念の両者を整理して、法律だけでなく取引所等の自主規制の方法により取締役会の厳格な独立性を確保する必要があるとする

<sup>78</sup> 執行役・使用人から監査委員会への報告事項も取締役会が決定しなければならない(商特21条の7第1項2号、商法施行規則193条3号)

<sup>79</sup> 龍田節「日本のコーポレート・ガバナンスの基本的問題」商事1692号4頁7頁(2004)。江頭・前掲論文(脚注76)7頁によれば、これまで採用された委員会等設置会社のほぼすべてで、法の定める社外取締役の資格要件を満たさないが執行役でもない取締役(委員会等設置会社へ転換前の従来型会社の監査役ないし監査役に就任していたはずの従業員が就任)が存在し、監査委員会メンバーであるか否かを問わず、常勤で従来型の常勤監査役の仕事に従事する例が示されている。委員会等設置会社では、監査委員会はCEO指揮下の内部統制組織に直接指示できるのであるが、その上に、このような取締役の存在が必要と考えられているのは、アメリカと異なる日本独特の運用であるとする

<sup>80</sup> 最判昭47.4.25判時670号45頁、最判平12.1.20金商1106号3頁・ネオ・ダイキョー事件。大隈=今井251頁、鈴木=竹内296頁など。

学説は早くから210条や264条などの具体的な規定のほかに善管注意義務や忠実義務を定める規定を含む

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

とする具体的規定（210条、264条1項等）に限定して解すべきとする有力説（限定説<sup>81</sup>）があるところである。議論はやや錯綜し、下級審判例も分かれていた。その中で平成12年の最高裁判決（野村証券損失補填事件）<sup>82</sup>が、（ ）および（ ）のほか、（ ）商法その他の法令中の、会社を名宛人とし、会社が業務を行うに際して遵守すべきすべての規定（対会社規定）が含まれるとし、「法令」を広く解する立場を採った。

（イ）最判によれば、取締役が「法令」に違反する行為をした場合は、それが善管注意義務・忠実義務に違反することになるか否かを問うまでもなく責任が発生することになる。すなわち、266条1項5号に基づく責任は会社に対する債務不履行責任であるところ、「法令」違反行為をしたときは、当然に民法415条所定の「債務の本旨に従いたる履行をなさざる」との要件

---

とし、法令違反行為をしたとして266条1項5号による責任を追求するためには、右違反行為につき取締役の故意または過失を要するとしているが、それ以上には漠然と法令一般が含まれると考えてただけで十分な議論がなされてこなかったと見られている（吉原・前掲論文（脚注3）17頁、近藤光男「株主代表訴訟をめぐる解釈論と立法論（上）」取締役の法務51号19頁、23頁（1998））。

吉原教授は通説をもとに、「法令」にはすべての法令を含む。したがって会社や株主の利益保護と直接関係のない法令に違反する行為も会社に対して責任を生じさせるが、その根拠は、会社自身が自然人と同じく法令を遵守すべきであるという社会規範の下にあり、会社の機関である取締役は、会社に対する注意義務の一内容として法令を遵守する（あるいは会社をして法令を遵守させる）義務を負っていると理解すべきである。このことから、取締役が法令に違反することを認識しながら行為をした場合に、会社に利益があると見込まれれば取締役は法令に違反してもよいといった、法令違反と会社の利益との費用便益分析は許されるべきでないとする（吉原・同31頁）。しかし平成12年最判や限定説（同説が5号の「法令」に該当するとする法令に違反したときに限る）と異なる点であるが、取締役の法令遵守義務は注意義務の一内容をなすから、法令違反があってもそれだけで直ちに取締役としての「債務の本旨に従わない履行」と評価すべきではなく、その行為について会社との関係で善管注意義務に違反すると認められることが必要であるとする（吉原・同35頁、41~3頁）（平成12年最判と区別して、吉原説を「非限定説（吉原説）」と称する）。この点について、限定説からは、「法令」違反の責任をすべて注意義務違反と捉え直す根拠が不明であると批判する（近藤・同25頁）

<sup>81</sup> 近藤・前掲論文（脚注80）24頁はさらに、当該会社にとって公序であると考えられる規定が含まれるとする。森本253頁、弥永205頁は、会社財産の健全性を確保することを直接または間接の目的とする法令に限定すべきとする。266条1項各号の責任は具体的責任を列挙し、5号の法令についてもそれが任務懈怠とか善管注意義務違反とはならなくても当然に責任が生じることを前提にした規定であり（近藤・同24頁）、「法令」違反行為があれば、注意義務違反という評価を通ずることなく当然に責任を生じると解する（河本ほか前掲座談会（脚注66）923頁、936頁森本発言、937頁近藤発言）。そしてこれら以外の法令も、その違反が会社に対する善管注意義務違反となる場合には、当然ながら会社に対して責任を負う（近藤・同論文24~5頁、河本ほか前掲座談会（脚注66）923頁、940頁森本発言、弥永205頁）。ただし森本教授は、平成12年最判を受け、自説の限定説を再考するとされる（森本・前掲判例評釈（脚注51）211頁注17）

<sup>82</sup> 最判平12.7.7金法1597号75頁。原審（東京高判平7.9.26金法1440号6頁）は限定説に拠り、損失補填行為は当時の証券取引法には違反せず、独占禁止法19条には違反するがこの違反は266条1項5号の法令違反には該当しないとした。その上で、独占禁止法19条違反および大蔵省の行政指導への違反が、善管注意義務・忠実義務の違反となるかどうかを検討した。その結果、損失補填は取引先との取引関係の維持につながり長期的に会社の利益となり実損害を生じる恐れがないこと、大蔵省の行政指導や日本証券業協会の自主規制は事後的な損失補填行為を厳に慎むこととなっていたものの証券取引法上の禁止行為ではなく、証券会社の取締役に対する公序を示すものでもないこと、および独占禁止法19条は競争者保護の規定であり同条違反は取締役の会社に対する関係では違法とならないことから、被告取締役が損失補填行為を決定・実施したことは、経営上の判断として裁量の範囲を逸脱したものとはいえず、善管注意義務・忠実義務に違反する行為とはならないとしていた

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

(不履行要件)を充足することになるので、同号の規定は民法415条の特則をなす<sup>83</sup>。ただし、緊急避難等の違法性阻却事由や、期待可能性等の責任阻却事由が認められるときは取締役の責任は否定される<sup>84</sup>。

266条1項5号の「法令」については、その範囲だけでなく、責任成立要件の差異も含めれば、限定説、最判の言う非限定説、非限定説(吉原説)<sup>85</sup>の3説に分かれる。限定説が「法令」に該当するとする法令の違反については、最判と同様に、違反すれば直ちに債務不履行要件を満たす。しかし同説が「法令」に該当しないとする法令の違反については、非限定説(吉原説)と同じく、法令違反行為が会社に対する注意義務違反となる場合に債務不履行となる。最判や限定説によれば、取締役が不当に過酷な責任を負わされるように見えるが、最判の方は、行為が「法令」違反にあたることの認識を欠いたことにつき故意・過失を要する<sup>86</sup>から、非限定説(吉原説)と実質的な違いは生じない<sup>87</sup>。しかし、限定説の言う「法令」違反については、他の2説と異なり、違反の事実だけで不履行要件を満たすことになるから、「法令」の範囲は狭いが責任成立要件は最も厳格である<sup>88</sup>。

(ウ)最判は、「法令」違反についての過失の有無について、損失補填は、一般取引先に対

<sup>83</sup> 最判平 12.7.7 金法 1597号 75頁・河合裁判官の補足意見

<sup>84</sup> 同・河合裁判官の補足意見。反対説でも同様に、認識のある法令(対会社規定)違反でもなお、違法性阻却事由、責任阻却事由などの事情により、任務懈怠と評価できないような場合があるであろうとする

<sup>85</sup> 河合裁判官補足意見は、原審の立場(限定説)を反対説と称しているが、非限定説(吉原説)にも論点によっては最判と異なりここにいう反対説に含まれるものがある

<sup>86</sup> 横川電機株主代表訴訟事件・最判昭 51.3.23 裁判集民 117号 231頁(新株の証券会社による買取引受は、280条ノ2(昭和41年改正前のもの)に定める株主以外の者に対する新株引受権の付与に当たらないとするのが有力学説・監督官庁の指導であり、また業界においても株主総会の決議を経ない買取引受による新株発行が多く行われていたことを勘案し、右商法違反が法令違反となるとの認識を欠いたことに故意過失がなかったとする原審判断は正当)

<sup>87</sup> 河合裁判官補足意見によれば、取締役が対会社規定に違反することを認識して行為した場合には、最判も反対説もともに任務懈怠ありと認める。違反することについての認識が取締役にない場合には、最判では、債務不履行責任における帰責要件としての過失の問題として、善管注意を欠いたが故に対会社規定違反となることを認識しなかったか否かが問われ、反対説でも当該法令違反行為が善管義務違反(不履行要件)になるか否かが判断基準であると見られるから結局最判と差がない。帰責要件(最判)と不履行要件(反対説)というように、認識すべき対象が異なったとしても、その対象の中に当該行為が対会社規定に違反するという事実が含まれなければならない以上、結論が左右されることはまずあり得ないとする。行為債務においては不履行要件も帰責要件も結局同一(故意・過失)に帰する点につき脚注4参照

<sup>88</sup> 5号の責任は、判例・通説上過失責任とされているが、近藤・前掲論文(脚注80)24頁は、たとえば「法令」に該当する商法210条違反や贈賄罪については、特に会社との関係で注意義務違反とはならなくとも、あるいは違法性の認識がなくても、それを基礎づける事実関係を認識している以上、故意または過失を認め、取締役の責任を肯定すべきであり、その点で限定説の方が責任を認める範囲が広くなるとしており、この責任は無過失責任ないし定型的過失責任となるように思われる。そうだとすると、たとえば290条1項(利益の配当)違反の責任を266条1項5号により追及すれば、原告が法令違反事実のみ立証すれば取締役には過失がなかったことの反証の余地はなくなるが、同1号により追及するときは、この責任を過失責任と解する立場に立てば(近藤光男・新注会(6)266条注釈7)過失がないことの反証が許されるので、取締役にとっては5号によって追及される方が理論的には不利となる。限定説では、以上のような理解が正しいのか、そうだとすればその理由について、今ひとつ明確に説明されていないように思われる

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

する取引勧誘と異なる性質のものであったから、独占禁止法 19 条に違反するかについては思いもよらなかった、大蔵省も、損失補填が独占禁止法に違反するかどうかの問題は損失補填が行われた後も 1 年半余にわたって取り上げなかった、公正取引委員会も、同様に独占禁止法違反の見解を採っていなかったとの事実認定に基づいて、被上告人取締役が、損失補填行為が独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったことはやむを得ず、右認識を欠いたことに過失はなかったと判示している。「法令」違反の認識の可能性について、抽象的な認識可能性があれば足りるとする説<sup>89</sup>もあるが、後記日興證券損失補填事件判決では、一般的・抽象的認識だけでは足りず、具体的な法令（特定の法律の条項、すなわち独禁法 19 条）違反についての認識の可能性を要するとしており<sup>90</sup>、本件最判は同判決と同じ立場に立っていると見られる<sup>91</sup>。

（エ）最判では、原告が取締役の法令違反事実の立証に成功すればそれだけでよく、帰責事由の不存在、または違法性阻却事由・責任阻却事由の存在についての立証責任は、被告取締役が負う<sup>92</sup>。一方非限定説（吉原説）では、原告が取締役の債務不履行を証明することを要する。河合裁判官補足意見は、理論的には最判の方が非限定説（吉原説）よりも取締役の責任が認定される場合が増えることになるが、訴訟の実践の場においてはそれほど差異を生じないであろう<sup>93</sup>とする。その上で、理論的に原告株主に有利となることに関して、代表訴訟にあっては、債務不履行の事実は複雑多岐にわたりその殆どが取締役の関与領域内にあるため、これを立証することは容易ではない。その立証責任を原告に課すことにより取締役が勝訴する結果となるとすれば、それは公平性・妥当性を欠き問題であるとする。

そして、最判の立場を採ることにより取締役に不当に過酷な責任を負わせることになるのであれば、これを回避するためには、責任を肯定した上で要賠償額の量定を妥当なものとする方法によることが望ましい。現行法でも、損益相殺、過失相殺など解釈により調整する方法が可能かつ妥当であるが、これには相当な困難があることも否定できず、早期の法改正による賠償額

<sup>89</sup> 宮島司・判例評釈・平成 12 年度重判解・ジュリ 1202 号 91 頁、92 頁（2001）は、何らかの法令に違反するとの認識の可能性があればいいのではないかと、そうした認識を持ったならば、そこから慎重に行動すべきことが課されるとする

<sup>90</sup> 後掲脚注 100 と対応する本文参照

<sup>91</sup> 松井秀征・判例評釈・法教 245 号 118 頁、119 頁（2001）（もし法令違反の抽象的な認識可能性があれば過失があるとすると、取締役は経営上の判断をなすにあたり法令違反の調査を相当広範囲に行わなければならない。これは経営判断を萎縮させる要因となりかねない）、石原全・判例評釈・判時 1755 号 211 頁、215 頁（判例評論 512 号 41 頁、45 頁）（2001）（ただし専門家に照会しなかったことが過失となる可能性がある）。ただし長谷川新・判例評釈・ジュリ 1212 号 114 頁、118 頁（2001）はどちらともいえないとする

<sup>92</sup> 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 124 頁、平井・総論 82 頁注 1、森本 253 頁、吉原・前掲論文（脚注 3）35 頁、河合補足意見）

<sup>93</sup> 非限定説（吉原説）でも、法令違反が主張・立証されれば注意義務違反があったことが事実上推定され、取締役の側で相当な注意を尽くしたことを証明する事実上の必要に迫られることがありその証明はほとんど困難である（吉原・前掲論文（脚注 3）38 頁）から、最判と非限定説（吉原説）の実際の違いはなく違いは理論的なものに過ぎないということになる

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

の制限が望まれるとの見解<sup>94</sup>を述べていることは、本論文の趣旨からは特筆に価する。

##### (2) 委員会等設置会社

委員会等設置会社においては、266条1項5号の責任に対応する取締役・執行役の責任は、直裁的に任務懈怠責任(商特21条の17第1項)と規定されている<sup>95</sup>。これにより、委員会等設置会社の取締役・執行役の法令違反行為(商特21条の18ないし21条の21の場合を除く)については、法令違反から直ちに責任の存否が導き出されるのではなく、常に善管注意義務・忠実義務違反(任務懈怠)の存否というフィルターを通して、責任の存否が確定されることになるとする見解<sup>96</sup>がある。

これに対して、善管注意義務違反とは別に法令違反も任務懈怠に該当するとする解釈が妥当であり、266条1項5号と責任内容は変わらないとする説<sup>97</sup>が有力である。その理由は、平成12年最判が法令を遵守することが取締役の職務上の義務であるとする論旨は、委員会等設置会社においても変わり得ないこと、254条ノ3に言う法令はすべての法令を意味する<sup>98</sup>から、同条を介してすべての法令を遵守することが取締役の任務であると言えること、および、委員会等設置会社の取締役の責任を緩和するのが商法特例法改正の目的ではあるが、任務懈怠の責任に改めることにより法令違反の責任を廃止して、それにより責任を緩和するとの説明はなく、また、会社による法令違反が依然として後を絶たない現状においては、従来認められてきた法令違反の責任を廃止する積極的意義も見出せないことである<sup>99</sup>。

##### (3) 裁判例の検討

日興証券損失補填事件<sup>100</sup>は、あらゆる法令を含むとすると取締役に対し過酷な責任を負わせる結果となる恐れもあることから、限定説には相当の理由がないわけではないが、取締役には法令遵守義務があり(254条ノ3)法令の範囲を狭く解するのは適当ではないなどの理由により、

<sup>94</sup> 最判平 12.7.7 金法 1597 号 75 頁、84 頁

<sup>95</sup> 会社法制現代化試案でも、266条1項5号の責任を任務懈怠責任として取り扱うこととしている(会社法制現代化試案補足説明 48 頁)

<sup>96</sup> 三浦州夫「委員会等設置会社における取締役・執行役の責任」取締役の法務 100 号 66 頁、67 頁および 69 頁注 4 (2002)

<sup>97</sup> 山下・前掲論文(脚注 8) 809~10 頁および 818 頁注 11、浜田・前掲論文(脚注 9) 37 頁、吉原和志「利益相反取引にもとづく取締役の責任 取締役会の承認を受けた場合と受けない場合」法学 67 巻 6 号 1068 頁、1082 頁(2003)も同旨。なお、会社法制現代化試案補足説明 48 頁も同じ見解を示す

<sup>98</sup> たとえば、森本 253 頁注 5、吉本健一「取締役の会社に対する責任」『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』511 頁、523 頁(民事法研究会、1995)。吉原・前掲論文(脚注 3) 20 頁注 39 は、商法が、「本法」と「法令」を区別して用いていることから、特に別異に解すべき理由がない限り、「法令」は法令一般を指すとするのが素直な解釈であるとする。これに対して、近藤・前掲論文(脚注 9) 282 頁は、254 条ノ 3 の法令はあらゆる法令を意味するがこれは行為規範であり、266 条 1 項 5 号の法令は取締役に責任を課す基準であるから 254 条ノ 3 の法令よりも範囲を狭く解すべきであるとする(Eisenberg 説(第 2 章脚注 145 および 151 参照)を借用)

<sup>99</sup> 山下・前掲論文(脚注 8) 809~10 頁および 818 頁注 11

<sup>100</sup> 東京地判平 9.3.13 金法 1496 号 46 頁、(控訴審)東京高判平 11.2.23 判タ 1058 号 251 頁

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

完全ではないものの一応非限定的立場<sup>101</sup>を採る。その上で、独占禁止法 19 条違反は 266 条 1 項 5 号の法令違反には該当するが、法令違反につき過失があるとするためには、一般的、抽象的に違法の認識の可能性があると言うだけでは足りず、具体的な法令違反についての認識の可能性がなければならないとする。その理由は、右過失は独占禁止法 19 条違反の成否に関するものではなく（この場合は一般的、抽象的に違法の認識の可能性で足りよう）取締役の損害賠償責任の成否に関するものであって、右のように解しないと法令違反があれば殆ど常に過失があることになり、取締役の損害賠償責任が過酷なものとなりかねないからである（第一審判旨）。結論として、被告に法令違反の認識が欠けていたことに過失はなかったと認定している。

大和銀行事件<sup>102</sup>判決の、被告取締役によるニューヨーク支店行員の無断取引等を隠蔽する工作が、連邦規則違反であるとして銀行が米国で刑事訴追され、罰金・弁護士費用併せて 3 億 5,000 万ドルの損害を蒙った部分（争点 2）について見る。判示は、266 条 1 項 5 号は取締役に対し事業を海外に展開するに当たってはその国の法令に従うことも求めており、外国法令に遵うことは、受任者たる取締役の善管注意義務の内容をなすとする<sup>103</sup>。この判決は、266 条 1 項 5 号の法令に、海外支店に適用される外国法令が含まれることを明らかにしたもの（非限定説）<sup>104</sup>と受け取れるが、外国法令違反行為は、善管注意義務違反を経由して同号の法令違反に該当するとの理解もある<sup>105</sup>。

法令違反の認識に関して判示は、被告が訴因 1~7（重罪の隠匿、帳簿への虚偽の記載や米国当局への隠蔽・報告の遅延等）に係る行為が違法であることを知らなかったはずはなく、監督当局に対する報告の必要性を認識していたことは明らかであり、届出及び報告に関する米国の法規制についても、少なくともその概要は承知していたものと推認すべきである<sup>106</sup>。仮に、米国の法規制の詳細な内容を十分に把握していなかったとすれば、訴因 1~7 に係る行為の時点で直ちに調査・検討を行うべきであったが、調査は遅きに失しており知らなかったことにやむを

<sup>101</sup> 一審は、独禁法は経済法として最も重要な地位を占める基本的法規であり、同法 19 条はその基本的柱の一つであるから、上場会社の取締役ともなれば常に念頭に置くべき法令であるとした上で、あらゆる法令が例外なく 266 条 1 項 5 号にいう「法令」に含まれると解すべきかどうかはともかく、少なくとも独禁法 19 条は含まれるとする。二審も、取締役の義務を抽象的に定めた 254 条ノ 3 と損害賠償義務を定めた 266 条 1 項 5 号とは、規定の趣旨・目的を異にするので、各規定にいう法令の範囲について異なった解釈をすることが許されないとする根拠はないが、少なくとも独禁法 19 条は 266 条 1 項 5 号の「法令」に含まれるとする

<sup>102</sup> 大阪地判平 12.9.20 商事 1573 号 4 頁

<sup>103</sup> 商事 1573 号 42 頁

<sup>104</sup> 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 1577 号 4 頁（2000）（外国法令が該当することを明らかにした初めての判決である）

<sup>105</sup> 川村・前掲判例評釈（脚注 31）65 頁は、「法令」はわが国の法令を意味すると理解するのが一般的であるとする。近藤光男「銀行の海外支店における従業員の不正取引と取締役の責任」金法 1620 号 75 頁、78 頁（2001）も「法令」に該当しないが、被告取締役は善管注意義務に違反しているから、判旨は正当であるとする

<sup>106</sup> 商事 1573 号 42 頁。判示は、そのように認定した理由として、FRB に虚偽のコール・レポートを提出し、残高証明書をバンカース・トラストが作成したように装っていたことから、訴因 1~7 の行為が違法であることを知らなかったとは考えられないこと、ロイズ銀行の米州法人を買収して積極的に事業展開をし、現地に米州業務部を、本部に米州企画室を設けていたこと、FED の検査も受けていたことなどを挙げる

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

えない事情は認められず、米国で事業展開する銀行の経営者として過失があることは明らかであると<sup>107</sup>。判示を支持する見解<sup>108</sup>もある

しかし、被告らには、何らかの法令違反となるくらいの認識はあったようであるが、刑罰法規に触れるとまでは認識していなかった可能性が高いとする見解もある<sup>109</sup>。過失があると言うためには、具体的な法令違反についての認識が必要<sup>110</sup>であり、何らかの法令違反となる程度の認識では過失があったとは言えないとの批判<sup>111</sup>もある。

かねてより、法令違反となるとの認識を欠いたとする伝統的な過失の定義につき、これを心理状態に重きを置きすぎるものと疑問を呈し、日常的に多数の経営上の判断に迫られる取締役にとっては、行為の適法性の確保に関して、どのような手段・措置をどの程度講じておくべきかということが重要であるとの指摘<sup>112</sup>がなされている。すなわち、行為時に当該行為の違法性を認識することが可能でなかったか、あるいは期待できなかったのであれば、もとより過失ないし善管注意義務違反があることにならない。しかし行為の適法性について若干の疑問や不安がある場合は、専門家や監督官庁の助言・見解を徴するなど、十分な調査をすることが必要であるとするものである<sup>113</sup>。コンプライアンスの意義・必要性が浸透した今日では、このことが妥当するであろう。しかし当時の環境下で、直ちに調査を行うなどの行動を取ることが求められていたのか、アメリカの銀行経営者の場合との比較を行う等のよりきめ細かい事実認定が必要であった<sup>114</sup>であろう。

また、金融システムが大きく揺らいでいた時期であり、当局への届出を遅らせることにより金融システムの崩壊を防ぐことができる等の大きなメリットが期待できるのであれば、緊急避難的な対応が認められる余地が皆無ではなかったと思われ、あるいは、違法性ないし責任を阻

---

<sup>107</sup> 商事 1573 号 47 頁

<sup>108</sup> 川村・前掲判例評釈(脚注 31) 66 頁(違法行為をなすことを知る者が自己の違法行為がどの程度の罰金額に相当するかについて認識を欠いていたからといって、このことを責任軽減の根拠とすることは法の精神に照らして認めがたい)

<sup>109</sup> 岩原・前掲論文(脚注 104) 6 頁は、大和銀行のみならず、当時アメリカに進出していた日本の金融機関全般に、法令遵守体制が不備であったし、アメリカにおいても、銀行に適用される刑罰法規について、銀行家や法律家に漠然としか理解されていないといった実情もあり、各被告が具体的にいかなる法規制に触れるかまでは知らなかった可能性が十分あるとする。中村直人「大和銀行事件と代表訴訟制度のあり方」ジュリ 1191 号 16 頁、20 頁(2000)は、アメリカへの通報が2ヵ月遅れることで3億4,000万ドルもの罰金が課されアメリカからの撤退を命じられるとまで予測した者がどれだけあったか疑問であるとする

<sup>110</sup> 日興証券損失補填事件判決における判示(143頁参照)

<sup>111</sup> 森本・前掲判例評釈(脚注 51) 209 頁

<sup>112</sup> 吉原・前掲論文(脚注 3) 28 頁

<sup>113</sup> 吉原・前掲論文(脚注 3) 28~9 頁

<sup>114</sup> 岩原・前掲論文(脚注 104) 6 頁は、もし具体的に、いかなる法令に違反しどのような制裁が課されるのかについて認識可能性がなかった場合は、予見可能性のない特別損害として損害賠償の範囲に影響する可能性があるとする。森本・前掲判例評釈(脚注 51) 209 頁は、具体的な規定違反の認識があれば取締役に裁量の余地はないが、過失により認識を欠いた場合も、善管注意義務・忠実義務違反とすることについてはより検討を要すると指摘する

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

却する事由があったとの認定も可能であったのではないかとする批判もある<sup>115</sup>。

本事案についてはこのように責任が成立しなかったのではないかと有力な見解もあるが、仮に取締役が過失があり賠償責任があると認定することが妥当であるとしても、罰金等を賠償すべき損害とすることが妥当であったかについては別途の問題があり、後ほど検討する<sup>116</sup>。

大和信用組合事件<sup>117</sup>一審判決は、金融機関に対する大口融資規制は、法令による規制ではあるが、その実質は行政指導を一般化・明確化したものと言うべきであって、これの違反は、直ちに善管注意義務違反を意味するものではなく、通常の融資以上に、その債権回収の安全性、確実性を十分に図る必要があると解すべき一事情であるとする。そして、不動産プロジェクトへの前後5回にわたる融資のうち、初めの方の3回については、実質的な大口融資規制違反はあった（訴外信用組合の当時の大口融資規制限度額は10-12億円であったのに比し、訴外債務者グループへの融資残高は約50億円）ものの、債務者の返済資力が決定的に不足していたとは言えないとして、融資の決裁における理事の裁量に逸脱はなかったとした。しかし、最終2件（既返済金と利払済の額を差引後4億円強）については、被告理事らの決裁における判断は、著しく不合理であるといわざるを得ず、善管注意義務違反があるとして損害賠償を命じた。善管注意義務違反を認定する理由として、回収不能が予見されていたこと、ほぼ無担保と同視できるような多額の担保不足であること、資金使途について監督当局の検査の目を免れるために虚偽の記載をしていることなどと並んで、融資金額が多額で大口融資規制違反が明白であるから、融資の回収の安全性にはより細心の注意が必要であったのに、資金使途や返済原資に関する審査が極めてずさんであったとする。

本判決は、平成12年最判<sup>118</sup>を引用して、信用組合の理事は、組合経営に当たり法律を遵守することが求められており、理事が組合をして違法行為を行わせた場合には、その規定の名宛人が理事であるか組合であるかを問わず、原則として、任務懈怠<sup>119</sup>行為に該当することは言うまでもないとしつつ、大口融資規制は法令による規制ではあるがその実質は行政指導を一般化・明確化したに過ぎないものとして、実質的に「法令」の範囲を限定する説を採っている。しかしながら大口融資規制は法<sup>120</sup>による規制であり、金融機関の資産の健全性を維持するために理事者が基本的に守るべき規制<sup>121</sup>であるから、この違反は「法令」違反に他ならない<sup>122</sup>。判旨は、

<sup>115</sup> 森本・前掲判例評釈(脚注51)209頁、中村・前掲論文(脚注109)21頁、森田・前掲論文(脚注61)12頁

<sup>116</sup> 後記5(3)「罰金を損害賠償の対象とすることの問題点」(159頁以下)

<sup>117</sup> 大阪地判平13.5.28判時1768号121頁、(控訴審)大阪高判平14.3.29金商1143号16頁

<sup>118</sup> 最判平12.7.7金法1597号75頁

<sup>119</sup> 信用組合の理事は、組合に対して善管注意義務・忠実義務を負い(中小企業等協同組合法42条)、任務を懈怠したときは、会社に対して連帯して賠償責任を負う(同38条の2)

<sup>120</sup> 協同組合による金融事業に関する法律6条、銀行法13条

<sup>121</sup> 金融機関が破綻すれば、株主だけでなく、預金者、社会一般、国(預金者の信頼の崩壊、決済システムや金融メカニズム全体の混乱)に及ぶ可能性があり、そのために金融機関が危険な行為をしないよう、大口信用供与規制等の規制が行なわれている(岩原紳作・判例評釈(大阪地判平12.5.24判時1734号127頁)・ジュリ1220号130頁、133頁(2002))

<sup>122</sup> 上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討(上)」商事1433号2頁、6頁(1996)は、当該業

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

同法には多数の政令委任事項が含まれているとするが、これら政令は、主に同規制を実施する上での細目を定めるもの<sup>123</sup>であり、規制の趣旨や基本的な規制内容を任意に改変することをも委任するものではない。

事実、本件控訴審では、同規制の目的は、金融機関が同一の貸付先に対して自己の消却力を超える過大な貸付をすることによって、その貸付先とともに連鎖倒産の危機に陥ることを防止することにあるとする。そして、大口融資規制は信用組合の財務体質を健全に保つべき理事としての法的義務を明確化した法令による規制であるとし、大口融資規制に違反する貸付を裁決した場合には、その違法性を阻却する特段の事情がない限り、理事の任務に違反した違法行為であるとして、前後5回にわたる融資全部について、理事としての債務不履行責任を免れないとしている。

丸協青果事件<sup>124</sup>判決も、行政取締法規である卸売市場法及び市条例も「法令」に該当するが、これらに違反して集荷対策費を支出することに法令違反の認識はなかった。また、集荷対策費を支出しないで収益を上げることは不可能であり、各地の同業他社も同様の支出をしており、かつ市当局の検査でも「支出の適正化に努めること」程度の勧告に止め条例に基づく過料や業務停止処分の発動をしたこともなかったことから、卸売市場法や市条例に違反することを認識しなかったとことに過失があったとも認められないとした。本判決は上記の日興証券損失補填事件判決と同様に、法令違反の過失は、一般的、抽象的な違法の認識の可能性では足りず、取締役に損害賠償の責任を負わせるには、具体的な法令違反の認識の必要性があったとの立場を取っているものと考えられる。しかし市当局も少なくとも根拠を示して勧告をしているはずであり、それでも過失を否定したのは、集荷対策費を支出しないことは事実上不可能な状況の中で、取締役に個人責任を負わせるのは酷であるという実質的配慮が働いているのであろう<sup>125</sup>。裁判官が責任を課すことが酷と思えるような場合に、結論を想定してこれを導くために独自の論理を構成することが、本件のように止むを得ないと考えられることもあるし、あるいは上の大和信用組合事件一審判決のように無理・限界があって上訴で否定されることにもなる。本来の責任を認定した上で、全額賠償を課すことが妥当でないとしてその額を制限する<sup>126</sup>制度の必要性が指摘できよう。

---

界の基本的な業務を定め、特定業種にとっては格別にその遵守が強力に求められる法令であれば、法令だけでなく政令や省令・通達でも究極的な根拠が法令に存するのであれば足りるのであって、個々の法令・規定をその法令の規制目的に即して評価することが重要であるとする

<sup>123</sup> 銀行法13条が政令に委任する事項は、限度金額計算上の基準となる資本等の定義や資本の額に乘じるべき率の定め、限度額を超えることについてのやむを得ない理由（緊急融資が必要な場合や電力等国民経済上緊要な事業の安定的遂行のため必要な場合）などである

<sup>124</sup> 名古屋地判平13.10.25 金商1149号43頁

<sup>125</sup> コメント（金商1149号45頁）

<sup>126</sup> 丸協成果事件は「法令」違反であり、取締役はその損害につき賠償責任を負うべきであるが、責任制限適用除外事由（第5章第2節第2項1（4）（イ）「悪意かつ有責性（非難性）の高い法令違反」）には該当しないこととなる

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

### 4 266条1項1～4号の責任

#### (1) 266条1項1号の責任

(ア)1号の違法配当・違法中間配当の責任は、資本維持を目的とする責任であることを理由として、無過失の弁済責任であると解するのが通説<sup>127</sup>である。判例<sup>128</sup>も概ね無過失責任説をとっている。これに対しては、無過失責任とすれば責任が過酷なものとなり、今日の会社の実態に合わないとして過失責任と解すべきとする有力反対説<sup>129</sup>があるところである。反対説の理由は、粉飾決算に賛成した取締役に無過失責任を負わせるのは酷である。企業会計は高度に専門化・複雑化しており、取締役は財務担当の取締役や会計監査人にある程度依存せざるをえないこと、本号の責任が266条5項により免除対象となっていることは、資本充実責任ではなく違法配当の弁済責任に過ぎないことを示している、比較法的にも違法配当等を無過失責任とするのは少ないなど<sup>130</sup>である。

また、本号の責任を無過失責任と解さざるを得ないとしても、少なくとも266条2項、3項により、取締役会に出席し決議に反対しなかった過失のない取締役に、一律に弁済責任を負わせることについては、立法論としては問題であるとの指摘もある<sup>131</sup>。最近、実質的に過失責任説によったと見られる裁判例も現れた。そごう損害賠償請求権査定事件<sup>132</sup>は、違法配当の責任は無過失責任であるとしつつも、取締役が違法配当についての決議に反対することが期待できない場合は、違法性が阻却され損害賠償責任は否定されるべきであるとする。そして決議に賛成した取締役のうち2名について、取締役会直前に取締役に選任され、会社の財務状況を知る機会がなかったこと、および取締役としての現在の職務の内容や取締役就任前に従事していた業務の内容から、会社の財務状況を知ることが困難であったことから、違法配当の決議に反対することを期待し得なかったとして責任を否定した。実質的に監視義務を尽すに当たって過失がなかったことを認定するものである<sup>133</sup>。

(イ)このような学説・判例の状況の中で、平成14年改正で委員会等設置会社においては違法配当の責任を過失責任とした。取締役にについては特別の責任とはせず、任務懈怠責任<sup>134</sup>(商

<sup>127</sup> 大隈 = 今井 254 頁、石井 346 頁、鈴木 = 竹内 296 頁、江頭 427 頁注 5、森本 251 頁、弥永 206 頁

<sup>128</sup> 神戸地姫路支決昭 41.4.11 下民集 17 卷 3-4 号 222 頁、東京地決昭 41.12.23 判時 470 号 56 頁、東京地決昭 52.7.1 判時 854 号 43 頁。ただし過失責任説をとる裁判例もある(後掲脚注 141 参照)

<sup>129</sup> 酒巻 12~3 頁、本間輝雄・旧注会(4)266 条注釈 26 (456 頁)、近藤光男「取締役の責任」民商 86 卷 1 号 49 頁、53 頁(1982)、吉原・前掲論文(脚注 3) 41 頁注 91、北沢 434 頁、河本 487 頁、浜田・前掲論文(脚注 9) 38 頁

<sup>130</sup> 近藤光男・新注会(6) 266 条注釈 6

<sup>131</sup> 江頭 365 頁。もともと過失責任論の立場からは、解釈論として善管注意義務にも忠実義務にももたることなく相当の注意をもって賛成したときに責任を負う理由がないとしている(酒巻 26 頁)

<sup>132</sup> 東京地決平 12.12.8 金法 1600 号 94 頁

<sup>133</sup> 青竹正一「違法配当と取締役の責任」『21 世紀の企業法制』1 頁、18~9 頁(商事法務、2003)は、266 条 1 項 1 号および 2 項の責任は、弁済の実効性を確保するための責任であって、期待可能性の理論を持ち込むのは適切ではなく、過失の判断によるべきであるとする

<sup>134</sup> 始関正光「平成 14 年改正商法の解説( )」商事 1643 号 18 頁(2002)(専門家である会計監査人と監査

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

特21条の17)の中に含め、みなし行為者規定(266条2項、3項)に該当する規定も設けていない。執行役は特別責任として弁済責任<sup>135</sup>を負うが、自己に過失がなかったことについての抗弁を認めることとした(同21条の18)。取締役には責任の一部減免(266条7項以下)が適用される(商特21条の17第4、5項)。ただし執行役は総株主の同意による免除のみである。これにより一般の会社の取締役が(取締役の担う機能のうち業務執行機能に伴うものと監視・監督機能に伴うものとを区別することなく)無過失の弁済責任を負う(責任の一部減免も適用されない)こととの差異は、際立ったものとなる。この点について、委員会等設置会社においては、業務執行を行わない取締役が、執行役に対する監督を十分に行なう体制であることを前提にしたものであると説明される<sup>136</sup>。しかし、委員会等設置会社制度を選択することにより、会社のコーポレート・ガバナンスが改善されたといっても、理論的にはそうであったとしても実態が改善されたかどうかは別問題<sup>137</sup>であるから、制度としてのガバナンスのあり方を、責任制度とあまり過度に結び付けるべきではないとの主張<sup>138</sup>もあるところである。また、委員会等設置会社においては過失責任としたことにより、執行役の違法配当の責任(商特21条の18)が資本維持の責任であることになり、資本維持にかかる責任についての無過失責任の原則は廃棄されたことになる。委員会等設置会社以外の会社についても、立法的に一本化を計る必要がある。なお、会社法制現代化試案(第四部第四7(2))においては、違法配当は自己株式買受等も含めた剰余金の分配についての特別の弁済責任として、委員会等設置会社以外の会社についても過失責任化を図ることとされている。

(ウ)なお、アメリカにおいて違法配当の責任は、注意義務違反による過失責任であるが、債権者保護のため責任制限の適用対象外とされている。しかし取締役会が配当を決議するに当たっては、いわゆる信頼の権利も容認されている。すなわち、会計知識に精通していない取締役が、会計監査人から提供された監査報告書を信頼したことは、完全な抗弁にはならない(つまり反証をあげることが可能)にしても、監視義務を怠らなかつたことについての強力な証拠

---

委員会の監査の結果の報告を受け、これを信頼して決議をするので、任務懈怠責任より厳格な特別責任を課す合理性はない)

<sup>135</sup> 執行役については過失責任となったにもかかわらず、賠償責任ではなく特別により弁済責任とした理由について、損害額の立証が容易でないためとする理解もある(浜田・前掲論文(脚注9)38頁)が、違法配当額が損害賠償額となると考えれば、それほど意義はないとする見方もある(山下・前掲論文(脚注8)823頁)

<sup>136</sup> 始関・前掲論文(脚注134)19頁。弥永真生『平成14年改正商法解説』86~7頁(有斐閣、2002)(委員会等設置会社では、取締役は業務執行を行わず、取締役会の構成員として業務執行を監督する地位にあるので、従来型の会社に置ける監査役と同じく、過失責任を負うとするのが合理的である)

<sup>137</sup> 委員会等設置会社の取締役は業務を執行しないといっても、執行役が取締役を兼ねることは禁止されておらず(代表執行役に従属的な執行役兼取締役が過半数を占めることが想定され、従来型の取締役会と同じく監督機能の形骸化の危険がある)、また社外取締役の人数は少なすぎ(最低2名いれば足りる)、かつ資格要件規定は独立性・中立性の観点から未だ極めて不十分なものである(後掲脚注269および対応本文参照)から、実態として、本文のような際立った責任の差異を正当化するに十分といえるほどには、コーポレート・ガバナンスは改善されていないと考える

<sup>138</sup> 山下・前掲論文(脚注8)826頁

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

となりうるとされている<sup>139</sup>。わが国でも過失責任説の立場から、このような考え方を採り入れて柔軟な解決を図るべきであるとの学説があり<sup>140</sup>、裁判例でも、このような考え方に基づき責任を否定したもの<sup>141</sup>もある。委員会等設置会社においては、取締役については単なる任務懈怠責任とされており、信頼の権利の考え方によっていることがうかがわれる<sup>142</sup>。

##### (2) 266条1項2号の責任

直接的には、総会屋への利益供与の根絶を図ることを目的とした規定であ<sup>143</sup>り、一般に反社会性の高い行為であるから無過失責任であると解されている。利益供与を行なった取締役が責任を負うほか、取締役会決議に基づいて行なわれた場合には、決議に賛成した取締役（異議を止めなかった取締役は賛成したものと推定される）も責任を負う。他の取締役・監査役や使用人が利益供与を行なったとき、取締役の監視義務違反が認められれば、5号の責任を負う<sup>144</sup>。

委員会等設置会社（商特21条の20）においても、他の責任と異なり、無過失の特別責任であることがそのまま踏襲されている。また、会社法制現代化試案（第四部第四7(5)）では、特別の弁済責任とするが、過失責任化するか否かは検討課題であるとしている。しかし、仮に過失責任化しても、反社会性が高いため責任の一部免除制度の対象とはしない一方、無過失責任としても、利益供与をした取締役等以外の取締役等については、一般の任務懈怠責任とすることが考えられるとする<sup>145</sup>。

しかしながら総会屋への利益供与は、通常、会社のごく一部の者によって秘密裏に行なわれ、仮にそれが取締役会に上程されても、総会屋への利益供与であることを明らかにすることは想定できないため、266条2項、3項によって決議に賛成した取締役について、株主権の行使に関するものという認識がない場合にまで、無過失の弁済責任を負わせることは不合理である<sup>146</sup>。

<sup>139</sup> 第2章脚注499参照

<sup>140</sup> 近藤光男・新注会(6)266条注釈7

<sup>141</sup> 札幌地判昭54.5.8金商587号50頁は、会社の販売用土地につき売渡担保契約を締結したのを、会計上売買による売上として利益を計上して、株主配当金および法人税に充当した事案である。判決は、実質にしたがって会計処理がなされれば欠損があり配当はできなかつたとしても、右処理が監査法人の指導および税務当局の回答に従ってなされた事情があるので、取締役の忠実義務に反しないとして責任を否定した

<sup>142</sup> 始関・前掲論文(脚注134)18頁は、委員会等設置会社の取締役については、計算書類を作成する立場にない取締役は専門家である会計監査人と監査委員会の監査の結果の報告を受け、これを信頼して決議をすることを前提にして、任務懈怠責任とされたとする

<sup>143</sup> 江頭277頁（株主の権利行使に影響を及ぼす趣旨で利益供与を行なうことは、健全な会社経営を害するとの趣旨であるから、権利行使に関しておれば総会屋以外に対する利益供与にも適用される）

<sup>144</sup> 近藤光男・新注会(6)266条注釈17

<sup>145</sup> 会社法制現代化試案補足説明57頁。後記第5章第2節第1項2(2)(196頁)も参照

<sup>146</sup> 会社法の研究『取締役(4)』40頁江頭発言（2号の責任を無過失責任と解すべき根拠がない）、稲葉・前掲論文(脚注11)15頁（この規定が新設された昭和56年改正に関与した稲葉元裁判官は、この規定を設けた際は、無過失責任とする意図はなく、損害の確定なしで、つまり利益供与を受けた者からの返還を受けられないことが確定しなくても、直ちに責任追及ができることを目的とした。損害の回復が主眼というよりも、この責任があることにより利益供与が行なわれなくなることが期待された）。北村雅史「取締役の責任」商事1695号9頁、15頁（2004）、森本滋「大会社の管理運営と会社法制の現代化に関する要綱試案（中）」商事1700号26頁、29頁（2004）、吉原和志「取締役の対会社責任と代表訴訟」ジュリ1267号62頁、68頁

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

体系的整合性も考慮して1号の責任と同様に、これを過失責任と解すべきとの主張<sup>147</sup>もあり、これらの説に賛同したい。商特21条の20も、被告取締役・執行役に過失がないことの証明責任を負わせる<sup>148</sup>過失責任とすべきである。

##### (3) 266条1項3、4号の責任

(ア)3号の他の取締役に対する金銭貸付の責任は、265条の利益相反取引の責任であるが、その危険性<sup>149</sup>を考慮して、4号とは別に未弁済額につき弁済責任を負わせることとしたのであり、取締役会の承認の有無にかかわらず無過失責任と解され(通説<sup>150</sup>)総株主の同意がなければ責任を免除できない。4号の利益相反取引の責任も、通説<sup>151</sup>は、265条1項の取締役会の承認がある場合に、もし会社に損害が発生したときはこれを賠償する責任であり(承認がない場合は5号の法令違反の責任となる)取締役の過失の有無を問わない無過失責任と解する。そして、無過失責任とすることによって責任が過酷とならないよう、免除は、総株主の同意よりも緩和された特殊の決議(266条6項)による<sup>152</sup>。

(イ)4号については、企業コンツェルン内部の各会社の間にとり締めの兼任が普及しており自己取引は異常ではなく、むしろ、会社にとって正常な行為であるから、自己取引一般について、取締役に無過失責任を負わせることは過酷に過ぎるとの有力な問題指摘<sup>153</sup>もあった。しかるに平成12年最高裁判決(ネオ・ダイキョー事件)<sup>154</sup>は、これを無過失責任とする多数説の解釈を確認した。尤も本件一審において、問題となった取引が利益相反取引であることにつき、被告には故意・過失があったことが認められると認定している事案であった。また同最判は、4号の責任のほかに、265条1項の取引を行なうにつき善管注意義務・忠実義務違反があれば266条1項5号の法令定款違反の責任も負うとし、4号の責任を免除されても、別途5号の責任(過失

---

(2004)も過失責任とすることに妥当性があるとする

<sup>147</sup> 浜田・前掲論文(脚注9)38頁。ただし責任追及を容易にするために賠償額(弁済額)を特則により法定するのがよいとする

<sup>148</sup> 吉原・前掲論文(脚注146)68頁注19(2004)は、取締役自身がした場合だけでなく、使用人が供与した場合にも、担当取締役の側で自ら注意を尽くしたことを立証しなければ責任を免れないことになり、証明責任を被告に負わせることの意義があるとする

<sup>149</sup> 本間輝雄・旧注会(4)266条注釈30(取締役が会社から金銭を借り入れる行為は、取締役がその地位を利用して比較的容易に行われ、取締役相互の馴れ合いで承認は形式的になされることが多く、悪質な、弊害を伴いやすい行為である)

<sup>150</sup> 大隈=今井256頁、鈴木=竹内297頁、森本252頁、北沢436頁、江頭366頁、弥永206頁

<sup>151</sup> 石井348頁(自己取引に内在する危険性を考慮して結果責任(無過失責任)かつ連帯責任としたものである)、大隈=今井258頁、鈴木=竹内297頁、江頭366頁、森本252頁、弥永206頁

<sup>152</sup> 石井349頁、鈴木=竹内297頁、大隅=今井260頁、江頭366頁、弥永207頁

<sup>153</sup> たとえば河本495頁。ただし北沢437頁は取引をなした者の責任は忠実義務違反の責任として無過失責任であり、会社を代表して取引をした取締役、承認の決議に賛成した取締役についてのみ過失責任と解すべきであるとする。立法論として森本252頁(規定の趣旨が不明確であり削除すべきである)、江頭366-67頁(利益相反取引の利益が帰属した取締役または第三者のみが無過失責任を負うこととし、他の取締役は過失責任とすべきである)

<sup>154</sup> 最判平12.10.20金商1106号3頁

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

責任)を問われうるとする原審判決を是認した。この最判の後、代表取締役を共通にする関連会社に対する債権を、取締役会の承認を経たうえで放棄したことに対する損害賠償を請求したロイヤルホテル事件判決<sup>155</sup>がある。判旨は、ネオ・ダイキョー事件最判に従い、4号の責任を無過失責任であるとした上で、形式的には265条1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、かつ当該取引の内容、効果等その客観的な性質に照らし、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。このような場合にはあえて損害賠償責任を負担させることは予定されていないから、266条1項4号に言う前条第1項の取引に該当しないとして、取締役の損害賠償義務を否定した。まさに4号の責任を過失責任と主張する説の理由とする、企業グループ内部の会社間の取引の事案であるが、債権放棄については取締役会が承認しており、かつ取締役会の経営判断として妥当なものであったことから、過失責任説によった上で過失がなかったとする方が自然であったと思われる事案である<sup>156</sup>。

(ウ)平成14年改正法は、委員会等設置会社においては利益相反取引を過失責任とした。すなわち、265条1項の承認を受けた取引による損害については、責任を負う者を、取引をした取締役・執行役、取締役会からの委任(商特21条の7第3項)に基づき、会社を代表・代理して取引をした執行役、承認の決議に賛成した取締役(当該承認を受けた取引が委員会等設置会社と取締役との取引、または委員会等設置会社と取締役の利益が相反する取引である場合に限り)と法定し、過失がなかったことを証明しない限り賠償する責任を負うこととした(商特21条の21第1項)。

しかし過失責任化したにもかかわらず、次のような問題点が指摘される。まず、この責任の免除は266条6項と同様の特殊の決議のままである(商特21条の21第2項)<sup>157</sup>ことについての疑問である<sup>158</sup>。次に、上の～の者につき、この規定による特別責任と商特21条の17第1項による任務懈怠責任が重畳的に適用され得ることから、商特21条の21第2項の責任免除が行われても、任務懈怠の要件が主張・立証されれば当該取締役は免責を受けられない<sup>159</sup>ことになる点である。一般の会社においては、片や無過失責任(266条1項4号)、片や過失責任(同

<sup>155</sup> 大阪地判平14.1.30判タ1108号248頁

<sup>156</sup> 鳥山恭一・判例評釈・法学セミナー573号106頁(2002)

<sup>157</sup> これについては、始関・前掲論文(脚注134)24頁注90は、委員会等設置会社において、利益相反取引に關与した取締役・執行役の責任を過失責任としたにもかかわらず、266条6項と同様の商特21条の21第2項を設けたのは、同条1項の責任規定が証明責任を取締役等の側に転換した過失責任であることから、この規定を設けないと、委員会等設置会社の取締役等の方が、一般の会社の取締役よりも免責の点では手続要件が厳格になってしまうという不都合が生じるためであると説明する。立証責任の所在によって、責任免除要件を緩和することが正当化されるかどうか疑わしい(吉原・前掲論文(脚注97)1089頁(2003))

<sup>158</sup> 山下・前掲論文(脚注8)815頁、森本・前掲論文(脚注74)34頁注65(過失責任のもとに商特21条の21第2項のような特別の必要性は疑問である)、弥永・前掲書(脚注136)92頁注23(改正法がこれを過失責任とし、または266条1項3号に対応する規定を設けなかった以上、免除要件を軽減することは立法論として適当でない)

<sup>159</sup> 始関・前掲論文(脚注134)24頁注90

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

5号)であることに対応して、免除要件も特殊の決議と総株主の同意というように異なり、それはそれとして意義が認められる。しかし委員会等設置会社においては、ともに過失責任なのに免除要件に差異があることの理論的説明がつかない<sup>160</sup>。さらに、利益相反取引を承認した以外の取締役は、賛成をするについて任務懈怠があった場合は任務懈怠責任を負い、その責任の免除には総株主の同意を要するが、利益相反取引をした ~ の者の責任の免除要件は、これより軽減した特殊の決議となっていることの妥当性にも疑問がある<sup>161</sup>。

266条1項3号の金銭貸付の責任に対応する責任は、委員会等設置会社においては設けられず、利益相反取引の一類型として処理されることとなった<sup>162</sup>。この結果金銭貸付の責任は、一般の会社では5項の総株主の同意による免除を要する一方、委員会等設置会社では、取締役会の承認がある場合は、6項と同様の特殊の決議による免除でよいことになる。

(エ)このように、委員会等設置会社制度内での責任の免除についての不整合や、委員会等設置会社とそれ以外の一般の会社における責任のあり方や免除要件との不均衡について、その見直しは必至と言えよう。会社法制現代化試案でも、上に指摘した問題点に対応する改正および責任の一部免除の適用を検討することとされている<sup>163</sup>。

### 5 損害賠償額に関する論点

#### (1) 連帯責任と寄与度に応じた賠償額

(ア)266条1項各号に該当する行為をした取締役が複数いれば、これらの者は連帯して弁済又は賠償する責任を負う。違法行為を防止すべき監視義務を怠った(同項5号)取締役にも連帯して責任を負わせるが、それは他の取締役の違反行為に共同し加功したためであると解される<sup>164</sup>。原因行為が取締役会の決議に基づくときは、同条2、3項により行為をなしたとみなされる取締役も同じく連帯して責任を負う。ここで、みなし行為者の負う責任の連帯性については、通説によれば266条1項1~4号による行為取締役の責任は無過失責任であるから、みなし行為者である取締役の責任も無過失責任となり、酷に過ぎるとの問題指摘があることについて

<sup>160</sup> 山下・前掲論文(脚注8)815頁

<sup>161</sup> 山下・前掲論文(脚注8)815頁は、利益相反関係ある取締役自身は免除要件の緩和だけでなく、過失責任とすることの必要があるかどうかも疑問となすとす。江頭366~67頁も、266条1項4号についての立法論として、利益相反取引の利益が帰属した取締役又は第三者は無過失責任のままよいとしている

<sup>162</sup> 森本・前掲論文(脚注74)27頁、弥永・前掲書(脚注136)92頁注22は、貸付をするという決定をしたことだけによっては、注意を怠らなかつたことを証明すれば責任を負わないが、貸付後に回収のために適切な処置をとらなかつた場合には、任務懈怠による損害賠償責任を負うことがあり得るとする

<sup>163</sup> 会社法制現代化試案の第四部第四7(4)では、266条1項3号は他の利益相反取引に含め、また、委員会等設置会社とそれ以外を区別せず、利益相反取引の責任を過失責任化する。ただし利益が帰属した者は無過失責任とするかどうか検討する、過失責任とする場合一般の任務懈怠責任と同じものとするか、商特21条の21のような立証責任を転換した特別責任とするか検討する、委員会等設置会社とそれ以外の会社ともに、266条6項に相当する規定は設けず総株主の同意によることとするが、一部免除の規定も適用することとし、利益相反取引をした取締役は除外するか全部の取締役を対象とするか検討するとされている

<sup>164</sup> 本間輝雄・旧注会(4)266条注釈41

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

は、すでに見たとおりである<sup>165</sup>。委員会等設置会社においても、取締役・執行役が損害賠償義務を負う場合に、責任ある取締役・執行役が複数いるときは、これらの者は連帯債務者となる（商特21条の23<sup>166</sup>）。しかし商特21条の20（利益供与の責任）以外には266条2、3項に対応する規定はなく、取締役が監視義務違反の責任（商特21条の17の任務懈怠責任）を負うべき場合にのみ、行為取締役・執行役と連帯債務者となる。

（イ）連帯責任は1個の弁済（賠償）責任を複数の債務者が負担するものであり、会社が弁済（賠償）を受ける債権の担保力を強化するもの<sup>167</sup>である。連帯責任を課すことにより、違反行為抑止力や監視・監督度合の強化にも資する。

しかし、行為への関与度合の低い取締役や、行為取締役を監視・監督すべき義務が及び難い取締役が存在する場合もある。そのような場合にも、いったん全取締役に損害賠償額全額について連帯責任を負わせた上で、内部的な求償により負担を調整する方法が商法の建前とされている<sup>168</sup>が、これにより、求償すべき相手取締役に資力がなければ結果として取締役によっては過大で不公平な責任を負わされることにもなりかねない<sup>169</sup>。そこで、個別取締役ごとに賠償額を認定するとともに、自己の賠償額の限度において連帯責任を負わせることができれば、公平性に適う場合もある。現にこのようにして被告取締役の責任軽減を図った裁判例が存在する。

（ウ）日本航空電子工業事件<sup>170</sup>判決は、関税法・外為法に違反して行なった輸出に関連して会社が蒙った損害について、条件的な因果関係が認められるからといって、生じた損害の全額について責任を負わせるのは酷であり、寄与度に応じた因果関係の割合的認定を行なうことが合理的であるとした<sup>171</sup>。外為法違反の有罪判決による罰金については、被告3人に連帯して責

<sup>165</sup> 脚注131と対応本文参照

<sup>166</sup> 監査役と取締役の連帯責任を定める278条の規定と同趣旨の規定である（始関・前掲論文（脚注134）20頁）。278条による連帯責任を負う場合において、監査役と取締役との求償関係は、取締役が違法行為をして監査役が監督を怠った場合のように監査役には負担部分がないこともあるが、監査役は監査結果の意見報告におけるように独自に責任を負うべき場合（山村忠平・旧注会（4）278条注釈6）もあるので、場合に応じて判断されることになる（加美和照・新注会（6）278条注釈3）

<sup>167</sup> 奥田345頁、平井・総論327頁

<sup>168</sup> 266条の連帯の意味・範囲についての具体的な説明は殆ど見られない。江頭371頁は、会社が連帯責任を負う取締役中の一部の者に対してのみ責任の免除をした場合に、民法437条が適用され、残りの取締役は責任の免除を受けた取締役の負担部分につき責任を免れるとする（この連帯責任は民法上の連帯責任であり、絶対的効力事由の適用があるとするものであると理解できる）。森本255頁は、266条2項の責任は不真正連帯責任であるとする（反対に1項の責任は通常の民法上の連帯責任ということになるか）

<sup>169</sup> 日本サンライズ事件一審判決・前掲脚注65では、違反行為をした取締役とこれへの監視を怠った取締役全員に、賠償額全額の連帯責任を負わせた（ただしその後の裁判外の和解および控訴審における和解によって各取締役に分割責任を負わせている）

<sup>170</sup> 東京地判平8.6.20判時1572号27頁

<sup>171</sup> 損害のうち、米国との司法取引で支払った課徴金等の額については、被告3人のうち社長および専務は、取引を知る以前の期間に係る損害であり、知らなかったことは止むを得ない面があるから責任がないとしている。また判示は、本件不正取引の発覚後、売上高および利益が大きく減少したことには、日本国や米国からの処分等の影響があることは否定できないが、深刻な不況や急激な円高の進行の影響があったことも優に推認できるから、この間の売上高・利益の減少をもって、直ちに本件不正取引による損害と認めることは相

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

任を負わせたが、その他の因果関係の認定された損害については、被告ごとに異なる責任を負わせた。つまり、社長および専務（航機事業部長）には、在任期間が短く既契約未履行分（ローレロン）の履行のみを承認するという限定的なかかわりであったことを考慮して、損害（受注見込のない長期滞留棚卸資産の廃棄損失）の2割を限度に、また、取締役航機事業部次長である被告については、米国での司法取引による課徴金等や棚卸資産償却・売却損について、取締役就任後の期間に対応するものとして4割を限度に、3人が連帯して賠償することを命じた。これを、取締役の責任が過酷にならないようにとの趣旨で裁量が行われたとして、裁判所として苦心のなせるところと思われ、安易に連帯債務を認めない姿勢が評価できるとする見解がある<sup>172</sup>。しかしそれでも、社長、専務は、事業部次長と連帯して4,000万円強、事業部次長は、これを含めて約12億5,000万円もの巨額の賠償額を負うこととなった<sup>173</sup>。

大和銀行事件<sup>174</sup>においても、二つの事件のうち、行員の無断取引により損失11億ドルが発生した事件（甲事件）については、被告3名の取締役につき、それぞれのニューヨーク支店長在任期間ないしニューヨーク支店への検査往査時点に対応する損害の有無・金額を判断し、被告1名のみにつき責任を認めたが、他の被告については、任務懈怠が認められるものの、在任期間ないし往査時点の損害についての立証がないため責任はないとした。一方乙事件（行員の無断取引等により損失が発生したことを米当局へ隠匿したことなど16個の訴因により、罰金および弁護士報酬の計3億5,000万ドルを支払った事件）については、被告らに全額について責任を問うのは相当ではないとして、被告ごとにどの訴因へ関与したかという寄与度に応じた、因果関係の割合に基づく責任を認定するとした。そして複数の被告を、寄与度3割、7割、2割および4割5分のグループに分けて、損害賠償義務を定めこれら義務を連帯債務としている。

（エ）日本航空電子工業事件、大和銀行事件とも、因果関係の割合的認定を行なったと判示している。割合的因果関係は、交通事故等の裁判実務上確立した扱いであり、事実的因果関係があるかないかの二者択一ではなく、損害が事故以外に因っている部分（被害者の持つ素因など）もあることから、事故の損害への寄与度を限度として損害賠償を命じようとするものである<sup>175</sup>。しかし民法学説は、因果関係はあるかないかの二者択一であり、素因の場合についてだけ特別扱いをする理由がないとして反対説が多数を占めるとされる<sup>176</sup>。因果関係の寄与度を認定するのであれば、損害が原因ごとに分割されることが前提となるが、監視義務違反による損

---

当でないとして、因果関係を否定している。さらに、棚卸資産の廃棄損失に関して、裁判所による囑託調査の結果に対して裁判所自身も疑問なしとしないとして、敢えてこれを鵜呑みにする方法により、因果関係を否定しており、全体を通じて、賠償額を低めに抑えようとする努力の跡がうかがわれる

<sup>172</sup> 上村・前掲論文(脚注40)15頁

<sup>173</sup> 控訴審において和解が行なわれ、3人で1億円の支払となったとされる(資料版商事法務176号178頁(1998))

<sup>174</sup> 大阪地判平12.9.20商事1573号4頁

<sup>175</sup> 平井・各論85~6頁

<sup>176</sup> 平井・各論85~6頁

害は分割できないといった難点があることも指摘されている<sup>177</sup>ところである。

尤も実際には、両事件とも、取締役等の地位への在任期間に応じて責任範囲を限定し、あるいは、罰金についての訴因ごとに因果関係の有無によって、賠償額を決定しているだけであり、割合的因果関係と言うほどのことはないとも言える<sup>178</sup>。

このように因果関係の割合的認定には理論的に問題が多い<sup>179</sup>ものの、取締役に過大、不公平な責任を課すことを避ける必要は無視できず、その意味で裁判官の賠償額の裁量的認定は評価されるべき点が多い。

#### (2) 過失相殺、損益相殺

(ア)全菓連共済ビルジング事件<sup>180</sup>判決では、被告代表取締役が職員の定年年齢を超えて継続雇用したことが、取締役としての善管注意義務違反にあたり、定年時に退職した場合よりも退職金額が増えたのでその増えた額が会社の損害となると認定した。その上で判旨は、被告を補佐すべき職員の職務懈怠や他の取締役の責任も否定しがたいものがあり、これは原告会社の組織上の欠陥と言うこともできるので、これを不問に付したまま被告の責任を追及することは適当でない。よって過失相殺の法理を類推適用するとともに、定年を超えても囑託としてではなく従業員として雇用継続した職員の労働意欲の向上が会社の利益となっている可能性があるので、損益相殺の要素も加味して損害額の4割を減ずるとした。

この判決に対しては厳しい批判がある。すなわち、人事担当従業員の過失はこれを監督する立場にある被告代表取締役の過失であるから、過失相殺を適用するのは疑問である、他の取締役にも過失があれば、その者は被告とともに会社に対して連帯責任を負い他の取締役に対しては求償する道があるはずであり、被告の対会社責任について過失相殺の対象とするのはおかしい、会社の組織上の欠陥について被告は代表取締役としてそれを是正すべき立場にこそあれ、自己の責任を軽減する根拠となし得ないとする<sup>181</sup>ものである。一方、定年を定めた取締役会規則違反とは言え、事務的な問題であって不注意と言えば言えるが、そもそも注意義務違反ありと言えるかどうか議論の余地がありそうな事案であるから、責任の軽減がなされたのはもっともであるとする見方もある<sup>182</sup>。また、会社の過失とすることには問題があるけれども、

<sup>177</sup> 会社法の研究『取締役(4)』172頁稲葉発言、新井修司「取締役の連帯責任について」大阪学院大学法学研究26巻1号151頁、180頁(1999)

<sup>178</sup> 岩原・前掲論文(脚注104)11頁(その意味では現行法の実定法上の取締役の連帯責任原則と抵触しないことになる)

<sup>179</sup> 岩原・前掲論文(脚注104)11頁は、判決では寄与度の認定を相当に裁量的に行っており、具体的に認定された寄与度にはかなり異論があるとする。しかし平井・各論86頁によれば、学説の反対が多数にもかかわらず裁判官が割合的因果関係に拠るのは、損害の金銭的評価についての性質を基礎づけ、あるいは、それを活かすための理論が利用可能状態にないためであり、問題は因果関係の平面ではなくして、損害の金銭的評価の平面で扱われるべきであるとし、同130頁では、損害の金銭的評価(賠償金額の決定)は裁判官の創造的・裁量的判断であり、裁判官の専権に属し、根拠を示すことを要せず、かつ立証責任の観念を入れる余地がないとしている

<sup>180</sup> 東京地判平2.9.28判時1386号141頁

<sup>181</sup> 近藤光男・判例評釈・私法判例リマックス・1992下号116頁

<sup>182</sup> 山下友信・判例評釈(福岡魚市場株式会社投資事件)・ジュリ1145号107頁(1998)

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

266条1項5号の責任が債務不履行責任である以上、過失相殺の類推や損益相殺の要素を加味して損害賠償額が減じられることに一定の合理性がなくもないとするものがある<sup>183</sup>。

この判決の背景には、小さな会社の代表取締役には組織の瑕疵を解消する義務があるといっても実際には困難であり、会社が前代表取締役を訴えたケースであって代表取締役に全責任を還元するには疑問があった。しかも他に常勤の取締役はいないため求償させるのも適当でないといった事実関係があったとされる<sup>184</sup>。裁判所の裁量による責任軽減制度を認めれば、このような事例は適法かつ合理的に解決されることになるだろう。

福岡魚市場株式投資事件<sup>185</sup>判決でも、過失相殺および損益相殺が行なわれている。判旨は、被告たる前代表取締役が、取締役会から許容された資金運用限度額を大きく超えて、他の取締役に株式取引の実態が分からない状態で、仕手戦と評価されるような株式取引をしたことは、経営判断の法理が適用される場合に当てはまらず、取締役としての忠実義務ないし善管注意義務に違反するとして責任を認めた。しかし、被告が主として責任を負うべきことは明らかではあるが、他の取締役の被告代表取締役に対する監視義務違反の責任も重く、原告会社がこれを不問にしたまま被告だけの責任を追及することは、損害の公平な分担という過失相殺の法理の趣旨からして適当でない。また、被告にはそれなりの功労があったことは否定できず、本件違法行為発覚により会社は退職金の支出を免れているから、損益相殺的な要素も加味するのが適当であるとし、実現した損害額（含み損は度外視している）約9億8,000万円の4割を減額し約5億9,000万円の賠償を命じた。

この判決に対する学説の評価は次のようなものである。損害が賠償されないときの負担者は会社＝株主であって取締役ではないから、行為取締役と連帯して責任を負うべき他の取締役の監視義務違反の過失と相殺するのは適当ではないし、連帯責任の機能を損なうものである<sup>186</sup>。あるいは、過失相殺は公平な賠償責任の実現を導く手段であるから、取締役の責任について実質的に軽減すべき理由があるのであれば、一概に反対すべきではないが、本件の場合、被告に過失相殺を適用すべき実質的理由はなかったのではないかと批判<sup>187</sup>もあり、過失相殺については概ね否定的である。一方損益相殺については、本来的な損益相殺<sup>188</sup>ではないものの、

<sup>183</sup> 田村詩子・判例評釈・商事1383号37頁、41頁（1995）

<sup>184</sup> 会社法の研究『取締役(4)』169~70頁のこの裁判を担当した稲葉裁判官の発言

<sup>185</sup> 福岡地判平8.1.30判タ944号247頁

<sup>186</sup> 斉藤真紀・判例評釈・商事1571号32頁、35頁（2000）

<sup>187</sup> 山下・前掲判例評釈(脚注182)107頁は、たとえば、同程度の注意義務違反を犯した複数の取締役のうち特定のものを狙い打ちに会社側が責任を追及するような場合は、責任を軽減すべき実質的な理由となり得ようとする。田村詩子・判例評釈(前掲全業連共済ビルジング事件)・商事1383号37頁、41頁（1995）は、そのような場合は信義則違反となるとする。しかし、斉藤・前掲判例評釈(脚注186)36頁は、誰の責任を追及するかは請求権者である会社の自由であり、責任を追及された者とされなかった者との利害調整は求償により図ればよいし、他の取締役に事実上責任追及されないことを考慮に入れて減額を認めるとすれば、取締役の責任免除に総株主の同意を要する266条5項と相容れないこととなるとする

<sup>188</sup> 賠償権利者が、損害を蒙ったのと同時に、同一原因によって利益を受けた場合に、損害から利益を差引いてその残額をもって賠償すべき損害額とすることであり、本来の意味での相殺ではなく損害から利益を差引

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

学説も必ずしもこれを不当としていない<sup>189</sup>。強いて説明すれば、裁判官の裁量性を延長することにより、公平な責任分担のために責任を軽減するものと言うこともできるとする<sup>190</sup>。なお本件は控訴審において、他の取締役に監視義務違反はなかったとして、第一審被告取締役に10億4,000万円の損害賠償を命じたとされる<sup>191</sup>。

リモー事件<sup>192</sup>判決は、振り出し交付した融通手形が不払いとなった損害につき、代表取締役であった者を被告として会社から損害賠償を請求した事案である。判決は、被告の善管注意義務違反を認定したが、会社の取締役ではないが実質支配者である訴外Aが、被告を指揮監督する立場にあったので、損害につき原告会社にも応分の負担をさせることが相当であるとして過失相殺の法理の類推により損害の2割を減じた。判示は明言していないものの、原告会社の法人格を否定した上で、A=原告会社の被告に対する指揮監督上の過失があったと判断したものと見られる<sup>193</sup>。

(イ) 損益相殺の対象となる利益につき、三井鉱山事件<sup>194</sup>控訴審では、損害の原因行為(自己株式の取得)との間に法律上相当な因果関係がある利益であり、かつ、会社の損害を直接填補する目的ないし機能を有する利益であることを要するとして、自己株式取得を通じて成就した合併によって増加した会社の利益との損益相殺を認めていない(上告審もこれを容認)。ハザマ事件<sup>195</sup>判決も全く同旨を述べて、贈賄による損失と工事受注による会社の利益との損益相殺を否定する。また野村証券損失補填事件<sup>196</sup>一審も傍論ながら、贈賄行為は公序良俗に反し許されないの損益相殺は認められないとする。贈賄のような違法性の強い行為との相殺が認められないのは理解できる。しかし、自己株式取得は理論的というよりも政策的な理由<sup>197</sup>により禁止されているのであり、それが会社・株主に利益をもたらすものである場合には、商法(平成

---

いた残額について一個の損害賠償債権が成立するに過ぎない(奥田 211 頁)。本件では支払うべきであったとされる退職慰労金支給しないことによる利益を、当該株式取引と同一原因によって受けた利益とするのは困難であろう

<sup>189</sup> 山下・前掲判例評釈(脚注 182) 109 頁、斉藤・前掲判例評釈(脚注 187) 37 頁(本来支給されるはずだった退職慰労金が支給されずに損害に補填されたと考えることもできる)

<sup>190</sup> 山下・前掲判例評釈(脚注 182) 109 頁

<sup>191</sup> 公表判例がなく確かめることはできないが、斉藤・前掲判例評釈(脚注 186) 37 頁によれば、平成 9 年 5 月 16 日の本件控訴審判決において、他の取締役の監視義務違反はなかったとして第一審被告取締役に 10 億 4,000 万円の損害賠償を命じた、との平成 9 年 5 月 17 日付西日本新聞報道があったとのことである

<sup>192</sup> 横浜地判平 10.7.31 判タ 1014 号 253 頁

<sup>193</sup> 吉川吉樹・判例評釈・ジュリ 1210 号 211 頁、213 頁(2001)

<sup>194</sup> 東京地判昭 61.5.29 判時 1194 号 33 頁、東京高判平元.7.3 商事 1188 号 36 頁、最判平 5.9.9 民集 47 巻 7 号 4814 頁

<sup>195</sup> 東京地判平 6.12.22 判時 1518 号 3 頁

<sup>196</sup> 東京地判平 5.9.16 判時 1469 号 25 頁

<sup>197</sup> 蓮井良憲・新注会(3) 210 条注釈 5。平成 13 年改正前は、資本の払い戻しと同様の効果を生じ、資本の維持に反し会社債権者を害する、株主間の不平等を生じかねない、取締役の会社支配を維持する手段となる、相場操縦、インサイダーに利用されるおそれがあるとの理由で、自己株式の取得は原則的に禁止されていた(江頭 192~93 頁)

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

13年改正前の210条)違反とならないと解する余地もないわけではなく<sup>198</sup>、もし違反となっても損益相殺の余地があったと考えてよいのではなからうか<sup>199</sup>。

##### (3) 罰金を損害賠償の対象とすることの問題点

日本航空電子工業事件<sup>200</sup>判決において、米国当局と司法取引を行って支払った課徴金等の額(邦貨換算約25億円)および日本での罰金(500万円)も取締役が賠償すべき損害としている。大和銀行事件<sup>201</sup>でも、乙事件で司法取引により支払った罰金(弁護士費用を含む3億5,000万ドル)を損害賠償の対象となる損害としている。両事件判決とも、罰金等について米当局との司法取引が介在してはいるが、その司法取引の過程や結果が、通常予想されるところと著しく異なる等の特段の事情が認められない限り、任務懈怠行為と罰金等を支払ったことによる損害との法律上の因果関係が否定されるものではない(右特段の事情については主張、立証がない)と判示する。

罰金等を支払ったことによる損害について、民法416条1項の通常の損害ではなく同条2項の特別損害と考えられるから、賠償責任を認めるためには予見可能性がなければならないが、その予見可能性があったかどうかは極めて疑問であるとする批判<sup>202</sup>がある。

これとは別に罰金の刑事政策的意義から、これを取締役の会社に対する損害賠償の対象に含めるべきでないとする批判<sup>203</sup>もある。罰金は会社に対して、会社が懲役刑になじまないために

<sup>198</sup> 神田秀樹「三井鉱山事件に関する理論的問題」商事1082号2頁、7頁(1986)は、当該株式取得が実質的に株主や会社債権者を害さないものであれば、210条違反とならないと解する考え方もなり立ち得る。しかし、株主平等原則や不当な株式買占めを助長させるべきでないとの見地から違反すると解すべきであるとする

<sup>199</sup> 会社法の研究『取締役(4)』164頁江頭発言(損失補填とか自己株式取得とかになると、損益相殺が認められないほど悪いことかという問題はある)。神田・前掲論文(脚注198)8頁も一審についての評釈であるが、自己株の高値買取を行わなかったならば得られなかったであろう利益であれば損益相殺すべきであるとする。河本一郎・判例評釈・ジュリ957号97頁、99頁(1990)は、判旨のように相殺の利益を狭く解する理由が不可解であり、相殺の対象利益とすべきであるとする

<sup>200</sup> 東京地判平8.6.20判時1572号27頁

<sup>201</sup> 大阪地判平12.9.20商事1573号4頁

<sup>202</sup> 岩原・前掲論文(脚注104)10頁。河本一郎「大和銀行株主代表訴訟の和解を語る」取締役の法務94号4頁、16頁(2002)(大和銀行事件控訴審で、被告側は、予測可能性がないことを強く主張したが、和解となり、控訴審での最終判断は出なかった)。ただし、このような見解に対して川村・前掲判例評釈(脚注31)66頁は反対の見解である(脚注108参照)

<sup>203</sup> 日本航空電子工業事件に関し上村・前掲論文(脚注40)13頁、さらに同14~5頁は、ライセンス停止という米国での行政処分と直接的につながる廃棄損については、会社に対する制裁の延長であり、被告に予見可能性が認められる範囲においてのみ責任を認めることが妥当であるとする。大和銀行事件に関して、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1600号4頁、8~10頁(2001)は、法人を名宛人としているからこそ巨額な罰金額が課されるのであり、よほど明白な予見可能性がない限り取締役個人の損害賠償に含むべきではないことも主張する。伊勢田・前掲論文(脚注56)97頁注77は、会社自体に課された罰金を取締役個人に転嫁するのは刑事政策の観点から疑問が残るとする。河本・前掲(脚注202)16頁は、上村論文に基づいて、罰金を取締役個人へ転嫁すべきでないことを主張したが、和解となったため控訴審の判断は得られなかったとする。

刑事法学者の立場から、佐伯仁志「法人処罰に関する一考察」『松尾浩也先生古希祝賀論文集』655頁(有斐閣、1998)は、通説は法人処罰に関する理論構成を法人の機関の責任の代位責任・転嫁責任とする(同658

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

科されたものであり、罰金と取締役の善管注意義務違反との間には法的因果関係がない。もしそのような罰金を取締役個人に転嫁すれば、会社自体を罰する立法政策的意義が損なわれるとするものである。このような考え方に対しては賛否両論あり、私見はにわかに論評できる状況にないが、少なくとも予見可能性がなかったことを認定して、アメリカのような法文化の異なる国において法人に課された極めて高額な罰金を、そのままわが国において取締役個人に転嫁すべきでなかったように考える<sup>204</sup>。

---

頁)のに対し、機関個人の責任とは切り離れた法人固有の責任(この場合法人処罰の刑事政策的目的は複数の機関構成者による意思決定過程に対する働きかけを通じて、法人の犯罪を抑制する(組織抑止モデル)ことにある(同667~68頁))とし(同673~75頁)、法人が自己の責任に対して科された刑罰を他者である個人に転嫁することはできないとする(同681頁)。さらに通説のように代位責任・転嫁責任説に立っても、立法者が行為者とともに法人も処罰するという立法政策を選択している以上、転嫁を認めるべきでないことになる。いずれによっても、罰金は法人処罰であるから取締役の善管注意義務違反との因果関係が否定される(同683~84頁)。法人の罰金は、その資力を考慮して自然人行為者に対するよりもはるかに高いレベルに設定されており、転嫁を認めると、行為者は実質的に同じ行為について二度処罰(二重処罰)されるだけでなく、高額に設定された刑罰をも科されることになる(同683頁)。

ただし、大杉・前掲判例評釈(脚注30)290頁は、上村説、佐伯説には疑問があり(理由は示されていない)、岩原説の予見可能性を欠く特別損害説(脚注202)の方が説得力があるとする

<sup>204</sup> 大和銀行事件について河村貢「大和銀行の代表訴訟判決に思う」取締役の法務 79号4頁、6頁(2000)は法制度の異なるアメリカの懲罰的賠償であり、これを直ちに日本において取締役の義務違反と相当因果関係がある損害と解すべきでないとする

## 第2節 現行責任制限制度の内容

### 第1項 取締役の責任制限制度の概要

(1) 取締役の会社に対する責任の免除制度は、次の通りである。

総株主の同意<sup>205</sup>による免除(266条5項)であり、266条1項1~3号および5号に規定する責任について適用される。免除の程度(全部、一部)を問わない

特殊の決議(株主総会における総株主の議決権の3分の2以上の多数決)による責任の免除(同条6項)であり、同条1項4号の責任について適用される。免除の程度を問わない

株主総会の特別決議ないし、定款規定に基づいて行なわれ、同条1項5号の責任について適用される。責任の一部のみ免除する(同条7項以下)

(2) 制度適用の要件

については、取締役が職務を行なうにつき善意にして重大な過失がない場合に限られる。しかし、          については主観的要件を問わない。          については、株主総会において重要な事実の開示義務が課されている。

(3) 事後的な責任免除制度である

免除の対象となる責任は、266条19項の事前の契約による責任免除を除いて、いずれもすでに発生した責任(事後的な責任免除)であり、将来生じ得る責任を免除すること(事前の責任免除)はできない。

(4) 委員会等設置会社における取締役および執行役の責任の免除、一部免除についても、監査役をおく一般の会社とほぼパラレルな取り扱いとなっている<sup>206</sup>。

### 第2項 責任の一部免制度の内容

#### 1 一部免除制度の概要

まず前項(1)の制度についてその骨格を示すと、以下のとおりである。なお、本項の記

<sup>205</sup> 議決権のない株主も代表訴訟を提起できる(北沢正啓・新注会(6)267条注釈19)ことから、免除が株主代表訴訟提起権の個別的放棄となることと対応して、総株主には議決権なき株主も含む。また株主総会決議によらず各株主の個別的同意でもよい(近藤光男・新注会(6)266条注釈54)

<sup>206</sup> 委員会等設置会社の取締役の違法配当に関する責任(266条1項1号に対応)は、一般の任務懈怠責任となり、一部免除の適用対象となる点が異なる。また、商特21条の21の利益相反取引の責任(266条1項4号に対応)は、過失責任となったにもかかわらず、特殊の決議により免除され、他の責任と権衡を失することについては、すでに見たとおりである(第2項4(3)152頁)

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

述は一般の会社の取締役について行っている。委員会等設置会社の取締役・執行役についてもほぼ異なるところはなく、取締役とあるのは取締役・執行役、監査役とあるのは委員会等設置会社における監査委員会を構成する取締役と読み替えればよい<sup>207</sup>。

- (1) 事案発生後、事案ごと個別に、343条に規定する株主総会の特別決議により責任を一部免除することができる(266条7項)
- (2) 事前に定款に軽減制度を設けておき、これに基づき、事案発生の都度、取締役会決議により一部免除(同12項)を行うことができる。この場合少数株主(3%)の異議があれば一部免除をすることができない(同15項)
- (3) 社外取締役については、定款規定に基づき、任用時点で、免責契約をすることができる(同19項。社外取締役の定義および登記につき、188条2項7号ノ2)
- (4) 一部免除の対象となるのは266条1項5号(法令または定款違反)の責任であり、善意で重過失がない場合にのみ適用される(266条7項、12項、19項)。同項1~4号の責任(違法配当、総会屋への利益供与など)や資本充実責任(280条ノ13、280条ノ13ノ2)などは軽減の対象とならない
- (5) 一部免除は監査役にも適用される(ただし社外監査役には(3)のような事前免責契約制度はない)(280条1項)
- (6) 一部免除後の賠償額は、当該取締役の報酬等および退職金(年対応額)の、6倍(代表取締役)、4倍(取締役)、2倍(社外取締役、監査役)にストックオプションにより得た利益を加えた額を限度とする(266条17項、18項)
- (7) 株主総会ないし取締役会への一部免除議案の提出には、監査役全員の同意を要することとし(同9項、13項、21項)、一部免除制度の創設や実施内容について開示義務を課す(同8項、14項、22項)

### 2 株主総会の特別決議による責任の一部免除

(1) 266条1項5号の「法令または定款に違反する行為」による責任について、職務を行うにつき善意・無重過失であるときは、株主総会の特別決議によって一定限度まで軽減することができる(266条7項)。

(2) 決議方法は、当初の法案は普通決議であったのが、国会審議の過程で343条の特別決議へ修正された<sup>208</sup>。

#### (3) 開示義務

株主総会に対して、責任原因事実および賠償責任を負うべき額、責任を免除できる限度

<sup>207</sup> ただし脚注206参照

<sup>208</sup> 自民党の改正案要綱では特別決議としており、その後提出された当初の法案は普通決議となっていたが、国会審議過程で再び特別決議となった経緯がある(商事法務編集部「企業統治関係商法改正法案の修正・国会審議状況」商事1614号4頁(2001))

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

額およびその算定根拠、ならびに、責任を免除すべき理由および免除額を開示しなければならない(266条8項)。この開示を怠ると罰則が適用される(498条1項2号ノ2)。

##### (4) 監査役の同意要件

責任軽減を株主総会の議題とすることについて、監査役全員の同意(大会社は監査役会において監査役全員一致の同意。以下「監査役全員の同意」と言う場合において同様)を要する(266条9項、商特18条の3第1項)。ただし小会社においては監査役の同意を要しない(商特25条)。

##### (5) 責任軽減後の退職金等の支払要件

責任軽減決議後の、退職慰労金の支払い、新株予約権の行使または譲渡については株主総会の承認を要する(266条10項)。また責任軽減を受けた取締役・執行役が新株予約権証書を所持しているときはこれを会社に預託しなければならない、10項の譲渡の承認を得なければこれの返還請求をすることができない(同11項)。この取り扱いは、後記の3～5についても適用される。執行役についても同様に適用される(商特21条の17第6項)。

ここで軽減決議後の退職金支払いについての株主総会の承認(特別決議ではなく普通決議でよい)は、従来の退職金支払いにおける株主総会の承認(269条)と異なり、取締役(監査役)ごとに個別の承認を要する<sup>209</sup>。

### 3 取締役会決議による責任の一部免除

(1) あらかじめ定款に定めておくことにより、その取締役が善意・無重過失であり、責任の原因たる事実の内容、その取締役の職務遂行の状況その他の事情を勘案して特に必要ありと認めるとき<sup>210</sup>は、取締役会決議により責任軽減をすることができる(266条12項)。

この制度を設けた理由として、「多数の株主から成り立っている会社においては、取締役の責任軽減のための臨時株主総会を召集するのは非常に困難である。一方で、責任軽減が定時総会まで行えないとなると、取締役の責任が軽減されるか否か不明な状態が継続し、長期間にわたって不安定な地位におかれ、ひいては経営を萎縮する恐れがある。また、あらかじめ株主が、定款で責任軽減の是非の第一次的判断を取締役会に委ねている場合に、経営の専門家である取締役の集まりである取締役会が、経営判断の妥当性見地から、責任軽減の是非を判断することには十分合理性がある」との国会審議中の提案者答弁がある<sup>211</sup>。

(2) 定款変更の議題を株主総会に提出するには、監査役全員の同意を要する(266条13項)。取締役会に責任軽減の議題を提出するときも、監査役全員の同意が必要である(同)。ただし

<sup>209</sup> 江頭361頁、374頁。当該取締役に与える退職金の額を承認議案における参考書類に記載しなければならない(商法施行規則13条5項)

<sup>210</sup> 具体的にどのような場合かが問題となるが、株式償却特例法の実務からも推測されるようにあまり神経質になる必要はないとされる(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98号20頁(2002))

<sup>211</sup> 中川博史(衆院法制局)「コーポレート・ガバナンス関連の商法および商法特例法改正法の概要」金法1632号8頁(2002)

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

小会社においては監査役の同意を要しない（商特25条）。

### （3）開示義務

この制度を導入したときは、登記しなければならず（188条2項3号）、株式申込証に記載する必要がある（175条2項13号）。また、取締役を支払った報酬等の額を営業報告書に記載しなければならない（商法施行規則84条1項10号）<sup>212</sup>。

取締役会で責任軽減の決議を行ったときは、その決議後遅滞なく、責任原因事実および賠償責任を負うべき額、責任を免除すべき理由及び免除額、責任を免除できる限度額及びその算定根拠、並びに、免除に異議あるときは一定期間（1カ月を下ることができない）内に異議を述べるべき旨の公告または株主への通知を要する（266条14項、罰則につき498条1項2号ノ2）。

なお、当該免除の対象となる取締役は、特別利害関係人に該当し、決議に参加できず（260条ノ2第2項）、定足数にも算入されない（同3項）。利害関係取締役には意見陳述権はないとされるが、出席させて釈明の機会を与えることはできる<sup>213</sup>。

### （4）少数株主の異議権

少数株主（議決権の100分の3以上）が一定期間内に異議を述べたときは、取締役会決議による軽減を行うことができない（266条15項）。この少数株主の定義は、法案提出時は20分の1であったが衆議院で100分の3に修正された<sup>214</sup>。

少数株主が異議を述べて取締役会による責任減免ができなくなった後、改めて株主総会に議案として出して責任減免を行うことは理論的には可能<sup>215</sup>であるが、3%は法的には少数株主であるが実態は大株主であるため、実務的には困難であろうと見られる<sup>216</sup>。

（5）軽減決議後の退職慰労金の支払い、新株予約権の行使または譲渡について株主総会の承認を要する点は、上記2株主総会の特別決議による場合と変わらない（266条16項）が、少数株主の異議申立により減免が行われなかった場合は当然ながらこの規定は適用されない。

## 4 社外取締役の事前免責契約

（1）社外取締役が職務を行うにつき、善意・無重過失であるとき、定款の範囲内で予め定めた額と、報酬の2年分、退職金の額またはその2年分の低い方および新株予約権の行使、譲渡で得た利益の合計額との、いずれか高い方の金額を、限度賠償額の上限として賠償することを、予め契約することができる（266条19項）。この取締役が社外取締役でなくなったとき

<sup>212</sup> この場合、取締役全員に対する報酬等の額を合計して記載するだけでは足りないのではないかとの問題提起もある（森本・前掲論文(脚注210)20頁）

<sup>213</sup> 堀口巨・新注会(6)260条ノ2注釈8

<sup>214</sup> 中川・前掲論文(脚注211)11頁注4

<sup>215</sup> 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」商事法務1617号24頁、神田発言ほか（2002）

<sup>216</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注215)24頁、宮廻発言ほか

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

は、当該契約は将来に向かって効力を失う（同20項）。

この改正において、新たに社外取締役の定義が行われ、会社の業務を執行しない取締役であり、過去に、その会社または子会社の業務を執行する取締役または支配人その他の使用人になったことがなく、かつ、現に、子会社の業務を執行する取締役またはその会社や子会社の支配人その他の使用人ではないものとした。社外取締役である旨の登記を要する（188条2項7号ノ2）。

### （2）監査役の同意要件

社外取締役と事前免責契約を締結できるように定款を変更する議題を提出するときは、監査役全員の同意を要する（266条21項、商特18条の3）。

### （3）開示義務

定款に社外取締役との事前免責契約を締結できるように定めたときは、株式申込証に記載する必要があり（175条2項13号）また登記しなければならない（188条2項3号）。ただし、個別の免責契約の事前開示は要求されていない。

事前免責契約を締結した社外取締役が、法令、定款に違反した結果損害が生じたときは、その後の最初の株主総会で、責任原因事実および責任を負うべき額、ならびに報酬の2年分に相当する額、退職慰労金の2年分相当額および新株予約権の行使、譲渡で得た利益の合計額、

事前免責契約の内容及び契約締結理由、および、責任を負わないこととなる額を開示しなければならない（266条22項）。開示の懈怠には罰則が用意されている（498条1項2号ノ2）。

## 5 監査役の一部免除

監査役についても責任軽減が認められ、責任を負うべき額から、報酬の2年分に相当する額、退職慰労金の2年分に相当する額、および、新株予約権行使、譲渡の利益を控除した額を限度として、株主総会特別決議または取締役会決議による責任の一部免除をすることができる（280条）

社外監査役についての事前免責契約は認められていない。

株主総会、取締役会に議題を提出するについての、監査役の同意の規定（266条9項、13項）は準用されない。

## 6 一部免除の限度額

一部免除の額は、取締役・執行役が本来責任を負うべき額から、次のア、イ、ウの額（すなわちこの合計額が賠償額の下限となる）を控除した額である。

ア 免除の決議を行う年度またはその前の年度の、報酬（賞与も含み、使用人兼務取締役の使用人部分報酬も含む）の高い方の額の4年分（266条7項1号、12項1号）。ただし代表取締役は6年分（同17項）、社外取締役は2年分（同18項）

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

イ 会社から受けた退職慰労金、使用人兼務の場合の使用人としての退職手当中取締役を兼ねる期間の対価たる部分と、これを在職期間で除した額に4を乗じた額のいずれか低い方の額(同7項2号、12項2号)。ただし代表取締役の乗率は6(同17項)、社外取締役のそれは2(同18項)

ウ 取締役就任後に新株予約権の権利を行使し、または新株予約権を譲渡した場合に得た利益(同7項3号、12項2号)

報酬等に乗じる倍率は、当初法案では、一律2倍であったが、国会の政治折衝の過程で「バナナの叩き売りのごとく」倍率が上がり2~6倍となった<sup>217</sup>。

当該取締役が平取締役であったときに違反行為(監視義務違反)が発生し、代表取締役になってからも続いていた(当該代表取締役は監督義務違反、リスク管理体制構築義務違反となる)場合は、免除の決議を行うとき代表取締役であるから6倍となる<sup>218</sup>。この者が平取締役であったときには、別に代表取締役がいるわけでその者も責任を認められれば6倍の賠償額となる<sup>219</sup>。

#### 7 株式会社以外の法人の役員への適用

株式会社以外の営利的事業を営む法人の役員へも、商法の取締役への責任制限規定が準用<sup>220</sup>されている。ただし有限会社には、企業規模が小さいため賠償金が巨額になることは少ないとの理由からであろうか<sup>221</sup>、取締役の責任制限制度は設けられていない。

<sup>217</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注215)11頁、神田発言、商事法務編集部「企業統治関係商法改正法案の修正・国会審議状況」商事1614号4頁(2001)

<sup>218</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注215)21頁、神田発言

<sup>219</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注215)21頁、久保利発言ほか

<sup>220</sup> 保険業法51条2項および53条2項(保険業を営む相互会社につき)、信用金庫法35条4項、中小企業等協同組合法38条ノ2第5項、労働金庫法37条4項、農業協同組合法33条5項など

<sup>221</sup> 江頭372頁注14

### 第3節 現行責任制限制度の問題点

#### 第1項 総株主の同意による責任免除の問題点

(1) 266条5項は、同条1項各号(4号を除く)の取締役の責任の免除は、総株主の同意がなければなしえないとしている。このような規定を設けたのは、株主の代表訴訟提起権が単独株主権であることと平仄を合わせたものとされる<sup>222</sup>。昭和25年改正当初においても、従前からあった責任解除制度によって、定時総会後2年内に別段の決議がなく不正な行為がなければ責任が当然解除されたこともあり、厳格であるとの認識はそれほどのもではなかった模様である<sup>223</sup>。しかしこの規定は、多数の株主が一人残らず同意する可能性はゼロに等しい公開大会社においては実際に機能しない死文規定である。その後の学説においても、早くから見直しが唱えられていたところである<sup>224</sup>が、取締役に対する責任追及が活発でなかった事実もあって手付かずのまま、逆に、責任解除制度の方だけ昭和56年に廃止されてしまった。

(2) これまでこの規定があるために、公開大会社の取締役の責任制限を行うことが不可能なだけでなく、株主代表訴訟の和解を行なうことも困難という事情があった。また、会社が会社の最善の利益を総合的に考慮し、有責取締役の責任を追及しない旨を判断・決定することがあってしかるべきとの考え方もあり得ようが、そのような経営判断もこの規定があるために許容されない(後記第5章第5節第1項「取締役への訴追についての会社の裁量権」参照)。しかし平成13年改正後の268条5項により、会社が和解をする場合には266条5項の規定は適用されないことになり和解における障害要因の問題は解決した。また責任制限についても、266条1項5号の責任についてだけ、同条5項の例外として、善意で重過失がない場合にのみ、株主総会の特別決議等により事後的な責任制限を可能にするという部分的な打開がなされた。

(3) 現行商法は、取締役の厳格な責任成立要件・内容に加えて、責任の免除をも事実上禁止し、その上で例外的に一定の場合にのみ減免を可能とする体裁をとっている。取締役に厳格な責任を負わせるためには、その目的に適った責任規定を設ければ十分であり、免除を全面的に禁止する必要はない。むしろこの事実上の禁止規定が、取締役の責任についてその態様に応じた柔軟な対応をすることの障害になっている。まず、266条5項の規定を廃止する必要があ

<sup>222</sup> 鈴木竹雄 = 石井照久『改正株式会社法解説』175頁(日本評論社、1950)、大隅健一郎 = 大森忠夫『逐条改正会社法解説』287頁(有斐閣、1951)、近藤光男・新注会(6)266条注釈54、江頭371頁注11

<sup>223</sup> 鈴木 = 石井・同176頁、大隅 = 大森・同288頁は、いずれも総株主の同意による免除制度は、266条6項(当時の5項)の特殊の決議による免除(同6項)や、責任解除制度(当時の284条)との間で矛盾がない旨を強調するに止まっており、責任そのものが厳格に過ぎるといった記述はない

<sup>224</sup> 石井349頁、本間輝雄・旧注会(4)266条注釈45、森本滋「コーポレート・ガバナンスと商法改正」川又良也遺稿『商法・経済法の諸問題』136頁(商事法務、1994)、森本255頁、近藤光男「取締役の責任免除」商事法務1389号6頁(1995)

る。代表訴訟提起権をどの範囲の株主に認めるかという問題と、取締役の責任をいかなる条件で減免するかという問題とは理論的に別の問題であるから、266条5項を廃止しても、これと平仄を合わせたとされる代表訴訟提起権が単独株主権であることと法理論的に矛盾することはない<sup>225</sup>。本条を廃止した上で、明文をもって取締役の責任制限を認め若しくは認めない要件を規定する必要がある。

(4) なお、会社は経済的に株主のものと認識され、所有者たる株主全員が賛成すれば、狭義の忠実義務(会社との利害対立状況において取締役は私利を図ってはならない義務)違反の責任のような多数決によっては免除し得ない<sup>226</sup>ようなものであっても、これを免除することは可能と考えられる<sup>227</sup>から、そのような規定を設けておく意味はあろう<sup>228</sup>。

### 第2項 責任の一部免除制度の問題点

#### 1 制度全般の問題点

現行の取締役の責任の一部免除制度は、取締役の責任を追及する株主代表訴訟の急増に対応すべく、経済界の要請を受けて議員立法により成立した。しかし、学説は概ねこれを支持せず、制度試案や法案等に対して反対の立場を採り、痛烈に批判を加えることに終始した。学説等からは、制度のあり方の全体像を示した制度提案がなされることもなかった。立法提案者は、制度を成立させたいがために学説の批判を部分的かつ無定見に受け入れ、これに政治的な妥協が加わって、法律は拙速に成立した経緯がある。

その結果、成立した制度は、制度の趣旨につき単に取締役の萎縮防止とあるが、それ以上の意義づけはなされておらず、また、制度の会社法上の位置づけについて理論的・体系的な検討も不十分としか言いようがない。どのように不十分であるかについての指摘は、第5章において、制度の意義・必要性、他の民商法上の規定・制度との理論的・体系的整合性などについて、自説を展開しているのでこれによって代えることとする。

<sup>225</sup> 代表訴訟制度研究会(1)14頁、末永敏和「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事法務 1528号 21頁、23頁(1999)。現に266条6項は多数決による免除を認めている

<sup>226</sup> 第5章第2節第2項2(208頁)参照

<sup>227</sup> ただし、責任免除が第三者の利害に反するなど、総株主の同意によっても免除し得ないような場合があるので、本論文では、会社債権者を害するような免除はできないこととしている(第5章第2節第3項参照)  
英米法においては、会社という団体内部のことは団体が自ら決するのが本来であり、通常取締役の行為の瑕疵は株主の多数決で治癒できる(ratification: 追認)。これが取締役の責任を減免する機能をも果たし得ることになる。しかし、発生した損害がいわゆる利害相反行為による忠実義務違反の場合は、単純多数決による追認は、多数派株主を支配する経営者による少数派株主に対する詐欺行為となるため、株主全員一致による場合以外は認められない。また、減免が会社債権者を害するような場合には、もはや団体自治の許容範囲を超え、株主には会社財産を自由に処分する権限はなくなり、減免は認められない(111頁参照)

<sup>228</sup> 現行法が、免除を原則禁止とし例外的に一定の要件に適用ときだけ可能とする体裁であるところを、一定要件に該当するとき、または総株主の同意があれば要件の如何を問わず、免除を可能とする体裁に変える

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

制度内容的にも、以下に見るように、免除されるべき責任の範囲が限定的であり、かつ、免除の手續・要件も制約的で、さらに免除後の賠償額もかなり高額なことから、責任制限制度として殆ど実用に耐えないものとなっている。

### 2 軽減の対象となる責任、行為についての問題点

#### (1) 対象となる責任条項

本制度は、266条1項5号のみを対象としているが、その理論的根拠が明確でない<sup>229</sup>。また、同項1号から4号までの責任、あるいは会社法上のその他の取締役の責任に関する規定については、責任軽減を認める必要がないのかどうか検討する必要がある。

#### (2) 善意・無重過失の行為を責任制限の対象とするので十分か

軽減の対象となるのは、善意・無重過失の行為が対象である(266条7項、12項、19項)。学説も、重過失は悪意と同視されるから、免責を認めないのは当然とする見解が多い<sup>230</sup>が、次のような問題点がある。

まず、経営判断の原則を過失による責任を免除するものとする認識もあり、私見はそれを受当なものとは思わないが、現実問題として、これまで経営判断の原則に配慮して、重過失ないしそれに近い過失がある場合にのみ、取締役の責任が認められてきたことが指摘されている<sup>231</sup>。このことを前提として考えると、責任制限制度を軽過失がある場合にのみ適用するならば、その適用範囲は相当狭く現実的にあまり機能しないものとなる<sup>232</sup>。一方で、責任制限制度ができたことにより、経営判断の原則が適正に運用されるようになれば、裁判では、過失ありとして責任を認めた上で責任を制限する場合が増えることになる<sup>233</sup>。結果は、従来に比べて責任を認定されることが多くなるだけと言うことになりかねない。

次に、重過失の意義については曖昧なところがあり<sup>234</sup>、過失か重過失かの争いが多発して裁

<sup>229</sup> 北村雅史「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」民商 126 巻 4・5 号 574 頁(2002)

<sup>230</sup> 岩原・前掲論文(脚注 18) 127 頁脚注 32 は、重過失は悪意と同視され免責を認める必要はなく、アメリカ各州会社法もほぼ同様であるとする

<sup>231</sup> 岩原・前掲論文(脚注 18) 123 頁、代表訴訟制度研究会(3)(上) 43 頁、森本・前掲論文(脚注 210)21 頁注 34。吉原・前掲論文(脚注 13) 120 頁は、経営判断原則によっても保護されないような場合、すなわち著しく不合理・不当であり経営者に認められた裁量の範囲を逸脱しているとして善管注意義務違反があったとされるような場合には 経営判断原則は責任の要件を軽過失から重過失に軽減するものではないが、重過失があったとされることも多いであろうから、経営判断の失敗について責任が認められる場合には責任制限制度はほとんど機能しないと考えられるとする

<sup>232</sup> 吉原・前掲論文(脚注 13) 120 頁は、経営判断の原則の適用がない場合、すなわち、著しく不合理・不当であり経営者に認められた裁量権の範囲を逸脱しているとして善管注意義務違反があったとされるような場合には 経営判断は責任の要件を軽過失から重過失に軽減するものではないが、重過失があったとされることが多いであろうから、経営判断の失敗について責任が認められる場合には責任軽減制度は殆ど機能しないのではないかと考えられる、とする

<sup>233</sup> 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』75 頁(商事法務、2002)

<sup>234</sup> 大杉謙一「取締役・監査役責任と、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 9/2002/74 巻 10 号 25 頁、29 頁(2002)

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

判が長引き、実務的に責任制限制度は機能しないことも考えられる<sup>235</sup>。

重過失の意義・定義を明確にした上で、故意かこれと同視されるような、非難可能性の高いものは適用対象としないが、これらを除いて重過失も過失の範疇に入るものとして、責任の一部免除制度に含めてよいのではないかと検討を要する<sup>236</sup>と考える。

### (3) 忠実義務違反の適用除外の可否

いわゆる狭義の忠実義務<sup>237</sup>（会社と取締役間の利害対立状況において私利を図らない義務）違反の行為が、責任軽減の対象となるか否かについては、現行法に明文の規定がない。取締役が会社との利害相反の状況下で私的利益を得た場合に、故意は当然ながら、過失による場合にもこれを手元に留保させておいてよい理由はないから、これの賠償（ないし得た利益の返還）を義務づける必要がある。狭義の忠実義務違反の行為は、善意にして且重大な過失がない場合に当てはまらない場合が多いから、その意味で責任軽減は適用されないことが殆どであろう。しかし、過失による狭義の忠実義務違反もあり得るから、その場合も適用除外とすべく<sup>238</sup>明文化する必要がある。

### (4) 会社債権者を害するような責任制限の可否

会社債権者を害するような責任軽減は、認めるべきでないとする考え方<sup>239</sup>が有力であるが、改正法にはその規定はない。

## 3 責任制限の方法に関する問題点

### (1) 軽減を行うタイミング、制度の使い勝手

責任軽減を、株主総会または取締役会で決議するタイミング（提訴前、判決確定前、判決確定後）が難しいとの指摘<sup>240</sup>が多いが、これは制度の根本的な問題点と言える。

( ) 提訴されてもいないのに責任を認めた上で減免を行うことは、限られた場合<sup>241</sup>を除いて通常は想定しにくい。しかし、弁護士等の鑑定を基礎に、会社自らが責任原因となる事実と賠

<sup>235</sup> 森本・前掲論文(脚注210)17~8頁、神田ほか・前掲座談会(脚注215)18頁神田発言、松井秀樹「株主代表訴訟・監査役制度関連改正」金法1650号25頁、26頁(2002)

<sup>236</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注215)18頁神田発言、15頁宮廻発言、16頁久保利発言。上村・前掲論文(脚注203)商事1600号17頁(軽過失は制限され悪意・重過失は無制限責任となる、この驚くべき格差についての合理的説明はない)

<sup>237</sup> 後掲第5章脚注135~137と対応の本文参照

<sup>238</sup> 代表訴訟研究会(3)(下)18頁(軽過失であっても取締役利益が残っている場合には免責を認めるべきでない)、近藤光男「株主代表訴訟制度を中心に」ジュリ1156号90頁、91頁(1999)

<sup>239</sup> 岩原・前掲論文(脚注18)127頁

<sup>240</sup> たとえば、松井秀樹・前掲論文(脚注235)25~6頁、森本・前掲論文(脚注210)16頁、河本・前掲(脚注202)13頁

<sup>241</sup> たとえば、社会的に広く知られるにいたった事案で、無制限の監督責任を問うことに会社が躊躇するような(優れた科学者であるが部下の監督能力に必ずしも優れないような研究部門を管掌する取締役に責任が発生したような)場合

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

償額を確定して株主代表訴訟提起前に責任制限を決議することも不可能ではない<sup>242</sup>。

( ) 訴訟中は、被告はまずは自分に責任がないことを主張立証しようとするが、訴訟の進展につれ被告に不利な状況予想が強まってくる段階で、訴訟を中断してその間に手続をとることも考えられる<sup>243</sup>。実務的には、第一審において取締役が敗訴した場合に、被告取締役が控訴し、控訴審継続中に、第一審判決の認定した責任原因となる事実および賠償の責めに任ずべき額を基礎に、決議の手続を進め、決議成立後控訴を取り下げることが予定されているようである<sup>244</sup>。

( ) 第一審敗訴後や判決の確定後に株主総会に責任軽減を諮っても、株主の抵抗が強いであろう<sup>245</sup>。さらに裁判所は、すでに責任軽減決議が行われていて被告がそれに基づいた主張をする場合を除いて、軽過失か重過失かを厳密に区別する必要はないし、判決理由に軽過失か重過失かを述べない場合もある。その判決をもとに、取締役会や株主総会が軽過失であると判断して責任軽減の決議をした後、その効力を再び争えば果てしなく裁判が続くことになるし、その結果重過失が認定されることになると、株主総会決議は無効となり<sup>246</sup>、取締役会決議による場合は決議に賛成した取締役の責任問題を生じかねない。確定判決が出て原告が強制執行を求めてくれば、もはやこれの法的な阻止はできないという事情もある<sup>247</sup>。

判決後に株主総会が責任軽減をすることは、株主総会という私人の行為による裁判所の見解の否定であり、法制度の基本的あり方から考えてゆゆしい問題であると指摘するもの<sup>248</sup>もあるが、改正法はこれを排斥してはいない。

以上のように、制度は実務的・実践的には使い勝手が悪いとの認識<sup>249</sup>があり、責任制限の対象となる責任を軽過失に限定していることや賠償額が高額であることを併せてみれば、制度が実際に使われないのではないかと懸念が生じる。むしろ、これらの制約のない和解により解決の方が適切であろうとする見解もある<sup>250</sup>。

#### (2) 株主総会の判断機能についての疑問

株主総会は無機能化しており、株主が責任制限の得失を判断する能力や気力を欠く場合も多いから、株主総会が適切に判断できるか疑問があり<sup>251</sup>、株主は経営者のいいなりに、たとえ重過失でも承認してしまう可能性<sup>252</sup>があるとの批判がある。これを監査役の同意でチェックする

<sup>242</sup> 森本・前掲論文(脚注210)16頁

<sup>243</sup> 森本・前掲論文(脚注210)16頁

<sup>244</sup> 森本・前掲論文(脚注210)16頁

<sup>245</sup> 松井秀樹・前掲論文(脚注235)25~6頁

<sup>246</sup> 北村・前掲論文(脚注229)574~75頁

<sup>247</sup> 近藤・前掲論文(脚注238)91頁

<sup>248</sup> 上村・前掲論文(脚注203)商事1600号15~6頁(後掲脚注254および対応本文参照)

<sup>249</sup> たとえば、河本・前掲(脚注202)12~3頁

<sup>250</sup> 松井秀樹・前掲論文(脚注235)26頁。田中・前掲論文(脚注18)35頁は、いったん認定された賠償金を減免すると税務上課税対象となりかねないことを理由として、和解によるのがよいとする

<sup>251</sup> 岩原・前掲論文(脚注18)125頁、大杉・前掲論文(脚注234)28頁、近藤光男「取締役の責任制限」法学教室264号32頁、33頁(2002)

<sup>252</sup> 近藤光男「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」企業会計54巻3号25頁、27頁(2002)、大杉・前掲論文(脚

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

規定になっているが、監査役のチェックは有効なのかとの疑念もある<sup>253</sup>。

異色の見解で、裁判所が示した判断（賠償額）を株主総会という私人が覆す（軽減する）ような制度はあってはならないとし、裁判所が軽減を決定する制度以外は認められないとするものがある<sup>254</sup>。この批判に対して、裁判官による賠償額減額方式を否定はしないものの、だからといって、株主による責任軽減判断を全面的に排除すべきことにはならないとの反論がある<sup>255</sup>。

### （3）監査役の同意、公正さの確保

（ア）責任軽減議案の株主総会ないし取締役会への提出において、その妥当性や公正性・中立性を担保するため、監査役全員の同意を要することとされている（266条9項、13項、21項）が、その実効性への疑問が呈されている<sup>256</sup>。本件同意の問題に限らず、これまで監査役についてその無力性、独立性欠如が大いに指摘されて来たところであるが、平成13年改正は、いわば監査役制度の集大成的改正であり、今後とも依然として監査役制度が機能しないと言えるかどうかは事態の推移を見守る必要があるかもしれない。

（イ）取締役会が議案を提出するのではなく、株主提案等の方法により取締役の責任を軽減する場合は、監査役の同意なしに免責ができるので問題であるとの指摘がある<sup>257</sup>。これに対しては、取締役の責任軽減は取締役会や各監査役の責任ある判断を経て株主総会で決定すべきであり、株主提案は認めるべきでないとするもの<sup>258</sup>や、反対に、通常の株主提案には監査役の同意は不要なのであるから、責任制限に関しても株主の判断を尊重して、監査役の同意は不要としてよいとするものもある<sup>259</sup>。私見のような定款規定に基づく事前の責任制限制度を基本とする場合は、事案の定款規定への当て嵌めについての取締役会の判断の適正さは重要であるが、監査役の同意の有無や監査役の判断の実効性は直接問題とならない。

### （4）取締役会決議による責任の一部免除についての論議

（ア）266条12項の定款規定により具体的な免責決定を取締役会へ授権する制度は、責任制限制度としては中途半端で機能が不十分であるために、制度を不要とするもの<sup>260</sup>など多くの批

---

注 234)28 頁(合理的判断能力に欠ける零細株主による責任軽減は、取締役等に賠償責任を課した趣旨を空洞化させる懸念がある)

<sup>253</sup> 近藤・前掲論文(脚注 251) 34 頁、岩原・前掲論文(脚注 18) 126 頁。田中・前掲論文(脚注 18) 33 頁はこの議論は監査役の無力性を前提にしているものであり、そのとおりかもしれないが、今回の法改正では監査役の独立性を高める諸措置が講じられており法改正の立場は理論的には一貫しているとする

<sup>254</sup> 上村・前掲論文(脚注 203) 商事 1600 号 15～6 頁(取締役は無機能な株主総会の判断を取付けたことに対して、新たな損害賠償責任が生じかねないこと、株式持下では株主＝経営者が減免を決定することになることから、株主総会による軽減の決定は認めることができず、裁判所が責任額を決定する制度以外にはありえないとする)

<sup>255</sup> 大杉・前掲論文(脚注 234)28 頁

<sup>256</sup> 脚注 253 参照

<sup>257</sup> 岩原・前掲論文(脚注 18) 128 頁、北村・前掲論文(脚注 229) 575 頁

<sup>258</sup> 北村・前掲論文(脚注 229) 576 頁

<sup>259</sup> 近藤・前掲論文(脚注 252) 27 頁

<sup>260</sup> 代表訴訟制度研究会(3)(下) 21 頁、岩原・前掲論文(脚注 18) 129 頁、公明党「企業統治に関する商法等の

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

判がある。

まず、予め定款規定を設けることを株主総会が承認する時点で、株主は、取締役が将来負うことになる責任の発生の事情や、実質的な負担の大きさなどの軽減の具体的内容が分からないことを問題として、このような制度を不要とする批判<sup>261</sup>がある。この批判に対しては、将来の責任発生の事情や損害額等の予測が困難なのは、取締役にしても同じであり、論者が、株主には事前にリスクの一部を負担させず、挙げて取締役が負担することを法により強制すべきとする理由が明白でないとする反論がある<sup>262</sup>。この反論は尤も然りであるが、私見は、株主は責任制限の具体的内容が分かっても果たして適切に判断できるかどうかの問題もある（第5章第3節第1項2）ほか、むしろ、責任制限適用要件を客観的明確化しておけば、開示制度と相俟った社会的監視や二次的訴訟への懸念などが、減免適用についての取締役会判断の公正性の担保となり得るため、制度の濫用への懸念を強調しすぎる必要はないと考えている<sup>263</sup>。

取締役会は軽過失であると判断したことに対して、原告が重過失であったと主張するなどして二次的な代表訴訟を誘発する恐れがあり、取締役会がこの制度を使わない可能性があるとする指摘<sup>264</sup>もある。上の2（2）にのべたように責任制限の対象除外事由としての重過失の意義を明確化する必要があるが、むしろ、二次的訴訟への恐れをもって制度反対の根拠とするのではなく、そのような恐れがあることが取締役会の馴れ合いを抑止し、公正な判断を担保すると受け止めたいものである<sup>265</sup>。

免責決定手続をとる取締役間の馴れ合いの危険についての懸念<sup>266</sup>もさることながら、反対に、取締役会が本当に軽減手続をとってくれるかどうか分からないという問題の方が大きい。経営陣と対立する取締役などには、制度が適用されない可能性があろう。この制度が取締役に安心感を与えることにならないことをもって、有害無益な制度として不要論に結びつけるものもある<sup>267</sup>が、逆に、事前の責任軽減制度として生かすためには、社外取締役の事前免責契約制度（266条19項）と同じように、定款に規定するだけで免責できる制度（いわゆる事前の責任制限制度）にすべきとの見解もある<sup>268</sup>。この点が責任制限制度のあり方のキー・ポイントであり、本

---

改正案（中間とりまとめ）」商事1589号45頁（2001）

<sup>261</sup> 代表訴訟制度研究会(3)(下)20頁、岩原・前掲論文(脚注18)129頁、近藤・前掲論文(脚注252)28頁（危うい制度である）

<sup>262</sup> 田中・前掲論文(脚注18)34頁（大和銀行事件の取締役ニューヨーク支店長は、赴任の時点では、検査体制の不備を理由に巨額の責任を追及されようとは思ってもよらなかったであろう）

<sup>263</sup> 第5章第3節第2項3（225頁）参照

<sup>264</sup> 近藤・前掲論文(脚注252)29頁、公明党・前掲（脚注260）45頁

<sup>265</sup> 河本・前掲（脚注202）9頁は、株主代表訴訟の現状に対して、経営者は萎縮しているのではなく、慎重に検討を重ねた上で、やらなければならない経営判断はどんどんやっているとする

<sup>266</sup> 代表訴訟制度研究会(3)(下)21頁、岩原・前掲論文(脚注18)129頁

<sup>267</sup> 代表訴訟制度研究会(3)(下)21頁、岩原・前掲論文(脚注18)130頁

<sup>268</sup> 田中・前掲論文(脚注18)35頁。大杉・前掲論文(脚注234)29頁（賠償下限額にD&O保険によりカバーされる額を加算するように修正した上で、直接免責方式に賛成）。岩原・前掲論文(脚注18)130頁も、責任制限制度特に事前の責任制限制度には反対の立場ながら、事前の免責制度を設けるなら直接免責規定しかないとする

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

論文は、責任制限制度のあり方としては、予測可能性のある、事前の責任制限制度とすることが不可欠である旨主張しているところである（第5章第3節第2項「事前の責任制限か事後的責任制限か」）。事前の責任制限制度を設ければ、本制度は廃止してよい。

（イ）100分の3以上の少数株主の異議権の趣旨は明確でない<sup>269</sup>。

この異議権を、株主がいったん定款を変更すれば、個別には株主の意向を問うことなく、取締役会の判断で責任制限を行うことが、株主の利益に反する不当な結果となる恐れがあり、それを防止するためのものとする理解がある<sup>270</sup>。

この少数株主の異議権を、簡易合併（413条ノ3第8項）等における議決権の6分の1以上の株主による拒否権<sup>271</sup>に類するものと解することもできそうである。責任制限制度は、取締役に対する損害賠償請求権の全部または一部を放棄することが、長い目でみて会社の利益に合致するとの考え方に基づいて、その導入の是非を株主に判断させるものである。株主の中には、賠償請求権の放棄は会社の損失となるだけであり、それによって得るものはないと考え、あるいは何らかの主義・信念に基づいて反対する者もいることであろう。このような少数者の意見も尊重するために、定款変更一般や組織変更等と同様に、決議要件を重くして特別決議としたものと理解するならば、その特別決議の有効性を担保するものとして、6分の1の持株比率による少数株主の異議権を設定するのなら理解できる。しかしそうであれば、100分の3という持株比率<sup>272</sup>は説明しがたいことになる。

小規模閉鎖会社の場合は別の観点からの検討もあり得ようが、少なくとも大規模公開会社においてはこのような少数株主の異議権の必要性は疑問である。むしろ、必要性の明確でない少数株主権を設けることにより、その濫用的行使の方も問題となり得る<sup>273</sup>。公開大会社において単独（ないし同一グループ企業合算）で100分の3を有する株主は、法的には少数株主であるものの実態的には相当な大株主であり、多数派株主の議決権濫用から保護されるべき対象というよりも、むしろその経営への直接的影響力保持者と観念することが現実的かもしれない。責

<sup>269</sup> 少数株主の異議権は、改正案要綱まではなかった。その後法案（後掲脚注 272 参照）に至るまでにこの異議権が挿入された経緯は不詳であるが、代表訴訟制度研究会(2) 12~3 頁の批判（株主総会の特別決議による責任制限についてであるが、研究会メンバーの中に少数派株主の保護のため、ドイツ株式法のように拒否権を付与する必要があるという意見があった）などに対応したものであろうか

<sup>270</sup> 近藤・前掲論文(脚注 252) 29 頁

<sup>271</sup> 簡易合併や簡易株式交換は、議決権の6分の1以上の株主の反対があればできない(413条ノ3第8項、358条8項)。これは、本来株主総会を招集・開催し、特別決議により承認する手続きをとるべきところを、その省略を認めることに対応して、6分の1以上の株主の反対（株主の半数の3分の1以上の反対に相当する）により、特別決議（議決権の過半数を有する株主が出席しその議決権の3分の2以上の賛成）の成就を阻止できたかもしれないことを担保するものである（江頭 679 頁および 704 頁）

<sup>272</sup> 当初法案では少数株主の定義を20分の1としていたのを、国会審議の過程で100分の3とした経緯がある（編集「企業統治関係商法改正法案の修正・国会審議状況」商事 1614号4頁（2001））

<sup>273</sup> 実方正雄「少数株主権の濫用」『権利の濫用・中（末川古希）』150頁、157頁以下（有斐閣、1962）は、少数株主権は、いわゆる会社荒しに悪用されるだけでなく、経営監督手段として強力な手段となるから、むしろその濫用により、会社業務の正常な運営を害し、株主の資格と関係のない純個人的利益追求の手段となりかねないことを指摘する

## 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

任軽減を決定する経営陣が、少数株主とアンダーテーブルの交渉により異議を唱えさせなくした場合、その対応策が明確にされていないとの指摘<sup>274</sup>もある。

### 4 軽減の限度額に関する問題点

社内取締役の4～6年分（しかも限度額計算のときに使用する報酬等は税込みの額である）は高すぎるのではないかとこの疑問が提起されている<sup>275</sup>。また、社外取締役についての2年分も依然高額であり、社外取締役を招請しやすくなるとは言えないのではないかと<sup>276</sup>との認識もある。

さらに、金額水準とは異なる問題ではあるが、軽減された額が賞与等として課税される可能性もあるとも言われる<sup>277</sup>。

改正法における軽減限度額はアメリカ法を参考にした<sup>278</sup>と言うだけであり、国会審議の過程で政党間の妥協<sup>279</sup>によって決定され、算定根拠や水準についての理論的根拠は不明である。責任制限制度の目的に照らして、軽減後の賠償額の本来のあり方を検討する必要がある。

### 5 役員賠償責任保険との関係

責任軽減後の賠償金が、役員賠償責任保険（D&O保険）でカバーされると、責任の抑止効果が減殺されることを問題視する見解がある<sup>280</sup>。

しかし、責任限度が明確化されれば保険料の算定が合理的になり<sup>281</sup>、かつ低額になるという利点もある。D&O保険には保険金上限額、填補割合（95%程度）、自己負担額などの制約があり、減免後の賠償額が保険により全額カバーされるわけではなく、D&O保険に加入していても、取締役が個人的に負担すべき額がゼロとなるわけではない。相対的に少額であるにせよ一定の自己負担部分があるため、義務違反抑止力が全くなるとは言えない。

それよりも、もともと平成13年の法改正により責任制限制度が導入される以前にも、賠償責任額がD&O保険により軽減され得たことに変わりなく、もし損害賠償額が保険によるカバー上限額の範囲内であれば、賠償額の大半が保険で賄われる状況が存在していたはずであること

<sup>274</sup> 上村・前掲論文(脚注203) 商事1600号16頁

<sup>275</sup> 神田ほか前掲座談会(脚注215)17頁久保利発言(大和銀行事件は例外として、これまではせいぜい1億円程度の賠償判決であった)、松井秀樹・前掲論文(脚注235)25頁、河本・前掲(脚注202)14頁。議員立法推進に当たった当事者による対談、太田ほか・前掲書(脚注233)7頁片田発言、34頁太田発言も、これだけの金額を払うことができるか疑問で、責任軽減のレベルとしては不十分としている

<sup>276</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注215)24頁宮廻発言

<sup>277</sup> 田中・前掲論文(脚注18)35頁。ただし品川芳宣「代表訴訟における賠償額減額と課税」取締役の法務95号116頁、117頁(2002)は課税否定説(判決の時点ではなく、減額後の賠償金を受け取った時点で会社益金に計上し、さらに減額部分は269条の報酬とすることには相当無理があることから、贈与または無償の供与とも認め難い)

<sup>278</sup> 太田ほか・前掲書(脚注233)10頁

<sup>279</sup> 脚注217に対応する本文参照

<sup>280</sup> 江頭363～64頁、大杉・前掲論文(脚注234)29頁(減免すべき額から保険給付額を控除すべきでありこのことを法文に明示すべきである)、近藤・前掲論文(脚注252)28頁(大杉説と同旨)

<sup>281</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注215)18頁神田発言

#### 第4章取締役の責任追及とその制限の現況

が指摘できる。すなわち、保険により責任の抑止効果が減殺される（と考えられている）ことは、責任制限制度を創設することにより新たに発生した問題ではないのである。この問題をつきつめれば、潜在的賠償責任リスクに備えて、予め保険を付して防衛することが許されるか（さらに言うと D&O 保険という制度は許容されるか）という問題に還元される。答は簡単明瞭で、少なくとも保険料を自分で負担して保険に入ることには何の問題もないと言えそう<sup>282</sup>である。

保険に関してこれ以外に、保険料の会社負担についても検討を要する課題である<sup>283</sup>が、今回の改正法には含まれていない。保険の問題は後ほどまとめて検討する（第5章第1項6「責任制限制度と役員賠償責任保険との関係」）。

---

<sup>282</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注 215) 22 頁宮廻発言、神田発言

<sup>283</sup> 神田ほか・前掲座談会(脚注 215) 22～3 頁神田、宮廻、久保利発言

## 第5章 責任制限制度のあり方

### 第1節 責任制限制度の必要性和妥当性

#### 第1項 責任制限制度の意義

##### 1 取締役・執行役の職務の特性

取締役・執行役は、委任関係における受任者の地位にあり（254条3項）、善管注意義務・忠実義務（254条ノ3）を尽くして会社の経営、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（善管注意義務を尽くすこと）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・執行役はその大幅な自由裁量に任されることになる<sup>1</sup>。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ない。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言えない。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取締役・執行役に要求される能力水準に照らして不合理な点がないければ、取締役・執行役には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。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・執行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・不正な行為を行わ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ことになる。

取締役・執行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・執行役の注意を喚起し、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。

---

<sup>1</sup> 第4章脚注3および4参照

### 2 取締役の経営判断における萎縮の防止

取締役・執行役は、果敢にリスクを取って最大の利益を追求することが、会社（＝株主）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。もしそれにもかかわらずリスクをとることに躊躇しない者があったとしても、そのような者は、合理的で優秀な経営者と言うことにはならない。取締役・執行役が萎縮した結果会社の利益が上がらなければ、会社（＝株主）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（低額かあるいはゼロとする）しておくことにより、取締役・執行役が果敢に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政策的意義を持つ。

取締役・執行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るが、必要なリスクテイクを行わず、会社が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少ない（そのような義務違反の証明は困難である）。

### 3 責任の公平性

（1）取締役・執行役が、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、その個人的資力・財産規模とは、比較にならない巨額なものとなり得る。その場合、商法の責任規定に基づいて、取締役・執行役の行為と因果関係のある損害について全額を、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<sup>2</sup>。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・執行役はたちまちにして破産に陥ることになるが、取締役・執行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ものとは言えないであろう。あるいは、取締役・執行役個人からみれば、そのような過大なリスクを負わなければならないほど、取締役・執行役という職務の価値は大きいはずはない。この観点から責任額をその有責性に見合った適正なものに抑制することが、公平性・合理性に適うことになる。

（2）別の観点から見ると、取締役・執行役が、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、その利益は会社（＝株主）に全額帰属する。取締役・執行役という職業をひとつの事業と見立てた場合に、会社の事業の成果が上がれば、自己の事業についての成果（収益）は報酬・賞与等の形で受け取るが、当然ながら会社の事業利益をまるごと受け取るものではない。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、それをそのまままるごと取締役・執行役に負わせる（事業のコスト）と言うのでは、取締役・執行役

<sup>2</sup> 会社法の研究『取締役(4)』5頁金築発言（1997）

にとって、事業のコストが収益とは不釣り合いに多額となり、その収支の不均衡ぶりは不合理かつ不公平と言うほかない。事業と見るかどうかはさておいて、要は、人がおよそ経済合理性に欠ける職業に就くことに何ら躊躇しないことを当然の前提として、取締役・執行役の責任に関する法制度のあり方を考えることは、妥当性を欠くものと言うほかない。取締役・執行役に過酷な責任を課せば、取締役・執行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、取締役・執行役、特に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、よって責任制限制度を設ける必要はない（社外取締役に適用する制度だけでよい）旨の反論がなされる。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（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、責任の過大さの認識が不十分だっただけであろう。注意義務違反が発覚することが少ないとか、原告株主側の証拠収集に限りがあるといった事情も、これを助長しているかもしれない。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的確に追及されるものであったら、たちまちにしてその過酷さに悲鳴を上げたはずである<sup>3</sup>。そして通常取締役・執行役であれば、就任拒否を真剣に考慮することにならなかったと言い切れるであろうか。責任が追及されることは少なく、取締役・執行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して、これを前提として責任制限制度は厳格のままでもよいと言うのはおかしい論理である。現在の責任制度は実質的には厳格でないといっているのと同義の本末転倒論である。過度に厳格であるべきでないことを是認するなら、責任制度を厳格でない通常・妥当なものに変更しなければならず、その上で、その責任を的確に追及できることを保障するような仕組みとするのが、本来の法制度のあり方であろう。

（3）経済的に会社の所有者とされる株主は、自己の全財産を当該会社に資本提供しているような特殊な場合は別として、通常は、財産の一部を、ひとつの銘柄だけでなくポートフォリオとして多数銘柄に分散して投資している（コスト・リスクの分散）と言えよう。しかし取締役・執行役には、その事業コストのリスクを分散する方法はないのである。取締役が過失を犯したときは、あたかも取締役は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の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）に負担させることになるが、そのことが、公平性、合理性に合うことになるのである。

<sup>3</sup> 大和銀行事件一審判決の反響は大きく、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とされることにつき、脚注 29 参照

## 第5章責任制限制度のあり方

(4) これまでの責任制限論は、萎縮防止だけをあげるものが多い<sup>4</sup>。しかしそれだけではない。業種などによってはリスクテイクがそれほど必要でなく、安全重視の経営判断の方がはるかに重要な会社もある。あるいは必要な業種であっても、株主によっては取締役の責任を減免すること自体を嫌うものもあろう。そのような場合であっても、取締役が負うべき責任の公平性について併せて考慮することが合理的な法制度のあり方と言えよう。リスクテイクが必要でない会社や、責任を免除したくないと考える株主にとっては、責任を制限して賠償額を減免すれば、会社(=株主)の利益に反することにもなるが、そのような場合にもなおかつ、取締役の責任の公平性の観点から責任制限が許容されなければならないこともある。

責任制限制度は、法技術的には、取締役・執行役の任務懈怠によって発生した損害を、取締役・執行役が全額賠償すべきところを、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う形を取るのが通常である。しかしこのことは、本来なら取締役・執行役が個人的に負わなければならない責任額を、恩恵的に免除するというようなものではないのであって、そのようにして軽減された後の賠償額が、取締役・執行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ものである。その意味で、免除、一部免除という言い方はその語感から適切さを欠くかもしれず、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ろう<sup>5</sup>。本論文では商法等の規定文言と平仄をあわせて、前者の「免除」を用いることも多いが、真意は後者の意義である。

### 4 コーポレート・ガバナンスにおける意義

(1) これまで、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。すなわち、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ることが不可欠という考え方である。現在の責任制度が設けられた昭和25年以降最近まで、このような観点(パラダイム)は変わることなく、責任制度はひたすら維持(むしろ強化)され続けてきたのである。

委員会等設置会社制度は、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言うべきであろう。そこでは、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、公正な判断を他から干渉されることなく自立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。取締役に厳格な責任を課して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。

<sup>4</sup> 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』31頁片田発言および56頁解説(商事法務、2002)

<sup>5</sup> アメリカ法では、“limit (ALI Principles)”, “limit or eliminate (California, Delaware, New York, Model Business Corporation Act.) (制限し又は消滅させる)”, あるいは、“not liable (Indiana) (責任を負わない)”のように表現している

## 第5章責任制限制度のあり方

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・執行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。本論文で責任制限制度を再構成しようとする主眼はここに置かれる。

(2) これまで訴訟において、被告取締役に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<sup>6</sup>。これまで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、敢えて当該行為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もの<sup>7</sup>も、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<sup>8</sup>。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も重要となる。ただし濫訴等の無益・不当な訴訟を排除する手段を講じることは別の問題である。

### 5 類似の職務にある者との権衡

#### (1) 他の専門家責任との関係

取締役・執行役の責任制限に関して、他の専門家に比して取締役・執行役だけその責任を減免する理由に乏しいとする指摘<sup>9</sup>が散見される。これに対しては、次のように言うことができよう。

まず、取締役・執行役の責任制限が必要であるか否かは、取締役・執行役についてのみ判断すればよいのであって、取締役・執行役にとって必要であるけれども他の専門家にそのような制度がないから、それとの比較で、導入すべきではないという論理であれば意味をなさない。他の専門家についても検討し、何らかの責任制限が必要であれば、それを導入すればよいだけ

<sup>6</sup> 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」商事法務 1477号 2頁、8頁(1997)、岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリ 1206号 122頁、125頁注 22(2001)、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 1577号 4頁、13頁(2000)

<sup>7</sup> 第4章脚注 231 参照

<sup>8</sup> 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 1690号 13頁、13~4頁(2004)(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、職務の遂行する体制の確保が要請される)

<sup>9</sup> たとえば、末永敏和「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事法務 1528号 21頁、24頁(1999)、代表訴訟制度研究会(3)(上) 44頁、新谷勝「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」法律時報 71巻 2号 48頁、52頁(1999)

## 第5章責任制限制度のあり方

のことであることを指摘しておく<sup>10</sup>。

次に、アメリカで、他の専門家と対比して、取締役についての責任制限が必要である理由として、次のような点を挙げているので参考にしたい。( ) 被害者への補償の必要度が他の専門家に比して低く、取締役・執行役の賠償額を制限しても、通常は被害者たる会社(=株主)に破滅的な影響を与えないことである<sup>11</sup>。会社(=株主)という被害者については、一般的には、たとえば医療過誤における被害者のように、救済の緊急度も必要性も大きくない<sup>12</sup>。( ) 取締役・執行役の仕事を事業として捉えた場合に、その事業のリスクの回避ないし分散のための合理的な手段が、責任制限制度以外にはないことである。他の公認会計士や弁護士などの専門家は、複数の多様な顧客を持ち、リスクを分散することが可能であることと、コストを報酬に織込んで合理的に吸収することが可能であることである(尤も日本では、報酬に関する規制もありコストの織込みを必ずしも全うし得ない場合もあるが)。これに比して取締役・執行役は、顧客は自分の会社だけであり分散できず、その報酬には、損害が発生したときの賠償コストを含んでいるとはおよそ言いがたい<sup>13</sup>。

なお取締役・執行役は、その被選任資格に特別の公的な資格要件を求められておらず、専門家とは言えないとの観点<sup>14</sup>もあり、その意味では、医師、弁護士、公認会計士などと同列に比較して論じるべきでない面もあろう。しかし専門家であるか否かは別としても、取締役・執行役の責任が、その弁済資力をはるかに超える可能性があり、あるいは、提供するサービスの対価として得る報酬の中に賠償コストを包含し得ない点においては、会計士や弁護士等の専門家と比較した場合、その程度がより甚だしく劣るものであることが指摘できよう。

### (2) 公務員、会社従業員の賠償義務との比較

<sup>10</sup> たとえば、公認会計士の責任について次のような見解がある。良永和隆「公認会計士の責任」川井健編『専門家の責任』305頁、317頁(日本評論社、1993)は、会計士は、依頼会社(商特9条)、第三者(商特10条、証券取引法21条1項3号、民法709条)に対して損害賠償責任を負う。後者の賠償額は巨額となる可能性があるが、広く投資者を保護しようとする時代の趨勢があることと、責任強化による会計士の技術向上のためとして、会計士の民事責任を拡大すべきであるとされることに躊躇を覚えるとする。その理由として、第三者が投資家であるような場合は、虚偽の財務諸表を作成したのは会社であり、これと連帯責任を負う会計士の過失は違法性の点で軽度である、株式投資のような本質的にリスクを伴うものは、このようなリスクもあわせて投資家が負うという考え方もあり得るのではないかとしている

<sup>11</sup> 近藤光男『経営判断と取締役の責任「経営判断の法則」適用の検討』99~101頁(中央経済社、1994)において、経営判断の法則をわが国に導入すべき理由としてであるが、他の専門家(たとえば医者)の過失に比して、被害者救済の必要度(医療における患者の救済必要度は高い)、損害を被害者に負担させることの可否(患者の同意がなければリスクを負担させ得ない)、独自の行為の許否(冒険的治療方法は許容されない)などの点において、取締役の過失は会社の財産的損害に限られ、取締役に経営判断法則を適用することにより結果責任を問わないことには妥当性があるとする

<sup>12</sup> ただし、損害の発生により会社の存続が危うくなり、その結果、会社債権者の利益を害するような限られた場合は、別の考慮を要すると考えられる(第2節第3項「会社債権者の利害と取締役の責任制限」参照)

<sup>13</sup> 第2章第6節第2項2(4)(85頁)参照

<sup>14</sup> 神作裕之「会社役員賠償責任保険の会社法に与える影響」学習院大学法学研究年報29号83頁、109頁注55(1994)(弁護士や公認会計士のような資格を要しないから、義務違反があっても資格取消、協会による自主規制などの抑止力が働かない)

## 第5章責任制限制度のあり方

以下に見るように、公務員の不法行為については、国又は地方公共団体からの求償は、当該公務員に故意・重過失があったときのみ可能であり、会社従業員の不法行為による使用者責任においては、当該従業員に対する求償はほとんど行なわれない<sup>15</sup>。これら求償権の行使に一定の制約を設けることが、これらの者の業務遂行における萎縮の防止や公平性ないし信義則に適うという配慮が見られるのである。また、これらのものに対する責任の減免についても特段の制約はない<sup>16</sup>。

しかし取締役についてはこれらとは大きな段差があり、取締役は故意・過失により全面的に責任を負い、また、その責任の免除は容易ではない。株主代表訴訟制度もある<sup>17</sup>。

取締役と従業員は、その権限や裁量の範囲において大きく差異があるといっても、その行為に対して会社が報償責任ないし危険責任を負うべきであるとする点においては、大差ないのである。

### (ア) 公務員

国家賠償法1条2項は、公務員が職務を行うについて、故意または過失により違法に他人に損害を加えたとき、国または公共団体が賠償責任を負い<sup>18</sup>（同条1項）、国または公共団体は、公務員に故意または重過失があったときだけ求償権を有すると規定する。これは求償の要件であるが、公務員による、国または公共団体に対する直接の不法行為の責任についても当てはまるとする裁判例もある<sup>19</sup>。そして求償を故意または重過失の場合に限定する趣旨について、職務に関してなされた不法行為については、軽過失によるものを免除する（公共団体が負担することにより、公務員の萎縮を防止し職務を十分果させることになり合理的であるとされる<sup>20</sup>）。

### (イ) 会社従業員

会社従業員は、雇用契約に基づいて善管注意義務を負い、これに違反したら会社に対して損害賠償義務を負う<sup>21</sup>。従業員が事業執行について第三者に損害を加えたときは、会社は賠償する義務があり、これを当該従業員に求償することができる（民法715条）。使用者が賠償すれば、被用者は使用者に対して債務不履行責任を負うから求償の根拠が生じる<sup>22</sup>。

<sup>15</sup> ただし、故意の不法行為（横領など）については、公平に反しないから責任追及は行なわれる（会社法の研究『取締役(4)』2頁稲葉発言）

<sup>16</sup> 稲葉・前掲論文(脚注8)16頁(2004)（公務員については、会計検査の対象にはなる）

<sup>17</sup> 公務員についても、住民訴訟の制度がある（地方自治法242条の2）

<sup>18</sup> 判例は一貫して、被害者は公務員個人に対しては直接損害賠償請求できないとの立場をとる（最判昭30.4.19民集9巻5号534頁ほか）。学説は直接請求否定、肯定、折衷説と対立する（古崎慶長『国家賠償法』197頁（有斐閣、1971））が、否定説が通説である（内田・民法462頁）

<sup>19</sup> 大阪高判昭48.7.16・昭和46(行コ)12（最高裁HP; <http://www.courts.go.jp/> 裁判情報・行政事件裁判例集）の原審。仙台高判・平3.1.10・昭和62(行コ)4（最高裁HP）も、同旨を述べる。なお、会計職員については、会計法41条、会計検査院法32条、地方自治法243条の2等に、故意又は重過失（現金については故意又は過失）によって、現金や物品を亡失または損傷したときに、賠償（弁償）責任を負うとする規定がある

<sup>20</sup> 大阪高判昭48.7.16（脚注19）、古崎慶長『国家賠償法』203頁（有斐閣、1971）

<sup>21</sup> 我妻栄『債権各論中巻2』565頁（岩波、1962）

<sup>22</sup> 内田・民法460頁

## 第5章責任制限制度のあり方

しかし、近時使用者責任を、報償責任、危険責任を根拠にする代位責任であるとする説が主流となってきている<sup>23</sup>。このことから、被用者との関係でも使用者に責任を集中することが要請される<sup>24</sup>。昭和51年最高裁判決<sup>25</sup>は、被用者に対する求償および賠償の請求が制限される場合があるとし、使用者は、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対して損害の賠償又は求償を請求することができる」と判示する。平井教授は、この判決は一般的条項を多用しており有用性に欠けるとしつつ、具体的な求償の可否の基準としては、使用者および被用者の内部関係（指揮監督関係）に着目して、被用者が法令・契約上の義務の履行行為の課程において、または、使用者の具体的な指揮監督を受けた行為の過程において、それぞれ第三者に損害を生じさせた場合には求償権は否定され、被用者が法令または契約上の義務に故意に違反した場合には、求償権は全額認められるべきであるとする<sup>26</sup>。

### 6 責任制限制度と役員賠償責任保険との関係

#### (1) 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)<sup>27</sup>があるから、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り得よう<sup>28</sup>。D&O 保険は、債務者（取締役・執行役）を保護するとともに、債権者（会社）にとっ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<sup>29</sup>。しかしながら、以下に見るように D&O 保険がカバーする金額に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と言うことができ、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本末転倒である。

(イ) 保険のコスト構造について次のような分析がある。すなわち、保険（火災、自賠償、傷害についてであるが）の、保険金として被害者の手に渡る部分と、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、40~75 対 60~25 と極めて非効率である<sup>30</sup>。さらに裁判を起こすとすると、弁護士費用（原告・被告の双

<sup>23</sup> 内田・民法 445~46 頁、平井・各論 225 頁

<sup>24</sup> 内田・民法 460 頁、平井・各論 239 頁

<sup>25</sup> 最判昭 51.7.8 民集 30 巻 7 号 689 頁（石油タンクローリー運転中の事故により、使用者および第三者に与えた損害に関して、使用者が経費節減のため対物・車両保険に入っておらず、被用者の成績も普通以上であることから、賠償（求償）額は、信義則上、損害額の 4 分の 1 を限度とするのが妥当である）

<sup>26</sup> 平井・各論 239~40 頁

<sup>27</sup> D&O 保険の解説として、三井海上火災保険(株)編『株主代表訴訟と会社役員賠償責任保険 (D&O 保険) の解説』（保険毎日新聞社、1994）、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=近藤 417 頁などがある

<sup>28</sup> 末永・前掲論文(脚注 9) 24 頁

<sup>29</sup> 淡路・前掲論文(脚注 27) 437 頁（特に大和銀行事件判決後顕著となっている。より高額な填補金額を求める企業も増えた）

<sup>30</sup> 西島梅治「賠償と補償・保険」『岩波基本法学 5 - 責任』327 頁、334~35 頁（岩波、1984）

## 第5章責任制限制度のあり方

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<sup>31</sup>、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20%にも満たないこともある<sup>32</sup>。このことは、必要な賠償金を払うために、実にその5倍もの費用が掛かることを意味する。このような保険の経済的な構造の基本は、現在でも大筋変わっていないであろう。アメリカでも同様の問題指摘がなされており、保険のコストが高いから保険制度を廃止した上で、取締役の賠償額を制限する制度を創設する必要があるとする学説があった<sup>33</sup>。

この意味において、保険制度の方を廃止して責任制限を実施するとすれば、社会的コスト<sup>34</sup>は大幅に軽減することができる。一方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(の大部分)が填補される効果が生じるところにある。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・執行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保険制度は不要と言うつもりはない。しかし、リスクの人的・時間的分散機能を持つコストの高い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(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)によって填補されない場合<sup>35</sup>があり、このような場合には取締役・執行役を保護(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。

また、保険事故が増えれば、保険料の高騰や、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、アメリカにおいて1980年代に実証済である。最近でもベンチャーの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ようである。これに加えて、2001年9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D&O保険の引受を厳しくしていることと相俟って、引受条件の厳格化・保険料の高騰に拍車をかけている模様である。これがわが国にも再保険市場を通じて引受条件・保険料等にも影響を

<sup>31</sup> 同 335~36 頁

<sup>32</sup> 同 338 頁

<sup>33</sup> 第2章第5節第1項2(3)(52頁)参照

<sup>34</sup> 西島教授によれば、補償(保険)は、Aの有する金をBに移転することだから、社会全体としての財産の増減はなく、その意味では社会的コストとはいえない(西島・前掲論文(脚注30)332頁)。ここでは、保険制度を賄う被保険者(保険制度を利用する全取締役・執行役や全会社)グループ(保険団体)が負担する保険コストを、それよりもはるかに低額の責任制限制度コストに置き換えれば、保険団体という社会の中でのコストの軽減に資する意味となる

<sup>35</sup> 西島梅治「『専門家の責任』と保険」川井健編『専門家の責任』185頁、202~203頁(日本評論社、1993)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

## 第5章責任制限制度のあり方

及ぼしている<sup>36</sup>。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っては、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、逆説的とも言うべき特質を持つ制度である。取締役・執行役を、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 保険制度が的確に役立つものかどうかは大いに疑問があるところである。

### (2) 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・執行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<sup>37</sup>がある。

この問題については以下のように考える。

第一に、責任制限制度が存在しない青天井の損害賠償制度であったとしても、賠償額が保険によるカバー範囲内であれば、指摘される意味での抑止力がなくなることには変わりはないことが指摘できる。逆に、賠償額が多額で保険による填補限度額<sup>38</sup>を超過する場合は(このような場合は少なくないと思うが)その超過部分が取締役・執行役の個人負担となりこれが抑止力を発揮することは確かである。しかしそのことは、上限のない多額の賠償額が義務違反抑止力となるという、民事責任制度の一般的な意義を説明するに過ぎない。個人負担額が過大で賠償資力を超えても問題ないかという責任制限制度の原点に、議論を戻す必要がある。

反対に、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とは、見方によって責任制限制度のメリットとすることもできる。

第二に、責任を制限することにより、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、免責金額<sup>39</sup>(自己負担額)、縮小填補割合(填補限度額 - 免責金額 = 填補額の95%が通常)が設けられており、カバーされない部分が残る。この金額は取締役・執行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。

第三に、保険は本来損害を填補もしくはこれを補完するものであり、それが結果として責任制度の抑止機能を弱めるのはものの裏表として真実である。この抑止機能の低下を問題とすることは、突き詰めれば保険制度ないしD&O 保険を否定しあるいはそのカバーする機能・範囲を制限すべきであるとする議論につながる。アメリカでも古い時代には、D&O 保険により取締

<sup>36</sup> 淡路・前掲論文(脚注27)437~38頁

<sup>37</sup> 第4章脚注280参照

<sup>38</sup> 保険会社との交渉によるが通常は数億円まで、高額でも10億円程度が一般的である(賠償額だけでなく争訟費用も合わせた額について限度額が適用される)(淡路・前掲論文(脚注27)421頁)

<sup>39</sup> 役員1名あたり100万円、1賠償請求あたり500万円程度(淡路・前掲論文(脚注27)421頁)

## 第5章責任制限制度のあり方

役の対会社責任をカバーすることは公序違反になるとの議論があった<sup>40</sup>。しかし過失による損害は統計的に把握される偶発的なものだから抑止力の重要性は薄れるとし、したがって損害填補機能を重視し、そのコストを分散し平準化するものとしてD&O保険が意義づけられるようになった経緯がある<sup>41</sup>。

上記(1)(イ)および(ウ)に見たように、保険は取締役を保護する機能においては経済的に効率が悪く、カバー範囲が限定的かつ制度としての安定性に欠ける制度であり、責任制限制度と対比してこれに優先すべき制度と言えるようなものではないと考える。つまり、保険があるからといって、責任制度がいかに非合理的なものであってもそのまま放置しておいて良いというわけではなく、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は、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議論であれば筋が通っているように思われる。学説に、賠償認定額に保険給付額を加算すべきであるとする見解<sup>42</sup>、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<sup>43</sup>がある。取締役のD&O保険への加入を所与として<sup>44</sup>、保険が抑止機能を減殺することへの対策を講じようとするものであるが、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通じる。

第四に、他の賠償責任保険についても同じことが言えるのであるが、医師や公認会計士は、保険が掛かっているから過誤を犯しても構わないと考えるわけではない(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)のと同様に、取締役・執行役が責任を認定されても、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、善管注意義務について無頓着になってしまうと考えるのは行き過ぎである<sup>45</sup>。

(イ)以上のように、D&O保険制度は責任制度を広く補完するものとして、責任制限制度があるかないかにかかわらず存在しているのであり、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、D&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言えないにしても一定程度維持されることに留意すべきである。

すなわち、責任規定のあり方を考える場合には、D&O保険の問題は一応切り離して、従たる

<sup>40</sup> 第2章脚注121 対応本文参照

<sup>41</sup> 第2章脚注127~129 対応本文参照。ただし、後にD&O保険制度が損害填補機能を果さなくなり、責任制限制度が創設されるに至った経緯がある(第2章第5節第2項(1))

<sup>42</sup> 大杉謙一「取締役・監査役責任と、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74巻10号25頁、29頁(2002)

<sup>43</sup> 近藤光男「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」企業会計54巻3号25頁、28頁(2002)

<sup>44</sup> D&O保険がいかに制度として不十分なものであっても、いわば確率的に発生する過失リスク(リスク発生が統計的なものであるからこそ保険が制度として成り立つ)の一部をカバーするために、自衛的に利用するのはいわば当然ということもできる

<sup>45</sup> 後記第2項2「損害填補機能と違法行為抑止機能」(4)の総合的抑止力についての記述(191頁)参照

ものとして扱うべきである。

### 第2項 取締役の対会社責任についての損害賠償のあり方

#### 1 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（254条3項、民法644条）であるから、善管注意義務違反（任務懈怠）があれば、取締役は、当然債務不履行の一般法理によって損害賠償責任を負うが、商法は254条ノ3および266条を設けて、これを法定責任としている。

民法の債務不履行の一般原則からは、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416条1項）を全額賠償しなければならない。しかし、債務が不履行の場合の措置も含めて、契約（委任契約）の内容については当事者（会社と取締役）間で原則として自由に定めることができる<sup>46</sup>。損害賠償額の予定もその一例であり、民法の規定に基づく賠償額の予定（民法420条）は、債務者の責に帰すべき債務不履行があれば、損害発生の実事、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<sup>47</sup>。この自由な取決めの限界は、公序良俗および強行法規に違反しないことである<sup>48</sup>。

266条、254条ノ3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とされている<sup>49</sup>から、これに反して損害賠償額を制限しようとするならば、実定法にそれを可とする根拠規定を設ける必要がある。

#### 2 損害填補機能と違法行為抑止機能

（1）民法上不法行為法（損害賠償法）の機能・作用は、損害填補機能（被害者の救済）、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<sup>50</sup>が、会社法においても取締役の責任制度には、損害填補機能と任務懈怠抑止機能（会社経営の健全性を確保する機能）がある<sup>51</sup>。そしてこの二つの機能のうち、前者が主で後者が従であるとする見解が多数である<sup>52</sup>。

<sup>46</sup> 奥田 169 頁

<sup>47</sup> 平井・総論 111 頁、内田・民法 161 頁（一定の遅延があった場合のJR特急料金の払い戻しなど、債務者のリスク計算を容易にする）

<sup>48</sup> 奥田 169 頁

<sup>49</sup> 森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商 81 巻 4 号 455 頁、477 頁（1980）は、委任に関する民法 644 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くさなければならず、特約によっ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、254 条ノ2(現 254 条ノ3)により明定したとする。江頭・337 頁も同旨

<sup>50</sup> 平井・各論 5~6 頁、内田・民法 299~300 頁

<sup>51</sup> 江頭 363 頁

<sup>52</sup> 会社法の研究『取締役(6)』16 頁高橋宏志発言、神田秀樹「株主代表訴訟に関する論的側面」ジュリ 1038 号 65 頁（1994）（代表訴訟は取締役の会社に対する損害賠償責任の履行を実現することが中心部分となる制度

このうち の損害填補（被害者の救済）機能は、損害分配機能と言い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、加害者自身がそのコスト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<sup>53</sup>。加害者（取締役・執行役）に資力がなければ、この機能は果たせないのであり、266条をもって、損害填補機能を主目的とする規定であるといってみても絵に描いた餅となりかねない。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、個人の不法行為等によるような、有限といっても差し支えないような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無限大ともいべき巨額の損害を、全額、役員賠償責任保険（D&O保険）でカバーするとすれば、保険料は極めて高額となるし、現実に保険会社の提供するD&O保険の損害填補額は、無限ではなく上限が設けられている。

の予防的機能（将来の違法行為の抑止）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と考えられる。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ィレンマがある。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<sup>54</sup>。

以上の 、 についての民法学の説明は、取締役の任務懈怠（債務不履行）においても、権利、財産を侵害された者（＝会社）の救済という点に関して異なるところはないと考えられる。

（2）平成13年改正前の266条（1～6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、取締役の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<sup>55</sup>。

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、損害填補機能と言うよりも、違法行為抑止機能（経営の健全性確保機能、監督是正機能とも言われる）に重点があると考えられる<sup>56</sup>。すなわち、平成5年の商法改正により代表訴訟の費用を一律8,200円としたことは、株主代表訴訟の持つ補填機能よりも抑

---

である）、中島弘雅「株主代表訴訟の制度趣旨と現状」民商115巻4・5号510頁および511頁（1998）、江頭363頁、河本一郎ほか「＜座談会＞株主代表訴訟」民商110巻2号199頁（1994）の森本滋発言（理論的には損害賠償補填機能が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、監督是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）

<sup>53</sup> 内田・民法 300頁

<sup>54</sup> 内田・民法 303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）

<sup>55</sup> 江頭363頁（しかし立法論的には再検討の余地があるとする）

<sup>56</sup> 会社法の研究『取締役(6)』16頁稲葉発言、江頭発言

止機能を重視したものである<sup>57</sup>と言え、単独ないし少数株主にとっては、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説明できよう。

一方、取締役・執行役が特別な資産家・高額所得者である場合を除き、一般には賠償可能な金額には限界があることは論を待たない。株主代表訴訟の和解<sup>58</sup>において支払が可能と思われる金額で和解されている事例が多いことはその証左とも言える。破産管財人等による旧取締役への賠償請求額<sup>59</sup>にもそのような事例が見られる。損害額の大きさに比して、実際の訴訟における請求額や和解の額がわずかなものである場合には、この金額が損害填補にはならないまでも、将来的な取締役の義務違反行為の抑止に十分な額であるとの認識が、原告側にあるものと考えてよいであろう。

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、266条1～6項の取締役の責任規定が、取締役を破滅に陥れるような制裁・報復を意図したものとは勿論言えない。

(3) 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かもしれない。現に、266条5項および6項はそのような場合を前提にした規定である。アメリカの各州会社法も、取締役の注意義務違反による責任をゼロとすることを許容しており、かつ実際の各会社の定款においても、そのようにしているものが殆どである。

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・執行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つながる。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。そしてその適正な額のあり方を考えるに当たっては、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、再び取り込まれるべきではない。また、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4節「責任減免

<sup>57</sup> 森本 257 頁

<sup>58</sup> 「主要な株主代表訴訟事件一覧表」資料版商事法務 245 号 108 頁以下(2004)および旬刊商事法務各号に掲載される株主代表訴訟の和解事例をみると、殆どが一人当たり数千万円から1億円程度の金額で和解していることが伺われる

<sup>59</sup> 管財人等による賠償請求や平成5年商法改正以前の株主代表訴訟で、会社(整理回収機構が原告引受)からの訴えである長銀プロジェクト融資事件東京地判平 14.4.25 判時 1793 号 140 頁は損害額 60 億円のうち1億円の賠償請求や、三井鉱山株主代表訴訟事件東京地判昭 61.5.29 判時 1194 号 33 頁は 35 億円の損害のうち1億円の賠償請求の事例もある。訴額比例の訴訟手数料が掛かることから、現実に回復見込みの立ちうる額としたものと推測される。平成5年以後の株主代表訴訟は、訴訟手数料が定額であることから、高額な訴額である場合も多いが、請求額どおりの賠償が命じられることも少なく、また、和解により解決する場合は脚注 58 に見るように被告の実際の支払可能額が和解金額となっているように見受けられる

## 第5章責任制限制度のあり方

額（賠償限度額）」で検討する。）

（４）抑止力は、責任規定による賠償金支払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（社内の他の取締役・執行役、社員、労働組合など、社外からは株式市場や機関投資家、メディアなどによる）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水準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供給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。

## 第2節 責任制限の対象

### 第1項 責任制限の対象となる責任

#### 1 会社に対する任務懈怠の責任

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くさないことである。このうち故意ないし故意に準じる場合を除き、通常の善管注意義務違反、すなわち過失<sup>60</sup>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、同義反復的な言い回しとなるが、責任制限は、基本的に取締役・執行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、266条1項5号（取締役の法令・定款違反行為）および商特21条の17第1項（取締役・執行役の任務懈怠）の責任が対象となる<sup>61</sup>。

ただし現行制度では、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ならないが、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）とするかについて項を改めて検討する（第2項）。

#### 2 266条1項1～4号と対応する商法特例法上の責任

266条1項各号の責任のうち、1～4号の責任は、通説・判例によれば無過失の弁済責任（1～3号）ないし賠償責任（4号）であるが、同条5項、6項の責任免除制度の対象となるものの、同条7項以下の一部免除の対象となっていないと解される<sup>62</sup>。

しかし、これら責任に対応する委員会等設置会社における責任は、必ずしもパラレルではない。すなわち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21条の17第1項）に含まれ、これに伴い、総株主の同意による免除（商特21条の17第2項）だけでなく、一部免除についても対象となっている（同4、5項）。266条1項1号、3～4号に対

<sup>60</sup> 第4章脚注3および4参照

<sup>61</sup> 善管注意義務違反以外の法令違反の責任も過失責任であり、当然、責任制限の対象となる。委員会等設置会社の執行役には、商特21条の14第7項4号、5号により254条3項、254条ノ3が準用され、法令遵守義務の違反も、任務懈怠責任として責任制限の対象となる（第4章脚注97対応本文参照）

<sup>62</sup> 266条1項1～4号の責任規定も形式的に同5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、7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。しかしこれらを過失責任と解する立場からは、このことは根拠とならず、結局新たな解釈問題となると思われる

## 第5章責任制限制度のあり方

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21条の18および21条の21）。ただし、総株主の同意等による免除の対象とはなっているものの、責任の一部免除を可とする規定はない<sup>63</sup>。

266条1項1～4号およびこれに対応する委員会等設置会社の責任については、総株主の同意・特殊の決議による免除規定、一部免除規定ともに、その適用のあり方につき下記の通り改めて検討を要する。

### （1）違法配当の責任

違法配当の責任への責任制限適用の可否について、二つの場合に分けて考える。

#### （ア）違法配当と会社債権者の保護（事後的免責の場合）

違法配当の責任について、これを過失責任化しても、株主や取締役会は事後的な免責の決議をすることはできないとすべきである。会社法制現代化試案<sup>64</sup>においては、一般の会社についても取締役の違法配当の責任を過失責任化するが一部免除の対象とせず、総株主の同意による免除についても制度を維持するかどうかを検討する<sup>65</sup>としている。その理由として、会社または会社債権者から返還請求を受けるべき株主<sup>66</sup>が、責任免除をすることができるかどうか疑問があることをあげるが、端的に次のように考えればよいであろう。

つまり違法配当は財源規制（290条、293条ノ5）に違反することであり、これによりただちに会社は債務超過若しくはそれに近い状態<sup>67</sup>（以下違法配当の責任に関してはこの状態も債務超過と同視することとする）になる。債務超過の段階においては、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（下記第3項1）。したがって、委員会等設置会社、一般の会社ともに、責任の一部免除および総株主の同意による免除<sup>68</sup>双方につき、株

<sup>63</sup> 会社法制現代化試案補足説明 51 頁では、違法配当の責任（執行役）については、債権者保護の特別責任であるためとしている。しかし、利益相反取引の責任に一部免除を非適用とした理由は明記されていない

<sup>64</sup> 配当、中間配当は減資、自己株式の買受け等を含む剰余金の分配として、統一的に財源規制をかけ（第四部第五1(1)）、その責任は、違法な剰余金の分配に係る責任としている（第四部第四7(2)）

<sup>65</sup> 会社法制現代化試案補足説明 52 頁

<sup>66</sup> 後掲脚注 74 参照

<sup>67</sup> 配当することによって、資本の額に法定準備金等の一定の額を加えた額を割り込んではいならない（290条1項）から、債務超過を厳密に資本金の額を割り込んだ状態と考えるなら、違法配当の金額如何によっては、資産が法定準備金等の額の部分（290条1項2～4号）を割り込んでもなお、資本金部分（同1号）は割り込まず厳密には債務超過とはならないこともあり得る（しかし限りなく債務超過に近い）。したがって法定準備金等の額全額を割り込まない場合には、理論的には責任制限をすることは可能ともいえるが、債権者の利害が顕在化する寸前の状況であり、このような場合も含めて違法配当の場合は責任制限を認めないこととしてよいと考える

<sup>68</sup> 北村雅史「取締役の責任」商事 1695 号 9 頁、12 頁（2004）は、対会社責任を免除しても株主の不当利得返還義務や取締役の対第三者責任は消滅しないから免除を否定する必要はなく、過失責任とする違法配当の責任と無過失責任である資本維持の責任とは、責任免除の可否という差異があつてよいとする。しかしながら、266条5項は公開大企業にとっては死文規定化していることでもあり形式的なバランスにこだわる意義はないように思う。森本滋「大会社の管理運営と会社法制の現代化に関する要綱試案（中）」商事 1700 号

## 第5章 責任制限制度のあり方

主や取締役会は、違法配当の責任について新たな責任制限の決議をすることはできないこととすべきである<sup>69</sup>。

### (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を採用すれば、個別事案について責任制限をすることがどうかについての新たな決議は要しないのであるから、取締役・執行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（後記第3項2）。違法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か、あるいは、例外的に定款条項の適用を除外することを妥当とする特別の要素があるか検討する必要がある。

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（290条、293条ノ5）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<sup>70</sup>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<sup>71</sup>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（経理業務ラインの取締役・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）が皆無ではないであろう<sup>72</sup>。これらの場合には、取締役・執行役は過

---

26頁、28頁（2004）は、会社債権者は民法424条の詐害行為取消権や破産法上の否認権で保護されるから、会社法上総株主の同意による責任免除を全面的に排除する必要はないのではないかとする。期末の填補責任（総株主の同意による免除が可能）との違いを合理的に説明できないともする。私見は後記3（2）に述べるとおり期末の填補責任についても違法配当と同じく責任免除を認めるべきでないと考えている。会社債権者の保護は別途考えればよいとするまでもなく、端的に本文のように事後的な責任免除はできないとしてよいのではないかと

<sup>69</sup> 現行制度を前提に条文手当てを考えるなら、266条1項1号の責任について同5項の免除の対象外とし、商特21条の18第2項は削除しなければならない。また、商特21条の17第1項の任務懈怠責任のうち、違法配当の責任に関しては、同4項および6項を適用除外としなければならない。これに対して、266条7項および12項は、1項5号の行為に限定している（脚注62参照）ので、あらたな禁止規定を挿入しなくても違法配当の責任が一部免除の対象とはならない

<sup>70</sup> 後記第2項1（4）（イ）（207頁）参照

<sup>71</sup> 青竹正一「違法配当と取締役の責任」『21世紀の企業法制』1頁、16頁（商事法務、2003）は、財務担当でない取締役は、漫然とではなく、取締役会に提出された監査報告書などの資料に基づき賛成したのであれば、過失はないとしてよいとする

<sup>72</sup> たとえば業績の悪化要因がなく、取締役・執行役や従業員による多額の着服や無権限不正取引などがあり、

失責任制度のもとでは過失がなかったと認定されれば責任を負わないことになる。

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っ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<sup>73</sup>。そのような高度化された注意義務に違反するときは、その程度は単なる軽過失にとどまらず、いわゆる重過失（本論文では責任制限適用除外事由要件としては重過失の文言を用いておらず、後記206頁（ア）の無謀な行為に当る）かそれに近いものとなるであろう。しかし無謀（重過失）に該当すれば責任制限が適用されないのは当然にしても、そこまで至らず軽過失に止まる場合には、過失責任として責任制限を適用してもよさそうにも思われる。

配当を実施することは、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することにより即債務超過となるような危機的状況にあるときは、配当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）ことを、責任制限制度によって促すべき理由はない。つまり、債務超過の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ことになる。

そうは言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ることも多く取締役・執行役にとって酷であることも多いであろう。尤も、違法配当の責任は弁済責任であるから、取締役・執行役は悪意の株主に対しては<sup>74</sup>求償することが可能である（266条ノ2、商特21条の19）。したがって理論的には、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と言えるが、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<sup>75</sup>、実際には取締役・執行役がそ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を課せられているのであり、そのような義務を怠って違法配当を承認ないし実施することは、株主を利する一方、会社債権者に損害をもたらす。このような責任を制限しなくても、取締役・執行役の一方的な負担において会社債権者を利することにはならず、公平性に反する余地もない。逆に

---

適正に機能する内部監査システムによってもこれを発見し得なかったが、会社は実態的に債務超過状態になっていたために配当が違法となるような場合が考えられる

<sup>73</sup> たとえばポスト・バブル期において、正確には分からなくても不良債権の存在そのものは想定することが可能であり、配当すれば違法配当となる危険性を認識すべきであるがそれにもかかわらず、不良債権の額が適正に計上されず配当が可能な内容とされている決算書類を漫然と信頼して、配当を行いあるいは決議に賛成し、その結果違法配当となったような場合は、過失がありしかもその程度は相当重いと見えるであろう。なお、後掲脚注163、165およびこれらに対応する本文も参照

<sup>74</sup> 違法配当は無効（通説）であり、会社および債権者は、株主に対してその善意・悪意を問わず、返還請求することができる。しかし弁済責任を履行した取締役からの返還請求の対象は、266条ノ2により悪意の株主に限定されている。取締役・執行役が会社に弁済した後に、善意の株主を含む株主から会社に返還したときは、会社は当該金額を取締役・執行役に返還しなければならない（近藤光男・新注会(6)266条ノ2注釈1,2,5)

<sup>75</sup> 近藤光男・新注会(6)266条注釈5

## 第5章責任制限制度のあり方

もし責任を制限すれば、会社債権者にとって多大な不公平ともなる。

会社が債務超過状況にあるときは、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ない。これを怠った結果として違法配当の責任を負うことになっても、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ないし、そのことがより強力な違法配当抑止力ともなる。

### (2) 利益供与の責任

266条1項2号およびこれに対応する商特21条の20の株主の権利行使に関する利益供与の責任について、会社法制現代化試案(第四部第四7(5))では、過失責任化する(無過失責任を維持する場合も、行為者以外の取締役の責任を一般の任務懈怠責任とする)かどうかを検討課題とするが、仮に過失責任化しても、総会屋への利益供与行為は反社会性が高いため、一部免除の対象としないとしている。私見は過失責任化すべきであるとする(第4章第1節第2項4(2)(150頁))が、その場合の責任制限制度の適用の是非について検討する。

故意(悪意)の利益供与行為は、たしかに刑罰(497条)をもって禁じられる反社会性の高い行為であり、責任制限を適用する余地はない。そのような反社会的行為については、取締役会決議に賛成するとき、あるいは行為者を監視・監督するときは、通常よりも注意義務の程度が高くなると言うことが一応できよう。コンプライアンス・システム<sup>76</sup>を充実させておく必要がある。

総会屋への利益供与は、通常取引を偽装して決議事項に紛れ込ませて取締役会に上程・決議され、あるいは上程されず各部門・業務ラインを担当する取締役・執行役の専決権限にもとづいて(この場合も金額や取引条件によっては、より上位の取締役・執行役や取締役会に事後的報告がなされることが多いであろう)直接・間接に行われることになる。利益供与が巧妙に取引に偽装されて行われる場合に、あらゆる取引についてそれが利益供与の要素を含まないかどうかを精査するよう取締役に求めることは、一般的には過大な要求<sup>77</sup>となる。そのような場合に過失がなかったとして、責任が成立しないことも多いと考えられる。

問題は過失による場合である。利益供与が通常取引に偽装されていたとしても、当該取引の異常性ないし非通常性(取引先名が特異であったり取引条件が有利であったりすること)に気付くことが可能な場合(その地位・状況にある者に通常期待される能力から当然気付くべきである場合を含む)もある。取締役がそれに気付けば、当然質問することにより正当な取引であることを確認する義務がある。取締役会に上程されないで、総務部門からの取引実施の依頼にもとづき担当部署の決裁権限を有する取締役・執行役が決裁し、あるいは総務ライン担当の取締役・執行役がラインの下部から上がる案件を決裁するときに、その異常性に気が付くことが

<sup>76</sup> 違法行為が行われないような一般的なシステムのほかに、利益供与に関しては、新規取引や通常より有利な条件での取引はすべて担当本部がチェックするような体制が必要である。総会関係についての総務担当者の行動やその者に与えられた予算枠の内容のチェックなども必要となる

<sup>77</sup> 吉原和志「取締役の対会社責任と代表訴訟」ジュリ1267号62頁、69頁(2004)

## 第5章責任制限制度のあり方

可能な場合もある。決裁者は当然疑問をもって正当な取引であることを確認すべき義務を負うと考えてよい。そのような異常性に気付いたにもかかわらず、あるいは気付くべきであったのに注意を尽くさず漫然と、承認・決裁するようなことがあれば、善管注意義務違反の程度は、単なる過失を超えて無謀（重過失）かそれに近いものとなるであろう。無謀（重過失）に該当すれば、当然責任制限は適用されない。仮に無謀（重過失）に至らず軽過失に止まる場合にも、責任制限の目的たるリスクテイクの促進が妥当しないだけでなく、その行為の反社会性から責任制限についての納得性に欠けることにもなる。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、利益供与行為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と比例するほど多額ではなく、全額賠償としても取締役・執行役にとって必ずしも過酷なものとならないことも指摘できよう。

なお、総株主の同意による利益供与の責任の免除は、それによって会社（＝株主）以外の者を害することにならなければ、免除可能<sup>78</sup>とすることは差支えない。

### （3）利益相反取引の責任

266条1項3、4号（商特21条の21）の利益相反取引に係る責任も、会社法制現代化試案においては、過失責任化するとともに、266条6項（商特21条の21第2項）の特別の決議による免除を総株主の同意による免除に変更し<sup>79</sup>、一部免除も適用することを検討課題<sup>80</sup>としている。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<sup>81</sup>のであり、過失責任とすることおよびその責任に責任制限を適用することには意義がある。

これに反して、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しておくことを正当化する理由は見当たらない。会社法制現代化試案では、これを無過失責任として賠償させることも検討課題<sup>82</sup>としている。商法体系上は、狭義の忠実義務も善管注意義務に含まれ（通説・判例）、善管注意義務違反がなく（過失がなく）責任が成立しなければ、賠償責任は当然発生しないだけでなく、特別の規定がない限り取締役・執行役が得た利益についての会社への返還義務も生じない<sup>83</sup>。過失が認定されて責任が成立する場合も、会社の損害は賠償しなければならないものの、これを超えて取締役・執行役に利益が残る場合にその超える部分については、当然には会社への返

<sup>78</sup> 総株主の同意なしには免除できないとする現行規定を改め、総株主の同意があれば免除を可能とする体裁にする必要がある（第4章脚注228参照）

<sup>79</sup> 第4章脚注157~161とこれに対応する本文参照

<sup>80</sup> 利益相反取引をした者も含めて適用するか、または、取締役会の承認を得た場合の責任を、立証責任を転換した特別の責任とする場合（商特21条の21第1項は、取締役会の承認がない場合の商特21条の17第1項の一般の任務懈怠責任と区別して特別責任としている）には、その対象となる者には適用しないこととするかどうか検討する（会社法制現代化試案の第四部第四7（4）口）

<sup>81</sup> 第4章脚注155（ロイヤルホテル事件）本文の判旨参照

<sup>82</sup> 会社法制現代化試案の第四部第四7（4）（注1）

<sup>83</sup> ただし、後掲脚注143および144とこれらに対応する本文参照

## 第5章責任制限制度のあり方

還義務はない。責任そのものを無過失責任と構成すれば、取締役・執行役はその過失の有無を問うことなく、会社の損害額を賠償しなければならない。この場合取締役・執行役が個人的に得た利益は、概ね会社の損害額に相当するであろうから、損害賠償により利益額もほぼ会社に返還されることになるが、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。損害額の証明が困難なことも多い。したがって、その主観的原因いかんを問わず、取締役・執行役が会社との利益相反状況下で得た利益を全額会社に返還させるためには、責任そのものを無過失責任とするだけでは不十分であり、本論文では、賠償の額いかんにかかわらず取締役・執行役の得た利益の返還義務を負わせることとしている。266条1項3、4号の責任を過失責任とした上で、委員会等設置会社における対応責任も併せて、責任制限の対象規定とするが、狭義の忠実義務違反の責任は、責任制限の適用除外事由とする（第2項2）。

### 3 資本充実・維持責任

#### （1）引受（払込）・財産価格填補の責任

（ア）取締役は資本充実の責任として、会社の設立に関して発起人とともに負う、引受・払込担保責任（192条）および財産価格填補責任（192条ノ2、商特21条の24）ならびに新株発行に際して、引受担保責任（280条ノ13）および財産価格填補責任（280条ノ13ノ2）を負う。委員会等設置会社の取締役・執行役についても、同様の規定がある（商特21条の36第2項、21条の24）。

これらの責任は、資本を充実させ会社債権者を保護するために<sup>84</sup>、特に認められた無過失責任であり、266条5項（商特21条の17第2項）を準用する規定もなく、総株主の同意によっても免除し得ないと解されている<sup>85</sup>。この考え方に従えば一部免除適用の余地もないから、この責任は責任制限の対象となし得ない。引受担保責任に関しては、引受・払込がない株式は責任を負う取締役・執行役が株主の権利を取得することになるのであり、また、財産価格填補責任は、主として現物出資の目的財産価格が比較的少額であるなど検査役の調査不要の場合に発生する<sup>86</sup>のであり、必ずしも過酷な責任を負うことにならないという側面もある。

（イ）これらの責任によって引受（払込）・填補が実行されても、なお会社に損害<sup>87</sup>があると

<sup>84</sup> 株式払込人（株主）間の平等を確保する意義もある（弥永27頁）

<sup>85</sup> 酒巻12~3頁、北沢127頁、128頁、531頁、524頁、佐藤庸『取締役責任論』175頁（東大出版会、1972）、江頭96頁、97頁、575頁、弥永289頁、310~12頁

<sup>86</sup> 検査役調査を受けたときは、現物出資者以外の取締役・執行役については填補責任を負わない（280条ノ13ノ2第4項）

<sup>87</sup> たとえば、192条により、株式引受人の払込未済があり、発起人・取締役が払込担保責任を負うとき、取締役の払込義務確定（通説は設立登記）時以降の遅延利息（登記の翌日から起算）は、192条2項に対応して負う（通説）ものであるが、一般の払込期日から設立登記の日までの遅延利息は、任務懈怠のあった発起人・取締役は、4項により会社に対する損害賠償として責任を負う（志村治美・新注会(2)192条注釈20および注釈23）。同様に、280条ノ13第1項により、取締役が引受けたものとみなされて払込をする場合、取締

## 第5章責任制限制度のあり方

きは、取締役（および執行役）は、その損害について賠償責任を負う（192条4項、192条ノ2第3項、280条ノ13第2項、280条ノ13ノ2第5項、商特21条の36第2項、21条の24第6項）。これら責任は、過失責任であり<sup>88</sup>、また、266条1項5号に包摂されて総株主の同意による免除の対象となる<sup>89</sup>。（ア）の引受・填補責任の原因となる行為から重複的に生じる責任であるが、引受・填補責任は、取締役に無過失の責任を負わせる厳格なものであるのに比して、この責任は過失がなければ成立せず、過失がある場合には、一部免除を含めて責任制限を適用してよいであろう。

### （2）期末の填補責任

資本維持の責任として期末の填補責任がある。中間配当や自己株式の買受けに関して、期末の予測を誤って資本欠損（純資産額が290条1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ある）が生じた場合には、取締役・執行役は損害賠償責任を負う（293条ノ5第5、7項、210条ノ2第2、3項、商特21条の36第2項）。これら責任には、総株主の同意による責任免除規定の適用がある<sup>90</sup>が、一部免除の適用対象となるかどうかについては、商法の規定上は明確でない。

これら規定は、266条1項5号の法令に包摂されると考えられ、その責任は過失責任（過失がなかっ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7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、上の違法配当の責任と同じ問題がある。本責任についても、違法配当の場合と同様に、取締役・執行役の違反行為によりただちに資本欠損（かそれに近い状態）<sup>91</sup>となって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。したがって違法配当の責任と同様に、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だけでなく、事前の責任制限制度の場合も、責任制限の適用を除外することとしたい。

---

役の引受義務が確定以降実際の払込までに遅延があれば、当然に、払込義務に付随する遅延利息の支払義務を負う。これに対して、一般の払込期日から登記までの期間の遅延利息は2項の責任となる（北沢531頁）

<sup>88</sup> 志村治美・新注会(2)192条注釈23(193条の発起人の損害賠償責任と同様の責任であり、特別の責任ではなく当然のことを注意的に規定したにとどまる)

<sup>89</sup> 酒巻13頁

<sup>90</sup> 委員会等設置会社の取締役・執行役には、責任免除だけでなくみなし行為者規定も準用される（商特21条の36第2項により、293条ノ5第7項および210条ノ2第3項が適用される）。一方、委員会等設置会社の取締役は、違法配当の責任については、みなし行為者規定のない、一般の任務懈怠責任を負う（商特21条の17第1項）ため、両者間の平仄が合っていない。会社法制現代化試案では、期末の填補責任を、一般の任務懈怠責任とは異なる特別責任とするとともに、委員会等設置会社の規定相互間や一般の会社の規定との整合化を図るものとしている（会社法制現代化試案第三部第四7(3)、会社法制現代化試案補足説明53頁）

<sup>91</sup> 尤も会社法制現代化試案では、現行財源規制（違法配当と同じ）が厳格に過ぎ、機動的な配当政策により株主への利益還元を図ることへの萎縮効果が生じているとの指摘もあり、財源規制内容が緩和される（案では資本金が(資本金+剰余金)÷2のいずれか多い方の額）ようである（会社法制現代化試案補足説明52頁）

### 4 法定責任と一般責任の競合

(1) 266条の責任は、1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。取締役委任債務の不履行があれば、この特別責任規定のほかに、一般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、それぞれに基づく責任の競合が考えられる。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）が敢えて一般責任規定を選択することも考えられる。善管注意義務違反についてみれば、特別責任規定によらなくても原告にとって立証責任において不利となるわけでもなく<sup>92</sup>、複数の被告取締役・執行役がない場合などには連帯責任も問題となり得ない。原告が一般規定による責任追及を選択すれば、その結果として、責任制限制度の趣旨が没却されることにもなりかねない。

(2) 民法学（訴訟法学も含む）では、複数の請求権の競合（不法行為、契約不履行、不当利得返還など）について、通説・判例は、請求権の競合を広く認める立場であるが、不法行為と契約不履行とでは、特別法としての契約法上の請求権（債務不履行責任）が優先するとする法条競合説<sup>93</sup>（不競合説）、数個の請求権規範を調整してひとつの請求権に統合する規範統合説<sup>94</sup>などが主張されている<sup>95</sup>。

昭和44年最高裁判決<sup>96</sup>は、取締役の第三者に対する責任についてであるが、266条ノ3によるほか、一般不法行為の規定によって取締役の責任を追及することを妨げないとする。ただし、最判に付された反対意見は、266条ノ3は民法709条に対して特別規定の關係に立ち、民法709条の適用を排除するものと主張する<sup>97</sup>。

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、法定の債務不履行責任（民法416条の特別損害についての賠償責任を排除する580条、高価品についての特別を定める578条など）と運送品の所有権侵害としての不法行為責任との競合について論争があ

<sup>92</sup> 266条1項1~4号および同5号の法令違反の場合は、原告が法令違反等の責任要件該当事実を立証すれば、帰責事由の不存在や責任阻却事由の存在を被告が立証しなければならないことになる（第4章脚注92と対応する本文(142頁)参照）。しかし、善管注意義務違反に限ってみれば、その特殊性から（第4章脚注3、4と対応する本文(127頁)参照）、債務不履行、不法行為、266条のいずれによっても、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

<sup>93</sup> 川島武宜「契約不履行と不法行為の關係について」『民法解釈学の諸問題』1頁以下（弘文堂、1949）、加藤・不法行為52頁

<sup>94</sup> たとえば、奥田昌道「請求権と訴訟物(上)(下)」判タ213号4頁、214号2頁（1968）（請求権二重構造説）、四宮和夫『請求権競合論』51頁（一粒社、1978）（全規範統合説）

<sup>95</sup> 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為・下巻』657頁（青林書院、1985）、内田・民法308~9頁

<sup>96</sup> 最判昭44.11.26民集23巻11号2150頁

<sup>97</sup> 松田二郎裁判官（田中二郎、岩田誠、松本正雄各裁判官もこれに同調）

## 第5章責任制限制度のあり方

る<sup>98</sup>。ここでも両責任が競合し得るとする請求権競合説が判例<sup>99</sup>・通説とされる<sup>100</sup>。これに対して契約法の規定と不法行為の規定は特別法と一般法の関係に立ち、原則的に契約責任の方が被害者の保護に厚くこれを優先させるべきとする法条競合説<sup>101</sup>がある。この説は、不法行為規定の適用を認めると、責任を緩和するという政策的目的から設けられた債務不履行責任規定の趣旨が没却されることを問題とする。折衷的に、被害者が不法行為の成立要件を立証して不法行為責任を追及した場合に、債務不履行の責任が追及できるからといって、これを否認するのは不当で、債務不履行責任の追及に変更させるのも無用なことであるが、債務不履行責任の効果が不法行為責任よりも例外的に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とする説<sup>102</sup>もある。あるいは、契約本来の目的を著しく逸脱した場合(たとえば故意・重過失がある場合)は不法行為責任が競合するが、それ以外には契約責任だけが生じるとする<sup>103</sup>。

両者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判例を疑問視する批判<sup>104</sup>は説得力に富む。法条競合説<sup>105</sup>ないし折衷説が規定を合目的に解釈するものと言えよう。しかし判例が競合説をとる以上、約款上で不法行為責任にも免責が及ぶ旨を明定する必要がある<sup>106</sup>とされる。なお国際条約に基づく<sup>107</sup>国際海上物品運送法は、その20条の2

<sup>98</sup> 弥永真生『商法総則・商行為法(補訂版)』163~64頁(有斐閣、2001)

<sup>99</sup> 最判昭44.10.17判時575号71頁、東京高判昭54.9.25判時944号106頁(これに対して同原審たる東京地判昭50.11.25判時819号87頁は法条競合説に立っている)

<sup>100</sup> 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(2版)』ジュリ増刊220頁(有斐閣、1983)

<sup>101</sup> 西原寛一『商行為法(増補3版)』305~06頁(有斐閣、1973)(契約責任は嚴重で被害者の保護に厚いのが原則であるが企業の特異性に基づく特別の必要から緩和することもある。だからといって漫然不法行為責任との選択を認めては、損害賠償法の体系を崩し、運送企業の適切な運営を妨げることになるから競合説は認められない)、石井照久=鴻常夫『商行為法(商法)』151頁(勁草書房、1978)

<sup>102</sup> 鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法(全訂2版)』42頁注3(弘文堂、1993)、田中誠二『新版商行為法(再全訂版)』227頁(千倉書房、1970)も同旨。東京地判平2.3.28判時1353号119頁(競合説に立つが、高価品についての明告の欠如は、不法行為責任についても抗弁たり得る。そうしないと、不法行為請求権を行使することにより578条の規律を免れる結果となり、同条の趣旨を没却することとなる。しかしながら判決は、被告に重過失があったため578条の適用はないとして賠償責任を認めた)

<sup>103</sup> 戸田・前掲論文(脚注100)221頁(一般的に契約責任だけが生じるが、契約に予想された程度を逸脱する行為すなわち故意・重過失があるときは競合する)、森本滋編著『商行為法講義』157頁(齊藤真紀執筆)(成文堂、2004)(大量の運送を請け負う運送営業の特異性に配慮して設けられた商法上の特別規定の立法趣旨に鑑みれば不法行為責任にも商法上の特別規定が類推適用されるべきである)。東京高判平5.12.24判時1491号135頁(請求権の競合を認めるのが相当であるが、不法行為責任を追及することによって運送人の責任を制限する商法の規定や約款の規制を回避できることはいかにも不合理で、契約上の危険を分配する目的のもとに設けられた商法規定や約款の目的に反する。荷送人は運送契約に入ったことにより当事者の法律関係を契約法理によって律することを承認しているので、運送人に故意・重過失もなく契約責任の追及のみが許されると解するのが相当である)

<sup>104</sup> 江頭憲治郎『商取引法(2版増補補正)』254頁注3(弘文堂、2001)

<sup>105</sup> 法条競合説も、高価品の明告がなかった場合には、高価品としての賠償責任がないだけでなく普通品としての賠償責任もないが、運送人が故意に滅失又は毀損を生ぜしめた場合は賠償責任を負わせるとする(西原・前掲書(脚注101)304頁)

<sup>106</sup> 江頭・前掲書(脚注104)254頁注3

## 第5章責任制限制度のあり方

によって、契約責任規定の優先を明定している。

(3) 266条の規定は、取締役に厳格な責任を負わせるために、債務不履行の一般責任を強化した特別規定である。これに、やはり債務不履行による損害賠償の一般原則によるのが不相当であるとして、一般規定を修正する条項としての責任制限条項を付加するものである。このような規定と他の請求権との競合を認めれば、特別規定としての意義が没却される。請求権競合説には、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)とする考え方があがるが、責任制限制度を採り入れる前であれば会社にとって有利となる方法を選択することが許されたと言うこともできよう。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(前記第1節第2項2)のであり、この点からも請求権競合論は妥当でない。

以上のような結論(法条競合説ないし折衷説)を確実に得るために、明文の規定をもって266条による請求に限定する<sup>108</sup>のがよいであろう。

### 第2項 責任制限の適用除外

#### 1 適用除外事由としての悪意・重過失の再検討

##### (1) 問題提起

(ア) 平成13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(266条7項、12項および19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<sup>109</sup>は、故意<sup>110</sup>の立証はできないが故意に準じて扱ってよいというほど重いもの<sup>111</sup>から、故意と過失の間でか

<sup>107</sup> 江頭・前掲書(脚注104)223頁

<sup>108</sup> 国際海上物品運送法20条の2第1項において、「商法578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

<sup>109</sup> 取締役・執行役の責任に関する規定のほかに重過失の文言を含む規定は、精算人・発起人の第三者に対する責任(134条ノ2第2項、193条第2項)、運送契約・保険関連規定(581条、641条、643条、678条、829条等)のほか27条(商号譲受人への弁済)、109条2項(合併無効の責任)、手形法10条(白地手形)、16条(善意取得)、40条(調査義務)、小切手法13条(白地小切手)、21条(善意取得)などがある。商法上重大なる過失は概ね、悪意(もしくは善意)の文言とセットで使われている。民法において重大なる過失の文言が使われているのは95条(錯誤による意思表示)、470条(指図債権債務者の調査権)、698条(緊急事務管理)、失火ノ責任ニ関スル法律などである

<sup>110</sup> 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・不法行為67頁、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70頁)である

<sup>111</sup> 奥田125頁注2。平井・各論72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に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

なり軽いもの<sup>112</sup>（それが具体的にどのようなものかは明確ではないが）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、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って、認定された責任の一部免除の可否をめぐって新たな紛争も生じ得るであろう。

責任制限制度は、取締役・執行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、予見可能であることが望ましい。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、悪意または重過失の場合は免責が適用されないと言うことであるが、それでは適用範囲が狭すぎるのではないかという問題である。悪意についても、害意<sup>113</sup>（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）による責任は、行為者の経営判断における萎縮防止の目的と無縁のものであり、またそのような責任を軽減しなくても公平性に反することはありえないから、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発揮されない可能性がある<sup>114</sup>。

（イ）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100%賠償させ、一方、通常の過失の場合は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<sup>115</sup>。

もともと、266条5項（総株主の同意による責任免除）および同条6項（総株主の議決権の3分の2の同意による免除）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、同1項の各責任の発生要件の如何、免除の全額・一部や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、制度の趣旨・目的に合わせて合目的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上で、その賠償額を制限するものであるか

---

も異なるとする

<sup>112</sup> 加藤・不法行為 75 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厳格に解することもないと思われる）

<sup>113</sup> たとえば民法 698 条（緊急事務管理）、921 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 54 条）、虚偽表示（民法 94 条 2 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

<sup>114</sup> 第4章第3節第2項2（2）参照

<sup>115</sup> 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 1600 号 4 頁、17 頁（2001）（軽過失は制限され悪意・重過失は無限責任となる、この驚くべき格差についての合理的説明はない）

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・執行役は、法的賠償責任は制限されるものの、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（非法的責任）も取られ、場合によっては、経営者としての経済界での評価を失うことにもなれば、総合的な責任を十分取ることになる。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。これら社内的な是正措置は法的に強制されるものではなく、実務慣行的・非法的なものに止まる<sup>116</sup>。法的強制がないことを理由に、会社や有責取締役・執行役についての適切な措置が講じられないとすれば、そのような会社は、市場や社会から手痛い扱いを受け、時には市場からの退場を余儀なくされることにもなる。

### （2）悪意・重過失の意義の明確化

（ア）悪意・重過失が、その意義が広く明確性に欠けるところに問題があると考え、学説では一般的説明は極めて少ない<sup>117</sup>。龍田教授は、取締役の第三者に対する責任（266条ノ3）について、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・不作為がどういう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定義する<sup>118</sup>。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<sup>119</sup>もある。対会社責任の軽減（266条7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<sup>120</sup>がある。

裁判例では、取締役の対第三者責任に関して<sup>121</sup>、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、支払可能と轻信して振り出して損害を与え<sup>122</sup>、あるいは返済の見込みのない

<sup>116</sup> 尤も、取締役の責任追及についての会社の裁量決定を、裁判所が審査する制度（第5節第1項）では、これら正措置が適正に講じられているかどうか、併せて判断の対象とすべきである（脚注264と対応本文参照）（ただし本論文ではこのような裁量制度は時期尚早としているが）

<sup>117</sup> 龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈26

<sup>118</sup> 龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈26

<sup>119</sup> 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1212号9頁、11~2頁(1989)

<sup>120</sup> 大杉・前掲論文(脚注42)29頁

<sup>121</sup> 弥永真生「取締役の責任と名目的取締役・表見取締役」法学セミナー533号100頁(1999)（取締役の対第三者責任に関する任務懈怠は、理論的には会社に対する責任の要件である取締役の任務懈怠と同じである）

<sup>122</sup> 最大判昭44.11.26民集23巻11号2150頁、最判昭41.4.15民集20巻4号660頁、東京高判昭50.1.29金商448号2頁、東京高判昭53.7.19下民集29巻5~8号485頁（経理担当取締役が自己の事業に流用するために手形を騙取し見返りに融通手形を振り出して第三者に損害を与えたことは故意による職務懈怠である）、京都地判昭55.10.14判タ427号186頁、大阪地判昭55.11.18判タ158頁（悪意・重過失による任務懈怠といひ

## 第5章責任制限制度のあり方

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<sup>123</sup>ことや、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<sup>124</sup>こと、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<sup>125</sup>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ものとしたものがある<sup>126</sup>。公務員の地方公共団体に対する求償責任の裁判例で、広範な権限を与えられている上級公務員が、市条例に違反するにもかかわらず、過去から条例が遵守されてきた実績を変更して、事前に法令違反とならないかどうかを十分に検討しないで、請負業者に支払をしたことは、著しく注意義務欠き重過失があるとした<sup>127</sup>。

(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」場合を指すことには、異論はないであろう。すなわち、重過失は故意(害意)に準ずるもの<sup>128</sup>である。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。それは国語としては当然とも言え

---

うるためには、代金の支払の可能性も意思もないのに欺罔等の違法な手段を用いて契約した場合や企業経営につき通常の能力を有する経営者の立場から見て契約締結が明らかに不合理と見られる場合でなければならない)。手形不渡りを出して倒産した事例で責任を否定したものもある：名古屋高金沢支判昭 58.3.30 判時 1081 号 138 頁(会社の経営は直ちに事業を停止すべき状況に陥っていたわけではなく新事業により業績回復を図るべく新工場を建設したが、一般的市況不振、新工場が軌道に乗らないうちの銀行融資の拒絶などにより倒産に至ったものであるから取締役が悪意又は重過失がない)

<sup>123</sup> 最判昭 51.10.26 金法 813 号 40 頁、最判昭 53.12.12 金法 884 号 27 頁

<sup>124</sup> 最大判昭 44.11.26 民集 23 卷 11 号 2150 頁、最判昭 48.5.22 民集 27 卷 5 号 655 頁、東京高判昭 53.7.19 下民集 29 卷 5~8 号 485 頁(経理担当取締役の故意による任務懈怠を防止できなかったことについて、営業担当の代表取締役は監視義務違反であるが、業務全般にわたり一応の監視義務を果しており、その判断において軽率のそりを免れないとしても重過失とまではいえない)、京都地判昭 55.10.14 判タ 427 号 186 頁、東京高判平 7.5.17 金商 1002 号 15 頁(代表取締役が代金支払の見込がないか少なくともこれを誠実に実行する意思を失っていたと推認できる状況下で、必ず支払う旨約束し相手方を誤信せしめた、計画倒産の疑いを抱くのも無理からぬような行為をしたことは、悪意又は重大な過失にあたる。そして他の代表取締役は、これを防止すべきであったにもかかわらずしなかったのは、重過失により監視・監督義務を怠ったことになる)。ただし東京地判昭 58.2.24 判時 1071 号 131 頁(銀行から出向の取締役は、経理部門担当の取締役による粉飾決算に気がつかず、決算書類が取締役会に提出されないことを漫然と看過して監視義務を怠ったことは重過失であるとしつつも、この重過失と第三者の損害との間に相当因果関係がないとして責任を否定した)

<sup>125</sup> 東京地判昭 54.11.28 判時 965 号 108 頁

<sup>126</sup> 最判昭 32.07.09 民集 11 卷 7 号 1203 頁、最高裁 HP・最高裁判例集 <http://courtdomino2.courts.go.jp/schanrei.nsf>)

<sup>127</sup> 大阪高判昭 48.7.16(脚注 19)(水道局長が、竣工検査前の完工高の 90%以上の支払を禁じる市条例は、公営企業には適用がないとの独自の見解を取り、水道局が 2~3 の例外を除いて過去から条例に準拠してきた実績を無視して、条例違反となるか否かの調査をしないまま、請負業者へ支払をした事案である。判決は、過払い金額についての竣工検査までの金利相当分を、市の損害として賠償させた。この事件には、水道局長を含む役職者が、業者から多額の金品を賄賂として受け取っていたという背景事情がある)

<sup>128</sup> 第 4 章脚注 230 参照

## 第5章 責任制限制度のあり方

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言うほかないであろう。私は何を除外するかの問題の問題というよりも、除外すべきものをどう定義するかの問題と考える。したがって、責任制限の適用を除外すべき事由を、重過失というような文言を使わないで、明確にすることに意義が生じることになる。

### （3）責任制限適用除外要件のあり方

行為者の主観的態様と責任制限の適用ないし非適用を整理すると、次のようになる。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言葉として重過失は適当でないとも言える）は、責任制限の対象となり得ない。しかし、悪意ではあっても、非難性・有責性に乏しい法令違反は適用対象としてよい。

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ってよいことになろう）であっても、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<sup>129</sup>。

### （4）責任制限適用除外の具体的要件

そこで、責任の主観的発生要件として「重過失」の文言を使わないで、具体的な責任制限適用除外事由の定義づけを試みる。

#### （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<sup>130</sup>

会社に損害を発生させる害意をもって、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、認識すべきであったのに著しく注意を欠いたため認識しなかった（認識しなかっ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、通常人なら行なう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はない。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

<sup>129</sup> 森本滋「講演・次期商法改正について」代行通信74号14頁（株だいかう証券ビジネス刊、1999）参照

<sup>130</sup> 「船舶の所有者等の責任の制限に関する法律」3条4項の責任制限阻却事由についての、「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した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」とする規定の仕方も参考にした。同法改正（1975年）前は、「故意または過失（英法の actual fault or privity）がある場合」となっていたが、その内容が明確でないため、具体的判断が難しく、紛争の長期化の一因となっていたこと、および、賠償責任保険との関係から責任制限を認めない場合を狭める必要があったために、条約が改正されたことに伴って上記法律もこのような規定に改められた経緯がある（稲葉威雄・寺田逸郎『船舶所有者等の責任の制限に関する法律の解説』114~16頁（法曹会、1989））。この法律の特別法である「油濁損害賠償保障法」5条但書も、責任制限を阻却する事由として同じ文言を使用している。なお、損害賠償に制限が設けられている国際海上物品運送法の13条の2も、同様の文言を使用する（同条に対応する陸上物品運送に関する商法581条は「悪意又は重大なる過失」の文言である）

## 第5章責任制限制度のあり方

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<sup>131</sup>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(平成12年最判<sup>132</sup>)。

このうち、悪意による刑事法等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、責任制限の適用を除外しなければならない。もしこのような責任を軽減すれば、公序良俗に反することになる。

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(法令に違反することを知らないことについて過失がある)による法令違反の場合は、原則どおり、責任制限の対象としてよい<sup>133</sup>。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

<sup>131</sup> 東京地判昭54.11.28判時965号108頁(第三者に対する責任の事例)を参考にした

<sup>132</sup> 最判平12.7.7金法1597号75頁・野村証券損失補填事件。266条1項5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(第4章第1節第2項3(1)139頁)

<sup>133</sup> 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だけでなく、具体的な法令(たとえば独禁法19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(日興証券事件判決・東京地判平9.3.13金法1496号46頁および東京高判平11.2.23判タ1058号251頁)と考えるべきであろう

らない。昭和48年最判<sup>134</sup>のような、代表取締役が業務を任せきりにしその任務懈怠を看過した平取締役の責任は（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ないとはいいがたい。もし責任が成立するとしても、責任制限の適用はあってよい。

### 2 狭義の忠実義務違反

（1）取締役と会社間の利害が対立している状況においては、取締役は、会社の利益を犠牲にして私利を図ってはならない義務（ここでは叙述の便宜のため狭義の忠実義務と称することとする）を負う。この義務の根拠については学説が分かれる。判例・多数説<sup>135</sup>はこれを、善管注意義務の一内容<sup>136</sup>とする（善管注意義務・忠実義務同質説）が、これに対して、少数有力説<sup>137</sup>（善管注意義務・忠実義務異質説）は、254条ノ3の規定はアメリカの忠実義務（duty of loyalty）に範をとったものであり、この規定が善管注意義務と区別されて狭義の忠実義務の内容をなす

<sup>134</sup> 最判昭 48.5.22 民集 27 卷 5 号 655 頁・マルゼン事件。名目的取締役には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知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ほかない。この昭和48年最判は、最判昭 55.3.18 判時 971 号 101 頁（取引先の代表者が出資をしかつ社外取締役として名目的取締役となったが、社長の代金支払見込みのない資材買入に対して監視義務違反があったとして第三者に対する責任を認めた）にも受け継がれているが、下級審判例では名目的取締役に対して責任を課すことを酷であるとして、責任を軽減しあるいは否定する事例も多い。たとえば、東京高判平 15.9.30 判時 1843 号 150 頁は一人株主の会社資金領得による損害について、会社から名目代表取締役に対して監視義務違反により損害賠償請求したが、会社の一人株主が会長として経営全般を掌握し、経理会計事務についても担当を直接指揮監督するなどしており、名目上の代表取締役は、会社に対する関係においては善管注意義務や監視監督義務を負わないとしてその責任を否定している。取締役会を開催せず、取締役としてのイスマも用意せず、業務の報告もしないのは会社の責任でもあるから、第三者や破産管財人からの責任追及はともかく、会社から損害賠償請求をすれば問題があるとの見方（会社法の研究『取締役(4)』58~9 頁稲葉発言）も妥当するであろう。しかしここでは、取締役として必要な行動を何ら取らないことが典型的な義務の放棄にあたるという設例として事例を捉えるに止めておく

<sup>135</sup> 254条ノ3の忠実義務を、多数説(通説)・判例は善管注意義務と同一のものであり、前者は後者を敷衍しかついつそう明確にしたものととどまるのであって、通常の委任関係に伴う善管義務と別個の高度の義務を規定したものではないと解する（善管注意義務・忠実義務同質説）（最大判昭 45.6.24 民集 24 卷 6 号 625 頁・政治献金事件、石井 311 頁、大隅 = 今井 165 頁、鈴木 = 竹内 289 頁、森本・前掲論文(脚注 49) 483 頁、江頭 337 頁、弥永 185 頁）

<sup>136</sup> たとえば森本・前掲論文(脚注 49) 472~73 頁によれば、取締役は会社経営という包括的な事務処理の委任を受けており、善管注意義務を尽くして、会社のために最も合理的な判断を下さなければならない。取締役が自己と会社の利害が対立するときに、会社のために誠実に職務を遂行する義務は、民法 644 条の定める義務の一内容をなすとする。そして同 477 頁は、委任に関する民法 644 条の規定は任意規定であり特約により軽減し得るが、他方、取締役は誠心誠意会社の為に善管注意義務を尽くさなければならず、特約によってもこの義務は軽減し得ないように、254条ノ2（現 254条ノ3）により特別の善管注意義務を設けているとする（浜田道代・新注会(6) 254条ノ3 注釈 10、江頭 337 頁も同旨）

<sup>137</sup> 田中誠 634 頁、大阪谷公雄「取締役の責任」田中耕太郎編『株式会社法講座第3巻』1115 頁 1117 頁（有斐閣、1956）、星川長七『取締役忠実義務論』44 頁（成文堂、1972）、北沢 413 頁、赤堀光子「取締役の忠実義務 (1)~(4)」法協 85 卷 1~4 号(1969)

とする。商法は、この義務に該当する取引として、競業取引（264条）利益相反取引（265条）および報酬（269条）の規制を設けるが、異質説からは、これ以外にも狭義の忠実義務が問題となる場合があり、254条ノ3によって解決されなければならないと主張する<sup>138</sup>。これに対し同質説は、善管注意義務の内容の合理的解釈や264条、265条の類推解釈により異質説の言う結論は導き出せると言う<sup>139</sup>。

（2）異質説は、忠実義務の違反は故意・過失を要しない無過失責任、ないし自己に過失がなかったことの抗弁が許されない定型的過失責任<sup>140</sup>であり、その違反があれば英米法に倣って、取締役が得た利得はその地位において取得してはならないものであるから、その全てを会社に返還させる必要があると考える<sup>141</sup>。ところがこの説も、条文の適用にあたっては、266条1項5号の法令違反として損害賠償責任しか認められないとする<sup>142</sup>。そしてそれでは極めて不十分であって、立法論として、アメリカ法と同様の救済を認めるべきであるとしつつ、解釈上は損害賠償責任として構成し、その損害額の算定について、取締役の得た利得を会社の損害となす解釈努力をすべきであるとする<sup>143</sup>。具体的には、得べかりし利益として会社に取戻させ、代理と構成して会社機会を会社へ帰属<sup>144</sup>させ、あるいは不当利得と構成してその利得額を返還させることなどである。取締役・執行役が競業取引をして会社に損害が発生したとき、264条の取締役会の承認がない場合は、損害額の推定<sup>145</sup>（266条4項、商特21条の17第3項）が認められて

<sup>138</sup> 赤堀・前掲論文(脚注137)(4・完)559頁以下は、265条の適用外にある類似取引、264条に該当しないいわゆる会社の機会に属する取引、支配権譲渡に関連する秘密の利得等は、254条ノ3によって規制することになるとする

<sup>139</sup> 森本・前掲論文(脚注49)481頁

<sup>140</sup> 星川・前掲書(脚注137)26頁は無過失責任論である。定型的過失責任論としては、大阪谷・前掲論文(脚注137)1131頁、赤堀・前掲論文(脚注137)(4・完)566~67頁（過失責任であるが、過失の有無は取締役が会社と利益の衝突を生じるような行為をなすこと自体について判断すべきであり、従って、取締役が会社と利害の反するような関係に立つことを知っているだけで、主観的要件が満足される定型的過失責任である）

<sup>141</sup> 星川長七・旧注会(4)254条ノ2注釈12、赤堀・前掲論文(脚注137)(4・完)563頁、北沢414頁、浜田道代・新注会(6)254条ノ3注釈6。なお、同質説の立場からも、森本・前掲論文(脚注49)481頁

<sup>142</sup> 星川長七・旧注会(4)254条ノ2注釈12、赤堀・前掲論文(脚注137)(4・完)563頁。ただし、渋谷光子「取締役の競業行為と会社の受ける救済」判時1043号200頁、205頁（1982）では、金銭賠償に限らず、必要と認めるときは、会社は取締役に対し、違法行為により得た物その他の権利を、会社に引き渡すように請求できるように解するのが妥当であるとし、従前の説を改めた由である

<sup>143</sup> 赤堀・前掲論文(脚注137)(4・完)564頁

<sup>144</sup> 東京地判昭56.3.26商事915号10頁・山崎製パン事件では、原告会社の代表取締役が、その営業地域内で同業を営む他会社の株式を取得し、また、会社が進出を計画していた地域に自己の子会社を設立したことが、競業避止義務に反するとして、委任又はその類推により、これら会社の株式の原告会社への移転（民法646条を根拠としたものと推測される）を命じた。判示はこの方法こそが、競業避止義務、善管注意義務及び忠実義務違反を理由とする損害賠償よりもはるかに直接的で根本的な救済とならしている。このような救済方法に対して、射程を広く認めるのは疑問がある、あるいは、民法646条の解釈には限界があるとしながらも、結論的には、本件において被告代表取締役が原告会社の従業員を用い、資金借り入れを行いあるいは保証をさせたなどの特殊事情下で特に認められたものと評価し（神崎克郎「山崎製パン事件判決とその意味」商事915号2頁、241頁(1981)）、あるいは254条ノ3を狭義の忠実義務を定めるものとして、その解釈により正当化し得るとするもの（渋谷・前掲論文(脚注142)判時205頁）がある

<sup>145</sup> この債務不履行責任は、違法な行為と損害額との間の相当因果関係の存在は事実上推定されると解すべき

いる。これは、損害額の認定が困難なため技術的に損害額を推定する意味を持つだけに止まらず、会社の機会を自己のために利用するという非難性の強い行為により得た利益を、吐き出して会社に返還せしめる懲罰的意味合いをも持つとする解釈もある<sup>146</sup>。

異質説によれば、忠実義務違反は実質的な無過失責任であるから、過失責任に適用されるべき責任の一部免除は適用される余地はないことになる。

判例・通説によれば、狭義の忠実義務は善管注意義務に含まれ、これに故意・過失<sup>147</sup>によって違反した場合には、会社に生じた損害の賠償責任を負わせる（266条1項5号）。そして、平成13年改正法によって、266条1項5号違反につき、善意にして且重大な過失がない場合に当てはまれば、責任の一部免除が適用されることになる。しかしこのような責任をも、過失責任であるが故をもって責任制限の対象とすることには問題がある<sup>148</sup>。なお、狭義の忠実義務違反の一例である265条の利益相反取引規制違反（266条1項3、4号）については、通説・判例では無過失責任であり責任制限適用の余地はないが、会社法制現代化試案では、過失責任化を検討しており、委員会等設置会社における対応責任はすでに過失責任となっている（商特21条の21）。利益相反取引が過失責任に変わっても、過失責任であるが故に責任制限を適用することは不当である。換言すれば、取締役・執行役が会社と利害が相反するような立場に身を置き、たとえ過失によってであっても、それによって得た利益を取締役・執行役の手元に留保させることを正当化すべき理由は見当たらない。

（3）責任制限の適用の是非の問題ではないが、同じ理由で、過失による場合のみならず、たとえ取締役に過失がないと認定される場合であっても同様に、取締役が得た利益を全額返還させることとしてよいであろう。

同様に、会社に生じた損害額が取締役の得た利益の額を下回る場合でも、利益の全額を会社

---

であり、取締役が行なった取引を会社が行なったならば得られたであろう利益の逸失を、会社の賠償されるべき損害と見ることができる（渋谷光子「利益相反行為の規制」民商85巻5号746頁、751頁(1982)）。会社が実際の損害が推定額より多いことを証明したとき、また、被告取締役が実際の損害が推定額より少ないことを証明したときは、その証明された額が賠償額となるが、損害額の証明は極めて困難である（近藤光男・新注会(6)266条注釈47）

<sup>146</sup> 渋谷・前掲論文(脚注145)751~52頁は、この損害額の推定は、承認を経ない競業取引に類型的な違法性を認めて、その取引から生じる利得をすべて会社に吐き出させるという、懲罰的な効果を期待した介入権に類する規定であるとする

<sup>147</sup> 昭和56年改正に際して、旧266条1項3号（競業に関する264条1項の規定に違反する取引の責任）が削除され、競業による責任は同5号（過失責任）によることとされた経緯があり、従来からの競業取引の責任が過失責任であるとの通説の立場を確認したとされる（渋谷・前掲論文(脚注145)750頁、近藤光男・新注会(6)266条注釈46）。委員会等設置会社では、265条1項の責任を取締役・執行役に任務懈怠がなかったことの証明責任を課す過失責任としている（商特21条の21第1項）。ただし、森本滋「取締役の競業禁止義務の立法論的検討」論叢106巻1号1頁、8~9頁（1979）は、取締役が会社と利益相反する関係に身を置き、私益を優先させたときに、過失がなかったとは到底考えられないとする。吉本健一「取締役の会社に対する責任」『現代倒産法・会社法をめぐるとの諸問題』511頁、515頁（民事法研究会、1995）も、過失責任といっても、過失の認定を利益相反の認識可能性をもって判断する場合には、無過失責任ととらえるのとそれほど変わらないとする

<sup>148</sup> 第4章脚注238対応本文参照

## 第5章責任制限制度のあり方

に返還させるのが妥当である<sup>149</sup>。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ろうから明文の規定を要する<sup>150</sup>。

(4)問題は、会社に生じた損害が取締役・執行役の得た利益を上回る場合にどうするかである。まず、過失がなかったと認定される場合は、取締役・執行役が得た利益は(3)により全額返還させるが、それを上回る会社の実質的な損害額については、当然ながら賠償責任を負わない。しかし取締役・執行役に過失があったと認められる場合、責任制限の趣旨・目的(萎縮防止と公平性)に照らして考えてみると、会社と利害が反する立場に身をおくことを督励する必要はなく、また、それによって会社に発生した損害を全額賠償させても、公平性に反することにはならないであろう。したがって、発生した損害は全額賠償させ(といっても損害のうち取締役・執行役の取得した利益の部分はそれを返還することで足りる)、その責任を制限する必要性は認められない。

(5)なお、たとえ忠実義務違反による責任であっても、株主全員がこれを免除することが適当と考える場合はあり得ようから、公開大会社では機能し得ないが、会社(=株主)以外の第三者を害しない限りにおいて、総株主の同意があれば忠実義務違反の責任も免除できることとして差し支えない<sup>151</sup>。

### 第3項 会社債権者の利害と取締役の責任制限

#### 1 会社債権者を害する責任制限

(1)かねてより取締役の責任について、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<sup>152</sup>が主張されていた。しかし現在までのところ商法上にその趣旨の規定は設けられていない。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

<sup>149</sup> 岩原・前掲論文(脚注6)ジュリ127頁、代表訴訟制度研究会(3)(下)18頁

<sup>150</sup> 異質説を主張する赤堀・前掲論文(脚注137)(4・完)563~64頁。同質説に立つ森本・前掲論文(脚注49)481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126巻6号805頁、816頁(2002)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と示唆する

<sup>151</sup> 近藤光男「取締役の責任免除」商事1389号2頁、8頁(1995)

<sup>152</sup> 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」商事法務1477号11頁、20頁(1997)、代表訴訟制度研究会(2)・12頁、代表訴訟制度研究会(3)(上)44頁、末永・前掲論文(脚注9)24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』51頁、81頁(商事法務、1995)。昭和61年の法務省民事局参事官室「商法・有限会社法改正試案」の「二11」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、取締役に対する弁済・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424条)、否認権(破産法72条)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」53頁(税務経理協会、1986))

あり、ある財産行為によってはじめて不足する場合だけでなく、既に弁済資力の不足している債務者が、共同担保たる財産を処分することにより、資力の不足に拍車をかけるような場合を含む。弁済資力が不足である（無資力<sup>153</sup>）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、マイナスになるかどうかで判定される<sup>154</sup>。取締役・執行役の責任減免との関連では、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、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る。

（2）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・執行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、（ ）債権者は債権者取消権（民法424条）を行使することにより、あるいは（ ）当該決議以後6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72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<sup>155</sup>。（ ）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72条、破産法7条）から、株主や取締役会は会社財産の処分（取締役・執行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<sup>156</sup>。

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、またはもっと悪い財務状況下でなされた、株主による減免の決議（266条5項、6項および7項）は、会社債権者との関係では無効と解される<sup>157</sup>。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（425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<sup>158</sup>、不足分は会社債権者の負担（損害）となる<sup>159</sup>。会社の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<sup>160</sup>を行使することができるが、債務超過（当該減免決議を行うことにより債務超過に転じる場合を含む）の状態になれば、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になる。

<sup>153</sup> 本論文では、無資力のほか、資本の欠損（289条1項）、債務超過（破産法127条）、支払不能（同126条）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差置いて、本文に言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

<sup>154</sup> 奥田291~93頁、平井・総論283~84頁（ともに民法424条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）

<sup>155</sup> 北沢・前掲書（脚注152）53頁、江頭371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1年以内に行われた免除を取り消すことができる（386条1項6号、7号）。民事再生法127条、会社更生法86条も否認権について同旨の規定

<sup>156</sup> 谷口安平「倒産企業の経営者の責任」『新・実務民事訴訟講座』241頁、248頁（日本評論社、1981）

<sup>157</sup> 江頭371頁注11は、266条5項の総株主の同意による免除について無効とする

<sup>158</sup> 藤田友敬「株主の議決権」法教194号19頁、20頁および22頁注3（1996）

<sup>159</sup> 藤田友敬「株主有限責任と債権者保護(1)」法教262号81頁、84頁（2002）

<sup>160</sup> 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（共益権）のひとつとして、株主総会における議決権を有する（241条）（江頭・115頁）

## 第5章責任制限制度のあり方

266条12項の免除に関しても、取締役会は会社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と考える。その理由は、取締役は会社債権者のためにも誠実に職務を遂行すべき義務<sup>161</sup>、あるいは、会社債権者のための引当財産を管理すべき義務<sup>162</sup>を負っているから、そのような義務に反して会社財産を減少させるような決議をすることはできないからである。

### 2 事前の制度における責任制限の可否

#### (1) 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・執行役は善管注意義務・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った取締役・執行役の経営判断に過失があった場合、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、別の要因によっ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・執行役にとって予測に反する過大な責任を負わせることとなり、また、法的安定性に欠け好ましくないと言ふべきである。

(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・執行役の経営判断の失敗により多額の損害が発生して、これによって会社が無資力化した場合であってもあてはまる。

経営が悪化した時、取締役・執行役は会社に対して、経営状況の確実な把握と必要な措置を講ずべき義務を負う<sup>163</sup>。取締役・執行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<sup>164</sup>の原則が適用され(過失がなかったとされ)、責任を問われるべきではないことは通

<sup>161</sup> 森本・前掲論文(脚注119)11頁(会社財産だけが会社債権者の担保となっている株式会社の取締役は、副次的に会社債権者のためにも、誠実に職務を遂行すべき経済モラル上の任務を負うことについては一般的な承認が得られている)、黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」法曹時報52巻10号1頁、25頁(2000)(英米法の信任義務の概念を借り、取締役は財務が健全なときは会社に対して、債務超過時は会社債権者に対して信託義務を負う)。これらは266条ノ3の責任の根拠となる取締役と債権者の関係を説明するものであるが、会社が無資力化したときの取締役の会社債権者に対する義務の一般的な説明にも妥当するであろう(次の脚注162も同じく266条ノ3の責任の根拠についての説明である)

<sup>162</sup> 山下友信「支払い見込みのない手形振出と取締役の対第三者責任」『商事法の解釈と展望』285頁、297頁(有斐閣、1984)(会社債権者の引当財産の管理者である取締役は、経営破綻時には、会社債権者のために会社財産を管理すべき注意義務を負う)

<sup>163</sup> 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)」法協102巻8号1431頁、1513~14頁(1985)は、取締役は経営悪化時は会社に対して経営状況を確実に把握し経営悪化の原因の分析、今後の収益見通しの予測、資金繰りの計画、経営改善のための対策の立案・実行など必要な措置を講ずる義務を負うとする。藤田友敬「株主有限責任と債権者保護(2)」法教263号122頁、134頁注22(2002)、斉藤真紀「子会社の管理と親会社の責任(5)・完」論叢150巻5号1頁、13頁(2002)もこのような解釈を支持する

<sup>164</sup> 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53.3.2判時909号95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っても、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55.9.30判時1005号161頁(取締役が実際に行なった経営判断が結果的に適切でなかったとしても、それが

常時と異なるところはない。しかし、取締役・執行役に過失があったと認定されれば、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が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に、取締役・執行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ろう。取締役・執行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っても利益に適うとは言えない。

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・執行役はリスクテイクについて通常より慎重な判断を要求される<sup>165</sup>。したがっ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超えて責任制限適用除外事由にまでは至らないかぎり、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・趣旨に適うと言うべきである。

（ウ）しかしながら会社の無資力化以前の取締役・執行役の行為であっても、事後的な責任制限制度であれば、上の「1」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。このような結果は妥当ではなく、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266条19項以下の社外取締役に対する事前免責契約の効力も、違反行為が無資力化以前のものであるかぎり、会社が無資力に転じても影響を受けないと解される。

### （2）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

（ア）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・執行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

---

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、266条ノ3の重過失に該当しないとされた）などがある

<sup>165</sup> 谷口・前掲論文(脚注156)259頁は、会社が倒産ないしはそれに近い状態に入ってから、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

とも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言え、取締役・執行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・執行役の行為には、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すべきである。

(イ)しかし、会社経営立直しのための努力やリスクテイクを、完全に否定してしまうことができない場合もあろう。経営の立直しに向かって行なわれる取締役・執行役の行為が、正当化されるような限られた場合があるとすれば、そのような行為については、上の「(1)の(イ)」に準じて、いわゆる経営判断の原則を適用して取締役に責任を負わせないか、あるいは有責の場合も、裁判官の裁量により責任を制限してよいであろう。その前提要件として取締役・執行役は、自己の行為が会社の建て直しにつながり、会社債権者の利益にも合致する正当なものであることを証明する必要がある。

### 3 第三者からの責任追及と責任制限

(1)以上の考察は、取締役が会社に対して負う責任を、会社(ないしは破産管財人等)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、266条ノ3第1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を追及する場合は別途の検討を要する。

266条ノ3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44年最大判<sup>166</sup>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<sup>167</sup>。ここでの検討もこの判旨に沿って進める。

(2)第三者は直接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<sup>168</sup>については会社の無資力を要件とする<sup>169</sup>が、債権者の請求額は会社から取り立て得ない額である<sup>170</sup>。その範

<sup>166</sup> 最大判昭44.11.26民集23巻11号2150頁。266条ノ3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る(龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈55)

<sup>167</sup> 龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈3

<sup>168</sup> 取締役の職務違反行為によっ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(龍田節「判例評釈(東京地判昭33.11.28下民集9巻11号2342頁についての)」論叢66巻3号93頁、94頁(1959)、上柳克郎「直接損害・間接損害」論叢102巻3・4号1頁、3頁(1978)、江頭392頁、弥永217頁)

<sup>169</sup> 龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈29(会社から弁済を受けうるかぎり債権者には損害がない)、森本・前

困内であれば、取締役が会社に対して負う損害賠償額とは関係なく請求できる<sup>171</sup>か、あるいは、会社の取締役に対する損害賠償請求権の額に限られる<sup>172</sup>かについて見解が分かっている。間接損害と言うからには会社が損害を受けることが前提となり、請求額もに限定するのが筋が通っているように思われる。尤も、間接損害の典型的事例とされる放漫経営による倒産の場合、会社に対する賠償義務の額を算定することは不可能に近い<sup>173</sup>から、かかの議論は理論上のものとも言える。しかし、266条ノ3の責任を、昭和44年最大判の立場を前提として、株式会社制度を維持するために、取締役の会社に対する責任とは別個・独立したものとして課される特別の法定責任であるとし、いわゆる間接損害に関しても、取締役のはなはだしい放漫経営ないし無謀な経営（私法体系上例外的な責任事由であるから「重過失」をこのように限定的に解すべきである）により、債権者が会社財産から満足を得ることができなくなったことが問題なのであり、会社に損害が発生したかどうかは決定的なものではないとする見解<sup>174</sup>もある。第三者による賠償請求金額の範囲については、このように見解が分かれる。しかし、会社・取締役間の免責、放棄、和解等は第三者からの請求権に影響を及ぼさない<sup>175</sup>とされる。266条ノ3の責任は、266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、266条の責任についての取締役と会社との間の抗弁事由は、第三者に対する責任に関しては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か以降か（上の「1」）に限らず、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、266条ノ3に基づく会社債権者からの請求に対する抗弁事由となり得ない。つまり、会社（ないし破産管財人等）からの266条に基づく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。

（3）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（上記「（1）の（イ）」）において、その失敗が重過失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責任制限条項の適用により減免され得る場合であっても、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。そのことに問題は

---

掲論文(脚注119)13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のが責任の基礎となる)

<sup>170</sup> 龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈36

<sup>171</sup> 龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈36、龍田・前掲判例評釈(脚注168)100頁は、立法論としては、「会社に対して負う賠償額の範囲内で対会社債権を行使しうること」を明記した規定に改める必要があるとする。江頭393頁注1

<sup>172</sup> 上柳克郎「両損害包含説」論叢102巻5・6号1頁、7頁(1978)(債権者代位権との均衡を根拠とする)、山下・前掲論文(脚注162)298頁(多数の見解である)、吉原・前掲論文(脚注163)1518頁注104(上柳説が理論的に妥当である)

<sup>173</sup> 吉原・前掲論文(脚注163)1518頁注104

<sup>174</sup> 森本・前掲論文(脚注119)11~2頁

<sup>175</sup> 佐藤庸・前掲書(脚注85)129頁および197頁(取締役は債権者に対しいわば保証責任を負っている)、龍田節・新注会(6)266条ノ3注釈1(保証類似の責任である)および同・注釈36(総株主の同意によっ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393頁注1

ないのであろうか。尤も森本論文<sup>176</sup>のように、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、対第三者責任が認定される場合は、対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対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。

大規模公開会社においては、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っ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が、266条ノ3の責任についても適用され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266条ノ3の意義・あり方に絡む問題であるので、ここでは問題提起だけに止めておきたい。

### 第4項 責任制限の人的対象

#### 1 社内取締役・執行役

平成13年改正法案の段階で、アメリカの例に倣い、責任軽減の対象は社外取締役だけにすべきであるとの見解<sup>177</sup>があった。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、その必要があるのは社外取締役だけであるというのが理由である。しかし責任制限制度には、人材確保難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、賠償額負担の公平性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。つまり、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。

論者の言うように確かにアメリカでは、執行役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（多くの州はCEO, COO, CFOなどの上級執行役を兼務す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）に対しては、責任を

<sup>176</sup> 脚注174で引用する森本・前掲論文(脚注119)

<sup>177</sup> 代表訴訟制度研究会(3)(下)20頁、岩原・前掲論文(脚注6)ジュリ129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ものである

## 第5章責任制限制度のあり方

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っているのである。各州会社法の規定上は、責任の一部制限とす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、各企業はほぼ一律に全額免責を選択したとされる<sup>178</sup>。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の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に拙速に行われており、比較法として参考にすることは有益でない。しかしALIの勧告(ALI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1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。ALIの勧告に基づいて実際の立法を行なった例は少ないが、比較法上の参考とするにはこちらの方が適している(第2章第6節第2項参照)。尤もアメリカにおいては、執行役についても、実定法上の事前の制度としての責任制限の適用はないにしても、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という事情もある点は、日本と大きく異なる点である。

### 2 監査役

やはり平成13年改正法案に対する批判で、監査役は萎縮しないから軽減制度を認める必要はないとの見解もあった<sup>179</sup>。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あるという議論につながるかもしれない。しかし、監査役(監査委員)は萎縮しないとは言えない<sup>180</sup>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青天井の賠償責任に曝してよい理由は見当たらない<sup>181</sup>。

<sup>178</sup> 第2章脚注384および対応本文参照

<sup>179</sup> 岩原・前掲論文(脚注6)ジュリ130頁。これに対して田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ1220号31頁、33頁(2002)は、これは監査役の無力性を容認した見解であるとする

<sup>180</sup> 田中・前掲論文(脚注179)33頁は、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ことになるから、監査役にも認めるべきであると反論する

<sup>181</sup> 北村雅史「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」民商126巻4・5号579頁(2002)(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)

### 第3節 責任制限の方法・手続

(1) 取締役の責任を制限するかどうかは株主(総会)に決定させるのが最も基本的な方法・手続である。現行法に定める責任免除制度(266条5、6、7、12および19項)だけでなく、比較法上も、アメリカの各州会社法のうち定款方式によるもの、ドイツの株主総会による責任免除決議制度、英米法の判例原則(rule)として古くからある追認(ratification)などの例がある。

取締役の責任の減免は、債権者である会社による債権の処分、すなわち債務者である取締役に対する損害賠償請求権の一部ないし全部の放棄であるから、基本的には会社の内部で処理されるべき問題である。会社が債権を放棄するかどうかの判断は、その総合的得失を考慮して決定する経営判断(業務執行に関する意思決定)であり、基本的には取締役会が行うのが適切な行為と言える。しかしながら、債権放棄を受けべき取締役がそれを決定すべき取締役会の構成員であり、利害相反性の高い行為であるが故に取締役の専横の危険性があり、決定の中立・公正性を欠く恐れが大きい。委員会等設置会社の執行役に対する責任減免についても、経営を担う同僚同士の債権免除であり、同様の問題が避けられない。

このように利害相反の可能性がある場合や会社の基本的な重要事項については、会社としての意思決定権限を株主総会に配分するのが伝統的手法である。商法は、法定の株主総会決定事項として、取締役等の機関の選・解任、会社の基礎ないし営業に根本的変動を生じる事項(定款変更や会社の組織変更など)、報酬や事後設立など、取締役等の専横の恐れのあるもの、

利益処分等の株主の重要な利益に関する事項や、計算に関する事項を規定している<sup>182</sup>。責任の減免は、これらに並ぶ重要事項とすることができる。また権限配分の問題とは離れるが、株主総会は情報公開・情報交換の場でもあるから<sup>183</sup>、取締役・執行役に対する責任減免を株主総会が決定することにより、取締役会が決定することに比して、責任制限制度採用についての政策・方針、個別事案における違反の内容やその行為者たる取締役・執行役についての情報(選任・解任のためにも有効である)の公開度を高めるといふ利点もあると言えよう。

(2) しかし公開大会社の株主には、判断のための情報や知識が乏しく、判断能力・経営参加意欲も不足ないし欠如しているという問題があり、株主総会による決定の適切性にも限界があることを念頭におく必要がある。

(3) また、取締役の責任を制限することには責任の公平性をはかる意義もあり、株主による決定の適切性の限界を補完し、あるいは、法の許容する責任減免要件に完全には合致し

<sup>182</sup> 江頭憲治郎・新注会(5) 230条ノ10注釈5(21頁)。ただし委員会等設置会社においては、利益処分・損失処理を、取締役会の権限としている(商特21条の31)

<sup>183</sup> 江頭憲治郎・新注会(5) 230条ノ10注釈2(20頁)、川浜昇「株主総会と取締役会の権限配分」法学教室194号27頁、29頁(1996)

ないときや、要件適合性の認定が容易でなく適用が困難なときでも、なおかつ責任制限を行なうことが公平性にならなう場合もあり得ることから、株主による決定と並存する制度として、イギリスや欧州各国などに例が見られる、裁判官の裁量によって決定する方法も必要と考える。

(4) アメリカの州会社法によっては、責任制限を株主総会に決定させず、予め取締役は注意義務違反に対して賠償責任を負わない旨を、会社法条文に規定してしまう例も若干あるが、日本でそのような方法(商法に直接規定)が妥当かどうかについても検討を加えておく。

### 第1項 株主による決定

#### 1 株主の判断の適正さの確保

(1) 公開会社の株主は、配当や譲渡益を通じた投資利益の獲得には関心があるものの、経営に関する知識も情報も乏しく、また、自己の株式保有比率が低いため経営に対する影響力が微小であることから、会社経営に参画する意思や能力を持ち合わせていないのが通常であるとされる<sup>184</sup>。また、委任状勧誘機構や書面投票機構などを通じた、経営者による株主総会支配によって、経営者の提案するままに決議がなされてしまうことも指摘されている<sup>185</sup>。公開会社の株主総会は形骸化・無機能化しており、所期の会社経営者に対するコントロール機能が十分果されていない<sup>186</sup>ということである。

さはさりながら、企業所有者としての株主による会社支配(株主総会による会社経営者に対するコントロール)という基本的枠組みを、他の枠組みに変えることもできない<sup>187</sup>。株主は通常は経営者のいいなりに賛成しても、法的に決定権限を株主総会に留保することによって、無言の圧力として経営者に対するコントロール機能を発揮しているとも言える<sup>188</sup>。株主を守るのは、経営者が解任され、行為を差し止められ、取締役会・監査役(会)・内部統制・内部監査・公認会計士によって日常的に監視され、情報を開示するという、トータルなシステムの存在である<sup>189</sup>。このような認識の下に、困難ではあっても株主総会の活性化を計り、一般株主を総会

<sup>184</sup> 川浜・前掲論文(脚注183)27頁。平成13年改正に関連する学説批判につき、171頁「株主総会の判断機能についての疑問」も参照

<sup>185</sup> 川浜・前掲論文(脚注183)27頁、岩原・前掲論文(脚注6)ジュリ125頁

<sup>186</sup> 前田重行『株主総会制度の研究』(有斐閣、1997)2頁、谷川久・新注会(5)第1款前注6

<sup>187</sup> 前田(重)・前掲書(脚注186)47頁

<sup>188</sup> 経済学者による分析で、株主が経営者のいいなりに決議することは、経営者への意思決定権限の付与ではなく実質的委譲であるから、経営者への対抗手段としていつでも取り戻せるようにしておけば、取締役会への無言の圧力となり、取締役等が株主の利益に反する企業経営を選択することもなくなるとするものがある。とりわけ取締役・監査役の選・解任権を株主総会権限とすることが有効であるとする(倉沢資成「株主総会の決定プロセス」三輪芳朗=神田秀樹=柳川範之『会社法の経済学』117頁、120~22頁(東京大学出版会、1998))。川浜・前掲論文(脚注183)29頁も、株主の意思決定が形骸化するような事項であっても、会社の危機的事態にはその積極的関与が期待でき、安全弁的機能を果たすことは無視できないとする

<sup>189</sup> 上村達男「株主総会復権論・批判」『現代企業法の新展開 - 小島康裕教授退官記念』151頁、160~61頁(2001)

## 第5章責任制限制度のあり方

に呼び寄せ、発言させ、自らの意思に基づいて議決権を行使させるべき方策を講ずることの重要性も<sup>190</sup>否定できない。また近時は、厚生年金基金連合会などの機関投資家による議決権行使が活発になっており<sup>191</sup>、今後機関投資家の数・規模の拡大や株式投資額の増大につれて、株主による経営監視のあり方が変容していく可能性も否定できないが、しかしながら現時点では、際立った変化が現れているかどうかは明確でない。

(2) アメリカで、責任制限制度の株主総会決議に関して、株主に責任制限に関する定款規定の任意撤回権を付与し、あるいは、責任制限についての定款規定に自動消滅条項(サンセット条項)を併せ設けるべきであるといった議論があった。株主の、契約(定款変更)当事者としての対等な立場や判断の任意性を補強し、あるいは繰り返し決議をすることを通じて、株主の自覚を促すために有効であるとするものである<sup>192</sup>。日本でもサンセット条項を導入すべきとする見解<sup>193</sup>があり、私見もこれに賛成する。しかし、アメリカでは議論だけで実際に導入されていない。わが商法の規定も、建前上、株主総会の無機能性を前提にしたものにはなっておらず<sup>194</sup>、株主総会権限事項一般につき決議要件の加重以外には特別の制度的な工夫が加えられている例<sup>195</sup>は多くない。サンセット条項のようなものは、他の株主総会権限事項との体系的比較検討も要し、制度化は簡単でないかもしれない。

(3) 責任制限について一般の株主が取締役会の提案するままに決議してしまうとしても、現行法体系のもとでは、そのこと自体は是とするほかない。尤もこの場合も、取締役会の判断・議案の内容の適正さについて、一定の歯止めは掛かると考えられる。損害発生事実やその処理状況について開示義務を充実すること<sup>196</sup>が前提となるが、開示によって株主だけでなく市場やマスコミ等からの注視を浴び、また処理の内容如何によっては株主からの法的な責任追及があ

<sup>190</sup> 前田(重)・前掲書(脚注186)47頁、川浜・前掲論文(脚注183)30頁

<sup>191</sup> たとえば、三和裕美子「わが国機関投資家の株主議決権行使」経営研究53巻4号(2003)によれば、厚生年金基金連合会、年金資金運用基金、地方公務員共済組合連合会などの公的な基金を中心に、受託機関を通じて株主議決権を積極的に行使している。基金・連合会側からガイドライン・基準を示し、これを受けて信託銀行などの受託機関が自己の判断で議決権を行使するが、その方針と実際の行使状況を基金・連合会側に報告する仕組みで行われている。しかし単独の企業年金は、その母体企業と投資先会社との利害相反関係などがあり、投資先会社経営者の意向に反するような株主議決権行使には消極的であるとされる。アメリカにおける機関投資家の経営関与状況につき、第2章脚注434参照

<sup>192</sup> 第2章第7節第1項2(2)参照

<sup>193</sup> 大杉・前掲論文(脚注42)29頁

<sup>194</sup> 松井秀征「株主総会制度の基礎理論」私法64号177頁(2002)は、株式会社および株主総会制度のモデルとして、絶対主義モデル(勅許モデル)、自由主義モデル(準拋主義、出資者たる株主が意思決定の究極的権限を与えられる)、多元主義モデル(ドイツの労働者参加など)、および、自由主義モデルの修正(大企業化した会社の実態に合わせて、委任状機構、会社支配権市場、機関投資家を通じて経営を監督する)を挙げる。そして、日本の実態は事実上の多元主義モデルであるが、制度・理論は変容の機会を持たなかったため、の古典的自由主義モデルのままである。ここに制度及び理論と実態との根本的乖離が生じていることを指摘する

<sup>195</sup> 強いて挙げれば、小規模閉鎖会社向けの、株式譲渡制限(204条)に関する譲渡承認・買受人指定請求など

<sup>196</sup> 266条8項、14項および22項の開示だけでなく、広く損害発生の実態およびこれに対する処理(責任追及自体を行わないことも含む)について開示義務を課す必要がある

## 第5章責任制限制度のあり方

り得ることに対する懸念が、取締役会の判断・総会議案内容の適切さを担保するものと考えられるからである。なお、同時に濫訴の懸念が増大するかも知れないが、それは株主代表訴訟のあり方の問題として別途検討を要する事であって、濫訴を懸念して開示の強化や責任制限制度を否定することは本末転倒である。

### 2 株主の判断事項の限定

株主の判断機能に限界があることを承認すれば、以下のように、株主の決定事項を制度の採否についてだけに絞り込む意義もある。

責任制限の趣旨は、取締役が経営意思決定において萎縮しないように、その障害を取り除こうとするものである。会社の取締役に対する損害賠償債権を放棄する形をとり、そのことが目先では会社(株主)の損害につながることは自明であるものの、より広い視野で見れば会社(株主)の利益となり、また、取締役の責任の公平なあり方につながるという高度な政策的判断である。この判断は冷静で合理的な思考を要する。このような判断を、その判断能力・意欲に限界のある一般の株主に、如何に合目的的に行なわせるかは本来重要課題であるが、その方法は現実的には限られている。それでも株主は、実際の損害の発生と無関係に予め責任制限の制度を設けておこうとする場合なら、その政策的必要性について比較的冷静に判断することができると言えよう。しかし、具体的に損害が発生した後でその賠償金を減免するかどうかとなると、事案の事件性や損害の大きさが目について株主の情緒的判断が強く表面化してしまい、責任制限をすることの利害得失・意義を冷静かつ的確に判断できるかどうかは難しくなることも考えられる<sup>197</sup>。現実的な考慮として、株主の判断事項を責任制限制度導入の是非に絞り込むことが有意義であると言えそうである。

## 第2項 事前の責任制限か事後的責任制限か

### 1 行為時点での予測可能性

266条5項、6項および7項の責任制限制度は、事案が発生した後で、責任軽減を新たに決議する制度(事後的責任制限制度)である。同条12項の定款授權に基づいて取締役会決議により決定する責任制限も、定款規定により事前に制度として認めるものではあるが、具体的な事案が発生した後で取締役会決議を経て初めて責任制限が行なわれる点で事後的な制度である。これに対して同条19項の社外取締役に対する免責制度は、前もっての免責契約に基づき、事案が発生した場合それについての殊更の決議を要することなく、責任軽減が行なわれる制度

<sup>197</sup> 第4章第3節第2項3(1)「軽減を行うタイミング、制度の使い勝手」(170頁)参照。事後的な責任制限において、一審に敗訴して損害額が確定しその控訴中に付議するといった責任の存在が明確になった段階では特に株主が冷静・的確に判断できるかは疑わしくなる

## 第5章責任制限制度のあり方

(事前の責任制限制度)である。

事前、事後のどちらの制度によっても、責任制限が受けられる可能性があるという点においては意義なしとしない。しかし責任制限制度の中核的な目的が、取締役が過大な責任追及を受ける恐れがあることを懸念して、経営判断が萎縮する可能性があるのを防止することであるから、取締役の行為の時点で、その行為が過度な責任追及の対象にならないことを予測判断できなければ、取締役は萎縮することなく安心して経営上のリスクテイクをすることができない。

さらに事後的責任制限制度においては、派閥争いや経営権交代などがあれば、減免を行うべきときの取締役会が、責任制限の議案を株主総会議題として確実に提出しあるいは取締役会で決議してくれるとは限らない<sup>198</sup>。また、会社の財務状況が悪化すれば、会社として責任制限をしないという選択をすることもあり得るであろう(ただし債務超過となった後は、選択によってではなく当然に責任制限はできない<sup>199</sup>)。

### 2 事後的制度の運用上の問題

事後的に株主総会の決議によって行われる責任制限制度の、運営上の問題については先に見た。すなわち、裁判のどの段階で株主総会を開催すべきかのタイミングが難しく<sup>200</sup>、大公開会社の場合は、最適のタイミングに合わせて臨時総会を開催することは容易ではない、通常は、取締役の責任が認定される蓋然性が高くなってから総会の議事に付されるであろうが、有責の事実や賠償金額が具体的になると、株主は必ずしも論理に適った冷静な行動を取るとは限らず同意しないことも多いと考えられる、判決確定後に軽減決議が行われる場合当該対象となる行為が軽減の要件に該当するか否か(責任制限適用除外事由に該当しないことなど)は、判決上必ずしも明示されず、このことが新たな訴訟を誘発する恐れもある<sup>201</sup>、株主総会決議が判決の執行(仮執行も含めて)後になれば、減免の実施が事実上ややこしくなる<sup>202</sup>。このような問題点は実務上深刻であり、翻って現行責任制限制度が、実際にどの程度利用され得るものか大いに疑問視されるところである<sup>203</sup>。

比較法的に見て、アメリカでは古くからある株主の単純多数決による追認制度(ratification)

<sup>198</sup> 北村・前掲論文(脚注181)577頁は、責任追及や責任制限を個別取締役について会社が恣意的に行わないような場合もありうるとする。北村論文は、このような場合には会社の行為が不法行為になるとしてその責任を追及し、あるいはそのような行為をとった取締役に対する第三者責任を追及することも可能であるとする(北村・同論文582頁注25)。なお、会社の債権をどのように請求するか(減免するか)は債権者である会社の自由であるとの考え方もある(斉藤真紀・前掲判例評釈(第4章脚注186)36頁)

<sup>199</sup> 前記第2節第3項1参照

<sup>200</sup> 第4章第3節第2項3(1)「軽減を行うタイミング、制度の使い勝手」(170頁)参照

<sup>201</sup> 第4章脚注246対応本文参照

<sup>202</sup> 執行後に免責決議があった場合はアメリカのような補償制度を認めたらよいという見解につき、後掲脚注281および対応本文参照。森本滋「コーポレート・ガバナンスと商法改正 - 自民党商法に関する小委員会「試案骨子」について」ジュリ1121号63頁、69頁(1997)は、執行後の減免は訴訟経済的にも問題があることを指摘する

<sup>203</sup> 第4章脚注249対応本文参照

が取締役の注意義務違反による責任を減免するために活用された形跡は、判例から見る限り少ない。おそらく大規模公開会社においては実際に使い難いという事情があろう。この制度の活用策を考えようとする議論は起こらないまま、1980年代半ば以降現在までに、全州が定款方式ないし制定法による事前の責任制限制度を実施するに至っている。イギリスでは事前の責任制限が禁じられている（1985年会社法310条）ため、追認制度への依存度はアメリカよりも高いはずであるが、やはり活発に利用されてはいない。使い難さの点ではアメリカと同じと考えられるが、もともとイギリスでは株主代表訴訟の提起そのものが制約されており株主によって取締役の責任が頻繁かつ厳しく追及されるわけではないことから、責任制限制度が必要な場面が、日本よりもはるかに少ないものと考えてよい。

### 3 事前の制度の必要性と論点

事前の責任制限制度であれば、要件に該当すれば責任は確実に減免されるのであり、取締役会のオプション等によって責任減免の適用が回避されるといった可能性はないし、2にみたような制度運用における制約要因もない。事後的責任制限制度を廃止する必要はないが、責任制限制度の中心的なものとしては、事前の責任制限制度が必須である。

しかしながら、事前の責任制限については強い批判がある。いわく、( ) 責任制限制度を設けるための定款変更を承認する段階では、株主は、取締役が将来負うことになる責任の具体的内容（責任発生の事情、損害額の大きさ）や責任制限を認めるべき具体的事情が分からない<sup>204</sup>、( ) 将来の株主を拘束する、( ) 比較法的に見ても、アメリカ以外に事前免責を認める国はなく、社内取締役や執行役も含めた事前の責任減免制度は、世界で最も甘い免責法制となると言う<sup>205</sup>。このような批判に対して次のような反論が可能である。

(1)( )については、まず事案が責任制限要件に適用される限り、責任発生の事情、損害額の大きさ等の具体的事情いかによっては減免を認めないのではなく、必ず適用されるべきものであることを確認しておく必要がある。ただし具体的事情は賠償額を軽減限度額以上のいくらの額とすべきかの決定には関係があり、後に検討する（後記第4節(2)）。株主は具体的な事情が分かっても、取締役会の提案どおりに承認するかもしれないという問題は不可避免的に存在し、そのことに対する有効な対策をどう講ずるか別途の問題はある（上記第1項1）。逆に具体的な事情等を前にすれば、経営判断に関しては素人である一般の株主の主観的・情緒的判断が混じり込み、制度の冷静で合理的な決議が期し得ない場合もあるかもしれない。これらから、経営判断についての能力・意欲に欠ける株主には、具体的事案への減免の適否につい

<sup>204</sup> 266条12項の制度についての批判であるが、事後的に免責するのであればとも承認されないような、予想外の重大かつ悪質な責任の制限を（取締役会に）授権してしまう恐れがあることを懸念する（代表訴訟制度研究会(2)15~6頁、岩原・前掲論文(脚注6)商事14頁）、代表訴訟制度研究会(3)(下)20頁、近藤・前掲論文(脚注43)28頁

<sup>205</sup> 代表訴訟制度研究会(3)(下)20~1頁

## 第5章責任制限制度のあり方

ての判断をさせず、責任制限制度を導入するか否かについての判断に止めるのも一方法であることについては、上の第1項2に述べたとおりである。

真の問題は、免責が株主の目を離れて濫用的に行われかねないことへの懸念ということであろうか。これは、事前の責任制限を許容する法律（およびこれに基づいて設けられる定款規定）に明記された責任制限適用要件および適用除外要件への事案の当てはめが、適正に行われるかどうかの問題となる。

場合を分けて、事案が訴訟で争われる場合は、要件該当性・非該当性の判断は次の通り裁判所が行うことになる。すなわち、取締役の責任追及訴訟が、会社によって、株主からの代表訴訟によって、あるいは、破産等の場合、管財人等によって提起される。このいずれの場合においても、原告が取締役の債務不履行事実ないし帰責性（善管注意義務違反すなわち過失）、損害額および損害との因果関係の証明に成功すれば、取締役が責任制限要件該当性を主張する<sup>206</sup>。裁判所がその適否を判断することになる。

しかし責任追及が裁判外で行われて決着したときは、要件該当性の判断の適正さが事後的に問題になり得よう。責任制限制度導入の前提条件として、損害発生の実態とその処理についての開示義務を徹底する必要があるが、その開示義務自体が、制度の適正な運用の担保となり得る。さらに、裁判外で処理された内容に不満な株主による代表訴訟誘引への懸念や、自己の判断内容が裁判所の審査の対象になり得るとの予測を持つことも、適切な判断を行わせる誘因となる。

なお会社内部で内密裡に不問に付されたり何らかの処理が行われたりして、しかも開示されないようなことがあれば、そのことは残念な事態であるが、それが責任制限制度に関してだけ生じるものではなく、あるいは、事前の制度であるが故に生じるといった責任制限制度に特有の問題でもない。会社内部で生じないとは言えない不祥事一般の問題（ばれなければ問題にならないといった類の問題）として対応策を考えるべきであろう。

(2)( )は一度定款規定が成立すると、その定款規定を知らずに株主になる将来の株主をも拘束することになる<sup>207</sup>とする批判である。この批判の意味するもの<sup>208</sup>は、定款規定の存在を知

<sup>206</sup> 原告に、被告の行為が責任制限に該当しないこと（責任制限適用除外事由に該当すること）の証明責任を負わせることも考えられるが、ここでは取締役の責任追及訴訟をしやすくするため被告に負わせることとした。アメリカでは、たとえば MBCA は、原告が責任制限適用事由非該当性の証明義務を負うことを明言する（第2章脚注328および対応本文参照）。しかしデラウェア判例では、affirmative defenseとして適用除外事由への非該当性の証明責任を被告取締役に負わせている（第2章脚注329および対応本文参照）。これに対しては、原告をして責任制限適用除外事由該当性の証明責任を負わせるべきであるとの批判もある（第2章脚注330に対応する本文参照）

<sup>207</sup> 代表訴訟制度研究会(2)16頁、代表訴訟制度研究会(1)14頁

<sup>208</sup> 論者の引用（商事1526号16頁、22頁脚注51で、ALI Principles 2, p.245を引用）するALI原理の論点は、制定法根拠がなくても株主と会社の契約（定款自治）により責任制限制度を設けることが可能であることを前提とする議論であり、そのような定款自治が有効に成立するためには、当事者が自由な立場で契約（定款変更）内容について交渉し同意ができる状況にあることが必要であるとする。しかし定款変更の場合には、十分な交渉が行われず経営者の提案どおりに決まってしまうという意味で附合契約性が問題となるので、

らないで株主となった後に、責任を制限するような事案が発生し、定款規定に基づいて責任制限が行なわれ、市場がこれをマイナスに評価して株価が下がったとすれば、当該株主はこれによって損害を蒙ることになることを問題とするのであろうか(問題点A)。あるいは株主となった後に責任制限の存在を知り、そのような制度に反対であり廃止を望むが、もはや定款規定を廃止する術はない(事実上困難である)ことを問題とするのであろうか(問題点B)。

問題点Aについては、市場は、責任制限制度が設けられた段階で、これを株価に織り込むのが通常であろうから、その後は、責任制限制度の存在は基本的には株価変動要因とはなり得ないのではないかと考えられる。ここで再三責任制限の趣旨を持ち出すが、取締役を萎縮させないで必要なリスクを取らせることがむしろ会社の利益になるのであり、責任制限制度の存在は長期的には株価にプラスの影響をもたらすはずである。尤も、事案が発生し責任制限が実施されたときに初めて市場が制度の存在に気がついたとか、制度の存在は織り込み済みのはずだったが、発生した事案の損害額の大きさ等にあらためて市場が反応するといったことがあるかもしれない。本論文は、市場の株価形成論を論じるものではないが、株価に影響があるとすれば、それは、損害が巨額であっても取締役には無限の賠償能力があり、責任制限制度がなければ会社はその損害を回復しえたものを、責任制限制度があるために、会社が得べかりし利益を喪失したことに株価が反応するような場合が考えられるであろう。しかし市場はそのような非現実的な論理のもとに動くものであろうか。むしろ、取締役の賠償能力は会社の損害額に比して微少であるのが現実だから、株価は、損害額が大ききその殆どが賠償されないことに素直に反応するとしても、責任制限制度の有無に影響されるものではないと言えよう。

問題点Bは、公開会社の場合は定款を廃止させようとするよりも、株式を売却して責任制限制度のない銘柄に乗り換えればよいはずだから、問題は閉鎖会社についてであろう。しかしながら、閉鎖会社に資本参加しようとする者は、公開会社の株主のように、経営には無関心で単に投資利益のみに関心がある者とは言えないであろう。すなわち、投資利益のみならず経営者との人的関係等の諸々の動機・要因によって資本参加を考慮する者であろうから、当然出資前に、経営上の重要事項について定款内容を調査すべきであり、もし責任制限制度の廃止を望むのであれば、それを交渉した上で資本参加することを決定すべきである。このように考えれば、問題点Bも事前の責任制限制度に反対する理由にはならないであろう。尤も、このような問題に一般的に対応するためにも、一定期間の経過とともに規定の効力を失うとする、いわゆるサンセット条項(221頁参照)を設ける意義は大きいと考える。

(3)( )の、比較法的に見て社外取締役以外の社内取締役や執行役にも適用するような、事

---

定款の責任制限条項の株主による任意撤回制度などの工夫が必要であることを述べる(第2章脚注438と対応本文および本章脚注192対応本文参照)。わが国での責任制限が、定款自治によるものではなく実定法上の根拠に基づいて設けるものであることを前提とすれば、附合契約性は株主総会決議の有効性一般の問題であり(株主総会決議における問題はすでに検討した)、ここでは、成立した責任制限についての定款条項が将来の株主を拘束することが問題であるかどうかについて検討することとする

## 第5章 責任制限制度のあり方

前の責任制限制度は甘すぎるとの批判に対しては次のことが言える。

イギリスやドイツに事前の責任制限制度がないことは、株主代表訴訟制度があまり（ドイツでは全く）機能していない実態と併せて見る必要がある。現実には責任追及が行われなければ、責任制度がいかに厳しくても（事前の責任制限制度がなくても）殊更問題にならないのであり、各国の制度と部分的に比較することによって、日本に事前の責任制限制度は不要であると言うのは適当でない。

次に責任制限制度の執行役への適用の是非についてみる。アメリカの州会社法の責任制限は、執行役には適用しないものが多い（執行役を兼ねる社内取締役の取締役としての行為には適用する）ことは確かである。ただし執行役にも経営判断の原則の適用があり、わが国と異なり過失による責任は事実上問われないという事情がある。ところで、責任制限の適用のある取締役に対しては、殆どの会社が賠償額の全額免除を採用している。これに対して、取締役の会社に対する信認義務（注意義務）を消滅させてしまったとして、学説から厳しく批判されているところである<sup>209</sup>。一方ALIのモデル制度<sup>210</sup>は、責任制限の趣旨からすれば執行役への適用を除外する理由はないとしてこれを認めている。また責任をゼロとすることを認めず報酬の1年分に制限する制度であり、全体として注意義務基準の持つ抑止力を維持することを根底においた確固としたモデルである。底辺への競争に走る各州において、ALIのモデル制度に倣うものは殆どない（1州だけある）のが実情である<sup>211</sup>。

わが国において、賠償額をゼロとせず一定額への減額に止めることにより注意義務違反を抑止する効果を維持した上で、社内取締役・執行役だけでなく監査役にも社外取締役と同様に適用することが必要であると考えて実施するのであれば、そのような制度を以って甘過ぎるといふ批判はあたらない。そして責任制限制度をきちんと機能させるためには、事後的制度では不十分であり事前の制度とすることが不可欠なのだから、その形が、表面的に世界に稀な取締役優遇制度のように見える（優遇と見るかどうかは主観によるが）としても、何ら問題はないものと考えらる。

### 第3項 裁判所の裁量制について

#### 1 裁量制の意義と必要性

（1）裁判所の裁量により取締役の責任の減免を定める例としては、イギリスの裁判所による救済制度がある。ヨーロッパ諸国にも裁判所の裁量により責任を減免する制度がある。アメリカでも、取締役が株主代表訴訟に敗訴したときの防衛に要した費用や和解金の補償

<sup>209</sup> 第2章第6節第1項（80頁）参照

<sup>210</sup> 第2章第5節第5項（78頁）参照

<sup>211</sup> 第2章第5節第5項1（78頁）参照

## 第5章責任制限制度のあり方

(indemnification) について、裁判所の裁量による場合に限り認める州がある<sup>212</sup>が、これらも類似の制度と言えよう。

イギリスでは、定款や任用契約により予め取締役の責任を制限することは、法により禁じられている。しかし取締役等の役員が、義務違反により会社に対して責任を負うべきと思われる場合で、当該役員が正直にかつ合理的に行動し、あらゆる状況（その者が役員に指名された経緯に係わる事情を含む）を勘案して、衡平の観点から救済されてしかるべきであると思われる場合には、訴訟係属中あるいは提訴前の取締役の救済申立に基づき、裁判所は裁判所が適当と考える内容で、当該役員の前責任の全部または一部を減免することができるとする会社法上の規定がある。株主の追認（ratification）による免除制度もあるが、それが利用されないとき（株主により追認が否決された場合も含む）にも、この裁判所の裁量制度を利用することにより取締役は救済される。この制度が現実に活用される場面は多くないものの、なお有用な制度であると考えられ、現在行なわれている会社法改正案においては一部改善<sup>213</sup>の上存続させることとされている<sup>214</sup>。裁判所の裁量の基準は、公平性に重点がおかれている。

アメリカの、裁判所の裁量により認められる対会社責任の和解金や敗訴の場合の訴訟費用についても、裁判所が行う裁量についての基準は、公平性・合理性しか規定されておらず、法が禁じている責任制限や補償を認めてもらうためには、取締役は、補償を受けることが公平で合理的である特別な事実を証明しなければならないと考えられている<sup>215</sup>。

(2) わが国でも、責任制限の方法として、裁判官の裁量制による方法もあり得ると考えられている<sup>216</sup>。裁判官の裁量制は日本にはなじまないとする見解もあるようだが<sup>217</sup>、その論拠は

---

<sup>212</sup> 対会社責任の賠償金や和解金については補償を禁じる州が多いが、裁判所が、すべての状況を勘案した上で、補償を容認することが公平で合理的であると判断したときは、申立に基づいて、敗訴や和解の場合の経費および和解金の補償を命じることができるものである（第2章第3節第1項5参照）

<sup>213</sup> 条文中の、役員が「正直にかつ合理的に行動し…」が、過失（行動が合理性を欠くことが過失となる）等により責任があるということと整合的でないため、「合理的に」の文言が削除されることになっている（第3章脚注59対応本文参照）

<sup>214</sup> 第3章脚注48対応本文参照

<sup>215</sup> 第2章脚注93対応本文参照

<sup>216</sup> 浜田道代「企業統治と監査役制度・代表訴訟・役員の前責任軽減」商事1528号4頁、13頁（1999）は、株主総会や取締役会が責任制限を決定する方式は、裁判所の判決が確定した後に責任制限をすることは困難であること、要件適合性の判断（過失が軽過失か重過失かなど）、損害額の算定が困難であること、社内の決定機関による決定ないしこれへの付議についての公平性・正当性に問題があること、定款による取締役会への授權方式は将来の株主を拘束するから制度として問題があるといった難問が山積することになる。これらの問題点について法的正当性を損なわないで裁量的に決定しうる機関として裁判所に決定させる方法がよいとする。平成13年改正による責任制限制度の導入に関連して、近藤光男「商法改正と株主代表訴訟」ジュリ1191号7頁（2000）（裁判所に今以上の広い裁量を与えるという手法も検討に値する）、岩原・前掲論文（脚注6）ジュリ125頁および代表訴訟制度研究会(3)(上)44頁（責任制限制度そのものについては否定的であるが、どうしてもやるなら、裁判官の裁量制度がよいとするものである）、会社法の研究『取締役(4)』8頁江頭発言などの論議がある

<sup>217</sup> 代表訴訟制度研究会(2)12頁（わが国の私法体系になじみがなく、裁判所も受け入れがたいのではないかとする消極的意見が多かった）

## 第5章責任制限制度のあり方

明確でなく、むしろ周知の通り、民事裁判において裁判所による裁量が行われている実態が少なからず存在する。すなわち、不法行為等による損害賠償請求裁判において、慰謝料を含む損害額の金銭的評価という、裁判官の創造的・裁量的判断が行われている<sup>218</sup>。また直接的な参考にはならないが、借地借家における正当事由の解釈・運用（平成3年に明文規定化された）や、雇用契約における解雇権濫用法理も、裁判官の裁量に基づいて判例法上形成された法理であり、これらは、経済・社会生活を律する法的基盤の一部を形成するまでに至っているが、裁判官の裁量が的確・適正に行われ得ることのひとつの支援材料となろう。

会社法の分野でも、取締役の責任追及の裁判事例において取締役の責任が過大になることを回避するために、過失や因果関係の認定を厳しく（被告取締役に有利になるように）し、過失相殺や損益相殺の類推適用を行い、あるいは、原因行為における個別取締役の寄与度に応じた責任を認定することにより、賠償額を少なくする努力が行われている実態がある（第4章第1節第2項）。これらも裁判官による法の裁量的運用に他ならない。この裁量的運用は、取締役の責任について公平・妥当な結論を導こうとするものとして、学説も大筋において支持する<sup>219</sup>。ただし取締役の責任（の制限）についての法の裁量的運用は、裁判官が妥当と思う結論を得るために、思い切って弾力的に行なわれる結果、法理や実定法についての、通常の解釈・適用範囲を超えることもしばしばである。その点について学説からの批判も少なくなく<sup>220</sup>、さらに、裁判官によっては裁量的判断を行わなかったり、裁量の幅が異なったりする<sup>221</sup>という問題もある。これらの問題は、責任制限制度の一環として、裁判官の裁量的判断に実定法上の根拠を付与することにより解決できる。

### 2 取締役の責任制限としての裁量制度のあり方

（1）責任制限制度は、株主が決定する制度（しかも事前の責任制限制度が必須である）を主体とし、これを補完するものとして裁判官の裁量による制度を設けるのが適当であると考えられる。その理由は次のとおりである。

定款による責任減免制度が設けられていない会社や、事後的な責任軽減制度しかなく株主総会において承認が得られないような場合（取締役会が議案を提出しない場合を含む）会社法が債務超過などで責任制限が認められないような場合でも、公平性の観点から責任制限を認

<sup>218</sup> 平井・各論 130~31 頁。なお、平成8年改正により設けられた民事訴訟法 248 条（裁判所の裁量による損害額の認定）も参照

<sup>219</sup> 田村詩子・判例評釈・商事 1383 号 37 頁、41 頁（1995）、上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討（下）」商事 1434 号 9 頁、15 頁（1996）、岩原・前掲論文（脚注 6）商事 13 頁、山下友信・判例評釈・ジュリ 1145 号 107 頁、109 頁（1998）、河合裁判官補足意見（第4章脚注 94）

<sup>220</sup> たとえば第4章脚注 181 の近藤光男・判例評釈、第4章脚注 187 の齊藤真紀・判例評釈など

<sup>221</sup> たとえば大和銀行事件で経営判断の原則の適用がなかったことにつき第4章脚注 30、ネオ・ダイキョー事件で社外取締役の義務違反に関して一審と二審の結論が逆転したことにつき第4章脚注 71、福岡魚市場株式投資事件でも他の取締役の監視義務違反に関して一審と二審の結論が逆転したことにつき第4章脚注 191 に対応する本文。いずれも裁判官の主観によって裁量の有無や程度に差異が生じ得ることを示している

## 第5章責任制限制度のあり方

めるべき場合<sup>222</sup>、あるいは、事案が責任制限の要件・適用除外要件に厳密に合致しないか、要件該当性や損害額が定かに判定できないとき<sup>223</sup>や、因果関係の不存在や責任阻却事由該当性などについて被告が証明することが困難なときであっても、なお公平の見地から軽減を認めるのが適当な場合などにも機能するであろう。

(2) 裁判官の裁量の基準は、事案の種類・程度を区分して類型的・具体的に規定することは困難であり、あらゆる状況を判断して公平の観点から減免を認めることが妥当であると裁判所が判断する場合は、裁判所が適当と考える内容で責任を制限するほかにないであろう。責任減免の程度については、後記(第4節2)の賠償限度額としての報酬の1~2年分が一応の基準となるが、事案によって、基準額以下あるいは全額免除など幅を持たせてもよいであろう。

責任追及訴訟の係属中に、被告取締役からの申立に基づき、裁判所が裁量判断するものとする。

(3) 事前の責任制限制度を基本として、事後的な、株主総会決定による制度と裁判所の裁量による責任制限制度をすべて認めるとなると、過剰な制度であるとの批判が起こるかもしれない。

ここでも、責任制限制度が必要性に基づいて設けられるべきこと、必要な制度を適正に機能させようとするれば事前の制度とすることが必須であることを再度述べる。事後的な株主による承認制度は、公開大会社ではあまり機能しないと思うが、廃止するまでもない。その上で、責任制限の趣旨には責任の公平性の確保という観点もあるのであり、会社内部で解決することの限界を超えて、司法機関の判断により補完する機能も必要であることを確認しておきたい。

### 第4項 商法に法定する方式

責任制限制度導入の是非や、個別事案における責任減免の適用の可否について株主に判断させることには、上に見たように全く問題なしとしないことから、むしろ商法に直接、一定の要件に適用する場合には取締役の責任を制限する旨の規定を置き、一律に適用すればいいのではないかとの考え方<sup>224</sup>がある。アメリカの州会社法には、多くはないがそのような立法例<sup>225</sup>もある。

<sup>222</sup> 第3章第2節第3項2にのべたオランダの裁量の例で倒産責任に関し、倒産が取締役の不適切行為だけでなく経済情勢にもよる場合や、会社の管理が管財人の手に移り管財人が雇用維持のためなどで倒産処理を延ばした結果損害が拡大したとき(124頁)などが該当するであろう

<sup>223</sup> 脚注216の浜田説の、の場合など

<sup>224</sup> 代表訴訟制度研究会(1)15頁は、法律に規定する方が明確性・法的安定性の点で優れているという意見もあったとする。浜田道代「企業倫理の確立と監査役・代表訴訟制度」ジュリ1123号114頁、121頁(1997)は、軽過失による注意義務違反については、その責任制限をすることは法律論として検討に値し、会社法で免除してもよいと考える。その場合は、自民党の改正試案骨子という損害賠償債務の相続問題や経営判断の原則の明文化の必要性も消滅とする。さらに浜田・前掲論文(脚注216)13頁では、裁判所による裁量制がよいが裁判所が裁量制を厭うとすれば商法に法定すればよいとする。上村・前掲論文(脚注115)15~6頁は

責任制限制度をすべての会社に必要不可欠な制度であると考えれば、その確実で統一的な実施が可能となる意味で、商法に法定することの意義はある。客観的に見て責任制限が必要であるが、株主の反対が強くて導入されないとか、あるいは顧問弁護士などもない企業などで社内的な制度の整備も十分でなく責任制限制度を採り入れるに至っていないような場合でも、責任制限が法定されていれば、取締役にあまねく救済の機会が与えられる。

しかしながら、責任制限制度はすべての会社に必要であるとは限らない。会社の業務の種類によって責任制限制度の必要度合が異なる。つまり取締役の経営判断について、リスクがなく安全であることが重視されるような業務を営む会社においては、責任制限制度がなくてもよいが、果敢にリスクを取ってその成果として利益が追求されるような会社においては、責任制限制度の必要性が高くなる。前者の場合は、正当化されないリスクを取ったことによる損害について責任を減免すればそのことが不当となる場合もあり得、また、責任の減免が会社(=株主)にとって何ら利益につながらず単に損失になるとも言える。これに対して後者の場合は、責任減免を認めないと取締役がリスクテイクに消極的になり、その結果利益が上がらないから責任制限制度がないことが会社の損失になるとも言える。会社によってリスクテイクの必要度に差異があり、つれて責任制限制度の必要性にも個別的差異があるにもかかわらず、責任制限制度を一律に商法に規定する(商法に場合を分けて規定することは容易でない)ことは妥当性を欠くことにもなる。やはり、責任制限制度の要否についてはそれぞれの会社が判断して決めるのが適当であると言うことができる。

そして責任制限制度には、経営判断における萎縮の防止だけでなく、取締役の責任の公平性を図る目的もあるので、株主が責任制限制度を選択しないなど会社自身による決定に限界もあり得るのであり、これを裁判所の裁量制により補うのがよいと考える。

なお、責任制限制度の拙速な創設に反対する(あるいは時期尚早とする)立場から、たとえば事前の責任制限制度について個別事案に株主の判断が及ばないことを強く問題にする学説<sup>226</sup>がある一方で、本項冒頭に述べたように、株主の判断を問題とせずむしろ商法に法定する方式が妥当であるとする学説もあり、学者により責任制限制度の必要性、あり方についての認識や評価についての差異の大きさを実感する。後者は、責任制限制度の必要性についての認識が一般的に形成されれば、その実施および個別事案における適用の是非について、株主に判断させ

---

裁判所の判断を私人である株主総会が覆すことは到底許せないとする(上村達男「株主代表訴訟に関する次期商法改正の動き」法学セミナーNo.516-65 頁、69 頁(1997)では、あくまでも責任制限を法律に規定することが必要であるとしている)

<sup>225</sup> インディアナ州ほか数州で実施している(第2章脚注 313 参照)。客観的に必要と考えられる責任制限制度をあまねく実施するためには制定法により実施するのが妥当であるとの説明がある(同脚注 320 対応本文参照)。しかし、1980年代のD&O保険危機といわれる事態に急遽対応するなかで取られた方法であり、必ずしもこの方式を採用したことに積極的理由があるわけではない(同脚注 321 対応本文参照)

<sup>226</sup> 脚注 204 と対応本文参照。しかもこれら学説は、株主の判断を至上のものとするわけではなく、株主の判断能力に限界があることをもって責任制限制度導入反対理由ともする(たとえば岩原・前掲論文(脚注 6)ジュリ 125 頁)

## 第5章責任制限制度のあり方

るべき部分は皆無とし、あるいは仮にあっても株主の判断能力に限界があるためパターンリスティックに、法が定めることをもって必要十分とするのであろう。前者の学説は、責任制限制度を設けるか否か、あるいは個別事案において責任制限を認めるか否かは、優れて株主の判断事項でありそれを妨げるようなものは認め難いが、しかしながら株主総会による決定には、株主の無関心の問題や少数派株主の反対を押し切って責任免除が決定されてしまうなど問題点が多く、責任制限そのものに一概に反対はしないとしつつも、現時点で導入すべきでないとする<sup>227</sup>。本論文は一貫して、責任制限制度が必要であり、その要件を客観的に規定すれば、徒に責任制限が行われて株主に不利益をもたらすようなことはないことを述べている。その点では、商法に法定する方式を是とする学説と認識の根拠を共通にする。ただし上に述べたように、責任制限制度を創設する必要性については個別会社（つまり株主）に判断させるのがよいと考えている。

---

<sup>227</sup> 代表訴訟研究会(3)(上)44~6頁

## 第4節 責任減免額（賠償限度額）

### 1 賠償額の算定基準

（1）取締役・執行役による任務懈怠の責任は、266条1項5号および商特21条の17第1項に基づき、当該過失等と因果関係のある損害につき全額賠償させるのが基本である。責任制限制度はこの賠償額を政策的見地から全部ではなく一部に抑制しようとするものであるが、いくら金額とするのが妥当であるかについて、理論的な算定根拠を用意するのは簡単ではない。

概念的には責任制限後の賠償金額は取締役・執行役にとって過大でない（その者の賠償資力を超えない）額で、しかも義務違反抑止効果を有するに十分な額でなければならない。その趣旨に合致しさえすれば賠償額を一定の固定金額としてもよいはずである<sup>228</sup>。しかし有責の取締役・執行役全部に共通の固定金額とした場合には、個別の賠償能力（資産や収入の状況）や責任の軽重にも差異があり、人によって賠償額が軽過ぎたり重過ぎたりすることになるから、責任軽減の度合いについて公平性を欠くことにもなる。また、固定金額では時の経過の中でインフレなど経済情勢等の変化・推移にも耐えられない。

（2）アメリカのALI原理は、損害賠償を行なわせる根拠を不法行為法に求めるのではなく契約法に求めることとし、取締役に注意義務違反（義務の不履行）があった場合は、対価として受け取った報酬が不当利得となるからこれを返還させることが適当であると考え、賠償額の算定につき報酬を基準にした。そして同じく契約法の、損害額を全額賠償させることが不相応に多額となれば正義に反するとの見地から裁判所の裁量により軽減することができるとする規定の類推により、賠償額を義務違反のあった年度の報酬1年分に限定した（第2章第7節第2項参照）。

日本法においても類似の考え方をとって、報酬額を基準とすることに一定の妥当性がありそうである。すなわち、取締役の債務（手段債務ないし行為債務）不履行の場合、損害賠償を請求できるほかに、債権者（会社）は債務者（取締役）の債務履行のための対価（報酬）の支払を拒絶または減額することができ、契約を解除（取締役を解任）することもできる<sup>229</sup>。このうち損害賠償以外は会社に発生した損害を直接填補するものではないが、広く取締役の債務不履行に起因する会社の損害に関連して、取締役をして一定の責任をとらせるものと考えられることができる。報酬の額は賠償資力のひとつのめどとなり、また債務不履行に対する抑止力の尺度ともなる。さらに、賠償額がインフレ等の経済・社会情勢の変化・推移にも耐えうる。

平成13年改正法では、役員報酬（使用人兼務取締役の使用人部分も含む）のほかに賞与、

<sup>228</sup> アメリカでは州会社法の責任制限条項を根拠に、会社の具体的な定款規定は、責任を全額免除してしまうものが殆どであるが、一定額とするものもあり、最大1万ドルといった規定例もあるようである（第2章脚注383および384参照）

<sup>229</sup> 奥田165頁、平井・総論43~4頁

## 第5章 責任制限制度のあり方

退職金などすべての職務遂行の対価（以上を総称して報酬等と言う）を基準として取締役・執行役の役位に応じて2~6倍した額に、ストックオプション等の利益を加えた額を賠償下限額としている（266条7項ほか）。これは、賠償額算定を報酬等を基準とする点において妥当である。しかしその水準として報酬等の2~6倍というのはかなり高額であって、特に代表取締役（執行役）の報酬等の6倍という賠償額は、責任制限制度導入以前の実際に認定された額をも超えかねないとの指摘<sup>230</sup>もあり、過酷ではないかとの懸念が生じる。また倍率に役位による段差を設けることが適当かどうかについても疑問が残る。以下に報酬等の額を基準とした賠償額の水準のあり方を検討する。

### 2 損害賠償の額

商法の規定は、賠償額の下限額を定めておき、加害取締役をして実際に賠償せしめる額を株主総会（266条7項）もしくは取締役会（同12項、19項<sup>231</sup>）がこの下限額を下回らない範囲で任意に決定する建前となっている。

新たに事前の責任制限制度を導入するに当たり、損害賠償の額をどう決定すべきか。まず、賠償の下限額ないし基準額のあり方、次いで、これを基準にして個別賠償額をどう決定すべきかについて考察する。

#### （1）賠償基準額（下限額）

##### （ア）違法行為抑止力のある金額

賠償額は基本的に違法行為抑止効果のある最低限度の金額でよいはずである。損害賠償に損害填補機能を期することを断念する以上、賠償額が多ければ多いほどいい<sup>232</sup>といった構え方は適当でない。賠償額の大きさが取締役・執行役に与える打撃度合いや支払能力の限界を冷静に考慮する必要がある。アメリカのALI原理は賠償額を報酬の1年分としているが、この水準は取締役・執行役を破滅に陥れず針で刺して痛い思いをさせる金額<sup>233</sup>、つまり、支払い可能かつ義務違反抑止力の残る額として適当であると考えられている。

##### （イ）役位による賠償基準額の差異

現行法の役員の役位・地位（代表取締役・代表執行役、社内取締役・執行役、社外取締役、監査役など）によって、報酬等の2~6倍といった倍率の傾斜をつける意義・理由は自明とは

<sup>230</sup> 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」商事法務 1617号 8頁、17頁久保利発言（2002）参照。仮に報酬等の額が1億円（単純化して手取額は6千万円）とすると、賠償額は6億円となり、手取額の10倍の金額となる。公表された裁判記録では過去に6億円の賠償が確定した判決はないのではないかと（ただし脚注191の事例参照）

<sup>231</sup> 266条19項の免責契約に定める賠償額に関して、報酬等を基準とする額（同項1~3号）か、これより高い定款に定める範囲内の額の選択、およびをいくらとするかの決定を、条文に明示していないが、取締役会が行うことを想定しているものと解される

<sup>232</sup> 第4章脚注217に対応する本文参照

<sup>233</sup> 第2章脚注269（Kennedy論文）参照

言えない。概ね、任務を懈怠した役員の損害の原因行為への加功度（寄与度）の差異を賠償額に反映させ<sup>234</sup>ようとする趣旨であろう。報酬等の額は、役員の職務遂行上の任務の重要度（その裏返しとして経営責任の重さ）を反映する（すなわち任務・責任が重いほど報酬が多い）<sup>235</sup>。そして、役員の任務懈怠およびそれにより発生した損害への各役員の加功度（寄与度）を、役員の役位・地位の任務の重さで計ることが可能な場合も多いであろう<sup>236</sup>。しかしそれはあくまでも概括的なものであり、実態がそれと異なることも少なくない。報酬等の額を個別事案における責任の重さを計る物差として便宜的に使用するのには、一定限度に止めなければならない。役員の役位に応じて報酬等の倍率を加重すれば、役員ごとの責任の実態との乖離を不必要に拡大させることにもなりかねない。各役員間の責任の軽減の仕方は、連帯責任の求償にも似て、公平でなければならないが、倍率に差を設けることは却って不公平要因ともなろう。上位者の賠償額を不当に過重し、責任の重さや支払能力と対比して過酷なものとなれば、責任制限制度の趣旨・目的を没却しかねない。報酬等の額が役位（任務の重さ）と比例していないことを加重の理由とするわけでもないであろうが、無論それは報酬等のあり方の問題に過ぎない。賠償額の基準額としては、各役位を通じて報酬等の一律の倍率にすることが適当である。しかもその倍率は1~2年分程度で十分ではなかろうか。実態的な責任の重さは、賠償基準額に加算する賠償額の中で考慮すればよい（下記（2））。

一律の倍率を適用することで問題があるとすれば、社外取締役についてであろう。社外取締役は報酬が低額であるのが通常<sup>237</sup>だから、その1~2年分は、本業からの収入も含めた総収入に占める割合が、したがって抑止力も、社内取締役に比してかなり低いものとなる。しからばそうかといって社外取締役だけ加重するのは、社内における任務と責任とのバランス感覚に反し、社外取締役の人材確保を促進する上では間違いなく逆効果となろう。抑止力については、金銭的賠償だけでなく先に見たように（191頁）総合的な抑止効果に期待するほかない。特に、責任を認定される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かねないことが、他に本業を有する社外取締役にとっては強力な抑止力となるであろう。

### （2）実際の賠償額の決定

（ア）責任制限適用後の賠償額として、責任を負うべき取締役を区別せず一律の賠償額とす

<sup>234</sup> 責任制限制度がない場合の、連帯責任を負う複数の役員間の求償割合の認定と同様の問題である

<sup>235</sup> ほかに会社の業績への寄与度を反映する要素もあるが、ここでは度外視する

<sup>236</sup> 業務執行における過失については、その任にある代表取締役、ラインにある業務担当取締役・平取締役などが責任を負い、これの監視義務違反があればその任にある取締役が責任を負い、それぞれの責任の程度は、役位・地位に課せられた任務の重さと比例することが多いであろう。しかし具体的事案ごとに異なる加功度・責任割合があるのだから、常に役位・地位で判断することは正しいとは言えず、あくまで加功度とそれに対応する責任割合の概括的な決め方の問題に過ぎない。尤もこれは責任の実質的な分担割合の問題であり、法的に賠償責任を課す場合の事実的因果関係とは一致しない。事実的因果関係はあるかないかでありその程度は問われない（平井・総論73頁、平井・各論85~6頁）

<sup>237</sup> 社外取締役は別途本業を有し、その経営能力・経験を基礎に、客観的な判断力を発揮すべく招請されることが想定される。したがって社外取締役は、パートタイマー的な副業であるから報酬も通常は低額である

## 第5章責任制限制度のあり方

るのでは、取締役ごとに責任の重さ（過失の程度、損害額の大きさ）が異なり、また賠償資力にも差異があるから、取締役間の不公平が生じ、違反抑止力も均等でなくなる。したがって、賠償基準額に責任の重さと賠償資力に応じた金額を加算するのが妥当であると考えられる。現行規定はそのような建前となっているが、どのように加算を行うかは示していない。

尤も、個別賠償額の決定は、責任制限制度の目的・趣旨に適う範囲内においてでなければならない。いくら過失の程度が重く損害額が大きくても、取締役の賠償資力を超える賠償額を課すことは適当でない。賠償資力は個別の有責取締役ごとの資産の状況（保有財産額や他からの収入など）により異なるが、これを正確に認定することは困難であり、実際には、有責取締役の役位・在任期間・収入等の客観的事実と視認し得る外観的財産状況等を手がかりにして、当事者間のやりとりを通じて決まるであろう。この賠償資力を念頭に置いて、責任の重さなどを考慮して実際の賠償額が最終的に決定される。賠償資力という上限と賠償基準額（下限額）との間で、責任の重さなどの具体的事情に応じた賠償額が決められることになる。

賠償額は、事案が訴訟で争われる場合は、当事者の主張立証に基づいて裁判官が決定する。一方裁判外で責任追及が行われる場合は、有責取締役とのやりとりを経て会社（取締役会）が、何らかの基準に基づいて決定する。事前の責任制限制度のもとでは、責任制限適用の可否について取締役会が適切に判断することが重要であることを述べた（上記第3節第2項3（1））が、実際の賠償額の決定についても同様に、取締役会の判断の適切さが重要となる。ここでも、開示義務の存在と新たな紛争への懸念が、判断の適切さの担保となり得ると言えよう。

取締役会は、一応合理的なものであれば任意に賠償額を決定してよいと考えるが、たとえばその基準として、予め過失や損害額の大きさに対応させた賠償額ランクを設けておくことが考えられる。そしてそのランクに報酬等の額の倍率をあてることも一方法であるが、上限は賠償資力を超えることができないのであり、たとえば賠償基準額を報酬等の額の1倍として、責任の程度に応じて2~3倍とするとか、賠償基準額を2倍にして、0.5倍の単位で加算して上限を3倍とする程度が精一杯であろう。

（イ）具体的事情に応じて賠償額を定めることは、概念的には正当であるが、（ア）にみるように責任制限制度の中では、苦勞の割には意図するほどの結果は生じない。266条19項の社外取締役の賠償額について見ると、社外取締役ごとに責任の重さの違いによる賠償額の差異を設けなくてもよいこと、および、報酬等の額を基準とする以外に、定款に定めた額の範囲内で取締役会が任意に定め得ることを許容していることが窺われる。この構成に倣い、新しく設ける事前の責任制限制度における賠償額も、簡明に報酬等の一定倍率としても、一概に不合理として排斥することはできないように思われる。

### （3）その他の問題

#### （ア）グループ会社からの報酬等

報酬等の範囲に関連する問題であるが、グループ会社各社で役員を兼務する者が、報酬等を

## 第5章 責任制限制度のあり方

各社から分散して受け取るような場合、その中の1社に対する賠償責任が発生した場合に、当該会社だけの報酬等を基準に限度額を算定すると賠償額が不当に少額となるようなこともあり得るであろう。一律には言えないが、賠償額の算定基礎たる報酬等の額にはグループの他の会社からの報酬を含めるような工夫も必要となろう。しかし、これには技術的に限界もあり、親会社や関連会社からの派遣役員で、責任発生会社からの報酬等がゼロという場合もあり得るので、下限額（定額等）を法定しておきこれと報酬基準額との高い方の金額を賠償限度額とする<sup>238</sup>必要がある。

### （イ） 減免額についての課税の問題

賠償額水準のあり方とは関係ないが、責任制限により免除された額（責任制限適用前後の賠償額の差額）が税務上の課税対象となりかねないとの疑義がある<sup>239</sup>。免除額は会社から恩恵的に寄贈されるものでも職務の対価として支給されるものでもないことは言うまでもなく、形は免除であるが賠償額を適正なものへ調整するための手段に過ぎないのであり、このようなものを課税対象と解する合理的理由は全くない。軽減後の賠償額が本来の賠償額であると考えべきなのである。そのような解釈に仮にも無理があり、あるいは混乱が生じるのであれば、明文によって免除額を課税対象外とする必要がある。

### （４） 下限額以下の賠償額、全額の免除

事例によっては過失の程度や損害発生事情、金額など総合的に考慮して、賠償額を賠償下限額以下の金額か、あるいはゼロとすることが適当と判断されるような場合<sup>240</sup>もありうるであろう。そのような場合を予め網羅的に規定するのは容易ではないため、裁判所が裁量により賠償額を定めることができるようにしておくのがよいであろう。

## 3 複数の取締役・執行役が賠償責任を負う場合の連帯関係

（１）責任制限制度のもとで軽減後の賠償義務額が異なる者や、責任制限の対象とならず損害額全額の賠償義務を負う者がいて、複数の取締役・執行役のそれぞれが負うべき賠償義務額が異なる場合に、各取締役・執行役がどのように連帯して責任を負うかについて検討する。

現行の一部減免制度に関して次のような見解<sup>241</sup>がある。すなわち、266条1項の債務は不真正連帯債務であると解し、したがって広義の弁済に相当する事由を除いて絶対的効力事由は制限され、民法437条の適用もなく、ある取締役に対する責任軽減は原則として他の取締役の賠償義務に影響しないとする。各取締役は、一次的には賠償対象となる会社の損害額全額につき連帯責任を負い、賠償した者はその額のうち自己の負担部分を超える部分につき他の取締役に求償することができる。責任軽減はこの求償の段階で考慮される。場合を分けて、責任軽減

<sup>238</sup> 北村・前掲論文(脚注181)572頁

<sup>239</sup> 第4章脚注277参照

<sup>240</sup> 第4章脚注241に挙げるような事例は全額免除としてもよいかもしれない

<sup>241</sup> 北村・前掲論文(脚注181)577頁

## 第5章 責任制限制度のあり方

は会社に対する責任の軽減であるから求償には影響しないと考えれば、求償を受ける者の負担部分全額（賠償義務額を超えてもよい）につき求償することができる。求償を受けた者が、自己の賠償義務額を超える額（軽減されるべき額）につき会社に不当利得返還請求をすることが問題になり得る。そうではなく、責任軽減は当該取締役の最終的な負担額を制限する趣旨と解すると、求償は求償を受ける者の軽減後の賠償義務額を限度に行われ、不足分は一次賠償者が会社に対して損害賠償請求することが問題となり得る<sup>242</sup>。 、 のいずれによっても各取締役は自己の賠償義務額（負担部分とは異なる）を超えて連帯責任を負うのであり、求償によって調整が行われるとしても、 では相手取締役の資力がなければ、その分自己が損害を被るリスクがあり、さらに、 では求償に応じた者は会社に不当利得返還を請求し、 では一次賠償者が他の取締役に求償するとともに会社に損害賠償請求をするという求償の循環ないし手続き上の煩瑣が残る<sup>243</sup>。この説によった場合<sup>244</sup>特に問題なのは、各取締役が自己の賠償義務額を超えて賠償を求められ（損害が多額のときは、支払能力限界まで執行され得るがそのこと自体が過酷となる）、相手取締役の無資力リスクを負い結果として賠償額が責任制限制度の想定する額を超えて過大なものとなりかねないことである。

連帯責任は1個の責任を複数の債務者が負担する<sup>245</sup>のであるが、何らかの理由付けにより取締役ごとに責任が分割され得る場合には、各取締役は自己の責任を超える部分についてまで連帯責任を負うべき理由はないと思われる。裁判例でも、因果関係の割合的認定などの手法を用いて被告取締役ごとに異なる賠償義務額を認定した上で、その額を限度として連帯責任を負わせ、超える部分については責任のある取締役の単独責任としたものがある<sup>246</sup>。これらは責任制限に関わる例ではないが、責任制限制度においても、軽減適用の結果取締役ごとに責任額（賠償義務額）が決定される点においては同様の考え方をを用いることができであろう。

取締役・執行役は自己の減免適用後の賠償義務額を超えて賠償責任を負うことはない（あるいは、負わせるべきではない）ことを基本に考えた場合、それぞれの賠償義務額<sup>247</sup>を限度として連帯責任を負わせ、それを超える部分については、責任ある取締役・執行役の単独責任とす

<sup>242</sup> 北村・前掲論文(脚注181)577~78頁。 の不当利得返還について内田・民法 341頁を引用し(同論文582頁注24)、また、 の損害賠償については退職慰労金不支給の裁判例を参考に本文の場合にも可能性があるとし唆する(同論文582頁注25)

<sup>243</sup> 北村説では、このような請求の循環を避けるためには、各取締役の責任軽減を各人の負担割合を考慮して公平な責任軽減を行う必要があるとする(北村・前掲論文(脚注181)578頁)

<sup>244</sup> 北村説は、現行の事後的責任制限制度についてのものであり、会社が任意に取締役ごとに責任軽減の可否・程度を決める結果、取締役によって賠償義務額が異なり、中には責任制限が適用されない者もある場合を想定している。事前の責任制限制度においてはこのような意味でのばらつきはあり得ないが、責任の重さ等により各取締役の賠償義務額が異なり、あるいは責任制限の適用除外事由に該当して責任制限を受けられない取締役が存在する点において、北村説の想定と同じく、賠償義務額が異なる複数の取締役を想定して検討することが可能である

<sup>245</sup> 第4章脚注167に対応する本文参照

<sup>246</sup> 第4章第1節第2項5(1)(153頁)に見た、日本航空電子工業事件や大和銀行事件が該当する

<sup>247</sup> 多数の有責取締役の中には、損害への寄与度が低く賠償額も賠償基準額に満たないため責任制限の適用を受ける必要のない取締役もあり得る。そのような者の賠償義務額は当然ながら最終負担部分相当額となる

## 第5章 責任制限制度のあり方

る<sup>248</sup>。責任制限制度における連帯責任の意味・範囲をこのように解することとしたい<sup>249</sup>。

このようにして、各被告が自己の賠償義務額を支払った結果、その合計額が会社の損害額全額に満たないこともあれば、損害額全額を超えることもあり得る。後者は、責任制限制度があっても会社の損害が全額填補される例であるが、その場合、実行された賠償額が会社の損害額を超えないように、下記(3)のとおり調整を行うことになる。

(2) 各取締役・執行役が、それぞれが自己の賠償義務額を支払っても、その合計が損害額に満たないとき(損害額が多額であるか、有責取締役が少なく全員が責任制限の対象者となる場合など) その満たない金額が全体として責任軽減した金額ということになる。いわば責任制限の趣旨どおりの結果である。例を挙げると、会社の賠償対象となる損害額10億円、有責取締役・執行役が5人いて、各自の賠償義務額(=連帯額)が5千万円(単純化のため同一金額とする)であれば、連帯賠償額合計は2億5千万円となり、これが会社の得る賠償額の理論額となる(自己の連帯賠償額を支払いきれない者があれば、さらに会社の得る賠償額がその分だけ事実上減少する)。

(3) 一方各自の賠償義務額の合計額が会社の賠償対象となる損害額を超える場合(被告が多数いる場合や被告の中に責任制限の適用を受けないものが含まれる場合など) 上の例で、有責取締役・執行役が25人(うち1人が責任制限の適用を受けられない者とする)いるとすれば、各自の連帯額は、あくまで自己の賠償義務額であり、連帯賠償額の合計額は、10億円+5千万円×24人=22億円となる。会社はこれら有責取締役・執行役に対して、各自の賠償義務額を限度に、順次・任意に、損害額(10億円)に満つるまで執行する。しかる後に、有責取締役・執行役間で、内部的に負担調整を行なう。各自の負担割合は、通常連帯責任における求償と変わることなく、それぞれの負担部分=損害発生行為への寄与度(責任の重さ)となる。

---

<sup>248</sup> 西川義晃「旧法下における取締役の連帯責任」立教大学大学院法学研究29号119頁、144～47頁(2002)も、昭和25年改正以前の取締役の連帯責任についての判例・学説が、任務懈怠に相応しい責任を課す、職務を同じくする者の間でのみ連帯責任を課す、あるいは責任解除などにより取締役間の責任に差異があるときは責任額が共通する部分についてのみ連帯責任を課す傾向にあったとして、責任額が共通する部分についてのみ連帯責任を課し、それを超える部分については単独の責任とすべきことを述べる。能見善久「共同不法行為の基礎的考察(8・完)」法協102巻12号2179頁、2219頁(1985)(共同不法行為において寄与度減責や過失相殺により一部連帯とする場合のひとつの方法は、自己の責任部分の範囲で連帯としそれを超える部分については単独責任とすることである)

<sup>249</sup> 新谷勝「取締役の責任制限の解釈と改正商法」判タ1116号61頁、67頁(2003)

## 第5節 取締役の責任軽減に関するその他の問題

### 第1項 取締役への訴追についての会社の裁量権

#### 1 株主の代表訴訟提訴権と会社の利益との調整

(1) 現行の株主代表訴訟制度の下では、株主が会社に対して提訴請求し、会社が60日以内に提訴しないときは、株主は代表訴訟を提起することができる(267条1項、3項)。ところが、取締役・執行役が有責と見られるときでも、会社が総合的な考慮に基づき、取締役・執行役に対して訴追することが適当でないと判断するような場合もあり得るが、株主は会社の意図に関わらず、自己の判断に基づいて訴えを提起することができ、次の(2)に見るように会社にはこれを阻止する手段は与えられていないのである。比較法的には、アメリカでは、会社が取締役・執行役に対して責任追及をすべきでない判断すれば、提訴請求を拒絶し、あるいはそれでも提訴されたとき却下を申し立て、裁判所が審査した上で却下を認めることができる制度がある。イギリスではもともと株主代表訴訟の提訴そのものが制約されているし、ドイツには代表訴訟のような単独株主による責任追及制度が存在しない。日本の株主代表訴訟制度は、単独株主が任意に提訴でき、会社が取締役への責任追及についての独自の判断・措置を講じる手段がない点において、これらの国と比較すると突出した制度である。

取締役を提訴するかしないかは本質的には会社が決定すべきことであるが、会社が取締役の責任追及を怠る場合もあるために株主代表訴訟制度が設けられ<sup>250</sup>、これが会社の損害を填補しあるいは違反抑止力となって、コーポレート・ガバナンスに寄与して来たとし、今後とも大いに期待されることに異論はない。しかし、アメリカでは弁護士が報酬目当てに実質原告となって株主代表訴訟を頻繁に提起するような事態が見られるが、今後わが国でも同様の問題が起これないとは言えない<sup>251</sup>。株主の提訴権と会社による取締役に対する責任追及の是非の判断の間の調整を図る必要がある。それにより、不当・迷惑訴訟から取締役・執行役を解放することができるだけでなく、有責の見込みが高い場合であっても、なおかつ会社がその最善の利益を考慮して、損害賠償を請求せず、あるいは代表訴訟を却下ないし棄却<sup>252</sup>することが妥当であるとの決定をなすことができる。そのことは結果として取締役・執行役の責任を制限する効果を伴うことにもなる。

(2) 現行法のもとでの取締役に対する訴追事案への対応は概略次のようなものと考えられ

<sup>250</sup> 北沢正啓・新注会(6) 267条注釈3

<sup>251</sup> 河本 619頁注4、河本一郎「大和銀行株主代表訴訟の和解を語る」取締役の法務 94号4頁、7~8頁(2002)によれば、現在でもすでに、報酬獲得を確実にするために和解に応じる(和解金を基準にして、弁護士報酬を会社に請求できる)といった、弁護士に報酬目当ての姿勢があることが窺われる

<sup>252</sup> 以下本項において却下と棄却を併せて却下という

## 第5章 責任制限制度のあり方

るが、取締役を訴追すべきかどうかの会社の判断には、株主の代表訴訟提訴権に対しては何ら法的な効力がない<sup>253</sup>。

( ) 株主からの提訴請求がなされていない段階においては、監査役は取締役の職務執行を継続的に監視(274条1項)し、取締役が責任を負うような行為の端緒があれば、事前に是正を求める<sup>254</sup>べきことになり、それにもかかわらず有責と疑われる事態が発生したときは事後的に調査の上、裁判外での賠償請求をし、<sup>255</sup>あるいは訴訟を提起する<sup>256</sup>。この場合の監査役の行為準則として、訴えを提起する必要があるか裁判外の請求で事足りるか、会社の信用に対する影響の有無・度合い、会社の人的・時間的・金銭的な負担、勝訴の可能性といった要素を総合的に考えるべきであるとされる<sup>257</sup>。取締役が無資力であったり、賠償額が少額であったりして、訴訟を行っても会社にとって有害無益と判断する場合や、十分な調査を行ったが責任があることを証明できそうもない場合は、訴訟を提起しないなど一定の裁量権が認められる<sup>258</sup>。これに対して、取締役に責任があることがはっきりしておりしかも重大なものである場合には、監査役は訴訟を提起しなければならない<sup>259</sup>。しかし、弁護士に相談するなどして取締役の義務違反の有無を検討しても、なお明確な結論が得られない場合には、和解により決着をつけることが妥当であることも考えられるが、裁判外の和解に既判力が生じる余地はないので、株主が代表訴訟を提起することは法的に可能である。

( ) 株主から提訴請求があれば、監査役は請求後60日以内に調査を行って、訴えを提起するかどうかを決定しなければならない<sup>260</sup>。ここで監査役は、訴えを提起すべきかどうかの裁量判断を行うことができる<sup>261</sup>が、提訴しないという判断が妥当であったとしても、60日経過する

---

<sup>253</sup> 調査の結果取締役に責任がないと会社が判断し、提訴請求株主宛に誠意のある回答をしても(ただし、会社には回答をすべき法的義務はないが)、それに拘わらず株主が訴えを起こしてくるような場合は、担保提供判断における悪意の認定がしやすくなるといったことはあり得る(会社法の研究『取締役(6)』63頁、稲葉発言参照)

<sup>254</sup> 監査役の特権・義務として、調査権(274条2項)、取締役会への報告義務(260条ノ3第2項)、差止請求権(275条ノ2)がある

<sup>255</sup> 裁判外の請求を行う者は代表取締役である(会社法の研究『取締役(4)』98頁森本発言)。取締役に對する責任追及の訴訟は監査役が会社を代表する(275条)

<sup>256</sup> 山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事1336号11頁、12頁(1993)

<sup>257</sup> 今井宏「会社訴訟と監査役」『株主総会の理論』274頁(有斐閣,1987)

<sup>258</sup> 山下・前掲論文(脚注256)12頁

<sup>259</sup> 鴻常夫・新注会(6)275条ノ4注釈6(提起しなければ任務懈怠の法令違反となる)、山下・前掲論文(脚注256)12頁(監査報告書に重大な法令違反ありとして記載する必要もあり、何もなしと記載すれば明白な監査役の義務違反となる)

<sup>260</sup> 株主から提訴請求があった場合に、会社として何をなすべきかについての規定はない(267条1項および3項参照)が、義務違反を疑わせる事実が提訴請求に記載されている以上、監査役は善管注意義務(280条1項、254条3項)に基づいて調べる義務があり、調査結果に基づいて提訴すべきかどうかの判断をするのが、監査役の役割に適う合理的な行動であろう。調査を行っても、なお60日以内に結論が出ない場合は、監査役の義務違反にはならない。しかし、いずれ株主が提訴するだろうからといって任務を怠ってよいことにはならない(山下・前掲論文(脚注256)13頁、15頁、会社法の研究『取締役(6)』62頁稲葉発言、金築発言参照)

<sup>261</sup> 会社(監査役)が提訴しないと判断した上で提訴しないときに、株主が提訴したら勝訴したような場合に

## 第5章責任制限制度のあり方

ことによって株主は提訴することができる（267条3項）。

以上のことは委員会等設置会社の監査委員（商特21条の10第6項、第7項）についても大筋当てはまる。

### 2 制度が有効に機能するための条件・問題点

#### （1）制度の内容と要件

（ア）株主による代表訴訟についての会社の判断に法的効力を持たせる制度（訴訟委員会制度と称されることもある）は、すでに学説、実務界からも提唱がある<sup>262</sup>。アメリカの制度も参考にしながら、その骨子は次のようになる。

取締役・執行役に対する損害賠償請求権を行使するかどうかは、会社の経営判断であるから、会社は何が会社のベストインタレストであるかを考え、当該取締役・執行役を訴えるべきかどうかを裁量判断することができる。考慮すべき要素は、不正の程度、損害の大きさ、立証の難易度や、立証等のコストも含めた訴訟コストと損害との比較衡量、自社取締役への訴追の対外的な信用への影響などの総合的なものである<sup>263</sup>。

株主代表訴訟が提起されたときも、当該訴訟が会社の最善の利益にならないと判断する場合、裁判所に当該代表訴訟の却下を申し立てることができる。この申立に基づいて、裁判所は会社の決定の中立性・公正性と、判断の内容やその根拠の合理性を審査し、それを満たしていると判断すれば、当該株主代表訴訟の却下を認める<sup>264</sup>。会社の判断は、代表訴訟の却下だけで

---

は、監査役の任務懈怠の責任が問題となりそうである（今井・前掲書（脚注257）275頁）。しかしそもそもその場合には代表訴訟で会社の権利は実現されたことになり会社に損害が発生しないから、監査役の責任に直ちには結びつかないのではない。株主から、監査役が提訴しなかったことの責任を追及する訴訟を起こしたとしても、そのとき株主は、まずは取締役の責任原因の存在を監査役が容易に認識し、これを訴訟でも立証し得たことを主張立証する必要がある。それくらいなら自分で取締役の責任を追及する代表訴訟を起こせばいいことになるから、そのような訴訟は起こらないであろう（会社法の研究『取締役(6)』66~7頁稲葉発言）

<sup>262</sup> 自民党改正案骨子「その他」第11「付随して措置すべき事項」（5年後を目途として社外監査役を過半数とし、監査役会の訴訟却下権を導入）、会社法の研究『取締役(6)』104頁および会社法の研究『取締役(4)』235~36頁（その機能は監査役会が担う、裁判所の実質審査が必要）の稲葉発言等、日本監査役協会「企業法制の将来に関する中間報告について」提言7・商事1558号17頁、20頁（2000）、森本255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98号8頁、17頁（2002）（責任の一部免除ないし裁判上の和解については、アメリカの訴訟委員会制度等を参考に、裁判所のいわゆる後見的作用にも十分に配慮して、より根本的に検討すべきである）、森田章「取締役の注意義務と民事責任」金法1601号6頁、13頁（2001）（取締役の民事責任をどの程度追及することが妥当かという判断を、株主の選んだ独立の取締役等に判断させるのが妥当であり、アメリカの特別訴訟委員会のような機能が必要である）。なお、平成14年の商法改正中間試案第17二注9では、監査・指名・報酬各委員会のほかに新たに訴訟委員会を設けるかどうか、設けることとした場合の権限等について検討するとなっていたが、改正は見送られた経緯がある（訴訟委員会の内容については示されていない）

<sup>263</sup> 会社法の研究『取締役(6)』103~105頁江頭発言ほか

<sup>264</sup> 釜田薫子「株主代表訴訟の会社機関による終了の可能性の検討」私法65号225頁、231頁（2003）は、わが国に制度を導入した場合、裁判所の審査にあたっては、会社が適切な是正措置を取っているかどうかも重視する必要があるとする（ALI原理の成立過程でのALI, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND

なく取下・和解、あるいは逆に株主からの訴訟の継承、遂行も含まれる。

(イ)このような制度が有効に成り立つための要件は、会社の判断が公正に行われ、裁判所の監督・審査が適切に行なわれることである。会社の判断・決定は、それを担当する機関が、事案に利害関係を有さず、公正かつ客観的に判断することができ、必要に応じて弁護士などの助言を得た上で(弁護士自身の公正性・客観性も重要である)十分な調査を行なって、何が会社の最善の利益であるかを適切に経営判断することが必要である<sup>265</sup>。会社の決定機関は、監査役(会)ないし監査委員会(または新たに設けられる訴訟委員会)があたることが考えられるが、下記(3)に見るように監査役(会)があたるのには問題がある。

裁判所の監督・審査は、その法的根拠と一定の審査基準を設けておくことで、合目的かつ円滑に裁量運営が行われ得るものとする<sup>266</sup>が、会社の判断の妥当性については以下のような疑問点が残る。

### (2) 判断の公正性・客観性

監査役制度については、昭和49年以来数次の改正があり、平成13年に集大成的改正<sup>267</sup>が行なわれた。これにより大会社の監査役の独立性はかなりの程度高められたと言えるだろうか。しかしながら、社外監査役は親会社や取引銀行出身者が大半を占めているのが実態であり<sup>268</sup>、なお社外監査役についての適格要件(商特18条1項)は、その独立性の点では十分とは言えない。同様に、委員会等設置会社の各委員会を構成する社外取締役の独立性要件(188条2項7号ノ2)も、不十分なものである<sup>269</sup>。

ところで、実定法上の独立性の要件規定の精緻化(そのこと自体にも限界があるが)をいくら進めても、所詮、独立社外取締役(監査役)が、同僚たる取締役・執行役に対する判断の公正性・客観性を貫徹することには限界があることが、アメリカでは早くから構造的偏向(structural

---

RECOMMENDATIONS (Discussion Draft, 1985)にはそのような要件が挙げられていた)。会社法の研究『取締役(6)』103頁稲葉発言は、訴えを起こさないまでも、退職させあるいは退職金不支給ないし減額とするような法的責任以外の責任をとらせるなどの総合的な判断・措置をとることが適切な是正策であるとする

<sup>265</sup> 会社法の研究『取締役(6)』103頁江頭発言参照

<sup>266</sup> 先に第5章第2項第3項「裁判所の裁量制について」(227頁以下)において、わが国では裁判所の裁量は有効・円滑に行われ得ることを述べた

<sup>267</sup> 任期の4年への延長(273条)、社外監査役の適格要件の5年要件の削除と1名から半数以上への拡大(商特18条1項)、監査役の選任議案について監査役の同意要件と監査役選任を株主総会の目的とすることおよび監査役の選任に関する議案(特定の監査役候補者名)の提出の請求権(商特18条3項、3条2項、3項)。これにより、監査役は4年間も株主総会の信任チェックを受けないことに疑問も生じる(森本・前掲論文(脚注262)13頁)

<sup>268</sup> 江頭401頁(日本監査役協会「監査役の活動実態と意識調査・結果報告書」月刊監査役443号12頁(2001)の調査結果を引用)

<sup>269</sup> 森本滋「委員会等設置会社制度の理念と機能(中)」商事1667号19頁、23頁(2003)は、188条2項7号ノ2の規定では、親会社の執行役・職員や、代表執行役、社長の配偶者・親族などは社外取締役の要件を充足するが独立性については問題がある。立法論としては、非常勤性を重視する社外取締役と実質独立性を有する取締役概念の両者を整理して、法律だけでなく取引所等の自主規制の方法により取締役会の厳格な独立性を確保する必要があるとする

bias)として指摘されてきた。そのため訴訟委員会による却下判断に裁判所は拘束されないとする州もある<sup>270</sup>が、ALIは、むしろ構造的偏向の存在を前提とし、それが故に裁判所による監視が不可欠であるとし、また、裁判所による監視制度が存在することが会社の機関による調査や判断の程度を高める効果を持つとする。このことからALIは、デラウェアなど、判断を行う取締役が独立であるか否かを問題にする州が多いのに対して、取締役が利害関係を有さないことだけを前提要件とし、裁判所をして取締役会ないし訴訟委員会の判断内容が合理的なものであるかどうかを、内容に立ち入って審査させることとしている<sup>271</sup>。

ALIの考え方に倣ってわが国においても、独立性要件の精緻化をさらに進める必要はあるものの、そのことに限界があることを承知した上で<sup>272</sup>、取締役・執行役訴追の是非についての会社の裁量制度を導入することを容認できるであろうか。答えはネガティブなものとならざるを得ない。その理由は、わが国は大会社の社外取締役1名の選任義務すら、未だ各界の反対が強く実現し得ない現状<sup>273</sup>にあることに関わる。たしかに社外取締役の導入は、法によって強制するよりも、英米のように、証券取引所上場規制などを通じたベストプラクティスに委ねるべきであるという考え方は首肯できる。しかし、わずか社外取締役1名というミニマムスタンダードを法定することにより、企業が社外取締役を活用して行く方向への呼び水とするような規整の仕方に殊更問題があるとも思えない。社外取締役のコーポレート・ガバナンスにおける意義は、会社内の中立性・公正性が殊更要請されるような経営判断事項について、社外取締役という、より客観的立場を有する社内者に判断を任せることによって、会社の自主的かつ効率的な経営判断能力・問題処理能力を高めることにあると考える。しかし現時点でわが国には、このようなメカニズムを確立しようという社内的欲求も、またそのようなメカニズムへの社外からの信頼感も、大勢において存在しないということなのであろう。経営のグローバル化が言われ始めて久しいにもかかわらず、取締役会のあり方が未だにこのような状態に止まっているのは、今後ともコーポレート・ガバナンスの充実は、社外取締役の機能を最大限に活用する方向にはないことを意味するのであろうか。あるいはバブル後遺症もあって、これまで大方の大企

<sup>270</sup> 第2章脚注185参照(Miller v. Register & Tribune Syndicate, Inc.判決は、独立した取締役以外の第三者により構成する特別委員会に判断させるのが適当であるとしている)

<sup>271</sup> 第2章第4節第2項2(1)(ア)参照。構造的偏向についてのALIの考え方につき第2章脚注159

<sup>272</sup> 弥永真生「社外取締役に期待される役割と独立性」取締役の法務111号38頁、40~1頁(2003)は、社外取締役は外観的だけでなく、精神的にも独立していることが重要であるが、経営者(執行役)との間に一定の人間関係がなければ、会社を円滑に運営していくことは難しく、精神的独立性は社外取締役自身の特性に左右されるから、どのような厳格な要件を定めても完全ということとはあり得ない。したがって、公開会社では、法的には一定の身分関係のないことを要求するぐらいが適当である。それ以上の外観的独立性は市場原理あるいは取引所規則に委ねる方がよく、会社の自治に委ね、開示によって規律を働かせるのが株式会社制度にふさわしい。開示事項は、会社・子会社およびその取締役・執行役などの身分的・経済的関係、取締役のなりあい(cross-directorship)、必要に応じて多数派株主との関係、取締役間の関係などであるとする

<sup>273</sup> 「会社法の大規模見直しに関する各界意見の分析(下)-商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案に対する意見」商事1605号14頁(2001)では、実務界のみならず学界からの反対もある。反対の趣旨は、法により設置を義務化するのではなく会社の自治に委ねるべきとするものや、社外取締役によっても実態は変わらない、一人では効果が疑問であるとするものなどのようである

業にはグローバル化を円滑に推進する方策を考えて実行する余裕がなかったに過ぎず、むしろ今後急速に、社外取締役を積極的に取り入れ活用する機運が広がると考えるべきなのか、予断は許されない。実務界も、一方では社外取締役の役割の活用を前提とするアメリカのような訴訟委員会制度の導入を望みつつ、他方では社外取締役の導入に対して消極的であるとすれば、訴訟委員会の担うべき公正・中立的な判断機能をどのように確保しようと考えているのであろうか。

このような状況から判断すれば、会社の訴追判断に法的効力を持たせる制度を拙速に導入することは、見合わせざるを得ない<sup>274</sup>。現時点では、株主が代表訴訟を自由に提起できることが、濫訴や不適切訴訟等の問題を残しつつも、経営者の善管注意義務違反を糾す唯一とまではいわないまでも有力な手段として機能していると考えられる。監査役（会）にせよ取締役会にせよその判断の公正・中立性が担保されないまま、株主代表訴訟の道を塞ぐことを許してしまうような制度を導入することは、コーポレート・ガバナンスの一方的後退だけをもたらすことになる。

### （3）取締役訴追判断機関としての社外監査役と社外取締役の相違点

上のように、取締役・執行役に対する訴追の是非を会社自身に判断させる制度の導入は時期尚早と考えるが、もし今敢えて導入しようとするか、あるいは将来的に導入する場合に、従来型の監査役をしてその任に当たらせる<sup>275</sup>ことは、以下に見るようにその独立性だけでなく、機能・権限面からも適切とは言えず、委員会等設置会社の取締役会構成員でもある監査委員（ないしは訴訟委員）の方がより適当であると考えられる。

（ア）まずそれぞれの選任手続の違いから、社外監査役と委員会等設置会社の社外取締役では、その独立性に差異が生じ得る。委員会等設置会社では取締役候補者の選任は指名委員会が行なうが、その指名委員会の構成員の中に支配権を有する代表執行役（会長・社長など）が含まれこの者から取締役の候補者案が提出されるとしても、社外取締役が過半数を占める指名委員会として判断し決定した案は、取締役会（この中には執行役を兼ねる社内取締役が多数を占める）の決議を経ることなくそのまま株主総会に提出される。一方、大会社の監査役の選任は、従来どおり代表取締役が監査役候補者を提案し、取締役会が承認の上、それを株主総会へ提出するに先だち、社外監査役が半数を占める監査役会の同意（商特18条3項、3条2項）を得るというプロセスが一応想定される<sup>276</sup>。今後、最初に監査役会が候補者を定めるような実務慣行

<sup>274</sup> 会社法制現代化試案の「8 代表訴訟（注）」においては、いわゆる訴訟委員会の導入についてその要否を検討するとされている。江頭憲治郎、森本滋ほか「座談会・会社法の現代化に関する要綱試案をめぐって」商事1685号8頁、25頁（2004）の江頭発言は、訴訟委員会制度の内容は主張者により議論が相当食い違い収束の段階にないことを指摘し時期尚早である旨を示唆する。同森本発言も、制度の具体像について経済界のイメージが明確でないが、独立の訴訟委員会を設ければ後はフリーパスというのは日本の訴訟制度になじまないため、具体的内容を詰める必要があるとする

<sup>275</sup> 自民党改正案骨子・前掲脚注262参照

<sup>276</sup> 森本・前掲論文（脚注262）14頁（2002）。監査役会の同意が得られないまま株主総会に提出されれば、法令違反の総会決議として取消の対象となる（森本・同・14頁）

## 第5章責任制限制度のあり方

が形成されて行くなれば格別、そうはならず従来通りのプロセスが変わらないものとするれば、やはり社外監査役の独立性は、委員会等設置会社の社外取締役のそれに比し劣るものと言える。さらに監査役中の社外者半数要件（商特18条1項）は、委員会等設置会社の各委員会構成における社外者過半数要件（商特21条の8第4項）に比して劣る点も無視できない。

（イ）監査役の機能・権限の面でも問題がある。会社のベストインタレストの判断は、提訴しないまでも当該取締役・執行役に実質的に責任を取らせ（降格や減給、退職金不支給なども含む）、あるいは会社の意思決定やリスク管理のシステムなどを再検討し、再発防止策を構築するといった、積極的な経営判断・行動を伴うものである必要がある。会社の不提訴・却下等の決定を裁判所が審査するに際しても、このような総合的な是正策が取られていれば、会社の決定内容の妥当性を証明する一要素となり得る。このような経営判断・行動は、やはり監査役ではなく取締役の職務領域<sup>277</sup>に属すると考えるのが妥当である。監査役の業務監査（274条）は適法性監査が中心<sup>278</sup>である。しかし取締役の任務懈怠（善管注意義務違反）の有無についての適法性判断は、いわゆる妥当性判断と重なり合い、会社の状況や経済状況、更には当該業務執行の具体的内容等のさまざまな要因を総合的に勘案して判断される<sup>279</sup>。その意味において監査役の職務にも一定の経営判断機能が含まれている。しかしそれは、取締役が行なう経営判断の是非についての判断<sup>280</sup>である。会社の取るべき新たな経営手段・方策をどのように講じるかを、自ら考えて実行に移していくような行為パターンは、少なくとも従来の監査役の領域にはない。

## 第2項 補償制度について

### 1 賠償金・和解金の補償

取締役の責任制限の目的を達するためには、アメリカの補償制度（indemnification）にヒントを得て、取締役・執行役が会社に対して賠償金ないし和解金を支払った場合に、これを会社が補償する制度も考えられないわけではない<sup>281</sup>。取締役・執行役が、損害賠償額ないし和解金額

<sup>277</sup> 委員会等設置会社における監査委員は、指名委員と連携協議し、問題が生じた場合は社長を解任する権限をも有し、その緊張感のもとに監査を実効あらしめるのである（森本滋「委員会等設置会社制度の理念と機能（下）」商事1668号13頁、14頁（2003））

<sup>278</sup> 竹内昭夫・新注会(6)274条注釈6

<sup>279</sup> 森本・前掲論文(脚注277)17頁（2003）

<sup>280</sup> 改定後の日本監査役協会「監査役監査基準」監査役485号27頁（2004）14条に、取締役会等の意思決定の監査（＝経営判断の監査）を定めるが、取締役が行なう職務執行を監査する以上のものではない。武井一浩ほか座談会「『監査役監査基準』全面改訂の背景と実務対応」商事1697号6頁、15頁大川発言（2004）によれば、基準14条の経営判断の監査には、適法性監査・妥当性監査を含む。しかし効率性監査は、同基準に明記するには無理があり各監査役の判断に任せることとされた

<sup>281</sup> 浜田・前掲論文(脚注216)11頁、浜田・前掲論文(脚注224)122頁は、株主総会に減免決議案提出の予定があることをもって判決に基づく強制執行を停止することはできないから、いったん判決に基づき賠償金を支

## 第5章責任制限制度のあり方

をひとまず全額会社に支払い、しかる後に会社が減免額に相当する金額を取締役・執行役に払戻し（補償）すれば、取締役・執行役は差引き減免後の金額を賠償したことになる。

しかし補償が責任制限の機能を果すといっても、取締役・執行役は、いったんは賠償金の全額を支払わなければならないが、賠償額が巨額な場合、その支払自体容易ではない。また、補償の形で会社から払い戻しを受けた金額が、税務上の贈与ないし賞与となるのではないかとといった疑念も、責任制限制度における減免額について指摘されている<sup>282</sup>が、それ以上に問題となり得るであろう。弁護士報酬の額も勝訴額（賠償額全額）を基礎として計算されれば<sup>283</sup>、会社の負担は、実質的に得る利益の額に比して不当に多額のものとなりかねない。アメリカでも、資金が循環するに過ぎずその間弁護士報酬等の余分なコストがかかるとして、殆どの州が対会社責任の補償を禁じている<sup>284</sup>のが実態である。少なくとも対会社賠償責任については、賠償額を直接制限する責任制限方式で十分であり、和解金・賠償金の補償という形の責任制限は必要性も利益もない<sup>285</sup>。

ただし、取締役・執行役の訴訟防御費用の会社負担については検討を要する。

### 2 訴訟費用の補償（会社負担）

#### （1）取締役・執行役が勝訴した場合

取締役・執行役が、対会社責任訴訟において勝訴した場合は、弁護士費用を含め防御のために要した相当の費用の支払を、会社に請求することができるかについて、学説が分かれている。古くからの多数説<sup>286</sup>は、明文の規定がないことを理由として消極に解し、会社が進んで防御費

---

払った後に会社が補償する制度（これも特別決議とする）を導入するのがよいとする。たしかに執行後の減免は、賠償金の払戻（すなわち補償）の形をとらざるを得ないであろう

<sup>282</sup> 第4章脚注277と対応本文参照、なお本章脚注239に対応する本文も参照

<sup>283</sup> 弁護士会の定める基準では報酬は勝訴額に比例する（着手金とあわせて6%ぐらい）が、実際の委任契約においては、勝訴額比例を含め何らかの算定方法（時間比例、月額など）に基づいた額が定められるようである（会社法の研究『取締役(6)』202頁以下参照）。また、268条ノ2第1項により契約報酬額そのものではなくその範囲内の相当額（同207頁稲葉発言によれば、絶対的な認容額を基準にして、訴訟の難易、苦勞の程度などを勘案して決める）が支払請求の対象となるから、必ずしも勝訴額に比例するものとなるわけではないと思われる

<sup>284</sup> 補償は、取締役・執行役が勝訴した場合にその費用について行われるものを原型とするが、1980年代のいわゆるD&O保険危機への対応策として、対会社責任についても補償を認めることが検討されたが、循環を理由に採用しなかった州が多い。当初、対会社責任の補償は取締役の会社に対する責任規定を無に帰せしめ公序に反するとする強い批判があったが、後に、取締役の注意義務違反の責任について責任制限立法が行われることになり、公序違反の論点はなくなり、資金の循環による経済的な非効率性が禁止の理由と考えられるようになった（第2章脚注54,55および56対応本文参照）

<sup>285</sup> 上記脚注281のように減免決議のタイミングとの関係で考えるなら、第4章脚注243および244に対応する本文に掲げる方法によって解決できるであろうが、基本的には事前の減免制度を採用すれば減免決議のタイミングの困難さの問題は解消される

<sup>286</sup> 石井364頁、大隅＝今井279頁、北沢正啓・新注会(6)268条ノ2注釈6、黒沼ほか・前掲論文(脚注152)20頁（株主代表訴訟は委任者たる会社に対する責任が追求されるのだからこれへの応訴は委任事務に該当しない。補償には明文規定を要する）

## 第5章責任制限制度のあり方

用を払えば贈与となるとする<sup>287</sup>。消極説は、株主敗訴の場合は株主が訴訟費用を負担する（民法61条）ほか、不当な訴訟等がそれ自体不法行為の要件を備える場合には、それに応訴するために支出した弁護士費用は、その不法行為によって通常生ずべき損害として賠償請求が可能であり、また、そのための担保提供（267条6項）<sup>288</sup>も用意されていることを挙げる。しかしながら、不法行為とならない場合には敗訴した原告株主から取れないし、また不法行為が成立したとしても、時間と手数が掛かる上に現実に取り立てができるとは限らないという問題がある。

これに対して積極説<sup>289</sup>も有力であり、取締役・執行役と会社の関係は委任関係であり、受任者が委任事務を処理するため自己に過失なくして受けた損害として、民法650条3項により会社に対して請求できると解する。

取締役・執行役は、会社の業務遂行上の行為に関して訴えに引き込まれ、その防御に成功することは、義務違反（過失）がなかったことになるのだから、その防御費用を取締役・執行役に個人負担させることが合理的でないことは明らかであろう<sup>290</sup>。アメリカ法・イギリス法でも、取締役が株主代表訴訟で防御に成功した場合、弁護士報酬を含む防御費用を会社が補償することは早くから制定法により認めている<sup>291</sup>。取締役・執行役が、その任務を遂行するにあたって要する経費を会社が負担することについて、民法の規定だけでは明文根拠にならないとの疑義があるのであれば、早急に条文を以って明定する必要がある<sup>292</sup>と考える。

### （2）取締役・執行役が敗訴した場合も会社負担を可能とすべき場合がある

<sup>287</sup> 北沢正啓・新注会(6) 268条ノ2注釈6（一種の贈与としてこれに関する規制(265条、266条1項4、5号)に従うことになる）

<sup>288</sup> 加藤・不法行為 222頁、北沢正啓・新注会(6) 267条注釈26および268条ノ2注釈4、江頭 385頁注5。東京地判平 2.5.25判時 1383号 139頁、東京地判平 10.5.25判時 1660号 80頁（担保提供制度は、株主代表訴訟を不当提訴として、原告株主に対して損害賠償を請求する被告役員の権利を保全するための制度である）

<sup>289</sup> 鈴木 202頁、河本 519頁注4、江頭 389頁、近藤光男「取締役の責任とその救済（四・完）」法協第99巻 12号 1805頁(1982)（文脈から積極論と解されるが、近藤教授も共同執筆者の一人である黒沼ほか・前掲論文(脚注152) 20頁は、明文規定がないため不可としている）、関俊彦「会社が負担する取締役賠償責任保険の保険料」『現代企業立法の軌跡と展望』85頁、102頁（商事法務、1995）（ただし和解によって取締役が一定の支払義務を負う場合は、取締役が勝訴した場合に該当せず、勝訴の見通しが明白でない限り会社が負担することはできない）、浜田・前掲論文(脚注224) 123頁、畠田公明「取締役の責任の補償」福岡大学法学論叢 45巻1号 76頁（2000）。現在は積極説の方が多数説と思われる（会社法の研究『取締役(6)』216頁江頭発言）

<sup>290</sup> 畠田・前掲論文(脚注289) 76頁（根拠のない言いがかり的な代表訴訟の場合、取締役の個人負担を強いるのは酷である）

<sup>291</sup> アメリカでは歴史的に、取締役と会社の関係にはコモンロー上の代理や信託の法理は適用されないとして、防御に成功した取締役に対する弁護士費用等の補償を認めなかった判決があり、これに対して、そのような扱いは取締役にとって不公平であり、かつ取締役の人材確保の障害となるとの認識が強まって、1941年以降制定法により補償を認めるに至った経緯がある（第2章第3節第1項1）。イギリスでも1989年会社法改正により、それまで会社法§310(1)(2)により禁じられていた勝訴の場合の防衛費用の会社補償を許容した（第3章第1節第5項）

<sup>292</sup> 代表訴訟制度研究会(1) 13頁は、現行法上も許されるとの解釈をとり、明文化する必要もないが、規定を設けることに反対はしないとするのが多数意見であるとする

## 第5章責任制限制度のあり方

一方取締役・執行役が敗訴した場合には、取締役・執行役が委任事務を処理するため自己に過失なくして受けた損害に当たらないから、会社が、弁護士費用を含む応訴費用を負担する余地はないことになる<sup>293</sup>。このことは、取締役・執行役がその過失により会社に損害を与えたのだから、会社がそのための訴訟費用を負担しないことについて、一見何の問題もないように思われる。しかし、取締役・執行役が会社の最善の利益を追及しようとして取った行為が、結果として過失ありとして敗訴したのであれば、そのような場合には会社の業務を遂行するための費用と考えて、応訴費用を会社に負担させてよいと考えられる<sup>294</sup>。換言すれば、損害賠償金について責任制限の適用が可能な場合は、責任制限を認めるのと同じ趣旨（萎縮の防止と責任の公平な負担）に基づいて、防御費用について会社負担を認める余地は大いにある。ただし条文により一律に認めるには困難な場合もあり、裁判所がその裁量により、公平で合理的と考える内容で、許可することができるとするのが適当であろう<sup>295</sup>（この場合、裁判所による裁量の根拠規定を設ける必要がある）。

同様の問題として、和解における取締役・執行役のそれまでに要した防御費用の会社負担についても、裁判所の裁量許可を認めてよいと考える。和解により取締役・執行役が何らかの負担をする場合<sup>296</sup>も、事案が責任制限に該当する場合には、費用の会社負担を裁判所が認めてもよいであろう。

なお、被告取締役の訴訟における勝敗に関わらず、会社の被告側への参加が認められる場合（後記第5節第4項2）においては、会社自身が防御活動を行うことにより被告の防衛負担（弁護士費用の支出）も発生しないことになり<sup>297</sup>、上に見た問題点も結果的に解消する。

### （3） 応訴費用の前払い

会社は、取締役の応訴費用を前払い（立替）することができるが、この場合には取締役に対する金銭の貸付として、自己取引についての取締役会承認を要する（265条1項前段）。取締役が敗訴して応訴費用を会社が負担することができなくなった場合は、当該前払金（立替金）を会社に返還することとなる<sup>298</sup>。

<sup>293</sup> 畠田・前掲論文(脚注289)77頁は、任務懈怠で有責認定された場合、応訴費用を会社が負担するとさらに任務懈怠を重ねて会社に損害を与えることになるから、総株主の同意がない限り不可であるとする

<sup>294</sup> 代表訴訟制度研究会(1)14頁は、被告取締役が敗訴しても、客観的に見て争点が争うに値すると認められる場合には、会社が訴訟費用を負担してもよいとする意見もあったとする

<sup>295</sup> アメリカの主要法域においても、裁判所が許可することにより敗訴の場合の防御費用の補償を認めている（第2章第3節第1項5）

<sup>296</sup> ここでは何らかの負担をするということは勝訴の見込みはないのであるがその場合でも敗訴のときにも費用を会社が負担する場合に準じて、責任制限に該当するような事案であれば費用の会社負担を認めてよいと考えるものである。ただし関・前掲論文(脚注289)102頁は、勝訴の見通しが明白でない限り、和解における費用を会社が負担することはできないとする

<sup>297</sup> 会社法の研究『取締役(6)』95頁金築発言、森本発言（参加しなかった場合でも裁判所が参加を認めたであろうような場合にも費用の償還を認めてよいのではないか）参照、なお後掲脚注366以下も参照

<sup>298</sup> 北沢463頁、会社法の研究『取締役(6)』218頁江頭発言、稲葉発言。なお、応訴費用の前払いを民法649条の委任事務処理費用の前払いと解することは、応訴が委任事務処理には当たらないので困難であるとされ

## 第5章責任制限制度のあり方

### 3 D&O 保険料の会社負担の可否

(1) D&O 保険の保険料を会社が支払えば、会社の負担において、役員（取締役・執行役・監査役）の賠償金、和解金ないし争訟費用が賄われることになるので、これらについて補償を認めたのと類似の経済的効果が生じる。保険料の会社負担が認められるかについて、広い意味での役員に対する保護の問題として検討する。

まず、代表訴訟において役員が勝訴した場合の争訟費用は、会社役員賠償責任普通保険約款により填補され、この約款の保険料は、会社負担が想定されている<sup>299</sup>。ただし、会社法上これを是とするかどうかについては、上の2(1)の補償についての、学説上の争いと同じ問題があり<sup>300</sup>、これを可能とするべく立法手当てが望まれる。

(2) 主な論点は、代表訴訟において役員が敗訴した場合の、賠償金および争訟費用を担保する、株主代表訴訟担保特約条項の保険料についてである。役員個人が負担することが想定されている<sup>301</sup>が、これを会社負担とすることができるかについて、解釈上消極、積極両論がある。

消極説は、その理由として、役員が会社に対して損害賠償責任を負う場合、会社と役員は利益相反の関係にあり、会社が役員のために保険料を負担することは、取締役の忠実義務に違反し、会社に損害を与えることとなる<sup>302</sup>、役員が保険料を負担せずに、保険により損害賠償金が填補されれば、責任の違法行為抑止効果がなくなる<sup>303</sup>、会社負担とするためには、役員は会社から報酬として保険料相当額の支払いを受けたい（269条の株主総会の決議を経ることを要する）、個人として支払う必要がある<sup>304</sup>とする。

これに対して積極説は、会社に対する賠償金の支払い（損害の填補）が保険制度により補強されるのであり、またそれ故に、会社が保険料を負担することが会社の損害になるとは言えない<sup>305</sup>、取締役が注意義務違反により責任を追及されることは、取締役にとってその職務を行なうにあたって負担するリスクであるから、会社は保険料を支払う理由を有する、保険料

---

る（黒沼ほか・前掲論文(脚注 152) 20 頁、畠田・前掲論文(脚注 289)76 頁）

<sup>299</sup> 現行の「会社役員賠償責任保険」では、争訟費用は普通保険約款により填補される。この保険料は会社が負担することが予定されており、税務上の扱いも役員個人に対する給与課税は必要がないとされている（淡路・前掲論文(脚注 27) 432 頁）。通産省「株主代表訴訟の現状と課題」別冊商事法務 173 号 110 頁（1995）によると、89.6%（金融機関は 100%）が会社負担である

<sup>300</sup> 山下友信「会社役員賠償責任保険と会社法」ジュリ 1031 号 48 頁、53 頁（1993）は、もし訴訟費用の補償が肯定されるなら保険についても基本的に肯定の方向で考えるべきであるとする

<sup>301</sup> 淡路・前掲論文(脚注 27) 432 頁によれば、この部分（株主代表訴訟担保特約条項）の保険料は、役員個人が負担できるように構成されており、税務上の取り扱いは、会社が負担した場合は、役員に対して給与課税を要することになっている。通産省・前掲報告(脚注 299)110 頁によると、役員負担が 93.8%（保険料相当額を役員報酬に加算して支払うことをしないのは 87.5%）である

<sup>302</sup> 前田庸「商法と改正案に関する質疑応答」商事法務 1320 号 40 頁（1993）。吉戒修一「平成 5 年商法改正の解説(2)」商事法務 1326 号 4~5 頁（1993）

<sup>303</sup> 吉戒・前掲解説(脚注 302)4~5 頁

<sup>304</sup> 前田（庸）・前掲論文(脚注 302)41 頁、吉戒・前掲解説(脚注 302)4~5 頁、神作・前掲論文(脚注 14) 115 頁

<sup>305</sup> 今井宏「株主代表訴訟と監査役」月刊監査役 320 号 28 頁、落合誠一「平成 5 年商法改正」法教 156 号 11 頁（1993）、近藤光男「取締役責任保険の保険料の支払い」商事法務 1329 号 40 頁、42~3 頁（1993）

## 第5章責任制限制度のあり方

は保険事故の発生が未確定の時期に支払い、また損害賠償額に比べれば低額であるから、会社による損害賠償額の補償とか責任免除（266条5、6項）にはあたらない<sup>306</sup>、義務違反の抑止効果は、縮小填補・免責などの自己負担部分により十分維持される<sup>307</sup>、保険料相当額を報酬に上乗せして会社が払うことが許されるのなら、保険料を会社が支払うことを禁ずべき理由がない<sup>308</sup>として、会社による保険料負担は可能であると主張する。

（3）このような論争を受けて有力学説は、積極説の主張そのものは評価に値するとしつつ、しかし消極説の指摘する問題点（特に忠実義務義務違反や報酬該当性の問題）をクリアーすることにならない<sup>309</sup>。保険料は、リスクに対し合理的な姿勢をとる経営者に対して、会社が当然に負担すべきコストと認識すべきであり、会社による保険料支払いはお手盛りの危険性は乏しく、報酬規制や利益相反規制を適用しないものとする必要があるから<sup>310</sup>、立法的に解決を図るのが簡明であろうとする。この説に賛同する。私は先に、D&O保険は、損害填補機能においては不十分であり、かつ、経済的にかなり効率が悪いものであると指摘した（第5章第1項6（1））。しかしながら、D&O保険制度の保険としての効用を全面的に否定するつもりはない（取締役にとって、会社にとってもリスク分散の機能を果すものであることは否定できない）。責任制限制度と並存することにより、要填補金額が計算できることから保険料算定が合理的になり、かつ、保険料そのものも低額化することができるから、保険としての使い勝手はよいものになることも指摘できる。そして、そのようなD&O保険の保険料を、取締役を任用するための必要的装備として、会社が負担する意義と必要性がある。

比較法的にも、アメリカでは早くから会社による付保が認められている<sup>311</sup>し、イギリスでも1989年会社法改正で会社が付保できることを明文<sup>312</sup>により認めている。イギリス法では、付保した場合の開示を義務づけていることもあわせて参考とすべきである。

（4）なお、保険料を本人が払わない場合には、注意義務違反についての抑止力が失われるとする考え方<sup>313</sup>について付言する。たしかに、高額の保険料を個人的に支払えば、過失を犯さ

<sup>306</sup> 近藤・前掲論文(脚注305)41頁、山下・前掲論文(脚注300)52頁。西島・前掲論文(脚注35)202頁は、D&O保険は、有能な会社役員の確保という会社内ないし全株主の利益を目的としたものであって、会社役員の責任軽減を目的としたものでないことを理由に、保険料を会社が支払っても問題はないとする

<sup>307</sup> 今井・前掲論文(脚注305)28頁、近藤・前掲論文(脚注305)42頁、山下・前掲論文(脚注300)51頁

<sup>308</sup> 近藤前掲論文(脚注305)43頁

<sup>309</sup> 神田秀樹ほか座談会「商法改正等をめぐる実務上の諸問題」税経通信48巻11号8頁（1993）神田発言は、会社（直接ないし株主が代わって提訴している）と被告取締役は利益相反の関係にあり、取締役に要した費用をどういうときにどこまで会社が払っていいかということは、現在の商法の枠組みでの対応は難しく、立法的解決しかないとする。山下・前掲論文(脚注300)51頁も同旨。江頭380頁（報酬類似の色彩がある）

<sup>310</sup> 山下・前掲論文(脚注300)54頁

<sup>311</sup> 第2章脚注104と対応本文参照

<sup>312</sup> 第3章第1節第5項（119頁）参照

<sup>313</sup> 脚注303対応本文、関・前掲論文(脚注289)109頁（保険を付することによって取締役を安眠させないよう、一部の保険料を負担させて痛みを感じさせる意義がある）、神田ほか・前掲座談会(脚注230)22頁久保利発言（保険料が50万円だったら軽過失を起こさないようにするが、2、3万円なら、抑止力にならない）

ないように自覚を促す一要素にはなるであろう。しかし、通常は保険料を支払うときと、保険金を受取る時期は当然異なり、また、行為をするときも異なるのである。さらに、取締役の義務違反（過失）は、故意による場合は別として、意図せざるときに偶発的に起こるものと考えられる（それだからこそ保険制度の対象となる）。行動に注意深くなるかどうかは、まさに取締役としての行為をするにあたって、自己の行為が適正であること、あるいは不適正であることを認識するかどうかの問題であるに過ぎないのであって、保険料支払の自覚の有無との関連性は少ないであろう<sup>314</sup>。

### 第3項 時効と責任の解除

#### 1 時効

（1）取締役の会社に対する責任の消滅時効は、一般の債権と同様10年である。昭和56年までは責任解除制度（旧284条）があり、責任は、不正の行為があった場合を除き、定時総会で計算書類の承認決議後2年で（ただし別段の決議がないとき）、実質的な時効により消滅した。このため10年という時効期間も、長すぎて酷であるとの実感もなかったであろう。しかし責任解除制度の廃止に続いて、平成5年以降株主代表訴訟が急増するに及んで、実務界は、責任免除は大規模公開会社では事実上禁止されており、時効期間も通常の民事責任と同じ10年という極めて厳しい法的状況に取締役が曝されていることに気が付いた。そして急遽、責任免除制度の見直しや時効期間短縮その他を唱え始めたのである。平成9年の自民党の改正試案骨子には、減免可能な責任については会社と取締役の契約により時効を短期化し、取締役の死亡による責任の消滅を可能とし、減免できない責任については5年程度の短期消滅時効とする法制化案が提示されていた<sup>315</sup>。

（2）消滅時効期間を10年と解する通説<sup>316</sup>に対しこれまで異論はなかった<sup>317</sup>が、最近これを

<sup>314</sup> 神作・前掲論文(脚注14)117頁注62は、(D&O保険の付保による抑止力減殺は)自分が保険料を払ったときにも生じる問題であり、保険料支払に固有の問題ではないとする。西島・前掲論文(脚注35)202~203頁は、D&O保険料が会社負担であるか否かによって、会社役員の責任意識の緊張を殆ど左右しないとする

<sup>315</sup> 自民党・改正試案骨子(7)および(8)、ただしこれらの案は99年の改正案要綱では消えている。通商産業省・企業法制に関する研究会「株主代表訴訟の現状と課題」別冊商事法務173号87頁および108頁(1995)は、アンケート企業の84%が消滅時効期間短縮を望んでいるとする

<sup>316</sup> 松本丞治『日本会社法論』305頁(巖松堂書店、1929)、鈴木=竹内299頁、大隅=今井261頁、北沢438頁、森本255頁、近藤光男・新注会(6)266条注釈57も時効期間10年であるとするが、その理由については詳しく述べられているわけではない

<sup>317</sup> 大阪地判平12.5.24判時1734号127頁・三福信用組合事件判決も、信用組合は中小企業等協同組合法に基づいて設立されており商法上の商人ではないから被告理事との委任契約は商行為ではない。したがって善管注意義務違反に基づく被告への損害賠償請求権は商行為によって生じた債権とはいえないから、消滅時効期間は10年であるとしている

## 第5章責任制限制度のあり方

5年と解する見解が現れた<sup>318</sup>。これによれば、会社は商人(4条2項)であり、取締役の任用契約(委任契約<sup>319</sup>)は商人が営業のためにする附属的商行為(503条1項)であるから、その不履行による損害賠償請求権の時効期間は5年(522条)となる<sup>320</sup>。加えて266条の沿革<sup>321</sup>から同号の責任を債務不履行責任の一種であると解するのが自然であること、監査役(277条)や会計監査人(商特9条)が任務懈怠責任を負うこととも均衡が取れることを理由に、266条1項の責任のうち少なくとも5号の責任は、特別の法定責任ではなく通常の債務不履行責任であり、この点からも時効期間は5年が妥当であるとする。この見解に対して、266条1項各号の責任は、5号も含めて債務不履行責任そのものではなく特別の法定責任であることから時効期間5年は認められず、民法167条1項の一般原則により10年であることを確認する反論<sup>322</sup>がある。そして、監査役の会社に対する責任も特別の法定責任と解されるため均衡を失しないと考えるが、仮にそのような解釈が成り立たず、監査役については5年の時効期間ということであったとしても、取締役の地位の重大さから両者に差異が生じることは不当ではない<sup>323</sup>とする。

上記5年説は、取締役の厳格過ぎる責任について時効期間を短く解そうとする努力こそ評価しうるものの、その根拠とするところの266条1項5号の責任の性質に関して、これが特別責任であることは否定しようがない。さらに同5号に相当する委員会等設置会社における責任についても、「任務を怠ったときは 損害を賠償する義務を負う(商特21条の17第1項)」と規定するが、責任免除(同条2項)および連帯責任(商特21条の23)を定める条項も合わせて見れば、単なる債務不履行責任ではなく法定の特別責任と解する他ない。裏返して言えば、取締役・執行役の法令・定款違反の責任ないし任務懈怠の責任は、責任制限条項も含めた特別責任であることを要するのであり<sup>324</sup>、時効期間を5年と解釈する余地はない。

(3) 自民党の改正案骨子における時効期間短縮論は、取締役、特に退任取締役や相続人にとって、無制限に高額の賠償額を追及され得る期間としては、10年というのは長すぎて酷であるとの認識<sup>325</sup>に基づくものであろう。立法論的に時効期間のあり方を考えれば、責任制限の対

<sup>318</sup> 蔭山文夫「取締役の会社に対する責任の消滅時効期間(上)(下)」取締役の法務59号86頁および61号86頁(1999)

<sup>319</sup> 株主総会の選任決議は会社内部の意思決定ないし任用契約の申し込みであり、選任は任用契約を締結することによって完成するとするのが通説である(今井潔・新注会(6)254条注釈11)。任用契約の種類は委任および準委任であって254条3項は当然のことを明らかにした規定であるとされる(今井・同注釈32)

<sup>320</sup> 取締役の報酬請求権も商行為とされており(大阪高判昭39.12.26判タ173号208頁、浜田道代・新注会(6)269条注釈31)報酬請求権と対価牽連関係にある取締役の会社に対する責任も時効期間を5年と解すべきであるとする(蔭山・前掲論文(脚注318)(上)89~90頁)

<sup>321</sup> 昭和25年改正前の266条は、単に「取締役がその任務を怠りたるときは 損害賠償の責に任ず」と規定していた

<sup>322</sup> 近藤光男「株式会社と522条 - 取締役の責任を中心として」金法1574号34頁、41頁(2000)

<sup>323</sup> 監査役についても、280条により266条5項が準用されていることを特別の法定責任と解する根拠とする(近藤・前掲論文(脚注322)44頁)

<sup>324</sup> 第2節第1項4(200頁)参照

<sup>325</sup> 通商産業省・前掲報告(脚注315)59~60頁

## 第5章責任制限制度のあり方

象となり得るような責任については、5年程度の消滅時効期間が望ましいと考える。ただし、責任制限の対象となり得ない非難可能性の高い責任についてまで、責任が5年程度の短期で消滅してしまうことは妥当でない<sup>326</sup>。そこで下記2において、責任解除制度を復活的に創設し、一定の責任については行為の時から5年経過すれば解除により消滅させることを提案する。

### 2 責任解除

(1) 昭和56年までは284条に取締役・監査役の責任解除制度があったが、同年に削除、廃止された。責任解除制度の趣旨は、取締役・監査役は免除の困難な特別責任を負わされているが、解除によりこの責任が過重とならないようにすることが衡平に合致し、会社経営上適当であるとされていた<sup>327</sup>。

(ア) 同制度によれば、定時株主総会において計算書類の承認があったときは、その後2年以内に別段の決議<sup>328</sup>をしないときは、不正の行為がない限り、取締役・監査役の対会社責任は解除され消滅する<sup>329</sup>。解除の法的性質について、書類承認効果説(承認決議の付随的效果として2年後に責任が解除される)除斥(時効)期間説(承認決議を起算点とし2年の経過によって責任が消滅する)などの対立があった<sup>330</sup>。不正の行為があれば、責任は解除されず通常の時効期間存続することになるが、不正の行為の意義については、悪意・重過失による加害行為、利益相反行為、会社利益に反する行為と解された<sup>331</sup>。解除により責任は消滅するがその効果の及ぶ範囲については、計算書類より知りうる事項に限定する説(書類承認効果説に対応)や広く一切の事項に及ぶとする説(除斥期間説に対応)などが対立した。ほかに別段の決議の内容についても見解が一致しないところがあり、制度全般について学説が対立し通説が認められない状況であった<sup>332</sup>。山崎パン事件判決<sup>333</sup>では、被告が責任は解除により消滅したと抗弁したが、義務違反行為が株主総会に提出された計算書類に記載があったか又はこれから知りえたことについての証明がないこと(書類承認効果説によっている)被告が原告会社の市場拡大

<sup>326</sup> 代表訴訟制度研究会(1)・17頁は、取締役の違法行為は会社が破綻などで危機的状況に陥るまでは容易に発見できないことが多く、短期の消滅時効を認めると責任追及の大きな障害となる可能性が高いので、責任を解除制度により短期間で消滅させることはできないとする

<sup>327</sup> 服部栄三・旧注会(4)284条注釈1、酒巻31頁、鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(新版)』274頁(有斐閣、1987)

<sup>328</sup> (a)責任を解除しない旨の決議、(b)計算書類の承認を後になって撤回する決議、(c)責任追及の訴提起の決議(服部栄三・旧注会(4)284条注釈14~16)

<sup>329</sup> 昭和13年改正以前は計算書類の承認と同時に責任が解除されることとなっており、実務上計算書類の承認は手軽に行なわれその結果取締役・監査役の責任が解除されてしまい、容易にその責任を免れるとの批判があった。昭和13年改正で同条削除案があったが全部削除するとあまりにも急激な変化となり取締役等にとって酷となるので、2年の期間を設けて存置することとなった経緯がある(元木伸「株式会社の計算・公開に関する改正試案の解説」商事863号7頁、10頁(1980))

<sup>330</sup> 服部栄三・旧注会(4)284条注釈4~7

<sup>331</sup> 服部栄三・旧注会(4)284条注釈18、19

<sup>332</sup> 近藤光男・新注会(6)266条注釈58

<sup>333</sup> 東京地判昭56.3.26商事915号10頁(事件概要につき脚注144参照)

## 第5章責任制限制度のあり方

の機会を奪う結果となることを知りながら自己の利益を図ることは、「不正の行為」にあたるとしてこれを退けている。

なお責任免除はすでに発生した責任について行なわれるが、責任解除は発生未確定な責任を消滅させるものである<sup>334</sup>。

(イ) 制度の廃止は、直接的には、計算書類の承認が総会権限から取締役会権限に移行した(281条)ことに伴い、計算書類の承認と同時に行なわれていた責任解除の決議を行なう場がなくなったことをきっかけとする。しかしもともと上に見るように、法律上の性質・効果が明確でなく解釈論上の対立があり、これを明確にしようすれば更に混乱を招くおそれがあったことから、結局廃止されるに至ったとする説明もある<sup>335</sup>。廃止は取締役・監査役の責任の強化を意味するはずである<sup>336</sup>が、経済界からの強い反対もなかった<sup>337</sup>。責任を負うような行為をしていても追及されることはないと言っていたか、追及されるような行為はしていないと自認していたかであろう<sup>338</sup>が、むしろ学界の一部からは、取締役の責任を重くする必要はないのであり、制度を存続させてもよかったとする見解<sup>339</sup>や、独立の総会決議事項として残すべきであったとの主張<sup>340</sup>もあったところである。

(2) 平成5年の商法改正以降、株主代表訴訟が頻繁に提起されるようになると実務界の対応は大きく変わり、266条5項の責任免除要件の緩和や時効制度の短縮など広く取締役の責任

<sup>334</sup> 服部栄三・旧注会(4) 284条注釈2。ただし、計算書類承認と切り離して責任解除だけを株主総会の多数決で決議することは、266条5項(免除についての総株主の同意)により取締役・監査役の責任を加重している趣旨を没却させることとなり認められない(服部栄三・旧注会(4) 266条注釈3)

<sup>335</sup> 元木伸「株式会社の計算・公開に関する改正試案の解説」商事863号7頁、11頁(1980)

<sup>336</sup> 倉沢康一郎「取締役の責任解除規定廃止とその効果」商事919号55頁(1981)、山下友信「総会の権限・株主総会の機能」民商85巻5号727頁、743頁(1982)、鴻常夫ほか「研究会・会社法改正要綱をめぐって」ジュリ740号116頁、127頁鴻発言(1981)は、取締役の責任をなくす制度を廃止するのだから取締役の責任強化につながるのだからうけれど、それが具体的にどのように強化されるのかは現行の責任解除の規定の解釈を詰めないと比較がなかなかできないとする

<sup>337</sup> 昭和56年商法改正により、会計監査人の監査を受ける会社では計算書類の承認が総会から取締役会権限となり、総会で取締役・監査役の責任についての判断をする機会がなくなった。そこで責任解除を独立した総会の議題とすることも考えられたが、経済界は責任の問題が総会の議題になるのは困るとして強く反対し、結局制度そのものを廃止することになったのであるが、制度廃止に対しては強い反対はなかったとされる(鴻常夫ほか・前掲(脚注336)126頁北沢発言、竹内発言など)

<sup>338</sup> 山下・前掲論文(脚注336)743頁

<sup>339</sup> 鴻常夫ほか・前掲(脚注336)126頁および127頁北沢発言(責任解除の制度を廃止すると総株主の同意により免除するか10年の時効によるかしかなく、責任が重いばかりが能でもないわけだから、制度を存続させてもよかったのではないか)

<sup>340</sup> 山下・前掲論文(脚注336)744頁は、責任解除を意義あらしめるよう明確化するか、あるいは、ドイツのように単なる信認決議としてでもよいが、株主総会の議決事項として復活させることは、株主総会活性化のための手段としての意義があることを強調する。なお、明治32年商法193条(旧284条の前身)の母法であるドイツ商法239条aを引き継いだ西ドイツ株式法(1965年)120条2項は、「責任免除(Entlastung)により取締役・監査役による会社の管理(Verwaltung der Gesellschaft)を承認(billigen)する。責任免除は賠償請求権の放棄を含まない」と規定しており、この責任免除の決議は、一般的な信認決議以上の格別の効果を持つものではないとされている(倉沢康一郎「取締役の責任解除規定廃止とその効果」商事919号55頁、56頁(1981)、慶應義塾大学商法研究会誌『西独株式法』(1969)、元木・前掲論文(脚注335)10~11頁)

の緩和について論じられるようになった。この中で責任解除制度の復活こそ直接論じられていないが、私見としては、行為以降の一連の時間の経過の中で、2年は短すぎるものの、商事債権の時効期間に対応する5年程度で、一定要件下での責任解除制度を設ける（端的に商法に法定する方式がよいであろう）のが適当であると考え。つまり、責任制限制度の適用対象となり得る責任（旧法での不正の行為がないことをこのように明確化する）について、5年間（起算点は承認の対象となった年度とする）責任追及が行なわれなければ、株主総会の解除決議により責任が消滅することとする。これにより、非難可能性の低い責任については、一般の商事債権の時効と同じく短期に責任を消滅せしめるとともに、責任制限の対象とならない責任の時効期間は通常の10年のままであり、バランスの取れる責任制度となる。

### 第4項 取締役の責任追及訴訟の和解、会社の代表訴訟参加

#### 1 取締役への責任追及訴訟の和解

##### （1）和解についての現行法上の問題点

（ア）取締役の責任を追及する訴訟において、和解（裁判上の和解）は望ましいものとされる<sup>341</sup>。その一方で、和解は実態的に取締役の責任を免除する効果をもたらすことから、かつて、総株主による責任の免除が得られなければ和解はできないとする見解<sup>342</sup>もあったが、平成13年改正で、会社が和解するときは、266条5項（総株主の同意）を適用しない旨の規定が設けられこの問題は解消した（268条5項）。併せて、代表訴訟で和解がなされる場合において、会社が和解の当事者になっていないときは、裁判所は会社に和解の内容を通知し、異議あらば2週間以内に申し出るべき旨催告することを要し（同6項）会社が異議を述べなければ和解内容を承認したものと見做し、この場合も266条5項を適用しないこととなった（268条7項）。これにより会社が異議を述べない限り<sup>343</sup>、原告・被告・会社だけでなく他の株主をも拘束する

<sup>341</sup> 竹内昭夫『会社法の理論』265~6頁（有斐閣、1990）、稲葉威雄「民事訴訟における商事法の扱いに関する若干の問題」『司法研修所論集』97号248頁、268~70頁（1997）（取締役の責任の有無・因果関係などの認定は容易ではなく判決により常に正当に厳格な認定が行われると言うのはフィクションにすぎない。和解により多数債務者の負担割合なども同時に定めて紛争を一時的に解決するという利点もある）、小林秀之「コーポレート・ガバナンスと手続法的整備」小林秀之=近藤光男編『新しい株主代表訴訟』132頁（弘文堂、2003）

<sup>342</sup> 伊藤真「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟 - 株主代表訴訟をめぐる諸問題」商事1364号18頁、22頁（1994）、高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解 民事訴訟法学の観点から」商事1368号74頁、78~9頁（1994）、新谷勝「取締役の責任追及と和解（上）」判時1662号27頁、30頁（1999）。いずれもどのようなものであっても一律に和解を不可とするものではないにしても、基本的には会社が免除の意思表示をするにあたって総株主の同意要件が邪魔になるとする。日本サンライズ事件（一審は東京地判平5.9.21判時1480号154頁）は控訴審において和解が成立した（商事1354号134頁（1994））が、代表訴訟の和解成立の最初の事例とされる（高橋・同77頁）。以後和解により解決した事例は多い（資料版商事法務245号108頁以下）

<sup>343</sup> 会社が異議を述べた場合の規定がなく、その法的効果について学説は一定しない。和解ができないから判決が出るまで訴訟を継続しなければならないとする説（新谷勝「株主代表訴訟の見直し」判タ1093号119

和解が、適法に成立する<sup>344</sup>こととなった。

(イ) 改正法はこのほかに、会社が取締役の責任追及の訴えを提起したとき、および、株主が代表訴訟を提起したことの告知を受けたときは、会社はその旨を、公告または株主に通知することを要するとの規定(268条4項)を設けた。これは株主に対して、原告側に訴訟参加し不当な訴訟上の和解を阻止する機会を提供するためと解される<sup>345</sup>が、これにより他の株主が参加してくるかどうかは、公開大会社の株主の合理的無関心の問題もあり疑問である。また公告・通知は、和解案の内容についてではないため、この条項により、参加しなかった他の株主が和解内容に同意したと見做すには無理がある<sup>346</sup>。和解は、被告取締役や原告弁護士に有利で会社に不利な内容のものとなる危険性があり、これを防止するために厳しく規律する必要がある<sup>347</sup>が、改正法の手続規定によっては有効に規律できるか疑問である<sup>348</sup>。

(ウ) 改正法は、和解の内容についても規制していないため、原告株主・被告取締役および会社の合意(ないし同意)によって、実質的に取締役の責任について無限定の免除を認めることにもなる。会社が和解をする(通知された和解内容に異議を述べないことを含む)ことにおいて、取締役・監査役<sup>349</sup>の善管注意義務は重大なものとなり、取締役・監査役に義務違反があれば、あらたな株主代表訴訟の対象となり得る。尤もその場合、原告は証明困難の問題に直面し、紛争の長期化も懸念される<sup>350</sup>。

---

頁、120頁(2002)、宮島司「株主代表訴訟」法教264号35頁、36頁(2002))と、原告株主にその意思に反して訴訟を続行させることには無理があるので、会社(=株主)を拘束しない(再訴禁止の効力が発生しない)和解が成立するとする説(江頭388頁、池田辰夫「株主代表訴訟における和解」小林=近藤281頁、302頁、中島弘雅「株主代表訴訟と和解」小林秀之=近藤光男編『新しい株主代表訴訟』143頁(弘文堂、2003))がある

<sup>344</sup> 中島・前掲論文(脚注343)143頁。会社が和解に参加すれば勿論会社は和解に拘束されるし、他の株主も、会社の権利を代行する以上、和解によって会社の権利が確認ないし変更されていればそれを承認せざるを得ないから、会社が行う和解は会社・株主を拘束することになる(伊藤・前掲論文(脚注342)22頁)

<sup>345</sup> 田中・前掲論文(脚注179)36頁、江頭379頁注26

<sup>346</sup> 江頭379頁注26。田中・前掲論文(脚注179)36頁、田中・同37頁注36は、公告だけでは株主が訴訟係属を知る保障がなく不十分であること、および公開会社の場合には株主の合理的無関心により、たとえ和解内容が不満であっても訴訟には参加しないことを指摘する。中島・前掲論文(脚注343)143頁

<sup>347</sup> 不当に低額の和解金額や高額な弁護士報酬を認めることにより、被告取締役や報酬目的の原告弁護士に有利で会社に不利な内容となる可能性があり、それを防止するために厳しく和解を規律する必要がある(高橋・前掲論文(脚注342)5頁、江頭379頁注26)

<sup>348</sup> 江頭379頁注26

<sup>349</sup> 会社が取締役の責任追及をする場合、および株主代表訴訟の原告側に参加したときは、監査役が会社を代表する(275条ノ4)。会社が被告取締役側に補助参加し、もしくは参加することなく第三者として和解に関与する場合には、会社を代表するのは代表取締役とする見解(田中・前掲論文(脚注179)36頁注30、宮島・前掲論文(脚注343)37頁)と、監査役であるとの見解(北村・前掲論文(脚注181)586頁、池田・前掲論文(脚注343)302頁、中島・前掲論文(脚注343)149頁)がある。論点詳細は省略するが、両説とも会社と被告取締役の利益相反関係が問題となり、前者の説により代表取締役が会社を代表する場合は、和解は一種の自己取引なので取締役会の承認(265条)が必要となり、監査役は取締役会に出席して必要に応じて意見を述べ不合理な和解が行われないよう監視すべきであるとする(田中・前掲論文(脚注179)36頁注30)

<sup>350</sup> 江頭380頁。田中・前掲論文(脚注179)37頁は、免除の有効性と、免除をした取締役・監査役の業務執行の適法性とは別問題であり、不合理な和解(免除)をした取締役・監査役は善管注意義務違反の責任が認めら

## 第5章責任制限制度のあり方

平成13年改正で同時に成立した責任の一部免除制度(266条7項以下)は、軽減の対象となる責任は266条1項5号の責任のみであり、取締役が善意にして無重過失の場合に限り、全額免除ではなく一部を免除するのみであるなど、要件的にも実的にも、極めて限定的な制度である。これと比較すれば、和解による実質的な責任免除は何ら制約がなく、両者の不均衡ぶりが際立つ<sup>351</sup>。和解制度を公正で合理的なものとし、また、責任免除制度との調和も図るために、以下のような見直しの必要がある。

### (2) 取締役の責任追及訴訟における和解制度のあり方

#### (ア) 和解内容の公告・通知義務と裁判所による承認

株主に対して和解案の内容についても公告・通知させ、異議あらば訴訟に参加させるとともに、和解内容を裁判所が承認する制度<sup>352</sup>を、正面から採用すること<sup>353</sup>が望まれる。

アメリカでは、和解内容を株主に個別に(ただし実務的に可能な範囲で<sup>354</sup>)通知(notice)し、訴訟に参加して異議を述べる機会を与えなければならない。また、裁判所の承認がなければ株主代表訴訟の和解や取下げができない<sup>355</sup>。和解内容を承認するかどうかは裁判所の裁量に任せられるが、和解内容は、公平で合理的かつ関係者全員にとって最善の利益に資するものでなければならない。和解案がそのような内容であることの証明責任を、和解提案者に負わせる。裁判所が和解案を承認するに当たっては、会社が得る金銭的な実利益(net benefit)に重点をおいて判断しなければならない。実利益とは、本判決となった場合に得られるであろう金額に訴訟の成功見込み、判決金を得るまでの経費などを加味した額を、現在価値に割引いた額である。それ

---

れるとする。さらに、再審の訴えの規定(268条ノ3)の類推適用も認めるべきであるとする(代表訴訟制度研究会(1)20頁も同旨)。このことについて私見として異論はない。しかし再審の訴えについては、原告と被告の共謀と詐害目的という主観的要件を証明する必要があるが、これは極めて困難であることと、敗訴株主が損害賠償義務を負う場合がある(268条ノ3)ことから、代表訴訟よりもはるかに難しいものであり、実際問題提起されることはないものとされる(竹内・前掲書(脚注341)267頁)ことから、共謀和解による詐害を防止することの実効性は乏しいであろう

<sup>351</sup> 田中・前掲論文(脚注179)36~7頁(和解では、悪意・重過失による責任の免除が可能で、免除の限度額もなく監査役の同意や免除等の開示義務もない)、中島・前掲論文(脚注343)145~46頁

<sup>352</sup> 現行法上は裁判所は和解を調書に記載することを拒否できるとする条文がないが、実際上は相当これができるし、鍛錬した裁判官は和解の裏の不当性を見抜く能力もある(高橋・前掲論文(脚注342)75~6頁)。しかし、条文がない以上和解調書記載拒否には限界がある(岩原・前掲論文(脚注6)ジュリ132頁)

<sup>353</sup> 竹内・前掲書(脚注341)266頁以下、岩原・前掲論文(脚注6)ジュリ132頁、田中・前掲論文(脚注179)37頁。会社法の研究『取締役(4)』10頁柳田発言によれば、和解の内容が不相当であれば裁判所は当事者の合意が成立しても和解調書にしない判断権があるとされているが、和解は当事者の合意に基礎をおいた解決方法であるから、裁判所が直接に判断しそれを和解内容とするのは難しいとする

<sup>354</sup> 株主名簿記載の全株主への通知が一般的慣行であるが、通知に代えて公告することも不可とは言えないが十分ではない。事情により無作為抽出の株主や一定金額以上の株式保有者のみへの通知に限定してよいとの説もあるが、基本的には裁判所の裁量判断にまかされる。通知に要するコストが原告の請求額と和解提案額の差額を上回るようなときは通知が例外的に不要とされる(第2章脚注203参照)

<sup>355</sup> 第2章第4節第2項2(2)(45頁以下)参照。現在進行中のイギリスの会社法改正においても、被告取締役が原告を買収したりして馴合い和解をする可能性があるから裁判所の許可を要することとしている(Law Commission Report 246(1997)§6.107(at 103))

## 第5章責任制限制度のあり方

と同時に非金銭的な利益（たとえば独立監査委員会等の設置や、自己取引をした被告役員の解任など意義のある是正措置）を考慮することも可能とする<sup>356</sup>。また、和解案を承認する会社の機関が、請求原因について利害関係を有さない独立取締役で構成されていたかどうかには止まらず、その承認が信頼できるものであるかどうかにはまで、踏み込んで判断しなければならないとされている。アメリカのこのような制度を参考にするとよいであろう。

なお詳論は避けるが、原告による訴えの取下についても、原告と被告取締役の馴合いを避けるために、和解と同様に裁判所の許可を要することとする必要がある<sup>357</sup>。

### （イ） 和解内容の責任制限制度との整合化

裁判所が和解を承認するに当たって、責任減免制度との衡量も重要である。和解は、原告・被告双方が、判決確定までに要する時間と費用、証明の難易度、終局判決により回復を見込みうる金額、被告の資力などを考慮した上で、終局判決を求めるとしても和解によって早期の決着を図ることが望ましいと考える場合に行われる。被告取締役・執行役が和解に応じるときは、自己に何らかの有責性の自覚があり、早期に決着して解放されたいか、訴訟を貫徹しても防御しきれないかどうかに自信がもてないような場合であろう。原告たる株主や会社は、責任の有無・因果関係を立証しきれないかどうかに自信がないか、被告の支払能力に限界があり、早期に一定の決着をつける方が好都合のような場合であろう。

和解が訴訟のどの段階で行われるかにもよるが、ある程度審理が進んでいて、取締役・執行役の有責性が認められるような段階においては、裁判所は承認に当たって、責任の一部減免制度と対比したうえで、和解金額の妥当性を判断すべきである。責任原因が責任制限適用除外事由に該当するような場合には、責任制限後の比較的低額の和解金額を基準にすべきでなく、より多くの額を和解金額とする必要がある。

和解が比較的早いうちに行なわれ、あるいは、訴訟を続けても被告取締役の有責性が必ずしも明確になりそうにない場合であれば、和解金額が少なくても、あるいはゼロであっても、事案の具体的内容に応じて、裁判所が合理的であると判断すればよいであろう。

## 2 会社による株主代表訴訟被告側への参加

（1）代表訴訟において、会社は、原告株主側へ訴訟参加することができる（268条2項）<sup>358</sup>が、被告取締役側への参加については、かつて、裁判例・学説において可否両論に分かれていた<sup>359</sup>。会社が被告取締役側へ参加することにより、下記（2）に見るように、取締役は事実上

<sup>356</sup> しかしながら裁判所は、このような非金銭的措置が外見上の和解による利益とされ、実質原告である弁護士報酬を増加する要因となることが多い点に留意し、弁護士報酬についても注意深く検討する必要があるとされる

<sup>357</sup> 竹内・前掲書(脚注341)276頁参照

<sup>358</sup> 北沢正啓・新注会(6)268条注釈3

<sup>359</sup> 極めて概括的にいうと、否定説は、代表訴訟は会社の取締役に対する請求権が訴訟物であるから、権利の帰属者である会社が自らの権利がないという主張のもとに、被告側に立つことは自己矛盾ないし利害相反と

## 第5章責任制限制度のあり方

会社から訴訟支援を受けることができ、訴訟費用等を会社が補償するのと類似の効果が発生するので、参加の問題を概観しておく必要がある。

平成13年最高裁決定（万兵事件）<sup>360</sup>は、「取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対し提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締役を補助するため訴訟に参加することが許されると解するのが相当である」とし、会社の被告取締役側への補助参加（民訴法42条）が可能であることを明確にした。また、平成13年商法改正で、会社が取締役を補助するために訴訟に参加する場合には、監査役の同意<sup>361</sup>を要するとする規定（268条8項）が設けられた。ただしこの規定は、その規定ぶりからも、参加のための手続を定めたものにすぎず、監査役の同意さえあればどのような場合でも参加ができることを意味するものではないのであり、補助参加が禁止されるものではないことを明らかにするに過ぎないと解される<sup>362</sup>。

今後は、補助参加の可否の問題は、参加の利益に関する民訴法42条の解釈に委ねられる<sup>363</sup>が、会社の意思決定の違法性だけでなく、会社の組織としての行為<sup>364</sup>、組織としての意思決定ないし方針の積重ね<sup>365</sup>の違法性についても認められると解される。

---

なることを理由とする。肯定説は、判決理由中の判断でも、法律上の利害関係を有し参加の利益が認められる場合（会社の意思決定の適法性が判決理由中で判断される場合など）があることや、株主代表訴訟には会社の権利を代位行使する場合（代位訴訟性）と、株主が経営に対する監督是正権を行使する株主代表訴訟性があり、原告と会社が利害を共通にしない場合もあることなどである。

学説における否定説に、山下・前掲論文（脚注256）15頁、神田・前掲論文（脚注52）69頁、中島弘雅「民事手続法の観点から見た株主代表訴訟」ジュリ1191号9頁（2000）、岩原紳作「株主代表訴訟の構造と会社の被告側への訴訟参加」竹内昭夫編『特別講義商法』225頁（1995、有斐閣）、山田泰弘「株主代表訴訟の法的構造と原告株主の地位」名古屋大学法政論集171巻246頁（1997）、神作裕之「株主代表訴訟補助参加申立事件・最高裁決定の検討」商事法務1592号4頁（2001）などがある。

肯定説に、伊藤・前掲論文（脚注342）、伊藤眞「補助参加の利益再考」民事訴訟雑誌41号1頁（1995）、佐藤鉄男「株主代表訴訟における訴訟参加とその形態」ジュリ1995号63頁（1995）、新堂幸司「株主代表訴訟の被告役員への会社の補助参加」自由と正義47巻12号114頁（1996）、田邊光政「判例評論」判例リマックス1999下110頁（1999）、青竹正一・判例評釈・ジュリ1196号129頁（2001）などがある。

裁判例も対立しており、補助参加を認めたものに、東京地決平7.11.30判時1556号137頁（東商銀事件）、東京地決平9.5.8、東京高決平9.9.2判タ984号237頁、同234頁（セイコー事件）、東京地決平12.4.25金商1095号32頁（興銀事件）、認めなかったものに、名古屋地決平8.3.29、名古屋高決平8.7.11判タ923号287頁、同284頁（中電事件）、名古屋地決平12.2.18、名古屋高決平12.4.4金商1100号39頁、同34頁（万兵事件）などがある

<sup>360</sup> 最決平13.1.30民集55巻1号30頁

<sup>361</sup> 大会社の場合は監査役会の全員一致（商特18条の3第1項、19条1項）

<sup>362</sup> 中川博史（衆院法制局）「コーポレート・ガバナンス関連の商法および商法特例法改正法の概要」金法1632号6頁、11頁（2002）

<sup>363</sup> 神田ほか・前掲座談会（脚注230）25頁（神田、久保利発言）、田中・前掲論文（脚注179）37頁、笠井正俊「株主代表訴訟と訴訟参加」・小林秀之・近藤光男編『新しい株主代表訴訟』158頁、178頁（弘文堂、2003）

<sup>364</sup> 笠井・前掲論文（脚注363）179頁

<sup>365</sup> 東京地決平14.6.21判タ1099号253頁（三菱商事事件）（アメリカにおけるシャーマン法違反の罰金を支払ったことに関連して、違反当時の会社の法令遵守体制の是非が問われることは、個々の従業員等の業務執行を超えた組織としての意思決定ないし方針の積み重ねの是非が問われるものである。これに問題が存することを理由に被告らに責任が認められれば、会社の信用が毀損され、対外的取引関係を始めこれを前提に形

(2) 会社が取締役側へ補助参加すれば、被参加人である被告取締役を勝訴させるために必要な、一切の訴訟行為を行なうことができる(民法45条)。これにより弁護士費用を含む訴訟追行のための費用の、会社による肩代わりも事実上可能となる<sup>366</sup>。

取締役が株主代表訴訟に勝訴した場合も、会社に弁護士費用の求償ができないとするのが通説であり、これに対して私見は、被告取締役勝訴の場合にとどまらず、敗訴の場合にも補償を可能とすべき場合があることを先に論じた<sup>367</sup>。会社による被告側への補助参加は、経費の面においても、結果として取締役の正当な訴訟防衛に資することになる。この点について、会社が補助参加すれば会社から取締役へ弁護士費用を贈与したことになるので、265条(利益相反取引の取締役会承認)、同269条(報酬決定についての総会決議)の手当てが必要になるし、特に敗訴の場合には、そのような支援を行った者(取締役・監査役)の注意義務・忠実義務も問題となりうるとする有力な見解<sup>368</sup>がある。これに対しては、会社が会社の意思決定の適法性の判断を求めて訴訟活動するのは、会社の業務運営上の支障を取り除き順調な業務活動を確保するためであり、会社の業務運営そのものとも言える行動であって、それが取締役への支援となるようになるまいと、その費用を会社が負担するのは当然である<sup>369</sup>。敗訴したときは、取締役・監査役の責任が問題となりうるかもしれないが、その場合も、取締役会などが会社の利益に適うと判断して被告に補助参加したことが、当時の状況からその判断に合理性があると認められる限り、経営判断の原則により責任も認められないのではないか<sup>370</sup>。したがって、会社の訴訟活動ないしそのための費用支出が取締役への支援になったとしても、それは単なる付随的結果で

---

成される会社の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがあるから、被告らのための補助参加の利益がある。また、連邦地裁における陪審の有罪評決に基づいて司法省と量刑合意を行なったことは有罪を認めたのではなく控訴権を放棄したに過ぎないから、補助参加を否定する特段の事情に当たらない)

<sup>366</sup> このほかに、会社の顧問弁護士による被告取締役の弁護活動が可能になること、被告取締役のために資料を提出することができる利点があるとされる(岩原・前掲論文(脚注359)239~40頁)。ただし顧問弁護士が被告取締役の弁護を行うことについては弁護士法、弁護士倫理上問題があり不可とする見解が多い(たとえば新堂・前掲論文(脚注359)122頁)

<sup>367</sup> 第2項2(2)(248頁)

<sup>368</sup> 岩原・前掲論文(脚注359)240~41頁(補助参加をする時点で贈与の問題が生じるので、弁護士費用の負担という別の問題として解決を図るべきである。勝訴の場合は会社負担を認め、確定までの間は貸付(返済がなければ別途賛成した取締役の責任が発生するが)またはD&O保険で処理し、敗訴のときは認めないとする)が考えられるとする)。岩原説はまさにこの利益相反性を以て補助参加否定論の中心的理由としている(岩原・同229頁)。神作裕之・判例評釈・商事1592号4頁、12頁(2001)も同旨

<sup>369</sup> 新堂・前掲論文(脚注359)122頁

<sup>370</sup> 新堂・前掲論文(脚注359)121頁は、補助参加することが会社の利益に適った行為であることが客観的に明らかかどうかではなく(参加しようとする段階で会社の利益に適った行為であることが明らかであることを要求するのは、訴訟法的考察からは無理な要請であるとする)、会社の意思決定が適法であったと主張し、これを訴訟活動を通じて明らかにする機会を会社に与える必要がある。そして、訴訟の結果として原告が勝訴したときは、取締役・監査役の判断が結果として誤ったものとして評価されるとしても、経営判断の原則が適用されて責任を問うべきではないとするものであるとする。代表訴訟制度研究会(2)19頁は、被告取締役が敗訴したときは、補助参加を決定した取締役および同意した監査役は、会社に発生した訴訟費用等につき責任を負うべきであるとするが、客観的に見て争点が争うに値すると認められる場合には、責任を問われべきでないとする少数意見もあったとする。後者の少数意見は新堂説と同じ見解を採るものであろう

## 第5章責任制限制度のあり方

あって、訴訟費用の分担について立法的手当てがなされるに越したことはないが、解釈によっても、265条や269条を適用すべき場合ではないとする反論がある<sup>371</sup>。これに賛同したい。

---

<sup>371</sup> 新堂・前掲論文(脚注359)122頁

## 第6節 まとめ

### 1 責任制限制度

#### (1) 責任制限の趣旨と対象者

本論文では、現行法が総株主の同意を要件とすることにより免除を実質的に禁止している制度を改め<sup>372</sup>、定款変更の手續（決議要件は特別決議）を経て、取締役の経営上の過失責任につき、一定要件のもとにその報酬等の額の1~2倍程度を限度として制限することを可能とする制度の創設（266条7項以下の抜本的改正）を試みようとしている。

責任制限制度は、発生した損害の債務者（取締役）への分配を、全部でなく一部に止めることが必要であるとの判断に基づく。すなわち、企業ベースで発生した損害に対する過大になりかねない賠償を支払可能な額に軽減することにより、取締役の萎縮を防ぎ会社経営上必要なりスクテイクを促すとともに、賠償額を責任の重さと釣り合った公平なものとする。これにより、賠償責任を課す目的が損害回復ではなく取締役としての義務違反の抑止に絞られる。厳格すぎる責任制度を緩和し、却って取締役に対する責任追及が適切に行われるようになれば、取締役は善管注意義務をより尽くすようになって、コーポレート・ガバナンスも充実する。

そのような趣旨から、責任制限制度は取締役（業務執行機能および監視機能）だけでなく、執行役（業務執行機能）や監査役（監視機能）にも適用することが妥当である。アメリカ各州の制度は、目的を社外取締役の人材確保に絞って取締役についてだけ適用し、かつ賠償額をゼロとして注意義務規定を事実上廃止してしまうものであり、底辺への競争の結果とも目されて批判も多いが、本論文に提示する制度は、これとは似て非なる合理性のあるものと考えている。

#### (2) 予見可能性のある客観的な制度が必須である

(ア) 現行の、事案が発生した後に株主総会や取締役会が減免を決定する事後的な責任制限制度では、具体的な減免の決定・承認にあたって、特に公開大会社では、総会を開催するタイミングも難しいといった実務的な難点があり、株主が冷静かつ合目的に判断できるか懸念もある。また、取締役会が経営権交代や会社の財務事情悪化等により減免しないオプションをとれば、必要な責任減免が適切に行われなかったことにもなる。裏を返せば、行為の時点では将来責任制限を受けられるかどうか予見できない不安定な、制度の意義をまっとうできない制度と言える。本制度と類似の、英・米における追認制度（ratification）もあまり活用されていない。

株主総会が承認する事後的責任制限制度を廃止する必要はないが、意義ある責任制限制度とするためには、予め株主総会が承認した定款規定に、具体的事案を当てはめる形で責任制限を

<sup>372</sup> 266条5項の「総株主の同意あるにあらざれば之を免除することを得ず」を、会社は株主のものだから任意の要件・内容で、「総株主の同意があれば免除することができる（ただし会社債権者を害することはできない）」と変更する（第4章脚注228と対応本文参照）

## 第5章責任制限制度のあり方

行う、事前の責任制限制度とすることが必須となる。これにより、266条12項の取締役会決議による責任制限制度は不要となり廃止することとする。

(イ) 事前の責任制限制度のもとでは、制度への具体的事案の当てはめ(軽減の可否・賠償額の決定など)は、裁判を通じて裁判所が行い、あるいは裁判外では取締役会が行うことになる。裁判外の場合も、取締役会判断の公正性は、損害事案発生の実態やその処理、責任制限実施内容などについての開示義務を強化することにより、開示義務自体や開示に伴う会社内外からの監視の目、あるいは新たな株主代表訴訟提起への懸念によって担保されると考える。

(ウ) 責任制限制度の必要性が高く、濫用の危険性も少ないものとするなら、制度の採否を株主に選択させる必要もなく、一部学説の主張のように画一的に商法に制度を規定してしまうことにも意味がありそうである。しかし、制度を採用するのと採用しないのではどちらが会社にとって有益であるかの判断は、やはり会社ごとに主体的に行うべき事項であって、法はそのような自主的措置を許容するだけでよい。ただし、社内体制整備不十分などのために制度採用に至らないような会社もあり、さらに、事案が厳密に要件に該当しなくても公平の観点から責任を制限することが妥当な場合もあり得る。そのような場合に、裁判所の裁量による責任制限制度が補完的な制度として有意義となる。

### (3) 責任制限を非適用とする場合

(ア) 現行法は、善意にして重過失がないことを責任制限適用の要件としているが、これでは、経営判断の原則の裁量的適用<sup>373</sup>によって免責されているこれまでの実態との違いがなくなり、制度の適用範囲が狭いものとなるだけでなく、過失と重過失の相違を巡る困難な争いの原因ともなる。

本論文では、重過失でも、故意と同視されるものは除くが、あくまで過失の範疇に属するものは責任制限の対象とする。また悪意でも、会社に害をもたらすとの認識に欠ける行為もありこれも責任制限の対象とする。そのようにしないと、過失責任を制限の対象とする基本的な考え方にそぐわないだけでなく、同じく過失による責任であるのに、責任制限の適用の有無による賠償額の段差が大きくなりすぎる。責任制限は責任があることを認めた上で賠償額を調整するものであるから、その適用範囲を極度に狭く絞り込む必要はない。法的な軽減された責任が課されれば、非合法的な処分(解任、退職金不払い)等も付随するから、違法行為に対する責任、したがって抑止力も十分なものとなる。

民事法上、悪意・重過失の文言が多く使用されているが、その語義の解釈には幅がある。責任制限を非適用とする主観的要件として、悪意・重過失ではなくより明確な文言を用いることとし、( ) 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、( ) 悪意かつ有責性(非難性)の高い法令違反、および( ) 会社に対する義務の放棄とした。

(イ) 現行法には明文の規定はないが、会社債権者を害するような責任制限はできないこと

<sup>373</sup> 第4章脚注231とこれに対応する本文参照

を明確化する。すなわち会社が債務超過となった後は、株主や取締役会は責任制限の承認決議をすることができない。しかし事前の制度であれば、債務超過以前の行為については、債務超過後も定款の責任制限条項の有効性は維持される。なお、第三者が266条ノ3に基づき直接損害賠償請求をしてきた場合は、いわゆる間接責任による場合であっても責任制限は当然できず、このことに問題無きにしても非ずと考えるが、こと会社法における対第三者責任のあり方そのものに関わる問題なので本論文では検討外とする。

266条1項1~4号の責任は過失責任化するのが適当と考えるが、このうち違法配当および利益供与の責任は、たとえ過失によるものであっても、責任制限により取締役の萎縮を防止しリスクテイクを促す意義が見出せないため、責任制限適用対象となる責任から除外する。3~4号の責任を過失責任化しても、取締役・執行役が会社と利害が対立する状況下で私利を図ってはならないとする、いわゆる狭義の忠実義務の違反については、責任制限を非適用とすることは当然として、これに止まらず、当該違反によって得た利益は会社の損害額如何にかかわらず全額返済させるべきことを明確化する。

### (4) 減免額の基準と実際の賠償額の決定

(ア) 賠償基準額は、責任制限制度においてはもはや損害の填補を期し得ない以上、違法行為抑止力を維持しうる最低限の金額であればよい。賠償額が少なれば抑止力も低減するが、かといって多ければ多いほどいいと言うのでは責任制限制度の趣旨を没却しかねない。減免賠償額の決定に報酬額(報酬等の総額)を基準とすることは、責任の重さ、支払能力および抑止力を比例的に反映するものとして一応の納得性がある。しかし、現行法のように報酬額の倍率に役位・地位によって特に理由もなく傾斜をつけることは、責任の重さが常に役位に対応するとは限らないのだから、上位者に不当に重い賠償責任を課すこととなり不公平である。賠償基準額としては、役位を問わず一律の倍率を適用し、これに責任の重さなどの具体的事情に応じて、個別に賠償額を加算することが妥当である。賠償基準額に適用する倍率は、抑止力と賠償能力(破産に陥れるほど多額であってはならない)の限界の両面から判断して、1~2倍が適当であると考えられる。これによって抑止力が不十分となり、あるいは取締役間で不均衡となることもある(特に報酬の低い社外取締役には軽い)が、違反抑止力は金銭賠償だけに依存すべきでなく、開示の徹底と呼応した会社内外からの監視、説明責任等によって補強する必要がある。

(イ) 実際の賠償額は、賠償基準額に、発生した損害や取締役ごとの責任の度合いに応じた金額を加算して決める。その決定は合理的でなければならないが、容易な作業でもなく、また取締役の支払可能限度額が上限となるためその幅は大きいものではあり得ない。労多い割には効果、つまり狭い幅の中で抑止力(損害填補力でも制裁でもないことに留意する必要がある)がどれだけ上積みできるかは観念的なものを大きく超え得ない。このことを考えると、端的に上限と下限を同一にして賠償基準額一本とすることも止むを得ないように思われる。

### 2 取締役の責任を軽減する関連諸制度

#### (1) 訴訟委員会制度は時期尚早

株主代表訴訟提起の是非についての会社（監査役ないし取締役会または委員会）の判断に法的効力を持たせる、アメリカの訴訟委員会のような制度を設けることは、責任追及を適正化し濫訴を回避するためにも有益と考える。そのためには、委員会の判断の客観性・中立性の確保が必須の前提要件である。アメリカでは社外取締役を活用し、かつその判断の適正さを裁判所が監視する仕組みをとるが、日本では未だ社外取締役の導入に対して総じて消極的であり、また商法の社外取締役（監査役）適格要件規定も不十分である。これは訴訟委員会制度成立のための基本となる前提要件を欠くことを意味し、制度導入は時期尚早と言わざるを得ない。

#### (2) 5年の責任解除制度の新設

取締役の過失責任の時効期間10年は長すぎる。昭和56年にさしたる理由もなく廃止された責任解除制度（2年の実質的な時効により消滅）を衣替えして復活させ、責任制限制度の適用が可能な責任については、5年の責任解除期間経過により消滅させることとする。責任制限が適用されない責任については、本則どおり時効期間は10年のままでよい。

#### (3) 和解の裁判所による承認

善管注意義務違反については、責任の有無・因果関係の認定が容易でないこともあり、長期化しかねない事案を和解によって早期解決することは望ましい。しかし和解が、限られた当事者間で恣意的に行われることによって会社を害することがないように、和解案の全株主への通知と裁判所の承認を、和解成立の有効要件とする。和解の内容は当事者の合意があれば自由に決められるのではなく、裁判所が、会社の利益になるか否かを判断し、また、一定の要件に合致した上で一定限度の賠償責任を課す責任制限制度とのバランスも考慮しなければならない。

#### (4) 勝訴費用等の補償、D&O保険保険料の会社負担

(ア) 損害賠償金・和解金の補償制度は、責任制限制度があれば不要である。被告取締役の勝訴のとき会社は当然その訴訟費用を補償すべきと考えるから、現行法解釈上疑義があるのであれば明文によって解決する必要がある。また、取締役が会社の最善の利益を追求しようとして取った行為が、結果として過失ありとして敗訴した場合も（そのような場合には責任制限が適用されることになろうが）、会社の業務を遂行するために必要な費用と考えられる場合は、裁判所の裁量により、応訴費用を会社に負担させてよいと考える。

(イ) D&O保険の株主代表訴訟担保特約条項の保険料についても、一部で指摘されるように会社が負担することによって抑止機能が失われることにはならないであろう<sup>374</sup>。取締役が任務を遂行することに付随する必要経費として、会社が負担するのが適当と考える。明文規定により会社負担を可能とすることとしたい。

<sup>374</sup> 脚注314とこれに対応する本文参照

## 第6章結語

責任制限制度のあり方は、責任追及の実態と関連する。責任制度が厳格過ぎても、実際に責任が追及されない実態があれば問題は顕在化しない。平成5年の商法改正以前のわが国において、責任制度の不合理さ・過酷さについてあまり論じられなかったのがその好例である。同じ状況がドイツやイギリスにもある。しかしこれらの国においても、取締役の責任が殆ど追及されない現状を脱却して提訴の活発化を図ることがコーポレート・ガバナンスに資するとの観点から、最近時を同じくして、株主代表訴訟制度の改正（ないし新たな制度導入）が会社法現代化の一環として進められている。改正案は取締役の責任追及訴訟が過度にならないよう一定の歯止め（訴えの提起・係属についての裁判所の許可制度）をかけつつ活発化を図るもののであるが、将来的にもし実効が上がって株主代表訴訟が頻繁になれば、会社経営者の責任制限制度を含む責任制度のより合理化が新たな課題となる可能性もあろう。責任制度・責任制限制度は責任追及制度とあわせて全体としてそのあり方を考えなければならない。

アメリカでは、株主代表訴訟は決して無制限に提起できるような制度ではない。しかしそれでも訴訟が頻繁に提起される。早くから経営判断の原則などにより、過失責任は事実上問わない体制であった（注意義務の緩和）にもかかわらず、それでも救済されないことが往々にしてあることに対応して、更に責任制限制度を導入し、ついに取締役の注意義務の責任は事実上問わない（注意義務の廃止）体制としてしまった。

座標軸が左右にずれているのである。アメリカでは、責任追及が多いため責任制度をいっそう緩やかな方向に傾けて、行き着くべき底辺に行ってしまった。日本や英・独・仏は、責任がほとんど問われないために責任制度が厳格な方にずれたままであった。しかし日本では株主代表訴訟制度改正により、責任制度が厳格なままに責任追及が多発することになった。座標軸を、責任制度のあり方と責任追及状況のバランスの取れた正位置に戻す必要がある。換言すれば、厳格過ぎるために形骸化してしまった責任制度を、合理的なものに戻すことによって実質を伴うものにしなければならない。

本論文の提言する責任制限制度は、取締役だけでなく執行役（監査役設置会社では取締役の監視機能の部分だけでなく業務執行機能の部分）にも適用し、重過失（過失の範疇に属するものに限る）も対象とする事前の責任制限制度である。しかも賠償限度額を1~2年分に止め、裁判所の裁量方式も併用する。さらに責任解除制度を復活させて実質5年の消滅時効とするほか、D&O保険料の会社負担も認めようとするものであり、一部の反対論者からみれば眼を剥くような盛りだくさんの制度に映るかもしれない。世界に例を見ない取締役・執行役を優遇する責任制限制度であるとの批判、換言すれば、今取締役の責任の成立要件の見直しが進展しつつ

あるが、それに加えて責任制限要件までも一方的に緩めるだけで、代わり得るガバナンスの構築を提示していないのではないかと批判が出るかもしれない。

しかしそのような批判は当たらない。座標軸を正位置に戻して、適正・合理的な責任（責任制限）制度とすることにより責任を追及しやすくするに過ぎないのである。アメリカで責任制限制度導入を検討する段階で、賠償額を軽減するような制度はかえって責任を認定しやすくするため、実務界が反対した経緯がある<sup>1</sup>。幸いにして日本では、不十分で中途半端なりにも責任の全部ではなく一部の免除に止めることが制度化している。加えて私見としては、株主代表訴訟の提起・係属を容易にするために、さらに、原告がより証拠採取をしやすくする方法（たとえばアメリカのディスカヴァリー制度のようなもの<sup>2</sup>）が必要であり、また、経営に関する開示制度をよりいっそう強化する必要がある<sup>3</sup>と考えている次第である。ただし本論文においては、それらについての具体的な提言には及び得なかった。言えることは、訴訟が増えることを問題として、それを避けるために責任制限を設け、あるいは、株主代表訴訟の提起を制限しようとするのは問題の捉え方が逆で、義務違反があればそれを適切に訴訟で問いうる制度を追求することが肝要なのであり、本論文はそれを志向するものである。

賠償額を会社の被った損害額ではなく一定の金額に制限することは、責任を不当に緩和・軽減することではない。責任をなくしてしまうのであれば不当と言うほかないが、責任を合理的で当事者にとって公平なレベルまで下げて調整するに過ぎないのである。法的責任は厳格に認定されるのである。法的に責任が認められれば、併せて非法的な責任（法律ではなく社内規定等に基づく責任、あるいは市場や社会から追及される責任）も課される。法的・非法的責任を厳格に追及され得ることへの緊張感・懸念が、取締役・執行役の行動を適正に制御するのであり、そのような体制がコーポレート・ガバナンスの一角を支える。取締役の善管注意義務の強化といっても過言ではないくらいである。

なお、本論文においては小規模閉鎖会社における責任制限のあり方の考慮が十分でない。同じ株式会社であっても、大規模公開会社と中小閉鎖会社とでは、経営者の責任（責任制限）のあり方が大きく異なる面がある。大規模公開会社では、コーポレート・ガバナンスは、その一翼を市場（特に機関投資家）や社会（メディアも含む）が担う<sup>4</sup>。開示の強化と相俟って、これらによる監視や説明責任の追及、会社に対する容赦ない率直かつ冷徹な評価・仕打ちなどが、取締役・執行役の行動を規整する。取締役・執行役に対する身の破滅も来たしかねないような法外な金額の責任を妥当な金額に引き下げることによって、法的な違反抑止力は弱まるにして

<sup>1</sup> 第2章脚注269（57頁）と対応本文参照

<sup>2</sup> たとえば岩原伸作ほか「座談会・株主代表訴訟制度の改善と今後の問題点」商事1329号4頁、28頁高橋宏志発言参照（1993）（一般論として日本でもディスカヴァリー的なものを充実すべきであるが、商法で実体法上の情報請求権的なものを充実させる方が現実的であろう）

<sup>3</sup> たとえば、取締役・執行役の行為により会社に損害が発生した事実や、これに対して裁判上・外で責任追及し、追及せず、あるいは責任制限制度を適用したような事実については、何らかの形で開示制度を強化する必要がある

<sup>4</sup> 第2章脚注390後段のEisenberg, 99 Colum L. Rev.論文についての説明参照

## 第6章 結 語

も、それ以外のものを合わせた総合的な抑止力が、取締役・執行役をして適正な職務執行を行わせることになる。しかし閉鎖会社においては、市場や社会的な力が取締役の行動に影響を及ぼす度合いは乏しく、また、株主は上場会社のように株式を売り抜けて損害を回避することも困難である。さらには公開会社では考えられないような創業者等による独裁・専横が行われることが少なからずあり得ることは否定しない。大規模公開会社と同一の責任（責任制限）制度では、株主が不当に損害を被ることもあり得るのであり、責任制限制度そのものを制約的なものにする（たとえば株式譲渡制限の定款変更のような厳重な決議要件(348条)を課し、反対株主には株式買取請求権(349条)を付与する）などの措置が必要かもしれない。基本的には公開会社と非公開会社は異なる法規整が必要であり、現在行われている会社法制現代化プロジェクトの行く末ともかかわるので、今後の課題としたい。

## 参考文献リスト

**ゴシック**体は本文中略称で引用するもの

- 幾代通・広中俊雄編『**新版注釈民法**(16)』(有斐閣、1989)
- 上柳克郎 = 鴻常夫 = 竹内昭夫編『**新版注釈会社法**(2)』(有斐閣、1985) (**新注会**(2))
- 上柳克郎 = 鴻常夫 = 竹内昭夫編『**新版注釈会社法**(3)』(有斐閣、1986) (**新注会**(3))
- 上柳克郎 = 鴻常夫 = 竹内昭夫編『**新版注釈会社法**(5)』(有斐閣、1986) (**新注会**(5))
- 上柳克郎 = 鴻常夫 = 竹内昭夫編『**新版注釈会社法**(6)』(有斐閣、1987) (**新注会**(6))
- 上柳克郎 = 鴻常夫 = 竹内昭夫編『**新版注釈会社法**(7)』(有斐閣、1987) (**新注会**(7))
- 大森忠男 = 矢沢惇 = 上柳克郎ほか編『**注釈会社法**(4)』(有斐閣、1968) (**旧注会**(4))
- 石井照久**『**会社法**(上巻・商法2)』(勁草書房、1967)
- 石井照久 = 鴻常夫『**商行為法**(商法 )』(勁草書房、1978)
- 稲葉威雄 = 寺田逸郎『**船舶の所有者等の責任の制限に関する法律の解説**』(法曹会、1989)
- 稲葉威雄ほか・**条解会社法の研究**『**取締役**(4)』別冊商事法務 219号(1999)
- 同・**条解会社法の研究**『**取締役**(6)』別冊商事法務 248号(2002)
- 上村達男『**会社法改革**』(岩波、2002)
- 内田貴**『**民法** 』、『**民法** 』(東京大学出版会、1997、1996)
- 江頭憲治郎**『**株式会社・有限会社**(3版)』(有斐閣、2004)
- 江頭憲治郎『**商取引法**(2版増補補正)』(弘文堂、2001)
- 遠藤直哉『**取締役分割責任論**』(信山社、2002)
- 大隅健一郎 = 大森忠夫『**逐条改正会社法解説**』(有斐閣、1951)
- 大隅健一郎** = **今井宏**『**会社法論中巻**(3版)』(有斐閣、1996)
- 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**』(商事法務、2002)
- 奥田昌道**『**債権総論**(増補版)』(悠々社、1992)
- 加藤一郎**『**不法行為**(増補版)』(有斐閣、1974)
- 川島武宜「**契約不履行と不法行為の関係について**」『**民法解釈学の諸問題**』1頁(弘文堂、1949)
- 神崎克郎『**取締役制度論**』(中央経済社、1981)
- 神田秀樹『**会社法**(4版補正2版)』(弘文堂、2004)
- 河本一郎**『**現代会社法**(新訂9版)』(商事法務、2004)
- 北沢正啓**『**会社法**(5版)』(青林書院、1998)
- 来栖三郎『**契約法**』(有斐閣、1974)
- 慶応義塾大学商法研究会訳『**西独株式法**』(慶応義塾大学法学研究会、1969)
- 小林秀之** = **近藤光男**編『**新版・株主代表訴訟大系**』(弘文堂、2002)
- 小林秀之** = **近藤光男**編『**新しい株主代表訴訟**』(弘文堂、2003)

近藤光男『会社経営者の過失』(弘文堂、1989)

近藤光男『経営判断と取締役の責任 「経営判断の法則」適用の検討』(中央経済社、1994)

近藤光男『取締役の損害賠償責任』(中央経済社、1996)

酒巻俊雄『取締役の責任と会社支配』(成文堂、1967)

佐藤庸『取締役責任論』(東大出版会、1972)

**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**』(日本証券経済研究所、1995)

四宮和夫『請求権競合論』(一粒社、1978)

四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為・下巻』(青林書院、1985)

霜島甲一『倒産法体系』(勁草書房、1990)

鈴木竹雄=石井照久『改正株式会社法解説』(日本評論社、1950)

**鈴木竹雄**『新版会社法(全訂第5版)』(弘文堂、1994)

**鈴木竹雄**=**竹内昭夫**『会社法(3版)』(有斐閣、1994)

鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法(全訂2版)』(弘文堂、1993)

高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)』(有斐閣、2004)

竹内昭夫『会社法の理論』(有斐閣、1984)

竹内昭夫『会社法の理論』(有斐閣、1990)

**田中誠二**『三全訂会社法詳論上巻』(勁草書房、1992)

田中誠二『新版商行為法(再全訂版)』(千倉書房、1970)

田中誠二『海商法詳論(増補3版)』(勁草書房、1985)

通商産業省・企業法制に関する研究会『株主代表訴訟の現状と課題』別冊商事法務173号(1995)

時岡泰=谷川久=相良朋紀『船主責任制限法・油濁損害賠償保障法』(商事法務研究会、1979)

西原寛一『商行為法(増補3版)』(有斐閣、1973)

西村信雄編『注釈民法(11)債権(2)』(有斐閣、1965)

**平井宜雄**『債権**総論**2版』(弘文堂、1994)

**平井宜雄**『債権**各論** 不法行為』(弘文堂、1992)

平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1971)

古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣、1971)

前田重行『株主総会制度の研究』(有斐閣、1997)

三井海上火災保険(株)編『株主代表訴訟と会社役員賠償責任保険(D&O保険)の解説』(保険毎日新聞社、1994)

三輪芳朗=神田秀樹=柳川範之『会社法の経済学』(東京大学出版会、1998)

**森本滋**『会社法(2版)』(有信堂、1995)

**森本滋**=**川濱昇**=**前田雅弘**編『企業の健全性確保と取締役の責任』(有斐閣、1997)

森本滋編著『商行為法講義』(成文堂、2004)

弥永真生『商法総則・商行為法(補訂版)』(有斐閣、2001)

弥永真生『平成14年改正商法解説』(有斐閣、2002)

弥永真生『リーガルマインド会社法(7版)』(有斐閣、2003)

我妻栄『債権各論中巻2』565頁(岩波、1962)

青竹正一「違法配当と取締役の責任」『21世紀の企業法制』1頁(商事法務、2003)

赤堀光子「取締役の忠実義務(1)~(4・完)」法協85巻1号1頁、2号148頁、3号320頁、4号529頁(1969)

渋谷光子「利益相反行為の規制」民商85巻5号746頁(1982)

阿部一正「米国における株主代表訴訟の実態調査報告」商事1446号9頁(1997)

甘利公人「取締役の責任免除と会社補償制度」熊本法学78号1頁(1993)

新井修司「取締役の連帯責任について」大阪学院大学法学研究26巻1号151頁(1999)

池田辰夫「株主代表訴訟における和解」小林=近藤302頁

伊勢田道仁「会社の内部統制システムと取締役の監視義務」金沢法学42巻1号55頁(1999)

伊藤眞「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟 - 株主代表訴訟をめぐる諸問題」商事1364号18頁(1994)

伊藤眞「補助参加の利益再考」民事訴訟雑誌41号1頁(1995)

伊藤眞「代表訴訟と民事訴訟」柏木昇編『日本の企業と法』41頁(有斐閣、1996)

伊藤隆(衆院法制局)「企業統治に関する『商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律』の概要」月刊監査役No.456-5頁(2002)

稲葉威雄「民事訴訟における商事法の扱いに関する若干の問題」『司法研修所論集』97号248頁(1997)

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1690号13頁(2004)

岩原伸作ほか「座談会・株主代表訴訟制度の改善と今後の問題点」商事1329号4頁(1993)

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(上)(下)」商事1576号4頁、1577号4頁(2000)

岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリ1206号122頁(2001)

岩原紳作「会社区分・会社機関関係」商事1686号12頁(2004)

上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討(上)(下)」商事1433号2頁、1434号9頁(1996)

上村達男「株主代表訴訟に関する次期商法改正の動き」法学セミナー516号65頁(1997)

上村達男「株主総会復権論・批判」『現代企業法の新展開 - 小島康裕教授退官記念』151頁、160~61頁(2001)

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1600号4頁(2001)

上柳克郎「直接損害・間接損害」論叢102巻3・4号1頁(1978)

上柳克郎「両損害包含説」論叢102巻5・6号1頁(1978)

梅本剛正「コーポレート・ガバナンスにおける機関投資家の位置付け」甲南法学37巻3号281頁(1997)

江頭憲治郎「船舶所有者等の責任の制限に関する法律 - 実体法上の問題」ジュリ 606 号 70 頁  
(1976)

江頭憲治郎「自民党の商法改正試案骨子と監査役・監査役会」商事 1470 号 21 頁(1997)

江頭憲治郎「日本の公開会社における取締役の義務 特に監督について」商事 1693 号 4 頁  
(2004)

江頭憲治郎、森本滋ほか「座談会・会社法の現代化に関する要綱試案をめぐって」商事 1685  
号 8 頁(2004)

遠藤直哉ほか「日本サンライズ株主代表訴訟事件の一審判決と和解」商事 1363 号 51 頁(1994)

遠藤直哉「取締役の分割責任と株主代表訴訟運営論」『現代企業・金融法の課題(上)』137 頁  
(新山社、2001)

大杉謙一「取締役・監査役の実務と、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 74 巻 10 号 25 頁(2002)

太田誠一(衆議院議員)ほか監修「企業統治関係商法改正法 Q&A - 監査役の実能強化、取締  
役等の責任の軽減に関する要件の緩和および株主代表訴訟制度の合理化」商事 1623 号 4  
頁(2002)

太田洋 = 佐藤丈文「米企業改革法と NYSE・NASDAQ 新規則案の概要(上)(中)(下)」商事 1639  
号 19 頁、1640 号 37 頁、1641 号 88 頁(2002)

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』51 頁(商  
事法務、1995)

奥田昌道「請求権と訴訟物(上)(下)」判タ 213 号 4 頁(1968)

落合誠一「船主正人制限と船主自身の故意過失(1)(2・完)」法協 92 巻 7 号 826 頁、92 巻 8 号  
1038 頁(1975)

蔭山文夫「取締役の会社に対する責任の消滅時効期間(上)(下)」月間/取締役の法務 59 号 86 頁、  
61 号 86 頁(1999)

笠井正俊「株主代表訴訟と訴訟参加」・小林秀之=近藤光男編『新しい株主代表訴訟』158 頁(弘  
文堂、2003)

**株主代表訴訟制度研究会**(1) (岩原紳作、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)「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 1471 号 2 頁(1997)

**株主代表訴訟制度研究会**(2)「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 1526 号 4 頁(1999)

**株主代表訴訟制度研究会**(3)「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 1605 号 36 頁、1606 号 17 頁(2001)

釜田薫子「米国における株主代表訴訟の終了と特別訴訟委員会の役割(1)(2)(3)」民商 121 巻 1  
号 37 頁、同 2 号 239 頁、同 3 号 389 頁(1999)

釜田薫子「株主代表訴訟の会社機関による終了の可能性の検討」私法 65 号 225 頁(2003)

川島いずみ「イギリス会社法における株主代表訴訟の展開」『比較会社法研究 1 巻』47 頁（成文堂、1999）

川濱昇「米国における経営判断の原則の検討(1)(2)」論叢 114 巻 2 号 79 頁、同 5 号 36 頁（1983）

川村正幸「改正商法によるコーポレート・ガバナンス」企業会計 2002-54-3-18 頁（2002）

河本一郎、森本滋ほか・座談会「取締役の責任 - わが国における経営判断の原則の具体化」民商 109 巻 6 号 926 頁（1994）

河本一郎「大和銀行株主代表訴訟の和解を語る」取締役の法務 94 号 4 頁（2002）

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 855 頁、867~72 頁（1982）

神崎克郎「経営判断の原則」森本滋ほか『企業の健全性確保と取締役の責任』193 頁（有斐閣、1997）

神作裕之「会社役員賠償責任保険の会社法に与える影響」学習院大学法学研究年報 29 号 83 頁（1994）

神田秀樹「三井鉱山事件に関する理論的問題」商事 1082 号 2 頁、7 頁（1986）

神田秀樹ほか座談会「商法改正等をめぐる実務上の諸問題」税経通信 48 巻 11 号 8 頁（1993）

神田秀樹「株主代表訴訟に関する論的側面」ジュリ 1038 号 65 頁（1994）

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」商事法務 1617 号 8 頁（2002）

北村雅史「米国における取締役責任制限法について」法学雑誌（大阪市大）38 巻 3・4 号（1992）

北村雅史「諸外国の会社法における取締役の責任と代表訴訟制度について」通産省『株主代表訴訟の現状と課題』別冊商事法務 173 号 115 頁（1995）

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」商事法務 1477 号 2 頁（1997）

北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」小林=近藤 25 頁

北村雅史「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」民商 126 巻 4・5 号 565 頁（2002）

北村雅史「取締役の責任」商事 1695 号 9 頁（2004）

北沢正啓「会社法改正試案解説」53 頁（税務経理協会、1986）

倉沢康一郎「取締役の責任解除規定廃止とその効果」商事 919 号 55 頁（1981）

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」商事法務 1477 号 11 頁（1997）

黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」曹時 52 巻 10 号 1 頁（2000）

小林秀之「コーポレート・ガバナンスと手続法的整備」小林秀之=近藤光男編『新しい株主代表訴訟』111 頁（弘文堂、2003）

近藤光男「取締役の責任」民商 86 巻 1 号 49 頁（1982）

近藤光男「取締役の責任とその救済(1)」~「同(4・完)」法協第 99 巻 6 号、7 号、9 号および 12 号（1982）

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 3 巻』293 頁（東大出版会、1985）

近藤光男「取締役の責任保険と責任制限(1)」および「同(2)」民商 96 巻 6 号および 97 巻 1 号(1987)

近藤光男「英国およびデンマークにおける取締役の責任とその救済」神戸法学年報 11 号 123 頁  
(1995)

近藤光男「取締役の責任免除」商事 1389 号 2 頁 (1995)

近藤光男「法令違反に基づく取締役の責任」森本 = 川濱 = 前田 269 頁

近藤光男「株主代表訴訟をめぐる解釈論と立法論(上)(下)」取締役の法務 51 号 19 頁、52 号  
46 頁 (1998)

近藤光男「コーポレート・ガバナンスと株主の権利」岩原紳作 = 神田秀樹編『商事法の展望・  
竹内追悼』371 頁 (商事法務、1998)

近藤光男「株主代表訴訟制度を中心に」ジュリ 1156 号 90 頁 (1999)

近藤光男「商法改正と株主代表訴訟」ジュリ 1191 号 2 頁 (2000)

近藤光男「取締役の責任制限」法教 264 号 32 頁 (2002)

近藤光男「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」企業会計 54 巻 3 号 25 頁 (2002)

蔡元慶「取締役の責任の軽減(1)(2)」広島法学 83 号 241 頁、84 号 177 頁 (2000)

佐伯仁志「法人処罰に関する一考察」『松尾浩也先生古希祝賀論文集』655 頁 (有斐閣、1998)

佐藤鉄男「会社の倒産処理と取締役の責任(1~4・完)」法協 104 巻 5 号 769 頁、同 10 号、  
105 巻 5 号 623 頁、107 巻 2 号 244 頁 (1989~1990)(佐藤鉄男『取締役倒産責任論』第一  
篇(信山社、1991)に収録)

佐藤鉄男「株主代表訴訟における訴訟参加とその形態」ジュリ 1995 号 63 頁 (1995)

実方正雄「少数株主権の濫用」『権利の濫用・中(末川古希)』150 頁 (有斐閣、1962)

重田晴生「故意又は認識ある無謀な行為の法律構成」『現代企業・金融法の課題(上)』313 頁(信  
山社、2001)

始関正光「平成 14 年改正商法の解説( ) ~ ( )」商事 1636 号 6 頁 ~ 1646 号 4 頁 (2002)

品川芳宣「代表訴訟における賠償額減額と課税」取締役の法務 95 号 116 頁 (2002)

柴田和志「信託財産の法理(1)(2)」法学志林 93 巻 4 号 3 頁、95 巻 1 号 69 頁 (1996、1997)

新堂幸司「株主代表訴訟の被告役員への会社の補助参加」自由と正義 47 巻 12 号 114 頁 (1996)

自由民主党政務調査会法務部会・商法に関する小委員会「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 1468 号 27 頁 (1997)

同「企業統治に関する商法等の**改正案骨子**」商事 1494 号 54 頁(1998)

同「企業統治に関する商法等の**改正案要綱**」商事 1524 号 37 頁 (1999)

商事法務編集部「企業統治関係商法改正法の新旧対照条文」商事 1614 号 5 頁

新谷勝「取締役の責任追及と和解(上)」判時 1662 号 27 頁 (1999)

新谷勝「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」法律時報 71 巻 2 号 (1999)

新谷勝「株主代表訴訟の見直し」判タ 1093 号 119 頁 (2002)

新谷勝「取締役の責任制限の解釈と改正商法」判タ 1116 号 61 頁 (2003)

末永敏和「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事法務 1528 号 21 頁 (1999)

関俊彦「会社が負担する取締役賠償責任保険の保険料」『現代企業立法の軌跡と展望』85頁(商事法務、1995)

高窪利一「取締役の責任の軽減について(1)、(2)」銀行法務 21 No.565-60 頁, No.568-50 頁(1999)

高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解 民事訴訟法学の観点から」商事 1368号 74頁(1994)

竹内昭夫「取締役の責任と保険(講演)」東京株式懇話会報 243号 1頁(1971年)

竹内昭夫「株主代表訴訟の活用と乱用防止」商事 1329号 34頁(1993)

田中慎一「取締役の責任制限」九大法学 80号 191頁(2000)

田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ 1220号 31頁(2002)

谷口安平「倒産企業の経営者の責任」『新・実務民事訴訟講座』241頁(日本評論社、1981)

手塚裕之「米国株主代表訴訟の現代的動向と日本における代表訴訟(1)(2)(3・完)」商事 1334号 40頁、1336号 30頁、1337号 17頁(1993)

戸塚登「経営判断の法則(一)(二・完)」阪大法学 126号 1頁、127号 1頁(1983)

鳥山恭一「株式会社の業務執行機構と監督機構 - フランスにおけるその展開」民商 117巻 4・5号 569頁(1998)

鳥山恭一「フランス会社法とコーポレート・ガバナンス論」『比較会社法研究 1巻』479頁(成文堂、1999)

永井和之「株主代表訴訟制度改革とコーポレート・ガバナンス」企業会計 50巻 4号 31頁(1998)

中川博史(衆院法制局)「コーポレート・ガバナンス関連の商法および商法特例法改正法の概要」金法 1632号 6頁(2002)

中島弘雅「倒産企業の経営者の責任」ジュリ 1111号 58頁(1997)

中島弘雅「株主代表訴訟と和解」小林秀之=近藤光男編『新しい株主代表訴訟』138頁(弘文堂、2003)

中田直重「エンロン破綻と企業統治・ディスクロージャーをめぐる議論(上)(下)」商事法務 1629号 27頁、1630号 18頁(2002)

中村直人「大和銀行事件と代表訴訟制度のあり方」ジュリ 1191号 16頁(2000)

長浜洋一「取締役および監査役の責任・補償・保険」商事 600号 11頁(1972)

南保勝美「取締役の責任制限の法理」法律論叢 74巻 4・5号 243頁(2002)

西川義晃「旧法下における取締役の連帯責任」立教大学大学院法学研究 29号 119頁(2002)

西島梅治「賠償と補償・保険」『岩波基本法学 5 - 責任』327頁(岩波、1984)

西島梅治「『専門家の責任』と保険」川井健編『専門家の責任』185頁(日本評論社、1993)

日本監査役協会「企業法制の将来に関する中間報告について」商事 1558号 17頁

能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(8・完)」法協 102巻 12号 2179頁(1985)

パウムス・T(丸山秀平訳)「ドイツにおける会社取締役の個人責任」商事 1429号 18頁(1996)

畠田公明「アメリカにおける取締役の会社債務に関する制定法上の責任」岡山商大論叢 23巻 3号 15頁(1988)

- 畠田公明「株主代表訴訟の終了 - アメリカの特別訴訟委員会を中心として」福岡大学論叢 41 巻 3・4 号 505 頁 (1997)
- 畠田公明「取締役の責任の補償」福岡大学論叢 45 巻 1 号 43 頁 (2000)
- 畠田公明「取締役の責任の制限および免除」福岡大学法学論叢 44 巻 3・4 号 565 頁 (2000)
- 浜田道代「企業倫理の確立と監査役・代表訴訟制度」ジュリ 1123 号 114 頁 (1997)
- 浜田道代「企業統治と監査役制度・代表訴訟・役員の責任軽減」商事 1528 号 4 頁 (1999)
- 浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・株主代表訴訟・和解」商事 1671 号 36 頁 (2003)
- 藤田友敬「株主の議決権」法教 194 号 19 頁 (1996)
- 藤田友敬「株主有限責任と債権者保護(1)(2)」法教 262 号 81 頁、263 号 122 頁 (2002)
- 古川朋子「フランスにおける会社訴権の個別的行使と訴訟引込」『比較会社法研究 1 巻』529 頁 (成文堂、1999)
- 法制審議会会社法(現代化関係)部会「会社法制の現代化に関する要綱試案」商事 1677 号 10 頁 (2003) <http://www.moj.go.jp/>で公開(会社法制現代化試案)
- 法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」商事 1678 号 (2003) <http://www.moj.go.jp/>で公開(会社法制現代化試案補足説明)
- 前田重行「ドイツにおける株式法の改正 - 『企業の領域におけるコントロールと透明性の確保のための法律案』について」証券取引法研究会国際部会編『欧米における証券取引制度の改革』190 頁 (日本証券経済研究所、1998)
- 前田重行「ドイツ株式会社法における経営監督制度の改革」『菅原古稀・現代企業法の理論』592 頁 (信山社、1998)
- 前田重行「ドイツにおけるコーポレート・ガバナンスの問題」民商 117 号 4・5 巻 546 頁 (1998)
- 前田重行「コーポレート・ガバナンスにおける金融機関の監視機能について - ドイツにおける銀行のモニタリング機能とその限界について」『竹内昭夫追悼論・商事法の展望』621 頁 (商事法務研究会、1998)
- 正井正祐「監査役会による企業のコントロール」『奥島遷暦・比較会社法』400 頁 (成文堂、1999)
- 松井秀樹「株主代表訴訟・監査役制度関連改正」金法 1650 号 25 頁 (2002)
- 松井秀征「株主総会制度の基礎理論」私法 64 号 177 頁 (2002)
- 前嶋京子「米国における取締役の会社債権者に対する責任 - 取締役のいわゆる受託者的地位をめぐって - 」阪大法学 115 巻 91 頁 (1980)
- 前嶋京子「米国における会社支払不能時の債権者の地位」下関市立大学論集 25 巻 3 号 1 頁 (1982)
- 宮島司「株主代表訴訟」法教 264 号 35 頁 (2002)
- 三浦治「取締役の経営判断に対する不履行評価」『現代企業法の理論と実務』100 頁、(経済法令研究会、1993)
- 三和裕美子「アメリカにおける機関投資家の議決権行使」証券アナリストジャーナル 40 巻 5 号 48 頁 (2002)
- 三和裕美子「わが国機関投資家の株主議決権行使」経営研究 53 巻 4 号 (2003)
- 元木伸「株式会社の計算・公開に関する改正試案の解説」商事 863 号 7 頁 (1980)

森淳二郎「コーポレート・ガバナンスと企業システムの行方」ジュリ 1122 号 52 頁 (1997)

森淳二郎「米国機関投資家と企業統治構造の分析視角」『比較会社法研究・奥島還暦第 1 巻』  
117 頁 (成文堂、1999)

森田章「機関投資家」商事 1466 号 32 頁 (1997)

森田章「取締役の注意義務と民事責任」金法 1601 号 6 頁 (2001)

森本滋「取締役の競業避止義務の立法論的検討」論叢 106 巻 1 号 1 頁 (1979)

森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商 81 巻 4 号 455 頁 (1980)

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 1212 号 9 頁  
(1989)

森本滋「大会社の経営機構と取締役の法的地位」論叢 140 巻 5・6 号 131 頁 (1997)

森本滋「コーポレート・ガバナンスと商法改正 - 自民党商法に関する小委員会「試案骨子」に  
ついて-」ジュリ 1121 号 63 頁 (1997)

森本滋「公開会社の経営機構改革と執行役員・監査役(1)、(2・完)」論叢 145 巻 1 号 11 頁、145  
巻 5 号 1 頁 (1999)

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)(下)」月間/取締役の法務 98  
号 8 頁、99 号 18 頁 (2002)

森本滋「委員会等設置会社制度の理念と機能 (上)(中)(下)」商事 1666 号 4 頁、1667 号 19  
頁、1668 号 13 頁 (2003)

森本滋「大会社の管理運営と会社法制の現代化に関する要綱試案 (上)(中)(下)」商事 1699  
号 4 頁、1700 号 26 頁、1701 号 27 頁 (2004)

柳明昌「アメリカ法における取締役の責任制限・責任免除」法学 59 巻 2 号(1995)

柳明昌「株主代表訴訟及び取締役の責任緩和の構造(1) ~ (3) - ドイツ法を手がかりとして」法  
学 61 巻 6 号 1163 頁 (1997)、62 巻 1 号 48 頁、62 巻 5 号 741 頁 (1998)

柳明昌「取締役の責任緩和の可能性とその限界 - 株主代表訴訟の会社法上の定位の試み」私法  
62 号 266 頁 (2000)

弥永真生「会計監査人の責任の軽減(1) ~ (4・完) - 責任軽減問題に関する各国法制比較 - 」商事  
1476 号 12 頁、1481 号 28 頁、1482 号 20 頁、1483 号 24 頁 (1998)

弥永真生「取締役の責任と名目的取締役・表見取締役」法学セミナー 533 号 100 頁 (1999)

弥永真生「社外取締役に期待される役割と独立性」取締役の法務 111 号 38 頁 (2003)

山下友信「支払い見込みのない手形振出と取締役の対第三者責任」『商事法の解釈と展望』285  
頁 (有斐閣、1984)

山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事 1336 号 11 頁 (1993)

山下友信「会社役員賠償責任保険と会社法」ジュリ 1031 号 48 頁 (1993)

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 126 巻 6 号 805 頁 (2002)

山田純子「取締役の義務と責任」森本滋・川濱昇・前田雅弘編『企業の健全性確保と取締役の  
責任』221 頁 (有斐閣、1997)

山田純子「取締役の監視義務と会社に対する責任」甲南法学 38 卷 3・4 号 299 頁 (1998)  
良永和隆「公認会計士の責任」川井健編『専門家の責任』305 頁 (日本評論社、1993)  
吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(1) ~ (3 完)」法協 102 卷 3 号 423 頁、102 卷 5 号 881 頁、102 卷 8 号 1431 頁 (1985)  
吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学 60 卷 1 号 1 頁 (1996)  
吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之ほか『株主代表訴訟大系』51 頁 (弘文堂、1996)  
吉原和志「利益相反取引にもとづく取締役の責任 取締役会の承認を受けた場合と受けない場合」法学 67 卷 6 号 1068 頁 (2003)  
吉原和志「取締役の対会社責任と代表訴訟」ジュリ 1267 号 62 頁 (2004)  
吉本健一「取締役の会社に対する責任」『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』511 頁 (民事法研究会、1995)  
吉本健一「イギリス会社法における株主代表訴訟 - Foss v. Harbottle のルールの形成と展開」『比較会社法研究 1 巻』33 頁 (成文堂、1999)  
和田宗久「アメリカにおける取締役責任制限・緩和立法の意義と限界」早稲田大学大学院法研論集 93 号 283 頁 (2000)

**Restatement of the Law, Second, Agency** (1958)

**Restatement of the Law, Second, Contracts** (1981)

**Restatement of the Law, Second, Torts** (1971)

**Restatement of the Law, Second, Trusts** (1959)

American Bar Association, MODEL BUSINESS CORPORATION ACT ANNOTATED, 1998/99 SUPPLEMENT (MBCA)

American Law Institute, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (1994) (ALI Principles、または ALI 原理)

American Law Institute, Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendations (Tent. Draft No. 1, 1982)

American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis And Recommendations (Discussion Draft, 1985)

Balotti, R. Franklin and Finkelstein, Jesse A., THE DELAWARE LAW OF CORPORATIONS AND BUSINESS ORGANIZATIONS, 2d. Ed. (Law & Business Inc, 1990) (Balotti and Finkelstein)

Berle, Adolf A. and Means, Gardiner C., THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY (Rev. ed, 1968)

Bishop, Joseph W., LAW OF CORPORATE OFFICERS AND DIRECTORS - INDEMNIFICATION AND INSURANCE ('94 Supp. 1981)

Block, Dennis J., Barton, Nancy E. and Radin, Stephen A. THE BUSINESS JUDGMENT RULE, 5th Ed.

Vol.1 and Vol.2 (Aspen, 1997) (**Block et al.**)

Branson, Douglas M., CORPORATE GOVERNANCE (The Michie Co. 1993)

Campbell, Dennis C., INTERNATIONAL LIABILITY OF CORPORATE DIRECTORS (Lloyd's 1993)  
(**Campbell**)

Choper, Jesse H., Coffee, John C., and Gilson, Ronald J., CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS  
(4th ed, Little, Brown, 1995) (**Choper et al.**)

Clark, Robert C., CORPORATE LAW (Little, Brown, 1986)

Cox, James D., Hazen, Thomas L. and O'Neal F. Hodge, CORPORATIONS, (Aspen, 1997) (**Cox et al.**)

Davies, Paul L. GOWER AND DAVIES' PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW, 7th Ed. (Sweet &  
Maxwell, 2003) (**Gower's Principles**)

Davies, Paul L. GOWER' PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW, 6th Ed. (Sweet & Maxwell, 2003)  
(**Gower's Principles 6th ed**)

Fletcher, Cyclopedia of the Law of Private Corporations (1986, 1992) (**Fletcher Cyc Corp**)

Hamilton, Robert W., CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS (7th ed. West, 2001)

Keeton, W. Page, *et al.*, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS (5th ed. 1984)

Lacy J. THE REFORM OF UNITED KINGDOM COMPANY LAW, (Cavendish Pub. 2002)

**Law Commission Consultation Paper 142**, SHAREHOLDER REMEDIES (1996)

**Law Commission Report 246**, SHAREHOLDER REMEDIES (1997)

Marsh, Harold Jr., Finkle, R. Roy, and Sonsini, Larry W., MARSH'S CALIFORNIA CORPORATION LAW  
(Aspen, 1999 supp.)

Mason S., French D. and Ryan C., MASON, FRENCH AND RYAN ON COMPANY LAW, 20th Ed. (Oxford,  
2003) (**Mason and Ryan**)

MODERN COMPANY LAW FOR A COMPETITIVE ECONOMY; COMPLETING THE STRUCTURE, A Consultation  
Document from The company Law Review Steering Group (Department of Trade and Industry,  
Nov 2000) (**Completing the Structure**)

MODERN COMPANY LAW FOR A COMPETITIVE ECONOMY; DEVELOPING THE FRAMEWORK, A  
Consultaion Document from The company Law Review Steering Group (Department of Trade and  
Industry, Mar 2000) (**Developing the Framework**)

MODERN COMPANY LAW FOR A COMPETITIVE ECONOMY; FINAL REPORT, The company Law Review  
Steering Group (Mar 2000) (**Final Report**)

MODERNIZING COMPANY LAW Draft Clauses (The Sectary of State for Trade and Industry, Jul 2002)

MODERNIZING COMPANY LAW; (The Sectary of State for Trade and Industry, Jul 2002)

Pennington Robert R. COMPANY LAW, 8th Ed. (Butterworth, 2001) (**Pennington**)

Posner, Richard A., ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (5th ed. Aspen L & B, 1998)

Ryan, COMPANY DIRECTORS 3<sup>rd</sup> ed. (CCH, 1990) (**Ryan**)

Sealy L.S., CASES AND MATERIALS IN COMPANY LAW, 6th Ed. (Butterworth 1996) (**Sealy**)

Seligman, Joel, *CORPORATIONS*, (Little Brown, 1995)

Welch, Edward P., and Turezyn, Andrew J., *FOLK on the DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW: FUNDAMENTALS*, 1999 Ed. (Aspen, 1998)

Allen, William T., Jacobs, Jack B. & Strine, Jr. Leo E., *Realigning the Standard of Review of Director Due Care with Delaware Public Policy: A Critique of Van Gorkom and Its Progeny As A Standard of Review Problem*, 96 *Nw. U. L. Rev.* 449 (2002)

Alva, Curtis, *Delaware and the Market for Corporate Charters: History And Agency*, 15 *Del. J. Corp. L.* 885, 887 (1990)

Arshat, S. Samuel and Hinsey, Joseph, *Codified Standard-Same Harbor but Chartered Channel: A Response*, 35 *Bus Law.* 947 (1980)

Arshat, S. Samuel and Stapleton, Walter K., *Delaware New General Corporation law: Substantive Changes*, 23 *Bus Law.* 75 (1967)

Arshat, S. Samuel, *Indemnification Under Section 145 of Delaware General Corporation Law*, 3 *Del. J. Corp. L.* 176 (1978)

Balotti, R. Franklin and Hanks Jr., James J., *Rejudging Business Judgment Rule*, 48 *Bu. Law* 1337 (1993)

Balotti, R. Franklin, and Gentile, Mark J., *Commentary From the Bar: Elimination or Limitation of Director Liability for Delaware Corporations*, 12 *Del. J. Corp.* 5 (1987)

Barnett, Christopher L., *Note & Comment: Healthco and the "Insolvency Exception": An Unnecessary Expansion of the Doctrine?*, 16 *Bank. Dev. J.* 441(2000)

Barondes, Royce de R., *Fiduciary Duties of Officers and Directors of Distressed Corporations*, 7 *Geo. Mason L. Rev.* 45 (1998)

Bebchuk, Lucian A., *Federalism and the Corporation: The Desirable Limit on State Competition in Corporate Law*, 105 *Harv. L. Rev.* 1435 (1992)

Bebchuk, Lucian A., *Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments*, 102 *Harv. L. Rev.* 1820 (1989).

Beveridge Jr., Norwood P., *Does A Corporation's Board of Directors Owe A Fiduciary Duty to Its Creditors?* 25 *St. Mary's L. J.* 589 (1994)

Bishop Jr., Joseph W., *New Cure for an Old Ailment: Insurance Against Directors' and Officers' Liability*, 22 *Bus. Law.* 92 (1966)

Bishop Jr., Joseph W., *Sitting Ducks and Decoy Ducks: New trends in the Indemnification of Corporate Directors and Officers*, 77 *Yale L.J.* 1078 (1968)

Brudney, Victor, *Corporate Governance, Agency Costs, and the Rhetoric of Contract*, 85 *Colum. L. Rev.* 1403 (1985)

- Brudney, Victor, *The Role of the Board of Directors: The ALI and Its Critics*, 37 U. Miami L. Rev. 223 (1983)
- Cary, William. L., *Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware*, 83 Yale L. J. 663 (1974)
- Chittur, Krishnan, *The Corporate Director's Standard of Care: Past, Present, and Future*, 10 Del. J. Corp. L. 505 (1986)
- Coffee Jr., John C., *Litigation and Corporate Governance: An Essay on Steering Between Scylla and Charybdis*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 789 (1984)
- Coffee Jr., John C., *New Myths and Old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action*, 48 Bus. Law. 1407 (1993)
- Coffee Jr., John C., *No Exit?: Opting Out, The Contractual Theory of The Corporation, and the Special Case of Remedies*, 53 Brooklyn L. Rev. 919 (1988)
- Coffee Jr., John C., *The Mandatory/Enabling Balancing in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, 89 Colum. L. Rev. 1618 (1989)
- Coffee Jr., John C., and Schwarz, Donald E., *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 81 Colum. L. Rev. 261 (1981)
- Cohn, Stuart R., *Demise of the Director's Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions through the Business Judgment Rule*, 62 Tex. L. Rev. 591 (1983)
- Conard, Alfred, *A Behavioral Analysis of Directors' Liability for Negligence*, 1972 Duke L.J. 895 (1972)
- Cox, James D., *Compensation, Deterrence, and the Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 745(1984)
- Cox, James D., *Searching for the corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, 1982 Duke L. J. 959 (1982)
- Easterbrook, Frank H., *Managers' Discretion And Investors' Welfare: Theories And Evidence*. 9 Del. J. Corp. L. 540 (1985)
- Eisenberg, Melvin A., *Corporate Law and Social Norms*, 99 Colum. L. Rev. 1253 (1999)
- Eisenberg, Melvin A., *The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law*. 62 Fordham L. Rev. 437 (1993)
- Eisenberg, Melvin A., *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945 (1990)
- Eisenberg, Melvin A., *The Modernization of Corporate Law: An Essay for Bill Cary*, 37 U. Miami L. Rev.187 (1983)
- Ellick, Stephen H., *Note: Harmonizing the Procedures for Initiating and Terminating Derivative Litigation: A Modification of Delaware Law*, 60 Geo. Wash. L. Rev. (1888)
- Fanto, James A., *The Role of Corporate Law in French Corporate Governance*, 31 Cornell Int'l L.J. 31 (1998)

Ferrell, Bradley T., *Note: A Hybrid Approach: Integrating the Delaware and the ALI Approaches to Shareholder Derivative Litigation*, 60 Ohio St. L.J. 241 (1999)

Fischel, Daniel R., *The Corporate Governance Movement*, 35 Vand. L. Rev. 1259 (1982)

Fischel, Daniel R., *The "Race to the bottom" Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law*, 76 Nw. U. L. Rev. 913 (1982)

Fischel, Daniel R., *The Business Judgment Rule and the Trans Union Case*, 40 Bus. Law. 1437 (1985)

Fischel, Daniel R., and Bradley, Michael, *The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis*, 71 Cornell L. Rev. 261 (1986)

Frankel, Tamar, *American Law Institute's Corporate Governance Project: Duty Of Care: Corporate Directors' Duty of Care: The American Law Institute's Project on Corporate Governance*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 705 (1984)

Gevurtz, Franklin A., *The Business Judgment Rule: Meaningless Verbiage of Misguided Notion?*, 67 S. Cal L. Rev. 287 (1994)

Hamilton, Robert W., *Corporate Governance in America 1950:-2000: Major Changes But Uncertain Benefits*, 25 Iowa J. Corp. L. 349 (2000)

Hanks Jr., James J., & Scriggins, Larry P., *Protecting Directors and Officers from Liability – The Influence of the Model Business Corporation Act*, 56 Bus. Law. 3 (2000)

Hanks Jr., James J., *Evaluating Recent State Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification*, 43 Bus. Law 1207 (1988)

Harzel, Leo & Katz, Leo, *Smith v. Van Gorkom: The Business of Judging Business Judgment*, 41 Bus. Law. 1187 (1986)

Johnston Jr., Joseph F., *Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers*, 33 Bus. Law. 1993 (1978)

Kennedy, William F., *American Law Institute's Corporate Governance Project: Duty of Care: The Standard of Responsibility for Directors*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 624 (1984)

Lee, Thomas C., *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)

Lin, Laura, *Shift of Fiduciary Duty upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors' Duty to Creditors*, 46 Vand. L. Rev. 1485 (1993)

Lipson, Jonathan C., *Directors' Duties to Creditors: Power Imbalance and the Financially Distressed Corporation*, 50 UCLA L. Rev. 1189 (2003)

Lopucki, Lynn M., & Whitford, William C., *Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*, 141 U. Pa. L. Rev. 669 (1993)

Manning, Bayless, *Reflections and Practical Tips on Life in the Boardroom After Van Gorkom*, 41 Bus. Law. 1 (1985)

- McDonnell, Stephen R., *Geyer v. Ingersoll Publications Co.: Insolvency Shifts Directors' Burden from Shareholders to Creditors*, 19 Del. J. Corp. L. 177(1994)
- McDonnell, Stephen R., *Geyer v. Ingersoll Publications Co.: Insolvency Shifts Directors' Burden from Shareholders to Creditors*, 19 Del. J. Corp. L. 177, 205~207 (1994)
- Miller, Geoffrey, *Special Symposium Issue: Political Structure and Corporate Governance: Some Points of Contrast Between The United States and England*, 1998 Columbia Bus. L. Rev. 51 (1998)
- Millstein Ira M. and MacAvoy Paul W., *The Active Board of Directors and Performance of the Large Publicly Traded Corporation*, 98 Colum. L. Rev. 1283 (1998)
- Mojuye, Benjamin, *French Corporate Governance In The New Millennium: Who Watches The Board In Corporate France?*, 6 Colum. J. Eur. L. 73 (2000)
- Note (by Craig W. Hammond), *Limiting Directors' Duty of Care Liability: An Analysis Of Delaware's Charter Amendment Approach*, 20 U. Mich. J.L. Ref. 543 (1987)
- Note (by Paul F. Banta), *The Indiana Business Corporation Law: "Reckless" Statute or New Standard?*, 1987 Colum. Bus. L. Rev 233 (1987)
- Note (by R. Link Newcomb), *The Limitation of Directors' Liability: A Proposal for Legislative Reform*, 66 Tex. L. Rev. 411 (1987).
- Note (by Samuel Bjerre), *Evaluating The New Director Exculpation Statutes*, 73 Cornell L. Rev. 786 (1988)
- Note, *Liability Insurance for Corporate Executives*, 80 Harv. L. Rev. 648 (1967)
- Pasban, Mohammed R., Campbell, Clare and Birds, John, *Section 727 and the Business Judgment Rule: A Comparative Analysis of Company Director's Duties and Liabilities in England and United States Law*, 6 J.Transnat'l L. & Pol'y 201 (1997)
- Quillen, William T., *The Federal-State Corporate Law Relationship--A Response To Professor Seligman's Call For Federal Preemption Of State Corporate Fiduciary Law*, 59 Brooklyn L. Rev. 107 (1993)
- Romano, Reberta, *Corporate Governance in the Aftermath of the Insurance Crisis*, 39 Emory L. J. 1155 (1990)
- Schwartz, Stephen L., *Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors*, 17 Cardozo L. Rev. 647 (1996)
- Schwartz, Barry F. and Wiles, James G., *Trans Union: Neither "New" Law Nor "Bad" Law*, 10 Del. J. Corp. L. 429 (1986)
- Schwartz, Donald E., *Federalism and Corporate Governance*, 45 Ohio St. L.J. 545 (1984)
- Scott, Kenneth E., *Corporation and the American Law Institute Corporate Governance Project*, 35 Stan. L. Rev, 927 (1983)
- Sebring, Orvel, *Recent Legislative Changes in the Law of Indemnification of Directors, Officers and Others*, 23 Bus. Law. 95 (1967)

- Seligman, Joel, *Equal Protection in Shareholder Voting Rights: The One Common Share, One Vote Controversy*, 54 Geo. Wash. L. Rev. 687 (1986)
- Shaffer, Andrew D., *Corporate Fiduciary - Insolvent: The Fiduciary Relationship Your Corporate Law Professor (Should Have) Warned You About*, 8 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 479(2000)
- Varallo, Gregory and Finkelstein, Jesse A., *Fiduciary Obligations of Directors of the Financially Troubled Company*, 48 Bus. Law. 239 (1992)
- Veasey, E. Norman and Manning, William E., *Codified Standard-Safe Harbor or Uncharted Reef? An Analysis of the Model Act Standard of Care Compared with Delaware Law*, 35 Bus. Law. 919 (1980)
- Veasey, E. Norman, *The Defining Tension In Corporate Governance In America*, 52 Bus. Law. 393 (1997)
- Veasey, E. Norman, Finkelstein, Jess A. and Bigler, C. Stephen, *Delaware Supports Directors with a Three-Legged Stool of Limited Liability, Indemnification, and Insurance*, 42 Bus Law. 399 (1987)
- Washington, George T., *Litigation Expenses of Corporate Directors in Stockholder's Suits*, 40 Colum. L. Rev. 431 (1940)
- Winter Jr., Ralph K., *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, 2 J. Legal Stud. 251 (1977)