

会社に対する取締役の責任の性質に関する一考察

廖 海 濤

A Consideration of the Nature of Responsibilities of Directors for Company

Liao Haitao

Summary

Company officers, executive officers, and accounting auditors shall be liable for damages they have caused to their company due to negligence of duty (Company Act 423-1). That is, since the current Company Act defines the relationship of corporate directors and accounting auditors with their company shall be governed by the provisions on mandate (Act 330), the directors included in company officers (Act 329) assume obligation for good manager's duty of care, performing duties with the due care of a prudent manager, as persons who perform legal acts or administer the mandated business other than legal acts (Civil Code 644). In the event that one of corporate officers (including directors) has violated the said good manager's duty of care as mandatary, or if he/she has caused damages to the company due to his/her negligence of duty, he/she is liable for neglect of duty stipulated in Article 423 of the Company Act.

On the other hand, since the Company Act defines that directors must comply with laws and regulations, articles of incorporation, and resolution of shareholders meeting, and must be faithful to fulfill duties (Company Act 355), it may be understood that a director who has violated this legal duty of loyalty shall be liable for neglect of duty stipulated in Article 423 of Company Act, in the event that the said good manager's duty of care is not always enough to protect the corporate interests.

This paper focuses on the relationship between directors and the company and attempts to marshal and analyze the interrelationship of the said good manager's duty of care in delegation agreements or legal duties of loyalty and liability for neglect of duty through a study on the duties relevant to the agency relationship in terms of representative director, executive officers and directors with rights to execute business who act as agent for company.

目次

1. 問題提起
2. 委任事務処理における取締役等の善管注意義務
 - 2.1 取締役（受任者）の業務監視義務
 - 2.2 善管注意義務違反による取締役の責任の判断基準（学説・判例の見解）
 - 2.3 取締役会設置会社における取締役の監視注意義務
 - 2.4 アメリカ法における取締役の注意義務と経営判断の原則（BJR）
3. 業務執行での取締役の忠実義務
 - 3.1 受任者にかかわる取締役の忠実義務
 - 3.1.1 具体的忠実義務違反
 - 3.1.2 代理権の濫用による抽象的忠実義務違反
 - 3.2 取締役の忠実義務に関する判例の立場
4. むすび

1. 問題提起

会社の役員、執行役および会計監査人は、任務懈怠により会社に損害を与えた場合には、損害賠償責任を会社に対して負う（会423条1項）。任務懈怠概念は、改正前（旧）商法266条1項5号の「法令又ハ定款ニ違反スル行為」を責任原因として定め、この場合の法令違反を判例・通説によれば、個々の具体的な法令の規定のほか、善管注意義務および忠実義務を定める一般的規定も同号にいう「法令」に含まれると解し、取締役の任務懈怠の法令違反を責任原因としてきた¹。しかし、平成17年の会社法改正により、この概念が民法上の債務不履行概念のような、一般的な規定に改められた。そのため、民法学者からは、取締役の責任の性質は民法上の債務不履行責任と同じ責任の性質であると指摘されていた²。

一方、法上³では会社の役員等（取締役を含む）が受任者として「善管注意義務」に違反した場合、役員等は会社に対し善管注意義務違反による損害賠償責任を負うと定める。さらに、民法644条の定める「善管注意義務」のみでは、会社の利益保護のために必ずしも十分ではない場合において、会社法では、取締役が法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社（法人）のため「忠実にその職務を行わなければならない」（会355条）との規定が強行法上に定めることで、取締役がこの法定の「忠実義務」に違反する場

1 小林秀之『内部統制と取締役の責任』（学陽書房、2007年）27頁を参照されたい。

2 潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」商事1740号（2005年）32頁以下を参照されたい。

3 現行会社法では、会社の役員および会計監査人と会社の関係は委任に関する規定に従う（会330条）ため、その役員（会329条）に含まれている取締役等が、会社から法律行為および法律行為以外の委任事務処理を受任するものとして、その職務を遂行するにつき、委任契約による受任者として「善管注意義務」を負う（民644条）。

合、会社法423条の任務懈怠責任⁴とも関連するとされている。

以上におけるそれぞれの概念の性質をどのように理解するかが問題となる。任務懈怠責任がどのような性質であるかの理解により、その法的効果が全く異なってくる。任務懈怠という一般的概念は上記の善管注意義務、忠実義務を含む大きな概念であると考えられる。だが、上記両義務の関係については、従来から学説上および判例は後者の忠実義務について、「民法644条に定める善管注意義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるのであって、…通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の、高度な義務を規定したものと解することができない」旨⁵を示し、この見解は学説上では同質説⁶とも呼ばれている。この同質説は、日本の商法学界においては、広い層の支持を受けており、通説とされている。

しかし、星川長七教授が、かつて商法改正に伴い、取締役の権限を著しく拡大強化したために、それに対応して義務や責任を加重する必要を生じ、「取締役は法令及定款の定並に総会の決議を遵守し会社の為忠実に其の職務を遂行する義務を負う」（昭和25年商法改正時に第254条ノ2（昭和56年の商法改正により254条ノ3）として新設）と規定したと言及し⁷、特に忠実義務がアメリカ法の沿革から、善管注意義務とは区別された義務（fiduciary dutiesと呼ばれる）⁸と説かれ、その上に義務違反者の過失の有無等が問題とされるとし、両義務を別個な内容と理解しようとしている⁹。上記判例で唱えられている同質説に対して、「忠実義務」は昭和25年商法改正時にアメリカ法上の信認義務（fiduciary duty）¹⁰として異質説¹¹が導入されたものであり、つまり一方の当事者（会社）が他方の当事者（取締役）を全面的に信頼・依存する信頼関係にある場合、受託者（trustee）である取締役が、その地位を利用して「自己を信任した受益者（beneficiary・会社）の利益

4 取締役の会社に対する責任、平成17年会社法の改正により、取締役の会社に対する責任をめぐっては、旧商法266条1項1号から4号の責任を無過失責任とすべきか否かなど解釈論・立法論上、また監査役設置会社と委員会等設置会社との間に規律不均衡から、会社法423条1項では、原則として過失責任化するとともに、上記の不均衡が図られている（吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論〔上巻〕』（商事法務、2007年）523頁以下を参照されたい）。

5 最判昭和45・6・24民集24巻6号625頁（八幡製鉄政治献金事件）、判例タ249号116頁、『会社法百選（第3版）』（2016年）8頁を参照されたい。

6 同質説では、つまり取締役（受任者）が会社（委任者）の利益を優先させるべきことは当然であり、会社法355条では取締役に対して個人的利益のために会社の利益を犠牲にすることを禁じていると理解すべきではないとの見解がある（吉田直『株式会社法』（中央経済社、2016年）30頁を参照されたい）。

7 星川長七「取締役忠実義務論」（成文堂、1975年）35頁。

8 星川・前掲注（7）2頁以下を参照されたい。特に、アメリカの州判例法上の取締役の忠実義務（fiduciary duties）の法理は、取締役は信託財産（会社）の受託者（trustee）であるという観念から発しており、会社の最善利益との間の利害対立が疑われる状況に取締役が身をおけば責任を免れ難いという要件面の厳格性、および、義務違反が生じた場合は単なる債務不履行ではなく信託違反として法定信託（constructive trustee）の設定等重い責任を追及されるという効果面の厳格性を伴っている（詳細は、江頭憲治郎『株式会社法（第7版）』（有斐閣、2017年）436頁を参照されたい）。

9 つまり、神田教授は、英米法における注意義務と忠実義務の相違について、主として①注意義務では義務を負う者の過失の有無が問題となるが、忠実義務ではそれは問題とならず、無過失責任である。②違反があった場合の義務を負う者の責任の範囲は、注意義務の場合には被害者が受けた損害の賠償であるが、忠実義務の場合には義務を負う者が得た利益の吐出である。しかし、これらの差異を、日本の現行会社法上の取締役の責任について認めることは、容易ではない（詳細は、神田秀樹『会社法（第20版）』（弘文堂、2018年）230・231頁を参照されたい）。

10 アメリカ法における信認義務は、一定の個人に対して、受託者（fiduciary）としての責任を課している。米国法上には、必ずしも信認関係（fiduciary relationship）には明確な定義はないが、信認関係は、一般的に他者の利益のために当該権限を利用する義務を伴う権限を人が付与されている場合に成立する。米国の州会社法等の制定法に定められている信認義務（fiduciary duty）及びその内容に関しては、会社の取締役および役員は、会社と株主に対して信認関係にある。その他、支配株主も受託者として性格づけられ、他の株主との直接信認関係にもみなされていることがある（詳細は、Arthur R. Pinto=Douglas M. Branson（共著）/米田保晴（監訳）『アメリカ会社法』（LexisNexis、平成22年）273頁以下を参照されたい）。

11 少数意見における異質説では、忠実義務とは取締役がその地位を利用して会社を食い物にすることを防止する法ルールであるのに対して、善管注意義務は、経営に関して会社・株主の経済的利益を最大化するように合理的注意を尽くすための法ルールである。両義務は適用領域を異にしており、継受比較法的にみて異質説が妥当である（吉田・前掲注（6）30頁）。

を犠牲にして、自己または第三者の利益を図ってはならないという義務」として理解しようとする見解¹²が有力である。また、現行法では、善管注意義務が取締役を含む役員等（会423条参照）を対象としているのに対して、会社法355条の忠実義務は取締役限定していることも、両義務が異質であることの証拠の一つと考えられる¹³。

本稿は以上3つの概念のそれぞれの責任内容の検討を通して、かかわる概念を想定する責任内容を概観し、これらの義務の性質内容を考察することを目的とする。なお取締役と会社の関係に基づき、特に受任者における委任契約上の善管注意義務、および代表取締役・執行役ないし業務執行権を有する取締役等が法人に代わって行為する代理人であることから、代理関係に関する義務について究明し、それぞれの関係を整理・分析していく。

2. 委任事務処理における取締役等の善管注意義務

平成18年に現行会社法を施行して以来、取締役の会社に対する責任を追及する裁判例が増加している¹⁴。その原因はさまざまであるが、原因の一つとして、現行会社法の基本原則を事前規制型から事後救済型の法制に整備し見直したためであることが指摘されている¹⁵。今後、取締役の会社に対する責任を追及する場合、取締役の善管注意義務ないし忠実義務違反を広く利用することが見込まれるとされるが、両者の性質¹⁶をどのように理解することが妥当なのか、私の問題意識はここを出発点とする。

この問題を検討する場合、そもそも会社法第330条で定めている会社と取締役の委任関係をどう理解すべきかが問題であると思われる。

既述の通り、現行会社法では、会社と取締役等との関係は委任に関する規定に従うとされている（会330条）。したがって、取締役は民法上の委任契約における受任者として

12 酒巻俊雄＝龍田節（編集代表）『逐条解説会社法（第4巻）機関・1』（中央経済社、2012年）423頁以下〔石山卓磨〕、丸山秀平『やさしい会社法（第13版）』（法学書院、2015年）122頁等を参照されたい。

13 この点については、以下の論証が見られる。すなわち、善管注意義務は「経営の専門家として合理的な注意を尽くして意思決定及び実行すること」（当該取締役が置かれた状況の下で期待される程度の合理的注意を尽くす義務）である。しかし、抽象度の高い義務でもあるので、善管注意義務を履行する態様の一つとして経営判断の原則の法理が関連している、と考えるとわかりやすい。つまり注意義務は取締役に対する義務であるが、経営判断の原則の法理は取締役を損害賠償責任から解放する法理である。忠実義務は、自己または第三者の利益と会社の利益が対立する場合には会社の利益を優先させる義務である（吉田・前掲注（6）30頁を参照されたい）。

14 公表されている資料によれば、1993年の商法改正で急増した株主代表訴訟件数は、司法判断の基準が一定程度明らかになったことで、2000年以降いったん沈静化の傾向にあった。しかし、2006年（平成18年）以降は、企業の倫理姿勢・適切なコーポレート・ガバナンスを重視する社会風潮や、投資家の権利意識の高まりなどによって再び増加に転じている。これら事例の訴因別をみると、経営判断の誤りを問う事例が約半数を示している（目黒大輔「東京地裁における商事事件の概況」商事2006号（2013年）33頁を参照されたい）。

15 とりわけ、日本の旧商法第二編に定めていた（会社法）は、基本的には事前規制型であった。取引の安全を確保し、また、株主や債権者の利益を保護するために、詳細な規制がされていた。よって、その規制に従う限り、株式会社の取締役などの責任追及はほとんどなかった。しかしながら、バブル経済が崩壊し、IT革命により世界経済のグローバル化が進展し、大競争時代を迎えるに至り、経営者には、あえてリスクを取り、積極的な経営判断をすることが求められるようになった。その結果、発生したリスクが法令の範囲内なのか、違反行為なのか判然としない問題が生じてきている（原田晃治「会社法改正の課題と現状——株式制度の見直しなどを内容とする平成13年改正法の位置付け」ジュリ1220号（2002年）8頁を参照されたい）。

16 平成17年に制定された会社法は、取締役の会社に対する責任について、その責任原因には主に任務懈怠（会423条）、取締役と会社との利益相反取引（会356条1項3号、365条1項）、株主権の行使に関する利益供与（会120条4項）等が定められている。特に、任務懈怠には、一般的に取締役が会社に対し、その任務を怠ったことにより生じた損害を賠償する責任を負う（会423条1項）。つまり、取締役と会社の関係は、委任に関する規定に従うので、取締役の任務懈怠とは、会社に対する善管注意義務および忠実義務の違反である（詳細は、江頭・前掲注（8）469頁～480頁を参照されたい）。

の義務を負う結果、委任の本旨に従い、善良な管理者として、受任事務を処理する義務を負う（民644条）。つまり取締役が善管注意義務に違反していると認められたときは、取締役が法的な責任が発生することになる。

通常、取締役が業務遂行につき、善良な管理者としての注意義務を負い、その注意義務の水準は、その地位・状況にある者に通常期待される程度のものでされている¹⁷。とくに取締役は、経営判断を下す際に不確実な状況で迅速な決断を迫られる場合が多く、その判断が経済動向などの複雑な要素を含んだ将来予測に基づくものであり、予測できない可能性も十分にある。このような状況の下で、取締役のなした経営判断が結果的に誤っていたとして、事後的・結果論的に評価して注意義務違反の責任が問われることであれば、取締役の業務執行を委縮させる恐れもある。業務遂行上委縮することのないように注意義務違反の責任を問うことには、慎重であるべきだという原則（経営判断原則）がある。とりわけ、経営判断原則（business judgment rule、以下BJRという）は、19世紀以後にアメリカの判例法理として生成・発展してきた原則である。つまり取締役が経営判断する際、会社に損害をもたらす結果を生じたとしても、当該判断がその誠実性・合理性をある程度確保する一定の要件の下に行われた場合には、裁判所が当該判断の当否につき事後的に介入し注意義務違反として取締役の責任を直ちに問うべきではないという考え方である。日本の判例にも、この原則が確立されている¹⁸。例えば、最高裁平成22年7月15日（アパマンショップHD株主代表訴訟事件上告審）判決には「本件決定についての取締役らの判断は、会社における取締役の判断として著しく不合理なものということはできないので、取締役らが、会社の取締役としての善管注意義務に違反したということとはできない」と示されている¹⁹。したがって、日本法における取締役の善管注意義務違反に問われる可能性が高いのは、具体的経営判断を下すミスよりはむしろ他の取締役・使用人に対する監督（監視）義務違反を含む不作為（放漫経営）によるべきとされる²⁰。

2.1 取締役（受任者）の業務監視義務

株式会社は法人とされている（会3条）が、会社は自然人のように自らの頭脳や肢体を持って意思決定し行動しうるものではないので、会社の意思決定および業務執行は会社の機関（又は自然人）を通じて、行動するほかはない。現行会社法では、会社の運営・管理

17 つまり、日本民法には、「自己の財産に対するのと同一の注意をもって」（民659条、同827条、同918条、同926条1項、同940条1項、同944条）と定めるのは、それぞれの人により注意義務の程度が異なることを考慮する結果であり、注意義務は異なっていると考えられる。つまり、民法には、標準的な注意義務が想定されており、この想定される標準的な注意の基準を超えるのが善管注意義務である。すると、委任者がある事務処理を頼む場合、委任者（本人）からその人だからということで信頼されているので、善管注意義務が課されるわけであり、高度の注意を払って事務処理をしてくれと頼むのである。以上のことから、善管注意義務というのはあくまで注意義務の程度であって、注意義務の内容ではないと思われる。しかし、前掲注5）での最判昭和45年の判決は、この考えを否定している。

18 日本の裁判法理における経営判断の原則が以下のように示されている。つまり、会社経営にあたり冒険は不可避であるのに、取締役は株主の利益を最大にする冒険を避ける傾向があるので、まして取締役の冒険心を委縮させる事後的評価をなすことは、株主の利益にならない。そこで、当該状況下で事実認識・意思決定過程に不注意がなければ、取締役には広い裁量の幅が認められることを判示する裁判例は多い（詳細は、江頭・前掲注（8）471頁～473頁を参照されたい）。

19 この判決の詳細は、判時2091号90頁、判タ1332号50頁、金判1353号26頁等を参照されたい。

20 江頭・前掲注（8）434頁。

機構として、すべての会社に株主総会と取締役とが置かれるが、株主総会は会社の構成員である株主が直接に参加し、決議により会社の基本的な意思決定を行うための機関である。しかし、株主総会の構成員である株主はその有する株式の引き受け価額の払い込みもしくは給付以外に何ら財産上の義務を負わない、いわば間接有限責任しか負わないのである（会104条）。そこで、会社の経営にあたる受任された特定の自然人つまり取締役等又は会社の機関である取締役会が民法上の委任契約における受任者としての義務を負うことは当然であろう。

2.1.1) 委任契約による取締役（受任者）の善管注意義務

会社と役員、執行役および会計監査人と会社の関係は委任²¹に関する規定に従うので、その役員に含まれている取締役も、会社との法律関係は委任の規定が適用される（会330条）。したがって、取締役（受任者）が取締役会の構成員として、善管注意義務を負う（民644条）。その受任者（取締役等）がこの一般的な善管注意義務（会330条→民644条）に違反について任務懈怠が認定された場合に、会社に対して損害賠償責任を負う（会423条1項）。会社法は、任務懈怠責任（会423条）と特別な法定責任（会120条、同法462条）に分けて規定されている。特に、一般的な善管注意義務に違反して会社に損害を与えれば、役員（取締役を含む）、執行役および会計監査人は任務懈怠により、会社に対して損害賠償責任が生ずる²²。

だが、取締役等の民事責任の構造を理解する上で避けて通れない問題として、債務不履行責任とのこと、民法学者から指摘されている²³。また、債務不履行の理解について、従来の3分説（債務遅滞・債務不能・不完全履行）に基づいて故意・過失の有無を認定し、それに基づいて責任の有無を判断し、損害賠償義務を負わせる伝統的な立場から、最近、「本旨債務不履行概念」に基づき、本旨債務不履行があったか否かを判断する立場が有力²⁴になりつつある。つまり、本旨債務不履行については帰責事由を主観的に捉えるのではなく、不法行為責任と同様に、行為義務違反として客観的に捉えようとする。従来からは「なす債務（行為債務）」については、帰責事由判断と不履行判断の区別が困難であるとされているが、例えば、医療過誤事例を債務不履行（不完全履行）責任により構成されたことを契機に明らかにされた。つまり、取締役の行為については、結果債務ではなく、手段債務であるとし、帰責事由としての過失が債務者の責任を基礎づける唯一の原理

21 従来の民法理論においては、民法643条は、委任は法律行為をすることを委託すること、法律行為でない事務の委託（準委任、民656条）とを区別している。現在の多くの学説では、委任と準委任は異なるところがないとして、委任は法律行為の委任に限られず、事実行為のような法律行為でない事務の委託までも含まれるとし、委任を広く事務処理の委託と解している。そして、委任の規定が、準委任の場合にも準用されることになる。とりわけ、民法典成立後、委任と準委任を区別する見解を否定してきたとみられている（柳勝司『委任による代理』（成文堂、2012年）76頁以下を参照）。

22 弥永真生『リーガルマインド会社法（第14版）』（有斐閣、平成27年）230頁を参照されたい。

23 「取締役の民事責任」の構造を理解する上で避けて通れない問題として、債務不履行責任の構造をどのように把握しておくべきかということがある。その際、商法と民法の交錯問題を扱うことである（潮見・前掲注（2）34頁以下を参照されたい）。

24 潮見・前掲注（2）35頁以下、得津晶『取締役法令遵守義務違反責任の帰責構造』（北法第61巻第6号、2011年）61頁以下を参照されたい。

ではなく、契約（ここでは委任契約）の拘束力により損害賠償義務を負う²⁵。

とりわけ、任務懈怠により取締役の会社に対する責任を追及する場合、この義務違反の判断と因果関係ないし帰責事由が如何なるかは、問題とされるようである。以下において、取締役等が善管注意義務違反にあったとして、取締役の責任を追及する場合、受任者としての取締役の監視・監督の機能を如何に捉えていくのかを考察していく。

2.1.2) 取締役の監督・監視義務

取締役会設置会社では、取締役会が法令又は定款で株主総会の決議事項を除き（会295条2項、同条3項）、会社の全ての業務執行に関する意思決定をなすとともに（会362条2項1号）、取締役の職務執行を監督する権限を有している（会362条2項2号）。つまり、取締役会の構成員である個々の取締役は、それ自体会社の業務執行機関ではないが、取締役会の監督機能を実質化するため、他の取締役（とりわけ代表取締役及び業務担当取締役）の職務執行を、善良な管理者としての注意義務をもって監督する義務（監視義務）を負う²⁶。

また、個々の取締役の監視義務について、最高裁は「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行われるようにする職務を有するものと解すべきである（最判昭和48・5・22民集27巻5号655頁）」と判示した。つまり、最高裁は取締役が取締役会に上程されない事項についても監視義務を負うことを明らかにしている。取締役会がほとんど開催されていないような小規模閉鎖会社において、取締役が取締役会に上程された事項についてしか監視義務を負わないとすれば、取締役会の監督機能は形骸化してしまうからであろう。

旧商法においては取締役の監視・監督義務違反の責任が肯定されたのは、小規模閉鎖会社における取締役の第三者に対する責任に関する事例が多かった²⁷。これらの事例においては、取締役は名目的であることが多く、取締役としての職務を放置していることから、監視・監督義務に違反していることは明白であった。そのため、取締役が具体的に如何なる内容の監視義務を負っているのかが問題とされることは稀であった。しかしなが

25 長坂純「契約責任の構造と射程」（勁草書房、2010年）144頁、306頁、450頁以下を参照されたい。

26 なお、このように取締役会が取締役の職務執行を監督する権限と職責を有することについては、昭和56年の商法改正によって初めて明文の規定が設けられた（旧商法260条を参照）。それまでは、取締役会が業務執行の決定権限を有するものである以上、その決定に基づく代表取締役の業務執行がそれに反するものとならないようにするためには取締役の監督が必要であること、業務執行実行の権限を有する代表取締役の選任権限は取締役会にあることなどが、取締役会制度が設けられた昭和25年以降、解釈上認められていた（菅原菊志「現代株式会社における取締役の地位とその監視義務」企業法論社（編）『企業法研究』（企業法論社、昭和39年）89頁以下、神崎克郎「取締役の注意義務」民商82巻6号（昭和55年）719頁以下。近藤光男「会社に対する責任第266条」（上柳克郎ほか『新版注釈会社法（6）株式会社の機関（2）』（有斐閣、昭和62年）279頁以下、等が監視義務の根拠について詳細な論証がある）。

27 和田宗久「代表取締役等の内部統治システム構築義務・運用義務と対第三者責任」金判1283号（2008年）12頁を参照されたい。

ら、平成5年の商法改正を機に株主代表訴訟が提起されやすいようになり、ある程度規模の大きな会社（取締役会設置会社等）の取締役に対しても監視・監督義務違反の責任が追及されるようになった。また、近時このような会社の取締役がどのような行為をすれば善管注意義務を尽くしたことになるのかが、問題とされるようになっている。

したがって、取締役の監視・監督義務はその態様に依じて、i) 他の取締役の業務執行に対する監視・監督義務と、ii) 会社の使用人の行為に対する監視・監督義務との二つの場合に分類される。

前記(i)(ii)の監視・監督義務の内容は学説によりおよそ三つあるとされる。第一は内部統制システム構築義務、第二は調査義務、第三は是正措置をとる義務である。なお、監視・監督義務違反が具体的に認められるか否かについては、当該業務執行の性質、行われた態様、当該業務執行の違法性の認識可能性、会社の経営管理・組織運営の状況など多様な要素を相互して、考慮・判断することを要することであろう²⁸。

ある程度規模の大きな会社、とりわけ取締役会設置会社等²⁹の取締役が、如何なる行為をすれば他の取締役の業務執行に対する監視・監督義務を果たしたことになるであろうか。取締役が内部統治システム構築義務、調査義務、是正措置を取る三つの義務内容の監視・監督義務を負うことに異論はないが、このうち是正措置をとる義務が、裁判例において、取締役が如何に行為すれば、その是正措置をとる義務を果たしたことになるかが問題である。

2.2 善管注意義務違反による取締役の責任の判断基準（学説・判例の見解）

法的責任は、法上の義務違反を原因とする法的効果である。したがって、責任を負うものがどのような法的地位を有し、その地位に対しいかなる法的義務が課せられているか。また、その義務に違反している否かの判断基準はいかなるかによって、義務違反が認められた場合、その法的効果としてどのような責任を負うかが問題となる。

とりわけ、取締役会設置会社においては、会社の事業活動は広汎にわたり、取締役の担当業務も専門化されているから、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することや、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であろう。それゆえ、具体的な業務を執行する代表取締役等には、業務の遂行にあたり、信頼に値し、かつ有能であると合理的に信じるその会社の役員もしくは従業員の行為等を信頼することができるとする値（あたい）が認め

28 河和哲雄=河野玄逸「取締役・監査役第三者責任——判例からみた責任判断基準」(商事法務研究会、昭和63年)177頁以下を参照。

29 指名委員会等設置会社と執行役との関係は、一般に、委任に関する規定に従う(会402条3項)。したがって、取締役と同じく、職務の執行につき善管注意義務(民644条)および忠実義務(会419条2項、355条)を負う。しかし、善管注意義務に関し、取締役とは異なる。執行役には、他の執行役に対する一般的監視義務がないと思われる。すなわち、一般の株式会社の取締役は、会社の業務執行全般に対する監督(監視)義務を負うものとして総会で選任されるのに対し、執行役は、職務分掌を定めた形で取締役会により選任されること、および、執行役は、取締役会(監査委員会)から妥当性も含め実効的監督を受けているはずだからである。なお、執行役は自己の指揮下にある執行役に対しては、職務分掌の内容として当然に監視義務がある。本稿は、紙幅の関係で、取締役会設置会社の取締役の会社に対する責任の限り論究し、委員会設置会社等の問題が、今後の研究課題にする。

られている。そこで、判例法理³⁰には経営判断をなした時点における状況の下で、①経営判断の前提となる事実認識と判断の過程に不注意がなく、かつ、②判断の内容が著しく不合理でなければ、当該経営判断は取締役の裁量の範囲内であり、善管注意義務違反にはならないと示していた。

すなわち、今日の判例・学説³¹においては、債務不履行を主に行為義務違反として捉える場合には、いわば義務違反が債務不履行の判断では、本旨債務不履行となっていることが明白であり、帰責事由を取り立てて必要としないとする³²。したがって、不履行の判断と行為義務違反の判断を分離して捉える立場に立っていない。

2.3 取締役会設置会社における取締役の監視注意義務

日本法では、主として取締役会設置会社の取締役が取締役会に上程されない事項についても監視義務を負うと解するとしても、そこには一定の限界を設けておく必要がある³³。この考え方は、取締役が監視義務違反の責任を負う場合を、「特段の事情」がある場合等に限定する考え方である³⁴。また、従来の下級審判決は、「特段の事情」として「業務執行が不正、不当に行われる恐れある場合」（前橋地高崎支判昭和49・12・36判時780号96頁）、「代表取締役の業務活動の内容を知ることが可能である等の特段の事情がある場合」（札幌地判昭和51・7・30判時840号111頁）、そして「代表取締役の業務活動の内容を知りもしくは容易に知りうべきであるのにこれを見過ごしたことなどの特段の事情」（東京地判昭和55・4・22判時983号120頁）を挙げており、これらの場合に限り、取締役の監視義務違反の責任を認めていた。しかしながら、日本の裁判例も経営判断を下す取締役に相当程度の裁量を認めるようになっており、当時の状況に照らして、経営の前提となった事実の認識（情報収集・調査・分析）に不注意な誤りがなかったかどうか、その事実に基づく意思決定の過程・内容において通常の企業経営者として著しく不合理なところがなかったかどうかという観点から審査し、そのような誤りや不合理がなければ、当該経営判断は、取締役としての善管注意義務に違反するものではないとするのが典型であ

30 野村証券損失補填の判旨には、「…取締役を名あて人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法254条3項（民法644条）、商法254条ノ3の規定（以下、併せて、一般規定）およびこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定が、さらに、商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれるものと解するのが相当である。…したがって、取締役が右義務に違反し、会社をして右の規定に違反させることとなる行為をしたときには、取締役の右行為が一般規定の定める義務に違反することになるか否かを問うまでもなく、本規定にいう法令に違反する行為をしたときに該当する…」(詳しくは、金判1096号3頁を参照されたい)。つまり、本判決では「取締役が…会社をして右の規定に違反させることとなる行為をしたときには、取締役の右行為が一般規定の定める義務に違反することになるか否かを」問題としていないことから、法令遵守義務を善管注意義務とは区別する立場に立っていると考ええる。

31 つまり、取締役が、会社との事務処理契約において、「その会社の規模・業種・経営状況等の客観的条件により一般に要求される注意をもって合理的な職務を遂行する」ということを内容とする「事務処理義務」を負担する。委任契約において受任者が委任者に対し負担する義務として「善管注意義務」であるが、このような事務処理義務（善管注意義務）の違反が「本旨不履行」を構成し、同時に「取締役が過失をおかした」との評価をもたらすものとなる（詳細は、潮見・前掲注（2）35頁を参照されたい）。

32 詳細は、北川善太郎=潮見佳男『新版注釈民法（10）Ⅱ』（有斐閣、2011年）24、26、182頁を参照されたい。

33 取締役の監視義務違反の責任を認めた裁判例は、その多くが、取締役の対第三者責任に関する者であり、監視注意義務とする取締役の会社に対する責任に関する事例は必ずしも多くはない。いずれの場合についても、裁判例の一般的な傾向としては、比較的な厳格に責任を課しているように思われる（詳細は、近藤・前掲注（26）280-281頁を参照されたい）。

34 菅原・前掲注（26）121頁以下。近藤・前掲注（26）218頁。

る³⁵。

また、取締役会設置会社等の取締役も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も要求していると考えられる。つまり、会社の業務及び財産の状況に関する重要な情報が取締役会に定期的かつ提示報告されるシステムいわゆる会社の内部統制システム（法令遵守）の構築³⁶が設置され、かつ有効に維持されていることを確認しておくこととともに、そのようなシステムにより取締役会に提供された情報に通じておくべき義務を負うものと解すべきとされる³⁷。また、これらの取締役が、取締役会に提供された情報により又はその他の方法により偶然入手した情報により、違法な業務執行が行われていることを疑わせる事実が気が付いたときは、代表取締役に必要な調査を求め、調査結果として違法な業務執行が行われていることが明らかになったときは、適正な是正措置をとるよう代表取締役に求める義務を負うと解すべきであろう³⁸。

既に述べたように、学説および判例を通じてみると、取締役会設置会社等における取締役の監視義務の内容は、①内部統治システムを構築する義務、②調査義務、③是正措置をとる義務の3つに分類できることが理解できる。

いずれにせよ、取締役等が善管注意義務の違反として、法定定款違反等の責任（旧商法266条1項5号の取締役の会社に対する責任、現会社法423条の任務懈怠責任）を追及する場合において、過失責任とする（最判昭和51・3・23民集117号231頁（横川電機製作所事件））。

この場合は、役員（取締役等）、執行役または会計監査人の任務（会社に対して負っている債務）の不履行は、民法における不完全履行にあたるのが一般的であり、いわゆる手段債務に過ぎないであろう。

したがって、役員（取締役）、執行役または会計監査人の責任を追及する側が、問題とされている取締役の行為（作為または不作為）が会社に対する関係で役員、執行役または会計監査人の受任者としての法定定款に違反する行為をし、右違反行為につき故意・過失（現在では任務懈怠があったこと）を主張・立証しなければならない。そして役員、執行役又は会計監査人に故意・過失（現在では任務懈怠）が立証されたときは、自己の無過失を立証しない限り責任を免れることができない³⁹。手段債務については、その履行の不完全を主張・立証するためには、債務発生原因（定款または法令の規定）の解釈によって債務（給付債務）の具体的な内容を特定したうえで、これと実現に行われた債務の履行の態

35 吉原和志「取締役の注意義務と経営判断原則（最高裁平成22年7月15日判決）」『会社法判例百選（第3版）』104頁以下を参照されたい。

36 大会社、監査等委員会設置会社・指名委員会等設置会社においては、内部統制システムの整備の決定をしなければならない（会社法348条4項・3項4号、362条5項・4項6号、399条の13第2項・1項1号ロ・ハ、416条2項・1項1号ロ・ホ）。

37 会社法では、内部統制システム等の整備の基本方針は、取締役会が設置された株式会社においては取締役会の専決事項とされ、大会社には、内部統制システム等の整備の基本方針の決定が義務付けられている。したがって、内部統制システムを適切に構築し、運用しないと取締役等に任務懈怠があると評価されている判例がある（名古屋高判平成25・3・15判時2189号129頁等）。

38 神崎克郎「取締役制度論——義務と責任の法的研究」（中央経済社、昭和56年）110-126頁を参照されたい。

39 弥永・前掲注（22）234-235頁。

様ないし結果との食い違いを指摘する必要があるため、履行不完全の有無についての判断と帰責事由の有無についての判断とが極めて密接な関係にあり、この点については、両者が交錯している⁴⁰指摘がある。以下では取締役の善管注意義務を比較法的な観点から検討する。

2.4 アメリカ法における取締役の注意義務と経営判断の原則（BJR）

アメリカ法では一定の個人に対して、受認者（fiduciary）としての責任を課している。つまり、信託受益者と受託者、パートナーの間、又は代理人と本人など多様な関係に適用されるが、一旦信認関係が設定されたとしても、課される責任はそれぞれの状況に応じて異なる。特に、アメリカの州会社法の多くは、取締役および役員に関わる信認義務（fiduciary duty）の内容は、会社と株主に対して信認関係に基づき、会社および株主の利益のために当該権限を利用する義務を伴う権限を取締役等に付与されることで成立する⁴¹。

とりわけ、アメリカ法においては、信認義務に違反する主なる場合は、会社を支配している人物による誤った事業経営または不公正な自己取引であると思われる。信認義務を課すことで、それを実行させることは、こうした弊害を制限する監視措置として、公開会社において、所有と支配の分離が見られる場合、経営者を監視する仕組みは、一般株主に対する責任を維持するために重要である。つまり、信認義務は、支配的地位にいる者の力を制限するという役割を果たしている。

したがって、会社と信認関係にある受認者が、一般的に当該個人が、コモン・ローによって発達してきた一定の義務に従わなければならない。すなわち、彼らは一般的に注意義務（duty of care）、誠実義務（good faith）、および忠実義務（duty of loyalty）により拘束されている。

注意義務は、取締役がその義務を、同様の状況にいる合理的人物が払う注意をもって履行するよう義務付けるが、これらの状況はさまざまである。一般的に取締役は違法行為と不作為、双方に対する責任を負うことがある。注意義務に関わる決定のほとんどは、経営判断原則（business judgment rule）によって保護されており、その原則は裁判所の経営判断に対する審査を制限する推定を生み出す。司法審査の焦点は、通常は決定そのものではなく、決定手続に絞られる。通常原告が証明責任を負い、裁判所が決定の内容を審査することはめったにない。経営判断原則は、不作為（nonfeasance）、不誠実（bad faith）、または浪費（waste）に関連した決定は保護されない⁴²。

アメリカ法上におけるBJRの要件については、アメリカの判例上ではかならずしも明確にされていない。しかし、多くの州の制定法には、取締役等の注意義務を定めている

40 平井宜雄『債権総論』（弘文堂、1985年）59頁。

41 前掲注（10）273頁を参照されたい。

42 Jeffrey D. Bauman, Elliott J. Weiss, Alan R. Palmiter (2003), "Corporations Law and Policy, Materials and Problems Fifth Edition", 3rd ed. at 639-652.

ので、その注意義務に基づく責任は、義務、違反、近因 (proximate cause) および損失の認定を必要としている。取締役の信認義務は、主に判例法を通じて発展してきた。伝統的な制定法規定は、取締役は、同様の状況下で同様の立場の慎重な通常人 (ordinary prudent person) が払うであろう注意をもって、また会社の最善の利益になると合理的に考えられる方法で、誠実に義務を履行しなければならないと定める⁴³。アメリカ法律協会 (The American Law Institute) が発表した「コーポレート・ガバナンスの原理——分析と勧告」 (Principles of the Law, Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994) : 以下、Principlesという) 4.01 (a), (c) において、「取締役および役員は、会社に対し、誠実に会社の最善の利益に合致すると合理的に信ずる方法で、かつ、通常の慎重な者が同様の地位において類似の状況の下で尽くすことを合理的に期待される注意を以て、その職務を遂行する義務を負う」とした。なお、Principlesの注釈では、取締役が監督にかかわる職務の遂行にあたり必要な注意 (requisite care) を尽くしたか否かの判断に際して、以下の要件を挙げている。①監督を怠ったことにより生じたとされる問題の予見可能性；②その問題の重大性についての予見可能性；③問題の時期における会社の事業の状況 (たとえば、収益の安定した時期であったか、財務上の危機および会社の継続に係わる時期であったか) ；④会社の複雑および規模；⑤他の取締役、役員、使用人、専門家、その他の者および取締役会内委員会の信頼可能性；⑥当該の時期に取締役が会社内部で果たしていた役割 (たとえば、取締役の在任期間、取締役が特別の義務 (たとえば、監査委員会の構成員としての義務) を負担していたか、問題の時期に会社の業務について一般的に注意深くかつ勤勉であったか) 等を挙げている⁴⁴。

つまり①取締役は、会社間に利害関係がない、②経営判断の事項について、当該状況の下で、適切であると合理的に取締役が信じる範囲で十分に情報を得ていること、③当該経営判断は会社の利益になると取締役が理性的に信じたこと、④構造上、BJRは取締役の経営意思決定特権であり、企業の集中的管理の基礎的な属性でもあって、法令違反の経営判断は保護されないこととしている⁴⁵。アメリカにおいては、取締役の責任を追及する代表訴訟が提起されることはきわめて多いが、取締役が経営判断の失敗によって会社に損害を与えた場合であっても、取締役の責任が肯定された判決例が、きわめて稀である⁴⁶。これは、アメリカにおいては経営判断の法則が採用されているからにほかならない。しかし、不法行為の可能性の回避 (To avoid the possibility of fraud) および利己心 (自己利益) の誘惑の回避 (To avoid the temptation of self-interest) などにおいて、この原則が排

43 前掲注 (10) 279頁を参照。

44 The American Law Institute, supra note 4, Comment h to §4.01 (a), 1st para. at 154.

45 Jeffrey D. Bauman, Elliott J. Weiss, Alan R. Palmiter (2003), "Corporations Law and Policy, Materials and Problems Fifth Edition", 3rd ed. at 37-42. ここで、取締役が合理的に通知されていない管理者である証拠を立証されれば、免責事由となると考えられる。

46 たとえば、スベリング事件判決 (Spring's Appeal, 71 Pa. 11, 10 Am. Rep. 684,693 (1872)) においては、裁判所は「取締役は判断の間違いについて責任を負わない。たとえその判断が馬鹿げていておかしなものであったとしても、彼が正直に、かつ彼の権限とその裁量の範囲内で判断を下したのであれば」と述べている (近藤光男『経営判断と取締役の責任』(中央経済社、1994年) 17頁)。

除されている⁴⁷。

3. 受任者としての取締役の業務執行に際しての忠実義務

とにかく、英米法には、会社（本人（principal））が営利目的を達成するために経営陣・代理人（agent）を利用するエイジェンシー関係で説明することに対し、日本法では伝統的に大陸法系の機関概念が用いられで説明している⁴⁸。日本法において、従来の民法理論には、一般社団法人（株式会社）自体が自分で行動するのではなく、代表取締役ないし業務執行権を有する取締役等が法人に代わって代理人として行為するから、代理に関わると同様な問題が潜在していると捉えている⁴⁹。すなわち、取締役は代理人として、自己または第三者の利益と本人（会社）の利益とが相反する立場に身をおいてはならず、本人（会社）の利益を犠牲にして、自己または第三者の利益を図ってはならないという忠実義務を負う⁵⁰。

会社法355条は強行法的に会社に対する取締役の忠実義務を定めている⁵¹。したがって、取締役は職務執行する際に、法令、定款、総会決議⁵²を遵守しなければならない。たとえ会社の利益に合致するからといって、法令に違反する取締役の行為が許されるものではない⁵³。しかも、行為規範としては、法令を遵守することは取締役に課された義務である。会社の自治規則として、取締役は法令、定款を遵守すべき義務を負う。

いいかえれば、取締役は会社に対して善管注意義務が負うほか、忠実義務も求められている。忠実義務違反として、つまり具体的な法令または定款の規定に違反して（現行法では任務懈怠とされている）、取締役は会社に対して、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（会423条1項）。つまり業務執行する取締役等がその業務を誠実に行わない、あるいは個人の利益のために会社に損害を与えた場合に任務懈怠責任を負わなければ

47 Conway, J., in *Matter of Ryan's Will*, 291 N.Y. 376, 406, 52 N.E.2d 909,923. It is "designed to obliterate all divided loyalties which may creep into a fiduciary relation..." Thatcher, J., in *City Bank Farmers Trust Co. v. Cannon*, 291 N.Y. 125, 132, 51 N.E.2d 674, 676.

48 吉田・前掲注(6)16頁。

49 内田貴『民法I（総則・物権総論）第4版』（東京大学出版会、2008年）240頁以下を参照。

50 代理人・委任契約における受任者・信託の受託者（信託法第4条）のように、「他人」から信託を受けて事務処理を託された者を、「受託者」といい、こうした「受託者」がもつばらその「他人」のために行動すべき義務を、一般に忠実義務と呼ぶ。そして、忠実義務には、①本人と利益相反する地位に身を置いてはならない。②本人の不利益において第三者の利益を図ってはならない。③事務処理によって自ら利益を受けてはならない、という三原則が含まれる（柳・前掲注(21)230頁以下を参照）。

51 なお、忠実義務の意義に関する多数説や判例によれば、本条の存在意義は委任関係に伴う善管注意義務を取締役につき強行規定とする点にあるにすぎないが、強行規定であっても、義務違反の対会社責任を総株主の同意で免除することは可能である。とりわけ、完全子会社などの行う行為については、実際に免除が存在すると解すべき場合が少なくないと考えられる（江頭・前掲注(8)481頁を参照されたい）。

52 たしかに総会決議は上位機関としての判断・決定であり、無効な総会決議を取締役は遵守すべきではないことになろう。たとえ会社が取締役に對し法令違反行為を認めていたような場合には、会社が法令違反行為を認めていただけでなく、むしろ法令違反行為の実行を委任していたので、取締役は委任契約上の義務を果たしたとは言えても、委任契約上の善管注意義務違反があるとはいえない、債務不履行責任は生じないともいえる。会社法423条1項における「任務懈怠」とは、委任契約の義務違反に限定されるわけではなく、法令上取締役に求められる義務の違反なども含むため、会社が法令違反を認めていたとしても、会社に対し損害賠償責任が生じる。

53 もっとも、いかなる法令であっても、それに違反する行為はいつでもすべて当然に会社に対する任務を怠ったことになり、会社への損害賠償責任を根拠付けられるかどうかについては議論がある（最判平成12・7・7民集54巻6号1767頁を参照されたい）。

ならない。

ここで、問題となるのは、取締役の法令・定款違反行為による「任務懈怠」責任の内容である。会社法423条1項には、「任務を怠ったとき」という任務懈怠を巡る「法令・定款違反」に関して、最高裁の立場では、法令・定款違反の行為が直ちに取締役の任務懈怠を評価するとよいと思われる⁵⁴。また、このように解することが、会社法355条が取締役に法令遵守義務を課していることとも整合的であるとされる⁵⁵。ただし、ある行為が具体的な法令に対する違反となる場合に、法令違反となることについての予見可能性が問題となる場合があり、予見しがたい事情のある場合には、任務懈怠につき故意・過失がないとされて責任が否定されることもありうる⁵⁶。

とりわけ、取締役の忠実義務は、取締役の会社との自己取引および取締役の報酬の決定に関して、会社法356条（競業および利益相反取引）および同法361条（取締役の報酬等）によって具体的に規定されているが、これらの規定だけでは、取締役と会社との利益相反行為のすべてを覆いつくすことができない。したがって、取締役が会社の犠牲において利得することを一切禁止するための一般的基準として、忠実義務が必要とされる。例えば、会社法356条は、会社が事業を行う際に必要とする取引の機会を取締役が利用することを一般的に禁止するものではなく⁵⁷、また、「競業」の要件に当たらなくても、取締役が営業秘密を利用して私利を図る等、同条が守ろうとしている法益を害する形で会社に現実損害を生じさせた場合には、取締役の忠実義務違反の責任が生ずることがあり得る（大阪地判平成14・1・31金判1161号37頁）⁵⁸。このようにして、忠実義務と善管注意義務とを区別するときは、忠実義務違反の責任の範囲は、善管注意義務違反の責任の範囲と異なり、会社の蒙った損害額の賠償にとどまらず、取締役の得たすべての利得を会社に対する返還に及ぶべきであるとされる見解が見られる⁵⁹。

3.1 受任者にかかわる取締役の忠実義務

会社法では取締役と会社の関係は法上には委任関係（会330条）であるが、特に委任契約から生じる受任者の履行義務は、合意の内容を実行するということである。民法の規定

54 ここで、会社法423条の具体的な「法令」の範囲をめぐって近年論争があった。最高裁は平成12年7月7日判決（野村証券損失補填事件）においては、①すべての法令を含むとの見解（非限定説）と、②商法、証券取引法等の会社関係法規及び公序に関する法令に限られ、それ以外の法令については当該法令に違反したことが善管注意義務違反といえるかどうかを改めて判断するとの立場（限定説）が対立していた。判例においても、野村証券損失補填事件控訴審判決（東京高判平成7・9・26東高民集46巻1—12号19頁）は、この「法令」には「取締役を名あて人」と判示され、限定説を採用した。これに対して同事件上告審は、商法266条1項5号の法令には「商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれる」（最二小判平成12・7・7民集54巻6号1767頁）として控訴審の見解を否定し、非限定説に立つことを明らかにした。また、最近の判例分析の研究成果として、任務懈怠を巡る「法令・定款違反」に関して、①具体的法令違反、②善管・忠実義務（i 経営判断型、ii 監視義務違反型（監視義務の対象には、部下の不正行為等の監視義務）、および③内部統制に関するものが挙げられている（山田剛志「取締役の善管注意義務を巡る2つの最高裁基準」金判1389号2頁を参照）。

55 弥永・前掲注(22)234頁以下を参照。

56 小林・前掲注(1)28頁。

57 つまり、取締役が自己または第三者のために会社の事業の部類に属する取引をしようとするときは、①取締役会設置会社以外の会社においては、その取引につき重要な事実を開示して株主総会の承認（会356条1項1号）。②取締役会設置会社においては、同じく取締役会の承認（会365条1項）を受けなくてはならない。

58 江頭・前掲注(8)438頁。

59 山下文「取締役の忠実義務と競業避止義務」『企業法判例の展開』（法律文化社、1988年）168頁以下を参照されたい。

からみると、合意の内容を実行することは、委任者から委託された法律行為を行うこと（民643条）である。つまり、受任者が主たる履行義務は委託された法律行為を実行する際に生じるものである。とりわけ、日本法にはそのような法律行為を実行することに関連して、民法646条1項・同2項、645条および654条などを、受任者に履行義務として負わせている。いずれにせよ、これらの義務は手段債務に過ぎず、これらの義務を善管注意、すなわち、債務者が従事する職業、その社会的・経済的地位などに応じて一般的に要求される注意を以て行わなければならない（民644条）。一方、受任者は、これらの義務を負いつつ、受任者として自己や第三者の利益を図って委任者の利益を害する行為をしてはならないという忠実義務を負っている（会355条）。ここでいう忠実義務とは、委任業務を「忠実」に処理すべき義務というようなものではなく、受任者は、委任業務の執行にあたり、自己または第三者の利益を図ることによって、委任者の利益を害する行為をしてはならないという義務のことである。

つまり、取締役等に関わる善管注意義務は、その地位や状況に応じて会社の機関構成員に、会社のために事務を処理する際に、通常期待される水準の注意を求めるものであるが、この善管注意義務とは別に、業務執行権を有する取締役・執行役等が会社に代わって、具体的な業務執行にあたり、「法令および定款ならびに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない」とする忠実義務が規定されている（会355条）。だが、判例（最判昭45・6・24民集24巻6号625頁）は、忠実義務は民法644条に定める善管注意義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるのであって、通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の注意義務を定めたものとは解することはできないとしている。

以下において、この忠実義務は、善管注意義務とは異なる内容をもった義務であるとの主張に立って、受任者である取締役の忠実義務について考えてみる。

3.1.1) 具体的忠実義務違反

忠実義務違反とされる場合には、受任者が自己または第三者の利益を図り、そのため、委任者が具体的に損害を受ける場合がある。会社法上、取締役が会社の利益を犠牲して、自己の利益を図ってはならない義務、すなわち会社との間の利益相反行為について、いくつかの規定を設けている。会社法356条第1項には競業行為、同項第2、3号および365条には取締役・会社間の直接・間接取引などがある。また、競業行為について356条1項に違反して取引を行った場合には、取引によって得た利益の額が賠償責任を負う損害額として推定される（会423条2項）。取締役・会社間の直接・間接取引（会365条1項2号、3号）を行った取締役、取引を行うことを決定した取締役、当該取引に関する取締役会の承認決議に賛成した取締役は、取引によって会社に損害が生じたときは、その任務を怠ったものと推定される（会社法423条3項）。取締役が自己のために会社法356条1項2号の取締役と会社間の直接取引を行った場合、その取締役には帰責事由がなくとも賠償義

務が課され（会社法428条1項）、責任軽減の対象外とされる⁶⁰（同条2項）。なお、会社法355条による忠実義務は、監査役、会計参与及び会計監査人には課されていない⁶¹。

具体的な忠実義務違反の法的根拠として、代理権の濫用をあげることができる。学説には、代理人の権限濫用は忠実義務違反であるとする主張が見られる⁶²。

特に、内田貴教授が、法人の組織を構成する機関の中で会社の代表取締役等の業務執行権を有する執行取締役は、自分で行動できない法人に代わって行為する代理人であるから、代理における同様な問題が潜在していると指摘している。また、法人が自然人と異なるのは、代理人の代理権とは別に、本人（つまり法人）自身の権利能力の範囲が問題とされる。つまり民法34条は、「法人は、法令の規定に従い、定款その他の基本約款で定められた目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う」と規定するが、法令による制限は、一般的に制限するのではなく、個別的に制限規定が置かれている⁶³。

取締役が具体的忠実義務違反とされる場合には、受任者が自己又は第三者の利益をはかり、そのため、委任者が具体的に損害を受ける場合がある。そのような場合の一つとして、代理権の濫用をあげることができる。たしかに取締役が会社の利益を犠牲にして自己の利益を図った場合に、これが善管注意義務に違反しないとは考えられず、その意味では忠実義務に関して異なる理解をしてもそれを異なる効果にむすびつけることは難しい。だが、取締役がその地位を利用して会社の利益の犠牲のもとに自己の利益を図ってはならないという義務を負うこと自体は否定されていない。つまり、善管注意義務では過失の有無が問題となる可能性があるが、忠実義務違反には帰責事由がなくとも、責任が課せられる（会428条）⁶⁴。したがって、これは忠実義務違反が無過失責任であるとはいえない。

また善管注意義務違反ではその責任の範囲は、会社の被った損害となるが、忠実義務違反では、会社の損害だけではなく取締役の得たすべての利得が損害となる（会423条2項）。さらに、忠実義務違反は善管注意義務違反に比べて、裁判所にとって判定が比較的容易である（経営判断の原則）⁶⁵。一方、取締役は、自己を選任した種類株主の利益と総株主の利益とが合致しなかった場合には、種類株主の利益だけを優先し、全体の株主の利益に反する行為を行えば、忠実義務違反ともなり得る⁶⁶。そのほかに、取締役がその地位を利用して会社の利益の犠牲のもとに、従業員の引抜行為のような行為をすれば、自己の利益を図ってはならないという義務に違反するとする事例（東京高判平成16・6・24判

60 これらの規定は、会社の役員の中でも、取締役を対象するものである。ただし、競争行為などの制限は委員会設置会社の執行役についても、準用されている。また、会社に対する損害賠償責任については、取締役と執行役はほぼ同様であるともいえる。

61 落合誠一『会社法コメンタール 8 - 機関 (2)』（商事法務、2009年）55頁〔近藤光男〕。

62 四宮和夫『民法総則第4版補正版（弘文堂、1996年）』241頁。詳細は、柳・前掲注（21）234頁以下を参照されたい。

63 例えば、旧商法は会社が他の会社の無限責任社員になれないと定めていた（旧商法55条）。しかしこの規定に対しては立法論として批判が多く、会社法の制定とともに廃止された。内田・前掲（49）240-241頁を参照されたい。

64 代理人と称して取引をした者が実は代理権を持たず、かつ、本人の追認を得られなかった場合、その取引は無権代理として扱われる。

65 アメリカでは取締役等が職務を行うにあたって一定の注意を尽くすべき義務（Duty of care）と、忠実義務（Duty of loyalty）はわけて論じられることが多く、一般的には忠実義務が問題となるような場合は、会社や株主に対する裏切り行為が行われたような場合であり、その際の義務違反の基準が判定しやすく、また得た利益については確実に吐き出しを求めるなど、より厳格に責任を負わせるべき場合が多いである。詳細は、落合・前掲注（61）51～53頁を参照されたい。

66 この点においては、ここでいう会社の利益とは総株主の利益であり、自己を選任した種類株主の利益ではないと解するべきである（江頭・前掲注（8）416-417頁を参照）。

時1875号139頁）も見られる。

3.1.2) 代理権の濫用による抽象的忠実義務違反

代理権の濫用ことから、忠実義務は、委任契約の合意から生じる委託の履行義務関係とは異なる関係から生ずるものであると考えることができる。すなわち、忠実義務は、合意によって生じた委託事務を履行する義務ではない。忠実義務は、一方（会社の本人など）が他方（代理人の業務執行有する代表取締役等）を信頼して、一方（会社の本人など）の利益を他方に委ねたという事実関係から生ずるのである。このような関係において、忠実義務は、他方（代理人の業務執行有する代表取締役等）は、一方（会社の本人など）から委ねられた利益を害することになるような関係を作り出してはならない、あるいは、代理人の業務執行有する代表取締役等は、自己または第三者の利益をはかり、会社の本人などに不利益を生じさせることはしてならない、という形で現れることであろう。

とりわけ、会社法では、取締役が自己または第三者のために会社の営業の部類に属する取引をなすとき、または、取締役が自己または第三者のために株式会社と取引をしようとするとき、株主総会においてその取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けることが必要である（会356条1項）。特に会社法356条は、取締役の競業禁止義務と自己取引・利益相反取引規制を定めている。それは、改正前商法においては、競業禁止義務規定（旧商264条）と自己取引・利益相反取引規定（旧商265条）は、別々の条文であって、さらに改正前商法では、競業禁止義務違反に関し、会社の介入権⁶⁷とその除斥期間についても規定されていたが（旧商264条3項4項）、会社法ではこれらは削除されている⁶⁸。

3.2 取締役の忠実義務に関する判例の立場

取締役が忠実義務違反とされる場合には、つまり取締役（代理人・受任者）が自己又は第三者の利益をはかり、会社（本人・委任者）が具体的に損害を受ける場合において、取締役の代理権の濫用にに基づき、いわば代理人の権限濫用とする取締役が忠実義務違反をする場合に、取締役の任務懈怠責任が如何に問われるのかを検討する。

〔判例〕野村証券損失補填株主代表訴訟（最高裁平成12・7・7判時1729号28頁、金判1096号3頁）

〔事実概要〕本件は、野村証券株式会社の株主であるXら（原告・控訴人・上诉人）が取締役の責任を追及する株主代表訴訟である。すなわち、野村証券は、平成2年3月に訴外A社に対して有価証券の売買による損失約3億6千万円を補填したところで⁶⁹、Xら

67 上柳克郎=鴻常夫=竹内昭夫『新版注釈会社法(6)』（有斐閣、昭和62年）204頁〔本間輝雄〕を参照されたい。

68 石山・前掲注(12)426頁以下を参照されたい。

69 訴外A社は、野村証券の大口顧客であった。すなわち、野村証券は、A社から有価証券取引口座の開設を受け、昭和48年3月から有価証券の売買などの取引を継続し、また、A社が新株や転換社債を発行して資金調達により合計16億7266万円の引受手数料を、また、本件を含む4回の営業特金の運用に伴い合計9億249万円の委託手数料を、さらに、通常の有価証券取引では合計1871万円の委託手数料を得ていた。また、本件損失補填の後、野村証券とA社との取引関係は良好に維持され、両社との取引により相応の利益を得ている（なお、本件の事実関係および訴訟経過の詳細については、判決文を参照されたい）。

は、本件損失補填が①平成3年法律第96号による改正前の証券取引法（旧証券法）50条1項等に違反すること、②昭和57年公正取引委員会告示第15号の9（不当な利益による顧客誘引）に該当し、独占禁止法19条に違反すること、③取締役の善管注意義務・忠実義務に違反するなどとして、本件損失補填を決定した当時の代表取締役Yら（被告・被控訴人・被上告人）が、取締役としての義務に違反して会社に補填額相当の損害を被らせたものであると主張し、Yらがそのうち1億円を会社に支払を請求している。

第1審（東京地裁平成5・9・16判時1469号25頁、金判928号16頁）および第2審（東京高裁平成7・9・26判時1549号11頁、金判981号8頁）の判決では、いずれも本件損失補填は独禁法19条違反性のみを肯認したが、1審は、本件損失補填によりその後得られる利益を考慮すれば損害があるとはいえないとしたのに対し、2審は、独禁法19条が競争者の利益を保護することを意図した規定であることを理由に、同条違反は旧商法266条1項5号という法令違反には含まれないとして、Xらの請求をいずれも棄却した。

本判決は、最高裁は、旧商法266条1項5号という法令違反（現行会社法423条1項の任務懈怠責任）には、取締役を名あて人とし取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を定める規定のほか、会社を名あて人とし会社が行うに際して遵守すべき義務を定める規定も含まれるとした上で、Yらにおいて独禁法19条違反の認識を欠いた点につき過失があったとはいえないとして、Yらの責任を否定した第1審および第2審の判断を結論的に維持したものである。

今日の判例・学説においては、債務不履行を主に行為義務違反として捉えること（要件事実）に加えて、「過失は規範的要件」であるということにかかわる。つまり、要件事実面で捉えれば、過失があったかどうかは「評価そのもの」であり、主張・証明の対象となる事実（要件事実）ではない。規範的要件としての「過失」にあっては、「過失そのもの」ではなく、「過失があったと評価を根拠づける具体的事実」（過失の評価根拠事実）と「過失があったとの評価を妨げる具体的事実」（過失の評価障害事実）こそが、主張・証明の対象（要件事実）になる⁷⁰。いわば義務違反が債務不履行の判断では義務違反つまり本旨債務違反となっているところから、帰責事由を取りたてて必要とする二要件の判断枠組みを最高裁が確立したことである。つまり、取締役の民事責任は債務不履行事実と免責事由の二要件による判断構造でされ、これは会社法前後で変更はなく、債権法改正の議論を経てもなお、債務不履行法一般に妥当する判断構造とされている⁷¹。

本判決は、取締役の任務懈怠責任（会423条1項、旧商法266条1項5号）が捉えられる際に、その法令の意義について、取締役の受任者としての義務を一般的に定める（会330条→民644条）ほか、忠実義務（会355条）の規定およびこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を別個的に定める規定であることを明らかにしている。また、会社を名あて人とし、会社が行うに際し遵守すべきすべての規定も含

70 潮見・前掲注(2)36頁。

71 得津・前掲注(23)63頁。

まれると解するのが相当であると判示して（判決文を参照されたい）、非限定説の立場に立ち、取締役の会社に対する責任の範囲が限りなく拡大すると考えられる。

とにかく、本損失補填事件以後、そこでいう法令については、株主等の利益供与禁止（会120条1項）や競業避止義務（会356条、419条）等を定める商法中の具体的規定だけでなく、取締役の一般的善管注意義務や忠実義務を定める規定（会330条→民644条、会355条）をも含むとするのが判例（最判平成20・1・28民集227号43頁（北海道拓殖銀行栄木不動産事件））がある。また、従来の通説も、漠然と法令一般が含まれると考えていたようであるが、本件1審判決等を契機として、会社の財産・利益の保護を目的とする実質的意義の会社法に属する規定等に限定されるべきであるとする限定説に対して、非限定説が唱えられるようになった。その中でも、法令違反行為があったからと言って直ちに取締役の履行不完全と評価すべきではなく、法令違反の事実が主張立証されると、注意義務違反が事実上推定されるにとどまるとする見解や、取締役の法令遵守義務は、会社との間の委任契約に基づく善管注意義務とは別個の会社に対する義務であり、当該行為の決定に際して法令違反に当たることを知り得べき場合には、取締役に過失ありとして、損害賠償責任を負うとする見解が見受けられる。

なお、下級裁判所では、近時株式の売却価格又は取得価格の妥当性を巡り取締役の任務懈怠責任に関わる問題として、取締役が忠実義務違反による任務懈怠と認められた場合⁷²、または、親会社取締役の善管注意義務違反が問われる場合もある⁷³。この場合に、親会社が保有する子会社の株式を売却する場合に当該株式の売却価格が廉価であったときに、当該株式の売却価格を決定した取締役について、会社に対する善管注意義務違反による任務懈怠責任が捉えられた場合もある。

4. むすび

現行会社法では、役員等（取締役・会計参与・監査役・執行役・会計監査人）は、その任務を怠ったときは、会社に対し、任務懈怠によって生じた損害を賠償する責任を負う（会423条1項）。既に論じたように、役員等の任務懈怠責任を問う内容に関して、役員等が善管注意義務違反および忠実義務違反（具体的な法令違反）が捉えている一元説と、任務懈怠には、善管注意義務違反と忠実義務違反（具体的な法令違反）とが区別されると解する二元説⁷⁴がある。

72 会社保有の関係会社株式を廉価で認められた事例（大阪地判平成25年1月25日判時2186号93頁、金判1423号49頁）。本判決は、Z1社の支配株式をY1らの関係者に譲渡すべき合理的な理由がないことや、本件株式をその適正価格1株2556円を大幅に下回る1株100円で売却したとして、その差額である1株当たり2456円の損害が発生したとして、取締役の任務懈怠責任を肯定して、X社の取締役Y1らにおいて合理的な経営判断に基づき決定されたものではなく、その売却価格も適正価格を大幅に下回る廉価で行われていることから、X社に損害が発生していると認められる。したがってY1らの忠実義務違反が認められY1らの任務懈怠責任を認めた本件は妥当なものと考えることができる。

73 大阪高裁判決平19・3・15判タ1239号294頁。東京地判平25・1・30金判1414号8頁があり、完全子会社とするために親会社が取引相場のない当該子会社の株式を購入した後、当該買取価格の設定が廉価であるとして親会社取締役の善管注意義務違反が問われる判例。

74 潮見・前掲注(2)39頁。

前記の最高裁判決（最判平12・7・7民集54巻6号1767頁（野村証券損失補填事件））では、この場合の法令には「会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定」が含まれるとして二元説に立っているとみられる。さらに、役員等がこの賠償責任を負う場合において、他の役員等もこの損害賠償責任を負うときは、これらの者は連帯債務者となる（会430条）。すなわち、前記の判決では、最高裁は取締役が具体的忠実義務違反とされる場合には、取締役（受任者）が自己又は第三者の利益をはかり、会社（委任者）が具体的に損害を受ける場合において、取締役の代理権の濫用を基づき、いわば代理人の代理権濫用の有無とする取締役の忠実義務違反に判断されている。

いずれにせよ、取締役が職務執行上における任務を怠ったことにより会社に損害を生じさせた場合に、会社に対する賠償責任を負う⁷⁵。とりわけ、旧商法では取締役の会社に対する責任に関する（旧商法266条1項各号）法規定は、現行会社法では任務懈怠責任（会423条）と特別な法定責任（会120条・462条）に分けて規定されている⁷⁶。特に、現行法では、法令定款違反の責任から任務懈怠責任と表現を変えた423条1項は、その行為が善管注意義務・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、取締役の責任の判断構造を分けずに捉えていることであるという指摘がある⁷⁷。

すなわち、会社法の条文には、任務懈怠と帰責事由を別個の要件として区別していない。通説によれば、任務懈怠責任（会423条）は役員等（取締役を含む）が一般的な善管注意義務違反に基づく責任に関するかぎり、過失責任である（最判昭和51・3・23民集117号231頁）。しかし任務懈怠規定に変更された現在、過失責任を維持するのは定かではない。つまり役員等の任務（会社に対して負っている債務）は、いわば手段債務であり、その不履行は一般的な任務懈怠に当たる。したがって、役員等の責任を追及する側が、問題とされている取締役の行為（作為または不作為）が会社に対する関係で役員等の受任者としての任務懈怠があることを主張・立証しなければならない。そして、債務者である役員等は任務懈怠が立証されない限り、責任を免れることができない（帰責事由がないことを証明しても免責されない）。

そもそも、取締役の会社に対する責任について、任務懈怠責任には、その「任務」と帰責事由との関係をどのように捉えるべきか、とりわけ、法令違反行為や利益相反取引について、取締役の責任が否定されるべき事由として、どのような事情が考えられるか、今後の研究課題として検討したい。

（Liao Haitao・本学非常勤講師）

75 取締役の責任制度は、会社の損害の回復自体を目的とするのか（損害填補機能）、取締役が任務懈怠することを防止するいわば手段的役割のものか（抑制機能）という問題があるが、日本における学説は、責任を負う取締役が複数ある場合に不真正連帯債務性を強調するなどから損害填補機能する傾向を捨てていない。しかし、これを強く認めることは取締役の人材の確保を困難にしかねないので、抑制機能を重視する立場から解釈等を再検討する必要がある（江頭・前掲注（8）467頁以下を参照されたい）。

76 吉原・前掲注（4）525頁。

77 潮見・前掲注（2）38-40頁を参照されたい。