

経営判断と規範：学際的・比較法的アプローチからの 責任法理構築への覚書

上田, 純子
九州大学大学院法学研究院 : 教授

山本, 雅昭
静岡大学人文学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/20580>

出版情報：法政研究. 78 (3), pp.19-58, 2011-12-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



経営判断と規範

——学際的・比較法的アプローチからの責任法理構築への覚書——

上田 純子・山本雅昭

一 はじめに

二 ドイツにおける取締役等の義務と実体的判断——背任罪の成否をめぐって——

(一) 取締役等の義務と裁量

(二) 取締役等の刑事責任

(三) 会社法領域における違法と背任罪の成否

(四) マンネスマン事件

(五) 小括

三 イギリスにおける取締役等の経営裁量と責任

(一) コモン・ロー上の派生訴訟と商事的判断事項

(二) 取締役の注意義務違反と主観的認定基準

(三) 少数株主に対する侵害と経営判断

(四) 会社法上の派生訴訟と経営判断

(五) 取締役の資格剥奪における経営関与への不適合性の判断

(六) 刑事責任との交錯

(七) 小括

四 結びに代えて

一 はじめに

役員等は、会社との委任の關係に従い（会社法三三〇条。以下、とくに法令名の断りがないものについては、会社法の条文を指すものとする）、会社に対し受任者としての善管注意義務を負い（民法六四四条）、さらに、取締役・執行役は、会社に対し忠実義務をも負う（三五五条）。取締役等が善管注意義務違反または忠実義務違反により会社に損害を与えれば、取締役等には任務懈怠責任が生じるほか（四二三条）、刑事責任が生じる場合がありうる（九六〇条以下）。

近時、善管注意義務違反に基づく取締役の行為により、会社に損害が生じ、株主から責任追及の訴え（八四七条以下）が提起されるとともに、同一の事案について、取締役の刑事責任が問われ、かつ刑事責任の判断において次のような特徴を抽出しうる事例に遭遇するようになった。すなわち、会社法上の任務懈怠責任の成否については、遅くとも一九九〇年代初頭までには、下級審において一定の経営判断規範が意識されるようになっていた。⁽³⁾ 刑事責任の成否の判断においても、類似的考慮がみられるようになり、裁判所は、規範的要素を含む犯罪構成要件の解釈ないし構成要件該当性の判断にあたり、取締役等による企業経営上の専門的な判断を尊重する傾向にある。⁽⁴⁾

本稿は、以上の問題意識を前提に、従来もっぱら民事責任の文脈で文献の集積をみてきた取締役等の経営判断の原則について、取締役等の刑事責任の成否における経営判断尊重の意義にも鑑みた総合的な考察を目的とする^⑤。もつとも、限られた紙数のなかで多くの視点や議論を盛り込むことは困難である。したがって、本稿は、かかる総合的な考察の端緒として、ドイツおよびイギリスからの示唆を受けた比較法的検討に力点を置く。欧州の状況に関する調査研究は、アメリカ合衆国に関する研究成果^⑥にみる限り、相対的に遅れているにもかかわらず、わが国において依然として詰められていない点について得るべき示唆は決して少なくないためである。

以下、二においては、ドイツにおける会社法領域における経営判断の原則の明文化に至る過程をみるとともに、取締役等の背任に関する裁判例を取り上げつつ、その判断要素の抽出および会社法領域における経営判断の原則との関連性について考察する。続いて、三においては、イギリスの取締役等の経営責任成否等をめぐる裁判実務を機縁としつつ会社法領域における責任の有無の判断における経営上の決定の意義とともにその刑事責任との関連づけを試みる。四においては、本稿におけるとりあえずの議論の整理と今後の検討課題を提示する。

二 ドイツにおける取締役等の義務と実体的判断—背任罪の成否をめぐる—

冒頭に述べたように、近年の裁判例の流れからは、企業経営における法的責任追及の限界を明確化する努力の跡を見ることができ、取締役等が同じ観点から民事責任とともに刑事責任（とくに、会社法上の特別背任罪）を問われる可能性のある領域において両者の関係はどのようなものかなど依然、取り組むべき課題も少なくない。本節において、法秩序の統一性に関心の高いドイツの法状況を参照しようとする所以である。

(一) 取締役等の義務と裁量

ドイツ株式法は、取締役の義務として、指揮義務（七六条一項。以下、本節においてとくに法令名の断りがないものについては、ドイツ株式法の条文を指すものとする）等を個別に定めるほか、その業務執行につき通常かつ誠実な営業指揮者の注意を用いることを要すると定めている（九三条一項一段。監査役員については一一六条。また、有限会社の取締役の注意義務については、有限会社法四三条一項）。取締役等は、義務違反の行為により会社に損害を与えた場合、会社に対し損害賠償責任を負うが（九三条二項ないし五項）、その一方で、損害の発生を予見しながらあえて当該業務執行を選択し、果たして損害を惹起したとしても、義務違反にあたらぬ場合のあることが認められてきた。すなわち、類型的に将来予測を伴う不確実な経営判断は、事後的な司法審査に服させるべきでなく、それが取締役等に認められた裁量の範囲内で行われる限り、会社に損害を発生させたとしても、取締役等は損害賠償責任を負わないとする経営判断の原則が適用される場合である。^⑦この原則は、近年の株式法改正により成文化されるに至ったが（九三条一項二段）、その一契機をなしたのがA R A G／ガルメンバック事件である。すなわち、ある金融会社が銀行から借入れをして取引先の投資会社に貸し付けたが（その際、同投資会社をして直接、銀行に返済させるとの約定であった）、杜撰な経営が原因で同投資会社が倒産し、金融会社自身も銀行に返済できなかつたので、その完全親会社（被告会社）が、完全子会社である金融会社の返済を肩代わりすることになった。ところが、親会社の代表取締役は、子会社の単独代表権をもった代表取締役でもあり、子会社の銀行からの借入れに関する親会社保証にも関与していたという事情があった。そこで、親会社の監査役員の一人（原告）が、この代表取締役には投資会社との取引に関し親会社に対する注意義務違反があり、これによる損害を賠償させるよう提案したのに対し監査役会がこれを否決したので、この決定を違法としてその無効確認を求めたという事案において、連邦通常裁判所は、監査役会の審査権限の及ばない領域があることとの関連で、取締

役には将来予測的要素を含む企業経営上の決定に際して広い裁量があり、その範囲内で行われた決定である限り、会社に損害をもたらす結果になったとしても、（リスクを意識して引き受けた場合であれ、そうでない場合であれ）損害賠償責任を負わないとの規範を立てた。^⑨ 裁量の限界を逸脱したか否かは、取締役が責任の意識から、もっぱら会社の利益のために、決定事由を注意深く確認して決定したか否かにより判断される。したがって、裁量の範囲内で業務執行の決定をしたというには、経営判断の原則の適用される業務執行が将来予測を伴うものである以上、当該業務執行の帰結は決定時点において利用可能な情報に基づいて予測するほかになく、そこで採用した情報が妥当なものであれば将来予測の正しさが担保される関係にあることから、取締役等においては、まず情報収集義務を尽くすこと、^⑩ そのうえで、将来予測にふさわしい事実的基礎を選択して、その各側面を評価しそれに伴うリスクと衡量することが求められるわけである。^⑪

（二）取締役等の刑事責任

株式法は第四部第三章に、株式会社の取締役等に対する罰則を置いている。すなわち、虚偽告知（三九九条）、不実表示（四〇〇条）、損失、債務超過および支払不能における義務違反（四〇一条）、虚偽の資格証明書発行（四〇二条）、報告義務違反（四〇三条）、守秘義務違反（四〇四条）を犯罪としているほか、未払込み分のある株式について払込済金額の表示がない記名株式の発行等一定の行為を秩序違反としている（四〇五条）。^⑫ とはいえ、株式法上の犯罪の法定刑がせいぜい長期三年の拘禁刑であるから、取締役等にとつて主たる関心事はむしろ、刑法典上の背任罪（刑法二六六条）であろう。ドイツ刑法典は、背任罪の構成要件について、わが刑法典と異なり、濫用型（二六六条一項一段）と背信型（同二段）を区別して定めるが、後者は前者を含む包括的なものと解され、^⑬ 背任罪成否の焦点は、他人の財産管理義務を負っている者がその義務に違反して本人に損害を与えたか否かにある。ところが、現在、将来予測を伴う業務執

行決定にあたり経営判断の原則が適用され取締役等の損害賠償責任が限局される場合のあることが認められるようになった。その場合、刑事責任についても相応の配慮が求められるべきことになるであろうが、この問題は具体的には、取締役等が裁量の範囲内で業務執行の決定をしたとき、背任罪の任務違背が否定されるのか、また、裁量を逸脱したとき、会社法等他の法領域における義務違反からただちに背任罪の任務違背も認められるのかというかたちをとって表れる。

(三) 会社法領域における違法と背任罪の成否

取締役等の注意義務は、会社の業種および規模、取引数量、景況、時勢ならびに各取締役固有の義務によりその内容が決まってくる性質のものであるから、背任罪における任務違背の成否も事案ごとの判断による面が少なくないところ、近年、この点でも参考となる連邦通常裁判所判例が相次いだ。

金融機関が回収可能性に懸念のある相手方に対して行う融資は、リスク取引の代表例といえ、融資先が倒産し融資を回収することができなくなった場合において融資を決定した取締役等に背任罪が成立するか否かがかねて問題とされてきた。⁽¹⁵⁾ 金融機関の取締役等も会社の財産を管理する義務を負うことに変わりはないが、事業の性格上、回収が絶対確実でなければ融資を決定してはならないということにもならないであろう。それでは、どのような場合に回収不能のリスクを覚悟のうえで融資を決定することが許されるのであろうか。いかなる相手方に対していかなるかたちで融資を行うかは、将来予測を伴うきわめて高度な専門的判断を要するので、ここに経営判断の原則の適用される余地がある。

保全不足のまま融資を行ったことについて背任罪の成否が問題となったM貯蓄金庫事件において、連邦通常裁判所刑事第一部は、融資先の財産関係を精査しなかったこと、他の金融機関が融資回収の動きをみせているのにその理由を解

明しなかったこと、融資対象を実地調査しなかったこと、不十分な資料しかないのであればさらに資料の提出を求め独自の調査をしなければならないのにこれを怠ったことなどの事実を挙げ、情報収集義務および審査義務に対する重大な違反があったとして、背任罪の任務違背を認めた。⁽¹⁶⁾ この判断に先立ち、同裁判所は、先行判例に依拠して、リスクと期待利得との衡量が注意深く行われるならば、融資が回収できなくなったとしても背任罪の任務違背にはならないところ、融資先の信用状態を包括的にかつ注意深く審査してはじめて融資を行うというのが銀行の業務慣行に即した融資の原則であるから、融資先の経済関係に関する情報収集義務および審査義務に著しく違反して融資を行った場合には背任罪の任務違背が認められるとの規範を立てている。⁽¹⁸⁾ ここで、これら義務違反の手掛かりとされているのが信用制度法(Kreditwesengesetz) 一八条所定の義務であるが、これに形式的に違反するだけでただちに背任罪の任務違背が認められているわけではない。すなわち、情報不足が他の等価値の情報によって補填される場合には背任罪の任務違背が否定されることがあるとして、信用制度法上の義務違反であっても銀行の業務慣行に即した融資先の経済関係に関する情報収集義務および審査義務に対する重大な違反といえないものは背任罪の任務違背にあたらないとともに、信用制度法上は義務違反にならないのに背任罪の任務違背が認められることはないとして、⁽²⁰⁾ 法秩序の統一性を堅持するものの如くである。⁽²¹⁾

文化活動に対する経済的支援は、それ自体、会社にとって相応の出捐にほかならないが、原則として許されるものと解されてきた。⁽²²⁾ところが、州政府の全額出資にかかる南西ドイツ交通株式会社の代表取締役が同社の監査役員に就任する予定の州政府交通大臣に対し、その代表を務めるスポーツ団体への寄附として会社の資金を提供したことが背任罪に問われた南西ドイツ交通事件において、連邦通常裁判所刑事第一部は、本件寄附に将来に向けた波及効果のあることを全面的に否定しはしなかった（したがって、本件寄附が一応、代表取締役の裁量事項に含まれることを認めたものと思われる）ものの、裁量の逸脱にあたり許されないと結論づけた。すなわち、スポーツ団体への寄附も、その宣伝効果に

着目して経営判断事項であることが認められ、援助の対象と企業活動の対象との間に関連性があること、会社の規模および財務状況との関係で支出額が妥当なものであることが裁量の限界を画するところ、⁽²⁵⁾ 背任罪の任務違背が認められるのは、裁量の限界を逸脱すればただちというわけではなく、会社法領域の義務違反が重大な場合、すなわち、企業活動の対象との近接性がない、会社の収益状況および財産状態に照らして妥当性に欠ける、経営内部における透明性に欠ける、純粹に個人的な好みの追求など不正な動機があるといった事情が全体として充たされる場合であるとしたうえで、本件寄附がスポーツ団体支援のためであることを明らかにせず、スポーツ団体からの見返りもなく、客観的に会社の企業活動とスポーツ団体との関係が全く明らかになっていないこと、そうした本件寄附は州から多額の赤字補填を受けている会社の経営状況に照らして妥当でないこと、受取人のスポーツ団体ないし地域に対する貢献を強調するのに利用され受取人自身に利益をもたらすものであったこと、受取人の私的利益に資することが明らかであるのに代表取締役が本件寄附を単独で決定したこと、本件寄附は通常の記帳手続を経ずして行われ、書類上の使途は実態を反映したものでなかったことなどから重大な義務違反にあたるとして、背任罪の任務違背を認めた。⁽²⁷⁾ 背任罪の任務違背が認められるのを前刑法的義務違反が重大な場合に限定する点で、M貯蓄金庫事件と方向性を同じくする一方で、経営判断の実体面における合理性を問題とし、裁量逸脱を判断するメルクマールおよびその重大性判断のメルクマールに事案固有の特徴がみられるが、寄附により会社にもたらされるであろう利益を正確に算定するのが難しいことから、⁽²⁸⁾ およそ期待利益を考へ難い場合を除外するためのメルクマールとともに宣伝効果が芳しくなかった場合において寄附相当額の出捐が会社に与える経済的打撃の程度を評価するためのメルクマールが援用されているのであって、業務執行に将来に向けた波及効果の認められる場合一般と本質的な違いがあるわけではない。

（四）マンネスマン事件

M貯蓄金庫事件、南西ドイツ交通事件ともに、前刑法的義務違反が重大な場合に背任罪の任務違背を認めるとの解釈に立脚するものであったことに疑いはないと思われるところ、マンネスマン事件では、この点も改めて争点となった。本件は、代表取締役等に対する特別賞与の支給決定に関与した監査役員等が背任罪に問われるなどしたものであるが、マンネスマン株式会社の監査役員を務めていたドイツ銀行取締役（現総裁）が被告人に含まれていたほか、電気通信事業の分野に進出しようとしたマンネスマンに対しボーダフォンが敵対的買収を仕掛けたことに関連する事案でもあり、世間の耳目を惹かずにはおかなかった。

本件支給決定当時、その受給者の一人である代表取締役が、数月以内に退任する予定であったほか、同社は買収競争に敗れてボーダフォンに買収されようとしていたことから、デュッセルドルフ地方裁判所（以下、デュッセルドルフ地裁という）、連邦通常裁判所⁽³⁰⁾とも、本件特別賞与に株式法上の報酬原則（八七条）違反を認めたが、背任罪の成否については見解を異にした。デュッセルドルフ地裁は、前記A R A G／ガルメンベック事件等を引用して取締役の報酬決定にあたり監査役員に裁量のあることを認めたうえで、株式法上の適法性審査メルクマールについて各個に検討する限りではともかく、総合的考察により裁量を逸脱したものとして株式法違反を認めた⁽³¹⁾。そこで、株式法違反と背任罪の任務違背との関係が問題となるが、デュッセルドルフ地裁は、経営判断を要する場面において背任罪の成立には財産に関する義務違反が重大であることを要するとして限定解釈の立場をとり、背任罪の成立を否定した。すなわち、（前記A R A G／ガルメンベック事件連邦通常裁判所判決ほか三判例を引用して）会社の収益状況および財産状態、経営内部の透明性、情報収集義務および審査義務の取扱い、決定権限、行為の動機ならびに決定事由導出の方法および態様という会社法領域のメルクマールについて検討を加えた結果、背任罪にいう重大な財産管理義務違反にあたらないうのであ

る。背任罪構成要件の限定解釈の妥当性のほか、⁽³⁵⁾ 本件特別賞与が報酬の二重払いであることを確認し、将来に向けた波及効果のないことが確定しているにもかかわらず、裁量逸脱の有無を判断するメルクマールについて検討を加えていることは問題となりうるであろう（裁量逸脱の有無を判断するメルクマールすべてについて重大な財産管理義務違反を否定する検討結果が導き出されていることもあり、会社法領域のメルクマールとして検討された諸点相互の関係やその検討結果と重大な財産管理義務違反との関係も明らかでない）。

連邦通常裁判所刑事第三部はその上告審において、監査役員等は、報酬の二重払いである本件特別賞与の支給にあたり、将来予測を求められる状況に直面していたわけではないから、支給決定に裁量の余地はなく、したがって、裁量逸脱の有無を判断するメルクマールについて検討を加える必要もないなどとして、⁽³⁶⁾ 原審判決を破棄し、事件をデュッセルドルフ地裁に差し戻した。本件支給には、マンネスマンを買収することになったボードフォンがあらかじめ同意を与えていたようであるが、支給決定時点ではボードフォンが一〇パーセント未満の株主にすぎず、支給の最終時点でも最大ではあるが唯一の株主になっていたわけではないことから、株式法違反・背任罪の財産管理義務違反を否定する事由とは認められなかった。⁽³⁷⁾ また、本判決は、背任罪の解釈問題に一応の決着をもたらした。すなわち、背任罪の成立には財産に関する義務違反が重大であることを要するとした原審判決の限定解釈を否定し、前記M貯蓄金庫事件および南西ドイツ交通事件に関する刑事第一部判決とともに、前刑法的義務に対する重大な違反がある場合に背任罪の任務違背が認められることを明らかにした。⁽³⁸⁾

その後、本件は、差戻し審において手続が停止させられるに至った。その際、被告人等六人には総額で六〇〇万ユーロを超える賦課金の支払いが命じられ、それは国庫および公共施設に収納された。⁽³⁹⁾ デュッセルドルフ地裁は、被告人等に対する負担金の賦課および指示によって刑事訴追に関する公益が排除されると判断したのであるが（刑事訴訟法一五三条a一項一段参照）、その理由として、前記連邦通常裁判所刑事第三部がすでに重要な法的問題について判断を示し

たことを挙げたほか、本件行為が違法か否かにつき、とくに経済的意義との関連において、専門家の間にも争いがあり、マンネスマンからの諮問を受けた誰一人として諫言を発しなかったこと、検察官も告発に対していったんは適法と評価し、その金額についても問題ないとしていたこと等の事情を挙げて、手続停止が責任の重さと矛盾しないとの判断を導いていること、⁽⁴¹⁾ 負担金の水準が被告人等の収入に比べて少ないにもかかわらず正当化されるのは、本件特別賞与支給時点でマンネスマンの株式の約九八パーセントを保有するに至っていたボーダフォンが支給に同意を与えていたからであるとしたことが注目される。⁽⁴³⁾

（五）小括

経営判断の原則ないし類似の思考を用いるにあたり、まず問題となるのは、当該業務執行に将来に向けた波及効果があるかである。役員に対する報酬は、業績に依存する可変的部分を含むとしても、あらかじめ定式化しておくことにより、約定においてすでにその将来に向けた波及効果を考慮し尽くすことができるから、マンネスマン事件のように、特別賞与について経営判断事項でないとの判断も十分成り立つであろう。M貯蓄金庫事件における融資や南西ドイツ交通事件における文化事業への経済的支援など、決定時点において期待利得の不確実性を完全に排除できるとは限らない性質の業務執行と常と同列に扱うわけにはいかない筋合いである。翻って、北國銀行事件においては、将来に向けた波及効果が否定されたが（最判平成一六年九月一〇日刑集五八巻六号五二四頁およびその差戻し審である名古屋高判平成一七年一〇月二八日高検速報（平一七）号二八五頁）、信用保証協会理事等が代位弁済を履行すべきかを判断するにあたり、その期待利得算定において他事考慮をして、単なる損失取引に将来に向けた波及効果があるとの錯誤に陥ったことに起因するものとみられ、信用保証協会による（債務保証はもちろん）代位弁済一般が本来的に経営判断の原則と無縁

のものとされたわけではない。

経営判断の原則が適用可能な状況が出現したとして、次に問題となるのは、会社法等他の法領域における義務違反の成否およびこれと背任罪の任務違背との関係如何である。わが国の実務においては、とくに後者の問題について、銀行の内規に定める融資の諸原則に対する違反と背任罪の任務違背との関係に触れたものが散見されるにとどまるところ（北海道拓殖銀行事件第一審札幌地判平成一五年二月二七日刑集六三卷九号一三五六頁等参照）、ドイツでは法秩序の統一性が堅持され、前刑法的領域における違法が刑法上の違法の前提をなすことが繰り返し強調されている。もつとも、一連の判例からは、前者が重大性を帯びれば後者に転化するという以上のことをただちに読み取るのは難しく、また、両者の関係が必ずしも明瞭ではない判例も続いており、ドイツにおける実務の動向を注視する必要性は依然、失われていない。

三 イギリスにおける取締役等の経営裁量と責任

イギリスにおいては、比較法的には、経営判断の原則という明確な判例法理はなく、まして立法による対応もないと整理されてきた。⁽⁴⁵⁾ たしかに会社経営者の義務違反 (breach of duty) 等を理由とする訴訟において、実体法上の概念として経営判断の原則そのものの採用は明示されてこなかったと整理できるかもしれない。法律委員会は、一九九九年の報告書において、経営判断の原則はイギリスでは明文化されるべきでないと勧告している。⁽⁴⁶⁾ もつとも、経営者または支配株主と少数株主等との係争にかかるイギリスの判例においては、business judgment に代え、commercial decision または commercial judgment という文言にしばしば遭遇する。⁽⁴⁷⁾ また、手続的なルールではあるが、一九世紀にコモ

（一）コモン・ロー上の派生訴訟と商事判断事項

一八四三年の貴族院判決である *Foss v. Harbottle*⁽⁴³⁾ は、公園用地を買収するために設立された会社の取締役らによって、会社財産が濫りに費消され、あるいは、物上担保に供され、会社は事実上の倒産に至り公選収益管理人が選任されたため、二名の少数株主から取締役らに対し提起された責任追及の訴えに関する。本判決は、取締役らの作為または不作為により会社が損害を被った場合の原告適格を確立し、もって、株主による派生訴訟の可能性を著しく狭めたものとして名が知れるが、その理由のひとつとして、提訴すべきか否かは取締役会が判断すべきであって、裁判所は後知恵で自らの価値判断によってその是非を判断すべき立場にはないことが掲げられた。⁽⁴⁴⁾ このような考慮は、より早い一九世紀初頭の組合法理にその淵源を見出し、実体法上の概念ではないとしても、経営判断の原則に相当する価値判断を伴うものといえる。取締役らの義務違反に対し裁判上の救済を与えるか否かの判断には、当該義務違反の内容、会社が被った損害の規模、株主等の会社の利害関係者への影響、提訴による会社やその利害関係者の利害得失等に鑑みた価値判断が必然的に伴うであろうから（なお、この点については後述（四）、参照）、手続上の原則とはいえ、実際には、責任の原因となった取締役らの作為・不作為に関する取締役会の評価を尊重する原則として機能することとなるからである。この点に関連して、派生訴訟の危険が相対的に少なく、したがって取締役の作為・不作為に関する司法審査基準確立の必要性がそれほど高くなければ、それ以上に機動的かつ冒險的判断から取締役を保護しようとの政策判断が生まれないため、イギリスにおいて経営判断の原則の明示的な採用がなされてこなかったとの分析もみられるが、⁽⁴⁵⁾ 卑見からすれば因果の序列づけを逆転させるものである。

次に、高等法院衡平法部の判決のなかには、上述したようにたびたび commercial decision または commercial judgment への不介入に言及するものがある。請求内容に応じて、①取締役の注意義務違反に関するもの、②少数株主

に対する侵害に関するもの、および、③取締役の行為義務違反に関するもの、に大別され、根拠規定における要件等の相違により、その判断内容は以下にみるように若干異なる。

(二) 取締役の注意義務違反と主観的認定基準

主観的基準により取締役の注意義務違反を認定していた古い時代の裁判例として、*Re Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd*⁽⁵²⁾が注目される。ブラジルの天然ゴムプランテーション用地を購入する目的で設立されたB社において、会社設立と同時に株式募集のため会社が発行した目論見書に虚偽情報が含まれていた。当該情報は訴外M作成にかかる報告書から転載されたものであり、また、ブラジルに派遣した使用人から当該Mの報告書および目論見書の情報が真実と異なる旨の連絡を受けていたにもかかわらず（もつとも、同使用人は契約については速やかに履行されたい旨の結論を付していた）、B社の取締役らは用地購入契約の手続を進め代金を完済した。B社の取締役らはいずれもB社の発起人に請われて就任した、会社経営または天然ゴム関連事業にはほとんど素人の者たちばかりであった。B社の附属定款には、取締役または他の役員は、…自己の不誠実（dishonesty）により生じた場合でない限り、自己の判断の過誤または不注意な誤り（oversight）によるいかなる損失もしくは損害、または自己の職務上またはそれに関する義務の遂行過程で生じたいかなる損失、損害、もしくは財産の流失（misfortune）にも、責任を負わないとの規定があった。B社は強制清算手続に服し、その過程で清算人から、十分な調査なく本件契約を締結したことおよび報告書の虚偽が発覚した時点で契約の履行を回避しなかったことに重大な過失があり、取締役に対し失当行為（misfeasance）に基づく損害賠償を請求すべく（一九〇八年総括会社法二二五条下の義務違反を構成する）、本件提訴がなされた。判旨は主要次のような理由づけによって、清算人の請求を棄却した。

取締役の義務は、当該取締役の知識または経験に鑑みて期待される相当な注意（reasonable care）でもって行為することを当該取締役に要求する…本件取締役はゴムの採取・製造・販売に関し無知であり、当該無知から帰結される過誤（mistakes）に責任を負わない。他方、取締役がゴム事業に通じている場合には、会社の利益に資するべく自己の知識を供しなければならず、会社の事業を遂行する場合には、相当な注意を用いなければならない。…かかる相当な注意とは、通常人（an ordinary man）が同一の状況に置かれた場合に期待される注意であるべきであって、判断の誤り（errors）による損害には責任を負わない。取締役が会社を代表して契約を締結し、当該契約の履行のために会社が設立された本件のような場合、誠実に（honestly）行動した取締役は当該契約の締結に関し、責任を負うものではない。判旨は、本件について、「…裁判所自身が合理的と考える基準で判断されてはならないという立場に与する」としたうえで、Mの報告書は詐欺ではなく誇張に過ぎず、売買を成功裡に進めようとする事業の動機としては十分理解できる。…取締役らは当該契約が会社に便益をもたらすと信じたが、使用人の報告は結論として本件売買を推奨しており、それは、過失によってもたらされたものではないと結論する。…かかる定款規定は、有効に取締役の任用契約の一部を構成し、…したがって、不誠実を伴わない過失に基づく責任の訴求はできない…また、一九〇八年総括会社法二一五条の失当行為は、会社に損害をもたらす背任（breach of trust）⁽⁵⁶⁾の性質を有するものである。背任には、義務違反（breach of duty）も含まれる。本件はかかる場合にあたらない、などとした。

本件は、取締役の注意義務の程度・範囲に関する主観的判断基準に関するランドマーク・ケースである一九二五年のRe City Equitable Fire Insurance Company 事件⁽⁵⁷⁾にも引用されており、同基準の定立に貢献したといえる。もともと、主観的基準による取締役の注意義務違反の成否の判断は、イギリスにおける経営判断の原則の必要性を後退させることになる。すなわち、取締役の義務は、取締役個人が有する技能等に応じて観念され、その義務違反の成否の判断にはさらに個別の事実—たとえば、当該取締役が会社においていかなる地位を占めていたか等—に由来する不確実さが加わる。

したがって、イギリスにおける取締役の注意義務違反の評価はすでに相当な幅をもって柔軟になされ、単なるネグリジェンスによる責任は認められないとの判例法理が確立しているほか、会社法は明文の規定でもって、ネグリジェンス、デフォルト、義務違反、または背任による責任追及訴訟が提起された取締役について、裁判所に、誠実性・合理性(acted honestly and reasonably)の基準による裁量的免責の権限を付与している(現行規定として、二〇〇六年会社法⁽⁶⁰⁾一一五七条⁽⁶¹⁾)。誠実かつ明白な不当性(misfeasance)なく行為する限り、取締役は責任を負わないのであれば、あえて経営判断の原則に依拠する実益はあるまい。近年は、取締役の注意義務違反の成否の判断に客観的基準が用いられるようになっていくが、今なお個別の事案における裁判所の裁量の幅は相当に広く、注意義務基準の客観化が経営判断の原則の導入の必要性を格段に高めたとは考えにくい。

(三) 少数株主に対する侵害と経営判断

少数株主に対するコモン・ローやエクイティ上の救済法理に加え、会社法上の少数株主救済の術が充実してくると、株主から個々の取締役の経営責任を追及する多数の訴訟が提起された。これらの訴訟においても、裁判所は一貫して経営に関する内部的意思決定に介入しないとの姿勢を見せてきた。

このうち、少数株主に対する抑圧的行為(oppressive conduct)への救済規定が初めて導入された一九四八年会社法に基づくものとして、Re Five Minute Car Wash Service Ltd 事件⁽⁶³⁾がある。

申立人は、F社の発行済株式三一〇一株のうち六二株を保有し、従前F社の取締役の地位にあった。F社の取締役会議長兼業務執行取締役であるEはF社の過半数の株式を保有していたが、G社・J社に新株の割当てを行うことにより、その保有株式は、Eが一二四〇株、G社・J社を併せて一五四九株となった。申立人は、EがもつばらE夫妻の私的利

益のためのみにF社業務を執行していることに加え、次の点を含む多数の事実を挙示し、F社、E、F社の株主であるG社・J社に対し一九四八年会社法⁽⁶⁴⁾二一〇条に基づく救済（E、G社、J社のいずれかまたは共同での株式の買取りまたは正当（just）と認められる救済命令）を求めた（G社・J社に対する申立ては、F社の支配株主の立場からのEの行為の監視義務違反があったとの理由による）。申立人が掲げたのは、Eとの（人事や取引先の選定などをめぐる）見解の相違、プロジェクトに関するEの非効率な采配、Eの不適切な指揮による生産性のない取締役会の議事、また、より一般的に、Eの会社の代表者としての資質の欠如等によりF社が設立以来二〇万ポンドの損失を被った事実などであった。

判旨は、G社・J社に新株割当てがなされたことにより、EはF社の支配権を失ったため、新株発行以降のEはF社の少数派株主に対し抑圧的所为に出られる立場にないとし、次の点に言及しつつ、新株割当て前の事実を前提に一九四八年会社法二一〇条による救済が可能か否かを審理した。

株主にとって「抑圧的（oppressive）」な行為というのは、単なる、①会社の業務執行の態様への信頼の喪失、②排除されたことへの逆恨み、あるいは、③方針であると効率性であるに関わらず会社の業務執行への不満または異議、ではない。⁽⁶⁵⁾ 本件での申立ては、単にEが、取締役会議長兼業務執行取締役としての義務の履行において、賢明でなく、非効率で、不注意である（unwise, inefficient and careless）ことを示唆しているにすぎず、Eが申立人または他の株主に対して無節操、不公正、または誠実さを欠いて行為した（has acted unscrupulously, unfairly or with any lack of probity）ということを示唆する証拠は何もない。本稿の関心との関連では、申立人とEとの人事や取引先の選定をめぐる方針や見解の違いは、commercial decisionの問題であるとして、同条下の救済の射程外とされている点が特筆される。

会社法の改正により、一九四八年会社法二一〇条は、一九八五年会社法⁽⁶⁶⁾四五九条に受け継がれたが、文言は若干変更

された⁽⁴⁷⁾。次の二つの判決は、一九八五年会社法の下で争われた事案に関する。

(v) Re Sam Weller and Sons 事件⁽⁴⁸⁾ (以下、Sam Weller 事件または判決という)

S社の株式は、その一人取締役S、Sの二人の息子、および、Sの甥J・姪Rによって保有され、とりわけ、J・Rはその後相続等が生じたこともあつてその保有割合を四二・七パーセントにまで増加させた。Sの二人の息子はS社の従業員であつた。J・Rは、Sによる、新たに取得した株式の名義書換え、増配、および、SおよびSの息子の報酬の開示の事実上の拒絶、また、S社財産の私物化・費消を根拠に、一九八五年会社法四五九条および四六一条に基づく救済として、その保有株式のすべてをSに買取らせる旨の申立てを行った。これに対し、Sとその二人の息子は、(J・Rの株式の被相続人が死亡時に会社の役員であつたか否かの附属定款規定の解釈に関する争点であるため)名義書換えの拒絶を除き、申立てにかかる行為はすべての株主に平等に影響するものであつて、一部の株主の利益のみを不当に侵害するものではない、また、予備的に、会社財産の使用に関する経営決定への継続的批判は、一九八五年会社法四五九条による救済の射程外であると主張して、申立てを受理命令を求める申立てを会社の名において行つた。

判旨は、次のような判断に基づき、不受理命令申立てを棄却した。争点は、J・Rの申立てを基礎づける事実が一九八五年会社法四五九条の射程内にあるか否か、すなわち、特定の株主を「不当に侵害 (unfairly prejudicial)」するものであるか否かであり、本稿に示唆しうる判示は、Sらの予備的な主張に対し、「∴裁判所がこの種の決定(筆者注…商事事項の決定)を不当に侵害的な所為と受け入れることに通常謙抑的であろうことに疑いを容れない」とされた点にとどまる。この部分は、Sによる増配の拒絶に関し、会社法四五九条に基づく不当な侵害性を確立したあと傍論的に触れられたにすぎず、判旨は、結論的にはSらの主張を斥けている。

ほぼ同時期に同じく高等法院衡平法部において下された次の判決もまた、一九八五年会社法四五九条の射程に関する

争点を含んでいたが、Sam Weller 判決に一步踏み込んで、過誤経営 (mismanagement) が同条の要件である「不当な侵害」を充足しうるかの判断への介入に裁判所が消極的である旨に触れている点が注目される。

(b) Re Elgindata 事件⁽⁶⁹⁾

コンピューターの計算ソフト等の開発に従事するRはAIBD (Association of International Bond Dealers; 国際証券業者協会) から研究開発資金を得て、Pが業務執行取締役を務めるC社で研究開発を行うこととなり、そこからRとPの業務上の協力関係が始まった。E社は、C社が清算したあとでPによって設立された会社であり、Rの働き掛けにより、AIBDとのライセンス契約を得て、ロイヤルティの支払いと引換えにAIBDのブランド力に借りた販売促進活動を行っていた。その後R夫妻はE社の株主ともなり、その持株割合は、当初三三パーセントであったのが、株式の買増しにより四四パーセントになった。

さらに、RはE社のR&D担当かつセールス部門の使用人を兼務する、無報酬の非業務執行取締役に選任されたが、Rの推薦により雇用された従業員のPによる解雇、Rが設計を修正する予定であった新製品の部品の発注、あるいは、他社からの買収の提案と交渉の開始は、いずれもRに知られることなく進められたほか、PとRの間には些細な点においても行き違いが生じ、両者の不和が高じて、最終的にRはE社の非業務執行取締役を辞任した。PはE社との新たな任用契約を締結したが、R夫妻は、Pの経営上の不注意または能力の欠如、会社財産の私的流用、配当金の不払い、上記ライセンス契約上のロイヤルティ支払いの遅滞、および、重要な経営事項の独断専行等について、一九八五年会社法四五九条および四六一条に基づく可能かつ裁判所の裁量において最も適切とされる救済を申し立てた。

判旨は、会社の業務においていかなる不注意または能力を欠く経営が、一九八五年会社法上の株主の利益に不当に侵害的な行為を構成するかの判断に関する先例はほとんどないと断ったうえで、上記Sam Weller 判決に多くを依存した⁽⁷⁰⁾。

判旨は、Sam Weller 判決を支持し、①申立人と被申立人の間で、ある経営上の決定が商事判断として正当なものか否か、あるいは、会社の業務執行に関する提案が商事的に健全であるか否かについて対立する場合、裁判所は、四九条の申立てに基づきかかる対立を解決する立場にない。裁判官にはそうすべき資格がないのみならず、会社業務の統括に際し自分たちと異なる見解をとること自体に、申立人に対する不正 (unfairness) はないからである。⁽⁷²⁾ ②株主は、その保有する株式の価値がある程度経営者の能力に依存することを知って株式を取得する。しかし、取締役の注意義務違反でもない限り、経営者の資質が株主の期待に沿わず低いことが露見したとしても、そのこと自体は、当該株主に對し不公正を構成することにはならない。⁽⁷³⁾ 会社業務の過誤経営は少数株主の利益を不当に侵害する行為を構成するとしても、経営方針をめぐる見解の相違は、そのような場合に該当しない、⁽⁷⁴⁾ などとした。

(四) 会社法上の派生訴訟と経営判断

多くの議論を孕みながらも二〇〇六年会社法により明文化された株主による派生訴訟は、徐々に浸透し利用され始めているが、他方、裁判所はコモン・ローに委ねられていた時代の先例に依拠した制限的解釈を続けている。そのなかで、本稿の関心からいえば、株主から裁判所に對し、派生訴訟追行命令が請求された、*Iesini and Others v. Westrip Holdings Ltd and Others* 事件⁽⁷⁵⁾ (以下、*Iesini* 事件という) が注目に値しよう。

共同原告は、I 以下、W 社の株主であり、取締役でもあった。W 社は、鉱物採掘にかかるライセンス取得促進のための資金調達のピークルとしてイングランドで設立された株式会社であった。W 社は、グリーンランドにおいてレアメタル等の複数の排他的採掘権 (以下、ライセンスという) を有するオーストラリア会社、R 社を子会社化し、R 社が有するライセンスについて信託保有をすることとした。その過程で、A および B の保有する R 社株式をすべて W 社が譲り受

けることによりR社はW社の完全子会社となり、その対価としてAおよびBにはW社の無議決権随意償還条項付（redeemable）優先株式（以下、本件償還株式という）が割り当てられることとなったが、当時W社の附属定款は、随意償還条項付株式の発行を認めていなかった。⁷⁷ W社は、後づけで附属定款の変更を行い、また、株主総会議事録を改ざんして、適法に本件償還株式の割当てがなされたかのように取り繕ったが、当事者間において当該株式の割当てが実際になされたか否かは明確でなかった。

W社は、GGG社とのジョイント・ベンチャーにより、北グリーンランド地域のライセンスをGGG社に譲渡する契約を締結したが、当該契約条項のなには、本件償還株式について、AおよびBからの償還請求にもかかわらず期限内に償還がなされないときは、AおよびBには株主総会への清算議案の提案権を行使しうる旨が盛り込まれていた。

W社は、新たな資金調達の可能性を探ったものの取締役会内の対立から外部ファンドとの交渉は立ち行かず、厳しい財務状況にあつて、本件AおよびBの償還株式の期日における償還ができなかった。そのため、AおよびBはR社株式の返還とGGG社とのジョイント・ベンチャー契約の破棄権（right to rescind; rescission. この概念の解釈にそもそも争いがあり、裁判所は、権利行使により将来に向かって効力を失わせるものと解釈している）の行使をW社取締役会に通告し、W社取締役会はこれを了承した。W社は、R社株式の返還およびライセンスの破棄権行使の前提となる本件AおよびBへの償還株式の割当ての有効性に関する法的助言を得る目的で、オーストラリアおよびイギリスの弁護士に相談したところ、客観的状況はすべてAおよびBに有利であり、AおよびBの要求を認めるべきであるとの助言を得たためそれに従ったものである。

AおよびBからR社の返還およびジョイント・ベンチャーに基づくライセンス破棄権行使が仄めかされていたころ、Iは、W社取締役会決定によりW社への信認義務違反等を理由に取締役としての職務停止を命じられた。

Iらは、W社取締役らがAおよびBの破棄権行使によるライセンス喪失に関し、何ら対抗措置を採らなかったことに

禁反言、共謀、信託上の抗弁、不当利得等が認められるとして、裁判所に派生訴訟の追行許可命令を請求した（二〇〇六年会社法二六〇条参照）。

裁判所は、信託に関する主張を除き、派生訴訟の提起を許可したが、会社法二六三条二項aの解釈を展開するくだりで、次のように判示している。すなわち、派生訴訟の許可に関する会社法二六三条二項aは、会社法一七二条（会社の成功を促進すべき取締役の義務）に従って行為している者（ただし、被告取締役を除く）が訴訟追行をしないと推量されるときは、裁判所は許可を与えてはならないとしており、この点を判断したものである。⁽¹⁸⁾「一七二条に従って行為する取締役らが訴訟追行を価値あるものと判断するとの考慮のもとに訴訟追行を許可した多くの事例があるとともに、反対の結論に至った事例もまた多い。一七二条に従って行為する取締役が決定に至る過程で考慮すべき要素は多い。たとえば、請求の規模、請求認容の可能性、手続にかかる費用、その費用捻出にかかる会社の資力、…。これらすべての考慮要素のバランスを図ることは、commercial decision にほかならず、裁判所にはそのような決定をなす能力がない⁽¹⁹⁾。』なお、本件では、弁護士⁽²⁰⁾の助言を受けたことについて、W社の取締役らの決定内容の相当性を裏づける抗弁となりうるとしている。この点は、まさに経営判断の原則における意思決定過程の合理性の規範要素に対応しうるものといえよう。

（五）取締役の資格剥奪における経営関与への不適合性の判断

コモン・ロー、エクイティ、および会社法における取締役等の責任の成否に関わる裁判所の判断に加え、一九八六年会社取締役資格剥奪法（Company Directors Disqualification Act 1986）⁽²¹⁾に基づく取締役の資格剥奪事例にも類似的考慮を見出しうる。同法は有罪が確定した取締役に対する裁判所の資格剥奪命令に加え（二条ないし五条）、所定の場合

に、当該人物の経営関与への不適合を理由とし命令後所定の期間会社の取締役への就任を禁ずる旨の裁判所による裁量の資格剥奪命令を規定し（六条ないし九条）⁽⁸²⁾、同命令に違反して取締役として行為した者の会社の債務の引受義務および罰則を具備して実効性を確保している（一三条ないし一五条）。同法における取締役への制裁の趣旨は、会社法における会社の利害関係者からの損害填補を主たる目的とする責任追及とは異なり、とりわけ主務大臣が資格剥奪命令を申し立てる場合には、須く公益（不特定多数の者の共通利益）の保護と関わっている。そのため、会社経営関与への不適合の判断に基づく取締役の資格剥奪に際しては、「裁判所は」、総合的に（cumulative）考慮するにせよ、情状（extenuating）を考慮するにせよ、会社の取締役にふさわしい誠実さ（probity）と能力の基準を下回っているかを決定しなければなら」ず（Re Grayan Building Services Ltd）⁽⁸³⁾、あるいは、「不誠実（dishonesty）でないとしても、ともかく、会社の経営への関与の継続を許せば公衆に危険が及ぶと裁判所が得心せざるをえないほどの商事倫理（commercial morality）または真の重大な能力の欠如がなければならない」（Re Dawson Print Group）⁽⁸⁴⁾とされ、「通常の商事上の判断の誤り（ordinary commercial misjudgment）」（Re Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd）⁽⁸⁵⁾や「単なる過誤経営（mere mismanagement）」（Re McNulty's Interchange Ltd）⁽⁸⁶⁾による経営不適合の判断はもちろんのこと、⁽⁸⁷⁾「必ずしもすべての義務違反や不正（impropriety）が資格剥奪命令に帰結するわけではな」い」（Re Deaduck (in liquidation) and Re Wimbledon Village Restaurant Ltd）⁽⁸⁸⁾。他方、支払い不能に起因する清算が回避できる合理的見込みがないことを知りまたは知りうべきであるにもかかわらず取引や行為を敢行するときは、経営不適合と判断される（Secretary of State for Trade and Industry v. Creegan）⁽⁸⁹⁾。

Secretary of State for Trade and Industry v. Ferrier and Others 事件⁽⁹⁰⁾では、上記前提に立ったうえで、支払不能会社の二名の取締役が「会社債権者への支払いの合理的見込みがない」ことを知りまたは知りうべきであったにもかかわらず取引を敢行したかが審理された。二名のうち一名は会計士資格を有し、親会社（親会社にはさらに二名の会計士資

格を有する取締役がいた）および当該会社の取締役を兼務していたが、他の一名には親会社取締役の兼務はなく、会社経営や当該事業における知識・経験が乏しくもっぱら他の会計士取締役から指図される立場にあり、必要な情報も十分与えられていなかった。申立人（通商産業大臣（当時））は、親会社が統括する別の子会社が支払不能に陥ったため、当該子会社の事業を譲り受けたが、譲渡会社ののれんの評価には根拠がなく、すでに支払見込みがないことを知っていたにもかかわらず当該不適切な譲受けを行い、会社を支払不能に至らしめ、他会社への売却処分を余儀なくしたと主張した。これに対し、裁判所は、会計士取締役に関しては、当該のれんの譲受け時にはすでに取締役を辞任していたとの形式的理由から、他方、非会計士取締役については、上記従属的立場にあった事情が考慮され、当該のれんへの対価を含む不適切な金額が譲渡会社に支払われたことを退任するまで知らされず、かつ会社を存続させたまま他会社へ身売りすることが会社債権者への利益になると真摯に信じていたことを考慮し、結論的には両者について資格剥奪命令をなしうる場合にあたらないと結論づけた。⁽⁹²⁾ 当該取締役が、会社の計算書類や取引銀行の支援継続の姿勢から会社存続を前提とした判断を行ったことに著しい不合理はなかったと換言することもできよう。⁽⁹³⁾ 「…後知恵の利をもって、「取締役の」とった行動、とり損じた行動を批判することはできる。私には、…とりわけ、「本件取締役について」会社の経営に関与するのを不適切とするほどの重大な能力の欠如を呈し、または商事倫理規律に違反したとは考えられない。⁽⁹⁴⁾」公益の保護に基づく制裁であるゆえ、制裁発動に関するハードルは一層高く、いわばグレーゾーンにおける経営判断の尊重とはそもそもその前提を異にするが、根底にある思考には相通ずるところがあるのではないかと思われる。

（六）刑事責任との交錯

以上から、イギリスにおいても、経営判断の原則の趣旨に合致する考慮はなされてきていることが窺われる。それで

は、刑事責任の文脈においてそれに相応する考慮はなされてきているのであろうか。

二〇〇六年会社法上、会社法犯罪は第三六編に規定されている。会社法犯罪は、開示情報の真実性の担保および会社財産の保全に鑑み、デフォルトの際に構成される役員（取締役、支配人、および秘書役）の犯罪（一一二二条ないし一一二三条）や書類の作成・閲覧に関する犯罪（一一三二条）などが、また公判手続によらなければならないものとして、公開会社における自己株式取得に関する資金援助や詐害取引（fraudulent trading）などに伴う犯罪が定められている（一一二六条）。さらに、略式手続が可能な軽罪として、主務大臣が策定するコーポレート・ガバナンス規則上の犯罪（一二七三条）などがある。

このなかでは、デフォルトに伴う取締役の刑事責任の文脈において取締役の経営判断が優先される可能性はある⁽⁹⁵⁾。もつとも、渉猟しえた公判裁判例のなかにこの種の事例はなかった。欺罔を含む民事責任・刑事責任いずれをも招来しうる行為については、実務的には、立件の難易等のきわめて技術的な観点から責任追及の手続が選択されがちであり、両責任の境界は実際にはあまり明確に意識されていないのであれば、事例分析にあたつて、そもそも両者を峻別する意義はあまりないのかもしれない。そのほか、コモン・ローや個別の刑事立法によつて取締役らに刑罰が科される場合があり、詐欺（不実開示による欺罔や財産管理義務違反を含む⁽⁹⁷⁾）、横領⁽⁹⁸⁾、粉飾決算⁽⁹⁹⁾、贈収賄⁽¹⁰⁰⁾、インサイダー取引⁽¹⁰¹⁾、相場操縦⁽¹⁰²⁾、および会社による故殺・生命侵害などがこれに含まれる。

イギリスにおいても、法人の刑事責任について、自由意思に基づく自らの選択の帰結として行為する自然人と同様に科せられうるかの議論はあるが、現在では、行為の性質上法人が犯罪主体となりえない場合および自由刑の客体とならない場合を除いては、法人の直接的な刑事責任能力を認める方向にある⁽¹⁰³⁾。その理論的な根拠としては、同一性理論（Doctrine of Identification）に負う⁽¹⁰⁴⁾。すなわち、会社の意思を代表する個人について、会社の化体と構成することにより、取締役の作為・不作為を原因とする会社の刑事責任を認める考えである⁽¹⁰⁵⁾。たとえば、Moore Stephens v. Stone

Rolls Ltd (in liquidation)⁽¹⁰⁾ は、一人会社（取締役一族の株式を信託保有する投資会社がその唯一の名義株主であった。取締役は複数いたが、事実上代表取締役の独断専行であった）の監査法人が会社との監査契約の不履行または不法行為（相当な注意義務違反）に基づく責任を清算人から追及された事例であるが、貴族院多数意見は、法人への責任の帰属について刑事裁判例をも引き合いに出しながら審理し、同一性理論に類似の構成により、監査法人は *ex turpi causa non obliet actio* の抗弁（可罰的行為に手を染める者は、自己の可罰的行為の原因となったもの（the very thing）を訴因として提訴できない）を援用しうると結論した。すなわち、本件では、代表取締役の銀行からの金銭詐取（詐取した金銭は、弁済期が到来した会社債務の弁済に充てられた。また、別途、当該代表取締役と会社の詐欺罪が確定している）を看過した監査法人の責任が問われたのであるが、会社は代表取締役の違法行為のビークルであったにすぎず、違法行為が会社の利益に合致する本件のような場合には、会社は二次被害者であると主張する便益を享受することはできず、したがって、監査法人は上記の抗弁を援用でき、本訴を可罰的行為に手を染める者からの訴えとして却下させることができるとされた。⁽¹¹⁾ 法人処罰が比較的自由に認められるのであれば、取締役らの個人責任を問う機会は相対的に少なくなるものと考えられる。

（七）小括

イギリスにおいては、会社法上の明文の規定はないながらも、一九世紀初頭の組合理から、裁判所における会社の内部意思不介入がコモン・ロー上の派生訴訟の提訴要件をめぐって早い時期に確立され、それは個別の紛争に対しては手続的局面で機能するとしても、実際には実体的な経営判断の尊重を伴うものであった。また、取締役の注意義務違反、少数株主に対する抑圧または侵害に対する救済、および会社法上の派生訴訟に関する事例では、多くの考慮要素によつ

て構成される経営判断の軸足をどこに置くかに裁判所は積極的に踏み込まない実務が確立しているといえる。判断の前提は全く異なるものの、同様の考慮は、裁判所による裁量的取締役資格剥奪申立て事例のなかにも見出されうるように思われる。さらに、緩やかな判例基準に加え、会社法もまた取締役らの責任の指定に裁判所の裁量を幅広く認めているため、経営判断の原則をもちや明示する必要はないといえるのかもしれない。

もつとも、派生訴訟を通じた裁判所の不介入原則は、形式的な提訴要件を満たす限り所定の期間の経過をもつて株主からの責任追及の訴えの提起を許し、実体判断において経営判断の原則を適用して被告取締役らを免責する、アメリカ合衆国の流れを汲むわが国の制度とは原則と例外を一八〇度転換するものである。とりわけ、上記 *Johnson* 事件でみたように、二〇〇六年会社法における派生訴訟の提訴許可要件は実体法上の取締役の義務と連結しており（被告以外の利害関係のない取締役が会社の成功促進義務を履行すべく提訴の可否を判断するという要件）、このような制度設計の当否はともかく、わが国において、被告以外の利害関係がない会社の業務執行者・代表者等（多くの場合、監査役）による訴訟追行の可否の判断における注意義務レベルについて議論する際には参考にされてよい（この点に関連し、親会社の取締役・監査役の提訴懈怠に基づく親会社株主による責任追及の訴えにおいて経営判断の原則が適用された事例として、大阪地判平成一五年九月二四日判時一八四八号一三四頁参照）。

次に、イギリスにおいて、刑事責任の成否に関する実体的判断においてドイツに相当するような思料がなされてこなかったのは、前示のように法人処罰が可能であるためそもそも個人の取締役らの刑事責任を追及するインセンティブに乏しいこと、また、*mens rea*（主観的責任要件）などの大陸法圏にはない柔軟な概念により、裁量的刑罰の余地がすでにありうること⁽ⁱⁱ⁾、加えて、会社取締役資格剥奪法に基づく取締役に対する裁判所の資格剥奪命令が、主務大臣の調査結果を踏まえた公的エンフォースメントの一環としてよく機能しており、取締役に対する事実上の刑罰となっていること⁽ⁱⁱⁱ⁾などによるものと考えられる。その資格剥奪命令手続にあってさえ、取締役の経営への裁判所の事後的介入を避ける

傾向がみられるのは、上述の通りである。

四 結びに代えて

以上、本稿においては、ドイツおよびイギリスにおける経営者裁量を意義づける裁判実務を通じ、両国における判断基準に関する裁判例間の整合性および会社法領域と会社法犯罪領域とにまたがる共通の判断要素の抽出を試みてきた。

ドイツにおいては、判例法理を明文化するかたちで株式法等に経営判断の原則が盛り込まれた。したがって、会社法領域にあつては、すでに取締役等の注意義務違反の成否の判断において裁判所が避けて通れない原則として確立している。他方、会社法犯罪の領域においても、融資であれ、文化的事業への寄附であれ、役員への特別賞与であれ、会社財産の流溢に関する任務違背を通じた背任罪の成否をめぐり、一連の判例は、事案ごとの相違を反映させながらも、企業経営上、専門的判断を要する局面において、類型的に経営裁量を認める余地があることを示している。したがって、次なる段階では、会社法領域における注意義務違反成否との関係が不可避の検討課題となる。

他方、イギリスにおいては、会社法領域においてさえ、明確な経営判断の原則なるものは認められていない。むしろ、二〇〇六年会社法へ向けた会社法改正過程において出された法律委員会の報告書は、経営判断の原則の明文化には消極的であつた。すでにそれに代わる考慮が個別の事案においてなされており、加えて、会社法もまた、明文規定により、所定の場合にそのような広範な裁量的判断を裁判所に認めているため（二〇〇六年会社法二一五七条）、経営判断の原則の必要性はさして覚知されてこなかったものと思われる。取締役個々に対する会社法領域の罰則適用の局面において適切な事例を抽出することが困難であるイギリスの状況に鑑みると、次なる作業は、一般刑事諸法や市場規制法にも目を向け関連事例を拾い上げることであろう。そのうえで、コモン・ロー、エクイティ、および会社法上の取締役の義務

違反に関する判断基準との関係を探っていくこととなる。

わが国においても、経営判断尊重への明確な規範的意義を否定する見解がある。⁽¹⁵⁾ 違法性のない（または違法性の有無について判然としない）行為に関する役員等の責任の成否は、裁判所における事実認定とその評価に大幅に依存せざるをえない以上、規範づけの意義はもともと大きくないといえる。この点は、いずれの法域においても看取されうる実務上の共通点と考えられる。もつとも、その適用前提となるべき司法の機能に目を転じると、たとえば、イギリスとわが国との間では、大きな隔たりがあるように思われる。イギリスにおいても、派生訴訟を通じて司法審査基準は未だ形成の途上にあるが、少なくとも他の代替救済法理を通じて裁判所は相当に柔軟な紛争解決を図ってきたといえる。このような柔軟かつ多様な紛争解決は、コモン・ローおよびエクイティといういわば裁判官による二層の法創造ともいうべきイギリスの特徴的実務を通じて可能とされてきたと考えられる。他方、わが国においては、少なくとも役員等の責任の成否の判断において経営判断の過程・内容双方への司法審査を排除していないといえるものの、法解釈の幅は狭く、救済方法の選択肢も限られており、事例の解決は硬直的になされがちである。この点、ドイツの法状況が興味深いのは実体面にとどまらない。前記ドイツ刑事訴訟法一五三条a所定の一時的手続停止もそのひとつである。この制度は、一九七四年、刑法施行法（Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch）により導入されたものであり、損害が重大でなく、初犯の経済事犯などが典型的な適用対象と考えられている。⁽¹⁶⁾ マンネスマン事件においてこの制度の適用をみたことは前述のとおりである。⁽¹⁷⁾ とところで、同事件において捜査の端緒は、告発であった。⁽¹⁸⁾ 告発に始まる背任事件は少なからず見受けられ、刑事責任のさほど重くない事案であっても、民事崩れとして関係者による告発がなされがちなのは容易に想像されるところである。しかし、企業経営をめぐる利害関係者間の紛争において、その一方当事者に対し刑罰を加えるのが常に最善の対処方法とばかりはいえないであろう。一時的手続停止は、元来、刑事司法の負担軽減を意図したものであったが、被疑者・被告人が刑事手続から解放されるという効果を伴うことに着目すれば、ダイバージョンの機能を果

たすものとして本制度を活用することが考えられてもよからう。もつとも、そこで被疑者・被告人に与えられる負担金賦課や指示は、刑罰でこそないとしても、制裁であることが認められているほか、⁽¹⁸⁾制度自体、濫用気味に運用されているとの指摘があることには注意を要する。⁽¹⁹⁾また、手続面における経済犯罪対策としては、経済刑事部 (Wirtschaftsstrafkammer) の存在もまた重要である。背任を含む経済事犯は、複雑で根本的に理解するのが困難な経済生活のメカニズムを濫用して犯されるのを特徴とするものであるから、⁽²⁰⁾経済事犯をとくに事物管轄とする裁判所の設置が望まれるところ、ドイツでは、裁判所構成法 (Gerichtsverfassungsgesetz) 七四条c第一項各号所定の犯罪にかかる事件について、重点地方裁判所の経済刑事部が事物管轄をもっており、同法同条六号a)により、背任事件もその審判に経済生活に関する特別な知識を要するものについては、重点地方裁判所の経済刑事部において審判されることになっている。経済事犯専門の裁判所を設置することは、事案の個性に応じた措置の多様化を実現するうえでも有益と思われる。

近年、実務・学界における企業買収に関する関心の深化に伴い、企業の合併・買収（以下、M & Aという）の局面に特化した経営判断に関する議論も盛んである。⁽²¹⁾経営判断における合理性の存否にはさまざまな考慮要素が関わる。M & Aもそのようなパラメーターのひとつであろう。そのようなパラメーターには、M & Aのほかにも、会社またはグループ会社としての財務内容、単体とグループ会社との利益相反、取引の態様、業種・業態、業界の慣行、マクロ・ミクロ経済情勢などがあると考えられ、それらを考慮して経営判断の原則の適用基準を類型化することは、（実際の適用にあたっては、そのうえにさらに一般化・類型化に馴染まないさまざまな個別事情が加味されることとなるうから）ある程度までは可能であろう。その意味ではわが国やイギリスのように、経営判断尊重の規範がもっぱら裁判所による消極的介入への自己規律として立法によらず形成されていく過程には、意義があると考えられる。もつとも、わが国の司法審査基準は、経営判断の内容の合理性にまで踏み込むものである。したがって、その実際の適用に際しては、ドイツにおける今後の議論状況などを参考に、いかなるパラメーターを取り込むべきか、またそのようなパラメーターのうえに判

断基準をどのように類型化・定式化していくか、が検討されてよい。残された課題は多いものの、今後別稿を通じて、その課題のひとつひとつに依えていくこととしたい。

（１）役員等には、取締役、会計参与、監査役、執行役、および会計監査人が含まれる（会社法四二三条一項かつこ書参照）。

（２）わが国の会社法に照らせば、「取締役等」とは取締役および執行役ということになるであろうが、比較法的考察を目的とする本稿における「取締役等」は、会社に対して義務を負い、当該義務違反により民事責任・刑事責任を問われうる、会社において何らかの職務権限を有するあらゆる者と意義づけられる。

（３）最高裁判所（以下、最高裁という）としてこの原則に則った規範定立を行った事例として、最判平成二二年七月一日判時二〇九一号九〇頁（アパマンショップ事件）参照。定立される規範は、①前提としての事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か、ならびに、②その事実に基づく意思決定過程およびその内容に著しい不合理がなかったか否か、である（ただし、上記最高裁判決判旨においては、①への明示的な言及はみられない）。規範定立がなされるようになった初期のころは、もっぱら意思決定過程の合理性のみが判断されていたが、その後上記のような規範定立がなされるに至った。

（４）最決平成二〇年七月一八日刑集六二巻七号二一〇一頁（日本長期信用銀行事件）、最判平成二一年一月七日刑集六三巻一一号二一六五頁（日本債券信用銀行事件）など。前者は、頭取らのいわゆる税法基準による決算処理に基づく配当金支払いならびに財務諸表の作成および有価証券報告書への記載が、旧商法下における違法配当罪（旧商法四八九条三号・九六三条五項二号）および旧証券取引法（以下、旧証取という）上の有価証券報告書虚偽記載罪（旧証取一九七条一項、二〇七条一号・金融商品取引法同）に問擬されたが、直接的な争点は、新決算経理基準が当該事案の決算時に公正な会計慣行（旧商法三二条二項・四三一条）となりえていたか、である。後者においても、同様に、頭取らの決算処理に基づく有価証券報告書の記載が、証取上の有価証券虚偽記載罪を構成しうるかが問われた。最高裁は、新決算経理基準について当時の会計慣行とまではなっていないかつとの判断を示し、破棄差戻しとなった。本稿脱稿直前に東京高等裁判所における差戻し控訴審判決の報道に接し、あくまでも報道により知りうる範囲ではあるが、そこでは、前会長らの経営裁量が尊重され、逆転無罪判決が言い渡され確定した（たとえば、日本経済新聞平成二三年八月三〇日付夕刊、同平成二三年九月一四日付朝刊）。また、北海道拓殖銀行事件（最決平成二一年一月九日刑集六三巻九号一一一七頁）は、未だ民事事件において最高裁として経営判断の原則に明示の言及がなかった段階において、頭取らの刑事責任の成否の文脈において「経営判断の原則」という文言を用いた点で注目される。

- (5) なお、本稿の関心に近い観点からの論考として、弥永真生「取締役の刑事責任をめぐる三つの裁判例―会社法の観点から―」法時八二巻九号(二〇一〇年)三一頁。
- (6) たとえば、神崎克郎「米国における経営判断の原則の展開」奥田昌道ほか編『現代私法学の課題と展望(中)』有斐閣(一九八二年)二五五頁以下、春田博「アメリカ法における経営判断原則の一考察」早稲田法学会誌三五巻(一九八五年)三四三頁、宮本航平「取締役の経営判断に関する注意義務違反の責任(一)(二・完)」新報一一五巻五・六号三七頁(二〇〇七年)、同七・八号四九頁(二〇〇八年)など。なお、ドイツの状況については、福瀧博之「ドイツ法における経営判断の原則―株式法九三条一項二文とMarcus Lutterの見解―」関法五七巻四号(二〇〇七年)一三二頁以下。
- (7) Spindler, in MünchKommZurAktG, 3. Aufl. 2008, §93 Rdn.35, 40. 旧日本債券信用銀行の元頭取等が旧証取一九七条の罪等に問われた事件の差戻し審において東京高裁が先づ無罪判決を出した(前掲注(1)参照)のも、金融機関の取締役等には融資先に対する評価を踏まえて自らの資産を評価するにあたり一定の裁量が認められるとの文脈で理解することができよう。たしかに融資の資産としての評価は過去に行った融資の成果に関するものではあるが、自らの資産評価が対外的に将来に向けた波及効果をもちうる点について、vgl. Spindler a.a.O. Rdn.41.
- (8) 二〇〇五年九月二二日付「Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts」(UMAG)。この間の事情について、マルクス・ロート／早川勝訳「ドイツの経営判断原則と取締役の責任の追及―ドイツ株式法の近時の改正―」同志社大学ワールドワイドビジネスレビュー七巻二号(二〇〇六年)一〇五頁参照。
- (9) BGHZ 135, 244, 253ff. (v.21.41997-2ZR 175/95)
- (10) Vgl. Spindler a.a.O. Rdn.47.
- (11) Vgl. Spindler a.a.O. Rdn.47, 50.
- (12) 刑法典上の犯罪はもとより、株式法上の犯罪も行為主体は自然人のみであるが、代表権のある法人の機関等が犯罪行為または秩序違反行為を行い、もって法人等が負う義務を侵害した場合、法人等に対し過料を科すことができる(秩序違反法(Ordnungswidrigkeitengesetz) 三〇条参照)。
- (13) Vgl. Schünemann, in Leipziger Kommentar StGB 11. Aufl. § 266 Rdn.25ff. 取締役等の業務執行決定における裁量が問題となった事件のうち、金融機関による融資に関するM貯蓄金庫事件(BGHSt 47, 148 v.15.11.2001-SrR185/01)では濫用型該当性が認められたのに対し、代表取締役等に対する特別賞与支給に関するマンネズメン事件(BGHSt 50, 331 v.21.12.2005-3SrR 470/04)では、いずれのタイプにあたるかを重要視していない。こうした態度を批判するものとして、vgl. Beckemper, NSiZ 2002, 325ff.
- (14) Spindler a.a.O. Rdn.24.

- (15) Vgl. Fischer Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl. § 266Rdn.63.
- (16) BGHSt 47, 148, 153ff.
- (17) Vgl. BGHSt 46, 30 v.6.4.2000-1StR 280/99.
- (18) BGHSt 47, 148, 149f.
- (19) 同条一項「金融機関が総額で七五万ユーロ又は資本金の一〇〇分の一〇を超える融資を行うのが許されるのは、融資相手からとくに決算の提出により経済関係が開示されている場合に限られる。次の各号の場合はこの限りでない。一 融資が融資相手の自ら利用する住居上の抵当権により担保されている場合 二 融資が：担保目的物の担保価値の五分の四を超えていない場合 三 融資相手が義務を負っている利息の支払い及び元本の返済を滞りなく行っている場合」
- (20) BGHSt 47, 148, 152f.
- (21) 株式法上の経営判断の原則が適用され民事責任が問われないにもかかわらず、背任罪に問擬された事案に関連して、金融機関による融資におけるリスク評価の問題性を指摘するものとして、vgl. Lutter NZG 2010, 601.
- (22) Vgl. Fischer a.a.O. § 266 Rdn.84.
- (23) BGHSt 47, 187 v.6.12.2001-1StR 215/01.
- (24) BGHSt 47, 187, 195.
- (25) BGHSt 47, 187, 196f.
- (26) BGHSt 47, 187, 197.
- (27) BGHSt 47, 187, 197ff.
- (28) Vgl. BGHSt 47, 187, 194.
- (29) NJW 2004 3275 v.22.7.2004-XIV/5/03.
- (30) BGHSt 50.331 v.21.12.2005-3StR 470/04.
- (31) NJW 2004 3275, 3276f.
- (32) 株式法八七条一項一段に従い、全報酬額が取締役の任務および会社の状況との関係で妥当であるかという点で、支給対象者の代表取締役が退任間近であり、また、会社が子会社化しようとしていた状況を踏まえ、報酬の二重払いであることは認めている（NJW 2004 3275, 3276ff.）。
- (33) NJW 2004 3275, 3280.
- (34) NJW 2004 3275, 3280.

- (35) この点に関し、前記M貯蓄金庫事件連邦通常裁判所刑事第一部判決 (BGHSt 47, 148) を引用しているのは誤解に基づくものとせらる。Vgl. Schünnemann, NSZ 2005 473, 474ff; Ransiek, NJW 2006 814.
- (36) BGHSt 50, 331, 345f. なお、経営判断の原則が適用される場面が否かという点については、vgl. Spindler a.a.O. Rdn.41.
- (37) BGHSt 50, 331, 342f. Vgl. § 58 Abs. 3 Satz 1, § 174 Abs. 1 Satz 1 AktG. 本件特別賞与は「コールデン・ペラン・トール」という名称のものでもなく、敵対的買収防衛策であったかについては一切言及されていない。
- (38) BGHSt 50, 331, 343f.
- (39) Landgericht Düsseldorf Pressemitteilung Nr.09/2006. Vgl. § 153a Abs.1 Nr.2, Abs.2 StPO.
- (40) LG Düsseldorf Pressemitteilung a.a.O.S.1. 本件支給決定と裁量の余地はなほ、背任罪の成立が認められることを指すものとしてある。Vgl. Meyer-Göbner Strafprozessordnung 54 Aufl., 2011, § 153a Rdn.2.
- (41) LG Düsseldorf Pressemitteilung a.a.O.S.2. 責任が刑罰を必要とするほど重大なものと評価されたはならぬ (Vgl. Meyer-Göbner a.a.O., § 153a Rdn.7)°
- (42) 上限は法定された範囲内であり、行為責任や被疑者・被告人の経済状況との均衡が考慮される (Meyer-Göbner a.a.O. § 153a Rdn.25)° 本件における量定については、vgl. LG Düsseldorf Pressemitteilung a.a.O.S.3.
- (43) LG Düsseldorf Pressemitteilung a.a.O.S.2.
- (44) BGH NJW 2006, 453 v. 22.11.2005–1StR571/04.
- (45) A. Cahn and D. C. Donald, *Comparative Company Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), pp. 370, 371–372; M. Siems, *Convergence in Shareholder Law* (2nd edn., Cambridge: Cambridge University Press, 2011), p. 192.
- (46) Law Commission and Scottish Law Commission, *Company Directors: Regulating Conflicts of Interest and Formulating a Statement of Duties*, Cm. 4436 (1999), pt 5; P. L. Davies, S. Worthington and E. Micheler, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (8th edn., London: Sweet & Maxwell, 2008), p. 493. このような明文原則を導入すれば、実務において、裁判所は、業務上のリスク評価よりも業務執行における利益相反の可能性を追求し、裁判所は取締役らの予想に代え後知恵で裁くことと過度に憶病になるとの仮定を生むことが懸念されたためである。
- (47) See, e.g., Re Elgindata [1991] BCLC 959, *infra* note 69 (hereinafter Elgindata), p. 994; Iesini and Others v. Westrip Holdings Ltd and Others [2009] EWHC 2526 (Ch), *infra* note 75 (hereinafter Iesini), para. 85.
- (48) Foss v. Harbottle (1843) 67 ER 189; (1843) 2 Hare 461.
- (49) See Iesini, para. 73.

- (50) もともとは、一九世紀初頭の組合法理における不介入原則が設立証書会社（法人格のないジョイント・ストック・カンパニー）に受け継がれ、さらに、株式会社の内部的紛争に関する *Foss v. Harbottle* 事件における原則提示の前提となったと考えられる（上田純子「イギリス会社法における派生訴訟——検証と評価」安村仁志編集代表『英連邦多文化主義国家の社会と文化』中京大学社会科学研究所（二〇〇八年）五四頁）。See for general, L. S. Sealy and S. Worthington, *Sealy's Cases and Materials in Company Law* (9th edn, Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 597.
- (51) C. A. L. Giraldo, 'Factors Governing the Application of the Business Judgment Rule: An Empirical Study of the US, UK, Australia and the EU', (2006) 111 *Universitas Bogota* 135.
- (52) [1911] 1 Ch 425 (hereinafter *Brazilian Rubber Plantations*).
- (53) イギリス一九〇八年総括会社法（*The Companies (Consolidation) Act 1908*, c. 69）八七条は、会社は、最低引受額の全額について、現金払込みの予定で株式が割当てられるまで事業を開始してはならず、当該割当て前に会社との間で締結された契約は仮契約であって会社を拘束しない旨を定めてゐた。
- (54) このような判断基準は、主観テスト（subjective test）と整理される（Sealy and Worthington, *supra* note 50, p. 330）。これに対し、近年は、客観テスト（objective test; reasonable bystander ならむに unfairly prejudicial である否か）が用いられる（*Stade J in Re RA Noble & Sons (Clothing) Ltd* [1983] BCLC 273; 後掲 Gibson J in *Re Sam Weller & Sons Ltd* [1990] BCLC 80 等）。
- (55) *Brazilian Rubber Plantations*, p. 438.
- (56) 取締役は会社財産の受託者であり、知りまたは知りうべき財産の不適切な運用に関しては、エクイティ上の責任が生じる（*Selangor United Rubber Estates Ltd v. Cradock (No.3)* [1968] 1 WLR 1575-1576; *Gwenbe Valley Development Co Ltd v. Koshy* [2003] EWCACiv. para. 142）。'breach of trust' は、かかる信託関係の破壊を指すと思われ、したがって、日本法上の「背任」概念とは異なることに注意する必要がある。
- (57) [1925] 1 Ch 407.
- (58) 取締役の一般的義務の成立過程については、J. P. Lowry, 'British Business Law: Companies', [2005] *The Journal of Business Law* 641ff.
- (59) 本判決でも誠実に行っていた取締役に免責の余地を認めつつも、これは *Sheffield and South Yorkshire Permanent Building Society v. Aizlewood* (1890) 44 Ch D 412 に従ふものである。
- (60) *The Companies Act 2006*, c. 46.

- (61) 二〇〇六年会社法は次のように定める（関連部分のみ抜粋）。ネグリジェンス、デフォルト、義務違反または背任の手続において、会社の役員または会計監査人として会社に雇用されているものに責任はあるが、それらのものが誠実かつ合理的に行動し、かつ、当該事案を総合的に勘案した結果それらのものを免責することが公正であるとの心証を有する場合には、裁判所は裁量により条件付きで責任の全部または一部の免除を行うことができる（一項）。会社の役員らは将来において上記の手続がなされるおそれに対して、裁判所に同様の責任免除の申立てを行うことができる（二項）。
- (62) D. Arsalidou, 'Objectivity versus Flexibility in Civil Law Jurisdictions and the Possible Introduction of the Business Judgment Rule in English Law', (2003) 24 The Company Lawyer 230.
- (63) [1966] 1 All ER 242; [1966] 1 WLR 745 (hereinafter Five Minute Car Wash Service).
- (64) The Companies Act 1948, c. 38.
- (65) Five Minute Car Wash Service, p. 247.
- (66) The Companies Act 1985, c. 6.
- (67) 一九四八年二一〇条から一九八五年四五九条への発展と適用要件の相違については、解釈の余地があった。本件においては、一九四八年会社法改正提言を行ったジェンキンス委員会は、旧二一〇条のもとでは否定された会社またはその代表者の行為を捕捉する趣旨で四五九条の文言を採用したとし（*Gore-Browne on Companies* (44th edn, Bristol: Jordans, 1986, updated in 2005), vol. 2, pp. 28.025-28.027）、重大な過誤経営が会社の事業（ひいては株主利益の価値）に真の経済的損害をもたらす場合、二一〇条から四五九条への発展により、四五九条のもとでの不当な侵害を構成させてよいとしている（Elgindata, p. 993）。
- (68) [1990] 1 Ch 682.
- (69) [1991] BCLC 959.
- (70) Elgindata, p. 993.
- (71) 本件の主たる争点は、申立人が一九八五年会社法四五九条上の救済を受けうるかに関し、果たして、当事者がライセンス契約上の法的権利（コモン・ロー上の権利）を超えて合理的期待（reasonable expectations）を有していたかに関する。
- (72) Elgindata, p. 994.
- (73) 判旨は、会社の経費を私的に流用したことについては、それが継続的ななされている限り申立人の利益を不当に侵害するとしながらも、Rの経営上の意思決定からの排除や遅配とE社の株式価値の低下との間の直接的関係を見いだせなかった（Elgindata, p.994）。株式価値の低下は、申立人の四つの申立理由（本文に掲げた会社経費の私的流用と不注意または能力を欠く経営等）以外の他の要因でも生じうる（他の要因を挙げたうえで、株式価値の低下との因果関係はわずかであり、しかも定量できない）た

- るべきである (Elgindata, p. 1004)°
- (74) Elgindata, p. 1000.
- (75) [2009] EWHC 2526 (Ch).
- (76) わが国の会社法上の取得請求権付種類株式（会社法一〇八条一項五号）に相当するが、原語により忠実に「随意償還条項付株式」とした。
- (77) いずれにせよ、二〇〇六年会社法は資本金からの償還を認めておらず、財源規制に違反した償還は会社法に反し無効となる（会社法七一〇条・私会社を除く（七〇九条））。
- (78) なお、二〇〇六年会社法上の取締役の同義務については、*Gore-Browne on Companies* (45th edn., Bristol: Jordans, 2011), vol.1, SR13-5—13-8.
- (79) Lesini, para. 85. See also, Lesini, para. 107.
- (80) Lesini, para. 106. もともと、当該弁護士らが、対立当事者であるAおよびBから提供された事実に基づいて本件法的助言を行なったことは割り引かなければならないとしている。
- (81) 1986, c. 46.
- (82) そのほか、競争法違反（九A条ないし九E条）、違法取引の遂行（二〇条）、免責前の破産者の会社設立・業務執行への関与（二一条）、一九八六年支払不能法四二九条に基づき、財産管理命令（administration order）に伴うカウンティ裁判所への諸手続費用の納付を怠る場合（二二条）が、資格剥奪事由とされている。なお、同法の内容については、たとえば、A. Al-Attar, 'Public Interest Proceedings Arising from Conduct of Directors', in S. Mortimore (ed.), *Company Directors: Duties, Liabilities, and Remedies* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 845; A. Walters and M. Davis-White, *Directors' Disqualification & Insolvency Restrictions* (3rd edn., London: Sweet & Maxwell, 2010) を参照。
- (83) [1995] Ch 253.
- (84) [1987] BCLC 604.
- (85) [1991] Ch 176.
- (86) [1989] BCLC 712.
- (87) [2000] 1 BCLC 148.
- (88) [1994] BCC 753.
- (89) [2002] 1 BCLC 101.

- (90) [2003] Scot CS 246 (hereinafter Ferrier). 本件は、資格剝奪法八条に基づく命令申立て（主務大臣の調査資料から知れる会社経営への関与の不適合を理由とする場合）である。
- (91) Ferrier, paras. 7 and 158.
- (92) Ferrier, para. 164.
- (93) See Ferrier, para. 140.
- (94) Ferrier, para. 163.
- (95) もっとも、デフォルトの際の詐欺取引の当事者の責任（一九八六年支払不能法二二三条）は、民事責任とはいえ、取引と損害との因果関係を必要とせず、取締役の資格剝奪命令に帰結するのが通例である（J. Ugh, *Commercial Fraud: Civil Liability, Human Rights, and Money Laundering* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 238）。
- (96) Ibid., pp. 78-79.
- (97) The Fraud Act 2006, c. 35.
- (98) The Theft Act 1968, c. 60.
- (99) The Theft Act 1968; The Forgery and Counterfeiting Act 1981, c. 45.
- (100) The Prevention of Corruption Act 1906, c. 34.
- (101) The Criminal Justice Act 1993, c. 36.
- (102) The Financial Services and Markets Act 2000, c. 8.
- (103) The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, c. 19. 同一性理論によらず法人の犯罪能力および刑事責任能力を特別法により認めるものもあり、成立まじう一三年の時日を要した。同法については、たとえば J. Gobert, 'The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007—Thirteen years in the making but was it worth the wait?', (2008) 71 *Modern Law Review* 413.
- (104) E.g., C.M.V. Clarkson, H.M. Keating and S.R. Cunningham, *Clarkson and Keating Criminal Law* (7th edn., London: Sweet & Maxwell, 2010), p. 236.
- (105) Ibid., pp. 236-237. なお、従業員の行為に関する代位責任 (vicarious liability) として会社に刑罰を科すことも、公害や食品・医薬品被害などに関する厳格責任犯罪の分野では可能であると考えられる。
- (106) C. Sibson, 'Criminal Liability of Directors', in *supra* note 82, p. 1025.
- (107) Ibid.

- (108) [2009] UKHL 39 (thereinafter Moore Stephens).
- (109) E.g., Moore Stephens, paras. 47 and 220.
- (110) 一八世紀のクラウン・コートの裁判例では、‘an immoral or an illegal act’ (Holman v. Johnson (1775) 1 Cowp 343) としており、その違法性の程度は不明であるが、本件判言が criminal conduct として認められ (eg., Moore Stephens, para. 128) ‘可罰的行為’とした。
- (111) E.g., Moore Stephens, para. 174.
- (112) 本件は、攻撃防禦にかかる手続の問題として提起され、事案も異なるが、会社経営者の過失を会社の過失として、監査法人の責任を肯定しつつ過失相殺を認めた東京地判平成三年三月一九日判時一三八一号一一六頁（日本コッパース事件）に類似する思路がないわけではない。
- (113) A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (6th edn., Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 154ff; Clarkson, Keating and Cunningham, supra note 104, pp. 126ff.
- (114) 会社取締役資格剝奪法上の制裁がイギリスの会社統治に関するエンフォースメントに占める位置づけについては、J. Armour, ‘Enforcement Strategies in UK Corporate Governance: A Roadmap and Empirical Assessment’, in J. Armour and J. Payne (eds.), *Rationality in Company Law* (Oxford: Hart Publishing, 2009), pp. 71ff.
- (115) 裁判所における訴訟活動の展開のされかたによって発生したものにすぎないとする見解がある（森田果「わが国に経営判断原則は存在していたのか」商事一八五八号（二〇〇九年）一〇頁）。
- (116) Meyer-Göbner, a.a.O. StPO §153a Rdn. 8. 制定当初、軽微な事案にのみ適用することとされていたのが、その後の法改正により (Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege v. 11.1.1993 (BGBl I50) (司法負担軽減法))、重大事案以外へと適用対象が広がられた。
- (117) マネスマン事件が重大でなかったか否かについては議論がありえるが、表面的な派手さとは裏腹に、裁判所は一貫して本件特別賞与が敵対的買収防衛策か否かについて触れず、報酬の二重払い以外のものとはみてこなかった点に徴すると、重大事犯ではないとの評価も成り立つであろう。なお、キリスト教民主同盟 (CDU) 代表（当時）が党への寄附金について不正経理等をしたとして背任罪に問われた事件にも本制度が適用されている (Vgl. LG Bonn v.28.2.2001-27 AR2/01)。
- (118) 告発を受けたデュッセルドルフ検察庁が不起処分としたところ、告発人からの不服申立てを受けて高等検察庁が捜査開始を決定した。同事件の経過について、manager-magazin 誌サイト (<http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,242161,00.html>)（平成二三年八月一三日現在）参照。

- (119) Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2007 Rdn.294.
- (120) Vgl. Achenbach, Die wirtschaftsstrafrechtliche Reformbewegung, in Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht (Festschrift für Klaus Tiedemann) S.55.
- (121) Vgl. Meyer-Göbner, a.a.O. Gerichtsverfassungsgesetz § 74c Rdn.5.
- (122) 岡崎誠一「M & Aの交渉と取締役の経営判断―米国における売り手の実務を中心に―」(上)(中)(下)「商事一五六二号」(二〇〇〇年)一八頁、同一五六三号(二〇〇〇年)二七頁、同一五六六号(二〇〇〇年)一二三頁、松本博「敵対的企業買収と経営判断の原則」福岡工業大学研究論集三八巻二号(二〇〇六年)一八三頁など。

(付記) 本稿は、平成二二年度～二四年度科学研究費補助金基盤研究(C)(課題番号二二五三〇〇八〇)の研究成果の一部である。また、上田はイギリスにおける短期在外研究に際し、大和日英基金から奨励助成金を得た。