

監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について（一）

笠原，武朗
九州大学大学院法学研究院助教授

<https://doi.org/10.15017/2308>

出版情報：法政研究. 69 (4), pp.1-49, 2003-03-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について(一)

笠原武朗

第一章 検討の対象と問題の所在

第二章 取締役の監視・監督義務の具体的内容と責任の判断枠組の一般論

第一節 日本法における問題点

第二節 アメリカ法

第一款 判断枠組(以上、本号)

第二款 義務の具体的内容

第三節 監視・監督義務違反と会社の損害との間の因果関係

第四節 小括

第三章 内部統制システムに関する取締役の義務

第四章 商法二六六条一項の意義―複数の任務懈怠取締役がいる場合

第五章 減責の可能性―複数の任務懈怠取締役がいる場合

第六章 総括

第一章 検討の対象と問題の所在

一 本稿は、株式会社の取締役の監視・監督義務違反に基づく会社に対する責任について検討するものである。従来、日本において取締役の責任とえば、商法二六六条ノ三に基づく第三者に対する責任が主たる関心であった。戦後乱立をみた小規模閉鎖会社を前提とし、会社債権者たる第三者の救済を図る制度としての取締役の責任という位置付けであった。

しかし、平成五年の商法改正により株主代表訴訟の手数料が一律化されると、そのような状況に変化が見られるようになったことは周知の通りである。すなわち、比較的規模の大きな会社において、取締役の会社に対する責任が株主代表訴訟により追及されるということが現実に行われるようになったのである。日本航空電子工業⁽¹⁾や大和銀行⁽²⁾の例では、実際に取締役の巨額の賠償責任が認められるに至っている。とりわけ大和銀行株主代表訴訟事件のインパクトは大きかった。ニューヨーク支店の従業員による長期に亘る無断の簿外取引に端を発したこの事件では、一名の被告に七〇億円余から八〇〇億円余の責任が認められた⁽³⁾。これらの事例は世間の様々な関心を集め、学界においても、大規模公開会社を念頭に置いた取締役の責任論を真剣に考えるべきことが主張されている⁽⁵⁾。

大規模公開会社を念頭に置いた取締役の責任に関する議論が未だ不十分であるという認識は正しいと思われるが、その中でも本稿が特に取締役の監視・監督義務違反に基づく責任について検討するのは以下のような理由による。まず、

大和銀行株主代表訴訟事件のインパクトが大きかった理由の一つは、責任が認められた取締役らは実際に簿外取引や連邦法規違反を行った当事者ではなく、⁶⁾それらの行為を行った者に対する監視者、監督者としての責任が問われたという点にもある。確かに、たとえば会社に損害を与えた行為を自ら行った訳ではなくとも、取締役は監視・監督義務を負うとされる以上、その違反があれば会社に対して責任を負うという理屈は当然のものである。しかし、かような重大な結果をもたらす問題であるにもかかわらず、また、会社に損害を与えた行為を自ら行った場合以外の広範な文脈をその範疇に含む問題であるにもかかわらず、監視・監督義務の具体的な内容やその違反に基づく責任の判断のあり方についての議論が十分に為されているとは言い難いように思われる。従来の商法二六六条ノ三に関する裁判例は、債権者保護の問題や名目的取締役の取扱いの問題に暗に左右されており、そのままでは参考とはできない。

また、日本においてもこの十数年コーポレート・ガバナンスの議論が盛んとなっているが、主たる関心は会社経営に対する監督のあり方に向けられ、中でも取締役会はその中心となるべき機関として注目されている。⁷⁾平成一四年には社外取締役を中心とする取締役会委員会制度の導入等を内容とする商法等改正が行われている。このように、大規模な会社における取締役会の監督機能の重要性の認識は高まっており、今後もその方向は変わらないものと思われる。従って、取締役会構成員たる取締役の職責としても、業務執行の決定の側面よりも経営の監督の側面の方が重要な意味を持つようになってくると考えられるのである。

以上のように、取締役の監視・監督義務違反に基づく責任は、取締役の責任の特殊な一類型であるに止まらない内容を有するものである。

二 そこで、まず検討すべきことは、取締役がどのような監視・監督義務を負い、その責任の判断はいかに行われるべきかについてである。詳しくは第二章で行うが、ここでは検討の対象を明確にするために、取締役が監視・監督義務を

負う根拠とその内容に関する従来の議論を振り返ってみることにしたい。

相当規模の会社を前提とした株式会社制度における経営組織において、取締役会あるいは取締役をどのように位置づけて理解するかについてはかつて議論があった。すなわち、昭和二五年商法改正以前の取締役は原則として各自単独で会社を代表するものとされ（改正前商法二六一条一項⁸⁾）、かつ各自単独で業務執行権限を有する会社⁹⁾の必要常置の機関であると一般に解されていたが¹⁰⁾、昭和二五年商法改正において授權資本制度の導入等により株式会社の業務執行機関の権限が拡大したことに伴い、その拡大された権限を可及的に慎重かつ適切に行使させることを目的として、合議体である取締役会制度と代表取締役制度が法定された¹¹⁾。これはアメリカ法における取締役会制度 (board of directors) を範としたものとされるが¹²⁾、改正商法の規定は「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス」（改正後商法二六〇条前段）、「会社ハ取締役会ノ決議ヲ以テ会社ヲ代表スベキ取締役ヲ定ムルコトヲ要ス」（改正後商法二六一条一項）としていたのみであつたため、取締役の地位、あるいは取締役会と代表取締役との権限の関係等の問題についての理解が対立する結果となつたのである。

取締役の地位については、改正前の取締役が会社の業務執行機関であるとして一般に理解されていたのに対し、取締役会制度が法定された改正後の取締役は会社の機関であるか否かという点が問題とされた。これについては、機関であるとする見解も少なからずあつたが¹³⁾、現在では一般に取締役は取締役会という機関の構成員にすぎないと解されている¹⁴⁾。

より問題とされたのは、取締役会の権限と代表取締役の権限との関係についてである。つまり、この二つの業務執行機関の関係をどのように理解するかという問題である。これについては大別二つの見解が対立している。その一つは並立機関説であり、取締役会を業務執行の意思決定機関、代表取締役をその執行行為及び代表を担当する機関として理解し、両機関を別個かつ独立の機関と見る見解である。この見解によると、代表取締役は自ら業務執行の意思決定を行うことができないのが原則であるが、取締役会は細目的事項及び日常的業務執行事項についての意思決定を代表取締役に

委任することができ、特に日常的業務執行事項についての意思決定の委任は代表取締役への選任のうちに当然含まれて⁽¹⁵⁾いると推定されるところ。もう一つは派生的機関説であり、会社の業務執行権限の全ては本来取締役会にあり、代表取締役の権限は取締役会に由来するものであると見る見解である。この見解によると、代表取締役は代表権を有する範囲において業務執行権を有し、自ら業務執行の意思決定が行えるが、その権限は本来的には取締役会に由来するものであるから、法律・定款による制限の他、取締役会は決議により代表取締役の権限を制限できるとする。⁽¹⁶⁾

両説の対立は、株式会社における機関構成に関する根本的な理解に関わるものであるが、実際の結果において両説には殆ど違いはないとされる。⁽¹⁷⁾すなわち、取締役会が重要な業務執行事項については意思決定を為し、代表取締役が業務執行の執行自体、あるいは細目的事項及び日常的業務執行事項については業務執行の意思決定も行うということに関しては共通の理解があるからである。ただし、以上のような見解の対立は、次に見る、取締役会の監督機能、及び取締役会の構成員たる取締役の監視義務に関する議論の背景としては重要である。

三 権限の本来的な所在に関する理解の違いはともかく、取締役会が業務執行に関する意思決定を担当し、代表取締役が業務執行の執行自体を担当するという関係についての共通の理解がある中で、取締役会は代表取締役に対する監督機関であるということもしばしば指摘された。そもそも、監査役の業務監査権を廃した昭和二五年改正の趣旨からして、取締役会の監督機関としての位置付けは当然のことであつた。⁽¹⁸⁾しかし、その説明の仕方は並立機関説と派生的機関説との間に違いがある。並立機関説の立場からは、取締役会は代表取締役を選任・解任できるため、代表取締役は取締役会の下部機関としてその命令監督に服することになり、従つて取締役会は代表取締役に対する監督機関であると説明される。⁽¹⁹⁾これに対して、派生的機関説の立場からは、代表取締役の権限は取締役会に本来ある業務執行権限に由来するもので、代表取締役の地位は一種の複代理人的なものであるから、取締役会が代表取締役に対する監督機関であることは当

然であり、取締役会が代表取締役の選任・解任権を有することもこの観点から正当に理解され⁽²⁰⁾とする。代表取締役は取締役会により選任され（商法二六一条）、解任されるというのが昭和二五年改正法の内容であるため、いずれの立場であつても、取締役会が代表取締役に対する監督機関であるという理解には変わりはない。

しかし、以上のような違いは、監督機関たる取締役会の構成員である取締役の監視義務の内容・範囲の問題、すなわち、取締役は取締役会に上程された事項に関してのみ監視義務を負うとする消極的（受動的）監視義務説⁽²¹⁾と、それに止まらず、取締役会に上程されない事項に関しても監視義務を負うとする積極的（能動的）監視義務説との対立に多少の影響を与えていた。例えば、消極的監視義務説に立つある論者は、昭和二五年改正により取締役会は業務執行の意思決定権限を有するに過ぎなくなり（並立機関説）、取締役はその構成員となつたのであるから、取締役は取締役会に現れた事実に基づいてのみ監視義務を負うと解すべきであると主張して⁽²³⁾いた。並立機関説と消極的監視義務説とは論理必然的な関係には決してなく、事実、並立機関説に立ちながら積極的監視義務説を採る見解も非常に多かつた。しかし、派生的機関説の立場からすると消極的監視義務説と積極的監視義務説との対立はそもそも生じ得なかつたものである。と言うのは、派生的機関説においては業務執行権限の全ては取締役会に本来あると考えるため、その権限の一部委譲を受けた代表取締役の業務執行については、取締役会に上程されるか否かにかかわらず、取締役会の監督の対象となり、従つて個々の取締役の監視義務も取締役会に上程されない事項についてまで及ぶことになるからである。⁽²⁴⁾

従来の下級審裁判例では消極的監視義務説に立つものが多かつたが、⁽²⁵⁾昭和四八年の最高裁判決で、⁽²⁶⁾「株式会社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」と判示され、積極的監視義務説を採ることが明らかにされた。学説においても、その前後を通じて積極的監視義務

説が通説的見解となり、昭和五六年商法改正により、商法二六〇条が「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」と改められるに至つては、異論のないところとなつた。

四 しかし、消極的監視義務説と積極的監視義務説とは實際上の結果においてどれ程異なるものであつたかについてはよく分らない面もある。消極的監視義務説に対する批判の主たる点は、取締役会に上程された事項以外のことについて取締役が代表取締役の職務違反行為を知りながら損害防止の措置を採らずに放置しているような場合であっても任務懈怠に基づく責任を負わないと解することは不当であるということにある⁽²⁷⁾。しかし、消極的監視義務説の論者も、「もちろん取締役会に現れた事実をそのままに承認するという意味ではなく、現れた事実について疑いを抱くに足りる点があるときは相当なる注意を以て非違を調査すべきであり⁽²⁸⁾」と述べており、取締役会での活動を通じて代表取締役の職務違反行為等を知るに至つた場合には、取締役会に上程される事項の検討・承認を超える義務を課そうとしていたように思われる。また、例えば東京地裁昭和四五年三月二八日判決は消極的監視義務説に立つた裁判例として挙げられているが、⁽³⁰⁾判旨は「取締役としては、取締役会に上程されない事項についてはその監督権限を行使することは事実上不可能であるから、…監視義務違背を認めるには、単に取締役であるだけでは足りず、それが、取締役会に付議された事項に関するものであるか、あるいは他に容易に監督し得るような特段の事情を必要とすると解すべきである⁽³¹⁾」というものであり、監視義務の対象を取締役会上程事項に限定する根拠を、それ以外の事項についての監視が「事実上不可能」である点に求めており、更にそれが可能な場合に対する対処として「他に容易に監督し得るような特段の事情」という枠組を設けていたのである。

消極的監視義務説でも、取締役が代表取締役の職務違反行為等を知つていたのに放置した場合には監視義務違反を認めるのであれば、積極的監視義務説と消極的監視義務説との違いは、そのような職務違反行為等について知る契機とな

る情報をどこでどの程度入手するかという点に認めることができる程度である。しかも、積極的監視義務説の立場でも、基本的には取締役は取締役会という機関の構成員たるに過ぎないのであるから、その資格を超えて積極的かつ不断に情報を得る努力が要求される訳ではない。以上のように考えると、両説の違いは非常に微妙である。真に問題とすべきは、取締役の義務の具体的な内容としてどのようなものかを考えるかであると思われる。

いずれにしても、取締役会は代表取締役の業務執行一般に対する監督機関であり、取締役はそのような職責を有する取締役会の構成員として、各自業務執行一般に及ぶ監視義務を負っているという理解には現在ではほぼ異論がないと言つてよい。

五 以上は、取締役会構成員としての取締役の監視義務についてのものであった。しかし、周知の通り、日本の株式会社においては取締役会構成員たる資格のみを有する取締役というのは非常に少ない。商法二六条ノ三に関する裁判例においても、そのような資格のみに基づく取締役の責任が問題となるのは、多くの場合、名目的取締役に關するものであった。従つて、次に、取締役会構成員たる資格以外を兼ねる立場にある取締役の監視義務、あるいは監督義務についての本稿の立場を明らかにしておく必要がある。

まず、商法上、代表取締役という制度がある。この代表取締役となった取締役の監視・監督義務についてどのように考えるかが問題となる。商法二六条ノ三に関する裁判例においては、被告が代表取締役であった場合に責任を認める例が圧倒的に多い。⁽³²⁾ 最高裁昭和四四年一月二六日大法廷判決⁽³³⁾のように、「代表取締役は、対外的に会社を代表し、対内的に業務全般の執行を担当する職務権限を有する機関であるから、善良なる管理者の注意をもつて会社のため忠実にその職務を執行し、ひろく会社業務の全般にわたつて意を用いるべき義務を負う」⁽³⁴⁾とするのが、それらの裁判例に共通する理解である。この判旨は、善管注意義務ないし忠実義務を根拠に代表取締役の広範な監視義務を認めるものとして

理解されており、善管注意義務ないし忠実義務はある職責の存在を基礎付けるものではなく、かえって、ある職責の存在を前提としてその履行上尽くすべき注意の程度を示す基準に過ぎないとして批判されている。⁽³⁵⁾ もしそのような判旨の理解が正しいとするとこの批判は正当なものであるが、しかし、判旨の意図は、代表取締役という地位には会社業務全般にわたって(他の取締役よりも)注意すべき職責があるというものであると思われる。⁽³⁶⁾

以上に対して、学説上は、代表取締役の監視・監督義務を取締役会構成員たる資格に基づくものと業務執行ラインの上位者としての資格に基づくものとに分けて理解する見解が多い。⁽³⁷⁾ すなわち、代表取締役はまず取締役会構成員として他の代表取締役あるいは他の業務執行を担当する取締役に對する監視義務を負い、更に会社の業務執行ラインの上位者として、自己の下位にある者に対する監督義務を負うのである。より高度の職責が商法が定める代表取締役という地位自体に伴うものであると考える見解とは異なり、より高度の職責が代表取締役に課されるのは、實際上代表取締役は業務執行ラインの最上位に位置するということに由来すると思われるのである。

本稿でもこのような学説の理解に従いたい。前掲最高裁判決のように、代表取締役は会社業務全般にわたって意を用いるべき義務を負うと言っても、積極的監視義務説の下における取締役会構成員たる取締役の義務との違いは、程度が違うというイメージ以上にはあまり明らかとはならない。代表取締役がより高度の職責を負うのは業務執行ラインの最上位者である地位を兼ねているからであると分析的に捉える方が、説明として優れていると思われるからである。⁽³⁸⁾

また、日本の会社においては、代表取締役の他に、定款等をもって対内的な業務執行を担当する取締役を定める例が多かった。いわゆる業務担当取締役と呼ばれるものであり、会長・社長・副社長・専務・常務等の名称が付された取締役に業務執行を担当させることを定めている場合に、それらのうちで代表権を有しない取締役のことである。⁽³⁹⁾ 平成一四年改正はこれを商法典に取り込み、「代表取締役以外ノ取締役ニシテ取締役会ノ決議ニ依リ会社ノ業務ヲ執行スル取締役ニ指名セラレ其ノ指名ヲ受諾シタルモノ」(商法二六〇条三項二号)は会社の業務を執行すると定めた。その他に、

使用人兼務取締役と呼ばれる立場の者が存在する。これは単に取締役が商業使用人を兼ねる場合であり、業務担当取締役とは区別される。実際上は、この使用人兼務取締役の割合が圧倒的に多いとされる。⁽⁴⁰⁾

これらの取締役の監視・監督義務についても、代表取締役の場合と同様に、取締役会構成員としての資格と、業務担当者ないし商業使用人としての資格とを分けて考えることが適当である。これらの者は、取締役会構成員として代表取締役や業務担当取締役の業務執行を監視する義務を負い、同時に、自己の担当領域に関しては業務執行ラインの上位者として下位者を監督する義務を負う。業務執行ラインの上位者としての監督はより綿密のものが要求される。⁽⁴¹⁾

以上のように理解する立場から、例えば代表取締役の監視・監督義務について分析的に言えば、以下になる。まず、代表取締役は業務執行ラインの上位者として下位の者に対する監督義務を負う。それは、取締役の監視義務に比べてより綿密なものが要求される。他の取締役が業務執行ラインに組み込まれている場合には、結果としてそのような者に対する監督義務を負うことになる。また、代表取締役が複数いる場合には、それらの者の間に上下の関係があるのが通常であろうが、そのような場合にもその上下の関係に従って監督義務の有無が定まる。それと同時に、代表取締役相互間でも、それぞれ取締役会構成員としての資格に基づいて監視義務を負うことになる。下位の代表取締役の上位の代表取締役に対する監視義務は、あくまで取締役会構成員としての資格に基づくものである。他の取締役のそれと同様のものであることになる。ただし、代表取締役は業務執行ラインの最上位層に位置するが故に、事実上、他の取締役よりも様々な情報を得る機会が多いはずであり、その結果として上位の代表取締役に対する監視義務の発動が要求される場合が多いと言える。

六 本稿においてまず検討するのは、以上のような取締役の監視・監督義務の内容とその違反に基づく会社に対する責任の判断のあり方である。しかし、くり返しになるが、日本においては純粹に取締役会構成員の資格のみを有する取締

役というのは殆ど見られなかったため、現実の取締役の監視・監督義務を考えるに当たっては、業務執行ライン上の地位等、実際に当該取締役の置かれた立場を考慮しなくてはならない場合が多い。大和銀行株主代表訴訟事件でも、実際に責任が認められたのは、取締役会構成員としての資格において言うよりは、ニューヨーク支店長や頭取といった立場によるところが大きかった。⁽⁴²⁾

そのような立場により監視・監督義務の程度が異なってくる理由としては、代表取締役について述べたように、立場上様々な情報に触れる機会が多いという事実上のものと、ある領域の担当者として自己の指揮下にある者を綿密に監督しなくてはならないという内部職掌上の職責に由来するものがある。しかし、前者はまさに事実上の問題であって、取締役会構成員としての取締役の義務の枠組の中で考えることができる問題である。すなわち、取締役が代表取締役等の職務違反行為を知っていた場合、あるいは知りうることでできた場合の問題として考えることになる。

後者、すなわち内部職掌上の職責は、各会社、各取締役によって様々であり、一様に論じることができない性質のものである。業務執行ライン上の地位に応じて自己の担当領域については綿密な監督が要求されるとは言っても、実際何がどの程度異なるかはあまりはっきりしない。例えば、担当領域で行われる可能性の高い違法行為等を行わないように部下を教育すること、⁽⁴³⁾担当領域の資金の流れについて認識しておくこと、⁽⁴⁴⁾隠されていること、不知のことに関する探知義務等⁽⁴⁵⁾が言われることがあり、また、担当領域で行われている違法行為等について認識した場合には直接その是正を行うべき義務等を考えることはできるが、結局はこれらも場合により、直接の担当者とその上位に位置する者、更にその上位に位置する者とは自ずから義務の具体的内容も異なってくるものと考えられる。

しかし、それぞれの立場に応じて義務の具体的内容が異なるとは言え、その違反に基づく責任をどのように考えればよいかという点では、取締役会構成員としての資格に基づく監視義務の場合と同じように考えることができるように思われる。監督すべき対象に何か不都合があったからと言って、常に責任が認められる訳ではない。自己が直接の行為者

としての責任を負うのではなく、監視・監督すべき者の行為の監視・監督を怠ったが故に責任を負うという問題の性質は、取締役会構成員としての監視義務の場合と異なるところはないのである。責任の有無の判断の前提となるべき義務の具体的内容が異なるだけであると理解することができる。

以上のように、取締役の監視・監督義務を取締役会構成員としての資格に基づく監視義務と業務執行ライン上の地位に基づく監督義務とに分け、その違反に基づく責任を考えるとしても、後者に固有の問題は、場合に依じて異なる義務の具体的内容の点に尽きるものと考えられる。それについて一般的に記述するのは困難であるし、適当でもないように思われる。従って、その詳細な検討は別の機会に譲り、本稿においては、取締役会構成員としての取締役の義務とその違反に基づく責任について検討することを中心とすることとしたい。

なお、取締役は監督機関たる取締役会の構成員として、取締役に上程されない事項についても、代表取締役等の業務執行を監視する義務を負う。商法二六〇条一項は「取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」と定めており、素直に読む限り、取締役の監視義務が及ぶのは他の代表取締役、業務担当取締役、使用人兼務取締役としての取締役に對してである。より下位の従業員の行為については、自己がその上位者として監督義務を負うのでなければ、その上位にいる取締役の監督義務の履行に對して監視義務が及ぶという間接的なものとして理解されることになる。⁽⁴⁶⁾後に述べるように、現在のコーポレート・ガバナンスに関する議論を前提とすると、このような理解には疑問を呈し得るのであるが、とりあえずはそのようなものとして検討を行うこととする。

さて、取締役の監視義務の内容とその違反に基づく会社に対する責任の判断のあり方について考えるとき、日本法には以下のような問題があると思われる。先に述べたように、従来の日本の裁判例は商法二六六条ノ三に関するものが殆どであり、名目的に就任した取締役であることや、実質は従業員であること、影響力がないこと等を理由として責任を否定することも多かった。⁽⁴⁷⁾責任を認める場合にも、實際上の影響力を考慮して責任を認めていると考えられる裁判例も

しばしば見られた。⁽⁴⁸⁾すなわち、取締役の監視義務違反に基づく責任の有無の判断に、取締役の監視義務の具体的内容が反映されない傾向があったのである。被告がしばしば小規模閉鎖会社の名目的取締役であったことを考えると、そのような傾向も致し方ない面もある。しかし、本稿の対象である、ある程度以上の規模の会社については、それらの裁判例と同じように考えることはできないと思われる。取締役の責任の有無の判断は取締役の具体的な義務内容と結びついたものでなくてはならないし、義務の内容についても責任判断の枠組との関係で整理し直す必要がある。

これが本稿で検討する第一の問題であるが、この問題については上に述べたような理由で学説における議論が中心とならざるを得ない。そこで、昭和二五年改正における取締役会制度の導入の際に参考とされたアメリカ法の議論を参照することで検討の材料を補うこととする。

七 先に述べたように、日本においてもこの数十年コーポレート・ガバナンスに関する議論が盛んとなっているが、その中で取締役会は会社経営に対する監督の中心となるべき機関として注目されている。これまで見てきたことから明らかに、制度理解の違いに基づく説明の仕方の違いはあったものの、従来から取締役会は代表取締役らに対する監督機関として位置付けられていた。しかし、多数の使用人兼務取締役の存在に見られるように、実務における取締役会の実態は、監督機関としての役割を果たすことがあまり期待できないものであった。また、昭和二五年改正における取締役会制度の導入は、拡大した業務執行権限を集団的意思決定によらしめることを目的としていたため、取締役会の位置付けは、業務執行の意思決定機関としての方が主だったのである(昭和二五年改正商法二六〇条)。現在でも、重要な業務執行についての決定は代表取締役に委ねることはできないとされており(商法二六〇条二項)、取締役会は監督機関としての機能に特化したものではなかったのである。

取締役会の監督機能の重視の方向は、取締役会が監督機関として特化したアメリカの制度を一つの参考としている。

アメリカにおいても、従来、会社は「取締役会によって経営されるべし」とされていたが、大規模な会社においては経営陣への権限集中が進み、取締役会は経営はおろか政策決定すらも行っていないという取締役会の無機能化が進展していた。⁽⁴⁹⁾ 一九七〇年代の一連の企業不祥事は、そのような権限集中の下にある経営陣が不適切な行動を採っているのではないかという問題意識を生ぜしめ、取締役会の機能強化が議論されるようになったのである。その代表例がいわゆるモニタリング・モデルである。大規模な会社においては、最早取締役に経営を行うことを期待するのは無理であり、せいぜい経営陣の選任・解任権限に基づく経営の監督と基本的な事業計画等についての承認という役割しか期待できないという認識に基づき、⁽⁵⁰⁾ 監督機関としての取締役会の役割を重視するものである。このような経営と監督の分離及び監督機能の実効性を制度的に保証するために、経営陣からの独立性を有する社外取締役や各種の委員会制度、取締役会及び取締役の権限のあり方等が推奨されている。⁽⁵¹⁾ このモニタリング・モデルは実務にも広く浸透するに至っている。⁽⁵²⁾

平成一四年の商法等改正では、このようなアメリカの制度を参考とした委員会等設置会社の制度を選択的に採用することが認められた。すなわち、商法特例法上の大会社等は、⁽⁵³⁾ 定款に定めを置くことで委員会等設置会社となることである。委員会等設置会社となった会社は、取締役三人以上により組織され、その過半数が社外取締役である各種委員会（指名委員会・監査委員会・報酬委員会）の設置を強制される。⁽⁵⁴⁾ また、取締役会の決議により会社の業務執行を担当する執行役及び代表執行役を選任しなくてはならない。⁽⁵⁵⁾ その上で執行役に対する大幅な決定権限の委譲が認められる。⁽⁵⁶⁾ 以上のような仕組みの下で、取締役会は、経営の基本方針、執行役・代表執行役の選解任や職掌分担等について決定を行い、⁽⁵⁷⁾ 取締役及び執行役の職務の執行を監督するものとされる。⁽⁵⁸⁾ 取締役会の決定事項は大幅に削減され、社外取締役を中心とする委員会制度を伴う取締役会の監督機能に重点が置かれ、執行役による経営と取締役会による監督との分離を目指す制度である。

このような制度の下では、監視・監督義務についてもいくつかの新たな局面が生じる。例えば、各種委員会の構成員

となった取締役の監視・監督義務、委員会の活動に対する他の取締役の監視義務⁽⁵⁹⁾、執行役の監視・監督義務等の問題が考えられる。しかし、それらの個別的な問題以上に、以上のような法改正に象徴される取締役会の会社経営に対する監督機能の重視の傾向が、取締役会の監督のあり方、あるいは取締役の監視義務の内容に從來とは異なる意味を与えるようになっていられると思われることの方が重要である。すなわち、一般の会社の取締役会は「取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」とされ、委員会等設置会社においても「取締役及び執行役の職務の執行を監督する」とされている。しかし、コーポレート・ガバナンスの中心としての取締役会に期待される役割は、単に「取締役」や「執行役」に対する監督に止まらず、会社経営の仕組みやあり方の全体に対する統制にまで及んでいるものと考えられるのである。このような役割を理論上どのように把握するかについては問題があると思われるが、そのような理論的な位置づけは別としても、取締役会が会社経営全体のあり方を決める重要な主体となることが求められていることには疑いがない。このことは取締役会の監督機関への特化を目指す委員会等設置会社においては特に明らかであるが、そのような制度の導入によって取締役会による監督の対象が変化すると考えるのは適当ではなからう。一般の会社における取締役会も、会社経営の仕組みやあり方の全体に対する統制の主体として認識されているように思われる。

そのことを端的に示すのが、リスク管理や法遵守確保に関する内部統制システムに関する取締役会の役割に対する期待である。委員会等設置会社については法律上、取締役会が内部統制システムの構築に関わることが求められている⁽⁶¹⁾。一般の会社についても既に、大和銀行株主代表訴訟事件において、取締役会が内部統制システムの大綱を定める役割を担うことが明言されている。また、学説においても、取締役会の構成員たる取締役に關して、その義務の内容として内部統制システムに注意を払うべきことが指摘されるようになってい⁽⁶²⁾る。内部統制システムはまさに会社経営の全体のあり方に関わるものであり、それに対して取締役会及びその構成員たる取締役に注意しなくてはならないということは、取締役会による監督が会社経営全体に及び、取締役の職責が「取締役」に対する監視に止まらないものとなっているこ

とを示しているように思われる。

このような変化は取締役会の監督機能、取締役の監視・監督義務にとって大きな意味を持っており、別途検討する必要がある。これが、第三章において内部統制システムに関する取締役の義務について更に詳しく見る理由である。ただし、この問題は日本においては最近の動きであり、検討の材料はやはり少ない。そこで外国法を参照する必要があるが、この点に関しても、早くから内部統制システムに対する取締役会、取締役の関わりについての議論のあるアメリカ法を主に材料とするのが適当である。それに基づき、コーポレート・ガバナンスにおける取締役会の位置付けと内部統制システムに関する取締役会の役割、内部統制システムに関する取締役の義務、更には取締役の会社に対する責任にどのような影響があるのか等の点について検討を加えることとしたい。

八 以上は、取締役の監視・監督義務の内容とその違反に基づく責任の有無に関する検討である。会社に損害を与える何らかの行為があったことを前提に、それに対する監視・監督の義務を負う取締役が、どのような義務を前提にどのような判断枠組で責任を負ったり負わなかったりするかという問題である。ところで、大和銀行株主代表訴訟事件のインパクトは、何といってもその責任額の大きさである。八〇〇億円という額は、意図的にそのような損害を与えた者であるならばともかく、監督義務の懈怠による責任としてはやはり異常に巨額であるというのが素直な感想である。大規模公開会社を念頭に置いた取締役の責任論を真剣に考えるべきとの主張⁶³が為されるのもむべなるものと思われる。

巨額な賠償責任が認められる現状に対してまず考えなくてはならないのは、会社が取締役に対して賠償を請求できる損害は一体どこまでのものを含むのかという問題であろう。何が損害であるかという問題である。これは重要な論点ではあるが、しかし、取締役の監視・監督義務違反に基づく責任に特に関係がある論点ではない。取締役の会社に対する責任が問題となる全ての場合に問題となりうるものである。従って、本稿ではこの点については検討しない。

監視・監督義務違反に基づく責任に特に関係があるのは、以上のような論点を経て確定された損害に関して、各取締役が負うべき責任額についてどのように考えるかという問題である。商法二六六条一項は取締役の連帯責任となることを定めているが、これは、基本的には、責任を負うとされた取締役が常に全額について連帯責任を負うことを意味すると解されている。しかし、そのような枠組が結果的に取締役に過度に酷な結果をもたらすことがあるという認識から、一部、または全面的に各取締役が負うべき責任額に様々な差を認めるべきとする提言や解釈論が出されている。⁽⁶⁵⁾ その一方で、そのような減額に反対する見解も根強くある。⁽⁶⁶⁾ この問題も複数の取締役の責任が問題となる場合一般に関わるものであり、取締役の監視・監督義務違反に基づく責任に限られるものではないが、監視・監督義務違反が問題となる場合というのは常に複数の責任主体が観念できる類型である。また、何らかの減額を認めるべきだと感じられるのであれば、それは多くの場合、監視・監督義務違反取締役の責任についてであろう。従って、この問題は本稿においても検討する必要があるように思われる。

なお、平成一三年一二月の商法改正では、取締役の損害賠償額を軽減するための制度が設けられた。その概要は、代表取締役については報酬等の六年分、取締役については四年分、社外取締役については二年分を免除できない限度として、株主総会の特別決議により、あるいは定款の定めに基づいて取締役会の決議により、取締役の軽過失に基づく会社に対する損害賠償責任を免除することができるというものである。また、社外取締役については定款の定めに基づく責任限定契約も可能とされた。これらの制度が今後どの程度利用され、⁽⁶⁷⁾ どのように運用されるのかについては分からないが、⁽⁶⁸⁾ この制度が日本において定着したとしても、なお各取締役が負うべき責任額の問題は重要であると考ええる。この制度を利用しない会社については勿論であるが、利用する会社についても、この制度においては、取締役の責任を免除する株主総会において「責任ノ原因タル事実及賠償ノ責ニ任ズベキ額」「責任ヲ免除スベキ理由及免除額」(商法二六六条八項一号・三号)の開示が要求され、取締役会決議による場合でも「責任ノ原因タル事実ノ内容、其ノ取締役ノ職務遂

行ノ状況其ノ他ノ事情ヲ勘案シテ特ニ必要アリト認ムルトキ」との限定が付され（同条一二項）、更に三%以上の株主の異議申立てにより取締役会決議による免除はできないとされており（同条一四項・一五項）、当該取締役は本来どの程度の責任を負っているのかということは本質的な問題として残っているからである。また、裁判所で取締役の責任が認められる前に、会社側が取締役の責任を認めた上で一部免除の手続きを行うということは實際上考えにくく、裁判所が各取締役の責任額について判断を下す上でのルールはなお重要な意義を有すると思われるからである。

先に述べたように、この問題に関しては見解の対立がある。ごく大雑把に言えば、一方の極には、各取締役の義務違反の内容や関与の度合い、過失の程度等を考慮して、各取締役が負うべき賠償額を個々に決めるべきであるとする見解があり、他方では、そのような処理を一般に認めることは商法二六六条一項の趣旨に反すとか、監視・監督義務の趣旨を没却するとかの理由で、それに反対する見解がある。⁽⁷⁰⁾ 私見は、前者及び後者の態度にはそれぞれ問題があると考えている。それは、それらの主張の内容について言うよりは、複数の取締役の責任と損害賠償法の一般理論との関係をどのように考えるかという点に問題があると思われる。前者の見解は損害賠償法の一般理論との連続性を考えていない。⁽⁷²⁾ 立法論としてはともかく、解釈論としては問題があると言わざるを得ない。一方、後者の見解は、商法二六六条一項が連帯責任を定めていることにより、損害賠償法の一般理論における減額の理論が適用される可能性が基本的には閉ざされていると考えている。⁽⁷³⁾ しかし、突き詰めて考えてみると、商法二六六条一項のどこにそのような意義があると考えられているのかは実ははっきりしない。

以上のような問題を克服するためには、まず、複数取締役の責任のあり方についても、損害賠償法の一般理論との連続性を意識しなくてはならないという立場に立ち、次に、損害賠償法の一般理論の応用を妨げていると考えられている商法二六六条一項の意義が明確にされなくてはならない。そして、それを明らかとした結果、もし商法二六六条一項が損害賠償法の一般理論の応用を全面的に排斥するものではないということになるのであれば、そのような理論を複数

の取締役の責任に当てはめて考えてみることになる。

以上の考察は、基本的には日本法の問題として考えざるを得ない。連続性を考える対象である損害賠償法の一般理論は当然日本法のものでなくてはならないし、複数の取締役の責任が問題となる場合に、何らかの理屈で各取締役の賠償額の減額の可能性を探るという議論自体が日本独特のものであるからである。⁷⁴ただし、特定の論点においては、取締役の会社に対する責任についての議論の蓄積が比較的多いアメリカ法を材料の一つとすることもある。

九 本稿では以上の点について検討していくこととなる。まず、責任の成否の問題に関するものとして、取締役の監視・監督義務違反に基づく責任の判断の枠組と、それに反映されるべき取締役の監視・監督義務の具体的な内容について検討する(第二章)。続いて、取締役の監視・監督義務の重要な内容として、あるいは取締役の監視・監督義務と深く関わるものとして、内部統制システムに関する取締役会の役割、取締役の義務を別途とりあげ、その理論的位置付け、更にそのような義務を認めることによって、取締役の会社に対する民事責任にどのような影響があるのか等の点について検討を加えることとしたい(第三章)。

次に、責任を負うとされた取締役がどのような責任を負うのかという問題、すなわち、各取締役が負うべき責任額の減額の可能性について検討する。まず、減額の可能性を排斥すると一般に理解されている商法二六六条一項に、各取締役が負うべき責任の範囲という観点から見たときにどのような意義があると考えるべきかについて検討する(第四章)。更に、そこで考えられた商法二六六条一項の意義を前提として、損害賠償法の一般理論をもとに、各取締役が負うべき賠償額の減額の可能性について検討する(第五章)。

最後に、以上の検討を総括し、監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任についての私見を整理することとしたい(第六章)。

- (1) 東京地判平成八年六月二〇日判時一五七二号二七頁。
- (2) 大阪地判平成一二年九月二〇日判時一七二二号三頁。
- (3) その後控訴されたが、平成一三年一二月に、被告四九名が大和銀行に対して総額約二億五〇〇〇万円の支払いを為すこと等と内容とする和解が成立している。日本経済新聞平成一三年一二月一日夕刊一面参照。
- (4) 経済界は株主代表訴訟の恐れによる経営の萎縮を主張し、取締役の対会社責任制度や代表訴訟制度の改革を求めた。平成一三年一二月には、取締役の賠償責任の一部免除等と内容とする商法改正が成立している。
- (5) 上村達男『会社法改革 公開株式会社法の構想』二一八頁以下（岩波書店、平一四）。
- (6) 違反を行った者として責任が認められた被告も一部存在する。
- (7) 例えば、川濱昇「取締役会の監督機能」龍田還暦『企業の健全性確保と取締役の責任』三頁（有斐閣、平九）、森本滋「公開会社の経営機構改革と執行役員・監査役（二）（二・完）」法学論叢一四五巻一号一頁、五号一頁（平一一）、北村雅史「経営機構改革とコーポレート・ガバナンス」商事法務一六〇三号九頁（平一三）、近藤光男『牛丸與志夫』田村詩子『志谷匡史』川口恭弘『黒沼悦郎』行澤一人『株式会社における経営監督のあり方（上）（下）』商事法務一六一一号四頁、一六二二号二四頁（平一三）、日本コーポレート・ガバナンス委員会「改訂コーポレート・ガバナンス原則」（平一三）（商事法務一六一二号八頁に掲載）。
- (8) 例外として、定款もしくは株主総会の決議により代表取締役を定め、あるいは共同代表や混合代表（支配人との共同代表）とすることが認められ、更には定款の規定に基づいて取締役の互選で代表取締役を定めることも認められていた（改正前商法二六一条二項）。実務上は、取締役の互選で代表取締役を定める方法を採用する例が多かったとされる。大森忠夫『矢沢惇編』『注釈会社法（四）』三五四頁（山口幸五郎）（有斐閣、昭四三）。
- (9) 少数ながら、改正前商法における取締役を単独の業務執行機関と見るのではなく、数人の取締役が全体として一個の業務執行機関を構成しているとする見解もある。山口幸五郎『会社取締役制度の法的構造』一八八頁以下（成文堂、昭四八）。
- (10) 松本丞治『日本会社法論』二七八頁、二八八頁以下（巖松堂、昭四）、田中耕太郎『改正会社法概論』五六〇頁、五七二頁以下（岩波書店、昭一四）、西本寛一『株式会社重役論』五頁以下、九八頁以下（大同書院、昭一〇）。業務執行の意思決定の方法としては、原則として取締役の過半数をもって決するとされていたが（改正前商法二六〇条）、会議体を組織する必要はなく、持ち回り決議も許されていた。西本・前掲八二頁。なお、実務上は、定款の定めに基づく等して取締役会が開催されていた。鈴木竹雄『石井照久』『改正株式会社法解説』一四一頁（日本評論社、昭二五）、田中誠二『確定改正会社法解説』一一二頁（千倉書房、昭二六）。
- (11) 昭和二五年改正による経営機構改革は、株式会社の経営機構の合理化に主眼が置かれたものではなく、むしろ社会的要請の強

かった授權資本制度の導入に合わせたものであるとされる。大隅健一郎「商法改正案における取締役会制度」法学論叢五七巻一号二頁以下(昭二五)、『注釈会社法(四)』・前掲注(8)二五〇頁(星川長七)。

(12) 鈴木・石井・前掲注(10)一四一頁、田中(誠)・前掲注(10)九九頁、星川・前掲注(11)二五〇頁。

(13) 松田二郎『会社法概説』一八八頁(岩波書店、昭二六)、田中誠二『新版会社法』一八四頁以下(千倉書房、昭二七)、山口・前掲注(8)三五六頁以下。最近のものとして、田中誠二『三訂会社法詳論(上巻)』五六八頁以下(勁草書房、平五年)、加美和照『会社取締役法制度研究』八一頁以下(中央大学出版部、平一二)。

(14) 津田利治「取締役会の権限をめぐる二三の問題」慶応義塾大学法学研究二六巻三号三頁以下(昭二八)、石井照久『会社法上巻(商法Ⅱ)』三〇〇頁(勁草書房、昭四二)、星川・前掲注(11)二五一頁、西原寛一『会社法』一九〇頁(岩波書店、第二版、昭四四)、木内宜彦『会社法(企業法Ⅱ)』一七三頁(勁草書房、昭五八)、竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座三(企業運営)』二八〇頁以下(酒巻俊雄)(東京大学出版会、昭六〇)、大隅健一郎・今井宏『会社法論中巻』一四七頁(有斐閣、第三版、平四)、倉澤康一郎『会社法改正の理論』二二四頁(成文堂、平六)、森本滋『現代法学会会社法』二一九頁(有信堂、第二版、平七)、河本一郎『現代会社法』三六六頁(商事法務研究会、新訂第八版、平一一)。

(15) 鈴木竹雄・石井照久『改正株式会社法解説』一五四頁、一五七頁(日本評論新社、昭二五)、松田・前掲注(13)一九五頁、一九九頁、石井・前掲注(14)三〇〇頁以下、田中・前掲注(13)詳論六〇四頁、加藤良三・吉田直・田中裕明『株式会社法の理論2』七七頁以下(中央経済社、平七)、加美・前掲注(13)八六頁。なお、並立機関説に立ちながら、代表取締役執行及び代表権が与えられている以上、その範囲内で意思決定権も存するのが本来の性質上当然であって、取締役会による明示または黙示の委任を觀念する必要はないとする見解もある。西原・前掲注(14)一九九頁。並立機関説から派生的機関説に対する批判としては、取締役会は会議体である以上、業務執行自体の権限を有すると解することは不適当であることや、商法二六〇条の文言等が挙げられている。

(16) 大隅・前掲注(11)二〇頁以下、津田・前掲注(14)八頁以下、大隅健一郎・大森忠夫『逐条改正会社法解説』二五八頁以下(有斐閣、昭二六)、山口・前掲注(8)三五七頁以下(上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(六)』一三七頁以下(山口幸五郎)(有斐閣、昭六二)でも同旨)、倉澤康一郎『会社法の論理』一八一頁以下(中央経済社、昭五四)、酒巻・前掲注(14)二七三頁以下、大隅・今井・前掲注(14)九九頁。派生的機関説から並立機関説に対する批判としては、業務執行をその意思決定と執行自体とに分け、それぞれを別の機関の権限とすることは不自然な技巧的説明であること、取締役会制度の母法たるアメリカ法における理解、取締役会が代表取締役を選任・解任する法的根拠が説明できないこと等が挙げられている。

(17) 河本・前掲注(14)三六六頁以下、龍田節『会社法』九九頁以下(有斐閣、第八版、平一三)、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』二九五頁(有斐閣、第二版、平一四)。

- (18) 鈴木Ⅱ石井・前掲注(15)一九〇頁、石井・前掲注(14)三二〇頁以下、『注釈会社法(四)』・前掲注(8)三三七頁以下(堀口 亘)。
- (19) 鈴木Ⅱ石井・前掲注(15)一五七頁、松田・前掲注(13)一九八頁以下。
- (20) 大隅・前掲注(11)二三頁、大隅Ⅱ大森・前掲注(16)・二六五頁以下、倉澤・前掲注(16)一八一頁以下、大隅Ⅱ今井・前掲注(14)一八八頁。委員会等設置会社における取締役会と執行役の關係につき同様の理解を示すものとして、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)——委員会等設置会社制度を中心に——」取締役の法務九九号三三頁(平一四)。
- (21) 大阪谷公雄「取締役の責任」田中耕太郎編『株式会社法講座第三卷』一一二頁(有斐閣、昭三一)、谷川久「東京地判昭和三年五月一三日判批」ジュリ二〇九号八四頁(昭三五)、味村治「取締役の責任」商事法務研究会編『続実務株式会社法六講』二三四頁以下(商事法務研究会、昭三五)(ただし、各取締役に取締役会を招集する権限のないという当時の立法の不備を理由とする。)
- (22) 菅原菊志「取締役の監視義務」『企業法研究十周年記念論文集』一〇二頁(企業法論社、昭三九)、『注釈会社法(四)』・前掲注(8)四四五頁以下(本間輝雄)、倉澤・前掲注(15)一八一頁以下、加美・前掲注(13)四八六頁以下。
- (23) 大阪谷・前掲注(21)一一二頁。
- (24) 倉澤・前掲注(16)一八一頁以下、大隅Ⅱ今井・前掲注(14)一八八頁、二五二頁。
- (25) 東京地判昭和三年五月一三日下民集八卷五号五二三頁、東京地判昭和三年一月二八日下民集九卷一十一号二三四二頁、広島地判昭和三年八月三〇日下民集一二卷八号二一一六頁、東京地判昭和四五年三月二八日判時六〇六号八二頁。
- (26) 最判昭和四八年五月二二日民集二七卷五号六五五頁。
- (27) 菅原・前掲注(22)九八頁以下、本間・前掲注(22)四四五頁以下、加美・前掲注(13)四八八頁以下。その他に、消極的監視義務説は個々の取締役が業務執行権限を有しないことを根拠とするが、業務執行義務と業務執行を監視する義務とは別個のものであるという点、定款で特定の取締役を取締役会の招集権者と定めていても、その者が他の取締役の請求にもかかわらず取締役会を請求しない場合には、各取締役に取締役会を招集できると解すべきこと(昭和五六年改正により明文化された)等が批判の根拠となっている。
- (28) 大阪谷・前掲注(21)一一二頁。
- (29) 判時六〇六号八二頁。
- (30) 加美和照「最判昭和四八年五月二二日判批」金判三九三号二頁(昭四九)、坂本延夫「大阪高判昭和五三年四月二七日判批」金判五六〇号五〇頁(昭五四)等。

- (31) 判時六〇六号八七頁。
- (32) 東京地判昭和四八年一月一三日判時七四七号一〇二頁、仙台地判昭和四九年九月三〇日判時七八三号一二五頁、東京地判昭和五六年三月三十一日下民集三二卷五ノ八号七七四頁、大阪高判昭和五六年七月九日下民集五ノ八号七九八頁、東京地判昭和五八年五月六日金判六九五号三七頁、札幌高判昭和五八年一〇月一七日判夕五二〇号二五九頁等。同旨、後藤幸康「大阪地判昭和六〇年八月二八日判批」法律のひろば四二卷二号六二頁以下(平元)。
- (33) 民集二三卷一十一号二一五〇頁。
- (34) 民集二三卷一十一号二一五四頁。
- (35) 喜多了祐「最判昭和四八年五月二二日判批」判時七一八号一四六頁、加美・前掲注(13)四八五頁。
- (36) 判旨をこのように理解した上で賛成するものとして、大隅・今井・前掲注(14)二五三頁。
- (37) 菅原・前掲注(22)一一九頁以下、酒巻俊雄「取締役の責任と会社支配」四頁以下(成文堂、昭四二)、本間・前掲注(22)四四四頁以下、山城将美「取締役相互の監視義務」沖繩法学九号一三三頁以下(昭五六)、込山芳行「取締役の監視義務と取締役会の監督権」富士大学紀要一五卷二号一一五頁以下(昭五八)、『新版注釈会社法(六)』・前掲注(16)二八二頁(近藤光男)、山田純子「取締役の監視義務—アメリカ法を参考にして—」『企業の健全性確保と取締役の責任』・前掲注(7)二三九頁以下、高橋一馬「取締役の監視義務」阪南論集社会科学編三三卷四号二三五頁以下(平一〇)、加美・前掲注(13)四八六頁。
- (38) 単なる説明の違いに止まらず、實際上の結論に影響を与える可能性もある。商法二六六条ノ三に関する裁判例において、名目的代表取締役の責任は名目的取締役の責任に比べて容易に認められる傾向にあるが(注(32)参照)、学説の考え方では、会社の業務執行に携わっていない名目的代表取締役の責任は取締役会構成員としての資格に基づいて判断されることになり、そのような結果の差は正当化できないということになるのではないだろうか。
- (39) かつては業務担当取締役の存在は認められないとする見解もあったが(松田・前掲注(13)一九九頁)、現在の通説は適法なものとして認めている。山口・前掲注(8)三五五頁以下、田中・前掲注(13)詳論六二七頁以下、森本・前掲注(14)一八九頁、加美・前掲注(13)八八頁、江頭・前掲注(17)二九五頁以下。
- (40) 柳伸之介「英米の制度及び理論に鑑みた『使用人兼務取締役』の責任論」民商法雑誌一二四卷三号八七頁(平一三)。
- (41) 酒巻・前掲注(37)八頁。
- (42) 簿外取引により会社に生じた損害については、ニューヨーク支店長のみが責任を負うとされた。連邦法規の違反に関しては、違反を行った者とされた者の他では、代表取締役で組織される経営会議等を通じて実際に事態を認識していた者について監視・監督義務違反が認められている。

- (43) 取締役制度研究会（座談会）「取締役の会社に対する責任（その八）」取締役の法務五三三七三頁（森本発言）（平一〇）。
- (44) 取締役制度研究会・前掲注(43)七三頁（稲葉発言）。
- (45) 柳・前掲注(40)一〇六頁。
- (46) この点については従来明確に論じられることはあまりなかったように思われる。ただし、高橋・前掲注(37)二三八頁は、業務執行ライン上の地位に基づく監督義務と区別される監視義務の内容としては、取締役は単なる商業使用人に対する監視の義務を負わないと論じている。これに対して、近藤光男「商法改正と株主代表訴訟」ジュリ一一九一四頁（平一二）では、取締役の職責として当然に使用人に対する監視・監督があると考えられているようである。ただし、同「執行役」民商法雑誌二六巻四・五号五一九頁（平一四）では、「取締役及び執行役の職務の執行を監督する」とされる委員会等設置会社の取締役会につき、使用人は取締役会の直接の監視対象ではないとされている。
- (47) 例えば、福井地判昭和五五年一月二五日判時一〇一一号一一六頁、東京高判昭和五六年九月二八日判時一〇二二号一三一頁、浦和地判昭和五八年六月二九日判時一〇八七号一三〇頁、東京高判昭和五九年一月一三日判時一一三八号一四七頁。
- (48) 最判昭和五五年三月一八日判時九七一〇一頁（破棄差戻）、東京地判昭和五六年一月二七日判タ四六三三三三頁、大阪地判昭和六〇年八月二八日判時一一八四号一四〇頁。被告取締役の実際上の影響力の有無等が責任を認める方向にのみ働くのであれば問題はないが、それが責任を否定する方向にも働いていることが問題である。
- (49) Eisenberg は取締役会の無機能化の原因として以下のような要素を挙げている。①取締役会の時間的制約（多くても月次の開催であり、このようなペースで通常の意味で経営を行うことは不可能である）。②与えられる情報に関する制約（取締役会が得られる情報がほぼ経営陣の管理下にある）。③取締役会の構成及び取締役の事実上の選任権限から生じる制約（取締役会は社内取締役や経営陣と個人的な繋がりのある社外取締役にによって構成され、また取締役の選任は実際には経営陣が行っている）。Melvin A. Eisenberg, *The Structure of the Corporation*, 141-47 (1976).
- (50) *Id.* at 156-168.
- (51) *Id.* at 170-211; ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* § 3.02-3A.05.
- (52) 以上、モニタリング・モデルについては、川濱・前掲注(7)七頁以下参照。
- (53) 商法特例法上の大会社（資本の額が五億円以上又は負債の額が二〇〇億円以上の株式会社）でなくとも、資本の額が一億円を超える株式会社で、商法特例法に従って会計監査人の監査を受ける旨を定款に定めた会社はみなし大会社とされ（商特法二条二項）、委員会等設置会社となることができる（商特法一条の二第三項二号）。
- (54) 商特法二一条の五第一項、二一条の八第四項。社外取締役の定義につき、商法一八八条第二項七号ノ二。監査委員会を組織す

る監査委員の資格については、監査役の兼任禁止と同じ趣旨から更に制限がある(商特法二二条の八第七項)。取締役会の過半数が社外取締役であることは要求されていないが、社外取締役が過半数を占める各種委員会の決定を取締役会でも覆せない最終的なものとするので、社外取締役が過半数を占める取締役会と同等の監督機能を果たすことが期待されている。始関正光「平成一四年改正商法の解説」(V)「商事法務一六四二号二五頁(平一四)、弥永真生『平成一四年改正商法解説』六八頁(有斐閣、平一四)、江頭・前掲注(17)四一二頁以下。

(55) 商特法二二条の二二、二二条の一三第一項、二二条の一五第一項。取締役は執行役を兼ねることができるが(商特法二二条の一三第五項)、取締役は会社の業務の決定・執行をできないとされる(商特法二二条の六第二項・二二条の七第二項)。執行役を兼ねない業務担当取締役を認めない趣旨である。

(56) 執行役の決定に委ねることが認められる主なものとしては、自己株式の処分・消却、株式分割、新株・新株予約権・社債の発行、準備金の資本組入、簡易手続による営業譲渡・株式交換・会社分割・合併等がある。

(57) 執行役に決定を委ねることのできない事項につき、商特法二二条の七第三項。なお、委員会等設置会社においては、計算書類に会計監査人の適法意見があり、監査委員会の不相当意見がない場合には、取締役会の承認をもって定時株主総会の承認があったものとみなされる(商特法二二条の三一第一項)。これにより、利益処分又は損失処理事案を含む計算書類の確定が、株主総会ではなく取締役会によって行われることが可能となる。

(58) 商特法二二条の七第一項。

(59) これらの問題につき論じるものとして、岡崎誠一「委員会等設置会社の取締役・執行役の責任」商事法務一六四八号二四頁以下(平一四)。

(60) 執行役は取締役会が定めた指揮命令関係に従って業務執行ライン上の地位に基づき監督義務を負うが、取締役の地位を兼ねない限り相互監視の義務は負担しないと一般に考えられている。森本滋「株式会社社の経営管理機構の改革について」取締役の法務八六号一九頁(平一三)、同・前掲注(20)二七頁、「始関正光『平成一四年改正商法の解説』(VI)「商事法務一六四二号二二頁以下(平一四)、江頭・前掲注(17)四三一頁以下。これに対して、執行役は他の執行役ないし代表執行役の業務について無関心でよいということではなく、業務執行の一環としての一定の監視義務を負うとする見解もある。上村達男「大会社における運営機構の選択」判タ一〇九三号八九頁(平一四)。前述の代表取締役の監視義務に関する判例の立場を前提とすると、代表執行役に関しては後者のような考え方が成り立つ余地もあると思われる。

(61) 商特法二二条の七第一項二号は、取締役会が決定すべき事項の一つとして「監査委員会の職務の遂行のために必要なものとして法務省令で定める事項」を定めている。法務省令案(商事法務一六四五号に掲載)一九三条では、その内容として内部統制シス

テム・リスク管理システムに関する重要事項が定められている。

(62) 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」金沢法学四二巻一号五五頁(平一一)、山田・前掲注(37)二二頁、神田秀樹『会社法』一三二頁(弘文堂、第二版、平一四)等。

(63) 上村・前掲注(5)四頁。

(64) 平成一四年商法等改正では、委員会等設置会社における取締役の責任に関して商法二六六条の特例(商特法二一条の一七等)が設けられたが、連帯責任であること自体は維持されている(商特法二一条の二三)。

(65) 例えば、川村正幸「東京地判平成八年六月二〇日判批」金判一〇一〇号四二頁(平九)、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二六巻一号一五一頁(平一一)、上村・前掲注(5)、遠藤直哉『取締役分割責任論』(信山社、平一四)。

(66) 例えば、山田純子「取締役の監視義務と会社に対する責任」甲南法学三八巻三・四号一一七頁(平一〇)、青竹正一「東京地判平成八年六月二〇日判批」ジュリ一一四二号一〇一頁(平一〇)。

(67) 平成一四年六月までに開催された株主総会を対象とする調査によれば、取締役等の責任減免の定款変更を行った会社は調査対象の六・二%、社外取締役の責任限定契約に関する定款変更を行った会社は二・六%であった。二〇〇二年版株主総会白書(商事法律一六四七号)図表一五二(平一四)。

(68) 株主総会決議あるいは取締役会決議による責任の免除の制度については、取締役に責任があることを前提として行わなければならないこと(提訴前あるいは第一審継続中に被告取締役の責任を認めた上で決議を行うことは難しいし、判決後の免除ではそれに関わった取締役にすぎ新たな責任問題が生じる恐れもある。)や、免除額相当部分につき税金上の問題が生じる懸念等から、実務的に使いにくいのではないかと指摘されている。岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリ一二〇六号一三〇頁(平一二)、南保勝美「取締役の責任軽減の法理―その批判的検討―」明治大学法律論叢七四巻四・五号二六九頁(平一四)、田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ一二二〇号三五頁(平一四)、近藤光男「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」企業会計五四巻三二七頁(平一四)、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)」―委員会等設置会社制度を中心に―「取締役の法務九八号一七頁以下(平一四)、北村雅史「取締役の責任軽減と株主代表訴訟」民商法雑誌一二六巻四・五号五八〇頁以下(平一四)等。

(69) 改正法においては、取締役の責任を認める判決が出された後に一部免除の手続が行われることが本来予定されているようである。ただし、制度上限定されている訳ではない。森本・前掲注(68)一六頁、北村・前掲注(68)五七八頁以下。

(70) 上村・前掲注(5)二二四頁以下、遠藤・前掲注(65)。

(71) 山田・前掲注(66)一三一頁以下。

(72) 遠藤・前掲注(65)では損害賠償法の一般理論との関係を考えられている。しかし、現在の損害賠償法の一般理論をどのように把握するか、それを商法二六六条の解釈としていかにして反映させるか等については未だ十分に検討されているとは言えないように思われる。

(73) そのように理解された商法二六六条を前提にしながら、それに反しないと考えられる限度で責任額の軽減を図る解釈論を展開するものもある。例えば、新井・前掲注(65)。

(74) 他の国に類似の議論が見られないのは、例えば、アメリカにおいては、責任制限や免責条項等の取締役の責任からの保護を図る制度が先行したことが原因として考えられる。ドイツにおいては、制度上の問題もあり、株式会社の取締役員や監査役会構成員の会社に対する責任が、最近まであまり現実的なものではなかった (Klaus J. Hopt, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat – Zugleich ein Beitrag zur corporate governance Debate –, Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, 1996, S.909, 910.) ことが原因であると思われる。

第二章 取締役の監視・監督義務の具体的内容と責任の判断枠組の一般論

本章では、取締役の監視・監督義務の違反に基づく会社に対する責任の有無をどのような枠組の下で判断すべきか、そして、取締役の監視・監督義務の具体的内容として何を考え、それが責任判断の枠組においてどのように反映されるべきかについて検討する。第一章において述べたように、取締役の監視・監督義務は、取締役会構成員としての監視義務と業務執行ライン上の地位に基づく監督義務とに分けて考えられ、後者は前者よりも綿密なものが求められる。また、業務執行ライン上の地位によって得ることのできる情報等が異なるために、監視義務の具体的な発現の様も違ってくることもある。従って、個々の取締役の監視・監督義務の具体的内容は、当然のことながら実際には個性性を有するものとなるが、本章では、各取締役に共通のものとなる、そしてまた個性性を考慮する上での基本となるべき取締役会構成

員としての義務を主たる対象とすることとする。

以下では、まず、従来の日本における議論についてまとめ、問題点を指摘することとする。

第一節 日本法における問題点

一 従来日本では、取締役の監視義務に関する議論はいわゆる「消極的監視義務説」と「積極的監視義務説」との対比から論じられていた。しかし、最高裁昭和四八年五月二二日判決^①が、「株式会社の取締役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」と判示し、更に昭和五六年商法改正において、「取締役会ハ：取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」（商法二六〇条一項）と定められるに至って、取締役が代表取締役や業務担当取締役の業務執行について積極的監視義務を負うことに疑問の余地はなくなった。

しかし、抽象的には以上のように言えるが、積極的監視義務を負うと言うだけでは責任の判断においてはあまり役に立たない。消極的監視義務説と積極的監視義務説との対比も、義務の具体的内容の考え方によっては言葉のイメージの差以上の意味を有しない。そこで、義務の具体的な内容につき論じた学説を見てみると、実際の裁判例の殆どが小規模閉鎖会社における商法二六六条ノ三の責任に関するものであったため、ある程度の規模の会社を前提とする株式会社制度における取締役の監視義務の具体的内容について論じるものは豊富である^②とは言いがたい。しかし、一通りのことは既に述べられてきている。まず、取締役の監視義務の具体的内容としてどのようなことが言われてきたのかを整理することから始めることとしよう。

二 監視義務の具体的内容としては、第一に、取締役が取締役会の構成員である以上、取締役会に出席するのは最低限の職責であるとされる⁽³⁾。小規模閉鎖会社に関する商法二六六条ノ三の事例では、しばしば取締役会自体が開催されていない場合があるが、昭和四八年最高裁判決は、取締役は「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」としており⁽⁴⁾、もし同様の事情が商法二六六条の責任の文脈で現れたとしても、別異に解する理由はない。また、「必要があ」る場合は是正措置の一環としての問題のみならず、長期にわたって取締役会が開催されていないような場合には、たとえ何らかの是正措置を検討すべきような事情が取締役にとって明らかになっても、不開催自体が是正すべき事情であるとして、取締役が取締役会を招集し、あるいはそれを求めることは義務であると考えるべきであろう⁽⁵⁾。その際には、会社の決算期や三ヶ月に一回の取締役会への業務報告を求める商法二六〇条四項（委員会等設置会社については商特法二一条の一四第一項）が参考となる。

第二に、取締役は会社の状況を把握しておかねばならないとされる⁽⁶⁾。「けだし、会社の業務執行の状況を正確に把握しているのでなければ、取締役は、会社の業務執行が違法または不当なものとなる危険を有する場合にもこれを是正する措置をとることができず、取締役会の監督機能を発揮させることができないからである。」⁽⁷⁾その方法としては、「取締役会を定期的に開催し、そこで会社の業務執行に当たる代表取締役から業務執行の状況につき説明を受けるとともに会社の帳簿・書類等を閲覧検討することが考えられる」⁽⁸⁾とされる。業務の状況に関する報告を徴収し（商法二六〇条四項参照）⁽⁹⁾、取締役会に提出された、あるいは事前に配布された資料に目を通すことが取締役の義務であることには問題はない。しかし、そのような受動的な義務を超えて、帳簿の検査等によりある程度は自ら情報を得たり、与えられた情報の正確性について確認を行ったりするような積極的な義務についてはやや難しい問題があるように思われる。小規模閉鎖会社に関する事例ではそのような義務がしばしば言及されているが、取締役が積極的に行動することを要求するよう

な事情が明らかになつてゐる場合に関する義務であるように読めるものから、明らかに普段から果たすべき職責として論じてゐるものまであり、⁽¹¹⁾ 確固たる共通見解があるようには思われない。また、規模の大きな会社においては、普段から帳簿の検査等により自ら情報を得たり、与えられた情報の正確性について常に自ら確認を行つたりするような義務を取締役に課すことは、やはり非現実的であろう。

とは言え、取締役会に提供される情報を超える情報について、あるいは提供された情報の正確性について、取締役が何らかの形で普段から関わる必要性は認められる。この点について、神崎教授は以前から次のように述べられていた。

「会社の業務執行の全般を把握するために、常時、みずから会社の帳簿・書類の閲覧をしなければ監視義務を尽くさなかつたとされるものではない。すなわち、会社の営業および財産の状況の監督についての会社の内部統制が信頼しうる組織のもとにあり、変動する会社の業務執行の状況を各取締役が適切に把握するのに必要な頻度で取締役会での報告を通じてまたはその他の方法で、そのような内部統制のための組織を通じて作成された会社の営業および財産の状況についての情報が取締役会に提供されるときは、そのような内部組織が適切に機能していないと疑うような特段の事情がない限り、会社の業務執行の状況を正確に把握するための取締役の義務は尽くされてゐるものと解される。」⁽¹²⁾ 会社の状況を把握する取締役の義務の内容として、このような内部統制が存在し、機能していることを確認することを要求することは、現在では広く認められるようになった。⁽¹³⁾ 内部統制システムに関する取締役の義務を取締役の状況把握義務の一環として位置づける考え方である。内部統制システムに関する取締役の義務がそのような側面を持つという認識は正しい。ただし、それに止まるものでもない。この点については、第三章において詳しく検討することとしたい。

第三に、取締役が代表取締役・業務執行取締役等の違法あるいは不当な業務執行について認識している場合や、そのような事柄の存在を疑わしめるような事情を認識している場合には、是正措置を講じたり、調査を行つたりすることが取締役の義務となるとされる。⁽¹⁴⁾ 商法二六六条ノ三に関する事例においても、取締役に何らかの認識があつた場合には是正

に向けた何らかの措置を採ることを求める傾向は明らかであり、⁽¹⁵⁾このことは商法二六六条の責任が問題となる場合でも別異に解する理由はない。問題は、具体的にはどのような是正措置を採るべきかである。とりあえずは場合によるという他ないが、取締役会の構成員たる取締役の資格においてできることは存外少ない。小規模閉鎖会社の事例では、被告取締役の具体的立場や関係に応じて個人的に採るべき手段が論じられることがあるが、⁽¹⁶⁾あくまで小規模閉鎖会社における当該取締役の具体的な立場を前提とするからこそ可能なことであり、規模の大きな会社における通常のと取締役に関しては取締役会を通じての調査・是正というものが中心とならざるを得ないだろう。

以上が取締役会構成員としての取締役の監視義務の具体的内容として従来から既に挙げられていた事柄である。次節で見るアメリカ法でも内容的にはほぼ同じであり、本稿が先行業績に付加できることはそれ程多くはない。監視義務の具体的内容に関する以上のような考え方自体には特に問題はない。

三 監視義務の具体的内容がおおよそ以上のようなものであるとして、次に、その違反に基づく責任の有無をどのように判断するのかが問題となる。取締役の会社に対する責任の事例は少ないため、ここでは商法二六六条ノ三に関する裁判例における処理を参考として見るが、結論を先に言えば、それらの裁判例においては監視義務の具体的内容と責任の有無の判断とがほぼ無関係なものとなってしまうている。従って、「監視義務違反に基づく責任の有無の判断」というのはあまり正確な表現ではなく、会社に損害を与えた行為に直接には関与していない取締役の責任の有無に関する判断の枠組がどのようなものであったかと言う方が適当かもしれない。

大阪高裁昭和五三年四月二七日判決⁽¹⁷⁾は、ワンマン代表取締役が取り仕切る会社の従業員（製造部長）取締役の責任が問題となった事例であるが、一般論として、「平取締役は取締役会に現れない業務には関与し得ないから、代表取締役や他の取締役が、取締役会の決議に基づかずにした違法行為について、第三者の側で①その責任を追及しようとする平

取締役が代表取締役や他の取締役のした右違法行為を知っていたこと、または②相当の注意をしなくても容易に知ることができたのに漫然と看過したこと、したがって③取締役会で事前監視が可能であったにもかかわらず右平取締役が監視権発動に必要な処置をしなかったことについて故意または故意に準ずべき過失（重過失）があつたことを、第三者において立証すべき責任があるものといわなければならない」と判示されている。この判旨は、一般的・抽象的に監視義務を認めたにすぎない昭和四八年最高裁判決の残した課題としての、責任を認めるための具体的要件を明らかにしたも⁽¹⁸⁾のとして評価されている。①②③の相互関係は、③が監視義務違反を認めさせるために最終的に原告が立証しなくてはならない命題であり、①と②が「事前監視」が可能なる場合を説明しているということであろう。要するに、「知っていたが、あるいは容易に知ることができたのに看過し、必要な処置を採らなかったと言えるか否か」という判断の枠組である。なお、判旨は、被告が名目的色彩の強い取締役であつたことを理由として、監視義務違反に基づく責任を否定している。

これと同様の考え方は、表現は様々ながら、その後の裁判例においてもよく見られる。例えば、東京地裁昭和五五年四月二二日判決⁽¹⁹⁾では、「取締役会に付議された以外の事項については、取締役の監視義務違反の責任を追及するには、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看過したことなどの特段の事情が必要である」と判示され、東京地裁昭和五七年六月一日判決でも、「商法二六六条の三に基づき、取締役としての責任を負うためには、当該取締役が代表取締役の：義務違反を知り、又は容易に知ることができ、取締役会での事前の監視が可能であつたのに、これを怠つたという事情が認められなければならない」とされている。これらの裁判例でも、被告が名目的取締役であつたことを理由として責任は否定されている。

以上のように、商法二六六条ノ三に関する裁判例における判断枠組は、おおよそ、「知っていたが、あるいは容易に知ることができたのに看過し、必要な処置を採らなかったと言えるか否か」であつたと言える。一般論としてはこれで

問題がないと思われるが、しかし、実際の判断においてはやや問題があったと言わざるを得ない。と言うのは、例えば上記の裁判例においても、被告は名目的取締役であり、名目的取締役であるが故に知ることはできなかったし、知っていても止めることができなかったという理由で監視義務違反、ひいては責任が否定されているのである。その他の裁判例においても、責任を肯定するにしろ否定するにしろ、実際に当該取締役が影響力を有する者であったか否かという点⁽²⁰⁾が判断のポイントになっている。取締役として果たすべき義務がどのようなものであるかとは無関係に、実際上の影響力が監視義務違反、ひいては責任の有無の判断の基準となっているというこのような傾向に対しては、「取締役会が機能していなければならない程、また職務に怠慢な取締役であればある程、責任を問われることがない、という不合理な事態を生ぜしめる⁽²¹⁾」という一応もつともな批判が集まることとなる。

そのような問題点を意識してか、裁判例の中には、取締役の義務違反の有無については取締役として果たすべき義務を前提として重過失による義務違反ありと判断しているが、更にその義務違反と損害との間の(相当)因果関係を問題とし、それを欠くとして責任を否定するものがある。例えば、東京高裁昭和五九年一月一三日判決⁽²²⁾は、甲社の業務を独断専行していた代表取締役Aの妻である名目的取締役Yが被告とされた事例であるが、判旨は、「Yは甲社の業務に精通しないため、意見を述べることができず、意見を述べてもAがそれに従うとは考えられず、Aをして…本件…取引を差控えさせることができたものとは到底認められない。…したがって、…相当因果関係が存しないというべきである」としてYの責任を否定している。これと同様の手法は他の裁判例においても見られるが、結局はそれらの裁判例においても、(相当)因果関係の判断において当該取締役の立場や影響力の無さが考慮されており、義務違反の判断の場合と同様、因果関係の判断は「同様の規模・業種・経営状況にある会社の同様の地位にある通常の取締役を前提として客観的に判断されなければならない⁽²⁴⁾」という批判が妥当してしまうこととなる。

以上のように、商法二六六条ノ三に関する裁判例においては、責任の有無の判断は、義務違反あるいは重過失にしろ、

(相当) 因果関係にしろ、当該取締役の立場や影響力を基準として行われ、取締役として果たすべき義務の具体的内容を考慮しないものとなっている。このような傾向に対する学説の批判はもつともな正論である。しかし、法律論はともかくも、小規模閉鎖会社の現状に配慮した裁判所の判断もそれなりに理解できるものであり、⁽²⁵⁾あくまで小規模閉鎖会社の名目的取締役に関するものとして限定的に考える他無いように思われる。

いずれにしろ、以上のような判断のあり方を、取締役の監視義務違反に基づく会社に対する責任の文脈にそのまま持ってくることはできない。監視義務違反に基づく責任と言うからには、その判断は、二で見たような取締役の監視義務の具体的内容を考慮したものでなくてはならない。監視義務の具体的内容をいかに精緻化しても、それが責任判断において反映されないのであればあまり意味はない。責任の判断において義務の具体的内容をどのように考慮するかについて検討し、また、義務の具体的内容を責任の判断に資するような形で整理し直す必要があるように思われる。これが第一の問題点である。ところが、くり返しになるが、日本において豊富な商法二六六条ノ三に関する裁判例は以上の問題を考える上での材料とはし難いのである。そこで、昭和二五年改正における取締役会制度導入の範とされたアメリカ法を参照することとしたい(第二節)。

四 ところで、先に挙げたように、商法二六六条ノ三に関する裁判例では、取締役の責任を否定する裁判例においてしばしば因果関係が言及されている。それらの判旨は「相当因果関係」と言うが、被告取締役が阻止しようとしても損害は避けられなかったはずだとしているので、事実的因果関係、相当因果関係⁽²⁶⁾民法四一六条という分け方をすれば、事実的因果関係がないということである。ところが、責任肯定事例では一般にそのような因果関係への言及は見られない。このような傾向は、近時の取締役の会社に対する責任の事例においても同様である。⁽²⁶⁾因果関係は責任成立の要件であるはずであるが、裁判例におけるこのような取り扱われ方は理論的にはどのように理解すべきであろうか。

また、学説上、次のような指摘もある。「監視・監督懈怠取締役の責任が認められるためには、会社に損害の発生したことはもちろん、監視・監督の懈怠と右損害との間に因果関係の存在することが必要である。もつとも、「不適正な職務遂行をなした行為取締役または部下等の」行為によって会社に損害の発生したことが認定できる場合には、それらの者の監視または監督を怠った取締役の責任の成立のためにあらためて損害または因果関係の要件が問題となることは、原則としてないといふべき⁽²⁷⁾」というものである。字句通り解すれば、取締役に監視・監督義務違反が認められれば、その取締役に關しては、直接の行為を行った取締役ないし部下等と独立に因果関係の存否が問題となることはない、ということである。これも事実的因果関係について述べているのであろうが、しかし、それは監視・監督義務違反の場合には個別的な因果関係が本来に不要であるという趣旨であるのか。不要となる根拠は何なのか。この考え方は、責任否定事例ではしばしば因果関係が問題とされていることをどう考えているのか。このように、監視・監督義務違反の場合においては、それが不作為による義務違反であるが故に、因果関係の問題に關してやや困難な問題がある。それは、因果関係の存否の判断が取締役が果たすべき義務を前提とせずに行われているという第一の問題に關わる問題とはまた別の、独自に検討すべき問題である。監視・監督義務違反に基づく責任の有無の判断枠組を同定する作業においては、この問題を避けることはできない。これを第二の問題として、節を改めて検討することとしたい(第三節)。

第二節 アメリカ法

アメリカ法において、意図的に会社に損害を与える行為や利益相反を含まない注意義務(duty of care)違反に基づく取締役の民事責任、すなわちネグリジェンス法に基づく民事責任を扱った裁判例には二つの種類があるとされる⁽²⁸⁾。一つは、ある取引を承認する取締役会決議に賛成する等、経営上の判断の誤りが問題となる場合であり、もう一つは、他

の取締役や役員、従業員による違法行為等の会社に損害を与えるべき行為があり、その役員や従業員に責任があることには問題がないが、それを看過、あるいは放置した取締役の責任（以下、「他人の行為についての取締役の責任」とする）が別途問題となる場合である。本稿の対象である取締役の監視・監督義務違反に基づく責任を扱っているのは後者である。以下では、このような他人の行為についての取締役の責任に関する裁判例を中心に見ることにより、アメリカ法におけるこの問題に関する考え方を明らかにすることとしたい。

まず、責任の判断枠組についての一般論を確認し（第一款）、次いで義務の具体的内容について見ることにする（第二款）。

第一款 判断枠組

一 取締役は役員や従業員の選任・監督に際して注意を用いなければならないが、選任した役員や従業員の誠実さや能力を保证するものではない。これは取締役の民事責任が過失責任であることの当然の帰結である。役員や従業員の行為に関する取締役の責任が追及された多くの裁判例において、枕詞のように「取締役は保証人ではない」という命題が繰り返されている。⁽²⁹⁾ すなわち、自己の故意や過失がなければ責任を負うことがない、というのが大前提である。

他人の行為についての取締役の責任に関するリーディング・ケースとして近時の裁判例においてもしばしば引用されるのが、*Briggs v. Spaulding* (1891)⁽³⁰⁾ である。取締役の責任を否定した法定意見には批判が多く、この判決自体にも五人の裁判官による法廷意見に対して四人の裁判官による反対意見が付されている。しかし、この判決で展開されている一般論自体はそれまでの裁判例を総括するものであり、またその後の多くの裁判例で引用されていることが示すように、議論の出発点となるものであるので、ここで紹介する。

○ Briggs v. Spaulding (1891).

〔事案〕

国法銀行であるP銀行では、その経営は長らく頭取に全面的に委ねられており、取締役会も時々にしが行われず、行われても形式的なものであった。頭取の死後、新たにAが頭取となった。Aは、自己あるいは友人らに対して無担保手形や無価値な担保に基づき多額の融資を為し、就任後約九〇日でP銀行を破綻させた。P銀行はその破綻が明らかになるまでは、地域社会や顧客、被告取締役には健全な銀行であると信じられていた。Aの行為は当局に対する報告書や帳簿上では明らかではなかった。P銀行の破産管財人となったXが取締役であったY₁、Y₂を訴えた。

Y₁及びY₂はAを頭取に選任した取締役会から、Aに請われて新たに就任した取締役であった。Y₁は老齢で銀行業務に精通した人物であり、自己の職責を招集された取締役会に出席する他、求められた場合に助言を与えることだと認識していて、通貨管理官への報告書に目を通す他、殆どP銀行には赴かなかった。Y₂は就任後、時々P銀行に赴き業務の検査を為していたが、妻や自分の病気のためにすぐに経営に関与できなくなった。Y₃は従前からの取締役であり、Aを頭取に選任した取締役会において副頭取に指名されていたが、長年の病気でP銀行の経営に関与することはできなかった。Y₁、Y₂、Y₃は、経営状態は順調とのAの言葉を信頼していた。

〔判旨〕

判旨は、まず、Aの頭取への選任について、Aは長年P銀行に勤め、非常な信頼と名声のあった人物であり、その選任時にそれが不適切であることを示す事情はなかったとして、Y₁、Y₂、Y₃には過失がないとした。

次に、Y₁、Y₂、Y₃による監視については以下のように判示した。まず、Y₁、Y₂、Y₃は取締役会の招集を主張し、取締役会あるいは個人としてP銀行の業務について全面的な検査を為すべきであったというXの主張に対しては、帳簿や書類もP銀行の破綻を示しておらず、出納役(cashier)ですら破綻が明らかになるまで何らの疑いも持っておらず、

綿密な検査を行わない限りAの行為は発見し得なかったということを指摘し、Y₁及びY₂に就任後九〇日以内にこのような検査を行うことを要求するのは過度の注意義務を課することになるとした。Y₃については、Y₁及びY₂よりも長い期間取締役であったため多少事情は異なるが、Y₃は病気で経営に関与することができず、そのような者は取締役に就任するべきではないというのは過度に厳格すぎるルールであるとした。そして、「取締役は銀行の業務執行に關して通常の注意と慎重さを用いなければならず、それは頭数揃えとして就任する以上のことを含んでいる。取締役は法の下で銀行業務を適切に授權された役員に委譲することができ、それは取締役に合理的な監視の義務を免除するものではないし、知らないことが重大な注意の欠缺の結果である場合には、役員の悪い行為を知らなかったことにより責任から免れることは許されるべきではない」との一般論を述べながらも、以上のような事情の下では取締役に責任を負わせるべきではないとした。

〔反対意見〕

反対意見はまず、「実際、Yらは、取締役であった間、銀行の経営においてAにより何が為されているかを一切知らなかった。彼等は、全ては順調とのAの言葉を信じ、業務執行に何ら注意を向けなかった」との評価を述べた。そして、Y₂とY₃については、病気であつて責任を緩和する多少の事情はあつたが、Aの言葉を信じ、報告書の正確性について何も知らぬまま署名したとし、Y₁については、報告書を検査する以外何も職責を果たしておらず、報告書の正確性について検査せず、銀行に赴いて帳簿を検査せず、取締役会を開催しようとしなかったとした。結局、本件では何らの注意も監視も行われず、完全な注意の欠缺の状態であつたとし、Yらが適切な注意を用いていれば避け得たものとしてその在任期間中に生じた損害につき責任を負うとした。

この判決では、法廷意見と反対意見とでは結論が正反対になっており、また、先に述べた通り、法廷意見に対しては批判も多かった³¹⁾。しかし、法廷意見と反対意見の念頭にある一般論自体には違いがない。取締役は知らないということだけで免責されることはなく、取締役としての任務の懈怠の結果知らないのであれば責任を負うのであり、その任務には権限を委譲した役員に対する監視の義務を含んでいる、という極めて当然のルールを共有している。

それでは、何が結論の違いを導いたのか。まず留意すべきは、法廷意見と反対意見とでは事実認定が微妙に異なっているということである。例えば、法廷意見ではAの不当経営がいかに発見しづらいものであったかを強調するのに対し、反対意見は帳簿を見たりして報告書の正確性について検査すれば発見できたであろうことを前提にしている。次に、両意見は結論を導いたポイントが異なっている。反対意見は、取締役会も開かず、銀行に赴いて帳簿の検査も為さないといったことは明らかな任務放棄であり、従って責任があると論じている。これに対して法廷意見では、結局のところ、疑わしい事情がない状況において就任後九〇日の間に被告らに一体何ができたのか、という点がポイントになっているように思われる。帳簿の検査はともかくとして、取締役会を開かなくてもよいということ等は言うておらず、この点で反対意見とは議論がかみ合っていないのである。従って、事実が必ずしも明らかでない本判決については、結論の当否よりも、後の裁判例でどのようなルールを述べたものとして認識されたかの方が重要である。

二 Briggs v. Spaulding³²⁾がその後の裁判例においてどのように理解されたかを明らかにするために有用と思われる裁判例として、Warner v. Penoyer (1898).を紹介する。

○ Warner v. Penoyer (1898).

〔事案〕

国法銀行であるQ銀行では、長らくAが頭取を務め、その死後一八カ月で破綻した。Aの息子であるBは長らくQ銀行の出納役を務め、高い名声を得ており、少なくとも破綻の一八カ月前以降はCEOとして全経営を委ねられていた。このBによる、違法行為を含む不当経営、特にB自身が副社長を務めるR社に対する多額の手形割引や当座貸越がQ銀行を破綻に追い込んだ原因であることには争いが無い（Bは服役中）。Q銀行の破産管財人となったXが取締役であったYらを訴えた。

Yらは、銀行業務には精通しておらず、会計の知識も殆どなかった。Bの不当経営は帳簿の検査により判明するものであったが、YらはBの説明を信じ、時々取締役会に提出される計算書類を見るだけで帳簿の検査をせず、Bに経営をほぼ任せっきりにしていた。

Q銀行には取締役会に指名された検査委員会と割引委員会⁽³³⁾とがあり、何人かの取締役が委員として指名されていたが、半年に一回の取締役会開催時に開催されるのみであった。通貨管理官に対する報告書はBにより作成されていたが、検査委員会や取締役会による独立した検査が為されることなく承認されていた。

〔原審(N.D.N.Y.)⁽³⁴⁾ 判旨〕

原審判旨は、Yらは割引記録や元帳を検査するべきであって、それをしなかったことにより責任を負うか否かにつき、Briggs v. Spaulding (の法廷意見) では、疑いを生ぜしめる事実について知ることとしない限り、そのような検査は要求されないとされたとした。そして、Bに対する信頼を揺るがせたり、調査を要するような事情はYらにとって明らかではなかったとした。以上により、Briggs v. Spaulding のルールの下では、Yらに責任は生じないとした。

[2d Cir.の判旨]

2d Cir.の判旨の要旨は以下の通りである。

YらがBの有責行為を知っていたことを示す証拠はなく、彼等はBの誠実さと能力に依拠して全面的に信頼しており、Q銀行の実際の業務状況につき何らの疑いも有していなかった。

国法銀行の取締役は出納役を選任し、手形の割引を含む通常の業務執行を委譲することができる。取締役が監視と統制の義務の履行に際して善意で通常の注意を用いれば、権限の委譲を受けた者の不正行為により生じた損害につき責任を負わない。役員らの行為をスパイ的に監視するシステムを構築する必要はなく、明らかな理由がない限り、疑いを持つことは要求されない。また、役員らの誠実さに懸念を生ぜしめる状況が起こらない限り、彼等は誠実で忠実であると想定する権利を有する。出納役の行為により生じた損害につき取締役は責任を課すには、その損害が取締役の側のある義務の不履行の結果として生じていなければならない。

通常の注意を用いるに際し、そして一般的な監視義務の一部として、割り引いたR社手形について合理的な頻度で調査を為さしめ、その価値について適切な判断を為し得るように情報を得ていることがYらの義務であったと考える。どんなに出納役が誠実で有能であっても、絶対的なものと考えてはならない。

Yらは割引手形の注意深い監視の維持の必要性を認識しており、一定額以上の手形割引の承認を行う割引委員会と、月一回開催される検査委員会が置かれていた。もし、これらの委員会の構成員がその義務を果たしていたならば、R社手形の割引により生じた損害の大部分を避けることができたであろうし、そのような監視があったならばBは不正行為一般を思い止まったであろう。このような監視が行われていなかったことは、半年に一回、表面的な検査が為されていたに過ぎないこと等から明らかである。

Briggs v. Spaulding は事実関係が殆ど共通しないので、本件には妥当しない。そこで指摘されているように、

それぞれの事件はそれぞれの事実関係によって決せられるべきである。しかし、その一般論⁽³⁵⁾自体には異論はない。本件では、割引委員会と検査委員会の構成員であった取締役が責任があると考ええる。もしこれらの取締役が誠実にその義務を果たしていたならば、R社手形の割引による損害は生じなかったであろうと合理的に推測し得る。一方、委員会構成員ではない取締役が委員会構成員の怠慢を知っていたことを示す証拠はない。取締役会に参加し、委員会構成員がその義務を果たしていないと疑う理由のない者は、そのような怠慢から生じた損害について責任を負わない。

この2d Cir.の判旨も、Briggs v. Spaulding 事件判決と同様に、取締役に対して過度の寛容さを示したものととして批判されている。⁽³⁶⁾ また、そのような立場からすれば、全ての取締役の責任を否定した原審判旨はより一層批判されるべきものである。しかし、本判決を引用したのは、リーディング・ケースとして名高いBriggs v. Spauldingのルールの正確な理解のためであるので、結論の当否は措いて、本判決とBriggs v. Spauldingとの関係についての分析がここでの課題となる。

原審判旨においては、Briggs v. Spaulding との比較が結論に決定的な影響を与えていることは明らかである。原審判旨は、Bの不当経営は手形の割引記録や元帳といった帳簿の調査により判明し得るものであったが、Briggs v. Spaulding ではそのような調査は疑いを生ぜしめる事情を知らない限り取締役の義務ではないとされており、従ってそのようなルールの下では本件のYらに責任を課することはできないとしたのである。これに対して、2d Cir.の判旨は、Briggs v. Spaulding は事実関係が異なるので本件においては妥当しないと、その一方で、Briggs v. Spaulding の一般論自体には異論がないとしている。そして、割引委員会や検査委員会の構成員にはそのような調査を行う義務があることを認め、委員会構成員ではない取締役については、割り引いた手形について合理的な頻度で調査を為さしめ、その

価値について適切な判断を為し得るように情報を得ておくことが義務であったが、それを認識して委員会を指名していたのであるから、その義務は果たされていたと考えている。事実関係が異なるというのは、恐らく委員会構成員について責任を認めるための前提としての義務を認めるためであらうが、委員会構成員でない取締役の義務に関しても、原審判旨の理解による *Briggs v. Spaulding* のルールよりも、この 2d Cir. の判旨が要求する義務の方がやや広い。つまり、2d Cir. の判旨は、疑いを生ぜしめる事情のない場合には取締役はどの程度のことをやっていけばいいのかについての考え方が、原審判旨、及び原審判旨が理解する *Briggs v. Spaulding* の判旨とは実際異なっているのであるが、それでもなお、*Briggs v. Spaulding* の一般論を踏襲しようというのである。従って、2d Cir. の判旨が理解する *Briggs v. Spaulding* のルールとは、取締役の具体的な義務の内容に関わるものではなく、他人の行為についての取締役の責任の文脈において、取締役の責任の有無を判断するための一般的な枠組であることになる。

三 以上の分析から、他人の行為についての取締役の責任に関する *Briggs v. Spaulding* のルールとして、その後の多くの裁判例で引用される一般論とは次のようなものであることが分かる。取締役は、会社に損害を生ずるべき役員や従業員の仕事について知っていたか、あるいは知るべきであった場合には責任を負う。知るべきであった場合とは、任務の懈怠により知らなかった場合である。すなわち、損害を生ずるべき役員や従業員の行為やそれについての疑いを生ぜしめる事情を知らないことが任務懈怠の結果でない場合には、疑いを生ぜしめる事情のない限り、取締役は役員や従業員の誠実さを信頼することができ、彼等の行為について責任を負うことはないということである。

このような枠組にとって重要なのは、任務懈怠の内容、すなわち取締役は普段何をどの程度やっていけばよいのかということであり、それは「通常の注意を用いた監視」であるとされる。この「通常の注意を用いた監視」の内容が、今まで見てきた各判旨においては異なっているのである。このように、「通常の注意を用いた監視」という基準は裁判所

によつて異なつてしまうこともある不安定なものであるが、反面、会社の規模や業種、業界慣行や状況の変化を考慮できるものであるが故に、近時の裁判例でも引用されるルールとなつてゐるのである。⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾

更に、このような枠組においては、損害を生ずるべき役員や従業員行為やそれについての疑いを生ぜしめる事情を知つていた場合に、取締役は民事責任との関係ではどのような行動をとることが要求されるのかということも問題となる。いわゆる取締役の調査義務と採るべき是正措置の問題である。

次款では、基本的な判断枠組の具体的な適用の際に問題となるこれらの二つの問題——取締役は普段何をどの程度やつていればよいのか、知つていた場合に取締役はどのように行動することが要求されるのか——について、裁判例を手がかりとして見ていくこととしたい。

(1) 最判昭和四八年五月二二日民集二七卷六五五頁。

(2) 山田純子「取締役の監視義務——アメリカ法を参考にして——」龍田還暦『企業の健全性確保と取締役の責任』二二二頁（有斐閣、平九）。

(3) 伊勢田道仁『取締役会制度の現代的課題』一七八頁（大阪府立大学経済学部、平六）、山田・前掲注(2)二三八頁。

(4) 同旨、前橋地判昭和四九年二月二六日判時七八〇号九六頁等。

(5) 志村治美「札幌地判昭和五一年七月三〇日判批」商事法務八四三三二六頁（昭五四）。多くの会社では定款で代表取締役が取締役会の招集権者とされ、平取締役には招集権はないことになっており、そのような会社を前提とすると、取締役に積極的監視義務を認めるのは無理であるということが、一部の消極的監視義務論者の根拠であつた（味村治「取締役の責任」商事法務研究会編『続実務株式会社法六講』一三五頁以下（商事法務研究会、昭三五）。この点につき、昭和五六年改正は、招集権者の定めがある場合に招集権者ではない取締役が取締役会の招集を請求し、あるいは自ら招集するための手続を定めた（商法二五九条二項・三項（現在の四項））。なお、委員会等設置会社においては、取締役会の招集権者の定めがある場合であっても、各委員会が指名する委員が取締役会を招集できることができる旨定められている（商特法二二条の九第二項）。ただし、商法二五九条は適用除外とはされていない（商特法二二条の三六第四項参照）。

- (6) 神崎克郎『取締役制度論』一一九頁以下(中央経済社、昭五六)、伊勢田・前掲注(3)一七八頁、山田・前掲注(2)二三八頁。
- (7) 神崎・前掲注(6)一一九頁。
- (8) 神崎・前掲注(6)一一九頁以下。
- (9) 委員会等設置会社においては、執行役は取締役会に対して三ヶ月に一回以上、職務執行状況を報告しなければならないとされる(商特法二一条の一四第一項前段)。これは他の執行役を代理人として行うことができるが(同項後段)、取締役会が求める場合には自ら取締役会において説明を行わなければならない(同条二項)。また、各委員会の指名する委員も、取締役会に対して委員会の職務執行状況を遅滞なく報告しなければならないとされる(商特法二一条の九第三項)。更に、取締役及び執行役は、各委員会が求める場合には委員会に出席して説明を行わなければならないとされている(同条第一項)。
- (10) 東京高判昭和五三年一〇月二五日東高民報二九卷二二五頁(商法二六六ノ三の事例)、東京地決昭和五四年七月二五日金判五八一号三一頁(会社更生法七二条に基づく損害賠償請求権の査定の事例)。
- (11) 大阪地判昭和六〇年四月三〇日判時一一六二号一六三頁。
- (12) 神崎・前掲注(6)一二〇頁以下。
- (13) 山田・前掲注(2)二三八頁、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」金沢法学四二卷一号五五頁(平一)、神田秀樹『会社法』一三三頁(弘文堂、第二版、平一四)等。
- (14) 神崎・前掲注(6)一二六頁、山田・前掲注(2)二三八頁。
- (15) 実際、取締役に何らかの認識があった場合には責任を認める例が多い。大阪地判昭和五四年一〇月三〇日判時九五四号九一頁、東京地判昭和五五年六月一六日判タ四二五号一七二頁、京都地判昭和五五年一〇月一四日下民集三二卷七四一頁、東京高判昭和五七年五月二五下民集三二卷八二二頁等。
- (16) 東京地判昭和五三年三月一六日下民集三二卷五一頁、東京高判昭和五三年一〇月二五日東高民報二九卷二二五頁、東京高判平成七年五月一七日金判一〇〇二号一五頁等。
- (17) 大阪高判昭和五三年四月二七下民集二九卷二八一頁。
- (18) 坂本延夫「大阪高判昭和五三年四月二七日判批」金判五六〇号五〇頁(昭五四)、田辺光政「大阪高判昭和五三年四月二七日判批」判タ三九〇号二〇六頁(昭五四)。
- (19) 東京地判昭和五五年四月二二日判時九八三号一二〇頁。
- (20) 最判昭和五五年三月一八日判時九七一号一〇一頁(責任を否定した原審を破棄差戻とした判決で、名目的取締役であることは監視義務違反を免れる理由とはならないということを判示したものとして理解されているが、被告には影響力が少なくなかったよ

うに思われるので、その点について審理を尽くさせるというのが差戻の理由となっている)、福井地判昭和五五年一月二五日判時一〇一一号一一六頁(業務への関与度や影響力を基準として、被告取締役らの責任の有無の判断が異なっている)、東京地判昭和五六年十一月二七日判タ四六三号一三三頁(実権を握る代表取締役との身分関係からして影響力は大きいとして責任を肯定)、大阪地判昭和六〇年八月二八日判時一一八四号一四〇頁(オーナー一族としての影響力が大きいとして責任を肯定)、東京高判昭和五六年九月二八日判時一〇二二号一三一頁(名目的取締役の責任否定)、浦和地判昭和五八年六月二九日判時一〇八七号一三〇頁(名目的取締役の責任否定)。

(21) 青竹正一「名目的取締役の第三者に対する責任」民商法雑誌七八巻臨増二二三五二頁(昭五三)。

(22) 判時一一三八号一四七頁。

(23) 例えば、大阪地判昭和五九年八月一七日判タ五四一四二二頁、大阪地判昭和六〇年一月二八日判タ五五三三二四四頁等。同じく相当因果関係を否定した事例であっても、大阪地判昭和六〇年四月三〇日判時一一六二号一六三頁のように、粉飾決算が極秘裏に行われ、非常に信用のある監査役の適正意見が偽造により付されていたような場合には、たとえ取締役会を開いて出席していたとしても被告が粉飾決算を採知できたとは認められないという具合に、何らかの義務履行を仮定しても因果関係が認められないというものであれば、理論的な筋は通っているものと思われる。

(24) 山田純子「取締役の監視義務と会社に対する責任」甲南法学三八巻三〇六頁(平一〇)。

(25) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』三八七頁(有斐閣、第二版、平一四)は、そのような裁判例の背景には、小規模株式会社につき三人以上の取締役を要求することが現実的でないとの考えがあると思われる。これと同様の認識から、むしろ本文に述べるような裁判例の傾向を積極的に評価するものとして、黒木松男「取締役の監視義務に関する一考察」創価大学創立二〇周年記念論文集四三四頁以下(創価大学出版会、平二)。

(26) 東京地判平成五年九月二一日判時一四八〇号一五四頁、東京高判平成八年一月二一日資料版商事法務一六一号一六一頁(原審・東京地判平成七年一〇月二六日判時一五四九号一二五頁)。

(27) 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二六巻一五九頁(平一一)。

(28) Richard B. Dyson, *The Director's Liability for Negligence*, 40 Ind. L.J. 341, 342-43 (1965); John S. Morrison, Comments, *Factors That Limit the Negligence Liability of Corporate Executive or Director*, 1967 U. Ill. L.F. 341, 341; *In re Caremark Int'l, Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 967 (Del. Ch. 1996).

(29) e.g., *Briggs v. Spaulding*, 141 U.S. 132, 11 S. Ct. 924 (1891); *Bank of Commerce v. Goolsby*, 196 S.W. 803 (Ark. 1917); *Wallach v. Billings*, 115 N.E. 382 (Ill. 1917); *United States v. Stone Cliff Coal & Coke Co.*, 6 F. Supp.1 (S.D.W.Va. 1934);

Michelsen v. Penny, 135 F.2d 409 (2d Cir. 1943).

- (30) Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132, 11 S. Ct. 924 (1891). なお、この判例は、銀行取締役の責任に関するリーディング・ケースとしても位置付けられていた。Jonathan R. Macey & Geoffrey P. Miller, *Banking Law and Regulation* 333 (2d ed. 1997). その意味は二つある。一つは、銀行の取締役の注意義務は一般事業会社の取締役の注意義務と比べて高いのかという問題に対して、この判例は、二つの注意義務は同じものであると判示したという理解である。Id. 神吉正三「銀行取締役の注意義務」筑波法政二八号一〇四頁(平一一)。もう一つは、この判例は、連邦コモン・ロー上、銀行取締役の責任の軽過失基準を定めたものであるという理解である。e.g., RTC v. Cityfed Fin. Corp., 57 F.3d 1231, 1237 n.16 (3d Cir. 1995). この点は、特に、FDICによる取締役に対する責任追及について定めた連邦法が重過失基準を定めつつ、その基準はFDICが他の法の下で有する権利を害しないと定めているために(12 U.S.C. § 1821(k))、連邦免許金融機関の取締役がFDICによる責任追及訴訟において重過失に基づく責任を負うのか、あるいは軽過失に基づく責任を負うのかという問題を生んだ。ただし、この問題については、Atherton v. FDIC, 519 U.S. 213, 117 S. Ct. 666 (1997). が、取締役の注意義務の基準に関する連邦コモン・ローなるものはそもそも存在しない旨判示して決着している。Jonathan R. Macey, Geoffrey P. Miller & Richard S. Carnell, *Banking Law and Regulation* 707 (3d ed. 2001). この経緯については、吉井敦子『破綻金融機関をめぐる責任法制』六三頁以下(多賀出版、平一一)参照。

(31) Frederick Dwight, *Liability of Corporate Directors*, 17 Yale L.J. 33, 38 (1907).

(32) Warner v. Penoyer, 91 F. 587 (2d Cir. 1898).

(33) 一定額以上の手形割引の承認を行う委員会として指名されていた。

(34) 82 F. 181 (N.D.N.Y. 1897).

(35) 判旨で引用されているのは、「取締役は銀行の業務執行に関して通常の注意と慎重さを用いなければならず、それは頭数揃えとして就任する以上のことを含んでいる。取締役は法の下で銀行業務を適切に授權された役員に委譲することができるが、それは取締役の合理的な監視の義務を免除するものではないし、知らないことが重大な注意の欠缺の結果である場合には、役員の悪い行為を知らなかったことにより責任から免れることは許されるべきではない」とする部分である。

(36) Dwight, *supra* note 31, at 39.

(37) ただし、以上のような理解はその後の裁判例において必ずしも常に共有されている訳でもない。例えば、Bank of Commerce v. Goolsby, 196 S.W. 803 (Ark. 1917). は、Briggs v. Spauldingの法廷意見は取締役にとって緩やかな基準を示しており、少数意見は厳しい基準を示しているという理解の下に、アーカンソー州においては少数意見の方が適切であるとしている。それは、この判決が取締役による監視の内容に関する判示までをBriggs v. Spauldingのルールと理解したためである。しかし、一般的には、

連邦最高裁判決である *Briggs v. Spaulding* の判旨を引用しつつ、何が適切な注意や監視であるかは「それぞれの事件の状況に応じて決せられるべき事実問題である」として、本文のような理解を示すものが多い。See, e.g., *Burkhardt v. Northwestern Nat'l Bank*, 38 F.2d 568, 572-73 (9th Cir. 1930).

(38) 疑いを生ぜしめる事情のない限り、取締役は役員や従業員の誠実さを信頼することができるというルールは、取締役の信頼の権利として制定法に採り入れられている。信頼の対象として専門家を含んでいる点で制定法上の信頼の権利の方が若干広いが、関連する問題としてここで簡単に見ておこう（最新の邦語文献として、畠田公明『コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度』四〇頁以下（法律文化社、平一四）参照）。

裁判例において古くから承認されてきた取締役の信頼の権利は、極めて限定的ではあるが模範事業会社法 (MBCA § 48) において明文化され、それに基づき多くの州の制定法にも導入された。更に一九七四年改正模範事業会社法三五条はその範囲を拡大し、取締役は、信頼が不当なものであるとする事情を知らない限り、役員や従業員、取締役委員会その他、弁護士、公認会計士といった専門家によって提供された情報、意見、報告書等を信頼することができるとが明文化されるに至った。その後の改正模範事業会社法もほぼ同様の規定を有している。専門家も信頼の対象とされていることから窺えるように、主な議論の対象はそれらの者から提供される情報等に基づいた様々な経営判断であるが、勿論他人の行為についての取締役の責任にも関連がある。

信頼の権利に関する規定では、取締役は善意で信頼しなくてはならず、信頼を不当なものとする事情を知っている場合には善意ではないとの文言が常に含まれているが、善意が否定されるのはこの場合だけには限られない。改正模範事業会社法では、信頼の対象となる役員や従業員は「信頼でき、当該問題についての能力があると取締役が合理的に信じる」(RMBCA § 8.30(b)(1)) 者でなくてはならず、委員会も「信頼に値すると取締役が合理的に信じる」(RMBCA § 8.30(b)(3)) もでなくてはならないとされる。同様の規定は A L I の Principles (§ 4.02, 4.03) や各州の会社法典 (e.g., Conn. Gen. Stat. § 33-756(b); Ind. Code § 23-1-35-1(b); 15 Pa. Cons. Stat. § 1712(a)-(b); Cal. Corp. Code § 309(b)) でも見られる。これらの規定では、信頼を不当なものとする事情を知らないというだけでは足りず、何らかの職責を果たした上での信頼であることを要求する含意は明らかである。一方、デラウェア州一般会社法 (Del. Code Ann. tit. 8 § 141(e)) やニューヨーク州事業会社法 (N.Y. Bus. Corp. Law § 717(a)) にはそのような規定はない。これらの場合についてはどのように考えればよいのかやや分りにくい。デラウェア州最高裁判所は、制定法上の信頼の権利を指摘しながらも、「もし取締役が明らかに信頼できない従業員を無謀にも信頼したり、取締役としての職責を果たすことを拒否したり、無頓着にも怠ったり、あるいは、意図的にもしくは不注意により従業員に悪い行いのサインを看過したならば、取締役に責任を負わすのが法である」(Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co., 188 A.2d 125, 130 (Del. 1963)) として、やはり何らかの職責を果たした上での信頼であることを要求している。

要するに、他人の行為についての取締役の責任を制定法上の信頼の権利という角度から見たとしても、結局、取締役は民事責任との関係では普段何をどの程度やっていたかといふことが問題となるのである。

(未完)