九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

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（二）

笠原, 武朗
九州大学大学院法学研究院助教授

https://doi.org/10.15017/2320

出版情報：法政研究. 70 (1), pp.101-151, 2003-07-22. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
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(二)

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、六九巻四号）
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
第一款　日本法
第二款　アメリカ法
第四節　小括（以上、本号）
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

第二節　アメリカ法

第二款　義務の具体的内容

一　まず、取締役は普段何をどの程度やっていればよいのかである。そのような義務を果たした上で疑いを生ぜしめる事情が認識されなかったのであれば、取締役はそれ以上の行動をとることは要求されない。

当然のことであるが、取締役は取締役会に定期的に出席しなくてはならず、このことは裁判例も古くから認めてきた。取締役が習慣的に取締役会に出席しないことは、取締役が自らの職責を無視していたことの徴憑として多くの裁判例[39]で挙げられている。[40]どの程度の出席が要求されるかについて、Francis v. United Jersey Bank (1981).[41] の判旨は次のように述べている。「定期的な出席とは取締役が全ての取締役会に出席しなくてはならないという意味でないが、取締役は習慣として出席しなくてはならない。公開会社の取締役は毎月の定期取締役会に出席することが期待されるであろうが、小規模の家族経営の会社の取締役は年次の取締役会に参加することのみが求められるということもあるかもしれない。大切なことは、取締役が自己が構成員である取締役会に出席することが取締役の職責の一部であるということである。」しかし、結局はこれも程度問題であろう。取締役会への出席は取締役の最も基本的な職責であるが、民事責任との関連

では、あくまで完全な任務懈怠の徴憑として言及される場合が殆どである。

取締役は会社の財務状態や業務について一般的な知識を得るようにしなくてはならない。例えば、取締役は財務諸表や当局への定期報告書等の会社の財務に関する書類に目を通し、書類上に疑いを生ぜしめるような事情がないかを確認しておくことが要求される。取締役の完全な任務放棄の事例において、取締役会に出席しなかったことと並んで、これらの書類を見ることさえしなかったことが任務懈怠の徴憑として挙げられることがある。[42] 財務状態以外でも、会社の唯一の目的である製品の生産状況[43]や会社型投信における投資決定者や投資政策[44]といった、会社の根幹に関わる事項について知らなかった、あるいは知ろうとしなかった取締役の任務懈怠が認められることもある。

取締役は与えられる情報の正確性についてどのように関わればよいのか。例えば、取締役会に提出される財務諸表や報告書に目を通すのみならず、そのような書類のもととなるべき帳簿や取引記録等について何らかの検査をしたり、検査をさせたりすることが要求されるのか。古い裁判例においては若干のばらつきが見られるが、[45] 表現の仕方は様々ながら、取締役は帳簿等の検査により財務諸表や報告書の正確性をある程度確かめる努力をしなくてはならないということで古くから裁判例の大方は一致していた。[46] つまり、与えられる情報の正確性を盲目的に信用することは許されず、何らかの方法でその正確性の確保に関わることが、普段から果たすべき取締役の職責であると考えられているのである。

この点につき、Eisenbergは次のように述べている。「通常、監視の義務は、直接の監視により、またはそれを主として果たされるのではなく、会社の業務執行に関する重要な情報が取締役会、あるいは会社のために取締役会の最終的な責任の下で行動する信頼できる役員や専門家に提供される手続ないし方法を確立し、その適切さを検査することによって果たされる。[47]」すなわち、取締役は与えられる情報の正確性に完全に無頓着であってはいけないのであるが、その正確性の確保への関わり方は、かつての裁判例が要求するような帳簿の検査といった直接的なものではなく、情報を提供する手続ないし方法の確立ないしその適切さのチェックという方法によって代替されるというのである。このよう

な考え方については、次章において詳しく見ることとする。

二　次に、取締役が役員や従業員の損害を生ずべき行為やそれについての疑いを生ぜしめる事情を知っている場合の取締役の義務についてである。疑いを生ぜしめる事情を知っている場合の調査義務[48]と、そのような行為を知っている場合に採るべき是正措置とに一応分けることができる。まず、調査義務についてである。

調査義務のもととなる疑いを生ぜしめる事情とは何であるかを明確に定義することは不可能である。通常の慎重な取締役がそう考えるものとしか言えない[49]。実際の事例では判断に困ることもあろう。例えば、出納役の横領による銀行破綻に関するある裁判例[50]においては、法廷意見は、横領は巧妙に為されており、疑いを生ぜしめるようなものは記録上に現れず、取締役会や銀行検査官の定期検査でも異常は発見されていなかったとし、出納役の誠実さを疑わしめる事情のない限り、取締役は同種の銀行で通常なされている以上のことを為す義務はないとして、被告取締役の責任を否定した。これに対して、反対意見は、出納役個人が多額の投資を行っていることは地元の新聞でも報道されており、その投資は出納役個人の本来の財力を遙かに超えているということを取締役は知っていたはずであるとして、そのような事情は疑いを生ぜしめる事情であったとした。更に、計算書類によればその必要性がないはずなのに、出納役が銀行による多額の借入（資金調達）を提案したことも疑いを生ぜしめる事情であったとした。そして、それにもかかわらず取締役は何らの調査もしなかったのであるから、責任があるとした。反対意見裁判官が知っている事実を法廷意見裁判官が知らないはずがないので、両者の違いは、反対意見中に挙げられている事実を疑いを生ぜしめる事情と考えるか否かにある。

実際に知っているのであれば、疑いを生ぜしめる事情に関する情報はどこから得たとしても調査義務を生じるとされる[51]。小規模な会社においては、名目的な取締役でない限り、非公式な形で得る情報の方が多かろう。また、会社内部の情報について知る機会の多い立場にあれば、当然調査義務の生じる場合も多くなる。その例として、Bates v. Dresser

(1920).[52] が挙げられる。従業員Aの横領により破綻した銀行の管財人が、頭取兼取締役のY及びその他の取締役を訴えた事件である。Aの横領は通常行われるような財産の水増し報告ではなく、預金残高の過少報告により隠蔽されていたため発覚しづらかった。当然報告される預金残高は減少していったが、取締役会でそのことについて検討が為された結果、競合他社の出現によるものであると結論づけられた。銀行検査官の検査でも異常は発見されなかった。判旨は以上のような事実認定に基づいて、まずY以外の取締役の責任を否定した。一方、Yは頭取として日常業務の指揮を行っていたが、その間、他の従業員から説明不可能な欠損やAの横領の疑いを報告されており、また、何者かの横領によると思われる現金書留の紛失やAが多額の買い物をしたことを知っていた。判旨は、以上のようなことを知っていたのに何ら調査を行わなかったとして、Yについては責任を認めた。

どのような調査を行う必要があるかも状況に応じてと言う他ない。ALIのPrinciplesでも「必要と合理的に信じる」調査としか言っていないが、[53] 調査を実効的なものとするために取締役の情報開示請求権が認められている点は注目に値する。[54] 疑わしい事情があった場合に被告取締役が行った調査で十分であったかという形で調査の方法や程度が具体的に問題となった裁判例は見当たらなかった。どのような調査を行うかについて取締役に広い裁量が認められているためであろう。「通常、取締役がそのような（疑いを生ぜしめる）事情を追及し、それにより取締役としての義務を履行するために合理的に採り得る可能な行動には広い選択の幅がある。しかし、単に何もしないというわけにはいかない」[55] ということである。

三　最後に、役員や従業員による会社に損害を生ずべき行為を知っていた場合の採るべき是正措置についてである。この問題に関して参考となる裁判例は、以下に挙げる裁判例も含めて、因果関係に関する判示の中でこの問題を論じている。すなわち、裁判例においては、実際に採られた是正の努力がある基準を満たしているかという問題ではなく、もし

ある基準を満たす是正の措置が採られていたら損害を避け得たかという問題として現れているのである。

取締役会の構成員である取締役がその地位のみに基づいてできることは存外少なく、従って取締役個人に期待される是正措置も本来それ程高度なものではない。工場長と技師達との不和から工場での生産開始が遅れ、その結果破綻した会社の取締役が被告となったBarnes v. Andrews (1924).[56] では、殆ど業務に関心を払っていなかった被告取締役の任務懈怠と損害との間の因果関係についての判示で次のように述べられている。「被告は個人的にはその混乱に介入する権利はない。それは社長が解決すべきことである。…被告は社長や同僚の取締役に果たして何を提案できたであろうか。…被告は工場長の解任を主張したり提案したりしなかったことで責任を負うであろうか。被告が提案したとしても、取締役らが彼を解任したと言える理由が果たしてあるであろうか。…」この判示から言えることは、取締役は個人的に会社内の問題の解決に当たるのではなく、あくまで取締役会を通じて是正の努力をすれば足りるという理解があるということである。「取締役は、（違法行為等の）不適切な行為を他の取締役に知らせ、適切な対処法を提案し、それに賛成することで、その不適切な行為に関する責任を免れる」[57]のである。

しかし、このような一般論にもかかわらず、取締役が更なる是正措置を採ることが要求されることがある。その例として、Francis v. United Jersey Bank (1981).[58] を関連する部分を中心として紹介する。[59]

○ Francis v. United Jersey Bank (1981).

〔事案〕

再保険仲介会社であるP社は同族会社であり、創業者である父の死後、二人の息子A・Bが実権を握っていた。再保険仲介会社は、元受保険会社と再保険会社との間の契約や保険料、保険金のやりとりの仲介を行う会社である。P社では業界慣習に反して元受保険会社や再保険会社から預かった保険料や保険金を分別管理せず、会社の一般財産と同一の

口座で管理していた。父の死後、A・Bはそのような預かり資産を含むP社資産の不正流用を始め、貸借対照表上は資産の部に株主貸付の名目で不正流用額を計上することにより債務超過を避ける操作を行っていた。結果としてP社は倒産に至り、その管財人がA・Bの母であり、P社の取締役であったYの責任を追及すべく提訴した。[60] YはP社の経営には殆ど関与しておらず、P社の営業に関しても無知であり、会計書類を入手しそれに目を通すことすら行っていなかった。

〔判旨〕

まず、判旨はYの任務懈怠を認めたが、その判断の中で取締役の義務に関して網羅的に一般論を述べており、その一部分で次のように述べている。「ある場合には、取締役の義務の履行は単なる反対や辞任を超えることを要求することもありうる。…時には取締役の義務は外部の弁護士と相談する以上のことを要求することもある。取締役には同僚取締役の違法行為を阻止する合理的な手段を採る義務があることもある。適切な場合には、それは訴訟提起の脅しをも含み得る。」

次に、判旨はその任務懈怠が損害の近因であるかについての判断に入り、不作為の過失のケースでは、取締役が採るべきであった合理的な手段とそれが損害を避け得たか否かを判断しなくてはならないとした。そして、「通常、取締役は他の取締役に知らせ、適切な是正措置に賛成するだけで免責される」としながら、「再保険事業の性質は、再保険仲介業者が第三者（元受保険会社・再保険会社）に対する信認義務を負っている点で、他の殆どの商業活動と区別される。…本件においては、Yの義務の範囲は、P社の不安定な財務状態、その顧客に対する信任関係、及び顧客の資金を保持する黙示の信託により定まる。このように見ると、Yの義務の範囲は、継続的な横領を止めるための全ての合理的な措置を含んでいた。Yの義務は単なる反対や辞任を超え、信託基金の横領を阻止するための合理的な試みにまで拡大していた」と述べた。結論としては、「Yの単なる反対がA・Bによる略奪を止めなかったとしても、Yが弁護士と相談し

たり、訴訟提起の脅しをしておればA・Bは思い止まったであろう。…他の場合に取締役が反対と辞任以上のことを為す義務を負うか否かは事例毎に決めるのが最適である。本件では、反対と辞任以上のことを為す義務があったと認められる。従って、Yの任務懈怠は横領の近因である」とした。

判旨では、「合理的な」是正措置の具体例として、弁護士との相談や訴訟提起の脅し[61]が挙げられている。単なる反対や辞任を超えた行動が要求される場合に、これら以外に何が要求されるかは状況によると言う他ない。より重要な問題は、どのような場合に更なる是正措置が要求されるかであろう。本件の場合は、元受保険会社や再保険会社からP社が預かった保険料や保険金はそれらの支払いの仲介の為に受領したのであり、まさに「黙示の信託」があったのである。判旨はそのような信任関係を強調して取締役の義務を強化したものと考えられる。このような考え方からすると、従来の裁判例がどうであったかは別として、銀行の取締役の場合にも同様の結果となるように思われる。実際、判旨は銀行の取締役との比較からYの義務を論じている。

更なる是正措置が要求された裁判例としては、他にDePinto v. Provident Sec. Life Ins.Co. (1967).[62]がある。Q保険会社の一連の支配権変動取引において、Q社が設立後一日しかたっていないR社の殆ど無価値な株式を正当な価格を遥かに上回る価格で引き受けたため、Q社の少数株主がQ社取締役の責任を追及したという事案である。被告の一人である外科医YもQ社の取締役であったが、殆ど業務には注意を払っていなかった。YはQ社の大株主で社長であるCの求めによりQ社取締役を辞任し、その直後の取締役会でR社株式の引受が承認された。判旨は、YがQ社の業務に相当の注意を払っておれば本件の詐欺的な枠組に容易に気付いたであろうとした上で、「そのような情報を得ていたとしたら、辞任を求めるCの要請を断るのがYの義務であった。取締役の地位に止まることにより、Yは取締役会での提案に反対し、もし必要であれば、Q社株主や保険契約者、あるいは州の規制当局に知らせることができたであろう」と述べ、Y

の任務懈怠と損害との間の因果関係を肯定した。ここでも単なる辞任や反対を超えて、株主や保険契約者、更には当局に知らせることが取締役の義務として要求されている。何故本件で取締役の義務の範囲が通常より拡大されているのかは判旨からは不明であるが、推測するに、R社株式引受を含めた取引全体の枠組が会社の基礎に関わる重要な事項であることが影響しているのではないか。そのような場合には取締役・取締役会に慎重な行動を求めることが裁判例の傾向であり、[63] そこからのアナロジーが働いたように思われる。

更に、ALIのPrinciplesにおいても、「ある場合には、取締役がある特定の行為に抗議したり、他の取締役を思い止まらせるために十分効果的な行為を採ったか否かが問題となるかもしれない。例えば、取締役は公となる形で辞任するとか関係当局に知らせるといった更なる行為を為すべきであったという主張が為されるかもしれない」と述べられている。[64] ここからも、取締役に更なる是正措置が要求されることがあることは分かるのであるが、それがいかなる場合であるのかは分からない。

以上のように、どのような場合に更なる是正措置が要求されるのかは、アメリカ法においてもあまり明らかではない。

四　以上が、アメリカ法における他人の行為に関する取締役の責任の判断枠組の一般論と、それと結びついた形で把握される取締役の義務の具体的内容である。取締役は、会社に損害を生ずべき役員等の行為について知っていたか、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、任務懈怠の結果として知らなかった場合である。このような枠組を前提として、取締役の義務の具体的内容は、知るべきであったとの判断の前提となる取締役が普段から果たすべき義務、知っていた場合にどのように行動すべきであるかという調査義務と採るべき是正措置の問題として把握される。

ところで、アメリカの裁判例において、因果関係の問題はどのような形で現れていただろうか。理論的な議論につい

ては次節第二款で見るが、実は従来アメリカ法においても、以上のような一般論があるにもかかわらず、日本における商法二六六条ノ三に関する裁判例と同様に、因果関係の問題は取締役の責任を否定するための手法として機能していたことは否定できない。Dysonによれば、[65] 頭数揃え（figure-head）の名目的な取締役という実務が横行していた時代、主たる問題はそれらの取締役が現状以上に業務に関与する義務があるのかが問題であったが、取締役の注意義務が認識されてくるに従って多くの場合に取締役の任務懈怠が認められるようになり、そのような傾向に対する対抗手段として第一次世界大戦の頃から因果関係の問題が被告取締役の防御方法として用いられるようになった。それらの裁判例について、Dysonは次のように述べる。「因果関係の問題に対する様々な裁判所の立場を分析することの困難さの一つは、この問題が、裁判官がそれにより当該ケースを処理することができると感じる場合にのみ言及されているように思われることにある。従って、因果関係が論じられている裁判例を並べてみると、被告取締役の勝訴の場合が殆どということになる。他方、事実関係はそれらの裁判例と全く同じであるように思われるが、原告が勝訴している裁判例もたくさんある。[66]」

また、これも日本と同様に、名目的な取締役であることやビジネス経験のないことが因果関係の判断において考慮されることもあった。例えば、Allied Freightways v. Cholfin (1950).[67] では、被告取締役は経営者の妻である単なる主婦であって、業務を全て夫に委ねていたことには過失があるが、たとえ任務を果たそうとしても何も分かるはずがなく、従って損害との間に因果関係が認められないとして責任が否定されている。これに対しては、因果関係の判断においても一定の取締役像を基準とすべきであるとする批判がある。[68]

以上のような状況は、日本法における裁判例と学説による批判との関係に類似しているが、近時の裁判例ではその傾向は変わってきているかもしれない。その例が、三で挙げた裁判例（Francis v. United Jersey Bank, DePinto v. Provident Sec. Life Ins. Co.）である。被告取締役は会社に損害を生ぜしめた行為については知らなかったが、取締役

としての義務の履行を前提とするとそれは知るべきであった、従って任務懈怠が認められる、そして知っていた場合にどのような行動を採ることが取締役の義務であるかということを前提に判断すると、そのような行動が採られれば損害は避けられたはずだ、というのが責任ありとする判断の流れであり、因果関係の判断の前提として義務の内容が考慮されていることが分かる。今後もこのような方向が維持されるのかについては確信は持てないが、次節第二款で見るように、因果関係の判断においても取締役の義務の内容を考慮すべきことは、少なくとも学説においては長い間主張されてきたことである。

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

取締役の監視・監督義務違反と会社の損害との間の因果関係の判断においても、取締役の義務の具体的内容を考慮すべきことは、第一節及び第二節における検討において繰り返し見てきたことである。しかし、そもそも実際の裁判例（多くは商法二六六条ノ三に関するものであるが）では、因果関係については責任を否定する場合以外ではあまり言及されることがない。また、学説においては、監視・監督義務違反の場合の因果関係の要件を問題とすることを不要とするかのような見解もある。[69] 監視・監督義務違反の場合においては、事実的因果関係、相当因果関係＝民法四一六条という分け方における事実的因果関係の問題としては、「当該監視・監督義務違反がなかったならば（監視・監督義務が果たされていたならば）、損害を避けることができたか」という問題が立てられることになろうが、このように不作為の因果関係を問題とせざるを得ないことが、以上のような裁判例や学説における因果関係の問題への消極的態度を生む一つの原因となっているように思われる。

そこで本節では、まず、不作為の因果関係の問題に対して裁判例が一般にどのように対処しているのか、学説におい

てどのように理解されているのかを見た上で、それを基に監視・監督義務違反と会社の損害との間の（事実的）因果関係について、日本法においてどのように理解すればよいのかを検討することとしたい（第一款）。次いで、同じ問題に関するアメリカ法の議論も見ることとする（第二款）。先に述べたように、[70] アメリカの裁判例も、少なくとも従来は日本の裁判例と同じ問題を有していたので、主として学説上の議論を見ることとする。

第一款　日本法

一　まず、そもそも取締役の監視・監督義務違反の場合に因果関係を個別に問題とする必要があるのかという点について確認しておきたい。学説の中には次のような見解がある。即ち、「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。もっとも、[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うべき（[　] 内、筆者）[71]」という見解である。取締役に監視・監督義務違反が認められれば、その取締役に関しては行為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原則としてない、という考え方である。「原則として」との留保が付されているため、監視・監督義務違反の場合には理論上因果関係の要件は不要であるとする見解ではないとも思われるが、その根拠として不作為不法行為には因果関係がないとする民法学説を挙げられているため、主張の正確な内容を理解することがやや困難である。もしこれが、不作為不法行為の場合には因果関係がないので監視・監督義務違反の場合にも因果関係を問題とする必要がないという主張であるとすると不当と考えるが、それは以下のような理由による。

論者が引用する民法体系書は次のように述べている。「[不作為による不法行為では] 因果関係の有無が問題となる。

この点は、因果関係のないことが実は不作為不法行為の特徴である。…そして、ここでは、不作為の因果関係として考慮されてきたことの意義を明らかにすればよいと考える。すなわち、…義務内容である『作為』があれば、当該『権利侵害』という結果が発生しなかったかを問題として、実は作為の不法行為における関係になぞらえているのである。そして、この方法をもって、当該『権利侵害』を当該不作為に帰属させ（すなわち、この『不作為』がなければ、すなわち作為があれば、『権利侵害』が発生しなかった）、その不作為を当該『人』に帰属させる根拠が作為義務の存在である…。（［　］内、筆者）[72]」

確かに、不作為不法行為の場合には、典型的な作為不法行為のように「Yがボールを投げなければXは負傷しなかった」という具合に、法的評価とは一応切り離された純粋な事実のレベルにおいて「あれなければこれなし」の定式で判断される事実的因果関係を観念することはできない。事実的因果関係をこのようなものと理解するのであれば[73]、不作為不法行為には因果関係はないということになる。しかし、（事実的）因果関係をこのような限定的なものとして捉えることには今日多くの批判があるし[74]、また、上の見解でも「義務内容である『作為』があれば、当該『権利侵害』という結果が発生しなかったか」を問題として、義務違反の有無とは別個の考慮を行っているのである。このような考慮を不作為の場合における（事実的）因果関係の問題であるとするか否かは、損害賠償法全体の設計という観点からすると重要な問題であろうが、ここで立ち入るべき問題ではない。しかし、少なくとも、不作為の場合には「因果関係がない」と考えられているので、取締役の監視・監督義務違反と会社に生じた損害との間の「因果関係」を考える必要がない、という理屈は成り立たないのである。

二　それでは、取締役の監視・監督義務違反に基づく責任のように、不作為による責任が問題となった裁判例ではどのような対処がなされているのであろうか。一言で言えば、様々である。若干の例を見てみよう。

責任能力ある未成年者の監督義務者の責任については、責任能力なき未成年者の監督義務者の責任について定める民法七一二条・七一四条の存在にもかかわらず、「監督義務者の義務違反と当該未成年者の不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係を認めうるときは、監督義務者につき民法七〇九条に基づく不法行為が成立するものと解するのが相当」とする最高裁判決[75]がある。この判決に従った、交通事故加害者たる未成年者の監督義務者の責任が問われた多くの事例があり、その責任肯定事例[76]においては相当因果関係への言及が見られる。しかし、その判断は監督義務者の監督義務違反の認定と事実上重なり合っており[77]、相当因果関係への言及は独自の意義を有しているというよりは、最高裁判決の文言との平仄を合わせただけのようにも思われる。このことは責任否定事例[78]を見ればより明らかとなる。「本件事故と相当因果関係のある…監督義務違反があることを認めることができない」という表現は、問題の中心が事故の責任を負わせるに足りる監督義務違反があるか否かの探求であり、この類型においてはその判断と相当因果関係の有無の判断がほぼ直結していることを示している。

これに対して、保育所・幼稚園や学校での事故で、保育所・幼稚園や国等の責任が問われた事例では異なる対処が見られる。例えば、ある保育所における乳幼児Aの嘔吐→吐瀉物吸飲→窒息死の事例[79]では、判旨はまず、保育所経営者で当日も保育に当たっていた被告につき、Aが「顕著な外部的徴憑」により異常を示した場合には即座に気付いて対応し得るようにすべき注意義務を負っているとし、事故時に隣室で作業していた被告の注意義務違反を認めた。そして、この義務違反と損害（死亡）との間の因果関係について次のように判示した。「一般に幼児が嘔吐する際には、…顕著な外部的徴憑を示す場合とそうでない場合の両方の可能性があり、本件においてAがそのどちらかであったかは断定できないが、Aが嘔吐した際に…顕著な外部的徴憑を示した可能性のあることを原告が立証した場合には、被告において反対事実を立証しない限り、Aが嘔吐した際に…顕著な外部的徴憑を示した可能性のあることを前提として因果関係の有無を判断すれば足りるものというべきである。本件では被告において何らの反証がないところ、Aが…顕著な外部的徴

憑を示して嘔吐した場合には、被告が必要な注意さえしていればこれに即座に気付くことができ…、かつ、…被告は即座に…処置をとることによりAを救命する蓋然性があったものと解する。以上によれば、被告の監視義務違反とAの死亡との間の因果関係を肯定するのが相当である。」この判旨は、被告の注意義務違反とAの死亡との間の因果関係を詳しく検討した上で肯定している。注意義務違反がなければ、すなわち、Aの異変に気付くべく同じ部屋に待機する等しておれば、被告はAの異変に気付き、即座の対応でAの死亡を回避し得たというのである。また、Aが外部的徴憑を示したか否かにつき、本来立証責任を負っている原告に有利な解釈を示している点も注目される。Aが外部的徴憑を示したか否かは、被告の注意義務違反とAの死亡との間の因果関係を考える上で必須の前提となるものであったが、政策的考慮から立証の対象を外部的徴憑が存在する可能性に変更するという手法が採られたものと推測される。[80]

一方、責任否定事例ではどうか。乳幼児の嘔吐→吐瀉物吸飲→窒息死の別の事例[81]では、異常発見後の対応において被告の義務違反（救急車を呼ばなかったこと）を認めながらも、救急車を呼んでも救命可能性はなかったとして相当因果関係が否定されている。また、課外の学級活動における水死事故の事例[82]では、事故の状況を詳しく認定し、「以上要するに［担任教師］には［水死生徒］の監視を怠り且つ速かに救助活動を行わなかった過失を否定することができないものの、仮りに監視を十分にしていたとしても［水死生徒］が痙攣を起こしてから水没するまでの状況、溺れた地点の水深、捜索救助手段などからみて所詮溺死は免れ得ず、右過失と［水死生徒］の溺死との間に因果関係はないと言わざるを得ない」としている。

これらの裁判例は、責任を認めるにしろ否定するにしろ、因果関係に関して詳細な検討を加えている点で共通しており、義務違反の有無の判断と因果関係の有無の判断にそれぞれ独自の意義が存在している類型のようである。

以上、若干の例を見ただけでも分かるように、不作為の因果関係の問題と一言で言っても、実際の裁判例では義務違反の認定と実際上重なってしまう場合から独自の意義を有する場合まで様々な場合があることが分かる。

三　では、このような裁判例の状況をどのように評価すべきであろうか。

先にも見たが、不作為の因果関係（あるいは因果関係に代わる枠組）については、「この『不作為』がなければ、すなわち作為があれば、『権利侵害』が発生しなかった」（不作為不法行為の場合の用語法）か否かということが問題となると説かれるのが一般的である。[83] この枠組に従って期待される義務が果たされておれば結果の発生を防止し得たか否かを考える際には、期待される義務がいかなるものであるかを考えることを必要とし、そのため因果関係という枠組に純粋な事実上の問題ではない、作為義務の意味内容といった要素が不可避に入り込むこととなる。[84]（事実的）因果関係を純粋に事実のレベルの問題であると考えない限りは、[85] このこと自体は不当なことではない。しかし、実際の裁判例においてこのような作為義務の措定、仮定的な因果の流れの推測という思考法が常に採られているか、あるいはそれが常に意味のある作業となっているかについては疑問なしとしない。二で見た事例で言えば、責任能力ある未成年者の監督義務者の責任の事例においては、監督義務者が果たすべき義務は何か、その義務を果たしておれば未成年者による交通事故を防ぐことができたか、という論じ方はなされていない。そもそもこの類型においては、監督義務者の義務の内容は非常に包括的で漠然としており、また、その義務違反を含んだ形で損害発生までの流れを説明することが難しいため（義務違反の有無に関わらずほぼ同じくらいの確率で交通事故は発生する）、義務を果たしていれば事故は起こらなかったはずである、あるいは義務を果たしていても事故は起こったはずであるという理由で監督義務者に対する帰責の判断を行うよりも、いかに監督を怠っていたかという監督義務者に対する非難と帰責の判断とを融合させた方がむしろ説得力があるとは言えないだろうか。

このことからすると、不作為による不法行為の場合においては「因果関係の認定は、不作為の作為義務＝過失（違法性）の認定と密接な関係を持ってくる。…因果関係の不存在が問題なのではなく、その認定が過失の認定に吸収されてしまうところに特徴がある」とする指摘[86]にも首肯しうる面がある。しかし、二で見た他の事例に目を転じてみると、義

務違反の存否とは別に、当該義務違反がなければ結果は生じなかったかという形で義務違反と結果との結びつきを別途検討する意義がある場合があることは明らかであろう。未成年者の監督義務者の場合と比べると、結果の発生の防止に向けられた義務の内容は比較的明確であり、また、その義務違反を含んだ形で損害発生までの流れを説明することもできるため（きちんと見ていれば乳幼児の死亡を防げた可能性が高い）、義務を果たしていれば結果は生じなかったはずである、あるいは義務を果たしていても結果は生じたはずであるという形で仮定的な因果の流れを推測して帰責の判断を行うことにも説得力があるように思われる。このような場合には、不作為の因果関係として論じられている問題には義務違反ないし過失の問題に吸収しきれない部分がある。

以上のように考えると、「不作為の因果関係」という括りの下にその判断のあり方を定式化することは大変困難であるように思われる。右で述べた義務内容の明確性云々というのも程度問題であるし、様々な他の不作為の類型を視野に入れると、おそらく考慮要素の一つでしかない。しかし、そういった様々な要素の影響を受けて裁判例における不作為の因果関係の認定方法が一定していないのは理由がないことではなさそうである。この点で注目に値するのが水野教授の因果関係概念に関する研究[87]である。事実的因果関係と賠償範囲の「区別」論がどこまで妥当するのかという問題意識から進められた研究であるが、「因果関係」の問題として考えられてきた問題には多様な類型があり、その認定方法にも多様なあり方があることを明らかにされている。[88]このような見解に鑑み、私見としては以上のような裁判例の状況を肯定的に考えたい。本来であればその多様性に踏み込む更なる分析を加えるべきところであろうが、筆者の能力を考えるとそれは難しい。ここでは、「不作為の因果関係」が問題とされる場合には様々な場合があり、作為義務の措定、因果の流れの推測という思考法が常に有意義であるとは言えないこと、また逆に、因果関係の問題は義務違反ないし過失の問題に含まれてしまうという考え方も一般化は到底できないことを確認して満足せざるを得ない。

四　それでは、取締役の監視・監督義務違反に基づく責任の場合についてはどうであろうか。検討の材料として二つの裁判例を見てみよう。いずれも商法二六六条ノ三に関するものであるが、因果関係の判断においても取締役の義務の内容を考慮すべきであるとの批判を一応免れている裁判例である。

横浜地裁平成一一年六月二四日判決[89]は、粉飾決算を行っていた小規模な建設会社A社が倒産したため、A社より下請け代金の回収ができなくなったX_1社がA社の取締役らを訴えたという事案である。判旨はまずA社の粉飾決算とX_1社の損害との間に因果関係が認められるとした上で、決算書類の作成には携わっていなかった常務取締役Y_1について次のように判示してその責任を認めた。「Y_1は…粉飾決算が行われていたことも知らなかったと弁解するが、A社の規模…、Y_1の在職年数…とその地位及び…［代表取締役から］売上高の減少をカバーするため売上として計上可能なものを拾い出すように指示を受けたことに照らし、にわかに信用し難い…。また、仮に、Y_1の弁解どおりであったとすれば、Y_1は、常務取締役という…地位にあったにもかかわらず、…粉飾決算という会社にとって極めて重要な事実を把握せず、これをそのまま見逃したことになるから、取締役としての監視義務を怠ったことが明らかであり、任務懈怠の責めを負わなければならない。」

この判旨では、粉飾決算とX_1社の損害との間の因果関係については判断が行われているが、粉飾決算について知っていた（のに是正を試みなかった）、あるいは知るべきであったというY_1の義務違反と粉飾決算あるいはX_1社の損害との間の因果関係については何ら検討が為されていない。義務違反があるかという判断と責任が負うべきかという判断が完全に直結している。

これに対して、東京地裁昭和五八年二月二四日判決[90]は同じく粉飾決算の事例であるが、上の裁判例とは異なる判断が示されている。事案を簡略化すると、粉飾決算を行った末に倒産した同族会社B社に対して手形割引や貸付を行っていたX_2社が、B社の取引銀行たるC銀行からの出向者である営業担当取締役Y_2を訴えたというものである。判旨は、B社

においては取締役会による決算書類の承認手続が採られていなかったにもかかわらずそれを放置したY_2には重過失があるとしながら、次のように判示してY_2の責任を否定した。「粉飾決算書は、B社の専務取締役Pが、経理、財務部門の部課長四名を使い、極秘裡に作成したもので、Y_2に対しては、同人を介して…C銀行にこれらが明らかになることを極力避けるため、同人を同社の経理、財務には関与させなかったのみか、営業担当の取締役とはいっても、その実質は、顧客の接待等に限定された職務しか与えず、しかも、右決算書に、右Pらによって、D信用金庫の会長であるQが監査役として監査し適正であるとの、偽造の同人記名の記載がなされている等、極めて巧妙な手段が講じられていたことからみて、仮に、Y_2がB社の取締役として、その職務を遂行し、同社の取締役会が開催され前記決算書が右取締役会で検討されたとしても、Y_2において右決算書が虚偽であることを探知しえたことは認められない。したがって、Y_2の取締役としての職務違反とX_2社の蒙った損害との間には相当因果関係がないといわざるをえない。」

Y_2が真摯に取締役としての義務を果たしておれば本件の粉飾決算を探知できたか否かについては勿論異論はあり得よう。しかし、判旨の考え方は、粉飾決算は非常に巧妙に行われおり、たとえY_2が取締役としての義務を履行していたとしても粉飾決算を探知できなかったはずだというものであり、一応の筋は通っている。不作為の因果関係の問題として一般に説かれている、義務の措定、因果の流れの推測という思考法がここでは意味を持っている。

五　この二つの裁判例は、取締役の監視・監督義務違反に基づく責任が問題となる場合にも、義務違反の有無の判断と帰責の判断（本来は因果関係の問題として扱われる）が同時に行われる場合と、因果関係に関する判断が独自の意義を有する場合とがあることを示している。他の不作為による責任の事例を通じた先の検討に照らすと、このことをもって不当であるとは言えない。問題とすべきはこのような扱われ方を合理的に説明することは可能かであるが、以下のように考えることができるのではないだろうか。

義務違反の判断と因果関係ないし帰責の判断が同時的に行われることに関しては、裁判所の判断の背後には次のような暗黙の理解があると考えることで説明がつく。それは、「取締役が損害の直接の原因である他の取締役や従業員の行為を知っていた場合、取締役はその是正に努めることが期待されている。取締役は法が要求する水準をもってその努力をなさなくてはならないから、そのような法が予定する取締役の努力が効を奏さないということは考えにくい」というものである。そして、「知っていた（のに是正の措置を採らなかった）」「知るべきであった（のに知らなかった）」という形で監視・監督義務違反が認められる場合には、そのような暗黙の理解に従って取締役の責任を認めることになる。その際、前掲の裁判例のように単に取締役の義務違反を認定して責任があるとするか、あるいは一応「そして、この義務違反と損害との間には相当因果関係が認められる」云々という文言を用いるかは本質的な違いではない。右のような暗黙の理解に従うことで、義務違反の判断と因果関係ないし帰責の判断とが同時的に、あるいは融合して行われるという点が肝要である。最初に見た、「[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…因果関係の要件が問題となることは、原則としてない」という見解は、以上のような説明を加えることで首肯し得るものになると思われる。

これに対して、因果関係に関する判断が独自の意義を有する場合というのは、以上のような暗黙の理解を軸とする因果関係ないし帰責の判断方法が妥当しない場合であると理解することができる。その主たる場合は、前掲の裁判例のように、任務放棄等の義務違反は認められるが、義務を果たしていても知ることができなかった（＝知るべきであったとは言えない）と評価される場合である。そのような場合には、知っていたこと、知るべきであったことを出発点とする前記のような暗黙の理解を前提とする余地がない。ただし、知ることができたか否かは取締役としての義務の履行を前提として判断されるべきであるので、知ることができなかったと正当に判断される場合はそれ程多くはないはずである。

また、上記の因果関係ないし帰責の判断方法が妥当しない場合として、他に、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という暗黙の理解自体が崩れる場合が考えられる。すなわち、取締役として採るべき是正措置を講じたとしても他の取締役や従業員の行為を阻止することができなかったはずであると評価される場合である。これは非常に限られた場合であろうが、例えば、義務違反が認められ、知るべきであったとされる時点から非常に近接した時点で損害が発生してしまったような場合が考えられる。

以上をまとめるとこうである。取締役の監視・監督義務違反の内容として「知っていた（のに是正の措置を採らなかった）」「知るべきであった（のに知らなかった）」と評価される場合には、判旨の文言はともかく、義務違反と損害との間の因果関係の判断は義務違反の判断と重なりあってしまう。しかし、何らかの義務違反は認められるが「知るべきであった」とは評価されない場合、あるいは、取締役としての義務の履行を前提としても阻止可能性が無かったと評価される場合には、義務違反の存否とは別に、因果関係という枠組は独自の意義を持つようになる。このように理解することで、因果関係の判断においても取締役の義務の内容を考慮すべきであるとの批判が妥当する部分を除いてもなお不安定な裁判例における因果関係の扱われ方を説明できると思われる。

六　では、これを当事者の主張・立証の点から捉え直すとどのようなことになるだろうか。

取締役の責任を追及しようとする側（「原告」とする）は、監視・監督義務違反の内容として、多くの場合、取締役が「知っていた（のに是正の措置を採らなかった）」「知るべきであった（のに知らなかった）」と主張するであろう。そして、そのままその主張が認められれば（＝原告が立証に成功すれば）、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という理解に明に暗に従って、因果関係ありと判断されるか、あるいは義務違反の判断と帰責の判断が直結することになる。このような判断が為される場合、原告が因果関係につき立証責任を負うということにあまり意味はない。

義務違反に関する主張・立証が因果関係に関する主張・立証と重なってしまうためである。

当然、被告取締役としてはこのように推移することを阻止したい。多くの場合、まずは義務違反の存否について争うであろう。しかし、不幸にして義務違反ありと認定されそうな場合には、次に、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という理解に従った判断が為されないようにすべく、因果関係の存否を争うことが考えられる。監視・監督義務の対象たる他の取締役や従業員の行為が本当に損害との間に因果関係を有するものなのかという点を除けば、被告取締役が主張する内容としては次の二つがあり得る。

まず、義務を果たしていたとしても知ることができなかったという主張である。これは、原告が監視・監督義務違反の内容として「知るべきであった（のに知らなかった）」と主張している場合にはそれと表裏の関係にあり、[91] 単に「為すべきことをしていなかった」と主張している場合には新たな争点を生ぜしめるものである。[92] ところで、先にも述べたように、知ることができたか否かは取締役としての義務の履行を前提として判断されるべきであるので、知ることができなかったと正当に判断される場合はそれ程多くはないであろう。とすると、裁判所は「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という理解と同様、「取締役が義務を果たしておれば知ることができたはずである」という理解を暗黙の前提としてしまうことが考えられる。

他に、被告取締役の主張として、取締役としての義務の履行を前提としても阻止可能性が無かったというものが考えられる。この場合も、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という理解が裁判所の認識の出発点となろう。

要するに、因果関係の立証責任は原告が負っているが、原告が「知っていた」「知るべきであった」「為すべきことをしていなかった」として被告取締役の監視・監督義務違反を立証すれば、裁判所は「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」「取締役が義務を果たしておれば知ることができたはずである」という理解に従って因果関係の存在ないし取締役に対する帰責を肯定することになってしまうため、被告取締役としては、裁判所が前提とするそのような理

解が当該事案については妥当しないことを示すための主張・立証を試みることになるということである。妥当する、しないというのは評価の問題であるから、被告取締役が主張・立証を試みるのは、いかに損害が瞬間的に発生したかとか、いかに巧妙に隠蔽されていたかといった具体的な事実であるが、そのような主張・立証活動を通じて裁判所が前提とする理解の妥当性が少なくとも怪しくなれば（＝真偽不明となれば）、被告取締役の主張・立証活動は成功したことになる。ではどの程度の主張・立証が必要となるかと言えば、義務違反の判断と因果関係ないし帰責の判断をつないでいる裁判所の暗黙の理解がどの程度強固なものであるかによる。それは、会社の規模等の特性、損害の直接の原因とされる行為の態様、あるいは被告取締役の義務違反の程度や内容[93]といった要素の影響を受けることとなろう。

以上の分析に基づく私見を一言で言えば、取締役の監視・監督義務違反が認められれば、それと損害との間の因果関係は事実上推定されるということである。[94]

第二款　アメリカ法

一　以上の考察の妥当性をアメリカ法における考え方から検証してみることとしたい。アメリカ法においても、取締役の会社に対する責任は代位責任（vicarious liability）ではなく、取締役はあくまで自己の任務懈怠の結果として生じた損害についてのみ責任を負うとされている。[95]従って、取締役の会社に対する責任を認めるためには、各人の任務懈怠行為と会社に生じた損害との間の因果関係が存在することが必要となるのが原則である。[96]とは言え、監視・監督義務違反の場合における因果関係の問題の困難さは、日本法における場合と同様である。そのためか、裁判例においては、任務懈怠が明らかに認められる一部の取締役について責任を否定するための便法として因果関係の問題がとりあげられる等、全体として統一的な考え方が示されているとは言い難い。従って、以下では学説を中心に整理することとしたい。

監視・監督義務違反に基づく責任の場合のように、複数の任務懈怠取締役が存在する場合に生じる因果関係の問題の

困難さについては古くから認識されていた。例えば、一九世紀後半のMorawetzの体系書では次のように述べられている。「もし取締役が…引受けた義務を履行しなかった場合には、彼等はそこから生じたいかなる損害についても会社に対して責任を負う。…従って、もし取締役が会社の利益に対する全てのコントロールを他の代理人に委ね、適切な監視を怠っていたならば、取締役の側での適切な注意により避け得たであろう、当該代理人の信託違反に関して取締役は責任を負う。（しかし）実際には、取締役が会社の利益に対するコントロールを与えた代理人による直接の行為によって生じた損害が、取締役の側の不注意ないし義務の懈怠に公正に帰せしめられるか否かを決めることはしばしば困難である。[97]」

そのような困難な問題を判断するための基準として、Morawetzは、「取締役は、損害が、注意をもって会社の事業を監視することを怠ったこと、あるいは、下位の代理人を指名するに当たって適切な注意を用いなかったことにおける自分自身の義務の懈怠の結果である場合に限って、他の取締役や代理人による行為や不作為により生じた損害について責任を負うとされうる[98]」と述べている。しかし、これでは問題の解決にはなっていないことは明らかである。結局、どのような場合に会社に生じた損害が取締役「自身の義務の懈怠の結果である」と言えるかについては、何ら明らかになっていないからである。

二　この問題について何らかの解決を示そうとする見解には、観点の異なるいくつかの方向性があったように思われる。一つは、取締役の義務違反と損害との間の因果関係の問題を「取締役が注意を尽くしておれば、損害を避け得たか」という問題であるとし、取締役の果たすべき義務の具体的内容を検討してどのような結果となるかを推測するというものである。例えば、ある論者は、不作為と損害との間の因果関係においては不作為が問題とされる者が負う義務の設定がまず問題となり、それに基づいて因果の流れを推測することになるとし、従って、例えば銀行の破綻のような事例にお

いては、因果関係の問題は、①取締役の負うべき義務の内容、②その義務の違反、③銀行の破綻をもたらした行為がどのようなものであったか、すなわち、取締役の側の義務履行によりその行為を発見できたか否か、④その行為を正す取締役の権限があるか否か、という問題に置き換えられるとする。[99] しかし、このような考え方は不作為の因果関係の問題のいわば出発点とも言うべきもので、むしろここから生じる困難さについてどのように考えるかが問題である。

異なる方向性として、因果関係についての立証責任を原告ではなく任務懈怠が認められる被告取締役の側に課そうとする見解がある。例えば、Dwightは、一部の取締役につき任務懈怠と損害との間の因果関係が否定された前出のWarner v. Penoyer (1898).[100] を批判して次のように述べている。「これらの任務懈怠取締役らは、銀行の事業に対する積極的な監督を行う、宣誓した上での義務を負っていたのである。莫大な損害は全体としての取締役が『表面的な』注意しか果たさなかったことから生じ、更に本件では、定期の取締役会に参加する労をも果たさなかった二人の取締役がいるのである。しかし、裁判所は原告に、（無関心な取締役が）取締役会に出席することにより詐欺的行為を防ぐことができたであろうということを立証する義務を課そうというのである！当然のことながら、取締役を一人一人取り上げるとすると、ある一人の欠席が損害の近因であると立証することは不可能であろう。このような役員による詐欺的行為のケースにおいては、過失ありと認められる全ての取締役は個人的責任を負うと一応推定され、免責を与える要素の立証の責任は各取締役にあるとするルールの方がよいのではないだろうか。[101]」

Ballantineも次のように述べている。「会社あるいはそれに代わって原告となる者が、任務懈怠取締役の過失行為が会社が被った損害を引き起こしたであろうことを立証する責任を負うというルールにより、過失及び放漫経営に関して取締役に責任を負わせる際に深刻な障害が生じる。このルールは、各取締役が適切な注意を果たしておれば損害を避け得たであろうことを原告が立証しなくてはならないということを意味するとされる。しかし、このルールは任務懈怠取締役に不当に寛容であり、注意を果たせば避け得たかもしれない特定の損害につき過失があると（原告により）立証さ

れた取締役が、自己の免責、及び、たとえ彼自身が適切な注意を果たしていたとしても損害は避けられなかったであろうということを立証する責任を負担すべきであるということを、合理性をもって論じうるかもしれない。[102]」

以上のような立証責任の転換という考え方は、取締役に責任を課すという観点からするとアメリカ法において大きな障害となっていた因果関係の問題を解決する一つの魅力的な考え方ではあろう。[103] しかし、因果関係の立証責任は原告にあるという一般ルールを修正する根拠は、要するに原告（会社）に酷であるということだけであり、果たしてこれだけで実質的根拠として十分であるかどうか、因果関係に関する一般的な議論全体との理論的な整合性があるのかどうか等の疑問を投げかけることも可能である。少なくとも、このような考え方が裁判例に採り入れられるには至らなかったということは指摘しておいてよいであろう。

更に異なる方向性として、任務懈怠取締役が複数存在する場合には、ある取締役が義務を果たしていたとしてもなお損害が発生したと考えられる場合があるということを指摘し、この因果関係の競合とも言うべき問題に関して解決を与えようとするものがある。再び、Ballantineである。「法的原因に関するいわゆる『あれなければこれなし』のルールは、特に複数の同時的不法行為者（several concurrent wrongdoers）のケースでは、常に主張され得るものではない。グループとしての取締役の任務懈怠により莫大な損害が生じ、複数の取締役の不注意がかなりの可能性で損害の発生に寄与した要素であった場合には、取締役会に出席した際に、あるいはその他の場合に、ある特定の取締役が適切な注意を果たしておればちょうどどれくらいの損害が避けられたであろうかということについて、原告が立証することを要求するべきではない。[104]」

Ballantine自身は明確に述べてはいないが、これは単に立証責任の転換を主張しているものではないと思われる。同時的不法行為の場合にしばしば生じる、ある一人の不法行為者の行為がなかったとしても同じ結果が生じたという状況において、「あれなければこれなし」のルールの適用を制限するという考え方を、複数の任務懈怠取締役が存在する

場合にも妥当させようというのである。すなわち、任務懈怠取締役が複数存在する場合に、ある一人の取締役のみをとりあげて、その者が義務を果たしておれば損害が避けられたかと考える際に、他の取締役の任務懈怠が変わらずあったとすると、その者が義務を果たしていようがいまいが結果は変わらないと考えられる状況はしばしばあり、そのような場合に任務懈怠と損害との間に因果関係がないという理由で取締役の責任を否定することを制限しようという発想である。Ballantine自身がはっきりと述べている訳ではない以上、具体的にどのようなルールに基づいて処理しようとしているのかはよく分からないが、従来、このようなことが取締役の責任の文脈で問題とされることがなかったため、注目に値する。

三　以上のように、従来の学説の議論には、義務の設定と推測の問題として考えていこうとする見解、立証責任の転換を主張する見解、同時的不法行為の場合と同様に因果関係の競合の問題を処理しようとする見解という、お互いに両立し得る三つの方向性が見られた。しかし、現在までの裁判例がそれらの議論を意識したり採り入れたりして展開されているかどうかはかなり疑わしい。因果関係について判示した比較的最近の例であるFrancis v. United Jersey Bank (1981). でも、因果関係の問題は、結局、「取締役が採るべきであった手段と、それにより損害を避け得たかどうか」[105]という問題であるとされ、要するに、義務の設定と推測という作業であると言うに止まっている（結論としては、義務の内容を厳格に考えることにより因果関係は肯定されている）。少なくとも、立証責任の転換を明示的に判示するような例は見られない。このような状況で、裁判例の分析からアメリカ法における因果関係の問題の考え方を分析することは非常に困難である。

それでは、アメリカ会社法に関する一つの代表的な見解の集約であるＡＬＩのPrinciplesはこの問題に対してどのような立場を採っているのであろうか。従来の学説における三つの方向性、すなわち、義務の設定と推測、立証責任の

転換、因果関係の競合に対する対処という視点から見たとき、それはどのように評価しうるものであろうか。

ＡＬＩの Principles において救済について定める第Ⅶ編の第七・一八条ｂ項[106]は次のようなものである。

第Ⅳ編、第Ⅴ編又は第Ⅵ編に定められる行為の準則の違反は、原告が、

(i) 適用ある準則の遵守が損害を阻止するにつき重要な原因であったであろうこと、及び、

(ii) 侵害の可能性が被告と同じような地位にあり、類似の状況におかれた通常の慎重な者にとって予見可能であったであろうこと

を立証するときは、損害の法的原因とみなす。この場合に、会社の損害はその他の者の行為又は不作為がなければ生じなかったであろうということは責任に対する抗弁とならない。[107]

この第七・一八条ｂ項においてまず明らかなのは、従来の学説においてしばしば主張されていた、因果関係に関する立証責任の転換という立場は採られていないということである。第七・一八条のコメントでも、「裁判例の立場と同様に、被告の行為ないし不作為が会社が被った損害の原因であることを立証する責任は原告が負担する」[108]と明言されている。

一方、(i)から分かる通り、因果関係の問題は基本的には取締役の義務の設定と推測の問題であるという点は、当然のことながら従来の学説の議論と共通しているが、第七・一八条のコメントは従来の学説よりもこの点について詳しく分析しているのでここで見ておこう。まず、第七・一八条の立場と一般的な因果関係の考え方との関係について、次のように述べている。「因果関係の問題が生じたとき、それは二段階に分けて分析されるべきである。まず第一に、被告の行為あるいは不作為が損害の事実上の原因（cause-in-fact）であることの認定がなくてはならない。注意義務のケースにおいては、この段階で、被告が適切に注意を果たしておれば損害が避けられたかどうかを裁判所は判断しなくてはならない。例えば、もし詐欺を行う者が詐欺を実行する新たな手段を思いついて実行した場合には、注意義務を果たして

いなかった取締役は、たとえその義務を適切に果たしていたとしても、その詐欺を発見できなかったかもしれない。そのような場合には、彼等（の任務懈怠）は損害の事実上の原因ではないので、彼等は伝統的な不法行為法の下では責任を負うべきではない。第二に、事実上の原因の問題が被告の不利に認定された場合には、次の問題は法的因果関係（近因性）の問題である。すなわち、因果の繋がりが被告に公正に責任を課すには損害に対してあまりに遠く、あるいは希薄なものではなかったかという問題である。この要素を満たすためには、（取締役の）行為ないし不作為は損害を引き起した『重要な原因』でなければならない。[109]」

この分析の特徴は、義務を果たしておれば損害は避けられたかという問題は事実的因果関係の問題であり、それが肯定されてもなお法的因果関係の問題として「重要な原因」であるか否かが判断されなくてはならないとしている点である。しかし、伝統的な因果関係論との理論的な関係を考えるのであればそのように言わざるを得ないのであろうが、義務を果たしておれば損害は避けられたがなお損害の重要な原因ではないと言える、あるいは、言うのが適当な場合というのが具体的にはどのような場合を想定しているのかはあまり明らかではない。[110] 従来の学説では全く触れられなかった点であり、このような二段階テストを強調する実際上の意義がどれくらいあるのかは分からない。ただし、第七・一八条b項(ii)の予見可能性の問題も含めて、ある行為から生じた損害に因果的な繋がりのあるいくつかの種類が認められるような特殊な場合において、責任を負うべき損害の範囲を絞る意義はあるであろう。そのような場合には、各取締役の地位や職責、義務違反の態様等に応じて責任範囲が異なるということもあるかもしれない。

四　以上のような一般論を前提として、取締役の義務違反が不作為によるものである場合の問題について、第七・一八条のコメントは次のように分析している。「不作為を含むケースは最も困難な因果関係の問題を含んでいるが、最終的にはそれも伝統的な因果関係の原理によって支配されなければならない。根本的には、そのようなケースにおける焦点

は、『取締役が採るべきであった手段と、それにより損害を避け得たかどうか』ということであるべきである。例えば、もし被告には支配グループが予め決めた方針を遂行することを妨げる権限がなかったことが立証されうるとすると、事実上の原因の要件は満たされないであろう。しかし、被告に損害を避ける権限がないことも、特定の方針を不可逆的に遂行する支配グループの存在も、安易に想定されるべきではない。というのは、とりわけ、抗議や公表の脅しは一般的に効果的な阻止方法であるからである。取締役が原因を与えたという責任から免れるための最も明確な方法は、彼等が実際に抗議したり、その方針を回避することを求めたということを示す（demonstrate）ことであろう。また、ある種のケースにおいては、取締役が特定の方針に反対するための、あるいは他の取締役を説得するための、十分に効果的な行為をとったと言えるかどうかという問題が生じるかもしれない。例えば、取締役は、公に辞任するとか関係当局に報告するとかいった、更なる行為を為すべきであったという主張が為されるかもしれない。[111]」

これは従来からの学説の議論と全く同じ考え方である。「取締役が採るべきであった手段と、それにより損害を避け得たかどうか」という問題として考えざるを得ないということである。色々と述べられているが、結局は取締役が義務として何を為すべきかという義務の具体的内容の問題である。従って、まずここで確認しておくべきことは、因果関係の問題においても取締役の義務の具体的内容をどのように考えるのかが重要な意味を持つということである。もう一点指摘しておきたい。このコメントの分析においては、取締役が抗議したり、その他の回避手段を採ったとしても損害は避けられなかったというようなことを立証、少なくとも主張すべきであるのは取締役の側であるように書かれていることである。これはこれで自然のようにも思われるが、先に確認した、因果関係の立証責任は原告（会社）にあるというPrinciplesの考え方とは一体どのような関係にあるのだろうか。この点については五で検討する。

さて、従来の学説に見られた最後の方向、すなわち因果関係の競合の問題について、この第七・一八条b項の立場はどのようなものとして理解できるか。これに関係するのが、第七・一八条b項の最後のセンテンスである。この点につ

いて、第七・一八条のコメントは次のように述べている。「複数の会社役員がその懈怠が損害の法的原因である義務の履行を怠った場合には、因果関係の競合の問題が生じる。可能性の問題として、それぞれの被告が、彼あるいは彼女の行為は他の者の行為に比べて因果的に重要ではないと主張することもありうる。集団の各メンバーが他のメンバーの同時的な任務懈怠を指摘することによって責任を免れることを避けるために、第七・一八条b項の最後のセンテンスは、『会社の損害はその他の者の行為又は不作為がなければ生じなかったであろうということは責任に対する抗弁とならない』と定める。これは因果関係の競合の問題に対する不法行為法の一般的アプローチと一致している…。」[112]

他にも損害の原因と考えられる者があり、因果関係の競合の問題が生じ、「あれなければこれなし」というルールが単純には妥当しない場合に、それを理由として責任を免れることを認めないという不法行為法の一般的なルールが、取締役の責任の文脈においても妥当するというのである。[113] すなわち、自分が義務を果たしていても、他の取締役が義務を怠っていた以上、損害は同じように発生していたはずだというだけでは免責されないということである。しかし、このような考え方と、先に見たような、義務を果たしたとしても権限がない等の理由で損害の発生が避けられなかった場合には、その義務違反は損害の事実上の原因ではない、という考え方との関係をどのように理解すればよいのかという疑問が残る。

五　以上のように、第七・一八条の立場は、①原告に立証責任がある、②基本的には「義務を果たしておれば損害が避けられたか」という問題である、③因果関係の競合に関する一般的なルールに従い、損害の原因である他の取締役の義務違反を指摘するだけでは免責されない、というものであることが分かる。しかし、指摘したようになお二つの点が疑問として残っている。第一に、ある取締役が、自分が義務を果たしていたとしても、権限がない等の理由で損害を回避できなかったことを示せば、その義務違反は損害の事実上の原因ではない、という考え方と、因果関係の立証責任は原

告にあるという考え方との関係をどのように理解すればよいのか。第二に、自分が義務を果たしていても、他の取締役が義務を怠っていた以上、損害は同じように発生していたはずだというだけでは免責されないということと、義務を果たしたとしても権限がない等の理由で損害の発生が避けられなかった場合には、その義務違反は損害の事実上の原因ではない、という考え方との関係はどのように理解すればよいのであろうか。

これらの点を考えるに当たって参考となるのが、ＡＬＩのPrinciplesの主席報告者であるEisenbergのケース・ブックにおける分析である。[114] まず、被告取締役の義務違反（殆ど取締役会に出席せず、無関心）を認めながら、因果関係がないという理由でその責任を否定した事例であるBarnes v. Andrews (1924).[115] の判旨を紹介し、それには二つの読み方が可能であるとする。一つは、「もしある取締役が義務を果たしておれば、彼の同僚（他の取締役）も彼に従ったであろうことが立証されない限り、取締役会の義務履行により避けられたはずの損害についてもその任務懈怠取締役は責任を負わない」という読み方であるが、そのような考え方は受け入れ難いとする。もう一つの読み方は、「もし全ての取締役が義務を果たしていてもそのような状況を救うことができないのであれば、そのような場合には単にある取締役の義務違反は損害の事実上の原因ではないので、その取締役は会社の損害について責任を負わない」というものであり、これはPrinciplesの第七・一八条ｂ項で採られている立場であるとする。すなわち、第七・一八条ｂ項は、「もし取締役会が全体として行為又は不作為によりその注意義務に違反した場合には、その取締役会の義務違反が損害の事実上の、及び法的な原因となる全ての損害について、各取締役は責任を負う」ということを定めているというのである。

このような、全取締役が義務を果たしておればどうなったか、という考え方と、第七・一八条に付せられたコメントとを矛盾なく理解しようとすると、因果関係の問題の処理の方法として、次のようなものが考えられているのではないかと推測される。因果関係の立証責任は原告にあるのだが、原告は、各被告について彼が義務を果たしておれば損害を避けることができたか否かを、彼が取締役として個人的に採り得る様々な手段の指摘も含めていちいち主張・立証する

必要はない。原告は、取締役が全体として義務を果たしておれば損害が避けられたはずだということを主張・立証すればよい。ここまではEisenbergの分析から分かることであり、この段階において、取締役にとって容易に発見・防止できないような新たな詐欺的手段により生じた損害について、当該取締役の不作為が事実上の原因であることは否定されることとなろう。次に、原告がそのようなことを主張・立証できた場合には、今度は責任を問われた各取締役の側で、自己の権限内で採り得る手段では、違法行為等を発見・阻止できず、義務を果たしていても損害の発生を避けることができなかったであろうことを主張ないし立証することとなる。それは容易に認められるものでも、認められるべきものでもなく、少なくとも、単に他の取締役の義務違反がなければ損害は生じなかったであろうというようなことを主張するだけでは不十分である。

以上のように解することで、Eisenbergのケース・ブックにおける記述と第七・一八条のコメントとを矛盾なく理解でき、更に先の二つの疑問にも解決を与えることが可能となる。簡単に言えば、原告が主張・立証すべき命題を全取締役の義務履行があれば損害を避け得たかという問題に絞り、被告取締役の側にそれに対する反論をさせるという処理の方法が考えられており、その取締役の反論は、少なくとも単に他の取締役の義務違反を指摘するだけでは不十分であるということである。(116)

六　以上がアメリカ法における学説を中心とした整理である。これと、先に検討した日本法に関する私見とをすり合わせ、本節の検討を終えよう。

私見の出発点は、取締役の監視・監督義務違反に基づく責任が問題となる場合に、義務違反の有無の判断と因果関係ないし帰責の判断とが重なり合ってしまう場合と、因果関係に関する判断が独自の意義を有する場合とがあることをどのように理解すべきかということであった。そして、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という裁判所

の暗黙の理解があると考えることでそれを説明できるのではないかと考えた。しかし、現実の問題として考えた場合、取締役Aが実際に是正に努めたが（従ってAには義務違反はない）効を奏しなかったということは実はそれ程珍しいことではないかもしれない。例えば、他の多くの取締役が義務違反を犯しているような場合に、Aは実際に是正のために取締役会に諮ったが無駄であったということは十分考えられる。とすると、同様の状況の下にあるが、しかし取締役Bは他の取締役（CやD）と同様に義務違反を犯していたという場合には、Bが「他の取締役も義務に違反していたので、自分が是正の努力をしても無駄だったはずだ」と主張することで、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という理解を覆すことができるということにもなりそうである。また、実際このような場合は多いであろうから、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という理解自体が実はおかしいということにもなりかねない。

この点、アメリカの学説においては、取締役は他の取締役の義務違反を主張することで責任を免れると解すべきではないということが度々指摘されており、これは正当であると思われる。こう解さなければ、右の例で言えばBもCもDも責任を免れるということになりかねないからである。従って、Bの主張はそのままでは認められないと解すべきであろう。ところで、このような結論を支えるのはBの義務違反に対する非難である。それがあるが故に、実際に義務を果たしたAの事例との単純な比較からBについて因果関係なしと判断することが不当であると感じられるのである。ということは、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」という暗黙の理解には、義務違反を犯した取締役に対する非難の要素が入り込んでいることになる。私見の軸となる裁判所の暗黙の理解は真の意味での経験則ではなく、このような価値判断的要素を含むものであることは率直に認めなければなるまい。

さて、私見においては、被告取締役は、「取締役が是正に務めれば効を奏したはずである」「取締役が義務を果たしておれば知ることができたはずである」という暗黙の理解（それがどれ程強固なものであるかは事案による）に従って因果関係ないし帰責の判断が為されることを避けるために、そのような理解が当該事案については妥当しないことを示す

べく、主張・立証活動を行わざるを得なくなる。この点についてのアメリカにおける議論は、最後の分析（五）に従えば次のようなものであった。原告は、取締役が全体として義務を果たしておれば損害が避けられたはずだということを主張・立証すればよい。原告がそのようなことを主張・立証できた場合には、今度は責任を問われた各取締役の側で、自己の権限内で採り得る手段では、違法行為等を発見・阻止できず、義務を果たしていても損害の発生を避けることができなかったであろうことを主張ないし立証することとなる。

アメリカにおける議論も私見と同様に、取締役としての義務の履行を前提とすると損害は避けられたか、違法行為等は発見できたかということを原告がいちいち各取締役につき主張・立証を行う必要はないと考えているようであり、私見の補強材料となろう。因果関係についての立証責任を転換すべきであるとする見解も存在するほどである。細かな点を言えば、最後の分析（五）に従うと「取締役が全体として義務を果たしておれば損害が避けられたはずだ」ということを原告が主張・立証しなくてはならないという点が私見とは異なる。しかし、その場合、監視・監督義務違反に基づく責任が問われている取締役全体が義務を果たしておれば損害が発生しなかっただろうということを原告が一応示すことはそれ程難しいことではなく、実際には、いかに発見・阻止が困難なものであったかを被告取締役が相当程度示して初めてこの点が真の争点となるであろう。そのような事態に至れば、私見においても暗黙の理解を前提とした因果関係ないし帰責の判断は為され得ないので、実際上の違いはあまりないと言ってよいのではないだろうか。

第四節　小　括

一　本章の最後として、以上の検討を踏まえて、取締役の監視・監督義務の具体的内容と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という問題についての私見をまとめたい。

日本法とアメリカ法の議論を見てきたが、取締役の監視・監督義務の具体的内容に関わる議論はほぼ同じである。また、責任の判断枠組についても、一見それ程大きな違いはないようにも思われる。しかし、日本法に関する部分で指摘したように、日本法においては、監視義務の具体的内容に関する議論と責任の判断枠組との関係が十分に整理されていないという問題点があったように思われる。そこで、まず、アメリカ法を参考にして、日本法における両者の関係をここで整理することとしたい。

アメリカの裁判例も必ずしも全てが統一的であるとは言えないのであるが、一応、取締役は、役員や従業員、他の取締役による違法行為等を知っていたか、知るべきであった場合には責任を負う、という枠組は広く共通しているように思われる。そして、知るべきであった場合とは任務懈怠により知らなかった場合を意味しているのであり、ここにまず取締役の義務の内容を考慮しうるポイントがあるのである。

商法二六六条ノ三に関する日本の裁判例においては、「容易に知ることができたのに漫然と看過した」という場合が監視義務違反の一つの場合として認められており、商法二六六条による責任の場合にも別異に解する理由はない。ただし、商法二六六条ノ三に関する裁判例では、多くの場合に小規模閉鎖会社の名目的取締役の責任が問題となっており、「容易に知りうべき」か否かの判断が、取締役が果たすべき義務とは無関係に行われていることが多い。しかし、大規模な会社の取締役の責任をも視野に入れる商法二六六条の問題としては、取締役が取締役としての何らかの義務を履行していることを前提として判断される必要がある。つまり、そのような義務を履行していたら「容易に知りうべき」と言えるような事実関係であれば、実際に義務を果たしていたかに関係なく、「容易に知りうべき」であったと判断されるべきである。なお、ここで「容易に」という言葉が付加されているのは、恐らくは商法二六六条ノ三における重過失の判断だからであろうから、本質的には「知りうべき」か否かが問題である。(117)

アメリカ法における判断枠組をより正確に言えば、①当該違法行為等を知っていたが、採るべき是正措置を採らな

かった場合、②疑いを生ぜしめる事情を知っていたが、しかるべき調査を為さず、その結果当該違法行為等を知らなかった場合、③任務懈怠により当該違法行為等やそれについての疑いを生ぜしめる事情を知らなかった場合、に整理できる。①については、日本の商法二六六条ノ三に関する裁判例でも、被告取締役が他の者の違法行為等を知っていて取締役会での事前監視が可能であったのに、取締役会を招集したり、招集を求めたりしなかったということが監視義務違反を認める一つの道筋であることははっきりしているので、後は取締役の監視義務の内容としての採るべき是正措置をどのように考えればよいのかという問題である。②③は、日本法の「知りうべき」場合に対応するのであるが、その判断においては取締役の何らかの義務履行を前提とすべきことは既に確認したから、後はその判断の前提となる義務の中に、疑いを生ぜしめる事情がある場合には普段果たさなくてはならない職責を超えて積極的な調査を為すべき義務があることを認めればよい。[118]

二　以上より、日本法における取締役の監視・監督義務違反に基づく責任の判断は、次のように行われることが望ましいと考える。まず、取締役が会社に損害を与えるべき他の者の行為を知っていた場合には、そこで採るべき是正措置を採らなかったことにより監視・監督義務の違反が認められる。次に、そのような行為について知らなかった場合には、それが知りうべきものであったか否かについて問題となる。第一に、そのような行為の存在につき疑いを生ぜしめる事情[119]を知っていたのに調査を為さなかったことにより監視・監督義務の違反が認められる。第二に、疑いを生ぜしめる事情も知らなかったが、取締役が普段果たすべき職責を果たしていなかった場合にも監視・監督義務の違反が認められる。以上のように、採るべき是正措置を採らなかったこと、調査を為さなかったこと、普段果たすべき職責を果たしていなかったことが監視・監督義務違反の内容を構成し、それは損害の賠償を請求する原告（会社）の側が立証しなくてはならない。

私見によれば、取締役の監視・監督義務違反が認められれば、そのような義務違反と他の取締役や従業員の行為により会社に生じた損害に対する（事実的）因果関係ないし帰責の判断は、「取締役が是正に努めれば効を奏したはずである」「取締役が義務を果しておれば知ることができたはずである」という暗黙の理解に従って行われる（事実上推定される）。そこで、被告取締役としてはそのような理解が妥当しないことを示すべく、採るべき是正措置を採っても阻止できなかったとか、調査を行っても知ることができなかったとか、普段果たすべき職責を果たしていても疑いを生ぜしめる事情等を知ることができなかったということを示す事情につき主張・立証活動を行わなくてはならなくなる。義務違反の判断と因果関係ないし帰責の判断をつないでいるこの暗黙の理解がどの程度強固なものであるかは事案によるが、被告取締役の主張・立証活動は裁判所がそのような理解を前提とすることに逡巡する程度まで行わなければならない。この被告取締役による反論は、単に他の取締役の義務違反を指摘するだけでは不十分であると解すべきである。

以上のように整理すると、監視義務の具体的内容として挙げられている各要素を、知りうべきであったとの判断の基礎となるべき取締役の義務と、不正・不当な行為を知っていた場合に採るべき是正措置とに分けて整理する発想が生まれる。この場合、前者は、取締役は普段何をどの程度やっておくべきかという問題と、疑いを生ぜしめる事情を知っていた場合の調査の義務の問題とを含んでいる。

三　取締役が普段果たすべき職責として、取締役が取締役会に出席し、そこで与えられる情報を把握し、会社の財産状態や業務について一般的な知識を得ておくべきことは、日本法においてもアメリカ法においても当然に認められている。問題は、特に疑いを生ぜしめるような事情がなくても、取締役は更に積極的に何らかの調査や検査を行っておく必要があるのか否かである。換言すれば、取締役は与えられる情報の正確性についてどの程度コミットしなくてはならないかという問題である。日本における商法二六六条ノ三に関する裁判例では立場は一貫していない。アメリカ法においては、

表現の仕方は様々ながら、取締役は帳簿等の検査により財務諸表や報告書の正確性をある程度確かめる努力をしなくてはならないということで古くから裁判例の大方は一致していた。日本法においても、取締役は与えられる情報の正確性について盲目的に信用することは許されず、何らかの方法でその正確性の確保に関わるべきことは認められるべきであると考える。この点につき、日本においても、情報を提供する会社内部の仕組みや体制に向けられた取締役の義務が注目されている。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見ることとする。

四　取締役は会社内の違法行為等の存在について疑いを生ぜしめる事情を知っていた場合には、為しうる調査を行ってその存否や内容を確認しようとしなくてはならない（調査義務）。そのような認識があったのに放置していた場合には、「知りうべき」場合と判断される可能性が生じる。

このような義務のあることを前提とすると、規模の小さな会社については監視義務違反に基づく取締役の責任は比較的容易に認められることになるのではないだろうか。小規模な会社においては、違法行為等の事実自体については知らなくても、普段果たすべき職責の履行を前提とすると、何らかの疑いを生ぜしめる事情を知っていたと言える場合が比較的多いと思われる。そのような場合には普段果たすべき職責を超えて積極的に調査を行うべき義務が生じるのであり、更に、小規模な会社を前提とすると、調査を行っても知り得なかったはずであると言える場合はそれ程ないであろう。つまり、このような調査義務を認めることだけでも、規模の小さな会社においては、取締役の監視・監督の義務につき民事責任によるエンフォースメントが十分に期待できるということである。このことは、規模の小さな会社に関しては、次章で見るような、会社内部の仕組みや体制に向けられた取締役の義務を殊更に考える必要性があまりないことを示し

ているように思われる。

調査義務について日本法上問題となるのは、取締役はその権限としてどのような調査を行うことができるかである。取締役会を通じて、例えば資料を提出するように求めたり、代表取締役に調査するように求めたりすることができるのは当然である。[120] それでは、取締役個人としてはどのような調査を行う権限があるのか。この点については、取締役は監視義務の履行に必要な範囲においては理論上、業務及び財産の状況を調査しうるとする見解[121]と、そのような権限はないとする見解[122]とがある。監査役に関しては調査権が明文で認められているのに対し（商法二七四条二項）[123]、取締役に関しては規定がない。この点を強調するのであれば、取締役個人には帳簿等を閲覧して業務及び財産の状況を調査する権限はないということになろう。取締役は会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実を発見したときは監査役に報告しなければならないとする規定もあり（商法二七四条ノ二）、取締役は調査権を有する監査役に依頼して調査をしてもらうというのが法の予定するところなのかもしれない。しかし、監査役が調査を拒否することもありうるし、監査役が行った調査が不十分なものである場合もあろう。そのような場合にまで、明文の規定を欠くという理由で取締役個人による業務及び財産の状況の調査の権限を認めないとする必要はないように思われる。また、取締役の調査権の有無が現実に問題となる場合の多くは、監視・監督の職責を果たそうとする取締役が取締役会における少数派となっている場合であろうから、そのような少数派取締役の監視・監督義務の履行を効果的で意味あるものとするためにも、取締役個人に調査権を認めることが望ましいと思われる。監視・監督義務の履行が真の目的ではない場合に調査権が行使されるおそれに対しては、権利濫用という歯止めを考えればよい。[124]

権限として認めるということは、しかるべき状況においてはその行使が義務となるということである。しかし、アメリカ法と同様に取締役には調査の方法や対象について広い裁量が認められなくてはならないから、何かしら努力した取締役に責任を認めるべき場合は殆どなかろう。取締役会を通じて調査を行ったり、監査役の調査権の発動を促したりす

るだけでも通常は十分な義務の履行と評価してよいと思われる。[125]

五　取締役が会社内の違法行為等について知っていたならば、それを放置することはできない。このことはアメリカ法においても日本法においても同じである。そして、基本的には取締役会を通じての是正措置で足りると考えられている点も同じである。

アメリカ法においては、取締役会を通じての是正を超えて、取締役が個人的に弁護士と相談したり、訴訟提起の脅しを用いたり、あるいは関係当局に知らせる等の行動をとることが求められる場合がある。アメリカ法においてもそれがどのような場合であるかは明らかでない以上、彼我の比較からは明確な結論を出すことはできないが、日本法においてもそのような場合がありうるということは、具体的な事件を考える際には念頭に置かれてもよいのではないかと考える。[126]アメリカの事例では、顧客との信任関係がある場合や会社の基礎に関わる取引に関する場合が現れている。従って、例えば、健全性に関して強い要請のある銀行等においては、日本法においても取締役会を通じない個人的な是正の努力（関係当局への通知まで要求する必要はないかもしれないが）が問題とされてもよいのではないか。例えば、大阪地裁平成一二年九月二〇日判決（大和銀行株主代表訴訟事件）[127]では、米国当局に届け出るべき違法行為のあることを知っており、「米国当局に対する届出を行うよう代表取締役に働きかけるべきであった」のにそれを為さなかったことが、取締役の義務違反を基礎付ける事実として指摘されている。平取締役は「届出」をする権限はないのでこのような判旨になったものと思われるが、[128]ここで注目しておきたいのは、取締役会を通じてではなく、個人的にそのような働きかけを為すべきであったと判示されていることである。

六　以上は、取締役が取締役会構成員としての資格のみを有するものとして検討した。それでは、取締役がその他の地

位（代表取締役や業務担当取締役）を兼ねる場合についてはどのように考えるべきかについて、簡単に述べておきたい。まず、自己の担当領域に属さない事項については、取締役会構成員としての資格に基づいて考えることとなる。業務執行ライン上の監督義務は負わないからである。

問題は自己の担当領域についてであるが、基本的な考え方は取締役会構成員としての資格に基づく場合と同じであると考えられる。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共通であるからである。ただ、業務執行ライン上の地位に基づく場合の監視・監督義務の程度は取締役会構成員としての資格のみに基づく場合とは異なってくると考えられるが、その理由としては二つ考えられる。第一に、そのような取締役は立場上様々な情報に触れる機会が多いことである。第二に、内部職掌上の職責として、取締役会構成員としての資格のみに基づく場合よりもより重い義務を負っていることである。

第一の点はまさに事実上の問題であって、得られた情報により調査を為すべき義務が生じたり、是正措置を採るべき場合が事実上多くなる。従って、監視・監督義務違反が認められ、責任が肯定される場合も多くなろう。より難しいのは第二の点であるが、内部職掌上の職責についても、責任判断の枠組との関係で取締役会構成員としての資格に基づく義務を整理したことが参考となると思われる。すなわち、知るべきであったと判断される前提となるべき普段果たすべき職責、疑いを生ぜしめる事情を知っていた場合の調査義務、採るべき是正措置の問題という視点から考えるのである。取締役の立場に応じて異なるものであるため、一様に論じることはできないが、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したり、[129] 担当領域の資金の流れについて認識しておくこと等[130]は、直接の担当者が普段果たすべき職責であろう。疑いを生ぜしめる事情を認識した場合には自ら直接に調査を為すべきで、その際に採り得る手段、採るべき手段も他の取締役より遥かに多様で強力であろう。是正措置も取締役会を介して行うのではなく、直接に行うべきである。このようなより重い義務を前提として責任の有無を判断すると、監視・監督義務違反に

基づく責任が認められる場合は他の取締役よりも多くなると考えられる。

七　以上が取締役の監視・監督義務の具体的内容と責任の判断枠組の一般論である。取締役会構成員としての資格のみに基づく場合には、何かを知っていた場合でなければ、取締役あるいは取締役会の監視・監督の機能はかなり受動的なものであったことが分かる。これに対して、度々言及してきたことであるが、近時のコーポレート・ガバナンスに関する議論と軌を一にして、会社や役員・従業員の違法行為の防止や、会社の財務の正確な把握等を目的とした会社内部のシステムの構築・維持に関する取締役会の職責についての議論が発達してきたことが注目される。以上の議論との関係で言えば、取締役が与えられる情報の正確性の確保に関与する手法の問題としての側面を有するものであるが、それに止まらない意義を有している。次章では、そのような義務の内容とそれが取締役の会社に対する責任に与える影響について見ていくこととする。

(39) *e.g.*, Bank of Commerce v. Goolsby, 196 S.W. 803 (Ark. 1917); Bowerman v. Hamner, 250 U.S. 504, 39 S. Ct. 549 (1919); Martin v. Hardy, 232 N.W. 197 (Mich. 1930); Michelsen v. Penny, 135 F.2d 409 (2d Cir. 1943).

(40) J. F. Rydstorm, Ann., *Liability of Corporate Directors for Negligence in Permitting Mismanagement or Defalcations by Officers or Employees*, 25 A.L.R.3d 941 § 18[c] (1969).

(41) Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814 (N.J. 1981).

(42) Francis v. United Jersey Bank, at 825-26.

(43) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. 1924). スターターの生産を行うことを目的として設立された会社において生産開始が遅れ、二年余りで倒産した。被告取締役は生産開始の遅れを知らず、任務懈怠が認められた。ただし、任務懈怠と損害との間の因果関係を欠くとして、結論としては責任は否定された。

(44) Lutz v. Boas, 171 A.2d 381 (1961). オープン・エンド型投資会社における利害関係のない取締役であった被告取締役は、取締

役会において用意された書類をもとに配当について議論するのみで、誰が実際に売買される証券を選んでいるのかを知らず、また、投資政策やその政策の実行に関しても情報を得ていなかった。その結果、任務懈怠が認められ、役員らが不当に得ていたマネージメント料や投資政策に反した結果会社が被った損害についての責任が認められた。

(45) *e.g.*, Saving Bank of Louisville v. Caperton, 8 S.W. 885 (Ky. 1888).

(46) *e.g.*, Marshall v. Farmers' & Mechanics' Bank, 8 S.E. 586 (Va. 1889); Campbell v. Watson, 50 A. 120 (N.J. Eq. 1901); Ford v. Taylor, 4 S.W.2d 938 (Ark. 1928); Anderson v. Bundy, 171 S.E. 501 (Va. 1933).

(47) Melvin A. Eisenberg, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, 51 U. Pitt. L. Rev. 945, 952 (1990).

(48) *Id.* at 956-958.

(49) 表現は様々有り得る。ＡＬＩの Principles では「合理的」な取締役が基準とされている。ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01(a)(1)-(a)(2) cmt. b [hereinafter Principles].

(50) Sternberg v. Blaine, 17 S.W.2d 286 (Ark. 1929).

(51) Eisenberg, *supra* note 47, at 956.

(52) Bates v. Dresser, 251 U.S. 524 (1920).

(53) Principles § 4.01(a)(1)-(a)(2) cmt. b.

(54) 取締役が会社の帳簿等を閲覧調査する権利はコモン・ロー上の権利として古くから認められてきた。邦語文献として、山城将美「アメリカ会社法における取締役の社内情報収集権」沖縄法学一六号一三一頁（昭六三）、伊勢田・前掲注(3)三二頁以下参照。裁判例の態度は大きく分けると二つに分かれ、ニューヨーク州等ではこの取締役の権利は絶対的で無条件のものであり、取締役が調査を行う動機や目的を問わないとされてきた。*e.g.*, People *ex rel.* Wilkins v. Ascher Silk Corp., 201 N.Y.S. 739 (App. Div. 1923), *aff'd*, 237 N.Y. 574, 143 N.E. 748 (1924); Cohen v. Cocoline Prods, Inc., 309 N.Y. 119, 127 N.E. 906 (1955); Drake v. Newton Amusement Corp., 9 A.2d 636 (N.J. 1939). 他方、取締役の動機が不適切であるような場合には、会社は取締役の帳簿等の閲覧・調査の請求を拒むことができるとする州もあった。State *ex rel.* Faber v. Seiberling Rubber Co., 168 A.2d 310 (Del. Super. Ct. 1961); Henshaw v. American Cement Corp., 252 A.2d 125 (Del. Ch. 1969); State *ex rel.* Paschall v. Scott, 247 P.2d 543 (Wash. 1952). 制定法でも、無制限の絶対的な権利として定める例（Cal. Corp. Code § 1602.）と、取締役がその職責に合理的に関連する目的のための請求であることを立証しなければならない旨定める例（Del. Code Ann. Tit. 8, § 220(d); Tex. Bus. Corp. Act art. 2. 44B.）とがある。ＡＬＩの Principles § 3.03 は、取締役の職責及び義務の履行に合理的には関係がないこと、あるいは、権利行使により得られた情報が取締役の会社に対する信認義務に違反するような方法で利用されるおそれがあることを会社が立証しない限

り、取締役の情報開示請求権の行使が認められなければならないという立場である。

(55) Bayless Manning, *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*, 39 Bus. Law. 1477, 1484-85 (1984).

(56) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. 1924).

(57) Dyson, *supra* note 28, at 365.

(58) Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814 (1981).

(59) 本判決全体の詳細な紹介として、吉川義春「取締役の義務と責任に関する外国判例の研究(3)—米国判例(1)—」立命館法学二三六号三〇九頁（平六）。

(60) Yは訴訟が提起された後に死亡し、遺言執行者であるUnited Jersey Bankが被告の地位を承継した。

(61) 判旨が、本件事実関係において、取締役が取締役に対していかなる訴訟を提起することができると考えているのかは明らかではない。本件では、少なくとも株主としての資格でYが訴訟を提起することはできそうである。

(62) DePinto v. Provident Sec. Life Ins. Co., 374 F.2d 37 (9th Cir. 1967).

(63) *e.g.*, Smith v. Van Gorkom, 448 A.2d 858 (Del. 1985).

(64) Principles § 7.18 cmt. d.

(65) Dyson, *supra* note 28, at 361-62.

(66) *Id.* at 362.

(67) Allied Freightways v. Cholfin, 91 N.E.2d 765 (Mass. 1950).

(68) Dyson, *supra* note 28, at 365-67.

(69) 新井・前掲注(27)一五九頁。

(70) 第二節第二款四。

(71) 新井・前掲注(27)一五九頁。

(72) 前田達明『民法VI_2（不法行為法）』一〇九頁以下（青林書院、昭五五）。

(73) 平井教授は、「事実的因果関係」を純粋に事実の問題とされる。この立場では不作為は「事実的因果関係」の起点とはなり得ないこととなり、平井教授は「事実的因果関係」の起点たる被告の「行為」には不作為は含まれないと考えるべきことを明言されている。平井宣雄『損害賠償法の理論』四三六頁以下（東京大学出版会、昭四六）。

(74) 船越隆司『民事責任の構造と証明』四二九頁以下（尚学社、平四）、松浦以津子「因果関係」『新・現代損害賠償法講座一（総

論)』一三二頁（日本評論社、平九）、窪田充見「最判平成一一年二月二五日判批」民商法雑誌一二一巻四・五号一二九頁（平一二）、寺沢知子「作為・不作為の因果関係と『高度の蓋然性』」摂南法学二三巻六二頁（平一二）、水野謙『因果関係概念の意義と限界』一頁以下（有斐閣、平一二）等。

(75) 最判昭和四八年三月二二日民集二八巻二号三四七頁。

(76) 広島地裁呉支判昭和四九年三月二九日交通民七巻二号四六三頁、長崎地判昭和五三年一二月二五日交通民一一巻六号一九一二頁、浦和地判昭和五四年二月八日交通民一二巻一号一八〇頁、大阪高判昭和五四年一〇月一一日交通民一二巻五号一二〇七頁等。

(77) 例えば、東京地判昭和五六年一一月一二日交通民一四巻六号一三二九頁は、シンナー吸引時の自動車無免許運転で少年鑑別所に入所した経験を持つ未成年者が再び自動車事故を起こした事例である。判旨は、当該未成年者の監督義務者（実父）につき、当該未成年者が相当の指導監督を加えない限り再び自動車運転に関し第三者に対する権利侵害行為に出る可能性の高いことを熟知していたこと、就職に当たり自動車の運転等につき特段の配慮方を依頼せず、年若い従業員に善処方を依頼するという軽易な措置をとり、当該未成年者に口頭の注意を与えただけであったこと、更に就業内容その他に対する就職後の配慮または家庭生活への融和等についての工夫も特段になかったこと、こうした環境のもと継続した勤労経験もない一七歳の少年が極めて不安定な状態に陥るであろうことは見易いところであることを認定し、「しかるとき、被告には責任能力ある未成年者の監督義務者として監督義務違反があり、これと［当該未成年者］の本件交通事故の惹起との間には相当因果関係があるというべきであり、民法七〇九条による損害賠償義務を負担すべきである」とした。

(78) 東京高判昭和五二年三月一五日交通民一〇巻二号三二三頁、大阪地裁堺支判昭和五五年一月二一日交通民一三巻一号九八頁、大阪地判昭和五六年四月二八日交通民一四巻二号五五三頁、宇都宮地判平成五年四月一二日判タ八四八号二八二頁等。

(79) 千葉地判平成五年一二月二二日判時一五一六号一〇五頁。

(80) 医療過誤の事例でも同様の手法はしばしば見られる。東京地判平成元年一二月二二日判時一三五〇号七八頁、最判平成八年一月二三日民集五〇巻一号一頁。

(81) 東京地判平成四年六月一九日判時一四四四号八五頁。

(82) 京都地判昭和五四年一月一九日判時九二五号一〇五頁。

(83) 前田・前掲注(72)一〇九頁以下、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為（中）（下））』四一四頁（青林書院、昭六二）。

(84) このことは作為の場合にも多くの場合異なることがないというのが、因果関係を純粋に事実の平面の問題と捉えることに対する批判につながっている。船越・前掲注(74)四一五頁以下、窪田・前掲注(74)六三五頁以下、寺沢・前掲注(74)六六頁以下、潮見佳

男『不法行為法』一二六頁以下（信山社、平一一）。

(85) 平井教授は、不作為は事実的因果関係の起点たり得ず、不作為不法行為の場合には作為義務＝過失の程度または範囲の問題を考えれば足り、因果関係は不要であるとされる。平井宜雄『債権各論Ⅱ（不法行為）』八三頁（弘文堂、平四）。

(86) 中井美雄編『不法行為法（事務管理・不当利得）』一一一頁〔植木哲〕（法律文化社、平五）。

(87) 水野・前掲注(74)。

(88) 水野教授は不作為の因果関係についても分析を加えられ、その「事実的因果関係」の認定のあり方についても一定の見解を示されている。水野・前掲注(74)三一四頁以下。ただし、それは、不作為にも様々なものがあることを認めた上で、あえて医療過誤事件に絞って行われた分析である。

(89) 横浜地判平成一一年六月二四日判時一七一六号一四四頁。

(90) 東京地判昭和五八年二月二四日判時一〇七一号一三一頁。

(91) この場合、知ることができたか否かに関する裁判所の判断は、取締役の責任を認める場合には義務違反の認定に吸収されることもあり得る。取締役の責任を否定する場合には因果関係がないという形で判示されるであろう。

(92) この場合、原告は義務違反とは別に因果関係についても主張しているであろうから、知ることができたか否かに関する裁判所の判断は、責任を認める場合でも否定する場合でも因果関係の存否という形で判示されるであろう。

(93) 例えば、被告取締役はある程度きちんと義務を果たしており、比較的軽微な義務違反に基づく責任が追及されている場合には、完全な任務放棄の場合と比べると、実際に知らなかったという事実は「義務を果たしておれば知ることができたはず」という理解の妥当性を弱めることになろう。

(94) 商法二六六条ノ三に基づき取締役が監視義務違反による責任を問われる場合について因果関係の事実上の推定を主張する見解として、吉川義春「最判昭和四五年七月一六日判批」民商法雑誌六四巻四号六九七頁（昭四六）、加美和照『会社取締役法制度研究』五四六頁（中央大学出版部、平一二）。商法二六六条ノ三に関する学説には他に、「監視義務違反と第三者の損害発生との因果関係については…緩やかに解してよい」とするもの（竹内昭夫「最判昭和四八年五月二二日判批」法学協会雑誌九一巻一二号六六頁（昭四九）や、因果関係の不存在の立証責任を被告取締役に課すとするもの（並木俊守「最判昭和五五年三月一八日判批」金判六一一号五一頁（昭五六））があった。なお、実は私見では、監視・監督義務違反には様々なものがあり、取締役の会社に対する責任を認めるために個々の取締役につき個別的な因果関係を考えることは不要であると解すべき類型があると考えている。これについては第四章における検討に委ねる。

(95) Victor Morawetz, A Treatise on the Law of Private Corporations § 591 (2d ed. 1886); Henry W. Ballantine, on

Corporations § 64 (rev. ed. 1946).

(96) Franklin A. Gevurtz, Corporation Law § 4.1.4, at 301 (2000); RMBCA § 8.31(b)(1).

(97) Morawetz, *supra* note 95, § 561.

(98) *Id.*

(99) Comment on Recent Cases, 12 Ill. L. Rev. 356 (1917). これは、破綻した銀行の管財人が他の州に住む（名目的）社外取締役の責任を追及したが、義務違反と損害との間の因果関係を欠くとしてその責任が否定された裁判例であるWallach v. Billings, 115 N.E. 382 (Ill. 1917). に対するケース・コメントであり、本文の①③④について殆ど、あるいは全く検討せずに因果関係を否定した判旨を批判している。

(100) 本章第二節第一款二。

(101) Dwight, *supra* note 31, at 40.

(102) Ballantine, *supra* note 95, § 63b.

(103) 本章第二節第二款四参照。

(104) Ballantine, *supra* note 95, § 63b.

(105) Francis v. United Jersey Bank, 432 A.2d 814, 826 (N.J. 1981).

(106) Principles § 7.18(b).

(107) 邦訳は、証券取引法研究会国際部会訳編『コーポレート・ガバナンス―アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析の勧告」の研究―』（財団法人日本証券経済研究所、平六）による。

(108) Principles § 7.18 cmt. a.

(109) Principles § 7.18 cmt. d.

(110) Principles § 7.18 cmt. d illus. 3 では、次のような仮説例が立てられている。会社の重要な領域のモニタリングを委ねられたある委員会が十分に職責を果たしておらず、その結果会社に損害が生じた。当該委員会の構成員ではない取締役であるスミス氏の委員会に対する信頼は合理的なものではなく（スミス氏に義務違反がある）、もしスミス氏が取締役会において当該委員会の不適切な職務執行に対して抗議していたならば、損害は避けられたかもしれない（might have been averted.）。そして、このような仮説例における因果関係について次のように述べられている。「そのような場合には、スミス氏の不作為は損害の事実上の原因であると言える。しかし、スミス氏の不作為が損害の法的原因であるかを決めるためには、事実認定者は、スミス氏が当該領域からどれくらい離れていたか、当該委員会の不適切な職務執行を取締役会で問題とする適切な機会があったか、抗議の効果がありそう

であったか等を要素を更に考慮しなくてはならない。」しかし、ここで法的原因の問題とされているものも、結局は、義務を果たしておれば損害は避けられたかという問題であるように思われる。あるいは、不作為の場合の事実的原因の判断は、「かもしれない（might have）」という程度で足りると考えられているのであろうか。

(111) Principles § 7.18 cmt. d.

(112) Principles § 7.18 cmt. d.

(113) 同様の見解を述べるものとして、Gevurtz, *supra* note 96, § 4.14, at 303-04.

(114) Melvin A. Eisenberg, Cases and Materials on Corporations and Other Business Organizations, 533-35 (8th ed. 2000).

(115) Barnes v. Andrews, 298 F. 614 (S.D.N.Y. 1924).

(116) ただし、アメリカの学説がこの点で一致しているという訳ではない。最近のものでも、取締役が全体として義務を果たしておれば損害が避けられたかという問題について、被告取締役が立証しなくてはならないとする見解（因果関係に関する立証責任の転換を認めるものと思われる）もある。Gevurtz, *supra* note 96, § 4.1.4, at 304.

(117) アメリカにおいても、注意義務の基準として"ordinary prudent man in his own affairs"とか、"ordinary prudent director"、あるいは"gross negligence"や"ordinary negligence"等様々な表現が用いられるが、実際の適用に際しては殆ど違いが認められず、結局は陪審に対する説明の仕方の違いに過ぎないとされる。Dyson, *supra* note 28, at 345; Morrison, *supra* note 28, at 348.

(118) 山田・前掲注(2)二三八頁。

(119) 何が「疑いを生ぜしめる事情」であるかを明確にすることは難しい。アメリカ法のところで述べたように、通常の慎重な取締役がそう考えるものとしか言いようがない。具体的な事件では判断が分かれることもあろう。その例として、三菱石油株主代表訴訟事件がある。三菱石油（P社）は石油製品の業者間転売取引斡旋業者Aに報酬を支払って助言を得る等していたが、Aに対する報酬支払の担当者Bが無断で報酬を増額し、更に業者間転売取引の決済期の差（サイト差）を利用してAに金融利益を与えていた。報酬増額の事実は平成六年五月になって取締役らに明らかとなり、Aに対する報酬の支払をBに命じていた取締役Y_1及びY_2は報酬を従来の水準に戻すようにBに指示した。しかし、サイト差取引に関しては平成七年八月までY_1及びY_2が明確に把握するには至らなかった。サイト差取引の結果としてP社が被った損害（金利負担分及び取引当事者手数料）に関するY_1及びY_2の責任の有無につき、一審（東京地判平成一三年七月二六日金判一一三九号四二頁）は、「サイト差取引は、特段高値での取引が利用されているのではなく、商流中に介在する業者のサイト差が利用されているにすぎないから、Bが権限を逸脱して無断で、このようなサイト差取引による金融利益をAに与えていることについて、具体的に取締役がその疑いを持って監視監督することができたとまではいえないから、取締役の監視義務違反による責任を問うこともできない」とした。これに対し、控訴審（東京高判平成一四年四月二五

日金判一一四九号三五頁）は、「平成六年六月以降については、平成六年五月にBによる無断報酬増額の事実が発覚したのであり、その際、Y_1及びY_2は、Bからの報告によって、Aからの報酬増額の要求が並々ならぬことを認識したはずであるから、報酬を大幅に減額するように指示すれば、これに代わるものとしてAからいかなる要求が出てくるか、それに対してBが断固としてこれを拒絶することができるか、といった点についても上司として当然検討をし、その対策を講じておく義務があったというべきであり、Bの行為について綿密な管理監督をしなければならない具体的事情があったというほかない。したがって、平成六年六月以降平成七年八月末までの間、Bがそれまでにした利益供与の実態を把握しようとせず、そのため、サイト差取引によってAに利益供与をしていたことに気付かず、…平成六年六月以降もBにサイト差取引による利益供与を継続させたことについて、Y_1及びY_2には善管注意義務違反があったといわざるを得ない」として、平成六年六月以降のP社の損害一億八〇〇〇万円につきY_1及びY_2の責任を認めた。

(120) 山田・前掲注(2)二三八頁以下。

(121) 山城将美「取締役の社内情報収集権―取締役会活性化への一提言―」酒巻還暦『公開会社と閉鎖会社の法理』六八六頁以下（商事法務研究会、平四）、伊勢田・前掲注(3)一六八頁以下、吉村信明「経営に対する取締役会による事前監督体制」志学館法学二号一一二頁（平一三）、岡田昌浩「取締役・監査役の情報収集について（二・完）」法学論叢一五〇巻三号九三頁以下（平一三）。仮処分申請却下事例であるが、一般論として帳簿等の閲覧謄写を求める取締役の権利を認めている裁判例もある。名古屋高判平成八年二月七日判タ九三八号二二一頁。

(122) 取締役制度研究会（座談会）「取締役の調査・監督権の範囲等」取締役の法務二四号五四頁以下（江頭発言（ただし、後に改説されたようである。江頭・前掲注(25)三一四頁。）・森本発言）。

(123) ただし、商法特例法上の小会社の監査役には商法二七四条二項の調査権は認められていない（商特法二五条）。

(124) 江頭・前掲注(25)三一四頁。前掲名古屋高判平成八年二月七日判タ九三八号二二四頁は、「取締役が自己又は第三者の利益を図る目的で帳簿等の閲覧謄写を求めた場合には、会社は権利の濫用として、これを拒むことができる」とし、会社と競業関係に立つ他社の代表取締役でもある取締役の請求を権利濫用として認めなかった。なお、取締役個人に調査権を認めつつその濫用に対しては権利濫用という理屈で対処するというのは現行法を前提とした解釈論であり、本来は取締役個人（あるいは少数派取締役）が調査権を行使するための要件や手続に関して規定を設けることが望ましいと考える。

(125) なお、委員会等設置会社については、「監査委員会が指名する監査委員は、いつでも、他の取締役、執行役及び支配人その他の使用人に対してその職務の執行に関する事項の報告を求め、又は委員会等設置会社の業務及び財産の状況を調査することができる」（商特法二一条の一〇第一項）という規定があり、素直に考えると、この規定の反対解釈として個々の取締役にはそのような

権限は認められないということになりそうである。江頭・前掲注(25)三一四頁、四一七頁以下（ただし、立法論的には検討を要するとする）。他方、委員会等設置会社についてこのような規定が置かれたのは、委員会等設置会社には監査役がなく、一般の会社における監査役に関する規定が監査委員会に関する規定として定められ、更に監査役の独任制による監査が委員会による監査に変わった結果に過ぎないとも思われ、そうであるとすると、監査役については明文の規定があり、取締役については規定がないという一般の会社における状況と大差ないとも考えられる。いずれが是かはなお検討したいが、委員会等設置会社の取締役に調査権を認めたとしても、本文で述べたように、取締役会や監査委員会を通じた調査を促すだけでも通常は十分な義務の履行と評価してよいだろう。

(126) 江頭・前掲注(25)三六二頁は、場合によって違いがあり得るとしながらも、取締役の採るべき是正措置として弁護士との相談や事実公表の脅し等を挙げている。

(127) 大阪地判平成一二年九月二〇日判時一七二一号三頁。

(128) 代表取締役やニューヨーク支店長に関しては、「届出」を行わなかったことが義務違反を基礎付ける事実とされている。

(129) 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）」取締役の法務五三号七三頁（森本発言）（平一〇）。

(130) 取締役制度研究会・前掲注(129)七三頁（稲葉発言）。

（未完）

（訂正）

本誌前号（六九巻四号）四六頁注(23)に引用致しました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は、東京地判昭和五八年二月二四日判時一〇七一号一三一頁の誤りでした。