

早稲田大学博士論文概要書

取締役の経営判断に係る責任の一考察  
—ドイツ株式会社法からの示唆—

早稲田大学大学院法学研究科

内藤 裕貴

## 概要書目次

- I. 本論文の目的
- II. 本論文の構成
- III. 本論文の概要
- IV. 結論

### I. 本論文の目的

株式会社は、大規模な事業を展開する上で有用な会社形態であるとされる。その株式会社においては、出資者である株主が、株主総会での議決権行使を通じて、会社経営の専門家である取締役を選任することになる（会社 329 条 1 項）。そして、取締役は、その職務として、株主の利益を最大化させるために、会社の業務を執行する（会社 348 条 1 項）。取締役の業務執行によって、会社にもたらされた利益の一部については、株主が剰余金配当により享受することになる（会社 453 条）。ところが、取締役が会社のために適切に業務を執行するとは限らない。例えば、取締役が取締役であれば通常期待される行為を懈怠したり、自己または第三者の利益のために会社の利益と相反する行為をしたりするかもしれない。そこで、会社法は、取締役の業務執行の適正性を確保する観点から、取締役に会社に対する関係で善管注意義務（会社 330 条、民 644 条）および忠実義務（会社 355 条）を負わせている。そして、取締役が、これらの義務に違反する行為をした場合には任務を怠ったものとして、会社に生じた損害を賠償する責任を負うことになる（会社 423 条 1 項）。

取締役の善管注意義務違反に係る任務懈怠責任が特に問題となる局面として、取締役の経営判断が結果として失敗に終わったときが挙げられる。会社の業務執行者である取締役は、会社ひいては株主の利益を最大化するために常に何かしらの経営判断に迫られている。そして、この経営判断というものは、数ある選択肢の中から、取締役が収集した情報を分析・検討した上で、いずれか 1 つを選択するものである。このとき、複数ある経営判断の選択肢の中に、会社が絶対に利益を得ることができる経営判断という選択肢が存在すればよいが、このような選択肢はまず存在しないし、会社にとって「良い」経営判断であるか否かは実際に経営判断をするなど結果論的にしか分からないものである。したがって、取締役は、会社ひいては株主の利益を最大化するために、成功が確実に見込めるわけではない「冒険的な経営判断」をする必要が生じることになる。しかし、「冒険的な経営判断」をした結果として会社に損害が生じた場合に、取締役が常に任務懈怠による損害賠償責任を負うということになれば、取締役は損害賠償責任というリスクを避け、無難な経営判断しかなさなくなる。このような取締役のリスク回避志向によって冒険的な経営な経営判断がなされなければ、会社や株主にとっても利益とならない。そこで、これらの損害賠償責任に伴う会社経営者のリスク回避などの事情に鑑みて、アメリカにおいては、経営判断原則

(business judgment rule) という法理が提唱されるに至っている。経営判断原則とは、利害関係のない会社役員による経営判断について法令違反の事実がない限り、裁判所は事後的にその是非について審査しないという法理であり、アメリカでは 19 世紀以降の判例の集積によって生成され、発展してきたものである。

翻って、わが国における取締役の経営判断に係る責任について目を転じると、わが国においても一般的に経営判断原則の考え方は受け入れられている。具体的には、わが国における「経営判断原則」は、裁判例において、取締役の経営判断を尊重した上で、同人の善管注意義務違反の有無を審査する判断枠組みとして表れている。とりわけ、平成 5 年の野村証券損失補填株主代表訴訟第 1 審判決以降は、裁判所は、取締役の善管注意義務違反の有無を審査するにあたって、行為当時の状況下において、①意思決定をする前提となった事実認識の過程（情報の収集・分析・検討）に不注意な誤りがあったか否か、および、②その事実認識に基づく意思決定の推論過程および内容が明らかに不合理なものであったか否かを審査する判断枠組みを定立している。そして、この判断枠組みをもって、日本版の経営判断原則と呼ぶこともある。

わが国においても、現在に至るまで経営判断原則をめぐる研究が数多くなされており、外国法を比較対象とするものも少なくない。そして、その多くが、経営判断原則の母国であるアメリカ法について着目したものである。ところで、ドイツにおいても、経営判断原則についての議論がなされている。ドイツも、日本法と同様に経営判断原則をアメリカ法から継受しているが、その過程には特色がある。すなわち、ドイツでは、わが国と同様に、1997 年の連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) の判決によって経営判断原則が判例法理として継受されるが、2005 年には同国の株式会社法にあたる株式法 (Aktiengesetz) の改正によって、経営判断原則を明文化した規定である株式法 93 条 1 項 2 文が新設されるに至っている。そして、2005 年の経営判断原則の立法化以後においても、経営判断原則について多くの議論がなされている。しかし、わが国において、ドイツ法を比較対象として、経営判断原則について検討したものはあまり多くない。そして、ドイツ法を比較対象とする経営判断原則の研究は、従前のアメリカ法を比較対象とした研究を相対化する上でも有用であると思われる。そこで、本論文では、ドイツ株式会社法における経営判断原則の議論を手掛かりとして、わが国における「経営判断原則」のあり方や取締役の経営判断に係る任務懈怠責任のあり方について検討を加えることを目的とする。

## II. 本論文の構成

本論文は、以下にある通り、全 5 章（はじめに、第 1 章、第 2 章、第 3 章、終わりに）から構成される。

はじめに

## 第1章 ドイツにおける経営判断原則の検討

### I. 取締役構成員の注意義務と損害賠償責任

1. 取締役の職務
2. 取締役構成員の注意義務と責任
3. 取締役構成員の経営判断原則

### II. ドイツにおける経営判断原則立法化以前の法的状況

1. 序説
2. アラーグ事件 BGH 判決以前の法的状況
3. アラーグ事件 BGH 判決
4. アラーグ事件 BGH 判決以後の立法化の動き
5. 小括

### III. UMAG による経営判断原則の立法化

1. 企業の健全性および取消権の現代化に関する法律 (UMAG)
2. UMAG 参事官草案による立法提案とその反応
3. UMAG 政府草案による立法提案とその反応
4. 株式法 93 条 1 項 2 文、アラーグ事件 BGH 判決およびアメリカにおける経営判断原則との比較
5. 経営判断原則の立法化に対する評価
6. 小括

### IV. 2005 年株式法改正後の 93 条 1 項 2 文 (経営判断原則)

1. 法的性質
2. 適用のための諸要件
  - (1) 企業家的決定
  - (2) 会社の福利のための行為
  - (3) 特別な利益および不適切な影響力のない行為
  - (4) 誠実であること
  - (5) 適切な情報を基礎とした行為
3. 法的効果
4. 立証責任
5. 小括

### V. 法令違反行為と経営判断原則

1. 取締役構成員の法令遵守義務
  - (1) 業務執行の適法性に疑念が残る場合の取締役構成員の行為規範
  - (2) ドイツにおける不明確な法的状況 (unklare Rechtslage) の原因
  - (3) 誤った法解釈による行為に基づく損害賠償責任に対する内部関係と外部関

## 係の考え方の比較

2. 取締役構成員に認められる裁量とその範囲
  - (1) 取締役構成員への裁量付与の必要性
  - (2) 取締役構成員はいかなる法解釈を取ることができるか？
3. 取締役構成員に裁量を認めるための理論構成
  - (1) 注意義務違反の否定によって、損害賠償責任を否定する理論構成
  - (2) 有責性を否定して損害賠償責任を否定する理論構成
4. 小括

## VI. 利益相反行為と経営判断原則

1. 序説
2. 利益相反状況に対する諸規律
3. 株式会社 93 条 1 項 2 文の一要件としての「利益相反のないこと」
4. 利益相反のない取締役構成員への株式会社 93 条 1 項 2 文の適用の可否
  - (1) 利益相反の事実を開示していない場合
  - (2) 利益相反の事実を開示している場合
5. 小括

## 第 2 章 わが国における「経営判断原則」の検討

### I. 取締役の対会社責任と「経営判断原則」

1. 平成 5 年商法改正と「経営判断原則」
2. わが国における「経営判断原則」の機能
3. 「経営判断原則」の枠組みの展開
  - (1) 野村証券損失補填株主代表訴訟第 1 審判決以前の経営判断原則
  - (2) 野村証券損失補填株主代表訴訟第 1 審判決
  - (3) アパマンショップ HD 事件最高裁判所判決
4. 「経営判断原則」が妥当するための諸要件
5. わが国における経営判断原則の立法化論

### II. 取締役の対第三者責任と「経営判断原則」

1. 序説
2. 「経営判断原則」を適用する基礎
3. 取締役の対第三者責任追及局面において「経営判断原則」が適用される政策的根拠の検討
4. 取締役の対第三者責任と「経営判断原則」に係る裁判例
  - (1) 間接損害類型の裁判例の紹介と分析
  - (2) 直接損害類型の裁判例の紹介と分析
5. 裁判例の分析からの示唆

- (1) 経営判断局面における取締役の第三者に対する責任の有無を分けた要素について
  - (2) 対第三者責任における対会社責任型の「経営判断原則」の判断枠組みの審査対象
  - (3) 対第三者責任と対会社責任との間の取締役の裁量の差異
6. 小括

### 第3章 結論（日本法の議論への示唆）

- I. 「経営判断原則」に係る立証責任についての検討
- II. 取締役による法解釈を要する業務執行とその任務懈怠責任
- III. 一部の取締役に利益相反が認められる場合における、利益相反のない取締役への「経営判断原則」の適用の是非
- IV. 経営判断原則の立法化の是非について

おわりに

## III. 本論文の概要

### 1. 第1章 ドイツにおける経営判断原則の検討について

第1章では、ドイツにおける経営判断原則について論じる。具体的には、まず、ドイツにおける業務執行機関である取締役の義務と責任について概観し、次に、経営判断原則を立法化した規定である株式法 93 条 1 項 2 文が立法化に至るまでの過程、および、株式法 93 条 1 項 2 文が適用されるための各要件について明らかにしつつ、検討を加えている。

第一に、ドイツにおける取締役構成員の注意義務と損害賠償責任について概要について述べた上で、経営判断原則が 2005 年の株式法改正によって立法化されるに至るまでの議論状況について明らかにしている（第1章 I・II・IIIに相当）。ドイツでは、1958年に、Mestmäcker がその教授資格論文の中で、米国法における経営判断原則について言及しつつ、経営判断原則の考え方はドイツ法においても考慮されるべきであると説くなど、遅くとも 20 世紀中頃にはドイツにおいて経営判断原則が意識されている。また、経営判断原則の背後にある考え方の萌芽となるものに至っては、1884 年のドイツ普通商法典改正時の法律草案において既に見受けられていた。そして、1997 年の連邦通常裁判所判決（アラグ・ガルメンベック事件、ARAG/Garmenbeck-Entscheidung）によって、経営判断原則は判例法理として正面から認められるに至っている。同判決により、経営判断原則に係る議論は実務や学界の前面に持ち出されるに至った。1999 年には Ulmer が、株主代表訴訟制度の導入とともに、経営判断原則の立法提案を行い、翌 2000 年には第 63 回ドイツ法律

家会議において経営判断原則を立法すべきとする議決がなされるなど、経営判断原則の立法化の機運が高まった。そして、2004年1月には、企業の健全性と取消権の現代化に関する法律（UMAG）の参事官草案が公表され、株式法93条1項2文に経営判断原則に係る規定を新設する提案がなされた。もっとも、参事官草案における株式法93条1項2文中の「重大な過失なくして（grobe Fahrlässigkeit）」という文言に対して強い批判が加えられた。これを受けて、同年11月には、係る文言を削除し、代わりに「合理的に（vernünftigerweise）」という文言を挿入したUMAG政府草案が公表された。そして、最終的にこの政府草案が提案した文言が採用され、2005年のUMAGによる株式法改正によって、株主代表訴訟制度（株式法148条以下）の導入とともに、株式法93条1項2文に「取締役構成員が、企業家的決定において適切な情報を基礎として会社の福利のために行為したと合理的に認められる場合、義務違反はない（Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln）」という文言が挿入され、経営判断原則が立法化されるに至っている。さらに、ドイツでは、経営判断原則の立法化についての長短について論じられており、本節ではこれについても明らかにした。すなわち、経営判断原則の立法化については、法的安定性の増大、経営判断原則の適用の容易化、および、純然たる経営判断の失敗は責任につながらないという意識形成を業務執行者や裁判官に促進させるといった長所が指摘される一方で、判例や学説による解釈によって発展する経営判断原則の解釈形成過程が侵害されたこと、立法化によって得られる付加価値が少ないといった短所も指摘されることを明らかにした。

第二に、経営判断原則を立法化したものである株式法93条1項2文が適用されるための要件論を明らかにしている（第1章IVに相当）。まず、株式法93条1項2文の法的性質は、取締役構成員が法令に違反しない意思決定をするに際して、取締役構成員に要求される客観的な義務を法律において具体化したものであると解される。次に、株式法93条1項2文の要件、すなわち、①企業家的決定であること、②誠実であること、③特別の利益かつ不適切な影響力なくして行為したこと、④会社の福利のために行為したこと、および、⑤適切な情報に基づいて行為したことの5要件について論じ、その各要件は柔軟に解釈されていることを明らかにした。また、株式法93条1項2文の要件に係る立証責任は、アメリカ法と異なり、取締役構成員側が負うことになるが、このような米独間の差異は、アメリカ法由来の経営判断原則をドイツにおける訴訟上、株式法上、経済上および政策上の基本的枠組みに適応させた結果として生じたものであることも本節において明らかにしている。さらに、株式法93条1項2文の法的効果については、取締役構成員の行為に株式法93条1項2文が適用されると、当該行為には義務違反はないものとして適法なものとなると解されているが、株式法93条1項2文の要件を充足しないことが、必ずしも取締役構成員の義務違反に直結するわけではないこともまた指摘した。

第三に、株式法 93 条 1 項 2 文の適用のための 5 要件のうち、上記①と③の要件については、ドイツで大いに議論されている関連論点についても踏み込んで検討を加える。

具体的には、①の要件については、取締役構成員による法解釈を要する業務執行によって会社に損害が生じ、かつ、その法解釈が事後的に違法であると判断された場合において、取締役構成員の会社に対する損害賠償責任が否定される余地があるか否か、またこれを肯定する場合にはいかなる理論構成を採るべきかについて、株式法 93 条 1 項 2 文に係る議論を手がかりに、以下の通り検討を加えている（第 1 章 V に相当）。

まず、取締役構成員は、株式法 93 条 1 項 1 文に基づき注意義務の一内容として法令遵守義務を負い、法令違反行為によって会社に損害が生じた場合には、会社に対して損害賠償責任を負うことになるが、法令違反行為については株式法 93 条 1 項 2 文の適用対象外となっていることを確認した。次に、取締役構成員は、その業務執行についての適法性が行為時点においてもなお不明確である場合、法的状況について調査し、かつ、自身が専門知識を有しない場合には法的助言を得なければならないが、これらの法的状況の調査や法的助言の取得を経たとしても、業務執行の適法性に対する疑念が完全に払拭されない場合もあり得ることを指摘した。また、誤った法解釈による行為によって第三者に対して損害が生じた場合、判例は行為者の損害賠償責任が否定される余地を狭く解する態度をとっているが、学説はこの判例の態度を取締役構成員の会社に対する損害賠償責任の場面においても同様に妥当させることについては否定的に解しており、少なくとも会社に対する関係においては、法解釈を要する業務執行に係る取締役構成員の責任を積極的に肯定すべきであるとは必然的には考えられていないことを明らかにしている。そして、取締役構成員による法解釈を要する業務執行が失敗に終わった場合において、大多数の論者が取締役構成員に損害賠償責任を否定する余地を認めていることを明らかにしている。加えて、法解釈を要する業務執行に際して取締役構成員に会社に対する損害賠償責任を否定する理論構成をめぐっては、取締役構成員の注意義務違反の否定によって同人の損害賠償責任の成立を否定する理論構成、ならびに、取締役構成員の注意義務違反に係る有責性を否定することによってその損害賠償責任の成立を否定する理論構成に大別されて主張されていることを明らかにした。このうち、前者の理論構成については、株式法 93 条 1 項 2 文を手がかりとして法解釈を要する業務執行には純然たる経営判断の場面と同様に取締役構成員の予測に頼ることになる点や、取締役構成員の解任について定めた株式法 84 条 3 項との整合性を根拠とする。他方、後者の理論構成については、法解釈を誤った業務執行をした取締役構成員の非難可能性が欠如しているに過ぎない点、取締役構成員の注意義務違反を否定することによって不都合な結果が生じること、ならびに、UMAG の立法理由書の記載を根拠とする。

また、③の要件については、取締役構成員が 2 名以上で構成された合議体としての取締役において、一部の取締役構成員につき利益相反が存在する場合、他の利益相反のない取締役構成員に株式法 93 条 1 項 2 文が適用されるか（第 1 章 VI）について検討を加えてい



る。本来、株式法 93 条 1 項 2 文の適用を受けるためには、取締役構成員に「利益相反がないこと」が要求される。しかし、合議体内での協議や議論を通じて、利益相反取締役構成員の利益相反性が利益相反のない取締役構成員にも影響を与え、利益相反のない取締役構成員にも株式法 93 条 1 項 2 文が適用されないと解すべきではないかという問題が生じる。そこで、本節では、ドイツ・コーポレート・ガバナンス・コードの規定に照らして、利益相反の事実の開示の有無に場合分けをしたうえで、合議体である取締役の中に利益相反取締役構成員がいる場合において、利益相反のない取締役構成員に株式法 93 条 1 項 2 文が適用されるかについて検討を加えている。

利益相反の事実が開示されていない場合につき、支配的見解は、利益相反が客観的に存在していること、かつ、合議体としての取締役の意思決定が合議体における協議や議論を基礎としてなされていることを出発点として、利益相反のない取締役構成員にも株式法 93 条 1 項 2 文は適用されないと説く。しかし、この支配的見解に対しては、株式法 93 条 1 項 2 文の建て付け上、取締役構成員各々についてその適用の可否が判断されるべきであることなどを理由に批判が加えられ、利益相反のない取締役構成員への株式法 93 条 1 項 2 文の適用を肯定する見解もあることを明らかにした。

他方、利益相反の事実が開示されている場合については、利益相反取締役構成員が合議体としての取締役の意思決定の段階のうちいずれの段階まで参加していたかで利益相反のない取締役構成員に株式法 93 条 1 項 2 文が適用されるかが分かれることを明らかにした。このうち、利益相反のない取締役構成員が株式法 93 条 1 項 2 文の適用を受けるためには、利益相反取締役構成員が合議体としての取締役の審議段階に参加することすら許容しない見解がある。この見解は、合議体としての取締役の意思決定が利益相反の影響を受けることを回避するためには審議段階から利益相反取締役構成員を排除する必要があることを根拠とする。しかし、この見解に対しては、利益相反取締役構成員の意思決定過程からの排除は取締役の意思決定の質を低下させ得ること、ならびに、判例や立法者が審議参加を禁止する規律付けをしていないことを理由に批判が加えられている。また、利益相反取締役構成員が議決段階まで参加することを認める見解は、利益相反取締役構成員が強い影響力を及ぼすような蓋然性が小さいこと、ならびに、利益相反取締役構成員の審議段階や議決段階での排除が法律上予定されていないことを根拠として挙げる。しかし、この見解に対しても、利益相反の事実の開示は利益相反性を除去するものではないとして批判が加えられている。さらに、利益相反取締役構成員が審議段階まで参加することを認める見解は、利益相反取締役構成員の排除による合議体としての取締役の意思決定の質を低下させることを防止することに根拠を求める。そして、この見解によれば、利益相反取締役構成員を審議段階に参加させるかについては、合議体としての取締役が自由に判断するものだと説く。

## 2. 第 2 章 わが国における「経営判断原則」の検討について

第2章では、わが国の取締役の責任法制に着目して、対会社責任（会社423条1項）が問題となる局面での「経営判断原則」（第2章Ⅰ）、および、対第三者責任（会社429条1項）が問題となる局面でのそれ（第2章Ⅱ）に場合分けをしたうえで、わが国における「経営判断原則」について検討を加えている。

第一に、取締役の対会社責任の局面における経営判断原則について検討を加えている。まず、平成5年改正前商法下では株主代表訴訟が十分に活用されていたなかったが、同商法改正による訴額の定額化や会計帳簿閲覧請求権の持株要件の緩和等やバブル経済の崩壊によって株主代表訴訟の件数が増加したことを指摘した。次に、わが国における「経営判断原則」の機能について論じ、かつて「経営判断原則」が取締役の注意義務を軽減するものとして機能すると解されていたが、現在では取締役の善管注意義務の有無に係る審査基準として機能すると理解されていることを明らかにした。さらに、「経営判断原則」を適用したものと評される裁判例を手掛かりに、わが国における「経営判断原則」の判断枠組みの変遷について論じた。具体的には、福岡魚市場事件高裁判決を手掛かりに、当時の「経営判断原則」の判断枠組みにおいては、経営判断に係る過程面とそこから導かれる内容面を峻別するという考え方が未だ浸透していないことを指摘した。また、野村証券損失補填株主代表訴訟第1審判決における「経営判断原則」の判断枠組みは、取締役のした経営判断を過程面と内容面に峻別した上で、両者の審査基準に差を設けた上で、取締役の善管注意義務違反の有無を審査しているものであるが、これに対しては、判決当時において、経営判断の過程面と内容面を峻別することは困難であるという批判がすでになされていたが、その後の下級審裁判例の集積を経てほぼ確定した判断基準として評されていることを明らかにした。そして、アパマンショップHD事件最高裁判決によって示された「経営判断原則」の判断枠組みは、経営判断の過程面と内容面を一応の峻別こそするが、その両者の峻別の困難さを踏まえて、いずれにも「著しい不合理さ」の有無を問う審査基準が設けられていることを明らかにした。加えて、「経営判断原則」が妥当するためには、取締役の行為に何が求められるか、いわば、「経営判断原則」が適用されるための要件について論じる。ここでは、わが国において、取締役の経営判断に係る善管注意義務違反の有無を判断するに際して、「経営判断原則」が適用されるためには、原則として、取締役の経営判断が①具体的な法令に違反するものではないこと、②自己または第三者の利益を図る、いわば利益相反のあるものでないこと、かつ、③単なる不作為でもないことの3つの要素が要求されることを明らかにした。また、わが国において、従来主張されてきた「経営判断原則」の立法化論についても論じている。平成9年に自由民主党の商法に関する小委員会が「経営判断原則」の立法化を提言したが、学界より、経営判断原則の適用範囲を条文上画することは困難であること、経営判断原則をあえて立法化することの意義を見出せないこと、ならびに、経営判断原則の規定が法規範として機能させることは難しいことを理由に批判が加えられている。さらには、2010年代に入って、森田章教授と高橋英治教授が「経営判断原

則」の立法化を提案しているが、その目的は、いずれも取締役のセーフ・ハーバーの確立であることを明らかにした。

第二に、取締役の対第三者責任と「経営判断原則」について、従前の裁判例を手掛かりとして検討を加えた。本節では、まず、取締役の第三者に対する責任が問題となる場面において、「経営判断原則」が適用される政策的根拠を明らかにすることを試みた。そして、本節では、①取締役の経営判断の専門性、②取締役をいわば保証人的地位に置くことに対する懸念、ならびに、③経営判断の失敗に係るリスクの債権者負担の3点を指摘して、取締役の対第三者責任が問題となる場面において「経営判断原則」が適用される政策的根拠が存在することを明らかにした。

次に、「経営判断原則」の考え方が現われた裁判例を、便宜的に、間接損害型の事案と直接損害型の事案に場合分けをした上で分析し、以下の3つのことが明らかになった。すなわち、①経営判断局面における取締役の第三者に対する責任の有無を分けた要素は、間接損害型・直接損害型の事案を問わず、ほとんど差は見受けられないこと、②対会社責任型の「経営判断原則」の判断枠組みが、対第三者責任の局面で用いられても、それはあくまでも善管注意義務違反の有無（＝過失の有無）を審査するに過ぎず、取締役の重過失の有無までも審査するものではないと解すべきであること、および、③取締役の対第三者責任が問題となる場合と対会社責任が問題となる場合の両者間において、取締役に認められる裁量の範囲に差異があるとは必ずしも言い切れず、むしろ、取締役の裁量の範囲を左右するのはあくまで会社の財産状況であることを明らかにしている。

#### IV. 結論

本論文の結論として、第3章では、第1章および第2章において検討した議論を踏まえた上で、ドイツにおける経営判断原則の議論から、わが国の「経営判断原則」の議論に示唆を得ることを試みた。以下の4点について示唆を得ることができた。

##### (1) 「経営判断原則」に係る立証責任についての検討

第一に、ドイツにおいて株式法 93 条 1 項 2 文の要件を充足していることの立証責任を取締役構成員側が負うが、経営判断原則の要件充足に係る立証責任について、日本法の下においても被告取締役が負担すべきであるかについて検討を加えた。わが国において、取締役の任務懈怠責任が追及される局面においては、取締役に任務懈怠があったことにつき、責任追及者側が立証責任を負うことになる。そのため、わが国では、取締役の経営判断の失敗に係る任務懈怠責任を株主代表訴訟で追及する場合においては、原告株主が、取締役の経営判断が「経営判断原則」の要件を充足しておらず、善管注意義務違反の行為であることを立証しなければならぬことになる。しかし、「経営判断原則」の要件が充足さ

れていないことについての立証は、訴訟追行に必要な資料や情報が会社側に偏在している以上、原告株主にとって容易なものではない。そして、原告株主に認められる証拠収集手段（会計帳簿閲覧請求権や文書提出命令）は、アメリカ法上の証拠収集手段である開示手続ほど強力なものではない。他方、ドイツにおいて、取締役構成員側が立証責任を負う理由は、米独間の訴訟上の制度の差異、すなわちアメリカ法と比して証拠収集手段が弱いことにも起因している。そして、わが国における証拠収集手段に関する法的状況は、ドイツにおけるそれの方が近い。これに加えて、会社が被告取締役側に補助参加の利益なくしても補助参加できることも踏まえれば、被告取締役が訴訟追行に必要な資料・情報を収集ないし利用することは非常に容易であり、「経営判断原則」の要件具備の立証責任を被告取締役に負担させることになったとしても過重な負担ではない。したがって、わが国においても、取締役の経営判断が「経営判断原則」の要件を具備していることについての立証責任は、株主が代表訴訟により取締役の責任を追及する場合に限り、被告取締役側に負わせるべきであろう。

## （２）取締役による法解釈を要する業務執行とその任務懈怠責任

第二に、取締役による法解釈を要する業務執行によって会社に損害が生じ、かつ、その法解釈が事後的に違法であると判断された場合において、取締役の任務懈怠責任が否定される余地があるか否か、またこれを肯定する場合にはいかなる理論構成を採るべきかについて、ドイツ法の議論を手がかりに検討を加え、以下の示唆を得るに至った。

まず、日本法の下においても、法解釈を要する業務執行に際して、取締役に裁量を付与し、任務懈怠責任を否定する余地を認めるべきである。その理由としては、従来主張されてきた理由に加え、法解釈を誤った場合におけるリスクの全てを取締役に負担させることは妥当ではないことがあげられる。

次に、取締役に法解釈を要する業務執行をする裁量を認める場合にいかなる理論構成を採るべきかについて検討を加えた。かねてより、学説では、取締役の帰責事由を否定することによって任務懈怠責任を否定する理論構成が主張されてきた。この見解が主張される前提には、取締役の任務懈怠責任の判断構造につきいわゆる二元説を採るところにある。しかし、法解釈を要する業務執行に際しては、取締役が当該業務執行が法令に違反するという認識を有するに至らなかったとは言い難く、帰責事由の否定によって任務懈怠責任を否定する理論構成は妥当ではない。また、二元説を採ると、法解釈を誤った業務執行の任務懈怠該当性を否定することによる任務懈怠責任の否定も困難である。そこで、本論文では、取締役の任務懈怠責任の判断構造につき、一元説に依拠した上で、取締役の任務懈怠該当性を否定して、法解釈を誤った業務執行をした取締役の任務懈怠責任を否定すべきであると指摘した。そして、取締役の善管注意義務違反の有無を判断するに際しては、「経営判断原則」の考え方が取り入れられるべきであるとして、取締役が法解釈を要する業務

執行当時の状況に照らして、①法解釈の前提となる事実認識段階における不注意な誤りの有無、および、②かかる事実認識を前提とした法解釈の推論過程および内容に著しい不合理さの有無の2点を審査すべきであるとした。

(3) 一部の取締役が利益相反が認められる場合、利益相反のない取締役への「経営判断原則」の適用の是非

第三に、取締役会の構成員である取締役の一部に利益相反が認められる場合に、その他の利益相反のない取締役に「経営判断原則」が適用されるか否かについて、利益相反取引をする際に重要事実の事前開示が法文上求められていることに鑑みて、利益相反の事実が開示されているか否かに場合分けをした上で、ドイツ法を手がかりとして検討を加え、以下の示唆を得るに至った。

まず、利益相反取締役が利益相反の事実を開示していないときは、従前の裁判例を見る限り、取締役に利益相反がないこと自体は「経営判断原則」を適用する上で必ずしも強く要求されるものではないこと、ならびに、わが国における取締役の責任の有無の判断については各取締役に個別的に判断されるべきであるから、取締役会内に利益相反取締役がいたとしても利益相反のない取締役に対する「経営判断原則」の適用は否定されるべきではないとの結論を導いた。その上で、利益相反取引の結果として会社に損害が生じた場合には、会社を代表して利益相反取引をした利益相反のない取締役については任務懈怠が推定され、これを覆すためには、①行為当時の状況に照らして、取締役が意思決定の前提となる事実認識の過程において不注意な誤りがなかったこと、および、②かかる事実認識に基づく意思決定の推論過程および内容に著しい不合理さがなかったことを主張・立証することになる。そして、それ以外の利益相反のない取締役については監視義務違反の有無が問題となり、その判断に際しては、「経営判断原則」と類似の配慮が必要であり、このような理解は取締役会を構成する取締役の中に利益相反取締役がいたとしても、同様である。次に、利益相反取締役が利益相反の事実を開示しているときに利益相反のない取締役に「経営判断原則」が適用されるか否かは、利益相反取締役が取締役会の意思決定過程のどの段階まで参加していたかによって決すべきである。そして、わが国の会社法の下では、特別利害関係を有する取締役が取締役会の審議に参加できるかについては争いがあるが、本節では、その審議参加を原則として否定しつつ、取締役会が必要と認めたときに限って審議の参加を認めるべきであると論じた。したがって、利益相反取締役が取締役会の審議段階から排除されている場合ならびに取締役会が必要と認めて利益相反取締役が審議に参加することを認めた場合には、利益相反のない取締役への「経営判断原則」の適用は否定されるべきではない。もっとも、利益相反取引により会社に損害が生じた場合には、利益相反のない、会社を代表して利益相反取引をした取締役および利益相反取引に関する取締役会の承認の決議に賛成した取締役については任務懈怠が推定される。そして、これらの取締

役が任務懈怠の推定を覆すためには、①行為当時の状況に照らして、取締役が意思決定の前提となる事実認識において不注意な誤りがなかったこと、および、②かかる事実認識に基づく意思決定の推論過程および内容に著しい不合理さがなかったことを主張・立証すべきであると論じた。

#### (4) 経営判断原則の立法化の是非について

第四に、わが国においても「経営判断原則」を立法化すべきかについて、ドイツ法の議論を踏まえて、検討を加えた。

まず、わが国において「経営判断原則」を立法化する上では、その要件・効果を過不足なく立法化しなければならないと指摘されている。しかし、「経営判断原則」が適用されるための要件全てを立法化した規定の中に明示することは、規定の硬直化ひいては適用の柔軟性を欠くことにつながり、妥当ではない。そこで、ドイツでは、経営判断原則を立法化する上で、その要件の一部については規定中の文言を解釈することによって導き出すというアプローチによって解決を図ってきた。また、株式法 93 条 1 項 2 文では、条文上の文言に包摂力のある概念を用いることで規定の弾力性を持たせているが、仮に「経営判断原則」を立法化に際して抽象的な文言が使われるとなると、法の透明性および法的安定性が害されることになる。他方で、法の透明性および法的安定性の確保に重点を置いて立法化するとなると規定の硬直化を招き、ひいては今後の判例や学説による解釈による法発展を妨害する結果になる。したがって、わが国において、「経営判断原則」を立法化するならば、法の透明性および法的安定性の確保および法発展の確保という両者のバランスを図る文言を規定上に用いるという立法技術的課題を解決することが留意されるべきである。また、第二の課題として、経営判断原則をあえて立法化する以上は、その立法意義が見出せなければならないことが挙げられる。この点につき、わが国において、取締役の経営判断に係るセーフ・ハーバーの確保を理由に立法化の意義を見出そうとしている。しかし、ドイツにおいて経営判断原則の立法化を必要とした背景には、経営判断原則の経験が少なく、株主代表訴訟制度の整備とともに経営判断原則を立法化しなければ、取締役構成員はいかなる場合に責任を負うことになるかの法的予測を立てることが困難であったという事情が認められる。他方、わが国の法的状況を見てみると、ドイツのそれと比べれば、取締役の経営判断の是非が問題となった裁判例は多数存在する。そして、その裁判例の集積や学説の進展によって、「経営判断原則」の判断枠組みや適用のための要件もほぼ確立されており、取締役の責任に対する法的予測を立てることも容易である。したがって、わが国においては、取締役のセーフ・ハーバーの確保に経営判断原則の立法化の意義を求めることは不十分であると言え、それでも、わが国において「経営判断原則」を立法化するのであれば、さらなる立法化の意義が見出される必要があることが留意されるべきである。

以上