

論 説

取締役の会社に対する責任
—法令違反による責任の要件を中心として—

正 井 章 符

はじめに

I. 総 説

1. 監査役設置会社に関する規定
2. 委員会等設置会社に関する特例

II. 責任の成立要件

1. 法令違反行為
2. 任務懈怠
3. 帰責事由
4. 損害
5. 因果関係

おわりに

はじめに

(1) 日本では、1980年代の後半から、経営学の分野においてだけでなく、法律学の分野においても、コーポレート・ガバナンス（企業統治）に関する議論が盛んとなった。そこでの中心問題は、大企業＝大株式会社の健全性（公正性）確保と、その経営の効率性〔の向上〕との2つである、といわれる⁽¹⁾。しかし、法律学者が問題にすべきなのは、企業経営の効率性〔の

(1) コーポレート・ガバナンスについての筆者の基本的な考えは、正井章符「監査役制度の改革」法律時報70巻4号（1998）27-35頁、同「ヨーロッパにおけるコーポレート・ガバナンス」早稲田法学78巻1号（2003）1-30頁、同『ドイツのコーポレート・ガバナンス』（2003、成文堂）142頁以下、225頁以下、260頁以下および

向上)の問題ではなく、企業経営の健全性(公正性)の確保であり、そのためには、経営者(取締役)をどのようにコントロールすべきかが主要なテーマとなる。⁽²⁾経営者に対する会社内部からのコントロールの主体として、株主・株主総会のほか、監査役(会)、取締役・取締役会が存在する。⁽³⁾しかし、実際には、いわゆる企業不祥事(とくに経営者の違法・不当行為)の頻発から明らかなように、これまで、これらによる経営者に対するコントロールは、必ずしも機能してこなかった。⁽⁴⁾

「はしがき」において述べている。最近の文献として、龍田節「日本のコーポレート・ガバナンスの基本的問題」商事法務1692号(2004)4-8頁は、まず、「コーポレート・ガバナンスは、一口でいえば、会社の運営が公正かつ効率的に行われるようにする仕組みの問題である」とし、次に、「いかに効率のよい経営体制を構築するかは、各企業の自主的努力に委ねられる。法令などの諸制度は、企業のそうした試みの妨げとならないよう、柔軟な枠組みを提供しなければならない」という。ただ、効率性の内容を示すところの株主資本利益率などの数値を関係者の利益のバランスを崩して無理に高めた効率性は長続きしない、とする(同4-5頁)。ここでは、企業経営の「効率性」を「公正性」と対等なものと考えられているようである。私見は一すでに上記の論稿でも述べたように一、「公正」を「効率性」に優先すると考えている。それは、憲法が基本理念とする基本的人権の尊重から出発し、次に、株式会社法制的基本的枠組みにおける個人株主=少数派株主の保護法制を重視し、さらに大株式会社の経営の実態(とくに代表取締役社長または会長による会社支配、経営者の違法・不当行為などの企業不祥事、労働者への長時間労働の強制など)に鑑みてのことである。この問題に関して、久保欣哉「会社法学の理念」『企業の社会的役割と商事法(田中誠二先生追悼論文集)』(1995、経済法令研究会)55-69頁は、「法秩序の実現すべき究極価値は、人間の尊厳であり、その内実をなす自由と平等であ」って、経済的効率ではないとして、「会社法学の理念は経済的効率ではない」と結論づける。なお、この点に関する立場は明らかではないが、同書111-123頁の、川村正幸「コーポレート・ガバナンスと会社法」は、株主をコーポレート・ガバナンスの中心に据えて、明快に説明する。

(2) 正井・前掲注(1)の論稿参照。

(3) 最近では、会社内部からの経営者に対する法的コントロールを緩めて、市場による(すなわち、会社の外からの)コントロールに委ねるべきであるという主張も強くなっている。この主張は、市場万能主義を唱える経済学者の見解に影響されている。自由資本主義体制は市場からのコントロールを大前提にしている。しかし、市場が決して万能ではないことは、1997年のアジア(タイ・韓国など)での金融危機など、多くの事例が示している。

(2) 2002（平成14）年5月の商法特例法の改正により、翌年4月1日から、大会社（商特1条の2第1項）およびみなし大会社（商特1条の2第3項2号）が、「委員会等設置会社」という新しい機関構造を選択できることになった（商特1条の2第3項、21条の5以下）。委員会等設置会社では、業務執行は取締役会によって選任される執行役に委ねられ、取締役は業務執行を担当することができない（商特21条の6）。そこでは、従来の監査役（会）による取締役のコントロールに代えて、取締役会と取締役会内部に設置される監査委員会が執行役（商特21条の12）を監督することになった（商特21条の7、21条の8第2項）。これによって、監査役が設置されている株式会社（以下、監査役設置会社という）と委員会等設置会社との間で、いわゆる「制度間競争」が始まったといわれる（後述I.2.参照⁽⁵⁾）。しかし、2002年改正により、取締役の会社に対する責任について、監査役設置会社と委員会等設置会社の間で「不均衡」が生じることになった（後述、I.1.⁽⁶⁾）。

(4) このうち、株主による取締役の責任追及は、とくに1993（平成5）年の商法改正で、株主代表訴訟（商267条以下）が、「財産権上ノ請求ニ非ザル請求ニ係ル訴」とみなされた（同条5項の追加）ことにより一訴額が95万円（2003年民訴費用法改正により160万円）とされた結果、手数料が8200円（同改正により13000円）となり（民訴費4条2項、別表第一）一活性化された。しかし、その後、裁判所が、原告株主に対する担保提供命令の要件である「悪意」を容易に認定するようになったこと（たとえば、名古屋地決平成7年2月28日判例タイムズ877号167頁）、最高裁判所（最判平成13年1月30日民集55巻1号30頁）が、会社による被告取締役への補助参加を認めたこと（2001（平成13）年の改正一議員立法—による、商268条8項、商特19条1項・18条の3第1項但書。小会社を除く—商特25条）、さらに取締役の商法266条1項5号の責任を負う場合に、一定の要件の下に損害賠償額の一部免除が規定されたこと（商266条7項—23項。2001年の議員立法による改正）などから、その効用が大きく減ることになった。株主代表訴訟制度については、小林秀之＝近藤光男（編）『新版株主代表訴訟大系』（2002、弘文堂）、など参照。

(5) 江頭憲治郎「日本の公開会社における取締役の義務」商事法務1693号（2004）4-10頁（9頁）、など参照。

(6) 2002年の商法改正により導入された委員会等設置会社との関係で、浜田道代「役員との義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務1672号（2003）36-47頁が、立法論にまで踏み込んで論じており、大いに参考になる。

参照)。

(3) その後、2003年10月22日には、法制審議会・会社法(現代化関係)部会によって、「会社法制の現代語化の作業に合わせ、会社に係る諸制度間の規律の不均衡の是正等を行うとともに、最近の社会経済情勢の変化に対応するための各種制度の見直し」を目指して、「会社法制の現代化に関する要綱試案」(以下、要綱試案という)が公表された。⁽⁷⁾ その中で、取締役の会社に対する責任についても、「委員会等設置会社の場合とそれ以外の会社の場合との間における規定の調整を図る」ために、多くの提案が行われている(要綱試案第四7)。

(4) ところで、現行商法は、取締役の責任を、①会社に対する責任と②第三者に対する責任とに区分し、そして、会社に対する責任を、(a)損害賠償責任と、(b)資本充実の責任とに分けて規制している。⁽⁸⁾ 以下では、会社に対する責任を考察する序論として、取締役の会社に対する責任のうち、法令・定款違反(266条1項5号)による責任の要件に限定して論じること⁽⁹⁾にしよう。

(7) 要綱試案には、参考資料として、「法務省民事局参事官室」による「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」(以下、補足説明という)が付けられている。法務省のウェブサイトから入手できる。また、ジュリスト1267号(2004)別冊付録などにも収録。要綱試案第4部「株式会社・有限会社関係」第4「機関関係」における取締役の責任の部分について解説し、かつ意見を明らかにしたものとして、北村雅史「取締役の責任」商事法務1695号(2004)9-16頁、稲葉威雄「取締役の責任の新しいかたち」商事法務1690号(2004)13-19頁、吉原和志「取締役の対会社責任と代表訴訟」ジュリスト1267号62-72頁、松井秀征「コーポレート・ガバナンス」企業会計56巻2号(2004)44-53頁、など。

(8) 資本充実の責任として、取締役は、①会社の設立に関し、発起人とともに、引受・払込(給付)担保責任(商192条)および財産価格填補責任(商192条ノ2、商特21条の36第2項)を負い、また、②新株発行に関し、引受担保責任(商280条ノ13)および財産価格填補責任(商280条の13ノ2、商特21条の24第1項・2項)を負っている。これらの責任は、無過失責任である。伊藤敦司「取締役の会社に対する責任(2)―資本充実責任―」加美和照(編著)『取締役の権限と責任』(1994、中央経済社)221-236頁、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法(第3版)』(2004、有斐閣)94-97頁、574-576頁、595-596頁、など参照。

I. 総説

1. 監査役設置会社に関する規定

(1) 取締役は会社の受任者である（商254条3項）。したがって、取締役が、その義務に違反して会社に損害を与えたときは、会社に対し、債務不履行にもとづく責任を負う（民415条）。立法者は、取締役の地位の重要性に鑑みて、さらに商法266条の規定を置いた。昭和25年改正前は、「取締役ガ其ノ任務ヲ怠リタルトキハ、其ノ取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ズ」（読点は正井）、という一般的な定めとなっていた。同年の改正により、取締役の権限が強化されたことに対応して、その権限の濫用の防止および権限行使の公正を確保するための事後的な担保として、現行の個別具体的な責任事由が規定された⁽¹⁰⁾。

(2) すなわち、まず、(a)責任が生じる5つの場合を列挙し、その行為をした取締役は、会社に対し、連帯して法定額または損害額につき、弁済または賠償の責任を負うべきものとする（11a）（同条1項）。学説の多くは、この5つのうちの法令・定款違反にもとづく責任（5号）を過失責任と解し、違法な利益配当・違法な中間配当（1号）、違法な利益供与（2号）、

(9) 委員会等設置会社における取締役および執行役の会社に対する責任については、監査役設置会社における取締役のそれと異なる部分について、個別に言及するにとどめる。また、本稿では、商法266条1項1号から4号までに規定された責任、取締役の善管注意義務と忠実義務との関係、取締役の監視義務、経営判断の原則と取締役の責任との関係および責任追及の手段（とくに株主代表訴訟）、取締役の責任の一部免除などの問題については論及していない。なお、最近の裁判例を参考に論じるものとして、和田宗久「大規模会社における取締役の対会社責任（1）（2）（3・完）」法研論集99号、102号、103号（2002）がある。

(10) 新山雄三『会社法の仕組みと働き（第3版）』（2003、日本評論社）201-202頁の説明による。立法当時の解説として、鈴木竹雄=石井照久『改正会社法解説（1951、日本評論社）171頁、大森忠夫=大隅健一郎『逐条改正会社法解説』（1951、有斐閣）281頁以下参照。

他の取締役への金銭の貸付け(仲間貸付け)(3号)および利益相反取引(4号)を、無過失責任と解釈している⁽¹¹⁾。次に、(b)責任を負うべき行為者(取締役)について、行為が、取締役会の決議にもとづいてなされた場合には、その決議に賛成した取締役を、その行為をしたものとみなし(同条2項)、決議に参加した取締役で、議事録に異議をとどめなかった者を、決議に賛成したものと推定する⁽¹²⁾(同条3項)。

(11) 大隅健一郎=今井宏『会社法論・中巻(第3版)』(1992、有斐閣)254頁以下、鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法』(1994、有斐閣)299頁、宮島司『会社法概説(第3版補正版)』(2003、弘文堂)277-279頁、など。これに対して、河本一郎『現代会社法(新訂第9版)』(2004、商事法務研究会)487、495頁、北沢正啓『会社法(第6版)』(2001、青林書院)433、435頁、龍田節『会社法(第9版)』(2003、有斐閣)86-87頁は、1号、4号の責任を過失責任とし、さらに、青竹正一『会社法』(2003、信山社出版)196-198頁は、1号、3号および4号の責任を過失責任とする。江頭・前掲注(8)365-367頁は、4号の責任について、立法論として、利益相反取引による利益が帰属した取締役のみが無過失責任を負い、他の取締役は無過失を証明すれば責任を免れるとすべきである、という。

なお、4号の責任と5号の責任とは並存する。最判平成12年10月20日(民集54巻8号2619頁)も、次のように判示している。すなわち、「株式会社の取締役が商法265条1項の取引によって会社に損害を被らせた場合、当該取締役は、同法266条1項4号の責任を負う外、右取引を行うにつき故意又は過失により同法254条3項(民法644条)、商法254条ノ3に定める義務に違反したときには、同法266条1項5号の責任をも負うものと解するのが相当である。けだし、同項4号の規定は、取締役が同法265条1項の取引をして会社が損害を被った場合は、故意又は過失の有無にかかわらず、これを賠償する責めに任ずる旨を定めるものであり、右取引が法令違反行為にも当たるときに同法266条1項5号の責任が成立することを妨げるものではないからである」と。批評として、小林量・平成12年度重要判例解説(ジュリスト1202号)(2001)95-96頁、など。

(11a) 取締役の連帯責任について、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26巻1号(1999)151-212頁一過失相殺の理論によって、連帯責任の例外=取締役の賠償金額の軽減を認める。これに対して、過失相殺の類推適用を否定し、取締役間の公平な分担は求償権の行使にゆだねるべきである、とする見解として、森光雄「取締役の会社に対する責任と過失相殺の類推適用」法学新報107巻11・12号(2001)563-589頁。文理解釈上、後者が正当である。

(12) 議事録に異議をとどめたか否かの認定に関して、大阪高判平成10年1月20日(判例タイムズ981号238頁)は、取締役会で、非常勤の取締役が、決議の採決に参

2. 委員会等設置会社に関する特例

(1) 委員会等設置会社においては、上述の違法な利益供与ならびに利益相反取引に対応する規定があり（商特21条の20、21条の21）、そして利益相反取引による責任は過失責任とされている（商特21条の21第1項但書）。違法な利益配当・違法な中間配当については、それに対応する規定が置かれていない。したがって、違法な利益処分案を承認した取締役・違法な中間配当を決定した取締役は、任務を怠ったことによる責任（商特21条の17第1項）を負うことがあるにすぎない（次の(2)参照）。また、他の取締役への金銭の貸付（仲間貸付け）による弁済責任に対応する規定もないが、これについては利益相反取引による責任の問題として取り扱われることになる。この結果、委員会等設置会社では違法な利益配当・違法な中間配当ならびに他の取締役への金銭の貸付けによる責任もまた過失責任とされたのである⁽¹³⁾。

(2) 取締役の対会社責任に関する一般的な規定として、「取締役・執行役は、その任務を怠ったときは、委員会等設置会社に対し、これにより当該委員会等設置会社に生じた損害を賠償する義務を負う」と定められた（商特21条の17第1項）。ここでは、1950年改正前商法266条と同じ表現が用いられており、⁽¹⁴⁾「任務を怠った」ことによる責任（以下、任務懈怠責任という）とされている。取締役は、後述のように、すべての法令を遵守する義務を負っており、取締役が法令に違反する行為をしたことは任務を怠ったこと

加せず、またその決議に先立ち賛成も反対もしないという「中立的立場」を表明したとしても、異議をとどめたことにはならない、とした。前掲注(11)最判平成12年10月20日において、この判断が是認された。

(13) 江頭・前掲注(8)427頁-428頁参照。

(14) 山下友信「委員会等設置会社における取締役・執行役の責任」民商法雑誌126巻6号(2002)805-827頁(809頁)。取締役または執行役の連帯責任については、商法特例法21条の3で定められている。上村達男『会社法改革』(2002、岩波書店)229頁は、「行為者〔執行役〕同士の連帯と単なる監督者〔取締役〕と行使〔行為?〕者との連帯とは別に論じられるべきである」と主張する。〔 〕は正井。

になる。したがって、商法特例法21条の17にいう取締役の責任は、監査役設置会社における取締役の法令・定款違反にもとづく責任(商266条1項5号)に相当するものと解するのが妥当である⁽¹⁵⁾。

(3) ところで、委員会等設置会社の取締役の任務懈怠責任については、上述の商法266条2項・3項に関する規定は準用されておらず、取締役の個々の責任を定める規定の中で、個別に、みなし規定および推定規定が置かれているだけである(商特21条の20第1項2文、21条の21第1項3号、21条の24第2項・3項・4項)。委員会等設置会社において、みなし規定および推定規定が原則として廃止された理由として、委員会等設置会社では、取締役会が業務執行を担当しないこと、「行為ヲ為シタルモノト看做ス」⁽¹⁶⁾の意義が明らかでないことなどが挙げられている。しかし、業務執行を担当しない監査役について、会社に対する責任発生の原因となった行為が監査役会の決議にもとづいてされたときは、266条2項・3項が準用されている(商特18条の4)ことに照らすと、その理由づけだけでは十分でない⁽¹⁷⁾。監査役設置会社と委員会等設置会社との間で、「『制度間競争』を生じさせ、競争の緊張を通じて機関の運用が改善されることを、法は期待して

(15) 山下・前掲注(14)811頁、北村・前掲注(7)10頁、浜田・前掲注(6)37頁。

(16) 要綱試案・補足説明など参照。

(17) この立法に対する批判的見解として、浜田・前掲注(6)37頁。詳しくは、北村・前掲注(7)10頁。また、要綱試案第四部第四7(1)①は、委員会等設置会社以外の会社についても商法266条2項・3項に相当する規定は設けないものとしつつ、その注において、取締役会の決議にもとづいて行われた行為について、その決議に関与した者につき、特別の取扱いをするかどうかについては、なお検討する、としている。この点について、吉原・前掲注(7)64頁は、同条2項に相当する規定は削除するとしても、3項に相当する推定規定は維持するなど、何らかの特別な取扱いをするべきであるとする議論には十分な合理性がある、と結論づけている。また、松井・前掲注(7)46頁は、利益供与にもとづく責任に関して、「2項・3項に相應する規定を設けないとする方向性も充分ありうる考え方だろう…」とする。これに対して、浜田・前掲注(6)37頁は、2項・3項の維持を主張する(責任の苛酷さは無過失責任の見直しで対処すべきであろう、とする)。この見解に基本的に賛同する。

⁽¹⁸⁾ いる」といわれるが、取締役の会社に対する責任の規定において、両者の間に不均衡・差別が存在している。立法者は、委員会等設置会社の取締役・執行役の責任を緩めることによって、従来型の監査役設置会社から委員会等設置会社へ移行させることを狙っていると評価することができよう。しかし、二つの制度間で、そのような差別を設けることは不当である。⁽¹⁹⁾ 実務の動きを踏まえ⁽²⁰⁾ たうえで差別の解消を図る必要がある。

II. 責任の成立要件

上述のように、監査役設置会社では、取締役が、法令・定款に違反する行為をしたときは、取締役は、会社が被った損害額を一会社に一賠償する責任を負う（商266条1項5号）（以下では、法令違反について論じる）。株式会社と取締役との間の関係は、委任に関する規定にしたがう（商254条3項）。これによって、取締役の会社に対する責任は、受任者としての責任ということになる。つまり、債務不履行（民415条）による責任である。したがって、取締役の責任が成立する要件および効果も、原則として民法の規定・解釈が当てはまる。以下では、法令違反による責任の成立要件について論じることにしよう。⁽²¹⁾⁽²²⁾

(18) 江頭・前掲注(8)420頁。また、同・前掲注(5)9頁。

(19) 両制度を比較・検討したものとして、前田雅弘「経営管理機構の改革」商事法務1671号28-36頁。

(20) 監査役設置会社における取締役の責任を委員会等設置会社におけるそれと同じにせよ、と主張するものではない。規制が緩くなった委員会等設置会社において、取締役・執行役による不祥事が頻発することを心配しているのである（「おわりに」参照）。2003年10月の要綱試案は、この両者間の違いの解消を図ることを一つの目的としている（要綱試案の補足説明参照）が、一般的傾向として、緩い規制に収斂させようとしているようである。それには大きな危惧を覚える。

(21) これに対して、上村・前掲注(14)226頁は、民法の不法行為や債務不履行における損害論・因果関係論を、そのまま公開株式会社に及ぼすことを厳しく批判する。

1. 法令違反行為

第 1 番目の要件は、取締役が法令に違反する行為をしたこと、である。

(1) 責任を追及しようとする会社または株主は、その取締役の行為が法令に違反したことを証明しなければならない。取締役は、取締役の職務の執行を監督する権限を有する取締役会（商260条1項）の構成員としての地位にあることから、他の取締役の職務の執行が適法になされているか否かに注意を払う義務（一般に、監視義務といわれる）を負う。代表取締役の場合には、その業務執行者としての地位にもとづいて、同様の義務を負うものと解される⁽²³⁾。したがって、取締役が、この監視義務に違反したときもまた、法令違反の責任を問われることになる⁽²⁴⁾。

(2) 「法令」には、競争取引の制限（商264条）、利益相反取引の制限（商265条1項5号）、利益供与の禁止（商294条ノ2）といった商法上の具体的な規定だけでなく、善管注意義務および忠実義務を定めた一般的・抽象的規定（商254条3項、民644条、商254条ノ3）も含まれる、と解するのが通説である⁽²⁵⁾。これに対し、一般的・抽象的規定は含まれない、とする見解も

(22) この点に関して、要綱試案の補足説明における「第四七・取締役の責任」の中の任務懈怠責任についての解説が参考になる。そこでは、取締役が会社に対して負う債務（任務）の性質を、行為債務ないし手段債務として捉え、その不履行は、ほとんどの場合、給付義務の不完全履行の形を取る、とする。そして、不完全履行にもとづく損害賠償請求権発生の要件事実は次の5つである、とする。すなわち、①基本債権の発生原因事実、②当該債権について不完全な履行がされたこと（履行不完全）、③当該不完全な履行について債務者の責めに帰すべき事由があること（帰責事由）、④当該不完全履行が違法であること（違法性）、⑤債権者が当該不完全な履行によって損害を受けたこと（損害の発生、不完全履行と損害との因果関係および損害額）、である。本稿は、違法性を帰責事由に含める見解（森田宏樹『契約責任の帰責構造』（2002、有斐閣）46頁以下）にしたがう。

(23) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論（中巻）第3版』（1992、有斐閣）251-252頁、など。

(24) 近藤光男『新版注釈会社法(6)』266条注釈35以下、山田純子「取締役の監視義務」森本滋＝川濱昇＝前田雅弘（編）『企業の健全性確保と取締役の責任』（1997、有斐閣）221-242頁、など。

(25) 大隅＝今井・前掲注(11)251頁、河本・前掲注(11)411頁、龍田・前掲注(11)85

⁽²⁶⁾ある。さらに、「法令」には、商法に関係するものだけでなく、すべての法令が含まれる、と解する（非限定説とする）のが通説・判例である。これに対して、少数ながら、「法令」を限定して解釈する見解（限定説とする）もある。以下では、まず限定説に論及し、次に判例の立場を紹介し、その後、私見を述べることにしよう。⁽²⁷⁾

（i） 限定説

限定説の第一は、ここでいう「法令」とは、「会社の財産の健全性を確保することを直接または間接の目的とする法令を意味すると解するのが合理的なのではなからうか」という。⁽²⁸⁾次に、第二の立場は、本号でいう「法令」には、商法の規定以外では、贈賄に関する刑法上の規定のような当該会社（業種によって異なる）の取締役にとって公序となっている規定だけが含まれる、とする。そして、本号の「法令」違反に当たらない法令違反行為は、取締役の善管注意義務違反になるかどうかの観点から考慮すれば⁽²⁹⁾十分である、と主張する。

頁、など。

(26) 伊澤孝平『注解新会社法（改訂版）（第3版）』（1951、法文社）448頁、佐伯直秀「商法266条1項1号にいう、いわゆる『法令』の意義について」鹿児島大学法学論集13巻2号（1982）27-47頁。

(27) 「法令」の意義について、河本一郎＝森本滋＝近藤光男＝前田雅弘＝河合伸一＝森田章＝川浜昇「（座談会）取締役の責任」民商法雑誌109巻6号（1994）15頁以下、川村正幸「贈賄行為と取締役の法令違反責任」判例タイムズ948号（1999）147頁以下、阿部一正＝稲葉威雄＝江頭憲治郎＝金築誠志＝熊谷一雄＝東條和彦＝中西敏和＝成毛文之＝森本滋＝柳田幸三「（座談会）条解・会社法の研究(9)・取締役(4)」別冊商事法務219号（1998）48頁以下、参照。

(28) 森本滋『会社法（第2版）』（1995、有信堂高文社）253頁注5。ほぼ同旨、伊勢田道仁「法令違反行為と取締役の善管注意義務」金沢法学39巻1号（1996）313頁以下。

(29) 近藤光男「取締役の経営上の過失と会社に対する責任」金融法務事情1372号（1993）10頁以下、同「損失補填と取締役の会社に対する責任」金融法務事情1440号（1996）11-12頁、同「法令違反に基づく取締役の責任」前掲注(24)『企業の健全性確保と取締役の責任』269-290頁、同「株主代表訴訟の可能性と限界」前掲注(4)『新版株主代表訴訟大系』168頁以下。ほぼ同旨、新谷勝「野村證券株主代表

(ii) 判例

この「法令」の解釈についての裁判所の判断を見ると、下級審では判断が分かれていた。すなわち、野村証券株式会社が、東京放送株式会社の資金10億円の運用から生じた約3億6000万円の損失を東京放送へ全額補填した行為に関して、株主が会社に代わって取締役の責任を追及した事件の第一審判決（東京地判平成5年9月16日⁽³⁰⁾）は、本件損失補填行為を、平成3年改正前の証券取引法50条1項3号、4号および不公正な取引方法（公正取引委員会告示15号）の9項（不当な利益による顧客誘引）に該当し、独占禁止法19条（不公正な取引方法の禁止）⁽³¹⁾に違反する、とした。この判決は非限定説に立つものと解される。これに対し、第二審判決（東京高判平成7年9月26日⁽³²⁾）は、まず、「平成3年改正前の証券取引法改正前は、損失保証の実行に当たらない事後的な損失補填については、明文上これを禁止する規定は存在しなかったのであるから、本件損失補填は同法に違反するものではない」としつつ、本件損失補填を一第一審判決と同様の理由で一、独占禁止法19条に違反する、とした。しかし、「同条は、競争者〔本件では他の証券会社一正井〕の利益を保護することを意図した規定であって、同条違反の行為により損害を被るのは当該会社ではないから、同条違反が本規定〔265条1項5号〕にいう法令違反に含まれると解するのは相当でな

訴訟が提起した問題点」判例タイムズ910号（1996）16-17頁。

(30) 判例時報1469号25頁、判例タイムズ827号39頁、金融商事判例928号8頁。

(31) もっとも、本判決は、「当時の諸状況を考慮すると、…被告ら取締役が東京放送との取引関係を維持、拡大する目的で本件損失補填行為を決定し、実施したことは経営判断の裁量の範囲を逸脱したものとはいえず、これをもって、取締役としての義務に違反したものであるとはいえない。また、本件損失補填は、…競争者の顧客を自己と取引するように誘引したという意味で独占禁止法に違反するものではあるが、会社との関係においては、これによって会社に損害が発生したものと認めることはできない」とした。本判旨について、上村達男「野村証券損失補填代表訴訟判決の法的検討」商事法務1335号（1993）2-11頁、中村一彦「取締役の社会的責任論の具体的適用」前掲注（1）『企業の社会的役割と商事法』255-267頁は、ともに反対。

(32) 判例時報1549号11頁、判例タイムズ890号45頁、金融商事判例981号8頁。

い」⁽³³⁾とした。これは、限定説の第二の立場をとるものと推測される。

しかし、この事件の上告審である最高裁判決（平成12年7月7日）は、⁽³⁴⁾商法266条にいう「法令」には、「取締役を名あて人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法254条3項（民法644条）、商法254条ノ3の規定…及びこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定が、本規定にいう「法令」に含まれることは明らかであるが、さらに、商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれるものと解するのが相当である」とし、その理由づけとして、「けだし、会社が法令を遵守すべきことは当然であるところ、取締役が、会社の業務執行を決定し、その執行に当たる立場にあるものであることからすれば、会社をして法令に違反することのないようにすることもまた、取締役の会社に対する職務上の義務に属するというべきだからである」という。これ⁽³⁵⁾によって、最高裁（判例）は、非限定説に立つことを明らかにした。

(iii) 私見

非限定説が妥当である。限定説に対しては、次のような疑問があり、ま

(33) 本判決も、結論としては、第一審と同様、「本件損失補填を決定・実施したことは、経営上の判断として裁量の範囲を逸脱したものとはいえず、…善管注意義務、忠実義務に違反するような違法行為とはいえない」とした。

(34) 民集54巻6号1766号。

(35) もっとも、判決は、「取締役が法令又は定款に違反する行為をしたとして、本規定〔266条1項5号〕に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意または過失があることを要する」とし、結論として、被上告人ら〔取締役14名〕が本件損失補てんを決定し、実施した平成2年3月の時点において、「行為が独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったことにはやむを得ない事情があったというべきであって、この認識を欠いたことにつき過失があったとすることもできない」として、原審の判断を「結論において是認」した。この判決には、河合伸一裁判官の明快な補足意見が付いており有益である。なお、野村証券事件の事実認定の問題として、上村・前掲注(31)10-11頁は、事後の一方的な損失補填ではなく、証券取引法の改正前から違法であった損失保証の実行行為であったと指摘する。

た反論ができるからである。まず、(ア)なぜ本号にいう「法令」を、「会社の財産の健全性を確保することを目的とする法令」または「会社にとって公序となっている規定」に限ると解釈できるのか、その理論上の根拠が明らかになっていないことである。そこには、多分に政策論が入り込んで⁽³⁶⁾いる。つまり、取締役⁽³⁶⁾に、あらゆる法令違反の責任を負担させるのは酷である—したがって、取締役の責任追及の範囲を狭めよう—という考えである。限定説は、5号にいう「法令」に当たる法令違反行為があれば直ちに責任を生ずる、と解するようである⁽³⁷⁾。しかし、取締役が法令に違反したからといって、直ちに責任が発生するわけではない。その行為が取締役の「債務の本旨」にしたがっていないこと、会社に損害が発生したこと、行為と損害との間に因果関係が存在すること、そして取締役⁽³⁸⁾に「責めに帰すべき事由」(民415条)があることが必要である(後述II参照)。したがって、「法令」の意義を狭く解釈しなければ取締役に酷な結果となる、とはいえない。また、(イ)商法の見地から他の法令を評価することにも問題がある。商法は一付属法令は別として—他の法律より上位にあるものではない。さらに、(ウ)限定説では、取締役が、「会社の利益を図るために、会社をして法令に違反させることになるような行為」をしても、なお取締役の任務に属する(すなわち、責任を問われない)場合があることを認めることになり、不当な結果となる⁽³⁹⁾。

(36) 河本ほか・前掲注(27)19頁(前田発言)および21頁(河合発言)、吉本健一「取締役の会社に対する責任」『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題(今中利昭先生還暦記念)』(1995、民事法研究会)523頁、吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学60巻1号(1996)1-55頁(41頁)。

(37) 近藤・前掲注(29)『新版株主代表訴訟大系』169頁。

(38) 吉原・前掲注(36)22、42頁、浜田・前掲注(6)37頁参照。

(39) 野村證券事件(前述)の上告審判決における河合裁判官の補足意見が詳しい。このほか、限定説に対する一非限定説からの一批判として、上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討(上)」商事法務1433号(1996)2-9頁(4-5頁)、中村一

2. 任務懈怠

第2に、取締役の行為が「債務の本旨」にしたがっていないことが要件となる。

(1) この要件は、通常、取締役の「任務懈怠」と表現される（1950（昭和25）年改正前の文言＝前掲I. 1. 参照）。債権者＝原告（会社または株主）が、取締役に任務懈怠があったことを主張・立証しなければならない。このことについて争いはない。⁽⁴⁰⁾ それでは、取締役の職務遂行行為のうち、どのような行為が「債務の本旨」にしたがっていないと評価されるのであろうか。

まず、取締役の債務の本旨は、次のようなものと考えられる。すなわち、まず、株式会社は営利法人であるから、利潤を追求し、獲得した利潤を構成員である株主に分配することを目的としている（商52条の解釈）。取締役は会社の受任者であるから、上述の目的のために行うことが、その任務である。より具体的には、その任務は、商法などの法令、取締役と会社との間で締結された任用契約、会社の内規（取締役会規則）により決まる。しかし、取締役は、会社に利益を生じさせることを請け負っているわけではない。つまり、取締役が会社に対して負っている債務は、「結果債務」ではなく、「手段債務」ないし「行為債務」⁽⁴¹⁾である。善管注意義務および忠実義務を果たしつつ職務を執行することが、その債務の本旨の内容である。⁽⁴²⁾

彦・（判例批評）判例タイムズ879号（1995）77-78頁、川村正幸・（判例批評）金融商事判例972号（1996）43頁、土田亮・（判例批評）ジュリスト1096号（1996）132頁、浜田・前掲注（6）37頁、など。

(40) 大隅＝今井・前掲注（11）261頁、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」前掲注（4）『新版株主代表訴訟大系』97頁、同・前掲注（36）42頁、など。

(41) 「与える債務」と「為す債務」ならびに「結果債務」と「手段債務」の分類と意味について、森田・前掲注（22）46頁以下、内田貴『民法III（第2版）』（2004、東京大学出版会）15頁以下、潮見佳男『債権総論I（第2版）』（2003、信山社出版）20-21頁、263-267頁、など参照。

(42) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」『現代企業立法の軌跡と展望（鴻常

(2) ここで、取締役における差異が問題となる。つまり、取締役といっても、取締役会の構成員としての資格のみを有する取締役、業務執行も担当する取締役、会社を代表する権限をも有する取締役、さらに社外取締役といった、多様な取締役がある。これらの取締役においては、それぞれの職務の内容も異なり、したがって、「債務の本旨」にも差異が生じると解される。

(3) この要件に関して、一つの見解は、取締役に法令違反行為があったことだけで、直ちに「債務の本旨」にしがっていないことにはならないとし、取締役としての注意義務に違反した場合に初めてが「債務の本旨」にしがっていないことになる、とする。そして、取締役の注意義務違反の有無は、行為した時に、その違法性を認識することができたか否かということのほか、当該法令の種類や重要性、会社の業務との関連性なども考慮して判断されるべきである、⁽⁴⁴⁾という。第二の見解は、取締役に基本的にはすべての法令を遵守する義務があるとしつつ、取締役が法令違反行為をしたとしても会社に対して責任を負わない場合として、まず、その法令の公益性・強行法規性の程度を評価し、次に、法令の強行法規性が比較的低い場合には、取締役の会社における地位を勘案して、その法令を遵守しえなかったことについて、やむをえないと思われる事情が存在する場合には、⁽⁴⁵⁾取締役がその事情を証明すれば責任を免れることができる、という。

前者の見解に対しては、法令違反を注意義務違反として把握すること

夫先生古稀記念)』(1995、商事法務研究会)52-58(63-64頁)も同旨。また、布井千博「取締役による経営上の判断と注意義務に関する一考察」『市場経済と企業法(久保欣哉先生古稀記念論文集)』(2000、中央経済社)397-418頁(408頁以下)、江頭・前掲注(8)369頁注8参照。

(43) なお、上村・前掲注(14)218頁以下が、取締役の会社に対する責任に関する伝統的な学説・判例に対する根本的な疑問を提起し、そして今後採用すべき方向を提示する。

(44) 吉原・前掲注(36)35頁以下。

(45) 上村・前掲注(39)商事法務1433号6-7頁。

は、商法266条1項の意義を希薄にし、同条5号が監査役の責任（商277条）の表現（「任務ヲ怠リタルトキハ」）とは異なる表現をしていることを無視することになる、といった一理論上、正当な一批判がある⁽⁴⁶⁾。第二の見解が理論上の難点がなく、結果的の妥当な結論を導くことができるように思う。ただ、取締役の法令違反行為は、それだけで「債務の本旨」にしたがったものではないと事実上推定され、法令違反行為をしてもなお「債務の本旨」に従ったものと主張する者（取締役）が、それを立証する責任を負う、と解するのが妥当であろう⁽⁴⁷⁾。この見解に対しては、取締役に酷な結果になるという批判が出るかもしれない。しかし、責任を追及しようとする会社または株主は、取締役の行為が法令に違反していることを証明しなければならず、また取締役としては、法令に違反する行為をしたとしても、その行為が自己の「債務」とは関係がないことを立証すれば責任を免れ、さらに責任の成立には、次に述べるように、取締役に「責めに帰すべき事由」があったことが要件とされているから、取締役に酷であるとはいえない⁽⁴⁸⁾と思われる⁽⁴⁹⁾。

(4) ところで、業務執行を担当する取締役は、日々、業務執行上の問題について決断を迫られることが多い。上述の善管注意義務および忠実義務が果たされたか否かの判断は、取締役が、当時の状況に照らして十分な情報

(46) 近藤「株主代表訴訟の可能性と限界」前掲注(29)170-172頁。

(47) 吉原・前掲注(36)38頁も同旨。また、江頭・前掲注(8)269頁注8、吉本・前掲注(36)524頁参照。

(48) 吉原・前掲注(36)38頁参照。

(49) たとえば、取締役が会社の車を運転して帰宅中に制限速度を超えた、といった交通法規違反のような場合には、「債務」に関係しない。これに対し、運輸会社の取締役が従業員に、信号無視をしても業績を上げるように指示していたような場合は、「債務」に関係する。河本ほか・前掲注(27)17-18頁（川浜発言、前田発言）参照。

(50) 例外的に、取締役が法令遵守義務を負わないと考えられる具体的事例について、吉原・前掲注(36)5頁、川村正幸「代表訴訟における取締役の法令違反責任」判例タイムズ975号（1999）126頁、など参照。

の収集・調査・検討をしたか否かによって決定され、⁽⁵¹⁾ 事後的・結果論的に判断すべきではない。⁽⁵²⁾

3. 帰責事由

第 3 に、取締役役に「責めに帰すべき事由」があることが必要である。

(1) 前述のように、多数説によると、266 条 1 項 1 号から 4 号までの責任は無過失責任であり、5 号の責任は過失責任である。つまり、5 号の法令・定款違反行為については、取締役役に故意または過失があったことを要する。⁽⁵³⁾

(2) 民法は、債務不履行の要件の一つとして、「故意または過失」という文言ではなく、債務者の「責めに帰すべき事由」(以下、帰責事由とする)⁽⁵⁴⁾ という表現を用いている。従来の民法学説は、帰責事由を、「故意、過失またはこれと同視すべき事由」と解してきた。⁽⁵⁵⁾ 「故意」とは、債務不履行という結果の発生を意欲すること、または不履行となることを認識しつつ、それを防止しなかったことをいう。「過失」とは、一般に、注意義務に違反することである。より具体的には、自己の行為が法令違反になるこ

(51) 青竹・前掲注(11)194頁。

(52) 江頭・前掲注(8)368頁。

(53) 大隅=今井・前掲注(11)251頁、など。最判昭和51年3月23日金融商事判例503号14頁。これに対して、少数説であるが、伊沢・前掲注(26)448頁は、5号の「法令」を、具体的規定に限るものと解しつつ、法令・定款違反については故意または過失を不要とする。

(54) もっとも、この表現は、履行不能に関して用いられている(民415条後段)だけであるが、債務不履行一般についての要件と解されている(多数説・判例)。なお、不法行為責任(民709条)の場合には、「故意又ハ過失ニ因ヨリテ…」と表現されている。

(55) 詳しくは、吉田邦彦「債権の各種—『帰責事由』論の再検討—」星野英一(編集代表)『民法講座別巻(2)』(1990、有斐閣)1-72頁。星野英一『民法概論Ⅲ(補訂版)』(1981、良書普及会)56頁は、この解釈を、「今日では疑問が多い」とし、そして「債務者ノ責メニ帰スベキ事由」につき、契約類型に応じ、また個々の契約によって異なるものであり、さらに時代により社会によっても異なる、という。

とを予見すること（または回避すること）ができたにもかかわらず、注意を怠って違反行為をした場合をいう。行為が法令違反であることの認識まで必要とするものではなく、認識の可能性があれば足りる（認識しつつ行為したときは故意と評価される⁽⁵⁶⁾）。

(3) 債務不履行責任においては、債権者が、債務者の側に帰責事由があることを主張・立証する必要はなく、債務者の側で、自己に責めに帰すべき事由がないことを立証しない限り、責任を免れない（学説・判例）。したがって、原告である会社または株主が、取締役の帰責事由が存在することを主張・立証する必要はなく、責任を免れようとする取締役において、帰責事由がないことを立証しなければならぬ⁽⁵⁷⁾。

しかしながら、前述の「債務の本旨」にしたがった履行でないこと（任務懈怠）（これは、原告が主張・立証しなければならない）の内容は、善良なる管理者としての注意を怠って行為したことである、と理解すると、「帰責事由」と「任務懈怠」とは重なる⁽⁵⁸⁾。この結果、理論上は、「任務懈怠」という客観的な事情と、「帰責事由」という主観的な事情とは異なるが、実際上は、取締役は自己に帰責事由がないことを立証する必要はないことになる⁽⁵⁹⁾。これでは、結果的に、取締役に対する責任追及が困難となる。そこで、前述（2. (3)）のように、原告が、取締役に法令違反行為があったことを立証すると、それによって取締役に任務懈怠があったことが事実上推

(56) なお、吉原・前掲注(36)43頁は、取締役の注意義務違反とならない場合を広く認めすぎると思う。

(57) 内田・前掲注(41)140頁、龍田・前掲注(11)86頁、など。なお、ドイツ株式法93条2項2文は、取締役員の会社に対する責任に関し、取締役員が注意を尽くしたか否かについて争いがあるときは、取締役員に举证責任を負わせる（正井・前掲注(1)『ドイツのコーポレート・ガバナンス』162頁参照）。

(58) 平井宣雄『債権総論（第2版）』（1994、弘文堂）79、92頁、吉原・前掲注(36)36頁、39頁注(83)、40頁注(88)参照。また、要綱試案第四部7(1)の補足説明も参照。

(59) 中野貞一郎『過失の推認（増補版）』（1998、弘文堂）88頁以下。大塚・前掲注(42)63-64頁も同旨。

定され、被告である取締役の方で、法令違反行為をしたが、それは任務懈怠とはならないこと（または帰責事由がないこと）を立証する責任を負う、と考えるのが妥当であろう。⁽⁶⁰⁾

(4) 判例は、「債務者の責めに帰すべき事由」に当たらない場合として、債務不履行がもっぱら債務者側の事情から生じたのではない場合、債務者が善良なる管理者の注意に従って履行に努力したにもかかわらず、なお不履行となった場合などを挙げている。⁽⁶¹⁾

4. 損害

第 4 に、取締役の法令違反行為によって、会社に損害が発生したことが必要である。

(1) 取締役が法令に違反する行為をしたとしても、会社に損害が発生しなかったときは、取締役は損害賠償責任を負わない。ここで、会社の「損害」とは何かが問題となる。⁽⁶²⁾ 算定することが比較的容易な財産的損害のほかに、会社の名声・信用が損われたことによる損害といった一金銭に評価するのが困難な非財産的損害もある。したがって、取締役の法令違反行為（たとえば、贈賄）により、会社に利益が生じたことをもって、損害がない、とすることはできない。

なお、判例によると、債権者が、損害の発生および損害が債務不履行によって生じたことだけでなく、損害の額まで立証する責任がある。⁽⁶³⁾ しかし、厳格な損害額の計算を原告に要求し、それが明示されていないことを

(60) 内田・前掲注(41)139頁は、「不完全履行においては、債務不履行の事実の立証こそが困難であり、それに成功すれば、帰責事由は、立証されたに等しい」という。

(61) 星野・前掲注(55)56-57頁による。

(62) 「損害」概念について、西原道雄『「損害」とは何か』ジュリスト増刊・民法の争点II (1985) 28-29頁、内田・前掲注(41)149-151頁、など参照。最近の詳しい検討として、潮見・前掲注(41)307-328頁。

(63) 最判昭和28年11月20日民集7巻11号1229頁、など。

理由に請求を棄却することは、取締役の責任追及を困難にするゆえに不当である。⁽⁶⁴⁾

(2) 法令に違反する行為から会社に利益が生じたとしても、その分、取締役の損害賠償金額から減らすこと（損益相殺）は、違法行為を容認することになるため、原則として認められるべきではない。⁽⁶⁵⁾

また、他の取締役に過失があることを「会社の過失」とみなして、過失相殺することも（民418条）、所有と経営が分離している会社においては認められるべきではない。⁽⁶⁶⁾

5. 因果関係

第5番目の要件として、取締役の行為と会社の損害との間に因果関係が存在することが必要である。

もっとも、因果関係があれば、すべて取締役に責任があることにはならない。この点については、民法416条によって解決される。⁽⁶⁷⁾ 同条によると、

(64) 星野・前掲注(55)59頁参照。

(65) 島袋鉄男・私法判例リマックス1998（下）111頁。反対、神田秀樹・別冊ジュリスト・会社判例百選（第6版）（1998）44-45頁。前述の野村證券事件上告審判決における河合裁判官の補足意見は、商法266条が会社の被った損害を取締役に賠償させる制度である以上、損益相殺することは、むしろ当然のことといえる、という。ただし、「取締役の行為から会社に利益が生じているにしても、その行為が刑事犯罪に該当するなど、その利益を持って損益相殺することが社会的に正当視できない場合はあろう」とする。江頭・前掲注（8）370-371頁も本意見と同旨。

(66) 江頭・前掲注（8）370頁（「取締役・株主間の関係が密接な閉鎖会社においては認めるべき場合がある」とする）。この問題について、詳しくは、森・前掲注(11a)563-589頁参照。

(67) 取締役の会社に対する責任において、損害額の算定が問題となるのは、利益相反取引（商266条1項4号）と法令または定款に違反する行為（同5号）の場合だけである。その他の行為については、取締役が弁済または賠償すべき額が明示されており、また競業取引については推定規定が置かれている（同条1項および4項参照）。利益相反取引については、取締役または第三者が得た利益を会社の損害と評価することができよう。

取締役は、まず、債務不履行により「通常生ずべき損害」を賠償しなければならず(同条1項)、次に、特別の事情によって生じた損害も一それを取締役が予見し、または予見することができたはずであるという場合には一賠償しなければならない(同条2項)。しかし、何が通常生ずべき損害で、何が特別の事情によって生じた損害かは、一般的に明らかにすることはできない。取締役の責任を追及する会社または株主は、「通常生ずべき損害」については主張はしなければならないが、立証までは要せず、特別の事情によって生じた損害については、その予見可能性の主張・立証を要するものと解するのが妥当であろう。もっとも、損害賠償の責任一般に関する裁判例は必ずしも一貫していないようである。⁽⁶⁸⁾⁽⁶⁹⁾

おわりに

本稿は、取締役の会社に対する責任のうちの法令違反による責任について、その責任の成立要件を中心に、簡単に論じたにすぎない。多くの検討

なお、会社の整理、特別清算、会社更生および民事再生の手続きにおいては、裁判所が、会社の取締役などに対する損害賠償請求権の査定をすることができる(商386条1項8号・394条-396条・454条1項5号・同3項、会社更生39条1号・99-103条、民事再生143-147条)。査定は裁判所が職権ですることもできるが、管財人などが査定を申し立てる場合には、その原因となる事実を疎明すれば足りる。近藤光男「取締役の経営責任」竹内昭夫=龍田節(編)『現代企業法講座3』(1983、東京大学出版会)316頁、龍田・前掲注(11)87頁参照。

(68) 判例および商法学者は、行為と損害との間に、相当因果関係が存在しなければならない、とする。これに対して、平井宣雄『損害賠償法の理論』(1971、東京大学出版会)は、「相当因果関係」は、実務の指針とはなりえないだけでなく、解釈上の「理論」の名に値しない、と主張し、「保護範囲」論を提示する。詳しい検討として、潮見・前掲注(41)331頁以下。また、星野・前掲注(55)69-70頁、内田・前掲注(41)154頁以下参照。

(69) 星野・前掲注(55)70頁以下、近江幸治『民法講義VI(債権法総論)(第二版)』(2000、成文堂)105頁以下、など参照。また、不法行為を含めた損害賠償の範囲一般についての検討として、錦織成史「損害賠償の範囲の決定基準」前掲注(62)民法の争点II・34-35頁。

課題が残っている。

(1) 現在、日本では会社法制の「現代化」が目指されている。⁽⁷⁰⁾ それに関する要綱試案において、取締役の会社に対する責任についても、とくに委員会等設置会社における規定との調和を図るという観点から、改正提案が示されている。委員会等設置会社に関する規制は、企業経営の健全性の確保よりも、企業経営の効率性の向上に力点を置いて⁽⁷¹⁾いる。監査役設置会社に対する規制を委員会等設置会社の規制に合わせる、という改正であってはならない。経営者に対する実効性のあるコントロールとして、どのようなものが妥当か、という観点から、取締役の会社に対する責任に関する規制を再検討しなければならない。⁽⁷²⁾

(2) また、日本は、現在、「規制緩和」の一環として、これまでの事前の規制（行政指導）から、事後的な規制（法による規制）へと、政策の転換を図っている。その方向性を批判する理由はない。しかし、この数年来の会社法の頻繁な改正を見ると、緩和が行き過ぎている印象が否めない。とくに、経済界の要望を取り入れた改正（たとえば、自己株式取得の解禁、取締役の法令違反による会社に対する責任の免除の新設）が多くなっている。しかも、問題なのは、改正のたびに規制が複雑化していることである。一部の専門家にしか理解できないような法律は法治国家にふさわしいものではない。⁽⁷³⁾ また、取締役にとっても、法律が明瞭でなければ、その義務を履行するに際して法律に違反してしまうということにもなりかねない。

(70) 1990年代から2002年に至る会社法改正の特徴を明快に説明したものとして、川村正幸「会社法大改正の経緯と意義」金融・商事判例1160号4-10頁。

(71) 浜田道代「取締役会制度の改革②（委員会等設置会社）」金融・商事判例1160号（2003年2月増刊号）154頁は、とくにエンロン事件以後のアメリカの会社法改革との比較・検討にもとづいて、このことをはっきりと指摘する。

(72) とくに、浜田・前掲注(71)143-160頁の指摘が有益である。また、前田・前掲注(19)参照。

(73) 2003年日本私法学会でのシンポジウム「検証・会社法改正」における、河合伸一氏の改正に対するコメント（私法66号（2004）58頁以下）参照。

(3) そして、法律の改正には正当な理由が必要である。「最近の社会経済情勢の変化に対応するために…」⁽⁷⁴⁾といった抽象的な理由づけでは不十分というほかに⁽⁷⁵⁾、日本の経済史をふりかえると、いわゆる企業犯罪・企業不祥事(とくに経営者の違法・不正行為)が継続して起こっていることが分かる。⁽⁷⁶⁾とくに、1980年代後半のバブルの発生とその後の状況(銀行、証券会社、事業会社の不祥事や破綻など)に鑑みると、多くの会社では、経営者(とくに代表取締役社長)に対する取締役会および監査役(会)による監督・監査は、ほとんど機能してこなかったといえよう。また、大会社の会計監査人による会計監査の妥当性が疑問とされる事例も多く出てきている⁽⁷⁷⁾。したがって、会社法の改正は、それらに対する反省から出発し、その次に、グローバル化への対処を考えるべきである。すなわち、国民(個人)の株式会社ならびに資本市場に対する信頼の回復を基本としなければならない。

(4) また、株式会社に対する規制は、上場会社とそうでない会社とに分けるのが妥当であり、上場会社に対する規制は、まず第一に、個人投資家(株主)の利益保護を考慮したものでなければならぬ⁽⁷⁸⁾。また、後者(非公開会社)⁽⁷⁹⁾は一般に、小規模・閉鎖会社であり、株主などの利害関係者は多

(74) 要綱試案の補足説明第一部基本方針の表現。

(75) この点で、要綱試案に詳しい補足説明が付され、そして関係者・団体に意見照会をしたことは評価できるが、第一部基本方針第2を、より具体化する必要がある。

(76) 最近の事例として、2004年3月には、西武鉄道の専務取締役役らが利益供与罪(商497条)の容疑で逮捕・起訴された(たとえば、週刊東洋経済2004年3月13日号22-23頁(神谷昌孝)、同4月24日号23頁、商事法務1694号(2004)56-37頁、同1695号(2004)65頁、など)。

(77) 最近の事例として、経営破綻して一時国有化された足利銀行の監査を担当していた中央青山監査法人に対して金融庁が調査を始めた、と報じられている(中央青山監査法人が適正と判断した足利銀行の2003年3月期の自己資本比率は4.54%であったが、金融庁の検査ではマイナス0.7%) (朝日新聞2004年4月29日11面)。

(78) 要綱試案は、株式を発行する会社の便宜を第一に考えているように思われる。

(79) 要綱試案の補足説明によると、株式会社の約8割は資本金額100万円である

くないことから、規制を簡素化することができ、またそれが適当である。しかし、それらは、ほとんどが「同族会社」であり、そして取締役は支配株主でもあるので、取締役に対する内部からのコントロールが働かないことが多いことに着目した規制をする必要がある。⁽⁸⁰⁾

(5) 経営者は、事後的規制の導入によって、一般に、法の遵守（コンプライアンス）がこれまでよりも強く求められるようになった。とくに上場会社の取締役、監査役、執行役は、法令違反による責任を問われることが多くなるであろう。それゆえ、商法上の規制を十分に理解し、さらに法令一般について認識しつつ（または専門家の助言を受けつつ）、その職務を遂行しなければならない。

（追記）

脱稿後、次の詳しい研究があることを知った。笠原武郎「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(1)(2)(3)(4)（未完）」法政研究69巻4号、70巻1号、同2号（2003）。また、同・私法66号163-169頁。

（もっとも、資本金の大小は会社の規模を測定する基準として適当ではない。総資産額、労働者の数、年間売上高を組み合わせて用いる方が妥当である）。なお、補足説明では、「閉鎖」会社という用語はマイナスのイメージが強い、として、「非公開」会社と表現する。それに対応して、「上場会社」という用語を使わずに、「公開会社」と表現している（補足説明第四部第一の（注）参照）。

(80) 青竹正一『続小規模閉鎖会社の法規整』（1988、文真堂）40頁以下、江頭・前掲注（8）364頁参照（取締役が会社の利益を害する行為をした場合に、損害賠償請求権を少数株主に帰属させるなどの解釈も必要となる、とする）。

(81) 最近の論稿として、柿崎環「米国における内部税制概念の展開とその法的意義」私法66号190-197頁。