

# 倒産局面における取締役の責任リスクと その軽減について（3完）

木村健登

## 第一章 序論

### 第二章 カナダ会社法下における取締役の責任

第一節 序説：カナダの法制度等に関する基礎知識

第二節 会社法上の信認義務および注意義務違反に基づく責任

第三節 抑圧救済制度（oppression remedy）に基づく責任

第一款 序説

第二款 「申立人」として認められる者の範囲

（以上、35巻2号）

第三款 「抑圧」「不公正な侵害」または「不公正な軽視」

第四款 倒産手続下における救済制度の射程

第四節 小括

### 第三章 従業員の未払賃金等にかかる雇用法上の責任

### 第四章 取締役の責任減免にかかる諸制度

第一節 会社法下における責任減免

第一款 序論

第二款 business judgment rule

第三款 会社補償制度（以上、前号）

第四款 責任保険（D&O 保険）

第五款 ここまでの議論のまとめ

第二節 倒産法下における責任減免

第三節 小括

### 第五章 日本法の検討

第一節 序：現行法下における責任減免

第二節 改善提案とカナダ法からの示唆

第三節 小括

### 第六章 総括と今後の検討課題

- 第一節 本稿の議論の総括
- 第二節 今後の検討課題

## 第四章 取締役の責任減免にかかる諸制度

### 第一節 会社法下における責任減免（承前）

#### 第四款 責任保険（D&O 保険）

米国の場合（一例として、デラウェア州一般会社法 [DGCL] 145条（g）項）と同様に、カナダ法の下でも、企業が自社の取締役のために責任保険（D&O 保険）を購入し、維持することが許容されている<sup>(1)</sup>。このようなカナダの D&O 保険は、①それぞれ Side A<sup>(2)</sup>、Side B<sup>(3)</sup>、Side C<sup>(4)</sup>と呼ばれる三種類のカバレッジのパッケージ商品として販売されるものであること、②取締役の悪意または不誠実に由来する責任はカバーしない（その一方で、過失に由来する責任はカバーする）こと、および③ Side A、B、C のすべてに共通の支払限度額（limit）が設定されることなど、契約内容の主要部分については米国の——そして、そのような米国の制度を輸入したわが国の——D&O 保険の場合と同様であり、したがってその検討にあたって、基本的には双方共通の考慮が妥当することとなる。

D&O 保険についても、前款で検討した会社補償制度の場合と同様に、補償の対象となる訴訟の類型等につき特段の制約は存在しない。加えて、会社補償制度の場合とは対照的に、D&O 保険については取締役への補償の実施にあたり企業の財務状況は問題とならないことから、企業の債務超過ないし倒産局面においても、平時と同様の機能を発揮することが期待される。以上より、本稿が問題とする取締役の（債務超過ないし倒産局面における）責任リスクとの関係でも、D&O 保険は一定の保護機能を果たし得るものであり、したがって企業が自社の取締役のためにこのような保険を購入することによって、当該取締役の責任リスクが相応に軽減されること

に異論はない。しかしながら、以下の理由から D&O 保険による保護もなお「完璧な」ものではなく、それゆえに取締役が予期せぬ形で責任リスクに晒される余地は、なお残されているものと解される。

第一に、D&O 保険は責任保険であることから、保険期間は一年間とされることが通常である。その上で、満期が到来する度に補償範囲や被保険者のリスク・エクスポージャーの見直し等が行われ、その後（必要に応じて契約内容等に変更を加えた上で）契約の更新がなされることとなるが、企業の財務状況が悪化したタイミングで満期を迎えた場合、保険会社側が契約更新を拒絶するか、または更新後の保険料を非常に高額に設定することにより、それ以降の D&O 保険の利用が不可能になってしまう可能性があるとの指摘がなされている<sup>(5)</sup>。私見はこのような指摘には懐疑的である<sup>(6)</sup>が、仮にそのような実務運用が実際になされているとするならば、企業の債務超過ないし倒産局面において、取締役はなお排除し切れない責任リスクに晒されているものと評価されることになろう。

第二に、より重要な点として、前述のとおり D&O 保険の支払限度額は、Side A、B、C のすべてにおいて共通のものとされていることから、取締役に対する補償の必要性が現実生じた時点において、既に支払限度額が使い果たされている（その結果、もはや保険会社からの支払は一切なされない）という事態が生じる可能性が常に存在していることになる。D&O 保険がこのような構造をとるものである以上、そのような保険のみを通じて取締役に対する十分な保護を提供することは、やはり困難であると考えざるを得ないだろう。

## 第五款 ここまでの議論のまとめ

本節では、取締役の責任減免にかかる会社法上の制度として、business judgment rule、会社補償制度、および責任保険（D&O 保険）の三つを取り上げ、それらが本稿の検討対象たる責任リスクとの関係で十分な保護を提供し得るものであるかについて検討を行った。その結果は、以下のとお

り、これらすべてを組み合わせてもなお保護としては不十分であるというものである。

第一に、判例法理として確立している business judgment rule の下、裁判所は、取締役による意思決定を後知恵的に評価することに謙抑的な姿勢を示していることから、このようなルールの適用を受ける領域、具体的には会社法上の責任リスクに関する領域との関係では、取締役には（倒産手続の内外を問わず）相応の保護が与えられているものと評価してよい。もっとも、これまで検討してきたとおり、カナダの取締役にとって実際上重要となるのは、むしろこのような会社法以外の責任リスク——典型的には従業員の未払賃金等にかかる雇用法上の責任リスク——であると解されるところ、このような（取締役としての地位に基づく意思決定にかかわるものではない）責任との関係では、business judgment rule によって何らかの保護が提供されることはないと考えられる。

第二に、カナダの取締役は、制定法上の会社補償制度および関連する実務慣行の下で、「すべての民事、刑事、または行政上の……手続に関連して彼らが被ることとなった、訴訟の和解または判決の充足のために支払った金額を含む一切の費用」にかかる補償を、企業の側から受ける権利を保持している。そして、このような補償の対象となる訴訟の類型等についても特段の制限は存在しないことから、上述の business judgment rule によっては十分な保護が提供されない領域（とりわけ、雇用法上の責任リスクに関する領域）との関係でも、会社補償制度は一定の保護を提供し得るものといえる。もっとも、多くの場合そのような責任リスクは、企業の債務超過ないし倒産局面において顕在化するものであるところ、企業の資力面での制約または倒産法上のルールによる制約から、当該局面において会社補償制度はほとんどその機能を果たし得ない。この点に鑑みると、会社補償制度を通じて提供される保護の程度は、きわめて限定的なものに留まると解さざるを得ないだろう。

第三に、カナダ法の下でも、米国あるいはわが国の場合と同様に、企業

が自社の取締役のために責任保険（D&O 保険）を購入し、これを維持することが許容されている。このような保険は、取締役がその地位にあることを理由として負担する責任を（免責事由に該当しない限りにおいて）広くカバーするものであるのみならず、会社補償制度とは対照的に、企業の債務超過ないし倒産局面においても平時と同様の機能を果たし得るものである。このことから、上述の business judgment rule や会社補償制度によっては十分に保護されない責任リスクとの関係でも、D&O 保険は相応の保護を提供するものであると評価できる。もっとも、個々の取締役を被保険者とする部分（Side A）と企業自身を被保険者とする部分（Side B、Side C）とで支払限度額が共通であるという性質上、D&O 保険による保護は決して「完璧な」ものとはなり得ず、取締役の下にはなお一定の責任リスクが残されることとなる。

以上を総括するに、取締役の責任減免との関係でカナダ会社法が用意している諸制度は、取締役が負担することとなる一部の責任リスク、とりわけ従業員の未払賃金等にかかる雇用法上の責任リスクとの関係では十分な保護を与えるものではないといえる。このことから、企業が倒産手続「外」において債務超過状態にあるような場合については、カナダの取締役はなお一定の責任リスクに晒されているものと評価されることになるが、これに対して、倒産手続「内」における取締役の責任リスクを評価するためには、倒産法上用意された責任減免制度の内容を踏まえてさらなる検討を行う必要がある。したがって次節では、そのような倒産法上の責任減免制度の内容について検討を行う。

## 第二節 倒産法下における責任減免

### 第一款 序説

本節では、カナダにおける倒産法上の責任減免制度について検討を行う。一般論として、債務超過状態にある企業の経営再建を実現するためには、債権者らの（企業に対する債権の免除等を通じた）協力はもちろんのこ

と、現職の経営陣を引き続きその地位に留め置いた上で、彼らの知識・経験等を適切かつ誠実に——監督委員（monitor）による一定の監視の下に——行使させることも重要になると考えられる。しかしながら、カナダではとりわけ1990年代以降、企業が上記のような経営再建を企図して申立書の提出（CCAA 10条（1）項）等を行う直前に、当該企業の取締役の多くが辞任してしまうという事態が多発するようになった<sup>(7)</sup>。その理由としては、やはり従業員の未払賃金等にかかる責任リスク [第三章] の存在が大きく、それらが無過失責任（厳格責任）として課される点はもちろん、取締役の在職期間中に支払時期が到来した賃金債権等のみを責任の対象とする条文の構造もまた、当該取締役に辞任を選択するインセンティブを与える大きな要因となっていたと説明される<sup>(8)</sup>。そして、このような取締役らの一斉辞任の結果として、本来であれば十分な再建可能性があった企業までもが清算・解体に追い込まれるという事態が多発し、これが実務上問題視されたことから、それぞれ1990年代から2000年代にかけて、企業の倒産局面における取締役の保護を充実し、その辞任を抑制するために、取締役に対する債権の一部免除（Compromise of Claims）および Directors' Charge に関する各規定が、倒産法上新設されるに至った。以下ではこれらの両制度につき、その内容を順に検討していくこととする。

## 第二款 取締役に対する債権の一部免除（Compromise of Claims）

### 一 総説

カナダの倒産法上は、BIA（破産・支払不能法）の下でなされる提案（Proposal）または CCAA（企業債権者整理法）の下で提示される債務整理計画（Plan of Arrangement）の一内容として、取締役に対する手続開始前の債権の一部を免除する旨の規定を組み込むことが許容されている<sup>(9)</sup>。これらは、1997年の法改正において導入されたものであり、上述のとおり倒産企業の取締役が過度の責任リスクを嫌って辞任することを抑制しようとするものである。

同規定により免除可能な債権の範囲には、条文上次のような制約がある。第一に、特定の取締役と債権者との間の契約関係に基づく債権（典型的には、経営者保証がなされた場合における保証債権）は、免除することができないとされる<sup>(10)</sup>。第二に、取締役から債権者に対してなされた「不正または抑圧的な行為」や「不実の情報開示」を理由として生じた債権についても、これを免除することはできないとされる<sup>(11)</sup>。他方で、それ以外の債権については、当該状況に照らしてこれを免除することが公平かつ合理的であると裁判所が認める限りにおいて、免除の対象に含めることが可能であるとされる<sup>(12)</sup>。

これらの規定からも明らかなおと、実際上いかなる範囲において債権の免除がなされるかは、裁判所の判断によるところが大きい。そしてこの点については、各州の裁判所ごとに明確なトレンドがあるとされる<sup>(13)</sup>。一方で、オンタリオ州は責任免除に寛容であり、重過失または意図的な不正行為に基づくものを除いたすべての（手続開始前の行為を原因とする）責任を免除するような提案等についても、裁判所はこれを承認する傾向があるとされる。他方で、ケベック州は責任免除に比較的厳格な傾向があり、実際に近時の裁判例においても、上記のような包括的責任免除は、すべての債権者との関係で不公平かつ不公正であり、過剰なものである<sup>(14)</sup>として、これを認めない立場が示されている。

以上のとおり、取締役に対する手続開始前の債権についていかなる範囲でその免除を認めるかに関しては、州ごとに相応のバリエーションがあるものの、裁判所が積極的に裁量権を行使し、これを広範に認める立場からは、取締役の（手続開始前の行為等を原因とする）責任リスクに対する強力な保護が提供されることになると評価することができる<sup>(15)</sup>。

### 第三款 Directors' Charge

前款で述べた債権の一部免除（Compromise of Claims）に加えて、倒産局面における取締役の責任リスクを軽減するためのもう一つの手段とし

て、カナダの倒産法上は、倒産手続下においても引き続き取締役に対する補償（会社補償）が実施されるように、当該補償債権のために最高順位の（superpriority）担保権を設定することが許容されている。このようにして債務者企業の財産に設定される担保権は Directors' Charge と呼ばれる。このような Directors' Charge に関する規定は、2009年の法改正において BIA および CCAA の双方に新たに設けられたものであるが、カナダの倒産法実務においてはそれ以前から、裁判所による裁量権の行使という形で広く活用されてきたものであるとされる<sup>(16)</sup>。

### 一 制度の概要

Directors' Charge の設定の可否は、債務者企業の申立てに基づいて実施される裁判所の審査に服するものであり、取締役に対する補償債権を担保する上で適切とみなされる範囲において設定されることとなる<sup>(17)</sup>。また、このような Directors' Charge は最高順位の担保権として設定されるものであるが、具体的には、Administration Charge および DIP lenders' Charge を除く他のすべての担保権に優越する地位が与えられることとなる<sup>(18)</sup>。

より詳細な仕組みとして、第一に、Directors' Charge の特徴ないし条文上の位置づけとして、同制度は D&O 保険による保護を補完する機能を果たすものであることが明確にされている。すなわち、裁判所は債務者企業が自社の取締役のために「合理的な費用で [D&O 保険] を取得すること」ができないと判断した場合にのみ、このような担保権の設定にかかる命令を下すことができるとされている<sup>(19)</sup>。なお、ここにいう「取得」には、既に取得した D&O 保険契約を維持することも含まれると解されており、したがって倒産企業が（通常は手続開始前に）購入し、現在まで維持している D&O 保険契約において、取締役らが将来的に負担し得る責任をカバーするに十分な額の支払限度額が残されているような場合についても、このような担保権の設定は行われないこととなる<sup>(20)</sup>。

第二に、Directors' Charge はあくまでも、現職の取締役らに倒産手続の開始後もその地位に留まってもらうことを目的として設定されるものであることから、手続開始後に取締役の一部が辞任したような場合については、それによって減少する責任リスクの程度に応じて、担保権に服する財産の範囲も縮減されることとなる<sup>(21)</sup>。

第三に、Directors' Charge の対象とされる取締役の責任の範囲には、以下の二つの制約が課されている。第一に、取締役の重過失（gross negligence）または意図的な不正行為（willful misconduct）に基づく責任との関係では、Directors' Charge による保護は与えられない<sup>(22)</sup>。第二に、現行法の下では、倒産手続の開始「後」に生じる取締役の責任のみが Directors' Charge による保護対象に含まれるとされている<sup>(23)</sup>。もっとも、このような規定が設けられる以前の一部の裁判例においては、倒産手続の開始前の取締役の責任についても Directors' Charge の対象に含めることができるとの立場が示されており<sup>(24)</sup>、学説上も、開始前の責任に対する補償を（現行法のように）カテゴリカルに禁止することは適切でないとの見解が示されているところである。以下ではこの点についてももう少し詳しく見ていくこととする。

## 二 手続開始前の責任をカバーすることの是非

前述のとおり、BIA および CCAA の中に明文の規定として設けられた Directors' Charge は、取締役が倒産手続開始後に負担することとなった責任のみを補償の対象とするものである。補償範囲にこのような限定が加えられた理由としては、①取締役の留任という制度目的からは、手続開始前の責任までを補償すべき理由が導き出されないこと、②このような制度が取締役の従前の違法行為を覆い隠し（whitewash）、単に当該取締役の個人責任リスクを減少させるだけのものとして利用されるのは適切でないこと等が指摘されている<sup>(25)</sup>。これらの理由から、2009年の法改正においては、上記のとおり倒産手続開始後の責任のみをカバーするものとして

Directors' Charge にかかる規定が設けられることとなったが、他方で、とりわけカナダにおいては、前述のとおり従業員の未払賃金等との関係で取締役には厳格な責任が課されていることから、手続開始前の責任との関係でもなお取締役を保護すべき場合もあり得るとして、そのようなカテゴリカルな立場には否定的な学説も見られる<sup>(26)</sup>。このような学説がカナダ法の文脈においてどこまで説得力を持つかという点については、本稿の目的からも逸れてしまうためにここでは検討を行わないが、少なくともわが国の場合、企業の倒産局面における取締役の責任が問題となる事例の大半は（たとえば民事再生手続下において引き続き経営権を保持している）取締役による手続開始後の行為ではなく、手続開始前の行為を責任原因とする（実際に責任追及がなされたタイミングが、たまたま手続開始後であったにすぎない）ものであると考えられる。このことから、仮に現行のカナダ法と同内容の Directors' Charge を導入したとしても、それはわが国の現状との関係ではあまり実効性のないものになってしまう可能性が高く、それゆえに同制度の導入について検討するにあたっては、上述の学説の立場を参考に、手続開始前の責任との関係でも Directors' Charge の設定を認める方向で検討を進めていくべきであろう。これについては、次章で改めて検討を行う。

### 第三節 小括

本章では、債務超過ないし倒産局面にある企業の取締役が負担する責任リスクを減免するための、会社法および倒産法上の諸制度について検討した。その結果は、要旨以下のとおりとなる。

一方で、会社法上の責任減免制度としては、第一に、カナダの会社法上も判例法理としての business judgment rule が確立しており、取締役による経営判断を裁判所は尊重することとされている。これにより、取締役の会社法上の責任リスク、とりわけ取締役の注意義務違反にかかる（CBCA の下での）責任リスクとの関係では、カナダにおいても一定の保護

が提供されていることが明らかとなった。しかしながら、カナダの取締役にとっての主要な責任リスクは、むしろこのような会社法上の責任リスク以外のもの（とりわけ、従業員の未払賃金等にかかる雇用法上の責任リスク）であると解されるどころ、そのような責任リスクとの関係で、business judgment ruleは何らの保護を提供するものではない。第二に、そのような雇用法上の責任リスクとの関係でも取締役に対する保護を提供し得る制度としては、会社補償制度とD&O保険の二つを指摘することができる。前者は取締役が負担することとなった損害賠償金等を企業が事後的に補償することを通じて、後者はあらかじめ締結された保険契約に基づいて取締役に対する給付がなされることを通じて、彼らの責任リスクを軽減する役割を果たすものである。もっとも、このうち前者については企業の債務超過ないし倒産局面においては（後述のDirectors' Chargeの存在を考慮しない場合には）基本的に機能しないという欠点、後者については取締役を被保険者とする部分（Side A）と企業自身を被保険者とする部分（Side B、Side C）との支払限度額が共通であるという欠点がそれぞれ存在することから、これらの両制度の存在を前提としてもなお、取締役を個人責任リスクから完全に解放するには至らないということが明らかとなった。

以上に対して、倒産法上の責任減免制度としては、第一に、倒産法上の提案または債務整理計画の一環としてなされる、取締役に対する債権の一部免除（Compromise of Claims）を指摘することができる。これにより、取締役がその地位にあったことを理由として（手続開始前に）負担することとなった責任については、倒産手続の開始とともに追加の保護が提供されることとなる。もっとも、実際にどの程度の保護が提供されるかについては各州の裁判所の裁量によるところが大きく、たとえばオンタリオ州では、重過失または意図的な不正行為に基づくものを除いたすべての責任を免除するような提案等も承認される傾向にあるのに対して、ケベック州では、このような責任免除は過剰なものであるとして拒絶される傾向にあるとされる。第二に、カナダの倒産法上は、倒産手続下における取締役の補

償債権を担保するために、債務者企業の財産に Directors' Charge（最高順位の担保権）を設定することが許容されており、これによって、倒産手続下においても引き続きその職務に従事する取締役に対しては、優先的な保護が提供されるようになっている。また当該制度は、倒産手続開始と同時に取締役が辞任してしまうという事態を防ごうとするものであることから、対象となる責任の範囲は倒産手続開始後のものに限定されている。もっともこの点については、より広範に（手続開始前の責任との関係でも）その活用を認めるべきであるとする立場も、一部の学説においては有力に主張されているところである。

以上を総括するに、カナダの企業の取締役は、とりわけ企業の債務超過ないし倒産局面において、主として雇用法上の義務に由来する責任リスクを負担しているものと解されるところ、同国においてはこのような責任リスクに対処するための制度が、会社法および倒産法のそれぞれに設けられている。このうち、後者の倒産法上の責任減免制度は——裁判所による積極的な裁量権の行使や、担保権の設定対象となる債務者企業の財産の有無といった不確定要素にある程度依存はするものの——比較的「手厚い」ものであり、したがってひとたび企業が倒産手続に突入すれば、取締役らの責任リスクは相当程度減少することになると考えられる。これに対して、企業が債務超過状態にあるものなお倒産手続には移行していないような場合については、取締役らに対する保護はおそらく十分には提供されておらず、彼らはなお一定の責任リスクに晒されていると評価すべきであろう。

また、本稿はカナダ法に関する改善提案や立法提言等を行おうとするものではないが、以上の検討結果からは、D&O 保険にかかる構造上の問題——取締役を被保険者とする部分（Side A）と企業自身を被保険者とする部分（Side B、Side C）との支払限度額が共通であるという問題——を解決することが、取締役の責任リスクをさらに軽減するためには有用であることが示唆される。すなわち、D&O 保険が「完璧な」保護を提供し得な

い最大の理由が、既に Side B または Side C との関係で支払限度額が使い果たされている可能性があることに求められる以上は、端的にこのような構造を改め、取締役に対する補償部分と企業に対する補償部分とで支払限度額を別個に設定することによって、取締役の責任リスクをさらに軽減することが可能になると考えられるためである。

## 第五章 日本法の検討

### 第一節 序：現行法下における責任減免制度

前章までの議論を踏まえ、本章では取締役の個人責任リスクの減免にかかるわが国の制度を今後どのように改めていくべきか、またその際にカナダ法（および関連する学説上の主張）からはいかなる分析上の示唆がもたらされるかという観点から、具体的な検討を行う。第一節では、前提の確認として、企業のいわゆる「平時」と「有事」のそれぞれにつき、取締役の責任リスクに対してわが国では現状どの程度の保護が与えられているかを概観し〔第一款・第二款〕、それを踏まえて、現行法の下では具体的にどの点において保護が不足していると考えられるかを確認する〔第三款〕。第二節では、これまでに検討してきたカナダ法の内容からわが国にも応用可能な知見を抽出し、上述の不足点についての改善提案を行う。そして、第三節においてそれらを再度整理し、一応の結論を提示することによって、本章の結びとする。

### 第一款 非倒産局面における責任減免

企業の非倒産局面において、会社法429条1項に基づく取締役の責任に対する保護を提供する制度（判例法理を含む）としては、わが国にもカナダ法と同様に、①経営判断原則、②会社補償制度、および③役員等賠償責任保険（D&O 保険）の三種類が存在している<sup>(27)</sup>。

## 一 経営判断原則

わが国においても、カナダ法の場合と同様に、米国の判例法理に示唆を得た経営判断原則の考え方が、判例・学説の双方において浸透している。最判平成22年7月15日判時2091号90頁（アバマンショップホールディングス事件）の枠組みによれば、同原則は、経営判断にかかる意思決定の「過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反」したもとはみなさないとするものである。

このような経営判断原則は、主として会社法423条1項との関係で問題とされるものであり、本稿が検討対象とする会社法429条1項との関係でも同原則が適用されるかについては、しばしば議論の対象となる。もっとも、この点に関して本稿は、あくまでも現行法のメカニズムを所与の前提として、当該状況下において取締役への十分な保護を提供するためにはどうすればよいかを検討しようとするものであるところ、裁判例を概観する限り、会社法429条1項（または平成17年改正前商法266条の3）の文脈において同原則を適用した（少なくともその存在を強く意識した）と見受けられるものも現に複数存在している<sup>(28)</sup>。このような事実を鑑みて、さしあたり本稿では、会社法429条1項の責任との関係でも経営判断原則の適用は否定されないことを前提に、以下では（第一章第一節で例示した）監視義務違反および内部統制システム構築義務違反を理由とする取締役の責任について、それぞれ経営判断原則による保護が及び得るかを検討していくこととする。

まず、前者の監視義務違反に基づく責任との関係では、一般に経営判断原則の適用は認められないものと考えられている<sup>(29)</sup>。経営判断原則とは、文字どおり取締役の経営判断にかかる（一定のリスク・テイクを伴う）積極的な意思決定との関係で、裁判所による後知恵的な介入を抑制しようとするものであるところ、取締役の不作为を問題とする監視義務違反にかかる責任については、基本的には同原則による判断に馴染まないものと解されるためである。次に、後者の内部統制システム構築義務違反に基づく責任

との関係では、どのような内部統制システムを社内に構築するかについては取締役に応じた裁量が認められ、したがって当該義務違反にかかる審査は経営判断原則の枠組みによってなされるべきとする見解が学説上は有力であり<sup>(30)</sup>、実際に取締役にそのような広い裁量を認めた裁判例も、現に複数存在している<sup>(31)</sup>。他方で、このような責任との関係で経営判断原則を適用することには懐疑的な見解も存在するが、そこでも（最低限度要求される水準を超えて）どこまで内部統制を充実させるか／具体的にどのような方法で内部統制を実現するかについての意思決定との関係で、取締役に広範な裁量が認められること自体は承認されている<sup>(32)</sup>。このことから、従業員による違法行為の発見・抑止等を目的とした内部統制システムの構築にあたっては取締役の側に相応の裁量が認められており、それゆえに当該システムが結果的には機能しなかったという一事をもって、裁判所が後知恵的に取締役の責任を認定することはないものと考えられる。したがって、当該局面における取締役の責任との関係では、これを経営判断原則の適用と評価するかはともかく、取締役に対して一定の保護が与えられていることに異論はないだろう。

しかしながら、以上のような立場が事実上確立していることは、本稿の目的（取締役が第三者との関係で負担し得る責任リスクの軽減）との関係でそこまで大きな意味を持つものではない。その理由として、取締役の専門的判断を尊重するこのような裁判所の態度はごく最近に確立したものではなく、たとえば第一章第一節で例示した裁判例（とりわけ、内部統制システム構築義務違反が問題とされた③と④の裁判例）が出された当時においても、既に十分に確立していたものであると考えられる。このことから、「企業の債務超過ないし倒産局面においては、内部統制システム構築義務違反にかかる責任との関係で、取締役に十分な保護が提供されていないのではないか」という本稿の問題意識は、上記のような立場が確立していることを踏まえても、なお取締役に対する保護は不十分であるとの理解を前提とするものであるということになり、そうするとこのような経営判断原則に

対して、本稿との関係で大きな意味を持たせることは困難であるということになるのである。

## 二 会社補償制度

第一章第一節で述べたとおり、会社法の一部を改正する法律（令和元年法律第70号）第430条の2において、わが国にも新たに会社補償制度（条文上は補償契約）にかかる規定が設けられることとなった。このような制度は、取締役らが「その職務の執行に伴い損害賠償の責任を負うことを過度に恐れることによ」って、彼らの「職務の執行が萎縮することがないように」との考慮の下に設けられたものであるとされる<sup>(33)</sup>。

既に繰り返し述べてきたように、わが国の取締役は、とりわけ企業の債務超過ないし倒産局面において、会社法429条1項との関係で大きな責任リスクを抱えているものと評価できる。このことから、取締役の職務執行の萎縮防止という上記の目的を達成するためには、このような会社法429条1項の責任との関係でも広く補償を認めることが重要になるものと考えられるが、わが国においては現状、当該責任を補償の対象に含めることは（少なくとも条文の文言を素直に読む限りは）認められていない。その理由として、会社法429条1項に基づく取締役の責任は、当該取締役に「その職務を行うについて悪意又は重大な過失があった」ことを要件として課されるものであるところ、会社法430条の2第2項3号より、このような取締役の悪意または重過失に起因して生じた損失については、補償の対象から除外されているためである<sup>(34)</sup>。以上より、わが国における会社補償制度は、本稿が検討対象とする取締役の責任との関係では、単に防御費用の補償を認めるに過ぎないものであり（430条の2第1項1号参照<sup>(35)</sup>）、したがってその効果もまた限定的なものに留まることとなる<sup>(36)</sup>。

ところで、わが国において取締役が直面し得る主要な責任リスクとしては、本稿が検討対象とする会社法429条1項に基づく責任のほかに、もう一つ会社法423条1項に基づく責任を指摘することができる。このうち前

者の責任との関係で、わが国の会社補償制度がほとんど（防御費用の補償が可能であることを除けば）機能しないことは上述のとおりであるが、それだけでなく後者の責任との関係でも、責任免除にかかる既存の法制度（会社法424条以下）との兼ね合いから、会社補償制度はその機能を制限されている<sup>(37)</sup>。このことから、令和元年会社法改正において整備されたこのような制度が、実際に取締役の職務執行の萎縮防止という目的との関係で有意な役割を果たし得るのかについて、私見はこれを非常に消極的に評価しており<sup>(38)</sup>、改正法における「目玉」の一つとして導入されたこのような制度に相応の実効性を持たせるためにも、将来的な（補償範囲の拡張方向での）法改正を視野に現時点から検討を進めていくべきであると考えている。このような理由に基づき、次節では、会社補償制度の適用範囲を拡張することの是非についても検討していくこととする。

### 三 役員等賠償責任保険（D&O 保険）

役員等賠償責任保険（D&O 保険）は、取締役が職務の執行に関して負担することとなった損害賠償責任等に対する補償を目的とした責任保険である。1940年代に米国で販売が開始されたのを発端に、わが国においても1990年代に販売が開始され、現在では上場企業の9割以上がこの保険に加入済であるとされる<sup>(39)</sup>。他方で、このような保険を購入する際の具体的な手続や、会社法上の利益相反取引規制との兼ね合いなど、当該保険をめぐるはいくつかの解釈上の疑義が存在したことから、令和元年会社法改正において、これについてもいくつかのルールが整備されることとなった（会社法の一部を改正する法律〔令和元年法律第70号〕第430条の3）。

わが国で販売されている D&O 保険も、基本的にはカナダ法におけるそれと同一の構造を有するものである<sup>(40)</sup>〔前章第一節第四款〕。したがって、わが国の D&O 保険についても、①企業の財務状況にかかわらず取締役に対する補償機能を（監視義務違反や内部統制システム構築義務違反にかかる責任もカバーする形で）果たし得るという大きなメリットが存在する一方で、

②個々の取締役を被保険者とする部分（Side A）と企業自身を被保険者とする部分（Side B、Side C）との間で支払限度額が共通とされているために、取締役に対する補償の必要性が生じた時点において、既に当該限度額が使い果たされているという可能性を排除しきれないというデメリットが存在することとなる。このことから、わが国においてもやはりカナダ法の場合と同様に、このような D&O 保険のみをもって、取締役の責任リスクに対する「完璧な」保護を提供することは困難であるとの評価が妥当することになる。

## 第二款 倒産局面における責任減免

前章第二節で検討したように、カナダの倒産法上は、倒産手続下においてもそのポストに留任する取締役が過剰な責任リスクに晒されることが無いようにとの配慮から、取締役に対する債権の一部免除（Compromise of Claims）や Directors' Charge といった特別の制度が用意されていた。このことから、ひとたび企業が倒産手続に突入すれば、当該企業の取締役に対しては比較的手厚い保護が与えられ、それゆえに、同人が職務上負担し得る責任リスクの程度も相当程度減少することになると考えられることを指摘した。

以上に対して、わが国の倒産法制（破産法、民事再生法、会社更生法）の下では、このような取締役の責任減免にかかる特段の規定は設けられていない。したがってわが国においては、上記のカナダ法の場合とは対照的に、倒産企業の取締役に対して何か特別の保護が提供されることはないということになる。むしろ、当該局面においては会社補償制度による保護が全く（防御費用等の補償部分も含めて）機能しなくなること〔前款「二」参照〕に鑑みれば、この場合における取締役の個人責任リスクは平時に比して一層高まるとも評価し得るのであり、本稿の問題意識に照らして、このような現状についてはやはり何らかの対処が必要であると考えられるだろう。

### 第三款 ここまでの議論のまとめ

本節では、わが国の取締役が職務上負担し得る責任リスクとの関係で、現行法の下ではどの程度の保護が提供されているかについて、企業の非倒産局面と倒産局面の双方につき改めてこれを整理した。その結果、わが国の現状として以下の三点が明らかとなった。

第一に、わが国においてはカナダ法の場合とは対照的に、企業の倒産局面において取締役の責任リスクを軽減するための特段の制度は存在していない。このことから、わが国では企業が倒産手続下に移行した場合であっても、取締役に対していわゆる平時（非倒産局面）において与えられていた以上の保護は与えられないことになる。

第二に、そのような平時において取締役の責任リスクの軽減機能を果たすものとして、わが国の判例法理上も経営判断原則と呼ばれるルールが確立している。このようなルールの下、取締役によってなされた専門的な意思決定は、当該決定の過程および内容に著しく不合理な点があると認められた場合を除き取締役の責任原因を構成しないこととなるため、これによって取締役が負担することとなる責任リスクが相当に軽減されることに異論はない。しかしながら、本稿の議論との関係で、このようなルールに対して大きな評価を与えることは困難である。その理由として、経営判断原則は昭和40年代以降現在に至るまで確立した判例法理として用いられてきたものであるところ、本稿はこのような判例法理の存在を前提に、なお取締役の（企業の債務超過ないし倒産局面における）責任リスクに対する保護が不十分であると主張するものとして整理されるためである。

第三に、取締役の責任減免にかかる制度のうち令和元年改正会社法の下で新たに明文の規定が設けられたものとしては、会社補償制度および役員等賠償責任保険（D&O 保険）の二種類が存在する。もっとも、このうちの会社補償制度については、そもそも会社法429条1項に基づいて取締役が負担する賠償金（または和解金）との関係で補償を行うことを認めていないため、本稿が問題とする責任リスクとの関係では（防御費用の補償が

可能となることを除き)ほとんど実効性を有しない。他方で、D&O 保険についてはそのような制約は存在しないものの、こちらについてもカナダ法との関係で述べたこと [第四章第一節第四款] が同様に妥当するため、やはり取締役に対して「完璧な」保護を提供するまでには至らない。

## 第二節 改善提案とカナダ法からの示唆

以上のとおり、現行法の下では取締役が会社法429条1項に基づいて(第三者との関係で)負担することとなる責任リスクに対して、十分な保護が提供されているとは言い難い。では、このような現状を改善するための方策として、カナダの法制度(および関連する学説上の主張)から何らかの示唆を得ることはできないだろうか。これまでの検討内容を踏まえて、以下いくつかの提案を行ってみたい。

### 第一款 非倒産局面における責任減免：会社補償制度

#### 一 序論

第四章第一節で検討したように、企業の非倒産局面(より具体的には、債務超過状態に陥っているものの未だ法的倒産手続には移行していないという局面)における取締役の責任減免を実現し得る制度として、カナダ法の下では、① business judgment rule、②会社補償制度、および③ D&O 保険の三つが用意されていた。このような「三層構造」による保護が提供されている点はわが国と同様であり、その限りにおいて特段注目すべき点は存在しないが、このうち②の会社補償制度の位置づけおよび射程をめぐっては、わが国との関係においても下記のとおり有益な検討の視点が提供されるものと考えられる。

#### 二 カナダ法との相違点

わが国の場合とは対照的に、カナダ法における会社補償制度は、取締役が第三者との関係で負担する責任リスクとの関係でも(企業の側が実際に

補償費用を捻出できるかという問題は残されるものの一応の役割を果たすものとなっている。その理由の一つとして、カナダにおいては従業員の未払賃金等にかかる取締役の責任が、個々の取締役の過失の有無を問題としない厳格責任として課されている——そのため、補償の要件として「取締役の誠実性」を要求しても、なお会社補償制度が機能する場面が想定される——ことを指摘し得るが、もう一つの理由として、マニトバ州の裁判例上は、取締役の不誠実性を基礎づける（単なる主張のレベルに留まらない）証拠が実際に提示されない限り、当該取締役は補償を受ける権利を喪失しないとされている点もまた注目に値する<sup>(41)</sup>。ここにいう「証拠の提示」とは、つまるところ、判決において取締役の不誠実性が認定されることを指すものと解されることから、そのような判決に先立って和解が成立したような場合には、取締役はなお和解金にかかる補償を受ける権利を（事実として不誠実な点があったか否かにかかわらず）有するということになる<sup>(42)</sup>。

以上に対して、わが国の会社補償制度は、確定判決に基づく賠償金に留まらず、和解条項に基づいて支払われた和解金についても、取締役による職務執行に悪意または重大な過失が認められる限り、これを補償の対象に含めることを許容しない。このようなルールが設けられた理由としては、「第三者に生ずる損害の賠償に関する……和解金は、……紛争の相手方である当該第三者に対する金銭の支払であることにおいて通常の損害賠償金と異ならない」<sup>(43)</sup>との説明がなされているところである。

### 三 わが国において補償範囲を拡張させることの是非

しかしながら、実際の和解条項の中で、個々の取締役についての重過失の有無が明記されることは少ないものと考えられる。そうすると、前記「二」において説明した現行のルールの下では、重過失の有無をめぐる紛争が事後的に（補償の実施を決定した取締役<sup>(44)</sup>の任務懈怠責任〔会社法423条1項〕を追及する形で）蒸し返されることへの懸念から、実務上は和解金の支払についてもおよそ補償を行い得ないということにもなりかねな

い<sup>(45)</sup>。このような弊害の存在に鑑みて、私見は、少なくとも取締役が支払うこととなる和解金との関係では、同人の重過失の有無を問題としない形で一律に補償を認めるのが適切であると考えられる。そのための具体的な方法としては、たとえば和解金の支払を（確定判決に基づく損害賠償金の支払と同列に扱うのではなく）「費用」にかかる支払の一種とみなした上で、取締役の重過失の有無を問題としない形での補償を認める方法（会社法430条の2第1項1号参照）なども考えられる<sup>(46)</sup>が、これについても結局は法改正が必要となる——会社法430条の2第2項3号の規定との兼ね合いから、現行法の解釈の枠内で上記を実現することは不可能である——以上は、端的に条文の文言を改め、重過失が認められる場合における補償の禁止（430条の2第2項3号）の対象から和解金の支払の場合を除外することが、おそらくは最も簡明である。このような法改正がなされることによって、会社補償制度をめぐる実務上のトラブルを未然に防ぐことが可能となるだけでなく、本稿が検討対象とする会社法429条1項の責任との関係でも、会社補償制度に一定の役割を与えることが可能となる。

もっとも、このような和解金に対する補償については、それによって取締役の機会主義的行動<sup>(47)</sup>が誘発されるリスクがあることも否定し難いことから、その実施を無条件に許容することは困難である。したがって、たとえばこのような補償の実施要件として取締役会（または特別に設置された委員会〔会社補償委員会〕）による事前同意を——補償契約において義務的補償<sup>(48)</sup>の建付けが採用されているか否かを問わず——義務付けるなど、この点については一定の手続的規制を設けた上で、取締役に対する「不適切な」補償がなされないことがないように慎重な運用を行うことが求められることになるだろう<sup>(49)</sup>。

## 第二款 倒産局面における責任減免①：取締役に対する債権の一部免除

### 一 序論

前款で述べたように、わが国の倒産法上、倒産企業の取締役の責任リス

クを軽減することを目的とした特別の制度は存在しないが、対照的にカナダの倒産法上は、そのような責任軽減を実現するための特別の法制度がいくつか用意されている。そして、既に繰り返し述べてきたとおり、現状が国においては、取締役が会社法429条1項に基づいて負担する責任リスクとの関係で十分な保護が提供されているとは言い難いが、このようなカナダの法制度を参考に、それらを（ある程度のアレンジを加えながら）取り入れていくことで、少なくとも倒産企業の取締役との関係では、より実効的な責任減免法制を提供することが可能になるものと考えられる。

## 二 取締役に対する債権の一部免除（Compromise of Claims）を認めることの是非

取締役の責任リスクを軽減するための最も直截的な方法としては、当該取締役が負担している（あるいは今後負担する可能性がある）損害賠償債務を、一定の限度で免除することを認めるというものが考えられる。

この点について本稿は、①カナダの倒産法制の下では提案（BIA）または債務整理計画（CCAA）の一内容として、取締役に対する手続開始前の債権の一部を免除する旨の規定を組み込むことが許容されていること、②これにより、取締役が負担することとなる損害賠償債務のうち債権者への「不正または抑圧的な行為」や「不実の情報開示」を理由としないものについては、広くこれを免除するような運用が（州ごとに若干の差異はあるものの）なされていることを指摘した。

第一章第一節でも述べたように、わが国において、取締役が会社法429条1項に基づく責任リスクに直面する状況としては、企業が債務超過状態に陥っている（それゆえに、当該企業から直接に債権の回収を図ることができない）ような場合が多いと解されるが、当然ながらその中には、当該企業が既に法的倒産手続に移行している場合も含まれる。このことから、上記のような（倒産局面における）取締役の責任の一部免除を認めることは、それによってカバーされるであろう事例数の多さにも鑑みて、わが国にお

いても十分に考慮に値するものであると考えられる。加えて、わが国においても既に会社法425条および426条の下で、取締役の責任を（それぞれ「株主総会の特別決議<sup>(50)</sup>」または「事前の定款の定め+取締役会決議」を通じて）一部免除することが認められていることからすれば、それらと類似の機能を有する法制度を新たに導入するにあたっての心理的な抵抗感も、まったく新しい外国の法制度等を導入する場合と比較すれば幾分か軽減されるものと期待される。以上の理由から、私見はこのような責任の一部免除制度を（将来的な法改正を通じて）わが国にも導入することに肯定的であるが、そのためにはいくつか検討すべき問題が存在している。

### 三 会社法425条および426条との関係性

第一に、上記のとおりわが国においても、既に会社法425条および426条においてこのような責任の一部免除に関するルールが設けられていることから、これらの規定との矛盾抵触をどのように回避していくか——より具体的には、両制度による免除の対象から会社法429条1項の責任が除外されていることをどう評価すべきか——が問題となる。この点に関して、会社法425条および426条に基づく責任の一部免除は、いずれも株主や取締役といった会社内部の人間による承認プロセスを経て行われるものであることから、それによって免除可能な責任の範囲についても、おのずから取締役の会社に対する責任に限定されることになる。現行法の下では、これらの規定との関係では会社法423条1項に基づく取締役の責任のみが免除可能とされており、同法429条1項に基づく責任はその対象から除外されているが、以上の理由から、このことには合理性が認められる。しかしながら、このことは同時に、会社法429条1項に基づく責任の追及主体であるところの「第三者」によって、当該責任を免除することについての承認がなされたと評価できるような場合については、同法に基づく取締役の責任を一部免除することもまた許容され得るということを示唆する。したがって、カナダ法のような（倒産手続下における）取締役の責任免除を、会社

法429条1項に基づく責任との関係でわが国にも導入するにあたっては、上記の承認をいかなる方法で確保するかをまずは考える必要があるということになるだろう。

一つ目の可能性として、倒産企業の債権者らによって構成される決定機関であるところの債権者集会を活用して、このような責任免除についての承認決議を取るという方法が考えられる。これは、いわば会社法425条のルールに対応する形で、倒産手続下において重要な意思決定を行うための利害関係人集団である（その意味で、平時における株主総会に相当する機関ともいえる）債権者集会において承認決議を得ることを条件とすれば<sup>(51)</sup>、取締役の第三者（債権者）に対する責任を免除することも正当化し得るのではないかとの発想に基づくものである。しかしながら、いわゆる間接損害事例——取締役の行為によって会社に損害が生じ、その結果として債権者らも派生的に損害を被ったという事例——の場合については格別、取締役の行為によって特定の債権者のみが損害を被ったという直接損害事例との関係では、このような債権者集会による承認を根拠として取締役の責任免除を正当化することは困難である。そのため、このような承認方法を採用することは、それによって正当化し得る責任免除の範囲が限定的であることから、基本的には支持し難いように思われる。

二つ目の可能性として、こちらはいわば会社法426条に対応する形で、倒産手続下における取締役の責任（会社法429条1項に基づく責任）を一定の範囲で免除し得る旨を、事前に定款に記載しておくという方法も考えられる。これは、そのような定款規定の存在を前提に取引関係に入った債権者（雇用契約を締結した労働者を含む）は、同時に、当該責任免除の結果として自身が不利益を被る可能性があるということもまた、一応は了承したものと評価できるだろうとの発想に基づくものである。もっとも、会社法426条の文脈においては、取締役の責任を一部免除する旨の定款規定を設けることにつき、利害関係人＝株主らが直接の承認を与えている——だからこそ、当該規定の下では、実際の責任免除にかかる決議を取締役会限り

で行うことが許容されているのだと解される——のとは対照的に、この場合の債権者は、上記のような定款規定を設けることについて直接の承認を与えているわけではない。このことを踏まえると、上記のような定款規定の存在のみで、いわばフリーパスの責任免除を認めるというのは妥当ではなく、それによって影響を受けることになる債権者への配慮という観点から、別途（取締役からは独立した）何らかの機関による承認を要求することが適切であろう。そのような機関としては、やはり債権者集会が最適な候補であると思われる<sup>(52)</sup>が、いずれにせよ、そのような機関による承認が得られることを条件とすれば、わが国においても（カナダ法下における Compromise of Claims の場合と同様に）倒産企業の取締役が会社法429条1項に基づいて負担することとなる責任を、一定の範囲で免除することを認めても良いのではないか。以上が、基本的な私見の立場である。

#### 四 免除可能となる責任の範囲

以上のとおり、私見は、責任免除にかかる事前の定款の定めに加えて承認機関（債権者集会を想定）による承認という手続を経ることを条件として、会社法429条1項に基づく取締役の責任を一部免除することを認めてはどうかと提案するものであるが、仮にこのような手続に沿って責任免除を行うこととした場合、それによって免除可能となる責任の範囲には必然的に一定の制約が付されることとなる。すなわち、私見による上記のスキームは、債権者が責任免除にかかる定款規定の存在を知らずながら取って会社と契約関係に入ったことに責任免除の根拠の一端を求めるものである。そのため、そのような前提が成り立たない債権者、具体的には当該規定が設けられるよりも前に（会社との間で）既に契約関係に入っていた債権者との関係で生じた責任については、これを免除の対象に含めることは困難であると考えられる<sup>(53)</sup>。

### 第三款 倒産局面における責任減免②：Directors' Charge

#### 一 本款の位置づけ

本款では、倒産手続下においてもなお会社補償制度を機能させるための手段である Directors' Charge について、わが国にもこれを導入する余地はないかを検討する。既に繰り返し述べてきたように、現状わが国においては、本稿が検討対象とする会社法429条1項の責任との関係で会社補償制度を活用する余地は（防御費用との関係を除き）認められていないことから、本来ならばこのような Directors' Charge についても、およそこれを導入する余地は存在しないということになる。しかしながら、本節第一款で検討したとおり、私見は会社法430条の2第2項3号（重過失に起因する損失の補償の禁止）の対象から和解金の支払の場合を除外する旨の法改正を行うことを通じて、会社法429条1項との関係でも会社補償制度の活用を認めるべきとの立場をとるものである。Directors' Charge にかかる以下の記述は、このような私見の立場が採用されることを前提に、その実効性をさらに高めるためにはどうすればよいかという観点から仮定的な検討を行うものである。

#### 二 Directors' Charge の設定を認めることの是非

企業の倒産局面において、取締役に対する保護がとりわけ手薄になると考えられる理由の一つに、当該局面においては会社補償制度による保護が全く機能しなくなるということがあった。すなわち、この場合の取締役は、倒産手続上、倒産企業に対して補償債権を有する債権者（一般債権者）として扱われることとなるため、倒産手続外において他の債権者に優先する形でこのような補償の実施を求めることは——たとえ倒産企業の側にこれを実施し得るだけの原資が残されていたとしても——出来なくなってしまう。これに対してカナダの倒産法上は、このような倒産手続下においても引き続き会社補償制度を機能させることを目的として、当該補償債権のために Directors' Charge と呼ばれる最高順位の担保権を設定することが

認められていたが〔前章第二節第三款〕、私見は、以下に述べる理由から、わが国においてもこれと同様の発想に基づき、取締役が有する補償債権について倒産手続下における優先的取扱いを認めるべきではないかと考えている。

既に述べてきたとおり、企業の倒産局面における責任減免との関係では、D&O 保険が第一義的な役割を果たすことが期待されるものの、現行の D&O 保険については支払限度額の設定方法に構造上の問題があることから〔本章第一節第一款「三」参照〕、当該保険のみによって取締役に対する「完璧な」保護が提供されることはない。この点に関して、カナダ法下における Directors' Charge はこのような D&O 保険の役割を補完するものとして位置付けられており、したがってこれを導入することによって、わが国においても上記の問題点に対する穴埋めがなされることが期待される。他方で、このような Directors' Charge の設定を認めることとした場合、それによって他の債権者（とりわけ一般債権者）に生じる不利益との調整が問題となるが、これについてもカナダ法の場合と同様に、このような Directors' Charge の設定を、債務者企業が自社の取締役のために合理的な費用で D&O 保険を取得（または維持）することができない場合に限って認めることとすれば、その影響も一定程度は軽減される——取締役に対する責任追及がなされた時点で既に支払限度額が使い果たされているという事態は、リスク管理の観点から無視できないものではあるものの、現実にはそこまで頻繁に生じるものではない——ものと考えられる。以上の理由から、基本的にはカナダ法と同一の枠組みに基づいて、わが国においても上記のような Directors' Charge の設定を認めても良いのではないかというのが、私見の立場である。

また、これを実現するための具体的な方法としては、このような Directors' Charge の設定を端的に認める旨の法改正を、破産法・民事再生法・会社更生法のそれぞれについて行う方法——解釈上の疑義が生じるおそれ等の弊害を考慮すると、最終的にはこのような立法レベルの手当て

がなされることが望ましいように思われる——も考えられるが、仮に現行法の解釈の枠内でこれを実現しようとするのであれば、たとえば民事再生手続の場合であれば「再生手続開始後の再生債務者の業務……に関する費用の請求権」（民事再生法119条2号）もしくは「再生計画の遂行に関する費用の請求権」（同条3号）に準じるものとして、取締役が有する補償債権に共益債権としての地位を与える方法等がおそらくは選択肢となり得る。その根拠として、とりわけ再建型の倒産手続の場合においては、債務者企業の経営再建を実現するにあたり、現職の取締役らを引き続きその地位に留め置く（そして、裁判所や監督委員らによる監視の下、彼らの知識・経験を適切に行使させる）ことが非常に重要な意味を持つことになると考えられる。そうすると、当該取締役らが有する補償費用の支払にかかる請求権は、彼らに留任のインセンティブを付与し、もって再生計画や手続開始後の業務の円滑な遂行を促す（そして、ひいては企業の再建可能性を高めることにも繋がる）ものとして位置付けられることになる。このことから、当該請求権について優先的取扱いを認めることもまた、利害関係人全体の共同の利益に資する側面があり、したがってこのような請求権についても、それぞれ民事再生法119条2号または3号の請求権に準じるものとして<sup>(54)</sup>、共益債権としての取扱いを認める余地があるように思われるのである。

### 三 手続開始前の責任をカバーすることの是非

以上のとおり、私見は基本的にはカナダ法と同様の枠組みに基づいて、わが国においても Directors' Charge の設定を（現行法の解釈論の範囲内で実現させる場合には、取締役の有する補償債権に共益債権としての地位を与える方法によって）認めるべきとの立場をとるものであるが、そのように考えた場合、取締役が倒産手続開始前に行った意思決定等を原因として生じた（会社法429条1項に基づく）損害賠償請求権との関係でも、このような Directors' Charge の活用を認めるべきかが次に問題となる。この点につ

いては、カナダ法の下では否定的な立場が採用されているものの、私見は以下に述べる理由から、カナダにおける一部学説の立場と同様に、上記のような手続開始前の責任との関係でも Directors' Charge の活用を認めるべきであると考えます。

第一に、わが国においては、倒産企業の取締役が倒産手続開始後の行為等を理由として個人責任を負担することはさほど多くない。むしろそのような責任負担類型の大半は、倒産手続開始前の行為等を理由とする責任追及が（倒産企業に対する直接の責任追及が困難になったことを受けて）手続開始後に行われたというものであると考えられる。このことから、そのような類型もカバーされることを前提とした制度設計を行わない限りは、わが国における Directors' Charge は実際上ほとんど無意味な制度となってしまう可能性が高い。この点につき、カナダ法の下では、取締役の留任という制度目的からは手続開始前の責任まで補償すべき理由は導出されないとの指摘がなされているが〔前章第二節第三款〕、少なくともわが国においては、前述の理由から、そのような手続開始前の責任まで補償の対象に含めない限りは、取締役の留任という制度目的を達成することもまた困難であるといえよう。

第二に、カナダ法の下では補償の範囲を手続開始後の責任に限定すべき理由として、Directors' Charge が取締役の違法行為を覆い隠し、単に同人の個人責任リスクを減少させるだけのものとして利用されるのは適切でないとの指摘がなされている〔前章第二節第三款〕。しかしながら、このような Directors' Charge の設定を受けた取締役が実際に補償債権にかかる支払を受けるためには、当然ながら、補償契約の実施にかかる会社法上の要件（430条の2第1項ないし4項）をクリアすることが必要となる。そのため、仮に手続開始前の責任を Directors' Charge の対象に含めたとしても、それによって従来は認められなかった責任類型についての補償が新たに実行可能となるわけではないから、このような Directors' Charge の設定を取り立てて（補償契約の射程に関する問題からは別個独立した形で）問

題視する意義は乏しいように思われる。これら二つの理由から、私見は倒産手続開始後の責任に留まらず、手続開始前の責任との関係でも、このような Directors' Charge の設定を認めても良いのではないかと考えている。

### 第三節 小括

本章では、取締役の責任リスクの減免にかかるわが国の現行制度を今後どのように改めていくべきかについて、カナダ法の規定に示唆を得る形で検討を行った。

第一節では、現状のわが国においては、取締役の責任リスクとの関係でどの程度の保護が提供されているものと評価できるかについて、企業の非倒産局面と倒産局面とを区別した上でそのそれぞれについて検討を行った。その結果として、一方で、わが国には企業の倒産局面において機能し得る特別の制度は存在しておらず、したがってたとえ企業が倒産手続に移行した場合であっても、取締役に対していわゆる平時（非倒産局面）において与えられていた以上の保護が与えられることはないということが明らかとなった。他方で、そのような平時における責任減免との関係では、わが国においてもカナダ法と同様の三層構造が採用されているが、それらのすべてを前提としてもなお、会社法429条1項に基づく責任リスクとの関係で取締役に「完璧な」保護が提供されているとは評価し難いことが——したがってこの点についてはカナダ法を参考に、今後何らかの手当てを施していくべきであることが——明らかとなった。

第二節では、上記の問題意識に基づいた改善提案として、カナダ法に示唆を得る形で以下の三つの提案を行った。第一に、わが国の会社補償制度は、取締役の悪意または重大な過失に基づく職務執行に起因する責任との関係では補償を認めないこととしており、また確定判決に基づく賠償金の支払と（それ以前に成立した和解に基づく）和解金の支払とを同列に扱うこととしている。このようなルールの下では、せっかく新たに導入した制度もほとんど実効性を欠くものになってしまうおそれがあることから、本稿

は、会社法430条の2第2項3号の規定を改めることによって、上記のうち和解金の支払については、取締役に重過失が認められる場合にも補償を許容することにはどうかとの提案を行った。第二に、取締役の責任リスクを軽減するための最も直截的な方法としては、彼らが負担することとなる損害賠償債務を一定の限度で免除することを認めるというものが考えられる。本稿は、カナダ法における取締役に対する債権の一部免除(Compromise of Claims)の制度を参考に、わが国においても(会社法429条1項との関係で)このような責任免除を認めても良いのではないかと提案を行った。また、その際に要求される手続としては、事前の定款の定めに加えて、それを前提とした利害関係人(債権者委員会を想定)による承認を要求してはどうかとの提案を行った。第三に、倒産局面において会社補償制度が機能しない原因の一つとして、当該局面における取締役が、倒産企業に対して補償債権を有する債権者(一般債権者)として扱われることになるという事情があった。このことを踏まえて本稿は、D&O保険が機能しない局面においてのみ許容される例外的措置として、取締役の有する補償債権に対する優先的取扱いを(すなわち、カナダ法にいうところのDirectors' Chargeの設定を)認めてはどうかとの提案を行った。

## 第六章 総括と今後の検討課題

### 第一節 本稿の議論の総括

令和元年12月4日に成立した「会社法の一部を改正する法律(令和元年法律第70号)」において、新たに会社補償制度および役員等賠償責任保険(D&O保険)にかかる規律が設けられることとなった。これらはいずれも、取締役に経営上のインセンティブを付与するとともに、取締役の職務の執行の適正さを確保するという目的の下に、取締役が職務上負担し得る責任リスクに対して一定の保護を提供するものであるとされる。もっとも、これらの各制度についてはそれぞれ欠点ないし弱点が存在することか

ら、企業の財務状況が健全な場合については格別、そうではない債務超過局面（または企業が法的倒産手続へと移行した局面）においては取締役に対して十分な保護を提供し得ないものと考えられる。とりわけわが国においては、企業の債務超過局面において、会社法429条1項に基づいて取締役が（債権者をはじめとする）第三者との関係で個人責任を追及される例が伝統的に多く観察されるどころ、一方で取締役の責任リスクを軽減するための立法措置を取りながら、取締役の責任リスクが一層高まるこれらの局面において、十分な保護を提供しないままに彼らを放置するというのは、上記の立法趣旨に照らしても妥当ではないといえるだろう。

このような問題意識に基づき、本稿ではカナダ法を題材として、①企業の債務超過ないし倒産局面において、取締役は（債権者その他の第三者との関係で）いかなる責任リスクに晒されているか、②それらの責任リスクを適切に管理・軽減するためのツールとして、会社法または倒産法上どのような制度が用意されているかという二点について検討を行った。対象国の選定理由として、カナダの取締役は、とりわけ企業の債務超過ないし倒産局面において多様な責任リスクに晒されている一方で、当該責任リスクを軽減するための法制度が同国においては比較的充実しているものと解されることから、上述の問題意識に基づいた検討を行うにあたり、有益な分析上の示唆がもたらされると考えたことが挙げられる。

以上のテーマ設定に基づいた検討として、第二章ではカナダの取締役が会社法上負担し得る責任リスクとして、①信認義務に基づく責任、②注意義務違反に基づく責任、および③抑圧救済制度（oppression remedy）に由来する責任の三つについて検討を行った。その結果、これら①ないし③の責任は、いずれも取締役に対してそこまで大きな責任リスクを提示するものではない（取締役にとっての主要な責任リスクとは認識されていない）ことが明らかとなった。その理由として、①については、そもそも債権者が当該義務違反を理由として取締役を攻撃することは、企業の債務超過局面においてもなお認められていない。②については、一部の会社法（CBCA

等)の下では債権者による責任追及の余地が認められているものの、取締役が意図的な不正行為等に従事したような場合を除き、その多くは後述の business judgment rule による保護が及ぶこととなる。③については、債権者による主要な責任追及手段として実務上も利用されてはいるものの、実際に取締役の責任が肯定された事例の大半は、小規模閉鎖会社においていわば会社の全権を掌握している取締役が、もっぱら私的利益を追求する目的で(あるいは、もっぱら特定の債権者等を害する目的で)意思決定等を行っていたという事例である。

第三章ではカナダの取締役の雇用法上の責任リスクとして、従業員の未払賃金等にかかる責任についての検討を行った。その結果、会社法上の責任の場合[第二章]とは対照的に、こちらは取締役に對してきわめて重大な責任リスクを提示するものであることが明らかとなった。その理由としては、①これらの責任は、取締役側の「相当の注意」の抗弁を許さない厳格責任として課されることが通常であること、②とりわけ企業の倒産局面においては、2009年に新設された賃金労働者保護プログラム法(WEPPA)の下、連邦政府から取締役に對する責任追及が(個々の従業員らから代位取得した債権に基づいて)なされる可能性があること等を指摘することができる。

第四章ではここまで検討してきた取締役との責任リスク、とりわけ雇用法上の責任リスクを減免するための措置として、カナダにおいては法律上どのような制度が設けられているか、またそれらによってどの程度の保護が提供されているかについての検討を行った。第一節では、いわゆる「平時」と「有事」の別を問わずに適用されるものとして、会社法上の責任減免制度について検討を行った。その結果として、取締役の責任減免との関係において、カナダの会社法は① business judgment rule、②会社補償制度、および③ D&O 保険という三層構造を採用しているものの、これらのすべてを組み合わせたとしても、なお上述の責任リスクとの関係で「完璧な」保護は提供されていないことが明らかとなった。その理由とし

て、①については、厳格責任として（取締役の過失の有無を問わず）課されることとなる雇用法上の責任との関係で、このような business judgment rule による保護が及ぶことはないものと解される。②については、企業の財務状況に起因する制約から、通常は企業の債務超過ないし倒産局面において問題とされる雇用法上の責任との関係で、会社補償制度はほとんどその機能を果たし得ない。③については、取締役を被保険者とする部分（Side A）と企業自身を被保険者とする部分（Side B、Side C）との支払限度額が共通であるという構造上の特徴により、取締役に對する補償がなされる以前に（Side B または Side C によって）支払限度額が使い果たされてしまうというリスクが存在している。

第二節では、いわゆる「有事」にのみ適用される法制度として、倒産法上の責任減免制度について検討を行った。その結果として、取締役の責任減免との関係で、カナダの倒産法上は①取締役に對する債権の一部免除（Compromise of Claims）および② Directors' Charge という二つの制度が存在するところ、倒産手続開始前の行為を原因とする責任との関係では主に①の制度が、手続開始後の行為を原因とする責任との関係では主に②の制度が、それぞれ取締役に對して比較的手厚い保護を与えているということが明らかとなった。

最後に第五章では、これまでの検討内容を踏まえて、取締役の責任減免にかかるわが国の法制度についての検討を行った。第一節では、わが国において、取締役の責任リスクとの関係で現状どの程度の保護が提供されていると評価できるかについて、企業の非倒産局面と倒産局面のそれぞれについて検討を行った。その結果、これらいずれの局面においても、本稿が問題とする会社法429条1項の責任との関係で取締役に對する十分な保護が提供されているとは評価し難いことが明らかとなった。

第二節ではカナダ法に示唆を得る形で、わが国の責任減免制度の在り方について以下の三つの提案を行った。第一に、わが国の会社補償制度は、取締役の悪意または重大な過失に基づく職務執行に起因する責任との関係

では補償を認めないこととしており、また、確定判決に基づく賠償金の支払と和解金の支払とを同列に扱うこととしている。このようなルールの下では補償制度の実効性に疑義が生じることから、本稿は、会社法430条の2第2項3号の規定を改めることによって、上記のうち和解金の支払については、取締役にも重過失が認められる場合にも補償を許容することにしてはどうかとの提案を行った。第二に、取締役の責任リスクを軽減するための最も直截的な方法として、彼らが負担することとなる損害賠償債務を一定の限度で免除することを認めるというものが考えられる。そこで本稿は、カナダ法における Compromise of Claims の制度を参考に、わが国においても（会社法429条1項との関係で）このような責任免除を認めても良いのではないかと提案を行った。第三に、倒産局面において会社補償制度が機能しない原因の一つとして、当該局面における取締役が、倒産企業に対して補償債権を有する債権者（一般債権者）として扱われることになるという事情があった。このことを踏まえて本稿は、D&O 保険が機能しない局面においてのみ許容される例外的措置として、取締役の有する補償債権に対する優先的取扱いを認めても良いのではないかと提案を行った。

## 第二節 今後の検討課題

以上のとおり本稿は、企業の債務超過ないし倒産局面において、当該企業の取締役が会社法429条1項に基づいて負担することとなる責任リスクに着目し、当該リスクを減免するためにどのような制度改革を行っていけばよいかについて、カナダ法から示唆を得る形で検討を行ったものである。もっとも、本稿は検討対象をきわめて狭く設定しており、またわが国の法制度等との関係でも、比較対象国であるカナダから直接的な示唆を得られた点に限って積極的な提案を行うこととしている。したがって、取締役の責任リスクの減免というより大きな目的との関係では、今後さらに検討していくべき問題が複数残されていることを自覚している。

第一に、本稿は第五章第二節第二款において、倒産手続下における取締役の責任の一部免除にかかる提案を行ったが、私見によるこのような制度は、あくまでも企業が法的倒産手続に移行した場合にのみ適用されるものであり、それに先立って、いわゆる「平時」において取締役が負担することとなる責任リスクとの関係では、何らの機能を果たし得ないものである。そこで、本稿が提案する（責任の一部免除を通じた）リスク軽減の実効性をより高める意味でも、今後はこのような「平時」における責任リスクにまで射程を拡張して、その免除の可否について検討を進めていくことが必要となる。そしてその際には、たとえば①現行の会社法425条および426条が、免除可能な責任の範囲から会社法429条1項を除外している点をどう考えるかや、②企業の意思決定に債権者が関与することが基本的には想定されていないこのような「平時」において、会社法429条1項に基づく取締役の責任を免除することをいかにして正当化すべきか等について、より丁寧な立論を行っていくことが必要となるものと考えられる。

これに関連する論点として、第二に、わが国では会社法427条を根拠として、非業務執行取締役等との間で責任限定契約を締結することが許容されている。上記「第一」の検討に基づき、責任の一部免除の対象に会社法429条1項の責任を含めることとした場合、今度はこれを責任限定契約の内容にも反映させて良いかについても——おそらくは問題なく可能であると思われるが——併せて検討を行うことが必要となるだろう。その他、このような会社法427条の規定をめぐるのは、業務執行取締役との関係でも責任限定契約の締結を認めるべきかという重要な論点も存在する。もっともこれについては、「役員責任に関する規律の在り方にも大きく影響する問題であるため……役員責任に関する規律の在り方全体として慎重に検討する必要がある」<sup>(55)</sup>との理由から、直近の法改正においても検討が見送られたという経緯があることから、今後の議論の動静を注視しつつ、時機を見て検討を行うこととしたい。

第三に、本稿は第四章第三節において、役員等賠償責任保険（D&O保

險)による保護機能をより一層高めるための方策として、取締役に対する補償部分 (Side A) と企業に対する補償部分 (Side B、Side C) とで支払限度額を別個に設定するように実務慣行を改めることが有益である旨を示唆した。この点に関して、現在わが国において流通している D&O 保険の中には、(Side A および Side B についてはなお支払限度額を共通とする一方で) Side C については独自の支払限度額の設定を行うものも見受けられ<sup>(56)</sup>、実務上も徐々に問題意識の共有がなされつつあるように思われる。もっとも、私見の立場からは、Side A と Side B についてもやはり別個に支払限度額の設定がなされる必要があるものと解される<sup>(57)</sup>ことから、そのような更なる制度改革を実務上進めていくことは可能か——たとえば保険料の正確な算定が困難になるなど、それによって何らかの弊害が生じることはないか——という観点から、今後必要な検討を行っていくこととしたい。

以 上

注

- (1) CBCA, s. 124 (6); OBCA, s. 136 (4.3).
- (2) 取締役ら個人を被保険者として、彼らが負担することとなった損害賠償金および訴訟費用等を補償する部分がこのように呼ばれる。
- (3) 企業自身を被保険者として、当該企業が取締役に対する補償 (会社補償) を実施するために要した費用を補償する部分がこのように呼ばれる。
- (4) 企業自身を被保険者として、当該企業が訴訟の被告として直接に負担することとなった損害賠償金および訴訟費用等を補償する部分がこのように呼ばれる。
- (5) JANIS P. SARRA AND RONALD B. DAVIS, DIRECTOR & OFFICER LIABILITY IN CORPORATE INSOLVENCY: A COMPREHENSIVE GUIDE TO RIGHTS AND OBLIGATIONS, [3rd. ed.] (Toronto: LexisNexis, 2015) at 316.
- (6) すなわち、保険会社は契約の締結段階において、相手方企業 (保険契約者) の倒産リスク等も考慮に入れた上で、保険料の設定や契約引受けにかかる判断等を行っているはずなのであり、たとえ事後的に当該相手方の財務状況に変動が生じたとしても、それによって著しく保険料が増額されたり、あるいはそもそも契約更新が拒絶されたりするような事態が生じる

とは考え難い。仮にそのように実務が運用されているとするならば、それは契約者側にとっての D&O 保険の魅力を著しく減衰させるものであり、ひいては保険会社側にとっても自分の首を絞めるだけの行為となるように思われる。

- (7) Fred Myers and Peter Kolla, *Directors Charges Under CCAA: Where are We Going and Why?*, in JANIS P. SARRA (ED.), ANNUAL REVIEW OF INSOLVENCY LAW (Carswell Legal Pubns) at 13-14 (2009).
- (8) *Id.* at 15.
- (9) BIA, s. 50 (13); CCAA, s. 5.1 (1).
- (10) BIA, s. 50 (14) (a); CCAA, s. 5.1 (2) (a).
- (11) BIA, s. 50 (14) (b); CCAA, s. 5.1 (2) (b).
- (12) BIA, s. 50 (15); CCAA, s. 5.1 (3).
- (13) この点に関して、カナダにおいては倒産事件にかかる管轄権が、連邦裁判所ではなく各州に設置された上級裁判所 (Superior Courts) に付与されていることについては、既に説明したとおりである。
- (14) *See, Aveos Fleet Performance Inc./Avéos Performance Aéronautique Inc. (Arrangement relatif à)*, [2013] Q.C.C.S. 5924.
- (15) なお、このような債権の免除を広範に認めた場合、それによって影響を受ける債権者らの利益保護をいかにして図るかが問題となるが、この点につき CCAA 6条 (5) 項 (a) 号は、債務整理計画の認可の条件として、債務者企業が認可後遅滞なく従業員に対する (手続開始前・開始後双方の) 賃金等相当額を支払うことを要求している。したがってその限りにおいて、本稿がとりわけ問題視する未払賃金等にかかる債権との関係では、債権者の保護は図られているといえる。
- (16) 裁判所の裁量によってこのような Charge の設定がなされた最初の公判裁判例は、1992年の *Westar Mining* 判決 (*Re Westar Mining Ltd.*, [1992] 14 C.B.R. (3d) 88 (B.C.S.C.)) であるとされる。
- (17) BIA, s. 64.1 (1); CCAA s. 11.51 (1). また、同条より、このような担保権の設定によって影響を受ける担保債権者らに対する通知を行うことも要求されている。
- (18) BIA, s. 64.1 (2); CCAA s. 11.51 (2).
- (19) BIA, s. 64.1 (3); CCAA s. 11.51 (3).
- (20) 他方で、手続開始以前に D&O 保険を購入していなかった企業が、開始後にはじめてこれを取得しようと試みたとしても、多くの場合その保険料は「合理的な費用」の範疇を超えるものになると考えられることから、

結局この場合には（当該保険契約の締結に代わって）Directors' Charge の設定がなされることになるだろう。

- (21) たとえば、前述の *Aveos* 判決（注14参照）においては、Directors' Charge による保護の対象とされた取締役等が、その後一名を除いて全員辞任したことから、裁判所の命令により、Directors' Charge の対象となる財産の範囲が500万ドルから200万ドルへと減額されている。
- (22) BIA, s. 64.1 (4); CCAA s. 11.51 (4).
- (23) BIA, s. 64.1 (1); CCAA s. 11.51 (1).
- (24) See, e.g., *Re Western Express Air Lines Inc.*, [2006] 12 W.W.R. 358 (B.C.S.C.).
- (25) Edward A. Sellers et al., *Governance of the Financially Distressed Corporation in Global Capital Markets: Selected Aspects of the Financing and Governance of Canadian Enterprises in Cross-Border Workouts*, in JANIS P. SARRA (ED.), *CORPORATE GOVERNANCE IN GLOBAL CAPITAL MARKETS* (Vancouver: UBC Press) at 328 (2003).
- (26) Myers and Kolla, *supra* note 7, at 28-30. なお、同論稿では、倒産手続開始前の責任との関係でも取締役に対する保護の余地を認めるべきだとする一方で、彼らに「フリーパス」の免責を与えることもなお妥当ではないとして、取締役らに一定の（たとえば総補償額の5%）自己負担割合を課すことが提唱されている。
- (27) なお、会社法424条ないし426条には、取締役の責任の全部または一部を（それぞれ株主の同意もしくは定款の定めに基づいて）免除することを認める規定が置かれており、また同法427条には、非業務執行取締役等が職務上負うこととなる責任の上限額を定める契約（責任限定契約）を締結することを認める規定も存在している。しかしながら、これらはいずれも会社法423条1項の責任のみを対象とするものであり、本稿が対象とする会社法429条1項の責任に対しては適用されないものとされている。そのため、これらの制度については本稿での検討対象から除外している。
- (28) たとえば、返済見込みのない多額の借入れを行い、また主力製品が時代遅れとなりつつあったにもかかわらず新たな事業展開等を行わず漫然と経営を継続したことを理由に、倒産企業の取締役の責任が追及された事例である千葉地判平成5年3月22日判例地方自治121号51頁においては、「製造・加工業者が、従来の主力製品が需要を失うような大きな産業構造の変化に対応して、どのような事業転換をすべきかというのは、経営上の選択の合理性の有無にかかわることであるから、右選択が著しく不合理である

ことが客観的に明白と認められる場合、たとえば、他のより合理的な選択がありうることが第三者的観点から容易に理解できる場合に限り、重過失を認めるべき」であるとして、平成17年改正前商法266条の3に基づく取締役の責任が否定されている。

- (29) 岩原紳作編『会社法コンメンタール9 機関（3）』248-249頁〔森本滋〕（商事法務、2014）。
- (30) 一例として、田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ1220号32頁（2002）。
- (31) 東京高判平成20年5月21日判タ1281号274頁；東京地判平成21年10月22日判時2064号139頁等。
- (32) 野村修也「判批」神作裕之ほか編『会社法判例百選（第4版）』105頁（有斐閣、2021）。この見解は、一般的な経営判断の場合とは異なり、内部統制の文脈においては「冒険的な」システム構築を奨励する理由が存在しないことから、当該システムの構築それ自体に経営判断原則の適用を及ぼすのは妥当でないとする。その上で同見解は、構築すべき最低限度のシステム（従業員の違法行為を発見し得るものであることが要請される）を前提とした上で、それを実現するための具体的な手段選択（内部監査部門を設けるか、取締役が直接監視を行うかなど）や、最低限度を超えてどこまでシステムを充実させるかという点に対して、経営者の裁量が働くに過ぎないと考えるべきであるとする。
- (33) 竹林俊憲ほか「令和元年改正会社法の概説」別冊商事454号7頁（2020）（初出：商事2220号8頁（2020））。
- (34) この点に関して、会社法430条の2第2項3号における重過失は、会社法425条以下の規定における重過失（ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態）と同義であり、会社法429条1項における重過失（故意と過失の中間類型としての著しい注意義務違反）とは異なる概念であるため、同項の責任が肯定された場合においてもなお会社補償を認める余地はあるとする見解も有力である（高橋陽一「会社補償および役員等賠償責任保険（D&O保険）」別冊商事454号150頁（2020）（初出：商事2233号21頁（2020））。ただしこのような見解に対しては、①法制審議会の部会等においては必ずしもそのような立場は共有されていなかった（会社法430条の2第2項3号における重過失は429条1項のそれと同じであるとの前提で考えられていた）旨の指摘（会社法実務研究会編『成長戦略と企業法制：会社補償の実務〔第2版〕』80頁（2022）〔神田秀樹発言〕）や、②現に会社法429条1項と430条の2第2項3号との間で同一の文言が用いられている中で、両者の適用に

は差があると主張することの実務上のハードルは低いものではない旨の指摘（藤田友敬ほか「新・会社法セミナー 令和元年・平成26年改正の検討（No 09）会社補償（1）」ジュリ1565号78頁（2021）〔長谷川顕史発言〕）も見られるところである。

- (35) 会社法430条の2第1項1号・2項1号より、取締役が（職務の執行に関連して）責任追及を受けた場合における防御費用のうち、「通常要する費用の額」の範疇に収まるものについては、当該取締役の主観的態様にかかわらず、補償の対象に含めることができるとされている。
- (36) なお、この点につき、会社法430条の2第2項3号における重過失は429条1項の重過失とは異なる概念であるとの立場〔注34参照〕を仮に採用した場合であっても、同項の責任との関係で会社補償制度に（防御費用の補償を超えた）積極的意義を認めることは、やはり困難であると考えられる。その理由として、会社法429条1項の要件として「会社に対する任務懈怠」を要求する現在の判例法理（最判昭和44年11月26日民集23巻11号2150頁）の下では、取締役と会社の双方が第三者に対する責任を負う場合において、会社が当該第三者に対する損害賠償を行ったときには、会社は取締役に対して当該賠償額の全額を（当該取締役の任務懈怠によって生じた損害であるとして、会社法423条1項を根拠に）求償できることとなるが、会社法430条の2第2項2号は、このような局面における会社補償を明示的に禁止しているためである（高橋・前掲注34 150頁（初出：21頁）；藤田ほか・前掲注34 76頁〔田中亘発言〕）。
- (37) 会社法423条1項の責任に由来する取締役の損失を会社が補償することは、当該会社に対する責任を免除することと実質的に同じであるため、責任免除にかかる会社法424条以下の手続によらずにこのような補償を行うことを認めるべきではないというのが、その理由であるとされる（竹林俊憲ほか「令和元年改正会社法の解説」別冊商事454号36頁（注42）（2020）（初出：商事2225号6頁（注3）（2020）））。
- (38) もちろん会社法430条の2の規定の下でも、取締役が第三者に対して民法上の不法行為責任（民法709条）を負う場合や計算書類等の虚偽記載等にかかる責任（会社法429条2項）を負う場合については、それが当該取締役の「悪意または重大な過失」に基づくものでない限り、賠償金ないし和解金に対する補償を行うことは許容される。また本文中でも述べたとおり、責任追及訴訟にかかる防御費用については、取締役の主観的態様を問わず補償可能とされていることから、このような会社法430条の2の規定が実務上全く意味をなさないというわけではない。しかしながら、やはり取締役

にとって最も大きなリスク・ソースとなり得る会社法423条1項および429条1項のいずれとの関係でも、賠償金ないし和解金の補償を行うことを認めない制度である以上は、それによってもたらされる実務上の意義もまた、きわめて限定的なものに留まると評価せざるを得ないと考える。

- (39) 松尾眞＝勝股利臣編著『株主代表訴訟と役員賠償責任保険』222-223頁（中央経済社、1994）〔勝股利臣〕。
- (40) 詳述するに、第一に、2015年7月に経済産業省から出された解釈指針の下、一定の手続を踏むことによって、わが国の企業も会社補償を実施することができるとの立場が示された（経済産業省「コーポレート・ガバナンスの実践～企業価値向上に向けたインセンティブと改革～（別紙3：法的論点に関する解釈指針）」（2015））。このことが契機となり、現在わが国で販売されているD&O保険も、基本的には米国やカナダと同様に、Side AないしSide Cの全てを含むものへと改められている。第二に、本文中でも述べたように、わが国のD&O保険においても、基本的にはSide AないしSide Cのそれぞれについて個別の支払限度額が設定されることはなく、すべてに共通する支払限度額が一つだけ設定されるのが通例である（ただし、一部の保険会社においては、このうちSide Cについてのみ支払限度額を分離した商品の提供を開始している。この点については第六章第二節を参照）。
- (41) 当該裁判例の詳細については、第四章第一節第三款を参照。
- (42) 第四章第一節第三款で述べたとおり、カナダにおける会社補償制度は、基本的には米国・デラウェア州におけるそれと同様の構造を有するものであるが、このように、責任追及の対象とされた取締役に和解のインセンティブを付与することになる点においてもまた、両制度の間に共通項を認めることができる。
- (43) 法務省民事局参事官室「会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する中間試案の補足説明」商事2160号49頁（2018）。
- (44) 関連して、このような補償の実施にかかる決定を行うにあたり、取締役会の決議を経ることは必要ないとされている（会社法430条の2第4項より、補償の実施にかかる重要な事実の事後的報告のみが求められる）が、個別事情いかんによっては、当該決定が「重要な業務執行の決定」（会社法362条4項柱書）に該当し、取締役会の決議が必要となる場合もあり得るとされる（竹林俊憲編著『一問一答令和元年改正会社法』（商事法務、2020）109頁）。
- (45) 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会「第7回会議議事録」3

頁〔古本発言〕(available at: <http://www.moj.go.jp/content/001247405.pdf>)。詳述するに、現行のルールの下で和解金に対する補償を行うにあたっては、取締役の重過失の有無を明示しない和解条項に基づいて和解が成立した後に、(当該取締役が「重過失」が認められないことを前提に)他の取締役が補償契約に基づく支払の実施を決定するという方法が想定されるが、このような方法を採用した場合、補償の実施に不満を有する株主は、本件では取締役に重過失が認められる(判決においては認定されたはずの事案である)にもかかわらず、和解金に対する補償の実施を決定した点において、当該決定に関与した取締役には任務懈怠が認められるとして、会社法423条1項に基づく責任追及訴訟を(株主代表訴訟〔会社法847条〕の方法により)提起することが、少なくとも理論上は可能となる。そして、企業側が実際の制度運用に際して、このような訴訟リスクを回避することを志向した場合、およそ和解金に対する補償は実施しないとの運用が定着する可能性があるが、これはわが国の会社補償制度の意義をますます縮減させるものとして、望ましくない「弊害」であると考えられるのである。

- (46) 法務省民事局参事官室・前掲注43 49頁。また、これに関連して、責任追及訴訟において支払われた和解金は損害賠償金と完全にイコールのものではなく、むしろ損害賠償金と費用との中間的性質を有する旨を指摘するものとして、会社補償実務研究会編『成長戦略と企業法制：会社補償の実務』41頁(商事法務、2018)。
- (47) このような機会主義的行動としては、一方で、本来であれば自らの責任を(真摯な防御活動を通じて)否定し得る立場にあった取締役が、自らに経済的不利益が生じないのを良いことに軽率に和解に応じてしまう(その結果、会社側は不必要な支出を余儀なくされる)ことが想定される。他方で、職務を行うにつき悪意があったために、本来であれば補償を受けられないはずの取締役が、判決が出される前に(自らの重過失を認める形で)和解することで、会社から補償を引き出すという行動をとることも想定される。
- (48) 会社法430条の2に基づいて締結される補償契約には、契約所定の補償事由が生じた場合には会社が補償義務を負うこととされる義務的補償の類型と、補償の実施にあたり改めて取締役会決議等が要求される任意的補償の類型とが存在するとされる(会社補償実務研究会編〔第2版〕・前掲注34 10頁)。
- (49) 会社補償実務研究会編〔第2版〕・前掲注34 27頁、90頁〔森田多恵子発言〕。

- (50) 会社法309条2項8号参照。
- (51) 具体的には、債務者企業の取締役が負担することとなる損害賠償責任を、一定の範囲で——たとえば、会社法425条1項所定の最低責任限度額の範囲内で——免除することを、再生計画（民事再生法の場合）の内容として組み込んでおき、当該計画について債権者集会での承認が得られることを責任免除の条件とすることなどが考えられる。
- (52) なお、その際の具体的な承認手続等については、注51に記載したとおりで良いと考える。
- (53) このような責任の一部免除をめぐるその他の論点として、取締役の重過失に基づく責任についてもこれを免除可能とすべきかという問題がある。この点については、第四章第二節において検討したように、カナダ法の下では（責任免除に寛容なオンタリオ州においても）このような重過失に基づく責任は免除不可能とされているが、仮にわが国においても同様に重過失を免除対象から除外することとしてしまうと、会社法429条1項との関係でこのような責任免除が全く意味をなさないことになってしまう（この点につき、注34の議論を参照）。難しい問題ではあるが、これについても前款で述べたとおり、取締役の重過失（または故意）を認定する終局判決が出されない限り（すなわち、会社法429条1項をめぐる訴訟が和解によって終結する限り）は、なおこれを責任免除の対象に含めることを許容するというのが適切であるように思われる。
- (54) なお、具体的な共益債権の種類のうち、これら二つを候補として掲げた理由としては、一方で、このような「取締役の留任」が、手続開始後の債務者企業の業務遂行の円滑化に資するという側面を重視する場合には、同様の考慮から共益債権化が認められている「再生手続開始後の再生債務者の業務……に関する費用の請求権」（民事再生法119条2号）に準じるものとして扱うのが適当であると考えたことによる。他方で、このような「取締役の留任」が、再生計画それ自体の円滑な遂行に資するという側面を重視する場合には、むしろ「再生計画の遂行に関する費用の請求権」（同条3号）に準じるものとして扱うのが適当であると考えたことによる。
- (55) 法務省民事局参事官室・前掲注43 50頁。
- (56) 具体的には、東京海上日動「『D&O マネジメントパッケージ』のご案内（2022年4月1日以降始期契約用）」（available at: [https://www.tokiomarine-nichido.co.jp/hojin/baiseki/yakuin/pdf/yakuin\\_goannai\\_20220401.pdf](https://www.tokiomarine-nichido.co.jp/hojin/baiseki/yakuin/pdf/yakuin_goannai_20220401.pdf)）14-17頁によれば、Ⅱ.「会社補償に関する補償」（Side Bに相当）における保険期間中支払限度額は「Ⅰ.『役員に関する補償』と同額（共有）」で

あるとされているのに対し、Ⅲ.「会社に関する補償」(Side Cに相当)における保険期間中支払限度額は「保険証券記載の……総支払限度額」であるとされている。したがってより正確には、Side Cのみ支払限度額が別個に設定されているというよりは、Side Cのみ別個の保険商品として販売されている(そしてそれが「D&O マネジメントパッケージ」という括りで、Side A および Side B から構成される別の保険商品とセットで販売されている)ということになる。

- (57) その理由として、仮に Side A および Side B の支払限度額が共通のものとした場合には、被保険者たる取締役が被った損失が会社補償制度と D&O 保険 (Side A) のいずれを通じて填補されたかにかかわらず、一律に支払限度額(の残高)の減少という結果をもたらすこととなる。これに対して、Side A および Side B の支払限度額を分離することとすれば、上記損失が会社補償制度を通じて填補された場合には、(この場合にも D&O 保険 (Side B) に基づく支払はなされるものの) 個々の取締役にとって最も重要となる Side A にかかる支払可能額を「温存」することが可能となる。したがって、D&O 保険の有する保護機能を最大限発揮させるためには、やはり両者 (Side A および Side B) の支払限度額についても、これを分離する必要があると考えられるのである(なお、私見は D&O 保険のうち Side B については、そもそも企業がこれを購入することを認めるべきではない——企業がリスク中立的であるとの仮定の下では、このような「投資」にはおよそ経済合理性が認められない——との立場をとるものであり(この点につき、拙稿「D&O 保険に内在する理論的問題とその解決策(2・完)」損害保険研究79巻3号100-101頁(2017))、そのような Side B が存在することの帰結として、最も重要な Side A にかかる保護機能が縮減されてしまうという現行の実務の在り方は、理論的にも受け入れがたいものであると考えている)。