

松 山 大 学 論 集
第 22 卷 第 2 号 抜 刷
2 0 1 0 年 6 月 発 行

取締役の責任ルールと注意義務

熊 谷 太 郎

取締役の責任ルールと注意義務*

熊 谷 太 郎

概 要

2006年より、商法の会社に関する規定を取り出し、新たに会社法が成立し、最低資本金制度の撤廃や取締役の責任の変更などの改訂が行われた。本稿では、取締役の責任の改訂に焦点を当て、取締役が証拠を収集し、取締役によって提出された証拠をもとに裁判官が判決を下すモデルを構築する。そして、商法と会社法のどちらの法律のもとで取締役が会社に損害を与えないような忠実義務行動をとるのかを分析する。また、会社に与えた損害以上の賠償を命ずる懲罰的損害賠償を採用することで、忠実義務を怠った取締役が証拠収集をする非効率な均衡になることを示す。

1 はじめに

法制審議会の会社法（現代化関係）部会は、2002年2月の法務大臣の法制審議会に対する諮問に基づき設置され、2002年9月から審議が開始された。そして、同部会は2003年10月に『会社法制の現代化に関する要綱試案』を公表した。さらに審議が続けられ、2004年12月8日に『会社法制の現代化に関する要綱案』が打ち出され、2005年2月9日に開催された法制審議会第144回会議で『会社法制の現代化に関する要綱』として決定され、法務大臣に答申された。

その後、法務省で『会社法制の現代化に関する要綱』と『特別精算等の見直しに関する要綱』に基づいて法案が作成され、2005年3月18日に『会社法案』

*）本研究は2008年度松山大学特別研究助成の成果である。

と『会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案』が閣議決定された。同年3月22日の第162回国会に提出され、5月17日に衆議院本会議、6月29日に参議院本会議にて可決・成立した。そして、『会社法』は2005年法律第86号として交付され、その約1年後の2006年5月1日に施行された。

会社法制の現代化は、(1)商法第2編、有限会社法などの規定はカタカナ表記されており、わかりやすいひらがなに改めるべきである、(2)現在は使われなくなった言葉は新しい言葉に置き換えられるべきである、(3)会社に関する規定が複数の法律に散在しているためわかりにくい、等の理由により行われた¹⁾。また、短期間に多数の改正が積み重ねられてきたため、現代及び将来の日本社会に対応した制度にするために全面的な見直し・再構築が必要であった。

会社法施行に当たり、旧商法からいくつかの改正があった。例えば、最低資本金制度の撤廃や有限会社の廃止、株式会社を作る手続きの簡略化、LLC(合同会社)の新設等である²⁾。これらの改正により、起業しやすくなったと言える。

本稿で焦点を当てる取締役の責任についても大幅な改正が行われた。旧商法では、取締役の責任は無過失責任であった。すなわち、会社に損害が生じ取締役に対して訴訟が提起された場合、取締役はその責任を負わなければならないという結果責任が課されていた。これは、仮に取締役が違法行為をせずに会社に損失を与えたとしても、取締役が責任を負わなければならないので、非常に重い責任と言える。また、大和銀行ニューヨーク支店事件³⁾など、取締役の損害賠償額が巨額になる傾向にあり⁴⁾、優秀な人材が取締役になりづらいため、改正されるべきであるとの意見が経済界を中心に提案されていた。これらの意見

1) 合名会社・合資会社・株式会社に関する規定は商法に、有限会社に関する規定は有限会社法に、さらに株式会社のうち大会社・小会社は商法特例法に特則が定められていた。

2) 旧商法・有限会社法では、株式会社の最低資本金は1,000万円、有限会社の最低資本金は300万円と定められていた。新会社法では、設立費用を除いて1円で会社を設立することが出来る。最低資本金制度が撤廃されたため、株式会社と有限会社を区別する理由がなくなったため、有限会社は廃止された。合同会社は、LLC (Limited Liability Company) のことで、出資者が有限責任しか負わない会社のことをいう。

を受け、会社法では取締役の責任は無過失責任から、取締役の行動に過失がないことを立証できれば賠償義務から逃れることが出来る過失責任が採用されることになった。

過失責任が採用されたことにより、取締役の忠実義務行動や善管義務行動にどのような影響を与えるのだろうか。不法行為責任ルールが当事者の注意行動(注意水準)に対して、どのような影響を与えるかについて、多くの研究が重ねられてきた (Brown (1973), Shavell (1893, 1987), Winter (1995), Miceli (1997), Feldman and Frost (1998), Satish and Singh (2002) など)。彼らの研究では、加害者の事故抑止努力インセンティブが強い、もしくは最適な事故抑止努力を実行するという意味で過失責任が少なくとも望ましい責任ルールであるという結論を導いている。しかし、当事者間の和解交渉や証拠収集行動は考慮されていない。当事者間で和解交渉が可能であるとする。過失責任のもとで、加害者が努力を怠ったとき、加害者は「『被害者は加害者が努力をした』と被害者が予想する」ように和解交渉を行おうとする。被害者は、加害者が提示した和解額を判断し、その提示を受け入れるか拒否するかを決めざるを得ない。したがって、和解交渉を明示的に考慮しない分析の下では、過失責任が望ましいかどうかは定かではない。

また、Kumagai (2001) や熊谷 (2009) では、和解交渉が考慮し、かつ被害者が加害者の注意行動について完全には観察できない不完全観測ケースを分析

3) 1995年、一行員が11年間に渡り無断で財テク取引を行い、銀行に11億ドル(1ドル=87円換算で957億円)もの多額の損害を生じさせた事件のこと。さらに、この事実を事前に知った銀行トップが、組織ぐるみで隠ぺい工作を行ったことが判明し、米国政府から多額の罰金と業務停止命令、そして米国から全面撤廃することとなる。これに対して株主は、当時の経営陣に対し株主代表訴訟を起こし、会社が受けた損失の総額14億5,000万ドルの賠償を求めた。そして、当時の役員12人に対し7億7,500万ドル(829億円)の支払いが命じられた(大阪地判平成12・9・20判時1721-3)。

4) ずさんな融資で旧北海道拓殖銀行に損害を与えたとして、整理回収機構が元頭取らに対し損害賠償請求をしていた事件で、最高裁は総額約101億円の損害賠償責任を認めた(最判平成20・1・28民集62-1-128)。ダスキン事件ではダスキンの元取締役らに対して5億5,800万円の損害賠償責任があることを認めた大阪高裁判決を支持した(最判平成20・2・12決定、大阪高判平成18年6月9日判タ1214号115頁)。

している。このとき、過失責任よりも寄与過失を伴う厳格責任の方がより注意をしやすいとなると結論づけている⁵⁾。しかし、これらのモデルは加害者の立証責任や裁判官の意思決定がモデルに組み込まれていない。会社法では取締役役に立証責任が課されているため、無過失責任と過失責任のどちらが望ましい責任ルールなのか明らかではない。本稿では、現行ルールに則り、取締役の立証責任と裁判官の意思決定の問題をモデル化し、取締役に立証責任があるとき、無過失責任と過失責任のどちらの責任ルールの方がより多くの取締役に忠実義務行動や善管義務行動をさせることが出来るのかを分析する。

採用される責任ルールによって裁判官の役割も大きくなる。無過失責任が採用されている時、裁判官の役割は損害賠償額の決定が主な役割と考えられる。過失責任が採用されることで、裁判官の役割に取締役の責任の有無の決定が加わる。すなわち、裁判官は取締役が提出した証拠を元に、取締役に責任があるかどうかを決定する（取締役は仮に自らに不利な証拠を発見しても、それを隠すことが出来ないとする）。損害賠償額については、取締役から提出された証拠を元に決定することが出来る。

証拠収集については次のように仮定する。取締役が忠実義務を果たしたとき、2種類の証拠が生じる可能性がある。すなわち、取締役が忠実義務を果たしたことを立証できる証拠と必ずしも立証できないという証拠がある。他方、取締役が忠実義務を怠ったとき、義務を怠ったという証拠と怠ったかどうか分からないという証拠のどちらかが発生する可能性がある。無過失責任のもとでは、取締役の忠実義務行動に関係なく会社に損害が生じれば、取締役は損害を賠償しなければならない。そのため、過失責任と比べると、証拠収集のインセ

5) 彼は過失責任と無過失責任の比較分析ではなく、過失責任と寄与過失を伴う厳格責任の比較分析を行っている。彼のモデルは被害者は注意していると仮定している。すなわち、加害者が注意しなければ、加害者が損害賠償責任を負う。本稿では、被害者に相当するのは株主である。不正な取引を行い、会社に損害を与えようという限り注意していると見なすことが出来る。そのため、本稿における無過失責任と Kumagai (2001) や熊谷 (2009) における寄与過失を伴う厳格責任は、異なった責任ルールを分析しているが、同様の分析として見なすことが出来る。

ンティブは相対的に低くなる。一方、過失責任のもとでは過失がなかったことを立証すれば損害賠償の義務はないので、証拠収集をするインセンティブは相対的に強い。したがって、裁判官は取締役が忠実義務を怠ったとき、取締役が証拠収集努力をしないような賠償額を決める必要がある。

どちらの責任ルールが望ましいかは、期待損害賠償額と証拠収集費用の大きさに依存して決まる。期待損害賠償額が大きいならば、忠実義務を怠ることによる費用が大きいため、過失責任のもとで取締役の忠実義務インセンティブが強くなる。一方、過失責任の下で忠実義務を果たしたことの立証費用が大きければ、忠実義務を怠る方が費用が低くなるかもしれない。無過失責任のもとでは、たとえ取締役が忠実義務を果たしたとしても損害賠償の義務を負うので、証拠収集を行うインセンティブは小さい。このとき、無過失責任の方が望ましい。近年、損害賠償額の高額化が観られる。そのため、過失責任の方が望ましいと言えるかもしれない。

本稿の構成は以下の通りである。第2節では、旧商法と会社法における取締役の責任の相違について述べる。第3節ではモデルを展開し、それぞれの責任ルールにおける均衡を導出する。第4節では、第3節で導出した均衡の解釈をし、なぜ会社法では取締役の責任が軽減されたかを経済学的な観点から説明する。第5節で結論と今後の課題を述べる。

2 旧商法と会社法における取締役の責任の相違

取締役は株主総会で選任決議を受け、会社が経営を委任し、選任された者が就任を承認することでその地位に就く（会社法 329 条）。これは、会社と取締役の間に委任契約が存在することを意味する（会社法 330 条）。すなわち、取締役が取締役会の構成員として、あるいは代表取締役として業務に当たる際、善良な管理者の注意義務（民法 644 条：善管義務）を負わなければならない。また、取締役は法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない（会社法 355 条：取締役の忠実義務）⁶⁾

これらの義務を観察するのは、一般的には株主である。しかし、株主は取締役の職務を完全に観察することは難しい。株主総会が開催される回数は定められており、取締役と株主との間に情報の非対称性が存在するためである。取締役は会社経営の豊富な知識を持っていたり、一般業務を直接実行するため、多くの情報を有している。一方、多くの株主は投機目的の一般投資家であるために、取締役が義務違反をしたかどうかの判断をすることは難しい。そのため、取締役が自らの利益を追求し、会社に対して損害を与えるような行為を法で抑制する必要がある。

従来の商法では、(1)違法配当(旧商法266条1項1号)、(2)違法な利益供与(旧商法266条1項2号)、(3)取締役に対する金銭の貸付(旧商法266条1項3号)、(4)(承認を得た)利益相反取引(旧商法266条1項4号)、(5)任務懈怠責任(旧商法266条1項5号)の場合に取り締まりに責任が生じると規定されていた⁶⁾。このうち、任務懈怠責任だけは過失責任とされており、残りの4つはすべて無過失責任と規定されていた。無過失責任とは、過失がなかったとしてもその行為によって結果的に生じた損害に対して、無条件に責任を負わなければならないという、取締役にとって最も厳しい責任ルールである。

しかし、昨今のような不況のもとで、会社のために利益と直結しない将来を考えた業務をする必要があるかもしれない。その業務を株主に訴えられると、取締役になる人材がいなくなるという批判が経済界などから出るようになった。

6) 最高裁の大法廷判決(最大判昭和45・6・24民集24-6-625)は、忠実義務は「商法254条3項(会社法330条)、民法644条に定める善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまり、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の高度な義務を規定したものではない」と解釈している。

7) 違法配当とは、会社の分配可能利益を超過する剰余金の分配をすることをいう。また、違法な利益供与とは、総会屋への金品供与等を指す。利益相反取引とは、取締役が自己または第三者のため会社と取引すること(直接取引)、および会社が取締役の債務を保証するなど第三者との間で会社と取締役との利益が相反する取引をすること(間接取引)を指す。会社法では、これらの取引については取締役会や株主総会で承認を得なければならないと規定している(会社法356条、365条、419条2項、594条、595条)。また、取締役に対する金銭の貸付は利益相反取引の一形態として解釈されていた。

そこで、2006年5月に施行された会社法において、取締役の責任が無過失責任から過失責任に転換された（会社法120条Ⅳ・Ⅴ、369条Ⅴ、423条、424条、430条、462条）。すなわち、取締役に過失がないならば、生じた損害を取締役が負担する必要がなくなった⁸⁾。ただし、立証責任は取締役にあり、したがって、取締役は裁判において注意を怠らなかつたことを証明しなければならない。立証責任を取締役に課すことは取締役の責任を軽くする一方で、忠実義務を果たさせる事を目的としていると考えられる。会社法では、違法配当と違法な利益供与は無過失責任から過失責任の採用へと改正された。また、取締役に対する金銭の貸付と利益相反取引は任務懈怠責任に含まれるようになり、従来の商法と同様に過失責任が採用された。

3 モ デ ル

（潜在的な）原告である株主と（潜在的な）被告である取締役、そして裁判官の戦略的決定問題を分析するために、証拠収集ステージと和解交渉ステージを含んだモデルを構築する。次に、発生した損害を各当事者がどのように負担するかを定めている2つの責任ルールを説明する。

3.1 ゲームの構造

危険中立的な株主と取締役が存在する。最初にと取締役は忠実義務を果たす（ C ）か否（ N ）かを決定する： $A_D = \{C, N\}$ 。取締役は忠実義務を果たすために、 x 円（ > 0 ）の費用を負担しなければならない。取締役は忠実義務を果たしたとしても、会社に損害を与える可能性がある。取締役が忠実義務を果たすならば、様々な業務決定が会社に損害を与える確率は a_C で、 $1 - a_C$ の確率で会社に損害を与えない。また、取締役が忠実義務を果たさないならば a_N の確率で会社に損害を与え、 $1 - a_N$ の確率で会社に損害を与えない。ただし、取締

8) 取締役の会社に対する損害賠償責任の詳細については、神田（2009）を参照。

役が忠実義務を果たしたときの方が会社に損害を与える確率は小さいとする： $0 < a_C \leq a_N < 1$ 。

会社に損害が発生すると、株主は取締役を告訴する。取締役は告訴されると、忠実義務の実行についての証拠 $\omega = \{c, n, \phi\}$ を収集する。ただし、 c は取締役が忠実義務を果たした、 n は取締役が忠実義務を果たしていない、そして ϕ は取締役が忠実義務を果たしていたかどうかについては立証不可能な証拠をそれぞれ意味する⁹⁾。取締役が忠実義務を果たしていたか否かについての証拠は、取締役が実際に忠実義務を果たしていたかどうか依存して存在する。すなわち、取締役が忠実義務を果たしていたとしても、必ずしも『取締役が忠実義務を果たしていた』という証拠が存在するわけではない。また、逆に取締役が忠実義務を果たしていなかったとしても『取締役が忠実義務違反をしていた』という証拠が必ず存在するわけではない。もし取締役が忠実義務を果たしていれば、存在する証拠は『忠実義務を果たしていた』か『忠実義務を果たしていたかどうかは判断出来ない』のどちらか一方である： $\omega = \{c, \phi\}$ 。取締役が忠実義務を果たしていたとき、 $\beta_c > 0$ の確率で証拠 c が存在するが、 $1 - \beta_c$ の確率で証拠 ϕ が存在する。一方、取締役が忠実義務を果たしていない場合、『忠実義務を果たしていなかった』か『忠実義務を果たしていたかどうかは判断出来ない。』のどちらか一方の証拠が存在する： $\omega = \{n, \phi\}$ 。取締役が忠実義務を果たしていなかったならば、 β_n の確率で ϕ が存在し、 $1 - \beta_n$ の確率で証拠 n が存在する。

取締役は証拠を収集するために e_i の努力をする。ただし、 $0 \leq e_i \leq 1$ で、 $i = \{C, N\}$ は取締役の忠実義務行動である。また、証拠収集努力は被告の私的情報とする。証拠収集費用は $\psi(e_i)$ で表され、 $\psi(0) = 0$ 、 $\psi(1) = \infty$ 、 $\psi' > 0$ 、 $\psi'' > 0$ とする。もし取締役が忠実義務を果たしており、かつ証拠 c が存在して

9) 取締役の忠実義務について、証拠が見つからなかったとも解釈できる。また、取締役が忠実義務を果たしたという証拠が存在しないことは、忠実義務を果たさなかったことを意味するものではない。忠実義務を果たしたという確実な証拠がないことを意味する。

いるならば、 $f(ec)$ の確率で証拠 c が発見され、残りの確率で証拠 ϕ が発見される。簡単化のために、 $f(ec) = ec$ とする。もし取締役が忠実義務を果たしており、かつ証拠 c が存在していないならば、確実に証拠 ϕ が発見される。取締役が忠実義務を果たしておらず、かつ証拠 ϕ が存在しないならば、確実に証拠 n が発見される。しかし、もし証拠 ϕ が存在するならば、 $g(e_N) = e_N$ の確率で ϕ が発見され、残りの確率で n が発見される。取締役は発見した証拠を隠すことは出来ない¹⁰⁾ したがって、取締役が証拠 c を発見したならば c を提出し、証拠 n を発見したならば n を提出する。もし証拠 ϕ を発見したならば、何も提出しない、もしくは証拠 ϕ を提出することを意味する。

証拠を発見した取締役は株主に対して和解案 $S(A_D, \omega) = S_i$ を提案する： $i = \{C, N\}$, $0 \leq S_i < \infty$ 。株主がこの和解案を受諾するなら、株主は取締役から S_i 円を受け取り和解が成立する。株主が和解案を拒否するならば、案件は法廷にて判断されることになる。もし株主が勝訴するなら、取締役から賠償金として W 円を受け取る。敗訴すると、株主は何も得られない。単純化のために、本稿では裁判費用はかからないと仮定する。どちらの当事者が勝訴するかは裁判官が提出された証拠と責任ルールに応じて決定する。

3.2 責任ルール

本稿で比較する2つの責任ルールを定義する。

- ・無過失責任 (Strict Liability ; SL) : 取締役が会社に損害を与えると、取締役の忠実義務行動に関係なく、取締役は損害を賠償しなければならない。
- ・過失責任 (Negligence Rule ; NR) : もし取締役が忠実義務を果たしていないならば、取締役に過失があるとみなされ、取締役が損害を負担しなければ

10) 株主は取締役が忠実義務を果たしたか否かを知ることは出来ないが、証拠を通して忠実義務を果たしたかどうかをある程度知ることが出来る。すなわち、解きほぐし (unraveling) により、 c が提出されると取締役は忠実義務を果たしていた、 n が提出されると取締役は忠実義務を果たしていなかったことがわかる。解きほぐしについては、Grossman (1981), Baird and Picker (1994) を参照。

ばならない。取締役が忠実義務を果たしているならば、取締役は損害負担義務から免れる。

会社法において、取締役の責任は過失責任が採用されているが、立証責任は取締役にあり、表1と2は、両当事者の行動の組み合わせに応じて、誰に責任があるのかを示している。ただし、過失責任については、取締役が忠実義務を果たしているときに『忠実義務を果たしている』と立証でき、かつ忠実義務を果たしていないときに『忠実義務を果たしていない』と立証出来ているケースである。『忠実義務を果たしたかどうか定かではない』という証拠が生じた場合については、次の裁判官の戦略で詳細に述べる。

表1 無過失責任

		株主 (P)	
		C	N
取締役 (D)	C	D	D
	N	D	D

表2 過失責任

		株主 (P)	
		C	N
取締役 (D)	C	P	P
	N	D	D

3.3 裁判官の戦略

過失責任のもとで、裁判官は正確な判決をすることを目的とする。すなわち、取締役が実際に忠実義務を果たしているならば、取締役に勝訴判決を、また取締役が忠実義務違反をしていたならば取締役に敗訴判決を下したい。仮に取締役が忠実義務違反をしていたとしよう。このとき、取締役が証拠収集努力をしなければ確実に証拠 n が提出される。したがって、証拠収集努力をさせないような判決額を裁判官は決定したい。解きほぐしにより、裁判官は c が提出されると取締役の行動は C 、 n が提出されると取締役の行動は N であることがわかる。したがって、裁判官が証拠 c と n を観察したとき、責任ルールに応じてそれぞれ次のような判決を下す：

- ・ c を観察したとき： $W_C^{SL} = W_C > 0$ 、 $W_C^{NR} = 0$ 。
- ・ n を観察したとき： $W_N^{SL} = \delta W_C = W_N^{NR}$ 、ただし $\delta \geq 1$ 。

W_i^j は取締役の行動が i 、責任ルールが j のとき、株主に対して取締役が支払う損害賠償額である。

裁判官は証拠 ϕ を観察したとき、取締役が忠実義務を果たしたかどうかを裁判官は確実に知ることは出来ない。したがって、裁判官は、以下のように存在する証拠と取締役の真の行動を予想する必要がある。裁判官の予想はベイズルールに従うとする。裁判官が ϕ を観察したことを所与として、証拠 c が存在し、取締役の真の行動が C であるという裁判官の予想 (belief) は次のように表される。

$$\mu_1 = \frac{\lambda \alpha_C \beta_c (1 - e_C)}{\lambda \alpha_C (1 - \beta_c e_C) + (1 - \lambda) \alpha_N \beta_n e_N},$$

ただし λ は取締役が忠実義務を果たす確率である。また、裁判官が ϕ を観察したことを所与として、証拠 c が存在せず、取締役の行動が C であるという裁判官の予想は次のようになる。

$$\mu_2 = \frac{\lambda \alpha_C (1 - \beta_c)}{\lambda \alpha_C (1 - \beta_c e_C) + (1 - \lambda) \alpha_N \beta_n e_N}.$$

最後に、裁判官が ϕ を観察したことを所与として、証拠 n が存在せず取締役の行動が N であるという裁判官の予想を示す：

$$\mu_3 = 1 - \mu_1 - \mu_2 = \frac{(1 - \lambda) \alpha_N \beta_n e_N}{\lambda \alpha_C (1 - \beta_c e_C) + (1 - \lambda) \alpha_N \beta_n e_N}.$$

裁判官は ϕ を観察したとき、取締役の行動を完全には知ることが出来ない。それゆえに、結果として誤った判決を下すかもしれない。これは、正確な判決を下すことを目的としている裁判官にとって損失であると解釈することができる。損失は、観察した証拠と裁判官の判決に応じて次のように分類される¹¹⁾

- ・中間の判決 (*inertia*) : 取締役は W_C (もしくは W_N) を支払うという判決が最適にもかかわらず $W_\phi = \gamma W_C > 0$ の支払いを取締役に命じる。この

11) 最適な判決とは、取締役の実際の行動に即した判決を意味する。また、社会が正確な判決を望んでいるとすると、社会的な損失として解釈できる。

ときの損失を L_I とする。

- ・極端な判決 (*extremism*) : W_ϕ の支払いを取締役に命ずることが最適にもかかわらず, W_C (もしくは W_N) の支払いを命じる。このときの損失を L_E とする。

ただし, $1 \leq \gamma \leq \delta$ である。また, W_ϕ は証拠 ϕ が提出されたとき, 取締役が支払う賠償額である。

裁判官が証拠 ϕ を観察したとき, 取締役に W_C の支払いを命じたとする。このとき, 損失は(1)のようになる¹²⁾

$$\mu_2 L_E + \mu_3 L_E = (1 - \mu_1) L_E. \quad (1)$$

また, 裁判官が証拠 ϕ を観察したとき, 取締役に W_ϕ の支払いを命じたときの損失は $\mu_1 L_I$ となる。

ここで, 次のように仮定する。

仮定 1. $\hat{L}_I = (1 - \mu_1) L_E - \mu_1 L_I > 0$

この仮定は, 裁判官が証拠 ϕ を観察したとき, W_ϕ の支払いを取締役に命じることの期待損失は W_C を命じるときの期待損失よりも小さいことを意味する。すなわち裁判官が ϕ を観察したとき, 極端な判決をするよりも中間の判決をする方が損失が小さいことを意味する。したがって, 裁判官は証拠 ϕ を観察するとき, W_ϕ を命ずる。

4 旧商法と会社法の比較分析

本節では, 旧商法と会社法における取締役の忠実義務行動や証拠収集努力, 和解案と株主の和解案に対する戦略を明らかにし, 比較分析を行う。

12) 本来ならば, W_N の支払いを命じたときも考慮しなければならない。しかし, 本稿ではどの責任ルールを採用することで, 取締役により忠実義務を実行させやすいのかと行うことを分析の主としている。したがって, W_C の判決をしたときのみの損失を述べる。

4.1 無過失責任

無過失責任は、取締役は忠実義務を果たしていたとしても、結果として会社に損害を与えると賠償義務を負うという取締役にとって非常に厳しい責任ルールである。取締役は見つけた証拠を隠すことが出来ないので、取締役が証拠 c を見つけたとき c が提出され、裁判官は W_c の支払いを取締役に命じる。また、取締役が証拠 n を発見したとき n が提出され、裁判官は δW_c の支払いを命じる。したがって、取締役は証拠 c と n を発見したとき、和解ステージにおいて株主にそれぞれ $S_c^{SL} = W_c$ と $S_n^{SL} = \delta W_c$ を提案する。また、取締役が証拠 ϕ を見つけたとき、裁判官は取締役に γW_c の支払いを命じるので、株主に対して $S_\phi^{SL} = \gamma W_c$ を提案する。株主はこれらの和解提案を拒否しても、法廷で同じ金額の判決を受けることになる。したがって、これらの和解提案を受諾することと拒否することで無差別になる。そのため、株主はこれらの提案を受諾するとする。

証拠収集ステージで、取締役は実際に選択した忠実義務行動に応じて、期待費用を最小にするような証拠収集努力 e_i^{SL} を選択する。

$$e_c^{SL} = \arg \min_{e_c} \beta_c e_c W_c + (1 - \beta_c) \gamma W_c + \beta_c (1 - e_c) \gamma W_c + \psi(e_c),$$

$$e_n^{SL} = \arg \min_{e_n} \beta_n e_n \gamma W_c + \beta_n (1 - e_n) \delta W_c + (1 - \beta_n) \delta W_c + \psi(e_n).$$

1 階の条件より、 e_c^{SL} と e_n^{SL} はそれぞれ

$$\psi'(e_c^{SL}) = \beta_c (\gamma - 1) W_c, \quad (2)$$

$$\psi'(e_n^{SL}) = \beta_n (\delta - \gamma) W_c. \quad (3)$$

となることがわかる¹³⁾

最後に、取締役の忠実義務費用がどのくらいまでの大きさであれば取締役は忠実義務を果たすのかを調べる。取締役が忠実義務を果たしたときの期待費用

13) 仮定より、2 階の条件が満たされていることは容易に確認することができる。

は

$$x + a_c \psi(e_c^{SL}) + a_c \beta_c e_c^{SL} W_C + a_c \beta_c (1 - e_c^{SL}) \gamma W_C + a_c (1 - \beta_c) \gamma W_C$$

となる。また、注意義務を果たさなかったときの期待費用は次のようになる：

$$a_N \psi(e_N^{SL}) + a_N \beta_n e_n \gamma W_C + a_N \beta_n (1 - e_N^{SL}) \gamma W_C + a_N (1 - \beta_n) \delta W_C$$

取締役は忠実義務を果たしたときの方が果たさなかったときよりも期待費用が低いならば忠実義務を果たす。したがって、無過失責任のもとで、取締役の忠実義務の履行費用が $x \leq x^{SL}$ ならば、無過失責任のもとで取締役は忠実義務を果たす。ただし、

$$\begin{aligned} x^{SL} \equiv & a_N \psi(e_N^{SL}) - a_c \psi(e_c^{SL}) + (a_N \delta - a_c \gamma) W_C \\ & + [a_c \beta_c e_c^{SL} (\gamma - 1) - a_N \beta_n e_N^{SL} (\delta - \gamma)] W_C \end{aligned}$$

である。

4.2 過失責任

過失責任のもとでは、取締役は自らに過失がないことを証明できれば、株主に対する損害賠償から免れる。したがって、取締役は証拠 c を見つけたとき、取締役は株主に対して $S_c^{NR} = 0$ の和解案を提示する。一方、 n を発見したとき、取締役は株主に対して $S_n^{NR} = \delta W_C$ の和解案を提示する。また、 ϕ を発見したとき、取締役は株主に $S_\phi^{NR} = \gamma W_C$ を提示する。法廷に進んでも、株主が得られる賠償額は取締役が提示した和解案と同じである。したがって、株主はこれらの提案をすべて受諾する。

無過失責任と同様に、証拠収集ステージにおいて、選択した忠実義務に応じて取締役は以下の期待費用を最小にするような証拠収集努力を選択する。

$$e_C^{NR} = \arg \min_{e_C} \beta_c (1 - e_C) \gamma W_C + (1 - \beta_c) \gamma W_C + \psi(e_C),$$

$$e_N^{NR} = \arg \min_{e_N} \beta_n e_N \gamma W_C + \beta_n (1 - e_N) \delta W_C + (1 - \beta_n) \delta W_C + \psi(e_N).$$

1 階の条件より、 e_C^{NR} と e_N^{NR} はそれぞれ

$$\gamma \beta_c W_C = \psi'(e_C^{NR}), \quad (4)$$

$$\beta_n (\delta - \gamma) W_C = \psi'(e_N^{NR}). \quad (5)$$

となる。

取締役が忠実義務を果たすときの期待費用は

$$x + a_C \beta_c (1 - e_C^{NR}) \gamma W_C + a_C (1 - \beta_c) \gamma W_C + a_C \psi(e_C^{NR})$$

である。忠実義務を果たさないときの取締役の期待費用は

$$a_N \beta_n e_N^{NR} \gamma W_C + a_N \beta_n (1 - e_N^{NR}) \delta W_C + a_N (1 - \beta_n) \delta W_C + a_N \psi(e_N^{NR})$$

である。したがって、過失責任のもとで、取締役の忠実義務実行費用が $x \leq x^{NR}$ ならば、取締役は忠実義務を果たす。ただし、

$$x^{NR} \equiv a_N \psi(e_N^{NR}) - a_C \psi(e_C^{NR}) + [(a_C \beta_c e_C^{NR} - a_N \beta_n e_N^{NR} (\delta - \gamma))] W_C + (a_N \delta - a_C \gamma) W_C$$

である。

4.3 比較分析

裁判官は正確な判決を下すために、どの責任ルールであっても忠実義務を果たさなかった取締役に証拠収集をさせたくないの、少なくとも $e_C \geq e_N$ となるように γ と δ を決定したいと考えている。無過失責任のもとでは、(2)と(3)より、裁判官は $\beta_c (\gamma - 1) \geq \beta_n (\delta - \gamma)$ となるように γ と δ を決定する。また、過失責任のもとでは、(4)と(5)より、裁判官は $\beta_c \gamma \geq \beta_n (\delta - \gamma)$ となるように γ と

δ を決める。

取締役が忠実義務を怠ったとする。このとき、証拠収集ステージで取締役の発見可能な証拠は ϕ か n である。もし ϕ を発見すれば、取締役の支払額は γW_c^{SL} である。一方、 n を発見すれば、取締役の支払額は δW_c^{SL} である。もし $\gamma = \delta$ ならば、どちらの証拠を発見しても取締役の支払額は変わらない。したがって、どちらの責任ルールでも取締役は $e_N = 0$ を選択する。

無過失責任のもとで、 $\delta = \gamma$ ならば $\gamma = 1$ はどの証拠が提出されても取締役が株主に支払う賠償額が等しいことを意味する。したがって、無過失責任のもとで $\gamma = 1$ ならば、取締役は実際に選択した忠実義務行動に関係なく証拠収集努力をしない事を選択する。一方、過失責任のもとでは取締役は証拠収集努力をする。なぜなら、過失責任のもとでは、証拠 c を提出することで賠償額が0となるためである。以上のことから、以下の命題を導くことができる。

命題1. $\gamma > 1$ ならば、忠実義務を怠った取締役にも正の証拠収集努力をさせる。

取締役に対する懲罰的損害賠償を認めると、すなわち $\delta > \gamma > 1$ を認めると、取締役は忠実義務を怠ったとき、証拠収集をすることになる¹⁴⁾これは、取締役が懲罰的損害賠償を避けようとするためである。すなわち、懲罰的損害賠償は取締役にとって大きな負担であり、取締役に社会的に非効率な証拠収集努力をさせることを意味する。

以下では、 $\gamma = \delta = 1$ のとき、無過失責任と過失責任では、どちらの責任ルールの方が取締役に忠実義務を守らせることができるのかを比較分析する。 $\gamma = \delta = 1$ のとき、 x^{SL} と x^{NR} はそれぞれ次のようになる。

14) 日本では、懲罰的損害賠償は認められていない。詳しくは、萬世工業事件(最判平成9・7・11民集51-6-2573)を参照。

$$x^{SL} = (\alpha_N - \alpha_C) W_C^{SL}, \quad (6)$$

$$x^{NR} = -\alpha_C \phi(e_C^{NR}) + (\alpha_N - \alpha_C) W_C^{SL} + \alpha_C \beta_c e_C^{NR} W_C^{SL}. \quad (7)$$

(6)と(7)より,

$$x^{NR} - x^{SL} = \alpha_C (\beta_c e_C^{NR} W_C^{SL} - \phi(e_C^{NR}))$$

となる。もし証拠収集費用が高額であれば、証拠収集努力をしない無過失責任の方が取締役に忠実義務を実行させやすい。しかし、ここ数年来取締役に対する賠償請求額が高額になってきている。そのため、証拠収集費用よりも期待賠償支払額の方が大きい傾向にあると考えることができる。そのため、 $x^{SL} < x^{NR}$ が成立しやすいと推測できる¹⁵⁾

命題 2. 無過失責任よりも過失責任の方が、忠実義務を果たした取締役に証拠収集努力をさせやすく、かつ取締役に忠実義務行動を実行させやすい。

ただし、以下の点は留意する必要がある。 $\gamma = 1$ ならば、過失責任のもとで証拠 ϕ が提出されると、裁判官は解きほぐしにより『取締役は忠実義務を果たした』ことがわかる。しかし、裁判官は $\gamma = 0$ とすることはできない。 $\gamma = 0$ は、仮に ϕ を観察しても取締役に勝訴判決を出すことを意味する。これは、取締役は C を選択したとき、 $e_C^{NR} = 0$ 、かつ N を選択したとき $e_N^{NR} > 0$ を実行することを意味する。すなわち、裁判官は提出された証拠から取締役の注意義務行動を完全に明らかにすることが不可能となり、誤審による損失が大きくなることを意味する。したがって、過失責任のもとで証拠 ϕ が提出され、取締役が忠実義務を果たしていることがわかったとしても $\gamma = 1$ を選択しなければならない。これは会社法のもとでの非効率性と言える。

15) $\phi(e_C^j) = (e_C^j)^2$ ならば、証拠収集費用のすべての仮定を満たし、 $x^{SL} < x^{NR}$ となることが容易に確認できる。ただし、 $j = \{SL, NR\}$ である。

5 お わ り に

2005年、会社の設立や機関などに関するルールを定めていた旧商法、有限会社法、そして商法特例法を一つにまとめる形で会社法が制定された。会社法と旧商法において、取締役の責任が大きく変更された。旧商法では、過失の有無に関わらず、取締役は会社に与えた損害を賠償しなければならないという無過失責任が採用されていた。しかし、会社法では、取締役が忠実義務を果たしたことを立証できれば、生じた損害を賠償しなくてもよいという過失責任が採用されることになった。

本稿では、責任ルールの変更により、取締役の忠実義務の履行や株主に訴えられたときの証拠収集行動にどのような影響を与えるかを分析した。結果として、無過失責任よりも過失責任の方が取締役が忠実義務を果たすことがわかった。また、 $\gamma = \delta = 1$ とすることによって、過失責任では忠実義務を果たした取締役のみ証拠収集努力を行うことがわかった。ただし、 $\gamma = 1$ とすることによって、過失責任のもとで非効率性が発生する。すなわち、本来ならば忠実義務を果たしたということが推測される状況であっても、明白な証拠がないために損害を賠償しなければならない。このような非効率性が生じないような制度はどのようなものかを分析することが今後の課題である。

また、本稿では忠実義務を怠った取締役が証拠 n を入手しても隠すことが出来ないと仮定している。現実的には、 n を入手しても隠すことができるかもしれない。したがって、証拠を隠すことが可能なモデルを構築し分析することも今後の課題である。

参 考 文 献

- Baird, D., R. Gertner, and R. Picker (1994) *Game Theory and the Law*, Harvard University Press.
- Brown, J. (1973) "Toward an Economic Theory of Liability," *Journal of Legal Studies*, Vol. 2,

- No. 2, pp. 323-349.
- Feldman, M., and M. Frost (1988) “A Simple Model of Efficient Tort Liability Rules,” *International Review of Law and Economics*, vol. 18, No. 2, pp. 201-205.
- Grossman, S. (1981) “The Informational role of warranties and private disclosure about product quality,” *Journal of Law and Economics*, 24, 461-483.
- Kumagai, T. (2001) “Product Failure, Imperfect Observability, and Tort Liability Rules,” Kobe University Graduate School of Economics Working paper series No. 105.
- Miceli, T. (1997) *Economics of the Law-Torts, Contracts, Property, Litigation-*, Oxford University Press.
- Palumbo, G. (2001) “Trial procedures and optimal limits on proof-taking,” *International Review of Law and Economics*, 21, 309-327.
- Satish, J., and R. Singh (2002) “Efficient Liability Rules : Complete Characterization,” *Journal of Economics*, Vol. 2, No. 1, pp. 105-124.
- Shavell, S. (1983) “Torts in Which Victim and Injurer Act Sequentially,” *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 3, PP. 589-612.
- (1987) *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press.
- Winter, H. (1994) “Sequential Torts with Imperfect Information,” *International Review of Law and Economics*, Vol. 14, No. 1, pp. 35-40.
- 神田秀樹『法律学講座双書 会社法（第11版）』, 弘文堂, 2009年。
- 熊谷太郎 (2009), 寄与過失を伴う厳格責任は過失責任よりも優れた損害賠償責任ルールか, 松山大学論集, 20, 105-132。

補 論

本稿で取り上げた旧商法、及び会社法の条文のうち、関連が深い条文を紹介する。

旧商法

255条3項：取締役ハ法令及定款ノ定並ニ總會ノ決議ヲ遵守シ会社ノ為忠実ニ其ノ職務ヲ遂行スル義務ヲ負フ

266条：左ノ場合ニ於テハ其ノ行為ヲ為シタル取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ第一号ニ在リテハ違法ニ配当又ハ分配ノ為サレタル額, 第二号ニ在リテハ供与シタル利益ノ額, 第三号ニ在リテハ未ダ弁済ナキ額, 第四号及第五号ニ在リテハ会社が蒙リタル損害額ニ付弁済又ハ賠償ノ責ニ任ズ

1項：第二百九十条第一項ノ規定ニ違反スル利益ノ配当ニ関スル議案ヲ總會ニ提出シ又ハ第二百九十三条ノ第五項ノ規定ニ違反スル金銭ノ分配ヲ為シタルトキ（違法配当）

- 2項：第二百九十五条第一項ノ規定ニ違反シテ財産上ノ利益ヲ供与シタルトキ（違法な利益供与）
- 3項：他ノ取締役ニ対シ金銭ノ貸付ヲ為シタルトキ（取締役に対する金銭の貸付）
- 4項：前条第一項ノ取引ヲ為シタルトキ（利益相反取引）
- 5項：法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタルトキ（任務懈怠責任）

会社法

120条：株式会社は、何人に対しても、株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与(当該株式会社又はその子会社の計算においてするものに限る。以下この条において同じ。)をしてはならない（株主の権利の行使に関する利益の供与）。

2 株式会社が特定の株主に対して無償で財産上の利益の供与をしたときは、当該株式会社は、株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与をしたものと推定する。株式会社が特定の株主に対して有償で財産上の利益の供与をした場合において、当該株式会社又はその子会社の受けた利益が当該財産上の利益に比して著しく少ないときも、同様とする。

3 株式会社が第1項の規定に違反して財産上の利益の供与をしたときは、当該利益の供与を受けた者は、これを当該株式会社又はその子会社に返還しなければならない。この場合において、当該利益の供与を受けた者は、当該株式会社又はその子会社に対して当該利益と引換えに給付をしたものがあるときは、その返還を受けることができる。

4 株式会社が第1項の規定に違反して財産上の利益の供与をしたときは、当該利益の供与をすることに関与した取締役（委員会設置会社にあつては、執行役を含む。以下この項において同じ。）として法務省令で定める者は、当該株式会社に対して、連帯して、供与した利益の価額に相当する額を支払う義務を負う。ただし、その者（当該利益の供与をした取締役を除く。）がその職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明した場合は、この限りでない。

5 前項の義務は、総株主の同意がなければ、免除することができない。

329条：役員（取締役、会計参与及び監査役をいう。以下この節、第371条第4項及び第394条第3項において同じ。）及び会計監査人は、株主総会の決議によって選任する（選任）。

2 前項の決議をする場合には、法務省令で定めるところにより、役員が欠けた場合又はこの法律若しくは定款で定めた役員の員数を欠くこととなるときに備えて補欠の役員を選任することができる。

355 条：取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない（忠実義務）。

366 条：取締役は、次に掲げる場合には、株主総会において、当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けなければならない（競争及び利益相反取引の制限）。

- 一 取締役が自己又は第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするとき。
- 二 取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき。
- 三 株式会社が取締役の債務を保証することその他取締役以外の者との間において株式会社と当該取締役との利益が相反する取引をしようとするとき。
 - 2 民法第 108 条の規定は、前項の承認を受けた同項第 2 号の取引については、適用しない。

423 条：取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人（以下この節において「役員等」という。）は、その任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（役員等の株式会社に対する損害賠償責任）。

2 取締役又は執行役が第 356 条第 1 項（第 419 条第 2 項において準用する場合を含む。以下この項において同じ。）の規定に違反して第 356 条第 1 項第 1 号の取引をしたときは、当該取引によって取締役、執行役又は第三者が得た利益の額は、前項の損害の額と推定する。

3 第 356 条第 1 項第 2 号又は第 3 号（これらの規定を第 419 条第 2 項において準用する場合を含む。）の取引によって株式会社に損害が生じたときは、次に掲げる取締役又は執行役は、その任務を怠ったものと推定する。

- 一 第 356 条第 1 項（第 419 条第 2 項において準用する場合を含む。）の取締役又は執行役
- 二 株式会社が当該取引をすることを決定した取締役又は執行役
- 三 当該取引に関する取締役会の承認の決議に賛成した取締役（委員会設置会社においては、当該取引が委員会設置会社と取締役との間の取引又は委員会設置会社と取締役との利益が相反する取引である場合に限る。）

462 条：条第 1 項の規定に違反して株式会社が同項各号に掲げる行為をした場合には、当該行為により金銭等の交付を受けた者並びに当該行為に関する職務を行った業務執行者（業務執行取締役（委員会設置会社にあつては、執行役。以下この項において同じ。）その他当該業務執行取締役の行う業務の執行に職務上関与した者として法務省令で定めるものをいう。以下この節において同じ。）及び当該行為が次の各号に掲げるものである場合に

おける当該各号に定める者は、当該株式会社に対し、連帯して、当該金銭等の交付を受けた者が交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払う義務を負う（剰余金の配当等に関する責任）。

一 前条第1項第2号に掲げる行為 次に掲げる者

イ 第156条第1項の規定による決定に係る株主総会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第2号の金銭等の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該株主総会に係る総会議案提案取締役（当該株主総会に議案を提案した取締役として法務省令で定めるものをいう。以下この項において同じ。）

ロ 第156条第1項の規定による決定に係る取締役会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第2号の金銭等の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役（当該取締役会に議案を提案した取締役（委員会設置会社にあつては、取締役又は執行役）として法務省令で定めるものをいう。以下この項において同じ。）

二 前条第1項第3号に掲げる行為 次に掲げる者

イ 第157条第1項の規定による決定に係る株主総会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第3号の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該株主総会に係る総会議案提案取締役

ロ 第157条第1項の規定による決定に係る取締役会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第3号の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役

三 前条第1項第4号に掲げる行為 第171条第1項の株主総会（当該株主総会の決議によって定められた同項第1号に規定する取得対価の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合における当該株主総会に限る。）に係る総会議案提案取締役

四 前条第1項第6号に掲げる行為 次に掲げる者

イ 第197条第3項後段の規定による決定に係る株主総会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第2号の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該株主総会に係る総会議案提案取締役

ロ 第197条第3項後段の規定による決定に係る取締役会の決議があった場合（当該決議によって定められた同項第2号の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。）における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役

五 前条第1項第7号に掲げる行為 次に掲げる者

イ 第234条第4項後段（第235条第2項において準用する場合を含む。）の規定による決定に係る株主総会の決議があった場合（当該決議によって定められた第234条第4項第2号（第235条第2項において準用する場合を含む。）の総額が当該決議の

日における分配可能額を超える場合に限る。)における当該株主総会に係る総会議案提案取締役

ロ 第234条第4項後段(第235条第2項において準用する場合を含む。)の規定による決定に係る取締役会の決議があった場合(当該決議によって定められた第234条第4項第2号(第235条第2項において準用する場合を含む。)の総額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。)における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役

六 前条第1項第8号に掲げる行為 次に掲げる者

イ 第454条第1項の規定による決定に係る株主総会の決議があった場合(当該決議によって定められた配当財産の帳簿価額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。)における当該株主総会に係る総会議案提案取締役

ロ 第454条第1項の規定による決定に係る取締役会の決議があった場合(当該決議によって定められた配当財産の帳簿価額が当該決議の日における分配可能額を超える場合に限る。)における当該取締役会に係る取締役会議案提案取締役

2 前項の規定にかかわらず、業務執行者及び同項各号に定める者は、その職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明したときは、同項の義務を負わない。

3 第1項の規定により業務執行者及び同項各号に定める者の負う義務は、免除することができない。ただし、前条第1項各号に掲げる行為の時における分配可能額を限度として当該義務を免除することについて総株主の同意がある場合は、この限りでない。