

福岡工業大学 機関リポジトリ

FITREPO

Title	取締役の責任軽減—取締役責任法制の転換
Author(s)	松本博
Citation	福岡工業大学研究論集 第39巻第2号 P235-P253
Issue Date	2007-2
URI	http://hdl.handle.net/11478/865
Right	
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher

Fukuoka Institute of Technology

取締役の責任軽減

—取締役責任法制の転換

松 本 博 (社会環境学科)

Reduction of the responsibilities of directors

Hiroshi MATSUMOTO (Department of Social and Environmental Studies)

Abstract

The newly established Japanese corporate law delves deeply into the quintessence of responsibility (which can be considered to be the basis of the doctrine of director's responsibilities). In fact, it constitutes a systematic overhaul that includes liability limitation as well. Due to the fact that in US corporate law there are various subtle distinctions in the individual state regulations governing the limits of responsibility and exemption from liability of directors, a straightforward comparison between US and Japanese legislation is difficult. Especially noteworthy of the corporate law in Japan is the fact that it prescribes distinct ways and means: particularly for liability exemption. Moreover, an inevitable prerequisite for decisions of the general meeting of stockholders or the board of directors in regard to the exemption from liability, is the stipulation of a certain disclosure agenda. If said disclosure requirement is not fulfilled due to concealment of important facts, in keeping with the fundamental interpretation of US corporate law, such decisions on the exemption from liability are to be understood as not having attained validity. In Japan, the maximum amount of damages that directors can be held liable for by their companies is stipulated based on the amount of their remuneration, and, by comparison to US corporate law, constitutes a considerably more strict penalization. Hence, it can be concluded that it acts as a powerful deterrent against the lack of due diligence on the part of directors.

Keywords: *director, corporate law, limits of responsibility, liability exemption, stockholder*

はじめに

1. アメリカにおける取締役の責任制限法制の経緯
2. 取締役の責任制限の構造
3. 取締役の責任制限に関する各州の立法
4. 改正模範事業会社法における責任制限
5. アメリカ法律協会 (ALI) の「コーポレート・ガバナンスの原理」
6. わが国の責任制限法制

7. 会社法における取締役の責任制度—無過失責任からの転換
- 結び

はじめに

わが国では、平成5年の商法改正以降、代表訴訟が提起される件数が大幅に増加したが¹、これによって、代表訴訟の濫用が危惧され、あるいは代表訴訟への恐

平成18年10月30日受付

怖心から経営者の行動が萎縮するとの意見も主張されてきた。そうした声を受けて、平成13年の商法改正の際に取締役の責任軽減制度が導入された。取締役等の会社経営に携わる者の軽過失については、会社に生じた莫大な損害のすべてを賠償させることが不適切な場合もありうるだろう。この場合には、軽過失における責任を否定するか、またはその賠償額を制限することが考えられる。具体的には、経営判断の原則、過失相殺等の方法によることになるが、これらの方法が常に利用可能とは限らない²。そのために、会社と取締役間の問題として、株主総会等の自律的な判断に委ねる方法が採用されたわけである。

取締役に対して厳格な責任を課すことは、経営に際しての注意を高めることに繋がるかもしれないが、一方で、責任追及を恐れてビジネスチャンスに際して消極的態度が生じることや取締役の地位に就くことを躊躇する危険性も考えられる。いずれも一長一短あることで、どちらに重きを置くかは価値観の問題でもあって、いずれか一つの答えだけを導き出すのは困難である。この場合に、二者択一的な解答を求めるのではなく、株式会社における資本多数決の原則に基づいて、株主総会の判断によって賠償額を制限することになる。

平成17年に新設された会社法の下でも取締役の損害賠償責任を減免する制度自体は、原則としては従来と変わらないが、取締役の責任制度については、取締役の責任原因事由を再編成し、その上で法令・定款違反に基づく責任以外の責任の法的性質についてこれまで無過失責任と解されてきたものを過失責任として明文文化し、また、責任免除・責任軽減制度の対象となる責任類型等についての変更を行った。その意味で、会社法の創設によって、取締役の責任法制は、大きな転換期を迎えたといえる。

本稿では、アメリカにおける取締役の責任制限法制を考察したうえで、近年急速に進展したわが国の取締役の責任軽減・免除制度の検討を行う。さまざまな会社法上の制度において先鞭をなすアメリカとわが国との比較検討によって、今後ますます複雑化することが予想されるわが国の会社法の中核をなす取締役の責任制度の方向性を探ることが本稿の目的である。

1. アメリカにおける取締役の責任制限法制の経緯

取締役が経営判断の原則 (business judgement rule)

の適用を受けて責任を免れるためには、その経営に関する決定をする前に、合理的に利用することのできる一切の重要な情報を収集し、これに基づき相当の注意を尽くして判断することが求められる。

取締役会の決定が、思慮分別を欠いた判断をしたとさえ思われる極端に情報不足のまま行動したことが明白な場合には、その決定は経営判断の原則によって保護されることはない。

取締役の責任を論じる際に、この点についてまず引用されるのが1985年のデラウェア州最高裁の *Smith v. Van Gorkom* 事件の判決である。この事件では、Trans Union 社の取締役会の決議に、同社の売却の承認に際して取締役に注意義務違反があったという判断が下された。本件の売却に関する決定はわずか二時間での取締役会の決議によって承認されたものであった。取締役会における説明は全てが口頭で行われ、買収合意の原案に関する書面も回覧されることがなかった。また、Trans Union 社の社長である Van Gorkom は、その売却代金が相手方（買主）ではなく、Van Gorkom 自身によって提案されていたことも開示していなかった。さらに議事録によると、その売却案件に関して Van Gorkom に他の取締役が質問していることを示す証拠もなかった。その点で、本件は、取締役会が業務執行者の提案を無批判に承諾した結果ということが出来る。取締役会がこの売却を即座に承認した事実によると、Trans Union 社株式のその時点での時価に約50パーセントのプレミアムに当たる売値が付けられ、買主のオファーは48時間だけに限られていたということであった。

デラウェア州最高裁は、取締役会は十分に情報を集めることを怠り、したがって Trans Union 社の売却の承認には「重大な過失」(gross negligence)があったと判示した。*Smith v. van Gorkom* 事件においては、取締役会があまりにも低価格で企業の売却を承認したことは問題視されていない。裁判所が非難しているのは、取締役会がその売却価格がいかにして決定されたかを調査せず、企業本来の適正価額の判断についての情報収集を怠ったことなのである。

アメリカ法律協会 (ALI) の「コーポレート・ガバナンスの原理」においても、経営判断の原則が適用される要件の一つとして、「経営判断の対象に関し、当該取締役または役員が当該状況の下で適当であると合理的に信ずる程度に知識を有する」ことを挙げている(4・01条(c)項(2))。ここでも合理的に信ずる程度の知識、つ

まり必要とされる情報量を正確に測定する方法はないものの、取締役が経営判断をなすにあたり考慮に入れるべき要素として、①取締役のなすべき経営判断の重要性、②情報を入手するために利用できる時間、③情報を入手するために要する費用、④当該問題を調査し、その結果を提出する者に対する取締役の信頼、⑤取締役会の配慮を要する競争的需要の性質などが指摘されている。

Smith v Van Gorkom 事件の判決は全米の会社に大きな衝撃を与えた。被告となった取締役は著名な実業界のリーダーであり、そのうち数名の社外取締役はいずれも他の会社の最高経営責任者を兼ね、また取締役の一人にはシカゴ大学ビジネス・スクール責任者もいたが、そうした人物が会社に対する注意義務に違反し、数百万ドルもの損害賠償の支払いを命ぜられたことは、アメリカ経済史上未曾有の出来事であった。またその賠償額は、取締役および役員らの損害賠償責任を担保する保険会社にとっても、高額の保険料収入を前提としなければその補償を引き受けることのできない金額であった。

結果として、本件判決により、会社にとっては有能な人材を取締役として迎え入れることに支障をきたすことになるとともに、在任中の取締役の辞任や任期満了に際して再任の要請を拒否されるという事態を招くことにもなった。

1980年代の後半、アメリカの各州で相次いで会社法が改正され、取締役の責任制限を導入するようになった背景にはこうした状況が大きな要因となっていた³。

2. 取締役の責任制限の構造

アメリカ法律協会（ALI）の「コーポレート・ガバナンスの原理」によれば、取締役の責任制限を肯定する政策的配慮とその根拠を分けて以下のように述べているものの⁴、両者は必ずしも明確に区分されてはいないようである。

(1) 責任制限の政策的配慮

アメリカの現行会社法の下で、注意義務違反が認定された取締役または役員は莫大な金額にのぼる損害賠償の責任を負うが、その金額は会社に及ぼした経済的ダメージの大きさに比例する。このような責任が課せられることは稀であるとはいえ、注意義務違反による

潜在的な賠償額は、取締役の自己取引のような公正取引義務の下で生じる意図的な違反のケースに比べてもはるかに高額となる可能性が高い。一般的な公正取引義務違反の場合には、当該取締役はその取得した利益を会社に返還すれば足りるからである。

このように多額にのぼる潜在的責任の与える印象は、むしろ逆効果をもたらす可能性もある。今日、取締役および役員らの責任保険を確保することの困難に伴って、取締役にとってその職務上の潜在的責任負担の方が、これに対応する利益よりも重いと認められるときは、このような重い責任を負わされることによる恐怖心は取締役自身の意欲を削ぐ結果になるであろう⁵。会社の取締役または役員が意思決定をする場合に責任を負うかもしれないという恐怖心は、経営上のリスクを過度に嫌い、これを選ばないようにして、却って株主の利益を損ない、経営の効率を減少させることに繋がるだろう。経営判断の原則は、取締役会の決定を保護する貴重な防波堤として役立つけれども、この原則の適用を受けるために必要な注意義務の基準に従って行動する勤勉かつ慎重な取締役にとっては、事実を後日誤って認定されるのではないかという不安に駆られる可能性も生じる。

また、完全賠償という不法行為に基づく損害賠償の法理は、その賠償順に制限を認めず、およそ行為と因果関係のある一切の損害につき責任を負うとする伝統的な法理論である。

これに対して、会社法の分野においては、株主は公序に反しない限りその会社に適用されるルールを自由に形成できるとするのが基本的な考え方であり、これによれば、取締役の責任を免除しまた制限することができるのも株主の権能の一つといえることができる。

(2) 取締役の責任制限の根拠

取締役の責任制限を肯定する根拠については多様であって一律ではないが、主に次のような理由が指摘されている。

第一に、基本的な考え方として公正（fairness）という根拠に基づいて責任制限が正当化されている。取締役が負担することになるかもしれない潜在的責任は、もしその責任制限が認められないとすると、被告の有責性（culpability）の性質と取締役が専念する会社業務から期待される経済的利益の間で均衡を失うことになり、取締役の負う責任が過度になってしまうことである。

第二に、こうした責任制限は、取締役が不当なリスクを回避するために消極的に行動しようとする重圧を緩和する効果をもたらす。相当の注意をもって行為すべき義務違反に対する責任は、現実には一方的な傾向を有し、取締役が過度に危険な行為または決定をなした場合、その結果についての有責性を判断されるのに対して、実際に過度なほど用心深い態度で終始している場合には責任を問われない。株主は、合理的に分散し、多様化した有価証券投資 (diversified portfolios) を行っており、これによって特定企業によるリスクから保護されているが、過失責任のリスクを避ける取締役は、株主が希望するよりも控え目の経営政策を選択する方向へと導かれている。

第三に、結果としてもたらされる潜在的な罰則が苛酷なものであり受け入れられることがない場合には、裁判所は取締役の負担する注意義務を公平かつ適切に実現するよう寄与するものと思われる。

第四に、取締役および役員に認められる責任制限は、保険者が負担する責任を軽減するため、しばしば会社によって支払われる保険のコストを削減するのに役立つことに繋がる。代表訴訟の脅威は、取締役および役員保険のコストを決定する要素の一つにすぎず、たとえば、証券法上の責任、破産管財人による提訴および連邦環境法や差別禁止法に基づく提訴によっても保険のコストは影響を受ける。しかし、少なくとも取締役の相当の注意義務違反についての責任制限はコストの低減に貢献し、被告取締役が提訴を受けるリスクからこれを保護する。

最後に、少なくとも賠償の最高限度額が適用される場合には、取締役の責任制限は、原告訴訟代理人にとって訴えを提起する経済的誘因を減退させることになる。原告訴訟代理人の報酬は、賠償を受ける金額に対する合理的な割合に制限されるからである⁶。

人によっては、この結果を望ましいものとは考えないかもしれない。代表訴訟の補償的な目的または抑止的な目的の効果を損なうことになるからである。しかし、注意義務違反を是正するための代表訴訟は、不法行為における訴訟との比較において検討されるべきものではない。不法行為訴訟においては、被害者に対する補償が沿革的に法の主たる目的とされてきた。そのため、代表訴訟との間には以下のような決定的な差異がある。

まず、代表訴訟においては、被害者に対して補償するという目的からさほど多くのものを得られるもので

はなく、また急を要するものでもない。なぜなら損害を被った者を特定するうえでも、また真の経済的損失を測るうえでも些か困難が生じるからである。株主はまた、通常は典型的な不法行為による被害者のような破滅的な被害にはさらされていない。株主の多くは、実質的に有価証券による投資を分散して行っているからである。

次に、社外取締役の立場は、独立した起業家 (independent entrepreneurs) ではなく、会社事業にパートタイムで参加する特異な地位にあることが挙げられる。これら社外取締役には、一般に、適度の経済的利益が与えられており、対価とのバランスを考えたときに、これを超える潜在的な責任は認められるべきではない。

最後に、取締役として経済的に貢献する誘因を失わせることによる社会的損失の方が、不十分な注意・懈怠を抑止することによって達成される利益よりも上廻ることが挙げられる。

代表訴訟が取締役の注意義務の強化に向けて果す究極的な貢献は、例えば、独立した取締役会、会社支配に対する市場、同僚からの圧力および公的開示といった代替機能のインパクトに依存している。会社事業にかかわる意思決定の質を確保するという目的に関して、より大きな信頼は、訴訟の上よりも会社の説明責任 (corporate accountability) のさまざまな力の上に置かれるべきであるというのが、取締役の責任制限の基礎にある政策的判断である。

3. 取締役の責任制限に関する各州の立法

取締役の民事責任追及から救済を図る各州立法の内容は多岐にわたっているが、次に掲げる幾つかの特色を含むものに分類することができる⁷。

- a 金銭賠償に対する取締役の個人責任を免除または制限する定款規定の採用を授權する立法 (enabling statute)
- b 個人責任の免除または制限を制定法自ら施行する立法 (statutory self-executing)
- c 個人責任を課すために要求される証拠の質を増加する立法
- d 会社の支配状況その他の問題について取締役(会)が到達する決定の中で考える基準および株主以外の利害関係者 (constituencies) の拡張

e 制定法上の行為基準の法定・変更

取締役の個人的責任を制限または免除する制定法は、デラウェア州法のように、定款によって許容される授権型 (permissive enabling type) の立法から、オハイオ州法のように、定款または規則によって除外されている場合を除いて、自動的にその責任が制限される立法に及んでいる。

すべての州法は取締役の一定の行為または不作為をその責任制限から除外しているが、その法文の表現および内容について極めて広範な多様性が認められる。オハイオ州法は、取締役の悪意・不誠実または相当の注意義務の欠如を立証しようとする原告に対して、明瞭かつ納得せしめる証拠による証明基準を課している。フロリダ州法は、責任制限から除外される“recklessness”および“improper personal benefit”の用語の定義を法定している。ニュージャージー州、ルイジアナ州、メリーランド州およびネバダ州のような少数の州を除いて、責任制限は、取締役として行為する場合に取締役に対してのみ適用され、従業員または代理人には適用されない。さらに重要なことは、州法に定める責任制限は、連邦法から生じる取締役・役員のいかなる責任にも影響をおよぼさない。したがって、連邦証券法、組織犯罪を対象とする連邦法 (RICO)、従業員退職所得補償法 (ERISA) および連邦独禁法のような法律の定める責任については、州法による救済は与えられない。

(1) デラウェア州法

アメリカの38州の立法は、デラウェア州法の先駆に従い、会社の原始定款または変更定款の中に、取締役の注意義務違反による金銭賠償につき取締役の個人責任を免除または制限する規定を設けることを会社に許容している。会社に対してその定款をもって取締役の責任制限に関する規定の採用の選択権を与えた制定法という意味で、“charter option statute”とよばれている。このような授権法 (enable statute) は、健全な立法政策に基づくものとして、次のような理由から評価されている。

- ① 会社を所有するのは株主であって、取締役は単に会社を運営するにすぎない。
- ② 会社に対する投資として賭けられているのは株主の金銭である。
- ③ もし立法者が授権法ではなく、自動施行の制定

法 (self-executing statute) を採用するならば、それは、会社の経営構造の重要な変更を承認する株主の権限を剥奪し、会社と株主間の契約関係を混乱に陥れることになる。

1986年6月1日に改正されたデラウェア会社法は、その102条(b)項に(7)の規定を追加した。102条(b)項は定款の絶対的記載事項を定めているが、(b)項はいわゆる相対的記載事項に属し、定款は、次の事項の全部または一部を包含することができると規定している。以下に(7)の規定を引用する。

「取締役の信任義務の違反による金銭的損害賠償に関する取締役の会社またはその株主に対する個人的責任を排除または制限する規定。ただし、そのような規定は、取締役のつぎの責任を排除または制限しない。(i)会社もしくはその株主に対する取締役の忠実義務の違反による責任、(ii)善意でないか、もしくは意識的な非行もしくは法の故意の違反を伴う行為もしくは不作為に関する責任、(iii)この法律の174条に基づく責任(不法な利益配当の支払い等に関する取締役の責任)、(iv)または・取締役が不当な個人的利得を得た取引に関する責任。そのような規定は、その規定が効力を生じる日より前に生じた行為または不作為に関する取締役の責任を排除または制限しない。この号において取締役というときは、すべて資本株式を発行する権限を有しない法人の管理機関の構成員のことをもいうものとみなされる。」

なお、デラウェア型立法を採用する他の州法においては、取締役の責任が免除または制限されないこの四つの場合のほか、①会社または株主以外の者に対する責任、②金銭によらない救済または衡平上の救済 (equitable relief)、たとえば、行為の取消しまたは差止め命令を求める請求、③組織犯罪を対象とする連邦法 (RICO) または連邦証券法のような連邦法違反に対する請求、④会社の役員としての資格においてなした取締役に対する請求、⑤弁護費用に対する請求、が追加されているものもある。

(2) インディアナ州法

インディアナ州法は、デラウェア州法に先立つ二ヶ月前の1986年4月1日に改定・施行された合衆国における最初の取締役責任制限法であって、デラウェア制定法とはいくつかの点において対照的な特色を示している。まず同法は、自動施行の制定法 (statutory self-

executing) であって、定款の規定または株主の決議を待つまでもなく適用され、取締役のために広範な保護を与えている。また責任の排除は、金銭上の賠償請求に限られず、差止請求、取消し請求または返還請求のような非金銭的請求に対しても認められている。さらに、取締役の忠実義務違反による責任もその排除または制限の例外とはされていないのは顕著な特色である。インディアナ州法において責任の制限および排除の許されない場合としては、意図的非行または recklessness を含む行為または不作為に対する責任がある。同法のもとで“recklessness”とは、刑事法でいう“general intent offense”(一般的意思の罪)とされるもので⁹、それは生じるかもしれない害悪に対する明らかに意識的かつ不当な無視であり、その無視は受容される行為基準からの甚だしい逸脱を含むと定義されている¹⁰。なお、連邦法の違反に対する責任、役員としての資格においてなした行為の責任および弁護費用に対する責任も、取締役の責任排除および制限の対象とされていない。

(3) メイン州法

メイン州の事業会社法716条は、取締役としての義務の不履行に対する金銭賠償につきその個人責任を救済する(役員として行為した場合は除かれる)。ただし、取締役が誠実にまたはその行為が会社またはその株主の最善の利益に合致すると合理的に信じて行動した場合でなければならない。取締役がそのように信じたとの主観的基準は広く、他の制定法よりも厚い保護が与えられている。取締役の責任の制限は、会社およびその株主からの請求のみならず、第三者からの訴求についても適用される自動施行法であって、会社が制定法の規定を選択するという事は予定されていない。

(4) フロリダ州法

取締役の責任を制限するフロリダ法は自動施行法である。1987年6月1日に施行された同法は、取締役の意見表明(statement)、議決または懈怠につき会社またはその他の者に対して負う金銭賠償につき取締役の個人的責任を排除する。ただし、取締役が取締役としての義務に違反し、または履行を怠った場合であって、かつ次の各場合には責任は排除されない。

- a 義務違反または不履行が刑事法の違反を構成する場合。ただし、取締役が自己の行動が合法であると合理的に信じ、またはその行動が違法である

と信じる合理的な事由をもたなかった場合はこの限りではない。

- b 取締役が直接または間接に不当な個人的利益を得た場合(ただし、この用語の定義は、他州の立法において使用されている不明確な用語よりも取締役に広い保護を与える)。
- c その責任が会社の違法な配当その他特定された会社法の違反にもとづく場合。
- d 会社による訴訟手続きに関して、または会社の権利において、取締役が会社の最善の利益を意図的に無視する行動をした場合または意図的非行を遂行した場合。
- e 第三者を当事者とする訴訟に関して取締役が無謀に(recklessly)行為した場合または不識実または悪意ある意図を持って、または人の権利、安全もしくは財産につき理由のない、かつ意図的無視を示す仕方で行為をなし、または不作為があった場合¹¹。

(5) ウィスコンシン州法

ウィスコンシン州法は、1987年6月2日に施行された自動施行型の立法である。同法は、もっぱら取締役としての地位から生じる義務違反または不履行についての損害賠償、示談、手数料、罰金、民事罰(penalty)その他の金銭的支払いにつき、会社、その株主または会社もしくは株主のための権利を主張する者に対して取締役および役員の責任を排除する。ただし、その責任を主張する者が取締役の義務違反または不履行が次の各場合を構成することを立証した場合はこの限りではない。

- a 取締役が重要な利益相反を有する事項につき、会社またはその株主と公正に取引することを意図的に怠った場合。
- b 刑事法の違反。ただし、取締役が自己の行為は合法であると信じるにつき正当な理由を有し、またはその行為が不法であると信ぜしめる正当な理由を有しない場合。
- c 不当な個人的利益を取得する場合。
- d 意図的非行

なお、取締役の免責は、会社の違法な利益配当または特定の会社の制定法上の義務違反には適用されない。

(6) オハイオ州法

1986年11月22日に施行されたオハイオ州法は、会社

の取締役（役員を除く）の免責軽減と、より広範囲の財産的保護を与えるため、その一般会社法に実質的に重要な改正を加えている。

新しい立法は、金銭賠償につき取締役の責任を排除しているが、会社に対して損害を生ぜしめる計画的な意図をもって、または会社の最善の利益を無謀に無視する取締役の行為もしくは不作為が明瞭かつ確信せしめるような証拠によって立証された場合には、取締役は責任を免れることはできないと定めている。会社がこの新しい免責立法を選択した場合においても、明瞭かつ確信を得させるような証拠によって、会社の最善の利益に合致し、またはこれに反するものではないと取締役が合理的に信じる仕方で誠実に行為しなかったか、または通常思慮深い者が同一の立場において類似の状況のもとで用いる注意をもって誠実に行為しなかったことが立証された場合には、取締役としての義務に違反したものと認定される。

(7) ヴァージニアおよびコネティカット州法

取締役の責任につき制定法による損害賠償額の上限（cap）を設ける試みをした最初の立法はヴァージニア州法であった。これによれば、取締役または役員に対する代表訴訟において一つの行為から生じる損害賠償は次に定めるいずれかの金額を下回ることはできないとされている。

- a 定款に特定された金額または株主総会により、あるいは業務規則（bylaw）において取締役・役員
の責任制限として承認された特定金額
- b 責任を負うべき行為の直前の12ヶ月間に取締役
または役員が受領した報酬額または10万ドルのう
ちいずれか高い金額

ヴァージニア州法は、株主に対して制定法の定める責任制限の限度額の排除を許容し、または、定款もしくは業務規則に定められた特定金額に減額を認めている範囲での定款による選択のアプローチを採用しているけれども、やはり自動施行型の法である。さらにヴァージニア州法は、意図的な非行、刑事法の故意犯、または連邦もしくは州の証券法違反により生じる損害賠償をこの責任制限の上限額から除いている。

1989年10月1日施行のコネティカット州法は、その株式会社法を改正し、取締役としての義務違反にもとづく金銭賠償につき会社またはその株主に対する取締役の個人的責任を制限する定款条項を設けることを許容し、その責任限度額は、違反行為が行われた時から

遡って一年内に取締役が会社から受領した報酬額を下らない金額とした。しかし、次の各場合には責任を制限することは許されない。

- a 取締役による故意の、かつ有責の法違反があった場合。
- b 取締役に不当な個人的、経済的利得の受領を可能とする行為があった場合。
- c 自己の行為または不作為が会社に対する重大な侵害の危険を生ぜしめることを取締役が知っている場合に、その違反行為が誠実性を欠き、かつ、会社に対する取締役の義務を意識的に無視するもの（conscious disregard）とみなされる場合。
- d その違反行為が会社に対する取締役の義務の放棄に相当する持続的かつ許されない類型の不注意を構成する場合。
- e 会社資産の分配または取締役もしくは役員に対する貸付けに関する制定法の規定に違反する行為がなされた場合。

4. 改正模範事業会社法における責任制限

アメリカ法曹協会における事業法部会の会社法委員会は、1990年4月30日に、定款の記載事項を定める模範事業会社法の2・02条の改正を採択した。本条よれば、会社の定款には次のような内容の規定を設けることができる。

2・02条(b)項(4) 取締役として採られた行為または採るべきであった行為の懈怠を理由とする金銭賠償につき、会社またはその株主に対する取締役の責任を排除し、または制限する条項。ただし、次の場合はこの限りではない。

- (A) 取締役が受領する権限を有しない財産的利益を受領した金額
- (B) 会社またはその株主に対する意図的加害（intentional infliction of harm）
- (C) 8・33条の違反（違法な分配に関する責任）
- (D) 刑事法の故意犯

これらの条項は、デラウェア州のパターンに倣うもので、自動施行型ではなく、会社の定款による選択に委ねたものである。以下に同条項のオフィシャル・コメントについてみることにする（Model Business Corporation Act, 1999, 2-9）。

取締役の責任制限条項が第三者に対する責任に拡張されない限り、株主は重要な会社の価値が危うくなる場

合を除いて、会社と取締役の間において取締役の行動の経済的リスクをいかに振り分けるかを定めることが許されなければならない。会社によってそれぞれの株主の見解が異なりうるので、本条項(4)は自動施行型の立法ではなく、定款による選択を認める立法である。このような定款による選択法を採用したすべての州に倣い、かつ、金銭賠償についてのみ適用され、衡平上の救済（行為の取消しや差止め命令など）には適用されない。同様に、本条項(4)は、8・08条(a)項のもとで取締役を理由のいかに問わず解任できる株主の権利にはいかなる影響をも及ぼさない。

本条項にいう“any action taken, or any failure to take any action, as a director”の語は、取締役の一般的行動基準を定めた8・30条(d)項と多層的な関係にある。

8・30条(d)項は、「取締役が本条にしたがいその職務を遂行したときは、取締役は、取締役として行う行為または不作為については責めを負わない。」と規定している。取締役が役員を兼任している場合、その人がいずれの資格において行為しているのか明らかでない場合が多い。“as a director”の文言は、本条項(4)が取締役としての資格においてなした行為または不作為についてのみ適用され、他の資格、たとえば役員、従業員または支配株主のような資格での行為には適用されないことを強調している。

責任制限の条項の採択は株主の決定に委ねられているので、株主が取締役の責任を制限できる範囲は広く、制限できない例外的範囲は狭い。このように、株主自ら取締役の負うべき責任の範囲を決定できるので、いずれの行為が責任制限に含まれ、反対に含まれないかを明瞭な用語で示さなければならない。たとえば、“duty of loyalty” “good faith” “bad faith” および “recklessness” というような用語は “gross negligence” の語よりも明確性に欠けていと述べている。これらの定義付けは、行為を定義するというよりもむしろ行為の特徴を示すものである。

取締役には、合理的な予測可能性が与えられなければならない。取締役は、今考えている行動方針のうちに金銭賠償を請求される個人的責任をもたらすのかどうかを知る権利がある。取締役の責任免除の限界は妥当であるが、事後の知恵(after the fact second-guessing)の機会を最小限にする用語で表明しなければならない。取締役の責任制限に対する例外は、取締役に予測可能性を与える用語をもって株主の権利の限界を表明

することを意図している。

ここで考えられるいくつかの事柄がある。第一に、責任制限に不適当な若干の行為は社会的利益を欠くのは明らかであって、法律はこのような行為を是認するとは思えない。第二に、責任制限は将来にかかわることで、株主は放棄する請求権の正確な種類や範囲をあらかじめ知ることはできない。第三に、一般公衆は健全なコーポレート・ガバナンスの奨励に利益を有している。責任制限に対する株主の権利の例外は少数で狭い範囲にとどめられている一方で、株主は重要な行動基準を確認する。第四に、多くの場合、取締役の責任制限に賛成しない株主がいるが、取締役が株主として行使する議決権は責任制限条項を承認するのに十分であるという場合もあることを考慮すれば、これら反対株主にとって縮減できない保護の中核が存在する。

模範事業会社法が取締役に責任制限を許容することのできない例外として掲げた場合についてみると、

(A) 財産的利益の不法取得 取締役が受領の権限を有しない財産的利益を受領した場合、その責任制限を認めるということは、取締役が個人的に利得した行為を有効視するものである。会社法は、これまで取締役が個人的に利得する取引を特別の審査の対象としてきた。取締役にとって責任制限を許されない本件の場合、現実に受領した利益の額に制限される。懲罰的損害賠償(punitive damages)は排除される。これに対して、(B)の会社またはその株主に対する意図的加害の場合、および仰の刑事法の故意犯の場合には、いずれも懲罰的損害賠償が課せられる。その利益はたとえば「暖簾(のれん)」(goodwill)や個人的評価といったような測定しがたい推測的なものは含まれない。“received by a director”の語は、場合により親類、友人または関係会社など、他の者に取得せしめた場合も「取締役が受領した」ものとみなされる。「取締役が受領する権限を有しない財産的利益」とはたとえばリベート(kick-back)、賄賂あるいは会社に属する機会(corporate opportunity)などを指している。

(B) 会社またはその株主に対する意図的加害 取締役は、何らかの不当な利益を受領しない場合であっても、意図的に会社に損害を与える場合がある。“knowing”という明確性に乏しい語ではなく、“intentional”という用語を使用しているのは、加害行為を行う一般的意思よりも、むしろ取締役の行為または不作為が損害を生ぜしめる現実の認識(actual knowledge)をもった特定の意思を示すためである。会社に対する

意図的加害行為につき株主が取締役の責任を免除したり制限するのは公序に反して許されない。

(C) 違法配当 模範事業会社法 8・33条(a)項は、同法 8・30条に定める取締役の行為基準に適合しない取締役の違法配当 (unlawful distributions) につき強力な政策を定めている。したがって、この例外は、8・33条に違反する取締役の責任の免除または制限を禁止する。

(D) 刑事法の故意犯 刑事法 (criminal law) は、社会が断固としてこれを排除する行為を表示したものである。したがって、取締役がたとえ会社の利益のために意図して犯した場合といえども、株主は彼の犯行によってもたらされた損害を免除することは許されない。その損害には、罰金および会社が刑事訴追の防御のために支出する法定費用も含まれる。

原告は、以上に掲げた例外の場合に該当する行為から生ずる損害の賠償を求めため、取締役の行為と損害との因果関係、損害額、その他の適用法規の定める諸条件を立証しなければならない。

5. アメリカ法律協会 (ALI) の「コーポレート・ガバナンスの原理」

アメリカ法律協会 (ALI) の作成した「コーポレート・ガバナンスの原理」の 7・19条は、「取締役の一定の注意義務違反に対する損害賠償の制限」として次のように提案している。

「制定法における別段の定めがある場合を除き、取締役 [1・13条] または役員 [1・27条] による第四編 (注意義務および経営判断の原則) の定める行為の準則の不遵守が、

- (1) 取締役もしくは役員による悪意でかつ有責性のある法律違反を含み、
- (2) 取締役もしくは役員が当該行為もしくは不作為が会社に対する重大な侵害の正当化されない危険を生ぜしめることを知っていた状況のもとで、取締役もしくは役員の会社に対する義務を意図的に無視し、または、
- (3) 被告の会社に対する義務の放棄に等しい持続的かつ許されない態様の怠慢となる場合のいずれでもなく、かつ、取締役、役員または関係者 [1・03条] が第五編 (公正取引義務) のもとで不適当であった利益を受けているのでないときは、そのような違反に対する役員または取締役に対する損

害賠償額を、その者の会社からの年次報酬を下回らない額までに制限する基本定款の定めは有効とする。ただし、この定めが、開示 [1・14条(b)項] の後に利害関係のない株主 [1・16条] の決議により採択され、取締役会の事前の決議なくして年次総会において何時でも株主により削除されることができ、かつ、係争中の訴訟または採択に先立ち生じた損害に関して責任を軽減するのではないとにかぎる¹²⁾。」

(1) 授権法によらない定款の効力

州の制定法が取締役の注意義務違反による責任を軽減または免除する定款の規定を許容しうることについて疑問はない。しかし、このような授権法が制定されていない州において、会社が取締役の責任を免除または制限する定款の条項を設けた場合、その効力をどのように解するか必ずしも明らかでない。たとえば、取締役の忠実義務違反による責任を有効に制限できるであろうか。判例は、そのような定款条項の効力を明らかに否定している¹³⁾。

しかし、取締役の忠実義務ではなく、注意義務の違反つまり過失に対する責任を制限するのは、“license to steal”とは異なる。被告取締役は、そこではなにも利得してはいないからである。裁判所もコモンローからの離脱の結果として詐欺の可能性が生じないことを認定するときは、取締役の責任を制限する定款の改正を有効と判示している¹⁴⁾。要するに、これらの裁判例は、伝統的なコモンローのルールから離脱するすべての定款条項を無効と解するのではなく、それが具体的事案で詐欺の実質的な可能性を創造すると解される場合にかぎり、その責任制限は許されないとする。

ここに掲げた ALI のコーポレート・ガバナンスの原理 7・19条は、取締役の注意義務違反に対する責任の制限が制定法または明らかな公序に反するものではないという判断を反映している。

いくつかの会社法では、会社の取締役は特定された注意義務の基準を遵守すべきものと定められているが (たとえば、ニューヨーク事業会社法 717条、改正模範事業会社法 8・30条)、これは単に注意の基準を定めているものであって、取締役の行動がこの基準を満たさない場合の責任の範囲を特定してはいない。もし、これら制定法の背後にある公序が相当の注意を尽くすべき義務違反を抑止するために、会社の被った損失に相当する賠償責任を要求していると解するならば、その場

合は取締役のための責任保険は、少なくとも制定法の許可がないかぎり無効とされるであろう。なぜなら、責任保険は法の抑止効果を薄弱化することになるからである。仮にこのような結論が正当でないということで排斥されるとしても、公序は、取締役が注意義務に違反した場合に重要な制裁を免れるという理由から全額の賠償を課すことを要求してはいないように思われる。

コーポレート・ガバナンスの原理 7・19条は、忠実義務違反による責任を制限する定款の改正を合法化しようとするものではない。会社の経営者が忠実義務違反の責任を免除または制限する定款条項の承認を株主に求めても、株主は実質的な不確実性に直面し、経営者に自由裁量権を与えることがどれだけのコストを払うものであるか評価できない。

信託法のリステイトメント第二 (Restatement, second, of Trust) の222条が明らかにしているように、受託者は過失責任からの救済を許されるが、受益者の利益に対する悪意、意図的または無謀な無関心である義務違反に対して免責が許されないと定めており、コモンローは、免責規定が適法なものとして支持される過失に基づく責任と、詐欺、自己取引または意識的懈怠—これに対する免責は公序に反するものとみられている—との間の区別を維持してきた。コモンローの基準から許される離脱と許されない離脱との間には柔軟性があり、これと対照的にコーポレート・ガバナンスの伝統的な枠組みからの離脱は公序に反するものとし裁判所により排除されている。

(2) 責任制限から除外される行為

7・19条が勧告する損害賠償責任の制限は、同条(1)ないし(3)において特定された作または不作為のタイプの行為には適用されない。これらの除外行為は、制定法をもってしても許されない公序に反する行為であり、したがって、7・19条の想定する定款変更の範囲外にある事例であるとしている。被告取締役の行為が7・19条(1)ないし(3)のいずれかに属することは原告に立証責任がある。以下に論ずるように、7・19条に規定する例外的行為はその範囲が狭められる傾向にあり、かつ、注意義務違反の責任を制限する最近の立法よりもその範囲が明確に定められている。

① 悪意で、かつ有責な法違反（7・19条(1)）

7・19条(1)は、悪意で、かつ有責な法違反(a knowing and culpable viola tin of law)を含むケースを対象と

する。契約違反または通常的不法行為ですら viola tin of law として表現されているので、7・19条(1)におけるキーワードは“culpable”であり、一般に普遍的な基準のもとでは道義的に非難される行為を意味している。これと対照的にデラウェア会社法は、より広く、「善意で無い行為または不作為の行為または意図的な非行または法の故意の違反」と規定している。同法102条(b)項(7)(ii)における、この例外的行為の幅は曖昧であり、契約の悪意による違反すら含むように読まれる。刑法の大部分の故意犯は、ALIの原理7・19条(1)の下で有責とみなされるが、刑法を遵守しない場合においてすら正当化される場合も存在する。7・19条のもとにおける。“有責な”法の違反はまた、たとえその行為が刑法に触れない場合であっても、個人の生命または安全をおびやかすような意図的な不法行為を含む場合もありうる。これらの場合において決定的な考慮は、その行為が不法行為であったということではなく、他人に負わせたリスクの性質およびその重大性が道義的に衝撃を与えるものであるか否かである。

一般に法の不知(ignorance of law)は免責の理由とはされない。このように、“knowing” violation of lawとは被告が犯罪の重要な要件を認識していたことを意味するもので、問題の制定法または規則の存在を知っていたということの意味しない。なお、認識ある法違反であっても、必ずしも“有責”とみなされるべきではない。たとえば、法の不遵守は、法の効力またはその適用範囲が問題となっている場合には正当化されることもありうる。同様に、被告が弁護士のアドバイスに誠実に信頼をおいたことが法的な抗弁とならない場合においても、そのような信頼は、当該違反行為が有責ではなかったという判断に証拠を与えることになる。別のケースにおいて、その法違反が言葉の厳密な意味において“knowing”であったとしても、重大な刑事制裁を科されることのない単なる規則違反にすぎない場合もある。このような法違反は、特に法令が高度に技術的である場合、あるいはさまざまに解釈される余地のある場合には有責な行為として特長づけることができない場合もある¹⁵。逆に悪意のある行為が関係する場合、またはその違反行為が個人の安全または福祉に対する認識のある、かつ重大なリスクにかかわる場合には、行為の方針が会社のためにする意思をもっていただ場合であっても、これを有責ではない違反とみるのは妥当でない。

7・19条は、その文言からみて、被告またはその関

係者が、第五編（公正取引義務）の下で不当とされる利益を受領している場合には適用されない。違法な自己取引（illicit self-dealing）であることを要するこの用語はデラウェア会社法102条(b)項(7)(i)よりもその適用範囲は制限されている。先に考察したように、デラウェア法は、取締役の責任の免除または制限の許されない場合の一例として、(i)会社またはその株主に対する取締役の忠実義務に違反する場合のほか、(iv)取締役が不当な個人的利得を得た取引に関する責任を挙げている。したがって、前者の(i)の場合は、被告が不当な個人的利得を収受しない場合においても通用されるという解釈を避けることができないように思われる。このようにしてデラウェア法における忠実義務の潜在的な適用範囲は不確かであり、会社をめぐる支配権獲得の場合に容易に拡張される。したがって、株式の買付け防衛策を採用する取締役は、忠実義務に違反すると認定される場合もある。これと対照的に、ALI 原理の7・19条はこのような場合において責任制限が否定されると読むことはできない。

② 会社に対する義務の意図的無視（7・19条(2)）

責任制限に対する第二の除外は、被告の行為が。取締役または役員が会社に対する義務の意図的無視のレベルに達している場合に適用される。原理7・9条(2)は“reckless”の語の使用を避けている。その理由は、若干の裁判所がこの語を重過失（gross negligence）とほぼ同様の意味で使用しているからである。

7・19条のもとでは、会社に対する重大な加害の正当化されないリスクを主観的に了知している場合にかぎり責任制限に対する除外が存在する。したがって、本条項のもとではSmith v. Van Gorkom事件において有責と判示されている社外取締役は、損害賠償の制限の保護を受ける資格を有する。しかし、被告にはその決定が会社の最善の利益に合致するとの相当の信念（rational belief）が欠けていたため、ALIの原理4・01条(c)に定める経営判断原則の要件を満たさなかった行為は、通常7・19条(2)に該当するとされているのは注目される。すなわち、“recklessness”と“rational belief”の観念は理論上区別されるが、實際上、被告取締役の決定には、相当の注意が欠けていたと認定される場合、同時にそこには責任制限が排除される無謀性を含むものと判断されるケースも稀ではない¹⁶。

③ 会社に対する義務の放棄（7・19条(3)）

責任制限に対する第三の除外は、会社に対する被告の義務の放棄に等しい持続的かつ許されない態様の怠

慢である。デラウェア法にはこれに類似した文言による除外は見られないけれども、同法102条(7)項(ii)にいう悪意による不作為は機能的には同一の行為をカバーする。ALIの原理7・19条(3)は、会社に対する義務の多少の局面につき取締役が継続的に怠慢であったという理由では適用されない。裁判所は、取締役の業務の全体のレベルを考慮し、その懈怠は心身の不健康というような要因によるものでなく、被告の義務の確信にまで至るものでなければならない。また裁判所は、7・19条(3)の対象とされる被告の懈怠の程度を評価するに当たり、被告が会社のためにほかの実質的な業務を行うことによって、その不履行を償えるものであるかどうかを考慮しなければならない。

(3) 会社役員の実行責任

取締役の責任を制限または免除する各州の制定法の大部分は、会社の役員には適用がない。取締役とともに役員に対しても責任制限を認める立法は、ヴァージニア、メリーランド、ネブラスカ、ルイジアナおよびニュージャージーの五州の立法のみである。

会社の役員を取締役から区別して、これに責任の制限または免除を認めない立法上の根拠は明らかではない。取締役の場合と異なり、役員が相当の注意を尽くすべき義務を怠った場合の免責は適当ではないとする世論の合意があるともいわれるが、果たしてそうであろうか。また、役員に責任制限が認められなくとも、会社の職務を引き受けようとする上級執行役員の意欲を妨げることはないともいわれている。しかし、それでもやはり会社役員が天文学的な金額の賠償責任を負うリスクに晒される可能性がないとはいえない。また役員に責任制限を認めれば、通常は会社が負担する保険料のコストの低減にも資するという効果がある。

このような不確実な諸条件を考慮に入れた上で、ALIの原理7・19条は、役員の実行責任をも許容する立場を採用した。そして、同条は、役員の実行責任はその年次報酬額以下に減額できないと定めることによって、注意義務を強制する有効なメカニズムとしての代表訴訟を維持している。大部分の役員にとってその年次報酬額に等しい責任限度額は、個人の純資産の相当部分を占めており、義務違反を抑止する意味を有している。

(4) 年次報酬による責任限度額

注意義務違反に対する責任の最低限度額は、その者

が会社から受領する年次報酬額によって定められる。これは、当該違反行為が行われた年の報酬額を意味し、その責任が行為後に判断される年度に関する報酬額ではない。また違反行為が数年にわたっている場合、その限度額は累積して算定されるものではない。そうしないと、本質的に単一の請求権であるものが複数の請求権に分割され、7・19条の趣旨が失われるからである。しかし、違反行為が繰り返し行われる場合には、7・19条の(2)の下で、取締役または役員の子会社に対する義務の意図的無視または7・19条(3)の下での持続的かつ許されない態様の怠慢を構成し、その結果、責任制限は排除される。

とくに役員の場合についてみると、賞与、利益分配、ストック・オプションの支払または寄贈金 (contribution) は、年次報酬の中に含まれるかどうかの問題が生じる。7・19条はこれらの問題の解決を考えていない。しかし、年次報酬には、年金プラン、医療保険その他の給付のように従業員に対して会社が支払うものは含まれない。

(5) 直接訴訟

7・19条は、会社によって提起される直接訴訟および合併または清算後に株主から提起されるかもしれないクラス・アクションを含む直接訴訟または代表訴訟にも同様に適用される。7・19条の下において採用された条項による保護を代表訴訟にのみ限定すると、公開買付けが成功した場合、会社の役員を会社の名とその権利において買付けを行った者によって提起される直接訴訟の脅威にさらすことになるからである。

以上考察したアメリカ会社法における取締役の責任制限制度については、第一に、責任制限の基礎として、その理論的根拠と立法政策上の配慮とが些か混同して主張されているようである。そこでこれらを区別してみると、(1)理論的根拠としては、不法行為に基づく損害賠償責任と取締役の注意義務違反に基づく損害賠償責任との間には根本的な相違があること、および取締役が社会経済的に貢献する利益と取締役の有資性との間にバランスを保つ公正さが要求されることが挙げられ、(2)立法政策上の根拠としては、①過重な責任による経営の萎縮を回避し、取締役による積極的な経営が期待されること、またこれに関連して有能な人材を確保することが重要であること、②加えて、責任制限の実現によって責任保険のコストを低減できるメリッ

トがあること、③同時に原告訴訟代理人の報酬の適正化が図られ、代表訴訟の鎮静化をも期待できるということが挙げられる。

第二に、立法上責任制限を実現する方法として、まず、会社が定款をもって取締役の注意義務違反による責任の免除または制限を定めることを許容する授權立法があり、いま一つは、判定法自ら取締役の責任を免除または制限する自動施行法がある。しかし、いずれの場合にも例外的に一定の事由に基づく責任については免除または制限することが許されない場合が法定されている。

合衆国の三分の二以上の州は(1)の授權立法を採用しており、その代表的なものがデラウェア州法である。これと対照的な立法がインディアナ州法であり、定款の規定や株主の決議を待つまでもなく、取締役の責任を免除する自動施行法である。ほかにこの立法のタイプに属するものとして、メイン州法、フロリダ州法、ウィスコンシン州法、オハイオ州法がある。同じく自動施行型の立法とみられるが、取締役の責任を特定の金額に制限するのがヴァージニア州法である。

第三に、取締役の責任の制限または免除を一切認めない除外事由は各州によって異なっているが、代表的なデラウェア会社法によれば(102条(b)項(7))、①取締役の忠実義務違反による責任、②悪意または意図的な非行、③違法配当の責任、④不当な個人的利益を得た取引に関する責任がある。また他の州法の定める事由には、刑事法違反による責任を定めるものも多く、あるいは会社の最善の利益を害する無謀行為を挙げるものもある。

第四に、改正模範事業会社法の定める責任制限(2・02条(b)項(4))もデラウェア州法に倣う授權法をモデルとして採用しているが、責任制限の除外事由を定めるにあたっては、取締役に合理的な予測可能性を与えるためにその用語の使用に慎重を期している。

第五に、ALIの原理7・19条も基本定款に定めることによって責任制限できる授權法の立場を採用しており、かつ、その損害賠償の限度額は、その者が会社から受け取る年次報酬を下回らない額としている。ただし、責任制限の除外事由として、①悪意で、かつ有責の法律違反、②会社に対する義務の意図的無視、③会社に対する義務の放棄に相当する怠慢を定めている。なお、ほとんどの州法では、取締役に對してのみ責任制限を認めているが、ALIの原理は役員に對しても同様の責任制限を認めるべきものとして考えている。

6. わが国の責任制限法制

(1) 取締役の責任軽減制度の導入

従来は、取締役の会社に対する損害賠償責任については、総株主の同意がなければ免除することができなかった。そのため、ケースによっては、取締役の責任軽減が相当な場合でも、その手続は事実上不可能に近く、取締役への高額な損害賠償が請求されている状況の下、アメリカの先例と同様に取締役就任への躊躇・経営の萎縮といった事態が生じていた。そこで、平成13年に大幅な改正が行われることになり、取締役が一定の条件を満たしている場合にはその責任を免除することが可能となった¹⁷。

取締役が会社に対して負う各種責任原因のうち、責任制限または免除の対象とされるのは、当時の商法266条1項5号の「法令又ハ定款ニ違反スル行為」であり、かつ、「取締役が職務ヲ行フニ付善意ニシテ且重大ナル過失ナキトキ」に限られる（旧商266条7項、12項、19項）。つまり、取締役に悪意または重大な過失があつて会社に損害を生ぜしめたときは、責任制限は許されず、全額の賠償責任を負う。これは、取締役の第三者に対する責任の主観的要件と一致する（旧商266条ノ3）。改正試案および改正案要綱では、アメリカ諸州の会社法に見られるように、取締役の犯罪行為をも責任制限の除外事由とされていたが、犯罪行為の概念と範囲が不明確であり、また犯罪行為は有罪判決が確定することを必要とするので、それ以前に民事上これをどのように取り扱うか問題とされ、結局、責任制限の除外事由から外された。そこで改正法はこの二つの要件を前提として、次の三つの方法による責任制限を法定した。

第一は、株主総会の特別決議により、既に発生した損害賠償額から法定の一定の額を控除した残額についてはこれを免除するものであり、事後的な責任免除の方法である（旧商266条7項）。

第二は、あらかじめ定款の授權に基づいて取締役会の決議により取締役の責任を一部免除する方法である（旧商266条12項）。ただし、この方法による免除は、総株主の議決権の百分の三以上を有する株主が一定の期間内に異議を述べたときは効力を失う（旧商266条15項）。この第二の方法については、株主の承認を経ない事前の責任免除であるとして、立法上の批判が加えられている。これはまた、取締役会を構成する取締役の独立性にも関係する問題であろう。

第三は、これも定款の授權に基づいて、会社が社外取締役（旧商188条2項7ノ2）との間の任用契約において事前にその責任制限を認める方法である（旧商266条19項）。この点については、とくに前述したアメリカ会社法の強い影響と考えられる。なお、社外取締役の場合を除いて、これら取締役の責任制限に関する規定の多くは監査役にも準用されている（旧商280条1項）。

(2) 株主総会の特別決議による責任制限

平成13年の改正までは、利益相反取引に関する取締役の責任の場合（旧商266条1項4号、6項）を除いて、266条1項の取締役に關する責任は総株主の同意がなければ、これを免除することはできなかった（旧商266条5項）。しかし、多数の株主を擁する大会社においては、取締役の責任免除につき総株主の同意を得ることは実際上不可能というべきであろう。そこで改正によって、商法266条1項5号に定める責任に限り、取締役が会社から受ける報酬額等を限度として、これを超える金額については株主総会の特別決議による承認を条件として責任を免除しうるものとした（旧商266条7項）。取締役の善管注意義務違反その他の法令違反行為により会社に生ずる損害が莫大な金額に達することを考えると、この方法による責任の軽減は妥当な解決として評価される。この責任制限は、定款による授權を待つまでもなく、法律上総会の特別決議による承認を条件として認められる自動施行型のものである。

i 株主総会の手続き

(a) 株主総会における開示事項 取締役の責任免除に関する決議をする株主総会においては、①責任の原因である事実および賠償の責めに任ずべき額、②限度額およびその算定の根拠、③責任を免除すべき理由および免除額を開示しなければならない（旧商266条8項）。これらの事項は、もちろん個々の取締役について格別に開示することを要する。

(b) 議案提出に関する監査役の同意 取締役が責任免除に関する議案を株主総会に提出するためには、監査役の同意を得ることが必要であり、監査役が数人いるときは、各監査役の同意を得ることを要する（旧商266条9項）。商法特例法上の大会社の場合には監査役会の全員一致の同意を要する（商特19条1項、18条ノ3第1項但書）。

ii 責任の限度額

改正前商法266条1項5号の行為に関する取締役の責任は、その取締役が職務を行うにつき善意かつ重大

な過失がないときは、同条5項の規定にかかわらず、賠償の責めに任ずべき額から、次の(a), (b), (c)の金額を控除した額を限度として、株主総会の特別決議をもって免除することができる（旧商266条7項柱書）。換言すれば、株主総会は法定の限度額はこれを免除することができないという取締役の有限責任を定めたものである。

(a) 各取締役の場合の報酬額（旧商266条7項1号）

この場合は、決議をなす株主総会の終結の日の属する営業年度またはその前の営業年度において、その取締役が報酬その他の職務遂行の対価（その取締役が使用人を兼ねる場合の使用人としての報酬その他の職務遂行の対価を含む）として会社より受けまたは受けるべき財産上の利益（2号および3号に定めるものを除く）の額の営業年度毎の合計額のうち最も高い額の四年分に相当する額。ここに「四年分」とあるのは、代表取締役の行為に関する責任については「六年分」、社外取締役の行為に関する責任については「二年分」とそれぞれ区別した特則が設けられている（旧商266条17項, 18項）。アメリカにおいても前述のように年次報酬額を基準とした責任制限が定められているが¹⁸、これと比較して両者の取締役の年次報酬額にはかなりの開きがあるものの、日本の立法も必ずしも取締役にとって軽減されたものばかりとはいえず、対策としての取締役賠償責任保険の需要は高まることになるだろう。

(b) 退職慰労金（旧商266条7項2号）

その取締役が会社より受けた退職慰労金の額および使用人を兼ねる場合の使用人としての退職手当中、取締役を兼ねる期間の職務遂行の対価たる部分の額ならびにこれらの性質を有する財産上の利益の額と、その合計額をその職に在った年数をもって除した額に四を乗じた額とのいずれか低い額が(a)に挙げた順に合算される。なお、代表取締役の行為に関する責任については、ここに四倍とあるのが六倍とされ（旧商266条17項）、社外取締役については四倍とあるのが二倍として計算される（旧商266条18項）。

(c) ストック・オプションによる利益（旧商266条7項3号）

取締役がストック・オプションによって利益を受けているときは、その利益の額も責任を負う額とされて、上記(a)の額と合算される。この場合の利益は、その取締役が新株予約権を行使した場合とそれを譲渡した場合に分けて規定されている。

(3) 取締役の責任免除後の措置

平成17年改正前の商法266条7項の規定に基づき株主総会が取締役の責任を免除する決議をなした後に、会社がその取締役に対して退職慰労金などの利益を与えるときは株主総会の承認を得ることを要し、また免除決議後に取り締役が新株予約権を行使し、または譲渡するときも総会の決議による承認を必要とする。（旧商266条10項）。また、株主総会による責任免除の決議があった場合に、その取締役が新株予約権証券を所持しているときは、その取締役は遅滞なくこれを会社に預託することを要し、この場合、その取締役は、証券の譲渡について総会の承認を得なければ新株予約権証券の返還を請求することができない（旧商266条11項）。

①定款の定めに基づき、取締役会の決議をもってする責任制限

これは、取締役の責任を制限するための第二の方法であって、あらかじめ定められた定款の規定に基づき、取締役の損害賠償責任が発生した場合に取り締役会の個別・具体的な決議によって、その責任の制限を許容する立法である¹⁹。

②取締役会の決議による責任制限

会社は、改正前商法266条5項の規定にかかわらず、定款をもって、改正前商法266条1項5号の行為に関する取締役の責任につき、その取締役が職務を行うにつき善意かつ重大な過失がない場合において、責任の原因たる事実の内容、その取締役の職務遂行の状況その他の事情を勘案して特に必要ありと認めるときは、賠償の責めに任ずべき額より一定の金額を控除した額を限度として、取締役会の決議をもってこれを免除することを旨を定めることができる（旧商266条12項）。責任を免除できない一定の額は前記1の株主総会の決議による場合とほぼ同じである。

株主総会の決議による免除の場合、総会における開示事項の一つとして「責任ヲ免除スベキ理由」が定められている（旧商266条8項3号）のに対して、取締役会の決議による免除の場合にはやや具体的な条件が示されているが、両者の間に基本的な差異はないと解される。

③定款変更および取締役会に議案を提出する各場合の監査役の同意

定款を変更して責任免除に関する定款の定めを設ける議案を株主総会に提出する場合および定款の定めに基づく責任の免除に関する議案を取締役会に提出する場合には、監査役の同意を得ることを要し、監査役が

数人いるときは各監査役の同意が必要である（旧商266条13項，9項）。商法特例法上の大会社の場合には，監査役会による全員一致の同意を必要とする（商特19条1項，18条ノ3第1項但書）。

④取締役会が取締役の責任を免除する決議をした場合の措置

(a) 決議の公告または株主に対する通知 定款の定めに基づき取締役会が責任免除の決議をしたときは，取締役は次の事項を公告し，または株主に通知しなければならない（旧商266条14項）。公告または通知すべき事項は，①責任の原因たる事実および賠償の責めに任すべき額，②責任を免除すべき理由および免除額，③賠償の責めに任すべき額から商法266条12項各号に掲げる額を控除した額およびその算定の根拠，ならびに④免除に異議があれば一ヶ月を下らない一定の期間内にこれを述べることである。

(b) 株主の異議 この公告または株主に対する通知によって一定の期間内に，総株主の議決権の百分の三以上を有する株主が異議を述べたときは，定款の定めに基づく免除をすることはできない（旧商266条15項）。

⑤取締役会の決議による免除後に退職慰労金等が付与された場合の措置

株主総会の決議による免除の場合と同様に，取締役会の決議により責任免除がなされた場合において，会社がその後に取締役役に退職慰労金や財産上の利益を与える場合，またはその取締役が決議後に新株予約権を行使し，もしくは譲渡するときは，株主総会の承認を得なければならない（旧商266条16項，10項）。また，その取締役が新株予約権証券を所持するときは，それを会社に預託しなければならない（旧商266条16項，11項）。

(4) 定款の定めに基づき社外取締役との契約による責任制限

社外取締役は会社の登記事項を定める改正前商法188条にその定義規定が設けられており，これによると，その会社の業務を執行しない取締役であって，過去にその会社または子会社（旧商211条ノ2第1項）の業務を執行する取締役，執行役または支配人その他の使用人となったことはなく，かつ，現に子会社の業務を執行する取締役もしくは執行役またはその会社もしくは子会社の支配人その他の使用人でない者をいう（旧商188条2項7ノ2）。一般的には，社外取締役は

取締役会の構成員として業務執行者を監督する地位にあり，業務執行者からの独立性が強く期待されている取締役である。しかし，業務執行の監視・監督義務の不履行によって多大の損害賠償の責任を負担する可能性もあり，そこで他の取締役よりもその責任を軽減して，有能な適格者を確保しようとするのがこの制度の趣旨である。

①社外取締役の責任の限度

会社は，定款の規定に基づき，社外取締役との契約において以後その者が取締役として改正前商法266条1項5号の行為により会社に損害を加えた場合において，その職務を行うにつき善意かつ重大な過失がないときは，定款に定めた範囲においてあらかじめ定めた額と，次の金額の合計額とのいずれか高い方の額を限度としてその賠償の責めに任すべき旨を約することができる（旧商266条19項）。ここで社外取締役が契約によりあらかじめ定めた額と比較される法定の額は，社内取締役の責任限度額（旧商266条7項1号ないし3号）と基本的に同じであるが，1号および2号に定める額が社内の取締役についてはそれぞれ四倍とされているのに対して，社外取締役については二倍とされ，責任が軽減されている（旧商266条18項）。

社外取締役がその責任限度額につき会社との間で締結する契約は，社外取締役たる地位を前提とするものであるから，この者が会社もしくは子会社の業務を執行する取締役もしくは支配人その他の使用人または子会社の執行役となったときは，その契約は将来に向かって失効する（旧商266条20項）。定款を変更して，あらたに契約による社外取締役の責任の限度に関する定めをすることができる旨の規定を定款に設ける場合，その議案を株主総会に提出するためには，監査役の同意が必要であり，数人の監査役がいるときは，各監査役の同意が必要である（旧商266条21項，9項）。

②社外取締役の責任が生じた場合の開示

社外取締役と契約を締結した会社がその社外取締役につき責任が生じたことを知ったときは，その後に最初に招集される株主総会において，社外取締役の責任に関する一定の事項を開示しなければならない（旧商266条22項）。

7. 会社法における取締役の責任制度—無過失責任からの転換

平成17年6月29日の参議院本会議において，商法第

二編、有限会社法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律（以下、商法特例法という。）を一つの法典として統一化した「会社法」案が可決、成立した。新設された会社法は、従来の会社法制に対して、形式面および実質面の双方において多岐にわたる見直しを講じている²⁰。会社法では、取締役の会社に対する責任に関する規定についても、抜本的な改正を行っている。取締役の責任制度は、最近の商法等の改正において頻繁にその改正の対象とされてきたところであるが、ここ数年を見ても、前述の通り、平成13年の商法改正では取締役の責任軽減制度が導入され、翌年の平成14年には委員会等設置会社における取締役に關して新しい責任制度が設けられている。そして、今回の会社法新設においては、取締役の責任法理の骨格ともいえる責任の本質論について大きく踏み込んで、責任免除制度を含め体系的な再編がなされた。

会社法の新設によって、取締役の責任制度は、昭和25年商法改正以来、実に半世紀ぶりの大転換期を迎えたといえる。

取締役の責任制度に関する改正のポイントは、①取締役の責任を定める改正前商法266条1号ないし5号所定の五つの責任原因事由を新たに再編成し、また、その上で法令・定款違反に基づく責任以外の責任の法的性質について無過失責任と解されてきた点を立証責任の転換された過失責任ないし過失推定主義として明文化した点、②責任免除・責任軽減制度の対象となる責任類型等についての変更、の二つが挙げられる。

会社法の下でも取締役の損害賠償責任を事後的に免除する制度に関しては、原則として従来と変わりはない。

責任免除については、改正前商法が五つの責任原因事由のうち利益相反取引を除く全ての責任—違法配当、利益供与、金銭貸付、法令・定款違反行為—に総株主の同意を要件としていた点に関し（旧商266条5項）、会社法においても基本的に維持されている。すなわち、取締役の任務懈怠責任、剰余金の配当等に関する責任、株主の権利の行使に関する利益の供与に関する責任は総株主の同意に限り取締役の責任を免除することが認められている（会424条）。これは株主代表訴訟提起権を単独株主権としている意義を没却しないようにする趣旨に基づくものである（会847条1項）。ただし、唯一の例外として、剰余金の配当等において分配可能額を越えて分配された部分については、たとえ株主全員の同意がある場合であってもその責任の免除

は認められない（会462条3項）。

剰余金の配当等に関する責任は、会社債権者を害する可能性の高い行為として任務懈怠責任とは性質の異なる特別の責任であると法が明確に位置付けたからである²¹。

なお、利益相反取引に係る責任の免除については免責要件についても改正がなされている。従来、こうした責任は発行済み株式の三分の二以上の株主の同意により免除することが認められていた（旧商266条6項）。

これは、利益相反取引の責任が無過失責任であることを考慮し、責任免除要件を他の責任類型よりも緩和したものであると理解されてきたところ、会社法では任務懈怠の一態様として位置付けられたため、改正前商法266条6項にあたる規定の必要性がなくなり、責任免除には総株主の同意が必要ということになった（会424条）。つまり、利益相反取引に関する責任が会社法の下では原則として過失責任化されたことに伴い、特別に免除要件を緩和する必要がなくなったということである。

一方、取締役の責任軽減制度に関しては、従来、法令・定款違反の責任について悪意または重過失によらない場合に一定額まで損害賠償額を減じるとされていたが（旧商266条7項）、会社法では任務懈怠責任に限り、悪意または重過失によらない場合に責任軽減が可能となる（会425条1項）。会社法では任務懈怠責任全般について取締役の責任の軽減が認められるため（会425条1項）、適用対象となる責任が若干拡大されている。

ただし、任務懈怠責任のうち取締役が自己のために会社と直接に利益相反取引を行った場合の責任については責任軽減の対象から除かれる（会428条2項）。もしこの場合にも責任軽減を認めてしまうと、無過失責任を課した意義が乏しくなってしまうためである。この他、剰余金の配当等に関する責任、利益供与に関する責任についても、責任軽減制度は採用されていない。

取締役会を設置しない株式会社においても、旧有限会社法の下では認められていなかった責任軽減が取締役の任務懈怠責任の場合において新たに認められている。業務監査権限のある監査役がいれば、定款で一部免除することも可能であるし、いずれの場合においても、責任の一部免除に関する事前の契約を締結することも認められている。

結び

取締役の行った行為に故意があり、そのうえ損害発生を予見できた場合には、その損害額がどれほど甚大であっても、全額の賠償責任が認められるべきである。これは重過失の場合も同様である。取締役の行為が悪質であれば、取締役の個人責任の枠を超え、会社や株主に与えた損害も考えなければならない。これに対して、軽過失であれば、その多くは経営判断の原則によって責任を免じられることになるが、責任が認められる場合であっても、取締役の責任軽減の必要性が感じられる場合がある。それまでの永年の功績を考慮したり、他の取締役に与えるプレッシャー等の影響といった様々な要因を考慮して、一定の免責を認めるほうが効果的な場合もあるし、取締役自身の支払能力からして巨額の賠償を請求しても回収の見込みはないことからすれば、取締役の賠償能力の範囲まで軽減することによって速やかな賠償の実行が期待できることも考えられる。取締役の責任が軽微な場合には、損害賠償額を限定する制度を導入することによって、株主側からすれば限定された金額であっても賠償の可能性は高まり、取締役にっては天井知らずの賠償額の不安から解消されることにもなる。合理的な責任制限制度の導入は代表訴訟の機能を低下させることなく、かえって硬直的処理を是正することにも繋がる²³。

取締役の任務懈怠あるいは法令違反の類型、損害額の増大、取締役の支払能力等を考慮すれば、取締役の違法行為の抑止機能を妨げない限りは、取締役の責任制限制度は肯定されるべきである。しかし、一方で取締役の責任制限の場合の賠償額の算定基準をどこに置くかは甚だ困難な問題である²³。

アメリカにおける取締役の責任制度は各州で多様な特色が示されているため、これをわが国の制度と単純に比較することは容易ではないが、わが国の場合には、取締役の会社に対する損害賠償額の限度を、代表取締役、取締役、社外取締役ごとに区別して、それぞれの報酬等を基準として、六年、四年、二年分の合計額と定めているのは、アメリカの場合と比べても厳格な責任を課しているといえる²⁴。このことは、わが国の取締役の注意義務違反に対して強力な抑止機能を有していると考えられる。

注

- 1 わが国においては代表訴訟制度が活用されることなく、取締役に対する実体法上の厳格な責任とその責任追及手段が法的には整備されていたものの、これに対応する取締役にとってのリスクの存在がほとんど認識されない時代が長らく続いていた。ところが、平成5年に商法が改正され、株主代表訴訟を提起する場合に裁判所に納める手数料（印紙代）は、損害賠償金額の大小を問わず一律8,200円で足りることとなった（その後、手数料は13,000円となった）。さらに、代表訴訟で勝訴したら、その株主は弁護士費用だけでなくその他の費用も会社に対して請求できるようになったことで株主代表訴訟は増加し、活発化していった。
- 2 経営判断の原則の限界についての危惧は、既に、拙著「経営判断の原則に関する考察」宮崎産業経営大学法学論集第8巻第1・2号（1996年）にも示したとおりである。
- 3 アメリカ会社法における取締役の責任制限法制を取り扱った論文として、近藤光男「取締役の損害賠償責任」（中央経済社、1996年）186頁以下、畠田公明「コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度」（法律文化社、2002年）244頁以下、北村雅史「米国における取締役責任制限法について」法雑38巻3・4号597頁（1992年）、柳 明昌「アメリカ法における取締役の責任制限・責任免除」法学59巻103頁（1995年）がある。
- 4 ALI, Principles of corporate Governance. vol.1.2, p. 240.
- 5 近年、過酷な責任を負わされる恐怖心の結果は、責任保険を更新することができない場合に社外取締役が辞任するといういくつかの事例の中に現れている。ALI, Supra p.255, Reporter's Note 3.
- 6 ALIのコーポレート・ガバナンス「原理」7・17条によれば、代表訴訟に勝訴した原告は、当該訴訟の管轄裁判所の定める合理的な弁護士報酬およびその他の合理的な訴訟費用について会社から償還を受ける権利を有する。しかし、いかなる場合においても弁護士報酬の額は、原告が会社のために得た救済の価値の合理的な割合を超えてはならないと定められている。
- 7 以下の叙述は、主とし Knepper & Bailey, Liability of Corporate officers and Directors, 6th Ed. 1998 vol.

- 2 §16-1以下による。
- 8 北沢正啓＝浜田道代共訳・デラウェア会社法 (1988年) 7頁。
- 9 一般的意思とは、刑法および不法行為法において、法により禁止されたことを行う意思をいう。特別的意思 (specific intent) と区別され、加害者が特定の有害ないし結果の発生を十分に意識していたことは必要とされない。田中英夫編・英米法辞典。
- 10 Kimball v. State, 477 N. E.2d 982, 985 (Ind.1985).
- 11 フロリダ州法の定める定義規定によると、
- A “Recklessness”とは、取締役が認識または認識すべかりし危険を意識的に無視する行為もしくは不作為であって、かつ、その危険は著しく、その行為もしくは不作為によって損害が生ずるほどに蓋然性の高いものをいう。
- B “Improper personal benefit” (不当な個人的利益) は、次の場合において、州法または連邦法によって別段禁止されていない利益を含まない。
- (i) (株式の公開買付けに関する取締役の決定につき提起される代表訴訟の場合を除き) 個人的利益を有する取引およびその種類がその問題を議決するすべての取締役に開示され、または知られている場合。
- (ii) 個人的利益の取引およびその種類が株主に開示され、または知られており、かつ、独立した株主の過半数によって承認されている場合。
- (iii) その取引が許容される時、会社にとって公正かつ合理的である場合。
- 12 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲54頁, 55頁。
- 13 e.g. Irwin v. West End Dev. Co., 342 F. Supp.687, 701 (D.Colo.1972)
- 14 stering v. Mayflower Hotel Corp., 33 Del.Ch. 293.93 A. 2d 107 (1952)
- 15 AL1, supra vol.2 p. 248.
- 16 AL1, supra vol.2 p. 248.
- 17 この制度は、取締役の経営・就任の萎縮を避けるべく、取締役の責任軽減のための要件を緩和するべく議員立法によって創設された。太田誠一・保岡興治・谷口隆義「企業統治関係商法改正法Q & A」商事法務1623号7頁 2002年
- もっとも、定款の定めで取締役会決議によって免除する場合、免除の対象となるその取締役の行為が、経営判断の裁量の範囲内にとどまらない過失行為であると判断されたにもかかわらず、これを取締役会決議で免除することになるので、この免除する行為自体が株主代表訴訟の対象となる可能性もある。
- 18 ヴァージニア州法、コネティカット州法およびALIの原理7・19条
- 19 これは定款の規定に基づく場合に限って認められるから、アメリカ会社法の立法例でいう授權立法 (enabling statute) のタイプに属するものと考えられる。
- 20 法条の現代語化といった形式面での変容も顕著な改正の一つであるが、新法は実質的な内容に関しても法制度全般にわたってかなり踏み込んだ改正を行った。今回の会社法の実質的な改正内容を一言で総括するならば、企業の国際的競争力を高めるための規制緩和ということになる。すなわち、会社法案の理由にも付されているように、経済のグローバル化や現代社会の急速な情報化の進展によって企業活動の国際的競争が激化し、こうした情勢に対応する迅速かつ柔軟な企業活動の実現を法制度によってバックアップせざるを得なくなったという現実が会社法制定の背景にあり、これを受けて新会社法は、主要な改正事項として、株式会社設立時の最低資本金制度の撤廃、有限会社の株式会社への統合、企業の買収防衛策強化など、いずれも実務の注目と関心を集める実質改正を行った。
- 21 法が本責任に会社債権者の利益を担保する機能を担わせようというのであれば、総株主の同意があっても責任免除を認めるべきではない。一般的にも、取締役の責任免除は取締役・会社間の問題にとどまらず、会社債権者の利害という観点を考えて考えるべき問題であると解する。「会社債権者との関係において常に免責が有効か問題とすべき」であり、「悪い財政状況の下、総株主の同意でなされた責任免除は会社債権者との関係では無効と解すべき」とされる。江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』(有斐閣, 第四版, 2005年)
- 22 岩原紳作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(下)」商事法務1577号12頁2001年、浜田道代「企業統治と監査役制度・代表訴訟・役員への責任軽減」商事法務1528号9頁2000年。
- 23 新谷 勝「株主代表訴訟 改正への課題」97頁2001年。
- 24 会社法の下での役員等の責任については、改正前商法・商法特例法の下で無過失責任であったものも原則的として過失責任化された。そのため、改正前

商法・商法特例法の下での責任と比較して役員等の責任が合理的に軽減されたといえる。しかし、実際に検討してみると、改正前商法・商法特例法の下での責任と比較してむしろ加重されている点も存在する。そうした責任厳格化の具体例としては、次の点が挙げられる。

規制緩和が会社法にとって大きな特徴となっているが、合理的な規制体系の構築という観点から規制がむしろ強化されている点があることも見逃せないところである。

- ① 商法特例法の下での委員会等設置会社においては、自己のために会社と直接取引をした取締役または執行役も、注意を怠らなかつたことを立証すれば責任を免れることができたが（商法特例法21条ノ21第1項但書）、会社法の下では無過失責任を負う（会428条）。
- ② 改正前商法・商法特例法の下では、利益相反取引を行った取締役または執行役についても、総株主の議決権の3分の2以上の多数をもって責任を免除することができたが（旧商266条6項、商特21条ノ21第2項）、会社法の下では総株主の同意を要する（会424条）。
- ③ 商法特例法の下での委員会等設置会社においては、違法な利益配当に関する取締役の責任を一部免除することも可能であったが（商特21条ノ17第4項・5項）、会社法の下では一部免除を認める規定がない。剰余金の配当等に係る取締役の責任が自己株式の有償取得などにも及ぶこととあいまって、特に定款の定めに基づく社外取締役の責任限定契約の対象からこの責任が除かれる点は、社外取締役の人材確保の面で影響があるかもしれない。
- ④ 改正前商法・商法特例法の下では、違法な利益配当に関する取締役または執行役の責任を株主全員の同意により全額免除することができたが（旧商266条5項・1項、商特21条ノ17第2項・21条ノ18第2項）、会社法の下では、総株主の同意をもってしても分配可能額を限度として免除できるにすぎない（会462条3項）。
- ⑤ 改正前商法の下では、株主からの株式買取請求権に応じて株式を取得したことによって取締役または執行役が財源規制違反の責任を負うことはなかったが、会社法の下では、株主に対して支払った金銭の額が分配可能額を超える場合、その超過額を支払う義務を負う場合がある（会464条）。
- ⑥ 商法特例法の下では、会計監査人は代表訴訟の対象ではなかったが、会社法の下では、代表訴訟の対象となる（会847条）。