

# 信任義務違反を追及される取締役への費用補償の態様 — デラウェア州法を中心として —

王 佳子

## 目次

1. はじめに
2. 信任義務違反を追及される取締役への費用補償の形態
3. 信任義務違反を追及される取締役への費用の事後補償の程度
4. 信任義務違反を追及される取締役への費用前払いと前払費用返還免除の程度
5. 信任義務違反を追及される取締役への「fees on fees」
6. 結びにかえて

## 1. はじめに

「会社法の一部を改正する法律」が昨年12月4日に成立し、同月11日に公布されたが、当該法律において、株式会社と役員等との間の補償契約に係る条文が新設されたことが注目されている。

会社補償とは、役員等に対して、①当該役員等が、その職務執行に関し、法令の規定に違反したことが疑われ、または責任の追及に係る請求を受けたことに対処するために支出する費用（以下「費用」という）、②当該役員等が、その職務執行に関して第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において、当該損害を当該役員等が賠償することにより生ずる損失（以下「賠償金」という）、③当該役員等が、その職務執行に関して第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合であって、当該損害の賠償に関する紛争について相手方と和解が成立したときに、当該和解に基づく金銭を支払うことにより生ずる損失（以下「和解金」という）を、会社が補償するものをいう。

このような制度は、従前、全く存在しなかったというものではないが<sup>1</sup>、どのような範囲において補償を行うかについては、会社によってまちまちであった。そこで、今般の会社法

制（企業統治等関係）の見直しの際に、会社補償制度を明文化することで、現行法の解釈上の疑義の払拭や補償範囲の充実が図られ、役員等への適切なインセンティブの付与の実現に寄与するという当該制度の運用円滑化が急がれた<sup>2</sup>。

費用、賠償金、和解金のうち、賠償金については、取締役の特化して言えば、取締役が第三者に対して損害賠償責任を負わない場合には問題にならず、第三者に対して損害賠償責任を負う場合でも、取締役がその職務の執行に関し、第三者に生じた損害を会社が賠償するとすれば、当該取締役が当該会社に対して任務懈怠責任を負うことになる当該責任に係る部分や、取締役がその職務を行うにつき悪意または重過失により第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合における賠償金の全部について、会社が補償できないことになっている。また、和解金については、平成31年度/令和元年度の司法統計によると、全地方裁判所における第一審通常訴訟既済事件総数のうち、和解事件が占める割合がおよそ38%に過ぎず<sup>3</sup>、全高等裁判所における控訴審通常訴訟既済事件総数に占める和解事件の割合もおよそ33%に留まるようになっており<sup>4</sup>、問題になることが限られることが示唆される。それだけでなく、取締役がその職務を行うにつき悪意または重過失により第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合であって、当該損害の賠償に関する紛争について相手方と和解が成立したときにおける和解金の全部についても、会社が補償できないことになっている。ところが、賠償金と和解金に対して、金額の多寡に拘らず、費用は、取締役がその職務執行に関し、法令の規定に違反したことが疑われ、または責任の追及に係る請求を受けたことに対処すると必然的に発生するものになっている。この意味において、費用補償は、賠償金や和解金の補償よりも取締役にとって重要であるように思われる。

費用補償の対象となる費用において、取締役が任務懈怠の主張に対処するために支出するものが一定の割合を占めるようになることが予想される。なぜなら、費用補償の対象として想定されている費用は、取締役がその職務執行に関して法令の規定に違反したことが疑われ、または責任の追及に係る請求を受けたことに対処するために支出するものであるところ、任務を怠ったときに、取締役が会社に対し、それによって生じた損害を賠償する責任を負い、職務を行うについて悪意または重大な過失があったときに、取締役がそれによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負うとの会社法の規定や、第三者に対する責任を負う取締役の悪意または重過失の対象が会社に対する任務懈怠であるとの裁判所の判断のもとで<sup>5</sup>、取締

<sup>1</sup> 例えば、役員等が第三者から責任の追及に係る請求を受けたが、当該役員等に過失がない場合に、会社法330条と民法650条に基づき、当該役員等が要した費用について補償が認められると解されてきた。

<sup>2</sup> 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 <http://www.moj.go.jp/content/001252002.pdf> を参照。

<sup>3</sup> <https://www.courts.go.jp/app/files/toukei/346/011346.pdf> を参照。

<sup>4</sup> <https://www.courts.go.jp/app/files/toukei/364/011364.pdf> を参照。

<sup>5</sup> 最高裁大法廷昭和44年11月26日判決民集23巻11号2150頁。

役が任務懈怠を理由として責任追及を受けることが頻繁に生じているからである。

それでは、会社は、任務懈怠を追及される取締役に対して、費用補償をどこまで行うことができるか。とりわけ、「会社法の一部を改正する法律」によって430条の2が新設されることになり、費用のうち通常要する費用の額を超える部分について、会社が補償することができず、会社が費用を補償したとしても、役員等が自己もしくは第三者の不正な利益を図り、または当該会社に損害を加える目的でその職務を執行したことを知ったときに、当該役員等に対し、当該会社が補償した金額に相当する金銭を返還することを請求することができる定められるようになる中で、任務懈怠を追及される取締役への費用補償の範囲がどのようになるか。この問題の解明は、費用補償をはじめとする会社補償範囲の明確化、ひいては、会社補償制度運用の円滑化の第一歩として位置づけられる。

ところで、日本では、今般の会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する検討が行われるまで、会社補償制度が議論されることが限られており、費用補償の範囲に関して知見があまり蓄積されてこなかった。しかし、外国の状況を鳥瞰すると、会社または株主による自分たちへの義務を履行していないとする主張に対処するために取締役が支出する費用について、会社がどのように補償すべきかに関して活発に議論を行ってきた法源が散在する。このような法源のひとつは、デラウェア州である。

デラウェア州の会社補償制度は、デラウェア州一般会社法という制定法に依拠するものになっており、当該制定法に会社補償に関する条文が設置されたのは、1943年である。

当時は、大恐慌の直後であり、会社の利害関係者や行政機関は、大恐慌を受けて、取締役への不信感を露わにし、さまざまな制度を利用して取締役の行動を調べたりその責任を追及したりした。取締役は、このような調査が入り、または訴訟が起きる度に、その対応に追われ、その過程において、費用の支出を強いられた。大恐慌直後の取締役の平均的な年間報酬が285ドルに留まっていたという統計があるので、調査や訴訟のための費用が取締役にとって大きな負担になったと言われる<sup>6</sup>。

このような状況のもとで、取締役は、株主総会を招集し、会社が自分の費用を補償するよう承認を求めたり<sup>7</sup>、会社に対して支払済みまたは支払う予定の費用を直接請求したりして<sup>8</sup>、費用補償の途を探ったようであるが、そのような措置を講じても、常に費用の補償が受けられるものではなかった。例えば、株主総会の承認を得たとしても、その承認が株主全員によるものではないとの理由や、費用が会社のために支出されているものではないとの理由

<sup>6</sup> Solimine v. Hollander, 129 N.J. Eq. 264 (Ch., 1941). John F. Olson, Josiah O. Hatch, Ty R. Sagalow & Publisher's editorial staff, Director & Officer Liability: Indemnification and Insurance, Nov. 2018 Update, § 4.11, fn. 10. Washington, Litigation Expenses of Corporate Directors in Stockholders' Suits, 40 Colum. L. Rev. 431, at 432 (1940).

<sup>7</sup> Figge v. Bergenthal, 130 Wis. 594 (S.Ct., 1906).

<sup>8</sup> New York Dock Co. v. McCollom, 16 N.Y.S.2d 844 (1939).

から、取締役がそれに基づいて費用の補償を受けられないとされたことがあり<sup>9</sup>、取締役が会社または株主の代理人ではないので、代理人が権限の範囲内で行動するとき、本人の事務を執り行う際に必然的に生じる支出について補填を受けることができるという理論が妥当しないとの理由から、取締役が会社に対して費用を直接請求することができないとされたこともあった<sup>10</sup>。

このようにしては、取締役になることのインセンティブが減殺され、有能な人材を取締役として招致することが妨げられるとの懸念から、補償を、適切で適格な者を取締役として確保するための特定の代価とみなしたり<sup>11</sup>、取締役の報酬の一部として構成したりすることができるとの認識に基づいて<sup>12</sup>、ニューヨーク州は、1941年に、ほかの州に先立ち、会社が、定款または附属定款の条項を通して、議決権を有する株主の過半数の承認を受けた場合に、取締役の補償契約に同意することができること、会社の取締役であり、または取締役であったことにより当事者とされた者に対して、コモン・ロー上の訴訟 (action)、エクイティ上の訴訟 (suit)、またはその他の法的手続 (proceeding) における防御から現実かつ必然的に生じる費用について、同社が補償できること、取締役がネグリジェンスまたは不正行為により責任があると判断された事項についての費用が補償されないこと等を制定法に書き入れた<sup>13</sup>。その二年後に、デラウェア州は、制定法に新たな条文を設け、会社の現取締役もしくは元取締役または同社の依頼を受けて、同社が株式を保有する会社もしくは債権者である会社の取締役として務めてきたあらゆる者のうちの一人もしくは全員がコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続においてネグリジェンスまたは義務履行の際の不正行為により責任を負うと判断されたような事項に関連する費用を除き、会社が、そのような者に対して、そのような者たち全員またはそのような者たちのうちの一人が当事者とされたコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続における防御と関連して現実かつ必然的に生じた費用について補償できるようにした<sup>14</sup>。

デラウェア州において取締役に生じる費用のうち、取締役が信任義務違反の追及に対応するために支出するものが占める割合が小さくない。

<sup>9</sup> Griesse v. Lang, 175 N.E. 222, at 223 (Ohi, Ct. App., 1931).

<sup>10</sup> New York Dock Co. v. McCollom, supra note 8, at 847.

<sup>11</sup> Kane v. McClellan, 96 N.Y.S. 806 (A.D., 2nd Dept, 1905).

<sup>12</sup> Solimine v. Hollander, supra note 6. John F. Olson, Josiah O. Hatch, Ty R. Sagalow & Publisher's editorial staff, supra note 6.

<sup>13</sup> 1941年に、ニューヨーク州一般会社法 27条 (a) 項が制定された。当該制定法は、現行のニューヨーク州事業会社法の前身である。当該条項の内容は、James J. Hanks, Jr. と Larry P. Scriggins による「Protecting Directors and Officers from Liability-The Influence of the Model Business Corporation Act」に掲載されている。James J. Hanks, Jr., Larry P. Scriggins, Protecting Directors and Officers from Liability-The Influence of the Model Business Corporation Act, 56 Bus. Law. 3, at 10-11 (2000)<sup>14</sup> Griesse v. Lang, 175 N.E. 222, at 223 (Ohi, Ct. App., 1931).

<sup>14</sup> 44 Del. Laws, ch. 125 (1943).

<https://delcode.delaware.gov/sessionlaws/ga109/chp125.shtml#TopOfPage>. を参照。

取締役の信任義務については、すでに無数の先行研究があり、今さら他言を要しないが、このような義務は、一般的には、取締役と会社または株主との間に存在する信任関係から生じるものとして認識されており、デラウェア州では、注意義務と忠実義務から構成されると解されている。二つの義務のうち、注意義務は、取締役に対して、通常の注意深く慎重な者が同様の状況下において用いるであろう注意を用いさせるものであり、取締役が取締役会の一員として、会社の業務を管理またはその管理を指揮するものであることに鑑みて、経営判断を行う際に、合理的に利用できるすべての重要な情報について情報を受け、代替手段に関する情報も合理的に受けるよう要請するものである。同時に、取締役は、権限を委譲することを含み、経営判断を行う以外の職務を履行する際にも払うべき注意を払うようにする必要があると解される。その一方で、忠実義務のもとで、取締役は、会社の利益を保護し、会社とその株主を害したり、会社とその株主から利益または利点を奪ったりするであろう行動を控えなければならない。具体的には、取締役は、会社の承認手続を不当に操作して会社の支配権を維持することや、文言が完全に公正でない限り、自己の利益のために会社と取引を行うこと、自己またはその関係者が当事者となっていない取引においても会社の利益よりも自己の利益または自己に君臨する者の利益を優先することを控えるよう求められる。さらに、取締役は、会社が享受すべき利点が奪われないようにあらゆる合理的で合法的な努力を尽くすべきであるとも解される。

このように、デラウェア州では、信任義務を取締役の行動規範とし、信任義務に違反すると、会社または株主は、取締役に対して、損害賠償を請求するなど、さまざまな制裁を加えるための手続を行うことができるようになっているので、取締役は、信任義務違反を追及されることが後を絶たず、それに対処するために出費を重ねることを余儀なくされた。

信任義務違反の追及に対処するために費用を支出することが多いことは、取締役が当該費用について会社に補償を求めるが増えると同時に、当該費用の補償をめぐる会社との間で意見が分かれ、訴訟に発展する確率が高くなることを意味する。その結果、デラウェア州では、会社が信任義務違反を追及される取締役の費用についてどこまで補償すべきかが問題にされ続け、今日に至るまでに、その問題に関するさまざまな意見が提示されてきている。このような意見は、同様の問題を抱える日本にとっては、示唆に富むものとして位置づけられる。

もっとも、デラウェア州において、会社が費用補償をどこまで行うことになるかは、取締役との約定に委ねられることが多く、信任義務違反も、任務懈怠と異なる概念になる。しかし、個別的に約定することができるといえども、制定法に抵触することが認められないので、費用補償の範囲に関する多くの議論が制定法の解釈を中心に進められており、信任義務違反も、取締役の会社または株主に対する損害賠償責任を生じる原因になるという点において任務懈

怠と共通している。このことから、前述のような問題があっても、日本法のために、信任義務違反を追及される取締役への費用補償が認められる範囲に関するデラウェア州法上の考え方から示唆を受けることに、支障がないように思われる。

以上のことを踏まえて、本稿は、デラウェア州において、取締役が信任義務違反を追及される場合に、制定法のもとで会社が当該取締役に対してどのような形態で費用補償を行うことができるか、その補償にはどのような要件が課されているか、判例法においてそのような要件がどのように解されているか、そのような解釈に照らして信任義務違反を追及される取締役への費用補償がどのように行われているかを整理し、日本法における任務懈怠を追及される取締役への費用補償の範囲を検討するための準備としたいと考える。

## 2. 信任義務違反を追及される取締役への費用補償の形態

現行のデラウェア州一般会社法 145 条（以下「145 条」という）のもとで<sup>15</sup>、会社は、同社の現取締役もしくは元取締役であり、または、同社の依頼を受けて務めることになった、ほかの会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託、もしくはその他の企業の現取締役もしくは元取締役である（以下「取締役」という）という事実を理由として、同社によるコモン・ロー上の訴訟または同社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除き、民事上、刑事上、行政上、または調査上のコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続きであって、これから開始するもの、進行しているもの、または終結しているものにおいて、当事者となった取締役、当事者となっている取締役、または当事者となる恐れがある取締役に対して、そのようなコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続きと関連して、当該取締役に現実かつ合理的に生じる弁護士費用を含む費用、判決額、罰金、または和解金について補償することができる<sup>16</sup>。

これとともに、同条のもとで、会社は、同社の取締役であるという事実を理由として、同社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟または同社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟で、同社が有利な判決を得るためにこれから開始するもの、進行しているもの、または終結しているものにおいて、当事者となった取締役、当事者となっている取締役、または当事者となる恐れがある取締役に対して、そのようなコモン・ロー上の訴訟またはエクイティ上の訴訟における防御または和解と関連して当該取締役に現実かつ合理的に生じる弁護士費用を含む費用について補償することができる<sup>17</sup>。

取締役への費用補償の形態としては、取締役が民事上、刑事上、行政上、調査上のコモン・

<sup>15</sup> 1943年に作られた会社補償制度に係る規定は、1953年、1967年、1970年、1974年、1981年、1983年、1986年、1990年、1994年、1997年、2009年、2010年に改正されてきている。

<sup>16</sup> 8 Del. C. § 145 (a).

<sup>17</sup> 8 Del. C. § 145 (b).

ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続の防御において生じる弁護士費用を含む費用につき、そのようなコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続の最終判断に先立ち、会社が当該取締役に対して支払いができる場合がある<sup>18</sup>。このような補償形態は、前払い（advancement）と呼ばれるものである<sup>19</sup>。

前払いに対して、会社は、同社によるコモン・ロー上の訴訟もしくは同社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除く、コモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続の最終判断、または、同社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟もしくは同社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟の最終判断を待って、取締役に対して、その者に生じる弁護士費用を含む費用を補償する形態がある。このような補償形態は、前払いと区別して、事後補償（indemnification）として位置づけられる<sup>20</sup>。

取締役の信託義務違反を追及する際に、コモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟またはその他の法的手続のいずれかが用いられることになるため、145条のもとで、信託義務違反を追及される取締役への補償は、弁護士費用を含む費用の前払いまたは事後補償を通して行われる。

### 3. 信託義務違反を追及される取締役への費用の事後補償の程度

#### 3.1. 信託義務違反を追及される取締役への費用の事後補償の要件

信託義務違反を追及される取締役への費用の事後補償には、一定の要件が規定されており、当該要件は、事後補償が法定のものであるかどうかに応じて異なる。

145条によると、取締役が誠実に、会社の最善の利益になり、またはそのような利益に反しないと合理的に信じる方法で行動している場合に、会社が、同社によるコモン・ロー上の訴訟または同社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除き、民事上、刑事上、行政上、調査上のコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続と関連して、取締役に現実かつ合理的に生じる弁護士費用を含む費用、判決額、和解金について事後補償することができ、同社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟または同社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟における防御または和解と関連して、当該取締役に現実かつ合理的に生じる弁護士費用を含む費用について事後補償することができる

<sup>18</sup> 8 Del. C. § 145 (e).

<sup>19</sup> デラウェア州一般会社法 145 条 (e) 項は、Essential Enterprises Corp. v. Dorsey Corp. 事件において、訴訟の終局判断が示される前に会社の現取締役の出費を補償することを疑問視する判決が出されたことを受けて、1967 年の改正において設けられるようになった規定である。Essential Enterprises Corp. v. Dorsey Corp., 182 A.2d 647, at 653 (Del. Ch., 1962). Marino v. Patriot Rail Co. LLC, 131 A.3d 325, at 334 (Del. Ch., 2016).

<sup>20</sup> Citadel Holding Corp. v. Roven, 603 A.2d 818, at 822 (Del. Ch., 1992). Advanced Mining Sys., Inc. v. Fricke, 623 A.2d 82, at 84 (Del. Ch., 1992). Nakahara v. NS 1991 American Trust, 739 A.2d 770, at 779 (Del. Ch., 1998). Homestore, Inc. v. Tafeen, 888 A.2d 204, at 212 (Del. Ch., 2005).

という<sup>21</sup>。これにより、事後補償が法定のものではない場合、すなわち、任意的事後補償である場合に、「取締役が誠実に、会社の最善の利益になり、またはそのような利益に反しないと合理的に信じる方法で行動している」ことが要件になる。

ここにいう「誠実に、会社の最善の利益になり、またはそのような利益に反しないと合理的に信じる方法で行動する」ことについては、1999年の *Vonfeldt v. Stifel Fin. Corp.* 事件において、デラウェア州衡平法裁判所の Chandler 判事は、誠実要件が 145 条の立法趣旨を端的に表しており、会社の最善の利益のために行動しない取締役を会社が事後補償する権利を有しないと指摘するとともに、附属定款にある補償条項に誠実要件を記載しなくても、誠実でない者に対する事後補償を認めることができないと述べたことがある<sup>22</sup>。

また、受け取る対価が不公正であるとして消滅会社の株主が合併の差止めを請求したことで紛争になった、2011年の *In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litig.* 事件において、デラウェア州衡平法裁判所の Strine 判事は、合併契約にある補償条項に基づいて消滅会社の取締役が存続会社から事後補償を受けることになるので、存続会社に有利な対価にする動機があるとする消滅会社の株主の主張が適切ではないと判断する際に、消滅会社の取締役が誠実である場合に限り、存続会社が当該取締役を事後補償することになるので、補償条項があるからと言って対価が必然的に不公正になるものではないという意見を出したことがある<sup>23</sup>。

さらに、その翌年の *Hermelin v. K-V Pharm. Co.* 事件において、デラウェア州衡平法裁判所の Glasscock 判事も、会社に対する行政訴訟や刑事上の調査について、同社の執行役員が事後補償を受けるべきかどうかを審理する際に、当該執行役員が不誠実でない限り、事後補償を受ける権利を有し、当該執行役員が不誠実でないかどうかを決めるには陪審による事実認定が必要であることを提示したことがある<sup>24</sup>。

このような一連の判例法により、「誠実に、会社の最善の利益になり、またはそのような利益に反しないと合理的に信じる方法で行動する」という要件は、実質的に「誠実である」というものに略すことができるようになってきているようである。

その一方で、145 条のもとで、会社によるコモン・ロー上の訴訟または会社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除く、民事上、刑事上、行政上、調査上のコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続であっても、会社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟または会社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟であっても、取締役が本案で勝訴し、または、そのようなコモン・ロー上の訴訟、エクイティ

<sup>21</sup> 8 Del. C. § 145 (a), (b).

<sup>22</sup> *Vonfeldt v. Stifel Fin. Corp.*, 1999 WL 413393, at 2 (Del. Ch., 1999).

<sup>23</sup> *In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litig.*, 2011 WL 2176479, at 26 (Del. Ch., 2011).

<sup>24</sup> *Hermelin v. K-V Pharm. Co.*, 54 A.3d 1093, at 1114 (Del. Ch., 2012).



上の訴訟、もしくはその他の法的手続において防御に成功し、もしくはそのようなコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続における一主張、争点もしくは事項の防御に成功する限り、同社がそれに関連して当該取締役に現実かつ合理的に生じる弁護士費用を含む費用を事後補償しなければならない<sup>25</sup>。この規定が明らかにしているのは、会社に事後補償の義務が発生する場合の要件であり、取締役が誠実であるかどうかにかかわらず、本案で勝訴し、または、コモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続において防御に成功し、もしくはそのようなコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続における一主張、争点もしくは事項の防御に成功する場合には、会社に当該取締役への事後補償を行う義務が生じるということである。

以上により、信任義務違反を追及される取締役が誠実である場合に、会社が当該取締役に對して費用を事後補償でき、信任義務に違反しないなど、何らかの理由により本案で勝訴し、または、コモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続において防御に成功し、もしくはそのようなコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続における一主張、争点もしくは事項の防御に成功する場合に、会社が当該取締役に對して費用を事後補償しなければならないことになる。

なお、会社が取締役へ事後補償する費用は、取締役に現実かつ合理的に生じるものに限られる。現実性については、弁護士費用を含む費用を負担しておらず<sup>26</sup>、負担する予定もない場合には<sup>27</sup>、事後補償の対象となる者の支出が現実には生じていないと判示されたことがあり、合理性については、現実性の延長線上で、有能な弁護士の誠実で専門的な判断によれば、取締役が受けた役務が慎重で適切なものであったかどうか、そのような役務の料金が同様の状況における同一または類似の役務について他者に課される料金と同じ体系または基準で課されているかどうかを勘案しながら判断されることになっているようであるが<sup>28</sup>、弁護士の料金体系が明確である限り、弁護士費用を含む費用が合理性を充足すると解されている<sup>29</sup>。

<sup>25</sup> 8 Del. C. § 145 (c).

<sup>26</sup> ASB Allegiance Real Estate Fund v. Scion Breckenridge Managing Member, LLC, 68 A.3d 665, at 683 (Del. S.Ct., 2013).

<sup>27</sup> 勝訴するという条件が成就したことにより弁護士費用を含む費用を支払う義務を負う場合に、補償の対象とされている者の支出が実際の生じていると判示されたことがある。O'Brien v. IAC/Interactive Corp., 2010 WL 3385798, at 8. これとともに、勝訴するという条件が成就していないことにより弁護士費用を含む費用を支払う義務を負わない場合に、補償の対象とされている者の支出が実際の生じていないと判示されたこともある。Dore v. Sweports, Ltd., 2017 Del. Ch. LEXIS 19, at 73.

<sup>28</sup> Delphi Easter Partners Ltd. Partnership v. Spectacular Partners, Inc., 1993 WL 328079, at 9 (Del. Ch., 1993).

<sup>29</sup> Zaman v. Amedeo Holdings, Inc., 2008 Del. Ch. LEXIS 60, at 134. Creel v. Ecolab, Inc., 2018 Del. Ch. LEXIS 518, at 24.

### 3.2. 「誠実さ」の内実

#### 3.2.1. 「誠実さ」の解釈基準に関する提言

会社の任意的事後補償において、取締役が誠実であることが要件になるが、この文脈における取締役の誠実さをどのように解すべきかについては、145条も判例法も示していない。これに対して、取締役が受任者として保持すべき誠実さの内実が示されることがよくある。このような状況に鑑みて、取締役が受任者として保持すべき誠実さの内実に基づいて、会社から任意的事後補償を受けるのに相応しいほど取締役が誠実であるかどうかを決定するのが合理的であるという考え方がある。なぜなら、「誠実さ」という概念が広く、定義不能であるので、裁判所は、任意的事後補償の要件としての「誠実さ」に該当するという行為や該当しないという行為を明確にするようなことをしないことが予想されるからである<sup>30</sup>。このような提言により、会社による費用の任意的事後補償の要件となっている取締役の誠実さの内実と、取締役が受任者として保持すべき誠実さの内実との間に、高い類似性があることが示されている。

#### 3.2.2. 「誠実さ」の内実に関するデラウェア州判事の考察

##### Allen 判事の考察

デラウェア州において、会社による費用の任意的事後補償の要件となっている取締役の誠実さの内実と妥当な関係で、取締役が受任者として保持すべき誠実さの内実が重要であるが、そのことに関する議論の契機を作ったのは、デラウェア州衡平法裁判所の Allen 判事である。

同判事は、ヘルス・ケア・サービス会社の従業員が同社に適用される連邦および州の法令に違反したことについて、同社の取締役らが信任義務に違反したかどうかを審理する際に、取締役会が、適切な伝達報告システム、すなわち、上級経営者や取締役会に対し、それぞれが各自の権限内で、会社の法令遵守や業績の両方に関して情報を受けた判断を下すのに十分な情報であって、タイムリーで正確な情報を提供できるよう合理的に設計されたシステムを構築していることを確認する義務を負い<sup>31</sup>、取締役会が監督を実施することを持続かつ組織的に怠り、すなわち、合理的な伝達報告システムの存在を確認することを完全に怠ると、誠実さが欠如することになり、そのことで責任の必要条件が充足されると述べた<sup>32</sup>。

このような意見により、欠如することで取締役に責任が生じるという誠実さとは何かが目されるようになった。

<sup>30</sup> Donald J. Wolfe, Jr. & Michael A. Pittenger, *Corporate and Commercial Practice in The Delaware Court of Chancery*, § 9.02 [b][1][iii].

<sup>31</sup> *In re Caremark International Inc. Deriv. Litig.*, 698 A.2d 959, at 970 (Del. Ch., 1996).

<sup>32</sup> *In re Caremark International Inc. Deriv. Litig.*, *ibid.*, at 971.

### Chandler 判事の考察

Allen 判事の意見を契機として行われるようになった、取締役が受任者として保持すべき誠実さの内実に関する議論を、大きく進展させたのは、デラウェア州衡平法裁判所の Chandler 判事である。

同判事は、執行役員を雇用した後、ごく短期間で当該執行役員を理由もなく解雇したことで、会社が当該執行役員に対して多額の退職金を支払わざるを得なくなったことについて、当該執行役員を雇用し解雇することにした取締役らに信任義務違反があるかどうかを審理する際に、受任者が意図的に会社の最善の利益を促進する以外の目的で行動すること、受任者が適用可能な存続している法に違反する意図で行動すること、意識的な義務放棄を示すなど、知っている行動義務を目前にしながら意図的に行動しないことは、いずれも誠実さの欠如に該当すると述べた。そして、それに続くような形で、同判事は、「不誠実さ」に該当する例が今後も挙がってくるであろうと推察した<sup>33</sup>。

このように、Chandler 判事は、誠実さの欠如を構成する三つの事由だけでなく、「誠実さが欠如すること」が「不誠実であること」として捉えられることを明らかにした。

### Jacobs 判事の考察

Allen 判事は、取締役が誠実さが欠如する場合に、責任が生じると指摘し、Chandler 判事は、誠実さの欠如を不誠実さとして解したが、両判事は、誠実さの欠如ないし不誠実さがどのような有責性を指すかについて言及していない。この問題を取り上げたのは、デラウェア州最高裁判所の Jacobs 判事である。

同判事は、不誠実さに該当する受任者の行動には三つあり、そのひとつとして、いわゆる「主観的な不誠実さ」、すなわち、害を与えようとする実際の意図に動機づけられた受任者の行動を挙げられると指摘する。このような行動が伝統的で典型的な不誠実さを構成することは、受任者法の分野で十分に浸透していると考えられている。二つ目の行動として挙げられたのは、主観的な不誠実さの真逆にあるものであり、払うべき注意の欠如である。同判事によると、このような行動は、単なるグロス・ネグリジェンスによるものであり、悪質な意図を伴わないものである。不誠実さを構成しないという<sup>34</sup>。三つ目の行動は、主観的な不誠実さに動機付けられた行動とグロス・ネグリジェンスによる行動の真ん中に位置するものであり、Chandler 判事が、義務の意図的な懈怠、責任の意識的な軽視として言及したものである。このような行動は、会社や株主の利益と衝突する自己利益のために判断を行うほどではないが、決断にとって重要なすべての事実と注意を払わなかったり、そのような事実について情報を受けなかったりすることよりも、受任者に高い有責性があることを示すもの

<sup>33</sup> In re The Walt Disney Company Derivative Litigation, 907 A.2d 693, at 755 (Del. Ch., 2005).

<sup>34</sup> In re The Walt Disney Company Derivative Litigation, 906 A.2d 27, at 64-65 (Del. S.Ct., 2006).

であり、会社と株主の利益を守るために禁じるべきものであると Jacobs 判事が分析した<sup>35</sup>。

Jacobs 判事がいう「主観的な不誠実さ」が伝統的な意味における忠実義務違反と照応していることから、同判事の考察のもとで、不誠実さは、グロス・ネグリジェンスと忠実義務違反の間にあるものないし忠実義務違反そのものを指すとともに、グロス・ネグリジェンスを上回るような有責性がない限り、取締役が誠実であるということになる。

#### ほかの判事の賛同

Allen 判事、Chandler 判事、Jacobs 判事が漸次的に充実させた「誠実さ」の意味について、デラウェア州のほかの判事は、次々と賛同する立場を表明した。

例えば、デラウェア州衡平法裁判所の Glasscock 判事は、誠実に行動する義務が忠実義務の一要素であり、不誠実さの例として、Jacobs 判事が認識しているように、受任者が意図的に会社の最善の利益を促進する以外の目的で行動すること、受任者が適用可能な存続している法を違反する意図で行動すること、意識的な義務放棄を示すなど、知っている行動義務を目前にしながら意図的に行動しないことが挙げられると述べた<sup>36</sup>。

また、デラウェア州最高裁判所の Holland 判事は、Jacobs 判事の考察に同調して、誠実に行動しないことが、受任者の注意義務違反を生じる行為、すなわち、グロス・ネグリジェンスと区別され、グロス・ネグリジェンスよりも非難に値するものであり、受任者が意図的に会社の最善の利益を促進する以外の目的で行動すること、受任者が適用可能な存続している法を違反する意図で行動すること、意識的な義務放棄を示すなど、知っている行動義務を目前にしながら意図的に行動しないことを指すことを再確認した<sup>37</sup>。

同様に、デラウェア州最高裁判所の Berger 判事も、不誠実さには、害を与える意図だけでなく、意図的な義務の懈怠も内包され、前者がいわゆる主観的な不誠実さを構成し、伝統的で典型的な不誠実さであるのに対して、後者がいわゆる主観的な不誠実さとグロス・ネグリジェンスの真ん中に位置づけられると説示した<sup>38</sup>。

このように、デラウェア州において、取締役が受任者として保持すべき誠実さは、誠実さが欠如しないことや不誠実でないことを意味するものであり、グロス・ネグリジェンスを内包するものであると考えられている。

### 3.3. 取締役の受任者としての誠実さに係る審査

#### 3.3.1. 経営判断原則適用の可否の一環としての審査

##### 信任義務違反の審査に係る経営判断原則の生成

<sup>35</sup> In re The Walt Disney Company Derivative Litigation, *ibid*, at 66-67.

<sup>36</sup> In re Oracle Corporation Derivative Litigation, 2018 WL 1381331, at 11 (Del. Ch., 2018).

<sup>37</sup> Stone v. Ritter, 911 A.2d 362, at 369 (Del. S.Ct., 2006).

<sup>38</sup> Lyondell Chemical Co. v. Ryan, 970 A.2d 235, at 240 (Del. S.Ct., 2009).

受任者として保持すべき誠実さを保持することにより、取締役が誠実であるとされ、会社がその費用の任意的事後補償を行うことができるようになるが、信任義務違反を追及される取締役が受任者として誠実であるかどうか、信任義務違反の有無を審理する過程において常に明らかにされるか、どのように明らかにされるかという問題がある。

デラウェア州一般会社法のもとで、会社の事業と事務は、ほかの条文または同社の定款により別段の定めがない限り、取締役会の指揮によって、またはその指揮のもとで管理される<sup>39</sup>。言い換えれば、デラウェア州一般会社法は、取締役会が経営判断を行う権限を有する旨規定している。このことから、取締役が経営の権限を行使する際に、その専門性が認識され尊重されなければならないと指摘される<sup>40</sup>。

それだけでなく、事業の日常的な運営は、株主から取締役に託されていること、裁判所は、「通常の」経営判断を実効的に審査することを引き受けられるほど実質的な知識を持ち合わせていないこと、取締役は、企業を運営することに内在するリスクを引き受けるよう励まされる必要があること、会社は、取締役の損害賠償リスクを最小限にして初めて有能な取締役らを招き留まらせることができることも、取締役の専門性を認識し、それを尊重すべき理由として解される<sup>41</sup>。

このような経緯から、デラウェア州法は、信任義務違反を審理するための法理として経営判断原則を生成した<sup>42</sup>。

#### 経営判断原則の適用要件

経営判断原則は、取締役の経営上の専門性を認識し、それを尊重すべきであるとの趣旨のもとで作られているので、一定の要件を満たすと自動的に適用されるようになっている。経営判断原則が適用になるためには、三つの要件があり、最初の要件は、取締役の作為があることである。この点と関連して、取締役が行動を控えるという判断を意識的に行う場合には、経営判断があり、作為があると解されるが、取締役が役目を放棄し、または、意識的な判断によらずに行動をしていない場合には、作為がないと解される<sup>43</sup>。二つ目の要件は、取締役会の判断で行うことになる取引について、当該判断を行う取締役が当該取引について利害関係を有しないこと、当該判断を行う取締役の中に当該取引について利害関係を有する者がいる場合にあっては、当該取引について利害関係を有しない取締役の過半数が判断を行っていることである。取締役が取引について利害関係を有するかどうかは、取締役が取引の当事者であるかどうか、または、会社もしくは同社株主全員が享受すべき利益に反して、自

<sup>39</sup> 8 Del. C. § 141(a).

<sup>40</sup> Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A.2d 779, at 782 (Del. S.Ct., 1981).

<sup>41</sup> Balotti & Finkelsteins' Delaware Law of Corporations & Business Organizations, Vol. 1, at 4-102 (2013 supplement).

<sup>42</sup> Zapata Corp. v. Maldonado, supra note 40.

<sup>43</sup> Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, at 813 (Del. S.Ct., 1984).

己取引のような取引により、個人的な金銭的利益を搾取することを期待しているかどうかによって決まる<sup>44</sup>。経営判断原則が適用されるための最後の要件は、取締役が、経営判断を行う前に、入手できるすべての重要な情報を受けており、そのように情報を受けた上で、さまざまな義務を履行する際に必要とされる注意で行動することである<sup>45</sup>。

このほかに、買収防衛や支配権維持の局面においては、取締役は、利害の衝突に直面するのが必至であり、客観的な判断が難しくなるので<sup>46</sup>、買収者が会社の株式を保有することで同社の方針や効率性が脅かされると信じる合理的な理由があることと、現出しつつある脅威との関係において防衛方法が合理的であることは、経営判断原則が適用になるための要件として追加される<sup>47</sup>。

### 経営判断原則適用要件の充足に基づく誠実さの確立

追加的な要件はさておき、取締役会の判断で行うことになる取引について、当該判断を行う取締役が当該取引について利害関係を有しないかどうか、当該判断を行う取締役に当該取引について利害関係を有する者がいる場合にあっては、当該取引について利害関係を有しない取締役の過半数が判断を行うことにしているかどうかを通して、意図的に会社の最善の利益を促進する以外の目的で行動しているかどうかを明らかにする。

また、取締役が役目を放棄し、または、意識的な判断によらずに行動をしないということがなく、経営判断を行う前に、入手できるすべての重要な情報を受け、必要とされる注意で行動しているとすれば、取締役が意識的な義務放棄を示すなど、知っている行動義務を目前にしながらい意図的に行動しないというようなことがないことになる。

これに加えて、判例法では、経営判断原則の適用要件が充足されると、取締役は、情報に基づいて、誠実に、会社の最善の利益のために行動しているという誠実な信念を持っている者として推定されるので<sup>48</sup>、取締役が適用可能な存続している法に違反する意図で行動しているかどうかの問題にならなくなる。

経営判断原則の適用要件と誠実さの内実が重なる部分が多いことと、適用要件が充足されると、経営判断原則が自動的に適用されるようになり、取締役の受任者としての誠実さが推定され、取締役が適用可能な存続している法に違反する意図で行動しているかどうかの問題にならなくなるにより、取締役が受任者として誠実であるかどうかは、経営判断原則を適用できるかどうか、当該原則の適用要件が充足されるかどうかの一環として審査されるようになっていく。

<sup>44</sup> Aronson v. Lewis, *ibid.*, at 812.

<sup>45</sup> Aronson v. Lewis, *ibid.*<sup>46</sup> Stone v. Ritter, 911 A.2d 362, at 369 (Del. S.Ct., 2006).

<sup>46</sup> Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, at 955 (Del. S.Ct., 1985).

<sup>47</sup> Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., *ibid.*

<sup>48</sup> Aronson v. Lewis, *supra* note 45.

### 3.3.2. 免責条項適用の可否の一環としての審査

経営判断原則と同様に、取締役が受任者として誠実であるかどうかの決定は、金銭的損害賠償責任を免除する旨の定款条項が適用されるかどうかの決定過程において行われることもある。

取締役の金銭的損害賠償責任免除制度がデラウェア州で創設される端緒となったのは、1985年のSmith v. Van Gorkom事件である。当該事件において、デラウェア州最高裁判所は、会社の売却を進めることや一株の売却価額を決定することに係る同社のCEOの役割について情報を受けておらず、会社の固有の価値についても情報を受けていない中で、危機が存在しておらず、緊急性もないにもかかわらず、事前の通知なしに、2時間の検討で会社の売却を承認した取締役について、そのグロス・ネグリジェンスを認めた<sup>49</sup>。

このような判断は、経営判断原則の適用要件のうち、入手できるすべての重要な情報を受け、必要とされる注意で行動しなければならないという要件を充足しなければ、当該原則が適用されず、グロス・ネグリジェンスが構成されることがあることを明示したものと受け止められ、D&O保険の契約金高騰といった社会問題を招来した。

これを受けて、グロス・ネグリジェンスによる取締役らの責任を普遍的に緩和すべきことが提唱され、Smith v. Van Gorkom事件の翌年に、デラウェア州一般会社法改正が行われた。当該法改正の一環として、102条(b)項(7)号という条項が新設され、当該条項によると、基本定款において、取締役としての信任義務に違反することから生じる会社または株主に対して、取締役個人が負う金銭的損害賠償責任を免除または制限する規定を置くことができるが、そのような規定があっても、(1)会社または株主に対する取締役の忠実義務違反、(2)誠実でない作為もしくは不作為または故意の非行もしくは故意の法令違反を伴う作為もしくは不作為、(3)違法な配当の支払いまたは違法な株式の取得もしくは償還、(4)取締役が不当に個人の利益を取得した取引について、取締役の責任を免除または制限してはならないということになった<sup>50</sup>。

このように、金銭的損害賠償責任免除規定を適用できるのは、グロス・ネグリジェンスがあっても、取締役に忠実義務違反を含む不誠実さが不在になる場合になるので、当該規定を適用できるかどうかの一環としても、取締役が受任者として誠実であるかどうかは、審査されることがある。

### 3.4. 「本案勝訴または防御成功」の内実

取締役が誠実である場合に、会社が費用の任意的事後補償を行うことができるのに対して、

<sup>49</sup> Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, at 874 (Del. S.Ct., 1985).<sup>50</sup> Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946, at 955 (Del. S.Ct., 1985).

<sup>50</sup> 65 Del. Laws, c. 289, available at <http://delcode.delaware.gov/sessionlaws/ga133/chp289.shtml>.

取締役が本案で勝訴し、または、コモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続において防御に成功し、もしくはコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続における一主張、争点もしくは事項の防御に成功する場合に、会社が費用の事後補償を行わなければならない。

デラウェア州法において、本案勝訴も防御成功も同様のことを指しており、取締役が潔白でなければならないことを意味するものではないと考えられている<sup>51</sup>。

信任義務違反を追及されている取締役について言えば、当該取締役が信任義務に違反しないと認められる場合に、当然に本案で勝訴し防御に成功することになるが、そのような場合だけでなく、取締役に対する請求または申立てが却下または棄却される場合等も、当該取締役の信任義務違反が認められていないことになり、当該取締役が本案で勝訴し防御に成功したことになる。

### 3.5. 信任義務違反を追及される取締役への費用の事後補償の態様

以上のように、会社は、信任義務違反を追及される取締役に現実かつ合理的に生じる費用について、当該取締役に対して任意的事後補償または強制的事後補償を行うことがあり、前者の場合には、当該取締役が誠実であることが要件となり、後者の場合には、当該取締役が本案で勝訴し、または防御に成功することが求められる。

取締役が任意的事後補償の要件となっている誠実さを充足するかどうかは、取締役が受任者として誠実であるかどうかと同等の基準に照らして判断されることになっており、誠実さを充足するとは、意図的に会社の最善の利益を促進する以外の目的で行動すること、受任者が適用可能な存続している法を違反する意図で行動すること、意識的な義務放棄を示すなど、知っている行動義務を目前にしながら意図的に行動しないことがないことを指し、グロス・ネグリジェンスがあっても差支えないと解される。

このようなことは、経営判断原則と免責条項の適用を決める過程において明らかにされることになっており、信任義務違反を追及される取締役が誠実であると認められる場合に、会社が費用について任意的事後補償を行うことができ、誠実でない認められる場合に、任意的事後補償を行えないことになる。

信任義務違反を追及される取締役が誠実であるかどうかは判然としない場合、すなわち、取締役の信任義務違反を追及する者と当該取締役との間に和解が成立する場合もある。この場合の取扱いが問題になりうるが、会社によるコモン・ロー上の訴訟または会社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除くコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、その他の法的手続が和解で終結しても、取締役が誠実でないものとして推定されるものではないことが

<sup>51</sup> Donald J. Wolfe, Jr. & Michael A. Pittenger, *supra* note 30, § 9.02 [b][2].



145条に規定されている。また、会社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟、または会社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟について、取締役の信託義務違反を追及する者と当該取締役との間に和解が成立する場合には、当該取締役が事後補償を受ける権利を有するかどうかは衡平法裁判所の判断に委ねられることになっているが、取締役の信託義務違反を追及する者も当該取締役も、平安を早く手に入れることと出費を抑えることを重視するからこそ、和解が成立しているので、事後補償の可否を決める際も、ディスカバリーではなく、事後補償を求める取締役、会社、会社側の代理人、および保険会社の間で行われる協議によるのが一般的であると言われている<sup>52</sup>。そのため、会社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟、または会社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟について、取締役の信託義務違反を追及する者と当該取締役との間に成立した和解と関連して当該取締役が支払った金銭について、会社が任意の事後補償を行うべきかどうかを決定する一環として、当該取締役が誠実であるかどうかを争うような紛争は、ほぼ見当たらない。

その一方で、信託義務違反を追及される取締役が本案で勝訴し、または防御に成功する場合に、会社が当該取締役に対して、当該取締役に現実かつ合理的に生じる費用について事後補償を行わなければならない。信託義務違反を追及される取締役が本案で勝訴し、または防御に成功することは、当該取締役が誠実であることにより信託義務に違反しないと認められる場合だけでなく、取締役に對する請求または申立てが却下または棄却される場合等も含まれるので、このような場合に、会社が信託義務違反を追及される取締役の費用について事後補償を行わなければならない。逆に、信託義務違反を追及される取締役が本案で勝訴し、または防御に成功していない場合に、会社が信託義務違反を追及される取締役の費用について事後補償を行う義務を免れる。

費用の強制的事後補償との関係においても、取締役の信託義務違反を追及する者と当該取締役との間に和解が成立する場合における当該取締役の取扱いが問題になる。

この点について、デラウェア州衡平法裁判所のChandler判事は、1999年に、VonFeldt v. Stifel Financial Corp. 事件を審理する際に、取締役の信託義務違反を追及する者と当該取締役との間に和解が成立する場合における本案勝訴または防御成功の認否に係る重要な指摘をしたことがある。

この事件において、Stifel Nicolaus Corp.(以下「SNC社」という)の取締役であるVonfeldtは、SNC社の取締役としての行動が疑問視され、株主であるMid-America Healthcare, Inc. (以下「MAH社」という)から訴えられたが、その後、同社と和解したことについて、SNC社の完全親会社であるStifel Financial Corp. (以下「SFC社」という)に対して、SFC社の附

<sup>52</sup> Hermelin v. K-V Pharm. Co., supra note 24, at 1113.

属定款によると、同社が行うことができる事後補償の範囲が著しく広く、145条のもとで認められる範囲のすべてにわたって、同社が事後補償できるようになっていることや、SNC社の一人株主であるSFC社から取締役として選任されているのは、同社の依頼を受けて取締役を務めていることに該当することに基づき、MAH社から起こされた訴訟（非デリバティブ・アクション）の防御において生じた費用と同社との和解に際して支払った金銭の事後補償を行うよう請求した。

Vonfeldtが任意的事後補償と強制的事後補償の両方を請求しており、前者については、SFC社が附属定款においてVonfeldtに対して事後補償を行うことを自ら義務付けている関係で、同社が同人の誠実さを覆すことについて証明責任を負うが、同人が「誠実であること」に反して行動したことについてSFC社が証明できていないことにより、Vonfeldtの請求が認められた<sup>53</sup>。そのため、Chandler判事は、改めて、強制的事後補償の可否を判断することを避けることにしたが、事後補償を求める者が、何の支払いも要求されずに、有利な最終判決または再訴不能な終局を迎えることになれば、本案で勝訴したこと等になるが、少額、すなわち、損害賠償請求額のうちの取るに足りない金額を支払った上で再訴不能な終局を迎えることも本案勝訴等として認識することが可能ではないかという疑問を提示した<sup>54</sup>。この問題については、未だに定まった考え方が形成されていない。

なお、任意的事後補償であっても強制的事後補償であっても、信任義務違反が取締役に対する主張のうちのひとつに過ぎない場合に、当該取締役が誠実であるとされたり、本案で勝訴し防御に成功したりすることにより取得できる事後補償費用は、信任義務違反が当該取締役への主張全体における比重と照応して、取締役が請求する事後補償費用のうちの一部に止まるようになっている<sup>55</sup>。

<sup>53</sup> Vonfeldt v. Stifel Financial Corp., 1999 WL 413393, at 3 (Del. Ch., 1999).

<sup>54</sup> Vonfeldt v. Stifel Financial Corp., *ibid.*, at 4.

<sup>55</sup> この考え方は、Merritt-Chapman & Scott Corp. v. Wolfson 事件で示された。当該事件において、非公開に会社に大量の自社株を取得させるという計画に関与したとして、連邦証券諸法にいう共謀の罪、SECで偽証を行ったことの罪、有価証券報告書不実記載の罪に問われ、正式起訴を受けた申立人らに対して、会社が補償すべきかどうか争われた。これについて、コモン・ローに係る民事や刑事の通常争訟について管轄権を有するデラウェア州上級裁判所のBalick判事は、制定法が完全な勝訴を要求しておらず、コモン・ロー上の訴訟における一主張、争点もしくは事項の防御に成功する限り、補償を行うことを述べているので、申立人らが正式起訴の一訴因に勝利し、それが独立した起訴である限り、ほかの関連する訴因に勝利していなくても、部分的な補償を受ける権利を有するという考え方を示した。321 A.2d 138, at 141 (Del. Super. Ct., 1974)。この考え方は、民事事件にも妥当することを示したのが、MCI Telecommunications Corp. v. Wanzer 事件のPoppiti判事である。1990 WL 91100, at 9 (Del. Super. Ct., 1990)。それ以降も、Balick判事の考え方が踏襲されている。Cochran v. Stifel Financial Corp., 2000 WL 1847676, at 9 (Del. Ch., 2000)。May v. Bigmar, Inc., 838 A.2d 285, at 288-289 (Del. Ch., 2003)。Edward P. Welch, Andrew J. Turezyn, Robert S. Saunders, *Folk on the Delaware General Corporation Law*, Fifth Edition, Vol. 1, Wolters Kluwer Law & Business, § 145.7。Donald J. Wolfe, Jr. & Michael A. Pittenger, *supra* note 51。

#### 4. 信任義務違反を追及される取締役への費用前払いと前払費用返還免除の程度

##### 4.1. 信任義務違反を追及される取締役への費用前払いの態様

事後補償に対して、145条のもとで、会社によるコモン・ロー上の訴訟または会社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除く民事上、刑事上、行政上、調査上のコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続と関連して取締役に発生する弁護士費用を含む費用についても、会社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟または会社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟における防御または和解と関連して取締役に発生する弁護士費用を含む費用についても、会社が前払いを行うことができる。

ここにいう弁護士費用を含む費用の前払いは、貸出に相当するものとして考えられているので<sup>56</sup>、各社は、附属定款、会社との間の合意、株主決議、利害関係を有しない取締役による決議その他の方法を通して、取締役に對し前払いを行う義務を自らに課すことがよくある<sup>57</sup>。

なお、条文に明記されていないが、会社が取締役に前払する費用も、当該取締役に現実かつ合理的に生じるものに限られる。このうち、現実性の判断は、事後補償の場合の議論が妥当するが、合理性については、デラウェア州弁護士行動規則 1.5 条に依拠して、必要とされる時間や労力、争点の新規性や難解性、適切に法的役務を提供するための前提となる技能、弁護士が特定の依頼を引き受けることでほかの依頼を断らなければならなくなる傾向、同様の法的役務について同じ地域内で通常課される料金、請求額、依頼人または状況が与える時間的制約、依頼人との仕事上の付き合いの性質や期間、料金が固定であるか変動するか、争訟に費やす時間が過剰でないかどうか、余分でないかどうか、重複していないかどうか、不必要でないかどうかを照らして、前払いを受けたい費用の合理性が判断されるべきであるという指摘がある<sup>58</sup>。

##### 4.2. 信任義務違反を追及される取締役への前払費用返還免除の条件

会社は、取締役に對して費用の前払いを行っても、当該取締役が現取締役である場合にあっては、コモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続において、補

<sup>56</sup> Advanced Mining Sys., Inc. v. Fricke, supra note 20.

<sup>57</sup> デラウェア州で設立された会社の附属定款における典型的な補償条項は、会社を主語とする場合にあっては「shall indemnify」という文言を用い、補償を受ける者を主語とする場合にあっては「shall be vested with the right to indemnification」または「shall be indemnified」という書き方をする。Gary Lockwood, Law of Corporate Officers and Directors: Indemnification and Insurance, November 2018 Update, Appendix 3A.

<sup>58</sup> White v. Curo Tex. Holdings, LLC, 2017 Del. Ch. LEXIS 39, at 11-12. この考え方は、雑誌の出版社が、同出版社の委託を受けて当該雑誌の広告欄を売る者に対して、後者との契約に基づいて補償するよう請求することになった、後者を訴えたことから生じる費用の合理性が争われた Mahani v. EDIX Media Gp., Inc. 事件を審理したデラウェア州最高裁判所の Steele 判事によって最初に示された。935 A.2d 242, at 245-248 (Del. S.Ct., 2007). 次いで、デラウェア州衡平法裁判所の Laster 判事は、Danenber v. Fittracks, Inc. 事件において、執行役員が会社に対して補償するよう請求する費用の合理性を判断する際に同様の考え方が妥当することを明らかにした。58 A.3d 991, at 995-996 (Del. Ch., 2012).

償を受ける権利を有しないと最終的に判断されるときに、当該取締役が元取締役である場合にあっては、妥当だと会社がみなす条件を満たさないときに、当該取締役に対して前払費用を返還するよう請求することができる<sup>59</sup>。

このことから、信任義務違反を追及される現取締役は、訴訟やその他の法的手続において、会社から補償を受ける権利を有しないと最終的に判断されない場合に、初めて、前払費用を留保することができ、元取締役も、会社が妥当だとみなす条件を満たして、初めて、前払費用を留保することができる。

現取締役の前払費用返還免除の条件と元取締役の前払費用返還免除の条件のうち、前者については、各社で加重することができるようになっており、誠実であるという要件を満たすことを前払費用返還免除の条件とする会社も少数ながらある<sup>60</sup>。また、元取締役の前払費用返還免除の条件については、現取締役とそろえることが多いようである<sup>61</sup>。

#### 4.3. 信任義務違反を追及される取締役への前払費用返還免除の条件の内実

信任義務違反を追及される取締役が前払費用の返還を免れるための条件は、当該取締役の誠実さであるとされる限り、任意的事後補償の要件と同等であるということになり、その内実は、前述した通りである。

これに対して、会社から補償を受ける権利を有しないと最終的に判断されないことは、より多くの会社で前払費用返還免除の条件として認識されている。このような条件が何を指しているかについては、デラウェア州衡平法裁判所の Chandler 判事は、Dunlap v. Sunbeam Corp. 事件を審理する際に興味深い意見を述べたことがある。

当該事件は、Sunbeam Corporation（以下「Sunbeam 社」という）が業績悪化により訴えられた際に、同社の元取締役会長である Dunlap と副会長である Kersh も被告にされたことを受けて、Dunlap と Kersh が Sunbeam 社に対して訴訟費用その他の費用の前払いを請求したものの、同社が当該費用の一部についてしか前払いをしなかったことから、ふたりが Sunbeam 社に対して費用のすべてについて前払いをするよう請求したことに関して争われたものである。

当該事件を審理する際に、Chandler 判事は、Sunbeam 社と Dunlap や Kersh との間の合意によると、同社がふたりには補償を受ける権利を有しないと最終的に判断する場合には、ふたりから前払いされた金額の返還を受ける旨の約定書を受領している限り、ふたりの費用に

<sup>59</sup> 8 Del. C. § 145 (e).

<sup>60</sup> Haverty Furniture Companies, Inc. は、誠実であるという要件を満たすことを前払費用返還免除の条件とする会社のひとつである。Gary Lockwood, *supra* note 57.

<sup>61</sup> Air Products And Chemicals, Inc., Bank of America, The Coca-Cola Company, General Motors Corporation, Ocean View Farms, Inc., Sunbeam Corporation, Time Warner, Inc., Vulcan Materials Company は、このようにしている会社である。Gary Lockwood, *ibid*.

ついて前払いをすることになっており、実際に、ふたりからこの旨の約定書を受領していると指摘する。次いで、同判事は、Sunbeam 社が、すぐに、Dunlap と Kersh に対して、ふたりには補償を受ける権利を有しないとして、前払いした金額の返還を求めることができないと判断する。同判事によると、Dunlap と Kersh がふたつの場合において補償を受ける権利を有するが、そのうちのひとつは、Sunbeam 社の取締役会が補償を承認する場合であり、費用の前払いをめぐって同社と Dunlap や Kersh とが争っている以上、実現する可能性が大きいものであるという。これに対して、会社の取締役がコモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続において本案で成功し、またはそのような訴訟もしくはその他の法的手続の防御に成功する場合に、当該訴訟もしくはその他の法的手続と関連して当該取締役に合理的に生じた弁護士費用を含む費用について補償されなければならないとの規定に照らして<sup>62</sup>、Dunlap と Kersh が本案で勝訴する場合でも補償を受ける権利を有する。そのため、Sunbeam 社は、訴訟が終結して、かつ、Dunlap と Kersh が本案で勝訴しておらず、同社の取締役会もふたりへの補償を承認していない場合に限って、ふたりに対して前払いした金額の返還を求めることができるということになる<sup>63</sup>。

このように、Chandler 判事は、Sunbeam 社が Dunlap と Kersh に対して前払いを行う必要があることを説く一環として、補償を受ける権利を有しない者ではないことは、前払いを受ける者が本案で勝訴することを指すという考え方を示した。

Chandler 判事は、本案で勝訴することを強調したが、Chandler 判事と同じくデラウェア州衡平法裁判所の Lamb 判事は、会社から補償を受ける権利を有しないと最終的に判断されることを、取締役が成功しないこととして言い換えているので<sup>64</sup>、会社から補償を受ける権利を有しないと最終的に判断されないことには、防御に成功することの意味合いも含まれる余地がある。

本案で勝訴することや防御に成功することは、前述したように、取締役が潔白でなければならないことを意味するものではないと考えられている<sup>65</sup>。従って、信任義務違反を追及されている取締役が、信任義務に違反しないと認められる場合だけでなく、当該取締役に対する請求または申立てが却下または棄却される場合も、会社から補償を受ける権利を有しないと最終的に判断されない。

#### 4.4. 信任義務違反を追及される取締役への前払費用返還免除の態様

以上により、各社は、取締役への費用の前払いを自らに義務付けることがよくあり、その

<sup>62</sup> 8 Del. C. § 145 (c).

<sup>63</sup> Dunlap v. Sunbeam Corp., 1999 WL 1261339, at 5 (Del. Ch., 1999).

<sup>64</sup> Levy v. HLI Operating Co., 924 A.2d 210, at 226 (Del. Ch., 2007).

<sup>65</sup> Donald J. Wolfe, Jr. & Michael A. Pittenger, *supra* note 55.

一環として、信任義務違反を追及される取締役に対しても費用前払いの義務が生じることがある。しかし、そのような前払いは、貸出に過ぎず、補償を受ける権利がないと最終的に判断されない場合、ひいては、誠実さが認められる場合に、はじめて、当該取締役は、前払費用の返還を免れる。

誠実さを前払費用返還免除の条件とすれば、前払費用返還免除の条件と任意的事後補償の要件が重なることになるが、補償を受ける権利がないと最終的に判断されないことは、本案勝訴や防御成功を指すので、信任義務違反の有無を審理する過程において、取締役に対する請求または申立てが却下または棄却される場合や、取締役が信任義務に違反しないと認められる場合に、費用について前払いを受けた取締役は、その返還を免れる<sup>66</sup>。逆に、信任義務違反を追及される取締役が本案で勝訴せず、防御に成功しない場合には、前払費用を返還することになる。

取締役の信任義務違反を追及する者と当該取締役との間に和解が成立する場合における当該取締役の取扱いについては、強制的事後補償の部分で展開した議論が妥当するので、当該取締役が何の支払いも要求されずに、有利な最終判決または再訴不能な終局を迎えることになれば、本案で勝訴し防御に成功したことになるが、少額、すなわち、損害賠償請求額のうち取るに足りない金額を支払った上で再訴不能な終局を迎えることも同様に認識できるかどうか明らかにされていない。

## 5. 信任義務違反を追及される取締役への「fees on fees」

会社は、信任義務違反を追及される取締役に対して、会社によるコモン・ロー上の訴訟または会社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除く訴訟または手続と関連して、当該取締役に生じる費用や、会社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟または会社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟の防御や和解と関連して当該取締役に生じる費用の事後補償をしたり、そのような費用の前払いをしたりする必要がないと判断し、そのような費用の事後補償または前払いの請求を拒絶しても、当該取締役は、訴えを提起して自分の権利を確認したり、実現したりすることがある。

このような訴訟は、信任義務違反を追及される取締役が会社に対して提起するものであり、145条のもとで、会社が補償する費用を生じるような訴訟として想定されていなかったものである<sup>67</sup>。しかし、近時の判例法において、費用の事後補償または前払いを受ける権利を有

<sup>66</sup> Reddy v. Electronic Data Systems Corp., 2002 WL 1358761, at 8 (Del. Ch., 2002). ただし、約定書を提出する際に、取締役の資力に関する証明が不要であると考えられているので、取締役が前払いされた費用を返還する資力がないことが生じる恐れがある。

<sup>67</sup> VonFeldt v. Stifel Financial Corp., 1997 WL 525878, at 2 (Del.Ch.,1997). Mayer v. Executive Telecard, Ltd., 705 A.2d 220, at 225 (Del.Ch., 1997).

することを確認するために提起する訴えの費用が「fees on fees」であり、会社が信任義務違反を追及される取締役の fees on fees についても、補償をするよう要求されることがあるという考え方が固まりつつある。

この考え方を最初に提示したのは、2002年に、Stifel Financial Corp. v. Cochran 事件の審理に関わったデラウェア州最高裁判所の Walsh 判事である。当該事件において当事者となっている SFC 社は、前述した VonFeldt v. Stifel Financial Corp. 事件において当事者となっている SFC 社と同じであり、SNC 社の完全親会社である。Cochran は、SNC 社の取締役であったが、SEC による調査を受けたことで解任された者である。解任後、Cochran は、過剰な報酬があったこと、手形の返還を伴うような正当な理由により解任されていること、信任義務に違反することにより、SNC 社から、過剰な報酬と手形金の一部を返還するよう求められたが、それを返還させられるべきではないとの立場から同社と調停を進めた。当該調停について、最終的には、Cochran が信任義務に違反しないが、過剰な報酬と手形金の一部としておよそ 120 万ドルを SNC 社に返還しなければならないという決定が下された。そこで、Cochran は、SFC 社の附属定款に基づき、120 万ドルと、SEC による調査や SNC 社との調停と関連して生じる費用の補償とともに、fees on fees を求めて SFC 社を訴えた。

Cochran が fees on fees の補償を受ける権利を有するかどうか、どの程度の権利を有するかを考察する際に、Walsh 判事は、デラウェア州で補償を明文化するのは、会社の経営者が不当だと考える訴訟や主張を跳ね返すことを可能にするためであるという目的を追求するとともに、非難が不適切なものである限り、会社が合理的な費用を負担するという認識を強めるためであり、究極的には、有能な者に対して取締役になるよう促すとともに、取締役としての誠実や品位を証明する際に発生する費用を会社が負担するという認識を強めるためであると述べた。

次いで、同判事は、こうした目的を遂行するために、デラウェア州最高裁判所が会社補償に係る条文を広く解釈すべきことを強調してきており、文字面にこだわりすぎる解釈をすることで、デラウェア州で補償を明文化する趣旨を没却することになる場合には、文言を狭く解釈することを控えてきたと分析した。

このもとで、同判事は、145 条 (a) 項のもとで、「あらゆるコモン・ロー上の訴訟」の当事者となっている取締役への補償が認められているので、費用補償の獲得に成功している補償訴訟そのものの当事者となっている取締役に対して、当該訴訟と関連して生じる費用を補償することも、「法令によって授権された」ものであるという意見を出した。

同判事によると、補償訴訟そのものための弁護士費用を付与しなければ、補償が不完全なものになってしまう以上、145 条 (a) 項の文言を文字通りに捉えて、事後補償または前払いを受ける権利を有する者たちに完全な補償を行わない理由がないという。

また、取締役が補償を受ける権利を追求する際に生じる費用についての補償を肯定することで、会社に、取締役を訴訟手続に巻き込んだことの責任を負うことがあるという現実を認識させることができること、145条の効果を最大限に発揮させることで、会社が、その「ディープ・ポケット」を使って、費用が嵩む訴訟で、有効な補償請求権を持つ元取締役を弱体化するのを防ぐことができること、会社が補償に係る附属定款において「fees on fees」の補償を行うかどうかを決められるようになっていの中で、「fees on fees」の補償を行わないと規定しないことにより、それを負担させられるとしても、会社に不当な責任を押し付けていることにならないことが、同判事によって強調された<sup>68</sup>。

こうした考え方が次第にデラウェア州法で定着するようになり<sup>69</sup>、現在では、会社は、信任義務違反を追及される取締役であって、事後補償または前払いを受ける権利が確定した者に対して、fees on feesの補償を行わなければならないことになっている。

なお、Stifel Financial Corp. v. Cochran 事件において、Walsh 判事は、Cochran が fees on fees について補償を受ける権利があるというところで言いとどめており、その額について言及していない。しかし、信任義務違反が取締役に対する主張のうちのひとつに過ぎず、取締役が誠実であるとされたり、本案で勝訴し防御に成功したりすることにより、会社に対して請求した補償費用を部分的にしか獲得できないような場合における fees on fees は、当該取締役が請求する補償費用に占める当該取締役が獲得する補償費用の割合に応じて付与されるものであると、一般的に解されている<sup>70</sup>。

## 6. 結びにかえて

本稿では、会社補償の範囲が会社補償制度運用の円滑化を実現する際に重要な論点となっていること、費用補償、とりわけ、任務懈怠を追及される取締役への費用補償の範囲を切り口として、会社補償の範囲に関する議論を展開していくことができること、任務懈怠と同じく、取締役の会社または株主に対する責任の原因となっている信任義務違反を追及される取締役への費用補償の範囲について、デラウェア州では知見の蓄積が豊富であることを踏まえて、任務懈怠を追及される取締役に対して会社がなすべき費用補償の範囲を探るべく、デラウェア州一般会社法 145 条のもとで、会社が信任義務違反を追及される取締役に対してどのような形態で費用補償を行うことができるか、その補償にはどのような要件が課されている

<sup>68</sup> Stifel Financial Corp. v. Cochran, 809 A.2d 555, at 561-562 (Del. S.Ct., 2002).

<sup>69</sup> Weaver v. ZeniMax Media, Inc., 2004 WL 243163, at 6-7 (Del. Ch., 2004). Underbrink v. Warrior Energy Services Corp., 2008 WL 2262316, at 17-18 (Del. Ch., 2008). Marino v. Patriot Rail Co., supra note 19, at 349-350.

<sup>70</sup> Fasciana v. Electronic Data Systems Corp., 829 A.2d 178, at 188 (Del. Ch., 2003). Schoon v. Troy Corp., 948 A.2d 1157, at 1176 (Del. Ch., 2008). Donald J. Wolfe, Jr. & Michael A. Pittenger, Corporate and Commercial Practice in The Delaware Court of Chancery, § 9.02 [g].



か、判例法においてそのような要件がどのように解されているか、そのような解釈に照らして信任義務違反を追及される取締役への費用補償がどのように行われているかを整理した。

デラウェア州では、会社は、同社によるコモン・ロー上の訴訟または同社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除き、コモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、もしくはその他の法的手続と関連して、または、同社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟もしくは同社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟における防御または和解と関連して、信任義務違反を追及される取締役に現実かつ合理的に生じる費用について、当該取締役に対して任意的事後補償または強制的事後補償を行うことがある。任意的事後補償の場合には、取締役の誠実さが要件となっていることや、当該誠実さが、取締役が受任者として保持すべき誠実さと一貫して解されるべきであると認識されていることから、当該取締役が受任者として誠実であるかどうかに係る先行訴訟の決定に応じて、当該取締役への事後補償の可否が決められる。信任義務違反を追及する者との間で和解が成立した取締役の取扱いについては、会社によるコモン・ロー上の訴訟または同社の権利におけるコモン・ロー上の訴訟を除き、コモン・ロー上の訴訟、エクイティ上の訴訟、またはその他の法的手続について和解が成立した取締役であれば、当該和解によって当該取締役が誠実でないものとして推定されてはならないという規定が適用され、会社によるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟または同社の権利におけるコモン・ローもしくはエクイティ上の訴訟について和解が成立した取締役であれば、当事者間の協議で事後補償を行うかどうかを決めるのが一般的なようである。強制的事後補償に関しては、信任義務違反を追及される取締役が本案で勝訴し、または防御に成功することが求められるので、当該取締役が誠実であることにより信任義務に違反しないと認められる場合や、当該取締役に対する請求または申立てが却下または棄却される場合には、会社が当該取締役の費用について事後補償を行わなければならない、逆の場合には、会社が信任義務違反を追及される取締役の費用について事後補償を行う義務を免れる。取締役の信任義務違反を追及する者と当該取締役との間に和解が成立する場合には、当該取締役が何の支払いもしないで和解したときは本案勝訴または防御成功として取り扱われるが、少額の支払いを要求されたときであっても同様の考え方が採られるかどうかは明らかにされていない。

任意的事後補償であっても、強制的事後補償であっても、信任義務違反が取締役に対する主張のうちのひとつに過ぎない場合に、当該取締役が誠実であるとされたり、本案で勝訴し防御に成功したりするとしても、会社が信任義務違反を追及される取締役へ補償する費用は、信任義務違反が当該取締役への主張全体における比重と照応して、当該取締役が請求する事後補償費用のうちの一部に止まる。

事後補償とともに、信任義務違反を追及される取締役は、現実かつ合理的に生じる費用に

ついて前払いを受けることがある。ただし、このような前払いは、貸出に過ぎず、当該取締役は、誠実である場合や補償を受ける権利がないと最終的に判断されない場合に、はじめて、前払費用の返還を免れる。誠実さと、補償を受ける権利がないと最終的に判断されないことを比べたときに、後者の方を前払費用返還免除条件とする会社が多いようであり、この条件は、本案で勝訴することや防御に成功することを指していることから、信任義務違反を追及される取締役が誠実であることにより信任義務に違反しないと認められる場合や、当該取締役に対する請求または申立てが却下または棄却される場合には、前払費用を返還することを免れ、逆の場合には、前払費用を返還する必要性が生じる。また、取締役の信任義務違反を追及する者と当該取締役との間に和解が成立する場合には、当該取締役が何の支払いも要求されずに、有利な最終判決または再訴不能な終局を迎えることになれば、前払費用の返還を免れることになるが、少額、すなわち、損害賠償請求額のうち取るに足りない金額を支払った上で再訴不能な終局を迎えたときでも同様に認識できるかどうか明らかにされていない。

信任義務違反の主張に対処するために取締役が支出する費用とともに、当該取締役が当該費用の事後補償や前払いを受ける権利を有することを確認し、それを行うよう請求するために提起する訴訟に係る費用は、「fees on fees」として位置づけられ、145条のもとで認められている。当該費用は、費用補償を求めための訴訟において取締役が請求する補償費用に占める当該取締役が取得する補償費用の割合に応じて補償されるべきであると解されている。

デラウェア州の状況に対して、会社法の一部を改正する法律によって新設されることになる430条の2は、会社が、取締役に対して、当該取締役が、その職務の執行に関し、法令の規定に違反したことが疑われ、または責任の追及に係る請求を受けたことに対処するために支出する費用の全部または一部を当該会社が補償することを約する契約（以下「補償契約」という）の内容の決定をするには、株主総会（取締役会設置会社にあつては、取締役会）の決議によらなければならないと述べるとともに、当該補償契約に基づき、当該費用を補償した会社が、当該取締役が自己もしくは第三者の不正な利益を図り、または当該会社に損害を加える目的で当該職務を執行したことを知ったときに、当該取締役に対し、補償した金額に相当する金銭を返還することを請求することができることと定める。このような規定ぶりから、日本法のもとでも、任務懈怠を追及される取締役へ費用補償を行う際に、事後補償と前払いのふたつの形態が採れるようになっている。

事後補償と前払いのうち、事後補償は、会社の義務とされていないので、各社は、自社の事情に応じて、事後補償を行うかどうか、事後補償を行うことを自らに義務付けるかどうかを決めていくようになると思われる。事後補償の範囲については、430条の2は、会社が補

償契約を締結している場合であっても、当該補償契約に基づき、通常要する費用の額を超える部分を補償することを禁じるほかに、制限を設けていない。このことから、通常要する費用の額を超えなければ、任務懈怠を追及される取締役への事後補償が無制限に認められ、任務懈怠がある取締役に対しても、費用の事後補償が可能になってしまうが、誠実でないといわれる取締役に対して費用の事後補償を行えないようにしているデラウェア州法と比較すると、任務懈怠があると認められる取締役に対する費用の事後補償の在り方が問題になりうる。また、デラウェア州では、信任義務違反が取締役への主張のひとつである場合に、当該取締役が誠実であるとされたり、本案で勝訴し防御に成功したりしても、会社が当該取締役へ補償する費用は、信任義務違反が当該取締役への主張全体における比重と照応するようになっている。日本でも、任務懈怠が取締役に対する主張のうちのひとつに過ぎない中で、当該取締役には任務懈怠がないとされた場合に、任務懈怠が当該取締役への主張全体における重要度に合わせて、当該取締役が任務懈怠の主張に対処するために支出する費用を補償していくことにするかどうかの問題として挙げられる。

事後補償と同様に、会社は、前払いを行うことについても、430条の2のもとで義務付けられておらず、前払いを行うかどうか、前払いを行うことを自らに義務付けるかどうかの判断を委ねられている。ただし、前払いを行っても、会社は、取締役がいわゆる図利加害目的で当該職務を執行したことを知ったときに、当該取締役に対し、補償した金額に相当する金銭を返還することを請求できるようになっているので、任務懈怠を追及される取締役は、いわゆる図利加害目的で職務を執行したと判断されない場合に、はじめて、前払費用の返還を免れる。図利加害目的については、特別背任罪の場合の議論を参照すると、故意を基礎づける事実だけでは成立せず、本人図利目的が主として存在しない場合に成立することになっている<sup>71</sup>。そうであれば、任務懈怠を追及される取締役に任務懈怠がない場合には、当該取締役がいわゆる図利加害目的で職務を執行していないことになるので、前払費用の返還を免れる者として取り扱われるのは当然であるが、当該取締役が任務を怠っても、いわゆる図利加害目的で職務を執行したとは限らず、前払費用の返還を免れる可能性が依然として存在する。誠実でないといわれる取締役が前払費用を返還しなければならないとするデラウェア州法を勘案すると、このように解してよいかが問題になりうる。

加えて、デラウェア州では、信任義務違反を追及される取締役に対する請求または申立てが却下または棄却される場合に、当該取締役が前払費用の返還を免れるようになっていることに鑑みて、日本においても、先行訴訟において、取締役の任務懈怠を追及する者が訴えを取り下げの場合、または、その請求が却下もしくは棄却される場合に、当該取締役がいわゆ

<sup>71</sup> 拙稿「職務執行に係る役員等の図利加害目的に関する一考察——会社による費用補償の態様を模索して——」尾道市立大学経済情報論集第20巻第1号(2020)160頁。

る図利加害目的で職務を執行した者として取り扱われぬかどうかの問題が生じることが予想される。

事後補償であっても、前払いであっても、430条の2は、会社が補償契約に基づき取締役に対して通常要する費用の額を超える部分を補償することを禁じているが、ここにいう「通常要する費用」をどのように解すればよいかは明らかではない。デラウェア州では、費用の現実性と合理性を要求しているが、日本でも同様の観点から判断されるかどうかは問題として考えられる。

和解の局面においては、デラウェア州では、取締役の信任義務違反を追及する者と当該取締役が和解する場合であって、当該取締役が何の支払いも要求されない場合には、前払費用返還免除の条件を充足する者として取り扱われ、少額の支払いをしなければならない場合には、どのように取り扱われるかが明らかにされていない。日本でも、取締役の任務懈怠を追及する者と当該取締役が和解する可能性があるので、和解によって当該取締役がいわゆる図利加害目的で職務を執行した者として取り扱われぬことになるかどうかは論点になりうる。

このほかに、430条の2は、費用補償を請求する訴訟から生じる費用の補償を制限していないが、このような補償を通常の事後補償の一環とし、積極的に容認してきたデラウェア州と同様の考え方を採り、任務懈怠を追及される取締役に対して費用補償の権利を追求し実行する際に生じる費用についての補償まで認める趣旨であるかどうかを明らかにしていくことが有益である。ついでに、デラウェア州では、信任義務違反が取締役への主張のひとつである中で、誠実であるとされたり、本案で勝訴し防御に成功したりすることにより、費用補償を請求する訴訟で費用を一部取得できた取締役に対して、会社が補償する当該訴訟そのものから生じる費用は、当該取締役が請求する補償費用全体に占める、当該取締役が取得した費用の割合と照応するようになっている。日本でも、任務懈怠が取締役に対する主張のうちのひとつであり、当該取締役には任務懈怠がないとされた場合に、当該取締役が請求する費用全体に占める補償が認められた費用の割合に応じて、会社が当該取締役に対して費用補償を請求する訴訟そのものから生じる費用を補償していくことにするかどうかは問題として残されている。

以上のように、デラウェア州法に照らして、日本法において、任務懈怠を追及される取締役への費用補償の範囲が著しく広範なものになっている反面、何らかの形による画定が望ましいと思われるところもある。このような費用補償の範囲画定を、各社の補償契約に委ねていくべきか、司法判断を通して明らかにしていくべきか、それとも、立法の手当を施す形で実現していくべきかに関しては、個別具体的な検討が要される。それだけでなく、任務懈怠を追及される取締役の職務形態が多様にあるので、それが費用補償の範囲にどのような影響

を与えるかも課題となり、会社法上の会社や第三者に対する責任以外の民事責任、刑事責任や、行政責任を追及される取締役への費用補償の範囲も重要である。このような問題については、今後も注視していき、考察していきたいと考える。

**【付記】**

本研究は、JSPS 科研費 19K13568 の助成による研究成果の一部である。

