

いわゆる取締役の法令遵守義務について

——ドイツにおける有益な法律違反の問題に関連して——

大 山 俊 彦

- 一 はじめに
- 二 法令遵守義務の概念
- 三 法令遵守義務の区分化
- 四 法令遵守義務の法的根拠
- 五 法令遵守義務と有益な法律違反
- 六 終わりに

一 はじめに

ドイツでは、一般的に法令遵守義務（＝法令遵守原則）（Legalitätspflicht）とは取締役がその職務の執行の際に法と法律を遵守すべき義務であると理解されている。しかしこの義務は法律上に明規されていないので不文の

いわゆる取締役の法令遵守義務について（大山）

(ungeschriebene) 原則といわれ、かつドイツ・コーポレート・ガバナンス・コードックス (DCGK) A. I. 原則五において取締役に法律上の規定および企業内部の指針を遵守すべきことを命じているので、間接的な原則といわれている⁽¹⁾。大部分の者は全ての法律規定を法令遵守義務のなかに組み入れるが、それにも拘らずこの義務の適用範囲について制限を認める、というのは取締役にあらゆる生活状況において法律に忠実に行動することは課せられないから。さらに伝統的な立場からこの義務は二つの義務すなわち会社の内部法を遵守すべき取締役の義務(内部的な(interne)法令遵守義務)と会社の外部的な義務を遵守すべき取締役の義務(外部的な(externe)法令遵守義務)に分類される。そこでまずその定義、分類、根拠について考察し、ついでこの義務の制限を有益的な法律違反の問題と関連して検討する。

二 法令遵守義務の概念

1. 概念定義

法令遵守義務という用語は機関的な拘束と関連してここ数十年間に初めて広い範囲で使用され、教科書または注釈書のなかにも採り上げられている。それにも拘らずその概念内容や使用について、基本的な目標方向について了解が欠けている。この義務の範囲および射程距離について——大抵の場合には言及されているにせよ——今迄統一的な議論をしてこなかった。同様にドイツ経済法でもコンプライアンス (compliance) という用語の曖昧さが存在する。したがってこれとも関連してこの義務の概念が用語上明確にされる必要がある。

法令遵守義務という概念について、法律上もまたは判例上も定義づけられていない⁽²⁾。そのため、まず文献に委ねら

れる。⁽³⁾その間に最終的にこの概念が頻繁に使用されるようになり、取締役に「法律の遵守」を要求するという根本的な観点では一致しているが、しかし法律上の義務のうちどれが法令遵守義務という構想のなかに組み入れられるべきかを定める場合に、二つの陣営が対立する。法令遵守義務とそれに続く実定法上の議論が、会社を名宛した義務のみに限定されるのか、または直接法律によって取締役に課せられる法律上の義務全てを含むかである。

1) 広義説 (Fleischer, Abelschäuser, Paefgen, Spindler)

この概念を最も広い意味で使用する説。すなわち義務が会社または取締役を名宛するか否かを問わず、全ての重要な法律上の義務を法令遵守義務と解する説。

まず Fleischer は「⁽¹⁾の義務は取締役に彼の活動の全ての際に適法に行動することを勧める」または「取締役の中核的義務のなかに彼の職務執行の際に法律に忠実に行動する義務が入る」と定式づける。⁽⁴⁾これによれば行動の適法性が直接取締役に向けられている規範によって判断されるかまたは義務がまず会社に課せられているかどうかは、あまり違いがない。また Abelschäuser も Paefgen も同じように広い概念を彼らの熟考の基礎としている。Paefgen は「法令遵守義務は会社およびその機関の法律への拘束を含む」⁽⁵⁾と述べ、Spindler も「全ての取締役は株式法上に規定された取締役に対する義務を遵守し、履行しなければならないことは当然のことである」と述べ、「さらに株式会社およびその機関構成員は外部関係でも法秩序の法的義務と準則を遵守しなければならない」⁽⁶⁾と述べ、そのことが直接引続いて会社義務にも明確に拡張されることを予定している。

2) 狭義説 (Bayer, Dreher, Thole)

この概念を著しく狭い意味で使用する説。すなわち法令遵守義務を法律上の取締役の義務の一部すなわち会社の法

律上の義務を遵守すべき義務のみと解する説。

Bayer は取締役の義務について「企業が法主体として直面する全ての法規定を遵守すべき」義務であるという⁽⁷⁾。したがってこれによれば法令遵守義務によって把握されるのは、名宛人が会社である義務のみであって機関それ自体を名宛した義務ではない。法令遵守義務には会社の法的義務が取締役の法的義務に「転換される」という伝動ベルトの機能のみが与えられるにすぎない。Bayer がこのような考えに至ったのは、恐らく会社を名宛したカルテル法上の禁止違反を研究対象としたことと関係するかも知れない⁽⁸⁾。Dreier も、些かはつきりしないにせよ同じ立場であると思われる。すなわち「株式会社社の取締役は原則として会社の適法な行動を配慮しなければならぬし、取締役自身も相応した行動をとらなければならない」という⁽⁹⁾。このことは取締役自身の行動準則が会社が法律上の義務を遵守しなければならぬという点についてのみ関連するから、直接取締役に課せられた義務はこのような解釈からは法令遵守義務の概念によって把握されない。Trole も同様にこの概念を狭く理解する。①「取締役の固有の外部義務」、②「特別な内部義務」、③「組織的な」法令遵守原則に属する取締役の義務を、法令遵守義務から除外し、とくに彼はそのように狭い法令遵守原則の構想に、会社の外部に存在する義務を取締役と会社間の内部関係に「移転する」(transponiert) という機能を与える。したがって取締役は法令遵守原則という概念を介して会社が名宛人である義務についてのみ責任を負わなければならないという⁽¹⁰⁾。

結論として広義説の方が多くの支持を得ているように思われる。その理由は①法令遵守義務の更なる細分化の際に必ずしも全ての熟考が一致して全ての義務に適用されるわけではない状況が考慮される。②さらに「法令遵守に関する義務」したがって全ての範囲における法律上の遵守義務という本来の語義は広義説に賛成する。③株九三条一項二

文の「企業者的な決定」の範囲で許容される取締役の行動を制限するのにふさわしいのは法令遵守義務であって、それは法令遵守義務が取締役の全ての法的拘束を包含し、その他の法的拘束による補充を必要としない場合にのみである。⁽⁴⁾ 取締役の法律上の義務と関連する問題とくに包括的な義務の体系化に適した場所を与えるためには、広い概念がその作業の基礎になつて⁽¹¹⁾いる。

したがって広義説によれば、内部的な義務拘束として、制定法、判例、DCGK、コンツェルン計算規定の勧告、金融サービス監督庁の有価証券発行者便覧、定款、業務規程、会社機関の拘束的な決議、契約上の義務、営業モラルが挙げられる。

2. コンプライアンスとの比較

法令遵守義務は取締役に自ら法律に忠実に行動することを義務づけるのみならず、その他の機関、機関構成員ならびに従業員に同様な行動を配慮することを要求する。このような視点はコンプライアンスの概念の慣用的な理解と極めて近似する。したがってコンプライアンスと法令遵守義務の両概念が重なり合うかどうか、また重なり合うとすればどの程度であるかが明らかにされなければならない。

英米法の法領域から発生したコーポレート・コンプライアンスという概念は、まず銀行・資本市場法の分野で、ついで一般的な経済学・法学上の議論のなかで確立された。この概念は同様に英米法から発生したコーポレート・ガバナンスという用語と密接に関連して一九九〇年中頃以来いわゆる法的移植としてドイツ法⁽¹²⁾のなかに見出され、その際標語的にはその概念は通例コーポレート・ガバナンスの一部とみなされている。

現在、コンプライアンスについて夥しい数多くの出版物が刊行されているにも拘らず、両概念の関係、断面群、境

界について明快な回答をうることができない。それは法令遵守義務の概念の厳密化の際に直面したと同様に、コンプライアンスの際にも株式会社、その他の会社に関する法律がコンプライアンスについて明白な指摘も、それどころか法的な定義すらないからである。しかし特別法上のアプローチも——例えば「必要な監査役会措置」を要求する秩序違反法一三〇条とか有価証券給付企業のために「有効なコンプライアンス機能」という制度を規定した旧有価証券取引法三三条一項二文一号のように——、さらに進展する概念の厳密化とりわけ法令遵守義務との境界について十分な手掛かりを提示しているとは言えない。

これに関する文献を見ると、両概念はまず語義の点で *comply* (英) 'einhalten, befolgen' (独) 重なり合っていることがわかる。コンプライアンスは法令遵守義務の定義に完全に一致するまで近似する。さらに取締役の法令遵守義務が自己の行動に対する準則を彼の名宛人に対する準則とすることに限られず、むしろ会社全体したがって会社の従業員の適法な行動を配慮することを含むという状況を考えるなら、両概念の重なり合いは一層明らかとなる。

他方コンプライアンスという概念は適法な従業員行動の保証に限られず法令遵守義務の中核の範囲すなわち取締役の自己の法律に忠実な行動にも拡張される。

しかしコンプライアンスのこのような広い概念理解に対し、語法 (Diktion) が明白に重なり合っていないため反対せざるをえないという。というのは二〇〇七年 DCGK 413 (現在 A. I. 原則五) で「取締役は法律上の規定、企業内部の指針の遵守を配慮しなければならないし、コンツェルン企業によるその遵守を目指す。」が挿入された。政府のコーポレート・ガバナンス委員会は「配慮すべき」という語句の使用は組織的な措置によって法律と法の遵守を保証すべき義務が取締役に課せられたと解釈する⁽¹⁴⁾。しかし両概念の境界線は認められる。すなわちまず法令遵守義務

では法律に忠実な行動の様々な特徴が問題となるのに対し、コンプライアンスでは法律に忠実な行動を履行するために把握されなければならない組織的な措置の必要性和範囲とに對決している。両概念を正しく區別する方向は、つねに適法に行動する義務の履行が目標つまり達成すべき状態であるという方向で、區別することである。

これに反しコンプライアンス制度を設立すべきか否かの議論はこのような目標を達成するための手段を対象としている。したがってかかる制度は決して従業員の行動との對決に限定されず、その効力範囲のなかに機関構成員を含めるべきであるという。このことはとくに取締役員への法的な指示によってそしてある程度の範囲で取締役員自身のコントロールによっても行われる。その際コンプライアンス―責任者とこの種の監視をする取締役員との間の依存關係は始めからある程度の制限が加えられている。これらの熟考は異なった、その間周知された定義すなわち「コンプライアンスとは全ての法律上の命令・禁止を一瞥して、企業、機関構成員、従業員の適法な行動を保証するために必要なあらゆる措置全体を包括するという定義」⁽¹⁵⁾とも一致する。コンプライアンスは昔から前提とされた企業指揮者の包括的な組織義務の一部であると思われる。コンプライアンスの比較的新しい概念と結びついて旧知の要素が現れる、例えば民法八三一条に基づく履行補助者の責任によって知られた必要なコントロール密度と疑念要素の存在との相互關係または従業員の注意すべき選択、教育、説明、監視に関する義務のように。

コンプライアンス議論の主要な功績は旧い物を新しい値札で「売却する」ことではなく、上述の問題提起に、とくにコンプライアンス議論が不法行為法上の基礎に代わって会社法上、監視法上の特徴を手に入れることによって、新しい意味と刺激を与えることにある。

法律に忠実という問題は法令遵守義務と関連して主に法令遵守義務と併行する責任のどちらかと言えば抑圧的な視

点から考察されるのに対し、コンプライアンスはとりわけ法律違反を回避するための予防的な組織的な局面と可能性に携わる。それにも拘らずコンプライアンスは従業員による法律違反の発生に対する取締役の責任の問題の際に、極めて重要な意味を与える。この責任に対して取締役は効果的なコンプライアンス制度の確立を指示することによっていずれにせよ部分的に防禦することができるという。⁽¹⁶⁾

三 法令遵守義務の区分化

1. 外部的 (externe) な法令遵守義務と内部的 (interne) な法令遵守義務

伝統的な立場は法令遵守義務を二つのグループに分類する。内部的な法令遵守義務の概念の下に、会社に対する内部関係において取締役に課せられる義務を総括し、外部的な法令遵守義務は外部関係で会社が負う義務を遵守すべき取締役の義務であるという。⁽¹⁷⁾ だがこの区分標識は明示的というよりは暗示的に示されるにすぎない。内部的な法令遵守義務は株式法、定款、業務規程から形成され、そこでは内容的に株式会社という形態における社団組織の特殊性から生ずる義務が問題となり、それは個人商人という企業には見られない。⁽¹⁸⁾ これに反して外部的な法令遵守義務に分類された義務は株式法以外に散在するその他の法律規定から——それも原則として株式会社の組織形態に左右されずに——生ずる。

伝統的な説が義務を「その起源」⁽¹⁹⁾ や義務の名宛人という標識によって区分することは、その都度の義務を簡単に二つの部分に組み入れることができる点で優れていると言える。しかしこの分類には①用語上の使用②義務の名宛人③

義務の内容の点から批判がなされている。

まず①用語使用について。「内部的」と「外部的」という区分は少なくとも概念上誤解を招き、はっきりしないと⁽²⁰⁾いう。その原因は、この内部的・外部的という対立が会社機関の義務拘束と義務違反に対する機関の責任という文脈のなかで全く異なる現象（義務の法的原因、義務の名宛人、被害者）を輪郭づけようとする点にある⁽²¹⁾。また取締役が外部関係で義務を遵守しなければならぬとする定式はすでに誤解であつて、このことはこの義務によつて取締役をまさに外部に對してしたがつて第三者ないし公衆に對して拘束することを示唆する。その上まことに現存する、しかし会社の義務から区別される取締役の自己の外部義務に近づくのも疑問であるという⁽²²⁾。實際第三者に對して直接取締役を義務債務者とするような義務は明白に特別法上の命令、ド民法八二三条二項による保護法の性質に基づいて存在する（例えば不法行為法上の分野で連邦通常裁の Baustoff-判決、Kirch/Breuer-判決で認められた⁽²³⁾）。取締役の（自己の）外部義務と会社義務の遵守を配慮すべき取締役の義務との混合はすでに解釈的な理由から行われぬ。

②義務の名宛人についても、それを標識とするのが難しいことは、個々の義務を列挙する際に株式法に規定されなかつた規範が首尾一貫して拮示されているとは限らない点からも、明らかである。直接取締役を名宛した義務が必ずしも全て両方の義務の一つに簡単に組み入れられるとは限らないし、多くの義務はむしろ二重的な性質を示している（後述破産法一五 a 条参照⁽²⁴⁾）。

③問題の複雑さにあらゆる点で対処できないし、重要な内容を具体的に組み入れる際にはどちらかと言えば有害となるから、義務内容を標識とすべきであるという⁽²⁵⁾。例えば、会社の営業書簡に関する義務（株八〇条、商三七 a 条）——この規定の意味と目的から取締役の当該義務は内部的な義務ではなく、会社の保護ではなく法取引の保護を

目指しているから、取締役の当該義務を内部的な義務に分類することは疑問である。また会社の商業帳簿の運用に関する義務（株九一条一項、商三三八条）——この義務は内部的な義務に分類されるが、この義務は取締役の義務ではなく会社の義務であって、自己抑制による債権者保護、営業事件の証拠ならびに公法上の性質を持つ。また取締役の破産申立に関する義務（株九二条二項）——現在破産申立の義務は株式法から破産法へ移されたゆえに、体系的に内部的な義務から外部的な義務へと変更されざるをえないであろう。また②義務の名宛人による標識も成功しないであろう。個別義務の列挙の際に株式法に規定されなかった規範が首尾一貫して挙示されない場合、その困難さが明らかに⁽²⁶⁾なる。

2. 内部関係 (Innenverhältnis) における義務と外部関係 (Außenverhältnis) における義務

会社の内部に存在する義務かまたは会社と第三者との外部関係を規制する義務かで分類する説である。⁽²⁷⁾このことによつて規律箇所という硬直した区分標識に対する上述の批判点は回避されるが、まさに取締役の視点から概念上の多義性という批判点はとくに「外部関係における義務」という名称に対し依然として残る。外部義務の概念を会社の適法な行動を配慮する取締役の義務と解する場合、取締役の視点から外部に對ししたがって第三者に對して存在する義務は決して問題とならない。むしろ取締役はこの義務を会社に對してのみ負う。したがって法令遵守義務のこのような特徴は——取締役の自己の外部義務とは異なつて——内部でかつ会社に對してのみ存在する。しかしこの意味論的な問題より重要なのは、法令遵守義務の体系化に関するこのモデルにおいても取締役に直接課せられるが、しかし会社に對してではなく第三者または公衆に對して存在するような法律上または判例上命令された義務の余地が認められない点である。しかし法律上の義務の包括的な体系化はこの「真正な」外部義務に視点を變えるべきではないとい

3. 組織的な法令遵守原則、特別な内部義務、会社の法拘束に関する法令遵守義務

Thole は法令遵守義務の細分化を四つの範疇（取締役の内部的な義務拘束、外部的な義務拘束、組織的な法令遵守原則、特別な内部義務）で行い、その際会社の法拘束に関する法令遵守義務をさらに三つの法令遵守義務の局面に境界づける。会社の法拘束に関する法令遵守義務はまず特別法上の命令や裁判官による法の継続形成の意味で取締役の固有の外部義務から区別される。それと並んで固有の範疇としていわゆる組織的な法令遵守義務（社員の協賛参加権や法律・定款によって定められた会社の権限秩序の維持に関する全ての規範）を位置づける。最後に内部関係と外部関係の特別の重なり合いを欠く取締役の法律上の義務を特別な内部義務と言われたグループに総括する（例えば破産法一五 a 条の破産申請義務、株九二条二項、九三条五項の債権者保護規定⁽²⁹⁾）。

Thole のアプローチでは、取締役が多くの様々な法律上の義務に晒される一方、これらの義務を解釈上グループ化することが法令遵守義務の個々の部分的な局面の特殊性をその都度の固有な規則と解釈によって評価するためには必要であることが明らかとなる。

しかしこの分類にも次のような批判がある。まず「特別な内部義務」と「組織的な法令遵守義務」との区別には、解釈上本質的に異なった評価がその基礎となっていない。むしろ個々の義務の機能に基づく区別が問題である。たとえこのような区別が義務のもう一つの体系化のために役に立つ標識であるにせよ、この区別に適用される一般原則において区別される範疇の展開の視点のもとでこの区別は相応した重要さが付与されるような標識ではない。終わりに両方の範疇の場合に取締役は直接の名宛人であって、義務違反の結果として基本的に株式法上の内部責任に晒されて

いる。法律によって命令された義務によって誰が保護されるかという問題は——一方では株主および株主の決定余地、他方では債権者および債権者のために取っておかれた緩衝装置——出発点において単なる法的反射であって、確かに法政策上極めて重要であるが、しかし原則とは異なった命題を強いるものではないし、純粹に配列された体系化を越えるグループを強いるものではない⁽³⁰⁾。

このような批判にも拘らず、内部的な義務と外部的な義務の硬直した範疇を解放し、結果的に取締役に課せられる全ての法律上の義務を初めて体系化し、その際取締役に直接課せられた外部的義務を法令遵守義務という法形成物のなかに包含したことはTholeの功績と言える⁽³¹⁾。

4. 狭義の法令遵守義務 (im engen Sinne) と広義の法令遵守義務 (im weiten Sinne)

取締役には、直接機関人または合議機関としての取締役のいずれかを名宛した多数の義務が課せられている。これらの義務グループは二つの種類すなわち内部義務と外部義務に分けられる。前者は機関人が直接会社、機関または機関構成員に対してその義務の遵守を負うような義務をいい、後者は取締役員が直接会社債権者、主権者またはその他の第三者に履行しなければならないような全ての義務をいう。しかしこれらの取締役義務から独立した法主体としての株式会社に向けられた義務は分けられる。必ずしも全ての会社義務が機関人の内部義務または外部義務のなかに入るわけではないので、つねに株式会社社の義務と取締役員の義務とは区別されなければならない。

このような前提のもとに法令遵守義務を狭義の意味と広義の意味に分けることを提案する。というのも伝統的な立場は専門用語の使用が適切ではないから。狭義の法令遵守義務〔内部的な義務拘束〕(interne Pflichtenbindung)とは原則として本来取締役員に向けられた内部義務と解する。定義について広義説を採り、それは株式法、定款、業務規

程から、組織変更法、有価証券取引法のようなその他の法律から、判例または一般的な法原則から生ずる。そして雇用契約上の取締役の義務をも含める。他方、広義の法令遵守義務（「外部的な義務拘束」(externe Pflichtenbindung)）とは法律上、不文の、裁判上予定された株式会社の法的義務に従うことを内部関係において取締役に課する義務と解する。その際多くの者は法律違反が会社にとって中立的または有益である場合にもかかる内部義務を固持する。これに反し通説によれば契約上の会社義務には広義の法令遵守義務は及ばない、何故なら株式会社の契約義務は法規範の性質を示さないから。またそれは狭義の法令遵守義務と比較しうる契約上の拘束力も獲得しない、何故なら会社と取締役員との間に相応した合意がないから。むしろ契約上の社団義務——債務関係の相対性——が株式会社に対してのみ初めてその効力を発揮するにすぎない。広義の法令遵守義務、万一の取締役義務、契約上の社団義務を遵守することとは同一の法源を持つのみならず取締役員に対しても同様の行動を要求する。⁽³²⁾

5. 本来的な (originäre) 法令遵守義務と派生的な (derivatve) 法令遵守義務

この区分構想は上述した Fleischer や Thole によって展開された法令遵守義務の性質・範囲の価値ある局面の一部を採り入れ、かつ Hellwig/Behme によって最近目指された名宛人標識に基づいてここで問題となっている義務を二つの法主体すなわち取締役と株式会社に分けて考察し、その際使用すべき用語は専らかつ厳格に取締役の見通しから選択し、定義については広義説を採る。

第一に、本来的な法令遵守義務 (originären Legalitätspflichten)⁽³³⁾ には名宛人として取締役に独自にかつ直接課せられる法律上の義務を包括する。概念上上述1の内部的な法令遵守義務と重要な部分で重なり合うが、区分が発生した法律に基づくのではなく専ら名宛人を標識とし、直接取締役に向けられた法律上の義務を全て包含し、内部的義務を会

社に対して外部的義務を第三者または公衆に対してとする点も、曖昧である。このような理由から「本来的」という用語を使用したのである。

第二に、派生的な法令遵守義務 (derivative Legalitätspflichten) には本来の名宛人として会社のみ課せられる義務を包括する。つまり本来の義務とは区別して取締役はつねに会社の適法な行動を配慮することを任務とする。この義務では解釈的視点から二つの相互に区別されるが、それにも拘らず相互に結合する側面が考察されなければならない。一つは会社の義務拘束であって、他はこのような義務が肯定されるなら、会社の義務から導き出された取締役の義務である。機関的な法拘束の本質的な特徴は大部分において上述1の外部的な法令遵守義務と一致するが、しかし既述したように「外部的」という用語が問題の核心をあらゆる点で必ずしも適切に把握しているとは言えない。また個別の義務の遵守を配慮する取締役の義務は会社の義務から初めて導き出され、取締役の本来義務を理由づける用語とは異なる。むしろ「派生的な」法令遵守義務という法解釈上構築された概念は会社の義務を取締役の義務へと転換する⁽³⁴⁾という転移制度の機能に意味があるという。

両者の義務の相違は例えば会社の従業員による義務履行の問題の際に取締役が負担した行動の質的な区別において明らかになる。前者では、取締役がたとえ義務履行のために他人を動員するとしても自ら直接義務履行の責任を負わなければならない。したがって取締役が委託した従業員による義務の違反の場合の責任について免れることができるのは、有効な義務委譲という高い条件のもとでのみである。これに反し後者では、取締役に高度な任務を要求するのは義務違反を嫌う適切な企業組織を配慮する点にあって、それによって従業員による義務違反が阻止される。それに反し従業員による法律違反の際に取締役の派生的な法令遵守義務の違反は同時には存在しない。その限りでは一種の

取締役の保証人的な地位はいずれにせよ会社法の視点から存在しない。保証と関連して取締役に法律に忠実な行動を課する任務はしかし派生的な義務の範囲で些か質的に固有の本来的な義務の場合とは異なる。したがって中核的な区分標識として義務が内部関係にあるかまたは外部関係にあるか否かという問題から離れること、そして取締役の固有の本来的な法律上の義務が問題となるかまたは会社義務から導き出された派生的な義務が取締役に⁽³⁵⁾とって問題となるかに基づいて区分を着手することが適切であるという。

四 法令遵守義務の法的根拠

法令遵守義務とは会社の内部関係でも会社と第三者との外部関係でも法秩序の準則を配慮すべき義務と一般に解されている。しかしこのことが制定法上に規定されず、間接的にD C G K A. I. 原則五に「取締役は法律上の規定および内部的な指針の遵守を配慮しなければならないし、企業においてそれらの遵守を目指すこと」を指示するにすぎない。

1. これに関して文献上、取締役が彼に委託された会社のために適法な行動を履行する義務を負うのは「当たり前のこと」(Binsenweisheit)⁽³⁶⁾、「自明の道理」(selbstverständlich)⁽³⁷⁾であって、詳細に基礎づける必要はないと主張される。確かに内部的な法令遵守義務(狭義の法令遵守義務、本来的な法令遵守義務)の場合には、このことは妥当する。というのは直接取締役に向けられた準則に従う義務は機関および機関構成員の名宛人地位からのみかつ自由に生ずるから。これらの義務については株九三条一項一文の「二重効力」は必要ではなく、これらの場合に同条に一般的な過失基準を

修正する機能のみを認める見解も、このことに一致する⁽³⁹⁾。義務の基礎づけはかかる場合すでに直接侵害された法規範にある。しかし外部的な法令遵守義務（広義の法令遵守義務、派生的な法令遵守義務）の場合には、その解釈的な基礎づけはあまり明確ではない。会社の法的義務の遵守を配慮すべき会社に対する義務が取締役に課せられるかどうかの問題は、十分基礎づけることが必要であるように見える。また上述の D C G K A. I. 原則五もこの義務の存在を現行の法律状態を再現した、記述的な部分で前提としているように見えるし、コーデックスのこのような制限された効力により法律の重要な側面での解釈的な基礎づけを免れることはできない⁽⁴⁰⁾。

2. そこで文献上何らかの解釈的基礎づけを求める見解が主張されている。

1) 取締役の損害回避義務を根拠とする説

この説は会社の急迫な損害を回避すべき一般的に妥当する取締役の義務に基づいている。すなわち取締役の義務違反によって損害が会社に損害賠償義務、刑罰、罰金という形式で発生するおそれがあるから、損害回避義務からこの種の法律違反を止める義務が生ずるとい⁽⁴¹⁾う。しかしこれには様々な観点のもとで批判が加えられている。まずこの思考の根底には義務違反が罰金や刑罰のおそれがない場合や会社にとって損害危険を隠さないような義務を法令遵守義務から除外している。またこの説は注意義務違反（したがって責任原因）の側面と損害（したがって法律効果）の側面とを混同し、しかもそれは循環論法の非難にすら晒される。一般的に損害の発生または損害発生に行動義務の存在を結びつけることはできないから、場合によっては取締役が会社の損害を回避する義務を負うという余地もある。しかしたとえ違法な行動が会社に損害または利益をさえ齎さない場合にも、何故取締役が適法な行動を配慮する義務を負うのかの説明できていない⁽⁴²⁾。

2) 連邦通常裁の判決にその根拠を求める説

取締役のかかる義務の存在は連邦通常裁第二民事部が取締役の急迫した違法な行動を株一一一条四項二文に基づく同意留保によって阻止する監査役会の義務を認めた点に間接的に示されるとい⁽⁴⁴⁾う。しかしここから導き出されるのは、かかる取締役の義務の存在を基礎づけることではなくお別の方法で基礎づけられる結果の確認だけにすぎない。また取締役が業務執行の範囲である種の限界を遵守しなければならぬとする株八二条二項の指摘も法律拘束のための基礎として援用することはできない⁽⁴⁵⁾。株式法の指示はむしろ定款や業務規程によって取締役に課せられる制限の射程距離のみを制限しようとするものである⁽⁴⁶⁾。

3) 法原則や一般条項にその根拠を求める説

「不可能なものへ誰も義務を負わない」(ad impossibilia nemo tenetur)という法原則が法令遵守義務を基礎づけるために援用されるとい⁽⁴⁷⁾う。会社は法律上の義務を自ら履行することができないから、この義務を守るために会社の機関を頼りにする。もし中心的な行為機関としての取締役が自ら会社に対してこの法律上の義務を守ることができないなら、会社はこの義務を殆ど履行することはできない⁽⁴⁸⁾。したがって会社に会社が履行することができないことを要求することになる。しかしこのことに対しては、議論の循環的な要求であると共にかかる帰結は法人としての会社の独自性を否定することになると非難される。そうでなければ会社は結果的に第三者に転嫁できない義務の担い手に殆どなりえないこと⁽⁴⁹⁾になる。

株式法に包括的な法令遵守義務の存在に関する具体的な手掛かり点が見出されないなら、株九三条二項の責任要件に影響を及ぼすかも知れないこと、それゆえ取締役が会社に対して株三九六条の閾値を越えても適法な行動を配慮す

る義務を負うという仮定も十分考慮される。そのためには一般的な考量が必要である。例えば規則遵守に関する公益や法人が規則遵守に関して自然人を頼りにするという思考や一般予防的な種類の思考である。⁽⁵⁰⁾

4) 株式法の規定に根拠を求める説

これには株九三条四項一文を根拠とするものと株三九六条一項を根拠とするものがあり、さらに両条に株一四八条一項二文三号を加えたものを根拠とするものがある。

(1) 株九三条四項一文を根拠とする説

多くの者は法令遵守義務の根拠を直接株九三条四項一文から導き出す、同条によれば会社に対する賠償義務は取締役の義務違反の行為が株主総会の適法な決議に基づくときは生じないという。⁽⁵¹⁾ 他の者はそれと並んで秩序違反法(Ordinance) 一三〇条を援用する⁽⁵²⁾と、またはDCGK A. I. 原則五を指示する。

しかし取締役の法的拘束の法的基礎を個々の法律上の規定に求める試みはすでに初めから間違っている。確かに法律違反の行動が原則として株九三条一項一文の意味での注意義務違反として格付けされる。しかし株九三条は株式法上の特別規定として規範ヒエラルヒーの同じ階層に立つ他の法律上の規定の規範命令の拘束性について述べることはできない。むしろ普通法上の規定の効力は形式的な・実質的な憲法と一致した民主的に資格づけられた立法者の意思形成の結果である。⁽⁵³⁾ さらに株九三条四項一文の本来の適用範囲における「適法」という概念に割り当てられた意味もそれに反対する。というのはこの用語は一般に株主総会決議が同条の目的のために決して法律に違反してはならないというように理解されていないから。むしろ決議が存在力を持つ場合にすでに同条の適法な決議が話題となる。決議が株二四一条により無効とならない場合や株二四三条以下で取消にならない場合があるから。したがって株九三条四

項一文からのみ法律を遵守すべき取締役の一般的な義務を導き出すことはできない。⁽⁵⁴⁾

(2) 株三九六条一項を根拠とする説⁽⁵⁵⁾

同条は所轄官庁に会社の機関管理者の違法な行動によって公益を危険に晒す株式会社を解散させる権利を与えるが、しかしそのことは法令遵守義務を理由づけるのに適切ではないといわれる。何故なら同条は公益を危険に晒すという点に限定していること、また取締役と会社の関係ではなく会社と監督官庁の関係を優先的に取り扱っていること、また同条に法令遵守義務が明規されていないこと⁽⁵⁶⁾から。

(3) 株一四八条一項二文三号を根拠とする説

法令遵守義務の存在を基礎づける立法者の示唆が株一四八条一項二文三号のなかから汲み取れるという。同条はU M A G (企業の適正化と取消権の近代化法)で少数株主保護のために新しく制定されたもので、少数株主による会社の機関に対する会社の責任請求権の主張は、「法律または定款の不誠実または重大な違反によって会社に損害が発生したとの疑いを正当づける事実が存在するとき」訴訟提起が容認される。同条は追加的な責任請求権を基礎づけるのではなく現存の請求権のみを実施させることであるから、会社にすでに会社の機関に対する損害賠償請求が帰属しうることを前提としなければならない。このことはとくにこの制度の構成を法律上の訴訟信託の場合として、それゆえ自己の名前で他人の権利を主張するものとしてはつきりと悟った場合に明らかとなる。さらに重大な法律違反という制限を設けたことは会社の機関に対する請求権の存在に関わるのではなく、この請求権を主張するための少数株主にとつてある種の重大性の閾のみを定めようとしている。例えば総会屋に新たな突破口を与えることを避けるため、または沈黙するまたは別の考えを持つ多数株主に少数株主の追求の望みを強くないようにするためであるという。いず

れにせよ、株三九六条、一四二条二項一文ならびに一四八条一項二文三号の共演から、株式法は会社の法律上の義務の遵守を配慮すべき取締役の会社に対する義務の存在から出発するという結論が引き出されるという。⁽⁵⁷⁾

五 法令遵守義務と有益な法律違反

有益な義務違反 (nützliche Pflichtverletzung) とは、予測された利益が結果的に——企業の視点から純経済的に觀察した際に——迫り来る損害を超える場合に、一般に言われる。⁽⁵⁸⁾ あるいは別言すれば、有益な義務違反とは有形・無形の出捐をいい、受領者が何ら法的な請求権を持たず、給付者側に経済的な利益を入手させることをいう。⁽⁵⁹⁾

なお用語使用として、有益な法律違反 (nützliche Rechtsverletzung, Rechtsverstöße, Gesetzesverstöße) を提唱する見解もある。⁽⁶⁰⁾ というのは nützliche Pflichtverletzung はすでに概念上取締役が義務を犯していることを前提としている。そのことはこの義務が株九三条一項一文の意味の注意義務の違反が想定される限り、責任を充足させる因果関係の領域についてのみ矛盾なく適用することができるが、会社に関する経済的な有益が義務プログラムの決定にとって重要である限り、注意義務違反が始めから確定しているとは限らない。むしろ違法な行動が株九三条一項の注意義務に照らして測定されなければならない。したがってここでいう義務違反とは株九三条一項によって要求された注意義務の違反ではなく取締役の違法な行動を指しているから。⁽⁶¹⁾

この名称の背後には、機関義務の視点から株式会社損失と並んでとくに国家権力による制裁の形式で利益を約束し、また斡旋した故意の違法な行動とどのように係り合いを持たなければならないかという問題が隠されている。

1. 適用事例

有益な義務違反として、一般的に次のような事例が挙げられる。

- ① カルテル協定違反によって会社にカルテル利益を齎す場合
- ② 賄賂の支払いを条件に契約を締結し会社に利益を齎す場合
- ③ 非合法的な武器取引により会社に利益を齎す場合
- ④ 環境保護または労働者保護の規定を無視して準備金を形成し市場を開拓した場合
- ⑤ 道路交通法違反事件（例えば、契約締結期日を守るため駐車違反をしたり、配達時間を節約するために従業員に速度違反を指示する場合）

上述の事例で示された法律上の義務は大まかに次の二つのグループに分類される。

- (1) 社会全体にとってとくに重要なものとして評価され、したがって義務違反が明らかに有害と感ぜられる義務が問題となる。例えば、カルテル法違反、賄賂法違反、環境法違反ならびに非合法的な武器取引、刑法上制裁された行動様式

- (2) 境界線上の秩序性格を些細なものとし、義務違反が社会的・共同体的にあまり有害であるとみなされない義務が問題となる。例えば、道路交通規則や駐車禁止規則の違反

2. 問題状況の概要

上述の適用事例が示すように、取締役の違法な行動によって会社に損害が発生するかも知れないのに、それ以上の利益を生み出すことを期待して取締役が会社のために取敢えて行動するのは、その背後には法律違反をしなければ会社の経済的な生存が著しく危険に晒されるという事情が見て取れる。

また国家的な制裁（刑罰、罰金、利益の吸い上げ）があるにも拘らず、取締役にによって違法行為がなされるのは、利益と制裁とを対比して会社の視点から経済上の積極的な残高があるからである。これは制裁が個々の場合に欠如しているとか、目的に的確に機能していない場合が考えられる。⁽⁶²⁾とりわけこの場合多くの法律違反の際に十分に見通すことができる発覚の危険（Entdeckungsrisiko）が注目されなければならない。⁽⁶³⁾例えば自動車の車式を決定する際に速度違反の発覚の危険を考慮する場合や、会社が法律違反の「利回り」について決定する際にも発覚の危険という標識を事実上考慮する場合である。⁽⁶⁴⁾したがって立法者も罰金や刑罰を決める際に発覚の蓋然性を考慮し、制裁を相応に高く決定することが推測される。それゆえ発覚の危険によって増大される制裁と同様に発生する蓋然性によって増大される期待利益とが対比される。この基準によれば、制裁と利益の対比の結果、利益を得られないように見える違反も発覚の蓋然性と発生する蓋然性とを考慮すれば極めて利益を得ることができる場合もある。

明らかに重大として認められた法律違反（例えばカルテル違反や賄賂違反）が取締役の会社に対する義務違反であることが受け入れられるのに反し、あまり重大ではない違反（例えば道路交通法違反や行政上の非行）について従来のような結論をとりうるかについて最近疑問視されている。

ドイツの議論では何が「有益性」（Nützlichkeit）という概念であるかが詳細に説明されていないという。⁽⁶⁵⁾確かに有

益性という概念とは、法的な視角より事実上経済的な視角から明らかにされた行動による損失より財政上の利益が凌駕することであるという。⁽⁶⁶⁾ 違反の発覚危険もこれから着手すべき計算のなかに受け入れるべきかどうかという提起された問題と並んで、とくに有益の算定の際にどの時点を目指すべきかが明らかにされなければならない。その際決定しなければならぬことは、事前に調べた損失より財政上の利益の凌駕が十分であるかどうか、または有益性の事後の観察が要求されなければならないかどうかである。⁽⁶⁷⁾

3. 有益な法律違反をめぐる見解状況

Fleischer の論文が発表されて以降、この問題に関して可なり多くの意見表明が発表されている。これらには——詳細においては違いがあるが——およそ三つの陣営に分類される。(1) これを基本的に容認するもの(肯定説)と(2) 折衷的なものと(3) これを容認しないもの(否定説^②ト通説)とである。⁽⁶⁸⁾

そこでこれらの見解がどのように評価され、批判されているかを以下において考察する。

1) 肯定説——法令遵守義務の純経済的な観察

(1) 歴史的には、有益な法律違反の許容はアメリカにおける法と経済運動の主導者であるEasterbrook/Fischelらによって是認されたもので、これによれば取締役の義務の調査の際費用効果計算という形式での経済的な観察のみが重要であるとされる。⁽⁶⁹⁾ したがって違法な行動に対する取締役の義務違反は法律違反が企業にとって経済的に消極的である場合にのみ考慮され、この思考の基礎となっているのは事前見通しである。

「有益な違反」(efficient breach) という思考の擁護者はいわゆる「有益な」または「最高の」の制裁という仮定ならびに経済的に「合理的な選択」——理論の一般的な認識を拠り所としている。まず有益な制裁という仮定は違

法な行動によって公衆に生じる損失と制裁が制裁を確定する際にすでに修正して取り入れられていることを前提とし、その場合制裁は行動の社会全体に対する消極的な結果に対する財政上の適切な補償であるとされる。⁽⁷⁰⁾したがって過料や罰金は抑制や予防の手段としてではなくむしろ発生した損害の補償の手段として、言い換えれば違法な行動に対する対価と解される。次に「合理的な選択」—理論とは人が通常経済的な費用と効果とを衡量して自己にとつて利益となるような決定を下すことである。⁽⁷¹⁾だがしかしこれに基づいて法的な禁止を純補償メカニズムと特徴づけることは刑法上の違反の場合に疑問であり、ある種の例外を考慮しなければならない。⁽⁷²⁾

他方、制裁があるにも拘らず違法行動の利益が凌駕するならば、「支払われた対価」を越える不法な内容がなければ機関はそれ以上非難されない。かかる利益の凌駕は立法者による制裁の不備であり、これは政治手続における調整によつてのみ修正され、コーポレート・ガバナンスという会社的手段によつては修正されない。このことは経済的な利益を生み出すために違法な行動をしてもよいことを是認し、利益最大化の義務からますます先鋭化される。⁽⁷³⁾

「有益的な違反」の擁護者が提起した問題点を、利益獲得を会社目的として志向した純経済的な視角から考察するならば、取締役は通例企業の担い手の法的義務に会社を加害する意図で違反するとは考えられない。取締役の目標はむしろ純益したがって企業価値、場合によつては様々な自己の報酬部分についても、を増加させることを優先する。⁽⁷⁴⁾規律公布の際に立法者は指導目標の達成のためには（例えば環境保護のために）規律名宛人の財産を減少させるような費用が生ずることを甘受せざるをえない。これによれば会社の（いずれにせよ短期的な）客観的な経済的な利益のために違反がなされる場合には、取締役が法令遵守義務から免れることは間違っていないと言える。⁽⁷⁵⁾

(2) 純経済的に観察する見解は Milton Friedmann⁽⁷⁶⁾が強調した原則すなわち市場経済では市場への参加者全ては自

己の競技の進め方を競技規則の範囲内で自ら自由に決定できるといふ原則を誤解している。例えば不正競争防止法では法律違反による競争利益の獲得は認められていない（UWG三條、四條一―号）。何故なら競技規則を無視することが許されるなら、法律を遵守する競争者や効率的な法的組織を備えかつ最高の製品を生産する企業が違法な行動により利益を得る企業に後れを取るようになるから。このことは国民経済の「完全無欠性と安定性」に悪い影響を及ぼすおそれがあり、⁽⁷⁷⁾ 効率向上の思想や自由かつ公正な競争と一致しない。⁽⁷⁸⁾

経済的分析と並んで法的禁止の規範的な・社会的な局面を観察するなら、有益的な法律違反の許容に対する反論の方が一層明白に優位となる。まず、「価格としての法」(Law-as-price)の擁護者が依拠した効率的な制裁という仮定に対し、この経済モデルが制裁の実際の立法過程を明らかに無視していると反論される。立法者は制裁の範囲の算定の際に公衆に生じる損害だけでなく、特別かつ一般的な予防という局面をも考慮しなければならない。それと共にできただけよい威嚇や補償が考慮される。さらに制裁の算定の際に、均衡性の原則 (Verhältnismäßigkeit) に基づいて損害と制裁との均衡が図られなければならない。その他、立法手続きの障害、執行上の↓追求の障害、それに伴う費用や税負担を克服することによって初めて法規範の完全に効率的な実施が可能となる。⁽⁷⁹⁾

(3) 派生的 (外部的) な法令遵守義務の厳格な適用によって会社と個人の間には不平等が生じるといふ批判がある。違法な行動をした機関構成員に対し会社は間接的に個人責任を請求しうるが、他の企業の担い手 (例えば個人商人、個人) では同様ではないからである。したがって資本会社の機関管理者は法律違反の場合つねに存在急迫と見なされる様相に晒されるが、この個人的な責任危険は個別の機関の起りうべき利益機会と比較できないから、法令遵守義務は会社と個人間に不平等を齎す。しかしこのような非難は当たらない。というのは基本法一九條三項と結合した三條 (平等

原則の規定)の意味において同一の事実に対して重要な不平等が万一ある場合に、この不平等は恣意の観点でも均衡性という高い要求の観点でも是認されうるから。⁽⁸⁰⁾

次に法人と自然人の不平等な取扱の目的はこの法令遵守義務の助けを借りて法人による法律違反を抑圧することとみなすことができ、法の実施のためのこの目標は憲法上何ら問題ではないであろう、さらにこの目的を達成するために穏やかな同じような有効な手段を欠くときは、厳格な法令遵守義務が一層必要となる。⁽⁸¹⁾

終わりに不平等な取扱に対する憲法上のコントロールに負けないためには、適切な手段が使用されなければならぬ。この場合資本会社を含んだ法人の承認が立法者の積極的な決定——可なりの報酬と有限責任を伴う——に基づいていること、そしてこのような企画形成によって行動を操縦する効果を追求していることである。

さらに不平等な取扱の適切性 (Angemessenheit) は会社の法律遵守を推し進めようとする欲求がとくに際立っていることよって基礎づけられる。というのは会社に集約された資金が違法に利用された場合には個人による場合以上に共同社会的な損害が生じることは明白であるから。そのためにこそ経営権と所有権の分離に基づく法令遵守義務の予防的な効果がまさに会社に対して発揮される。不平等な取扱は事実上すでに資本会社の性質から生ずると言える。⁽⁸²⁾

(4) 法律遵守が極めて稀な場合に国家的な制裁によるのみならず社会的な制裁や道徳的な義務によつて担保されることに注目すべきである。要するに複雑な法治国家の社会は、法律遵守という基準が永続的な国家的なコントロールや制裁脅迫がなくとも、各個人の道徳的な義務に基づいて遂行される場合にのみ機能することができる。⁽⁸³⁾

これに反して広範囲に散在する株主構造や経営と所有の分離、増加する匿名性をもつた資本会社では、このような

効果は著しく減少するかも知れない。というのは大会社の取締役は彼自身の倫理的な・道徳的な觀念に義務づけられるのみならず他人の財産の受託者として魅力的な・しばしば具体的な利益最大化という株主の要求を含めた多種多様な影響に晒されている。それと共に社会的環境の統制機能が増大する企業規模したがって個人責任の組み入れができないような多様な組織においては著しく弱まる。これに対し企業の株主は通常重要な資本参加の範囲まで万一の個人的な道德責任または制裁から完全に隔離されている。このような不足部分を充足するのに役立つのが派生的（外部的）な法令遵守義務である。⁽⁸⁴⁾

(5) 上述のような反対論があるにも拘らず、有益な法律違反の際に機関を狭い範囲の例外まで義務違反から免除させたいという見解が文献上に見出される。この見解はその理由づけとしてまず第一に機関構成員に対する一般的な執行請求権はいずれにせよ雇用契約に基づかなければ体系違反であつて、この体系違反なしには詳細に説明できないという。さらにこの場合厳格な法的拘束の主張者が勧めた損害回避のために一般的な義務に頼る見解も「解釈上すでに論破されている」とか、これを基礎づける他の一般的な熟考も不十分であると拒絶される。⁽⁸⁵⁾しかしこの見解はかかる義務が大抵の場合間接的に取締役を名宛した行動指図したがって内部関係へ追加的な転換を必要としない本来的（内部的）な法令遵守義務であることを誤解しており、また株九三条三項を指示することはすでに道を間違えていると反論される。⁽⁸⁶⁾

2) 折衷説——相対的な傾向

根本的に強行的な法令遵守義務の優位から出発し、上述した「価格としての法」——議論を否定し、しかし義務違反を一定の重大な違反に限定する折衷的な見解が次第に強くなっている。他のものは法令遵守義務に一種の些細な限界

を設けることを要求し、その際どこに重要な法令遵守義務と重要ではない法令遵守義務との境界線を引くかについて様々な提案がなされている。

(1) 純秩序規定

この説は、いわゆる純秩序規定について例外を設けることを勧め、それに反し価値の高い法益または生命・身体を保護する規定は厳格に遵守しなければならないとする(例えば労働時間、駐車禁止または税務申告書の提出期間に関する規定)⁽⁸⁸⁾。別の見解は「重要ではない形式違反」について多少狭いが例外を認める⁽⁸⁹⁾。その上通説からの「第二番目の階級」という法規範は存在しない、したがって法令遵守義務は例外なく適用されなければならないという批判⁽⁹⁰⁾に対し、通説は機関と会社の関係でのみ存在する機関義務の規定が企業利益の方向に向けられていることを誤解しており、さらに株九三条が株式会社の経済的な利益の保護を指しているという立法理由を指摘して、これに反論する⁽⁹¹⁾。したがってこのような目標を追求しない規定はそれが特定の共同社会の利益に関する限り、単に責任が重要となるにすぎないとされる。

それでもなお通説が堅持されるという。というのは、全ての法的義務の等価性を認める際に内部関係における機関責任に対する影響が——そこには企業利益だけが数え上げられるゆえに——未だに決定されなかったという反論⁽⁹²⁾は機関責任の性格を誤解している。万一かかる企業利益のみが数え上げられるなら、何故法律秩序に対する重大な違反が、それが経済的な企業利益に寄与するとはいえ、責任となるのが明白でない。また株九三条二項による責任には損害補償的な機能と並んで(一般)予防的な機能も与えられている。したがって企業利益が義務決定の唯一の指針ではない。機関責任は内部関係と企業利益に関連した調整機能に、加えて個々の法律上の命令のなかに明示された公衆

の利益にも寄与する。厳格に遵守すべき規範とあまり重要でない規範との間に格差をつけることはドイツ法にとって馴染みがないから、法適用者によって主観的にとくに重要なものと考えられた部分のみを法令遵守義務の範囲で内部関係のなかへ導き出すことは禁止される。

このような根本的な異議がたとえ無視されるとしても、決定的な規範と会社の法領域内でのみ重要な規範とを明確に分類しうるような根拠のある限界標識は今まで示されていない。「単なる秩序性格」をもった規定のみを除外することは、法適用者に全ての個々の規範の背後にある実質的な内容を評価するという複雑な任務を突きつけることになる。⁽⁹³⁾

(2) 公法上の支払義務

この説は法律上に根拠のある公法上の支払義務（例えば社会金庫への被雇用者基金の開設義務）について例外を督促する。というのは国家も債権者者としては債権者全員の一部分であるから、法律上の支払債務関係と契約上の支払債務関係との間に差異を設けて国家に強行的な優先弁済の権限を与えることは認められないという。⁽⁹⁴⁾ またこのような方向を示す立法者の評価も破産法導入の際に社会金庫の特権を廃止したことから導き出される。したがって危機的状態の場合に公法上の債権者より企業存続の死活を握る債権者の方に弁済することは業務指揮者の経済的な裁量に属するとい⁽⁹⁵⁾う。

法律上の義務か法律上の支払義務かによる区別、支払義務が私的な債権者か国かによる区別は納得することはできない。したがって国が債権を私法上の契約に基づいてまたは公法上の契約に基づいて請求する限り、有利な地位を国に与えることは適切ではない。ただある支払義務についてのみ不支払いの場合罰則を定めているとき、何故立法者が

その他の法律上の義務と区別するのはつきりしないとい⁽⁹⁶⁾う。

(3) 公益を危険にする法律違反

この説は厳格な法令遵守義務を法律違反が公益を危険に晒すとか会社の保護に寄与する法律に制限すべきであるとする。その出発点は執行機関が公益を危険にするような法律違反をした場合国家の制裁による会社の解散を許す株三九六条の逆推論に基づいている。法令遵守義務違反のそれ以上の責任については、株九三条二項に基づく株式法上の機関責任と民法八二三条二項に基づく保護財産の侵害に関する不法行為責任との間の構造的な対比が設けられている。この対比から法律上の規範違反が少なくとも会社の保護をも目指している場合のみ法令遵守義務違反の責任が考慮されることが導き出される。このことは株主の損害が単に間接的なしたがって会社にとって注目されない損害にすぎないという通説と対決しないで株主利益または債権者利益を目指す規範に拡張されるとい⁽⁹⁷⁾う。

すでに法令遵守義務の解釈から、株三九六条が監督庁の介入規範として機関義務の規定に一般的な示唆以上の影響を及ぼさないことを明らかにしてきた。したがって法令遵守義務違反の責任を公益を危険にする法律違反の場合に制限することが同条への指示のもとでは理由づけられない。また民法八二三条二項では起こりうる請求権者の潜在的に見通すことができな⁽⁹⁸⁾い範囲を制限するためにかかる制限は必要であるのに対し、株九三条二項ではかかる欲求は存在しないから。この場合唯一の請求権者は法令遵守義務を負う会社である。保護法違反に関する責任とは異なって、法令遵守義務は既述したように資本会社の組織的な特殊性に基づくものである。したがって個別的なとくに重要な目標に向けられた法規範のために潜在的に他人間の追加的な責任請求権を形成する民法八二三条二項と機関に委託した会社の無制限の法令遵守を配慮する職務上負う機関責任とを同一視する余地は全⁽⁹⁸⁾くないとい⁽⁹⁸⁾う。

3) 否定説（下通説）——法令遵守義務の無条件の優位

厳格な法令遵守義務を修正するため例外を設ける上述の提案に対し、通説はかかる便宜主義を「法令遵守義務の優位」とか「法令遵守義務は便宜主義に優先する」という表現によって根本的に厳しく否定する⁽⁹⁹⁾。そしてこのような全面否定はあらゆる法規範に及ぶという。というのはすでに考察したように厳格な非厳格な行動命令の意味での法規範の階層制度は法律に馴染まないし、「第二番目の階級」という法規範も存在しないから。また刑法違反の規定と秩序違反の規定との差異について法律上の根拠も客観的な欲求も見出されない⁽¹⁰⁰⁾。それに加えて法秩序の統一原則⁽¹⁰¹⁾や取締役の公益義務⁽¹⁰²⁾さらに法規定の遵守は会社利益より上位であるという一般的法命題⁽¹⁰³⁾にも依存している。

法令遵守義務は会社と株主との関係でしたがって相対的に関連グループのために定義された忠実義務とは異なり絶対的に規定される義務であって、また注意義務とは異なり個別事例の具体的な状況によって規定されるものではない。法令遵守義務違反の存在はこの法律上の要件事実の違反のみに左右される。いずれにせよ（経済的な）利益を義務の側面で考慮することはすでに法令遵守義務の法的性質によれば問題とならないという。

法令遵守義務の優位は「株主価値」(Shareholder-Value) 対「利害関係者価値」(Stakeholder-Value) の論争を考察することによって強固にされる。後者のアプローチ（ドイツでの多数説）は所有者としての株主の利益だけを志向することとは許容されないとし、業務指揮者に——もちろんある程度の範囲内で——少なくとも公益と対決することを要求する⁽¹⁰⁴⁾。そして法史的に一九六五年株式法の理由書は公益に関する法律上の規定がないにせよ取締役が公益を考慮すべきことを指摘する、それは一九七三年の株式法七〇条一項⁽¹⁰⁵⁾に帰することになる。

さらに対等の企業者的な共同決定の範囲でとりわけ取締役の選任について会社の労働者の影響を容認したことか

ら、持分所有者の（経済的な）利益が経営管理行為の専有的な指針でないことが明らかになる。むしろその他の人的グループの利益も公衆の利益も含めて公益の形式である程度取り入れられなければならない。公益は立法者の評価から優先的に確かめられるし、⁽¹⁰⁶⁾法律となった公益の中核部分を考慮すべき取締役の義務からも経済的な便宜主義より法律遵守が優先することが明らかになる。このような結論に株主価値アプローチの主張者も賛成するであろう、というのは主に利益上昇および相場上昇を目指し、単に短期的な成果に限らない志向は、違法な行動の危険が企業の評判や販売機会より通常優ることを考慮するから。⁽¹⁰⁷⁾取締役に対する義務基準を決める際にたとえ積極的な残高があるとしても法律秩序の遵守に当たって会社義務と機関義務との同調について根本的な例外は認められない。したがって有益的な法律違反という理論の余地はドイツ法ではありえないという。⁽¹⁰⁸⁾

六 終わりに

上述した有益的な法律違反に関する問題についてまだ連邦通常裁判事部の判断が示されていないので、今後どのような判断が示されるか大変興味を引くところである。また有益的な法律違反に経営判断の原則が適用されるか否かの問題について、ここで取り上げなかったのは、同原則の適用の余地のないことは法体系的にも、発生史的にも、比較法的にも、目的論的にみても明らかであるから。経営判断の原則（株九三条二項二文）の政府草案理由書からも確実に同原則が適用されないことが導き出され、それと異なるような法律違反の効用に関する言述が法律理由書のなかからその基礎を見出すことはできないから。⁽¹⁰⁹⁾

なお残された問題として損益相殺すなわち利益調整と償還請求権の制限の問題があるが、これについては紙幅の関係で別稿に譲りたい。

- (1) ドイツ法と異なり、わが国では会社法三五五条に取締役の忠実義務の定義・範囲を明規してゐる。
- (2) 連邦通常裁判事部の判断はまだ示されていないが、刑事部の判決は 27. 8. 2010-2 StR 111/09=BGH NJW 2010, 3458, 3460
- (3) 最適なのはこの義務の定義が制定法上に明規されることであるが、U M A G の九三条一項二文のなかにこれに関する定義が連邦参議院によつて提案されたが、拒否された経緯がある。BT-Drs.15/5092, S.41 参照。
- (4) Fleischer: ZIP 2005, 141; NJW 2009, 2337; in Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn.14
- (5) Paetgen, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (2004), 17; Abeltshauser, Leitungshaltung im Kapitalgesellschaftsrecht (1998), 205
- (6) Spindler in MünchKommAktG § 93 Rn.86, 74; FS Camaris Bd. II (2007), S.412
- (7) Bayer, FS K.Schmidt (2009), S.88
- (8) Reinhart, Die Legaltätspflicht des Vorstands einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft (2019), S.34
- (9) Dreher, FS Konzen (2006), S.85, 92
- (10) Thole, ZHR 173 (2009) 509; Poelzig/Thole, ZGR 2010, 838
- (11) Reinhart, aaOS.35
- (12) Fleischer, NZG 2004, 1129, 1131
- (13) Hauschka/Moosmyer/Löscher, Compliance HdB § 1 Rn.29; Koch, WM 2009, 1013
- (14) Reinhart, aaOS.38 Note 94 にそれだけの十分な義務が課せられたとセムラウに於いて基礎づけられていないと認む。
- (15) U.H.Schneider:ZIP 2003, 645
- (16) Reinhart, aaOS.40
- (17) Fleischer, aaOS.144

いわゆる取締役の法令遵守義務について (大山)

- (18) Harzenetter, Innenhaftung des Vorstands der Aktiengesellschaft für nützliche Pflichtverletzungen (2008), 53
- (19) Thole, ZHR 173 (2009), 506
- (20) Brock, Legaltätsprinzip und Nützlichkeitsserwägungen 2017, S.49
- (21) Reinhart, aaOS.88f.; Brock, aaOS.49f.
- (22) Reinhart, aaOS.89
- (23) BGHZ 109, 303; BGHZ 166, 84
- (24) Reinhart, aaOS.88; Hellwig/Behme, aaOS.347
- (25) Reinhart, aaOS.85
- (26) Reinhart, aaOS.85f. (15)
- (27) Höllers, AktG, § 93 Rn.54ff.
- (28) Reinhart, aaOS.91
- (29) Thole, aaOS.506ff.; Paefgen, aaOS.18ff.も権限秩序への拘束と行動準則への拘束を区別している。
- (30) Reinhart, aaOS.94
- (31) Reinhart, aaOS.93
- (32) Brock, aaOS.49ff.
- (33) 団体の組織や運用に関する「ルール」の制定/Thole, aaOS.840; Paefgen, aaOS.25; Brock, aaOS.49
- (34) Reinhart, aaOS.96ff.
- (35) Reinhart, aaOS.95f.
- (36) Spindler, aaOS.412; Thole, aaOS.505; Hellwig/Behme, FS Hommelhoff (2012), S.344
- (37) Paefgen, aaOS.17; Reinhart, aaOS.102
- (38) Habersack, FS U. H. Schneider (2011), S.432
- (39) Koch, AG 2009, 100; Roth, Unterennehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands (2001), 135; Hüffer/Koch, AktG 14. Aufl. 2020, § 93 Rn.5

- (40) Reinhart, aaOS102; Habersack, aaOS433
- (41) Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaft 6 Aufl.2015 § 14 Rn.81; Poelzig/Thole, aaOS.836
- (42) Habersack, aaOS.434; Thole, aaOS.517f.; Reinhart, aaOS.104
- (43) Habersack, aaOS.434
- (44) BGHZ 124, 126f.
- (45) Reinhart, aaOS.105
- (46) Hüffer/Koch § 82 Rn.8; Spindler, MünchKommAktG § 82 Rn.30; Reinhart, aaOS.105
- (47) Thüsing, Arbeitnehmerschutz und Compliance (2010), Rn.32
- (48) Thüsing, aaORn.32
- (49) Reinhart, aaOS.105f.
- (50) Habersack, aaOS.434f.
- (51) Dreher, FS Konzen (2006), 92; Spindler, FS Canaris Bd. II (2009), 412; ders., Münch-KommAktG § 93 Rn.87; Paefgen, aaOS.17
- (52) Bayer, FS K.Schmidt (2009), 89; ウィーゴ三〇条は「営業または企業」の所有者として営業または企業において所有者に自身に向けられ、義務違反が刑罰または罰金によって脅かされるような義務に対する違反行為を阻止するために、不可欠な監視措置を故意または過失により懈怠する者は「秩序に違反して行動する」。
- (53) Hellwig/Behme, aaOS.345
- (54) Reinhart, aaOS.107f.
- (55) Fleischer, aaOS.148; Thole, aaOS.514
- (56) Habersack, aaOS.434; Reinhart, aaOS.108
- (57) Reinhart, aaOS.109f.
- (58) Michalski/Haas, GmbHG, 2. Aufl. 2010 § 43 Rn.50; Fleischer, aaOS.141
- (59) Möller, Vortragsanrechnung bei nützlichen Pflichtverletzungen im Kapitalgesellschafts- und Kartellrecht 2012, 2
- (60) Rechtsverletzung を主張する者 Spindler, Canaris, Bd. II 425; Brock, aaOS.255; Rechtsverstoß を主張する者 Krause, BB-

いわゆる取締役の法令遵守義務について (大山)

- Special 2007, 3: Verse, ZHR 175 (2011) 405; Gesetzesverstoßbe-seizung Bayer, aaOS.90, Dreher, VersR 2015, 784; Bunz, aaOS.112
- (61) Harzenetter, aaOS.41; Brock, aaOS.255
- (62) Spindler, aaOS.425
- (63) Spindler, aaOS.425; Bayer, aaOS.90
- (64) Engel, 32 Stan L Rev.1, 37f. (1979-1980)
- (65) Harzenetter, aaOS.43ff. urreiれに對し最近有益性の観点から分析した文献として上述したBrockの著作を挙げるこゝができぬ(注(20))。
- (66) Thole, aaOS.512f.
- (67) Reinhart, aaOS.189
- (68) Reinhart, aaOS.190
- (69) Easterbrook/Fischel, 80 Mich. L. Rev.1155 (1981-1982)
- (70) Easterbrook/Fischel, 80 Mich. L. Rev.1157 (1981-1982)
- (71) Brock, aaOS.259f.によれば、法律違反の場合に個人は自己の行動を問題の(期待された)私的費用と(期待された)私的効果を比較して決定する。株式会社の目的が長期的な利益最大化であるとすれば会社の利益は法律違反が作り出す財産増加となる。そこで私的効果とは絶対的利益から実現蓋然性を割り引いた額(いわゆる期待利益)。
- 他方、私的費用とは期待された制裁価値と法律違反の犯行費用の総額である。前者とは法律違反の発覚・追及蓋然性を加えた全ての急迫な制裁の総額、後者とは犯行費用(法律違反の隠蔽費用としての犯行によって発生する出費を含む)である。
- (72) Easterbrook/Fischel, 94 Harv.L.Rev.1161, Fn.36 (1980-1981)
- (73) Easterbrook/Fischel, 80 Mich.L.Rev.1155 Fn.57 (1981-1982)
- (74) Thole, aaOS.512
- (75) Reinhart, aaOS.198
- (76) Friedmann, Capitalism and Freedom, 1982, 133; Thole, aaOS.514, 翻訳書二〇〇九年二四八—二四九頁(日経B.D社)

- (77) Bachmann/Prüfer. ZRP 2005, 109
- (78) Reinhart, aaOS.199
- (79) Reinhart, aaOS.200
- (80) Reinhart, aaOS.202
- (81) Reinhart, aaOS.203
- (82) Reinhart, aaOS.204
- (83) Eisenberg, 31 Del. J. Corp. L.1, 31 (2006)
- (84) Reinhart, aaOS.206
- (85) Sieg/Zeldler, in Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.) Compliance HdB § 3 Rn.20ff.
- (86) Reinhart, aaOS.207
- (87) Haversack, aaOS.429; Fleischer, aaOS.149
- (88) Glöckner/Müller-Tautphaeus, AG 2001, 345; U.H.Schneider, aaOS.909
- (89) Glöckner/Müller-Tautphaeus, aaOS.345
- (90) Spindler, in MünchKommAktG, § 93 Rn.87
- (91) Glöckner/Müller-Tautphaerus, aaOS.344
- (92) U.H.Schneider, aaOS.910
- (93) Reinhart, aaOS.210
- (94) U.H.Schneider, aaOS.909f.; Zöllner/Noack, Baumbach/Hueck, GmbHG § 43 Rn.23b
- (95) U.H.Schneider, aaOS.909f.; Zöllner/Noack, Baumbach/Hueck, GmbHG § 43 Rn.23b
- (96) Reinhart, aaOS.212
- (97) Harzenetter, aaOS.102
- (98) Reinhart, aaOS.213f.
- (99) 代表者について Fleischer, aaOS.146; Thole, aaOS.512; Bayer, aaOS.90f.

いわゆる取締役の法令遵守義務について (大山)

- (100) Dreher, FS Konzen (2006) 92
- (101) Itrig, WM 2004, 2105; Zöllner/Noack, Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn.23
- (102) Fleischer, aaOS148
- (103) Fleischer, HdbVorstansR, § 7 Rn.22; Roth, aaOS132
- (104) Fleischer, in Spindler/Stiz, AktG, § 76 Rn.28f.; Kuhner, ZGR 2004, 244
- (105) 七〇条一項「取締役は自己の責任において営業およびその従者の福祉ならびに國民および國家の共同に利益の要求するとともに従い、会社を指揮する」ことを要す」
- (106) Thole, aaOS514
- (107) Kort, FS Hopt Bd. I (2004) 992は株主利益と利益関係者利益の二分法を否定する。
- (108) Reinhart, aaOS217f.; Kort, aaOS993
- (109) 法的不安定の下での取締役行動について株九三条一項二文を類推または少なくとも同条の法思考を適用するといういわゆる Legal Judgment Rule の場合にも、多数説はこれを否定する。Brock, aaOS211; Verse, ZGR 2017, 174; 高橋英治「民商法雑誌一五四卷三号二七頁以下

Sorgfältspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

93 (1) ¹Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. ²Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. ³Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. ⁴Die Pflicht des Satzes 3 gilt nicht gegenüber einer nach § 342b des Handelsgesetzbuchs anerkannten Prüfungsstelle im Rahmen einer von dieser durchgeführten Prüfung.

(2) ¹Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. ²Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. ³Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.

(3) Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz

1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden,
2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden,
3. eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden,
4. Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags ausgegeben werden,
5. Gesellschaftsvermögen verteilt wird,
6. Zahlungen entgegen § 92 Abs. 2 geleistet werden,
7. Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden,
8. Kredit gewährt wird,
9. bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben werden.

(4) ¹Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht. ²Dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen. ³Die Gesellschaft kann erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. ⁴Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird.

(5) ¹Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. ²Dies gilt jedoch in anderen Fällen als denen des Absatzes 3 nur dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben; Absatz 2 Satz 2 gilt sinngemäß. ³Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht. ⁴Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Insolvenzverwalter oder der Sachwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus.

(6) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren bei Gesellschaften, die zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung börsennotiert sind, in zehn Jahren, bei anderen Gesellschaften in fünf Jahren.