

# オーストラリア会社法における取締役の義務について

李 智基

## A Study on the Directors' Duty in the Companies Act of Australia

ZhiJi Li

### Abstract

Australian law inherited and evolved from the British law, the company law is no exception. However, the Companies Act of Australia also absorbed the United States law later. It's similar with Japan from this perspective. The Companies Act of Japan requires the director's liability for Damages of Officers, and the Companies Act of Australia provides an obligation of the directors to prevent insolvent trading, both have the legal effect to protect creditors of the company.

This paper gives a more comprehensive introduction on the director's duty in the Companies Act of Australia, and conducts a preliminary study.

### はじめに

会社の取締役は、会社経営の舵取りとして経営活動の全般を担っている。取締役には会社によって会社の経営に関する権限を与えること、そして、会社に対して義務を負うことになっているからである。取締役には、会社に対して、注意義務と忠実義務を負わされているから、会社の利益のためにその任務を履行することが求められている。

会社の経営活動は、株主をはじめ、従業員、仕入れ先、消費者、債権者、地域など様々の利益関係者によって支えられている。取締役は経営活動を行う際に、株主の利益を配慮することはもちろん、またこれらの会社の利益関係者（債権者）の利益を配慮することも求められている。

取締役は、株主総会によって選任され、会社経営を行う際に、株主からの期待を応える必要性があるので、株主の利益のために行うことが一般的である。

会社経営の平常時に、取締役は経営活動を行う際に、株主の利益のために経営活動を展開していけばよい。しかし、会社の経営困難に落ちている場合、取締役は単に株主の利益を為に経営活動を行うことが許されない場合がある。なぜなら、前者の場合、株主と会社の利益が一致するから、取締役は経営活動を行う際に、主に株主の利益を配慮すれば足りる。後者の場合、会社経営の困難時であり、会社の財務状況が悪化しており、株主が有する残余財産分配権もなくなり、会社の利益を配慮するときに、会社の債権者の利益が優先することになる。したがっ

て、取締役は、会社経営の困難時に、会社の利益は、株主の利益ではなく、債権者の利益にある。

日本では、取締役には、会社に対する義務を負わせているうえ、また取締役には、会社以外の第三者（債権者）に対して特別責任を負わせている。この特別責任は、会社の債権者に対する特別な法的保護措置である。この特別法定責任の法的根拠について、取締役と第三者の間に、直接的な法的関係がないので、さまざまな議論がある。

これに対して、オーストラリア会社法においては、取締役にも、会社に対する義務を負わせる同時に、支払不能取引回避義務も負わせている。

以下では、オーストラリア法上の取締役の義務論を展開し、取締役にどのような義務を負わせているかを考察したい。

## 1. オーストラリア法における取締役の一般的義務

イギリス会社法を継受してきたオーストラリア会社法では、伝統的に取締役と会社との関係は信託的法律関係（fiduciary relationship）と捉えられている。そして取締役は、この信託的法律関係に基づいて受託者的義務（fiduciary duty）を負っている<sup>1)</sup>。加えて取締役には普通法上の注意義務（duty of care）が課せられている<sup>2)</sup>。またオーストラリアにおいては、前記の二つの判例法上の義務のほかに、制定法により判例法上の義務と同様の義務が課されている。

そこで取締役の義務に関しては、様々な制定法上の規定が設けられているため、以下、概観することにする。

### 1・1. (一)判例法上の義務

オーストラリア法において、会社に対して信託的法律関係（fiduciary relationship）にある取締役は、受託者的義務（fiduciary duty）を負うことは上述のとおりである。信託義務とは、受託者が委託者に対して負担する義務で、委託者に影響を与える取引において忠実かつ誠実に行動する義務のことである。忠実かつ誠実に行動する信託義務の内容は、受託者が正直かつ公正に行動する義務を負担することに限定されない。このような取締役の信託義務とは、衡平法裁判所が発展させてきた義務である<sup>3)</sup>。取締役と会社との関係は信託関係と位置づけられ、これに基づいて、取締役は会社に対して受託者的義務を負うとしている。そしてここにいう受託者の義務とは、一般には、信頼や信託関係に基づいて、受益者の利益を保護し、受託者に関係のある事項につき詳細な情報開示を行い、顕在的な或いは潜在的な利益相反を回避し、受益者の財産の損失を最小限に押さえることであるとされている<sup>4)</sup>。

#### 1・1・1. 忠実・誠実義務（duty of loyalty and good faith）

1) これに対して、取締役と会社との関係は、契約関係であると主張することもある。

2) 浪川正己, 1991『オーストラリア会社法の研究』141頁参照, 成文堂。

3) 植田淳, 2006, 「イギリス法における信託義務の諸相」信託 No. 202号 22頁参照。

4) Ford, H. A. J, Austin, R P. Ramsay, I. M. 2005, “Ford’s principles of corporations law” 12<sup>th</sup> ed at 330.

オーストラリアにおいては、取締役と会社との関係は、上述したように信託の関係であるが、取締役は、会社のすべての取引において会社に代わって、会社のために誠実に行動しなければならない義務を負う。当該義務は、判例法上さらに次のように分類される。第1に、会社の利益のために、善良に活動を行うべき義務、第2に、適切な目的で活動すべき義務、第3に、真剣に決定する義務、第4に、利害の衝突を避ける義務である。このような義務は、会社に対して信託的法律関係にある取締役に生じる行為基準である。またこれらの義務は、取締役に会社に対して常に忠実かつ誠実であることを要求する全人格的な重い義務である。これらの義務は、日本法におけるいわゆる取締役の忠実義務に相当する<sup>5)</sup>。

#### 1・1・1・1. 会社の利益のために、誠実に活動を行うべき義務 (The duty to act in good faith in the interests of the company)

会社は、一般的には効率的に生産活動を遂行することによって最大限に利益を追求するために運営されることは言うまでもない。したがって、取締役は法律が定める範囲内において当該目的を達成するために全力投球して経営活動を展開することを求められる。また取締役は会社と委任関係に立ち、かつ取締役は会社に対して信託義務を負うため、会社の最善の利益のために行動しなければならない。すなわち、これについては、取締役が受任者として会社の最善の利益のために誠実に行動するという義務のことである。これは、取締役が経営活動を展開するときに、自らが主観的に誠実に会社の利益に適うと信じて、行動を行った場合には、当該義務を尽くしたことになることと解されている<sup>6)</sup>。取締役に對する当該義務は、会社の最善の利益のために活動を行う義務は原則ではあり、取締役が会社の利益を無視してその行為を行った場合には、当該行為の適法性 (validity) だけを検討される。

そして、判例は、受任者としての取締役の行為に対しては、通常の利用関係者に適用される行為水準と比べると、より高い水準が求められると示している<sup>7)</sup>。

会社の個別の利益に適切に配慮する義務を怠った場合として、小規模の私会社によく見られるが、会社の支配株主が会社の資産をまるで自己保有の資産であるかのように扱う場合がこれにあたる。この場合には、取締役または株主に私利にもたすため、会社に不適當な債務を負担させる原因になるおそれがある。取締役に、会社の利益のためのみに会社の資源を利用する義務がある<sup>8)</sup>。ここでの会社の利益については、「全体としての会社」の利益を指す<sup>9)</sup>。

#### 1・1・1・2. 適切な目的に従って活動すべき義務 (The duty to act for a proper purpose)

判例法上取締役は、会社のために活動を行う際に適切な目的 (proper purpose) をもって活

<sup>5)</sup> 前掲浪川正己『オーストラリア会社法研究』143頁参照。

<sup>6)</sup> 前掲浪川正己「オーストラリア会社法研究」143頁参照。Duties and Responsibilities of Company Secretaries and Directors in Australia, 1987, para. 405; Lipton & Herzberg, supra note 5, pp. 372-1.

<sup>7)</sup> Meinhard v Salmon 249 NY 458 (1928).

<sup>8)</sup> H. A. J. Austin, R P. Ramsay, I. M., supra note 4, at 344.

<sup>9)</sup> Evershed MR in Greenkalg v Arderne Cinemas Ltd [1951] Ch 286 at 291.

動することが求められている。取締役の会社の利益のために行動する義務を尽くすためには、取締役はその業務執行権限を適正目的のために行使することが必要である。また取締役は、会社の利益のために適正な目的をもって行動しているとの主観的な判断を要する<sup>10)</sup>。これは適正目的原則とよばれている原則である。

取締役には、会社の経営決定を行うために、契約、定款、法律によって権限が与られている。そして取締役は、これらの与えられている権限を、なんらかの目的のために行使する。これらの権限は無制限に与えられていると解釈することはできない。取締役は、自己の権限を必ず(どんな)目的のために行使しなければならない。衡平法では、許すことのできない目的を承知した上で権限を行使することを「権限の詐欺」として扱う。ここで言う「詐欺」は、不正直が必要な要素でなく、積極的な詐欺を意味する。また受託者の自由裁量権限は、受託者自身の個人的利益のためではなく、会社のために行使されなければならないということを意味する。

適正目的原則は Mills 対 Mills<sup>11)</sup>訴訟において登場した。そして Permanent Building Society (in liq) 対 Wheeler<sup>12)</sup>訴訟では、取締役の不適切な目的に基づく行動に関する要件が以下のように示された。

第1に、取締役に許可された信託権限は、間接的な目的のために行使してはならない。

第2に、取締役の適切な目的として、取締役の義務として不適當でないかあるいは間接的でないかが明示されなければならない。問題は、経営判断が良かったか悪かったかではなく、取締役が行った行動について信託義務の違反があったかどうかである。

第3に、正直か利他的な行動の要件は、たとえ不適切な行為であったとしても、会社の利益のための執行行為であるかどうか客観的に決定されたことである。しかし、主観的な意図か確信の有無も本要件に影響を及ぼす。

第4に、裁判所は、取締役の行動の目的が、不適切か或いは間接的であるか否かについても判断しなければならない。

取締役は、会社の定款に基づいてその権限を行使しなければならないことを言うまでもない。すなわち、取締役は善意をもって会社の利益のためという目的に、その権限を行使しなければならない。そこで、取締役の代理人として権限内での目的のための権限を行使する場合、その権限が、不正の目的で行使されれば、権限の濫用である。したがって、それは、定款に規定されている取締役の権限が、株主総会における会社としての是認ないで、不適切に行使されている場合が、これにあたる。判例法上では、権限の濫用についての立証責任はその主張者にあるとされる<sup>13)</sup>。

---

<sup>10)</sup> 前掲浪川正己『オーストラリア会社法の研究』145頁参照。

<sup>11)</sup> Mills v Mills (1938) 60 CLR 150.

<sup>12)</sup> Permanent Building Society (in liq) v Wheeler 14 ACSR 109 at137.

<sup>13)</sup> Ascot Investments Pty Ltd v Harper (1981) 148 CLR 337 at 348. Permanent Building Society (in liq) v Wheeler 14 ACSR 109 at137. Australian Metropolitan Life Assurance Co Ltd v Ure (1923) 33 CLR 199 at 206 and 219. Peters' American Delicacy Co Ltd v Heath (1939)

そして、これを受けて、裁判官が、受託者が不適切な目的のために権限を行使したか否かの争点について判断するにあたっては、次の2つの過程を経ることになる。

第1に、適切な目的のための権限の行使について、権限が適切な目的のために行使可能であるかを確かめることである。そして第2に、権限が当該事件において実際に目的にしたがって行使されたか及びその目的が許容可能な目的の範疇内にあったかについて明らかにする<sup>14)</sup>。

第1過程では、裁判所が当該権限の性質、およびそれが協議された目的の性質を確認することである。その結果、権限が行使できる限界を定めることができる<sup>15)</sup>。

このプロセスは、(基本定款における)特定の権限付与規定及びその特定の会社における機能を分析することが必要に見える。定款全体及び定款上の取締役と株主との関係と評価することを伴うことになるようである。

Howard Smith Ltd 対 Ampol Petroleum Ltd 訴訟においては、枢密院司法委員会が、取締役が有する会社の業務及び株式の発行の管理権限と、取締役員の選任と解任に関する株主の定款上の権利とのバランスを顧慮に入れている。その上で当該委員会は、取締役が株式の発行権限を行使して、支配株主を変更することはできないと結論した。

判断を行う際に、会社の規模及び種類が重要であると考えられる。株主でもある小規模の会社の取締役は、取締役として、大規模の上場会社の場合より大きな権限を与えられていることがあるからである。

ところで、会社は定款において、目的のための具体的な権限を取締役に与えること明確に示すことができることが示された<sup>16)</sup>。そして、定款に定められている目的の以外のための権限行使は無効である。

定款に定めがない場合、裁判所は、たとえば、会社の種類、その活動と定款の構成等に鑑みて、解釈しなければならない。たとえば株式の譲渡の登記を拒否する取締役会の権限について、当該権限は支払不能になったり、個人的な経営上の信用を利用した会社の信用に悪影響を与えることを防止する目的がある場合に限り、行使できる<sup>17)</sup>。

取締役の株式の発行に関する権限について、定款で会社の株式を発行するために取締役に文字通りに無条件の権限を与えるとしても、当該権限が行使されるかもしれない目的に関してすべて肯定的に判断されることはないであろう。株式は様々な理由によって発行されるものであ

---

61 CLR 457 at 482. *Ascot Investments Pty Ltd v Harper* (1981) 148 CLR 337 at 348. *Mills v Mills* (1938) 60 CLR 150. 前掲美濃羽正康『オーストラリア会社法における取締役の義務と責任の法理』44頁参照。

<sup>14)</sup> *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* [1974] AC 821 at 835; *Kokotovich Constructions Pty Ltd v Wallington* (1995) 17ACSR 478 at 490.

<sup>15)</sup> *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* [1974] AC 821.

<sup>16)</sup> *Whitehouse 対 Carlton Hotel Pty Ltd* 訴訟では、会社の基本定款において予め、議決権或いは既存の株主の他の権限を希釈化させる目的で株式を割当てることができる権限を執行取締役を与える旨を定めることができるとの見解が示された (*Whitehouse v Carlton Hotel Pty Ltd* (1987) 162 CLR 285 at 291. )。

<sup>17)</sup> *Australian Metropolitan Life Assurance Co Ltd v Ure* (1923) 33 CLR 199 at 206 and 219.

る。例えば、Mills 対 Mills<sup>18)</sup>訴訟においては、資本の調達のために、配当再投資計画に従って、従業員割当計画を通じて、従業員を勧誘したり、ストックオプションを発行することができる」と述べている。Howard Smith Ltd 対 Ampol Petroleum Ltd 訴訟<sup>19)</sup>においては、枢密院司法員会が、「会社が株式を発行してもよい唯一の適法な目的が資本を調達することであると言うことは狭すぎる」との見解を示した。

しかし、会社の定款によって明確に許可されない場合であっても、株式の発行権限を行使できない目的を列挙することは可能である。同訴訟においても裁判所は、一般的に、上場会社の取締役会の構成員は、自己の支配権を維持するために会社の株主の議決権をコントロールして同一性を関する配慮をしてならないと指摘している。また株式の発行に対する取締役の権限は、新しい多数派を作ることにより既存の株主の支配権を奪うという動機に行使してはならないと述べている<sup>20)</sup>。以上のように取締役には、会社の支配を効果的にするための権限が付与されている。

会社の取締役は、通常では、会社を効果的に支配するために、いくつか権限を有することができる。取締役はこれらの権限を行使することで、既存の株主による支配を維持したり、既存の少数派株主を希釈化したり、支配維持のため買収者 (bidder) を阻止することができる。

具体例をあげると次のようになる。すなわち、第 1 に、資金調達のまたは資産譲渡のために譲渡人に支払う資金を用意するために、新株割当を行うこと、第 2 に、既存の株主に新株の株主割当発行をすること (一部の株主が新株の株主割当発行を受け入れない場合、株式割当発行は支配に影響を及ぼし、支配が変更されることが明らかである。)、第 3 に、従業員、契約当事者、供給者、知的所有権の許諾者と新しい契約を結んで、会社の支配を目的とする買収者を阻止すること。第 4 に、取締役の選任に向けた動きを活性化するために会社の財産を使用すること<sup>21)</sup>。そして、第 5 に、取締役による支配を永続させるために、会社法の Pt 5. 3A 下で執行権限を授与することである<sup>22)</sup>。

取締役が自身の支配を恒久化する目的は、会社にとって不適切な目的であることが多い。確かに、取締役の支配目的が既存の多数を維持するかまたは他の取締役を更迭するかどちらかである場合は、当該目的は不適切な目的であると思われる<sup>23)</sup>。

---

<sup>18)</sup> Mills v Mills (1938) 60 CLR 150.

<sup>19)</sup> Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd, above, at 835.

<sup>20)</sup> Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd, above, at 837; Ngurli Ltd v McCann (1953) 90 CLR 425 at 440; Harlowe's Nominees Pty Ltd v Woodside (Lakes Entrance) Oil Co NL (1968) 121 CLR 483; Ashburton Oil NL v Alpha Minerals NL (1971) 123 CLR 614 at 640; Whitehouse v Carlton Hotel Pty Ltd, above, at CLR 289-90; Lorenzi v Lorenzi Holdings Pty Ltd (1993) 12 ACSR 398.

<sup>21)</sup> Advance Bank Australia Ltd v FAI Insurances Ltd (1987) 9 NSWLR 464.

<sup>22)</sup> Kazar v Duus (1998) 88 FCR 218; Abridge Pty Ltd v Christianos (1994) 13 ACSR 99.

<sup>23)</sup> Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd, above; Piercy v S Mills & Co Ltd [1920] 1 Ch 77; Ngurli Ltd v McCann, above.

これに対して、Teck Corp Ltd 対 Millar<sup>24)</sup>訴訟において、裁判所は、取締役には会社を支配するという目的があるが、その目的は会社の最善の利益のためという目的であるから、会社を支配するという取締役の判断は適法であると判示した。

次に取締役の権限行使が目的の範囲内の行為であったか否かを判断するには、具体的な事件において執行権限の目的を識別すること及び適切な目的の範疇外にあるか否かを識別することが必要である。権限が適切な根拠に基づいて行使されたかどうか判断する際に、裁判所は、取締役の行動の主観的な理由に注意を払う。単一の目的に基づく行動であるかを判明するのはかなり困難である。そしてこれに伴う困難さは、グループ企業の共同目的を判断しなければならない場合に一層増大する<sup>25)</sup>。

判例において、ある取締役がひとり異なる目的を有し、大多数の取締役が必ずしも同じ目的を共有していない場合、また多数の取締役が共有する目的は取締役会においては少数派かもしれないので、裁判所は多数の取締役の適切な目的を確認することが必要であるとしている<sup>26)</sup>。そして、あることを目的とする理由について、各取締役が陳述する理由は異なるかもしれないが、共通な理由は存在しているであろうと述べられている<sup>27)</sup>。

取締役の内心の状態の審理においては、多数の目的が混在していることが判明するかもしれない。適切な目的に伴う単なる付帯的な目的は判断の適法性を損なわない。たとえば、取締役の目的が誠意をもって会社の財政を整えて、その資産と会社の利益のためには取締役が差し迫った買収の申込みの可能性が、その目的の適性を否定するものではない<sup>28)</sup>。

### 1・1・1・3. 自由裁量権逸脱防止義務 (The duty to retain discretions)

通常取締役は会社の定款によって自由裁量を付与されている。周知のように、取締役会は通常、会社の経営をコントロールしている。したがって、資産を売り買いするだけでなく、好ましい従業員を雇用したり、好ましい契約者を選定するといった多くの問題を決定する権限を有している。

さらに、定款に定めを置くことで、取締役会に、会社による借入、株式、債券及びオプションの発行、および株式の払込催告などに関する決定権限を与えることができる。非上場会社において、株主になるかもしれない者に関して、株式譲渡の承認を拒絶することは、取締役に判断を委ねることができる。また取締役は、偶然的な欠員に対して、許された最大限までの多くの取締役を補充する権限をもつことを通して取締役会の構成に影響を及ぼすことができる。そして取締役を選任するために、株主に情報を提供することに会社の資金を支出することができ

<sup>24)</sup> Teck Corp Ltd v Millar(1973) 33 DLR (3d) 288.

<sup>25)</sup> Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd [1974] AC 821.

<sup>26)</sup> Harlowe's Nominees Pty Ltd v Woodside (Lakes Entrance) Oil Co NL (1968) 121 CLR 483.

<sup>27)</sup> Langton v Forsayth Mineral Exploration NL (1975) 1 ACLR 227.

<sup>28)</sup> Winthrop Investments Ltd v Winns Ltd (1979) 4 ACLR 1; Rossfield Group Operations Pty Ltd v Austral Group Ltd [1981] Qd R 279; Condraulics Pty Ltd v Barry & Roberts Ltd (1984) 2 ACLC 408 at 415; Baigentv DMcWallace Ltd (1984) 1 BCR 620. Asit was put by McPherson J in Pine Vale Investments Ltd v McDonnell & East Ltd (1983) 8 ACLR 199 at 209-10.

る。このように取締役には広範な自由裁量権限が認められるが、これらの裁量権の行使については、以下のような義務を伴う。

#### 1・1・1・3・1. 適切に考量する義務

取締役は委託者に代わって行為する受託者であるので、取締役は適時に判断することを用いることを要求される。しかし、取締役の個々権限行使の放任或いは他の者の指示に不適當に盲目的に従う場合は義務の違反に当たる。

このような義務違反は会社の業績が好調な間には簡単に見つけられない。しかし、会社が清算に入っている場合には、その役員が会社業務における彼らの行動について調査するならば、義務違反の証拠が明らかになるかもしれない。違反により会社の損失が生じている場合、取締役は連帯して、または、個別に会社に賠償することになるであろう。

#### 1・1・1・3・2. 裁量権を保証する義務

取締役は会社の経営上の裁量権を行使するものとして選任され<sup>29)</sup>、そして、裁量権が会社法或いは定款により与えられているかに関係なく、すべての裁量権を（保障しなければならない）保たなければならない<sup>30)</sup>。当該義務は、取締役会による無権限の授権、将来の裁量権行使に対する拘束を排除するものである。したがって、取締役が、将来のことについて、第三者との合意をもって、取締役会における議決権を行使する場合の行使方法などを制限することは認められない。加えてこのような合意は無効とされる。しかし、当該合意が、取締役会で正当であると認められるならば、この限りではない<sup>31)</sup>。

判例は会社に与えられている法定権限について、増資などの契約をもって、それを制限することはできないと裁定している<sup>32)</sup>。

#### 1・1・1・3・3. 取締役会による自由裁量権の授与

取締役会による授権について、取締役は、代理人を使って取締役会の活動を代行させることができる。しかし、これらの代理人を使用することは会社法 198D の定め或いは会社の定款に従って行わなければならない。

また取締役会は各種の委員会を設けて裁量権をもつ。一般的には、会社の定款は1人の執行取締役及び一つの取締役会委員会に授権することを認めている<sup>33)</sup>。委員会は、複数人によって構成されるものに限らず、定款に定めれば、1人による委員会にも授権することができる。大手の上場会社において、執行委員会、監査委員会、財政委員会、報酬委員会、指名委員会、リスク委員会、企画委員会、公共事業委員会、年金委員会など常設する委員会が多数存在する場

<sup>29)</sup> 浪川正己前掲『オーストラリア会社法の研究』146頁参照。

<sup>30)</sup> Ford, H. A. J, Austin, R P. Ramsay, I. M, supra note 4, at 372.

<sup>31)</sup> Ford, H. A. J, Austin, R P. Ramsay, I. M, supra note 4, at 372.

<sup>32)</sup> Russell v Northern Bank Development Corp Ltd [1992] BCLC 1016.

<sup>33)</sup> Totterdell v Fareham Blue Brick and Tile Co Ltd (1866) LR 1 CP 674; Dey v Pullinger Engineering Co [1921] 1 KB 77. See also s 198C (a replaceable rule permitting delegation to a managing director) and s 198D.



合がある。また公開買い付けに対応する目的のような特定のプロジェクトのために設けられる委員会もありうる。また取締役会は単一目的のためだけに委員会に授權をすることができる<sup>34)</sup>。

取締役会が、執行権限を授權する意図で、一定期間内に他の者に当該権限を授与するときは、取締役会の同様な権限の行使は排除される。会社と代理人の間の契約が取締役会の権限の範囲を超える場合には無効とされる。会社の定款で授權を認めず、取締役会だけが会社を管理する場合、取締役または総会に対する授權を認めることができない<sup>35)</sup>。

次に、将来の裁量権に制限を加えない義務とは、将来の執行の裁量権について取締役が契約であるいはその他の方法をもって将来の取締役の裁量権行使に制限を加えること防ぐものである。

#### 1・1・1・3・4. 自由裁量権とノミニー取締役

取締役の自由裁量権を保障する義務に関して最も問題になるのは、ノミニー取締役 (nominee director) との関係である。ノミニー取締役とは、株主或いは債権者など特定の者によって選任される取締役であり、当該取締役は、会社の利益のために行動する同時に選任者に忠誠を尽くすことになる。一般的に信認法理に従うが、実際には取締役と選任権者及び会社の間の契約に依存することがある。一般的には、会社の定款をもって債権者、従業員、少数株主などに定款の定めをもってノミニー取締役を選任することを認めることができる。また、公共投資者、共同事業者にもノミニー取締役を選任することを認めることができる。特別の事情によって株主の合意によって定款にノミニー取締役の選任に関する定めがないでも、合意が会社の法定権限を拘束されない限り、多種多様な株主の利益を保護するために、ノミニー取締役を選任することが認められる<sup>36)</sup>。各々の参加者は、各自の利益を主張するために、取締役を指名することになる。完全親子会社において、ただ1人の取締役は、通常、親会社によって選任される。このように完全親子会社の場合では、取締役は、親会社そして子会社に対して、二重の忠実義務を負うことになる<sup>37)</sup>。しかし、状況によって、子会社の取締役は、親会社の利益よりむしろ子会社の利益および子会社の債権者の利益を考慮しなければならないことがある。これに関して、完全親子会社の場合において、子会社の取締役が特定の条件を満たした場合について親会社のために行動することができるとして、子会社の最高の利益のために誠実に行動することを求めている。

#### 1・1・1・4. 利害の衝突を避ける義務(the duty to avoid conflicts of interest)

信認義務を具体化した重要な行為規則の一つに利益相反関係がある。いうまでもなく、利益相反関係とは、取締役の利益と会社の利益が衝突するような関係であり、取締役は原則として会社と利益衝突を生じる立場に自己を置くことは許されない。

<sup>34)</sup> Huth v Clarke (1890) 25 QBD 391 at 394.

<sup>35)</sup> Horn v Henry Faulder & Co Ltd (1908) 99 LT 524.

<sup>36)</sup> Russell v Northern Bank Development Corp Ltd [1992] BCLC 1016.

<sup>37)</sup> Ford, H. A. J, Austin, R P. Ramsay, I. M, supra note 4, at 472.

このことは、取締役が会社に対して受任者の義務を負っていることから導き出すことができる当然の帰結である。オーストラリアの裁判所は利益相反の回避に関して一般に受託者の任務を明確に述べる。個々の取締役が、ある機会を自己または会社以外の第三者のために利用する意図を持つ場合、利益相反に関する規定に違反することになる。

そして、当該義務に違反した場合は、取締役には会社に生じた損害を賠償するのみならず、取締役が獲得した利益を会社に返還すべき義務を負うことになっている<sup>38)</sup>。

#### 1・1・1・4・1. 当該義務の性質

利益相反に関する原則は、会社の取締役を会社の直接受託者として考えることに始まる。オーストラリアの裁判所では、利益相反を回避する義務の性質を、一般的には、信託義務の一部として扱っている。取締役が自己または会社以外の第三者のために、機会を搾取することを提案する時に、利害の対立に関する規則が一般に配慮のために生じる。

一般用語として受託者に対する考えについて説明することは十分に容易であると思われるが、しかし、その考えは具体的な事実に適用するのに非常に困難である<sup>39)</sup>。「信託関係は原則の調査における一つの発想である。」における感覚である<sup>40)</sup>。Frederick Jordan 卿の所見は、Deane and Mason 両判事による Hospital Products Ltd 対 United States Surgical Corp 訴訟<sup>41)</sup>をはやり関連性がある<sup>42)</sup>。

信託的の立場に置かれる者は、彼らの義務及び自らの利益のためであるかところで衝突する立場に自身を置かれる或いは2つの異なる信任義務、矛盾を回避するべきであるとしばしば言われている<sup>43)</sup>。

#### 1・1・1・4・2. 利益相反規制

判例法上、利益相反規制の具体的な内容を類別すると以下の3点に集約できるといわれている<sup>44)</sup>。

第1に、会社への完全な告知に基づく同意 (informed consent) がなければ、会社の取締役は、その職務の範囲内になる些細な事項においても、第三者または自己の利益と会社の利益とが矛盾する約束をしてはならない (衝突規則) (the conflict rule)。

---

<sup>38)</sup> 前掲 Ford, H.A.J, Austin, R P. Ramsay, I.M. "Ford's principles of corporations law" 12<sup>th</sup> ed at 475.

<sup>39)</sup> 浪川正己前掲『オーストラリア会社法の研究』124頁参照。美濃羽正康『オーストラリア会社法における取締役の義務と責任の法理』124頁参照。

<sup>40)</sup> Sir Anthony Mason, "Themes and Prospects", in Finn P D (ed), Essays in Equity (1985) p 246.

<sup>41)</sup> Hospital Products Ltd v United States Surgical Corp (1984) 156 CLR 41.

<sup>42)</sup> Jordan F, Chapters on Equity in New South Wales (6th ed, 1947) p 1 15; reproduced in Jordan: Select Legal Papers (1983).

<sup>43)</sup> Ford, H.A.J, Austin, R P. Ramsay, I.M, supra note 4, at 446 .

<sup>44)</sup> P D Finn, Fiduciary Obligations, 1977, identifies many more rules, some of which are probably applications of the three rules set out above, while others have no relevance to company directors: see Austin (1979) 8 Syd LR 770.

第2に、会社への完全な告知に基づく同意がなければ、会社の取締役は自己または第三者の利益のために彼らの立場を不正利用してはならない。そして、取締役は受託者の立場としてのすべての利益を会社に説明しなければならない（利益規則）（the profit rule）。

第3に、会社の取締役は、自己または第三者の利益のために、会社の資産を悪用してはならない（横領規則）（the misappropriation rule）<sup>45)</sup>。

これらの3つの規則が互いに概念的には異なっているが、これらは重複する形で適用されることがある。

また、取締役がその立場を不正に利用したことに関する多くの事例では、取締役がその私的利益と会社に対する義務が対立する立場に置かれているということが出来る。会社による同意は、当該取締役が利益相反取引に関する情報を会社に対して完全に開示することを前提に、会社の定款、総会或いは取締役会によってなされる。

### 1・1・1・4・3．判例法上の一般原則と取締役の自己取引規制

取締役は、会社に対する受託者的義務の消極的側面として、会社の利益と自己または第三者の利益とが相反する立場に立つてはならず、そうした利益相反が生ずるおそれのある場合には常に会社の利益を優先することを要し、会社利益の犠牲において自己または第三者の利益を図ってはならない。そして、取締役がこの義務に違反した場合は、会社の損害を賠償するのみならず、取締役が得た利益を会社に返還すべき責任も負うことになる。

最も問題となるのは、取締役と会社間の取引すなわち自己取引である。この種の取引には当該義務が厳格に適用され、取締役が自ら契約当事者となって会社と取引を行う場合のみならず、当該会社と取締役が組合員となっている組合企業との間の取引や、当該会社と他会社間の取引であっても、取締役が同時に当該他会社の取締役または株主である場合も右ルールの適用を受けるが、いずれの場合であっても、取締役の自己取引は、附属定款で授權されているか、または取締役の有する利害関係を含む取引に関するすべての重要事実を株主総会に開示した上でその承認を得た場合に限って会社を拘束するものとされ、これに違反した場合は、会社がその選択で当該取引を取消すことができるだけでなく、当該取締役は会社に対する損害賠償責任に加え、一切の利益を返還すべき責任を負うことになる。

もっとも、この種の取引が常に会社に不利益をもたらすとは限らず、むしろ会社にとって有利な場合も少なくないので、附属定款をもって、取締役が取締役会において当該取引に関する利害関係を開示し、その取締役は当該契約を検討・採択する取締役会議に参加できないとすることを条件にして、取締役に会社との取引を許容し、右判例法原則を排除しているのが通常となっている。

---

<sup>45)</sup> See P D Finn, "Fiduciary Law in the Modern Commercial World" in E McKendrick (ed), Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations, 1992, p 9; R P Austin, "Fiduciary Accountability for Business Opportunities" in P D Finn (ed), Equity and Commercial Relationships, 1987, p 146.

#### 1・1・1・4・4. 会社機会の奪取および競業取引の規制

前述のような取締役の自己取引以外にも取締役の受託者的義務が問題となる利益相反行為としては、取締役による会社機会（corporate opportunities）の不正利用と競業取引があるが、いずれも現在、判例法原則に委ねられており、取締役による会社機会の奪取は、取締役が受託者義務の1つとして負う利益相反回避義務に違反するものとされ、これに違反した取締役は会社に対し賠償責任を負うだけでなく、その得た利益を返還しなければならないとされる。

##### 1.1.1.4.5 会社の機密情報の利用及び地位利用に対する制定法上の規制

取締役は衡平法上、前述のような各種の受託者的義務を負わされるが、会社法183条は、これを明確化し取締役の自覚を促すとともにその規制を取締役以外の会社内部者にも拡張するため、取締役など会社内部者による会社機密情報と地位の利用をそれぞれ禁止する明文規定を置いているが、当該規定は、判例法上の取締役の受託者的義務を補完する機能を果たしていると指摘されている<sup>46)</sup>。

#### 1・1・2. 判例法上の注意義務

##### 1・1・2・1. 概説

取締役の注意義務は、職務を遂行するにあたって用いるべき注意などの程度を表すものであるから、それ自体、抽象的な義務であると指摘されている。これは、取締役は、会社財産の運用を付託され、他人のために一定の事務処理を行うものであり、その職務遂行にあたっては、取締役の立場にある者として、一般的に期待される程度の注意を払うことが求められ、取締役は、合理的に期待される程度の注意と技能および勤勉をもって行為すべき義務を負うが、この義務は、取締役に特別な資格や知識、技能を要求するものではないと指摘されている<sup>47)</sup>。

取締役の注意義務については、19世紀後半から20世紀初頭ごろにおいて多数の判例が蓄積されてきた。これらの判示内容は次のように要約することができる。すなわち、第1に、取締役がその権限において行為する場合に、その者の知識と経験にかんがみてその者に期待される程度の相当の注意をもって行為し、しかも当該者が代表する会社の利益において誠実に行為するときは、会社に対する判例法上の注意義務を尽くしたことになるが、ここに相当な注意とは、通常人が同様な状況において用いると期待される程度の注意をいい、それ以上の注意や技能などを職務遂行上用いることまで要求されるものではない。第2に、取締役は会社の業務に対し、不断の注意を払う必要はなく、取締役の職務は、定期的な取締役会議と出席を要する取締役委員会の会議において行使されるべき間欠的な性質のものである。取締役は、すべてのこうした会議に出席する義務までは負わず、できるかぎり出席すべきという義務を負うにとどまる。そして会社の事業の緊急性と付属定款規定にかんがみて、ほかの役員に適法に委ねうる職務につい

<sup>46)</sup> R P Austin, "Fiduciary Accountability for Business Opportunities" in P D Finn (ed), *Equity and Commercial Relationships*, 1987, p 146.

<sup>47)</sup> 酒巻俊雄, 1971, 「オーストラリア会社法Ⅲ」海外商事法務110号38頁参照。また前掲浪川『オーストラリア会社法研究』156頁参照。

ては、取締役は、特に疑うべき理由がない限り、その者が公正に職務を遂行する者と信頼することができ、一部の取締役や取締役会の内部の委員会に、権限を委ねることができる<sup>48)</sup>とされる。

もともと、従来はこのように比較的緩やかに解されてきた取締役の注意義務の内容がかえって取締役会の監督機能の形骸化を招いたではないかとの問題意識から、近時、その見直しが一ニ一委員会によって勧告された。同委員会は、会社法の明文をもって、取締役が相当の理由のある場合を除き取締役会議には出席すべき旨を定めるとともに、取締役会としての権限の委譲についても制定法上による一定の制約を設けるべきことを勧告している。こうした改正勧告は1998年会社法に採用されなかったが、しかし、2001年会社法においては、180条として法制化された。

そして、取締役に対して、会社の業務を適切に行うべきとのルールをネグリジェンスによって逸脱すると、相当な注意義務に違反しているに判断されることがありうる。言いかえれば、取締役が相当な注意を払わなければ、任務懈怠であると認められ、義務の不履行を構成することになる。また、裁判所は、衡平法(equity)に基づいて、取締役に相当な注意義務を負わせることができると判断することができる。衡平法は、任務懈怠のような慣習法の規則を補うために発達したものである。

注意義務に関する法定義務は、判例法上の義務との間に異なるところはない。これは、法定義務上の注意義務に違反した取締役は、任務懈怠によって生じる注意義務にも慣習法によって生じる注意義務にも違反することを意味する。

しかし、法源によって注意義務の基準は変わらないが、制定法上であっても一種の民事処罰の規則が存在する。判例法上による注意義務に違反した場合には、その結果として、取締役に、会社に対する補償をすること、または会社が蒙った損失に対して賠償することが命じられることになる<sup>49)</sup>。

#### 1・1・2・2. 注意義務の適用基準

前述したように取締役の注意義務には、判例法によるものが、それと制定法である会社法による注意義務の適用基準は同じである。これは技術、勤勉、受託及び信頼の四つの範疇に分けることができる。

一般的な原則として、取締役は会社の指揮、監督の権限を維持することを要する。例えば、Daniels 対 AWA Ltd<sup>50)</sup> 訴訟では、ニューサウス州上訴裁判所は、注意、技術及び勤勉義務について以下のような最低基準を要求した。すなわち、(a) 取締役は会社の業務に対して基本的なところを把握しかつ会社の業務の基本原則を熟知しなければならない。(b) 取締役はいつも会

<sup>48)</sup> 前掲酒巻俊雄「オーストラリア会社法Ⅲ」38頁参照。

<sup>49)</sup> 美濃羽正康, 1996, 『オーストラリア会社法における取締役の義務と責任の法理』124頁参照一誠社。

<sup>50)</sup> Daniels v AWA Ltd (1995) 13ACLC614; 16ACSR607.

社の活動の状況の責任を把握しなければならない(c)取締役は会社の活動について、毎日に詳細なチェックを行う必要がないが、全体について監督管理を行うことが求められる。したがって、取締役は取締役会に参加すべきである。(d)取締役に帳簿を審査することを要求しないが、しかし、定期的に会社の財務報告書を見ることによって、財務状況を熟知すべきである。

取締役の注意義務の程度について、ある適任の者と類似する状況の下で果たしている注意に相当する注意を果たすことを求められている<sup>51)</sup>。これは、相当な注意(Reasonable care)義務と呼ばれている。また、以下には各注意の基準をあげて検討を行う。

#### 1・1・2・2・1. 技倆 (Skill)

取締役に求められる技倆の要求基準については多くの要素からなる。執行取締役と非執行取締役かの違いによって適用される要求基準が異なる場合もある。これは特に取締役の技倆について求められている基準である。例えば、当該者が執行取締役であるか或いは非執行取締役であるか、また特殊な資格を有しているか否かによって異なる。

会社の財務状況を把握するために、全ての取締役対しては、会社の財務状況に対する基本的な理解に必要となる技倆をもつことが必ず求められる。

取締役に對するその他の技倆の要求については、その職務の種類によって決められるが、その職責に違反した場合、取締役の行動については、職務が相当する者が持つべき専門的な知識及び技倆に対して一つの客観的主体として審査がなされるということの意味する。

会社の財務担当取締役が会社に損失を生じる特定の投資に関連する財務報告を適切に調べなかったことによって、その義務を果たせなかったということで訴訟を提起された(財務報告書は、不当に作成され、また会社がこの投資によって利益を上げていたことを示していた)。会社は、誤りが発見される前に別途の資金を投資して、一層の損失を蒙ったような場合、裁判所は、当該財務担当取締役として実際に行った行動と求められる行動を比してその職責に違反したか否かを判断することになる。そして合理的で有能な財務担当取締役ならば、財務報告書の誤りを発見できると予想されると、当該取締役は、その職責に違反したと認められる。

ある者が、グループ会社の最高財務責任者で、かつグループを構成する会社の取締役でもあったが、裁判所は、最高財務責任者とは大会社において特に決められている職務であり、かつ専門的な技能をもつ者によって担当されること認識している。従って、裁判所は、合理的で有能な最高財務責任者の行動を、被告の注意と勤勉性の法定義務の違反に対する判断の根拠としている<sup>52)</sup>。

非執行取締役については、義務の不履行があったかどうか決定するために、特定の取締役の行動に対して客観的に判断できる合理的で有能な取締役であるかどうかという基準が存在しない。

非常勤取締役には、基礎的な技術を持っていないといけない。会社は非執行取締役が、特

<sup>51)</sup> 浪川正己前掲『オーストラリア会社法』125-126頁参照。

<sup>52)</sup> ASIC v Vines (2003) 48ACSR322.

殊技能または専門知識を持っていることで任命されれば、取締役が注意義務に違反したかどうかは、その同じ技能及び専門知識を持つその他の者がもっている技能及び専門知識を参考して判断されるだろう。例えば、不動産開発を業としているある会社はある都市計画経験を持った者を非執行取締役任命した。この管理者が彼らの義務に違反したことが主張される場合、違反があるかどうかは、都市計画経験を持った合理的に有能な非執行取締役を参考にして判断されるだろう。

#### 1・1・2・2・2. 勤勉 (Diligence)

取締役について、取締役として合理的な者として勤勉に行動すべきとされている。その勤勉の程度について、他の会社の同様な取締役でありかつ当該取締役と同じ責任を負うことが求められている。

もっとも、勤勉さの程度については、取締役が置かれている多様な具体的な事情に基づいて求められている。非執行取締役と執行取締役が会社において同じ程度の努力で活動することは期待できないのはいうまでもないが、すべての取締役は必ず勤勉でなければならない。

上述した AWA 訴訟においては、すべての取締役が会社の業務の指揮に深くなじみ、会社の財政状態に関して知識があった状態で保たれる勤勉さの程度で活動を行わなければならないことが求められている。

勤勉さの 1 つの要素として取締役が取締役会に出席するべきとされている。会社法第 300 条 10 項では、完全子会社になっていない公開会社においては、取締役の年度財務報告書の中に必ず取締役が取締役会に出席した回数（取締役会の委員会も含む）を示さなければならないことが求められている。取締役に対する一種の報告義務であるが、取締役に求められた会議出席の法定義務ではない。

#### 1・1・2・3. 経営判断の原則 (The business judgment rule)

上述したように、取締役は会社の利益のために行動しなければならないという義務を負っている。しかし、取締役は、不確実な状況で迅速な決断をしなければならない場合が多い。したがって、注意義務が尽くされたか否かの判断は、行為当時の状況に照らし合理的な情報収集・調査・検討などが行われたか、および、その状況と取締役に要求される能力水準に照らし不合理な判断がなされなかったかを基準になされるべきであり、事後的・結果論的な評価がなされてはならないとされている。このような考えに従って経営判断原則が登場してきた。オーストラリアでは取締役の経営判断について、裁判所は、まず、取締役の決定に関する密接な監督を行うこと、そして第 2 に、適切目的原則に基づく判断を行うという基準をあげている<sup>53)</sup>。

すなわち、取締役に、会社の利益、会社に役立つ広範で実際的な考慮を必要とする経営決定のために権限及び義務が与えられ、そして取締役の経営判断に対して、その行動が誠実で、

---

<sup>53)</sup> Harlowe' s Nominees Pty Ltd v Woodside (Lakes Entrance) Oil Co NL(1968) 121 CLR 483 at 493.

不適切な (irrelevant) 目的のためではない場合、裁判所によって審理されない<sup>54)</sup>。

判例では、裁判所が、経営判断について事実を踏み込んで審理したケースはこれまで存在していないし、また裁判所は取締役会の経営判断を審議する最善の場とは言えないとしている<sup>55)</sup>。

このように取締役或いは経営判断を下すその他の役員が彼らの注意及び勤勉の法定義務及びこれらと同等の判例法上の義務の必要条件を満たす場合、裁判所は取締役の経営判断の事実上の審理を行わないという立場を取っている。具体的の基準としては、第1に、適切な目的のために誠実に判断を行うこと、第2に、客観的な判断に基づくものでなければならず、個人的に大きな利益を有しないこと、第3に、取締役らがその判断を行う主体を把握し、それが適当な程度であると合理的に考えること、第4に、会社の最大利益のために合理的な判断であることが求められる。

ところで、オーストラリア法にあっては、制定法に経営判断に関する規定が存在する。取締役の注意義務を定めている会社法第180条において、上述の判例法上の基準と同様に4つの条件を示し、これらを満たすことで取締役は注意義務を果たしたことになる。

しかしながら、制定法上の経営判断を特定の経営判断に適用するための要件は、判例法上の要件に比して厳格であるということに注意すべきである。その要件には、適切な目的のための誠実な判断をしたが重要であり、判断の主たる要素に、具体的な個人的利益が存在することが重要ではない。そして、さらに判断の主な要素について、十分な情報を得ているかが要求される。

これらの要件につき、取締役等が立証責任を負うか否かは重要である。しかし、実際には、4つの要件すべてを満たすことが必要で、制定法上の経営判断原則について争った判例は少なく、いずれもその適用は否定されている。このことは、制定法上の要件が厳格であることの現れであると考えられよう。

## 1・2. (二) 制定法上の義務

### 1・2・1. 忠実義務

#### 1・2・1・1. 会社の最善利益と妥当な目的ために行動すべき義務 (181条)

オーストラリア会社法の第181条1項では、「会社の取締役または役員は (a) 会社の最善の利益のために誠実に、かつ (b) 適切な目的のために、その権限の行使及び義務の履行をしなく

---

<sup>54)</sup> The matter was put by Barwick CJ, Mc Tiernan and Kitto JJ in *Harlowe's Nominees Pty Ltd v Woodside (Lakes Entrance) Oil Co NL* (1968) 121 CLR 483 at 493. 本件では、裁判所は、すべての取締役による決定が良い決定であるというわけではないと認めている。取締役は提案された投資に関する大量の分析を引き受けることができるが、しかし、投資には損失が生じうるだろう。投資は、例えば取締役のコントロールを超えた要素によるものであり、取締役が、鉱物の価格の下落を予測することができなかつたので、新しい鉱山への投資に損失が生じる可能性がある。このような環境の下では、株主に損失が生じたが、取締役の注意義務の違反にはならない。

<sup>55)</sup> *Howard Smith Ltd v Ampol Petroleum Ltd* [1974] AC 821 at 832; (1974) CLC 40-101 at 27, 713.



てはならない」とを定めている。他方、刑事責任の規定である同法第 184 条 1 項は、「会社の取締役または役員が、(a) 無謀または (b) 故意的不誠実であり、かつ (c) 会社の最善の利益のために誠実にその権限の行使及び義務の履行をしておらず、または (d) 適切な目的のためにその権限の行使及び義務の履行を行っていない場合」、について刑事犯罪行為にあたるとしている。

会社法第 181 条においては、誠実だけでなく会社の最大の利益の利益という適切な目的のためにも取締役或いはその他の役員は彼らの権限を行使しなければならないと定めている。取締役の権限は、前述したとおりである。

オーストラリアにおいて、取締役の義務としての判例法上の忠実義務は、さらに次の 4 つに分けることができる。すなわち、第 1 には、会社の利益のために、善良に活動を行うべき義務、第 2 には、適切な目的で活動すべき義務、第 3 には、真剣に決定する義務、第 4 には、利害の衝突を避ける義務である。上述したようにこれらの判例法上の義務は、また制定法上でも明文で定められている。すなわち、会社のために適切な目的のために誠実に行動すべきであるという判例法上の義務と同様の義務が会社法第 181 に規定されている。

#### **1・2・1・2. 権限・情報を濫用しない義務 (182・183 条)**

オーストラリア会社法 182 条 1 項では、会社の取締役、秘書及び他の役員は、その権限を不当に使用してはならない。自己または第三者のために利益を獲得させ、会社に損害を与えてはならないと定めている。

そして 183 条 1 項では、会社の取締役、その他の役員および秘書が獲得した情報を濫用してはならない。自己または第三者のために利益を獲得させ、会社に損害を与えてはならないと定めている。

また職務上の立場及び情報を不適切に使用してはならないと求めている (会社法第 182・183 条)。これは、会社の取締役を含む役員が、自己または第三者の利益を図るために、或は会社に損失を与えるために、その職務上の立場、或は情報を不適切に使用してはならないということである。

#### **1・2・1・3. 利益開示の要求 (191-196 条)**

公開会社及び私会社の取締役は、会社法第 191 条の定めるところにしたがって、主な個人的な利益を含む特定の利益を公開する義務を負っている。すなわち、会社の取締役は会社の事業に関わる事項においてある個人的な利益が存在する場合、これらの利益を他の取締役に知らせなければならない。

#### **1・2・2. 制定法上の注意・勤勉義務**

前述のように、制定法上の注意勤勉義務と判例法上の注意義務は、その内容及び適用基準について大差はない。制定法上の注意義務は、会社法第 180 条以下に規定されている。

##### **1・2・2・1. 会社法 180 条**

会社の取締役或いは役員は、注意及び勤勉の程度で妥当な者として義務を履行し、権限を行使しなければならない。すなわち、第 1 に、会社における取締役或いは役員、第 2 に、会社内

において取締役や役員に相当する地位を有し、かつ同様な責任を有する者であれば、ひとりの妥当な者として義務の履行、権限の行使を行わなければならない。

取締役の法定義務は、影の取締役にも適用される。また会社の秘書、影の役員或いはこれらに類する如何なる者まで及ぼすことが可能である。すなわち、第1に、会社の業務の一部或いは相当な部分に影響を与える決定の参加、或いは決定を作り上げた者、第2に、会社の財務状況に対して著しく影響を与える能力を有する者であれば、取締役の義務を負わされる。

注意義務について検討する場合、技倆の基準をどの程度に設定するのが問題となる。しかし、会社法第180条には、取締役或いは他の役員に期待された技倆の標準なる項目が存在しない。この点については、判例法上の技倆標準が用いられることになる。

### 1・2・2・2. 制裁規定

取締役は、会社に対する義務に違反した場合に、民事制裁あるいは刑事制裁を受ける可能性がある。取締役が注意義務あるいは忠実義務に違反した場合に、会社法では民事制裁規定を設けているので民事制裁を与えることができる。そして、取締役の注意義務違反に対して刑事制裁を与えることはできないが、忠実義務違反に対しては、刑事制裁の規定が設けられている。

オーストラリア会社法においては、民事制裁規定に触れる者に対して、第1に、最高200,000ドルの罰金を課すことができる。すなわち、裁判所は、取締役が、義務に違反して、会社あるいは株主の利益を大きく毀損したこと、あるいは会社の債権者に対する支払能力を大きく毀損したことを認めた場合、裁判所はその者に対して、金銭的制裁として200,000ドルを連邦政府に払うように命じることができる。

第2に、一定の期間内において取締役の会社を経営管理する資格を剥奪することができる。すなわち、裁判所は、取締役の行為が会社の経営あるいは財産の管理に関連することを認め、そして、取締役の資格の剥奪を命じることが妥当である考える場合、裁判所は取締役の資格を剥奪することができる。

第3に、会社に損失或は損害を与えたことによって賠償金の支払を命ずることを与えることができる<sup>56)</sup>。すなわち、裁判所は、取締役の行為が故意に基づくものであり、そしてその行為によって損害が生じた場合、裁判所は、取締役に損害賠償を命じることができる。

一方、取締役の経営活動が複雑で、かつ一定のリスクを伴って行う必要があることを考慮し、その義務の責任は一部あるいは全部免除されることがある。取締役の義務違反の責任を免除するには、第1に、取締役の行為が誠実であり、第2に、取締役の任務等を含む全ての状況を考

---

<sup>56)</sup> If a person has contravened a financial services civil penalty provision, the court can order that person to pay a pecuniary penalty of up to \$200,000 (in the case of an individual) or up to \$1 million (in the case of a company), and/or pay compensation for damage resulting from the contravention. However, the court cannot make a disqualification order under s 206C. ある者が金融サービスに関する民事処罰条項を違反したため、裁判所は、当該者に200,000ドル（個人の場合）或は1万ドル（会社の場合）の罰金を支払うこと或は違反によって生じた損失に対して賠償金を支払うことを命令することができる。しかし、会社法206Cに従って、裁判所はその資格剥奪の命令を行うことができない。

慮して責任を公平的に免除すべきである場合に限って、裁判所は当該者の義務違反の責任を免除することができる (s1318)<sup>57)</sup>。しかし、裁判所は刑事責任について免除する権限を有しない。裁判所は、義務違反によって経済的利益を獲得した取締役の免責、或は義務違反の結果として会社の財産を持ち続ける取締役等の役員の実責任免除を認めることができない<sup>58)</sup>。

裁判所には、法定義務違反に対する処罰の妥当性、或は取締役が負っている責任の免除を考慮するときに、株主の意見を考慮することが期待されている<sup>59)</sup>。取締役の責任は、会社の株主総会の決議によって免除することができる。しかし、取締役の判例法上の義務違反の承認に対する株主が有する権限には制約があり、株主は以下の状況において、承認することができないと判断された事例がある<sup>60)</sup>。この事例では、裁判所は、株主総会の決議において、第1に、圧制的であること、第2に、承認して執行される場合には、会社は支払不能であり、結果は債権者の侵害であること、第3に、これはコモンロー上の過半数投票によって決定するという制約に反すること、第4に、株主個人の権限を排除することに帰着すること、第5に、会社の財産の横領に帰着すること、第6に、株主は、取締役と同じ不当な目的のための行動である場合、株主総会の承認を認めないという基準を示した<sup>61)</sup>。

## 2. 会社の支払不能時における取引回避義務

オーストラリア会社法において、一般法上では取締役が、会社に対して忠実義務及び注意義務を負わされていることは上述のとおりである。これらの一般法上義務は、会社に対する義務であると認識されている。これらの義務に加えて、オーストラリア法においては、会社の債権者を保護するために、会社が支払不能あるいは支払不能の恐れがある場合に、会社の取引を回避しなければならないという規制が存在する<sup>62)</sup>。具体的には取締役には、会社が支払不能あるいは支払不能の恐れがある場合、会社の取引を回避しなければならないという義務を負うことになる。そして、当該会社の親会社も同様に当該会社の取引を回避しなければならない。オーストラリアにおけるこの会社の債権者を保護するという法制度は、数多くの判例の蓄積を経て、法定化されたものである<sup>63)</sup>。

このオーストラリア法における会社の債権者を保護するための法制度は、比較法的見地から

---

<sup>57)</sup> この条文は、「過失 (negligence)、懈怠 (default)、信託儀違反、或は義務違反」に適用し、また主体としては、取締役及び他の役員に適用される以外には、会社の監査役 (auditor)、会計係 (receiver)、管財人 (receiver and manager) 及び清算人 (liquidator) にも適用される。

<sup>58)</sup> Ford, H. A. J, Austin, R P. Ramsay, I. M, supra note 4, at412.

<sup>59)</sup> Ibid, [8. 385].

<sup>60)</sup> (1995) 16 ACSR 73.

<sup>61)</sup> Pamela Hanrahan, Lan Ramsay, Geof Stapledon, 2005, “commercial applications of company law” 6<sup>th</sup> ed at299.

<sup>62)</sup> Pamela Hanrehan, Lan Ramsay, Geof Stapledon, supra note 61, at231. R P Austion I M Ramsay, supra note 4, at942. John Farrar, 2008, “Corporate Governance Theories, Principles, and Practice” 2<sup>th</sup> ed at150.

<sup>63)</sup> 美濃羽正康『オーストラリア会社法における取締役の義務と責任の法理』108 頁参照。

を見ると極めて希な存在である。すなわち、当該制度に従えば、会社の取締役は、会社が支払不能の状況にあるあるいは支払不能の恐れがある場合に、会社の取引を回避することが求められる。そして取締役がこれに違反し会社が当該債務を弁済できなかったならば、取締役は会社と連帯して債権者に対して損害賠償責任を負う。そして、当該義務は、弱い立場ある会社の無担保の債権者を保護するためのものであり、一般的には、会社の清算人が取締役に対して訴訟を提起し、損害賠償を請求することになる<sup>64)</sup>。また無担保の債権者も、清算人あるいは裁判所の同意によって取締役に対して訴訟を提起して損害賠償を求めることができる。取締役による賠償金は会社に支払われ、清算人は会社の無担保の債権者に平等に支払うことになり、無担保の債権者に債務を弁済した結果、残りがある場合、他の債権者の賠償にも使うことができる<sup>65)</sup>。債権者自らが訴訟を起こした場合、獲得した賠償金額は、訴訟を提起した債権者のみに使われる。

さらに、当該取締役の義務が、1993年に制定法として会社法に明記されてから、当該制度を法定化して適用基準も作られたことなどで、当該義務違反の事例が減っていると指摘されている<sup>66)</sup>。

当該法制度は、最初1989年会社法の第529条に定められ、会社の経営陣全員に義務を負わせていたが、もっとも、一定の場合には義務を負われない旨の多くの例外も設けられていた。その後の法改正によって、適用対象を取締役に絞って、1993年6月に第588G条として定められ、現在の条文の内容になった<sup>67)</sup>。

債権者は、債務の返済が停滞した状態にある会社の取締役に対して債務の弁済を請求することができるので、債権者ための強力な保護手段として捉えることができる。また会社が債務を返済できない場合、当該会社の取締役に対し民事罰則規定を適用し、損害賠償に加えて、民事処罰及び資格剥奪といった民事処罰を与えることもできる<sup>68)</sup>。したがって、当該制度は、健全な会社の財務状態を保つためにも、有益な法制度であるといえる。

## まとめ

オーストラリア法はイギリス法を継受しているが、会社法も例外ではない。オーストラリア会社法においては、取締役と会社（株主）の間に信認的な法律関係に位置づけている。取締役は、会社（株主）に対して信認義務を負わされている。取締役は会社に対して注意義務（会社法180条）・忠実義務（会社法181条）を負わされている。これらの義務は、まず裁判所によって蓄積されて判例法となり、後に制定法としても現れている。すなわち、オーストラリア会社法においては、取締役の義務について制定法と判例法ともに存在している。これに関しては、

<sup>64)</sup> Lipton and Heraberg, 2006, “Understanding company law” 12<sup>ed</sup> ed at 356.

<sup>65)</sup> Lipton and Heraberg, *supra* note 64, at 372.

<sup>66)</sup> Lipton and Heraberg, *supra* note 64, at 362.

<sup>67)</sup> Lipton and Heraberg, *supra* note 64, at 362.

<sup>68)</sup> R P Austion I M Ramsay, *supra* note 4, at 942.

まず判例法と制定法の関係として、より詳細的な判断基準は、判例法に存在していることを言える。判例法で蓄積したものを制定法としたことで、法律の運営コストが高くなることを回避することができるだろう。

取締役には会社の利益のために誠実に行動しなければならないという義務がある。その会社の利益については、現在株主と将来の株主の概念がある。すなわち、取締役は会社の利益を配慮するときに、現在株主の利益を配慮することが兎も角、将来の株主の利益も配慮しなければならない。そこで、取締役は長期的な経営戦略を図るときに、将来の株主の利益を配慮することで、現在の株主による利益配当を強要するなどの圧力から解放することができるだろう。このため、取締役は長期的展望をもって望ましいコーポレート・ガバナンスを目指す余裕が得られることが可能になる。

そして、取締役には、オーストラリア会社法 588G 条による支払不能取引回避義務があり、これは会社債権者保護のための法的措置である。しかし、当該義務の性質については、一信認義務であるか、あるいは限定的な信認義務であるか、あるいは独立であるか一議論されている<sup>69)</sup>。しかし、オーストラリア会社法 588G 条により、債権者は債務の返済が停滞した状態にある会社の取締役に対して債務の弁済を請求することができるので、債権者ための強力な保護手段と捉えることができる。また会社が債務を返済できない場合、当該会社の取締役に対し民事罰則規定を適用し、損害賠償に加えて、民事処罰および資格剥奪といった民事処罰を与えることもできる<sup>70)</sup>。したがって、当該制度は、健全な会社の財務状態を保つためにも、有益な法制度であるといえる。

以上のように、オーストラリア会社法における取締役の義務を考察したが、その中で、取締役の支払不能取引回避義務に関しては、会社取引安全の確保及び会社債権者保護という法的機能を有する。これは日本の取締役の対第三者責任の法的機能と類似していると言える。両者の法的性質について検討を加えてないので、今後の研究課題とする。そして、両者を検討するために、詳細の判例研究を行う必要があるので、今後は両者の判例を踏まえて研究を続けたい。

---

<sup>69)</sup> Andrew Key, *The Director's Duty to Take into Account the Interests of Company Creditors: When is It Triggered?*, *Melbourne University Law Review* 25 *Melbourne U. L.R.* 315 (2001); Andrew Key and Hao Zhang, *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and a Director's Duty to Creditors*, *Melbourne University Law Review*(2008) 32 *Melbourne U. L.R.*, at 141.

<sup>70)</sup> H.A.J. Ford, R.P. Austin, I.M.Ramsay, *supra* note 3, at 942, et seq.

