

オーストラリア会社法における 子会社取締役の誠実義務

黒 野 葉 子

- I はじめに
- II わが国における議論の概観
- III オーストラリア会社法における取締役の「誠実義務」
- IV 企業グループ構成会社の取締役の誠実義務
- V 「被指名取締役 (nominee director)」の誠実義務
- VI オーストラリア会社法における立法化
- VII 結びにかえて——日本法への示唆

I はじめに

複数の会社が資本的に結合し、企業グループを形成して事業活動を行う場合、親会社は、企業グループにおける統一的な経営方針のもと、親会社ないしは企業グループ全体の利益のために、子会社に対して指揮・指図を行うことがある。そして、そのような企業グループの一体的経営を円滑に実現するために、親会社の役員や従業員等が子会社の取締役として派遣されるケースも少なくない。親会社から子会社取締役に対して、何らかの指揮・指図がなされる場合、それが明らかに子会社の利益と一致するものであれば、子会社取締役において、これに従った判断を行うことに問題はない。これに対して、親会社による指揮・指図が子会社の利益と一致しない

可能性のあるものであった場合はどうか。とりわけ、親会社から派遣された子会社取締役は、親会社からの指図等と子会社に対する義務との狭間で、非常に難しい立場に置かれる。

この点、オーストラリア会社法は、わが国と同様に体系的な企業結合法制を持たず、法解釈上も、会社はそれぞれ独立した法主体であるという「独立法人格原理 (separate entity principle)」を比較的強固なかたちで維持してきたが、⁽¹⁾古くより、企業グループ構成会社の取締役や、親会社により派遣された子会社取締役の義務について、企業グループにおける現実と法の間には乖離があるとの問題意識のもと、盛んに議論がなされてきた。本稿は、子会社取締役の会社に対する義務について、オーストラリアにおける判例やその後の立法を考察し、わが国の会社法に何らかの示唆を得ることを目的とするものである。

II わが国における議論の概観

1 わが国における伝統的な理解

子会社取締役の義務に関して、わが国の学説は、古くより、伝統的法理論に従い、子会社は、たとえ完全子会社であって、親会社を唯一の株主とする場合であっても、なお親会社とは別個独立の会社であり、子会社の取締役は子会社の機関としてその会社の利益のためにその職務を遂行しなければならないとの立場をとってきた。⁽²⁾そのため、親会社の取締役が子会社の取締役を兼ねている場合であっても、子会社の取締役としては、もっぱら子会社のために善管注意義務をもって忠実にその職務を遂行することを

(1) オーストラリアの裁判所は、制定法の規定に基づかずに「独立法人格原理」を適用しないことには消極的であるとされる。See, PHILIP LIPTON, ABE HERZBERG & MICHELLE WELSH, UNDERSTANDING COMPANY LAW ¶ 2.190 (20th ed. 2020).

(2) 大隅健一郎「会社の親子関係と取締役の責任」商事法務研究360号(1965年)35頁。酒巻俊雄「親子会社間の取締役の責任」『取締役の責任と会社支配』(成文堂、1967年)38頁。

要し、子会社取締役が子会社に損害を与える行為を行えば、たとえそれが親会社の指示に基づいて為された場合であっても、子会社の取締役はこれ⁽³⁾を理由に責任を免れることはできないとされてきた。

もともと、わが国の伝統的法理論に基づく立場によっても、子会社取締役が、グループ全体の利益や親会社の利益のために、子会社にとって不利益ともいえる行為を行うことが、常に子会社取締役の善管注意義務・忠実義務違反となるわけではない。「親会社子会社間の行為が、そのみを切り離してみれば子会社にとって不利益であるにもかかわらず、他方子会社がその行為によって当該コンツェルンに所属することで受ける利益が大であるため、結局子会社の利益の観点よりしてもその行為を是認し得る場合が存在する。……会社の長期にわたる継続と発展とを計る義務を負う取締役としては、特定の行為の判断にあたっては、個々の利益より全体的利益に重点をおかなくてはならないため、ある範囲内においてはコンツェルン全体⁽⁴⁾の利益にしたがってその行動を決定することができる」とされており、その行為が長期的・全体的にみて子会社自身の利益となるとの経営判断に合理性が認められるのであれば、グループ全体の利益や親会社の利益に従った行為を行うことも認められると解される。

2 子会社取締役の実態を踏まえた解釈

わが国の会社法は、法律的にも経済的にも独立性を有する形態の株式会社を視野において規定する。そこに会社法と現実生活との間の乖離が存在するとの問題意識のもと、上記のような伝統的な理解を前提としつつ、完全子会社の取締役の責任について、企業グループの実態を踏まえた解釈を行おうとする見解がある。完全子会社においては、その業務執行行為は子

(3) 大隅健一郎「親子会社と取締役の責任」『商事法研究（下）』（有斐閣、1993年）116頁、酒巻・前掲注（2）40頁。

(4) 大隅健一郎「コンツェルンの法的組織」『企業合同法の研究』（弘文堂、1935年）253-255頁。

会社の株式全部を所有する親会社の指示のもとになされることが多いが、このような場合には、そのこと自体において、子会社の取締役の会社に対する責任については、総株主の同意による免除（現行会社法424条）があるものと解し得ないかという大隅健一郎博士による見解である⁽⁵⁾。ただし、大隅博士も、総株主の同意によっても会社債権者の利益を害することは許されないから、そのおそれがある場合にはこの責任免除は認められず、いわゆる資本維持の原則を中心とする会社債権者保護のための商法の規定は厳格に維持されなければならないとして、たとえば、違法配当に關与した取締役の責任（現行会社法462条）は免責されないとする⁽⁶⁾。このような解釈に対しては、「全株保有の場合といえども親会社が子会社の法的独立性を利用して各種の利益を享受している事実に変りはなく、そのような子会社の存在自体を通じて形成された固有の会社利益ならびに債権者の利益保護には、慎重な配慮を要する」、「（違法配当以外の）責任原因に基づいて会社が取締役に対して有する損害賠償請求権も、その会社の債権者に対する弁済の担保をなすものであるから、このような区別自体充分な論拠を欠くものといえる」との批判がなされ、必ずしも広く支持されたわけではない⁽⁷⁾⁽⁸⁾。

(5) 大隅・前掲注(2) 35頁。

(6) 大隅・前掲注(2) 36頁。

(7) 酒巻・前掲注(2) 42-43頁。

(8) 会社法424条の総株主の同意による責任免除は、すでに発生した具体的な損害賠償責任を対象とするものであり、取締役在任中に将来発生するであろう会社に対する責任を事前にすべて免除することはできないとするのが通説的な見解である（酒巻俊雄・龍田節編集代表『逐条解説会社法（5）』（中央経済社、2011年）373頁〔松岡啓祐〕。また、責任を負う取締役が一人株主である場合にも、その責任を免除するためには、総株主の同意と免除の意思表示の2個の要件を具備することが必要であるとし、後者を欠くものとして責任免除を否定した例として、東京地判平成20年7月18日判タ1290号200頁。

なお、合弁企業等を念頭に置いたものではあるが、全株主が参加する会社と株主間の契約によるのであれば、取締役の会社に対する責任を追及しない旨の合意は、会社との関係においても有効であるとするものとして、後藤元「派遣取締役の法的地位」田中亘＝森・濱田松本法律事務所編『会社・株主間契約の理論と実務—合弁事業・資本提携・スタートアップ投資』（有斐閣、2021年）323頁。

ただ、子会社取締役の現実を踏まえた法運用の必要性については、これまでたびたび主張されてきたところである。たとえば、子会社取締役が置かれている地位から見て親会社の指図等の支配行為を拒絶することは容易でなく、また、親会社からの指図の内容に関して子会社取締役は親会社に比べて情報が乏しく、指図が子会社にとって不利益か否かを判断することが難しい場合も多いことから、親会社の指示に従った子会社取締役の善管注意義務違反の認定は慎重に行うべきとする見解や、親会社の指図によって子会社にとって不利な取引が親子会社間で行われた場合につき、子会社の取締役のとした取引方法の公正性の判断は実際上容易ではなく、子会社取締役の無過失の証明は広く認められるべきとする見解などが主張されてきた。

Ⅲ オーストラリア会社法における取締役の「誠実義務」

1 総説

イギリス連邦に属するオーストラリアはいわゆる不文法国家であり、制定法は有しているが、その第一次的法源は判例法である。オーストラリアの判例法上、取締役は、一般に、会社に対して信認義務（fiduciary duty）を負っているとされ、信認義務から導かれるさまざまな義務が取締役に対して課されてきた。⁽¹²⁾ その1つに、会社の最善の利益のために誠実に行為する

(9) 前田重行「持株会社による子会社支配と持株会社の責任〔その二・完〕」曹時58巻5号（2006年）8頁。

(10) 伊藤靖史「子会社の少数株主の保護」森本滋編著『企業結合法の総合的研究』（商事法務、2009年）62頁。

(11) 英法系諸国会社法における判例法と制定法の関係については、酒巻俊雄ほか『英法系諸国会社法の理論と実務Ⅰ』（中央経済社、2021年）18頁〔酒巻〕。

(12) LIPTON, HERZBERG & WELSH, *supra* note 1, ¶ 13.10. 取締役の信認義務から導かれる様々な義務については、制定法にも規定が置かれ、判例法を補完している（オーストラリア会社法（Corporations Act 2001）180条～183条参照）。制定法に定める取締役の義務は、基本的には判例法上の信認義務を明文化するものであるが、判

義務 (duty to act in good faith in the best interests of the company. 以下、「誠実義務」と呼ぶ)⁽¹³⁾がある。オーストラリアにおいて、子会社取締役が親会社の利益や企業グループ全体の利益のために行為することの可否の問題は、判例法上の取締役の誠実義務の問題として論じられてきた。そこで、以下、オーストラリアにおける判例法上の取締役の誠実義務に関する議論を見ていくこととする。

なお、オーストラリアにおいては、自国の裁判所による明確な権威的先例がないときは、他のコモンウェルス諸国の判例法が、説得的先例 (persuasive authority)⁽¹⁴⁾として事実上尊重されるため、制定法規定の解釈や具体的事案の解決に際し、他のコモンウェルス諸国の判例法、とりわけイギリスの判例法が援用されることが少なくない。そのため、本稿においても、必要に応じて、イギリスの判例を引用ないし参照することがある。

2 判例法上の誠実義務における「会社の利益」の意義

一般に、「会社の最善の利益のために誠実に行為すべき義務」における「会社の利益」とは「全体としての会社 (company as a whole) の利益」を意味するといわれるが、「全体としての会社の利益」の内容については、イギリスの判例において、「一般的集団としての構成員 (the corporators as a general body)⁽¹⁵⁾の利益」を意味するものとされており、オーストラリアにおいても同様に理解されている⁽¹⁶⁾。より具体的には、取締役は、会社がコー

例法上の信認義務を排除したり、これに優先したりするものではないとされている。

(13) たとえば、Rechard Brady Franks Ltd v Price (1937) 58 CLR 112において、オーストラリア高等裁判所 (High Court of Australia) の Latham 判事は、取締役は、「法により要求された方法に従うだけでなく、全体としての会社の利益のために誠実に」その権限を行使しなければならない旨を述べている。取締役の信認義務は、オーストラリアのほか、コモンウェルス諸国の判例法上、広く認められている (イギリスにおけるリーディングケースとして、Re Smith & Fawcett Ltd [1942] Ch 304)。

(14) 酒巻俊雄「英連邦諸国の会社法 (2)」国際商事法務 4 巻 1 号 53 頁 (1976年)。

(15) Greenhalgh v Arderne Cinemas Ltd [1951] Ch 286.

イング・コンサーンとして継続するであろうことを前提に、「現在の株主および将来の株主の利益」を考慮することが求められるとされる⁽¹⁷⁾。

なお、取締役は、会社の利益以外の目的のために行為してはならないが、取締役の誠実義務は、会社以外の利益をまったく考慮してはならないということの意味しているのではなく、そうすることで会社の利益を得る目的がある限り、他のさまざまな利益や目的を考慮することは許容されると解されている⁽¹⁸⁾。

3 支払不能に直面した会社における「会社の利益」

このように、オーストラリアの判例法上、取締役の誠実義務における「会社の利益」とは、一般的には、「株主の利益」を意味するものであると解されているが、常に「株主の利益」と同義というわけではない。

取締役の誠実義務を株主の承認によって免責できるか否かが問題となった *Kinsela v Russel Kinsela Pty Ltd (in liq)* 事件⁽¹⁹⁾において、ニューサウスウェールズ州控訴裁判所 (New South Wales Court of Appeal) の Street 判事は、「危険にさらされる利益が債権者の利益である場合、株主がその違反を承認できるとすることは、法論理的に理由がない」「会社が支払不能である場合には、会社の利益に債権者の利益が入り込む」として、会社が清算に至りそうなとき、「会社という媒体を通して取締役の管理下にあるのは、実際上の意味においては、株主の資産ではなく債権者の資産である」と述べる。

また、支払不能により清算した Z 社が清算の直前に同一グループ内の他の会社に対して行った資金移転が、取締役の誠実義務に反して行われた

(16) LIPTON, HERZBERG & WELSH, *supra* note 1, ¶ 15.10.

(17) *Darvall v North Sydney Bric & Tile Co Ltd* (1987) 6 ACLC 154.

(18) THE SENATE STANDING COMMITTEE ON LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, REPORT ON THE SOCIAL AND FIDUCIARY DUTIES AND OBLIGATIONS OF COMPANY DIRECTORS (1989) ¶ 6.3.

(19) (1986) 4 NSWLR 722.

ものであると主張された Walker v Wimborne⁽²⁰⁾ 事件（以下、「Walker 事件」という）において、オーストラリアにおける最上級裁判所であるオーストラリア高等裁判所（High Court of Australia）の Mason 判事は、「会社の取締役は、会社に対する自らの義務を履行する際に、その会社の株主とその会社の債権者の利益に注意しなければならないということが強調されるべきである。取締役が債権者の利益を考慮しないことは、債権者にとってだけでなく、会社にとっても不利な結果をもたらすであろう」と述べている⁽²¹⁾。

オーストラリアの判例法上、会社が支払不能であるか、支払不能が切迫している状況においては、取締役の誠実義務における「会社の利益」は、会社債権者の利益を含むものとされ、取締役は会社債権者の利益を考慮して行為しなければならないものと解されている⁽²²⁾。

IV 企業グループ構成会社の取締役の誠実義務

1 誠実義務における「会社の利益」と「企業グループ全体の利益」

子会社取締役の誠実義務に関して「会社の利益」の内容を考える上では、「企業グループ全体の利益」をもって「会社の利益」といえるか否かも問題となる。すなわち、子会社単体の利益ではなく企業グループ全体の利益のために行為した取締役は、誠実義務に違反するのかどうかという問題である。

この点については、オーストラリアにおいては、子会社取締役に限ら

(20) (1976) 137 CLR 1.

(21) *Id.* at 7.

(22) ROBERT P AUSTIN & IAN RANSAY, *FORD, AUSTIN AND RAMSAY'S PRINCIPLES OF CORPORATIONS LAW* ¶ 8.100 (16th ed, 2015). なお、会社が経済的困難に陥っている場合において、必ずしも常に債権者の利益が最優先となるわけではなく、各事案の状況によるものとする判例もある (*The Bell Group Ltd (in liq) v Westpac Banking Corporation* (No 9) (2008) 70 ACSR 1)。

ず、より広く、企業グループ構成会社の取締役の誠実義務に関する問題として、論じられてきた。上述の Walker 事件は、企業グループ全体で資金不足となっている状況において、企業グループ内での資金移転の目的で、同じ企業グループに属する A 社から借り入れた資金を、財務に窮するグループ内の B 社に対して融通した Z 社の取締役の誠実義務が問題となったものであったが、Mason 判事は、⁽²³⁾判旨の中で、以下のように述べている。「この取引からグループ全体として利益を得たという状況を強調すれば、それはそれぞれの会社が分離独立した法主体であり、他の会社に対して貸付けを行うべきかどうかを決定する際には自らの会社の利益のみを考慮することが取締役の義務であるという基本原理を曖昧にするおそれがある」。

このように、オーストラリアの判例法上、企業グループに属する会社であっても、誠実義務における「会社の利益」とは、あくまで会社単体の利益であり、グループ構成会社の取締役は、（グループ全体の利益のためにではなく）もっぱら自らの会社単体の利益のために行為しなければならないとされる。⁽²⁴⁾

オーストラリアの裁判所が、企業グループ全体の利益と会社単体の利益とを峻別する理由については学説上、以下のように理解されている。第一

(23) 事案の詳細は、以下のとおりである。債権の回収ができずグループ全体で資金不足に陥っていた状況のもと、企業グループ内での資金移転の目的で、同グループに属する Z 社が、自らの資産に担保権を設定した上でグループ内の A 社から借り入れた資金を、財務に窮するグループ内の B 社に対して融通したが、Z 社自身もこの融資の当時すでに支払不能に陥っており、しかも、Z 社から B 社への融資は、無利子・無担保で行われたばかりか、返済の明示的な約束もなかった。その後、Z 社は清算に入り、Z 社の清算人が、この B 社に対する融資の決定は、Z 社取締役の誠実義務違反を構成すると主張して、Z 社取締役に対して、損害賠償の請求をしたものである。なお、Z 社と B 社の間には直接の資本関係はなく、B 社が倒産を回避できるか否かは Z 社の利益には直接影響を及ぼすものではなかった。

(24) See, RP Austin, *Problems for Directors within Corporate Groups*, in MICHAEL GILLOOLY ed., *THE LAW RELATING TO CORPORATE GROUPS* 141 (1993).

に、企業グループ全体の利益をもって「会社の利益」とすることは、企業グループを単一の経済単位として扱い、グループを構成する個々の会社の法人格を無視するものであるため、「会社はその構成員から独立した法人格である」という独立法人格原理 (separate entity principle) に抵触すると考えられる。第二に、独立法人格原理は会社債権者についても妥当し、その債権の引き当てとなるのは当該会社の資産だけであることから、特にグループ構成会社の支払能力に問題があるようなケースにおいては、各会社の債権者の利益保護のために、直接的に、会社単体の利益となる行動をとることが要求される。第三に、グループ全体の利益と会社単体の利益とは常に一致するとは限らず、完全子会社である場合を除いては、少数株主の利益がグループ全体の利益の名のもとに犠牲にされることを防止するため、取締役が会社単体の利益のための行為を要求すべきである。⁽²⁵⁾

もっとも、たとえば、企業グループ内における下方への支援行為については、株式保有を通じた間接的な利益が会社単体の利益に含まれると解されるし、上方への支援行為や水平的な支援行為については、企業グループが健全に運営されることからたらされる利益（親会社が倒産に至らなかったこと等）が会社単体の利益に含まれる間接的利益として認められる余地⁽²⁶⁾はある。ただし、上述したように、会社が支払不能か、支払不能が切迫した状況においては、会社債権者の利益が「会社の利益」の内容に含まれるため、この場合には、取締役が会社の債務の引き当てとなる責任財産を減少させる行為を行うことは認められず、直接的に会社単体の利益となるような行為のみが許容されるものと解されよう。

(25) 詳細については、拙稿「グループ構成会社取締役によるグループ利益追求行為と取締役の義務——オーストラリア法を中心に——」早稲田大学大学院法研論集99号(2001年)29頁参照。

(26) 後述する Charterbridge Corporation Ltd v Lloyds Bank Ltd 事件においても、いわゆる「上方への」支援行為につき、上位会社が倒産を免れることから生じる長期的利益をもって「会社単体の利益」と認定している。

2 誠実義務違反の審査基準

取締役の誠実義務に関する一般的な議論として、当該義務が主観的義務であるか客観的義務であるかという議論がある。この点については、イギリスにおける誠実義務に関するリーディングケースである *Re Smith & Fawcett Ltd* 事件⁽²⁷⁾において、「取締役は、自らの裁量権を——裁判所が会社の利益であると考えるところにおいてではなく——自らが会社の利益であると考えるところにおいて誠実に行使しなければならない、いかなる付随的な目的のためにも行使してはならない」と判示されており、本質的には、主観的な義務であると解されている。

オーストラリアの判例上も、取締役が会社の利益にならないことを認識しつつ行為した場合には、誠実義務違反になる旨が判示され⁽²⁸⁾、誠実義務は主観的な義務であると解されている。しかし他方、「客観的観点からの諸般の状況を考慮して、会社の最善の利益に誠実に (*bona fide*)、かつ適切な目的のために行なったとの取締役の主張に疑念があり、信用できず、または受け入れられないものである場合、当該取締役は誠実義務違反となる⁽²⁹⁾」と判示するものもある。取締役の誠実義務は、基本的には主観的義務であるものの、客観的に見て会社の利益のための行為とは到底いえないケース（いかなる合理的な取締役も会社の最善の利益であるとは考えなかったであろう方法で行なった場合⁽³⁰⁾）については、取締役の誠実性は否定されるのであり、取締役が単に主観的に「会社の最善の利益のための行為」と信じてさえいれば、常に誠実義務違反に問われないというわけではない。

3 企業グループ構成会社の取締役の誠実義務違反の審査基準

取締役の誠実義務は本質的には主観的義務であり、かつ、子会社におい

(27) [1942] Ch 304.

(28) *ASIC v Maxwell* [2006] NSWSC 1052.

(29) *Bell Group Ltd (in liq) v Wetpac Banking Corp (No 9)* [2008] WASC 239.

(30) *ASIC v Adler* [2002] NSWSC 171.

でも誠実義務における「会社の利益」とは、あくまで子会社単体の利益を意味するという Walker 事件判決の立場によれば、子会社取締役は子会社単体の利益のみを考慮して経営判断を行わなければならない⁽³¹⁾、たとえば、子会社単体の利益を個別に十分検討することなく、もっぱら親会社の利益やグループ全体の利益を図る意図で行為した子会社取締役は、誠実義務違反の責任を免れ得ないように思われる。

しかし、子会社取締役は、ときに、企業グループを構成する会社の取締役として、親会社やグループ全体の利益のために行為することを求められ、また、親会社や企業グループ全体の利益のための行為は、取締役や企業グループ外の第三者の利益のための行為とは異なり、通常は、間接的に子会社単体の利益をもたらすものでもある。そのような現実に鑑みて、企業グループ構成会社の取締役の誠実義務について、当該取締役が、その主観において当該会社単体の利益のために行為したことを厳格に求めない判例がある。

イギリスの判例である Charterbridge Corporation Ltd v Lloyds Bank Ltd 事件⁽³²⁾（以下、「Charterbridge 事件」という）⁽³³⁾において、大法官部（Chancery Division）の Pennycuick 判事は、「企業グループにおいて、グループ利益を一切考慮すべきでないとするのは、やや非現実的である」と述べる。そして、企業グループに属する会社の取締役が、自らの会社単体の利益を特に考慮することなく、グループ全体の利益のために行為したケースにおける誠実義務違反の有無については、「当該会社の取締役の地

(31) *Walker*, 137 CLR at 7.

(32) [1970] Ch 62.

(33) 事案の概要は、以下のとおりである。事業の大部分を支配会社（A 社）に依拠している従属会社（B 社）は、A 社が主要取引銀行に対して負っている債務について、B 社の所有する不動産に抵当権を設定したが、当該抵当権の設定された土地を B 社から取得した C 社が、当該抵当権設定は B 社取締役の誠実義務違反に基づくものであり無効であると争った事案である。なお、B 社は、支払不能の状況にはなかった。

位におかれた知的で誠実な人間ならば、存在する全状況において、合理的に、その取引が会社の利益になると信じえたかどうか」との基準を用いるのが適切であると判示し、この基準に事実関係をあてはめ、取締役の誠実義務違反を否定した。この基準によれば、子会社取締役が子会社単体の利益を分離して綿密に検討していなくても、それだけではただちに会社に対する信認義務違反とはならず、客観的判断として、「当該会社の取締役の地位におかれた知的でかつ誠実な人間」であれば、同一状況において、当該行為が会社の利益となるとは考えないであろう場合にのみ信認義務違反となる。Charterbridge 事件判決において示された誠実義務違反に関する客観的審査基準は、オーストラリアにおいても、州裁判所レベルでは、企業グループに属する会社の取締役の誠実義務に関する多くの裁判例において採用されている⁽³⁴⁾。

他方で、このような客観的審査基準の採用に疑問を呈する見解もある。たとえば、Equiticorp Finance Ltd (in liq) v Bank of New Zealand 事件⁽³⁵⁾（以下、「Equiticorp 事件」という）において、ニューサウスウェールズ州控訴裁判所の Clarke 判事と Cripps 判事は、「取締役はその権限を、何らかの付随的目的のためではなく、自らが会社の利益であると考えているところにおいて、誠実に行使するよう義務付けられている。取締役がそのように行為したか否かは事実の問題である」とし、これまで裁判所が取締役の主観的判断を尊重する立場をとっていることからすると、知的で誠実な人間ならどのように行為したかという客観的審査基準を採用することは困難であるとの趣旨を述べている。そして、「取締役が当該会社の利益を考えなかった場合には、取締役は誠実義務違反を認定されるが、当該取引が客観的に、当該会社の利益になると見られるならば、義務違反にはならない」と

(34) Mernda Developments Pty Ltd (in liq) v Alamanda Property Investments No 2 Pty Ltd (2011) 86 ACSR 277 ; Spedley Securities Ltd v Greater Pacific Investments Pty Ltd (in liq) (1992) 7 ACSR 155 ; Linton v Telnet Pty Ltd (1990) 30 ACSR 465.

(35) (1993) 11 ACLC 952.

というのが望ましい考え方であるとした。⁽³⁶⁾

4 考察

子会社取締役が、子会社単体の利益について、グループ全体の利益と分離して別個に検討しなかった場合に、取締役の誠実義務違反となるか否かという問題については、企業グループの実態に配慮して、そのような場合であっても、ただちには義務違反とはならないとする見解（Charterbridge 事件判決およびこれを支持するオーストラリアにおける判例）と、誠実義務が主観的義務である以上、原則として義務違反となるとする見解（Equiticorp 事件判決における Clarke 判事と Cripps 判事の見解）とがある。

これらの見解は、たしかに原則として取締役の義務違反となるか否かという出発点においては違いがある。しかし、Equiticorp 事件判決における Clarke 判事および Cripps 判事も、「当該取引が客観的に会社の利益となるとみられる場合」には例外的に誠実義務違反とならない旨を述べていることから、結論においてはそれほど大きく異ならないと考えられる。両審査基準の違いは、Charterbridge 事件判決の審査基準は「合理的な取締役が子会社単体の利益のために同様に判断したかどうか」を審査するものであるのに対し、Equiticorp 事件判決における例外は「行為自体が、客観的に子会社単体の利益となるか否か」の審査を行う点にあると解されるが、前者の立場によっても、誠実義務に関する一般論として、客観的にみて、到底、子会社単体の利益が存在するとは考えられないような行為（いかなる合理的な取締役も「会社の最善の利益」とは考えない行為）については、取締役は誠実義務違反を免れないことになりうし、また後者の立場によっても、客観的に「子会社単体の利益」となりうる行為であれば、例外的に、

(36) *Id.* at 1018-1019. もっとも、第 1 審において Charterbridge 事件における客観的審査基準が適用され、両当事者とも同基準が控訴審においても採用されるべきとの主張をしていたため、結局は、控訴審においても Charterbridge 事件における客観的審査基準が適用されている。同様の立場を示すものとして、ほかに、Westpac Banking Corp v The Bell Group Ltd (No.3) (2012) 89 ACSR 1.

取締役の義務違反を構成しないことになる。結局のところ、いずれの立場によっても、企業グループにおいては、子会社取締役がその主観において「企業グループ全体の利益」のために行為していた場合であっても、その行為が客観的に「子会社単体の利益」に合致する行為であったと評価しうる場合には、取締役の義務違反を構成しないということがいえそうである。

Equiticorp 事件判決は、オーストラリアにおいて、取締役が、従来よりも企業グループ全体を見た判断を行えるようにする可能性を拓いた判決であると評価されており、⁽³⁷⁾オーストラリアの州裁判所が、子会社取締役は子会社単体の利益のみを考慮して経営判断を行わなければならないとした Walker 事件判決と異なる客観的アプローチを採用する傾向を示していることについては、学説上も一般的に支持されている。なお、企業グループが全体として支払不能状況にある場合、つまりグループを構成する会社のいくつかを支払不能である場合には、グループ利益追求行為による子会社単体の利益を立証するのは困難であろうことが指摘されており、⁽³⁸⁾そのようなケースにおいては、グループ全体の利益を図るために子会社の責任財産を減少させるような行為を行った子会社取締役は、いずれの立場によっても誠実義務違反となるであろう。

V 「被指名取締役 (nominee director)」の誠実義務

1 総説

コモンウェルス諸国の実務においては、「ある者またはある集団の利益を代表するであろうとの理解のもとに会社の取締役として選任された者」

(37) Kaylene Cross and Jon Webster, *Issues Facing Directors in Corporate Groups*, (1997) 25 AUSTRALIAN BUSINESS LAW REVIEW 436, 439.

(38) See, e.g., *Northside Developments Proprietary Ltd v Registrar-General* (1990) 170 CLR 146.

を、一般に、「被指名取締役 (nominee director)」と呼んできた。⁽³⁹⁾そして、子会社取締役のうち、親会社により派遣された取締役の誠実義務については、オーストラリア判例上、この「被指名取締役」の誠実義務の問題としても議論されてきた。⁽⁴⁰⁾親会社により派遣された取締役は、親会社の利益を代表することを期待して子会社取締役として選任されていることから、親会社からの指示に反する経営判断を行うことがより難しい立場にある。

オーストラリアにおいては、被指名取締役が、もっぱら指名者の利益のために行為しているとして被指名取締役の誠実義務違反が問題とされたいくつかの判例を通じて、被指名取締役の誠実義務に関する議論がなされており、示唆に富む。以下、オーストラリアにおける被指名取締役の誠実義務についてみていくこととする。

2 被指名取締役 (nominee director) の意義

オーストラリア会社法 (Corporations Act 2001) も、わが国の会社法と同様、取締役は株主総会決議により選任しうる旨を規定する (201G 条) が、定款自治が広範に認められるオーストラリア会社法は、取締役の選任に関する 201G 条を、定款に取締役の選任方法に関する規定が置かれていない場合、あるいは、そもそも会社が定款を有していない場合に適用される任意規定 (replaceable rules) として定めており、⁽⁴¹⁾会社が取締役の選任方法に関する定款規定を設けている場合、基本的には、その定款規定は有効と認められる。実務上は、取締役は、取締役会または株主総会の普通決議

(39) Paul Redmond, *Nominee Directors*, (1987) 10 UNSW LAW JOURNAL 194, 194.

(40) コモンウェルス諸国における被指名取締役をめぐる諸問題について横断的に考察するものとして、根本伸一「被指名取締役 (nominee director) をめぐる法律問題——英連邦圏における議論を中心に——」丸山秀平ほか編『企業法学の論理と体系 (永井和之先生古稀記念論文集)』(中央経済社、2016年) 699頁。

(41) オーストラリア会社法上、非公開会社および非上場の公開会社には定款 (constitution) 作成義務がなく、定款を有していない会社のガバナンスについては、オーストラリア会社法の “replaceable rules” が適用される。

により選任される旨の規定が置かれることが多いようであるが⁽⁴²⁾、定款の規定により、取締役の選任権を特定の者に与える旨を定めることも可能であると解されている。取締役の選任権を特定の者に付与する定款規定は、オーストラリアのみならず、イギリス会社法を継受する国においては、実務上、よくみられるものであり、このような定款規定に基づき選任された取締役は、一般に、当該選任権者を指名者とする被指名取締役であると理解されている。

ただ、この被指名取締役という概念は、法律上の概念ではなく、したがって、確立された定義があるわけではない。オーストラリアの「会社および証券法検討委員会（Companies and Securities Law Review Committee、以下「CSLRC」という）」は、後述する「会社および証券関係閣僚会議（Ministerial Council for Companies and Securities）」に対する報告書の中で、被指名取締役の信認義務について検討するにあたり、被指名取締役を、「その選任方法にかかわらず、取締役として、全体としての会社ではない、ある者またはある団体に対する義務または忠誠に関する相互的期待を創造するような何らかの合意（agreement）または取決め（arrangement）にしたがって行為することが期待されている者」と定義するが⁽⁴³⁾、ここにいう「何らかの合意または取決め」には、取締役の選任権に関する定款の定めのほか、被指名者が特定の利益を取締役会で代表するであろうという暗黙の取決めあるいは単なる期待も含まれると解されている⁽⁴⁴⁾。このように、被指名取締役とは、定款による選任権に基づき選任された取締役に限らず、より広く、特定の利益を代表することを期待された取締役をさす概念として用いられている。被指名取締役の選任者としては、親会社のほか、会社の主要融資者、合弁会社における各参加企業、あるいはこれよりは一般的

(42) 加納寛之『オーストラリア会社法概説（第2版）』（2019年、信山社）45頁。

(43) COMPANIES AND SECURITIES LAW REVIEW COMMITTEE, NOMINEE DIRECTORS AND ALTERNATE DIRECTORS (REPORT No.8) ¶3 (1989).

(44) Redmond, *supra* note 39, at 195.

ではないが、会社の従業員団体などがあり得るとされる⁽⁴⁵⁾。

3 被指名取締役の誠実義務に関する裁判例

① Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v Meyer 事件

オーストラリアにおける被指名取締役の誠実義務に関する議論においては、まず、その出発点として、イギリスの貴族院（House of Lords）判決である Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd v Meyer 事件⁽⁴⁶⁾（以下、「Scottish 事件」という）が参照される。

【事案】

Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd（以下、「S 協同組合」という。）は当時統制に服していたレーヨン布地を製造するため、その営業免許を有する M および L との合弁会社として、従属会社（以下、「A 社」という）を設立した。A 社の定款規定に従って、S 協同組合は 5 人の取締役のうち 3 人を A 社の取締役に指名した。この 3 人は S 協同組合の取締役の中から選ばれた。A 社の株主は S 協同組合と M および L のみであり、S 協同組合が 4000 株、M と L が合わせて 3900 株を保有していた。S 協同組合がレーヨンの原糸を製造し、それを A 社に売り渡し、A 社がレーヨン布地を織って販売していた。事業は成功し、株式の価格が上がったにもかかわらず、S 協同組合は M と L に対して、その持株を額面で S 協同組合に譲渡することで持株数の調整を図るよう申し出たが、M と L はこれを拒絶した。その後、レーヨンに関する統制が廃止されると、S 協同組合は、A 社にレーヨン原糸を供給せず、A 社と競合するレーヨン事業を創設することで、A 社を衰退させる方針を採った。その際に、S 協同組合が指名した 3 人の取締役は積極的な行動をとらないことでこれを手助けした。そこで、M と L は、会社の業務が抑圧的な方法で行われていると

(45) *Id.* at 195.

(46) [1959] AC 324.

して、1948年会社法210条に基づく救済命令（⁽⁴⁷⁾oppression remedy）を裁判所に求めた。

貴族院は全員一致で、S 協同組合は、その被指名取締役を通じて、一部の株主を抑圧するような方法で A 社の業務を行ったと判示した。会社の業務が抑圧的な方法で行われていたかどうかを検討する中で、Denning 卿は被指名取締役の地位について次のような見解を示している。まず、「関連する全ての者の利益が調和する限り、何ら問題はなかった」として、被指名取締役の存在自体は肯定する。しかし、指名者である S 協同組合の利益と A 社の利益とが衝突する本件の状況に関して、「彼らは少なくとも、S 協同組合の行動に反対して、A 社の利益を守ることを何ら行わなかったという意味において、S 協同組合に対する自らの義務を、A 社に対する自らの義務に優先させた。彼らはおそらく S 協同組合の『被指名者として』自らの第一の義務は S 協同組合に対するものであると考えたのであろう。この点において彼らは誤っていた。A 社の利益を S 協同組合の利益の下位に置くことによって、彼らは、S 協同組合以外の株主に対し抑圧的な方法で、A 社の業務を行った」と述べた。⁽⁴⁸⁾

被指名取締役は、自らを指名した者の利益と会社の利益とが相反する場合、常に会社の利益を優先させなければならないとする Scottish 事件判決の立場は、オーストラリアにおいても、Bennetts v Board of Fire Commissioners of New South Wales ⁽⁴⁹⁾事件において採用されている。

② Re Broadcasting Station 2 GB Pty Ltd 事件

他方、オーストラリアの判例には、被指名取締役が自らの選任者の利益

(47) イギリス会社法における oppression remedy については、酒巻ほか編・前掲注(11) 232頁 [川島いづみ] 参照。

(48) *Scottish Co-operative Wholesale Society*, [1959] AC 324 at 366-367.

(49) (1967) 87 WN (Pt 1) (NSW) 307.

のために行為した場合であっても、その者が、自らの選任者の利益を促進することが、会社の最善の利益に合致すると誠実に信じて行為したのであれば誠実義務違反とはならないとするものがある。Re Broadcasting Station 2 GB Pty Ltd 事件⁽⁵⁰⁾（以下、「2 GB 事件」という）である。

【事案】

Broadcasting Station 2 GB Ltd（以下、「2 GB 社」という）の株式は、45%については Broadcasting Associates（以下、「B 社」）が、14%については Fairfax companies（以下、「F グループ」）が、残りは分散して少数株主が保有していた。2 GB 社の定款には、F グループが 1 名の被指名取締役を選任する旨の定めが置かれ、その他の被指名取締役の選任については何ら定められていなかったが、2 GB 社のその他 6 名の取締役のうち、4 名は B 社により指名された者であった。

その後、F グループは B 社の支配権を取得し、2 GB 社の取締役会における B 社からの 4 名の被指名取締役に対し、辞任するよう指示した。しかし、そのうち 2 GB 社の株主でもある 2 名がこれを拒んだため、2 GB 社の新たな支配株主となった F グループは 2 GB 社の取締役会に 2 名、追加して取締役を選任した。この選任は定款における指名権の行使としてなされたものではないが、選任された 2 名の取締役は F グループの被指名取締役であったと認定されている。

本件は、2 GB 社の株主でもある辞任を拒んだ 2 名の取締役が、① 2 GB 社の取締役会においてとられたさまざまな措置は、全体としての会社の利益を考慮することなく、多数派の目的達成のためになされたものである、そして② 多数派は、自分たち少数派から会社に関する情報を奪い、会社業務に影響力を持たせないようにしたとして、抑圧的行為（oppression）に当たると主張したものである。

(50) [1964-5] NSW 1648.

この事案において、ニューサウスウェールズ州最高裁判所の Jacobs 判事は、「被指名取締役は、自らの行為が会社の最善の利益でないと考えたとしても、そのように行為したであろうと推認され得るのでない限り、非難されるべきではないと考える」とし、「新たに選任された取締役らは、F グループの利益を図るという要望に対して、綿密な個人的分析を行うことなしに従う地位を受け入れていたであろうし、私はそれを事実として認めたいが、……しかし、彼らが F グループの利益が全体としての会社の利益と一致するとの誠実な確信を欠いていたという証拠は、何ら見当たらない。……私は、各取締役に、会社における各問題について完全に開かれた心で対応させることを要求するのは、会社組織における現実を無視することであると思う。また、そのような要求は、實際上、被指名取締役あるいは利益代表取締役 (representative director) に不可能を強いることになる」と述べ、F グループによって選任された被指名取締役は、自らの指名者である F グループの利益が全体としての会社の利益と一致すると誠実に信じていたと認定して、抑圧的行為に当たるとの主張を斥けた。⁽⁵¹⁾

③ Levin v Clark 事件

企業グループに関する事例ではないが、オーストラリアにおける被指名取締役の誠実義務に関する判例には、誠実義務における「会社の利益」の内容は株主間の合意により修正されうることを判示するものがある。⁽⁵²⁾ Levin v Clark 事件である。

【事案】

原告 L は Argus Investment Pty Ltd (以下、「A 社」) の支配株式を譲り受けるにあたり、株式取得代金の支払を担保するため、支配株式の譲渡人のために当該株式に譲渡担保権を設定した。A 社の定款には、C と R を

(51) *Id.* at 1663.

(52) [1962] NSW 686.

支配取締役 (governing director) として選任し、これらの者に他の取締役の選任権をはじめとするさまざまな権限を付与する定めがあった。⁽⁵³⁾ C と R は支配株式の譲渡後も取締役会に留まったが、株式売買時における合意条項に従い A 社の定款が修正され、C と R は、L が債務不履行に陥らない限り、定款により定められた支配取締役としての権限を行使しない旨の条項が追加された。⁽⁵⁴⁾ その後、L は債務不履行に陥り、C と R はその支配取締役としての権限を行使しようとしたが、L はいくつかの理由に基づき、C と R による権限行使の差止めを求めた。その理由の 1 つとして、C と R が「全体としての会社の利益」ではなく担保権者の利益のために行為し、取締役としての信認義務に違反していると主張された。

ニューサウスウェールズ州最高裁判所の Jacobs 判事は次のように述べて、この主張を斥けた。⁽⁵⁵⁾ 「C と R は、その取締役としての権限行使を再開したとき、第一に担保権者の利益のために行為したと考える。しかしながら、そのように行為することは彼らに許容されていたと考える。もちろん、取締役は会社の利益のために行為しなければならないということは、一般原則として正当である。……しかしながら、それぞれの事例において、会社の利益とは何かということは問題として残されている。取締役が、会社外の利益——担保権者あるいは特定の株主、その他の取引者の利益——を代表するために取締役会に選任されるということは稀なことではない。取締役会に、これら他の利益を代表し、またそのような第三者の利益においてのみ行為しようとし、またそのような方法で、全体としての会社の利益のために行為すると正当にみなされ得る者が存在するということが、会社の利益といえるであろう。第三者の利益を代表する目的で特に選

(53) *Id.* at 690 (Article 81 (3) (4) (7) of the articles of association). A 社設立当初は A 社の出資者である A と O を支配取締役とする条項であったが、後に C と R を支配取締役とする条項に修正されている。

(54) *Id.* at 692 (Article 81 (10) of the articles of association)

(55) *Id.* at 700.

任された取締役は、適法にはその第三者の利益のためにのみ行為することができないと論じることが、取締役の信認義務を支配する広範な原理を、信認義務の幅が株主間の同意によって縮減されている特定の状況に適用するものであるように思われる。」

4 考 察

Scottish 事件判決は、被指名取締役は、自らの指名者の利益と会社の利益とが衝突する場面においては、指名者の利益よりも会社の利益を優先させなければならない、これに反すれば誠実義務違反になるとする。2 GB 事件判決は、被指名取締役は、会社の最善の利益となるか否かについて綿密に分析することなく、指名者の利益のために行為した場合であっても、指名者の利益が会社の利益と一致すると誠実に信じていたのであれば、誠実義務違反にはならないとする（ただし、ここでも、単に被指名取締役の主観において、指名者の利益と会社の利益とが一致すると信じてさえいれば常に誠実義務違反に問われないというわけではなく、その確信が全体として不合理ではないことが要求されるものと解されよう⁽⁵⁶⁾）。

これらの判決については、学説上、Scottish 事件判決は、被指名取締役の誠実義務について厳格な立場をとるものであるのに対して、2 GB 事件判決はこれを緩和する立場をとるものであると評価されている⁽⁵⁷⁾。もっとも、Scottish 事件は、被指名取締役が、指名者の利益を図るために、会社にとって明らかに不利益な行為を受け入れたケースであったのに対し、2 GB 事件は、単に被指名取締役が、会社の利益について検討することなく、指名者の利益と会社の利益とは一致していると考えて指名者の利益のために行為していたにすぎないケースであった点に違いがある。2 GB 判

(56) See, Philip D. Crutchfield, *Nominee Directors: The Law and Commercial Reality*, (1992) 20 AUSTRALIAN BUSINESS LAW REVIEW 109, 114.

(57) RP Austin, *Representatives and Fiduciary Responsibilities—Notes on Nominee Directorships and Life Arrangements*, (1995) 7 BOND LR 19, 27.

決の立場によっても、被指名取締役が、会社の不利益となることを認識しつつ、あえて、指名者の利益のために行為した場合には、誠実義務違反となるのであって、その意味では両判決の立場は相対立するものではないように思われる。Scottish 事件判決が、被指名取締役も、会社に対して通常の取締役と何ら異ならない同一の義務を負うことを前提とするものであるとするならば、同判決は「会社の利益」を綿密に検討することなく、指名者の利益は会社の利益と一致していると信じて指名者の要望に従うことまで許容するものではないと考えられ、この点において、2 GB 事件判決は、被指名取締役の誠実義務を緩和するものであると評価できよう。

Levin 事件は、誠実義務における「会社の利益」の内容は、定款規定や株主による合意によって修正されうることを認めた判例であると理解されている。⁽⁵⁸⁾つまり、取締役の誠実義務における「会社の利益」とは、「株主の利益」を意味することを前提として、その株主が被指名取締役に、指名者の利益のために行為することを許容する場合、誠実義務における「会社の利益」の内容は、株主によって「指名者の利益」を含むものと修正されていると解するわけである。

なお、2 GB 事件判決と Levin 事件判決とは、いずれもニューサウスウェールズ最高裁判所の Jacobs 判事によって判示されたものであるが、Jacobs 判事は、2 GB 事件における 2 名の取締役を被指名取締役と認定しながら、Levin 事件判決で示した上記の見解を採用していない。その理由については、判決文上、明らかにはされていないが、推察するに、2 GB 事件における 2 名の被指名取締役は定款上の指名権に基づき選任されたものではなく、また、2 GB 社の株主は F グループのみではなかったこと、つまり、F グループの指名権は、定款規定や全株主による合意により裏付けられたものではなかったことが影響しているのではないかと思われる。もっとも、Levin 事件における A 社の定款規定も株式売買時の合

(58) Elizabeth Boros, *The Duties of Nominee and Multiple Directors*, (1989) 10-11 THE COMPANY LAWYER 211, 214 ; Crutchfield, *supra* note 56, at 116.

意条項も、C と R が担保権者の利益のために行為することを明示的に許容するものではなく、⁽⁵⁹⁾ 実務上は、できる限り、定款に明示的に、被指名取締役が特定の株主の利益を代表することができる旨を定めておくことが望ましいとの指摘がなされている。⁽⁶⁰⁾

VI オーストラリア会社法における立法化

1 Companies and Securities Law Review Committee (CSLRC) による報告書

CSLRC は、「会社および証券関係閣僚会議 (Ministerial Council for Companies and Securities)」からの諮問を受け、1987年12月に、被指名取締役と代理取締役 (alternate director) の誠実義務に関する議論を行うための⁽⁶¹⁾ ディスカッションペーパーを公表し、その後、1989年3月に、報告書「被指名取締役と代理取締役 (Nominee Directors and Alternate Directors)」を⁽⁶²⁾ まとめた。⁽⁶³⁾ CSLRC は、この報告書において、(a) 株主全員が、そのような特定の権限行使または職務遂行について、共同してもしくは個々に、十分な情報に基づく事前の承認を与えている場合、(b) 取締役に対し特定の権限行使または職務遂行において一部の株主の利益を考慮することを認め

(59) 「会社の利益」の内容は、定款規定や株主間の合意によって修正されうるとの立場は、その後、ニュージーランドの判例である *Berlei Hestia (NZ) Ltd v Fernyhough* [1980] 2 NZLR 150 (合弁会社の事例) においても採用されているが、ここでも、各出資者が同数の取締役を選任できる旨の定款規定があるものの、それらの取締役に適用される義務を明確に修正する条項は存在していなかった。

(60) そのような定款規定の具体的モデルを示すものとして、Crutchfield, *supra* note 56, at 119.

(61) 取締役が何からの理由により取締役としての職務を遂行することが困難な場合に、一定の期間、取締役に代わってその職務を遂行する者をいう (加納・前掲注 (42) 55頁参照)。

(62) COMPANIES AND SECURITIES LAW REVIEW COMMITTEE, NOMINEE DIRECTORS AND ALTERNATE DIRECTORS (DISCUSSION PAPER No.7) (1987).

(63) COMPANIES AND SECURITIES LAW REVIEW COMMITTEE, *supra* note 43.

る株主全員が当事者となった合意 (agreement) もしくは取決め (arrangement) に従って当該会社が経営されている場合、または (c) 当該会社が完全子会社であって、その取締役が支配会社の利益を考慮した場合には、取締役の行為もしくは不作為の主たる動機が、全体としての会社の利益ではなく特定の者の利益の確保・促進にあったとしても、そのことのみでは取締役の義務違反を構成しない旨を明文化すべきであるとの提言を行⁽⁶⁴⁾っている。ただし、そのような立法は、会社が支払能力を有するときに取締役が行った判断に限定されるべきであるとする⁽⁶⁵⁾。

2 Corporate Law Economic Reform Program Act 1999

上記 CSLRC の提言は採用には至らな⁽⁶⁶⁾かったが、その後、1999年会社法経済改革計画法 (Corporate Law Economic Reform Program Act 1999) において、1989年会社法 (Corporations Law 1989) が定めていた取締役の義務に関する諸規定を新たな規定に置き換えるにあたり、完全子会社の取締役の誠実義務について、特別の規定が創設された。

同法は、まず、181条において、取締役の私法上の義務 (civil obligation) として、「取締役は、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) 適正な目的 (proper purpose) のために、その権限を行使し義務を履行しなければならない」として、(a) 取締役の誠実義務と (b) 適正な目的のために行為する義務⁽⁶⁷⁾について定める。その上で、

(64) *Id.* ¶ 65.

(65) *Id.* ¶ 64.

(66) AUSTIN & RASMAY, *supra* note 22, at 630.

(67) 取締役の制定法上の義務として、ほかに、注意・勤勉 (care and diligence) 義務 (180条 1 項)、地位の利用 (use of position) に関する義務 (182条)、情報の利用 (use of information) に関する義務 (183条) が定められている。

これら制定法上の義務に違反した取締役は、民事制裁 (civil penalty) の対象となるとともに (1317E 条 (1) (a))、違反によって会社が被った損害について賠償命令が発せられる (1317H 条 (1))。181条・182条・183条違反については、加重的要件を満たす場合、刑事罰の対象となる (184条)。

187条に次の規定を新設した。

「完全子会社の取締役は (a) 子会社の定款によって、親会社の最善の利益のために行為することが明示的に授權されており、(b) 実際に親会社の最善の利益のために行為しており、かつ、(c) 行為時に、子会社が支払不能状態ではなく、またその行為によって支払不能に陥らない場合には、子会社の最善の利益のために行為していたものとされる。⁽⁶⁸⁾」

オーストラリアにおいて、制定法は常に判例法に対して、法の適用においては優先的効力を有していることから⁽⁶⁹⁾、上記規定の要件を満たす場合には、完全子会社取締役が、もっぱら完全親会社の利益のために行為したとしても、当該取締役は誠実義務違反に問われないことが明確に示された。この規定は、オーストラリアにおける現行会社法である2001年会社法(Corporations Act 2001) 187条に引き継がれている。

(68) ニュージーランドにおいては、オーストラリア会社法より前に、被指名取締役の誠実義務を緩和する立法が行われている。ニュージーランド1993年会社法(Companies Act 1993) 131条は、次のように規定する。

(1) 本条のもと、取締役は、その権限を行使または義務を履行するにあたり、誠実に、かつ当該取締役が会社の最善の利益であると信じるところにおいて行為しなければならない。

(2) 完全子会社である会社の取締役は、取締役としての権限を行使し、あるいは義務を履行するにあたり、会社の定款によってそうすることが明示的に許容されている場合には、それが当該会社の最善の利益ではなくても、その者が当該会社の親会社の最善の利益であると信じる方法で行為することができる。

(3) (完全子会社でない) 子会社の取締役は、取締役としての権限を行使しあるいは義務を履行する際に、会社の定款によってそうすることが明示的に許容されており、かつ(親会社を除く)株主の事前の同意がある場合には、それが当該会社の最善の利益ではなくても、その者が当該会社の親会社の最善の利益であると信じる方法で行為することができる。

(4) 株主間の合弁会社の取締役は、合弁会社における取締役としての権限を行使し、または義務を履行するにあたり、会社の定款にそうすることが明示的に許容されている場合には、それが当該会社の最善の利益ではなくても、その者が当該株主の最善の利益であると信じる方法で行為することができる。

(69) 酒巻ほか・前掲注(11) 18頁 [酒巻]。

3 残された課題

オーストラリア会社法187条は、上記の CSLRC の報告書における被指名取締役の義務に関する提言のうち、「(c) 当該会社が完全子会社であって、その取締役が支配会社の利益を考慮した場合」についてのみ立法化したものであり、被指名取締役の誠実義務は、株主の同意によって緩和されうるとの Levin 事件判決に見られる考え方が全面的に立法化されたわけではない。IVにおいて見てきたように、オーストラリアの判例法上、子会社取締役が親会社の利益やグループ全体の利益を主たる目的とする行為を行えば、それが客観的に子会社単体の利益と合致するといえない限り誠実義務違反に問われることになるし、また、会社法187条は少数株主の存在する子会社の取締役については、親会社の利益のために行為することを認めていない。その意味で、子会社取締役のジレンマはなお残る。

実際、上記立法後に出された、CSLRC の後身である「会社および証券助言委員会 (Companies and Securities Advisory Committee)」による報告書「Corporate Groups (Final Report) (2000)」では、「現行のオーストラリア会社法上、グループ構成会社の取締役が各会社に対する誠実義務を履行しつつグループ全体の利益を考慮する経済上の必要性を満たすことは困難である。グループ全体の見地から経済的にみて妥当とされるグループ内貸付・グループ内保証等は必ずしも会社単体の利益と一致するとは限らない」「取締役に対して、グループ全体の利益をも考慮しうるようなより大きな柔軟性を提供するようなかたちで法改正がなされるべきである」として、適切な利益調整を実現するための法改正について検討されている⁽⁷⁰⁾。しかし同時に、同報告書は、「その際には各会社の債権者や少数派株主がグループ内貸付等から不当な損害を被らないよう保障することが必要である」と述べており⁽⁷¹⁾、立法にあたり、各会社の債権者保護および少数株主保

(70) COMPANIES AND SECURITIES ADVISORY COMMITTEE, CORPORATE GROUPS (FINAL REPORT) ¶¶ 2.27-2.29 (2000).

(71) *Id.* ¶ 2.28.

護が重要な課題であることが認識されている。特に、取締役が当該会社単体の利益のために行為せず、当該会社を企業グループの一部として扱えば、少数株主の利益を害することになりうるとの考えは、オーストラリアにおいて現在も根強⁽⁷²⁾く、少数株主の存在する子会社の取締役に、親会社やグループ全体の利益のために行為することを一般的に許容することの難しさを示している。

VII 結びにかえて——日本法への示唆

わが国においては、伝統的に、子会社取締役は子会社単体の利益のために行為しなければならないとする解釈がとられてきたが、基本的にわが国と同様の立場に立つオーストラリア会社法が、企業グループにおける実態と法の間乖離があるとし、子会社取締役の誠実義務に関して、法と現実との整合を試みてきたことは、わが国においてもひとつの方向性として注目に値する。

まず、子会社取締役が、もっぱら企業グループ全体の利益のために行為することについては、オーストラリアの判例法上も、わが国と同様、子会社取締役の義務違反となるものとされており、ただ、当該会社の取締役の地位におかれた知的で誠実な人間が、合理的に、その取引が子会社単体の利益になると信じえた場合、あるいは、グループ全体の利益のための行為が客観的に子会社単体の利益となるものであった場合に誠実義務違反が否定される旨を示すにとどまる。子会社も親会社とは別個の独立した法主体であるとする法制度のもと、子会社取締役に、子会社単体の利益から切り離された、子会社以外の利益を追求することを許容する解釈を行うことは、やはり難しいと考えられる。これに対して、被指名取締役である子会社取締役については、誠実義務における「会社の利益」の内容は、株主の

(72) LIPTON, HERZBERG & WELSH, *supra* note 1, ¶ 15.100.

合意によって指名者の利益を含むものと修正されうるとする判例を背景に、一定の要件の下、完全子会社取締役の誠実義務を緩和するオーストラリア会社法187条が定められた。こうした立法は、子会社取締役のジレンマを一定程度解消し、円滑なグループ経営の促進に資するものであると思われる。

ただし、子会社取締役の誠実義務を緩和し、当該取締役を指名した親会社の利益のために行為することを許容する立法を行う場合、当該子会社単体の利益が別個に十分検討されないことにより、子会社債権者や子会社少数株主に不利益を及ぼす可能性がある点には注意が必要である。この点、オーストラリア会社法をみても、まず子会社債権者の保護に関しては、そもそも取締役の誠実義務に関する判例法が、「会社の利益」の解釈として、会社が支払不能または支払不能が切迫している状況においては、「債権者の利益」が含まれるとしていることを反映して、子会社取締役の誠実義務の緩和は、子会社の支払能力に問題がない場合に限って認められることとされている。わが国においても、子会社取締役が親会社の利益のために行為できるものとする立法を行うのであれば、子会社債権者の利益保護の観点から、同様の要件を設けることが検討されるべきであろう。加えて、オーストラリア会社法は、187条の規定を新設した時点において、すでに、子会社債権者の保護の制度として、子会社が支払不能により清算する場合に、一定の要件のもと、親会社が当該子会社の一定の債務について補償責任を負うものとする制度を有しており⁽⁷³⁾ (588V~588X 条)、また、

(73) この制度は1992年会社法改正法 (Corporate Law Reform Act 1992) により新設され、現行の2001年会社法に引き継がれている。内容は以下のとおりである。まず、588V 条は、(a) 清算会社の債務負担時の親会社 (corporation) であること、(b) 債務負担当時、清算会社が支払不能であり、またはその債務を負うことで支払不能となること、(c) 債務負担当時、会社が支払不能であること、または支払不能となるであろうことを疑う合理的根拠が存在すること、(d) (i) 親会社あるいは親会社の取締役が債務負担当時、そのように疑う根拠が存在することを認識しており、または (ii) 清算会社業務に対する親会社の支配の性質と程度、その他諸般の事情に照らして、親会社または親会社取締役がそのように認識すべきことを期待

従属会社の取締役が支配会社の指揮・指図に従って行為するのが通例であった場合に、支配会社が従属会社の「影の取締役 (shadow director)」として従属会社の一定の債務について補償責任を負うことを認めた判例も存在していたことも指摘しておく必要がある⁽⁷⁴⁾。子会社債権者に対する親会社の責任に関する立法上の手当てや十分な判例の集積のないわが国において、オーストラリア会社法187条のようなかたちでの子会社債権者保護の

するのが相当であること（588V条1項）という要件を満たす場合に、588V条違反となるとする。

そのうえで、588W条は、(a) 588V条に違反した場合において、(b) 債務を負担した相手方が会社の支払不能のゆえにその債務に関して損害を被り、(c) 損害発生時点でその債務の全部または一部が無担保であり、かつ (d) 会社が清算されている場合、清算会社の清算人は、親会社から損害に相当する額を清算会社に支払うべき債務として回復することができるとする（588W条1項）。なお、588W条の手続は清算開始から6年以内に開始されなければならない（同条2項）。

他方、親会社には以下の抗弁が認められる。①子会社が債務を負担した時点で、親会社および支払不能を疑う合理的根拠を認識する各取締役が、子会社は債務負担当時、支払能力を有しており、かつその債務と当時負担していた他の債務を負担したとしても支払能力を有し続けると期待する合理的根拠を有し、かつ実際に期待していたこと（588X条2項）、②債務が負担された時点で、親会社および支払不能を疑う合理的根拠を認識している各取締役が、有能で信頼できる者が子会社に支払能力があるかどうかについて親会社に十分な情報を与えることに責任を負っており、その者がその責任を果たしていると信じる合理的根拠を有していた場合で、かつその者により親会社に与えられた情報に基づいて、子会社は債務負担当時支払能力を有し、またその債務および当時負担していた他の債務を負担したとしても支払能力を有し続けると期待していたこと（同条3項）、③親会社が、子会社が債務負担するのを回避するためあらゆる合理的措置を取ったこと（同条5項）である。また、④支払不能を疑う合理的根拠を認識する特定の取締役が病気その他の合理的理由のゆえに子会社が債務負担した当時親企業の経営に参加していなかった場合には、当該取締役が子会社の支払不能を認識していたという事実は無視されなければならない（同条4項）。

(74) Standard Chartered Bank of Australia Ltd v Antico (1995) 38 NSWLR 290. 詳しくは、拙稿「オーストラリアにおける子会社債務に対する親会社の責任（二・完）—子会社支払不能の場合を中心に—」早稲田大学法研論集96号77頁（2000年）、拙稿「オーストラリア会社法における子会社債務に対する親会社の責任とその支配要件」早稲田大学法研論集104号123頁（2002年）参照。

みで十分であるか、慎重に議論する必要があると思われる。

次に、子会社少数株主の保護に関しては、オーストラリア会社法187条は、そもそも少数株主の存在する子会社については、子会社取締役の誠実義務の緩和を行っておらず、その問題を回避している。オーストラリア会社法には、会社や取締役等が株主に対して抑圧的な行為 (oppressive conduct of affairs) を行った場合に、株主が裁判所に対して、そのような行為に対する救済を求めることができる制度が存在し (オーストラリア会社法232条~234条)、この制度のもと、子会社取締役が親会社あるいはグループ全体の利益のために行った行為が、全体としての株主の利益に反する場合 (同法232条 (d)) には、少数株主は、裁判所に対して救済を求めることができる。⁽⁷⁵⁾ オーストラリア会社法は、このような少数株主保護の制度を有しているながらも、取締役の誠実義務を緩和する立法に際して、完全子会社以外の会社を対象から外した経緯がある。わが国において、かりに取締役の誠実義務を緩和する立法を、完全子会社以外についても広げて議論するのであれば、⁽⁷⁶⁾ 株主間の利益調整についても、十分な検討が必要であろう。

(75) オーストラリア会社法232条・233条のもと、裁判所は、会社運営に関する行為が全体としての株主の利益に反し、またはかかる行為が特定の株主に対して抑圧的 (oppressive) であったり、不当に損害を与えるもの (unfairly prejudicial) であったり、不当に差別的 (unfairly discriminatory) であったりする場合に、会社の清算、定款の変更、株式の買取り、会社に特定の行為を行わせること、ある者に特定の行為を行わせないことなど、様々な命令を下すことができる。

(76) 1993年ニュージーランド会社法131条3項・4項 (前掲注 (68)) 参照。ほかに、取締役の選解任に関する種類株式 (会社法108条1項9号) を発行している会社について、種類株主総会によって選任された取締役は、定款の定めのもと、当該種類株主の利益のために行為することができるものとするなどとも考えられる。