

会社補償の意義と活用可能性

村 上 康 司*

目 次

- 1 会社補償の意義
- 2 会社補償に関する規律
- 3 会社補償と D&O 保険
- 4 会社補償と会社法の規定に基づかない補償の関係性
- 5 アメリカ（デラウェア州）の状況
- 6 今後の（特に中小企業での）利用可能性

1 会社補償の意義

令和元年（2019年）会社法改正により、会社と役員等との間で、役員等が職務の執行に関して発生した会社や第三者に対する責任を追及される場合に、これに対処するための費用や賠償金・和解金等を会社が負担することを内容とする補償契約を締結することができるようになった。すなわち、会社と役員等の間で、当該役員等がその職務の執行に関し、1) 法令の規定に違反したことが窺われ、または責任の追及にかかる請求を受けたことに対処するために支出する費用（以下、「防御費用」という）、および、2) 第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において当該役員等が支払う損害賠償額または当事者間に和解が成立したことによって支払われる和解金（以下、「損失」という）について（「防御費用」・「損失」をまとめて「費用等」という）、その全部または一部を当該会社が補償することができる（会社補償：会社法430条の2第1項）。

* むらかみ・こうじ 愛知学院大学法学部教授

役員等の責任追及に関する争訟費用や賠償金を会社が補償することができるかどうかの可否をめぐっては、令和元年会社法改正の前から、会社法・民法上の解釈をめぐって議論があった。令和元年会社法改正は、この問題に一定の解決を提供したことにその大きな意義が認められる¹⁾。

令和元年改正により、会社補償に関する規定が新設された目的は、直接的には、役員等への適切なインセンティブの付与のためであった。会社の運営・管理を引き受けた役員等には、一定の裁量が認められる。他方で、その責任追及は、時として、非常に厳しく賠償額が高額になることも珍しくはない。だからといって、当該役員等が責任を負うべき理由があるにもかかわらず、その責任から解放してやることのみを志向することは、適切とは言えず、損害賠償ルールによる役員等への規律付けという観点からも疑問が生じよう。会社法430条の2の新設の理由は、立案担当者の解説²⁾（以下、「立案担当者解説」という）によれば、上記のような場合に会社補償が用意されていれば、役員等として優秀な人材を確保するとともに、役員等がその職務の執行に関し第三者に生じた損害を賠償する責任を負うことを過度に恐れることによりその職務の執行が萎縮することがないように役員等に対して適切なインセンティブを付与するという意義が認められる。また、役員等がその職務の執行に関し訴訟等で責任の追及を受けた場合には、当該役員等が適切な防御活動を行うことができるように、当該株式会社においてこれに要する費用を負担することが株式会社の損害の拡大の抑止に資するとも考えられたからである。特に、優秀な社外役員や外国人役員の人材獲得競争に備えるために、会社補償の有用性が説かれることもある³⁾。立案担当者解説においても、将来の情勢の不確実性が高まっている

1) 中村信男「会社補償・D&O 保険」法学教室485号（2021年）27頁。

2) 竹林俊憲ほか「令和元年改正会社法の解説〔IV〕」商事法務2225号（2020年）4頁。

3) 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第4回会議（平成29年7月26日開催）議事録47頁によれば、稲垣泰弘委員より、会社補償やD&O保険といった制度は、今日では優秀な人材を確保するためには必須なものと考えられ、適切なインセンティブというよりはインフラそのものにとらえるべきである旨の指摘がなされている。

現代社会においては、企業価値向上の機会を逃さずに、果敢な経営判断を適切に行っていくことがわが国の株式会社の国際競争力を高めていくために重要であり、そのための基盤として会社補償制度が必要である旨が述べられている⁴⁾。

もっとも、会社補償の適切な条件は、それぞれの会社における状況や補償の対象となる役員等の職務内容等によって一律には定まらない。そのため、会社法は、会社補償をすることができる条件を画一的に全て法律で定めることはせず、株式会社が役員等との間で締結する補償契約について、あくまで補償契約の内容の決定をする手続きや補償契約に基づき補償する費用に関する規律を定めるにとどまる⁵⁾。現時点で、会社補償の利用は、それほど活発であるとはいいがたいようではある⁶⁾が、会社補償実務研究会より「会社補償実務指針案」⁷⁾がすでに示されており、実務上の諸論点が深められつつある。これらを踏まえて、公開会社・非公開会社であるかを問わず、実務での積極的な活用が期待されてよいものと思われる。

以下では、会社補償の利用推進を念頭に、まず、会社補償にかかる規律を概観する。そして、会社補償と同じく令和元年改正で新設された役員等賠償責任保険（以下、「D&O 保険」という）との適用関係について若干の考察を加える。また、会社補償と会社法の規定に基づかない会社補償との関係性にも言及する。これらのわが国における理解を前提に、すでに会社補

4) 竹林ほか・前掲注(2) 4頁。

5) 竹林ほか・前掲注(2) 5頁(注1)。

6) 山越誠司「会社補償と D&O 保険の発展の方向性」商事法務2261号(2021年) 44頁。それと比較して、D&O 保険については、かなりの利用がみられる。少し古いものになるが、経済産業省(経済産業政策局産業組織課)委託調査「日本と海外の役員報酬の実態及び制度等に関する調査報告書」(2015年) <https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11314940/www.meti.go.jp/meti_lib/report/2015fy/000134.pdf> 124頁によれば、回答のあった上場企業の約9割が D&O 保険に加入していた(回答企業数253社中225社)。

7) 「会社補償実務指針案〔改訂版〕」については、商事法務ポータルより参照可<<https://portal.shojihomu.jp/archives/45185>>。もともとの「会社補償実務指針案」に関する検討項目に加え、令和元年改正を踏まえた「会社補償実務指針案〔改訂版〕」についての解説として、会社補償実務研究会編『会社補償の実務〔第2版〕』(商事法務、2022年)がある。

償実務が定着しているといつてよいアメリカでの状況を概観したのち、今後のわが国での利用、とりわけ中小企業における利用可能性について、障壁・問題となっている点を探ることとする。

2 会社補償に関する規律

2.1 補償契約の締結

会社補償とは、役員等に対する損害賠償責任が追及された結果、当該役員等に生じた費用等について、会社が補償するものである。補償契約は、その性質上、会社と役員等との利益相反が生じるおそれがある。事実、令和元年改正以前は、会社と役員等との間で行われてきた補償契約は、利益相反取引に該当するものと解されてきた。しかし、令和元年改正は、会社補償については、利益相反取引規制（会社法356条1項、365条2項、419条2項、423条3項、428条1項）および自己代理等に関する民法108条の適用を排除した（会社法430条の2第7項）。もっとも、会社補償は、役員等が自己に対する費用等につき、会社財産からの負担を得ることになるため、利益相反類似の状況が存在する。そのため、役員等の職務の執行の適正性に影響を与えるおそれがあることに鑑みると、補償契約内容の決定をするために必要な決定機関は、利益相反取引に準じたものとするのが相当であると考えられる⁸⁾。したがって、補償契約の内容は、取締役会決議（取締役会非設置会社においては株主総会の普通決議）によりその補償内容を決定することとした。なお、取締役会設置会社であっても、監査等委員会設置会社および指名委員会等設置会社においては、取締役会は、当該決定を取締役または執行役に委任することはできない（会社法399条の13第5項12号、416条4項14号⁹⁾）。

8) 竹林ほか・前掲注(2)5頁。

9) この前提として、監査役設置会社においても、取締役会は、当該決定を取締役に委任することができない。

このとき、補償契約の相手方となる役員等の範囲については、会社法423条1項にいう役員等をそのまま対象とするものであるから、業務執行取締役であっても含まれることになる。そのため、責任限定契約が、その対象から業務執行取締役を除外していることと比較すると、補償の対象となる役員等の範囲が広い¹⁰⁾。

また、会社が役員等との間で締結する補償契約の内容は、どのような契約を受けるかについても確認しておく。役員等に対する費用等の補償を一切の制限なく認めることになれば、過大な補償が実施されることによって、役員等への違法行為抑止機能の効果が減殺されかねない。その結果として、役員等の職務の執行に関して、適切なインセンティブを引き出さない可能性がある。そのため、補償契約によって補償することができる費用等の範囲を明らかにしておく必要がある。

2.2 「防衛費用」(会社法430条の2第1項1号)の補償の範囲

本条のいう防衛費用とは、役員等が責任追及の請求を受けた際に支出する費用(弁護士報酬等)を意味する。防衛費用は、役員等に悪意・重過失が認められるおそれがある場合であっても、会社が補償することができる。役員等に悪意・重過失が認められるような場合にも補償をおこなうことは、役員等のモラルハザードにつながるのではないかとの懸念もないわけではない。しかし、立案担当者の解説によれば、このような規定の趣旨について、1) 悪意・重過失が認められる場合であっても当該役員等が適切な防衛活動を行うことができれば株式会社の損害の拡大の防止等につながること、2) 防衛費用の補償であれば通常は職務の執行の適正性が損なわれるおそれが高いとまでは言うことができないと考えられることを理由とする¹¹⁾。この防衛費用は、役員等が第三者に対する責任としての

10) 塚本英巨「会社補償・D&O 保険の実務対応」商事法務2233号(2020年)31頁。

11) 竹林俊憲編著「一問一答 令和元年改正会社法」(商事法務、2020年)112頁。また、神田秀樹「『会社法制(企業統治関係)の見直しに関する要綱案』の解説〔IV〕」商事法

追及に係る請求を受けた場合に限られず、会社に対する責任の追及に係る請求を受けた場合の防御費用も対象となる。

もっとも、役員等が不当な目的で職務を執行していたような場合であっても、会社の負担において防御費用が賄われるとすると、役員等の職務の執行の適正性が損なわれるおそれがある。そのため、補償契約に基づき防御費用を補償した会社が、事後的に、当該役員等が自己もしくは第三者の不正な利益を図り、または当該会社に損害を加える目的で職務を執行したことを知ったときは、当該役員等に対し、補償した金額に相当する金銭を返還することを請求することができる（会社法430条の2第3項）。

ただし、補償契約を締結している場合であっても、防御費用のうち通常要する費用の額を超える部分については補償をすることができない（会社法430条の2第2項1号）。仮に、通常要する費用の額を超える補償が役員等になされた場合には、当該役員等は、受領した金額のうち補償契約に基づき補償することができる金額を超える部分については、法律上の原因なく金銭的な利益を受け、その分だけ会社に損害が生じているといえることができる。そのため、会社は、補償を受けた当該役員等に対して、不当利得返還請求権を行使することができると考えられている¹²⁾。

2.3 第三者に対する責任に係る「損失」の補償（会社法430条の2第1項2号）の範囲

会社法430条の2第1項2号は、役員等が職務の執行に関し負担した、第三者に対する損害賠償責任に基づき支払った賠償金または和解金（損失）についても定めを置く。上述の通り、防御費用に関しては、第三者に対する責任の場合に加えて、会社に対する責任の場合についても補償対象としている。これに対し、損失への補償については、第三者に対する責任のみ限定されている（会社法430条の2第1項2号柱書）。つまり、会社が役員

ㇿ務2194号（2019年）7-8頁。

12) 竹林・前掲注(11)110頁。

等の第三者に対する損害を賠償するとすれば当該役員等が会社に対して会社法423条1項の責任(任務懈怠責任)を負う場合の当該責任に係る部分(すなわち、補償契約を締結している場合に、会社が第三者に対して損害を賠償した場合において役員等に対して求償することができる部分)を、補償の対象に含めることはできない(会社法430条の2第2項2号)。仮に、役員等の会社に対する責任による損失を、当該会社が当該役員等に対して補償することができることとすると、これは当該会社に対する当該役員等の損害賠償責任を免除することと実質的には同じ効果をもたらしてしまう。役員等の会社に対する責任の免除に関しては、会社法424条所定の免除手続きが用意されているのであり、この規定を無意味化するものとなってしまうことを避けるためである。

また、役員等がその職務を行うにつき悪意または重大な過失があったことにより、第三者に対して責任を負う場合における損失についても、補償することができない(会社法430条の2第2項3号)。この趣旨は、役員等に悪意・重過失がある場合まで補償の対象としてしまうと、役員等の職務の適正性を害するおそれが高く、他方で、補償の対象としない場合でも、役員等の職務の執行が萎縮することはないと考えられるためである¹³⁾。この趣旨にかんがみて、重過失の内容については、会社法425条から427条までにおける重過失の内容と同様に解すべきであると考えられている¹⁴⁾。

ということは、役員等が会社法429条1項に基づいて第三者に対して損害賠償責任を負う場合の、当該賠償金は、補償の対象に含まれないことになる。なぜならば、役員等が、その職務執行において第三者に対する損害が認められることになれば、会社法429条1項にいう悪意・重過失が認められたことを意味するからである。したがって会社法429条1項の損害賠償責任が容認される場合には、会社が補償を行うことが困難になると考えられる。

13) 法務省民事局参事官室「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する中間試案の補足説明」34頁。

14) 法務省民事局参事官室・前掲注(13)34頁。

立案担当者の解説によっても、第三者に生じた損害を役員等が賠償することにより生じる損失について会社が当該役員等に対して補償することができる場合は、当該役員等がその職務を行うにつき悪意または重大な過失があったとは認められない（すなわち、悪意または重大な過失を要件とする会社法429条第1項の規定に基づく損害賠償責任を負わない）が、重大な過失とはいえない程度の過失は認められるために、民法709条等の規定に基づき損害賠償責任を当該第三者に対して負う場合と考えられる。不法行為責任について、その損害を当該役員等が賠償することにより生じた損失を、当該会社が補償することができる¹⁵⁾。

しかし、学説上、この重過失の意義は必ずしも明確に定まっているとは言いがたい状況である¹⁶⁾。この点に関して、会社補償と同様に、役員等への適切なインセンティブの付与という視点で設計された責任限定契約（会社法427条）に関する裁判例¹⁷⁾において、重過失の意義が問われたことがある。一般に、重過失の理解については、①ほとんど故意にあってよい著しい注意欠如の主観的状態（故意としての立証はできないが故意に準じて扱ってよいというほど重い過失とする考え方）と、②著しい注意義務違反（故意と過失の間でかなり軽い過失まで含まれるとする考え方）とが存在する¹⁸⁾が、裁判所は、会社法427条1項の重過失とは、「監査役としての任務懈怠にあたることを知るべきであるのに、著しく注意を欠いたためにそれを知らなかったこと」ととらえている。つまり、重過失は悪意と同視しうるものという上記①の理解を示しているものと考えられる。役員等が、高額の賠償責任負担を恐れて経営が萎縮する危険性があるため、責任限定契約を

15) 竹林・前掲注(11)118頁。洲崎博史「令和元年会社法改正(4)——補償契約・役員等賠償責任保険契約——」日本取引所金融商品取引法研究第19号(2021年)98頁。

16) 学説について、道垣内弘人「重過失」法学教室290号(2004年)39頁、潮見佳男『新債権法総論I』（信山社、2017年）528頁参照。

17) 大阪高判平成27年5月21日判時2279号96頁。

18) 高橋陽一「会社補償および役員等賠償責任保険（D&O保険）」商事法務2233号（2020年）21頁。

含む責任の一部免除に関するルールが導入された平成13年商法改正時に、責任軽減は善意かつ無重過失の場合にのみ認められるとしたのは、「職務を行うにあたり悪意またそれと同視すべき重大な過失があるときは、このような萎縮のおそれもないことから、これを要件の緩和の対象外に置くことが適当である」と説明されている¹⁹⁾。責任限定契約の趣旨を、役員等の民事責任の恐怖から生ずる萎縮効果を除去することにあると考えるのであれば、自らの行為が任務懈怠に該当することの認識を問題とする悪意・重過失の概念をもとに責任限定契約の制度の対象外とすることには合理性が認められよう。逆に、そのような状況にない時には、役員等への萎縮効果の弊害が生じるおそれがあるため、責任限定によってその弊害を除去・緩和することに責任限定契約制度の意義を見出すことができる²⁰⁾。会社法430条の2第2項3号の重過失の意義も、責任限定契約の議論を踏まえて、悪意に準じるという主観的態様(上記①)であると理解するべきである²¹⁾。

2.4 会社補償の開示

補償契約は、役員等の職務の執行の適正性に影響を与えるおそれがあり、また、利益相反性が典型的に高いものであるため、その内容は株主にとって重要な情報である²²⁾。そのため、公開会社は、事業報告および株主総会参考資料上の記載が求められることとなっている。

開示事項は、具体的には、責任限定契約に関する事業報告による開示の規律(会社法施行規則第121条3号参照)を参考として、会社が当該事業年度

19) 太田誠一ほか「企業統治関係商法改正 Q&A——監査役機能強化、取締役等の責任の軽減に関する要件の緩和および株主代表訴訟制度の合理化」商事法務1623号(2002年)8頁。

20) 飯田秀総=白井正和=松中学『会社法判例の読み方』(有斐閣、2017年)314頁〔飯田〕。

21) 高橋・前掲注(18)21頁。

22) 会社補償と同様に、D&O 保険に関しても、開示が求められるが、その利益相反の程度の差異等を踏まえ、以下に述べる通り、事業報告において開示が求められる事項の範囲については、会社補償の方がより広範な開示が要求されている。

の末日において公開会社である場合において、役員（取締役、監査役または執行役に限る）と当該会社との間で補償契約を締結しているときは、補償契約に関する事項として、当該役員の氏名および当該補償契約の内容の概要²³⁾を、また、補償契約に基づく補償に関する事項として、いわゆる防御費用を補償した会社が、当該事業年度において、当該役員の職務の執行に関し、当該役員に責任があることまたは当該役員がこれに反したことが認められたことを知った旨ならびに当該事業年度において、会社が当該役員に対して損失を補償した旨および補償した金額を事業報告の内容に含めなければならない事項としている²⁴⁾²⁵⁾（会社法施行規則第119条2号の2、第121条3号の2～3号の4）。

また、会計参与設置会社において会計参与と会社との間で補償契約が締結されている場合（会社法施行規則第125条2～4号）、会計監査人設置会社において会計監査人と会社との間で補償契約が締結されている場合（会社法施行規則第126条7号の2～7号の4）も同様である。

この開示規制について、不十分さを指摘するものがみられる。会社補償の開示の意義は、①補償の適否、金額の相当性、および補償金の返還の要否等を株主が事後的に検証することを可能とすること、②補償の適正性等を担保すること（過度な補償がされることへの歯止め）にあるとされるが、株主が事業報告のみでは補償の適切性を評価することや株主代表訴訟

23) 竹林・前掲注(11)125-126頁（注1）によれば、当該補償契約の内容の概要には、当該補償契約によって当該役員の職務の執行の適正性が損なわれないようにするための措置を講じているときは、その措置の内容が含まれる。例えば、補償契約において、会社が補償する額について限度額を設定したり、会社が当該役員に対して責任を追及する場合において当該役員に生ずる費用については補償することができないとすることなどが想定されている。

24) 竹林・前掲注(11)125頁。

25) 竹林・前掲注(11)126頁（注2）によれば、開示すべき事項の範囲が広範となれば、補償契約を締結することに萎縮することも懸念され、他方で、当該役員に責任が認められなかった場合についてまで、会社が補償した事実を開示する必要はないとも考えられることなどから、補償契約に基づく補償に関する開示すべき事項を、本文で述べた範囲に限定している。

を提起するかどうかの判断を下すことは困難である旨が指摘されている²⁶⁾。現行の開示規制では、防御費用を会社が補償した場合の金額の開示が要求されていないため、当該防御費用の補償が適切なものであったかを判断する材料が得られないことになるからである。当該補償について具体的な情報を得るためには、取締役会の議事録の閲覧等を請求することによらねばならず、上記①②であげた開示の意義を実効的に果たすことができるか疑問が呈されている²⁷⁾。

3 会社補償と D&O 保険

3.1 D&O 保険の規律の整備

D&O 保険には、会社補償が新設されるに至った趣旨と同様に、役員等として優秀な人材を確保するとともに、役員等がその職務の執行に関し損害を賠償する責任を負うことを過度に恐れることによりその職務の執行が萎縮することがないように役員等に対して適切なインセンティブを付与するという意義が認められる。もっとも、D&O 保険は、令和元年改正以前から、わが国においても上場会社を中心に広く普及していた。

そのような状況を前提に、令和元年改正によって新たに規律を設けることにした理由は、立案担当者の解説²⁸⁾によれば、以下のとおりである。会社が D&O 保険に係る保険契約を締結することについては、その内容によっては、役員等の職務の執行の適正性が損なわれるおそれがあった。と

26) 高橋・前掲注(18)21-22頁。

27) 高橋・前掲注(18)22頁。山田泰弘「会社の補償」砂田太士=久保寛展=高橋公忠=片木晴彦=徳本穰『会社法の改正課題』(法律文化社、2021年)231頁も、この点について、防御費用の補償がなされた後にどのように会社が対処したかが開示されなければ、取締役会や監査機関が善管注意義務を尽くして適切な判断することを完全にはエンフォースできないが、現在の制度設計の下では、この点の開示は不十分なところがあることを指摘している。

28) 竹林ほか・前掲注(2)8-9頁。

りわけ、会社が保険者との間で取締役または執行役を被保険者とするD&O 保険に係る契約を締結することについては、会社と取締役または執行役との利益が相反するおそれがある。また、D&O 保険でなくとも、そもそも取締役または執行役を被保険者とする保険契約は、その締結が会社の債務負担行為または会社の支出によって取締役または執行役に直接的に利益が生ずる取引として、会社法356条第1項3号の利益相反取引（間接取引）に該当することとなるため、会社がこれらの保険契約を締結するにあたって、それぞれどのような手続きを取らなければならないかを明確にしておく必要があると指摘されていた。しかし、会社がこれらの保険契約を締結するためにどのような手続き等をとらなければならないかについて、解釈は必ずしも確立されていなかった²⁹⁾。そこで、令和元年改正において、保険契約の内容を決定する手続き等を明確にし、役員等のために締結される保険契約により生じることが懸念される弊害に対処するとともに、これらの保険が適切に運用されるようにするため、役員等のために締結される保険契約に関する規定を新たに設けるなど、解釈に委ねることなく、必要な規律を整備することとなった（会社法430条の3、開示については会社法施行規則第119条2号の2、第121条の2）。

3.2 会社補償と D&O 保険の適用関係

次に、会社補償と D&O 保険の関係性について簡単に整理しておきたい³⁰⁾。補償契約の優位性として、補償実効の迅速さがあげられる。すなわ

29) 具体的には、従来の実務においては、D&O 保険に係る保険契約の保険料のうち、被保険者である役員等が会社に対して法律上の損害賠償責任を負う場合に生ずることのある損害を填補するいわゆる株主代表訴訟担保特約部分の保険料については、利益相反性等の観点から、役員等が負担することとされていた。近年、取締役会の承認および社外取締役が構成員の過半数を占める任意の委員会の同意または社外取締役全員の同意がある場合など、一定の場合には、株主代表訴訟担保特約部分の保険料についても、会社が負担することができるという解釈が見られるようになっていた。竹林・前掲注(11)132頁（注）、134頁。

30) 山越誠司「D&O 保険と会社補償制度の相互補完」商事法務2168号（2018年）33頁以

ち、役員等が損害賠償請求を受け自ら弁護士へ委任して事件に対処する必要がある場合、会社に補償を請求して素早く防御活動に入る必要がある。同じように、役員等が損害賠償請求を受けた場合に、D&O 保険で対処しようとする、第三者である保険者に各種書類を整えて保険金請求をし、損害査定して保険金を受領するという流れを踏まなければならない、実際の保険金が支払われるまでには相当の時間を要するのが通常である。会社補償は役員等の職務の執行に関して発生した費用や損害を補償するものであるから、会社は事件の概要や背景を当然知りえる立場にある。そのため、一から保険者に説明し、事件の背景を解説するために多くの資料を提供するような必要もことさらなく、役員等が防御費用を必要としていることを充分理解しているため、迅速な事件処理に寄与すると説明される³¹⁾。補償契約を導入しておくことで、防御費用の支払いについて利便性や機動性を高めることが可能になり、役員等が自らの防御活動に十分な費用と時間をかけることができれば、結果的に会社の損害を回避あるいは抑止するという会社補償の導入の趣旨を実現することに資する。

また、会社補償と D&O 保険によって補償される範囲についての違いも重要な点である。会社補償では、すでに確認したとおり、一定の条件のもと防御費用(2.2)と損失(2.3)のいずれをも補償対象とすることができる。さらに、補償の上限額を設定しないことも許されるし、D&O 保険で補償対象とされない部分についても補償契約の範囲に含めることが可能である。これに対して D&O 保険は、補償可能な範囲について会社法上の制約はないものの、保険契約という性質上、保険金額や免責金額等の限定がかかってくる。また、免責事由や特約が定められているため、必ずしも防御費用や損失の全額を填補することができるとは限らない。さらに、

↘下は、令和元年会社法改正以前において、会社補償と D&O 保険の相互関係について検討を加えている。

31) 以上の会社補償のメリットにつき、山越誠司「会社補償と D&O 保険の発展の方向性——両制度の関係性の検証を前提として——」商事法務2261号(2021年)41-42頁。

D&O 保険は、責任追及のための訴訟が提起された後からとりかかるのではタイミング的に遅く、事前に契約を締結しておかないと、保険金の給付を受けることはできない。

一方、役員等に何らかの問題が発生した後に補償契約を締結することは、他の取締役の善管注意義務違反を生じさせるおそれがある。事後的に補償契約を締結できるか、という点に関連して、取締役の責任の免除・一部免除の場合、一度責任が発生しているものを、後から免除することは、実務的には付議しづらく、株主総会決議で事後的に免除した事例はほとんどないことが指摘されている³²⁾。役員等に何らかの問題が発生した後、補償契約の締結を検討するのでは手遅れとなっている可能性がある。そのため、取締役の選任時に補償契約の締結を検討すべき要請が、実務上は大きいと考えられる。

また、すでに D&O 保険を締結している場合でも、例えば、支払限度額に相当する額の填補を受けた後に、さらに填補しなくてはならない事情が生じた場合や、保険を利用しすぎると次回の更新時に保険料が増額されることになるため、逆に利用を抑えてしまうといった事態も起こり得よう。そのような場合には、補償契約を併用することを検討してもよい。

防御費用については、役員等に悪意または重過失がある場合であっても補償が可能であることを考慮すると、会社補償の方がより広範囲にわたって補償を実現できると考えられる。他方で、損失について、会社補償は、会社に対して責任を負う場合は補償の対象外であること、第三者に対して責任を負う場合にも、悪意または重過失がある場合は補償の対象外とされているため、実際に会社補償によって第三者に対する損害賠償責任を補償することになる局面は、かなり限定的なものにならざるを得ないとの指摘がある³³⁾。この観点から、D&O 保険は、保険金額の上限はあるものの、

32) 神田秀樹ほか「〈座談会〉令和元年改正会社法の考え方」商事法務2230号（2020年）28頁〔神田秀樹発言〕。

33) 洲崎・前掲注(15)98頁。

会社に対する責任と第三者に対する責任の両方を対象範囲に含めることができ、役員等の職務の執行に関して重過失があった場合でも保険金の支払いがなされることは、D&O 保険の有する優位性と評価することもできる。

迅速に処理にとりかかることができるという点では、D&O 保険よりも会社補償の方が優れていると考えられるので、役員等が損害賠償請求を受けた場合に、第1段階の対応策として会社補償によること、第2段階の対応策としてD&O 保険という考え方を基本に、会社補償の活用余地を見出すことができよう³⁴⁾。

4 会社補償と会社法の規定に基づかない補償の関係性

令和元年改正以前は、会社補償が認められなかったのかと言えば必ずしもそうではない。

令和元年改正前においても、会社が役員等の責任追及にかかる争訟費用や賠償金の負担を補償することは、解釈として認められると考えられてきた。第三者または株主による責任追及訴訟で取締役が勝訴した場合、取締役は防御費用を会社に求償できるかについて、かつては、明文の規定がないことを理由としてこれを否定するのが通説であったが、近時は、受任者が委任事務を処理するため自己に過失なくして受けた損害(民法650条3項)と見て肯定する見解が有力である。他方で、取締役が敗訴した場合、取締役に過失がある場合の防御費用や損失の補償に関しては、民法650条3項の射程外であり、役員に関する規定の趣旨を潜脱するおそれがあることなどの理由から否定的に考える見解も有力であった³⁵⁾。これに関連して、2015年7月24日、経済産業省「コーポレート・ガバナンス・シス

34) 山越・前掲注(31)43頁。

35) 落合誠一編『会社法コンメンタール8——機関(2)』(商事法務、2009年)153-154頁〔田中亘〕。

テムの在り方に関する研究会」によって公表された「コーポレート・ガバナンスの実践——企業価値向上に向けたインセンティブと改革」の別紙3³⁶⁾で示された解釈指針において、民法650条3項に該当しない場合であっても、適法に会社補償をすることができるという整理を公表した。しかし解釈指針の公表後もなお会社補償に関する疑義が存在していた³⁷⁾。

そこで、令和元年改正で、会社補償をすることができる範囲やそのために必要な手続き等を明確にするための規律を設けたわけである。したがって、会社補償のみに着目しても、会社法上の会社補償と会社法の規定に基づかない会社補償の係争性をどのようにとらえるべきかという問題が生じる。

まず、立案担当者の解説³⁸⁾によれば、役員等が職務の執行のため過失なく受けた損害については、特別な契約の締結を要しないで、330条および民法650条に基づき補償することが認められるという解釈があるが、令和元年改正は、このような解釈を否定するものではないという。そのため、役員等に過失がない場合に補償契約を締結することなく補償すること自体は、会社法上も許容されていると考えられる。もっとも、会社法で新たに規定された事前の補償契約の締結が必要になるわけではないが、他方で、従前と同様の対応であれば当然に適法と解されるわけでもない³⁹⁾。

なお、会社法に基づく会社補償とは異なり、会社法に基づかない会社補償は、事業報告における開示が必須とはされていない。ただし、改正の趣旨を踏まえ、個別具体的事案によっては、会社法施行規則121条11号の「株式会社の会社役員に関する重要な事項」に含まれる可能性が指摘されている⁴⁰⁾。

36) 経済産業省「コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会——報告書について」（2015年7月24日）別紙3 <https://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/r160318_150724_corp_gov_sys_4.pdf>。

37) 中東正文「会社補償・D&O 保険」ジュリスト1542号（2020年）48-49頁。

38) 竹林・前掲注(11)107頁（注2）。

39) 中東・前掲注(37)50頁。

40) 神田秀樹ほか・前掲注(32)27頁〔竹林俊憲発言〕。

5 アメリカ（デラウェア州）の状況

5.1 概 観

アメリカにおいても、役員への責任追及に関連して、会社補償およびD&O保険は大きな役割を果たしている。後で見るように、両制度が相当広範に普及しているため、当該役員は、自己取引や意図的な義務違反を行っていない限り、多くの場合、会社補償およびD&O保険によって救済される。つまり、仮に役員が個人的な責任を追及された場合であっても、結果的には当該役員が個人財産から実際の費用等の負担を強いられる場面は非常に限定されていると分析されている⁴¹⁾。

アメリカ法にいう補償（indemnification）とは、損失または費用が発生する可能性があるかまたは発生が予想される場合に、ある個人にその損失または費用の負担を負わせないという合意である。会社においては、役員等が自身の業務や会社の行為に関連して生じた責任や費用について、会社が負担することで、当該役員等を経済的に保護する仕組みである。実際の訴訟の場面で、原告側の弁護士は、会社に補償契約があるかどうかを重要な要素とする。それは被告会社の役員自身は、和解金または判決による賠償金の支払いをするための十分な資産を有していない可能性があるからである。

アメリカでは、すべての州において、会社法による会社補償を規定している。もっとも、そのアメリカにおいても、1930年代までさかのぼると、会社の利益にはならないということで会社が役員等の損害を補償することはそもそも許されていなかった⁴²⁾。アメリカにおいても、会社補償制度の導入にあっては、わが国の令和元年改正時に展開されたような内容が議論

41) 早川咲耶「会社債権者に対する会社役員への責任（4）」法学協会雑誌第139巻第9号（2022年）35頁。

42) 山越・前掲注(30)35頁。

されている（もっとも、時系列的にはアメリカで議論された内容をわが国の制度設計の過程で参照している部分が多いのであって、わが国で検討されたようなことが議論の対象となっているのは必然である）。すなわち、役員等についての補償に関する制定法の立法には、いくつかの政策的配慮が背景にある。適切な補償がないと、有能な人物は会社の役員等に就任することを拒むことが予測される。会社補償はまた、役員等が適切なりスクを継続的にとることを確実にする。そのため、適切な補償に関する定めがないと、役員等は過度に警戒的になってしまう。ただし、役員等は、自分自身、または自分の弁護士が積極的に対策を取らない限り、一般的には、役員等に対する責任追及から保護されない。その理由は、会社の補償に関する規定は、自動的に適用されるものではないからである。そのため、相当程度に、会社補償に関して規律が整備されている。

5.2 デラウェア州会社法の規律

周知のとおり、デラウェア州会社法（以下「DGCL」という）は、アメリカにおいて最も影響力がある⁴³⁾。DGCL上、会社補償の明文が登場するのは1943年改正によるが、今日の実質的な規定のベースが確立したのは、1967年改正による。

今日、優秀な経営者を獲得するため、多くの会社は彼らにさらに充実した会社補償を提供している。DGCL145条(c)項により、すべての会社は、役員等が会社での職務の執行に関する訴訟で自らを弁護する際に発生する費用につき、当該役員等に補償しなければならない旨を規定している（義務的補償）。現在またはかつての役員等が、訴訟やそれに関する手続きで勝訴した場合、合理的に負担された程度に限って、当該役員等は費用（弁護士費用を含む）を補償される⁴⁴⁾。

43) Joseph F. Johnston, jr, *Corporate Indemnification and Liability Insurance for Directors and Officers*, 33 (3) *The Business Lawyer* 1993, 1995-1996 (1978).

44) J. Mark Ramseyer, *BUSINESS ORGANIZATIONS*, 146 (3d ed. 2022).

しかし、DGCL145条は、会社に対して、さらに多くのことを行う選択肢を与えている。それは、たとえ訴訟で敗訴したとしても、「誠実 (in good faith) に行動した」という条件が満たされる場合、役員等に対して任意に補償することができる旨を、DGCL145条(a)項が規定する(任意的補償)。DGCL145条(a)項は、役員等の第三者に対する責任について規定するものであるが、さらに、当該役員が誠実に行動していると認められる限り、これに対する補償の範囲は、費用、判決による賠償金、和解金にとどまらず、刑事訴訟上の罰金にも及ぶ⁴⁵⁾。

DGCL145条(b)項は、役員等の会社に対する責任に関する規定であるが、(a)項と同様に、役員等が誠実に行動していると認められる限り、会社が任意に補償することができる条件を規定する(任意的補償)。異なる点は、(b)項によって補償される対象は、費用(弁護士費用を含む)のみであることである⁴⁶⁾。また、裁判所が当該役員等に責任を負わせた場合でも、裁判所が認めれば、会社は当該役員に対して補償が認められる可能性がある⁴⁷⁾。なお、今日のDGCL145条(b)項は、代表訴訟における和解との関係で、実際かつ合理的に負担された費用(弁護士費用を含む)に対する任意的補償を認めているが、和解金そのものに対する補償の可否については条文上明確にされてはいない⁴⁸⁾。

そのほか、DGCL145条(d)項は、裁判所が命令する場合を除き、(a)項、(b)項に基づく補償は、会社が決定すべきことを規定した上で、決定の手続きとして、当事者でない取締役、独立した法務顧問、株主の役割を規定している。(e)項は、争訟費用の前払いに関して規定する。費用の前払い

45) J. Mark Ramseyer, *supra* note 44, at 146.

46) 株主代表訴訟であっても、役員等に対して補償が許される。このとき、仮に、役員等が株主代表訴訟で敗訴した場合、当該役員等は会社に賠償金を支払う義務が発生する。その後、会社が当該役員等に支払った金額を補償した場合、そのお金は循環しているだけのことになるという問題がある。

47) J. Mark Ramseyer, *supra* note 44, at 147.

48) 会社補償実務研究会編・前掲注(7)213頁。

を受ける取締役等が補償を受ける資格を最終的に有しない限り、前払費用を返金するという約束が得られることを条件に、会社が任意で前払いを行えることを明確にしている。(f)項は、付属定款 (bylaw) や契約の規定等に基づいて他の補償権等を設定することを本条が排除する趣旨ではなく、本条で規定する補償がこの意味で非排他的であることを規定している。(g)項は、会社補償の対象にならない責任を含め、あらゆる責任についての D&O 保険を会社が購入できることを規定している。

会社に対する損害賠償については会社補償が認められないという結論だけを見ると、わが国とアメリカには差異はないように思える。しかし、実際にアメリカにおいて会社に対する責任が問題になる場面では、当該取締役は、責任限定契約、株主代表訴訟に関する訴訟委員会制度や経営判断原則、さらには会社補償や D&O 保険の活用等によって、手厚い保護がなされている。そのため、結果的に、取締役が個人的な財産的負担を求められることは、ほとんど見られないという違いがあることには意識をしておかねばならない。

6 今後の（特に中小企業での）利用可能性

これまで見てきたような会社補償は、一定以上の規模を有する会社を想定しがちであるし、現実にもそのような会社での利用が確認できるものである。しかしながら、会社補償に関する規定は、上場企業のみならず非上場の中小企業に対しても当然適用がある。中小企業の場合でも、会社の資産規模が小さいために、債権者や株主が役員等の責任を追及し、損害賠償を求めるといようなケースも考えられ、会社補償の活用を検討しなければならない場合も十分に想定される。むしろ中小企業の方が、ガバナンスが適切に行われていないことを原因に、役員等に対する責任追及が起りやすい状況にあるとも言える。

繰り返しになるが、中小企業の役員等が会社法429条1項に基づく第三

者に対する責任や民法709条に基づく不法行為責任を追及する訴訟を提起された場合には、当該損害賠償請求訴訟に対応するための弁護士費用、和解金の支払い、訴訟で敗訴した場合の損害賠償金が高額になることもあり、役員個人ではこれらを支払うことができないこともあり得る。その場合、当該役員は、最終的に破産に至ってしまうということもないわけではない。そのため、中小企業の役員等も、高額の損害賠償責任を負う可能性がある場合等には、会社補償やD&O保険の活用について、検討しておく必要があるだろう。

また、非業務執行取締役との責任限定契約では、会社に対する責任しかカバーすることができず、第三者に対する責任はカバーされないため、第三者に対する責任をカバーすることのできる補償契約を締結する意義は、ここにあると考えることができる。

会社補償は、事後的にでも、補償契約を締結することは可能ではあるが、契約内容の決定について、取締役会設置会社では取締役会決議、それ以外の会社では株主総会決議が必要となっているため(会社法430条の2第1項)、事後的に補償契約を締結しようとしても、その時点に至ってからは、取締役会や株主総会の承認を得られない可能性がある。そのため、中小企業の取締役としては、事前に、責任に係る種々の場合に備えて、会社補償やD&O保険について契約内容を決定しておくことが重要となる。にもかかわらず、現状、会社補償の利用がほとんど見られない(多くの会社が様子見をしている)のは、何が原因なのだろうか。主に、解釈上のハードルと実態上のハードルとに分けて考えておきたい。

解釈上のハードルとして、まず最初に考えられるのは、2.3で見たように、会社法430条の2第2項2号・3号の規定から、役員等の第三者に対する責任による損失について、実際に補償が機能する局面が極めて限定的なものにとどまっていることである。重過失の意義に関する問題と整理することができるが、場合によっては、責任限定契約との整合性、ひいては役員等の責任全体の規律の見直しにつながる可能性のある分析が必要とな

る⁴⁹⁾。

また、会社補償制度は、役員等に安易に補償を与えることによっていわゆるモラルハザードを助長することへの抑制が意識されているが、役員等に生じる損失の填補が過度になると、役員等においてモラルハザードを生じさせる可能性がある。これでは、会社法が役員等に対して厳格な責任に関する規定を設けて、違法行為等を抑止しようとした趣旨を損なうこととなりかねない。とりわけ、業務執行者に対する会社補償は、業務執行者が自らの責任追及等に関して負う可能性がある部分を会社に補償させようとするものであるため構造的に利益相反性が高く、会社の利益を犠牲として自らに有利な内容の会社補償をしようとするおそれが高い。そのような利用は、会社補償の目指した趣旨とは合致せず、ともすれば役員等の責任を実質的に免れよう（軽減しよう）とする方向へ作用しかねない。このような、ネガティブなイメージが先行、定着してしまうと、積極的な利用を躊躇する原因となるかもしれない。さらには、会社補償、会社法に基づかない補償、D&O 保険、責任限定契約といった諸制度間の理解が見えにくいという問題もまた、積極的な利用への足かせになっているのかもしれない。

実態上のハードルとしては、第1に、補償費用捻出の問題がある。中小企業の多くでは、手持ちの資金に限られるため、役員等に対して会社が補償することによる当該会社の財務的な負担が考慮される。第2に、法的な専門知識を持つ人材の不足（場面に応じて適切な判断を下せるだけの前提となる法的知識を持ち合わせる人材がいない）、マンパワーを割くことが難しいため適切に新しい制度を習得するだけの余力がない等といった事情が考えられる。会社補償の本来の趣旨は、会社が一定の場合に補償を提供することによって、役員等として優秀な人材を確保することとともに、役員等がその職務の執行に関し第三者に生じさせた損害の賠償を過度におそれるがゆ

49) 高橋・前掲注(18)21頁。山田・前掲注(27)243頁。

えに、職務の執行が萎縮することがないように、適切なインセンティブを与えることにあった。しかし、実際には、会社補償が積極的に利用されないことにより優秀な人材が確保できない一方で、優秀な人材が不在であるために会社補償が適切に利用できないというジレンマに陥っているのではないかと考えらえる。

会社補償を利用する会社の数は、劇的に増加しているというようなものではないが、少しずつ増加しているようである。また、会社補償を導入している会社には、海外に事業を展開しているものや外国人役員が就任しているものが多いようである。今後この動きがどのような広がりを見せていくのか、注視していきたいと思う。なかなか参照できるデータ等がないところではあるものの、わが国における会社補償の利用実態の把握と適切な利用促進には何が足りないかという点について、諸外国の状況を参照しつつ、研究を進めていきたい。

【謝辞】 竹瀨修先生には、大学院生以来、今日に至るまで、ご指導を賜ってきました。これまでの感謝の気持ちに加え、先生のますますのご活躍を心より願って、本稿を捧げます。

* 本稿は、科研費・基盤(C)「法人・役員の主観的リスクとその保険・補償」(課題番号22K01269)による成果の一部である。