

判例研究

破産会社の代表取締役の行った会社資金の流出行為につき、リスク管理体制等の構築を助言・勧告すべき社外監査役の義務違反を認めた上で、同違反につき重過失があるとはいえないとして責任限定契約の適用が肯定された事案——セイクレスト控訴審判決

〔商法 五七三〕

〔参照条文〕

会社法四二三条・三八一条・三八〇条・三八三条

〔事実〕

1. 分譲マンションの企画・販売等を業とする株式会社Z（以下、Z会社）は、平成三年の設立以降、順調に業績を伸ばし、平成一六年にはジャスダック証券取引所に株式を

大阪高裁平成二十七年五月二日判決
平成二六年(ホ)三一七号、役員責任査定決定に対する異議の訴え、同反訴、損害賠償請求控訴事件、控訴棄却（上告受理申立不受理）
判例時報二二七九号九六頁、金融商事判例一四六九号一六頁
原審、大阪地裁平成二五年二月二六日判決、判例時報三三二〇号一九頁

上場したが、平成一九年に発生したサブプライムローン問題の影響を受け、平成二〇年三月期には大幅な赤字となり、その後、平成二一年三月末日には約七億五〇〇〇万円の債務超過に陥り、株券上場廃止基準により、平成二二年三月三十一日までに債務超過を解消しなければ、上場廃止になるおそれがあった。

2. Z 会社の代表取締役である A は、①平成二二年八月一日、Z 会社が新株予約権の行使に係る払込金三〇〇〇万円の振込みを受けた際、監査役会が反対の意志を表明する中、Z 会社の有価証券届出書に記載された使途に反して、同月一七日に貸付けを行い、②同年八月三十一日、Z 会社が新株予約権の行使に係る払込金三〇〇〇万円の振込みを受けた際、取締役会の承認を得ないまま、業務提携契約の内入金として二〇〇〇万円を支払い、③平成二二年一月頃、債務超過による Z 会社の上場廃止を回避するために、払込金額総額二億二〇〇〇万円の第三者割当増資を行うことを計画した際、実際の評価額が五億円を上回ることをない山林について、その評価額を二〇億円とする評価を採用し、第三者委員会意見書において山林の評価の相当性について記載され、また、監査役会が、山林の評価の相当性についての疑念を表明する中、同年三月に山林についての現物出資を含む第三者割当増資を実行し、④同年八月十九日及び二三日、Z 会社において弁済期まで返済できる可能性が極めて低いとして監査役らから疑義が表明されていたにもかかわらず、利息を除くと合計一四〇〇万円の借入れを行うために、担保として、額面合計一億円の約束手形を振り出し、⑤同年八月二五日、新規事業についての共同事業契

約を締結し、工事着手金を支払うとの名目で、経営管理本部の担当取締役及び社外監査役 X（公認会計士の資格を有する）が反対意見や疑義を表明する中、額面総合計六億円の約束手形を振り出した（共同事業契約を締結することはなかった）、⑥同年九月二十九日から同年一〇月五日までの間に、取締役会の承認決議を経ないまま、額面総合計一億一〇〇〇万円の約束手形を振り出し、⑦同年一〇月一日、監査役らに通知しないまま臨時取締役会を開催し、事業資金の貸付けを行うことを前提として額面総合計五〇〇〇万円の約束手形を振り出した上、その後も、監査役が疑義を表明する中、同年一月五日までの間に、合計一億二〇〇〇万円の約束手形を振り出し、あるいは振り出す予定であるとの報告を行い、⑧ Z 会社において、会計監査人である監査法人からの要求によって、同月一日、手形の発行には取締役会の承認決議を要することなどを定める手形取扱規程が制定されたが、その後も、平成二二年一月一日から同年一月三日までの間に、取締役会の承認を得ないまま、合計三億三〇〇〇万円の約束手形を振り出した。A は、X の出席する平成二二年一月七日の取締役会において、各約束手形の振出しのうち、ある受取人に対する合計一億五〇〇〇万円の約束手形の振出しについて趣旨説明を

行った。これに対し、監査役会は、事前に監査役会への報告を確実に履行するよう要請した。

この間、平成二二年一〇月一二日、Xらは監査役の招集手続を行っていない取締役会決議は無効であり、借入れ行為を止める旨を申し入れたところ、借入れ行為は中止され、各約束手形はZ会社に戻された。また、監査役会は、同年一月五日付で、Aに対し、取締役会決議を経ない手形振出しなどの借財行為は、法令遵守義務に違反し、監査役として承知できない旨、また、今後も行為が繰り返されるならば監査役として然るべき対応をせざるを得ない旨を書面で申し入れた。なお、Z会社の取締役らは、債務超過状態を脱したものの厳しい財務状態にある同年六月ころ、さらに、同年一月ころに、Aを代表取締役から解職することを検討したが、適当な後任者を見つけられないことからこれを断念した。

3. 平成二二年九月一五日開催の臨時取締役会で、Aによる株主割当による募集株式の発行についての提案が承認され、同年一二月二〇日の定時取締役会において、募集株式の払込金額が報告され、払込金の使途（資金計画）が了承された。ところが、Aは、払込期日である同年一二月二九日、払込金として振り込まれた合計四億二一〇八万九九〇

〇円のうち八〇〇万円を出金するよう社員に指示し、これを順次、来社した第三者に交付した（本件金員交付）。

4. 平成二三年五月三日、Z会社に対する破産手続開始決定がなされ、弁護士であるYが破産管財人に選任された。Yは、Aによる本件金員交付がZ会社の代表取締役としての任務懈怠行為であることを前提として、Xが社外監査役としての善管注意義務に違反してZ会社に損害を生じさせるものであると主張して、破産裁判所に対して、Xに対する役員責任査定の申立てを行ったところ、破産裁判所は、Xの善管注意義務違反を認めたものの、同違反につき悪意重過失があつたとは認められずとして、XとZ会社の間の責任限定契約に基づき、Xに対する損害賠償請求権六四八万円（Z会社の監査役報酬の二年分）及びこれに対する遅延損害金の額と査定する旨の決定をした（本件査定決定）。本件査定決定に対し、Xは、善管注意義務違反がなく損害賠償責任を負わないことを主張して、査定決定の取り消しを求めて同決定に対する異議の訴えを提起し（第一事件）、Yも、Xの善管注意義務違反には重過失があり、責任限定契約の適用はないと主張して、本件査定決定の変更を求めて、同決定に対する異議の訴えの反訴を提起した（第二事件）（第三事件は割愛する）。

〔判旨〕 控訴棄却（上告受理申立不受理）

一 本件金員交付の任務懈怠の有無とその予見可能性

募集株式の払込金の振込みを受けて、あらかじめ定められた資金使途に反して、八〇〇〇万円の現金の出金を指示した上で、同日中に、その金額を第三者に交付した点について、取締役の任務懈怠行為に該当するとした。本件金員交付の予見可能性の有無について、「本件金員交付に至るまでの間に行われた……Aの各行為は、ア 有価証券届出書に記載した使途に反するZ会社の資金の流用……、イ 増資額の水増しによる会社財産の希薄化……、ウ 返済可能性が低い状況の下での、多額の約束手形の振出し……に大別することができるところ、本件金員交付は、有価証券届出書に記載した使途に反するZ会社の資金の流用や、多額の約束手形の振出しと、実質的にみて、会社の資金を不当に流出させるという点において、同種又は類似した態様の違法行為であるということができるとして、……Z会社においては、……本件募集株式の発行が決定され、……本件募集株式の発行に係る払込金が入金されることが見込まれる状況にある中、……監査法人からの要求に基づいて、……本件手形取扱規程が制定されたにもかかわらず、Aが、……制定された翌日である平成二二年一月一六日から、

取締役会の承認決議を経ないまま、多額の約束手形を振り出すに至り、そのことが、遅くとも同年一月七日の取締役会の時点で明らかになったというのであるから、Z会社の取締役ら及び監査役らは、同日の時点において、Aが、本件募集株式の発行に係る払込金が入金された機会等に、Z会社の資金を、定められた使途に反して合理的な理由なく不当に流出させるといった任務懈怠行為を行う具体的な危険性があることを予見することが可能であったということができる」。

二 取締役らの内部統制システム構築義務等の違反

1. 平成二二年三月三十一日の時点では、「通常想定されるような不正行為を防止しうる程度の内部統制システムが整えられていたと認められる」ところ、事実2の通り、Aによる本件手形取扱規程制定後の、取締役会決議を経ない約束手形の振出しが話題となった同年一月七日の時点において、「Aが、Z会社の資金を、定められた使途に反して、合理的な理由なく不当に流出させるといった任務懈怠行為を行う可能性があることを具体的に予見することが可能であったということができるのであるから、……経営管理本部長に就任していた取締役は、財務担当の取締役として、上記のような事態の発生を防止するための内部統制システ

ムを、取締役会において整備すべき義務を負っていたとい
うことができる。具体的には、同年一月二十七日の時点で
……本件手形取扱規程を即時施行することが必要であった
ことはもとよりであるが、……Z会社においては、同年九
月十五日開催の臨時取締役会において、本件募集株式の発
行が決定され、その払込期日が同年一月二十九日と定めら
れており、同日、本件募集株式の発行に係る払込金が入金
されることが見込まれる状況にあったのであるから、……
本件手形取扱規程に準じた、現金及び預金の管理規程を制
定し、即時、これを施行することを取締役に提案し、取
締役会においてこれを決定すべき義務を負っていた。」

2. 「また、Aの前記……一連の行為は、Aが、Z会社の
代表取締役として不適格であることを示すものであること
は明らかであるから、取締役の職務の執行の監督を行い、
代表取締役の選任及び解職を行う権限を有する取締役会の
構成員として、各取締役らは、AをZ会社の代表取締役か
ら解職すべき義務も負っていたといえることができる。そし
て、このことは、AのZ会社における地位、立場……に
よって左右されるものといえることはできない。」

三 Xの助言・勧告義務違反について

1. リスク管理体制構築に係る助言・勧告義務

「Z会社の取締役らは、平成二二年一月二十七日の時点に
おいて、Aが、Z会社の資金を、定められた使途に反して、
合理的な理由なく不当に流出させるといった任務懈怠行為
を行う可能性があることを具体的に予見することが可能で
あった」から、「経営管理本部長であり、財務担当の取締
役……は、このような事態の発生を防止するための内部統
制システムを、取締役会において整備すべき義務を負って
おり、具体的には、現金及び預金の管理規程を制定し、即
時、これを施行することを取締役に提案し、取締役会に
おいてこれを決定すべき義務を負っていた」が、約束手形
の発行継続が判明した平成二二年一月二十七日の時点でさえ、
財務担当取締役はAに対して行為を止めさせるための具体
的な方策を取ろうとした形跡もない。「そして、以上のよ
うな事情と、……Xが平成三年八月から日本公認会計士協
会……に所属する公認会計士であり、平成一三年三月にZ
会社の社外・非常勤監査役に就任し、平成二三年三月三〇
日に辞任するまでの間、同社の監査役であった者であって、
また、……平成二二年度の監査役の監査業務の職務分担上、
経営管理本部管掌業務を担当することとされていたことに
加え、取締役会への出席を通じて、Aによる一連の任務懈
怠行為の内容を熟知していたことをも併せ考えると、X

には、監査役の職務として、本件監査役監査規程に基づき、取締役会に対し、Z会社の資金を、定められた使途に反して合理的な理由なく不当に流出させるといった行為に対処するための内部統制システムを構築するよう助言又は勧告すべき義務があったとすることができる」と述べ、Xの助言・勧告義務違反を認めた。

なお、……「Zが、日本監査役協会が定めた「監査役監査基準」や「内部統制システムに係る監査の実施基準」に準拠して本件監査役監査規程や本件内部統制システム監査の実施基準を定めていることからすると、監査役の義務違反の有無は、本件監査役監査規程や本件内部統制システム監査の実施基準に基づいて判断されるべきである」。

2. 解職に係る助言・勧告義務違反

「Aの一連の行為は、AがZ会社の代表取締役として不適格であることを示すものであることは明らかであるから、監査役として取締役の職務の執行を監査すべき立場にあるXとしては、Z会社の取締役ら又は取締役会に対し、Aを代表取締役から解職すべきである旨を助言又は勧告すべきであったとすることができる」と述べ、Xの助言・勧告義務違反を認めた。

四 差止めの仮処分を申し立てる義務について

「Xが、内部統制システムの構築について助言又は勧告したり、Aの代表取締役からの解職について助言又は勧告することによって、かなりの程度効果をあげることができたと考えられる」から、Xが差止めの仮処分命令の申し立てを行わなかったことが義務違反とはならない。

五 因果関係の有無について

「Z会社において、会計監査人……からの要求によって、本件手形取扱規程が制定された経緯……や、……監査役からの申入れによって借入れを中止し、約束手形がZ会社に返還されたことがあったこと……に鑑みると、……監査役として、……本件手形取扱規程に準じた管理規程を設ける内部統制システムを構築するよう助言又は勧告すべき義務を履行していれば、これに基づいて、取締役会において、現金、預金等の出金や払戻しについて、……管理規程が定められることになった可能性が高かった」というべきであり、そうすると、管理規程がZ会社の従業員にも周知され、「従業員から報告を受けた監査役において本件金員交付に關するAの行為の差止めを請求するなどして、本件金員交付を防止することも可能であった」。「Z会社の取締役らは、平成二二年六月頃及び一月頃に、Aを代表取締役から解職することを検討していることなどに照らすと、Xが、A

を代表取締役から解職すべきである旨を取締役に助言又は勧告すべき義務を履行していれば、Aが代表取締役から解職された可能性もあり、仮に解職するに至らなかったとしても、取締役会において解職の議題が上程されることによつて、Aが本件金員交付のような任務懈怠行為を思いとどまつた可能性もあつたといふことができる。」

六 責任限定契約適用の有無（重過失の有無）

「Xを含むZ会社の監査役会は、Aによつて行われた一連の任務懈怠行為に対して、取締役会において度々疑義を表明したり、事実関係の報告を求めるなどしており、……多額の約束手形の発行が続けられた際には、……監査役三名が辞任する所存である旨の申入れを行い、……取締役会の承認決議を経ないで多額の約束手形が振り出された際には、……然るべき対応をせざるを得ない旨申入れるなどして、監査役として、取締役の職務執行の監査を行い、一定の限度でその義務を果たしていた」ことが認められ、「また、Z会社においては、……取締役会において、……Aの職務執行の監督や内部統制システムの整備が全く行われていなかったわけでもない。このような事情を考慮すると、Xには、……義務違反があつたものの、その義務違反が、監査役としての任務懈怠に当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とまで認めることはできない」。

〔評釈〕 一部判旨に疑問は残るが、判旨の結論に賛成する。

一 本判決の意義

本判決は、破産会社の代表取締役が、あらかじめ定められた使途に反して、合理的な理由なく会社の資金を不当に流出させるといつた任務懈怠行為を行う可能性があることを具体的に予見することができる場合に、会社の定める監査役監査規程に基づき、社外監査役に代表取締役の行為に対処するための内部統制システムを構築しよう助言又は勧告する義務を認め、さらに、代表取締役として不適格であることが明らかになった場合に、代表取締役を解職すべきである旨を取締役に助言又は勧告する義務を認めた点に意義を有する。しかし、会社法上、監査役の助言又は勧告の義務を定める規定がないことから、当該義務の法的性質及び位置づけをどのように理解するかが問題となる。本稿ではこの点を中心に検討を行い、それ以外の点については簡潔に分析するにとどめる。

二 従来の裁判例及び学説

1. 従来裁判例 (1) これまで監査役等の会社等に対する損害賠償責任が問題となった事案として次のようなものがある。①大阪地判昭和四九・四・二六判例時報七八一 号一〇三頁(破産管財人による損害賠償請求)は、破産会社の実質経営者の違法行為(会社名義の不正な手形振出しなど)を防止すべき監視義務に違反したとして責任を認めた。②東京地決昭和五二・七・一判例時報八五四号四三頁(更生管財人による損害賠償査定請求)は、粉飾決算により社外に流出した株主配当金、役員賞預金、法人税等合計額の損害について、監査役らが任務を怠り、各期の定時株主総会において議案が適法かつ正確である旨の報告を行ったとして、更生会社に対する連帯責任を認めた。③大阪高決平成九・一二・八資料版商事一六六号一四五頁(担保提供命令に対する即時抗告)は、監査役も代表取締役等業務執行部門ないし経営陣の業務執行につき一般的監視義務を負うとした上で、監査役は、担当取締役において、大和銀行の証券デューリング業務に関する不正行為が未然に防止できるような内部統制システムを構築し、これを実施しているかについて自ら又は担当取締役を介して、情報収集に努め、これを適切に監視する義務があるのに、監視義務を

怠り、担当取締役の違法な業務執行を漫然と放置したと結論付けた。④大阪地判平成一二・九・二〇判例時報一七二 一号三頁(大和銀行株主代表訴訟事件)は、監査役が、会計監査人による財務省証券の保管残高の確認方法が不適切であることを知りえたものであり、これを是正しなかったため、行為を未然に防止することができなかったものであり、検査方法の不備を看過した点で任務懈怠の責任を負うとした。⑤大阪高判平成一八・六・九判例時報一九七九号 一一五頁(ダスキン事件)は、食品衛生法上許されない未認可添加物の混入について、取締役らに自ら積極的には公表しないという方針を採用し、消費者やマスコミの反応をも視野に入れた上での積極的な損害回避の方策の検討を怠った点において、善管注意義務違反のあることは明らかである。また、監査役……も、自ら上記方策の検討に参加しながら、以上のような取締役らの明らかた任務懈怠に対する監査を怠った点において、善管注意義務違反があることは明らかであるとした。⑥最判平成二一・一一・二七判例時報二〇六七号一三六頁は、「監事も理事らの業務執行の監査を逐一行わないという慣行が存在したとしても、そのような慣行自体適正なものとはいえない……。……監事として、理事会に出席し、……建設事業が補助金の交付を

受けることにより自身の負担のない形で実行できるか否かについて疑義があるとして、……資料の提出を求めるなど、建設資金の調達方法について調査・確認する義務があったというべきである。しかるに、……上記調査、確認を行うことなく、……建設事業が進められるのを放置したものであるから、その任務を怠ったものとして、……損害賠償責任を負う」とした。また、第三者に対する責任が問題となる事案であるが、⑦名古屋高金沢支判平成二三・四・二七（判例集未搭載、LEXDB25471024）（銀行の破綻直前増資を巡る問題）は、監査役として、取締役の職務執行が善管注意義務に違反するおそれがあると認めた場合には、取締役に對し、必要な助言や勧告等を行うなど、これを阻止するために行動をとる義務があるとした上で、元監査役らは、「本件各増資に係る取締役会に出席しながら、……被告の不法行為やその余の取締役の職務懈怠行為に對し、その職務執行に對する反対意見を述べた形跡もない」として責任を認めた。さらに、有価証券報告書及び半期報告書の重要事項の虚偽記載等について知らず、有価証券を取得した者による損害賠償請求の事案であるが、⑧東京地判平成二五・一〇・一五（判例集未搭載、2013WLJPC1A10158003）は、監査役監査基準は、法令そのものではないが、監査役

としての注意義務の内容を検討するにあたって考慮すべきものと考えられると述べた。

(2) 監査役の責任を認めた従来の裁判例では、「前提となる事実の認識・判断内容の誤り」と「漫然放置」とが責任を認める要素として挙げられており、①判決は漫然放置型であり、②判決は判断内容の誤りに基づくものといえよう。ただ、実際問題として、前提となる事実の認識や判断内容の誤りが原因となつて漫然放置を招く事態となる場合もあり、両要素が渾然一体となることが少なくない。従来裁判例では、漫然放置型で監査役がやるべきことをやらなかつた場合に、裁判所は、そうならないための阻止行動として、例えば、調査・確認義務なり、助言・勧告義務なり、具体的な措置を指摘する場合は注目に値する。

2. 学説等 一般に、取締役の善管注意義務違反のおそれがある場合に、取締役会への報告（会社法三八二条）、取締役会における意見陳述（同三八三条一項）、取締役会招集請求（同三八三条二項・三項）、株主総会への報告（同三八四条）、取締役の行為の差止め（同三八五条一項、そして監査役に与えられた最終手段である監査報告への記載（同三八一条一項・三九〇条二項一号、施行規則二二九条

一項・一三〇条二項」という各権限を行使する義務がある旨の指摘がなされるものの、具体的にどのような場合に権限を行使すべきか(義務となるか)は、本来、具体的な事案との関係で明らかにされるべきことである。

監査役監査の実務においては、少なくとも日本監査役協会の定める監査役監査基準並びに内部統制システムに係る監査の実施基準に基づいて、最終手段としての監査報告への記載に至るまでに(記載しないために)助言又は勧告を求める立場(吉田良夫「コーポレート・ガバナンスにおける監査役的使命と責任―最近の事例を前提にして」監査役五五八号(二〇〇九)四頁、佐藤敏昭『監査役になったら一番はじめに読む本』(東洋経済新報社、二〇一三)一四四頁、一四六頁、一四九頁、武井一浩他「コーポレート・ガバナンス改革の潮流―これからの監査役への期待と自覚―」監査役六〇七号(二〇一三)一六頁、五〇頁「長友英資発言」、中村克己「最近の企業不祥事における役員責任」監査役六四七号(二〇一五)二〇頁、二五頁など)が有力といえる。これに対し、協会の監査基準はあくまでベストプラクティスであり、監査役の自己規律にすぎないから、監査役が必要性を認めない場合に助言又は勧告義務が生ずるのはおかしいとする批判がある(松井秀樹「監査役

監査基準、監査役監査規程と監査役の責任」監査役六二七号(二〇一四)四四頁、四五頁、同「原審判批」金判一四三九号二頁、六一七頁、同「セイクレスト大阪高裁判決と監査役監査基準」監査役六四三号(二〇一五)六六頁、六七頁。

学説では、会社法上、本来の監査役の任務として、「取締役会」における「業務執行の決定」についての意見の陳述が想定されており、本判決が述べるような勧告義務のような本来の職務とはいえない行動をとらなかったことを任務懈怠(あるいは善管注意義務違反)と評価することは適当ではないとする見解(伊藤靖史「原審判批」リマックス二〇一五(上)九三頁、高橋均「原審判批」ジュリスト一四六九号一〇六頁、弥永真生「本件判批」ジュリスト一四八四号三頁)、また同様に、監査役監査基準に従わない場合に責任を肯定するのではなく、監査役監査基準に従う場合に適法性推定機能が働く点に意義を認め(尾崎安央「本件判批」金判一四九六号六頁)、さらに、内部統制システムの構築や代表取締役の選定・解職といった取締役会の意思決定プロセスを通じた妥当性についてまで意見を述べる法律上の義務があると解する点に疑義を呈する見解(尾崎安央「本件判批」金判一四九六号四頁)がある。これに対

し、監査役の業務監査には、取締役の違法・不当な業務執行を防止すること（事前監査）が含まれることを重視し、会社が任意に高い水準の監査役監査規程を自ら採択した場合には、その水準に拘束される自己規律を選択するのであり、少なくとも取締役会における意見陳述義務を解釈する指針として、監査規程が拠り所となり、また、監査役の事前監査として、代表取締役としての適格性を欠くことが明らかとなった場合には、取締役の選任・解任という正規のガバナンス・プロセスによる是正を促す勧告義務は認められてしかるべきであるとする見解がある（柿崎環「判批」速報判例解説一八号（二〇一六）一〇五頁）。

三 助言又は勧告の義務の法的性質及びその位置づけ

1. 内部統制システムに係る助言又は勧告の義務

本判決（原判決を含む）は、監査役監査規程に基づき監査役の助言又は勧告の義務を導くが、監査役監査規程がなぜ監査役の法的な義務を基礎づけるのか、判旨を卒然と読む限り判然としない。判旨が社内規程を義務違反の直接の根拠とする点に疑義が呈される（満井美江「原審判批」金判一四六四号二〇頁）のはもっともな面がある。では、判旨をどのように理解すべきか。監査役の監査に「事前監

査」が含まれていること、さらに、会社が監査役監査基準に準拠した監査役監査規程を任意に定めたことに触れた上で、内部統制システムを構築するよう勧告する義務違反の有無を判断するに当たり、①会社の経営管理に深く関わる業務に、②公認会計士の資格を有し、監査役の立場で長期間にわたり従事し、③一連の任務懈怠行為の内容を熟知していたことを指摘して勧告する義務を認めている。素直に読むならば、勧告義務の根拠は、監査役の出席する取締役会における審議を経て任意にかつ自覚的に採用された点に求められていると解される（本判決の射程につき、後掲3.参照）。監査役監査基準を自社の基準とした場合に一定の義務を負うことは監査基準自体が注意を促している（平成二三年改訂版「監査役監査基準」Ⅲ。なお、平成二七年の最終改訂では、各条項の行動規範としての意味合いを分類し、各条項についてレベル分けが行われたが、少なくとも取締役の義務違反が明らかな場合は、Lv.2（不遵守があった場合に、善管注意義務違反となる蓋然性が相当程度ある事項）と位置づけられている。監査役監査基準（平成二七年改訂）二一条二項三号・四号、二四条五項、二六条二項・四項など参照）。また、監査役監査規程では監査役が「必要と認めた場合」に限り助言又は勧告の義務が生じる

との批判(松井・金判一四三九号七頁)もあるが、必要性について監査役の全くの主観的な判断に委ねられるわけではなく、客観的に判断されるべきものであり、上述の①②③の事実は事前監査機能を強調する部分と相まって、義務の発生を導くのは容易であると思われる。

では、監査規程に基づく勧告義務は、会社法の定める監査役の権限(義務)とどのような関係にあると理解すべきか(助言又は勧告義務の法的性質及び位置づけの問題)。この点、監査役の取締役会における意見陳述義務の具体化という観点から理解する見解が多い(遠藤元一「本件判批」商事法務二〇七八号(二〇一五)九一〇頁、柿崎・前掲一〇五頁、林孝宗「原審判批」速報判例解説一五号(二〇一四)一四二頁)。助言又は勧告義務に批判的な立場の説く取締役会における決定に対する意見陳述(伝統的な理解)とは趣を異にするが、事前監査機能を重視する立場からは肯定的に捉えられよう。しかし、さらに進んで、独立した職務として助言又は勧告の義務が監査役と会社の任用契約に取り込まれたと解する余地がある(塩野隆史「原審判批」法律時報八六卷二二号(二〇一四)一三四頁、遠藤・前掲一一頁、得津晶「本件判批」ジュリスト一四九〇号(二〇一六)一二二頁)。この場合、これまで裁判例が

採用してきた漫然放置型の責任類型において、具体的には助言又は勧告という措置がとられるべきことを意味し、それが行われなるときは、漫然放置したとして監査役の善管注意義務(会社法三八一条一項)違反に基づく責任を認めるという法律構成である(この場合、要件事実論との関係で、取締役の責任に係る判断構成が問題となる。形式的には会社法三八一条違反の問題と性格づけることができるが、実質的にみれば、意見陳述を行うべき場合か否か、意見陳述として十分であるか否かが問われているのであり、具体的法令違反に係る責任の判断構成ではなく、善管注意義務違反の有無が問題となる場面と理解すべきであろう)。判旨の実質的な意味をこのように理解すると、クライシス・マネジメントの問題であるとしても、本判決の論理は従来の裁判例の流れに沿ったものといえることができる。クライシス・マネジメントとして、監査役が具体的に取るべき措置を明らかにした点に本判決の意義があると評しうる。

そうすると、監査役監査規程はベストプラクティスを定めたもので、監査役の自己規律として理解されるべきものであるとの批判(二.2.参照)については、少なくとも自社で監査役監査規程を自覚的に採用した以上、一定の場合に助言又は勧告の義務は監査役の職務内容となると考えるべ

きであるし、裁判例⑧や監査実務に携わる者の論調に鑑みると、取締役の構築・運用すべき内部統制の水準の議論とパラレルに、その当時の業界における一般的な水準として認識される監査規程の内容が基準となつていると考えるべきであろう。監査役監査基準の裁判規範としての性質に懐疑的な論者も、内規を設けたことでそれが職務内容になったことを自覚している場合に監査役が債務不履行の責任を負う余地を認めており（尾崎・前掲六頁）、本件では、まさに公認会計士としての資格を有する監査役が、規程の改定を含め、長期間にわたって深く監査業務に携わっていた事実が考慮されたものと解される（弥永・前掲三頁では、一種の禁反言が働くという理解が示される）。

2. 代表取締役の解職に係る助言又は勧告の義務

会社が自社の監査役監査規程を定めるかが義務の内容を決める要素だとすると、監査規程に定められていない解任・解職の助言又は勧告の義務をどのように理解するかという問題が残る。原審判決は、取締役会をないがしろにして違法・不当な行為が繰り返される場合にその防止措置として解任・解職の勧告をすべきは当然であるとし、本判決は、代表取締役として不適格であることは明らかであることを指摘する。判旨がこのような結論に至る法的根拠は必

ずしも明確でないばかりか、内部統制システムの助言又は勧告はともかく、代表取締役の解職に係る助言又は勧告まで認めるのは行き過ぎではないかという指摘がある（弥永・前掲三頁、遠藤・前掲一二頁）。たしかに監査役監査規程に基づかず、代表取締役の解職に係る助言又は勧告義務を法理論・解職論としていかに基礎づけるかは明確でない。本来、監査役が果たすべきは正規のルート、つまり取締役会の監督権限を動かすことであるが、それが機能しないということであれば、残された権限としては、監査報告に記載するという最終手段に訴えるか、個別の事案において行為の差止め請求を行う他に手立てはない。しかし、本件のようなクライシス・マネジメントの問題となる事案では、監査報告の記載を待つ時間的な余裕はなく、また、行為の差止め請求は金銭流出の相手方の特定を欠くことから難しい。本件では、代表取締役から解職すべきかどうかについて二度ほど検討が行われ、代表取締役として不適格であることが明らかであるというのだから、本来、経営者としての地位から即刻排除されてしかるべきことにならう。この場合に監査役としての職務を放棄して辞任すべきでないとする、取締役会に対する解職の助言又は勧告（いわゆる退場勧告）を行う他はないのではなからうか（過去の

事例として、監査役により代表取締役の解任(当時のマ)を動議すべき意見表明がなされ、取締役の一部が解任動議を提出した事件(クレイフィッシュ事件。当該事件の分析として、松井秀樹「最近の会社事件の法的留意点」監査役四五〇号(二〇〇一)五頁以下)が参考となる)。そして、もしこの結論が妥当であるとすると、内部統制システム構築に係る助言又は勧告の義務は当然に認められると解される。本件は、むしろ経営者を直ちに退場させるべき事案であったとすると、少なくともも想定されるすべての業務執行を対象とした内部統制システムの構築・運用を実現すべきであったということになる。

3. 判決の射程

本判決における助言又は勧告の義務を自社の採用する監査役監査規程に基づくものと理解すると、監査役監査基準に準じた監査役監査規程を採用しない会社の監査役の職務とはならないのではないかが問題となる。しかし、結論的には、各会社において独自に監査役監査規程を採用しなければ助言又は勧告の義務を負わないということにはならないと考えられる。当初監査基準の作成された意図が監査役の法的な義務を当然に定めたものではなく、ベストプラクティスを定めたものであるとはいえず、監査役の職務遂行の

在り方として、そのような認識が一般的に共有されることになるならば(弥永・前掲三頁(日本監査役協会の「監査役監査基準」が少なくとも上場会社の間ではかなり広く取り入れられていることが判断に影響を与えている可能性を指摘する)、監査役の善管注意義務違反を判断する基準として考慮されるべきは、取締役の構築・運用すべき内部統制システムの水準の議論との整合性の観点からも疑いがないと思われる(現時点でこれを法的義務と考えることが時期尚早であるとの見方があるかもしれないが、裁判例⑧を含め、法的な義務として採用されたと評しうるのではないか)。

四 差止めの仮処分を申し立てる義務

裁判例の言い回しにみられるように、監査役としての職務を漫然と放置したと評価されないためには、取締役の善管注意義務違反のおそれがあると認められる場合に、これを阻止する行動を取る義務があるから、差止めを求める権利と重なって見える(遠藤・前掲八頁、一〇頁)。しかし、差止めや仮差止めの要件との関係で、厳密な意味での法的な差止めが認められない場合が考えられる。本件はそのような場合と理解すべきではなからうか。言い換えると、本

判決は、厳密な意味での法的な差止めは認められない場合に、訴えによらず、それに代わる機能を果たすものとして助言又は勧告の義務を位置づけたものと理解することも可能であるように思われる。

本判決は、監査役の取るべき措置を段階的に理解し、助言又は勧告が実効的である段階では差止めの救済を不要としたが、原判決は、差止めの相手方を具体的に特定できないことから差止めの救済を認めなかった。原判決の理由づけはともかく、本判決のような段階的な位置づけは、おそらく監査役監査の実務で一般に受け入れられつつある立場であると考えられるが、法的にみれば、監査役が差止めの権利を行使すべき場合は、助言又は勧告義務とは独立に、その要件に照らして判断されるべきものといえよう。是正のための時間的な余裕のある場合（リスクマネジメントの問題）であればともかく、緊急時の場合（クライシス・マネジメントの問題）はそのような段階的理解に馴染まないであろう。

五 任務懈怠の予見可能性の有無、因果関係の有無、重過失の有無

その他、本事案において、任務懈怠に係る具体的な予見

可能性の有無、因果関係の有無、重過失の有無といった点が事実の評価として問題となる。

1. まず、任務懈怠の予見可能性について、原判決では、特定の者に対して行われる金員交付を具体的に予見できたとは認められない以上、差止めの仮処分を申し立てる義務までは認められないとしつつ、同種の行為が繰り返されたことから、何者かに対して払込金を不当に流出させるおそれがあることは予見できたとされ、本判決では、破産会社の資金をAが定められた使途に反して合理的な理由なく不当に流出させるといった任務懈怠を行う具体的な危険性があることを予見できたとされた。原判決に対しては、資金の調達か出金かの区別の観点から見ると、必ずしも同種の任務懈怠の繰り返し・反復継続があるとはいえないのではないかとの疑義が呈されていたが（松井・前掲金判一四三九号五―六頁）、本判決は、多額の約束手形の振出しの中に、借入金額と約束手形の額面金額が著しく均衡を欠くもの、他社に対する貸付金とされる資金の調達を目的とするもの等が含まれており、実質的にみて、「使途が不明確で合理的な理由のない金員の不当な流出である」本件金員交付と同種又は類似した態様であると詳しく説明を加えている。このような帰納的な定式化は合理的なものであり、

もし予見可能性の認定が厳しすぎるとの違和感があるとするれば、それは判旨のような帰納的な抽象化に基づく対応を求められた点にあるように思われる(同旨、得津・前掲一二二頁)。

2. 次に、任務懈怠と損害との因果関係の有無であるが、原判決は、因果関係に立ち入った分析・検討をせず、勧告に従って行動した可能性は高くないとの主張に対し、「監査役として、監査役監査規程に明示されている職務をしない理由にはならない」と述べるにとどまっており、監査役の意見がごとく無視されてきた状況においてもなお勧告義務を認めるのであれば、任務懈怠と損害との間の因果関係の有無を慎重に検討すべきという批判(松井・前掲六頁、長畑周史「原審判批」法学研究八八巻三号(二〇一五)五六頁)もあったところ、本判決は、会計監査法人からの要求によって本件手形取扱規程が制定されたことや監査役の要請によって借入れが中止され、手形が返還されたことなどの過去の実績を挙げて、助言又は勧告がなされれば、預金等の出金や払い戻しに関する管理規程が定められ、結果として本件金員交付を防止することができたとする。また、代表取締役の解職を実際に二度ほど検討したこともあり、代表取締役から解職される可能性、あるいは取

締役会に解職の議題が上がることで任務懈怠行為を思いとどまった可能性があるとする。

3. 最後に、重過失の有無について検討する。重過失とは、任務懈怠行為に当たることを知るべきなのに、高度に、著しく注意を欠いたことによりそれを知らなかったことと定式化されるが(会社法コンメ9〔3〕三八二頁(吉原和志執筆)、従来の裁判例では、結論的には、会社業務の一切を任せきりにして、その業務執行に何等意を用いることなく不正を看過するといった、いわゆる漫然放置型に該当する場合に重過失を認める傾向にある(最判昭和三二・七・九民集一一巻七号一二〇三頁、最判昭和四四・一一・二六集二三巻一一号二一五〇頁、最判昭和五一・三・一九民集三〇巻二号一二八頁など)。

本件において、Xの重過失の有無を考えるに当たり、直接に責任を問われた義務違反行為よりも前の事情を考慮する点について疑義が表明されている(長畑・前掲五七頁、遠藤・前掲一三頁、得津・前掲一二二頁)。この点、本件について、倒産企業に生じた損害を元監査役を含む役員等とその他の利害関係者との間で合理的に分配するための判断枠組みを示したものと理解した上で、会社の体質ないし会社の管理上の問題点としてとらえられる事情を重過失

の有無の判断において顧慮したものと理解する立場がある（遠藤・前掲二二一―二四頁）。たしかにこのように理解することにより、本判決を説明することができるのかもしれないが、役員等の任務懈怠と相当因果関係のあるすべての損害を役員等に負担させるのではなく、会社が本来的に負担すべき部分を賠償の範囲から除外しようとする正当化根拠が、本件において妥当するのには疑わしいように思われる（そもそも企業規模の拡大により、経営判断のミスが潜在的には個人の支払い余力を超えるほど多額になることは積極果敢な経営判断に対する萎縮効果を生じさせ、妥当ではないという点にあると思われる）。

それではどのように理解することができるか。本件における任務懈怠が「一連の行為」として繰り返し、反覆された点をどのように評価するかが鍵となるように思われる。判旨は、取締役会が開催された遅くとも一二月七日の時点で任務懈怠の可能性を具体的に予見できたと認定している。監査役が繰り返し疑義を表明しなければ、組織の機能不全も代表取締役として不適切であることも判明しなかったということができ、監査役の適正な任務遂行が具体的な任務懈怠の予見可能性を生じさせ、新たな対応の必要性を生じさせたといえる。監査役として任務懈怠の可能性を認識し

または認識することができたが、最後に問題となった本件金員交付について具体的に何を為すべきかの対応を誤ったにとどまり、この点において従来のいわゆる漫然放置型とは一線を画すると考えられる。

柳 明昌