

主要先進国における会社補償及び  
D & O保険の在り方に関する  
調査研究業務報告書

平成 31 年 1 月

公益社団法人 商事法務研究会

「主要先進国における会社補償及びD & O保険の在り方に関する  
調査研究業務」委員及び担当分野一覧

監修・イギリス

後藤 元 東京大学大学院法学政治学研究科 准教授

アメリカ 山中利晃 東京大学大学院法学政治学研究科  
寄付講座等研究員

ドイツ 伊藤雄司 上智大学法学部 教授

フランス 早川咲耶 金沢大学大学院法務研究科 准教授

※ 所属等は調査実施当時のもの

# 目 次

第1章 アメリカ法	1
I. D&O 保険	1
1. D&O 保険に関する規制の在り方	1
2. 対会社責任についての D&O 保険と対第三者責任についてのそれ	2
3. 対第三者責任についての D&O 保険と PL 保険等	3
4. 被保険者に応じた D&O 保険の区別の有無	4
II. 会社補償	4
1. 会社補償に関する規制の在り方	4
2. 対会社責任についての会社補償と対第三者責任についてのそれとの区別	6
3. 費用、損害賠償金、和解金についての各会社補償の区別	7
4. 罰金等についての会社補償	8
III. D&O 保険と会社補償の各活用状況	9
1. D&O 保険と会社補償の各活用状況	9
(別紙1) 1967年改正 DGCL145条 (和訳)	10
(別紙2) 現在 (2019年1月時点) の DGCL145条 (和訳)	13
第2章 イギリス法	19
I. 概要	19
II. 会社補償	20
1. 適格対第三者補償条項	20
2. 適格対年金スキーム補償条項	23
3. 適格補償条項の開示および備置・閲覧	23
4. 会社補償の利用の実態	24
III. D&O 保険	24
1. 総論	24
2. D&O 保険によるカバー範囲	25
3. D&O 保険の開示	27
4. D&O 保険の利用の実態	29

第3章 ドイツ法	31
I. ドイツにおけるD&O保険の普及	31
II. D&O保険契約の概要	32
1. 保険契約者及び被保険者	32
2. 保険事故、対会社責任と対第三者責任の区別	32
3. 会社補償条項	34
4. 別の責任保険との関係	35
5. 免責条項	35
6. 直接請求権	36
III. D&O保険の会社法上の適法性をめぐる議論	38
IV. D&O保険締結権限の所在、保険料の報酬該当性	40
1. 問題状況	40
2. 学説及び判例の状況	41
V. いわゆる自己保有(Selbstbehalt)規制について	44
1. 取締役員に関する自己保有(株式法93条2項)	44
2. 監査役会構成員に対する自己保有	44
VI. D&O保険の保険料等の開示について	45
VII. 事業責任保険等との関係	46
1. 事業責任保険の位置づけ	46
2. 事業責任保険と自己保有規制(株式法93条2項)との関係	47
3. 事業責任保険とその他の株式法上の規制	47
VIII. 会社補償	48
●GDVモデル約款(2017年8月現在)	52
[参考文献]	63
第4章 フランス法	65
I. はじめに	65
II. フランスの会社役員の実務	65
III. 会社補償	68
1. 利益相反取引規制	68
2. フランスにおける会社補償	71

IV. RCMS 保険 (L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux) .....	72
1. はじめに .....	72
2. 役員賠償責任保険の採用状況 .....	73
3. RCMS 保険契約の締結 .....	73
4. 会社による費用負担 .....	75
5. RCMS 契約による保障対象 .....	75
6. その他の保険との関係 .....	80
第5章 日本法への示唆 .....	81
I. はじめに .....	81
II. 会社補償 .....	81
1. 会社補償の可否 .....	81
2. 会社補償の内容 .....	82
3. 会社補償に関する開示 .....	83
III. D&O 保険 .....	83
1. 会社による締結の可否 .....	83
2. D&O 保険の内容の制約 .....	83
3. D&O 保険に関する開示 .....	84
参考資料 会社補償に関する規制の各国比較 .....	85
参考資料 D&O 保険に関する規制の各国比較 .....	86

# 第1章 アメリカ法

東京大学 山中利晃

## I. D&O 保険

### 1. D&O 保険に関する規制の在り方

アメリカ法における D&O 保険に関する規制の在り方はどのようなものであろうか。

アメリカにおける代表的な州会社法であるデラウェア州一般会社法（以下「DGCL」という）145 条 g 項は、D&O 保険について、「……本条に基づいて当該責任に対して会社がその者に補償する権限を有するであろうかどうかにかかわらず、その者に対して主張された及びあらゆる当該能力においてその者によって負担された、又はその者の当該地位から生じているあらゆる責任について、保険を購入し保有する権限を有するものとする。」と明示的に規定し、取締役、執行役員および従業員等の会社補償の対象にならない責任についても、会社がその保険料全額を負担して購入した D&O 保険によってこれを填補できることを法律上明確にしている<sup>1</sup>。なお、同法同条は、会社が D&O 保険を購入し保有すると決定する手続については規定していない。

〔コロンビア特別区（District of Columbia）およびプエルトリコを別として、〕会社が D&O 保険を購入し保有することを全ての州における制定法が明示的に認めているとの指摘がみられる<sup>2</sup>。この指摘は、D&O 保険を認める制定法の文言からは、〔D&O〕保険によって得ることのできる保護についての唯一の制約を公序（public policy）が構成するであろうように思われるとした上で、一般的に、公序は故意のまたは意図的な権利侵害、詐欺または法に対する故意の違反に対する填補を禁じているとしている<sup>3</sup>。

D&O 保険による填補責任の範囲については、会社補償と異なり、DGCL と連邦証券法のいずれも制約を規定していない<sup>4</sup>。1967 年改正 DGCL145 条 g 項が填補責任を制限

---

1 山中利晃『上場会社の経営監督における法的課題とその検討——経営者と監督者の責任を中心に』262 頁～263 頁（商事法務、2018 年）参照。アメリカ法の下での会社補償および D&O 保険の在り方全般について、同書 226 頁～269 頁参照。1967 年改正 DGCL145 条の和訳については、別紙 1 参照、現在（2019 年 1 月時点）の同法同条の和訳については、別紙 2 参照。なお、同書 85 頁～99 頁が日本法を、366 頁～380 頁がイギリス法を、456 頁～462 頁がドイツ法を、それぞれ検討している。

2 WILLIAM E. KNEPPER & DAN A. BAILEY, LIABILITY OF CORPORATE OFFICERS AND DIRECTORS § 23.02 (release no.25 through Nov. 2018).

3 *Id.*

4 山中・前掲注 1) 262 頁参照。

しなかった背景として、故意の違法行為による取締役の責任に付保することは公序に反するため、故意の違法行為による責任を填補する保険約款を作成する保険会社が存在しないであろうと立案担当者が考えていたことが挙げられる<sup>5</sup>。

開示の在り方については、州会社法は一般的に D&O 保険契約の詳細を開示することを要求していないとの指摘がみられ、DGCL もこれに関する情報の開示については規定していない<sup>6</sup>。もっとも、連邦レベルで、発行会社にはその購入している D&O 保険契約の一般的な効果を述べることが求められている<sup>7</sup>。〔具体的には、〕発行会社の取締役または執行役員がその取締役または執行役員としての地位において負い得る責任に対して保険により填補されまたは補償されるところのあらゆる制定法、定款規定、附属定款、契約またはその他の取り決めの一般的な効果を述べることが求められている<sup>8</sup>。当該規制は、D&O 保険を購入していることとその一般的な効果を開示することを発行会社に求めているものの、当該保険契約の詳細を開示することを要求しているわけではないとの理解がみられる<sup>9</sup>。

懲罰的損害賠償に対する保険による填補については、後述 II. 4.における記述を参照。

## 2. 対会社責任についての D&O 保険と対第三者責任についてのそれ

アメリカ法およびその下において、対会社責任についての D&O 保険と対第三者責

---

5 同書 263 頁注 781) および 246 頁注 703) 参照、より詳細な紹介として、山中利晃「デラウェア州における会社補償制度——1967 年改正とその後の展開」会社補償実務研究会編『成長戦略と企業法制 会社補償の実務』131 頁以下、141 頁～142 頁（商事法務、2018 年）参照。なお、今日、標準的な D&O 保険約款は存在せず、各保険会社がその填補責任においてかなり異なる約款を用いているとの指摘がみられる（山中・前掲注 1) 265 頁注 792) 参照）。もっとも、大部分の D&O 保険約款において免責事由が規定されており（同書 265 頁注 793) 参照）、故意の違法行為に〔基づく責任に〕対する填補が通例除外されているとの指摘がみられる（同書 265 頁注 794) 参照）。

6 山中・前掲注 1) 266 頁参照。なお、例外として、ニューヨーク州では州会社法である事業会社法（Business Corporation Law）が開示を要求しており、具体的には、同法 726 条 d 項が「会社は、725 条 c 項（取締役又は執行役員の補償に影響するその他の規定）において規定された時間の範囲内においてかつ〔その規定された〕者に対して、本条に基づいて購入し又は更新したあらゆる保険に関して、保険業者、契約日、保険の費用、会社における被保険者の地位を特定するステートメント、及び株主に対するステートメントにおいて過去に報告されていない、あらゆる補償〔及び〕保険契約に基づいて支払われた合計額を説明するステートメントを送付するものとする。」と規定している。同書 266 頁注 798) 参照。

7 同書 266 頁参照。

8 同書 251 頁注 731) 参照。

9 同書 266 頁注 801) 参照。当該指摘は、この「一般的な効果」が当該保険契約の詳細について何らかの開示を要求するものと解され得るものの、一般的に発行会社は、不開示の填補責任限度額の範囲内で取締役や執行役員の行為から生じた責任を D&O 保険によって填補することが可能であるという不透明な声明より多くを何も開示していないとしている。同箇所参照。

任についてのそれとは区別されているのであろうか。また、両者について、内容、手続、開示等の規制や規律に差異はあるのであろうか。

法制度面について、DGCL145条g項は、「保険」(insurance)と規定し、対会社責任についての保険と対第三者責任についての保険とを条文上区別していない<sup>10</sup>。連邦レベルで、発行会社にはその購入しているD&O保険契約の一般的な効果を述べるものが求められているところ<sup>11</sup>、「保険により填補され」(is insured)と規定されており<sup>12</sup>、ここでも、対会社責任についての保険と対第三者責任についての保険とが区別されているわけではない。

D&O保険約款について、D&O保険には、填補責任に応じて3種類の条項があるとされている<sup>13</sup>。[この3種類の条項のうち、]Side CのD&O保険は、発行会社と発行会社の1以上の取締役または執行役員とが証券クラス・アクション〔対第三者責任が問題となる。〕において被告とされた場合の会社の損害を限定的に填補するものとして、1993年後半に最初にみられたとの指摘がある<sup>14</sup>。

### 3. 対第三者責任についてのD&O保険とPL保険等

アメリカ法の下で、対第三者責任についてのD&O保険とPL保険等とは区別されているのであろうか。また、両者について、内容、手続、開示等の規制や規律に差異はあるのであろうか。

法制度面について、前述I. 2.における記述を参照(対第三者責任についてのD&O保険とPL保険等とが区別されているわけではない)。

歴史的に、雇用慣行から生じる危険に対する保険による填補(insurance coverage)は、仮にあるとすれば、企業総合賠償責任(commercial general liability (CGL))および「会社役員賠償責任」(directors and officers liability (“D&O”))保険約款を含む、多様な

---

10 同書538頁参照。

11 前掲注7)参照。

12 前掲注8)およびこれに対応する本文を参照。

13 山中・前掲注1)263頁注782)参照。すなわち、①Side Aは、保険約款の個人部分とも呼ばれ、会社によって補償されないところの取締役および執行役員の損失を填補するものである。②Side Bは、会社がその執行役員や取締役にそれらの損失を適法に補償したところの金額を会社に支払うものである。③Side Cは、「法人」填補(“entity” coverage)と呼ばれ、仮に取締役や執行役員が被告に含まれていない場合でも、会社に対する請求から生じ会社が負担した損失を填補するものである。同箇所参照。併せて、同書263頁～265頁参照。

14 同書264頁注791)参照。D&O保険約款による填補が連邦証券法に基づいて排除されるという立場を証券取引委員会(以下「SEC」という)が採用しているわけではない。ただし、1934年証券取引所法16条b項に基づく請求に対する判決額〔判決が認めた損害賠償責任額をいう。以下同じ。〕や和解金について会社に対して支払を行うことは標準的なD&O保険約款から明示的に除外されているとの指摘もみられる。同書265頁注796)参照。

伝統的な保険商品において限られた程度においてのみ存在したとの指摘<sup>15</sup>がみられる。この指摘は続けて、1990年代初頭から、雇用に関する訴訟に対する包括的な保険による填補を1つの約款に統合することが意図されたところの雇用慣行賠償責任保険約款（employment practices liability insurance policy）をいくつかの保険会社が初めて導入したとしている<sup>16</sup>。実務で用いられている保険約款のこのような統合は、実質的に同じ DGCL145 条 g 項の下で行われたものである<sup>17</sup>。

#### 4. 被保険者に応じた D&O 保険の区別の有無

アメリカ法およびその下において、役員を直接の被保険者とする D&O 保険と、会社を被保険者としつつ会社が役員に対していわゆる会社補償をすることに伴い会社に生ずる損害を填補する D&O 保険とは区別されているのであろうか。

この点に関しては、法制度面および D&O 保険約款について、前述 I. 2.における記述を参照。

## II. 会社補償

### 1. 会社補償に関する規制の在り方

アメリカ法における会社補償に関する規制の在り方はどのようなものであろうか。

現在〔2017年11月時点〕、アメリカの全ての州がその州法に会社補償についての明文の規定を置いているとの指摘がある<sup>18</sup>。DGCLは、145条に会社補償についての詳細な規定を置いている。具体的には、同法同条の下で、会社は、その取締役、執行役員および従業員等が誠実にかつ会社の最善の利益になるかまたはこれに反しないと合理的に信じるるところに従って行為した場合、任意的補償として、①対第三者責任に関して、これらの者によって実際にかつ合理的に負担された費用（弁護士費用を含む）、判決額、

---

15 KNEPPER & BAILEY, *supra* note 2, § 28.03.

16 *Id.*

17 DGCL145 条 g 項は、1967 年改正がこれを置いた後、男性〔を指す〕用語（masculine terminology）を性別に中立的な用語に置き換えるための改正（1997 年改正が、同年改正前同法同条同項における「彼に」〔“him”〕を「その者に」〔“such person”〕に改め、「彼の」〔“his”〕を「その者の」〔“such person’s”〕に改めた。71 Del. Laws ch.120, § 9 (1997). デラウェア州ウェブサイト〔<http://delcode.delaware.gov/sessionlaws/ga139/chp120.shtml>〕参照〔最終アクセス：2019 年 1 月 17 日〔以下同じ〕〕。この立法要旨（legislative synopsis）〔立法理由を含む〕は、以下に採録されている。EDWARD P. WELCH, ROBERT S. SAUNDERS, ALLISON L. LAND & JENNIFER C. VOSS, *FOLK ON THE DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW* § 145.15 n.209 (6th ed. last updated Dec. 2018).) を除き、現在（2019 年 1 月時点）まで改正されていない。デラウェア州ウェブサイト（<http://delcode.delaware.gov/title8/title8.pdf>）参照。

18 山中・前掲注 1) 226 頁参照。

罰金または和解金を補償することが認められるとともに(同条 a 項)、②対会社責任(派生訴訟を含む)に関して、防御または和解との関係で実際にかつ合理的に負担された費用(弁護士費用を含む)について、その者が会社に対する責任があるとの判決が出されるべきところの請求等を原則として除き、これらの者によって実際にかつ合理的に負担された費用(弁護士費用を含む)を補償することが認められている(同条 b 項)。さらに、その取締役または執行役員が防御において本案等において勝訴した場合、義務的補償として、その者によって実際にかつ合理的に負担された費用(弁護士費用を含む)について、その者は補償されるものとされている(同条 c 項)。<sup>19</sup>

これらのうち任意的補償については、当該特定の補償に関して、①当事者でない取締役の過半数投票によって、または②当事者でない取締役の過半数投票によって指名された当事者でない取締役からなる委員会によって、または③当事者でない取締役がいない場合または当事者でない取締役が指示する場合における独立した法律顧問による意見書によって、または④株主によって、これが決定されるものとされるときも(同条 d 項)、返金の約束に基づいて防御費用の前払を会社が任意で行うことができるとされている(同条 e 項)。<sup>20</sup>

会社補償を DGCL に初めて明示的に規定したのは 1943 年改正であるが、この下では、会社が適法に行うことができる会社補償の対象や手続が条文上明確にされておらず、各会社の附属定款や補償契約等が補償を規定する一方、裁判所が公序に基づいて課すであろうと示してきた制約を超え得るかどうかについて不確実性があった。また、裁判所が、1967 年改正前 DGCL における会社補償制度に有能な者が取締役等として務めることを促進するという目的があると解し、さらに、制定法の明確化が必要である点を指摘した上で立法による明確化を促している。これらが、1967 年改正 DGCL145 条における会社補償制度の明確化と確立につながったものである。<sup>21</sup>

1943 年改正法における会社補償制度の性格は 1967 年改正前まで不変であった。すなわち、会社補償の対象や手続を DGCL が具体的に規定せず、これらの決定が各会社に、またその適法性の判断——公序による制約——が裁判所に、それぞれ委ねられていた<sup>22</sup>。

SEC は、登録届出書における不実開示または不開示による損害賠償金についての 1933 年〔証券〕法に基づく個人責任について取締役に補償することは公序に反すると

---

19 同書 261 頁参照。

20 同箇所参照。

21 同書 260 頁参照。

22 同書 230 頁参照。この下での裁判所の判断については、同書 230 頁～233 頁参照。

いう立場を長年にわたって採用してきたとの指摘がみられ<sup>23</sup>、公序に反するかどうかは、最終的に裁判所が判断することになる<sup>24</sup>。〔この下で、〕発行会社とその取締役と共同して各自責任があるとの判決が出された場合に、全額を当該発行会社が負担し、当該発行会社が取締役に求償しないことが〔会社補償であるとしてこれが〕公序の観点から認められるかどうかの問題になったとの指摘がある<sup>25</sup>。発行会社はその定款、附属定款または補償契約等による補償規定の効果をその登録届出書において開示することが求められている<sup>26</sup>。

## 2. 対会社責任についての会社補償と対第三者責任についてのそれとの区別

アメリカ法において、対会社責任についての会社補償と対第三者責任についての会社補償とは区別されているのであろうか。また、両者について、内容、手続、開示等の規制や規律に差異はあるのであろうか。

DGCL145 条は、対第三者責任についての会社補償（同条 a 項）と対会社責任についての会社補償（同条 b 項）とを区別し、会社補償の内容について異なる規律をしている。

同条は、会社補償を行うための手続について、裁判所が命令する場合を除き、a 項および b 項に基づくあらゆる補償について同じ規律をしている（d 項。併せて、e 項および k 項参照）。同条は、裁判所が決定する場合として、「当該〔コモン・ロー上の〕訴訟又は〔エクイティ上の〕訴訟〔会社による又は会社の権利におけるその有利になるよう判決を得るための、訴訟を提起されるおそれがある、係属中の又は終結したあらゆる〔コモン・ロー上の〕訴訟又は〔エクイティ上の〕訴訟〕が提起されたところ

---

23 Joseph W. Bishop, Jr., *New Problems in Indemnifying and Insuring Directors: Protection Against Liability Under the Federal Securities Laws*, 1972 DUKE L.J. 1153, 1161 (1972).

24 会社補償実務研究会編・前掲注 5) 106 頁 [山中利晃発言] 参照。

25 Bishop, *supra* note 23, at 1161-64. [具体的には、] 投資家が、1933 年証券法 11 条等に基づき、登録届出書の重要な不実開示と不開示を理由に、発行会社とその取締役 3 名（CEO、社長および社外取締役各 1 名）等の責任を追及するクラス・アクションを提起し、当該取締役 3 名は発行会社と共同して各自責任があったとした 1971 年の判決に際して（山中・前掲注 1) 203 頁～204 頁参照）、当該発行会社は、当該判決が認めた責任について、全額を自社が負担し当該取締役 3 名に求償はしないつもりであることを伝えた上で、これが公序に反しないと認定を裁判所に求めたようである。See Bishop, *supra* note 23, at 1162. SEC は、当該取締役に補償するという当該発行会社の意図の事実上の宣言としてこれを扱い、これに反対するために介入したとの指摘がみられる。Id. 最終的に、当該取締役 3 名が合計で 5,000 ドルという比較的少額を当該発行会社に対して支払うという当事者間の合意により〔これ以外の判決額および原告の弁護士費用等を当該発行会社が負担しても〕公序に反しないと裁判所は判断したとの指摘がみられる。Id. at 1162, 1164. 山中・前掲注 1) 203 頁～204 頁、特に 204 頁注 503) 参照。併せて、会社補償実務研究会編・前掲注 5) 106 頁～108 頁 [山中利晃発言] 参照。

26 前掲注 8) およびこれに対応する本文を参照。

の衡平法裁判所その他の裁判所が、責任があるとの判決にもかかわらず当該事案の全ての状況を考慮し衡平法裁判所その他の裁判所が適切であると考えるところの当該費用についてその者が補償を受ける資格を公平にかつ合理的に有すると申立てに基づいて決定する場合」(b 項)を規定し、また、「衡平法裁判所は、費用(弁護士費用を含む)を前払いする会社の義務を略式で決定することができる。」(k 項)と規定している。

発行会社はその定款、附属定款または補償契約等による補償規定の効果をその登録届出書において開示することが求められているところ<sup>27</sup>、ここでは「補償される」(indemnified)と規定されており<sup>28</sup>、対会社責任についての会社補償と対第三者責任についての会社補償とが区別されているわけではない<sup>29</sup>。

### 3. 費用、損害賠償金、和解金についての各会社補償の区別

アメリカ法において、費用、損害賠償金、和解金についての各会社補償は区別されているのであろうか。また、内容、手続、開示等の規制や規律に差異はあるのであろうか。

DGCL145 条は、費用(弁護士費用を含む)、判決額、罰金または和解金についての会社補償を区別し、対第三者責任についてはこれら全てについての会社補償を明示しているのに対し(a 項)、対会社責任については費用(弁護士費用を含む)のみを明示している(b 項)<sup>30</sup>。

会社補償を行うための手続および開示の在り方については、前述 II. 2.における記述を参照。

---

27 前掲注 26) 参照。

28 前掲注 8) およびこれに対応する本文を参照。

29 EDGAR 上に補償契約が添付書類として開示されている会社が多くみられるとの指摘として、会社補償実務研究会編・前掲注 5) 66 頁～67 頁 [松本絢子発言] 参照。

30 1967 年改正 DGCL145 条は、対第三者責任が追及される訴訟における和解金に対する補償を明示的に認め(a 項)、対会社責任が追及される訴訟(派生訴訟を含む)において実際にかつ合理的に負担された費用(弁護士費用を含む)についての補償も明示的に認めたものの(b 項)、対会社責任が追及される訴訟(同)における和解金に対する補償の可否については、これを明示的に規定しておらず(b 項)、現在[2019 年 1 月時点]も条文上明確にしていな(山中・前掲注 1) 244 頁参照)。この点について、例えばニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、1999 年に、「要するに、デラウェア法は、派生訴訟での和解において支払われた合計額[和解金]について取締役に補償する権限を会社に与えているわけではないと認める」と述べている(同書 250 頁注 724) 参照)。なお、1986 年の DGCL 改正が定款免責を認めた際に、DGCL145 条 b 項が認める任意的補償の対象に判決額や和解金を含めることがデラウェア法律家協会(Delaware Bar Association)の会社法部会(General Corporation Section)で検討されたが、これが否定された経緯があるとの指摘がある(同書 248 頁注 716) 参照)。

#### 4. 罰金等についての会社補償

アメリカ法において、損害賠償金以外に、罰金等（懲罰的損害賠償を含む。）についても会社補償が認められているのであろうか。また、認められている場合には、その手続等はどのようになっているのであろうか。

この点については、前述 II. 2.における記述を参照。罰金についての会社補償を行う際の手続は、費用（弁護士費用を含む）、判決額または和解金についての会社補償を行う際の手続と区別して規定されているわけではない（DGCL145 条 a 項および d 項）。ただし、同条 b 項および k 項参照。

懲罰的損害賠償については、これに対する保険による填補（*insurability*）が公序に反すると考えられている州においては、これに対する会社補償もまた公序に基づいて禁じられ得るとの指摘<sup>31</sup>がみられる。この点について、懲罰的損害賠償が被告自身の行為ではなく代位責任（*vicarious liability*）に基づいている場合には、実質的に全ての裁判所が当該懲罰的損害賠償に対する填補を認めているものの、懲罰的損害賠償に対する填補を認めることは懲罰的損害賠償の目的を害するため当該州の公序に反すると立場がアメリカの多くの州の裁判所で採用されているとの指摘<sup>32</sup>がみられる。

〔また、〕「損害」（“*damages*”）に対する填補を規定するところの保険約款は、そのような〔懲罰的損害賠償に対する〕填補が排除されると当該約款の別の箇所において明示的に規定されていない限り、懲罰的損害賠償に対する填補を含む、と裁判所の多数が判断してきたとの指摘<sup>33</sup>がみられる。〔この指摘は、〕しかし、「損害」に対する填補を規定する一般的な文言を、懲罰的損害賠償〔に対する〕填補を否定するように狭義に解釈するところの少数の〔裁判所の〕見解があるとしている<sup>34</sup>。デラウェア州においては、「全ての損害」（“*all damages*”）という表現が懲罰的損害賠償を合理的に含むとデラウェア州最高裁判所が 1992 年に述べており<sup>35</sup>、直接に評価された懲罰的損害賠償に対する填補が可能である法域として同州を区分する理解<sup>36</sup>がみられる。

---

31 KNEPPER & BAILEY, *supra* note 2, § 20.19.

32 *Id.* § 24.07 [1]. 山中・前掲注 5) 90 頁～91 頁参照。

33 BARRY R. OSTRAGER & THOMAS R. NEWMAN, HANDBOOK ON INSURANCE COVERAGE DISPUTES § 14.02 [a] (Elisa Alcabes & Karen Cestari eds., 18th ed. 2016).

34 *Id.*

35 *Jones v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 610 A.2d 1352, 1354 (Del. 1992).

36 OSTRAGER & NEWMAN, *supra* note 33, § 14.06.

### III. D&O 保険と会社補償の各活用状況

#### 1. D&O 保険と会社補償の各活用状況

〔D&O 保険については、〕アメリカにおいて、実質的に全ての上場会社とその執行役員と取締役のために D&O 保険を購入しているとの指摘がみられる<sup>37</sup>。〔会社補償については、〕 DGCL145 条がその f 項に現在も非排他的条項を置いている下で、大部分の大規模な会社とその取締役と執行役員に定款、附属定款または補償契約によって争訟費用の〔義務的な〕補償を提供しているとの指摘がみられる<sup>38</sup>。

---

37 山中・前掲注 1) 262 頁注 777) 参照。なお、D&O 保険の活用状況に関する市場調査および報告書が、例えば以下に紹介されている。KNEPPER & BAILEY, *supra* note 2, § 29.01. 当該市場調査および報告書の中で、その調査対象者が比較的多いものとして、例えば以下が挙げられる。2016 Private Company Risk Survey: D&O Risks and Risk Management, [https://www2.chubb.com/US-EN/\\_Assets/doc/2016-07.22-Private-Co.-Survey--NA-DO-Infographic.pdf](https://www2.chubb.com/US-EN/_Assets/doc/2016-07.22-Private-Co.-Survey--NA-DO-Infographic.pdf) (last visited Jan. 17, 2019).

38 山中・前掲注 1) 251 頁注 729) 参照。

(別紙 1)

1967 年改正 DGCL145 条 (和訳) <sup>39</sup>

第 145 条。 執行役員、取締役、従業員及び代理人〔へ〕の補償と〔これらへの〕保険

(a 項) 会社は、民事上の、刑事上の、行政上の又は調査（会社による又は会社の権利における〔コモン・ロー上の〕訴訟〔action〕を除く）に関するものであれ、訴訟を提起されるおそれがある、係属中の又は終結したあらゆる〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟 (suit) 又は訴訟手続 (proceeding) における過去若しくは現在の当事者又は現在当事者となるおそれがある者に対して、その者 (he) が現在若しくは過去に会社のある (a) 取締役、執行役員、従業員若しくは代理人であるか、又は現在若しくは過去に会社の求めに応じて他の会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託若しくはその他の事業形態の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人として務めているという事実に基づいて〔それが生じて〕いる場合において、その者が誠実に (in good faith) かつ会社の最善の利益になるか又はこれに反しないと合理的に信じるるところに従って行為し、かつ、あらゆる刑事訴訟又は刑事手続に関してその者の行為が違法であると信じる合理的な理由 (cause) がないときは、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続との関係でその者によって実際にかつ合理的に負担された費用 (弁護士費用を含む)、判決額、罰金又は和解金について、何人に対しても補償する権限を有するものとする。判決、命令、和解、有罪判決、又は不抗争の答弁 (plea of *nolo contendere*) 若しくはこれと同等の事由による〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続の終了は、それ自体として、その者が誠実にかつその者が会社の最善の利益になるか又はこれに反しないと合理的に信じるるところに従って行為しなかったという推定をもたらさないものとし、かつ、あらゆる刑事訴訟又は刑事手続に関してその者の行為が違法であると信じる合理的な理由があったという推定をもたらさないものとする。

(b 項) 会社は、会社による又は会社の権利におけるその有利になるよう判決を得るための、訴訟を提起されるおそれがある、係属中の又は終結したあらゆる〔コモン・ロー上の〕訴訟又は〔エクイティ上の〕訴訟において過去若しくは現在の当事者又は現在当事者となるおそれがある何人に対しても、その者が現在若しくは過去に会社の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人であるか、又は現在若しくは過去に会社の

---

<sup>39</sup> 以下の和訳は、山中・前掲注 1) 526 頁～529 頁と同じである。

求めに応じて他の会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託若しくはその他の事業形態の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人として務めているという事実に基づいて〔それが生じて〕いる場合において、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟又は〔エクイティ上の〕訴訟の防御又は和解との関係でその者によって実際にかつ合理的に負担された費用（弁護士費用を含む）について、その者が誠実にかつ会社の最善の利益になるか又はこれに反しないと合理的に信じるに依りて従って行為したときは、補償する権限を有するものとする。ただし、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟又は〔エクイティ上の〕訴訟が提起されたところの衡平法裁判所その他の裁判所が、責任があるとの判決にもかかわらず当該事案の全ての状況を考慮し衡平法裁判所その他の裁判所が適切であると考えるところの当該費用についてその者が補償を受ける資格を公平にかつ合理的に有すると申立てに基づいて決定する場合をこの限りで除き、その者が会社に対する義務の履行における過失又は違法行為により責任があるとの判決が出されるべきところのあらゆる請求（claim）、争点（issue）又は事実（matter）に関して補償はされないものとする。

（c 項）会社の取締役、執行役員、従業員又は代理人が、〔本条〕 a 項及び b 項において規定されたあらゆる〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟若しくは訴訟手続の防御、又はそれらに関するあらゆる請求、争点若しくは事実の防御において、本案（merits）その他において勝訴（successful）した程度まで、これとの関係でその者によって実際にかつ合理的に負担された費用（弁護士費用を含む）について、その者は補償されるものとする。

（d 項）（裁判所が命令する場合を除き）〔本条〕 a 項及び b 項に基づくあらゆる補償は、取締役、執行役員、従業員又は代理人に補償することが、〔本条〕 a 項及び b 項において示された適用される行為規準（standard of conduct）をその者が満たすがゆえにその状況において適切であるという決定に基づいてその特定の事案において認められるものとしてのみ、会社によってされるものとする。当該決定は、(1) 当該〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続の当事者でない取締役から構成される定足数（quorum）の過半数投票（majority vote）で取締役会によって、又は(2) 仮に当該定足数に満たない場合、若しくは、仮に定足数を満たす場合であっても定足数の利害関係のない取締役がそのように（so）指示した場合には、独立した法律顧問（independent legal counsel）による意見書によって、又は(3) 株主によって、されるものとする。

（e 項）民事上の又は刑事上の〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続の防御において負担された費用は、本条が認めるように会社によって補

償される資格をその者が有すると最終的に決定されない限り当該金額を返金するという取締役、執行役員、従業員又は代理人による又はこれらの者のための約束（undertaking）の受領に基づいて、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続の最終的な終結前に、〔本条〕d項が規定するところに従って取締役会による承認の通りに会社が支払うことができる。

（f項）本条によって規定される補償は、補償を受ける者が、その者の公的な能力（capacity）における〔コモン・ロー上の〕訴訟及び当該職務を有している間の他の能力における〔コモン・ロー上の〕訴訟の両方に関し、あらゆる附属定款、合意（agreement）、株主若しくは利害関係のない取締役の投票又はその他に基づいて資格を有し得るところのあらゆる他の権利を排除するものと考えられないものとし、取締役、執行役員、従業員又は代理人を辞任した者について存続するものとし、その者の相続人、遺言執行者及び管財人の利益に対して効力を有するものとする。

（g項）会社は、現在若しくは過去に会社の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人であるか、又は現在若しくは過去に会社の求めに応じて他の会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託若しくはその他の事業形態の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人として務めている何人のためにも、本条の規定に基づいて当該責任に対して会社がその者に補償する権限を有するであろうかどうかにかかわらず、その者に対して主張された及びあらゆる当該能力においてその者によって負担された、又はその者の当該地位から生じているあらゆる責任について、保険を購入し保有する（purchase and maintain）権限を有するものとする。

(別紙2)

現在（2019年1月時点）の DGCL145 条（和訳）<sup>40</sup>

第 145 条。 執行役員、取締役、従業員及び代理人〔へ〕の補償と〔これらへの〕保険

(a 項) 会社は、民事上の、刑事上の、行政上の又は調査（会社による又は会社の権利における〔コモン・ロー上の〕訴訟〔action〕を除く）に関するものであれ、訴訟を提起されるおそれがある、係属中の又は終結したあらゆる〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟（suit）又は訴訟手続（proceeding）における過去若しくは現在の当事者又は現在当事者となるおそれがある者に対して、その者（the person）が現在若しくは過去に会社の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人であるか、又は現在若しくは過去に会社の求めに応じて他の会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託若しくはその他の事業形態の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人として務めているという事実に基づいて〔それが生じて〕いる場合において、その者が誠実に（in good faith）かつ会社の最善の利益になるか又はこれに反しないと合理的に信じるるところに従って行為し、かつ、あらゆる刑事訴訟又は刑事手続に関してその者の行為が違法であると信じる合理的な理由（cause）がないときは、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続との関係でその者によって実際にかつ合理的に負担された費用（弁護士費用を含む）、判決額、罰金又は和解金について、何人に対しても補償する権限を有するものとする。判決、命令、和解、有罪判決、又は不抗争の答弁（plea of nolo contendere）若しくはこれと同等の事由による〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続の終了は、それ自体として、その者が誠実にかつその者が会社の最善の利益になるか又はこれに反しないと合理的に信じるるところに従って行為しなかったという推定をもたらさないものとし、かつ、あらゆる刑事訴訟又は刑事手続に関してその者の行為が違法であると信じる合理的な理由があったという推定をもたらさないものとする。

(b 項) 会社は、会社による又は会社の権利におけるその有利になるよう判決を得るための、訴訟を提起されるおそれがある、係属中の又は終結したあらゆる〔コモン・ロー上の〕訴訟又は〔エクイティ上の〕訴訟において過去若しくは現在の当事者又は現在当事者となるおそれがある何人に対しても、その者が現在若しくは過去に会社の

---

40 以下の和訳は、山中・前掲注1) 535頁～539頁と同じである。同箇所の和訳は2018年8月時点におけるものであるが、同月以降、DGCL145条は現在（2019年1月時点）まで改正されていない。デラウェア州ウェブサイト（<http://delcode.delaware.gov/title8/title8.pdf>）参照。

取締役、執行役員、従業員若しくは代理人であるか、又は現在若しくは過去に会社の求めに応じて他の会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託若しくはその他の事業形態の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人として務めているという事実に基づいて〔それが生じて〕いる場合において、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟又は〔エクイティ上の〕訴訟の防御又は和解との関係でその者によって実際にかつ合理的に負担された費用（弁護士費用を含む）について、その者が誠実にかつ会社の最善の利益になるか又はこれに反しないと合理的に信じるころに従って行為したときは、補償する権限を有するものとする。ただし、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟又は〔エクイティ上の〕訴訟が提起されたところの衡平法裁判所その他の裁判所が、責任があるとの判決にもかかわらず当該事案の全ての状況を考慮し衡平法裁判所その他の裁判所が適切であると考えるところの当該費用についてその者が補償を受ける資格を公平にかつ合理的に有すると申立てに基づいて決定する場合をこの限りで除き、その者が会社に対する責任があるとの判決が出されるべきところのあらゆる請求（claim）、争点（issue）又は事実（matter）に関して補償はされないものとする。

**（c 項）** 会社の現在又は過去の取締役又は執行役員が、本条 a 項及び b 項において規定されたあらゆる〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟若しくは訴訟手続の防御、又はそれらに関するあらゆる請求、争点若しくは事実の防御において、本案（merits）その他において勝訴（successful）した程度まで、これとの関係でその者によって実際にかつ合理的に負担された費用（弁護士費用を含む）について、その者は補償されるものとする。

**（d 項）**（裁判所が命令する場合を除き）本条 a 項及び b 項に基づくあらゆる補償は、現在又は過去の取締役、執行役員、従業員又は代理人に補償することが、本条 a 項及び b 項において示された適用される行為規準（standard of conduct）をその者が満たすがゆえにその状況において適切であるという決定に基づいてその特定の事案において認められるものとしてのみ、会社によってされるものとする。当該決定は、当該決定の時に会社の取締役又は執行役員である者について、

- （1）** 仮に定足数（quorum）に満たない場合であっても、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続の当事者でない取締役の過半数投票（majority vote）によって、又は
- （2）** 仮に定足数に満たない場合であっても、当該〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続の当事者でない取締役の過半数投票によって指名された当該〔コモン・ロー上の〕訴訟、〔エクイティ上の〕訴訟又は訴訟手続の当事者でない取締役からなる委員会によって、又は

(3) 仮に当該〔[コモン・ロー上の] 訴訟、[エクイティ上の] 訴訟又は訴訟手続の当事者でない] 取締役がない場合、又は当該〔[コモン・ロー上の] 訴訟、[エクイティ上の] 訴訟又は訴訟手続の当事者でない] 取締役が指示する場合における、独立した法律顧問 (independent legal counsel) による意見書によって、又は

(4) 株主によって、  
されるものとする。

(e 項) あらゆる民事上の、刑事上の、行政上の又は調査に関する〔コモン・ロー上の] 訴訟、[エクイティ上の] 訴訟又は訴訟手続の防御において会社の執行役員又は取締役によって負担された費用 (弁護士費用を含む) は、仮に本条が認めるように会社によって補償される資格をその者が有しないと最終的に決定されるならば当該金額を返金するという当該取締役若しくは執行役員による又はこれらの者のための約束 (undertaking) の受領に基づいて、当該〔コモン・ロー上の] 訴訟、[エクイティ上の] 訴訟又は訴訟手続の最終的な終結前に、会社が支払うことができる。会社の元取締役及び元執行役員若しくはその他の従業員及び代理人によって又は会社の求めに応じて他の会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託若しくはその他の事業形態の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人として務めている者によって負担された費用 (弁護士費用を含む) は、仮にある場合には当該契約条件に基づいて、適切であると会社が考えたとおりに、支払うことができる。

(f 項) 本条の他の項によって規定され、又はそれにより与えられる補償及び費用の前払は、補償又は費用の前払を求める者が、その者の公的な能力 (capacity) における〔コモン・ロー上の] 訴訟及び当該職務を有している間の他の能力における〔コモン・ロー上の] 訴訟の両方に関し、あらゆる附属定款、合意 (agreement)、株主若しくは利害関係のない取締役の投票又はその他に基づいて資格を有し得るところのあらゆる他の権利を排除するものと考えられないものとする。設立定款又は附属定款の規定により生じる補償又は費用の前払を受ける権利は、そのために補償又は費用の前払が求められているところの民事上の、刑事上の、行政上の又は調査に関する〔コモン・ロー上の] 訴訟、[エクイティ上の] 訴訟又は訴訟手続の対象であるところの作為又は不作為の発生後に、当該作為又は不作為の時に有効な規定が当該作為又は不作為が生じた後の当該除外又は侵害を明示的に認めている場合を除き、設立定款又は附属定款の修正によって除外され (eliminated) 又は侵害され (impaired) ないものとする。

(g 項) 会社は、現在若しくは過去に会社の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人であるか、又は現在若しくは過去に会社の求めに応じて他の会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託若しくはその他の事業形態の取締役、執行役員、

従業員若しくは代理人として務めている何人のためにも、本条に基づいて当該責任に対して会社がその者に補償する権限を有するであろうかどうかにかかわらず、その者に対して主張された及びあらゆる当該能力においてその者によって負担された、又はその者の当該地位から生じているあらゆる責任について、保険を購入し保有する (purchase and maintain) 権限を有するものとする。

(h 項) 本条の目的のため、「会社」は、現在若しくは過去に当該合併当事会社 (constituent corporation) の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人であるか、又は現在若しくは過去に当該合併当事会社の求めに応じて他の会社、パートナーシップ、ジョイント・ベンチャー、信託若しくはその他の事業形態の取締役、執行役員、従業員若しくは代理人として務めている何人も、仮にその分離した存在 (separate existence) が存続していたならば当該合併当事会社においてその者が有していたであろうところと同じ地位に本条に基づいて新設会社 (resulting corporation) 又は存続会社 (surviving corporation) において立つものとするため、新設会社に加え、仮にその分離した存在が存続していたならばその取締役、執行役員、及び従業員又は代理人に補償する権限と権原 (power and authority) を有していたであろうところの新設合併 (consolidation) 又は吸収合併 (merger) において吸収されたあらゆる合併当事会社 (当事会社 [a constituent] の関連会社 [any constituent] を含む) を含むものとする。

(i 項) 本条の目的のため、「その他の事業形態」は、従業員給付制度 (employee benefit plans) を含むものとし、「罰金」は、あらゆる従業員給付制度との関係である者について評価されるあらゆるペナルティ税 (excise taxes) を含むものとし、「会社の求めに応じて務めている」は、従業員給付制度、その参加者又は受益者について、当該取締役、執行役員、従業員若しくは代理人に義務を課すところの、又はそれによる務め (services) を含むところの会社の取締役、執行役員、従業員又は代理人としてのあらゆる務めを含むものとし、誠実にかつ従業員給付制度の参加者及び受益者の利益になるとその者が合理的に信じるころに従って行為した者は、本条において規定する「会社の最善の利益に反しない」形で行為したとみなすものとする。

(j 項) 本条によって規定され、又はこれにより与えられる補償及び費用の前払は、承認され又は追認された時における別段の定めのない限り、取締役、執行役員、従業員又は代理人を辞任した者について存続するものとし、かつその者の相続人、遺言執行者及び管財人の利益に対して効力を有するものとする。

(k 項) 衡平法裁判所は、ここに、本条に基づいて又はあらゆる附属定款、合意、株主若しくは利害関係のない取締役の投票、又はその他に基づいて提起されるところの費用の前払又は補償を求める全ての [コモン・ロー上の] 訴訟を審理し決定する排

他的な管轄を与えられる。衡平法裁判所は、費用（弁護士費用を含む）を前払いする会社の義務を略式で決定することができる。

以 上

## 第2章 イギリス法

東京大学 後藤 元

### I. 概要<sup>1</sup>

イギリスにおいては、会社補償および D&O 保険は、2006 年会社法 (Companies Act 2006) の第 7 章「取締役の責任」の中の「取締役を責任から保護するための条項 (Provision protecting directors from liability)」という節 (232-238 条) で規律されている。

ここでは、会社に関する過失または義務違反によって生じる取締役の責任を全部または一部免除する条項や、その全部または一部を会社が直接または間接に補償する旨を定める条項<sup>2</sup>は、原則として無効であるとされ (232 条 1 項 2 項)<sup>3</sup>、①会社が取締役のために締結する責任保険 (233 条)、②適格第三者補償条項 (qualified third party indemnity provision : 234 条)、③適格対年金スキーム補償条項 (qualified pension scheme indemnity provision : 235 条) の 3 つのみを例外的に有効と認めるという規制の構造が採用されている。

会社に関する過失または義務違反によって生じる取締役の責任の免除または補償に関する条項を原則として無効とするのは、1929 年会社法 (Companies Act 1929) 以来のイギリス法の伝統的な立場である。1929 年法では、例外として、取締役が民事訴訟にお

---

<sup>1</sup> イギリス法については、全般的に以下の文献を参照した。John Birds (ed.), *Annotated Companies Legislation* (Oxford University Press, 2010), p.282-290, Paul Davies & Sarah Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 10<sup>th</sup> ed. (Sweet & Maxwell, 2016), p.579-583, Robert Merkin, *Colinvaux's Law of Insurance*, 9<sup>th</sup> ed. (Sweet & Maxwell, 2010), p.914-926, Geoffrey Morse et al., *Palmer's Company Law: Annotated Guide to the Companies Act 2006*, 1<sup>st</sup> ed. (Sweet & Maxwell, 2007), p.214-219, Adolfo Paolini & Deepak Nambisan, *Directors' and Officers' Liability Insurance* (Informa Law, 2008). また、文献には必ずしも現れていない可能性があるイギリスにおける D&O 保険の実態を調査するために、Queen Mary 大学客員教授の Vanessa Knapp 氏 (Freshfields, Bruckhaus & Deringer, LLP の元パートナー) に対するインタビューを行った (2019 年 11 月 2 日 @ ロンドン)。

<sup>2</sup> これらの「条項 (provision)」は、会社の定款によるものであると、会社または第三者との契約によるものであるとを問わない (232 条 3 項)。なお、補償条項を会社の定款によって規定した場合には、定款は会社と取締役との関係を直接拘束するものではないとして取締役が会社に対し補償義務の履行を強制できないと判断されるリスクが存在するため、実務においては、取締役の任用契約やスタンドアロン補償証書 (stand-alone deeds of indemnity) によって規定することが多いとされている。Morse et al., *supra* note 1 at p.215, note to Section 232, subsection (3).

<sup>3</sup> 232 条 4 項は、取締役の利益相反の取扱いに関する条項で、2006 年会社法制定以前において有効と解されていたものは、依然として有効である旨を定めている。その意味するところについて、詳しくは、Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.577-578 を参照。

いて勝訴した場合または刑事訴訟において無罪となった場合の防御費用の補償のみが認められていたが（1929 年会社法 152 条 c 号）、1989 年会社法（Companies Act 1989）によって D&O 保険の締結が明文によって認められ（1989 年会社法 137 条 1 項による改正後の 1985 年会社法（Companies Act 1985）310 条 3 項 a 号）、さらに 2004 年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法（Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act）によって補償可能な範囲が拡大されて（2004 年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法 19 条による改正後の 1985 年会社法 309A 条 4 項・309B 条）<sup>4</sup>、現在に至っている<sup>5</sup>。

なお、イギリスの金融サービス・市場法（Financial Services and Markets Act）や、金融行為監督機構（Financial Conduct Authority）が定める上場規則には、会社補償および D&O 保険に関する規定は見当たらない。

以下では、会社補償および D&O 保険のそれぞれについて、2006 年会社法の規律とその立法経緯等を分析する。

## II. 会社補償

### 1. 適格対第三者補償条項

#### (1) 総論

既に見たように、2006 年会社法は、会社に関する過失または義務違反によって生じる取締役の責任の全部または一部を会社が直接または間接に補償する旨を定める条項（対会社補償条項）は、無効であると定めている（232 条 2 項）。

これに対して、取締役が会社および関連会社<sup>6</sup>以外の第三者に対して負う責任の補償に関する条項（対第三者補償条項：third party indemnity provision）は、補償範囲に関する条件（(2)を参照）を満たす場合に限って、適格対第三者補償条項として効力が認めら

---

<sup>4</sup> 2004 年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法による補償可能範囲の拡大は、特にアメリカ市場に上場しているイギリス企業の取締役にとってのアメリカの株主によるクラスアクションの脅威と、長期間にわたる訴訟のコストへの懸念によって、有能な人材が会社の取締役への就任を躊躇するのではないかと財界の懸念を受けて行われたものである。See, Department of Trade and Industry, Director and Auditor Liability: Summary of responses to the Government's consultation, at p.11-12 (available at <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/200602144071106/http://www.dti.gov.uk/consultations/files/publication-1368.pdf>) and Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004: Explanatory Note, at p.20, para.103-104 (available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/27/notes/data.pdf>).

<sup>5</sup> 会社補償及び D&O 保険に関するイギリスの立法史の詳細については、山中利晃『上場会社の経営監督における法的課題とその検討』（商事法務、2018 年）366-380 頁を参照。

<sup>6</sup> 関連会社（associated company）とは、会社の親会社、子会社または兄弟会社をいう（256 条 b 号）。

れている（234条1項2項）。

なお、2006年会社法は、適格対第三者補償条項を定めるための手続を定めていない<sup>7</sup>。これを定款で規定する場合には<sup>8</sup>、定款変更のための手続（株主総会の特別決議：2006年会社法21条1項）が必要となるが、取締役の任用契約やスタンドアローン補償証書の形をとる場合には、業務執行の一環として、取締役会（the directors）が権限を有することになる（ただし委任可能）と考えられる<sup>9</sup>。

## (2) 適格対第三者補償条項の補償範囲

### (i) 補償範囲外のもの

適格対第三者補償条項に該当するためには、以下のものが補償範囲に含まれていないことが必要である。

- ① 刑事手続により課された罰金（234条3項a号i）
- ② 規制違反を根拠とする規制当局に対する制裁金（234条3項a号ii）
- ③ 取締役が有罪となった刑事手続に関する防御費用（234条3項b号i）
- ④ 会社または関連会社により提起され、取締役が敗訴判決を受けた民事手続についての防御費用（234条3項b号ii）
- ⑤ 裁判所に却下された661条3項・4項または1157条に基づく救済申立て<sup>10</sup>についての費用（234条3項b号iii・同条6項）

③④⑤については、有罪判決・敗訴判決・申立ての却下が終局的なものである場合<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> 2006年会社法第10編第4章は、会社と取締役との取引のうち株主による承認を受ける必要があるものについて規定しているが、適格対第三者補償条項はその中に含まれていない。

<sup>8</sup> 例として、公開会社に関するモデル定款（2008年会社（モデル定款）規則別表第3（The Companies (Model Articles) Regulations 2008, Schedule 3）の第85条を参照。ただし、適格対第三者補償条項を定款で規定する例は多くないようである（前掲注2参照）。

<sup>9</sup> 2008年会社（モデル定款）規則別表第3の第3条および第5条参照。実際にとり締役会から経営者への委任がどの程度行われているかは不明であるが、後述するように、公開会社に関するモデル定款はD&O保険の締結権限を取締役会に与えていることからすると（同第86条）、類似の効果を持つ適格対第三者補償条項にかかる契約についても（委任をせずに）取締役会自体で決定することが多いのではないかと推測される。なお、2006年会社法177条1項は、提案されている取引について直接的または間接的に利害関係を有する取締役は、その性質・程度を他の取締役に開示しなければならないものとしているが、その他の取締役が当該利害関係について既に知っている場合（知っていると合理的と考えられる場合を含む）には、例外的に開示は不要とされている（同条6項b号）。

<sup>10</sup> 661条3項4項は、会社が発行した株式に対する払込みがなされない場合の取締役の責任について、1157条は取締役の過失または義務違反による責任一般について、誠実かつ合理的に行動した取締役を免責する権限を裁判所に与える規定である。

<sup>11</sup> 有罪判決・敗訴判決・申立ての却下は、これらに対する異議申立ての期間が徒過した場合、または異議申立てがなされた場合には、それについて判断が下され、追加的な異議申立ての期間が徒過したとき、もしくは異議申立ての効力が取下げ等によって失われた時に、終局的なものとなる（234条5項）。

に限られている（234条4項）。

(ii) 補償範囲内のもの

これに対し、以下のものは、適格対第三者補償条項によって補償されうる。

- ① 会社または関連会社以外の第三者に対する損害賠償責任<sup>12</sup>
- ② 会社または関連会社以外の第三者から提起された民事訴訟についての防御費用（取締役の勝訴・敗訴を問わない）<sup>13</sup>
- ③ 会社または関連会社から提起された民事訴訟についての防御費用（取締役が勝訴した場合または敗訴判決を受けずに和解した場合に限る）<sup>14</sup>
- ④ 取締役が無罪となった刑事手続についての防御費用<sup>15</sup>
- ⑤ 行政制裁手続についての防御費用（取締役が制裁金を課せられた場合も含む）<sup>16</sup>

(3) 単発的な補償等

なお、定款または契約の条項によらずに、取締役会が事案毎の判断によって単発的に補償を行うことは、2006年会社法によっては禁止されておらず、取締役の義務によって規律されることになる<sup>17</sup>。

また、刑事訴追または民事訴訟の提起を受けた取締役に対して会社が防御費用を提供する場合、取締役が敗訴した場合には返済することが条件とされていれば、取締役への融資について要求されている株主による承認は例外的に不要であるとされている（205条）<sup>18</sup>。規制当局による調査や行政手続についての防御費用の提供についても、同様に株主による承認は不要である（この場合、返済についての条件が付されている必要はない）（206条）。

---

<sup>12</sup> Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.582.

<sup>13</sup> Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.582. 第三者によって提起される訴訟には、株主によるクラスアクションも含まれる。

<sup>14</sup> Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.581. 会社による訴訟についての防御費用は、会社以外の第三者（例えば弁護士）に対する責任として、対第三者補償条項の対象となる（234条3項b号）。これに対して、会社に対する賠償額は、和解による場合を含めて、補償の対象とはできない（232条2項）。

<sup>15</sup> Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.581.

<sup>16</sup> Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.581-582.

<sup>17</sup> Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.582. Paolini & Nambisan, *supra* note 1 at p.12, para.2.06 も参照。

<sup>18</sup> この規定は、2004年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法20条によって、1985年会社法337A条として挿入されたものである。

## 2. 適格対年金スキーム補償条項

職業年金スキーム<sup>19</sup>の受託者である会社の取締役が、当該会社の受託者としての行為に関して負担した責任についての補償に関する条項（対年金スキーム補償条項）に関しては、以下のものが補償範囲に含まれていない場合、適格対年金スキーム補償条項として効力が認められる（235条1項2項）。

- ① 刑事手続により課された罰金（235条3項a号i）
- ② 規制違反を根拠とする規制当局に対する制裁金（235条3項a号ii）
- ③ 取締役が有罪となった刑事手続に関する防御費用（234条3項b号）

適格対第三者補償条項との違いは、会社によって提起された民事訴訟についての防御費用は、取締役が敗訴した場合を含めて、補償範囲内とされている点にある。

手続面については、適格対第三者補償条項と同じ扱いとなる。

## 3. 適格補償条項の開示および備置・閲覧

適格対第三者補償条項および適格対年金スキーム補償条項については、その存在と内容についての開示義務が定められている。

すなわち、まず会社またはその関連会社の取締役のための適格対第三者補償条項または適格対年金スキーム補償条項が、取締役報告書（directors' report）<sup>20</sup>が承認された時点または当該取締役報告書にかかる事業年度中のある時点において効力を有していた場合には、当該会社はこれらの補償条項が効力を有していたことを取締役報告書に記載しなければならない（236条）<sup>21</sup>。

また、会社は、その登記された事務所に、適格対第三者補償条項および適格対年金スキーム補償条項の写し（当該条項が文書になっていない場合にはその条件を記載した文書）を、その失効から1年が過ぎるまで備置しておかねばならない（237条2-4項）。そして、各株主は、備置された適格対第三者補償条項および適格対年金スキーム補償条項の写しを無償での閲覧（238条1項）、および会社が定める費用を負担しての謄写<sup>22</sup>（238条2項）を請求することができる。上記の備置義務の懈怠や株主からの閲覧・謄写請求

---

<sup>19</sup> 2004年財政法150条5項に定める職業年金スキーム（occupational pension scheme）のうち、信託として設定されたものをいう（235条6項）。

<sup>20</sup> 取締役報告書は、事業年度ごとに作成され（415条1項）、取締役会による承認を受けなければならない（419条1項）。

<sup>21</sup> ある会社の取締役のための補償条項が当該会社の関連会社によって提供されている場合、当該会社と当該関連会社の両方の取締役報告書の記載が必要となる。Birds, *supra* note 1 at p.288, para.10.236.02.

<sup>22</sup> 適格対第三者補償条項および適格対年金スキーム補償条項の写しは、株主による謄写の請求があつてから7日以内に提供されなければならない（238条2項）。

の拒絶は会社の全役員（officer）にとって刑事罰を構成し<sup>23</sup>、役員は略式手続によって罰金（2010年時点では1000ポンド以下<sup>24</sup>）を課される（237条6-7項、238条3-4項）。また、閲覧・謄写請求が拒絶された場合には、裁判所が閲覧または謄写に応じることを命令することができる（238条5項）。

適格対第三者補償条項の存在の取締役報告書への記載と、会社の登録事務所への備置及び株主による閲覧は、2004年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法19条によって<sup>25</sup>、株主の謄写請求は2006年会社法238条によって、それぞれ導入されたものである。

#### 4. 会社補償の利用の実態

イギリスにおいて会社補償がどの程度利用されているのかについて、信頼できる統計数値は見当たらなかった。

### III. D&O 保険

#### 1. 総論

2006年会社法の233条は、会社は、自社またはその関連会社の取締役のために、会社に関する過失または義務違反によって生じる取締役の責任をカバーする責任保険契約（D&O保険）を購入し、維持することができる旨を定めている。会社法上、取締役の会社に対する責任に関する保険と第三者に対する責任に関する保険とは、特に区別されていない。

なお、会社がD&O保険契約を締結するための手続は、2006年会社法によって規定されておらず、会社補償の場合と同様に取締役会が権限を有することになる（ただし委任可能）と考えられるが、2008年会社（モデル定款）規則別表第3の別表第3の第86条が「取締役会（the directors）は会社の費用において取締役のために保険契約を締結・維持できる」と定めていることから、取締役会で決定することが推奨されているものと思われる。

---

<sup>23</sup> Morse et al., *supra* note 1 at p.218, note to Sec.237, subsection (6).

<sup>24</sup> Birds, *supra* note 1 at p.289, para.10.237.05 and p.290, para.10.238.04.

<sup>25</sup> 2004年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法19条1項による改正後の1985年会社法309C条。会社への備置と株主による閲覧については、取締役の任用契約の備置・閲覧に関する1985年会社法318条を適格対第三者補償条項にも拡張するという立て付けが取られている（2004年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法19条1項による改正後の1985年会社法309C条5項）。

## 2. D&O 保険によるカバー範囲

### (1) 2006 年会社法

2006 年会社法 233 条自体は、D&O 保険によるカバー範囲についての規制を設けていない。このため、D&O 保険によれば、適格対第三者補償条項によっては補償することができない、会社に対する損害賠償金や会社によって提起された民事訴訟において取締役が敗訴した場合の防御費用についても、カバーを提供することが可能となる<sup>26</sup>。

カバー範囲に関する会社法上の規制の有無について適格対第三者補償条項と D&O 保険との間で差が設けられている理由としては、D&O 保険では保険会社が一定のリスクを排除すると期待できることと、D&O 保険の場合には保険料が発生するのに対して、会社による補償契約では契約時点で会社に金銭負担が発生しないために、会社が安易な契約を結ぶ可能性があることが挙げられている<sup>27</sup>。

### (2) D&O 保険約款

イギリスにおいても、D&O 保険は、取締役自身に生じた損失をカバーする Side A、会社が取締役に補償したことによって生じた会社の損失をカバーする Side B、会社自身の損害賠償責任に関する会社の損失をカバーする Side C から構成されている<sup>28</sup>。また、D&O 保険約款の中には、カバー範囲を取締役としての地位に基づいて負担した責任に限定したり、専門家としての活動によって負担した責任を除外したりするものも存在する（後者は、通常責任保険によってカバーされる）<sup>29</sup>。

D&O 保険の約款においては、一定の免責事由が定められていることが通常である。まず、①犯罪行為に対する罰金、②懲罰的損害賠償、③法令違反行為による民事責任、④故意に行われた不誠実または詐欺的な行為による民事責任については、保険者は免責されている<sup>30</sup>。また、公序による制約として、取締役の故意または無謀な行為によって損害が生じた場合、取締役が不当な利益を得た場合、取締役が法令に違反した場合に、D&O 保険金の支払いを否定した判例が存在する<sup>31</sup>。

また、馴れ合いによる請求を防ぐために、取締役間の訴訟や取締役が株主でもある場

---

<sup>26</sup> なお、会社に対する損害賠償金や会社によって提起された民事訴訟において取締役が敗訴した場合の防御費用が D&O 保険の保険金額の上限を超過した場合には、超過額を会社が補償することは認められない。Birds, *supra* note 1 at p.284, para.10.233.02.

<sup>27</sup> Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.581.

<sup>28</sup> Merkin, *supra* note 1 at p.917-918, para.20-080.

<sup>29</sup> Merkin, *supra* note 1 at p.920, para.20-083.

<sup>30</sup> Merkin, *supra* note 1 at p.923-924, para.20-087.

<sup>31</sup> Bird, *supra* note 1 at p.284, para.10.233.02, Merkin, *supra* note 1 at p.922-923, para.20-086, Paolini & Nambisan, *supra* note 1 at p.68-71, para.4.04-4.13.

合の会社による取締役に対する訴訟は、被保険者間の請求として免責とされている<sup>32</sup>。法的責任に基づかないものとして行われた支払い (ex gratia payments) も同様である<sup>33</sup>。

これ以外には、環境汚染に関する責任と除去費用、核物質の漏出に関する責任、人の死亡・傷害および物の損傷に関する責任 (製造物責任を含む)、名誉毀損および知的財産権の侵害に関する責任などが、免責事由によって D&O 保険のカバー範囲から除外されている<sup>34</sup>。これらは、他の保険商品との保障範囲の重複を避けるためのものであると考えられる。

### (3) D&O 保険に対する実務上の期待

イギリス法は、伝統的に株主代表訴訟を限定的にしか認めておらず<sup>35</sup>、2006 年会社法によって導入された制定法上の代表訴訟も裁判所の許可を要件としている (261 条・263 条)。このような制約の結果<sup>36</sup>、今日でも上場企業に対する代表訴訟は、ほぼ提起されていないようである<sup>37</sup>。このため、取締役の会社に対する責任に関する訴訟について、D&O 保険が果たす役割は、大きくないと考えられる<sup>38</sup>。

イギリスの学説においては、D&O 保険の意義は、主として、会社以外の第三者による訴訟<sup>39</sup>や規制違反についての刑事・行政手続に対応するための防御費用を、取締役が敗訴した場合にも返済不要な形で提供する点にあると指摘されている<sup>40</sup>。保険会社によって作成された D&O 保険の販売促進のためのレポートも、当局による調査・処分等や従業員による訴訟、個人情報流出などのサイバーリスクに関する訴訟などへの対応費用

---

<sup>32</sup> Merkin, *supra* note 1 at p.924, para.20-087.

<sup>33</sup> Merkin, *supra* note 1 at p.924, para.20-087.

<sup>34</sup> Merkin, *supra* note 1 at p.925, para.20-087.

<sup>35</sup> Foss v. Harbottle (1843) 2 Hare 461. Davies & Worthington, *supra* note 1 at p.595.

<sup>36</sup> 代表訴訟に関する会社法上の制約のほか、訴訟費用の敗訴者負担原則や、成功報酬型の弁護士費用の制限も影響していると考えられる。

<sup>37</sup> Paolini & Nambisan, *supra* note 1 at p.58, para.3.52.

<sup>38</sup> Jonathan Mukwiri, Directors' and Officers' Insurance in the UK, *European Business Law Review*, Vol.28, No.5 (2017), p.547, at p.551-553. 例外的に会社に対する責任が追及される場合として、会社の倒産後に管財人が取締役の責任を追及する場合があげられている (ibid. at p.553)。

<sup>39</sup> 会社以外の第三者による訴訟には、株主・投資家によるクラスアクションも含まれる。イギリスの D&O 保険が主として想定したのは、アメリカでのクラスアクションであると考えられるが、2008 年の世界金融危機以降は、イギリスでも証券訴訟が提起されている。Royal Bank of Scotland に対する訴訟について、The Telegraph, Judge calls off High Court trial in RBS rights issue (June 7, 2017), available at <https://www.telegraph.co.uk/business/2017/06/07/judge-calls-high-court-trial-rbs-rights-issue/>を参照。

<sup>40</sup> Jonathan Mukwiri, Directors' and Officers' Insurance in the UK, *European Business Law Review*, Vol.28, No.5 (2017), p.547, at p.549, p.556-557. Merkin, *supra* note 1 at p.916 は、取締役の会社に対する義務の多くは、民事責任を生じさせないか、生じさせたとしても保険者が免責される場合に当たるものであるとして、D&O 保険の意義は防御費用がカバーされる点にあるとしている。Paolini & Nambisan, *supra* note 1 at p.59, para.3.57 も参照。

が D&O 保険によってカバーされることを強調している<sup>41</sup>。

### 3. D&O 保険の開示

#### (1) 2006 年会社法

既に述べたように、適格対第三者補償条項および適格対年金スキーム補償条項については、その存在と内容についての開示義務が定められているが、D&O 保険については、現状においては、そのような開示義務は定められていない<sup>42</sup>。

この点について、会社がその役員または監査人のための D&O 保険を締結できることを明文で認めた 1989 年会社法は、同時に、ある年度において D&O 保険が購入または維持されている場合には、その存在を当該事業年度に係る取締役報告書に記載しなければならないものと定めていた（1989 年会社法 137 条 2 項による改正後の 1985 年会社法 Schedule 7, Part I, para.5A）。しかし、この開示義務は、1996 年に行われた会計関連の改正の中で削除されている（The Companies Act 1985 (Miscellaneous Accounting Amendments) Regulations 1996: Statutory Instruments 1996 No.189, Regulation 14(4)(b)）<sup>43</sup>。

また、既に見たように、2004 年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法では、会社補償の範囲を拡張すると同時に、適格対第三者補償条項に関する開示義務が導入されているが、同法についてイギリス政府が作成したガイダンスでは、これらの開示義務は取締役の責任保険には及ばない旨が明示されている<sup>44</sup>。

---

<sup>41</sup> Allianz, State of the D&O Market (September 27, 2017), available at <https://www.allianzbroker.co.uk/news-and-insight/news/state-of-directors-officers-market.html>, Allianz, Why digital-age directors need directors and officers (D&O) cover (February 20, 2018), available at <https://www.telegraph.co.uk/business/risk-insights/directors-need-d-and-o-insurance/>.

<sup>42</sup> 2006 年会社法に伴って制定された会計関連の規則（The Small Companies and Groups (Accounts and Directors' Report) Regulation 2008, Statutory Instrument 2008 No.409 及び The Large and Medium-sized Companies and Groups (Accounts and Reports) Regulations 2008, Statutory Instruments 2008 No.410）にも、D&O 保険の開示に関する規定は見当たらない。なお、Merkin, *supra* note 1 at p.917, para.20-079 には、会社は支払った D&O 保険の保険料を計算書類において開示しなければならないとの記載が存在するが、その根拠となる法令等は挙げられておらず、また D&O 保険を締結している旨をガバナンス報告書において開示している企業（後注 47 参照）の計算書類に D&O 保険の保険料が記載されていないことから、D&O 保険の保険料を独立して開示することが求められているという趣旨ではなく、保険料を費用に計上しなければならないという（当然の）ことを指摘しているのに過ぎないように思われる。

<sup>43</sup> 残念ながら、この削除の理由に関する資料を発見することはできなかった。

<sup>44</sup> Guidance on Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004 provisions relating to directors' liability, at p.13 (available at <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090609024450/http://www.berr.gov.uk/files/file13420.pdf> ).このガイダンスにおいても、D&O 保険に関する開示を要求しない理由についての説明はない。また、2004 年改正に先立って実施されたイギリス政府によるパブリックコメントにおいても、D&O 保険に関する開示の要否は論点とはされておらず、この点に関する意見も見られない（See, Department of Trade and Industry, Director and auditor liability: A consultative document (December 2003), available at [https://www.treasurers.org/ACTmedia/auditors\\_directors.pdf](https://www.treasurers.org/ACTmedia/auditors_directors.pdf)

## (2) コーポレートガバナンス・コード

2003年7月に改定されたイギリスの統合コーポレートガバナンス・コードは、取締役に対する訴訟について適切な保険カバーを確保すべきであると規定していた(同コード A.1.5)<sup>45</sup>。この規定は、2016年版のイギリスのコーポレートガバナンス・コードにも存在しており<sup>46</sup>、これを受けて、イギリスの上場企業のガバナンス報告書には、会社がD&O保険を締結している旨についての簡単な記述がある<sup>47</sup>。

もっとも、上記の規定は、2018年版のコーポレートガバナンス・コードでは削除されているため<sup>48</sup>、改訂後のコードが適用される2019年1月1日以降に開始する事業年度についてのガバナンス報告書からは、D&O保険への言及はなくなる可能性がある。なお、この削除の理由は、改正提案書において明らかにされてはいないが、コード全体を短く分かりやすいものにするためであると考えられる<sup>49</sup>。

---

and Department of Trade and Industry, *supra* note 4)。

<sup>45</sup> Financial Reporting Council, *The Combined Code of Corporate Governance* (July 2003), at p.5 (available at [http://www.ecgi.org/codes/documents/combined\\_code\\_final.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/combined_code_final.pdf)). これは、同年1月に公表された Higgs Report の、D&O 保険は非業務執行取締役 (non-executive directors) に第三者による訴訟からの基本的な保護を提供するものであり、これによって会社もそのような訴訟に対して補償をする必要がなくなるという利益を受けるという観点からの推奨を受けたものである。Sir Derek Higgs, *Review of the role and effectiveness of non-executive directors* (January 2003), at p.66, para.14.19 (available at <http://www.ecgi.org/codes/documents/higgsreport.pdf>).

<sup>46</sup> Financial Reporting Council, *The UK Corporate Governance Code* (April 2016), A.1.3, at p.7 (available at <https://www.frc.org.uk/getattachment/ca7e94c4-b9a9-49e2-a824-ad76a322873c/UK-Corporate-Governance-Code-April-2016.pdf>).

<sup>47</sup> See for example, International Airlines Group, *2017 UK Corporate Governance Report*, at p.69 (available at <http://www.iairgroup.com/phoenix.zhtml?c=240949&p=irol-govreport>) and Marks and Spencer, *Annual Report and Financial Statements 2018*, at p.63 (available at [https://corporate.marksandspencer.com/annual-report-2018/mands\\_governance\\_2018.pdf](https://corporate.marksandspencer.com/annual-report-2018/mands_governance_2018.pdf)).

<sup>48</sup> Financial Reporting Council, *The UK Corporate Governance Code* (July 2018), available at <https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf>.

<sup>49</sup> See, Financial Reporting Council, *Proposed Revisions to the UK Corporate Governance Code* (December 2017), at page 2, para.7 (available at <https://www.frc.org.uk/getattachment/f7366d6f-aa57-4134-a409-1362d220445b/;aspx>). Vanessa Knapp 氏へのインタビュー (前掲・注 1) においても、D&O 保険への言及の削除は、会社が D&O 保険に加入することが一般的になったことを受けたものであり、D&O 保険に対するネガティブな評価を意味するわけではないとの説明が得られた。2018年版のコーポレートガバナンス・コードについて、詳しくは上田亮子「英国コーポレートガバナンス・コード改訂と日本への示唆」*資本市場* 395号 (2018年) 24頁を参照。

#### 4. D&O 保険の利用の実態

イギリスにおいて D&O 保険がどの程度利用されているのかについては、FTSE250 構成企業の取締役はほとんど D&O 保険に加入している一方で、中小企業の加入率は 25% 未満であるとの指摘もなされているが<sup>50</sup>、信頼できる統計数値は見当たらなかった。

以 上

---

<sup>50</sup> Allianz, State of the D&O Market, *supra* note 41.

### 第3章 ドイツ法

上智大学 伊藤雄司

#### I. ドイツにおける D&O 保険の普及

ドイツにおいては、1980年代中頃までは、取締役の責任が追及される事例が少なく<sup>1</sup>、D&O 保険についての需要が存在していなかった<sup>2</sup>。この点についての状況が変化したのは、一つには、BGH(ドイツ連邦通常裁判所)の一連の判例において、会社役員<sup>3</sup>の責任を比較的容易に肯定し、また、責任追及が強化されるなどの判断が示されたことによる<sup>3</sup>。

さらに、米国における責任追及事例がドイツにおいてもよく知られることになったことも、D&O 保険に対する需要を促したとされる。

このようにして、1986年に、米国の保険会社のドイツ子会社によって最初の D&O 保険が販売され、同年、別の米国保険会社がこれに続いた。これらの保険会社が用いた約款は米国で用いられていた約款の翻訳版であったが、それ程販売されたわけではなかった。一つには、連邦保険監督庁が、経営上の過誤に関する賠償請求権を担保範囲外とすることに固執したことにある。

1994年7月1日に約款の認可が不要となったことによって状況が変化し、顧客の需要に合致した商品が販売されるようになったこと、ちょうど同時期に経済スキャンダルが発生したこと(Balsam AG[監査役会構成員に対して500万マルクの損害賠償請求]<sup>4</sup>、Altenburger und Stralsunder Spielkarten AG [監査役会構成員に対して900万マルクの賠償請求]、Bremer Vulkan AG)、により、ドイツにおいては D&O 保険が普及することになった<sup>5</sup>。

1996年以降、損害保険会社連盟によってモデル約款作成の作業がなされ、1997年

---

<sup>1</sup> 役員<sup>3</sup>の責任に関する法規整は死文化していたともいわれる(Lange, §1 Rn.47)。引用文献の詳細は、章末〔参考文献〕一覧参照。

<sup>2</sup> Lange, §1 Rn.47. 役員らを賠償請求から保護するものとしては、権利保護保険が用いられていた。

<sup>3</sup> Fleischer (2006), §12 Rn.5. 次の判例が挙げられている。BGH Urt.v. 05.12.1989, BGHZ 109,297; BGH Urt. v. 06.06.1994, BGHZ 126,181; BGH Urt. v. 21.04.1997, BGHZ 135,244 (ARAG/Garmenbeck 判決。取締役に対する会社の損害賠償請求権が存在する場合には、監査役会は原則としてこれを行使しなければならないとする。山中・420頁参照)。

<sup>4</sup> 山中・426頁参照。

<sup>5</sup> 2000年以降のドイツにおける役員<sup>3</sup>の(内部)責任の追及事例については、Lange, §2 Rn.256ff.

には、AVB-AVG(監査役会・取締役・業務執行者の財産損害責任保険のための普通保険約款)が作成されるにいたっている。

現時点におけるドイツでの D&O 保険の販売数は不明であるが株式を上場する株式会社のごほとんどは D&O 保険に加入しているものとみられる。ドイツにおける保険料の総額は年間 2 億 5000 万ユーロから 5 億ユーロであると見積もられている<sup>6</sup>。

## II. D&O 保険契約の概要

ドイツ保険連盟(GDV)が作成するモデル約款の最新版は 2017 年版である<sup>7</sup>。実際には、各保険会社で異なった約款が用いられており、約款の内容も年単位で少なからず変動しているとされるが<sup>8</sup>、現時点での一般的な傾向を示すものとして、基本的にモデル約款に依拠しつつ、D&O 保険契約の概要を示す(なお、本稿末尾に抄訳を示した)。

### 1. 保険契約者及び被保険者

D&O 保険の保険契約者は会社であり、被保険者は、保険契約者またはその子会社の現在及び過去の<sup>9</sup>監査役会構成員、取締役員、(有限会社の)業務執行者である<sup>10</sup>。すなわち、個々の役員ごとに保険契約が締結されるのではなく、グループ保険として構成されている<sup>11</sup>。

以上により、ドイツにおける D&O 保険は他人の計算の保険契約に該当する<sup>12</sup>。

### 2. 保険事故、対会社責任と対第三者責任の区別

保険事故は、法律上の責任規定に基づき、財産損害に関して損害賠償を請求された

---

<sup>6</sup> *Ihlas*, D&O Rn.7. 保険料は保険会社間の競争によって一貫して下落しているとされる (*Lange*, §61ff.).

<sup>7</sup> *Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) - Musterbedingungen des GVD (Stand: August 2017)*.

<sup>8</sup> さらに、保険仲介者によって個別に約款が調整される(Maklerwording)ことが珍しくないようである(vgl., *Ihlas*, D&O Rn.20ff.).

<sup>9</sup> 保険契約締結時点以降に役員に就任する、「将来の」役員は、約款の文言上、被保険者から除外されている(*Ihlas*, D&O Rn.157.).

<sup>10</sup> これに対して、支配人やその他の指導的な地位にある従業員はモデル約款上、被保険者とされていない(*Voit*, AVB-AVG Rn.12b(2018); *Staudinger/Friesen*, D&O-Versicherung/AVB-AG, Rn.36)。ドイツ法上、従業員は故意または重過失がなければ責任を負わないことなどによる(*Staudinger/Friesen*, D&O-Versicherung/AVB-AG, Rn.36)。

<sup>11</sup> 被保険者の名前を個別に挙げることは大企業においては現実的ではないことが指摘される(*Staudinger/Friesen*, D&O-Versicherung/AVB-AVG, Rn.32)。

<sup>12</sup> 山下・532 頁参照。

ことであり<sup>13</sup>、クレームズメイド方式が採用されている。

「法律上の責任規定」とは、当事者の意思にかかわらず、一定の事由の発生によって責任を生じさせるような規定である。具体的に問題となる「責任」としては、不法行為請求権、準不法行為請求権、積極的債権侵害及び契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権などの私法的請求権の他、遺伝子工学規制法(GenTG)やアトム法(AtomG、「核エネルギーの平和的利用及びその危険に対する保護に関する法律」)に基づく請求権などの公法的性格を有する請求権も含まれるとされる<sup>14</sup>。

「財産損害」は、モデル約款 1. 1 項に定義されており、それによると人の死傷や物の滅失毀損等に基づく損害は財産損害に該当しない。このため、モデル約款上免責とされるアスベストによる損害(モデル約款 5. 16 項)などは、そもそも、財産損害に該当しないため保険事故に該当しないことがある<sup>15</sup>。

現行モデル約款の規定上、会社による損害賠償請求がなされる場合(対会社責任)と第三者により損害賠償請求がなされる場合(対第三者責任)は、保険事故の定義にあたり、区別されていない<sup>16</sup>。この点は、モデル約款においては、変遷があるところである。すなわち、そもそも 2008 年までのモデル約款は対会社責任を担保範囲としていなかった。2011 年版においては、対会社責任については、(i)損害賠償の要求が株主総会または社員総会によって開始され、かつ裁判上の請求がなされたことが保険保護の要件とされており<sup>17</sup>、かつ、(ii)保険保護の対象は防御費用に限定されていたが、2016 年版において、(i)の区別は放棄され、(ii)についても、保険保護の対象の限定が放棄されるにいたった<sup>18</sup>。ちなみに、2011 年版モデル約款の(i)の条項は、一般に裁判所条項(Gerichtsklauseln)と呼ばれ、その趣旨は、なれ合い的な賠償請求に基づく担保請求を防止することにある<sup>19</sup>。

なお、実際の保険金請求事例のほとんどは、多くが対会社責任が問題となるものであり、対第三者責任が問題となる事案は比較的少ないとされている<sup>20</sup>。

---

<sup>13</sup> 刑事手続に関する弁護士費用などに保険保護が拡張されている約款も存する。

<sup>14</sup> *Ihlas*, D&O Rn. 199f.; *Voit*, Ziff.1 AVB-AVG Rn.,17.

<sup>15</sup> *Vgl.*, *Staudinger/Friesen*, D&O-Versicherung/AVB-AVG, Rn.191.

<sup>16</sup> *Vgl.*, *Staudinger/Friesen*, D&O Versicherung/AVB-AVG, Rn.53ff.

<sup>17</sup> 2011 年約款 1. 3 項は、次のような規定であった。「保険契約者の被保険者に対する損害賠償請求権に関する保険保護は、株主総会または社員総会によって請求が開始され裁判上行使された場合にのみ存在する。ただし、保険者が裁判上の行使の要件を放棄した場合を除く。これを超える保険契約者または子会社の被保険者に対する損害賠償請求権で 1. 3 項 [本項] 1 文で担保されないものに関しては、4. 1 項にいう防御費用保護が存在する。」

<sup>18</sup> 以上につき、*Staudinger/Friesen*, D&O-Versicherung/AVB-AVG Rn.53ff., *Ihlas*, D&O Rn.708ff.

<sup>19</sup> 現実に用いられている約款においても、現在では、裁判所条項が用いられることは(ないわけ)ではないものの稀であるようである(*Lange*, §1 Rn.23; *vgl.*, auch, *Ihlas*, D&O Rn.679ff.)

<sup>20</sup> *Wettner*, „Ende der Umständlichkeit“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 05.10.2016, Nr. 232, S. 16.

### 3. 会社補償条項

モデル約款 1. 2 項において、被保険者が第三者に対して責任を負う場合において<sup>21</sup>、「被保険者を責任から解放〔freistellen〕すべき保険契約者または子会社の義務が存在するときは(会社補償〔company reimbursement〕)、本契約に基づく保険保護請求権は、保険契約者または子会社が責任解除義務を履行した範囲において被保険者から保険契約者または子会社に移行する〔übergehen〕<sup>22</sup>」旨が定められている。いわゆる Side B に該当する条項である<sup>23</sup>。

会社補償条項についてはモデル約款上は変遷がある。2011 年モデル約款においては、会社補償についての担保(Side B)は、契約当事者間の別段の合意があつて初めて適用される扱いであったが、2013 年以降のモデル約款において現行約款と同様に改められている。

責任からの解放は、モデル約款においては、義務に基づき、保険契約者(会社)が第三者に対して支払を行うことによってなされる<sup>24</sup>。

どのような場合に役員を責任から解放すべき義務を保険契約者が負うものとされるかについては、まず、受任者の費用償還請求権が生ずる場合が想定される<sup>25</sup>。その他、会社が合意により責任解放義務を負う場合も含まれるとする見解がある<sup>26</sup>。

なお、実際に用いられている約款においては、保険契約者が責任解放義務を負うこ

---

なお、2007 年の調査には対会社責任が 62%、対第三者責任が 33%であるとするものがあるが、保険業界では、対会社責任が 90%であるとの認識が一般的であるといわれる(*Ihlas, D&O Rn.653ff.*)。第三者が会社ではなく役員を相手に損害賠償請求を行うことは、会社が倒産状態にあるなどの事情がある場合に限られることがある。

<sup>21</sup> モデル約款の文言上、すでに明らかであるが、会社補償条項上の「責任からの解放」が問題となるのは、対第三者責任の場合のみであつて、対会社責任の事例における会社による請求権放棄、免責等は「責任からの解放」に該当しない。この点について、*Lange, §20 Rn. 25.*

<sup>22</sup> ここでいう「移行」は民法典 398 条以下が定める債権譲渡ではないことが強調される(*Staudinger/Friessen, D&O-Versicherung/AVB-AVG, Rn.61*)。実際の約款においてはさまざまな表現が用いられている(例えば、責任解放を行った会社に保険金請求権行使の権限が帰属する、など。*Lange, §20 Rn.38*)。

<sup>23</sup> *Ihlas, D&O Rn.63.*

<sup>24</sup> *Ihlas, D&O Rn.63.* なお、被保険者と保険契約者がいずれも第三者に対する賠償義務を負うときに、保険契約者が賠償金の支払を行ったという場合は、保険金請求権移行の要件である責任解放があるものとは認められないとされる。それは、この場合には、保険契約者が被保険者に対して求償権を獲得するからである(*Lange, §20 Rn.23*)。ただし、内部関係において会社が役員に対して責任解放義務を負っている場合には、求償権は生じず、責任解放が認められるとする見解がある(*Voit, AVB-AVG Ziff 1.2 Rn. 2*)。

<sup>25</sup> *Staudinger/Friessen, D&O-Versicherung/AVB-AVG Rn.63.* なお、会社補償に課する項で述べるとおり、費用償還請求権が肯定されるのは、第三者との関係で賠償義務を生じさせた役員の行為が会社に対する義務違反を構成しないという比較的稀なケースに限られる。

<sup>26</sup> *Voit, AVB-AVG Ziff 1.2 Rn.1.* 会社・役員間の契約上の義務による責任解除に言及する約款例もあるようである(*Lange, § 20 Rn.38*)。

とを要件とせず、任意に保険契約者(会社)が被保険者の責任解放を行ったような場合についても保険金請求権の移行の効果を定めるものも多いようである<sup>27</sup>。

なお、ドイツにおいて、保険金支払が、Side A、Side B のいずれにおいてどの程度为数が生じているかについて、知見はないようである<sup>28</sup>。

#### 4. 別の責任保険との関係

モデル約款においては、別の責任保険契約が存在するときは、これによる支払が優先するものとされる(モデル約款 6 項)。

#### 5. 免責条項<sup>29</sup>

各種の免責ないし責任除外がモデル約款 5 項において定められている。もともと、実際に用いられている約款は、保険会社間の競争により「オールリスク型財産損害責任保険」に変異しているとも評価されており<sup>30</sup>、モデル約款に定められた免責条項が必ずも一般的ではない可能性があることに注意する必要がある。なお、免責事由の存在については、保険者が主張立証責任を負う<sup>31</sup>。

実際の約款において比較的多く採用されている重要な免責事由として、次のものがある。

(i)既知の義務違反に基づく責任、あるいは、故意の義務違反に基づく責任<sup>32</sup>

(ii)国外免責。基本的に D&O 保険は全世界的なものとして構成されているが、いくつかの約款においては、米国における、または、米国法による請求が担保範囲外とされている<sup>33</sup>。株主代表訴訟及び 1934 年証券取引法による責任追及のリスクが高いことによる<sup>34</sup>。

(iii)刑事罰、過料等に関する責任<sup>35</sup>。これについての免責は、被保険者個人に罰金・

---

<sup>27</sup> Lange, §20 Rn.35. ただし、保険金請求権が移行するためには、責任解放が(会社・役員間の内部関係上)適法であることが必要であるとされる(Lange, §20 Rn.29ff.)。

<sup>28</sup> Ihlas, D&O Rn.66. ただし、会社補償に関するドイツの判例・学説の現状に照らして、Side B による保険金支払は少ないものと思われる。

<sup>29</sup> 関連して、一定の事由を D&O 保険の保険保護の対象とすることが、法令上禁じられることがあるかが問題となるが、少なくとも株式法、有限会社法、有価証券取引法においてその旨を定める明文の規定は存しない。判例上、一定の事由を D&O 保険の担保範囲に含めることが違法であるとするものもないようである。

<sup>30</sup> Lange, §11 Rn.2.

<sup>31</sup> Staudinger/Friesen, D&O-Versicherung/AVB-AVG, Rn.167.

<sup>32</sup> Lange, §11 Rn.12ff., u. 61ff.

<sup>33</sup> Lange, §11 Rn.65ff. u. 70ff.

<sup>34</sup> Lange, §11 Rn.75f.

<sup>35</sup> Lange, §11 Rn.78ff. なお、会社に科せられた罰金・過料についての役員に対する償還請求権を補償範囲に含める約款が存在するようである(Ihlas, D&O Rn.794)。

過料が科せられる限りにおいては、そもそも、保険保護の対象である請求権(損害賠償請求権)に該当せず、確認的なものとどまる。これに対して、罰金等を科せられた会社から役員に対してなされる償還請求については創設的な性質を有する。ただし、罰金等の原因が人的損害・物的損害である場合には、その後続損害として、そもそも D&O 保険契約上の財産損害に該当せず、免責規定の有無を問わず、保険者は担保義務を負わない<sup>36</sup>。

なお、罰金・過料についての保険は、ドイツ法上は、強行法規違反(民法典 134 条)、良俗違反(民法典 138 条)により無効であるとされている<sup>37</sup>。

以上に対して、(iv)環境への影響に基づく責任の免責(モデル約款 5. 4 項)が定められることは、実際上は稀であるとされる<sup>38</sup>。

## 6. 直接請求権<sup>39</sup>

被害者の直接請求権を定める規定はないが、モデル約款 10. 2 項において、責任解放請求権(Freistellungsanspruch)を被害者たる第三者に対して譲渡することができる旨が定められている。これは、2008 年保険契約法改正によって設けられた次の規定を受けたものである<sup>40</sup>。

### 保険契約法 108 条 2 項

責任解放請求権の第三者に対する譲渡は普通保険約款によって排除することができない。

対会社責任が問題となる事案において、被保険者が会社に対して責任解放請求権を譲渡できるかについては争いがあった。この点、2016 年に BGH は、(i)保険契約者である会社(あるいはその子会社)は、保険契約法 108 条 2 項にいう(被害者たる)第三者に該当し、したがって、約款上、被保険者の保険者に対する責任解放請求権の会社への譲渡禁止を定めることはできない旨<sup>41</sup>、(ii)被害者である会社が実際には被保険者の個

<sup>36</sup> 以上につき、Lange, §11 Rn.80; Ihlas, D&O Rn.793ff.

<sup>37</sup> Ihlas, D&O Rn.213 mwN.

<sup>38</sup> Lange, §11 Rn.101.

<sup>39</sup> Vgl., Fleischer, §93 Rn.231.

<sup>40</sup> 同改正以前においては、責任保険約款上、保険金請求権の一般的禁止を定めることが通常であった。Heinrichs, §108 Rn.7.

<sup>41</sup> 責任解放請求権を被保険者が被害者たる第三者に譲渡することができること、その他の請求権譲渡は請求権の最終的確定前は無効であることが約款上定められていたところ、会社から取締役役員に対する書面による賠償請求後、取締役役員が保険金請求権を会社に対して譲渡事案である。

人的な責任を追及し、その財産から弁済を受けるという意図がなく、単にクレームズメイド方式の下での保険事故を作り出そうとするつもりで損害賠償請求をしているという事実によって、約款上の保険事故の存在が否定されるものではない旨を判示している<sup>42</sup>。

**【判例】 BGH Urt. v. 13.4.2016**

**事実**

X社(原告)はポーランドを本拠地とする有限会社である。Xの親会社であるA有限会社はドイツを本拠地としており、Y保険会社(被告)との間で、D&O保険契約(本件保険契約)を締結していた。BはXの業務執行取締役役員であり、本件保険契約の被保険者である。

本件保険契約にかかる保険約款においては、被保険者が「被保険者としての職務遂行における義務違反を理由として、文書により最初に財産損害に関して損害賠償請求を受けた」ことが保険事故とされており、さらに、「被保険者は被害者たる第三者に対して責任解放請求権をできる。本保険契約に基づく請求権のその他の譲渡または質入は当該請求権の終局的確定前においては許されない」旨が定められていた。

2008年にBはポーランドの通貨であるズロチがユーロに対して高くなることを危惧し、同年3月及び8月に銀行との間で為替ヘッジ取引を行った。Xは、その後に生じたズロチの下落により、約342万ズロチの損害が生じたと主張している。

2008年12月8日、Xの社員はBに対して損害賠償を請求することを決議し、Xは2010年3月8日に、約327万ズロチを損害賠償として支払うべき旨を文書で請求した。2010年4月1日、書面による契約により、BはYに対する責任解放請求権をXに対して譲渡した。

Yは次のとおり主張している。すなわち、(i)Xは約款及び保険契約法108条2項にいう保険契約外の「第三者」には該当せず、したがって、上記の保険金請求権譲渡は無効である、(ii)Xの意図はB個人に対して請求を行うことにはなく、むしろ保険金を自己のものとする地位を得ることにあるのであって、Bに対する真摯な請求を欠いていることから保険事故は発生していない。

原審はXの請求を斥けたため、X上告。

**判旨** 破棄差戻し。

---

<sup>42</sup> BGH Urt.v.13.4.2016, BGHZ 209, 373-387.

「有力な見解は、責任解放請求権譲渡禁止に関する規整における第三者は保険契約外の者をいうのであり、保険契約の当事者である保険契約者はこれに該当しないと解している。この見解の基礎にあるのは、基本的には、損害賠償請求権(Haftpflichtanspruch)と責任解放請求権(Freistellungsanspruch)が同一人の下で結合することで……濫用の危険が増加するという危惧である。被保険者が填補請求権を被害者たる保険契約者に譲渡するならば、保険契約者は—一定の範囲に限られるとはいえ—損害賠償請求からの防御にあたり保険者を支援すべきであるはずのところ、自らが当該請求の主体となってしまうというのである。……

これに対して、通説は、内部責任事例における D&O 保険の保険契約者である企業は、保険契約法 108 条 2 項にいう被害者たる第三者であり、普通保険約款に規定される、終局的確定前における責任解放請求権譲渡の禁止は被害者たる保険契約者への譲渡を妨げるものではない、とするが正当である。

保険契約法 108 条にいう「第三者」概念のこのような緩やかな解釈は、利益衡量上正当であると思われる。まず、前者の見解が基本的な論拠とする濫用の危険は、D&O 保険の場合に限られるものではなく、濫用及び保険契約者ないし被保険者と被害者の結託は、担保請求権の譲渡がなされない場合であっても可能なのである。契約当事者は被害者たる「第三者」となり得ないとの見解の基礎には、責任保険契約が自己のためのもので締結されるという保険契約法 100 条の定める法律上の通常的事例があるように見える。しかし、それは、本件で問題となる D&O 保険のような第三者の計算の保険においては、被害者概念は、あらゆる契約関係者がそもそも被害者たる第三者とはなり得ないというような形で限定することはできないのである。」

### III. D&O 保険の会社法上の適法性をめぐる議論

会社が保険料を出捐する D&O 保険がそもそも株式法上適法であり得るのかについて、現在では疑問を呈する見解は見あたらない<sup>43</sup>。しかし、2009 年の株式法改正以前においては、この点に関する議論が存した。主として、次の 2 つの観点から論じられてきた。

①D&O 保険の締結が会社役員(取締役員、監査役会構成員)の損害賠償請求権の放棄と同視されとする見解。

ドイツ株式法 93 条 4 項は、取締役員に対する会社の損害賠償請求権は、(i)会社請求

---

<sup>43</sup> *Ihlas*, D&O Rn.27.

権の発生から3年経過後に、(ii)株主総会が同意し、(iii)基本資本の10分の1以上の少数株主が書面で異議を唱えない場合に限り、これを放棄し、または、和解を行うことができる」とされており、この規定は、監査役会構成員についても準用されている。

一部の見解は、この規定を根拠に、会社が保険料を出捐するD&O保険の適法性に疑問を投げかけていた。すなわち、取締役員の行為が会社に対する注意義務違反を構成する場合において、会社が保険料を出捐したD&O保険によって取締役員の責任が解除されるという事態が生ずることは、経済的には、取締役員の注意義務違反に基づく損害賠償義務(株式法93条2項)を会社が放棄することと同視されるというのである<sup>44</sup>。

現在においては、D&O保険契約の締結からは責任解除の意思表示を黙示的にも認めることはできず、また、会社の損害賠償請求権の事前の放棄とみることはできないこと、D&O保険契約の締結によって、取締役員の弁済能力が確保されることから、むしろ株式法の定める賠償責任に関する規整が強化される関係にあることなどを根拠に、この種の議論は克服されているとみることができる<sup>45</sup>。

②D&O保険の存在により、責任規定が存在することによる会社役員に対する違法行為抑止機能が失われることを問題とする見解。

このような見解によれば、D&O保険は適切な自己負担によってコントロール機能が維持される限りにおいて適法であるとされることがあった<sup>46</sup>。このような見解は、2009年株式法改正における、取締役員の自己保有を義務づける規整(後記)の導入に結びついている。

もっとも、(i)保険金額を超える部分については役員負担となること、(ii)約款において通常、必ずしも要件上明確ではない免責規定が定められており、役員が一定のリスクを負っていること、(iii)株式法上は、責任免除(株式法120条)の拒絶や、選任の取消し(株式法84条3項)など抑止効果を持つ他の規整が存在すること、から、そもそも、自己保有ないし自己保有規制の有無を問わず、D&O保険によって役員に対する違法行為抑止機能はそもそも失われまいとする見解も主張されている<sup>47</sup>。

---

<sup>44</sup> *Wagner*, S.1062. なお、このような見解の中には、自己保有部分のない保険契約のみ、不適法となると論ずるものがあり(vgl., Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“, BT-Drcks. 14/7515, S.53 (2001))。当時としては、それなりに有力な見解であったのではないかと思われる。

<sup>45</sup> *Fleischer*, §93 AktG Rn. 229.

<sup>46</sup> *MüKoAktG/Spindler*, §93 Rn.94(旧版)。また、参照、*Baums*, Die Individualschadensersatzklage, Gutachten F für den 63. DJT, in: Verhandlungen des 63., DJT, Band I: Gutachten (2000), D. F.237. 多くの議論はこのような観点からの懸念を表明しつつも、D&O保険自体は適法であると考えていたものと思われる(vgl., *Wagner*, S.1057).

<sup>47</sup> *Fleischer*, §93 Rn.229.

## IV. D&O 保険締結権限の所在、保険料の報酬該当性

### 1. 問題状況

D&O 保険の保険料を会社が負担することが、役員報酬に該当し、株式法上の報酬規制の対象となるかが論じられている。この点については、2010年頃の文献においては、報酬規制の対象となるとする見解が通説であるとされる一方<sup>48</sup>、近年の文献においては報酬規制の対象とならないとする見解が通説であるとされており<sup>49</sup>、学説の状況が大きく変化したところである。なお、現在においては、実務上は、保険料の支払は報酬には該当しないことが確立しているようである<sup>50</sup>。

取締役の報酬については、株式法 87 条 1 項 1 文が、監査役会構成員の報酬については、株式法 113 条 1 項が定めている。

#### 株式法 87 条 1 項 1 文

監査役会は個々の取締役員の総給与(俸給、利益参加、費用補償、保険の対価、手数料、新株引受権などのインセンティブ報酬約束、及び、各種の付随給付)の確定にあたり、これが取締役員の任務と成績及び会社の状態に相応しい関係にあること、並びに、通例的報酬を特段の理由なく増加させないことに意を用いなければならない。

#### 株式法 113 条 1 項

監査役会構成員はその活動に関して報酬を付与されることができる。報酬は定款において定められるか、または、株主総会によって承認されることができる。報酬は監査役会構成員の任務及び会社の状態と相応しい関係に立つものとする。報酬が定款において定められるときは、株主総会は報酬を減少する定款変更を単純多数で決議することができる。

仮に、D&O 保険の保険料の負担が報酬に該当するとすると、取締役員の場合には、株式法 87 条 1 項により D&O 保険の契約締結及びその内容について監査役会による決議が必要となり<sup>51</sup>、監査役会構成員については株式法 113 条 1 項により株主総会決議

---

<sup>48</sup> Hüffer は、2010 年刊行のコンメンタールにおいて、報酬に該当するとする見解が通説であるとしていた(Hüffer, §113 Rn.2a)。なお、2001 年の Lange の論文においても、同様の指摘がある(Lange (2001), S. 1526)。

<sup>49</sup> Koch, §113 Rn.2a.

<sup>50</sup> Fleischer, §93 Rn.232. なお、税務当局の扱いについて、Ihlaß, D&O Rn.35ff.; 山下・536 頁、山中 461 頁参照。

<sup>51</sup> Fleischer, §93 Rn.232. なお、取締役員と会社との間の契約ではないため、株式法 112 条の規定(監査役会による会社代表)は適用されず、会社を代表して実際に契約を締結するのは、

が必要となる。これに対して、役員報酬に該当しないとすれば、通常の業務執行として株式会社法 78 条 1 項により取締役が保険契約の締結を行うことになるのが素直である<sup>52</sup>。

## 2. 学説及び判例の状況<sup>53</sup>

監査役会構成員についての議論を採りあげるが、下記は取締役員についてもおおむね妥当する。

### (1)報酬に該当するとする見解

#### (i)監査役会構成員の報酬について

保険料の負担が報酬に該当するとする見解の根拠としては、監査役会構成員について、(a)株式会社法 113 条の趣旨は、報酬が高額になることから株主及び会社債権者を保護することにあるところ、監査役会構成員としての活動の対価となるあらゆる財産上の利益が規制の対象となるべきであり、D&O 保険の保険料も監査役会構成員の実質的利益を意味する、(b)株式会社法 113 条 1 項の報酬は株式会社法 87 条 1 項の総給与と同義であり<sup>54</sup>、総給与の中には明文で「保険の対価」が含まれていること、などが挙げられる<sup>55</sup>。

なお、(b)については、取締役員について株式会社法 87 条 1 項 1 文が、「保険の対価」を総給与に挙げていることの意義が問題となるが、同規定は、1937 年株式会社法 78 条 1 項 1 文と全く同じであることからすれば、もともとは D&O 保険の保険料を念頭に置いた規定でないことは明らかであると思われる<sup>56</sup>。

### (2)(約款の構成によっては)報酬に該当しないとする見解

これに対し、D&O 保険の保険料の会社による負担が、取締役員・監査役会構成員に対する報酬に該当しないとする議論は、どこまで截然と分けられるかはともかくとして、「報酬」の意義から出発する議論と役員報酬についての規制の趣旨及び機関権限の

---

取締役となる(*Fleischer*, §93 Rn.232).

<sup>52</sup> *Fleischer*, §93 Rn.232. 有限会社については、社員総会の権限事項に関する有限会社法 46 条 5 号〔業務執行者の選解任〕・8 号〔業務執行者及び社員に対する賠償請求権の行使・業務執行者に対する訴訟における代表〕の類推適用により、D&O 保険契約の締結については社員総会の決定を要するとするのが圧倒的通説であるとされる(*Paerfgan*, §43 Rn.425)。

<sup>53</sup> 山下・534 頁以下参照。

<sup>54</sup> *Kästner*, S. 116. *Lange* はこのような解釈に批判的である。むしろ、株式会社法 87 条 1 項と 113 条 1 項の対比からは、株式会社法 113 条 1 項の報酬には保険料は含まれないと解すべきことになるという(*Lange* (2001), S.1527)。

<sup>55</sup> *Kästner*, S. 116; *Hüffer*, §113 Rn.2a.

<sup>56</sup> 取締役員の任務遂行との関連でなされる給付の具体例という以上の意味はないであろう。Vgl., *Schlegelberger/Quassowski*, §78 Nr. 3.

分配を総合的に考慮する議論と、に分けられるようにみえる。

(i) 報酬の意義の観点からの議論

保険及び保険の対価の支払は、監査役会構成員の労働条件(Arbeitsbedingungen)を作り出すための費用、すなわち、「労務上の待遇費用」であって、報酬ではない<sup>57</sup>、報酬といえるかについては、「約束された役務」の対価といえるかが重要であるが、D&O保険の保険料は、会社の費用であって、対価とはいえない<sup>58</sup>、などの理由から、報酬に該当しないと見る見解がある。

(ii) 報酬規制の趣旨等からの議論

株式法 113 条 1 項が、監査役会構成員の報酬について定款の規定または株主総会の決議によらなければならないとしている趣旨は、いわゆるお手盛り(Selbstbedienung)防止と、仮に取締役が決定するとした場合に監査役会の監督機関としての独立性が損なわれることにある<sup>59</sup>。他方、取締役員の報酬について監査役会が決定するという規整については、監査役会が取締役の選任機関であることにそもそも由来するのではないかとも思われるが、株式法 112 条において、取締役と会社との間の取引は監査役会が会社を代表するものと規定されており、同条は取締役選任契約の締結にも適用があるとところ<sup>60</sup>、結局、会社と取締役との間の利益相反の回避に根拠を求めるべきことになると考えられる<sup>61</sup>。

このようにして、監査役会構成員・取締役員のいずれについても、報酬に関する規整を保険料に及ぼすべきかという問題は、D&O 保険の締結をめぐる会社・役員間の利益状況についてどのように認識するかという問題とかがかわることになる。

このような見地から、ある見解は、約款上、被保険者とされる者の人的範囲によって報酬規制の適用の有無が決定されるとする。この点、Spindler は次のように述べて

---

<sup>57</sup> Mertens の議論によると、「労務上の待遇費用」とは、雇用者が被用者の労働領域及び労働条件を形成するための費用である。すなわち、労働によって被用者に対してもたらされる利益すべてが報酬であるというわけではなく、雇用主の待遇費用支出の反射である場合がある。D&O 保険も、それがないと監査役会構成員は任務を引受けないという類のものではなく、待遇費用に属する。このことは、D&O 保険は圧倒的に監査役の利益のために締結されるわけではなく、少なくとも同程度の会社の利益においても締結されるものであることから根拠づけられる。(Mertens, S.452; Lange (2001), S.1524). なお、待遇義務(Fürsorgepflicht)は労働契約において主として問題となる概念のようである。取締役員については、事業老齢年金や休暇(Urlaub)の付与などが待遇義務の発露としてあげられている(Fleischer, §84 Rn.31; vgl., Spindler, §84 Rn.96.). なお、待遇費用という概念を、D&O 保険の保険料の支出の報酬該当性を否定する論拠とすることに否定的な見解として、Dreher, S.308.

<sup>58</sup> Dreher, S.302ff., insb. S. 306ff.

<sup>59</sup> Habersack, § 113 Rn.2.

<sup>60</sup> Habersack, § 112 Rn.11.

<sup>61</sup> Habersack, §112 Rn.1.

いる<sup>62</sup>。

「D&O 保険の契約締結権限の所在は、保険料が待遇費用の保険として位置づけられるのか報酬として位置づけられるのかによって決定的に異なる。ここでは、株式法の厳格な権限分離と利益相反の回避の観点から D&O 保険の構成によって区別がなされるべきである：経営機関構成員に限定されないグループ保険にあつては、取締役が締結権限を有する。監査役をも包含する D&O 保険は株式法 113 条の決議が必要である。取締役のみを対象とする保険は[報酬として]監査役会の決議が必要である。…」

同様に、Habersack も一般にドイツにおいて用いられている約款に関しては、それが会社の利益である一方、利益相反の程度が低いことを理由に、報酬規制の適用を否定する。すなわち、グループ保険であり、具体的な機関のメンバー構成とは無関係に付保され、保険料が企業の規模・財務データ等によって算定されるような保険にあつては、保険契約の締結は、圧倒的に「有効な求償についての会社の利益に」動機づけられていることから、報酬規制の適用が否定されるとしている<sup>63</sup>。

この他、Fleischer も、D&O 保険の締結が「全く圧倒的に」会社の利益のためのものであることから、権限分配秩序からの帰結として、取締役に締結権限が帰属するものとしている<sup>64</sup>。これらの見解は、利益相反の危険の程度と会社の事業上の判断についてどの機関が決定するのが望ましいかという点を総合的に考慮して、一般に用いられている約款においては、いずれも保険料の報酬としての性格を否定するものといえそうである<sup>65</sup>。

### (3)判例の現状

この問題について、BGH は態度を明確にしていない(下記)。このような判例の状況に鑑み、保守的には、報酬に関する規定を定款に定めることを推奨する見解もある<sup>66</sup>。

#### 【判例】BGH Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 280/07 -, juris

会社の倒産管財人から監査役会構成員であった被告に対して損害賠償請求がなされた事案である。

監査役は取締役に対して D&O 保険の締結を依頼しており、その懈怠は会社の損害

---

<sup>62</sup> Spindler, §93 Rn.218.

<sup>63</sup> Habersack, §113 Rn.13.

<sup>64</sup> Fleischer, §93 Rn. 234.

<sup>65</sup> ただし、本文に引用したとおり、Spindler はむしろ監査役会構成員が被保険者とされている保険契約については、保険料に監査役会構成員に対する報酬としての性格を認める。

<sup>66</sup> Koch, §113 Rn.2a.

賠償義務を生じさせるとの主張に対して、次のとおり述べる。

「そもそも、取締役が監査役会構成員のための D&O 保険契約を締結する権限を有するのか、それとも、保険料の支払が報酬の一部を構成し、株式法 113 条 1 項 2 文により、一定款の規定がない場合には、一株主総会がこれに関する権限を有することになるのか、疑問がある。しかし、少なくとも、会社は監査役構成員に対して、監査役会構成員のために一定款に定められていない限り一責任保険契約を締結する義務を負うものではない。」

## V. いわゆる自己保有(Selbstbehalt)規制について

### 1. 取締役員に関する自己保有(株式法 93 条 2 項)

2009 年の「取締役の報酬の相当性に関する法律」(VorstAG)により、株式法 93 条 2 項 3 文において、取締役を被保険者とする D&O 保険については、一定額の自己保有(損害の自己負担)に関する定めが置かれた。これは、連邦議会の法律委員会の推奨によるものである。それ以前よりドイツコーポレートガバナンスコード(DCGK)においては上場会社につき適切な自己保有を定めるべきことを推奨していたが、立法直前において、その遵守率はおおむね 50%程度であったとされる<sup>67</sup>。

#### 株式法 93 条 2 項

会社が取締役員の職務活動から生ずるリスクから取締役員を保護する保険契約を締結する場合は、確定年次報酬の 1.5 倍に至るまで損害の 10%を最低限とする自己保有(Selbstbehalt)を定めなければならない。

一定の金額に至るまでは取締役が個人的に責任を負う(自己保有)ものとすることによって損害賠償責任が有する抑止効果の維持を狙ったものである。

なお、自己保有規制については、それがおかれた条文の位置、及び、特に会社が倒産した場合に、第三者が自己保有部分について補償を受けられないとすることは不合理であることから、対会社責任についての保険にのみ適用があり、対第三者責任には適用がない、とする見解が、通説である<sup>68</sup>。もっとも、これに対しては、対第三者責任についても適用があるとする有力な反対説がある<sup>69</sup>。

---

<sup>67</sup> *Fleischer*, §93 Rn.239.

<sup>68</sup> *Spindler*, §93 Rn.214.

<sup>69</sup> *Fleischer*, §93 Rn.244 mwN.

## 2. 監査役会構成員に対する自己保有

監査役会構成員については株式法上は自己保有が義務づけられていない。ドイツコーポレートガバナンスコード 3. 8 項<sup>70</sup>は、取締役員について株式法 93 条 2 項の定めると同内容の自己保有を義務とする一方、監査役会構成員については、同内容(確定年次報酬の 1.5 倍、損害の 10%)の自己保有が合意されることを推奨するにとどまる。上場株式会社は、この推奨から逸脱する場合には、株式法 161 条に基づき、年度ごとに、ガバナンスコードに関する準拠表明(Entsprechenserklärung)において開示を行う必要がある<sup>71</sup>。

## VI. D&O 保険の保険料等の開示について

事業報告書に一般に包含される年次決算書付属書面によって会社の負担にかかる D&O 保険の保険料について開示すべきであるとの立法提案が 2001 年の政府委員会報告書(Baums 委員会報告)においてなされたことがある。

「商法典 289 条及び 314 条を改正して、取締役員及び監査役員のための D&O 保険に関して支払われた保険料の額並びに役員自己保有の個別の額を付属書面ないしコンツェルン付属書面に記載しなければならないものとすることを推奨する」<sup>72</sup>

しかしながら、2005 年の「企業の廉潔性と取消権の現代化に関する法律」(UMAG)の立法過程において、同提案は採用されなかった。Ihlas は、このことについて、歓迎すべきものと評価する。その理由としては、保険料の額は市場において著しく変動する傾向があるところ、支払保険料額は保険契約者のリスクについて説明するものではないにもかかわらず、保険料額の増加の場合に株主総会において(無意味な)質問が増える可能性があること、を挙げている<sup>73</sup>。

なお、D&O 保険の保険料の開示の問題は、同保険料が役員報酬に該当するか、という点についての前述の議論ともかかわる。仮に保険料が報酬に該当するとすれば、その金額は事業報告における開示の対象たる報酬総額に含まれるからである<sup>74</sup>。ただし、

<sup>70</sup> Ziffer 3.8 des DGCK in der Fassung vom 7. Februar 2017.

<sup>71</sup> Lange, §16 Rn.110.

<sup>72</sup> Bericht der Regierungskommission „Corporate Governance“, BT-Drcks. 14/7515, S.53f. 山中・461 頁参照。

<sup>73</sup> Ihlas, D&O Rn.54f.

<sup>74</sup> 法律上は、年次決算書付属書面において開示がなされるべきこととされている。すなわち、商法典 285 条 9 号は、資本会社につき、業務執行機関、監査役会などの各グループごとの年

その場合でも、D&O 保険の保険料を独立して開示する法的義務が存在するわけではなく<sup>75</sup>、実際、いくつかの DAX(ドイツ株価指数)を構成する株式の発行会社の事業報告書を見る限り、D&O 保険の保険料や保険金額等について開示するものは見あたらない<sup>7677</sup>。また、ドイツコーポレートガバナンスコードはもとより、上場規則<sup>78</sup>や、その他のソフトローによってこの点の開示が求められている旨の情報は見あたらない。

## VII. 事業責任保険等との関係

### 1. 事業責任保険の位置づけ

保険契約法 102 条 1 項は、事業責任保険について、「企業のための保険が存在するときは、当該保険は、企業を代表する権限を有する人及び企業との関係で役務関係にある人の責任にも及ぶ。当該保険はその限りで第三者のための保険とみなされる。」と定めており、モデル約款上も、製造物責任保険<sup>79</sup>やその他の一般の事業責任保険<sup>80</sup>の被保険者には会社役員が含まれる<sup>81</sup>。すなわち、事業責任保険は、役員が被保険者と扱

---

次報酬総額を付属書面に記載することを要する旨、さらに、上場株社においては、個々の取締役員ごとの報酬を付属書面に記載することを要する旨を定めている。

<sup>75</sup> そもそも、一般的な D&O 保険はグループ保険として構成されていることから、仮に D&O 保険を報酬とみるとしても、各役員ごとの個別の保険料の算出は困難なのではないかと思われる。

<sup>76</sup> アディダス、ドイツテレコム、ドイツポスト、BMW の 2017 年版事業報告書を参照した。

<sup>77</sup> ドイツテレコムの 2017 年版事業報告書の役員報酬にかかる記載において、保険について言及している部分は次のとおりである。「市場及びコンツェルンにおいて通常なされているとおり、当会社はすべての取締役員に対し、取締役契約に基づき、部分的には金銭的価値のある利益とみなされ、課税される他の給付を付与しています。例えば、社用車の貸与並びに傷害保険・責任保険保護及び二重の家計維持に関する給付などです。」(Deutsche Telekom AG Geschäftsbericht 2017, S. 131. なお、同様に、アディダスの事業報告においては「市場で一般的な保険に関する保険料またはこれについての補助、引っ越し費用の引受け、社用車の手配...などの付随給付」がその他の給与(sonstige Bezüge)の項で記載されている〔Adidas AG Geschäftsbericht 2017, S. 39〕)。ドイツテレコム事業報告においては、各取締役員について、確定報酬、不確定報酬ごとの報酬額が開示されている(基本的に、ドイツコーポレートガバナンスコードのモデル書式に準拠するものである)が、D&O 保険の保険料やその他の保険の保険料について個別に開示する記載は見あたらない。なお、上記引用部分の「責任保険」は自動車保険などに含まれるものを指しているのではないかと推測する。

<sup>78</sup> 例えば、フランクフルト証券取引所規則(Börsenordnung für die Frankfurter Wertpapierbörse [Stand 05.12.2018])は、プライム市場につき四半期報告の作成義務を課しているという意味では法律に基づく開示以上のものを求めているが、商法典及び有価証券取引法の定める事項以外の開示を求める規定は存しない。

<sup>79</sup> ドイツにおける製造物責任保険は(一般の)事業責任保険を補完するものとして構成されている(vgl., Voit, Ziff.1 ProdHM Rn.5)。

<sup>80</sup> Vgl., Lücke, Ziff.7.1.2 BetrH AT Rn.8ff.

<sup>81</sup> Vgl., Voit, Ziff.2 ProdHM Rn.4. 製造物責任保険モデル特約 2. 2 項(2015 年版)においては、「保険契約者の法律上の代表者、保険の対象たる事業の指揮または監督...のために任用され

われる限りにおいて、会社を保険契約者とし、会社役員を被保険者とする第三者の計算の責任保険契約である。そこで、事業責任保険は D&O 保険と機能的に類似ないし重複することとなり<sup>82</sup>、D&O 保険に関する規整が事業責任保険にも及ぶかが問題となりうる。

## 2. 事業責任保険と自己保有規制(株式法 93 条 2 項)との関係

上記については、株式法上の自己保有規制の対象に、事業責任保険が含まれるかとの文脈において、議論がある。

この点、上述の事業責任保険の第三者の計算における保険契約としての構造、及び、株式法 93 条 2 項 3 文の文言(対象を D&O 保険に限定していない)、取締役員に対する規律付けを目的としているという自己保有義務規制の趣旨から、事業責任保険も対象に含まれるとする見解もある<sup>83</sup>。

これに対して、通説的な見解は、株式法 93 条 2 項 3 文の潜脱となる場合は別論として、D&O 保険と異なる目的を追求する保険契約においては、自己保有を定める株式法 93 条 2 項の規制の対象とはならないとする<sup>84</sup>。「取締役員の会社のための職務上の活動から生ずるリスクに対する防御のための保険」という株式法 93 条 2 項の文言からも、事業責任保険や権利保護保険は排除されるともされる<sup>85</sup>。

## 3. 事業責任保険とその他の株式法上の規制

事業責任保険についても D&O 保険と同様、会社の負担する保険料が役員報酬に該当し、報酬規制の対象となるかを論ずる余地が全く無いわけではないと考えられるが、この点を論ずる文献は見あたらない。会社を被保険者とせず、会社が保険契約の存在から受ける利益は、被保険者たる会社役員の賠償負担能力の確保という形の間接的なものとどまる D&O 保険についてすら、現在の通説は会社による保険料の負担を役員に対する報酬とは考えていないところ、会社を被保険者とする事業責任保険について役員の報酬に関する規制に服させることは考えられないことなのではないかと思わ

---

た者」の法律上の責任が保険保護の対象とされている。

<sup>82</sup> D&O 保険と事業責任保険の棲み分けにかかる両保険の約款における規定について、*Ihlas*, D&O Rn.220ff.

<sup>83</sup> *Lange* (2009), S. 1016f. もっとも、事業責任保険は、通常、対第三者責任のみを担保しており(*Ihlas*, D&O Rn.640)、対会社責任は担保範囲外である。その限りにおいて、一株式法 93 条 2 項の解釈として、対第三者責任を扱う責任保険についても適用があるとの解釈を前提とする場合(V 参照)一、事業責任保険に自己保有にかかる株式法 93 条 2 項の規制は及ばないことになる。

<sup>84</sup> *Spindler*, §93 Rn.198; *Ihlas*, D&O Rn.490

<sup>85</sup> *Fleischer*, §93 Rn.243.

れる。実質的にみても、事業責任保険の締結権限を業務執行機関である取締役以外に帰属させることの合理性は想定しがたく、議論がないことはある意味で当然かと思われる。

## VIII. 会社補償

第三者に対する責任や、防御費用、罰金等を会社が負担し、あるいは、取締役員等による支出を補償することができるかについては、①委任関係における受任者の費用償還請求権の規定により会社役員が会社に対して補償等を求めうるか(会社が役員に対して補償すべき義務を負うか)、②役員が負う責任等について事前に会社が補償すべき旨を取締役任用契約などで定めておくことができるか、③事後に会社が任意で負担ないし補償することができるか、の3つに分けて考えることができる。いずれの問題についても、株式法 93 条 4 項 3 文が、「会社は請求権発生後 3 年後、かつ、株主総会がこれに同意し、基本資本の 10 分の 1 を有する少数株主が文書で異議を述べなかった場合に限り、[会社の]賠償請求権を放棄またはこれにつき和解をすることができる」としており、会社が取締役の責任を免除するには、時期(請求権発生後 3 年以降)及び手続上の要件(株主総会の同意及び少数株主の異議の不存在)が満たされる必要があることに注意する必要がある。なお、監査役会構成員についてもこの規定は適用がある(株式法 116 条)。

結論を先に述べると、このような規制(株式法 93 条 4 項 3 文、116 条)との関連から、①②③いずれについても否定的に解される傾向にある。

なお、会社補償に関する開示を要求する規定は見当たらない。

### ①費用償還請求権

#### (i) 第三者から請求を受けた場合、あるいは刑事手続における防御費用

防御費用については、ドイツ民法典 670 条〔受任者の費用償還請求権〕による費用償還請求の対象となり、同 669 条により前払請求も可能であると解されている。ただし、費用償還請求権は、(i) 第三者からの訴訟提起が機関としての活動と関連してなされたものであること、(ii) 取締役員に会社に対する義務違反が存在しないこと、が要件となる。(ii) は、株式法 93 条 2 項、4 項の趣旨によるものである<sup>86</sup>。この点、義務違反の不存在は、訴訟が提起された段階では不明であることが通常であることから、機関

<sup>86</sup> Hüffer, §93 Rn.23 は義務違反がある場合には、償還請求の要件である事務処理のための必要性の要件が満たされないという。

としての誠実義務(organschaftliche Treupflicht)の観点から、前払請求については、訴訟が取締役にとって不都合な結果となった場合に返還が可能であることが必要であると  
する見解がある<sup>87</sup>。

事後的な償還請求については、ドイツでは、敗訴者が訴訟の総費用を負担する制度  
となっているため、役員が勝訴した場合には、原則としては問題とならない。例外は、  
弁護士との間で法定報酬額を上回る報酬を支払う旨の合意をしている場合である。法  
定報酬のみが民法典 670 条による償還の対象となるとする BGH 判例があるが、当該  
合意が一般的なものであるかぎり、償還請求の対象とするべきであるとも論じられて  
いる<sup>88</sup>。

なお、取締役員等が民事訴訟や刑事訴訟において敗訴した場合についても、会社が  
争訟費用を負担できるとする見解が以前は有力であった。しかし、株式法 93 条 2 項・  
4 項の趣旨により、対外関係における取締役の責任原因行為が対内関係における義務  
違反にも該当する場合には、会社に対する償還請求は認められないと解される。通常、  
第三者に対する加害行為は、同時に、株式法 93 条 1 項 1 文の定める会社に対する注意  
義務の違反を意味するため、原則として、会社役員による償還請求は認められない。  
例外として、国外における犯罪行為が一般に認められた法治国家原則から国内では犯  
罪行為とならないような場合などが考えられる。

#### (ii) 第三者に対する民事責任及び罰金等

第三者に対する民事責任については、原因行為が会社との関係で義務違反を構成し  
ないことが償還請求権発生の要件とされる。通常は、第三者に対する加害行為は株式  
法 93 条 1 項 1 文の定める注意義務に対する違反でもあることから、このようなことは  
稀である<sup>89</sup>。

罰金・過料については、1919 年のドレスデン上級ラント裁判所の判決がある<sup>90</sup>。同  
判決は、合名会社の業務執行社員が価格つり上げ(Preistreiberei)により罰金刑を受けた  
場合について、会社に対する償還請求を「罰金が高度に個人的な給付の性質を有し、  
有罪判決を受けた者に個人的な害悪を与えるべきものである」ことを理由に認めなか  
った。今日の学説も基本的に、(a)刑罰による制裁のシステムが民事上のシステムに優  
先すること<sup>91</sup>、(b)法律違反行為は一般に会社に対する注意義務違反を構成すること<sup>92</sup>、

<sup>87</sup> *Fleischer* (2005), S. 915.

<sup>88</sup> *Fleischer* (2005), S.915.

<sup>89</sup> *Fleischer*, §84 Rn.66

<sup>90</sup> OLG Dresden JW 1919, 837, zit nach *Fleischer* (2005), S.916.

<sup>91</sup> *Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn* Rn.92.

を理由に、これに賛成している。

## ②事前の補償契約ないし補償約束

### (i)私法上の損害賠償請求権についての補償約束

取締役員に対する損害賠償請求権について会社が解放〔freistellen〕する旨の事前の約束は無効であるとされる<sup>93</sup>。理由としては、(a)取締役の責任に関する規制の強行法的性質、及び、(b)事後的な損害賠償請求権の放棄について厳格な制約を課している株式法 93 条 4 項 3 文からの帰結、が挙げられる。ただし、第三者に対する責任が生じている事案で、会社に対する義務違反が存在しない場合は別論であるという<sup>94</sup>。

### (ii)罰金、過料についての補償約束

無効であるとするのが通説である<sup>95</sup>。民法典 134 条の規定などが根拠として挙げられる。

## ③任意の補償

### (i)私法上の損害賠償請求権についての補償

Fleischer によると、株式法 93 条 2 項・同 4 項の基礎には、会社は取締役員の義務違反の行為によって損害を被るべきではない、との思想がある。このことから、会社が第三者に対する損害賠償請求から取締役を解放するには、行為後 3 年及び株主総会の承認の要件に服するとする<sup>96</sup>。

### (ii)罰金、過料についての補償

このことは、罰金等についても妥当する<sup>97</sup>。この点、罰金について、株式法 93 条 4 項 3 文の規制を受け、株主総会の承認等を要するとする下記の判例がある。

【判例】BGH Urt. v. 08.07.2014, BGHZ 202, 26.

### 判旨

「会社に対する義務違反が存在する場合には、監査役会は刑事制裁を会社が引受け

---

<sup>92</sup> Fleischer, §84 Rn.67. 一般に、法律違反行為が主観的には会社の利益のためになされた場合や、客観的に会社に利益をもたらす場合であっても、当該行為を行った取締役員には注意義務違反が認められるとするのが通説である(Fleischer, §93 Rn.36; BGH NJW 2011,88)。

<sup>93</sup> Fleischer, §84 Rn.71; Koch, §84 Rn.23; Spindler, §84 Rn.98.

<sup>94</sup> Fleischer, §84 Rn.71.

<sup>95</sup> Fleischer, §84 Rn.72; Koch, §84 Rn.23; Spindler, §84 Rn.97ff.

<sup>96</sup> Fleischer, §84 Rn.68.

<sup>97</sup> Fleischer, §84 Rn.68; Spindler, §84 Rn.97.

ることにつき有効に決定することはできない。このようなことは株式会社法 93 条 4 項 3 文によりむしろ株主総会の権限なのである。義務違反が存在するかどうかの判断については、監査役会に裁量は認められない。むしろ重要なのは客観的な法状態なのである。

aa)罰金、賦課金、過料の引受けに関する決定は、賠償請求権放棄に関する株式会社法 93 条 4 項の規制によって株主総会に留保されている。株式会社法 93 条の原則は、刑事制裁の会社による支払にも適用されるべきである。株式会社法 93 条は、取締役が義務違反行為をすることにより会社に対して永続的に不利益を加えることを排除しようとするものだからである。会社に対する義務にも同時に違反する行為によって課せられた刑事法上の制裁について、会社が取締役に補償するとするならば、株式会社法 93 条により本来取締役が負わなければならない不利益を会社が自ら課すことになるであろう。……

そのような財産上の不利益については、監査役会は株主総会の同意なしに決議することはできない。」

## ●GDV モデル約款 (2017年8月現在)

### 1. 保険の目的

1. 1 保険者は、保険契約者またはその子会社の現在・過去の監査役会構成員、取締役員または業務執行者(被保険者)が、業務活動中に侵した義務違反を原因として、法律上の責任規定に基づき、財産損害に関して損害賠償を請求される場合に、保険保護を与える。

子会社は、商法典 290 条 1 項、2 項、271 条 1 項にいう企業で、保険契約者が以下の方法を通じて直接または間接に支配的影響力を行使でき、その本拠が EU 加盟国にあるものをいう。すなわち、

- 社員の議決権の多数を通じて、または、
- 保険契約者が当該子会社の社員である場合において、監査役会構成員、経営委員会構成員、または、その他の指揮機関の多数を選任もしくは解任する権利を通じて、または、
- 財務政策及び事業政策を当該企業と締結した支配契約または当該企業の定款の規定に基づき決定する権利を通じて。

上記は、ドイツ法にいう人的会社及び外国法に基づく同等の会社形態には適用されない。

新たに取得された子会社及び新たに設立された子会社は取得または設立が保険者にテキスト形式で告知された時点から保険者が担保につきテキスト形式で同意した限りにおいて、保険保護に包摂される。

財産損害は、人的損害(人の死亡、身体傷害、または健康被害)及び物的損害(物の毀損、腐敗、破壊、占有喪失)でなく、かつ、そのような損害から生ずる損害でないものをいう。金銭及び金銭的価値のある証券は物とみなす。

1. 2 被保険者が第三者に対して、すなわち、保険契約者もしくは子会社または他の被保険者以外の者に対して、1.1 項の定める範囲で賠償義務を負う場合について、被保険者を責任から解放〔freistellen〕すべき保険契約者または子会社の義務が存在するときは(会社補償〔company reimbursement〕)、本契約に基づく保険保護請求権は、保険契約者または子会社が責任解放義務を履行した範囲において被保険者から保険契約者または子会社に移行する〔übergehen〕。保険保護が移行するためには、

責任解放義務がその種類と範囲において適法であることが要件となる。

1. 3 他の契約規定にかかわらず、保険保護は、契約当事者に直接適用される EU またはドイツ連邦共和国の、経済上、取引上、または、金融上の制裁措置ないし禁止措置と矛盾しない限りにおいて存在する。アメリカ合衆国がイランに関して発した経済上、取引上、または、金融上の制裁措置ないし禁止措置についても、これらがヨーロッパまたはドイツの法規定と矛盾しない限りにおいて同様である。

## 2. 保険事故(クレームズメイド原則)

保険事故は、保険契約の存続中に、被保険者に対して責任請求が最初になされたことである。本契約において、責任請求がなされるとは、被保険者に対して書面によって請求が提起された場合、または、第三者が、被保険者に対する請求権を有する旨を、保険契約者、子会社、もしくは被保険者に対して書面によって通知した場合をいう。

## 3. 遡及担保、契約後通知期間、事情の通知、倒産

### 3. 1 契約前の義務違反に関する遡及担保

保険保護は契約開始前になされた義務違反に基づく保険事故にも及ぶ。ただし、請求を受ける被保険者または保険契約者が保険契約締結に際して知っていた義務違反についてはこの限りではない。義務違反は、それが保険契約者または被保険者によって—単に可能性の問題としてのものであったとしても—客観的に不適切であると認識されていた場合、または、条件付きのものであったにすぎないとしても不適切であると保険契約者または被保険者に対し説明されていた場合には、知られていたものとみなされる。このことは、損害賠償請求が提起されなかった場合、警告されていなかった場合、または、危惧されていなかった場合であっても妥当する。

### 3. 2 契約終了後の請求提起についての事後通知期間

保険保護は、保険契約終了時までになされた義務違反に基づく請求で、本保険契約終了後\_\_年の期間内に提起され、保険者に通知がなされたものを包摂する。

この他、保険契約者は、最終年間保険料の\_\_%の額の付加的保険料の支払と引換に追加の事後通知期間の合意を求めることができる。追加の事後的通知期間の合意

を求める保険契約者の権利は、事後的通知期間が保険契約終了後1か月以内にテキスト形式で保険者に事後的通知期間の申し出がなされないか、または、事後的通知期間にかかる付加的保険料の支払が遅滞なくなされなかった場合には消滅する。申し出の基準時は、保険者への到達である。

追加の事後的通知期間取得の権利は、保険契約者の財産に対する倒産手続の開始の申請による保険契約終了の場合並びに保険契約者に対する新たな支配により生じた危険増加による7.2.2項に基づく契約終了の場合には適用されない。

保険契約が支払遅滞により終了した場合においては、自動事後的通知期間及び追加の事後的通知期間取得の権利は適用されない。

保険保護は、事後的通知期間を通じて、最終の保険期間満了時に適用される契約規定の範囲内において、かつ、当該契約規定にしたがい、最終の保険期間の保険金額の未費消部分の額において存在する。

### 3.3 事情の通知(Notice of Circumstance – Regelung)

保険契約者及び被保険者は、保険者に対し本保険契約期間中、被保険者に対する請求が十分蓋然的であるようにみえる具体的事情につきテキスト形式で通知する可能性を有する。

保険者が保険契約関係を解約したときは、上記の事情の通知はさらに契約終了後\_\_日以内に行うことができる。ただし、この契約終了後\_\_以内の期間内に行う事情の通知は、本保険契約が支払遅滞によって終了した場合にはこれを行うことができない。

その後、通知にかかる事情に基づいて遅くとも\_\_年の期間内になされなければならない実際の請求の場合においては、当該請求は事情の通知の時点でなされたものとみなす。

通知の基準時は保険者への到達である。

## 4. 保険保護の物的範囲

4. 1 保険保護は、責任問題の調査、不当な損害賠償請求に対する防御、及び、理由ある損害賠償義務からの被保険者の解放を含む。

損害賠償義務が理由あるとは、被保険者が法律、確定力ある判決、承認または和解に基づき賠償義務を負い、かつ、保険者がこれに拘束されることをいう。承認及び和解で、被保険者が保険者の同意なく行い、あるいは、締結したものは、承認または和解がなかったとしても請求権が存在したであろう限りにおいてのみ保険者を拘束する。

被保険者の損害賠償義務が保険者に対して拘束力がある形で確定されたときは、保険者は2週間以内に被保険者を請求権から解放しなければならない。

4. 2 義務違反を犯した被保険者、または、当該被保険者の親族が保険契約者に対して間接または直接に資本参加をしているときは、保険契約者または保険保護に包摂される子会社による請求の場合における保険保護は、当該資本参加の割合に相当する損害賠償請求権の部分を含まない。考慮されるのは、2項にいう保険事故の時点における、請求権を行使する会社への資本参加の割合である。義務違反の時点においてより大きい資本参加が存在する限りにおいては、もっぱらこの資本参加が考慮される。

配偶者、ライフパートナーシップ法または外国法に基づく同様のパートナーシップにおけるライフパートナー、両親及び子、養親及び養子、義父母、義理の子、祖父母及び孫、いとこ、並びに、里親及び里子(家族類似の長期間に及ぶ関係により両親と子供のように相互に結びついた人々)は親族とみなされる。

4. 3 保険者の給付の範囲については、個々の保険事故及び保険期間中に生じた保険事故全体につき保険証券に記載された保険金額が上限となる。裁判上及び裁判外における、第三者または保険契約者ないし子会社が行う請求から被保険者を防御するための費用(弁護士費用、鑑定費用及び裁判費用など)に関する保険者の支出は、保険金額に算入される。

各保険事故において、請求を受けた被保険者は保険証券に記載された金額を自ら負担する(自己保有 [Selbstbehalt])。1. 2項の場合においては、被保険者の自己負

担にかかわらず保険証券に記載された金額が保険契約者に対しても効力を有する。

被保険者が株式法の適用を受ける会社の取締役役員として請求を受けた限りにおいて、以下のことが妥当する：

より高額の自己保有が合意されていない場合、被保険者は保険事故において取締役役員の確定年次報酬の\_\_倍に至るまで損害の\_\_%の自己保有を負担する。

自己保有に関する上記の規制は 2009 年 8 月 5 日以前になされた義務違反に基づく請求について、または、被保険会社が取締役員に対して 2009 年 8 月 5 日以前に締結された合意により自己保有のない D&O 保険の付与を義務づけられている限りにおいてかつその範囲内において、適用されない。

上記の自己保有は防御費用には適用されない。

4. 4 保険者は損害の解消または損害賠償請求に対する防御のために合目的と判断するすべての意思表示を被保険者の名で行う権限を有する。

保険事故において被保険者に対する損害賠償請求権に関する法的争訟に至ったときは、保険者は訴訟追行の権限を有する。保険者は法的争訟を被保険者の名で追行する。

保険保護の対象となる責任請求権をもたらしうる義務違反を理由とする刑事手続において、被保険者の弁護人の選任を保険者が希望しまたは承認したときは、保険者は弁護士報酬法による費用、または、特別に合意されたより高額の弁護人費用を負担する。

訴額が保険金額を上回るときは、保険者は保険金額と同額の訴額に基づく費用のみを負担する。

4. 5 個々の保険期間にかかわらず、本保険契約の有効期間中に行使された、一人または複数の請求者による複数の請求は、それが以下のものであれば一つの保険事故とみなされる。

- a)一人または複数の被保険者によってなされた一つの義務違反に基づくもの
- b) 同一の事実に帰せられるべきで、かつ、相互に法的、経済的、または、時間的な関連性を有する義務違反である限りにおいて、一人または複数の被保険者によりなされた複数の義務違反にもとづくもの。

上記の保険事故は個々の責任請求権の行使の実際の時点にかかわらず、最初の責任請求がなされた時点において生じたものとみなされる。

4. 6 保険者の要請による承認、弁済、または和解による責任請求権の処理が保険契約者または被保険者の振る舞いによって失敗した場合、または、被害者に対する弁済のために保険者が契約にしたがった負担分を提供した場合においては、保険者は、拒絶ないし提供の時以降に生ずる事案処理のための費用増、利子、及び経費につき負担する必要がない。

## 5. 責任除外

以下の責任請求権は保険保護から除外される。

- 5. 1 故意の損害惹起による責任、法律、規定、決議、代理権もしくは指示からの悪意の逸脱による責任請求権、または、その他の悪意の義務違反による責任請求権。なお、他の機関構成員が侵した作為または不作為については、被保険者は責めを負わない。
- 5. 2 被保険者が付保された活動によりまたは当該活動に鑑みて受領した給料、利益配当またはその他の利益の返済または返還による責任請求権。
- 5. 3 保険契約者または子会社により流通に出された製品、労働、その他の給付による責任請求権。
- 5. 4 環境への作用及びこれにより生じたその他のすべての損害による責任請求権。
- 5. 5 ・EU 外の裁判所においてまたは EU に属しない国の法に基づいて行使された責任請求権。EU 外においてなされた判決の執行の場合についても同じである。
  - ・ EU に属しない国の法の違反または不遵守による損害による責任請求権。
- 5. 6 いわゆる「インサイダー規制」に関連する義務違反による責任請求権。
- 5. 7 付保された活動以外(例えば、他の企業での活動または自由職業活動)においてなされた義務違反による責任請求権。
- 5. 8 保険給付または保険の利用、締結、継続がなされないか、あるいは不十分であることから生ずる、または、これと関連する責任請求権。

5. 9 不正競争または競争制限による責任請求権並びに職業上の秘密、著作権、特許権、商標権、意匠権、及び、これらと同等の知的財産権の侵害による責任請求権。
5. 10 保険契約者もしくは子会社に課せられたかまたは保険契約者もしくは子会社が引き受けた違約罰、保釈金、過料、刑罰的性質を有する賠償(懲罰的賠償)に基づく損害による責任請求権。
5. 11 保険契約者、子会社、または結合会社の損害が同一のコンツェルンに属する他の会社に財産的利益をもたらした場合における、当該財産的利益の額の範囲でのこれらの会社の責任請求権。
5. 12 贈収賄、買収、利益收受、利益供与または同種の行為に関連する責任請求権。
5. 13 正規の経営遂行において必要かつ通常的でない限りにおける投機的取引(例、ヘッジ取引)による損害に基づく責任請求権。
5. 14 貸付金及び信用供与において生じた損失による保険契約者または子会社の損害に基づく責任請求権。ただし、権利行使の際の義務違反によって生じた損失はこの限りではない。
5. 15 敵視、嫌がらせ、ハラスメント、不平等取扱いまたはその他の差別による損害に基づく責任請求権。
5. 16 アスベスト、アスベストを含有する物質または製品に直接もしくは間接に帰せられるべき、またはこれらと関連する損害に基づく責任請求権。
5. 17 被保険者または保険契約者もしくは子会社に対して本契約開始前または開始時になされた請求、訴訟、行政行為、捜査手続、調査、判決、その他の執行権原と関連するか、または、その基礎となる事実関係と関連する責任請求権。

## 6. 別の保険

本保険契約によって主張された損害に関して別の保険契約によっても保険保護が存在するときは保険契約者及び被保険者は、まず別の保険契約の下で損害を主張しなければならない。本保険契約による保険者の保険金支払義務は、別の保険契約の保険者が損害につき保険金を支払わなかった場合にその限りにおいてのみ存在する。別の保険契約の保険者が保険契約者または被保険者に対する保険金支払義務を争ったために本保険契約に基づく保険金の支払に至ったときは、保険契約者または被保険者は別の保険契約に基づく請求権がある場合にはこれを本保険契約の保険者に委譲しなければならない。

保険契約者または被保険者が本保険契約によって担保される危険を別に付保している場合(重複保険、後続保険)、このことは遅滞なく保険者に告知されなければならない。

## 7. 告知義務、危険増加、他の責務

### 7. 1 契約前告知義務

#### 7. 1. 1 危険重要事実に関する申述の完全性及び正確性

保険契約者は契約の意思表示の交付前に保険者に対して、知っている危険事実で、保険者がテキスト形式で質問し、かつ、合意された内容で契約を締結するという保険者の意思決定に重要な事実のすべてを告知しなければならない。保険契約者は、契約の意思表示後においても契約の承諾前に保険者が1文にいう質問をした限りでも告知を義務づけられる。契約を締結するかどうか、あるいは、合意された内容で契約を締結するかについての保険者の決定に影響すべき事実は、重要な事実である。

保険契約者の代表者が契約を締結し、当該代表者が危険重要事実を知っている場合には、保険契約者は自らがこれにつき知っており、または、これを悪意で沈黙していたものとして扱われる。

#### 7. 1. 2 解除

危険重要事実に関する不完全または不正確な記述は保険者に保険契約を解除する権限を与える。

保険者は、保険契約者または保険契約者の代表者が不正確または不完全な記述を故意または重大な過失で行ったのではないことを保険契約者が証明したときは解除権を有しない。

告知義務の重大な過失による違反を理由とする解除権は、保険者が不告知にかか  
る事実を知っていたとしても、別の条件によってであれ、保険契約を締結していた  
であろうことを保険契約者が証明したときは、存在しない。

解除がなされたときは保険保護は存在しない。

保険事故の発生後に保険者が解除をしたときで、不完全または不正確に告知され  
た事実が保険事故の発生又は保険給付の確定もしくは保険給付の範囲につき因果  
性を有しないことを保険契約者が証明した場合には、保険者は保険保護を拒むこと

ができない。ただし、この場合であっても、保険契約者が悪意で告知義務に違反したときは保険保護は存在しない。

保険者は、解除の意思表示が有効になるまでに経過した契約時間に相当する保険料部分を受け取ることができる。

#### 7. 1. 3(保険料変更または解約権) (省略)

#### 7. 2 危険増加

##### 7. 2. 1 告知義務

保険契約者が事後的に、危険増加を行ったまたは許容したことを認識したときは、危険増加を遅滞なく保険者に対し告知しなければならない。

保険契約者の契約締結の意思表示の交付後に保険契約者の意思と無関係に危険増加が生じたときは、これについて保険契約者が知った後に遅滞なく保険者に対し危険増加を告知しなければならない。

##### 7. 2. 2 解約

7. 2. 1 項の危険増加の場合においては、保険者は1か月の期間を遵守の上解約をすることができる。解約の要件が被保険者または子会社の一部においてのみ満たされている場合であっても同じである。

解約権は保険者が危険増加を知った後1か月以内にこれを行わない場合または危険増加以前にあった状態が回復された場合には消滅する。

##### 7. 2. 3 保険料の割り増し

保険者は、危険増加の時点以降、解約に代えて、当該増加した危険に関する保険者の事業原則に相応する保険料を要求すること、または、当該増加した危険の担保を排除することができる。

危険増加の結果として保険料が10%を超えて増加する場合、または、保険者が増加した危険の担保を除外した場合は、保険契約者は保険者の通知到達後1か月以内に期間を遵守することなく本保険契約を解約することができる。保険者は保険契約者に対して通知においてこの権利を教示しなければならない。

- 7. 2. 4 保険給付の免除 (省略)
- 7. 2. 5 重要でない危険増加
- 7. 2. 1 項から 7. 2. 4 項までは、重要でない危険増加のみが存在する場合、または、事情に鑑み危険増加が担保されていることが合意されているとみなされるべき場合には適用されない。

### 7. 3 保険契約者の責務

- 7. 3. 1 保険事故発生前の責務(省略)
- 7. 3. 2 保険事故発生後の責務(省略)

## 8. 責務違反の効果 (省略)

## 9. 本保険契約の存続期間、解約、失効

- 9. 1 本保険契約は保険証券に記載された期間に関して締結されるものである。

1 年またはそれ以上の契約期間の場合においては、本保険契約は契約当事者に対して個々の契約期間の経過の 3 か月前までに解約告知が到達しない場合には、契約はその都度 1 年延長される。

1 年未満の契約期間の場合においては、解約告知を必要とせず、予定された時点において契約は終了する。

3 年を超える契約期間の場合においては、保険契約者は 3 年経過の時点またはこれに続く年において契約を解約することができる。解約告知は個々の年の経過の 3 か月前までに到達しなければならない。

- 9. 2 (省略)

- 9. 3 (省略)

## 10. 他人の計算の保険、保険金請求権の譲渡

- 10. 1 本保険契約に基づく権利の行使は被保険者のみがこれを行うことができる。ただし 1. 2 項の場合を除く。

- 10. 2 責任解放請求権はその最終的確定前に保険者の同意なしに譲渡または質入することはできない。被害者たる第三者に対する譲渡は可能である。

10. 3 被保険者の償還請求権及び費用補償、供託された金銭の返還、支払われた金銭の払い戻しを求める請求権並びに民法典 255 条に基づく譲渡を求める請求権は、保険者が行った支払の額において当然に保険者に移行する。保険者は債権の移行を証する証書の作成を要求することができる。

10. 4 被保険者が 10. 3 項による請求権またはその保全に資する権利を放棄したときは、保険者は被保険者に対して、請求権の行使が不奏功であったであろうことを被保険者が証明した限りにおいてのみ義務を負う。

## 11. 保険料

11. 1 保険料は保険証券が到達して 2 週間経過後に遅滞なく履行期となる。

11. 2 ~11. 4 省略

## 12. 裁判籍及び準拠法

12. 1 本契約についてはもっぱらドイツ法が適用される。

12. 2 本保険契約により生ずるあらゆる法的紛争に関する裁判籍は保険者の本拠地または保険者の本保険契約担当営業所所在地である。この管轄合意は保険契約者または被保険者の本拠が外国にあるときであっても明確に適用される。

## [参考文献]

- 山下 山下友信「D&O 保険と会社法—ドイツ法の場合」出口正義=吉本健一ほか編・青竹正一先生古稀記念『企業法の現在』525 頁(信山社、2014)
- 山中 山中利晃『上場会社の経営監督における法的課題とその検討—経営者と監督者の責任を中心に』(商事法務、2018)
- Dreher* *Dreher, Meinrad*, „Der Abschluss von D&O-Versicherung und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung“, ZHR 165 (2001), 293.
- Fleischer* *Fleischer, Holger*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd.1 (3.Aufl., 2015 \*§93; 4.Aufl., 2019 \*§84)
- Fleischer* (2005) *Fleischer, Holger*, „Haftungsfreistellung, Prozesskostenersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder – eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthftung des Managements“, WM 2005, 909.
- Fleischer* (2006) *Fleischer, Holger*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006)
- Habersack* *Habersack, Mathias*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiegesetz, Bd.2 (4.Aufl., 2014)
- Heinrichs* *Heinrichs, Christoph*, in: Staudinger/Halm/Wendt, Versicherungsrecht Kommentar (2.Aufl., 2017)
- Hüffer* *Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz (9.Aufl., 2010).
- Ihlas* *Ihlas, Horst*, in: Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum Verischerungsvertragsgesetz, Bd.3 (2.Aufl., 2017)
- Kästner* *Kästner, Karin*, „Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung“, AG 2000, 113.
- Koch* *Koch, Jens*, in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz (13.Aufl., 2018)
- Lange* *Lange, Oliver*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014)
- Lange* (2001) *Lange, Oliver*, „Zulässigkeitsvoraussetzungen einer gesellschaftsfinanzierten Aufsichtsrats-D&O-Versicherung“, ZIP 2001, 1524
- Lange* (2009) *Lange, Oliver*, „Selbstbehaltvereinbarungspflicht gem. §93 Abs.2 S.3 AktG n.F.“, VersR 2009, 1011.
- Lücke* *Lücke, Werner*, in: Prölss/Matin, Versicherungsvertragsgesetz (30.Aufl., 2018)

- Mertens*            *Mertens, Hans-Joachim*, „Bedarf der Abschluß einer D&O Versicherung durch die Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung?“, AG 2000, 447.
- Paefgan*            *Paefgan, Walter*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkommentar (2.Aufl., 2014)
- Staudinger/Friesen*  
                          *Staudinger, Ansgar / Friesen, Siegfried*, in: Staudinger/Halm/Wandt, Versicherungsrecht Kommentar (2.Aufl., 2017)
- Schlegelberger/Quassowski*  
                          *Schlegelberger, Franz / Quassowski, Leo*, Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 (1937)
- Spindler*            *Spindler, Gerald*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd.2 (4.Aufl., 2014)
- Voit*                *Voit, Wolfgang*, in: Prölss/Matin, Versicherungsvertragsgesetz (30.Aufl., 2018)
- Wagner*            *Wagner, Gerhard*, „Persönliche Haftung der Unternehmensleitung: die zweite Spur der Produkthaftung?“, VersR 2001, 1057.

以 上

## 第4章 フランス法

金沢大学 早川咲耶

### I. はじめに<sup>1</sup>

フランスでは役員賠償責任保険として、RCMS 保険 (L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux) が存在する。この保険は、基本的にアメリカの D&O 保険をフランスに導入したものであり<sup>2</sup>、その具体的内容はアメリカの D&O 保険に類似したものとなっている。フランス商法 (Code de commerce) の法文上には、RCMS 保険及び会社補償に関する規定は存在しない。フランスの通貨金融法 (Code monétaire et financier) および上場規則 (ユーロネクスト・パリ市場の Rule Book I,II) にも、RCMS 保険及び会社補償に関する規定は見当たらない。

以下では、フランスにおける RCMS 保険や会社補償を検討する前提として、まず会社役員の実責任 (第2章) を概括的に述べる。その後、会社補償 (第3章)、RCMS 保険 (第4章) について検討を行う。

### II. フランスの会社役員の実責任

フランスでは、取締役の実責任やその権限範囲についての中心的な規律は商法をその根拠とする<sup>3</sup>。商法は、株式会社の取締役 (administrateurs)、執行役員 (le directeur général) (以下では、この二者をまとめて「会社役員」という。) 及び業務執行役員

---

1 本稿は、筆者の博士論文「会社債権者に対する会社役員の実責任」(未発表)の一部に大きく依拠している。フランスの制度についての基本的資料として、Soraya MESSAI-BAHRI, LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS SOCIAUX (IRJS 2009), Joël Monnet, Fasc.143-15, ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ.-Dirigeants sociaux, Juris Classeur Société Traité (Juris Classeur Sociétés Traité, 30 juin 2015) (2018/8/11 接続確認), Catherine Lelouch-Kammoun, Isabelle Barrière-Brousse, Fasc.P-100, PROTECTION DES RISQUES DES DIRIGEANTS SOCIAUX (Juris Classeur Sociétés Formulaire, 6 Avril 2016) (2018/8/11 接続確認) Jérôme Kullmann(ed.) Lamy assurances : contrat d'assurance, assurances de dommages, assurances de personnes, intermédiaires d'assurance 2018 (Wolters Kluwer France, 2018)を参照した。

<sup>2</sup> *supra* Lamy Assurance n°2634.

<sup>3</sup> フランス法とアメリカ法の経営者の実責任規律のあり方について述べたものとしてフィリップ・ピサラ、小梁吉章「フランスにおけるコーポレート・ガバナンス」(<http://ir.lib.hiroshima-u.ac.jp/00014273>) (2018/12/27 接続確認)がある。

構成員 (le membre du directoire)、有限責任会社の業務執行者 (le gérant)、に対して、法令違反、定款違反又は業務執行上なされたフォート (des fautes commises dans leur gestion) について、会社や第三者に対する個人責任を課している (L225-251 条、L225-256 条、L223-22 条)<sup>4</sup>。

フランス商法典 L225-251 条 1 項<sup>5</sup>

取締役 (administrateur) および執行役員 (directeur général) は、株式会社に適用しうる法律または規則の各規定に対する違反、あるいは定款違反、あるいは業務執行上なされたフォート (des fautes commises dans leur gestion) について、会社または第三者に対し、場合に応じて単独でまたは連帯して責任を負う。

L225-251 条などに規定される「法令」には、商法に限られず、会社役員に対して適用される法令 (刑法、会社保障法、株取引法など) が含まれる<sup>6</sup>。

フォート<sup>7</sup>を犯した会社役員が、会社に対して個人責任を負う場合には会社訴権 (action social) によって、第三者に対して個人責任を負う場合には個人訴権 (action individuelle) によって当該会社役員に対する責任追及が行われる<sup>8</sup>。会社役員が会社に対する責任は、会社が責任追及を行う場合 (会社による会社訴権行使 action ut

---

<sup>4</sup> 以下では、株式会社における会社役員に対する責任を対象とする本稿の目的に照らし、L225-251 条に定められた株式会社の取締役及び執行役員を中心として検討する。L225-256 条は業務執行役員構成員の責任を、L223-22 条は有限会社の業務執行者の責任を規定している。

<sup>5</sup> 加藤徹他「<翻訳>フランス会社法(8)」法と政治 66 巻 4 号 345-382 (2016) p.357 参照 以下、本稿では法律の条文について同翻訳を参照する。

<sup>6</sup> Jean-Pierre Casimir, Germain, Michel, *Dirigeants de sociétés-juridique, fiscal, social* (Groupe Revue Fiduciaire 2017) p.397.

<sup>7</sup> フォート (faute) とは、フランスの民事責任における最重要概念の一つである。faute に完全に対応する概念は、日本法に存在しない。フランス法における faute とは、民事法、行政法、労働法、運送法と幅広い法分野にわたって利用される概念であり、判例・学説の展開も多岐にわたる。山口俊夫『フランス法辞典』(東京大学出版会, 2011) p227 は、民事法分野の faute について「加害者がなすべからざる事をなし…あるいはなすべき事をなさなかった…ことに由来し、加害者に賠償義務を負わせる」「責任発生の根拠」としている。「非行 (故意・過失)」という訳語も紹介されているが (上記山口 p227)、この単語の複雑さに鑑みて、本稿では「フォート」とする。

<sup>8</sup> 会社訴権と個人訴権の区分 (基準) は、フランス法学界において長らく議論されてきた問題である。邦文での先行研究として、山本桂一「フランスにおける会社訴権の株主による個人的行使について—会社訴権と個人訴権の対立に関する—考察」法学協会雑誌 68 巻 6 号 77-142 頁 (1950)、佐藤庸『取締役責任論』(東京大学出版、1972) 45 頁以下、佐藤鉄男『取締役倒産責任論』(信山社、1991) 57 頁以下、古川朋子「フランスにおける会社訴権の個人的行使制度の展開—株主の会社訴権行使権限を中心として」(2001) 参照。

universi) と、会社株主が責任追及を行う場合（株主による会社訴権行使 *action ut singuli*）<sup>9</sup>とに分けられる。後者は、アメリカの株主代表訴訟に類似した制度であり、会社が会社役員の責任追及を懈怠する場合に、会社株主が会社役員に対して責任追及訴訟を提起するものである。

会社役員の個人責任について問題とされてきたのは、「業務執行上なされたフォート」の具体的内容と範囲であり、これは判例法理によって規律されてきた。会社役員が、フォートによって会社に損害を生ぜしめた場合には、当該会社役員は、会社に対して損害賠償責任を負う。

会社役員の行為が問題とされた場合、まずはその行為が職務との関連性がある行為であるか否かが検討される。職務と関連性がない場合（個人的に交通事故を引き起こしたような場合）には、当然に当該会社役員個人の責任が問題となる。職務との関連性が肯定された場合には、その行為が「職務から切り離しうるフォート」（*faute séparable*）であるのか否かが問題となる。職務から切り離しうるフォートではない場合には、対象行為は会社の行為として会社が責任を負うこととなり、会社役員の個人責任は問題とならない。これに対して、職務から切り離しうるフォートである場合には、その行為については会社役員の個人責任が追及される。

会社役員の個人責任についての「法律または規則の各規定に対する違反、あるいは定款違反、あるいは業務執行上なされるフォート（*des fautes commises dans leur gestion*）」について責任を負うという規定からは（L225-251 条）、会社役員らの個人責任がかなり広範に認められるかのように思われる。しかしながら、会社役員は会社組織の一部であり、会社の名前で行為を行うことから、彼らの個人責任が認められるのは、「職務から切り離しうるフォート」を犯したことが認められる場合のみであるという判例法理が確立している<sup>10</sup>。そして、この職務から「切り離しうるフォート」とは、判例<sup>11</sup>によって「通常の職務とは両立しないような特別な深刻さと意図性を有したもの」と定義され、この定義は学界でも受け入れられている。破毀院は、切り離しうるフォートの概念を用いることによって、会社役員の個人責任

---

<sup>9</sup> 株式会社の場合には L225-252 条（株主は、個人的に被った損害の回復請求訴権に加えて、個別的に、または、L 225-120 条所定の要件を満たすもしくはコンセイユ・デタの議を経たデクレにより定められた要件のもとに集まった株主団体により、取締役または執行役員に対する責任追及の会社訴権を行使することができる。原告は、会社が被った全損害の回復を裁判上請求する資格を与えられ、その場合には、当該損害賠償は会社に給付される。）がその根拠となる（前掲注 5）358 頁）。制度の内容については、前掲注 8）古川（2001）参照。

<sup>10</sup> Merle Philippe *Droit commercial. Sociétés commerciales.* (Daloz, 2014)p.495.

<sup>11</sup> Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092; JurisData n° 2003-019081.

を制約する方向へ導こうとしていると評価されており、学説もその傾向を支持している<sup>12</sup>。

### III. 会社補償

#### 1. 利益相反取引規制<sup>13</sup>

##### (1)はじめに

会社補償について検討する前提として、フランス法における利益相反取引規制について概観する。

フランス商法においては、取締役と会社との間の取引 (*conventions entre la société et ses administrateurs*) (その他の会社経営者も、取締役に準じて取引主体に含まれる。) は、自由な取引 (*conventions libres*)、禁止取引 (*conventions prohibées*)、規制取引 (*conventions réglementées*) の三種類に分類される。

自由な取引とは、「通常の条件で締結される日常の取引 (*opérations courantes*)」であり、たとえそれが取締役と会社との直接取引であったとしても、事前の許可等の手続を経ることなく、締結することができる (L225-39 条)。なお、日常の取引とは、会社の目的によって定められる通常の業務 (*activité habituelle*) に含まれる取引を意味する (パリ控訴審裁判所 1998 年 11 月 20 日判決<sup>14</sup>)。

禁止取引とは、会社から取締役らへのあらゆる形式の金銭等の貸し付け、交互計算などの開設を会社に承諾させること、取締役の第三者に対する債務について会社が保証 (手形保証を含む) する取引であり、このような取引は無効となる (L225-43 条)。これは、会社にとって典型的に危険な取引の効力を否定したものである。

規制取引とは、一定の手続規制に服することで締結が認められる取引である (L225-38 条)。この規制取引に該当する契約の承認手続としては、事前にとり

---

<sup>12</sup> Petit Bruno et Reinhard Yves, *responsabilité civile des dirigeants*, Revue trimestrielle de droit commercial. 1997- 2 : Vol. 50. - pp. 282-292. p.291.

<sup>13</sup> フランスの利益相反取引に関する邦文文献としては、加藤徹 「取締役の自己取引とフランス新会社法」企業法研究.- 第 201 巻 p: 40-44. (1972)、田村詩子 「フランスにおける取締役・会社間の取引」香川大学経済論叢第 57 巻 3 号 p: 174-207. (1984)、同「取締役・会社間の取引と「取引」ーフランスにおける取締役・会社間の取引」香川大学経済論叢第 58 巻 4 号 p: 683-728. (1986)、同「取締役・会社間の取引に関する取締役の責任」香川大学経済論叢第 63 巻 2 号 p: 65-123. (1990)、白石智則 「取締役会の許可を受けない利益相反取引についての無効訴権の消滅時効」国際商事法務第 40 巻 3 号 p: 419-422. (2012) などが存在する。

<sup>14</sup> CA Paris, 20 nov 1998 ;JCPE 1999 n°15, p669, obs. Viandier et Caussain ;Bull. Joly 1999, p476-, note Le Cannu.

会の事前許可（L225-38 条第 1 項）が求められ、さらに事後に株主総会の承諾（*approbation*）（L225-40 条第 2 項）が求められる。会社補償契約は、この規制取引に該当する。

## (2) 規制取引

### ① 取引主体と規制取引対象

取締役、執行役員、担当執行役員、更に 10%以上の議決権を有する一人の株主（この株主が会社の場合には、対象会社を L233-3 条の意味で「支配」する会社）は、会社と規制取引を締結する場合には法に定められた手続を経る必要がある（L225-38 条第 1 項）。これらの者は、会社の業務執行に非常に強い影響力を有しており、会社の利益を犠牲にして自己の利益を追求するような取引を締結する可能性がある。

規制取引の対象となる契約は、三種類に分類される。すなわち、(a) 会社と取締役らとの間で、直接または人を介して締結される契約（L225-38 条第 1 項）、(b) 取締役らが間接的に利害関係を有する契約（L225-38 条第 2 項）、(c) 会社の取締役らが、他の企業の経営者・指揮者（*dirigeant*）である場合に、会社と当該企業との間で締結される契約（L225-38 条第 3 項）である。

(a) の前段（「直接」）は、いわゆる直接取引を規律している。直接取引は、日本法においても会社法 356 条 1 項 2 号・会社法 365 条 1 項によって規制されており、最も典型的に会社の利益と取締役の個人的利益とが対立する類型の取引である。(a) の後段（「人を介して」）は、取締役が、第三者を介在させつつ契約の実質的な効果を自己に帰属させるような取引を規律している。例えば、会社と同社取締役の妻とが取引をして、同取締役が利益を享受した場合には、この取引に該当する<sup>15</sup>。また、取締役らの特別任務に対して与えられる特別報酬（*rémunérations exceptionnelles*）についても、利益相反取引規制手続の対象となる（L225-46 条第 2 文）。これに対して、取締役会が一方的に定める取締役会会長の報酬や執行役員・担当執行役員の報酬（L225-47 条、L225-53 条）などの、一方的決定（*décisions unilatérales*）はこの規制の対象からは除外される<sup>16</sup>。

(b) は、いわゆる間接取引を規律している。この取引については「(取締役らが) 間接的に利害関係を有する契約」という法文規定しか存在しないため、その具体的な範囲は判例の解釈に委ねられている。

<sup>15</sup> Cass.com., 22 janv 1968, Bull civ IV n°28.

<sup>16</sup> Canu Paul Le et Dondero Bruno *Droit des sociétés* ( LGDJ, 2015.) p.501.

(c) は、契約当事者に着目をして、会社の利益と取引相手方企業との利益が相反する場合に、一律に規制対象としている。この類型は、取締役ら個人の利益享受の有無はあまり問題としておらず、対象会社の利益が毀損されることに着目した類型である。

## ② 規制される取引の承認手続とその効力

利益相反取引に関するフランスの手続規制は、取締役会の事前承認を受ければ足りる日本の会社法（会社法 365 条 1 項・356 条 1 項 2 号）（取締役会非設置会社においては株主総会の承認 会社法 356 条 1 項 2 号）と比べると、厳格な手続を求めているといえる。

上記第 1 項で述べたとおり、規制される契約には取締役会の事前許可及び株主総会の事後承諾という手続規制が設けられている。具体的には次の通りである。まず規制される取引を行うにあたって、当該取引の利害関係者（l'intéressé）は、当該契約の存在を知ったときは取締役会に対して報告しなければならない（L225-40 条第 1 項）。次に、取締役会は、当該取引に対して事前授権（autorisation préalable）を与える（L225-38 条）。なお、この事前授権決議に、利害関係者は参加することができない（L225-40 条第 4 項）。その後、取締役会会長は、事前授権された全ての契約を会計監査人に通知する（L225-40 条第 2 項）。この通知は、対象契約の締結日から一ヶ月以内に行われなければならない（R225-30 条第 1 項）。そして、通知を受けた会計監査人は、特別報告書（rapport special）—記載内容は、総会の承認に服する取引、当該取引の種類及び目的、利害関係ある取締役、執行役員、担当執行役員または利害関係を有する株主、当該取引の本質的な態様（modalités essentielles）、とりわけ価格、手数料、支払期限、約定利息、提供担保などである（R223-31 条）—を株主総会に提出する（L225-40 条第 3 項）。最後に、特別報告書を受領した株主総会は、当該取引の承認決議を行う（L225-40 条第 2 項）。

これらの上記手続に違背した場合の効果は次の通りである。まず、利益相反取引の利害関係者が通告を怠った場合、当該利害関係者は個人責任を追及される可能性がある（L225-41 条第 2 項）。そして、取締役会の事前承認を欠いた利益相反取引は、当該取引によって会社に損害を与える場合に限って、無効訴権（action en nullité）によって取り消すことが可能である（L225-42 条第 1 項）。ただし、この無効訴権の時効は、契約締結日から 3 年間であり（L225-42 条第 2 項）、この取締役会の事前承認欠如の手続瑕疵は、株主総会決議によって治癒されることになる（L225-42 条第 3 項）。

取締役会会長が会計監査人に対する通知を怠った場合と会計監査人が特別報告書の作成を怠った場合には、特段の制裁規定は存在しない。そして、株主総会による事後承認が欠如する場合、当該取引が詐欺によって取り消されない限り、取引の効力は有効とされる（L225-41 条第 1 項）。すなわち、事後承認のための手続規定は、たとえ違背されていたとしても、当該取引の効力に影響を与える場面は限定的であるといえる。ただし、利益相反取引の効力が否定されなかったとしても、株主総会によって承認されていない取引が会社に損害を与えた場合には、当該取引の利害関係人だけではなく取締役会構成員が、個人責任を負うリスクがある（L225-41 条第 2 項）。

## 2. フランスにおける会社補償

会社補償の必要性については、フランスにおいて詳細な議論がなされた形跡は見受けられない。企業や役員が多国籍化、特にアメリカでの企業活動やアメリカ人役員採用のために、アメリカで一般的制度となっている会社補償を導入することの必要性を所与のものとして、検討が進められたように思われる。すでにフランスでも、RCMS 保険の他に、会社と会社役員との間で *lettres de garantie*（アメリカにおける *indemnity letter*）を締結している会社は存在する<sup>17</sup>。

他方、フランス商法制下での会社補償の適法性、特にその有効範囲や承認手続については、議論がなされている。D&O 保険の保障条項 B（*Garantie dite B*）が適用されることとなる会社補償は、フランス法の複数の禁止事項（会社役員の免責条項、保証禁止、会社財産の濫用など）に抵触する可能性があるとされている<sup>18</sup>。

会社補償とは、会社役員が個人的責任を負う（あるいは責任を追及された）場合に、会社が同人への補償を与えるという約定であり、片面的な恩恵を与える合意であることに争いはない<sup>19</sup>。会社補償の約定内容は、会社役員が第三者との関係で負う可能性がある責任を、専門家保険による救済対象外となる場合に保険契約以外の形式を用いて保障することを約束するものであることを理由として、会社補償

---

<sup>17</sup> UIMM 社の Gautier-Sauvagnac 氏は、150 万ユーロの補償を受け取った（*supra*23 El Ahdab, p242.note17）。

<sup>18</sup> *supra*1 Monnet, n°3.

<sup>19</sup> このことから、会社補償を会社役員のための人的担保と同様の性質を有するものと指摘する立場も存在する。しかしながらこのような見解に対しては、会社補償は、会社役員のための人的担保とは異なって、債権者が確定しているわけではなく債務者たる会社役員の債務不履行という要件は特段要求されるものではないことなどから、人的担保とは異なるという反論がある。（*supra*1 Messaï-Bahri, p386.）

の法的性質を保険の考え方に近づけて理解することを提言する見解がある<sup>20</sup>。

次に、会社補償の範囲が問題となる。会社は、会社役員に対して適正な手続で定められた報酬以外の利益を与えることはできない（L225-44 条）。この規定を根拠として、会社自身に対する会社役員の実行責任に対しては、いかなる場合も会社が会社補償を機能させることはできないとされている<sup>21</sup>。つまり、会社補償は、役員の実行責任のみに限られて機能する。既に述べた通り商法に会社補償についての明文規定は存在しないため、具体的な範囲については解釈の域を出ないが、一般的には当該会社役員が第三者からの責任追及をされたことに伴う出費（防御費用・調査費用その他）については、会社補償契約によって補償することが認められるとされている。他方、会社補償契約では、刑事責任、行政罰、税務責任などに加え、意図的なフォート（*faute intentionnelle*）行為に対する民事責任についても補償対象とはならないとされている<sup>22</sup>。

会社補償契約を締結するための手続としては、当該契約は会社役員が間接的に利益を受けることになる契約であることから、「規制される取引」として取締役会の事前承認及び株主総会の事後承諾が求められている（L225-38 条第 2 項）。フランス株式会社協会（ANSA）は、「会社経営者に責任が生じた場合に、当該経営者に対して補償を与えることを約束した場合、既に保険契約によって提供されている場合以外には、適正な承認手続を経なければならない」<sup>23</sup>としている。なお、商法、通貨金融法及び上場規則に、会社補償契約締結についての開示規制は見当たらない。

#### IV. RCMS 保険（L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux）

##### 1. はじめに

大企業の会社役員らは、経営のフォートによる責任という伝統的な個人責任リスクのほかに、証券取引所の異議申立てや株主による法的申立のリスクに対応する必要があることから、大企業のほとんどは RCMS 保険に加入しているといわれている<sup>24</sup>。

---

<sup>20</sup> *supra*1 Messaï-Bahri, p386.

<sup>21</sup> *supra*1 Monnet n°3.

<sup>22</sup> *supra*1 Messaï-Bahri, p388.

<sup>23</sup> Comité juridique Ansa, déc. 2005, n°05-062. 参照元は Jalal. El Ahdab, *La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants: vers un modèle américain?* *Revue des Sociétés*.2008.vol2.,p278 から。

<sup>24</sup> *supra*1 Monnet n°13.

フランスの RCMS 保険は、アメリカの D&O 保険に由来する保険であり、具体的な保障対象（例えば、会社役員が責任追及をなされた場合の防御費用（*défense-recours*））や保障条項（A 条項、B 条項など）も D&O 保険に類似したものとなっている。

## 2. 役員賠償責任保険の採用状況

le SBF 120（ユーロネクスト・パリの代表 40 銘柄（CAC40）を含む 120 企業）に含まれる上場企業のほぼ全てが役員賠償責任保険を採用しているといわれている<sup>25</sup>。これに対して、中小企業では、このような法的リスクに対する備えは乏しい。閉鎖会社においては、会社役員個人の責任が追及されるのは、不足資産の補填責任訴訟か、商法違反による責任追及訴訟程度のものである。このため、中小企業の RCMS 保険加入率は 15%ほどであるともいわれている<sup>26</sup>。

結局、RCMS 保険は、多くの大企業が採用しているのに対して中小企業での採用実績は少なく、フランス企業全体としては約 20%の採用状況のようである<sup>27</sup>。しかしながら、フランスにおける役員賠償責任保険の正確な採用数値を示す資料は確認できなかった。

フランスの役員賠償責任保険による保障価格は、対象企業の事業規模に応じる。すなわち、年商 2 億 5000 万ユーロ未満の非上場会社の保障額としては年間 100 万～1500 万ユーロ、年商 10 億ユーロ未満の非上場会社の保障額としては年間 1500 万～5000 万ユーロ、上場会社の保障額としては年間 5000 万～2 億ユーロ、アメリカの証券取引所に上場されている多国籍企業と最大規模の銀行・保険会社の場合には保障額として年間 3 億 5000 万ユーロまで認められる例が多いようである<sup>28</sup>。

## 3. RCMS 保険契約の締結

RCMS 保険は会社役員にとって有利な権利を設定する契約であるため、会社による RCMS 契約については、会社から会社役員への利益供与に関する規律との関係が問題とされる。

まず、会社による RCMS 契約は、会社役員への報酬であるという見解<sup>29</sup>がある。

---

<sup>25</sup> *supra*1 Lamy Assurance n°2698.

<sup>26</sup> *supra*1 Monnet n°13.

<sup>27</sup> Jonathan Alexandra Cohen et Haeri Kami *L'assurance de responsabilité civile des mandataires sociaux de l'entreprise*, *Revue des sociétés*, 2015. - Septembre. - pp. 487-494. p488.

<sup>28</sup> *supra*1 Lamy Assurance n°2696.

<sup>29</sup> *supra*1 Monnet n°14.

RCMS 保険が報酬の一部であるという見解に立つと、RCMS 保険契約締結に際して、会社役員らに対する報酬承認決議の手续が必要となる（L225-53 条,L225-62 条,L225-44 条,L225-83 条）。会社役員の報酬決定は原則として取締役会の権限に属しており、会社役員との協議によって定められるものではない。そして RCMS 保険契約が役員報酬と認定された場合、会社の年次報告書にその合計額を記載する必要が生じ、その予算は、市場によって確認される対象となる（非上場会社は、公表が免除されている。L225-102-1 条参照）<sup>30</sup>。このような見解に対して学説からは、RCMS 保険は、費用を支払う会社の利益にも叶うものであり、会社役員のみ利益に帰属するものではないため、報酬という性質決定は妥当ではないという批判がなされている<sup>31</sup>。

また、RCMS 保険は一方的利益供与あるいは利益相反取引（規制取引）であるという主張が存在する<sup>32</sup>。RCMS 保険が利益相反取引（規制取引）であるという見解からは、RCMS 保険契約は、利益相反取引に関する事前承認（L225-38 条・L225-86 条）などの手続に服する必要があることとなる<sup>33</sup>。しかしながらこの見解に対しては、RCMS 保険契約とは、会社と保険会社との間で締結される契約であり、会社役員は間接的に利益を享受するに過ぎないため、利益相反契約のように厳格な手続規制に服せしめることは妥当ではないという批判がある<sup>34</sup>。会社役員らが、当該会社との間で契約を締結する場合には、原則として全ての契約に取締役会の事前承諾が必要となる（L225-38 条第 1 項）。RCMS 保険は、会社と会社役員との間で行われる直接の契約ではないが、会社役員が間接的に利益を受けることになる契約であることから、「規制される取引」として取締役会の事前承認及び株主総会の事後承諾の対象となると解されている（L225-38 条第 2 項）からである。この事前の承認手続には、被保険対象者当事者となる取締役らは関与することができず（L225-40 条第 4 項）、承認手続を経た全ての契約は、会計監査役に報告され、総会の承認に服することとなる（L225-40 条第 2 項）。

RCMS 保険締結の際に規制取引や報酬規制に服せしめることを義務づけた法的規定は存在せず、判例も見当たらなかった<sup>35</sup>。紛争になった場合に備えて規制取引

---

<sup>30</sup> supra1 Monnet n°14.

<sup>31</sup> Hoevermann Julia Redenius La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemande (JGDJ, 2010) at p.344.

<sup>32</sup> supra31 p344.

<sup>33</sup> supra31 p344.

<sup>34</sup> supra31 p344.

<sup>35</sup> 平成 27 年度経産省委託調査「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」（[http://www.meti.go.jp/meti\\_lib/report/2015fy/000134.pdf](http://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2015fy/000134.pdf)）（平成 31 年 2 月 15 日（金）接続確認）139 頁には、D&O 保険の保険料負担者についての法令・先行判例につ

手続を経ておくべきであるとの説もあるが<sup>36</sup>、実務においてどのような手続を採用しているのかについては調査が及ばなかった。

なお、商法、通貨金融法及び上場規則に、RCMS 保険契約締結についての開示規制は見当たらない。

#### 4. 会社による費用負担

RCMS 保険の保険料は、一般的に会社が負担する<sup>37</sup>。これに対して、会社が保険料を負担することは会社財産の濫用ではないか、という批判が常になされてきた<sup>38</sup>。しかしながら、会社財産の濫用とまでは評しえないとの見解が一般的であり、また会社役員らの行為の結果生じた損害への補填の場合に提供される保険補償は、会社にとっても利益となることも指摘されている<sup>39</sup>。ただし、この保険金の支払いによって会社の財政が危機に至るような場合には、やはりこの保険金の支払いは会社財産の濫用であると評価される危険はある<sup>40</sup>。

フランス株式会社協会（ANSA）は、RCMS 保険の保険料支払が会社財産の濫用になるという立場を取ってはいないが、会社が負担する会社役員らの会社及び第三者に対する責任についての保険の料金金額を制約する必要性を否定していない<sup>41</sup>。

#### 5. RCMS 契約による保障対象

##### (1) はじめに

RCMS 保険は、まず専門的フォートや業務執行上のフォートをカバーする<sup>42</sup>。これらのフォートは、会社役員らの職務行為の機会またはその行為から生じた事柄の

---

いての指摘が存在する（「会社が個々の役員のために保険に加入し、保険料は会社が支払うという枠組みは最高裁判所の判例（1978年1月10日控訴番号76-11111及び1989年10月12日控訴番号86-17187）により承認され、法律により認められている（フランス民法第1121条）」）。しかしながらフランス民法1121条（当時）は第三者の為にする契約についての条文であって、役員のための保険について会社負担を認めた条文ではなく、指摘判例2件はいずれも会社役員のための保険の枠組みを破毀院が肯定したと評しうる事案ではない。上記法令・判例を、D&O保険の保険料負担者の法令・先行判例として取り扱うことは不適切であると思われる。

<sup>36</sup> Pinto Mélanie *L'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux* (2007) .p20. ([http://mja-assas.fr/wp-content/uploads/Lassurance-responsabilite%20civile-des-mandataires-sociaux\\_M%C3%A9lanie-PINTO\\_2007.pdf](http://mja-assas.fr/wp-content/uploads/Lassurance-responsabilite%20civile-des-mandataires-sociaux_M%C3%A9lanie-PINTO_2007.pdf)) (2018/12/30 接続確認)

<sup>37</sup> supra1 Messaï-Bahri, p352.

<sup>38</sup> supra1 Messaï-Bahri, p352.

<sup>39</sup> supra1 Messaï-Bahri, p352.

<sup>40</sup> supra1 Messaï-Bahri, p352.

<sup>41</sup> supra1 Messaï-Bahri, p352.

<sup>42</sup> supra36 p28.

みを対象としており、会社役員の子生活の範囲で行われたことは対象外となる<sup>43</sup>。RCMS 保険は、会社役員が有責とされた場合の賠償責任保障だけに限られない<sup>44</sup>。一般的な RCMS 保険には防御費用（*défense-recours*）条項が設けられており<sup>45</sup>、民事責任追及がされたときに必要な経費も保障の対象となる<sup>46</sup>。今日のフランスでは、会社役員の子民事責任追及がなされた場合に伴う様々な費用のうち、約 80% が RCMS 保険によってまかなわれているといわれている<sup>47</sup>。

当然ながら RCMS 保険は、会社役員の子責任全てを保障するものではない。例えば、保険契約は、保険法上の制約から意図的なフォートについては一切カバーしない（保険法 L113-1 条）<sup>48</sup>。意図的な行為、すなわち意図的な不法行為の場合と同じく第三者の犠牲の下に利益を得ようとした行為の結果生じた損害は、RCMS 保険では補償されない<sup>49</sup>。RCMS 保険は、時に膨大な金額となる防御費用や集团的債務処理手続における責任追及への対抗措置を提供する保険にすぎず、意図的なフォートや保険契約会社と被保険者たる会社役員との間の紛争については、その保障の対象から排除している<sup>50</sup>。

責任を負うこととなった会社役員の子負担責任が保険の対象となることによって、被害者となった第三者らは救済を受けることになる。

## (2) RCMS 保険の条項

RCMS 保険は、4 つの保障条項—保障条項 A、保障条項 B、保障条項 C（証券法上の不実開示責任）、保障条項 D（会社自身の損害賠償責任）から構成される<sup>51</sup>。

保障条項 A とは、被保険対象の会社役員個人が、会社定款による補償を受けられない場合に、当該個人の子負担を直接補填する機能を有する条項である。すなわち、会社役員個人の子リスクに直接対応する条項であり、切り離しうるフォートに基づく対第三者責任追及の場合と、経営の失敗のフォートに基づく株主からの責任追及の場合に、同会社役員個人の子財産を守るために機能する<sup>52</sup>。この保障条項 A によって、責任を追及された被保険対象者たる会社役員は、被害者に支払わなければな

---

<sup>43</sup> supra42 p28.

<sup>44</sup> supra27 p494.

<sup>45</sup> supra42 p29.

<sup>46</sup> supra27 p494.

<sup>47</sup> supra27 p494.

<sup>48</sup> supra1 Messai-Bahri, p350.

<sup>49</sup> supra1 Messai-Bahri, p350.

<sup>50</sup> supra23 El Ahdab, p240.

<sup>51</sup> supra1 Lamy Assurance n°2654.

<sup>52</sup> supra1 Lamy Assurance n°2654.

らない損害賠償金と共に防御費用の補填を受けることができる<sup>53</sup>。なお、フランスでは法人取締役が認められているが、保障条項 A による救済対象は、自然人取締役のみを対象とする<sup>54</sup>。

保障条項 B とは、損害を被った（あるいは被ることになる）会社役員個人に対して、契約や定款に基づいて会社が補填を行い、その結果生じる会社の支出を保険でカバーする機能を有する条項である。これは、英米法で生じる状況—個人責任が追求された会社役員が個人的に支出した防御費用等を、会社が負担するという状況—に対応するために生じた保険である。保障条項 B は、フランス法の禁止事項（会社役員の実任免除や責任保証の禁止など）に抵触する可能性があるとしてされており、会社役員の実任免除や責任保証については適用が認められない<sup>55</sup>。フランスでは会社が会社役員の実任免除や責任保証を行うことは会社財産の濫用に当たるとして禁止されているが、アメリカをはじめとする英米法に子会社を持つ多くのフランスの会社は、それら子会社への適用をするべくこの保障条項 B を導入している<sup>56</sup>。なお、保障条項 B においても自然人取締役のみを対象とする<sup>57</sup>。

保障条項 C は、アメリカでの証券訴訟やフランスでの会計書類の不備を理由とした株価価値の低下を理由とした訴訟において、法人取締役を保護の対象とする条項である<sup>58</sup>。ヨーロッパとアメリカの双方で上場している会社は、当該条項における自己負担額は高額に設定されている<sup>59</sup>。

保障条項 D は、法人経営者の場合に救済範囲を拡張することと、会社役員が職務から切り離され得ないフォート行為を行い、会社の責任が追及される場合の保障拡大を定めた条項である<sup>60</sup>。

### (3) RCMS 保険による救済対象について

多くの保険会社が、保障条項 A と B とを機能させる基準を約款で定めている。そして保険会社の負担範囲には、約款上の制約が存在する。保険会社は、①単に損害や行為を意識しているだけではなく、害意（*wrongful intent*）—意図されたフォート（*faute délibérée*）—ともいうべき積極的な加害意思によって行為がなされた場

---

<sup>53</sup> *supra* Lamy Assurance n°2654.

<sup>54</sup> *supra* Lamy Assurance n°2654

<sup>55</sup> *supra* Monnet, n°3.

<sup>56</sup> *supra* Lamy Assurance n°2654.

<sup>57</sup> *supra* Lamy Assurance n°2654.

<sup>58</sup> *supra* Lamy Assurance n°2654.

<sup>59</sup> *supra* Lamy Assurance n°2689.

<sup>60</sup> *supra* Lamy Assurance n°2655.

合、②デリバティブ訴訟（*derivative action*）の場合—最終的に会社が利益の享受者となるような場合には、保険会社は保険金を支払わない<sup>61</sup>。

RCMS 保険によって保障の対象となる費用は、出頭費用（*les frais de comparution*）、弁護士費用をはじめとした防御費用（*les frais de defense*）、判決、和解（保険会社による書面の事前同意が必要）または仲裁に基づく損害賠償金である<sup>62</sup>。さらに、最近 RCMS 保険による救済対象として認められるようになった費用として、精神的カウンセリング費用<sup>63</sup>や経営者に対する租税調査<sup>64</sup>に対応する費用などが存在する。

#### (4) RCMS 保険による救済の例外

第一に、保険約款規定に基づいて、RCMS 保険による救済の対象外とされるものが存在する。刑事罰や行政罰など<sup>65</sup>特別法によって課された金銭的ペナルティーについては、RCMS 保険による保護が受けられない。また、役員個人に対する税金支払命令も RCMS 保険の対象からは除外される<sup>66</sup>。更に、集团的債務処理手続開始後に顕在化した損害賠償、生命身体に生じた損害、公害等による環境被害なども原則として保険の対象から除外される<sup>67</sup>。ただし、刑事規則違反の場合の民事的責任については、RCMS 保険の対象となる。

第二に、対象行為が「通常の仕事職務とは両立しない、切り離しうる」行為であった場合にも、RCMS 保険の対象外とされることがある。ただし、この点は、例外として必ずしも確立しているわけではない。問題となる責任が会社役員に属するものであり、職務の履行に伴って生じた責任であれば、保険の対象としての要件は満たすことになる<sup>68</sup>。実際に会社役員の個人責任が認められた行為について、RCMS 保険のカバーの範囲内であると判示した判例<sup>69</sup>も存在する。

第三に、保険法 L113-1 条<sup>70</sup>で定められた免責事由（意図的なフォート、詐欺的

---

<sup>61</sup> *supra*1 Lamy Assurance n°2654.

<sup>62</sup> *supra*1 Lamy Assurance n°2653.

<sup>63</sup> *supra*1 Lamy Assurance n°2644.

<sup>64</sup> *supra*1 Lamy Assurance n°2665.

<sup>65</sup> *supra*27 p.491, *supra*36 p.43.

<sup>66</sup> *supra*31 p.351.

<sup>67</sup> *supra*31 p.352, *supra*1 Lelouch-Kammoun et Barrière-Brouse n°62.

<sup>68</sup> *supra*27 p.490.

<sup>69</sup> Civ.2<sup>e</sup>,1<sup>er</sup> juin 2011 n 10-18143.

<sup>70</sup> 保険法 L113-1 条第 2 項「保険会社は、意図的なフォート（*une faute intentionnelle*）又は詐欺的なフォート（*une faute dolosive*）によって生じた損失や損害に対する責任を負わない。」

なフォート、) が存在する場合、RCMS 保険による保障はなされない<sup>71</sup>。この保険法上の制限の中でも、特に「意図的なフォート」(une faute intentionnelle) が認められた場合に、商法上の責任規定との関係が問題となる。すなわち、会社役員による意図的なフォートが認められる場合に「職務上のフォート」として当該会社役員らの対第三者責任が肯定されるどころ、保険法 L113-1 条により「意図的なフォート」(une faute intentionnelle) が存在する場合には、RCMS 保険の対象外となると定められていることから、「職務上のフォート」による責任には RCMS 保険が機能しないようにも思われる。

しかしながら、「意図的」という用語について、商法と保険法とでは意味が異なっている。商法上の「意図的なフォート」について、破毀院は厳格な定義を述べていない。法令上の権限の範囲内で行われたフォートにのみ意図的な要素を求めている判例があり<sup>72</sup>、法令に定められた権限外のフォートは、主観的な基準を付け加えることなく、その存在だけで職務との分離性を肯定している<sup>73</sup>。実際の裁判例では、自己の行為の結果を単純に意識してだけで「意図的なフォート」の存在が認められている例もある。第三者の損害発生の可能性を考えずに会社の一時的な困難を隠蔽しようとした会社役員にも、「意図的なフォート」が認められることはある。これに対して、保険法上の「意図的」(intentionnelle) とは、フォート行為に対する意図を示すものではなく、損害の発生に対する意図であるとされている<sup>74</sup>。

裁判所は、詐欺的フォート (faute dolosive) の概念について、損害保険の分野では狭く取り扱う傾向にある<sup>75</sup>。2003 年に破毀院民事部<sup>76</sup>は、保険法 L113-1 条第 2 項の意図的なフォートとは、フォートを行う意図と損害を生じさせる意図の双方を含むものであると判示した<sup>77</sup>。更に、2006 年に破毀院民事部は、保険対象外の意図的なフォート、つまり損害を生ぜしめようとして生ぜしめる意思是、違反行為によって保険を求める損害から保険契約者による被保険者に対する保障義務を排除する、と判示した<sup>78</sup>。他方、破毀院商事部の複数の判例<sup>79</sup>は、会社役員が個人責任を追及され、同役員に第三者への損害を惹起させる意図はない場合にも、同役員のフ

---

<sup>71</sup> supra27 p.489.

<sup>72</sup> Marly Pierre Grégoire *La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires. - 2006. - 12. - p. 1490.n°18.

<sup>73</sup> supra72 n°18.

<sup>74</sup> Lambert-Faivre Yvonne et Leveneur Laurent *Droit des assurances* ( Dalloz, 2011. ).p304.

<sup>75</sup> supra72 n°20.

<sup>76</sup> Cass.1<sup>er</sup> civ.,27 mai 2003 ;Bull.civ.2004,I,n°125.

<sup>77</sup> supra72 n°20.

<sup>78</sup> supra72 n°20.

<sup>79</sup> Cass.com., 25 janv.2005,n°01-10.740 ;Cass.com.,4 juill 2006, n°05-13.930 ; Cass.com., 18 mai 2010, n°09-66.172 ; Cass.com.,6 nov.2007,n°05-13.402 etc.

フォートについて一定程度の深刻さ (*particulière gravité*) を認め、同役員の個人責任を認めている。

つまり、保険法と商法とで「意図的」(*intentionnelle*) の意義が異なっており、「意図的なフォート」(*une faute intentionnelle*) として第三者に対する役員の責任を認めつつ、同責任を RCMS 保険の対象とできる場面は存在する。

#### 6. その他の保険との関係

会社の行為によって第三者等に損害が生じた場合、専門家民事責任保険 (*une assurance de responsabilité civile professionnelle*) や事業民事責任保険 (*une assurance de responsabilité civile exploitation*)、製造物民事責任保険 (*une assurance de responsabilité civile produits*) などの「伝統的」保険契約によって、被害者救済などの機能は果たされるという指摘もある<sup>80</sup>。しかし、この専門家民事責任保険は、会社役員が個人的に申し込むものであり、その費用も会社役員が個人的に負担することとなる。

以 上

---

<sup>80</sup> *supra*27 p488.

## 第5章 日本法への示唆

東京大学 後藤 元

### I. はじめに

第1章から第4章までの各国の調査結果を踏まえて、日本における会社補償及びD&O保険に関する規律の在り方の検討に際して留意すべきであると思われる事項をまとめておく。各国の規律の比較については、別紙を参照されたい。

### II. 会社補償

#### 1. 会社補償の可否

アメリカ及びイギリスにおいては、会社補償がどのような場合に可能であるかについて明文の規定が設けられている。また、イギリスでは、契約や定款の定めによらない単発的な会社補償は、会社法の規定によらずに行うことができると解されている。

これに対して、ドイツ及びフランスにおいては、明文規定がなく、会社による損害賠償請求権の放棄の可否や利益相反取引に関する一般的な規定の解釈として論じられている。特に、ドイツにおいては、民法上の費用償還請求権に基づく補償についても、会社による損害賠償責任の放棄を制限する株式法の規律の趣旨が適用されると考えられており、会社補償に対して非常に抑制的な立場が取られている。

このような違いが生じる一因は、取締役に対する責任追及がなされる頻度と、その結果として生じる会社補償の必要性の高低にあるように思われる（アメリカでは高く、イギリスでもアメリカ市場に重複上場している企業が多いため高いのに対して、ドイツでは低い）。平成31年1月時点における日本法の状況は、会社法に会社補償に関する明文の規定がない一方で、民法上の受任者の費用償還請求権が存在している点で、ドイツ法に近いといえることができるが、株主代表訴訟の原告適格の制約がなく、また取締役の第三者に対する責任（会社法429条）が存在するために、取締役に対する責任追及がなされる頻度がドイツよりも高いとすれば、会社補償の可否について明文の規定を設けることが望ましいと考えられる。

## 2. 会社補償の内容

会社補償の内容については、米英独仏のいずれにおいても、会社に対する損害賠償責任の賠償金が補償の対象から除外されている（米英では会社法上の明文の規定により、独仏では解釈による）。

これ以外の制約については、会社補償について明文の規定があるアメリカとイギリスとで、異なるアプローチが採用されている。アメリカ（デラウェア州）においては、取締役が「誠実にかつ会社の最善の利益になるか又はこれに反しないと合理的に信じるところに従って行為し、かつ、あらゆる刑事訴訟又は刑事手続に関してその者の行為が違法であると信じる合理的な理由がないとき」（DGCL145条a項第1文・b項）という一般的な要件と、判例法による公序の解釈（例えば懲罰的損害賠償の賠償金に対する補償）とによって会社補償の可否が判断されているが、イギリスにおいては、刑事手続による罰金や行政手続による制裁金など、会社補償の対象外とされる費目が限定的に列挙されている。実務に明確な指針を与えるために会社補償に関する規律を設けるのであれば、明確性の点でイギリスのアプローチの方が適していると思われるが、その場合、除外事由を過不足なく定めることが必要となる<sup>1</sup>。

また、イギリスにおいては、取締役が有罪判決を受けた刑事手続の防御費用と取締役が敗訴した民事手続の防御費用（いずれも判決が終局的なものになった場合に限る）についての会社補償を禁止する独自のルールが存在する。これに対して、デラウェア州では、取締役に不利な判決が出されたことが、それ自体として当然に会社補償を否定するものではない旨が明文によって定められている（DGCL145条a項第2文）。また、ドイツやフランスにおいても、解釈上、刑事手続や行政手続による罰金・制裁金は会社補償の対象から除外されている一方で、これらの手続に関する防御費用は除外されていない。取締役が十分に防御活動を取れるようにする点に会社補償の意義があるとすれば、イギリス法の規律はやや過剰であるように思われる。

なお、会社補償の額については、デラウェア州法では、取締役によって「合理的に負担された費用（弁護士費用を含む）」（DGCL145条a項第1文・b項）という制約が課されているのに対して、イギリス法にはそのような制約は存在しない。イギリスにおいては、金額の合理性は後述する会社補償に関する開示によって担保されているものと考えられる。

---

<sup>1</sup> 例えば、イギリスにおいては、取締役が有罪判決を受けた刑事手続の防御費用と取締役が敗訴した民事手続の防御費用について補償を行うことは禁じられているのに対して、行政手続の防御費用については取締役が制裁金を課された場合であっても補償することができるものとなっているが、この違いに合理的な理由があるとは考え難い。

### 3. 会社補償に関する開示

イギリスでは、会社補償に関する定款や契約が存在する場合、年次報告書にその存在を記載するとともに、その内容を株主の要求に応じて閲覧に供しなければならないものとされている。これに対して、アメリカでは、連邦証券規制によって会社補償に関する規定の一般的効果を開示書類に記載することが求められるにとどまっており、その内容の詳細の開示は行われていない。

## III. D&O 保険

### 1. 会社による締結の可否

会社による D&O 保険の締結の可否については、アメリカ・イギリスではこれを認める明文の規定が置かれており、ドイツにおいても、可能であることを前提とした明文の規定が存在している。これに対して、フランスでは、会社補償の場合と同様に D&O 保険自体についての規定は設けられておらず、役員報酬または利益相反取引に関する規律が適用されるものと考えられている。ただし、フランスの上場企業の間では、D&O 保険は普及しているようである。日本において従前論じられていた、株主代表訴訟に敗訴した場合のカバーについての保険料を会社が負担することを禁じる規定は、米英独仏のいずれの会社法にも見当たらない。

### 2. D&O 保険の内容の制約

米英独仏のいずれにおいても、D&O 保険のカバー範囲は、会社法によっては規制されておらず、公序による制限（判例法）と、保険法または保険約款上の免責事由に委ねられている（詳細については、別紙の比較表を参照）。

特徴的な規律を有するのはドイツ法であり、会社が取締役についての D&O 保険契約を締結する場合は、確定年次報酬の 1.5 倍に至るまで損害の 10% を最低限とする自己保有を定めなければならないとされている（2009 年改正後の株式法 93 条 2 項 3 文）。これは、D&O 保険による給付によって取締役が全く個人的な出捐を強いられなくなってしまうと損害賠償責任の抑止効果が失われてしまうことを考慮したものである。後述するように D&O 保険契約の開示ではなく、その内容自体に関する強行法的介入という方策が選択されたことは興味深い。

### 3. D&O 保険に関する開示<sup>2</sup>

アメリカでは、D&O 保険についても、連邦証券規制によってその一般的効果を開示書類に記載することが求められている。他方、各州法のレベルでは、デラウェア州を含む大半の法域において、D&O 保険に関する開示は要求されていない<sup>3</sup>。イギリスにおいても、おそらく 2018 年以前のコーポレートガバナンスコードの影響により、D&O 保険契約を締結している旨の、アメリカと同様の簡単な開示が行われている。

また、ドイツにおいては、D&O 保険の保険料と役員ごとの自己保有額の開示を求める立法提案がなされたことがあるが、採用されるには至っておらず、D&O 保険に関する開示制度は存在していない。開示制度が存在しない点は、フランスも同様である。

以 上

---

<sup>2</sup> D&O 保険の内容（填補限度額、保険料、免責金額、カバレッジの種類）に関する詳細な情報開示を要求している法域としては、カナダが存在するが、本委託調査の対象国には含まれていないため、記述を省略する。カナダの開示規制の概略については、木村健登「D&O 保険に内在する理論的問題とその解決策－『エージェンシー問題への対処』という観点から－（2完）」損害保険研究 79 卷 3 号（2017 年）91 頁、117-118 頁を参照。

<sup>3</sup> 木村健登「D&O 保険に内在する理論的問題とその解決策－『エージェンシー問題への対処』という観点から－（1）」損害保険研究 79 卷 2 号（2017 年）129 頁、149 頁。例外はニューヨーク州法であり、D&O 保険を締結または更新した場合、その保険者・契約締結日・保険料・会社についてのカバレッジ・当該保険契約に基づいて支払われた保険金についての開示が要求されている（New York Business Corporation Law, §726(d)）。

会社補償に関する規制の各国比較

会社補償 規制の有無・根拠 法令等	アメリカ 全ての法域の会社法に、会社による補償が 可能であること明文規定あり (DGCL145 条など)	イギリス 会社に関する過失または義務違反によつて 生じる取締役の責任の免除または補償に関 する条項は、適格対第三者補償条項・適格 対年金スキーム補償条項以外、無効 (2006 年会社法232条)。事業ごとの取締役会の判 断による単発的な補償は有効。	ドイツ 会社補償自体に関する規定なし。株式法93 条4項3文が、会社による損害賠償請求権の 放棄・和解除について、請求権発生後3年後、 かつ、株主総会がこれに同意し、基本資本 の10分の1を有する少数株主が文書で異議を 述べなかつた場合に限り可能と規定。	フランス 会社補償のみに関する規定なし。利益相反 取引として、取締役会の事前承認及び株主 総会の事後承諾が必要 (L225-38条、L225-40 条)。
会社補償 を行うた めに必要な手続	任意の補償については、①当該特定の補償 の当事者でない取締役の過半数投票による 決定、②当該特定の補償の当事者でない取 締役の過半数投票によつて指名された当事 者でない取締役からなる委員会による決 定、③当該特定の補償の当事者でない取締 役がいない場合または当事者でない取締役 が指示する場合における独立した法律顧問 による意見書の取得、④株主による決定の いずれかの手続による必要がある (DGCL145条4項)。	会社法に規定なし。適格対第三者補償条項 を定款で定める場合には株主総会の特別決 議による定款変更が必要。適格対第三者補 償条項を取締役の任用契約やスタタドア ローン補償証書として定める場合には、取 締役会が権限を保有 (ただし委任可能)。 単発的な任意の補償についても、取締役会 が権限を保有。	株主総会が同意し、基本資本の10分の1を有す る少数株主が文書で異議を述べないことが必要 (株式法93条4項3文)。	利益相反取引として、取締役会の事前承認及び 株主総会の事後承諾が必要 (L225-38条、 L225-40条)。
補償内容の制限	会社に対する損害賠償額 (DGCL145条b項な ど) 懲罰的損害賠償に対する補償 (州法上の公 序による) 取締役が「誠実にかつ会社の最善の利益に なるか又はこれに反しないと合理的に信じ るところに依つて行為し、かつ、あらゆる 刑事訴訟又は刑事手続に関するその者の行 為が違法であると信じる合理的な理由がな いとき」という要件が満たされない場合 (DGCL145条a項b項)	会社及びその関連会社に対する損害賠償責 任 (2006年会社法234条2項)	会社に対する責任については、株式法93条4 項の要件を満たさない限り不可	会社に対する損害賠償責任 (L225-44条)
会社補償に関する 開示	連邦証券規制上、登録届出書において、会 社補償規定の一般的な効果と記載 (17 C.F.R. 229.702)	適格対第三者補償条項・適格対年金スキ ーム補償条項の備置、株主による閲覧・謄写 (2006年会社法237条・238条)	開示規定なし	開示規定なし

D&O保険に関する規制の各国比較

D&O保険 規制の有無・根拠法令等	アメリカ	イギリス	ドイツ	フランス
<p>会社がD&amp;O保険を締結する ために必要な手続</p>	<p>会社によるD&amp;O保険の締結は大半の法域で 制定法上認められている (DGCL145条等項 等)。</p>	<p>会社によるD&amp;O保険の締結は可能 (2006年 会社法233条)。</p>	<p>2009年改正後の株式法93条2項3文が、会社 出によるD&amp;O保険の適法性を前提とし つ、会社が取締役についてのD&amp;O保険契約 を締結する場合は、確定年次報酬の1.5倍に 至るまで損害の10%を最低限とする自己保 険を定めなければならないと規定する。会社 が負担する保険料について報酬制の適用が あるかについて議論があるが、通説は否定。</p>	<p>D&amp;O(RCMS)保険自体についての明文規定な し。役員報酬または利益相反取引としての規 制が適用される可能性。</p>
<p>会社がD&amp;O保険を締結す るために必要な手続</p>	<p>会社法に規定なし。</p>	<p>会社法に規定なし。取締役会が権限を保有 (ただし委任可能)。公開会社用モデル定款 では取締役会の権限とされている (2008年 会社 (モデル定款) 規則別表第3の表第3の第 86条)。</p>	<p>会社による保険料負担が役員報酬に該当する という立場からは、取締役については監査役 会決議 (株式法87条1項)、監査役について は株主総会決議 (株式法113条1項) が必要 となる。役員報酬に該当しないという立場か らは、取締役が通常の業務執行として締結権 限を持つ (株式法78条1項)。</p>	<p>会社による保険料負担が役員報酬に該当する という立場からは取締役会決議が必要となり (商法L225-53条、L225-62条、L225-44条、 L225-83条)、間接的な利益相反取引である という立場からは取締役会の事前承認及び株 主総会の事後承諾が必要となる (L225-38 条、L225-40条)。</p>
<p>対会社責任に関するカ バーと対第三者責任に 関するカバードによる 法令上の区別</p>	<p>なし</p>	<p>なし</p>	<p>なし</p>	<p>N/A</p>
<p>Side A/B/Cの区別</p>	<p>法令上の区別なし、保険約款上の補償内容 としての区別</p>	<p>法令上の区別なし、保険約款上の補償内容 としての区別</p>	<p>法令上の区別なし、保険約款上の補償内容 としての区別</p>	<p>法令上の区別なし、保険約款上の補償内容 としての区別</p>
<p>会社法・証券規制上の カバード範囲の制限</p>	<p>なし</p>	<p>なし</p>	<p>なし</p>	<p>N/A</p>
<p>側面法によるカバード 範囲の制限</p>	<p>公序による制約 (判例法)：故意または意 図的な権利侵害、詐欺または法に反する故 意の不法行為に反する填補。州によって、懲 罰的損害賠償に反する填補も。</p>	<p>公序による制約 (判例法)：①取締役の故意 または無謀な行為によつて損害が生じた場 合、②取締役が不当な利益を得た場合、③取 締役が法令に違反した場合</p>	<p>罰金・過料についてのカバードは強行法規違 反・良俗違反 (民法典134条・138条) により 無効</p>	<p>意図的な不法行為、詐欺的な不法行為 (保 法L113-1条)</p>
<p>保険約款上の主な免責事 由</p>	<p>故意の不法行為に基づく責任 (これ以外に も免責事由は存在するが、保険会社によつて その内容は異なる)</p>	<p>①犯罪行為に対する罰金、②懲罰的損害賠 償、③法令違反行為による民事責任、④故意 に行われた不誠実または詐欺的な行為による 民事責任</p>	<p>故意の損害発起、故意の法令違反、故意の義 務違反による責任、インサイダー規制違反に よる責任、贈収賄・利益供与等に関する責任</p>	<p>刑事罰による罰金などの特別法による金銭的 ペナルティー、税金に関する支払命令</p>
<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>
<p>—</p>	<p>被保険者間の請求 (取締役間の訴訟や取締 役に対する訴訟)、法的責任に基づかないもの として行われた支払い (ex gratia payments)：罰 金による請求防止のため</p>	<p>被保険者間の請求 (取締役間の訴訟や取締 役に対する訴訟)、法的責任に基づかないもの として行われた支払い (ex gratia payments)：罰 金による請求防止のため</p>	<p>被保険者・子会社に課せられた過剰罰・保 険料・過料・懲罰的賠償に基づく損害による 責任</p>	<p>被保険者間の請求 (取締役間の訴訟や取締 役に対する訴訟)、法的責任に基づかないもの として行われた支払い (ex gratia payments)：罰 金による請求防止のため</p>
<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>
<p>—</p>	<p>環境汚染に関する責任と除去費用、核物質の 漏出に関する責任、人の死亡・傷害および物 の損傷に関する責任 (製造物責任を含む)、 名義毀損および知的財産権の侵害に関する責 任など：他の保険商品とのカバード範囲調整の ため</p>	<p>環境汚染に関する責任と除去費用、核物質の 漏出に関する責任、人の死亡・傷害および物 の損傷に関する責任 (製造物責任を含む)、 名義毀損および知的財産権の侵害に関する責 任など：他の保険商品とのカバード範囲調整の ため</p>	<p>環境汚染者が流通に置いた製品による責任、 環境への作用により生じた損害による責任、 知的財産権の侵害による責任、ハラスメン ト・差別による損害に基づく責任、アスペ クトに関連する責任については、モデル約款上 は免責。人の死傷による責任は「財産損害」 にあたらず担保範囲外。</p>	<p>環境汚染に関する責任、人の生命・身体に對 する責任</p>
<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>
<p>D&amp;O保険に関する開示</p>	<p>アラバマ州を含む大半の法域で州会社法上 の開示義務なし (例外としてニューヨーク州 会社法726条d項)</p>	<p>会社法上の開示義務なし</p>	<p>商法上の開示義務なし、保険料の報酬として の開示も行われていない</p>	<p>集団的債務処理手続開始後に顕在化した損害 賠償 商法上の開示義務なし</p>
<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>	<p>—</p>
<p>—</p>	<p>2018年以前のコーポレートガバナンスコード が適切なD&amp;O保険の確保を推奨していたこ とによる簡潔な開示あり (2018年のコード改 正でD&amp;O保険への言及削除)</p>	<p>2018年以前のコーポレートガバナンスコード が適切なD&amp;O保険の確保を推奨していたこ とによる簡潔な開示あり (2018年のコード改 正でD&amp;O保険への言及削除)</p>	<p>上場規則等による開示義務なし</p>	<p>上場規則等による開示義務規定は見当たらな い。</p>