

弁護士は社外取締役にあふさわしいか

——アメリカ法曹協会報告書 (ABA TASK FORCE REPORT) の検討——

釜田 薫子

目次

- 第1章 問題の所在
- 第2章 米国における弁護士取締役
 - 第1節 弁護士取締役の必要性
 - 第2節 弁護士取締役の起源と発展
 - 第3節 弁護士取締役が生じさせるデメリットの可能性
 - 第4節 デメリットの克服の可能性
- 第3章 弁護士取締役の責任
 - 第1節 弁護士取締役の責任についての裁判例の検討
 - 第2節 弁護士取締役の調査義務
- 結び

第1章 問題の所在

東京証券取引所が2018年に作成した統計によれば、独立社外取締役を2名以上選任している上場会社(市場第一部)の数は全体の97.7%とされており¹⁾、独立社外取締役は十分に普及したように思えるが、人材不足の解消は引き続き大きな課題となっている²⁾。このような状況と関連する新たな問題として、独立社外取締役候補者が弁護士や学者などに偏っていることが指摘されてい

1) 日本取引所グループ「独立役員の選任状況」<https://www.jpx.co.jp/listing/others/indexexecutive/index.html>

2) 日経新聞2018年5月11日朝刊「社外取締役 なり手不足、複数企業兼任も」、2018年6月19日朝刊「主要企業、取締役の人材多様に 外国人・女性7割が起用」。

る³⁾。特に弁護士については「会社からの独立」を投資者にアピールしやすく、独立社外取締役の有力な供給源として期待されているようである⁴⁾。しかし他方で、弁護士が独立社外取締役に就任することで生じるデメリットも懸念されており、弁護士が候補者として適切なのかどうか、また、弁護士が社外取締役に就任した場合にはどのようなことに配慮すべきかについて、丁寧に検討する必要があるようである。

前述のような日本の状況に対し、1960年代後半～1970年代から社外取締役が普及してきた米国では、弁護士が依頼人である企業の社外取締役に就任し、弁護士と取締役の二重の役割 (dual role) を持つことから生じる様々なメリットとデメリットの両方が指摘されており、これをめぐる多くの議論の蓄積がみられる⁵⁾。近年の文献には、「弁護士を取締役として雇うことは愚かなことであるというのが一般に認められた考え」であるとさえ指摘するものまでもある⁶⁾。また、1970年代から1980年代はじめには多かった弁護士取締役は、1980年代終わりから1990年代にかけてその割合が減少しており、その原因は他の取締役に比べて高水準の注意義務を負わされ、責任を追及されたことにあるとされる⁷⁾。ABAが規定した弁護士行動準則模範規程 (Model Rules of Professional Conduct) 1.7条 (2018年版) によれば、現在も、弁護士と取締役の二重の役割を持つこと自体は禁止されていないが、依頼者である企業の社外取締役に就任することで発生しそうな問題に慎重に対応することが求め

3) 日経新聞2018年3月18日朝刊「社外取締役に経営経験者 実務に基づく助言期待」。

4) 日経新聞2016年4月18日朝刊「社外取締役の有力供給源 大手法律事務所就任にためらい」。

5) Susanna M. Kim, *Article: Dual Identities and Dueling Obligations: Preserving Independence in Corporate Representation*, 68TENN.L.REV.179 (2001). Note and Comment: *The Lawyer as Director of the Corporate Client in the Wake of Sarbanes-Oxley*, 23 J.L. & COM. 53, 53 (2003). Lubomir P.Litov, Simone M. Sepe, and Charles K Whitehead, *Lawyers and Fools : Lawyer-Directors in Public Corporations*, 102 GEO.L.J.413, 414 (2014). FOLK ON DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW FUNDAMENTALS 2018 EDITION, (Wolters Kluwer, 2018), at GCL-388.

6) Litov, Sepe and Whitehead, *supra* note 5, at 427-428. もっとも、この文献はそのような「一般に認められた考え」に対して弁護士取締役のメリットを強調するものである。

7) Litov, Sepe and Whitehead, *supra* note 5, at 427-428.

られている⁸⁾。

日本において弁護士を社外取締役に選任する場合には、企業の法律顧問をしている弁護士事務所の所属弁護士を紹介してもらおうケースや、全く企業とは関係ない弁護士を選任するケースなどが考えられる。いずれのケースにおいても、取締役に就任する弁護士は、弁護士職務基本規程50条によって「組織内弁護士」となるため⁹⁾、顧問弁護士契約を締結していなくても、米国で論じられている弁護士と取締役という二重の役割から生じる問題点は日本でも将来問題となり得るのではないだろうか。

本稿では、弁護士が社外取締役に就任することで、会社・弁護士・弁護士が所属する弁護士事務所に生じ得るメリット、デメリット、デメリットの克服の可能性を概観した後、社外取締役に就任した弁護士はどのような責任を追及されているのか、また、どのような点に配慮して行動すべきなのか、わが国の弁護士である社外取締役にとって参考となる点があるのかどうかを検討したい。検討は、この分野の最も重要な資料として、近年の文献¹⁰⁾にもしばしば引用されるアメリカ法曹協会 (ABA) の1998年報告書 (TASK FORCE REPORT)¹¹⁾、この報告書に関する ABA の2001年コメント¹²⁾、1998年報告書が言及した弁護士である社外取締役の責任に関する裁判例を中心に行う。なお、以下では、弁護士である社外取締役に「弁護士取締役」と記述する。

8) ABA, MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, Rule 1.7. cmt.35. "Organizational Clients" (2018).

9) 日本弁護士連合会「弁護士職務基本規程」第50条。

10) WILLIAM E.KNEPPER AND DAN A.BAILEY, LIABILITY OF CORPORATE OFFICERS AND DIRECTORS (Matthew Bender & Company, Inc, 2017). 1-1 Liability of Officers and Directors §1.10 Lawyer-Directors. Litov, Sepe and Whitehead, supra note 5, n.98.

11) ABA SECTION OF LITIGATION, THE LAWYER-DIRECTOR:IMPLICATIONS FOR INDEPENDENCE:REPORT OF THE TASK FORCE ON THE INDEPENDENT LAWYER (1998) [hereinafter TASK FORCE REPORT]. なお、この報告書は米国議会図書館所蔵のものを取り寄せたものであり、現在、日本国内で入手できない。

12) Report and Recommendations of the Committee on Lawyer Business Ethics of the ABA Section of Business Law, *The Lawyer as Director of a Client*, 57 BUS.LAW. 387 (2001).

第2章 米国における弁護士取締役

第1節 弁護士取締役の必要性

米国において、弁護士が依頼人である会社の取締役として勤めることは、珍しいことではなく、弁護士取締役が取締役会に入ることによって、会社には様々なメリットが生じるとされてきた。そのため、米国では長年、会社の規模を問わず多くの会社で弁護士が取締役に就任してきており、それによって会社や弁護士取締役、弁護士取締役が所属する弁護士事務所が生じ得るメリットとして、次のようなものが挙げられている¹³⁾。

1 法律問題に関する助言

弁護士取締役が所属する弁護士事務所と会社との間に長期にわたる関係が作られることによって、会社は、法的助言を継続的に入手しやすくなる。弁護士事務所は、依頼人である会社の事業について様々な観点からの情報を得ることができる。弁護士にとっては、取締役会の構成員としてより大きな尊敬を払われ、注目を集めることになる。弁護士取締役は取締役会や経営陣が直面する問題に精通しているので適切なアドバイスができる。また、後になって重大かつ多額の費用を必要とするような法律問題に発展する可能性のある問題点について、早期に解決することができる。弁護士が他の取締役と同じ責任を負う危険があるということは、依頼者である会社に安心感を与える。なぜなら、同じ個人責任の危険性を認識することで弁護士取締役は、おそらく、そうでないときと比べて注意深く入念に仕事をするだろうし、他の取締役も弁護士の助言に注意深く入念になるからである。さらに、他の取締役個人の法的なりリスクや責任についての助言を得ることができることで、安心して仕事

13) Kim, *supra* note 5, at 222. Note and Comment, *supra* note 5, at 54-55. Litov, Sepe and Whitehead, *supra* note 5, at 414.

ができる。

2 取締役会における有益な視点

弁護士取締役は、分析能力や強力な組織力を持ち、有能な取締役となる。問題点を徹底的に調査したり、提案された計画を精査するという弁護士の性質は、取締役会にとって価値のあるものになるだろう。熟練の問題解決者として、弁護士は、創造性、良識、実用的な知識を持ち、適切な判断をすることができる。取締役会における弁護士の存在は、多くの点で取締役会の議論を高度なものにすることができる。

3 監視の役割

弁護士取締役が取締役会にいることで、役員に対する監視の役割が十分に果たせる。つまり、取締役会は弁護士取締役から十分な情報を得て役員を監視することができるようになる。

以上のように、弁護士が依頼者である会社の取締役となることは、会社にとってだけでなく、弁護士自身や弁護士事務所にとってもメリットがあるとされる。このようにメリットのある弁護士取締役は、弁護士を規制する行動準則において正式に認められているのだろうか。次節では、アメリカ法曹協会が作成した「弁護士行動準則模範規程」とその前身である行動基準が、弁護士取締役についてどのように規定しているかを紹介する。

第2節 弁護士取締役の起源と発展

1 弁護士の行動準則における「二重の役割」

1860年代に登場した弁護士取締役は¹⁴⁾、徐々にそのメリットだけでなくデメリットについても認識されるようになっていった。しかし、弁護士の行動準則に弁護士取締役についての言及がなされ、さらに弁護士取締役をめぐる問題が認識されるまでには長い時間がかかった。たとえば、1908年にABA

14) Note and Comment, *supra* note 5, n.1.

が制定した弁護士倫理典範 (Canons of Professional Ethics) においては、依頼者が紛争のために代理人を選任する場合には、紛争に関わる弁護士自身の情報のすべてを依頼者に開示すること、といった一般的な利益相反についての規定しか定められておらず、弁護士が依頼者である会社の取締役就任する場合の問題点への言及はなかったとされる¹⁵⁾。また、1969年にABAが制定した弁護士責任規程 (Model Code of Professional Responsibility) は、倫理的な考慮としては、弁護士と取締役という二重の役割について触れていたが、拘束力のある懲戒規程においては、弁護士は企業の代わりに独立で専門的な判断を行う義務を負うことを述べたに過ぎなかった。これに対し、1983年に制定された弁護士行動準則模範規程では、新しい草案が規定されるたびに二重の役割に対する考え方が変化している。

1983年の弁護士行動準則模範規程を制定する際に起草者らは、弁護士取締役の二重の役割は利益相反を生じさせるため、これを禁止すべきではないかということについて検討していた。そして、当初の草案では、取締役会が信認義務を果たすためには「弁護士の独立の専門的な判断」が重要な要素であるから、弁護士取締役は利益相反を生じさせるような状況においては取締役としての行動に参加するべきではないことが規定されていた。しかし、最終的に草案は、弁護士の独立性が害される危険性がわずかである場合には、二重の役割は有益であるとの立場を採用し、「適切な情報開示と、企業の全投資者の承諾」がある場合においては、弁護士取締役の二重の役割を認めるとした¹⁶⁾。その後の草案においてABAは、禁止行為を、社外の弁護士が「常に継続して」弁護士取締役となっている場合に限定し、社外の弁護士が「場合により、または特定の物事に限定して」弁護士取締役として雇われている場合には、適用しないとした。さらに最終の草案においては、弁護士取締役の議論は「禁止される行為」の箇所には掲載されず、代わりに規則1.7のコメントにおいて、二重の役割が利益相反を生じさせるかどうかを判断するこ

15) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 22.

16) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 27.

とと、そのような場合の対応方法について規定するのみとなった。このような考え方は、現在の規程にも踏襲されている¹⁷⁾。

2 弁護士行動準則模範規程

現在の弁護士行動準則模範規程は、1.7条において、弁護士と依頼者間の利益相反問題についてコメントしている。そして、この中の「団体である依頼者」の項目で弁護士取締役の問題に次のように言及されている。すなわち、「企業その他の団体の弁護士であって取締役会の構成員でもある者は、二重の役割のそれぞれの責任が相反しないかを判断すべきである。弁護士は、取締役の行為が関係する物事について企業に助言することが求められるであろう。そのような状況が発生する頻度、利益相反の可能性の程度、弁護士取締役が取締役会を辞めた場合の影響と、企業が他の弁護士の助言を得る可能性に応じて熟慮が必要である。二重の役割によって、弁護士の専門的な判断の独立性を阻害する重大な危険性がある場合には、弁護士は取締役になるべきではないし、利益相反が生じている場合には、弁護士として行動すべきではない。弁護士取締役は、取締役会の他の構成員に対して、次のように助言すべきである。それは、弁護士が取締役としての立場で出席している場合に取締役会で議論されたことは、場合によっては、弁護士依頼者間通信秘匿特権 (attorney-client privilege) で保護されないかもしれないということである。そして、利益相反について考慮すると、弁護士は取締役として不適格とするか、弁護士とその事務所が会社の顧問を辞めることになるということについても助言すべきである¹⁸⁾。」と。

このように、弁護士行動準則模範規程においては、弁護士が取締役になること自体は禁止されていないが、弁護士と取締役という2つの立場を持つことで生じてくる問題点への配慮が必要とされている。このコメントから読み取れる問題点は、「弁護士の専門的な判断の独立性の阻害」、「利益相反」、「弁

17) ABA, MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT (2018).

18) Id. Rule 1.7. cmt.35 (2018).

護士依頼者間通信秘匿特権の保護」である。そこで、次節では、弁護士取締役が会社に与えるデメリットの可能性について、アメリカ法曹協会の1998年報告書 (TASK FORCE REPORT) を素材に検討することとする。

第3節 弁護士取締役が生じさせるデメリットの可能性

アメリカ法曹協会の1998年報告書が指摘するデメリットは、1. 利益相反または弁護士の独立性の阻害、2. 弁護士依頼者間通信秘匿特権の放棄、3. 弁護士取締役・弁護士事務所の責任のリスクの増加、4. 専門職賠償責任保険および D&O 保険の不適用の4つである。以下ではこれらのデメリットを概観した上で、この報告書に対する ABA のコメントの中から、デメリットを克服するための提案を紹介していく。

1 利益相反または弁護士の独立性の阻害

弁護士が依頼者である会社の取締役も務める場合には、法の助言者と会社の運営に携わる者という2つの役割が衝突することがある。または、衝突しないまでも、独立で阻害されない分析・判断・助言を与えるという弁護士の能力に影響を受けることで、弁護士取締役は2つの役割における責任を十分に果たせなくなる。取締役の最終目標は「利益を最大化」することであるのに対して、弁護士の倫理的な責任は、自分の雇い主に対して、要求に合った専門的な法的助言をすることであるから、これら2つの役割は相反するものとなる。弁護士の仕事は、依頼者に対して何が適切で何が適切でない行動か、会社や個人、民事または刑事上のリスクが存在するか、そして、以前の取締役会の行為は適切か、適法か、これらの行為は変更すべきものか、または開示すべきものかについて助言することである。しかし、その取締役会の行為には自分も取締役として参加していることから、役割の衝突があることは明らかである¹⁹⁾。このような役割の衝突の可能性は、次のような場合に具体的に説明できる。

19) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 37.

第1は、会計監査人が社外の弁護士事務所に対して、会社が負う可能性のある重大な責任について質問をする場合である。通常、弁護士事務所は、自分たちは特定の事項についてのみ会社に雇用されているのであり、弁護士事務所が知らない会社の財務状況に関連して、他に責任が生じる可能性は存在しうると回答すればよい。しかし、弁護士事務所に所属している弁護士が依頼者である会社の取締役になっており、会社について一般的に情報を得ている場合は、弁護士事務所は前述のような回答ですませることはできない。弁護士事務所は詳細な調査を行い、非常に多くの情報を会計監査人に開示する義務を負うことになる²⁰⁾。

第2は、弁護士として報酬と、取締役として弁護士の報酬を監視したり金額を最小限にしようとする場合、または、他の弁護士や弁護士事務所を雇用する決定をする場合である。取締役会が弁護士が必要とされる2つの選択肢（一方は弁護士に多額の報酬が与えられる）について議論する場合や、弁護士取締役が所属する弁護士事務所に報酬が支払われるような決定（たとえば訴訟を開始する）や、弁護士事務所に報酬を支払っている子会社を売却するかどうかについて議論する場合に、2つの役割は衝突する。このような場面で弁護士取締役が議論に参加すれば、自己取引にあたると非難され、参加しなければ、弁護士取締役の意見を聞く機会を会社から奪うことになる²¹⁾。

第3は、取締役としての責任を負う場面である。取締役会の判断が訴訟の対象とされる場合、弁護士取締役も被告として名前を挙げられることになる。このようなリスクがあることで、弁護士取締役は法的な助言や経営判断を行う際には過度に保守的になるだろう。また、取締役としての責任をおそれて、会社が過去に行っていた不正または違法行為の開示が必要という助言をすることをためらうだろう。しかしそのような行動は会社の最善の利益に合致するものとはいえない²²⁾。

20) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 38-39.

21) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 39-40.

22) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 41.

第4は、弁護士取締役とその所属弁護士事務所が、会社と他の取締役の代理人になれないという場合である。これは、弁護士取締役が訴訟の被告として名前が挙がっている場合に起こりうる。弁護士が被告である場合に、他の取締役から提供された情報を信頼したという抗弁の主張が考えられるが、それは、他の被告取締役の弁護士の助言に従ったという主張と衝突する。また、法廷で会社や他の取締役の代理人となっていなくても、被告となっている弁護士取締役が弁護士として客観的な助言を与えられるかどうかは疑問である。同様に、所属弁護士が被告となっている弁護士事務所も客観性や独立性を失う。また、弁護士行動準則模範規程によれば、弁護士取締役が証人としてよばれる場合にも代理人とはなれない。このように、弁護士取締役が被告や証人となる場合は、弁護士とその所属する弁護士事務所は、会社や他の取締役の代理人になれなくなる²³⁾。

2 弁護士依頼者間通信秘匿特権の放棄

弁護士依頼者間通信秘匿特権（以下、通信秘匿特権）は、弁護士と依頼者との間の内密の交信を証拠開示から保護することによって、弁護士との交信を開示されるというおそれを取り除き、依頼者が情報をすべて弁護士に伝えることができることを目的としている。この特権は依頼者によって主張されるものであるが、会社が依頼者の場合にも適用される。弁護士が依頼者の取締役になっている場合の問題は、前述の通信秘匿特権が会社によって主張できなくなるということである。通信秘匿特権は、「(1) 法的助言がされたこと、(2) 助言は法の専門家によってされたこと、(3) 交信は法的助言を目的として行われたものであること、(4) 交信は秘密性を保持した状態であること、(5) (特権は) 依頼者によって主張されること、(6) (特権によって) 終身の保護が受けられること、(7) (特権によって) 依頼者自身または弁護士による証拠開示から保護されること、(8) (特権が) 放棄されていないこと」と説明される。弁護士が取締役になっている場合、取締役会の席上

23) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 41-42.

で弁護士取締役と会社（他の取締役）間の交信が法的助言にあたるか事業上の助言にあたるかの区別は難しく、また、会議の席上での交信が秘密性を保持しているとは言い難いため、通信秘匿特権による保護が認められない可能性が非常に高い²⁴⁾。

3 弁護士取締役・弁護士事務所の責任のリスクの増加

弁護士取締役は、法の助言者と会社の運営に携わる者との2つの役割を持つことから、会社訴訟の被告とされることが多い。また、裁判例の傾向を見ると、弁護士取締役だけでなく彼らが所属する弁護士事務所も責任を問われている。弁護士の責任に関する判例を検討すると、会社の取引に関して、単なる助言者に過ぎなかった場合は責任を負う可能性は低くなる。この例として、証券売買の事例において弁護士が関わったのは買主に対して税金の問題について助言をしたことのみである場合には、弁護士は制限的な役割しか果たしていないために、「売主」とは考えられず、1933年証券法12条（2）項違反の責任を問われなかった判例が紹介されている²⁵⁾。これに対し、法の助言者としてのみならず取引の代理人として行動し、取引において交渉者の役割を果たした者、すなわち助言者ではなく実行者である場合には、より重い責任を負うことになる。さらに、取引資料において重大な虚偽の記載を行った弁護士も責任を負うことになる。また、会社の事業活動や取引について詳細な知識を持つ社内取締役は、社外取締役よりも、完璧な調査をすることや証券の登録説明書などの資料を支えるまたは反するような事実についての広範な知識を期待されている。

以上のようなことから、単なる助言者ではなく会社の事業活動についての知識を得ている弁護士取締役が、弁護士ではない他の取締役や、依頼者の取締役になっていない弁護士よりも高い水準の注意義務を負うことには疑いの

24) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 44-50.

25) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 51. 紹介されている判例は、*Junker v. Crory*, 650 F.2d 1349 (5th Cir.1981); *Croy v. Campbell*, 624 F.2d 709 (5th Cir.1980).

余地はない。弁護士取締役は、会社の業務を執行するに際して、社内取締役と同様に、社外取締役よりも高い水準の注意義務を負っており、注意義務を果たしたかどうかの評価は、行為者の持つ背景や能力等を加味して行われるため、弁護士の持つ様々な法的な技術についても検討される²⁶⁾。

弁護士取締役の弁護士としての能力がどのように検討され、弁護士取締役がどのような理由で責任を負うのかについては、次章で判例の検討を行う。

4 専門職賠償責任保険および D&O 保険の不適用

弁護士が依頼者である会社の取締役になっている場合に生じるのが、保険の不適用の問題である。このような問題は、弁護士取締役がいつ弁護士として行動し、いつ取締役として行動しているのか判断するのが困難であることから生じてくる。弁護士などの専門的職業に従事する者の職務遂行上生じた損害の賠償責任保険である専門職賠償責任保険の保険契約では、一般的に、弁護士として行動している場合の損害をカバーしている。弁護士が取締役会の構成員として行動している場合の損害については、しばしば明確に排除されている。また、D&O 保険の保険契約も「弁護士として」行動した場合にカバーする範囲を限定しており、一般的に、専門家としての過失については排除している。このように、弁護士取締役は責任を負わされる可能性が高いにも関わらず、どのタイプの保険にもカバーされない状況が生じうるのである²⁷⁾。

以上のように1998年報告書は弁護士が取締役に就任する場合のデメリットを詳細に記述しているが、それでもなお、弁護士取締役を禁止するルールを勧めるという結論にはいたっていない。1998年報告書によれば、公表されるどのようなルールも、法社会において大多数の支持を合理的に得るようになければならないと考えたからである。しかし、報告書はまた、弁護士が取

26) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 50-52.

27) TASK FORCE REPORT, *supra* note 11, at 56-58.

締役に就任することで直面する思いがけない危険を考えれば、ほとんどの場合においてそれは断念されるはずであるとする。そして、このような状況であえて弁護士取締役となることを選ぶのであれば、弁護士も依頼者である会社も生じ得る深刻なリスクを評価し、理解し、最小化するために多くの注意を払うべきであると結論づけている。

このように、1998年報告書はルールとして弁護士取締役を禁止してはいないが、弁護士取締役について否定的に考えていることはたしかである。

第4節 デメリットの克服の可能性

1998年報告書が指摘したデメリットの可能性に対して、2001年にABAが発表したコメントは、これらのデメリットを克服する手段についての提言を行っている。この提言は、「原則 (Principles)」「弁護士のためのガイドライン (Guidelines for the Lawyer)」「弁護士事務所のためのガイドライン (Guidelines for the Law Firm)」の3つに分かれている。以下では、これらを紹介し、第3節で指摘されていた、1. 利益相反または弁護士の独立性の阻害、2. 弁護士依頼者間通信秘匿特権の放棄、3. 弁護士取締役・弁護士事務所の責任のリスクの増加、4. 専門職賠償責任保険およびD&O保険の不適用の4つのデメリットが克服されうるかどうかを検討する。

1 「原則」

コメントは2つの原則を示している。それらは、「弁護士は、取締役会の行為が会社の最善の利益に合致するかどうかについて合理的かつ誠実に意見を形成しなければならない。そして、最善の利益に合致しない限り取締役として行動してはならない。」

「弁護士は、弁護士を取締役にと望んでいる経営陣と取締役会に対して、取締役としての弁護士の業務に内在するリスクについて情報を与えなければならない。そして、それらのリスクについて十分に理解させたことを確認しなければならない。」

である。このように原則は、弁護士取締役が会社の行為が不当であることを認識しながら取締役として判断をすることがないように、また、弁護士取締役が抱えるリスクについて関係者が認識するように、弁護士取締役の行動を規定している。

2 「弁護士のためのガイドライン」

2001年コメントは、弁護士が依頼者である会社の取締役に就任するかどうかを決定する前にすべきことを列挙している。これらを4つのデメリットへの対応として整理すると次のようになると思われる。

デメリット1の「利益相反または弁護士の独立性の阻害」については、弁護士と取締役の責任の違いや、弁護士は会社を代理すること、倫理上のルールにしたがって弁護士は特定の事項について他の弁護士を雇うよう助言する場面があることを経営陣や取締役に理解してもらうよう合理的な措置をとるべきであるとする。さらに、自分が所属する弁護士事務所を社外の弁護士事務所として雇用する契約の承認や、弁護士事務所の報酬・報酬契約の承認、その他弁護士取締役や弁護士事務所が直接の重大な利益を得るような物事についての承認に関しては、取締役として決議に参加しないということが勧められている。

デメリット2の「弁護士依頼者間通信秘匿特権の放棄」については、取締役会または取締役の間の事業に関する交信は、通信秘匿特権の保護を受けない場合があることを経営陣と取締役に理解させるような合理的な措置をとるべきである。弁護士取締役が弁護士の立場で取締役と行った法的な交信を通信秘匿特権によって保護するためには、取締役会議事録を慎重に検討し、会議において通信秘匿特権によって保護されるような交信が行われているか、そして通信秘匿特権を放棄したと評価されるようなやり方で交信が行われていないか、議事録の草案を作成する者がそのことを理解しているかを確認しなければならない。議事録の草案については証拠開示が認められるため、このような確認が必要である。

デメリット3の「弁護士取締役・弁護士事務所の責任のリスクの増加」については、独立の専門的な判断を駆使して法的な助言を与える場合はいつでも、ある行為について他の経営陣や取締役らが賛成していたとしても、それが違法行為や会社に損害を生じさせるような行為である場合には反対すること。いったん経営陣または取締役会によって決定がされた場合は、自分が取締役としてはその決定に反対だったとしても、適用される法と倫理上のルールにのっとって、忠実に熱心に弁護士としての義務を果たすことである。

デメリット4の「専門職賠償責任保険およびD&O保険の不適用」については、依頼者のD&O保険と、弁護士の専門職賠償責任保険がカバーする範囲を確認することが勧められている。

3 「弁護士事務所のためのガイドライン」

2001年コメントは、弁護士事務所の所属弁護士が取締役になることで内在するリスクに注意しなければならないとしている。そして、弁護士事務所がすべきことについて、列挙している。その大部分は所属弁護士が就任する前にすべきことである。それは、①就任前に弁護士事務所に知らせて承認を得ること、②取締役としての業務に内在するリスクについて検討すること、③会社の定款に取締役の責任免除の規定やD&O保険を要求すること、④専門職賠償責任保険でもD&O保険でも損害はカバーされないという問題に対処するために、可能であれば裏書または特約文書を得ておくよう助言する必要性について検討すること、⑤弁護士取締役が、取締役としての報酬や利益をどのように取り扱うべきか検討し、これらの問題については一貫して弁護士事務所の弁護士によって取り扱われることを確認する方針を確立すること、⑥弁護士取締役以外の弁護士が当該会社の経営陣とはじめから関係があり、請求書の責任を負うかどうかを検討しなくてはならない。これらに対して、弁護士が取締役に就任した後にすべきことにも言及がされている。それは、依頼者である会社のすべての取締役について検討し、弁護士取締役に対して、依頼者に影響を与えるような重大な変化（たとえば合併）や、取締役として

の継続的業務に負の影響を与えるような依頼者の関係について弁護士事務所
に知らせるよう求めることである。

以上のように、1998年報告書が指摘した4つのデメリットに対し、2001年
コメントは具体的な対応策を提案している。しかし、他の取締役よりも高水
準の注意義務を負わされる可能性の高い弁護士取締役にとって、責任のリス
クについての記述は十分とは言い難い。そこで次章では、弁護士取締役に責
任を負わせた判例を取り上げ、弁護士取締役がどのような場合に、どのよう
な理由でどのような責任を問われるのかを検討したい。そのような検討によ
って、弁護士取締役が注意すべき点を見出せると思われるからである。

第3章 弁護士取締役の責任

第1節 弁護士取締役の責任についての裁判例の検討

この節では、ABA1998年報告書が言及した裁判例を中心に、弁護士取締役
はどのような責任を負うのかを検討する。まず、社外取締役が普及し始めた
当時の古い裁判例であるが、リーディングケースと評価され、その後の多くの
裁判例によって引用されているエスコット判決 (Escott v. Barchris) を紹
介する。

1 リーディングケースの検討

エスコット判決 (Escott v. Barchris, S.D.N.Y. 1968)²⁸⁾

(事実)

本件は、建設業を営む Barchris 社 (以下、B 社) の登録説明書における重
要事実の不実記載または開示の省略は1933年証券法違反にあたるとして、記
名者 (signer)、証券の引受人 (underwriter)、会計監査人を被告として、

28) Escott v. Barchris, 283 F.Supp.643 (S.D.N.Y.1968).

1965年に提起されたクラスアクションである。記名者の中には、9名の取締役が含まれていた。この9名のうち5名は役員であり、残りの4名のうち1名は弁護士（Grant、以下、G）はB社の法律顧問をしている弁護士事務所の弁護士であった。Gは1960年にB社の取締役となった弁護士である。彼の所属する弁護士事務所はB社の証券の登録に携わっていた。Gの主たる業務は登録説明書の草案作成であり、Gは1959年と1961年の証券発行の登録説明書および無担保債権の登録説明書の草案を作成した。Gは登録説明書の記名者として被告となっているが、それは弁護士としてではなく、取締役として訴えを提起されている。

争点は、第1に、不実記載または開示の省略があったかどうか、あったとして、第2にそれらは1933年法の意味で「重要な」ものといえるのか、いえるとして、第3に被告らの抗弁は認められるのかである。

裁判所は、重要な不実記載または開示の省略について検討した後、取締役らの「相当な注意（Due Diligence）の抗弁」が認められるかどうか、それぞれについて検討した。以下では、弁護士取締役であったGについての検討部分のみを紹介する。

（判旨）

裁判所は、まず、
「Gは弁護士としてではなく取締役として責任を追及されているのであるが、Gの相当な注意の抗弁について検討するに際しては、Gの特微的な立場について検討しないわけにはいかない。登録説明書の作成とその正確性の確認に最も直接に関わっていた取締役として、このような業務に関わっていなかった取締役に期待されるよりも多くの合理的な調査が期待される。」

と述べて、Gが弁護士と取締役の2つの役割を持っていたことを重要な検討要素とすることを示した。そして次に、Gが故意に登録説明書の不実記載または開示の省略をしたわけではないことを認めた。その上で裁判所は、登録説明書のもとになった複数の情報について、Gが役員らの説明を信頼し、自分で契約書の条項を確認しなかったこと、B社の子会社の議事録やB社の

経営委員会の議事録を読まなかったこと、役員と会社がお互いに融資をしている状況において役員の会社に対する負債については確認したが、会社の役員に対する負債については確認しなかったこと、役員への会社の負債があるかどうかについて、すでに返済されたという役員の説明を信じ、新しい負債に気づかなかつたこと、この件について会計監査人に問い合わせたり、会計帳簿の該当箇所を確認したりしなかったこと、取引先の債務不履行につき、特に深刻な問題は存在しないという役員らの説明を信じ、記録を調べなかったことを挙げて、Gは必要な調査を行わなかったとした。

そして、

「1960年の目論見書の会計監査人の計算については、それが不正確であると疑う合理的理由はなかった。しかし私が問題にしてきたのは専門的知識が必要な箇所ではなかった。B社の役員がGに誤った情報を与えたということも考慮しても、Gが簡単に調査をできたのにしなかった点が多いこと、もし調査をしていたらGを用心させることになったであろう。本件における証拠からは、他の事例において、取締役でもある会社の弁護士にとって不合理に高水準の判断基準を確立するわけではない。それぞれの事例は、その事実面に即して考えられる。Gは、監査された1960年目論見書以外について相当の注意を示したとはいえないと結論づける。」

と判示した。

2 弁護士取締役を高水準の注意義務を課す裁判例

証券法違反で責任追及される弁護士取締役に対して、他の取締役よりも高い水準の注意義務を課す裁判例は、エスコット判決以降もしばしば見られる²⁹⁾。たとえばエスコット判決と同様の証券法違反を理由とするクラスアクションにおいて、ブレイクリー判決(Blakely v. Lisac)は、目論見書や年次報告書の草案を作成した弁護士取締役について、彼は、「弁護士および取締

29) Robert P. Cummins and Megyn M. Kelly, *The Conflicting Roles of Lawyer as Director*, 23 *Litigation* 48, 51 (1996). Litov, Sepe and Whitehead, *supra* note 5, at 428.

役として、目論見書における誤解を与えるような財務情報（それは彼が調査しておくべきものであったが、）について知っていたまたは知るべきであった。彼の役割は通常の弁護士の役割を越えており、より高水準の注意義務を負っているのである。」と述べて、証券法違反の責任を認めた³⁰⁾。また、同じく証券法違反の事例において、弁護士が証券の申込みの勧誘に関与し、多くの知識を持っていたとしても、弁護士取締役ではなかったことを理由にエスコット判決とは区別して、責任を問わなかった事例もある³¹⁾。

第2節 弁護士取締役の調査義務

エスコット判決とその後の裁判例からは、弁護士取締役が証券法によって提出を求められる書類の草案を起草するなど、会社の事業活動に関わっていた場合には、弁護士としてのみ関わっている者や取締役としてのみ関わっている者よりも高い水準の注意義務を課されていることがわかる。これらの裁判例が求めているのは「合理的な調査」である。通常、社外取締役はCEOやある部門の担当役員の説明を信頼することが認められている。もちろん、CEOらの説明に疑わしい点があったり、資料が配布されずに口頭での簡単な説明しかされないなど、説明不足である場合には、取締役会の席上で説明を求めたり質問したりしなくてはならないが、納得のいく説明を受けて信頼すれば注意義務は果たされたことになる。しかし、弁護士取締役に求められるのは、より踏み込んだ「合理的な調査」であり、これは役員らの説明に対する独立の検証を意味するようである³²⁾。この調査には、会計の専門的な知識を必要とするようなものは含まれない。それについて会計監査人を信頼することは認められる。求められる調査の具体的な内容として、エスコット判決の判旨からは、契約書の条項の確認、議事録の検討、会計監査人への質問、会計帳簿の確認、取引先の債務履行の状況の記録を調べるなどが挙げら

30) Blakely v. Lisac, 357 F.supp.255, 266-267 (1972).

31) Ahern v. Gaussoin, 611 F.Supp.1465, 1482 (1985).

32) Joseph K Leahy, Article: *The Irrepressible Myths of Barchris*, 37 Del. J. Corp. L. 411, 429 (2012).

れる。

結 び

本稿は、米国において弁護士が社外取締役になる場合に生じるデメリットとデメリットの克服の可能性を検討し、わが国の弁護士取締役はどのような点に配慮すべきなのか、米国の議論から参考になる点はないかを考察した。

この分野の最も重要な資料とされるアメリカ法曹協会の1998年報告書(TASK FORCE REPORT)は、4つのデメリットを次のように指摘する。それは、

- ① 弁護士の仕事が「専門的な法的助言」をすることであるのに対し、取締役の最終目標は「利益を最大化」することであるから、2つの役割が衝突し、利益相反や弁護士の独立の判断の阻害という状況が生じ得ること。
- ② 弁護士が取締役として取締役会に出席することで、取締役会の席上での議論は秘密裏ではなくなり、また、法的助言か事業上の助言かの区別ができないため、証拠開示を免れる弁護士依頼者間通信秘匿特権の保護が受けられなくなる可能性が高いこと。
- ③ 弁護士取締役が証券諸法違反等の責任を追及された場合には、他の取締役よりも高い水準の注意義務を課されること。また、弁護士取締役が所属する弁護士事務所も、所属弁護士が「取締役」であることを理由に、会社の株主らに対して信認義務を負う可能性があること。
- ④ 弁護士であり取締役でもあることで、専門職賠償責任保険とD&O保険がカバーする範囲から外れる可能性があること。

である。1998年報告書(TASK FORCE REPORT)に対するアメリカ法曹協会の2001年コメントや弁護士行動準則模範規程(2018年版)は、上述のデメリットは、弁護士取締役や弁護士事務所の努力によってある程度は克服することができるとする。いずれのデメリットについても、まず経営陣や取締役会に理解してもらおうよう十分な説明をすることが必要である。その上で、デ

メリット①に対しては、特定の事項については弁護士取締役とは別の弁護士を雇うこと、弁護士事務所の他の弁護士と会社との様々な関係を検討しておくこと、弁護士事務所が関わる問題については、取締役会決議に参加しないことである。デメリット②に対しては、取締役会議事録を慎重に検討し、通信秘匿特権で保護されるような交信が行われているか、また、放棄されたと評価されないかを確認することである。デメリット③に対しては、他の役員や取締役が賛成していても、弁護士としての判断で、問題のある行為には反対することである。デメリット④に対しては、就任前にそれぞれの保険について、十分に確認すること、可能であれば特約文書を得ておくことである。

アメリカ法曹協会の1998年報告書、コメント、弁護士行動準則模範規程と複数の論文を見る限り、米国においては弁護士が取締役になることは禁止されてはいないものの、あまり歓迎されていないようである。1998年報告書においても、「弁護士が取締役に就任することで直面する思いがけない危険を考えれば、ほとんどの場合においてそれは断念されるはずである。このような状況であえて弁護士取締役となることを選ぶのであれば、弁護士も依頼者である会社も生じ得る深刻なリスクを評価し、理解し、最小化するために多くの注意を払うべきである」との記述がある。

弁護士取締役の責任を扱った裁判例からは、他の取締役よりも高い水準の注意義務が課されており、契約書の条項の確認、議事録の検討、会計監査人への質問、会計帳簿の確認、取引先の債務履行の状況の記録を調べることなど、役員の言葉について、独立の検証が必要とされていることがわかる。わが国においても、弁護士が社外取締役に就任する場合のデメリットや責任のあり方を十分に検討した上で弁護士を社外取締役の候補者にすべきではないだろうか。