

# 利益相反取引における取締役の責任

— 会社法四二八条一項の解釈を中心に —

山 中 真 仁

## 目 次

- I はじめに
- II 利益相反取引規定の改正過程での議論
  - (1) 旧規定における解釈
  - (2) 委員会等設置会社後の解釈
  - (3) 会社法における解釈
- III 民法上の善管注意義務に基づく取締役の責任
  - (1) 取締役と会社の関係
  - (2) 民法上の債務不履行の内容からの取締役の義務と責任
- IV 取締役の任務懈怠責任における二つの解釈
  - (1) 任務懈怠と帰責事由を同じとする一元説の立場
  - (2) 任務懈怠と帰責事由を別とする二元説の立場
  - (3) 想定事例での一元説・二元説の適用問題
  - (4) 自己のために利益相反取引を行った取締役の責任の行方
- V おわりに

## I はじめに

平成一七年に制定された会社法は、旧法下で議論が活発であった解釈問題の多くを解決している。とりわけ、業務執行についての取締役の責任は、民法の基本原理の一つと考えられている過失責任の原則を会社法において明確にしている。しかし、取締役の責任制度について、立法趣旨が必ずしも明らかでないものも少なくない<sup>(1)</sup>。その中でも「会社法の現代化に関する要綱」(以下「現代化要綱」という)は、自己のためにした利益相反取引による取締役の責任について、無過失責任を維持することとされた<sup>(2)</sup>。

この現代化要綱では、自己取引による取締役の責任は無過失責任であるとしたものの、「会社法の現代化に関する要綱補足説明」(以下「現代化要綱補足説明」という)において会社法の立法担当者は、自己取引による取締役の責任は無過失責任であることの言及はせずに、取締役が「任務を怠ったこと」(任務懈怠)と、「取締役の責めに帰すべき事由によるものであること」(帰責事由)とを区別している。このことから現代化要綱の説明では、取締役が自己のために行った取引は無過失責任であると言及しながら、取締役は商法特例法二一条の二と同様の立証責任の転換した特別の規定を設けるとして、取締役側が任務懈怠のないことの主張・立証を可能にしたことになる。ところが現代化要綱補足説明では、取締役の責任は原則として過失責任であり、取締役が責任を追及された場合の訴訟において取締役側が任務懈怠のないことの主張・立証が可能であることから、自己のために行った取引による取締役の責任は無過失責任であるとの言及はなされていない。しかし、取締役の利益相反取引について、とりわけ会社法四二八条一項の自己のためにした利益相反取引規定は、取締役がどのような責任を負うことになるのかは規定の解釈の仕方によって

違ってくる。第一に、任務懈怠が取締役の帰責事由によるものでないことを理由に責任を免れないとして無過失責任を課しているように読み取ることができる。第二に、同法四二八条一項の対象となる取締役等は、自らに「任務懈怠がないこと」を主張することは可能であるとしていることから過失責任とも考えられなくはない。もつとも、「任務懈怠がないこと」の主張と無過失の主張を峻別して前者の主張を許すとすれば、それは、無過失責任と呼んでいたものを解釈によって実質的に過失責任化するか、あるいは、任務懈怠そのものの意味を従来の理解とは異なったものとして考えるかの、およそどちらかであり、そのいずれでもなければ、任務懈怠がないことの主張が可能であるとの一般的な説明は困難なはずである<sup>(3)</sup>。

そこで本稿が問題とするのは、自己のために会社と取引をした取締役の責任についてである。取締役の責任については過失責任の原則を明確にし、原則として任務懈怠責任としたものの<sup>(4)</sup>、会社法四二八条一項の解釈について多くの論者は、取締役と会社との利益相反取引により会社が損害を被った場合に、その利益相反取引による利益が取締役に帰属するのはおかしいことから無過失責任であると解釈する考え方が有力に主張されている<sup>(5)</sup>。この取締役が利益相反取引により会社に損害を発生させれば無過失責任を負うことに対する考えの根拠には、取締役が大きな権限を持つことにより、責任を厳格にしようとする考え方に基づくものであったと思われる。

現代のように社会が複雑化してくると、過失責任主義を貫くとかえって社会的に不都合が生ずる場面が存在して<sup>(6)</sup>る。その理由は、責任を負うものが国家あるいは大企業など被害者に対してきわめて強大な力を持っており、社会の複雑化は「自分の損害はあの人の過失によるもの」との立証を困難なものとする。例えば、ある一社の工場の廃棄物からは公害にならないが、複数の企業による廃棄物の混合からはじめて公害が発生しても、被害者側からの因果関係

の立証はきわめて困難である。これでは被害者の救済にはつながらないことから、社会政策的あるいは経済的公平の見地から無過失でも責任を負わなければならないとしたのが無過失責任である。<sup>(7)</sup>

この無過失責任制度は、個人がいかに注意しても損害が発生すれば責任を免れることができず私生活が危機に瀕するという点で、極めて厳格な制度であり、職務執行に当って所要の注意をしたかどうかを問わず、悪い結果が生ずれば、責任を負わされることになる。そこで、無過失責任は社会的に違法性が強い場合の制裁や、被害者側からの立証の困難を解消するために期待されるが、会社法三五六条一項二号・三号で規定されている自己のために行った利益相反行為に、会社に対する損害賠償責任の一部免除を認めないような無過失責任を課すほど当該取引は違法性が強いものといえるだろうか。確かに、利益相反取引に関して会社法三五六条一項二号・三号の立法趣旨は、取締役が会社の利益を犠牲にして、自己または第三者の利益をはかることを防止することである。そこで、取締役会の承認を要する取引は、取締役・会社間に利益衝突をもたらし、会社に不利益を及ぼす恐れのある取引に限定されるとする。<sup>(9)</sup>

つまり、現代のように、企業のコンツェルン化が進み、その内部の各会社の間にとり締役の兼任が普及している場合に、自己取引は、異常な行為ではなく、むしろ会社にとって正常な行為であり、その意味では、会社が取締役個人に無担保で金銭を貸し付ける行為とは異なり、会社の社内規定による取引や、約款による取引、取締役会の承認後の手形によらない履行行為などを除き、対価が公平な取引も会社に不利益を及ぼす恐れが生じることから取締役会の承認は必要である。しかし、現実的に企業のコンツェルン化の状況を鑑みると、そこまで取締役に無過失責任を負担させることは厳格すぎるのではないかと思われる。

そこで本稿では、会社法四二八条一項における「任務懈怠」と「帰責事由」の関係を一元説・二元説から取締役の

責任を整合的に解釈し、自己のために行った利益相反取引にも公正な取引が考えられることから、当該規定による取締役の責任は実質的には過失責任であることが妥当であることを検証していきたい。

本稿の検討の順序は以下のとおりである。第一に、取締役の責任規定を、利益相反規定の旧規定における解釈と、委員会等設置会社後の解釈からの議論の流れからどのような議論を経て会社法における利益相反規定の解釈に至ったその経緯を追っていく。これは、新たに会社法での取締役の責任として規定された任務懈怠とは、従来を理解とは異なるものなのか否かを帰責事由との関係を整理する上で重要である。第二に、会社法四二三条一項での任務懈怠の理解が明らかにされれば、会社と取締役の関係から、取締役はどのような義務と責任を負うのかを任務懈怠と帰責事由の関係を一元説・二元説から考察していくことにより、自己取引における取締役の責任を条文上から合理的に説明ができることに繋がるからである。最後に、取締役の利益相反取引事例から会社法四二八条一項の責任の実質的な妥当性を両説から論証していく。

はじめに、自己取引による取締役の責任について、利益相反取引規定の改正過程の議論より旧商法二六六条一項五号の法令・定款規定から会社法四二三条一項の任務懈怠と規定された経緯を検討しながら、会社法四二八条一項の免責議論を追っていくことにする。

## II 利益相反取引規定の改正過程での議論

## (1) 旧規定における解釈

旧商法二六五条一項では、取締役の損害賠償責任について、取締役は自己または第三者との間で会社と取引する場合に、取締役会の承認を受けなければならないと規定されていた。そこで、旧商法二六六条一項四号は、取締役が「前条第一項ノ取引ヲ為シタルトキ」は会社が破った損害を賠償すべきものとしていた。同規定の解釈には争いがあったものの、一般には、旧商法二六六条一項一号から四号まで無過失責任と解され、五号に関して学説では過失責任と解されていた<sup>(12)</sup>。しかし、同法二六六条一項四号責任を過失責任と解する学説も有力であり、その根拠としては、承認のない利益相反取引は五号違反として過失責任となるのに、承認を受けた取引を無過失責任とするのは均衡を失うこと、この種の取引により会社に損害が生じる場合には、取引を行った取締役および承認決議に賛成した取締役の過失を認定することは容易であり、過失があった場合にだけ取締役の責任を問うことで足りることが根拠とされ、免責要件が軽減されているのは、適法に承認を受けた取引であるからと説明されている<sup>(13)</sup>。ここで注目すべきは、いくつか議論があるが紹介に値すると思いつつ取り上げると、取締役と会社の利益相反取引は取締役の責任の違いにより四号責任と五号責任は併存するの否かである。四号責任が過失責任であるということは、取締役が利益相反取引を行ない、または承認を受けるに際して、故意または過失により善管注意義務ないし忠実義務に違反して会社に損害を与えた場合に、取締役の責任は五号があれば足り四号が存在する理由がはっきりせず、論者によっては規定の趣旨自体が不明

確で削除されるべきであるといった批判等がある<sup>(14)</sup>。たしかに、同法二六六条一項四号を過失責任と解した場合、自己取引を行なった取締役は、旧商法二六六条六項で総株主の議決権三分の二以上の賛成で責任免除が認められており、旧商法二六六条一項五号の法令違反責任よりも緩和されるとすると、免除規定の趣旨の説明が困難である。そこで、解釈論上は旧商法二六六条一項四号の責任が、厳格な無過失責任であることに対応して、免責要件を緩和したものであると理解し、取締役会の承認を受けた利益相反取引による取締役の責任はすべて四号で処理すべきであつて、さらに五号を適用することは妥当ではなく無過失責任と解するほかにないとする見解が通説・判例であつたと思われる。取締役会の承認のない利益相反取引をした取締役に対しての責任は、四号責任を過失責任と解釈すれば、五号による法令違反の責任を負うと解し<sup>(15)</sup>、四号責任を無過失責任と解釈すれば、五号と併存することと解している<sup>(16)</sup>。

## (2) 委員会等設置会社後の解釈

利益相反取引における取締役の責任について、旧規定での解釈上の議論があつた中で、平成一四年に商法が改正された際に、委員会等設置会社制度が導入されることになつたが、そこでの取締役・執行役の会社に対する責任について、違法配当と利益相反取引についての取締役および執行役の責任を過失責任として<sup>(17)</sup>いる。

平成一三年四月一八日の法律案要綱中間試案の解説によると、執行と監督の分離を図る以上は、業務執行を担当することとなる執行役について、現行（旧商法）の取締役に対するように、その責任を嚴重にすることによつて業務の適正を担保する必要性は低くなるという考え方によるものであるとして<sup>(18)</sup>いる。そして、商法の一部を改正する法律案

要綱の解説では、次のように解説されている。「現行法(旧商法)のもとでは、業務執行を監督するという体制をとっていることから、取締役に対して無過失責任を含む厳格な責任を課して業務執行の適正を確保しようとしている」ものである。<sup>19)</sup>これに対して、要綱のもとでの委員会等設置会社においては、「取締役については業務執行を行わず、取締役会の構成員として業務執行の監督をする地位にあるので、現行法(旧商法)のもとにおける監査役と同じく過失責任を負うとするのが合理的である」と説明された。また執行役については、「社外取締役が過半数を占める三つの委員会の設置により、その業務執行に対する取締役会の監督権限が格段と強化されることになるので、業務執行の適正を図るために無過失責任を課するまでの必要性はなくなった」と考えられた。<sup>20)</sup>

このような法律案要綱による執行役・取締役の責任についての説明がなされ、平成一四年に委員会等設置会社が導入されることとなった。平成一四年改正商法の解説での当時の立法担当者の説明によると、一般の株式会社の取締役が無過失責任を負う場合があるのに対して、委員会等設置会社の取締役および執行役が無過失責任を負わないという相違点については、衆議院法務委員会において、「取締役の責任の在り方については、施行後の実績をふまえつつ、委員会等設置会社を選択しなかった会社との整合性に留意しつつ、引き続き検討すること」という附帯決議があり、参議院法務委員会において、「取締役の責任についての委員会等設置会社を選択した会社とそれ以外の会社との差異に関しては、施行後の実績を踏まえ、その合理性に留意しつつ引き続き検討すること」という附帯決議が、それぞれ付された。商法二六六条中(旧商法二六六条)の無過失責任規定については、これまでも、厳格にすぎ、過酷な結果を招く場合があるとの批判がされてきており、最近では、解釈として、過失責任と解する見解も出てきているところであるから、今後、一般の株式会社の取締役の責任についても過失責任とすることが検討課題となるとしていた。<sup>21)</sup>



しかし、委員会等設置会社においては、監査・報酬・指名という三つの委員会が設けられること理由から、取締役会の監督機能が強化されることから責任を軽減することがはたしてよいか議論があり、取締役会の監督権限が格段に強化されたことを委員会等設置会社の取締役・執行役の責任軽減の理由とすることに批判的な意見もあった。<sup>(22)</sup>

委員会等設置会社の取締役・執行役の任務懈怠責任の免除については、一般の株式会社取締役の法令・定款違反行為による会社に対する責任の全部免除（旧商法二六六条五項）の場合と同様に、責任の全部を免除するには全株主の同意が必要であるが（商法特例法二二条一七の二項）、悪意・重過失のない取締役等の一定限度の免除は、株主総会の特別決議または定款授權に基づく取締役会決議によって行なうことを認めるほか（同法二二条の一七の五項）、社外取締役については、定款授權に基づく当該取締役との責任限定契約によって行なうことが認められた。<sup>(23)</sup> このことから、委員会等設置会社における取締役会の承認を受け取引をした取締役または執行役、および、取引の承認決議に賛成した取締役の責任は、過失がなかったことを証明すれば損害賠償責任を負わず（同法二二条の一七の一項）、悪意・重過失でないかぎり一定限度の免除が認められることになった（同法二二条一七の四項）。

### （3） 会社法における解釈

以上のような取締役の責任に対する議論のなかで、平成一五年に公表された「会社法制の現代化に関する要綱試案」においては、利益相反取引による取締役の責任を過失責任とすることが提案された。<sup>(24)</sup> その後、公表された「会社法制の現代化に関する要綱」においては、利益相反取引の責任は過失責任とするが、自己のために取引を行った取締役・

執行役については、無過失責任を維持することとされた。<sup>(25)</sup>これは、自己のために会社と取引をした取締役が、会社に損害を立証されても利益を保持し続けるのはおかしいとの判断によるものであると説明されている。<sup>(26)</sup>

このような過程を経て、会社法では以下のような規定を置くこととなった。会社法四二三条一項の取締役の責任は、取締役会設置会社とそうでない会社との取締役の性質の違いを設けることには合理性がないと考え、無過失責任規定は厳格すぎることから、<sup>(27)</sup>任務を怠った取締役その他の役員等は会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負うと規定された。同法四二三条三項では、①会社と間接取引により利益を得た取締役または執行役（同項一号）、②会社のために当該取引をすることを決定した取締役または執行役（同項一号）、③当該取引に関する決議に賛成した取締役（同項二号）について、「任務を怠ったものと推定する。そして、同法四二八条一項は、自己のために会社と取引をした取締役または執行役について、「任務を怠ったことが当該取締役又は執行役の責めに帰することができるできない事由によるものであることをもって免れることができな」と規定された。なお、旧商法二六六条六項による責任免除の規定は、削除されることになり、利益相反取引に關与した取締役または執行役の責任は、会社法四二三条一項の任務懈怠責任の一つとなり、総株主の同意による免除（会社法四二四條）のほか、一部免除・責任限定契約（会社法四二五條）（会社法四二七條）の対象とすることができるようになった。ただし、自己のために会社と取引した取締役または執行役の責任については、一部免除・責任限定契約の適用はされない（会社法四二八條二項）。

ここで会社法・旧商法特例法・旧商法における取締役の責任の違いについて整理してみると、①取締役の利益相反取引による無過失責任について旧商法では、取締役会の承認の有無により四号・五号の責任が併存するのに対して、会社法では取締役会の承認の有無ではなく、取締役の利益相反取引に対する会社への関わり方に責任の違いを設けて

いる。②旧商法特例法二二条二一では、取締役会の承認を受けた取引に適用される特別規定であつたのに対し、会社法四二三条三項は承認の有無とは関係なく適用される。③旧商法二六六条一項四号の責任は無過失責任と解され、旧商法特例法では取締役・執行役の責任は過失責任であつたのに対し、会社法四二八条一項では、自己のために直接取引をした取締役等に限り無過失責任を負うとされたことといった違いがある。

ところで、取締役の業務執行権限は、株主から会社の業務執行において授權されていることから、例えば資金を調達するための株式を発行することが授權資本の範囲内であれば機動的に行うことができる。しかし、取締役の利益相反取引・競業禁止義務・報酬の規定は、会社と取締役の利益衝突の場面において、私利私欲の行動をすることを防止するための規定であると思われる。たしかに、取締役の報酬規制は、いわゆるお手盛り防止の政策目的であることから株主総会の決議により決定されることから、株主総会での取締役全員の報酬総額の上限額の範囲内で具体的な配分を決定しておけば、取締役に委ねてもお手盛り防止の政策目的は確保される。ところが、取締役の利益相反取引は、会社法三五六条一項により取締役会設置会社については取締役会の承認を受けなければ行ふことができる。これは、同法三五六条一項が取締役の恣意的な私利私欲の行動を防止するための趣旨であるとしても、個別の取締役の利益相反取引行為と業務執行行為であることから取締役会の承認を受ければ、取締役は迅速で機動的な業務執行ができると考えられる。

そこで判例や学説では、会社法三五六条の制限を受ける取引か否かを判断する場合、ある行為に利益相反があるか否かを、個別的・具体的なその行為の内容によって定めなくてはならないとする傾向が強<sup>(28)</sup>いようである。この傾向は、利益相反取引を個別的・具体的な内容から判断して、会社の利益となる取引には会社の承認は不要で、会社の不利益

となるものだけを会社の承認にかけなければならぬことになる。<sup>(29)</sup>しかし、会社の利益となる取引により、取締役は会社の承認を受けなかったが、事後的に会社に損害が発生した場合に、会社と取引した取締役の責任は民法一〇八条が適用されることになり、取締役には無権代理行為としての効果が生じてしまう。それでは、会社法三五六条二項による民法一〇八条の規定は会社の承認を受けた利益相反取引には適用しないと規定の趣旨が、個別的・具体的な内容から判断して、会社の利益となる取引には会社の承認は不要であり利益相反取引ではないと考えると、会社法三五六条二項そのものの意味を持たないものになってしまうのではないだろうか。会社法三五六条により双方代理行為が認められている以上は、会社と取締役がどのような取引であっても取締役会または株主総会にかけて、その上で会社に有利な取引は承認し、不利なものは承認せず、会社と取締役が取引すれば、それは利益相反取引であると考えことに同法三五六条の存在意義が見出せるのではないだろうか。<sup>(30)</sup>そこで会社と取締役の取引とはすべて利益相反取引であるとすると、自己のために取引を行った取締役は、会社に利益となりえるような取引であったとしても、会社に損害が発生すれば会社法四二八条一項を過失責任としての解釈に捉えれば、取締役が会社の利益を優先させて萎縮することなく会社を経営していくことが期待できるであろう。

そうすると、なぜ会社法における取締役の責任は、取締役会の承認の有無に関わらず任務懈怠を推定規定にとどめ利益相反取引に対する会社への関わり方に責任の違いを設けたのであろうか。この問題は、利益相反取引が類型的に会社に損害を及ぼす恐れの高い取引ではあるものの、承認を受けて取引をした事実・取引に関与した事実のみで任務懈怠と判断するのは行き過ぎであるとの指摘があり、<sup>(31)</sup>客観的な判断では任務懈怠とは決定することはできない責任規定となっている。そうすると、自己取引を行った取締役の責任規定を過失責任として解釈できるのかは、会社法に

における任務懈怠とはどうゆうものであり、推定規定である以上は、取締役は会社に対しどのような義務を負い責任を追及する側とされる側との立証責任はどのような形となっていくのかを考察する必要がある。

そこで、新たに取締役の責任として規定された任務懈怠責任について、会社に対する取締役の義務とはどのようなものなのかを会社と取締役の関係をⅢの(一)で論じ、これを踏まえて取締役の任務を怠つてないこととはどのような証明責任が必要であるのかを立証問題としてⅢの(二)で明らかにしていく。次に、会社と取締役の権利・義務の関係を明らかにした上で(三)では、会社法四二八条一項による自己のために行った取引による責任は、「責めに帰することができない事由によるものであることをもって免れることができない」との規定から任務懈怠と帰責事由の関係を取締役の義務から考察していくことにする。

### Ⅲ 民法上の善管注意義務に基づく取締役の責任

#### (一) 取締役と会社の関係

取締役と会社の関係は、民法の委任に関する規定に従う(会三三〇条)。このことから取締役は、会社に対し善良な管理者としての注意義務を負い(民六四四条)、忠実義務を負う(会三五五条<sup>32)</sup>。取締役が、これらの義務に違反し会社に損害を与えたときは、会社に対し、債務不履行に基づく損害賠償責任を負う。しかし、民法の規律のみでは、会社利益保護の観点から見ると必ずしも十分ではないので、会社法四二三条一項による任務懈怠責任が定められている。<sup>33)</sup>

この責任規定の構成についても、平成一四年改正との連続性を重視し、委員会等設置会社以外の会社においても任務懈怠の責任として規定を適切である旨が要綱試案で述べられているほか、立法担当者による解説も、規定振りの変更は旧商法特例法の文言にならったものであって、任務懈怠と過失との関係について、旧商法からその実質を変更したものではないとしている。<sup>34)</sup> 旧商法での二六六条一項五号に基づく責任の法的性質は、債務不履行による責任であるというのが通説・判例の立場であることから、<sup>35)</sup> 会社法四二三条一項により責任を追及するには、取締役の故意・過失は必要である。

そうだとすれば、会社法四二八条一項に規定されている任務を怠ったことの故意・過失とはどのような行為なのであろうか。つまり、取締役が、自己取引を行ったことによる注意義務を怠ったのか。それとも、会社に損害が発生すれば自己取引の行為そのものが任務懈怠となりうるのだろうか。もともと、取締役の任務懈怠とは注意義務を怠ったことと解すれば、注意義務を怠ったことによる帰責事由のなかつたことの主張は不可能であることから、自己取引により会社に損害が発生すれば任務懈怠となりうる。しかし、任務懈怠は推定規定とされたことにより自己取引による会社の損害そのものが任務懈怠となりうることに矛盾することになるのではないだろうか。

そうすると、この会社法四二三条一項に基づく取締役の責任の法的性質が、民法上の債務不履行責任であるとするれば、会社または株主に対しどのような義務を負って責任を果たさなくてはならないのであろうか。そこで、会社法四二三条一項の責任規定が、民法四一五条の債務不履行責任を敷衍したものであるとすると、取締役は善管注意義務を負うことから、善管注意義務と帰責事由(過失)の関係を民法上の債務不履行の内容から明らかにし、新しく会社法四二三条一項に定められた取締役の任務懈怠責任と過失とはどのような関係になるのかを検討していく必要がある。

(2) 民法上の債務不履行の内容からの取締役の義務と責任

民法四一五条は、債務不履行に基づく損害賠償責任が生ずるための要件として、①債務者が「債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為サザル」こと、②「責ニ帰スヘキ事由」があり、③債務不履行により損害が発生したことが必要とされる<sup>(36)</sup>。伝統的な民法上の通説は、①を履行遅滞、履行不能、不完全履行の三つに分化させ、②の「責ニ帰スヘキ事由」とは、故意・過失または信義則上これと同視すべき事由を意味すると解してきた<sup>(37)</sup>。では故意とは何かであるが、これは債務不履行を生ずべきことを知って、あえて何事か(債務の目的物を破壊)をすること、または何もしていないこと(債務の持参をしないこと)である<sup>(38)</sup>。また、帰責事由とは、債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにある者として一般に要求される程度の注意を欠いたために債務不履行が生じることを認識しないことをいうと定義される<sup>(39)</sup>。ここまでを整理すると、民法四一五条に規定されている「債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為サザル」という法律要件と「責ニ帰スヘキ事由」という法律要件から裁判所は、損害の事実が存在するかどうかを主張・立証により判断しなければならぬ。そこで、帰責事由の立証責任は債権者と債務者のどちらにあるのであろうか。この点に関し、通説・判例は、帰責事由の立証責任は債務者が負担するとしている<sup>(40)</sup>。これは、債務不履行に関する「立証責任の分配の法則」からすると、①と③の要件を充足することの立証責任は債権者の側にあり、②の要件を充足しないこと(41)の立証責任は責任を免れようとする債務者の側にあることになる<sup>(41)</sup>。

取締役の債務は、会社の事業の成功や利益の増加という結果を生じさせることではなく、委任契約に基づき善管注意義務を尽くして職務を執行することにある。したがって、善管注意義務違反があったとして取締役の責任を追及す<sup>(42)</sup>

る場合を考えると、①の要件は取締役がその職務を執行するにあたり善管注意義務を尽くさなかったこととなり、②の要件である帰責事由、つまり善良な管理者の注意を尽くさなかったことと実質上重なるか密接する(善管注意義務Ⅱ帰責事由)ことになる。このことから責任を追及する原告の側で①の要件の主張・立証に成功すれば、取締役の側で②の要件を立証する余地はほとんどないということになりそうである。しかし、取締役の善管注意義務違反を認めながら、帰責事由(過失)がないことを理由として責任を否定した蛇の目ミシン工業事件という判例が存在する。<sup>(43)</sup>これは、裁判所が任務懈怠と帰責事由を区別して判断していることを示す例として、立法担当者が引用している。<sup>(44)</sup>この判決は、会社の株式を買い占めた者の脅しに合い、会社の財産三〇〇億円を迂回融資の形をとって利益供与した取締役の善管注意義務違反を肯定しつつ、当該取締役は、買収者による暴力的な脅迫行為により「心労を重ね、冷静な判断が出来ない状況の中で」債務の肩代わりを行ったものであるから過失を認めることはできないとして、結論的に責任を否定したものである。これは、いわゆる期待可能性の欠如を理由とする免責を認めたものと評価する論者もいるが、かなり特異な事情に基づく判断であった。<sup>(45)</sup>

そこで、自己のために行った取引による取締役の責任問題である会社法四二八条一項の検討を進めるに先立ち、「取締役の義務」には二つの考え方が商法上での学説に見出される。

第一の考え方は、従来の商法学説の伝統的な解釈論であり任務懈怠とは善管注意義務の違反を意味すると考えるものである。<sup>(46)</sup>これは、「取締役の義務」に対する違反があり、さらに会社の損害・因果関係などの要件事実を充足すれば、「取締役の民事責任が発生するというように」「行為規範」と「責任規範」を結びつけるものである。つまり、任務懈怠と善管注意義務違反の評価を同じ観点からとらえ、このようなアプローチからは、民事責任制度の中に「取締役



の義務」の問題が組み込まれて論じられることになる<sup>(47)</sup>。

第二の考え方は、「取締役の義務」を「行為規範」と「責任規範」に峻別するものと考えられるものである。この考え方は、「取締役の義務」違反があるからといって「取締役の責任」が常に認められるものではなく、任務懈怠行為を、構成要件として行為や損害の観点から捉える場合と、責任論から注意義務違反という観点から捉える場合では異なるものであると考えられる。

そこで、次章では、「現代化要綱」において、会社法四二八条一項は無過失責任であるとしていたものを、「現代化要綱補足説明」で任務懈怠の主張は可能であるとした立法担当者の意見をもとに、取締役が具体的な法令違反の場合とそれ以外の善管注意義務違反の場合を総合的に判断する一元説と、取締役の責任の判断構造を分けてとらえる二元説の解釈論を検討して同法四二八条一項の解釈の帰結を追っていくことにする。

#### IV 取締役の任務懈怠責任における二つの解釈論

##### (1) 任務懈怠と帰責事由を同じとする一元説の立場

この一元説の立場は、伝統的な解釈論において任務懈怠とは善管注意義務違反を意味すると解することを前提に、取締役の行為が民法六四四条の善管注意義務違反、したがって任務懈怠と評価されたときに、帰責事由(過失)の証明責任はどうなるのか、債務者たる取締役が提出できる抗弁としてどのようなものを観念することができるかという

点に関するものである。<sup>(48)</sup>

取締役は、その善管注意義務違反の業務執行行為により会社に生じた損害を賠償する責任を負う。そこで、善管注意義務がつくされたか否かの判断は、「行為当時の状況に照らし合理的な情報収集・調査・検討等が行われたか、および、その状況と取締役に要求される能力水準に照らし不合理な判断がなされなかったかを基準になされるべきであり、事後的・結果論的な評価がなされてはならない」<sup>(49)</sup>。そこで、会社に損害が発生した場合に、原告側と被告側との注意義務違反（過失）の証明責任はどうなるのが問題である。

取締役の債務は、会社に利益を生じさせることを請け負っているわけではなく、善管注意義務を尽くして職務を執行すること自体がその債務内容である。したがって、取締役の債務の本旨に従った履行がないことを原告が主張・立証を要する証明は、同時に注意義務違反があることの証明であり、<sup>(50)</sup>その証明がなされれば、通常、取締役が無過失を証明する余地はないであろう。もともと、取締役の責任を追及する原告が一般的な注意義務違反とは区別される具体的な法令違反の事実の主張・立証をすれば、注意義務違反があったことを事実上推定され、取締役が相当の注意を尽くしたことを証明する必要に迫られることはあり得る。<sup>(51)</sup>

以上のことは、取締役の具体的法令違反による任務懈怠責任が問われた現実の裁判例からも裏づけられる。例えば、野村證券填補事件<sup>(52)</sup>では、取締役はあらゆる法令を遵守する職務上の義務を負い、善管注意義務違反とは別に法令違反も任務懈怠に該当するような解釈論である。そこで、この本判決の一連の議論の中には、取締役が遵守する法令の意義についての限定説、非限定説という対立軸の問題があった。<sup>(53)</sup>しかし、制限説か非制限説という点に関する議論よりも別に、本稿が問題として提起している会社法四二八条一項の解釈論としては、個別具体的な法令に対する違反の場

合と、それ以外の取締役の注意義務違反の場合とで、会社に対する取締役の責任の判断構造に違いがあるかという点に関する議論として、より高い価値が与えられるべきものである。<sup>(54)</sup> この本判決を一元説で考察してみると、取締役の法令違反として独占禁止法一九条違反が認められながら、善管注意義務違反（＝任務懈怠）の存否というフィルターを常に通すことにより責任の存否を確定することになる。これは、任務懈怠は善管注意義務を意味することからすれば、個別具体的法令違反の場合もそれ自体を責任発生事由とするのではなく、善管注意義務を介在させて責任の有無を判断することが合理的だと考えられる。例えば、会社や株主代表訴訟により個別具体的法令違反の追及がなされた場合に、任務懈怠違反かどうかの判断は、善管注意義務を介在させて責任の存否を確定させることにより、善管注意義務違反であると立証されれば、取締役の無過失は否定されたことになる。

一元説は、取締役の負う義務は「法令を遵守して行動すべき義務」ではなく、「会社が法令を遵守しないで行動することをさせないようにする取締役の義務」であるとする考え方を基礎とする。「法令に違反する行為」がただちに会社法四二三条一項の要件事実を充足すると解すべきではなく、取締役の法令違反行為をあくまでも「取締役の注意義務」の一内容としてとらえる立場である。<sup>(55)</sup>

したがって、取締役と会社の関係で取締役の義務違反による損害賠償を請求することの根拠は、当該取締役の行為が会社に対して取締役が負う注意義務に違反するものでなければならぬ。その結果、法令違反が問題となる事実でも、任務懈怠の要件事実を成すのは、「会社が具体的な法令に違反したこと」ではなく、「会社に法令違反をさせないよう」に注意して行動すべき取締役の義務に対する違反」だということになる（「善管注意義務違反」＝「任務懈怠」＝「過失」）。<sup>(56)</sup>

では、この一元説の解釈論を踏まえて会社法四二八条一項を考えると、取締役は、任務懈怠が責めに帰することができない事由によるものであることをもって免れることができないことから、原告である会社・株主側から任務懈怠を主張・証明されれば、被告である取締役側から任務懈怠のなかつたことの主張・証明は実質的に否定されたことになる。もつとも、立法担当者は、任務懈怠がないことの主張は可能であると現代化要綱補足説明で述べている。

これでは、任務懈怠違反の判断に善管注意義務を介在させて、取締役の責任を判断する一元説では帰責事由によるものでないことを理由として責任は免れないとする同法四二八条一項の説明は困難である。立法担当者は、現代化要綱において取締役の責任を無過失責任としたものを、最終的に補足説明で自己のために行った取引による取締役の任務懈怠の主張は可能であるとして、ことから過失責任と考えていたのであろうか。そうであるとすれば、この責任規定を、一元説から解釈すれば取締役の法令違反行為は注意義務の一内容としてとらえると、立法担当者の説明である「任務懈怠のないこと」の主張は可能であるとした理由からは、一元説での取締役の責任を過失責任と導き出すことは難しい。なぜなら、任務懈怠⇨善管注意義務と帰責事由(過失)がないことが実質上重なり合うことを前提とすれば、無過失の証明が許されない取締役が任務懈怠のないことの証明に成功することは理論的には可能であるが通常では考えられないということになりそうである。<sup>58)</sup>立法担当者の自己のために取引した責任を無過失責任としたことは一元説からでも説明することができる。そうすると、立法担当者の自己のために取引した責任を無過失責任とした説明は、会社法四二八条一項の規定は蛇の目ミシン工業事件での忠実義務・善管注意義務を認めつつ過失を否定した裁判例を取り上げて二元説を採用して設けたと説明しており、二元説の解釈からの結論も無過失責任と解釈せざるをえないのだろうか。そこで、次は任務懈怠と帰責事由を分けた解釈論である二元説からみた同法四二八条一項の責任に

ついで考察していく。

(2) 任務懈怠と帰責事由を別とする二元説の立場

二元説の理論構成は、具体的な法令に対する違反の場合と、それ以外の取締役の注意義務違反の場合とで、取締役の責任の判断構造を分けてとらえる考え方である。<sup>(59)</sup> この考え方は、取締役の業務執行における「法令遵守」に絶対的な価値を置くことで、具体的な法令違反行為があった場合と、取締役が経営判断の原則が適用されるような注意義務に違反した場合とは質的に異なるとの理解を基礎とする解釈論であるといえる。<sup>(60)</sup> つまり、具体的な法令に対する違反が問題となる局面で、原告側から会社に対する取締役の損害賠償責任が問われる場合には、具体的な法令に違反した事実さえ主張・証明されれば、「取締役の任務懈怠」の要件事実についての主張・証明としては十分である。被告である取締役がどのような不注意な行動あるいは慎重に注意をはらった行動をとったのかは、取締役の任務懈怠の要件事実ではなく、注意義務の要件事実についての主張・証明をすることになるものの、会社法四二八条一項では注意義務違反に対する帰責事由の主張・証明をすることは禁じられている。この解釈論を踏まえると、立法担当者は任務懈怠のなかったことの主張は可能であると説明していることから、法令違反であることについての期待可能性の欠如を任務懈怠がなかったとして被告である取締役が主張できる唯一の抗弁と考えているのだろうか。<sup>(61)</sup>

他方で、任務懈怠のそのものの意味を利益相反取引の局面において、従来の理解とは異なったものとしてとらえる考え方がみられる。

この考え方である取締役の任務とは、公正な条件・内容において利益相反取引を行うことである。<sup>(62)</sup> そのため、利益相反取引によって会社に損害が生じた場合であっても、取締役は、取引を行った時点において、当該取引が公正な条件・内容の下に行われていたことを主張・証明すれば、「任務を怠らなかつたこと」の主張・証明をしたこととなり、責任を負わないで済むことになる。しかし、公正な取引であることの主張・証明をできない場合でも、自己のために会社と取引をした取締役以外の取締役は、「公正な取引が行われるように、善良な管理者の注意を尽くしたことを」主張・証明できれば、任務懈怠が帰責事由(過失)によるものではなかつたものとして、責任が免れるという考え方が<sup>(63)</sup>ある。これに対し、自己のために会社と取引をした取締役は、会社法四二八条一項により、任務懈怠が帰責事由によるものではなかつたという主張・証明は禁じられていることから、会社に損害が生じて取引の公正であつたかどうかの証明とは関係なく当然に責任を負うような考え方が主張されている。<sup>(64)</sup> この考え方は一元説による解釈であると思われる、法令違反行為についての判断はつねに任務懈怠のフィルターを介在したことに基づく理論である。先にも述べたように、会社法四二八条一項を過失責任と解釈するには、一元説からでも解釈は可能ではあるものの、無過失の証明が許されない以上は任務懈怠のないことの証明に成功することは通常では考えられない。しかし、これを違法行為と有責任を個別に判断できる二元説で解すれば、取締役の利益相反取引での任務とは、取引の公正な条件・内容として捉えることだけでなく、取締役会の承認の有無も一つの公正な内容と考えられ、取締役の任務懈怠の主張・証明は可能であり合理的である。

利益相反取引を行ったときに、客観的にみて公正な条件・内容であつた場合に、当該取引から会社に損害が発生すれば一元説と二元説から解釈して取締役と会社との利益が相反する直接取引からの取締役の責任についてどのような

違いが現れてくるのだろうか。

そこで、取締役の責任の違いとは、不公正な自己取引ではなく公正な自己取引であれば、二元説での解釈論を適用すれば合理的であることを利益相反取引の公正な自己取引による想定事例を挙げた上で検証していくことにする。<sup>(65)</sup>

(3) 想定事例での一元説・二元説の適用問題

例えば、会社が転売目的で取締役から時価相場の一〇〇〇万円で土地を購入しようとした場合に、会社と取締役が取引を行ったが、契約締結時から履行期までの間に時価相場が下落し、予定の価格よりも低い価格でしか転売できなかったことから損害が発生した場合にはどのような責任が生じるのであろうか。

一元説の立場から検討してみると、取締役の義務は、会社に法令違反をさせないように注意して行動することであり、常に任務懈怠は善管注意義務の存否というフィルターを通し個別具体的法令違反の場合もそれ自体を発生事由とするのではない。このことから、承認を受けないで利益相反取引がなされた場合にも、具体的法令違反があればただちに任務懈怠違反を導くのではなく、取締役の会社に利益をもたらすような自己取引<sup>(66)</sup>、私利私欲のために行った自己取引などのすべての取引において、取締役の任務懈怠責任は、取締役の注意義務違反の要件事実に対する事実上の推定の意味を持つことになることにより、当該取引での具体的な法令に違反したと、法令に違反をさせないように注意して行動したのかということを重ねて判断することができる。つまり、原告である会社・株主側は、具体的法令違反がただちに任務懈怠違反とはならず、どのような具体的法令違反をさせないで注意して行動したことの主張・証

明をしなければならぬ。取締役側としては、会社との利益相反取引に対して注意を怠っていなかったことの帰責事由の抗弁の主張・証明をすることが可能である。したがって、善管注意義務というフィルターを通すことにより具体的法令違反があったことの帰責事由の判断ができる一元説では、自己のために行った取引が公正であっても、不公正な自己取引との取締役の立証責任に差異はなく、公正な自己取引であっても不公正な自己取引との責任は同じということになる。もつとも、会社法四二八条一項を一元説で解釈しても、取締役の任務懈怠が原告により証明されれば責任は免れないことになる。

次に、二元説での解釈論を展開してみると、自己取引を行った取締役は、当該取引により会社に損害が発生すれば、客観的に会社法三五六条二項による具体的法令違反により任務を怠ったと判断されることになり、会社法四二八条一項で注意義務違反による帰責事由の抗弁は禁じられていることから、具体的法令違反であることについての期待可能性の欠如を被告である取締役が主張できる唯一の抗弁が考えられる。そこで、今度は取締役の任務を公正な取引を行うことであると仮定してみる。取締役の当該取引が公正な内容・条件の下に行われていたことの主張・証明をすれば任務を怠っていないとして責任が免れるとすると、当該取引で取締役会の承認のなかった場合には、具体的法令違反も免れることになるのであろうか。確かに、具体的法令違反(取締役会の承認あり)がなかった場合には、利益相反取引が公正な条件・内容であれば任務懈怠の立証・証明は可能であると思われる。しかし、「承認を受けなかった場合には承認を受けた場合よりも取締役は不利に取り扱われて然るべきである」と考<sup>67</sup>える。法令を遵守して経営を行うことが株主の通常の意味、期待に反することになるのではないだろうか。そこで、責任を追及する原告が、利益相反取引を承認を受けなかったことを主張・証明すれば、それだけで任務懈怠の要件を充たし、取締役側は、承認を受けなかつ



たことについて帰責事由がなかったことを証明しなければ責任は免れない。<sup>(68)</sup>二元説では、取締役の任務を利益相反取引にかぎり公正な取引と解すれば、取締役会の承認がなければ任務懈怠がなかったことの主張・証明は困難であり、会社法三五六条二項によって責任を負うものの、取締役会の承認があれば不正な取引のなかったことの抗弁は可能である。これは注意義務違反のなかったことの有責性の主張・証明はできなくても、公正な取引により任務懈怠のなかったことを違法性の観点から取締役の責任を判断することができることに価値を見出すことができる。

(4) 自己のために利益相反取引を行った取締役の責任の行方

以上のように、取締役の会社に対する責任が、委員会等設置会社において過失責任となったことに平仄を合わせることで、会社法でも原則として過失責任となったことによる立法過程から、会社法四二八条一項の自己のために取引した取締役の責任を一元説と二元説から検討して、自己のためにした取引の事例を踏まえた上で一連の流れを考察してきた。

本稿の主眼である自己のために利益相反取引を行った取締役の責任は、会社法四二八条一項により任務懈怠の主張をすることは可能であるが任務懈怠がなかったことの立証ができなければ、帰責事由がないとしても責任を免れないことから一般的な解釈としては無過失責任であると思われる。しかし、当該取引が、取締役の私利私欲のためだけの取引ではなく、会社に有利な利益にもなりうる取引もあるとすれば、取締役の責任が無過失責任というのはあまりに不当な責任だと思われる。

利益相反取引規定の改正過程での議論の中で、委員会等設置会社においては、三つの委員会が設けられたとの理由から、取締役会の監督権限が強化されたことにより取締役・執行役の責任軽減の理由から過失責任とした考えもみられた。確かに、利益相反取引について立証責任の転換を図ることにより過失責任化され、委員会等設置会社の取締役については、業務執行を行わず、取締役会の構成員として業務執行の監督する地位にあるので、旧商法における監査役と同じく過失責任を負うとするのが合理的であるかもしれない。しかも、執行役については、社外取締役が過半数を占める三つの委員会の設置により、その業務執行に対する取締役会の監督権限、つまりガバナンスが強化されたことによるものだと考えられなくはない。<sup>69)</sup>しかし、会社のガバナンスが強化されたことにより、取締役や執行役が過失責任とされたという考えには少し疑問が残る。なぜなら、委員会等設置会社と一般の会社における取締役の責任に違いを設けることは、委員会設置会社の取締役は過失責任であることから、ガバナンスが強化されているからといって業務執行を監督するにあたり緊張感をもって職務を遂行しないかもしれない。他方で、一般の会社の取締役は、委員会等設置会社と比べると責任は厳格であり、責任追及されることを恐れて経営が萎縮してしまうことも考えられる。このことから、委員会等設置会社の取締役の責任は、ガバナンスの強化により過失責任化となったとする理由では、一般の会社の取締役との責任の相違の説明に少し説得力がないのではないだろうか。

立法担当者の説明によると取締役の任務懈怠の主張は可能であり、自己のために行った取締役の責任は、解釈によつては実質的に過失責任と解することも可能であるかもしれない。しかし、任務懈怠と過失が実質上重なり合う一元説での解釈論では、会社法四二八条一項を整合的に説明できない。<sup>70)</sup>そこで、二元説の解釈論から会社法四二八条一項での取締役の任務を公正な取引を行うことと解すれば、会社に損害が発生しても取締役会の承認を受ければ、任務懈怠

に対する有責行為の主張・証明はできなくても、会社とは公正な取引をしたとの抗弁は可能であり、会社法四二八条一項は過失責任と解釈することも可能であると思われる<sup>(71)</sup>。ただ、任務懈怠がなかったことの主張・証明が容易に認められれば、会社法四二八条一項の規定が「現代化要綱」で無過失責任であるとしたことの意味そのものがわからなくなってくる。おそらく立法担当者としては、任務懈怠⇨客観的要件が主張・証明できても、帰責事由⇨主観的要件が主張・証明は許されない以上は無過失責任であると理解として区別したのであろう。

取締役の任務懈怠と個別の法令違反行為の關係は、個々の法令の意義や解釈状況、さらには、取締役の行為の内容を総合的に判断してはじめて確定されると解する立場がある<sup>(72)</sup>。これは取締役が、委任契約に基づく債務の本旨に従い善良なる管理者の注意をもって履行しなかったことが任務懈怠となることである。つまり、経営判断事例については、個別規定違反が即任務懈怠とはならず、善管注意義務に違反したかどうかについて検討することが合理的な場合もあるというのである。確かに、すべての法令・定款違反は即任務懈怠と画一的に整理し、取締役の善管注意義務を尽くしたかどうかは、帰責事由の有無として判断することは合理的でないかもしれない。しかし、個々の法令の意義や取締役の行為の内容を総合的に判断するよりも取締役の経営方針・経営判断については、当該経営上において損害が発生すれば客観的な事実により任務懈怠の有無が判断され、善管注意義務に違反したどうかは判例法理である経営判断原則を適用していくべきであり<sup>(73)</sup>、取締役の法令違反と任務懈怠の關係での法解釈を確立することが合理的であるように思われる。なぜなら、任務懈怠には、客観的な事実によって任務懈怠の有無が判断され、取締役が善管注意義務を尽くしたかどうかは帰責事由のなかで判断される具体的な法令違反事例の場合と、取締役が善管注意義務を尽くしたかどうかは任務懈怠の審査の中で行われ帰責事由の審査は行わない経営判断事例があるとの指摘があり<sup>(74)</sup>、個別的に経

営判断事例が前者、経営判断事例が後者という場合もありえるのではないだろうか。<sup>(75)</sup> 一元説と二元説の違いは、具体的法令違反があればそれだけでただちに任務懈怠になるか否かにあり、会社法四二八条一項を個々の法令の意義や解釈状況、さらには、取締役の行為の内容を総合的に判断してはじめて確定されるのであれば、自己のために行った取引には、公正な取引も存在することもありうることから無過失責任とすることは妥当ではなく、二元説の立場で解釈することが当該規定の実質的な妥当性も確保することができるであろう。

## V おわりに

以上、本稿では、会社法四二八条一項における取締役の責任を主眼に分析・検討し、取締役の自己のために利益相反取引は、公正な条件・内容の取引が存在することを前提に考えれば、二元説での解釈が合理的な論理であることを論じてきた。この会社法における取締役の責任は、無過失責任から過失責任への転換が図られたものの、会社法四二三条三項では、「任務を怠つたものと推定する」と規定され法令違反行為についても任務懈怠のフィルターを通すことを意味し、一元説を採用していることを推測させつつ、一方で、会社法四二八条一項の条文上からは任務懈怠と帰責事由を個別の要件として二元説を採用していると推測することができる。これでは、会社法において任務懈怠と法令違反行為の関係の法解釈が確立されておらず、「取締役が責任を免れうる事情が存在しない」ということの主張・証明責任を、任務懈怠の中で責任を追及する側に負わせるか、帰責事由の中で責任を追及させる側に課すか」という立証責任の分配のしかたに帰することになる。<sup>(76)</sup> これでは提訴する側と提訴される側ではどの程度の立証・証明が必要

なのか混乱を招く恐れがあり、自己取引による取締役の責任が否定される要件としては、どのような行為が任務懈怠となりどのような不注意で帰事事由となるのかを整理していくことが必要である。取締役の責任問題について今後もさらに研究を続け、もつと精緻で正確な検討を期したい。

（注）

- （1）特に明示しない限り平成一七年改正前商法を「旧商法」と呼称することとする。相澤哲二石井祐介「株式会社以外の機関（下）」商事一七四五号二二頁。
- （2）相澤二石井・前掲注（1）二二頁以下。
- （3）福島洋尚「役員等の損害賠償責任・責任追及訴訟」（別冊金融・商事判例）一四二頁。
- （4）なお、企業は取引の円滑性と安全性を重視し、「企業取引が円滑に行われるためには、当事者が期待したとおりの経済上の効果が実現されなければならず、ここに取引当事者の責任の厳格性が意識される根拠が存する。すなわち、取引の相手方を保護し、企業の信用を維持するためには、企業者の責任を加重することが最も有効な方法になる」とされる見解もある。戸田修三「商法の基礎」（青林書院新社、一九七五年）二三八頁。
- （5）江頭憲治郎「株式会社法」（有斐閣、二〇〇六年）四二七頁参照。龍田節「会社法大要」（有斐閣、二〇〇七年）八一頁参照。宮島司「新会社法エッセンス（第二版）」（弘文堂、二〇〇六年）二一五頁参照。
- （6）宮島司「会社法概説（第二版）」（弘文堂、二〇〇〇年）二六五頁参照。
- （7）岸田雅雄「ゼミナル会社法入門（第三版）」（日本経済新聞社、一九九八年）二二二頁以下。
- （8）関俊彦「会社法概論（新訂版）」（商事法務、二〇〇四年）三一八頁以下参照。
- （9）蓮井良憲・西山芳喜「要説会社法（第二版）」（法律文化社、二〇〇六年）一五六頁。
- （10）河本一郎「現代会社法（新訂第九版）」（商事法務、二〇〇四年）四九五頁参照。

- (11) 旧商法での一元説と二元説の解釈について、豊澤佳弘「平成二二年七月七日最判解説」(最高裁判所判例解説民事編、二〇〇〇年)五九五頁以下。
- (12) 旧商法二六六条一項五号に関しては、取締役具体的な義務を課すだけの規定だけでなく、民法六四四條の善管注意義務・会社法三三〇條の忠実義務を定める一般規定も含まれる。
- (13) 最高裁判決平成二二年一〇月二〇日(金融・商事判例一一〇六号)四頁。
- (14) 委員会等設置会社・株式制度の理論と実務(別冊商事法務二六三号、二〇〇二年)一三四頁参照。
- (15) しかし、旧商法二六六条一項四号が過失責任であるということは、取締役が利益相反取引を行うに際し、故意または過失により善管注意義務ないし忠実義務に違反して会社に損害を与えた場合に責任が生じることを意味するが、このような責任は五号があれば足り、四号が存在する理由がなくなるとして、田邊光政「会社法要説(第九版)」(税務経理協会、二〇〇五年)二二一頁以下参照。
- (16) 最高裁判決平成二二年一〇月二〇日民集五四卷八号二六一九頁。
- (17) 始関正光「平成十四年改正商法の解説」(商事法務一六四三三号、二〇〇二年)一八頁参照。
- (18) 始関・前掲注(17)二三頁。
- (19) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説(IV)」(商事法務一六二四号、二〇〇二年)九七頁。
- (20) 前田・前掲注(19)九八頁。
- (21) 始関・前掲注(17)二三頁参照。
- (22) 森本滋「コーポレート・ガバナンス関連立法の最近の動向一委員会等設置会社を中心に(下)」(取締役の法務九八号、二〇〇二年)三四頁参照。
- (23) 始関・前掲注(17)一九頁。
- (24) 「会社法制の現代化に関する要綱試案」第四部第四七(4)①(商事法務一六七八号)。
- (25) 「会社法制の現代化に関する要綱」第二部第三三(8)③イただし書(ジュリスト二二九五号別冊付録所収)。
- (26) 江頭憲治郎「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説(III)(商事法務一七三三号、二〇〇五年)四頁参照。
- (27) 相澤||石井・前掲注(1)二二頁参照。

- (28) 宮島・前掲注(6)二〇六頁参照。最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号一三〇五頁。
- (29) なお、個別・具体的な利益相反取引行為の内容は、社内規定や、履行行為、定款に基づく利益相反取引には承認は不要で、それ以外の利益相反取引には承認は必要である考えもでてくる。
- (30) 宮島・前掲注(6)二〇六頁参照。
- (31) 吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」江頭憲治郎先生還暦記念・企業法の理論・上巻(商事法務、二〇〇七年)五四〇頁参照。
- (32) 取締役は会社に対し受任者としての善管注意義務(民六四四条)と忠実義務(会三五五条)を負うとされている。そこでこの二つの義務がいかなる関係に立つのか、また競業避止義務や利益相反取引などの個別義務がこの二つの関係においてどのよう理解されるのかといった同質説と異質説の議論がある。しかし、同質説、異質説のいずれが妥当かを問うよりもその内容を問うべきことが肝要であり、企業経営を不当に萎縮せず、また経営上の責任を不当に軽減させず、適切に経営をコントロールできる義務構成理論が決定的な判定基準というべきであるとの指摘がある。(森淳一朗「取締役の善管注意義務と忠実義務」ジュリスト一三七頁参照)。
- (33) 弥永真生「リーガルマインド会社法〔第九版〕」(有斐閣、二〇〇五年)二〇七頁参照。
- (34) 相澤II石井・前掲注(1)二二頁参照。
- (35) 最高裁判決昭和五十一年三月三日(金融・商事判例五〇三号)一四頁。
- (36) 平井宜雄「債権総論〔第二版〕」(弘文堂、一九九三年)四四頁以下。
- (37) 我妻栄「新訂債権総論」(岩波書店、一九六四年)一〇五頁参照。
- (38) 我妻・前掲注(37)九八頁以下。
- (39) 我妻・前掲注(37)一〇五頁参照。
- (40) 我妻栄「民事訴訟における要件事実第一巻」一九八五年九頁。
- (41) 吉原和志「利益相反取引にもとづく取締役の責任―取締役会の承認を受けた場合と受けない場合―」法学六七卷六号(二〇〇三年)一〇七四頁では、債務者の立証責任において責事由のほかに、債務不履行が違法であったことを必要としている。しかし、ここでの違法とは、具体的な法令違反なのか、それとも抽象的な法令違反を指すのかは定かではない。

- (42) 吉原・前掲注(41)一〇七四頁参照。
- (43) 東京高判平成一五年三月二七日(判例タイムズ二一三三三三)二七一頁。
- (44) 相澤||石井・前掲注(一)一三三頁参照。
- (45) この蛇の目ミシン株主代表訴訟では、取締役がいわゆる仕手筋に脅迫されて債務の肩代わりを行ったことが、利益供与(旧商法二六六条一項二号)および善管注意義務、忠実義務違反(旧商法二六六条一項五号)の責任について争われた問題である。一番・二審判決とも、取締役が脅迫されて債務を肩代わりする要求にしたがわなければ自らの命のみならず、家族の命まで失いかねない状況にあつてはそれに従うか否かの選択の余地はなく、従うしかなかったことから予見可能性の論理を援用して善管注意義務・忠実義務違反は認めつつ、それに基づく損害賠償責任の帰責事由としての過失はなかったとして責任を否定した。しかし、最高裁では、取締役に對する脅迫に對して警察に届けるなどの取り得べき方法があつたのだから過失は否定できないとした。もつとも、取締役に違法行為の回避を期待するのは困難な状況にあり、取締役の行為はやむを得ないものとして帰責性は否定される見解がある。(吉井敦子「グリーンメイラーの要求に応じた取締役の責任」商事法務、一七五二号五〇頁)。脅迫の程度が著しい場合には取締役の免責を認めるべきであり、「取締役の主観的な心理状態によって、その責任の有無が左右されることを認めるべき」との見解が見られる(永井和之・商事法務一六九〇号四頁)。確かに、取締役に生命の危険を感じさせる程度の脅迫があつたが、脅迫の程度が弱い時点で警察に届けることを届けることは明らかに可能であつたことから、最高裁の結論は支持したい。
- (46) 松本蒸治「日本会社法論」(巖松堂、一九二九年)三〇五頁参照。
- (47) 潮見佳男・民法からみた取締役の義務と責任―取締役の対会社責任の構造―(商事法務、一七四〇号、二〇〇五年)三三三頁。
- (48) 潮見・前掲注(47)三七頁参照。
- (49) 江頭・前掲注(5)四二三頁。
- (50) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫先生古稀記念・現代企業立法の軌跡と展望(商事法務研究会、一九九五年)六三頁参照。
- (51) 吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」(法学六〇巻一号、一九九七年)三八頁参照。
- (52) 最高裁判決平成一二年七月七日判時一七二九号二八頁。



- (53) これは、旧商法二六六条一項五号の取締役の対会社責任原因として、法令・定款違反を規定していた。本規定の「法令」について、競業禁止義務・利益相反取引の制限などの具体的規定だけでなく、抽象的規定である善管注意義務・忠実義務も含まれ、同号の規定は過失責任と解していた(非限定説)。しかし、平成五年の商法改正に伴い、取締役の責任を追究する株主代表訴訟が頻繁に提起されるようになってから、「法令」の意義を限定的に解する見解(限定説)が現れてきた。限定説としては、①「法令」には、会社株主の利益保護規定および公序規定のみが含まれる見解(近藤光男「法令違反に基づく取締役の責任」二八九頁参照)、②会社財産の健全性確保を目的とする規定のみを意味する見解(森本滋「会社法」(第二版)一九九五年二五三頁参照)などがある。限定説では、「法令」に含まれない規定の違反は、善管注意義務違反となるかどうかの問題として処理されることになる。これに対し、従来の非限定説をさらに理論的に再構成された非限定説が示されており、①取締役の法令遵守義務は善管注意義務の「内容とする見解(吉原・前掲注(35)頁参照)、②会社に法令遵守義務が課せられる以上、その運営機構である取締役が法令を遵守すべきことは当然であり、取締役の法令遵守義務は善管注意義務と区別されるべき義務であるとする見解(上村達男・商事法務一四三三号四頁以下。神田秀樹「会社法」(第七版)二〇〇五年二〇六頁参照)などがある。非限定説に対しては、取締役に過酷な責任を課することにならないかという懸念が提起されるが、非限定説は、「法令」違反が直ちに取締役の責任を生じさせるのではなく、他の要件である取締役の故意・過失の認定、責任阻却事由の存在などの面で取締役の責任が否定される場合があることを認めるとして、(畠田公明・別冊ジュリスト一八〇号二〇〇六年二〇〇頁)説明されている。
- (54) 潮見・前掲注(47)三八頁参照。
- (55) 潮見・前掲注(47)三八頁参照。
- (56) 潮見・前掲注(47)三八頁参照。
- (57) 相澤Ⅱ石井・前掲注(2)二三頁参照。
- (58) 吉原・前掲注(31)五四五頁。
- (59) 潮見・前掲注(47)三九頁参照。
- (60) 神田秀樹「会社法」(第七版)〔弘文堂、二〇〇五年〕二〇六頁で、すべての法令を遵守して経営を行うことが、「株主の通常の合理的意思なしし期待である」ことを理由としている。

- (61) 田中亘「利益相反取引と取締役の責任」(商事法務 No.一七六三、二〇〇六年) 八頁参照。
- (62) 田中・前掲注(61) 八頁参照。
- (63) なお、利益相反取引を二元説で説明しているが、ここでは任務懈怠と善管注意義務を一元的に解釈しており会社法四二三条三項で任務を怠っていないと推定されていることから任務懈怠の主張・証明は可能であることから、自己のために会社と取引をした取締役以外の取締役の責任を注意義務違反の主張・証明を認めるために、一元説での説明することには無理があるのではないだろうか。つまり、取締役会で承認した取締役は、任務を怠ったことを推定されていることから、自己のために取引を行う取締役とそれ以外の取締役の任務とは同じではないだろうか。
- (64) 田中・前掲注(61) 九頁参照。
- (65) ここでの会社が取締役の債務を保証する間接取引については、主債務者は当然に保証人に対し責任を負うことから、会社法四二八条一項で言及しない。江頭・前掲注(5) 四二七頁以下。
- (66) 宮島・前掲注(6) 二〇六頁では、会社にどうしても必要な物を取締役から市価より安い値段で買ったとしたら、その売買契約の個別的・具体的な内容としては、利益相反取引とは言えないとしている。しかし、当該取引から損害が発生した以上は、売買契約は一般的・抽象的な性質からすれば取締役と会社間の売買は利益相反取引であり、取締役と会社間で取引がある以上、取締役会にかける必要がある。
- (67) 吉原・前掲注(31) 五四二頁。
- (68) 会社法の下においては、取締役会の承認を受けた利益相反取引について任務懈怠が推定されると指摘がある。しかし、承認を受けていない利益相反取引については任務懈怠が認められ、後は帰責事由での判断ということなのだろうか。森本滋「会社法の下における取締役の責任」(金融法務事情No.一八四一、二〇〇八年) 一九頁参照。
- (69) 前田・前掲注(19) 九七頁参照。
- (70) 吉原・前掲注(51) 三六頁参照。
- (71) 少し付け加えさえていただと、二元説を補足した解釈論を展開するとすれば、会社との利益相反取引により損害が発生した場合には、取締役の義務違反を違法行為と有責行為を切り分けした二元説を任務懈怠と帰責事由を構成要件の一つとしてとらえる解釈論が考えられないだろうか。この考え方は、原告側から利益相反取引が取締役の任務懈怠行為により会社に損害が

発生したとの主張がなされた場合に、会社法四二八条一項により帰責事由の主張・証明は不可能であっても、取締役会の承認を受けていれば、形式的には法令に違反し、違法要件である任務懈怠を推定される行為であっても実質的にみて利益相反取引が会社の利益を図る目的で行われ、取締役又は第三者との間に利益相反をもたらさないような特別な事由が存在することの主張・証明に成功すれば、違法性阻却事由として責任を免れるような理論構成が可能ではないだろうか。

(72) 森本滋「会社法の下における取締役の責任」(金融法務事情No.一八四一、二〇〇八年)一五頁参照。

(73) もつとも、経営判断原則は、そもそも善管注意義務違反の程度の問題であり無用の法理であるとの指摘もある。近衛大「蛇の目ミシン工業株主代表訴訟事件」(金融・商事判例No.一二四九、二〇〇六年)二二頁。

(74) 田中亘「利益相反取引と取締役の責任」(下)(商事法務No.一七六四、二〇〇六年)八頁参照。

(75) 森本・前掲注(72)一五頁。もつとも、経営判断原則を適用する場面は、法令が遵守され公正な市場原理が機能している場面で適用されるものであり、とりわけ違法な利益供与などの当然に任務懈怠と判断されるような具体的な法令違反には経営判断原則は適用すべきではないだろう。

(76) 吉原・前掲注(31)五四八頁。