



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	取締役法令遵守義務違反責任の帰責構造 : 最高裁判決、会社法、そして債権法改正
Author(s)	得津, 晶; Tokutsu, Akira
Citation	北大法学論集, 61(6), 61-98
Issue Date	2011-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45116
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-6_003.pdf



取締役法令遵守義務違反責任の帰責構造

—— 最高裁判決、会社法、そして債権法改正 ——

得
津
晶

I. 問題意識

II. 三つの最高裁判決

- 一. 最判昭和五十一年三月二三日金法七九八号三六頁〔横河電機製作所事件〕
- 二. 最判平成二二年七月七日民集五六卷四号一七六七頁〔野村証券損失補填事件〕

- 三. 最判平成一八年四月一〇日民集六〇卷四号一二七三頁〔蛇の目利益供与事件〕
会社法改正
- 一. 民法学者からの指摘
- 二. 立案担当者の反応
- IV. 債権法改正
 - 一. 「債権法改正の基本方針」
 - 二. 手段債務の免責事由の可能性・その一
 - 三. 手段債務の免責事由の可能性・その二
- V. 免責事由の内容
 - 一. 債務不履行事実の抽出・具体的法令違反と一般的義務違反
 - 二. 故意・過失（主観的要素）枠組の否定
 - 三. 利害得失判断に基づく法令違反
 - 四. 事前に債務者が計算しえない事情
- VI. 結論

I. 問題意識

本稿は、取締役の法令遵守義務違反における民事責任は、いかなる形式論理によって論じられるのかという問題と、いかなる場合に民事責任が課されるのか、または、免責されるのかという実質論の問題について、現在の裁判例の立場を明らかにし、平成一七年会社法と現在審議されている債権法改正との整合性を保った形で提示することを目的とする。

法令違反の場面における取締役の民事責任について、平成一七年改正前商法下では、明文で法令違反をした場合が責任発生原因として挙げられていたところ（平一七前商法二六六条一項五号）、平成一七年会社法四二三条では、かかる個別の責任発生原因規定が削除され、「任務を怠ったとき」との一般的責任規定のみになったことから、解釈に変更が生じるのかという問題点が民法学者により指摘された¹⁾。平一七前商法二六六条一項五号の責任には、最高裁判決により、法令違反行為のほか、「違反行為につき取締役の故意又は過失を必要」とされ、二件の最高裁判決は、取締役に故意・過失なしとして責任を否定している。このように最高裁は、具体的な法令違反の事実と取締役の故意・過失という二要件による判断構造を採用したが、会社法による「任務懈怠」要件への外形上の一元化によって、取締役の法令遵守への注意義務違反という形の判断構造に変更されたと解し得るといえるのが潮見佳男による問題提起である。この問題は、現実の裁判における訴訟活動・立証活動にも影響を与え得る問題であり、本稿では、かかる問題を形式論理の問題とする。さらに、形式論理の問題は、問題提起者の問題意識の源泉であるところの契約責任論が、債務不履行責任に関する近時の民法学界の有力な流れをくむものであり、この流れは昨今議論される民法（債権法）改正に連なることから、債権法改正による影響も検討の必要がある。

また、仮に、何らかの形で従前の判例法理による二要件構成を維持した場合、実質論の問題として、従前の判例による「違反行為につき取締役の故意又は過失」とはいかなる事情が当たり得るのかという問題がある。特に、会社の費用便益分析の観点から会社の利益のために法令違反行為をした取締役の免責が認められるかという問題が指摘されている⁵⁾。他方、前記形式論理の問題と整合的であるか検討の必要がある。

本稿の結論は、取締役の法令違反における民事責任は①債務不履行事実と②免責事由の二要件による判断構造で判断され、これは会社法前後で変更はなく、債権法改正の議論を経てもなお、債務不履行法一般に妥当する判断構造である

というものである。両要件の区分は立証責任分配の観点からなされ、具体的には、証拠との距離や蓋然性等が区分の判断要素となり、具体的法令違反の場合は法令違反の事実をもって債務不履行事実の要件が満たされることになる。この場合の免責事由は、会社（株主）レベルでの利害得失計算では認められず、功利主義の立場を採用するにしても、社会全体の富の最大化の観点からなされるべきであり、合理性のない法律かどうか等が基準となる。

本稿は、まず、平成一七前商法二六六条一項五号の責任に関し取締役の「故意又は過失」を問題とした最高裁判決を、いかなる形式論を採用しているか、実質論としてどのような事情を勘案しているのかという観点から整理する（Ⅱ）。次いで、会社法改正による平成一七年改正前商法二六六条一項五号の明文削除が従前の二要件構造をとっている形式論・実質論にどのような影響を与え得るかの議論を確認する（Ⅲ）。そこでは、従前の判例法理の形式論を維持すると民法債務不履行法の原則と齟齬が生じ得るとの問題点が指摘されたため、近時の債権法改正の動向から債務不履行法と取締役の民事責任の形式論理の整合性を検討する（Ⅳ）。この検討から、債権法改正によっても債務不履行法の一般原則と齟齬なしに取締役の民事責任の二要件判断構造の形式論理を維持できることを指摘し、最後に、かかる形式論理を採用した場合、どのような事情が取締役の免責事由になりうるのかの実質論を展開する（Ⅴ）。

Ⅱ. 二つの最高裁判決

一. 最判昭和五一年三月二三日金法七九八号三六頁〔横河電機製作所事件〕

（一） 事案

A社（株式会社）は、昭和三七年に一株三九〇円でB証券会社及びC証券会社を引受人とする買取引受の方式により株主総会決議を経ずに新株発行を行った。昭和三〇年改正以降、昭和四一年改正前商法二八〇条ノ二第二項は、第三者割当増資の場合には有利発行か否かを問わず株主総会特別決議を要求していたところ、原審・原々審は買取引受も第三者割当増資として特別決議が必要とした。当時、買取引受については、発行価額が公正である限り株主総会特別決議を要しないとする説が存在し、実務上それに倣った例も多かったが、下級審は、特別決議を必要と判断した。⁶なお、本件の発行価額については、昭和三七年六月二十五日にB社、C社から具申された意見と、A社の取締役であるYが他の取締役と共に協議して算出した一応の価格とを総合勘案して同二六日に決定し、有利価額には当たらないと裁判所に判断されている。⁷

これに対して、A社株主のXが、株主総会の特別決議なしに新株発行したことは法令違反行為に該当するとして会社が被った損害についてYの平一七改正前商法二六六条一項五号の責任を代表訴訟により追及したのが本件である。⁸

（二）最高裁の判断

最高裁は、本件新株発行の有利発行には該当しないとした上で、特別決議欠缺に関連して本稿の問題関心である取締役の免責事由の判示を行う。「株式会社取締役が法令又は定款に違反する行為をしたとして、商法二六六条一項（平一七改正前。筆者注）の規定によりその責任を追及するには、右違反行為につき取締役の故意又は過失を必要とするものと解するのを相当とする。したがって、YがA社の取締役として取締役会において他の取締役とともに本件新株発行につき株主総会の特別決議を経ないまま、B証券及びC証券に買取引受けをさせる決議をし、それを実行しても、Yにおいて、故意はもとより、右行為が法令違反になるとの認識を欠いたことに過失がなかったから、Yに損害賠償責任が

ないとした原審の認定判断は、正当として是認することができ」る。

(三) 形式論理

最高裁は、原審の昭和四一前商法二八〇条ノ二第二項違反の判断を変更せず、「取締役の故意又は過失」¹³が必要とし、かかる「故意又は過失」がないことを理由にYの責任を否定した。本判決は①法令違反事実と②「取締役の故意又は過失」の二要件構成の採用を宣言したといえる。

(四) 実質論

次いで、取締役の免責事由として挙げられている事情の検討をするが、最高裁の判示は有利発行該当性判断（消極）が中心であり、免責事由判断について詳細の言及はない。最高裁の判文は、「違反行為につき取締役の故意又は過失」と述べ、故意・過失の対象が違法性の評価とは関係なく行為自体とも読み得るのに対して、当てはめでは「故意はもとより、右行為が法令違反になるとの認識を欠いたことに過失がなかった」と、少なくとも過失の対象は法令違反の認識としている。また、本件における法令違反対象行為自体（株主総会特別決議を経ないでの第三者割当増資）の認識は当然、Yは有しているが、「故意はもとより」と故意の存在を否定している。

本判決では、免責事由が法的評価の難しい事案における取締役の責任を救済する機能を果たしている。ただし、問題となった法令は昭和四一年商法改正によって改正され、判決当時であれば適法な行為であったこと、実務において株主総会特別決議なしに買取引受を行う例は他にも多かつたこと等の特殊事情があり、どの程度から免責事由が機能するのは不明瞭であった。

二、最判平成一二年七月七日民集五六卷四号一七六七頁〔野村証券損失補填事件〕

(一) 事案

大手証券会社であるA社は、昭和四八年三月以来有価証券売買等による資金運用取引の大口顧客であるB社に対して、平成元年四月に、B社を委託者、C信託銀行を受託者とする特定投資信託契約を締結し、取引口座をA社に開設し、他の投資顧問業者と投資顧問契約を締結せずに、B社のための有価証券売買による資金運用を行う営業特金取引を開始した。B社は、かかる営業特金に一〇億円を信託したが、平成元年末ごろに約二億七〇〇〇万円、平成二年二月末ごろには約三億六〇〇〇万円の損失が発生した。

当時は、別の証券会社が大口顧客に対して約一〇〇億円の損失補填を行ったこと等が社会的に問題となっており、平成元年一月二六日、大蔵省（当時）は、日本証券業協会会長宛てに、事後的な損失補填や特別の利益提供を慎むこと、特定金銭信託勘定取引については原則として顧客に投資顧問業者との投資顧問契約を締結させるべきこと等を証券会社に周知徹底させる旨の証券局長通達を発し、日本証券業協会も平成元年一月二六日、本件通達に応じて事後的な損失補填等を慎むべきと内部規則を改正している。ただし、当時、事前の損失保証契約は証券取引法上禁止が明文で定められていたものの、事後の損失補填を明文で禁ずる法律は存在しなかった。

A社は、他の証券会社と同様、これら通達等を、投資顧問業者のいない営業特金の解消を早急に求めるものと解釈し、通達直後からB社の財務部長らと営業特金の解消について交渉したが解決せず、A社担当者は損失補填をしなければ今後のB社との取引関係に重大な影響が出ると考え、A社取締役であるY₁にその旨報告した。Y₁は、B社の営業特金は証券市場好況時から損失が生じていたこと、将来B社の証券発行における主幹事証券会社の地位を失うおそれ等を考慮し、

損失補填実施の必要性ありと判断し、平成二年三月一日のA社専務会において、Y₁からB社ほかの顧客に生じた損失について総額約一六一億円の補填が提案・了承された。A社は、平成二年三月一日、ルクセンブルク証券取引所上場のD社ワラントをB社に売却し、即日買い戻すことで、B社に三億六〇一九万一二七円の損失補填を実施し、営業特金も解消した。

これに対して、A社の株主Xが、損失補填はA社の代表取締役（当時）Yらの善管注意義務（平一七前商法二五四条三項〔会社法三三〇条〕・民法六四四條）・忠実義務（平一七前商法二五四条ノ三〔会社法三五五條〕）違反、証券取引法違反、独占禁止法違反に該当し、本件損失補填により三億六〇〇〇万円の損害を被ったとして平一七前商法二六六条一項五号の責任追及を株主代表訴訟によって行った。

（二）最高裁の判断

裁判所は原々審⁽¹⁴⁾・原審⁽¹⁵⁾・最高裁は、一貫して、本件損失補填が、証券取引法ではなく、独占禁止法一九条・不正な取引方法九号（不当な利益による顧客誘引⁽¹⁷⁾）に該当する違法行為と認定しながらも、Yらの民事責任を否定したが、民事責任を否定した論理は各審級で異なる⁽¹⁷⁾。第一審は、本件損失補填の動機がB社との取引関係維持・拡大にあり、実際にB社との取引関係継続によりA社が相当額の利益を得ており、かつ、今後も得られる見込みがあることから、損害がないと判断し、他方、原審は、平一七前商法二六六条一項五号によって取締役の責任が発生する法令には、競争者の利益保護を目的とする独占禁止法一九条は含まれないとし、本件の違法行為は二六六条一項五号の対象となる善管注意義務違反・忠実義務違反を構成しないとされた。これに対し、最高裁は、二六六条一項五号の法令には「商法その他の法令中の、会社を名あてて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定」が含まれるとし（いわゆる非限

定説)、原審の立論を否定した上で、前掲最判昭和五一・三・二三を引用して、「違反行為につき取締役に故意又は過失」が必要とし、本件では、損失補填決定・実施時において独占禁止法違反の認識がないことについてやむをえない事情があり、認識を欠いたことに過失があったともいえないと判断した。

(三) 形式論理

本件では、最高裁が平一七前商法二六六条一項五号の民事責任において法令違反該当事実のほかに「取締役に故意又は過失」が必要であることが民事責任の否定という結論を左右する事情である。本判決により二要件の判断枠組を最高裁が確立したものと評価できる。

(四) 実質論

それでは、本判決は、いかなる事情を「取締役の故意又は過失」の判断要素としているか。最高裁は、①Yらが損失補填について当時の証券取引法や通達違反の有無について関心があったが、独占禁止法一九条違反の有無については問題を認識していなかったこと、②関係当局も、当時、損失補填は証券取引法の問題と考え、独占禁止法の問題とは考えていなかったこと、③公正取引委員会が損失補填を不正な取引方法に該当するとの勧告は平成三年一月二〇日までなかったことを挙げている。かかる要素から、故意・過失の対象は行為自体ではなく法令違反の評価であることがわかる。また、法的評価が難しい事案における取締役責任の救済法理として機能している点は前掲最判昭和五一・三・二三と同じである。ただし、前掲最判昭和五一・三・二三と比較すれば、問題となった法令の廃止がなくとも、規制当局等の当時の対応状況から「過失」なしとし得ることが示された点において、前掲最判昭和五一・三・二三を推し進めたと評し得る。

三、最判平成一八年四月一〇日民集六〇巻四号一二七三頁〔蛇の目利益供与事件〕

(一) 事案

仕手筋として有名なBが、昭和六一年から、自ら設立した会社も用いてA社（東証第一部上場株式会社）の株式を買い集めて大株主となり、昭和六二年六月にはA社取締役を選任された後、昭和六三年一〇月ごろより保有株式の高値買取を要求しだし、平成元年七月二十九日には、保有するA社株式を暴力団関連会社に売却したとし、八月一日には取り消すには三〇〇億円必要と要求し、さらに八月四日には「大阪からヒットマンが二人来ている」とA社取締役Yらを脅迫した。これによりA社から三〇〇億円をBに迂回融資の形で交付することが八月八日、A社取締役会で決定、一〇日に実施された。さらにその後も、Bの関連会社がA社を含む会社の株式取得の原資として借り入れた債務の肩代わりをした。平成二年七月一九日のBの逮捕後、BはA社取締役を辞任し、関係者間の和解により、A社が迂回融資による三〇〇億円、肩代わり債務を引き受けることとなった。

A社の株主Xは、取締役Yらの関与した金員の交付、債務肩代わり等は忠実義務・善管注意義務違反による責任（平一七前商法二六六条一項五号）、利益供与（平一七前商法二六六条一項二号）⁽¹⁹⁾に該当し、会社が九六六億円の損害を被ったとして株主代表訴訟による損害賠償請求をした。⁽²⁰⁾

(二) 最高裁の判断

原々審・原審は取締役の責任を否定したが、最高裁は破棄・差戻した。ここでは、原判決の論理から確認する。原審は、三〇〇億円交付について、YらのBへの初期の対応・判断に誤りがあったと指摘し、脅迫に応じて「A社にとつ

て、外部に対し全く理由の立たず、かつ返済のあてのない三〇〇億円を融資の形で利益供与することは、本来会社としてはできないことであつて、これを認めた他の取締役についても、本来的には責任を免れない」、「その意味では、Yらには、取締役として、少なくとも三〇〇億円の融資の形を取つた利益供与行為を行ったことについて、外形的には忠実義務違反、善管注意義務違反があつたといふことができる」とする。しかし、前掲最判昭和五一・三・二三、最判平成一二・七・七を引用し、法令違反として商法二六六条一項五号の責任には「違反行為につき取締役に故意又は過失」が必要とし、これは、忠実義務違反、善管注意義務違反でも同様とし、Yらの故意または過失の有無に検討を進める。まず、「前記認定の事実関係に照らし、Yらの故意を認めることはできない」と故意を即断で否定し、過失についても、事前の対応については、心労を重ね冷静な判断ができない状況にあつたこと、その後の三〇〇億円の喝取を予測できなかったこと等から過失を認めることはできないとし、交付そのものについても、「結果として違法行為や犯罪行為の温床となる可能性が十分にあるものであるから、会社の経営者としては、より毅然たる態度をもつて臨むことが期待されるべきであるが、本件における…Bの狡猾かつ暴力的な脅迫行為を前提とした場合、当時の一般的経営者として、Yらが上記のように判断したとしても、それはまことにやむを得ない」と評価し、「取締役としての職務遂行上の過失があつたとは認められない」と判断した²³。

これに対し、最高裁は、三〇〇億円の交付について「正当化すべき合理的な根拠がなかったことが明らか」とし、暴力団関係者が株主となることでA社に干渉してくることにへの恐れについては「証券取引所に上場され、自由に取引されている株式について、暴力団関係者等会社にとって好ましくないと判断される者がこれを取得して株主となることを阻止することはできないのであるから、会社経営者としては、そのような株主から、株主の地位を濫用した不当な要求がされた場合には、法令に従つた適切な対応をすべき義務を有する」とした上で、「本件において、Yらは、Bの言動に

対して、警察に届け出るなどの適切な対応をすることが期待できないような状況にあったということとはできない」ことを理由にBの理不尽な要求に応じた三〇〇億円交付の提案・同意というYらの行為を「やむを得なかったもの」として過失を否定することは、できない」と判断した⁽²⁴⁾。

(三) 形式論理

本件では、問題となった法令が善管注意義務・忠実義務という一般的義務規定・包括的規定であり、独占禁止法や個別の会社法規定が問題となった先行二判決とは異なる。最高裁では、原審の「過失はない」という判断に対して「過失がないとは言えない」と応接したものであるので、最高裁がいかなる形式論理を用いたのかは明らかではない。原審判断の一部を否定したことを原審の全体の形式論理の枠組みを維持したと読むのであれば、善管注意義務・忠実義務という一般的・包括的な法令についても、平一七前商法二六六条一項五号の責任は、①法令違反行為と②「取締役の故意又は過失」の二要件の判断構造が妥当するといえそうである。しかし、原審の判断は、あくまで、「外形的には忠実義務違反、善管注意義務違反があった」というものであり、善管注意義務違反・忠実義務違反を断言していない。ここからは、取締役の「故意又は過失」の判断が、必ずしも善管注意義務・忠実義務の判断とは独立したものと限らず、善管注意義務・忠実義務の判断の一部と読む可能性も開ける。他方、用語法とは別に、①外形上の義務違反と②取締役の「故意又は過失」という形で二段階の枠組みを用いているという点では、従前の個別具体的規定違反における最高裁判決と共通する。

(四) 実質論

まず、原審は故意を即断で否定し、最高裁もその点に言及しなかった点が注目される。これが、最高裁が原審判断

を首肯する意図であれば、本件においてYは、善管注意義務違反の対象行為（三〇〇億円交付、債務肩代わり等）の認識はあり、さらに、Bへの巨額の利益供与として経営者として本来してはならない性質の行為であることの認識まであったのであるが、それでは判例の言う「違反行為への故意」には足りないとの判断が示されたことになる。⁽²⁵⁾

他方、「過失」については、最高裁と原審とで結論が分かれている。原審は、過失を否定する事情として、まず、Bによる喝取の原因となったA社取締役Y₂によるB所有の株式の買取・ファイナンスをA社が責任を持って行う旨の念書作成については、Y₂がこの問題の対応で心労を重ね、冷静な判断ができない状況にあること、Bに唆されたこと、念書作成時点ではその後の三〇〇億円の喝取まで予測できなかったことから本件喝取との関係では損害はないとしている。⁽²⁶⁾そして、その後の交付の提案・決定についても、Bの脅迫行為の悪質性、同僚としてY₂の失態をカバーしたいとの気持ち、A社のイメージ崩壊のおそれ、ひいてはA社崩壊のおそれ等から、「当時の一般的経営者として、Yらが上記のように判断したとしても、それはまことにやむを得ないことであつた」として過失を否定している。ここでは、Yらの内心にかなり重点が置かれ、債務者が一般に要求される程度の注意を欠いたか否かによって過失の有無を決する伝統的な債務不履行法の枠組み⁽²⁸⁾が用いられていることに気づかされる。

これに対し、最高裁は、過失がないとの判断を否定する際に、「本件において、Yらは、Bの言動に対して、警察に届け出るなどの適切な対応をすることが期待できないような状況にあつたということはできない」と述べる。この判断を原審と比較すると、無論、A社取締役Yらの状況についての価値判断の違いよりも、最高裁は、何らかの具体的な行為義務（本件では適切な対応）を問題にしていることに気づかされる。最高裁は、原判決が、Aの脅迫があつた状況で、Yらは具体的にどのような義務を負っており、それを尽くしたのかについての言及が一切ない点を問題視しているのである。そして、このような状況下では、取締役は、一切、何の義務も負わないという極端な結論を論証しない限

り、原審の判断は維持できないというところにある。先行評釈には、警察の届出によってYらの生命身体の危機が解消されないとの指摘も見受けられるが、最高裁は、警察に届け出ればYらの安全は保障されたとも、取締役の個人的利益は常に会社法上の義務に劣後するとも述べてはいない。本件では、Yらは警察に届出ても株式譲渡は阻止できないと「思った」⁽³⁰⁾との主張があるものの、功を奏さなかったにしても、具体的にAの脅迫に対してどのような対応行為を行ったのかについて一切、認定がない。かかる「故意又は過失」の証明責任が被告取締役側にあると考えるならば、最高裁は、Yらが具体的な行為義務の内容とその履行の有無について証明できていないため、「過失を否定することは、できない」と述べたと捉えられる。

Ⅲ. 会社法改正

以上の最高裁判例と前後して、平成一七年会社法制定作業がなされ、平一七前商法二六六条一項五号の定める「法令違反」という具体的要件は廃止され、「任務懈怠」との一般的要件のみになった（会社法四二三条）。これによって、従前、判例の採用していた①法令違反行為と②「違反行為につき取締役の故意又は過失」という二要件の枠組みの基礎付けが失われたのではないかとの問題提起がなされた。

一. 民法学者からの指摘

最初にこの問題提起を行った潮見佳男は、従前の伝統的理解に対して、二つの指摘を行った。まず、第一に、民法

四一五条の債務不履行の帰責事由に関して、契約によって定められた行為義務違反と認定されれば、債務不履行責任が発生し、帰責事由の判断は行為義務違反の判断に含まれるという理解の提示である。潮見は債務を手段債務と結果債務（結果保証債務）に区分し、手段債務には上記の理論が妥当するところ、取締役の注意義務は手段債務に該当するとする。⁽³¹⁾これは、債務不履行責任発生要件を①債務不履行の事実（ないし違法性の要件）と②主観的帰責事由（故意・過失）と考える従来の伝統的な理解⁽³²⁾に対し、債務不履行を一元的に捉える近時の民法・契約法の業績（「民法学説の到達点」）を反映したものである。

第二に、取締役の具体的な法令違反（善管注意義務、忠実義務以外の法令に違反する場合）に基づく責任について以下のような整理を提示する。一方で、具体的な法令違反があれば、即、取締役の行為義務違反があるとし、一般的な注意義務違反の場合と判断構造が異なるとする考え方を二元説⁽³⁵⁾とし、他方、取締役には「会社が法令を遵守しないで行動するようなことのないようにする注意義務」が取締役の注意義務の一内容としてあるとし、行為義務違反一般の場合も具体的な法令義務違反の場合も判断構造は同じであるとする考え方を一元説とする⁽³⁶⁾。後者の一元説では、具体的な法令違反があつたのみでは取締役の注意義務違反は断定できず、取締役が「会社が法令を遵守しないで行動するようなことのないようにする注意義務」を果たしていれば、取締役に行為義務違反はないとする。

かかる整理に従い、潮見は、前掲最判平成一二・七・七による判例の定式は二元説としながら、⁽³⁷⁾会社法では、「法令違反」（平一七前商法二六六条一項五号）との明文の具体的要件が消え、「任務懈怠」要件（会社法四二三条）に一本化したことから、具体的な法令違反があつても「任務懈怠」要件を充足すると評価されて初めて責任が成立するという一元説の理解に整合的ではないかとの指摘をした。⁽³⁸⁾

他方、潮見は一元説構成を用いても、法令違反行為という事実によって任務懈怠を事実上推定することで従前の判例

法理との整合性は保たれるとする。そして、被告取締役は間接反証⁽³⁹⁾によって任務懈怠を反証⁽⁴⁰⁾しうる。

かかる潮見の指摘は、本稿の問題関心に如何なる示唆を導き得るか。一見、会社法制定により形式論理の二要件構成が揺らぐかに見えるが、①法令違反行為によって二応の証明がなされ、②「間接反証」によって免責し得るとするため、概念に差異はあるものの、現実の二段階構成は維持されている⁽⁴²⁾。ただし、潮見が善管注意義務・忠実義務等の一般的義務規定と区別して個別具体的な法令違反を取り扱ったのは、一般的義務規定であれば一元説、具体的法令違反が二元説を判例は採用しているとの暗黙の前提があるようだが、かかる理解は必ずしも判例の理解に整合的とは限らない⁽⁴³⁾。前掲最判平成一八・四・一〇は一般的義務においても最高裁は二元説を採用することを示唆しているからである。

他方、実質論として、具体的法令違反の場合についていかなる事情が「間接反証」として責任否定事由に該当するかについては、潮見は、法律違反行為も反証事実もあくまで「会社が法令を遵守しないで行動するようなことのないようにする注意義務」という主要事実の下で行われることから、客観的な注意義務・行為義務を履行した事実が該当する。抽象的な基準であるが、内心の問題ではなく、客観的な注意義務・行為義務の履行の有無を問題にする点では前掲最判平成一八・四・一〇と共通する。

二. 立案担当者の反応

かかる潮見の指摘に対し、会社法の立案担当者は、潮見論文の二ヶ月後に「現行（当時。筆者注）商法から、その実質を変更したのではない」旨、応接⁽⁴⁴⁾した。立案担当者が問題視したのは、潮見の第一の指摘である債務不履行と帰責事由の関係であった。立案担当者が批判を加える「一元説」とは、「債務不履行責任（民法四一五条）について、債務

を結果債務と手段債務に二分した上で、手段債務については、不完全履行と過失を一元的に把握する見解⁽⁴⁵⁾であり、潮見が第二の点である法令遵守義務とその他の一般的注意義務の判断構造を一致させるという意味での「一元説」とは用語法が異なる。

立案担当者は、過失を任務懈怠の枠組みの内側で考える考え方に対し、取締役の責任は単に委任契約上の責任ではなく、それを超えた法律上生じる責任であることを理由に、「民法四一五条の責任を論ずる場合は格別、会社法四二三条一項の責任において」は否定する⁽⁴⁶⁾。かかる立論は、取締役の義務違反と民法債務不履行法との断絶を示唆するもので、瑕疵担保責任の法定責任説と契約責任説の対立を彷彿とさせるが、取締役の一般的義務（善管注意義務・忠実義務）について最高裁が「通常の委任関係に伴う善管義務」とした理解と齟齬がある⁽⁴⁷⁾。

だが、立案担当者の批判は、潮見の見解が具体的法令違反の場面で「一元説」と称しながらも、実際には訴訟では①具体的法令違反事実と②間接反証との二段階構成を維持していることからすると、むしろ一般的注意義務違反の場合の形式論に向けられていると理解できる。となれば、むしろ判例法理により整合的と理解し得る。

次いで、いかなる事情が「故意又は過失」に該当するかの実質論については、立案担当者の一名が、別途、類型毎に論じている⁽⁴⁸⁾。そこでは、任務懈怠と過失の区別は、立証責任の分配の問題とし、①法令違反行為となる類型について、客観的に法令違反行為（違法行為）となる取締役会決議に賛成したことが任務懈怠を構成するとし、過失は各取締役の主観的要素とする。そのほか、②自己又は第三者の利益をを図る目的又は会社に損害を与える目的で取締役が権限行使する類型では、取締役の主観的意図を立証することで任務懈怠を構成するとし、当該決議に賛成した他の取締役はかかる濫用目的を知らなかったこと、知ることもできなかったことを反証することが善意無過失という免責事由を構成するとしている。③著しく不合理な判断類型については、会社レベルで把握していた情報を前提に著しく不合理な決定であれ

ば関与していた取締役に任務懈怠が認められ、善意無過失は、各取締役レベルで当時有していた情報・権限等に基づいて立証するものとする。

かかる枠組みは、任務懈怠と過失の区分について、会社レベル―個別取締役レベルの基準と客観―主観の基準の二つの基準を錯綜させたものであり、合理性に疑問があるが、重要な⁴⁹⁾のは、この帰結の根拠として立証責任の分配という観点を挙げ、請求者が立証責任を負うのが酷かどうか等の検討に基づいて立論している点である。そして、立案担当者の見解は、具体的法令違反類型だけでなく、一般的義務違反の場面でも原告にすべての証明責任を課すべきではないとの判断が導出される。

IV. 債権法改正

⁵⁰⁾ 取締役の民事責任論にも影響を与えた近時の契約責任論の研究成果は現在、債権法改正という形で結実を迎えており、ますます影響力を強めるであろうが、反面、議論が進むにつれ、立案担当者の様に債務不履行責任と会社法上の任務懈怠責任とを乖離させなくとも判例法理を説明し得ることが判明してきた。

一. 「債権法改正の基本方針」

契約責任論は当初、伝統的学説が債務不履行事実（違法性）と過失（帰責事由）の二要件で審査してきたものを「債務不履行」要件に一元化して判断することが強調されてきた。⁵¹⁾ 潮見佳男の取締役の民事責任に関する論文はかかる潮流

に基づいてなされた立論である。ところが、債権法改正に向けた私的研究会提案のうち、先述した近時の契約法学説の影響を最も強く受けた民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」⁽⁵²⁾においても、要件の一元化は少なくとも提案本文ではなされていない。提案【三・一・一・六二】（債務不履行を理由とする損害賠償）は「債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。」とし、提案要旨には「債務不履行を一元的にとらえる考え方を基礎にしている」とあるが、ここでの一元化とは、債務不履行と帰責事由の一元化ではなく、履行遅滞・履行不能・不完全履行の三類型を取らないという趣旨のようである。⁽⁵³⁾そして、提案【三・一・一・六三】（損害賠償の免責事由）（一）は「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は【三・一・一・六二】の損害賠償責任を負わない」とし、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という免責事由の存在を認めている。

かかる提案は、契約責任について、債務不履行と「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という形で、二要件構成を維持するものといえる。⁽⁵⁴⁾ 伝統的な故意過失もしくは帰責事由概念を否定した理由は、帰責事由概念は「過失責任主義」と結びつけて論じられ、免責事由として画一的な過失の有無が基準になるとの考えに結びつくことを否定するためであり、免責事由は、あくまで契約に基づくリスク分配を基準にすることを明言するためとされる。⁽⁵⁶⁾ solcher立場は、現実の裁判実務の処理方法を明確にするものであり矛盾しないとして⁽⁵⁷⁾いる。

当然、現在の裁判実務が行っているように「帰責事由」概念を契約に基づくリスク分配という観点から用いること、⁽⁵⁸⁾ さらには、「過失」概念をそのように解することも理論上可能であるが、同一用語を異なった意義に用いることは混乱を惹起すること、わかりにくく多義的な「帰責事由」概念では一般市民にとって理解しやすい民法を目指す上で適切でないことから、契約を基準にすることを明白にしたとする。⁽⁶⁰⁾

ただし、「債権法改正の基本方針」の解説まで参照すると、必ずしも形式論理として二要件構成が一貫していないことが覗える。診療債務や雇用契約上の安全配慮義務等の誠意債務・最善努力義務・手段債務型という具体的事情に即して債務内容が確定されるタイプの債務については、契約によって引き受けたリスクという免責事由の要素は、履行過程の具体的状況下での事態を前提として債務内容を確定し、債務不履行責任の成否を判断する際に取り込まれているとし、債務不履行責任の成否判断とは別に免責事由の判断を行う必要はないとする⁽⁶¹⁾。かかる立論は、取締役の善管注意義務・忠実義務にも妥当するところ、債務不履行事実と従来⁽⁶²⁾の「過失」の判断が「事実上」ないし「通常」重なるというのであれば、既存の商法学者による指摘と矛盾せず、判例の二要件構成は維持されることになる。だが、両要件が「法律上」重なり、かつ、証明責任が債務者にあるとすれば、例外的にすら免責事由が存在しえないことになる。とりわけ、会社法上の取締役の責任を「任務懈怠」という一般的要件で判断するとした場合には、従前の裁判例の立場と異なる帰結になりかねない。

二. 手段債務の免責事由の可能性・その一

手段債務類型に免責事由の余地の有無の検討には、そもそも債務不履行事実と区分される免責事由の概念から考える必要がある。とりわけ債務不履行・免責事由共に契約の拘束力を出発点にすると、両者の区分は曖昧であり区分基準が問題となる。

解説によれば、「債権法改正の基本方針」の債務不履行事実と免責事由との区別は、「契約において、債務者が何を引き受けたのか」という問題が債務不履行の前提となる債務内容の確定レベルの問題であるとし、対して、免責事由は、

「その事態から生じるリスクを債務者が引き受けていたのか」という問題であるとする⁽⁶³⁾。この基準は、曖昧さ故、手段債務は生じるリスクへの対応こそが債務内容であるため両者は重なる」と説明できるが、売買契約等の結果債務においても、どのようなリスクまで履行しなくてはならないかは債務の内容であるとの説明もできてしまい、区分の基準として機能しない。

そこで免責事由の存在が既に認められている結果債務から検討する。「債権法改正の基本方針」を検討した先行研究によれば、結果債務の免責事由とは、「履行障害事由が生じた後の時点に立つて事後的に、契約上の義務の射程は、当該事由を克服して結果を実現するまで及んでいなかったという規範的な評価を行うもの」⁽⁶⁴⁾（傍点ママ）と説明されている。かかる規範的評価の内容が問題であるが、「契約の内容や趣旨等との関係で、個別的・相対的に評価される」と⁽⁶⁵⁾契約を出発点とする観点に加えて、事後的観点を強調している点が注目される。事前・事後の区別から、免責事由とは、事前の観点から行為規範として免責原因と考えていないような事情のみ（評価規範として）考慮し得るとの区分を導き得る。無論、たいていの事情は事前の観点から行為規範として考慮しているであろうから、免責事由は非常に狭くなり、従前の不可抗力として考えられてきた⁽⁶⁶⁾帰結と実践的には変わらないであろう。

このような事前的観点から考慮しえないか否かを基準に免責事由と債務不履行事実とを区分するのであれば、手段債務についても同様の概念は観念し得る。手段債務の債務内容は、契約を基礎にいかなる内容の注意義務を負うのかという事前の観点から基礎づけられ、他方、債務者が事前の観点では注意義務違反責任が発生し得ることを認識・承知した上で、それでも履行できないような外在的事情は免責事由の判断要素となり得る。ただし、かかる事情が免責を認めるに足りるまで蓄積されるような事例は非常に少ないであろう。

三、手段債務の免責事由の可能性・その二

さらに、「債権法改正の基本方針」のもとでは、手段債務について免責事由が存在し得る場合は、上記、事前観点から考慮しえない事情以外にも存在することが先行研究によって指摘されている。そこでは、追奪担保責任（民法五六一条⁽⁶⁷⁾）、賃貸借契約における保管義務が挙げられている。追奪担保責任については、他人物の権利移転が契約に基づき手段債務となとした上で、免責事由に該当するとし、他方、賃借人の保管義務についても契約に基づく義務として免責事由に該当するとしている。ここでは、契約上の手段債務として行為義務（事前の観点から当然評価されている行為義務）が免責事由となっている。

このような事象について、論者は、他人物売買の引渡義務、賃貸借契約の引渡義務という結果債務の不履行と、権利移転義務、保管義務という手段債務の不履行とが実体法上「交錯」することによって、結果債務の不履行が手段債務の不履行を推定させるものとなっていると説明する⁽⁶⁹⁾。そして、契約上の債務が結果債務と手段債務との性質が融合している類型についてはこのように免責事由として契約上の行為義務が免責事由になるとするが、注意義務を尽くしたか否かが免責事由で検討されるのは一定の場合に限られるとする⁽⁷¹⁾。

しかし、なぜ、結果債務と手段債務の融合と分類される債務に限って免責事由要件で具体的行為義務・注意義務の履行の有無が判断要素になるのかは不明確である。論者も指摘する結果債務の不履行が手段債務の不履行を推定するという構造は、一定の外形的な結果が証明されることによって契約違反の発生が推定されるということに他ならない。これは、いかに立証責任を分配していくかという考慮によって決せられる問題であろう。

論者は、周到にも、立証責任分配を基準とする整理に対して、仮に支配領域内に生じた事実の問題であれば、医師の

診療義務や使用者の安全配慮義務にもある程度妥当するが立証責任分配がなされていないことを論拠に説明として不十分とする⁽⁷²⁾。しかし、証拠との距離は立証責任分配判断にとって重要な要素であるが、そのみで立証責任転換を認めるわけではなく、推定を基礎づける結果の抽象的な蓋然性も重要な要素となる。診療契約の結果患者が死亡したという事実や被用者の労働事故という結果だけでは、契約違反の抽象的な蓋然性が認められず立証責任転換まで認める必要はないと説明することも可能である。

このように立証責任分配の観点から、請求者がまず立証すべき事柄を債務不履行事実、その後、被告取締役が反証すべき事柄を免責事由とし、区分の基準として、証拠との距離のほか任務懈怠評価の蓋然性ある事実があれば債務不履行事実とし、他方、具体的な行為義務・注意義務態様のうち債務者が立証しやすい事情を免責事由とするということは可能である。そして、かかる立証責任分配の観点が取り込まれるのは、債権者にとって契約違反の証明が困難であり、債務者が証拠提出に有利な立場にあり、一定の外形的事実の証明によって契約違反の蓋然性が一定程度何われるような事例であれば足り、結果債務と手段債務が融合する場面に限定する必要はない。さらに、そもそも結果債務と手段債務の区分が相対的であることからすれば⁽⁷³⁾、純粹に手段債務とされる場合でも行為義務違反を推定させる一定の外形的事実を債務不履行事実とし、詳細な具体的事情については免責事由として債務者に立証責任を負わせることも考え得る⁽⁷⁴⁾。

かかる立証責任分配の観点による二要件の分類は立案担当者の議論⁽⁷⁵⁾とも共通し、また、潮見による一応の推定と間接反証を用いた説明⁽⁷⁶⁾とも共通する⁽⁷⁷⁾。

V. 免責事由の内容

前節でみたように、会社法・債権法改正の議論を経ても、債務不履行の一般原則に反することなく、取締役の法令遵守義務違反の責任について二要件構成をとり得ることが分かった。それでは、免責事由としていかなる事情が該当し得るかの実質論の問題を最後に検討する。

一 債務不履行事実の抽出・具体的法令違反と一般的義務違反

前節でみたとおり、免責事由と債務不履行事實は、同じ契約上の義務の立証責任の分配の問題でもあるため、債務不履行事実としてどこまで証明を求めるといふ問題と表裏一体の側面がある。

まず、問題となるのは、具体的な法令違反行為の立証によつて、債務不履行事實の立証は尽きたといひ得るかである。平成一七改正前商法二六六条一項五号は法令違反行為を明文で責任発生原因に列挙していたため、請求者側の立証責任はこれのみで足りるといえたが、会社法においてはかかる規定が削除されたため問題となる。⁽⁷⁸⁾しかし、前掲最判平成一二・七・七は、取締役の法令遵守義務の根拠として「会社が法令を遵守すべきことは当然⁽⁷⁹⁾」とし、条文に依存していないこと、また、会社法三五五条の文言「取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し…」から法令遵守義務を導きうること等からすれば、会社法のもとでも法令違反のみをもって取締役の義務違反を推定させるという意味で債務不履行事實に該当し得ると解される。

他方、具体的法令違反ではない一般的注意義務違反の場面においても、証拠が通常取締役に近いこと、請求者が少数派株主である場合、具体的行為義務の履行まで立証するのは困難であることから、取締役の義務違反を伺わせる蓋然性の高い一定の外形的事実のみをもって債務不履行事実と解することは可能と思われる。前掲最判平成一八・四・一〇の事

案は、利益供与という法令違反行為が関連し、具体的法令違反と一般的注意義務違反の中間類型の事件ではあるが、会社が損失を被らないし被るおそれが高く、会社の負担する理由のないことをもって、約三〇〇億円の交付や債務の肩代わりについて善管注意義務の債務不履行事実の証明を認めたものと捉えることができる。

二、故意・過失（主観的要素） 枠組の否定

従前の最高裁判例は免責事由を「違反行為への取締役の故意又は過失」と定式化していた。しかし、裁判所の実際の判断は、一方では、具体的法令違反の事案において、行為自体の認識ではなく、法律違反の評価も含むものであり、他方では、内心の問題ではなく、客観的・具体的な行為義務・注意義務の問題としていた。前者は、具体的法令違反において適法性評価が困難な場合に確率による計算を認めることを意味し⁽⁸⁰⁾、後者は、債務不履行事実を客観的事情、免責事由を主観的事情とする定式は採用していないことを意味する⁽⁸¹⁾。

三、利害得失判断に基づく法令違反

それでは、違法行為を行ったと認定された場合に、免責事由としてどのような立証をすればよいか。契約法における債務不履行事実と免責事由は契約を出発点に考えればよいとされているが、会社の機関においてはアナロジーとして契約を用いることがあるもの⁽⁸²⁾、具体的な契約ではないためガイドラインが存在しない。とりわけ、会社の利害得失計算に基づく法令違反が認められうるかが問題となろう。

会社法を契約（の束）と考える場合、論者は、全体の利益が最大化するように契約を考える。となれば、利害得失計算に基づく法令違反を認めるかに見える。しかし、かかる見解は、会社とは株主のみを指すのではなく、会社の利害関係人全体の利益を基準とするものであり、株主の支配権の根拠は会社の残余権者として限界損益が帰属することから社会全体の富の最大化を目指してのことである⁽⁸³⁾。そのため、株主の支配権は株主の保有する cash flow が関係する会社の経済的損益に限定され、それ以外の利益については株主を基準に考えることはできない⁽⁸⁴⁾。具体的法律規制は、多くの場合、外部性が存在するため規制を課すものであろうが、かかる外部性は株主の cash flow によってインセンティブが確保されている利益ではない。よって、株主レベルでの利害得失計算によって免責事由と解することはできないと解される⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾⁽⁸⁷⁾。

功利主義を徹底すれば、社会全体の価値を最大化するか否かが免責事由の基準になりえ、前掲最判昭和五一・三・二三の事案は、問題となった法規制が法改正によって廃止されたことから、法令自体が社会全体の価値を最大化する合理性がなかったことが伺われる⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾。他にも、従前の最高裁判例からは、適法性解釈に争いがあり、当該会社・取締役だけでなく、業界全体や規制官庁が違法とは扱っていない場合⁽⁹⁰⁾に免責を認めている。

四. 事前に債務者が計算しえない事情

他にも、IV. 二. 指摘の通り、事後的に当該事由を克服して結果を実現するまで及んでいなかったと判断される場合は免責事由に該当し得る。取締役が、不履行該当行為以前に、民事責任を負うと覚悟してでも不履行せざるを得ない事情によって不履行を選択し、かかる判断が、取締役と会社の関係からしてやむを得ないと評価される場合にも免責され得る。非常に限定的な場合であるが、前掲最判平成一八・四・一〇の事案で問題となった取締役個人に生命身体の危険が

発生し、危険が及ばない程度での行為義務・注意義務は尽くしたが功を奏さず、一定の法令違反行為等を行わざるを得ない場面などはこれに該当し得るのではないか。

VI. 結論

本稿は、取締役の法令違反行為における民事責任について、形式論として、①債務不履行事実と②免責事由の二要件構成を採用することは、従前の裁判例に沿い、会社法改正を経ても妥当し、また、債権法改正によっても民法法理と乖離が生じるわけではないことを指摘した。そして、債務不履行事実と免責事由との区別は、立証責任分配の観点から、証拠との距離及び蓋然性によって決せられるものとし、具体的法令違反行為は会社法制定後もそののみをもって債務不履行事実と該当するとした。そして、実質論として免責事由に該当し得る事情としては、株主（会社）レベルでの利害得失計算では足りず、社会全体の利害得失計算もしくは適法性に争いがあり業界全体や規制官庁が違法と取り扱っていないような場合等を指摘した。

また、本稿の結論は、具体的法令義務違反のみを債務不履行事実と扱うものではなく、先述した立証責任分配の観点から連続的に債務不履行事実の切り出しを認め得る。例えば、具体的法令違反の公表を怠ったことにより後に発覚して会社に損害が生じたような、法令違反と一般的注意義務違反との中間領域に当たるとような事件類型⁽⁹¹⁾において、かかる公表の懈怠をもって債務不履行事実とする考え方⁽⁹²⁾にもつながりうる。

本稿は、現在議論の盛んな民法契約責任の帰責構造に対し、専門外であるにもかかわらず、踏み込んだ考察をさせて頂いた。大きな誤解もあるであろうが、筆者の赴任以来、分野を超えてご厚情とご指導を賜った瀬川信久教授、道幸哲

也教授が御退職を迎えるにあたり深い感謝を表すために民商の壁を超えた論文に挑戦させていただいた。

- (1) 潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」商事法務一七四〇号(二〇〇五)三三二、四〇頁
- (2) 最判昭和五一年三月二三日金法七九八号三六頁
- (3) 前注(2) 最判昭和五一・三・二三、最判平成二二年七月七日民集五六卷四号一七六七頁
- (4) ただし、後述するように、潮見・前注(1) 四二頁注二九は現実の裁判における立証活動に変更はないとする。
- (5) 田中亘「利益相反取引と取締役の責任・下」商事法務一七六四号(二〇〇六)一〇頁注五二、後藤元「判批」法協一二四卷九号(二〇〇七)二二〇九頁等による指摘
- (6) 昭和四一改正前商法二八〇条ノ二第二項「株主以外ノ者ニ新株ノ引受権ヲ与フルニハ……第三百四十三条ニ定ムル決議アルコトヲ要ス」
- (7) 東京高判昭和四八年二月二八日金判五〇三号一八頁
- (8) 東京地裁八王子支判昭和四六年四月二四日金判二六六号一三頁
- (9) 横浜地判昭和三七年二月一七日日下民集一三卷二二号二四七三頁、東京地裁八王子支判昭和三八年八月三〇日日下民集一五卷五号一〇二九頁。なお、昭和四一年商法改正により特に有利なる価額でなければ第三者割当新株発行でも株主総会特別決議を不要との規律(平一七前商法二八〇ノ二第二項・三四三条(会社法一九九条二項・二〇〇条一項・三〇九条二項五号))に変更された(味村治「改正株式会社法(一九六七商事法務研究会)一六五頁、上柳克郎編・新版注釈会社法(七)(一九八六有斐閣)六一―六二、六八―六九頁)。
- (10) 両証券会社は、直近日A社株価終値四六一円、一週間終値平均四五九円五〇銭、一カ月間終値平均四三四円一一銭の単純平均四五一円五四銭に配当差二円四銭を差し引いた四四九円五〇銭を基準に、A社株価が短期間(一ヶ月以内)に一〇%超の下落が過去七年間で毎年二回程度発生していたこと、直近一カ月の株価変動率が二・三二%であること、A社の過去の売買出来高が一日平均一八万五〇〇〇株、同年六月平均でも四六万八〇〇〇株であるところ本件発行株式数が

二〇〇万株と大量であることを勘案して、前記直近一カ月間株価変動率二・三二%を減じた三九四円一七銭以下、さらに当時の国内外の経済情勢、株式市況の見通し等が悲観的であったことを勘案して、発行価額は一株三八〇円から三九〇円までが妥当と述べた。他方、Yは、直近日前一週間の終値平均、直近一カ月間の終値平均、権利落ち後の昭和三十七年三月二八日から直近日までの終値平均四〇六円五銭の三者の単純平均四三三円二二銭からその一〇%を減じた三九八円九〇銭を一応の合理的価額とした。

(11) 杉田貴洋「新株の有利発行と既存株主の経済的利益の保護」慶應義塾大学・法律学研究二六号（一九九五）五一頁、吉本健一「判批」判評四三九号（判時一五三四号）（一九九五）一二八頁、田中巨「募集株式の有利発行と取締役の責任」新堂幸司「山下友信編・会社法と商事法務（二〇〇八商事法務）一四三頁等の論理からすれば、手続欠缺による違法な新株発行における、会社の損害の有無、代表訴訟による救済の適否が問題となるが、さしあたり本稿では検討の対象外とする。

(12) 最高裁は、A社の様な上場会社の時価発行による第三者割当増資においては、発行価額は、本来は旧株の時価と等しくなければならぬと述べるが、続けて、「新株を消化し、資本調達のための見地からは、原則として発行価額を右より多少低額にする必要がある、この要請を全く無視することもできない。そこで、この場合における公正価額は、新株の発行価額決定前の当該会社の旧株の価格、右株価の騰落習性、従来の売買出来高の実績、会社の資産状態、収益状態、配当状況、発行済株式数、当該新株の発行数、株式市況の動向、これから予測される新株の消化可能性等の諸事情を総合し、旧株主の利益と会社が有利な資本調達の目的を達成するという利益との調和の中に求めらるべきもの」との一般論を示し、本件の両証券会社の意見及びA社取締役協議による価額は、「客観的資料に基づいて前記考慮要因が斟酌されているとみることができ、そこで採られている算定方法は、前記公正発行価額の趣旨に照らし、一応合理的であるというを妨げず、かつ、右を総合勘案して取締役会において決定された価額は、右決定直前の旧株の株価に近接しているということができ」と述べ、「特別の事情のない限り、一応公正な価額であると解するのを相当と」するとした上で、本件において、引受人たる証券業者が具申した意見を参考に発行価額が決定された事実についても、かかる意見の合理性が肯定できるため、それだけで特段の事情には該当しないとし、「他に特別の事情を認めるに足りる事実関係のない本件においては、本件発行価額は、一応公正な価額である」と判断した。

(13) 金判五〇三号一八頁

- (14) 東京地判平成五年九月一六日民集五四卷六号一七九八頁
- (15) 東京高判平成七年九月二六日民集五四卷六号一八二二頁
- (16) 第一審・原審ともに当時の(平三改正前)証券取引法違反を否定した。
- (17) なお、本件では、株主代表訴訟(類似必要的共同訴訟)における原告の一部の上訴の効力についても最高裁は判断しているが、本稿の検討の対象外とする。
- (18) この点については疑問の余地があるが、検討の対象外とする。
- (19) 利益供与に関する主張は原審からであり、第一審及び原審では、利益相反取引規制及び自己株式取得規制違反を主張していたが検討の対象外とする。
- (20) Xは、他にも代表訴訟としてA社が破産したBに対して破産債権を有することの確定を求め、一部認容されている(九三九億円)が、この点は検討しない。
- (21) 東京地判平成一三年三月二九日判時一七五〇号四〇頁。「A社が企業として存立していくためのやむを得ない選択」と評し、「債務保証、担保提供等の行為によって会社に損害が生じたことは事実であり、また、事後的にみて他のより適切な対応方法が可能であったと推測することができる」とも、…、Bの要求は、企業の存立基盤を脅かしつつ執拗に繰り返された悪質なものであり、これに直面したYら取締役について、その当時おかれていた状況の下で、通常の企業経営者として、本件の解決方法以外のより適切な方法を選択すべきことを法的な注意義務として要求することができたとまではいえない」と判断した。
- (22) 東京高判平成一五年三月二七日民集六〇巻四号一三〇六頁
- (23) 債務肩代わりについては、A社と関係のない債務やBがA社株式取得のために借り入れた債務であり、肩代わりにA社が協力する必要はなく、A社が巨額の損失を被る可能性が高く、A社の経営として本来とるべきものではないことから、「外形的には、取締役としての忠実義務・善管注意義務に違反する」としながらも、「Yらの忠実義務・善管注意義務違反について、過失があったか否か」を検討し、BがA社の大株主に留まるとA社の信用失墜・経営へ悪影響を与える恐れがあること、債務肩代わり等は喝取された三〇〇億円返還のためのスキームの一部であったこと等を踏まえて「喝取事件を経験したA社の取締役としては、以上のような判断をしたことには無理からぬところがあった」として、Yらに過失なしと

した。

また、利益供与については、三〇〇億円喝取については、A社経営陣の認識としてBが株式を取り戻すための利益供与であること、実際は喝取されたものであることから、平一七改正前商法二九四条ノ二の定める「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」財産上の利益を供与したものと趣旨が異なり、該当しないとされた。他方、債務肩代わりについては、Bから要求された行為であること、A社が行ったことは関連会社に対する担保の提供しかないことから、「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」に該当しないことは明らかとした。

- (24) 債務の肩代わりについては、A社は本来債務の肩代わりに協力する必要がなかったこと、A社の利益にならないこと、A社が巨額の損失を被る可能性の高い方策であったことから、Yらには少なくとも本件の様な対応を避けるべき義務があったとし、三〇〇億円の喝取を含むBの言動につき警察に届け出る等の適切な対応をすることが期待できない状況にあったということもできないからYらの行為について、「無理からぬところがあったとして過失を否定することは、できない」と判示した。

また、利益供与禁止該当性について、三〇〇億円交付の件は、株式の譲渡は原則として「株主ノ権利ノ行使」に該当しないとしながら、「会社から見て好ましくないと判断される株主が議決権等の株主の権利を行使することを回避する目的で、当該株主から株式を譲り受けるための対価を何人かに供与する行為は、上記規定にいう『株主ノ権利ノ行使ニ関シ』利益を供与する行為というべき」として、本件では「暴力団関係者がA社の大株主としてA社の経営等に干渉する事態となることを恐れ、これを回避する目的」での迂回融資を利益供与に該当するとした。他方、債務肩代わりについても、本件の債務の肩代わり等の実質は、A社が関連会社等を通じてした巨額の利益供与であるとし、「将来Bから株式を取得する者の株主としての権利行使を事前に封じ、併せてBの大株主としての影響力の行使をも封ずるために採用されたものであるから」、利益供与に該当し得るとした。

- (25) 民集六〇巻四号一三五九頁
 (26) 民集六〇巻四号一三六〇頁
 (27) 民集六〇巻四号一三六一頁
 (28) 我妻榮・新訂債権総論(一九六四岩波書店)一〇六頁、奥田昌道・債権総論〔増補版〕(一九九二悠々社)一二五頁

- (29) 後藤・前注(5)
- (30) 民集六〇卷四号一三五―一頁
- (31) 潮見・前注(1) 三四―三五頁
- (32) 鳩山秀夫・日本債權法(総論)(増訂改版)(一九二五岩波書店) 一三六頁、我妻・前注(28) 一〇六頁、松坂佐一・民法提要債權総論(第四版)(一九八二有斐閣) 六九頁、於保不二雄・債權総論(新版)(一九七二有斐閣) 九三頁、林良平・石田喜久夫・高木多喜男(安永正昭補訂)・債權総論(第三版)(一九九六青林書院) 九一頁「林良平」、奥田・前注(28) 一一四頁など
- (33) 吉田邦彦「債權の各種―『帰責事由』論の再検討」星野英一編集代表・民法講座別巻・二(一九八五有斐閣) 四四頁、渡辺達徳「国際動産売買法と契約責任の再構成」法学新報一〇四号(一九九六) 四五頁など
- (34) 潮見・前注(1) 三六頁
- (35) 潮見・前注(1) 三八頁、三九頁
- (36) 潮見・前注(1) 三八頁
- (37) 潮見・前注(1) 四二頁注二六
- (38) 潮見・前注(1) 四〇頁。ただし、かかる潮見論文に基づき行われた私法学会シンポジウムにおける潮見佳男の報告は、会社法が一元説の理解を採用した旨の主張は謙抑的であり、二通りの理解がありうることの指摘に留めていたように筆者には見受けられた。
- (39) 前掲最判昭和五一・三・二三及び最判平成一二・七・七のみを想定し、最判平成一八・四・一〇は以前の論文であるため含まれていない。
- (40) 間接反証とは、ある主要事実について証明責任を負う当事者が当該主要事実を推認させるのに十分な間接事実を一応証明した場合に、相手方がその間接事実とは別個の、かつ、両立しうる間接事実を立証することにより、主要事実の推認を妨げる立証活動を指すが(実例として新潟地判昭和四六年九月二九日判時六四二号九六頁)、事実上の推定に対する通常の反証として説明すれば十分との指摘もある(伊藤眞・民事訴訟法(第三版)三三二頁注二七一)。
- (41) 潮見・前注(1) 四二頁注二九

- (42) ただし、潮見・前注(1)四二頁注三三は、損害賠償の範囲として相当因果関係(民法四一六条)の基点が異なり得るとする。
- (43) ただし、潮見・前注(1)は前掲最判平成一八・四・一〇以前に公刊されたものである(前注(39))。
- (44) 相澤哲「石井裕介「株主総会以外の機関(下)」商事法務一七四五号(二〇〇五)一三頁、特に二二頁。ただし、引用が一切なく、潮見・前注(1)への反論ではない可能性もある。しかし、「取締役の任務を手段債務ととらえ、会社法四二三条一項の責任についても、任務懈怠と過失とを一元的に把握する見解がある」との記述からは、論理的にあり得る見解ではなく、既に存在する見解への批判であることが伺われ、会社法案が明らかになった二〇〇五年四月以降一〇月までの間に、会社法の文言と任務懈怠・過失の関係を指摘する文献は筆者の知る限り、潮見・前注(1)論文のみであった。
- (45) 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(二〇〇七商事法務)五二八頁は、潮見・前注(1)と相澤「石井・前注(44)」の理解の齟齬について指摘する。
- (46) 相澤「石井・前注(44)」二三頁
- (47) 最判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二五頁
- (48) 葉玉匡美「善管注意義務」会社法であそぼ(二〇〇九年四月二二日八:三〇AM) <http://kaishanhou.cocolog-nifty.com/blog/2009/04/post-8ae.html> (last visited Nov. 28, 2010)
- (49) 任務懈怠を客観面、過失を主観面との整理は前掲最判平成一八・四・一〇とは整合的でない上に、後述するように近時の債権法改正で最も批判されている点である。
- (50) 二〇一〇年一月二八日現在、法制審議会民法(債権法)部会で審議中である。
- (51) 潮見佳男・プラクティス民法 債権総論(第三版)(二〇〇七信山社)一一二頁
- (52) 別冊NBL一二六号(二〇〇九)
- (53) 民法(債権法)改正検討委員会編・詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ(二〇〇九商事法務)二四三頁
- (54) 民法(債権法)改正検討委員会編 前注(53)二五二頁は「損害賠償からの免責の枠組みをドイツ型の『過失』・『無過失』から、契約のもとでの履行障害リスクの引受けへと変更したにすぎない」とする。
- (55) 【三・一・一・六三】提案要旨三、民法(債権法)改正検討委員会編・前注(53)二四七頁
- (56) 【三・一・一・六三】提案要旨四、民法(債権法)改正検討委員会編・前注(53)二五〇頁。他にも、過失責任の原則に

は債務者の行動の自由を保障するという考え方であり、契約により行動の自由自ら制約を課したと考える契約の拘束力論と理論的に矛盾するとの指摘もある（民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二四七頁）。

(57) 〔三・一・一・六三〕提案要旨四、民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五四頁。他に、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリスト一三二八号（二〇〇六）一一〇頁

(58) 〔三・一・一・六三〕提案要旨五

(59) 民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五〇頁

(60) 民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五〇頁

(61) 民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五三頁

(62) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫先生古稀・現代企業立法の軌跡と展開（一九九五・商事法務）六三頁、

吉原和志「利益相反取引にもとづく取締役の責任」法学六七卷六号（二〇〇四）一〇七四頁、北村雅史「取締役の義務と責任」法学教室三〇四号（二〇〇六）四三頁、田中亘「利益相反取引と取締役の責任：上」商事法務一七六三号（二〇〇六）

六頁、江頭憲治郎・株式会社法（第三版）四三五頁注四。手段債務において両者の事実上の重なりを指摘する古典として

中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」過失の推認（一九七九弘文堂）六七頁以下。

(63) 民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五一頁

(64) 森田宏樹「手段債務における債務不履行と免責事由の要件相互の関係」法学教室三五六号（二〇一〇）八七頁

(65) 森田・前注（64）八七頁

(66) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」契約責任の帰責構造（二〇〇二有斐閣）五五頁

(67) 森田・前注（64）八六頁及びそこで検討される最判昭和四一年九月八日民集二〇卷七号一三二五頁、最判昭和五〇年

二月二五日金法七八四号三四頁

(68) 森田宏樹「結果債務と手段債務の交錯・融合」法学教室三五七号（二〇一〇）九一頁

(69) 森田・前注（68）九一頁

(70) 森田・前注（68）九二頁

(71) 森田・前注（68）九八頁

(72) 森田・前注(68) 九一頁

(73) 森田・前注(64) 八九頁

(74) この点は、結果債務・手段債務の定義による。結果債務と手段債務の区分は、債権者による結果の不実現の「リスクの引受け」の有無で整理されてきたが(森田宏樹「買主が悪意の場合における他人の権利の売主の責任」法学教室三五五号(二〇一〇)五四頁)、「債権法改正の基本方針」によれば、結果債務にも免責事由の存在が認められている以上、そこで說かれる「リスクの引受け」は「債務の内容」レベルに留まり(民法(債権法)改正検討委員会編・前注(53)二四八頁)、免責事由レベルでは引受なかつたリスクの存在を主張できる。ここからは、結果債務とは一定の外形的事実たる結果を立証するのみで債務不履行事実の立証がなされたと扱われる債務ということになり、免責事由でいかなる事実が該当し得るかは結果債務概念に関係がないということもできる。このように解すれば、後述するように、例えば、法令違反を立証すれば債務不履行事実は証明され、取締役が行為義務を尽くしたかどうかを免責事由となるという法令違反における取締役の民事責任は、結果債務であると整理することもできるからである。ただし、伝統的には、免責事由の範囲が前項で説明した事前に責任を逃れると考慮していない事項に限られる場合を結果債務としているように思われる。

(75) 葉玉・前注(48)

(76) 前注(42) 該当本文参照

(77) 潮見は訴訟法的に処理するのに対し、本稿は実体法で整理するという点に違いがあるが、本稿の形式論の問題関心は、裁判における機能として考察しているためかかる違いについて詳論は避ける。ただし、訴訟法上の問題として解決可能かどうかという問題(森田・前注(64) 八六頁)とは別に、最高裁判例の判文は実体法として扱うのに整合的に見える(森田・前注(64) 八八頁)。

(78) 潮見・前注(1) 四〇頁は「とりわけ、『法令違反』という『要件事実』が明文から消えたことによる、影響は少なくない。制度設計面で『法令に、民法六四四條(取締役の注意義務)が含まれるか』という思考様式を採用していた商法二六六條一項五号から、『取締役の任務懈怠』注意義務違反に、法令違反行為が含まれるか』という思考形式を採用する会社法四二三條一項へと転換を遂げた以上、任務懈怠を理由とする責任のパラダイムも、一元説の方向で考えることが望ましいことになる」として、明文規定の削除を根拠にしている。ただし、潮見・前注(1)は一応の証明と間接反証を用い

て二要件構成を維持することにつき前注(42)該当本文参照。よって潮見の立場では、なぜ法令違反行為によって「一応の証明」がなされたといえるのが問題となり、本文と同様の検討が必要になる。

(79) 神田秀樹・会社法(第二版)(二〇〇二弘文堂)一四三頁注一〇は、かかる理由に反対し、「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いし期待であることに求められるべきである」とするが、条文の削除のみでは影響しないという点では同じであろう。

(80) 田中・前注(5)一〇頁注五二は、行為が外部に発覚する確率によるディスクカウントは認めないが、適法性確率によるディスクカウントを認める。

(81) 前田達明・口述債権総論(第三版)(一九九三成文堂)一三五頁、北川善太郎・債権総論(第三版)(二〇〇四有斐閣)一一三頁などは、近時の契約責任説以前から、不法行為法における過失論と同様に、債務不履行責任要件の過失も心理状態ではなく客観的注意義務違反と捉えられるようになっていくことを指摘する。

対して、木内宜彦「判批一法学新報八四卷四〇六号(一九七七)一一一頁以下は刑法のアナロジーから、前掲最判昭和五一・三・二三が「故意又は過失」を否定した判示に対して、責任が否定されるのは違法性の認識可能性がない場合に限られる(制限責任説ないし制限故意説)旨を指摘するが、客観的な行為義務・注意義務として考えれば、適法性の評価も義務内容の一側面として考えることとなる。また、同様に、前注最判平成一二・七・七河合伸一判事補足意見では、緊急避難等の違法性阻却と期待可能性の欠如等の責任阻却を免責事由に挙げているが、刑法理論の様に違法性と責任の枠組で債務不履行を説明すること自体が適切でないこととなる。

(82) FRANK H. EASTERBROOK AND DANIEL R. FISCHEL, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW* (1996)

(83) ROBERT CLARK, *CORPORATE LAW* 386 (1986); Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Voting in Corporate Law*, 26 J. L. & Econ. 395 (1983); EASTERBROOK & FISCHEL, *SUPRA* note 82, at 67-68; 江頭・前注(62)一二三頁注三

(84) 例として、株主総会にて、どの政党に寄付すべきかを会社の損益を離れて政策によって社会にとってどの政党が望ましいかを判断するということは認められないであろう。

(85) このように解すると、なぜ、株主代表訴訟によって法令違反の責任追及がなされるのが問題となろうか、エンフォーースメントの多様化の観点から肯定して構わないと思われる。

- (86) ただし、後藤元「取締役の債権者に対する義務と責任をめぐるアメリカ法の展開」金融研究二九巻三号(二〇一〇)一六八頁；Henry T. C. Hu & Jay Lawrence Westbrook, *Abolition of the Corporate Duty to Creditors*, 107 *Colum. L. Rev.* 1321, 1324 (2007) は外部性の代表例である支払不能時の債権者へのリスタ転嫁について取締役の義務論・民事責任論による解決に懐疑的であり、外部性に対する解決手段の適否の問題は検討すべき課題となろう(前注(85)参照)。
- (87) かかる観点は取締役自らが法令違反行為の意思決定・業務執行をする場面でも妥当し、取締役の法令遵守のための内部統制システム構築義務にも連続すると考えられる。法令遵守のための内部統制構築義務については南健悟「企業不祥事と取締役の民事責任：法令遵守体制構築義務を中心に」北大法学論集六一巻三号(二〇一〇)八一七頁以下〔未完〕参照。
- (88) 名古屋地判平成一三・二〇・二五判時一七八四号一四五頁もかかる観点から免責を認めたものと整理し得る。
- (89) ただし、個別の会社に個別の法規について合理性を審査することを認めることは、法令遵守への規範意識が薄れ、統治コストが膨大になることもあり得、功利主義とは一致しないこともあり得る(安藤馨「制度とその規範的正当化」帰結主義とその社会規範の関係を巡って」新世代法政策学研究八号(二〇一〇)二九八頁以下参照)。この点については今後の課題とする。
- (90) このような法規は既に法令遵守への規範意識が失われていると評価すれば前注(89)の観点から、功利主義にも反しない。他方、平一七前商法二六六条ノ三(会社法四二九条)・民法七〇九条ではあるが、株主の地位確認訴訟に関し控訴審で請求棄却されたため会社側が原告を株主として扱わなかったところ後の上告審で破棄・請求認容された場合には控訴審口頭弁論最終日に株主として扱わなかった事案においてかかる株主総会で新株有利発行決議がなされた場合には当該株主に対して損害賠償責任を負いうるとした最判平成九年九月九日判時一六一八号一三八頁からすれば、裁判所の法の不知に対する調査義務は比較的厳格なものではないかと解される。
- (91) 大阪高判平成一八年六月九日判タ一二一四号一一五頁
- (92) 畠田公明「判批」ジュリスト一三三三二号〔平成一八年度重判〕(二〇〇七)一〇三頁(食品衛生法違反の場合、その事実を速やかに公表しないという経営判断について善管注意義務違反による責任を負わせるのが妥当であろう)。なお、本稿の基となった筆者の民事法研究会報告(二〇〇七年五月一八日、北海道大学)は前注(91)大阪高判平成一八・六・九の畠田・前掲の内在的理解を示すことを目的としたものである。

本稿は平成二二年度科学研究費若手研究（B）（課題番号…二二七三〇〇六七）の研究成果の一部である。