

形骸に基づく法人格否認の法理における
形骸概念の再構成 (五)

——日仏法間の比較を中心として——

井
上
明

目次

第一 問題意識

一 序

二 形骸概念に関する通説的見解

三 形骸概念に対する諸批判

四 形骸概念に関する通説的見解および形骸批判説の、評価

五 以上の検討のまとめ

六 本稿の目的および方法

——以上「成城法学」第二十五号——

第二 比較対象の決定

一 序

二 形骸に基づく、金銭債務伸張型法人格否認の法理および金銭執行の際の第三者異議の訴え棄却型法人格否認の法理

の、適用事実関係の類似性および法律効果の本質的同一性

(二) 形骸に基づく、金銭債務伸張型法人格否認の法理の、諸事例

1、金銭債務が会社から背後者に伸張する場合

2、金銭債務が背後者から会社に伸張する場合

(三) 形骸に基づく、金銭執行の際の第三者異議の訴え棄却型法人格否認の法理の、諸事例

1、会社債権者の法人格否認により、背後者の、第三者異議の訴えにおける第三者性が否定される場合

2、背後者の債権者の法人格否認により、会社の第三者異議の訴えが棄却される場合

(三) 法人格の形骸化が認められず、法人格否認の法理により金銭債務の伸張がなされなかった諸事例

(四) 適用事実関係の類似性および法律効果の本質的同一性

—以上「成城法学」第二十六号—

三 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え棄却型法人格否認の法理と、同様の機能を有する他の法理・法規範が、我が法に存するか

(一) 序 (考察の目的および方法)

(二) 商法二三条

I 要件および効果の考察

1、商法二三条の要件・効果の概観

2、要件からみた、「具体的形骸法理適用事実理想形」への適用可能性

3、「具体的形骸法理適用事実理想形」における、具体的効果の類似性

4、結論

II 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同一性の有無の考察

1、商法二三条適用諸事例における具体的適用事実関係および具体的効果の、考察

(1) 第一型 名板貸人・名板借人の少なくとも一方が会社である場合 (その一)

① 第一型諸事例

② 第一型考察

(2) 第二型 名板貸人・名板借人の少なくとも一方が会社である場合(その二)

① 第二型諸事例

② 第二型考察

(3) 第三型 名板貸人・名板借人の少なくとも一方が会社である場合(その三)

① 第三型諸事例

② 第三型考察

(4) 第四型 名板貸人・名板借人の少なくとも一方が会社である場合(その四)

① 第四型諸事例

② 第四型考察

(5) 第五型 名板貸人・名板借人共に自然人である場合

① 第五型諸事例

② 第五型考察

2、商法二三条と、形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同一性の有無に関する、結論

—以上「成城法学」第三十号—

(三) 商法五〇四条

I 要件および効果の考察

1、商法五〇四条の要件・効果の概観

2、要件からみた、「具体的形骸法理適用事理想形」への適用可能性

3、効果からみた、「具体的形骸法理適用事理想形」における、形骸法理担当問題解決可能性

4、結論

II 形骸に基づく金銭債務伸張型および金銭執行の際の第三者異議の訴え棄却型法人格否認の法理との、現実的機能の同異の考察

1、適用諸事例における現実的機能の同異の考察

(1) 第一型 本人が会社である場合(その一)

① 第一型諸事例

② 第一型考察

(2) 第二型 本人が会社である場合(その二)

① 第二型諸事例

② 第二型考察

(3) 第三型 本人が会社である場合(その三)

① 第三型諸事例

② 第三型考察

(4) 第四型 本人が会社である場合(その四)

① 第四型諸事例

② 第四型考察

(5) 第五型 本人と代理人の双方が自然人である場合

① 第五型諸事例

② 第五型考察

2、商法五〇四条の、比較対象としての適格性

—以上「成城法学」三十五号—

(四) 商法第二六六条の三第一項

I 要件および効果の考察

1、商法第二六六条の三第一項の要件・効果の概観

2、要件からみた、具体的形骸法理適用事実理想形への適用可能性

3、効果からみた、具体的形骸法理適用事実理想形における、形骸法理担当問題解決可能性

4、結論

(四) 商法第二六六条の三第一項

I 要件および効果の考察

引き続き、前記二型の形骸法理（II形骸に基づく、金銭債務伸張型法人格否認の法理、及び、金銭執行の際の第三者異議の訴え棄却型法人格否認の法理⁽¹⁾）と同様の機能を果たしている我が法の諸法理・法規範を見つげ出す為⁽²⁾に、ここでは、商法第二六六条の三第一項と前記二型の形骸法理との機能の同異を考察する。その第一段階として、前記第四規⁽³⁾準に従い、①先ず、商法第二六六条の三第一項の要件・効果を概観し、②次いで、商法第二六六条の三第一項が要件的にみて、前記、具体的形骸法理適用事実理想形の幾つかに適用可能か否かを考察し、③最後に、商法第二六六条の三第一項の効果に着目して、同項が具体的形骸法理適用事実理想形に適用される場合、そこに存すると考えられる前記二型の形骸法理の担当問題を、解決し得ると考えられるか否かを考察する⁽⁵⁾。

(1) 拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(二)」成城法学第二六号三一—三三頁参照。

(2) 拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」成城法学第三十号四三—四四頁、同(一)成城法学第二六号三四—三五頁参照。

(3) 拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」成城法学第三十号四六頁。

(4) 同五二頁注(14)(15)、本稿(四)1、2、参照。

(5) (a) 本文に上記した②③の考察の結果、商法第二六六条の三第一項が具体的形骸法理適用事実理想形に適用されるとき、そこに存すると考えられる前記二型の形骸法理の担当問題を解決し得ると考えられる場合は、商法第二六六条の三第一項が前記二型の形骸法理と同一の機能を果たしている具体的事例の存在する蓋然性は高い。したがって、更に、兩

者の現実的機能の同一性を吟味するために、事実関係および具体的効果に着目して商法第二六六条の第三一項の具体的事例を考察する価値・必要があることになる。(拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」成城法学第三十号四六一―四七頁参照)

(b) これに対して、上記②③の考察の結果、商法第二六六条の第三一項が具体的形骸法理適用事実理想形に適用され得ず、または適用されても、そこに存すると考えられる前記二型の形骸法理の担当問題を解決し得ないと考えられる場合は、商法第二六六条の第三一項が前記二型の形骸法理と同一の機能を果たしている具体的事例の存在する蓋然性は低く、商法第二六六条の第三一項の具体的事例を考察するまでもなく、商法第二六六条の第三一項は前記二型の形骸法理と機能を異にすると結論してよいと思われる(拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(二)」成城法学第三十号四六一―四七頁参照)。これを一般化すると次の規準が得られる。

「ある法理・法規範を要件的・効果的に考察した結果、当該法理・法規範が、具体的形骸法理適用事実理想形に、①適用され得ないと考えられる場合、および、②適用され得るが、適用されても、そこに存すると考えられる前記二型の形骸法理の担当問題を解決し得ないと考えられる場合は、↓当該法理・法規範が前記二型の形骸法理と同一の機能を果たしている具体的事例の存在する蓋然性は低く、当該法理・法規範の具体的事例を考察するまでもなく、当該法理・法規範は前記二型の形骸法理と機能を異にすると結論してよい。」(第八規準)

1、商法第二六六条の第三一項の要件・効果の概観

商法第二六六条の第三一項(「取締役が其ノ職務ヲ行フニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタルトキハ其ノ取締役ハ第三者ニ対シテモ亦連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ズ」)の、要件および効果については、種々の解釈がある。しかし、本項の現実的機能を考察する見地からは、判例(および通説)を重視すべきである。そこで、ここでは、リーディング・ケースである最高裁判所昭和四四年一月二六日大法院判決(昭和三九年(オ)一一七五号、最高裁判所民事判例集第二三卷一一号二二五〇頁以下)の見解を中心に検討を進める。

(1) 先ず、本判決は、取締役と会社の関係について、以下のように述べる。即ち、

「もともと、会社と取締役とは委任の關係に立ち、取締役は、会社に対して受任者として善良な管理者の注意義務を負い（商法二五四条三項、民法六四四条）、また、忠実義務を負う（商法二五四条ノ二）ものとされているのであるから、取締役は、自己の任務を遂行するに当たり、会社との關係で右義務を遵守しなければならぬ……」⁽¹⁾

これは、取締役は会社に対して、「善管義務・忠実義務を遵守して任務を遂行すべき債務」を負う旨述べたものと解することができる。⁽²⁾

(2) 本判決は続けて、取締役と第三者との關係について、以下のように述べる。

「(しかし)⁽³⁾ 第三者との間ではかような關係にあるのではなく、取締役は、右義務に違反して第三者に損害を被らせたとしても、当然に損害賠償の義務を負うものではない。

しかし、法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、⁽⁴⁾ これによって第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果關係があるかぎり、会社がこれによって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである。」⁽⁵⁾⁽⁶⁾⁽⁷⁾⁽⁸⁾⁽⁹⁾

これは、以下の趣旨であると思われる。即ち、取締役は、(1)で前述のように、会社に対して任務遂行債務Ⅱ「善管義務・忠実義務を遵守して任務を遂行すべき債務」を負うが、⁽¹⁰⁾ 第三者に対してはこのような債務を負う訳ではないから、任務遂行にあたり善管義務又は忠実義務の違反があっても、会社に対する債務不履行責任が生じることは

別として、第三者に対する法的責任は当然には生じない。しかし、取締役がこの会社に対する任務遂行債務の履行（「任務遂行」）に当たり「悪意または重大な過失により」善管義務又は忠実義務に違反し、これにより第三者に損害を被らせたときは、当該取締役は、第三者に対し、「取締役の任務懈怠の行為」と相当因果関係に立つ損害を賠償する責めに任ずべきことを、商法第二六六条の三第一項は第三者保護の見地から特に規定した、との趣旨であろう。

なお、本判決でいう「取締役の任務懈怠の行為」とは、「善管義務又は忠実義務に違反してなされる、取締役の任務遂行行為（「挙動」作為・不作為）」の意味であると思われる。

(3) 以上に記したこと、及び判例上、忠実義務は善管義務を具体的に敷衍、明確化したものと解されていることを考慮すると、商法第二六六条の三第一項の要件・効果についての本判決の解釈は、以下のようにまとめることができよう。

〔要件〕①取締役が会社に対して負担する任務遂行債務を履行する（「任務遂行」）に当たり、悪意・重過失による善管義務（「忠実義務を含む」）違反があり、②それに因り第三者に損害が生じたときは↓〔効果〕当該取締役は、第三者に対して、自己の任務懈怠の行為と相当因果関係に立つ損害（直接・間接の損害を含む）の賠償の責めに任ずる。

(1) 最高裁判所民事判例集第二三卷一一号二一五三頁

(2) 取締役の任務遂行債務と、債務不履行責任の帰責事由

善管義務は一般にいつて、債務ではないとされる（勝本正晃「法律学辞典Ⅲ（岩波昭和一年三月）」一八七七一—一八七八頁注意義務）。しかし、他方、民法六四四条が特に善管注意を明定したのは、善管義務に一種の債務性を与えたもの

と解することができる(中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系Ⅳ二六九頁)。これはどのような意味に解すべきなのか。受任者は委任事務を処理すべき債務と善管注意をつくすべき債務の二つの債務を負う、と解する余地もなくはないが、より端的に、受任者は手段債務としての「委任事務を、善管義務を遵守して(≡善管注意を尽くして)処理すべき債務」を負うと考えてよいのではなからうか(cf. Alex WEILL et François TERRE, DROIT CIVIL, Les obligations (DALLOZ), 1980, n° 356, 368)。同様に「取締役についても、端的に、取締役は会社に対し、手段債務としての「善管義務・忠実義務を遵守して任務を遂行すべき債務」を負うと、解してよいものと思われる。

したがって、取締役が、任務遂行に当たり善管義務又は忠実義務に違反し、会社に損害を加える場合は、会社に対して、「善管義務・忠実義務を遵守して任務を遂行すべき債務」の債務不履行として、損害賠償責任を負うことにならう(大隅健一郎・今井宏「新版会社法論中巻」(有斐閣)二二八頁参照)。

ところで、債務不履行に基づく損害賠償責任が生じるためには、責めに帰すべき事由、即ち、故意・過失または信義則上これと同視すべき事由が必要であるとされ、この場合、故意とは「債務不履行を生ずべきことを知って、あえて何事か(債務の目的物の破壊など)をすること、または何もしないでいること(債務の目的物を持参しないことなど)」であり、過失とは「善良なる管理者の注意を欠いたために、債務不履行を生ずべきことを認識しないこと」とされる(我妻榮「新訂債権総論(民法講義Ⅳ)」(一四五)、前掲大隅・今井二二八頁、二二九頁注(1))。但し、ここで、「債務不履行を生ずべきことを(知って……、又は認識しないこと)」というとき、債務不履行とは、「債務の本旨に従った給付をしないこと」の意味である。

この構成をここで用いれば、取締役の任務遂行債務についても、債務不履行に基づく損害賠償責任を生じるためには故意・過失が必要とならう。そして、ここで、債務不履行(≡債務の本旨に従った給付をしないこと)とは、善管義務または忠実義務に違反する任務遂行であるから、結局、故意ある場合とは、取締役が「善管義務又は忠実義務違反の任務遂行を生ずべきことを知って、挙動(≡作為・不作為)する場合」であり、過失ある場合とは、「善管義務又は忠実義務違反の任務遂行を生ずべきことを、善管注意の欠如により認識しない場合」ということにならう。

しかし、(いわゆる手段債務である)取締役の任務遂行債務については、帰責事由としての故意・過失は必要ないのであるからうか。債務不履行(≡債務の本旨に従った給付をしないこと)、即ち「善管義務または(判例によれば、善管義務を具体的注意的に敷衍し明確化したもので、善管義務と別個のものではないとされる)忠実義務に、違反する任務遂

行」があれば、既に善管義務違反が存するから、それだけで帰責事由としては十分であり、更にそれを生じることの認識(Ⅱ故意)や善管注意を欠く不認識(Ⅱ過失)を問題とするまでもないと考えられるからである(後記注(4)の1、2、(1)、及び三、2、参照)。(もっとも、「善管義務(又は忠実義務)違反の任務遂行」があっても、それが不可抗力 *force majeure* による場合は、免責されるとの構成も考えられる (cf. Alex WEILL et François FERRE, op.cit., n° 386, p. 444)。しかし、善管注意を「問題となる具体的状況に善良な管理者をおいたと仮定するとき」なすであらう努力・気配り」と解するとき(後記注(4)の1、2、(2)参照。cf. Alex WEILL et François FERRE, op. cit., n° 388)。不可抗力も具体的状況の中に含めて考え、不可抗力を伴う同一の具体的状況において善良な管理者がなすであらう努力・気配りを尽くせば、善管注意を尽くしたことになり免責されると、構成すればよいのではないだろうか。)

(3) 著者挿入

(4) 悪意・重過失による善管義務・忠実義務違反

本判決が「……取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、……」というとき、文脈からして「右義務」とは、本文(1)に記した引用文中の「……取締役は、会社に対して受任者として善良な管理者の注意義務を負い(商法二五四条三項、民法六四四条)、また、忠実義務を負う(商法二五四条ノ二)……」における善管義務・忠実義務を指していると解される。即ち、この場合、「悪意または重大な過失により右義務に違反」するとは、「取締役の会社に対する任務遂行債務の履行(Ⅱ任務遂行)にあたり、悪意または重過失により善管義務・忠実義務に違反する」の意味となろう。ここで、「任務遂行にあたり、悪意または重過失により善管義務・忠実義務に違反する」とはどのようなことなのか。本判決はこの点につき、自明のこととして、説明をしていない。以下、善管義務違反と忠実義務違反に分けて考える。

一、悪意・重過失による善管義務違反

1、「取締役の任務遂行にあたり、悪意または重過失により善管義務に違反する」という場合、それはどのような意味か。この点につき説明する学説はあまり多くはないが、以下の学説が参考になる。

(1) 商法第二六六条の三第一項の「……職務ヲ行ウニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタルトキ……」における悪意とは「任務の懈怠たることを知っていること」であり、重過失とは、「任務を怠ること甚だしいとき」であると解するものがある(宗宮信次「株式会社社重役の損害賠償責任」日本法学第二四卷五〇五頁)(……以下、甲説という)。

ここで、任務懈怠とは、「任務遂行において善管義務に違反すること（＝善管義務を遵守した任務遂行のないこと）」を意味するものと思われる（同四八五頁、五〇二頁参照）。そうすると、ここで悪意（＝任務懈怠を知っていること）とは、「任務遂行において善管義務に違反すること（＝善管義務を遵守した任務遂行のないこと）」を知っていることとなり、他方、重過失（＝著しい任務懈怠）とは、「任務遂行において、著しい善管義務違反があること」となる。

甲説に基づけば、本判決の「任務遂行にあたり、悪意により善管義務に違反する」とは、「任務遂行にあたり、善管義務違反（＝善管義務を遵守した任務遂行のないこと）」を知っていることであり、本判決の「任務遂行にあたり、重過失により善管義務に違反する」とは、「任務遂行にあたり、著しい善管義務違反があること」であることになる、と思われる。

(2) 商法第二六六条の三第一項の「……職務ヲ行フニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタルトキ……」における悪意とは「会社に対する任務懈怠であることを知っていること」であり、重過失とは「任務懈怠に当たることを知るべきなのに、著しく注意を欠いたためそれを知らなかったこと」であるとす説もある（龍田節「新版注釈会社法⑥」三一八頁26）。ここで、任務懈怠とは「財務状態など会社が置かれた状況を知り、業務執行に関して自分のとる態度（作為・不作為）がどういふ結果をもたらすかを、把握すべく努める義務」の違反とされる（同三〇五頁10、三一四頁21、三一八頁26）（……以下、乙説という）。

乙説は、商法第二六六条の三第一項の悪意・重過失を第三者に対する加害に関する悪意・重過失と解するものではないから、本判決の少数意見の立場ではなくて、多数意見の立場に立つものと解される。したがって、本判決の解釈に参考となる。

乙説に従うとき、本判決の「任務遂行にあたり、悪意により善管義務に違反する」とは、「任務遂行にあたり、会社状況・行為結果把握努力義務の違反を、知っていること」であり、本判決の「任務遂行にあたり、重過失により善管義務に違反する」とは「任務遂行にあたり、会社状況・行為結果把握努力義務の違反を、著しく注意を欠いたため知らなかったこと」と解すべきことになろう。

2. 考察

本判決が、悪意・重過失の意味につき、上記学説（甲説・乙説）のいずれを採るのか、または第三の立場を採るのか、必ずしも明らかではない。そこで、本判決のいう悪意・重過失の意味につき、若干の考察を試みる。

(1) 「取締役の任務遂行に当たり、悪意または重過失により善管義務に違反する」と言う場合の悪意・重過失については、①民法七〇九条の不法行為の要件要素としての故意・過失レベルで考えられる悪意・重過失、②取締役の任務遂行債務の給付内容のレベルで考えられる悪意・重過失、及び、③取締役の任務遂行債務の、債務不履行責任の要件要素としての故意・過失のレベルで考えられる悪意・重過失、を考慮することができる。そこで、先ず、本判決のいう悪意・重過失はどのレベルのものと考えべきか、が問題となる。

先ず、①のレベルで考えられる悪意・重過失を説明する。これは、取締役の任務遂行においてなされた不法行為は会社の不法行為となるから、取締役個人としては軽過失の場合は免責され、悪意・重過失のある場合にのみ不法行為責任を負うのであり、したがって悪意・重過失とは民法七〇九条の故意・過失から軽過失を除いたものの意味であると解するものであるが(注9)参照、本判決における少数意見の採るところであり、多数意見の採らないところであるから、本判決の悪意重過失をこのレベルのものと考えすることはできない。

次に②のレベルで考えられる悪意・重過失について説明する。委任における受任者は、委任事務の処理に当たって善管義務を遵守しなければならないが、ここで善管義務を怠ることは、「抽象的または客観的軽過失」と言われる(中川高男「新版注釈民法(10)民法六四四条注釈」二二五頁)。本判決の立場に立てば、会社と取締役は委任の關係に立ち、取締役は会社に対して、「善管義務」(その一部に忠実義務が含まれる)を遵守して任務を遂行(「委任事務を処理」すべき債務)を負う(即ち、結果債務ではなくて、手段債務を負う)が、取締役が「この善管義務を遵守しないこと(「善管義務不遵守」善管義務違反)」が、ここでの「過失」ということになる。悪意・重過失をここでの「過失」の二つの態様と考えるのが、②の考え方である。

最後に③のレベルで考えられる悪意・重過失を説明する。債務不履行に基づく損害賠償債務発生の要件の、要素としての「責めに帰すべき事由」とは、債務者の故意・過失及び信義則上これと同視されるものであるとされるとき、「故意・過失」とは、「自己の挙動(作為・不作為)の結果、債務不履行(「債務の本旨に従った給付をしないこと)が生じることの、認識(「故意)又は善管注意を欠いたことによる不認識(「過失)」とされる(我妻榮「新訂債権法(民法講義IV)」(一四五))。③のレベルの悪意・重過失とは、この故意・過失から軽過失を除いたものと考えられる場合の悪意・重過失である。

②における「過失」は、換言すれば、「手段債務の債務不履行(に該当する具体的事実)の構成要素である、言わば債

務不履行の内側に存する、善管義務不遵守」であるのに対し、③の場合の「故意・過失」は、「債務不履行を前提した上での、言わば債務不履行の外側に存する、債務不履行（に該当する具体的事実）を生ずることの認識および善管義務不遵守による不認識」である。これを、取締役の任務遂行について言えば、例えば、(a)代表取締役甲が、強制もされないのに、手形決済資金が不足していることを知りながら、融通手形を乱発したため、会社の不渡り倒産をもたらした行為、(b)上記代表取締役甲の同僚代表取締役乙が、甲を監視し融通手形乱発を阻止することが容易であったにもかかわらず、甲に業務執行を任せっぱなしにし、監視を怠った為、甲の融通手形乱発を阻止できず、会社の不渡り倒産をもたらした行為、は、(善良な管理者)善良な代表取締役が、問題となる具体的状況におかれると仮定する場合、このような行為は行わないであろうと考えられるから、「善管注意を怠る(=善管義務を遵守しない)任務遂行」として、任務遂行債務の債務不履行に該当する行為となる。この「債務不履行としての(a)(b)の構成要素として、その内部に含まれる、善管義務不遵守」が、②の「過失」である。(例えば、上記(a)においては、甲に、善管注意(=会社の不渡り倒産を生じようとする手形振出を避けようとする努力・気配り、の欠如があり、上記(b)では、乙に、善管注意(=甲を監視し、甲の適正な業務執行を確保しようとする努力・気配り、或いはその一部としての、会社の不渡り倒産を生じようとする甲の融通手形振出を阻止しようとする努力・気配り、の欠如がある。)これに対して、③における「故意・過失」とは、「既に、任務遂行における善管義務不遵守(=②における「過失」を含む)債務不履行としての上記(a)(b)を前提した上での、言わばその外側にあるものとしての、自己の挙動の結果この(a)(b)を生じることの認識および善管義務不遵守による不認識」である。

③における故意・過失は、(手段債務である)取締役の任務遂行債務の、債務不履行責任の帰責事由としては、不要である旨既に注(2)で述べたところである(=例えは、債務不履行としての(a)(b)があれば、既に善管義務不遵守を含むから帰責事由としては十分であり、更に(a)(b)が生じることの認識・不注意による不認識を、問題とする必要はない)。したがって、本判決における悪意・重過失も、③における故意・過失を前提として解釈・構成すべきではなからう。

以上述べたこと及び本判決の文脈を考えると、本判決の悪意・重過失は②のレベルのものとして構成されているものと考えるべきことにならう。

(2) それでは、本判決の悪意・重過失を②のレベルのもの(=取締役の任務遂行債務の給付の構成要素である善管義務の、不遵守の二態様(=任務遂行債務の債務不履行の構成要素として、言わば債務不履行の内部に含まれる、善管義務

不遵守の、二態様」と考える場合、それをどのような内容のものとするべきか。

既述のとおり、本判決によれば、取締役は会社に対して、手段債務としての「任務遂行債務」善管義務を遵守して任務を遂行すべき債務を負う。ここで、任務とは、取締役が構成員として取締役会を通して行うべき種々の会社の業務執行の意思決定・取締役の職務執行の監督、及び代表取締役・業務担当取締役として行うべき種々の対外的・対内的業務執行の意思決定・実行であり、具体的にいえば、仕入れ・販売の意思決定・実行、総会招集の意思決定・実行等、の行為と考えてよからう。また、善管注意とは、「問題となる具体的状況に善良なる管理者（善管注意）をなすべき義務・業務担当取締役」をおいたと仮定するとき、任務遂行につき（会社にとっての最善の結果実現をめざして）なすであらう努力・気配り（精神活動および行為を含む）（例えば、販売先・仕入れ先、招集通知の内容・印刷業者の選択・総会会場の選択等につき、資料をあつめて調査・検討すること等）であり、「善管注意（努力・気配り）をなすべき義務」が善管義務であると考えてよからう（前掲勝本一八七七頁、北川善太郎「注釈民法(10)」四〇〇頁以下、同「契約責任の研究」三四九頁以下、Alex WEILL et François TERRÉ, op. cit., n. 388 等参照）。なお、善良なる管理者とは、「取引の通念に従い、ある具体的場合に処すべき人間として相当と認められるべき抽象的人」（前掲勝本同所）、「通常の思慮分別を有する標準人」（大坂谷公雄「取締役の責任」株式会社法講座第三卷一一一九頁）、「同一の職業・階級等に属する、注意深く勤勉な、通常人（ないし代表人）」（*l'homme moyen ou représentatif; un homme soigneux, diligent; un homme moyen qui fait preuve de diligence dans la conduite de ses affaires; un individu moyen de même class ou catégorie*）（Alex WEILL et François TERRÉ, op. cit., n. 398 et note 1）等と説かれてこゝ。

この「任務遂行債務の債務不履行（債務の本旨に従った給付をしないこと）善管義務を遵守した任務遂行を、怠ること善管な管理者のなすであらう努力・気配りを伴う任務遂行を、怠ること（例えば、2、(1)で前記した(a)(b)」の、構成要素としての「善管義務不遵守」善管な管理者のなすであらう努力・気配りを怠ること（例えば、上記(a)における、会社の不渡り倒産を生じるような手形振出を避けようとする努力・気配り、の懈怠、(b)における、甲を監視し、甲の適正な業務執行を確保しようとする努力・気配り、或いはその一部である、会社の不渡り倒産を生じるような甲の融通手形振出を阻止しようとする努力・気配り、の懈怠）」が、上記②における過失（広義）である。この過失（広義）の中に悪意、軽過失及び重過失が含まれる。このように考える場合、本判決の悪意・重過失はどのように解釈・構成すべきか、がここでの問題である。

この問題を考えるにあたり、以下のことに留意すべきである。即ち、本判決は、商法二六六条の三第一項は「株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から」悪意・重過失ある取締役に第三者に対する(民法七〇九条の不法行為責任とは別個の)特別責任を負わせたい旨述べているが(最高裁判所民事判例集第二三巻一―号二一五三―二一五四頁)、この趣旨は、学説上、以下のように敷衍、説明されている。即ち、株式会社が社会において重要な役割を営み、しかも取締役の権限は増大し株式会社の運営に強大な影響力を有することになったから、特に第三者に対し(不法行為とは別個の)特別責任を負わせ、取締役の責任を一般人よりも重くしたが、しかしその特別関係ある会社に対する責任よりは軽くするのが適当であるから悪意・重過失の場合に限った、と(田中誠二・吉永榮助・山村忠平「四全訂コンメンタル会社法」八五六頁、田中誠二「再全訂会社法詳論上巻」六四六頁)。したがって、本判決の悪意・重過失の解釈・構成に当たっても、上記した立法趣旨よりみて、取締役の特別責任を認めるのが適当か否かを考慮することが重要である。上記した立法趣旨を考慮すると、次のように考えることができる。

任務遂行にあたり、善管義務不遵守がある場合(Ⅱ善良な管理者のなすであろう努力・気配りを怠る場合Ⅱ例えば、上記(a)において、甲が、会社の不渡り倒産を生じるような手形振出を避けようとする努力・気配り、を怠る場合、(b)において、乙が、甲を監視し、甲の適正な業務執行を確保しようとする努力・気配り、あるいはその一部である、会社の不渡り倒産を生じるような甲の融通手形振出を阻止しようとする努力・気配り、を怠る場合等)のうち、①取締役が、イ、自己の挙動が会社を害すること(Ⅱ例えば、上記(a)における融通手形乱発、(b)における業務執行を任せっぱなしにする行為が、会社に不渡り倒産等の不利益を生ぜしめること)を、認識している場合、及び、ロ、自己の善管義務不遵守を、認識している場合(Ⅱ自分は善良な管理者のなすであろう努力・気配りを怠っているのだということを、自覚している場合)は、取締役に第三者に対する特別責任を負わせるのが適当であろう。また、②この意味の認識はないが、善良な管理者のなすであろう努力・気配りを著しく怠る場合(Ⅱ善良な管理者のなすであろう努力・気配りと比べて、著しい隔たりがある場合)も、同様に考えてよかる。これに対して、③上記①イ、ロ、の認識はなく、且つ、善良な管理者の努力・気配りを怠る程度が著しくはない場合(Ⅱ善良な管理者のなすであろう努力・気配りと比べて、少ししか隔たりがない場合)は、取締役に特別責任を負わせるのは酷であると考えられる。

上記したところ、及び、用語法上、悪意とは「ある事情を知っていること」であり、重過失とは「善良な管理者の注

意を著しく欠くこと」であると、されていること(有斐閣「新版法律学辞典」二頁、五六三頁)を考慮して、以下のよう
 に解釈・構成すべきものと考える。即ち、

任務遂行にあたり、善管義務不遵守がある場合(Ⅱ善良な管理者のなすであろう努力・気配りを怠る場合)のうち、
 ①取締役が、イ、自己の挙動(Ⅱ手形振出・業務執行をまかせっぱなしにする行為等の、作為・不作為)が会社を害す
 ること(Ⅱ不渡り倒産等の不利益を、会社に生ぜしめること)を、認識している場合、及び、ロ、自己の善管義務不遵
 守を、認識している場合(Ⅱ自分が善良な管理者のなすであろう努力・気配りを怠っているということ)を、自覚してい
 る場合)が、本判決の「悪意により善管義務に違反するとき」であり、②上記①イ、ロ、のような認識はないが、善良
 な管理者ならばなすであろう努力・気配りを著しく怠る場合(Ⅱ善良な管理者ならばなすであろうと考えられる種々の
 努力・気配りと比べて、著しい隔たりがある場合)が、本判決の「重過失により善管義務に違反するとき」である、
 と。

(私見のように重過失を「当該具体的状況に善良な管理者を置いたと仮定するときなすであろう努力・気配り、を著
 しく怠ること」と解する場合は、重過失は必ずしも、「認識可能にも係わらず……認識しないこと」に関連づけられてい
 ない。しかし、著しい善管義務違反があるから、帰責事由としては十分であろう。)

3、本判決が、上記した甲説、乙説および私見のいずれを採っているのか、またはその他の構成を採るものかは、未
 だ必ずしも明らかになつた訳ではない。しかし、本稿の目的との関連では、いずれの説が採られているかを決定する必要
 はない。即ち、上記いづれかの構成によれば、商法第二六六条の三第一項が具体的形骸法理適用事実理想形(拙稿「形
 骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」成城法学第三十号五二頁注(14)(15)、本稿(四)1、2、
 参照)に適用可能であり、且つそこで前記二型の形骸法理の担当問題を解決し得ると考えられるときは、商法第二六六
 条の三第一項が前記二型の形骸法理と同一の機能を果たしている具体的事例の存在する蓋然性は高いと考えて、具体的
 事例を考察すべきことになろう。

二、悪意・重過失による忠実義務違反

次に、本判決が、悪意・重過失により忠実義務に違反するというとき、それはどのような意味を持つことになろう
 か。

1、商法第二五四条の三の忠実義務の内容については、諸説の説くところ必ずしも一致しないが、中心的な内容は、

以下のものようである。即ち、「取締役は、①会社にとって最も利益であると自己が信じるところにしたがって行為しなればならず、②自己の会社に対する義務と自己の個人的利益とが衝突するような地位に、自己をおいてはならず、③自己の地位を利用して、会社の利益を犠牲にして自己又は第三者の利益を得てはならない、義務」と解されているようである。(前掲田中・吉永・山村・コンメンタール七四三頁、前掲田中誠二・詳論上巻五九三頁、吉永榮助「忠実義務の具体的適用—商法第二六四条および第二六五条—」現代商法学の諸問題(田中誠二先生古稀記念)七六七—七六八頁、北沢正啓「会社法(新版)」三七二頁、赤堀光子「取締役の忠実義務—法学協会雑誌第八五巻二六頁、編集代表田中英夫「英米法辞典」*duty of loyalty*の項、鴻常夫・北沢正啓編修「英米商事法辞典」*fiduciary duty*の項、浜田道代・商法二五四条の三注釈「新版注釈会社法(6)」二七頁、神崎克郎「取締役の忠実義務—その具体的発現—」進展する企業法・経済法(吉永榮助先生古稀記念論文集)八七一—八八頁、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌第八一巻四五七頁、星川長七「取締役の忠実義務と責任についての一考察」早稲田法学第三八巻一八四—一八五頁、一九〇頁、前掲大阪谷一一七—一一八頁、Gower's Principles of Modern Company Law, Fourth Edition, P. 576 ff. 等参照。)

2、また、判例上、商法二五四条の三の忠実義務とは、商法二五四条三項民法六四四條に定める善管義務を具体的注意的に敷衍し、かつ一層明確にしたものすぎず、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、高度な義務又は結果責任を規定したものと解することはできない旨判示されている(最高裁判昭和四一年(オ)第四四四号・同四五年六月二四日大法廷判決(最高裁判所民事判例集第二四巻六三二頁)、神戸地裁昭四九(ワ)第九〇八号昭五一年六月一八日判決(下級裁判所民事判例集二七巻三九三頁)、福岡高裁昭和五〇年(ネ)第三九七号同五五年一月八日第四民事部判決(高等裁判所民事判例集第三巻三四七頁))。

(もっとも、我が法の忠実義務については、これを英米法上の「会社と取締役との信託的法律関係(fiduciary relationship)」に基く「忠実義務」であるとし、かつ、これを善管義務とは別個の義務と構成すべきであるとする学説も有力である(前掲大阪谷一一六頁、前掲田中・吉永・山村・コンメンタール七四四—七四五頁、前掲田中誠二・詳論上巻五九六頁、吉永榮助「取締役の一般的義務」一橋論叢第二九巻第四号三五(二九七)頁、四〇(三〇二)頁、前掲吉永「忠実義務の具体的適用」七三八—七三九頁、七六四頁、前掲赤堀五三二頁、五三四頁注(ア)、前掲神崎八七一—八八頁、一〇〇頁注(3)、前掲星川一八三—一八四頁、前掲北沢三七二頁、前掲浜田三二二頁等)。しかし、英米法における忠実

義務は、我が法上は善管義務の一種と解すべきであるとして、前掲諸判決と同様に考える説も有力である（前掲宗宮四八五頁、前掲森本四七三頁、四七七頁等）。

3、忠実義務は、善管義務を敷衍し明確化したものであり、善管義務と別個のものではないとの、判例の考えに従えば、忠実義務違反における悪意・重過失についても、善管義務の場合につき上記したことがそのまま当てはまるものと思われる。即ち、

(一)、1、(1)で前記した) 甲説および(一)、2、(2)で前記した) 私見の構成に倣えば、「取締役の忠実義務違反(善管義務違反の一場合) 善良な管理者ならばなすであらう努力・気配りを欠く場合の一つ) がある場合、即ち、取締役が、(a)会社にとって最も利益であると自分が信じているところにしたがって行為せず、(b)自己の会社に対する義務と自己の個人的利益とが衝突するような地位に、自己をおき、又は、(c)自己の地位を利用して、会社の利益を犠牲にして自己又は第三者の利益を得る場合」のうち、①取締役が、イ、自己の挙動(上記(a)―(c))が会社を害すること(善管会社に不利益を生じること)を認識している場合、及び、ロ、自己の忠実義務違反を認識自覚している場合が、本判決の「悪意により忠実義務に違反するとき」であり、②取締役が、①イ、ロ、のような認識はないが、忠実義務を著しく怠る場合(善良な管理者ならばなすであらうと考えられる忠実義務遵守と比べて、著しい隔たりがある場合)が、本判決の「重過失により忠実義務に違反するとき」であると、構成されることになる。

(一)、1、(2)で前記した乙説によるときはどうなるかが、次に問題となるが、ここでは勝手な推測を慎みたい。

(5) 最高裁判所民事判例集第二三卷二一五三頁)

(6) 本判決の解釈の理由 本判決は、本文に記したように解釈する理由として、本文に記した「第三者保護」という実質的理由の外に、以下のように述べる。

「このことは、現行法が、取締役において法令または定款に違反する行為をしたときは第三者に対し損害賠償の責に任ずる旨定めていた旧規定(昭和二五年法律第一六七号による改正前の商法二六六条二項)を改め、右取締役の責任の客観的要件については、会社に対する義務違反があれば足りるものとしてこれを拡張し、主観的要件については、重過失を要するものとするに到った立法の沿革に徴して明らかであるばかりでなく、発起人の責任に関する商法一九三条および合名会社の清算人の責任に関する同法一三四条ノ二の諸規定と対比しても十分に首肯することができる。」(最高裁判所民事判例集第二三卷二一五三頁)

(7) 一般不法行為との関係

本判決によれば、取締役の任務懈怠により損害を受けた第三者は、①「任務懈怠に関する取締役の悪意または重大失」を主張・立証しさえすれば、自己に対する「加害に関する取締役の故意または過失」を主張・立証するまでもなく、商法二六六条ノ三の規定により、取締役に對し損害賠償を請求できることになるが、この外、②取締役がその職務を行うにつき故意または過失により直接第三者に損害を加えた場合に、一般不法行為の規定（民法七〇九条）によつて、その損害を賠償する義務を負うことを妨げるものではないとされる（最高裁判所民事判例集第二三卷二二五四頁）。

②の場合は、取締役個人の外、さらに、③会社も自ら不法行為を犯したものであるとして、不法行為責任を負うことになる（民法四四一条一項）から、結局、本判決の立場では、第三者は、商法二六六条の三及び民法七〇九条に基づき取締役の責任を追求でき、民法四四一条一項に基づき会社の責任を追求できることになる。

(8) 本判決大前提の適用事実関係

本判決が本文で上記した大前提を述べたのは、以下の脈絡においてである。即ち、「甲株式会社代表取締役の一人であるAが、他の代表取締役のBに会社の業務一切を任せきりにしていたところ、Bは、会社の資産状態が相当悪化しており約束手形を振り出しても満期に支払うことができないことを容易に見送ってきたにもかかわらず、代表取締役としての注意義務を著しく怠つたため、その支払いの可能性を軽信し、代金支払いの方法として会社代表者としてのA名義の約束手形を振り出し、第三者Cに手形金額相当の損害を被らせたとする事実関係について、原審が、Aは代表取締役としての任務についての重大な過失によりCに損害を被らせたとして、商法二六六条ノ三第一項を適用し、Aに損害賠償の責任があると判断したのは正当か否かの問題との関連においてである。

本判決は、本文に記した大前提の適用につき、代表取締役の監督義務に関連して、大略次のように述べて、原審を正当と判断した。即ち、

株式会社代表取締役が複数置かれてある場合、定款に別段の定めがないかぎり、代表取締役間に直接指揮監督の関係はない。しかし、各代表取締役は、「対外的に会社を代表し、対内的に業務全般の執行を担当する職務権限を有する機関」であるから、（任務遂行債務の「内容として」）「善良な管理者の注意をもって会社のため忠実にその職務を執行し、ひろく会社業務の全般にわたって意を用いるべき義務」を負う。したがって、「代表取締役が、他の代表取締役その他の者に会社業務の一切を任せきりとし、その業務執行に何等意を用いることなく、ついにはそれらの者の不正行為ないし

任務懈怠を看過するに至るような場合」は、悪意または重大な過失による任務懈怠に該当する。したがって、上記事実において、AがBに会社業務の一切を任せきりとし、Bの任務懈怠を看過するに至ったことは、悪意または重大な過失による任務懈怠に該当する。と。(最高裁判所民事判例集第三卷二二五四―二二五五頁)

(9) 最高裁昭和四四年一月二六日大法院判決における、少数意見のまとめ

最高裁昭和四四年一月二六日大法院判決においては、松田二郎裁判官、岩田誠裁判官、松本正雄裁判官および田中二郎裁判官の少数意見が述べられている(但し、田中裁判官の意見は松田裁判官の意見に同調するものである)。判例の中にはこの少数意見によるものもあると言われるので(後述二、1、④参照)、ここで述べておく。これらの少数意見は、それぞれ個別的に述べられているが、大略以下のようにまとめることができると思われる。

一、商法二六六条ノ三第一項の意味

1、取締役がその職務を行うにつき、(民法七〇九条にいわゆる)故意または過失により、第三者に損害を与えた場合には、(会社の不法行為となり)会社がその損害を賠償する義務を負う(民法四四一条一項)。商法二六六条ノ三第一項は、この場合に会社と並んで、当該取締役も個人的に不法行為責任を負うかの問題につき、規定するものである。即ち、取締役個人としては、その職務を行うにつき、第三者に対する加害(民法七〇九条にいわゆる、権利侵害)の点に悪意または重過失があったときにかぎり、第三者に対して損害賠償の責任を負担し、軽過失の場合は個人的には責任を負わない旨規定するものである。したがって、同項は民法七〇九条の特別規定として、特殊の不法行為を定めたものであって、民法七〇九条とは競合しない。(松本裁判官・最高裁判所民事判例集(以下、民集という)第三卷二一九二―二一九三頁、松田裁判官・同二一七八頁、二一七九頁、二一五六頁、岩田裁判官・同二一八二頁。我妻栄「新訂民法総則(民法講義I)」(一七八)参照)

2、したがって、悪意・重過失は、民法七〇九条の要件要素である「権利侵害」について存することを要し、取締役の「対会社関係の任務懈怠」について存することを要するものではない。

(「悪意又ハ重大ナル過失」は何について存することを要するかにつき、松田裁判官は「取締役の対外関係について」存することを要するとし(民集二三卷二一五六頁)、岩田裁判官は、「第三者に対する関係において」||「第三者の直接損害の発生について」存することを要するとし(同二一八二頁、二一八六―二一八八頁)、松本裁判官は「第三者に対する加害の点に」つき存することを要するとしている(同二一九二―二一九三頁)。これらは、言葉は異なるが、いずれ

も、悪意・重過失は、民法七〇九条の要件要素である「権利侵害」につき存することを要し、取締役の「対会社関係の任務懈怠」について存することを要するものではないとするものと、思われる（我妻栄「新訂民法総則（民法講義Ⅰ）」〔一七八〕参照）。（ただ、「権利侵害」の意味の解釈につき一致がみられるのか否かは、必ずしも明らかでない。）

3、この規定は、いわゆる「直接損害」についての取締役の責任に関するものであり、いわゆる「間接損害」に関するものではない（松田・民集二三卷二一五六頁、岩田・同二二八二頁）。

4、会社と当該取締役は不真正連帯債務の関係に立つ。又、この場合は、第三者は、間接損害の場合と異なり、自己の会社に対する損害賠償請求権を確保するため、会社に代位して、会社の取締役に対する損害賠償請求権を行使し、直接これを自己に給付すべきことを請求し得、また、自己に転付（民訴法六〇一条）することが認められる（松田・同二一九九頁）。

二、理由

1、商法二六六条の三第一項における取締役の悪意・重過失は、「対会社関係の任務懈怠」に関するものではなくて、民法七〇九条の要件要素である「権利侵害」について存することを要するものである、と解すべきことの理由

① 規定の沿革 現行商法二六六条の三第一項の取締役の責任の規定と、旧二六六条二項の取締役の規定との間には、明白な断絶があり、現行商法二六六条ノ三第一項の規定は、多数意見のいうごとく旧二六六条の規定に沿革上溯源するものとはいえない（松田・民集二三卷二一六五―二一九九頁）。

商法二六六条の三第一項は、昭和五年の改正にあたり、発起人の第三者に対する責任の規定「発起人ニ悪意又ハ重大ナル過失アルトキハ其ノ発起人ハ第三者ニ対シテモ亦連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ズ」（商法一九三条二項）に做ったものである。そして、この発起人の規定は、一九一一年のスイス債務法六七一条を参照して、明治四四年の改正法により、商法一四二条ノ二第二項として新たに設けられたものであるが、スイス法上、一九一一年のスイス債務法六七一条の責任は不法行為の原則によるべきものとされ、またその責任は連帯責任と解されていた（松田・同二一九九―二二七〇頁）。

② 規定の文言 商法二六六条の三は「取締役ガ其ノ職務ヲ行ウニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタルトキ」と規定し、その規定の仕方は民法四四一条一項、同法七一五一条一項や国家賠償法一条一項と類似しているが、この点からも、右条文の取締役の責任が対外活動における不法行為上の責任であることが伺われる（松田・民集二三卷二二七二頁）。

③ 多数意見によれば、取締役は会社に対し悪意または重過失による任務違反はあるが、第三者の直接損害発生に対しては故意も過失も存しないという場合についても、その任務違反と第三者の直接損害との間に相当因果関係さえあれば、取締役にその第三者の損害賠償責任を肯定することになるが、これは、会社の一機関に過ぎない取締役個人に第三者に対する無過失損害賠償責任を認めることになる。企業主体に対し無過失損害賠償責任を認めようとすることは、社会生活の発達複雑化に伴い益々肯定されるが、企業主体の一機関に過ぎない個人に無過失責任を認めることは、未だ容易には認できない(岩田・民集二三卷二一八六頁)。

④ 最高裁判所昭和三四年七月二日第二小法廷判決・昭和三十一年(オ)第七四号(民集一三卷八号一一五六頁)は、現行商法二六六条ノ三第一項と類似の規定である中小企業等共同組合法三八条の二、二項の規定に基づいて、株式会社取締役に相当する共同組合の理事に対し、その職務を行うにつき重大な過失があったとして第三者に生じた損害の賠償を命じているが、右事案においても理事の重大な過失は、第三者の直接損害の発生について存したと認定しているものと解されている。又、最高裁判所昭和三八年一〇月四日第二小法廷判決・昭和三七年(オ)第一四三号(民集一七卷九号一一七〇頁)は、株式会社取締役副社長に対し、商法二六六条ノ三第一項に基づき、第三者の直接損害につきなされた損害賠償請求を容認するにつき、悪意または重過失は第三者の損害に対する関係において存したと判示しているものと解されている(岩田・民集二三卷二一八六—二一八八頁)。

2、取締役の(民法七〇九条における「権利侵害」に關し)故意・過失ある、職務執行がなされる場合、民法四四条に基づき(会社の不法行為として)会社が不法行為責任を負うことになるが、この場合の取締役個人の不法行為責任は、商法二六六条の三第一項により緩和され、軽過失の場合は取締役個人は責任を負わないとされた、と解すべき理由。

① およそ団体は、それが私法上のものであると公法上のものとを問わず、その団体の資産的基礎が鞏固であるかぎり、団体そのものが対外的に責任を負えば、その構成員または機関構成員をしてその責に任せしめなくとも第三者の利益は十分保護され得る(松田・民集二三卷二一六一頁)。物的会社である株式会社については、商法は資本充実に可及的に図りこれによって第三者保護を期しているから、株式会社はこのような団体であるといえる(松田・同二一六〇頁参照)。

他方、取締役は内容の煩瑣な職務を迅速且つ多量に行わなければならないから、軽過失の場合においても職務行為に

ついて個人的責任を負わせることにすると、酷にすぎるのである(松田・同二二六二頁、松本・同二一九三頁)。

② 民法四四条は、法人の不法行為能力を認めた規定と解されているが、法人实在説をとる以上、機関の行為は、法人の組織のうちに取り込まれ、法人の行為となってしまう、個人の行為たる意義を失い、機関個人の責任はないと解する考え方もあり得るのである(岩田・民集二三卷二一八八—二一九九頁)。

国家または公共団体の公務員がその職務を行うについて、故意または過失によって違法に他人に損害を加えた場合については、国または公共団体が損害を賠償する責に任じ(国家賠償法一条、その職務執行に当たった公務員は、行政機関としての地位においても、個人としても、被害者に対してその責任を負担しない(但し、公務員に悪意または重過失があるときは、国又は公共団体はその公務員に対して求償できる)、と解されている(最高裁判所昭和二八年(オ)第六二五号同三〇年四月一九日第三小法判決、民集九卷五号五三四頁参照)(松田・民集二三卷二一六一頁、岩田・民集二三卷二一八八—二一九〇頁)。そして、立法論としては、民法上の法人その他の使用者についても、国家賠償法と同一歩調を採るをもって可とすると説く学者もいるのである(岩田・民集二三卷二一九〇頁)。

③ なるほど、我が国の株式会社には資本の少ない群小会社が多く、これらの会社においては、本来大企業を対象としてつくられた株式会社法の規定の多くが無視され、蹂躪されがちである。したがって、これらの群小会社の取引相手方に対して会社にのみ責に任せしめるときは、相手方の利益が著しく害される恐れがある。しかし、だからといって、株式会社の取締役に対第三者責任を重く認めることは、株式会社法の本来予定する大企業の株式会社の取締役に關して、きわめて不当な結果を生じる。したがって、群小株式会社の取引相手の保護は、法人格否認の法理等の他の法理によるべきであり、商法二六六条の三第一項によるべきではない(松田・民集二三卷二一六三—二一六五頁)。

3、商法二六六条の三第一項は、第三者の直接損害に關するもので、間接損害については規定していないと解すべき理由

株主に間接損害が生じた場合は、代位訴訟(商法二六七条以下)により、取締役に對し会社に損害を賠償すべき旨請求し、会社の資本を充実させればよい。もし、この場合、株主が取締役に對し直接自己に損害賠償を請求し得るものとするれば、結局株主が会社財産を分け取りすることを許すこととなり、会社の資本充実を害することになる(松田・民集二三卷二一七五頁)。

また、株主以外の第三者に間接損害が生じた場合は、債権者代位権(民法四二三条)により会社に代位して、取締役

に対して会社に損害賠償をさせ、会社資産を充実させるべきである。債権者が直接に自己に対して間接損害の賠償を求め得るとすれば、その結果取締役の資力は減少し、会社はその取締役に對し損害賠償を請求しても実効を多く期待できず、会社資本の充実を害することになる(松田・民集二三卷二一七五—二一七七頁)。

三、なお、松本裁判官によれば、代表取締役に他の代表取締役の職務執行を監視警戒する義務はない、とされる(民集二三卷二一九五頁)。

理由

①代表取締役が他の代表取締役を監視する義務については商法上何等の規定はない(同)。

②代表取締役は取締役会の決議により選任され(商法二六一条一項)、また、会社の業務執行は取締役会が決する(商法二六〇条)のであって、代表取締役は取締役会の決するところに従って、会社を代表し、業務を執行するのであるから、相互に監視する関係にはない(同)。

③代表取締役は対外的に会社を代表する機関ではあるけれども、対内的に業務全般の執行を担当するとは限らない。大会社では、社長の他にも、会長、副社長、専務取締役、常務取締役等が代表取締役に就任し、それぞれ業務を分担している場合がある(同二一九五—二一九六頁)。

(10) 注(2)参照。

(11) 注(4)参照。

(12) 注(4)二、2参照

(13) 注(4)参照。

(14) 注(7)参照。

(15) 注(8)参照。

(16) 本判決の多数意見は、大筋において、多くの説の採るところである(前掲大隅・今井二三三八頁以下、前掲北沢三九九頁以下、前掲田中・吉永・山村・コンメンタール八四八頁以下、前掲田中誠二・詳論上巻六四二頁以下、鈴木竹雄・竹内昭夫「会社法(新版)」二八〇頁以下、等参照。)

しかし、商法二六六条の三第一項は、間接損害のみに関する、債権者の債権者代位権的な損害賠償請求権についての規整であり、直接損害は一般不法行為法に委ねられるとするもの(佐藤 庸「取締役責任論」一三三頁、一三八—一三

九頁等)、本項により取締役が第三者に対し責任を負うためには、取締役が会社に対する任務懈怠により会社に対して損害賠償責任を負うことを前提とする、とするもの(塩田親文・吉川義春「取締役の第三者に対する責任(五)」民商法雑誌第五十二巻第五号六七六―六七七頁、同(三)民商法雑誌第五十二巻第三号三六二―三六三頁、吉川義春「取締役の第三者に対する責任」二四―二五頁、二〇五頁)、その他の説もある。ここでは、諸説の優劣を論じ解釈論を展開することが目的ではないので、詳述を省く。なお、本判決の少数意見については、注(9)参照。

2、要件からみた、具体的形骸法理適用事実理想形への適用可能性

さて、商法第二六六条の三第一項の要件・効果を上記のごときものとすると、まず、商法第二六六条の三第一項は、要件的にみて、具体的形骸法理適用事実理想形のいくつかに対して、適用可能であろうか。

前述したように、抽象的形骸法理適用事実理想形とは、「①会社の設立が複数の社員への利益分配の為でなくて、税金対策の為、融資を受ける為等、背後者の一個人的設立動機により行われ、②背後者が全額出資し、(または実質的に全額出資し、莫人形社員を用いて)、会社を設立し、③株主總會・取締役会不開催、取締役が名目にすぎない等、会社の機関が実質的に機能せず、背後者の、機関を通さぬ直接支配または代表機関等としての意のままの支配がなされ(Ⅱ機関不機能)、④会社と背後者(または他の関連会社)それぞれの活動・行為が、共通の場所で、共通の指揮者、共通の従業員により、類似商号を用い、類似営業目的をもって渾然と行われ(Ⅱ不区分営業活動)、⑤会社と背後者(または他の関連会社)間で、(a、一方の資産の、他方による使用・消費・取得、他方の債務支払いへの充当、他方の債務のための担保化、b、他方の債務のための手形振出、c、他方の生活のための債務負担等が、相互交錯的に行われる等)、双方の資産が双方の生活のために一括・不区分的に充当されており、かつ収支も明確に分別して計算・把握(会計処理)されていず、一括・不区分的に計算・把握されているにすぎない(Ⅱ不区分財産管理)、という、①―⑤のすべての事実から構成される抽象的生活関係」であり、具体的形骸法理適用事実理想形

とは、この「抽象的形骸法理適用事実理想形に該当する具体的生活関係」であるが、この抽象的形骸法理適用事実理想形の構成要素たる事実③、④、⑤に着目するとき、商法第二六六条の第三一項の適用可能な具体的形骸法理適用事実理想形の、存在が窺えるのである。即ち、

(1)、不区分財産管理

先ず、具体的形骸法理適用事実理想形のうち、「背後者が会社の代表取締役として任務を遂行する場合に、⑤の不区分財産管理が行われ、その結果、会社の計算が合理的に行われず、会社が倒産したため、会社債権者が弁済を受けることができなくなり損害を受けた」という事実関係を含む諸場合を想定するとき、商法第二六六条の第三一項の適用が可能と思われる。なぜならば、このような具体的形骸法理適用事実理想形は、以下に記すように、商法第二六六条の第三一項の要件を満たすと考えられるからである。即ち、

イ、任務遂行債務履行（Ⅱ任務遂行）における善管義務違反

先ず、このような具体的形骸法理適用事実理想形において、不区分財産管理は、「背後者たる代表取締役の、善管義務違反の（Ⅱ善良な代表取締役ならば必ずである）努力・気配り、を怠る）任務遂行」と構成し得る。なぜならば、不区分財産管理は、会社の損益の合理的計算を不可能にするものであるから、善良な管理者（Ⅱ善良な代表取締役）ならば回避するものと考えられるからである。即ち、上記具体的形骸法理適用事実理想形における不区分財産管理には、背後者たる代表取締役の善管義務違反（Ⅱ不区分財産管理を避けて、会社の合理的計算を確保しようとする努力・気配り等、の懈怠）があるといえる。⁽¹⁾

ロ、悪意・重過失（による善管義務違反）

この場合、④背後者たる代表取締役が、(a)自己の挙動（Ⅱ不区分財産管理）が会社を害すること（例えば、不区分財産管理により会社の計算が合理的に行われず、会社が相当の利益をあげられない結果になること、又は、さらに会社倒産の結果となること等）を、認識しているか、または、

(b) 自己の善管義務違反を認識していれば（＝自分が善良な管理者のなすであろう努力・気配りを怠っているということ、自覚していれば）、悪意による善管義務違反があるといえ、②このような認識がなければ、（会社倒産を生じするような不区分財産管理には、善管注意の著しい懈怠があるとして）重過失による善管義務違反があると言えるものと思われる。

ハ、相当因果関係に立つ損害の発生 最後に、上記のような具体的形骸法理適用事実理想形の中には、会社債権者の損害が、背後者たる代表取締役の不区分財産管理と相当因果関係に立つ損害といえる場合も有り得ると考えられる。

(2)、機関不機能と、背後者たる代表取締役の意のままの支配

次に、「背後者が代表取締役として任務を遂行する場合に、取締役会・株主総会の開催手続きを全くなさず、背後者たる代表取締役の意のままの杜撰な業務執行が行われ、その結果、会社が倒産したため、会社債権者が弁済を受けることができなくなり損害を被った」というような事実関係を含む具体的形骸法理適用事実理想形を想定するとき、同様に、商法第二六六条の三第一項の適用は可能となると思われる。なぜならば、このような具体的形骸法理適用事実理想形は、以下に記すように、商法第二六六条の三第一項の要件を満たすと考えられるからである。即ち、

イ、任務遂行債務履行（＝任務遂行）における善管義務違反

先ず、背後者たる代表取締役の、取締役会・株主総会不開催と意のままの杜撰な業務執行は、善管義務違反の任務遂行と構成され得る。なぜならば、善良な管理者（＝善良な代表取締役）ならば、取締役会・株主総会の不開催と自己の意のままの杜撰な業務執行は、回避すると考えられるからである。即ち、上記具体的形骸法理適用事実理想形における、取締役会・株主総会不開催と背後者たる代表取締役の意のままの杜撰な業務執行には、背後者たる代表取締役の善管義務違反（＝取締役会・株主

総会をきちんと開催し、その意思を尊重した業務執行を行おうとする努力・気配り等の、懈怠⁽³⁾があるといえる。

ロ、悪意・重過失(による善管義務違反) この場合、①背後者たる代表取締役が、(a)自己の挙動(Ⅱ取締役会・株主総会の不開催と、意のままの杜撰な業務執行)が会社を害すること(例えば、会社倒産を生じること等)を、認識しているか、または、(b)自己の善管義務違反を認識していれば、悪意による善管義務違反があるといえ、②このような認識がなければ、(取締役会・株主総会不開催と背後者たる代表取締役の意のままの杜撰な業務執行には、善管注意の著しい懈怠があるとして)重過失による善管義務違反があると言えるものと思われる⁽⁴⁾。

ハ、相当因果関係に立つ損害の発生 最後に、上記の具体的形骸法理適用事実理想形の中には、会社債権者の損害が、背後者たる代表取締役の取締役会・株主総会不開催および意のままの杜撰な業務執行と、相当因果関係に立つ損害といえる場合も有り得ると考えられる。

(3)、不区分営業活動

さらに、「背後者が代表取締役として任務を遂行する場合に、④の不区分営業活動が行われ、その結果、会社が背後者の個人としての行為により名板貸責任を負い、債務超過に陥り倒産した為、会社債権者が完全な弁済を受け得ず損害を受けた」という事実関係を含む、具体的形骸法理適用事実理想形を想定する場合、同様に商法第二六六条の三第一項の適用が可能であると思われる。なぜならば、このような具体的形骸法理適用事実理想形は、以下に記すように、商法第二六六条の三第一項の要件を満たすと考えられるからである。即ち、

イ、任務遂行債務履行(Ⅱ任務遂行)における善管義務違反 不区分営業活動が存する場合、背後者の個人としての行為に関して、会社に名板貸責任が生じる可能性が強い⁽⁵⁾。したがって、不区分営業活動は、会社に損害を生ぜしめる可能性の強い行為として、善良な管理者(Ⅱ善良な代表取締役)ならば回避する行為であると考えられる。したがって、背後者たる代表取締役の不区分営業活動は、背後者たる代表取締役の善管義務違反の任務遂行と

構成し得ると思われる。即ち、上記具体的形骸法理適用事実理想形における不区分営業活動には、背後者たる代表取締役の善管義務違反(Ⅱ不区分営業活動を避けて、会社が名板貸責任その他の責任を負うのを回避しようとする努力・気配り等の、懈怠)があるといえる。⁽⁶⁾

ロ、悪意・重過失(による善管義務違反) この場合、①背後者たる代表取締役が、(a)自己の挙動(Ⅱ不区分営業活動)が会社を害すること(例えば、背後者の個人的行為につき、会社が名板貸責任を負う結果になること等)を、認識しているか、または、(b)自己の善管義務違反を認識していれば、悪意による善管義務違反があるといえ、②このような認識がなければ、(会社に名板貸責任を生じるような不区分営業活動には、善管注意の著しい懈怠があるとして)重過失による善管義務違反があると言えるものと思われる。⁽⁷⁾

ハ、相当因果関係に立つ損害の発生 上記の具体的形骸法理適用事実理想形の中には、会社債権者の損害が、背後者たる代表取締役の不区分営業活動と相当因果関係に立つ損害といえる場合も有り得ると考えられる。

(1) 本稿(四)1、注(4)一、2、(2)参照。

(2) 同

(3) 同

(4) 同

(5) 前掲拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(二)」成城法学第三十号五五―五七頁参照。

(6) 本稿(四)1、注(4)一、2、(2)参照。

(7) 同

3、効果からみた、具体的形骸法理適用事実理想形における、形骸法理担当問題解決可能性

さて、次に、商法第二六六条の三第一項の要件を満たす具体的形骸法理適用事実理想形に同項を適用するとき、

実現する具体的効果からみて、商法第二六六条の三第一項は、当該具体的形骸法理適用事実理想形において、そこに存すると考えられる前記二形の形骸法理（Ⅱ形骸に基づく法人格否認の法理）の担当問題を解決し、同法理と同一の機能を果たし得ると考えられるであらうか。

今、2、で上記したところに基づき、商法第二六六条の三第一項の要件を満たす具体的形骸法理適用事実理想形として、「代表取締役たる背後者 Y_1 の不区分財産管理の結果、 Y_2 会社の計算が合理的に行われず、 Y_2 会社が倒産したため、 Y_2 会社の金銭債権者 X が弁済を受けることができなくなり、損害を被った」という事実関係を伴う、具体的形骸法理適用事実理想形を想定する。

この想定理想形に、一方、前記二形の形骸法理を適用する場合に実現する効果は、 $Y_1 \cdot Y_2$ 会社の法人格異別性の否認を通しての、 X に対する Y_2 会社の金銭債務の背後者 Y_1 への伸張、又は背後者 Y_1 の財産に対する X の金銭執行の際の、 Y_1 の第三者異議の訴えにおける Y_1 の第三者性の否定（Ⅱ Y_1 の財産の第三者財産性の否定）である。⁽¹⁾これは、本質的には、「背後者 Y_1 の財産の、 X の Y_2 会社に対する金銭債権の為の、責任財産化」と捉えることができる。

他方、この想定理想形に商法第二六六条の三第一項を適用する場合、 X は、 Y_2 会社に対する自己の金銭債権が Y_2 会社から弁済を受けられなかったことによる損害を、 Y_1 に対して、 Y_1 を「職務ヲ行フニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタル」代表取締役として、請求出来ることになる。これは、本質的にみれば、「悪意・重過失ある代表取締役である」背後者 Y_1 の財産の、 X の Y_2 会社に対する金銭債権の為の、責任財産化」と言える。

したがって、この想定理想形において、商法第二六六条の三第一項は、前記二形の形骸法理と同様の効果（Ⅱ背後者 Y_1 の財産の、 X の Y_2 会社に対する金銭債権の為の責任財産化）を実現できるものと言える。したがって又、商法第二六六条の三第一項は、同理想形において、そこに存すると考えられる前記二形の形骸法理の担当問題を解決し得る（Ⅱ前記二形の形骸法理と同一の機能を果たし得る）、と考える余地がある。⁽²⁾

- (1) 拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(二)」(成城法学第二十六号一—三頁以下参照)
- (2) 2、で前記した、他の想定理想形、即ち、「背後者が代表取締役として任務遂行する場合に、取締役会・株主総会開催手続きを全くなさず、背後者たる代表取締役の意のままの杜撰な業務執行が行われ、その結果、会社が倒産したため、会社債権者が弁済を受けることができなくなり損害を被った」という事実関係を伴う場合や、「背後者が代表取締役として任務遂行する場合に、不区分営業活動が行われ、その結果、会社が背後者の個人としての行為により名板貸責任を負い、債務超過に陥り倒産した為、会社債権者が完全な弁済を受け得ず損害を被った」という事実関係を伴う場合を想定しても、ほぼ同様に論じることが出来よう。

4、結 論

かくして、商法第二六六条の三第一項の要件および効果両面からみて、本来前記二形の形骸法理が適用されるべき事実関係に、商法第二六六条の三第一項が適用され、同項が前記二形の形骸法理と同一の機能を果たしている(1)形骸法理担当問題を解決している)と考えられる事例の存在が、予想される。従って、商法第二六六条の三第一項は、第二段階として、その適用事例における事実関係および具体的効果に着目し、前記諸規程を用いて、前記二形の形骸法理と現実の機能を同じくするか否かを考察して、本稿における比較の対象とすべきか否かの決定を試みる価値があるものと考えられる(前記第四規程参照)。(2)

- (1) 拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」(成城法学第三十号四六一—四七頁参照)。
- (2) 第一規程、第二規程、第三規程、第五規程、第六規程(拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」(成城法学第三十号四五頁、四九頁注(6)(7)、九一頁注(9))、第七規程(拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(四)」(成城法学第三十五号六六頁注(8))。
- (3) 拙稿「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成(三)」(成城法学第三十号四六頁)。

(商法第二六六条の三第一項の適用事例における現実の機能と、前記二型の形骸法理のそれとの同異の考察は、

次号に続く。

(本稿は、成城大学「特別研究助成金」による研究成果の一部である。)

(いのうえ・あきら || 本学教授)