

英米法上の「忠実義務」と仏法上の

「善良な家父の注意を尽くすべき義務」(一)

井 上 明

目次

- 一 問題意識
- 二 英米法上の取締役の義務
- 三 仏法上の取締役の会社に対する責任 (以上、「成城法学」第四十五号)
- 四 適用事実及び効果の考察
- 五 英米法上の注意義務・忠実義務における「適切な注意」「忠実」と、仏法上の「善良な家父の注意」との概念的関係 (以上、「成城法学」本号)
- 六 日本法への示唆

四 適用事実及び効果の考察

ここでは、英米法の「忠実義務(信任義務)(fiduciary duties of loyalty)」と仏法の「善良な家父の注意(les soins d'un bon père de famille)を尽くすべき義務」との概念的関係を明らかにする前提として、英米法上の「取締

役の諸義務（①会社の権利能力内且つ授權権限内で行為すべき義務、②注意義務及び③忠実義務）、の違反」と、
 仏法の「業務執行における有責契約債務不履行」及び「法令定款違反（＝法令定款に違反すべきでない債務の有責
 契約債務不履行）」との、両制度それぞれの適用事実関係及び効果の対比を行い、両制度がどのように対応し、機能
 の見地からみてどのように比較対象としての適格性を有するかを考察する。

Ⅰ 事実関係の考察

先ず第一に、英米法上、種々の義務違反として捉えられている事実関係が、仏法上どのような法的構成のもとに
 捉えられているかを考察する。

1 先ず、英米法上「権利能力内且つ授權された権限内で行為すべき義務の違反」として捉えられている事実関
 係は、仏法上は、「法令・定款違反（＝法令・定款に違反すべきでない債務の有責契約債務不履行）」として捉えら
 れていると考えられる。

何故ならば、英米法上、「権利能力内且つ授權された権限内で行為すべき義務の違反」として捉えられると考えら
 れる事実関係、即ち、取締役会が、(a)定款の目的を越え（*dépassement de l'objet social fixé par les statuts*）、(b)
 法律上総会に留保された権限を侵し、又は、(c)定款による取締役会の権限制限を越える場合等は、仏法上、「法令・
 定款違反」として捉えられているからである。⁽¹⁾

2 次に、英米法上「注意義務違反」と捉えられている事実関係は、仏法上、「業務執行における有責契約債務不
 履行」又は「法令・定款違反」と捉えられていると思われる。

その理由は以下のとおりである。即ち、

(1) 一方、英米法上、「注意義務違反」と捉えられている事実関係は、①取締役会欠席、②イ、代表取締役・業務

執行取締役・従業員 (employee) の選任監督における不注意、ロ、取締役会の権限を委譲するための決議を定款の定め通り行うことなしに、取締役達が、会社業務の一部を取締役の一人の専権に委ねること、③業務放置 (例えば、イ、会社業務・会計士作成の財務諸表・顧問弁護士の助言に、精通しないこと、ロ、会社債権の行使を怠ること)、④会社財産の管理における不注意 (例えば、イ、会社債権に関する示談交渉を誤ること、ロ、会社債権がないのに支払い、会社資産を減少させること、ハ、支払いの理由を問わずに小切手に署名すること)、⑤職務を果たせないのに辞職しないこと等、である。(2)

(2) 他方、仏法上、(a)「業務執行における有責契約債務不履行」と捉えられている事実関係として、例えば、以下のもの—①取締役会欠席、②イ、取締役会長・副会長に対する監視義務懈怠 (le manquement à l'obligation de surveillance)、ロ、企業指揮を同僚に任せ切りにし監視を怠る場合、等、③業務放置、例えば、保存行為を怠る行為 (時効中断・保険更新・抵当権の登記・債務者に支払い能力のある間の強制執行等を、怠る場合等)、④会社財産の管理における不注意 (イ、返還されそうもない状況下での会社財産の貸与、ロ、抵当権の設定された不動産の売買代金を、後に抵当債権者にも支払わなければならない危険を侵して、慌ただしく売主に支払う場合)、等—がある。(b) また、⑤兼任禁止規定等に違反することを知りながら取締役の地位に就くことは、「法令・定款違反」となる。(7)

(3) そして、これらの事実関係中、英米法における事実関係の①と②は、それぞれ、仏法における事実関係①と②に対応し、また、英米法の事実関係③④⑤と仏法の事実関係③④⑤間には、類似性があると考えられるからである。

(なお、後述するように、仏法の「業務執行における有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」に該当するとされる事実関係には、上記①—⑤の他に、英米法の「忠実義務違反」に該当する諸事実関係も含まれる (後述 3)

— 6 参照)。即ち、英米法上の「注意義務違反」の適用事実関係は、民法上の取締役の「業務執行における有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」(11)いづれも手段債務の有責契約債務不履行として、「善良な家父の注意義務懈怠」に帰着する)の適用事実関係の一部にすぎないことに、注意すべきである。)

3 また、英米法の忠実義務の内、「取締役の権限・地位の行使・利用において、会社の最善の利益であると信じる所に従って行爲し、会社の利益以外の考慮により左右されない義務(忠実義務①)」の違反として捉えられている事実関係も同様に、民法上は、「業務執行における、有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」と捉えられると言えらる。

その理由は、以下の通りである。即ち、

(1) 一方、英米法上、「忠実義務①違反」として捉えられる事実関係は伝統的に、例えば、①イ、会社の財産・機会・情報の自己又は第三者のための奪取・不当利用、⁽⁸⁾ロ、特に会社と競争しながら、会社の財産・機会・情報・従業員等を奪取・利用して会社の競争力を弱めること、⁽⁹⁾ハ、会社の取引相手からの手数料受領、⁽¹⁰⁾②取締役の妻に生涯年金を与える旨の契約を会社がする際、会社の利益の考慮は全くなされた場合、⁽¹¹⁾③少数派株主の圧迫、⁽¹²⁾④インサイダー取引等⁽¹³⁾である。

(2) 他方、民法上、「権限・地位を行使・利用して、会社の利益を犠牲にして、取締役自身又は第三者の利益を図る行爲」は、権限乱用 (détournement des pouvoirs) ⁽¹⁴⁾として、「業務執行における、有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」と捉えられている。

例えば、以下の①—③の事実関係は、「業務執行における、有責契約債務不履行」と捉えられている。即ち、①イ、取締役自身又は第三者(支配会社等)の為の会社資産の利用・処分、⁽¹⁵⁾ロ、融通手形の振出・裏書、⁽¹⁶⁾ハ、売り手を利する目的でなされる、経済的価値のない特許権又は財産の高価買入、⁽¹⁷⁾ニ、株式譲渡及び出資の形式をとりなが

ら、会社及びその企業をその主要な競争会社の指揮監督のもとに置き、会社の企業の存続を危うくすることになる合意を、締結・履行する為の権限行使⁽¹⁸⁾、ホ、会社の事業秘密を第三者に洩らす行為⁽¹⁹⁾、②取締役会長より権限委譲を受けた取締役の、恋愛目的を達するための権限行使⁽²⁰⁾、③少数派株主の圧迫等⁽²¹⁾である。また、④イ、取締役会で得た内部情報を他に洩らす行為、又は、ロ、取締役会で得た内部情報による当該会社株式の投機は、「法令・定款違反」と捉えられている⁽²²⁾⁽²³⁾。

(3) これらの事実中、英米法の適用事実③④は、それぞれ、仏法の適用事実③④に対応類似することは、明らかである。また、英米法の実事①②は、それぞれ、取締役の権限・地位を利用して会社の利益以外の利益を図る場合の内の、会社の不利益を認識している場合(Ⅱ①)と、会社の利害につき全く考慮せず認識もなかった場合(Ⅱ②)として、仏法の適用事実①②に対応類似するものと、大略考えられる。

4 さらに、英米法の忠実義務の内、「自己が会社に対して負う義務と自己の個人的利益又は自己が第三者に対して負う義務とが衝突することになるような地位に、自己をおいてはならない義務(忠実義務②)」の、違反として捉えられる事実関係も、仏法上は、「業務執行における、有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」として捉えられていると言える。その理由は、以下の通りである。即ち、

先ず、英米法上「忠実義務②違反」として捉えられる事実関係の典型は、「取締役・会社間の利益相反取引」である⁽²⁴⁾が、これは、仏法上、会社と取締役間の契約に関する一九六六年会社法一〇一条以下(及び一四三条以下)の違反として、「法令違反(Ⅱ法令に違反すべきでない債務の有責契約債務不履行)」として捉えられている⁽²⁵⁾。

次に、「会社の財産・機会・情報の奪取・不当利用」及び「競業」を、英米法上、「忠実義務①違反」でなくて「忠実義務②違反」と捉える学説・判例もあるが、これらの実事(の少なくとも一部)は、仏法上は、前記の通り「業務執行における、有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」と捉えられている(前記3、(2)、①④参照)。

5 英米法上「授權目的のために権限を行使する義務（忠実義務③）の違反」として捉えられる事実関係は、仏法上どのように捉えられることになるであろうか。

一方、英米法上、「忠実義務③違反」に該当すると捉えられている事実関係としては、既述のように、①会社の利益以外の利益の考慮に基づく権限行使（これは忠実義務①違反ともなる⁽²⁷⁾）の他、②例えば、イ、議案を通過させるための多数派形成を唯一の目的とする新株発行、ロ、会社にとり株主として望ましくないと取締役が判断する株式譲受人に対して名義書き換えを拒否させる目的で取締役に授与された、株式譲渡の名義書き換え（登録）拒否権限を、株式譲渡人の議決権強化防止の目的で用いる場合、ハ、現在の取締役会の政策を株主が永久に変更できないようにするような権限行使等が、挙げられる。（後者②は、授權目的に反するものとして、たとい会社の利益を目的として行われた場合にも、忠実義務③違反として許されないとされる⁽³¹⁾。）

他方、仏法上も、①既述のように、会社の利益以外の利益の追求は、権限乱用（*détournement de pouvoir*）として、「業務執行における有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」となる⁽³²⁾。（前記3、(2)参照）。②また、例えば、侮辱的狀況ないし取締役会長の名誉を毀損するような状況下でなされた取締役会長の解任は、権利乱用（*abus de droit*）として、「法令・定款違反」となるとされる⁽³³⁾。（後者②の場合、解任権は、適切な取締役会長を確保する目的で与えられており、取締役会長を侮辱する目的で与えられている訳ではないところ、このような状況下でなされる取締役会長の解任は、取締役会長を侮辱する目的を有するものと解されるから、授權目的に反し、たとい会社の利益を最終目的として行われたとしても権利乱用となる、の意味であると解することができる。）

したがって、英米法上、「授權目的のために権限を行使する義務（忠実義務③）の違反」に該当すると捉えられている事実関係は、仏法上は、権限乱用ないし権利乱用として、「業務執行における有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」と捉えられるものと考えられる。

6 最後に、英米法上「自由な判断を用いるべき義務(忠実義務④)の違反」として捉えられる事実関係は、仏法上どのように捉えられるか。

英米法上この義務違反としては、例えば、他の取締役または第三者との間で、取締役が取締役会における自己の投票の仕方について契約することが挙げられるが、⁽³⁴⁾ 仏法上、このような事例は見当たらないようであり、仏法上どのように取り扱われるのか明確ではない。しかし、(会社の利益のための権限行使を権限付与の目的とし、会社の利益以外の利益のための権限行使を権限乱用と捉える) 仏法上も、このような契約により会社の利益のために自由に権限行使することを困難にすることは、授權目的に従った権限行使を困難にする行為として「善良な家父の注意」を欠く行為となり、「業務執行における有責契約債務不履行」(又は「機関権限に関する」法令定款の違反)として捉えられるものと推測される(上記3、(2)、参照)。

7 (結論) 上記したところをまとめると、大略、次のように結論できる。即ち、(1)英米法上「権能力内且つ授權権限内で行為すべき義務の違反」として捉えられる事実関係は、仏法上「法令・定款違反(≡法令定款に違反すべきでない手段債務の、有責契約債務不履行)」と捉えられており、(2)英米法上「注意義務違反」及び「忠実義務①②③④違反」として捉えられている事実関係は、仏法上は「業務執行における、有責契約債務不履行(≡会社の最善の利益達成を目的とする業務執行をなすべき手段債務の、有責契約債務不履行)」又は「法令・定款違反」と捉えられている、と。

したがって、英米法上の諸義務の違反、即ち、①「権能力内・授權権限内で行為すべき義務の違反」、②「注意義務違反」及び③「忠実義務違反」と、仏法上の①「業務執行における、有責契約債務不履行」及び②「法令・定款違反」とは、全体としてみると、適用事実関係がほぼ対応類似しているといえよう。

II 効果の対比

次に、英米法上の諸義務違反の効果と、仏法上の「業務執行における、有責契約債務不履行」及び「法令・定款違反」の効果との、対比を行う。

1 一方、英米法の諸義務違反の効果は、既述のように、以下の通りである。即ち、①「権利能力内・授權権限内で行為すべき義務の違反」の効果は、取締役の会社に対する損害賠償責任の発生であり、②「注意義務違反」の効果も、同様に、取締役の会社に対する損害賠償責任の発生である。これに対して、③「忠実義務違反」の効果は、取締役の会社に対する損害賠償責任に止まらず、取締役の会社に対する利益返還責任、その一態様としての擬制信託の発生、及び、利益相反取引の取消権（取消可能性）の発生等を含む。⁽³⁵⁾

他方、仏法上の①「業務執行における、有責契約債務不履行」及び②「法令・定款違反（＝法令・定款に違反すべきでない債務の、有責契約債務不履行）」の効果は、取締役の会社に対する損害賠償責任の発生及び利益相反取引の無効である。⁽³⁶⁾

両者を対比するとき、仏法には、利益返還責任、擬制信託の効果はないが、英米法・仏法ともに、その効果の本質を、「取締役の会社に対する義務の違反に対する会社の救済手段」と捉え得、その差は程度の差にすぎないと考えられる。

2 また、経営判断に関しては、

(1) 一方、英米法では、①「権利能力・授權権限内で行為すべき義務」、「注意義務（中の勤勉義務）」及び「忠実義務」の全てを遵守したときは、その上でなお経営判断に過ちがあっても免責されるとされ、⁽³⁷⁾ また、②裁判官は、経営の複雑な判断については自信がなく、且つ取締役の事前の判断を裁判官の事後の判断で評価するのは不公平であるから、取締役の経営判断について立ち入るのを差し控えるとされる。⁽³⁸⁾

他方、民法上、①取締役が「善良な家父の注意」を尽くさなかった場合は、「業務執行における、有責契約債務不履行」又は「法令・定款違反」として責任を負うが、それを尽くした上での経営判断の過ちは、免責されると考えられる。②又この場合、経営判断において「善良な家父の注意」を尽くしたか否かは、結果を未だ知らない事前の状態におかれた善良な家父がなしたであろう判断を、基準として評価すべきとされる。⁽³⁹⁾

(2) したがって、ここでも、英米法・民法に類似性が見られる。即ち、

① 先ず、英米法・民法共に、取締役が全ての義務を尽くした上で初めて免責を生じるものである点で、類似性が見られる。即ち、英米法上、「権利能力・授權権限内で行うべき義務」・「忠実義務」・「注意義務(中の勤勉義務)」の全てを遵守すれば、その上での経営判断の誤りは経営判断の法則により免責されるのに対して、民法上も、「善良な家父の注意」を尽くすべき義務を遵守すれば、その上での経営判断の誤りは免責されると、考えられる。

只、この場合、英米法上は、「注意義務」としては、「勤勉(diligence)」のみを尽くせば経営判断の法則が働き、経営判断に関する「技能(skill)」の点では、評価を避けられるの⁽⁴⁰⁾に対して、民法の場合は、経営判断に関する「技能」の点についても「善良な家父のそれ」を尽くさなければ免責されないから、その点で差があることになる。しかし、この点についても、民法上も、「技能」の点に関する「善良な家父の注意」の懈怠(=技術懈怠 *faute technique*)を理由に取締役に責任を負わせる判決はまれである⁽⁴¹⁾とされるから、この点も重大な差とはいえないであろう。

② 次に、英米法・民法ともに、「結果を知らない事前の状態におかれた取締役の判断」を、「結果を知った上での事後的判断」で評価することを避けようとしている点でも、類似性が見られる。

3、上記したところより、英米法上の「諸義務の違反」の効果と、民法上の「業務執行における、有責契約債務不履行」及び「法令・定款違反」の効果とは、類似しているといえよう。

III 結論

上記したところから次の結論がえられる。即ち、

1、英米法上の①「権利能力外・授權権限外の行為をしてはならない義務の違反」、②「注意義務違反」及び③「忠実義務違反」と、仏法上の①「業務執行における、有責契約債務不履行」及び②「法令・定款違反（＝法令・定款に違反すべきでない債務の有責契約債務不履行）」とは、全体としてその適用事実関係及び効果が類似しており、同一の機能を果たしているといえる。⁽⁴²⁾従って、両者は、全体として対応しており、全体として比較対象としての適格性を有することになる。

2、ところで、既述のように、仏法上の取締役の「業務執行における、有責契約債務不履行」及び「法令・定款違反」は、共に手段債務の不履行として、「善良な家父の注意」を怠る行為であることに帰着する。⁽⁴³⁾従って、英米法上の「上記諸義務違反」は全体として、適用事実関係・効果・機能において、仏法上の「善良な家父の注意を怠ること」に対応するものといつてよいことになる。したがって又、英米法上の「上記諸義務（＝①会社の権利能力及び授權権限内で行うべき義務、②注意義務及び③忠実義務）」は、全体として、仏法上の「善良な家父の注意を尽くすべき義務」に機能的に対応し、両者は、全体として比較対象としての適格性を有するといえることになる。

（したがって、仏法上の「善良な家父の注意を尽くすべき義務」は、機能的にみて、英米法上の「注意義務」のみに対応するものではなくて、「忠実義務」にも対応するものであることに、注意すべきである。）

(一) Loi 1966, art. 98; Jean-Pierre BERDAH, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*,

1974, Sirey, n° 223; Yves GUYON, *Administration, Responsabilité civile des administrateurs*, Juris Classeur 1990,

Traité des Sociétés 6, Fascicule 132, précité, n° 48; Philippe MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*,

1988, précité, n° 406.

- (2) Harry G. Henn and John R. Alexander, *Law of corporations*, 1983, aforesaid, P. 621-625; Latin on corporations, 1971, aforesaid, §78; Pennington's company law, 1990, aforesaid, P. 602-603.
- (3) BERDAH, *op. cit.*, n° 203.
- (4) BERDAH, *op. cit.*, n° 210, 211; GUYON, *op. cit.*, n° 68, 70.
- (5) BERDAH, *op. cit.*, n° 208.
- (6) GUYON, Administration, précitée, n° 52, 53.
- (7) L. 1966, art. 92 et s.; GUYON, Administration, précitée, n° 34; BERDAH, *op. cit.*, n° 219.
- (8) Harry G. Henn, *op. cit.*, P. 625, 632 *seqq.*; Pennington, *op. cit.*, P. 587; cf. Gower's Principles of modern Company Law, 1992, aforesaid, P. 564-570.
- (9) Harry G. Henn, *op. cit.*, P. 625, 628-629; Pennington, *op. cit.*, P. 587.
- (10) Pennington, *op. cit.*, P. 586.
- (11) *In re LEE, BEHRENS AND COMPANY, LIMITED*. [1932] 2 Ch. P. 46 *seqq.* 本條(11) (四) ②(註(3)) (「或種株式」) 因内附(四) 參照。
- (12) Harry G. Henn, *op. cit.*, P. 625, 651-652. 本條(12) (四) ②(註(8)) ② (「或種株式」) 因内附(一〇三—一〇四) 參照。
- (13) Harry G. Henn, *op. cit.*, P. 625, 649-650, note 14 at P. 649; Pennington, *op. cit.*, P. 588-589.
- (14) Voy. BERDAH, *op. cit.*, n° 180, 182, 187, 188 *seqq.*; GUYON, Administration, précitée, n° 24, 46. 本條(14) (「或種株式」) 因内附(一〇四(五)) 參照。
- (15) BERDAH, *op. cit.*, n° 188, 198; GUYON, Administration, précitée, n° 52.
 ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

[Trib. comm. de la Seine. 29 juin 1926 (Société anonyme Daudens c. Séguret et Séguret c. Boulant et Société anonyme Daudens). Journ. sociétés 1928, P. 562 s.]

【譯名】 甲会社 (Société anonyme Maison Daudens) の代表取締役 (administrateur délégué) 乙 (Séguret) 丙 等

社の会計の中に自分個人の勘定を設け (l'ouverture d'un compte courant personnel dans la comptabilité de la société) 会社の資産から自己の個人的債務(例えば、税金、自動車の修理代、ガソリン代等)を支払った。これは会社との合意も取締役会の承認もなくなされ、又は、甲会社の唯一の所有者であるかのような (comme s'il en avait été le seul propriétaire) 振る舞った (P. 565, 564)。

【判言】 甲は、重過失ある、業務執行における有責契約債務不履行 (fautes graves de gestion) を犯し、支出金額の返還及び損害賠償の責めに任じる (P. 565, 568)。

「コメント」 本件の事実関係は、「善良な家父の注意」を著しく欠くことによる「業務執行における有責契約債務不履行」と捉えられているものと思われる。英米法上は、これは、忠実義務①又は②違反とされることにならう。

(16) BERDAH, *op. cit.*, n° 188.

(17) BERDAH, *op. cit.*, n° 188.

(18) [Rennes, 2^e Ch., 23 fév. 1968 (Pierre Garnier c. Société Cassegrain), J. C. P., 1969, J. 16122.]

【事実】 1、財政不良 (difficulté financières) 等を原因とする株式会社甲会社 (Société Cassegrain) の内部紛争の結果、以下の一連の事実が生じた。即ち、

一九六六年五月五日、甲会社の取締役会 (conseil d'administration) は、社長 (président-directeur général) の A (André Garnier) に対し、既に開始されていた株式会社乙会社 (Société Saupiquet) (＝甲会社の主要な競争会社) との契約前交渉 (pourparlers) を継続する権限を与えた (autorise)。この前交渉はその後、合意 (accord) に達した。この合意においては、①甲会社の株式の六七パーセントを乙会社に出資し、それに対して乙会社株式を七対十の割合で発行することにより、甲乙両社の関係緊密化 (rapprochement) を実現する旨、及び、②甲会社の一定数の株式を乙会社又はその指定する者が譲受ける旨、規定されていた。

同合意は、同年五月二三日の甲会社取締役会において承認された (adopté)。また、同合意は、甲会社の全株主に対し通知され承認 (agrement) が求められ、且つ、乙会社への出資が強く勧誘されたが、同合意の裏に隠された種々の闇取引、甲・乙会社の真の価値、甲会社の企業の将来の運命等についての説明は何もなされなかった。その後上記①②の出

資及び株式譲渡は実行され、六月十日の甲会社取締役会は、それを承認した (donna sa agrément)。また、同年六月二十九日の甲会社特別総会は、上記合意を承認した (ratifa)。

その結果、甲会社の実権は、乙会社の副社長 (le vice-président-directeur général adjoint) の手に委ねられ、Aは甲会社の社長の地位に留まっても、それは名譽職に過ぎなくなった。その後しばらくして、甲会社の主たる幹部及び主力工場の職員は解雇され、同工場は閉鎖され、売りに出された。

2、甲会社の約四分の一の株式を保有するX (Pierre Garnier) (＝Aの兄) は、これら一連の取締役会及び総会の決議の無効 (nullité) を確認を申し立てた。一審又敗訴。又控訴。

【判旨】 原判決変更 (réforme ledit jugement)

1、株式会社の取締役会は、会社の目的たる事業 (l'objet social) に適合し、且つ会社目的 (but que se propose la société: but que s'est assigné la société) の実現を目指す、諸行為を行う権限を有するが、会社の目的たる事業又は会社目的に反する行為をするとは異なる (Voy. Observations par Pailussseau et Contin)。

2、甲会社の採った一連の措置 (opération) は、株式譲渡及び出資という形式をとるが、真実は、甲会社をその主要な競争会社の監督指揮 (contrôle et direction) の下に置き、甲会社によるその企業の支配・管理を害し、甲会社の企業の存続を危うくする (affecter la maîtrise, la gestion et la survivance de sa propre entreprise) 複雑な合意 (une convention complexe) にある。

これは、会社の目的たる事業、会社の存続及び当該措置 (l'opération) から排除された株主の利益を、危うくするものである。従って、一方において会社の目的たる事業に反し、(したがって、それを承認する取締役会決議は権限超越即 excès de pouvoirs であり)、他方において会社の利益 (intérêt social) 及び会社目的に反する (したがって、それを承認する取締役会決議はその権利乱用 abus de droit とする) (Voy. Observations par Pailussseau et Contin)。

3、よって、一九六六年五月二十三日及び六月十日の(本件合意及びその実行を承認する) 取締役会決議は、無効であることを確認する (déclare nulles et de nul effet)。

(なお、本件では、上記合意を承認する、一九六六年六月二十九日の特別総会決議も、少数株主の利益を無視するものであり、会社の利益に反し、権利乱用 abus de droit となるとされた。Voy. Observations par Pailussseau et Contin)。

「コメント」本件は、直接には、取締役の責任に関するものではない。しかし、ベルギーによれば、本件の事実関係は、会社の利益以外の利益（＝競争会社の利益）の考慮に基づいて取締役会及び取締役の権限行使として、民法上、「業務執行における有責契約債務不履行」と捉えられることとなるようである（Voy. BERDAH, *op. cit.*, n° 189）。英米法上は、忠実義務①②違反とされることにならう。

なお、本件判旨1、の「会社目的（but que se propose la société; but que s'est assigné la société）」とは、「社員への利益分配」又は「社員の経費節約（économie）」のことと思われる（Voy. C. civ., art. 1832. 拙稿「各国会社法の動向—フランス、二 ソシエテ定義の改正（商法・有限会社法改正法の研究所収）」金融・商事判例増刊号第八五六号一七六頁参照）。

(19) BERDAH, *op. cit.*, n° 189.

(20) [Rouen, 2^e Ch. civ., 25 sept. 1969 (A...c. B...), J. C. P. 1970, J. 16219.]

【事実】 1、甲会社（株式会社）の株主は、二派に分かれていた。少数派グループの代表 X (G... B...) は、取締役会の会長職 (la présidence du conseil d'administration) にあつたが名目的会長であり、会社指揮の実権は、Xより権限委譲を受けた、多数派株主を代表する取締役 (administrateur) の Y (J... A...) が握っていた。Yは二年程正常な職務執行をしたが、その後、かつての恋人 P 夫人（会社の高級職員 employé supérieure であつた）に対する情熱が再燃し、夫人の愛を再び得ようとして会社指揮者としての権限・地位を利用した (mit à profit son autorité directorale)。即ち Y は、P 夫人の拒絶にあつて、その愛を得ようとして、P 夫人を先ず解雇した後、給料を増加して復職させる等、支離滅裂な種々の手段を講じ、会社の財政を危険にさらした。最後に Y は、P 夫人の夫 P (当時会社の技術重役 directeur technique であつた) を P が職務を良く果たしていたにも係わらず、解雇した。その結果、P は解雇権の乱用 (rupture abusive de son contrat de travail) を理由に、会社に対して損害賠償の訴訟を提起した。

2、X は、上記事実は会社の将来を危うくすると考え、Y に対して委譲した権限を取り上げた。しかし、多数派株主を背景に、取締役会において、X は解任され、代わりに Y が X の地位に就き、且つ P の解任が確認された。

3、X は、多数決乱用によってなされた決議の執行 (exécution des décisions majoritaires abusives) を阻止するた

め、仮取締役 (administrateur provisoire) の選任を申し立て、ハーヴルの商事裁判所はこれを認めた。Y上訴。

【判旨】 原審維持 (confirme l'ordonnance)

1、本件のように、株主が二派に分かれ、それぞれの利益が対立し企業の正常な運行が妨げられている場合には、多数派により同派に属する一人の個人的利益の爲になされた、会社にとって破局的結果をもたらす会社の道徳的信用を失墜させる恐れのある決議に対して、少数派を保護しなければならぬ。仮取締役の任命は、多数決乱用によってなされた決議の執行を避けるために適した、緊急措置である。

2、本件における事実1、2、の示す状況は、企業に混乱・衝突をもたらす、会社にとって破局的な経済的・財政的・社会的結果をもたらす危険がある。

3、したがって、仮取締役を選任した原審は、正当である。(しかし、このような状況に最終的に終止符を打つのは株主総会であるとして、原審を若干修正して、仮取締役を一定期間内に総会を招集すべく義務付け、且つ仮取締役の職務を一定期間に限定した。)

〔コメント〕 注釈者 GUYONによれば、本件では取締役会の多数決乱用 (decisions majoritaires abusives) が問題となっているが、その効果として ① (本件において採られた) 仮取締役の選任の他に、② 決議の無効 (確認) (annulation de la décision abusive) (注(36)参照) 及び③ 取締役達の損害賠償責任 (responsabilité civile) があるとされる (Observations 1)。

また、BERDAHは、本件の事実関係を、会社の利益以外の利益(＝取締役の恋愛的利益)の考慮に基づく取締役の権限・地位の行使として、「業務執行における、有責契約債務不履行」の一つと捉えているものと思われる (Voy. BERDAH, *op. cit.*, n° 188)。

(21) BERDAH, *op. cit.*, n° 192; Cf. GUYON, *Administration, précité*, n° 58.

(22) GUYON, *Administration, précité*, n° 46; BERDAH, *op. cit.*, n° 221; Voy. L. 1966, art. 100, al. 4.

(23) 仏法上、以下の諸事実関係は、「会社の利益の犠牲において取締役自身又は第三者の利益を利する意図はないが、会社の真の利益を見誤る行為 (la méconnaissance de l'intérêt social)」として、「業務執行における、有責契約債務不履行」

と捉えられている。即ち、例えば、①株式発行の際に、引受又は払込を得る目的でなされる、虚偽事実の広告、②実現されなかった増資のための払込金を、会社の必要を満たす為に用いる行為等である (BERDAH, *op. cit.*, n° 199)。¹⁾ ③では、取締役又は第三者の個人的利益は追求されていず、利益を受けているのは会社自身であるが、これらの行為により会社の信用は害されることになり、長期的にみるとき会社の利益を見誤ったことになるとされる (BERDAH, *op. cit.*, n° 199)。

これらの事例は、会社の利益以外の考慮による権限行使ともいえず、又、会社の利益に全く意識を向けなかった行為ともいえないから、英米法上の「忠実義務① (誠実義務) 違反」とはいえない。したがって、英米法上は、「注意義務違反」と捉えられることとなる。

(24) Gower, *op. cit.*, P. 559-561.

(25) 仏一九六六年会社法上、利益相反取引により、会社に損害を生じた場合は、

(1) 当該利益相反取引が取締役会 (または監査会) の事前の許可 (autorisation préalable) を得ないでなされたときは、イ、取引は無効であり (但し、総会の決議 un vote により、無効は治癒される) 且、ロ、利害関係取締役の損害賠償責任を生じる (L. 1966, art. 101, 105, 143, 147)。

(2) これに反して、当該利益相反取引が取締役会 (または監査会) の事前の許可を得てなされたときは、イ、取引は有効となる。ロ、また、取締役会 (または監査会) の事前の許可を得てなされた場合は、取引は、総会の承認 (approbation) 決議に付されることとなるが、総会の承認がなるときは (des conventions désapprouvées) 利害関係取締役 (また場合によっては、事前の許可を与えた取締役会の構成取締役にも) 損害賠償責任を問う得ることとなる (L. 1966, art. 103, 104, 145, 146)。総会に付されず、その承認がなかった場合も同様である。但し、総会で承認されれば、取締役の免責を生じる (Voy. Philippe MERLE, *Droit commercial - Sociétés commerciales*, 2^e éd., 1990, n° 398-401, notamment, P. 329, 331; Yves GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1, 6^e éd., 1990, préface, n° 419-426; J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, *Droit commercial - Sociétés, Groupements d'intérêt économique, Entreprises publiques*, 1980, Tome 1, 2^e vol. 2^e éd. n° 657, 658. 本稿四注(36)〔成城法学〕本号一一五頁参照) 参照。

(26) Gower, *op. cit.*, P. 559, 564-572. 後述五注(20)〔成城法学〕本号一三〇頁以下) 参照。

- (27) Pennington, *op. cit.*, P. 591.
- (28) Gower, *op. cit.*, P. 557.
- (29) Pennington, *op. cit.*, P. 593.
- (30) Pennington, *op. cit.*, P. 594.
- (31) 本稿二(四) 1, 1(1) ③ (「成城法学」第四五号九三—九四頁) 参照。
- (32) BERDAH, *op. cit.*, n° 180, 182, 187 et s.; Voy. GUYON, Administration, précité, n° 52, 54, 56, 57.
- (33) GUYON, Administration, précité, n° 47.
- (34) Gower, *op. cit.*, P. 558. 本稿二(四) 1, 1(1) ④ (「成城法学」四五号九五頁) 参照。
- (35) 本稿二(一) (二) (三) 1 (四) 1, 2, 及び注(28) (「成城法学」第四五号八四—八八頁、九五—九六頁、一〇〇—一〇四頁) 参照。
- (36) 本稿三 1 (「成城法学」第四五号一〇四頁) 及び本稿四 注(25) (「成城法学」本号一一四頁) 参照。Voy. L. 1966, art. 104, al. 2, art. 105, al. 1, art. 146, al. 2, art. 147, al. 1.

(利益相反取引の無効)

一九六六年仏会社法第一〇五条一項(及び第一四七条一項)は、利益相反取引の効果の一つを、次のように規定している。即ち、取締役会(又は監査会)の事前の許可なしになされた利益相反取引は、会社に損害を生ぜしめたときに、*「peuvent être annulées」*と、この *peuvent être annulées* をどのような意味に解すべきかが問題となる。

と、この *annulation* とは、裁判所による無効の確認 (*déclaration judiciaire de la nullité*) のことであり、法律行為は、無効原因が存する場合、この無効確認以前に既に潜在的には無効であるが (*la ... nullité existant, au moins virtuellement, dès avant son prononcé, dès que survient la cause de nullité*)、無効確認がなされるまでは有効と推定される (*l'acte doit être présumé valable et efficace*) とされる。即ち、*annulation* は、有効であった法律行為を失効せしめるのではなく、ただ、無効である行為の有効推定を覆すにすぎない。したがって、*annulation* とは、無効確認のことと解され、取消のことではないものと思われる。

したがって又、一九六六年仏会社法第一〇五条一項(及び一四七条一項)の *peuvent être annulées* とは、「裁判所の無効確認を申し立て得る」の意味と解される。これは、結局、我が法的にいえば、「利益相反取引は、無効である」(故

に、無効確認を申し立て得る」といふことにならう。(但し、利益相反取引は、裁判所の無効確認がなされるまでは、たとえ無効であっても有効と推定されるのであるから、実質的には、(裁判上)取消し得る行為とはほぼ同じとみえる。)

(Voy. Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS et Michel de JUGLART, *Leçons de Droit Civil*, Tome premier, Premier volume, sixième édition, 1980, n° 348, 351; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 1987, "Nullité" et "Annulation"; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, Tome 1, 2^e édition, 1972, n° 158, 159.)

(37) 本稿二(一)注(5)経営判断の法則(「成城法学」第四五号八五頁)参照。

(38) 同。

(39) GUYON, *Administration*, précité, n° 63.

(40) 本稿二(一)注(5)経営判断の法則(「成城法学」第四五号八五頁)参照。

(41) GUYON, *Administration*, précité, n° 63; Cf. BERDAH, *op. cit.*, n° 200.

(42) 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、第一—三規準参照。

(43) 本稿三、2、(3)(4)(「成城法学」第四五号一〇五—一〇七頁)参照。

五 英米法上の注意義務・忠実義務における「適切な注意」「忠実」と、民法上の「善良な家父の注意」との概念的関係

ここでは、以上の検討を踏まえて、英米法上の注意義務における「適切な注意(due care)」及び忠実義務における「忠実(loyalty)」と、民法上の「善良な家父の注意(les soins d'un bon père de famille)」とを比較し、両者の概念的関係、特に英米法上の「忠実義務」を民法上の「善良な家父の注意を尽くすべき義務」として解することの可能性を、考察する。

(一) 仏法及び英米法の再構成

先ず、比較を容易にするために、仏法上の取締役の責任及び英米法上の取締役の諸義務の両者を構成しなおして、比較検討する。

1 仏法の再構成

比較を容易にするために、先ず、前述した仏法上の取締役の責任の再構成を試みる。仏法では、既述のように、取締役は会社に対して、「法令定款に違反すべきでない、手段債務」及び「会社の最善の利益達成を目的とする業務執行をなすべき、手段債務」を負い、その有責契約債務不履行は取締役の損害賠償責任を生じ⁽¹⁾るが、これは以下のように再構成され得る。即ち、

会社の取締役は、会社に対して、「①法令・定款に違反せずに会社の最善の利益を実現することを、目的とする、任務(≡会社機関としての権限行使・義務履行)を、②善良な家父の注意を尽くして(≡伴って)、遂行すべき手段債務」を負い、この債務の有責契約債務不履行は、取締役の会社に対する損害賠償責任を生じると。

ここで、「任務」とは、会社機関としての行為(≡権限行使・義務履行)であり、例えば、イ、取締役会又は取締役会長の業務執行の意思決定、ロ、その実行としての(取締役会長による)代表・業務執行、ハ、取締役会を通しての業務執行の監督等である。

また、「……任務(≡会社機関としての権限行使・義務履行)を、②善良な家父の注意を尽くして(≡伴って)、遂行する(る)……」とは、「任務遂行(≡会社機関としての権限行使・義務履行)の際に、善良な家父の注意を尽く

す場合」のみならず、「任務遂行を離れて、善良な家父の注意を尽くす場合」も含まれる⁽²⁾。例えば、任務遂行を離れても、会社財産の不当利用・利益相反取引等は、手段債務の有責契約債務不履行⁽³⁾善良な家父の注意懈怠として捉えられている。即ち、任務遂行を離れても、会社財産の不当利用・利益相反取引等をなさないよう気配りすることは、「善良な家父の注意」の一内容と解されていることになる。要するに、任務遂行は、任務遂行の際に尽くされる注意であるか否かを問わず、善良な家父ならば尽くすであろう注意を全て伴わなければならないのである。

2 英米法の再構成

次に、仏法との比較を容易にするために、英米法の取締役の諸義務の再構成を試みる。既述のように、英米法上、取締役は、①「会社の権利能力内且つ各自の授權された権限内で行すべき義務」、②「注意義務」及び③「忠実義務」を負うが、これは、以下のように再構成することが可能である。即ち、

会社の取締役は、会社に対して、「①会社の権利能力及び自己の授權された権限の範囲を越えず（且つ法に違反せず）⁽⁴⁾に会社の最善の利益を実現することを、目的とする、任務（⁽⁵⁾会社機関としての権限行使・義務履行）を、②注意義務及び忠実義務を遵守して、遂行すべき手段債務」を負い、注意義務違反又は忠実義務違反があると、取締役の会社に対する損害賠償責任、利益返還責任その他の効果を生じると。

この再構成の②の部分を詳述すれば、以下のとおりである。即ち、取締役は、任務遂行に伴い尽くされるべき努力・気配りとして、(1) 任務遂行（⁽⁵⁾会社機関としての権限行使・義務履行）の際または任務遂行を離れて、適切な注意（due care）を尽くさねばならず（⁽⁵⁾注意義務）、(2) (a)権限・地位の行使・利用において、イ、会社の最善の利益を目指さねばならず、会社の利益以外の考慮により影響されてはならず（⁽⁵⁾忠実義務①）、ロ、授權目的を逸

脱してはならず(Ⅱ忠実義務③)、ハ、他に拘束されない、自己の自由な判断を用いねばならず(Ⅱ忠実義務④)、(b)権限・地位の行使・利用を離れても、自己の会社に対する義務と自己の利益または第三者に対する義務が矛盾するような地位に身をおいてはならない(Ⅱ忠実義務②)。

3 このように再構成した上で、仏法・英米法の比較を行うとき、英米法の注意義務・忠実義務において要求される「適切な注意」・「忠実」も、仏法の「善良な家父の注意」も、共に、「手段債務たる任務遂行債務の給付の構成要素である」、任務遂行即ち機関としての行為(Ⅱ権限行使・義務履行)に伴い尽くされるべき、努力・気配りと解される。

(但し、ここで、「任務遂行に伴い尽くされるべき、努力・気配り」とは、①任務遂行の際に尽くされるべきもの他に、②任務遂行を離れて尽くされるべきものも含まれることに注意すべきである。例えば、自宅研修に努めるという気配りや、会社の財産を不当利用しないという気配りは、必ずしも任務遂行の際に行われるものではない。しかしこの気配りも、任務遂行に伴い尽くされるべき努力・気配りの一部を構成するのである。)

(二) 「適切な注意」・「忠実」と「善良な家父の注意」との概念的関係

次に、この手段債務たる任務遂行債務の履行において尽くされるべき努力・気配りとしての、英米法上の注意義務における「適切な注意」及び忠実義務における「忠実」と、仏法上の「善良な家父の注意」とは、概念的にどのような関係にあるのであろうか。

I 外延的考察

先ず、英米法上の「注意義務」及び「忠実義務」の違反とされる事実関係(及びその効果)と、仏法上「善良な家父の注意」の懈怠とされる事実関係(及びその効果)との間には、同一性ないし類似性があることは、本稿四で

既述のとおりである。これは、仏法上の「善良な家父の注意」は、英米法上の「適切な注意」と「忠実」の両者を併せた（両者を含む）概念として用いられていることを示すといえる。

Ⅱ 内包的考察

ここでは、更に、仏法上の「善良な家父の注意」という概念は、内包的にみて、英米法上の「適切な注意」及び「忠実」の両者を含み得るものなのか否か、を考察する。

1 仏法上の「善良な家父の注意」の内包と、英米法上の「適切な注意」及び「忠実」の内包につき、英米仏の学説・判例の説くところは、種々の表現で表されており、内容の一元的理解は必ずしも容易ではない。ここでは、比較を容易にするために、取締役に焦点をあて且つ多少単純化して考察するとき、英米法上の注意義務における「適切な注意」及び忠実義務における「忠実」と、仏法上の「善良な家父の注意」とは、大略以下のように纏めることが出来る。即ち、

一方、英米法では、取締役は、上記手段債務としての任務遂行債務の履行において、「適切な注意」と「忠実」という努力・気配りをしなければならない。即ち、(a)取締役は、先ず、注意義務により、「適切な注意」、即ち、「問題となる具体的取締役と」同様な地位にある、通常程度に注意深い取締役⁽¹⁾ (an ordinarily prudent director in like position; ordinarily prudent person or men in like position) が、問題となる具体的取締役の置かれたと同様の状況下 (under similar circumstances) に置かれたと仮定するとき⁽²⁾に尽くすであろう注意 (care)、勤勉 (diligence) 及び技能 (skill) を、尽くさねばならない (但し、英法では、非常勤の平取締役 part-time director の場合は、「当該具体的取締役」の持っている技能と、「通常人 (reasonable man)」が同一の状況下で尽くすであろう勤勉を尽くせばよいとされ、注意の程度は緩和される⁽⁸⁾)。 (b)取締役は、さらに、忠実義務により、原則的忠実義務①—④及びそこから派生する種々の派生的忠実義務で要求される⁽⁹⁾ところ (＝忠実 loyalty) を尽くさねばならないが、この場合の

基準となる取締役像は、例えば、「正直な経済人 (honest men of business)」等と表現される。⁽⁹⁾

他方、仏法上、取締役は、手段債務としての任務遂行債務の履行において、「善良な家父」の注意という、努力・気配りをしなければならぬ。即ち、「問題となる具体的取締役と」同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で、且つ良心的・正直な、通常の(な)し標準的若しくは典型的) 取締役 (un administrateur prudent, diligent et actif; l'administrateur consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de la gestion des sociétés anonymes; l'homme normal, prudent et diligent, honnête; l'homme représentatif soigneux, diligent; un représentant de même catégorie; un individu moyen de même classe ou catégorie) が、問題となる具体的取締役の置かれたと同様の状況におかれたと仮定するとき、⁽¹⁰⁾ 尽くすであろう注意 (soins) を、尽くさねばならぬ。

2 英米法及び仏法につき上記したところを比較するとき、英米法上の取締役の任務遂行における努力・気配りは、「注意 (care)・勤勉 (diligence)・技能 (skill)」と「忠実 (loyalty)」との両者を含むことは明確である。これに対して、仏法における取締役の努力・気配りは、「注意 (soins)」というだけで、「注意・勤勉・技能」と「忠実」の両者を含むのか否か、必ずしも明らかではない。両者を含ませることもできるし、一方のみ含ませることもできる曖昧な表現である。

そこで、それぞれの「判断基準となる人間像」に視点を向けてみると、以下のことが判る。(a) 先ず、英米法上の注意義務における基準像たる「問題となる具体的取締役と」同様な地位にある、通常程度に注意深い取締役 (an ordinarily prudent director in like position) という表現には、「注意深い (prudent)」という属性はみられるが、「正直 (honest)」という属性がみられない。他方、英法上の忠実義務の基準像たる「正直な経済人 (honest men of business)」という表現には、「正直」という属性しか見られず、「注意深い」という属性はみられない。(b) これに対して、仏法上の基準像たる「善良な家父」即ち「問題となる具体的取締役と」同一の範疇・階級に属する、注意

深く勤勉で、且つ良心的・正直な、通常の(ないし標準的若しくは典型的)「取締役」という表現には、「注意深く勤勉である (Prudent, diligent)」と「属性」と「良心的・正直である (conscientieux, honnête)」という属性の両者が加わっている⁽¹⁾。

この基準像の異同及び上記1の外延的考察を併せ考えれば、仏法上の「善良な家父」(としての取締役)という概念の内包は、大略、英米法上の「問題となる具体的取締役と」同様な地位にある、通常程度に注意深い取締役」と「正直な経済人」の両者(のそれぞれの内包)を併せたものと、考えることができる⁽²⁾。したがって、仏法上の「善良な家父」という概念を、英米法上の注意義務において要求される「適切な注意」と忠実義務において要求される「忠実」の両者を尽くす者と解することは、無理なことではない。即ち、仏法上の「善良な家父の注意」は、英米法上の「適切な注意」と「忠実」を併せたものと解することができる。

3 これを詳述すれば、以下の通りである。

(1) 「適切な注意」と「善良な家父の注意」

先ず、上記のように、善良な家父としての取締役が「問題となる具体的取締役と」同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で、且つ良心的・正直な、通常の(ないし標準的若しくは典型的)「取締役」であるとすれば、これを、英米法上の注意義務の内容である「適切な注意 (due care)」即ち「問題となる具体的取締役と」同様な地位にある、通常程度に注意深い取締役が、問題となる具体的状況に置かれたと仮定するときに尽くすであろう、注意 (care)・勤勉 (diligence)・技能 (skill) を尽くす、という属性を持つ者と考えることは、概念内包的に無理がない⁽³⁾。即ち、英米法上の注意義務における「適切な注意」を、仏法上の「善良な家父の注意」の1内容(＝善良な家父としての取締役が、尽くすであろう努力・気配りの一つ)と解することは、概念内包的に無理はなからう。

(2) 「忠実義務①における、忠実」と「善良な家父の注意」

次に、英米法の忠実義務①であるが、これは、既述のとおり、「取締役の権限・地位の行使・利用（における動機）において、会社の最善の利益となると信じているところに従って（＝会社の最善の利益を目指して）行為し、会社の利益以外の考慮により影響されてはならない義務」である。⁽¹⁵⁾そして、英法上、忠実義務①は、「正直な経済人 (honest men of business)」を基準とする義務とされ、正直な経済人の行為と比べてもとるか否かにより判断され、したがって、忠実義務①の要求する行為（＝心理面を含む）は、正直な経済人のなすであろう行為であると考
えられている。⁽¹⁵⁾

ところで、上記のように、民法における善良な家父としての取締役が「問題となる具体的取締役と」同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で、且つ良心的・正直な、通常の（ないし標準的若しくは典型的）取締役である
とすれば、善良な家父としての取締役を、「権限・地位の行使・利用における動機において、会社の利益を最優先さ
せ、会社の利益以外の考慮により影響されない、正直な取締役」という側面を持つものと考えられることは、概念内包
的に究めて自然であろう。従って、忠実義務①で要求される所を「善良な家父の注意」の一内容（＝善良な家父と
しての取締役の、なすであろう気配りの一つ）と解することは、少しも無理なことではない。

(3) 「忠実義務②における、忠実」と「善良な家父の注意」

忠実義務②で要求される所、即ち、「取締役が、自己が会社に対して負う義務と自己の個人的利益又は自己が第三
者に対して負う義務とが衝突することになるような地位に就かない、という気配り」も、上記した善良な家父とし
ての取締役のなすであろう気配りと解することに、無理はない。即ち、

(a) (利益相反取引) 先ず、忠実義務②違反の典型的事例である利益相反取引は、一方、特別利害関係取締役が
会社の利益以外の利益の考慮により取締役としての権限・地位を用いる誘惑にかられやすい取引であり、他方、利
益相反取引がなされる場合、特別利害関係取締役の地位におかれた善良な家父（＝注意深く勤勉で且つ良心的・正

直な通常の取締役)ならば、通常、当該利益相反取引がなされることを認識し、且つ、それがなされることを回避し得ると解される。従って、(このように会社にとり危険であり、且つ認識し回避することの可能な)利益相反取引を避けることを、「善良な家父の注意」(「注意深く勤勉で且つ良心的・正直な通常の取締役の、なすであろう気配り」)の内容と解することは、概念内包的にみて無理がなからう。⁽¹⁶⁾

(b) (会社の財産・機会・情報の奪取・不当利用) 次に、英米法上、会社の財産・機会・情報の奪取・不当利用は、忠実義務①違反とも捉えられるが、これらを忠実義務②違反として捉える判例・学説も多い。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

ところで、財産・機会・情報等の奪取・不当利用を忠実義務②違反として捉える英米の判決をいくつかみてみると、取締役が利益相反する地位に就くことを認識していたか、又は少なくとも善良な家父(「注意深く勤勉で且つ良心的・正直な通常の取締役」)ならば、その認識が可能であった(したがって、そのような地位につくことを回避できた)事例であることが判る。そこから、財産・機会・情報等の奪取・不当利用が忠実義務②違反となるには、そのような認識または認識可能性(及び回避可能性)が要件となっているものと推測される。従って、(このような認識又は認識可能性及び回避可能性を前提する)これらの行為を避けることを、「善良な家父の注意」の内容(「注意深く勤勉で且つ良心的・正直な通常の取締役ならば、なすであろう気配りの一つ」と解することは、概念内包的に無理がなからう。⁽²⁰⁾

(c) 以上を要するに、英米法上の忠実義務②は、客観的絶対的に利益相反の地位に就くことを禁じるものではなくて、利益相反の地位に就くことを認識し又は認識し得べくして(且つ回避し得べくして)利益相反の地位に就くことを、禁じるものと解される。⁽²¹⁾したがって、忠実義務②の要求するところを、「善良な家父の注意」の内容と解することも、概念内包的に無理はなからう。

(4) 「忠実義務③・忠実義務④における、忠実」と「善良な家父の注意」

忠実義務③で要求されること(「権限を授權目的のみのために用いるという、気配り」)を、仏法の「善良な家父の注意」の内容(「注意深く勤勉で且つ良心的・正直な通常の取締役の、尽くすであろう気配りの一つ」と解すことが、概念内包的にみて無理がないことは、多言を要しまい。

忠実義務④において要求されること(「権限の行使における自己の自由な判断を拘束することになる行為を避け、権限の行使において自己の独立した自由な判断を用いる、という気配り」)を、仏法の「善良な家父の注意」の内容(「注意深く勤勉で且つ良心的・正直な通常の取締役の、尽くすであろう気配りの一つ」と解することも、概念内包的に無理はなからう。何故ならば、既述のように、⁽²²⁾会社の利益の実現を権限授与の目的とし、会社の利益以外の利益の追求を権限乱用と捉える仏法において、「取締役が、イ、権限行使における自己の自由な判断を、拘束する契約を締結し、又は、ロ、(その結果)権限行使において自己の自由な判断を用いないこと」は、会社の最大の利益を目指す権限行使を困難にする行為として、善良な家父(「注意深く勤勉で且つ良心的・正直な通常の取締役」)ならば避けるであろう行為と解することができるからである。

III 結論

以上、外延的考察及び内包的考察の結果、以下のような結論が得られる。即ち、仏法上取締役に要求される「善良な家父の注意」は、大略、英米法上の注意義務で要求される「適切な注意」と忠実義務において要求される「忠実」の両者を併せたものである、と解してよい。

(三) まとめ

上記したところをまとめると、以下の通りである。即ち、

1 第一に、英米法の取締役の注意義務・忠実義務において要求される「適切な注意」・「忠実」も、仏法の取締

役の「善良な家父の注意」も、共に、(手段債務たる任務遂行債務の給付の構成要素である)「任務遂行即ち機関としての行為(＝機関としての権限行使・義務遂行)に伴い、尽くされるべき努力・気配り」である。(但し、ここで、「……任務遂行即ち機関としての行為に伴い、尽くされるべき努力・気配り」とは、任務遂行の際に尽くされる努力・気配りのみならず、任務遂行を離れて尽くされる努力・気配りも含まれる。)

第二に、民法上の取締役の「善良な家父の注意」は、外延的内包的にみて、大略、英米法上の取締役の注意義務における「適切な注意」及び忠実義務における「忠実」を併せたものである。

2 従つてまた、英米法上の取締役の(任務遂行に伴い遵守されるべき)「忠実義務」を、民法上の取締役の(任務遂行に伴い遵守されるべき)「善良な家父の注意を尽くすべき義務」の二内容であると解することは、概念的にみて無理がなく、可能であることになる。

- (1) 本稿三〔成城法学〕第四五号一〇四頁以下) 参照。
- (2) 本稿四、1、特に四、1、3(2)、4〔成城法学〕本号一〇〇頁以下) 参照。
- (3) 本稿二〔成城法学〕第四五号八四頁以下) 参照。
- (4) 本稿二、(一)、注(一)〔成城法学〕第四五号八五頁) 参照。
- (5) 注意義務における「適切な注意」は、任務遂行に際しての注意が中心だが、自宅研修等、任務遂行を離れても要求される場合もあることにつき、本稿二、(三)注(6)〔成城法学〕第四五号九〇頁) 参照。
- (6) 本稿二、(三)注(6)〔成城法学〕第四五号九〇頁) 及び本稿四、1、特に四、1、3(1)(2)①イホ④、4〔成城法学〕本号一〇二―一〇三頁) 参照。
- (7) 本稿二、(三)2〔成城法学〕第四五号八八―八九頁) 参照。「当該取締役と」同様の地位にある、通常程度に注意深い人 (ordinarily prudent person or man in like position)」という表現も用いられるが、「当該取締役と」同様の地位にある (in like position)」という修飾語に注目すれば、この表現も、結局「当該取締役と」同様の地位にある、通常程度に注意深い「取締役」と読み変えてよいことにならう。

- (8) 本稿二、(三)、2、(2)「成城法学」第四五号八九頁 参照。
- (9) 本稿二、(四)、1、1、(1)、①「成城法学」第四五号九一一九二頁 参照。
- (10) 本稿三、2、(3)(4)「成城法学」第四五号一〇五一—一〇七頁 参照。「問題となる具体的行為者と」同一の範疇・階級に属する、通常人(ないし標準人若しくは典型人) un individu moyen (ou l'homme normal) de même classe ou catégorie; un représentant de même catégorie] 等という表現も、「問題となる具体的行為者」同一の範疇・階級に属する」という修飾語に注目すれば、ここでは、「問題となる具体的取締役と」同一の範疇・階級に属する、通常(ないし標準的)若しくは典型的「取締役」と言い換えてよいことになる。
- (11) 仏法における善良な家父としての取締役、即ち、「問題となる具体的取締役」と同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で、且つ良心的・正直な、通常の(ないし標準的)若しくは典型的「取締役」とは、「問題となる具体的取締役」と同一の範疇・階級に属する、通常の「取締役」の中に更に区分けをして、そのような通常の取締役のうち「注意深く勤勉で、且つ良心的・正直である」と評価される者でなければならぬものと思われる。「通常の取締役」即ち「極端なものを除いた最も頻繁に見掛ける取締役」という概念は、非常に幅が広く、その中には、注意深く勤勉で且つ良心的・正直であるとは、評価しえないものも含まれると考えられるからである。
- (12) (1) 米国のリーディング・ケースの一つは、抽象的表現としてはあるが、忠実義務の要求するものは、市場(経済界)における道徳よりも程度の高いもの (a trustee is held to something stricter than the morals of the market place) 大衆の行為水準より(道徳的に)水準の高いもの (has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd) である。MEINHARD v. SALMON et al., 164 N.E., P. 546) したがって、英法の「正直な経済人」という概念も、仏法の「善良な家父」としての取締役よりも道徳的に若干程度の高さを考えているようにみえなくもない。
- しかし、既述のように(上記注(11))、仏法における「善良な家父」としての取締役とは、「問題となる具体的取締役」と同一の範疇・階級に属する、通常の「取締役」の中に更に区分けをして、そのような通常の取締役のうち「注意深く勤勉で、且つ良心的・正直である」と評価される者である。したがって、「善良な家父」としての取締役のなすであろう行為は、既に、一般大衆の行為より道徳的に程度の高いものと考えられる。又、外延的考察によれば、既述のとおり、英米法上「忠実義務」として要求される(忠実)の殆どは、仏法上「善良な家父の注意」として要求され

ている(本稿四、1、3—6〔成城法学〕本号一〇二—一〇五頁以下)参照。

したがって、英法の「正直な経済人」の行為水準が、仏法の「善良な家父」としての取締役の行為水準より道徳的に高度のものであるとは、必ずしも言えないのである。

(2) 又、抽象的表現としての内包のみ考えれば、仏法上の「善良な家父」としての取締役は、通常の取締役の中で更に区分けた「注意深く勤勉で且つ良心的・正直と評価される、通常の取締役」であるのに対して、英米法上の「通常程度に注意深い取締役」は、通常の取締役の中に更に区分けするものではないから、それは、仏法上の「善良な家父」としての取締役よりも、注意深さにおいて若干程度の低い者と考えられなくもない(特に、英法における非常勤の平取締役の注意義務に関する抽象的説明は、そうである)。しかし、その差は、抽象的表現における内包的考察のみでは必ずしも明らかにならないのであり、外延的考察を加えれば、注意深さの点については、既述のとおり、両者の間に殆ど差がないといえよう(本稿四、1、2〔成城法学〕本号一〇〇—一〇二頁)参照。

(3) したがって、仏法上の「善良な家父」としての取締役」は、英米法上の「通常程度に注意深い取締役」と「正直な経済人」を併せたものと、大略言いえるものと考ええる。

(13) 抽象的表現としての内包のみに着目すれば、仏法の「善良な家父」のほうが、英米法上の「通常程度に注意深い取締役」よりも多少注意深さの程度が高いと考えられなくもないが、外延的考察を加えると、殆ど注意深さに関する差はないことにつき、注(12)参照。

(14) 本稿二、(四)、1、1、(1)、①〔成城法学〕第四五号九—一九二頁)参照。

(15) 同。

(16) ①取締役が、会社の取引相手として、自己又は第三者の為に、会社と取引する場合、当該取締役の地位におかれた善良な家父ならば、自己が利益相反の地位に就くことを、認識し且つそれを回避し得ることは明らかである。②取締役が会社を代表して、自己が特別利害関係人となる間接取引(例えば、自己の債務を会社が保証する契約)を第三者(例えば、自己の債権者)となす場合も、同様である。③特別利害関係取締役が会社を代表しない場合の間接取引がなされる場合でも、例えば、当該取締役の債務を会社が保証する契約がなされるが、当該取締役以外の取締役が会社を代表するという場合は、通常は、当該利害関係取締役の立場におかれた善良な家父ならば、自己が利益相反の地位に就くこと(したがって、取締役会その他の場で、取締役としての権限・地位を自己の利益のために用いる誘惑にかられ易い地位

に就くこと)を、認識し且つそのような取引を回避させ得るであろうと考えられる。従って、これらの場合、(このように認識し且つ回避することの可能な)利益相反取引を避け、または避けさせることを、「善良な家父の注意」(「注意深く勤勉で且つ良心的・正直な通常の取締役の、なすであろう気配り」の一内容と解することは、概念内包的にみて無理がなからう。

(なお、④両社の取締役を兼ねる者(A)が存する甲・乙両会社間で取引がなされる場合、Aが甲・乙いずれをも代表しない場合でも、Aは利益相反の地位につくことになる。なぜならば、Aは、甲又は乙の一方の利益のために、取締役会その他の場で権限・地位を行使する誘惑にかられ易い地位に就くことになるといえるからである。したがって、この場合に、忠実義務②違反が問題となりそうであるが、支配的米判例法は、たとえ甲・乙会社共通の取締役が甲・乙各社における取締役の過半数を占める場合でさえ、当該取引は、当然には取消し得ず、不公正(unfairness)な取引の場合にのみ取消し得る行為となっている。即ち、この場合は、忠実義務②は問題とはならず、忠実義務①のみが問題とされるのである。その理由は、結局その方が甲・乙両社にとり実用的であり、利益となるとの考慮にあるとされる(Ballantine, *op. cit.*, P. 181-182)。したがって、このような場合、Aの忠実義務①違反のみが問題となり、忠実義務②違反は問題とならないのであり、ここでの当面の問題である、忠実義務②で要求されることを善良な家父の注意と構成しえるか否かの問題も、生じない。)

(17) 本稿二(四)・I・1(1)①(「成城法学」第四五号九二頁)参照。v. Harry G. Henn, *op. cit.*, P. 625-626.

(18) Gower's principles of modern company law, 1992, aforesaid, P. 564-571, 559. 後記注(2)の諸判決参照。

(19) 競争禁止義務も忠実義務②の一内容とされてくる(Gower, *op. cit.*, P. 571-572, 559)。しかし、英米法上の競争禁止義務は、その中心的内容は、競争そのものを禁じるのでなく、競争をする場合に、会社の財産・機会・情報・従業員を奪取する等して、会社の競争を妨げることが禁じるものであるから、結局、財産・機会・情報等の奪取に還元されるように思われる(本稿二(四)、注28)・I・「成城法学」第四五号一〇〇頁、参照)。従って、忠実義務②違反として捉えられている事実関係は、利益相反取引の他は、主として、会社財産・機会・情報等の奪取(不当利用)であるといえる。

(只、英米法上の競争禁止義務と離れて考えるとき、柔軟な概念である民法上の「善良な家父の注意」は「競争を避ける気配り」も含むと解することは、可能であろう。)

(20) 財産・機会・情報等の奪取・不当利用を、忠実義務②違反として捉え、且つ、利益相反の地位に就くことの認識又は認識可能性を忠実義務②違反の責任要件とする、英米の事例

I 米判決

[1] IRVING TRUST Co. v. DEUTSCH et al. (Circuit Court of Appeals, Second Circuit, Sept. 17, 1934. Rehearing Denied Oct. 30, 1934.) 73 F. 2d, P. 121 seqq.

【事実】一、I、イ、一九二八年三月、ラヂオ・レコード・プレイヤー等を商う甲会社 (Sonora Products Corporation of America 旧商号 Acoustic Product Company) にて、ラヂオ技術の基礎的特許を使用して製造する権利を入手することが必要欠くべからざるものであったが、その権利は、乙会社 (the De Forest Radio Company) を通して入手し得ると信じられていた。そこで、甲会社の取締役である被告Y₁ (≡ Bell) と被告Y₂ (≡ Bidle) は、乙会社を支配してつた丙 (Reynolds and W. R. Reynolds & Co) と交渉し、丙が買い取ることになつてつた乙会社の株式六〇〇、〇〇〇株中の、二〇〇、〇〇〇株を現金一〇〇、〇〇〇ドルで買い取らせる旨の申込を受け (did succeed.... in obtaining.... an offer of a one-third participaion in the purchase of the 600,000 shares of De Forest stock) Y₁ は、甲会社のためにそれを承諾した (P. 122)。

この申込は、一九二八年四月九日までに甲会社取締役会の承認 (approval) があることを条件として、合意 (agreement) が成立する旨の申込であった。また、この申込には、この株式を買い取れば、甲会社の指名する者が乙会社の九人の取締役中の四人の取締役の地位を占める旨、及び、甲会社は乙会社の製品の管理及び販売を行う契約を乙会社の取締役会の承認を条件として締結する権利を取得する旨、規定されていた (P. 122)。

丙、この申込は、一九二八年四月三日に甲会社の取締役会に提示され、同取締役会で、甲会社の社長である被告Y₃ (≡ Deutsch) が、甲会社が申込を最終的に承諾した場合に生じる株式代金支払債務の、履行に必要な甲会社資金を獲得するよう努力すべき旨の、決議がなされた。同年四月九日の取締役会において、Y₃ は、甲会社の必要な資金を入手できない旨、及び、数人の者が、個人的に株式を取得したがって (おり、且つ、甲会社が株式取得により入手しようとする

している利益を、甲会社が入手できるよう取り計らうつもりで、いる旨、報告した。しかし、同取締役会において、 Y_2 が甲会社のために丙に対してなした申込承諾を、承認する決議がなされた (P. 122-123)。

2、四月二四日、乙会社株式の代金の一部が、 Y_2 、 Y_3 、 Y_4 (Hammond) の個人小切手によって支払われ、それに對して、丙は、甲会社に受領証を交付した。

残額は五月二五日に支払われ、その際、甲会社は資金がないので、乙会社株式は Y_1 等個人が買いたい旨丙に説明された。丙はそれを認めて、 Y_1 、 Y_2 、 Y_3 、 Y_4 他宛に、株券を発行せしめた。 Y_1 等は、この株式を市場で売却し、大きな利益をえた (P. 123)。

二、そこで、原告 X (甲会社の破産管財人 trustee in bankruptcy) は、被告 Y_1 等に対し、この利益の返還 (account for such profits) を訴求。原審は X の請求を棄却。X 上訴 (appeals)。

【判旨】 原判決一部取消 (decree reversed in part)。

1、(1) 受託者 (fiduciaries) はその私益が会社の利益と相反することになる地位についてはいけないという衡平法上の原則は、会社が当該冒険事業 (the venture) を自ら行うことができない時には、適用されないという被告の主張は、説得力がない。このような理論が認められるとすれば、会社が費用を賄えない時には利益を得る機会を取締役個人に開かれることになるのであるから、取締役は、会社のために最大の努力をすることを差し控える誘惑にかられることになる (P. 124 [3, 4])。

支払い不能に陥っていない会社 (a solvent corporation) の取締役は、会社が財政的に契約を履行出来ない (the corporation's financial inability to perform) ことを理由に、会社の契約を自己の利益のために引き継ぐこと (take over) を禁じられるのである。もし、取締役が、会社が必要な費用を捻出できる確信がもてない場合は、会社を当該冒険事業に乗り出させる必要はない。しかし (一度) 乗り出させた以上、その事業のいかなる段階においてであれ、会社に入れ代わり、利益を自己のポケットに入れてはならないのである (P. 124 [3, 4])。

(2) 受託者の私益がその信託上の義務と対立しまたは対立するかもしれない受託者の企てに、悪意で参加した (knowingly joins a fiduciary in an enterprise where the personal interest of the latter is or may be antagonistic to his trust) 者は、受託者と連帯してその企てにより得た利益を返還する責任を負う (P. 125 [5, 6])。

2 (1) 乙会社株式二〇〇、〇〇〇株の購入の合意は、甲会社・丙間で成立したのであり、 Y_1 、 Y_2 と丙間で成立した

ものではない(P.123 [1])。(したがって、Y₁等の乙会社株式の取得は、甲会社の契約を自己の利益の為に引き継いだこととなる。)

(2) 本件取引 (De Forest transaction) について知っていた取締役は、Y₁、Y₂、Y₃、Y₄のみである (P.126)。他の被告は、取締役達が甲会社の利益と対立する私益を取得する方策を進めていることを知らなかった (P.125 [7, 8, 9])。

3 上記理由により、Y₁、Y₂、Y₃、Y₄については、原告の請求を棄却した原判決を取り消す (the decree of dismissal is reversed)。他の被告との関係では、原判決を維持する。

(なお、以下の判示もある。)

4 本件では、甲会社に資金がなかったとの原審の認定を覆す理由はないが、甲会社の資金・金融を得るために、より多くの努力を払うことが可能でなかったかが問題となる。Y₃は甲会社に対して一九二八年二月二日満期の一二五、〇〇〇ドルの担保付き約束手形債務を負担していたのに、この取り立てのための努力は全くなされていない。また、甲会社は六月六日にはかなりの銀行貸付を得たが、もし数週間前にこれがなされておれば、株式取得の資金を賄うことができたのである。(P.124 [3, 4])

〔考察〕

1 判旨をみると、本件は、取締役が、会社が財政的に契約を履行出来ないことを理由に、会社の契約を自己の利益のために引き継ぐこと(＝会社機会の奪取)は、利益相反の地位につくことになり忠実義務②に反する、との趣旨の判決と思われる。

2 また、本件では、取締役達が、自己が利益相反の地位に就くことを認識していた(または少なくとも認識し得た)ことが、忠実義務②違反の責任要件(重要事実)とされているものと解される(判旨1(2)、2(2)参照)。

3 思うに、Y₁、Y₂、Y₃及びY₄は、自ら乙会社株式を取得したい旨を丙に申し出たとき、利益相反の地位に就いた——即ち、Y₁等が甲会社のために乙会社の株式を取得しようとする努力すると、Y₁等自身が乙会社の株式の取得・転売により利益を得ることはできなくなってしまうのであり、したがって、Y₁等の取締役としての判断が、会社の利益以外の考慮、即ちY₁等自身の乙会社株式の取得・転売による利益の考慮により、歪められる危険の大きい地位に、就いたことになる——と考えられる。しかも、Y₁等は、このように利益相反の地位に就く際に、そのような地位に就くことを認識し

又は認識し得た(したがって、回避し得た)と考えられる(事実一、1、2、及び判旨2(2)、4、参照)。

従って、本件のY₁等の行為は、「利益相反の地位に就くことを認識し又は認識し得べくして(したがって、回避し得べくして)、利益相反の地位に就く行為」として、民法上、「善良な家父の注意を欠く行為(II Y₁等と同一の範疇に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常の取締役が、Y₁等の置かれた状況に置かれたならば避けたであろう行為)」と評価されることにならう。(また、Y₁等が、甲会社の資金調達に必ずしも充分努力しなかったことが伺える(判旨4)が、これを考慮するとき、なおさらそうである)。

4 なお、「Fiduciary」には、(a)「受託者(trustee)」の意味の他に、(b)「相手方に対する優越と影響力を生じるような」信頼を、相手方より受けるため、最高度の誠意をもって相手方の利益のために行為すべき義務を負うことになるという点で、受託者に類似する性格を有する者」の意味がある。(v. Black's Law Dictionary, 5th Ed., P. 563, 564 "Fiduciary" and "fiduciary relation". 鴻・北沢「英米商法辞典」三二二頁「Fiduciary」及び「本稿二」(註)(3)「成城法学」四五号九六頁(参照)。しかし、本件では、「Fiduciary」は「信託(trust)」との関係で捉えられているようなので(判旨1、(2)参照)、「Fiduciary」を「受託者」と訳した。

法人格を有する会社の取締役は、「会社の代理人(agent)」であり、会社ないし会社財産の受託者ではないが、会社に対して受託者と同様に信任関係(fiduciary relationship)に立つと説く立場もある(Gover, *op. cit.*, P. 550-551; Pennington, *op. cit.*, P. 583; Charlesworth and Morse, *op. cit.*, P. 393)。この立場では、取締役は「上記の(3)「受託者に類似する性格を有するもの」と捉えられているものと解される。しかし、本件では、取締役を「会社ないし会社財産の受託者」と捉えているものと推測される。

[25] GUTH et al. v. LOFT, Inc., Supreme Court of Delaware, April 11, 1939. (5 A. 2d, P. 503 seq.)

【事実】一 I、X会社(LOFT)は、菓子、シロップ、飲料等の製造販売業を営む会社(Corporation)であった。一九三一年、X会社の売店ではコカ・コーラを販売していたが、コカ・コーラ会社が値引きを拒否したので、X会社の社長(President)のY₁(Guth)は、コカ・コーラと他の飲料との交代を決定した(P. 512 L.)。

ロ、その直後、一九三一年五月、A (Megarged) により支配されていた甲会社(National Pepsi-Cola Company)は、

破産し、Aは、Y₁に対して、甲会社の破産、及び、Aが破産管財人よりペプシ・コーラの製造秘伝及び商標を入手し得る立場にあることを知らせた (P. 506)。即ち、Y₁は、ペプシ・コーラの製造秘伝及び商標を安く入手し得る機会を提供されたのである (P. 512 R.)。しかし、これは、Y₁個人に対してではなくて、X会社の社長としてのY₁に対して (X会社に対して) 提供されたものであった (P. 512 R., 513 L.)。

ハ、同年七月、AとY₁は、以下の内容の合意——即ち、(a) Aはペプシ・コーラの製造秘伝及び商標を入手し、授權資本三〇〇、〇〇〇株の新会社を設立し、上記秘伝及び商標を同会社に譲渡し (transfer)、自己は一〇〇、〇〇〇株取得し、同数の株をY₁にも取得させ、自己の取得株式は新会社に自己株式として戻し、新会社はそれを売却しその運転資金とする。(b) Aは、最初の六年間は、年二五、〇〇〇ドルの支払いを受け、その後は、シロップ一ガロン毎に二・五セントの使用料 (loyalty) の支払いを受ける、旨の合意——をした (P. 506 L.)。

ニ、同合意に基づき、同年八月新会社の乙会社 (Pepsi-Cola Company) が設立され、ペプシ・コーラの製造秘伝及び商標を甲会社破産管財人より取得し、合意通りの株式の分配がなされたが、一〇〇、〇〇〇株は、Y₁ではなくて、(Y₁及びその家族で所有していた) Y₂会社 (Grace Company, Inc.) が取得した。Y₁は、当初乙会社の株式を取得しなかったが、一九三三年、Aの保有株式九七、五〇〇株を、取得した (P. 506 L., 507 L.)。

2、Y₁は、X会社と乙会社を完全に支配していたにもかかわらず、乙会社のコーラシロップの供給をX会社のために確保する契約を、X・乙両会社間で締結しなかった (P. 515 L., 507 R.)。

また、Y₁は、X会社の運転資金・人的物的施設を、無制限に乙会社の助成の為に用いた (P. 506 R.)。

二、原告X会社は、被告Y₁及びY₂会社の名で登録されている乙会社の株式に関する、X会社のための擬制信託の設定 (impress a trust in favor of the complainant) 当該株式のX会社への移転、及び利益の返還 (an accounting) を、訴求。一審X会社勝訴。Y₁・Y₂上訴 (P. 504-505)。

【判旨】 原判決支持 (decree sustained)。

一、1 (1) 会社役員及び取締役 (corporate officers and directors) は、受託者 (trustees) ではないが、会社及び株主との関係で信任関係 (fiduciary relation) に立つ。そして、会社の役員及び取締役は、自己の私的利益を助成するために、信任関係上の地位 (their position of trust and confidence) を利用することは許されなく (P. 510 L.)。

(2) 会社に対する分割されなく非利己的な忠誠 (an undeviated and unselfish loyalty) の原則から、義務と私益間の衝

突がないこと (no conflict between duty and self-interest) が、取締役に要求される (P. 510 R.)。

2 会社の役員または取締役が、上記の義務に違反して私益を取得したときは、法は、会社の選択に基づき、その私益に会社のための信託を擬制し (the law charges the interest so acquired with a trust for the benefit of the corporation, at its election)、その裏切者にはいかなる利益も許さず (P. 510 R.)。

(この厳しいルールは、信任関係における信頼の裏切りから会社に生じた損害(を賠償させること)に根拠をおくのではなくて、信任関係における信頼を裏切ることにより利益を得ることを、不可能とし、信頼の裏切りへの誘惑を断ち切らうとする政策 a wise public policy that, for the purpose of removing all temptation, extinguishes all possibility of profit flowing from a breach of the confidence imposed by the fiduciary relation に根拠を置くべきである (P. 510 R.))。

二、 Y_1 がX会社においてコカ・コーラの販売を中止しようとしたとき、コカ・コーラ以外のコーラ飲料の恒常的供給を入手することが、X会社にとって緊急に必要となったのであり、又、ペプシ・コーラの機会(=ペプシ・コーラの商標、製造秘伝、暖簾及び事業を、安く入手し得る機会)が現れたとき、 Y_1 は既にペプシ・コーラの利用を考えていたのであるから、この機会が、X会社が利害関係 (interest) と期待 (expectancy) を有する機会、即ちX会社の機会となったのである (P. 514 R.)。しかも、X会社は、この機会を入手するに充分の資金、物的人的施設を有していた (P. 513 R.)。にもかかわらず、 Y_1 は、X会社に提供されたペプシ・コーラの機会をX会社には提供せず、自己とその支配会社 Y_2 で乙会社の株式の九パーセントを取得し、X会社の機会を奪取した (P. 515, 507)。

三、故に、原判決—— Y_1 は、X会社の機会を、不法に自己のために奪取した (wrongfully appropriated)。また、 Y_1 と Y_2 会社は、実際上は同一である。したがって、 Y_1 及び Y_2 会社の所有する乙会社の株式及びその配当は、衡平法上 (equity) X会社の財産であり、 Y_1 及び Y_2 会社は、その有する乙会社の株式及び同株式より得た配当その他の利益を、X会社に移転・返還しなければならぬと、判示した (P. 508 R.)。——は支持される (P. 515 R.)。

〔考察〕

- 1 判旨一、1、(1)からは、本件は、会社の機会の奪取を忠実義務①違反と捉えているように読めるが、判旨一、1、(2)からは、それを、同時に忠実義務②違反と捉えているように読める。

2 本件を忠実義務②違反の事件とみる場合、Y₁は、遅くとも、Aと、事実一、1、ハ、の合意をしたとき、自己の私的利益(Ⅱ自らペプシ・コーラの機会を取得すること)と、X会社に対する義務(Ⅱペプシ・コーラの機会をX会社に取得させるべく権限行使をして努力すべき、忠実義務①及び注意義務)とが相反する地位に就いたといえ、且つ、そのような利益相反の地位に就くことを、認識していたか、少なくとも認識し得たと解される。また、本件において、忠実義務②違反の効果として利益返還責任を生じる立法目的は、信任関係における信頼を裏切つて利益を得る誘惑を除去するにあると判示されている(判旨一、2)。

したがって、本件でも、利益相反の地位に就くことの認識ないし認識可能性を、忠実義務②違反の責任要件としているものと解することができよう。

3 本件を忠実義務②違反の事件とみる場合、上記のとおり、Y₁は、X会社ではなくて自己が乙会社株式を取得する旨の合意をAと行ったとき、自己の私的利益とX会社に対する義務の相反する地位に就くことを認識していたか、少なくとも、認識しえた(したがって、回避し得た)と解される。したがって、「そのような認識ないし認識可能性(したがって、回避可能性)のもとになされた、利益相反の地位に就くY₁の行為」は、民法上、「善良な家父の注意を欠く行為(ⅡY₁と同一の範疇に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常の取締役が、Y₁の置かれた状況に置かれたならば避けたであろう行為)」と評価されることにならう。(さらに事実一2、を加えれば、なおさらそうである)。

[3] BLAUSTEIN et al. v. PAN AMERICAN PETROLEUM & TRANSPORT CO. et al. (Supreme Court, Special Term, New York County, June 8, 1940.) (21 N. Y. S. 2d, P. 651 seq.)

【事実】一、

1 ① Y₁会社 (the Standard Oil Company of Indiana) (Ⅱ甲会社株式の九六パーセント保有)は、石油業を営む甲会社 (Pan American Petroleum & Transport Company) との合意により、甲会社がその石油精製業の原料たる原油を確保するために油田 (crude oil properties) を入手することと、最善の協力をする旨約束した。しかし、Y₁会社は、甲会社の取締役会における多数派取締役であるY₂会社指名の取締役Y₃ (Stephens) 等(以下、多数派取締役達という)を通じて、甲会社が原油製造を自ら行うのを妨げ、且つ、甲会社が油田を購入する機会 (opportunities) は充分あったにもか

かわらず、Y₁会社自身及びその百パーセント子会社が油田を購入し、そこで産出される原油を甲会社に販売して利益を得た (P. 682 *seqq.*, 727 *seqq.*)。

② Y₁, Y₂は、甲会社の取締役である他、Y₁会社の取締役・役員兼法律顧問 (general counsel) であったが、Y₂は、甲会社が油田業を行うことはテキサス州の独禁法 (the anti-trust laws of Texas) に反することになると助言した。しかし、甲会社の油田業は、テキサス州の独禁法に違反するものではなかった (P. 683, 728-729)。

ロ、甲会社には固有の法律顧問がいたにもかかわらず、甲会社の多数派取締役 (Indiana nominees) は、Y₂の意見のみに従った (P. 729)。

2 甲会社が油田による原油産出を行わなかったのは、Y₁会社の利益のためであり、この甲会社とY₁会社の利益相反は明白であった。

また、Y₂等甲会社の多数派取締役達は、甲会社が自らは原油産出を行わずにY₁会社及びその子会社より原油を購入する契約を、審議していたとき、それがY₁会社の利益となることを承知していた (P. 729-730)。

二、甲会社の株主且つ取締役であるX等は、甲会社の多数派取締役Y₂等及び甲会社の支配株主Y₁会社に対して、その忠実義務 (信任義務) 違反 (breach of fiduciary obligations) を理由として代表訴訟 (derivative action) を提起した (P. 660 *seqq.*)。

【判旨】判旨は、概ね以下のようなものと解される。

1 (1) (Y₁会社・Y₂)

① (Y₁会社) Y₁会社の甲会社における支配株主としての地位及び行為から、Y₁会社と甲会社間には信任関係 (the fiduciary relationship) が形成され、Y₁会社は、甲会社の受託者 (a fiduciary) の地位にある (P. 712 [5])。

Y₁会社の行為は、受益者 (cestui || 甲会社) を支配している受託者 (trustee || Y₁会社) が、受益者に対して、受益者がその事業に不可欠の正当な活動 (|| 油田購入による原油産出) を行うのを援助すると約束しておきながら、受託者により指名された、受益者の多数派取締役の投票を通して、受益者が当該活動を行い受託者と競争することを妨げ、且つ、受託者自ら、受益者の機会 (opportunities) を利用して油田を取得し、その産出物を受益者に売りつけた行為と解される (P. 727, 730 [22])。

② (Y₂) Y₂は、(自己が双方の取締役である) 甲会社とY₁会社の、利益が相反することになる地位において、法的意

見を提出していた (was rendering a legal opinion in a situation in which there were conflicting interests between two corporations, in both of which he was a director)。Y₂は、甲会社とY₁会社双方の受託者 (trustee) であつたのであるから、法的意見の提出を差し控えるべきだったのである (should have disqualified himself) (P. 730 [21])。

③ 受託者 (fiduciary) は、その個人的利益が本人の利益と矛盾する地位に就くこと (enter a situation where personal interest will conflict with the interest of his principal) を禁じられるが、本件においては、Y₁会社及びY₂は、熟慮した上で故意に (deliberately) Y₁会社の利益と甲会社の利益が相反する地位に就いたといえる (P. 731 [23])。

(2) (Y₂以外の多数派取締役)

甲会社のY₂以外の多数派取締役達は、甲会社の取締役として甲会社の利益のみを考慮すべき義務を負っていたのであるから、Y₂の利益相反する地位を知っていた以上、両会社から独立している外部の法律顧問の意見を求めるべき義務を負っていたのに、そうしなかった (P. 731 [24])。

2. したがって、X等は、甲会社のために、「①甲会社のY₂等多数派取締役及びY₁会社は、甲会社その他に対する原油売却によりY₁会社及びその子会社が得た利益を、甲会社に返還する (account for and pay over to Pan Am the profits...)」を命じ、及び、「②Y₁会社は、甲会社のための油田の擬制受託者 (constructive trustee) として、油田を甲会社に移転すべき旨」を命じる判決を、得ることができ、(are entitled to) (P. 761-762, 731-732)。

(なお、本件では、以下の趣旨も判示されている。

甲会社が油田購入の資金を賄えなかったということも、Y₁会社の免責理由とはならない。なぜならば、受益者が機会を利用しえるよう援助することは、受託者 (fiduciary) の (衡平法上の) 義務であり、もし取締役その他の会社の受託者が、このような理由で会社の機会を自己のために奪取することが許されることになれば、会社のために最善の努力をすることを差し控える誘惑が常に存することになるからである (P. 731 [26])。

〔考察〕

1 判旨1(1)は、Y₁会社の「会社機会の奪取」及びY₂の「法的意見の提出」を、利益相反する地位に就くべきでない義務(＝忠実義務②)の違反と、捉えているものと解される。

そして、 Y_1 会社及び Y_2 は、熟慮のうえ故意に利益相反の地位に就いたとされる(判旨1、(1)、③、及び、事実1、2、参照)。したがって、本件も、利益相反の地位につくことの認識又は認識可能性を、忠実義務②違反の責任要件(重要事実)として認めるものと解することができる。

このように、 Y_1 会社及び Y_2 は、熟慮のうえ故意に利益相反の地位に就いたとされるから、 Y_1 会社・ Y_2 の行為は、民法上、善良な家父の注意を欠く行為(Ⅱ Y_1 ・ Y_2 と同一の範疇に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常の支配株主・取締役が、 Y_1 ・ Y_2 の置かれた状況に置かれたならばなしたであろう行為)と評価されることになる。

2 判旨1、(2)において、 Y_2 以外の甲会社多数派取締役達が「 Y_2 の法的助言に従ったこと」は、忠実義務①違反(Ⅱ権限行使において、甲会社の利益以外の利益即ち Y_1 会社の利益を、考慮した)と捉えられているものと解される。

3 なお、既述のように「Fiduciary」には、「受託者(Trustee)」の意味の他に、「相手方に対する優越と影響力を生じるような」信頼を、相手方より受けるため、最高度の誠意をもって相手の利益のために行為すべき義務を負うこととなる点で、受託者に類似する性格を有する者」の意味がある。しかし、本件では「Fiduciary」は「Trustee」と互換的に用いられているようなので(判旨1、(1)、①②③参照)、「Fiduciary」を「受託者」と訳した。本件では、取締役は、「会社財産または会社の受託者」と捉えられているものと推測される(前記事例「1」の考察4、参照)。

(本件では、上記の行為以外の行為も問題とされているが、法的に類似しているか、または本稿の論点と直接関係がないので、省略した。)

Ⅱ 英判決

【一】 REGAL (HASTINGS), LTD. v. GULLIVER AND OTHERS. House of Lords, November 14, 17, 18, 20, 21, 24, 1941, February 20, 1942 ([1942] 1 All E. R., P. 378 seq.)

【事実】 1、一つの映画館を所有していたX会社 (REGAL, LTD.) は、営業譲渡 (the sale of the property of the company as a going concern) を企図し、そのために更だ他の二つの映画館の取得又は賃借を望んでいた。この映画館

取得または賃借の目的で、(X会社の従属会社である)資本五千ポンドの甲会社 (HASTINGS AMALGAMATED CINEMAS LTD.) が設立された。

2. 二つの映画館の賃貸の申込がなされたが、貸主は、甲会社の払込済資本 (paid-up capital) が五千ポンドでない場合は賃料に対しX会社の取締役達が保証することを要求した。X会社取締役達の当初の意図は、X会社が甲会社の全株式を所有することであったが、X会社は甲会社の株式のために二千ポンドしか拠出できず、且つ取締役達は賃料の保証人となることを望まなかったので、X会社取締役会(これは甲会社の取締役会を兼ねるものであった)において、X会社は二千株を取得し、取締役達はそれぞれ五百ポンドずつ出資者をつける (find 500) 旨取り決められた。この取り決めに従い、甲会社株式二千株はX会社が引受け、残余の甲会社株式三千株中、二千五百株は、取締役達がそれぞれ自ら五〇〇株ずつ引受けた(但し、取締役の一人Y₁のみは、自らは株式を取得せず、株式引受人を探して来、この株式引受人が残りの五百株を引き受けた)。かくして、払込済資本は五千ポンドとなり、甲会社は、二つの映画館の賃貸を受けることができた。

3. しかし、最終的には、X会社の営業譲渡はなされず、その代わりに、X会社及び甲会社の全株式の譲渡がなされた。取締役達に割り当てられた甲会社の株式の譲渡により、取締役達は、利益を得た。しかし、本件取引は、全て、善意・誠実に行われたものであった (all the transactions were bona fide)。

4. 株式譲渡の結果新たな取締役達のもとに立つこととなったX会社は、従前の取締役達に対して、上記利益の返還を訴求。一審二審ともにX会社は敗訴し、上告。(以上、P. 378, 380, 383-385)

【判旨】 上告認容 (Appeal allowed) (但し、Y₁のほうは上告棄却)

1. ①取締役の行為が、取締役の業務執行において、且つ取締役として(の地位において)得た機会及び知識を利用してなされたものもあり (it can properly be said to have been done in the course of their management and in utilisation of their opportunities and special knowledge as directors) ②その結果取締役自身に利益をもたらしたこと(①②)が、証明されるときは、取締役は会社に対してその得た利益を返還しなければならぬ (accountability for any profit which they made) (P. 391-392)。

この場合、取締役に詐欺 (fraud) 不誠実 (absence of bona fides) があつたことは、取締役の利益返還責任発生要件に含まれない。取締役は、いかに正直且つ誠実にあつても (however honest and well-intentioned) 利益返還責任

を免れることはできないのである (P. 386)。

2、本件におけるY₁以外のX会社取締役の行為(Ⅱ甲会社株式の引受及び譲渡)は、1、①②に該当する。よって、当該取締役は、甲会社株式の譲渡により得た利益をX会社に返還しなければならず、上告は認容される (P. 392, 389)。

(cf. GOWER, *op. cit.*, P. 566)

(但し、Y₁については、個人的利益を得ていないので、責任はないとされた (P. 392)。)

〔考察〕

1 本件では、取締役は、受任者としての地位を利用して (by use of a fiduciary position) 利益を得たとき、——従ってその一場合である、取締役としての地位において (in their position as directors) 得ることのできた機会・知識を利用して利益をえたとき——は、その利益を会社に返還しなければならぬ旨、強調されている (P. 386-387, 391-392, 392-394, 394-395)。したがって、本件を忠実義務①違反(Ⅱ会社の利益以外の考慮に基づく権限行使)の事例と考える余地もある。

2 しかし、本件では、取締役の利益返還責任が生じるために、取締役に詐欺 (fraud)・不誠実 (absence of bona fides) があつたことは必要でない旨述べられている (P. 386)。従って、取締役達が誠実に行爲したとき、即ちX会社の利益実現のみを動機として行爲した場合(Ⅱ忠実義務①が守られた場合)でも、責任を生じるとされていることになる。

また、取締役達の行為の結果、X会社に不利益が生じたことが、強調されている。即ち、X会社が甲会社の全株式を取得するとの計画が変更され、甲会社の株式五千株中、三千株を取締役達その他が取得することになった結果、①X会社は、もはや、甲会社を支配できず、またはその全株を取得できなくなり、且つ②X会社の株主達は、当該二つの映画館の売却代金の内、大きく減額された部分しか受領できなくなつてしまったことが、重視されている (P. 387)。

したがって、本件では、取締役達は、取締役としての地位により入手した機会・情報を利用して甲会社株式を自ら取得しようとしたとき、自己の利益(Ⅱ甲会社株式の取得・譲渡による利益)と、X会社の利益(Ⅱ甲会社株式全部の取得と甲会社の支配)及びX会社株主達の利益(Ⅱ二つの映画館の売却代金全部の取得)とが衝突する地位に就き、忠実義務②に違反したと、捉えられたものと解される。換言すれば、取締役達は、X会社が甲会社株式全部を取得出来るこ

とのみを目指して権限行使をせず、自己の利益(Ⅱ甲会社株式の取得・譲渡による利益)の考慮により権限行使が企められ易い地位、に就き、忠実義務②に違反したと捉えられたものと解される。(ガウワーも、本件は、利益相反の地位に就くべきでない義務の違反(Ⅱ忠実義務②違反)の一態様としての、取締役による会社機会・会社情報の奪取と解してゐる (Gower *op. cit.*, P. 564-566).)

(本件取締役が甲会社株式を取得した唯一の動機は、甲会社が映画館を賃借でき、X会社が有利に営業譲渡できるようにする為であったと、解する余地もある(事実3))。しかし、その場合でも、忠実義務①は遵守されたといえるが、忠実義務②は遵守されないことになる(本稿二(四)・I、1、(1)、②、「成城法学」第四五号九三頁参照)。

しかし、英法上、この場合でも、少なくとも、本件取締役が重要事実を開示した後、X会社の特別利害関係のない株主の一致により追認がなされ、且つ会社債権者が害されない場合は、免責を生じるものと解される(本稿二(四)・注(28)3、(2)イ、「成城法学」第四五号一〇二頁参照)。

3 このように、本件取締役が利益相反の地位に就いたと捉えるとき、取締役は、利益相反の地位に就くことを認識していたか、少なくとも善良な家父の注意を尽くせば認識し得たと解し得る。したがって、本件を忠実義務②違反の事件と捉える場合、利益相反の地位に就くことの認識または認識可能性が、責任要件とされているものと推測することが出来る。

4 このように、認識しまたは認識し得べくして(したがって、回避し得べくして)利益相反の地位に就いた、本件取締役の行為は、仏法上、善良な家父の注意を欠く行為(Ⅱ本件取締役と同範疇に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常の取締役ならば、避けたであらう行為)と評価されることになろう。

5、本件を踏襲する判決として、次の判決がある。これは取締役に直接関係あるものではないが、忠実義務の理解に参考となる。

BOARDMAN and ANOTHER (APPELLANTS) AND PHIPPS (RESPONDENT), H. L. (E.), 1966, March 2, 3; April 25; June 7, 8, 9, 13; Nov. 3 ([1967] 2 A. C., P. 46 *seqq.*)

[2] Industrial Development Consultants Ltd v Cooley (BIRMINGHAM ASSIZES, ROSKILL J., 22nd, 23rd, 24th, 25th, 26th, 29th, 30th MARCH 1971) ([1972] 2 ALL E. R., P. 162 *seqq.*)

【事実】 1、原告X会社 (Industrial Development Consultants Ltd) は、ある会社グループに属する、大企業相手の総合建設会社であり、被告Yは、著名な建築家であった。

X会社の顧客である企業は私企業部門中心であったので、X会社は、公企業部門にも取引関係を広げようとしていた。Yは長い間ガス産業 (gas industry) で働いており、ガス産業との関係が深かったため、上記会社グループの会長A (the chairman of the groupe) は、X会社の業務執行取締役 (managing director) となってくれるようYに申込み、一九六八年、Yはこれを承諾した。

その数日後、Yは、X会社に対する義務 (職務) を果たすべく、公企業部門の甲 (Eastern Gas Board) と交渉を始めた。一九六八年、甲は、四つのガス貯蔵所 (Depot) の建設を考えていた。X会社は、この仕事に興味を持ち、Yの助力をえて、このガス貯蔵所の注文を得ようと試みた。しかし甲がX会社の機構 (the set-up of the plaintiff's organisation) を気にいらなかったため、X会社の試みは失敗に帰した。

一九六九年五月頃、甲の新代表者 (deputy chairman) Bが選任され、同僚との当該ガス貯蔵所建設計画の審議中に、Yの話が出た。Bは、Yを適任者と判断し、Yとの会合がもたれた。その会合では、甲はYを個人として雇うこと (employing the defendant privately) しか考えてない旨、しかし甲はX会社とのトラブルを起こしたくない旨、及び甲はガス貯蔵所建築計画の実行を急いでいる旨の情報が、Yに与えられた。Yは、自己が個人として甲から当該仕事を入手し得る良い機会 (a good chance) をもったこと、及び、Yがこの仕事を得るには、出来るだけ早く、X会社から自由になることが必要であることを理解した。そこで、Yは、前記Aと面会し、上記Bとの会合およびそこで入手した情報を秘して、自己の不健康を理由にX会社を辞めたい旨申し出、Aは、Yの言を信じて辞任に同意した。しかし、Yは、自己がAに述べた健康上の話は真実ではないことを、知っていた。

その後、Yは、Bに対し、甲の計画に関する提案を添えて、その実現につき話し合いたい旨及び、Aとの話し合いの結果、AがYの意図を了解した旨の手紙を送付した。Bは、これを、YはAに対してBとYの上記会合について話したものと解した。

Yは八月一日にX会社の業務執行取締役を辞め、甲は、八月六日にYに手紙を書き、Yを四つのガス貯蔵所計画の責任者 (project manager) として雇い、いれる旨申し出、Yはこれを承諾した。この仕事は、実質的には、X会社が一九六

八年に注文を得ようとしたが成功しなかった仕事と同一の仕事であった。

2、X会社は、忠実（信任）義務の違反（breach of fiduciary duty）に基づいて、Yに対して、利益の返還を訴求（P. 164-166, 162-163）。

【判旨】 請求認容（Judgment for the plaintiffs）

1、人は忠実義務（信任義務）（fiduciary duty）と個人的利益が矛盾する地位に身を置いてはならない、というのが、衡平法上の原則である（P. 176）。

2、① YはX会社の業務執行取締役（managing director）なのであるから、YとX会社の間には、信任関係（fiduciary relationship）があり、したがって、Yは、自己が業務執行取締役である間に入手した、X会社に利害関係のある（was of concern to）情報を、X会社に提供（pass on to）すべき義務を負う（P. 173-174, 163-164）。

② Yが、Bとの会合で情報を入手し、それをX会社に提供せず、自己の目的・利益のために当該情報を秘して（guard）甲との間で一連の交渉を始めたときから、Yは、甲の潜在的契約当事者（a potential contracting party）としての個人的利益と、X会社の業務執行取締役としての義務とが相反する地位に身をおくことになった（P. 173-174, 175, 163）。

3、したがって、Yは上記1、の原則に違反し、利益相反の地位に身を置いた結果生じた利益（＝甲との契約から生じた利益）をX会社に返還する（account to）責任がある（P. 176, 163）。

Yの忠実義務違反がなければ、X会社は当該契約の利益を得ることが出来たか否かという問題は、本結論につき無関係である（irrelevant）。従って、利益返還命令によりX会社が、Yが義務を尽くした場合には取得できなかったであろう利益を取得することになっても、本結論に変わりはない（P. 175-176, 163）。

【考察】

1 本件も忠実義務②違反の事例である（判旨1、2②）。（ガウワームも、本件を、利益相反する地位に就くべきでない義務の違反の一態様としての、会社情報の奪取事件と捉えている（P. 567-568）。）

ところで、YがBとの会合で入手した情報をX会社に秘して甲と交渉を始めたとき、Yは、甲の潜在的契約当事者としての個人的利益と、X会社の取締役としての義務とが相反する地位に就いたとされるが（判旨2②）、この際、Yは、そのような地位に就くことを認識していた（か、少なくともYの立場におかれた善良な家父ならば認識しえた）と考え

られる。したがって、本件も、利益相反の地位に就くことの認識又は認識可能性(及び回避可能性)が、忠実義務②違反の責任要件となっているものと推測し得る。

2 Yの行為は、認識しまたは認識し得べくして(したがって、回避し得べくして)利益相反の地位に就いた行為として、仏法上、善良な家父の注意を欠く行為(II Yと同一の範疇に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常の取締役ならば、避けるであろう行為)と解することができる。

(21) 英米法上の忠実義務②違反は、たとえ誠実に会社の利益のみを動機として行為した場合即ち忠実義務①を尽くした場合でも、責任を生じるものである(本稿二、(四)、I、1、(1)、②、「成城法学」第四五号九三頁参照)。しかし、客観的に利益相反の地位に就いたというだけでは足りず、忠実義務②違反となるには、利益相反の地位に就くことの認識または認識可能性(及び回避可能性)が必要とされていると解される。

(22) 本稿四、I、3、(2)「成城法学」本号一〇二頁参照。

六 日本法への示唆

以上の検討により、英米法上の取締役の「忠実義務」を、仏法上の取締役の「(任務遂行に伴い遵守されるべき)善良な家父の注意を尽くすべき義務」の「内容と解することは、概念的にみて無理がなく、可能であることが判った。

ところで、我が民法六四四条の「善良な管理者の注意」とは、仏法の「善良な家父の注意」(仏民一一三七条一項)に相当するものであるとされる⁽¹⁾。したがって、英米法上の取締役の「忠実義務」を、我が法上の取締役の「(任務遂行に伴い遵守されるべき)善良な管理者の注意を尽くすべき義務」(以下、善管義務という)の「内容と解することも、概念的に無理がなく、可能であることになり、概念必然的にそのような解釈が否定されることはなくなる。

したがって、(a)我が法の取締役の「忠実義務」を英米法の取締役の「忠実義務」を継受したものと解する場合、我が法の取締役の「忠実義務」を取締役の「善管義務」の一内容と解することも概念的に可能となる。又、(b)英米法の取締役の「忠実義務」の継受を否定し、我が法の取締役の「忠実義務」を「善管義務」の一内容と解する場合は、我が法の取締役の「忠実義務」は、当然に英米法の取締役の「忠実義務」を引き継ぐことにはならないが、英米法の取締役の「忠実義務」をその内容として取り込むことは、概念的に可能なこととなる。したがって、英米法の取締役の「忠実義務」の我が法への継受を肯定するにせよ否定するにせよ、我が法の取締役の「忠実義務」を英米法上の取締役の「忠実義務」のように概念構成し、且つそれを取締役の「善管義務」の一内容と解することは、概念的に可能となるのであり、そのような構成の良否は、そのもたらす結果の良否にかかるとなる。⁽²⁾

そこで、ここでは、この結果の良否の検討の前提として、(本稿で検討してきたこと、及び善管注意は民法上の善良な家父の注意に相当するものであることを、踏まえ)、我が法の取締役の「忠実義務」を、英米法上の取締役の「忠実義務」のように概念構成し且つ取締役の「善管義務」の一内容と解する場合の、我が法の法律構成を試み、併せて、その結果の良否の一応の検討を行い、我が法への示唆を得ることにする。

(1) 中川高男・民法六四四条注釈(「新版注釈民法」(二二五頁)、勝本正晃(末広・田中)法律学辞典第三卷(岩波昭和一年)一八七七頁)。

現行民法は、ドイツ民法第一草案を参酌し形式的にはドイツ式の民法であるとされるが、フランス法等も比較的に参照されたとされ、また、フランス人学者ポアソナードにより起草されフランス法の影響下に立つ旧民法の影響も相当あったと考えられる(谷口知平・民法の発展・沿革(「新版注釈民法」(一)一三一九頁)、我妻栄「新訂民法総則(民法講義I)」(八)」。また、民法六四四条の「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ」という表現は、当初、フランス法の影響下にある旧民法に同様の表現があったのを、現行民法典の起草過程で「忠実ニ」と一旦改められた後、更に旧民法の表現に復帰したものである(前掲中川「新版注釈民法」(二二四—二二五頁)。これらの事情及び表現の類似性からみ

て、我が法の「善良ナル管理者ノ注意」は、ドイツ法の「取引に必要な注意」取引で通常要求されている注意 (die im Verkehr erforderliche Sorgfalt) (s. Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, 4. Auflage, S. 286) の構成より、フランス法の「善良な家父の注意 (les soins d'un bon père de famille)」の構成を承継したものと推測される。即ち

ドイツ法の die im Verkehr erforderliche Sorgfalt が、フランス法の les soins d'un bon père de famille も、ともにローマ法の「善良な家父の注意 *diligentia boni patris familias*」に起源を持つとされ、只、ドイツでは、ドイツ民法第一草案一四四条には Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters とあったのを、ドイツ民法は、この語の代わりに、die im Verkehr erforderliche Sorgfalt の語を用いた (ドイツ民法二七六条一項) とされる (末川・杉村・天野他「新法律学辞典」(日本評論社)、善良な管理者の注意の項)。したがって、起源的にみて、ドイツ法・フランス法ともに同じ概念を規定しているものと解されるが、その構成は異なる。即ち、フランス法の les soins d'un bon père de famille は、「善良な家父ならば尽くすであろう注意」と構成され、社会における規範とは一応切断されているのに対して、ドイツ法の die im Verkehr erforderliche Sorgfalt は、「取引で通常要求されている注意」と構成され、社会における規範を法規範としても認めようとする構成と解することができる (但し、取引で通常要求されている注意は、善良な家父の尽くすであろう注意であり、逆に、善良な家父ならば、取引で通常要求されている注意を尽くすであろうと言えようから、両者は、同じ概念を表と裏から表現したものと言い得る)。このように、構成の仕方には、ドイツ法・フランス法間で差異があるのであり、この差異に着目するとき、我が法の「善良な管理者の注意」は、フランス法の「善良な家父の注意」の構成を承継するものと推測されるのである。(しかし、我が国学説では、ドイツ法的構成が有力である。我妻栄「新訂債権総論(民法講義Ⅳ)」(三四)参照。)

(2) 本稿一Ⅲ(成城法学「四五号八〇頁)参照

(一) 我が法における法律構成

先ず、我が法の取締役の「忠実義務」を、英米法上の取締役の「忠実義務」のように概念構成し且つ取締役の「善管義務」の一内容と解する場合の、我が法の法律構成を試みる。

I 任務遂行債務

最高裁昭和四四年一月二六日大法院判決は、商法二五四条三項及び民法六四四条を根拠に、会社と取締役は委任の關係に立ち、取締役は、会社に対して受任者として善管義務を負い、自己の任務を遂行するに当たり、会社との關係で善管義務を遵守しなければならないとする⁽¹⁾。これに、商法二五四条の三及び前述の民法の取締役責任の再構成⁽²⁾を加えて考えれば、我が法上、次のような構成が可能と思われる。

取締役は、会社に対して、受任者としての債務である任務遂行債務、即ち「①法令・定款及び総会決議に違反せずに会社の最善の利益を実現することを、目的とする、任務（＝機関としての権限行使・義務遂行）」を、②善良な管理者の注意を伴って、遂行すべき手段債務⁽³⁾を負う（商法二五四条③、民法六四四条）。

1 善良な管理者

ここで、「……②善良な管理者の注意を伴って、……」というとき、「善良な管理者」とは何か。

我が民法六四四条の「善良ナル管理者ノ注意」は民法の「善良な家父の注意」に相当するものであるとされていること⁽⁴⁾、及び、前述の民法の「善良な家父」の構成を参照すれば、我が民法六四四条の「善良ナル管理者」とは、内包的には、「問題となる具体的行為者と」同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常人（ないし典型人若しくは標準人）⁽⁵⁾であると解しえる。したがって、ここでは、「善良ナル管理者」とは、内包的には、「問題となる具体的取締役と」同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常⁽⁶⁾の（ないし典型的若しくは標準的）取締役となる。

これは、「問題となる具体的取締役と」同一の範疇・階級に属する、通常⁽⁶⁾の取締役」の中に更に区分けをして、

そのような通常の取締役のうち「注意深く勤勉で、且つ良心的・正直である」と評価される者でなければならぬ。通常の取締役」即ち「極端なものを除いた最も頻繁に見掛ける取締役」という概念は、非常に幅が広く、その中には、注意深く勤勉で且つ良心的・正直であると評価される者も含まれるが、そのようには評価しえない者も含まれると考えられるからである。

2 善良な管理者の注意

(1) ここで「善良な管理者の注意」とは、「善良な管理者、即ち問題となる具体的取締役と同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常の(ないし典型的若しくは標準的)取締役が、問題となる具体的取締役と同一の状況におかれたと仮定する場合に、なすであろう努力・気配り」である。

(2) この努力・気配りには、(a)英米法上の注意義務における「適切な注意 (due care)」、即ち、「注意 (care)」勤勉 (diligence) 及び「技能 (skill)」と、(b)英米法上の忠実義務における「忠実 (loyalty)」が、含まれる。

(仏法上の「善良な家父」に相当するものとして、で上記したように構成された、我が法の「善良な管理者」は、「注意深く勤勉である」という属性と、「良心的・正直である」という属性の両者が加わっているのであるから、⁽¹⁰⁾「善良な管理者」のなすであろう努力・気配りに、「適切な注意 (due care)」と「忠実 (loyalty)」の両者が含まれるとすることは、概念内包的に無理がないのである。

(3) この場合、善良な管理者たる取締役のなすであろう努力・気配りの一内容である「忠実」として、英米法上の原則的忠実義務①—④及び諸種の派生的忠実義務において要求されるところを、ほぼそのまま認めてよい。即ち、

① 忠実義務①において要求される忠実は、動機の問題であるから、善管注意の一内容とすることに問題はあ

忠実義務②は、動機の問題ではないが、既述のとおり、利益相反の地位に就くことの、「認識または認識可能性」及び「回避可能性」を責任要件とするものと解される(但し、「認識または認識可能性」及び「回避可能性」の存在は、推定してよい)。従って、忠実義務②において要求される忠実も、善管注意の「内容と解してよい」⁽¹²⁾。

忠実義務③④において要求されることを、善管注意の「内容と解することについても、問題あるまい」⁽¹³⁾。さらに、派生的忠実義務は、原則的忠実義務①—④の具体化した義務であるから、派生的忠実義務において要求されることを、善管注意の「内容と解することも、問題あるまい」。

(4) 我が法の「忠実義務」は、「善良な管理者の注意」の「内容としての上記「忠実」を、尽すべき義務である。従って、「忠実義務」は、「善良な管理者の注意義務」の「内容であり、無過失責任を生じるものでもなく、また、当該具体的取締役の注意能力を基準とするものでもない」。

(5) 商法二五四条ノ三の存在意義 — 「善管注意」には、上記のとおり「忠実」が含まれる。即ち、Iで上記した取締役の任務遂行債務の、給付の構成要素である「善管注意」の「内容として、「忠実」が含まれることになる。商法二五四条ノ三は、これを注意的に明らかにしたものと解することができる。⁽¹⁴⁾

3 「……任務(＝機関としての権限行使・義務遂行)を、②善良な管理者の注意を伴って、遂行す(る)……」とは、(a)任務遂行の際に善管注意を尽くす場合の他、(b)任務遂行を離れて善管注意を尽くす場合も含まれる(例) 自宅研修、利益相反の地位に就かない、等。⁽¹⁵⁾

4 任務遂行債務の不履行の主たる効果として、損害賠償責任が生じる(民法四一五条。商法二六六条一項四、五号は、この旨を注意的に規定する)。

5 任務遂行債務の、債務不履行責任の帰責事由としての故意・過失の、不要性
取締役の任務遂行債務については、債務不履行に基づく損害賠償責任を生じるための帰責事由として、故意・過

失は必要ないものと解すべきである。即ち、

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等)をすること、または何もしていないこと(債務の目的物を持参しないこと等)」、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(我妻栄「新訂債権総論(民法講義Ⅳ)」(一四五))。

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・過失が必要となろう(大隅・今井「新版会社法論中巻」二二八頁、二二九頁注①)。そして、ここでは債務不履行(「債務の本旨に従った給付をしないこと」とは、「善管義務(忠実義務を含む)に違反する任務遂行(「善管注意を伴わない任務遂行)」であるから、結局、故意ある場合とは、取締役が「善管義務違反の任務遂行を生ずべきことを知って、あえて挙動(「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」ということになる。

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・過失は必要ないものと思われる。債務不履行(「債務の本旨に従った給付をしないこと」、即ち「善管義務に違反する任務遂行(「善管注意を伴わない任務遂行)」があれば、既に善管義務違反が存するのであるから、それだけで帰責事由としては充分であり、更にそれを生じることの認識(「故意)や善管注意を欠く不認識(「過失)を問題とするまでもないと考えられるからである。

II 経営判断

1 経営判断についても、英米法・仏法の経験を参考にすれば、⁽¹⁶⁾以下のよう考えることができる。即ち、①経

営判断においても、善良な管理者の注意（Ⅱ善良な管理者ならば尽くすであろう努力・気配り（Ⅱ注意・勤勉・技能及び忠実等）を怠った場合に、取締役が責任を免れるべき理由はない。②しかし、当然のことながら、営判断において善管注意を尽くしたか否かの判断は、当該具体的取締役の営判断を、「善良な管理者を（当該具体的取締役の置かれたと同様の状況、即ち）結果を知らない事前の状況に置いたと仮定するときに、なしたであろうと期待される営判断」と対比し、それに倅るか否かにより、判断すべきである。③また、営判断の良否を裁判官が判断するのは必ずしも容易ではないから、裁判官は安易に営判断の良否を判断すべきではない。しかし、営判断においても、善良な管理者の注意を怠った場合に、取締役が責任を免れるべき理由はないのだから、裁判官は、判断を常に避けるべきでもあるまい。したがって、裁判官は、鑑定人の意見その他、公正適切な判断を可能にする証拠を出来るだけ多く集めるよう努力し、公正適切な判断ができる場合には、営判断が善管注意を尽くしたものであるか否かの判断を避けるべきではあるまい。しかし、証拠が不十分で判断が困難の場合は、証明責任の問題となるが、その場合は、取締役が営判断に関連して（Ⅱ営判断の際、及び営判断に関連して）、忠実義務及び注意義務中の「勤勉」義務を尽くした（例えば、判断資料の収集、自宅研修等を充分に行った）ことの証明があるときは、営判断において、注意義務中の「技能」義務も尽くされ、従って善管注意を全て尽くしたと推定するのが、英米法及び仏法の経験から望ましかろう。即ち、このように構成することが、萎縮せず活発・革新的な営を可能にし、経済発展に寄与するものと考えられる。

2 以上要するに、営判断の我が法上の構成は、以下のようなものとすべきではなからうか。即ち、

営判断における「善良な管理者の注意」概念も、任務遂行債務の債務不履行責任を生じる。しかし、営判断において善良な管理者の注意（特に技能）を尽くしたか否かの判断は、（当該取締役と同様の）結果を知らない事前の状態におかれた善良な管理者を基準としなければならず、結果を知った善良な管理者を基準とすることは、避け

なければならぬ。また、取締役が、経営判断に関連して(Ⅱ経営判断の際、及び経営判断に関連して)、忠実義務を尽くし且つ注意義務中の「勤勉」を尽くしたことが証明されたときは、経営判断において、注意義務中の「技能」も尽くされたとの推定、従って又、善管注意は全て尽くされたとの推定を生じる。

Ⅲ 商法二六四条及び商法二六五条

英米法及び民法を参考にすれば、次のように構成できる。

1 商法二六四条の構成

(1) 取締役会の承認のない場合

取締役が自己又は第三者の為に会社の営業の部類に属する取引をなす場合、当該取締役は利益相反の地位についてになり、取締役たる地位・権限を用いて、会社の機会・情報・財産・従業員等を不当利用・奪取して会社の競争力を奪う等、善管義務中の忠実義務⁽¹⁷⁾①違反を犯す危険(Ⅱ違反への誘惑)が大きい。したがって、そのような取引をなすことは、原則として(Ⅱ取締役会の事前の承認がない場合は)、善管義務(Ⅱ忠実義務②)に違反する⁽¹⁸⁾。したがって、(a)取締役の手段債務たる任務遂行債務の不履行となり、損害賠償責任を生じる(商法二五四条三項、民法六四四条、民法四一五條)。商法二六六条一項五号は、これを注意的に規定する(なお、商法二五四条ノ三は、前述のとおり、取締役の善管義務には、忠実義務が含まれる旨を注意的に規定する)。但し、その場合でも、実質的債権者たる株主の全員の同意があるときには、免責を生じる(商法二六六条五項)。(b)取締役が、自己のために(Ⅱ自己の計算で)会社の営業の部類に属する取引を行う場合は、任務遂行債務の不履行責任として、さらに介入権も生じる(商法二六四条三項)。これは、取締役が忠実義務(ないし忠実義務②)の具体化した競業避止義務)の違反(Ⅱ信頼の裏切り)により利益を収めることを不可能にして、忠実義務の違反を防止しようとする特別規定と解される⁽¹⁹⁾。但し、その場合でも、実質的債権者たる株主の全員の同意があるときには、免責(介入権の消滅または介入

権行使により生じた経済的効果移転債務の消滅)を生じる(商法二六六条五項類推)。

(2) 取締役会の承認のある場合

しかし、法は、重要事実開示後、特別利害関係取締役の参加しない取締役会の事前の承認を得る場合は、忠実義務①違反の危険は小さいものとみなし、競業取引があっても、忠実義務②(の具体化した競業避止義務)の違反は存しなくなるとした(商法二六四条一項)。即ち、取締役が会社の営業の部類に属する取引をしたこと自体から、直ちに取締役の責任を生じることとはなくなる。(何故ならば、法は、取締役会の事前の承認が、当該取引は会社の利益を書しなすとの判断の他に、当該取引に関連して利害関係取締役の忠実義務①違反の危険は小さいとの判断を前提して行われることを予定しており、法は、そのような取締役会の判断を信用して、取締役会の事前の承認がある場合は、忠実義務①違反の危険は小さい(＝当該取引は、競業取引の通常有すべき危険性を失う)ものと見なし、当該取引をしても忠実義務②違反とはならないと考えられる。)

しかし、取締役会の事前の承認があっても、忠実義務②以外の善管義務(＝忠実義務①、注意義務等)の違反は存在し得、その場合は、取締役の任務遂行債務の不履行による損害賠償責任を生じる(商法二五四条三項、民法六四四条、民法四一五条、商法二六六条一項五号)。また、忠実義務違反の存する場合は、さらに、介入権も生じる(商法二六四条三項類推)。但し、その場合でも、実質的債権者たる株主の、発行済株式総数の三分の二以上の多数により、免責することができる(商法二六六条六項類推)。これは、利益相反取引の場合との均衡上、取締役会の事前の承認がある場合は、一般の場合の善管義務違反による任務遂行債務の不履行の場合(商法二六六条五項)よりも、免責要件を緩和すべきものと解されるからである。(利益相反取引に関する商法二六六条一項四号のような規定は、競業取引には存しないが、上記のように解すべきである。取締役の任務遂行債務の不履行責任を免責し得るのは、任務遂行債務の実質的債権者であり、且つ不履行により実質的に損害を受ける、株主のみであると解され

る。実質的債権者たる株主に代わって、債務者である取締役からなる取締役会が、同僚の債務不履行(忠実義務①違反、注意義務違反等)の責任の免責を行うことは、賛成取締役の忠実義務①違反の恐れが大きく、許されない。即ち、取締役会の承認を、取締役の債務不履行責任を免責するものと解することは、できない。換言すれば、法は、取締役会の事前の承認における、当該競争取締役の忠実義務①違反の危険は小さいとの判断を尊重するだけであり、取締役会に、取締役の責任の免責権限を与えるものではない。したがって、取締役会の事前の承認がなければ、行為時において忠実義務②違反が存在し、また、事後の承認がなされても、忠実義務②違反その他の善管義務違反の責任の免責を生じることはない。)

2 商法二六五条の構成

(1) 取締役会の承認のない場合

商法二六五条一項の利益相反取引は、前段の取引も後段の取引も共に、利害関係取締役の善管義務(≡忠実義務①)の遵守されない危険(≡違反への誘惑)の大きい取引、したがって又、会社の利益を害する危険の大きい取引である。したがって、(a)原則として(≡取締役会の事前の承認がない場合は)、イ、代表取締役はそのような取引をする代表権を有せず、取引は無権代表行為となる(但し、取引の安全の見地から、善意の第三者に対して、会社は行為の無効を主張できない⁽²¹⁾)。ロ、したがって、会社を(無権)代表して利益相反取引をした取締役は、善管義務(≡注意義務⁽²²⁾)違反として、任務遂行債務の債務不履行となり、損害賠償責任を生じる(商法二五四条三項、民法六四四条、民法四一五条)。商法二六六条一項五号は、これを、注意的に規定する。しかし、その場合でも、実質的債権者たる株主の全員の同意があるときには、免責を生じる(商法二六六条五項)。ハ、しかし、会社は、総会決議により、無権代表行為の追認をすることができる(一九六六年仏会社法一〇五条三項・一四七条三項参照)。取締役会決議により追認できるかは問題だが、取締役会は、(後述するように)事前の承認により

代表権を生じせしめ得るのであるから、事後の追認もできると解すべきであろう(但し、無権代表を行った取締役の免責はできない)。取締役会決議による追認を認めることは、取引の敏速の要請にもかかなうものと考えられる。(b)又、取締役が、会社の取引相手として、利益相反取引を(利益相反取引であることを認識し、且つ当該取引を回避し、得べくして)⁽²³⁾会社と行うことは、原則として(「取締役会の事前の承認がない場合は」、善管義務(「少なくとも忠実義務②」)に違反し、任務遂行債務の不履行となり、損害賠償責任を生じる(商法二五四条三項、民法六四四条、民法四一五条)。商法二六六条一項五号は、これを注意的に規定する。しかし、その場合でも、実質的債権者たる株主の全員の同意があるときには、免責を生じる(商法二六六条五項)。

(2) 取締役会の承認のある場合

しかし、利益相反取引は、利害関係取締役の善管義務(「忠実義務①」)が遵守されず、会社の利益を害する取引となるとは限らず、会社にとり利益となることもある。会社にとり利益となる場合に、この取引を無権代表行為とする理由はない。ところで、会社の利益となるか否か等に関する判断を特別利害関係取締役に任せるのは危険であるが、特別利害関係のない取締役からなる取締役会が、事前に、当該取引は、利害関係取締役の善管義務(「忠実義務①」)違反の危険は小さく、会社の利益となると判断し承認すれば、一応そのようなものと認めてよい。したがって、(a)法は、取締役会の事前の承認がある時は、イ、そのような行為を行う代表権を生じるとした(法は、取引の敏速安全の見地から、総会の事前又は事後の承認をこの代表権発生の要件としなかったと解される)(商法二六五条二項)。ロ、したがって、当該取引は、代表権に基づく有効な取引となり、会社を代表した取締役の、無権代表を理由とする善管義務(「注意義務」)違反は、存しなくなる。又、(b)法は、取締役会の事前の承認がある場合は、善管義務(「忠実義務①」)の遵守されない危険(「違反への誘惑」)の大きい取引という性質(「利益相反取引としての危険な性質」)はなくなるとみなし、会社の取引相手たる取締役の善管義務(「忠実義務②」)違反は存しな

いことになる⁽²⁾した(商法二六五条一項)。

しかし、取締役会の事前の承認がある場合でも、取締役の(会社を代表した取締役の無権代表を理由とする注意義務違反および会社と取引した取締役の忠実義務②違反、以外の)善管義務違反(Ⅱ忠実義務①③④の違反、無権代表以外の理由に基づく注意義務違反等)は、存在し得、その場合は、任務遂行債務の不履行となり、損害賠償責任を生じる(商法二五四条三項、民法六四四條、民法四一五條)。商法二六六条一項四号は、特にこの旨を注意的に規定するものと解し得る(そして、商法二六六条一項五号は、この旨を含めて、善管義務違反に基づく任務遂行債務の不履行責任一般を注意的に規定していると、解し得る)。但し、この場合も、実質的債権者たる株主の、発行済株式総数の三分の二以上の多数により、免責することができる(商法二六六条六項)。これは、とにかくも取締役会の事前の承認がある場合であるから、一般の場合の善管義務違反による任務遂行債務の不履行の場合(商法二六六条五項)よりも、免責要件を緩和したものと解される。

なお、取締役会の事前の承認(または事後の追認)がある場合は、当該取引は有効な行為となるが、取締役に忠実義務違反があるときは、介入権に関する商法二六四條三項を類推適用し、会社は、当該取引により取締役の得た経済的效果(例えば、会社から安く譲り受けた財産の転売代金と会社に支払った代金の差額等)を会社に返還させ得ると解する余地がある。何故ならば、同項の立法目的を、忠実義務(ないし、忠実義務②の具体化した競争禁止義務)違反により取締役が利益を得ることを不可能とすることにより、忠実義務違反を防止することと捉える場合は、同項の要件事実の(立法目的からみた)重要な性質は、「取締役の、忠実義務違反による、(利益を生じる可能性のある)経済的效果の取得」ということになるが、この点で、忠実義務違反の利益相反取引は、同項の要件事実と(同様の性質を有し)類似するといえるからである。但し、この場合も、取締役会の事前の承認のあるときは、株主の、発行済株式総数の三分の二以上の多数により、免責(Ⅱ介入権の消滅または介入権行使により生じた

経済的効果移転債務の消滅)を生じる(商法二六六条六項類推)。これに反して、取締役会の事後の追認の場合は、免責のためには、株主全員の同意が必要となる(商法二六六条五項類推)。

IV 商法二六六条一項一—三号

1 効果

(a)違法配当、(b)財産上の利益供与、又は(c)取締役への金銭貸付がなされる場合、通常、取締役には、善管義務違反(Ⅱ忠実義務①違反、注意義務違反等)が存する。この場合には、任務遂行債務の不履行として、損害賠償責任を生じることが、1で既述のとおりである(なお、金銭貸付の場合は、利益相反取引であるから、利益相反取引についてⅢ、2、において既述した部分が、そのままあてはまる)(商法二五四条三項、民法六四四条、民法四一五條、商法二六六条一項四、五号)。

しかし、商法二六六条一項一—三号は、これらの場合の特殊性(Ⅱ資本維持、会社運営の公正、又は会社資産の確保にとって、特に危険な行為であること)に基づき、上記損害賠償責任とは別に、特別効果を規定した。即ち、これらの場合に生じる(a)株主の違法配当・分配金返還債務(民法七〇三条)、(b)利益の供与を受けた者の利益返還債務(商法第二九四条ノ二第三項)、又は(c)金銭貸与を受けた取締役の金銭返還債務を前提として、その弁済確保及びこれらの危険な行為の抑止効果を狙い、取締役にも同様の債務を負担させたものと解される。⁽²⁵⁾この場合、前提される株主等の債務の弁済があれば、その分だけ取締役の特別債務も減少し、また、特別債務を弁済した取締役は求償権を取得すると、一般に解されている(但し、利益供与については、反対の見解もある⁽²⁶⁾)。なお、前提される株主等の債務又は取締役の特別債務の弁済があるときは、その分だけ取締役の任務遂行債務の不履行に因る損害の額は減少する。)。

2 要件

この特別効果の要件については、(a)利益供与については、無過失責任とされ、(b)違法配当、金銭貸与については、無過失責任説と過失責任説の両説がある。⁽²⁷⁾

思うに、善管注意を既述のように構成するとき、以下のように解すべきであろう。

(1) 違法配当　イ、粉飾決算の存在を考えれば、善管義務が遵守されたにもかかわらず(＝当該取締役と同一の範疇・階級に属し、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常の取締役が尽くすであろう勤勉・忠実等の、努力・気配りが、尽くされたにもかかわらず)違法配当がなされるということは、相当の頻度で存し得よう。したがって、善管義務が遵守された場合にも取締役任に責任を課するのは酷であろう。ロ、特に、取締役は、配当可能利益が十分に存する場合に利益配当を避けるのは善管義務違反とならうから、粉飾決算の場合を考慮して利益配当を全くせずに無過失責任を回避するということができないことを考えると、なおさらそうである(この点、金銭貸与の場合と異なる)。ハ、さらに、違法配当がなされる場合は、取締役(＝行為取締役及び賛成取締役)の善管義務違反を推定すべきであり、したがって、本号の特別責任を過失責任としても、過失の推定を伴うから、違法配当・分配金返還債務の弁済確保及び違法配当の抑止効果は、無過失責任とする場合と余り変わらないと思われる。

上記理由に基づき、本号の特別責任は、善管義務違反に基づく過失責任と解すべきである。

(2) 利益供与　商法二九四条ノ二の立法目的を、総会屋・大株主等を視野においた会社運営の公正の確保及びその為に「不正の請託」を要件より除くことと捉え、⁽²⁸⁾且つ、同条第二項の推定規定を考慮するとき、同条第一項は、利益供与者における、「(少なくとも、何らかの)利益の供与により、株主の権利行使に関する何らかの目的(例えば、一定の権利行使をさせ又はさせないこと、とか、既になされた一定の権利行使に対しお礼をすること等)を実現しようとの意図ないし少なくとも実現の認識・容認」を、要件要素とするものと考えられる(この場合、供与される利益は「財産上の」利益でなければならないが、「財産上の(利益)」であることの認識までは要件

要素とされていないと解される。そこまで要件要素とすると、財産上の利益か否かの判断は微妙な場合もあるから、会社運営の公正確保の目的を充分達し得ない恐れがあるからである)。したがって、取締役が同条第一項に違反して財産上の利益を供与する(商法二六六条一項二号)とは、「上記の意図又は認識・容認を持って、財産上の利益を供与する行為」になるが、これは、取締役の善管義務違反と解して良いであろう。何故ならば、取締役が上記の意図又は認識・容認を持って財産上の利益を供与するときは、供与の対象たる財産上の利益を少なくとも「利益」として認識しているが、このような認識がある場合、善良な管理者である取締役(Ⅱ当該取締役と同一の範疇・階級に属し、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常の取締役)ならば、さらに、少なくともそれが「財産上の利益である、可能性」を認識し、違法行為を犯す危険を避けるべく、上記の意図又は認識・容認を持ってかかる利益を供与することを差し控えるものと考えることができるからである。

したがって、本号の特別責任も、善管義務違反(少なくとも注意義務違反はある)に基づく過失責任と解すべきである。

(3) 金銭貸与 取締役への金銭貸与は、会社の利益となる場合が皆無とはいえないとしても、通常は会社の利益とならない(Ⅱ会社の利益でなくて、取締役の利益を目的とするのが通常である)と解される。したがって、このような行為の可能性を残すメリットはあまり存しない(民法では、取締役に対する金銭貸与は、原則的に禁じられている(一九六六年民法一〇六条、一四八条))。又、この場合は、無過失責任を課しても、取締役は、無過失責任を避けようと思えば金銭貸与を避ければよいから、無過失責任を課しても其ほど酷とはなるまい。したがって、無過失責任として、取締役への金銭貸与を抑制してよいとも考えられる。

しかし、イ、取締役への金銭貸与が会社の利益となる場合が皆無とはいえないとすれば、無過失責任を課して行為を全面的に抑制することが良いとは、必ずしも言い切れない。ロ、また、金銭貸与を受けた取締役の返済が

なされない場合は、貸与側の取締役の善管義務違反(II会社の利益でなくて貸与を受ける取締役の利益の考慮に基づく権限・地位の行使としての、忠実義務①違反、及び取締役の返済能力に関する注意義務違反等)を推定すべきである。したがって、過失責任としても、過失の推定を伴うから、貸金返還債務の弁済確保及び金銭貸与の抑止効果は、無過失責任とする場合と余り変わらないと思われる。したがって、過失責任とする方が、きめ細かい正義の実現を図り得ると言えよう。

要するに、本号の特別責任も、善管義務違反に基づく過失責任と解すべきである。

V その他

1 注意義務は、任務遂行に当たり(II会社機関として行う行為そのものについて)、いわれるものであるのに対して、忠実義務は、会社との競争取引、会社機会・機密の不当利用の場合に見られるように、機関として行う行為そのものについていわれるものではなく、任務遂行をはなれた場合の行為義務であり、両義務は機能する側面が異なると言われるが、必ずしもそうはいえない。即ち、

注意義務は、任務遂行の際に尽くされるものが中心だが、任務遂行を離れても要求されるもの(例、自宅研修)もある。⁽²⁹⁾又、忠実義務も、忠実義務①③④は、任務遂行そのものについてつくされるものが中心である(例えば、

以下の事実関係は、忠実義務①違反とされる。イ、取締役の妻に生涯年金を与える契約を会社とする際、会社の利益の考慮は全くなされなかった場合、ロ、少数派株主の圧迫、例えば、一派の株主を不当に利する、自己株式の取得・処分、会社財産の売却、合併。また、議案を通過させるための多数派形成を唯一の目的とする新株発行は、忠実義務③違反とされる。更に、取締役会における投票の際に自由な判断を用いないときは、忠実義務④違反となる⁽³⁰⁾。忠実義務②は、任務遂行行為を離れても要求される場合が多いが(例えば、イ、会社の財産・機会・情報の不当利用・奪取、ロ、会社と競争しながら、会社の財産・機会・情報・従業員等を奪取・利用して会社の競争力を

奪取する等は、忠実義務②違反とされる)、任務遂行の際に要求される場合もある(例えば、イ、二つの会社の取締役を兼ねる者が、両社の利益相反する事項につき助言を行う場合、ロ、会社との自己取引において会社を代表する場合等は、忠実義務②違反となる⁽³¹⁾)。

2 取締役の「善管義務」は、英米法上の「注意義務」に対応するものであり、英米法上の「忠実義務」とは別個の義務であると、解すべき概念的必然性はない。

英米法上の「注意義務」及び「忠実義務」は、内包的にも外延的にも、全体として、民法上の「善良な家父の注意」を尽くすべき義務」に対応する⁽³²⁾(特に、民法上、「善良な家父の注意」懈怠として捉えられている事実関係には、英米法上「注意義務」違反として捉えられている事実関係にとどまらず、英米法上「忠実義務」違反として捉えられている事実関係も含まれていることに注意すべきである)。したがって、この「善良な家父の注意義務」に相当する我が「善良な管理者の注意義務」も、全体として英米法上の「注意義務」「忠実義務」に対応するものと解することができる。

- (1) 最高裁判所民事判例集第三卷一一号二二五三頁。
- (2) 本稿五、(一)〔成城法学〕本号一七頁) 参照。
- (3) 手続債務については、本稿三、2、(2)(3)(4)〔成城法学〕第四五号一〇五頁以下) 参照。
- (4) 本稿六、注(1)〔成城法学〕本号一四六頁) 参照。
- (5) 本稿三、2、(3)(4)〔成城法学〕四五号一〇五頁以下) 及び本稿五、(二)、II、1、2、3〔成城法学〕本号二〇〇頁以下)。なお、本稿一、注(4)〔成城法学〕第四五号八二頁) 参照。
- (6) 本稿五、(二)、II、1、2、〔成城法学〕本号二〇頁以下) 参照。
- (7) 本稿五、注(11)(12)(13)〔成城法学〕本号二七一—二八頁) 参照。

また、善良な管理者の注意は、民法上の「善良な家父の注意」に相当する他、独法の「取引で通常要求されている注

意 (die im Verkehr erforderliche Sorgfalt) にも相当すると言われるが、この独法上の注意は、本文のように解した善良な管理者が、なすであろうと期待される注意に相当するものと解される。取引において取締役に要求されている注意からである。(中川高男・民法六四四条注釈「新版注釈民法」(16)二二五頁、末川・杉村・天野他「新法学辞典」(日本評論社)善良なる管理者の注意の項、勝本正晃・注意義務「(末弘・田中) 法律学辞典第三卷」(岩波昭和一年)「等参照」)

(8) 本稿五、(一)、II、1、(「成城法学」本号二〇一—二二頁) 及び本稿三、2、(3)(4) (「成城法学」第四五号一〇五頁以下) 参照。

(9) 本稿五、(一) (「成城法学」本号一九頁以下) 及び本稿二 (「成城法学」第四五号八四頁以下) 参照。

(10) 本稿五、(一)、II、2 (「成城法学」本号二二—二二頁) 参照。

(11) 本稿五、(一)、II、3、(2) (「成城法学」本号二二—二三頁) 参照。

(12) 本稿五、(一)、II、3、(3) (「成城法学」本号二三—二四頁) 参照。

(13) 本稿五、(一)、II、3、(4) (「成城法学」本号二四—二五頁) 参照。

(14) (1) 民法六四四条(の原案)の制定過程において、旧民法上「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ」とあつた表現を「忠実ニ」と改めた後、さらに旧民法の表現に立ち帰り、現行民法の文言となつた理由は、「忠実ニ」という表現では「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ」と同じ意味にはならないこととされる。即ち、このように改める理由を、例えば、梅謙二郎委員は、「忠実ニ」との標準は「一般ノ人ガ為スベキ注意ト言フコトデアッタ、所ガ此度良ク考エテ見マス忠実ト言ウ文字ハサウハ読メヌ」と述べ、富井委員も「……幾ラ善良ナル忠実ヲ尽クシテモ善良ナ管理者ノ注意ニ達シナイ注意デアイカナイト言フコトニシナクテハイカヌ。ソコデ斯ウ言フ風ニ改メルコトニシマシタ」と述べたとされる(前掲中川高男「新版注釈民法」(16)二二四—二二五頁)。

このように、民法六四四条の制定過程において、「忠実ニ」と「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ」とは同一の意味とはならないとされたこと、及び上記英米法と民法の比較法的考察(本稿四、五(「成城法学」本号九九頁以下))を参照すれば、商法二五四条ノ三の「忠実ニ」を民法六四四条の「善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ」と全く同じ意味と解することはできない。

- (2) 商法二五四条ノ三の「忠実ニ」を民法六四四条の「善良ナ管理者ノ注意ヲ以テ」と全く同じ意味と解することはできないとすれば、また、商法二五四条ノ三を、取締役の善管義務全体を特約による免責を許さない法定義務化するための規定と解することも、困難であろう。従って、取締役の善管義務を特約による免責を許さない法定義務と解するには、根拠を他に求めなければなるまい。(前掲森本四七七頁参照)
- (15) 本稿五(一)(成城法学)本号一七頁以下) 参照。
- (16) 本稿二、(一)、注(5)経営判断の法則(成城法学)四五号八五頁以下) 及び本稿四、II、2(成城法学)本号一〇六一〇七頁) 参照。
- (17) 本稿二、(四)、I、1、(1)①(成城法学)第四五号九一—九二頁) 参照。
- (18) 本稿二、(四)、I、1、(1)②(成城法学)第四五号九三頁) 参照。
- (19) 前掲 Guth et al. v. Loft, Inc. の判旨 2(本稿五、注(20)米判決「2」、成城法学)本号一三三頁) 参照。なお、前掲北沢「現代法律学全集18」会社法(新版)一三八頁、及び、服部栄三「現代法律学全集16」商法総則(第三判)二八六頁参照。
- (20) この場合は、介入権の規定はない。しかし、英米法にならって、善管義務中の忠実義務(忠実義務①等)の違反による利益取得を不可能とすべく、商法二六四条三項の類推適用により、忠実義務違反による任務遂行債務の不履行責任として、介入権も生じると解する余地があらう(本稿六、(一)、III、2、(2)、最終パラグラフ(成城法学)本号一五七頁) 参照。
- (21) 最高裁判所昭和四三年二月二五日本法廷判決(最高裁判所民事判例集二二卷一三号三五—三三頁)、最高裁判所昭和四六年一〇月一三日本法廷判決(同二五卷七号九〇—三頁)、北沢前掲「会社法(新版)」三八五頁、参照。
- (22) 無権代表が、利害関係取締役の利益等、会社の利益以外の考慮に基づきなされるときは、忠実義務①違反ともなる。
- (23) 本稿五、(二)、II、3、(3)、(c)(成城法学)本号一四四頁) 参照。
- (24) 何故ならば、法は、取締役会の事前の承認が(当該取引は会社の利益を書しなないと判断の他に)当該取引に関連して利害関係取締役の忠実義務①違反の危険は小さいとの判断を前提して行われることを予定しており、法は、そのような取締役会の判断を信用して、取締役会の事前の承認がある場合は、忠実義務①違反の可能性は小さくなると見なし、当該取引をしても忠実義務②違反とはならないとしたと考えられる。

(25) 大隅・今井「新版会社法論中巻Ⅰ」二三〇頁以下、近藤光男・商法二六六条注釈「新版注釈会社法(6)」二六二頁以下、関俊彦・商法二九四条ノ二注釈「新版注釈会社法(9)」二三八頁、二四七―二五一頁。

(26) 同。

(27) 前掲大隅・今井二三〇頁以下、前掲近藤二六二―二六四、二六九―二七〇頁。

(28) 関俊彦「利益供与の禁止―問題提起とその解明(上)」商事法務九五二号四三六頁。同前掲「新版注釈会社法(9)」二二三―二三八頁。

(29) 本稿二、(三)、注(6)〔成城法学〕第四五号九〇頁)及び本稿四、1、2、(1)〔成城法学〕本号一〇〇頁)参照。

(30) 本稿四、1、3、5、6〔成城法学〕本号一〇二―一〇五頁。

(31) 本稿四、1、4及び5、注(20)Ⅰ米判決、事例〔3〕〔成城法学〕本号一〇三及び一三六頁)参照。

(32) 本稿四、五〔成城法学〕本号九九頁以下)参照。

(二) 結果の良否の検討

次に、上記のような法律構成をとるとき、良好な結果がもたらされるか否かにつき、思いつくままに、一応の検討を試みる(本格的検討は、別の機会を待たざるをえない)。

1 現在、株式会社は社会において益々重要な役割を営み、且つ取締役の権限は増大し株式会社の運営に重大な影響力を有することになったから、その責任を一般人よりもある程度重くすることが必要となったといえようが、前記(本稿六、(一)、1、1、2)のように、取締役の尽くすべき善管注意の基準である「善良な管理者」を、単なる「通常人」でなく、「問題となる具体的行為者」と同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で且つ良心的・正直な、通常人(ないし典型人もしくは標準人)即ち「問題となる具体的取締役と」同一の範疇・階級に属する、注意深く勤勉で且つ正直・良心的な、通常の(ないし典型的もしくは標準的)「取締役」と構成し、「そのような取締役(＝善良な取締役)が、問題となる具体的取締役と同一の状況におかれたと仮定する場合に、なすであろう

努力・気配り（忠実を含む）」を善管注意と構成するとき、取締役の善管義務によって取締役の責任を一般人のそれより引き上げることができ、そのために、善管義務と異なる別の義務を構成する必要はなくなる。

そして、一方、取締役に前記のように構成した善管注意を課しても、酷とはいえないが、他方、そのような善管注意を尽くしておれば、取締役を非難できないのであり、にもかかわらず責任を問えば、萎縮せず活発で革新的な経営を妨げ、また、有能な人材を取締役から遠ざけることになる恐れがある（責任保険をつけるにしても、無過失責任の補填は困難であろう）。

また、善管注意を前記の如く構成することが、長年の経験に基づく、仏・英米法の傾向であると考えられ、良い結果が期待される。

2 忠実義務を民法六四四条の善管義務の一内容と解するとき、取締役以外の受任者に忠実義務を柔軟に課することが可能となるが、これは良い結果と考えられる。

取締役以外の受任者にも、忠実義務を認めるべき者が存するであろうが（例えば弁護士等）、だからといって、全ての受任者に忠実義務を認めるべきか、また認めるとして、どの程度の忠実義務を認めるべきか、明確である訳ではない。したがって、受任者の属する範疇・階級等の違いにより、或いは忠実義務を認め或いは認めないとし、又は忠実の程度に差を設けるという柔軟性が必要であろうが、この点からみて、民法六四四条の善管注意の一内容に忠実を含めるのは、望ましい²⁾。何故ならば、善管注意とは、前記のように、「具体的行為者」と同一の範疇・階級に属する通常の者（例 通常の取締役・医師・弁護士等）で、注意深く勤勉且つ良心的・正直と評価される者が、当該具体的行為者の置かれた状況に置かれたと仮定するとき、なすであろう努力・気配り」であるが、これは、行為者の属する範疇・階級により程度が異なるから、柔軟適切な気配りとしての忠実を課することができるからである。

3 前記のように、取締役の忠実義務を善管義務の一内容と解し、商法二五四条ノ三を民法六四四條の注意的規定と解しても、取締役の義務に忠実義務が含まれることを明確にすることになる。取締役の義務に忠実義務が含まれることを明確にするために、忠実義務を善管義務と別個の義務と解しなければならないことにはならない。

4 また、全体として、前記構成の中心は、長年の経験のもとに発展してきた英米・仏法に基づくものであり、良い結果がでる可能性が多いと推測される。

(1) 田中誠二「再全訂会社法詳論上巻」六四六頁、最高裁昭和四四年一月二六日大法院判決(最高裁判所民事判例集第二三卷一―号二一五三―二一五四頁)、参照。

(2) 忠実義務を善管義務と異なる義務とする構成と、取締役以外の受任者の忠実義務

忠実義務を民法六四四條の善管義務と異なる義務と解しながら、取締役以外の受任者に忠実義務を課す為の方法として、商法二五四条ノ三の類推適用が考えられるが、これは、柔軟性に限界があらう。即ち、

英米法上、取締役に忠実義務が認められるのは、取締役と会社間に信任関係、即ち「当事者の一方(甲)から他方

(乙)に対して信頼が置かれる結果、乙が甲に対して優位と影響力を有する関係」があるからとされる(本稿二、

(四)、注(2)(3)、「成城法学」第四五号九六頁)参照。

取締役以外の受任者にも、委任者と強い信任関係に立つ者が存する。例えば、弁護士は、依頼者の強い信頼を受け、依頼者に対して強い優位と影響力を有し、依頼者と強い信任関係にあるといえる。したがって、商法二五四条の三の取締役に忠実義務を、強い信任関係に基礎を置くものと考えれば、弁護士等にも商法二五四条の三を類推し、取締役と同様の忠実義務を課すことは可能であらう。

しかし、全ての委任者・受任者の間に、会社・取締役間のような強い信任関係があるとは言えない。忠実義務の根拠を信任関係に置くとしても、委任者・受任者間の信任関係の強弱により、受任者の負うべき忠実義務も程度の差があるべきであらう。このように、委任者・受任者間の信任関係の強弱に応じて柔軟に受任者の忠実義務の内容を変化させるのは、商法二五四条ノ三の類推では、難しいのではなからうか。(例えば、知人にあまり重要でない手紙の投函を依頼された者は、依頼者に対して、取締役が会社に対して持つほど、強い優位と影響力を有するとは言えない。このような

者に、商法二五四条ノ三の類推を許すか否かの判断は、このような者と取締役の間の類似性の有無の判断に依存するが、いかなる程度 of 取締役との類似性を認めるかの判断は、必ずしも容易ではあるまい。また、仮にある程度の類似性を認め得たとしても、同条の效果部分には「忠実ニ其ノ職務ヲ遂行スル……」とだけであるから、類似性の程度に応じてこのような者が尽くすべき「忠実」の程度を、同条のみで判断するのは困難であろう。どうしても、「善良な管理者（≡手紙の投函を依頼された者と同じ階級・範疇に属する、注意深く勤勉且つ良心的・正直な、通常人）ならば、尽くすであろう注意（≡努力・気配り）」という判断基準が必要になるものと思われる。

(完)

(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)

〔後記〕

本稿は、当初、一橋大学法学部名誉教授久保欣哉先生の一橋大学退官記念論文集（中央経済社）に掲載の予定で執筆したものであるが、与えられた紙幅を著しくはみ出してしまい、同論文集には掲載できなくなってしまうのである。久保先生及び編集を担当された諸先生方に大変御迷惑をお掛けしたことを深くお詫びするとともに、遅ればせながら、久保先生の御退官を記念して、ここに本稿を捧げ、久保先生の今後益々の御活躍をお祈り致すものである。

平成五年十二月

井上明