

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（七）

——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

(一) 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

(二) 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

(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

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

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 —

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」第三十五号 ―

(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

— 以上「成城法学」第四十号 —

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 同一機能の蓋然性の高い場合 (その一)

① 第一型諸事例

② 第一型考察

(2) 第二型 同一機能の蓋然性の高い場合 (その二)

① 第二型諸事例

② 第二型考察

(3) 第三型 同一機能の蓋然性はあるが、必ずしも高くはない場合 (その一)

① 第三型諸事例

② 第三型考察

(4) 第四型 同一機能の蓋然性はあるが、必ずしも高くはない場合 (その二)

① 第四型諸事例

② 第四型考察

(5) 第五型 機能が異なる場合 (その一)

① 第五型諸事例

② 第五型考察

(6) 第六型 機能が異なる場合 (その二)

① 第六型諸事例

② 第六型考察

2、商法第二六六条の三第一項の、比較対象としての適格性

— 以上「成城法学」第四十一号 —

(五)

取締役の任務遂行債務の不履行責任

I 要件および効果の考察

1 取締役の任務遂行債務の不履行責任の、要件・効果の概観

A 要件 任務遂行債務の不履行

(I) 任務遂行債務

(II) 任務遂行債務、の不履行

B 任務遂行債務の不履行の、効果(責任)

1 損害賠償債務の発生

2 違法配当額等の弁済債務の発生

3 介入権の発生

4 その他の効果

C 競業・利益相反取引

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、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 取締役の任務遂行債務の不履行責任に対応する会社の諸権利の、会社債権者による代位行使

2 取締役の任務遂行債務の不履行責任に対応する会社の諸権利の、会社債権者による権利執行

3 破産・会社更生手続きにおける、管財人による、取締役の任務遂行債務不履行責任の追求

(1) 事例

(2) 考察

2 取締役の任務遂行債務の不履行責任の、比較対象としての適格性

(五) 取締役の任務遂行債務の不履行責任

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・法規範を見つけ出す為に、ここでは、(a)取締役の任務遂行債務の不履行責任（Ⅱ所謂、取締役の会社に対する責任）と、(b)前記二型の形骸法理との、機能の同異を考察する⁽²⁾。即ち、取締役が会社に対して負担する任務遂行債務の、不履行の効果として、会社は取締役に對して、損害賠償債権（民法四一五条、商法二六六条一項四、五項）、介入権（商法二六四条三項）、違法配当金弁済債権等（商法二六六条一項一—三号）を有することになるが（後述⁽³⁾）、この場合、(a)会社債権者が、これらの会社の諸権利を代位行使し若しくは同諸権利に對し権利執行し、又は、(b)会社の破産若しくは更生手続きにおいて、管財人がこれらの会社の諸権利を行使することにより、上記形骸法理と同一の機能が果たされ得ないか、の問題である。

その為に、考察の第一段階として、ここでは、前記第四規準（及び第八規準⁽⁴⁾）に従い、以下の順序で、取締役の任務遂行債務の不履行責任の要件・効果を考察する。即ち、①先ず、取締役の任務遂行債務の不履行責任の、要件・効果を概観する。②次いで、同責任が要件的にみて、前記、具体的形骸法理適用事実理想形の幾つかに適用可

能か否かを考察する。この適用が可能な場合は、同理想形において、形骸会社（同理想形においては、会社は形骸会社として捉えられる）は、背後者たる取締役に対して損害賠償債権その他種々の権利を有し得ることになり、したがって、(a)形骸会社の債権者は、形骸会社の無資力等債権者代位権の要件が満たされるときは、これらの形骸会社の諸権利を代位行使でき、また、形骸会社に対する債務名義が存するときは、形骸会社の諸権利につき権利執行ができることになる。さらに、(b)形骸会社の破産・更生手続きがなされる場合には、管財人がこれらの形骸会社の諸権利を行使することができることになる。③そこで最後に、同責任の効果面に着目し、具体的形骸法理適用事実理想形において、これらの形骸会社の諸権利が、(a)会社債権者により代位行使若しくは権利執行され、又は、(b)形骸会社の破産・更生手続きにおいて管財人により行使されるとき、同理想形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。

- (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(一)」成城法学第二十六号三二—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(二)」成城法学第三十号四三—四四頁、同(一)成城法学第二十六号三四—三五頁参照。
- (3) 本稿(五)1、B、任務遂行債務の不履行の効果(成城法学本号一二三頁)参照。
- (4) 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(三)」成城法学第三十号四六頁。「同(五)」成城法学第四十号三二頁。
- (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(三)」成城法学第三十号五二頁注(14)、(15)、及び、本稿(五)1、2、(成城法学本号一四九頁)参照。

1 取締役の任務遂行債務の不履行責任の、要件・効果の概観

A 要件 任務遂行債務の不履行

以下に詳述するように、取締役は、会社に対して任務遂行債務を負う。取締役の任務遂行債務の不履行責任の要件とは、言うまでもなく、この任務遂行債務の不履行である。

(一) 任務遂行債務

先ず、取締役が会社に対して負担する任務遂行債務につき、述べる。

法の現実の機能の比較を行おうとする本稿の立場からは、判決を重視すべきであるが、(a)最高裁昭和四四年一月二六日大法院判決は、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(Ⅱ)現行商法二五四条ノ三)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ない……」⁽¹⁾と。これは、取締役は会社に対して、受任者として、「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⁾また、最高裁昭和五一年三月二三日判決は、「株式会社Aの取締役が(個々の具体的規定たる)法令又は定款に違反する行為をしたとして、商法二六六条一項(五号)の規定によりその責任を追求するには、右違反行為につき取締役の故意又は過失を必要とするものと解するのを相当とする。」と判示している。⁽³⁾ところで、「故意による法令・定款違反」は、善良な管理者⁽³⁾ならば避けるであらうことであるから、善管注意⁽⁴⁾の懈怠による法令・定款違反と解することができる。また、「過失による法令・定款違反」も、過失を善管注意懈怠そのものと解するにせよ善管注意懈怠による不認識と解するにせよ、善管注意懈怠の法令・定款違反である。したがって、本判決は、結局、商法二六六条一項五号の(個々の具体的規定たる)法令定款の違反に基づく責任は、善管注意懈怠を要件とする意味に解することができる。これを上記(a)に記した大法院判決と併せて考えれば、本判決の意

味は、さらに以下のように解することができよう。即ち、取締役は会社に対して、「(個々の具体的規定たる)法令・定款に違反しないように善管注意を尽くして努力することを給付の内容及とする、手段債務(後述)としての任務遂行債務」を負い、したがって、善管注意懈怠により(個々の具体的規定たる)法令・定款に違反するとき、この任務遂行債務の不履行責任を生じる。商法二六六条一項五号は、これを注意的に規定するものである。したがって、同号の(個々の具体的規定たる)法令・定款違反の責任が生じるには、故意過失、即ち善管注意懈怠が必要である、と。⁽⁵⁾さらに、特に個々の具体的法令・定款の違反を問題とせずに、(任務遂行に伴うべき)「善管注意」「忠実」の欠如を理由に、取締役は商法二六六条一項五号の責任を課している判決も多い。⁽⁶⁾これらの判決は、直接には、法令違反(11個々の具体的規定たる法令の違反ではなくて、善管義務・忠実義務を定めた法令即ち民法六四四条・商法二五四条ノ三の違反)の責任を課しているといえるが、上記(a)の大法廷判決と併せて読めば、結局、取締役の、受任者としての「善管義務・忠実義務を遵守して任務を遂行すべき債務」を前提として、その不履行責任を課しているものと解することができよう。

これらの判決に、商法二五四条の三の文言及び取締役の義務・責任に関する英米仏法間の比較法的考察を加味して考えると、我が法上、株式会社の取締役は、会社に対して、以下のような任務遂行債務を負っていると解することができよう。

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(目標)として、②善良な管理者の注意を伴って、任務(11機関としての権限行使・義務履行)を遂行すべき、手段債務」を負う(商法二五四条三項、民法六四四条、商法二五四条ノ三)。

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」は仏法の「善良な家父の注意」(les soins d'un bon père de famille)に相当するものであるとされていること、及び、仏法の「善良な家父」の構成を参考にすれば、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、通常人であると解しえる。したがって、ここでは、「善良な管理者」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、通常人の取締役」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、通常人の取締役の中に更に区分けをして、そのような通常人の取締役のうち、①「注意深く勤勉であり (prudent, diligent) 且つ②「良心的・正直である (conscientieux, honnête, honest)」という二つの属性を併せ有する者を意味する。(通常人の取締役)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。⁽¹⁰⁾

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(＝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、通常人の取締役)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。⁽¹¹⁾

(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。⁽¹²⁾そ

の理由は、以下の通りである。

理由 ① 取締役に関して、(我が法の善管義務と同内容と考えられる) 民法上の善良な家父の注意を尽くすべき義務と、英米法の注意義務・忠実義務とを比較すると、民法上の「善良な家父の注意」は、英米法上の注意義務で要求される「適切な注意」と忠実義務で要求される「忠実」の両者を含むことが分かる。⁽¹³⁾したがって、民法上の善良な家父の注意と同内容と考えられる、我が善管注意も、英米法上の注意義務で要求される「適切な注意」と忠実義務における「忠実」の両者を含むと解すべきことになる。

② 「善良な管理者(たる取締役)」は、前記のとおり、「注意深く勤勉である」という属性と、「良心的・正直である」という属性の両者を併せ有するのであるから、「善良な管理者(たる取締役)」のなすであろう努力・気配りに、「適切な注意」と「忠実」の両者が含まれることは、概念内包的に無理がない。

③ 多くの判決において、商法二五四条ノ三の忠実義務とは、商法二五四条三項民法六四四条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にすぎず、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。⁽¹⁴⁾これらの判決においては、忠実義務は、善管義務の一部と解されていると考えられる。

④ このような構成により、良い結果が得られる。⁽¹⁵⁾

(3) 換言すれば、我が法上の取締役の善管義務は、イ注意義務Ⅱ「善良な管理者たる取締役が、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、尽くすであろう適切な注意(Ⅱ注意・勤勉・技能)、を尽くすべき義務」と、ロ忠実義務Ⅱ「善良な管理者たる取締役が、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、尽くすであろう忠実、を尽くすべき義務」の両者を含むことになる。

この場合、取締役の善管義務に含まれる忠実義務の内容は、英米法上の忠実義務とほぼ同様のものと解してよか

らう。⁽¹⁶⁾このように解する場合、我が法上の取締役の善管義務に含まれる忠実義務の内容は、以下のようになる。即ち、

忠実義務には、原則的忠実義務とそこから派生する派生的忠実義務がある。

(a) 原則的忠実義務

原則的忠実義務の内、最重要なものは、以下の二つである。⁽¹⁷⁾

① 「忠実義務①」…… 誠実に行為する義務 (acting in good faith)

「取締役は、権限行使・地位の利用または義務履行において、会社に対して忠誠——(二君に)分割されない忠誠、会社の利益以外の考慮により影響されない忠誠——を尽くさなければならない。即ち、取締役は、権限行使・地位の利用または義務履行の動機(＝内心上の原因)において、会社の最善の利益を指さねばならず、会社の利益以外の考慮により影響されてはならない。」⁽¹⁸⁾

② 「忠実義務②」…… 義務と利益の相反 (conflict of duty and interest) を回避する義務

「取締役は、(権限行使・地位の利用・義務履行を離れても)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(＝利益相反の地位)に、自己においてはならない。」⁽¹⁹⁾

但し、利益相反の地位に就くことの、「認識または(善管注意中の、適切な注意 due care による)認識可能性」

及び「(適切な注意による) 回避可能性」を前提(ないし責任要件)とする⁽²⁰⁾。」

この忠実義務②は、前記忠実義務①の履行を確保するための義務と解される。即ち、忠実義務①の履行を確保するために、取締役は、「利益相反の地位(Ⅱ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)」、即ち「権限行使・地位の利用または義務履行における判断が、会社の利益以外の考慮、即ち自己または第三者の個人的利害関係の考慮、により影響を受けやすい地位(Ⅱ忠実義務①に違反する危険・誘惑の大きい地位)」に自己を置くことを禁じられるのである。また、忠実義務②は、忠実義務①を確保するために、利益相反の地位に就くことを一般的に禁じているのであり、利益相反の地位に就くことを禁じられるのが競業・利益相反取引の場合に限られるわけではない。

また、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、善管注意中の「適切な注意 due care」を尽くせば利益相反の地位に就くことを認識し且つ回避し得うるにもかかわらず利益相反の地位に就くことを、禁じるものであると解される⁽²¹⁾。したがって、忠実義務②を善管義務の一内容とすることは、概念的に無理はないのである。

(b) 派生の忠実義務

忠実義務違反を含む事例として、イ、会社との競業、ロ、会社との利益相反取引、ハ、会社の資産・機会・情報の奪取・不当利用、ニ、インサイダー取引、ホ、少数派株主の抑圧、等があり、これらの事例への上記の原則的忠実義務(忠実義務①②)の適用により、イ、競業禁止義務(商法二六四条)、ロ、利益相反取引をしてはならない義務(商法二六五条)、ハ、会社の資産・機会・情報を奪取・不当利用してはならない義務、ニ、インサイダー取引をしてはならない義務、ホ、少数派株主を抑圧してはならない義務等の、種々の具体的忠実義務が派生する⁽²²⁾。

(4) 本構成においては、上記の通り、忠実義務における「忠実」は、「善良な管理者の注意」の一内容である。従って、「忠実義務」は、「善良な管理者の注意を尽くすべき義務」の一内容であり、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、同二六四条、同二六五条

このように、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」(民法六四四条)の一内容として、「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。⁽²³⁾ 即ち、民法六四四条・商法二五四条ノ三は、善管義務の一内容として、上記の忠実義務①②を含む原則的忠実義務一般を規定する。また、商法二六四条・二六五条は、忠実義務②違反に関連して、特に競業・利益相反取引につき規定している(詳細はCで後述)。(なお、商法二六六条一項四号は、特に、取締役会の事前の承認により忠実義務②違反とはならなくなった利益相反取引が、忠実義務②以外の善管義務(「忠実義務①、注意義務等」)に違反する場合につき、それが任務遂行債務の不履行となる旨を注意的に規定する(後述C)。⁽²⁵⁾

3 「……②善良な管理者の注意を伴って、任務(「機関としての権限行使・義務履行」)を遂行す(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(例えば、自宅研修をしたり、利益相反の地位に就かないこと、等も含まれる⁽²⁶⁾)。

4 任務遂行債務の手段債務性 ここで、手段債務とは、給付の内容の違いにより、結果債務と区別されるものである。即ち、結果債務とは、「一定の結果を実現すること」を給付とする債務である。例えば、買い主は代金の支払い(「結果実現」)を約束し、鉄道会社は旅行者を一定の目的地まで運送すること(「結果実現」)を約束する。これに対して、手段債務とは、「目的たる一定の結果を実現すべく、一定程度の手段・注意を尽くして努力すること」を給付とする債務である。例えば、医師は、治癒(「結果実現」)を約束するのではなくて、治癒を目指して一

定程度の手段・注意を尽くして努力すること（Ⅱ治療）を約束するに過ぎない。取締役の任務遂行債務も手段債務の一つであるが、この場合、取締役の尽くすべき手段・注意の程度（Ⅱ努力の程度）は、「善良な管理者の注意」と解される（商法二五四条三項、民法六四四条⁽²⁾）。

（Ⅱ） 任務遂行債務の、不履行

1 取締役の任務遂行債務の不履行責任の要件は、当然のことながら、上述の任務遂行債務の不履行である。これは即ち、「取締役が、善管注意（忠実を含む）を伴う任務遂行を怠ることⅡ任務遂行に伴うべき善管注意を怠ること」である。詳述すれば、「取締役が、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して行われる任務遂行、に伴うべき善管注意を怠ること」Ⅱ「(a)任務遂行に伴うべき善管注意を怠り、具体的規定たる法令定款若しくは総会決議に違反し、又は、(b)（具体的法令定款・総会決議に違反せずとも）任務遂行に伴うべき、会社の最善の利益実現のための努力、としての善管注意を怠ること」である。

2 任務遂行債務における、債務不履行責任の帰責事由としての故意・過失の不要性

ところで、Bで後述するように、この任務遂行債務の不履行の効果として、種々の取締役の責任（Ⅱ損害賠償債務その他の、法的制裁）を生じるが、この債務不履行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責任（損害賠償債務、解除権等）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⁽²⁸⁾。

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(Ⅱ債務の本旨に従った給付をしないこと)即ち「任務遂行に伴うべき善管注意の、懈怠」があれば、既に善管注意懈怠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、債務不履行(Ⅱ善管注意懈怠)を生ずべきことの認識(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。

B 任務遂行債務の不履行の、効果(責任)

任務遂行債務の不履行があると、以下の効果(責任Ⅱ法的制裁)が生じる。

1 損害賠償債務の発生

任務遂行債務の不履行の主たる効果として、取締役の会社に対する損害賠償債務が生じる(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)。

2 違法配当額等の弁済債務の発生(商法二六六条一項一号—三号)

(1) (a)違法配当(Ⅱ違法な利益配当の議案の総会提出、若しくは違法な金銭分配)、(b)財産上の利益供与、又は(c)(返還を怠る)取締役への金銭貸付がなされる場合、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)が存することが多いであろう。この場合には、任務遂行債務の不履行として、損害賠償債務を生じること、は、上記のとおりである。

しかし、商法二六六条一項―三号は、これらの場合の特殊性（(a)資本維持、(b)会社運営の公正、又は(c)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)金銭貸付を受けた取締役の（契約に基づく）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、行為及び賛成取締役にも同様の債務を負担させたものと解される。⁽²⁹⁾（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）。⁽³⁰⁾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) この特別効果の要件については、利益供与については無過失責任とされ、違法配当・金銭貸付については、無過失責任説と過失責任説の両説がある。⁽³¹⁾しかし、これらの諸弁済債務の発生という効果は、取締役の任務遂行債務の不履行の効果の一つ（不履行が一定形態をとる場合の特別効果）と解すべきである。なぜなら、善管注意を既述のように構成するとき、(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に基づく上記責任は、全て、「任務遂行に伴うべき善管注意の懈怠に基づく責任（但し、善管注意懈怠は推定される）」と解すべきであるからである。（このように解するとき、一方、取締役が善管注意を尽くしたにもかかわらず責任を負うという酷な結果を避けることができ、他方、善管注意懈怠の推定を伴うから取締役の責任追求が困難になることはなく、結果は良好と考えられる。）即ち、

① 違法配当 イ、一方、粉飾決算の存在を考えれば、善管注意が尽くされたにもかかわらず（(1)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注意・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とは、相当の頻度で存し得よう。したがって、善管注意が尽くされた場合にも取締役は責任を課するのは酷であろう。又、他方、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）の善管注意懈怠を推定すべきである。したがって、本号の特別責任を善管注意懈怠（＝過失）に基づく責任としても、善管注意懈怠の推定を伴うから、違法配当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、任務遂行に伴うべき善管注意の懈怠に基づく責任、即ち任務遂行債務の不履行責任と解すべきである。

② 利益供与

(a) 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、且つ、同条第二項の推定規定を考慮するとき、同条第一項の、会社が「……株主ノ権利ノ行使ニ関シ」財産上の利益を供与するとは、会社が「不正の請託までは要件とされないが、少なくとも」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、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・容認をもって「財産上の利益を供与する、の意味に解される。

したがって、取締役が同条第一項の規定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、取締役が「株主の権利行使に関する何らかの目的を実現しようとの意図ないし実現の認識・容認を持って、財産上の利益を供与する行為を、会社の（負担に帰する）行為となすこと」に帰着するが、このような行為を取締役がなすときは、通常は（＝利益供与すべく強く脅迫されるような特別の場合を除いて）取締役の善管注意の懈怠があると解して良いであろう。（何故ならば、このように財産上の利益が供与された具体的場合において当該利益供与

取締役が置かれたと同様の状況に、善良な管理者たる取締役（＝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）を置いたと仮定するとき、通常は、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ことを差し控えるものと考え得るからである。即ち、通常は、善良な管理者たる取締役ならば、供与される具体的財産上の利益が商法二九四条ノ二第一項の財産上の利益に該当すること又は少なくとも該当する恐れを察知し、違法行為を犯す危険を避けるべく、上記の意図又は認識・容認をも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からである。）したがって又、このような行為を取締役がなすときは、取締役の善管注意の懈怠を推定すべきである。

(b) さらに、取締役により特定の株主に対して、会社の（負担に帰する）行為としての、無償の財産上の利益供与がなされたとき（及び、有償の財産上の利益の供与でも、会社の受けた利益が供与した利益に比し著しく少ないとき）は、(a)で上記した取締役の意図又は認識・容認の存否を問題とするまでもなく）取締役の善管注意懈怠が推定される。

その理由は、以下のとおりである。即ち、取締役の上記無償（及び有償）の利益供与がなされたときは、特定の株主に対する会社の無償（及び有償）の利益供与がなされたことになり、従ってまた、会社が「株主ノ権利ノ行使ニ関シテ」財産上の利益を供与したことが推定されることになる（商法二九四条の二、二項）。これは即ち、会社が「株主の権利行使に関する何らかの目的実現の意図又は認識・容認をもって」財産上の利益を供与したことが推定されることを意味するが（上記(a)参照）、これを取締役の側面から表現しなせば、取締役が「株主の権利行使に関する何らかの目的実現の意図又は認識・容認をもって」会社の（負担に帰する）行為として財産上の利益を供与したことが推定されることを意味することになる。従ってまた、(a)で上記したとおり、取締役の善管注意懈怠も推定されることになる。

(c) したがって、本号の特別責任を善管注意懈怠(Ⅱ過失)に基づく責任とし、供与利益価額弁済債務発生を善管注意懈怠のある場合に限っても、(a)(b)で上記した善管注意懈怠の推定を伴うから、供与利益返還債務の弁済確保及び利益供与の抑止効果は、かなりの程度存し、会社運営の公正の確保という目的は充分達し得よう。逆に、善管注意懈怠と解せない場合にまで取締役の供与利益価額弁済債務を課するのは、酷である。

したがって、本号の特別責任も、任務遂行に伴うべき善管注意の懈怠に基づく責任、即ち任務遂行債務の不履行責任と解すべきである。

③ 金銭貸付 法人取締役を認めない場合は、取締役への金銭貸付は、通常は会社の利益とにならない(Ⅱ会社の利益でなくて、貸付を受ける取締役個人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、法人でない取締役に對する金銭貸付は、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付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、取締役に金銭貸付を抑制してよいとも考えられる。

しかし、イ、取締役に金銭貸付が会社の利益となる場合が皆無とは言いつてもいい(特に、法人取締役に認めるときは、会社グループ内では、取締役に金銭貸付は、有用な作用を持ちえよう)、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、他方、金銭貸付を受けた取締役の返済がなされない場合は、金銭貸付をなす側の取締役(Ⅱ行為取締役及び賛成取締役)の善管注意懈怠(Ⅱ会社の利益でなくて金銭貸付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、本号の責任を善管注意懈怠(Ⅱ過失)に基づく責任としても、善管注意懈怠の推定を伴うから、貸付金返還債務の弁済確保及び金銭貸付の抑止効果は、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、善管注意懈怠に基づく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、任務遂行に伴うべき善管注意の懈怠に基づく責任、即ち任務遂行債務の不履行責任と解すべきである。

3 介入権の発生

(1) 競業 i、取締役が会社と競業を行う場合は、後述のように、競業が取締役会の事前の承認を得ずになされるときは、当然に忠実義務②（Ⅱ利益相反回避義務）違反が存し、任務遂行債務の不履行となるが、この場合、競業が取締役の計算でなされるときは、その効果として、（損害賠償債務の他に、さらに）介入権も生じる（商法二六四条三項）。そして、この規定の立法目的は、取締役が忠実義務違反により（その経済的效果としての）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することと解される⁽³⁵⁾。

但し、その場合でも、任務遂行債務の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（Ⅱ介入権の消滅または介入権行使により生じた経済的效果移転債務の消滅）を生じる（商法二六六条五項類推）。なぜならば、介入権も、忠実義務違反による取締役の任務遂行債務不履行の効果であるから、同債務の実質的債権者たる株主によるその免責についても、取締役の任務遂行債務不履行の他の効果（損害賠償債務、違法配当額等の弁済債務）についての免責と区別する理由は存しないと考えられるからである。

ii、競業が取締役会の事前の承認を得てなされる場合は、後述するように、競業をしたことから当然に忠実義務②違反となることにはならないが、忠実義務②以外の忠実義務の違反（忠実義務①違反等）はなお存し得、その場合も任務遂行債務の不履行となる⁽³⁷⁾。例えば、取締役会の事前の承認を得た取締役が、競業を有利にするために、取

締役としての権限・地位を行使・利用して会社の情報・機会・従業員・資産等を収奪利用して、競業する場合は、忠実義務①（＝誠実義務）違反となり、任務遂行債務の不履行となる。この場合、競業が取締役の計算でなされるときは、任務遂行債務の不履行の効果として、やはり（損害賠償債務の他に、さらに）介入権を生じると解される（商法二六四条三項類推）。

その理由は以下の通りである。即ち、前記のように、商法二六四条三項の立法目的を、忠実義務違反により取締役が（その経済的效果としての）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。この重要な性質に着目するとき、取締役会の事前の承認を得た場合でも、忠実義務に違反してなされた取締役の自己の計算による競業は、同項の要件事実と同様の性質を持ち類似するといえ、したがって、同項の類推を許すことになるからである。⁽³⁸⁾

なお、この場合は、法に従い取締役会の事前の承認を得た上でなされた競業の場合であるから、しからざる競業の場合と比べて、株主による免責の要件は緩和され、発行済株式総数の三分の二以上の多数により免責（＝介入権の消滅または介入権行使により生じた経済的效果移転債務の消滅）を生じる（商法二六六条六項類推）。

(2) 自己取引 後述のように、自己取引も、取締役会の事前の承認を得ずになされるときは、当然に忠実義務②違反が存し任務遂行債務の不履行となるが、事前の承認を得てなされるときは、なお忠実義務②違反以外の忠実義務違反（忠実義務①違反等）は存し得、その場合も同様に任務遂行債務の不履行と捉えられる。⁽³⁹⁾

ところで、自己の計算による自己取引により取締役が経済的效果として利益を収めることがあろうが、この場合、自己取引により利益を収めたのが忠実義務違反に因るといえる場合は、介入権に関する商法二六四条三項の類推により、忠実義務違反による任務遂行債務不履行の効果として、会社は、当該取引により取締役の得た経済的効

果を会社に返還させ得る（Ⅱ当該取締役は、経済的效果移転債務を生ぜしめ得る）と解する余地がある。

例えば、取締役が取締役会の事前の承認を得て自己の計算で会社の製品を有効に買い入れたが、同取締役が、取締役としての権限・地位を行使・利用して会社製品の対価を不当に安くしたという場合を考える。この場合、同取締役は、権限・地位の行使・利用により対価を不当に安くした自己取引により、経済的效果としての利益（Ⅱ会社から安く譲り受けた製品の市場価格または転売代金と、会社に支払った代金の差額等）を得たといえよう。ところで、対価を不当に安くするための権限・地位の行使・利用は、会社の利益以外の考慮に基づく権限・地位の行使・利用として、忠実義務①違反となるから、同取締役は、この忠実義務①違反に因り、経済的效果としての利益を得たと言える。他方、忠実義務①違反は任務遂行債務の不履行と捉えられるから、結局、商法二六四条三項の類推により、（忠実義務①違反による）任務遂行債務不履行の効果として、会社は、当該取引により取締役の得た経済的效果としての利益、即ち会社から安く譲り受けた製品の市場価格（転売がある場合は、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（Ⅱ当該取締役に、経済的效果移転債務を生ぜしめ得る）と解する余地がある。

何故ならば、前述したように、商法二六四条三項の立法目的を、取締役が忠実義務違反により（その経済的效果としての）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」ということにならうが、この点で、忠実義務に違反してなされた自己の計算による自己取引は、同項の要件事実と同様の性質を有し類似するといえ、したがって同項の類推を許すことになるからである。

但し、この場合も、介入権は、忠実義務違反による取締役の会社に対する任務遂行債務の不履行責任であるから、同債務の実質的債権者たる株主により免責され得る。即ち、自己取引が取締役会の事前の承認を得ないでなさ

れたか、得たうえでなされたかの区別に応じて、総株主の同意または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效果移転債務の消滅）を生じる（商法二六六条五、六項類推）。

(3) 上述したところを一般化すれば、忠実義務違反による任務遂行債務の不履行により取締役に経済的效果（としての利益）が生じるときは、一般に、(a)介入権（Ⅱ経済的效果を移転すべき債権関係を生ぜしめる、形成権）を生じ（商法二六四条三項類推）、また、(b)総株主の同意によりその免責（Ⅱ介入権の消滅または介入権行使により生じた経済的效果移転債務の消滅）を生じる（商法二六六条五項類推）、と解する余地がある。

4 その他の効果

更に、任務遂行に伴うべき善管注意の懈怠が著しい一定の場合、即ち「不正ノ行為・法令若ハ定款ニ違反スル重大ナル事実（及び総会における当該取締役の解任否決）」又は「悪意・重大ナル過失」の存する場合は、少数株主の取締役解任提訴権（商法二五七条三項）又は取締役の第三者に対する損害賠償債務⁽⁴⁰⁾（商法二六六条ノ三）を生じる。

C 競業・利益相反取引

ここでは、取締役の任務遂行債務の不履行の重要なものである、⁽⁴¹⁾取締役の競業及び利益相反取引につき考察する。

1 競業（商法二六四条）

(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と競業する場合、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・資産・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⁽⁴²⁾（Ⅱ誠実に行為する義務）の違反を犯す危険・誘惑が大きい。したがって、競業することは、原則として（Ⅱ取締役会の事前の承認がない場合は）、善管義務中の忠実義務⁽⁴³⁾②（Ⅱ利益相反回避義務）に違反する。（忠実義務⁽⁴⁴⁾②は、既述のように、利益相反の地位につくことの認識・回避可能性を前提とする。しかし、競業を行う取締役は、善管注意中の適切な注意⁽⁴⁵⁾ due care を用いれば、競業することにより自己が利益相反の地位につくことになることを、当然に認識し回避しえるものと考えられる）。

したがって、競業することは、取締役の（忠実義務⁽⁴⁶⁾②違反による）任務遂行債務の不履行となり、その効果として、(a) 先ず、損害賠償債務を生じる（商法二五四条三項・民法六四四条・商法二五四条ノ三、民法四一五条・商法二六六条一項五号）。但し、その場合でも、任務遂行債務の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）競業する場合は、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⁽⁴⁶⁾）。但し、この場合も、任務遂行債務の実質的債権者たる株主の全員の同意があるときは、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效果移転債務の消滅）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

① (a) しかし、法は、重要事実開示後、競業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、競業取引があっても、忠実義務⁽⁴⁷⁾②（Ⅱ利益相反回避義務）の違反は存しなくなるとした（商法二六四条一項、同二六〇条ノ二第二項）。即ち、取締役が競業をしたこと自体から、直ちに、忠実義務⁽⁴⁸⁾②違反に基づく任務遂行債務の不履行責

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、当該競業に関連して競業取締役の忠実義務①（Ⅱ誠実に行為する義務）違反の危険は小さいとの判断、を前提に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、当該競業取締役の忠実義務①違反の危険は小さい（Ⅱ当該競業は競業の通常有すべき危険性を失う）ものと見なし、当該競業をしても、忠実義務②違反とはならないとした、と考えられるからである。

何故ならば、忠実義務②（Ⅱ利益相反回避義務）が取締役に對して利益相反の地位に就くことを禁じるのは、利益相反の地位が通常は忠実義務①（Ⅱ誠実に行為する義務）に違反する危険・誘惑の大きい地位であるからである。即ち、忠実義務②は、忠実義務①の履行を確保することを目的として、忠実義務①に違反する危険・誘惑の大きい地位としての利益相反の地位に就くことを禁じるのである。⁽⁴⁾したがって、利益相反の地位についても、忠実義務①違反の危険が小さい例外的な場合は、忠実義務②が機能する必要はなくなるのである。換言すれば、取締役の利益相反の地位（Ⅱ取締役に会社に対して負う義務と、取締役の個人的利益又は取締役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）とは、本質的には、忠実義務①違反の危険・誘惑の大きい地位のことであり、忠実義務②は、このような地位に就くことを禁じるにより忠実義務①違反を回避させようとするものである。従って、利益相反の地位であっても、それが忠実義務①違反の危険・誘惑が小さい地位の場合は、本質的には、利益相反の地位とは言えないのであり、そのような地位に就いても忠実義務②違反とはいえないのである。

法は、このような考えを前提にして、且つ前記したように、取締役会の事前の承認における、当該競業に関連して競業取締役の忠実義務①違反の危険は小さいとの判断を信用して、取締役会の事前の承認がある場合は、当該競業取締役の忠実義務①違反の危険・誘惑は小さいものと見なし、当該競業をしても、忠実義務②違反とはならない

とした、と考えられる。

(b) しかし、取締役会の事前の承認があっても、競業取締役の、忠実義務②以外の善管義務(Ⅱ忠実義務①、注意義務等)の違反は存在し得る。例えば、競業取引の事前の承認を得た取締役が、同競業取引を有利に行うために、取締役としての権限・地位を行使・利用して会社の情報・機会・従業員・資産等を奪取・不当利用し、競業取引を行う場合は、会社の利益以外の考慮に基づく権限・地位の行使・利用として、忠実義務①違反となろう。そして、これらの場合は、やはり、競業取締役の任務遂行債務の不履行となり(商法二五四条三項、民法六四四条、商法二五四条ノ三)、その効果として、⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾ i 先ず、競業取締役の損害賠償責任を生じる(民法四一五条、商法二六六条一項五号)が、ii また、競業が取締役の計算でなされたときは、前述のとおり、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、任務遂行債務の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、競業が法に従い取締役会の事前の承認を得たうえでなされた場合であるから、しからざる競業の場合と比べて、株主による免責要件は緩和されるべきと解されるからである(利益相反取引の場合との均衡上も、そのように解すべきことになる)。

② 利益相反取引に関する商法二六六条一項四号・六項のような規定は、競業取引には存しないが、上記のように解すべきである。その理由は、以下の通りである。(a) 取締役の任務遂行債務の不履行責任を免除し得るのは、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①②違反、注意義務違反等)の責任の免除を行うことは、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。従って、競業取引に関する取締役会の承認を、当該競業取締役の債務不履行責任を免除するものと解することは、できな

い。(b)換言すれば、法は、取締役会の事前の承認における、当該競業取締役の忠実義務①違反の危険は小さいとの判断を尊重し、事前の承認のある場合は、競業したというだけで当該競業取締役の忠実義務②違反が当然に生じることにはならないとするだけである。(c)したがって、取締役会の事前の承認がなされても、当該競業取締役の、忠実義務②以外の善管義務(Ⅱ忠実義務①、注意義務等)の違反は存在し得、又この場合、取締役会の承認によりこれらの義務違反の責任の免除を生じることにはならない。但し、法に従い取締役会の事前の承認を得たうえでない競業の場合であるから、しからざる場合と比べて、株主による免責の要件は緩和されるべきことになる。(この点で、利益相反取引が取締役会の事前の承認を得てなされた場合としからざる場合の關係に類似し、商法二六六条六項の類推を許す。)

2 利益相反取引(商法二六五条)

(1) 取締役会の承認のない場合

(a) 利益相反取締役の、任務遂行義務の不履行

取締役が、イ、会社の相手として自己取引を行う場合、及び、ロ、会社を代表して、i、自己と自己取引をなし、又は、ii、第三者と、自己が会社と利益相反することになる間接取引をなす場合は、当該取締役は、会社と利益相反の地位(従って、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けられ易い地位Ⅱ忠実義務①に違反しやすい地位)に就くことになる。ハ、利益相反取締役が会社を代表しない間接取引がなされる場合(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)も、同様である。したがって、これらの場合は、原則として(Ⅱ取締役会の事前の承認がない場合は)、利益相反の地位についての当該取締役は、善管義務中の忠実義務②に違反し、任務遂行義務の不履

行となり、その効果として損害賠償債務を負い、また、利益相反取引が当該取締役の計算で行われたときは、前記したように、さらに介入権を生じる⁽⁵⁰⁾（商法二五四条三項・民法六四四条・商法二五四条ノ三、民法四一五条・商法二六六条一項五号。介入権については、商法二六四条三項類推）。しかし、その場合でも、任務遂行債務の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。介入権については、同項類推）。

（既述のとおり、忠実義務②は、利益相反の地位につくことの認識・回避可能性を前提とするが、上記、イ、及び、ロ、の場合は、当該利益相反取締役は、上記諸取引を行えば自己が利益相反の地位に就くことになることは、善管注意中の適切な注意 *due care* ⁽⁵²⁾ を尽くせば認識し回避しえるものと考えられる。又、ハ、の場合でも、通常は、当該利益相反取締役は、適切な注意を尽くせば、自己が利益相反の地位に就くことを、認識し且つそのような取引を会社がなすことを回避させ得ると考えられる）。

(b) 会社を代表した取締役の、任務遂行債務の不履行

上記のように、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、利益相反取締役の忠実義務①違反の危険（＝違反への誘惑）の大きい取引である。

イ、したがって、原則として（＝取締役会の事前の承認がない場合は）、代表取締役は会社を代表してそのような利益相反取引を行う代表権を有せず、取引は無権代表行為となる⁽⁵³⁾（商法二六五条二項反対解釈）。

但し、i、取引の安全の見地から、善意の第三者に対して、会社は取引の無効を主張できない⁽⁵⁴⁾。ii、取締役会決議により取引を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（商法二六五条二項）、事後の追認もできると解すべきであろう。したがって又、会社は、総会の普通決議によっても、取引を追認することができると解される（一九六六年仏会社法一〇五条三項・一四七条三項参照）。（総会は取締役会の上位機関であり、しかも取締役が原則として総会の普通決議で選任され（商法二五四条一

項、同二三九条) かつ取締役会決議が同様の普通決議でなされる(商法二六〇条ノ二)ことを考えるとき、取締役会による追認を認める以上、総会の普通決議による追認も認めるべきものと思われる。)

ロ、このように利益相反取引をする代表権がないにもかかわらず、会社を(無権)代表して利益相反取引をした代表取締役は、原則として、善管義務中の注意義務の違反(=善管注意中の適切な注意 due care の懈怠)となる。⁽⁵⁵⁾ さらに、代表取締役に相手方取締役の利益の考慮が働けば、善管義務中の忠実義務①の違反となる。⁽⁵⁶⁾ 又、既述のように、代表取締役が会社を代表して、自己契約又は自己と会社が利益相反することになる間接取引を行うときは、善管義務中の忠実義務②違反ともなる。従ってこれらの場合は、任務遂行債務の債務不履行となり、当該代表取締役の損害賠償責任(忠実義務①②違反により当該代表取締役が利益を得たときは、さらに、介入権)を生じる。⁽⁵⁷⁾ (商法二五四条三項・民法六四四条・商法二五四条ノ三、民法四一五条・商法二六六条一項五号。介入権については、商法二六四条三項類推)。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。介入権については、同項類推)。(これに対して、イ、で上記した、無権代表行為としての利益相反取引を追認する取締役会の事後承認には、免責力はない。なぜならば、既述のように、取締役の任務遂行債務の不履行責任を免除し得るのは、同債務の実質的債権者である株主のみであり、債務者からなる取締役会が同僚の債務不履行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、許されないと解されるからである。⁽⁵⁸⁾ また、イ、で上記した、利益相反取引を追認する総会決議も、株主全員の賛成に基づく決議である場合を除いては、総株主の同意の要件を満たさないで、免責力はないと解される。)

(2) 取締役会の承認のある場合

(a) しかし、利益相反取引は、利益相反取締役の忠実義務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、忠実義務①が遵守され会社にとり利益となることもある。ところで、(利益相反取締役を含まない)取締役会

が、事前に、当該取引は利益相反取締役の忠実義務①違反の危険は小さい取引であ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、イ、法は、取締役会の事前の承認があるときは、当該取引の利益相反取引としての危険な性質（Ⅱ忠実義務①違反の危険の大きい取引という性質）はなくなるとみなし、当該取引がなされても、忠実義務②違反とはならないとした（商法二六五条一項）⁽⁵⁹⁾。ロ、又、法は、取締役会の事前の承認があるときは、i 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、総会の承認をこの代表権発生の必要条件としなかったと解される）（商法二六五条二項）。ii 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注意義務違反は、存しない。

(b) しかし、取締役会の事前の承認がある場合でも、利益相反取締役及び会社代表取締役の（上記忠実義務②違反および無権代表を理由とする注意義務違反、以外の）善管義務違反（Ⅱ忠実義務①の違反、無権代表以外の理由に基づく注意義務違反等）は、存在し得る。例えば、取締役会の事前の承認を得て会社から不当に安く財産を譲り受けた取締役が、対価の不当性に気付かなければ善管義務中の注意義務に違反し、又、自己の取締役としての権限・地位を行使・利用して対価を不当に安くした場合は、忠実義務①違反となる。

そして、この場合は、任務遂行義務の不履行となり、イ、まず、損害賠償責任を生じる（商法二五四条三項・民法六四四条・商法二五四条ノ三、民法四一五条）。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、一般的に、善管義務違反に基づく任務遂行義務の不履行による損害賠償責任を、注意的に規定していると解し得る）。ロ、次に、取締役会の事前の承認（または事後の追認）がある場合は、(a)で上記のとおり当該取引は有効な行為となるが、取締役に忠実義務（特に忠実義務①）違反があるときは、任務遂行義務の不履行の効果として、さらに、介入権を生じ、会社は、当該取引により取締役の得た利益（例えば、会社から安く譲り受けた財産の市場価格又は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(商法二六四条三項類推)、と解する余地がある。⁽⁶⁰⁾

但し、この場合も、取締役の任務遂行債務の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。介入権については、同項類推⁽⁶¹⁾)。これは、利益相反取引が法に従い取締役会の事前の承認を得た上でなされた場合であるから、しからざる利益相反取引の場合(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。

(1) 最高裁判所民事判例集第三三卷一一号二一五三頁。もともと、これはオビタ・ディクタムと解される余地があり、先例としての拘束力は必ずしも強いとはいえない。しかし、最高裁の基本的見解を表明したものとはいえよう。

(2) 金融・商事判例五〇三号一八頁。

(3) 本稿(五)、1、A、(I)、1(成城法学本号一一七頁) 参照。

(4) 本稿(五)、1、1、A、(I)、2(成城法学本号一一七頁) 参照。

(5) 取締役・会社間には委任関係が存すること、及び民法六四四条の存在を考えれば、取締役が結果債務としての「(具体的規定たる)法令・定款に違反すべきでない債務」を負い、債務不履行責任を生じるための帰責事由として故意・過失を必要とする、の意味に本判決を解すべきではあるまい。(手段債務・結果債務については、本稿(五)、1、1、A、(I)、4、及び(II)、2、「成城法学」本号一二二頁及び一二三頁参照)。

(6) 例えば、最高裁昭和四七年四月二五日判決(判例時報六七〇号四五頁以下、東京高裁平成元年十月二六日判決(金融・商事判例八三五号二三頁以下))等。

(7) 拙稿「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)(成城法学四五号七七頁以下)・「同(二)」(成城法学四六号九九頁以下)、特に「同(二)」五、(一)(成城法学四六号一一七頁以下) 参照。

(8) 前掲拙稿「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』」(二)(成城法学四六号一四六頁、注(1)参照。なお、中川高男・民法六四四条注釈「新版注釈民法(6)」二二五頁、末川・杉村・天野他「新法律学辞典」(日本評論社)六六一頁「善良なる管理者の注意、勝本正晃・注意義務」(末弘・田中)「法律学辞典第三卷」(岩波昭和十一年)一八七七頁、参照。

- (9) 前掲拙稿「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)」「三、2、(3)(4) (成城法学四五号一〇五頁以下) 及び「同(一)」「五、(一)」「II、1、2 (成城法学四六号一二〇頁以下)」。なお、「同(一)」一、注(4) (成城法学四五号八二頁) 参照。

- (10) 前掲拙稿「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』(二)」五、注(11)(12)(13) (成城法学四六号一二七頁) 参照。

また、善良な管理者の注意は、仏法上の「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が、「注意深く勤勉且つ良心的・正直と評価されないような取締役の、尽くすであろう注意」であるとは、考えられないからである。(前掲拙稿「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』(二)」成城法学四六号一四六頁注(一)、前掲中川高男・民法六四四条注釈「新版注釈民法(四)」二二五頁、前掲末川・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、前掲勝本正晃・注意義務「(末弘・田中) 法律学辞典第三卷(岩波昭和一年)」一八七七頁等参照)

- (11) 前掲拙稿「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』(二)」五、(一)」「II、1 (成城法学四六号一二二頁) 及び「同(一)」三、2、(3)(4) (成城法学四五号一〇五頁以下) 参照。

「善良ナル管理者ノ注意」について、有力学説は、「債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにおいて一般に要求されるだけの注意」と解する(我妻栄「新版債権総論(民法講義Ⅳ)」(三四))。これは、ドイツ法の「取引において通常要求されている注意 (*die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*)」の構成としては適しているが、ローマ法・フランス法の「善良な家父の注意 (*diligentia boni patris familias*, les soins d'un bon père de famille)」に近い表現をとる我が法の「善良ナル管理者ノ注意」の構成としては、本文に記したように構成すべきであろう(前掲拙稿「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』(二)」成城法学四六号一四六頁注(一)参照)。

- (12) 前掲拙稿「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)」二、英米法上の取締役の義務 (成城法学四五号八四頁以下) 参照。

- (13) 前掲拙稿「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)」同(一)」「(成城法学四

五・四六号)、特に「同(二)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」との概念的關係(成城法学四六号一六頁以下) 参照。

- (14) 最高裁昭和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卷六三二頁)、神戸地裁昭和五一年六月一日判決(下級裁判所民事裁判例集二七卷三九三頁)、福岡高裁昭和五五年一〇月八日判決(高等裁判所民事判例集第三三卷三四七頁)等。

- (15) 前掲拙稿「英米法上の『忠実義務』と民法上の『善良な家父の注意を尽くすべき義務』(一)六、(二)結果の良否の検討(成城法学四六号一六五頁) 参照。

- (16) 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主張されることがあるが、そのように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(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。(前掲拙稿「英米法上の『忠実義務』と民法上の『善良な家父の注意を尽くすべき義務』(二)四、五(成城法学四六号九九頁以下) 参照)

- (17) 英米法上、原則的忠実義務として、本文記載の忠実義務①②の他に、次のような義務があるとされる。

〔忠実義務③〕……権限を正当目的 (proper purpose) (＝権限授与の目的) の為に行使すべき義務

〔忠実義務④〕……権限の行使において、自己の独立した判断 (his independent judgement) 拘束されない自由な判断 (unfettered discretion) を用いるべき義務

これらの忠実義務③④も、忠実義務①の確保のための義務と解される。なお、詳しくは、前掲拙稿「英米法上の『忠実義務』と民法上の『善良な家父の注意を尽くすべき義務』(一)二、(四)忠実義務(成城法学四五号九一頁以

下) 参照。

(18) 詳しくは、前掲拙稿「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』(二)」成城法学四五号九一頁①以下参照。

(19) 前掲拙稿「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』(二)」成城法学四五号九三頁②参照。

(20) 前掲拙稿「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』(二)」成城法学四六号一二三頁(3)参照。

(21) 同。

(22) これらの派生的忠実義務については、前掲拙稿「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』(二)」成城法学四五号一〇〇頁注(28)参照。

(23) (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」とあった表現を「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った理由は、「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ハ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(中川高男前掲「新版注釈民法(4)」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、及び英米法と仏法の比較法的考察(前掲拙稿「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』(二)」四、五(成城法学四六号九九頁以下))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、取締役の善管義務全体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らぬまい。(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四七七頁参照)

(24) 原則的忠実義務には、忠実義務①②の他に、前記注(17)で記したように、忠実義務③④が含まれる。前記注(17)参照。

(25) 本稿五、I、1、C、2、(2)(成城法学本号一三七頁以下)参照。

(26) 前掲拙稿「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』」(二)一五(一)(成城法学四六号一一七—一九頁)参照。

本文に記したように、取締役の善管義務は、注意義務と忠実義務の両者を含む(本稿(五)、I、1、A、(1)、2、(3)「成城法学」本号一一八頁参照)。ところで、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、会社との競業取引、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、

(1) 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(前掲拙稿「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』」(二)「成城法学四五号九〇頁注(6)参照)。

(2) 又、忠実義務も、(a) 忠実義務①③④は、任務遂行そのものについて尽されるものが中心である。例えば、I、取締役の妻に生涯年金を与える契約を会社がする際、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、合併等)は、忠実義務①違反となる。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(前掲拙稿「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』」(二)「四、1、3、5、6(成城法学四六号一〇二頁以下)、及び前記注(17)参照)。

(b) 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、会社の資産・機会・情報の不当利用・奪取、ロ、会社との競業は、忠実義務②違反とされる場合がある)、任務遂行の際に要求される場合もある(例えば

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(前掲拙稿「英米法上の『忠実義務』と民法上の『善良な家父の注意を尽くすべき義務』(二)」成城法学四六号一〇三頁4、及び同一三六頁米判決「3」参照)。

- (27) 前掲拙稿「英米法上の『忠実義務』と民法上の『善良な家父の注意を尽くすべき義務』(二)」成城法学四五号一〇五頁以下参照。

- (28) 我妻栄「新訂債権総論(民法講義Ⅳ)」〔一四五〕、同「債権各論上巻(民法講義Ⅴ)」〔二一四〕〔二二五〕〔二二〇〕〔二四八〕〔二四九〕〔二五三〕〔二五七〕等。

- (29) 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。

- (30) 同。

- (31) 前掲近藤二六二―二六四、二六九―二七〇頁。

- (32) 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)」二三八―二三八頁。

- (33) 関俊彦「商法二九四条ノ二注釈」新版注釈会社法(9)二三八―二三九頁参照。

- (34) なお、本稿、(五)、1、1、C、2、利益相反取引(成城法学本号一三五頁)参照。

- (35) 本稿(五)、1、1、C、1、競業(成城法学本号一三二頁以下)参照。

- (36) 介入権規定の立法目的

(1) 商法二六四条第三項の介入権の立法目的を、①競業取引の場合会社の損害の多くがうべかりし利益(期待権)の喪失であることから生じる、損害額立証の困難の救済と、②会社の得意先の維持の、二つとする見解がある(本間輝雄・商法二六四条注解「新版注釈会社法(6)」二二二頁、北沢正啓「会社法(第三版)」三九二頁参照)。この見解によれば、介入権の発生は競業取引の場合に限られてしまうことになろう。

(2) しかし、取締役が忠実義務違反により(その経済的効果としての)利益を収めるのは、会社の信頼に対する重大な裏切り行為であるから、取締役は、競業の場合に限らず一般的に、忠実義務違反により利益を収めることを許されるべきではない。また、一般的に取締役が忠実義務違反により利益を収めることを不可能とすれば、忠実義務違反への誘

惑を断ち切り、忠実義務違反を防止することに役立つことになる。

したがって、商法二六四条第三項の介入権規定の立法目的は、本文に記したように、一般的に、取締役が忠実義務違反により(経済的効果としての)利益を収めることを不可能にして、忠実義務違反を防止すること、と解すべきものと思われる。そして、同項は、この立法目的を、手始めに先ず、忠実義務②の具体化の一つとしての競業避止義務について実現しようとしたものと、解することが出来る。

そうすると、同項は、反対解釈により介入権の発生を競業取引の場合に限定すべき規定と解さずに、忠実義務違反一般に類推を許す規定と解すべきことになる。

〔前掲拙稿「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』(二)』成城法学四六号一三五頁米判決〔2〕Guth et al. v. Loft, Inc. の判旨〕、2参照。なお、服部栄三「現代法律学全集16」商法総則(第三判)二八六頁、及び後記注(38)参照。

(37) 本稿(五)、1、1、C、1、(2)(成城法学本号一三三頁以下)参照。

(38) (1) 一般に、介入権の発生は、取締役会の事前の承認なしに、取締役が自己のために競業取引を行った場合に限られ、従って、取締役会の事前の承認があれば、取締役の自己のための競業取引があっても、善管義務・忠実義務違反に基づく損害賠償債務はさておき、介入権は行使できないと解されているようである(大隅・今井「会社法論・中巻(第三版)」二二〇—二二二頁、前掲本間二二二頁・二二四—二二五頁、前掲北沢三八七、三九〇頁等、参照。なお、前掲北沢三九四頁参照)。

(2) しかし、このような見解には賛成することができない。その理由としては、本文に記したところの外に、以下を付け加えることができる。即ち、

取締役が取締役会の事前の承認なくして自己のために競業取引をしたときは、原則として会社と利益相反の地位に付いたことになり、忠実義務②(Ⅱ利益相反の地位に就くことを回避すべき義務)違反となるが、必ずしも忠実義務①(Ⅱ誠実義務Ⅱ取締役の権限・地位の行使・利用の動機において、会社の最善の利益を目指す必要はなく、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)に違反するとは限らない。忠実義務①違反があるためには、競業取引の外にさらに、競業取締役の、会社の利益以外の考慮に基づく取締役としての権限・地位の行使・利用(例えば、競業を有利にするための、権限・地位の行使・利用による会社の情報・機会・従業員・資産の奪取等)がなければならない。

したがって、介入権の発生を、取締役会の事前の承認のない競業取引の場合に限定するときは、一方において、忠実義務②違反としての事前の承認を伴わない競業取引があれば、忠実義務①違反がなくても介入権を生ずるとともに、他方、取締役会の事前の承認がある限り、忠実義務①違反を伴う競業（＝例えば、競業を有利にするための権限地位利用による会社の情報・機会・従業員・資産等の奪取・不当利用、を伴う競業）の場合でも、（損害賠償債務はともかく）介入権は発生しない。

しかし、忠実義務②と忠実義務①の間には手段・目的の関係があり、忠実義務②は目的たる忠実義務①の履行を確保するための手段であることは、既述のとおりである（本稿一二〇頁）。したがって、重大な制裁である介入権の発生を、取締役会の事前の承認のない競業取引の場合に限定し、一方において、（事前の承認はないが）単に手段たる忠実義務②違反にすぎない場合の競業取引に介入権を認めながら、他方において、（事前の承認はあるが）目的たる忠実義務①違反を伴う競業取引に介入権を認めないとすれば、本末転倒であろう。（さらに、競業を伴わない忠実義務①違反により、取締役が経済的効果としての利益を取得する場合にまで視野を広げて考えるとき、一方において、事前の承認のない競業取引があれば、目的たる忠実義務①違反がなくても介入権を認め、他方、事前の承認のない競業取引がない限り、目的としての、いかなる忠実義務①違反があっても介入権を認めないのは、やはり本末転倒と思われる。）

(39) 本稿（五）、I、1、C、2、（成城法学本号一三五頁以下）参照。

(40) 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（五）」成城法学第四〇号三一頁以下参照。

(41) 経営判断と任務遂行債務の不履行

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、以下のように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（＝善良な管理者ならば尽くすであろう努力・気配り（＝注意・勤勉・技能及び忠実等））を怠った場合に、取締役が任務遂行債務の不履行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、経営判断において善管注意を怠ったか否かの判断は、当該具体的取締役の行った経営判断・努力気配りを、「善良な管理者」（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経営判断・努力気配り」と対比し、それに劣るか否かにより、判断すべきである。③また、経営判断の優劣を裁判官が判断するのは必ずしも容易ではないから、裁判官は安易に経営判断そのものの優劣を判断すべきではない。しかし、経営判断に伴うべき善良な管理者の注意（＝注意・勤勉・技能及び忠実等）を怠ったか否かに

つては、裁判官は、判断を安易に避けるべきではあるまい。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、公正適切な判断が出来る場合には、経営判断が善管注意を伴ったものであるか否かの判断を避けるべきではあるまい。④経営判断の誤りが証明されたときは、経営判断に伴うべき善管注意の懈怠が推定されるべきであるが、この場合でも、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)、忠実義務及び注意義務中の「注意」「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、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・革新的な経営を可能にし、経済発展に寄与するものと考えられる。

2 以上要するに、経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、

経営判断における「善良な管理者の注意」懈怠も、任務遂行債務の債務不履行責任を生じる。しかし、経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「注意」「勤勉」を尽くしたことが証明されたときは、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。

(前掲拙稿「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)」成城法学四五号八五頁注(5)経営判断の法則参照。)

(42) 本稿(五)、1、1、A、(1)、2、(3)、(a)、①(成城法学本号二一九頁以下)参照。

(43) 本稿(五)、1、1、A、(1)、2、(3)、(a)、②(成城法学本号二一九頁)参照。

(44) 同。

(45) 本稿(五)、1、1、A、(1)、2、(2)(成城法学本号一一七頁)、及び拙稿「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)」成城法学四五号八八頁以下参照。

(46) 本稿(五)1、1、B、3(成城法学本号二二八頁)参照。

(47) 本稿(五)、1、1、A、(1)、2、(3)、(a)、②(成城法学本号二一九―二二〇頁)参照。

(48) 本稿(五) 1、1、B、3 (成城法学本号一二八頁) 参照。

(49) なお、取締役会の事前の承認がある場合でも、競業取引により会社に損害を生ぜしめれば当然に忠実義務違反となり、損害の発生につき故意・過失があるときは会社に対して損害賠償の責任を負う(商法二六六条一項五号)、と説かれることがある(大隅・今井「会社法論中巻」[第三版]二二〇—二二二頁)。しかし、取締役会の事前の承認がある場合は、競業をして会社に損害を生ぜしめたというのみでは、当然に忠実義務違反となることにはならない。何故ならば、取締役会の事前の承認がある場合は、本文に記したとおり忠実義務②違反は存しないのであり、また、忠実義務①違反となるには、さらに、(会社との競業の目的で)自己の権限・地位を利用して会社の機会・情報・従業員・資産を用いる等、会社の最善の利益以外の考慮に基づく取締役の権限・地位の利用、の事実が存しなければならないからである。また、競業の結果会社に損害を生じることにつき過失(＝不注意による不認識)があることは、「注意義務違反」適切な注意(due care)の欠如」であり、「忠実義務違反」忠実(Loyalty)の欠如」ではあるまい。

(50) 本稿(五) 1、1、B (成城法学本号一二三頁以下) 参照。

(51) 本稿(五) 1、1、A、(1)、2、(3)、(a)、②「忠実義務②」(成城法学本号一一九頁) 参照。

(52) 本稿(五)、1、1、A、(1)、2、(2) (成城法学本号一一七頁)、及び拙稿「英米法上の『忠実義務』と民法上の

『善良な家父の注意を尽くすべき義務』(一)」(成城法学四五号八八頁以下参照)。

(53) 最高裁判所昭和四三年二月二五大法廷判決(最高裁判所民事判例集二二卷一三三—一三五頁) 参照。

(54) 最高裁判所昭和四三年二月二五大法廷判決(最高裁判所民事判例集二二卷一三三—一三五頁)、最高裁判所昭和四六年一〇月一三日大法廷判決(同二五卷七九〇—七九〇四頁)、北沢前掲「会社法(新版)」三八五頁、参照。

(55) 本稿(五)、1、1、A、(1)、2、(1)(2) (成城法学本号一一七頁)、及び前掲拙稿「英米法上の『忠実義務』と民法上の『善良な家父の注意を尽くすべき義務』(一)」(成城法学四五号八八頁以下参照)。

(56) 本稿(五)、1、1、A、(1)、2、(3)(a)① (成城法学本号一一九頁) 参照。

(57) 本稿(五) 1、1、B (成城法学本号一二三頁) 参照。

(58) 本稿(五)、1、1、C、1、(2)、② (成城法学本号一二四頁) 参照。

(59) 本稿(五)、1、1、C、1、(2)、①、(a) (成城法学本号一二三頁) 参照。

(60) 本稿(五)、I、1、B、3、(2)(成城法学本号一二九頁以下)参照。

(61) 同。

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、取締役の任務遂行債務の不履行責任(Ⅱ所謂、取締役の会社に対する責任)の要件・効果を上記のごときものとするとき、先ず、同責任は、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(前記第四規準⁽¹⁾及び第八規準⁽²⁾参照)。

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、背後者の一個人的動機により行われ(Ⅱ一個人的設立動機)、②背後者が全額出資し、(または実質的に全額出資し、莫人形を用いて)、会社を設立し(Ⅱ一人全額出資)、③株主総会・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機関不機能と、背後者の直接支配又は意のままの支配)、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、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、他方の債務の為の手形振出、c、他方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事実関係」である。⁽³⁾

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③④⑤に着目するとき、取締役の任務遂行債務不履行責任の適用可能な具体的形骸法理適用事実理想形の、存在を想定することができる。即ち、

1、まず、上記理想形の③④⑤に着目するとき、③④⑤それぞれが、取締役たる背後者の任務遂行に伴うべき善管注意の懈怠(Ⅱ注意義務違反等)と捉え得るが、特に⑤において、それは明白である。なぜならば、会社の最善の利益実現を目的として適切な任務遂行がなされる為には、正確な計算がなされることが不可欠の前提であるが、⑤(Ⅱ不区分財産管理)が存するときは、正確な計算は不可能であるからである。したがって、③―⑤(特に⑤)が存するときは、取締役たる背後者の任務遂行債務の債務不履行と捉えることが出来る。

2、次に⑤(Ⅱ不区分財産管理)を、構成要素たる個々の行為に分解して考える場合、⑤は、利益相反取引、違法配当又は会社財産の収奪として捉え得る場合がある。即ち、

(1) 利益相反取引

まず、⑤を構成する個々の行為が、(取締役たる背後者の会社に対する義務と、背後者個人の利益とが衝突することになる)利益相反取引として捉えられる場合が多いであろう(例えば、不区分財産管理の一環として、背後者たる代表取締役が、会社を代表して、会社資産を自己の第三者に対する債務の担保に供する場合等)。

この場合、取締役たる背後者の任務遂行に伴うべき善管注意の懈怠(Ⅱ忠実義務①②等違反)として、背後者の任務遂行債務の債務不履行と捉えることができる。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

(2) 違法配当

次に、⑤を構成する個々の行為が、株主たる背後者に対する違法配当(商法二九〇条第一項、同二九三条の五第

三項)として捉えられる場合であろう。この場合、背後者が取締役でもあるときは、善管注意懈怠(Ⅱ注意義務・忠実義務①等違反)の法令違反として、背後者の任務遂行債務の債務不履行と捉えることができる。⁽⁶⁾

(3) 会社資産の収奪

次に、⑤を構成する個々の行為に、背後者又は第三者の利益のための会社資産の収奪(例えば、背後者個人の債務の支払いに会社の資産を用いる場合等)が含まれる場合もであろう。この場合、背後者が取締役であるときは、任務遂行に伴うべき善管注意の懈怠(Ⅱ忠実義務①②等違反)として、その任務遂行債務の債務不履行と捉えることができる。⁽⁷⁾

3 かくして、取締役の任務遂行債務不履行責任の適用可能な、具体的形骸法理適用事理想形の存在を想定し得ることになる。

(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頁。

(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(五)」成城法学第四十号三二頁。

(3) 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(三)」成城法学第三十号五二頁注(14)(15)参照。

(4) 本稿(五)、I、1、A、及びC、2(成城法学本号一一五頁以下及び一三五頁以下)参照。

(5) 不区分財産管理の一環として利益相反取引がなされる場合(例えば、本文に記したように、不区分財産管理の一環として、背後者たる代表取締役が、会社を代表して、会社資産を自己の第三者に対する債務の担保に供する場合)、判例理論に従えば、背後者が会社の全株式を有するときは、イ背後者たる取締役と会社との間に利益相反関係はないこと、また、ロ株主全員の合意に基づく取引であること、を理由に、商法二六五条所定の取締役会承認は必要でなく、承認がなくても当該利益相反取引(担保供与)は有効となろう(最高裁判昭和四五年八月二〇日判決・最高裁判所民事判例集二四卷一三〇六一一三〇七頁、同四九年九月二六日判決・最高裁判所民事判例集二八卷一三〇九頁参照)。そして、この場合、イの理論、即ち背後者たる取締役・会社間に利益相反関係はないという理論に従えば、背後者たる取締役は、当該

利益相反取引(担保提供)をしても利益相反の地位につくことにならないから、忠実義務②違反はないことになろう。しかし、その場合でもなお、背後者たる取締役の忠実義務①違反は存し得る(本稿(五)、I、1、C、2、(2)、成城法学本号一三七頁以下参照)。

(6) 本稿(五)、I、1、A(成城法学本号一一五頁以下)参照。

(7) 同。

3 効果からみた、形骸法理担当問題解決可能性

さて、上記のように、取締役の任務遂行債務不履行責任の適用可能な、具体的形骸法理適用事実理想形の存在を想定し得ることになるが、同責任が同理想形に適用されるとき、同責任は、その効果からみて、同理想形に存すると考えられる形骸法理担当問題を解決し、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)の代替機能を果たし得るであろうか(前記第四規⁽¹⁾準及び第八規⁽²⁾準参照)。

ところで、取締役の任務遂行債務の不履行責任が具体的形骸法理適用事実理想形に適用されるとき、その効果として、取締役たる背後者は、形骸会社(具体的形骸法理適用事実理想形においては、会社は形骸会社と捉えられる)に対して任務遂行債務の不履行責任(Ⅱ損害賠償債務その他)を負うことになる⁽³⁾。この場合、

(1) 会社の諸権利の、会社債権者による代位行使又は権利執行

まず、形骸会社の債権者は、取締役の任務遂行債務不履行責任に対応する形骸会社の損害賠償債権その他の諸権利につき、それを代位行使し(Ⅱ損害賠償等の直接受領・相殺)、又は、形骸会社に対する債務名義に基づき権利執行をすることができると、考えられる。したがって、形骸会社の債権者は、取締役としての背後者の資産から、自

己の形骸会社に対する債権の満足を受けることができる（Ⅱ背後者の資産の、形骸会社債権者の為の責任財産化）。即ち、ここでは、取締役の任務遂行債務の不履行責任が、前記二型の形骸法理の効果（Ⅱ形骸会社および背後者双方の資産の、双方の全金銭債権者各々のための、共同責任財産化⁽⁴⁾）の一部を代替し、同法理の担当問題の一部を解決し得る（Ⅱ同法理の機能の一部を代替し得る）と一応考えられる。

しかし、他方、取締役の任務遂行債務の不履行責任は、株主の同意により免除し得る（商法二六六条五項六項）から、背後者の責任は、株主としての背後者自身（Ⅱ総株主の同意または発行済株式の総数の三分の二以上の多数）により免除され得る。したがって、取締役の任務遂行債務の不履行責任は、結局背後者の責任を追求する手段とはなりえず、前記二型の形骸法理の代替機能を果たし得ないようにみえる。

しかしながら、株主としての背後者の責任免除に対しては、形骸会社の債権者による詐害行為取消権の行使が對抗手段となり得ると思われる（民法四二四条）。

(2) 会社の諸権利の、管財人による行使

次に、形骸会社に対して破産宣告または更生手続開始決定がなされた具体的形骸法理適用事実理想形を想定する場合は、会社財産の管理処分権限は管財人に移るから、形骸会社の株主としての背後者は、もはや取締役としての背後者の任務遂行債務の不履行責任を免除することはできなくなると解し得る（破産法七条・五三条、会社更生法五三条・五六条一項）。また、破産宣告又は更生手続開始決定前になされた責任免除は、管財人により否認され得る（破産法七二条一項一号五号、会社更生法七八条一項一号二号四号）。

したがって、同理想形における破産ないし更生手続において、背後者たる取締役の任務遂行債務の不履行責任に対応する形骸会社の損害賠償債権等の諸権利が、管財人により行使され、背後者の資産による形骸会社の責任財産の（直接的、又は会社更生を通しての間接的）増殖を通して、形骸会社の債権者の保護がなされることは充分可

能である。特に、会社更生手続きにおいては、取締役の責任追求のための簡易方法たる査定が認められている（会社更生法七二条一項一号）。即ち、形骸会社の破産ないし更生手続きにおいて、取締役の任務遂行債務の不履行責任が、前記二型の形骸法理の効果（Ⅱ形骸会社および背後者双方の資産の、双方の全金銭債権者各々のための、共同責任財産化⁽⁵⁾）の一部を代替し、同法理の担当問題の一部を解決し得る（Ⅱ同法理の機能の一部を代替し得る）と考えることは充分可能である。（但し、背後者が形骸会社⁽⁵⁾に資金を貸付け、過少資本で営業する場合、背後者が、会社に対して負担する損害賠償債務等を会社に対する貸付金返還債権により相殺する可能性は残る（破産法九八条、会社更生法一六二条）。）

(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頁」。

(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」(五)「成城法学第四十号三二頁」。

(3) 本稿(五)、I、1、B（成城法学本号一二三頁）参照。

(4) 本稿(五) II、1、3、(2)考察、2具体的効果の同異、(1)「成城法学」本号一六四頁、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)「成城法学第二十六号一一三—一二六頁、同(三)「成城法学第三十号五〇頁注(9)、参照。

(5) 同。

4 結論

以上より、取締役の任務遂行債務の不履行責任は、①その要件からみて、具体的形骸法理適用事実理想形のいくつかに適用可能であり、且つ、②その効果からみて、同適用がなされるときは、同理想形において、前記二型の形骸法理の担当問題の一部を解決し得る（Ⅱ同法理の機能の一部を代替し得る）ことが判った。従って、同責任が本

来前記二型の形骸法理の適用されるべき事実関係に適用され、同責任が前記二型の形骸法理の機能の一部を代替している(Ⅱ形骸法理担当問題を一部解決している)と考えられる現実の事例の存在が、予想される。

したがって、同責任は、その現実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⁽¹⁾準を用いて、前記二型の形骸法理と現実の機能を同じくするか否かを考察し、本稿の比較の対象とすべきか否かの検討を試みる価値があるものと結論される(前記第四規⁽²⁾準及び第八規⁽³⁾準参照)。

(1) 第一規準、第二規準、第三規準、第五規準、第六規準(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)、第七規準(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))。

(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)」成城法学第三十号四六頁。

(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(五)」成城法学第四十号三二頁。

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

上記のごとく、取締役の任務遂行債務の不履行責任の、要件・効果からみて、同責任が、前記二型の形骸法理(Ⅱ形骸に基づく、(a)金銭債務伸張型および(b)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)と同一の機能を果たしている現実の事例の存在が予想されるが、同責任の現実の機能は果たしてどうかであろうか。以

下、同責任の現実の適用事例における具体的事実関係および具体的効果と、前記二型の形骸法理のそれとの、同異に着目して、前記諸規¹⁾準を用いて、同責任と前記二型の形骸法理との、現実の機能の同異(＝同一であるか異なるか)を考察し、同責任を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。

- (1) 第一、第二、第五、第六および第七規準(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」(三)「成城法学第三十号四五頁、同四九頁注(6)」、同九一頁注(9)、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」(四)「成城法学第三十五号六六頁注(8)」、参照。

1 適用諸事例における現実的機能の同異の考察

1 取締役の任務遂行債務の不履行責任に対応する会社の諸権利の、会社債権者による代位行使

先ず、取締役の任務遂行債務の不履行責任に対応する会社の諸権利の、会社債権者による代位行使が、前記二型の形骸法理と類似した機能を果たしている事例が存在するかを、考察する。

そのために、商法二六六条・同二六四条三項及び民法四二三条関係の多くの判決を検討したが、取締役たる背後者の任務遂行債務不履行責任に対応する形骸会社の諸権利の、会社債権者による代位行使に関するものと解される事例は、見つけることはできなかった。

したがって、取締役の任務遂行債務不履行責任に対応する会社の諸権利の、会社債権者による代位行使が、現実の前記二型の形骸法理の代替機能を果たしていることはない、と推測される。

2 取締役の任務遂行債務の不履行責任に対応する会社の諸権利の、会社債権者による権利執行

次に、商法二六六条・同二六四条三項、及び民事執行法一四三条・同一五五条・同一五九条・同一六一条・同一六三条・同一六七条関係の多くの判決を調べたが、取締役たる背後者の任務遂行債務不履行責任に対応する形骸会社の諸権利に対して、会社債権者が債権執行等の権利執行を行ったものと解される事例も、見当たらなかった。したがって、取締役の任務遂行債務不履行責任に対応する会社の諸権利に対する、会社債権者による権利執行が、現実には前記二型の形骸法理の代替機能を果たしていることはない、と推測される。

3 破産・会社更生手続きにおける、管財人による、取締役の任務遂行債務不履行責任の追求

商法二六六条・同二六四条三項、破産法七条・同一六二条、及び会社更生法五三条・同七二条・同九六条関係の多くの判決を検討したが、破産・会社更生手続きにおいて、管財人が、形骸会社の背後者と考える取締役の任務遂行債務不履行責任を追求する事例も、殆ど見つけることが出来ず、只、このような事例と考える余地のある事例を、二例見つけることが出来ただけである。⁽¹⁾ それを以下に記す。

(1) 事例

〔事例一〇〇〕 大阪地裁昭和四九年四月二六日判決（損害賠償請求事件、判例時報七八一号一〇三頁以下）

【事実】 一、1（出資関係） 株式会社甲会社は、弁論の全趣旨によると、被告Y₁の一人会社的性格が強いものというべきであると、認定された。

（Y₁の全額一人出資）

2（機関活動） (1) Y₁は、昭和四〇年二月四日から昭和四一年一月二四日まで甲会社の取締役、同月五日から

破産宣告の日(昭和四二年四月)までは甲会社の監査役であった。

被告Y₂(Y₁と同姓)は、昭和四〇年二月四日から破産宣告の日まで甲会社の取締役であり、昭和四〇年二月四日から昭和四一年一月五日まで、甲会社の代表取締役であった。

被告Y₃(Y₁とは別姓)は、昭和四〇年二月四日から破産宣告の日まで甲会社の取締役であり、昭和四〇年一月四日から破産宣告の日まで、甲会社の代表取締役であった。

被告Y₄(Y₁とは別姓)は、昭和四〇年二月四日から昭和四一年一月五日まで甲会社の監査役であった。しかし、これは、甲会社の設立の際に、被告Y₃から監査役就任をたのまれ、Y₄は、Y₃らとのこれまでの取引関係からこれを拒絶できず、やむなく承諾したものであった。

(2) Y₁は、甲会社の取締役就任期間中、甲会社の営業経理関係を一切委任され、その業務に従事していた。また、前記のとおり、「弁論の全趣旨によると、甲会社は、Y₁の一人会社的人格が強いものというべ」きであると認定された。

(II 機関不機能とY₁の意のままの支配)

3 (財産管理) (1) Y₁は、甲会社振出・Y₁裏書の手形を差し入れ手形貸付または手形割引によりWより金融を受け、その金利または手形割引料として、甲会社の資金から、昭和四〇年五月一日から同年一〇月二十四日までの間四〇回にわたり合計金一、七三一、五〇〇円を引き出してWに支払った。しかし、これは、Y₁個人が自らのためにWから金融を受けていたものであり、甲会社はWに対して実質的にはなんらの債務を負っていないのに、Y₁の背信行為により不法にも名義上債務者とされ、Wに対して右金利等の支払いをしていたものであった。

(2) Y₁は、昭和四〇年一月三十一日、妻のSに対して、甲会社を代理して甲会社所有の自動車を販売した。その後、昭和四一年二月二十四日、Sは、新車購入に際してこれを下取りに出し、新車購入代金の残り(の一部)は、昭

和四一年三月二十四日から同年一〇月二十四日まで月賦金として、Y₁により甲会社から支払われた。甲会社は、この新車代金支払いに関して保証人その他特別の地位になかったのであり、したがって甲会社の右支払いは、非債弁済に該当するものであった。

(3) Y₁は、甲会社を代理して、昭和四〇年三月頃、妻のSが理事長をしている学校法人との間で校舎の建築請負契約を、また、昭和四一年六月頃Sとの間で、Sの経営する幼稚園の園舎の建築請負契約を締結し、工事完成し引き渡したが、甲会社の受取代金は、建築工事業上の実費にすぎず、工事による報酬ないし利益を全く含んでいなかった。

(II 会社資産の一方的収奪または不区分財産管理)

二、甲会社は昭和四二年四月破産宣告を受け、破産管財人Xは、Y₁等に対して、上記一、3、の各行為に基づき甲会社の被った損害の賠償を訴求。

【判旨】 一、上記一3(1)のY₁の行為は、Y₁の「背信行為」により甲会社に損害をあたえたものである。

上記一3(2)のY₁の行為中、イ、自動車販売は、Y₁が「甲会社の任務に背いた販売行為」であり、「不法にも右背信行為により」甲会社に損害を与えたものであり、ロ、自動車代金の支払いは、Y₁が、「不法行為」により甲会社に損害を与えたものである。

上記一3(3)のY₁の行為は、「不法行為(背信行為)」により甲会社に損害を与えたものである。

二、「以上のとおりであって、被告Y₁は右不法行為により甲会社に対して……損害……を賠償すべき義務があるものというべきところ、被告Y₂・Y₃は右不法行為当時いずれも甲会社の取締役の地位に、被告Y₄は当時甲会社の監査役の地位にありながら、その任務懈怠により甲会社に対し前記損害を被らせたものというべきであるから、右被告ら三名は被告Y₁と共同して甲会社に対して同額の損害を賠償する義務があるものというべきである。」

(コメント 1、不法行為という文言が使われていることよりすれば、Y₁の責任は民法七〇九条の不法行為責任とされていると読めないこともない。しかし、ここでは、Y₁の行為は、特に民法七〇九条の不法行為に該当するとされているわけではなくて、いずれも、取締役の任務遂行債務の不履行責任(ないし商法二六六条一項五号の責任)を負うものとされたと解した。

その理由は、以下のとおりである。イ、上記一三(1)の行為は、不法行為とはされず、単に、Y₁の「背信行為」と捉えられていること、ロ、上記一三(2)の行為中の自動車販売行為も同様に、不法行為とは表現されていず、単に、「任務に背いた」行為であり「不法にも右背信行為により」損害を与えた行為であると表現されていること、ハ、上記一三(3)の行為に関する「不法行為(背信行為)」という表現において、「不法行為」は単に背信行為の意味に過ぎないようにも読めること、及び、ニ、Y₁の責任の根拠条文は挙げられていないこと、等を併せ考えると、本件における「不法行為」という文言は、民法七〇九条の不法行為という限定された意味ではなくて、単に「不法にも、任務に背いてなされた背信行為」の意味であるに過ぎないように見える。即ち、本件において、Y₁は、善管注意の懈怠(特に忠実義務①違反)による任務遂行債務不履行の責任を課せられたものと解することができる。⁽²⁾

〔事例一〇一〕 昭和五四年七月二五日東京地裁決定(損害賠償請求権査定申立事件、金融・商事判例五八一号三一頁以下)

【事実】 一、1 (出資関係) 甲株式会社は、その発行株式数四八〇〇万株のうち、約七四パーセントにあたる三五〇万株を被申立人Y₁が所有し、残りの一二五〇万株をY₁の一族で分散所有する同族会社である。

(Ⅱ Y₁の支配株所有)

2 (機関活動) (1) 被申立人Y₁は甲会社の代表取締役であり、被申立人Y₂—Y₇(いずれもY₁の一族)及びY₈—

Y₁ (いずれもY₁とは別姓) は、いずれも甲会社の取締役であった。

(2) 甲会社においては正式な取締役会は開かれず、その経営はY₁の独断で決せられていた。Y₁以外の被申立人等は、Y₁の業務執行につき何らの監督監視の手段を講ずることなく、業務執行をY₁にまかせきりにして、漫然とその地位にとどまっていた。

(II 機関不機能とY₁の意のままの支配)

3 (財産管理) (1) Y₁は、代表取締役として、甲会社の四九期—六四期において、利益がなかったにもかかわらず、架空売上等による仮装利益を計上し、株主に利益配当し取締役・監査役に賞与を支給する旨の各計算書類を、株主総会に議案として提出し、総会における承認を経て配当、賞与支給及び納税をした。しかし、同総会の招集及び計算書類の議案提出については、取締役会の議決を経ていなかった。

(2) 代表取締役であったY₁は、商法二六五条の取締役会の承認を得ないで、甲会社より被申立人Y₂・Y₃及び申立外の取締役T (いずれもY₁の一族) に対して金銭貸付を行った (Y₂に対しては八四回に渡り計二億一三六六万余円、Y₃に対しては八十二回に渡り計一億二五三〇万余円、Tに対しては一四四回にわたり計二億六七〇一万余円)。

(3) Y₁以外の被申立人Y₂らは、Y₁の上記違法行為を何らの措置を講ずることなく、放置した。

(III 会社資産の一方的収奪または不区分財産管理)

二、甲会社において会社更生手続が開始され、管財人Xが、Y₁らの損害賠償請求権の査定を申立てた。

【決定趣旨】 1、(事実一、3、(1)の行為について) Y₁は、商法二六六条一項一号に基づき、違法に支払われた利益配当金・役員賞与金・税金に相当する金員を、甲会社に支払う義務がある。

(取締役会の決議なしに株主総会の招集をし、また、配当可能利益がないのに利益配当に関する議案を右総会に提出することは法令に違反するものであるから、Y₁の行為は違法である。しかるに、Y₁以外の被申立人らは、Y₁の

業務執行に違法な点があることを容易に認識し得たにもかかわらず、これを認識せず、右違法を是正する手段を取らなかったものであるから、会社に対する忠実義務、代表取締役に対する監視義務を負う取締役としての右職務上の義務を怠ったものというべきであり、商法二六六条一項五号に基づき、同額の賠償をおこなう義務がある。）

2、(事実一、3、(2)の行為について) Y₁の行為は、商法二六五条に違反し同法二六六条一項二号(現行三号)及び五号に該当する。

(貸付を受けたY₂らの行為は、商法二六五条に違反し、同法二六六条一項五号に該当する。

その余の被申立人は、違法貸付を容易に知り得たにもかかわらず、右違法を是正する何らの手段を講ずることなく放置したものであるから、職務上の監視義務に違反し、このような任務懈怠は商法二五四条の二(現行二五四条の三)に違反し、同法二六六条一項五号に該当する。)

(コメント 本件においては、Y₁は、商法二六六条一項一号(決定趣旨1)及び同二六五条・二六六条一項三号五号(決定趣旨2)に基づき、違法配当額等の弁済債務及び損害賠償債務を課せられているが、これは、既述のとおり、任務遂行債務不履行の効果である。)⁽³⁾

(2) 考察

上記二事例において、取締役Y₁は、任務遂行債務の不履行責任を追求されたと解される(各事例のコメント参照)。そこで、ここでは、この二事例において、取締役の任務遂行債務不履行責任が、前記二型の形骸法理(Ⅱ形骸に基づく、(a)金銭債務伸張型及び(b)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)と同様の機能を果たしているか否かを検討する。

1 事実関係の類似性

(1) 形骸性肯定重要事実に着目すると、「事例一〇〇」⁽⁴⁾においては、①Y₁の全額一人出資(事実一、1)、②機関不機能とY₁の意のままの支配(事実一、2、(2)、および③会社資産の一方的収奪または不区分財産管理(事実一、3)が認定されている。また、「事例一〇一」においては、①Y₁の支配株所有(事実一、1)、②機関不機能とY₁の意のままの支配(事実一、2)、及び③会社資産の一方的収奪または不区分財産管理(事実一、3)が、認定されている。

両事例において、不区分営業活動は明確に認定されていない。しかし、明確に否定されている訳でもなく、また、不区分営業活動は、形骸のための必要条件ではない可能性が大きい(我が判例上、不区分営業活動は、形骸性認定につき、あまり重要なファクターとされていない⁽⁵⁾)。したがって、この点は形骸性肯定の重要な妨げとはならない。

両事例において、不区分財産管理の存在は必ずしも明確ではない。両事例において、会社からY₁側への資産の流れは明らかであるが(事実一、3)、Y₁側から会社への資産の流れは、直接認定されていないからである。しかし、両事例各々において、事実一、3の事実、①Y₁の全額出資(事例一〇〇)又は七四パーセントの支配株所有と同族会社性(事例一〇一)、及び②機関不機能とY₁の意のままの支配を併せて考えれば、Y₁の側からの会社への資産の流れ(例えば、Y₁の資産の会社による使用、Y₁の資産の会社債務のための担保化等)の存在を推測し得る余地がある。したがってまた、不区分財産管理の存在も推測し得る余地がある。

(2) そこで、両事例において③不区分財産管理の存在を推測し、この事実、①Y₁の全額一人出資または支配株所有及び②機関不機能とY₁の意のままの支配の事実を併せて考えると、両事例の事実関係は、形骸事例と類似した事実関係(Ⅱ形骸法理の担当問題の存在する事実関係)であると推測することができる⁽⁶⁾。

(しかし、 Y_1 側から会社への資産の流れがなく、会社資産の一方的収奪しか存しないと推測するときは、必ずしも、兩事例の事実関係が形骸事例の事実関係と類似していると推測することはできない。なぜならば、会社資産の一方的収奪が形骸性肯定重要事実であるか否かは、必ずしもあきらかではなく、むしろ、会社資産の一方的収奪は、法人格の主観的乱用肯定のための重要事実(基礎)である可能性が強いからである。)

2 具体的効果の同異

上記の通り、上記二事例と、前記二型の形骸事例との間に、事実関係の類似性が存すると推測し得る余地が存する。そこで、両者の事実関係の間に類似性が存すると推測する場合は、上記二事例における取締役の任務遂行債務の不履行責任の現実の機能と、前記二型の形骸法理のそれとの、同異を判断するために、さらに、両者の具体的効果を対比して考察しなければならない(前記第二、第三規準参照)。

(1) ところで、先ず、前記二型の形骸法理の、形骸事例において実現した具体的効果は、「法人格異別性の否認を通じての、具体的な会社Aと背後者(もしくは関連会社)Bとの間における、①金銭債務の伸張、または、②金銭執行の際の第三者異議の訴えにおける第三者性の否定」であるが、これは、その本質を「形骸会社および背後者(もしくは関連会社)双方の資産の、双方の全金銭債権者各々のための、共同責任財産化」と捉え得ることは、既述の通りである。

(2) 次に、上記二事例の事実関係が前記二型の形骸事例の事実関係に類似していると推測する場合は、上記二事例において、 Y_1 を背後者、甲会社を形骸会社と考えることになる。そうすると、上記二事例において、任務遂行債務の不履行責任の適用により実現した具体的効果たる Y_1 の甲会社に対する損害賠償債務等の発生は、その本質を、「(破産ないし更生手続きにおける、損害賠償等とおしての)背後者 Y_1 の資産による形骸会社甲の責任財産の(直接的、又は会社更生を通しての間接的)増殖」背後者の資産の、形骸会社の債権者のための(直接的又は間接的)

責任財産化」と捉えることが出来る。

(3) 上記したところから、上記二事例の事実関係が前記二型の形骸事例の事実関係に類似していると推測する場合は、上記二事例において取締役の任務遂行債務の不履行責任が実現した効果は、本質的にみて前記二型の形骸法理の効果と類似している（＝前記二型の形骸法理の効果の一部を代替し、形骸法理の担当問題の一部を解決している）と、いえる。

3 現実的機能の同異

さて、上記1、で述べたように、上記二事例の事実関係と前記二型の形骸事例の事実関係との間に類似性があると推測し得る余地が存する。そして、事実関係の類似性が存すると推測する場合、2、で上記したように、上記二事例において任務遂行債務の不履行責任の実現した具体的効果は、前記二型の形骸法理の具体的効果と本質的に類似していると認め得る。したがって、前記第二規準に基づき、上記二事例における任務遂行債務の不履行責任の現実的機能は、前記二型の形骸法理のそれと、類似している（＝機能の一部を代替している）と推測する余地があることになる。

（しかし、事実関係に類似性がないと推測する場合は、前記第一規準⁽¹⁾を用いて、上記二事例における任務遂行債務の不履行責任の機能と、前記二型の形骸法理の機能とは、異なると推測されることになる。）

(1) 次の事例は、形骸会社の背後者の任務遂行債務の不履行責任が破産・会社更生手続き外において追求された、とみる余地の存する事例として参考となる。

〔事例一〇二〕 東京地裁昭和五十六年三月二六日判決（損害賠償請求事件、判例時報一〇一五号二七頁以下）

【事実】 一、 1 (出資関係) 原告X会社(山崎製パン株式会社)は、設立以来、パン、菓子類の製造及び販売を業としてきた株式会社である。X会社は、昭和二十三年三月被告Yが開業したパン委託加工店が、同年六月、資本金一〇〇万円の株式会社として法人化されたものであるが、X会社は、その後驚異的發展を続け、昭和三十七年七月には東京証券取引所第二部に、昭和四十一年一月には同取引所第一部に、翌月には大阪証券取引所第一部に株式を上場し、資本金も、昭和三十八年七月には五億円、昭和四十一年六月には一〇億円、昭和四十三年一月には一五億円となり、やがて我が国のパン業界を代表する企業に成長するに到った。

但し、YのX会社の持ち株比率は、判決文からは明らかでない。

(Yの出資比率不明)

2 (機関活動) Yは、X会社の設立以来昭和五十一年三月まで、X会社の代表取締役であった。

Yは、X会社内で徹底的なワンマン的体制をとり、X会社の業務方針、人事、日常業務に至るまで、すべて自分の意思で決定するという姿勢を貫き、取締役会は全く開かれなかった。(Yは、必要に応じて、役員の一部及び担当部長等を幹部会と称して招集し、必要な情報を聴取したが、幹部会は、Yの方針に反対できず、Yの意見を聞く場に過ぎなかった。)

X会社が社外から役員を迎えるようになった昭和四十四年以降は、取締役会が開催されるようになったが、Yの意に沿わぬ事項を付議しようとしても、Yは取締役会を招集せず、取締役会はYの意思に左右されることが多かった。

Yは、営業や工場管理等の日常業務に至るまで口を出し、一般の従業員に対してまでも機会をみつけては直接指示、命令を下していたため、工場長、部長等の役職者も、そのほとんどの職務執行についてYの指示、了解を得なければ、その決定ができない状況にあった。

(「少なくとも昭和四十四年以前は、機関不機能とYの意のままの支配」)

3 (業務活動) 甲・乙会社の経営

(1) (甲会社) ① X会社は、昭和三十八年当時、千葉県下を含む関東一円を販売区域としていた。

② イ、A(製粉株式会社)は、パンの製造、販売を業とする甲株式会社(Yの株式取得後は、株式会社山崎製パン千葉工場と商号変更)の全株を保有してきたが、甲会社の営業不振のため昭和三十八年七月頃、甲会社の株式の売却先を探していた。Yは、同業他社が甲会社を買収し、そこを拠点として千葉の市場に進出して来ると、X会社が不利な立場

に追い込まれることから、X会社の資金を使ってこれを買収しようと考えた。Yの指示に基づき、BはX会社の代理人としてAと交渉し、昭和三十八年八月には、X会社と甲会社との間で、解雇される甲会社の全従業員をX会社が新規採用する旨の覚書を取り交わし、また同年九月一日には、X会社・A及び甲会社間で、X会社が甲会社の株式二九万株をAより譲り受け、甲会社が解雇した全従業員をX会社が再雇用すること等を内容とする念書を取り交わした。

しかし、Yは、昭和三十八年九月五日、上記契約を一部変更し、甲会社の発行済株式三二万株中、二五万八〇〇〇株を自らが取得し、X会社は三万二〇〇〇株のみを取得したが、この変更はX会社の取締役会にはかられることなく、Yの独断でなされた。その代金は、X会社がYの保有するX会社の株式七〇万株及び定期預金五〇〇万円の担保提供をうけて銀行より借り入れた資金によって支払われたが、会計処理上は、一先ずX会社が、Aに対して、甲会社の株式二九万株の譲受代金として四三五〇万円を支払ったこととしてこれを仮払金に計上した上、右仮払金四三五〇万円をX会社の関係会社株式として四八〇万円、Yに対する貸付金として三八七〇万円と仕訳して処理した。(なお、甲会社の残りの株式三万株はAが保有を続けたが、後にYの妻がそれを譲り受けた。)

ロ、Yは、甲会社の取締役ではなかったが、絶対的な存在として甲会社に君臨し、その経営を意のままに動かし、又、X会社の取締役会にはかることなく独断で、X会社の販売店舗合計五〇八店を甲会社に移管させる等を行った。

ハ、甲会社は、昭和四十八年一月、X会社に合併された。

(2) (乙会社) ① X会社は、関東地区への販売組織を確立すると、全国規模でパン、菓子類の製造販売を展開することを志すようになり、その目標地域の一つとして関西地区を考え、調査等を行ってきた。昭和四一年三月初、X会社のメインバンクより同銀行の取引先が吹田の土地を処分しようとしているので、これをX会社が買入れ、関西地区に進出することを考慮してはどうかという話もちこまれた。そこで、Yは、関西地区進出のため、別会社を設立し、吹田の土地に製パン工場を建設するとの計画を確定したが、その資本関係については、X会社の子会社とはせず、その全株式を自己及びその妻子等で保有することにし、X会社の幹部にはその旨を告げた。こうして、吹田の土地が購入され、昭和四一年六月、資本金四五〇〇万円、発行済株式総数九万株をもって乙会社(株式会社山崎製パン大阪工場)が設立されたが、設立当時の株主及び持株数は、Yが五万株、Yが全株式を保有し代表取締役であるC会社が三万九二〇〇株、その他の株主が八〇〇株であった。

乙会社の設立に当たっては、X会社が一応当事者として、吹田の土地の売買契約を締結し、金融機関から金一億八〇

〇〇万円借り入れて右土地代金一億九五〇〇万円を支払った。他方、Yは、乙会社の設立手続きを進め、その資本金四五〇〇万円は、全てY側で調達した。X会社の右土地代金の会計処理としては、経理部長の決裁印もないまま、右土地代金のうち金一億七五〇〇万円を、乙会社に対する長期貸付金に切り換える形で処理された。

② 乙会社は、設立以来、菓子類の製造、販売業を営んでいる。

③ 乙会社は、昭和四十六年四月、訴外丙会社（株式会社山崎製パン福岡工場）に合併され、丁会社（株式会社関西ヤマザキ）と商号変更した。

Yは、乙会社の設立とともにその代表取締役となり、乙会社が合併され丁会社となった後はその代表取締役となり、昭和五十一年三月までその地位にあった。

(3) ① 甲会社及び乙会社は、その従業員の全てをX会社からの出向者でまかない、ブランド、パン・菓子類製造技術、包装等も全てX会社のもので使用してきた。（但し、甲・乙両会社は、X会社との基本契約に基づき、技術指導料を支払ってはいた。）

② X会社がその営業報告書、広報、広告等であたかも甲・乙両会社がX会社と資本関係の強い関連会社であるかの如く扱っていたので、甲会社・乙会社は、その株式構成においてX会社とは究めて弱い関係でしかないか（甲会社の場合）又は全く資本関係はない（乙会社の場合）のに、その実体及び外観においては、X会社の完全子会社的存在であった。

（不区分営業活動？）

4 (財産管理) (1) Yは、X会社の設立当初から、公私を混同する傾向が強く、私用のため、X会社の資産を使用することが少なくなかった。

(2) ① Yは、一3(1)②で前記した形で、甲会社の株式取得代金の全てをX会社から借り入れた。乙会社の工場敷地の購入代金については、一3(2)①で前記した形で処理された。

② 又、甲・乙両会社は、その運転資金をX会社又は金融機関や商社からの借り入れに頼ってきたが、X会社は、甲会社及び乙会社が金融機関等から資金を借り入れるに際しては、何らの対価を得ることなく連帯保証し、又は担保提供をしてきた。

③ 甲会社に設置された主要機械は、X会社が自分の工場用として米国に発注したものを、Yの独断で甲会社向けと

変更し、設置したものであった。

④ 又、前記のように、甲・乙両会社は、その従業員の全てをX会社からの出向者でまかない、ブランド、パン・菓子類製造技術、包装等も全てX会社のもを使用してきた。(但し、甲・乙両会社は、X会社との基本契約に基づき、技術指導料を支払っていた。)

(II 会社資産の一方的収奪または不区分財産管理?)

二、X会社は、Yに対して、択一的に、(1)Yの競業禁止義務、善管注意義務、忠実義務違反に基づく損害賠償、又は、(2)Yの委任事務の履行としての、Y側の取得した株式・株券の移転・引渡し、若しくはその履行不能の場合の填補賠償を、訴求。

【判旨】 1 競業禁止義務違反 (1) (甲会社の運営) 甲会社発足以来X会社への合併までの間、Yは甲会社の事実上の主宰者として、甲会社を経営してきた。これは、第三者である甲会社のために、X会社の営業の部類に属する取引をしてきたことに他ならず、X会社に対する競業禁止義務に違反する。

(2) (乙会社の運営) X会社は、かねてより関西市場への進出を企図し、昭和四一年当時既にその市場調査を進めていたのであり、また、乙会社の運営に当たっては、X会社の資金、信用、ブランド、技術、従業員が投入されてきた。したがって、乙会社が所期の成功を収めることができたのは、YがX会社の調査結果を含む有形無形の資源を利用しえたからにはほかならない。したがって、X会社が吹田の土地を購入した時点において、Yが乙会社をX会社の一部門として建設することを決意しさえすれば、X会社は直ちに関西に進出したのであるのみならず、(後述の、X会社・Y間の委任の本旨からみて、Yは、受任者として) 乙会社をX会社の一部門として建設すべきであり、それ以外の途はなかったというべきである。したがって、土地購入の時点におけるX会社の関西地区における進出計画の具体性、市場及びその侵害による損害の範囲を検討するに当たっては、X会社が乙会社を自己の一部門として建設、運営することを決意していたのと同視して差し支えない。したがって、Yが、X会社の代表取締役でありながら、乙会社及び丁会社の代表取締役として、これらの会社を経営したことは、第三者であるこれらの会社のために、X会社の営業の部類に属する取引をしてきたことに外ならず、X会社に対する競業禁止義務に違反する。

2 忠実義務・善管義務違反 (1) Yは、①X会社の人的、物的、資金的資源を利用しながら、甲会社の株式の殆どを自らが取得して、X会社が甲会社をその傘下に収めて、千葉県下の市場を強化する機会を奪い、②X会社の取締役

会にはかることなく、また何らの対価もなく、X会社の販売店五〇八店を甲会社に移管して、X会社の市場を侵奪し、甲会社の事実上の主宰者として、X会社との競争を行った。これは、X会社に対する取締役としての忠実義務、したがって善管義務に違反する。

(2) Yが、乙会社をX会社と全く資本関係のない会社として設立し、X会社が自ら又は子会社により関西に進出する機会を奪い、乙会社及び丁会社の代表取締役としてX会社との競争行為を行ったことは、同様に、X会社に対する取締役としての忠実義務、したがって善管義務に違反する。

3 (1) (委任の存在・本旨) YがX会社のワンマン社長として君臨し、X会社の業務方針、人事はもとより、日常業務に至るまで自分の意思で決定するという姿勢を貫き、取締役会が全く開催されない状態が続いたことは、取締役会が業務執行に関する全ての決定をYに委任していたというべき状態にあったとみる外ない。

この委任は、適法な業務執行の決定を委ねたものであり、法の定める取締役の義務に違反するような業務執行の決定は委任の範囲に属しない。(甲会社・乙会社関係についていえば) 委任の本旨は、Yとしては、甲会社については、Y及びその妻が取得した株式をX会社の株式とし、乙会社については、これをX会社の一部門又は子会社として、Y・その妻子等が取得した株式はX会社の株式として、甲会社及び乙会社を発足させることであつた。

(2) (委任事務の履行) ①Yが甲会社の発足及び運営並びに乙会社の設立及び運営に関し行った行為は、X会社に対する競争行為となり、善管義務・忠実義務に違反するものであるから、これらの行為は委任の趣旨に反するものである。

②X会社は、委任又はその類推により、Yに対し、YがX会社に取得させずにY側で取得した甲・乙両会社の株式(したがって、同株式を基礎として増資、合併等によりY側の取得したX会社及び丁会社の株式)の移転及びその株券の引渡しを求め、既にこれらの株式につきY側で取得した配当金の返還を求め、また株式の移転義務の履行が不可能の場合には、その填補賠償を求めることができる。

考察

本事例では、形骸性肯定重要事実(注(4)掲載文献参照)の幾つかが存するようにもみえ、また、会社の、ワンマン社長たる代表取締役の(委任に基づく)任務遂行債務の、本来の給付の履行またはその履行不能の場合の填補賠償の請

求が、認容されたと解される。そこで、本事例における、代表取締役の任務遂行債務の本来の給付の強制履行または履行不能に基づく損害賠償責任が、前記二型の形態法理の代替機能を果たしているか否かに興味もたれる。しかし、以下に記すように、本事例においては、代表取締役の任務遂行債務の強制履行ないし賠償責任は、前記二型の形態法理の代替機能を果たしてはいないように思われる。

- 1 (1) 本事例では、形態性肯定重要事実のうち、X会社の機関不機能とYの意のままの支配が存する(事実一、2)。

また、X会社と甲・乙会社との間で不区分営業活動が存したと解する余地もなくはない(事実一、3③)。しかし、本文考察で前記のとおり、我が判例上、不区分営業活動は、形態性肯定のための重要なファクターとはされていない(注(5)掲載文献参照)。

また、本事例では、X会社からY側への資産の流れは存するが(事実一、4)、Y側からX会社への資産の流れの存在は不明であり、したがって、X会社とY又はYの関連会社甲・乙との間における不区分財産管理の存在は不明である。Y側からX会社への資産の流れの存在が認定されていないことを重視して、不区分財産管理というよりもむしろX会社の資産のYによる一方的収奪が存したと推測する余地も存する。

本事例において、不区分財産管理よりも会社資産の一方的収奪の存在を推測する場合は、本事例の事実関係が前記二型の形態事例のそれと類似している(Ⅱ形態法理の担当問題の存する事実関係である)蓋然性は低くなる。前記のように、会社資産の一方的収奪は、形態性肯定重要事実というよりも、むしろ法人格の主観的乱用肯定のための重要事実(基礎)である可能性が強いからである(注(7)掲載文献参照)。

(2) そこで、本事例の事実関係と前記二型の形態事例のそれとの間に類似性はないと推測する場合は、前記第一規章に基づき、本事例において、代表取締役の任務遂行債務の本来の給付の強制履行または履行不能の場合の損害賠償責任の果たした現実の機能は、前記二型の形態法理のそれとは異なると推測されることになる(前掲拙稿「形態に基づく法人格否認の法理における形態概念の再構成(三)」成城法学第三十号四五頁第一規章参照)。

2 (1) しかし、本事例では、X会社の機関不機能とYの意のままの支配が存し、また、Yの側からX会社への資産の流れ、したがってY・甲・乙とX会社との間の財産不区分管理を推測する余地も存するから、本事例における事実関係を、前記二型の形態事例のそれと類似した事実関係(Ⅱ形態法理の担当問題の存する事実関係)であると推測する余

地も存しない訳ではない(注(6)記載の文献参照)。

そこで、事実関係の類似性を推測する場合は、機能の同一性の有無の判断のためには、さらに、本事例において実現された具体的効果が問題となる(前記第二、第三規準・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(三)」成城法学第三十号四五頁、参照)。

(a) ところで、本事例の事実関係が前記二型の形骸事例のそれに類似していると推測する場合、本事例において、X会社は形骸会社、Yはその背後者と解されることになる。そうすると、本事例において実現された具体的効果は、「代表取締役Yの任務遂行債務の本来の給付の強制履行又はその不能の場合の填補賠償の実現による、背後者Yからの形骸会社X会社の資産(＝株式ないしその填補賠償)の回復」とみることができる。これは、また、一背後者資産の一部の、形骸会社の債権者のための責任財産化」とみることもできないわけではない。

しかしながら、この具体的効果は、X会社の訴えにより実現したものであり、X会社の債権者または破産もしくは更生管財人の訴えに基づくものではなく、また、本事例において、X会社の無資力が存する訳でもない。したがって、本事例で実現された効果は、会社債権者の保護を目的とするものとはいえず、前記二型の形骸法理の担当問題とは別の問題を解決するものと考えられる(前記第七規準・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(四)」成城法学第三十五号六六頁注(8)、参照)。

換言すれば、本事例において実現された具体的効果、即ち「代表取締役Yの任務遂行債務の本来の給付の強制履行又はその不能の場合の填補賠償の実現による、背後者Yからの形骸会社X会社の資産(＝株式ないしその填補賠償)の回復」は、「背後者資産の一部の、形骸会社の債権者のための責任財産化」という側面を伴うとしても、この側面は、決して、本事例の上記具体的効果の目的とはいえない。

(b) 他方、前記二型の形骸法理の、形骸事例において実現した具体的効果は、「法人格異別性の否認を通しての、具体的な会社Aと背後者(もしくは関連会社)Bとの間における、①金銭債務の伸張、または、②金銭執行の際の第三者異議の訴えにおける第三者性の否定」であるが、これは、目的としての「形骸会社および背後者(もしくは関連会社)双方の資産の、双方の全金銭債権者各々のための、共同責任財産化」を本質とする(注(9)掲載文献参照)。

(c) したがって、本事例において実現された具体的効果は、本質的にみても、前記二型の形骸法理の、形骸事例において実現した具体的効果と、同じものとはいえない。

しかも、(a)で上記のように、本事例で実現された具体的効果は、会社債権者の保護を目的とするものとはいえず、前記二型の形骸法理の担当問題とは別の問題を解決するものと考えられる。

(2) 即ち、本事例の事実関係と前記二型の形骸事例のそれとの間に類似性があると推測する場合でも、なお、前記第三規準に基づき、本事例において、代表取締役の任務遂行債務の本来の給付の強制履行または履行不能の場合の損害賠償責任の果たした現実の機能は、前記二型の形骸法理のそれとは異なると推測されることになる(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(三)」成城法学第三十号四五頁第三規準参照)。

3 以上要するに、本事例において、代表取締役の任務遂行債務の本来の給付の強制履行ないし債務不履行による賠償責任が、前記二型の形骸法理の代替機能を果たしていることとは、困難と思われる。

(2) 本稿(五) 1、1 (成城法学本号一一四頁以下) 参照。

(3) 本稿(五) 1、1、B、1、2、(成城法学本号一二三頁以下) 参照。

(4) 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(三)」成城法学第三十号四九頁注(6)(7)、

「同(一)」成城法学第二十六号三八—四〇頁、一一—一二三頁、参照。

(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(三)」成城法学第三十号八一頁参照。

(6) 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)」成城法学第三十号四九頁注(6)(7)特に第五規準、「同(一)」成城法学第二十六号三八—四〇頁、一一—一二三頁、参照。

(7) 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)」成城法学第二十六号一一八頁以下参照。

(8) 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(三)」成城法学第三十号四五頁。

(9) 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)」成城法学第二十六号一一三—一二六頁、

「同(三)」成城法学第三十号四八頁注(4)及び五〇頁注(9)参照。

(10) 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(三)」成城法学第三十号四五頁。

(11) 同。

2 取締役の任務遂行債務の不履行責任の、比較対象としての適格性

以上より、以下のように結論される。

1 取締役の任務遂行債務の不履行責任が、前記二型の形骸法理と同様の機能を果たしている現実の事例は、殆ど存しない。

2 しかし、上記二事例（Ⅱ「事例一〇〇」「事例一〇一」）においては、上記のとおり、取締役の任務遂行債務の不履行責任が前記二型の形骸法理と同様の機能を果たしていると推測し得る余地がある。従って、取締役の任務遂行債務の不履行責任は、本稿における比較の対象として視野に留めなければならない。（研究の現段階において、比較の対象をあまり狭めない方がよいと思われる。）

（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）