

# 判例研究

株式会社の代表取締役が同社を代表し、自らが代表取締役を兼任する関連会社に対して金融支援を行なったことにつき商法二六六条一項四号に基づき責任が否定された事例

## 〔商法 四四一〕

大阪地裁平成一四年一月三〇日第四民事部判決  
平成一二年(ワ)第六七〇四号株主代表訴訟事件  
平成一三年(ワ)第一三二五号株主代表訴訟事件  
判タ一〇八号二四八頁、金判一四四号二二頁  
(請求棄却・控訴、控訴棄却・上告)

### 〔判示事項〕

一 会社が関連会社に直接融資すると当該融資が商法二六六条一項前段が規定する取引に該当する場合において、会社が第三者を介して関連会社に融資したときは、会社が同条同項の適用を回避する目的で第三者を介在させた等の特段の事情がない限り、同条同項前段の取引には該当しないものと解するのが相当である。

二 形式的に商法二六五条一項に該当する取引であっても、実質的に当該取引が会社の利益を図る目的でなされ、かつ、当該取引の内容、効果等その客観的な性質に照らし、会社と取締役又は第三者との間に利益相反をもたらさないと評価される場合には、同法二六六条一項四号「前条第一項ノ取引」には該当せず、同号に基づく損害賠償請求権は発生しない。

〔参照条文〕

商法二六五条一項、二六六条一項四号

〔事 実〕

A 社は、宿泊、料理飲食及び貸席等を目的として設立された株式会社である。A 社は直営のホテルを二社有するほか、ホテル、スポーツ、飲食等の施設の経営事業に対する投資等を目的とする C 社を設立し、その発行済株式総数の五〇%にあたる株式を保有していた。さらにグループ戦略として、五社のホテルを開業させた（以下、この五社を総称して「関連ホテル五社」とする）。関連ホテル五社は、A 社からの一定の出資に加え、役員のパ遣・運営指導を受けるなど資本及び人的構成の両面において密接な関係を保っていた。関連ホテル五社は、いずれも開業時から業績不振が続き、毎年赤字を計上して多額の累積損失を抱えていた。そこで、A 社は、関連ホテル五社を支援する目的で、C 社を経由して継続的に運転資金を融資し、また、関連ホテル五社が金融機関から借り入れる際に、金融機関との間で保証又は保証予約等を行なった。A 社は、関連ホテル五社の一つである B 社（その発行済株式総数の三六・六%にあたる株式を A 社によって保有されている）に対しては、A 社が C 社に対して金銭を貸し付け、同じ日に、同額を B

社に貸し付けるという方法で、平成九年一〇月一三日から平成一〇年九月三〇日までの間に、合計六回、総額六億九千万円を無担保で貸し付けた。

A 社グループの取引金融機関は、巨額の赤字を計上し続けて大幅な債務超過に陥っている同社グループに対し不信感、警戒感を募らせ、A 社がグループ全体について債権放棄を含む抜本的な再建策を講じなければ、A 社グループへの金融支援の継続は困難との強硬な姿勢を示すようになった。

かかる状況を受けて、A 社は A 社グループ全体の再建計画を取りまとめた三カ年計画を策定し、平成一一年一月二日に開催された取締役会において、これを承認する決議をした。A 社は、当該計画に従い、平成一〇年一二月九日から平成一一年三月三十一日までの間に、これまでと同様の手法で、C 社経由で B 社に対して合計五回にわたり総額四億九千三百万円を無担保で貸し付けた。

なお、A 社の取締役会規程によれば、一件三億円以上の融資の場合に取締役会決議を要する旨が定められていた。これら一一件の貸し付けのうち、七件（七億三千万円分）については、取締役会の承認決議を得ていたが、残り四件については、取締役会決議を経ていなかった。

他方、A社及びB社の代表取締役を兼任するYは、平成一一年三月三十一日に、A社及びB社双方を代表して、三カ年計画に基づき、C社との間で債権放棄等を含む契約を締結した。その内容は、(a) A社は、三カ年計画策定前の融資及び三カ年計画策定後の融資（以下、「本件各融資」とする）を含むC社を経由してB社に貸し付けていた二十四億一八四〇万円について債権放棄をする。(b) A社は、B社の保険会社からの借入金（合計四億五〇〇万円）について免責的債務引受をした結果取得したB社に対する求償権を放棄する。(c) A社は、B社の銀行に対する債務返済資金を前記銀行から借り入れ、これをB社に貸し付けたことによつて取得した同社に対する貸付債権（合計一億七六〇〇万円）を放棄する。

以上のようなA社からB社に対する支援策をめぐり、A社の株主である原告Xらは主に以下の四点を主張し、A社が被った損害をYらが賠償するよう株主代表訴訟を提起した。すなわち、① A社のB社に対する本件各融資や(a)ないし(c)による債権放棄（以下、本件債権放棄とする）といった一連の金融支援には、取締役としての善管注意義務・忠実義務違反が認められ、商法二六六条一項五号に基づく責任を負う、② 本件各融資のうち取締役会による承認決議を

経ていない四件については、商法二六〇条二項一号に違反しており、同法二六六条一項五号に基づく責任を負う、③ 本件各融資はA社からC社を介してB社に融資されており、商法二六五条一項に該当する、④ B社に対する本件債権放棄は商法二六五条一項に該当し、同法二六六条一項四号に基づく責任を負う、と。

#### 〔判旨〕

##### 請求棄却

一 「会社が関連会社に直接融資すると当該融資が商法二六五条一項前段が規定する取引に該当する場合において、会社が第三者を介して関連会社に融資したときは、会社が同条同項の適用を回避する目的で第三者を介させた等の特段の事情がない限り、同条同項前段の取引には該当しないものと解するのが相当である。なぜならば、商法二六五条一項に違反する取引行為は原則として無効となること、同条同項前段は文言上取締役と会社との間の取引を要件としているにもかかわらず、前記のような第三者が介在する場合にもひろく同条同項の適用を認めるとするならば、適用範囲が不明確となり著しく取引の安全を害するおそれがあるからである。」としたうえで、たしかに、C社はA社と人的・物的に密接な関係があるのでC社が独自の判断でB

社への融資を決定していた事実はないが、本件各融資が A 社取締役会規程及び内規に従い取締役会の承認決議を得ていることなどに照らせば、A 社や Y が商法二六五条一項の適用を回避する目的で C 社を介在させた特別の事情は認められず、商法二六五条一項所定の取引には該当しないとした。

二 「商法二六五条一項は、取締役と会社との間の取引について、取締役が、会社の利益を犠牲にして自己又は第三者の利益を図るおそれがあることから、会社の利益を保護するため、一般予防的な事前規制として、取締役会の承認決議を要求している。これに対して、商法二六六条一項四号は、かかる取引の危険性に着目して、事後的に、利益相反取引によって生じた損害について無過失の連帯責任を負担させることで、各取締役の判断が慎重にされることを期待したものと解される（最高裁第二小法廷平成一二年一〇月二〇日判決・民集五四卷八号二六一九頁参照）。そして、商法二六六条一項四号の前記趣旨に照らせば、形式的には同法二六五条一項に該当する取引であっても、実質的に見て当該取引が会社の利益を図る目的でされたものであり、かつ、当該取引の内容、効果等その客観的な性質に照らし、会社と取締役又は第三者との間に利益相反をもたらさない

と評価される場合にまで、あえて損害賠償責任を負担させることは予定されていないというべきである。そこで、このような場合、『前条第一項ノ取引』には該当せず、同号に基づく損害賠償請求権は発生しないものと解するのが相当である。」としたうえで、本件債権放棄等は、もとより取締役 Y ら又は B 社の利益を図るためにされたものではなく、A 社の利益を図るために行なわれたものであり、また、その客観的な性質に照らし、Y ら個人又は B 社との間に利益相反をもたらさないと評価されることから、同号に基づく責任を否定した。

〔研究〕

判旨一について、結論反対。

判旨二について、結論賛成、ただし理論構成に疑問がある。

一 本件は、バブル経済の絶頂期に会社事業の拡大を進めたものの、バブルの崩壊や金融システムの急激な変化によりグループ関連会社の経営危機が表面化し、その再建支援のために債権放棄等による支援損が増加したことについて株主代表訴訟が提起された事例である。これに対して、本判決は、関連会社への金融支援が会社に損害を生じさせたとして取締役の責任を追及した原告株主の請求を棄

却した。

本判決は、原告が主張した右①ないし④の四点すべてに對して否定する判断を示したが、とりわけ注目されるのは原告の主張③に対する判旨一及び同④に対する判旨二である。判旨一は、会社が関連会社に融資する際に第三者を経由して融資を行なった場合の商法二六五条一項の該当性に関する説示であり、これはこれまで判例及び学説において論及されたことのなかったケースに対する判断である。また、判旨二は、二六五条一項及び二六六条一項四号の適用関係に関する判断であり、従来の議論に見られない新たな見解を提示したものと評価できる。

本稿では、本判決において論じられた右四点のうち①及び②に関する説示は従来の判例・学説を踏襲した見解であるので捨象し、判旨一及び判旨二に焦点を絞って以下に検討する（なお、主に右①を検討した判批として、布井千博「本件評釈」金判二一五一号六〇頁がある）。

二 まず、判旨一においては、第三者を介して行なわれた関連会社への融資が商法二六五条一項の適用を受ける自己取引にあたるとする原告の主張に對して、「会社が第三者を介して関連会社に融資したときは、会社が同条同項の適用を回避する目的で第三者を介させた等の特段の事情が

ない限り」二六五条一項前段の取引にはあたらないとする。その理由として、「同条同項前段は文言上取締役と会社との間の取引を要件としているにもかかわらず、前記のような第三者が介入する場合にもひろく同条同項の適用を認めるとするならば、適用範囲が不明確となり著しく取引の安全を害するおそれがある」ことを挙げる。

このように判旨は、本件各融資について二六五条一項の「取引」に該当しないと説示する実質的な理由について取引の安全を図るためであるとしているが、むしろ理論的な理由は、判旨が「同条同項前段は文言上取締役と会社との取引を要件としているにもかかわらず」第三者が介入する場合にも同条同項の適用を認めることはできないと述べているように、同条同項前段の文言を忠実に解釈したことにあると考えられる。すなわち、二六五条一項前段が取引の主体として会社及びその取締役を要件としているので、関連会社への融資に第三者が介入する本件の場合には、二六五条一項前段が予定している取引の主体に直接に該当しないとするのであろう。しかし、判旨がこのように文理を忠実に解釈するのであれば、わざわざ二六五条一項前段の「取引」について会社が同条同項の適用を回避する目的で第三者を介させたか否かを判断基準として規範を定立す

る必要はなかったと思われる。なぜなら、判旨が二六五条一項前段の予定している取引の主体に着目するのであれば、本件各融資がA社からC社への融資及びC社からB社への融資の二つの取引から成り立っているものと形式的に捉え、それぞれの融資が二六五条一項の取引に該当しないことを論ずべきであったと思われる。にもかかわらず、判旨はこの点について明確に述べていない。

思うに、本件各融資が第三者を介したとしても、会社から関連会社に対する融資があつたものとしてこれを一つの取引と括り、取引の主体ではなく取引という行為自体に着目して検討すべきである。なぜなら、判旨も認定しているように、本件では、A社はC社の発行済株式総数の五〇%にあたる株式を保有し、C社はA社グループのホテル等に投資をするために設立された会社であるから、C社が独自の判断で融資を行なうことはなく、グループ経営のために専らA社の意向に従っていることは明らかである。本件各融資がA社からC社になされた日と同日に、同額がC社からB社へと行なわれていたことに照らしても、C社は「第三者」として捉えるべき存在ではない。ただ、そうかといつて、C社は全くのグミー会社であるということではなく、A社グループ企業の経営において資金調達という役割を担

う会社であると把握できる。すなわち、C社はB社と同じくA社グループに属する関連会社であるので、本件各融資はA社グループ内で行なわれた融資として捉えるべきである(海老名聖子「本件評釈」税経通信五八巻一号二三八頁(平成一五年))。A社からC社へ、さらにC社からB社へとなされた本件各融資について同じ企業グループ内で行なわれた一連の取引として捉えることによつて、A社からB社へ直接融資された場合と同視してよいものと解する。

とすれば、本件各融資は二六五条一項前段の「取引」に該当するものといえる。企業グループを構成する各会社の株主構成が異なるという点に鑑みても、かかる取引について取締役会の承認による監視の必要性も否定し得ないであろう(黒沼悦郎「本件評釈」私法判例リマックス二〇〇三<下>八七頁(平成一五年))。したがつて、本件各融資は二六五条一項前段の「取引」に該当しないとすると判旨一には賛成できない。

なお、本件のような場合も二六五条一項前段に該当すると考えると、本件各融資において取締役会の承認を経ない四件に関しては、それらの取引の効力が無効になるようにも思われる。しかしながら、取引が反復・継続して定型的になされる場合には、取引の種類、数量、金額、期間

等を限定した一般的承認を与えることができるかとされているので（神崎克郎・商法Ⅱ（会社）（第三版）二九八頁（平成三年）、大隅健一郎・今井宏・会社法論中巻（第三版）二四三頁（平成四年））、本件で取締役会の承認がなかったとされる四件についても、他の七件に関する承認の際に併せて包括的な承認がなされたものと考えられよう。

三（一）次に、判旨二に関する論理構造について説明する。

原告がB社に対する債権放棄は商法二六五条一項に該当し、同法二六六条一項四号に基づく責任（以下、四号責任とも呼ぶ）を負うと主張したのに対し、判旨は、A社とB社との間でなされた本件債権放棄が二六五条一項前段の取引に該当することを認定したうえで、四号責任の発生如何について、「実質的に見て当該取引が会社の利益を図る目的でされたものであり、かつ、当該取引の内容、効果等その客観的な性質に照らし、会社と取締役又は第三者との間に利益相反をもたらさないと評価される場合」には損害賠償責任を負わせる必要がないとする。そして、本件債権放棄はY個人やB社の利益のために行なわれたのではなく、A社の利益を図るためになされたことを認定してYらの四号責任の発生を否定した。

要するに、本判決は、四号責任が発生するかどうかの判断基準を、本件債権放棄における両社の実質的な利害状況に求めている。このように四号責任を生じさせる取引について制限的に解するという結論に至った理由について、判旨は、「商法二六五条一項は、取締役と会社との取引について、取締役が、会社の利益を犠牲にして自己又は第三者の利益を図るおそれがあることから、会社の利益を保護するため、一般予防的な事前規制として、取締役会の承認決議を要求している。これに対して、商法二六六条一項四号は、かかる取引の危険性に着目して、事後的に、利益相反取引によって生じた損害について無過失の連帯責任を負担させることで、各取締役の判断が慎重にされることを期待したものと解される」として、かかる「商法二六六条一項四号の前記趣旨に照らせば」四号責任は制限的に解すべきであるとの結論に到達した。四号責任の発生要件に関して実質的な基準を定立し限定的解釈をした論拠は、二六五条一項および二六六条一項四号の趣旨が異なること、とりわけ四号責任の法的性質が無過失責任であるとする点においてある。要するに、判旨は、四号責任の法的性質が無過失責任であることを論拠として、四号責任の生じる範囲を狭く解するのである。

以上の判旨の理論に対しては、次の二点について考察する必要がある。まず四号責任の法的性質について、判旨が、四号責任の発生要件として主観的要件を不要とする無過失責任説を採用していることの可否である。なぜなら、四号責任が発生するには主観的要件としての過失が必要であるか否かをめぐっては、従来、学説上議論が対立しているからである。

次に、判旨が論じている二六六条一項四号所定の「取引」の範囲について検討しなくてはならない。というのも、判旨のように、四号の「前条第一項ノ取引」、すなわち二六五条一項に該当する取引と二六六条一項四号における「取引」とが異なると解することは法文の解釈として本来妥当ではないからである。しかも、判旨は四号の「前条第一項ノ取引」の解釈について右①及び②という新たな実質的基準として要件を定立しているが、この点についても疑問である。蓋し、四号は取締役の損害賠償責任について定める規定であるから、新たな基準を持ち込むよりもむしろ、損害賠償責任の要件論について論ずべきところではないだろうか。にもかかわらず、判旨では損害論の問題として明確に論じられてはいない。

そこで、四号責任の法的性質について考察し、次に、判

旨が新たに定立している四号責任の発生要件に関して検討していくことにする。

(2) 判旨の依拠する無過失責任説によれば、取締役会の承認を得た取引については四号責任とし、承認なき取引については二六五条一項違反として五号責任を認める。その論拠としては次のように集約される。すなわち、①四号が「前条第一項ノ取引ヲ為シタルトキ」となっており、二六五条一項に違反した場合と規定されていないこと、②利益相反取引は会社に損害を与える危険性が大きく、取締役会の承認決議もややもすると形式的に行なわれやすいため、取締役に厳格な無過失責任を負わせる必要性があること、③商法二六六条六項の免責要件が軽減されているのは同号の責任が厳格な無過失責任であることに対応するものであること等を根拠におく(鈴木竹雄・石井照久・改正株式会社法解説一七三頁(昭和二五年)、大隅健一郎・今井宏・会社法中巻(第三版)二五七頁(平成三年))。また、取締役会の承認を得て行なわれた利益相反取引は取締役の忠実義務違反に基づく責任であることを根拠として無過失責任説を導く立場も主張されている(北沢正啓・会社法(第六版)四三五頁(平成一三年)、神崎克郎「取締役の忠実義務―その具体的発現」吉永榮助先生古稀記念・進展する企

業法・経済法九三頁（昭和五七年）。この立場は、忠実義務は善管注意義務と別個の義務であると捉え、忠実義務違反に基づく責任は故意又は過失に関係なく発生するのであるから利益相反取引はその忠実義務違反の一形態として無過失責任であると理解する。

以上の無過失責任説の主張に対して、四号責任は無過失責任であるとする立場が有力に主張されている。この過失責任説によれば、現代のようにコンツェルン化が進み、その内部の各会社の間を取締役の兼任が普及している場合においては、利益相反取引は正常な行為であるから、利益相反取引一般につき無過失責任を課するのは現実にそぐわないので、取締役会の承認を得て利益相反取引を行なった取締役はそれにあたり過失がなかったことを証明すれば責任を免れるとする（河本一郎・現代会社法〔新訂第八版〕四一〇頁（平成一一年）、近藤光男・新版注釈会社法（六）二九三頁（昭和六二年））。また、利益相反取引を行なう取締役が、取締役に對し重要な事実を開示し、他の取締役もこれに関し善意でかつ公正な判断をもって承認を与える限り、その取引は適法行為たりうるし、後に会社が損害を被る結果となっても取締役は損害賠償責任を負うことはないとの見解もある（酒巻俊雄「取締役の会社に対する責任」『取

締役の責任と会社支配』二一頁（昭和四二年）。さらに立法論として、二六六条一項四号及び同条六項は削除し、二六五条に違反する取引は善管注意義務及び忠実義務違反として、二六六条一項五号に吸収させて責任を判断すべきであるとする主張もなされている（服部栄三「取締役の責任に関する二・三の疑問」商事法務七八巻三頁（昭和三二年））。

判旨が引用しているように、近時の最高裁判平成一二年一〇月二〇日判決（民集五四巻八号二六一九頁）は、取締役と会社間の利益相反取引をめぐる取締役の責任の法的性質に関して無過失責任説を採用している。また、学説においても過失責任説に対しては以下のような批判がなされている。すなわち、四号責任を過失責任と解すると五号以外に四号を設けておく意義が少なくなる、また、二六六条六項が免責要件を緩和する趣旨を説明できない、と。

しかしながら、過失責任説によれば、前者の批判に対して、四号は無過失の立証責任が取締役にあることを意味する点に意義が認められるとする（河本・前掲四一一頁）。また、後者に対しては、そもそも無過失責任説による六項の理解の仕方において疑問である。無過失責任説によれば、四号責任が無過失責任という厳格な責任であるから、六項

の規定で免責要件を緩和することでその責任のバランスを図っていると説明される。つまり、四号責任が無過失責任であるために免責要件が緩和されているとする。たしかに、両規定とも昭和二五年改正時に設けられたものであり、規定の沿革からしても両規定の間に関連性が全くないとはいえないかもしれない。しかし、四号責任は無過失責任であるが故に責任免除の要件は緩和されていると論理必然のようには捉えることはできない。なぜなら、五号に基づく責任は過失責任である一般的な解されているが、近時の商法改正によって、五号の責任に関する責任免除の要件が緩和されたからである(二六六条七項以下)。すなわち、五号に基づく責任は過失責任と解されているにもかかわらずその責任の免除要件が緩和されることになったのであるから、ある責任の免除要件が緩和されていることは必ずしもその責任の法的性質が無過失責任であることに基づくものとはいえないのである。

また、無過失責任説によると、四号責任の適用場面は取締役会の承認を得た場合とされるが、そうすると取締役会の承認を得なければ取締役は五号の過失責任を負い、承認を得た方が無過失責任を負うこととなって不均衡である(近藤・前掲二七一頁)。取締役会に上程されずに承認を欠

く場合よりも取締役会に議題として上程され承認を得た場合の方が責任要件は重くなるというのは、二六五条における手続の履践に対するインセンティブが減殺されかねないであろう。

さらに、四号責任の法的性質に関しては、利益相反取引に基づく責任の規定の沿革及び立法の動向等を辿ると一層明確になる。

昭和二五年商法改正以前においては、利益相反取引に基づく責任に関して個別に規定されておらず、対会社責任を定める包括的な規定のみ定められていた。まず、ロエスレル商法草案二二七条では、「頭取ハ其ノ職掌義務ヲ盡スト否ト又申合規則及ヒ會社ノ決議ヲ遵守スルト否ト二就キ會社ニ對シテ責任ヲ有スル者トス」と規定され、「頭取」(現在の取締役)が会社に対して責任を負うのは、彼はその職務のため会社に対して確実なる商人の為すべき「勉強注意」をなし、職務執行について必要な見識を備えかつ会社の利益を「私業」として経営する責任がある者であるからと理解されていた。次に、ロエスレル商法草案に依拠し明治二六年に施行された明治二三年商法一八八条では、「取締役ハ其職分上ノ責務ヲ盡スコト及ヒ定款並會社ノ決議ヲ遵守スルトニ付キ會社ニ對シテ自己ニ責任ヲ負フ」と規

定され、この責任は過失責任であると理解されていた(梅謙次郎「改正商法(明治二十六年)講義」(『日本近代立法資料全集別巻一八』所収(平成九年)四四七頁以下)。続く明治三二年商法では取締役の対会社責任の規定は削除されたが、法令・定款違反の取締役は当然に会社に対して責任を負い、対会社責任の規定は存在しないけれども、やはり取締役に過失があれば会社に対して責任が生ずると理解されていた(西脇晋「取締役ノ責任ヲ論ス」法学志林一一巻四号四頁(明治四二年))。そして、明治四四年商法において、取締役・会社間の法律関係は委任に従うと定められ(同法二六四条二項)、取締役の対会社責任の責任原因として任務懈怠であると規定されるに至った(同法一七七条一項)。要するに、取締役の利益相反取引行為は任務懈怠として処理され、それは当然に過失責任主義に立つものと解されていた。

ところが、昭和二五年商法では、取締役の権限拡大に対応してその責任の明確化と厳格化を図るという観点から、新たに利益相反取引を含む五つの責任原因が個別列挙された(現行商法二六六条一項)。これを受けて、学説における多数の見解は、個別に列挙された違法配当や利益相反取引に基づく責任原因等による責任の法的性質は無過失責任

であると主張した(鈴木竹雄・石井照久・改正会社法解説一七〇頁(昭和二五年)、大隅健一郎・大森忠夫・逐条改正会社法解説二八三頁(昭和二五年))。すなわち、この立場が取締役の対会社責任規定は厳格な無過失責任主義に立つものと解した理由は、取締役の責任の明確化と厳格化を図るという改正の趣旨であり、また、責任の内容が個別具体的に定められたことにある。このような当時の見解が現在に至るまで通説的立場として一般的に認識されている。

しかしながら、昭和二五年改正により取締役の権限及び責任が強化されたからといって、必ずしも従来の解釈を変更して取締役に無過失責任が課されることになったと解する必要はない。同じく昭和二五年改正において、取締役は決議録に異議をとめない限り議案に賛成したものとみなされることになり(昭和二五年改正商法二六六条二項)、さらに、免責のための要件も厳格化されたことから(同法三項)、取締役の権限強化に対応する責任強化は十分に図られたと思われる。本来、合議体のメンバーは、その決議に基づいてなされた行為について個人責任を負わないのが原則であるが、そのメンバーたる個々の取締役に責任を負わせることは、まさに取締役の責任強化の現れであるといえよう。また、実際のところ、当時の法制審議会の委員の

間でも、取締役の責任規定の解釈については見解が一致していたわけではなかった。たとえば、高柳賢三部会長は、権限強化の趣旨はむしろ取締役の連帯責任に見出せるとし(高柳賢三「アメリカの株式法の性格と商法改正」法律時報二二卷三三二一九頁(昭和二四年))、矢沢惇幹事は、責任原因が個別に列挙された意味について、それは米法に倣って一定の場合の責任について明示的に列挙したものではないと主張した(矢沢惇「会社法改正案の比較法的考察」(二)法律時報二二卷三三三〇頁(昭和二四年))。すなわち、昭和二五年改正における取締役の権限強化の目的は取締役に連帯責任を課したことで図られており、責任事由が個別に挙げられているのは例示列挙にすぎないとされる。さらに、小町谷操三委員によれば、無過失責任説は「取締役員の責任が、新法において加重せられた、といふ概念に捕はれて、規定の合理的解釈を忘れ」ているとして、四号責任についても過失責任と解すべきであると主張されていた(小町谷操三「改正株式会社法管見」法学一五卷四号一六頁)。つまり、昭和二五年改正で取締役の権限が拡大され、責任規定も個別具体化されたことを理由として、通説の如く本条の責任を無過失責任として解すべき必然性はないのである。

以上の沿革から、従来の通説的立場が主張する無過失責任主義を採用すべき決定的な論拠は見当たらないといえる。むしろ、昭和二五年改正以前から取締役は任務懈怠が認められる場合において会社に対する責任が発生するとされており、昭和二五年の改正においてもかかる過失責任主義が貫かれていたと解するのが素直な解釈なのであろう。

その後、昭和五六年改正時の立法議論を見ると、利益相反取引についての取締役の責任を過失責任とすることとし、その場合に善管注意義務及び忠実義務違反があれば、商法二六六条一項五号によって損害賠償責任が生ずることになるため、四号責任及び四号責任の免除を緩和する規定(現行法同条六項)を削除することが検討されていた(法制審議会商法部決定「商法等の一部を改正する法律案要綱」商事法務八九三九二九頁(昭和五六年))。しかし、取締役の責任強化を主眼とする昭和五六年改正においては、取締役の利益相反取引に基づく責任を過失責任化することは改正の趣旨に逆行するものであり、この点だけ緩和することは一貫性を欠くとの反対意見が出され、結局は見送られることとなった。ただ、当時、四号責任をめぐる改正が頓挫した理由として、金銭貸付責任を定める二六六条一項三号(当時は二号)が残されていることとのバランスが図れない

いとか、内閣法制局との調整が時間切れであったため、とも説明されている（法務省民事局参事官室編「改正商法の概要」別冊商事法務五〇号三四頁（昭和五六年））。少なくとも改正が見送られたのは四号責任及び六項の意義を積極的に認めためたためではないことは指摘しうる。

また、近時、「株式会社」の監査等に関する商法の特例に関する法律」（以下、商法特例法とする）において導入された委員会等設置会社では、利益相反取引に関する取締役及び執行役の責任に関して商法二六六条が適用されず、取締役又は執行役がその職務を行なうにあたり過失のなかつたことを証明できない限り、損害賠償責任を負わせる旨が規定され、新たに過失責任とする旨が規定されている（同法二一条の二第一項）。さらに、立法論ではあるが、法制審議会会社法（現代化関係）部会が平成一五年一〇月二日に公表した「会社法制の現代化に関する要綱試案」では、取締役の会社に対する責任について委員会等設置会社の場合とそれ以外の会社の場合との間における規定の調整を図るため、委員会等設置会社以外の会社についても利益相反取引にかかる対会社責任について過失責任化を図るものとするのが明記されている（試案第四七（４））。すなわち、近時の立法動向では、現在の通説的見解が主張して

いるように無過失責任とする見解は見られず、むしろ過失責任主義を採用すべきであることが提案されている。

以上より、四号責任の性質に関して、改めて規定の沿革を踏まえれば過失責任説に立つべきであり、また、近時の立法論としても過失責任的構成が採用される方向に向かっていることが明らかである。たしかに、本判決は、四号責任を無過失責任であると判示した近時の最高裁判決に追随するほかなかったといえなくもないが、無過失責任説に依拠する判旨の理論構成には賛成できない（同旨、鳥山恭一「本件評釈」ジュリスト二四六号九九頁（平成一五年））。

（３）次に、判旨は、四号責任が無過失責任説であることを前提として、四号の定める「取引」の範囲を二六五条一項の「取引」よりも狭く解釈する。そして、四号責任を生させる「取引」のメルクマールとして、①当該取引は取締役が会社の利益を図る目的でなされたものであるか、②当該取引の内容、効果等その客観的な性質が会社と取締役又は第三者との間に利益相反をもたらさないか、の二点を挙げ、これらに基づいて四号責任が発生するか否かの判断をする。

しかしながら、まず、四号が「前条第一項ノ取引」と規定しているのにもかかわらず、この「前条第一項ノ取引」、

すなわち二六五条一項に該当する取引と四号における「取引」とが異なることは法文の解釈として妥当ではない。四号責任が無過失責任であることを緩和するためであると思われるが、そのような理由において後者の「取引」の範囲だけを限定して解釈する許容性は認められないといえる。とくに判旨は、四号の「前条第一項ノ取引」の意義の解釈について右①及び②という新たな実質的基準を定立しているが、これは四号の規定を蔑ろにする解釈である。以下においては、判旨の挙げる二つの要件について考察していく。

まず判旨は、右①の会社の利益を図る目的でなされたものであるかという点に関して、本件債権放棄はY個人またはB社の利益を図るためにされたのではなく、A社の利益を図るためにされたものであるとする。しかしながら、Yの行為がA社の利益のためになされたものであると認定することは、まさに四号責任の判断においてYの主観的要素を考慮に入れることになる。とすると、四号責任に過失という主観的要件を必要とする過失責任説にむしろ近似するという矛盾を孕む結果になることになる（海老名聖子「本件評釈」二四一頁）、黒沼悦郎「本件評釈」八七頁）。すなわち、判旨は四号責任が無過失責任であることを前提とし

ているだけに、右①の基準を挙げることによって自己矛盾に陥ることになってしまうものといえる。

次に、判旨は、当該取引の内容、効果等その客観的な性質が会社と取締役又は第三者との間に利益相反をもたらさないかという右②の要件について、次のように論じる。すなわち、本件債権放棄は、B社の債務超過額を減少させて財務体質を改善しその倒産を防止するだけでなく、A社においても出資金の無価値化等による直接損失を回避させ、A社の信用及び金融機関から融資残高を維持する等の効果があったなど、その「客観的な性質」に照らせば、A社とY又はB社との間に利益相反をもたらすものとはいえないとする。しかしながら、判旨は、このような本件債権放棄の内容、効果において何が「客観的な性質」であるのか論じておらず、その趣意はまったく疑問である。なぜなら、判旨が挙げるこれらの本件債権放棄の内容や効果は個別的かつ具体的に、まさに実質的な性質を帯びているものであるため、「客観的な性質」といえないことは明らかだからである。つまり、本件債権放棄の内容や効果に「客観的な性質」を見出すことは無謀な論理なのである。仮に、判旨が意図していたことが、同じ企業グループ内の破綻企業に対して企業再生のための債権放棄といった金融支援を

行なう場面においては、客観的に利益相反をもたらすことではないということであったとしても、それは本件債権放棄の「客観的な性質」には当たらない。あるいは、判旨が一般論として、債権放棄という行為の「客観的な性質」に照らして利益相反の有無を判断するという趣旨で述べたののだとしても、債権放棄を客観的に捉えるならば債権放棄によって当事者間に利益相反がもたらされることは至極当然のことであるから（黒沼悦郎・前掲「本件評釈」八七頁）、かえって四号責任の発生を限定しようとする判旨の趣意に反することになってしまふであらう。したがって、判旨は、利益相反の有無に関して、当該取引の内容や効果等その客観的な性質に照らして判断を行なうとするが、そもそも当該取引の内容や効果は「客観的な性質」を帯びていないのであるから、判旨の定立した要件自体が意味をなすものではないと考える。

このように、判旨が定立した上記①②の基準はいずれも自己矛盾に陥っており、かえって四号責任の発生要件をめぐる解釈を複雑にするだけである。蓋し、四号は取締役の会社に対する損害賠償責任について定める規定である。とすれば、判旨のようにわざわざ四号の解釈に新たな基準を持ち込むよりむしろ、損害賠償責任の要件論について論ず

べきなのではなからうか。つまり、損害賠償責任の要件を検討する中で実質的な判断を行なうべきなのである。たしかに、判旨は、損害賠償責任の要件の一つである行為者の帰責事由に関しては、過失を不要とする立場に立つ。しかし、仮に判旨のように無過失責任説に立つのであれば、なおさら損害賠償責任の発生要件、すなわち損害の有無や相当因果関係の有無に関して検討する必要があるものといえる。つまり、債権放棄した会社における損害の有無を単に論ずれば足りるところであって、同じ企業グループ内の破綻企業に対してそのグループ内の他の会社が債権放棄をした場合、その放棄した会社において損害が発生したと評価できるかどうかについて検討すべきであつたものと解する。

本件では、B社はA社より役員派遣や運営指導を受けるなど資本及び人的構成の両面において密接な関係にあり、平成一二年三月期からA社の連結決算の対象となっているので、必ずしもAの債権放棄は、連結決算ベースの上ではマイナスとして評価されるものではないとも考えられる。会社の利益とは、その取引、行為のみに着目して判断されるものでは必ずしもなく、同一の企業グループに属する他の会社に対する債権を放棄し支援することが会社にとって損害になるとは言えず、むしろ逆に会社自身の利益になる

と判断し得るのである。かえって、本件のような場合においては、A社は債権放棄をしないと有形ないし無形の損失を受ける可能性がある。もしB社が倒産すれば、A社はその社会的信用に傷がつき、また、B社が債権放棄等の金融支援を受けずに破綻してしまった場合に、A社においてもその従業員への退職金の支払いができず、結果としてA社がB社の従業員を再雇用するようになるすると、A社には今後大きな損失が生じる可能性は否定できない。つまり、A社が債権放棄しなければ今後より大きな損失を被ることが予想され、B社への債権放棄による金融支援はA社が被る可能性のある、より大きな損失を回避するためであったと評価できるのである。この点、判旨はこのような場合に行なわれる債権放棄は利益相反をもたらしないと考えているようであるが、このような実質的な判断をA社における損害発生の有無の問題として明確に論じていない。

もっとも、一方において、A社には損害が発生していると考え余地もある。A社はB社に対する債権を放棄したのであるから、A社における個別の計算書類においてはB社に対する債権放棄額が特別損失として計上される。すなわち、A社の債権放棄という行為について形式的に捉えれば、A社に債権放棄した額だけの損害が生じていると評価

されるのである。本件債権放棄がどれほどグループ全体に利益をもたらすことになるとはいえず、A社の個別の計算書類上では、全く損害が生じていないと評価することはできないとも考えられるところである。

要するに、グループ企業の中で行なわれる利益相反行為によって、個々の会社レベルで見ると一方の会社においては損害が発生し、他方の会社では利益が生じていても、グループ全体で見れば実質的に利益相反は生じていないという場合に、個々の会社における損害あるいは利益の概念をいかなる観点から把握すべきであるかは難問である。なぜなら、周知の通り、このようなグループ企業間の利益相反取引に関する規制が講じられておらず、しかるべき法律制度が確立されていないからである。

これに対して、すでに税務上では、本件のような企業グループ間における債権放棄による金融支援に関して特別の扱いがなされている。通常、法人が子会社等に対して債権放棄や金銭の無利息・低利融資、資金贈与等の無償の利益供与を行なった場合には、寄付金の支出として扱われるため、課税の対象となる。ところが、近時改正された法人税基本通達九一四一二によると、法人がその子会社等を再建するために金銭の無利息・低利融資又は債権放棄等の金融

支援を行なった場合、業務不振の子会社等の破綻を回避するために緊急かつ合理的な再建計画に基づくものである等、その金融支援について相当な理由があるときには、その供与された経済的利益は寄付金とはみなされず、課税を行わないと定められている。つまり、子会社等の再建支援のために行なわれる融資、債権放棄等の方法による利益供与について、子会社等の倒産を防止するためにやむを得ず採られた措置と認められる場合には、単純に贈与と見るべきではないとして特別の措置が講じられている。破綻の危機に瀕している子会社を救済するためには、緊急かつ合理的な再建計画に基づいていわゆる「つなぎ資金」の融資を行なうことが必要であり、この場合には、経営上の必要性と分離して行なわれる単純な贈与とはいえず、経済合理性を持つと考えられているからである（谷口勝司編「法人税基本通達逐条解説（二訂版）」七二一頁（平成一四年））。

このように税務の上では、企業グループ内で企業再生の目的で行なわれる利益相反取引は通常の利益相反取引の場合と異なった例外的な扱いがなされているが、グループ企業間の利益相反取引に関する規制が未だ確立されていない現行商法上、A社に損害が生じたと認められるか否か、どのように解すべきであろうか。

この点につき思うに、A社の損害発生の有無に関しては、本件債権放棄によりA社グループ全体としては損害が生じなかったものと実質的に判断し、A社には損害なしと評価するのが妥当であろう。とくに、損害論は損害賠償の範囲の問題として論じられるものであり、実質的な判断がなされるべき事柄であると思われるからである。したがって、本件債権放棄を含む三カ年計画に基づく一連の金融支援を一つの取引として括り、A社に損害は発生していないものと評価するほかないであろう（黒沼悦郎・前掲「本件評釈」八七頁）。たしかに、B社がA社の一〇〇%子会社であるならともかく、本件のようにA社がB社の発行済株式総数の三六・六%にあたる株式しか保有していない程度の結合関係であれば、A社に全く損害がなかったとは言えないとも考えられるところではある。しかし、企業同士の結合の程度如何で損害論を論断することは、曖昧な解釈を招くことになろう。また、従来、商法上それぞれの会社が単体として計算書類の作成を要求されてきたが、最近に至っては、大会社に限り、企業集団の財産及び損益の状況を示す連結決算書類を作成することが新たに義務付けられることになった（商法特例法一九条ノ二）。このような趨勢に鑑みると、今後、会社の損害及び利益という概念は、個々

の会社単体ごとではなく、企業グループを一つの単位として把握されていくことは必至であるといえる。したがって、企業結合法制が確立されていない現在の解釈としては、形式的にはA社単体の会計上は損害が生じているとしても、A社グループ全体における実質的な損益を基準にA社の損害の有無を判断すべきであると思われる。

四 本件に関する検討を纏めておく。まず、判旨一は、判旨は二六五条一項前段の文言を忠実に解釈して二六五条一項の適用を狭めるが、同条の適用範囲を限定する解釈をとるのであれば、形式的に二つの取引から成り立っている本件各融資について、それぞれの取引が二六五条一項の取引に該当しないことを単に論じればよく、わざわざ二六五条一項前段の「取引」の範囲を制限する解釈を定立する必要はなかったと思われる。本件では取引の主体ではなく取引という行為自体に着目し、A企業グループ内の取引として、A社↓C社↓B社を辿る本件各融資を一つの取引として括るべきである。すなわち、本件各融資は、会社から直接に関連会社に対する融資があった場合と同様に扱ってよいものと解されるので、二六五条一項の取引に該当するといえよう。したがって、本件各融資が二六五条一項前段の「取引」に該当しないとすると判旨の結論に反対である。

次に、判旨二に関しては、四号責任が発生するかどうかの判断の問題に関して、実質的に利益相反をもたらす取引かどうかで決し、四号責任を生じる取引の範囲を狭く解する理論構成には賛成しかねる。しかも、その判旨の理論が四号責任は無過失責任であることを前提としている点も疑問である。本判決は、本件債権放棄に関してYらに善管注意義務及び忠実義務に対する違反はなかったものと認定しているのであるから、むしろ、Yらに本件債権放棄に関して過失がなかったことを理由にYらの四号責任を否定すべきであった(鳥山・「本件評釈」九九頁)。四号責任の性質を過失責任とする理論構成をとれば、判旨のように四号責任に実質論を持ち込み、かえって判断基準を複雑にするという結果を回避できたと解する。また、判旨は四号の意味する「取引」について二六五条一項の「取引」の内容と異なる新たな解釈を提示したが、二六五条一項に該当する取引と四号における「取引」は通常の法文の解釈からすれば同じ内容を意味するはずである。そして、四号が取締役の損害賠償責任を定める規定であることを踏まえれば、単に損害賠償責任の発生要件として損害論を検討すべきところであったといえる。したがって、上述してきた通り、四号責任の要件論を論じて新たに規範を創造する判旨の論理は危

険であり、その規範自体の理論的妥当性にも疑問を抱かざるを得ない。ただ、本件のように企業グループ内において財政破綻に瀕した企業を同じグループ内の他の企業が債権放棄した場合、その企業に損害が発生したものと評価できるかどうかに関しては、現在、この点に関して法制度上も会計上も何ら規制がなされていない以上、その判断に窮するところである。単体決算ベースでは利益相反でありながら、連結決算ベースでは利益相反とはいえないような取引に関する処理スキームが確立されていない現状においては、損害賠償の範囲の問題として、裁判所による実質的な判断に委ねるほかないであろう。もともと、本件に関しては、A社の損害の有無にかかわらず、四号責任を過失責任であると解すれば、四号責任の成立を否定する結論を導き得ることは言うまでもない。いずれにしても、本判決によって、企業結合法制の整備に立ち遅れている現状に対して改めて問題が提起されたものといえる。

重田 麻紀子