

判例研究

〔商法四六二〕 利益相反取引規制の適用範囲

〔判示事項〕

会社と第三者との取引によって取締役が直接利益を得ていない場合には、商法二六五条の間接取引には該当せず、取締役の一般的な善管注意義務および忠実義務違反のみが問題になるとして、取締役の無過失を理由に責任を否定した事例ほか

〔参照条文〕

商法二五四条三項、同法二五四条ノ3、民法六四四条、商法二二〇条、同法二六五条一項、同法二六六条、同法二六七条、二九四条ノ2

〔事実の概要〕

X（控訴人・原告）は、①A₁会社（蛇の目ミシン工業株式会社）の当時取締役であったK（被控訴人）による三〇〇億円の恐喝被害、②Kが代表取締役を務めるB₁会社のミヒロファイナンスに対する九六六億円の債務の肩代わり、③C₁銀行系のC₂会社に対する担保提供、④日本リース（又はジャパン・エル・シー・ファイナンス）に対する担保提供（以下を「本件各行為」という。または②ないし④をまとめて「本件債務の肩代わりおよび担保の提供」ということがある。）によって、A₁会社の取締役であるY₁ないしY₅

東京高裁判平成一五年三月二七日判決
蛇の目ミシン株主代表訴訟控訴審、控訴棄却（上告・上告受理申立）金融・商事判例一一七二号二頁
原審東京地裁判平成一三年三月二九日判決（判例時報一七五〇号四〇頁）

(被控訴人・被告) が、A₁ 会社に九三九億円の損害を被らせたとして、本件各行為に關与した Y₁ ないし Y₅ (被控訴人・被告) に対して、損害賠償請求を行ったのが本件である。損害賠償請求の根拠は、①ないし④については、忠実義務および善管注意義務(商法二五四条三項、同二五四条ノ三、民法六四四條) 違反、ならびに取締役との利益相反行為(商法二六五條) および株主に対する利益供与(商法二九四條ノ二) であり、②ないし④については、さらに自己株式取引の禁止(商法二一〇條) 違反に基づく、取締役の会社に対する損害賠償責任である。

本件各行為の概略は次のようなものであった。本稿において、A₁ 会社ないし A₅ 会社、B₁ 会社ないし B₂ 会社、および C₁ 会社ないし C₄ 会社は、アルファベットが同じ会社同士で關連会社であることを示している。本件各行為は、仕手筋であり暴力団との關係も取りざたされている K が代表取締役を務める B₁ 会社が、昭和六二年六月下旬ころから、借金をして國際航業株および A₁ 会社株を買収し、K が A₁ 会社の大株主として取締役に就任したことに起因する。A₁ 会社においては、K の影響力の存在自体が会社の社会的信用性を損なうものであるとして、K からできるだけ早期にかつ安値でその保有する A₁ 会社株を、A₁ 会社および C₁ 銀行で引き

取り、K の影響を排除することが望ましいと考えられていた。B₁ 会社は、國際航業株および A₁ 会社株取得等のため日本リースおよびその關連会社から四九〇億円を借り入れていたが、昭和六三年一二月に元本につき五〇億円を返済したにとどまり、その残債務四四〇億円については債権者名義をエヌ・ケー不動産株式会社に一本化し、A₁ 会社株式五六二万株及び國際航業株七八〇万株等を担保にして支払の延期を続けていた。その一方で、株式取得の資金として、地産グループのノンバンクである株式会社チサンファイナンス(平成二年からミヒロファイナンスへと商号を変更。) から國際航業株七五万株を担保として K 名義で三〇億円の借入れが、他の地産グループの会社から B₁ 会社保有の國際航業株六〇〇万株を担保として B₁ 会社名義で三六六億円の借入れが行われていた。この B₁ 会社の債務は昭和六三年五月三十一日にミヒロファイナンスからの借入れに一本化された。さらに昭和六三年六月、七月および九月にも、B₁ 会社はミヒロファイナンスから合計五〇〇億円の融資を受けた。その結果、K が B₁ 会社名義でミヒロファイナンスから受けた融資総額は九六六億円に達し、これに関する債務が一本化され、弁済期を平成元年二月九日として、B₁ 会社とミヒロファイナンス間で準消費貸借が締結された。ミヒロファ

イナンスに対するこの債務の弁済期が二度延期されて、平成元年七月三日となったのち、KはC₁銀行とA₁会社などの協力を得て設立する新会社はこの九六六億円の債務を肩代わりさせようと画策する。しかしこれの実現が危うくなると、Kは、C₁銀行副頭取からA₁会社の取締役となったY₁に、A₁会社株一七四〇株をA₁会社が責任をもって引き取る旨のY₁念書を書かせた上、平成元年七月二九日頃から、九六六億円の返済期限が迫ったことにかこつけて、C₁銀行またはA₁会社が九六六億円の融資をしなければ、Y₁念書をつけて暴力団筋へA₁会社株を売却する旨Y₂およびY₃に対して示唆し、これを取り戻すには三〇〇億円必要であるとして脅迫した。Kの脅迫にY₁、Y₂およびY₃らは畏怖し、C₁銀行と協議の上、三〇〇億円をB₁会社に対して融資することをA₁会社の臨時取締役会で決定した。この決定にしたがってなされたのが、本件行為①である。すなわち、C₃会社からA₃会社に対し三〇〇億円を融資し、A₃会社からY₃が代表取締役を務めるD会社はこの三〇〇億円を融資し、D会社はこの三〇〇億円をB₁会社に融資した。C₃会社がA₃会社に対して融資する際、A₁会社が後者の債務について債務保証し、かつA₁会社本社の土地建物に抵当権を設定した。A₃会社がD会社に融資する際には、融資額につき公正証書が作成さ

れ、いわき市のDクラブの土地が担保として提供された。なお、B₁会社への三〇〇億円の融資を回収する構想を、その後、Y₂およびY₃が練ったものの、いずれも実現しなかった。A₁会社がA₃会社の特別清算を申立てた後、A₃会社のC₃会社に対する三〇〇億円の債務をA₁会社が引き受けた。そして、A₃会社のD会社に対する三〇〇億円の融資に関して設定された抵当権およびY₃の連帯保証の有効性を、A₁会社が裁判上で確認し、実行した。

本件行為②ないし④は、本件行為①によってA₁会社が三〇〇億円を恐取されたのちになされた。本件行為②は、KがA₁会社に対してミヒロファイナンスから返済を迫られていた九六六億円の債務の肩代わりを迫ったことへの対応策であり、Y₂、Y₃、Y₄およびその他取締役一名の同意によって行われた。すなわち、ミヒロファイナンスおよびA₃会社の間ならびにミヒロファイナンスおよびA₂会社の間で各三〇〇億円の金銭消費貸借契約が締結され、同時にこれがB₂会社に貸し付けられ、B₁会社が六〇〇億円をミヒロファイナンスへ返済する形で債務の肩代わりがなされた。その後、ミヒロファイナンスに対する合計六〇〇億円のこの債務を、A₃会社が単独で肩代わりする形に変更された。さらに、KがA₁会社に対し、国際航業株を担保としたB₁会社のミヒロ

ファイナンスに対する九六六億円の債務の残余である三六六億円をA₁会社系のA₅会社に引き取るよう要求したことに
 対する対応策が、A₁会社の主要な役員の賛成の下でとられ
 た。すなわち、ミヒロファイナンスがA₄会社に対し、A₁会
 社株五〇〇万株を担保として三六六億円を貸付け、A₄会
 社がB₂会社に対し三六六億円を貸付け、B₁会社がミヒロフ
 アイン
 スに三六六億円返済し、これにより、A₄会社がB₂会
 社のミヒロファイナンスに対する債務三六六億円を肩代わ
 りした。平成四年一月一六日、ミヒロファイナンス、A₁会
 社、A₃会社およびA₄会社との間で、裁判上の和解が成立し、
 A₁会社がミヒロファイナンスに対して和解金四三〇億円を
 支払った。その和解が履行されれば、ミヒロファイナンス
 に対するA₃会社およびA₄会社の債務が完済されたのと同様
 の効果を得られるはずであったが、A₃会社およびA₄会社が
 破綻したため、結局、A₁会社が三四〇億円の損害を被るこ
 とになった。

本件行為③は、B₁会社のC₂会社に対する二五〇億円の債
 務について、C₂会社がA₂会社に二五〇億円貸付け、A₂会
 社がA₄会社に、A₄会社がB₂会社に同額貸付けて、B₁会社がC₂
 会社に二五〇億円返済した。A₂会社のC₂会社に対する債務
 については、B₁会社の有するA₁会社株五〇〇万株およびA₂

会社の有するC₁銀行株四〇万株のほか、A₂会社所有の土地
 の根抵当権が担保とされた。その一方で、B₂会社の提供す
 る担保は、B₁会社の有するA₁会社株五〇〇株だけであつた。
 平成四年六月一日、C₁銀行、C₂会社、C₃会社、A₁会社、
 およびA₂会社の間で、A₂会社のC₂会社に対する債務額が二
 二億八七五〇万円であることが確認された。この債務の
 ためにすでに提供されていた上記担保がすべて債務に充当
 された。A₂会社が平成九年三月末までに特別清算されたた
 め、残債務をC₂会社が免除したが、平成九年三月期決算で
 A₁会社はA₂会社に対する貸倒損失四〇億円を計上すること
 になった。

本件行為④は、KまたはB₁会社が日本リースに対して負
 担していた四四〇億円の返済に関連して、A₁会社が行った
 三つの担保提供行為である。すなわち、第一に、三九〇億
 円のうち五〇億円について、A₁会社が高尾工場を担保に三
 井信託銀行から五〇億円借入れ、A₄会社経由でB₂会社に貸
 付け、B₁会社がこれを日本リースに返済した。第二に、A₁
 会社がA₅会社名義で、三信ファイナンスから三〇億円を、
 室町ファイナンスから二〇億円を借入れ、これをA₄会社を
 通じてB₂会社に貸付けた。この際、A₁会社が室町ファイナ
 ンス及び三信ファイナンスに対して物上保証として高尾工

場に抵当権を設定した。第三に、日本リースの関連会社ジャパン・エル・シー・ファイナンスがA₃会社に三九〇億円貸付け、A₃会社がB₂会社に三九〇億円貸付けて、B₁会社が日本リースに三九〇億円返済する形をとって、A₃会社のジャパン・エル・シー・ファイナンスに対する三九〇億円の債務に切り替えた。その際、A₁会社が、A₃会社のジャパン・エル・シー・ファイナンスに対する債務の担保として、A₁会社の小金井第二工場に根抵当権を設定した。

〔判旨〕

控訴棄却。

一 Kによる三〇〇億円の恐喝被害について（本件行為①について）

(1) 忠実義務・善管注意義務違反について

Kに対する三〇〇億円の支払は、形式的には、C₃会社からA₃会社に対する融資、A₃会社からD会社に対する融資の形を取っているから、一応形式は整っているし、D会社が破綻するまでは、関係各社は利息を支払っていた。また、A₃会社から債務を引き受けたA₁会社においても、東京地方裁判所平成一三年二月二三日判決によってこの債務の存在自体が認められており、D会社に対し、抵当権の実行を行

っているから、三〇〇億円が全く回収不能であったとはいえない。しかし、Kは基本的には当初から返済の意思はなく、A₁会社はこれを取り戻す当てもなかったのであるから、Kに対する三〇〇億円の融資全額の回収は困難な状況であったと認められる。しかも、この三〇〇億円は、A₁会社としては、全く支払う必要のない金員であり、A₁会社として債務保証や本社ビルを物上保証する必要がなかったことも明らかである。また、Kによる三〇〇億円の喝取の原因は、A₁会社側（Y₂）がKの有するA₁会社株の引き取りについてC₁銀行と共同歩調をとらず、Y₁念書を書いてしまったことにある。したがって、その意味で、同融資がKに対する巨額の利益供与であったことは間違いない事実である。Y₂も、同融資がKに対する巨額の利益供与にあたり、経営者として本来してはならない性質の行為であることは十分認識していた。Y₁が念書を書いたこと、およびY₃がKからの三〇〇億円支払要求を招いたこと、およびY₃が三〇〇億円の提供に応じたことにおいて、それぞれ判断に誤りがあったといえる。いかに脅迫されたからとはいえ、A₁会社にとって理由のない、かつ返済のあてのない融資の形で利益供与をすることは、本来会社としてはできないことであるから、これを認めた他の取締役は、本来責任を免

れることができない。したがって、 Y_1 らは、利益供与を行ったことについて、外形的には忠実義務違反および善管注意義務違反があったとすることができる。

しかし、株式会社の取締役が、法令又は定款に違反するとして、商法二六六条一項五号の規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反につき取締役が故意又は過失があることを要するものと解され（最高裁昭和五一年三月二三日第三小法廷判決・裁判集民事一七号二二一頁、同平成一二年七月七日第二小法廷判決民集五四卷六号一七六七頁）、この点は、忠実義務違反（商法二五四条の三）、善管注意義務違反（商法二五四条三項、民法六四四条）においても同様と解される。進んで、 Y_1 らの故意又は過失の有無について判断するに、 Y_1 は、心労を重ね、冷静な判断ができない状況の中で、うまくKに Y_1 念書を書かされた面が否定できず、同念書を書いた時点で、その後の三〇〇億円の喝取という事態を予想できたとは認められない。したがって、 Y_1 が念書を書いたことのみをもって、直ちに過失があったとは認められない。そして、その後の展開については、自ら A_1 会社の取締役であるにもかかわらず、 Y_1 、 Y_2 および Y_3 を脅迫し、三〇〇億円の供与をせざるを得ないところまでKが持っていたことが原因となっている。

Y_2 および Y_3 としては、 Y_1 の失態をカバーしたい気持ちもあった上、このまま放置すれば、 A_1 会社の優良会社としてのイメージは崩れ、多くの企業や金融機関からも相手にされなくなり、会社そのものが崩壊すると考え、そのような会社の損害を防ぐためには、三〇〇億円という巨額の供与もやむを得ないと判断した。 Y_4 など他の被控訴人らもこれに同意したのである。以上の点を考慮すると、 Y_1 、 Y_2 及び Y_3 が三〇〇億円の供与を決定したこと、および取締役であるその他の被控訴人らがこれに同意したことには、取締役としての職務遂行上の過失はない。

よって、 Y_1 らの忠実義務違反および善管注意義務違反について、取締役としての損害賠償責任を認めることはできない。

(2) 利益相反行為について

上記Kの脅迫に応じて、 Y_2 らは、三〇〇億円を供与することを決めたが、 C_1 銀行や A_1 会社から直接 B_1 会社に融資や現金供与を行うわけにはいかないことから、その手段として、 C_1 銀行の系列会社である C_3 会社から A_3 会社、 A_3 会社からD会社、D会社から B_1 会社に対する各融資の形をとった。しかも、 C_1 銀行は、この融資は A_1 会社の責任で行うものであり、 C_1 銀行は問題が生じて責任を負わない旨を A_1 会社

に確約させ、そのためにA₁会社による債務保証と、A₁会社が所有する本社の土地建物に対する抵当権を設定させた。

Kの側も、融資の形が取られていても返済する必要のないものと考えていた。以上からするならば、この三〇〇億円の供与は、実質的には、A₁会社が、取締役であるKの支配するB₁会社のために、A₁会社の利益に相反する取引をしたと解することができる。これは広義の間接取引に該当する。

しかしながら、商法二六五条一項後段は、会社が取締役の債務を保証し、その他取締役以外の第三者との間において会社と取締役との利益相反する取引をした場合と規定しているから、広義の間接取引のうち、会社が第三者とした取引について、会社と取締役との利益相反がある場合について規制していると解される。本件においては、A₁会社は、C₃会社からA₃会社に対する三〇〇億円の融資について債務保証及び物上保証をしたのであって、上記取引自体に関して、Kは直接の関係がないから、会社と特定の取締役との利益相反する取引をしたものということはできない。よって、上記取引は商法二六五条一項後段に該当しない。本条本項という間接取引とは、会社が実際に行った取引に限定され、これについて会社と取締役との利益相反があるか否かを検討するものであり、これを超える広義の間接取引に

ついては、本来の取締役の忠実義務及び善管注意義務違反の問題として検討することが相当である。

よって、Kに対する三〇〇億円の供与については、商法二六五条一項に該当する余地がない以上、商法二六六条一項四号該当性や同項五号該当性について論じるまでもない。

(3) 株主の権利行使に関する利益供与について

商法二九四条の二は、株主の権利行使に関し財産上の利益を供与することを禁止している。控訴人は、同条の「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」とは、持っている株を手放してぐれといった、権利を行使しないことに関しても、さらに、株を買って権利を行使されると困るので株を買わないでぐれといったことに関しても含む意味であると解した上で、本件においては、三〇〇億円の支払も、究極的にはKから株式を奪い、株主としての権利行使を妨げる目的で行われているから、同条の「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」利益供与がなされていると主張する。しかし、本件においては、Kが暴力団筋に譲渡された株式を、かえって、Kのもとに取り戻すために利益供与がなされたのであって、同条のいう「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」財産上の利益を供与したものと趣旨が異なる。

よって、商法二九四条の二に基づき、Y₁らに取締役とし

て損害賠償義務を認めることができない。

二 本件債務の肩代わり及び担保提供について (本件行為

②ないし④について)

(1) 忠実義務・善管注意義務違反について

本件行為②ないし④のようなスキームは、A₁会社の会社の経営として、本来とるべきものではない。A₁会社の関連会社に巨額の債務の肩代わりをさせ、また、A₁会社としても、自ら融資を受け、または担保の提供をしたことは、外形的には、取締役としての忠実義務・善管注意義務に違反する。

しかし、本件債務の肩代わりおよび担保提供をした当時の状況からすれば、Y₁らに忠実義務違反・善管注意義務違反について過失はない。なぜならば、Kからその有するA₁会社株の返還を受けて他の安定株主に譲渡し、A₁会社に対するKの影響力を排除しなければ、A₁会社が信用を失墜する懸念があったこと、Kに喝取された三〇〇億円を取り戻す必要があったこと、当時、A₁会社の株価が市場で一株五〇〇〇円の価格をつけていたこと、およびDクラブが一年後に完成すれば、D会社がA₁会社株を実際に買い受けて関係債務を弁済することは十分可能であり、合法的で、かつA₁会社が損害を受けることなく、KのA₁会社に対する影響

力を排除することが可能だと判断したことは無理からぬこと、といった事情があるからである。

なお、平成三年一二月末から平成四年一月初めにかけて、A₁会社は関連会社の倒産により、自ら債務を引き受け、担保不動産の売却等を行っている。これらの行為は、その時点において、A₁会社の損失を最小限度にするためのやむを得ない措置であるから、忠実義務違反、善管注意義務違反があつたといえない。

(2) 利益相反行為について

本件行為②に関連して、平成四年一月になされた裁判上の和解の際、KはすでにA₁会社の取締役を退任していたから、この和解を成立させたこと自体が、利益相反行為に該当する余地はない。

本件行為③において、担保を提供して融資を受けたのはA₁会社ではなく、A₂会社であるから、利益相反行為に該当しない。

さらに、本件行為④において、A₁会社が融資を受けてA₄会社に貸し付けたことおよびA₃会社が融資を受けるについてA₁会社が担保を提供した行為は、A₁会社の関連会社との間でなされたのであるから、KとA₁会社との間に利益相反があると直ちにいえ、利益相反行為に該当するとはいえない。

ない。

商法二六五条一項後段という間接取引とは、会社が実際に行った取引に限定され、これについて会社と取締役との利益相反があるか否かを検討すべきものである。これを超える広義の間接取引は、本来の取締役の忠実義務違反の問題として検討すべきである。本件行為②ないし④における債務の肩代わり及び担保提供が、A₁会社の計算においてなされ、実質的にA₁会社が責任を負い、実際にも最終的にA₁会社が債務を引き受け、損害を受けているとしても、本条一項の間接取引に該当しない。したがって、商法二六五条一項に該当する余地がない以上、商法二六六条一項四号および同条同項五号にも該当しない。

(3) 自己株式の取得違反について

Xが自己株式の取得として当時の商法二一〇条に違反すると指摘した取引は、次のとおりである。第一に、本件行為②において、A₃会社やA₄会社等が、Kが買い占めたA₁会社株を担保として、Kの債務の肩代わりをした。このとき、K及びB₁会社グループ企業はA₃会社やA₄会社に対して債務を弁済する意図はなかったから、担保に提供された株式は、質流れするか、A₁会社が責任をもって買い戻しするなど、いずれにせよ、A₁会社によって買い戻されることが必然と

なる仕組みであった。第二に、B₁会社とD会社の間で締結されたA₁会社株の売買予約は、形式こそB₁会社とD会社の間で締結されているが、D会社はこの売買代金を負担する意思はなかった。第三に、本件行為②に関連して、平成四年一月に成立した訴訟上の和解に従って、返還を受けたA₁会社株一七四〇株を、A₁会社がC₁銀行の関連会社であるC₄会社に対し九〇億円で売却したことである。第四に、C₂会社との関係で、A₁会社の一〇〇パーセント子会社であるA₂会社が、A₁会社株五〇〇万株を二三億円で売却している。

Xの主張に対して、当裁判所は次のような判断を示す。

本件当時の商法二一〇条によって禁止される自己株式の取得とは、A₁会社の株式をA₁会社が取得ないし質受けすることである。本件で自己株式取得として違法か否かが問題となるのは、上記第三の行為のみである。この上記第三の行為は、A₁会社が負担した保証債務を履行した結果、その被保証債務の担保であったA₁会社株式を交付されたにすぎず、この株式を自己の所有として確定的に取得する意思はなく、直ちにこれを処分して、支払った債務を填補したものである。したがって、上記第三の行為は当時の商法二一〇条が禁ずる自己株式の取得に当たらない。

(4) 株主の権利行使に関する利益供与について

本件行為②ないし④は、たしかにA₁会社株を取り戻す目的で行われたものであるが、A₁会社が行ったことは関連会社に対する融資及び担保提供に過ぎないのであるから、商法二九四条の二の「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」財産上の利益を供与したものとは趣旨が異なる。

三 本訴訴え提起と権利濫用について

Xが、本件各行為の時点においてA₃会社の専務取締役又は副社長の地位にあつて、本件各行為に関わっていたために、株主代表訴訟の原告として適当であるか否かについて疑問がある。しかし、本件訴訟がXの個人的利益を追求するためであるとも、Y₅に対する悪意によるものであるとも直ちに推認できない上、本件は取締役であるKが自己の利益を図るため違法な本件各行為を行い、A₁会社に巨額の損害を与えた事案であることにかんがみると、株主であるXが本件各行為について、A₁会社の意思決定に関与したY₁ら取締役の責任を追及することが、権利の濫用にあたるものではいえない。

〔研究〕

本件行為①に関する判旨(1)および(2)に反対

一 はじめに

本判決の原審は、東京地判平成一三年三月二九日判時一七五〇号四〇頁である。原審は、被告である取締役Kの忠実義務違反を認め、A₁会社に対して総額九三九億円の損害賠償を命じた上で、破産した取締役に対する責任追及方法を示した。すなわち、破産法一六条の趣旨にかんがみ、会社が破産債権者として届け出て、調査確定の手続きを経て配当を受けなければならず、訴えを提起することは許されないから、株主としては、会社に対し、「取締役の責任を追及する訴え」(商法二六七条一項)に代えて、会社に対し破産債権の届出を請求し、会社が届け出ない場合には、会社のため、「訴えの提起」(商法二六七条二項)に代えて破産債権の届出をすることができると解するのが相当であり、破産管財人が届け出られた破産債権に異議を述べた場合には、株主は会社のため、破産管財人に対し、訴えをもつて破産債権の確定を求めることができると解すべきであるとした。他方、K以外の被告(被控訴人)には忠実義務および善管注意義務の違反がないとした。また、Xによる訴訟提起は権利濫用であるとの被告の抗弁について、主として株主が自己の利益を図るために株主代表訴訟を利用しているという疑いは少なからず認められるが、取締役が会社に対して極めて多額の損害を与えていることを考慮する

と、直ちに権利濫用とはいえないとしていた。

本判決の判断の中心は、前記本件行為①に関する商法二五四条三項、民法六四四条、商法二五四条ノ三、および同二六五条違反の有無となっているので、以下、この点に重点をおいて検討する。

二 商法二六五条の適用範囲

商法二六五条の制度趣旨は、取締役が会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ることを防止するため、会社が犠牲となる危険のある取引について、取引の前に取締役会の承認を要求してその危険の有無をチェックさせることにある（神崎克郎「取締役の間接取引の明確化」商事法務一〇六四号三六頁（一九八六）、前田雅弘「取締役の自己取引」『企業の健全性確保と取締役の責任』二九三頁（有斐閣、一九九七））。本条が取締役会の承認を要求する取引とは、本条一項の法文に掲げられている行為に限らず、裁量によって会社に不利益を及ぼすおそれあるすべての財産上の法律行為をいい、有償行為のみに限られない。その反面、会社との間に利害衝突を生ずるものに限られるから、普通取引約款による取引は含まれない（本間輝雄『新版注釈会社法六』二三四―二三五頁（有斐閣、一九八七））。さらに、どのような取引が会社との間に利害衝突を生じさせ

るかの判断基準については争いがある。まず、会社取締役間の抽象的形式的な利益相反が認められる取引と解するべきか、それとも具体的実質的な利益相反取引と解するべきかが問題となる。この点につき、最判昭和三九年一月二八日民集一八巻一号一八〇頁および最判昭和四五年八月二〇日民集二四巻九号一三〇五頁は、具体的実質的に会社と取締役との利益相反がない場合には本条が適用されず、当該取引は無効ではないとしている。学説は、本条の適用ある利益相反取引を実質的具体的に検討すべきとする立場（前田・前掲論文二九二頁。）と、本条の適用ある利益相反取引を類型的に危険のある取引に限定する立場（神崎・前掲論文三六頁、宮島司『会社法概説』二七四―二七五頁（弘文堂、二〇〇四）、森本滋「取締役の利益相反取引」『金融法の課題と展望 下巻』三二六頁（日本評論社、一九九二）、弥永真生『リーガルマインド会社法』（有斐閣、二〇〇五）一九七頁、山本爲三郎「利益相反の間接取引」別冊ジュリスト一八〇号別冊ジュリスト会社法判例百選一三五頁（二〇〇六））がある。具体的実質的基準をとる立場は、取引の安全に配慮しつつも、会社との利益衝突の危険があるかぎり、形にこだわることなく規制を及ぼすのでなければ規制も目的を達することができないことを強調する（前

田・前掲論文二九一頁)。類型的形式的基準をとる立場は、本条が一般的予防規制であつて、取締役会に取引を事前にチェックさせるのが目的であつて、会社の損害に対する事後的な救済については、利益相反を実質的に判断して、他の規定によるべきであるとする(神崎・前掲論文三六一三七頁、森本滋「取締役のいわゆる利益相反取引の範囲」金法一〇二六号一九一二〇頁(一九八二))。

判例は商法二六五条の適用範囲を具体的実質的に定めていると解されているが、これは裁判が事後的な救済であることに起因しており、本条に関する利益相反有無の基準を類型的形式的に決定しようとする学説と対立するものではないと考える。なぜならば、裁判所は、会社取締役間の取引が利益相反取引に該当すると主張する者がいる場合に、その取引の内容を吟味して、取引の結果、実質的に会社に損失が生じていないならば、その取引を無効として会社を保護する必要も、取締役に損害賠償責任を負担させる必要もないからである。

直接取引については、本条によって取締役会の承認が必要とされる取引を、形式的に行爲者または権利義務の帰属者が取締役か否かの観点から類型的形式的に判断するのが(江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』三八一―三八二頁

(有斐閣、二〇〇五)、神田秀樹『会社法』一二九頁(弘文堂、二〇〇三))。が通説である。間接取引として規制を受ける行為の範囲に関しても、議論がなされている(田村詩子『取締役会社間の取引』一一三頁以下(勁草書房、一九九六))。本判決は、会社と第三者との取引によって取締役が直接に利益を得ていないことを理由に、本件行為①が広義の間接取引には該当するとしても商法二六五条の適用がないと判断している。昭和五十六年商法改正以降、商事法務研究会および経営法友会が要望する間接取引の明確化のための商法改正においても、商法二六五条一項後段に「但し、取締役又は取締役が代理または代表する者が直接利益を受ける場合に限る」旨を付加することを示唆し(神崎・前掲論文三八頁注13)、本判決と同様の立場を示していた。

学説の多数説は、 α 会社の取締役 α が β 会社の代表取締役を兼ねている場合、 α 会社が β 会社の債務について信用供与する行為が間接取引として規制を受けることを認めている。 α 会社を代表する者が誰であるかを問題でないとする(稲葉欣久「取締役の利益相反取引の解釈基準(中)」商事法務一〇九三号一〇頁(一九八六)、並木俊守「取締役の利益相反取引」『商事法の現代的課題』八七―八八頁(中央経済社、一九八五)、前田雅弘「取締役の自己取引」

『企業の健全性確保と取締役の責任』三〇六頁（有斐閣、一九九七）、松本傳『取締役の利益相反取引の解釈基準』について（経理情報四六五号四頁（一九八六）、森本・前掲論文金法一〇二六号一七頁）。間接取引の規制は、会社と取締役との利益相反状態を契機とするのであって、直接取引が、取締役の行為を契機として規制されるのとは異なると解するからである（神崎・前掲論文三八頁）。 β 会社の代表者として a が α 会社に保証委託したことも重要ではない（上柳ほか「親子会社と取締役の自己取引規制」別冊商事法務一〇九号一〇五—一〇六頁）。ただし、次に述べる判例と同様に、「取締役が第三者のために（第三者の代理人又は代表者として）負担した債務について会社が保証する場合にも、取締役会の承認を要する」として、会社が保証する債務につき、その取締役が「代理又は代表者として負担した」という行為を規制の契機として把らえる立場もある（大隅健一郎・今井宏「新版会社法論中巻Ⅰ」二一八頁（有斐閣、一九八三）、菅原菊志「商法二六五条の適用範囲と違反の効果」『現代商法額の課題（下）』一四一二頁（一九七五））。

これに対して判例は、最大判昭四三・一二・二五民集二二巻一三三三五一頁、最判昭四五・三・一二判時五九一

号八八頁および最判昭四五・四・二三民集二四巻四号三六四頁において、利益相反取締役 a が α 会社を代表して信用供与等の間接取引に直接関わらない場合には、昭和五六年改正前商法二六五条を適用しない態度をとってきた（森本・前掲論文金法一四頁）。この判例の立場からすれば、 A_1 会社を K が代表して本件行為①の保証契約および物上保証を行わない限り、商法二六五条が適用されることはない。しかし、本判決は「取締役が直接に利益を得ていない」ことを同条不適用の根拠としており、必ずしも上記判例の立場に従っているわけではない。

多数説の立場からすれば、 A_1 会社の保証契約および物上保証が、 A_1 会社の取締役 K が代表取締役を務める B_1 会社のためになされることが間接取引規制を適用する要件となり、本件行為①はこれを満たしている。間接取引規制の適用要件ではないが、 B_1 会社代表取締役を兼任する A_1 会社平取締役 K が、自己または B_1 会社に対する融資を A_1 会社に執拗に依頼している事実も認定されている。しかし、 A_1 会社による保証契約および物上保証の相手方が、 B_1 会社へ直接金銭を貸し付けた関係のない場合、商法二六五条を適用できるのかについて、議論はされていない。したがって、本判決が「取締役が直接に利益を得ていない」と表現しているの

は、多数説を踏まえて、K が代表取締役を務める B₁ 会社が、A₁ 会社の保証等によって直接に利益を得ていないことに言及していると解される。K 個人が直接に利益を得ている場合に限定しているのではないと考える。なお、本件行為①において、A₁ 会社を代表して C₃ 会社と保証契約を締結し、A₁ 会社本社ビルと敷地の抵当権設定契約を締結した取締役が、A₁ 会社と B₁ 会社の兼任取締役 K ではなかったことが、事実認定から推測される。B₁ 会社と D 会社との取引において誰がそれぞれの会社を代表したのかは事実認定からは明らかでない。

B₁ 会社が直接に利益を得ていないことを理由として利益相反取引に関する規制を適用しないことは妥当であろうか。本件行為①の場合、会社は取締役会決議に基づいて（金商一一七二（二〇〇三）二六頁）、会社の犠牲のもとに K の利益の利益を図る目的に行っている（たとえば、金商一一七二（二〇〇三）二五頁には、「K への三〇〇億円の交付とその方法に関する話」と事実が認定されている。また、同二八頁にも、「Y₂らは、これに応じて三〇〇億円を K に供与することを決めたが、C₁ 銀行や A₁ 会社から直接に融資や現金供与を行うわけにはいかないことから、その手段として……」との事実認定がある。）商法二六五条の

制度趣旨が、取締役がその有する裁量権を利用してまたは複数の取締役が結託して、会社の犠牲のもとに利益を得ることを防止することであるとすれば、本件行為①は、まさに複数取締役が結託して会社の犠牲のもとに取締役 K の利益をはかった行為である。会社が取締役に對して直接に利益を供与しない外形を意図的にとった場合に商法二六五条を適用しないのでは、本条による規制の実があらないと懸念される。また、本件行為①に關与する当事者がすべて A₁ 会社の犠牲のもとに K の利益を図る取引であったことを認識しているから、取引の安全を考慮する必要もない。

本判決が考えるように、本件行為①が商法二六五条の適用を受けない広義の間接取引であり、それが取締役会の決議によって行われたと解した場合と、本件行為①が取締役会の決議を経てなされた利益相反取引だと解した場合とで、どのような違いがあるだろうか。取締役会の承認を受けた場合と受けない場合で利益相反取引に基づく取締役の責任が異なり、承認を受けなかった場合には、承認を受けた場合に比べて、責任の判断の枠組みが取締役により厳しいものであつてしかるべきだとする立場がある（吉原和志「利益相反取引にもとづく取締役の責任」法学六七巻六号九四頁（二〇〇三））。この立場は、ネオ・ダイキョー事件最高

裁判決（最判平成一二一年一〇月二〇日民集五四卷八号二六一九頁）が、商法二六六条一項四号責任を無過失責任であることを明らかにしたこと、故意または過失によって商法二五四条三項および商法二五四条の三の義務に違反する利益相反取引がなされた場合に二六六条一項五号責任も併存するとしたこと、ならびに、多数説が、商法二六六条一項四号が取締役会の承認を受けてなされた利益相反取引に關与した取締役が無過失責任を課していると解することに賛成する。そして、商法二六六条一項四号の無過失責任の無「過失」、同条同項五号の過失責任が取締役会の承認を得ずになされた利益相反取引による取締役の責任に關する場合の「過失」、および同条同項同号の過失責任が取締役会の承認を得てなされた利益相反取引による取締役の責任に關する場合の「過失」を、それぞれ異なった内容と考える。すなわち、商法二六六条一項四号の無過失責任の「無過失」を「取引内容および条件の不当性について取締役の故意過失を要しない」という意味に解するため、取締役会の承認に基づく利益相反取引について同条同項同号の責任を追及する場合、責任追及する原告が、取締役会の承認を受けて利益相反取引がなされたこと、ならびに損害の発生すなわち取引内容および条件が不当であることなどを主張立

証すれば、その利益相反取引が違法でないことを取締役が主張立証しないかぎり、取締役が責任を負うことになる。

取締役会の承認を得ずに利益相反取引がなされたとして商法二六六条一項五号の責任を追及する場合、同条同項同号の「過失」を「利益相反取引をするに際して取締役会の承認を受けなければならないのに受けなかったこと」という意味に解し、取引内容および条件の不当性についての過失は必要なく、取引内容等が公正なものとなるよう注意を尽くしたということを取締役が主張立証して責任を免れることはできないと解する。取締役会の承認を受けた利益相反取引について善管注意義務および忠実義務に違反したとして商法二六六条一項五号の責任を追及する場合、同条同項同号の過失責任の「過失」を「不当な内容および条件の取引がなされたことについての義務違反ないし故意過失」という意味に解するため、取引の内容および条件、ならびにそれらに対して取締役が相当の注意をつくしたかが問題となる。

広義の間接取引が取締役の一般的な善管注意義務および忠実義務に違反するとして責任を追及する場合、責任追及する原告が、「取締役（会）がその職務を執行するにあたり善管注意義務を尽くさなかったこと」および「取締役の

債務不履行によって損害が発生したこと」を主張立証し、取締役が、「過失があったこと」善管注意義務を尽くさなかったこと」および「その債務不履行が違法なこと」の二要件を充足しないことを立証しない限り、取締役が責任を免れることはできない。原告が「取締役(会)がその職務を執行するにあたり善管注意義務を尽くさなかったこと」を立証することは容易ではないといわれている。ただし、原告が取締役会社間の利害対立の事実を主張立証すれば、取締役の注意義務違反の存在が事実上推定され、取締役側が相当の注意を尽くしたことを証明する事実上の必要性に迫られることはありうる(吉原・前掲論文注16。)したがって、本件判決が、本件行為①が広義の間接取引である事実および取締役側の無過失を認定して、取締役の責任を問わなかったことは理論的に整合性がある。

また、本判決が考えるように本件行為①が広義の間接取引に該当すると解した場合、商法二六五条の立法趣旨が、一般的忠実義務の適用される広義の間接取引のうち、特定の利益相反関係ないし取引類型に属するものについて取締役会の承認を受けるべきことを法定の義務とし、それに違反する取引を無効とすることであると解するならば、取引の安全の見地から、同条違反によって無効となる取引を限

定する意味がある。広義の間接取引については取締役会の承認を得ずに行ったとしても有効と解するからである(森本・前掲論文金法一九頁。)しかしながら、本件行為①の場合には、取引に関係したすべての者が利益相反取引であることを認識しており、効力を決定する際に取引の安全に配慮する必要があるように思われ、商法二六五条違反の取引であると考えてよいのではないだろうか。

最後に、平成一七年成立会社法によった場合、広義の間接取引に関与した取締役の責任はどうなるのであろうか。本件A₁会社のような取締役会設置会社において、取締役会の承認を要する利益相反取引を明示している会社法三六五条は、商法二六五条一項が取締役会の承認を要するとしていた利益相反取引とが異なるとの記述は見当たらない。善管注意義務に関する会社法三三〇条および商法二五四条三項、ならびに忠実義務に関する会社法三五五条および商法二五四条ノ三は、表現が変更されたにすぎないから、広義の間接取引に関する解釈が会社法のもとでも維持されると考える。

※本稿において、商法およびその条数は本件当時のものである。

〔参考文献〕

- 本件判批：高間佐知子・法学新報一一卷一・二号五四五頁（二〇〇四）、永井和之・商事法務一六九〇号四頁（二〇〇四）、中村一彦・判タ一一三八号三一頁（二〇〇四）、福島洋尚・監査役四八七号五〇頁（二〇〇四）。
- 原審判批：青竹正一・私法判例リマックス二五号九八頁（二〇〇二）、石山卓磨・民法情報一九三号一五頁（二〇〇二）、河内隆史・判評五一七号三六頁（判時一七七〇号一九八頁）（二〇〇二）、末永敏和・金法一六五四号七一頁（二〇〇二）、出口正義・ジュリ一二六二号一六〇頁（二〇〇四）、南保勝美・法律論叢七四卷六号二八七頁（二〇〇二）、新山雄三・監査役四四九（二〇〇二）、吉川栄一・上法四六卷一号七九頁（二〇〇二）。

今泉 邦子