

論 説

取締役の対会社責任免除規定の意義
—ネオ・ダイキョー事件を契機として—

河 村 賢 治

一 はじめに

現行商法上、取締役の対会社責任（以下、取締役の責任という。商法266条）の免除規定に商266条5項・6項（以下、商法は商と略す）がある。商266条5項が、「総株主の同意」を免責要件とするのに対して、その例外規定たる同条6項は、同条1項4号責任（商265条取引に関する責任。以下、4号責任ということがある）についてのみ、取締役が「株主総会に於て其の取引に付重要な事実を開示する」ことを条件に、「発行済株式の総数の三分の二以上の多数」での免責を認める。

両規定とも、昭和25年改正で設けられた規定である（当時は現商266条1項5項が4項、現6項が5項である）。旧法が、株主総会の特別決議（「総株主の半数以上にして資本の半額以上に当る株主出席し其の議決権の過半数を以て」なされる決議）を免責要件としていたのに対して（旧商245条1項⁽¹⁾4号）、現商266条1項5号が、総株主の同意という厳格な免責要件を課し

(1) ただし、免責決議がなされても「総会終結の日より三月内に」「会日の三月前より引き続き資本の十分の一以上に当る株式を有する株主が訴の提起を監査役に請求したときは会社は請求の日より一月内に之を提起することを要す」とされていた（旧商245条2項、旧商268条1項・2項）。なお、かかる免責制度は昭和13年改正法により設けられたものであり、それ以前に特段の規定はなかった（責任解除制度を除く）。そのため、取締役の免責は、業務執行の一場面として、代表取締役（当時

たのは、昭和25年改正法により株主代表訴訟制度が導入され、各株主の提訴権を保障する必要があるためであると一応説明される。⁽²⁾

それでは、例外規定たる商266条6項の趣旨は何か。この点、そもそも同項が対象とする4号責任の性質(過失責任か否か)および4号の適用場面(取締役会の承認を受けた場合の規定か否か)につき様々な学説が対立していることもあり、⁽³⁾同項の趣旨は極めて不明確なものとなっている。立法論としては、昭和53年12月「株式会社の機関に関する改正試案」(法務省民事局参事官室)(以下、昭和53年「改正試案」という)⁽⁴⁾、昭和56年1月「商法等の一部を改正する法律案要綱」(法制審議会総会決定)(以下、昭和56年1月「改正要綱」という)⁽⁵⁾、昭和61年5月「商法・有限会社法改正試案」(法務省民事局参事官室)(以下、昭和61年「改正試案」という)⁽⁶⁾において、商266

は任意機関)の一存でなしうると解されることとなり、同僚取締役間での情実による不当な免責がなされるおそれがあったといわれる(田中耕太郎『改正商法及有限会社法概説』185頁(昭和14年))。

- (2) 石井照久=鈴木竹雄『改正株式会社法解説』175頁(昭和25年)、大隅健一郎=大森忠夫『逐条改正会社法解説』287頁(昭和26年)、岡咲恕一『新会社法と施行法』92-93頁(昭和26年)。商266条5項に対しては、立法当初より、事実上取締役の免責を禁止する法外な規定である(小町谷操三「改正株式会社法管見」法学15巻4号23頁(昭和26年))、多分にアメリカ法の組合契約的株式会社観の影響が強い方式である(石井照久『会社法上巻(商法II)』349頁(昭和42年))、との批判がなされてきた。
- (3) 学説については、田村詩子『取締役・会社間の取引』290-293頁(平成8年)が詳しい。
- (4) 「取締役は、法令又は定款に違反する行為により会社に損害を与えたときは、会社に対し、連帯してその損害を賠償する責めに任ずる。ただし、取締役が注意を怠らなかつたときは、この限りでない」(昭和53年「改正試案」第二・六3 a)。「違法配当、競業取引及び自己取引についてもaによるものとし、商法266条ノ2の規定は存置する」(同試案第二・六3 a <注>)。「a」の責任は、総株主の同意がなければ免除することはできない」(同試案第二・六3 e)。
- (5) 「法第266条第1項」「第4号並びに同条第5項(現6項…筆者注)の規定は、削除する」(昭和56年1月「改正要綱」三5(二))。
- (6) 「商法266条1項4号を削除するかどうか及び有限会社法30条ノ2第1項2号をどのように修正するかは、なお検討する」(昭和61年「改正試案」二10 <注>(2))。「商法266条6項を削除するかどうかは、なお検討する」(同試案二11 <注>(2))。

条1項4号および同条6項の削除が検討課題とされ、その存在意義に疑問が投ぜられている。もっとも、実際に商266条6項が適用された事例というのを見あたらず、同項の不合理性が表面化することもなかったわけであるが、近時、ネオ・ダイキョー事件に関する一連の判決が登場し、状況は一変したといえる。

そこで、本稿では、このネオ・ダイキョー事件の分析を踏まえた上で、商266条1項4号および同条6項の趣旨と問題点につき再検討を行うこととする。もとより、商266条6項の検討に際しては、その前提たる同条5項における「株主による取締役免責制度」そのものの当否—取締役免責に際しては債権者の利害も考慮すべきではないか、また公開会社⁽⁷⁾と閉鎖会社⁽⁸⁾とで区別して考えるべきではないか—についても考察する必要があると思われるため、この点も検討したい。

二 ネオ・ダイキョー事件

1 事実と判旨

A社（発行済株式総数460株）の代表取締役であるY1（同社株式を120株保有）は、同人が代表取締役を兼任し経営不振に陥っているB社の資金を捻出するため、B社所有の不動産を、A社取締役会の承認（商265条）を得て、A社に約6億円で購入させた。この際、A社の取締役であるY2（Y1の母で同社株式を40株保有）、Y3（Y1の妻で同社株式を40株保有）、Y4（同社株式を16株保有）は決議に賛成したが、Y5（非常勤の社外取締役であり、当該取締役会では議長を務めた。同社株式を10株保有）は賛成も反対も

(7) 昭和61年「改正試案」は、商法266条5項による免責は「会社債権者（第三者）を害するときはすることができない」（昭和61年「改正試案」二11）という提案をする。

(8) 本稿で公開会社という場合、上場会社や店頭登録会社など株式に市場性がある会社のことをいうものとする。閉鎖会社とは公開会社以外の会社をいうものとする。

しないことを言明し、決議には加わらなかった。A社の株主Xら(同社株式を計120株保有)は、Y1は取締役会の承認を得たものの、上記不動産を不当に高値でA社に購入させたものであり、当該取引は商266条1項4号・5号に該当する違法な取引であるとして、Y1らに対し適正価格との差額約2億円の損害賠償を求めて代表訴訟を提起した。

第一審(神戸地尼崎支判平7年11月17日判タ901号233頁。以下①判決)は、Y1~Y4については「仮に、商法266条1項4号につき、過失責任を定めたものとの解釈をとったとしても」これらの者には故意または過失が認められるとして、4号責任を肯定した。Y5については、この者が本件決議の採決に参加せず中立の立場を表明していたため、商266条2項・3項には該当せず、4号責任を問うことはできないとしたが、「監視義務に違反したものと認められるから」商266条1項5号責任(以下、5号責任ということがある)を負うとした。

①判決を受けA社は、Y1らの責任につき発行済株式総数の3分の2以上の多数をもって免責決議を行ったが(賛成320株、反対140株)、この際、Y1~Y3らは自らの株式をF社(代表取締役がY3の弟であるなどY1らとの人的つながりが強い)に譲渡し(結果的にF社はA社株式を269株保有)、この者に議決権行使をさせていた。そこで、Xらは、当該免責決議は特別利害関係人による著しく不当な決議であるとして(商247条1項3号)、その取消を求めた。

この決議取消訴訟に関する判断が下される前に、前記代表訴訟の第二審(大阪高判平10年1月20日判タ981号238頁。以下②判決)は、Y1~Y4につき「善管注意義務及び忠実義務」違反があるとして5号責任を認めた。そして「商法266条1項4号の責任と同項5号の責任は併存するというべきであり」、本件「免責決議は同項5号の責任を免除するものではない」とした。Y5については、①判決と異なり「監視義務を怠ったことにはならない」とし、仮に「監視義務違反があるとしても、右義務違反とA社の損害との間に相当因果関係はない」として5号責任を否定した。

決議取消訴訟に関する第一審（神戸地尼崎支判平10年8月21日金判1065号11頁。以下③判決）は、Y1～Y4に関する免責決議は「法247条1項3号により取り消されるべきである」が、Y5に関する免責決議については、この者が「積極的に本件取引を行うことに賛成したのではなく、現に別件訴訟の第一審と第二審でその責任についての判断が異なっていることから、Y5に対する控訴審判決が未だ確定せず、最高裁判所で審理中であることを考慮しても」、「決議の内容が著しく不当であるとまでは言うことができないから、同号による取消は許されない」とした。

また、第二審（大阪高判平11年3月26日金判1065号8頁。以下④判決）においても、Y5の「会社での地位や権限、会社の経営等についての関与の有無及び程度、当該取引に対して果たした役割、会社が右取引をなすに至った経緯や目的及び当該取引が会社に与える効果等についての知識の有無及び程度等の諸事情を考慮」すると、Y5に関する免責決議は「著しく不公正なものであったということとはできない」とした。

2 分析

①②判決以前に、4号責任の考え方につき言及した判決としては、東海圧延鋼業事件判決（名古屋地判昭和58年2月18日判時1079号99頁、以下⑤判決）がある。⑤判決は「取締役が自己取引により会社に損害を与えたときは、取締役会の承認を得た場合でも無過失責任を負うべきものであり（商法266条1項4号）、一方、その承認のない場合の取引は同法266条1項5号に触れ、承認のある場合との均衡からしてやはり無過失責任である」とした。⑤判決は、4号責任については学説上の多数説（後述）と同様の考え方をするが、5号責任についても4号責任との「均衡」から無過失責任とする点に特徴がある。もっとも、⑤判決は、実際には取締役の任務懈怠を認定した上で責任を認めるため、規範定立とあてはめとの間にズレがあることも指摘⁽⁹⁾されていた。

①判決もまた、商266条1項4号は取締役会の承認を受けた場合に適用

されることを前提に、「仮に過失責任を定めたものとしても」とすることから、無過失責任を基調にして4号責任を理解していると考えられる。②判決はより明確に、商266条1項4号は「利益相反取引が取締役会の承認を受けてされた場合であっても取締役は無過失責任を負わせる」規定であり、「その反面、同条6項で一般の取締役の責任の場合よりも軽減された要件でその免除を認めている」と判示し、高裁レベルでは初めて、学説上の多数説と同様の立場に拠ることを明らかにした。なお、②判決は「利益相反取引が同時に取締役の法令又は定款違反行為を構成する場合」には5号責任が成立するとして、4号責任との併存を認めた点に特徴がある。いずれにせよ、これらの判決は、商266条1項4号は取締役会の承認を得た場合に適用され、その責任の性質は一実際のあてはめはともかく一無過失責任であるという理解を基調にしているといつてよい。

取締役の責任が4号責任であるならば、商266条6項に基づく免責が可能となる。ネオ・ダイキョー事件では、このことを前提に免責決議内容の不当性が争われ、③④判決とも、Y1～Y4については免責決議を取り消したのに対して、Y5については免責を認めた。しかし、本件代表訴訟において実際に問題となっているY5の責任は5号責任であり、この責任を商266条6項で免責することはできない⁽¹⁰⁾。したがって、①判決(Y1～Y4が4

(9) 龍田節「一人会社と利益相反行為」上柳克郎先生還暦記念『商事法の解釈と展望』274頁(昭和59年)、別府三郎「⑤判批」ひろば38巻3号60頁(昭和61年)、黒沼悦郎「⑤判批」ジュリ859号141頁(昭和61年)、早川勝「⑤判批」商事1099号111頁(昭和62年)。

(10) なお、中立の立場を表明しただけでは異議を止めたことにならないと考えれば、Y5も4号責任を負うことになる(商266条2項・3項)。このように考えるものとして、福島洋尚「①判批」金判1009号46頁(平成9年)、高橋美加「①判批」ジュリ1132号158-159頁(平成10年)、正井章彦「①判批」判タ975号128-129頁(平成10年)など。反対、梅本剛正「②判批」私法判例リマークス1999(下)105-106頁(平成11年)、山本真知子「②判批」税通55巻1号218頁(平成12年)など。したがって、本件免責決議は、Y5についても4号責任のみを対象としていると考えるのが論理的ではある。

号責任、Y5が5号責任)を前提とすると、違法性の強いY1～Y4については総会の特別決議による免責が可能となり、違法性の弱いY5については総株主の同意での免責が求められることになり著しく均衡を欠く⁽¹¹⁾。この点を考慮したためか、②判決は、Y1～Y4に5号責任を併存して負わせることで緩和された要件での免責を封じ、また、④判決は、Y5の5号責任をも免責決議の射程に入れ、この者の「会社での地位や権限、会社の経営等についての関与の有無及び程度、当該取引に対して果たした役割、会社が右取引をなすにいたった経緯や目的及び当該取引が会社に与える効果等についての知識の有無及び程度等の諸事情を考慮」し、当該責任の有無にまで踏み込んだ上で、免責決議の当否の判断をしているようにも思われる⁽¹²⁾。しかし、商266条1項4号・5号併存論の出現は、實際上、4号責任（無過失責任）が肯定される場合には5号責任（過失責任）も肯定されうるのが常だとすれば、そもそも5号責任が成立しない場合にまで4号責任を課すべき必要性が本当にあるのかという根本的な疑問につき、再検討する契機を与えている。また、④判決がY5の5号責任をも射程に入れているならば、そもそも商266条6項では同責任を免責できないのであって、その責任の有無は代表訴訟の方で決着をつけるのがスジであったといえる。

ところで、商266条1項4号責任＝商265条違反の損害賠償責任説（後述）に拠れば、本件では取締役会の承認は得ていたため、Y1らにつき4号責任は問題とならない。問題となるのは、本件取引が取締役会の不適正な承認に基づいて行われたことから、Y1らが5号責任を負うか否かである。Y1らに5号責任が認められるとすると、その免責には総株主の同意が必要となるため、A社が行った免責決議は要件を満たしていないことになる。したがって、Xらは、決議要件を満たしていないことを理由に

(11) 鳥山恭一「④判批」法セミ535号103頁（平成11年）。

(12) 福島洋尚「④判批」金判1072号58頁（平成11年）も、④判決の示す基準は、Y5に監視義務違反に基づく責任が認められるか否かについての判断そのものとされる。

決議取消(商247条1項1号)を主張するか、または、決議の成立態様に著しい瑕疵があるとして決議不存在を主張すればよい。この点、決議不存在と解する方が、だれでも(債権者でも)、どのような方法でも、いつまでも(決議日から三ヶ月を超えても)、この主張をすることが認められるというメリットがあること、しかもこの場合は、決議不存在となっても会社や債権者に不利益を及ぼすわけではなく、むしろ利益ですらあることなどに鑑み、妥当ではないかと思われる。いずれにせよ、商266条1項4号責任=商265条違反の損害賠償責任説に拠った方が、本件を簡明に解決できた可能性もある。換言すれば、その場合には本件は商266条1項5号だけで解決でき、商266条1項4号および同条6項の存在は、本件の解決をむしろ複雑にしているのではないかとの評価が下るかもしれない。商266条1項4号および同条6項については、その存在理由の根本に遡ってこれを検討していくことが必要であろう。

三 商266条1項4号責任の趣旨

1 商266条1項4号責任の性質

商266条1項の文言からは、取締役の責任が過失責任か無過失責任かは必ずしも明らかではない。商266条1項各号毎に過失の要否を検討するにしても、前提として、過失責任と無過失責任とのいずれを基調として取締役の責任を理解するのか、学説により基本的認識の相違がみられる。

学説には、同条を設けた昭和25年改正法の「取締役の権限拡大に伴う責任の強化」という趣旨を重視し、明らかに過失を前提とする責任原因の場合を除き、無過失責任を正当とすべきとの見解もある⁽¹⁵⁾。しかし、企業の対外的責任を衡平の見地から無過失責任とするか否かという問題と取締役の

(13) 鳥山・前掲注11・103頁。

(14) 河村賢治「④判批」税通54巻15号248頁(平成11年)。

(15) 田中誠二『会社法』284頁(昭和31年)。

対会社責任という経営機構内部の問題とは明確に区別して論じる必要がある。⁽¹⁶⁾ 後者の問題につき、取締役の責任を無過失責任としたところで、取締役が経営上の注意を尽くすインセンティブを失うだけであり、何ら会社経営の健全性確保に役立つとは思われない。⁽¹⁷⁾ 取締役の違法行為を抑止するには、その責任をいたずらに強化したところで無意味であり、それよりもむしろ、取締役の職務や義務違反の内容・程度と関連した実効性ある取締役責任制度の構築を図ることや、取締役会や監査役（会）などの経営監視機構の充実を図る方が合理的であるように思う。⁽¹⁸⁾ もとより、昭和25年改正法が取締役の責任規定と共に導入した経営監視機構は中途半端なものであったかもしれないが、⁽¹⁹⁾ だからといって、いわばその代償として、取締役の責任を無過失責任と解することと直ちに結びつくわけではない。仮に、行為取締役の責任については無過失責任と解する立場に拠ったとしても、本来は監視責任たる決議賛成取締役の責任についてまで行為取締役と同じく無過失責任と解するのでは（商266条2項・3項）、この取締役が注意を尽くすインセンティブを失い、やはり会社経営の健全性確保にはつながらないように思う。筆者としては、行為取締役についても過失責任を基調とすべきと考えるが、少なくとも行為者責任も監視者責任も一律に無過失責任を基調として理解する立場には強い疑問を抱かざるをえない。^(19A)

(16) 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』11頁(昭和42年)。

(17) 龍田節「会社に対する責任」金判572号92頁(昭和54年)。

(18) このことは公開会社取締役について特にあてはまる。閉鎖会社取締役については、むやみにその責任を強化しても無意味であるという点は同じであるが、経営監視機構については簡素化の方向性も考慮すべき必要がありうる。つまり、株式会社形態の閉鎖会社を存続させる（＝有限会社化しない）ということであれば、当該会社の組成的実態に鑑み、経営監視機構の簡素化を図り、無用の紛争（株主間（夫婦・親族間など）で仲違いが生じたときに、それまで黙認してきた形式的な法律不遵守を責め立てる例は数多い）を無くすことが考えられてもよいからである。

(19) 上村達男「占領と会社法改正—今日的意義」ジュリ1155号25-26頁(平成11年)。

(19A) 現行法における、違法行為の実行者と監視者の責任を区別していないかの構

商266条1項4号責任については、多数説は、商265条取引につき取締役会の適正な承認を受けた場合にも無過失責任を課したものと理解する。しかし、これでは取締役会の承認は有っても無くとも同じということになり、商265条の意義が失われることになる。⁽²¹⁾多数説では、商265条取引を行う取締役にとってはその取引を取締役会にかけるとインセンティブを失い、当該取引を承認する取締役(商266条2項・3項→商266条1項4号責任)にとっては適正な承認を行うインセンティブを失う結果となるのであって、会社経営の健全性確保という点からは、やはり賛成することはできない。しかも、多数説は、取締役会の承認を受けた場合を無過失責任(4号責任)、受けなかった場合を過失責任(5号責任)とするので、均衡をも失うことになる。⁽²²⁾そもそも、自己取引は会社にとって有利な場合もあり、現代のように企業のコンツェルン化が進み、兼任取締役が普及している場合には、むしろ正常な行為と見てよいから、自己取引一般につき無過失責任を課するのは非現実的であるとの指摘もある。⁽²³⁾商266条1項4号責任は過

造は、公開株式会社にとっては本質的な欠陥であると指摘される(上村達男「公開株式会社法の構想について(下)」商事1563号23頁(平成12年))。なお、学説の中には、解釈論レベルで、行為者責任と商266条2項責任とを区別する見解もある。例えば、北沢教授は、取締役会の承認を得て商265条1項の取引をした取締役は、忠実義務違反の責任として商266条1項4号で無過失責任を負うが、会社を代表してその取引をなした取締役、および取締役会で承認の決議に賛成した取締役(商266条2項)の責任は、4号ではなく5号の責任であり、しかも善管注意義務違反の責任であるから過失責任であるとする(北沢正啓『会社法第五版』436-437頁(平成10年))。

- (20) 石井=鈴木・前掲注2・173-176頁、大隅=大森・前掲注2・285-288頁、岡咲・前掲注2・91頁、鈴木忠一=松田二郎『条解株式会社法上』304・305・307頁(昭和26年)、稲葉威雄『改正会社法』215頁(昭和57年)、元木伸『改正商法逐条解説(改訂増補版)』150頁(昭和58年)、大隅健一郎=今井宏『会社法論中巻(第三版)』257-259頁(平成4年)、鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(第三版)』297頁(平成6年)、前田庸『会社法入門(第六版)』342・350頁(平成11年)など多数。
- (21) 服部栄三「取締役の責任に関する二・三の疑問」商事78号3頁(昭和32年)。
- (22) 酒巻・前掲注16・16-17頁。
- (23) 河本一郎『現代会社法(新訂第8版)』410頁(平成11年)。

失責任と解すべきである。

2 商266条1項4号の適用場面

商266条1項4号責任を過失責任とする見解の中でも、同号は取締役会の承認を受けた場合の責任規定であり、承認を受けなかった場合は5号の問題とする説がある（有力説⁽²⁴⁾①）。確かに、形式的には取締役会の承認を受けた場合であっても、その承認が常に適正であるとは限らない。その場合には、当然に取締役の責任が問題となる。有力説①は、かかる場合の取締役の責任を、4号責任として構成するものである。

ところで、取締役会の適正な承認の意味であるが、そもそも、商265条は、取締役・会社間の利益相反のおそれある取引につき、取締役会の承認を受けさせることで、会社の損害の発生を未然に防止する予防規定であり、取締役会の承認を受ければ手続的には適法といえるが、取締役会の判断そのものが会社利益の観点から実質的に公正になされなければならないことはいうまでもない。その意味で、同条は、まず利益相反のおそれある取引について取締役会の承認を要求するという手続的規制と、さらに取締役会の判断の実質的公正さを要求するという二段階の規制として構成されているといえる。つまり、同条が要求する取締役会の承認（＝取締役会の適正な承認）とは、商265条取引を行う取締役が重要な事実を開示し（商264条参照）、特別利害関係を有する取締役が決議に参加することなく、取締役会が会社利益の観点からなした公正な承認のことをいう。

したがって、取締役会が不適正な承認を与えた場合には、当該承認をした取締役らに善管注意義務（商254条3項、民644条）ないし忠実義務（商254条ノ3）違反が認められることになる。また、不適正な承認しか受けられなかった以上、商265条取引を行う取締役も善管注意義務ないし忠実義務違反を免れることはできない。つまり、有力説①にいう4号責任と

(24) 河本・前掲注23・410頁、龍田節『会社法（第六版）』90頁（平成10年）、近藤光男『新版注釈会社法（6）』266条注釈22, 23（昭和62年）など。

は、善管注意義務ないし忠実義務違反による責任に他ならないのである。⁽²⁵⁾
 しかし、善管注意義務ないし忠実義務違反による責任であれば、これを5号責任と構成することができるため、4号責任は無くてもよいはずである。

この点、河本教授に拠れば、商266条1項4号は、無過失の立証責任を取締役に課す点に特段の意義があるとされる。⁽²⁶⁾しかし、債務不履行責任については、債務者が無過失の立証責任を負うのが原則であり、取締役も会社に対する関係では同様だとすると、商266条1項5号の場合も取締役が無過失の立証責任を負うはずである。⁽²⁷⁾ そうだとすれば、商266条1項4号の立証責任に関する上記解釈は、原則通りということになり、敢えて同号に特段の意義があるという必要はないのではないだろうか。⁽²⁸⁾

商266条1項4号責任を過失責任とする第二の説として、同号は、商265条違反の損害賠償責任規定に他ならず、商266条1項5号の単なる注意規定にすぎないとする説がある⁽²⁹⁾（有力説②）。

この説に対しては、商266条1項4号は「商265条に違反して」との表現を用いていない以上、同号を商265条違反の損害賠償責任規定と解することはできないとの批判もあるが、この点は、有限会社法30条ノ2第1項2号（競争取引および自己取引の違反行為による責任）と対比するとき「一つの立法上の手落ち」⁽³⁰⁾であると反論することができる（立法の過誤論）。株式会社と有限会社とで自己取引に内在する危険性の程度に差はなく、この危険性を除去せしめる手段の相違（株式会社では取締役会、有限会社では社員

(25) 河本・前掲注23・410-411頁。

(26) 河本・前掲注23・410-411頁。

(27) 龍田・前掲注24・90頁。この争点につき、近藤・前掲注24・266条注釈60参照。

(28) 有力説①に拠った場合でも、本文後掲の有力説②と同様に、4号責任は、商266条6項の適用を受けるという特殊性は残るものの、実質的な責任内容という点では5号責任と同一であり、その意味で、商266条1項4号は同5号の注意規定であると解することができる。

(29) 小町谷・前掲注2・23頁、服部・前掲注21・3-4頁、酒巻・前掲注16・21頁、本間輝雄『注釈会社法（4）』266条注釈38（昭和43年）など。

(30) 酒巻・前掲注16・20-21頁。

総会)は、株式会社の規模や自己取引の個別性・頻度等を考慮に入れたためにほかならず、その意義は同一と考えられるからである。実際にも、昭和61年「改正法案」(二10注(2))では、商266条1項4号と有限会社法30条ノ2第1項2号との文言の整合性を図るという方向での提案がなされており、立法の過誤論の妥当性を裏付けている。

ところで、有力説②に拠った場合、取締役会の承認が不適正なものであった場合の取締役の責任は、5号責任(善管注意義務ないし忠実義務違反による責任)として構成される。したがって、有力説①と有力説②を比較すると、両説とも4号責任を過失責任、しかもその実質は善管注意義務ないし忠実義務違反に基づく責任であると理解することになるから、商265条取引に関する取締役責任の成立範囲に違いが生じることはない。異なるのは、形式上取締役会の承認を受けたか否かにより、適用規定に差異が生じる点である(有力説①→取締役会の承認を受けた場合を4号、受けない場合を5号で処理。有力説②→取締役会の承認を受けない場合を4号、受けた場合を5号で処理)。解釈論としていずれの説が妥当かは、両説がそれぞれ商266条6項をどのように考えるかという点をも考慮して決められることになる。

四 商266条6項の趣旨

商266条6項が、各株主の提訴権保障という同条5項の趣旨を後退させてまで、資本多数決による取締役免責を認めるのはなぜか。

商266条1項4号責任を無過失責任とする多数説からは、一般に、無過失責任では酷にすぎる場合もあろうから、特別に免責要件を緩和したものと説明される⁽³¹⁾。しかし、そもそも4号責任を無過失責任と解すべきでないことは、前述したとおりである。

(31) 酒巻・前掲注16・20-21頁。

(32) 前掲注20に掲げた文献参照。

商266条1項4号責任を過失責任とする立場からはどうか。河本教授(有力説①)は、4号責任が少なくとも取締役会の承認を受けた場合の責任であること前提にして、自己取引は会社あるいはコンツェルン全体にとって有利であるとの判断に基づいてなされることも少なくないため、商266条6項で免責要件を緩和したと説明する。⁽³³⁾これに対して、酒巻教授(有力説②)は、4号責任の免除は原則的には総株主の同意に拠らなければならないとして商266条6項の不合理性を認められた上で、同項は取締役会の承認を得ていないとはいえ、その損害が必ずしも会社の犠牲において私利をはかった結果ではないという忠実義務に基づく事実が株主総会に開示され、総会がこれを適当と思量するときは、例外的に発行済株式総数の3分の2以上の多数決をもってその責任を免除するという法意であると説明する。⁽³⁴⁾

両説を単純に比較すると、取締役会の承認を受けた取締役の方が免責要件緩和の利益を受けるのに値するから、有力説①が妥当であるかにみえる。しかし、有力説①の立場から4号責任が成立するのは、取締役会の承認が不適正であるために、取締役に善管注意義務ないし忠実義務違反が認められる場合である。それではなぜ、4号の善管注意義務ないし忠実義務違反の責任のみ、5号の善管注意義務ないし忠実義務違反による責任よりも免除要件が緩和されるのか。換言すれば、会社利益になるとの判断に基づく場合もあるとはいえ、本来的に利益相反のおそれある商265条取引に関する免責要件を、同じく会社利益になるとの判断に基づいて行われた経営判断に関する免責要件よりも緩和すべき理由は何か。この点、商265条取引の対価の当否判断は困難であることを指摘し、当該取引の特殊性を強調することで、免責要件の緩和を説明することも考えられなくはない。し

(33) 河本・前掲注23・415-416頁。もとより、有力説①の論者がすべてこのように説明するわけではない。

(34) 酒巻・前掲注16・34頁。

かし、結合企業間取引の場合⁽³⁵⁾はともかく、商265条取引一般につき対価の当否判断が困難であるとは思われない。例えば、ネオ・ダイキョー事件では不動産が取引客体となっているが、その対価算定が免責要件の緩和を必要とするほど困難であるとは言い難いであろう。

もっとも、有力説②に拠れば、商266条6項を説明できるわけでもない。同説に立った場合には、なぜ商265条違反の責任のみ免責要件が緩和されるのか、例えば、同じく利益相反行為として取締役会の承認が要求される競業取引（商264条）については、なぜ商266条6項に相当する規定がない⁽³⁶⁾のか、という疑問が生じる。

このように考えていくと、商266条1項4号責任を過失責任と解した上で、同条6項の存在意義を説明することは極めて難しい。しかし、だからといって、商266条6項に意味を持たせるべく、敢えて4号責任を無過失責任と解するべきではない。かかる解釈は、不合理な規定を根拠にして不合理な解釈を展開するものに他ならない。むしろ、端的に商266条1項4号および同条6項の不合理性を認め、立法論としては両規定の削除を、解釈論としては同条6項の厳格な適用を促す方が望ましいと考える。それゆえ、こうした考えに最も近いと思われる有力説②を支持したい。

ところで、昭和53年「改正試案」および昭和56年1月「改正要綱」は、商266条1項4号および同条6項の不合理性を認め、同条1項4号を同条1項5号に吸収し、同条6項（当時は5項）⁽³⁷⁾を削除することを提案しており、学説もかかる提案を支持していた。それにもかかわらず、昭和56年改

(35) 支配・従属会社間取引の公正さを判断することの困難性につき、江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』34頁以下（平成7年）参照。

(36) もっとも、商264条取引と商265条取引とを全く同列に扱うことはできない。後者については、会社利益となる自己取引もあろうが、前者については、会社利益となる競業取引というのはまず考えられないからである。

(37) 龍田・前掲注17・93頁、蓮井良憲「取締役の義務と責任」産経41巻4号38頁（昭和56年）、酒巻俊雄「取締役の会社に対する責任」『会社法改正の論理と課題』123-126頁（昭和57年）など。

正法がかかる提案を実現しなかったのは、商266条1項4号および同条6項の必要性を正面から認めたためでは決してなく、①商266条1項3号(当時は2号)責任(代表取締役の取締役に対する金銭貸付責任。以下、3号責任ということがある)を存置することとのバランスがおかしい、②だからといって同条1項3号をも削除することは取締役の責任の強化の面から疑問があるとされ、③この点に関する内閣法制局との調整が時間切れのため⁽³⁸⁾に不可能であったことによるといわれる。

①②で問題となっている3号責任についても、過失責任か否かの争いがあるが、⁽³⁹⁾当該責任についても、取締役⁽³⁹⁾に注意を尽くすインセンティブを付与すべきであり、また、取締役会の適正な承認(商265条)の意義を失わせるべきでない⁽³⁹⁾と考えるから、過失責任であるとする説を支持したい。この場合、3号責任の実質は善管注意義務ないし忠実義務違反による責任に他ならないから、立法論としては、商266条1項3号も5号に吸収させればよいということになる。取締役の責任を過失責任と構成した方が、会社経営の健全性確保に役立つと考える立場からすれば、②でいうように、商266条1項3号を削除し、同条1項5号に一本化することが取締役の責任の緩和につながると思われない。それゆえ、商266条1項3号と4号を同時に削除するのが望ましいが、①でいうように、両号の削除を必ず連動させなければならないというものでもないであろう。商266条1項4号の削除については大方の同意を得ていたのに対して、3号責任については、無過失責任説もなお有力であることからすると(例えば、4号責任を過失責任とする河本教授も、3号責任については立法政策的にも無過失責任が⁽⁴⁰⁾適当とする)、まず同条1項4号を削除してもよかったのではないだろうか。

いずれにせよ、昭和56年改正法が、広義の利益相反行為たる競業取引の承認機関を株主総会から取締役会に移したにもかかわらず(商264条)、特

(38) 法務省民事局参事官室編『改正商法の概要』別冊商事50号34頁(昭和56年)。

(39) 近藤・前掲注24・266条注釈19参照。

(40) 河本・前掲注23・409頁。

段の責任規定や免責規定を設けなかったことからすると、同法はかえってアンバランスなものになったといわれる。⁽⁴¹⁾ 昭61年改正試案では、引き続き商266条1項4号および同条6項の削除が検討課題とされており、立法の早期実現が求められるところである。

五 株主による取締役免責制度

四での検討により、商266条6項には多くの疑問があると考えますが、その前提たる同条5項における「株主による取締役免責制度」そのものに問題があるとすると、同条6項の根拠は根底から揺らぐことになる。そこで以下、株主による取締役免責制度の当否について検討する。

1 債権者の利害

取締役の免責は、会社の取締役に対する損害賠償請求権を消滅させ、会社資産を減少させる点で、会社債権者の利害に重大な影響を及ぼす。そのため、商266条5項が株主意思のみによる取締役免責を認めるのは不当であり、債権者の利害をも考慮すべきではないか、という点が従来より指摘されていた（昭和61年「改正試案」二11参照）。

もっとも、現行法が債権者の利害に全く配慮していないわけではない。会社整理または特別清算時における取締役らの免責の禁止・取消規定があるからである（商386条1項6号・7号、商454条1項3号・4号）。裁判所は、会社整理または特別清算の開始より1年前に行われた免責については、法律関係の安定という観点から、「不正の目的」（責任があるにもかかわらず、取締役らが将来の責任追及を免れる目的で免除を受けた場合のみならず、欺罔の手段を用いて免除を受けた場合も含む）⁽⁴²⁾に基づき免責しか取り消すことができないが、それ以降であれば、裁判所が「必要」と認めた場合

(41) 酒巻・前掲注37・125頁。

(42) 五十部豊久『新版注釈会社法（12）』386条注釈61（平成2年）参照。

に免責の取消ができる点で(商386条1項7号、商454条1項4号)、裁判所の積極的な裁量権行使による債権者保護が期待されているといえよう。

しかし、会社破綻時にこのような措置をとったところで、時すでに遅しという感は免れえない。債権者保護の観点からは、取締役免責時にその免責が債権者を害するものでないことを要求する方が望ましい。現行法がかかる制度を設けないのは、取締役の免責は一種の業務執行と考えられるから、会社事業継続中は、社員でない債権者を免責行為の当否の判断に参加させることはできず、債権者は自ら取締役の免責から生じうるリスクを回避する方策(例えば、詐害行為取消権(民424条)の行使、取締役の対第三者責任(商266条ノ3)の追及、取締役個人に対する会社債務の保証要求(特に閉鎖会社の場合)など)を講じるべきであると考えているからであろう。しかし、現行法上も、例えば減資や合併など会社債権者の利害に極めて重大な影響を及ぼしうる事項については、債権者異議申立制度を設けることで、債権者の保護を積極的に図っている(商376条2項、商412条2項、商100条)。要は、実質的に考えて、ある事柄に関する債権者保護につき、債権者の自衛に委ねるか、債権者保護制度を設けるか、いずれが妥当かという問題であろう。この点、取締役の免責は、①明らかに会社資産を減少させる行為であり、債権者の利害に重大な影響を及ぼしうること、②会社経営者ないし監督者たる取締役の違法行為に基づく責任の免除であるから、単なる第三者に対する取引債権の免除と異なり、慎重な手続を設けるのが会社経営の健全性という観点からは望ましいこと、③閉鎖会社の場合には、株主=取締役(またはその一族など)であることから馴れ合いが生じるおそれがあり、株主だけでは不当な免責がなされる可能性が高いこと(公開会社の場合についてはなお後述)などからすると、積極的に債権者保護制度を設けるべきであるといえよう。しかし、具体的にいかなる内容の債権者保護制度を設けるべきか、例えば、債権者異議申立制度を設けるか、取締役の免責は会社債権者には対抗できないとするか、資本の欠損が

生じるような取締役免責を禁止する⁽⁴³⁾か、裁判所の承認を要求する⁽⁴⁴⁾か、についてはなお検討を要しよう。

2 株主意思の正当性の有無

さらに、そもそも株主が取締役免責権を有するという事自体に問題はないのであろうか。

取締役の免責は会社による責任免除の意思表示であるが、これを取締役に委ねるのは危険である。そこで、昭和13年法は総会の特別決議をもって取締役の免責に関する会社の意思表示とし（旧商245条1項4号）、また、株主代表訴訟制度を導入した昭和25年法は、各株主の提訴権を保障すべく、総株主の同意を原則的な免責要件としたことは（商266条5項）、前述したとおりである。

もっとも、総株主の同意要件を満たすことができるのは、實際上組合的実態を有する閉鎖会社に限られる。このことを前提とすれば、商266条5項は、「会社というより株主全体を実質的な被害者として把握したもの」に他ならず、総株主の同意には、「会社による責任免除の意思表示」と「個々の株主による代表訴訟提起権の個別的放棄の意思表示」とが含まれる⁽⁴⁵⁾ことになると指摘される。閉鎖会社の組合的実態に鑑みると、会社運営⁽⁴⁶⁾における株主意思それ自体の正当性は認めうるが、株主有限責任の帰結と

(43) この3つの例は、大塚龍児「株主権の強化・代表訴訟」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』81頁（平成7年）に拠る。

(44) なお、裁判所としては、債権者の利害のみならず一切の事情を斟酌して、衡平の見地から取締役免責を承認するか否かを決定するということも考えられる。この場合、株主による免責決議ないし同意すら不要とし、提訴された取締役が裁判所に免責を申立て、裁判所がその当否を判断するという手続に換えることも考えられる。酒巻教授は、責任解除制度の存在を前提としてではあるが、このような責任免除制度が望ましいのではないかと指摘される（酒巻・前掲注16・34頁）。傾聴すべき見解であると思う。

(45) 酒巻・前掲注16・29頁。

(46) 大規模閉鎖会社の場合にも同様のことがいえるかは、なお検討を要したい。閉

して、会社資産のみを唯一の引当とする債権者の利益保護には十分な配慮をすべきである。したがって、閉鎖会社であれ、株主のみで無条件に取締役免責ができるとすると、そのことの根拠は明らかでないといわざるをえない。

これに対して、公開会社の場合はどうか。法文上は、商266条5項の適用を閉鎖会社に限るという文言はなく、また、昭和25年改正時に、株主による公開会社取締役の免責は禁じられるべきであるとの明確な認識もない。それゆえ、解釈論上は、商266条5項は公開会社にも適用されると解さざるをえないのかもしれない。しかし、そもそも商266条5項は、「会社というより株主全体を実質的な被害者として把握したもの」であり、閉鎖会社を念頭に置いた規定であるとするならば、公開会社取締役の免責の在り方については別異に考えることも可能ではないだろうか。

確かに、現行法は、公開会社・閉鎖会社に関係なく、各株主に代表訴訟提起権を付与しており、各株主は自らの判断でその権利を放棄することができる。しかし、仮に公開会社の株主全員が提訴権放棄の意思表示をしたとしても、それと公開会社による免責の意思表示とを連動させ、株主意思による公開会社取締役の免責を正当化する理由は存しないというべきである。なぜなら、公開会社の株主には、会社経営に参加する意思も能力もない個人投資家や株式持合をする法人株主が含まれており、これらの者が、取締役の免責という会社運営・監督システムの根幹に関わる事柄を、公正な立場から適切に判断しうるとは思われなからである。この点、大規模公開会社における株主を「フローとしての株主(投資家)」と捉え、かかる会社における会社支配の正当性を「株主の意思」ではなく、「会社運営システムの合理性とそのシステムに対する関係者の信頼」に求める見解からは、かかる会社の株主に取締役免責権を与える根拠はどこにもないと指

鎖会社であっても、会社規模が大きくなることにより、株主以外の利害関係者が多数現れうるし、社会的影響力も増大する可能性がある。かかる場合には、会社運営における株主意思の正当性も相対的に薄くなるのではないかと思われるからである。

(47) 摘されるが、正当な指摘であり、筆者もこの見解に賛成である。近時、公開会社取締役の一定の責任につき総会の特別決議または定款で軽減できるようにすべきとの提案がなされているが、上記の立場からは、全く賛成することができない。(48) 立法論としてはむしろ、商266条5項(株主による取締役(49) 役員規定)は公開会社には適用されない旨を明らかにすべきであろう。

以上を要約すれば、株主による取締役免責制度を定めた商266条5項は、債権者保護制度を設けていない点で不当であり、また、公開会社には適用されない旨を明らかにしていない点で不明確である。そして同様の批判が、商266条5項を前提とする同条6項にも向けられうる。その意味では、商266条6項には、同項それ自体の問題点のみならず、株主による取締役免責制度からくるそもそもの問題点も認められるのであって、同項の存在意義はより一層疑わしくなるといわざるをえない。

(47) 上村達男「公開株式会社における取締役の民事責任」判タ917号100, 105頁(平成8年)。

(48) 平成11年4月「企業統治に関する商法等の改正案要綱」(自由民主党政務調査会法務部会商法に関する小委員会)(第5および第6)。

(49) もっとも、取締役の責任額や責任範囲を圧縮する法理(この表現は、中村直人「株主代表訴訟の最近の状況」商事1512号13頁(平成10年)に拠る)を模索する必要性は否定しない。ただ、その方策として株主意思を根拠とすることには反対ということである。この問題は、取締役の責任額を「軽減」というアプローチではなく、そもそもどの程度であるべきかというアプローチに拠るべきだ、との主張もなされている(公開会社取締役有限責任論。上村・前掲注47・101頁および上村・前掲注19A・21-23頁)。この点については、今後の検討に委ねたい(なお、前掲注44も参照)。

(49A) 上村教授は、公開株式会社においては、取締役の責任額自体が合理的に調整されることに加えてさらに責任免除を認めるべき必要はないこと、また、株主総会という投資家集会がこうした責任免除をなしうる地位にあるとは考えられないことを理由に、同会社については責任免除制度自体を廃止すべきではないかとされる。他方で、公開株式会社以外の会社については、債権者を害さない保証を明示した上でこれを認める余地があるとされる(上村・前掲注19A・23頁)。取締役の責任額の具体的な調整方法についてはなお検討したいが、基本的には上村教授の上記見解に賛成である。

六 おわりに

本稿では、ネオ・ダイキョー事件を契機として、これまで実際の適用例の乏しかった商266条1項4号および同条6項と、同項の前提たる商266条5項につき、再検討を行ってきた。

解釈論としては、商266条1項4号は、商265条違反の損害賠償責任規定であるとする。立法論としては、特段の意義を有しない商266条1項4号を同5号に吸収し、併せて同条6項を削除すべきであるとする。また、商266条5項については、公開会社には適用されないことを明らかにした上で、閉鎖会社向けであっても債権者保護要件を設けてはどうかと考える。公開会社取締役の責任額を圧縮する方策を構じるのであれば、株主総会や定款など株主意思を根拠とする方策には賛成できず、別のアプローチを模索すべきではないだろうか。立法論の中でも、商266条1項4号および同条6項の削除は急務であるとする。これが昭和56年改正時に実現していれば、ネオ・ダイキョー事件のような決議取消訴訟が問題となることもなかったといえよう。

以上