The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	我が国における取締役責任論の実質的解釈に関する一考察（一）
Author(s)	柳, 伸之介
Citation	阪大法学. 2005, 55(2), p. 159-188
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54869
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

我が国における取締役責任論の実質的解釈に関する一考察（一）

柳　伸之介

一　はじめに
二　平成一三年改正による取締役の責任制限
（一）改正の概要
（二）立法の評価
（三）整理及び私見
三　取締役の責任認定における法解釈論
（一）取締役の責任の限定
（二）損害賠償責任における公平性及び帰責性（以上、本号）
（三）過失相殺
（四）寄与度
（五）分割責任
（六）判例検討

（阪大法学）55（2-159）425〔2005.8〕

四　取締役及び執行役以外の役員等の責任
（一）信頼の原則・抗弁
（二）責任追及の方法
五　結語

一　はじめに

我が国企業の取締役と会社との関係は、裁量幅が小さく実質的に使用人的性格の強い場合からオーナー会社の代表取締役のような総ての裁量を有する場合まで、その肩書きや名称が多様であることも含めて、実質的には千差万別の状況にある。そのような多様な位置付けにある我が国取締役の会社に対する法的責任を検討するためには、実態に即した法的理論を構築すべきである。

本稿は、筆者が平成一六年一二月に大阪大学に提出した博士論文「会社との実質的関係に鑑みた取締役責任論」(1)の一部の章を加除修正したものである。本論文では本稿の議論の前提となる理論として、取締役の責任を実質的に検討するために「信認」の概念を導入することを検討した。英米法における「信認」は、信託を起源としながら理論的に派生し、包摂力及び応用力のある基礎理論となっている。現代社会における信認義務は、高度に専門化及び職務分化した背景において、高度な信頼関係に基づいて付与される裁量を変数とする関数と言えるものであり、取締役と会社との関係においても、信認関係の濃淡を契約関係や身分関係との相関において理論的に整理することが有益である。我が国企業は、法人としての実在性が高く、集団主義、分散シェアリング及び権限委譲という特色がある。多くの取締役は内部昇進者であり従業員と連続的階層を構成しており、上述した通り、その位置付けは著し

く多様性を帯びる。その責任論を検討する上で、包摂力のある信認関係を基軸とすべきことを考案したい。従業員や専門家の責任についても、信認関係・信認義務を基軸に分析することで説明できるが、同一基軸の上で取締役の責任論を検討することで、取締役のみでなく広く役員及び従業員の責任を論じることができる。

本稿は、以上の基礎的理解に基づき、取締役の会社に対する法的責任に関して、具体的に妥当な結論を導くために、我が国法体系に照らした法解釈論及び立法の方向性について検討するものである。

平成一三年改正で、取締役の責任は、報酬を基準として事後の総会決議又は事前の定款規定により制限できるようになった。しかし、我が国企業の特性、信認義務の強行法規性及び公的政策等いずれの観点からも疑問である。立法で一律に制限を許すのではなく、司法の役割を重視して、我が国企業の実情に照らして、公平な損害の分担という視点を維持しながら、我が国法体系に添った法解釈論を駆使して実質的責任論を構築すべきである。制御困難な風土的要素を過失相殺の基礎とし、「信認関係の程度としての裁量・権限（包括的な寄与度）」×「具体的違法行為への関与度合い（個別の寄与度）」によって算出される割合をもとに分割責任とすることを提案したい。

論述の順序は次の通りである。第一に、平成一三年商法改正において、定款規定による取締役の責任制限に関する議員立法がなされたが、本制度の概要を確認するとともに、その範となった米国における議論や経緯と我が国の実情との整合という側面、及び商法の取締役責任に関する規定の強行法規性という側面の二つの側面から、本制度の適否を検討する。なお、本改正の内容は、平成一八年に施行が予定される「会社法案」においても、四二五条及び四二六条において、部分的修正はなされているが、基本的に踏襲されている。

第二に本稿の中心として、取締役の責任認定に関して、妥当な解決に導くための法解釈論について、寄与度、責任の割合的認定、過失相殺の適用可否について、不法行為や債務不履行責任の基本的な解釈論を基に検討し、具体

的な基準を提案したい。それに照らして、最近のダスキン事件第一審判決についても言及する。

第三に、株主代表訴訟という責任追及の手段が法定されている取締役及び執行役以外の、執行役員や重要な使用人の法的責任の追及についても私見を述べたい。

二　平成一三年改正による取締役の責任制限

（一）改正の概要

平成一三年一二月の議員立法[2]により、取締役の責任軽減について改正がなされた。責任軽減には三つの方法がある。第一に事後的な責任制限として、責任発生の後に、株主総会の特別決議で責任を軽減する方法である（商法二六六条七項）。株主総会においては、責任の原因となる事実、賠償責任額、限度額と算定根拠及び責任免除の理由を開示する必要があり（同八項）、議案の提出には監査役全員の同意を要する（同九項）。第二に、事前に定款において、取締役の責任の軽減について取締役会に授権する規定を、監査役全員の同意を得た（同一三項）上で定めておき、責任が発生した際には、責任の原因となる事実や取締役の職務遂行の状況その他の事情を勘案して、取締役の決議により責任を軽減する方法である（同一二項）。議案を取締役会に提出するためには監査役全員の同意を要し（同一三項）、取締役会の決議後は、軽減額や算定根拠及び軽減に異義ある場合は一ヶ月以上の一定期間内に述べるべき旨を遅滞無く公告し又は株主に通知しなければならない（同一四項）。この期間内に総株主の議決権の三％以上を有する株主から異義が述べられたときは、取締役の責任軽減はできない（同一五項）。第三は、社外取締役に関して、監査役全員の同意を得て（同二〇項）定めた定款規定に基づき、事前に責任制限に関する契約を締結する方法である（同一九項）。社外取締役の責任が発生するような事態が生じた場合は、その直後の株主総会にお

いて、当該契約の内容や責任軽減額を開示しなければならない（同二二項）。また、社外取締役が業務執行権を有して、「社外」たる資格を喪失した場合は当該契約の効力は失われる（同二〇項）。

以上いずれの責任制限についても、軽減の対象となるのは、商法二六六条一項五号に基づく、一般的な法令・定款違反の場合だけであり、悪意又は重大な過失がある場合は除かれる（同七項一二項一九項）。また、責任軽減については、取締役（及び執行役）については、報酬の四年分（同七項）、代表取締役（及び代表執行役）については報酬の六年分（同一七項）、社外取締役については報酬の二年分（同一八項）を責任額から控除した額を限度として、これ以上の軽減は許されない。[3]「報酬」には、使用人分給与等、職務遂行の対価として受け取る財産上の利益が総て含まれ、退職慰労金については一年当たり相当額が基準とされ、更にストック・オプションについては行使益・譲渡益が全額含まれる（同七項一号二号三号）。以上の規定は、委員会等設置会社の取締役及び執行役にも準用される（商法特例法二一条の一七第四項五項六項）。

（二）立法の評価

平成一三年商法改正における取締役の責任軽減については、特に事前の免責を巡っての批判が多い。第一に、事後の免責とは異なり、株主は、具体的な責任発生の事情や損害額の大きさ等を考慮することなく、包括的に免責を授権することになるうえ、将来の株主をも拘束することの不合理を指摘する。[4]

第二に、定款の規定によって取締役会に一任されることの不合理を説く。取締役同士の馴れ合いや、取締役会が裁量権を行使して特定の取締役の責任を軽減すること自体が株主代表訴訟の対象となるおそれがあり、権限を行使し難いことなどが理由とされる。[5]

第三に、悪意又は重大な過失がある場合は責任軽減の対象とはならないとされているが、「重過失」は、「軽過失」との区別が実際の認定上は曖昧であり、役員等に安心して経営に傾注させるという所期の目的に合わないという批判もある。(6)

第四に、軽減限度額の基準となる「報酬その他の職務遂行の対価」の範囲の確定が困難であるという指摘がある。場合によっては、免責の限度額自体が誤っているとして、株主代表訴訟を提起されたり、株主総会で決議された場合は、当該決議の取消訴訟や無効確認訴訟が提起されたりすることで、訴訟が複雑化するおそれがあるという。(7)この点では、責任軽減の株主総会決議や取締役会決議の議案となる「責任の原因たる事実」についても同様に争う余地があろう。これらの問題点は、取締役の責任軽減を裁判所の裁量ではなく、株主総会決議や定款規定に委ねたところにあると指摘されており、(8)根本的な問題である。

第五に、定款の規定で取締役の事前の責任軽減を認めるデラウェア州等の米国州法においても、業務執行権を有する役員(Officer)の責任軽減を認める例は珍しい。我が国おいて、業務執行と監督の両方の機能を有する取締役の責任を事前に軽減できるとすれば、会社役員に非常に甘い法制となるという。(9)

また、実務上も、責任軽減規定は使い勝手が悪いと評価されている。(10)「重過失」や「責任の原因となる事実」の解釈の問題がある上に、現実的には、責任軽減額が税法上は賞与とみなされ、取締役には給与所得として課税され、会社には損金算入が認められない可能性があるという事情が影響しているようである。(11)

(三) 整理及び私見

平成一三年改正は、株主及び定款による自治に委ねたもの、即ち株主と取締役との間の信認関係・義務を契約的

に解釈にする立場に拠ったと言える。上記（二）の第四の問題で取上げた、裁判所の裁量により軽減を図る法制と株主総会決議又は定款規定に軽減を委ねる法制との比較について、筆者は、前者の裁判所の役割を重視した法制を志向すべきであったと考えている。一律に責任の上限を制限する等の方法ではなく、我が国経営者の本質的な立場に鑑みて、裁判所が妥当な責任認定のために活用できる法解釈や理論を構築すべきであろう。[12]

信認関係を強行法的に解釈する立場や我が国企業の特性に鑑みれば、取締役の責任軽減を株主総会や定款規定に委ねるのは妥当ではない。そこで、平成一三年の法改正が主として参考とした米国の理論や事情との比較検討において、四つの観点に基づき法改正の合理性、妥当性を考察する。第一に、契約法の一般的理論、第二に、社会的実情や制度比較等の立法背景、第三に公的政策、第四に会社法の強行法規性である。

① 米国契約法における損害賠償範囲の理論

取締役の対会社責任の軽減は米国の契約法理を理論的基礎とする。[13] 契約違反に対する損害賠償は、契約違反があれば当事者の事情に関わり無く発生し得る通常損害と当事者の具体的な事情によって損失の態様が異なる特別損害とに限られる。取締役が任務懈怠によって会社に及ぼす損害というのは任務懈怠の態様や会社の状態によって異なるので、一般的には、後者の特別損害に当たると考えられる。米国の契約法における特別損害に関する一般的な考え方の一つに、予見可能性ルール（foreseeability rule）がある。[14] 契約法第二次リステイトメント三五一条（一）は「契約違反をした当事者が、契約締結時において、その違反から生ずる蓋然性の結果として予見可能でなかった損失に対して、損害賠償を認めることはできない。」[15]と規定する。予見可能かどうかのルールは契約締結時を基準として考慮される。この点について、樋口教授は、予見可能性ルールというよりも、当事者が考えていた範囲の賠償に限定されるという意味で、「当事者の勘案ルール」と解釈するのが相応しいと述べる。[16]

米国の多くの州が定款の規定による取締役責任の事前軽減を認めるのは、[17]このような契約法の発想が根底にある。信認関係を契約的観点から捉える契約論者によると、取締役は、銀行や投資家のように多くの会社にリスクやコストを分散することができず、どうしてもリスク回避的になりがちであるという事情からも、[18]取締役の責任制限の合理性を説く。[19]

また、ALIの勧告による取締役の責任制限が一年間の報酬に限定されている点[20]についても、「当事者が契約に違反した場合の返還」として「契約を違反された当事者は、その者が部分報酬或いは信用料として先方当事者に対して支払った、どのような財産上の利益についても返還を受けることができる」と規定されている契約法第二次リステイトメント三七三条[21]の趣旨に基づくという考え方もある。[22]

以上の米国の契約論的解釈については、我が国の契約法体系と米国の契約法体系の相違を考慮しておく必要がある。上記の契約法における通常損害と特別損害及び特別損害における予見可能性のルールについては、我が国においても、民法四一六条の解釈に関して、通常損害と特別損害が区別され、後者については予見可能性が要求される。ただし、この予見可能の基準時については、米国法のように契約締結時ではなく、履行期又は不履行時とするのが通説・判例である。[23]この相違には、打算的な米国契約法の側面である「契約を破る自由」が現われている。契約締結時に予見できなければ、事後的に予見可能となったとしても、損害賠償することなく不履行にできるということである。内田教授は、「わが国の法意識の中では、契約を守ることの道徳性を根拠とした判例・通説の立場は十分理由がある」と述べる。[24]我が国の委任契約には、信認関係の要素である「高度な信頼」が含まれているのである。

以上の考察から判断すれば、会社と取締役との信認関係に鑑みても、打算的な米国の契約法理を基準に、取締役の責任を定款の規定で事前に軽減することは適当ではなかろう。特に、我が国企業の株主の意思や株主総会の機能

の現実をも加味すると、株主総会決議や定款規定に取締役の責任軽減を委ねることは、経営者の恣意に陥るおそれもあり、経営者の意思と株主の意思が適切に均衡するとは思われない。

取締役と会社との間の委任契約は、非常に包括的であり、業務の規模や種類も極めて多様である。上記「当事者の勘案ルール」にあるように、当事者が合理的な範囲でリスクを引き受ける範囲を確定できるとは思えない。報酬を不当利得として返還するという考え方も、すべての報酬が不当利得なのか、報酬に適った仕事もしていることを勘案すると、これで総てが説明できるとも思われない。

② 立法の状況等の背景的理由

ＡＬＩの勧告§7.19 において、取締役の責任を定款において軽減することを有効としている点について、[25] 次の二点が主要な理由とされている。[26] 第一に、ほとんどの州制定法は、基本定款に、経営や業務の執行に関する記載をすることができるとしており、取締役の責任軽減の規定は公的政策（public policy）と合致する。特に、§7.19 は、責任免除ではなく、一年間の報酬の範囲に限定するものなので、注意義務を廃棄するのではなく、不均衡な責任を緩和するという概念を採用するものであるという。第二に、信託法第二次リステイトメント二二二条では、受益者の利益に対する不誠実、意図的、無謀な違反による責任の場合を除き、過失による責任から契約によって受託者を解放することを許しているが、この信託法の規定が§7.19 を正当化する類比であると説明する。この二点について、正当化根拠としての妥当性を検討する。

第一の公的政策という観点については、彼我の事情の相違に留意する必要がある。一九八六年にデラウェア州で、基本定款によって取締役の会社又は株主に対する責任の免除又は制限を可能にする会社法改正がなされた。[27] これは、八〇年代における損害保険会社の経営危機と取締役に対して非常に厳しい内容の判決[28]が州最高裁により出されたこ

ととの両方の影響により、社外取締役の人材確保が困難となっていた当時の米国の社会的な情勢[29]に鑑みた社会政策的判断であった。従って、業務を執行する役員（officer）は免除又は制限の対象とはされなかったのである。これに倣い、他の多くの州も、規定の仕方は様々であるが[30]、類似の法改正を行うに至った。

一方、我が国においては、会社役員の責任を制限しなければならないほど、多数の株主代表訴訟において役員にとって苛酷な責任が次々認められたり、役員損害賠償責任保険が破綻したり保険料が高騰しているような事情は認められない。確かに、平成五年改正により株主代表訴訟の訴訟手数料が一律八二〇〇円となったことから株主代表訴訟の件数の増加が始まり、平成十二年頃までは増え続けている[31]。しかし、この時点においても、公的政策をとる要請が大きいと思われる大企業に関する株主代表訴訟は一部に過ぎず[32]、大部分は中小企業の事例であり、内部紛争に株主代表訴訟が利用された面が否定できない。これらの判例は、取締役の責任を巡る会社法理論の発展に寄与する事例はあっても[33]、取締役の責任を軽減するための公的政策の判断材料としては必ずしも適当とは言えない。このような我が国の実情に鑑みた場合、学界や裁判所の努力によって解釈論で取締役の責任を軽減するという動向を待つことなく、取締役の責任を一律に制限するという選択をしたことは、大和銀行事件等の極めて希な事例のみを念頭に性急に立法に結びつけた感が拭えない。

第二に信託法第二次リステイトメントの規定の類比という点についてである。信託に関する規定は必ずしも受託者（trustee）の免責について寛容ではない。信託における免責条項（exculpatory clause）が置かれている背景は、家族等が、報酬ではなく愛情や義理によって受託者となるような、親密な人間関係を想定していたようである[34]。従って、特に大企業の会社や株主と取締役というようなビジネス的関係に信託の規定を類比として持ち込むのは根本的に無理がある[35]。また、米国においては、私的な関係ではない法人受託者（corporate trustee）を念頭において免

責条項については厳格な態度をとっており、統一信託法典にも「受託者が起草し、または起草させた免責条項は、信認関係・信頼関係を濫用するものとして無効とする。ただし、受託者が、当該状況に照らして免責条項が公正なものであり、かつその存在と内容につき適切な形で受託者に伝えられていたことを証明した場合は、その限りではない」[36]と規定されている。[37]会社法の場合、定款における取締役の責任軽減規定は、株主総会決議事項として取締役会が起草するが、上記条項に照らせば、受託者が起草したことになり、条項の公正に関する証明は難しい。実際、米国においては、銀行等の法人受託者については、公益や倫理の問題から本条項の使用には懐疑的であり、免責条項は殆ど無くなっている。[38]以上のような米国の実情に照らせば、信託法の免責条項を特に大企業の取締役の責任軽減に関する定款規定の類比として持出すことは不適切であろう。

③　公的政策による理由（policy considerations）

公的政策（public policy）による判断についてＡＬＩが公的政策への配慮（policy considerations）として掲げる五つの事項[39]に基づいて検討する。第一に、最も根本的には、公正（fairness）という理由で正当化されるという。取締役の責任を軽減しなければ、取締役の有責性と会社に役務提供することから得られる経済的利益とを比較して、潜在的な危険が過度になるという。第二に、そのような制限をすることによって、取締役に過度にリスク回避的な行動をとらせる強迫観念を取り除くことができるという。第三に、結果として負うことになるかもしれない潜在的な損害賠償が極めて過酷なものであると認識されなくなれば、注意義務の概念も裁判所によってより公平かつ適切に構成されることになるであろうことが指摘される。第四に、そのような制限をすることが、役員損害賠償責任保険（Ｄ＆Ｏ保険）のコストを削減するという。そして、第五に、少なくとも、そのような制限が適用可能な状況においては、原告株主の代理人弁護士が訴訟を提起しようという経済的動機を削減することができるという。

確かに、第一の損害の公平な負担という点で、株主や投資家とは異なり、損害を分散できない取締役にとって、企業の取引規模のリスクを常に潜在的に負うのは不合理であるという議論は十分に理解できる。[40] 特に、我が国の企業のような、企業組織が経営者個人の要素を離れて実体感を有する会社においては、会社自体のリスク負担があって然るべきであるとも考えられる。しかし、そのことが一律に取締役の責任を限定することに直ちに結びつくとは思えない。リスク負担のあり方は、会社組織の性格や会社と取締役の関係のあり方によって千差万別であるが、一律の制限はそのような差異を無視するものであり、取締役に対する違法行為の抑止力を喪失させることにもなろう。会社と取締役とのリスク負担のあり方を念頭に置いた上で、解釈論や判例の蓄積によって、取締役の負担すべき損害を考えるのが筋であろう。そのような解釈論が確立されておれば、第二の会社経営に対する萎縮的効果も同時に取り除くことができるであろう。第三のように、取締役の責任を法的に制限することによって、裁判所の注意義務に関する解釈論が良い方向に導かれると考えるのは本末転倒の面がある。また、第四の点については、我が国の実情が、損保会社の経営危機を経験した米国の状況と異なることは上述の通りであり、また第五の点についても、弁護士数が圧倒的に多い「訴訟社会」である米国における問題意識をそのまま我が国に適用することが妥当ではないのは明らかであろう。

以上の通り、米国において検討されてきた公的政策の要請は、我が国においては、実質的には殆どなかったと言ってもよいものと思われる。

④　強行法規性

平成一三年及び平成一四年商法改正の特徴の一つとして、会社の定款自治の範囲を広げたという点が挙げられる。自発的なガバナンスを基礎として私的な秩序形成のための指針としての規定を置くべきであるという英米の「授権

モデル」(enabling model) の考え方を導入したものであるとも言える。定款の規定によって、取締役の責任を制限することもまた定款自治である。[41] この問題は根本的には、会社法の強行法規性と任意法規性という継続的な議論がなされている会社法の根本的な問題に基づくものであるが、この観点からも、取締役の責任制限の問題を考えておく必要があろう。

強行法規性と任意法規性の問題については、筆者は、特に信認義務や取締役の責任論を考える上では強行法規性が妥当すると考える。我が国の会社の実態に照らして考えた場合、株主と取締役等とを契約当事者として、その契約内容を仮定する契約的解釈及び任意法規としての考え方には、相当に無理があると考えるからである。従って、基本的には、株主が取締役の責任制限の可否について合理的な判断ができるかどうかという点において、平成一三年改正による取締役の責任制限の方法は疑問なのである。[42]

強行法規性の判断基準については、次のような議論がある。[43]「定款自治に委ねた方が株主の利益を増進するような性質が当該規定に備わっているかどうかが判断の分かれ目になる。」この観点について、取締役の責任を制限するという規定について考えると、上記のような公的政策の要素が十分に働く会社も一部にはあるであろうが、大部分の会社はそうではなく、その場合は、株主の利益増進に繋がるとは考えられない。株主の利益という観点だけでは理解し難い問題であるとも言える。

強行方規性の判断を巡っては、「公正な企業活動を維持する要請、トータルとしての企業の効率性実現、そして国際競争力を高める必要性等を総合的に勘案して決める他はない」として、コーポレート・ガバナンスをその国固有の文化に合致したものにするためにも、定款自治の範囲をある程度拡大していく必要性に触れながら、事後的規制については、取締役等に対する責任追及のレベルが維持されるべきで、この点で法の責任を緩和する方向での定

款の柔軟性は認められるべきではないという議論がある。[44] 信認関係及び信認義務に基づく取締役の責任論については強行法規性を基準に考えるべきであるという立場も併せて考えると、平成一三年商法改正の方向性は決してあるべき姿ではあるまい。

⑤　整理

大和銀行事件等の判決に端を発して、要点とは思えない公的政策の見地からなされた平成一三年商法改正は根本的な問題を含んでいる。上村教授は次のように批判する。[45]「立法とは、最終的に裁判所の判断によって解釈されるべきルールを提示するものであり、裁判所が間違った判断をするから、それを株主総会で正す法を作ろうという発想自体が逆立ちしている。」これに対しては、取締役の責任を追及する訴訟において、経営判断の合理性を直接審査した上で責任を認定する態度を維持してきている事例を掲げ、現実的には米国のような経営判断の原則が定着していない我が国においては、経営の素人である裁判官による取締役の責任について過誤の認定がなされるおそれがあること、大和銀行事件はその自然な成り行きであったことを指摘して、平成一三年改正の責任軽減制度における大きな目的の一つは、そのような過誤の裁判を是正することであるという議論がある。[46] 岩原教授は「裁判所の解釈論的な努力に待つ方が、基本的には、具体的で柔軟な解決をもたらすと考えられる」としながらも、解釈論の限界から巨額の賠償になることを恐れて、過失の認定が厳しくなり過ぎる結果、取締役の責任追及を現実的に困難にするおそれを指摘した上で、裁判所の裁量による軽減と株主総会決議や定款規定による軽減の法制との二つについて客観的な長所・短所を指摘しながら比較している。[47]

確かに、裁判所に委ねることの不安や問題があることは十分に理解及び共感できるものの、筋論としては、上村教授や岩原教授の考え方が適当であり、適正な司法判断のための学説・判例の積重ねが望まれる。解釈論が構築さ

れるまでの間は、仮に取締役の責任追及が若干困難になるとしても、性急な立法に比べればやむを得ないと考えるべきではなかったかと思われる。

三　取締役の責任認定における法解釈論

（一）取締役の責任の限定

取締役の対会社責任については、法の規定によって一律に限定すべきではなく、[48] 取締役等の違法行為によって発生した損害全体に関して、その関与度合いによって具体的な責任額を決定すべきである。

本稿では、取締役の対会社責任に関する解釈論の指針として信認関係・信認義務を基軸として、我が国企業の文化や特性を加味する。[49] 以下では、具体的にどのような解釈論がどのような事例に適用可能であるのかを検討する。[50]

平成一二年七月七日の野村証券事件判決における河合裁判官の補足意見[51]の主旨は、取締役の責任の認定は出来るだけ正面から認めて損害額を算出した上で、その帰責性に応じて減額すればよいという。即ち、商法二六六条一項五号の対象となる「法令」には、会社を名宛人として会社が遵守すべき総ての規定が含まれ、その法令違反があった場合には、民法四一五条の不履行の要件を満たすという説を支持し、法令違反があっても善管注意義務などの一般義務に反しない限り不履行の要件を満たさないという説を、法律より利益優先の可否、商法の条文構成、法改正の趣旨及び立証責任の点から批判する。そして、債務不履行の帰責性の要件で善管注意義務を考慮すればよく、不履行の要件の段階で簡単に責任を否定すべきではないとする。取締役への苛酷な責任を回避する配慮は、責任は認めた上で、公平の原則や信義則に鑑み、損益相殺や過失相殺等の理論によって、要賠償額を妥当なものに調整する方向性が望ましく、このような調整は、商法二六六条ないし代表訴訟制度の目的に反するものではないと述べる。

上村教授は、大和銀行事件に対する実際の意見書[52]を基礎に、取締役の責任を認定する上での解釈の方向性として、次の試案を提示している[53]。

① 既に生じたとされる総ての損害を手掛かりとして認定を開始する。

② 会社から奪取した財産に相当する金額は全額取締役の負担とする。

③ 法人罰金・司法取引による和解金その他本来企業に対する罰則として課せられる金額を①の金額から控除する。

④ 以上の残額に「当該企業の取引規模・存続期間等を基準として割り出した一定の比率」（基礎控除比率）を乗じた額を算出する。

⑤ ④の金額から内部統制の不備等に応じた企業責任相当額を控除する。

⑥ さらに当該取締役等の寄与度や悪性に応じた負担分を算定する。

⑦ 以上の諸要素につき、具体的な控除数値ないし控除割合を示し、裁判所の判断により妥当な結論を導くように努める。

以上の試案には、取締役の責任を解釈論によって導くために必要な要素が大部分網羅される。そこで、①～⑥の基準を題材に、取締役の対会社責任に関する解釈論についての私見を分析、整理する。

まず①は、定款等による一律の責任額制限に反対する。取締役が負担すべき損害の範囲については後述するが、事実的因果関係のある会社が蒙った損害を検討の開始基準にすること自体は妥当であろう。

次に②について私見を述べる。ＡＬＩの基準[54]においては、悪意かつ有責な法違反、会社に重大な損害の正当化されないリスクを承知の上での意図的な義務の無視、義務の放棄に等しい持続的でかつ許されない態様の怠慢、以上

のいずれでもなく、かつ不公正取引のもとで、不適当な利益を受けているのでないときにのみ取締役の責任を事前に制限できる。平成一三年改正の商法においても「善意かつ無重過失」が要件とされている。取締役の任務懈怠の態様が悪質な場合は、少なくとも事前の定款等の規定によっては取締役の責任を軽減することはできないのである。「悪質」にも色々な態様があるが、上村教授が、②の事例として、個人の債務を故意に会社に肩代わりさせた「蛇の目事件」[55]を掲げているように、「奪取」とは、「故意」により自ら或いは関係者に利得させた場合と定義して説明するのが適当であろう。このような行為は、「故意」による会社に対する不法行為を構成し、「悪意」や「重過失」とは区別して考えるべきである。[56]この態様の行為による会社の損害については当該取締役が、総ての損害額を賠償する義務を免れないのは当然であり、⑤について後述（三）で検討する過失相殺も適用すべきではない。被用者の不正行為に対する使用者の損害賠償請求の事例であるが、現金等の着服横領事件に関して、被用者自身に不法な利得がある場合は、会社側に監督不行届という過失があったとしても、過失相殺は損害の公平な分配を目的としており、当事者の一方に不当な利得を許すものではないことを理由に過失相殺を否定した判例がある。[57]逆に、被用者自身に不法の利得がなかった場合には、信用組合の支店長に対する背任による損害賠償請求につき信用組合側の過失をもとに過失相殺を認めた判例、[58]信用協同組合の職員が架空貸付で組合に損失を与えた事件につき、組合側の落ち度により過失相殺を認めた判例[59]がある。会社の役員は、会社との間により深い信認関係にあり、会社の体制を是正監督する立場にあることを考慮すれば、これら被用者の場合のような過失相殺は容易に認めるべきではないが、我が国の取締役の実質的な位置付けに鑑みれば、その被用者としての性格をも加味して、過失相殺を認めるべき場合もあるのではないかと考える。

因みに、基本的には「過失」を前提として議論されている商法二六六条一項四号の取締役の利益相反取引によっ

て会社が損失を被った場合と上記のような刑法犯に類する場合とは区別して考えるべきである。[60]「過失」を前提としたものであっても、このような忠実義務違反の行為については厳格に解釈すべきであるのは勿論であるが、「過失」の考え方を前提とした利益相反取引に関しては、要件が厳しくなるものの、過失相殺等の責任軽減の考え方を適用する余地があると考える。[61]

③については、日本航空電子工業事件[62]において、我が国における罰金と米国において司法取引によって支払った罰金、特別課徴金、制裁金及び和解金について、それら総てを取締役の違法行為によって生じた会社の損害金として認めたことを巡る議論に端を発する。この判例を批判して、[63]これらを会社の被った損害に含めるべきではないという立場が③である。その理由については、第一に、法人の巨額の資産等に鑑みて高額に設定されている法人に対する刑事処罰を取締役個人に転嫁するのは、実質的に二重処罰となる背理であり、法が個人とは別に法人を罰する立法趣旨が全うされないと説明する。[64]第二に、米国によって科せられた制裁金や和解金も、法人を名宛人とするものであり、それ故に巨額の金額が課せられていること、事件発生後の規制当局との交渉は問題の取締役の関与できないところで、それ自体が経営判断として交渉術や駆け引きの巧拙にも左右されながら金額決定がなされるものであるので、それを取締役の個人責任として転嫁することは、上記の罰金と同様に制裁や和解の趣旨に反すると説明する。[65]

この③の考え方には確かに納得できる面がある。罰金が科せられる類の法令違反については、行為における注意義務違反か従業員等に対する監視義務違反のいずれかが問われることが多いであろうから、多くの場合は取締役に対して損害賠償義務が認められる。両罰として、取締役が刑事罰を受ける上に、更に会社への罰金も負わされることが、行為の反社会性に照らして余りに酷ではないかという公平感の問題が根底にあるように思われる。

一方、会社が支払った罰金等の原因行為を行なったのが取締役である以上は、取締役が賠償義務を負う損害の範囲に含めざるを得ないであろうという反論がある。[66] 私見も同様である。これらの損害を取締役の行為との間の因果関係の外に置く解釈論が難しいからである。社会的公平感の問題は、次の④⑤⑥に関する問題で総合的バランスを考慮すればよいと思われる。

④については損害の公平な負担という観点で（二）で、⑤については過失相殺の問題として（三）で、⑥については割合的因果関係又は寄与度の問題として（四）で、それぞれ検討する。更に、（五）において、過失相殺や寄与度の解釈論を適用する上での論理的障害となる取締役の連帯責任に関して、分割責任の考え方について検討したい。

（二）損害賠償責任における公平性及び帰責性

損害賠償責任に関する法理論の要点の一つは公平な損失の分担である。不法行為における賠償額の減額事由に関する理論の一つに「帰責性の原理」がある。自己の財から生じた損害は、その財の所有者（被害者）が負担すべきところ、加害者の行為態様が寄与した部分については加害者に損害を転嫁させるべきであると考える。[67] 加害者側での帰責性や非難可能性の量的割合を考慮に入れた上で損害賠償の金銭的評価に関する基準を確立していくものである。

この理論には反対説も多く、まず損害額全額を基礎に置いて、被害者をできるだけ不法行為がなかった状態に戻すことを基本的理念とする考え方がある。[68] この理論によれば、被害者の行為を損害の原因の一部と見る、因果関係論における割合的因果関係の考え方や加害行為の帰責性や非難可能性の程度に応じて損害賠償額を減額すべきとい

う理論に対しては批判的であり、損害額の減額は、あくまでも、損害の金銭的評価の問題であり、裁判所が自由裁量により過失を斟酌し、公平の観念に基づき損害額を定めればよく、理由を挙げる必要もないと説くのである。[69] 両説は、被害者の行為面における過失（結果回避義務違反や損害拡大防止義務違反）以外に、素因や体質等にかかる事実を損害賠償減額事由として積極的に認めるかどうかという点で基本的な差異があると考えられる。

以上の考え方を取締役責任に関する法解釈論にどのように取り入れるかが問題となる。まず、不法行為の理論を会社と取締役との契約関係に適用することへの疑問もあろうが、伝統的に不法行為の領域として扱われてきた問題が債務不履行の領域に導入される傾向にあることが指摘されており、[70] 会社と取締役との関係についての基礎的法解釈論としても積極的に参考にしていくべきであろう。

取締役と会社の関係においては、上記「帰責性の理論」の構成が適当ではないかと考える。我が国の企業は、トップダウン経営の米国等の企業に比較して、企業の業績或いは違法行為等に関する責任の所在が必ずしも明確ではなく、従業員と経営者が連続的階層をなしており、その実質的区別が困難な場合もある。このような集団主義を本質とする様々な我が国企業の特性と現状を考慮すれば、利益相反行為などの忠実義務に違反する行為は別にして、その他の注意義務違反については、巨額の利益を得ている会社が損失を負担するのを原則として、取締役の行為態様が関与した場合、即ち取締役に非難可能性や帰責性がある場合に、その関与や帰責性の範囲で取締役に責任を転嫁することを基本線として考えることが妥当ではなかろうか。我が国の役員に関しては、被用者たる使用人と役員との間に連続的に推移する信認関係の濃淡に応じて、会社の負担すべき損失の多寡を決定していくべきであると考える。我が国の企業経営の特性に鑑みると、組織全体としての帰責性が大きい場合に、取締役個人に損害全額を負担させることは著しく公平性を欠くからである。

一方で後者の説に関して、これを支持する学説によると、逆に、本来加害者が負担すべき損害につき被害者に損害発生又は規範的に責められるべき行為態様がある場合に限り、その部分について被害者が負担すべきとする理論がある。被害者が危険を負担するという出発点を批判し、被害者側の事情を理由に損害額を減額するためには、被害者側に権利・法益管理を適切に行えるだけの期待可能性を要求すべきであるという。[71] そもそも被害者が危険や損害を負担すべきであるとはいえ、既に加害者の帰責性があることを判断された後の局面において損害賠償額の減額調整が必要となるのであり、そのような局面において被害者が危険や損害を負担すべきという基本的立場から出発するのは不合理であると説くものである。[72] ただし、この後者の理論を支持する説においても、素因や体質については、「被害者に素因を発見あるいは統制することが期待可能で、かつこれに基づいて自己の行動を適切にコントロールすることが期待可能であったという場合に限って、期待可能な措置を講じなかったという被害者の帰責性を理由に賠償額の減額を認めるものである……伝統的な過失相殺において想定されている結果回避・損害拡大防止義務とは異なり、被害者の過失の向けられた対象は損害ないし結果の発生そのものではなく、素因の発生と統制である」として、被害者の素因や体質についても損害賠償減額事由として認めている。[73] 特に大企業においては、素因を発見あるいは統制する期待可能性は充分にあると一般には考えるべきであろうから、これらの要因を減額事由として斟酌する余地はある。

損害額全額を基礎に置き裁判所の裁量に基づくという考え方については、使用者から被用者に対する損害賠償請求に関する判例において、「條理上至当」「労働関係における公平の原則」「損害の公平な分担」等により損害額の一部を使用者に負担させた従来の多くの判例も、[74] 基本的に同様の解釈論であろう。本稿は、定款による責任軽減の規定を批判し、裁判所の法解釈によって解決することを合理的とするが、企業経営に関して、必ずしも充分な知識

を有するとは言えない裁判官に法解釈上も「評価の問題」としてフリーハンドで取締役の賠償責任額を決定させるのでは、上述の二（三）⑤で引用した岩原教授の意見の通り、解釈論の限界から巨額の賠償になることを恐れて、過失の認定が厳しくなり過ぎる結果、取締役の責任追及を現実的に困難にするおそれをより現実のものとしかねない。裁判官が判断する上での解釈基準が明示されるべきであるし、その点においても、会社の企業体質等を斟酌することが理論上妥当する「帰責性の理論」が適当であろう。

以上の議論に照らした場合、上記④の「基礎控除比率」の考え方をどのように評価すべきであろうか。裁判所の自由裁量的評価に委ねることの実務的問題を考慮すれば、このような定型的基準があれば事案による結論の振幅が小さくなるかもしれないが、企業の規模や存続期間と取締役の責任の程度とを合理的に結びつけることが困難であると思われる。このような一律の減額ではなく、過失相殺や寄与度の解釈論で対応するのが合理的である。

（1）拙著「英米の制度及び理論に鑑みた『使用人兼務取締役』の責任論」民商法雑誌一二四巻三号三九五頁（二〇〇一）を一般理論として敷延発展させた。

（2）「商法及び株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律の一部を改正する法律」（平成一三年法律第一四九号）商事法務一六一四号四頁。原田晃治「会社法改正の現状と課題―株式制度の見直し等を内容とする平成一三年改正法の位置付け」ジュリスト一二二〇号八頁（二〇〇二）。田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリスト一二二〇号三一頁（二〇〇二）

（3）平成一一年四月一五日の「企業統治に関する商法等の改正要綱案」（商事法務一五二四号三七頁）及び平成一三年五月三〇日の改正法案（ジュリスト一二〇六号二五三頁）では、総ての取締役について「報酬の二年分」を限度としていた。この「二年」の適否が問題となり（岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリスト一二〇六号一二二頁、一二七頁（二〇〇一）等）、修正されたものである。修正の前後を比較する限りでは、修正後の内容が適当であろう。例えば、使用者から被用者に対する求償権行使の事例において、設計課長に対して、年収の「二年半」の損害賠償責任が「條理上至当」

として認められている（大阪高判昭和五三年三月三〇日判時九〇八号五四頁）。課長よりも裁量が遥かに大きく、より高度な信認義務を負う取締役の会社に対する責任額が課長と同程度の「二年分」では不合理であろう。

（4）岩原・前掲注（3）一二九頁。新谷勝『株主代表訴訟・改正課題』一〇一頁（中央経済社、二〇〇一）

（5）岩原・前掲注（3）一二九―一三〇頁では、取締役会決議を株主の異義で覆すのであれば、最初から株主総会が事後的に免責を決定すればよいと述べる。浜田教授は、前掲注（3）の平成一一年要綱に関する意見において、「法の支配のもとであらゆる法的決定は、正当性によって基礎付けられるものでなくてはならない。『取締役会がその裁量により取締役の責任軽減を決定すること』は正当性を欠く。」と述べ会社法制の公正に関わる問題として批判する（浜田道代「企業統治と監査役制度・代表訴訟・役員の責任軽減」商事法務一五二八号四頁、一一―一二頁（一九九九））。末永敏和「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事法務一五二八号二一頁、二四―二五頁（一九九九）

（6）宮廻美明〈座談会〉「企業統治に関する商法改正法の実務への影響」商事法務一六一七号八頁、一四―一五頁（二〇〇二）。一般に取締役の責任を認定する場合は、善意・無重過失の要件は争点とはならないので、責任軽減決議の時期によっては、それらの要件が追加の争点となって、紛争が継続かつ複雑化するとの指摘もある（黒沼悦郎「平成一三年責任軽減立法」小林秀之・近藤光男編『新しい株主代表訴訟』三七頁、七四頁（弘文堂、二〇〇三））。経営の萎縮を防ぐ観点ではなく、取締役の責任認定の抑止的効果という側面からも、適用除外事由については、「重過失」の曖昧な概念ではなく、より一層明確な適用除外事由を設けるべきという意見もある（畠田公明『コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制限』二七五頁（法律文化社、二〇〇二））。抑止的効果という点で、事前に定款で軽減することの合理性への疑問は以前から提起されている（近藤光男『取締役の損害賠償責任』二五〇頁（中央経済社、一九九六））。

（7）岩原・前掲注（3）一三〇頁。上村達男『会社法改革』二五六頁（岩波書店、二〇〇二）

（8）岩原・前掲注（3）一二五頁

（9）岩原・前掲注（3）一二九頁。株主代表訴訟制度研究会「自民党の『企業統治に関する商法等の改正要綱案』に対する意見」商事法務一五二六号四頁、一六頁（一九九九）。米国の州法の多くはデラウェア州法（Delaware General Corporation Law §102 (b) (7)）に倣っているが、そこには、「個人の責任を免除又は制限する規定」（a provision eliminating or limiting the personal liability）が許されると規定されており、責任免除までを含む。またＡＬＩの勧告

では、役員（Officer）も責任軽減の対象とされている（免除までは含まず、年収の一年分を限度とする）（American Law Institute (ALI), PRINCIPLES of CORPORATE GOVERNANCE ANALYSYS and RECOMMENDATION, §7. 19 (1994, ALI Press)）。役員（Officer）を責任軽減の対象とする州法もメリーランド州やニュージャージー州など少数派とはいえ存在する（*Id.* §7.19 at 257）。この点については、我が国だけが極めて甘いとまでは言えない。

（10）浜田教授は、事前の責任軽減について相当に強い批判をしていたが（前掲注（5））、最終の改正内容については、「政治的妥協が図られたため、弊害の少ない制度として慎重に立法されたと評価できる」としながら、そうであるが故に、取締役側にとって使い勝手が悪いと指摘する。河本一郎「大和銀行株主代表訴訟の和解を語る」取締役の法務九四号一二―一四頁（二〇〇二）。

（11）田中・前掲注（2）、三五頁

（12）浜田教授は、法的正当性を損なわない範囲で、取締役の責任軽減を裁量的に決定できるのが裁判所であるとし、仮に裁判所が損害賠償額の裁量的決定を厭うのであれば、軽過失か重過失かを決定し、裁判所が軽過失と決定する限り、その場合の責任の上限（取締役が在任中に職務の対価として得た利益の総額）を商法で定めておくという方法があると提案している（浜田・前掲注（5）、一三頁）。商法に規定すれば、法的正当性の問題はないかもしれないが、一律の上限設定には疑問が残る。裁量的判断を裁判所が「厭う」という想定自体も問題である。

（13）John C. Coffee, Jr., *Litigation and Corporate Governance: An Essay on Steering Between Scylla and Charybdis*, 52 Geo. Wash. L. Rev. 789, 823–824 (1984)

（14）樋口範雄『アメリカ契約法』三〇八頁（弘文堂、一九九四）

（15）Restatement (second) of Contracts §351 (1)（邦訳は樋口・前掲注（14）より）

（16）樋口・前掲注（14）、三〇九頁。前掲注（15）§351 Comment f. は、当事者のどちらかが、そのような損失の負担を想定していなかった場合には、予見可能な損害の総てを賠償させることは正義に適わないとして、事例として、対価が比較的少ないことは、相応のリスクしか負わないことを意図したものであり、契約書面の不在など非公式の契約の仕方は、リスクの分配が十分に意図されていないことを意味するという。

（17）前掲注（9）参照

（18） John C. Coffee, Jr. *supra* note 13 at 801–802

（19） 田中助教授は、将来のリスクが不透明な状態で取締役の責任制限に関する定款規定を株主総会で決議することの不合理に対して、リスクが不透明なのは取締役の方も同様であり「発生も金額も不確かな将来の責任につき、株主が事前にリスクの一部を負担することを禁じ、挙げて取締役が負担することを法が強制する理由は明白ではない」と述べる（田中・前掲注（2）、三四頁）。しかし、責任制限の規定を設けなければ、取締役に総てのリスク負担を法が強いるという結論に結びつくのは疑問である。

（20） 前掲注（9）参照

（21） Restatement (second) of Contracts §373

（22） John C. Coffee, Jr., *supra* note 13 at 823。柳明昌「アメリカ法における取締役の責任制限・責任免除」法学五九巻二号二〇一頁、二二六頁。浜田教授は、商法における制限規定として「取締役がその行為を開始した後に取締役であった期間の職務の対価として得た利益の総額を上回らないものと見なす」という提案をしているが同様の発想であろう（浜田・前掲注（5）、一三頁）。

（23） 我妻栄『新訂債権総論』一二〇頁（岩波書店、一九六四）。反対論として、平井教授は、予見可能性の判断を契約の規範的解釈とするならば、論理的には当事者の契約時点を基準にすべきであると説く（平井宜雄『債権総論・第二版』九六頁（弘文堂、一九九四））。

（24） 内田貴『民法Ⅲ・債権総論・担保物件』一五二頁（東京大学出版会、一九九六）

（25） ALI, *supra* note 9 §7. 19では、取締役又は役員の行為が、悪意かつ有責な法違反、会社に重大な損害の正当化されないリスクを承知の上での意図的な義務の無視、義務の放棄に等しい持続的でかつ許されない態様の怠慢、以上のいずれでもなく、かつ不公正取引のもとで、不適当な利益を受けているのでないときは、取締役又は役員への損害賠償請求を、一年間の報酬の範囲で制限する基本定款の規定を有効とする。

（26） ALI, *supra* note 9 at 239–240

（27） Delaware General Corporation Law §102 (b) (7)

（28） Smith v. Van Gorkom 488 A. 2 d 858 ,Del. Sup. Ct. 1985

(29) 近藤・前掲注（6）、一三九頁以降に米国の社会事情が詳しく説明されている。

(30) 各州の規定内容の相違の要点は、第三者責任についての減免の有無、減免対象としての業務執行役員の有無、減免不可の義務違反の内容、遡及効などである（Deborah A. DeMOTT, SHAREHOLDER DERIVATIVE ACTION LAW and PRACTICE 1999 Cumulative Supplement, §1：06 (1999, West Group)）。

(31) 最近一〇年の株主代表訴訟の係属件数は、平成五年八六件、平成六年一三九件、平成七年一六二件、平成八年一六三件、平成九年一八七件、平成一〇年二〇〇件、平成一一年二二〇件、平成一二年二〇六件、平成一三年一九八件、平成一四年一六三件、平成一五年一五〇件である（平成一二年までは資料版商事法務二〇五号、平成一三年は商事法務一六二七号六五頁、平成一四年及び一五年は商事法務一六九九号七〇頁）。平成一三年以降、件数は減り続けているが、これは平成一三年商法改正の公的政策の影響であると評価するのは早計であろう。定款に取締役の責任軽減の規定を設けた会社は、全体の一〇％に過ぎず、今後予定している会社を含めても三〇％に過ぎない（日本監査役協会「商法改正への対応に関するアンケート集計結果（二〇〇三・五・八）」(http://www.kansa.or.jp/PDF/enquet2_030509.pdf)。

(32) 平成一二年までの約二〇〇件の中で、大企業の事例は五〇件前後に過ぎない。

(33) 有名なネオダイキョー自動車学院事件（最判平成一二年一〇月二〇日判時一七三一号一二五頁）も、会社法の解釈上の重要判例であるが、会社の内部紛争の色合いが濃い。

(34) 樋口範雄『アメリカ信託法ノートⅡ』三八〇頁（弘文堂、二〇〇三）

(35) 株主と取締役との間に人的信頼関係の存在する閉鎖会社の場合は、有益な類比対象となる余地はある。閉鎖会社については、会社の内部関係の規定について、会社法の任意法規性を認めて自治に委ねる方がかえって一般株主を保護することになるという有力意見がある（前田雅弘「会社の管理運営と株主の自治―会社法の強行法規性に関する一考察」龍田節・森本滋編、川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』一三九頁、一六三頁（商事法務研究会、一九九四））。

(36) Uniform Trust Code (2000) §1008

(37) 樋口・前掲注（34）、三八一頁

(38) George T. Bogert, TRUSTS 6th ed., 337-340 (1987, West Group)

（39） ALI *supra* note 9 at 241-242

（40） John C. Coffee, Jr. *supra* note 13 at 801-802

（41） 近藤光男・志谷匡史他「定款自治による株主の救済（上）（下）」商事法務一六九八号四頁、一六九九号一六頁（二〇〇四）参照。

（42） 小規模閉鎖会社の場合には機能する場面もあろう（前田、前掲注（35）参照）。

（43） 吉原和志・黒沼悦郎・前田雅弘・片木晴彦『会社法一・第四版補訂版』六一頁（有斐閣、二〇〇四）

（44） 近藤光男・志谷匡史他・前掲注（41）「定款自治による株主の救済（上）」一〇頁

（45） 上村・前掲注（7）、二五五頁

（46） 田中・前掲注（2）、三二頁。黒沼・前掲注（6）、七三頁

（47） 岩原・前掲注（3）、一二四―一二五頁。前掲注（7）参照

（48） 上村・前掲注（7）では、「一番大事なことは、そもそも当該取締役の『賠償ノ責に任ズベキ額』とは何か、を追及するための論理を持つことのなのである。」（二五五頁）、「責任追及のための地道な努力を行なわない対応は、結局現場を困らせるだけである。」（二五七頁）と述べる。

（49） 上村・前掲注（7）、二四八頁では、「株式会社の有限責任と取引規模との関係、企業の永続性に伴う取引規模との関係、大規模公開会社における金融・経済状況と取引規模との関係、企業体質の不備が当該行為に及ぼす影響（そうした体質に対する当該者の有責度を含む）、個人と切り離された法人としての帰責性、企業運営システムにおける当該者の地位の重要性、当該具体的行為に対する当該者の貢献度ないし寄与度」などの要素を勘案して具体的に妥当な取締役の責任金額を決定すべきとする。これらの諸要素を左右する根本的な考慮事項が信認関係の程度、即ち当該取締役が会社経営又は業務執行に関して有する裁量の程度であると考えられる。

（50） 取締役の責任限定の解釈論に関する優秀な研究として、遠藤直哉『取締役分割責任論』（信山社、二〇〇二）、上村・前掲注（7）、二一八―二五九頁、笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について」（法政研究七一巻一・二号、二〇〇四）。会計監査人の責任論として、弥永真生『会計監査人の責任の限定』（有斐閣、二〇〇〇）。

(51) 金融・商事判例一〇九六号六頁（二〇〇〇）
(52) 上村達男「取締役が対会社責任を負う場合における損害賠償の範囲」商事法務一六〇〇号四頁（二〇〇一）
(53) 上村・前掲注（7）、二五〇―二五二頁
(54) 前掲注（25）参照
(55) 東京地判平成一三年三月二九日判時一七五〇号四〇頁
(56) 潮見教授は、「重過失」に関する裁判所の判断について、「故意に近い著しい注意欠如」という最高裁の枠組みを用いながら、具体的判断に際しては、故意との対比ではなく、業務上の注意義務などの行為義務自体が高度になっている場合に、その違反をもって重過失という傾向があると説明されている（潮見佳男『不法行為法』一七〇頁（信山社、一九九九））。民事法における「故意」と「重過失」の区別は難しいが、取締役の責任論で問題となる②の「奪取」は、「横領」等の刑法上の「故意」を構成するものと考えるべきであろうか。
(57) 東京地裁昭和四八年二月二四日判時七二二号七八頁
(58) 東京地裁昭和五二年七月一五日判時八八四号七九頁
(59) 大阪地裁昭和六〇年三月一四日判時一一七八号一〇五頁
(60) 二六六条一項四号の責任を巡っては、「ネオダイキョー自動車学院事件判決」（前掲注（33））において「無過失責任」であると判断されているものの、過失責任説も有力であった。平成一四年改正では、商法特例法二一条の二一により、委員会等設置会社においては、取締役及び執行役の自己取引に関する責任は立証責任を取締役及び執行役に転換した上での過失責任であることが明記された。
(61) 平成一三年改正商法で、取締役の責任軽減の対象とできるのは、商法二六六条一項五号の責任のみであり、同四号の責任は含まれない。本稿の主張では、五号責任についても定款による軽減などの措置をとらずに、取締役の本質的責任を検討すべきであり、その点では、四号責任と五号責任とを区別する必要はない。
(62) 東京地判平成八年六月二〇日判時一五七二号二七頁
(63) 上村教授は、本判例のいう「通常予測され得るところと著しく異なる場合」について非常に不明瞭であるとし、米国の司法取引のような場合において「通常予測され得るところ」を裁判所が把握できるのかと批判しながら、少なくと

も、これらの金額は証明不充分として責任の対象とすべきではなかったと批判する（上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討［下］」商事法務一四三四号九頁、一四頁（一九九六））。

(64) 上村・前掲注（7）、一三九頁

(65) 上村・前掲注（7）、二四〇―二四一頁

(66) 吉本健一「日本航空電子工業の株主代表訴訟第一審判決」商事法務一五六二号四〇頁、四三頁（二〇〇〇）。川村正幸「株主代表訴訟において関税法・外為法違反行為につき取締役の善管注意義務・忠実義務違反が認められた事例」金融・商事判例一〇一〇号四二頁、五一頁（一九九七）は、容易に無罪を立証できるのに司法取引を行なう裁量は取締役会にはなく、被告は充分に違法性を認識しており有罪の可能性が非常に高かったため司法取引を行なったものであり、因果関係を認めるに足る状況であったと主張する。

(67) 内田貴『民法Ⅱ・債権各論』四一三頁（東京大学出版会、一九九七）

(68) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』一三八頁（弘文堂、一九九二）では、「保護範囲によって画定された損害についての金銭的評価は、被害者に対して可及的に不法行為前の財産状態を回復させることを基本として行なわれるべきである」という命題（全額評価の原則）は、基準時や減額事由の判断について以外に法技術的には意味がないと述べる。

(69) 平井・前掲注（68）、一四九―一五〇頁

(70) 「不法行為における過失相殺の規定は大いに活用され、膨大な判決例および各種の準則を生んでいる。これに比べて、債務不履行における過失相殺に関しては、判決例も少なく、また論じられることも少ない。しかし、安全配慮義務違反などを通じて、伝統的には不法行為として扱われてきた問題が債務不履行の領域に導入されるにつれ、本条も重要となることが予想される」（平井・前掲注（23）、一〇七頁）。取締役責任を不法行為構成で検討することは医療過誤事件等に照らしても不合理ではないとする考え方もある（笠原・前掲注（50）、一号七九―八三頁）。

(71) 潮見・前掲注（56）、三〇五頁

(72) 潮見・前掲注（56）、三〇五頁

(73) 潮見・前掲注（56）、三二四頁

(74) 例えば、大阪高判昭和五三年三月三〇日判時九〇八号五四頁、名古屋地判昭和六二年七月二七日判時一二五〇号八

頁、東京地判平成六年九月七日判時一五四一号一〇四頁。