

利益相反取引の条文の読み方・教え方

東北大学大学院法学研究科准教授 得津 晶

本稿のねらい

I. 名義説と計算説

1. 「自己又は第三者のために」と「取締役が・・・株式会社と取引をしようとするとき」
2. 自己取引の範囲
3. 直接取引と間接取引
4. 混乱の原因

II. 「任務懈怠」と「責めに帰すべき事由」の異同

1. 民法学における債務不履行責任の理解の変容
2. 改正後の民法における手段債務の帰責事由概念の位置づけ
3. 会社法上の利益相反取引についての取締役の責任
 - (1) 結果債務としての利益相反取引責任
 - (2) 手段債務としての利益相反取引責任
 - (3) 小括

結論

1. 利益相反取引の条文の読み方
2. 利益相反取引の条文の教え方

本稿のねらい

本稿は、会社法 356 条を中心とする利益相反取引に関する条文の読み方を、もう一度、考えてみることを目的とする。会社法の利益相反取引については、古くは「のために」の文言解釈をめぐる計算説と名義説の対立、近時は会社法 423 条 3 項の任務懈怠の推定と 428 条の定める「責に帰すべき事由」との関係をどのように理解するかなど、議論が盛んである。特に、後者は、平成 29 年（2017 年）民法（債権法）改正に至るまでに、債務不履行概念と

帰責事由概念との関係をどのように理解するのかについて様々な議論が展開され、法改正の実現した現在においてもその両概念の関係をめぐる議論は継続している。

これらの議論は条文の解釈論として展開されているのであるから、会社法（平成17年改正前は商法）の一連の条文（会社法356、423、428）の解釈論にも反映されるべきものである。だが、私が複数の勤務校の法科大学院で授業を担当してきて感じたのは、このような議論を踏まえた条文解釈を身に着けていない学生が多いということである。そして、その原因は、学生の不勉強や教員の教え方のまずさということだけではないのではないかと考えるようになった。一方では従来の利益相反取引の議論に混乱が見られ、他方において、債権法改正を踏まえた民法学の議論はいまなお複雑であって学生が会社法の勉強時間内に消化しきれないものではないという事情がある。特に、従来の解釈論には、経済実態や体系性を重視するあまり、条文の文言から意識が離れてしまった点もみられる。

そこで、本稿では、利益相反取引の条文に基づいて、近時の学説の議論の対立点等を、少しでもわかりやすくなるように整理したい¹。本稿の目標は、あくまで既存の学説を「条文」の解釈に即して整理することにとどまり、新たな見解を指摘したり、どの見解が望ましいのかを検討したりするものではない。そのような面については既に先行業績の知見が十分にあると考えているからであり、また、法科大学院の教室でも各講師がそれぞれ自説を展開しているものと思われる。むしろ先行業績では提示されている解釈論・実質論と条文との関係の整理が不十分であると考えたことから、本稿はこの点を補うことを目指すものである。

本稿の主な想定読者は、第一に、筆者の（過去そして現在の）勤務校の法科大学院生である。だが、他の多くの法科大学院の学生も共通の悩みを抱えているのではないと思われる。利益相反取引は、「法科大学院において修得すべき学習内容・水準に関する共通のミニマム・スタンダードであり、すべての法科大学院修了生が、共通に修得すべき学習内容・水準を示す²」ものとして法科大学院協会の定める「共通的な到達目標」（以下、「コア・カリキュラム」で引用）においても厚く取り扱われている³。また、実務的・理論的に重要なだけでなく、司法試験でもよく出題されている⁴。出題のされ方として、利益相反取引をめぐる様々

¹ 法科大学院の教室での教育についてこのような論稿を公表することを肯定的にみるものとして米倉明『法科大学院雑記帳』（2007・日本加除出版）iii頁。本誌（東北ローレビュー）は、「法学分野における理論と実務の架橋に重点を置き、理論と実務との建設的・批判的な対話を促す場となることをめざす」ものであるところ、本稿は、利益相反取引に関する学界による理論的な議論を実務において重要な条文解釈に引き落とすことを試みるものである。

² 『法科大学院における共通的な到達目標』作成の基本的考え方 available at, <http://www.lskyokai.jp/info/20101018/2.pdf>

³ 「共通的な到達目標モデル：商法（第二次案修正案）」3-4-5-2 利益相反取引 available at, <http://www.lskyokai.jp/info/20101018/6.pdf>

⁴ 法務省「平成20年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」5頁、「平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨」6頁参照。その他、事案として利益相反取引が行われているものとして法務省「平成18年新司

な学説の内容およびその対立点の深い理解を求めるというものではなく、事案において利益相反取引に該当するような事情があり、それを多くの論点の中の一つとして処理することが求められている。法曹予備軍としての法科大学院生は、利益相反取引の複雑な学説の対立を理解するだけでなく、その解釈を端的に示すと共に、事案に当てはめることが求められている。

ところが、筆者の経験から判断するに、法科大学院の授業で、利益相反取引について積み重ねられた議論を丁寧に紹介する時間はない。そこで、本稿は、この場を借りて、まず、条文の読み方を確認し、判例・学説による論点は条文の読み方のどの箇所に位置付けられるものであるのかを確認したい。そして、本稿で確認できることは、従来の議論が少し条文からずれているのではないか、ということである。そのため、本稿の想定読者は、法科大学院生にとどまらず、学問的に会社法の利益相反取引に関する条文の解釈に興味のある方一般を含む。

I. 名義説と計算説

1. 「自己又は第三者のために」と「取締役が・・・株式会社と取引をしようとするとき」

ここで、1つ教室で用いた問題から事例を紹介しよう⁵。

甲株式会社は、代表取締役社長であるAのワンマン会社であり、金属部品の製造・販売を営んでいる。Aは友人Bから、Bが経営する乙会社が資金繰りに困っているのを、融資するよう依頼され、融資をしても回収する見込みはほとんどないことを知りながら、何度か乙会社に多額の融資を行った。結局、乙会社に対する融資は回収することができず、甲会社は回収することのできない多額の債権を抱えることになった。(以下略)

このような事例をもとに取締役Aの責任の有無を論じよ、という作題がなされた場合、その出題趣旨は、取締役の対第三者責任(会社法429条)発生原因としての任務懈怠(最判昭和44・11・26民集23巻11号2150頁)もしくは、対会社責任(423条)としての任務懈怠の点にあらう。しかし、提出されたレポートには、これを利益相反取引の問題とするものも散見された。講師としては受講生のあまりの不勉強さを嘆きそうになったが、よく考えると、すべて受講生のせいとは言い切れないのではないかと、こちらの教え方がこのような誤

法試験論文式試験問題出題趣旨」3頁。

⁵ この問題は、平成26年度北海道大学大学院法学研究科法律実務専攻(法科大学院)入学者選考試験の問題(ウェブ上で開示されている)を改変して、筆者の担当した法科大学院での授業である平成25年度商事法事例問題研究Iの授業で取り扱った問題の一部である。

解を招きかねなかったのではないかという疑問が生じたのである。このレポートを書いた学生たちの論述は以下のようなものであった。

「ここで、代表取締役 A による友人 B に対する融資が、会社法 356 条 1 項 2 号の定める利益相反取引に該当するか、該当するとした場合、法の要求する取締役会での重要事項の開示を経たうえでの承認（会社法 365・356I②）を経ていないため法令違反となる。・・・（中略）・・・本件融資が、利益相反取引（直接取引）に該当するか否かを判断するには、356 条 1 項 2 号の定める『自己又は第三者のために』の『ために』の文言の意味が問題になるところ、自己の名をもってすると第三者の名をもってするとを問わず、自己又は第三者の計算において取引をなす場合を指すと解する。そして、本件融資の利益は、第三者である B に帰属する取引であるから、利益相反取引に該当する。（以下略）」

このように、利益相反取引の直接取引（356I②）の「自己又は第三者のために」について、計算説と名義説の対立があるところ、計算説を採用し、「第三者のために」取引をした直接取引として利益相反取引を構成するというのである。標準的な教科書では、利益相反取引において、計算説（実質説）と名義説（形式説）の対立があり、名義説が多数説であると説明されている⁶。だが、基本的には「どの学説を取るのかによって評価を変えてはならない」というのが法科大学院や法学部での教員間の鉄則である。実際に、計算説を支持すべきとする教科書も存在する⁷。そうすると前記のような受講生の論述も、論理が通っているということになってしまうのか。

決してそうではない。会社法 356 条 1 項 2 号の条文をもう一回見てみよう。会社法上の利益相反取引の直接取引の要件には、「自己又は第三者のために」とは別に、「取締役が・・・株式会社と取引をしようとするとき」（「取締役－会社間の取引」要件）という要件も課されている。紹介した事例では、「自己又は第三者のために」が問題となっているのではなく、そもそも取締役が会社と取引するという点が欠けていることから、会社法上の利益相反取引（直接取引）に該当しないという結論が導かれる⁸。実際に計算説を支持する教科書は、

⁶ 神田秀樹『会社法〔第 20 版〕』（2018・弘文堂）234 頁注 7、伊藤靖史ほか『LEGAL QUEST 会社法〔第 4 版〕』（2018・有斐閣）220 頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第 7 版〕』（2017・有斐閣）444 頁、445 頁注 2、高橋美加ほか『会社法〔第 2 版〕』（2018・有斐閣）194－195 頁。

⁷ 田中亘『会社法〔第 2 版〕』（2018・東京大学出版会）245 頁。コメントールとして落合誠一編『会社法コメントール 8—機関（2）』（2009・商事法務）80—81 頁〔北村雅史〕。

⁸ 高橋美加『『自己のためにする』直接取引』飯田秀総ほか編『落合誠一先生古稀記念 企業法の新しい礎石』（2014・商事法務）227 頁、240 頁は、「計算説」「実質説」に対して「それらが何を指しているのかは曖昧である」と述べながら、「計算説」と「名義説」の対立のみでこの問題を把握する。前者の「計算説」の指す内容が曖昧であるという問題意識は共有し、そこで高橋の説く、名義説の「最も厳格な説」などのさまざまなバリエーションを整理するためには「取締役－会社間の取引」要件というもう 1 つの要件を考えることで条文に即した整理ができるというのが本稿の主張である。

「取締役が会社と取引をする」ことが要求されることを強調している⁹。このように「取締役－会社間の取引」要件を考えることで、この問題では「自己又は第三者のために」の意義について検討しているレポートは見当はずれということになりそうである。

それでは、なぜ、「自己又は第三者のために」の意義を問題とするレポートが頻出したのか。講師として授業や教材を見返してみると、どうも学生の勉強不足のせいとは言えないのではないかということに気づかされたのである。例えばコア・カリキュラムは、以下のようなポイントを学習すべき事項として挙げている。

- 利益相反取引の規制の対象となる直接取引とはどのようなものか、具体例を挙げて説明することができるとともに、会社法356条1項2号にいう「自己又は第三者のために」の意味を説明することができる¹⁰。

そのほか、コア・カリキュラムは、利益相反取引に関連して、株主全員の同意がある場合における会社の承認の要否（最判昭和49・9・26民集28巻6号1306頁）や間接取引の範囲、会社の承認がない場合における取引の効力（最大判昭和43・12・25民集22巻13号3511頁）のほか、後述する利益相反取引の場面での取締役の任務懈怠責任（対会社責任）の特則の趣旨を取り扱っている¹¹。しかし、前述の「取締役が・・・株式会社と取引をしようとするとき」（「取締役－会社間の取引」要件）について一切、言及がない。

その結果、多くの授業では、「自己又は第三者のために」の解釈上の論点のみが重点的に教えられる。

このような誤解を生みかねない記述はほかにもみられる。教科書において、競業取引（356I①）の「自己又は第三者のために」の解釈では計算説が通説であるのに、利益相反取引の「自己又は第三者のために」では名義説が通説である理由として、経済的利益の帰属（計算において）は、間接取引（会356I③）の問題として考えれば足りるという理由が挙げられている¹²。これは、平成17年改正前商法においてから指摘されていた伝統的な理由付けである¹³。この記述からは、間接取引のカバーする範囲は、計算説と名義説とが対立してい

⁹ 田中・前掲注(7)文献245頁、落合編・前掲注(7)文献81頁〔北村〕。

¹⁰ 「共通的な到達目標モデル（第二次修正案）：商法」3-4-5-2 利益相反取引。

¹¹ 「共通的な到達目標モデル（第二次修正案）：商法」3-4-5-5-1 会社に対する任務懈怠責任・任務懈怠の推定・代表訴訟。

¹² 龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第2版〕』（2017・有斐閣）81頁、相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法』（2006・商事法務）326頁（なお同書324頁は競業取引についても介入権が廃止されたことから平成17年改正前の通説と異なり名義説を採るべきとする）。伊藤ほか・前掲注(6)文献220頁も名義説をとった場合に兼任取締役がいる会社間で当該兼任取締役が会社を代表しなかった場合に間接取引になると説明する。

¹³ 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)株式会社の機関(2)』（1987・有斐閣）233頁〔本間輝雄〕は、名義説と計算説の対立について、「広く間接取引をも含むと明定された現行法の下ではこの点について特に

る「自己又は第三者のために」の解釈論上の対立によって問題となっている領域と同じであるという理解（ないし誤解）が導かれる。

しかし、利益相反取引の間接取引（会 356I③）がカバーする範囲の典型例として条文が例示しているのは「株式会社が取締役の債務を保証すること」である。この場面を直接取引の条文の文言と比較した場合、欠けている要素は、取締役と会社との取引であるという点であり、「自己又は第三者のために」の文言とは関係がない。つまり、「自己又は第三者のために」について名義説をとるのか計算説をとるのかは、間接取引が昭和 56 年改正によって別途明文で規制されることになったこととは全く関係がないのである。名義説をとる理由として、間接取引の規定の存在をあげることは、誤りなのである。

そして、間接取引規定の守備範囲ないしその必要性は、直接取引における「取締役一会社間の取引」要件をどれほど柔軟に解することができるのかによる。

ここで、本稿が、利益相反取引の条文の読み方・教え方として提示したいのは以下の 2 点である。第一に、コア・カリキュラムのように、利益相反取引の解説として、「自己又は第三者のために」の解釈問題のみを中心的に扱うことをやめるべきということである。

第二に、「自己又は第三者のために」について計算説（実質説）を支持しない理由、あるいは名義説を支持する理由として、間接取引でカバーできるという点をあげてはならないということである。

2. 自己取引の範囲

このように従来、利益相反取引規制の適用範囲の問題として議論されてきた事項が「取締役一会社間の取引」要件と「自己又は第三者のために」要件の 2 つの要件に基づいて議論されるとすると、これまでの議論は 2 つの要件のいずれに整理されることになるのか。

まず、平成 17 年会社法以降においては、自己のためにする直接取引（いわゆる「自己取引」）に該当する場合には、取締役の任務懈怠責任（会社法 423 条。同条 3 項により利益相反取引に基づいて損害が発生した場合には取締役・執行役の任務懈怠が推定される）は、会社法 428 条に基づいて、「責めに帰することができない事由」（以下、帰責事由とする）による免責が否定されるという点で他の利益相反取引とは差異が生じる。この帰責事由概念と任務懈怠概念とがどのような関係にあるのかについては後述の様に議論があるものの、少なくとも自己取引と他の利益相反取引とを区分する意義があることは明らかである。

帰責事由の免責が認められず、責任が厳格となる自己取引に該当するには、「自己のため」であり、かつ直接取引として「取締役一会社間の取引」要件を充足する必要がある。

まず、ここで「自己のため」の「ため」について名義説をとるのであれば、取引の相手方

問題とする実益はない」と述べる。

の「法律上の当事者」が取締役本人でなくてはならないことになる。そして、名義説を徹底すれば、取引の相手方の法人格が取締役自身でなくてはならず、「取締役一会社間の取引」要件は当然に充足することになり、「取締役一会社間の取引」の認定を操作することでより柔軟に自己取引を拡張して認めることはないということになる。

しかし、実際に名義説を採用した場合にも、自己取引を取引の相手方当事者の法人格を取締役である場合に厳格に限定する立場が論理必然的にとられているわけではない。名義説は取引の当事者の名義が「取締役」であることを求めるものであるが、この「取締役」の認定を柔軟に行うことを認める立場もある。たとえば、ある教科書には、名義説を前提としても、取締役が兼任している会社との取引において、相手方会社を兼任取締役が代表していない場合にも、相手方会社を兼任取締役と「同視」することを認めている¹⁴。

このような当事者の認定作業における「同視」によって、名義説の下でも自己取引の柔軟な認定が認められている。これは、先述の名義説の厳格な理解からは矛盾するようにもみえる。だが、本稿の整理によれば、このような「同視」ないし当事者の認定作業は、利益相反取引のもう 1 つの要件であるところの「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に行ったものと理解できる。そして、「自己又は第三者のために」要件と「取締役一会社間の取引」要件とは異なる要件であるため、前者の要件で名義説をとることと、後者の要件を柔軟に理解することとは両立しうる。

名義説をとる論者には、取締役が支配する別会社との取引は間接取引であるとして会社法 428 条の適用を否定しながらも、利益が取締役自身に帰属したと同視できる場合には 428 条 1 項類推適用を肯定する見解¹⁵や、428 条 1 項の自己のための取引の場面では、356 条 1 項 2 号の場面とは異なり、計算説をとるとする見解¹⁶もある。本稿の整理によれば、これらの見解は、名義説をとりながらも、「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に解釈するという方向で 428 条 1 項の（類推適用ではなく）直接適用として説明することが可能となる。

これに対して計算説をとった場合には、取引の経済的帰属が取締役となれば「自己のため」要件を充足する。例えば、取締役がほぼすべての株式を保有しているような会社を相手方当事者とする取引は、取引の経済的損益が支配株主である取締役に帰属するので「自己のため」要件を充足することになる。

だが、自己取引の認定には、先述のように、「取締役一会社間の取引」要件を充足する必要もある。そして、計算説に立ったとしても、仮に「取締役一会社間の取引」要件を厳格に理解すれば、取締役が支配している会社との取引（当該会社を代表した者が自社取締役ではない場合）では取締役との取引とはいえ、「取締役一会社間の取引」要件を該当せず自己取引（直接取引）には該当しないことになる¹⁷。

¹⁴ 伊藤ほか・前掲注(6)文献 220 頁。

¹⁵ 江頭・前掲注(6)文献 476 頁注 7、高橋ほか・前掲注(6)文献 217 頁。

¹⁶ 伊藤靖史ほか『事例で考える会社法〔第 2 版〕』（2015・有斐閣）253 頁〔斎藤真紀〕。

¹⁷ 具体例として落合編・前掲注(7)文献 81 頁〔北村〕。

もちろん、これはあくまで理論上の可能性であって、計算説を採用している論者の中に、「取締役一会社間の取引」要件を厳格に解する見解は決して多くない。これは、計算説をとる論者は、従来、取引の安全や予見可能性よりも、会社の損害の危険性から実質を重視する立場をとっているからであり¹⁸、かかる立場からすれば「取締役一会社間の取引」要件についても柔軟な解釈が要請されるからである。従来の計算説の論者は「取締役一会社間の取引」要件も柔軟に理解している立場を（明示的に議論しているわけではないので暗黙裡に）前提にしている。しかし、計算説の論者の中にも、条文の文言から「取締役一会社間の取引」要件を厳格にし、それを超える場合は「類推適用」とすべきとする見解も存在する¹⁹。

これを具体例で考えてみよう。例えば、会社が取締役個人と不動産の売買契約を締結するような場合は、どの立場でも自己取引に該当する。結論が分かれるのは、会社が自社の取締役が支配株主である別会社と取引するような場面である²⁰。「自己のため」について名義説を採用し、「取締役一会社間の取引」要件を厳格に解すれば、このような場合は自己取引（直接取引）には該当しない。

これに対して、名義説であっても、「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に解釈すれば、自社の取締役が支配株主である別会社を自社の取締役と同視することができるとして、取引の相手方当事者が自社の取締役と評価することで、自己取引と認定することも可能となる。

この場合、いかなる場合にも取締役が支配している別会社を取締役自身と同視するのは、「取締役一会社間の取引」要件をどの程度柔軟に理解すべきかのスタンスによってかわってくる。別会社の過半数の議決権を持っていれば取締役と同視できるという立場もあれば²¹、法人格否認の法理が認められるような場合に限るという厳格な立場もありえ、グラデーションが存在する。

計算説を採用しても、「取締役一会社間の取引」要件を厳格に解すれば、取締役が支配している会社との取引は自己取引に該当しないということは先述の通りである。「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に理解すれば、自己取引に該当する可能性が高くなる。しかし、計算説が取引の損益が実質的に帰属するか否かを基準としているのに対し、「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に理解したからといっても、損益の帰属のみで判断することまで論理必然に導かれるわけではない。実質的に経営を支配していたか否かといった要素まで判断して初めて当該別会社を取締役と同視するという柔軟だが「やや厳格」な立場もありうる。

¹⁸ 江頭・前掲注(6)文献 445 頁、田中・前掲注(7)文献 247 頁、前田雅弘「取締役の自己取引」森本滋ほか編『龍田節先生還暦記念・企業の健全性確保と取締役の責任』（1997・有斐閣）291-317 頁、292 頁。

¹⁹ 前注(17)参照。

²⁰ 名古屋地判昭和 58・2・18 判時 1079 号 99 頁は取締役が実質的に全株式を有する他の会社との取引を自己のためにする直接取引とする。

²¹ 前田・前掲注(18)文献 308 頁。

【表 1】自己取引該当性

「自己又は第三者のために」要件	「取締役一会社間の取引」要件	取締役個人との契約	取締役が支配株主である会社との取引
名義説	厳格	○	× (間接取引)
	柔軟	○	○ (△)
計算説	厳格	○	×
	柔軟	○	○ (△)

3. 直接取引と間接取引

直接取引として「自己のため」であろうと「第三者のため」であろうと利益相反取引に該当すれば会社（取締役会設置会社であれば取締役会、非設置会社であれば株主総会）に重要事項を説明し、承認を得なくてはならない（会 356・365）。「自己又は第三者のために」要件と「取締役一会社間の取引」要件とはかかる直接取引全体の適用範囲を画する意味を有する。

だが、会社法は直接取引に該当しなくても、一定の場合には間接取引として、全く同様の規律を用意している。つまり、会社への重要事項の説明と承認という規制のあるべき適用範囲としての「自己又は第三者のために」要件と「取締役一会社間の取引」要件を考えるにあたっては、間接取引によって同一の規制が適用される可能性も勘案して考察しなくてはならない。

なお、間接取引と直接取引とは、前述した 428 条の自己取引の場面を除いては適用される規制の内容に違いはない。それならば、自己取引の場面を超えて間接取引と直接取引の区分などというのは「ためにする議論」であって論じる意味はないのではないかという批判もありうる²²。理論的・学術的にはそのような批判に筆者も賛同したいところである。しかし、実際の事案（法科大学院の教室であれば事例問題検討）においては、利益相反取引に該当するという認定をするにあたって、引用条文の条項が異なるため、直接取引なのか間接取引なのかを明示して認定を行うはずである。「少なくとも間接取引には該当する」という認定も可能であろうが、まずは、第三者のための直接取引なのか、自己取引なのか、それとも間接取引なのか、明示して認定することになるはずである。となれば、間接取引なのか直接取引なのかについて、さしあたりの基準を示すことは有用である。

それでは、どのような場合が間接取引に該当するのか。条文上の例示にある会社が取締役の債務を引き受ける場合のほかにもどのような方向に拡大しうるのか。教科書の中には、「会社・第三者間の取引であって、外形的・客観的に会社の犠牲において取締役に利益が生ずる

²² 上柳ほか編・前掲注(13)文献 233 頁 [本間]。

形の行為²³」という抽象的な基準で間接取引を定義するものがあり、これが「通説」だと評価されている²⁴。だが、このような基準だけでは不明確である。

ここで、注意が必要なのは、取締役の債務の引受を典型例とする間接取引の条文が導入されたのは昭和56年商法改正であるところ、同改正以前から、判例は、代表取締役が自己の債務について会社を代表して債権者との間で債務引受したことを直接取引に相当する条文しかない当時の利益相反取引に該当すると判断していたということである（最大判昭和43・12・25民集22巻13号3511頁）。そして、同判例の判断を明確にしたものが昭和56年改正で導入した間接取引の条文である²⁵。この事実は、間接取引の条文は必ずしも必要はなく、2要件の解釈によっては直接取引の条文のみでも対応が可能である可能性を示唆する。

それでは、具体的に間接取引に該当することが問題とされている類型を見ていこう。これには2つの異なる方向に整理できる。

まず、条文が例示する会社による取締役個人の債務保証²⁶と類似する事例がある（保証類似類型）。前述した最高裁で問題となった会社による取締役の債務引受や会社による取締役の物上保証（東京地判昭和50・9・11金法785号36頁）も昭和56年改正以降は間接取引として整理される可能性がある。

もう1つの類型が、会社と取引する第三者を取締役と同視していく方向である（実質的同一類型）。具体例として、自己取引の箇所で前述した取締役が株式100%を保有する他会社との取引がある。名義説をとり、かつ、「取締役一会社間の取引」要件を厳格に解釈した場合には、かかる取引は自己取引に該当しないことになる²⁷。その場合、間接取引として利益相反取引規制を適用していくことになる²⁸。他にも、配偶者や未成年の子といった取締役の家族・近親者との取引などが問題とされてきた²⁹。

そして、この間接取引の2つの類型というのは、どちらも直接取引の2つの要件のうち「取締役一会社間の取引」要件に関するものである。第一類型である保証類似類型は、そもそも取締役の「側」との「取引」とはいえずに直接取引とならない場合に、間接取引として利益相反取引規制を拡張しているものである³⁰。取締役の側との取引といえない場合であっても、会社の行った一定の行為（取引行為であることもあれば抵当権設定などの物権的な行

²³ 江頭・前掲注(6)文献446頁。

²⁴ 伊藤ほか・前掲注(6)文献221頁、高橋ほか・前掲注(6)文献197頁。

²⁵ 元木伸『改正商法逐条解説』（1981・商事法務研究会）130頁、竹内昭夫『改正会社法解説（新版）』（1983・有斐閣）146頁、伊藤ほか・前掲注(6)文献221頁。

²⁶ 昭和56年商法改正前の事案として最判昭和45・3・12判時591号88頁。

²⁷ 高橋ほか・前掲注(6)文献195頁。

²⁸ 高橋ほか・前掲注(6)文献195頁。計算説に立ったうえで「取締役一会社間取引」要件を厳格にしたうえで間接取引とするものとして前述の落合編・前掲注(7)文献81頁〔北村〕。

²⁹ 前田・前掲注(18)文献309頁。

³⁰ 高橋・前掲注(8)文献234頁は、最大判昭和43・12・25民集22巻13号3511頁による間接取引への適用の拡張は、「自己又は第三者のため」要件ではなく「取引」要件の拡張であったと述べる。

為であることもある)が、取締役と会社間の取引と同程度に取締役の利益のために会社の利益が犠牲になるおそれがある類型を間接取引としているのである。ここでは取締役側との「取引」という性質がさらに柔軟化しているのである。

第二類型である実質的同一類型は、「取締役一会社間の取引」要件のうち、取引の相手方を「取締役」とは認定できない場合に、間接取引によって拡張しているものといえる。このことから、間接取引として問題になる類型はどちらも直接取引の2つの要件のうち「取締役一会社間の取引」を満たさない場合に、より柔軟化させたものといえることができる。さらにいえば、「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に解釈できるのであれば間接取引の出番はなくなる。

4. 混乱の原因

このように、利益相反取引に関して適用範囲の議論を見ていくと、実際に、自己取引該当性および直接取引か間接取引かの区別において、結論に影響を与えているのは、「自己又は第三者のために」要件よりも³¹、「取締役一会社間の取引」要件であることがわかる。このことを突き詰めると、法科大学院の教室においては、「自己又は第三者のために」の「ために」の解釈についてはむしろ触れる必要すらなく、「取締役一会社間の取引」といえるか否かのみを解説したほうがよいのではないか。名義説(形式説)－計算説(実質説)という構図は、利益相反取引の具体的な解釈の場面の判断において有用でないばかりか、教育上、有害なのではないか。

それでは、なぜ、従来、利益相反取引の適用範囲の問題を「自己又は第三者のために」の解釈という構図で論じてきたのか。

この問題についてまだ調査が済んでいないため断定はできない。しかし、あくまで予測ではあるものの、同一の文言である「自己又は第三者のために」が用いられている競業禁止義務について論じられてきたことがそのまま利益相反取引に持ち込まれたことに原因があるのではないか³²。現実には、競業禁止義務(会 356I①)では計算説(実質説)が通説とされ、他方、利益相反取引では名義説(形式説)が通説とされてきたわけで、完全に同一に論じられてきたわけではない。しかし、古い文献は、競業禁止義務について論じられてきたことを利益相反取引にそのまま妥当するとしている³³。この競業禁止義務での問題の立て方を、採

³¹ 伊藤ほか・前掲注(6)文献 220 頁も名義説と計算説とで承認の要否に違いが生じる事案は、基本的にないとする。

³² 高橋・前掲注(8)文献 244 頁注 45 参照。

³³ 例えば、田中耕太郎『改訂会社法概論・上』(1955・岩波書店) 124 頁は競業規制について計算説を採ると述べたのち、利益相反取引においては「自己又は第三者のために」の解釈に言及はない。大森忠夫＝矢沢惇編『注釈会社法(4)株式会社の機関』(1968・有斐閣) 418 頁 [本間輝雄] は、利益相反取引(自

る学説のトレンドが計算説から名義説に移った後もそのまま維持してしまったのではなからうか。

II. 「任務懈怠」と「責めに帰すべき事由」の異同

法科大学院の教室で利益相反取引を扱う際に教えるににくいもう 1 つの点が、利益相反取引によって会社に損害が発生した場合に推定される取締役の「任務懈怠」概念(会 423III)と、自己取引の場合に免責のための主張が認められない「責めに帰することができない事由によるもの」(会 428I。帰責事由の不存在)との関係である³⁴。

この議論が複雑となっていった背景には、利益相反取引に伴う責任に関する上記の規律を導入した平成 17 年会社法改正と前後して、民法・債権法改正に向けた議論がなされており、その中では、取締役の任務懈怠責任の一般法とされる民法 415 条の債務不履行責任の理解が大きく変容していったことが挙げられる³⁵。

教員にとっては、商法であっても民法であっても、それぞれ専門分野しか研究せずに「民法(商法)のことはわかりません」ということは許されるかもしれない。しかし、受験技術ではなく将来の法曹としての実務に必要な学識を身に付ける理論的かつ実践的な教育を期待されている法科大学院(法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律 2 条 1 号)では、学生は、民法も商法もそれぞれ専門教員から(建前としては)最先端の研究成果・実務の知見を教わっている。そして、取締役の任務懈怠責任のように民法と商法の両方にまたがる領域において、両科目で教わっていることに整合性が取れないと学生は混乱せざるをえない。ある法科大学院に所属する教員は、全員、教室では同一の説に揃えるべきだとは決して思わない。しかし、それぞれの教員の意見が異なる場合には、それぞれどのよう

己取引)における「自己又は第三者のため」の意義について競業避止義務を定める当時の商法「264 条において述べたところに譲る」とする。

これに対して、松田二郎『会社法概論』(1951・岩波書店) 204 頁は、利益相反取引規制について、「偶々同一人物が二会社の取締役たる時、両会社間に契約が締結されてもその取締役が何れの会社をも代表しなければ、本條(当時の商法 265 条。本稿筆者注)の問題を生じない」という従来の厳格な名義説と同一の立場をとっているが、この根拠として、「取締役が会社と取引を為す場合の問題であるから」と述べ、「自己又は第三者のために」の文言への言及は一切ない。結論はともかく、利益相反取引の適用範囲は「取締役一会社間の取引」要件の問題であって、「自己又は第三者のために」要件の問題ではないという本稿と同じ立場である。

³⁴ 田中亘「利益相反取引と取締役の責任〔上〕」商事法務 1763 号(2006) 4 頁、5 頁によって指摘された問題である。

³⁵ 民法の債務不履行法の理解の変容との関係で取締役の利益相反取引における責任法制との関係について最初に論じたものとして潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」同『債務不履行の救済法理』(2010・信山社) 107 頁、117 頁以下(初出は商事法務 1740 号〔2005〕)。

な関係に立っているのかを学生にわかりやすく説明する必要がある。

だが、民法における債務不履行責任の伝統的な意味での過失責任の原則による理解から近時の契約の拘束力によって一元化していくという流れは、民法学におけるアカデミックゴールともいべき一大テーマである。これを商法・会社法の授業で扱っている時間的余裕はない。そこで、法科大学院生が授業時間外にアクセスできる説明として本章を執筆する。

1. 民法学における債務不履行責任の理解の変容

伝統的な債務不履行責任は、その発生要件を①債務不履行の事実ないし違法性の要件と②主観的帰責事由としての故意・過失と捉えてきた³⁶。ここでは、契約違反という債務不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償（民709）とは、違法性（客観的要件）と有責性（主観的要件）の2要件に規律され、かつ、立証責任こそ異なるものの、主観的要件としての故意・過失は共通するものとして理解されていた。このように債務不履行を不法行為と同列に捉えることで、債務不履行にも不法行為と同様の故意・過失を要求する立場は、契約、不法行為をまたいだ私法の一般原則として伝統的な意味での「過失責任主義」が存在すると整理するものである。

しかし、このような伝統的な理解に対して、債務不履行責任を契約によって設定された義務違反として一元的に捉える理解が台頭した³⁷。このトレンドが通説化して、2000年ごろからの債権法改正にむけた議論の理論面でのバックボーンとなっていった³⁸。このような理解は伝統的な契約責任の理解を以下のように批判していった。

契約上の債務について、一方では、売買契約のような結果債務とされる類型において、債務を履行しなかった債務者が免責される帰責事由の判断において、これまでの判例・裁判例の実質的な立場は、無過失の立証では足りず、不可抗力であることの立証が必要であるとし

³⁶ 鳩山秀夫『日本債権法・総論〔増訂改版〕』（1925・岩波書店）136頁、我妻榮『新訂債権総論』

（1964・岩波書店）106頁、松坂佐一『民法提要債権総論〔第4版〕』（1982・有斐閣）69頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（1972・有斐閣）93頁、林良平=石田喜久夫=高木多喜男（安永正昭補訂）『債権総論〔第3版〕』（1996・青林書院）91頁〔林良平〕、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（1992・悠々社）124頁など。

³⁷ 吉田邦彦「債権の各種—『帰責事由』論の再検討」星野英一編集代表『民法講座別巻・2』（1985・有斐閣）44頁、渡辺達徳「国際動産売買法と契約責任の再構成」法学新報104巻6=7号（1996）45頁など。

³⁸ 山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』（2017・岩波書店）111頁、大村敦志=道垣内弘人『民法（債権法改正）のポイント』（2017・商事法務）114頁以下〔加毛明〕。2017年民法（債権法）改正に向けた作業のうち2009年の民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」（NBL904号掲載）までについての議論は得津晶「取締役法令遵守義務違反責任の帰責構造」北大法学論集61巻6号（2011）1945頁、1962頁以下参照。

てきた点で、伝統的な意味での過失責任主義の求める過失概念とは異なるとする。他方で、委任契約のような手段債務においては、債務不履行は契約上求められる注意義務に違反することであり、また、帰責事由としての過失判断の中で債務者が求められる注意義務もまた契約によって定まるものであることから、債務不履行と過失の判断は、事実上どころか、法律上、必ず重なるものであり、債務不履行が認定されれば過失要件が機能する余地は（事実上ではなく）理論上存在しないとする³⁹。

以上より、契約によって一元的に債務不履行を捉える理解は、伝統的な過失を要件とする理解に対して、A. 債務不履行責任の場面での帰責事由の有無は契約上の義務に違反したか否かによって判断されるものであって不法行為法の過失とは大きく異なること、そして B. 帰責事由としての過失が契約上の義務違反の問題であるならば債務不履行事実の要件のみで判断は足り、そもそも過失要件は不要であるということ（契約責任の無過失責任化ないし厳格責任化などといわれることもある）の2点において批判を加えた。

この2点を徹底すれば、債務不履行責任においては、（結果債務の）不可抗力の場面を除いては、債務不履行事実の要件一つで足り、帰責事由要件は不要か、もしくは不可抗力のように非常に限定された場面でしか機能しないような文言に変更すべきということになる。

しかし、2017年の民法（債権法）改正で実現した415条は、かかる問題意識を受けつつも、債務不履行事実の要件と免責事由としての帰責事由の要件の二要件構成を維持した。これは、従来の伝統的な理解になじんだ実務からの反発に対して民法学が十分に応答しきれなかったという点もあろう。だが、帰責事由の要件については、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由」という長い修飾節が付されることで、契約違反の場面の「帰責事由」とは、契約によって設定される注意義務違反であって、不法行為法上の過失とは異なるものであることが明示された⁴⁰。すなわち前記のA.（不法行為法上の過失との差異）、B.（帰責事由要件の廃止）の二点の批判のうちA.のみが明文上採用された⁴¹。

そして、批判点B.については改正後の民法においてどのように受け止められるのかは定かではない。すなわち、結果債務については不可抗力に限って改正法下での帰責事由に該当するということは明らかであるが、手段債務において条文上の帰責事由概念がどのように機能するのかは定かではないのである⁴²。

³⁹ 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（2002・有斐閣）50頁。

⁴⁰ 筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（2018・商事法務）74頁は「帰責事由の判断枠組みの明確化」と表現する。民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」【3.1.1.63】提案要旨4、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ』（2009・商事法務）250頁。

⁴¹ 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(40)文献252頁は「損害賠償からの免責の枠組みをドイツ型の『過失』・『無過失』から、契約のもとでの履行障害リスクの引受けへと変更したにすぎない」とする。

⁴² 得津・前掲注(38)文献1964頁、森田宏樹『債権法改正を深める』（2013・有斐閣）30頁以下、道垣内弘人「債務者の帰責事由の位置づけ」安永正明ほか監修『債権法改正と民法学Ⅱ－債権総論・契約（1）』（2018・商事法務）45頁、48頁以下。

2. 改正後の民法における手段債務の帰責事由概念の位置づけ

一方では、前述の契約の拘束力に一元化していく民法学説の立場をそのままに、手段債務においては、条文上の債務不履行と帰責事由は全く重なるという理解が提示されている。この場合、帰責事由要件は結果債務でのみ不可抗力免責として機能するとされ、手段債務類型では機能しないことになる⁴³。

他方では、理論上の契約違反事実を、条文上の債務不履行事実と帰責事由概念に割り振るという理解も示されている⁴⁴。すなわち、債務不履行による損害賠償の発生には、理論上は、契約によって定められた義務に違反したことという一つ概念によって決せられるものであるが、この理論上の契約上の義務違反の認定をするにあたり、まずは債権者に一定の概括的ないし外形的な事実状態を立証した場合には、理論上の契約上の義務違反が法律上推定され、それを覆すには債務者が契約上要求されるより具体的な行為義務を尽くしたことを立証する必要があるとする。このうち前者の債権者が立証責任を負う一定の事実状態が条文上の債務不履行（本旨不履行。415I 本文）要件であり、後者のより具体的な行為義務を尽くしたか否かが条文上の帰責事由（415I 但書）要件であると整理する。

この2つの考え方では、契約によって設定された義務違反を示す具体的事実についての立証責任が異なる。仮に条文上の債務不履行事実と帰責事由とが異なる概念であり、立証責任が異なるとしても、両要件は規範的要件であることから立証責任は大きな問題とはならず、議論に実益はないという考えがあるかもしれない。しかし、規範的要件においては、規範的要件を支える事実が主要事実として主張責任・立証責任の規律が適用されることになる⁴⁵。債務不履行事実と帰責事由とは立証責任の所在が異なるため、両者が異なる概念であ

⁴³ 潮見佳男『新債権総論I』（2017・信山社）381頁。

⁴⁴ 森田・前掲注(42)文献33頁、36頁。ただし、森田はこのように帰責事由概念が意味を持つのは、前者の債務不履行要件として一定の外形的事実のみで推定される場面（賃貸借契約における賃借人の賃借物の滅失、寄託契約の受託者の受託物の滅失、運送契約の運送人の運送品の滅失・損傷など）に限定している（同30-31頁）。これに対して、潮見・前掲注(43)文献382頁注2は森田のように手段債務を2類型に分ける必要性がないと批判する。ただし潮見は本稿とは反対に手段債務は帰責事由要件を不要とする方向で統一すべきとし、他方で、寄託契約等も結果債務と整理し、結果債務の免責事由を不可抗力以外にも拡張する方向で処理する。本稿の整理では、かかる債務は手段債務と整理したうえで、手段債務の帰責事由をどのように考えるのかという問題と整理したが、潮見の整理では結果債務において不可抗力以外に免責事由をどのように認めていくのかの問題と整理することになる。この限りでは用語の問題に過ぎないが、潮見のような整理では利益相反取引における法律上の推定をどのように整理するのかは自明ではない。

⁴⁵ 司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実（1）』（1986）33頁、三木浩一ほか『民事訴訟法〔第2版〕』（2015・有斐閣）213頁、高橋宏志『民事訴訟法概論』（2016・有斐閣）121-122頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』（2013・有斐閣）424頁。

るとすれば、両者に割り振られた具体的な事実⁴⁶の立証責任が異なることになる。

さらに、利益相反取引においては、会社法の条文によって、会社に損害が発生した場合に任務懈怠が推定するとされ（会 423III）、自己取引においては帰責事由の不存在による免責が認められないとされている（会 428I）。ここでいう推定される任務懈怠概念とは何なのか、自己取引に限って制限される帰責事由概念とは何なのか、自己取引であっても推定された任務懈怠を覆す権利障害事実の立証は可能なのか、といったことが問題になる。この議論のためには会社法上の任務懈怠概念の一般法である債務不履行事実と、帰責事由概念との異同の理解が前提として必要となるのである。

3. 会社法上の利益相反取引についての取締役の責任

まず、利益相反取引に関する取締役の任務懈怠責任が結果債務と手段債務のいずれなのかを確認する。結果債務・手段債務の分類には様々な議論があるところではあるが⁴⁷、本稿では、契約上の注意義務違反の有無が問題となる場面については帰責事由との重なり合いが問題となるため、それらを「手段債務」という枠組みの中で検討することにする。すなわち、本稿では、結果債務は、免責要件としての帰責事由の不存在が不可抗力に限定されるという意味で用いる⁴⁸。

(1) 結果債務としての利益相反取引責任

このような意味での結果債務として利益相反取引規制を理解した場合、取締役は「利益相反をしてはならない」あるいは「利益相反をして会社に損害を与えてはならない」という義務を負うことになり、不可抗力の場面でしか免責されないということになる。このような理解に立てば、利益相反取引をしたことで任務懈怠が確定的に認定されることとなり、自己取引以外の利益相反取引において免責が認められるのは不可抗力の場面のみであり、自己取引においては会社法 428 条 1 項によって不可抗力免責すら認められないという理解が導かれる。

しかし、これは、自己取引を除いて、利益相反取引を過失責任化したという平成 17 年会

⁴⁶ ただし、規範的要件の中でも、債務不履行事実、帰責事由はともに複数の事実を総合的に考慮して法律要件の該当性を判断するタイプ（いわゆる総合判断型）となることが多く、具体的事実といっても完全に個別具体的な事実ではなく、ある程度「概括的な」事実のレベルで証明責任の規律が課されることになる。三木浩一「規範的要件をめぐる民事訴訟法上の諸問題」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』（2014・信山社）5頁、16頁。

⁴⁷ 森田・前掲注(39)文献 1 頁以下参照。

⁴⁸ 森田・前掲注(39)文献 49－50 頁、潮見・前掲注(43)文献 383－386 頁。

社法改正の趣旨⁴⁹に反する。また、利益相反取引によって会社に損害を与えたことをもって任務懈怠となるのであれば、その場合にも任務懈怠の推定がなされるにとどまるという会社法 423 条 3 項の文言とも整合的ではない。

(2) 手段債務としての利益相反取引責任

そこで、上記のように結果債務・手段債務を定義したのであれば、利益相反取引については結果債務には該当せず、手段債務と理解するのが妥当であるし、従来の議論もこの点は前提として共有していたように思われる。だが、手段債務と理解した場合においても、条文上の債務不履行概念と帰責事由概念と同一と考えるのか異なるものかと考えるのかについて争いがあるのは前述の通りである。

a. 条文上の債務不履行要件=帰責事由

まず、手段債務においては、債務不履行要件と帰責事由要件が法律上、同一となるという考え方を採用した場合について検討する。会社法 423 条 1 項の任務懈怠要件は民法の条文上の本旨不履行要件と平行であり、423 条 3 項で推定される任務懈怠と 428 条 1 項で自己取引の場面で免責が主張できないとされる帰責事由は同一ということになる。

この考え方に従った場合、会社法上の解釈として 2 つの処理がありうる。まずは、428 条が制限しているのは、帰責事由の主張のみであって、任務懈怠の推定を覆す立証については制限していない以上、自己取引であっても任務懈怠の推定を覆すことは可能であるという解釈である。そして、任務懈怠と帰責事由が同一であるため、428 条で制限されている事実と全く同じ事実を任務懈怠の推定を覆す事実として主張することが可能であるとする。この結果、自己取引であってもそれ以外の利益相反取引と責任を否定するために主張・立証することのできる事実は全く変わらず、428 条 1 項は全く持って無意味な条文と理解することになる。

このような理解は 428 条を空文化するものである。民法学の近時の理解とも整合的であり、かつ、理論上、可能な解釈ではあるが、少なくとも筆者が知る限り支持している見解をみたことはない⁵⁰。

そこで、条文上の債務不履行要件と帰責事由要件とが全く同一であるとした場合のもう

⁴⁹ 会社法制の現代化に関する要綱（平成 17 年 2 月 9 日）第 2 部 株式会社関係 第 3 機関関係 (8) 取締役の責任 c 利益相反取引に係る責任 イ 過失責任化。

⁵⁰ ただし、立案担当者の見解のうち、相澤編著・前掲注(12)文献 331 頁は、任務懈怠がないこととして「適法な手続を経て、かつ、取締役としての善管注意義務を尽くしていたことを立証すれば、任務懈怠責任を免れることができる」と述べている。立案担当者は必ずしも近時の債務不履行法の枠組みに立っていないため、この文脈で整理することは妥当でないかもしれない。だが、帰責事由の不存在を上記の事情より狭い不可抗力と理解したとすれば、不可抗力の主張が封ぜられても、より広い上記の事情の主張が封じられないのであれば、428 条 1 項空文化に近い立場といえる。そうであれば、同立場による自己取引の責任を「厳格化された過失責任説」と表現する（伊藤ほか・前掲注(16)文献 245 頁〔斎藤〕）のは妥当でないように思われる。

一つの解釈がでてくる。それは、自己取引では 428 条によって帰責事由の不存在を主張できないのであるから、全く同一である債務不履行に関して推定を覆す立証もできないとする理解である⁵¹。この理解は、商法学においても多く論じられているのみならず⁵²、平成 17 年会社法改正で利益相反取引の「過失責任化」に伴い、自己取引のみ従来の厳格責任を維持したという立法段階での議論⁵³に整合的である。

b. 条文上の債務不履行≠帰責事由

これに対し、条文上の債務不履行要件と帰責事由要件とが異なる概念であるとした場合、債務不履行の推定を覆す事情の主張と帰責事由の不存在の主張とは異なるものとなる。自己取引の場合において帰責事由の不存在の主張は制限されるが任務懈怠の推定を覆す主張立証は可能であるとなる。そして、いかなる事実を任務懈怠と帰責事由とに振り分けるのかという点が問題となる。

民法学において、理論的には契約上の義務違反という統一の概念を条文上の債務不履行事実と帰責事由概念とを区分することを認める立場からは、あるときは、債権者が結果の不実現という外形的事実を証明すれば、そこから経験則や当事者の公平などの考慮に基づいて、債務者の行為態様の評価について一定の範囲で推定を働かせる場面であるとして、「証明責任規範」によって決定されるという説明がなされる⁵⁴。これは、立証責任の分配という観点から決すべきとする商法学界や立案担当者の議論と共通する⁵⁵。

またあるときは、他人物売買の引渡義務、賃貸借契約の引渡義務という結果債務の不履行と、前者の権利移転義務、後者の保管義務という手段債務の不履行とが実体法上「交錯」することによって、結果債務の不履行が手段債務の不履行を推定させるものとなっていると説明されることもある⁵⁶。

商法学における既存の議論は必ずしも前述の民法の債務不履行責任の理解を踏まえたものとは限らない。中には、平成 17 年会社法の立案担当者的ように任務懈怠を違法性、帰責事由を主観的要件の過失の有無という形で債権法改正によって否定された伝統的な意味で

⁵¹ 潮見・前掲注(35)文献 118 頁。

⁵² 北村雅史「競争取引・利益相反取引と取締役の任務懈怠責任」川瀨昇ほか編『森本滋先生還暦記念 企業法の課題と展望』(2009・商事法務) 193 頁以下、239 頁以下、森本滋『取締役の義務と責任』(2017・商事法務) 218 頁、龍田＝前田・前掲注(12)文献 97 頁、高橋ほか・前掲注(6)文献 217 頁 (①の解釈)。

⁵³ 江頭憲治郎『『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説 (3)』商事法務 1723 号 (2005) 6 頁。

⁵⁴ 森田・前掲注(39)文献 56 頁、中田裕康ほか『講義債権法改正』(2017・商事法務) 93 頁〔道垣内弘人〕。

⁵⁵ 吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」黒沼悦郎＝藤田友敬編『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論・上』(2007・商事法務) 521 頁以下、548 頁、得津・前掲注(38)文献 1966 頁、ウェブサイト・会社法であそぼ。(葉玉匡美)「善管注意義務」(2009 年 4 月 22 日 8:30 AM), <http://kaishahou.cocolog-nifty.com/blog/2009/04/post-8aee.html> (last visited Feb. 26, 2019)。

⁵⁶ 森田・前掲注(42)文献 46、47 頁、58 頁。反論として得津・前掲注(38)文献 1966 頁。

の過失責任主義に基づく理解を提示するものもある⁵⁷。だが、商法学において任務懈怠と帰責事由とを別異のものとして提示されている具体的な理解を、民法上の理論的な意味での契約上の義務違反を条文上の債務不履行事実と帰責事由とに割り振る理解と整合的に捉えることは可能である。

例えば、取引を行った時点における条件・内容の公正性を任務懈怠の問題とし、「公正な取引が行われるように、善良な管理者の注意を尽くしたこと」を帰責事由の問題とするという見解がある⁵⁸。これは、前述の立証責任の分配の観点からの分類の1つの例と位置付けることができる。

立証責任分配の基準としては、条文上の文言や実体法の位置づけのみならず、証拠との距離といった観点も重要となる。任務懈怠評価の蓋然性ある事実があれば、当該事実までを債務不履行事実とし、具体的な行為義務・注意義務態様のうち債務者が立証しやすい事情を免責事由として債務者に立証責任を課すという処理も考えられる。債権者にとって契約違反の証明が困難であり、債務者が証拠提出に有利な立場にあるのであれば、契約違反の蓋然性が一定程度伺われるような一定の外形的事実を債権者が証明すれば理論上の契約義務違反の存在が推定されるということである。

前述の説も、取締役が本来的に会社に対して負っている債務は手段債務としての「公正な取引が行われるように、善良な管理者の注意義務」であるところ、その立証責任を完全に会社側に負わせるのは（株主代表訴訟の場面なども念頭に置くと）酷である。そこで、取引を行った時点における条件・内容が不公正であったという外形的事実があれば取締役が当該注意義務に違反したことの蓋然性があるとし、当該外形的事実をもって債務不履行事実としたと整理する。そして、取引を行った時点における条件・内容が不公正であるという外形的事実について、利益相反取引によって会社に損害が発生したというさらなる概括的・外形的事実（外形的事実の外形的事実）をもって推定を認めるとするのが会社法 423 条 3 項と整理するのである。

また、平成 17 年会社法の立案担当者は、違法性と主観的要件としての過失という伝統的な枠組みを一般論として維持していたようであるが、具体的な提言を伝統的な意味での過失責任主義から切り離し、近時の理解と整合的に捉えなおすことも可能である。立案担当者の一人によれば、任務懈怠については、「業務執行自体や意思決定の内容が、会社が把握していた情報を前提として著しく不合理なものであったかどうかを検討し、そのように客観的に著しく不合理な意思決定や業務執行に関与した取締役については、任務懈怠を認め」とし、帰責事由（過失）については、「各取締役が、当時自分に与えられていた情報や権限等を主張」することで善意無過失が認められると述べられている⁵⁹。この理解を利益相反取引

⁵⁷ 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』（別冊商事法務 295 号）（2006・商事法務）117－118 頁。

⁵⁸ 田中・前掲注(34)文献 9 頁、田中・前掲注(7)文献 281 頁。

⁵⁹ 会社法であそぼ。前掲注(55)ウェブサイト参照。

引の場面にあてはめれば、会社レベルで判断して不合理な取引をしてしまったことが任務懈怠であり、具体的な取締役個人レベルの情報や権限に基づいて不合理な取引を阻止することが期待できたかが帰責事由の判断ということになる⁶⁰。

この理解は、取締役が本来会社に対して負っている義務は当該取締役の有する情報や権限に基づいて不合理な取引を阻止すること（合理的な取引をすること）であるが、その立証を全て会社ないし株主（代表訴訟の場合）に課すのは酷であるという判断のもと、会社として不合理な取引であったという外形的事実が立証されれば、取締役個人の義務違反を推定するという扱いがなされると整理するのである。これは、取締役個人レベルでの個別具体的な状況による注意義務違反の有無は被告となる取締役のほうが立証が容易であるという観点から正当化される。そして、会社レベルで不合理な取引をしたという外形的事実が、利益相反取引によって損害が発生したというさらなる概括的・外形的事実によって推定されるのが会社法 423 条 3 項の規律と説明するのである。

これらに対して、結果債務と手段債務の交錯・融合の一例として利益相反取引の場面での取締役の責任を説明することは少し難しい。利益相反取引によって会社に損害を発生させないという結果債務と取締役は公正な取引をするよう（不公正な取引をしないよう）に注意する手段債務の融合と理解することで、ある程度整合的な説明ができるようにみえるかもしれない。しかし、利益相反取引によって会社に損害を与えたことは、任務懈怠を認定するのではなく推定するにとどまる。となると、前述の見解のように、取引時における公正な条件・内容の取引をする義務を結果債務とし、公正な条件・内容の取引をすべく注意する義務を手段債務とし、この両者が交錯・融合すると説明することになるだろうか。しかし、この2つの義務はまさに同一の場面を規律する義務であって、賃貸借契約の目的物の返還義務と保管義務のように「別個の義務」とはいえないのではなかろうか。

(3) 小括

利益相反取引の場面での取締役の責任において推定される任務懈怠概念と自己取引で証明が許されない帰責事由の不存在概念との関係についての議論は債権法改正後の民法 415 条の法文上の債務不履行事実と帰責事由概念との関係の議論とパラレルに捉えられる。そして、改正民法 415 条の理解としても、手段債務において帰責事由概念が機能する場面があるのかなのかについてまだ争いがあり結論がついていない。このことが、利益相反取引についての取締役の責任の要件の議論がいまだ不明確である理由である。

利益相反取引の取締役の義務は、手段債務と理解するのが通常である。そして、民法の理

⁶⁰ このように立案担当者の理解を整理すると実は前述の田中・前掲注(34)文献 9 頁と同一の説と整理することも可能と思われる。ただし、前注(50)で述べた通り、相澤編著・前掲注(12)文献 331 頁は、任務懈怠がないこととして「適法な手続を経て、かつ、取締役としての善管注意義務を尽くしていたことを立証すれば、任務懈怠責任を免れることができる」としており、必ずしも前掲注(55)ウェブサイトの整理とは整合的ではない。

解として、手段債務では条文上の債務不履行事実と帰責事由とは同一概念であり、手段債務において帰責事由概念が機能する場面はないという理解に立つならば、自己取引以外の場面では、任務懈怠の推定を覆す立証も帰責事由の不存在の立証も全く同一ということになる。そして、自己取引では帰責事由の不存在も債務不履行の推定を覆す立証もできない厳格責任と理解することになる。

これに対して、条文上の債務不履行事実と帰責事由とは、理論的には契約上の義務違反という1つの評価を認定するための事情を立証責任の分担の観点から割り振ったものと理解することで、両者は別異なる概念とする理解も提唱されている。そして、任務懈怠として取引時に公正な条件・内容での取引をする義務、帰責事由として取締役が公正な取引を為すべく注意する義務と捉える見解や、任務懈怠を会社レベルでの取引条件の公正性、帰責事由を取締役個人レベルでの当該取締役の具体的な権限・情報に基づいて公正な取引をすべき義務を履行したか否かと捉える見解も、立証責任の分配という観点から両要件に割り振ったものとして民法学説と整合的に理解することができる。

結論

1. 利益相反取引の条文の読み方

以上、本稿の内容を法科大学院の学生向けにまとめると以下のようなになる。

まず、利益相反取引の適用範囲について「自己又は第三者のために」の「ために」の意義ばかりが論点として認識されているが、実は、実際に適用範囲を画するには「取締役一会社間の取引」要件こそが重要である。もちろん、新たに法曹の一員になろうとする段階の法科大学院生が、本稿のような小論のみに基づいて、長い間にわたり蓄積されてきた「自己又は第三者のために」の議論を完全に無視するわけにはいかないであろう。「法律家らしい議論」を身に付けていることを既存の法律家に認めてもらう段階（司法試験はその典型例であろう）では、既存の議論の手法が身に付いていることを示す必要もあろう。だが、眼前の事案を解決するためには、当該事案に利益相反取引規制が適用されるか否かを検討する必要がある、そのためには、「取締役一会社間の取引」要件が必要となる。

「自己又は第三者のために」において名義説をとることが、暗黙の裡に「取締役一会社間の取引」要件を厳格に認定する説をとるということは現段階では認められる議論であろう⁶¹。しかし、計算説を採用するならば、どうしても「取締役一会社間の取引」要件の検討が必要になることは忘れないでほしい。

⁶¹ 高橋・前掲注(8)文献 240 頁、250 頁の説く「厳格な名義説」はかかる立場といえる。

そして、取締役の責任の場面での任務懈怠要件と帰責事由要件との関係については、利益相反取引が結果債務か手段債務かを検討し、(多くの学生のように) 手段債務であるというだけではまだ結論はでてこない。民法の理解として手段債務の場面で帰責事由概念が機能する場面があると考えているのか否かをまず考える必要がある。

そこで、手段債務においては条文上の債務不履行=帰責事由であり、債務不履行事実が認定されれば、帰責事由の不存在が問題になる場面は法律上ありえないという立場をとっているのであれば、利益相反取引の場面でも、任務懈怠の推定を覆す立証と帰責事由の不存在の立証とは同一であり、自己取引においてはそれらが制限される結果、厳格責任となると理解することになる。

これに対して、条文上の債務不履行と帰責事由とは、理論的には契約上の義務違反という1つの評価に関するものであるが、それを立証責任分配の観点から割り振ったもの等と理解することで、手段債務においても条文上の帰責事由の不存在を争う場面はありうると理解するのであれば、利益相反取引においても、任務懈怠と帰責事由とを別異に解することができる。そして、商法学で説かれている、任務懈怠として取引条件の公正性、帰責事由として公正な条件による取引をすべく注意する義務がそれぞれ問題になるとする説などは、この理解の1つのバージョンとして整理することができる。

なお、付言すれば、試験など眼前の事案を分析することが求められる場面では、学生は、本稿のように学説を羅列するのではなく、それぞれの民法債務不履行法の理解に従い、淡々と利益相反取引における任務懈怠要件と帰責事由要件の理解を示して事案を処理することが求められることも忘れないでほしい。

2. 利益相反取引の条文の教え方

利益相反取引の理解について、従来の解釈論は、経済実態や理論的な体系性を重視するあまり、条文との整合性についての議論が不十分であるように感じていた。そして、法科大学院での教育は、最先端の理論的知見を教える場でありながらも、それらの理論的な知見を実務で扱えるように架橋すべき場でもあるはずである。そして、実務を全く知らない筆者の視点ではあるものの、実務において重視されているものの1つが条文であろう。そうであれば、理論的知見を条文解釈に落とし込む作業が法科大学院における教育として要請されることとなろう。

この観点から、本稿では、利益相反取引の適用範囲について「自己又は第三者のために」の「ために」の意義の議論は実益が乏しく、「取締役一会社間の取引」要件の認定に議論をシフトすべきであると論じた。そのためにも、「取締役一会社間の取引」要件の認定に争いがあることを含めて法科大学院ではきちんと教える必要がある。また、意義の乏しい「自己又は第三者のために」要件の重要性を誤信させかねない現行のコア・カリキュラムは改訂

すべきであるように思われる⁶²。

また、任務懈怠要件と帰責事由要件の関係は、本稿で示した通り議論が複雑であり、商法の授業ですべてを扱うことはできないし、すべてを扱うことが法曹として必要な知識であるとも思われない。そこで、民法の教員と相談して、内容を調整する必要もあろう。

平成 16 年に開始した日本の法科大学院制度も、様々な面で当初の見込みと異なる面が見られるようになってきた。しかし、筆者が接する限りでは、近時の学説や判例の到達点の理解に関心の高い学生や法科大学院出身の実務法曹は多く、そのレベルも「研究者教員」というポジションにいる自分が恥ずかしくなるほど高い方も多い。法科大学院制度構想時に理想とした水準には達していないのかもしれないが、実務と理論の架橋は進んでいるように感じる。筆者は、予備試験制度の活用や学部との 5 年一貫制などの諸改革案には必ずしも反対ではないものの、どのような教育形態となるのであれ、このような実務と架橋による理論の深化が今後も進むことを期待し、本稿がその一助となれば幸いである。

※ 本稿執筆にあたり北海道大学民事法研究会（2014 年 11 月 21 日）、東北大学商法研究会（2014 年 7 月 19 日）で報告の機会を賜った。両研究会のメンバーから貴重なコメントをいただいた。記して感謝申し上げるとともに有益なコメントのすべてを反映することはできなかったことをお詫び申し上げます。

※ 本稿は科学研究費補助金（課題番号：15K03190）の研究成果の一部である。

⁶² さらにいえば、コア・カリキュラム制定当時には応用問題だったかもしれないが重要性が増し現在においては「共通に修得すべき学習内容」となったと思われる敵対的買収防衛策（差別行使条件付新株予約権の無償割当など）、キャッシュアウトのほか、平成 26 年会社法改正を含めたものに改定する必要もあろう。