

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由 不存在の抗弁——利益相反取引の条文の読み方・教え方・補論

得 津 晶

1. 問題意識

吉原和志教授を代表する業績の1つに取締役の対会社責任に関する理論的考察がある⁽¹⁾。その中の1つの難問として、平成17年会社法による任務懈怠と帰責事由⁽²⁾（責めに帰することができない事由）との関係がある。

会社法423条は民法415条債務不履行責任の特則⁽³⁾であることから、民法

-
- (1) 吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学60巻1号（1996）1-55頁、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂・2002）78-119頁、吉原和志「取締役の対会社責任と代表訴訟」ジュリスト1267号（2004）62-72頁、吉原和志「[商法から]⑦取締役の任務懈怠責任」潮見佳男＝片木晴彦編『民・商法の溝をよむ』（日本評論社・2013）123-138頁など。
 - (2) 本稿では、会社法428条1項及び民法415条1項但書の「責めに帰することができない事由」をもって「帰責事由」と表現する。この点は、民法415条1項の「債務の本旨に従った履行をしない」こと（本旨不履行）と「責めに帰すべき事由」の不存在の両概念によって画される債務者が（損害賠償）責任を負う理由を「帰責事由」とする山本敬三「債務不履行責任における『帰責事由』」『契約法の現代化Ⅱ』（商事法務・2018）379頁〔初出：法学セミナー679号13頁（2011）〕や後述する森田宏樹教授（注（46）参照）の用語法とは異なる。
 - (3) 平成29年改正まで存在した商事消滅時効（平成29年改正前商法522条）及び商事法定利息（平成29年改正前商法514条）の適用を否定する際に「法によってその内容が加重された特殊な責任」であるが「取締役がその任務を懈怠して会社に損害を被らせることによって生ずる債務不履行責任」であるとした最判平成20・1・28民集62巻1号128頁及び最判平成26・1・30判例時報2213号123頁参照。

(408)

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁

415条の要件事実とパラレルに会社法423条の対会社責任の要件事実も考えられている。民法上の債務不履行損害賠償請求権は、①本旨不履行、②損害、③相当因果関係が要件事実（請求原因事実）であり⁽⁴⁾、④帰責事由の不存在が抗弁事由となる⁽⁵⁾。これとパラレルに考えれば、会社法423条は、民法上の本旨不履行に相当する①任務懈怠、そして②会社の損害と③相当因果関係を要件事実とし⁽⁶⁾、会社法428条1項に表れている④帰責事由の不存在が抗弁事由となる⁽⁷⁾。取締役を含む株式会社の役員は会社に対して善管注意義務を負うことから、合理的な注意を尽くさなかったという注意義務違反が①任務懈怠とされている。他方で、④帰責事由についても、かつては主観的な故意・過失と理解されていたものの、現在は、債務者が取引関係上一般に要求される程度の注意を怠ったことと理解されており⁽⁸⁾、こちらも合理的な注意義務違反と理解できる。よって①任務懈怠と④帰責事由概念とは重なる。

これが問題となるのが利益相反取引、とりわけ自己取引の領域である。株式会社の取締役が利益相反取引を行ったことにより会社に損害が発生した場合には任務懈怠が推定されることとなる（会社法423Ⅲ）。そして、利益相反取引が自己取引（自己に対する直接取引）であった場合には、取締役は責めに帰することのできない事由によるものであること（帰責事由の不存在）をもって対会社責任を免除することはできないとされている（会社法423Ⅰ）。ここで、任務懈怠は推定されているのにとどまるのであれば、推定を覆す証明

(4) 岡口基一『要件事実マニュアル〔第6版〕第1巻』（ぎょうせい・2020）576頁。

(5) 岡口・前掲注(4)文献580頁。

(6) 岡口基一『要件事実マニュアル〔第6版〕第3巻』（ぎょうせい・2020）61-62頁。

(7) 岡口・前掲注(6)文献72-73頁。

(8) 我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店・1964）106, 153頁。

(本証⁽⁹⁾) はできるはずである。会社法 428 条 1 項に基づいて自己取引において取締役が封ぜられるのは帰責事由の不存在の抗弁⁽¹⁰⁾のみであるので任務懈怠を覆す証明をすることは自己取引において可能であるはずである。だが、自己取引における取締役にも認められる任務懈怠の不存在の主張・立証と認められない帰責事由の不存在の主張・立証とはどのように区分できるのか。両概念が区分できないならばどのように処理されるのか。本稿はかかる課題を取り扱いたい。

この問題に対しては、すでに田中亘教授によって明快な回答が示されている。田中教授によれば、利益相反取引における取締役の任務は「公正な取引を行うこと」と理解し、取引条件が公正であったか否かを任務懈怠の要件の中で考慮する。これに対して、公正な取引となるように取締役が善管注意義務を果たしたか否かを帰責事由として理解する。この結果、自己取引においては、会社法 428 条 1 項によって善良な管理者の注意をつくしたとの帰責事由不存在の証明は許されないものの、取引が公正であったという証明は任務懈怠の推定を覆す証明として許されることになる⁽¹¹⁾。

この見解に対して、吉原教授は、公正な取引条件であったか否かは、実際

-
- (9) 若干の文献では、会社法 435 条 3 項の利益相反取引における取締役の任務懈怠の推定を覆すことを「反証」とされている（北村雅史「取締役の義務と責任」法学教室 304 号〔2006〕48 頁、松井英樹「株式会社と取締役間の利益相反取引規制に関する再検討」法学新法 122 巻 9=10 号〔2016〕408、414 頁など）。しかし、会社法 435 条 3 項の任務懈怠の推定は「法律上の推定」であるため、推定を覆すには責任を負わないことを求める被告取締役が任務懈怠の不存在について立証責任を負うことになり（相澤哲編著『一問一答新・会社法〔改訂版〕』〔商事法務・2019〕119 頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第 6 版〕』〔弘文堂・2019〕619 頁）、反証ではなく本証が求められる。
- (10) 前注 (9) との関連で、帰責事由の不存在についても「反証」とする文献がみられるが（北村・前掲注 (9) 文献 47 頁など）、帰責事由の不存在は抗弁事由であって立証責任は被告取締役が負うことになる（新堂・前掲注 (9) 文献 463 頁）。
- (11) 田中亘「利益相反取引と取締役の責任（上）」商事法務 1763 号（2006）9-13 頁、同（下）商事法務 1764 号（2006）4-11 頁。

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁には、会社の損害の認定の問題に吸収されてしまうのではないかとの疑問を呈された⁽¹²⁾。それではどのように解すればよいかというと、「任務懈怠と過失が実質上重なり合うという理解では、428条1項を整合的に説明できない⁽¹³⁾」とするのみで今後の課題とされている。

本稿はこの課題に取り組みたい。すなわち、利益相反取引における取締役の対会社責任についての会社法423条と428条1項の解釈が民法の債務不履行法の理解と連続的に捉えられることを示したい⁽¹⁴⁾。そのための方法として、吉原教授の提唱する「任務懈怠と帰責事由の意味をより掘り下げて考える⁽¹⁵⁾」という方法を取る。すなわち、民法・契約法における債務不履行責任における本旨不履行と帰責事由の概念を、アップデートし、それとパラレルに考えることで整理を図り、それによって田中亘説と異なる結論を取りうることを示したい。

具体的には、吉原教授が改正前商法下で示された見解であるところの、会社の損害の有無は取引内容・条件の不当性で判断し、利益相反取引について会社の承認を得なかった場合には利益相反取引に該当することについて「過失」ないし注意義務違反には法令遵守義務ないし法令遵守注意義務違反（会社法355条）によって責任を負い、また取締役会の承認があった場合には、会社の損害すなわち取引内容・条件の不当性について「過失」ないし注意義務

(12) 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・上巻』（商事法務・2007）545-546頁。

(13) 吉原・前掲注（12）文献548頁。

(14) このように民事法の解釈論について民法体系の整合性（統一性；integrity）あるものとして位置付けることの効用について得津晶「カオナシの民法学」東北ローレビュー7号（2020）167-171頁参照。法の統一性（integrity）について Ronald Dworkin, *LAW'S EMPIRE* 219 (1986, Harvard University Press); ロナルド・ドゥウォーキン（小林公訳）『法の帝国』（未来社・1995）340頁参照。

(15) 吉原・前掲注（12）文献548頁。

務違反を要しないという理解⁽¹⁶⁾を会社法下でもできる限り維持する。後者の責任については、自己取引のみ従前の規律を維持し、それ以外の利益相反取引は会社の損害の有無、すなわち取引内容・条件の不当性について「過失責任」すなわち会社の利益を守る注意義務を果たしたことを取締役が立証した場合に限って免責するという理解を民法の債務不履行責任の理解と整合的に採用することができることを示したい。

なお、本稿筆者は、すでに利益相反取引の条文の解釈について小論（以下、「前稿」とする）を公表し、その中で、本稿の課題である利益相反取引における取締役の対会社責任についても論じている⁽¹⁷⁾。本稿は、前稿と異なる結論を示すものではない。だが、前稿では、明らかではないとして結論を保留した手段債務類型における本旨不履行と帰責事由概念、すなわち任務懈怠と帰責事由概念の関係について、本稿では、現在の民法学の到達点を論拠にさしあたりの結論を提示することで前稿の補遺をなすものでもある。

2. 田中亘説の問題点とその克服

前述の通り、423条3項によって推定される任務懈怠と428条1項の帰責事由との相違について、田中亘論文によって、公正な条件で取引をすることを任務懈怠の基準とし、そして、かかる公正な条件で取引に向けて合理的な注意をつくしたことを帰責事由とすることで明確な結論が示された。だが、かかる田中説には大きな問題点がある。それは、平成17年会社法の立法過程で明示的にとられた政策判断に反するということである。

会社法423条3項による任務懈怠の推定と会社法428条1項の帰責事由の

(16) 吉原和志「利益相反取引にもとづく取締役の責任」法学67巻6号（2004）1078頁。

(17) 得津晶「利益相反取引の条文の読み方・教え方」東北ローレビュー6号（2019）16-21頁。

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁相違の問題が生じたのは、平成17年会社法においてである。この平成17年会社法は、会社法制の現代化に関する要綱（平成17年2月9日）⁽¹⁸⁾を条文化したものを国会による審議を経て成立したものである。そして、要綱及びそれと同一である要綱案は、法制審議会会社法（現代化関係）部会の議論を経たものであり、その途中では、要綱試案（平成15年10月）⁽¹⁹⁾が作成され、それに対するパブリックコメント手続を経ている。この一連のプロセスの中で、利益相反取引のうち自己取引については、取締役の「過失責任化」から「無過失責任」へと議論を経たうえで明示的な変更がなされた。

ここでの「過失責任」「無過失責任」の用語は、損害賠償の要件を任務懈怠と帰責事由とに分けた上での帰責事由としての過失のみを指すものではない。この用語法は、平成17年会社法制定以前の平成14年改正で委員会等設置会社（指名委員会等設置会社）の取締役・執行役の会社（取締役会）の承認を得て利益相反取引を行った場合の損害賠償責任について「その職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明したときは」免責されると定めた規律（株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律21条の21第1項柱書但書）を「過失責任化⁽²⁰⁾」と表現されていたことからそれを引き継いだものである。

法制審議会会社法（現代化関係）部会でも、要綱試案公表前の段階から、利益相反取引における取締役の責任について、通常の任務懈怠責任の一般ルールとの比較で、立証責任に特則を設ける対象は「過失」とされてきた⁽²¹⁾。

(18) 会社法制の現代化に関する要綱（平成17年2月9日）（https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_050209-1-1.html）

(19) 会社法制の現代化に関する要綱試案（<https://www.moj.go.jp/content/000071772.pdf>）、要綱試案補足説明（<https://www.moj.go.jp/content/000071773.pdf>）

(20) 始関正光編著『Q & A 平成14年改正商法』（商事法務・2003）135頁。

(21) 法制審議会会社法（現代化関係）部会（以下、法制審議会とする）第3回会議（平成15年3月19日、https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_030319-1.html）における法務省担当官の説明は「仮に利益相反取引等に係る責任を過失責任化するとした場合に、過失の立証責任についてどのような取扱いをするの

会社法の条文では任務懈怠の推定とされている事柄が、「過失」という用語で語られていることが確認できる。そして、かかる「過失責任」の下では利益相反取引によって損害を生じさせた取締役が責任を免れるために立証すべき事柄が「無過失」とされ⁽²²⁾、また、そこでの「過失」が「任務懈怠」と同様のものであることが示唆されていた⁽²³⁾。

要綱試案では、「利益相反取引に係る対会社責任について、委員会等設置会社以外の会社についても過失責任化を図るものとする」と取締役の利益相反取引における対会社責任について一般的に「過失責任化」が提案されたものの、「会社と直接又は間接に利益相反取引をした取締役等のうち当該行為

かということが、③の問題でございます。利益相反取引等について、取締役会の承認を得た場合と得ない場合とで過失の立証責任についてどのような違いを設けるのか、あるいは設ける必要はないのかということについて、いろいろな案が考えられる……」とする。

- (22) 法制審議会第3回会議（平成15年3月19日）での「現在の21条の21は、これはやはり利益相反取引で会社に損害が生じたということさえ原告が立証すれば、無過失については取締役側が、関係した人間はみんな取締役側が無過失を立証しなさいということ」との発言参照。
- (23) 利益相反取引の場面での取締役の責任も一般の任務懈怠責任と同様に考えるという平成17年会社法では採用されなかった立場の理解について法制審議会第3回会議（平成15年3月19日）での「原告側が任務懈怠といいますが、過失があったことまで立証するということであると、通常取引と何ら変わらないではないかと。通常取引をして会社が損害を受けた場合の責任の在り方と何ら変わらない、それはおかしい」との発言及び法制審議会第13回会議（平成15年9月24日開催、https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_030924-1.html）における「一般の任務懈怠責任と区別しないということですので、過失と呼ぶか立証責任と呼ぶかどうかはともかくとして、原告側で任務懈怠事実、不完全履行事実というものを立証しなければいけないと。その際に、先後関係はよく分かりませんが、仮に、相手方の資力をよく見ないとかいう、いわゆる不履行、見なかった、注意しなかったとかいう不完全履行事実というものを立証した際に、取締役会の承認をちゃんと得て審議をしているということ、帰責事由の不存在ということを取締役側が立証するという関係がまずありますよね。……原告側が不完全な履行、任務懈怠というものの事実を立証する中において、取締役会決議の内容の不正さとかいったようなことは、おそらくそれを基礎づける事実という形で原告側が立証するという構造になるのではないか」との発言参照。

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁による利益が帰属することとなるものに限り無過失責任を負うものとするかどうかについては、なお検討する。(注1)」との注記が付されており、自己取引に代表されるような取締役が利益が帰属するケースについては「無過失責任」とすることが提案されていた。

要綱試案後の法制審議会では、後に見る要綱(案)によって採用される立場であるところの自己取引については「無過失責任」とする立場が支持されていく。ここで注目すべきは、このような「無過失責任」とする論拠として自己取引における取締役の損害賠償責任が「利得の吐き出し」であって通常の損害賠償責任とは異なるということに結び付けられていた点である⁽²⁴⁾。このことは利益相反取引における会社の「損害」をどのように捉えるのかにも影響する。

そして、要綱案では「株式会社(委員会等設置会社を除く。)の取締役についても、過失責任とするものとする。ただし、自己のために株式会社と直接に利益相反取引をした取締役については、無過失責任とするものとする。」と

(24) 法制審議会第21回会議(平成16年4月14日, https://www.moj.go.jp/shingil/shingi_040414-1.html)における自己取引まで過失責任化することへの反論として「理論的に、利益を得た者がその利益を吐き出すということが一体ほかの者の損害賠償責任と同じものなのかどうか。利益の吐出しというのは別物なのではないかという疑問がある」との発言及び法制審議会第25回会議(平成16年6月16日, https://www.moj.go.jp/shingil/shingi_040616-1.html)における「受益した分については忠実義務違反なわけですから、利益の吐出しを求めると。これは無過失責任である」との発言参照。これに対して法制審議会第21回会議(平成16年4月14日)における日弁連委員は「やはりベースは理論的には任務懈怠責任という考え方でできている。そうすると、利益を吐き出させるという観念ではなくて、会社が蒙った損害の範囲、利益があってもなくても損害を払えという制度になる」として利得吐き出しとは異なる損害賠償であることを強調する。だが、同委員も「それにしても、やはり、直接利益を得た、あるいは自己取引をやった取締役と、それを認めた、あるいはその相手方として会社を代表した取締役の責任とは区別しないと何となくバランスが悪い」「直接行った取締役については無過失責任ぐらいは認めないと、こういうものについては会社全体のバランスが悪い」と利益吐き出し的な性格が「無過失責任」の論拠であることを示唆している。

し、利益相反取引のうち自己取引のみ「無過失責任」であり、それ以外の利益相反取引は「過失責任」となることが明言された。ここでいう「過失責任」とは、前述のように平成14年改正商法における委員会等設置会社の規律を念頭に置いたものであり、そのことを要綱案は、「商法特例法21条の21と同様の立証責任を転換した特別の規定を設ける」として表現する。

かかる要綱案がそのまま要綱となり、平成17年会社法の条文、423条3項や428条1項という形で実現された。

以上の立法過程の議論における「過失責任」「無過失責任」は、前述のように、任務懈怠とは区別した概念としての過失を問題とするものではない。任務懈怠と帰責事由とを区分すれば、ここで「過失責任」としていわれているものは、不完全履行としての任務懈怠の立証責任を転換することを意味する⁽²⁵⁾。そして「無過失責任」とは、自己取引によって利益を獲得した取締役（損害額の認定はともかく）「利益の吐き出し」を認めるということであり、任務懈怠であろうと過失であろうと、いずれかがないことを立証すれば免責を認めるというものではなかった。

このように、立法過程における「過失責任」「無過失責任」は、任務懈怠と帰責事由とを区分せずに論じた概念であるため、「無過失責任」とされた自己取引は、帰責事由の不存在の立証はできないことのみを意味し、任務懈怠がないことの証明は可能であるというものではない。そして、この政策判断は法制審議会という立法プロセスを経て明示的になされた政策決定である。

このことから、田中亘説の自己取引において、会社法428条1項によって帰責事由の不存在の証明による免責は認められないが、任務懈怠の推定を覆す証明は認められるとする説は、平成17年会社法改正で採用された政策判

(25) 吉原・前掲注(16)文献1080頁。

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁断に明示的に反することになる。田中亘教授は、法解釈方法論として、解釈論と立法論とを連続的に捉え、解釈論においても積極的に政策判断を取り込むことを強く主張している⁽²⁶⁾。だが、そうはいつても、法制審議会で明示的にとられた政策判断を、実証的な証拠もなく、社会状況の変化もない状況で、解釈論で覆すということは認められないであろう。田中亘教授は、自説を支持する論拠として「不公平」や「取引の時点では……会社に利益をもたらすと見込める取引であっても、取締役が責任を恐れてそうした取引を行わなくなるという問題をもたらす可能性もある」といった点を挙げている⁽²⁷⁾。だが、前者の不公平というのは無内容であるし、後者の点については、一方で吉原教授が指摘するように、取引時点の公正さは損害の有無のレベルで問題にすべきことであるし、他方で、事後的に当時の取引条件の公正さをレビューするには限界があり、本来公正でない取引を公正と判断してしまうという判断エラー（第2種過誤）によって、会社の利益を害する可能性もあり、前述の会社にとって利益となる取引がなされなくなるおそれといずれが大きいかは実証によって決せられる問題であって、実証的な証拠がないならば、民主的プロセスに従ってなされた政策判断を尊重すべきではないか。

3. 新しい契約責任説の多様性

それでは、上記のような立法における政策判断を会社法の条文解釈にどのように落とし込むことができるか。そして、それは民法の債務不履行法の解釈と連続性を持ったものとして実現可能であるのか。

まず、会社法制定時の政策判断は、自己取引における取締役の責任は「無過失責任」であり、この「無過失」とは、過失の不存在も任務懈怠の不存在

(26) 田中亘「商法学における法解釈の方法」山本敬三＝中川文久編『法解釈の方法論』（有斐閣・2021）161-162頁。

(27) 田中・前掲注（11）文献（上）11頁。

もいずれの証明による免責も封ずるというものであった。そして、そのような帰結を会社法の解釈として実現するには、会社法 428 条 1 項によって自己取引をした取締役が封じられるのは帰責事由の不存在の証明のみならず、任務懈怠の推定を覆す証明も含むとし、ここでは帰責事由と任務懈怠とは実体法上同一の概念であって、両者は立証責任によって訴訟法上区分されるに過ぎないという整理がとられることになる。これが前稿における結論であり⁽²⁸⁾、本稿でもかかる結論を維持する。

そこで、本稿で検討すべき課題は、かかる結論が民法の債務不履行法の解釈と整合的なのかどうかに移される。というのは、平成 29 年改正民法の債務不履行法の理解において、①本旨不履行と帰責事由とは実体法上異なる概念であると捉えるべきこと⁽²⁹⁾、および②手段債務においては帰責事由の存否はそもそも問題とならないこと⁽³⁰⁾が潮見佳男教授によって有力に唱えられているからである。前稿及び本稿の整理は、帰責事由と本旨不履行とを実体法上同一の概念とする点で、①の点に反する。また、取締役の対会社責任は一般的に手段債務と理解されており、②の考え方に従えば、会社法 428 条 1 項はそもそも機能することがないはずの条文となり説明ができないことになる。

本稿では以上の問題ないし疑問点に対して、民法ないし平成 29 年改正民法の債務不履行法の理解の基礎となる「新しい契約責任説⁽³¹⁾」と評される立場は、実は一枚岩ではなく、多様な理解が存在し、その中で、会社法の 423 条および 428 条 1 項という実定法に整合的な理解を選び取り、かかる理

(28) 得津・前掲注 (17) 文献 20-21 頁。田中・前掲注 (11) 文献 (上) 7-8 頁の「第一の解釈論」とする立場である。

(29) 潮見佳男『新債権総論 I』(信山社・2017) 379 頁。

(30) 潮見・前掲注 (29) 文献 381 頁。

(31) 内田貴「契約責任の将来像」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』(有斐閣・2019) 117 頁以下、森田修『「債権法改正」の文脈』(有斐閣・2020) 314 頁。

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁解の正当性を示すことで、前稿および本稿で示した立場が民法の債務不履行法と連続性をもつことを示したい。

(1) 「新しい契約責任説」の共通性：批判対象

「新しい契約責任説」の代表的な論者として、潮見佳男教授と森田宏樹教授が挙げられる。しかし、「新しい契約責任説」の中核的主張である契約を中心に債務不履行責任の要件を考えるという点⁽³²⁾、すなわち、債務不履行責任の要件を不法行為損害賠償の要件と統一的に理解して債務不履行責任の免責事由（抗弁事由）である帰責事由を不法行為法の帰責事由たる故意過失と同視するという意味での「過失責任主義」を否定するという点⁽³³⁾からすれば、契約違反から離れた帰責事由概念を不要とすべきことを主張した吉田邦彦教授⁽³⁴⁾、渡辺達徳教授⁽³⁵⁾や、「新たな契約責任論」として債権・債務といった抽象化した概念ではなく発生原因である契約の問題として位置付ける立場を示した山本敬三教授⁽³⁶⁾なども「新しい契約責任説」に含まれるべきであろう。しかしながら、本稿では、平成17年会社法423条及び428条1項の解釈と平成29年改正民法（現行民法）415条の解釈との連続性のみを課題とすることから、民法415条の改正に一定程度影響を与えた⁽³⁷⁾という点で、上記のようなその他の「新しい契約責任説」の議論を含め、従前の学

(32) 内田・前掲注(31)文献121頁、山野日章夫「改正債権法の社会像」安永正昭ほか編『債権法改正と民法学I—総論・総則』（商事法務・2018）12-13頁。

(33) 森田・前掲注(31)文献315頁。

(34) 吉田邦彦「債権の各種」『契約法・医事法の関係の展開』（有斐閣・2003）44頁（初出：星野英一編集代表『民法講座別巻2』（有斐閣・1990）44頁）。

(35) 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号（1996）45頁など。

(36) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」『契約法の現代化II』（商事法務・2018）337頁（初出：ジュリスト1318号〔2006〕87頁以下）。

(37) ただし、平成29年改正民法における「新しい契約責任説」の影響は部分的なものにとどまることを指摘するものとして内田・前掲注(31)文献118頁。

説の議論の成果を結実した形（最終版）である潮見佳男教授と森田宏樹教授の議論に着目する。

ただし、潮見教授と森田宏樹教授に限定しなくても、以下のような「伝統的通説」に対する批判についてはその多くが共通している。

まず、伝統的な通説が債務不履行責任の帰責事由として主観的帰責事由としての故意・過失を要求する点である⁽³⁸⁾。この点は、不法行為法の過失においても、過失は客観化（注意義務化・予見義務化）していることから、債務不履行責任においても当然に妥当しないとされる⁽³⁹⁾。

次に、仮に過失を客観化して考えたとしても、債務不履行責任における帰責事由として、不法行為法と同様の故意または過失を要求する理由はないという点である⁽⁴⁰⁾。不法行為法上の過失要件は加害者（債務者）に行動の自由を保障するためのものであるところ、契約債務者は、契約を締結している以上、契約に反する行動の自由を保障する必要はないため、そのような意味での過失要件は不要である。帰責事由については、あくまで契約の趣旨ないし内容に基づいて決するべきである。この方向を突き詰めることで、従来、帰責事由とされていた要素は本旨不履行（客観的な債務不履行事実）の要件の中でカウントされ、そもそも帰責事由要件は不要なのではないかという点については論者によって見解が分かれている。

最後に、帰責事由を含めた債務不履行責任の要件を具体的に考えるにあたって、結果債務と手段債務という契約類型（債務類型）を指針にする点も共通する⁽⁴¹⁾。だが、そこで説かれる結果債務、手段債務の概念に論者によっ

(38) 我妻榮『新訂債権総論』（岩波書店・1964）106頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社・1992）125頁など。

(39) 森田宏樹『債権法改正を深める』（有斐閣・2013）24頁。

(40) 潮見・前掲注（29）文献377頁、森田・前掲注（39）文献25頁。

(41) 潮見・前掲注（29）文献380-382頁、森田・前掲注（39）文献29-39頁、森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」『契約責任の帰責構造』（有斐閣・2002）49頁（初出：『鈴木禄弥先生古稀記念・民法学の新展開』〔有

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁で相違がある。よって、ここから「新しい契約責任説」の中にバリエーションがあることを認め、その内実を明らかにしていく。

(2) 結果債務・手段債務の区分の意義・機能の多様性

「新しい契約責任説」の代表的論者である潮見教授も森田宏樹教授も、債務の内容・債務不履行責任の発生要件の指針として結果債務・手段債務の分類論を用いる。そして、結果債務とは一般に債務者に対して一定の結果をもたらすべき債務であり、債務の内容がもっぱら特定の結果の実現に向けられているものを指す。そして、手段債務とは、債務者が達成すべき任務に適した手段を取り、慎重かつ勤勉に、最善を尽くすことを約束するが、結果のいかんは必ずしも問題にならない債務を指す⁽⁴²⁾。

だが、潮見教授と森田宏樹教授とでかかる概念の意義ないし機能は異なる。先に結果債務・手段債務の分類に着目した森田宏樹教授は、両債務の区分は当事者が明確に定められた結果の実現が確実であると約束したのか、それとも、それを実現すべく努力することしか合意していないのかという「債務の強度」によってなされると指摘した⁽⁴³⁾。結果債務とは、結果の不実現が不可抗力によることを債務者が証明することによってしか免責され得ない強力な債務であり、契約の中で債務者が結果の実現が確実であると約束したのか否かという結果の確実性によって決せられることとなる⁽⁴⁴⁾。結果債務に

斐閣・1993] 109頁以下)。そのほか結果債務・手段債務区分論と契約中心の債務不履行責任要件理解との接続の重要性の萌芽的な指摘として吉田・前掲注(34) 文献 44頁参照。

(42) 中田裕康『債権総論〔第4版〕』(岩波書店・2020) 35-36頁。後述するように潮見教授と森田宏樹教授の理解の差異を示すため、結果債務と手段債務の理解においては両教授とは異なる著者によるものを用いた。ただし、抽象的な定義だけ見れば両教授に差異があるわけではない。潮見・前掲注(29) 文献 380-381頁、森田・前掲注(41) 文献 16頁参照。

(43) 森田・前掲注(41) 文献 16頁。

(44) 森田・前掲注(41) 文献 49頁。

において不可抗力が免責事由となるのは、契約上の債務の内容・射程が不可抗力を克服してまでも結果を実現するというところにまで及んでいないからである⁽⁴⁵⁾。

そして、この森田宏樹教授の「債務の強度」による損害賠償責任の発生要件の理解は、民法 415 条の要件に引き直した場合に、本旨不履行の要件のみならず、帰責事由の要件（抗弁）も含めて、債務不履行損害賠償責任がいかなる場合に発生するのかというシステム全体（森田宏樹教授はこの意味で「帰責事由」という概念を用いる⁽⁴⁶⁾）を規律するものであるという点が重要である。森田宏樹教授によれば、（民法 415 条 1 項但書の意味での）帰責事由も契約の趣旨、すなわち「債務の強度」によって規律されることになる。そして、立証責任が債権者に課される抗弁事由となる「帰責事由」として何が割り振られるかは、証明責任規範の問題であって、結果債務・手段債務の区分が直ちにこの証明規範に影響を及ぼすことはないとされている⁽⁴⁷⁾。

これに対して、潮見教授の結果債務・手段債務の区分はあくまで、「本旨不履行」要件をどのように捉えるのかに基づく区分である。このため、一定の事実を立証することで「本旨不履行」要件を充足すれば、結果債務となり、抗弁事由としての帰責事由が不可抗力よりも広範・柔軟に認められる場合であっても、結果債務という評価は動かない⁽⁴⁸⁾。すなわち、実態として、債務不履行責任が広く認められるか否かと、結果債務か否かは直接には連動しないことになる。これに対して、手段債務においては、「本旨不履行」の要件を規範的要件と理解し、契約の趣旨や債権者・債務者の具体的な行為態様など規範的要件を支える様々な具体的事情を評価根拠事実あるいは評価障

(45) 森田・前掲注 (41) 文献 50 頁。

(46) 森田・前掲注 (41) 文献 47 頁。

(47) 森田・前掲注 (41) 文献 56 頁。

(48) 潮見・前掲注 (29) 文献 385 頁, 382 頁注 43。

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁害事実⁽⁴⁹⁾として原告（会社または株主）・被告取締役とに立証責任を分配することになる⁽⁵⁰⁾。

(3) 「新しい契約責任説」の多様性

以上のように債務不履行責任を基礎づける要件・抗弁の指針となる結果債務・手段債務の区分の意義・機能の理解に差異があることから、「新しい契約責任論」の内部でも、債務不履行責任を基礎づける要件の理解にも差異があることがわかった。

森田宏樹教授は、本旨不履行要件と帰責事由要件とを併せて責任発生システム全体をみて結果債務か手段債務かを論じる。すなわち「債務の強度」によって分類されるのは責任発生システム全体としてみた場合に責任が発生する場面の範囲あるいは免責される場面の範囲によって決まる。本旨不履行要件は原告が立証責任を負い、帰責事由要件（抗弁）は被告取締役が立証責任を負うものであって、立証責任の分配は「債務の強度」のみで決まるものではなく、証拠との距離⁽⁵¹⁾など様々な事情を考慮していずれの当事者に立証責任を課すべきかという証明責任規範の考慮に基づいて決せられるものである⁽⁵²⁾。

(49) 司法研修所の理解に従えば、「過失」「正当な理由」のような規範的要件について、評価根拠事実が主要事実として立証責任を課し、また、規範的要件の評価を障害する事実（評価障害事実）の立証責任を規範的要件具備を争う側に課すことについて岡口・前掲注（4）文献47-48頁。学説については、高橋宏志『民事訴訟法概論』（有斐閣・2016）121-122頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法・上〔第2版補訂版〕』（有斐閣・2013）524-526頁、新堂・前掲注（9）文献620頁注1参照。

(50) 明確な記述はないものの、潮見・前掲注（29）文献381頁はこのように理解しうる。潮見教授の立場を規範的要件としての本旨不履行の具体的事実を立証責任を原告が負担するものを評価根拠事実、被告取締役が負担するものを評価障害事実とに分類するものと評価するものとして森田・前掲注（41）文献32頁。

(51) 新堂・前掲注（9）文献616頁。

(52) 森田・前掲注（41）文献56頁。

これに対して、潮見教授は、手段債務において、本旨不履行を規範的要件とするため、上記の証明責任規範的な考慮は本旨不履行要件の中の評価根拠事実と評価障害事実との分類の中で行われる。その点では、森田宏樹教授との差異は、用語の問題でしかないということもできそうである。

だが、具体的な事例によっては、潮見説は要件をどのように整理するのかについて混乱を抱えることになる。

森田宏樹教授の理解では、手段債務の中に、債権者が具体的な事実について立証責任を負ってはじめて債務不履行を認定できる類型（手段債務の第1類型とする）のみならず、他人物売買契約における買主悪意の場合における権利移転義務の履行不能や運送契約における運送品の滅失・損傷が生じた場合、取締役の法令遵守義務における法令違反の事実といった一定の結果が実現されていないという外形の事実を立証した場合には、いわば本旨不履行が「推定」されたかのように扱い、その後は、債務者の側で債務者に契約上要求される具体的な行為義務を尽くしたことを立証することによって損害賠償責任を免れるという類型（手段債務の第2類型という）も含まれることになる⁽⁵³⁾。手段債務の第2類型は、債務者が具体的な行為義務を尽くした事実の立証をする必要があり、これは債務者が立証責任を負う以上、帰責事由と整理される。帰責事由であれ、具体的な行為態様によって免責される幅は非常に広いため、結果債務ではなく、手段債務とされる。

このように被告債務者の立証によって免責が認められる対象が不可抗力に限られるような場合を、森田宏樹教授は結果債務と呼ぶのである。そして、帰責事由の不存在が不可抗力に限られるのか、それとも多種多様な行為義務の履行のいずれかが認められれば帰責事由不存在の抗弁が認められるのかは、「債務の強度」を定める契約の趣旨理解により、グラデーションがある。

(53) 森田・前掲注(39)文献30-31頁。

そこで森田宏樹教授は、結果債務と手段債務とは段階的・連続的であるとする⁽⁵⁴⁾。

これに対して、潮見教授の理解では、一定の結果が実現していないという外形的事実の証明のみで本旨不履行事実の存在をいわば「推定」という場合の処理は2通りの可能性がある。1つは、手段債務として扱い、さしあたり「本旨不履行」の証明度を越えたと扱うという方法である。そして、森田宏樹教授が帰責事由と整理するような被告債務者からの具体的な行為態様等の主張は評価障害事実として扱い、かかる事実が認められ、本旨不履行という規範的要件が認められないと判断されたら、責任は認められないことになる。

もう1つの方法は、手段債務ではなく結果債務と整理して一定の結果不達成という外形的事実をもって「本旨不履行」を認めてしまうという方法である。結果債務であるので不可抗力を中心とする帰責事由不存在の抗弁の余地が生じる。契約で合意されたりリスク分配を超えるような事情がある場合は不可抗力とし、一定の範囲の具体的な行為義務を尽くし手も損害が発生した場合には不可抗力であると柔軟に認定することで帰責事由不存在の抗弁の立証がなされたと扱う⁽⁵⁵⁾。

このように、潮見説では、森田宏樹教授が手段債務の第2類型とする債権者による一定の外形的事実の立証をもって債務者に具体的な行為義務の履行の立証責任を課すことの説明が定まらないのである。ここに、潮見説の欠点が明らかになっていると思われる。潮見説は、債務不履行責任発生の要件はすべて契約を中心に判断するといいつながら、結果債務では本旨不履行と帰責

(54) 森田・前掲注(39) 文献 38 頁。両説の相違としてこの点を強調するものとして吉永一行「債務不履行による損害賠償の帰責事由」森田宏樹監修・丸山絵美子ほか『ケースで考える債権法改正』(有斐閣・2022) 90 頁(初出: 法学教室 475 号 [2020]) 参照。

(55) 潮見・前掲注(29) 文献 382 頁注 43。

事由という2つの要件があり、手段債務では本旨不履行行という要件しか存在しない。なぜ、結果債務と手段債務とで帰責事由という抗弁の有無について1-0のデジタル式に切り替わるのかの説明がないのである。まして、帰責事由抗弁も、本旨不履行要件と同様に、契約によるリスクを負っていたかどうかという最終的には契約の解釈・内容の確定の問題とするため、なぜ2つの要件に分ける場面と1つの要件で処理する場面があるのかの説明がないのである。

潮見教授は、結果債務・手段債務の区分に応じた議論をする前の段階で、立証責任を債権者に課す本旨不履行と、債務者に課す帰責事由（潮見教授の用語法では免責事由）の区別について、①債務者が契約において約束した利益状態を債権者が保持していない場合には契約違反が存在するとの立場を基点に据えて債務内容を吟味し、そこからの逸脱をもって本旨不履行と捉え、そのうえで、②例外的に、当事者間で合意されたりリスク分配あるいは契約類型と結びつけられられたりリスク分配を超える障害についてのみ、債務者の免責事由とするという方向が日本の債務不履行損害賠償論の向かうべき方向と述べている⁽⁵⁶⁾。このような枠組みからは、手段債務であっても②当事者間で合意されたりリスク分配を超えるか否かの問題を帰責事由で判断するという方向になりそうである。かかる区分の具体的な基準が適切か否かはともかく、潮見教授も「向かうべき方向」としては手段債務についても帰責事由概念を認めることを承認しているようにうかがえる。「向かうべき方向」という将来の話ではなく、現在の現行法の解釈においても手段債務にも帰責事由レベルで検討することがあると理解してよいのではなかろうか⁽⁵⁷⁾。

(56) 潮見・前掲注(29)文献377頁。

(57) 道垣内弘人「債務者の帰責事由の位置づけ」安永正昭ほか編『債権法改正と民法学Ⅱ—債権総論・契約(1)』（商事法務・2018）49頁も、「契約で合意されたりリスク分配ないし契約類型上のリスクの分配」に関する事項について、手段債務においては債務内容の確定の問題となりすべて債権者に立証責任があるこ

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁

そして、潮見教授の提言する①本旨不履行と②帰責事由の分類は、契約から容易に導かれる事項を債権者の立証責任とし、例外的な事情⁽⁵⁸⁾や具体的な債務者の行為態様と結びつくことが多いため債務者の方が立証が容易である事柄（証拠との距離が近い事柄）については債務者に立証責任を課すとしていることから、訴訟法上の考慮ないし証明責任分配規範に従った考慮とも整合的である。

にもかかわらず、潮見佳男教授が、結果債務と手段債務とで0-1に区分することにこだわる理由はどこにあるのか。それは、潮見教授は当初、結果債務・手段債務の分類に批判的であり⁽⁵⁹⁾、また過失責任との決別にも否定的であり、契約責任にも原則として過失責任原理は妥当し、例外として契約で定めた内容の実現を約束した場合に限って過失なしに責任を認める保証責任が妥当するという整理をしていたことによるのではないか⁽⁶⁰⁾。すなわち、契約の内容確定の問題に還元しきれない原理・領域が（民法415条1項但書に定められた取引上の社会通念といった形とは別に）あるという潮見教授自身が捨て去ったはずの過失責任主義の残滓がこの結果債務と手段債務との区分による0-1での判断構造の相違に表れているのではないか。そして、現在において、潮見教授は、かかる過失責任主義を否定した以上、このような理解にこだわる理由はなくなったはずなのである。

すなわち、潮見教授と森田宏樹教授とは実質的に同一の結論を取る立場とも評しうるが、比較法（参照法）の対象国としてドイツ法から研究を進めている潮見教授と、契約違反の責任についてフォートという統一要件で判断す

とは妥当でないとする。ただし、この点は潮見教授の見解によれば、債務の内容の確定の問題として債務不履行要件に関わる事情ではあるものの、一部の事実は評価障害事実に分類され、立証責任は被告が負うことになると解される。

(58) 新堂・前掲注(9) 文献617頁。

(59) 潮見佳男『契約規範の構造と展開』（有斐閣・1991）15-16頁。

(60) 潮見佳男『債権総論〔初版〕』（信山社・1994）190頁。このことを指摘するものとして森田・前掲注(31) 文献314頁。

るフランス法に基づいて研究を進めている森田宏樹教授との間にまだ埋められていない溝があり、条文の概念に応じた議論をするに当たってはこの小さな、しかし埋めがたい溝を認識する必要があるのではないか⁽⁶¹⁾。

このように考えると、森田宏樹教授と潮見教授とでは、同様の結論を取りながらも、法律構成の用い方に差異があること、そして、潮見教授は本来的に区別があいまいであるはずの結果債務と手段債務との区分⁽⁶²⁾で1-0式に議論のフォーマット（法律構成）が変わる点に難点を抱えていることがわかった。

しかしながら、それでは、森田宏樹教授の議論には問題点はないか。

(4) 本旨不履行=帰責事由の統一要件とする理解の問題点と克服

森田宏樹教授の理解によれば、本旨不履行と帰責事由との分類は、比較法の対象国であったフランス法がフォートという統一要件で契約違反責任を判断しているように、本来的に同一の要件であるものが、立証責任の分配によって本旨不履行と帰責事由に分類されたに過ぎない。すなわち本来は同一の法的評価に対して主張立証をお互いに繰り返すものであって、いわば「債務不履行責任発生」という規範的要件があり、評価根拠事実が本旨不履行、評価障害事実が帰責事由に割り振られていると理解することができる。

(61) 不法行為法について欧州の法統合・収斂の進む現在でこそドイツ法とフランス法との埋めがたい差異の認識が重要であることを指摘するものとして中原太郎「フランス不法行為法の現代的諸相」東北法学会会報 33号（2015）1-3頁、中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』（商事法務・2020）の諸論稿参照。

(62) 潮見・前掲注（60）文献 190-191頁によれば①法律上結果保証が要求されている場合、②当事者間で特別に保証約束がなされている場合、③給付の等価交換が認められる場合の3つを結果債務と整理しているが、注（60）該当本文の指摘するように契約責任を過失責任と保証責任の2本立てで理解していた時期のものであり、今なお維持しているかは不明である。

① 本旨不履行と帰責事由の分配基準

この点に関連して、森田宏樹教授の著作には、立証責任の分配も含めて「契約上の債務の強度」に応じて決するべきと主張している様に読める記述がある⁽⁶³⁾。だが、この点は、契約によって実現が期待されている状況を契約の規範的な解釈によって導くべきであることを述べているにすぎず、そのための手段として立証責任をどう分配するのが望ましいのかは、契約の解釈そのものではなく、訴訟法的考慮ないし証明責任分配規範に従って判断されることになる。

② 一定の外形的事実をもって本旨不履行を認定する類型（手段債務の第2類型）

また、運送契約の運送品の滅失・毀損のような一定の結果不実現という外形的な事実によって本旨不履行の立証が一応、認められる手段債務の第2類型について、森田宏樹教授の著作には、それ自体としては結果債務としての性質を持つ契約上の義務 α （運送契約であれば物品の移動と返還義務）と、それ自体は手段債務としての性質を持つ別個の義務 β （運送契約であれば物品の保管義務・安全運送義務）とが交錯するような場合に限って認めるかのような記述がある⁽⁶⁴⁾。だが、これは手段債務の第2類型の1つの類型を示したに過ぎない⁽⁶⁵⁾。まさに本稿が課題としている株式会社取締役の利益相反取引における責任や法令遵守義務違反の責任のように「証拠との距離」を中心とした証明責任分配規範によって一定の場合には、手段債務の第2類型となることがある⁽⁶⁶⁾。そして、手段債務のうち、第1類型に該当するか第2類型に

(63) 森田・前掲注(39)文献38頁。

(64) 森田・前掲注(39)文献46-47, 58頁。

(65) 森田・前掲注(31)文献330頁, 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)1966頁。

(66) 森田・前掲注(31)文献331頁注49, 得津・前掲注(65)文献1967-1971頁。

該当するかは、契約の内容を実現する手段として以下に立証責任を分配すべきかという規範的判断（訴訟法的考慮ないし証明責任分配規範）によってなされる。

③ 損害賠償と解除の使い分け

もう1つの問題点は、「本旨不履行」と「帰責事由」とを同一の要件としているため、債務不履行損害賠償と「本旨不履行」（条文上は債務不履行であるが混乱を避けるため本旨不履行と表記する）のみを要件とし、帰責事由を不要としている解除（民法541-544条）の説明が見つからない点である⁽⁶⁷⁾。このうち民法534条の債権者の帰責事由の存在による解除権喪失における帰責事由を、債権者側の義務違反と捉える限りでは問題はない。具体的な問題⁽⁶⁸⁾は、売買契約における「10月1日に物品を引き渡す」旨の売主の義務において、自然災害による電車の不通の場合において、本旨不履行または帰責事由のいづれかがないとして損害賠償責任を否定する結論はよいとしても、買主に解除権を認めないという結論は妥当ではなく、そのような結論を導くために「本旨不履行はあるが帰責事由がない」として、本旨不履行と帰責事由とで差異がある場面が想定されている。

このような場面を想定して、解除を認め、損害賠償を否定する場合と解除と債務不履行損害賠償の両方を認める場合とを区分するため⁽⁶⁹⁾、「本旨不履行」と「帰責事由」とで債務者の義務違反の状況・程度を規範的に判断する必要がある。そしてこの区分を「債務の内容か否か」を本旨不履行、「契約で合意されたリスク分配を超えた障害か否か」を帰責事由という定式で固

(67) 道垣内・前掲注(57)文献50-51頁。

(68) 道垣内・前掲注(57)文献50頁。

(69) 解除は認めず損害賠償のみ認めるというのは解除の要件である本旨不履行の重要性ないし軽微性（民法541条但書）によって処理が可能である。

利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁める潮見教授の理解には疑問がある。どちらの要素もあくまで契約の趣旨を基準に判断するという以上のことはいえない。損害賠償責任を認めることは妥当ではないにしても相手方当事者を反対債務からの解放を認めるべき場合か否かという規範的判断によって決すべき事柄であり、上記定式がそれに完全にマッチするようには思えないからである。

また、この点は森田宏樹教授の理解ではなく潮見教授の理解を支持する理由にはならない。というのは、潮見教授の理解では手段債務では帰責事由の働く余地がないとされているため、今度は、手段債務を生む契約において、損害賠償を認めるべきではないが相手方に解除を認めるべきという場面（一定期日までに行うとしていた役務提供を自然災害による交通の途絶を理由に行いえなくなった場合など）で適切な救済を設計できなくなるからである。このような場合には、本旨不履行はあるが帰責事由はない、という形で帰責事由概念を活用する必要に迫られ、その判断は森田宏樹説を採用した場合と同じ複雑な基準を必要とすることになる。

4. 結語

以上のように、民法の債務不履行責任を定める民法 415 条の「本旨不履行」と「帰責事由」とは同一の概念であって立証責任の相違でしか分類できないという整理を取ることが可能であり⁽⁷⁰⁾、これによって、平成 17 年会社法の立法でとられた取締役の利益相反取引において自己取引であれば利益がある取締役には免責の余地なく損害賠償責任を課し、それ以外の利益相反取引においては「本旨不履行」がないという証明、すなわち帰責事由がないことの証明をすることで免責されることになる。そして、平成 14 年商法改正及び平成 17 年会社法制定の立法プロセスでとられた「過失責任」というの

(70) 得津晶「判批」資料版商事法務 460 号（2022）150-151 頁，得津・前掲注（65）文献 1967 頁

は、利益相反取引によって会社に損害が生じたという外形的事実をもって本旨不履行を一応認定するという手段債務の第2類型と整理することができる。

「新しい契約責任説」には森田宏樹教授の理解と潮見佳男教授の理解とに差異があることを示した。森田宏樹教授の理解によれば、このように取締役の利益相反取引における責任を会社法の立法プロセスにおける政策判断通りに理解することができ、また、潮見教授のように結果債務なのか手段債務なのかによって1-0で議論のモードを変える必要もなくなった。当事者が契約で想定していたリスク外のことが発生したため、実際に一定の結果の履行がなくとも損害賠償を認めるべきではないが、相手方当事者に解除権行使のみを認めたい場合には、本旨不履行と帰責事由とを完全に同一とすることによると不都合が発生し、段階的な理解が必要な場面をうまく説明できないという難点は抱えている。だが、これは、手段債務の場面で、潮見説も抱えている問題であって、潮見教授の見解を採れば解決するという問題ではない。

むしろ、潮見教授の理解には、本人が「契約中心主義」を標榜する中で、かつて捨て去ったはずの契約責任における過失責任と保証責任の「二本立て」の残滓がうかがえる。これまでも潮見教授は見解を進化ないし変容させてきたのであって、現在示されている潮見教授の理解からさらに進化し、本旨不履行と帰責事由とを実体法上は同一とみる理解に進めることが期待されている⁽⁷¹⁾。

* 本稿は科学研究費補助金（課題番号：19K01362, 20K20743）の助成による研究成果の一部である。

(71) なお、本稿では、吉原教授の会社の損害とは取引内容・条件の不当性という立場で説明をしたが、本文2で示したように立法プロセスにおいては会社の損害について「利益の吐き出し」を認めることが「無過失責任」とする理解と結びついていた。この点は今後の課題としたい。