

## 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(五)

笠原, 武朗  
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/3891>

---

出版情報 : 法政研究. 71 (1), pp.51-114, 2004-07-15. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 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(五)

笠原武朗

第一章 検討の対象と問題の所在

第二章 取締役の監視・監督義務の具体的内容と責任の判断枠組の一般論

第三章 内部統制システムに関する取締役の義務(以上、六九巻四号・七〇巻一号・二号・三号)

第四章 商法二六六条一項の意義―複数の任務懈怠取締役がいる場合

第一節 問題の所在

第二節 商法二六六条一項の沿革

第三節 裁判例・学説の考え方

第四節 共同不法行為法における議論

第一款 取締役の対会社責任の債務不履行構成と不法行為構成

第二款 民法七一九条一項の意義

第三款 取締役の責任と関連する点について(以上、本号)

第五節 アメリカ法の分析

第六節 商法二六六条一項の意義

第五章 減責の可能性—複数の任務懈怠取締役がいる場合

第六章 総括

第四章 商法二六六条一項の意義—複数の任務懈怠取締役がいる場合

第二章及び第三章の検討は、取締役がその監視・監督義務として具体的にどのような内容の義務を負っているのか、それを前提とする責任の有無の判断はどのように行われるのが望ましいかということを対象とした。すなわち、他の取締役や従業員による会社に損害を与えるような、そしてそれらの者がその損害について責任を負うべきこととなるような行為があったとして、それらの者（直接行為者）の監視・監督義務者として取締役が責任を負うべき場合とはどのような場合なのかという問題である。そのようなケースにおいて監視・監督義務者としての取締役の責任が認められる場合、会社に生じた損害についての責任主体は複数存在することとなる。それでは、その複数の責任主体がそれぞれ負担すべき責任額についてはどのように考えることになるのであろうか。本章及び次章ではこの問題について検討することとしたい。

複数の責任主体が存在する場合というのは、何も監視・監督義務違反の場合に限られることではないが、監視・監督義務違反の場合には常に複数の者が責任を負うことになるため、本稿においてもこの問題を検討する必要があると思われる。また、複数の責任主体が存在する場合に、それが全て取締役であるとは限らないが、検討は全て取締役である場合を念頭に置いて行うこととする。<sup>(2)</sup>

さて、取締役が監視・監督義務違反に基づいて会社に対する責任を問われる場合に問題となるのは、商法二六六条一項五号である。すなわち、監視・監督義務の違反は善管注意義務（商法二五四条三項・民法六四四條）ないし忠実義務（商法二五四条ノ三）の違反として、商法二六六条一項五号の法令・定款違反行為に該当する。この五号に注目して商法二六六条一項を読み替えると、「（取締役が）法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタル：場合ニ於テハ其ノ行為ヲ為シタル取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ：会社が蒙リタル損害額ニ付：賠償ノ責ニ任ズ」ということになる。<sup>③</sup> 伝統的かつ通説的な理解では、この規定があるが故に、責任を負うべき取締役が複数存在する場合には、彼等は会社に生じた損害の全額につき、従って同額の責任を負うことになる。<sup>④</sup> 各取締役がそれぞれ負担すべき責任額について問題とする余地はない。

そのような理解の前提となっているのは、商法二六六条一項は「数人の取締役に任務懈怠があつた場合にその取締役の責任が連帯とされている点において、債務不履行に関する一般原則の特例をなしている」<sup>⑤</sup> ということ、つまり、「連帯」と書いてあることで責任が厳格化されているのだという理解である。しかし、「連帯」という言葉自体は各取締役が全額・同額の責任を負うということを直接に意味している訳ではないし、「連帯」という定めが各取締役の負担すべき責任額について問題とする可能性をア・プリアリに排斥するまでの意味を持つとは思われない。事実、同じく「連帯」と定めてある民法七一九条の共同不法行為について、複数の責任者間で責任額が異なる可能性について議論があるのは周知の通りである。従って、結局は各取締役が全額・同額の責任を常に負うものとしても、商法二六六条一項に「連帯」と定めてあるからという理由だけでは、そのような結論を導くには不十分であるように思われる。

以上のような問題意識からすると、各取締役の負担すべき責任額についてどのように考えるかを検討する前に、「（取締役が）法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタル：場合ニ於テハ其ノ行為ヲ為シタル取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ：会社が蒙リタル損害額ニ付：賠償ノ責ニ任ズ」という商法二六六条一項の規定はどのような意味を持つものなのか、ある

説  
論  
いは、どのような意味を持つものとして考えるべきなのかについての検討が為されなくてはならないことになる。これが本章で行う作業である。

まず、商法二六六条一項の規定の意味という問題の立て方は従来殆ど為されていなかったものであるため、本稿が持っている問題意識をより明らかにしておく必要がある。そこで、まず一節を設けて問題の所在を論じることとした。

## 第一節 問題の所在

一 複数の任務懈怠取締役がいる場合に、各取締役が負担すべき責任額についてどのように考えるかという問題を検討するための前提として、彼等の責任を規定する商法二六六条一項が一体いかなる意味を持つ規定であるのかを考えておく必要がある。先に見たように、一般的には、商法二六六条一項は「連帯」を定めた点で債務不履行に関する一般原則よりも複数の任務懈怠取締役の責任を厳格化していると考えられている。ということは、もし仮に商法二六六条一項が「連帯」と定めておらず、複数の任務懈怠取締役の責任を債務不履行の一般原則だけで処理することになるのだとすると、そこでは現在とは何かしら異なる処理が行われることになるはずである。

ではどのような処理が行われることになるのか。そして、そのような債務不履行の一般原則による処理との比較で、商法二六六条一項が存在することで具体的にはどのような点が異なってくることになるのか。この商法二六六条一項により異なった処理が可能となる点を、「商法二六六条一項の意義」と呼ぶこととしよう。

この商法二六六条一項の意義の検討が本章の課題であるが、実は従来このような問題は自覚的には殆ど論じられてはおらず、学説なり裁判例なりがどのように考えてきたのかははっきりとしない。それどころか、「連帯」と書いてある

ではないか、従来論じられてこなかったのは論じるまでもなかったからではないかとして、このような問題の立て方に果たして意味があるのかとされる向きもあることだろう。そこで、以下では、いくつか例を立てながら、本稿が商法二六六条一項の意義に関して持つ問題意識を明らかにしていくこととしたい。

二 ある会社に代表取締役Aと取締役兼経理部長Bがいたとする。Aの娘であるMは従業員としてこの会社に勤務していた。Mは会社の資金を使って自分のためにブランド品を買い漁っており、そのことをAもBも知っていたが黙認していたとしよう。この場合、AとBには監督義務者として善管注意義務ないし忠実義務の違反があることは明らかである。そのような債務不履行に基づき、AとBは少なくともMがブランド品購入に用いた額(三〇〇万円)につき会社に対して責任を負うべき立場にある(商法二六六条一項)。

それでは、もしこれを民法の一般原則だけで処理するとすると、どのようなことになるであろうか。我が国の民法典においては、四二七条で「数人ノ債権者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債権者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ権利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ」と定められている。すなわち、分割債権・債務関係の原則である。もしこの原則が妥当するということになれば、会社としてはAとBにそれぞれ一五〇万円ずつしか請求できないという結論になることは避けられないであろう。<sup>6)</sup> これとの比較では、商法二六六条一項には意義が認められることになる。すなわち、AとBの責任が連帯責任とされることで、会社はAに対してもBに対しても三〇〇万円請求できることになる。分割責任ではなく連帯責任(分割責任との対比であるので、ここでは全額についての責任と言った方がいいかもしれない。<sup>7)</sup>)とすることに意義があるというのは、従来の学説も認めていたところである。

しかし、現在の民法理論を前提とすると、このような意義には殆ど意味がない。AとBにそれぞれ一五〇万円ずつしか請求できないという結論にはなると思われなからである。第一に、民法四二七条の定める分割債務の原則の妥当

範囲については、古くからの批判がある。例えば、我妻教授は、「然し、この原則（筆者注・分割債権債務関係の原則）を無制限に認めるときは、…当該債権関係を生ずる制度の趣旨に反し、また当事者の意思にも適さないことが少なくない。解釈論としても、適当な制限を加えることが必要である<sup>(8)</sup>」とされていた。制限を加えるべき分割債務の例として具体的に挙げられているのは、民法上の組合の金銭債務や共同相続された金銭債務<sup>(9)</sup>、複数の者が事務管理による費用償還債務や不当利得返還義務を負う場合、契約上の債務のある種の類型等であり<sup>(10)</sup>、複数の者が債務不履行責任を負う場合は挙げられていない。このことは他の論者においても同様である<sup>(12)</sup>。しかし、それは、上述のケースのような、同一の目的に向けられた一般的な義務を負担する者がその不履行により同一の損害を生ぜしめた場合という特殊な債務不履行の形態が、この問題を論じる際に意識されなかつたというだけであろう。複数の取締役が任務懈怠により負う責任が分割債務となるという結論は、「当該債権関係を生ずる制度の趣旨に反」するということになりそうである。

第二に、実際、損害賠償の局面において民法四二七条が貫徹されないことは、現在においては殆ど通常のことであるように思われる。例えば、使用者の損害賠償責任（民法七一五条一項）と被用者の損害賠償責任（民法七〇九条）、法人の理事による不法行為の場合における法人の損害賠償責任（民法四四四条一項）と理事の損害賠償責任（民法七〇九条）等は明文の規定がなくとも不真正連帯債務の関係にあると解されている<sup>(13)</sup>。また、裁判例においても、例えば、交通事故と医療過誤の複合事例における事故の加害者の不法行為責任と債務不履行責任と構成された医師の責任とは連帯責任であるとされているし<sup>(14)</sup>、医療過誤事例における病院経営者の債務不履行責任と担当医師の不法行為責任についても、共同不法行為の規定（民法七一九条）を類推適用して連帯責任となる旨判示されている<sup>(15)</sup>。更に、最近の公害訴訟（塵肺訴訟）においても、複数の使用者の雇用契約上の安全配慮義務の不履行を認めた上で、複数の使用者の下で働いた被害者に対する責任については民法七一九条一項の類推適用により使用者らの連帯責任とされている<sup>(16)</sup>。なお、これらの裁判例ではしばしば民法七一九条の規定の類推適用が言われるが（何も言わないこともある<sup>(17)</sup>）、民法四二七条の分割債務の

原則を排除する上で、それぞれの場合が不法行為として構成すれば共同不法行為となるような類型であることが必要な条件であると考えられている訳ではない。<sup>18)</sup>

以上のように、現在の民法理論においては、分割債務の原則によりAとBが一五〇万円ずつ払うという結論にはなりそうもない。AとBは不真正連帯責任を負い、会社の請求により三〇〇万円の全額について支払わなくてはならないということになる。商法二六六条一項の「連帯」は不真正連帯であるとされているから、<sup>19)</sup>結局、商法二六六条一項があるうがなかるうが、この点についてはAとBの責任には何らの影響もないのである。

三 分割責任ではなく連帯責任となることに関しては、現在では商法二六六条一項には特に意義が認められないと言っても、当然それにより同規定に問題があるということではない。単に注意的に「連帯」と定めたものと理解を変えるだけのことである。それでは何が問題なのか。次のようなケースを考えてみよう。

輸入卸売会社の取締役CとDが、相談の上で、著名な高級香水ブランドを持つフランスのP社の販売代理店と称するQ社から仕入れた香水を販売することを決定し、実行した。実はQ社の扱う香水は偽ブランド品であり、CとDはそのことを承知の上でP社ブランド品と称して販売することを決定したのである。更に困ったことに、Q社の偽ブランド香水には度重なる使用で皮膚に回復不能で重大な影響をもたらす原料が用いられていた。このことについて香水のエキスパートであるCは認識していたのであるが、Dには秘密にしておいた。販売開始後、この香水は比較的廉価なP社ブランド品として人気を博し、順調な売上を見せたが、半年後にP社の指摘で事実が発覚した。その結果、小売業者や消費者からの返品やP社に対する賠償で、会社は計一億円の損害を蒙った。更に、皮膚に回復不能で重大な影響を被ったとする消費者からの損害賠償請求により、会社は計一億円の支払を余儀なくされた。この場合、CとDはどのような責任を負うのであろうか。



CとDは偽ブランド香水であると認識して販売の決定・実行を行ったのであるから、CとDには善管注意義務ないし忠実義務の違反があると考えるべきである。偽ブランド香水の販売（義務違反）と会社に生じた損害との間の因果的因果関係も明らかである。そのような前提で、まず、CとDの責任を債務不履行責任に関する民法上のルールに基づいて考えてみよう。問題となるのはCとDが賠償すべき損害の範囲であり、それは相当因果関係<sup>(20)</sup> 民法四一六条により定まる。<sup>(21)</sup> 相当因果関係<sup>(21)</sup> 民法四一六条を適用した結果、考えられる結論は二つである。一つは、C・D共に二億円につき責任を負うという結論、もう一つは、Cが二億円につき、Dが一億円につき責任を負うという結論である。先の検討に基づけば、民法四二七条の適用はないので、前者の場合には二億円につきC・Dの連帯責任、後者の場合には一億円につきC・Dの連帯責任、残り一億円についてはCの単独責任ということになりそうである。

このような結論の相違をもたらすのは、勿論、Q社の偽ブランド香水には皮膚に回復不能で重大な影響をもたらす原料が使われているという事情をCは認識し、Dは認識していなかったという事実の評価である。まず、この事情による損害を特別損害と見るか、通常損害と見るかという問題がある。偽ブランド香水を使ったからといって皮膚に重大な影響の出ることは通常ありえないと考えるか（特別損害）、偽物には粗悪品が多く、皮膚に直接つけるものであれば何らかの問題を生じることが十分ありうると考えるか（通常損害）である。また、たとえ特別損害であったとしても、Dにとっての予見可能性が問題となりうる。すなわち、Dは取締役として会社に対して負う義務の履行上、Q社の偽ブランド香水が有する（偽物であるという点以外の）問題点について認識すべきであった、すなわち予見可能であったと考えられる可能性もある。要するに、例の立て方にもよるのだが、相当因果関係<sup>(20)</sup> 民法四一六条の枠組で考える限り、いろいろありうるということである。

ところで、このCとDには、偽ブランド香水の販売につき共謀とも言うべき関係にある。この点を捉え、CとDには「強い主観的関連」「主観的関連共同」があるとして、民法七一九条一項前段の共同不法行為が成立すると考えることも

できるかもしれない。あくまで取締役の会社に対する責任は債務不履行責任であるという理解を堅持するとしても、民法七一九条一項前段が類推適用される可能性もある。民法七一九条一項前段が適用ないし類推適用されることの意味は、現在の共同不法行為理論におけるほぼ共通した理解によると、各共同行為者が各人の行為と相当因果関係の範囲にある損害を超えた全損害について賠償責任を負うという効果が与えられることにある<sup>22</sup>。従って、このような構成が可能であるとすると、Dの予見可能性について右のように云々する必要はなくなり、CとDは二億円につき連帯責任を負うという結論に至ることとなる。

それでは、このケースを商法二六六条一項で処理するとどうなるのであろうか。一般に、商法二六六条一項五号の責任が認められるためには、取締役の行為（義務違反）と損害との間の相当因果関係が必要であるとされる<sup>23</sup>。しかし、これが各任務懈怠取締役について個別的な相当因果関係を必要とする趣旨なのか否かは実は明らかではない。第二章において取締役の監視・監督義務違反の場合における因果関係について検討した際には、各取締役につき個別的な因果関係が問題となることを前提としていた。ところが、民法上のルールで処理するのではなく、商法二六六条一項の責任として考える場合には、商法二六六条一項の意義についての考え方によつては、そのような前提が変わってしまう可能性があるのである。

商法二六六条一項には個別的な相当因果関係Ⅱ民法四一六条を考慮することを不要とするような意義はないと考えるのであれば、商法二六六条一項に基づくC・Dの責任の範囲を考える際には、C・Dそれぞれの予見可能性を問題とする必要があることになる（Cが二億円、Dが一億円につき責任を負い、共通する一億円について連帯責任となるという結論に至る可能性がある）。逆に、商法二六六条一項は民法七一九条一項前段のように各人の行為との個別的な相当因果関係Ⅱ民法四一六条を問題とすることを不要とするような意義があると考えるのであれば、Dの予見可能性については問題とせず、Cの予見可能性を基準として考えることになる（C・D共に二億円につき連帯責任を負うことになる）。

もし前者であれば、商法二六六条一項の下での相当因果関係の問題は単純に民法四一六条の適用の問題であり、商法二六六条一項の存在がそれに影響を与えることはないということになる。もし後者であれば、あるいは後者のような処理を行うべき場合を一部認めるような見解に立つのであれば、商法二六六条一項には、分割責任ではなく連帯責任となるということ以外の意義があるということになる。

以上の点については、果たしてどのように考えればよいのであろうか。

四 次のようなケースではどうか。同じく輸入卸売会社の代表取締役Eが偽ブランド香水の販売を決定・実行し、平取締役Fには監視義務の懈怠があったとする。その結果、返品や賠償により会社に一億円の損害が生じた。

Fらの監視義務違反の態様には、取締役として普段果たすべき義務を果たしていなかったような場合から、Eの行為を黙認していたような場合まで、様々なものが考えられるが、とにかく何らかの監視義務違反があったことが前提である。また、偽ブランド香水の販売から生じた返品や賠償による損害は通常損害であると考えられるので、相当因果関係  
Ⅱ民法四一六条は問題とはならない。従って、民法の一般原則によりこのケースを処理しようとする、監視義務違反と会社に生じた損害との間の事実的因果関係の存否によりFらの責任の有無が定まることとなる。あるいは、共同不法行為に関する議論をこの場合にも推して、監視義務違反の態様によっては、例えば「黙認」という要素を捉えて個別的因果関係をそもそも問題とする必要がないという理論構成を採る可能性も考えられる。

さて、このケースを商法二六六条一項で処理するとすると、先のケースと同様に、商法二六六条一項において各人につき個別的な事実的因果関係がそもそも必要となるか否かという問題がまず大きな意味を持つことになる。もし商法二六六条一項に各人につき個別的な事実的因果関係を考えることを不要とする意義があるのであれば、Fらにつき事実的因果関係があるとかないとかの話は商法二六六条一項の下では意味を持たないということになり、第二章第三節で検討

した、監視義務違反と損害との間の因果関係についての検討はそもそも無意味であったことになる。これに対して、商法二六六条一項にはそのような意義はないと考えるのであれば、あるいは、場合により個別的に事実的因果関係の存否を考える必要があったりなかつたりすると考えるのであれば、監視義務違反と損害との間の因果関係を個別的に問題とする必要が理論上はあることとなる。

これについてもどのように考えるべきであろうか。

五 右のケースとの比較で、商法二六六条二項・三項<sup>25</sup>が問題となるケースについて考えてみよう。右のケースにおいて、偽ブランド香水の販売は取締役会決議を経た上で決定され、Fらは偽ブランド香水であることを認識して、あるいは、過失によってそれを知らずに決議に賛成したものとする。民法の一般原則で考えるならば、取締役会決議の有無は殆ど関係がないであろう。同じく、事実的因果関係があるかないかという話になるか、あるいは、共同不法行為に関する議論の応用が検討されることになる。

ところが、商法二六六条二項によれば、同条一項各号所定の行為が取締役会決議に基づいて為されたときは、その決議に賛成した取締役も「其ノ行為ヲ為シタルモノト看做」される。一般に、二項による責任の成立のためには、決議に賛成した各取締役において一項各号の主観的要件(五号であれば、故意・過失)を同様に満たすことが必要であるとき<sup>26</sup>れている。従って「其ノ行為ヲ為シタルモノト看做ス」ことの意義は因果関係の問題に求められる。「其ノ行為ヲ為シタルモノト看做」される結果、Fら各人の行為(賛成)↓決議↓Eの行為という部分の因果関係は問題とされない<sup>27</sup>ので、Fら各人には会社に生じた損害との間の事実的因果関係が常に存在することとなり、一億円につき責任を負うこととなる。「決議賛成取締役の…因果関係の要件については、それら独自のものに代わり、問題の決議を実行した真実の行為取締役と会社の損害との間の因果関係の存否によって決せられると解すべき」との指摘の通りである。すなわち、二項

の場合には個別的な事実的因果関係を不要とする意義があるということになる。

ただし、相当因果関係Ⅱ民法四一六条が問題となる場合にはどう解すべきかはなお問題である。例えば、先の例との組み合わせで、この偽ブランド香水の原料には皮膚に回復不能で重大な影響を与えるものが使われており、代表取締役Eのみがそれを認識していた場合を考えてみると、商法二六六条二項によっても、それにより会社に生じた損害が通常損害か特別損害か、Fらにとって予見可能かという問題を検討しなくてはならないのであれば、商法二六六条二項によつて擬制されるのは事実的因果関係のみであるということになる。

六 以上要するに、商法二六六条一項には、分割責任原則の適用を排除する機能（これは現在では殆ど意味がないと言つてよい）の他に、各取締役につき個別的な事実的因果関係、相当因果関係Ⅱ民法四一六条を考慮することを不要とするような意義があるのかということは、なお残された問題である。換言すれば、商法二六六条一項を介すことにより事実的因果関係や相当因果関係Ⅱ民法四一六条の存在が擬制されることになるのかということである。

更に他の問題も考えることができる。商法二六六条一項と同じく「連帯」を定める民法七一九条の共同不法行為を巡る議論においては、各加害者が負うべき損害賠償額に関する「寄与度」減責と共同不法行為との関係が論じられている。「寄与度」減責とは何であるかは後に詳しく見るが、<sup>28)</sup>簡潔に言えば、複数の加害者が存在する場合に、各人の損害に対する寄与の割合を考慮してそれぞれの賠償額を減額することを可能にするための理論である。そのような理論が何らかの形で認められるとした場合、共同不法行為の成立はその理論の適用可能性を排斥するものであるのかが問題となる。これと同様に、商法二六六条一項についても、同条の責任の問題である限り「寄与度」減責の理論の適用可能性は排斥されると考えるのか否かを問題とすることができるようになる。適用の可能性自体は排斥されないとしても、取締役の会社に対する責任の文脈で実際に「寄与度」減責を行うことの可否については、「寄与度」減責の理論上の問題と

して更に検討すべきことになるが、ここでの問題意識は、そもそも商法二六六条一項の意義として「寄与度」減責の可能性がはじめから排斥されると考えるべきか否かということである。

以上のように、複数の任務懈怠取締役が存在する場合について、民法上の一般理論との比較において商法二六六条一項があることで彼等の責任のあり方にどのような影響があるのかという問題については、分割責任の適用の排除という点の他にも、なお検討すべきことが残されているように思われる。

七 この問題を考える上で、商法二六六条の解釈上問題となりうる点として、以下の二点を挙げるができる。第一に、決議賛成取締役に関する二項が少なくとも事実的因果関係についてはその存在を擬制する意義を有していると考えられることをどう評価するかである。二項がこのような意義を特別に付加したということを強調するのであれば、一項自体にはそのような意義を認め難いということになる。逆に、決議があつたかなかつたかでこのような意義が認められたり認められなかつたりすることにアンバランスを感じるのであれば（監視義務違反が黙認を内容とするものであつたようなケースとの対比が分かり易い）、一項にもそのような意義を認める解釈に向かい易くなるであろう。

第二に、商法二六六条一項の文言上の問題である。昭和二五年改正による現行の「(取締役が)法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタル：場合ニ於テハ其ノ行為ヲ為シタル取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ：会社ガ蒙リタル損害額ニ付：賠償ノ責ニ任ズ」という規定と、明治四四年改正による商法旧一七七条一項の「取締役カ其任務ヲ怠リタルトキハ其取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ス」という規定とを比較すると、文言上の大きな違いとしては、「法令又ハ定款ニ違反スル行為」という部分と「会社ガ蒙リタル損害額ニ付」という部分が挙げられる。前者については、「法令」に善管注意義務（商法二五四条三項・民法六四四条）や忠実義務（商法二五四条ノ三）が含まれるとされる以上、本稿の関心からは旧法との異同は問題とはならない。後者は、昭和二五年改正で一項各号について弁済または賠償すべき額

が定められたことに従って置かれたに過ぎず、この部分については旧法の内容を実質的に変更することは意図されていなかったはずである。しかし、この文言を改めて見てみると、各任務懈怠取締役は、ある取締役（行為取締役）を基準とする事実的因果関係、相当因果関係Ⅱ民法四一六条によって定まる「損害額」について賠償責任を負うというようにも読め、更に「寄与度」減責の可能性自体を排斥しているようにも思われてくるのである。従って、この文言が解釈上意味を持つてくる可能性は否定できない。

もう一点、指摘しておきたい。本節で挙げた例の中には「相談」や「黙認」といった事情が存在する場合もあった。取締役の責任が問題となるのは、何もこのような事情がある場合に限られず、全然知らなかったが監視義務の違反による責任を問われるような場合もある。そのような場合との比較で、この「相談」や「黙認」といった事情が意味を持つてことはないであろうか。これらが取締役の故意や過失の問題において意味を持つてのは当然であるし、民法の一般理論において個別的な因果関係を考える際に大なり小なり意味を持つことも十分ありうるが、それらとは別に商法二六六条一項の意義を考える場合に、これらの事情が何らかの意味を持つてことはないのかということである。先の例に即して言えば、偽ブランド香水の販売を相談の上で決定・実行したDは、偽ブランド香水にとんでもない原料が使われていたことによって会社に生じた損害が特別損害であり、そのような事情が予見不可能なものであったと考えられるとしても、そしてまた、一般的には商法二六六条一項に個別的な相当因果関係Ⅱ民法四一六条を不要とする機能は含まれていないと考えられるのだとしても、それによって生じた損害を賠償すべきであるという判断は十分にありうるのではないか、ということである。義務違反の態様と商法二六六条一項の意義が相関する可能性である。

八 以上のような点について、商法二六六条一項の意義について検討する必要があると考えるが、繰り返して述べてきたように、このような問題の立て方自体が従来の議論とはかなり異なるものであり、商法二六六条一項に関する従来の議

論のみに基づいて検討を行うことは難しい。従って、既に同様の問題についての議論が蓄積している民法七一九条の共同不法行為についての議論を主な材料として用いることとする。それは単に参照するというだけに止まらない。商法二六六条一項に基づく取締役の会社に対する責任は債務不履行責任と構成されてはいるものの、取締役の会社に対する責任を不法行為責任として見ることも十分可能なはずである。そうであれば、商法二六六条一項の責任が債務不履行責任であるとしても、不法行為責任との均衡が考えられてもよいのではないかと思われる。更に、民法七一九条が妥当する範囲は実際のところ不法行為責任に限られず、しばしば債務不履行責任の分野にまで拡大されている。

以下では、まず、商法二六六条一項の沿革を見ることで、その意義としてどのように考えられていたかについて確認しておく(第二節)。次に、現在の商法学説及び裁判例は、本稿の商法二六六条一項の意義という問題関心から見ると、どのようなものとして理解できるかについて分析する(第三節)。以上の論述は、従来の議論の乏しさを示すものとなるであろう。そこで、その次に、民法七一九条の共同不法行為を巡る議論を見ることになる(第四節)。更に、アメリカ法の考え方を見るが(第五節)、アメリカ法においても本稿の問題意識に沿うような議論は無いに等しいため、学説・裁判例がどのような考え方に立っているのかを分析する作業に止まらざるを得ない。最後に、以上を踏まえて、商法二六六条一項の意義に関する私見を述べることにしたい(第六節)。

## 第二節 商法二六六条一項の沿革

一 日本において取締役の会社に対する責任についての規定が整備されたのは、明治四四年商法改正においてである。それは、「取締役カ其任務ヲ怠リタルトキハ其取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ス」(一七七条一項)という規定である。それ以前には取締役の会社に対する責任を直接定めた規定は存在していなかったが、任務懈怠取締役が



会社に対して責任を負うのは当然であると考えられていた。<sup>(29)</sup> もっとも、商法の規定がない以上、その責任がどのようなものであるのかは民法の一般理論との関係で論じられなくてはならない。それに関する議論が結局、明治四四年改正法の規定へと繋がるわけである。従って、明治四四年商法改正以前の学説や判例も、明治四四年改正法、ひいては現行法の規定の意義を考えるに当たっては参照しておくべきものと考えられる。また、明治四四年商法改正以降の取締役の会社に対する責任に関する規定の意義についての議論も、現代において商法二六六条一項の意義を検討する前提として見しておく必要があるだろう。<sup>(30)</sup>

二 明治二三年商法の一八八条は「取締役ハ其職分上ノ債務ヲ尽スコト及ヒ定款並ニ会社ノ決議ヲ遵守スルコトニ付キ会社ニ対シテ自己ニ其責任ヲ負フ」としていた。これは取締役の会社に対する損害賠償責任について直接規定したものであるが、先述の通り、明治二三年商法の下でも取締役が会社に対して責任を負うことがあることは認められていた。<sup>(31)</sup> それでは、複数の任務懈怠取締役がいる場合にその者達の責任はどのようなものになると考えられていたのか。岸本辰雄は次のように述べている。「…取締役ノ責任ハ連帯ナリヤ否ヤ。是レ本条（筆者注・商法一八八条）ニ明言ナキヲ以テ民法ニ之ヲ徴スルニ、財産取得編第二百四十三條ニ、各代理人ハ自己ノ過失ニ付イテノミ其責ニ任シ、連帯ヲ要約シタルトキ又ハ過失ノ連合ナルトキニ非サレハ、其間ニ連帯ヲ成サスト明示シタリ。而シテ取締役ハ会社ヲ代理スル者ニシテ一ノ代理人ニ外ナラサレハ、該条ニ從ヒ、其責任ハ場合ニ因リテ或ハ各自タリ、或ハ連帯タルモノト論決セサル可カラス（句読点、筆者）<sup>(32)</sup>」。

旧民法財産取得編二四三条は、「二箇ノ事件ニ付キ数人ノ代理人アルトキハ…各代理人ハ自己ノ過失ニ付テノミ其責ニ任シ連帯ヲ要約シタルトキ又ハ過失ノ連合ナルトキニ非サレバ其間ニ連帯ヲ成サス」としていた。ここで言う「過失ノ連合」については、「其過失ノ数人共謀ニ出テシコトヲ云フ。但、其数人カ同一ノ所為ニ付キ責ニ任シ、各自ノ過失

又ハ懈怠ノ部分ヲ知ル能ハサルニ止マリテ、共謀ノコトナキトキハ、之ヲ連合ト云フヲ得ス(句読点、筆者)<sup>(33)</sup>とされる。要するに、共謀がない限り「連帯」責任とはならないということであり、これを取締役の責任に適用すると、取締役間に共謀がある場合にはその責任は「連帯」責任となり、共謀がなければ連帯責任とはならないということになる。

三 明治三二年商法一七七条一項は、右の明治三三年商法一八八条を引き継いだものであるとされる。同項は「取締役カ法令又ハ定款ニ反スル行為ヲ為シタルトキハ株主總會ノ決議ニ依リタル場合ト雖モ第三者ニ対シテ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス」という一見別のことを定めた規定であるが、これについては明治三二年商法に関する商法修正案理由書が次のように述べている。「本条(筆者注・明治三二年商法一七七条)第一項ハ現行商法(筆者注・明治三二年商法)第百八十八条ノ規定ニ修正ヲ加ヘタルモノナリ。抑モ現行商法第百八十八条ニ於テハ、取締役ハ其職分上ノ債務ヲ盡スコト及ヒ定款並ニ会社ノ決議ヲ遵守スルコトニ付キ会社ニ対シテ自己ニ其責任ヲ負フコトヲ規定スト雖モ、其所謂会社ノ決議トハ何ヲ指スカ明瞭ナラサルノミナラス、取締役カ会社ニ対シテ職務上ノ義務ヲ盡シ定款並ニ株主總會ノ決議ヲ遵守スルノ責任アルハ当然言フヲ俟タサル所ナリ。従テ、明文ヲ以テ之ヲ規定スルノ必要アルヲ見ス。此ノ如ク、取締役ハ法令又ハ定款ニ反スル行為ヲ為スコトヲ得ス、若シ之ヲ為シタルトキハ、会社ニ対シテモ勿論、第三者ニ対シテモ亦自ラ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルコト当然言フヲ俟タサル所ナリト雖モ、取締役カ法令又ハ定款ニ反スル行為ヲナシタルハ、株主總會ノ決議ニ依リタル場合ニ於テモ、尚ホ第三者ニ対シテ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルヤ否ヤハ疑問存スル所ナリ。是レ本案カ本条第一項ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ(句読点・傍点、筆者)<sup>(35)</sup>。つまり、明治三三年商法一八八条は取締役が遵守すべき当然の義務を述べるものであり、更にまた、取締役が法令及び定款に違反する行為を行ったときは会社に対して第三者に対しても賠償責任を負うことも同じく当然であり、それを前提として、明治三二年商法一七七条一項は取締役が株主總會決議に従った場合であつても第三者に対して責任を負うことを明らかにしたもので

あるという説明である。

要するに、明治三二商法においても取締役の会社に対する責任の規定は置かれず、当然のことながら取締役の連帯責任に関する規定もなかった。従つて、やはり民法上の原則に従うことが必要となる。明治三一年民法四二七条（現行法と同じ）は、「数人ノ債権者又ハ債務者アル場合ニ於テ別段ノ意思表示ナキトキハ各債権者又ハ各債務者ハ平等ノ割合ヲ以テ権利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ」と、複数の債権者・債務者の分割債権・債務関係の原則を定めているため、複数の取締役の責任に関しても、学説においては分割責任となるという見解が有力であつた。<sup>36</sup>

四 ところが、そのような結果になることが不当だと考えられたのか、判例においては別の取扱いが為されることとなつた。例えば、大審院明治四一年二月三日判決<sup>37</sup>は、原告である銀行の大阪支店の支配人が行金を私的に費消し、銀行がその大阪支店詰取締役であつた被告に対して損害賠償を請求した事件である。原審敗訴を受けた被告は、その上告理由の一つとして次のように主張した。取締役の注意義務に違反したのは他の取締役についても同じであり、自分の他にも責任を負うべき取締役がいる以上、民法四二七条の原則通り各取締役の責任は分割責任となり、自分が全額について責任を負う必要はないはずである、と。これは、右に見たような学説の考え方と同じ立場に立つものである。これに対して大審院は、「会社ニ支店アリテ或取締役カ専ハラ其事務ヲ監督ス可キ場合ニ於テ、監督ニ不行届ナルコトアリテ会社ニ損害ヲ生シタルトキハ、其取締役ニ於テ之ヲ賠償ス可キハ当然ナリ。而シテ本件ハ、被上告会社ノ大阪支店ハ上告人ニ於テ専ラ其業務ヲ担当シ、同店ニ使用セル支配人監督ス可キ責任ヲ有シナカラ之ニ背キタル上告人ニ、本件損害全部ノ責任アリトシタル原判決ハ相当（句読点、筆者）」<sup>38</sup>と答えている。判旨は大阪支店詰取締役である被告には責任があると言ふだけで、被告の主張とは全くかみ合っていないようにも思われるが、他に責任を負うべき取締役がいようがいまいが被告が全額責任を負う（＝分割責任とはならない）のが相当であると判示しているものと解される。

よりはつきりとした判決としては、明治三二年商法下での問題を扱った大審院大正四年三月一〇日判決がある<sup>39</sup>。これは、行員の不正行為によって銀行に生じた損害を自主的に賠償した六人の取締役が、賠償をしなかったもう一人の取締役の承継人に対して代位弁済金請求を行った事件である。原審敗訴を受けた被告は、その上告理由の一つとして次のように主張した。明治四四年商法改正以前においては取締役の会社に対する責任は連帯責任ではないので、他の取締役が銀行に対して行った賠償のうち被告が負担すべき部分については純然たる第三者による弁済ということになり、従って、弁済者の任意代位(民法四九九条)の規定に従い、債権者の同意と指名債権譲渡の對抗要件を備えないと債務者である被告に対して求償することはできない、と。この主張に対する大審院の応答は非常に明確なものであった。「…損害発生ノ原因カ…取締役総員若クハ数人ノ共同ニ出テタル任務懈怠ニ基クトキハ、其取締役カ連帯シテ賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルハ至当ノ条理ニシテ、商法(筆者注・明治四四年改正商法)第一百七十七条第一項ハ此理義ヲ明ニシタルニ外ナラス(読点、筆者)<sup>40</sup>」。

この判決は明治四四年商法改正後のものであるから、勿論明治四四年商法改正による一七七条一項の改正の基礎となったものではない。しかし、わざわざ「条理」によってまで取締役の連帯責任を認めようというのであるから、分割責任がもたらす結果が不当なものであるという認識が、明治四四年商法改正の前後を通じてあったのかもしれない。

五 さて、その明治四四年商法改正による一七七条一項であるが、「取締役カ其任務ヲ怠リタルトキハ其取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ス」という規定であった。明治四四年改正の任に当たった法律取調委員会の議事録によると、この改正の趣旨は、「取締役ノ責任ト云フモノガ不明瞭デアル、又其責任ト云フモノハ十分ニ明カニシテ貰フト同時ニ十分会社ノ事業ノ為メニ盡スヤウニセネバナラヌト云フコトデアリマシテ、ソレニ其要求ニ対シテ入りマシタノデゴザイマス<sup>41</sup>…」ということであった。当時の解説書によると、「会社ト取締役トノ間ノ関係ハ委任ニ関スル規定ニ

従フモノナルヲ以テ：取締役カ其任務ヲ怠リタル場合ニ於テ会社ニ対シ損害賠償ノ責ニ任スルハ当然ナリ：本条第一項ハ此場合ニ於テ取締役ハ連帯シテ責ニ任スヘキモノトス<sup>(42)</sup>とか、(任務懈怠取締役が会社に対して責任を負うのは規定がなくとも当然であり、)「連帯責任ヲ定メタル外、現行法ノ規定方ヲ改善シタルニ過キス」<sup>(43)</sup>等とされる。要するに、任務懈怠取締役が会社に対して責任を負うのは当然であるが、一七七条一項はそのことを「明カニ」し、その責任を連帯責任としたことによつて取締役が「十分会社ノ事業ノ為メニ盡スヤウニ」したことに意義があるという理解である。<sup>(44)</sup>

分割責任か連帯責任かという問題の他では、連帯責任の成立する範囲について法律取調委員会でも若干の議論が見られた。明治四四年商法改正では取締役の各自代表制度に変更が加えられ、定款または株主總會によつて一部の取締役の代表権を消失させ、あるいは制限することが可能となつた。<sup>(45)</sup>従つて、代表権のない取締役というものが生じることとなる。この代表権のない取締役が他の取締役が行つた代表行為につき連帯責任を負うことになるのかという質問に対しては、現に任務を怠らない限り責任を負わないと答えられている。<sup>(46)</sup>また、代表行為が「重役會議」に基づいていた場合には、「重役會議」に参加し、賛成していた代表権のない取締役はその行為を行つた者として責任を負うとのやりとりがなされている。<sup>(47)</sup>

実際に行爲を行つた取締役のみが責任を負うのが原則であることは当然であるが、「重役會議」の点については若干の指摘をしておきたい。取締役会制度は昭和二五年改正までは法定されたものではなく、実務において行われる例が少なからずあつたとしても、<sup>(48)</sup>取締役会という會議において決議されたこと自体が特別な法的意味を持つものではなかつた。従つて、ここでいう「重役會議」云々というものは、「代表権ノナイ取締役」が「代表権ノアル」取締役に同意を与えていた場合を広く含むうるということになる。持ち回り決議でもよいとされる法制度の下で、同意が會議によつたか否かは意味があることではないからであり、「重役會議」はあくまで同意がある場合の明確な一例としての位置付けであると思われる。つまり、このような同意がある場合には、その同意を爲した取締役も「其行為ヲシタ者」として責任を負

うと考えられていたことになる。<sup>(49)</sup>

六 この明治四四年商法改正による一七七条一項が大きな改正を受けたのは周知の通り昭和二五年改正であり、<sup>(50)</sup>それがほぼそのまま現行法となっている。昭和二五年改正の趣旨については、従来の株主總會中心主義から取締役會中心主義への移行に対応して、取締役の責任の具体化・明確化・厳格化を図ったものであるとされる。<sup>(51)</sup>すなわち、商法二六六条一項各号に個別的な責任原因を列挙し、二項・三項で責任を負うべき者（決議賛成取締役）について規定し、四項・五項で責任免除要件を厳格化したとされる。一項各号については、五号が旧法における「任務ヲ怠リタルトキ」の全てを包含する包括規定であり、一号〜四号が置かれたのは、「そのあるものは事の明確を期したにすぎないが、他のものは絶対的責任を認め、または責任額につき特則を定めんと欲したためである」<sup>(52)</sup>と理解されていた。要するに、旧法との比較において、ある特殊の場合には過失責任ではなく結果責任とし、決議賛成取締役にも厳格な責任を課し、免責要件を厳格化した点に責任の明確化・厳格化の意義が認められていたのである。ただし、ここで確認しておくべきことは、包括規定であり、旧法上責任を負うべき「任務ヲ怠リタル」場合の全てを含むとされる一項五号の責任の枠組、すなわち、複数の任務懈怠取締役が存在する場合には連帯責任とするという枠組自体には、昭和二五年改正では実質的に何らの変更もなかったと理解されているということである。

七 以上、商法二六六条一項の沿革について見てきた。そこから明らかになったことは、任務懈怠取締役が会社に対して損害賠償責任を負うということは、そのような規定が用意される以前から当然のこととして認められていたこと、そして、複数の任務懈怠取締役が存在する場合に彼等の責任が分割責任となるか連帯責任となるかということについての議論が存在したということである。明治四四年商法改正で「連帯シテ」と定められたことの意味は、民法の一般原則に

従えば分割責任となることを特別に連帯責任としたということであり、主として念頭に置かれていたのは、あくまで分割か連帯かというレベルでの話でしかなかった。勿論、「連帯」と定めることで民法四三二条以下の適用があることになる<sup>54</sup>と考えられていたのであろうが、以上のような議論の流れからすると、分割債務の原則の適用を排除することに最大の意義が見出されていたと考えられる。

従って、商法二六六条一項の沿革を見る限りでは、商法二六六条一項の意義に関する本稿の問題意識に対する示唆となるべきものはない。そもそも取締役の会社に対する責任の文脈で相当因果関係＝民法四一六条が問題とされることなく、また民法上の理論としても「寄与度」減責に関する議論が見られなかった時代であるため、以上のような議論に終始していたことは当然のことではある。

ただし、各取締役について個別的に事実的因果関係を考える必要があるかという問題に関しては、若干の参考となる議論もあった。明治四四年商法改正は代表権のない取締役（平取締役）が存在することを認めることとなったが、この平取締役の責任については、現に任務を怠らない限り責任を負わないこと、しかし、「重役会議」に参加し、行為に賛成していた平取締役は、その行為を行った者として責任を負うとする見解が示されていた。賛成取締役が行為者としての責任を負うというこの考え方には、現在の商法二六六条二項に通じるものがある。商法二六六条二項は、先に検討したように、<sup>55</sup>一項五号の過失責任との関係では、各取締役に<sup>56</sup>つき個別的に事実的因果関係を考えることを不要とする意義を有するものである。とすると、（当時の議論においてこのようなことが意識されていたとは思われないが、）明治四四年商法について示された以上のような見解は、「重役会議」において賛成していた取締役に<sup>57</sup>ついては個別的に事実的因果関係を考えなくてもよいという見解として捉え直すこともできよう。そして、その「重役会議」は法定された制度ではなかったため、「重役会議」における賛成は平取締役が代表取締役に同意を与えていた場合を広く含むようになる。これを現行法に置き換えて考えてみると、商法二六六条二項によらない場合であっても、各取締役に<sup>58</sup>つき個別的に

事実的因果関係を考える必要が理論的にそもそもない場合もありうるのではないか、という視点を得ることができず、いずれにしても、沿革上の議論だけでは何も分からない。そこで、次に、商法二六六条一項の意義という観点からすると、現在の裁判例及び学説はどのように考えていると見ることができているのかについて検討することにしよう。

### 第三節 裁判例・学説の考え方

一 本節においては、複数の任務懈怠取締役が存在する場合の因果関係の問題に関して商法二六六条一項がどのような意義を有しているか（あるいは独自の意義はないのか）という観点から、従来の裁判例及び学説を検討したい。しかし、何度も繰り返し返してきたように、このような問題の立て方は従来の関心とはかけ離れたものであり、従ってこの問題を直接に扱った議論は学説にも裁判例にも殆どない。そのため、裁判例及び学説の非常に断片的な部分を取りあげての検討とならざるを得ないことを予め断っておきたい。

二 まず、裁判例について見ておこう。第二章でも述べたように、取締役の第三者に対する責任について定める商法二六六条ノ三に関する裁判例においては、名目的な取締役の監視義務違反に基づく責任を否定する際に、（相当）因果関係がないという論法が用いられることがしばしばある。これと同様の論法が商法二六六条による取締役の会社に対する責任が問題となる場合にも用いられる可能性があることは当然予想されるところである。いくつかの裁判例を見てみよう。

①東京地裁平成五年九月二一日判決（日本サンライズ事件<sup>56</sup>）は、代表取締役Aによる巨額の株式投資により会社が蒙った損害につき、取締役B・Cにも監視義務違反に基づく責任を認めた事例である。判旨は「B・Cは、Aが多額の



借入れをして株式取引に投資することを黙認したのみならず、被告Aの経営方針に賛成していたことが認められるのであって、代表取締役であるAの業務執行行為に対する監視監督を怠った点で取締役の善管注意義務に違反したものと云うべきである<sup>(57)</sup>として、そのままB・Cの責任を認めている。同様に、②東京高裁平成八年二月一日判決（東京都観光汽船事件<sup>(58)</sup>）は、グループ会社への融資等により生じた損害につき取締役らの責任が追及された事例であるが、判旨は、代表取締役の杜撰な貸付行為等を「認識し、あるいは少なくとも認識し得たにもかかわらず、代表取締役の意向に唯々諾々と従って右の行為を了承していたことが認められるのであるから、…取締役としての監視義務に違反したことは明らかである<sup>(59)</sup>」として、そのまま取締役らの責任を認めている。これらの判決は監視義務に違反したとする取締役らについて何ら（相当）因果関係を問題としていないが、商法二六六条ノ三の事例でも監視義務違反による責任を認める場合には、個別的な（相当）因果関係への言及がなされないのが通常なので、これだけでは何とも言えない。

これに対して、③大阪高裁平成一〇年一月二〇日判決（ネオ・ダイキョー自動車学院事件<sup>(60)</sup>）は、利益相反取引であり、会社に損害をもたらすこととなった不動産取引の承認が行われた取締役会において、中立を自認して議長を務めた社外取締役Dにつき、そもそも監視義務違反を認めず責任を否定したが、傍論で次のように述べている。「Dが取締役会の議長ないし取締役として本件決議に反対意見を述べても多数決で本件決議が採決されていたことは明らかであり、また、本件決議を採決に付さなかったとしても、「取引を主体的に進めた代表取締役は、」議長を他の取締役に交替させた上で本件決議を多数決で採決したことが明らかであるから、仮にDに監視義務違反があるとしても、右義務違反と「会社」の損害との間に相当因果関係はないということが出来る<sup>(61)</sup>」このように責任否定事例で（相当）因果関係についての言及が見られるのは（判旨で問題とされているのは、事実因果関係、相当因果関係Ⅱ民法四一六条という分け方をすると、事実因果関係の問題である。）、明らかに商法二六六条ノ三に関する裁判例の手法が念頭に置かれているものと思われる。いずれにしろ、この一例だけでは断定できないが、商法二六六条一項があるから（相当）因果関係に関して特

別な効果が生じるとは裁判例においては考えられてはいないのではないだろうか。

「寄与度」減責の可能性については、東京地裁平成八年六月二〇日判決（日本航空電子工業株主代表訴訟事件<sup>62</sup>）において、「寄与度に応じた因果関係の割合的認定」により、一連の違法取引から一つの損害が生じたが、各取締役の義務違反が認められる時期ないし範囲がそれぞれ異なるという事実関係の下で、それぞれ異なる責任額が認定されている。「寄与度」減責の理論には様々なものがあり、因果関係の割合的認定という手法が妥当なものであるか否かは問題があるが、ともかくも「寄与度」減責の理論を適用している点で注目される。この点だけを捉えれば、裁判例においては、商法二六六条一項には「寄与度」減責の可能性をはじめから排斥するような意義があるとは考えられていないことになる。ただし、この裁判例自体の射程は、同様の事実関係についてのみ及ぶ限定的なものとして理解すべきである。この裁判例については、後に詳しく見ることにする。<sup>63</sup>

三 それでは、学説においてはどのように解されているのか。まず、因果関係について見てみよう。

学説においては一般に、商法二六六条一項があるから（相当）因果関係について特別な効果が生じるとは考えられていないようである。特に因果関係が問題となりうる監視・監督義務違反の場合に関して、端的に、「取締役が代表取締役等の違法な業務執行について監視義務に違反していると判断された場合にも、当該取締役は直ちに監視義務違反の責任を負うわけではない。取締役が監視義務違反の責任を負うためには、当該監視義務違反と会社の損害との間に相当因果関係が存在しなければならぬからである<sup>64</sup>」とか、「商法二六六条一項」五号責任の法的性質は一般の債務不履行責任なのであるから、民法上の一般原則に従い、ここでも、監視・監督懈怠取締役の責任が認められるためには、会社に損害の発生したことはもちろん、監視・監督の懈怠と右損害との間に因果関係の存在することが必要である<sup>65</sup>」とか言われている。商法二六六ノ三に関する裁判例で見られる（相当）因果関係の不存在による取締役の責任の否定という論法

を、商法二六六条による取締役の責任についても用いることを示唆する見解<sup>66</sup>もある。

また、上柳教授は、商法二六六ノ三の責任のあり方についての論文の中で次のように論じられている<sup>67</sup>。まず、取締役の任務懈怠は本来会社との関係において違法と評価される行為であり、それにより第三者に対する損害賠償義務が発生するためには、その行為が同時に第三者との関係においても違法と評価されるものでなければならないはずであり、会社に対する任務懈怠が第三者との関係においても違法と評価される理由は一律に論じうる問題ではなく、場合を分けて検討しなければならないとされる。そして、その場合分けにおいて、「(a)取締役の会社に対する任務懈怠が、会社債権者の債権の一般担保である会社財産を減少させるため、それは会社債権者との関係においても違法であると評価される場合」と「(d)会社に対する任務懈怠が、他の取締役の(a)の場合の行為について監視義務を怠ることであるため、(a)の場合と類似の意味で、会社債権者に対する関係で違法と評価される場合」を挙げられる。そして、「(a)および(d)の場合には、同規定（筆者注・商法二六六条ノ三）は債権者代位権に関する民法の規定の変形制度として機能しているのであるから、債権者代位権行使の要件との均衡を考慮し、次のように解すべきではなからうか。取締役の会社に対する任務懈怠と会社の損害との間には、取締役の会社に対する損害賠償義務の成否、範囲を論ずる場合と同様、民法四一六条の定める関係が必要であるが、取締役の会社に対する任務懈怠と会社の損害との間にそのような関係があること。と、会社債権者に会社の資力不充分のために弁済をうけられないことによる損害があるという事実とさえあれば、同規定による取締役の第三者に対する損害賠償義務を認めてよく、取締役の任務懈怠と第三者の損害との間におけるいわゆる相当因果関係の有無を論ずる必要はない（傍点、筆者）」とされる。この見解は、商法二六六条ノ三の責任に関して、いわゆる間接損害について取締役の任務懈怠と第三者の損害との間の（相当）因果関係を問題とする裁判例の問題点を鋭く指摘し、そのような（相当）因果関係を考えることを不要とする機能を商法二六六ノ三の中に見ている点で注目されるものである。しかし、これはあくまで商法二六六条ノ三に特有の問題である。間接損害の場合について、あくまで「取締役の会

社に対する損害賠償義務の成否、範囲を論ずる場合と同様、民法四一六条の定める関係が必要」とされており、商法二六六条一項による取締役の会社に対する責任の場合には(相当)因果関係が問題となることは当然の前提とされているようである。

学説の大多数は以上のようなのであるが、これに対して青竹教授は次のように述べられている。「商法二六六条一項が数人の取締役に違反行為があればその責任は連帯としているのは、自己の行為の因果関係あるいは寄与度をこえて数人に全部賠償の責任を負わせたものと解される<sup>68)</sup>。」この見解は判例評釈の中で簡単に述べられているだけなので、その意図は推測する他ないが、そこで書かれている限りでは、商法二六六条一項には各取締役につき個別的に因果関係(事実的因果関係、相当因果関係||民法四一六条)を考慮することを不要とするような意義があるとするものであるように思われる<sup>69)</sup>。そうであるとする、以上の学説とは全く異なる見解であり、注目に値するものである。

次に、商法二六六条は「寄与度」減責の可能性を排斥するような意義を有していると考えられているか否かについてである。この問題に関して参考となる学説は従来なかったが、「寄与度」に応じた因果関係の割合的認定<sup>70)</sup>を行った前掲東京地裁平成八年六月二〇日判決(日本航空電子工業株主代表訴訟事件)の判例評釈では、判旨の具体的な判断や理論構成には様々な批判を行いながらも、一連の違法取引から一つの損害が生じたが、各取締役の義務違反が認められる時期ないし範囲がそれぞれ異なるという当該事案における「寄与度」減責自体には理解を示す、あるいは特に異論を唱えない見解が多い<sup>70)</sup>。これらの評釈者の意図は、あくまで当該事案の解決としてはということであって、決して取締役の責任の文脈において「寄与度」減責を広く一般的に認めようというものではない。しかし、これらの評釈者の見解によれば、商法二六六条一項には「寄与度」減責の理論の適用可能性自体を排斥するような意義はないということになりそうである。

以上の見解に対し、青竹教授は、商法二六六条一項には、各人に自己の行為の「寄与度」をこえて全部賠償の責任を

負わせるという意義があるという見解である。この見解に従うと、同項に基づく責任に関しては、どのような事案であつても「寄与度」減責の可能性ははじめからないということになる。

四 以上のように、一般的には、裁判例においても学説においても、商法二六六条一項には各取締役につき個別的に因果関係（事実的因果関係、相当因果関係＝民法四一六条）を考慮することをそもそも不要とするような意義は認められていないし、「寄与度」減責の可能性をはじめから排斥するとも考えられていないようである。理論的には個別的な因果関係が必要であるし、「寄与度」減責の理論が適用される可能性も一応認められていると言つてよいであろう。

これに対して青竹教授の見解は、以上のような「通説」（各論者が自覚的に述べているのではないので、単に通説と呼ぶのは躊躇される）との対比において、注目されるべき見解である。極めて簡単に述べられているために、その正確な趣旨は必ずしも明らかではないが、商法二六六条一項に、各取締役につき個別的に因果関係を考慮することを不要とし、「寄与度」減責の可能性をはじめから排斥する意義を認める見解として理解できるように思われる。

いずれの見解が妥当であるか、あるいは、第三の見解<sup>71</sup>に立つべきかは、最早商法二六六条一項の問題としてのみ考えることはできない。以上見たところから明らかのように、沿革、裁判例、学説には非常に材料が乏しいからである。そこで、次節では、同じく「連帯」を定める民法七一九条の意義に関する議論との対比において、この問題を考えていくこととしたい。

#### 第四節 共同不法行為法における議論

商法二六六条一項と同様に賠償義務者の「連帯」責任を定めている民法七一九条の共同不法行為を巡っては、同条の意義に関しての議論が既に蓄積している。そして、商法二六六条一項に基づく取締役の会社に対する責任は債務不履行責任として構成されているが、それを不法行為責任として考えてみることは十分に可能なはずである。そうであれば、商法二六六条一項の責任が債務不履行責任であるとしても、不法行為責任との均衡が考えられてもよいのではないかと思われる。また、逆に、民法七一九条が妥当する範囲は、実際のところ不法行為責任に限られず、しばしば債務不履行責任の分野にまで拡大されている。

そこで、まず、取締役の会社に対する責任の債務不履行構成と不法行為構成について検討することとし(第一款)、その後に民法七一九条に関する議論について見ることにする(第二款)。そして、その中でも商法二六六条一項の意義を考えるに当たって特に参考となるべき部分について検討を加えることにする(第三款)。

##### 第一款 取締役の対会社責任の債務不履行構成と不法行為構成

一 まず、一般論として、債務不履行責任と不法行為責任との間にどのような違いがあるとされているかについて確認しておこう。両責任の効果における様々な違いについてはそれぞれ議論があるが、最も大きな点は消滅時効・除斥期間の違いである。債務不履行責任の時効期間は一般原則(民法一六七条)により一〇年となるのに対し、不法行為責任の時効期間は民法七二四条により三年となる。この点で債務不履行責任の方が債権者(被害者)にとって一応有利となっていると言えるが、不法行為責任について通常の債権とのアンバランスを疑問視する見解もある<sup>73)</sup>。

両責任の要件面での違いは次のようなものである。債務不履行責任の基本的な要件は、債務不履行の事実、債務者の

帰責事由、損害、因果関係である。これらのうち、債務者の帰責事由については賠償を請求された債務者の側に帰責事由の不存在（無過失）の立証責任があるとされ、それ以外の要件については賠償を請求する債権者の側に立証責任があるとされる。<sup>74</sup> 不法行為責任の基本的な要件は、故意・過失、権利侵害（違法性）、損害、因果関係である。「権利侵害ないし違法性」の内実については長い間の議論があるが、<sup>75</sup> いずれにしても、債務不履行の事実が認められる場合に、同時に「権利侵害ないし違法性」が観念できることがあり、そこにおいて請求権競合の問題を生じる。不法行為責任の各要件については、賠償を請求する被害者の側に立証責任がある。従って、故意・過失ないし帰責事由の立証責任の点で債務不履行責任の方が債権者（被害者）にとって有利になっている。その理由は、「契約上の債務者は債務を履行するのが当然であり、また履行されるのが通常であるから、債権者は債務の本旨に従った履行がないということだけを立証すればよく、履行がないという異常な事態があるのに責任を負わないですむことを主張する債務者が、その根拠、つまり責めに帰すべき事由によらないことにつき立証・挙証の責任を負う、ということである」<sup>76</sup>と説明されている。

二 取締役が任務を懈怠して会社に損害を与えたという場合、現在においてはその責任は直ちに商法二六六条の問題として考えられる。そしてその責任の性質が債務不履行責任であるという理解は、明治四四年商法改正以来変わらず維持されている。<sup>77</sup> しかし、取締役の会社に対する責任が常に債務不履行責任として把握される必然性はないものと言わざるを得ない。現にアメリカ法においては、取締役の会社に対する注意義務違反に基づく責任は、不法行為法の一類型たるネグリジエンス法により把握されるのが通常である。<sup>78</sup> 日本法においても、商法二六六条のような特別の規定のない医療過誤訴訟等においては債務不履行責任と不法行為責任とが混在している。従って、取締役の会社に対する責任についても、実益はともかく、<sup>79</sup> 不法行為責任として構成する可能性が考えられてよい。

それでは、取締役の会社に対する責任の成立する範囲は、債務不履行構成と不法行為構成とは異なるか。不法行為

における過失は、現在においては、予見可能性や結果回避義務を中核として把握された客観的なものとして理解されており、従って、過失の有無は何らかの行為義務の違反を考慮して判断されている。<sup>(80)</sup> その結果、権利侵害ないし違法性の要件と故意・過失の要件の区別は非常に微妙にならざるを得ない。ここでは、会社に財産的損害が生じている以上、権利侵害ないし違法性の要件は満たされていると考えてあとは過失の問題とするか、あるいは違法性及び過失の双方を含む一元的問題として、不法行為構成において取締役が何らかの行為義務に違反したと言えるかを問題としたい。

大阪地裁昭和四九年四月二六日判決<sup>(81)</sup>は、破産した会社の破産管財人が元取締役及び監査役の責任を追及した訴訟であるが、原告たる破産管財人は商法二六六条及び二七七条ではなく、専ら不法行為に基づく損害賠償を求めたという事案である。不法行為責任を追及した理由は全く不明であるが、裁判所も商法規定には何ら言及せずに、専ら不法行為の問題として処理している。被告とされたのは、自ら背信行為をしたとされる取締役 $Y_1$ 、その背信行為を看過放置したとされる取締役 $Y_2$ ・ $Y_3$ 、監査役 $Y_4$ である。判旨は、 $Y_1$ による背信行為を認定した上で、「 $Y_1$ は右不法行為により破産会社に対して：損害：を賠償すべき義務があるものというべきところ、 $Y_2$ ・ $Y_3$ は右不法行為が当時いずれも破産会社の取締役の地位に、 $Y_4$ は当時破産会社の監査役の地位にありながら、その任務懈怠により破産会社に対して：損害を被らせたものというべきであるから、右被告ら三名は $Y_1$ と共同して破産会社に対して同額の損害を賠償する義務があるものというべきである」とした。<sup>(82)</sup>  $Y_2$ ・ $Y_4$ には任務懈怠により不法行為に基づく損害賠償責任があるという判旨の考え方が注目される。この考え方の最も簡単な理解は、過失（あるいは違法性）の判断基準として、取締役あるいは監査役（以下、取締役に限定する）の善管注意義務ないし忠実義務を考えているということである。しかし、日本法においては、一般的に両義務は会社と取締役との間の契約上の義務として理解されている。すなわち、取締役の善管注意義務は、会社と取締役との関係は委任に関する規定に従うとする商法二五四条三項を受けて、委任契約における善管注意義務を定める民法六四四条が適用される結果として取締役に課されるものであり、従って契約上の義務であるという理解である。また、忠実



義務に関しても、法が契約上の義務とは別個に課した特別の義務というのではなく、「善管注意義務を敷衍し、かつ、一層明確にしたにとどまるのであって、通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の、高度な義務を規定したものはない」<sup>(83)</sup>（いわゆる同質説）とされ、これも契約上の義務として理解されている。このような契約上の義務の違反を考える以上は、通常、それは債務不履行の問題であろう<sup>(84)</sup>。

しかし、「 $Y_2$ ないし $Y_4$ の行為は、 $Y_1$ の行為を看過し、放置したことであつて、それは、取締役または監査役としての会社に対する善管注意義務または忠実義務…を前提として始（ママ）めて会社に対する違法行為となるものである。会社と無関係な一般人には、取締役の会社に対する背信行為を看過放置すべからざる義務というような一般的義務はない。 $Y_2$ ないし $Y_4$ の行為は、…会社に対する不法行為と解することは困難ではなからうか」<sup>(85)</sup>とまで言えるかは疑問である。確かに、判例の立場であるところの請求権競合説においては、不法行為責任の場合には「一般的義務」が問題であり、これは債務不履行責任の場合に問題とされる契約上の特別の義務とは区別される。しかし、「一般的義務」とは「会社と無関係な一般人」を基準として決定されると理解するべきではない。会社の財産を管理する者としての取締役の地位を基準として決定されるべきものである。そう解さなければ、医師が、あるいは運送人が、契約責任とは別に不法行為責任を負うことが説明できない。彼等の不法行為責任は、医師ではない、あるいは運送人ではない一般人を基準として判断されるものではないのである<sup>(87)</sup>。医師の不法行為責任が問題とされた場合に、「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務（医業）に従事する者は、その業務の性質に照し、危険防止のために実験上必要とされる最善の注意義務を要求される」<sup>(88)</sup>等とされるのもこの観点から理解できる。これは契約上の義務ではなく、そのような地位ないし関係に立つが故に認められる義務である。日本法上、このような義務をどのように位置づけ、何と呼ぶかはともかく、不法行為責任を考える際にそのような義務が観念されているということは確かなことであり、取締役の会社に対する不法行為責任を考える際にも、「会社と無関係な一般人」を基準とするのではなく、会社の財産の管理者としての取締役を基準とし

た注意義務を考えるべきである。そして、それは内容・程度において善管注意義務ないし忠実義務と異ならないと考えるべきであろう。<sup>(89)</sup>

以上によれば、取締役の会社に対する責任を不法行為責任として構成し、債務不履行責任と構成する場合と同様の結果をもたらすことは十分可能である。可能であると言うよりも、医療過誤訴訟等における取扱いを見ると当然の結論であるとも言える。<sup>(90)</sup> 実際には、取締役の会社に対する責任を不法行為責任であるとして追及することに実益はないし、請求権競合の考え方によつては独立の請求原因として掲げることができないということになる。しかし、ここで大切なのは、取締役の会社に対する責任を不法行為責任として構成することは可能であるということであり、そうであれば、複数の取締役が任務懈怠により損害を与えたという場合に、それを商法二六六条一項（債務不履行）の問題として考える場合にも共同不法行為法における議論を視野に入れる必要があるのではないかとということである。

三 ただし、取締役の会社に対する責任を債務不履行責任として構成する場合と、不法行為責任として構成する場合とは、立証責任の点での違いが生じる。先に見たように、債務不履行責任の場合には、債務不履行の事実については債権者（会社）の側に立証責任があるのに対し、帰責事由の不存在（無過失）については債務者（取締役）の側に立証責任があることになる。不法行為責任の場合には、権利侵害ないし違法性及び故意・過失についての立証責任は全て被害者（会社）の側にある。このような、債務不履行構成の方が会社にとって一見有利となるような違いは、取締役の会社に対する責任が債務不履行責任であることに固執し、共同不法行為に関する議論のような考え方を排斥する理由となりうるのであろうか。

確かに、このような違いが意味を持つことはある。例えば、「会社を名あて人とし会社が業務遂行上遵守すべき」法令違反に関する取締役の責任に関する最高裁判決<sup>(91)</sup>の立場では、法令違反の事実が債務不履行の事実に当たり、債権者た

る会社が法令違反を立証すれば、帰責事由たる「故意・過失」については債務者たる取締役が立証しなくてはならなくなる。もしこれを不法行為構成によるのであれば、いずれも被害者たる会社に立証責任があることになる。ただし、この場合にも、医療過誤訴訟（不法行為構成の場合）で見られる「過失の一応の推定」の法理が働くのであれば、実際上の違いはそれ程大きくはないだろう。

これに対して、通常の善管注意義務ないし忠実義務の違反の場合には、このような立証責任の違いは殆ど意味をなさない。理論上、債権者たる会社が立証しなくてはならない債務不履行の事実、善管注意義務ないし忠実義務の違反（不完全履行）であり、債務者たる取締役の側で立証しなくてはならないのは帰責事由の不存在、すなわち故意・過失がないことである。しかし、そもそも、善管注意義務ないし忠実義務の違反はあるが帰責事由（過失）がないという場合を想定しうるのであろうか。<sup>93</sup> ある結果の実現を債務の内容とする結果債務、結果の実現に向けて注意を尽くすことを債務の内容とする手段債務という区別をすると、取締役の負う善管注意義務や忠実義務は手段債務の典型例である。手段債務においては、債務不履行の判断と故意・過失の判断とは表裏の関係にあり、<sup>94</sup> 事実上重なり合うものである。従来、医師の責任について、債務不履行構成の方が立証責任の点で被害者に有利であると考えられていたが、<sup>95</sup> 現在においては、両構成は立証責任の点での違いは実際上ない、あるいは、ないとすべきであると考えられている。<sup>96</sup> 同様に、取締役の会社に対する責任についても、善管注意義務ないし忠実義務違反の場合には、債務不履行構成を採ることで、会社にとって立証上の利点があるとは言えないのである。

以上のように、立証責任の点での違いは実際上ないか、あるいはそれ程大きなものではない。少なくとも、この点によって商法二六六条一項の責任は債務不履行責任であることを強調し、共同不法行為法における議論を参照することを妨げる理由とはならないと考える。

四 また、取締役の会社に対する責任は不法行為責任として構成することも可能であるということとは逆に、そもそも共同不法行為に関する議論が妥当しうる範囲は不法行為の場合に限定されると考えられている訳ではないように思われる。裁判例においては、債務不履行責任を負うとされた病院経営者と不法行為責任を負うとされた担当医師との間に共同不法行為の規定を類推適用することを判示した裁判例<sup>97)</sup>や、被用者の雇用契約上の安全配慮義務の不履行に基づく責任につき民法七一九条一項を類推適用すべきことを判示した裁判例<sup>98)</sup>が存在する。同様に、学説においても、民法七一九条の契約責任への類推を明示する見解がある<sup>99)</sup>。このような裁判例・学説の存在から見ると、ある損害賠償の局面を債務不履行責任と構成することにより共同不法行為を巡る議論が応用されることがなくなる、あるいは、応用してはいけな  
いということになると考えられているとは思われない。このことも、債務不履行責任たる取締役の会社に対する責任、つまりは商法二六六条一項の解釈において、共同不法行為法における議論を参照すべきことの一つの根拠となろう。

以上を理由として、商法二六六条一項の意義を検討する材料として、共同不法行為法における議論との均衡が考えられてもよいのではないかと思われる。むしろ、考えることが必要であるとも言えるかもしれない。従って、次に、その共同不法行為法における議論、より正確に言えば、通常の不法行為(民法七〇九条)との比較において、民法七一九条(特に一項前段)にはどのような意義が認められるかという議論について、学説を中心に概観することとしたい。

## 第二款 民法七一九条一項の意義

一 民法七一九条一項は、「数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帯ニテ其賠償ノ責ニ任ス」(前段)、「共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキ亦同シ」(後段)と定める規定である。この規定についてのかつての「通説」及び判例の理解は次のようなものであったとされる。一項前段の(狭義)共同不法行為が成立するためには、第一に、各人の行為が独立に不法行為の要件を満たすものであること、<sup>100)</sup>第二に、各人の行

為が関連共同性を有していることが必要である。この関連共同性は客観的関連共同でよい。<sup>(10)</sup> 一項後段は単に加害者不明の場合に関する規定である。<sup>(11)</sup>

昭和四〇年代後半以降の共同不法行為を巡る華々しい議論は、このような考え方に對する共通の批判を出発点としてゐる。特に一項前段については、各人の行為について独立の不法行為が成立することを要求し、各人の行為と損害の発生との間に因果関係のあることを要求するのであれば、民法七〇九条による独立不法行為競合の場合にも不真正連帯責任の成立が認められ、一方、民法七一九条一項の「連帯」も不真正連帯責任であるとされる以上、共同不法行為の規定は無意味なものとなるのではないか、ということが大きな問題点とされた。<sup>(12)</sup> 実は共同不法行為における因果関係の問題は全く意識されていなかった訳ではないが、<sup>(13)</sup> 判例も含めて様々な混乱や矛盾が見られ、民法七一九条一項の意義の問題として因果関係の問題が自覚的に位置付けられていなかったことに問題があつたのである。このような「通説」に對する近時の批判学説（かつての「通説」に批判的であることが現在の通説であると言つてよい）は、ほぼ例外なく、因果関係の問題も含めて七一九条一項前段は民法七〇九条との比較においてどのような特別の効果を与えるものであるかを考え、そのような効果を与えるのに相応しい類型を捉えるための要件として「共同ノ不法行為」、すなわち関連共同の要件の意義を検討するという思考法を採つてゐる。一項後段についても、共同不法行為法の全体設計という観点から一項前段との関係を意識しつつ、一項前段の場合と同様、一項後段はどのような効果を与えるもので、そのような効果を与えるのに相応しい類型は何かという観点からの要件論が展開されている。

二 それでは、そのような近時の批判学説について見てみよう。

1 平井教授は一項前段の共同不法行為に關して、大略以下のような考え方を示されている。<sup>(14)</sup>

民法七〇九条の原則によると、加害者は自己の行為と事實的因果關係に立つ損害についてのみ、寄与度の範圍で

賠償責任を負うことになるが、一個の損害につき複数の加害者が存在し、かつ一定の要件（関連共同性）が存する場合に、加害者に自己の寄与度を超えて賠償責任を負わせるところに共同不法行為の存在理由がある。従って、関連共同性とは、連帯して（＝全部につき）損害賠償義務を負わせるのが妥当だと思われる程度の社会的にみて一体性を有する行為である。

具体的には次のような類型がある。①主観的共同（「意志的共同不法行為」）の場合には、原告は被告各人の行為と損害との間の事実的因果関係を立証する必要はなく、かつ被告は事実的因果関係の不存在を立証しても免責されない。その他に、②主観的要素以外の関連共同性を要する類型（「関連的共同不法行為」）があり、その具体的判断基準の類型化が必要である。この場合には、原告は被告各人の行為と損害との間の事実的因果関係を立証する必要があるが、被告は自己の寄与度を立証しても減責されない。以上の共同不法行為とは別に、③独立の不法行為が単に競合したに過ぎない類型（「独立的共同不法行為」）があり、これは民法七〇九条の原則で処理されるべき場合である。この場合、原告は被告各人の行為と損害との間の事実的因果関係を立証しなければならないが、被告は自己の寄与度を立証して減責の抗弁をすることができる。

なお、②③における事実的因果関係の立証の困難さに備えるために、一項後段の因果関係の推定規定を類推適用する余地があるのではないか。

2 淡路教授の考え方は次のようなものである。<sup>(前)</sup>

一項前段は因果関係のみなし規定であり、従って、各人に相当因果関係の範囲を超えた全損害について賠償責任を負わせ、免責・減責を許さない規定である。関連共同性はそのような効果を認めるために必要な要件である。従って、一項前段の共同不法行為が成立するためには、数人の行為が社会観念上一個の行為とみられる加害行為の全過程の一部に参加していること（「弱い客観的関連」）を超えた、より緊密な関連共同性（「強い関連共同性」）が

必要である。「強い関連共同性」には、①数人の間に「共謀」あるいは「共同する意思」がある場合（「強い主観的関連連」<sup>(10)</sup>）、②客観的にみて、損害発生の原因行為に強い一体性がある場合か、<sup>(11)</sup>あるいは、損害発生の結果への強い寄与がある場合（「強い客観的関連」）がある。

一項後段は、加害者不明の択一的競合の場合に限られない、広範な因果関係の推定規定であり、この効果を認めるためには「弱い客観的関連」があれば十分である。この類型においては、被告の側による免責・減責の主張・立証が許される。<sup>(12)</sup>

### 3 「新主観的共同説」<sup>(12)</sup>の主唱者である前田教授は、大略以下のような見解を示されている。<sup>(13)</sup>

一項前段は因果関係のみなし規定であり、従って、七一九条の特殊性は自己の行為と因果関係にない結果について賠償責任を認めることにあり、免責・減責は許されない。そして、そのような責任を負わせるためには、何らかの形で「意思」がはたらく必要がある。このような観点から、関連共同性は、「各自が他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思をもつこと」という主観的関連共同として定式化され、このような認容の故に、時に、この行為結果が彼自身の所業として彼に帰責され、時に、注意義務を彼自身が負ってその違反故に結果帰責がなされるのである。これを類型化すると、①各自が当該権利侵害を指して他人の行為を利用し、他方、自己の行為が利用されるのを認容する意思のある場合（「故意の共同不法行為」）、②各自当該権利侵害以外の目的を指してそのために他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思がある場合（「過失の共同不法行為」）、③一方は当該権利侵害を指し、他方は当該権利侵害とは別の目的を指して各自他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思のある場合（「故意と過失との共同する場合」）に分けられる。

一項後段は因果関係の推定規定であるが、広く「当該権利侵害を惹起する危険性を含んでいる行為をなした者」

4  
について適用され、かかる主張立証あるときは、独立不法行為の競合の全ての場合、すなわち全権利侵害の可能性がなくとも、無条件で適用される。この場合には、被告は因果関係の全部あるいは一部の不存在を立証して免責減責が可能であるが、<sup>(14)</sup> 一個の権利侵害について部分的因果関係があると考えられる場合については、その割合を含めて故意・過失といった要件を加味し、行為全体の総合的法評価としての違法性の大小（「違法度」）によってその割合を決すべきである。

広範な比較法的考察を行われた能見教授は、日本法の問題として、次のような解釈論を展開されている。<sup>(15)</sup>  
一項前段に含まれるものには二つの類型がある。まず、①主観的関連共同の場合であり、その意義は前田教授が説かれるところとほぼ同じである。この場合、各人の行為についての因果関係は擬制され、共同行為と損害との間に因果関係があればよい。<sup>(16)</sup> 各人には共同行為と相当な関係にある損害を賠償する義務が生じる。もう一つは、②被告間に社会的に一つの行為と見られるような密接な関連がある場合である、客観的関連共同の場合である。この場合、各人の行為についての因果関係は推定され、被告は、自己の行為と損害との間の因果関係が存在しないこと、または一部存在しないことを反証して免責または減責を主張しうる。<sup>(17)</sup>

一項後段は損害発生の可能性のある行為をなした者についての因果関係の推定の規定であるが、被告とされた者以外には損害を惹起した可能性のある者がいないこと、すなわち択一的損害惹起の関係が必要である。  
以上のような類型的考慮の他に、純粹に事実に関する問題としての「事実的寄与度」とは区別された、過失等を考慮して決められる法的評価である「評価的寄与度」という問題がある。<sup>(18)</sup> 「評価的寄与度」による減責は、「事実的寄与度」とは別のルールに従って取り扱われるべきものであり、主観的関連共同であるが故に寄与度減責が認められないのではなく、「評価的寄与度」のルール上において原則として認められないものと解すべきである。



最後に、四宮教授の見解を見ておこう。<sup>(19)</sup>

一項前段のねらいは、自己の行為の因果関係または寄与度を超えて、生じた損害全部について賠償責任を負わせることにある。関連共同性の類型は次のように分けられる。まず、①主観的共同である。この場合、当事者の意思に由来するにせよ、法の意思に由来するにせよ、一定の関係にある行為者の行為を認容し、ないしは、そこから生ずる結果を引受けるものとみられ、場合を問わず全部責任となる。主観的共同の場合には、各人の行為と直接の加害行為との因果関係が欠落し、または不確かな場合にも、共同不法行為の効果として因果関係が擬制される。これに含まれる場合としては、(a)共謀、(b)教唆・幫助、(c)認容、(d)共同行為・集団行為、(e)連結義務違反が挙げられる。(e)連結義務違反とは、法的意思による主観的共同の場合であり、複数の主体が、一方は命令・監督・監査する者として、他方は現実に行動する者として、互いに連結された行為義務を負う場合である。その他、②客観的共同、及び③主観的・客観的共同の場合がある。<sup>(20)</sup>これらの場合には、各人の行為はいずれも同一対象に向けられているので、各人の行為と損害発生との因果関係は常に充たされ、共同不法行為であることの意味は、ここでは、加害者が寄与度を超える責任を課されることにある。ただし、政策的考慮から、全部責任を負わせることが著しく正義に反するような特別の事情がある場合には、減責の可能性を認めてよい。

一項後段は因果関係の推定規定であるが、基本的には、各人の行為がそれぞれ単独で全体結果を惹起する危険性を有していた場合で、択一的競合関係にある場合に関する規定である。しかし、択一的競合か必要的競合か不明である場合、一項前段の「共同」を欠く必要的競合の場合、複数の加害者の行為によって複数の結果が発生したがそれぞれの結果との対応が不明である場合のいずれかであって、因果関係ないし寄与度が不明である場合にも類推適用を認めるべきである。<sup>(22)</sup>

三 以上のように、主な学説を見てみただけでも、様々な見解があることが分かる。それはよく言われるような、主観的共同か客観的共同かという対立に止まらず、民法七一九条一項前段及び後段にどのような機能的な意義を認めるか、具体的な事案についてどのように対処するかという点等でそれぞれ少しづつ異なっている<sup>(12)</sup>。各説に対する評価を加えることは筆者の能力を超えるし、もとより本稿の目的ではない。ここでは、商法二六六条一項の意義についての検討に対する示唆を得る目的で、以上のような議論が七一九条一項にどのような意義を認めようとしているのかについて整理してみたい。

まず、複数の加害者が存在する紛争類型においては、事実的因果関係の問題として、各人の行為と損害との間の因果関係が欠落していたり、不明確な場合があり、また、各人につき相当因果関係の認められる範囲が異なるということがある。これを民法七〇九条の原則のみで処理しようとするれば、各加害者(被告)についての因果関係の存否は被害者(原告)の立証責任の下にあり、立証がない場合には当該加害者の責任が全部または一部否定される。そのような結論に至っても仕方がないという場合もあろうが、そのような結論を回避すべきと感ぜられることもあり、従来の通説・判例も無意識的に共同不法行為という枠組を用いてこれに対処してきたものと思われる。近時の批判学説はこのような因果関係の問題を自覚的に捉え直し、民法七一九条一項の機能として因果関係の擬制ないし推定を考えている。

一項前段と後段のそれぞれの機能をいかに定め、両者の関係をどう考えるかという問題を捨象すると、各説の違いは、どのような場合に(関連共同性や共同行為性の問題)どのような処理を行うかという点にある。ごく大雑把に言えば、①主観的共同<sup>(13)</sup>があると考えられる場合には因果関係の存在が擬制され、事実的因果関係の不存在による免責は許されないという点では一致している。相当因果関係についても、各人にそれを超えた責任を認めるべきことを明言する見解もある(淡路・能見<sup>(14)</sup>)。②客観的共同があると考えられる場合については、因果関係の存在が推定される(不存在の立証による免責を認める)とする考え方(平井・能見<sup>(15)</sup>)と、①の場合と同様、因果関係の存在が擬制され、免責は許されな

いと考える考え方（淡路<sup>(127)</sup>）がある。更に、③客観的共同が認められない一定の場合についても、因果関係の存在が推定されるしつつ、免責・減責を認めるといふ類型を立てる考え方（淡路・四宮<sup>(128)</sup>）や、更に広く、①に該当しない（前田<sup>(129)</sup>）、あるいは、①②に該当しない（平井<sup>(130)</sup>）独立不法行為の競合の場合にも因果関係の推定を認めつつ、免責・減責を認めるといふ考え方もある。

次に、複数の加害者が存在する紛争類型において、各加害者の「寄与度」を観念できることがあるとされる。「寄与度」をどのようなものとして考えるかは問題であるが<sup>(131)</sup>、何らかの形で「寄与度」減責を認める理論があるとして、共同不法行為の成立によりそのような理論が適用される可能性は全面的に、あるいは一部排斥されると考えられている。①主観的共同があると考えられる場合には「寄与度」減責は許されないとする点では、各見解はほぼ一致している。②客観的共同がある場合については様々で、「寄与度」減責の可能性を認めない見解（平井・淡路<sup>(132)(133)</sup>）も認める見解（能見・四宮<sup>(134)</sup>）もある。以上に対し、③共同不法行為が成立しない独立不法行為の競合の場合には「寄与度」減責の可能性が認められている。なお、能見教授は「評価的寄与度」（各加害者の過失等を考慮して決められる法的評価であるとされる）による減責は、共同不法行為の成否とは切り離し、それ自身のルールに基づいて行われるべきことを主張されている<sup>(135)</sup>。

以上要するに、民法七一九条一項は、独立不法行為の競合の場合との比較において、因果関係や「寄与度」減責に関して何らかの特別の効果（因果関係の擬制ないし推定、「寄与度」減責の可能性の排斥）を生ぜしめるものであり、そのような意義を有することが共同不法行為規定の存在意義であると考えられている。そして、そのような意義を認めて処理するのに相応しい類型はいかなるものかという観点から、共同不法行為の成立範囲について議論が為されているのである。ただし、特別の効果の内容やそれを認めるべき類型についての結論は様々である。

### 第三款 取締役の責任と関連する点について

一 第二款では民法七一九条一項の意義という観点から民法上の議論を見たが、そこでの細かな議論に立ち入ることは本稿の目的ではない。しかし、議論の全体像の描写だけでは、商法二六六条一項の意義の検討の材料とするには不十分であろう。民法上の議論と商法二六六条一項の意義との関係を明らかにするためには、複数の任務懈怠取締役が存在する場合に共同不法行為が成立するの可否かを検討する必要がある。

ただし、共同不法行為が成立するか否かという二者択一的な問題設定はやや硬直に過ぎるかもしれない。複数の任務懈怠取締役が存在する場合の主たる類型は、ある者については会社に損害を与えた行為の直接行為者として任務懈怠が認められ、他のある者についてはその直接行為者に対する監視・監督義務違反が認められる場合である。第二章で見たように、監視・監督義務違反には、直接行為者の行為を知っていながら採るべき是正措置を採らなかった場合から、普段果たすべき職責を十分に果たさなかった結果として何も知らなかった場合まで様々ある。知っていた場合の中でも、直接行為者に相談され、(取締役会決議においてではないが)積極的に賛成していた場合から、偶然知ってはいたが黙認あるいは放置していたという場合まであり、何も知らなかった場合の中でも、完全な任務放棄が原因である場合から、取締役に義務違反が認められる程度の内部統制システムの不備が原因である場合まで考えられる。要するに、色々な場合が考えられるのであるが、それにもかかわらず複数の任務懈怠取締役が存在する場合には常に共同不法行為が成立することになるのか、あるいは、場合によるということになるのかについて、特に注意する必要がある。

二 まず、複数の任務懈怠取締役が存在する場合というのは、共同不法行為に関する議論に置き換えれば、客観的共同ある場合と言えるのであろうか。客観的共同においては、各加害者の主観を考慮しないため、直接行為者と監視・監督義務違反取締役という類型においては、監視・監督義務違反の態様とは無関係に、関連共同性の有無が判断されること

となる。つまり、共同不法行為になるかならないかの二者択一である。<sup>(137)</sup>

客観的共同説における客観的共同の定義は、例えば、「社会的に一つの行為と見られるような密接な関係が加害者間にあ」る場合（能見<sup>(138)</sup>）、「複数の行為が共同の原因となつて一個の損害をひき起こすに至つた場合で、複数の行為から損害の発生に至る一連の経過からみてそれらの行為が社会観念上全体として一個の行為と評価するのが適切なような一体性をもつ場合」<sup>(139)</sup>（淡路<sup>(140)</sup>）等とされる。しかし、複数の任務懈怠取締役が存在する場合について、このような客観的共同の定義に当てはまるか否かを検討することはあまり意味がある作業ではない。複数の任務懈怠取締役が存在する場合に、それが社会的に一つの行為と見ることができるとあるか否かという問いには、いずれにしても説得力をもって答えることは難しいからである。

従つて、そもそも主観的共同とは別に客観的共同という類型が立てられていることの意味から考える必要がある。共同不法行為を巡る議論において客観的共同という類型が立てられるのは、民法七一九条一項に何らかの意義を認めるときに、そのような効果を認めるのが適當であると思われる場合が、各行為者に共同の意思がある主観的共同の場合に限られるものではないのではないかということに基づいている。そして、そのような効果を認めるのが適當であると思われる理由は、例えば四宮教授によれば、「因果関係のからまりおよび発生した損害の一体性<sup>(141)</sup>」であるとされるが、これも結局程度の問題であつて、具体的な類型において客観的共同があると考えべきか否かの決定的な基準とはなり得ないと思われる。つまり、主観的共同が認められない複数の取締役の責任が問題となる場合に、それが客観的共同ある場合であるとするか否かは、客観的共同の定義の問題としてではなく、民法七一九条一項により与えられる効果を認めるべきか否かという観点から考えられるべきものだということになる。<sup>(142)</sup>

民法七一九条一項により与えられる効果が、各加害者につき個別的に事実的因果関係、相当因果関係<sup>(143)</sup>民法四一六条を考慮することを不要とし、「寄与度」減責の可能性も排斥するといふものであるとし、<sup>(144)</sup> 複数の任務懈怠取締役が存在す

る場合を客観的共同がある場合として考えると、客観的共同説に立つ限り、常に各取締役について個別的に因果関係を考慮する必要はなく、また「寄与度」減責の可能性も認められないということになる。勿論、取締役の責任を商法二六六条一項の問題として考える以上は、商法二六六条一項の解釈として、以上とは異なる結論を導くことも可能であるが、共同不法行為の場合との均衡を考える必要があるのではないかという本稿の立場からすると、以上のような結論の当否自体を問題とせざるを得ない。そして、以上のような結論は不当であると考ええる。第一に、監視・監督義務違反取締役について、時として損害との間の因果関係が問題となると考えられてきたという事実に反する。第二に、例えば過失による監視・監督義務違反が認められるだけの取締役に、予見可能性のない特別損害についてまで責任を負わせることとなるのは酷ではないだろうか。第三に、例えば前掲東京地裁平成八年六月二〇日判決（日本航空電子工業株主代表訴訟事件<sup>(143)</sup>）のように、複数の任務懈怠取締役が存在する場合に、各取締役の「寄与度」に応じた因果関係の割合的認定という手法を採った裁判例が存在し、それに対する評釈者の多くも、少なくとも当該事案の下での「寄与度」減責には理解を示している<sup>(144)</sup>。私見もそのような見解に賛成であり、何らかの義務違反が認められる取締役がそれぞれ常に全額について責任を負うという結論は硬直に過ぎるように思われる。ある事案において何らかの理屈で各取締役の責任額を減額して差を設ける可能性を検討し、結局は減額を認めるべきではないということになったとしても、そのような議論の可能性はそもそもなかったとは考えない方がよいのではないだろうか。

以上のような理由で、複数の任務懈怠取締役が存在する場合を客観的共同ある場合とするべきではない<sup>(145)</sup>と考える。

三 複数の任務懈怠取締役が存在する場合には、主観的共同による共同不法行為が成立する可能性はある。しかし、主観的共同とは言っても、その意義は実はそれ程明らかではない<sup>(146)</sup>。再度、詳しく見てみよう。

前田教授は、主観的共同の内容を「(各自が)他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容

する意思をもつこと」と定義され、具体的な類型として、「故意の共同不法行為」「過失の共同不法行為」「故意と過失との共同する場合」に分けられる。これに対して、淡路教授は、「『共謀』あるいは『共同する意思』<sup>(148)</sup>」とされていたのを更に詳説され、①損害の発生を旨指して共謀した場合（『共謀型』）、②ある者の行為が他の者の行為と相俟って損害が発生すること、あるいは発生する危険性があることを認識しつつ、あえてその行為をする場合であり、広い意味での容認がある場合（『認識認容型』）、③「教唆型」、④「幫助型」に分けられる。<sup>(149)</sup> 両説の違いは、淡路教授の②③類型と前田教授の「過失の共同不法行為」「故意と過失との共同する場合」に現れている。すなわち、淡路教授の考え方では、共同の行為により損害が発生すること、あるいは発生する危険性があることを認識しつつこれを容認したという事情が必要となるのに対して、前田教授の考え方ではそのような事情は必要ではなく、あくまで「（各自が）他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思をもつこと」だけで関連共同性が認められ、損害の発生またはその危険性の認識といったことは各人の過失の問題ということになる。<sup>(150)</sup>

このような観点から各説を見てみよう。能見教授は主観的共同を「相互に相手方の行為を利用する意思（共同の意思）を以て共同行為をすること」と定義され、具体的には、「主観的関連共同は、故意の場合だけではなく、各人に過失しかない場合でもありうる。すなわち、損害惹起行為そのものについては共同の意志がなくとも、結果発生危険のある行為について共同の意思があればよく、その危険行為を遂行する過程で一人の過失によって損害が発生したという場合であっても主観的関連共同があるというべきである。∴しかし、これに対して、それ自体は違法でない行為について関連共同があっても、共同不法行為は成立しないというべきである」とされる。<sup>(151)</sup> このような考え方においては、前田教授の考え方のように、他人の行為の利用・自己の行為が利用されることの認容の意思だけでは不十分で、「結果発生危険のある行為について共同の意思」が必要であることになる。他方、淡路教授のように、損害発生ないしその危険性の認識・認容が必要という訳でもなさそうである。この意味で、主観的共同の意義に関しては中間的な考え方ということ

になろう。

四宮教授は、関連共同性を基礎付けるものの一つとして「意思共通」という主観的要素を挙げられ、「不法な協働に意識的に関与した者は、その協働に属する他の共同者の行為を認容し、ないしはその行為による結果についての責任を引受けた、とみられる」とされる<sup>(四)</sup>。この考え方では、淡路教授と同様に、主観的共同が認められるためには、損害発生ないしその危険性の認識・認容が必要となるようである。

結局、主観的共同の意義も様々である。ただ、前田教授のように主観的共同を広く捉える見解はあまりないということだけは指摘できるであろう。これは、前田教授が共同不法行為の成立を主観的共同の場合に限定するという立場に立たれていることと関係があると思われる。危険性のある行為について共同の意思があること、あるいは損害発生ないしその危険性の認識・認容といった要素を更に必要とする方がより一般的な考え方であると言える。

複数の任務懈怠取締役がいる場合について考えてみると、各取締役に損害発生ないしその危険性の認識・認容があったと言える場合も言えない場合もある。取締役が代表取締役の不当な行為を知りつつ黙認していたような場合は前者の場合であるし、普段果たすべき職責を果たしていなかったためにそれについて知らなかったような場合は後者の場合である。このように考えると、複数の任務懈怠取締役が存在する場合には、主観的共同による共同不法行為が成立する場合と成立しない場合とがあることになる。

四 ただし、主観的共同についての考え方によっては、以上のような、共同不法行為となる場合とならない場合とがあるという結論にはならない可能性がある。すなわち、取締役は他の取締役等の行為に対する監視・監督義務を負っているが、そのような義務の存在が主観的共同の判断に影響を与える可能性がある。もし、そのような義務があるだけで主観的共同があると認められるのであれば、複数の任務懈怠取締役が存在する場合には常に共同不法行為の成立が認めら



れることとなってしまふ。

前田教授は、「過失の共同不法行為」の類型の中で、「共同する他人に対して、その他人が権利侵害しないように注意する行為義務が存在する」場合を挙げられ、「この場合、その者は、その行為義務違反を理由に民法七〇九条（場合によつては民法七一五条）で責を負うという構成も可能である。しかし、その故に、共同不法行為の分野から排除する必要はなく、かえつて、いちいち別の行為義務を確立していくより、一つの同質の行為義務で、共同行為者として括る方が便宜であろう」とされる<sup>(15)</sup>。少し分かりにくいのが、前田教授は「過失の共同不法行為」に該当する裁判例として大審院明治四五年五月六日判決<sup>(16)</sup>を挙げられている。これは、株式会社である銀行の支配人が、銀行の無資力にもかかわらず、資力確実のような虚偽の営業報告書及び貸借対照表を作成し、取締役 $Y_1$ ・ $Y_2$ と監査役 $Y_3$ ・ $Y_4$ はそれを真実のものとして信じて公表し、 $X$ が預金をして損害を被つたという事件である。前田教授は、「本件においても、銀行業務遂行という共同目的のために行為を共にしているものが、各自の注意義務違反によつて他人に損害を与えたという過失の共同不法行為として肯定しうるであろう（傍点、筆者）」とされている。これから考えると、前田教授の見解は、「他人が権利侵害しないように注意する行為義務が存在」し、その違反がある場合には主観的共同による共同不法行為となるといふ考え方はなく、あくまでその他人と「共同」していること、すなわち、「各自当該権利侵害以外の目的を目指してそのために他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思がある場合」に該当することが前提となつていふことが分かる。しかし、その「共同」が「銀行業務遂行という共同目的」というもので満たされるといふのであれば、取締役の場合にはやはり常に主観的共同があるということになつてしまふが、そのように主観的共同を広く解するのは実は学説の大勢ではないことは先に見た通りである。

四宮教授は、主観的共同の類型の中で「連結義務違反」、すなわち、法の意思による主観的共同の場合であり、複数の主体が、一方は命令・監督・監査する者として、他方は現実に行動する者として、互いに連結された行為義務を負う

場合を挙げられる。<sup>(16)</sup> この場合には、「監督的地位にある者は他方が現実には惹起した結果についても責任を引受けるべきである、という法の意思が、すでにそのなかに含まれている」とされる。<sup>(17)</sup> 複数の取締役の会社に対する責任を共同不法行為として考えた場合、この類型に該当することは明らかである。しかし、このような類型を考えることが一般的であるとは思われない。淡路教授は、「連結義務違反」類型に関し、「同じ『意思』を中心に構成していても、共同不法行為者の意思ではなく、法の意思である点で、他の（主観的共同の）類型とは異質であり、はたしてこのような類型を立てることが適切か、疑問が残る」と批判されている。また、例えば、使用者責任の類型において民法七一九条が使えるか否かという問題に関しても、一般的には、使用関係があるだけで関連共同性があるとは言えないと考えられているようである。<sup>(18)</sup> ある者が命令・監督・監査する者であるというだけの理由で、共同の行為により損害が発生すること、あるいは発生する危険性があることを認識しつつこれを容認したという事情が必要な他の主観的共同の類型（四宮教授も同じ考え方である）と同視して、常に主観的共同ありとして特別の効果を認めることは難しいのではないだろうか。結局は、ある者を命令・監督・監査する者たらしめている法の解釈の問題であろう。そして、取締役の監視・監督義務違反については、直接行為者の行為を知らなかった監視・監督義務違反取締役にも損害発生ないしその危険性の認識・認容と同視しうる事情があると考えべきではないと思われる。<sup>(19)</sup> その理由は、常に共同不法行為となした場合の結果が不当なものであるとして、客観的共同について述べたものと同じである。

以上により、取締役であるが故に必然的に主観的共同による共同不法行為が成立するということはないと考ええる。

五 以上のように、複数の任務懈怠取締役が存在する場合について、各取締役の会社に対する責任を不法行為責任として構成するとしても、常に共同不法行為が成立するとは考えるべきではなく、場合によると考える。共同不法行為が成立するのは、各取締役に損害発生ないしその危険性の認識・認容という事情があるとして主観的共同が認められる場合

であると考ええる。そのような場合については様々な議論がある共同不法行為法においても各見解が共通しており、言わば共同不法行為のコアに当たたる部分である。そして、そのような場合には、各取締役について個別的に因果関係を考える必要はないし、「寄与度」減責の可能性を認める必要性もないと思われるからである。ただし、これはあくまで取締役の会社に対する責任を不法行為責任として考えた場合の話であって、商法二六六条一項の解釈の問題としては更に検討を行うべきこととなる。もつとも、商法二六六条一項の解釈においても共同不法行為との均衡を考えるべきであるという本稿の立場からは、以上のような結論は、商法二六六条一項の解釈としても参照すべきものということになる。

次に、商法二六六条一項の意義について検討するためのもう一つの素材として、アメリカ法の考え方についても見ておくこととする。ただし、アメリカ法においても本稿のような視点からする議論はないため、いくつかの断片的な資料から分析を行う他ない。

(1) 複数の取締役が全て直接行為者として責任を負う場合がある。また、決議賛成取締役として商法二六六条二項に基づいて責任を負う場合もある。これらの場合以外には、全て監視・監督義務違反に基づく責任の問題となる。

(2) 複数の責任主体が存在する場合というのは、直接行為者たる従業員と一人ないし複数の監督義務違反取締役の場合、及び、直接行為者たる取締役と一人ないし複数の監視・監督義務違反取締役の場合とがあり得る。取締役の会社に対する責任は主として商法二六六条一項に基づき、従業員は労働契約上の債務不履行あるいは民法上の不法行為に基づき責任を負うことになるであろうが、そのように異なる法律構成に基づいて責任を負う場合については特に検討は行わない。その理由は、本稿の対象が取締役の責任であるということもあるが、商法二六六条一項は取締役の「連帯」責任を法律上明定しており、そのような商法二六六条一項に基づく取締役の責任について検討することで、例えば、従業員が不法行為責任を負い、取締役が商法二六六条一項に基づく責任を負っている場合についても応用が可能であると考えられるからである。なお、委員会等設置会社についても、複数の取締役または執行役が委員会等設置会社に生じた損害について賠償責任を負う場合には、それらの者が「連帯」責任を負うこととする旨が規定されている(商法特例法二二条の二三)。しかし、これについても商法二六六条一項に基づく取締役の責任について検討するところと同様に考えることができると思われるため、本文では直接の対象とはしない。

- (3) 本稿においては、特に断らない限り、「商法二六六条一項」とは、このように読み替えたものを意味することとする。
- (4) 複数の行為等から生じた複数の損害が問題となっており、その複数の行為等に関して各取締役の義務違反が認められる範囲が異なるのであれば、当然同額の責任とはならない。本文で問題としているのは、一つの損害についての責任を基礎づける義務違反が認められる取締役が複数いる場合についてである。
- (5) 大隅健一郎『今井宏』『会社法論中巻』二五一頁(有斐閣、第三版、平四)。同旨、西本寛一『株式会社重役論』二三一頁以下(大同書院、昭一〇)、大隅健一郎『園部雄吉』『取締役・監査役』二二七頁(青林書院、昭三〇)、木内宜彦『会社法(企業法学II)』二〇五頁(勁草書房、昭五八)、上柳克郎『鴻常夫』『竹内昭夫編』『新版注釈会社法(六)』二七五頁(近藤光男)(有斐閣、昭六二)、森本滋『現代法学会社法』二五〇頁以下(有信堂、第二版、平七)。
- (6) 西村信雄編『注釈民法(一一)』一八頁以下(樞寿夫)(有斐閣、昭四〇)。
- (7) 新井修司「取締役の連帯責任について」大阪学院大学法学研究二六卷一号二五一頁(平一一)。
- (8) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』三八七頁(岩波書店、昭三九)。
- (9) ただし、我妻教授は、これらの場合には、いわゆる「合有」の概念によりそもそも分割債務とはならないという立場を採る。
- (10) 類型毎に様々な解釈技術的な工夫により、分割債務の成立を制限する。樞・前掲注(6)二五頁は、学説・裁判例上見られる法的構成として、合有概念、「不可分の対価は不可分」構成、連帯債務・不可分債務の立証の措信力の強化、「黙示の意思存在」構成を挙げる。
- (11) 我妻・前掲注(8)三八七頁以下。
- (12) 例えば、樞・前掲注(6)一八頁以下、甲斐道太郎『債権総論』二二四頁以下(法律文化社、第二版、平一三)。
- (13) 加藤一郎編『注釈民法(一九)』二九七頁(森島昭夫)(有斐閣、昭四〇)、淡路剛久『連帯債務の研究』二七三頁(弘文堂、昭五〇)(淡路教授は不真正連帯債務という法的構成から求償関係や一人について生じた事由の効果について演繹的な結論を導くことを批判されているが、本稿で問題としている全部義務(＝分割責任の排除)という点では異なるところはない)、星野英一『民法概論III(債権総論)』一六九頁以下(良書普及会、昭五三)、林良平編『注釈民法(二)(増補版)』一七二頁(前田達明)(有斐閣、昭五七)、幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』二二二頁(有斐閣、平五)、神田孝夫『使用者責任』二四〇頁(一粒社、新版、平成一〇年)。使用者の責任と被用者の責任につき、大判昭和十二年六月三〇日民集一六卷一二八五頁。法人の責任と理事の責任につき、大判昭和七年五月二七日民集一一卷一〇六九頁。
- (14) 高知地判昭和六〇年五月九日判時一一六二号一五一頁。
- (15) 長崎地裁佐世保支判昭和四八年三月二六日判時七一八号九二頁。その他、医療過誤における病院側の債務不履行責任と医療器

具製造販売会社の不法行為責任の不真正連帯関係を認めた事例として、東京高判平成一四年二月七日判時一七八九号七八頁がある。(16) 浦和地裁熊谷支判平成一一年四月二七日判時一六九四号一四頁、札幌地判平成一一年五月二八日判時一七〇三号三頁。前者は「(被告らによる)各債務不履行が相俟って右各原告らのじん肺罹患を惹起させたものと推認するのが相当である」とした上で民法七一九条一項を類推適用しているので、おそらく同項前段の問題としているものと思われる。後者は、明示的に同項後段の類推適用としている。

(17) 前掲高知地判昭和六〇年五月九日。

(18) 能見教授も、「四二七条の適用を排除することは、特に規定がなくとも、認められていることであるから、少なくとも現在では、四二七条の適用の排除という点では、七一九条の意義は大きくない」とされ、民法七一九条の分割債務の排除という意義に重点を置かれていない。能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(一)」法学協会雑誌九四卷二号四九頁以下(昭五二)。

(19) 森本・前掲注(5)二五五頁、北村雅史「取締役の責任軽減と株主代表訴訟—平成一三年一二月改正—」民商法雑誌一二六卷四・五号五七七頁(平一四)。民法七一九条の「連帯」も不真正連帯であると解されている。加藤一郎編『注釈民法(一九)』三二八頁(徳本鎮)(有斐閣、昭四〇)、内田貴『民法II(債権各論)』五〇〇頁(東京大学出版会、平九)、潮見佳男『不法行為法』四二六頁以下(信山社、平一一)。

(20) この用語法について批判があるのは周知の通りである。平井宜雄『損害賠償法の理論』二三頁以下(東京大学出版会、昭四六)参照。現在においては、債務不履行責任に関しては端的に民法四一六条の解釈の問題とし、「相当因果関係」なる語は無内容な概念となっているという理解が一般的である。星野・前掲注(13)六九頁以下、潮見佳男『債権総論』二二六頁以下(信山社、平六)、内田貴『民法III(債権総論・担保物権)』一五七頁以下(東京大学出版会、第二版、平一六)。

(21) 民法四一六条を沿革に忠実に解すれば、契約締結当時に両当事者が合理的に予見しえた損害が賠償範囲となるべきこととなり、いわゆる「契約を破る自由」を支える様々な解釈論的結論が導かれることになる。平井・前掲注(20)一六九頁以下。もし民法四一六条の解釈に関してこの立場に立つのであれば、取締役の義務のような包括的・裁量的な義務について契約締結当時の予見可能性を問題とすることの不当性から、民法四一六条の適用には疑問が生じる。しかし、判例はそのような立場とは異なり、予見可能性の判断時期は履行期ないし不履行時としている。大判大正七年八月二七日民録二四輯一六五八頁。

(22) 淡路剛久『公害賠償の理論』一一七頁以下(有斐閣、昭五〇)、能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(八・完)」法学協会雑誌一〇二卷一二号五七頁以下(昭六〇)。

(23) 田中誠二『三全訂会社法詳論上巻』六六八頁(勁草書房、平五)、森本・前掲注(5)二五二頁、新井・前掲注(7)一五五頁。

(24) 第二章第三節。

- (25) 委員会等設置会社については、株主に対する利益供与に関する責任(商特法二一条の二第一項)の場合を除き、商法二六六条二項・三項に相当する規定はない。このような違いは不合理であるが、「会社法制の現代化に関する要綱試案」(平成一五年一〇月二二日法制審議会会社法(現代化関係)部会)では、この二項・三項の問題を含めて、一般の会社における取締役の責任規定を、委員会等設置会社における責任規定と平仄を合わせるべく改正する方向が示されている。
- (26) 大隅||今井・前掲注(5)二五九頁、近藤・前掲注(5)二九一頁。
- (27) 新井・前掲注(7)一五七頁。
- (28) 第五章第二節第一款。
- (29) 例えば、西脇晋「取締役ノ責任ヲ論ス」法政大学法学志林一一卷四号三三三頁(明四二)では、「独商法第二百四十一条第二項ニハ取締役カ其業務ニ違反シ之レニ因リテ生セシメタル損害ハ会社ニ対シ之ヲ賠償セサル可ラサル旨ヲ定メタリ然レトモ我商法ニハ斯ル明文ナキモ同一ニ解釈セサル可ラスト信ス」とされる。
- (30) 戦前の議論については、西川義晃「旧法下における取締役の連帯責任」立教大学大学院法学研究二九号一一九頁(平一四)が詳しい。ただし、有責取締役相互の関係についてのみならず、どの範囲の取締役が責任を負うべきかという問題も「連帯責任」の問題として扱われているため、本稿とは分析の視角が異なる。
- (31) 磯辺四郎『商法釈義』六〇六頁(長島書房、明二三)「日本立法資料全集別巻一一(信山社、平八)」。
- (32) 岸本辰雄『商法正義第二巻』四四二頁以下(新法注釈会、明二四)「日本立法資料全集別巻四八(信山社、平七)」。
- (33) 岸本辰雄『民法正義・財産取得編巻ノ二』二五九頁以下(新法注釈会、明二四)「日本立法資料全集別巻五八(信山社、平七)」。
- (34) 西川義晃「旧法下における取締役責任事例の分析―大規模公開株式会社取締役責任論への回帰―(一)」立教大学大学院法学研究二五号一九頁(平一一)。
- (35) 『商法修正案理由書』一五三頁以下(博文館、明三二)。
- (36) 西川・前掲注(34)一九頁。例えば、西脇・前掲注(29)三三五頁は、「…取締役数人アルトキニ一人ノ為シタル過失ニ付キ他ノ取締役モ亦連帯責任ヲ有スルカト云フニ…我民法及商法ニ於テハ連帯ヲ推定セサルヲ原則トシ且商法取締役ノ責任ニ関スル連帯ノ規定ナキヨリ見レハ取締役ノ連帯責任ハ之ヲ認メサルモノト解スルヲ正当トス」としている。
- (37) 大判明治四一年二月三日民録一四輯二九頁。
- (38) 民録一四輯五一頁。
- (39) 大判大正四年三月一〇日民録二一輯三七九頁。

- (40) 民録二一輯三八九頁。
- (41) 法務大臣官房司法法制調査部監修『第二次』法律取調委員会商法中改正法律案議事速記録一(日本近代立法資料叢書二〇)二四五頁(富谷発言)(商事法務研究会、昭六〇)。
- (42) 松本丞治『商法改正法評論』七五頁(巖松堂、増補再版、明四四)。
- (43) 毛戸勝元『商法改正法評論』六三頁(有斐閣、明四四)。
- (44) 同旨、野間繁「取締役の責任(三・完)」明治大学法律論叢一五卷九号九二七頁(昭一一)、宗宮信次「株式会社重役の損害賠償責任(一)」民商法雜誌六卷五号八二五頁以下(昭一一)等。
- (45) 明治四四年商法改正による一七〇条一項は、「定款又ハ株主總會ノ決議ヲ以テ取締役中会社ヲ代表スヘキ者ヲ定メス又ハ数人ノ取締役カ共同シ若クハ取締役カ支配人ト共同シテ会社ヲ代表スヘキコトヲ定メサルトキハ取締役ハ各自会社ヲ代表ス」と定めた。
- (46) 法律取調委員會議事録・前掲注(41)二四五頁以下。「今度ノ改正ニ依ルト代表権ノナイ取締役ト云フ者ハ連帯責任カラ免レルノデアラウト思ヒマスガチヨツ行為ニ付テ任務ヲ怠ツタト云フ場合ニハ其代表権ノナイ所ノ取締役ト云フ者ハ連帯責任カラ免レルノデアラウト思ヒマス、即チ實際事務ニ当ト」(岡松発言)、「第七十七條ノ其任務ヲ怠タルト云フコトガアルノハ現ニ怠タルト云フ積リデアリマス、即チ實際事務ニ当ラナイ取締役ガアツテモ此責任ヲ負ハセナイト云フ考ヘデ出来テ居ルモノト御了解ヲ願ヒタイ」(富谷発言)。
- (47) 法律取調委員會議事録・前掲注(41)二四七頁。「:此(筆者注・代表権のない取締役)重役會議ニ於キマシテ矢張り相当意見ヲ述べ或ハ會議ノ時分ニ同意ヲ表スル場合モアリマスノデ、果シテ其會議ノ結果代表権ノアル重役ガ株ニ対シテ或行為ヲナシタ、ソレガ会社ニ対シテ損害ヲ生ジタト云フ場合ニ其代表権ノナイ重役ガ矢張り行為ヲナシタト云フ御考ヘデアリカスカ其辺ヲ」(内田発言)、「無論會議ニ与ツテ居ルナラバ代表権ヲ持タヌデモ其行為ヲシタ者ニナルコトハ明ラカデアリマス」(富谷発言)。
- (48) 西本・前掲注(5)八一頁以下、鈴木竹雄||石井照久『改正株式会社法解説』一四一頁(日本評論社、昭二五)。
- (49) 法律取調委員会でのやりとりの他に、同様の見解を示すものとして、椎津盛一『会社法要義』三九一頁(巖松堂、昭七)、宗宮・前掲注(44)八二六頁。
- (50) 昭和一三年改正により明治四四年改正による一七七条一項は二六六条一項とされ、若干の字句の修正が行われていた。
- (51) 鈴木||石井・前掲注(48)一七〇頁以下、大隅健一郎||大森忠夫『逐条改正会社法解説』二八一頁以下(有斐閣、昭二六)、近藤・前掲注(5)二五九頁以下。
- (52) 鈴木||石井・前掲注(48)一七一頁。
- (53) 鈴木||石井・前掲注(48)一七一頁、大隅||大森・前掲注(51)二八六頁。
- (54) ただし、現在では商法二六六条一項の「連帯」は不真正連帯であると解されている。森本前掲注(5)二五五頁。

- (55) 第一節五。
- (56) 東京地判平成五年九月二二日判時一四八〇号一五四頁。
- (57) 判時一四八〇号一五八頁。
- (58) 東京高判平成八年二月二一日金判一一〇五号二三頁。被告取締役らは上告したが、上告審(最判平成一二年九月二八日金判一一〇五号一六頁)は、原審の認定判断は正当であるとして上告を棄却している。
- (59) 金判一一〇五号三四頁。
- (60) 大阪高判平成一〇年一月二〇日判タ九八一号二三八頁。なお、上告審(最判平成一二年一〇月二〇日判時一七三一号一二五頁)の論点はここでの問題とは異なる。
- (61) 判タ九八一号二四五頁以下。
- (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) 第五章第二節第二款。
- (64) 山田純子「取締役の監視義務と会社に対する責任」甲南法学三八卷三・四号二二〇頁(平一〇)。
- (65) 新井・前掲注(7)一五九頁。ただし、監視・監督義務違反の場合には、不作為の因果関係であるという性質の故に、監視・監督義務違反取締役についてあらためて因果関係の存否が問題となることは原則としてないといわれる。
- (66) 例えば、河本一郎他(座談会)「取締役の責任―わが国における経営判断原則の具体化」民商法雑誌一〇九卷六号五二頁(前田発言)、五五頁(川浜・近藤発言)(平六)。
- (67) 上柳克郎「両損害包含説―商法二六六条ノ三の解釈論に関する若干の考察(二)―」法学論叢一〇二卷五・六号二頁以下(昭五三)。
- (68) 青竹正一「東京地判平成八年六月二〇日判批」ジュリ一一四二号一〇四頁(平一〇)。
- (69) 青竹教授は「寄与度に応じた因果関係の割合的認定」を行った日本航空電子工業株主代表訴訟事件の評釈の中でこの見解を示されているので、本文に紹介した見解の「因果関係」とは、割合的因果関係論を前提としたものであるかもしれない。
- (70) 上村達男・商事法務一四三四号一五頁(平八)、荒谷裕子・判タ九四八号九三頁(平九)、川村正幸・金判一〇一〇号四二頁(平九)、森淳一朗・ジュリ一一一三号一〇〇頁(平九)、吉原和志・私法判例リマックス一五号一〇六頁(平九)。
- (71) 遠藤弁護士は、次のように述べられている。「取締役の故意行為については、連帯責任を維持することが政策的にも、公平の観点からも妥当といえる。これに対して、過失行為については、二六六条一項の連帯とは、取締役の被告全員(各人)が全損害を発生させたとの推定をする『法律上の事実推定』を意味するものと解釈し、被告取締役が自己の固有の責任(分割責任)を立証し



て、これを明らかにすれば、判決でも分割責任と決定できるものと解する。」遠藤直哉『取締役分割責任論』六八頁（信山社、平一四）。

ここで言われている「連帯責任」とは全部責任を意味し、「分割責任」とは各取締役の行為と「事実上の因果関係」を有する「固有の責任」に応じて各取締役がそれぞれ責任を負うことを意味している。そして、「…過失行為については、行為が損害発生に与えた影響の程度（因果関係の割合）又は寄与度に応じた分割責任を認めるべき…」（同書六八頁）等とされていることから見ると、「事実上の因果関係」とはいわゆる割合的因果関係論を前提としているように思われる（実際、引用部分は「割合的因果関係論」という節の中の記述である）。さらに、「上記推定は事実上の因果関係についてなされるにすぎないから、上記推定の有無にかかわらず、さらに過失における寄与度減責、帰責性の原理による減額を認めてよい…」（同書六九頁）とされ、割合的因果関係論以外の理論による減責の可能性も認められている。

本稿は「事実上の因果関係」を割合的因果関係論により理解する立場ではない。そして、本稿で言う「寄与度」減責の理論とは、各人の損害に対する寄与の割合を考慮してそれぞれの賠償額を減額することを可能にするための理論を総称するものであり（詳しくは、第五章第二節第一款参照）、割合的因果関係論はそこに含まれるという位置付けである。何故このような整理をするかというと、民法上の議論は様々であるため、どれか一つの理論に依拠して論を進めることはできるだけ避けたいからである。

従って、本稿の立場からは、遠藤弁護士の見解は、商法二六六条一項には「故意行為」について「寄与度」減責の理論の適用可能性を排斥する意義があると見る見解として理解することになる。逆に言えば、「過失行為」については「寄与度」減責の理論の適用可能性は排斥されないということであり、この点では本稿の結論（本章第六節）とそれ程変わらないとも言える。ただ、「寄与度」減責の理論の適用可能性が排斥されないとしても、「寄与度」減責の理論上の問題として実際に減責を認めるか否かがさらに問題となる。つまり、「寄与度」減責の理論をどのようなものとして理解するかによって最終的な結論は大きく異なり得る。

(72) 損害賠償の範囲（民法四一六条の不法行為責任への類推の可否等の問題）、過失相殺規定（民法四一八条及び七二二条二項）、付遅滞の時期、相殺禁止規定（民法五〇九条）、裁判管轄（民事訴訟法五条）等の点についての違いのない議論が見られる。大久保邦彦「請求権競合」『新・現代損害賠償法講座一（総論）』一九四頁以下（日本評論社、平九）。

(73) 内田・前掲注(19)四三五頁。

(74) 大久保・前掲注(72)一九四頁。

(75) 内田・前掲注(19)三三一頁以下、潮見・前掲注(19)一七頁以下、中井美雄編『不法行為法（事務管理・不当利得）』六六頁以下（植木哲）（法律文化社、平五）。

(76) 星野・前掲注(13)五五頁。

- (77) 西川・前掲注(30)一二五頁。昭和四四年改正時のものとして、松本・前掲注(42)七五頁。最近のものとして、近藤・前掲注(5)二七五頁、森本・前掲注(5)二五〇頁以下、弥永真生『会社法(改訂版)』一八九頁以下(有斐閣、平六)等。
- (78) Harry G. Henn & John R. Alexander, *Laws of Corporations* §218 (1983); Robert C. Clark, *Corporate Law* §3.4 (1986); Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law* 274 (2000).
- (79) 時効期間、立証責任の点等で、債務不履行構成の方が原告(会社)にとって有利であり、また、債務不履行責任は成立しないが不法行為責任は成立するという場合は考えられないので、不法行為責任として構成する実益は乏しい。
- (80) 内田・前掲注(19)三一頁以下、植木・前掲注(75)一二四頁以下、広中俊雄『債権各論講義』四三七頁以下(有斐閣、平七)、加藤一郎編『注釈民法(一九)』一三三頁以下(加藤一郎)(有斐閣、昭四〇)。
- (81) 大阪地判昭和四九年四月二六日判時七八一〇三頁。
- (82) 判時七八一〇七頁。
- (83) 最判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二五頁。
- (84) 契約法上の義務が不法行為法上の義務ともなるといふ見解もあり、この説によれば、もし取締役の責任を不法行為として構成しても、善管注意義務ないし忠実義務がそのまま基準となつてもよいことになる。注89参照。
- (85) 上柳克郎「大阪地判昭和四九年四月二六日」商事法務八一一号一七九頁(昭五三)。
- (86) 最判昭和三八年一月五日民集一七卷一一号一五一〇頁。
- (87) 加藤一郎『不法行為法の研究』一七頁以下(有斐閣、昭三六)、船越隆司『民事責任の構造と証明』一九二頁(尚学社、平四)(ただし、違法性の問題としては、不法行為における注意義務と債務不履行における注意義務とは必ずしも一致しない場合があるとする。)、潮見・前掲注(19)一六三頁。
- (88) 最判昭和三六年二月一六日民集一五卷二号二四四頁。
- (89) 大久保・前掲注(72)二一八頁の整理によれば、不法行為上の義務と契約法上の義務の程度が異なるのかという問題についての学説は、①同一説、②契約法上の義務の方が高度であるとする説、③程度の高い契約法上の義務が不法行為法上の義務ともなるといふ説、に三分類される。このうち、①及び③説では同一の基準となり、②では異なることとなるが、②の場合には法秩序内部における評価矛盾を来すこととなるが故に問題であるとされる。
- (90) 遠藤・前掲注(71)四五頁。なお、整理回収機構が信用組合の理事の責任を追及した大阪地判平成一二年九月八日判時一七五六号一五一頁では、中小企業等共同組合法三八条の二に基づく責任と共に不法行為責任の成立が認められている。これに対し、同じ信用組合の理事の責任が追及された大阪地判平成一二年五月二四日判時一七三四号一二七頁は、中小企業等共同組合法三八条の二

に基づく責任を認めながらも、被告理事らが私的利益を得ていた証拠はないので、民法上の不法行為が成立する程度に強い違法性があるとは認められないとして不法行為責任の成立を否定した。しかし、本文で述べたようにこのような結論には疑問があるし、何故に判旨がこのような結論に至ったのかもよく分からない。私的利益がないという点は、前の判決でも同じである。

(91) 最判平成一二年七月七日民集五四巻六号一七六七頁。

(92) 中野貞一郎『過失の推認』一頁以下(弘文堂、昭五三)、内田・前掲注(19)三二四頁以下。

(93) 吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」東北大学法学六〇巻一号三六頁(平八)、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』(有斐閣、第三版、平一六)。裁判例には、グリーンメーラーとして著名なAの恐喝に屈して融資名目で金員を交付した、もしくはそれに同意した被告取締役らの忠実義務違反、善管注意義務違反を認めながら、「本件における:Aの狡猾かつ暴力的な脅迫行為を前提とした場合、当時の一般的経営者として、「被告取締役らの判断は」まことにやむを得ないことであつたとみざるを得ない」ので「取締役の職務遂行上の過失があつたとは認められない」として、被告取締役らの責任を否定したものがあつた(東京高判平成一五年三月二七日金判一一七二号二頁)。しかし、結論の当否は措くが、このような理由付けには反対したい。もしAの脅迫が真に狡猾かつ暴力的で、取締役がそれに抗することを全く期待し得ないようなものであつたと考えるのであれば、そのような場合には忠実義務違反、善管注意義務違反もないとすべきである。取締役が会社のために死ぬことを手段債務たる忠実義務や善管注意義務が要求しているとは考えられないからである。

(94) 甲斐・前掲注(12)一五頁、平井宜雄『債権総論(第二版)』七九頁(弘文堂、平六)。ただし、平井教授は引渡債務と行為債務という分類を為される。

(95) 加藤・前掲注(87)七頁。

(96) 内田・前掲注(19)三二八頁、中野貞一郎「医療裁判における証明責任」ジュリスト五四八号三〇九頁。委任契約一般につき、船越・前掲注(87)二二九頁(ただし、医師の責任については、行為債務ではなく結果債務的構成を試みられる)。

(97) 長崎地裁佐世保支判昭和四八年三月二六日判時七一八号九一頁。

(98) 浦和地裁熊谷支判平成一年四月二七日判時一六九四号一四頁、札幌地判平成一年五月二八日判時一七〇三号三頁。

(99) 加藤一郎『不法行為』五〇頁(有斐閣、増補版、昭四九)、前田達明『民法随筆』一二七頁(成文堂、平元)。

(100) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』一九三頁(日本評論社、昭三七)、加藤・前掲注(99)二〇七頁。

(101) 我妻・前掲注(100)一九三頁以下、加藤・前掲注(99)二〇八頁。

(102) 一項後段を因果関係の推定規定と見るか、あるいは、因果関係の不存在の立証による免責を認めるかについては見解が分かっていた。我妻・前掲注(100)一九六頁、加藤・前掲注(99)二二二頁。

(103) 平井宜雄「共同不法行為に関する一考察——『因果関係』概念を手がかりとして」『民法学の現代的課題』二九〇頁以下(岩波書店、昭四七)、淡路・前掲注(22)一一八頁等。

(104) 我妻・前掲注(100)一九一頁以下、加藤・前掲注(99)二〇七頁。

(105) 平井・前掲注(103)二九六頁以下。

(106) 平井教授の定義によると、「寄与度」とは、原告の受けた「一個」の損害の発生に対して被告の行為がいかなる程度「寄与」したかという事実的因果関係の問題である。換言すれば、事実的因果関係を損害賠償責任の負担部分ないし割合という観点から述べたものということになる。そして、独立の不法行為が競合したに過ぎない場合において寄与度が不明な場合にどのように処理すべきかは、共同不法行為とは別の政策的価値判断に過ぎないとされる。

(107) 淡路・前掲注(22)一二九頁以下。

(108) 「強い主観的関連」を認めるためには、「共同行為の認識」では足りないとされる。

(109) コンビナート公害を例に挙げられる。

(110) ある加害者が条件説的に強い寄与をしている場合を例に挙げられる。例えば、企業 $Y_1 \cdot Y_2 \cdot Y_3$ の有害物質排出量を $y_1 \cdot y_2 \cdot y_3$ とし、損害発生時の最大許容限度を $P$ とするとき、

$$y_1 < P, y_2 < P, y_3 < P$$

$$y_1 + y_2 < P, y_2 + y_3 < P, y_3 + y_1 < P$$

$$y_1 + y_2 + y_3 > P$$

(各企業の排出量だけでは損害は発生しないが、それらが一体となることで損害が発生する場合)であれば、「強い客観的関連」があるとされる。

(III) 損害の一部が発生する有害物質排出量を $Q$  ( $P < Q$ ) とするとき、各企業の排出量が次のように明らかとなった場合に分けて、免責・減責のあり方を検討されている。

①  $y_1 > P, y_2 + y_3 < P$  であれば、 $Y_1$ は免責される(これについては前田教授の批判があり、それは正当である)。

②  $y_1 > P > y_2 + y_3$  が不明であれば、因果関係の推定は完全には破られてはいないので、 $Y_1$ は排出量に応じた責任を負う(減責)。

③  $Q > y_1 > P, y_2 + y_3 < P$  であれば、 $Y_1$ は一部について責任を負う(減責)。

④  $Q > y_1 > P > y_2 + y_3$  が不明であれば、全損害への寄与の推定を破れなかったものとして、 $Y_1$ は全額責任を負う。

(112) 従来から、かつての「通説」(客観的共同で足りるとする)に対して主観的共同を要するという考え方が存在したが、因果関

係の要件と関連共同の要件との関係については自覚的ではなかった。この両要件の関係を意識してかつての「通説」を批判しつつ、関連共同性を主観的共同と考える立場が「新主観的共同説」と呼ばれている（他に、伊藤進『不法行為法の現代的課題』二〇八頁以下（総合労働研究所、昭五五）等がある。）。四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為（中）（下））』七七六頁以下（青林書院、昭六一）。

(113) 前田達明『不法行為帰責論』二八三頁以下（創文社、昭五三）。

(114) 次のような場合に分けて論じられる。

①  $Y_1 \wedge P$ 、 $Y_2 \vee P$ であれば、 $Y_1 \cdot Y_2$ は全額責任を負う。

②  $Y_1 \wedge P$ 、 $Y_2 \vee P$ であれば、 $Y_1$ について減責する（この点で、 $Y_1$ を免責する淡路説に反対する）。

③  $Y_1 \wedge P$ 、 $Y_2 \wedge P$ 、 $Y_1 + Y_2 \vee P$ であれば、 $Y_1 \cdot Y_2$ について減責する（この点でも、共同不法行為の成立を認めて全額責任とする淡路説とは異なる）。

なお、②③で減責の基準となるのは、本文で述べたように、 $Y_1 (Y_2) / Y_1 + Y_2$ だけではなく、故意・過失といった要件を加味した、行為全体の総合的法評価としての違法性の大小（「違法度」）であるとされる。

(115) 能見・前掲注(22)五七頁以下。

(116) 故意・過失の要件についても、一項前段に独自の機能を認められる。すなわち、主観的関連共同が証明されれば、各人について結果に対する故意・過失が積極的に証明される必要はないとされる。ただし、被告各人は結果に対する過失がないことを証明して責任を免れることができる。

(117) 主観的共同の場合とは異なり、故意・過失については原告が立証しなくてはならないとされる。また、賠償すべき範囲は共同行為と相当な関係にある損害であるが、各被告につき相当性の反証を許すとされる。更に、因果関係の推定を破るには、全損害を惹起した可能性がないというだけでは十分ではなく、一部しか惹起していないことを主張して全額責任を免れるためには、その損害の部分特定しなければならないとし、この点に一項後段の場合との違いがあるとされる。

(118) 能見・前掲注(22)二〇頁以下。

(119) 四宮・前掲注(112)七七九頁以下。

(120) 加害原因の複合による、因果関係のからまり、ないし発生した損害の一体性、そしてそれによる被害者保護の必要も、民法七〇九条の一般原則による処理の修正を要求する事由であり、「社会観念上の一体性」という基準に定式化されるとされる。

(121) ①主観的共同の要素と②客観的共同の要素との組み合わせによる「共同」の例で、客観的要素だけでも主観的要素だけでも部分責任排除を認めるに足りないが、両要素が合すればそれを認めるに足りると考えられる場合であるとされる。

(122) 被告による寄与度の証明のない場合の効果については、択一的競合か必要的競合かが不明の場合には全額責任、その他の場合には頭割りの責任とすべきであるとする。

(123) 遠藤弁護士(遠藤・前掲注(71)六六頁以下)は、複数加害者の不法行為を①加害行為一体型・②加害者不明型・③損害一体型・④独立不法行為競合型に分けた上で、①は減免責の可能性のない民法七一九条一項前段、②は減免責の可能性のある同項後段、③は同項後段の類推適用の問題であるとする内田教授の整理(内田・前掲注(19)四九〇頁以下)に基づいて論を進められている。④の意義としては、「損害の発生をめざして共謀した場合(共謀型)、ある者の行為が他の者の行為とあいまって損害が発生すること、あるいは発生する危険のあることを認識しつつ、あえてその行為をする場合(認識認容型)、及び教唆・幫助した場合(教唆・幫助型)」であるとして、潮見教授の整理(潮見・前掲注(19)四一八頁)を引用される。そして、「取締役の行為については、上記「①」については損害の発生について故意の場合、上記「②③④」の場合は、過失の場合と置き換えると分かりやすい」とし、注(71)に引用したような、「故意行為」の場合には全部責任とし、「過失行為」の場合には減免責を認めるという論述につながられている。しかし、潮見教授は関連共同性の内容のうちの「意思的関与が存在する場合」について上のような整理をされているのであって、内田教授の言われるところの「加害行為一体型」について説明されているのではない。また、内田教授も、「加害行為一体型」は潮見教授が「意思的関与が存在する場合」として整理されている場合に限られるとされているわけではない(内田・前掲注(19)四九四頁以下)。従って、両教授の見解を引用しながら民法七一九条一項に関する議論を上のようにまとめてよいのか、疑問を感ずる。もともと、民法七一九条一項に関して遠藤弁護士のように理解することができないというわけではない。ありうる見解の一つではあろう。

(124) 共同不法行為法の全体設計が異なる以上当然のことであるが、その定義は各説で微妙に異なっている。客観的共同についても同様である。

(125) 淡路・前掲注(22)一三〇頁、一四三頁、能見・前掲注(22)五九頁。

(126) 平井・前掲注(103)三〇六頁、能見・前掲注(22)六〇頁。

(127) 淡路・前掲注(22)一三〇頁以下。

(128) 淡路・前掲注(22)一三二頁以下、四宮・前掲注(112)七九六頁以下。

(129) 前田・前掲注(113)二九六頁以下。

(130) 平井・前掲注(103)三〇六頁。

(131) 第五章第二節第一款参照。

(132) 平井・前掲注(103)三〇六頁、淡路・前掲注(22)一三〇頁。

(133) 最判平成一三年三月一三日民集五五卷二号一四四頁は、交通事故と医療過誤の競合事例を共同不法行為であるとし、共同不法行為が成立する場合の「寄与度」減責を否定している。ただし、被告とされた医師と被害者との間で、交通事故加害者と被害者との間の過失割合を考慮しないで（こちらの方が被害者の過失割合は大きい）、一割の過失相殺を行っている。

(134) 能見・前掲注(22)六〇頁、四宮・前掲注(112)七八七頁。

(135) ただし、本文のような単純な分類にはあまり意味がない。第一に、客観的共同を認める範囲が異なる。第二に、それぞれが念頭においている「寄与度」減責の理論が異なる。例えば、ここでは能見教授は「事實的寄与度」を問題としているのに対し、四宮教授は「著しく正義に反するような特別な事情」がある場合の減責の可能性を認めている。

(136) 能見・前掲注(22)五九頁、六一頁、六三頁、六五頁以下。

(137) ただし、客観的共同による共同不法行為としても、その効果については各説でまた異なる。例えば、淡路教授の見解では、因果関係が擬制され、減免責の可能性は排斥されるが、能見教授の見解では、因果関係は推定され、減免責の可能性は残るところとなる。

(138) 能見・前掲注(22)五九頁。

(139) 淡路剛久「共同不法行為―因果関係と関連共同性を中心に」『損害賠償法の課題と展望』三五八頁（日本評論社、平二）。

(140) 四宮・前掲注(112)七八一頁。

(141) 潮見・前掲注(19)四一九頁以下。

(142) この点についてコンセンサスがある訳ではない。能見教授は因果関係は推定されるとし、(評価的)「寄与度」減責は「寄与度」減責のルールに基づいて、共同不法行為の成否とは切り離して考えられるべきであるとされる。四宮教授は、全部責任を負わせることが著しく正義に反するような特別な事情のある場合には、減責を認めても差支えないとされている。このように異なる効果を前提とすると、客観的共同ある場合と考えるべきか否かという本文の検討も異なってくる可能性がある。

(143) 判時一五七二号二七頁。なお、大阪地判平成一二年九月二〇日判時一七二一号三頁（大和銀行株主代表訴訟事件）においても、「寄与度」に応じた因果関係の割合的認定という手法が採られている。

(144) 注70参照。詳しくは、第五章第二節第二款四六参照。

(145) 結局、社会的に一つの行為と見ることができると否かは、それぞれの場合における利益衡量に基づくべきものであるというのが本文の立場である。そして、複数の任務懈怠取締役が存在する場合については、客観的共同がある場合として考えるべきではないというのが結論である。とは言っても、民法上の議論において客観的共同ある場合として考えられている類型との関係は一応検討しておく必要がある。

例えば、淡路教授は客観的共同の類型を以下のように整理されている(淡路・前掲注(139)三五八頁以下、三六七頁以下)。①同時発生的な複数の行為がともに必要な条件となって損害を発生せしめた場合(同時的共同原因型)。②異時発生的な行為が、連鎖的に一つの行為が他の行為を惹起するという仕方でも必要な条件となって損害を発生させるに至った場合(連鎖的共同原因型)。③複数の行為の結果が複合し一体的な侵害となつて、相互に区別しえない一体不可分の損害を発生させた場合(一体的侵害型)。

①同時的共同原因型としては、例えば、自動車の衝突事故によつて第三者(タクシーの乗客等)が損害を被つた場合が挙げられている。取締役の監視・監督義務違反の場合を考えると、多くの場合、そのようなケースと同程度に各取締役の義務違反が損害発生の「必要な条件」となつていふと言へると思われぬ。ただし、経理部長兼取締役の杜撰な帳簿管理が代表取締役の横領を可能ならしめたようなケースは、この同時的共同原因型として考えることができるであろう。②連鎖的共同原因型としては、例えば、二重の轢過事故が挙げられているが、先行行為・後行行為という発想は、取締役の責任が問題となる場合には馴染まない。

以上に対して、複数の任務懈怠取締役が存在する場合は、③一体的侵害型として考えることはできるように思われる。しかし、この一体的侵害型に定義上該当するが故に客観的共同があるという思考法は採るべきではない。定義自体が非常に広く、適用の仕方によつては、およそ独立的な不法行為の競合という類型を考えられなくなる可能性を含んでいるからである。従つて、結局本文と同様に、共同不法行為とされることによる効果との関連でこの類型に含まれると解すべきか否かを考えることになり、本文に述べたような理由で、複数の任務懈怠取締役が存在する場合はこの類型に含まれるとは解すべきではないと思われる。ただし、この点は、客観的共同による共同不法行為とされることの効果をどのように考えるかによつても異なり得る。

(146) 会計監査人と取締役の不法行為責任に関して、客観的共同による共同不法行為の成立に反対する見解として、弥永真生『会計監査人の責任の限定』五七頁以下(有斐閣、平一二)。

(147) 前田・前掲注(113)二九二頁。

(148) 淡路・前掲注(22)一二九頁。

(149) 淡路・前掲注(139)三五五頁。

(150) このような違いは淡路教授も意識されているようである。前田教授の類型に対し、「このような意思は、損害発生との関係では必ずしも直接的な意思ではないし、…その帰責性も薄められたものとなっている。この程度の意思で、…個別的因果関係を越えた損害を負担させるべき帰責原因として説明できるかは、疑問であろう」と述べられている。淡路・前掲注(139)三三三頁。

(151) 能見・前掲注(22)五七頁以下。能見教授は前田教授の定義とほぼ同じであるとされつつ、それ自体は違法でない行為、例えば数人とするドライブについては「連帯責任を負わせるに必要な関連共同がないと考えるべき」とされるが、前田教授の考え方は、



事故を起こした運転者以外の同乗者については、主観的関連共同がないのではなく、単独不法行為の成立のためにも必要な過失（注意義務違反）がないということになるのではないか。

(152) 四宮・前掲注(112)七八〇頁以下。

(153) 前田・前掲注(113)二九四頁。具体的な例としては、「州の役人の勧告で村の役人が命令して健康な牛を強制的に緊急屠殺した」「手術で助手が失敗をやり、主治医が不注意でそれに気付かず正しもしなかった」「医師が看護婦に静脈注射させたが、彼女が失敗した」場合が挙げられている。同書二七〇頁。

(154) 大判明治四五年五月六日民録一八輯四六三頁。

(155) 前田・前掲注(113)三〇九頁。

(156) 四宮・前掲注(112)七八三頁。

(157) 四宮・前掲注(112)七八四頁注四。

(158) 淡路・前掲注(139)三五五頁。

(159) 私法四二卷五九頁以下（能見発言）（昭五五）。親権者の（責任能力ある）未成年者に対する監督義務違反の類型について、同六四頁以下（寺田発言）参照。

(160) 会計監査人と取締役の不法行為責任に関して、「連結義務違反」による共同不法行為の成立に反対する見解として、弥永・前掲注(146)五七頁。

（未完）