

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(六)

笠原, 武朗
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/3899>

出版情報：法政研究. 71 (2), pp.81-130, 2004-10-12. 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(六)

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

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 共同不法行為における議論(以上、六九巻四号・七〇巻一号・二号・三号・七二巻一号)

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

第一節 予見可能性により賠償範囲が異なる可能性

第二節 「寄与度」による減責の可能性

第一款 民法上の議論の整理（以上、本号）

第二款 複数の任務懈怠取締役がいる場合——「量的」把握が可能な場合

第三款 複数の任務懈怠取締役がいる場合——「量的」把握が不可能な場合

第二節補論 過失相殺について

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

第五節 アメリカ法の分析

一 本節では、商法二六六条一項の意義についての検討における素材の一つとしてアメリカ法の考え方を分析するが、アメリカ法においても自覚的に論じられている点ではないために、予め分析の視点を明確にしておく必要がある。それは、複数の取締役の会社に対する責任が問題とされた場合に、ある一定の場合には、因果関係の問題や各取締役が負うべき責任額に関して、損害賠償の一般原則と比較して、何か特別な取扱いが為されることがあるのかということである。先に見たように、⁽¹⁰⁾アメリカ法においては、原告（会社）の立証すべき内容について学説上ある種の工夫が見られるものの、会社が被った損害と各取締役の義務違反との間には因果関係が必要であるとされ、それは個別的な因果関係を問題としていた。しかし、そこでの議論で主として問題とされていたのは、他の取締役や役員行為により会社に損害が生

じた場合に、それには全く関与していない取締役の責任が問題となるという監視・監督義務違反に基づく責任の一類型である。それでは、会社に損害を与えた他の取締役や役員行為に積極的に関与したり、同意したり、黙認したりしていたような場合についてはどうか。学説上の議論においては殆ど念頭に置かれていないようであるが、個別的な因果関係が常に必要であるとするならば、例えば、会社に損害を与えるような行為について取締役が非公式に相談を受け、それに同意を与えていたような場合についても、その取締役が同意しようが反対しようが結果は変わらなかったとか、反対して止める権限がなかったとかいうことを問題とすることも本来可能はずである。それが論じられることがないのは何故だろうか。

また、アメリカにおいては、特に一九七〇年代以降、いわゆる「保険危機」に対処するために不法行為法改革が進展し、一部の州においては、*joint tortfeasors*⁽¹⁶⁷⁾が各自全額について責任を負うという「連帯責任」制度を廃止ないしは緩和するという動きがあり、様々な州で様々な制度が採られている⁽¹⁶⁸⁾。それらの州の中で、*joint tortfeasors*の責任を一般に「連帯責任」ではなく過失の程度に応じた責任とする制度を採用した州においては、(もし問題とされれば)複数の取締役の責任の場合についても過失の程度に応じた責任が妥当することになるはずである。しかし、そのような制度の下にあっても、ある一定の場合については、そのような処理を認めるべきではないと考えられているということはないのであろうか。

以上の二点について見ていくこととする。

二 まず、因果関係を論じる必要がないと考えられている類型があるのではないかという点について見てみよう。

一九世紀後半の Morawetz の体系書では次のように述べられている。「①同僚の取締役や他の代理人 (agent) の行った会社に損害を与えるべき行為に参加した、あるいは、そのような行為を知っていながら、自己の権限内にあるそ

れを妨げるための手段を採らなかった取締役は、その行為により生じた損害について会社に対して明らかに (clearly) 責任を負う。②しかし、もしある取締役が、同僚の取締役や他の代理人の行った会社に損害を与えるべき行為について知らず、それを妨げなかったことに義務の懈怠がないのであれば、その取締役に責任を負わせることはできない。

(番号、筆者)⁽¹⁶⁾」

この②で言われているような場合について、各取締役の義務違反と損害との間の因果関係が問題とされているのは一で述べた通りである。Morawetz の体系書でも、引用した文章の直前のセクションでその問題を扱っている。これに對して、ここで検討しようとする問題は①に関するものであるが、Morawetz は「明らかに (clearly)」責任があるとしている。その正確な趣旨を知ることが難しいが、②についての取扱いとの比較からすると、因果関係の問題は全く意識されていないように思われる。要するに、①のような場合に責任を負うのは当然であるという認識があるようである。勿論、これのみで①の類型においては因果関係について考える必要がないとされているということにはならない。単に、因果関係の存在は明らかであると考えられているだけかもしれないからである。日本においても、特に取締役の責任を肯定する裁判例においては、因果関係についてわざわざ言及することは少ない。しかし、「自己の権限内にあるそれを妨げるための手段を採らなかった」ことを義務違反の内容として挙げながら、そのような手段が採られたとしてもなお損害が発生した可能性については全く問題としていないことからすると、自覚的にはないにしろ、何らかの他の理屈が前提とされているようにも思われる。

三 その理屈を知るためには、まず、複数の取締役が責任を負う場合というものがどのような理論の下で把握されているのかを理解しなくてはならない。Stopford v. Haskell (1957)⁽¹⁶⁾ は、株主が会社に代わって信託義務違反を理由として複数の取締役を訴えたケースであるが、二人の取締役に對する訴えが取り下げられたために、残余の被告がその二人は

必要的な共同被告であるとして自己に対する訴えの却下を求めたことに対する判断である。判旨の結論は却下申立ての却下であるが、その理由付けの中で、訴えが取り下げられた二人の取締役が必要的な共同被告ではないことを基礎付ける一つの根拠として、次のように述べている。「会社が回復しうる損害額は、現在残っている被告によって不正に流用された額に限定されない。(なぜならば、)株主に対する信託義務に違反した複数の取締役はjoint tortfeasorsであり、そのような資格において、取締役は彼等の行為について連帯責任を負う(からである)⁽¹⁶⁶⁾」。

このケースにとって重要なのは、複数の取締役の責任が「連帯責任」であるということであるが、それを導くための根拠として、「株主に対する信託義務に違反した複数の取締役はjoint tortfeasorsである」ということが述べられている。アメリカ法においてjoint tortfeasorsであると性質決定されることの意味は、伝統的には、例えば一人のjoint tortfeasorに対する免除は全員に対する債務の免除になるとか、joint tortfeasors間の求償を禁じるとか、あるいは「連帯責任」になるとかいった効果をもたらすことにあつたとされるが、それらのルールは現在までに変更されたり、緩和されたりしている⁽¹⁶⁷⁾。しかし、ここで注目すべきことは、joint tortfeasorsとされることによつて、因果関係に關してある特別な取扱いが生じるのかということである。

joint tortは、日本の学説が「共同不法行為」をその効果の面で独立不法行為の競合の場合と明確に分けようと試みているのとは比べると、非常に広い、曖昧な概念である。元々は“concerted action”⁽¹⁶⁸⁾「共謀行為」「協働行為」⁽¹⁶⁹⁾等と訳される。の場合のみを指していたが、その後様々な類型を含むようになり、その定義も困難なものとなつて⁽¹⁷⁰⁾いる。また、因果関係の問題に限ってみても、joint tortに含まれる類型の中でも様々な取扱いが見られる⁽¹⁷¹⁾。このような状況について、能見教授は次のように述べられる。「英米法におけるjoint tortの概念は極めて曖昧な概念であり、学者によつてその内容もかなり異なる。そして、代表的な学説の一つ…によれば、joint tortfeasorsとは、『数人が同一の不法行為について責任を負う場合—すなわち、法がいかなる理由に拠るにせよ、同一の不法行為の責任を二人ないしそれ以上の

者に同時に負わせる場合』を言うとして、…極めて広い概念が考えられている。…斯く広く解された joint tort はもはや複数加害者一般の場合との区別が困難になってくる。そこで、英米法の joint tort を考察するためには、その中に含まれている様々な内容の責任を分化させ、それぞれについての機能を考察しなければならないことになる。⁽¹⁷⁾つまり、責任を負うとされる複数の取締役が joint tortfeasors であるというだけではここでの検討にとっては不十分であり、joint tortfeasors のより細かな類型に立ち入る必要があるということである。

四 Holloway v. International Bankers Life Ins. Co. (1962).⁽¹⁸⁾ は、会社資金の不正流用等に関与した三人の取締役に対して会社が提訴したケースである。判旨は三人の責任を認めた原審をほぼ支持したが、その中で次のように述べている。「三人の取締役は、会社に対する詐欺を行うに当たって他の者の行為（その殆どは彼等の“concerted action”である）に関してお互いに知りつつ、また同意しながら共謀したという、陪審の…結論を支持する十分な証拠がある。⁽¹⁹⁾」また、原審の陪審の評決でも、三人の被告は彼等の“concerted action”により会社に損害を与える様々な取引を行ったとされている。⁽²⁰⁾この三人の取締役については、自己が得た利益のみならず、他の二人が得た利益についても責任が認められているが、因果関係については特に問題とされず、単に彼等の行為の性質が上述のようなものであったが故に全額についての責任が認められているのである。この裁判例のみならず、一般に同様のケース、すなわち、被告取締役らが会社に損害を与えるべき行為について積極的に関与したり、同意したりしていたケースにおいては、そのような共謀性の故に全額についての責任が認められ、因果関係の問題については全く言及されていない。⁽²¹⁾“concerted action”という言葉自体は Holloway v. International Bankers Life Ins. Co. ぐらいでしか見られないが、実質的にはいずれの裁判例においても同様の考慮がはたらいっているように思われる。それでは、この“concerted action”という言葉にはどのような意味があり、“concerted action”であるとされることがにより、どのような効果が認められるのであろうか。

“concerted action”の定義は一樣ではない。Prosserは“concerted action”について、「損害を与えるべき行為に協力あるいは求めに応じて積極的に参加した者、もしくは、行為者に対する幫助、奨励、賛助を行った者、更には、自分達の利益のために行われた行為者の行為を承認した者は、その行為者と共に等しく責任を負う。明示的な同意は必要ではない。必要なのは、共通の意図ないし理解があることである⁽¹⁷⁾」と述べている。また、ALIのリステイトメント⁽¹⁸⁾では、「(a)他人と協働して、あるいは他人と共通の意図の下に不法行為を行った者、(b)他人の行為が義務違反となることを知りながら、当該他人の行為を実質的に支援し、あるいは助長した者、(c)不法な結果の成就に関して他人を実質的に支援し、かつ、自分自身の行為が、独立に評価すると、第三者に対する義務の違反となる者」とされている。リステイトメントの定義の方がやや広いようであるが、ここでは細かな異同を問う必要はない。“concerted action”のコアな部分として「共通の意図ないし理解」が考えられていることを確認しておけば足りる。

それでは、このような「共通の意図ないし理解」がある場合である“concerted action”であるとされることがどのような効果が生じるのであろうか。一般に、“concerted action”の場合には、「全損害につき責任を負う」「当該他人の行為につき責任を負う」「身代わり (vicarious) 責任」「当該他人と等しく責任を負う」等とされる⁽¹⁹⁾。また、Prosserは、joint tortの伝統的な効果である加害者の共同被告性と、加害者の全員に同額の責任を課すという効果が、joint tortという概念によって常に結合されてしまうことを批判して、「このようなルールは、“concerted action”に関する裁判例において発達したものであるが、一人の行為が全員の行為であると考えられる場合には勿論合理的なものである…。(しかし、) 訴訟上の便宜のためだけに共同被告となる場合においては、不幸な結果をもたらすものであり、(訴訟上の必要性から被告とされた) 全ての者が同じ損害について責任を負うとは限らないことは明らかである⁽²⁰⁾」と述べている。これらの記述から推測すると、他の joint tort の類型(全てとは限らないが)とは異なり、“concerted action”の場合には、各加害者について個別的に因果関係を検討して責任を負うべき範囲を決める必要がないと考えられているようにう

ある。⁽¹⁸⁾この点につき、能見教授は、“concerted action”の場合における因果関係の問題に関して次のように整理されている。「第一は賠償範囲に関する。すなわち、各加害者の行為が損害に対して事実的因果関係：は存在するが、過失の程度、予見可能性の及ぶ範囲などが各加害者間で異なる場合の問題である。この場合、加害者毎に賠償範囲を異にすることが考えられるが、joint tortの成立は、そのような可能性を排除し、全員に『共同の行為』から生じたと考えられる損害全部を負担させることになる。第二に、直接加害行為に加わらず、それ故、各人の個別的な行為と損害との間には事実的因果関係を認めにくい場合にも、joint tort (concerted action) という法律構成は joint tort を構成する者の行為の結果について各人に責任を負わせることになる。⁽¹⁹⁾」

五 以上をまとめると、まず、アメリカ法において複数の取締役が責任を負う場合というのは joint tort の一種であるが、それだけでは因果関係に関して特別の効果は生じない。しかし、不法行為法の一般ルール上、“concerted action”という類型があり、取締役の責任が問題となる場合にもその類型に該当するとされることがあり、あるいは、明示はされないが、その類型におけるのと同様の考慮が働くことがある。“concerted action”においては、各人の行為と損害との間の因果関係について個別的に考慮する必要がなく、従って、取締役の責任の文脈においても、“concerted action”に当たると言えるような場合については、各取締役の義務違反行為と会社の損害との間の因果関係を個別的に検討する必要はないということになるのではないだろうか。

このような考察が正しいとすると、次の問題は、複数の取締役の責任が問題とされる類型のうち、いかなる場合が“concerted action”となるか、あるいは“concerted action”と同様の効果を認めるのに値する類型となるか、ということである。各取締役につき個別的な因果関係を考えることが必要とされている類型が実際に認められている以上、取締役が義務に違反したというだけでは不十分であり、どこかで線が引かれるべき問題である。Prosserの言う「共通の意

図ないし理解」という基準からすると、監視・監督義務の懈怠により、会社に損害を与えるような行為が行われていること自体を知らなかったという取締役はこの類型から外れるであろう（そもそも個別的な因果関係の存否についていろいろと議論されている類型である）。知っていたが阻止しなかったという取締役が微妙である。「知っていた」と言っても、漠然とした認識からはつきりとした認識まで様々ありうるが、おそらくはその中で線が引かれることとなる。

若干の参考となるのが、Radol v. Thomas (1985)⁽¹⁸⁵⁾である。これは、H社による敵対的買収に直面したT社のWhite NightとしてW社が二段階合併を前提とした公開買付を行ったという事実関係の下で、T社の株主がT社の取締役らの信認義務違反に基づく責任を主張して提訴したというケースである。原審では被告取締役が勝訴し、原告株主らは様々な主張をして上訴した。そのうちの 하나가、原審における陪審に対する説示の誤りを主張するものであった。すなわち、「説示は、一部のT社取締役には責任があり、他方、他のT社取締役には責任がないという認定を陪審が行うことを許さず、要するに陪審に対して連帯責任のみを認定しようとする説示しているが故に」⁽¹⁸⁶⁾誤りであるという主張である。つまり、原審が行った陪審に対する説示は、全員責任があるか、全員責任がないかという結論しか認めていないというのである。これに対して、判旨は次のように述べて、説示の誤りに関する原告の主張を退けている。「T社の取締役会は全会一致でW社との合併を承認し、全会一致でH社の案に対して反対していたのであり、これらの決定は取締役会全体として行われたということに証拠上疑いがない。会社の取締役及び役員は、もし彼等が共同して信認義務の違反に参加し、あるいは、同僚の役員や取締役の違反を承認し、黙認し、または秘匿したのであれば、連帯して責任を負うという法は明らかである」⁽¹⁸⁷⁾」

原告の主張は各取締役について義務違反の有無を考慮ということであり、判旨も、引用部分の後を見る限り、そのような主張として理解しているようである。しかし、判旨の一般論は、取締役が「共同して信認義務の違反に参加し、あるいは、同僚の役員や取締役の違反を承認し、黙認し、または秘匿した」⁽¹⁸⁸⁾ような場合には、その責任は全体として考

えるということであり、因果関係の問題にも関係するように思われる。むしろ、そこで挙げられているような場合に取締役の義務違反があることは明らかなのであり、そのような場合には個別的な因果関係を考えない、という一般論として理解することが適当なのではないだろうか。そして、ここで言う「黙認」と言えるかどうか、因果関係の問題についての取扱いを異にする線引きであるとは言えないだろうか。

いずれにしても、複数の取締役の責任が問題となる場合には各取締役について個別的な因果関係が要求されるのが原則であるが、そのような個別的な考慮を必要としない、いわば個別的な因果関係が擬制される類型があるということが、以上の分析から言えるように思われる。それは、アメリカ法においては、不法行為に関する民事法の一般ルールが取締役の責任の場合にも適用された結果である。

六 次に、「連帯責任」を一般的に廃止した州において、複数の取締役の責任が問題となる場合についてはどのようなように考えられているかについて見てみよう。⁽¹⁸⁷⁾「連帯責任」の一般的な廃止にもかかわらず、なお特別の取扱いが為される場合があるのかということがここでの問題である。

ALIのPrinciplesの第七・一八条(義務違反から生じた損害の回復に関する一般的ルール)に付せられたコメントはこの問題について次のように述べている。「第七・一八条は、複数の取締役の責任が問題となるケースにおいて、責任が連帯責任となるべきであるのか、あるいは、責任を負う者の間の過失の程度(culpability)の観点から分割されるべきであるのかという問題については、いかなる立場も採ってはいない。取締役及び役員の責任は、準拠法選択における『会社内部の事柄』という基準の下でのコーポレート・ガバナンスに関する問題であると考えられるべきであるので、会社設立の準拠法がこの問題を律するという立場である。⁽¹⁸⁸⁾」ALIのPrinciplesは連邦レベルの問題を扱うという態度を一般的に採っている訳ではなく、むしろそのような区別なく「分析と勧告」を行っているものであるので、このコメ

ントを、単に州法の問題だから州法に委ねざるを得ないものとして読むべきではなからう。複数の取締役の責任が「連帯責任」となるべきか過失割合に応じた責任となるべきかについては、どちらが適当かについての評価を下さず、各州における民事法の一般ルールとの関係で各州毎に定まるべきものだという積極的な判断を行っているものと理解するのが適当であると思われる。

七 では、「連帯責任」を一般的に廃止した州では複数の取締役の責任は過失割合に応じた責任となるのかというと、事はそう単純ではない。例えば、テネシー州は、一九九二年に判例により比較過失の法理⁽¹⁰⁾を採用した際に、複数加害者の連帯責任についても廃止の方向を打ち出していた⁽¹¹⁾。そのような状況下において、RTC v. Block (1996)⁽¹²⁾は、「テネシー州法においては、テネシー州法会社の取締役及び役員は、取締役会の集団的な行為 (collective action) に関して連帯責任を負うのか、あるいは、比較過失の法理の下で割合的な責任を負うのか」という問題に対して次のように判示した。テネシー州法は判例により joint tortfeasors の連帯責任を一般的には廃止したが、それは例外なき全面的な廃止ではない。joint tortfeasors の最も伝統的な形態である“concerted action”の場合に関しては、連帯責任は重要な法制度であり続ける。このことは複数の取締役の責任の文脈においても同じであり、取締役が集団的に、あるいは協働して行為したと言える場合、すなわち、複数の取締役が協働して信託義務の違反に参加し、あるいは同僚の取締役や役員の違反を承認し、黙認し、または秘匿したような場合については、テネシー州法における「連帯責任」の一般的な廃止にもかかわらず、「連帯責任」が維持される、と。

この裁判例は連邦地裁からの意見確認に対する返答であるために、抽象的に立てられた問いに対する解答を与えるに止まっている。従って、具体的な事案との関係で判旨を分析することはできない。ただ、取締役会の集団的な行為 (collective action) の場合を“concerted action”の場合に含めて理解しているようである。これが取締役会決議がある

ような場合を念頭に置くものであるとすると、そのような場合には各取締役が過失しかないような場合も理論的には含まれてしまうため、“concerted action”に関する一般的な考え方、あるいは“concerted action”に関して特別な取扱いをすべきと考えられる実質的な理由、更には学説の引用である「複数の取締役が協働して信託義務の違反に参加し、あるいは同僚の取締役や役員の違反を承認し、黙認し、または秘匿したような場合⁽⁹²⁾」とずれが生じるようにも思われる。“concerted action”の範囲に関するこのテネシー州法の立場がどれくらい一般的なものであるかは判断できない。

しかし、ここで注目すべきことは、複数の取締役の責任が問題となる場合には“concerted action”となる場合があり、その場合には「連帯責任」の一般的な廃止にもかかわらず「連帯責任」が維持されると考えられていることである。これは、取締役の責任に限らず、“concerted action”の場合には「連帯責任」を維持すべきであると考えられていること⁽⁹³⁾の帰結である。それでは、“concerted action”とはならない場合についてはどうか。“concerted action”の場合には「連帯責任」が維持されるということだけからは、それ以外の場合については過失割合に応じた責任が妥当するということは論理必然には出てこないが、“concerted action”という構成を殊更に強調する判旨の論理構成からすると、複数の取締役の責任が問題となる場合でそこから漏れる場合については、過失割合に応じた責任が妥当することになるのではないかと思われる。

八 以上、本節では、多分に推測も交えながらではあるが、アメリカ法の考え方を分析してみた。その結論は以下のようなものである。複数の取締役の責任が問題となる場合には、不法行為法の一般ルール上認められる“concerted action”として考えられる場合がある。それが正確にはどのような場合にまで及ぶと考えられているのかは明確ではないが、およそ「取締役が協働して信託義務の違反に参加し、あるいは同僚の取締役や役員の違反を承認し、黙認し、または秘匿したような場合」であると考えられる。そして、そのような場合においては、義務違反が認められる各取締

役について、その責任が及ぶ範囲を決めるために個別的に因果関係を問題とする必要はない。また、不法行為法上のルールとして、複数の加害者が存在する場合には一般に過失割合に応じた責任となるとされる場合であっても、“concerted action”の場合には、全額についての責任である「連帯責任」が維持される。ただし、アメリカ法においては、以上のような結果は、取締役の責任について定める制定法の解釈によるものではなく、あくまで一般的な不法行為法上のルールの適用の結果である。

以上で商法二六六条一項の意義について検討するための材料は全て見終わった。次節では、それらを踏まえて、商法二六六条一項の意義に関する本稿の立場を明確にしていくこととする。

第六節 商法二六六条一項の意義

一 以上の材料を踏まえて、商法二六六条一項の「(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：会社が蒙リタル損害額ニ付：賠償ノ責ニ任ズ」という規定が、複数の任務懈怠取締役がいる場合にどのような意義を持つと解すべきかについて考えてみたい。

先に整理したように、⁽¹⁴⁾現在の多くの学説の考え方は、一般的には商法二六六条一項に特に意義があるとは認められない。つまり、規定の沿革上考えられていた、⁽¹⁵⁾分割責任(民法四二七条)の排除という意義以外にはないと考えられているのである。従って、理論的には、全ての場合について各取締役に付き個別的に事実的因果関係、相当因果関係¹⁶民法四一六条を問題とする必要があり、「寄与度」減責の理論が適用される可能性も常に存在することになる(このことと、「寄与度」減責の理論上、「寄与度」減責が認められないということとは区別しなくてはならない)。これに対して、商法二六六条一項には、各取締役に付き個別的に因果関係を考慮することを不要とし、「寄与度」減責の理論が適用さ

れる可能性を排斥する意義があると考えているように思われる学説も存在する。以上のような状況において、いずれの考え方に立つべきか、あるいは第三の見解に立つべきかを検討することが本章の課題であった。

共同不法行為に関する民法七一九条一項を巡る議論においては、民法七〇九条による独立不法行為の競合の場合との比較において、民法七一九条一項に因果関係に関する特別の意義を認め、更に「寄与度」減責の可能性も排斥される場合があると考えられており、複数の加害者が存在する類型のうちどのような場合がそのような効果を認めるのに相応しいものであるかが議論されている。⁽¹⁹⁶⁾特に主観的共同があるとされる場合については、因果関係が擬制され、「寄与度」減責の可能性も排斥されるという効果を認めるのが一般的である。更に、与えられる効果についての考え方は様々であるものの、主観的共同が認められない場合についても、民法七一九条一項の意義として何らかの効果を認めるのが適当な場合（客観的共同）があるのではないかという観点からも議論されている。

アメリカ法においても、各取締役について個別的に因果関係を考慮する必要のない類型が存在し、また、州法の民法の一般ルールのレベルで「連帯責任」を一般的に廃止した州においても、なお「連帯責任」を維持すべきと考えられている類型がある。⁽¹⁹⁷⁾それは“concerted action”という類型であり、複数加害者に「共通の意図ないし理解」がある場合であるとされ、取締役の責任の場合に即すと、おおよそ、取締役が「共同して信認義務の違反に参加し、あるいは、同僚の役員や取締役の違反を承認し、黙認し、または秘匿した」ような場合として表現されている。

二 商法二六六条一項の意義について検討する前に、複数の取締役の責任が問題となる場合に、各取締役に付き個別的に因果関係を考える必要がない場合や「寄与度」減責の可能性がないような場合があるのではないかという問題を、本稿が商法二六六条一項の意義の問題として位置付ける理由について述べておきたい。

アメリカ法においてそのような類型が認められるのは、取締役の対会社責任について定める規定の解釈の問題ではな

く、不法行為の一般理論の反映に過ぎない。アメリカ法においては、不法行為の一般理論上、“concerted action”という類型が認められ、それが複数の取締役の対会社責任の文脈において適用されたり、あるいは類似の考慮がはたらいたりしているのである。これに対して、日本法においては、債務不履行の一般理論上、そのような類型があると考えられている訳ではなく、また、不法行為においてもあくまで民法七一九条という規定の解釈の問題であるとされている。従って、日本法において、ある一定の場合に各取締役につき個別的な因果関係を考慮する必要がないことを認めるとしても、それは単に一般理論の反映に過ぎないとして理解することは難しいと思われる。

もつとも、一般理論の反映という考え方を採らずに、民法七一九条一項の類推適用によって同様の結論を導くという考え方もありうるかもしれない。共同不法行為における議論では、複数加害者が観念できる紛争類型において、どのようなものを民法七一九条に乗せ、それによってどのような効果を与えることとするか、というのが基本的な枠組となっている。つまり、民法七一九条に関しては、民法七〇九条による独立不法行為の競合の場合との比較において何のためかこの規定が置かれているのかという存在意義を考える必要性がある。これに対して、商法二六六条一項に関しては、そもそも任務懈怠取締役が一人であろうが複数であろうが常にその責任は商法二六六条一項の中で考えられるものであり、また、一項以外の項や一項の中でも五号以外の号の規定については、一般原則との比較で存在意義（例えば、一項各号の無過失責任）が認められるため、商法二六六条一項の存在意義というものをわざわざ考える必要性はないとも言える。商法二六六条一項による責任が問題となるのは、ある効果を与えるために特に掬い上げられた類型ではないからである。このような違いは、わざわざ商法二六六条一項の意義という形で問題とするよりも、端的に民法七一九条の類推適用の問題とした方がいいのではないか、という考え方を導くものであるかもしれない。

しかし、現在においては取締役の対会社責任は専ら商法二六六条の問題として考えられており、何らかの特別の効果を認めようとするのであれば、それは商法二六六条の解釈の問題として考えた方がより直接的で適当なのではないかと

思われる。また、こちらの方がより大きな理由であるが、民法七一九条一項の解釈論も未だ一定しているとは言えず、より広い視野から行われるそこでの議論が、複数の取締役の対会社責任のあり方に直接に影響を与えることになるのはなるべく避けたい。例えば、民法七一九条一項の解釈に関するある見解に立てば、複数の取締役の責任が問題となる場合には常に主観的共同が存在することになり、従って常に個別的な因果関係を問題とする必要がなくなるということになる。これに対して、商法二六六条一項の解釈として考えるのであれば、複数の取締役の対会社責任のあり方に関して、勿論共同不法行為法における議論も参照しながらも、取締役の対会社責任という文脈に即して考えることができると思われる。

以上のような理由で、商法二六六条一項の意義という問題の位置付けで考えることが適當であると思われる。

三 それでは、商法二六六条一項の意義について、どのように考えればよいのであろうか。

まず、商法二六六条一項には常に各取締役について個別的に因果関係を考えることを不要とし、「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する見解について検討してみよう。その根拠は明らかではないが、以下の三つ理由付けが考えられる。第一に、商法二六六条一項は、その法文上、民法七一九条一項と同様に「連帯」と定めている。この点にのみ着目するのであれば、民法七一九条一項には、因果関係や「寄与度」減責の理論の適用可能性について特別な効果が認められているのであるから、商法二六六条一項にもそのような意義があると考えべきことになる（ただし、民法七一九条に関して、常に個別的因果関係は不要であり、常に「寄与度」減責の理論の適用可能性が排斥されるというのが一致した考え方というわけではない。「連帯」という文言には、分割責任の排除という沿革上の意義のみならず、必ずそのような意義を与える意味があると考えるのである。しかし、民法上の議論は、民法七一九条一項の「連帯」という文言のみを根拠とするものではない。民法七〇九条とは別に民法七一九条が定められていることの意義

をどのように考えるのかという問題意識に基づく議論である。そのような背景を考慮せずに、単に文言上の共通性を根拠として、商法二六六条一項に民法七一九条一項と同じ意義を認めることには賛成できない。

第二の理由として考えられるのは、もし取締役の責任を不法行為責任として構成するのであれば、共同不法行為に関する民法の議論から考えると常に共同不法行為が成立し、従って、それとの均衡上、商法二六六条一項には因果関係の擬制、あるいは「寄与度」減責の可能性の排斥という意義があると考えべきであるというものである。⁽¹⁹⁾しかし、既に述べたように、民法七一九条一項に乘せて処理すべき場合として定義されている類型に文言上対応するか否かという思考法を採るべきではなく、民法七一九条一項の意義として認められた効果を与えるのに適当な類型は何であるかという議論の仕方を参照とすべきではなからうか。そして、複数の取締役の責任が問題となる場合に、常に因果関係の擬制、あるいは「寄与度」減責の理論の適用可能性の排斥を認めるべきか否かについては、そのような効果は認めるべきではないと考える。その理由は、まず、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。また、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。更に、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)⁽²⁰⁾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。⁽²¹⁾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。

第三に、共同不法行為に関する議論はともかくも、複数の取締役の責任が問題となる場合には、いちいち各取締役に
つき個別的に因果関係を問題とする必要は理論上ないと考えるべきであり、また「寄与度」減責の理論の適用可能性も
一切否定すべきであるという理由付けが考えられる。このような実質論レベルでの判断にのみ基づく主張であれば、第
二の理由付けについて述べたことから、私見としても実質論のレベルで反対せざるを得ない。また、商法二六六条一項
に非常に広範で強い意義を認めるこの見解が実質的に主張しようとしていることが、ある特定の事例において「寄与
度」減責を認めることに反対することに止まるのであれば、それは「寄与度」減責の理論上の問題として反対すべきで、
商法二六六条一項の意義の問題として一般化することには問題があるように思われる。

以上により、商法二六六条一項には常に各取締役について個別的に因果関係を考えることを不要とし、常に「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する見解には賛成できない。

四 次に、学説の圧倒的多数であると思われる、商法二六六条一項の意義を特には認めない見解について検討したい。
もつとも、学説の圧倒的多数とは言っても、商法二六六条一項の意義という問題の立て方自体が従来の関心とはかけ離
れたものであり、もしこのような問題が論じられるとしたら、実際にどのようなように考えられることになるのかは推測の域
を出ない。

この見解に立てば、複数の取締役の責任が問題となる場合には、理屈の上では常に各取締役につき因果関係を問題と
する必要がある、また、「寄与度」減責の理論の適用可能性も常に認められることになる（くどいようであるが、「寄与
度」減責の理論の適用可能性と「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は別の問題であることに留
意願いたい）。そして、商法二六六条一項には民法四二七条が適用されることを排除する意義しか認められないという
ことになる。伝統的かつ通説的な理解では、商法二六六条一項があるが故に、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いて、従って同額の責任を負うと漠然と考えられていたように思われる。しかし、上のように理解すると、実は相当因果関係Ⅱ民法四一六条によって各取締役が負うべき責任額が異なることはありうるし、比較的新しい考え方である「寄与度」減責の理論なるものが何らかの形で認められるとすると、取締役の責任の文脈においてそれが適用される可能性は何ら排斥されていないということになるのである。この点についてはもっと明確に自覚した方がよいのではないか。

それではこのような考え方でよいのであろうか。ここで考えなくてはならないのは、複数の任務懈怠取締役が存在する場合というのには実に様々な場合があるということである。その全ての場合において、理論上各取締役につき個別の因果関係を考える必要があり、「寄与度」減責の可能性があると考えなくてはならないのであろうか。この点について、共同不法行為に関する議論とアメリカ法の考え方が参考となる。共同不法行為に関する議論においては、各加害者に主観的共同が認められる場合については、民法七一九条の意義の問題として、各加害者について因果関係を問題とする必要はなく、また「寄与度」減責の可能性も排斥されるとほぼ共通して考えられている。また、アメリカ法においても、不法行為法の一般ルールの反映により、取締役が「共同して信託義務の違反に参加し、あるいは、同僚の役員や取締役の違反を承認し、黙認し、または秘匿した」ような場合には、各取締役につき個別的に因果関係を考える必要はなく、また、州法上一般に「連帯責任」が廃止されている場合であっても、取締役の責任につき「連帯責任」が維持されると考えられている。

商法二六六条一項の意義について考える際にも、これらを参考とすべきではなからうか。同じく複数の者の責任について考えているにもかかわらず、そしてまた、ある特殊な場合だけではなく取締役の対会社責任となる全ての場合を対象とするものであるにもかかわらず、商法二六六条一項に関してだけは、常に個別的因果関係が必要であるとし、あるいは、常に減責の理論の適用可能性があると考えることはバランスを失するのではないだろうか。取締役の対会社

責任は不法行為責任として構成することも本来可能なはずであり、債務不履行責任と構成されている以上はそのようなバランスを考える必要はないという議論に説得力があるとは思われない。主観的共同がある場合には各加害者が事実的因果関係の欠缺を主張し、相当因果関係（民法四一六条や「寄与度」を問題として減責を主張することを認めるべきではないという共同不法行為に関する考え方、あるいは、取締役の義務違反行為が“concerted action”であると言えるような場合については因果関係は問題とすべきではないし、「連帯責任」も維持すべきであるというアメリカ法の考え方は、商法二六六条一項の場合においても同様に妥当すると考えることができるのではないだろうか。

従って、商法二六六条一項の意義の問題として、ある一定の場合については、因果関係を擬制し、あるいは「寄与度」減責の理論の適用可能性を排斥することを認めるべきであると考ええる。

五 次の問題は、そのような効果を認めるべき「ある一定の場合」とはどのような場合かである。複数の取締役の責任が問題となる全体的の場合においてそのような効果を認めるべきであるとは考えられないことについては先に述べた通りであり、従って、どこかで線が引かれなければならない。

この問題については、共同不法行為に関する議論の構造と同様に、基本的には、そのような効果を認めるに値する複数の任務懈怠取締役が存在する場合とはどのような場合であるのかという思考法が採られるべきであろう。それについても、共同不法行為に関する議論やアメリカ法においてそのような効果を認めるべきであると考えられている類型が参考となる。共同不法行為に関する議論においては、主観的共同がある場合についてほぼ一致して認められている。アメリカ法においては、取締役が「共同して信託義務の違反に参加し、あるいは、同僚の役員や取締役の違反を承認し、黙認し、または秘匿した」場合である。これらの場合に共通しているのは、各加害者ないし取締役、損害発生に対する故意のように、強く非難されるべき主観的要素が認められる場合であるように思われる。そのような場合においては、

各取締役が事実的因果関係の欠缺を主張し、相当因果関係Ⅱ民法四一六条や「寄与度」を問題として減責を主張することを認めるべきではないという判断は支持できるものであると考える。

従って、商法二六六条一項の意義の問題として、因果関係を擬制し、あるいは「寄与度」減責の理論の適用可能性を排斥するという効果を認めるべき場合については、主観的共同に関する定義を参考として、以下のように考えたい。それは、各取締役に、自らの、または直接行為者の行為により会社に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認められる場合である。具体的には、当該行為の実行につき相談を受け、会社に損害が生ずべきことを認識していた場合や、損害が生じることを認識しながら当該行為を黙認していた場合が含まれる。これに対して、当該行為の存在について何か疑いを生ぜしめるような事情を知っていたが、為すべき調査をしなかった場合（当該行為を知っていた場合との区別は微妙ではあるが）や、任務懈怠により何も知らなかった場合には、原則通り、各取締役ににつき個別的に因果関係を考え、「寄与度」減責の理論の適用可能性も認めてよいのではないだろうか。

六 以上をまとめると次のようになる。複数の任務懈怠取締役が存在する場合に、商法二六六条一項は、各取締役の任務懈怠と会社が被った損害との間の事実的因果関係、相当因果関係Ⅱ民法四一六条を個別的に考えることを不要とし、また、「寄与度」減責の理論の適用可能性を排斥する場合がある。それは、各取締役に、直接行為者の行為により会社に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認められる場合である。どのような場合に損害発生ないしその危険性の認識・認容があったと考えるべきかについての細かな点については、結局は事案によるとする他ないが、ある程度の具体的な認識があったことは必要であると考ええる。

先に検討した⁽²⁶⁾ケースに即して言えば、代表取締役が偽ブランド香水の販売を決定・実行し、平取締役らがそれを黙認

していたという場合の平取締役らについては、事実上の因果関係の欠缺による免責の可能性を認めず、相談の上で偽ブランド香水の販売を決定・実行したが、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とを一人は認識していたが一人は認識していなかったという場合の後者の取締役についても、皮膚に回復不能で重大な影響を蒙ったとする消費者からの損害賠償請求により会社が被った損害に関する責任を認めるということになる。

以上に対し、損害発生ないしその危険性の具体的な認識・認容という事情がない場合については、従来通り、被告取締役が「義務を尽くしてもなお損害が発生した」「それは通常生ずべき損害ではない」と主張する可能性は認められると解すべきであると考ええる。この種の主張の可能性があることはむしろ当然であると考えられてきたし、それはアメリカ法においても同様であった。

七 商法二六六条一項の意義として以上のように考えるのは、商法二六六条一項の規定の解釈の問題である。そこで、最後に、商法二六六条一項の規定の解釈として以上のように考えることで、その文言等との関係で問題となりうる点について検討することとしたい。

まず、以上のように考えると、商法二六六条一項の意義は、複数の任務懈怠取締役の責任が問題となる類型によって異なることとなり、一つの条文の中に複数の異なる意義を認めることはおかしいとの批判が当然に予想される。しかし、そもそも商法二六六条一項で処理される類型には、共同不法行為に関する議論で言うところの独立的不法行為の競合のような場合から、共謀とでも言うべき関係が取締役の間に認められる場合まで色々な場合があることが考慮されなくてはならない。また、民法七一九条一項前段についても、異なる効果を与えられた類型が存在することを認める考え方もあり（平井・能見・四宮）、この点は致命的な問題とはならないと考える。⁽²⁶⁾

次に、各取締役の予見可能性によつて賠償額が異なる可能性、あるいは「寄与度」減責の理論の適用の可能性を認める解釈が、商法二六六条一項の「会社が蒙リタル損害額ニツキ」という文言に抵触しないかが問題となりうる。従来全く意識されていない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）を基準として定まる「損害額」について賠償責任を負うというようにも読めてくるからである。この文言を強調すると、予見可能性や「寄与度」を問題とすることはそもそも認められなくなり、この点に商法二六六条の意義を見出す解釈が成り立つ可能性がある。しかし、そのように解すべきではなからう。この文言は、昭和二五年改正において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い、違法配当の場合には「違法ニ配当：ノ為サレタル額」、取締役に対する金銭貸付の場合には「未ダ弁済ナキ額」、そして法令・定款違反の場合には「会社が蒙リタル損害額」といった具合に定められたものにすぎない。実質的に考えても、予見可能性や「寄与度」を常に考慮する必要があるという結論には、繰り返し述べてきたように賛成できない。

最後に、商法二六六条二項が、決議賛成取締役につき少なくとも事実的因果関係を擬制する意義を有していることとの関係をどう考えるかという問題がある。二項はそのような効果を特別に認めたものであるということを強調するのであれば、一項に本稿のような機能を認めることは確かに難しくなるかもしれない。しかし、決議があつたかなかつたかで因果関係の擬制が認められたり認められなかったりすることのアンバランスの方が強く感じられる。例えば、代表取締役が主導する偽ブランド香水の販売について十分承知していながら放置していた場合、あるいはもつと極端に、取締役会においてではないが積極的に賛意を表していたような場合と、ある取引を取締役会において承認し、それが実は会社に損害を与えるものであることを代表取締役は認識していたが、他の被告は過失により知らなかったような場合とを比較してみると、これらの場合においては、決議があつたかなかつたかという事情は取締役の非難可能性の点においては何の違いももたらさないように思われる。前者の場合においては各取締役についての個別的因果関係が必要であるが、

後者の場合においては不要であるというのは、均衡を失っているのではなからうか。従って、前者の場合、すなわち、各取締役に損害発生ないしその危険性の認識・認容という事情が認められる場合にも、各取締役についての事実的因果関係が擬制されるとする解釈を採った方がよいと思われる。

八 以上、本章では、商法二六六条一項の意義について検討してきた。商法二六六条一項は、複数の任務懈怠取締役が存在する場合で、各取締役に損害発生ないしその危険性の認識・認容という事情が認められる場合には、各取締役に付き個別的に事実的因果関係、相当因果関係（民法四一六条）を考えることを不要とし、また、「寄与度」減責の理論の適用可能性を排斥するというのが結論である。⁽²⁰⁸⁾

本章の検討は、各取締役が負担すべき責任額が異なることとなる可能性、ある取締役にについて責任額を減額する可能性について検討するための前提作業であった。そこで、いよいよ次の課題は、本章で定まった商法二六六条一項の意義を前提として、責任を負うとされた各取締役にそれぞれ負うべき賠償額が何らかの形で異なることとなる可能性について検討することである。

(161) 第二章第三節第二款。

(162) “joint tortfeasors”を訳すのであれば、「共同不法行為者」ということになるが（田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、平三）、日本法における概念とはややずれているので、誤解を避けるために訳さずに用いている。

(163) 一九七〇年代半ば以降、特に人身事故や製造物責任における賠償額の増大により、賠償責任保険制度の危機が生じているということが繰り返し主張され、不法行為法と保険の改革が様々な点で進められた。改革の中心点という訳ではないが、州によっては「連帯責任」制度も改革の対象とされた。不法行為法改革を「連帯責任」制度に関して簡単に見ると、以下のようである。

不法行為の被害者にも過失がある場合に、それが加害者のそれと比較して軽微なものであったとしても、加害者の不法行為責任を全面的に否定するというコモン・ロー上の伝統的な寄与過失（contributory negligence）の法理から脱却するために、各州にお

いて大陸法における過失相殺類似の考え方である比較過失 (comparative negligence) の法理への転換が図られてきた。この問題は基本的には原告と被告 (全体) との間の損失分担のあり方に関するものであるが、複数の被告が存在する場合の各被告の原告に対する責任額の問題にもしばしば影響があった。例えば、カンザス州 (Kan. Stat. Ann. 1963, § 60-258a(d))、ペンシルバニア州 (Pa. Stat. Ann. tit. 42, § 7102.)、バーモント州 (Vt. Stat. Ann. tit. 12, § 1036.) の比較過失に関する制定法は加害者の連帯責任を廃止したとも解釈しうる文言を有していたし (裁判所による解釈は州により分かれていた)、オハイオ州 (Ohio Rev. Code Ann. § 2315.19(A)(2).) の制定法は非経済的損害に関する連帯責任の廃止を明言していた。ネバダ州 (Nev. Rev. Stat. § 41.141(3)(a).) オレゴン州 (Ore. Rev. Stat. § 18.485.) 等の制定法では、連帯責任を被害者よりも過失の大きい加害者に限定する等の手法が採られた。ニューメキシコ州では比較過失の法理の採用直後に判例 (Bartlett v. New Mexico Welding Supply, Inc., 646 P.2d 579 (N.M. App. 1982), cert. denied, 648 P.2d 794 (N.M. 1982).) により連帯責任が廃止された。

一九八〇年代の中頃になると、いわゆる deep pocket である被告の狙撃者の問題に対する対処から (See, e.g., Cal. Civ. Code § 1431.1.)、相当数の州が連帯責任ルールの変更に着手した。ユタ州 (Utah Code Ann. § 78-27-38.)、ワイオミング州 (Wyo. Stat. § 1-1-109.)、コネチカット州 (Conn. Gen. Stat. Ann. § 52-572h(c),(g).) 、ミネソタ州 (Minn. Stat. Ann. § 600.6304.) は制定法により連帯責任を廃止し、ケンタッキー州においては判例 (Prudential Life Ins. Co. v. Moody, 696 S.W.2d 503 (Ky. 1985).) による同様の結論が得られた。コロラド州 (Colo. Rev. Stat. § 13-21-111.5 (1), (4).) 、ノースダコタ州 (N.D. Cent. Code § 32-03.2-02.) では制定法により連帯責任を concerted action (協働行為) の場合に限定し、ネバダ州 (Nev. Rev. Stat. § 41.141(4).) は無過失責任、故意的不法行為、毒物汚染、concerted action、製造物責任の場合に限定した。他にも、アラバカ州 (Alaska Stat. § 09.17.080(d).) 、カリフォルニア州 (Cal. Civ. Code, § 1431.2.) 、フロリダ州 (Fla. Stat. § 768.81 (3), (5).) 、アライゾナ州 (Ill. Rev. Stat. § 2-1117.) 、ネブラスカ州 (Neb. Rev. Stat. § 25-21, 185.04.) 、ニューヨーク州 (N.Y. Civ. Prac. Law § 1601.) 、オハイオ州 (Ohio Rev. Code Ann. § 2315.19(D) (1) (b), (c).) 、オレゴン州 (Ore. Rev. Stat. § 18.485.) 、アリゾナ州 (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-2506(D).) 、アイダホ州 (Idaho Code § 6-803.) 、テキサス州 (Tex. Civ. Prac. & Rem. Code § 33.013.) 等でも、様々な形で連帯責任の妥当する範囲を限定した。これらの制定法の多くは、連帯責任を一般的に廃止すると言いつつも、非財産的損害を一定の類型に限って連帯責任を廃止するよう限定的なものもある。Victor E. Schwartz & Evelyn F. Rowe, Comparative Negligence § 15.04 (4d ed. 2002); William L. Prosser, John W. Wade & Victor E. Schwartz, Cases and Materials on Torts 1-2, 352-53 (9th ed. 1994); Mark F. Grady, Cases and Materials on Torts 608-09 (1994).

(167) Victor Morawetz, A Treatise on the Law of Private Corporations § 562 (2d ed. 1886).

(168) Stopford v. Haskell, 147 F. Supp. 509 (D. Conn. 1957).

- (166) Stopford v. Haskell, 147 F. Supp. at 510.
- (167) William L. Prosser, *Joint Torts and Several Liability*, 25 Cal. L. Rev. 413 (1937); Schwartz, *supra* note 163 § 15-3; Prosser, Wade & Schwartz, *supra* note 163, at 346-47.
- (168) 『英米法辞典』前掲注(162)。
- (169) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(七)」法学協会雑誌九六卷五号七五頁(昭五四)。
- (170) William L. Prosser, *Law of Torts*, at 291 (4th ed. 1971); George C. Christie & James E. Meeks, *Cases and Materials on the Law of Torts* 394-95 (2d ed. 1990); Schwartz, *supra* note 163 § 15-3. Prosser は定義の例として「素因の同一性」「共通ないし類似の義務の存在」「証拠の共通」「一個の不可分の損害」「時間、場所、結果に関する事実の同一性」「損害の直接性」「損害と区別されるところの侵害の共通」を紹介している。Prosser はこのような状況に対し、joint tort を定義により画して画一的な効果を考えるのではなく、効果の側面から joint tort に含まれるとされる様々な類型について検討すべきことを主張した。Prosser, *supra* note 167.
- (171) ALI, *Restatement (Second) of Torts* (1977) [hereinafter *Restatement*]. によると、例えば、他人と協働して、あるいは他人と共通の意図の下に不法行為を行った者については、当該他人の行為について責任を負う(「他人の行為の結果についての因果関係を問わない」とされる (§ 876(a), cmt. a.)。他人の行為を指示ないし許した者については、通常の因果関係のルールが適用されるところである (§ 877, cmt. b.)。
- (172) 能見・前掲注(169)七〇頁以下。
- (173) Holloway v. International Bankers Life Ins. Co., 354 S.W.2d 198 (Tex. Civ. App. 1962).
- (174) *Id.* at 206.
- (175) *Id.* at 201, 202.
- (176) See, e.g., *Dixmoor Golf Club, Inc. v. Evans*, 156 N.E. 785 (Ill. 1927) (ゴルフ場建設からんで取締役が不正に利益を得ていた事例であり、被告取締役らに各自の得た利益額についてのみ責任を認めた原審に対し、全額についての責任とするべく破棄差戻。共謀であるからというのが理由となっている。); *Fagerberg v. Phoenix*, 71 P.2d 1022 (Ariz. 1937) (小麦市場への投機のために会社資金を不正に使用した取締役らとその隠蔽に協力した取締役ににつき、そのような事実関係(原告は共謀を主張した)があれば、全額につき責任を負うとした。); *Knox Glass Bottle Co. v. Underwood*, 89 S.2d 799 (Miss. 1956) (会社に対するトラック・リースにからみ、不正な利益を得ていた取締役らにつき、全額についての責任を認めた。会社資金の不正流用に意図的に参加した役員及び取締役は連帯責任を負うというのが理由となっている。); *Lawson v. Baltimore Paint & Chemical Corp.*, 347 F. Supp. 967

(D. Md. 1972) (取締役・役員らが共謀して会社資金を引き出していた事例で、そのような事実関係では全額につき責任を負うとした。)

(177) Prosser, *supra* note 167 at 429-30 (1937).

(178) Restatement § 876. 同註 Marshall S. Shapo, Basic Principles of Tort Law ¶ 50.02B (1999).

(179) Prosser, *supra* note 170, at 291-92; Christie & Meeks, *supra* note 170, at 394-95; Restatement § 876(a), cmt. a; Shapo, *supra* note 178 ¶ 50.02B.

(180) Prosser, *supra* note 170, at 298.

(181) 他は、Prosser, Wade & Schwartz, *supra* 163, at 346, 351. では、損害の不可分性による join tort の成立の場合については因果関係への言及が見られるが、“concerted action”の場合については特に言及がない。ただし、リステイトメントのコメントでは、“concerted action”の一つとして挙げられている。(b)他人の行為が義務違反となることを知りながら、当該他人の行為を實質的に支援し、あるいは助長した者につき、予見可能性が問題となることがありうることを指摘している。Restatement § 876(b) cmt. d.

(182) 能見・前掲注(169)七五頁。

(183) Radol v. Thomas, 772 F.2d 244 (6th Cir. 1985).

(184) *Id.* at 259.

(185) *Id.*

(186) 同様の記述は Fletcher にも見られる。Fletcher Cyc Corp § 1002 (Perm Ed).

(187) なお、連邦レベルでは、私的証券訴訟改革法 (Private Securities Litigation Reform Act of 1995, Pub. L. No.104-67, 109 Stat. 737 (1995).) により、証券取引所法下の証券民事訴訟においては各有責被告は各人の責任割合 (percentage of responsibility) に応じて損害賠償責任を負うとする「比例責任」(proportionate liability) の制度が導入された(証券取引所法一一D条f項 (15 U.S.C. § 78u-4(f)) (導入時はg項))。悪意の者については従来通り「連帯責任」を維持するとされている (15 U.S.C. § 78u-4(f)(2)(A)).)。従って、取締役が証券取引所法上の責任を負うとされた場合に、故意であれば「連帯責任」、故意でなければ「比例責任」を負うことは法文上明確である。また、同法は、証券法一一条a項二号 (15 U.S.C. § 77k(a)(2)) が定める公募発行の際の不実表示に関する取締役の責任についても、故意なき社外取締役の「比例責任」を導入している (15 U.S.C. § 77k(h)(2)(A)).)。

ただ、直接違反行為者ではない取締役が証券取引所法上の責任を負うのはどのような場合であるかがそもそもはっきりしない。

Central Bank v. First Interstate Bank, 511 U.S. 164 (1994). この Rule 10b-5 訴訟における教唆者・補助者の責任は排除されているが、その判旨において二次的行為者が教唆者・補助者ではなく第一次的違反者として責任を負う可能性が示唆されているため、直接違反行為者ではない取締役が責任を負う場合がありうることも考えられ、下級審裁判例は混乱しているようである。Marc I. Steinberg & Noah K. Hansford, *The Plight of "Secondary Actors" Under Section 10(b): Distinguishing Primary From Secondary Liability*, 28 Sec. Reg. L.J. 36 (2000). また、証券取引所法 110 条 e 項 (15 U.S.C. § 78t(a)) は直接違反行為者の「支配者」(controlling person) の責任を定めるが、「支配」の要件の曖昧なから統一的なアプローチは未だ確立されておらず、裁判例も非常に不安定な結果しか残っていないのである。Loftus C. Curson, II, *The Liability of Controlling Persons Under the Federal Securities Acts*, 72 Notre Dame L. Rev. 263 (1997); Sandra P. Wysocki, Note, *Controlling Personal Liability of Directors Under Section 20(a) of the Securities Exchange Act of 1934*, 31 Suffolk U. L. Rev. 695, 713-18 (1998). 従って、例えば CEO が直接違反行為者である場合に取締役がその「支配者」に当ることになるのかすら明確ではない。さらに、仮に取締役が「支配者」として責任を負う場合であっても、故意でない取締役は「比例責任」を負うのか、あるいは、被支配者の責任限度の範囲で連帯責任を負うことになるのかも不明である。Marc I. Steinberg & Christopher D. Olive, *Contribution and Proportionate Liability Under Federal Securities Law in Multidefendant Securities Litigation After the Private Securities Litigation Reform Act of 1995*, 50 SMU L. Rev. 337, 349-50 (1996).

(188) ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 7.18 cmt. d (1992).

(189) 注(191)参照。

(190) McIntyre v. Balentine, 833 S.W.2d 52 (Tenn. 1992); Schwartz, *supra* note 163.

(191) RTC v. Block, 924 S.W.2d 354 (Tenn. 1996). 破綻したテネシー州 S & L の元役員及び取締役に対して、RTC がその責任を追及する訴訟を連邦地裁に提起した事例である。追及されたのは、役員及び取締役によって承認されたいくつかの不適切な融資に関する責任である。訴状では、四二〇万ドルにのぼる額について被告らが「連帯責任」を負う旨主張されていた。これに対して被告らは、それぞれの被告の比較過失に応じた責任を主張した。そこで、連邦地裁はテネシー州最高裁判所に対して、テネシー州法に関する意見確認を行った。その意見確認にテネシー州最高裁判所が答えたものが本件である。

(192) Fletcher Cyc Corp § 1002 (Perm Ed.).

(193) ALI, Restatement of Torts: Apportionment of Liability § 15 (1999).

(194) 本章第三節。

(195) 本章第二節。

(196) 本章第四節。

(197) 本章第五節。

(198) 四宮・前掲注(112)七八三頁。

(199) この場合には、複数の取締役の責任が問題となる場合には常に客観的共同があるということになるのであろうが、その場合の効果については、本文で述べたものは見解の一つに過ぎない(ただし、判例の立場であるとも考えられる。最判平成一三年三月一三日民集五五卷二号一四四頁)。客観的共同の場合の効果についての考え方は様々である。第四節第二款参照。また、主観的共同の問題としても、複数の取締役の責任が問題となる場合には常に共同不法行為が成立するとは考えられないことについては、第四節第三款四参照。

(200) 本章第四節第三款二。

(201) 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一七二二号三頁(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。

(202) 荒谷・前掲注(70)九三頁、森・前掲注(70)一〇〇頁等。詳しくは、第五章第二節第二款四六参照。

(203) 青竹教授は、日本航空電子工業株主代表訴訟事件に対する評釈の中で、判旨に反対するためにこのような見解を示されている。青竹・前掲注(68)。ただし、この事案は、「寄与度」減責を最も認め易い場合であったと考えられる。

(204) 本章第四節第一款。

(205) 本章第一節。

(206) 民法七一九条前段についていくつかの異なる効果を与える意義を見出す見解がそもそもおかしいのだとする考え方もあるかも知れない。しかし、そう言うのであれば、同条後段も前段と「亦同シ」と規定している以上、後段の場合には減責の可能性を認める見解(淡路・前田)もそもそもおかしいと言わなければならないであろう。

(207) 本章第一節五参照。

(208) 商法二六六条一項の意義に関する本章の検討は、従来はつきりしなかった同条二項の意義に関する問題、すなわち、二項は相当因果関係(民法四一六条まで擬制すると考えるべきか否か(本章第一節五参照))についても示唆がある。二項については、特に一項一号(違法配当等)及び四号(利益相反取引の承認)に関する責任が決議賛成取締役についても無過失責任となってしまうという点から従来より批判されてきたが、本文(本節七)で述べたようなアンバランスは、更に、五号の責任における因果関係の点に關しても二項の規定は取締役にとってやや酷に過ぎるのではないかとの疑問を生ぜしめる。この点から考えると、二項の意義はできるだけ小さく考える必要があるように思われ、従って、各決議賛成取締役についての相当因果関係(民法四一六条は二項に

よつては擬制されず、各自について考慮するという解釈を採ることが妥当と思われる。また、「寄与度」減責の理論の適用可能性についても同様に解してよいのではないだろうか（勿論、決議があつたことが、特に慎重に考慮すべき場合であつた等として「寄与度」減責の理論上で何らかの意味を持つてくる可能性はある。）。つまり、二項自体は事実的因果関係を擬制するのみであると考えるのである。

第五章 減責の可能性―複数の任務懈怠取締役がいる場合

本章では、会社に対して責任を負うべき取締役が複数存在する場合に、各取締役がそれぞれ負担すべき責任額につき、何らかの形で差が生じる可能性について検討する。そこでは、第四章で検討した商法二六六条一項の意義が前提となる。複数の任務懈怠取締役が存在する場合というのは、監視・監督義務違反の場合に限られるものではないが、監視・監督義務違反の場合というのは複数の責任主体が必ず観念できる場合であり、取締役の監視・監督義務違反に基づく会社に対する責任を対象とする本稿にとつては避けては通れない問題である。

商法二六六条一項の意義については、各取締役に損害の発生しないしはその危険性の認識・認容という事情が認められる場合に、因果関係の擬制及び「寄与度」減責の理論の適用可能性の排斥を認めるものとして考えた。逆に言うと、そのような事情が認められない場合には、各取締役につき相当因果関係（民法四一六条）を考える必要がある、各取締役の予見可能性により責任が認められる範囲が異なる可能性があることになる。まず、この点について第一節で見ておくこととする。更に、同じくそのような事情が認められない場合には、「寄与度」減責の理論が適用される可能性があることとなる。「寄与度」減責の理論がどのようなものであるかは整理する必要があるが、それが何らかの形で認められる

のであれば、そのような「寄与度」減責の理論が適用されることに對する障害はない。結論として減責が認められないのは、「寄与度」減責の理論上の問題であると理解すべきことになる。このような「寄与度」減責の可能性について検討するのが第二節である。

「寄与度」減責については様々な見解があり、どれか一つの見解に依拠することは難しい。そこで本稿では、どのような場合に「寄与度」減責が認められているかという点に分析の主眼を置くことになる。複数の取締役の責任額の問題は、端的に、そのようにして捉えられた「寄与度」減責の問題として考えればよいというのが本稿の立場である。ところで、商法学説においては、取締役の負うべき責任額について過失相殺の（類推）適用が言われることがあり、本稿と同じ問題を扱っていると考えられる部分もある。従って、第二節補論において、過失相殺の（類推）適用についての本稿の立場を明らかにしておくこととしたい。

第一節 予見可能性により賠償範囲が異なる可能性

一 まず、取締役の行為と事実的因果関係があるとされる損害のうち、どの範囲のものにつき当該取締役が責任を負うべきかという判断が、各取締役によつて異なる場合について見ておこう。取締役の責任は債務不履行責任であるとされているので、民法四一六条の定める「相当因果関係」の問題として考えることになる。民法四一六条の規律においては、事実的因果関係が及ぶ損害のうち、通常損害及び予見可能性の及ぶ特別損害が損害賠償の範囲に含まれることになる。従つて、特別損害であるとされる損害があり、それについての各取締役の予見可能性が異なるのであれば、その限りで各取締役が負うべき責任額が異なることとなるはずである。

先に挙げた例⁽¹⁾を用いると、各取締役の予見可能性の問題は、次のようなケースにおいて考えることができる。輸入卸

売会社の取締役CとDが相談の上、ある偽ブランド香水の輸入・販売を決定した。C・D共に偽ブランド香水であることは認識していたが、更にCは、こ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ることを知っていた。販売開始後、この香水は廉価なブランド品として順調な売上を見せたが、半年後に偽ブランド香水であることが発覚した。結果、小売業者や消費者からの返品が相次ぎ、会社は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蒙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。異論はあるかもしれないが、返品による損害（一億円）は偽ブランド香水の販売から生じた通常損害、消費者の身体的損傷に対する賠償による損害（一億円）は特別損害であるとする。そして、Dは取締役として会社に対して負う義務の履行上、この偽ブランド香水の原料に危険なものが用いられていることを認識すべきであったとは言えない、すなわち予見可能性を欠いていたものとする。このような場合、Cが二億円につき賠償すべきことは問題ないとして、Dは返品による損害（一億円）につき賠償すべきことになるのか（一億円につきC・Dの連帯責任、残り一億円につきCの単独責任）、あるいは、やはり二億円につき賠償すべきことになるのか。

更に、この会社には他にFという取締役がおり、Fは監視義務の懈怠により偽ブランド香水の販売を知らなかったとする。このFは、返品による損害（一億円）につき賠償すべきことにはなるが、消費者の身体的損傷に対する賠償による損害（一億円）についてはどうであろうか。

二 学説では一般にどのように解されているのであろうか。このような問題について正面から論じたものは殆どないので、断片的に示された見解から推測する他ないが、例えばある座談会では、各取締役の責任額に差があるかという問題につき、「実行行為者として中心になる人は、その注意義務の枠の中から、予見可能性の範囲も広くなるから、因果関係も多少動く可能性はある」という発言がなされている。²⁾ また、複数の任務懈怠取締役が存在する場合の責任制限（一

部連帯)の可能性を論じる中で、相当因果関係(民法四一六条に言及しながら、「しかし、本稿で対象としている取締役の連帯責任の場面というのは、各取締役に損害発生の見可能性のあったことがあまり問題とならない場面である。そこでは、予見可能性の及ぶ範囲内に賠償範囲を制限してもなお賠償額が巨額となる事態に対して、何とか対処できないかが問題とされている」⁽³⁾)と述べる論者もいる。

これらの見解は各取締役について予見可能性が問題となることを前提としており、場合によっては各取締役が責任を負う範囲がそれによって異なることもあると考えているものと解される。また、これらの他にこの問題について論じるものが少ないのは、この問題が実際に問題となることはあまりないと考えられることが理由であって、おそらく以上のような見解は特殊な見解という訳ではなく、一般的にもそのように解されているものと推測される。第四章で検討したように、⁽⁴⁾学説の圧倒的多数の見解は、商法二六六条一項の意義としては、結局のところ分割責任の排除という点のみを認めていることになるからである。このような推測が正しいとすると、一般的な学説の考え方は、上の例のDあるいはFは消費者の身体的損傷に対する賠償による損害(一億円)については責任を負わないという結論になりそうである。これに対して、「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」とする見解⁽⁵⁾によれば、論者自身が明らかにしている訳ではないが、各取締役について予見可能性を問題とする余地はないということになると思われる。そうであるとする、上の例のDもFも、Cと共に二億円につき責任を負うという結論になる。

三 第四章で明らかにした商法二六六条一項の意義に関する私見を前提とすると、以上の見解とは異なる結論となる。すなわち、直接行為者の行為により会社に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具体的に認識しつつこれを容認したという事情が認められる場合には、商法二六六条一項の効果として、各取締役の予見可能性を問題

とする必要はないということになる。この点に商法二六六条一項の一つの意義を認めるのが私見であった。実質的に考えても、損害が発生すること、あるいはその可能性を認識しつつ、他の取締役や従業員行為に加わり、賛成し、あるいはそのような行為を放置していたような場合には、そのような取締役は直接行為者と一体として捉えられても仕方がなく、「そこまでの損害が生じるとは思っていなかった」との主張を認めるべきではないと思われる。先の例で言えば、偽ブランド香水の輸入・販売について相談の上で決定したDには、損害発生しないしその危険性の具体的な認識・認容という事情が認められる以上、消費者の身体的損傷に対する賠償による損害（一億円）についても賠償しなくてはならず、従ってCと共に二億円につき連帯して賠償すべきと解することになる。

これに対して、私見によれば、損害の発生しないしその危険性の認識・認容という事情が認められない場合には、各取締役の予見可能性を問題とすべきことになる。従って、監視義務の懈怠により偽ブランド香水の輸入・販売を知らなかった（香水の輸入・販売自体の認識はあってもよい）Fについては、返品による損害（一億円）についてのみ賠償すればよいということになる。

以上のような私見の要点は、要するに、複数の任務懈怠取締役が存在する全ての場合において予見可能性を問題としたり、問題としなかったりするのではなく、場合によって分けようということである。第四章からも明らかであるが、このような考え方は、複数の加害者が存在する場合のうち、共同不法行為が成立すると考えられる場合には各人についての予見可能性を問題としないという、共同不法行為に関する議論と同じ構造となっている（正確に言えば、予見可能性を問題としなくてもよいと考えられる類型を共同不法行為であるとしようということであるが）。

因みに、その共同不法行為に関する議論における予見可能性の取扱いについて再度見ておくと、古くは加藤教授は、「連帯して賠償すべき損害の範囲は、共同不法行為と相当因果関係に立つすべての損害である」としながらも、「しかし、特別事情による損害について、共同不法行為者の一人が予見可能性をもたない場合には、その部分については連帯の責

任を生ぜず、予見可能性のある者だけが賠償責任を負うこととなる」とされていた⁽⁶⁾。しかし、より古く我妻教授は、「連・共・同・した・違・法・行・為・に・よ・つ・て・生・じ・た・全・損・害・が・賠・償・額・で・あ・る・と・解・さ・れ・て・い・た・よ・う・に・思・わ・れ・る。」⁽⁷⁾更に、近時の批判学説は、「連帯して賠償すべき損害の範囲は、共同不法行為と相当因果関係に立つすべての損害である」ということに積極的な意義を見出している。例えば、淡路教授は、「民法七一九条一項」前段の共同不法行為の効果は、共同不法行為者各人が各人の行為と相当因果関係の範囲にある損害を越えた、全損害について、賠償責任を負うことである、と解すべきである。したがって、各人はたとえ共同不法行為による損害が自己の行為と相当因果関係にないこと、あるいは相当因果関係の範囲を超えていること、を立証しても、免責あるいは減責されることはない⁽⁸⁾とされている。能見教授も、主観的共同により民法七一九条一項前段の共同不法行為となる場合について、「特別事情によって生じた後続損害については、共同不法行為者の一人に予見可能性があれば、他の者にはない場合であっても、全員が当該後続損害について賠償義務を負う⁽⁹⁾」とされる。要するに、一定の場合には各共同不法行為者の予見可能性を問題とするのではなく、共同不法行為者中の一人の予見可能性を基準として全員の賠償範囲を決定しようという発想が一般的なのである。

四 以上のように、私見は、複数の任務懈怠取締役が存在する場合には、各人の予見可能性を問題とすべき場合と問題としない場合とがあり、後者のような処理を可能とするのが、商法二六六条一項の意義の一つであると理解している。前者の場合には、各取締役が賠償すべき額は各人の予見可能性によってそれぞれ異なってくる可能性がある。ただ、理論的にはこのように解するとしても、實際上、このような議論が意味を持つ局面は極めて限られている。と言うのは、賠償が求められる損害の殆どは通常損害と言えるものと考えられるからである。先の例の、消費者の身体的損傷に対する賠償による損害（一億円）ですら通常損害であるという見方も十分ありうる。

そこで、次に、議論の対象としてはより広い場合を含みうるものと考えられる「寄与度」による減責の可能性につい

て検討することとしたい。

第二節 「寄与度」による減責の可能性

第四章で検討した商法二六六条一項の意義を前提とすると、民法上の議論において論じられる「寄与度」減責の理論が、複数の任務懈怠取締役の責任が問題となる局面に適用される可能性が全面的に排斥されることはない。各取締役に損害の発生ないしその危険性の認識・認容という事情がない場合については、「寄与度」減責の理論が適用される可能性がある。

念のために断っておくと、「寄与度」減責の理論が適用される可能性があると言うだけで、取締役の責任が実際に減責されることになる訳ではない。一般的には、「寄与度」減責の理論は減責を常に認めようとするものではなく、従って、「寄与度」減責の理論が適用される可能性があるとしても、更に「寄与度」減責の理論上の問題として、具体的な事案において減責が認められるか否かが考えられなくてはならないからである。

ところが、その「寄与度」減責の理論が実際どのようなものであるのかについては、民法学説の中でも様々である。従って、複数の任務懈怠取締役が存在する場合について検討する際に、「寄与度」減責に関するある特定の見解にのみ依拠することは適当ではない。そこで、まず、「寄与度」減責に関する議論を予め整理しておく必要がある（第一款）。そして、そこでの整理に基づいて、複数の任務懈怠取締役が存在する場合について考えていくこととする（第二款・第三款）。

第一款 民法上の議論の整理

一 損害賠償の判断において、損害発生に複数の原因が関与していると観念できる場合であるとされることがあり、そのような原因競合の場合に何らかの方法で賠償額の減額調整を図ろうとする議論がある。主として考えられているのは、競合原因が自然力ないし不可抗力である場合（例えば、大雨と道路の設置管理に関する瑕疵の競合）、競合原因が被害者の体質上の素因である場合（例えば、結核の病巣を有する者が交通事故に会い、肋膜炎を発病した場合）、不法行為の要件を充足する当該被告以外の者の行為が競合原因である場合等である。¹⁰ 複数の任務懈怠取締役の責任と最も関係がありそうなのは最後の類型であるが、それぞれの類型で考慮されるべきことは本来様々な点で異なるものであるにもかかわらず、賠償額の減額調整を図る一般的な理論が志向される傾向にあるため、自然力や被害者の素因との競合を主として念頭に置いている議論も本稿では参照せざるを得ない。一方、様々な議論がある中で、ある考え方が広い支持を得るに至っているとは到底言えない状況にあり、更に、同じ用語法の下にある議論であっても、必ずしも論者の意図していることが同じであるとは言えない場合も多い。従って、複数の任務懈怠取締役が存在する場合に関して民法上の議論を応用する可能性を論じる際に一つの学説にのみ依拠することは難しいし、適切ではないと思われる。予め民法上の議論を本稿なりに整理しておく必要がある。

とは言え、民法上の議論を網羅的に紹介するだけでは意味がないため、予め整理の視点を定めておく必要がある。それは、理論的な位置付けはともかくとして、どのような場合に競合する原因の損害に対する寄与の度合いを問題とし、どのような基準でそれを損害賠償額に反映させようとしているのか、という視点である。このような視点に立ったとしても、損害賠償法全体の設計という関心に基づく、減額調整の理論的な位置付けの問題はなお重要であろうが、本稿ではそれはあくまで二次的な問題として扱う。

二 まず、かなり早い時期（昭和四三年）に共同不法行為における一部連帯責任論を示された川井教授の考え方を見てみよう。その主張の大略は次のようなものである。¹¹

共同不法行為において、加害者の側で損害につき原因の与え方に大小の差がある場合には、各自の与えた原因が共通の限度で一部連帯を認め、残余はより多くの原因を与えた者の個人的賠償義務となる。一般の不法行為においては、行為者は自ら原因を与えた限度で責任を負うのが原則であり、狭義の共同不法行為（民法七一九条一項前段）の場合にもそれは修正されず、ただ連帯債務という形で損害賠償請求権が強化されるにすぎない。また、一部連帯の限度を決する基準は、各行為者の行為の違法性にあると考えるべきである。

以上のような考え方を本稿の視点から見直してみよう。川井教授は共同不法行為の場合について論じておられるが、時期的に見て、共同不法行為に関する近時の批判学説を念頭に置いたものではないことは明らかである。民法七一九条一項前段はあくまで連帯責任（＝分割責任の排除）を定めたにすぎないものという理解を前提に、各行為者が自ら原因を与えた限度で責任を負うという原則は修正されないというのであるから、むしろ不法行為が競合する場合一般に関する主張として理解することができ（共同不法行為でない場合には、「原因が共通する限度」に関しては民法四二七条の分割責任ということになるであろう）。すなわち、不法行為が競合する場合には、各行為者は自ら原因を与えた限度で責任を負い、その基準は各行為者の行為の違法性である、という考え方である。その「違法性」の内容はあまり明らかではないが、挙げられている例等から推測するに、各行為者の関与の度合いが数量的に明らか場合（建物の共同不法占拠のような場合。各不法占拠者の不法占拠部分が明らか。）に偶々それが賠償額に反映されることはあっても、それはまさに偶々であって、基本的には行為者の主観や行為態様によって定まるものと考えられているようである。従って、各行為者の関与の度合いを事実的・数量的に把握することが困難な場合にも、各行為者の主観や行為態様によって、一般的に各行為者の「自ら原因を与えた限度」を考える立場であると言えよう。

三 次に、因果関係を割合的に考える割合的因果関係論について見てみよう。⁽¹²⁾ その主唱者である野村教授の考え方は次のようなものである。⁽¹³⁾

伝統的な因果関係論は「あるかないか」の二者択一で因果関係を考えるが、割合的因果関係論とは、因果関係を「不法行為が損害の発生に影響を及ぼした度合い、つまり寄与度（寄与率）」というのと同じ。⁽¹⁴⁾ に応じて量的、割合的に把握できるという考え方から、事実的因果関係の平面で事故の寄与度に依拠して因果関係を割合的に判断する⁽¹⁴⁾ 考え方である。そして、このように事実のレベルで認識された寄与度が損害賠償額に投影されるのである。事故と被害者の素因とが競合した場合や、自然力と過失ある行為ないし工作物（民法七十七条）・営造物（国家賠償法二条）の瑕疵とが競合した場合にも、科学的知見を取り込んで寄与度を決定することは可能であるし、そのような努力が為されなければならない。

この割合的因果関係論の発想は明快で、原因競合の場合に各原因の「寄与度」を事実的因果関係のレベルで把握し（多くの場合、それが可能だと考えている）、損害賠償額に反映させようとするものであり、ここである「寄与度」は純粹に事実に関するものである。主として、被害者の素因や自然力の競合の事例を念頭において論じられているが、理論的には不法行為の競合の場合にも（のみならず、事実的因果関係の問題であるため、債務不履行の競合の場合にもそのまま）適用されうるものである。このように非常に射程の広い、損害賠償法全体の設計に関わる理論であるため、当然批判も多い。その批判には損害賠償法全体の設計の観点からするものから、具体的な妥当性を問題とするものまで様々なものが含まれるが、それらを見ることは同じ問題について他の論者がどのように考えているかを知る上で大変有益である。平井教授による批判を中心にやや詳しく見てみよう。

四 平井教授は割合的因果関係論に対して、事実的因果関係は単純な事実認定の問題に限るべきであるのに、通常意

味では証明不可能な損害に寄与した場合の認定をそれに持ち込んで損害額の減額事由としての機能を与えるのは、因果関係の概念に理論的困難をもたらすものであると批判され、むしろ証明度が軽減される「金銭的評価」の問題として処理した方が、因果関係の認定が安易になることを防ぎ、被告が割合的認定を主張して訴訟を不当に長引かせることを回避し、かつ問題の性質を明らかにする等、訴訟政策上はるかに適切であるとされる。⁽¹⁵⁾ この批判は、不法行為に関する平井説の枠組（事実的因果関係（「あれなければこれなし」により定まる、純粹に事実のレベルの問題であるとされる）、保護範囲、損害の金銭的評価）からすると当然の批判であり、訴訟政策上の問題を除くと、①事実的因果関係概念自体の問題、②「寄与度」の認定が不可能であるという認識、③「金銭的評価」における問題という位置付け、の三点に要約できる。このうち①に関しては、野村教授は損害賠償法全体を全く別の座標系から設計しようと志向されており、それが成功しているかはともかく、議論はかみ合わない。②についても、割合的因果関係論の論者は、まさに事実の問題として、従って通常の意味での証明度が要求される問題として、「寄与度」の認定が可能であると考えているのである⁽¹⁶⁾から、認識自体が違っていると言えそうである。③は②の認識を前提として、平井説の枠組みにおいて裁判官の裁量が広く認められる「金銭的評価」の問題として「寄与度」の問題を位置づけようということである。⁽¹⁷⁾

更に、異なる視点からの批判もある。能見教授は、自然力の競合の場合、被害者の素因の競合の場合、被告以外の第三者の行為が競合する場合のそれぞれにつき、減責を認めるべき場合と認めるべきでない場合とがあるとされ、従って、「寄与度」を責任の成立要件としての因果関係の問題と考える説は適當ではないとされる。⁽¹⁸⁾ 要するに、自然力や被害者の素因といったものが事実的因果関係のレベルで判断されるものであるとすると、そのような原因が競合する場合には常に減責が認められることとなり、不都合であるというのである。このような指摘は、損害をもたらした原因はある意味無数に観念できるものであり、ある原因とある原因が競合したという記述自体が純粹な事実上のレベルの問題ではない、高度な価値判断を含んだものである⁽¹⁹⁾ということと併せ考えると、より深刻である。すなわち、事実的因果関係が割

合的に把握できるものであるとすると、殆ど常に被害者の救済が割合的になってしまいう理論的な可能性が否定できないのである。このような視点からすると、平井教授の批判における③「金銭的評価」における問題という位置付けは、証明度の緩和ということ以上の積極的な理論的意義——「寄与度」の法的評価としての位置付け——を有することとなる。この意味では、非常に大雑把な把握であるが、原因競合における減責の問題を「保護範囲」の問題とする見解や被害者の素因について過失相殺の類推適用を説く見解⁽²¹⁾も、「寄与度」を「金銭的評価」の問題とする見解と同種のものとして考えることができる。

「寄与度」が法的評価の問題であるという位置付けはおそらく多数説であろうが、本稿の視点にとっては、以下の二点を確認しておくことが必要である。まず第一に、「寄与度」が法的評価の問題であるということは、あくまで処理レベルを設定したという意義しかなく、「寄与度」による減責を認めることの正当性を何ら保証しないという点である。⁽²²⁾このことは、「寄与度」減責が問題とされている各類型の中でより細かく減責の可否を検討することの必要性を意味する。第二は、より重要な問題として、「寄与度」減責を認めるべきであると考えられる局面において、その減責の基準がどのようなものであるかはあまり明らかではないという点である。(あくまで法的評価の問題という位置づけであるが) 割合的因果関係論と同じように事実的・数量的把握を志向するものから、川井教授のような違法性ないし違法度をといったものを基準とする考え方まで様々ありうる。

五 以上のような、割合的因果関係論とそれに対する批判が主として念頭においていたのは、自然力や被害者の素因の競合の場合であるが、それでは競合的不法行為の場合についてはどのように考えられているのであろうか。

上で指摘した第一点、法的評価である「寄与度」に基づく減責の可否については、競合的不法行為においては、他の二類型に比べ、割合的責任を認める判例が多く、学説においても認める見解が有力であるとされる。⁽²³⁾ただし、ある具体

的な文脈で実際に「寄与度」減責が認められる否かは、第二点の問題、「寄与度」の基準の問題ともリンクしている。これは、「寄与度」不明の場合の処理の問題としても考えることができる。

競合的不法行為における「寄与度」の問題を学説がどのように考えているかについては、共同不法行為を巡る議論が参考となる。そこでの議論は、競合的不法行為との比較において共同不法行為という構成の特殊性を探ろうと試みているからである。以下では、第四章で見た各共同不法行為学説の「寄与度」減責についての見解をもう一度詳しく見ていくこととする。

1 平井教授は、加害者は自己の行為と事実的因果関係に立つ損害についてのみ、「寄与度」の範囲で賠償責任を負うのが原則であり、共同不法行為が成立する場合には「寄与度」減責の可能性を認めないとされる。⁽²⁴⁾そして、競合的不法行為の場合には、「被告は自己の行為とだけ因果関係に立つ損害の事実を主張立証できる機会を与えられると解すべきである」が、「もつとも、一箇の損害につき因果関係の及ぶ範囲を立証することは實際上困難であろうから、多くの場合には原告主張の全損害と因果関係にある、と判断されることが多いであろう」⁽²⁵⁾とされる。これを字句通り受け取ると、「寄与度」とは、原告の受けた「一箇」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ということになりそうである。更に、平井教授は近時のテキストにおいて、このような場合以外の減責の可能性を否定されている（「金銭的評価」として位置づけた「寄与度」による減責を結局全ての類型において否定されている⁽²⁶⁾）。こうなると、平井教授の見解と割合的因果関係論との違いは、ある具体的な事実関係において、事実的因果関係の問題としての「寄与度」の認定ができると考えるか（割合的因果関係論）できないと考えるか（平井説）の違いのようにも見えてしまう。しかし、紹介した平井教授の各見解は時期的にそれぞれかなり隔たりがあるため、平井説の体系からそれらの趣旨を付度すれば、「（あまりありうることではないが）もし原告の主張する『損害』に対する各行為者の寄与の割合が事実的・数量的に明確になる場合には、当該『損害』は複数の『損

害』に可分なものと考えて、それぞれについての事実的因果関係の存否を定める」、ということになるのかもしれない。これを本稿の視点から見ると、各行為者の「寄与度」が事実的・数量的に明確となる場合には、かつ、そのような場合にのみ、その「寄与度」のみを基準として「寄与度」減責を認める、という見解であると言えよう。

2 淡路教授は、民法七一九条一項前段の共同不法行為が成立する場合には減責は許されないが、「弱い客観的関連」により適用がある後段は因果関係の推定規定であり、その場合には被告による減責の主張立証が許されるとされる。⁽²⁷⁾つまり、不法行為が競合する場合に妥当する一般原則として「寄与度」減責の可能性を認めている。そして、公害の場合を念頭に、例えば、損害発生をもたらす有害物質排出量の最大許容限度 P 、企業 Y_1 ・ Y_2 の排出量 y_1 ・ y_2 であるとすると、 $y_1 \wedge P$ 、 $y_2 \vee P$ であれば Y_1 は免責、 $y_1 \wedge P$ 、 y_2 が不明であれば Y_1 は排出量に応じた責任を負うといったモデルを提唱される。あくまで公害を念頭に置かれているため、他の競合的不法行為の類型にどの程度妥当するのかは不明である。また、このような「寄与度」減責の考え方が理論的にどのレベルの問題なのかははっきりしない。ただ、立てられているモデルから推測すると、明確に事実的・数量的に「寄与度」が判明する場合以外についての対処も考慮されているようであるから、事実のレベルでの数量的把握に基礎を置いて「寄与度」を判断する、何らかの法的評価であるように思われる。数量的把握に基礎を置く以上、数量的な把握が不可能な類型については「寄与度」減責を考へてはいないものと推測される。

3 前田教授は、民法七一九条一項後段を独立不法行為の競合の場合にも広く適用のある因果関係の推定規定であるとして、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、一個の権利侵害について部分的因果関係のあると考えられる場合については、その数量的割合(例えば、 $y_1 / y_1 + y_2$ 、 $y_2 / y_1 + y_2$)を含めて故意・過失といった要素を加味し、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とされる。⁽²⁸⁾「寄与度」の基準を事実的・数量的割合を含めた違法性ないし違法度に置く見解であ

るが、川井教授のように、事實的・数量的割合を全く觀念できないような場合にも積極的に違法性ないし違法度による「寄与度」減責を認めようとするものではないであろう。

4 能見教授は、「寄与度」に関して、「事實的寄与度」と「評価的寄与度」の区別の必要性を指摘される⁽²⁹⁾。能見教授も述べられているように、両者を泰然と区別することができないような場合もありうるが、この区別のコントラストは本稿にとっても有益である。「事實的寄与度」とは、例えば有害物質一単位で一の損害が生じるときに、 Y_1 が四単位、 Y_2 が六単位の有害物質を排出し、一〇の損害が生じたときに、 $Y_1:Y_2=4:6$ の「寄与度」があるという具合に定まる、純粹に事実に関する問題である。これは事實的因果関係の問題であるから、本来原告が証明すべきものであり、証明し得た範囲で被告は責任を負う、とされる（能見教授の見解では、客觀的共同が認められない限り、因果関係の推定は認められない）。これに対し、「評価的寄与度」とは、事実の問題ではなく、各人の過失の程度等を考慮して決められる法的評価であるとされる。その一応の基準として、過失の程度・割合、故意、損害額の大小や責任保険の有無、関連共同性の有無を挙げられている。能見教授の見解の特徴は、「評価的寄与度」のルールを共同不法行為の類型論とは切断し（一つの考慮要素にはなる）、たとえば主觀的共同の場合であっても、寄与割合に著しい差がある場合には「寄与度」減責の可能性を認められる点にもある。

5 最後に、四宮教授は、共同不法行為の成立により修正される一般原則（従って、共同不法行為が成立しない場合に適用される一般原則）として、①損害発生との因果関係なくしては、行為者に結果を帰せしめないという原則、次との比較で換言すれば、複数加害による損害が、对象的に特定しうる複数の単位損害を含む場合（「特定対象型」）には、自己の行為と因果関係に立たない対象については損害賠償責任を負わない、という原則と、②複数加害者による損害惹起の場合には、たとえ各人の行為が結果に対して因果関係を有するとしても、損害賠償の範囲に関しては、全部責任を負わせるのは必ずしも公平とはいえないという原則を挙げられ、更に②を、複数加害による損害惹起が同

質的原因の集合である故に、責任の量的分割が比較的容易な場合（「割合的惹起型」——例えば、汚染物質の排出）と、競合する原因の一体的関連故に、責任を分割しようとするれば、法的評価・人為的操作を必要とする場合（「一体型」——例えば、自動車の衝突による人身事故）に分けられる。³⁰ ①の「特定対象型」に関する原則は能見教授の「事実の寄与度」に対応し、②のうち、「割合的惹起型」に関する原則は淡路教授や前田教授の挙げる「寄与度」減責の類型に妥当し、「一体型」に関する原則は能見教授の「評価的寄与度」や川井教授の「寄与度」減責論の範疇に含まれるものと理解することができる。四宮教授の見解は、競合的不法行為「寄与度」減責が考えられていた類型を一通り網羅しているが、競合的不法行為の場合の問題として、②の原則がいかなる場合に妥当して「寄与度」減責が認められるのかということはあまり明らかではない。

六 以上、一部連帯責任論、割合的因果関係論とそれに対する批判、更に共同不法行為を巡る議論から抽出される、競合的不法行為と「寄与度」減責に関する様々な議論を整理してみた。競合的不法行為において各人の責任を割合的に考える可能性の議論を、それらの理論的な位置付けを捨象して「寄与度」減責論として総称すると、本稿の視点から見た、その「寄与度」減責論の議論状況は大略以下のように整理できるのではないだろうか。

①まず、各行為者の「寄与度」が事実的・数量的に明確に把握できると考えられる場合（「事実的寄与度」「特定対象型」³¹）には、事実的因果関係の問題として、その「寄与度」に応じた減責を認めることにはほぼ異論がないと思われる。特に言及しない論者にとっても、このことは当然の理として考えられているのではないか。この点について諸説が対立する（ように見える）実質的な理由は、問題とされた具体的な事例ないし類型が事実的・数量的に把握できる場合であると考えるか否かという違いにあるように思われる。

②次に、損害がどうしても不可分であったり、各行為者の行為が必要的競合関係にあったりして、各行為者の「寄与

「度」が厳密には事実的・数量的に把握できる場合ではなく、事実的因果関係の存在は全損害につき否定できないが、なお各行為者の関与の度合いを不十分ながらも数量的に考えることができる場合（「割合的惹起型」）にも、そのような数量的な考察をもとに、論者によつては行為者の違法度のような要素も加味して「寄与度」を觀念し、減責するという可能性を認めることを多くの見解が支持しているように思われる。⁽³²⁾ この場合はあくまで可能性であつて、上の場合とは異なり、常に「寄与度」減責が認められる訳ではないが（一般的には「寄与度」減責は法的評価の問題という位置付けなので）、多額の賠償額や関与の度合いの少なさを理由に比較的容易に減責が認められているのではないだろうか。

③更に、以上のような事実的・数量的な把握には全く馴染まない類型（「一体型」等）もあり、この場合に「寄与度」減責を認めようとするならば、各加害者の違法性あるいは違法度、故意・過失、行為態様等を基準とする他ない。このような場合にも「寄与度」減責の可能性を認める見解はある程度ある（川井・能見・四宮）。ただし、この場合には、具體的な事案において加害者の「寄与度」を決定すること（過失相殺類似の処理となる）の困難さ以上に、いかなる場合に「寄与度」減責を認めるべきかが難しい。容易に認められるものではないことは確かであるが、とりあえず、公平の見地から、ということになるうか。

最後に、以上のような類型論とは別に、「寄与度」減責が認められる場合であつても、「寄与度」の主張立証は何らかの理屈で被告の側に課せられているとする見解が圧倒的に多いことを指摘しておこう。

七 民法学説における「寄与度」減責の理論は、それぞれの理論的な位置付けの問題を捨象し、どのような場合に競合する原因の損害に対する寄与の度合いを問題とし、どのような基準でそれを損害賠償額に反映させるのかという観点から見ると、以上のように整理できる。このようにして整理されたものを、本稿では「『寄与度』減責の理論」として位置づけることとする。

さて、次の課題は、このような「寄与度」減責の理論が、複数の任務懈怠取締役の会社に対する責任が問題となる局面においてどのように適用されるかについての検討である。⁽³³⁾「寄与度」減責の理論は、各加害者の関与の度合いが、公害事例における排出量のように事実的・数量的な把握に馴染む場合(上の①②に当たる場合)と、純粹に違法性あるいは違法度、故意・過失、行為態様等の差としてしか把握できない場合(③の場合)とでは、その取扱いが大きく異なる。そこで、取締役の責任について検討する際にも、各取締役の関与の度合いが、公害事例における排出量のように「量的」に把握できる場合と把握できない場合(「質的」な把握しかできない場合)とに分けて考えることが必要であると思われる。前者については第二款、後者については第三款において検討することとする。

ただし、この「量的」「質的」という分け方は、人によっては感じ方の異なる相対的な区別となる可能性は十分ある。民法上の議論を見ても、例えば割合的因果関係論の論者は、他の論者が事実のレベルで「量的」に関与の度合いを把握することはできないと考えているような類型についても、事実のレベルでの把握が可能であると考えているように思われる。そのような区別の相対性は本稿としても十分に意識すべきことである。この点については、次款においても触れることとなる。しかし、いずれにしても、ある類型における各加害者の関与の度合いが「量的」に把握できると判断されると、比較的容易に「寄与度」減責が認められている。

(1) 第四章第一節三。

(2) 河本一郎他「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五六頁(平六)(森本発言)。

(3) 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一七九頁(平一一)。

(4) 第四章第三節。

(5) 青竹正一「東京地判平成八年六月二〇日判批」ジュリー一四二号一〇四頁(平一〇)。

(6) 加藤一郎『不法行為』二二二頁(有斐閣、増補版、昭四九)。新井・前掲注(3)一七八頁はこれに依拠して各取締役が責任を負

う範囲が予見可能性によって異なってくる可能性を指摘するが、本文で述べるように、一定の場合には各人の予見可能性を問題としないという考えの方が現在ではむしろ一般的である。

(7) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』一九一頁以下（日本評論社、昭三七）。

(8) 淡路剛久『公害賠償の理論』一二七頁（有斐閣、昭五〇）。淡路教授は、「強い客観的関連」のある場合にも民法七一九条一項前段の共同不法行為が成立するとされ、その場合にも本文のような効果が同じく認められるとされる。

(9) 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巻二二五九頁（昭六〇）。能見教授は、民法七一九条一項前段の共同不法行為に、主観的関連共同による共同不法行為と客観的関連共同による共同不法行為の二つの類型を認められ、後者の場合には各人につき予見可能性を欠くという反証を許す（相当性の推定）とされる。

(10) 例えば、平井宜雄「因果関係論」『現代損害賠償法講座』一〇七頁以下（日本評論社、昭五一）。

(11) 川井健「共同不法行為の成立範囲の限定——全部連帯か一部連帯か——」判タ二二五号五八頁以下（昭四三）（同『現代不法行為法研究』二二〇頁以下（日本評論社、昭五三）に再録）。

(12) 本文のような割合的因果関係論とは異なるが、因果関係を割合的に認定しようという発想において共通する考え方として、「心証度による割合的認定説」と呼ばれる見解がある。倉田卓次「交通事故における事実の証明度」『実務民事訴訟法講座第三巻』一六〇頁以下（日本評論社、昭四四）。これは、事実的因果関係の存否についての裁判官の心証度をそのまま事実的因果関係の判断に反映させようとする考え方で、例えば八〇%の心証が得られれば、八〇%の限度で事実的因果関係の存在を認定しようとするものである。表層的な理論のレベルでは割合的因果関係論とは明らかに異なるが、対処しようとする問題状況の認識には共通な部分がある。

(13) 野村好弘「因果関係の本質——寄与度に基づく割合的因果関係論」『交通事故損害賠償の法理と実務』六二頁以下（ぎょうせい、昭五九）。

(14) 野村・前掲注(13)六三頁。

(15) 平井・前掲注(10)一〇九頁以下。

(16) 例えば、賠償医学の立場から寄与度算定モデルを示したものとして、渡辺方式がしばしば挙げられる。野村・前掲注(13)八〇頁以下、小賀野晶一「割合的因果関係論の基礎的考察」『交通事故賠償の法理と紛争処理』三三頁（ぎょうせい、平六）。割合的因果関係論においては、このような学際的研究による科学的知見の導入によって、寄与度の事実レベルでの把握が可能であるという前提がある（ただし、割合的因果関係論の法理論としての応用可能性の広範さと、実際にそのような処理が可能だと論者が考えている分野（交通事故等）の乏しさとの間ギャップがあることは否めまい）。

- (17) ただし、位置づけの問題と実際に減責を認めるか否かは別の問題であり、平井教授は被害者の素因を理由に減責を認めることには消極的である。平井・前掲注(10)一〇九頁。
- (18) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(三)」法学協会雑誌九五卷三号五九頁以下(昭五三)、六六頁以下、六九頁以下。ただし、被害者の素因については原則として考慮すべきでないことを主張されている。同「寄与度減責―被害者の素因の場合を中心として」『民法・信託法理論の展開』二五二頁以下(弘文堂、昭六一)。
- (19) 窪田充見『過失相殺の法理』五九頁(有斐閣、平六)。
- (20) 幾代通『不法行為』一三五頁以下(筑摩書房、昭五二)。
- (21) 加藤新太郎『因果関係の割合的認定』判タ六三三号五六頁(昭六二)。
- (22) 窪田・前掲注(19)六四頁以下。
- (23) 大塚直「原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察―競合的不法行為を中心として―」『日本民法学の形成と課題・下』八六九頁以下(有斐閣、平八)。
- (24) 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』二九六頁以下(岩波書店、昭四七)。
- (25) 平井・前掲注(10)一〇八頁。
- (26) 平井宜雄『債権各論II』一五九頁以下、二二二頁(弘文堂、平四)。
- (27) 淡路・前掲注(8)一二九頁以下。
- (28) 前田達明『不法行為帰責論』二八三頁以下(創文社、昭五三)。
- (29) 能見・前掲注(9)二〇頁以下、六六頁以下。
- (30) 四宮和夫『不法行為(事務管理・不当利得・不法行為(中)(下))』七七九頁以下(青林書院、昭六二)。
- (31) 実際上の観点から言えば、割合的因果関係論の論者にとつては、このような場合に当たるとする類型が一般に考えられているよりもはるかに広いということになる。理論的な観点から言えば、割合的因果関係論は全ての場合がこの類型に入ることの妨げる内在的な理論を有していないということになる。
- (32) 本文で見た見解の中で、この可能性を排斥しているように思われるのは平井説だけである。なお、割合的因果関係論の立場では、他の見解がこの類型の問題として考える場合であっても、なお事實的因果関係のレベルでの数量的な把握を志向することになる。
- (33) 公認会計士の責任につき「寄与度」減責の可能性を認める見解として、弥永真生『会計監査人の責任の限定』四八頁以下(有

論 說

斐閣、平二二)。

(未完)