

利益相反取引における会社法423条3項の 損害立証による任務懈怠推定の機能

山 田 泰 弘*

目 次

はじめに

- I. 会社の相手方となる取締役が債務を履行しない場合
 1. 利益相反取引につき取締役会の承認があるとき
 2. 利益相反取引につき取締役会の承認がないとき
- II. 取締役会未承認の利益相反取引に関する債務の履行が完了している場合
 1. 請求の性質
 2. 会社法423条責任における損害
 3. 会社法423条3項の利用のメリット
- III. 取締役会の承認を得た利益相反取引に関する債務の履行が完了している場合
 1. 請求の性質と「損害」の認定
 2. 利益相反取引における取締役の任務・任務懈怠
 3. 会社法423条3項の損害

おわりに

はじめに

法律上の推定は、証明困難な要件事実（推定事実）の代わりに、証明の容易な事実（前提事実）を証明すれば、相手方は、反証により、前提事実の存否を不明の状態に持ち込むか、推定事実の不存在を立証（本証）しな

* やまだ・よしひろ 立命館大学法学部教授

ければ、推定を覆せないことを認める¹⁾。証拠の偏在等を考慮し、責任追及者の立証が困難である推定事実に代えて、立証が容易な前提事実の主張・立証のみを課すことで、責任追及者の立証責任を緩和する効果を法律上の推定は有する²⁾。

会社法423条3項も法律上の推定を認めるものである。責任追及者の側が利益相反取引によって会社に損害が生じたこと(前提事実)を立証できれば、任務懈怠(推定事実)の主張・立証責任を免れ、当該責任追及の対象となった取締役の側に自らに任務懈怠行為が存在しなかったこと立証責任を負担させる³⁾。株式会社における利益相反取引は、株式会社の通常取引行為に比して当該株式会社の利益を害する可能性が高い種類の行為であることから、当該取引により会社に損害が生じたことを立証できれば、任務懈怠の推定の効果が認め、これにより、会社に不利な取引が行われることを防止しようとしている⁴⁾。会社法423条1項の要件は全て追及者側が立証しなければならないことを踏まえれば、同条3項の「損害」は1項の「損害」と同義と考えるのが自然である⁵⁾。

しかしながら、そもそも、この会社法423条3項の規定は、責任追及者の立証負担を軽減するものであろうか。立証負担の軽減は、利益相反取引によって生じる「損害」の立証が「任務懈怠」の立証よりも容易であることを前提とするが、この前提は成立するのか。

本稿はこの点を検討する。以下では、利益相反取引のうち直接取引(会社法356条1項2号)を想定し、取締役会設置会社において取締役会の承認

1) 伊藤眞『民事訴訟法』(第8版、有斐閣、2023年)415-417頁。

2) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(第2版補訂版、有斐閣、2013年)562頁。

3) 相澤哲編『一問一答 新・会社法』(改訂版、商事法務、2009年)119頁。

4) 相澤哲=石井裕介「株主総会以外の機関」相澤哲編著『立案担当者による新・会社法解説』(別冊商事法務295号、2006年)118頁、田中亘『会社法』(第4版、東京大学出版会、2023年)300頁。

5) 東京高判令和4年7月13日金判1662号14頁・金法2197号54頁・判タ1507号103頁、千葉地裁松戸支部判令和3年3月26日金判1662号24頁・金法2197号66頁。

を經ている場合と經ていない場合、及び、利益相反取引から生じる債務について取締役側が履行していない場合としている場合の組合せ（図1のⅠ～Ⅳ）につき分析を行う。

図1

	取締役会の承認あり	取締役会の承認なし
利益相反取引から生じる債務につき取締役側が未履行	Ⅰ	Ⅱ
利益相反取引から生じる債務につき取締役側が履行済み	Ⅳ	Ⅲ

I. 会社の相手方となる取締役が債務を履行しない場合

1. 利益相反取引につき取締役会の承認があるとき

図1のⅠに相当する事例として、取締役会設置会社が取締役に1000万円の金銭貸付けを行ったが、弁済期になっても取締役が弁済しない場合⁶⁾を想定しよう。利益相反取引の相手方となる取締役をA、会社を代表して金銭貸付けを行った代表取締役をBとする。取締役会に議案を上程した取締役は、通常は取締役会の招集権者（会社法366条1項）であり、代表取締役が議長を務めるであろうから、利益相反取引の承認議案を取締役に上程した取締役もBとする。承認決議で賛成した取締役は、B及びCとしよう（Aは特別利害関係取締役（会社法369条2項）に該当する⁷⁾）。

利益相反取引の相手方となる取締役Aは、そもそも、金銭債務につき履行責任を負うため、追及者（会社・株主⁸⁾）は、あえて会社法423条責任を

6) このような設例で、利益相反取引に関する取締役の責任に関する要件事実を解説するものとして、岩谷敏明『会社訴訟の要件事実』（新日本法規、2022年）122-125頁。

7) 落合誠一編『会社法コンメンタール8——機関（2）』（商事法務、2009年）293頁〔森本滋〕、同239頁〔北村雅史〕。

8) 最判平成21年3月10日民集63巻3号361頁に基づけば、取引債務の履行請求も株主代

主張する必要はない。

もっとも、金銭債務は履行不能という概念はないが(民法419条3項参照)、金銭債務につき取締役Aの履行遅滞が生じている状態は、取締役Aが弁済すべき金銭債務の額と遅延損害(民法419条2項)の合計額の損害が会社に生じているとも評価できる。会社・株主側は、取締役Aに対する履行請求とともに、取締役B、Cに対し、取締役Aの金銭債務未履行による損害の賠償責任(会社法423条1項)を追及しうる⁹⁾。

会社法423条は、民法415条の特則であり、取締役の一定の行為が、それが実行された環境の下で、善管注意義務(会社法330条、民法643条)・忠実義務(会社法355条)を尽くしていたら実施すべきであったとされる「任務」を「怠った」と評価されることを債務不履行(不完全履行)と捉える¹⁰⁾。このため、各取締役の具体的な職務執行行為が「任務」を怠ったと評価できるかが問題となる。

代表取締役・取締役会議長であるBは、取締役会に利益相反取引の承認議案を上程する際に、通常は議案に関する説明を行う。この説明は、取締役会議長としての職務遂行を善良なる管理者の注意をもって実施するものであり、会社法365条1項・356条1項本文がいう利益相反取引につき重要

な表訴訟の対象となる。

9) 取締役の個人資産を管理する会社に対し、取締役会の決議に基づき別会社への融資を経由する迂回融資をしたが、別会社が破産し、配当を得た結果その80%程度が未回収となった事案につき、未回収部分を損害としたものとして、東京地判平成15年5月22日判時1835号126頁、東京高判平成16年12月21日判時1907号139頁。

取締役会の承認を得て金銭貸付けが実行された場合、当該金銭貸付けの条件が公正かつ妥当に実施されず、取締役に有利な条件が設定されるときには、取締役が履行期に弁済をしても、その有利な条件により会社に不利益が生じている。有利な条件の設定による会社法423条1項責任については、後述のⅢ.の検討が妥当する。

10) 最判平成20年1月28日民集62巻1号128頁は、取締役の責任の消滅時効につき、平成29年改正前の商法522条諸商事消滅時効ではなく、民事一般の消滅時効(平成29年改正前民法167条1項)が適用される根拠として、「取締役の会社に対する損害賠償責任は、取締役がその任務を懈怠して会社に損害を被らせることによって生ずる債務不履行責任であるが、法によってその内容が加重された特殊な責任である」ことをあげる。

な事実を開示するという法定の職務とは異なる。会社法356条1項の重要事実を開示し、取締役会の承認を求める法定の職務を負う取締役は、356条1項2号の会社と取引をしようとする取締役（A）となる¹¹⁾。実務上は、Aが重要事実の開示として利益相反取引の重要事実を開示した後に、退席をしたところで、審議・決議が実施されたり¹²⁾、Aの代理として、議長Bが重要事実を開示するようである¹³⁾。この点で、取締役Bの取締役会議長としての議案の説明は、利益相反取引によって会社に損害が生じたことを立証されても、会社法356条1項1号の重要開示をした取締役として任務懈怠の推定（会社法423条3項）を受けることにはならない¹⁴⁾。取締役Bは、会社を代表して金銭貸付けを実施したことについて、Aの弁済がなく、その未履行分が会社の損害となる以上、会社法423条3項2号の「会社が取引をすることを決定した取締役」として任務懈怠の推定を受ける。また、取締役会の承認決議に賛成したことについても、同項3号の推定を受ける。このほか、利益相反「取引をした」取締役として、事後的に重要な事実状況について取締役会に報告する義務（会社法365条2項）を、取引に関する会社の相手方となる取締役Aとともに負う。取締役Bは、会社法428条1項の対象ではなく¹⁵⁾、帰責性がないとの主張が封鎖されおらず、

11) 落合誠一編・前掲注7)84頁〔北村雅史〕。

12) 岩原紳作編『会社法コメンタール9——機関(3)』（商事法務、2014年）269頁〔森本滋〕。

13) 森本滋『取締役の義務と責任』（商事法務、2017年）43頁。この点で、実務上は、代表取締役も、356条1項の取締役に該当すると捉えられているようである（同頁）。

14) もっとも、岩原紳作編・前掲注12)269頁〔森本滋〕は、立法論的には、推定の対象とすべきとする。

15) 会社法428条1項の対象は、「356条項2号の取引（自己のためにした取引に限る）をした取締役又は執行役」であり、会社法365条2項の「各号の取引をした取締役」が、自己又は第三者のために会社の相手方として取引をした取締役と、会社を代表した取締役とを指すことと平仄を合わせれば、A、Bがともに含まれることになる。しかしながら、無過失責任とすべき範囲は、自己のための利益相反取引によって利得している取締役に限ることが立法趣旨と合致することから、帰責性がないと主張できないとされる取締役は、自己のため会社と取引をした取締役（本文の事案ではA）に限ると理解されている（例えば、

任務懈怠の推定を破ることも可能である。

取締役Cは、Aの弁済がなく、その未履行分が会社の損害となる以上、取締役会の承認決議に賛成したことについて任務を怠ったと推定される(会社法423条3項3号)。取締役Cは、任務懈怠が推定されるだけであり、任務を尽くしたとして推定を破ることもできる。

会社法制定前は、委員会等設置会社(現行法下では指名委員会等設置会社)以外の株式会社が取締役に金銭を貸し付けた場合において、弁済期に弁済がないときには、その貸付けを会社としてなした(代表)取締役、貸付けに賛成した取締役の責任として、保証類似の責任を法定し、弁済責任を負わせていた¹⁶⁾。しかしながら、結果責任を負わせることは適当でないとして、金銭貸付けとその他の利益相反取引を区別せずに、利益相反取引により損害が生じているときには、損害賠償義務を負担するが、任務を怠らなかつたことを各取締役が立証できれば免責されるとした。利益相反取引が典型的に危険性がある行為であることを捉えて、立証責任が転換されたからである。よって、取締役Cは、具体的に利益相反取引に関する行為につき、任務を怠っていないと主張することが当然に認められる¹⁷⁾。

16) 江頭憲治郎『株式会社法』(第8版、有斐閣、2021年)498頁、田中亘・前掲注4)300頁コラム4-58、森本滋・前掲注13)41頁、岩原紳作編・前掲注12)329頁[森本滋]など。

16) 鈴木竹雄=石井照久『改正株式会社法解説』(日本評論社、1950年)172頁。利益相反取引(会社と取締役との直接取引)に関する特則として、「他ノ取締役ニ対シ金銭ノ貸付ヲ為シタルトキ」(昭和25年改正商法266条1項2号)に、保証人のような責任を負わせる趣旨で、代表取締役、貸付けに賛成した取締役についても「弁済……ノ責ニ任ズ」とされていた。

17) まず、平成14年商法改正により、委員会等設置会社(現行の指名委員会等設置会社)が導入された際に、その取締役・執行役の責任の全般は任務懈怠責任として理解された(商法特例法21条の17)。利益相反取引に関し取締役会の承認決議がある場合に、賛成した取締役が行為者と見なされ、取引をした取締役と同一の責任を負担することは過酷であるとともに、帰責任が自己の行為・意思に由来せず、正当化が困難な面があったからである。実際の運用については、金銭貸付けにつき取締役が会社に弁済できない場合を想定して説明された(前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説(4)一株式会社・会社の機関・会社の計算等に関する改正一」商事法務1624号(2002年)101頁)。これにより、委員会等設置会社(現行の指名委員会等設置会社)と監査役(会)設置会社とで責任態様ノ

取締役Aは、利益相反取引の当事者として本件金銭貸付けに関する履行責任を負う。これと競合する形で、利益相反取引に関する重要事実の開示（356条1項）については任務懈怠の推定を受けること（会社法423条3項）からもわかるように、会社法423条責任も負担する。会社法428条1項は、利益相反取引をした取締役が、任務を怠ったことが自身の責めに帰することができない事由によるものであるとの免責事由の主張を制限する。条文中、会社の相手方となる取締役の免責事由の主張が制限されるのは、任務懈怠が推定される「重要事実の開示」以外の任務懈怠と評価される行為についても及ぶことになる。

このように、取締役Aは、利益相反取引の当事者として履行責任を負うが、弁済されていないことを損害とする会社法423条責任も競合して負担する。B、Cの会社法423条責任はAの負担する損害賠償責任の対象である損害と同一であり、A、B及びCは、Aの未弁済部分について（不真正）連帯債務者とされると解される（会社法430条）。一次的にはAの履行責任が発生し、B、Cが会社法423条責任として会社に損害賠償したとしても、Aの履行責任が消滅するわけではないことから、B、CはAに求償権を有すると考えられよう（民法422条）。

以上の検討を、要件事実としてまとめれば、次のようになろう（図2）。

図2 取締役会の承認を得た取締役に対する金銭貸付けの履行請求又は会社法423条1項責任の追及に関する要件事実

原告（会社・株主） 主張・立証すべき要件事実	被告（取締役側）
Aに対する履行請求 ① 被告Aが取締役であること。 ② Aへの金銭貸付けが、会社法356条1項2号の取引に該当すること。 ③ Aへの金銭貸付けが取締役会決議により	

ㇿが異なる事態が生じたが、会社法制定時に統一され、現行法となった。

<p>承認されていること。¹⁸⁾</p> <p>④ 履行期を到来していること。 A、B及びCに対する会社法423条1項責任の追及</p> <p>⑤ B、Cが取締役であること。</p> <p>⑥ ④にもかかわらず、Aが1000万円の弁済をせず、会社に損害が生じていること。</p> <p>⑦ Aが会社法356条1項2号の取締役であり、会社法423条3項1号の任務懈怠の推定を受けること。</p> <p>⑧ Bが、金銭貸付けの実施を会社として決定した取締役であり、会社法423条3項2号の任務懈怠の推定を受けること。</p> <p>⑨ Bが代表取締役・取締役会議長として、取締役会で本件金銭貸付けの承認議案の上程につき、任務懈怠があること。</p> <p>⑩ B、Cが、取締役会の承認決議で賛成した¹⁹⁾取締役として、会社法423条3項3</p>	<p>←⑥については、弁済期が到来しても、弁済されていないことから、「損害」の発生につき、否認することはできない。</p> <p>A：会社法356条1項の取締役 金銭債務の履行は契約責任であり、金銭債務については不可抗力による不履行は認められないため、未弁済であれば、履行しなければならない。</p> <p>忠実義務に反するため（会社の利益を犠牲にして利得している状況があり）、そもそも任務懈怠がなかったと主張する余地はないが、会社法428条1項により帰責性がないと主張できない。</p> <p>B：利益相反取引を会社としてした取締役 任務懈怠の推定を担保提供、保証など債権保全の努力をしたことで破る可能性はあり、帰責性がないとの主張も可能である。</p> <p>C：取締役会で承認をした取締役 議決権行使に関し、任務懈怠の</p>
---	--

18) 森本滋・前掲注13) 202頁は、責任追及者側は①②④⑤⑥のみの主張立証で足り、③は任務懈怠の推定を破る事項として抗弁に位置づけられるとする。しかし、B、Cにつき会社法423条3項3号の任務懈怠の推定を受けるためには、請求原因として予め、取締役会の決議により承認があったとの主張が必要であろうし、そもそも履行請求を併せてすることを想定すれば、③は責任追及者側が主張・立証しよう。たとえば、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟1』(第3版、判例タイムズ社、2011年) 483-484頁掲載の訴状では、請求原因中、取締役会の承認を受けた旨が記載される。

19) 通常は、取締役会議事録(会社法369条3・4項)を証拠として提示するため、同条5ノ

<p>号の任務懈怠の推定を受けること。</p> <p>⑪ A、B及びCがAの未弁済によって生じた同一の損害について、任務懈怠責任を負い、会社法430条に基づき連帯債務者となること。</p>	<p>推定を破る又は帰責性がないとの主張が可能ではある。</p>
--	----------------------------------

2. 利益相反取引につき取締役会の承認がないとき

図1のIIの、利益相反取引から生じる債務を取締役が未だ履行していない場合で、そもそも当該利益相反取引について取締役会の承認がないときにつき、1.と同様、会社から取締役Aへの金銭貸付けをモデルとする。会社を代表して金銭を貸し付けた代表取締役をBとし、それ以外に取締役Cがいるものとする。

取締役会の承認がない直接取引の利益相反取引は無効である²⁰⁾。取引が無効となれば、原状回復（民法121条の2）により、金銭貸付額に相当する金銭の返還請求権を会社は有するので、その履行請求をすることになる。

取締役会の承認を得ずに利益相反取引を実施することは会社法に違反するとはいえ²¹⁾、その違反の効果は無権代理類似であり、民法116条と同様に取引時に遡って追認の効力を認めることで事後的な承認＝追認を行うことも会社には許容されよう²²⁾。追認があったとしても、当初取締役会の承

ㄨ項により、議事録に異議を留める旨の記載がないことを根拠に、賛成したものと推定されると主張することになる。これに対しては、B、Cの側は、「賛成していない」ことの立証が要求される。

20) 最大判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁、最大判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁。なお、間接取引の相手方、直接取引の第三取得者に関しては相対無効とされる。神田秀樹『会社法』（第25版、弘文堂、2023年）260頁注8は、平成29年民法改正後も判例理論は維持されるとする。

21) 会社法365条1項、356条1項2号違反を、代表権の法定制限と考えるか、内容の法令違反と考えれば、追認によってもできないものはできず、規制潜脱を懸念し、追認・事後的承認を認めないとも主張される（上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）』（有斐閣、1987年）249頁〔本間輝雄〕）。

22) 東京高判昭和34年3月30日東高民10巻3号68頁、落合誠一編・前掲注7）85頁〔北村ノ

認なく利益相反取引が締結されたことが任務懈怠となる点には変わりがない²³⁾。取締役会の承認がなされていないことから生じる紛争を解決するために会社が支出せねばならなかった費用は、取締役会決議を経ていなかったという任務懈怠による会社の損害となろう²⁴⁾。

追認されない状況下では、会社が無効主張をせず、原状回復がなされていない状態を捉えて損害と評価することも可能である²⁵⁾。取締役Aは、会社法356条1項2号に該当する取引につき、無効な利益相反取引の当事者として、原状回復義務(民法121条の2)を負う。これと選択的に、競合する形で、不法行為責任も発生するが(民法709条)²⁶⁾、取締役会の承認を得なかったことが会社法365条1項、356条1項に反するという法令違反の任務懈怠に基づく会社法423条1項責任の追及も可能である²⁷⁾。Aには法令違反の任務懈怠があるために、会社法423条3項1号による任務懈怠の推定を追及者は主張するメリットはない。法令違反の任務懈怠についても故意・過失がなかったとして免責事由を主張することが可能である²⁸⁾、会社法428条1項により免責の主張は封鎖されている。

会社を代表する取締役Bは、取締役会の承認なく、利益相反取引(直接取引)に該当する金銭貸付けを実施した。これはBの法令違反を助長した

、雅史)。

23) 岩原紳作編・前掲注12)267頁[森本滋]。

24) 滝澤孝臣監修 野上誠一『判例法理から読み解く裁判実務 取締役の責任』(第一法規、2022年)343頁参照。

25) 取引的不法行為に関する議論であるが、武川幸嗣「プラスアルファについて考える 基本民法 第10回取引的不法行為」法学セミナー732号(2016年)82頁、安永正昭「無権限取引における信頼保護と損害賠償」ジュリスト1081号(1995年)91頁を参照。最判昭和45年2月26日民集24巻2号109頁も参照。

26) 請求権競合となる。大判大正6年10月20日民録23輯1821頁、最判昭和38年11月5日民集17巻11号1510頁など参照。

27) 最判・前掲注8)掲載判例に基づけば、民法121条の2の履行請求については、株主代表訴訟の対象とされない可能性はあるが、会社法423条責任の追及であれば株主代表訴訟の利用が可能となる。

28) 最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁。

ものとして、善管注意義務に反する業務執行といえ、任務懈怠の立証は容易である。もっとも、この任務懈怠とAによって原状回復がされないという状況を損害事実とする損害との間の因果関係も肯定しうるため、会社法423条3項2号の推定を利用することも考えられる。Bも利益相反取引をした取締役であり、会社を代表して利益相反取引（直接取引）を実施しながら、故意・過失がなかったということは考えにくい、会社法428条1項による免責の主張の封鎖はなされていない。

取締役Cは、利益相反取引に関与をしていないため、何らかの行為について任務懈怠があるわけではないが、善管注意義務・忠実義務をつくせば、Bが会社を代表してAに対する金銭貸付けを取締役会の承認なく実施することを発見し、防止することができた状況にあれば、監視義務違反の会社法423条1項責任を負担することになる²⁹⁾。

A、B及びCの責任は損害の同一性により連帯の関係にある(会社法430条)。

以上からすれば、取締役会の承認なく利益相反取引が締結された場合で、利益相反取引に関する債務を取締役が履行しないときには、責任追及者が会社法423条3項を利用するメリットはない。これまでの検討を要件事実として整理をすれば、次のようになろう（図3）。

図3 取締役会未承認の取締役に対する金銭貸付けにつき履行期に弁済がなされない場合の原状回復請求又は会社法423条1項責任の追及に関する要件事実

原告（会社・株主）	被告（取締役側）
<p>Aに対する原状回復義務（民法121条の2）の履行請求</p> <p>① 被告Aが取締役であること。</p> <p>② Aへ金銭貸付けが会社法356条1項2号の取引に該当するが、履行が完了していないこと。</p> <p>③ Aへの金銭貸付けが取締役会決議により承認されていないこと。</p>	

29) 農協の監事の不正行為の見逃しに関する任務懈怠を認定するものであるが、最判平成21年11月27日集民232号393頁・判時2067号136頁・判タ1314号132頁を参照。

<p>④ ③によりAへの金銭貸付けが無効であり、Aに交付した金銭につきAが原状回復義務（民法121条の2）を負うこと。 A、B及びCに対する会社法423条1項責任の追及</p> <p>⑤ A、B及びCが取締役であること。</p> <p>⑥ ①②③により、取締役Aに会社法365条1項2号、356条1項の違反があること。</p> <p>⑦ ④に加え、現時点で原状回復がなされておらず、Aに交付された金銭と遅延利息の合計額の損害が発生していること。</p> <p>⑧ Bが、取締役会の承認なくAへの金銭貸付を実施したことが、任務懈怠に該当すること。又は、会社法423条3項2号により任務懈怠の推定を受けること。</p> <p>⑨ Cは、善管注意義務・忠実義務を尽くせば、BによるAへの金銭貸付けに気がつき、防止し得たのであり、監視義務違反の任務懈怠責任を負うこと。</p> <p>⑩ A、B及びCは同一損害につき任務懈怠責任を負うといえ、会社法430条に基づき連帯債務者となること。</p>	<p>A：会社法356条1項の取締役 取締役会の承認を得ずに利益相反取引を実行した点で法令違反の任務懈怠があり、故意過失がないなど免責事由の主張は会社法428条1項によりできない。</p> <p>B：利益相反取引の実施を決定した取締役 取締役会の承認を得ずに利益相反取引を実行した点で任務懈怠がある。故意過失がないことは想定しにくい、任務懈怠がないとの反証又は免責事由の主張が可能である。</p> <p>C：監視義務違反の取締役 任務懈怠の否認として、Aへの金銭貸付けにつき、予見可能性がなかった、防止する機会がなかったとの主張は可能である。</p>
---	---

II. 取締役会未承認の利益相反取引に関する 債務の履行が完了している場合

図1のIIIに相当する単純な事例として、鉄製品の製造販売業を営む取締役会設置会社である甲株式会社が、取引先には通常500万円で売却し、市

場では500万円で流通する自社製品である鋼材の丸棒を、取締役Bに100万円で売却し、双方がすでに債務の履行を完了したという事例を想定しよう。利益相反取引（直接取引）で会社の相手方となる取締役をA、会社を代表して取引を実施した代表取締役をB、そして、そのほかに取締役としてCがいるとする。会社が取締役会の承認なく実行された利益相反取引によって生じた不利益を是正したいと思う場合を考えよう。

1. 請求の性質

まず、甲社の請求として考えられるのは、鋼材丸棒の返還請求である。取締役会の承認がない直接取引の利益相反取引は、すでに見たように絶対的に無効であり、当該取引に関する義務が履行されている場合は、取引の当事者である会社と取締役は双方から交付された物につきそれぞれ原状回復義務（民法121条の2）を負うからである。直接取引の対象物が転売される場合、会社は第三者に対しても、利益相反取引の無効であることから、利益相反取引の対象物に関する所有権を基礎に対象物の返還請求権を行使しうる。しかし、第三取得者の主観的条件により、第三者に対して会社が無効主張できないこと³⁰⁾もある。その場合には、会社は、取締役Aに対して、原則として、Aが利益相反取引の対象物を売却した際の売却代金相当額の金員の不当利得返還請求権を行使し救済を得る³¹⁾。

無効となる利益相反取引が売買であれば、双方が原状回復義務を負うために、民法533条が類推され³²⁾、それらは同時履行の関係にある。会社側が、利益相反取引の対象物の返還請求を民法121条の2を根拠に請求した場合、取締役Aからは反訴として、履行済みの100万円の支払請求がなされよう。取締役Aが会社から取得した物を転売していれば、Aが会社に対して負う売却代金相当額の不当利得返還請求権と、会社が負う100万円の

30) 最判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁。

31) 最判平成19年3月8日民集61巻2号479頁を参照。

32) 最判昭和47年9月7日民集26巻7号1327頁。

原状回復義務とは相殺適状の関係にあり、会社の追及に対してはAが、Aの反訴に対しては会社が、相殺の抗弁を主張することもできよう。

もちろん、取締役会の承認なく実施された利益相反取引については、すでに見たように、会社が無効主張をせず、原状回復がなされていない状態は、損害と評価することが可能であり、民法709条とともに会社法423条1項責任も競合的に成立する。原状回復義務の履行がされれば、損害がなくなることから、これらは選択的な競合関係にあるといえる。

2. 会社法423条責任における損害

それでは、取締役会の承認なく実施された利益相反取引（直接取引）に関する原状回復義務につき同時履行の関係にある状態は、会社法423条責任の追及の次元では、どう評価されるか。

下級審判例を見れば、無効な利益相反取引が売買契約である場合、会社から流出した現金等の財産の価額³³⁾と、無効な利益相反取引により会社が得た利得³⁴⁾との差額が損害と認定されている。

33) 会社から流出した財産に代替性があり、売買の対象物に関して市場が存在する場合、不当利得返還請求権の取扱い（Ⅱ.1.を参照）に基づけば、取締役が会社から得た財産の処分額から、無効な利益相反取引により会社得た利得を控除した額が損害であるとも考えられる。

取締役会の承認なき利益相反取引の対象物につき市場が存在するが、使用することで価値が減少するもの（自動車）である場合に差が生じる。東京地判平成18年11月9日判タ1239号309頁は、「本件車両売買時点における本件車両の価格は、取得時の価格と比較して7か月間の使用に応じて減価されるべきであるから、原告の被った損害額は、本件車両の取得価格と本件車両売買の価格との差額ではなく、本件車両売買当時における本件車両の再調達価格と本件車両売買の価格との差額である」とした。

34) 例えば、取締役と会社とが業務委託契約を締結し、取締役が委託された業務を実施するという無形のサービス提供債務を負うに過ぎない場合には、取締役が現実サービスを提供しているか、会社の出捐した金銭との等価性から会社の利得が評価される。東京地判平成29年1月19日金判1512号42頁は、取締役が会社に提供したサービスが会社の出捐した当該委託料に相当するものであることを認めるに足りる的確な証拠はないとして、出捐した委託料に相当する損害があるとした。

会社が承認なき利益相反取引によって利得した財産が不動産の場合、水戸地裁土浦支

そもそも、会社法356条1項の趣旨は、会社の利益を犠牲にして自己又は第三者の利益を図ってはならないという忠実義務を越えて、利益相反取引を実施してはならないという不作為義務を取締役に課し、会社（株主総会（同条1項）・取締役会（365条1項、356条1項））の承認により、例外的に不作為義務を解除すること³⁵⁾である。この趣旨を踏まえれば、取締役会の承認なき利益相反取引の実施という法令違反の任務懈怠がなかったという経済状態は、取引が実施されていなかったとした場合の経済状態となる。下級審における損害の認定は、損害が、利益相反取引が実施されていなかったという仮定の経済状態と現状との差であるという理解に基づくといえよう³⁶⁾。

損害については、追及者（会社・株主）側は、無効な利益相反取引によって会社から財産が流出した事実や財産の額を示し、会社が利益相反取引によって利得しているという事実やその額を控除しても損害があると主張し、取締役は、会社の利得や取引の等価性を主張し、それらを踏えて裁判所は損害を認定している。

取締役会の承認のない利益相反取引がなされても、その取引によって生じる債務の双方の対象の価値に同等性があれば、法令違反の任務懈怠が取締役にはあるが、直接の損害が会社に発生していないことになる。この場合、利益相反取引に関与する取締役の任務懈怠の責任が追及された場合には、紛争解決に要した弁護士費用等が損害となると指摘されるが³⁷⁾、その

ㄨ 部判平成29年7月19日判タ1450号240頁・金判1538号26頁は、その交換価値や取得後現在まで得た賃料等の法的果実を加味して評価している。

35) 落合誠一編・前掲注7)62頁〔北村雅史〕。これは競業禁止義務の理解と共通する。競業禁止義務につき北村雅史『取締役の競業禁止義務』（有斐閣、2000年）101頁、102頁注9。

36) もっとも、名古屋地判昭和58年2月18日判時1079号99頁は、利益相反取引が無効であるにもかかわらず、会社が当該物と同一の種類物を取締役以外に販売した価格の最も安い額と、会社が得た対価との差額を損害と認定している。このようなアプローチは、Ⅲ、で検討する利益相反取引が有効である場合の処理であり、取締役会の承認があり、任務が尽くされた状態と現状との差を損害としており、不適切である。

37) 野上誠一・前掲注24)318頁。

ような状態は、紛争解決の実益がないのに訴訟に及んだとも評価でき、追及者(会社・株主)の会社法423条1項責任の追及は、権利濫用(民法1条3項)と評価されかねない³⁸⁾。

3. 会社法423条3項の利用のメリット

利益相反取引の相手方であるAに対しては、原状回復義務の履行請求か、損害が認定されれば、取締役会の承認を得なかったという法令違反の任務懈怠による会社法423条1項責任の追及が可能である。取締役会の承認を得ずに、会社を代表して利益相反取引を実施した代表取締役Bも、承認を得ずに利益相反取引を締結したという任務懈怠がある。もっとも、Aへの財産の交付により会社に損害を与えたといえ、会社法423条3項2号の推定を主張することにも意義はある。

利益相反取引に関与しない他の取締役であるCは、I.2.での検討と同様に、善管注意義務・忠実義務をつくせば、Bが会社を代表してAと丸棒の売買を取締役会の承認なく実施することを発見し、防止することができた状況にあれば、監視義務違反の会社法423条1項責任を負担することになる。

A、B及びCの責任は損害の同一性により連帯の関係にある(会社法430条)。

以上のように、利益相反取引に関与した取締役A、Bについては任務懈怠の立証は容易であり、会社法423条3項を利用するメリットは乏しい。これまでの検討を要件事実としてまとめれば、次のようになろう(図4)。

図4 取締役会未承認の利益相反取引に関する原状回復義務の履行請求又は会社法423条1項責任の追及に関する要件事実

原告(会社・株主)	被告(取締役側)
Aに対する原状回復義務(民法121条の2)の履行請求 ① 被告Aが取締役であること。	

38) 水戸地裁土浦支部判・前掲注34)掲載判例。

<p>② Aへの丸棒の売却が会社法356条1項2号の取引に該当するが、すでに履行が完了していること。</p> <p>③ Aへの丸棒の売却が取締役会決議により承認されていないこと。</p> <p>④ ③により丸棒の売却が無効であり、Aが原状回復義務（民法121条の2）を負うこと。 Aが利益相反取引の対象物を売却している場合には、売却代金相当額の金員の不当利得返還義務を負うこと。</p> <p>A、B及びCに対する会社法423条責任の追及</p> <p>⑤ A、B及びCが取締役であること。</p> <p>⑥ ①②③により、取締役Aに会社法365条1項2号、356条1項の違反があること。</p> <p>⑦ ④に加え、現時点で原状回復がなされておらず、会社から流出した財産の額と、Aが会社に交付した100万円との差額の損害が発生していること。</p> <p>⑧ Bが、取締役会の承認なくAへの丸棒の売却を実施したことが、任務懈怠に該当すること。又は、会社法423条3項2号により任務懈怠の推定を受けること。</p> <p>⑨ Cは、善管注意義務・忠実義務を尽くせば、BによるAへの丸棒の売却に気がつき、防止し得たのであり、監視義務違反の任務懈怠責任を負うこと。</p> <p>⑩ A、B及びCは同一損害につき任務懈怠責任を負うといえ、会社法430条に基づき連帯債務者となること。</p>	<p>対価としてAが会社に交付した100万円に関する不当利得返還請求権を会社に対して有しており、反訴を提起する。又は、相殺の抗弁を主張する。</p> <p>A：会社法356条1項の取締役 取締役会の承認を得ずに利益相反取引を実行した点で法令違反の任務懈怠があり、故意過失がないなど免責事由の主張は会社法428条1項によりできない。</p> <p>B：利益相反取引の実施を決定した取締役 取締役会の承認を得ずに利益相反取引を実行した点で任務懈怠があり、故意過失がないなど免責事由の主張は考えにくいだが、可能である。</p> <p>C：監視義務違反の取締役 任務懈怠の否認として、Aへの丸棒の売却につき、予見可能性がなかった、防止する機会がなかったとの主張は可能である。</p>
---	---

Ⅲ. 取締役会の承認を得た利益相反取引に関する 債務の履行が完了している場合

1. 請求の性質と「損害」の認定

取締役会の承認を得て利益相反取引が実行されても、当該利益相反取引は有効となるが、当該利益相反取引に関する任務懈怠責任を免責する効果があるわけではない³⁹⁾。会社法が、取締役会の承認を得ている場合も、当該利益相反取引によって会社に損害があれば、利益相反取引に関与する取締役に付き任務懈怠の推定を及ぼすこと(同法423条3項)は、それを前提としている。

もっとも、取締役会の承認を得て利益相反取引が実施され、債務の履行が完了している場合、取締役の承認があるため、利益相反取引をしてはならないという不作為義務は解除されている。このため、任務懈怠がなかったという仮定の状況は、利益相反取引の実施につき、取締役が善管注意義務・忠実義務の観点から任務を尽くしたであろう場合とならざるを得ない。損害は、この状況と現状との比較により求められる。利益相反取引によって会社に損害が生じたことを立証するためには、取締役の実際の職務執行が任務を尽くした状態と比較して経済的に差があることの主張・立証が要求されることになる。

2. 利益相反取引における取締役の任務・任務懈怠

以下では、**図表1**のⅣに関して、議論の単純化のために、取締役会設置会社である甲株式会社の取締役はA、B及びCとし、甲社が、自社の有する事業用の土地(以下、本件土地)を、取締役Aに1000万円で売却し、土地

39) 岩原紳作編・前掲注12)268頁[森本滋]、神戸地裁尼崎支部判平成7年11月17日民集54巻8号2645頁、垣内正編・東京地方裁判所商事研究会編『会社訴訟の基礎』(商事法務、2013年)85頁。

の引渡しと代金の支払いとがすでに完了した事案を想定しよう。代表取締役Bが会社を代表して本件土地を取締役Aに売却し、取締役会にはB及びCが参加し、本件土地の売却の承認につきともに賛成したとする。

取締役Aは、会社法365条1項・356条1項の要求する情報提供を取締役会に行い（423条3項1号）⁴⁰⁾、取締役会では議決権行使できないにせよ（会社法369条2項）、会社の相手方として会社に対峙している。このとき、Aは、自ら知り得た重要事実を誠実に開示して、取締役会の承認を得るという法定の任務がある。これに加え、当該取引が取引時点において公正かつ妥当であると合理的に判断して実施することが要求されよう⁴¹⁾。

取締役Bは、既に見たように（I.1.）、会社として利益相反取引の実施を決定し、会社を代表して取引をする取締役（会社法423条3項2号）として契約の締結を行う。代表取締役は通常取締役会の招集権者（会社法366条1項）・取締役会議長として議案提出を行うために、取締役Aが本件土地の売却について取締役会での承認を求めれば、議案として提出することも実施する。取締役Bは、これらの行為を実施するに当たり、善管注意義務・忠実義務を尽くさなければならない。利益相反取引については実施の

40) 岩原紳作編・前掲注12) 266-267頁 [森本滋]。

41) 岩原紳作編・前掲注12) 268頁 [森本滋]。

神戸地裁尼崎支部判・前掲注39) 掲載判例は、不動産会社A社と自動車学校を運営するB社のそれぞれの代表取締役を兼任するY1が主導して、A社の売れ残り販売用賃貸不動産を「価格時点の客観的正常価格」の1.32倍という不当に高い価格でB社に購入させたものであり、B社の取締役会の承認を得ている。この事案にあって、Y1らの責任が問題となった。

裁判所は、仮に当時の平成17年改正前商法266条1項4号を過失責任であるとしても、「不動産業者たるA社の社長として、当時既にバブルが崩壊し、不動産価格が下落傾向にあった中で、本件不動産が売れ残っていたという状況は十分認識していたものであるから、……、実際の市場では、本件不動産が右評価額どおりの金額では売却困難で、実際の取引価格はもっと低いことが分かっており、或いは少なくとも容易に知り得た筈であり、また、B社の利益を慮る意思があれば、わずかの注意により」、取締役会に提出した鑑定評価が契約時点より六か月以前の時点の評価額であり、修正を施すこともできた筈であることに鑑みると、Y1は、本件取引の購入価格が不当に高額であることにつき、故意又は過失があったと指摘する。

可否から会社が主体的に判断できるため、取締役Aから本件土地の購入の申し出があっても、常に、当該取引を実施しなければならないわけでも、取締役会に承認のために議案を付議しなければならないわけではない。利益相反取引の締結にあたり、Aと協議・交渉を行い、当該取引が公正かつ妥当であり、会社の利益になると合理的に判断できる場合にのみ、取引の実施と取締役会への付議をすることになる⁴²⁾。

Bは、取締役会議長として、取締役会に本件土地の売買契約に関する承認議案を提出する際に、議案の説明が職務上必要であり、その際には、本件土地の売買契約が、会社の利益となることや、公正妥当であることを説明しなければならない⁴³⁾。なお、この行為の実施状況については、利益相反取引によって会社に損害が生じたことを立証されても、会社法423条3項の対象ではなく、任務懈怠の推定を受けるものではない。

取締役会において本件土地の売買契約に関する承認議案を審議し議決権を投じるCは、AやBの本件売買契約に関する重要事項の開示や、取締役会における説明を踏まえ、当該取引が公正かつ妥当であり、会社にとって利益となると、合理的に判断することが求められる⁴⁴⁾。

取締役の任務は、個々の取締役が置かれた環境において、善良なる管理者であればどのような行動をしたか、ということと捉えられる⁴⁵⁾。会社として利益相反取引を決定する取締役Bや取締役会での承認に際して賛成する取締役B、Cは、業務執行における任務を尽くしたかが問題となるため、利益相反取引の実施に当たり、判断の過程(情報の収集を含む)と内容とを

42) 岩原紳作編・前掲注12) 269頁 [森本滋]。

43) 岩原紳作編・前掲注12) 269頁 [森本滋]。大阪高判平成10年1月20日民集54巻8号2665頁は、議長を社外取締役が務めている場合で、議長が取締役会の司会者としての権限しかなく、議案提出が代表取締役(利益相反取引の相手方の代表者でもある)になされているときには、提出された議案について承認を阻止すべきような疑義を抱かない場合には、承認を阻止すべき措置を講じなくても取締役の監視義務を怠ったことにはならないとする。

44) 岩原紳作編・前掲注12) 268頁 [森本滋]。

45) 岩原紳作編・前掲注12) 223頁 [森本滋]、相澤哲 = 石井裕介「株主総会以外の機関」相澤哲編『立案担当者による 新・会社法の解説』(別冊商事法務295号、2006年) 117頁。

総合的に審査して任務懈怠を評価せざるをえない⁴⁶⁾。評価の枠組みとして、経営判断原則に依拠するとの指摘をするものがある⁴⁷⁾。日本版経営判断原則は、取締役の任務懈怠の有無を判断の過程・内容を総合して著しく不合理でないかを評価する枠組みであるが⁴⁸⁾、判断対象により善管注意義務・忠実義務から導き出される判断の過程（態様）のあるべき姿は異なる

46) 福岡高判平成24年4月10日判タ1383号335頁、福岡地裁小倉支部判平成23年4月24日 Lex/DB文献番号【25481284】。

この事件にあっては、ゴルフクラブ運営をおこなう甲株式会社が、そのクラブハウスの内のレストランの運営を、その代表取締役Aが発行済株式の全てを有する乙株式会社に任せ、業務委託契約（本件契約）を締結し、乙社は、売上額の3%（後に5%）をテナント料として甲社に支払っていた。甲社は、事業改善の一環として、相場よりも低いテナント料の値上げをすべく、本件契約を解除し、別の業者に切り替えようとしたが、乙社の抵抗にあった。業務委託契約の解除については一定の補償が必要となるという認識の下、特別利害関係取締役であるA以外の取締役による取締役会において、2000万円の補償金（本件補償金）を乙社に支払うことを決定した。甲社株主のXが、本件補償金の支払いは、利益相反取引に該当するとして、A及びA以外の取締役の会社法423条1項責任を追及した。

福岡高等裁判所は、本件契約を準委任契約と理解した上で、本件補償金は、民法651条2項の損害賠償であるとし、委任契約又は準委任契約がいつでも解除可能であることを考慮して、同項の損害が、「突然の解除により相手方において負担せざるを得なくなった出費等に限られ、逸失利益が営業利益など、委任契約あるいは準委任契約の継続を前提とする事項については、上記損害に含まれない」とし、A以外の取締役らが「乙社が補償を求める金額について、当該金額には什器備品等あるいは人件費、リース料等、民法651条の規定に鑑み、本件損害としては明らかに不適切な項目及び金額が含まれていたにもかかわらず、上記要求金額の前提となる各項目についての補償の要否及び金額の相当額について、弁護士等のしかるべき専門家の助言を得ることは被控訴人〔A以外の取締役ら〕自身による法的検討を怠り、自己の経験あるいは関係法令に対する誤った理解に基づき、乙社の要求金額は妥当であると解し」、Yにおいて支払可能な金額の範囲での合意あるいは当該金額への減額を求めたに過ぎないとし、A以外の取締役らは忠実義務あるいは善管注意義務に反するとした。

47) 北村雅史「競争取引・利益相反取引と取締役の任務懈怠」『企業法の課題と展望』193頁以下（商事法務、2009年）226-229頁、岩原紳作編・前掲注12）〔森本滋〕249頁、内藤裕貴「利益相反のない取締役に對する経営判断原則の適用——ドイツ株式法における経営判断原則を巡る議論を契機として」早稲田法学会誌67巻1号（2016年）336-338頁。傍論判断ではあるが、東京高判・前掲注5）掲載判例もそのように指摘する。

48) 最判平成22年7月15日判時2091号90頁、東京地方裁判所商事研究会編・前掲注18）239頁。

う。利益相反取引の承認に重要事実の開示と機関決定が要求されることを考慮すれば、取引の公正性を確保することが取締役の任務として存在し、会社との利益相反がない場合の業務執行よりも公正な取引条件を整備することが要請される⁴⁹⁾。たとえば、実質的な判断者の独立性の担保が必要とされよう⁵⁰⁾。

他方、会社法356条1項の取締役は、会社法365条1項・356条1項が要求する重要事実開示において、会社の相手方として、利益相反取引の対象物の評価額算定の根拠等を示すことが善管注意義務・忠実義務から取引の公正性を確保するためには要求されるのではないか。

3. 会社法423条3項の損害

追及者は、取締役A、B及びCの以上の職務遂行に任務懈怠があることを前提として、それが仮になかった場合（任務が尽くされた場合）との経済状況の差を損害として主張立証することが求められる。

各取締役の任務懈怠を特定して、それぞれに起因する損害を積算するという方法も考えられるが、この方法では会社法423条3項を援用する場面がなくなる⁵¹⁾。

しかしながら、利益相反取引を巡っての取締役A、B及びCの任務は、最大公約数的には、取引が公正に行われるよう善良な管理者の注意を尽く

49) 松中学「取締役の任務責任と利益相反」[川濱昇先生・前田雅弘先生・洲崎博史先生・北村雅史先生選歴記念] 齊藤真紀ほか編『企業と法を巡る現代的課題』(商事法務、2021年) 288-291頁、内藤裕貴「判批(東京高判令和4年7月13日)」新・判例解説 Watch33号(2023年) 130頁など。菱田昌義「判批(東京高判令和4年7月13日)」税務事例55巻8号(2023年) 95頁は、利益相反取引に特有な事情を「動機・目的」として評価しうることを指摘する。

50) 笠原武朗「判批(東京高判令和4年7月13日)」ジュリスト1582号(2023年) 3頁、福岡高判・前掲注46) 掲載判例。

51) 福岡高判・前掲注46) 掲載判例では、会社法423条3項を当事者は利用していない。利益相反取引によって会社に生じた損害は、会社として利益相反取引を実施した取締役及び取締役会における利益相反取引の承認決議に賛成をした取締役に關する任務懈怠を認定し、それがなかった経済状態と現状との比較から認定している。

すこととなると考えられる⁵²⁾。このため、会社法423条3項の損害の立証は、公正に実施されたとの仮定と現状との間に経済的な差があることを示せば、足りるのではないか。

もちろん、取引が公正に行われるよう善良な管理者の注意を尽くすことが利益相反取引を実施する際の実務取締役ABCの公約数的な任務であり、通常の経済活動において肯定される利潤の享受までが否定されるわけではない。会社が損害を被ったかは、当該取引の必要性及び取引条件等が通例的なものであったか否かにより判断され、通例的とは「独立当事者間取引」でもそのような取引がなされるかという点が基準となる⁵³⁾。この点で、利益相反取引による損害は、独立当事者間で実施されたと仮定した場合の取引価格と実際に実行された利益相反取引の価格との差額を損害として示すことになろう⁵⁴⁾。もっとも、独立当事者取引という仮定の設定は万能ではない⁵⁵⁾。

利益相反取引の対象が市場で広く流通する不特定の種類の種類物であれば、容

52) 伊藤靖史『ケースで探索・会社法——理解を深め、もう少し先へ』（有斐閣、2023年）159頁と同様に、任務懈怠と「責めに帰すべき事由」とを峻別する立場である田中亘「利益相反取引と取締役の責任（上）」商事法務1763号（2006年）9頁に依拠しつつ、峻別しない立場である北村雅史・前掲注47）193頁以下などの見解を想定して、取引の公正さを担保するために善管注意義務から導き出される任務を想定し、個々の取締役に具体的に要求される活動することを想定している。

53) 江頭憲治郎・前掲注15）462頁注7。

54) 伊藤靖史・前掲注52）163-164頁、大江忠『要件事実会社法（2）』（商事法務、2011年）705-707頁。東京高判・前掲注5）掲載判決も、「利益相反取引の時点で現実の売買価格と適正な評価額の違いに差損があること」を損害とすることまでは否定していないと考えられる（山田泰弘「判批（東京高判令和4年7月13日）」金融商事判例1683号（2024年）2頁）。神戸地裁尼崎支部判・前掲注39）掲載判例では、利益相反取引の対象が、転売を前提とした収益物件の不動産（ワンルームマンション）である場合に、鑑定から算定される「客観的な正常価格」と実際の価格との差額を損害とする。

55) たとえば、企業グループ取引に関するものであるが、水島治「支配従属会社間の取引の公正と独立当事者間取引基準：経済学的な観点から見た価格の比較可能性」一橋論叢124巻1号（2000年）202頁は、取引の公正さを測定するメソッドとしての独立当事者間取引に限界があることを示す。

易に取締役以外の者との取引により対象物の処分・譲受が可能であり、会社としても過去に同一の種類物を販売していた実績もあろう⁵⁶⁾。この場合には、現状と任務懈怠がなかったであろうとする仮定の場合との差から算出される損害は、現実の利益相反取引の売買価格と、当該対象物の市場価格又は会社が当該利益相反取引に近接する時間でなした独立した当事者との同種の取引の売買価格との差に近似することにはなる⁵⁷⁾。

種類物であっても市場性のない商品や土地などの特定物の場合には、比較しうる独立当事者間取引のデータが存在しない。例えば、東京高判・前掲注5)掲載判例では、事業の多角化を目的として、取締役が代表取締役を務める会社が有する非公開会社の株式を取得する事例であった。このような場合には、比較しうるデータはなく、具体的に、利益相反取引の契約締結の過程、条件交渉がどうであったかを評価して、任務が尽くされていたとの仮定の下での経済状態と現実の状態の差を損害として立証せざるをえない⁵⁸⁾。

そもそも、売買契約が締結されることは、売主と買主の双方がそれにより利益を得るからであり、売買契約の締結の要因には、売買の対象物に対する売主買主の間での評価の相違、対象物の将来価格に対する期待の差異

56) たとえば、名古屋地判・前掲注36)掲載判例における、利益相反取引の対象は、市場性のある鋼材の丸棒であり、会社が行う同種の取引の価格を損害の認定に際して参照する。

57) 北村雅史・前掲注47)242頁。無効な利益相反取引に関するものであり、本来的には利益相反取引がない場合と現状とを比較しなければならず、不適切な認定ではあるが、名古屋地判・前掲注36)掲載判例は、公正に取引が実施された場合と現状との比較により損害を導き出し、公正な取引の分布を超えれば、分布の下限(売却の場合)との差額を損害とする。このような認定は、有効な利益相反取引に関する損害の認定構造としては適切である。

もっとも、公正取引のレンジの中で成立しうる価格との差額と考えるのであれば、分布内で実施される取引価格の加重平均との差とすることの方が適当かもしれない(黒沼悦郎「判批(名古屋地判昭和58年2月18日)」ジュリスト859号(1986年)142頁)。

58) 福岡高判・前掲注46)掲載判例も、民法651条2項の損害賠償請求権の対象となる損害について、民法651条との適合性から、実際が取締役が考慮した事情が適当かを評価する。

があったり、商品役務の需要者が当該商品・役務を自家調達するための費用よりも供給者から調達するコストの方が安い（供給者の製造能力（専門性、規模など）が高い）といった事情や、双方の資金需要などが要因として存在する⁵⁹⁾。

Ⅲ. 2. 冒頭のモデル事例であれば、甲社側は、本件土地をどのように利用し、その利用によりどのような利潤を得ているか、反対に土地を所有するために負担するコストがどの程度かといった点や、今後の利用計画そして自身の資金需要を考慮して、売却希望価格が決定される。他方で、取締役Aの側で、本件土地を取得した後での利用の計画、利用によってAの得る効用・利潤の見込み、そして、売買契約の実施のための資金調達の状況から購入希望価格が決定される。甲社の売却希望価格がAの購入希望価格を下回れば、売主と買主との間で交渉の余地が生まれ、そのレンジ幅の中であれば、交渉により売買が成立する。このため、代表取締役Bは、売却希望価格を算定するに当たってこれらの考慮をどう行ったかを示す必要があり、その算定については不動産鑑定士等の外部の独立した専門家の鑑定意見をとることが要求されよう。会社の相手方となる取締役Aも、会社法356条1項に基づく重要事項の開示は、これらの購入希望価格を算定するに当たっての考慮要素を取締役会で開示させることを意識しているといえ、その算定が不適切でないことを示すために、不動産鑑定士等の外部の独立した専門家の鑑定意見を踏まえておくことが、重要事実の開示の前提として職務上必要とされよう。

59) たとえば、ハウエル・ジャクソンほか〔神田秀樹＝草野耕一訳〕『数理法務概論』（有斐閣、2014年）58-60頁。

利益相反取引の対象物について価格変動があり、転売を目的としている場合には、取得後の価格変動についてどのような配慮をしたかという点も考慮すべきであろう。利益相反取引に関する債務の履行後の対象物の価格変動が「損害額」にどのように反映されるべきかは、判例法上は当事者の予見可能性や取引条件の設定時の態様を考慮して、特別損害として整理される（大連判大正15年5月22日民集5巻386頁、最判昭和37年11月16日民集16巻11号2280頁。現在の議論状況については、潮見佳男『債権総論』（第5版補訂版、信山社、2020年）139-147頁）。

Ⅲ.2. 冒頭のモデル事例にあって、本件土地の売却価格である1000万円が、甲社の公正に算出した売却希望価格を下回っている場合、取締役が任務を尽くしていればそのような価格での売買が成立するとはいえないため、少なくとも売却希望価格と実際の売却価格1000万円の差額分の損害が利益相反取引により会社が被ったと評価することが可能ではないか。そうであれば、取締役の責任を追及する側は、損害の立証には、適正に任務が尽くされたのであれば、算定されたであろう売却希望価格を示すことになる⁶⁰⁾。もちろん公正な取引のレンジを発見するには、利益相反取引時の態様や、その際に参照された専門家の算定金額の適否等を評価することになり、結局は任務懈怠の立証と大差がない可能性はある。もっとも、公正な取引のレンジを乖離しているかという点により会社法423条3項の「損害」を立証することの効用は、個別に取締役A、B又はCのいずれが任務を具体的に怠ったか（取引の公正さを担保する活動をしなかったのか）という立証をすることなく、実際になされた利益相反取引が不公正なものであること

60) 東京高判・前掲注5)掲載判例は、A会社が購入する非公開会社であるB社株式については、専門委員の鑑定がなされ、その意見では、A社が、その取締役が代表取締役を務めるB社が有するC社株式を購入する前のC社の事業状況から事業計画を策定し、C社株式の価格を示した。株主代表訴訟原告Xは、その鑑定意見の価格と比較して、会社の購入価格が高いことを根拠に、損害が生じたと主張した。

これに対して、裁判所は、「本件株式の価格算定は、……その前提となる合理的な事業計画ないし割引率を策定すること等が容易ではなく、株価の鑑定を実施しない場合、取得時における本件株式の評価額を一義的に算定することは著しく困難である」とした上で、「取得した際の株式の客観的な評価額と実際の取得額との間に乖離があったとしても、当該乖離した額をもって直ちに会社に損害が発生したものとみることは相当でない」とし、Xの主張につき立証ができていないことを指摘している。本文の記述からは、専門委員の鑑定意見は、A社の利益相反取引の相手方であるB社の売却希望価格（レンジの下限）を示しているに過ぎず、実際の購入価格がそれを超えていたとしても、適切か不適切かの評価ができないことが指摘の中身となろう。

この事件では、A社は、C社株式取得後の事業計画予測や購入資金の調達状況に基づいてC社株式の評価額を税理士法人に算定してもらっているが、実際の取得価格はその評価額を超えていた。税理士法人の評価額はA社の側の購入希望価格（レンジの上限）を示しているはずであり、これを実際の売買価格が超えているという事実は、損害が生じていることを示すといえたはずである（山田泰弘・前掲注54）6頁）。

を主張できることにある⁶¹⁾。会社法423条3項で推定される任務懈怠の内容と同法428条1項の「責めに帰することができない事由」の内容との重複状況について議論対立はあるが⁶²⁾、取引が公正に実施されている旨の主張は「損害」の否認として、利益相反取引をした取締役Aにも許されよう。前提事実が存しないことの立証と推定事実の不存在の立証とに同一性が生じているからである。逆に、損害の否認と無関係に、Aは、任務懈怠がなかったという主張はできないとも考える。

以上の検討をまとめ、Ⅲ.2.冒頭のモデル事例につき要件事実を示せば次のようになろう（図5）。

図5 取締役会承認のある利益相反取引が履行済みである場合の会社法423条責任の追及

原告（会社・株主）	被告（取締役側）
① 被告A、B及びCが取締役であること。 ② 本件土地取引が、356条1項2号の取引に該当すること。 ③ 本件土地取引が取締役会決議により承認されていること。 ④ 取締役A、B及びCが適正に任務が尽くされたのであれば、算定されたであろう売却希望価格と現実の売却価格に差額があり、本件取引によって会社に損害が発	←損害発生に関する否認として、本件取引が公正妥当に実行されており、取締役A、B又はCが適正に任務が尽くされたのであれば、

61) 笠原武朗・前掲注50) 3頁。

なお、会社が売主であれば、利益相反取引の価格が公正に算出された売却希望価格を下回ることが「損害」となるため、取締役B、Cの任務懈怠を立証し、任務を尽くした仮定との差から損害を発見できる。その損害を示せば、取締役Aについては、会社法423条3項を利用して、任務懈怠が推定される。福岡高判・前掲注46) 掲載判例は、Aの具体的な任務懈怠を認定しないまま、責任を肯定するが、このような認定がなされているのであろう。

62) 例えば、得津晶「利益相反取引の条文の読み方・教え方」東北ローレビュー6号（2019年）1頁、同「利益相反取引における推定を覆す本証と帰責事由不存在の抗弁——利益相反取引の条文の読み方・教え方・補論」（東北大学）法学86巻4号（2023年）102頁を参照。同補論は、債権法改正後の民法の議論との整合性から結論として両者を峻別できないとしている。

<p>生していること。</p> <p>※ 損害を示す間接事実として、独立当事者間取引のデータを示すか、実質的に任務懈怠の立証に必要な活動（B、Cが任務を尽くしたという仮定と現状との経済状態の差を示すなど）が求められる。</p> <p>⑤ 取締役Aが356条1項1号の取締役であり、会社法423条3項1号により任務懈怠が推定されること。</p> <p>※ B、Cの任務懈怠を基礎に④の損害を立証した場合には援用する意義がある。損害につき独立当事者間取引のデータを示して立証する場合も同様。</p> <p>⑥ 取締役Bが取引の実施を会社として決定した取締役であり、会社法423条3項2号により任務懈怠が推定されること。</p> <p>⑦ 取締役Bが代表取締役・取締役会議長として取締役会に本件土地取引の承認議案を上程する際に任務懈怠があること。</p> <p>⑧ 取締役B、Cが取締役会において本件土地取引の承認議案につき賛成をした取締役であり、会社法423条3項3号により任務懈怠が推定されること。</p> <p>※ ④の損害につき独立当事者間取引のデータを示して立証する場合には⑥⑧を援用する。</p> <p>⑨ A、B及びCは同一損害につき任務懈怠責任を負うといえ、会社法430条に基づき連帯債務者となること。</p>	<p>算定されたであろう売却希望価格と現実の売却価格に乖離がないことの主張は可能。</p> <p>←会社法428条1項により、取締役Aは、帰責性がないことの主張をできない。</p> <p>←取締役B、Cは、利益相反取引に関する職務の執行にあって、任務懈怠がなかった、あるいは帰責性がないことの主張が可能。</p>
--	--

おわりに

本稿での検討からは次の点を指摘できる。第一に、利益相反取引をして

はならないという不作為義務が解除されていない、取締役会の承認を得ていない場合には、会社法423条3項を利用する必要性は少ない。第二に、取締役会の承認を得ているが、利益相反取引に関する債務につき取締役が未履行である場合には、未履行の事実が損害事実となり、利益相反取引で会社の相手方となる取締役以外の関与取締役につき会社法423条3項の利用が効果を有する。第三に、取締役会の承認を得た利益相反取引に関する債務が履行済みである場合、利益相反取引による損害は、任務を尽くし、公正に利益相反取引が実施されたという仮定と現状との差額となるため、会社法423条3項が機能を有するのは、利益相反取引の対象物が、広く市場で流通し、独立当事者取引に関するデータ・サンプルが入手可能な状況に限られ、それ以外は、立証負担の軽減の効果は乏しい。

そもそも、会社法423条1項は、債務不履行に基づく損害賠償責任の特則であり⁶³⁾、423条1項の損害は、任務懈怠がある現実の状態と任務懈怠がなかったという仮定の状態とを比較した違い・差異を指す⁶⁴⁾。このため、会社法423条3項における前提事実たる損害の概念には、任務懈怠（債務不履行事実）と損害との間の因果関係が組み込まれ⁶⁵⁾、規範的評価を入れた事実状態の比較となり、「任務懈怠」の要件事実から独立した外形的事実とはなり得ない。会社法423条3項による立証負担の軽減の効果が乏しいという本稿の検討はこの点を確認するものといえよう。

63) 岩原紳作編・前掲注12) 223頁〔森本滋〕。

64) 潮見佳男・前掲注59) 106-108頁参照。

65) 潮見佳男・前掲注59) 109頁参照。