

取締役の第三者責任に関する 会社の補償の余地¹⁾

——委任契約における受任者の加害行為による
第三者損害の処理を参考に——

山 田 泰 弘*

目 次

はじめに

I 提案される「会社の補償」

II 立法は必要か：受任者の不法行為責任、委任者の第三者に対する
損害賠償責任と受任者＝委任者間の関係

むすびにかえて

はじめに

アベノミクスの経済政策3本の矢の三本目の「民間投資を喚起する成長戦略」の最重要課題として「コーポレートガバナンス改革」が位置づけられている²⁾。そこでは、日本企業の「稼ぐ力」の向上すなわち中長期的な収益性・生産性を向上させるためには、「経営者のマインドを変革し、グローバル水準のROEの達成等を一つの目安に、グローバル競争に打ち勝

* やまだ・よしひろ 立命館大学法学部教授

1) 本稿の一部は山田泰弘「企業統治と損害賠償」法律時報88巻10号（2016年9月）4頁に依拠している。本稿は、同論文提示後の動きを踏まえ、同論文で行った問題提起のうち、解釈論としての「会社の補償」の許容性について検討している。

2) 閣議決定「日本再興戦略2016」（2016年6月2日）〈http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/2016_hombun1.pdf〉第一部総論19頁。

つ攻めの経営判断を後押しする仕組みを強化していくことが重要である³⁾と認識されている。「スチュワードシップ・コード」⁴⁾と「コーポレートガバナンス・コード」⁵⁾とを両輪として、株主と経営陣の対話を促進するとともに⁶⁾、「攻めのコーポレートガバナンス」として企業価値向上に向けた取締役会によるリスク管理やモニタリングの在り方として業務執行から独立した監督機関の設置を促進し、株主利益に経営者の行動を一致させるような施策（業績連動型報酬のさらなる拡充）、および、投資家保護の観点から、多数株主と少数株主の対立を想定して、多数株主の行動に牽制をかけることができる社外取締役（独立社外取締役⁷⁾）の導入の促進が提案されている⁸⁾。平成26年会社法改正により、有価証券報告書提出会社であ

3) 閣議決定「『日本再興戦略』改訂2014」（2014年6月24日）〈<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/honbun2JP.pdf>〉4頁。

4) 金融庁日本版スチュワードシップ・コードに関する有識者検討会「『責任ある機関投資家』の諸原則《日本版スチュワードシップ・コード》」〈<http://www.fsa.go.jp/news/25/singi/20140227-2/04.pdf>〉。このコードは、機関投資家が、投資先企業やその事業環境等に関する深い理解に基づく建設的な「目的を持った対話」などを通じて、当該企業の企業価値の向上や持続的成長を促すことにより、「顧客・受益者」の中長期的な投資リターンの拡大を図るための行為原則を定め、2016年7月8日現在で、210の機関投資家等がこのコードの受け入れを表明している（金融庁「『責任ある機関投資家』の諸原則《日本版スチュワードシップ・コード》～投資と対話を通じて企業の持続的成長を促すために～の受け入れを表明した機関投資家のリストの公表について」）。

5) 金融庁・東京証券取引所が主体となり、実効的なコーポレートガバナンスの実現に資する主要な原則を取りまとめたものであり（<http://www.jpx.co.jp/equities/listing/cg/tvdivq00008jdy-att/code.pdf>）、東京証券取引所所有価証券上場規程436条の3は、そこに示された各原則を実施するか、実施しない場合にはその理由を開示することを上場会社に求めている。

6) 経済産業省経済産業政策局産業再生課「日本の『稼ぐ力』創出研究会とりまとめ」（2015年6月18日）10～11頁〈http://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/sansei/kaseguchikara/pdf/report01_01_00.pdf〉。

7) 東京証券取引所所有価証券上場規程436条の2、同施行規則211条4項6号は、上場会社に1名以上の「独立役員」を確保することを求めている。独立役員とは、会社法上の社外取締役または社外監査役に該当し、かつ一般株主と利益相反が生じるおそれのない者をいう。平成26年改正を受けて、独立役員としての「社外取締役」を1名以上確保することが上場会社の努力義務とされる（東京証券取引所所有価証券上場規程445条の4）。

8) 経済産業省経済産業政策局産業再生課・前掲注6）8～9頁。

り、公開大会社である監査役会設置会社において、社外取締役を設置しない場合に「社外取締役を置くことが相当でない理由」を定時総会で説明しなければならないとすること(会社法327条の2)とされ、監査役会設置会社に社外取締役の設置が事実上強制されてもいる⁹⁾。

スチュワードシップ・コードとコーポレートガバナンス・コードを両輪とするコーポレートガバナンス改革の目的は日本の上場企業の経営システムの再構築である。バブル経済期前の高度成長期は、株式の相互保有により株主から高度に自立した経営機構を経営者が確立し、メインバンクシステムに基づき銀行による企業経営の管理・監督がなされるというモデルが日本企業の経営システムの特徴と考えられていた。しかし、バブル期の過剰なエクイティ・ファイナンスの増加は、企業と銀行との力関係を変化させ、不良債権問題は銀行の体力を奪い、時価会計の導入は株式の相互保有の解消の動きを強めた。代わって、市場に放出された株式を取得したのは、機関投資家・外国人投資家であり、彼らの行動は、短期的な売買による利得を志向する者から長期的に保有し企業経営に対して発言する者まで様々であり、経営者は、機関投資家・外国人投資家を意識した経営をせざるを得なくなり、ROEの向上や機関投資家との対話を重視した企業運営をしなければならなくなった¹⁰⁾。これに加え、本格的なグローバル競争時代の中であって、これまで以上の産業構造の大きな転換・非連続なイノベーションが求められることを考慮すれば、単に当該企業特有の比較優位

9) 田中亘「取締役会の監督機能の強化」商事法務2062号(2015年)7~11頁は、事実上の設置義務づけとなるような解釈に対して、各社独自のガバナンスの在り方に関する創意工夫を阻害するとして、疑問を呈する。

なお、監査役(会)設置会社の取締役会が業務執行に関する意思決定機関とされることから、取締役の員数に占める社外取締役の割合が増加することは、かえって不都合を生じさせる可能性があり、そもそも監査役設置会社における社外取締役の役割が不明確ではある(前田雅弘「コーポレート・ガバナンスと社外取締役の位置づけ」ジュリスト1495号(2016年)25~26頁)。

10) 中東正文=松井秀征編著『会社法の選択』(商事法務)378~391, 435~441, 469~479頁【松井秀征執筆部分】を参照。

な技術を磨けば利益が出るわけではなく、ビジネスモデルや事業の垣根を越えた技術革新が求められる。これらの変化により、企業の経営者の自立性（経営陣の自主性）を確保すれば「稼ぐ力」が向上するわけではなく、多様な人材を取締役に迎え、監督や事業戦略の判断を行わせることが必要であり、社外取締役の導入を促進することが重要であるとされた¹¹⁾。

以上の観点からは、取締役は、従業員集団としての企業組織の「上がりポスト」としてではなく、優秀な人材を広くリクルートしなければならない役職ととらえられ、役員就任条件を整備する必要があると主張される。そこでは、役員報酬の在り方を業績連動型報酬とし、経営者市場で魅力のある条件提示とされなければならないとされるとともに、会社の補償（役員が損害賠償責任を追及された場合に、会社が当該損害賠償責任額や争訟費用を補償すること）や D&O 保険（会社役員損害賠償責任保険）の保険料の負担方法について見直しをすることが提案されている¹²⁾。D&O 保険に加入することにより会社の損害補填の可能性が増加し、悪質な行為を免責とするため損害賠償の抑止力が低下しない設計となることを前提として、その加入が取締役就任の条件であり、保険料の負担は取締役の報酬ではなく職務執行の環境を整備するために支出する費用であり本来会社が負担すべきものであると認識し、D&O 保険料の全額を会社負担とすることが提案され¹³⁾、

11) 経済産業省経済産業政策局コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会「コーポレート・ガバナンスの実践～企業価値向上に向けたインセンティブと改革～」(2015年7月24日)〈http://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/sansei/corporate_gov_sys/pdf/report01_01_00.pdf〉1頁。

12) 経済産業省経済産業政策局コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会・前掲注1) 6～7頁。今までは、D&O 保険の保険料負担については、取締役の第三者に対する損害賠償責任を付保範囲とする部分は会社が保険料を負担し、会社に対する責任については、会社が追及する場合は免責とされ、株主代表訴訟が提起される場合に限り付保するのは株主代表訴訟特約とされ、取締役の個人負担とするとされていた。

13) 経済産業省経済産業政策局コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会「法的論点における解釈指針」(2015年7月24日 [2016年3月18日差替え])〈http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/r160318_150724_corp_gov_sys_4.pdf〉11頁。

これにより支払限度額の引き上げ等を行い、日本の上場企業集団の役員のプロテクションを高めることが期待されている¹⁴⁾。

本稿では、これらの就任条件の整備のうち、会社の補償について取り上げる。まず、提案される会社の補償の内容を確認し(I)、委任関係における受任者の加害行為による第三者損害の処理について概観し(II-1)、会社と取締役との委任関係上の特殊性を考慮して、現行会社法の下で「会社の補償」を解釈論として導入できるか考察する(II-2)。

I 提案される「会社の補償」

1. 責任限定契約の限界とコーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会が提案する「会社の補償」

そもそも、役員就任条件として、その者が被る訴訟リスクを一定限度に抑え、負担する訴訟リスクの量につき就任候補者に予見可能性を与える手法として、取締役の会社に対する責任につき、責任限定契約を会社と取締役とが締結することが会社法上認められている¹⁵⁾。平成13年12月商法改正で導入されて以来、リクルートにおいて人材確保の困難性が存在する社外取締役・社外監査役についてのみ、責任限定契約の締結が可能であった。しかし、平成26年改正により社外取締役の要件が厳格化されたため(会社法2条15号)、それまで社外取締役に該当していた者も責任限定契約を締結しうる主体に該当しなくなり、責任限定契約も将来に向かって無効(会社法427条2項)とされかねなくなった。過渡期においてはこの点が不合理であり、業務執行取締役等(会社法2条15号イ)に該当しない取締役であれば、自らは、業務執行を行わず、もっぱら経営に対する監督・監査を行うこと

14) 武井一浩「会社補償及びD&O保険の最新動向と課題」ジュリスト1495号(2016年)42頁。

15) 太田誠一ほか『コーポレート・ガバナンスの商法改正』(商事法務, 2002)114頁[鳥飼重和執筆部分]。

が期待されており、その責任が発生するリスクを自ら十分にコントロールすることができない点で、社外監査役・社外取締役と異ならないことを考慮して、社外監査役でない監査役や業務執行取締役等でない取締役も責任限定契約が締結できるとされた¹⁶⁾。

責任限定契約にあっては、業務執行取締役等に該当しない取締役が善意重過失で任務懈怠責任を負担する場合に、報酬の2年分に相当する金額（最低限度額）か定款で定めた額の範囲内で会社があらかじめ定めた額とのいずれか高い額に賠償額を限定できる（会社法427条1項）。この場合の重過失の意義を巡っては、当初見解が分かれていたが¹⁷⁾、下級審判例では、役員としての任務懈怠に当たることを知るべきであるのに、著しく注意を欠いたためにそれを知らなかったこと、すなわち、故意に準じる過失状態であると解されている¹⁸⁾。これにより、日本版経営判断原則¹⁹⁾が適用される業務執行上の意思決定に関する任務懈怠責任についても、悪意または悪意に準じる過失状態が存在しない限り、責任限定契約の効果に基づく責任限定がなされることになる。

「攻めのコーポレートガバナンス」で整備すべきとしている「会社の補償」は、第三者に対する損害賠償金であり（会社に対する損害賠償金は、会社法上の責任減免規定で対応することから対象としない²⁰⁾）、争訟費用（民事上、行政上または刑事上の手続において当事者等となったことによって負担する費用で、会社に対する責任が追及される場合も含んでいる）を対象とするものであ

16) 坂本三郎編著「一問一答平成26年改正会社法〔第2版〕」（商事法務、2015年）129～131頁。

17) 太田誠一ほか・前掲注15) 89頁〔鳥飼重和執筆部分〕は、重過失を「悪意に準じる重過失の場合とする」と説明するが、江頭憲治郎ほか『改正会社法セミナー 企業統治編』（有斐閣、2006）41頁〔森本滋発言〕は、平成13年12月改正時商法266条ノ3〔現行会社法429条〕の「重過失」概念との整合性から、故意が証明困難というよりは強い非難可能性がある場合のように広がりを持つことになるとも指摘していた。

18) 大阪高判平成27年5月21日判例時報2279号96頁。

19) 最判平成22年7月15日判時2091号90頁。

20) コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会・前掲注13) 10頁注23。

り²¹⁾、現行法の解釈でも実施が可能であることを前提にして、経済産業省経済産業政策局長の諮問を受けた研究会であるコーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会が、手続や合法的に実施するための条件を提示している²²⁾。補償の要件として、職務を行うについて悪意または重大な過失がないことが挙げられ²³⁾、前述の責任限定契約における解釈を考慮すれば、重大な過失は故意に準じる過失状態を指し、会社法429条にいう重過失概念よりも狭く設定されているのであろう。会社の補償は、事前に取締役と会社との間で締結された補償契約に基づき実行するとされ、補償契約の締結は、単なる会社の費用負担として理解され、報酬規制がないことを前提に、利益相反性を除去する観点から取締役会決議・社外取締役の同意を必要とする²⁴⁾。会社の補償は、契約の効果として取締役が第三者に対する損害賠償金の支払い義務や争訟費用を善意・無重過失で負担することになれば補償が行われる義務的補償と、別途補償の都度、会社(取締役会)がその実施を判断する任意的補償という方法が提案される²⁵⁾。

そもそも、責任限定契約による責任限定の効果は第三者に対しても主張できるかには争いがあり²⁶⁾、提案される「会社の補償」は、責任限定契約での対応ができない第三者責任を対象とする点、非業務執行取締役等以外の者すなわち業務執行取締役をも対象とする点に特色があるといえよう。

21) コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会・前掲注13) 10頁。

22) コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会・前掲注13) 8頁。

23) コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会・前掲注13) 10頁。

24) コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会・前掲注13) 10頁。取締役就任条件の整備としての費用負担であると認識することで、利益相反取引規制の対象とせず、取締役会決議の承認に関与した取締役につき損害賠償責任は、会社法423条3項の推定規定の対象としないと考えているようである(この点につき、落合誠一編『会社法コンメンタール8』(商事法務、2009年)153~154頁[田中亘執筆部分]参照)。

25) コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会・前掲注13) 10~11頁。

26) 会社と取締役との間の責任減免の決定が、取締役の第三者責任に影響を与えうるかは一義的な理解がなされていない(山田泰弘「取締役の責任の一部免除と和解」浜田道代=岩原紳作編『会社法の争点』(有斐閣、2009年)165頁)。

2. コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会の提案 以降の動向

コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会「法的論点に関する解釈指針」は、上記の「会社の補償」契約や契約締結手続を、あくまで適法に行うことができる一例として概略的に紹介するに留まるため²⁷⁾、実務にあっては、具体的にどのような補償契約を締結すれば良いか明らかでなく、各企業は何をどう検討するべきかもわからない状況にあると報道される²⁸⁾。

このような状況を受ける形で、公益社団法人商事法務研究会に設置された会社法研究会（座長神田秀樹学習院大学教授・座長代理神作裕之東京大学教授）は、来たるべき改正項目を検討するが、「会社の補償」を審議の対象とし²⁹⁾、立法の要否・立法する場合の成文案を議論している³⁰⁾。会社法研究会が審議の対象として検討する成文案案としての「会社の補償」は、コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会と比較すれば、次の点に違いがある。

補償契約に基づく補償の範囲につき、悪意・重過失の対象が「任務懈怠」であると明示された。重過失概念については、予想とは逆に、会社法429条1項との同一性を示唆する³¹⁾。このため、会社法429条1項は「会社の補償」の対象とされず³²⁾、「会社の補償」のメインターゲットは、会社

27) コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会・前掲注13) 9頁注19。

28) 「スクランブル コーポレート・ガバナンスと会社補償」商事法務2113号（2016年）90頁。

29) 会社法研究会資料1「主な検討事項案」第5役員責任1会社補償（2016年1月13日）
《<https://www.shojihomu.or.jp/documents/10448/1248695/20160113-1.pdf>》97258bfa-5d7d-494b-a059-7e5e351d4527)。

30) 会社法研究会資料15「役員責任に関する検討」第1会社補償（2016年11月30日）
《<https://www.shojihomu.or.jp/documents/10448/2537718/20161130-15.pdf>》c7d87fe9-8262-4546-ab54-51975cf3e746)。

31) 会社法研究会資料・前掲注30) 4頁。

32) なお、会社法研究会第2回会合議事要旨《<https://www.shojihomu.or.jp/documents/10448/1248695/20160209gijiyoshi.pdf>》9d2a3f3a-66e3-4948-b8ea-69bc8485846a) 6頁では、第三者が取締役に責任追及する場合、会社法429条と民法709条が法条競合の関係にある

法429条2項、民法709条、金商法21条とされる。

補償を実施する場合の手続については、解釈指針の提案と異なり、「社外取締役が構成員の過半数を占めている任意の委員会の同意又は社外取締役全員の同意」は、補償契約の締結及び補償契約に基づく補償に当たり、必ずしも取得する必要はないこととする。もっとも、「社外取締役には、経営全般の評価に基づき経営者を監督する機能や、株式会社と業務執行者との間の利益相反を監督する機能などが期待されていることからすれば、社外取締役から同意を取得することが望ましい」と指摘する³³⁾。

補償の対象についても、解釈指針と異なり、刑事上の罰金や行政上の課徴金・過料は、役員に対して罰金を科し又は課徴金等を課している各規定の趣旨を損なう可能性があることから、補償を認めないとする³⁴⁾。

このほか、解釈指針では明示的に意識されていなかったが、取締役が第三者の損害を賠償すべき場合に、同時に当該第三者に会社が損害賠償責任を負担するときがあることを想定し、求償できる事例を限定するかが議論の対象となり、たたき台として3案が示された。(A) 責任免除規定と平仄を合わせるか(会社法423条責任の一部免除が可能な範囲、すなわち、会社に対する責任につき責任限定契約が締結されている場合を想定して補償を行う)、(B) 会社法423条責任の一部免除規定と平仄を合わせず、定款の定めにより、会社の補償を可能とする(定款の定めを設けることで、責任免除規定と抵触しないという理解を前提とする)、(C) 一律損害賠償責任について補償の対象から外し、会社の補償を争訟費用の求償制度に純化するという3案が提案されている。

取締役が第三者の損害を賠償すべき場合に、同時に当該第三者に会社が損害賠償責任を負担するときに、両者の関係は不真正連帯債務となるはずであり、会社・取締役との間での求償関係がどうなるかは即座に判別でき

↘ことから、会社法429条と民法709条で、会社の補償の有無に差が生じれば、その選択に影響を与えることが懸念されている。

33) 会社法研究会資料・前掲注30) 4～5頁。

34) 会社法研究会資料・前掲注30) 4頁。

ない。しかし、取締役の業務執行上の行為により第三者に損害を与えた場合に、会社が当該第三者に損害を賠償すれば、当該損害賠償による会社の金銭の出捐は、取締役の任務懈怠行為により会社が被った損害とも評価できる。このため、第三者が会社に損害賠償を求めた場合には取締役は会社より会社法423条責任が追及され、第三者が取締役に損害賠償を求めた場合には取締役は会社に補償を認めるという状態はアンバランスとなる³⁵⁾。この状況を踏まえれば、取締役が第三者の損害を賠償すべき場合に、同時に当該第三者に会社が損害賠償責任を負担するときには、会社から取締役にも求償権が認められ、その性質が会社423条に基づく損害賠償請求権となる。このため、会社法423条責任の免除／一部減免制度との調整が必要と認識されたのであろう。

II 立法は必要か：受任者の不法行為責任、委任者の第三者に対する損害賠償責任と受任者＝委任者間の関係

コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会の示す解釈指針において「会社の補償」制度が提案されるように、取締役の第三者責任であれば、取締役が当該第三者責任を弁済した後会社が取締役に補償をなしても、会社法に抵触しない、という理解が示されている。これは、民法650条3項が任意規定であるから、故意でなく過失により受任者（取締役）が損害を被る場合の補償についても有効に会社と取締役との間で補償契約を締結可能であることを前提とする³⁶⁾。

たしかに、会社法330条は、「委任に関する規定に従う」とするため（準用ではない）、民法上、委任契約当事者間で受任者が委任事務の処理に

35) 神田秀樹ほか「『コーポレート・ガバナンスに関する実践』会社法の解釈指針について」商事法務2079号（2015年）17頁〔神田秀樹発言〕。

36) 武井一浩・前掲注14)40頁、神田秀樹ほか・前掲注35)8頁〔中原裕彦発言〕。

あって負うことになった第三者に対する責任に関して委任者(本人)が補償しうるといふ約定をすることが可能であれば、「会社の補償」を認めうる可能性はある。しかし、会社法研究会で、立法を意識した成文法案が示され、会社法423条責任の一部免除との平仄合わせが意識されるように、取締役と会社との間でフリーハンドにより「会社の補償」に関する契約が締結できるかには疑義がある。そもそも、会社と取締役との関係は民法上想定される委任と異なり、取締役(受任者)の行う委任事務(取締役の職務)には、会社(委任者)の機関としての行為(業務執行行為)の実施が含まれる。この特殊性を考慮すればこそ、委任関係における規範を会社法秩序の中で変容することも必要となる³⁷⁾。

ここでは、まず、民法上の委任契約において、受任者が第三者に損害を与えた場合にどのような処理がなされるかを確認し、受任者が第三者に損害を与え、当該第三者にその賠償をした場合において、委任者が受任者に補償を行うことの意義を分析しよう。次に、会社法上いかなる特殊性があるかを検討し、「会社の補償」が解釈論で可能か考えよう。なお、以下の考察においては、取締役会設置会社(指名委員会等設置会社を除く)を想定して議論する。

1. 受任者の不法行為により第三者に損害が発生する場合における民法上の対応

(1) 民法650条3項の処理(受任者から委任者への補償請求)

民法650条3項が想定するのは、次のような事例である。例えば、土地

37) 例えば、民法644条の善管注意義務と同様の内容の義務を会社法355条(平成17年改正前商法254条ノ3)が規定する(と理解される[最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁])。これは、会社が抽象的な人格であるため、その行為は取締役の行為に依拠せざるを得ないこと、会社法429条の責任の根拠として任務懈怠があること(最大判昭和44年11月25日民集23巻11号2150頁)を考慮して、委任関係の当事者である会社と取締役との間の特約で(または定款で)、取締役の職務遂行に当たって善管注意義務を負うことを排除することを認められないとして、会社法355条が民法644条の善管注意義務を強行法規化するよう変容している(森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌81巻4号455頁、同『会社法』(第2版、有信堂、1996年)238頁を参照)。

購入契約の締結を委任事務とする場合に、購入予定地を検分するため旅行した場合に現地の土砂崩れに巻き込まれ負傷したときとか、検分旅行の疲労により病気となったときとされる。「委任事務を処理するため」の解釈論として、委任事務処理と直接の関係において生じた損害に限るとの見解が一般的であるからである。「処理に際して」と解する立場もあるが、それでは、前述の事例に即していえば、例えば旅行中の盗難による損害を賠償させることになり、不相当であると指摘される³⁸⁾。受任者の主観的事由としては、損害発生事態につき無過失であるとともに、損害発生の機会を作った事務処理方法の選択についても無過失であることを要求する。他方、この民法650条3項に関する委任者の責任は主観的事由を問わない無過失責任であるとされる³⁹⁾。

民法650条3項を巡っては、受任者が損害を被ったことにつき受任者に過失がある場合は、受任者単独で損害を甘受すべきであるとされ⁴⁰⁾、受任者が委任事務の遂行に際して第三者に損害を負わせ、第三者より損害賠償の追及を受けた場合に、民法650条3項が問題となることはない。受任者が第三者に不法行為責任を負う場合は、受任者は有過失であるからである。

38) 幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（有斐閣、1989年）277頁〔明石三郎執筆部分〕。たとえば、台風接近時に梁の撤去の依頼を受けた者が水死した事例で、依頼者との間で委任関係を肯定し、民法650条3項に基づく損害賠償を肯定するもの（盛岡地裁昭和52年10月17日下級裁判所民事裁判例集31巻1～4号154頁、判例時報884号98頁）や、顧客の委託を受けて売り渡した株券が盗難届の出されている盗難株券であった場合において、証券取引所の会員である証券会社が、会員間の申合せにより当該事故株を買い戻したときに、証券会社は顧客に対して買戻代金相当額の損害賠償請求（650条3項）をすることを認めたものがある（大阪高判平成12年7月31日判時1746号94頁）。

39) 民法（債権関係）の改正作業にあつては、法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（平成25年4月8日補訂）70頁で、受任者が無過失でも、委任事務に要求される専門的知識や機能から見て損害が生じるおそれがあることを知りえた場合は求償権を認めないとしていた。第189回国会に提出された法案では、現行民法650条3項を修正する提案はなされていない。

40) 幾代通＝広中俊雄編・前掲注38) 276頁〔明石三郎執筆部分〕。

(2) 委任者は受任者の不法行為の被害者に損害賠償責任を負うか

委任契約において、受任者が委任事務の遂行に際して第三者に損害を負わせる場合に、委任者は当該第三者の被った損害に対し何らかの責任を負うのであろうか。

委任事務そのもの、または、委任事務の処理のために実行する行為により第三者が損害を被る場合⁴¹⁾、当該不法行為は受任者の行為であって、委任者の行為ではない。受任者は民法709条の不法行為責任を負担しても、委任者が受任者の不法行為に基づく損害に関して直接民法709条に基づく賠償責任を負担することはない。

もっとも、委任契約でも民法715条の適用を肯定し、委任者に損害賠償責任を認める可能性がないではない。民法715条における「被用者概念」は、広く使用者の指揮・監督の下に使用者の経営する事業に従事する者であり⁴²⁾、その監督は、実質的な指揮監督関係があることを前提とするが、多少の程度において使用者の意思に服すべき場合があれば足りるとされるからである⁴³⁾。この点、法的事件の解決を依頼された弁護士的行為が不法行為を形成する場合に依頼者である委任者がその不法行為の被害者に民法715条責任を負うかという問題に一定の裁判例が集積していることを発見できた。

(ア) 民法715条の成立を認める裁判例

民法715条責任が成立すると判示した裁判例として、次の①～⑥がある。

41) 委任事務が代理行為(委任者のための法律行為の実施)である場合も、代理は、代理人がなした本人のための意思表示の効果を本人に帰属させる法制度であり、代理人がなした不法行為(契約の締結の過程においてなした不法行為(いわゆる取引的不法行為))であっても、本人(委任者)の不法行為とは原則として評価できない。代理人による不法行為の被害者に対して本人が損害賠償責任を負うことを肯定することを代理法事自体はできないことを前提に、本人と代理人の間に使用者・被用者の関係があれば、民法715条により処理がされ、法定代理人が本人の財産管理に際し第三者に不法行為を行った場合には、一般法人法78条の類推適用により本人の不法行為を認めるべきとされる(例えば、四宮和夫=能見善久『民法総則』(第8版、弘文堂、2013年)317頁参照)。このため、委任事務が代理行為か事実行為かという違いは、本文の記述に影響を与えないと考える。

42) 大判大正6年2月22日民録23輯212頁。

43) 大判昭和2年6月15日民集6巻403頁。

① 大判大正12年6月7日大審院民事判例集2巻386頁は、債権者が債務者の工場内に保管される樺材に対する債権執行のために差押競売に関する一切の行為の実施を弁護士に依頼し、その弁護士が他の弁護士に同事項を複委任したところ、当該樺材は第三者に売買により所有権が移転しており、当該第三者が競売前に公正証書をもって買受けの事実を示したにもかかわらず、競売が実行された事案において、「訴訟行為ノ代理人ハ常ニ本人ノ指揮監督ノ下ニ在ル」として、競売等の実施を依頼した債権者が受任者（複受任者）である弁護士の競売に関して民法715条の責任を負うとした。② 大判昭和7年11月22日法律新聞3497号9頁、③ 大判昭和10年3月15日法律新聞3822号15頁も、債権者から債権執行のため債務者が保管する動産につき差押えや競売などの行為を委任された弁護士が、競売をした事案にあって、競売前に当該動産が債務者以外の第三者の所有物であることを第三者が示したにもかかわらず競売した場合に、債権者は受任者である弁護士の競売等の行為につき使用者責任を負担するとする。①②③の事案は、いずれも債務者が多数の債務を抱え、財務状況が悪化した中で、債権者による債権回収活動が複数見られている。

④ 新潟地判昭和40年9月8日訟務月報11巻11号1573頁の事案は次の通りである。Yは「水銀系殺菌剤を混溶した溶融パラフィンを浸透させた特殊パラフィン紙」を外袋とする梨類の防疫二重袋につき実用新案権を有している。Yは廉価な防疫二重袋が青森の事業者であるXにより製造販売されていると聞き、Xに対するその実用新案権侵害行為禁止の仮処分を長野地裁飯田支部に申請し、それを認める仮処分決定がなされた。仮処分決定は、実用新案権を侵害する防疫二重袋の既製品、半製品および用紙の占有を解き、Yの委任した青森地方裁判所執行吏にその保管を命じるものであった。Yの代理人、復代理人である弁護士ABが立ち会い、執行吏は、Xが保有する防疫二重袋等に封印を施し、倉庫に保管したが、倉庫の火災により仮処分の対象たる防疫二重袋等が焼失した。しかし、仮処分を執行した果実二重袋には水銀系防菌剤が使用されていないことが認められ、こ

の執行は右仮処分命令に定められた執行の対象外の物件に占有解除、執行吏保管その他の執行をしたものであり、執行自体違法なものであった。そこで、これらの執行行為が不法行為に該当し、XはYの使用者責任を負うとして争った。新潟地方裁判所は、仮処分執行の委任・復委任を受けた弁護士A Bは、仮処分執行に際し、智識経験者から防菌剤の有無を確認するなど周到な注意を払い、いやしくも仮処分の対象外の物件につき執行することなきよう万全の注意をなすべき義務があるのに、これを怠り、単に外観を観察しただけで軽卒にも本件二重袋が仮処分決定所定の物件である旨指示説明して前記執行をなさせた過失があったといわねばならないと認定し、A BらはYの本件執行の復代理人であって結局同人の指揮監督に服する関係にあつたものといわねばならないからYはその事業のため他人を使用していた者として、被用者が事業の執行につき第三者に加えた損害を賠償する責に任じなければならない、と判示した。

⑤ 大阪地判昭和41年11月29日判例タイムズ200号157頁の事案は次の通りである。昭和39年4月17日に原告Xが訴外A(主債務者)の被告Yに対する貸金債務につき連帯保証をする旨の調停が成立し、同日、X、A、YおよびYの代理人である弁護士Bとの間で送金方法を確認し、AがBの銀行口座に同年7月末日までに支払をなすことを決め、7月31日に送金をした。しかし、Bは、同年10月は右調停調書にもとづいて執行吏に強制執行を申請し、Xの動産を差し押さえた。大阪地方裁判所は、調停調書所定のYのXに対する実体上の請求権が消滅したにかかわらず、動産の差押をさせたのは明らかに不当であり、Bは銀行に問合わせることによりAの前記送金を容易に知り得たはずであるから、かかる措置をとることなくYの代理人として執行吏に強制執行を申請し、原告に対する差押をさせたBには過失があるものといわざるを得ないとし、訴訟行為の代理人は本人の指揮監督の下にあるとみるべきであるから、XはYに対し民法715条責任を負うとした。

⑥ 横浜地判昭和46年9月3日判例時報666号73頁の事案は次の通りであ

る。XはA所有の土地（本件土地）を賃貸借し、その賃借地上に建物（甲建物）を建築所有して、それに所有権保存登記をした。その後Aが死亡し、相続によりBが本件土地の所有権および賃貸人の地位を承継した。Bは本件土地を分筆し、甲建物が存在しない部分に関する土地は転々と譲渡され、Yが取得した。Xが建築した本件甲建物の所有権保存登記を経由することにより取得したXの賃借権の対抗力は、分筆後の土地についても及ぶものであり、Xは、Yに所有権が移転した土地に、建物（乙建物）を建築し、所有権保存登記をした。これに対してYは、弁護士Cを代理人として、Xに対しY所有土地上に急造した本件乙建物に対する債務者（X）等の占有を解き、債権者（Y）の委任する横浜地方裁判所執行官の保管に附す。」旨の仮処分決定を申請し、その旨の仮処分決定を得て、執行した。YおよびCはこの仮処分申請の際、本件乙建物が急造したもので未登記であると虚偽の事実を述べていた。Xは、仮処分異議を申立て、審理の結果、Yの仮処分申請を却下する旨の判決が言渡された。Xはこの後Yの代理人Cによる仮処分申請は違法であるとして、Yに対し損害賠償責任を求めた。横浜地方裁判所は、本件仮処分が被保全権利、必要性の双方もしくは必要性の要件を欠くものであるから、被告が本件仮処分を利用したことは違法とせざるをえないとし、「現実に本件仮処分を申請し、その執行を行ったのは被告の代理人Cであるが、YはCに本件仮処分の申請および執行を委任した者であり、該委任関係を介して同弁護士を指揮監督する立場にあると認めるべきであるから、同弁護士の過失に基づく加害につき民法第715条所定の損害賠償責任を」免れないと判示した。

(イ) 受任者である弁護士の不法行為責任の成立を肯定するが、委任者につき民法715条の成立を否定する裁判例

受任者である弁護士の不法行為責任の成立を肯定するが、委任者につき民法715条責任の成立を否定するものとして、次の裁判例がある⁴⁴⁾。

44) このほか、弁護士の訴訟活動自体が不法行為とならない場合において、東京地判昭和38年1月19日下級裁判所民事裁判例集14巻1号37頁は「弁護士のような専門的な職業に従

⑦ 東京地判昭和62年10月15日判タ658号149頁の事案は、次の通りである。Yらは、遺産相続により建物（本件建物）の持分三分の二および、その敷地所有権を有するが、これらの売却先を探し売買交渉をすること、建物の残りの持分を所有するXと交渉し、敷地建物を売却する際に建物を取り壊すことにつきXの了承を得ることを弁護士Aに委任した。しかし、Xは了承しなかった。Bは本件建物とその敷地所有権が売りに出ていることを知り、Aに確認をした際、Aは、「Yらが相続した土地に古い家があり、相続人の一人(X)がその建物につき自己の持分を三分の一とする相続登記をして権利を主張し、紛争が生じている。Yらは、高齢でもあり、兄弟間で争うのは好まないもので、紛争が生じているままの状態売却したい、紛争は買主が解決してもらいたいという意向である、その代り時価の二割引き位の価格で売却する」と説明した。Bは本件建物と敷地所有権を取得し、更地にしてCに転売することとした。AはYらからBへの本件建物の持分 $2/3$ とその敷地所有権の売買契約書、BからCへの同建物も後分および土地の売買契約書を作成した。この契約ではBが本件敷地所有権の引き渡しの際に更地とすることが義務づけられ、Yらより建物の持分権および敷地所有権の引渡を受けた後にBはXの持分部分の処分につきXと協議して処分し、将来XよりYらに対し異議請求のないようにするほか、Yらに対し何らの請求もしないものとする。YらがXから何らかの請求をされたときは、Bはその費用と責任において解決し、Yらに迷惑を及ぼさないものとする」との条項があった。しかし、BはXから承諾を得ることなく、30分ほどで本件建物を解体した。Xは、建物の解体はXの当該建物に関する持分所有権を侵害するものであるとして、B、A、Yらの不法行為責任を追及した。東京地方裁判所はAの不法行為責任の成立を肯定し、Aについては、B「が何らかの違法な手段、場合によってはXに全く無断

↘事する者は、依頼者の指揮監督に服するものではないと解するのが相当であるから」、依頼者を使用者とし、弁護士を被用者として、被用者の過失を理由として、依頼者に対し民法715条の責任を問うこともできないと判示する。

で本件建物を取壊すという方法でYら所有土地を更地にしてこれをCに転売する意図を有していることを察知しながら、これを黙認し、右土地及び本件建物の持分三分の二のBへの売却に關与したものと推認せざるをえず、「自己の受任した法律事務に關連して違法な行為が行われるおそれがあることを知った場合には、これを阻止するように最大限の努力を尽すべきものであり、これを黙過することは許されない」として不法行為責任を負うことを認めた。しかし、Yらについては、Xとの交渉を含めた本件建物の持分およびその敷地所有権の売買の一切をBに任せており、契約条項やXとの交渉が必要な分売買価格を減額しているため、「Xとの間の紛争は右契約条項のとおり買主であるBが適法に解決するものと信じていたとしても当然であると思われる」として、民法709条責任を負担しないとした。また、Aには「不法行為責任があるものと認められるが、弁護士は受任した法律事務について原則として委任者から直接の監督を受けず、独立してその事務を行うのであるから、依頼者は通常は使用者責任を負わないと解すべきであり、殊に本件においてYらは一切をBに任せて何ら指示をしていないのであるから、Yらは使用者責任も負わない」と判示した。

(3) 民法上の取扱いとは

以上、委任契約において受任者が委任事務の実施により第三者に不法行為責任を負う場合の民法650条3項の成否と委任者の責任の発生する事例について概観した。それでは、委任者と受任者と被害者との間の関係はどのように処理されているのか。

(ア) 委任者と被害者の関係

受任者の加害行為の被害者に対し委任者がいかなる責任を負うか、という点については、収集できた裁判例が法律事務・訴訟委任を受けた弁護士と依頼者とに関するものであるため、一定程度その特殊性があることを考慮する必要がある。

訴訟委任にあっては、依頼者は特定の事件（民訴法55条1項）について包

括的に訴訟追行をなす委任を弁護士(同法54条1項)と提携し、その弁護士に訴訟行為の代理権を付与する。訴訟代理人となる弁護士の代理権の範囲は、受任した事件において依頼者を勝訴せしめるための全ての訴訟行為を含み、また、その訴訟行為の前提となる実体法上の権利行使や強制執行および仮差押え・仮処分などの付随的訴訟行為や当該請求について裁判外の弁済を受領する事実行為が含まれる⁴⁵⁾。すなわち、請求に関して勝訴判決を得るための訴訟行為については包括的で全面的な委任を受けているが、別個の請求を定立したり、訴えの取下げ等によって訴訟法律関係自体を構築・処分したりすることについては、本人の意思によらせる必要がある⁴⁶⁾。もっとも、実務では委任状に不動文字をもって特別委任事項が印刷されているので、これらも訴訟代理権の範囲に含まれることになる⁴⁷⁾。もちろん、委任事項に関する情報は依頼者に存在し、訴訟活動の実施にあつては、依頼者(委任者)と受任者である弁護士との情報の共有が不可欠であり⁴⁸⁾、訴訟活動の方針については依頼者の承諾が要求されよう。このため、訴訟委任にあつては、委任者も委任事務の処理に関する情報を受任者と共有していることが想定できよう。

このような訴訟委任の特殊性を考慮して、①～⑦の裁判例群を見れば、裁判例が委任者につき民法715条責任の成立を肯定した根拠は、次の点に求められよう。

a) 委任事務の内容そのものが意図的な不法行為となりうるものである

45) 伊藤眞『民事訴訟法』(第5版、有斐閣、2016年)152頁。

46) 伊藤眞・前掲注45)153頁。

47) 伊藤眞・前掲注45)153頁注97。

48) 当然に民法645条の受任者の報告義務は訴訟委任にも適用される(大判昭和12年12月24日新聞4237号7頁)。また、日本弁護士会連合会会規「弁護士職務基本規程」(2004年11月10日採択、2005年4月1日施行)36条は、「弁護士は、必要に応じ、依頼者に対して、事件の経過及び事件の帰趨に影響を及ぼす事項を報告し、依頼者と協議しながら事件の処理を進めなければならない」と規定している。

こと（裁判例⑥）。

- b) 第三者を害する可能性が十分にあり注意が必要であると依頼者自身が認識しうるもの（裁判例①～③。債務者は複数の債務を有し、財務状況が悪化していることから、債務者が占有する動産が債務者に帰属しない可能性が高くこの点を委任者も認識していたと考えられる）または依頼者が情報を持ち、防止しうる状況があるものであること（裁判例④。実用新案の詳しい情報は委任者が有する）。
- c) 委任事務の遂行の過程において、依頼者自身も受任者の加害行為の防止しうる状況にあるものであること（裁判例⑤。調停の内容を理解し、7月末にAより弁護士の口座に入金される予定であることを委任者は知っている）。

これらのa～cの点は、結局は、委任者の側で損害発生に故意または過失が存在し、具体的に防止しうる余地が委任者にある場合といえる。他方、裁判例⑦は、これらの要素がなく、委任者の側に故意または過失があるとはいえない事例であったと評価できよう。

なお、収集した裁判例にあつては、むしろ民法715条の成立を否定する方が少数である。訴訟委任にあつては、依頼者と受任者との間で密接な関係の存在や委任事務の処理につき情報共有があると考えられ、委任事務の遂行が委任者から独立して委任者の判断のみにより実施されると考えにくい。このため、委任者に民法715条責任を肯定しうる事例の数が増えると考えられる。しかし、そもそも、委任契約にあつては、受任者は自己の裁量で事務を処理するという独立性を有し、委任契約自体は委任事務の実施による仕事の完成（成果）を目的としない⁴⁹⁾。このため、受任者の独立性が高い場合（裁量をもって受任者が独立して委任事務を遂行する場合）が原則であり、民法715条は原則として成立せず、a～cの事情を肯定できる場合には、防止しうる余地があることから実質的な監督の状況があり、被害

49) 内田貴『民法Ⅱ』（第3版、東京大学出版会、2011年）289頁。

者での損害発生につき故意または過失があると評価でき、民法715条の使用関係に該当するとして例外的に成立すると解するべきであろう⁵⁰⁾。

(イ) 委任者と受任者との関係

受任者が委任事務の処理にあつて不法行為が成立する場合には、受任者に過失があり、民法650条3項は成立しない。このような事例では、受任者から委任者への補償請求権はなく、受任者のみが加害行為に関する損害を賠償する責任を負い、上記のa～cの事情のいずれかがあれば、委任者も民法715条責任を負う。委任者が責任を負う場合には、民法715条3項の求償権が発生する。民法650条3項が受任者に過失がある場合を除くのは、双方向的な求償関係を構築させないという意義を有し、最終的な損害賠償の負担者が受任者であることを示すといえよう。

もっとも、民法715条3項は、委任者が使用者責任として賠償した損害の額の全てを被用者に求償することを認めるものではなく、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において認められるべきものである⁵¹⁾。委任者の民法715条責任を負担する場合にa、bまたはcの事情があることを考慮すれば、委任者が第三者に民法715条責任を負担する場合に、その負担を受任者に求償できると考えられない。受任者が損害発生を回避すべくどのような活動をすべきであったか、その活動を怠ったことに帰責性が肯定できるかという点を加味して判断すべきであろうし、求償額も委任者・受任者の行為の損害発生への帰寄度を考慮して判断されるべき性質があろう。

以上のような委任者と受任者との間の法的関係は不法行為法領域における処理である。これを委任契約の観点から評価すれば、委任者が民法715条により責任を負担する場合は、受任者の委任事務の処理により損害を被る事例となり、受任者が債務不履行に基づく損害賠償請求義務を負担する

50) 内田貴・前掲注49)485頁は、受任者の独立性が高い場合には、原則として、委任者と受任者とは使用関係にあるとは評価できず、民法715条責任は成立しないとする。

51) 最判昭和51年7月8日民集30巻7号689頁。

かを決定する場面の問題となる。このときには受任者に民法644条の善管注意義務違反の有無が問題となり、その額については、委任者の過失は受任者との間において過失相殺の対象として理解されるべきことになろう。民法715条3項に基づく求償権と同様の考慮がなされると考えられよう。

(ウ) 受任者が委任事務の処理において不法行為責任を負担する場合に委任者は補償をなし得るか

民法における取扱いをまとめれば、受任者が委任事務の処理において損害を被る場合は次のように処理される。(α) 受任者に帰責性がない場合には委任者の帰責性の有無にかかわらず、受任者は委任者に求償が認められる(民法650条3項)。(β) 受任者が第三者に不法行為責任を負担する場合、原則として、(β-1) 委任者は第三者に損害賠償義務を負わず、受任者のみが不法行為責任を負担し、受任者は委任者に補償を求め得ない。しかし、(β-2) 委任者が第三者の損害発生につき故意・過失があり、具体的にその発生を防止しうる場合には、委任者と受任者との関係は使用関係に該当するとして、委任者は民法715条責任を負担し、委任者は受任者に対し民法715条3項または債務不履行責任として一定範囲につき求償が可能となる。民法650条3項が(β)の場合に受任者に過失がある場合に受任者から委任者への求償を認めないのは、委任の事務処理が受任者の裁量に基づく行為として実施されることを考慮して、受任者が最終的に損害を負担すべきであるとの理解を前提に求償関係が複雑になることを防止する機能を有すると考えられる。

このような理解は、被害者救済の観点から一定の場合に委任者に報償責任を負担させるべきとの思想の現れである。

委任契約を規律する民法規定は任意法規であるから、当事者間の特約は委任契約上の取扱いについて変更することは可能である。委任者と受任者との間において不法行為法上の取扱いが問題とならない(α)の事案においては、例えば、有償委任においては、報酬額の算定に受任者が委任事務の処理において損害を被るかもしれないリスクが織り込まれているとして、

民法650条3項の求償権を認める必要がないと指摘されてもいる⁵²⁾。他方(β)の領域にあっては、契約による変更が不法行為法の取扱いに反映されるかは即座に判断できないが⁵³⁾、委任者と受任者との関係のみに影響がある変更であれば、委任契約で変更が可能かもしれない。

補償の実施をすることの意味は、(β-1)の類型を想定すれば、委任者は第三者の損害につき責任を負担することが想定されていないため、受任者への補償は贈与としての性質を帯びるだけである。このため、当事者で変更することが容易かもしれない。委任事務の処理と対価性があると判断すれば報酬との調整が必要となるが、委任契約の締結に当たり受任者候補者を確保することが難しく、締結環境を形成するために必要であるという判断により委任契約締結のための費用と認識することも不可能ではない。

他方、(β-2)の事例では、受任者による補償請求権とは逆向きの求償権として、受任者の債務不履行に基づく損害賠償請求権と民法715条3項の求償権が発生するために、これらの調整をした上でなければ、補償は完全にワークしない。委任者が受任者に補償することは、受任者が引き受けるべき損害の負担を肩代わりすることになる。結局は、第三者の損害の最終的な負担者を受任者から委任者に変更することを意味し、受任者の債務不履行責任の事前免除または民法715条3項の請求権を放棄することを意味することになる。

2. 会社と取締役の関係の特殊性

取締役が業務執行の過程で第三者に損害を与え、当該第三者に損害賠償

52) 幾代通=広中俊雄編・前掲注38)277頁[明石三郎執筆部分]。

53) 例えば、最判平成10年4月30日判時1646号162頁は、宅配便の運送会社に対する損害賠償請求権につき約款において損害賠償の限度額が定められる場合に、不法行為に基づく損害賠償請求権も信義則によりその限度額を超えて請求することが認められないとする。他方、場屋営業につき債務不履行責任につき商法595条は修正をしているが、債務不履行による損害賠償責任を負わない場合でも、不法行為による損害賠償責任を負うことはありうるとされる(大判昭和17年6月29日新聞4787号13頁)。

を行った場合に、取締役が賠償額を補填できるか、という問題について、民法上の取扱いを考慮すれば、会社が被害者である第三者に損害賠償を負わない（ $\beta-1$ ）事例であれば報酬または受任者確保のための費用として認識し、適法に実施できる場合を想定し得ないわけではない。しかし、会社が第三者に損害を負う（ $\beta-2$ ）事例では、受任者の債務不履行に基づく損害賠償責任（取締役の会社に対する責任）の事前免除につながることから、委任者である会社はその導入を判断する場合には責任免除規定に基づく判断が必要となる。補償契約に基づき損害賠償を行った取締役が善意無重過失であれば会社が補償を行うという義務的補償は、責任限定契約の側面を有することになるため、非業務執行取締役等にしか認めらず、定款の定めに基づき、補償の限度額を設定しなければならないはずとなる（会社427条）。義務的補償を業務執行取締役等に認めるのであれば、会社法427条の対象を拡張するという立法がなされなければならないと考える。その都度、補償の実施を行う任意的補償にし、その実行に当たっては責任一部免除手続（会社425、426条）に従う必要があろう

(1) しかし、そもそも、民法における取扱いのように、（ $\beta-1$ ）、（ $\beta-2$ ）のように委任者である会社の帰責性の有無に基づく場合分けをすることは難しい。

会社は擬制的な人格である法人であり、会社の行為が取締役の業務執行に依拠せざるを得ない。このため委任者（会社）の帰責性を観念することは難しい。第三者の損害につき会社と取締役とが重畳して責任を負担する場合に、会社として帰責性があると評価できる場合があれば、それは当該取締役以外の取締役の任務懈怠の存在を基礎とするはずである。それぞれの取締役の行為と因果関係のある損害が共通である場合には他会社責任や対第三者責任は連帯の関係で処理されるべきものだからである（会社法430条）。この意味では、委任者である会社と受任者である取締役との間で双方に帰責性があるという想定ではなく、複数の受任者である取締役の間に帰責性に基づく内部負担を観念し、委任者である会社との関係にあって

は、会社には帰責性がないと考えられる⁵⁴⁾。

(2) さらに、そもそも、会社(委任者)が第三者に損害賠償責任を負わない事例を想定することは困難である。

取締役が会社との間の委任関係に基づく受任者として行う委任事務は取締役の職務となる。取締役の職務は大きく二つに分類することができる。第一に、会社としての行為(会社の経営や会社としての事務の処理であり、会社の内部的な運営に関する行為を含む)に関する意思決定(会社362条2項1号は、「業務執行の決定」と呼ぶ)や、会社の行為の実施(業務の執行)が挙げられ、これらは合わせて、「業務執行」と呼ばれる。第二は、取締役個人の行為として実施するものが挙げられる。第二の分類には、例えば、取締役の監視の職務が含まれる。取締役会に、取締役に対する監督の職務があることから(会社362条2項2号)、取締役会の構成員である取締役は、取締役会に上程された事柄に留まらず、代表取締役の業務執行一般について監視する職務を有する⁵⁵⁾。

(ア) 第一の取締役の業務執行につき被害者に対する直接加害行為があり、損害発生につき故意過失がある場合には、当該取締役は不法行為責任を負う。この場合には、会社にもその損害賠償義務を負わせることが制度として担保される。

会社法350条は、代表取締役その他の会社の代表者がその職務を行うにつき第三者に損害を加えた場合に、会社に賠償責任を負わせる。判例法上は、代表取締役の業務執行につき不法行為が成立する場合に、会社の損害賠償責任を肯定するとされ、この場合、会社と不法行為をおこなった代表者は、ともに被害者に責任を負うことになる⁵⁶⁾。代表取締役以外の取締役の業務の執行が会社法350条にいう「代表者」の行為に該当するかは、当

54) 山田泰弘・前掲注1)10頁。

55) 最判昭和49年2月28日判時735号97頁、大判昭和7年5月27日民集11巻1069頁。

56) 最判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁。神田秀樹『会社法』(18版、弘文堂、2016年)217頁*3を参照。

該行為が会社の機関としての行為であるかをメルクマールとする⁵⁷⁾。会社法350条が法人の不法行為能力を規律するものであり、会社の代表機関の不法行為による会社の責任を規定するからである⁵⁸⁾。このため、会社法363条1項2号の取締役会で選定された業務執行取締役も会社の業務執行機関であるから会社法350条の代表者に該当すると説明される⁵⁹⁾。会社法350条が成立する場合は、行為者である取締役と会社との損害賠償責任は重畳し、両者は不真正連帯の関係にあり、行為者である取締役に対して会社は会社法423条責任を追及できる場合となろう。

他方、自身が会社の機関として会社の業務執行をするのではなく、使用人を兼務し、代表取締役の業務執行権限の一部を委譲してもらい、代表取締役の指揮命令下で業務を執行する使用人兼務取締役（その他の業務執行取締役 会社2条15号イかっこ書）については、外形的に、専ら代表取締役の指揮監督の下に、その命を受けて他の職員を指揮する立場にあり、会社の被用者として扱われ、その不法行為につき会社は民法715条責任を負担することになる⁶⁰⁾。

57) 大判大正6年4月7日民録23輯690頁。

58) 落合誠一編『会社法コメンタール（8）——機関（2）』（商事法務、2009年）23頁〔落合誠一執筆部分〕。このため、取締役ではない会社の実質的経営者であっても、会社の代表機関として外形を有し、代表機関として活動している場合には、会社法350条の類推適用を認める余地がある（東京地判平成11年1月29日判時1687号94頁）。

59) 酒巻俊雄＝龍田節編集代表・上村達男ほか編『逐条解説会社法第4巻機関1』（中央経済社、2009年）394頁〔稲葉威雄執筆部分〕は、「代表取締役その他の代表者」は会社の機関として会社を代表して行為する全ての者であり、代表者以外の業務執行機関を含むと説明する。

60) 東京地判昭和32年11月8日下民8巻11号2040頁。

なお、代表概念は、取締役の行為の効果を会社に帰属させる技術であり、代理と同質のものであるととらえるという理解も浸透しており（田中亘『会社法』（東京大学出版会、2016年）227頁参照）、また、民法715条のアナロジーにより会社法350条の「代表取締役その他代表者」を外形的に評価するとすれば、使用人兼務取締役についても会社法350条の「代表者」に該当するという解釈も不可能でない。落合誠一編・前掲注58）24頁〔落合誠一執筆部分〕は、350条の「その他の代表者」に、代表取締役からその有する業務執行権限の一部を委任により委譲される「その他業務執行取締役」も該当すると説明する。➤

なお、計算書類に関する虚偽表示により投資家に損害を負わせる場合にも、計算書類に虚偽表示をした取締役に不法行為が成立することを基礎に上記の方策(例えば会社法350条⁶¹⁾)により会社に責任を負わせうる。しかし、会社法429条2項は、計算書類の重要事項に虚偽表示の第三者に及ぼす危険性を考慮して、取締役の主観的要件につき立証責任を転換しているため⁶²⁾、計算書類の重要事項に虚偽表示をした取締役が投資家等に責任を負うが、不法行為の成立は認められないという事態は発生しうる。この場合、上記の方策が使えず、会社には損害賠償責任がないとすることはありうる。もっとも、上場企業については、有価証券届出書、有価証券報告書などに虚偽表示があれば、提出会社の取締役の責任(金商法21条、22条、24条の4など)とともに、提出会社の責任(金商法18条、21条の2など)が発生する。上場企業にあっては、提出会社の責任が過失責任とされている場合に免責の要件(故意または過失が提出会社にあること[金商法21条の2第2項])が認められるが、提出会社取締役の免責要件([金商法24条の4、22条2項、21条2項1号])は認められないという状況があれば、取締役には責任があるが提出会社には責任がないという事態が生じるが、そのような想定はできなからう⁶³⁾。

(イ) 第一の業務執行が対外的に直接行使されるものでない場合(例えば内部統制システムの設置や運用)には、そもそも不法行為が成立しない⁶⁴⁾。

↳もっとも、このように解する場合でも、事実的不法行為についてまで、会社法350条が成立するとは考えにくい(大阪地判昭和41年3月23日判時447号48頁は、職務の遂行に際して(営業商品の配送のために)自動車を運転する取締役が起こした人身事故につき、平成16年改正前民法44条[会社法350条]の適用を否定するが、民法715条責任の成立を肯定している)。

61) 例えば、大分地判平成20年3月3日金判1290号53頁など。

62) 岩原伸作編『会社法コンメンタル(9)機関(3)』(商事法務、2014年)408~409頁[吉原和志執筆部分]。

63) それぞれの免責の要件については、例えば、黒沼悦郎『金融商品取引法』(有斐閣、2016年)23~24頁、240~241頁を参照。

64) 最判平成21年7月9日判時2055号147頁は、代表取締役の不正行為を防止するためのリスク管理体制を構築すべき義務違反を問題とするが、それはリスク管理体制の不備を原

第二の取締役が個人（取締役）として行う行為も直接会社外に向けて行使されるものではないために同様である。もっとも、会社の債権者が会社の破綻により債権の回収ができなくなるような場合（間接損害事例）では債権回収不能分を損害として、監視義務違反の取締役は会社債権者に会社法429条1項責任を負担し、会社が被害者に対して民法709条の損害賠償責任を負担する場合には、取締役にも内部統制義務違反があるとして会社法429条1項の責任が発生することもある（東京地判平成28年3月16日判時2314号129頁など）。これらの場合は、むしろ会社の責任をテコとして取締役の責任が肯定される場合といえる。

以上からは、民法上の取扱いと異なり、委任者（会社）の帰責性の有無を基礎として会社の損害賠償責任を負うか否かを決定できず、ほとんどの事例で委任者（会社）の損害賠償責任が発生することがわかる。（β-2）と同様に、第三者に対して委任者である会社と受任者である取締役との損害賠償責任が重畳する場合であり、会社の補償、とりわけ義務的補償を認める場合には、会社法423条責任の免除・一部免除規定との抵触が問題とならざるを得ない。このため、民法の想定する委任契約では民法650条3項が任意法規であることを根拠に、受任者の委任事務の実施過程で生じた不法行為責任につき委任者が補償をすることが、当事者間の特約で認められても、会社としてそのような特約の実施を判断する際には、責任免除法制が厳格化されているため、その手続きに沿った対応をせざるを得ない。

唯一、計算書類の重要事項に関する虚偽表示につき民法709条は成立しないが会社法429条2項のみが成立する事例が、（β-1）と同様に、第三者に対し会社に損害賠償責任がないが取締役に賠償責任が存在する場合となる。しかし、（β-1）とは異なり、このような状況が発生するのは、会

ㇿ 因とする虚偽の計算書類が作成されたことによって被る投資家の損害につき会社法350条の成立の前提として虚偽の計算書類の作成が不法行為の要件を満たすかが問題とされ、損害発生に関する予見可能性を判断するものである。当該最高裁判決は、単純な会社に対する任務懈怠を判断するのではなく、任務懈怠の状況が、損害発生に関する故意過失があると評価できるほど深刻ではないことを判示したとみるべきであろう。

社法429条2項が、重要事項に関する虚偽記載の第三者に対する危険性を考慮して、立証責任の転換が行っていることが原因である。立法政策上、計算書類の記載者の民事責任を強化することで虚偽記載を防止するという趣旨があるのであれば、当事者でその効果をそぐことが認められるべきではなく、報酬または贈与として単純に制度設計することは不適當である。

むすびにかえて

以上の検討からは、取締役の第三者責任が問題となる事案では、そのほとんどにおいて会社の責任が重複的に発生していることがわかる。このため、取締役が第三者責任を負担した場合に会社が補償をすることは、対会社責任の免除（一部免除）との調整が必要となる。

この点から見れば、会社法研究会の提案であるA案、B案については調整が必要となる。A案であれば、その導入手続や事後開示が会社法427条に準拠する必要があるだろう。B案の「定款」により「会社による補償の契約」の締結権限を取締役に付与するという制度は、定款授權により責任免除規定の適用除外を認めるものであるが、適用除外を認めるためには、問題発生への対応状況が同程度の強度で整備されるべきであろう。「会社の補償」の効果が会社法427条の規制と同等であれば、それで平仄を合わせる必要があり、会社法427条の対象者が非業務執行取締役等に限定されている意義を確認した上で、業務執行取締役等にその範囲を拡張しうべき必要性や許容性が十分に存在するかを先に検討すべきであろう。社外取締役を含む非業務執行取締役等のなり手の確保という側面から、業務執行をしないため会社の状況に詳しくない状況で職務を実行することの不安を非業務執行取締役等から除去するという目的を会社法427条は有する。「会社の補償」の導入は同条の制度目的の変更を許容しうるか次第となる。