

Case on Commercial Law

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/3839

《判例研究》
グリーンメーラーの脅迫行為に応じた取締役の責任
——蛇の目ミシン株主代表訴訟事件——
(最一判平成18年4月10日民集60巻4号1273頁)

村 上 裕

【事案の概要】(本件事案は相当複雑であるため、本評釈と関連する部分についてのみ記載する)

被告 Y1～Y5 (被告・被控訴人・被上告人) は、B 社の代表取締役や取締役であった者である。

いわゆるグリーンメーラーでありまた仕手集団としても知られた A は、昭和61年頃から A 個人の名義及び A が代表取締役を務める I 社名義で B 社株を大量に購入し、株式の大量保有を背景に B 社の取締役に就任した。

この当時から B 社経営陣は、暴力団との関係も指摘されていた A の影響力排除を問題視しており、B 社のメインバンクである C 銀行と協力して対処することとし、A との直接の交渉は C 銀行出身の Y2 及び Y3 が当たることになった。本件で問題となったのは、以下の①②についてである。

① A による300億円の喝取

A は B 社株購入のためノンバンクから多額の借入をしており、その債務の肩代わりを B 社及び C 銀行に数度にわたり要求したが、両者がその要求に応じなかった。このため A は、B 社の当時の社長 Y2 に「貴殿所有の B 社株1740万株のファイナンスあるいは買取につき B 社が責任をもって行います」との念書(以下、「Y2 念書」という)を作成させた(なお、Y2 念書の作成にあたって、Y3 は念書を書けば悪用されると Y2 に助言していた)。

Y2 念書が作成された後、A は Y2 Y3 に対し、暴力団関係者への B 社株の売却を示唆した。Y1 Y3 が A に対し株の売却の話を元に戻すよう懇請したと

ころ、AはB社株をY2念書付きで暴力団の関連会社に売却済みである旨信じさせ、これを取り消したいのであれば300億円を用立てるようY3らに要求した。さらにAは、Y1Y3に対し、300億円を用立てる件がなかなかまとまらないことを非難するとともに、自分やY1Y3を狙って大阪からヒットマンが2人来ている旨を述べた。

平成元年8月、B社の臨時取締役会において、A側に対する300億円の融資について出席取締役全員の賛成により議決された（Y4は同会議を欠席したが、最終的には300億円の融資に同意した）。

②債務の肩代わり及び担保提供

Aは300億円を喝取した後も、ノンバンクからの借入金966億円の債務の肩代わりを迫り、B社及びC銀行はその対応に苦慮していた。

平成元年、C銀行からY3に対し、Y2念書におけるB社株1740万株のファイナンスの実行スキームについて提案があり、同提案を受けて、I社の債務の一部をB社の関連会社に肩代わりさせた。

さらにAは平成2年4月、B社株3000万株を1株4200円でB社側が買い取るよう要求した。C銀行側がこれに難色を示すと、Aは、K銀行にB社株を1株5800円で売却することを検討しているが、その場合にはKグループから役員が送り込まれることになろうなどと述べ、B社がK銀行の管理下に入ることを匂わせた。Y1はこれを受けて、Y1が代表取締役を勤める会社によるB社株の買取り及びI社債務の肩代わりをB社の関連会社を通じて行う方策（以下「本件方策」という）を立案し、これをYらに伝えた。

B社の主要な役員は本件方策に賛成し、C銀行は本件方策について、1株5000円という価格には賛成しかねるが、資金面については対応するとの考えを示した。

本件方策に基づいて債務の肩代わりについて実行された後の平成2年7月、Aが証券取引法違反により逮捕されたため別会社によるB社株の買取りが

実現不可能となり、B社の関連会社も破綻するに至った。

B社の株主であるX（原告・控訴人・上诉人）はA及びYらに対し、忠実義務・善管注意義務違反等を理由として損害賠償を求める株主代表訴訟を提起した。

一審（東京地判平成13年3月29日判例時報1750号40頁）はAの責任は認めたものの、Yらの責任は否定した。XはY1～Y5についてのみ控訴したが、原審（東京高判平成15年3月27日民集60巻4号1306頁）は請求を棄却した。これに対し、Xが上告。

【判旨】破棄差戻し

「(1) Aによる恐喝被害に係る金員の交付について

A忠実義務、善管注意義務違反（商法266条1項5号）の責任について

…Aには当初から融資金名下に交付を受けた約300億円を返済する意思がなく、Yらにおいてこれを取り戻す当てもなかったのであるから、同融資金全額の回収は困難な状況にあり、しかも、B社としては金員の交付等をする必要がなかったのであって、上記金員の交付を正当化すべき合理的な根拠がなかったことが明らかである。Yらは、Aから保有するB社株の譲渡先は暴力団の関連会社であることを示唆されたことから、暴力団関係者がB社の経営等に干渉してくることにより、会社の信用が毀損され、会社そのものが崩壊してしまうことを恐れたというのであるが、証券取引所に上場され、自由に取引されている株式について、暴力団関係者等会社にとって好ましくないと判断される者がこれを取得して株主となることを阻止することはできないのであるから、会社経営者としては、そのような株主から、株主の地位を濫用した不当な要求がされた場合には、法令に従った適切な対応をすべき義務を有するものというべきである。…本件において、Yらは、Aの言動に対して、警察に届け出るなどの適切な対応をすることが期待できないような状況にあったということはでき

ないから、A の理不尽な要求に従って約300億円という巨額の金員をI社に交付することを提案し又はこれに同意した被告人らの行為について、やむを得なかったものとして過失を否定することは、できないというべきである。

イ株主の権利行使に関する利益供与禁止規定違反（商法266条1項2号）の責任について

株式の譲渡は株主たる地位の移転であり、それ自体は「株主ノ権利ノ行使」とはいえないから、会社が、株式を譲渡することの対価として何人かに利益を供与しても、当然には商法294条ノ2第1項が禁止する利益供与には当たらない。しかしながら、会社から見て好ましくないと判断される株主が議決権等の株主の権利を行使することを回避する目的で、当該株主から株式を譲り受けるための対価を何人かに供与する行為は、上記規定にいう「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」利益を供与する行為というべきである。

…B社は、Aが保有していた大量のB社株を暴力団の関連会社に売却したというAの言を信じ、暴力団関係者がB社の大株主としてB社の経営等に干渉する事態となることを恐れ、これを回避する目的で、上記会社から株式の買戻しを受けるため、約300億円というおよそ正当化できない巨額の金員を、う回融資の形式を取ってAに供与したというのであるから、B社のした上記利益の供与は、商法294条ノ2第1項にいう「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」されたものであるというべきである。」

「(2) 債務の肩代わり及び担保提供（本件方策）について

ア忠実義務、善管注意義務違反（商法266条1項5号）の責任について

…B社としては、本来、債務の肩代わりに協力する必要はなかった上、B社株を1株5000円とする評価は、株価操作も加わるなどして異常な高値となっていたものであって、将来株式の買取りがされることを前提として、そのような高値による買取り額と見合う額でされた融資による債務の肩代わりは、B社株

を高値で売り抜けたいというAの思惑に合致するものであり、B社にとって利益になることではなかったことが明らかである。しかも…本件方策は、B社にとっては、巨額の損失を被る可能性の高い方策であったというのである。したがって、Yらは、Aの理不尽な要求に応ずるべきではなく、少なくとも本件方策のような対応をすることを避けるべき義務があったというべきであり、Aの要求を退けるために前記300億円の喝取の件を含むAの言動について警察に届け出るなどの適切な対応をすることが期待できない状況にあったということもできないから、本件方策を提案し又はこれに同意して債務の肩代わり及び担保提供を行ったYらの行為について、無理からぬところがあったとして過失を否定することは、できないというべきである。

イ株主の権利行使に関する利益供与の禁止規定違反（商法266条1項2号）の責任について

…本件方策に基づく債務の肩代わり及び担保提供の実質は、B社が関連会社等を通じてした巨額の利益供与であることを否定することができない。そして、本件方策は、AがB社株をK銀行等に売却するなどと言っている状況の下で、将来Aから株式を取得する者の株主としての権利行使を事前に封じ、併せてAの大株主としての影響力の行使をも封ずるために採用されたものであるから、本件方策に基づく債務の肩代わり及び担保提供が商法294条ノ2第1項にいう「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」されたものであるというべきである。」

【評釈】

本件は、いわゆる蛇の目ミシン株主代表訴訟事件の最高裁判決である。本件は、取締役が責任を問われることとなった原因がグリーンメーラーによる暴力団の存在をちらつかせた脅迫行為である点で特徴的である。

蛇の目ミシン株主代表訴訟事件そのものについては、300億円のAに対する

融資について A がその時期 B 社の取締役であったため利益相反取引（旧商265条）に違反するかなどの問題があるが（一審・原審とも否定）、最高裁ではこの点取り上げられていないので、本評釈においてもとくに触れないものとする。

一．取締役の善管注意義務・忠実義務違反

① A による恐喝被害に係る300億円の交付について

株式の譲渡について制限が付されていない以上、とりわけ B 社のような上場企業においては、総会屋が株式を購入するなどといった、会社にとって好ましくない者が株主となるリスクは常に存在する。従って、会社にとって好ましくない者が株主となる可能性が高い場面に直面した場合、取締役はその場合にもどのように対処すべきか、マニュアルを予め作成し、それに沿って適切に事態を処理すべきである。このことは、いわゆる内部統制システムの構築・整備やコンプライアンスが声高に要求されている現在においてだけでなく、事件当時においても通用する。ましてや B 社のように、企業イメージの悪化が即会社存亡にかかわる場合においてはなおさらである。

このこと自体は原審も意識しており、毅然とした対応をしなかったことをもって善管注意義務違反・忠実義務違反を認めている。しかし原審は、取締役の対会社責任は債務不履行責任であり（最判昭和51年3月23日金判503号14頁）債務不履行について故意または過失があることが必要であることを指摘し、結論として Y らの過失を否定した。

原審に対しては、Y らが生命の危機にさらされえていると感ずるあまりの行動であり、Y らに違法行為の回避を期待するのは困難な状況であるとして肯定的にとらえる見解もある¹。

しかし原審の判断には疑問がある。Y 2 念書について、Y 2 が Y 3 の制止を

1 吉井敦子「原審判批」商事法務1752号（2005年）50頁。出口正義「一審判批」ジュリスト1262号（2004年）163頁も同旨

振り切ってまでY2念書を作成した状況を考えると、果たしてY2の念書作成について過失が無かったといえるか疑問である。会社の代表者が「…当社が責任を持って処理する」という念書を作成しかつ渡したことで、その後どうなるかは容易に想像が付くことである²。

また原審は、Aの行為が狡猾かつ脅迫的なものであったことを（Y2がAの行為が原因であろうか狭心症を患ったことも？）過失を否定する理由の1つに指摘している。そうするとAの脅迫が大きければ大きいほど、より狡猾であればあるほど屈してもやむをえないことになるという奇妙な事態に陥る³。取締役と対峙した相手方がいかに「暴力的」「狡猾」であろうとも、それは取締役の責任を否定する根拠たりえない。

「暴力団関係者が狙っている」「ヒットマンが来ている」などとAから巧妙に自己の生命の危険を臭わされた取締役に、自己の生命をかけてまで会社を守れと果たして要求できるのかという向きもあろう⁴。しかしこのAの行為は——成立するかどうかはともかく——脅迫罪（刑222条）なり恐喝罪（刑249条）が問われてもよく、この段階においてY2らがすべきは自己の命をかけるということではなく、警察に訴える、顧問弁護士と協議する、Aの話が真実かどうか調査機関を通じて調べる⁵などの対応をとることである。

他に適切な対応が取れたはずだというのは後からどうにでも言えることであり、結果論で論じるべきではないという反論があるかもしれない⁶。確かに当時と現在では状況が異なっており、現在の基準で過去の事案をそのまま論じて

2 宮廻美明「原審判批」ジュリスト1309号（2006年）134頁。

3 末永敏和「一審判批」金融法務事情1654号（2002年）76頁、中村一彦「原審判批」判例タイムズ1138号（2004年）34頁。

4 出口・163頁参照。

5 福島洋尚「原審判批」月刊監査役487号（2004年）56頁、宮廻・135頁など本件に関する評釈のほとんどがこの点を指摘している。なおY2念書は、平成元年12月にAからY1を介してY2に返却されている。

6 河内隆史「一審判批」判例評論517号（2002年）39頁、「スクランブル」商事法務1766号（2006年）110頁。

よいわけではない。現在では仮に暴力団に株式が渡ったとしても、暴力団対策法や、内部統制システムの構築による株主たる暴力団の不当要求に対する社内体制の整備その他種々の実務上の解釈・努力により、それなりの対処は可能である⁷。過去において、取締役らが対処しうる手段が果たしてどれほどあったのか、疑問がないわけではない。原審の事実認定においても、Y3が、たとえ警察に届け出ても暴力団へのB社株の譲渡自体は阻止できないと考えていたことが認定されている。

しかし最高裁は、会社にとって好ましくない株主からの地位濫用的な不当な要求がされた場合には「法令に従った適切な対応をすべき義務」が取締役にはあるとする。本件におけるYらの一連の行動は、会社のイメージが著しく損なわれB社そのものが崩壊することを恐れてのことであるが、むしろそういう事態にあるからこそ適切な対応をすべきである⁸。

また最高裁は、取締役らが適切な対応をすることが期待し得ない状況において過失を否定する途も残している。場合によっては取締役が総会屋等の要求を呑みしかなかったという状況もありえ、その場合には取締役の責任問題とすべきではない。この点においても、最高裁の判旨は妥当である（なお判旨は明確に述べていないが、責任を否定してよい場面は限定的に考えるべきであろう）。

②債務の肩代わり及び担保提供（本件方策）について

原審は①と同様に、Yらに善管注意義務・忠実義務があるとしながらも過失を否定している。

グリーンメーラーが会社の大株主として会社経営陣に影響力を持ち続けてい

7 民暴実務研究会編著『反社会勢力からの企業防衛』（2006年・日経BP社）72頁以下参照。

8 なお、最高裁の判旨を企業価値維持のために防衛策をとること一般について否定的な評価をしているととらえるべきではなく、本件のような暴力団関係者等からの不当な要求という局面に限定した判断ととらえるべきとする見解があるが（伊藤雄司「判批」法学教室312号（2006年）10頁注11）、正当である。

る状態を早期に解消しなければならないとのYらの認識は、ごくまっとうなものである。またAからのB社株買取請求を奇貨としているとはいえ、B社株をAの手から取り返すためメインバンクとも相談しつつ対策を講じるのも理解できる。

その結果生じた本件方策について、しかし最高裁は①AのB社株高値売り抜けという意思に合致するものであり、B社にとっては何の利益もなく逆に巨額の損害を被る可能性が高い、②従ってAの理不尽な要求に応じるべきではなく、少なくとも本件方策のような対応を「避けるべき義務」がYらにはある、③300億円の喝取を含むAの言動について警察に届け出るなどの適切な対応をとることもできたのではないかと、この理由によりYらの過失がなかったとはいえないとしている⁹。

本件方策がB社にとっては損害を被る可能性の高い取引であることは、原審においても認定されている。もっとも本件方策の結果Aが株主でなくなることにより、長年苦しめられてきたAの呪縛から解放放たれるというメリットがB社にはある。原審はこの点を重視して、即ち本件方策の「目的」を重視して「手段」（または手段の危険性）に目をつぶり、本件方策がB社にとってかなり危険なスキームであることは認めつつもYらの過失を否定している。

しかし最高裁はそういったメリットや本件方策の危険性よりも、グリーンメーラーの思惑にはまってしまったという本件方策の属性を重視しているものと思われる。本件方策の危険性だけを問題視するならば、「（本件方策が）Aの思惑に合致する」という判旨の文言は必要ないはずである。

本件方策のような一種の裏取引によって万事解決するわけではなく、Aがこ

9 最高裁が「300億円の喝取を含むAの言動について警察に届け出るなどの適切な対応」としているのは、本件方策に関連したAの言動（例えばC銀行から派遣された取締役であるY3に向かって「K銀行の管理下に入ることになる」と述べたこと）のみで警察が動いてくれるかどうかは微妙であるからであろう。

れをネタにしてB社に対して何かしらの財産的な要求を再度してくる可能性は否定できない¹⁰（さらに言えば、A以外の者からゆずられる可能性すらある）。しかもその場合には、Aの要求を拒めば過去の汚点が出るみに出ることを恐れて、B社経営陣が要求を呑む可能性は決して低くない。そうなったときには、Yらがまさに恐れていたように、会社そのものが崩壊するおそれがある。

このような事態を避けるためにも、Yらは「適切な対応」をとるべきだったのである。最高裁のこの点の判旨は妥当である。

二．取締役の利益供与責任

（取締役の利益供与責任に関する規定は、平成15年商法改正により条文の位置が移動して商294条ノ2から商295条となり、会社法では120条で定められている。しかし、そのいずれにおいてもその実質は何ら異なることなく、最高裁の判旨は会社法においても妥当する。以下では便宜上、商294条ノ2と表記する）。

① Aによる恐喝被害に係る300億円の交付について

原審は、300億円は喝取されたものであって「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」（商294条ノ2）財産上の利益を供与したことに該当しないとした。原審には、善管注意義務・忠実義務にかかる判断部分を含めて、Aに精神的に追い詰められて利益供与を判断したYらを救済しようとする色彩が非常に強いが¹¹、Aのようなグリーンメーラーや総会屋に逆らえなかったことをもって免罪符とすべきではない。このことは刑事事件ではあるが、東京地判平成10年10月15日判例タイムズ1000号340頁（大和証券事件——総会屋に対する損失補てんについて利益供与罪が問われた事例——）でも明確に述べられている¹²。

本件に関して参考となる判例として、本件と同様にAによる株式の買占めにあった会社の取締役による利益供与が問題となった東京地判平成7年12

10 なお、上告理由二1（2）（民集60巻4号1293頁以下）参照。

11 永井和之「原審判批」商事法務1690号（2004年）12頁、宮廻・135頁。

月27日判例時報1560号140頁（国際航業事件）がある。同事件では A 保有の株式の買取を政財界のフィクサーである Y に依頼し、その際約12億円を利益供与したことが問題とされた。Y は、株式買取工作のための利益供与は客観的に株主の権利行使に影響を与える関係にないから、商294条ノ2の「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」財産上の利益を供与したことに該当しないと主張したのに対し、裁判所は以下のように述べて Y の主張を斥けた。即ち、「…株式の譲渡それ自体は、商法294条ノ2第1項にいう『株主ノ権利ノ行使』とはいえないから、会社が株式譲渡の対価若しくは株式譲渡を断念する対価として利益を供与する行為又は株式の譲渡等について工作を行う者に利益を供与する行為は、直ちに株主の権利行使に関する利益の供与行為に当たるものではない。しかし、右のような利益供与行為であっても、その意図・目的が、経営陣に敵対的な株主に対し株主総会において議決権の行使をさせないことにある場合には、権利行使を止めさせる究極的手段として行われたものであるから、『株主ノ権利ノ行使ニ関シ』利益供与を行ったものといえることができ、商法294条ノ2に該当すると解すべきである」。

即ち、利益供与の目的である直接の行為が『株主ノ権利ノ行使』に関するものとはいえない場合であっても、当該行為がなされることにより導かれる最終

12 判決は、以下のように述べる。「…なお、被告会社の弁護人は、甲が、暴力団の背景を有し、株主提案権を有する30万株の大株主で、その無言の威圧力は他の一般の総会屋の遠く及ぶところではなかったものであり、そのような甲から、総会屋という特別な株主の地位を利用した利益の提供を用意されたため、被告会社側では、これを拒絶することができず、やむなくその要求に従わざるを得なかったのであるから、被告会社側がいわば被害者の立場にあったものである旨主張する。しかしながら、被告会社の要職にあった被告人らは、甲の違法な要求に対し、何ら毅然たる対応をとうとうとせず、被告会社の株主総会が平穩かつ短時間に終了することのみに心を砕き、同人に株主総会で懸案事項を持ち出されないようにするために、同人に対する損失補てんの違法行為を繰り返したのである。…右弁護人の主張のように、被告会社のほうが被害者の立場にあったというのは、企業独自の論理に基づくものであって、社会一般に受け入れられるものではないといわなければならない。」

的・究極的な目的が『株主ノ権利ノ行使』であれば商294条ノ2に該当するということである。

学説においては、株式の譲渡自体は株主たる地位の移転であるから、それ自体は株主の権利行使に関するものとは言えず、従って株式の譲渡の対価として利益を供与しても『株主ノ権利ノ行使』に当たらないとする説¹³があるが、少数説にとどまっている（またこの説は、旧商497条1項の利益供与罪の解釈として述べている）。確かに株主が株式を譲渡する権利は、議決権のように株主が会社に対して行使する権利とはいえない。しかし、利益供与に関しては株主の地位に基づく影響力による会社への威迫が問題なのであるとして、多数説は株式の譲渡または譲渡しないことについて利益供与をすることも利益供与に当たるとしている¹⁴。

また原則として少数説に立ちつつ、利益供与の意図・目的が経営陣に敵対的な株主に対し議決権の行使等株主の権利の行使をさせないという点にある場合には、利益供与が『株主ノ権利ノ行使ニ関シ』されたものということができるとする説もある¹⁵。このような供与する側の意図・目的を重視する考え方は、従業員持株会に対する奨励金支出の利益供与性に関する福井地判昭和60年3月29日金融・商事判例720号40頁、優待乗車券の利益供与性に関する高池地判昭和62年9月30日判例時報1263号43頁においても採用されている。以下、少数説をA説、上記の説をA'説、多数説をB説とする。

各説で差異が生じるのは立証の点である。即ち、B説では多数説によると株式の譲渡に関し利益供与をすれば『株主ノ権利ノ行使ニ関シ』なしたものとさ

13 神崎武法「改正商法の罰則関係規定について（二・完）」商事法務930号（1982年）30頁、津田賛平「総会屋と改正会社法の罰則」ジュリスト769号（1982年）35頁。

14 竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益の供与」商事法務928号（1982年）20頁、関俊彦「利益供与の禁止（上）」商事法務952号（1982年）4頁。

15 東京弁護士会会社法部編『改訂版利益供与ガイドライン』（商事法務・2001年）44頁。また、稲葉威雄ほか「（座談会）利益供与禁止規定の運用状況（上）」商事法務973号（1983年）19頁、24頁以下（以下、座談会と略す）。

れ、特段の事由があれば、会社が株主の権利行使に関するものでないことを立証して、本条の適用を免れることになる。一方のA説・A説では、原告側が株式譲渡に関し利益供与がなされたことの立証に加え、利益供与の意図・目的の立証を要することとなる¹⁶。

ただしA説でも株式譲渡後における議決権の行使のごとき株主の権利行使に関する趣旨を包含している事実が認定されれば、(利益供与を)積極的に解し得る余地もあるとし¹⁷、さらにA説でも、株主が総会屋に株式を売却することを明示または黙示的に示した場合に会社が利益供与をするケースでは、譲渡後における総会屋の議決権行使を恐れて利益供与をしているので積極的に解されるとしており¹⁸、本件との関係ではいずれの説でも利益供与は肯定されることとなる。従って、問題は理論的にいずれの見解が妥当であるかに絞られる。

A説は、安定株主や同族的閉鎖会社の株主が株式を売却したいと申し出たときに利益供与をした場合について利益供与を否定している。その理由として、安定株主が株式を売却した後会社に都合のよい議決権行使を期待し得ない可能性があるので、会社の意図としては売却しないで従前どおりの議決権行使をして欲しいということがあるけれども、一般的には株主が他に株式を譲渡することは自由であり、株主の権利行使を会社に対して行っているわけではない、とする(ただし安定株主が総会屋に売却することをちらつかせていた等の場合には利益供与に当たる)。即ちこの説は、単に株式を譲渡するまたはしないことへの対価として利益を供与しても利益供与にはならないというのである¹⁹。しかし、上記のケースでは特定の株主に対する無償の利益供与として商290条ノ2第2項(会120条2項)の推定が働くことになるし、利益供与禁止規定の趣

16 以上、山口賢「判批」私法判例リマックス14号(1997年)103頁。

17 神崎・30頁、津田・35頁。両者はまた、総会屋に対する利益供与の趣旨が株式の譲渡(または譲渡しないこと)にとどまることは実態としてありえないことも指摘している。

18 東京弁護士会会社法部編・45～46頁。

19 座談会・前掲においても、出席者から同旨の発言がなされている(例えば24頁(大脇発言)参照)。

旨の1つである会社資産の浪費防止という観点からも、利益供与を否定するのはおかしい。

B説には、株式の譲渡を「株主ノ権利」に含める点で解釈が広すぎるきらいがあり、またあらゆる株式譲渡の場面において利益供与とされるおそれがある。それ故に最高裁はB説を採用せず、A説を採用したものと思われる。しかし、株式譲渡の場面で利益供与が問題になるのは株主の地位に基づく影響力による会社への威迫ゆえである²⁰。株主に威迫の意思がなく株式を譲渡するという場面で、会社がなぜ利益供与をする必要があるのか。その立証は会社側がすべきである。

従って、利益供与①にかかる最高裁の判旨については結論としては賛成であるが、理論的には疑問である。

なお、本件が仮に現行会社法下において発生した場合、Y1～Y5の利益供与にかかる責任はどうかであろうか。会120条4項によると、利益供与をした取締役は無過失で責任を負うが、それ以外の取締役については過失責任である。条文にある「当該利益の供与をした取締役」は文字通り、取締役が直接の供与行為者である場合に適用される²¹。ただどのような場合に「直接の供与行為者」に当たるのか、また過失責任を問われる場合でもどのような場合に免責されるのかは、問題として残される²²。

会社法施行規則21条では、責任を問われる取締役について、利益の供与に関する職務を行った取締役及び執行役（1号）、利益供与が取締役会または株主総会決議に基づいて行われた場合には当該議案に賛成した取締役・議案を提案した取締役・当該株主総会において当該利益の供与に関する事項について説明をした取締役（2号3号）が列挙されている。これらのうち、2号3号に該当

20 関・4頁注7。永井・11頁も同旨か。

21 江頭憲治郎ほか「(座談会)『会社法』制定までの経緯と新会社法の読み方」商事法務1739号(2005年)9頁(相澤発言)参照。

22 黒沼悦郎「株式会社の業務執行機関」ジュリスト1295号(2005年)71頁など参照。

する取締役は「直接の供与行為者」に当たらないことは問題ないであろう。1号に該当する取締役は、立法担当官の解説によればこれらの者は「直接にその職務を行った者であり、会社法120条4項ただし書の規定の適用がない者である」²³ので、「利益の供与をした取締役」と考えてよい。

会社法及び会社法施行規則に関する立法担当官の解説には、いずれも「直接」との文言が用いられているが、この趣旨は利益供与に積極的・中心的に関与した取締役について無過失責任を課すものと考えられ、従って本件で利益供与に積極的・中心的に関与したY1～3は「利益の供与をした取締役」として無過失責任を負うと考える。Y4Y5はY1～3に比して積極的・中心的に関与しているとは言えず、過失責任を負うものとする（Y4はAへの300億円の融資にかかる取締役会に欠席しているが、最終的にはこれに同意しており、施行規則21条2号イの取締役に該当すると考えるべきである）。

②債務の肩代わり及び担保提供（本件方策）について

原審は関連会社に対する担保の提供にすぎないとして利益供与を否定したが、最高裁は本件方策に基づく債務の肩代わり及び担保提供の実質は、B社が関連会社等を通じてした巨額の利益供与であると断じ、また本件方策はAがB社株をK銀行等に売却するなどと言っている状況の下で、将来Aから株式を取得する者の株主としての権利行使を事前に封じ、併せてAの大株主としての影響力の行使をも封ずるために採用されたものであるから、商294条ノ2第1項の「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」にあたるとした。

子会社・関連会社を通じた利益供与は、利益供与に関する規定が設けられた昭和56年商法改正の段階からすでに問題が認識されていたところであり²⁴、このような場合においても親会社取締役の利益供与にかかる責任を否定すべきで

23 相澤＝郡谷「新会社法関係法務省令の解説（2）株式・新株予約権・社債」商事法務1760号（2006年）12頁。

24 竹内・前掲など。

はないことは、いうまでもない。

刑事事件においても、このような場合には形式よりも実質を重視して判断している。例えば、総会屋に対する迂回融資において系列会社を用いた融資が返済されなかったことによる損害が最終的に銀行に帰属したケースについて、実質的には当該融資に対する銀行の債務保証にあたり銀行の計算においてなされたものとして、銀行取締役らの利益供与罪を認めた東京地判平成11年9月8日判例タイムズ1042号285頁（第一勧銀事件）がある。

本件は形式的に見れば、たしかに原審の言うように関連会社に対する担保の提供でしかない。しかし実質的には、関連会社をB社の手足として、A側に利益供与したものであると見てよい。従って、本件方策の利益供与を認めた最高裁の判旨は妥当である。