慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔商法五一〇〕会社の代表取締役が、在任中に別会社の事実上の主宰者として行った取引について競業避止義務違反が認められ、本人及び同居親族の会社の役員報酬を基礎に損害額とするのが相当であるとされた事例(名古屋高裁平成二〇年四月一七日判決)
Sub Title	
Author	重田, 麻紀子(Shigeta, Makiko) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2010
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.83, No.11 (2010. 11) ,p.71- 85
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20101128-0071

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

会社の代表取締役が、在任中に別会社の事実上の主宰者として行った取引について競業避止義務違反が認められ、本人及び同居親族の会社の役員報酬を基礎に損害額とするのが相当であるとされた事例

〔商法　五一〇〕

（名古屋高裁平成二〇年四月一七日判決〔確定〕
平成一九年(ネ)第一〇一六号損害賠償請求控訴事件
金融・商事判例一三二五号四七頁）

〔判示事項〕

一　会社の代表取締役が事実上主宰する別会社を利用して競業取引を行った場合における同人に対する競業避止義務違反に基づく損害賠償請求において、代表取締役個人及びその家族の報酬合計額の五割を損害額と推定するのが相当である。

二　会社の代表取締役が、別会社を利用して競業取引を行った場合において、当該代表取締役と別会社の法人格が異なることを否定して、当該代表取締役と同じ限度で別会社にも損害賠償責任を負担させるのが相当である。

〔参照条文〕

平成一七年改正前商法二六六条四項（会社法四二三条二項、平成一七年改正前商法五二条（会社法三条）、民法三三条

〔事　実〕

X株式会社は、製綿とその販売を業として昭和二二年にAが設立した会社である。AがX社の代表取締役を退任した後は、Aの長男Y_1、次男B及び三男Cが中心となってX

社の業務に従事していた。Y_1は、昭和五三年七月二一日にX社の取締役に就任し、昭和六二年五月八日から平成一六年四月二八日までその代表取締役であった。

X社は、平成五年頃、Y_1、B及びCが共有する土地にコンテナを設置して、貸コンテナ事業を開始し、以来、コンテナ倉庫の賃貸及びリース業を行っていた。X社は、農業協同組合員を顧客とする小売業を営むP株式会社と洋布団を製造するQ株式会社の関連会社を有していた。P社は顧客である農協組合員の土地をコンテナ設置場所として賃借し、農協との交渉を担当していたのはY_1であった。他方、Q社は、平成九年頃から貸コンテナ事業を開始していた。

平成一三年七月五日、Y_1の親族（長女D、次女E及び長男の妻F）が出資して、コンテナ倉庫の賃貸及びリース業を行うY_2有限会社が設立された。DがY_2社の代表取締役に、E及びFが取締役に就任し、その後、平成一四年二月一一日にY_1及びY_1の長男Gが、同年一〇月八日にY_1の妻Hがそれぞれ取締役に選任された。Y_2社による貸コンテナ事業は、P社の顧客である農協組合員の土地を賃借することにより必要な土地を調達することで行われ、その際、賃借人の名義はX社、連帯保証人はY_1で、賃料はX社の銀行口座を通じて地主に支払われていた。また、Y_2社のコンテナの仕入れ先、運搬、工事等の委託先、会計事務所等もX社が委託している業者と同じであった。

平成一六年一月、Y_1はB、Cに次のような提案をした。すなわち、Y_1がX社代表取締役を退任してX社とQ社から貸コンテナ事業を譲り受けるとともに、Q社の株式もY_1側が全部取得し、B及びCはX社と他のグループ会社の株式を取得するという内容であった。BとCは、Y_1がX社代表取締役を退任することについては承諾したものの、X社とQ社から貸コンテナ事業を譲り受け、X社のグループ会社を事実上分割することについては反対し、合意に至らなかった。その後、平成一六年四月二八日、Y_1がX社の代表取締役を退任し、Cが後任の代表取締役に就任した。

以上に対し、X社は、Y_2社がX社の事業と競合する貸コンテナ事業を営んできたことに関して、Y_1はY_2社の事実上の主宰者であるとして、Y_1及びY_2社に対し、主位的には、X社とY_1間の委任関係またはその類推に基づいてコンテナの引渡しとY_2社が貸コンテナ事業により得た利益の返還を求め、予備的には、Y_1の競業避止義務違反または不法行為を理由にした損害賠償の支払いを求めて本訴を提起した。

原審判決は（名古屋地判平成一九年一〇月二五日・判タ一三二五号五四頁）、X社の主位的請求について、「単に会

社の取締役の関係にあれば会社が取締役に対し引渡請求ができるとはいえない」などとして棄却した。他方、予備的請求については、Y_2社の貸コンテナ事業はY_1の存在なくして成立せず、Y_1がY_2社の代表取締役でもなく出資持分を有していなくても、Y_2社の事実上の主宰者に該当し、X社に対する競業避止義務違反が認められるとして、損害賠償責任を負う旨判示した。そして、X社の損害につき、Y_1がY_2社から得た報酬額（同居の親族が受領した報酬額とY_1が受領した報酬額の六割に相当する額）であるとした。

以上の原審に対して、X社とY_1双方が控訴した。

〔判　旨〕

主位的請求についてはいずれも理由がないとして認めず、予備的請求については以下の通り判示した。

一、「①Y_1はY_2社の出資持分を有していないが、Y_2社の運転資金の多くはY_1からの借入に依っていること、②コンテナの敷地となる土地の賃貸借について、Y_1が連帯保証人になっていること、③Y_1はX社で貸コンテナ事業を担当していたところ、Y_2社においては、貸コンテナ事業で重要な土地の賃貸借契約をY_1が担当し、土地の貸主の紹介、貸コンテナの設置作業、仲介及び集金などについてはX社が利用してきたのと同一の業者を利用していること、④Y_2社の事務所はY_1の自宅であり、これはY_1の取締役在任中のX社及びQ社の貸コンテナ事業の事務所と同一であることなどからすれば、Y_2社においては、資金調達、信用及び営業についてY_1が中心的役割を果たしているといえる。これにY_2社に出資し業務に従事しているのがY_1の家族であることからすれば、Y_1はY_2社を事実上主宰して、Y_2社において貸コンテナ利用に係る賃貸借契約をして、競業避止義務に違反したというべきである。」

二、「Y_1が競業避止義務違反によって得た利益は、役員報酬又は給与手当が役務の対価又は労務の対価であり、Y_2社においてY1が資金調達、信用及び営業について中心的役割を果たしていることに鑑みれば……Y_1及びその家族の報酬……の合計額の五割とするのが相当である。」

三、「Y_2社は、Y_1とは別個の法人格を有している。しかし、Y_1はY_2社を事実上主宰していること、Y_2社をして貸コンテナに係る賃貸借契約をさせることによりY_1に競業避止義務違反による責任が生じることを潜脱しようとしたこと、上記賃貸借契約による利益はY_2社に帰属することからすれば、本件においては、Y_1とY_2社の法人格が異なることを否定して、Y_2社にもY_1と同じ限度で競業避止義務による損害賠償

責任を負担させるのが相当である。」

〔研　究〕

判旨の理論構成に疑問。

一、本判決は、会社の代表取締役が同人の親族が出資・設立した競業会社の事実上の主宰者として競業取引を行ったとして、競業避止義務違反を認めたうえで、平成一七年改正前商法二六六条四項（会社法四二三条二項）に基づき、競業会社から当該代表取締役とその親族が受領した報酬総額のうち五割が会社の損害額であると推定されると判示する。さらに、本判決は、競業会社の法人格を否認し、競業会社に対しても競業避止義務違反に基づく損害賠償責任を認める。取締役の競業避止義務を問題とする裁判例は過去においてそれほど多くない中で、いずれの説示事項も、従来の判例とは異なる新しい判断を多分に含んでいる。

事実上の主宰者に競業避止義務違反を認めた裁判例は過去にもあるが、判旨一は、それらの事案と異なる要素を含んでおり、また、判旨二においては、競業避止義務違反における損害額の推定規定の適用自体が珍しいうえ、この点に関しては注目すべき考え方を説示している。本稿は判旨一及び二を中心に検討を進めるが、判旨三で競業会社の法人格を否認して同会社の競業避止義務違反を認めている点に関しても若干の検討を加える。

二、（1）　会社法上、取締役は、「自己又は第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするとき」は、株主総会（取締役会設置会社では取締役会）で取引の重要な事実を開示し、その承認を得なければならない（三五六条一項一号、三六五条一項）。本規定は、取締役の競業避止義務を定め、平成一七年改正前商法二六四条を引き継いだものである。本規制は、会社の業務執行に際して営業秘密を知り得る立場にある取締役が、会社の事業と競合するような取引に従事すると、本来会社にとって有益な情報や取引先等を競業取引のために利用するおそれがあるために設けられている。

判旨一は、競業会社であるY_2社の取締役に就任したY_1が、右手続を踏まずにY_2社のためにX会社の貸コンテナ事業に係る取引をしたとして競業避止義務に違反したとする。この判示は、Y_2社がY_1の存在なくして成り立たないという具体的事情に鑑みて、Y_1がY_2社の事実上の主宰者であると判断したことに基づいている。すなわち、判旨一は、会社の取締役が、競業会社の事実上の主宰者として無断で当該競業会社を利用して競業取引を行うことは、競業避止義務違

反にあたるとする。

本事案の問題点は、会社法三五六条一項一号が、あくまでも取締役が競業取引の主体であることを前提としているのに対し、本件では、Y_1が形式上、当該競業取引の主体となっていないために、本規定を端的に適用することができないという点にある。そこで、判旨は、Y_1に競業規制を及ぼすために、Y_2社の代表取締役ではないY_1をY_2社の事実上の主宰者、換言すれば、事実上の代表取締役であるとして構成するのであろう。

(2) 「事実上の主宰者」とは、概して言えば、取締役を背後から指揮し操る経営指揮者のことを指すが（中村信男「判例における事実上の主宰者概念の登場」判タ九一七号一一三頁）、その意味内容に関しては、適用要件の問題として判例及び学説において議論がある。

本件と同じように、過去の裁判例においても、会社取締役が競業会社の代表取締役でなくても、その事実上の主宰者（事実上の代表取締役）であるとして、その者に競業規制が及ぶとした事案がある。まず、①東京地判昭和五六年三月二六日（判時一〇一五号二七頁）は、X社の代表取締役Yが、会社と競業するA社の株式の大部分をX社の資金で自ら買収した。Y自らはA社の取締役ですらなかったが、A社において絶対的な存在として君臨し、経営を意のままに動かしていたという事案である。判旨は、そうした事情を踏まえてX社代表取締役Yが競業会社A社において事実上の主宰者であるとしてYの競業避止義務違反を認めた。次に、②大阪高判平成二年七月一八日（判時一三七八号一一三頁）は、X社でワンマン経営を行っていた代表取締役Yが競業会社A社を設立し、自らはA社の取締役に就任しなかったものの、A社を事実上支配していたという事案である。判旨は、競業会社の発行済株式の過半数を保有していないとしても（本人及びその家族で約四四％保有）、A社の役員がYに忠実なX社管理職によって占められており、X社においてはYを批判する者が皆無であったことを踏まえ、YはA社の事実上の主宰者としてその経営を支配してきたといえ、それゆえ、Yは第三者のために競業取引をしてきたというべきであるとして、Yの競業避止義務違反を認めている。

右二判決では、事実上の主宰者概念の適用要件について明示しているとはいえない。だが、取締役が競業会杜の過半数以上の株式を保有していること、または、そうでないとしても取締役が実質的に株主総会を支配していることが要件として認識されているようである。

そこで、本判決がいかなる要件の下にこの概念を用いたのかが問題となる。すなわち、判旨がY_1をY_2社の事実上の主宰者と判断したその根拠である。この点について本判決は、①Y_2社の運転資金の多くはY_1からの借入に依っていること、②コンテナの敷地となる土地の賃貸借について、Y_1が連帯保証人になっていること、③Y_1はX社で貸コンテナ事業を担当していたところ、Y_2社においては、貸コンテナ事業で重要な土地の賃貸借契約をY_1が担当し、土地の貸主の紹介、貸コンテナの設置作業、仲介及び集金などについてはX社が利用してきたのと同一の業者を利用していること、④Y_2社の事務所はY_1の自宅であり、これはY_1の取締役在任中のX社及びQ社の貸コンテナ事業の事務所と同一であり、Y_2社に出資し業務に従事しているのがY_1の家族であること、を挙げている。すなわち、Y_1がY_2社においては、資金調達、信用及び営業について中心的役割を果たしているとして、Y_1がY_2社の事実上の主宰者であると認定する。先述の二判決と比べると、本件は、取締役が競業会社の出資持分を有していない事案である点において異なるが、その他の事情すなわち、Y_1がY_2社の事業活動を牽引していた点に基づいてY_1が事実上の主宰者であることを認定している。事実上の主宰者を認定するにあたり、本件Y_2社はY_1の家族が出資しているY_1の貸付債権を実質上の出資とみることも可能であるから、取締役が競業会社に出資していることが必要条件となるとは考えなくてよいとされている（吉本健一「本件地裁判批」私法リマ二〇〇九〈下〉七六頁、藤原俊雄「事実上の主宰者の競業と損害額の推定」民事法情報二七一号二六頁）。本件のような取締役の競業場面で規制の対象となるのは、まさに競業行為自体であるから、取締役の競業会社への出資比率といった形式的な数値より、取締役が競業会社の個々具体的な事業取引にどれだけ深く関与していたかという点をもって事実上の主宰者であるか否かを判断することは妥当であると思われる。とくに本件は、Y_1がY_2社の取締役に就任していたという事実においてもY_1がY_2社の業務執行に関与しえたことが推察することができる。要するに、判旨が、「事実上の主宰者」を取締役の競業会社の事業遂行への寄与度の大きさだけでもって判断した点は、その適用要件論において新しい説示といえるであろう。

（3） 事実上の主宰者の概念を用いて競業規制の（類推）適用の拡大を図る本判決をはじめ一連の判例に対して、学説においても、判旨の結論に基本的に賛同する主張がなされている（コーエンズ久美子「本件判批」法政論叢四七号

五頁、河内隆史「本件判批」商事法研究七九号一二頁、吉本・前掲七六頁、藤原・前掲二六頁)。取締役が第三者に競業行為をさせる場合に事実上の主宰者のような者にも競業取引規制を類推適用しなければ、取締役が別会社を設立ないしは別会社の株式を保有し、それを基にダミーを使って別会社を運営するなどして容易に競業規制が潜脱されうるから、競業規制における法の趣旨を没却させるべきではないとして、判旨の構成を支持する見解である。

しかしながら、前述の通り、判例において「事実上の主宰者」の適用要件自体につき確固たる基準は未だになく、また、学説においてもその適用要件において議論が集約されているとはいえない。このような議論状況の中で、本件Y_1をY_2社の「事実上の主宰者」として認めていくことは、さらに、Y_1がY_2社の取締役の対第三者責任を負うか否かという問題に発展しかねず、本概念を一人歩きさせてしまうおそれがある。

(4) そこで再度、本件の問題点を整理すれば、会社法三五六条一項一号は競業取引の主体があくまでも取締役であるということが前提となっているから、本件Y_1が、形式上、当該競業取引の主体となっていないために、本規定を適用することができないという点であるといえる。この点を、判旨は、「事実上の主宰者」という概念を用いて、取締役であるY_1が「事実上の主宰者」として第三者であるY_2社のために実質的な代表取締役として競業取引を行っているから、本規定の適用があるとするのである。さらに、会社法上、取締役が「自己または第三者のために」競業取引したことが前提であるから、本件は「第三者のため」に競業取引が行われた場面とするのであろう。もっとも、この「自己または第三者のために」の意味をめぐっては、「自己または第三者の計算において」の意味と解し、当該取引から生じる経済的利益の帰属先が取締役・執行役または第三者であると解する立場(高鳥正夫・会社法の諸問題〔増補版〕四〇七頁、山本爲三郎・会社法の考え方(第七版)二三三頁他多数)と、「自己または第三者の名において」の意味であると解し、当該行為から生じる権利義務の帰属先が取締役自身または第三者(取締役がその代理人・代表者である場合)とする立場(大隅健一郎=今井宏・会社法論中巻〔第三版〕二二八頁)で従来議論がある。この点、本判決からはどちらの立場に立つのか明らかではないが、いずれの説に立っているとしても、判旨は、Y_1が「第三者のために」競業取引を行っていると捉えている。ただ、本件における競業取引の主体はY_2社であり、本来、Y_2社におい

て適法にY_2社のために取引をなし得る者は、代表取締役であるDに限られる。よって、本判決はY_1がY_2社のために取引を行ったものと構成するために、Y_1が事実上の主宰者という概念を用いることで、Dの行為とY_1のそれを同一視しているといえよう。

とすると、判旨が、Y_1がY_2社を実質的に代表・代理して競業取引を行っていると構成しようとするのであれば、Y_2社におけるDの行為をY_1の行為として評価できるかどうか、詳細な検討をすればよかったのではないだろうか。たとえば、Y_2社の代表取締役Dは、Y_1の長女であり、東京に在住しながら名古屋にあるY_2社には月に三、四回程度出社していた程度であるから、Y_1がDに命じてやらせているといった、一種の教唆のような状況をとらえることができれば本規定を類推適用することもできようし（上柳克郎他「取締役の競業に関する事例研究（一七）報告・介入権に関する問題（座談会）」商事法務一〇七三号三八頁（川又良也発言）、または、「事実上の主宰者」概念を介さずとも、判旨の「貸コンテナ事業で重要な土地の賃貸借契約をY_1が担当した」とする点に着目して、「担当」としたということがY_2社を代理して契約を締結していたとか、交渉を行っていたというのであれば、その点を捉えて端的にY_1の競業避止義務違反を認定できたのではないかとの指摘もある（弥永真生「本件判批」ジュリ一三八九号六七頁）。さらに、判旨三でY_2社の法人格を否認することからすれば、Y_1自身を競業取引の主体であるとして捉え、本件において直接的にY_1に競業避止義務違反を認めるべきではなかったか。しかしながら、以上の点について判旨は何ら説示していない。すなわち、判旨のように本件を会社法三五六条一項一号の射程範囲の問題として捉え、本規定の形式的要件をわざわざ「事実上の主宰者」概念を介して解釈せざるを得ないことになるのであれば、そのような実質的な解釈を用いる理由をより丁寧に論じるべきであった。

三、（1）本判決は、右の通りY_1が競業避止義務に違反したとして、Y_1のX社に対する損害賠償責任を認める。取締役が競業避止義務に違反した場合は、当該取引によって取締役または第三者が得た利益の額が、会社の被った損害の額と推定される（会社法四二三条二項）。そこで判旨三は、X社の損害額に関して、平成一七年改正前商法二六六条四項（会社法四二三条二項）に基づいて説示する。すなわち、Y_1自身が得た利益の額を本規定の定める「利益の額」としたうえで、具体的には、Y_2社からY_1及びその親族が受け取っていた役員報酬額の五割であるとした。その根拠として、

Y_2社の事実上の主宰者として中心的な役割を果たしていたY_1がY_2社から得た役員報酬が他の役員の報酬とほぼ同額または低額になっていることは、Y_2社における役員報酬が所得税等の節税対策の結果としてY_1の家族内の利益分配になっているからであるとする。なお、本件原審も基本的には同じ発想だが、原審では同居親族の報酬の六割をもって利益の額とした。これに対し、本判決では、実質的な報酬額を判断するに際し同居の有無を考慮するのは相当とはいえないとして、Y_1の親族が受領した全報酬額を基準とし、Y_1がY_2社の中心的な役割を果たしていたことに鑑みて、その合計額の五割相当をY_1の得た利益とする。

本事案で問題となるのは、Y_2社が貸コンテナ事業の取引により利益を得ていたことが認められず、会社法四二三条二項を適用しても、第三者たるY_2社の利益の額がゼロであり、そのために、本規定でX社の損害額を推定することができなくなってしまう点にある。本規定が、競業取引による会社の損害額の立証を軽減するために設けられているにもかかわらず、形式的に本規定を適用してしまうと、その機能が果たせないということになるわけである。判旨の問題意識もここから出発しているといえる。

この点に関して、本規定の適用が問題となった裁判例は見当たらず、会社の損害額、すなわち競業行為がなければ会社が取得できたであろう利益（逸失利益）について学説においてもほとんど議論がなされていない。そこで、本判決のように四二三条二項を適用する場合、会社の逸失利益につき何をもって算定するかが問題となる。

本規定が適用された事例ではないが、過去に本規定と同様の規定である旧有限会社法三〇条ノ二第四項が適用されたものとして、翻訳事業を行うX有限会社の取締役Yが、X社に無断でA会社を設立し翻訳事業を行ったケースがある。判決では、Yの旧有限会社法二九条一項所定の競業避止義務違反が認められ、そこでは、A社の得た営業利益の額がX社の損害額であると推定されている（東京地判平成二年七月二〇日・判時一三六六号一二八頁）。また、不正競争防止法においても、本規定と同様に、不正競争行為による営業上の利益が侵害された場合、侵害者が侵害行為によって受けた利益の額を損害の額と推定する旨の規定があり（五条二項）、この「利益の額」の意義に関して、純利益の額であるとする従来の判例・通説に対して、粗利益の額であるとするなど主張されている（松村信夫「不正競争防止法五条一項、二項について」知的財産法の理論と実務〔三〕商標法・不正競争防止法三二五頁）。いずれの事案も

会社法四二三条二項の適用事例ではないが、逸失利益に関する従来の判例の考え方と比べると、本判決は、極めて実質的な算定基準を説示したといえる。

（2）そこで、取締役が第三者のために行った競業取引において利益が認められない場合、会社法四二三条二項に基づいて会社の損害額をいかに解すべきかが問題となる。すなわち、本規定をあくまでも形式的に適用し、会計帳簿等に基づき取引より生じた利益を算定すべきか、それとも、本判決のごとく、小規模会社における特殊な利益配分の慣行を考慮して、より実質的に競業取引により得られた利益を算定すべきか、である。

たしかに、Y_2社のような小規模会社においては、会社に実際に利益が存していても、剰余金の配当をせずに、課税上必要経費となる役員報酬として支払われている場合は少なくない（鳥山・「本件判批」金商一三一三号八頁）。とくに、家族・親族のみで運営されている同族会社においては、剰余金の配当ではなく、役員報酬等の形で会社の利益が分配されているとも指摘されている（弥永・前掲六七頁）。判旨もこうした小規模会社の実態・慣行に着目したものと思われ、そのように解することによって本規定の趣旨に沿う結果を導き出せる。小規模同族会社に限定した構成ということであれば弾力的な問題解決の方法とも思われる。

しかしながら、判旨は、本規定が会社にとって画餅とならないように苦慮した上での説示であろうが、文理解釈論としては相当に無理のある解釈であるといえよう（藤原・前掲二八頁）。判旨の構成は、先例に照らしても、あまりに実質論にすぎ、その射程範囲も不明確であるから賛成しかねる。

（3）また、以下の点においても判旨の説示には疑問がある。すなわち、Y_1が「自己又は第三者」のどちらのために競業取引を行ったのかに関して、本判決に一貫性がない点である。本判決は、判旨一の通り、Y_1の行為はY_2社という別法人たる「第三者」のために競業取引を行ったと捉えている。とすれば、会社法四二三条二項の「利益」とは、第三者であるY_2社が取引により得た利益と解することになるはずである。しかし、判旨二では、それをY_1自身が得た利益であるとする。しかも、Y_1に本来支給されてしかるべき額として算出された額をY_1が実質的に得た利益として捉えている。すなわち、本判決は、Y_1による「第三者」たるY_2社のための競業事例としながら、他方、会社法四二三条二項の適用に際しては、「第三者」の得た利益ではなく、「取締役」の得た利益を基にしている点に曖昧さが残る。判旨

が、Y_1がY_2社で受領した報酬額をX社の損害額と推定するのであれば、Y_2社の利益がそのように実質的には報酬として支払われていたことについて説示しなくてはならない。会計帳簿からY_2社が取引を通じてどれだけの利益を上げたのかをまず確定した上で、そのY_2社の利益が実質的には役員報酬として支払われていたという事実を認定すべきである（鳥山・前掲「本件判批」八頁、弥永・前掲六七頁、コーエンズ・前掲一五頁）。つまり、判旨が、Y_2社の利益をY_1が得た利益として構成するのであれば、より説得力のある理由付けが必要であったと思われる。

もっとも、判旨三において、Y_2社の法人格を否認してY_1とY_2社を同視するのであれば、Y_1の利益をもってY_2社が競業取引から得た利益として捉えることもできたのではないかとも思われる。しかし、そのように考えうるとしても、Y_1が得た利益は、あくまでもY_2社における職務の対価であり、それを競業取引自体から生じた利益としてみることはできない（鳥山・前掲「本件判批」八頁、吉本・前掲七七頁）。

判旨は、まず、Y_2社が取引により得た利益が存するのであればそれを明らかにし、そのプロセスを踏んだうえで、そのY_2社の利益がY_1の得た報酬の出所であることを明示すべきであった。そうしなければ、Y_1によるY_2社のための競業取引事例としながら、Y_1の利益をもって会社法四二三条二項所定の利益とみることはできない。

（4）　よって、本規定における利益の算定基準は、あくまでも競業取引の主体が当該取引から得た利益の額と解すべきであるから、競業取引の主体であるY_2社に利益が認められない限り、Y_2社には本規定に基づいて推定される利益の額はなく、X社の損害額はゼロと推定されることになろう。本件は、Y_1らの利益は競業取引によるものではないから、そもそも本規定を適用すべき事案ではないと考えるほかない（鳥山恭一「本件地裁判批」法セ六四九号一二五頁）。むしろ、本件においては、本規定の競業規制の適用の可否を論ずるのではなく、端的にY_1の善管注意義務・忠実義務違反（会社法三三〇条、民法六四四条、会社法三五五条）を認めて、会社法四二三条一項に基づきX社に対する損害賠償責任を認める方が素直な構成であると解する（鳥山・前掲「本件判批」六頁）。具体的には、Y_1は、Y_2社において貸コンテナ事業において、土地の貸主の紹介、貸コンテナの設置作業、仲介及び集金などについてX社が利用してきたのと同一の業者を利用し、Y_2社の事務所はX社の貸コンテナ事業の事務所と同一であるなど、Y_1がX社において

勝手にX社の得意先やノウハウを利用して同一事業を他で展開していたのであるから、Y_1はX社に対する善管注意義務・忠実義務に違反し、X社に対して損害賠償責任を負うと解される。この点、善管注意義務と忠実義務との関係につき異質説に立つ見解からはもとより、わが国の通説・判例（最判昭和四五年六月二四日民集二四巻六号六二五頁）が採る同質説の立場からも、委任契約上の善管注意義務は、取締役に単なる注意の程度を定めたにとどまらず、常に委任者のために行動することも要求していると解することができるのであるから、Y_1の一連の行動はX社のためにしたものとはいえない（宮島司・新会社法エッセンス〔第三版補正版〕二一四頁）。よって、異質説、同質説いずれの立場に立とうが、本件は、Y_1がX社の犠牲においてY_2社の利益を図っていたといえるから、Y_1の行為は善管注意義務・忠実義務違反と評価することができる。

（5）　このように解すると、本件において原告会社に会社法四二三条二項のメリットを享受させない結果となり、本規定の趣旨を没却することになりうる。しかし、実際には、本規定が適用されたとしてもその機能が必ずしも有効に発揮されるとは限らない。蓋し、特に本件のように、取締役が第三者たる競業会社のために競業取引を行ったケースにおいては、取締役が第三者のために行った取引を特定する必要があり、原告会社において「第三者の得た利益」を立証することは困難を伴うことになるからである（北村雅史・取締役の競業避止義務一四五頁）。原告が競業による逸失利益の額を立証することができる場合は、競業会社において営業利益の立証に必要な帳簿や書類が信頼できるものとして作成されており、かつ、それへのアクセスが可能である事案に限られることになろう（北村・前掲一四五頁）。すなわち、現行法が、競業の場面における当事者間の利益を調整する実効的な機能を備えているとは言い切れないのである。

（6）　また、私見のように解すると、X社がY_1に対して任務懈怠責任（会社法四二三条一項）を追及するためには、善管注意義務・忠実義務違反としての任務懈怠を主張・立証していかねばならないことになる。その立証内容は、Y_1による帰責事由（過失）の主張・立証と重なることが指摘されているが、損害額の立証については依然としてX社が負うため、被競業会社であるX社の負担が大きくなることが懸念される。しかし、損害額の立証の問題に関しては、民事訴訟法二四八条に基づき裁判所が相当な損害額を認定することで算定することで立証の軽減が図られると解され

る（鳥山・前掲「本件判批」八頁、小菅成一「本件判批」税務事例四二巻六号五三頁）。

民事訴訟法二四八条によれば、損害の発生が認められ、損害の性質上その額の立証が極めて困難である場合は、裁判所が相当な損害額を認定することができると定められている。もっとも、右規定においては、その適用範囲の問題、すなわち、損害の発生が認められるにもかかわらず、その額の立証が極めて困難である場合について判断する合理的な基準をめぐり議論がある。立法担当者によれば、本規定の趣旨は、自由心証主義（民事訴訟法二四七条）の例外として、損害額について証明度を軽減した規定であると解し、本規定の具体的な射程範囲として、慰謝料や幼児の逸失利益などを挙げる（法務省民事局参事官室・一問一答新民事訴訟法二八七頁）。その他、学説及び判例においても、本規定が適用される事案として家屋焼失による家財損害、入札談合など独禁法違反による自治体住民や消費者の被る経済的損害の場合が挙げられている（加藤新太郎「相当な損害額の認定」ジュリ一一六六号一〇七頁、伊藤眞・民事訴訟法第三版三一九頁）。すなわち、損害の性質上、それを金銭的に確定評価することが不可能または不可能に近いものが該当するとされている（伊藤滋夫「民事訴訟法二四八条の定める『相当な損害額の認定』（上）」判時一七九二号四頁）。

取締役が行った競業取引につき不法行為責任が認められた過去の裁判例において、民事訴訟法二四八条を適用して会社の逸失利益を認定したものがある。大阪高判平成一〇年五月二九日（判時一六八六号一一七頁）は、会社の売上の減少による損害額ではないが、取締役らが会社の社会的、経済的信用を減少させた行為につき、損害の発生が認められるとして、民事訴訟法二四八条を適用し、また、大阪地判平成一四年一月三一日（金商一一六一号三七頁）は、会社の取締役が、会社の取引先の商権を奪取すべく、在職中から競業会社の設立準備をし、退職後に、前記取引先が会社との直接取引を停止することに加担していた行為につき、取締役の不法行為責任を認め、会社は、取引先を奪われたことにより、得べかりし利益を喪失したといわざるを得ず、この損害を具体的に立証することは極めて困難であるから、民事訴訟法二四八条を適用して損害額を評価せざるを得ないとしている。

本件において、X社の受けた損害は、Y_2社による競業行為がなければ、従前の取引先との取引によって得られたであろう利益であるから、不確定要因の多い不確実な事実に

基づくものであり、その算定に評価的要素を含む性質を有する。また、競業取引による会社の損害のように、いわゆる経済的損害については、損害額の証明の前提となる損害の発生についても証明が困難であることが一般的である（渡邊知行「民事訴訟法二四八条に関する判例をめぐって」法政論集二二七号六七頁）。民事訴訟法二四八条が、額の立証が極めて困難である場合に損害額の証明度を軽減する規定であるとすれば、本件はX社において逸失利益を証明することが極めて困難であり、競業主体であるY_2社が得た利益も確定ができないのであるから、本条の適用が及ぶ場面であろう。つまり、本件においてX社の損害の発生は認定されているのであるから、X社の逸失利益の損害額は、民事訴訟法二四八条の下で認定されてしかるべき事案である。

四、最後に、判旨**三**について若干の検討を付け加えておきたい。判旨**三**では、Y_1がY_2社を事実上主宰していること、Y_2社をして貸コンテナに係る賃貸借契約をさせることによりY_1に競業避止義務違反による責任が生じることを潜脱しようとしたこと、上記賃貸借契約による利益はY_2社に帰属することなどから、Y_2社の法人格を否認し、Y_2社にもY_1と同じ限度で競業避止義務による損害賠償責任を認めている。このように、取締役が競業会社に出資持分を有していなかったにもかかわらず、法人格否認の法理を適用した点ではおそらく初めての判断とされている（弥永・前掲六七頁）。

法人格否認の法理は、法人格が全く形骸化している場合、または、法人格が脱法の手段として濫用される場合に会社背後者の民事責任を追及するものであるが、本件の場合は後者の場合に該当するとしたのであろう。一方、本件地裁は「Y_1自身が、競業避止義務違反に当たる事業を、Y_2会社の計算で行ったとして、Y_2社の行為が問題となるに過ぎず、Y_2会社はX会社に競業避止義務を負っているわけではない」として、Y_1による法人格の濫用はなく、法人格否認の法理を持ち出す場面ではないとする。そもそも法人格否認の法理は、その適用範囲や要件に未だ明確でないところもあり、既存の法理では解決しえないような場合に、初めて最終手段として持ち出すべきである（江頭憲治郎・株式会社法第三版四一頁、宮島司・前掲一〇頁）。この点、本判決は、Y_1の競業避止義務違反を問えるとしており、また、Y_1のX社に対する善管注意義務・忠実義務違反を問う余地もあると考えられるから、本法理を用いる場面ではないであろう。判旨が再三繰り返しているように、Y_2社には利益がないのであるから、あえて本法理を持ち出して、資力があるとはいえないY_2社に損害賠償責任を負わせる必要性は

ない。

五、本判決は、現行の競業規制全般に問題提起をした点で大きな意味を持つものといえる。とくに、競業取引による利益を明らかにするのが困難な場合の会社の救済方法に関し、会社法四二三条二項の限界も含めて課題を露呈したことである。不正競争防止法五条二項でも、同様の問題点を抱えており、侵害者が利益を上げていない場合や侵害者の利益が小さい場合は、逸失利益に見合った賠償がなされず、十分に被侵害者が救済されない可能性があると指摘されている（経済産業省知的財産政策室編著・逐条解説不正競争防止法（平成一八年改正版）一〇八頁）。会社法四二三条二項を適用することができない競業場面として、昨今急増している従業員の引抜き事案でもそうであるが、被競業会社による損害額の立証の負担や証明に要するコストを軽減し、その救済を図る議論を深める必要がある。

＊なお、本判決の評釈としては、本文で掲げた以外に、金谷勇佑「本件判批」CHUKYO LAWYER 一二号四一頁がある。

重田　麻紀子