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

Title	〔商法五九一〕営業者の匿名組合員に対する善管注意義務違反がないとされた事例(東京高判平成二七年一月二一日)
Sub Title	
Author	藤田, 祥子(Fujita, Sachiko) 商法研究会(Shōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.11 (2018. 11) ,p.83- 92
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=AN00224504-20181128-0083

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

〔商法　五九一〕　営業者の匿名組合員に対する善管注意義務違反がないとされた事例

（東京高判平成二七年一月二一日
平成二五年(ネ)第七〇六五号損害賠償請求事件
一部請求棄却、一部請求認容（上告）
金融・商事判例一五〇三号一〇頁）

〔判示事項〕

匿名組合員と営業者又はその利害関係人との利益が相反する取引が行われた場合において、その取引が、営業者がその営業の遂行に当たりその地位を利用して出資者である匿名組合員の犠牲において自己又は第三者の利益を図るものと認められるときは、営業者は匿名組合員に対して負う善管注意義務に反することになるものと解される。

〔参照条文〕

商法五三五条

〔事　実〕

Xは、不動産賃貸業、資産運用に関するコンサルタント業等を目的とする株式会社であり、その取締役である甲の個人資産管理会社である。Y_1会社は、総合コンサルティング業、投資業等を目的とする株式会社であり、Y_2が代表取締役である。Y_3は、Y_2の弟であり、パソコンの解体業務の受託等を目的とするA株式会社（以下「A」という）の代表取締役であった。

Xは、平成一九年六月一日、Y_1会社との間で、Xを匿名組合員、Y_1会社を営業者として、Y_1会社が有価証券の取得、

保有及び処分等の事業を営むためにXが三億円の出資をし、Y_1会社がXに上記事業から生じた損益の全部を分配する旨の匿名組合契約（以下「本件匿名組合契約」という）を締結し、同月二七日、本件匿名組合契約に基づき、Y_1会社に出資金三億円を支払った。

Y_2は、Aのパソコンリサイクル事業を物流センター事業等を行う東京証券取引所第一部上場の株式会社B（以下「B」とする）との共同事業とすることを計画し、平成一九年八月までに、公認会計士からその手法について提案を受けた。その手法は、Aのパソコンリサイクル事業を新設分割により設立する株式会社に承継させ、Y_2及びY_3に割り当てられる同社の株式を更に別に設立する株式会社が譲り受け、両社が合併するというものであった。

Aは、平成一九年一〇月二六日、新設分割により設立するCにAの事業のうち、パソコン・OA機器・ゲーム機等の受託解体事業、古物売買事業を承継させた。Y_2及びY_3は、上記新設分割の際にCが発行する株式（以下「本件株式」という）を全部取得し、Y_3はCの代表取締役に、Y_2は取締役に就任した。

平成二〇年一月七日、Y_1会社、Y_3及びBの出資により、Dが設立された。Y_3はDの代表取締役に、Y_2は取締役に就任した。Dの設立時の出資額は、Y_1会社が八〇〇〇万円、Y_3及びBがそれぞれ一〇〇〇万円であった。

Y_1会社は、Dの発行する新株予約権付社債を引き受け、平成二〇年一月二三日、一億円を払い込んだ。Dの設立時のY_1会社の出資及び上記新株予約権付社債の引受けには、Xが本件匿名組合契約に基づき出資をした三億円の一部が充てられた。

Dは、平成二〇年一月二三日、Y_2及びY_3から、本件株式の全部を合計一億五〇〇〇万円で購入し（以下「本件株式取得」という）、Cを完全子会社とした上で同月二四日、Cを吸収合併する合併契約を締結した。Cは、Y_4（経営、経理及び財務に関するコンサルテーション業務等を目的とする株式会社）の指導の下、事業計画である三年間の損益計画（以下「本件損益計画」という）を策定した。

本件株式取得の代金額は、Cから依頼を受けたY_4が本件損益計画を前提として作成した平成二〇年一月一〇日付けの株式価値評価書（以下「本件評価書」といい、これによるCの株式の評価を「本件株式評価」という）に基づいて定められた。平成二〇年三月一日、前記合併の効力が発生し、Dの商号がCに変更された（以下、Cの新設分割、Dへの出資及び払込み並びにDによるCの株式取得及び合併

を併せて「本件スキーム」という）。

Y_1会社は、本件匿名組合契約の定めに従い、管理報酬として、各六〇〇万円を、平成一九年七月五日、平成二〇年一月七日、平成二一年一月五日及び平成二三年一月七日に、出資金から取得した（合計二四〇〇万円）。

Y_1会社は、平成二〇年一〇月、Xの要求に応じ、出資金のうちの五〇〇〇万円をXに返還した。また、Y_1会社は、平成二一年四月三〇日、吸収合併したCの新株予約権付社債の一部が償還されたことに伴い、出資金のうちの三〇〇〇万円をXに返還した。

Xは、Y_4が本件株式の価値を約一億五〇〇〇万円と不当に高額に評価した上で、DがCの全株式を一億五〇〇〇万円でY_2及びY_3から買い受ける等のスキームにより、Y_1会社らがXの承認を受けないでXの出資金のうち一億五〇〇〇万円をY_2及びY_3に取得させる利益相反行為を行い、匿名組合の営業者としての善管注意義務及び忠実義務に違反し、出資金を詐取したと主張して、(1)Y_1会社らに対し共同不法行為に基づく損害賠償として、前記一億五〇〇〇万円及び弁護士費用一五〇〇万円の合計一億六五〇〇万円並びにこれらに対する不法行為後の日である平成二〇年一月二三日から支払済みまで民法所定年五分の割合による遅延損害金の遅滞支払を求めるとともに、選択的にY_1会社に対しては債務不履行に基づく損害賠償として、Y_2に対してはY_1会社の取締役としての任務懈怠があったとして会社法四二九条一項に基づく損害賠償として、同金員の連帯支払を求め、(2)Y_1会社及びY_2に対し、Y_1会社に対しては債務不履行による損害賠償又は不当利得の返還として、Y_2についてはY_1会社の取締役としての任務懈怠があったとして四二九条一項に基づく損害賠償として、上記匿名組合契約に基づく管理報酬相当額二四〇〇万三六〇〇円及びこれに対する訴状送達の日の翌日である平成二四年五月三日から支払済みまで民法所定年五分の割合による遅延損害金の連帯支払を求め、さらに、(3)Y_1会社に対し、上記匿名組合契約の終了に基づき、清算金五七九三万二〇〇〇円及びこれに対する訴状送達の日の翌日である平成二四年五月三日から支払済みまで民法所定年五分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

原審（東京地判平成二五年一一月二七日金融・商事判例一五〇三号一八頁）は、(1)から(3)のいずれの請求も棄却したことからXが控訴した。

〔判　旨〕

一部請求棄却、一部請求認容。

「匿名組合については、商法上、会社法三五六条一項二号の取締役・会社間の直接取引又は同項三号の会社と取締役との利益が相反する取引（間接取引）をするには株主総会又は取締役会の承認を受けなければならない旨の定めや、信託法三一条一項四号の第三者との間において信託財産のためにする行為であって受託者又はその利害関係人と受益者との利益が相反することとなるものを禁止する定めのような規定は、設けられておらず、本件匿名組合契約においても、営業者ないしその関係者と匿名組合員との利益が相反する取引を規制する条項は定められていない。したがって、匿名組合の出資者である匿名組合員と営業者又はその利害関係人との利益が相反する取引が行われても、そのことが、直ちに法令に違反し、又は、本件匿名組合契約上の義務違反行為に当たると解することはできないし、この場合に匿名組合員に承認を得なければならない義務を負うものともいえない。しかし、匿名組合員と営業者又はその利害関係人との利益が相反する取引が行われた場合において、その取引が、営業者がその営業の遂行に当たりその地位を利用して出資者である匿名組合員の犠牲において自己又は第三者の利益を図るものと認められるときは、営業者は匿名組合員に対して負う善管注意義務に反することになるものと解される。」

「……本件スキーム実行後、結果的にXに損失が発生したことが認められるとしても、本件スキームの実行時点において、本件損益計画に合理性がないとは認められず、本件株式評価にも合理性がないとは認められないことは、……判示のとおりであって、Xの主張するY1会社に図利目的があったことを認めるに足りる証拠はなく、営業者であるY1会社がその営業の遂行に当たりその地位を利用して出資者である匿名組合員であるXの犠牲において自己又は第三者の利益を図ったものとは認めるに足りる証拠はない。」

「……判示に照らせば、Y1会社が管理報酬を取得することについては、法律上の原因を欠くものとは認められないというべきである。」

「本件匿名組合契約が平成二三年一二月末日をもって終了したこと、本件匿名組合の財産のうち……払い戻すべき出資金は……合計五七九三万二〇〇〇円を下回るものでないことが認められ、これを覆すに足りる証拠はない。

のみならず、……Y1会社がXに上記合計五七九三万二〇〇〇円を支払うことで清算することについて、Y1会社とX間において合意が成立したことも認められるのである。」

以上のように、本判決は、(1)から(3)の請求のうち(3)の請

求が認容された。その後、最高裁に上告され、最高裁（最判平成二八年九月六日金融・商事判例一五〇三号二頁、集民二五三号一一九頁、判例時報二三二七号八二頁、判例タイムズ一四三三号五五頁）は、(1)の請求（上告受理の申立ての相手方となっていないY_4に対する請求除く）を棄却して同部分につき原審に差し戻し、(2)の請求については上告を却下した。(3)の請求については、Y_1会社から上告ないし上告受理の申立てがなく、審判の対象とならなかった。そこで、本研究は(1)の請求に限定して行うものとする。

最高裁の(1)の請求に対する判旨は以下の通りである。

「前記事実関係によればY_1会社らは、Y_1会社が資本金の八割の出資をするDの設立時において、DがY_2及びY_3から本件株式の全部を購入するという本件売買契約を締結することを予定し、Y_1会社の代表取締役の弟であるY_3においてDの代表取締役としてこれを実行したものというべきである。そして、Y_1会社が、本件売買契約の締結を予定してDの設立時に出資をし、その発行する新株予約権付社債を引き受け、Dに本件売買契約を締結させるという一連の行為は、これによりY_1会社に生ずる損益が本件匿名組合契約に基づき全部Xに分配されることに鑑みると、本件売買契約の買主であるDの利益・不利益がY_1会社を通じてXの利益・不利益となることから、本件売買契約の売主でありY_1会社の関係者であるY_2及びY_3とXとの間に実質的な利益相反関係が生ずるものであるといえる。

また、本件売買契約の売主が、買主であるDの取締役や代表取締役であること、本件株式に市場価格はない上、Xが本件売買契約の代金額の決定に関与する機会はないこと、Dの設立時のY_1会社の出資及び上記新株予約権付社債の引受けの合計額は一億八〇〇〇万円であり、本件売買契約の代金額は一億五〇〇〇万円であって、いずれも本件匿名組合契約に基づく出資額の二分の一以上に及ぶものであることに照らすと、上記一連の行為はXの利益を害する危険性の高いものというべきである。

以上によれば、Y_1会社が上記一連の行為を行うことは、Xの承諾を得ない限り、営業者の善管注意義務に違反するものと解するのが相当である。」

なお、裁判官木内道祥の補足意見がある。

〔研　究〕

一　匿名組合契約とは、商人（営業者）が、その営業のために他の者（匿名組合員）から出資を受け、その者に対して、営業から生ずる利益の分配を約する契約である（商五

三五条）。匿名組合員の営業は法律的には営業者の単独の営業であり、営業財産は匿名組合員の出資も含めて営業者の財産となる。また、匿名組合契約は、匿名組合員と営業者との間で締結される二当事者間の契約であって、多数当事者の法律関係を生じさせない。民法上の組合、合資会社、消費貸借、信託などと類似するが、それらと異なる一種特別の無名契約ないし商法独自の契約と解されている（鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法〔全訂第二版〕』二六頁）。

上告審は、匿名組合契約の営業者が匿名組合員に対して善管注意義務を負うことを初めて示した最高裁判決として意義があり（中野琢郎〔本件上告審判批〕ジュリスト一五〇八号一〇五頁、小林量〔本件上告審判批〕判例評論七〇七号一五六頁）、本判決は、その原審である。

本件における(1)の請求を判断するにあたっては、まず、営業者が匿名組合員に対して善管注意義務を負っているのか否かということが問題となる。営業者の匿名組合員に対する善管注意義務については、明文の規定がない。しかしながら、一般に匿名組合の営業者が、善良な管理者の注意をもって営業を遂行しなければならないと学説は解している。営業者が善管注意義務を負う根拠について、通説は、匿名組合の内部関係には民法の組合の規定（民法六七一条、六四四条）が類推適用されるから、善管注意義務を負うとする（近藤光男『商法総則・商行為法〔第七版〕』一七七頁、森本滋『商行為法講義〔第三版〕』一〇〇頁）。これに対し、営業者に対する出資の移転を信託法上の信託の結果として、営業者は信託法を根拠として善管注意義務を負うとする見解もある（田中誠二『新版商行為法〔再全訂版〕』一六四頁）。

原審、本判決、上告審は、一貫して匿名組合契約の営業者が匿名組合員に対して善管注意義務を負うことを肯定しているが、いずれも明確な根拠は示されていない。しかしながら、本件高裁においてXは、営業者は、匿名組合員に対し、組合規定の類推適用により、善管注意義務を負っている（民法六七一条、六四四条）と主張しているところ、本判決では特に条文を示すことなく善管注意義務を負うことを前提としているのは、Xの主張に対して特に反対ではないことの証左とも受け取れる。なお、上告審については、通説に従ったものと推察されるとする見解（高橋英治〔本件上告審判批〕法学教室四三七号一四三頁）といずれの根拠からも説明可能と思われるとする見解（中野・前掲一〇五頁）がある。

二　次にどのような場合に善管注意義務違反となるかが問題となる。本件では原審から一貫して利益相反取引との関連が主張されてきた。競業避止義務に関して明文の規定はないが、営業者が善管注意義務を負う結果として、反対の特約のない限り、一般的に競業避止義務を負うと解されている（西原寛一『商法総則・商行為法（商法講義Ⅰ）〔改訂版〕』一三九頁、近藤・前掲一七八頁）。

これに対し、利益相反取引の避止義務に関しては明文の規定がないだけでなく、今まで議論されてこなかった。利益相反行為を調整する規律が置かれていない理由としては、匿名組合員に損失を加えるような危険な行為は営業者自らの損失にもかかわるがゆえに、営業者はそのような行為を積極的に行うはずがないという発想があるからであるとする見解（土岐孝宏〔本件上告審判批〕法学セミナー七四六号一一九頁）や出資者により拠出された財産は営業者の固有財産となるので、出資者と営業者の間での利益相反行為というようなものは法的に存在しないと考えられたからであるという見解（小林・前掲一五八頁）がある。また、競業避止義務と利益相反行為の避止義務をパラレルに考えるならば、営業者は、善管注意義務の内容として、一般的に利益相反行為の避止義務を負うという解釈に繋がりやすいという指摘もある（中野・前掲一〇五頁）。

原審及びその判断枠組みを踏襲する本判決は、利益相反の避止義務に関する規定もなく、契約上も承認を要するとしていないところから、原則として承認を得る義務を負わないとしつつ、その取引が、営業者がその地位を利用して匿名組合員の犠牲において自己又は第三者の利益を図るものと認められるときは、営業者は善管注意義務違反となると構成する。原審、本判決に関しては、そもそも匿名組合の営業者が匿名組合員に対して、善管注意義務とは別個の忠実義務を負うかが争われており、いずれの裁判所も忠実義務が別個存在する旨のXの主張を認めなかったとする見解がある（原弘明〔本件上告審判批〕私法判例リマークス五五号（二〇一七〈上〉）九五頁）。原審においてXは、Y_1会社には、本件匿名組合の営業者として匿名組合員の財産を善管注意義務を持って管理、投資し、匿名組合員の利益のために忠実に投資取引を行う義務があると主張している。これに対し、Yらは、営業者はX主張の忠実義務を負うものではなく、民法六四四条から善管注意義務とは異なる忠実義務が発生することはないと主張している。つまり、Xの上記主張をYらがそのように解したと考えられる。

本判決においてXは、「関係法令上も、営業者は、匿名

組合員に対し、組合規定の類推適用により、委任の規定の善管注意義務を負っており（民法六七一条、六四四条）、株式会社の取締役が負う忠実義務は、善管注意義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまり、通常の委任関係にともなう善管注意義務と別個の高度な義務を規定したものでなく、取締役の利益相反取引に関する規制は忠実義務の具体化であると解されるから、匿名組合に関する利益相反取引規制がないとしても委任契約における善管注意義務の内容として利益相反取引が規制されている」と主張している。この主張は、分かりにくいが、取締役の善管注意義務と忠実義務を同質のものと捉え、忠実義務の内容として利益相反行為の避止義務があるとした上で、匿名組合の営業者の善管注意義務の内容に利益相反行為の避止義務が含まれるとの主張であって異質説に立ったものとは思われない。かえって、原審、本判決の営業者が匿名組合員の犠牲において自己又は第三者の利益を図る場合、善管注意義務違反となるとする判断の方が異質説を前提にしているように読める（土岐・前掲一一九頁。米国会社法にいう忠実義務に類する考え方を持ち出したとする）。ただし、判旨からは何を根拠としたのか明確ではない。

原審、本判決では、営業者がその地位を利用して匿名組合員の犠牲において自己又は第三者の利益を図っているか否かを判断するにあたり、本件評価書や本件スキーム等に合理性があるか否かを検討している。その上で、いずれも合理性を欠くものであるとはいえないとし、Y_1会社に善管注意義務違反を認めなかった。しかしながら、本件評価書や本件スキーム等に合理性があるということと利益相反行為に対する法的評価とは別の話である（三浦康平〔本件上告審判批〕新・判例解説 Watch 二〇号一六五頁）。原審・本判決の判断枠組みの根拠は不明であるが、さらにその判断する対象も本件スキーム等の合理性であって良いのかという疑問がある。

上告審は、本判決と異なり、営業者の善管注意義務違反を認めている。これは、原審・本判決との判断枠組みの相違によるが、本件スキームの評価自体の違いによるものともいえる（續孝史〔本件上告審判批〕税務事例五〇巻一号七〇頁）。上告審は、営業者であるY_1会社の一連の行為はY_2及びY_3とXとの間に実質的な利益相反関係が生ずるということ、また、上記一連の行為はXの利益を害する危険性の高いものであることを理由とする。この判示については、実質的な利益相反取引をした場合に承諾を得るべき善管注意義務を肯定した判決という読み方と、匿名組合員を害す

る危険性の高い行為を行う場合に承諾を得るべき善管注意義務を肯定した判決という読み方の二通りの読み方が可能であるという指摘がある（小西貴雄〔本件上告審判批〕https://www.iwatagodo.com/publications/uploads/file/20160928.pdf 三頁）。判決を素直に読めば、第一次的には実質的利益相反関係に着目した上で、匿名組合員の利益を害する危険性の有無でさらにスクリーニングをかけ、営業者に匿名組合員の承諾を取らせることを義務づける構造と言えそうである（原・前掲九七頁）。

上告審は、新たな判例法理（規範）を創造したという見解（土岐・前掲一一九頁）、条理から導かれる法の一般原則を法規として適用したとする見解（行澤一人〔本件上告審判批〕ジュリスト一五〇五号一二三頁）や共同企業体の権限分配の秩序に従い、出資者との間で利益の反する行為を営業者が行う場合には出資者の承諾を得なければならないという法理により営業者の善管注意義務の内容を定めたものと推察されるとする見解（高橋・前掲一四三頁）がある。いずれにしても、上告審の理論構成の根拠は明確ではない。上告審は、あくまで本件の事実関係の下で、営業者が匿名組合員の承諾なくその行為を行うことは善管注意義務に違反するという事例判断をしたものであって、匿名組合契約の営業者が負う善管注意義務の内容に利益相反行為の避止義務が含まれるという解釈をしているか否かは判示から明らかではない（中野・前掲一〇五頁。営業者の利益相反行為について匿名組合員の承諾を得なければ善管注意義務違反となる旨を判示した判例とするものに水野信次〔本件上告審判批〕銀行法務21八〇九号六七頁。この判例を契機として営業者は一般に利益相反行為に関する義務に服すると解するものに北居功＝高田晴仁『民法とつながる商法総則・商行為法〔第二版〕』二九八頁）。以上みてきたように、本判決・上告審のいずれの理論構成の根拠ともに明らかではなく、疑問なしとしない。

上告審が実質的利益相反関係を前提としているのは、Xが利益相反取引であると主張したことに基づくものと考えられるのであって、善管注意義務違反が認められた大きな理由はY_1会社の一連の行為がXの利益を害する危険性の高いものであるという判断によると考えられる（木村健ほか〔本件判例紹介〕商事法務二一一四号五三頁）。

三　原審においてYらは、Y_1は金融商品取引法（以下、「金商法」という）上の特例業務届出者であり、忠実義務を定める金商法四二条、四二条の二の規定は適用されない（金商法六三条四項）と主張している。金商法四二条一項

は忠実義務、同条二項は善管注意義務を規定しており、金商法四二条の二は、各号に規定された類型の利益相反取引を禁止している。金商法六三条四項は、それらの適用除外を規定していた。この主張に対し、原審は何ら判断を示していない。本件における行為は、金商法四二条の二第一号（自己取引の禁止）に該当するおそれがあるという指摘（行澤・前掲一二三頁）や、本件で株式の取引がなされたのはDにおいてであるからDへのY1社への出資が一〇〇％ではないので金商法四二条の二第一号の直接の適用は無理であり、むしろ、金商法四二条の二第七号を受けた金融商品取引業者に関する内閣府令一三〇条一項二号が規定する「自己又は第三者の利益を図るため、権利者の利益を害することとなる取引を行うことを内容とした運用を行うこと」に該当するように思われるという見解があるが（小林・前掲一五八頁）、いずれにせよ本件当時は適用除外となっている。平成二七年の金商法改正において金商法六三条一一項により特例業務届出者にも金商法四二条、四二条の二を含む広範な行為規制が課せられるようになった。これは、特例業務届出者が投資経験の乏しい一般投資家や高齢者に対する不適切な勧誘を行うなどの問題事案が、あいついで発覚しており、投資者被害が増加している実情に鑑みて集団投資スキーム持分の自己募集及びその財産の投資運用にかかる取引の公正等を確保するために必要な行為規制は金融商品取引業者に限らず、特例業務届出者にも適用すべきと考えられたためである（田原泰雅『逐条解説二〇一五年金融商品取引法改正』八四頁）。したがって、平成二七年改正後であれば本件は金商法適用によりXが保護された可能性があったものと思われる。上告審によれば、本件は、平成二七年金商法改正前のため忠実義務等の規定が適用除外となっていても、上述したようにXを保護すべき事情があると判断された事例といえるのではなかろうか。

藤田　祥子

［付記］　脱稿後、坂本達也〔本件上告審判批〕金融・商事判例一五五四号二頁に接した。