

蛇の目ミシン工業事件の上告受理申立への讃歌

別 府 三 郎

- 一 はじめに
  - 二 「事実の概要」
  - 三 「判旨」
  - 四 蛇の目ミシン事件第一審判決と慨嘆
  - 五 蛇の目ミシン事件控訴審判決と落胆
  - 六 上告受理申立への讃歌
  - 七 結びに代えて
- 一 はじめに

株主（特に支配株主）の誠実義務を捉えて、会社を支配する大株主（多数派株主）が、少数派の株主に不公正な仕打ちをしない義務、あるいは会社債権者との関係でもまともな経営（会社運営）に努める義務を、負うといわれる学説の展開がある（拙論 会社支配権の目的と不公正な新株発行・現代ビジネス判例一五三頁以下 二〇〇三年三月 法律文化社）。

この研究は、そのような会社誠実義務思想を含めて検討を試みたものであるが、蛇の目ミシン工業株式会社の取締役であり、かつ大株主であった者から、同社が脅迫され、融資金目で三〇〇億円という巨額の金銭を喝取された、いわゆる「蛇の目ミシン工業株主代表訴訟」の控訴審判決を検討したものである。

本論は、いわゆる判例研究であるのであるが、他方において株主権の支配力の抑制法理（誠実義務論）の展開、即ち会社の存立基盤を揺るがす規模での理不尽な株主（法人を含めて）の権力行使を受け容れてはならず、そのような巨悪の権力行使は、現代会社法論としては抑制してしかるべきという論理の展開を視野に入れた検討と言うことになる。

その限りでは、あるいは第一審判決及び控訴審判決の本旨から逸れる見解にもなるが、当該事件全体を顧みて思うことは、日常の法的判断（常識）からは判決の経営判断の「過程」「内容（理由付け）」には納得できないものがあり、そのような判断の結果に対して慨嘆し、落胆を隠せない事件判決、あるいは社会的には悪影響を与える判決であるようにも思う次第である（情報誌一九九一・四 選択七四頁以下及び二〇〇〇・一一 選択一二二頁以下参照）。

いわゆる「取締役の経営判断」をめぐる会社法（商法）判例秩序（いわゆる公序）の抑制力の効かない例示として、これで良いのか、と歯ざしりした判例である。

このように慨嘆し、落胆した、そして民事訴訟法第三二八条に定める「上告受理申立への讃歌」を試みた判例研究は、初めての経験であるが、法的に常識として納得のゆく上告審の判断が待たれるところである。

本件は、まさに株主代表訴訟事件の判決である。以下において事実の概要及び判決の要旨を述べる。ただ本件の事実はいわゆる複雑であり、上告受理申立の理由書を含めて、加藤勝郎弁護士（専修大学名誉教授）の好意を得て言及するが、それでもまとまりのある事実の概要になっていない。紙幅のゆるす限り、資料として再現した。

掲載紙としては資料版／商事法務二〇〇三年九月号（一五五頁～一八六頁）に事件の全容が掲載されているのであるが、再現された情報はそれ以外に事件の概要を知ることができる、と史料している。

## 二 「事実の概要」

東京高裁は、平成一五年三月二七日（判例タイムズNo一一三三号二七一頁以下）蛇の目ミシン工業事件の株主代表訴訟の控訴審において、控訴人（原告）Xの控訴を棄却する判決を言い渡した。

控訴人Xの訴訟代理人は平成一五年六月三日上告受理申立（民事訴訟法第三一八条以下）を行い、上告して現在に至っている。

本件は、蛇の目ミシン工業の取締役であったKにおいて蛇の目ミシン工業の株式を買い占めた上で、同社に対し、株式買い占めのための負債の肩代わりや株式の買い取りを要求した結果、同社の株主であったX（控訴人）は当時の取締役である五人（Y1、Y2、Y3、Y4、Y5であるが、以下Y被控訴人らと言う。以下同じ）が、K及びKグループの会社に対し、蛇の目ミシン工業の資産を提供するなどして、同社に一一二五億の損害を与えたと主張して、Y被控訴人らに対し、取締役としての忠実義務及び善管注意義務違反、並びに利益相反取引、自己株式取得禁止違反等の違反があるとして、当該取締役としての責任を追及した株主代表訴訟の事件である。

原判決において確定されたことは、取締役としての違法行為により蛇の目ミシン工業に対し合計九三九億円の損害を与えたとして、破産者K・管財人に対しては同金額の限度で破産債権の存在を認めたのであるが、そのほかのY被控訴人らに対する請求はいずれも棄却された。控訴人（原告）Xは同判決を不服として、Y被控訴人（被告）らに対し原判決認容額である同額の支払を求めた事件である。

ところで本件代表訴訟は、K（提訴時の被告・その後破産者）の主宰する「光進」等の仕手グループ及びY1の経営する「ナナトミ」による蛇の目ミシン工業株式の買占に絡み、仕手グループの利益のために蛇の目ミシン工業の資産を提供す

るなどして同社に損害を与えたとして提起された訴訟であるが、二件（①事件及び②事件と言うが、事案が複雑になるので、事案の概要は本研究の対象となる②事件を採り上げ、①事件の詳細は割愛）が提起されていた（資料版／商事法務一―三三―二五頁参照）。

つまるところ、東京高裁の判断によると、控訴人Xは、Y被控訴人らの責任について、①Kによる三〇〇億円の恐喝被害、②光進のミヒロファイナンス（地産グループのノンバンクで、当該買い占め資金の借入先）に対する債務の肩代わりの損害、③東亜ファイナンス（当時の埼玉銀行のノンバンクで、多額の資金を光進グループへ融資提供）に対する担保提供による損害、④ジェー・シー・エルがKの債務を肩代わりしたことに伴う日本リースに対する担保提供による損害、各損害の総額（損害額はいずれも省略）について、Y被控訴人ら各自被告の責任の限度で連帯して損害賠償するよう請求したものである。

またKについては、破産宣告を受けたため、その破産管財人を被告として損害賠償請求権についての破産債権の確定を求めたものである。

Kによる上記三〇〇億円の喝取に至る経過は、Kの主宰する「光進」等の仕手グループに対する九六六億円の債務の肩代わり要求からはじまり、Kからの再三に渡る埼玉銀行に対する融資の実行要求、上記債務の肩代わり要求を受けて、蛇の目ミシン工業経営陣は、Kの有する蛇の目ミシン株を買い戻したい、とする考えを抱くようになった。

本判決及び原判決の確定したところでは、Kは、株式を買い占めて株式相場を操縦し、当該株式を高値で売り抜け、又はこれを発行会社買い取らせて多額の利益を収める事業家、いわゆるグリーンメーラとして著名であった。

本件の争点は多岐にわたるが、第一の問題は、蛇の目ミシンの取締役であり、買い占めて大株主となったKに対し、同社の株主であるXらがKの取締役としての責任を追及する場合、既にKが破産宣告を受けていたため、その責任を追及する形式は、Kの破産管財人に対して蛇の目ミシンが破産債権者として損害賠償請求権を有することを確定することで足

りる、とした点であり、その裁判所の判断は問題ない。

第二の問題は、K以外の蛇の目ミシンの取締役であったY被控訴人らがKから脅迫されて前記金銭三〇〇億円を喝取されたという事実、さらにはKないしKの主宰する「光進」等の仕手グループの債務を肩代わりし、担保を提供したことが、「取締役としての忠実義務・善管注意義務」に違反するものであったか、否か、ということ。また「利益相反行為として、あるいは株主に対する利益の供与として禁止されるもの」であったか、否か、その責任の有無についてである。第一審はK以外の蛇の目ミシンの被告取締役（計二名）の全員の責任を否定したのである。

第三の問題は、本件訴訟を提起したXらに不当な目的があったとして、本訴の提起が権利の濫用である旨が主張された。それは適法と判断されているが、これも問題はない。

しかるに以下では、上記第二の問題を中心として、検討を加え、それ以外の問題は割愛している。

### 三 「判旨」

#### (一) 忠実義務違反、善管注意義務違反について

Kに対する三〇〇億円の利益提供に関する件（恐喝事件）について、Y被控訴人らには、「取締役として、少なくとも三〇〇億円の融資の形を取った利益供与行為を行ったことについて、外形的には忠実義務違反、善管注意義務違反があったということが出来る。」と判示しながら、以下のように東京高等裁判所は論じている。

「しかし、株式会社取締役が法令又は定款に違反する行為をしたとして、商法二六六条一項五号の規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意又は過失があることを要するものと解され（最高裁昭和五一年三月二三日第三小法廷判決・裁判集民事一七号三二頁、同平成二年七月七日第二小法廷判決・民集五四

卷六号一七六七頁）、この点は、忠実義務違反（商法二五四条ノ三）、善管注意義務違反（商法二五四条三項、民法六四四條）においても同様である」。

本件ではY被控訴人らに「故意」も「過失」もなかったと認定する。

他方では、裁判所は本件の蛇の目ミシン工業の「会社経営者の考え方は、結果として違法行為や犯罪行為の温床となる可能性が十分にあるものであるから、会社の経営者としては、より毅然たる態度をもって臨むことが期待されるべきであるが、本件における・・・Kの狡猾かつ暴力的な脅迫行為を前提にした場合、当時の一般的経営者として、被控訴人Yらが上記のように判断したとしても、それはまことにやむを得ないことであつたとみざるを得ない。三〇〇億円の供与を決め、取締役であるY被控訴人らがこれをやむを得ないとして同意したことについて、取締役としての職務遂行上の過失があつたとは認められない。」と説論し、論断している。

## （2）利益相反行為について

控訴人Xは、Kに対する三〇〇億円の供与は蛇の目ミシンの計算と犠牲において、大株主であり取締役であつたKに対し巨額の利益供与をしたものであるから、商法二六五条一項の会社と取締役との利益相反行為にあたる旨、を主張した。

裁判所は、「三〇〇億円の供与は、実質的にみて・・・広義の間接取引に該当する」と認定するが、次のように商法二六五条一項を解して、本件ではそれに該当する余地はない、と判示する。

即ち「商法二六五条一項後段は、会社が取締役の債務を保証し、その他取締役以外の第三者との間において会社と取締役との利益相反する取引をした場合と規定しており、広義の間接取引のうち、会社が第三者とした取引について、会社と取締役との利益相反がある場合についての規制を定めたもの」。

さらに「商法二六五条一項は取締役の忠実義務から派生した一種の不作為義務を定めたものであり、当初は、取締役が

自己又は第三者のために会社と取引をするについて取締役会の承認を要するとしたものを、会社と取締役以外の第三者との間の取引という間接取引に拡張したもの」という。「ここでいう間接取引とは、会社が実際に行った取引に限定され、これについて会社と取締役との利益相反があるか否かを検討すべきものであり、これを超える広義の間接取引については、本来の取締役の忠実義務・善管注意義務違反の問題として検討すべきもの」と解して、控訴人Xの主張を認めない。

(3) 株主の権利行使に関する利益供与について

控訴人Xは、Kに対する三〇〇億円の供与は、大株主であるKの株主としての権利の行使に関し、財産上の利益を供与したものであるから、(旧)商法二九四条ノ二に該当し(新商法二九五条)、被控訴人らは同法二六六条一項二号に基づき無過失責任を負う、と主張したが、裁判所は、次のように論断している。

「上記三〇〇億円の供与は、・・・蛇の目ミシン経営陣の認識としては、暴力団筋に譲渡された株式を、むしろKのもとに株式を取り戻すために利益供与をしたものであり、実際には・・・三〇〇億円を喝取されたものであって、商法二九四条ノ二の「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」財産上の利益を供与したものと趣旨が異なり、これに該当しない」。

(4) 本件債務の肩代わり及び担保提供について

本件のK及びKが主宰する光進グループ企業の債務(K債務)の肩代わり及び担保提供について、認定された事実をまとめると、①ミヒロファイナンスに対する九六六億円の債務の肩代わりについては、うち三六六億円について、国際航業株式買い占め資金の借入についての肩代わりであり、これを行う必要は本来全くなかったこと、②東亜ファイナンスに対する二五〇億円の債務や日本リースに対する四四〇億円の債務についても、蛇の目ミシンがこれを肩代わりする(その一〇〇%子会社である蛇の目不動産や蛇の目ミシンが物上保証するなどする)理由はなかったこと、③ミヒロファイナンス

に対する六〇〇億円についても、かかるK債務を肩代わりする理由は、本来何もなかったこと、などが認定されている。

しかも、蛇の目ミシンの株式を一株五〇〇〇円と評価したが、その評価としては埼玉銀行も含めて、実勢価格とかけ離れ、かつ株価操作も加わって異常な高値となったものと評価し、結局は蛇の目ミシン株を高値で売り抜けたいKの思惑に合致するものであり、決して蛇の目ミシンにとって利益になることではなかった、と認定している。

以上のとおり、このような債務肩代わりの仕組み（スキーム）は、蛇の目ミシン工業の会社の経営としては、本来取るべきものではなく、これにのっとって、蛇の目ミシンの関連会社に巨額の債務の肩代わりをさせ、また、蛇の目ミシンとしても、自ら融資を受け、又は担保を提供したことは、外形的には、取締役としての忠実義務・善管注意義務に違反するものといわなければならない。

しかし、判決は、さらに進んで、既述の三〇〇億円の提供に関し免責とした論旨と同様な展開をもって、被控訴人Yらの過失の有無を検討するとして、「本件スキームを実行し、関係債務の肩代わりと担保提供をおこなったものであり、前記のような喝取事件を経験した蛇の目ミシンの取締役としては、以上のような判断をしたことには無理からぬところがあったものといわざるを得ない。

したがって、本件債務の肩代わり及び担保提供について、これを決定あるいは同意したY被控訴人らに過失があるということはできない」。

以上のような判旨となるが、はたして「実質的に」とか、「外形的に」とか、と表現して、「実は」取締役の違法性・責任性はない、「過失はない」と論断する手法に、それぞれに具体的違法性あるいは責任性の構成要件の指摘はなく、慨嘆・落胆せざるを得ない判決文であるように思われる。

#### 四 蛇の目ミシン事件第一審判決と慨嘆

平成五年の商法改正後、多発した株主代表訴訟をめぐる事件が、現在では終局を迎えつつあるとも報じられているが（例えば、商事法務No.一五九二 ス克蘭ブルなど）、地裁判決（大阪地判平成一四年一月三〇日ロイヤルホテル事件・金融商事法務一一四四号二頁、大阪地判平成一四年二月二〇日コスモ証券事件・判例タイムズ一一〇九号二二六頁、大阪地判平成一四年三月一三日住友信託銀行事件・判例時報一七九二号一三七頁、東京地判平成一四年四月二五日三菱石油事件・金融商事判例 一一四九号三五頁、東京地判平成一四年七月一八日長銀イーアイ・イー事件・判例時報一七九四号一三二頁）は積み増され、取締役の経営判断について裁判所で再度繰り返され、取締役の忠実義務、誠実義務違反がそれぞれに問われている状況にある。

まさしく本件上告審の最終判断にも、当時の蛇の目ミシン工業の経営判断の状況・資料を基にした最高裁自らの経営判断を下す社会的要請があるのではないか、と思う次第である。

下級審の傾向としては、未だ動揺が続いているのではないか、と思われる点はあるが、指摘される先例では、例えば大和銀行事件の判例のように支店長の責任まで認めて、厳格な責任を認める傾向の判例がある一方（大阪地判平成一二年九月二〇日）、本件蛇の目ミシン事件第一審判決のように、「ヒットマンが来る」と威されて、当該経営陣が三〇〇億円の恐喝に応じてしまうなど、「会社の正常経営」とはいえない事件で、本件の裁判官が下した厳格な責任を問わない例もあり、原審判断に慨嘆している。

当時の学説は原審判例に対して、多くの批判を行っている。入手できた評釈を順序不同ではあるが、掲載すると以下のようない覧となる。①新山雄三・月刊監査役四四九号一五頁、②上村達男・朝日新聞平成一三年三月三〇日、③河内隆史・

判例評論五一七号三六頁（判例時報一七七〇号一九八頁）、④南保勝美・法律論争七四卷六号二八七頁、⑤末永敏和・金融法務事情一六五四号七一頁、⑥吉川栄一・上智法学四六卷一号七九頁、⑦石山卓磨・民法情報一九三号（平成一四年一〇月）一五頁、⑧青竹正一・私法リマックス二五号九八頁など、学説の反響は大きい判決である。

例えば、一審判決に対して、学説は裁判所の責任放棄ではないか、経営者の責任追及の可能性を閉ざす判断には、疑問という批判を呈し（②上村達男）、株主代表訴訟はどこへ（商事法務No.一五九二号五四頁）といった警告が出されている。他の論説は、企業の健全性確保の判決として捉えた上で、いわゆる企業不祥事や企業不振など、コーポレート・ガバナンス論の行く末を嘆じている。新山論説によると、本判決に対して「法的プロフェッショナルの出した判決なのかを疑わざるを得ないほど、あまりにも杜撰な論理と解釈に驚きを隠し得ない」として、判決の認識に慨嘆している（前掲①新山雄三・月刊監査役四四九号一五頁）。

株主代表訴訟は会社経営者の違法行為の是正に、非常に有効に役に立つ。一方でその濫用の危険が指摘されているのである。制度としての株主代表訴訟のおかげで、商法上の経営者の責任追及論（商法秩序論Ⅱ公序論）が深化してきている現状を大切に、その発展充実を期した判例法の形成論であるべきであろう。その意味で、納得のゆく上告審の判決の展開が待たれるのであるが、本件控訴審をいかが判断したものであろうか。

## 五 蛇の目ミシン事件控訴審判決と落胆

以下のように、控訴審の問題点のまとめを試みた。

事実認定を追いかけるだけで相当複雑な整理を必要とするのであるが、それらは捨象した。ここでは加藤勝郎弁護士により提供された資料（二〇〇三年四月一〇日現在のもの・委細の情報提供資料の提示は割愛した）を元に、以下の通り、

控訴審の問題点として、その①～その⑤に区分けして述べて、本件事件控訴審への落胆を既述した。

その① 控訴審の忠実義務違反及び善管注意義務違反の判定（例えば江頭憲治郎著 株式会社・有限会社 二〇〇二年 五月 有斐閣 二九七頁以下参照）について

当裁判所は「外形的には忠実義務違反及び善管注意義務違反がある」と判定していながら、関係取締役らの「過失はない」「まことにやむを得ない」などという判断を下した。さらに加えて「いくら計算規定を整え、いくら監査役や会計監査体制を整えても、総会屋を始め、脅しに屈していたのでは、しかも会社の根幹を揺るがすような規模で理不尽な要求に応じて利益提供していたのでは、またこれを隠すような行為を重ねられたのでは、公開会社の存立基盤である情報開示を無意味にする結果に繋がる。計算書類に現れないところで、経営（陣）が腐っていたのでは、株式公開企業の前提が損なわれる。パブリック・インタレスト（公益＝株式公開企業の経営原則、資本市場の前提）に反するということ。

その② 利益相反行為について

当裁判所によると、無過失責任を問われるのは、いわゆる「直接取引」に限られ、間接取引は忠実義務、善管注意義務の問題である、という点を問うことになる。商法二六五条（自己取引、利益相反取引）違反の責任要件あるいは旧商法二九四条ノ二（株主の権利行使に関する利益供与禁止）違反の責任要件について、過失責任化すべきという論説のあるところであるが、賛成した取締役について、その「監視義務違反」を問うことであれば、過失責任の構成でもよいと解される。本件の上告理由書では、控訴審は「会社としては行つてはいけないこと、Kを利用するばかりのもので、やってはいけないもの」とさえ認定していることは、むしろ気づくべきとか、回避すべきとかいう類の「過失」ではなく、正に認識ある「故意」による会社損害の招致ではないか、と問題が指摘されている。これらについて裁判所はどのような認識と論理を展開しているのだろうか。皆目分らない。

その③ 自己株式の取得禁止と脱法について

本件では、担保としてあるいは債務肩代わりとして、他社の株式取得には蛇の目ミシンによる負担の確約・保証があったこと。蛇の目ミシンの指示と計算でおこなわれたこと。

言い換えると、「脱法手段を用いて、自己株式取得に買い占められた株式の買い戻しに大株主Kの意を満たすもの」をY被控訴人らは実行している、と主張する。この点についても、裁判所の事実認定と論理判断が問われるであろう。

その④ 「株主の権利行使に関する利益供与」について

蛇の目ミシン工業の指示に従ってやったことであるが、商法二一〇条の問題と共通していて、本件のような取締役の行為を認めることは脱法行為であること、旧商法二九四条ノ二の立法趣旨にもとること。

その⑤ 東京地裁の判決が学説を納得させるものでないことは、既述の判例批評で論究されていることであるが、上告理由書では以下のように言及している。「本件及びこれに関わった経営責任者たちの行動をおかしいと思う多数の社員、株主がいること。裁判所が、Y被控訴人らの主観的事情に重きをおいて、これに責任なし、とすることは、上場企業の経営者の責任をあいまいなものにし、百害あって一理なし、との非難をあびるものとなる」、とまとめている。

## 六 上告受理申立への讃歌

(1) 会社経営者としての取締役の経営リスクへの対応は如何にあるべきものであろうか。既述の控訴審の問題点（上告理由書）で指摘されている通りであるが、本稿では、取締役の「経営判断の原則」について、その「プロセス」あるいはその判断内容に言及して、本件受理申立への讃歌とした。その批判は前掲判旨への批判を繰り返すことになるが、裁判官が「過失がない」と認定したことに会社法上の論理展開として全く納得できない論理認定である、と思う。

当該裁判官の論説曰く「本件の「会社経営者の考え方は、結果として違法行為や犯罪行為の温床となる可能性が十分に

あるものであるから、会社の経営者としては、より毅然たる態度をもって臨むことが期待されるべきであるが、本件における・・・Kの狡猾かつ暴力的な脅迫行為を前提にした場合、当時の一般的経営者として、被控訴人Yらが上記のように判断したとしても、それはまことにやむを得ないことであつたとみざるを得ない。三〇〇億円の供与を決め、取締役であるY被控訴人らがこれをやむを得ないとして同意したことについて、取締役としての職務遂行上の過失があつたとは認められない。」

言うならば東京高裁の裁判官の「その経営判断の過程の認定」には問題があるのではないか、また「当該判断の内容」についてはどうか、いずれも納得できない判例である。

周知の通り、取締役の経営判断の「過失認定」は法の解釈論（責任論の構成）としては極めて難しい論点であることは言うまでもない。

資料の収集先としてLEX/DBインターネットTKC法律情報データベースの検索によると、「経営判断の原則」の判例としては、本件の判例研究の対象である「蛇の目ミシン株主代表訴訟控訴審判決」を含めて二七件の判例が表示されているが、紙幅の都合もあり、情報提供されている若干の判例を中心として、経営判断の原則を検討しておきたい（参照 高橋宏達・リスクに対応する取締役の「経営判断の原則」ビジネス法務一月号二〇〇四、三四頁と三五頁中央経済社）。

(2) 取締役が行う経営判断の原則について、龍田 節学説（同著・会社法第九版八七頁以下参照 二〇〇三年四月有斐閣）では、以下のように展開されている。即ち「事業に危険は付きものである。多少の冒険を覚悟しないと利益を得る機会もえられない。たとえば、取引先の経営が悪化しているときに、取締役は取引を継続すべきか否か迷う。継続してうまく行かないと大きな損害を受ける。援助してやれば立直り、以前の債権を回収する可能性もあるが、いま打切ると直ちに倒産し、債権はすべて焦付くかもしれない。取締役はいろんな事情を総合的に考えて決断する。」

それが仮に失敗したとしても、後から誤りだと責めるのは酷であり、裁判官は経営者が真面目にした決定に判断を加え

ることを控えるべきだという考えがある（経営判断原則 business judgment rule）。これですべてがまかり通るなら注意義務違反はありえず、まさに経営者天国である」。同学説は、注意義務を尽くしたといえる要件を次の三つにまとめている。「①必要な情報を集めた上で判断したこと。判断を放棄した場合まで免責が認められるわけではない。②会社と利益衝突の関係がないこと。利益相反するときは会社の利益を優先させるのが取締役の当然の義務である。③同様の立場にある人が同じ状況の下で考えてもおかしくない判断であること。著しく不当な判断はやはり注意義務違反と評価しなければならない」と。

ところで通説・判例は取締役の善管注意義務・忠実義務はどちらも同じとみるが、委任の規定制度のない英米法の考え方、（最近の有力説 星川長七著 取締役忠実義務論一九七二・成文堂刊参照）は、両者を区別している。善管義務は取締役が職務の執行にあたって尽くすべき注意の程度に関するもの、と判断し、忠実義務は取締役がその地位を利用して会社の利益を犠牲にして私益を図ってはならない義務、と区別する。ここでその委細の展開は割愛するが、私益を優先させた時に、取締役には「過失」はないのかどうか、あるいは結合企業の関係にあつて、兼任取締役が競業行為や自己取引行為を行う場合「過失」を問われることはないのか、と言うことである。

(3) 河本一郎名誉教授は、コスモ証券事件における鑑定意見では、次のような見解を公表されている（平成一二年一月五日）。

即ち「1 取締役が行為を行う当時における会社の状況及び会社を取り巻く社会・経済・文化の情勢の下で、当該会社の属する業界における通常の経営者の有すべき知見及び経験を基準として、当該行為が著しく不当といえない場合には、当該行為を行う取締役は、善管注意義務・忠実義務違反の責任をとわれることはない。

2 その行為が取締役の善管注意義務・忠実義務に違反しないと判断される場合には、その行為によって株主に利益が供与されることになつても、それによって旧商法二九四条ノ二及び四九七条の定める違法な利益供与の禁止に抵触すること

にはならない。

3 コスモ証券がコスモ産業の解散・清算に当たって行う支援策は、

a 目的に社会的非難可能性がなく

b 前提としての事実調査に遺漏がなく

c 調査された事実の認識に不注意な誤りがなく

d 意思決定の過程に不合理がないから

e 意思決定の内容に不合理がない限り（すなわち、支援の結果、コスモ証券が当期において赤字決算とならず、次期以降において発生する可能性が高い損失についても引当金を計上したうえで赤字にならないという条件を充たす限り）、違法な利益供与に該当しない」という所見に出会った。

(4) 下級審の判示では、以下のような判断を下している例がある（大阪地判平成一四年二月二〇日判例タイムズ一一〇九号二二六頁）。

「取締役に対し、過去の経営上の措置が善管注意義務及び忠実義務に違背するとしてその責任を追及するためには、その経営上の措置を執った時点において、取締役の判断の前提となった事実の認識に「重要かつ不注意な誤り」があったか、あるいは、その意思決定の過程、内容が企業経営者として特に不合理、不適切なものであったことを要するものと解する」（同旨大阪地判平成一四年三月一三日 判例時報一七九二号一三七頁）。「多数株主である大株主の利益を凶るために少数株主の利益を犠牲にしてはならない。全株主の利益を凶るという観点からみて、被告取締役らに善管注意義務（忠実義務）違反があったかいかで判断すべきである」と。

(5) 高橋宏達弁護士によると（前掲ビジネス法務一月号二〇〇四、三四頁と三五頁参照）、実際の経営判断においては、経営判断の「過程」の審査が中心であると、以下のようにまとめている。「①会社等の内部規定に従って正規の手続きに

従った意思決定がなされているか、②重要な情報を収集して他の選択肢と十分な比較検討をしているか、③会社内部の関係部署および会社外部の専門家からの意見を聴取しているか」など、これらの手続を経ることは「必須」という。

さらに経営判断の「内容」の審査は、まさに「専門的、予測的、政策的な判断能力を必要」とする。近時の裁判所の経営判断（前掲ロイヤルホテル事件判決、住友信託銀行事件判決、あるいは長銀イーアイ・イー事件判決など）はその「内容」の審査に積極的と指摘する。その内容判断の要素としては「①救済の必要性、具体的には出資の無価値化、既存債権の回収不能、担保権・保証債権の実行に伴う財産的負担、親会社・グループの信用の低下、他の関連会社の倒産、グループメリットの喪失 親会社・グループの社会的評価、イメージの低下、親会社の法律上・事実上の責任の負担と言った要素を判断すること」

もう一つの判断要素として「②救済の許容性、具体的には救済策から直接に生ずる財産的負担、救済策の成功（子会社の再建）の可能性と失敗により生ずるリスクマネー（損失）と言った要素を判断すること」。

高橋弁護士の指摘によると、「近時の裁判例における経営判断の合理性の審査は、裁判所が経営判断当時の状況・資料を基に自ら再度の経営判断をしていると言つて過言でない」という。さらに加えて「現在の経営判断の原則は、経営判断時以後の後知恵をもって経営判断の合理性を審査されないこと、経営判断には必ずしも一義的な正解があるわけではないこと」という限定をつけている。会社の経営者・取締役には不確定かつ流動的情報を迅速に判断し、決断を下さざるを得ないのであるが、結局は「最善の努力をしたか否かが常に問われている」と断言されている。

## 七 結びに代えて

これまで前述（六）した通り、「上告受理申立への讃歌」を述べてきたが、蛇の目ミシン工業事件における株主代表訴

訟の控訴審では、裁判官の当該会社の経営判断についての具体的判断あるいは思考論理が、判決を通しては法的には納得できなかった、と残念ながら、言わざるを得ない。明解な上告審の判断が求められる判例である。

付け加えるならば、くりかえしになるが、既述の龍田 節名誉教授の学説にある三つの具体性（①必要な情報を集めた上で判断したこと。判断を放棄した場合まで免責が認められるわけではない。②会社と利益衝突の関係がないこと。利益相反するときは会社の利益を優先させるのが取締役の当然の義務である。③同様の立場にある人が同じ状況の下で考えてもおかしくない判断であること。著しく不当な判断はやはり注意義務違反と評価しなければならない）を判決の構成に加える必要があるのではないかとということ。

また繰り返しになるが、河本一郎名誉教授の鑑定意見にある経営判断を第三者に求めることが必須であると思う。河本鑑定は取締役の経営判断（解散・清算）に当たって五つの具体性を展開すべきである、と述べている。

即ち会社経営（解散・清算）に当たって行う支援策は、a 目的に社会的非難可能性がなく b 前提としての事実調査に遺漏がなく c 調査された事実の認識に不注意な誤りがなく d 意思決定の過程に不合理がないから e 意思決定の内容に不合理がない限り（すなわち、支援の結果、コスモ証券が当期において赤字決算とならず、次期以降において発生する可能性が高い損失についても引当金を計上したうえで赤字にならないという条件を充たす限り）、違法な利益供与に該当しない）というような、第三者鑑定の具体的責任構成の要件論が本件控訴審にも求められる、と思う。

以上の二大学説が主張しているように、本判決の構成要件をY被控訴人らに具体化すべきである。

最後に、前述の六(5)の高橋宏達弁護士のとめる経営判断の「過程」の審査、加えて経営判断の「内容」の審査（①救済の必要性、②救済の許容性）を当該事件の判断の基準として把握し、蛇の目シン工業事件の株主代表訴訟とその経営判断とを、いわゆる現代の会社法秩序Ⅱ公序の展開の一環として、当該事件の全体構造を再検討した判決論理を完成させるべきではないか、という見解になった。