

改正商法第二六六条一項五号にいう、いわゆる

『法令』について

佐 伯 直 秀

（目次）

第一章 問題点の提起

第二章 通説の主張に対する、四個の疑問点について

第三章 結語

第一章 問題点の提起

我が商法第二六六条一項の規定は、取締役の対会社責任発生原因について、規定しているのであるが、その第一号から第四号までの規定が、取締役の個別的な義務違反行為事項を掲記しているのに対し、その第五号の規定は、法令・定款違反という一般的事項を挙げている。しかしながらその表現は、単に『法令』というだけであって、なんらこれを制限する如き表現、たとえば『その他、法令』という如き表現の仕方さえもしていない。そこでこのことから、ここにいる『法令』とは、いかなる種類の法令を指すのが問題となって来る。換言すれば取締役のなす、具体的な行為を命じた規

定、たとえば營業讓渡を定めた第二四五条や取締役の報酬決定に関する第二六九条などに関する規定のみを指すのか、またはこれにとどまらずして、さらに抽象的、一般的規定、換言すれば取締役が、その業務執行権限を行使する際の、一般的行為規範を定めた規定、すなわち委任の規定にもとづく取締役の、善管注意義務(二五四条三項、民六四四條)または忠実義務(二五四条ノ二、改正二五四条ノ三)を定めた規定までも指すのかについては、法の文言上からは、必ずしも明白ではない。そこでこの解釈を回って、あるいは同条は、単に『法令』とのみ称して、これになんらの制限的文言(前出)は付されてはいないけれど、これは取締役のなすべき、具体的な行為についての規定(以下、これを単に具体的行為規定と称する)のみを指すに過ぎないとするところの見解(注1)もない訳ではない。しかしながら現在のところは、学説(注2)判例(注3)のほとんどは、かかる具体的行為規定のみに限定せずして、すなわち取締役の善管注意義務や忠実義務を定めたところの、一般・抽象的義務規定または行為規範規定までも包含しているとするとところの見解を取っているのであり、かつ、これに定着してしまっているかの如き感がしないでもない。

ところで筆者は、通説・判例の、かかる見解に対しては、必ずしも賛成し難いものを感じる。そこでこの点については、先きにいささか卑見を述べた(注4)ことがあるのであるがその後、今次の商法等の一部改正により、現行規定には大幅な、そして見方によれば、あるいは抜本的に近い大改正が行なわれたのである。そしてそれに伴ない、取締役の対会社責任規定たる本条、ならびに関連の諸規定のなかにもまた、多くの改正が行なわれるに至った。

すなわちこれらは要約すると、その第一は、取締役の責任解除規定(二八四條)の削除されたことであり、その第二は、新設・削除をも含めたところの、本条規定の整理ということになるのであるが、まず前者について言えば、これにより本項の責任は、総株主の同意による免除(四項)か、さもなければ時効(十年)規定によらなくては消滅しないということになった。したがって『法令』のなかに、一般的、抽象的義務規定が包含されるか否かという問題は、改正法の場合では、さらに、より重要な意味合いを持つに至ったともい得られるのである。つぎに後者であるが、これは先ず、現行法第三号の規

定（第二六四条第一項ノ規定ニ違反シテ取引ヲ為シタルトキ）は第五号の『法令』違反の場合にあたるとして、これを削除し、また改正法第二号には、今次の法改正により、利益供与（第二九四条ノ第二項）関係の規定が設けられたのに伴ない、これと関連のある条文を新設し、さらに現行第二号の規定（他ノ取締役ニ対シ金錢ノ貸付ヲ為シタルトキ）は改正第三号に移し、また現行第四号（前条ノ取引ヲ為シタルトキ）の『前条ノ』を改正第四号では、第二六五条の修正に伴ない、『前条第一項ノ』と変えたのであるがそのほかに、会社による、取締役に対する損害賠償請求の容易化のために、第四項を新設して会社の蒙むった損害額についての推定規定をも設けることにもなったのである。

そこで、これらの改正の経緯をも踏まえて、今一度、この問題を検討してみることにする。

なお本稿を述べるに当たっては、『法令』のなかに、取締役の一般・抽象的行為規範規定が含まれるか否かということを経準にして、これは含まれないとする説を非包含説、また含まれるとする説を包含説と名付けて、以下、この用語を使って論を進めることにする。もっとも非包含説を取って、すなわち本条にいう『法令』を、取締役の具体的行為規定のみに限定して、一般・抽象的行為規範規定を排除してみても、取締役は、会社に対して委任または準委任の關係に立つのであるから、この点から、なお善管注意義務または忠実義務を負担しているということは否定できない。したがって取締役が、これらの義務に違反して、会社に対して損害を写えた場合には、債務不履行の一般原則によって損害を賠償しなければならぬ（民四一五条）ことはいうまでもない。そこでこの点を争う意義は存在しないかのようにもみえる。しかしながら通説の如くに、包含説を取れば、取締役の会社に対する、この種の責任は連帯性を帯び（一項）またその免除条件は、原則として総株主の同意を必要とする（四項）ことにもなつて、非常に嚴重な（注5）なものとなる（なおこのことは改正法後は、さらにそうであることは前に触れた）のである。そしてこれに反して、非包含説を取れば、株主總會の單純多數の決議だけでも免除できるし、また連帯性はないという差異を生ずることにもなる。したがって本稿で、これを検討することの意義は充分にあるといえるのである。

注1 伊沢孝平著「注解新会社法」四四八頁。宗宮信次「株式会社重役の損害賠償責任」日本法学二四卷五号一七頁。

注2 鈴木竹雄・竹内昭夫著「会社法」二一八頁、北沢正啓著「会社法」三七五頁、元木伸・稲葉威雄「株式会社の機関に関する改正試案の解説」（会社機関改正試案の論点）八二頁。石井照久著「会社法」（上）三四五頁、大隅健一郎著「全訂会社法論」（中）

一三九頁、田中誠二著「全訂会社法詳論」（上）五七九頁、服部栄三著「演習商法（中）会社法」二五二頁、西本寛一著「株式会社重役論」一四一頁、佐藤庸著「取締役責任論」一七〇頁、酒巻俊雄著「取締役の責任と会社支配」二二頁、本間輝雄・注釈会社法（4）四四一、四四二頁、菅原菊志外著「コンメンタル会社法」（1）二七四頁など。

注3 たとえば善管注意義務に関するものとして、昭和四七年四月二五日最判は、会社の物品売却代金が回収不能となって、会社が損害を被ったことにつき、この取引に当たった代表取締役に對し（判例時報六七〇号四五頁）、また昭和四五年一月二九日東京高判は、取引先の経理状態の悪化したことを知りながら、取引を継続した株式会社の代表取締役に對して（下級民集二二卷一・二号一一八頁）、共に善管義務を怠ったとして、会社に対する賠償責任を認め、そして第二六六条一項五号中に第二五四条三項、民六四四条を含むことを示しており、さらに忠実義務に関するものとしては昭和三八年四月五日東京地判が、取締役が会社財産を以て、特定政党に対し政治資金を寄附することは、定款違反かつ忠実義務違反の行為として、本条一項五号に当たるとしている（下級民集一四卷四号六五七頁）。

注4 拙稿「商法第二六六条一項五号にいう『法令』の意義について」（鹿児島大学法学論集一三卷二号）

注5 しかしながら現行法の要件を法外なものとして、その緩和を求める見解にも、また一概には賛成し難い（酒巻著「前掲」三四頁注3）ものがある。ただし株主と取締役との利害が完全に一致するような同族的小会社では、取締役の責任は簡単に消滅し、債権者の利益は著しく害されるおそれがあるし、また解除のほうは、不正行為による責任を対象から除外するので、乱用に対する一応の歯止めがあるが免除のほうには、それが無い（渋谷光子「株式会社社の機関」演習商法（上）四〇二頁注1）からである。なお改正法では、本文で述べた如く、解除規定（二八四条）は削除されている。

第二章 通説に対する四個の疑問について

前章で触れた如く、通説はいわゆる包含説を取っているのであるが、この通説の主張に対しては、後述する如く、多くの疑問点を感じざるを得ないものがある。そこで本章では、これらを四点にまとめて、述べてみることにする。

まず通説に対する疑問点の第一であるが、これは本条にいう、いわゆる『法令』（注1）の意義に關してである。すなわち我が商法典で使用しているところの、いわゆる『法令』という語は、そのすべてが必ずしも一般・抽象的行為規範規定までも含むことにはならず、それらのなかには具體的行為規定のみを指すにとどまるものもあり、またそれが少なくないことである。しかるに通説は、本条の、いわゆる『法令』なる語のなかには、たとえば「其ノ他、法令」というような、これを規制する如き表現、換言すれば具體的行為規定のみに、これを限定する如き字句が付加されてはいないことを以って、一般・抽象的行為規範規定については、本号の『法令』のなかから「これを排除すべき理由はない」（注2）とか、あるいは『法令』のなかに「これを含むのはいまでもない」（注3）とかの表現を使って、これを含むということに肯定している。

しかしながらここで留意すべきことは、条文の表現上からは、たとえそうであつても、それならば商法典のなかで、いわゆる『法令』または『本法』『法律』などの語を使ったならば、それはすべて一般・抽象的行為規範規定までも含むということになるかという点、それは必ずしもそういうことになるとはいえないことである。ただし商法典の条文のなかには、随所に『法令』『本法』または『法律』という表現が使われて来ている。しかしそのなかには、唯に商法典内の規定に限定する（勿論『本法』というときは、商法典内の条文に限定されるのであるが）だけではなく、さらに進んで、商法典内の具體的行為規定のみに限定している（したがってその限りにおいては、一般・抽象的行為規範規定は除外されることになるのである）のではないかと解釈されそうな条文もまた、決して少なくはないからである。

ところで『法令』（『法律』もしくは『本法』なる表現も含めて、以下、単に『法令』ということにする）という表現

を使用している条文は、株式会社法の機関関係の条文に、これを限定してみても、つぎのようなものがある。すなわちそれは第二三〇条ノ二(改正第二三〇条ノ一〇)、二三一条、二三九条、二四七条、二五二条、二五四条ノ二(改正二五四条ノ三)、二五七条三項、二五八条一項、二六六条一項五号、二七二条、二八一条ノ三第二項三号、四号、改正六号、六号(改正七号)八号(改正一〇号)、二九四条一項、四八九条一項三号、四九八条一項一八号などの規定である。

しかしながら、つぎの諸条文を除くと、これらの条文はすべて、具体的行為規定のみを指して、一般・抽象的的行為規範規定までは含んでいないのではないかと解釈することができる。もつとも具体的行為規定のみにとどまらないで、あるいは一般・抽象的的行為規範規定までも包含しているのではないかと、解釈されうる可能性があると考えられそうな規定もないわけではない。たとえば前記の条文規定のなかでも第二四七条、二六六条一項五号、二七二条、二八一条ノ三第二項三号、四号(改正六号)六号(改正七号)八号(改正一〇号)二九四条一項などの規定がそれである。しかしながらこれらのうち、たとえば第二七二条および第二九四条一項の規定は、その本質上、一般・抽象的的行為規範規定をも当然に、含んでいるとみてよいであろうが、これらの規定を除く爾余の諸規定のなかで、たとえば第二四七条の規定であるが、同規定のなかでいう「総会招集ノ手續又ハ其ノ方法カ法令若クハ定款ニ違反シ又ハ著シク不正ナルトキハ……」のなかに在る『法令』違反の場合を考えてみるに、仮りに株主総会の招集場所が著しく交通不便、または不当に狭い会館などを使用した場合などは、事情によっては(注4)、あるいは「著シク不正ナルトキハ」ということにはなるかも知れない。しかしながら取締役の、かかる処置を取締役の善管注意義務や忠実義務規定違反を理由として、これを法令違反なりとして決めつけることは、いかなるものであろうか。これは余りにも拡張解釈し過ぎることになりはしないだろうか。これを要するに、第二四七条にいう、いわゆる『法令』なる語は、会日より二週間前に株主に、総会招集の通知を発するを要するとする第二三二条、または、招集地は、定款に別段の定めある場合を除くの外、本店の所在地または之に隣接する地に之を招集することを要するとする第二三三条などの如き、具体的行為を命ずる規定のみに限定されるべきものと解釈すべきであって、

これを一般・抽象的行為規範規定にまで拡げるべきものではない。またもしも拡げるべきものとするならば、その結果として「著シク不公正ナルトキハ」という字句の如きは不要になる（注5）べきものではあるまいか。したがって前掲の場合には「著シク不公正ナルトキハ」ということで処理すべきものである。

つぎに第二六六条一項五号の『法令』についてであるが、これは本稿での争点であるので別論するところに譲る。さらに第二八一条ノ三第二項の規定についてであるが、これは、みてるに、同項各号の、いわゆる『法令』なる表現は、同項の規定が、計算書類作成についての、いわば形式的手続規定であるので、具体的行為規定に限定されるべきは当然であろう。もつとも同項八号（改正一〇号）のなかの、『法令』の字句は問題になりそうである。しかし監査役の監査権限は通例、適法性監査のみにとどまり、妥当性監査にまでは及ぶべきものではない（注6）と解釈されていることからしても、同号でいう『法令』なる語もまた、具体的行為規定にのみ、限定されて一般・抽象的行為規範規定までは、包含しないと考えてよいのではあるまいか。

このようにみて来ると、我が商法典における、いわゆる『法令』なる用語の使い方は、前掲の諸条文の事例でみてる限り、つぎのようにもいえるのである。すなわち条文のなかで、いわゆる『法令』という文言のみを使用して、たとえ特に、これを制限する如き字句が使われてはいなくても、このことは直ちに、すべての関係条文において、それが常に一般・抽象的行為規範規定までも、包含すると解すべきものではなくして、条文のなかには、すなわちその種類、内容または、その配置（このことについては後で触れる）などの如何によっては、あるいは具体的行為規定のみに限定されうるものもありうるし、そしてまた、それが非常に多いこともあると。

したがってこのこと、すなわち制限的字句が使われていないということ（勿論、これだけが通説に包含説の主張の根拠のすべてではないが）を以て、一般・抽象的行為規範規定までも包含するとするところの、通説の主張に対しては、疑問を抱かざるを得ないものがある。

つぎに疑問点の第二であるが、これは条文の配列・順序などにもとづくところの、疑問である。

ところでこの点に触れたところの主張は、いまのところ見当たらないのであるが、筆者には、この点もまた、決して等閑視してよいものとは思われないのである。すなわち本条一項において『法令』なる字句を挿入したところの項号は、最後の第五号に在って、最初の第一号にないことが問題であると思われる。別言すれば、たとえば（株主の帳簿閲覧請求を会社が拒みうる場合について規定したところの）第二三九条ノ七においてみられる如くに、基本的事項については第一号で、そしてその具体的運用を定める事項については第二号以下で、規定するといったような規定の仕方（これが規定の通常の仕方と思われるのであるが）が本項ではなされていないということである。そしてなおこの点、類似的関連事項についての条文の規定の仕方を、比較的法にみても、一層この感を深くせざるを得ないものがある。

すなわちたとえば、西独株式法においては、一九三七年法第八四条においても、また一九六五年法第九三条においても（両年法は若干の点を除いては、ほとんど変わっていない——注7）、取締役員の注意義務及びその責任、すなわちその一般・抽象的行為規範規定については、それぞれの条文のなかで、その内容については第一項、そしてその違反については第二項で規定され、その具体的対会社責任発生原因（賠償義務）については、（内容的には、我が法の第二六六条一項に該当すると思われるところの）その第三項において、会社財産の不法な減少を来すべき重大な義務違反に関するものとして、取締役員の賠償義務を生ずる九個の場合（なお一九三七年法では八個であったが、一九六五年法ではこのほかに、『監査役員へ報酬が許与されるとき』を追加している——注8）の場合を列挙規定するという風に、一応は区別して規定されているのである。しかしながら、とにかく両者規定は、ともに同一の条文中に収められてはいるし、その上、両条文とも、その各第三項で「取締役員は本条に違反して、次の行為がある場合に、特に賠償につき義務を負う」と規定して、両者を関連付けている。またヨーロッパ会社法案（一九七五年五月一三日にヨーロッパ共同体評議会採決）では、取締役会の構成員の義務としての、いわば行為規範規定は、その第七〇条で「取締役会の構成員は、経営に関してその職務を執行するにあたり、慎重な

管理者が用いる程度の注意をなし、会社及びその職員の利益を図らなければならない」と規定され、そして取締役員の、いわば対会社責任発生原因については、第七十一条一項で「取締役会の構成員は、本法若しくは会社の定款の規定に従わなかったこと、または義務の違背により生じた損害につき、会社に対して責任を負わなければならない」と規定するという風に、それぞれ別個の条文で規定されている。さらに米国法でも、たとえばニューヨーク事業会社法（一九六一年制定）では、いわば取締役の行為規範規定については、その第七十七条（取締役および役員の実務）で、また対会社責任発生原因については、その第七十九条（一定の場合における取締役の責任）で規定するという風に、区別して規定している。もつとも両会社法とも、それぞれを別個の条文に区別して規定はしているが、そのなかでヨーロッパ会社法案では、上述の如く、第七十一条一項で、両者をつないでいる。

この点、我が商法第二六六条一項での規定の仕方をみてみると、我が法では、それぞれを別個の条文（二五四条二項・民六四四條、二五四ノ二改正二五四條ノ三と二六六條一項）に分けて規定していながら、また独株式法などで規定する如き（直後または直近の条項でつなぐ）型式は取ってはいない（しかも両者規定の間には、二〇個条になんとなす異質の条文がある）のである。もつとも包含説の立場に立てば、取締役の対会社賠償義務発生原因の一つとしての第五号のなかに、『法令』という語を配して、両者規定をつないでいるということにもなるのであるが、しかしその場合でも、第一号から第四号までの場合には直接には、つながついていないということになる（この点でも独株式法とは異なっているといえよう）。し、また非包含説に立てば、当然のことながら別個の条文で規定され、しかも両者規定の間には、直接のつながりすら、持たないということにもなるのである。いずれにもせよ、両者規定をつなぐべきか否かは別として、仮りにつなぐべしとするならば、そのためには、独株式法式を取るか、または、後で触れる如く、『法令』云々の語は、少なくとも、最後の第五号ではなくして、最初の第一号に持って来て、つなぐべきものではなからうかと思われる。

そしてさらにまた、本条項号の、かかる配列や順序については、今次の『株式会社法の機関に関する改正試案』〔昭和五三

年一月二五日法務省民事局参事官室)は、現在の多数説(法文上の過失責任であることが明らかな場合以外は、無過失責任と解すべきであるとする)の基本的立場を改め、これらの説では無過失責任と解されていた行為をも含め、法令・定款違反行為をすべて過失責任とし(その理由については注9)、ただ責任を免かれようとする取締役に対しては無過失の立証責任を負わせることにする(なお違法配当、競業取引および取締役・会社間の取引についても、これによる)という狙いで、(取締役の対会社責任発生原因となる行為を列挙するという)いわゆる昭和二五年法の列挙方式をやめて、取締役の職務上の義務違背の性格を有するものをすべて、法令・定款違反ということに統一し、ただ第二号の金銭貸付の責任は、会社を代表して貸付をした取締役を、いわば保証人的地位に立たせるものとして、別類型の責任原因として残そうとして、初めに「法令又は定款に違反する行為により、会社に損害を与えたときは、取締役は会社に対して連帯してその損害を賠償する責に任ずる。ただし取締役が注意を怠らなかつたときは、この限りでない」と提案した(注10)のであった。

ところで取締役の責任を負うべき場合の規定の仕方について、比較法的に、これをみてみると一方においては、個別的義務違反行為として違法配当、違法な自己株式取得および財産分配などを掲記している立法例(米国のModel Business Corporation Act四八条、カリフォルニア一般会社法三一六条、ニューヨーク事業会社法七一九条など)がある反面、他方においては、法令違反(仏会社法二四四一条一項)法令・定款違反(ヨーロッパ会社法案七一条一項)法令違背(伊民法二三九二条一項)誠実義務違背(独株式法九三条)などの如き、一般的事項を挙げている立法例もあるという具合に、必ずしも統一はされていない。したがって取締役が責任を負うべき場合を、昭和二五年法の如く、個別的に列挙する必要は、必ずしもないともいい得られるのである(注11)。もっとも改正法においては、違法配当、競業取引および取締役・会社間の取引については、法令・定款違反に関する一般的責任規定とは別に、たとえば違法配当がなされたとき、会社は配当の無効により当然に、配当金を受領した株主に対して不当利得返還請求権を有するので、これらの特別規定がなければ、法律上また、会社に損害が生じているとはいえない場合であるから、会社は不当利得返還請求権を有するにも拘ら

ず、取締役が違法配当額の弁済責任を負わなければならないことを明らかにするために、特に責任原因を列挙したのである。

いずれにせよ、とにかく、もしも本項号の順序・配列についての前記『改正試案』の、この方針が維持されていたならば、あるいは『法令』云々の項号は、第一号として、本項の文初に置かれていたであらうことは、容易に想像されうる。しかしながら、以上の事情であるにも拘らず、今次の商法改正においては、結局のところ、試案の、前掲方式（『法令』云々を文初に置く）は採用されないので、依然として、昭和二五年法の（『法令』云々を最後の第五号に置くという）方式を踏襲しているのである。

これを要するに、立法の経緯、立法参画者達の意図の奈辺にあつたかは別として、とにかく第二六六条一項は依然として、個別的事項列挙の後に一般的事項を記載するという、従来の順位・配列方式を取っているのである。したがってこのことはまた、軽々に着過すべきものではなく、本稿争点の解決にあつては、充分に考慮すべきことではなからうかと思われる。そしてこれらの点を考慮に入れて、第五号の『法令』を考えてみる必要ありとすれば、そこで参考となるのは、英米法の *Rule of ejusdem generis*（同種原則）である。

ところでこの原則は、周知の如く、制定法中に、一般的文言に先立って、まず特定の・限定的な事項の記載があり、続いて一般的・概括的な附加的文言が存する場合、その一般的・概括的文言は、前出の特定の・限定的事項と同種のもののみを意味すると解する解釈上の原則である（注12）。したがって我が法典の解釈においても、この原則に従うべしとするならば、本項の第一号から第四号までの規定は、取締役の具体的行為を規定したところの、いわば具体的事項を規定しているので、これらに続く第五号の一般的事項規定もまた、これに制約されざるを得ないということになる。そこでこの原則に従えば、第五号にいう『法令』は、具体的行為規定のみを指して、一般・抽象的規範規定までは含まないということにならざるを得ない。もっとも問題は、我が商法典では、その条文作成にあたって、条文の配置・順序などについては、あ

まり配慮がなされてはいないということであれば、また話は別であるが、その規定の様式をみると、必ずしもそうとは思われないものがある。

すなわちたとえば、前掲第二九三条ノ七の規定の仕方をみてみるに、ここでは同条の第一号は「株主ガ株主ノ権利ノ確保若クハ行使ニ関シ調査ヲ為ス為ニ非ズシテ請求ヲ為シタルトキ又ハ会社ノ業務ノ運営若クハ株主共同ノ利益ヲ害スル為請求ヲ為シタルトキ」とするところの、いわば同条記載の四個の拒否理由の基本的規定であり、そして第二号以下は、その具体的、細則的運用を定めているという規定の仕方である(注13)。すなわち我が商法典もまた、基本的事項や一般的事項に関する規定は、具体的、細則的事項に関する規定の前に置くという風に、条文作成にあたっては、条文の配置・順序などには、充分に意を配しているともいえるのである。したがってもし、そうだとすれば、かかる仕方によらないところの、第二六六条一項の如き、すなわち具体的、細則的事項に関する規定の後に、一般的事項に関する規定を置くというような規定の仕方の場合の如きは、その解釈などは当然、英米法の *Rule of ejusdem generis* が参考になるのではあるまいか。そしてもし、そうだとすれば、この原則により、第五号のいわゆる『法令』という一般的、概括的文言もまた、これに先立つ第一号から第四号までの具体的事項規定により制約され、限定されるものというべきである。そしてそうであるのに、かかる条文の配列や順序(前述の如く、『改正法試案』で折角、前記の如き提案がなされたにも拘らず、改正法では、その改正をみななかった)を無視して、唯なんらの制約的字句はないということだけの理由で以って、直ちに一般・抽象的行為規範規定までも包含するという風に解釈することは、いかがなものであろうか。疑問なきを得ない。

さらに疑問点の第三であるがこれは、本稿の争点を考えるにあたって、昭和二五年改正法の立法趣旨を考えなくてもよいのかということである。

ところで、昭和二五年改正前の商法では、取締役の対会社責任の発生原因としては「取締役ガ其ノ任務ヲ怠リタルトキハ、其ノ取締役ハ会社ニ対シテ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ズ」(昭和一三年法第二六六条一項、明治三二年法第一七七条

一項）とか、また「取締役ハ其職分上ノ責務ヲ尽スコト及ビ定款並ニ会社ノ決議ヲ遵守スルコトニ付キ会社ニ對シテ自己ニ其責任ヲ負フ」（明治二三年法三二二号第一八八条）とか規定するに過ぎなかつたが、これに連帯責任の原則を維持するとともに、さらに責任の内容およびその発生原因を詳細に具体化し（注14）、あわせて、それら責任の免除についても、旧法では株主総会の特別決議による免責が認められていた（昭和一三年法、第二四五条一項四号）のに反し、昭和二五年法では、原則として総株主の同意がなければ、これを免除し得ないとされるに至った（第二六六条四項、なお改正法では五項）のである。

これを要するに、昭和二五年法では、取締役の対会社責任の免除条件を嚴重（株主総会の特別決議より総株主の同意へと）にするとともに、その責任の内容およびその発生原因を、旧法とは異なり、これを個別かつ具体化したのである。換言すれば同年法の趣旨は、一方では、取締役の権限の強化に対応する必要上、その対会社責任の免除条件の嚴重化を図るとともに、他方では、旧法上のそれとの均衡上、取締役の対会社責任の内容およびその発生原因を、旧法上の一般責任の場合よりも、これを個別・具体化し、かつ限定化したところに存するといふことがいえるのではあるまいか。そしてもしもそうということがいえるとすれば、別言すれば昭和二五年法改正の、かかる経緯を考えるとすれば、第五号の、いわゆる『法令』を、通説の如く、一般・抽象的行為規範規定にまで拡大解釈することは、いかなるものであろうか。けだしこれもまた問題であらう。なおこのことは、今後の商法改正に際し、取締役の対会社責任についての免除条件は、さらに嚴重化されている（前述の如く責任解除規定Ⅱ二八三条の削除により）ので、この原則、すなわち免除条件の嚴重化は、反面に、責任発生原因の範圍縮小を伴なうという原則は、法の公平上からも、より強く要請されるべきものではあるまいか。

したがってこれらの点からしても、通説の立場には、疑問を抱かざるを得ないものがある。

最後に疑問点の第四であるが、これは企業の経営、その業務執行に当たっては、いわゆる経営（の合理性に関する）判

断の法則すなわち Business Judgement Rule の存在を考慮しなければならないことであるが、これは具体的行為規定違反の場合には、問題はあまり起らない。しかしながら、通説の如く、本条の『法令』のなかに、一般・抽象的規範規定を包含させるということにでもなれば、その場合には、この法則とからんで、規定違反の立証などの点で技術的にも、なかなか困難を極わめ、また面倒な問題を生ずることにもなるであろうということが考えられる。

ところでこの点について、たとえば取締役の善管注意義務違反の場合を例に取って考えてみると、まず第一に問題となることは、取締役がその任務を行なうに当たって用うべき注意義務の程度は、抽象的には善良なる管理者の注意、すなわちこれは通常の思慮・分別を有する標準人が当該取締役として、その事務を行なうに当たって用うべき注意であるが、具体的には統一的に確定した尺度があるわけではなく、会社の規模の大小、その目的とする業務の種類、従業員の員数、景気の状態、個々の取締役員の事情ならびにその任務などを基準として決定されるという（注15）ことである。したがってたとえば銀行の取締役員の注意義務は、製造工業会社や公益事業部門会社の取締役員のそれとは当然、異なるのであり、したがっていわゆる統一的な営業指揮者の型式なるものは、本来存しないのである。そして株式会社の指導（支配）を委託された取締役員の注意義務は、原則的には通常の事務屋のそれよりも範囲は広い（注16）のである。したがって銀行の頭取は、銀行の頭取としてふさわしい思慮・経験が、また貿易会社の社長は、貿易会社の経営者にふさわしい専門的な知識・経験が、それぞれ標準とされるだけでなく、また資本金一〇億円の大会社の取締役と、一〇〇万円の小会社の取締役とは、同じ業種であっても、自ら具体的な標準を異にする（注17）のである。

つぎに第二に、問題となることは、企業人の行なうところは、非企業人の想い及ばない着想力と実行力がなくては、ほとんど不可能といつてよいことである。そしてそのためには、企業人の行なうところは、非企業人が判断する場合に、時としては、無鉄砲きわまる軽率な行為とさえ、考えられることもある。したがって取締役が会社企業の遂行についての判断に、些細な錯誤や過失などがあつたとしても、後日、裁判官の判断を以って、これに過失の烙印を押すことは苛

酷に失することになる恐れもある。まして企業の分野がそれぞれ専門化するにたがって、経営方針の決定と実行とは、外部からは、窺い知り得ない秘策を必要とすることがあるにおいては、ますますこの感を強くせざるを得ない（注18）ものがあるのである。

ところで米国会社法では、いわゆる Business Judgement Rule にもとづいて、取締役が悪意と詐欺的行為を以って、事を処理したのではない限りは、裁判所と雖も、営利会社の内部的な経営については、原則として干渉せず、それが著しく不適當であったとしても、詐欺的行為たる証拠を呈するが如きものでない限り、裁判所の判断の対象とはならない（注19）のであり、また、たとえ会社事業の経営に不適當と考えられる程度に、その判断に著しい誤りがあつたとしても、それは価値と政策との問題であり、そしてかかる問題は、専ら取締役の会社経営の合理性に関する判断に属するとされている（注20）のである。さらに米国の判例では、この関係について取締役の責任を、おおむね寛大にみている（注21）のである。そして古い判例ではあるが、たとえばペンシルバニアのスペリンク控訴事件（これは、ある信託会社の取締役が暴利的利率で、莫大な利益を得ようとして不適當な担保に巨額な貸付けをなして、そのため、会社の経営が破綻に陥つたので取締役に対して、その誤った管理による損失を補償させようとした事件であるが）に対し、裁判所は「たとえ判断の誤りが今日から考えれば、馬鹿げた程、途方もないものと思われる程度に、甚しいものであつても、取締役が誠実であり、かつ取締役会に与えられた自由裁量権の範囲内であるならば、それらの判断の誤りに対して責任はない」と判決している（注22）。

そこで問題は、この原則は、我が法でも、取り容れられるべきか否かということであるが、これについては、その適用基準設定の困難性は否定できないのではあるが、我が法でもまた、これを取り容れるべき（注23）は勿論であろうし、また我国における裁判官の任用方法は英米と異なっていること、したがってまた、殊に経済事情になじみ難いことなどの事情からして、より強い理由を以て、我国でも、この原則は採用されるべきであらうとする主張（注24）も、早くから存在

していたのである。

もっともその反面、近時における会社企業の、経済社会に占める地位の重大性化、その及ぼす影響の巨大・深刻化、そしてさらに、ますます権限の強力化・集中化され過ぎて来たかの感のある取締役に対し、またその責任を追及する声が高らかに唱えられ、その必要性もまた、一般に広く、認識されて来ている現在、そのためには、包含説が大いに役立つであらうし、また、このことについては、筆者と雖も、これを認めるに、決して吝かではないのである。しかしながら他方において、会社企業の運営・経営上、*Business Judgement Rule* の存在もまた、これを無視するわけにはゆかないのである。これを要するに、具体的な行為を命じた法令・定款違反の場合なら、別であるが、そうでないところの、たとえれば善管注意義務規定違反ということになると、その立証は、この原則適用の問題ともからんで来て、非常に困難を極わめ、時としては、裁判所の判断の能力をも超える恐れも出て来ることもなるのである。

さて以上のように考えて来ると、通説の如く、包含説を取ることは、取りもなおさず取締役の一般・抽象的行為規範規定違反による責任をも、本項により追求できることになるのであるから、このことは屢述の如く、近時ますます権限の肥大化し過ぎた感のある取締役に對し、そのけん制・監督にあたって、非包含説を取る場合よりは、大いに役立つことになるであらうといえる。けだし善管注意義務および忠実義務は、取締役の行為のすべてにわたり、つねに働いているのであるから、これをつきつめてゆけば、取締役のあらゆる行為を、本第五号で以って、追及できることになるからである。しかしながら反面、その違反立証の難易という点からみれば、非包含説の立場と雖も、包含説に比して取締役の責任強化の意図にそわないとは、必ずしもいいられないものがある(注25)。けだし包含説の立場に立つと、第五号の責任は、これを過失責任ということで、ほとんどの学説は一致している(注26)のであるが、もしもそうだとすれば、具体的事情の下では過失がなかったという理由で、責任をまぬかれる口実を取締役に与え、責任の追及を難かしくする恐れがある(前述の如く、改正試案がその第二・六・3・aで、立証責任の轉換をはかった所以もここに在った)からであるのに対し、非包

含説の立場では、これは無過失責任とみられるからである。

以上を要するに、取締役の監督・けん制にあたり、包含説の立場では、第五号による取締役の責任追及の範囲を、取締役のあらゆる行為の場合に広げうる利点があるのである。しかしながらその反面、それはまた、その違反立証の困難性とともに、さらに会社機関の運営上もまた、問題を生ずることなしとはしないのである。ただし取締役の対会社責任発生原因の範囲を、余りにも広げ過ぎるということは、株主の代表訴訟(第二六七条)や取締役の違法・違款行為差止請求権(第二七二条)などの問題とも関連して(注27)、所有と経営の分離を建前とする現行法(注28)においては、株主をして、原則として取締役に全面的に委かされている筈の業務執行権限に、必要以上に介入させることになる恐れなしとはいからである。そしてそれも、特に具体的行為規定違反の場合なら、あるいはその違反立証の容易性よりして、また止むを得ないものもあるであろう。しかし何れかといえば、違反立証の困難または不可能な取締役の裁量的権限に属する業務執行事項についてまでも、株主(六月継続保有なら、一株の所有でもよい)の容喙・干渉を認めるようにすることは、それは取締役の活動の萎縮化と、反面、株主特に会社荒らしの跋扈とを将来することになる恐れなしとはいえないし、またこれは、上述の Business Judgement Rule との問題とも、からんで問題となる恐れがあるのである。

要するに、取締役は、会社財産を適切に管理・運用して、利益を挙げることを任務としていて、そしてそれが相当の注意を怠つたため、経営を誤つて会社に損害を与えたときは、勿論、責任を負わねばならないのである。しかしながら経営上の判断には、危険を伴なうのが通例であるから、具体的な行為を命じた法令・定款を守っている限り、取締役に善管注意義務違反の責任を負わせることは、至難であるのではあるまいか。またそれを、敢えてさせること(包含説を取ることは、そうさせることになる)は、屢述の如く、取締役の行動を、必要以上に萎縮させ、その結果、いわゆる角を矯めて牛を殺すの弊にも、陥りかねない恐れなしとはしないのである。とにかくこれらの点からしても、包含説の主張には、疑問を抱かざるを得ないものがある。

注1 「法令」という表現は、商法第二三〇条や第二三一条などという「本法」という表現とは、異なるのであるから、これは商法典の規定のみならず、広く商法典以外の諸法令も、これに含まれるということにもなる。なおこれについて、たとえば福島地判昭和三四年六月一九日は「旧商法第二六六条二項にいわゆる法令とは、商法の具体的な特別規定のみならず、刑法の規定をも包含すべきものと解すべきであるから……」としている（下級民集一〇巻六号一二九三頁）。もっともこれに対し、佐藤教授は「通説・判例は、刑法の規定なら何でもよいということの意味しているのではない。……法令の範囲について、明言はしないが、株主や債権者を含めて会社保護の諸規定を考えていると思う。したがって株式会社法の諸規定、さらには会社財産保全のための取締役の任務を定めている法令の規定と解するのが、より正確であり、取締役の責任につき、法令・定款違反を要件とするベルギー法第六四条二項、フランス法第四四条の解釈上、法令とは、会社法の規定を指すと解して異説を見ない」（前掲書三六四頁）とされている。なお田中誠二博士は、法令のなかに政治資金規正法第二二条、公職選挙法第一九九条以下に禁ぜられている政治献金をした場合および刑法第一九八条の贈賄罪に該当するような贈与をした場合をも、含めていられる（前掲書五八九頁）。

注2 たとえば佐藤著「前掲書」一七〇頁。

注3 たとえば西本著「前掲書」一四一頁。

注4 もっとも、招集場所として指定してある部屋が狭いというような理由で、その隣接部分を使用することは、必ずしも招集手続違反とはいえないとする判例（昭和五年二月一六日大判・商判二九五頁）もないわけではない。

注5 昭和四年二月一六日大決「会社の重役が株主総会に於て、或株主の発言を禁じ会社ゴロを雇入れ、暴行強迫を以て其の株主の議決権行使を妨げ又は他の株主の代理人として出頭したる株主の入場を拒絶し自派の暴力者のみにて株主総会の決議を為したりとするも是れ決議の方法が法令又は定款に違背したるに過ぎずして絶対無効のものに非ず」（新聞三〇八二号九頁）に対し、田中誠二博士は「これは昭和十三年改正前の旧第一六三条においては、決議の方法が著しく不公正なるときという法文が入っていなかったために、直接に法令または定款に反すると決したのであるが、現行法上は「著しく不公正なるとき」に入れる方が正

当であると思う」としていられる（田中誠二等著「再全訂コンメンタール会社法」七〇四頁）。

注6 居林次雄著「新商法実務」三七頁。栗原敏二著「新商法の新監査制度」三五頁。

注7 若干の差異についてGodin—Wilhelmiは、たとえば本法に違反して監査役員に支払われた報酬に対する賠償義務が新しく追加されたこと、賠償請求権放棄の禁止期間が五年から三年に短縮されたこと、少数株主権の要件が二〇パーセントから一〇パーセントに引き下げられたこと、三十七年法には、賠償義務は、その行為につき、監査役の同意ありたることに因りて消滅することなしという規定があったのであるが、このことは、六五年法には明白に規定してないことなどを挙げている。Aktiengesetz, 3 Aufl. (1967) S. 460.

注8 Godin—Wilhelmi, a. a. O. S. 460.

注9 過失責任とすべき理由の一つとして、元木伸・稲葉威雄両氏は、たとえば、海外駐在取締役のように、社内の情報に容易に接し得られないような情況に置かれた取締役が、他の取締役の違法行為の実態を覚知し得ないまま、取締役会の決議に加わった場合などにも、なお責任を負うべきものとすることは酷にすぎると考えられたからであるとされている。（商事法務研究会編「会社機関改正試案の論点」八二頁）。

注10 この提案に対して、慶應大学意見は、かかる試案の方向には賛成するが「法令又は定款に違反する行為」という表現には、取締役の抽象的義務を定めた規定（第二五四条三項Ⅱ民法第六四四条、第二五四条ノ二）を広く含むか否か疑義が残るから、昭和二年改正前のように「その任務を怠ったとき」とすべきであるとしている（商事法務研究会編「商法改正に関する各界意見の分析」一三二頁）。

注11 前掲「改正試案の論点」八一頁。

注12 Black's Law Dictionary, 5th Edition P. 464.

注13 鈴木著「前掲書」二〇一頁。蓮井良憲編「会社法」一八六頁など。

注14 昭和二年三月一日第七回国会の参議院法務委員会の席上、政府委員（岡咲恕一）は「現行法におきましては、債務不履行

一般として包括的に規定されておりますのを、成る可く会社に対して損害を与える虞れの多い事項を列挙いたしまして、その責任の範囲を明確にいたしましたのが、この規定の、現行法と異なるところでございます。」(参議院法務委員会議事録六号)と答えてる。

注15 Hefermehl, Aktiengesetz Kommentar. (1973) S. 275., Schilling, Aktiengesetz Grosskommentar. (1971) § 93 Anm. 9 S. 726.

注16 Hefermehl, a. a. O. SS. 275, 276.

注17 宗宮「前掲」四頁。

注18 大阪谷公雄「取締役の責任」株式会社法講座(Ⅲ)一一一九—一二〇頁。宗宮「前掲」六頁。

注19 White, On the New York Corporations(1951), vol. 1, pp. 789, 790.

注20 Ballantine, On Corporations(1946), p. 160

注21 宗宮「前掲」六頁

注22 Ballantine, op. cit. pp. 157, 158.

注23 土柳克郎・竜田節・神崎克郎・森本滋「経営責任に関する法的検討」(三・完)商事法務研究九二二号三六頁以下)参照。

注24 大阪谷「前掲」一一二四頁。

注25 一般的義務規定を『法令』から除外する見解は、おそらく取締役の責任を強化する必要から第二六六条一項の責任を、すべて無過失責任と解し、その反面として、一般的義務を『法令』から除外したものと思われる(本間「前掲書」四四二頁)。

注26 もつとも、それぞれ法令の目的に従って個別的に主観的要件の存否を決すべきであるとして、過失責任か無過失責任かの一方に割り切るべきでないとする(大阪谷「前掲」一一二六頁)ところの折衷説的立場もある。

注27 もっともこの問題は、第二六七条の(株主の代表訴訟によって追及できるところの)取締役の責任の範囲について、いわゆる任務懈怠可能性≡全債務説を排して、いわゆる責任発生原因≡限定債務説を取るときに、問題となるのであるが、筆者は、後説す

なわち損害賠償責任（第二六六条一項）や資本充実責任（第二八〇条ノ一三）のみに限定されて、取締役が会社に対して負担するところの、他の一般的債務は包含されないとする立場を取るものである。なお、その根拠については、拙著『株式会社の機関論』五三頁以下。拙稿「代表訴訟における取締役の責任の範囲について」商経論双（鹿泉短大）一一号四一頁以下。「代表訴訟によって

追及しうる取締役の責任の範囲」ジュリスト増刊『商法の争点』（法律学争点シリーズ4）一一八—一九頁参照。

注28 これについては一般に、昭和二五年法により追加されたところの、第二五四条二項は、所有と経営の分離、すなわち経営者支配説を高らかに宣言したものととして、挙げられている。しかしながら同項の立法趣旨は、必ずしもそのみとは考えられない（その根拠については拙稿「商法第二五四条二項の立法趣旨について」商経論双（鹿泉短大）一三九—九頁以下参照）。

第三章 結論

さて以上の如く、前章において、改正法第二六六条一項五号にいう、いわゆる『法令』についての通説、すなわち包含説の主張に対しては、四個の疑問点のあることを述べて来たのである。しかしながらこのことは、直ちに非包含説を採用すべしとすることには、勿論、充分ではない。ただしこれらは、いかなれば、非包含説に取っては、いわば消極的な論拠にすぎないからである。そこで次には、非包含説採用のいわば積極的な論拠について、述べなければならぬのであるが、紙数の関係から、これについては、他日、稿を改めて、述べることにする。