

商法第二六六条一項五号にいう、

いわゆる『法令』の意義について

——通説に対する疑問——

佐 伯 直 秀

（目次）

第一章 問題点の提起

第二章 非包含説に立つ、私見の論拠 —— 通説に対する疑問 ——

第一節 包含説論拠の検討

第二節 非包含説に立つ、私見の論拠

第三章 結語

第一章 問題点の提起

我が商法は、その第二六六条一項五号において、取締役の対会社責任の、発生原因の一として「法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタルトキ」を挙げている。しかしながら問題は、条文にいう、いわゆる法令なる語に、なんらこれを制限する如き表現が付されていないことである。したがってこのことから、ここにいう法令とは、いかなる法令を指すのか、

換言すれば取締役のなす、具体的な行為を命じた規定、たとえば営業譲渡を定めた第二四五条、取締役の報酬決定に関する第二六九条などの規定のみを指すのか、あるいはこれにとどまらずして、さらに抽象、一般的な規定、すなわち取締役が、その業務執行権限を行使するさいの、一般的な行為規範を定めた法令の規定、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・民法六四四条)または忠実義務(二五四条の二)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、明白ではない。そこでこの解釈を回って、あるいは、単に法令とのみ称して、これになんらの制限的文言は付されてはいないけれども、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、これを具体的規定と称する)のみを指すにすぎないとする見解(注1)もない訳でもない。しかし現在のところ、学説・判例の多くは、ほとんど(注2、3)、かかる具体的規定のみに限定せず、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をも包含しているとする見解を取っており、かつこれに定着してしまっているかの如き感がないでもない。しかしながら次章で述べる如き論拠にもとづいて、筆者は、通説の、この見解に対しては、必ずしも賛成し難いものを感じる。そこで本稿においては、通説に対する、この疑問について、いささか私見を述べることにする。

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包含されるか否かを基準として、前者すなわち、これは含まれないとする説を、非包含説、後者すなわち、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。

もっとも前説すなわち非包含説を取って、本条にいう法令を、取締役の具体的規定のみに限定して、包含説のいう如き、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(二五四条三項)のであるから、この点から善管注意義務あるいは忠実義務を負担していることは勿論否定できない。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与えた場合には、債務不履行の一般原則によって損害賠償しなければならぬ(民四一五條)ことはいうを俟たない。しかしながら後説すなわち包含説を取れば、取締役の会社に対する責任は連

帯性を帯び（二六六条一項）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（同四項）ことになって（注4）、非常に嚴重なものとなるのに反し、前説すなわち非包含説を取れば、株主総会の単純多数の決議だけでも免除できるという差異を生ずる。その点、包含説に立てば、非包含説に立つ場合よりも、それだけ取締役の（免除条件の嚴重な）対会社責任の発生原因の範囲が拡がるのであるから、取締役の権限が強大化され、したがってその乱用が問題となっている現在、取締役の権限の乱用を防止するとともに、その乱用もたらす会社制度の弊害防止にも役立つということがいえるのである。ここに包含説の利点の一つが存在するともいえる。

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」日本法学二四巻五号一七頁。

注2 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、田中誠一著「全訂会社法詳論」（上）五七九頁、鈴木竹雄著「会社法」一三九頁、河本一郎著「現代会社法」三二六頁、西本寛一著「株式会社重役論」一四二頁、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・四四二頁など。

注3 たとえば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対し、善管注意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・民第六四四条を含むことを示しており（判例時報六七〇号四五頁）、また昭和三八年四月五日東京地判は、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（下級民集一四巻四号六五七頁）。

注4 もっともこれに対しては、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は一概には賛成し難い（酒巻著「前掲」三四頁注3）とか、責任の免除および解除においては、債権者の利益を無視して取締役の責任を消滅させてよいかが問題になる。とくに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。そして解除のほうは、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、それがない（渋谷光子「株式会社機の機関」演習商法（上）四〇二頁注1）とかの批判がある。

第二章 非包含説に立つ私見の論拠

——通説に対する疑問——

前章で述べた如く、第二六六条一項五号にいうところの、いわゆる『法令』の意義については、筆者は、通説とは異なり、具体的規定のみに限定されて、一般・抽象的行為規範規定を含まないとするところの、いわゆる非包含説の立場を取る。したがって本章では、非包含説に立つ私見の論拠について述べる次第であるが、そのためには、先ずその前提として、反対説たる包含説、すなわち法令には一般・抽象的行為規範規定をも包含するとする説の論拠について検討する必要がある。そこで次には先ず、これについて触れる。

第一節 包含説論拠の検討

ところで包含説関係の文献では、一般・抽象的行為規範規定については、単に「これを排除すべき理由はなく」（注1）とか、「これを含むのはいまでもない」（注2）とかの表現を使っているのみで、特にその論拠を示してはいない。しかし暗黙のうちに、次の二点が論拠として考えられているのではあるまいかと思われるので、以下これについて検討する。

すなわちその第一点は、同条にいう『法令』には、なんらこれを制限する、換言すれば具体的規定にのみ、限定する如き字句が付加されていないことであり、その第二点は、包含説を取ることは、非包含説を取る場合よりも取締役の責任発生原因の範囲を拡げることになり、それをまた連帯性、免除条件厳格化の二面において、強化することにもなる（注3）ので、それは権限の強大化せる取締役の監督に大いに役立つようになることである。もつとも非包含説と雖も、取締役の責任強化を意図しないとはいえない。ただし一般・抽象的行為規範規定を法令のなかから除外することにより、本条一項五号の責任をすべて無過失責任と解させる見解もないではない（注4）からである。しかしながら包含説を取って、

すなわち取締役の責任発生原因の範囲を拡げることが、取りもなおさず取締役の責任強化につながることも、また否定できないので、これもまた検討に値する。

まず第一点より検討する。そもそも包含説の如く、本条の『法令』なる語には、なんらこれを制約する如き字句は付加されてはいない。したがってこの点だけからみれば、『法令』としては当然、一般・抽象的行為規範規定をも含むと解して差し支えはない。しかも第二三〇条の二や第二三二条などという『本法』という表現でもないのであるから、商法典の規定のみに限らず、広く商法典以外の諸法令もこれに含まれる（注5）ということにもなる。それ故にこの点に関する限り、包含説の、この論拠には、なんら間然する余地はないであろう。

しかしながら留意すべきことは、このことは商法典のなかで、法令なる語を使ったならば、それはすべて一般・抽象的行為規範規定をも含むということには、必ずしもならないということである。け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いる。しかしその実は、唯に商法典内の規定に限定するだけではなく（『本法』というときは勿論、商法典内の条文に限定されるのであるが）さらに進んで、商法典内の具体的規定のみに限定している（したがって一般・抽象的行為規範規定は除外される）のではないかと解されるべき条文もまた、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』という表現を使用している条文は、試みに搜してみると、つぎのようなものがある。すなわち第二三〇条の二、二三二条、二三九条、二四七条、二五四条の二、二五八条、二六六条一項五号、二七二条、二八一条の第三二項三号、八号、四八九条三項、四九八条一項一八号などの規定である。

しかしつぎの諸条文を除くと、これらの条文はすべて、具体的規定のみを指して、一般・抽象的行為規範規定までは含んではいない。そしてあるいは、一般・抽象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あると考え得られそうな規定は、第二四七条、二六六条一項五号、二七二条、二八一条の第三二項三号、八号などにすぎ

ないのである。しかしこれらの諸規定のうち、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ガ法令若クハ定款ニ違反シ又ハ著シク不公正ナルトキハ……」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『著しく不公正』ということにはなるであろう。しかし取締役の、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決めつけることは、どうであろうか。問題である。要するに第二四七条の『法令』は、会日より二週間前に株主に、総会招集の通知を發するを要するとする第二三二条、また招集地は、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と解すべきであつて、一般・抽象的的行為規範規定にまで拡張すべきものではない。またもしも拡張するべしとするならば、『著シク不公正』という字句は不要になる(注3)ではあるまいか。要するに前掲の場合は、『著シク不公正』ということと處理すべきものである。つぎに第二六六条一項五号(第二七二条も準ずる)の『法令』については、これは本論稿での争点であるので、別論するところに譲る。さらに第二八一条の第三項の規定をみるに、同項三号の『法令』は、同号の規定は計算書類作成についての規定であるので、具体的規定に限定されるべきは当然であり、また同項八号の『法令』が問題となるが、監査役の監査権限は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7)と解釈されることからして、この『法令』もまた、具体的規定のみに限定され、一般・抽象的規定までは包含しないと考えてよいと思われる。

要するに、商法典での『法令』の使い方を、前掲の諸条文の例でみると、つぎのようにいえるのではあるまいか。すなわちたとえ条文のなかで、単なる『法令』という文言を使用していて、特にこれを制限する如き字句が使われていなくても、それは必ずしも常に、一般・抽象的的行為規範規定までも包含するものではなく、条文の種類・内容によっては、あるいは具体的規定にのみ限定されるものであつて、したがつてこのことだけで一般・抽象的的行為規範規定までも包含するこ

となることとするところの、包含説論拠の第一点は必ずしも承認し難く、それ故に本争点解決の決め手とはなり得ないと。つぎに第二点であるが、既述の如く、包含説を取ることは第二六六条の責任、すなわち取締役の対会社責任の発生原因の範囲を拡げることになり、またそれを強化することにもなるのであるから、このことは第二六七条の代表訴訟の規定などとも相俟って、取締役監督への道を開くことにもなり、またそれに大いに役立つことにもなる(注8)。しかしながらこのことは会社法全体の上からみて、果たして当を得たるものといえるか否かということになると、問題はそう簡単ではない。ただし(イ)かかることは、会社機関の運営上、問題を生ずることなきか否か。(ロ)そして仮りに問題を生ずることがあるとするならば、このことは包含説によらずに他の手段で以って、取締役監督の目的を達成し得られないものかどうかまでも検討する必要があるからである。

まず(イ)の点であるが、取締役の対会社責任発生原因の範囲、したがって第二六六条の負責範囲を余りに拡げることが、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(注9)とも関連して、所有と経営の分離を建前とする現行法において、株主(一株所有でもよい)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(第二六〇条)に介入させることにはしなからぬか。そしてそれも特に具体的規定違反なら、止むを得ないであろう。しかし何れかといえば、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、株主の容喙・干渉を認めることは、それは取締役の活動の萎縮と、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しない。なおこれについては後述するが、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、相当の注意を怠ったため、経営を誤って会社に損害を与えたときは勿論、責任を負わなければならない。しかし経営上の判断には危険を伴うのが普通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難かしいのではあるまいか。またそれを敢えてさせることは、取締役の行動を必要以上に萎縮させ、会社活動を不活潑ならしめることになる恐れなしとはしない。

つぎに(ロ)であるが、取締役の一般・抽象的行為規範規定違反による責任を追求することにより、取締役の対会社責任の強化をはかることは、包含説によることだが、その最も効果的な手段の一つではあろう。しかしそうかといっても、それ以外的手段によっても、その目的を達成しようとするならば、敢えて前述の如き問題点の多い、この手段のみに固執する必要はないのではあるまいか。ところで取締役の対会社責任は、他の手段によっても追及し得るのである。すなわちたとえば民法第四一五条の債務不履行によっても追及できる(もっとも第二六六条の場合に比較すると、免除条件は、既述の如く緩和されるので、充分とはいえないのであるが)し、また第二五七条の解任権行使や取締役の罰則の強化などの手段によってもなしようのである。したがって是が非でも、第二六六条一項の責任追求によらせないと、目的達成できない種類のものでもなく、この点だけからいえば、包含説を是非とも採用すべき必要性は必ずしも存在しないことになる。以上要するに、前掲二点の、論拠だけでは、必ずしも包含説には賛成し難いもののあることを感ずる。

注1 たとえば佐藤著「前掲」一七〇頁。

注2 たとえば西本著「前掲」一四一頁。

注3 もっとも渋谷「前掲」四〇二頁は、同族会社などでは充分ではないとする。

注4 本間「前掲」四四二頁。

注5 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法の規定をも包含するものと解すべきであるから……」としている(下級民集一〇卷六号一二九三頁)。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。なお田中誠二教授は、法令のなかに政治資金規正法第三二条、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6 昭和四年一月一日大決「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、田中誠二教授は「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いから、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ふ」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7 居林次雄著「新商法実務」三七頁。栗原敏夫著「新商法の新監査制度」三五頁。

注8 もっとも非包含説と雖も取締役の責任強化を意図しないではない（本間「前掲」四四二頁参照）。

注9 もっともこの問題は、第二六七条の「取締役の責任」の範囲について、いわゆる限定説を取るときに、問題となる。なお限定説を取るべきか否かについては、拙著「株式会社の機関論」五三頁以下参照。

第二節 非包含説に立つ私見の論拠

以上、第一節では、包含説の論拠について検討したのであるが、その結果、その論拠だけでは必ずしも包含説に賛成することはできない。しかしそうかといっても、そのことはまた、ただちに非包含説に移行すべしということにもならないのである。けだしそうすることは、余りにも論理的に飛躍することであるからである。そこで本節においては、さらに積極的に非包含説を取るべしとする私見の論拠について、述べることにする。

まず論拠の第一点は、条文の配列にもとづく論拠である。換言すれば、本稿で争点となっているところの『法令』なる字句を挿入した条項は第二六六条では、最後の第五号に在り、最初の第一号に在り、さらにまた、たとえば

株主の帳簿閲覧請求を拒みうる場合について規定したところの、第二九三条の七の如く、基本的事項については第一号に、そしてその具体的細目の運用を定める事項については、第二号以下に置くというような規定の仕方でも本条はしていないことである。このことは英米法の *Rule of ejusdem generis* (同種原則) を引用するまでもなく、問題である。ところでのこの原則は、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、つづいて一般的・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。したがってこの原則にしたがえば、本条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、第五号の規定もまた、これに制約されざるを得ないことになる。そこで第五号の『法令』は具体的規定のみを指して、一般・抽象的行為規範規定を含まないことになる。したがって問題は、我が商法の、この原則に対する態度如何ということになる。

ところで我が商法典であるが、その規定の方式をみるに、この原則を全く無視しているとは、必ずしもいい得られないものがある。たとえば前掲第二九三条の七の規定の仕方を見るに、同条の第一号は「株主ガ株主ノ權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……」とする、いわば基本的規定であって、第二号以下は、その具体的、細則的な運用を定めている規定である(注1)。すなわち基本的事項、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いているのである。そしてこれが規定の、通常の仕方であり、したがってこの仕方によらないところの第二六六条一項の如き、規定の仕方の場合の解釈などは、英米法の *Rule of ejusdem generis* によらざるを得ないのではあるまいか。

要するに、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、限定されるべきである。そうであるのに、かかる条文の配列の順序を無視して、第五号の『法令』に一般・抽象的行為規範規定までも包含すると解釈することは、いかがなものであろうか。

けだし疑問なきを得ない。

なおこの点、独株式法では、その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、後述の如く、一般・抽象的行為規範規定と具体的行為規定とを区別して、前者については第一、第二の両項で、後者については第三項でという風に、規定している。そして挙証責任の所在、会社債権者による行使条件の相異などについても、両年法ともそれぞれ規定を異にしている。

ところで独株式法の、かかる態度は、同法が両種類の規定のなかには、本質的に同一に取扱ってはならないものがあるともみているためであるといえないであらうか。そしてもしも同法の、かかる態度が正しいとするならば、両種類の規定を同一条項で以って規定し、両者を一括して嚴重な免除条件下に置いているとする包含説の立場よりも、両者を別個の条文中で規定しその免除条件もまた、別異の取扱いを受けているとする非包含説の立場を採用すべきであるということになりはしないか。

論拠の第二は、昭和二五年改正法の立法趣旨にもとづく論拠である。

ところで二五年改正前の商法では、取締役の会社に対する責任については『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』と規定するにすぎなかった（昭和一三年法第二六六条一項、明治三二年法旧商第一七七条一項）が現行法では、この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2）、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、現行法では、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ている（第二六六条四項、五項）。

要するに、昭和二五年改正法は、取締役責任の免除条件を嚴重に（株主総会の特別決議より総株主の同意へと）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・具体化したのである。換言すれば改正法

の趣旨は、一方では、取締役の権限の強大化に対応する必要上、その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、取締役の責任の内容および発生原因を、旧法上の一般責任の場合よりも、これを個別・具体化したところに存するというのがいえるのではあるまいか。もしそうだとすれば、すなわち改正法の、かかる経緯を考えるならば、第五号の、いわゆる『法令』を一般・抽象的行為規範規定にまで拡大解釈することは、いかがなものであろうか。けだしこれもまた問題である。

論拠の第三は、前にも触れた如く、我が商法では一般・抽象的行為規範規定については、独株式法とは異なり、別個の条文すなわち第二五四条三項や第二五四条の二で規定され、本条すなわち第二六六条には、明白には規定を置いていないことである。もっとも通説すなわち包説含の見解では、これを『法令』のなかに包含しているので同一条文(第二六六条)のなかに規定してあるということがいえるのであるが筆者がこの見解を取らないことは、しばしば触れて来た。そこで要するに問題は、一般・抽象的行為規範規定を本号の『法令』中に包含すべきか否かの解釈に当たって、かかる点を考慮に入れなくても差し支えないのかどうかということである。

ところで我が法の第二六六条に該当する規定としては、前述の如く、独株式法では(一九三七年法では)第八四条、(一九六五年改正法では)第九三条(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3)が存在するのであるが両年法では、一般・抽象的規範規定については、それぞれの条文の第一項、第二項のなかで規定し、そして内容的に、我が法の第二六六条第一項に該当すると思われるところの、同条第三項においては、会社財産の不法な減少を来たすべき重大な義務違反に関するものとして、取締役の賠償義務を生ずる九個の場合(一九三七年法では八個であったが、六五年法では『監査役員へ報酬を許与されるとき』を追加している―注4)を列挙している。

かくの如く独株式法では、我が法とは異なって、一般・抽象的行為規範規定についても、具体的行為規定と同様に同一条文中に規定をしている。もっとも前者については、一、二項で規定し、そして後者については第三項で規定するという

風に、規定の項を異にし、また取扱いについてもそれぞれ異なっている。

たとえばその一は、第二項でも第三項でも賠償義務について触れてはいる。しかし賠償とは、違法行為に因って生じた損害の賠償を意味する（注5）ので、会社に損害を生じなければ取締役員は賠償の義務を負わない。そこで第三項については、第二項と異なり、会社がこの列挙に属する職務違反を理由として損害賠償を求むるには、常にその事実を立証するを以て足り、却って責任を免かれんとする取締役員に於て、会社に損害を生ぜざる旨の立証をしなければならない（注6）のである。すなわち当然のことではあるが、損害の挙証責任が反対になっているのである。

その二は会社債権者は、前述の如く会社より弁済を受けることができないときは、会社の賠償請求権を行使することができるのであるが、ただし第三項に掲ぐる場合以外の場合、すなわち第二項の場合には取締役員が通常の、且つ誠実なる営業指揮者の注意を著しく怠りたることに限って行使できることになっている。

以上の如く、我が商法とは異なり、一般・抽象的行為規範規定の場合と具体的行為規定の場合とは、両種の規定を同一条文中に規定しているところの、独株式法の場合でさえも、異なった内容、取扱い方をしている。まして日本法のように別個の条文で以って、規定しているような場合、なおのこと異なった取扱いをすべきものではあるまいか。またもしそうだとすれば、条文に、唯『法令』とあるだけの理由だけで以て、両種の規定を包含せしむべきものではないと考えてもよいであろう。

論拠の第四は、法令に違反したか否かの立証は、非包含説の場合では、具体的行為規定の違反だけであるから、比較的容易になし易いのに反して、包含説の場合には、一般・抽象的行為規範規定をも包含することになるので、その分だけ、その立証はなかなか容易でないことである。そしてその理由としては、つぎの二点の理由が考えられる。すなわちその一は、具体的判断に当たっては、画一的な基準のないことであり、その二は、企業の経営、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。

以上の二点について、たとえば取締役の善管注意義務規定違反の場合を例に取ってみると、まず第一に、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つい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任務などを基準として決定される(注7)のである。そして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、いわゆる統一的な営業指揮者の型式なるものは存在しない。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のである(注8)。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、また資本金十億円の大会社と百万円の小会社の取締役とは、同じ業種であっても、自ら具体的な基準を異にする(注9)のである。

つぎにその第二は、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とがなくては、ほとんど不可能といてよい。そのために、企業人の行なうところは非企業人が判断する場合には、時として無鉄砲きまわる軽卒な行為とさえ考えられる。故に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。まして企業の分野がそれぞれ専門化するに従って、経営方針の決定と実行には、外部から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10)のである。

また米国会社法では、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て事を処理したのでない限りは、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、それが著しく不適当であつたとしても、詐欺的行為たるの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のであり

（注11）、またたとえ会社事業の経営に不適当と考えられる程度に、その判断に著しい誤りがあったとしても、それは価値と政策の問題であり、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12）。さらに米国の判例は、この関係について取締役の責任を概ね寛大にみている（注13）。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グ控訴事件（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当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ったので取締役に對して、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）に對し、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ほど、途方もないものに思われる程度に、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對して責任はない」と判断している（注14）。

要するに、以上の二点の理由により、具体的な行為を命じた法令・定款違反立証の場合なら別であるが、そうでないところの、善管注意義務規定違反の立証となると、なかなか困難を極めめる。そしてこのことは、取締役は具体的な行為を命じた法令・定款を守っている限り、これに善管注意義務規定違反の責任を負わせることは難かしいことを示すものである。もしそうだとすれば、すなわち法令違反立証の困難のために、包含説も非包含説も、両説の区別は窮極のところ、善管注意義務規定を包含するか否かだけに存在するのであるから、実質的效果には差異はないことにもなる。そして効果に実質的な差異がないということは、両説のうち、その何れを取るべきかに当たっては結局、これ以外の論拠の検討によつて決するほかはないということになるのである。

ところで上述のことは、忠実義務規定違反の場合にも程度の差こそあれ、いい得られることである。そしてこのことは、また裁判所が違憲審査にあたり、いわゆる統治行為論などの場合、その審査権行使を差し控えているのと、一脈相通ずるものがあると思われる。

要するに、以上の場合、法令違反の立証が困難であるので一般・抽象的行為規範規定を折角、本条の『法令』中に包含

せしめてみても結局、実質的には非包含説と同じ効果しかないことになる。もしもそうだとすれば敢えて、論拠として問題のある包含説を取る必要はないのではあるまいか。もっとも違反の程度が著しくして、かつその立証が客観的にもなし易い場合がないとは限らない。そこでかかる場合は如何、という問題も残らないではない。しかしそのときは既述の如く、非包含説の場合でも、民法第四一五条の債務不履行によって解決されうるのであり、ただその場合その免除条件などが包含説の場合よりも稍々、嚴重さを欠くだけのことである。しかし前述した Business Judgement Rule の存在を考えるとき、この程度のことは、止むを得ないではあるまいか。

注1 鈴木著『前掲』一八七頁。蓮井良憲編『会社法』一八六頁。

注2 昭和二十五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(岡咲惣一)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たして、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」(参院法務委員會議事録六号)と答えている。

注3 若干の差異について Godin - Wilhelm 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%から一〇%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、このことは六十五年法には明白に規定してないことなどを挙げてゐる (Aktengesetz 3 Aufl. (1967) S. 460.

注4 Godin - Wilhelm, a. a. O. S. 460.

注5, 6 大隅・八木・大森編独逸商法(Ⅲ)株式法(現代外国法典双書中)二二〇頁。

注7 Hefermehl, Aktiengesetz Kommentar (1973) S. 275., Schilling, Akrtg. Grosskom. (1971) § 93 Anm. 9 S. 726.

注8 Hefermehl, a. a. O. SS. 275, 76.

注9 宗宮「前掲」四頁。

注10 大阪谷「前掲」一一九—一二〇頁。宗宮「前掲」六頁。

注11 White, On the New York Corporations (1951), vol. 1, pp. 789, 790.

注12 Ballantine, On Corporations (1946), p. 160.

注13 宗宮「前掲」六頁。

注14 Ballantine, op. cit. pp. 157, 158.

第三章 結 語

以上、第二章においては、まず第一節において、通説すなわち包含説の論拠ともいうべきものについて、二点にわたって検討したのであるがその論拠だけでは、必ずしも包含説を取るべき論拠としては充分ではない。そしてこのことは、いふならば非包含説に取っては、いわば消極的採用論拠ともいい得べきものである。ついで第二節においては、非包含説を取るべき論拠として、四点の論拠を検討した。そしてこれは、いふならば非包含説に取っては、いわば積極的採用論拠ともいうべきものである。

以上、消極、積極両面にわたる採用論拠にもとづいて、筆者は、通説たる包含説に対しては疑問をいだくとともに、少数説たる非包含説を主張するものである。