

# 取締役の忠実義務の法的基礎ならびに発現類型

星 川 長 七

- 一 はしがき
- 二 忠実義務を善管義務と同質的のものとする学説
- 三 同質説に対する批判と異質説の立場
- 四 英米法における取締役の忠実義務——その法的基礎と発現類型
- 五 わが商法における取締役の忠実義務
  - (1) 忠実義務の法的基礎
  - (2) 忠実義務と善管義務との関係
  - (3) 忠実義務の発現類型
- 六 むすび

## 一 は し が き

株式会社の資本規模が巨大化し、その経営が複雑になればなるほど、経営を担荷する取締役の権限が拡大強化されてゆく。この傾向は、株式会社制度をもつすべての国に共通する現象のように思われる。そして、その権限の強化に対応して義務や責任の加重が行なわれることも、また共通の現象である。しかし、権限の強化の方法や義務および責任の加重の方法は、それぞれの国の社会的・経済的事情によって異なる。わが商法が昭和二五年度の改正に際して、英米会社法上の board of directors の制度に倣って、取締役全員によって構成される取締役会を法定の合議制機関

とし、これに経営に関する広汎な権限を与えた時は、それまでの改正時における個別的義務の加重を、さらに一步すすめ一般的義務と目される忠実義務と呼ばれる義務をも課している。それは強化された権限を行使する取締役に課するに、従来の善管義務のみでは不充分であるという理由からで、この義務を二五四条の二において、「取締役は法令及定款の定並に總會の決議を遵守し、会社の為忠実に其の職務を遂行する義務を負ふ」という形式で表現している。

このいわゆる忠実義務の解釈に関しては、改正以来十数年を経過した現在においても、学説の一致がみられていない。

一説によれば、同条にいうところの忠実義務は、既存の善管義務(商二五四条三項・民六四四條)の精神を敷衍したもので、内容においてそれと異なるものではないとする。他の説は、この忠実義務は、英米法上の取締役の *fiduciary duty* なるものは *duty of loyalty* と内容を同じくするもので、善管義務とは異質的な義務であるとしている。

右の二つの学説は、支持者の数からいえば、前説が多数で、後説が少数である。そして、前説はその思考において大陸法的であり、後説の視座は英米法的であるといえる。

これによっても知られるように、忠実義務をめぐる学説の対立は、二五四条の二の背後にひそむ法的思惟の相異に基因し、皮相的のものではなく、義務そのものの性格の深部に存在している。言葉を換えれば、取締役に課せられる義務は、会社と取締役との法律関係に由来するものであるから、究極的には、両者の関係をいかに把握するかにあるといえよう。大陸法では会社と取締役との関係について、委任的側面を重視し、英米法上は委任をも含む代理関係と信認的關係の側面を重視しているように思われる。しかし、法的思考においていずれの立場をとるにしても、現実の

株式会社における取締役の地位をみると、大陸法的委任関係と英米法的信認関係の間に、架橋されえないほどの距離があるとも、この二つの法律関係は二者択一的関係とも思われない。それゆえ、問題は大陸法的基礎において規定されている取締役の地位や義務に、新たに附加された英米法的な忠実義務を、どのように撰取し、調和せしめるかという理論的操作だけのことである。とはいえ、この操作はしかく容易でない。のみならず、もし不成功におわるとすれば、実際問題として、その影響するところ大である。何ゆえなら、それは多数人の出資からなる巨額の資産を、会社の名において、運営する取締役の行為準則に関する問題であり、その責任に密着する問題だからである。したがって、この点について、学説の対立がつづくならば、取締役は自己の経営活動に不安を感じるであらうし、また、取締役の責任を問わんとする会社や株主も、何をもって義務違反とするかに困惑するであらう。

私は、これまでいくつかの論稿において、<sup>(一)</sup>取締役の忠実義務に言及しているが、いまなおこの問題を執拗に追及する意図は、この忠実義務こそ、企業の所有と経営の分離の不可避的な近代的株式会社において、企業の実質的所有者の存在を、経営担荷者たる取締役に想起せしめる強い絆であると考えからであり、同時に、取締役の責任要件をより明確にしたいと思うからである。

そこで、本稿においては、取締役の忠実義務を善管義務と同質的のものと把握する通説的見解のよって立つ論拠を明らかにし、その批判において、取締役が英米法におけるがごとき信認関係の設定を必要とする基盤が、執行機関体制の変革によって、わが商法にもみとめられたことを指摘する。ついで、英米法における忠実義務の法的根拠とその具体的発現類型をみ、わが商法における忠実義務に関しては、その法的基礎を示し、既存の個別的義務の二、三の

ものが忠実義務化されたことを論証する。

- (二) 拙稿・「取締役の忠実義務と責任についての一考察」早稲田法学三八卷三・四冊一七九頁以下。「取締役の競業禁止義務」——その忠実義務との関連において——早稲田法学三九卷一号一四七頁以下。「新株の第三者割当における取締役の忠実義務」早稲田法学四〇卷二号五四九頁以下。「株式会社法にいわゆる事実の開示」企業法研究創刊十周年記念論文集七一頁以下。「取締役の義務と責任」法律のひろば一八卷七号九頁以下。

## 二 忠実義務を善管義務と同質的のものとみる学説

現在のわが商法学界においては、取締役に課せられている忠実義務は、内容的には善管義務と異なるものではないとする説が、ひろい層の支持をうけ通説的地位を占めている。

では、この説の解釈上の根拠はどこに求められているであろうか。

通説を支持する学者は次のように述べている。すなわち、わが商法二五四条の二は、「取締役は法令および定款の定めならびに総会の決議を遵守し、忠実に会社業務を遂行する義務を負う」と規定しているが、取締役が会社を経営するにあたって、法令に違反する行為を行なってはならないことは勿論、会社の自治的規範である定款の規定にしたがうべきことも言を俟たない。また、取締役は会社の最高意思決定機関である株主総会が、その権限に属する事項について決議すれば、それに拘束されることも当然のことである。とすれば二五四条の二の前半の部分には、格別の意義をみとめることはできない。それゆえ、同条に何らか特別の意義があるとすれば、それは後半の部分すなわち「会

社の為に忠実にその職務を遂行する義務を負う」とする点に求めるほかない。それでは、ここにいう「忠実にその職務を遂行する」義務とは、「善良なる管理者の注意をもって、委任事務を処理する」義務（民六四四條）というよりも、さらに高度の義務を指すものであろうか。

ここで通説の視点が善良なる管理者の注意義務の内容にむけられてゆく。

いわゆる善管義務とは、委任関係における受任者に課せられる中核的義務で、特定の人が用いたまたは用うべかりし注意を基準とするものではなく、ある具体的な場合において、その場に処すべき人間として相当とみとめらるべき注意を基準とする義務である。換言すれば、善良なる管理者の注意の基準は、どのような地位職業にある人でも市民たる限り、普遍的に妥当する注意である。そして、もしこの注意を怠るときは、市民として非難をうけ、過失として評価され、その行為によって委任者に損害を蒙らしめるときは、損害賠償の責を負わなければならないものである。

善管者の注意は、このようなものであるから、この注意義務自体の内容を高めるということは、通常の市民に対しては、全く意味のないものであって、通常人以上の注意を用うることを要求しなければならない者があつたらば、それは通常人以下の頭腦の所有者でなければならぬことになる。したがつて、取締役の義務を高めるということの意味が、通常人よりも高度の注意を用うべきことにありとすれば、取締役の資格を特別の専門的な知識を有する者に限定してない現行商法の下においては可能でない。それゆえ、二五四條の二における「忠実に会社業務を遂行する義務」というのは、前半の文言すなわち「法令および定款の定めならびに総会の決議を遵守し」をうけて、善管者の注意を用いて会社業務を遂行すべきことを銘記せよという程度のもので、いわば善管義務の精神を敷衍したにすぎない。

いと解するほかない。しいていえば、抽象的な善管義務の内容を、株式会社の関係について、具体的に表現したものであろうべきであろう。いずれにしても、二五四条の二の規定の中にたとえ忠実義務という文言が使用されていても、そこから善管義務とは別個の義務を抽出することはできないとするのである。

以上は二五四条の二に表現されている忠実義務を内容的に検討して、善管義務との異質性を否定するものであるが、さらに、義務違反の効果の面において、両者を別個のものと見るか否かも問題となる。

前述のように善管義務は取締役が会社業務の遂行に際して用うべき注意を怠って、会社に損害を生ぜしめるときは、会社に対してその損害を賠償しなければならぬものである。忠実義務に関しては、忠実に会社業務を遂行しなかつたという点に義務違反がみとめられると考へなければならぬ。この場合、忠実にということは、条文上は法令および定款の定めならびに総会の決議を遵守することの意味に解されるから、それらの不遵守が義務違反となり、それによって会社の損害を生ぜしめれば損害賠償責任を負わされることになる。

取締役の責任に関する二六六条によれば、取締役が法令に違反した場合は、会社に対して損害賠償責任を負うものとしてゐる。そして、そこにいう法令違反には、具体的な職務を定めた規定のほか民法六四四条の善管義務および商法二五四条の二の忠実義務を定めた規定を含み、旧法にいわゆる取締役がその任務を怠つた場合の一切を含むと解される。そうであるとすれば、忠実義務違反の効果は、善管義務違反のそれと異なるものではない。両者を区別する実益は全くない。

要するに、忠実義務は取締役の行為基準としてみても、善管義務に包摂されるばかりでなく、その違反の効果の点

からみても、善管義務とえらぶところがないものとなっているとする。かような観点から二五四条の二の規定をつぎのように評価する。すなわち二五四条の二は二五四条三項があれば不要の規定である<sup>(1)</sup>。

(一) 以上の叙述は、大隅・大森「逐条改正会社法解説」二三五頁、石井照久・新版「商法Ⅱ(二)」四二五頁、鈴木竹雄・新版会社法一三七頁、服部栄三・「改訂会社法提要」二一九頁、松田二郎・「新会社法概論」一九六頁、松田・鈴木(忠)・「条解株式会社法」(上)二六〇頁、津田利治・「会社法大意上」二九四頁等に示された見解によるものである。

### 三 同質説に対する批判と異質説の立場

二五四条の二および二六六条の解釈を中心とする大陸法的視点からの忠実義務に関する解釈についての、私の疑問は、会社と取締役との関係を、民法上の委任関係と断定し、取締役が課せられる一般的義務は、善管義務以外に存在しないという基本的な考え方についてである。

なるほど、二五四条三項は「会社と取締役との間の関係は委任に関する規定に従う」と規定している。しかし、委任に関する規定に従うということをもって、両者の関係の法的性質が委任関係であると断ずることは早計と思われる。会社と取締役との関係には、多分に委任的要素が含まれていることは否定しえないが、それ以外の関係をみとめえないほど単純な関係ではない。

二五四条三項の規定は、明治四四年法律第七三号によって附加されたものであるが、その当時においても、委任説のほか雇傭契約説、併合説および一種特別の契約とみる説があった。

これを比較法的にみても、独逸においては、会社と取締役の任用契約は、特定人をして会社に取締役として労務を提供せしめることを目的とする契約であり、その性質は取締役員が報酬を受けるか否かによって雇傭契約 (Dienstvertrag) または委任 (Auftrag) であるとして<sup>(1)</sup>いる。また仏蘭西においては定款に別段の定めのない場合にのみ委任に関する規定に従うものとして<sup>(2)</sup>いる。

さらに、英米法によれば、会社と取締役との間には代理関係と信託的關係が併存し、取締役は会社の agent であると同時に trustee であるとされている。

これによつてみれば、会社と取締役との關係をいかに把握するかは、それぞれの国における社会的・經濟的事情や法思想を反映するもので、兩者の關係は委任關係のみでない複雑な關係であることが知られる。

わが商法が会社と取締役との關係に委任の規定を適用し、取締役の一般的義務として善管義務を課したのは、企業の所有と経営の分離が、さまで著しくなく、且つ株主總會中心主義がとられており、株主總會は最高の機関として、株主の總意はここにおいて決定され、経営に関するいかなる事項でも決議しえた時代である。そのため、取締役の権限もさして強大なものではなく、経営活動に対する監督は株主總會において、また監査役によつて、充分になしうると考えられていたからである。

しかし、その後におけるわが国の株式会社の發展は、実にめざましく、会社資本は日を追つて巨大化の一途をたどり、それに伴つて株式の分散も高度化するにいたつた。そこで、企業の所有と経営の分離を、法上において承認し、取締役の権限が次第に強化され、同時にその個別的な義務も加重されてきた。



だが、この段階においては、会社と取締役との關係に、委任關係とは別の要素をとり入れようとする企てはみられなかった。

ところが、戦後昭和二五年度の改正において、アメリカ会社法上の授權資本制度や無額面株式制度を導入するに よんで、従来の株主總會中心主義はもはや維持しえないものとなり、執行機關体制に画期的な改革が加えられること になった。そして、取締役に経営に關する広汎且つ強大な権限を与え、取締役會を法定の経営に關する最高機關たらしめたのである。この体制は取締役會中心主義と呼ばれるもので、近代の株式会社企業の経営は機動的・合理的であることを要し、そのためには何よりも企業の適者に経営上の支配力を集中し、経営者が受託者としての倫理を重んじ、良心にしたがつてその最善を尽くし、いやしくも現実の非行なき限り、株主がその経営に干渉しないことが、企業経営を経済的且つ効率的ならしめるゆえんであるとする思想をその背景にもつものである。

英米法上の取締役會制度は取締役に對するいわゆる信認的關係を基底として發達したもので、この關係において取締役に課せられる最高の義務は忠実義務である。

私は昭和二五年度の改正によって、わが商法においても、会社と取締役との間に、この信認的關係を設定する基礎が与えられたと考ふるものであるが、忠実義務を課するためには、委任關係とは別個の關係を必要とする。

さきに指摘したように、会社と取締役との關係には多分に委任的要素が含まれており、その他の關係を設定することを妨げるものではない。

そこでわが商法は、前記の改正に際して、英米法上の取締役會制度を導入すると共に、この信認的關係を設定した

のである。ただこの関係の設定についての立法措置が適切でなかったために、誤解も生じているが、改正の経緯や改正を加えられた諸規定を綜合して考えれば、そのことが明瞭に看取される。

二五四条の二の規定の解釈について、英米法における信託的法律関係 (fiduciary relationship) にみとめられる忠実義務 (duty of loyalty) を継受したとの立場をとる諸学者のうち、最初にこの点について詳しく見解を示された大坂谷教授は、次のように述べている。すなわち「信託的法律関係は、継続的・包括的關係において、ある人が他人のためにある事務を処理する地位におかれ、しかも法律上、信託と信賴がその人に置かれてあると考えられる場合に、法がその人に対して負担せしむる法律關係であつて、法はその人が信託に反せないように、種々の義務を課するのであるが、その最も重要なものは忠実義務である。従つて、わが二五四条ノ二は委任の内容として善管義務の外に忠実義務を課したのではなく、取締役と会社との關係が、信託的法律關係であることを認めると共に、信託的法律關係の重要な内容である忠実義務を課したものと解すべきである」と。<sup>(四)</sup>

私は、嘗て、英国における会社法の形成過程に関するささやかな研究を行つた際、英国において産業革命後、簇生した会社企業が多くが、国王の特許状 (charter) もしくは議会の特別私法 (Private Act) によつて法人格を取得することが困難であつたために、信託 (trust) の法理を利用して、会社財産を特定の人に信託し、その者を取締役に選任して会社を經營せしめたことから、衡平法裁判所が trustee に課せられているきびしい忠実義務を取締役にも課したことを知つた。<sup>(五)</sup>

英国の会社法はその後の發展において準則主義に移行したため、取締役の地位は trustee そのものではなくなつ

たが、それに課せられている義務は依然として trustee のそれと同じものとみられている。そして現行法（一九四八年法）のもとにおける取締役会はこの忠実義務を課せられている取締役の構成する合議体の機関となっているので、わが商法が英米法上の取締役会 (board of directors) を導入したことによって、忠実義務を継受したものと考えるのである。

(一)・(二) 大隅・八木・大森「独逸商法」Ⅲ株式会社(現代外国法典叢書)一九〇頁—一九一頁。大森・仏蘭西南法Ⅰ一七三頁。

(三) 岡崎恕一・新会社法と施行法六八頁、同氏・改正会社法二二頁以下。

(四) 大阪谷公雄・「取締役の忠実義務」株式会社法講座三卷一一一—一六頁以下、私法一〇号六八頁以下。

忠実義務を善管義務とは別個の義務であるとする見解は、次の諸教授の著書論文にもみられる。田中誠二・新版会社法一八一頁、並木俊守・概説商法一〇〇頁、大浜信泉・「取締役と取締役会」株式会社法講座三卷一〇六—一〇七頁、吉永栄助・「取締役の一般的義務」一橋論叢二九卷四号三七頁、山口幸五郎・「取締役の競業禁止義務」甲南論集四集四五頁、菅原菊志・「現代株式会社における取締役の地位とその監視義務」企業法研究十周年記念論文集九〇頁、酒巻俊雄・「取締役の会社に対する責任」早稲田法学四一巻一号二三—二四頁。

(五) 拙著・英国会社法序説二三八頁以下。

#### 四 英米法における忠実義務 —— その法的基礎と発現類型 ——

二五四条の二における忠実義務を英米会社法上の忠実義務 (duty of loyalty, fiduciary duty) を継受したものと解する立場からは、英米会社法上において忠実義務がいかなるものであるかを知ることが必要である。ただしそれは

取締役の忠実義務の法的基礎ならびに発現類型

一三三(三一七)

わが商法の解釈について重要な指針となるものだからである。

英米会社法における判例理論は、前にも触れたように、会社と取締役との関係は、代理関係および信託的關係として把握され、第三者に対する関係では、取締役は会社の agent であるが、会社に対しては trustee であるとする見解がとられた。しかし、最近における判例・学説の傾向は、厳密に、法律的にいえば agent とか trustee とかいう表現は正しくないとしている。その理由をウールマンは次のように述べる。すなわち代理の法則 (the law of agency) によれば代理人の権限は本人 (principal) から与えられ、本人の直接的支配をうけ、本人はこれを取消することもできる。そして、代理人は本人より与えられた代理権をさらに他人に与えることはできない。「委任せられたるものは委任することを得ず」(delegatus non potest delegare) の原則に服せしめられる。これに対し、会社の取締役の権限は、株主から与えられるものではなく、設立行為 (the act of incorporation) において州によってみとめられたもので、original なものである。いい換えれば、合議体における取締役の権限は charter が付与する全権限の一次的な所有者である。それゆえ、会社の取締役はその従属機関 (subordinate officers) に業務執行に関する権限を委任することができるとされている。<sup>(1)</sup>

要するに、会社と取締役との関係を、代理に関する古典的な理論に服せしめることはできない<sup>(1)</sup>というのである。

また、取締役を会社の trustee とみることも法律的には正しくないことが指摘されている。それは、信託財産は legal owner としての受託者に帰属し、受託者はそれを受益者のためにする信託において保有しているのに対して、会社財産は法人たる会社そのものに帰属し、取締役には帰属しないからである。<sup>(2)</sup>

かように、取締役の地位は一種独特の法的地位 (legal position sui generis) であつて、取締役は trustee たる地位を占めるものでも、agent たる地位を占めるものでもないとする。

だが、取締役の義務や責任の決定については、trustee や agent としての地位にその根拠がもとめられる。それは取締役が株主の信任をえてその地位につき、会社財産を支配し、会社活動の基礎たるの地位を占めていることに因る。そして取締役が代理人的側面において行動する場合は care and diligence を行使して、その職務を行なう義務を負い、受託者の地位においては loyalty の義務もしくは duties of good faith が課せられる。ガヴァーによればこの忠実義務もしくは誠実義務は信託における受託者に課せられる忠実義務と内容的には同一のものであるとされる。この点も、往時のこの国の会社企業が、多数の出資者と取締役との間の信託契約によって、取締役にその管理運営が委ねられたという歴史的事情によるもので、衡平法裁判所の判例によって確立された原則が、現行法の解釈にもそのまま承継されている。

ガヴァーは判例によつて形成された複雑多様な忠実義務の内容を、分析してこれをつぎのように述べている。すなわち取締役の忠実義務は、会社業務の遂行にあたり、与えられた権限を、会社にとつて最も有利であると信ずるところにしたがつて、誠実 (bona fides) に、かつ正当な目的のため (for proper purpose) に行使し、会社の利益と取締役の個人的利益が抵触 (conflict of duty and interest) するような状態に自己をおき、それによつて意思決定に拘束がもたらされたり、さらには会社の利益と抵触するような契約を締結してはならない義務であるとして<sup>(四)</sup>いる。

チルデンも取締役の受託者的役割の特殊性を表現するために使用される忠実義務という語を、完全に消化すること

の困難をみとめながら、マサチューセッツ州の裁判所の判例を通して把握される忠実義務を、つぎのように述べている。すなわち、(1) 株式会社の取締役は、ひたすら会社の利益のために行動すべき忠実義務を負う。(2) 取締役は会社の受託者であるから、会社の利益を自身の利益に優先せしめる義務があり、最大限の誠実をつくす義務がある。

(3) 取締役は誠実にかつ会社の利益については、相当の注意をもって行動する義務を負う。(4) 取締役は会社と信認的法律関係にたち、会社の利益を正當に擁護し、これを維持する義務を負う。(5) 取締役は受託者として、最も厳格な誠実を要求され、あらゆる事実を開示する義務を負う。(6) 取締役は会社に対して絶対的な忠実をもって行動する義務があり、この義務を他の財政上もしくは業務の上におこななければならない。(7) 取締役は会社の繁栄のみを目的として行動することを要求される。(8) 取締役は会社財産および業務に関して最も厳格な誠実さをもたなければならない。(9) 取締役は厳格に、受託者たる資格において行動し、その権限を行使しなければならない。(10) 取締役は会社財産の管理経営について最も厳格な誠実をつくさなければならない。これらの判例の用語にあらわれる good faith を誠実と訳出したが、チルデンはこれについては次のように述べている。すなわち good faith という語は bad faith の反対語であるが、この言葉にも厳密な定義を与えることは困難で、単に誤まった判断というような意味でも、また、単なる怠慢でもない。それは不正直とか道徳心のゆがみという意味のものであり、意識して不善をなすことの意味でもある。さらに、私利私欲にはしつて、承知していながら義務に違反することでもある<sup>(五)</sup>。(われわれの使用する善意・悪意とは全く異なる極めて倫理性の強い言葉である。)

上述の取締役に課せられている最高義務のうち前者すなわち注意と勤勉の義務は、「会社の経営ならびに監督機能

の遂行そのものに関し、後者すなわち忠実義務は多様性のもではあるが、信認的關係における要請としては、取締役たる地位において、取締役個人の利益のために会社の利益を犠牲にしてはならない義務である」と解してよいと思う。山口教授が「前者を取締役の機関關係の局面に関するもの、後者を個人關係の局面に機能するもの」と把握されているのは、その意味で正当な指摘と考えられる。

では、英米法上取締役の忠実義務には、具体的にどのような発現類型がみられているであろうか。

#### (1) 会社と取締役との取引 (self-dealing)

取締役が会社と取引をなすときは、取締役の個人的利益と会社との間に利害の対立を生ずることはいうまでもない。取締役が会社に対して受託者として負わされている忠実義務の観点よりすれば、取締役は会社に対する任務と自己の個人的利益との相剋をもたらすような立場に自己をおいてはならず、そのような取引は回避しなければならないのである。

アメリカにおける通説的見解によれば、取締役は会社の利益と対立するような個人的利害をもつ事項に関しては、その場合だけ一時的に取締役たる資格を喪失するものとされている。<sup>七</sup>しかし、取締役会による適法な授權のある場合は、会社との取引をなしうる。ただし当該取引を承認する取締役会の決議に、取引の当事者たる取締役が関与するときは、取締役が会社の代表者たる資格において、個人たる資格における自己を取引したものと解され、会社の選択に<sup>八</sup>したがって取消しうるものとされる。

これとは異なり、取締役が自己との取引を授権するための取締役会決議に関与しなかった場合は、取引における個人的利害に関する開示 (disclosure) が、そのことに利害関係を有しない他の取締役に對してなされ、且つ取引の公正にして妥当 (fair and reasonable) であることが立証されうる限り有効とされている。<sup>五)</sup> 前者の場合、すなわち当該取引に承認を与える取締役会決議に参加してはならない取締役が参加した場合、その取引は当然無効ではなく、会社の選択によって取消しうるにすぎないものであるから、取引の諸条件に関して完全な開示がなされたうえで追認をうけることができる。そして、取締役の個人的利益の性質が株主に完全に開示されている場合には、取引の取消しうることを知った後、相当の期間内に取消しの手続をとらないときは、黙示の追認をしたものとみなされる。

会社と取締役との取引が、不公正なものであったり、妥当でなかった場合はどうかというに、この場合は会社がそれを取消すことなく、その取引によって生じた損害の補償を、取引の相手方たる取締役に求めることもできる。換言すれば、会社は取締役が会社との取引によって、会社の損失において取消した利得の返還を求めることができるのである。

けだし取締役が会社との取引において、かような責任を負うのは、取締役が会社に対して、受託者としての忠実義務を負わされているからである。

英国においても、取締役は会社と自己取引をする資格がないというのが一般原則となっている。だが、取締役が会社と絶対に取引しえないとすることは必ずしも会社にとって有利とはいえないので、会社の附属定款において明示的に授権されている場合には、取締役は会社と取引をすることができるものとしてこの原則を緩和している。多くの会



社の附属定款では、取締役は会社と契約をなしうるとされているが、この場合は取締役は自己の取得する利益の性質を、取締役に開示し、その取引を承認する取締役会の決議においては投票権を行使しえないものとされている。なお現行会社法一九九条には、会社との契約に直接、間接に利害関係を有する取締役は、取締役にその利益の性質を開示すべきこと、開示をなすべき時期などに関して規定している（英一九九条一・二項）。そして、もし取締役が開示をなすことなく、利害の衝突する契約を締結したときは、それによって得た利益を会社に返還せしめられる。<sup>(10)</sup>

かように、英国においては、取締役と会社との取引は、原則的には許されず、附属定款に規定がある場合にのみみとめられるにすぎない。それゆえ、取締役が附属定款に規定がないにも拘わらず、会社の財産の一部をある取締役に譲渡する契約をしたならば、会社はその契約を取消することも、義務違反としてその取締役たちを訴えることもできる。同様に、もしある取締役が自分の取得する利益を隠して、自分の財産を第三者を通して会社に売付けたならば、会社はその取締役に対して、譲受けた財産を返却して、売買代金を償還せしめることができる。さもなければ会社は譲受けた財産はそのままにしておき、取締役が自分の利益を開示しなかったことによって蒙った損失を賠償せしめること<sup>(11)</sup>もできる。

## (2) 会社の取締役に対する金銭の貸付 (loans to directors)

会社が取締役に金銭の貸付をなすことや、取締役が会社に対して金銭の貸付をなすことは、前に述べた会社との取引に包含されるものであるから、取締役と会社との間に利害の対立を生ずることは、説くまでもないことである。し

たがって、受託者に課せられる行為準則を、そのまま厳格に適用すれば、会社が取締役に金銭を貸付けることは許されないことになる。しかし、会社が取締役に金銭を貸付けるのではなく、取締役が会社に金銭を貸付ける必要のあることも考えられるので、この法理の厳格な適用を緩和する見解もみられている。ただしこの場合にもこれをみとめないとすれば、会社の繁栄に最も深い利害関係を有し、且つ最も合理的な条件で、喜んで資金的に協力しようとする者の援助をうける機会を会社から奪うことになるからである。<sup>(一一〇)</sup>

しかし、アメリカの多くの州では制定法をもって、会社の資金を取締役や役員および株主に貸付けてはならないとされている。そしてもし取締役が貸付を行ったり、貸付をなすことに同意した取締役は、貸付金の返済について、会社に対して連帯責任を負うべきものとしている。<sup>(一一一)</sup>

英国会社法一九〇条によれば、会社はその取締役またはその持株会社の取締役に金銭の貸付をなし、また、他の者がこれらの者に対してなした貸付に関連して、保証契約を締結し、あるいは担保を提供することはできない。但し、持株会社である取締役に対してなされた従属会社による貸付、会社のために取締役のなした、または支払をなすべき費用に充てる資金の提供、あるいは取締役をして会社役員としての義務を履行せしめるためになされた貸付はこの限りでない。これらの場合においては、それぞれ正確な貸付金額、または保証もしくは担保の限度が、その貸付に先立つ株主総会にて、会社より承認されなければならない。会社の事前の同意のないとき、その貸付に同意した取締役は、それによって生じた損失について、会社に対して連帯して損害賠償の責任を負わなければならない。<sup>(一一四)</sup>

(3) 取締役と会社との競業行為 (fiduciary duty not to compete with the corporation)

取締役の地位にある者が、その会社の営業の部類に属する取引を、自己または第三者のために行なうときは、会社に対する自己の任務と自己の個人的利益との相剋は必然である。それゆえ会社に対して受託者としての忠実義務を負う取締役としては、会社との競業行為は回避しなければならないものである。

アメリカ法においては、会社の営業に固有なものと見做される利益や営業の機会 (opportunity of business) については、会社はそれを優先的に利用しうる権利を有し、取締役は会社に属するかかる機会を、個人的に利用することは許されないものとされている。もしこれに違反するときは、会社に属する取引の機会の背任的流用となる。そして、このような場合、会社は普通法上の損害賠償を求めるときは、会社に属する取引の機会の背任的流用となる。そして、しめることもできる。衡平法による救済は、競業行為を行なった取締役を constructive trustee として取扱うもので、その取締役の得た利益は、会社に属すべき利益であるとみて、これを返還せしめるものである。<sup>(一五)</sup>

かように、会社の営業の部類に属する取引の機会は会社に属し、会社はこれを優先的に利用しうる権利を有するが、しかし、会社の営業の部類に属する取引のすべてについて、取締役が競業禁止の義務を負うものではない。それは当該取引を会社が真に必要とする場合に限定される。では、いかなる場合に、会社が真にその取引を必要とするかと認められるかというに、それについては明確な基準はない。それゆえ、各具体的な場合において、会社の必要性、会社の金融能力などを勘案して、個別的に決定するほかない。しかし、この決定について考慮すべき諸条件として、バラ

ンタインは次のように述べている。すなわち、(1) 不動産とか特許権などを取得する機会が、会社事業のためもしくは事業の発展のために、特別な価値と必要のあるものであるか否か。(2) その機会の発見あるいはその機会についての情報、取締役の地位にあるがために得られたものであるか否か。(3) 取引の行なわれる場所で、会社がその機会と利益に関して商談したり、もしくはそれを求めたか否か。そういう事実があったら、会社がそのことについての努力を放棄してしまつたか否か。(4) 取締役が会社のためにそのような機会を獲得する義務を負っていたか否か。(5) 取締役がそれを取戻もしくは開発するために、会社の資金や設備を利用したか否か。(6) 取締役がその機会を得ることが、会社にとって不利益かつ敵対的な地位に取締役を置くことになるか否か。(7) 会社はその機会を利用することに有利な立場にあつたか、それとも財政的な理由やその他の理由で、そうすることができなかったか等々。<sup>(一六)</sup>

以上はわが商法の忠実義務に関する諸規定に、直接・間接に影響を与えたと思われる英米法の内容についての素描的叙述であるが、それから知られることの第一点は、取締役の忠実義務は衡平法裁判所の判例によって、会社と取締役との間に信託的關係が設定され、そこに法的基礎が見出されているということである。その第二点は、取締役の忠実義務違反に対する会社の救済は、法定信託の法理によって、取締役の得たる利益を会社に返還せしめることであり、第三点は取締役が忠実義務を課することによって、保護されている利益を放棄しうることを、そしてその方法は、取締役の取得する利益の性質を、取締役会もしくは株主総会に開示せしめて、それを承認することによってなすということがある。

(一) R. E. Uhlman, *The Legal Status of Corporation Directors*, Boston Univ. L. Rev., 1939, pp. 12-13.

- (一) R. J. Tilden, *The Fiduciary Duty of Corporation Directors in Mass.*, Boston Univ. L. Rev., 1948, p. 268.
- (二) Uhlman, *op. cit.*, p. 14.
- (三) Gower, *Modern Corporation Law*, 2nd ed., 1957, pp. 474-478.
- (四) Tilden, *op. cit.*, p. 271.
- (五) 山口幸五郎・「アメリカ会社法における取締役の責任」法学論叢五八巻三六八—九頁。
- (六) 山口幸五郎・「アメリカ会社法における取締役と会社との取引について」甲南論集一集八七頁。
- (七) 山口幸五郎・「アメリカ会社法における取締役と会社との取引について」甲南論集一集八七頁。
- (八) 山口・前掲「取締役と会社との取引」八八頁。戸塚登・「英米法における取締役の忠実義務」阪大法学三三巻五九頁以下参照。
- (九) 山口・前掲「取締役と会社との取引」八八頁。
- (一〇) Palmer's *Company Law*, 20th ed., p. 556. Ballantine, *On Corporations*, rev. ed., p. 171.
- (一一) Palmer's *Company Law*, p. 554.
- (一二) Ballantine, *op. cit.*, p. 173.
- (一三) W. J. Grange, *Corporation Law for Officers and Directors*, pp. 426-427.
- (一四) 拙稿・「取締役の忠実義務と責任についての一考察」早稲田法学三八巻三・四冊八頁以下参照。
- (一五) 山口幸五郎・「取締役の競業禁止義務」甲南論集四集三二頁以下。山口教授のこの論文はアメリカ法を中心とした研究で述べられた論文である。わが商法の二六四条について、忠実義務の観点から取締役の競業禁止義務に関する解釈論を試みた拙稿は、同教授の論文から教示をうけること大であった。拙稿・「取締役の競業禁止義務」早稲田法学三九巻一号一四七頁以下。
- (一六) Ballantine, *op. cit.*, p. 206.

取締役の忠実義務の法的基礎ならびに発現類型

## 五 わが商法における取締役の忠実義務

### (1) 取締役の忠実義務の法的基礎

前にしばしば触れたように、わが商法は会社と取締役との関係について、二五四条三項において民法の委任に関する規定にしたがうものとしているので、受任者の地位にある取締役に課せられる一般的義務は、善管者の注意義務である。

では、忠実義務と善管義務と同質的なものでなく、善管義務と併存する一般的義務と解する立場においては、この義務を生ずる会社と取締役との関係はどこに求められることになるであろうか。この忠実義務の法的基礎の指摘は、この立場をとる者に課せられる最も重要な課題の一つであるが、立場を同じくする学者の間においても、この点について全的な一致をみていない。

山口教授は、「アメリカ法においては、委任関係をも含めた信任関係 (fiduciary relationship) の法理が存在している。この信任関係の法理は、わが国の委任に関する規定の背後にも存在しているものと解すべきであって、わが商法が「会社と取締役との間の関係は委任に関する規定に従う」と規定しているのは、実はこのような信任の關係に関する基礎的法理の適用あることを意味するものにほかならないのである。してみれば、わが国の多くの学説が、右の商法の規定から直ちに善管注意のみを引用し來たるのは早計といわなければならない。……「会社と取締役との間の関

係は委任に関する規定に従う」とは、右の注意の義務 (care and diligence, duty of due care) のほかになお忠実の義務 (loyalty) をも包含すべく、この loyalty の義務を根拠として、取締役と会社との取引および取締役の競業取引に関する諸問題が理解せられ且つ解決せられるのでなければならぬ」と<sup>(1)</sup>と。たしかに、委任関係の基底には信任関係の存在することは否定しえないことは、前にも指摘した通りである。しかし、英米法上の取締役に忠実義務が課せられたのは、現在の株式会社の先駆型態とみられる法人格なき会社 (unincorporated company) (これは本質は組合とみられていた) において、取締役が受託者たる地位を占めていたことに由来し、そこには明らかに委任を含む代理関係と信託関係が併存していたことが知られている。そして代理関係においては注意および勤勉の義務がみとめられ、信託的關係からは忠実義務がみとめられたのである。したがって、英米法において、取締役に課せられる二つの最高義務は、取締役たる地位に附着するとはいえず、その淵源を異にしている。このことは法人格なき会社が partnership の法理と trust の法理を結合してつくられた特殊な会社形態であったという沿革からきている。

大陸法においては、会社の対外的関係は機関の觀念によって捉えられ、会社の業務執行の關係は委任および雇傭關係として把握され、そこで受任者に対して、委任者の信頼を裏切らないことの倫理的要請はあったとしても、それを経済上の義務にまで高められてはいないように思われる。私はこの点が大陸法と英米法の相違であると考えるので、大陸法的な委任の中に、英米法的な忠実義務の法的基礎を求めるところに躊躇するのである。

また、忠実義務が委任関係より抽出しうる義務であるとする、二五四条の二の規定はこの義務の存在することを注意的に規定したものと解せざるをえないことにならう。

これに対して、大阪谷教授は、忠実義務を課せられる信認的關係は、他人にある事を委託して事務の処理をなさしめる場合、委託される者が、委託する者に対して、圧力と優越とを取得する場合に生ずる關係で、二五四条の二は会社と取締役の關係が、まさにこの圧力と優越の地位を取得する信認的法律關係に属することを明らかにしたと説かれてゐる。同教授は二五四条の二の中に、わが商法が信認的法律關係の設定をみとめ、且つそれより生ずる忠実義務を規定してゐると解される。<sup>(1)</sup> 山口教授とその發想を等しくしながら、兩説の間に微妙な差異の感じられるのは、fiduciary relationship に対する理解の差異ではなく、一方は大陸法的な委任と融合せしめ、他方はこれと分離していることに因ると思われる。

私は会社と取締役との間の委任關係から善管義務が生じ、信託的關係から忠実義務が生ずるとする思考に執着するため、解明の課題を自らに課しつつ、しばらく大阪谷教授説に左袒したい。それにしても、わが商法の忠実義務に関する規定は、その法的基礎も明確さを欠き、その内容の表現についても適切でないことは遺憾である。立法論としては、この点の明確化がのぞましく、むしろ二五四条の二を削除して、二五四条四項を設け信託法における信託受託者の忠実義務に関する規定の準用をみとめるべきではなからうか。

## (2) 忠実義務の善管義務との關係

上述のように、取締役に課せられている忠実義務は、委任關係とは別個の信認的關係からみとめられるものである。したがって、その性格も異なり、その機能する局面も異なる。両者の共通点は、取締役の会社に対する責任の根拠と



なるという点だけである。

しばしば触れているように、善管義務は取締役が会社の業務を執行する際に用うべき注意義務に関するものであるから、業務執行を担当する取締役のみに課せられる。

学説の多くは、この善管義務をすべての取締役に課せられるように解しているが、通常の取締役は取締役会の構成員として、その決議に参加し会社の経営に関する意思決定をおこなうのみで、直接に業務執行をおこなわないのが、現行法の建前であるから、この説は妥当でない。この建前をみとめながら、通常の取締役が取締役会の決議に参加することが、業務執行であると解するのでは、執行機関を意思決議機関（取締役会）と執行機関（代表取締役）とに分離したとことと、論理的に一貫しないものとなる。もっとも現行法の執行機関は取締役会であるとすると大隅教授の見解にしたがえば、善管義務も取締役全員に課せられることになろうが、これは現行法の解釈としては、すこしく無理なように思われる。

これに対し、忠実義務は取締役の地位にある者が、その地位を利用して、会社の利益を犠牲にして、自己の個人的利益を図ってはならない義務であるから、直接に、会社の業務を執行すると否とにかかわらず、取締役会の構成員である限り、すべての取締役に負わされる義務である。そして、その違反に関しては、善管義務とは異なり、故意・過失は問題とされない。ただし会社と利害対立する行為については、株主総会もしくは取締役会において、これを認許されない限りおこないえないものだからである。したがって、もし取締役がその種の行為を認許をえずにおこなったとすれば、それが故意であろうと過失であろうと直ちに、忠実義務違反として会社に対して責任を負わなければならない

ない。

吉永教授は忠実義務に違反した場合の効果に段階を設け、「第一は一般的な忠実義務の違反のみであって、これにつき何ら法に特別の規定のないものは、株主の信任を裏切るものとして、任期満了と同時に再び取締役の地位に選任されることはないであろう(信任の喪失)。第二に若し、同時に企業法的な善管義務に違反した場合、即ち、この種の会社企業の取締役として非難に値する場合には、一般の民事責任をも負うことは当然である。第三に忠実義務の具体的規定(例えば会社との取引、競業禁止等)に違反した場合には、夫々各個に定められた責任を負う。そしてこの場合、民事責任である限り、原則として、故意過失を要するものと解する<sup>(三)</sup>と述べられる。しかし、忠実義務の本体は故意過失を問わないところにあるのであって、その点が善管義務よりもきびしいといわれる所以である。この点はさらに追及されなければならないと考えるが、もし過失を必要とするという見解をとれば、忠実義務の存在理由は、著しく弱いものにならないであろうか。

わが商法は、忠実義務違反の責任について、善管義務違反の場合と同様に、損害賠償しかみとめていない。しかし、忠実義務の性格よりみれば、これだけでは充分でない。競業禁止義務違反の場合は、会社に介入権と損害賠償請求権とをみとめているが、さらに会社に積極的な損害を生ぜしめなくとも、取締役がその地位を濫用して、取得すること<sup>(四)</sup>を許されない性質の利益を得た場合は、それを会社に返還せしむべきである。このことを示唆する条文は、アメリカ法の影響のもとに制定された証券取引法一八九条に見出される。すなわちここでは取締役がその地位において入手した情報を恣意的に利用して、自社の株式の売買を行なって利益を得るときは、会社に損害を与えなくとも、その利益

を会社に返還せしめられる。

- (一) 山口・前掲論文「取締役の競業禁止義務」四五頁。
- (二) 大阪谷・前掲論文「取締役の忠実義務」七六頁。
- (三) 吉永・前掲論文「取締役の一般的義務」三八頁。

### (3) 忠実義務の具体的発現類型

取締役の忠実義務に関する原則的規定は、二五四条の二に掲げられているが、この抽象的な規定の具体的発現とみられる規定は、わが商法上はどこに存在しているかを検討する必要がある。その理由は、もしそれが忠実義務にもとづくものであるならば、忠実義務の精神に則して解釈されなければならないからである。

これに関する条文の検出はさまで困難でない。何ゆえなら、この義務は会社と取締役の利害相剋を生ずるすべての面を覆っているものであるから、そうした関係を規律するならば、それは忠実義務の具体的発現規定と解しうるからである。

わが商法は、古くから会社と取締役との利害の衝突をきたすおそれある行為について規定を設けている。旧法二六四条および二六五条がその主要なものである。そしてこれらの規定の立法趣旨は、一般的義務としての善管義務は、取締役が会社の業務執行に際して用うべき注意に関するもので、会社との取引とか会社との競業行為にはおよばない。しかし、この種の行為が会社経営の首脳的地位にあって、内部の機密を熟知している取締役によって、無条件に行な

われるときは、会社に損害を生ずるおそれがある。そのためにこれらの義務を課したのである。

ところで、前記諸規定は、昭和二五年度の改正において重大な改正をうけている。この改正は立法者の恣意的になしたのではなく、取締役に忠実義務を課したことからの必然的要請によるものであった。別言すれば、これらの義務は善管義務より派生するものではなく、忠実義務に直結する義務として把握されなければならないための改正である。

改正の際に模範とされた英米会社法においては、それらの行為が忠実義務の範疇にいられていることについては既に言及した通りである。その結果、前掲諸規定は従来の性格を根本的に変えられている。

つぎに、これらの規定を旧法と対比しながら、そのことを論証したいと思う。

#### (一) 二六四条の取締役の競業禁止義務

旧法においては、「取締役は株主総会の認許あるに非ざれば自己若は第三者の為に会社の営業の部類に属する取引を為し又は同種の営業を目的とする他の会社の無限責任社員若は取締役となることを得ず」(旧二六四条)と規定されていた。これに改正が加えられて、現行法二六四条においては「取締役が自己又は第三者の為に会社の営業の部類に属する取引を為すには株主総会に於て其の取引に付重要な事実を開示し其の認許を受くることを要す。前項の認許は発行済株式の総数の三分の二以上の多数を以て之を為す」となっている。

忠実義務と善管義務を同質的なものと把握する立場にある人々は、本条が旧法と異なる点は、自己または第三者の

ために会社の営業の部類に属する取引をなす場合に限ったこと、認許決議が特別決議よりもさらに厳格なものとなされたことの二点にあると見ている。

私は競業禁止義務に加えられた修正について、特に重要視している点は、株主総会の認許をうけるについて「その取引につき重要な事実を開示する」ことを要求していること、および認許決議が、「発行済株式総数の三分の二以上の多数による決議」を必要とした点である。

英米法において、会社の取締役の開示義務 (duty of disclosure) を課している場合は、忠実義務に関連する場合であること、そして、その行為を株主総会の認許にかからしめるのは忠実義務を解除するため、その認許は取締役に忠実義務を負わせることによって、擁護されている会社の利益を、会社自身放棄することである。決議要件を厳格にしているのは、それが取締役の忠実義務に関係する事項だからである。

私は以上の二点の改正によって、取締役の競業禁止義務は、善管義務の例外的・不作為義務の性格を変えて、忠実義務に連結する義務となったと解するのである。しかし、義務違反の効果などについては、何らの改正も加えられなかったため、規定全体としては、大陸法と英米法の混血的なものとなっている。

## (二) 二六五条の会社と取締役との取引

自己取引に関する旧法の規定は「取締役は監査役の承認を得たときに限り自己又は第三者の為に会社と取引を為すことを得」(旧二六五条)となっていた。改正後の現行法では「取締役が会社の製品その他の財産を譲受け会社に対

し自己の製品其の他の財産を譲渡し会社より金銭の貸付を受け其の他自己又は第三者の為に会社と取引を為すには取締役会の承認を受けることを要す」となっている。

本条に関しても、通説の見解は改正の重点が、自己取引に対する承認機関が監査役から、取締役会に代えられた点にあるように解しており、また、金銭の貸付などについては、二六六条一項との関係において規定されたようにも解されている。これに対して、私は通説とは異なる意味で、承認機関が取締役会になったことと、承認の意義について重大な関心をもっている。そして、自己取引の範疇に属する金銭の貸付を、とくに掲げたのも英米法がこれについて特殊な取扱いをしているのに倣ってのことと考えている。

自己取引に関する英米法は、既述のように、取締役会の承認をうけることなしにはおこないえないものであり、その場合は取締役会に、取引の当事者となる取締役の取得する利益の性質を開示して承認をうけるべきものとされている。

ところがわが商法は、前条二六四条と異なり、取締役会の承認をうけるについて、取引に関する重要な事実の開示を要求していない。これは明らかに立法上の過失と思われる。何ゆえなら、本条をうける取締役の責任を規定する二六六条五項によれば、取締役の自己取引に関する責任の免除については、その取引に関する重要な事実を開示することを要求している。これは自己取引が忠実義務に直結しているためである。したがって、会社と取引を行なう取締役が、取引に関する重要な事実を開示して、取締役会の承認をえた場合は、競業行為の場合と同様に、忠実義務の拘束を脱却して、会社と取引をなしうることはもちろん、その結果について、忠実義務の面からはいかなる責任をも

問われることはない。

かようにして、取締役の自己取引に関する義務も、また忠実義務の範疇に属するものとなり、例外的義務とは解しえないものである。

（三）二八〇条の二の新株の第三者割当

右に述べた忠実義務の発現類型は、英米における判例もしくは制定法によってもみとめられているが、このほかにもわが商法が最近の改正において附加した類型がある。それは新株発行に際して、第三者に新株引受権を付与する場合の忠実義務である。すなわち二八〇条の二の二項によれば、「株主以外の者に新株の引受権を与ふるには定款に之に関する定あるときと雖も与ふることを得べき引受権の目的たる株式の額面無額面の別、種類、数及最低発行価額に付第三百四十三条に定むる決議あることを要す。此の場合に於ては取締役は株主總會において株主以外の者に新株の引受権を与ふることを必要とする理由を開示することを要す」と規定している。

この場合は、前述の自己取引や競争行為と稍々、趣を異にし、行為自体の中に利害の対立は存在しないが、取締役がその地位を利用して、会社の利益を犠牲にして、自己の個人的利益を図るおそれがあるために、忠実義務が課せられるのである。詳言すれば、株主以外の第三者に新株引受権を与えるときには、これに対して有利発行をなさうるので、こうした点を取締役が利用して、私利を図ることを防止するのである。たとえば、新株をプレミアム付きで、一般に公募しうる状態にある会社において、取締役が自己と特殊な関係にある個人や会社に新株引受権を与えて、これ

に額面で発行すれば、それだけ会社は資金面に損失をうけることになるし、もしこの場合、取締役が第三者からリベートその他の物質的な利益をうけるようなことがあれば、まさに会社の利益を犠牲にして、取締役が個人的利益を得たことになる。この設例は稀にしかみられないようなものではなく、これに類似する例はしばしばみられるために設けられたものである。

## 六 む す び

株式会社において、会社と取締役との間における fiduciary relationship の存在、そのことから要請される fiduciary duty は、英米法においては、百年にわたる会社形成の歴史の中で育成されてきている。それは沿革的にみれば、初期的株式会社企業に、既に見られていた企業の所有と経営との分離を、実質的に連結する絆とされたものである。

資本主義経済の発展に伴って、株式会社企業も驚異的な発展を遂げ、企業の所有と経営の分離は、往時のそれとは比較すべくもないほどのもになっている。そのために、英米においては、取締役の忠実義務の内容も、当初からみれば、その厳格性をやや緩和しつつある。しかしながら、このことは株式会社企業の巨大化とそれに伴う経営の複雑さによるもので、忠実義務の軽視を意味しない。株式会社を資本制企業として存在せしめる限り、忠実義務が会社法から抹殺されるとは思われない。そのことは、目下改正の最終段階にある英国の一九四八年法改正委員会も、改正の諮問事項の中に、「取締役は一般にその信認的地位より生ずる法的義務を認識しているか」という項目をかかげていることからも知られる。<sup>(一)</sup>



英米法のそれに比すれば、わが商法上の忠実義務は、いわば即製の揺籃の中にあるといえるのであって、それが充分な成長をとげるまでは、すこしく日時を要するであろう。だが、冒頭にも述べたように、忠実義務は取締役の責任の前提要件となるものであるから、学説の対立は可及的に解消せしめなければならない。

私は忠実義務の観念は、英米法上の取締役会制度を採用したことによって、わが商法においても、会社と取締役との間に信認的法律関係をみとめる必要を生じ、この義務を課したという認識にたつて、その法的根拠を二五四条の二に求めた。そして、会社との取引に関する取締役の義務や競争行為に関する義務および新株の第三者割当における開示義務は、いずれも忠実義務の発現であるとした。しかし、これらの義務に関する法規定は、二八〇条の二をのぞいては、大陸法的基盤の上に、英米法上の忠実義務を課しているため、その要件についても、その義務違反の効果についても、多分に混血的性格のものとなっており、解釈にいくたの困難を生ぜしめている。それゆえ忠実義務に関しては理論の深化と同時に、新たな立法措置がのぞまれるというのが、私の結論である。

(一) 拙著・「株式会社法の論理と課題」二六七頁。