

# 取締役の会社に対する責任

— 商法二六六条の研究 —

酒 卷 俊 雄

- 一 はじめに
- 二 取締役の義務の個別性と取締役相互の関係
- 三 取締役の会社に対する責任
- 四 取締役の責任の個別性と連帯性
- 五 取締役の責任免除

## 一 はじめに

わが商法上、取締役は会社に対して委任または準委任の關係に立ち、善良なる管理者の注意義務を負うほか（商二五四条三項、民六四四條）、会社のために忠実にその職務を遂行すべきいわゆる忠実義務をも負っている（商二五四条ノ二）。もつとも、学説上、この忠実義務の觀念を、会社と取締役間に存する委任關係の基本的義務である善管者の注意義務を具体的かつ注意的に定めたものすぎないとする説と、これを英米法上取締役が会社に対し信託にもとづく

受託者として負う義務に対応するもの、ないしは信認的法律関係における受信者の忠実義務に相当するものとみる説とが対立していることは、周知の通りである。後説にあつてはこの義務を、会社業務の遂行にあたり取締役はその権限を、会社にとつて最も利益になると信ずるところに従つて誠実にかつ正当な目的のために行使し、会社の利益と取締役の個人的利益が対立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することは許されない、という一般的な内容をもつ義務と理解する。本稿もまた昭和二五年の商法改正において、取締役の権限が拡大強化され、その慎重行使をはかるために取締役会制度が導入されたことに伴ない、その法的基盤としてこの忠実義務の觀念が継受されるにいたつたとする見解に左袒する立場に立つている。

ところで、取締役がその職務遂行に際してこれらの義務に違反した場合には、会社に対し責任を負うべきことはいうまでもない。この点、二五年の改正前の商法では、取締役の会社に対する責任につき、「取締役が其ノ任務ヲ怠リタルトキハ其ノ取締役ハ会社ニ対シ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ズ」と規定するにすぎなかつた(旧二六六条一項)が、現行法では、この連帯責任の原則を維持するとともに、責任の内容および責任原因を詳細に具体化し、加えて責任の免除に関しても複雑な規定を設けるにいたつた(商二六六条)。しかし、その解釈においてこの改正法の趣旨がどの程度反映せしめられているか、その妥当性について疑いがないわけではない。したがつて、取締役の会社に対する主要な責任規定たる二六六条をめぐる従來の学説との対比において、この観点からは次の諸点が問題とされよう。第一に、これらの規定をもつてしても直ちにその責任發生の要件として故意・過失を必要とするのか、すなわちそれは過

失責任かそれとも無過失責任かは必ずしも明白ではないと思われるのに、多数の見解が無過失責任を基調とするとして居るのは何ゆえか。その当否はおそらく責任原因の個別的考察において確められねばならぬことであろう。第二に、忠実義務と善管義務とを別個異質のものとして理解する立場よりすれば、これらの義務違反と各個の責任原因との関連、さらに忠実義務の違反に関する責任の内容に対する検討が必要とされよう。第三に、取締役の義務の個別性よりして責任もまた個別的であるべきであるが、連帯責任が課される場合はいかなる根拠にもとづくのか。第四に、取締役の責任免除の要件は旧法では株主総会の特別決議とされていたのに、現行法ではそれが総株主の同意と改められたことから、それはいかなる意義を有するにいたつたか、またその改正の当否いかんの問題等である。

それゆえ以下に、これらの問題を順次検討することにするが、取締役の責任原因ならびに責任の個別性に触れる前提として、その義務の個別性と取締役相互の関係を若干考察しておくことを便宜としよう。

## 二 取締役の義務の個別性と取締役相互の関係

既述のように、取締役が会社に対して負担する善管義務と忠実義務とをそれぞれ別個異質のものとして解するなら、その機能領域の関連がまず問題となる。取締役の善管義務は取締役の職務遂行行為について要請される注意義務であるから、その範囲は一応明確であるのに反し、いわゆる忠実義務の機能領域は、この義務の多面的な性格よりして必ずしも明確とはいえないし、また一般的な把握が可能とも思われない。このことが英米においてもこの義務の範囲に関して一般的・直接的な立法を欠く理由でもあるとされている。<sup>(一)</sup>しかし、忠実義務といえども取締役の職務行為に伴な

う地位の利用に対する規制が主要な態様を占めているので、その適用の範囲は取締役の職務執行に関する注意義務の機能する局面とほぼ相覆うことになる。ただ両者が相覆うことのない部分について、それぞれ固有の機能領域が存することになる。たとえば、取締役の競争禁止義務や自己取引に関する義務は、これらの行為が取締役の地位をはなれた会社外における取引行為であることから、これらを委任関係にもとづく一般義務としての善管義務の範疇に属せしめることができないので、善管義務と忠実義務とを同質的に考える立場では、これを善管義務の例外的義務としての特別義務であると解している。これに対し、両者を異質のものと考えるときは、これらは忠実義務の機能する固有の(二)ないしは典型的な事例とみられ、したがって忠実義務の派生的ないし分肢的義務と解されるのである。

こうした関連はひとまず措き、取締役はその地位において忠実義務と善管義務を負う。忠実義務は前述したように、取締役たる地位を専ら会社のために利用すべき行為規準とみられるので、すべての取締役にひとしく要請されるものといわなければならない。これに反し、注意義務については、会社の業務執行を担当する取締役とそれを担当しない取締役との間で、その程度に重大な区別が存するとする主張もみられるが、それはむしろ各取締役の有する職務内容の反映であつて、その程度の差とみらるべきものではなからう。(四)かくして、取締役は各自会社に対してこれらの義務を平等に負担するが、それはあくまでも各取締役が会社に対して直接・個別的に負担する関係であり、その結果取締役は、他の取締役もまたその義務を相当の注意をもつてかつ忠実に遂行するものとの信頼を有することができるのである。(五)けだし、会社に対しては取締役各自がその信頼に応えることを要求されているはずであり、またその限りで会社業務の遂行は一体として適正・円滑になされることになるからである。換言すれば、取締役の義務の個別性

は、基本的には会社と取締役間における任用契約の個別性に由来するが、そのことからひいては取締役相互の間にもこのような期待の關係が存することになると考えられるのである。

ところで、このような取締役の義務の個別性を前提とする場合においては、同等の地位を有する取締役間でその注意義務の内容として、他の取締役の行動に対する監視警戒の義務が含まれることは適当でない。しかるに、判例の一般的傾向によれば、すべての取締役に、他の取締役の職務執行行為に対して不断に注意を怠らず、職務に違背する不当な業務執行行為の行われることを未然に防止し、会社企業の利益をはかるべき義務をみとめている。これがいわゆる取締役の監視義務であるとされる。しかし、会社の業務は、取締役が互にその職務行為を積極的に監視警戒しあうという状態で円滑に営まれるものではない。取締役は通常他の取締役の義務の履行について信頼を有することのできるので、業務執行を担当しない通常の取締役間ではもとよりのこと、代表取締役相互の間でも監視義務の問題は生じえないと思われる。それゆえ、代表取締役が他の代表取締役の職務違反行為について監視義務を怠つたことを理由に、商法二六六条ノ三にもとづく損害賠償責任を負わしめられた多数の事案に関しても、代表取締役たる固有の地位自体を考慮する場合には、それはむしろ当該代表取締役自身の直接的な任務懈怠の問題ともいえるであろう（もつとも、実際には後述する取締役員としての監視義務違反、または役付取締役としてその下位にある他の役付取締役に対する監督義務違反の問題をも伴うであろう）。

つまり代表取締役が、かかる事例において損害賠償責任を負担するのは、「自己のほかにも会社に代表取締役がおかれている場合においては、その代表取締役の職務執行をも監視警戒し、その過失または不正行為を未然に防止すべ

き義務がある」（大高判昭三九・七・一六、判例時報三八五号六四頁）にもかかわらず、その義務を怠つたがためと解すべきではない。代表取締役は本来、会社代表および業務執行機関として善管者の注意をもつて会社の営業ならびに財産状態に意を用いなければならぬ者であり、その義務がつけられてさえいれば他の代表取締役による職務違反行為に伴ふ損害の発生も未然に防止する措置をとることが可能であつたと思われるのに、それが怠られたがためにはかならない。このことは結果的には代表取締役に監視義務をみとめるのと同じに帰するであろうが、それはあくまでも、当該代表取締役による任務懈怠の反射的效果にすぎないことが看過されてはならない。要するに、代表取締役の注意義務は他の取締役の職務行為を対象とするのではなく、会社の営業ならびに財産状態そのものに向けられるべきものであり、その意味で代表取締役という固有の地位については、他の取締役に對する監視義務を負うものではないといゆるであらう。<sup>(六)</sup>

したがつて、取締役が他の取締役の職務行為に対して監視義務を負うことがありとすれば、それはそのような権限関係の由来する機関的存在にもとづく場合でなければならぬ。この点で菅原教授が、取締役の監視義務の有無の判断にあつて、取締役会の構成員としての監視義務と、業務執行者としての監督義務とを区別して考察を進めておられるのは正当な視点の提示と思われ<sup>(七)</sup>る。

現行商法は株式会社の業務執行機関体制を取締役会と代表取締役とに分ち、後者に会社代表権と業務執行権とを与えると同時に、前者に業務執行に関する意思決定の機能と業務執行機関に對する監督機能を付している。そして、各取締役はそれ自体としては取締役会の構成員であるにすぎないが、取締役会の業務監督機能を担荷する一員として当

然に業務執行機関の業務執行行為について相当の注意を払う義務があるといえよう。もつとも、取締役は他の取締役の義務の履行に関して一応の信頼を有することができるので、会社業務につき積極的かつ不断の注意を払うまでの必要はなく、その信頼に反することを疑うべき事情が存する場合において相当の注意を払うことをもつて足る。しかも取締役会が会議体であることから、その業務監査の機能も通常は取締役会に上呈された議案を中心に行われることは疑いないが、このことをもつて直ちに取締役員は取締役に上呈された事実のみについて監視義務を有するにすぎない<sup>(八)</sup>、と解するのは狭きに失する。取締役会の構成員としての任務は単に会議に上呈された議案に対し受動的に判断を下すだけのものではなく、取締役会の業務監督機能が機を逸することなく、有効かつ適切に行われよう配慮すること<sup>(九)</sup>も、その職務内容として要求されているとみるべきだからである。このことは、各取締役に取締役会の招集権<sup>(一〇)</sup>（商二五九条）や各種の訴提起権（商二四七条、二五二条、二八〇条ノ一五）などが与えられていることから推測できる。それゆえ、取締役に上呈・報告された事項に関しても疑いがあるときは相当の注意をもつて真偽を調査すべきであるし、また取締役に上呈されない事実であつて、しかも会社に損害を及ぼすような他の取締役または使用人等の職務違反行為を発見した場合には、取締役員は直ちに取締役会の招集または招集の請求を行い、あるいは他の目的で開かれた取締役にそれを議題として提出するなどして、損害防止の前後措置を講ずべきであるし、これを放置しておくときは任務懈怠にもとづく責任を生ずるものと解されよう。

なお、これに関して、各取締役は原則として、取締役会の招集権を有しているので（商二五九条本文）、必要あるときは取締役会を招集して議案を提出することができる。ただ定款または取締役会の決議をもつて（実際には取締役会の

決議で定めた取締役会規則により) 招集権者を特定の取締役に限定した場合に (同条・但書)、他の取締役はこれに対し取締役会の招集を請求することができるか、また招集権者がその請求に応じない場合にみずから招集することができるか、あるいは議案提出権を有するか否か、いずれも問題はあるが同条の趣旨において肯定されるべきであろう。<sup>(一一)</sup> けだし、かかる場合に取締役会の業務監督機能の適正な運用を期するためにも、各取締役には取締役会の招集権がみとめられるべきであり、その行使は取締役員の善管義務の内容ともみられうるからである。取締役の議案提出についても同様に考えられるが、その準備ないしは提出の是非の決定に際して、必要ある限り会社の帳簿書類をすべて閲覧する権利をも有すると解される。<sup>(一二)</sup> その意味では取締役会の業務監督権は、実質的には取締役員によつて個別的に帶有されてい

るものであつて、それが機関的権限として一体化して顕現するものともいえるのであり、したがつて各取締役にはその職務の適正な遂行に必要な措置をとりうる当然の権利があると解されなければならない。<sup>(一三)</sup>

このように取締役員たる地位において各取締役は、取締役会の業務監督機能にもとづく一般的監視義務を有することとはみとめられるが、これと異なり業務執行者の地位にもとづく監督義務は、取締役たる地位とは別個に一般に業務執行権を有する者の間における指揮命令の権限関係に由来するものであるから、それが取締役員の監視義務と区別されるべきことはいうまでもない。もつとも、わが国では取締役以外に業務執行機関を構成する者が存しないので、それは結果的には役付取締役の監督義務であるとされる。<sup>(一四)</sup> 役付取締役は業務執行を担当する代表取締役・業務担当取締役であるが、他方、社長・副社長・専務取締役・常務取締役などという会社の内部職制上の名称を有し、そこに定められた階序に従つて上下関係が設定され業務執行を担当することになるので、上位にある者は下位にある者の業務執行



行為に対して積極的かつ不断の監督をなすべきことが要求される。もとより代表取締役はかかる内部職制上の定めとはかかわりなく、取締役会の構成員たる地位においていわゆる監視義務を有し、また業務執行機関たる固有の地位において下部使用人等の業務執行行為を監督する義務を有するが、同時に内部職制上社長でもある場合には、その最高統率者たる地位において他の役付取締役ならびに使用人等に対して、一般的な業務の統轄監督権にもとづく監督義務を負うことになると考えられる。他の役付取締役の下部使用人等に対する監督義務もまたこの範疇に属せしめられることになる。

(一) Luce, Trends in Modern Corporation Legislation, 50 Michigan L. Rev., 1952, p. 1316.

(二) この観点からする解釈論として、星川長七・「取締役の競業禁止義務」早稲田法学三九卷一号一四七頁以下。

(三) 大阪谷公雄・「取締役の責任」株式会社法講座三卷一一二頁。Ballantine, On Corporations, rev. ed., 1946, p. 157.

(四) 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一二〇頁。

(五) Read, The Company Director: His Functions, Power and Duties, 1958, p. 63.; Pennington, The Principles of Company Law, 1959, p. 409.

(六) 同旨 塩田親文Ⅱ吉川義春・「取締役の第三者に対する責任」民商法雑誌五二卷一号五八頁、同二号一七六頁。なお一号五二・五三頁において、「現行法上、取締役は代表取締役の下部機関ではなく、代表取締役の業務執行を指揮監督すべき機関である取締役会の構成員である。したがって、もし代表取締役に対し、右のような地位にある取締役を監視すべき義務を認めるとすれば、取締役会の代表取締役に対する監督権との間に收拾のつかない矛盾が生じ、会社の機関に関する現行制度自体が混乱状態に陥ることになる。このことからして、代表取締役には平取締役の固有の職務執行を監視する義務が認められ

ないように思われる」とされる。

(七) 菅原・前掲九七・一一九頁以下。

(八) 大阪谷・前掲講座三卷一一二頁、谷川久・ジュリスト二〇九号八五頁。

(九) 菅原・前掲一〇二・一二二頁、林善助・「取締役の監視義務」商事法務研究一七二号四頁、塩田||吉川・前掲二号一七一頁。

(一〇) 菅原・前掲一二一・一二三頁、Read, *op. cit.*, p. 90.

アメリカではイギリスにおけるよりも取締役の地位を厳格にとり扱う傾向にあり、少なくとも取締役に就任することを承諾した者は、取締役に出席して決議に参加すべきであり、会社業務についても充分の資料を入手し、取締役に上呈されない事実であつても取締役が考慮すべきものであればこれをとりあげなければならない、<sup>1)</sup> という (Hornstein, Corporation Law and Practice, vol. 1, 1959, pp. 527, 566.)。

(一一) 大隅健一郎・全訂会社法論中巻一〇三・一〇四頁、田中誠二他・全訂コンメンタール会社法六八二頁。

なお、イギリス会社法附表第九八条では、取締役は何時でも取締役に招集することができる旨を規定しており、また実際に多くの会社の定款は同様の規定を有しているという (Read, *op. cit.*, p. 90.)。

(一二) 味村治・「取締役の帳簿・書類閲覧権」商事法務研究三四四号一九頁。Read, *op. cit.*, pp. 41, 63.; Hornstein, *op. cit.*, p. 522.

イギリス会社法一四七条三項は、取締役は何時でも会社の帳簿・書類を閲覧しうる旨を規定しており、このことから個々の取締役はこの権利を有するものと解されている。またアメリカ法でも、取締役はその義務を適正に遂行するため会社の真実の状態について知悉していなければならないので、絶対的な帳簿・書類閲覧権を有するものとされている。

(一三) たとえば、取締役の選任決議について累積投票の方法がとられ、取締役会に会社内部の対立抗争がもちこまれその正常な運営が阻害されているというような場合において、各取締役がこのような個別的権利がみとめられなければならないその職務の適正な遂行が期し難いこともあろうし、ときにその権利行使が取締役会の運営について、いわば監督是正的機能を果すことも予想されないではない。

(一四) 菅原・前掲一二二頁。

### 三 取締役の会社に対する責任

さて、取締役がこれらの義務に違反した場合には当然会社に対して責任を負わなければならないが、旧法ではその責任発生の要件として、過失責任を基調とすると考えられていたのに、現行規定について、たとえば、田中誠二教授は、取締役の権限の拡大に対応する責任の強化という立法の大趣旨、ならびに明白な理由のない限り法文に忠実に解さなければならないという二つの理由から、明らかに過失を前提とする責任原因の場合を除いては無過失責任を正当と思うとされ、明らかに過失を前提とする責任原因に、第二六六条一項三号の競業禁止義務に違反した場合、また同条一項五号の法令定款違反の行為をなした場合をあげられ、それ以外は過失を要しないと解しておられる。<sup>(二)</sup>このように第二六六条一項一号・二号・四号の責任は無過失責任、これに対し三号・五号の責任は過失責任とするのが多数の見解である。

もつとも、法文上こうした区分の根拠も、また旧法における過失責任の基調が無過失のそれに転化したとすること

も必ずしも明確ではない。それに取締役の責任原因、責任追求の手段、追求権者の拡張、さらに課さるべき責任の嚴格化という点で、強化がはかられているのは疑いないので、これに加え明らかに過失主義に解しうるもののほかは結果責任をみとめたもの、と理解しなければならぬ必然性は存しないと思われる。たしかに、企業の対外的責任については衡平の見地から無過失責任をみとむべき場合が多くなつてゐることは否定しえないが、会社と取締役との関係は経営機構内部の問題としてこれと一概に同視しうるものではなく、資本充実責任といつた株式会社法を貫く大原則からの要請にもとづく以外、取締役に無過失責任を課すことは妥当とは考えられない<sup>(二)</sup>。したがつて、前記諸規定の定める責任が過失責任か無過失責任かは、その規定の合理的解釈から判断しなければならぬことである<sup>(三)</sup>。

それゆゑ、次に第二六六条一項の各号について、責任原因、内容および責任成立の要件を個別的に検討することにするが、この場合忠実義務の違反に関する号とみられる三号・四号についてとくに問題が生じうる。取締役の善管義務については相当の注意を怠つた場合において過失が認定されるが、忠実義務にはこのような基準が必ずしも明確ではないからである<sup>(四)</sup>。

(一) 第二九〇条一項の規定に違反する利益の配当に関する議案を総会に提出したるとき(商二六六条一項一号)

この場合に、かかる配当に関する議案を総会に提出した代表取締役および取締役会でその提出に賛成した取締役は、会社に対し連帯して違法に配当された額を弁済する責に任ずる。議案が提出されても総会がこれを否認し、または適法な配当になるように修正して現実に違法配当がなされなかつたときは、この責任は生じない。もつとも、このような議案の提出が取締役の過失によることを要するか否か、規定上からは不明である。多数説は、この規定を、株

株式会社の資本の充実を目的として設けられたものであるとみて、当該の取締役が過失があつたか否かを問わず、一種の結果責任をみとめたものと解している。<sup>(五)</sup>つまり第二八〇条ノ一三の定める取締役の資本充実責任と同趣のものとするのである。

これに対し、違法配当については会計的判断の要素が重要であり、かつ専門家による監査を前提とする限り過失責任が妥当であり、無過失の立証によつて免責せしめるべきであるとの見解がある。<sup>(六)</sup>旧法においては過失責任とされたこと、ならびに比較法的にもこの立場が通常であることを考え併せると、この説もまたきわめて有力な根拠を有するといえる。<sup>(七)(八)</sup>

しかし、このいずれが妥当であるかは、結局、本号の責任の本質に関する理解いかんの問題であると思われる。たしかに、これを無過失責任であるとすれば、それは多数説のように資本充実の原則にもとづくことを理由とすべきであるが、その場合にはこの責任が二六六条四項に定める取締役の責任免除の対象となること自体が疑問視されてよい。資本充実の責任は会社債権者保護のためにとくに法政策の観点からみとめられるものであるから、それが株主による任意の免除の対象となつれば、その本来的趣旨を没却せしめるおそれがある。そのためにも第二八〇条ノ一三の取締役の資本充実責任は、責任免除の対象となつていない（もとより同条二項の損害賠償責任は二六六条一項五号に包含されるので責任免除の対象となる）。これをもつてしても本号の責任は二八〇条ノ一三のそれと決して同視されるべきでもない、したがつて資本充実責任でもなく、違法配当額の弁済責任であり、むしろ一種の損害賠償責任の実質を有するものと考えられ、その意味でも後説の立場が支持されるべきである。

(二) 他の取締役に対し金銭の貸付をなしたるとき（商二六六条一項二号）

会社が取締役に金銭を貸付け、その取締役が期日が到来しても弁済しない場合に、貸付をした取締役に会社に対し連帯して未弁済額を弁済する責任を課したものである。このような金銭貸付行為自体は第二六五条の自己取引の範疇に属するので、取締役が会社より金銭の貸付をうけるには同条によつて取締役会の承認を必要とするが、本号は、会社が取締役に金銭を貸付けるにあたり、会社を代表して貸付を行った取締役の責任に關するものとされている。しかも、この種の貸付行為は、取締役の地位を利用して比較的容易に行われ、また期日に弁済されないという金銭貸借の特殊性から、本号の責任は一般に、取締役会の承認をえた否とに、また弁済のなされぬ事由のいかんにかかわりなく、貸付をした取締役に未弁済額について弁済責任を負わしめるのであり、他の取締役を当然に保証人的地位におく無過失責任を課したものと解されている。<sup>(九)</sup>

ところで有限会社法にはこれに相当する規定が存在しない。したがつて、当然にかかる金銭貸借行為も自己取引の一つとして、何らの特殊性をも顧慮することなく処理されることになる。すなわち、重要な事実の開示にもとづく社員総会の認許があれば（有三〇条）、貸付をした取締役にはいかなる責任もなく、認許なき場合にのみ違反行為を行つた取締役と連帯して弁済責任を負うのである。

これに対し、株式会社法に右の特別規定が設けられた理由を考えるに、期日に弁済されないという金銭貸借の特殊性は有限会社についても同様であるため、むしろそのことの承認が取締役会で安易に行われ易いという点が問題となる。もつとも、これは自己取引のすべてにいえることである。ともあれ株式会社ではこの両者が相乗作用をもたらす

危険性が大きいことは否定しえない。

しかし、このことから直ちに多数説のように、取締役会の承認の有無にかかわらずすることは妥当ではない。

英米におけるようにこの種の行為を原則として禁止するのであればともかく、わが商法はこれを許容しているのであるから、取締役会の承認なしに貸付がなされれば、貸付をした取締役のみが本号の責任を負担することはいうまでもないが、取締役会の承認がなされ、しかもそれが善意かつ公正になされた場合には、本号の責任を負うことを要しないと考えられる<sup>(10)</sup>。承認がなされいながら、右の責任を負うのは過失にもとづく場合に限り、その認定の基準は「取締役会に開示された資料から借主である取締役の資力および信用を適正に判断すべきであるに拘らず、同僚者であるために、軽卒な判断をして貸付行為に承認が与えられた点」<sup>(11)</sup>に求められるであろう。したがって、本号は取締役会の機能を遂行する過程における善管義務の違反にもとづく責任であり、過失責任と解されるのである。

(三) 第二六四条一項の規定に違反して取引をなしたとき(商二六六条一項三号)

本号は、取締役が競業避止義務に違反して取引をなしたときに会社の被つた損害を賠償する責任であるが、これを過失責任とすることに異論はない<sup>(12)</sup>。ただ、この場合に取締役は株主総会の認許をえないで競業行為をなしているので、五号の法令違反行為に該当することから、五号のほかに本号をとくに設ける理由はないとして、注意的規定にすぎないと解されている。

なお、本号と関連して留意さるべきは、取締役の競業避止義務を定める第二六四条が、昭和二五年の改正に際して、取締役の忠実義務の観点から修正をうけたことである。もつとも、この忠実義務の観念を善管義務と同質的に考える

多数説では、この点の改正もさして問題とするに足りないわけである。しかし、両者を別個異質のものとして解する立場にあつては、このことはきわめて重要であり、その結果同条は、旧来の大陸法的な規定のうゑに英米法的な忠実義務の視点を加えるといつた混血的性格を有するにいたつたことが改めて指摘されている。<sup>(二三)</sup>そして、このような理解よりすれば、同条が忠実義務の観念を反映する規定たるゆえんは、株主總會の認許をうけるにあたり、その取引に関する重要な事実を開示せしめるといふ、開示思想を導入したことに求められる。<sup>(二四)</sup>したがつて、ここにいう「重要な事実」とは、単に取引の相手方・目的物・数量・価格・期間、または会社の營業が今後うける影響を予測しうる程度の具体的事実などといつた当該取引についての重要性のみにとどまることなく、同条の趣旨において重要な事実、換言するならば、忠実義務の観点より重要な事実を指すものと考えられる。それゆゑ、当該の取締役は、取引についての重要な事実はもとより、その競業行為は会社の犠牲において自己の利益をはかる行為ではないこと、すなわちその行為をなすことによつて自己が会社に対して負う忠実義務に違反しないことを、株主總會に認許せしめる程度の資料の開示を必要とするのである。取締役が總會の認許をうけるにあつて、右の意味での重要な事実を開示せず、または虚偽の開示を行つた場合にも、当然同条の規定に違反したものと解すべきであらう。

ただ同条違反の効果について本号は損害賠償責任を規定するが、忠実義務の骨子が、既述のように、取締役たる地位の利用によつて個人的利益をえてはならないところにあるとすれば、競業行為によつて取得された取締役の個人的利益は本来会社に帰属すべきものであり、したがつて英米法ではこのような取締役の隠れた利得を会社に帰属せしめる關係に法定信託 (constructive trust) の法理をもつて会社を保護している。この結果は第二六四条三項に定める会



社による介入権の行使のそれとほぼ同一に帰するであろう。

このように忠実義務違反の責任内容は、本質的には損害賠償ではなく、損失の補償または隠れたる利得の返還にあるとみられるが、英米でも忠実義務の違反に関する損失の補償と損害賠償との区別は実際には曖昧となつており、またこの区別を厳格に維持すべき実益にも乏しいとされている。<sup>二六</sup>しかもわが商法は忠実義務を法定の義務としているので、その違反行為はすべて法令違反として把握しうるわけであり、その限りにおいてその責任内容を損害賠償責任とする<sup>二七</sup>こともあながち不当とは思われない。これに対し、隠れたる利得の返還に関する立法的配慮は取締役の忠実義務に対する認識と規制が進むにつれて、今後とも強く要請されなければなるまい。

#### 四 第二六五条の取引をなしたるとき（商二六六条一項四号）

取締役の自己取引に関する責任規定は、「前条（第二六五条）ノ取引ヲ為シタルトキ」その行為をなした取締役は会社が被つた損害額について連帯して賠償の責に任ず、と定めるにすぎない。現在の多数説は、取締役が取締役会の承認をえないで会社と取引すれば、法令違反行為として五号に該当するため、本号はこの当然のことを規定したものである。取締役会の承認をえて取引したにかかわらず会社に損害を生じた場合に、その取引をなした取締役はもとより代表取締役および取締役会で承認に賛成した取締役に對し、過失の有無を問わずに連帯して損害を賠償せしめることにした、一種の結果責任すなわち無過失責任をみとめたものと解している。

しかし、この立場にあつては、取締役会の承認をうれば四号によつて無過失責任を負い、えない場合は五号で過失責任を負うというのではいかにも不均衡である。それに取締役会の承認をえているのに何ゆえ責任を負わなければなら

らないのか、その場合には取締役会の承認はどのような意義を有することになるのか、必ずしも十分な説明がなされていないだけに問題が残るであろう。

この点、本号の責任を過失責任とみる少数説の立場から、むしろ合理的な解釈の試みがなされているように思われる。たとえば、大阪谷教授は、取締役が会社と取引すること自体を忠実義務違反の行為として把握され、それは取締役会の承認をえたと否とを問わない。「取締役の忠実義務違反は取締役会の承認だけでその違法性が除去せられるものではない。けだし、取締役会は取締役によつて構成せられるもので、その承認をうくることはひとしく会社に対して忠実義務を負う者によつて承認を受けるに外ならないからである。……忠実義務違反が二六六条一項五号の法令違反に該当するのであるから本号の規定する取締役の責任もまた一般責任原因たる『法令違反』の場合に外ならない」と述べられ、要するに取締役会の承認は、法令違反の責任を阻却せしめるものでなく、取締役相互の監視義務の発動を期待することにより、できる限り会社の被ることあるべき損害を事前に防止せしめようとする趣旨であるとされている。<sup>二七</sup>

もつとも、取締役の自己取引自体を常に忠実義務の違反と解し、また取締役会の承認にこのような消極的な意義しか付さないのであれば、むしろ会社と取締役との取引は禁止した方が妥当ということにもなるであろう。現に教授がその論拠とされる、英米法における一般の傾向もかつてはそのようなものであつた。しかし、これには実質的にも立法的にも大きな変革の加えられたことが看過されてはならない。すなわち、イギリス法では忠実義務の観点から取締役は会社と取引することができず、かかる取引がなされたとき会社はこれを取消しようとするのが原則であるが、定

款または株主総会の決議をもつてその取消権を放棄することも可能とされている。そして実際にも、殆どどの会社の附属定款は会社法附表A第八四三条三項に倣つてその放棄を規定しており、この場合には取締役の当該取引に関する利益を取締役に開示することを要し（英会一九九条）、これに違反するとき会社はその取引を取消し、取締役の取得した利益の返還を求めるとされている。このように右の原則は結局経済界ではうけ入れられず、今日では殆んど重要性を有していないといわれる。<sup>(一〇)</sup> またアメリカ法でも判例上相当長期にわたつて自己取引を厳格に禁止するという原則によつて問題を解決してきており、これに違反した取引が行われたときは、これを無効とするか、または会社の選択によつて取消しうるものとされてきた。しかし、最近では会社企業増大と実際上の必要性とが相俟つて、こうした厳格なとり扱いを好ましくないものとしてきており、取締役との取引が会社の最善の利益を促進するとみられるときはこれを正当な取引となすにいたつている。したがつて、現在、多数の州では、その取引が不当な場合または取締役が悪意で行為した場合にのみ会社はそれを取消しうるにすぎず、その取引が公正であり取締役会の承認をえたときは（事実の不開示はそれ自体不正を構成する）、大多数の裁判所がその合法性を支持している。会社の定款も取締役は会社と取引しうる旨の規定をおいているのが通常であり、若干の州会社法もまた明文をもつてこれを許容している。<sup>(一一)</sup>

このようにこの種の取引が一概に禁止しえないのは会社にとつても有利な場合が少なくないからであり、ましてわが国では法が二六五条にてこれを許容している以上、取締役会の承認にはより積極的な意義が付されなければならない。

これについて星川教授は、「会社と取引をしようとする取締役は、重要な事実を取締役会に開示して承認をうるときは、忠実義務違反の責を問われることなく会社と取引をなしうる。またこの取引に承認を与える取締役会の構成員たる取締役も、善意でかつ公正な判断をもつて承認を与えるかぎり、各自忠実義務を尽したもので、その義務に因る責任を会社から問われることはない」とされ、結局、取締役会の承認をえてなした取引に対しても損害賠償責任を負わしめられるのは、取締役の義務には忠実義務のみでなく善管義務も存するからであり、この注意義務に違反したときである。それゆえ、かかる取引をなすこと、またかかる取引に承認を与えることによつて、会社に損害の生ずることを不注意で予見しなかつた場合がこの責任の範疇に属し、この意味で本号の責任は過失責任であると解されている。(二〇)

これらと異なり、本号を二六五条自体の違反行為に関する責任と考えられるのが服部教授である。すなわち教授は、前述した多数説につき、法がこの種の行為を禁止していないからには取締役会の承認をうけた取引は適法行為であつて、適法行為から損害賠償責任を生ぜしめることは現代私法の原則に反する。しかもこの場合にとくに例外をみとむべき根拠はみい出されない。取締役と会社との取引は、取締役の地位の利用という面で、会社にとつての危険性を包蔵する行為であるからこそ、取締役会の承認を要件としているのである。したがつて普通に承認をえたときは責任を負うべきではない。それゆえ、四号の責任は第二六五条違反による損害賠償責任であり、また取締役会の承認をうけなかつた場合にのみこの責任が生ずると考えるなら、三号の競業禁止義務違反の場合と同様過失責任と解すべきで、五号と重複した注意的規定にすぎないと主張される。(二一)

この見解に対しては、多数説の立場から、法文上「第二六五条に違反して取引をなしたとき」ではなく、単に「同条の取引をなしたとき」と定められていることから、同条違反の責任を注意的に規定したものは解し難く、また本号を注意的規定にすぎないとするなら、この場合に限つて責任免除の要件を緩和する理由を理解することができない、との批判が加えられている。<sup>(三三)</sup>

ところで、この批判と関連して、取締役の自己取引に関する有限会社法の規定をみるに、「第二九条第一項（取締役の競業禁止義務）又ハ前条第一項ノ規定（取締役会社間の取引）ニ違反シテ取引ヲナシタルトキ」となつてゐる（有三〇条ノ二・一項二号）。ここでは明らかに自己取引の違反行為による責任が対象とされている。このように同種の行為につき株式会社法と有限会社法とで規定形式を異にするのは、おそらく次のいずれかの理由によるのであろう。一つは立法の過誤であり、他は株式会社法にあつては規定を異にすべき特別の理由があると考えることである。第一の理由の成否は、第二の理由づけいかんにかかつてゐる。

一体、自己取引に多数説のいうような特別の責任をみとむべき根拠は、この種の取引に内在する特殊の危険性を考慮した結果とされているので、株式会社と有限会社とで果して危険性の程度に差が存するのかが問題である。しかし、程度差があるべきでないとすれば、むしろ右の危険性を除去せしめる手段の相異が重要となる。株式会社では取締役会の承認をもつて足るが、有限会社では社員総会の認許をえなければならぬ（有三〇条一項）。これに関連して大阪谷教授の所説が注目される。すなわち、教授は、株式会社法の規定に関して、「忠実義務違反の違法性の阻却あるいは責任の免除はひとり眞の受益者の地位にある株主の承認によつてなされる」ほかなく、取締役会の承認のみ

ではその違法性が阻却されないとしておられる。<sup>(三三)</sup>この論理より推及すると、有限会社については社員総会の認許を要求しているので、忠実義務違反の違法性は除去され、したがつてその認許をえていない違反の場合にのみ損害賠償責任を問えばよいことになり、この兩種の会社で規定を異にすることの一応の説明が与えられる。しかし、それでは株式会社法でも自己取引に関する承認の機関を競業行為と同様、何ゆえ株主総会としなかつたのか、の疑念が生ずる。

おそらく法が取締役会をもつてしたのは、株式会社法の規模や自己取引の個別性・頻度等を考慮に入れたためであろう。それゆえ取締役会の承認は、株主総会の認許と同一の意義を有するものといわなければならぬ。これをひとしく取締役会を構成するいわば同僚者による承認であることから、必ずしも信用がおけないとする考えは、それこそ忠実義務の觀念を導入した経緯に反しその意義を没却せしめることが明らかである。そのため自己取引を行う取締役は、取締役会に対し忠実義務にもとづく重要な事実を開示し、<sup>(三四)</sup>他の取締役もこれに関し善意でかつ公正な判断をもつて承認を与える限り、その取引は適法行為たりうるのであり、仮りに会社が損害を被ることがあつたとしても取締役が損害賠償責任を負うことはない。

要するに、第二六六条一項四号の規定形式は、有限会社法の規定と対比するとき、一つの立法上の手落ちと考えられ、したがつて本号は二六五条違反の忠実義務に関する責任を問うものであり、過失責任と解されるのである。その結果、三号と同様に注意の規定にすぎないことになるが、このことは有限会社法第三〇条ノ二第一項二号で、自己取引の違反行為が競業避止義務の違反と併せ規定されていることから、妥当と思われる。<sup>(三五)</sup>

そしてこの結論は、第二六六条五項に定める自己取引に関する責任免除要件の緩和との関係においてもその正当性

がうらづけられると考えるが、この点は後述するところに譲る。

(四) 法令または定款に違反する行為をなしたとき(商二六六条一項五号)

本号は、一号ないし四号が個別的な責任発生原因であるのに対し、一般的に取締役が法令または定款に違反する行為をなしたとき、その取締役は連帯して会社が被つた損害額を賠償する責に任ずるものとしている。そしてここにいふ法令とは具体的内容の法令のみでなく、忠実義務(商二五四条ノ二)や善管者の注意義務(商二五四条三項、民六四四條)を定める規定をも包含し、その違反行為とは、故意または過失により右のような法令・定款に違反する場合であると解されている。

本号はかかる一般的な包括規定であるため一号ないし四号も理論的にはこれに包含されるが、とくに重要な違反行為として例示されたものと考えられる。<sup>(二六)</sup>

このように第二六六条一項各号の責任を個別的に検討した結果、いずれも過失責任を基礎として考えると考えられる。<sup>(二七)</sup>そして、こうした結論が、現在の多数の見解に反することは明らかであるが、比較法的にみても決して不当でも

なく、<sup>(二八)</sup>また取締役の責任強化という法の目的は、既述の通りこの立場にあつても充分はかられていると思われるだけに、取締役の責任強化の趣旨を合理的な根拠を欠いて必要以上に法の解釈や政策に反映せしめることは、正常な経営活動を不当に拘束する以外の何ものでもなく、問題の焦点はむしろ発生した責任を確実に果させることに向けられなければならないであらう。<sup>(二九)</sup>

(一) 田中誠二・最新会社法論上巻三九八頁。

- (二) 星川・「取締役の忠実義務と責任についての一考察」(株式会社法の論理と課題) 七頁。
- (三) 小町谷操三・「改正株式会社法管見」法学一五巻四号一六頁。
- (四) ただアメリカ法上若干の州会社法においてその基準法定の努力が試みられてゐるといふ。Hornstein, op. cit., p. 530; Katz, *The Philosophy of Midcentury Corporation Statutes*, 23 L. & C. P., 1958, p. 184.
- (五) 石井照久・商法一三一八頁、大阪谷・前掲講座三巻一一二九頁、大隅・前掲書一四〇頁、大隅、大森・逐条改正会社法解説二八三頁、鈴木竹雄・会社法一三八頁、服部栄三・「取締役の責任に関する二・三の疑問」商事法務研究七八号二頁。
- (六) 上田宏・「違法配当の法律関係について」法学二〇巻四号一七九頁、小町谷・前掲一七一二〇頁、竹内敏夫・「違法配当と取締役の責任」法律のひろば一四巻五号一三頁、矢沢惇・「財産評価と繰延勘定」株式会社法講座五巻一五二四・一五二七頁。
- (七) Levy, *Private Corporations and Their Control*, vol. 2, 1950, p. 510 et. seq.; Pennington, op. cit., p. 400. なお、上田・前掲一六八頁以下。
- (八) 現在、アメリカでは半数以上の州が明文をもつて、担当役員または独立の会計士によつて適正であるとして提出された計算書類を善意で信頼した取締役について、違法配当に関する責任を免除している。またアメリカ法曹協会の模範事業会社法四三条もこの種の規定の採択を勧奨してゐる。Hornstein, op. cit., p. 572; Garrett, *Capital and Surplus under the New Corporation Statutes*, 23 L. & C. P., pp. 262-263.
- (九) 服部・前掲二頁。なお大阪谷教授は、取締役が他の取締役に金銭の貸付をなすことは権限超過の行為であるとして、これを無過失責任とみられる。同・前掲講座三巻一一二九・一一三〇頁。
- (一〇) 小町谷・前掲二〇頁。
- (一一) 星川・論理と課題二〇頁。



(一二) もつとも服部教授は、第三号の責任が何ゆえ過失責任であるかは一般に必ずしも明らかにされていないが、それは不法行為あるいは違法行為による損害賠償責任が、過失責任の原則に立つてゐることにある、とされる。同・前掲三頁。

(一三) 星川・早法三九卷一五一五頁。

(一四) 星川・早法三九卷一五一五頁以下、同・「株式会社法にいわゆる『事実の開示』」企業法研究一〇周年記念論文集七三頁以下。

(一五) 大隅・前掲書一二七頁、大隅∥大森・前掲書二七八頁、西原寛一・会社法二一〇頁、松田∥鈴木・条解株式会社法上二九七頁。

(一六) Gower, *Modern Company Law*, 2nd ed., 1957, p. 501. 参考 Hornstein, *op. cit.*, p. 566.

(一七) 大阪谷・前掲講座三卷一一三二頁。

(一八) Gower, *op. cit.*, pp. 480-483.; Pennington, *op. cit.*, p. 406. なお、戸塚登・「英米法における取締役の忠実義務」*阪大法學三四号六〇頁以下。*

(一九) Hornstein, *op. cit.*, pp. 542-544, 569.

(二〇) 星川・論理と課題一七頁以下。

(二一) 服部・前掲三頁、同・演習会社法二三七頁、小町谷・前掲二二頁、同・イギリス会社法概説二七九頁。

(二二) 大隅・前掲書一四三頁、石井・前掲書四六二頁。

(二三) 大阪谷・前掲講座三卷一一三二頁。

(二四) Hornstein, *op. cit.*, p. 544.

取締役の自己取引に関しても重要な事実の開示の必要性を主張され、それが法文上明らかにされていないのは立法上の手

取締役の会社に対する責任

落ちによるものであるとされるは、小町谷・前掲概説二七九頁、星川・前掲記念論文集八〇頁。

なお、有限会社法の相当規定においては、競業行為の場合と同様、自己取引に関しても社員総会に対する重要な事実の開示を要求しているところよりしても、正当な主張と思われる。

(二五) この結論は、服部教授のそれと同一に帰するが、ただ教授が取締役の自己取引の基礎となる忠実義務の概念を単に善管義務を注意的に規定したものと解されるのに対し、私はそれとは別個異質の義務と解する立場をとる点で異なっている。そしてこの理解は、自己取引に関する責任免除要件の緩和の理由を明らかにするためにも重要と思われる。

(二六) 大阪谷・前掲講座三卷一一二六頁。

(二七) 同説 小町谷・前掲一六頁。

(二八) 英米法でも取締役の責任を強化しつつあるが、原則として無過失責任の方向へは進んでいないことを指摘されるは、本間輝雄・「株式会社取締役責任論序説」法学二〇卷四号九四頁。

(二九) 小町谷・前掲二三頁、服部・前掲三頁。

#### 四 取締役の責任の個別性と連帯性

取締役が会社に対して責任を負担する場合において、それは原則としてその行為をなした取締役の単独責任であることは、取締役の義務の個別性からいつて当然である。しかし、その行為が数人の取締役によつてなされたとき、それらの取締役は連帯して責任を負う。いわゆる監視義務を怠つた取締役も連帯責任を負うと解される。<sup>(二)</sup> これらの場合に取締役に連帯責任が課されるのは、結局は他の取締役の違反行為に共同・加工したためにほかならない。

しかも義務違反行為が取締役会の決議にもとづいてなされたとき、その決議に賛成した取締役はその行為をなしたものとみなされ（商二六六条二項）、また取締役会の議事録に異議をとどめなかつた取締役は決議に賛成したものと推定される（同条三項）。異議を議事録にとどめることが要求されるのは、その後の立証の困難を除去するためであるが、このことには若干の有用的副次的意義の存することも指摘されている。すなわち、他の取締役に少なくとも同僚の一人が当該行為を疑問視しており、そのことから生ずる責任を回避したいと望んでいることを認識せしめるという重要な心理的効果を与えることであり、また株主の帳簿・書類閲覧権等の行使に契機を提供する可能性もありうることである。<sup>(三)</sup>しかし、取締役の責任は本来個別的であるのに、取締役会の決議に賛成した取締役が当然に責任者の範囲に含ましめられるのは何ゆえであろうか。それは取締役員が取締役会の機能的機能を遂行する場合には、機関としての一体性がその責任の個別性を制約する結果であると考えられ、したがって取締役がそれ以外の機能を遂行する場合には、<sup>(三)</sup>いては、もとより個別責任にすぎないことになる。そしてこのように解することが、現行法上取締役会制度を新設しこれを法定の機関たらしめた趣旨にも合致すると思われる。

ところで、取締役の会社に対する責任原因ならびに責任内容を規定する第二六六条一項について、多数説はその責任発生の要件として必ずしも故意・過失を必要としない、むしろ無過失責任を基調とすると解していることは既述した通りである。そして、これらの責任原因たる行為のなかには法律上取締役会の決議を要するものも、原則としてこれを要しないものもあるが、いずれも取締役会の決議にもとづいてなされた以上、それが過失責任の場合であれば決議に賛成するについて取締役に過失があることを要するが、結果責任の場合には決議に賛成するについても過失ある

ことを要しないと解されているので、<sup>(三)</sup>後者の場合には取締役は単に決議に賛成したという理由だけで無過失の連帯責任を負うことになる。しかし、取締役が善管義務にも忠実義務にもとることなく、相当の注意をもつて賛成したときにも何ゆえ責任を負わなければならないのか。なるほど、取締役の違法配当議案提出に関する弁済責任を定める一号については、それが資本充実の目的に出たものであることを理由に無過失の連帯責任を課したものと説明しうるかも知れない(もつとも、それが資本充実責任でないことはすでに明らかにした)。これに反し、二号・四号の場合はいずれもこの種の行為に内在する特殊の危険性を考慮した結果、無過失責任を課すことにしたというのでは、いかにも根拠が薄弱である。けだし、これらの行為はひとしく特殊の危険性を伴うにもかかわらず、有限会社法では明白に過失責任として規定されているので(有三〇条ノ二・一項二号)、株式会社にあつては仮りに危険の程度が高いとしても、それが直ちに無過失責任でなければならぬとまで考えることにはやはり相当の疑問があるといえるからである。それゆえ、これらの行為についても連帯責任が課されることの合理的根拠いかんという観点からも、これらの責任原因はやはり過失責任の立場より規定されたものと考えうるのではないかと思われる。もとよりそれは、基本的には前記諸規定の合理的解釈から判断すべきことであり、その個別的検討においてこれらはいずれも過失責任を基礎としているとみられるので、この立場において決議に賛成した取締役に ついても連帯責任が課されるものと考えらるべきであらう。<sup>(四)</sup>

(一) 大阪谷・前掲講座三卷一―三四頁、菅原・前掲一〇〇頁、Pennington, op. cit., p. 409.

(二) Hornstein, op. cit., p. 529.

(三) 大隅・前掲書一四四頁、服部・前掲四頁。

(四) 英米法では過失責任を基調としているので、この立場から連帯責任の根拠が求められている。

## 五 取締役の責任免除

### (一) 責任免除の意義と原則

取締役の会社に対する損害賠償責任（商二六六条一項）は、原則として総株主の同意がなければこれを免除しえないとされている（商二六六条四項）。昭和二五年の改正前の商法では、株主総会の特別決議による免責がみとめられていたのに（旧商二四五条一項四号）、このように要件が強化された理由については、現行法が取締役の責任をその権限の拡大に関連して加重し、また代表訴訟の制度を新設して各株主がみずから取締役の責任を追及しうることにしたのと対応せしめるためであると説明されている。しかし、この規定に対しては批判も少なくない。それは株主の保護を目的とするとはいえず、総株主の同意を要件とするので、一株の株主でも反対すればもとより免除の効果を生じないために、多数の株主から成る会社では実際上免除をみとめないのと異ならない。その意味では小規模な同族会社以外には実効性をもたえない法外な規定であるとも、あるいは多分にアメリカ法の組合契約的株式会社観の影響が強い方式であり、立法論としては疑問の余地が多いとも評されるのである。<sup>(一)</sup>

こうした批判はひとまず措き、右の規定により免除の対象となるのは、取締役の会社に対する損害賠償責任であるから（新株発行の場合における資本充実の責任―商二八〇条ノ一三―は免除の対象とならない）、その取締役の行為による直接的な被害者が会社自体であることはいうまでもない。したがって、その免除に関する会社意思の決定は、本来、株式会社の意思形成の方式に従つて、すなわち株主総会の決議を経てなされるべきものであらう。株主総会の特別決議をも

つてする免除を規定していた旧法の扱いは、株式会社企業の社団性を重視する立場からは充分首肯することができ。ただし、取締役の責任免除に特別決議の要件をもつてすることが妥当であつたか否かは別個の問題であらう。けだし、一般に総会の特別決議事項は会社機構や業態の基本等に関する事項で通常決議事項に比してより重要性をもつものであり、その決議のいかんによつて会社あるいは株主等の利害に重大な影響を及ぼすおそれあるものであるのに対し、責任の免除は、取締役についてすでに発生した具体的な賠償責任を免れしめる行為であるから、それは会社にとつて不利益なことが明白であり、その点では前記の特別決議事項ともその性格を若干異にしていると考えられるからである。この観点に立つて、会社または株主の利益保護を強調する場合には、免除の要件はなるべく強化されることが望ましいともいえる。さりとて、総株主の同意を要するのは、会社意思決定の方式として全く異例に属するといわなければならない。もとよりその旨の規定がおかれる以上、この同意が会社意思を定めるものであることは明らかであるが、この規定の適用をみる事例においては事実上会社の社団法人性は株主全員の組合的結合の背後に退いているとみられるので、それはむしろ当該企業の組合的実体を想定した規定と考えるのが至当であらう。その限りで会社というより株主の全体を被害者とする実質的な把握にもとづいていともいえる。それゆえ法律的にも取締役の責任を免除する総株主の同意には二つの意義が含まれる。すなわち、それは、一方において会社による責任免除の意思表示、換言すれば会社が当該取締役に対して有する損害賠償請求権の放棄を意味しており、他方において個々の株主による代表訴訟提起権の個別的放棄の意思表示を意味している。その結果、株主の全員による会社損害の分担に帰することにならうし、またそのことを株主の全員が甘受すればこそ責任免除が許容されるとも解されるのである。

右の責任免除に際しての総株主の同意は、株主総会の決議としてなされることを要せず、個別的同意でも差支えなく、またいわゆる総株主中には、議決権なき株主も代表訴訟提起権を有することと対応して含まれると解されている。ただ、取締役の自己取引に関する責任（商二六六条一項四号）のみは以上の原則に対する例外をなしており、株主総会にその取引につき重要な事実を開示したうえ、発行済株式総数の三分の二以上の多数の賛成をうることによつて免除される（商二六六条五項）。この場合は、必ず株主総会の決議をもつてなされることを要し、また総会決議の問題として、決議要件の基準たる発行済株式総数には議決権なき株式は算入されないものと解される。

ところで、総株主の同意ではなく、総株主の一致による決議を必要とするものに、株式会社の有有限会社への組織変更がある（有六四条一項）。この種の決議を特別決議と区別して特殊の決議と呼ぶことの当否は別として、有限会社への組織変更にあたり、その企業の実体がすでに社員の組合的結合関係にあることを前提に総株主の一致による決議を要求しているものと考えられ、ひとしく組合的な企業実体に基礎をおく規定として取締役の責任免除に関するそれとの間に、共通性をみい出すことも可能である。それに、この規定自体は有限会社法におかれてはいるが、実質的には株式会社法上の規定と目さるべきものであり、ただ有限会社形態が創設されて後、株式会社との間に相互に組織変更がみとめられたために有限会社法中に存することになったものと思われる。

それはともかく、取締役の責任免除はこうした厳格な要件に服するが、商法は別に取締役の責任免除をみとめている（商二八四条）。すなわち、定時総会において計算書類の承認がなされた後二年内に別段の決議がない場合には、不正行為による責任を除き、取締役の責任は一般的に解除されたものとみなされる。

この責任解除と責任免除との異同はどうであろう。ともに取締役の会社に対する責任（資本充実責任を除く）を消滅せしめる点で共通しており、またいずれか一方によつてすでに消滅した責任については他方の問題は起りえないという意味で、両者は一種の補完関係に立つている。反面、両者の重要な区別の指標は次の諸点に求められている。解除の対象となる責任は、すでに発生していることの明確な個別的責任ではなく、発生すると否とが不確定な一般的責任である。不正行為にもとづく責任はこれに含まれない。また責任消滅の効果も計算書類の承認決議後二年の期間経過によつて初めて発生するのに対し、責任免除の対象となる責任はすでに発生した具体的かつ個別的な賠償責任であり、その責任発生の原因のいかんを問わぬため不正行為によるものをも含み、総株主の同意によつて即時的に責任消滅の効果が生ずること等である。

責任の解除を、計算書類の承認決議に附随する効果と解するか、決議の時を起算点とする二年の除斥期間の効果と解するか、それとも責任の短期消滅時効の効果と解すべきかも問題であるが、<sup>(二)</sup>いずれにしてもそれは法定の効果であり、この制度は取締役が商法上重い責任を負担し、しかもその免除が困難とされていることに對して、不正行為によらない一般的責任については期間を短縮して迅速にそれを消滅せしめ、責任を過重ならしめないようにしようとする法の配慮にもとづくもの、と解されている。とすればそれは責任免除の困難という事実を前提とした衡平の原理に立脚する全く政策的な規定であるのに対し、総株主の同意にもとづく責任免除は、既述のように、その企業の実体よりすれば理論的にもむしろ当然の規定といふべきであろうし、現実にもその適用は組合的組織の企業に限定される。

ただ現行法上、責任の免除は、実質的にはこうした実体の企業における株主の全員による会社損害の分担であると



いつても、その結果が会社ひいては会社債権者に重大な影響を及ぼすことは充分予想されるし（整理・特別清算の場合における免責の禁止ならびに取消を想起すればよい——商三八六条一項六・七号、四五四条一項三・四号）、また責任解除との関連においてこの制度の適用を考慮した場合には、法的にどこまでこれを容認すべきかは、立法上たしかに重要な問題たりうるものと思われる。<sup>(三)</sup>

#### (二) 取締役会社間の取引に関する責任の免除

次に、以上の原則に対する例外、すなわち取締役の自己取引に関する責任の免除に論及しよう。もつとも、この場合に責任免除の要件を発行済株式総数の三分の二以上の多数決議に緩和している法の趣旨に対する理解は、その前提となる自己取引に関する責任規定、つまり前記の二六六条一項四号の解釈と密接に関連しており、その複雑な対立と相俟つて必ずしも一致をみているとはいえない。

まず、既述の多数説の立場にあつては、自己取引に関する責任免除要件の緩和について、同条一項四号が取締役会の承認があつた場合においてなお無過失責任をみとめる理由は、立法上の当否は別として、自己取引に内在する危険性を考慮した結果であるが、しかも取締役会の承認があつたにかかわらず、かかる責任を課することの異常に厳格なことは否定し難く、またその責任の内容が取引についての対価の不当など判定の困難な問題に関するものであることに鑑み、例外的にこれを緩和したのである、と解している。したがつて、取締役が取締役会の承認をえないで会社と取引したときは、一般原則により総株主の同意がなければその責任は免除されないとする。<sup>(四)</sup>

これに対し、同号の責任を過失責任とみる立場において、大阪谷教授あるいは服部教授は、その責任規定に対する

それぞれの理解からこの場合の責任免除要件の緩和に關してどのような説明が可能か、については一切言及しておられない。しかし、同号の責任を、自己取引に際して取締役会の承認があり、しかも取締役に忠実義務違反がない場合に生ずる業務執行上の過失による損害賠償責任と解される星川教授は、かかる場合の損害はおそらく多く輕微のものであらうとされ、それにもかかわらずその責任の免除におお株主の同意を要求するのはあまりにも過酷であり、ここに要件を緩和しうる余地がある。そしてこの際、株主總會にて再度重要な事実の開示を必要とするのは、当該取引について忠実義務の違反が存しないことを証するためである。したがつて、ここにいう重要な事実の開示は、取締役会の承認をうけるについてなされたものと全く同様のものでなければならぬといわれる。<sup>(五)</sup>

他方、同号を第二六五条違反の責任と解するときは、五項も当然に違反に關する責任の免除となる。この点、有限会社法にはこれに相当する規定がなく、総社員の同意をもつて免除するという原則が維持されており、これより推すと、右の多数説の方があたかも合理的であるかのような感を与える。しかし、この立場は第一にその前提となる責任規定そのものに対する理解において妥当でなく、またその責任の免除に際し何ゆえ重要な事実の開示が必要とされるのか、についても適正な配慮を欠いているように思われる。換言すればこの立場では、取締役会で開示され承認をうけた、その取引についての重要な事実の開示を再度株主總會において要求することになるので、ここにいう重要性とは責任免除の趣旨よりするそれ、つまり株主が責任の免除をなすべきか否かの判断をなすにつき重要な事実を意味するものとされるが、<sup>(六)</sup> 贅し難い。五項がその後段でとくに重要な事実の開示を要求しているのは、そのようないわば当然のことを規定しているのではなく、そこでは株主による責任免除の判断がなさるべき観点が問題となつており、し

たがつて、それは責任免除の原則が緩和さるべき場合に関する一つの法的基準を示したものと解される。

そして、第二六五条の規定自体が取締役の忠実義務の觀念を基礎とするところから、第二六六条五項を同条違反為に関する責任の免除を定めたものとすれば、この場合にも忠実義務に立脚する重要な事実の開示が必要とされるところと考えられる。

責任の免除については、現行法上株式会社たと有限会社たとを問わず、ひとしく総株主ないし総社員の同意が原則とされているが、ただ株式会社法のみはこの要件緩和の特則が許されているのは、この両種の会社に関して想定された企業規模の相異によると考えられる。ただし、有限会社にあつては、社員が五〇人を超えてはならないとする、社員総数の制限（有八条）があり、総社員の同意を要求するもその企業の実体よりさして困難ではないからである。そこで、このことに着目すれば、前記の規定における重要な事実の開示は、きわめて大きな意義を有することになる。詳言すれば、五項は、二六五条違反の取引により会社に損害を生じた場合、当該の取締役は連帯して損害賠償の責に任じ、その免除は原則的には総株主の同意によらなければならないが、ただ取締役会の承認を経ないといへ、その損害が必ずしも会社の犠牲において私利をはかつた結果ではないという忠実義務にもとづく事実が株主總會に開示され、總會がこれを適当と思量するときは、例外的に発行済株式総数の三分の二以上の多数決をもつてその責任を免除しようという法意である<sup>(七)</sup>と解される。忠実義務違反の責任といえども必ずしもその形式のみにこだわることを要しないからである。この意味で、五項がとくに責任免除要件の緩和とともに重要な事実の開示を要求したことは、後者に前者の補完的機能を期待するためであつた、といいうるであらう。

- (一) 小町谷・前掲二三頁、石井・商法Ⅰ(二)(三九年版)四六二頁、石井編・法律学演習講座商法上巻四〇二頁。
- (二) この問題については、大隅・「株式会社における計算書類の承認」(会社法の諸問題―増補版)三〇七頁以下、竜田節・「取締役の責任解除について」商事法務研究一一六号二六頁以下。
- (三) もつとも、立法論として、取締役の責任免除を問題にした場合、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賛し難い。株主総会の特別決議をもって責任を免除しえた旧法のもとにあつても、それに直ちに絶対的な効果が与えられたとはいえない。三月前から引続いて資本の一〇〇分の一以上にあたる株式を有する少数株主に訴の提起を監査役に請求する方法(旧二六八条、二四五条一項四号、二項)がみとめられていたからである。それに責任解除の制度をとくに設けた立法の趣旨よりしても、責任免除の観念はより限定的に考えていく必要があるのではなからうか。それはむしろイギリス会社法上規定されている裁判所が一切の事情を斟酌して衡平の見地から取締役の責任を免除しうる制度(英会四四八条)のような形に限定されていくのが望ましいのではないかと思われる。
- (四) 石井・前掲書四六三頁、大隅・前掲書一四三・一四五頁。同旨 鈴木・前掲書一三九頁、田中(誠)・前掲書三九六頁、西原・前掲書二一五頁、松田二郎・新会社法概論二一四頁。
- (五) 星川・前掲記念論文集八三・八四頁。
- (六) 大隅・前掲書一四五頁。
- (七) 前註(三)のごとく、イギリス法では、取締役が忠実義務の違反を理由として訴えられた場合においても、その取締役が裁判所に責任の免除を申立て、裁判所がその者について公正かつ相当の行為をなしており一切の事情を斟酌して責任を免除することを妥当と考えたときは、適当と思量する条件にてその責任を免除しうるものとされている(Pennington, op. cit., p. 410)。