

取締役の一般的義務

吉 永 榮 助

取締役（正確に云えば取締役員）が一般的に云つて、會社に對してどのような義務を負うか、この義務は單に通常の民法上の一般的義務に過ぎないか、或はこの義務について最近、何か特別の性質のものが含まれているかどうか、これを研究するのが本稿の目的である。一般的義務を主として取り上げ、個別的な義務については、尙研究の十分な所があるので、一般的義務と密接に關係ありと思われる部分にのみ觸れるに止まる。

從來の通説によれば、取締役は會社から、法律行為及び法律行為以外の事務を委託されたものであるから、會社との關係は委任及び準委任の契約關係である^{註一}とされる。従つてこの關係は、民法の委任に關する規定によることになるから（商法三五（四條三五））、取締役は會社から委任を受けた本旨に従つて、善良なる管理者の注意をもつて、委任事務を處理する義務を負う。從來はこれで足るとせられ、只、取締役の報酬、賞與金等について、彼等の御手盛により、株主の利益を害しないように特別に考慮若くは監督されるべきものとした。

取締役の一般的義務

一 橋論叢 第二十九卷 第四號

然るに昭和二十六年の商法改正は、新に規定^(二五四)を追加して、取締役は法令及定款の定並に總會の決議を遵守し、會社の爲に忠實に其の職務を遂行する義務を負うとされた。この義務を簡單のため、忠實義務と稱する。こゝで前述の委任契約からくる善良なる管理者の注意義務とこの忠實義務との關係が問題になる。^{註二}これにつき、有力説は忠實義務は善管義務の精神規定に過ぎないとし、又忠實義務も善管義務もその表現が異なるのみで、内容的には格別の差異がないと説かれる。^{註三}然し乍ら、これに對して忠實義務の規定^(二五四)はアメリカ法上、取締役が會社及び株主に對し、信託に基づく受託者としての義務を負うとせられているに對應する趣旨と解され、更に又この規定は、英米法における信託的法律關係における受信者の忠實義務を取り入れて成文化したもので、この義務は善管義務とは全く異なるものであると主張する説がある。^{註五}

これらの論點につき、われ／＼は先づ比較法的な研究から若干解明を試みる。これにつき、便宜上、大陸法系と英米法系に分け、夫々最も主要と思われる學説を紹介する（尙、文獻の引用は最少限度に止めた）。

註一 田中（誠）・會社法提要（昭和十五年）二四〇頁、大隅・會社法論（昭和十五年）二八三頁

註二 舊法の文獻米谷・機關としての取締役と個人としての取締役「商法及保險の研究」（青山博士還暦記念）一九三頁以下

註三 石井・商法上卷（昭和二十七年）二六七頁、大隅・大森、逐條改正會社法概説二三四頁

註四 田中（誠）・新會社法論上卷二六九頁

註五 大阪谷・英米法に於ける取締役の地位と信託理念、信託協會々報「信託」復刊一〇號六頁 同・改正會社法の信託的性質 阪大法學五號一四頁

二

一 大陸法系の中フランスでは取締役の責任の根據は一般法によることになっており、特別の責任を認めない（一八六七年法第四四條參照）。そしてこの一般法とは、夫々、委任、不法行爲、準不法行爲の諸規定である。従つて、取締役の責任は通常の過失責任と何等異るところがない。若し取締役會の決定につき、過失があつたときは、取締役全員が共同過失（fautes communes）になり、唯これに反對した少數者が免責されることになる。

しかし、社長（président-directeur général）に付ては、その地位と機能の重要性から又特に大きな權限の代償として、特別法により特別の責任を負わせる（一九四〇年九月一六日法）。これによると、この法の適用に付ては、社長は商人（commerçant）と看做される。その意味は、社長に對しては會社の業務について、自己の財産をもつて無限責任を負わせることにしたことである。然しこのような事態は、會社が破産か、或は清算に入つて、資産の不足のとき、裁判所が管財人若くは清算人の要求に基き社長に特定の額まで會社債務を負擔すべきことを宣言することによつて生ずる。この際、他の取締役と共同責任のこともあるし、單獨責任のこともあるし、又連帶債務若くは、單獨債務ともされる。このように社長の特別責任の理論的な説明としてリベールは破産が「過失の推定」を下しているのであるとす。尙この立法に對して、一方において相當激しい批判が加えられてゐる様子である。^{註八}

この社長の特別責任を認めた法律は、利益を生み出さない會社の社長若くは報酬を貰はない社長、又は學術研究を目的とせる會社の理事者に對しては適用がない。つまり、逆に言えば、營利行爲を營む會社の社長はこの營利行爲を

營むが故に、この重い責任を負担することになる。このようにフランスでは營利と責任の度合と結びつけられているのであつて、民事責任の所謂「効用原則」の一適用と思われる。

さてこのような重大な責任の免責事由であるが、それは兎も角これが、過失責任を建前とする限りは、有給受任者 *mandataire salarié* の注意をもつて、會社事務を處理したことを證明すれば免責が得られることになる。

以上によつて、われ／＼は、傳統的な過失責任という一般の原則により乍ら、社長については、その特別の地位、殊に、取締役會の無名性に匿れて、強大なる經濟力を有つ會社を支配している實情に鑑みて、何かそこに、特殊の責任を課せんとしていることはうかゞわれる。但し、この責任を課する立法技術の可否は又別問題であり、十分に所期の目的が前述の法律によつて達せられたか否かは、見る人によつて異なるであらう。

社長以外の一般の取締役の責任について特に論ぜられるのは、會社財産の横領 *détournement de fonds sociaux*、投機行為 *opération spéculatives*、會社行為にもとゞく割戻しの受領 *acceptation de ristournes sur les opérations de la société*、會社の權利の保存行為の懈怠 *défaut d'accomplissement d'actes conservatoires des droits de la société*、無能 *impéritie*、單純なる過失 *négligence*、専務取締役執行機關使用人の監督不十分 *Défaut de surveillance d'administrateur délégué, du directeur et des préposés de la société* 等^{註九}である。

以上の諸例の中、取締役の地位と機能に顧み、若干、特色を表わすものと思われるものを紹介する。

先づ會社財産の横領は勿論刑事上の犯罪である。然しこの中に含まれる信任の濫用(背任)(*un abus de confiance*)は、取締役の責任の特色を示していると思われる。又刑事上の責任とは云え、同時に、これと並行、若くは別個に民

事上の責任を伴うものとされているから、われ／＼は、如何なるものが、これに該當するかを紹介する。尙民事上の責任としては不當に得た利益の返還の外に、損害賠償義務を生ずることは勿論である。

この中に含まれる最も著しいものは取締役が會社の財産を會社の利益のために、使用しない場合である。例えば、勝手に會社の金を個人的用のために使用したり、取締役と特別利害關係ある事項について、第三者の利益のために會社財産を使用する如きは、信任の濫用（背任）とされる。尙注目に値することはこの信任の濫用は廣く解されており、取締役が會社に屬する有價物を効果的にごまかす場合のみならず、會社の信用を會社の利益と無關係な利益のために利用するだけでも、信任の濫用（背任）になるし、又會社の目的に無關係な行爲による損失若くは射倖利益を會社に負わせることもこれに該當するのである。

投機行爲については、勿論それが會社の定款により許されているときは、若くは會社の目的の範圍内るときは取締役の責任を生ずべき理由がない。然し何等投機行爲が豫期されてないときは取締役は處分し得る財産を最も換價し易い有價物の形で所有する目的以外には投機行爲は禁止されていると解される。若しも、投機行爲が失敗した場合には取締役の責任を生ずる。又一九三五年八月八日の命^{デクレット}により、投機行爲は刑事上の制裁をも受けることになっている。

取締役のなすこの一般的な投機行爲が、その危険を含む性質から果して善管義務の内容をなすかどうか非常にデリケートのものを示す。

會社行爲に基づいて相手方から割戻を受けることが何故禁止されているか。フランスの學者の説明では、取締役の

善良なる管理という中に取締役が會社の利益と衝突する利益を有しないことを株主達に先づ第一に保證することを含む點にその根據を求める。そして、取締役が契約の相手方からコミッションを貰つたからといって、會社の利益を度外視することはないにせよ、又その爲した業務が會社にとって有利であるにせよ、取締役が個人的に報酬若しくは利益を得ることは禁ぜられている。

尙この割戻しを受ける行爲は、會社の相手方から貰うのであるから、直接、會社に損害を與え、若しくは不利を與える性質のものではない。又これを得たからといって、會社の不利な契約を相手と結ばないであろうけれど、法が惧れているのは、そうしたことになり易い誘惑⁽¹⁾なのである。そうすると、われ／＼は、この誘惑の中に、「過失」(「negligence」)という要素が見られるか、ということになる。率直に云つて、この誘惑は「過失」というのには、餘りに關係が薄いし、強いて、「過失」といえば、それは擬制にならざるを得ないとも思われる。尤も、フランスの過失の觀念は相當廣く解されているので、同國の民事責任の理論としては筋が通つているかも知れない^(註一)。然しわれ／＼としてはそこに、過失責任以外に、株主の信任を基とする忠實義務の如きものを認める方が素直ではないだろうか。

無能についても多少問題がある。即ち取締役は會社の一般業務を執行するに足るだけ、事物に精通していなければならぬとされる。若しも彼がこの事物について未経験でいたならばこの事は決して免責事由とならない。蓋し彼が取締役に選任されてその職務を引受けた以上、その義務をも引受けなければならぬとされるからである。若しも彼がこの任にあらずと分つた場合にはその日から、取締役の職務を辭任すべきであるとされる。只この場合、専門的な第三者を用いて、職務を遂行し得るか否か^(註二)問題になつてゐる。

このことからうかがうと、取締役には、普通の人と異なり事物に通じた専門的知識ある人を要求されていることになるが、若しもこの才能につき、欠くことが分つたとき、取締役が尙その職務を引受けていることを「過失」とすべきか、或は若しわれ／＼の見方からすれば、自ら辭めることが、株主に對する忠實義務といえるか、何れが事物の本質に合致する説明であるか。われ／＼としては後の見解に立ちたいのである。

「單純な過失」或は懈怠について、問題となるのは、銀行取引、或は保險についてである。前者について云えば、會社の銀行預金を銀行の危い狀況にあるを知つていながら、適切にこれを引出さないときは責任を生ずるが、最も専門的な商人でさえも陥るような過失により、支拂不能となつた銀行に預金した如き場合には責任が生じないとされる。又會社の建物、什器等を火災保險にかけないことは過失であるとされる。この場合一般の責任要件たる「過失」の他に、單純な過失又は懈怠を問題にするのは、會社の經營につき、殊に銀行取引等の金融面に非常にデリケートのものがあつて示す。これも、善管義務の具體的適用の一場合に、過ぎないと云つて了えば、それまでであるが、何かしら、そこに、検討すべき問題の萌芽を見出す。

註六 J. Escarra, Cours de droit commercial, 1952 n° 806 seq.

註七 Escarra, op. cit., n° 812 seq.

註八 G. Ripert, Aspects juridiques du capitalisme moderne, p. 120. Ditto, Traité, n° 1173

註九 A. E. Hommey, La responsabilité personnelle des administrateurs dans la gestion des sociétés anonymes 1936 p. 45 et seq. 最近の文獻が入手不能なので古い手元にあるものによる。

註一〇 Hommey, op. cit., p. 49 et seq. I, Kowachiche, De Réformes récents apportées en France et en Angleterre à

一 橋論叢 第二十九卷 第四號

la responsabilité des administrateurs de sociétés 1937. p. 32 et seq.

註一一 拙稿民事責任理論の發展一橋論叢三卷二號參照

註一二 Hommey, op. cit., p. 58 suiv.

二 ドイツ株式法(一九三七年)では、取締役員の注意義務の標準は「通常の且つ誠實な營業指揮者の注意」(Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters)とされている。

業務執行についてこのように過失責任主義をとり、無過失責任主義に反對する理由は後者によるときは、不當な結果になるからであるとされる。例えば、景氣變動を原因とする失敗について、たとえ、取締役が全力を注いだとしても、責を負はなければならないことになるし、又整理を必要とする會社についても過失にもとづかない失敗もあり得るから、これについて責を負はせるならば、ついに會社を救済するに適任な人を得られないことにもなるという。要するに、結果責任を認める無過失責任主義は、心理的に悪影響を及ぼすことで、取締役はこの責任を惧れる餘り、この強大な地位に相應しく行使すべき、決斷力を鈍らせることになる。^{註二三}

然しながらこのように、取締役につき、過失責任主義をとるものの、他方において、近代企業特性からくる、取締役の地位の強大に對して、法は何等か考慮を拂わないわけにはいかない。過去の經驗から見ても、貪欲な取締役が會社に損害を與えるような侵害に對しては、民事的刑事的責任を課する必要が認められている。これこそ取締役の強大な地位に對して均衡を得させるものであるとされる。

注目すべきことはかくの如き取締役の地位に應ずる特別の義務が何であるか問題にされたのは、近時のことであつ

てそれ以前では、取締役についても「通常の、商人の注意義務」の標準を適用するだけですべてを説明したのである。又この「標準」の説明でも、通常の商人ではなくて、通常人 (ordentlicher Mann) が標準であつて、善良なる管理者の注意とはこの者が、當該の種類の事業を自己の計算で營んだ場合に拂う注意を指すのである。^{註一四}所が、この説明がナチ時代の學説では少し變つてきていることを注目しなければならない。又以前の學説はこれ以外の義務、例えば忠實義務若くは誠實につき、詳しくは論じてないものの如くである。

尤もナチの學説においてもこの「通常且つ誠實な營業指揮者の注意」はドイツ舊商法第二四一條第一項に規定する「正常の商人の注意」とは異なるかにつき多少説が分れている。同じと解する如く思われる説もあるが、^{註一五}異なるとする説が有力である。つまり後者のような注意義務の程度では、他人の資本の受託者及び管理人である取締役に不十分であり且つ適當でない^{註一六}と解するものである。

又略々同じような議論を繰り返すことになるが「通常且つ誠實な營業指揮者の注意」は民法上の「善良なる管理者の注意」若くは「取引において要求される注意」とどこが異なるかということになる。一説によれば、民法上の注意義務が株式會社について、特別の内容を與えられたに過ぎないとされる。然らばこの特別の内容の善管注意は株式會社の取締役につき、明確な、具體的な、もつと確定的なものにまで、規定し得るわけにはいかぬだろう。これにつき、一般に、このような具體的な内容をもつ統一的な規程はないとされている。それは企業の種類によつて注意義務が異なることを示す。即ち、銀行會社の取締役の注意義務は電氣會社の取締役の注意義務とも異るとされる。要するに特定の企業の種類によつて、營業指揮者として拂うべき注意義務が定まつてくることになる。このように注意の標準が

少なくともその表現において「通常人」という抽象化された主體的のものから、「取引上要求される」という、客觀的なものに移り乍ら、(どちらも市民社會において普遍的に妥當するけれど)株式會社の取締役については、各々遂に一般的、統一的な、標準は定立されないで、企業の種別によつて、夫々、異なることとされることは、もつと率直に解すれば、善管義務なる抽象的、普遍的な一般的標準が企業に對してはそのまま機械的にあてはまらないということになりはしないか、もつと突き進んで云えば、取締役の注意義務なるものは、企業の種別、規模により夫々異なるので、問題の生じた、具體的の會社企業につき、或る企業特有の規範的觀點から、具體的に定めらるべきもので市民的な標準が後退していると見るのが穩當ではないだろうか。そして、若し大企業^{註一七}の法律關係の性格が、市民的法律關係と質的にも相異していると解するならば、少なくとも、民法的善管義務は企業的色彩を受けざるを得ない。要するに、善管義務は等質的抽象的な民法的のものではなく、差等的、具體的企業法的内容を持たすべきであると思われる。

尙附隨的ではあるがこの注意義務の企業法的特色を示すものと解されるのにドイツにおいて株式會社の取締役の注意義務の方が一方において通常の、單なる商人よりもより包括的(unfassender)であることとされる^{註一七}ことがある。この包括的というのは個々の取締役の誤つた判断をすぐに、取締役の過失となすのではなく、この誤つた判断を前述の「通常且つ誠實な營業指揮者の注意を拂わないで、取締役員がそのまゝ採用した場合に、責任が生ずるとされる。このような廣い注意義務は後に述べる取締役の「營業政策上の判断」の誤りと關聯してくるであろう。

以上のように民法的内容の注意義務が後退すると同時に、或はその代りに特に強調されてくるのは、ドイツ株式法の場合にも、忠實義務である。この忠實義務は先づ、全力を注いで(mit allen Kräften)會社業務のために、課せら

れた責務を遂行することで、これは同國の有力な學者が承認している所である。この忠實義務の結果、取締役の行動について、個人的一身上の事情は後廻しにされることが要請される。この邊のことは後述の英米法の場合と非常に類似する。後にこれを一括してわれわれの見解を述べる。こゝでは忠實義務の若干の内容につき一言すれば忠實義務からくる例は云うまでもなく、信賴された機密事項に沈黙を守る義務、競業禁止會社との取引の禁止であり又取締役員に對する信用供與もこの中に入るものと思われる(信義則の原則から由來すると説くものもある)。蓋し後者についても、會社に關する事柄と信用を欲する取締役個人に關する事柄との錯雜せる利害關係を規定したと解されるからである。^{註一八}

註一三 Schlegelberger-Quassowski, Kommentar zu Aktienrecht, Anm. zu 84.

註一四 H. Möhring, Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, 1924 S. 52 f.

註一五 Gadow-Heinischen-Schmidt, Aktien-gesetz, Anm. zu 84.

註一六 Schlegelberger-Quassowski a a O S. 304 f.

註一七 Schlegelberger-Quassowski a a O S. 306 f.

註一八 Gadow usw. a a O. Anm. I zu 74. Schlegelberger-Quassowski a a O.

三

一 取締役の地位については英米法では種々の角度から理論づけが試みられている。^{註一九}その主要なものは、取締役を managing partners とする説 agents とする説 trustees とする説がある。第一の managing partner というの

取締役の一般的義務

は取締役はすべての株主のために、業務執行をなしており、而かも、この任務に當る取締役が partner の一人であるという所からきている。これは次に述べる agent と principal の關係をもつてしては、取締役と株主とが同じく partner である關係、つまり兩者全く利害を共通にする關係を盡し得ないと見たためである。

然し乍ら、經營と所有の分散の傾向からすれば取締役は必しも株主の中から選ばれる必要ないのでこの説は核心を逸しているといわれるのみならず次の二點につき適確でないとされる。一は、會社は法人であり獨立の人格を有するから、取締役は會社の agent であつて、株主のそれではないこと、二は、partner にあつては、通常はその商社の債務につき、無限に責任を負うのであるが、取締役は、これに反して、個人として何等このような責を負うものではないことである。

それにも拘らず、この説は取締役と株主とは、實質的に見て、即ち經濟的利害面において、agent と principal とも、遙に利害を密接共通にしていることを示している。

取締役が會社の agent である説（この場合、全體としての取締役が agent である）は前説に比べて、餘程缺點が少いといはれる。然し尙も agent と principal との關係の法をもつては未だ、不十分なものがあるので、例えばこの場合には principal に重きを置かれるに對して、取締役と會社の關係では少なくとも機能的には前者に重きが置かれる。そこで最後に trustees であるという説が行われるに至つたのである。この説は信任關係を基とするので、取締役の地位の説明に最も適合する。しかしそのまゝでなく、多少の修正を加えられている。蓋し、取締役と受託者との兩者の類似點を餘り強調することは會社の性質上、合わないものがあるからである。その一は會社の法人性から

くる。即ち、會社の財産が獨立の人格者である會社に屬するのに對して、信託財産は法律上の所有者としての受託者に屬する。この結果、受託者の方がより以上の管理と保管を有つ、その二は取締役と受託者とは機能が相異するか、これにあてはめるべき責任の標準が異なるとされるのである。

こうして見ると業務執行組合員といひ、代理人といひ、又受託者というも、これらの表現が取締役の權限と責任を盡したものでないことが分る。^{註二〇}これらの諸説は取締役の行爲が問題になつたときに、その契機や、目的を考察する場合の觀點を夫々なすものである。即ち、代理人と見られるのは會社に對する觀點においてであり、受託者と見られるのは株主に對する觀點においてである。前者については agent and principal の諸規定が適用されるし、又後者については取締役の受託者の權限として説明し得るものは一般に株式の譲渡の承認、株式の割當、會社資金の使用、株主總會取締役會の招集、株式の失權等なのである。尙取締役が個々の株主の受託者であるのではないこと勿論である。

このようにイギリスにおいては、取締役の地位を種々の角度から、規定することは、われ／＼として非常に興味深いことであつて、この事は近代企業における取締役の地位と機能の特性が如何に複雑であるか、又これを法律的に説明するのに既存の法技術を様々に修正しこれに合うように努めていると見られる。然らばこの取締役の地位に伴う責任は如何なるものであるか。

イギリスにおいても、取締役の責任は過失責任である。然しこの「過失」は多少、緩く、解されているものの如くである。^{註二一}例えば、他意のない間違ひ (innocent mistake) からでは責任を生じた事例がなく、その間違ひが詐欺的若くは少なくとも疑惑を容れる行爲や動機を伴う場合にはじめて責任が生ずる。又その權限を行使するに當つて、輕卒

impudence があつたとしても、これが責任を發生させるためには非常に重大で且つ crassaneigentia (咎め得る怠慢) にまでなることが明らかにされねばならない。たとえ、今少し注意深かつたならば避けられたかも知れない輕率でさえも責を負はされることはないといわれる。進んで又裁判所は、單なる判斷の誤りがあつたとしても、それが善意で、又正しいとされることを行ふ意圖の下に、又これが最も會社の利益になるものとして行われたときは、その結果につき取締役の責任を問ふことはしないのである。つまり、取締役は受託者と異つて、後者の如き嚴格な規則によつて責任を問われることはないのである。

然し乍ら、どの程度の注意を拂うべきかについては、明確に規定することは難しいとされる。一般に彼の知識・經驗からして、合理的に期待し得べき注意という外はない。

このようにイギリスの場合又後述のアメリカの場合も略同様であるが輕率、判斷の不足等につき、通常の受託者と異なり、責任を問われないのは取締役の業務が、經濟的變動に左右され易く、何人も、經濟的情勢を適確に把握し得ない事情にもよるのである。然し法律問題として、重要なものは、このような取締役が唯、誠實且つ正直に會社のために、行動した場合に、何等、法律上、責任を課すべきいれがないとされることである。即ち、正直に、會社及び株主の利益のために、職務を遂行する者は、その衡平上の義務たると、法律上の義務たるとを問わず、十分にそれを果しているのである。極端に云えば、取締役が正直誠實に行動している以上は、たとえその思慮が淺く、行動が馬鹿げたものであつても、法として何等これに介入すべきものではない。このような場合の處置はあけて株主にゆだねてゐると、解されている。

こゝで、われ／＼は、取締役が免責される條件として「正直且つ誠實に」行動するということ念頭に入れておく必要がある。そして、若しこれが、消極的な、免責條件ということよりも、積極的な内容のものであるならば、ここにも忠實義務が基本になつてゐることを認め得る。勿論これは、受託者たることに基くとも云えるが、又、取締役の地位の特殊性の要求する所とも解せられる。

二 アメリカの學說では一般的に取締役は三つの義務を負うとされる一は從順 (obedient)、^{註二}二は注意深きこと (diligent)、三は忠實 (loyal) であらねばならぬことこれである。

所でアメリカにおいても、取締役につき、過失責任主義をとつてゐる。そして、その義務を果す上において、當該の事情の下に、合理的に期待される注意 Care and diligence を拂はなければならぬとされる。

統一事業法の規定^(三)でも「役員取締役は會社に對して信任的關係に立つものとみなされ、善意且つ同様の情況及び地位にある通常の注意力を有する者が用いる程度の勤勉、注意及び熟練をもつてその義務を履行しなければならぬ」とされるがこれがアメリカの通説的考えを表示してゐる。

これに對して、少し違つてゐると思われる考え方がある。それはその注意の程度が同様の注意といふ代りに、自己の營業に對してなされるものであるとされる點である。例えばニューヨーク州の或る判決ではこの注意の標準は通常の注意深き人が自己の (his own) 事務の管理に對して拂う程度とされる。^{註三}

問題はこの注意規準は單に表現の差異だけであつて、實際の適用について、どういふ結果の相異を生ずるかということであらう。

これにつきこの争ひは表面的であり、實際の適用に際しては、全く意味がなく、裁判官も陪審員も、自分の標準に従つて、自分自身の規準を作り出さねばならないとされる。

重要なのは、このような抽象的な注意の標準が、具體的に適用される諸事情である。これにつき學説は一般に注意の規準が、(一)會社の性格と營業の性質、(二)株主との間の了解、もしくは株主により是認されている業務執行上の慣例、(三)このタイプの會社營業の一般的慣習、(四)取締役が報酬を受けないで、自分の時間を會社と他の營業行為との兩方に分けてゐるか、或は報酬を受けてその全時間をこの會社の營業に費しているか、(五)或は社長、専務若くは執行委員會の一員であるか等に依存するといわれる。^{註二四} このように注意の規準が會社の種別その他の事情によつて、具體的に定められるものになつてきていることは、前述のドイツの場合と略々同じといえる。従つて、企業の種別によつて多少の注意の標準の相異が見られる。例えば銀行・金融信託・保險等の所謂、金融機關の會社取締役は、他人の資金を取扱うものであるから、裁判所によつては、通常の業務の會社の取締役よりも、高い程度の叡智、分別良い判斷につき責任を負うべきものとされる。^{註二五}

これに對して、有力な學者は、疑問を投げかけ、營業に對して合理的な注意を拂う以上に、更に高いものが要求されるのかどうか、又淺慮(improvidence)が悪意の若くは過失ある浪費といはれる點まで達するのでない限りは、手元にある資料を検討し、或は利用できる情報をもとに、正直な判斷を下す上に、合理的な注意以上は要らないのではないかという趣旨を述べている。^{註二六}

所で、最近のアメリカの傾向は一般に云つて、裁判所は、以前の法理よりも、取締役に對して、高い程度の義務を

課そうとする。このように厳格な法理を必要とするに至つた事情は、會社が大きくなるにつれて取締役及び役員が應大な數の株主の權利と利益を排して、自己の利益を考え易くなるからと説明される。又、或る判例では、取締役が不活動の場合はそれが損失の近接原因であれば、その不活動に對して、責任を負わ^{註二七}している。そこでこの厳格な責任が何であるかということになる。これにつきわれ／＼は取締役の信任關係から説明する。

信任關係については、一説によれば取締役は必しも受託者と同じ厳格な規則によつて縛る必要はないとされるが、「忠實」については、高い規準が、たとえ、これが融通が利かない譯ではないにしても、強行さるべきものとされる。その具體的なものとして、會社と自己との契約、會社との取引から得た利益の返還、第三者との取引についても取締役が衡平上、これを會社に歸屬さすべきものとされる利益の返還等である。

このように、厳格な責任の要求や、忠實義務の強調がある一方、われ／＼は又、取締役の免責事項も考えなければならぬ。蓋しこの兩面を見て始めて取締役の義務及び責任が明らかにされるばかりでなくこの二つの調和を缺くときは、結局營業活動を萎縮させる恐れがあるからである。

アメリカにおいても取締役が責任を負わないとされる事項は、イギリスと同じく、判斷の輕率と正直な誤りである。然しそこにも、或程度の限界を置かんとしている。このように判斷の輕率と正直な誤りにつき責任を問はないのは取締役に對しては廣大な自由裁量が與えられておるからで、裁判所としては取締役の行爲の結果である營業上の業務、契約等の得失につき、審査することはしないのである。たとえ、彼等の誤りが非常に重大で、會社業務を處理するに不適任であつたとしても、それは業務上の判斷の價值と政策の問題とされる。例えば或る判決では、取締役に委ねら

れている自由裁量の範囲内である限りは、如何にその判断が馬鹿げた、滑稽なものであつても、それが、正直な判断の誤りであるならば、それに對して取締役に責を負はせていない。もつと突き進んで、或る州では、銀行の取締役でさえも、重大なる過失 (gross negligence) に對してのみ責を負うものであるとされる。

學説も大體これを承認し次の如く説明する。^{註二八} 即ち取締役は自己の有する判断を正直に行使することを引受けたに過ぎない。彼等は自分の判断の正しさを請合うものではない。彼等に對して、その自由裁量權の行使に際しての正直な判断の誤謬若くは偶然の間違ひの結果につき責を負ふことはできない。又判断の誤謬が個人的な責任を生ずるためには、その行動が實際に詐害的の色彩を有していなければならぬか、或は實際の詐害を推測する以外には全く手のない程の性質のものでなければならぬ」と。

これによるときは、營業上の判断については、重大なる過失、若くは詐害行爲がそこに含まれているときのみ、取締役の責任を問うことができるといえる。

そこで問題になるのはこのような免責は過失の觀念と矛盾するものではないかどうかということである。一説によれば、業務上の判断をなすについては、合理的な注意が事實上、拂われていることが前提とされていると解する。尙この業務上の判断法理も、又不可分の忠實義務に従屬していることも注目すべきである。^{註二九}

若しもこのように、業務上の判断についても合理的な注意を拂う義務があるならば、この注意を缺いたために生じた結果につき、取締役は責を負わされることになる。そうすると、さきに説明した、この種の營業上の判断についてはそれが實際に詐害的 (actual fraud) でない限り、免責されることと少しく矛盾することとならないかの疑問も生

ずる。

或は見方によれば責任はむしろこのような、無分別な業務上の判断をあえてする取締役を選んだ株主にありと云えるのである。^{註三〇}

以上、英米の法理を大略紹介したが、こゝでも、フランス、ドイツを、共通する傾向が二三見られる。即ち、取締役に対して要求される合理的な注意義務の内容が、企業の種別規模等の具體的な諸事情によつて定まること、又取締役地位の強大化に伴ひ、そこに何かと厳格な責任を認めんとする傾向があること、然しこの責任が、注意義務を高めることにあるのか或は忠實義務を強化せんとするにあるのか、分明でない點もあるが、一般的に云つて、忠實義務を強化するよう思われる。このように義務の強化の反面、英米法においては、營業に關しての輕率、正直な判断の誤謬はそれが詐害的のものでない限り、免責されることで、これは、經濟事情の豫測できないことや、それに對處する經營管理の、政策、價值については、裁判所は干渉しないという所からきていることは前述した。或はドイツ流に考えれば、取締役につき無過失責任を排したのは、このような、經營判断上の誤りにつき、責任を負わせないようにするためであるといえるかも知れない。

以上の比較法的資料をもととして、我商法の解釋として、ドグマを若干述べることにする。

註一九 主として W. Geddes, Liabilities of Directors, 1933 p. 4 seq. による。尚山口・アメリカ會社法における取締役の責任法學論叢五八卷三號六三頁以下

註二〇 Buckley, On the Companies Acts p. 860 seq.

取締役の一般的義務

一 橋論叢 第二十九卷 第四號

- 註二一 Buckley op. cit., p. 866 seq.
 註二二 Ballantine, On Corporations p. 156
 註二三 Fletcher, *Cyclopedia Corporations* vol. 3 1947 Revised Edition, 1029 Ballantine, op. cit., p. 158
 註二四 Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporations* 1949 p. 706
 註二五 Ballantine, op. cit., P.159—161 Stevens, op. cit., 9 p. 713
 註二六 前掲のメンタインの説による。
 註二七 Fletcher op. cit., 1029
 註二八 Fletcher op. cit., 1039 に引用する Morawely の説く所である。
 註二九 Fletcher, op. cit., 1039 et seq.
 註三〇 Ballantine, op. cit., p.151

四

取締役と會社との關係が委任關係であることは、商法の明文(第二五四條)の示す通りである。然し乍ら、民法の委任の規定をもつて、律するのは、この關係は、餘りに複雑過ぎる。そこには市民個人同士の委任關係とは、甚だ異なる、企業關係、多數の出資者の關係、或は團體的關係という背景がある。而かもこの錯雜せる利益群の對立關係、企業の經營と所有の分離とこの傾向の進展、所有關係の後退、取締役の地位の強大化、これらに伴う株主の利益、會社の利益の犠牲に於いてする一部取締役の利益のロウ斷は、株式會社の制度を有する何れの國においても、程度の差はあつ

でも見られる所であつて、この現實を前にして、フランス、ドイツ、アメリカにおいて、中心的位置にある取締役に對してどういう義務と責任を課せんとするか。われ／＼が比較法的研究によつて見ると、或はフランスの場合の如く、率直に云つて、普通の善管義務違反といえない「過失」に對して取締役の責任を認めていたり、或は、ドイツ、アメリカの如く民法的内容の注意義務から、企業法的な内容のものに進んでいることを知つたと同時に、これと平行して、一般に忠實義務、若くは信任關係にもとづく義務が段々に強調されてきているのである。そして、この忠實義務は通常、要求される注意義務と別個のものとするのがドイツの有力學說であり、又英米では、通説なのである。この比較法的結果から見るときはわが國の商法の最近の改正で、特に設けられた、忠實義務の規定は、委任義務からくる通常の善管義務とは別個のものとするのが正當と思う。これが又別に設けられた條文の體裁にも合致する。

然らば、何故に、忠實義務が強調されるか、私は以下の如き理論づけを試みたい。一體、民法上の善良なる管理者或は家父(*diligens paterfamilias*)としての注意、若くは取引上要求される注意の規準は、通常の市民生活に妥當する。それはどういう地位、職業にある者でも市民たる限り、普遍的に通用する規準である。若しこの注意を缺いたときは、市民として、非難に値するものであり、これに對して民事上の責任を負うべきものとされる。平等な市民の法律上の注意義務としては、これ以上のものは負はない。若しも、責任を重くする必要がある場合には、「過失の推定」^{註三一}免責事由の制限から、不可抗力までの無過失責任へと進む。然し、この際、注意義務^{註三二}自体を高めることは、通常の市民である限り、全く意味がないのである。何となれば、通常人以上に注意をすることは、馬鹿か狂人であろう(*über die Sorgfalt eines diligens paterfamilias hinaus liegt nur die Sorgfalt eines Narrens*)。このように考えると、

若し、取締役につき、その企業における特殊的地位を考慮して、責任を高めるとしても、注意義務自體を強化することは私法理論としては誤りであり、今まであげた各國の規定と學說も、これを避けていることが分る。

一方において、會社資本の増大、龐大な株主數の増加と殊にその中の無機能的資本所有者の比率の増加と他方において業務執行取締役の權限の強大並びにその經濟的勢力の増長は、後者に對して、その權限の行使に一定の方向づけを與え、又その權限、若くは地位の濫用に對して、特別の責任を認めんとすることは極めて、自然の理である。問題は、この場合の法技術である。換言すれば、實際においてはもつと複雑な、利害のいり組んでいる會社と取締役、並びに種々の株主群との關係において現在の社會規範の要求する責任を法技術的にどのように表現するかということなのである。

若しも取締役なる地位が企業という特別な經濟的・社會關係から、實質的に見て一種獨特の性格を帯びていると理解するならば、單純な、民法の委任における受任者と同じに取扱うだけでは足りない。蓋し、この獨特の性格のものに對しては、最早、民法におけるが如き、等質的、普遍的な、注意義務の規準は實質的に見て適用され難いからである。そして、ドイツ法におけるが如く、「通常人」の代りに、「營業指揮者」が現われ一般に、「善良な」、或は「取引上」要求されるという代りに、もつと具體的な「企業の種類」若くは「定型」を規準とされるようになる。所で、企業の「種類」といひ、「定型」とても、相對的のものであり、極端に云えば、一つだけの「種類」(sui generis)もあり得る。このように考えれば、普遍的な善管義務の内容も、企業法の取締役に關してくると、それ自體の抽象的な規準としては甚だ心もとないものになる惧れがあり、少なくとも具體的のものを志向しなければならないと思われる。

所がわれ／＼が、實質的な利益關係を中心に取締役と會社及び株主群との關係を考えると、無機能化する株主達が、會社の經營をあげて委せる取締役を選任したのは、そこに強い信賴關係があるといわねばならない。つまり、大勢の人の中から、特に或る人を選んて、會社經營に付て、全權を委すのであるから、この人ならではと思われる特別な信賴關係があるので、この關係を英米法では信託法上の受託者の地位になぞらえている。然しわれ／＼は、この場合信託の觀念に把われることなく、むしろ、取締役の獨特の地位に着目すべきである。この株主から與えられた信賴、若くは信任關係に應ずるのが、忠實義務であつて、商法二五四ノ二は、この當然の關係を成文化したものである。

然らばこの忠實義務の内容は何であるか、それはその人の最高度の誠實と忠實 (the highest good faith and loyalty) とをもつて信任を與えた人の利益をはかることであり、又その職務に自己の全力 (mit allen Kräften) を注ぐことである。^{註三三}こゝに言う「最高度」若くは「全力」というのは、具體的なその人を基準にして、定めるべきもので、そこに重要な意味があり、従つて、民法的な一般的・善管義務と全く異なるし、後者について普通人以上に注意義務を高めることの無意味になるに反してこの場合は意味がある。これが理論的に云つて、善管義務以外に、忠實義務を認めなければならない理由の一である。

又この忠實義務は右の如き取締役の地位に鑑み、強調しなければならない所である許りでなく法技術的に見ても、次の如き意味を有する。それは、先づ通常の業務執行上の善管義務との關係においてでもある。善管義務が前述の如く、企業の種類によつて定まる相對的なものでむしろ消極的な内容のものでこれを違反した場合の責任に轉嫁したとき問題になるに對して忠實義務はそのまゝその人、その職務によりあてはまり、これに應じて、略々積極的な内容が

定まつてくる。そして、アメリカの或る學說の如く、忠實義務は、善管義務を前提とし、而かもこの上に立つものであるから、この忠實義務に違反した場合の効果は各段階に分けて考えねばならない。第一は一般的な忠實義務の違反のみであつて、これにつき何等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を違反した場合、即ち、この種の會社企業を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當然である。

第三に忠實義務の具體的規定（例えば會社との取引、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。右の効果の中、最も取締役が事實上恐れているのは、第一の株主からの信任の撤回であつて、これにより彼は實業家としての資格を失うかも知れぬ。こういう觀點で、忠實義務は善管義務のなし得ない一種の責任の強化を果していると云えよう。

次に取締役のなす營業上の判斷、殊に營業政策、或は價值についての判斷の誤りとの關係である。これに對しても忠實義務の遂行は責任の解除を得られる條件であると思う。このことはイギリス、アメリカにおいて承認されている所であるが、わが國においても、同様に認められるものと考ええる。元來、變轉極まりない經濟情勢に應じてなす營業上の判斷は、政策の問題であつて、裁判所によつて解決さるべき法律問題ではないのである。これらは株主から、特に信頼を受けた取締役の全く自由裁量の範圍内に屬する。然しこれを専ら取締役の自由裁量に委せることも、危険であつて、これに一定の規準を課しているのが、忠實義務である。即ち、取締役が、その人につき正直且誠實に行動しておりさえすれば、たとえ、その經營政策につき、後から判斷が誤り、若くは妥當でないことが判明しても、これに

つき、何等法律上の責任を負はし得ない。責任はむしろこの取締役を選んだ株主總會にありとも云える。

然らば若し經營政策上の判斷を下すに當つて取締役の過失があつた場合に、責任を負うか、これにつき私は通常の過失については責を負はず、惡意乃至詐欺的な行爲があるときに限り、法律上殊に民事法上の責任を負うと解する。

その理由として次の如く考えたい。(一)取締役の業務の中將來の經濟狀勢その他を豫測しての經營の合目的性の判斷、「政策の決定」と會社財産の管理若くは「常例的な業務執行」、又は監督上の行爲とは一應區別し得るのではないかと
註三三
 思う。バランタインもこの趣旨のことを述べている。前者は非常に困難な仕事で企業的要素を多分に含むものであつてこれについては、全く取締役の忠實義務に期待して、法律上の責任を稍軽く考えるべきこと前述の如くであるが、

後者については、過失につき、責を負はすべきである。この二つを分けることが企業法的な考察方法の基本ではないかと思う。(二)このように前者につき、法律上の責任を軽くすることは結果において取締役の自由な手腕と才能を發揮し得ることになり、又企業經營にとつて最も大切な適任な人物を取締役に迎え得るので、株主にとつても大なる利益を齎すであろう。(三)わが國の商法上の根據として私は第二八四條の計算書類の承認とこれによる責任の解除の規定をあげ得るのではないかと思う。それは計算書類から株主が知り得る所は、取締役がその會計年度において、なした經營活動の成果が主であつて、計算書類の承認はこれを是認したことを含むことにもなる。この成果は取締役が妥當と判斷した經營政策の實行から生ずるのであるから、これを承認することは法律上の効果として當然取締役の營業上の判斷につき、その經營政策上、若くは經營の合目的性に付ての責任を解除したものとされる。然し「不正の行爲」があつたときに責任解除の例外をなすのであつて、この「不正」という意味は前述の私見によれば、「惡意

若くは「詐害的行爲」と解すべきである。このように第二八四條の責任の解除の意味と解釋することは商法第二六六條四項五項の責任の免除とも調和し得るのではないかと思う。

私の以上の議論を要約すれば、忠實義務は廣く取締役の全般の行爲（即ち政策の決定、合目的性の判断、業務執行、監督等）について認められ、且つこれが段々強調される傾向にあること、現在の段階においては忠實義務は、委任にもとづく善管義務と別個のものと解するのが妥當であること、善管義務の内容は企業法的に、企業の種類別、特殊の事情を考慮して相對的に定めらるべきこと、營業上の判断、殊に政策的な判断については悪意若くは詐害的行爲があつた場合に限り、法律上の責任を認めることを主張するものである。（一九五三年二月二十四日）

註三一 拙稿・民事責任理論の發展、一橋論叢三卷二號、所載参照。

註三二 Ballantine Sterling, California Corporatin Laws, 1949 p. 102. Schlegelberger-Quassowski a a O S. 307.

註三三 Ballantine, On Corporations p. 158