

商法第266条の3に規定する「第三者」の 範囲について

佐 伯 直 秀

目 次

第一章 序説 問題点の提起

第二章 非包含説に立つ私見の論拠

第一章 序説 問題点の提起

我商法の規定においては、取締役は元来、会社に対してはその第254条3項により委任の關係に立ち、さらに第254条の2により忠実義務を負担するものであるもので、もしもこれが任務を怠ったときには、民法の債務不履行の一般理論により賠償の責に任ずべきは当然である。しかしながらこれに反して、第三者に対しては何等特別の法律關係に立つものではない。従ってまた特別の責任を負担するものでもない。それ故に会社に対する任務を怠っても、それは会社に対する債務不履行ではあっても、第三者に対する任務懈怠とはならないから、理論上は、これがために第三者に対し、任務懈怠による賠償責任を直接、負担すべき筋合のものではない。しかしながら取締役が会社に対する任務を怠ったために、唯に会社が損害を受けるだけではなく、結果として第三者にも損害を発生させる場合があるし、また取締役がその職務をなすに当って、会社債権者その他の第三者に損害を与えることを予見しながら敢えて任務懈怠の行為をなすこともある。そしてこれらの場合は、すべて民法の不法行為理論に従ってのみ、処理すべきものであるとするならば、果して第三者に対する不法行為が成立するものなのか否かまた成立するとしても会社が責任を負担するものなのか否か、さらに取締役もまた、責任を負担するものなのか否かについて、解釈の困難な問題を生ずるのである。のみならず株式会社の経済社会における影響と取締役が株式会社の機関として現実にその活動を掌るものであることを考えるときは、理論上の成否は別として、取締役に何等程度の責任を負担せしめて第三者の保護を考える必要がある。そのために、商法はその第266条の3において、取締役はその職務を行うにつき、悪意または重大なる過

失ありたるときは、その取締役は第三者に対しても、また連帯して損害賠償の責に任ずる旨、規定しているのである。しかしながら問題は、その「第三者」の範囲である。換言すれば本条の所謂第三者の範囲のなかには、株主が含まれるか否かが問題となるのである。所で通説（註1）は、これに対し第一には会社の利益は實質上、株主の利益であるから会社が損害賠償を得たならば同時に、株主の利益も保護されるが、それによって株主固有の損害（註2）が賠償されない場合なしとはせず、故にもし株主を含むと解釈しなければ株主の固有の損害の賠償は求め得ないこととなり、また会社が取締役に對する責任を追求せず、またはこれを免除した場合には株主の救済は不可能になるということ、第二には条文が広く第三者と規定して特に株主を除外してないこと、等々の理由を以て、第三者の中には株主が含まれると解釈するのである（本文ではこれを包含説と名付ける）。

これに対し少数説（註3）は先づ第一には、ひとしく株主の蒙むた損害といっても、株主が第三者たる資格において受けたものと株主たる資格で受けたものとがあるのであり、しかして前者については株主も、直接の責任を追及しうるが、後者については、会社の損害すなわち株主の損害であり、もしも会社の損害が償われたならば同時に株主の損害も償われることとなるから、会社とは別に、株主の直接責任追及権を認める必要のないこと、そしてもしも株主を含むと解釈すれば、後述の如く、資本充実に害して、会社資産の任意の分割を認めることになること、第二に新法はその第267条により代位訴訟が認められ且つ取締役の責任の免除には株主全員の同意をも必要とするに至った以上は、包含説論者の考えるような、株主保護上の不安はないこと、第三には、用語上、会社法で株主を指すには、株主の語を用いるを常とする

こと、以上の理由に基づいて、第三者の範囲の中には、第三者としての資格における株主は別だが、株主たる資格における株主は含まれないとするのである（本文ではこれを非包含説と名付ける）とする。

所で筆者は結論としては、後述の如く、後説すなわち第三者の範囲の中には、株主は含まれないとする所の、非包含説を取るので、次章では、この説に立たざるを得ない論拠について述べることにする。

第二章 非包含説に立つ私見の論拠

既にふれた如く、筆者は本条の第三者の範囲の中には株主は包含されないとする所の包含説に立つのであるがその論拠の第一として挙げられる所のものは、本条の立法趣旨より来る所の論拠である。けだし本条の立法趣旨については、換言すれば本来、会社は法人であるのであるから、法人擬制説を取れば格別（註4）だが（この場合でも民法第44条1項により法人に賠償責任はある）、法人実在説に立つ限り法人の不法行為能力は肯定される（註5）【但し機関の権限は適法な目的であるという限りで認められるものであるから法人の不法行為は起り得ないものであると解する所の、法人の不法行為能力否定論者（註6）も民法第44条をもって機関の不法行為につき、法人に無過失損害賠償責任を負担させたものと解釈して、法人はその機関の行為によって損害賠償責任を負わしめられると考えるべきである（註7）としており、他方において、無過失損害賠償責任ということが不法行為理論として一般に承認せられている現在においては、法人の不法行為能力という観念を否定しても、これを肯定する説におけるよりも、会社が損害賠償責任を負う場合の範囲が狭くなるわけではない（註8）のである。なお柚木教授は「法人の不法行為能力は、法人の代表機関がその権限の範囲内でなした不法行為が直ちに法人の不法行為となるという意味においてのみ、肯定し得られるのであり、代表機関がその権限を超えてなした不法行為に対して法人が責を負うことは、法人の不法行為能力より当然に生ずる帰結ではあり得ない」（註9）として結局、民法第44条1項を「不法行為について、法人の不法行為能力と機関の権限踰越の不法行為に対する法人の無過失責任とを一括して、これを一項の中に規定し尽くしたものであると解し度いと思う」（註10）としていられる。また民法第44条2項によれば、法人の目的の範囲内に在らざる行為によって他人に加えた損害には、法人は賠償責任はないのであるが今日、法人特に会社の目的の範囲は広く解釈されて、甚しきは会社は、破産または解

散の場合を除いては、会社目的による制限は存しない（註11）とされて来ていることから、取締役が商法第266条の3の「その職務を行うに付き」の場合にも、会社の賠償責任の範囲は拡大されて来ているともいえる】ので、機関たる取締役は法人たる会社に対してのみ責任を負えばよく、会社外の第三者に対して責任を負う必要は認められない（註12）ように見える。それ故に第三者に対する不法行為については、法人たる会社だけが責任を負えば充分であるのに、機関たる取締役は何故に本条により会社外の第三者に対してまでも責任を負担するのか、もっともこれに対しては、法人の不法行為能力を肯定する見解においても、その通説は、一般に機関の行為は、法人の行為を組成する一面とその人の個人行為たる一面との二面の存在を有し、前の関係においては団体の責任を生じ、後の関係においては個人自身の責任を生ずると説いて（註13）【ただしこの説明に対しては、その説明を肯定するとすれば機関の法律行為についても、かような二面性を認めざるを得ない筈である。従って不法行為についてだけ、かような関係を認めるための主張としては説明が不十分であるか便宜主義に墮するものであるとの批難（註14）がなされている如く、賛成し得ないものがある】かかる不法行為をなした機関担当者もまた個人として法人と連帯して不法行為の責任を負うべしとしているのであるから、一步譲って、機関たる取締役の、第三者に対する個人責任を認める通説の、この立場に立って機関たる取締役も第三者に不法行為責任を負うべきものなりとする主張に従ってみても、それならば民法第715条の不法行為責任の成立要件たる故意、過失に従わずに悪意または重大なる過失を、本条の責任の成立要件としているのは何故であるのかの問題が起って来るのである。そしてこれに対しては、学説は或いは、これを法定の特別責任なりと解釈したり、また或いは、特殊な不法行為責任であると観たりしているのである。所で法定の責任説を取る立場は、本条をもって取締役の責任を加重した規定としてとらえ、これに反し特殊不法行為責任説を取るものは、その反対に取締役の責任を軽減したものと考えていることは今さら述べるまでもないことである。故に立法趣旨を何に求めるかの差異によって、延いてはその適用範囲内至解釈に大きな差異をもたらすものであるから、先ずこれを検討する必要のあることはいうまでもない。

そこで前者について、先ず検討する。既述の如く、取締役は会社に対し委任関係に立ち、忠実義務を負担するけれども、第三者に対しては、なんら特別の法律関係に立つものではなく、従ってなんらの責任を負担するものではない。故に取締役が任務を怠りそのために会社のみ

ならず第三者に損害を与えたる場合でも、その責任は第一次的には、会社が負うべきものであり、従ってかかる場合、一定条件の下に取締役として第三者に対し、直接責任を負わせるのは第三者の保護を厚くするという法律的政策に由来するのである。その意味で本条にいう、取締役の責任は、法により認められた特別責任であると解釈する（註15）のである。従ってこの見解を支持する限り、また他方において機関の不法行為二面性説に立つ限り、本条はなんら民法の不法行為の規定の適用を排除するものでないことは当然であり、それ故に取締役に民商法による不法行為の成立要件が具備するならば、それぞれに基づく請求権競合関係を生ずると解釈するのが一般である（註16）。次に後者すなわち、特殊な不法行為責任なりと解釈する説は、本条の取締役の責任を以て、一般民法不法行為責任とその本質にvarietyないのであり、唯本条が取締役の軽過失につき、その責任を免除した点にその意義を認めるとする（註17）のである。換言すれば同説は、そもそも株式会社の取締役は、常に雑多な事務を迅速に処理することが要求せられる。従ってその過失によって第三者に損害を加える機会他者に比し、極めて多いのである。それ故にもしこの場合、民法の一般不法行為理論によってその責任を処理すべきものとすれば、取締役に極めて苛酷を強いる結果となる。されば、かかる場合、その軽過失についてその責任を免除し、この場合には第三者は、会社の責任を追求するだけで満足せしめれば足るとの考慮の下に規定されたとするのが、本条の立法趣旨である（註18）。従ってこの立場においては、民法第709条による一般不法行為責任との競合関係を生ずる余地はないと解釈されている（註19）。

所で筆者は次の如き論拠に基づいて、前説換言すれば法定責任説を取るものである。すなわちその理由の第一は、既にふれた事ではあるが、取締役と第三者との間には、なんら直接の法律関係のないことである。換言すれば取締役と会社との関係は委任に関する規定に従うのであるから、取締役は会社に対し善良なる管理者たるの注意をもって忠実に、その職務を行なわなければならないのであって、もしこれが任務を怠ったときは、民法の債務不履行の一般理論によりこれが賠償の責に任じなければならないのは当然であるが、これにひきかえ取締役は第三者に対し、なんらの委任関係に立つものではない。すなわち取締役は第三者に対し、会社に対する職務を遂行すべき、なんらの受任者的義務を負担するものではない。従って会社に対する任務を怠っても、それは会社に対する債務不履行とはなっても、第三者に対する任務懈怠とはならないから、理論上はこれがため、第三者に対し直接任務懈怠による賠償責任を負担すべき筋合ではな

いことである。続いてその理由の第二は、法文上の論拠により不法行為でもないことである。すなわち本条による責任要件には、既述の如く、民法第709条の不法行為の要件たる軽過失の場合が含まれていないこと、また本条の要件たる悪意または重過失は被害者たる第三者に対してではなく、会社に対する任務懈怠につき存すべき（註20）こと、さらに重大なことは、不法行為の場合の如く、第三者に対する直接の権利侵害または違法性をその要件としていない（註21）ことである。以上の理由で以て、本条の責任は不法行為による責任とは全然、別個のものであることを、法文は示していると思われることである。さらにその理由の第三は、民法第423条の代位権でもないことである。所で取締役が会社に対し任務を怠った場合に、会社債権者は、会社が取締役に對して有する損害賠償請求権を民法第423条の規定により代位行使することを得るのはいうまでもないのであるが、この場合の第三者（たとえば会社債権者）の行使すべき権利は自己固有の権利ではなく、会社の有する権利を単に代位行使するに過ぎないのに、本条の規定による第三者の、取締役に對する賠償請求は、会社に対する賠償を求めるため、会社の権利を代位行使するのではなく、自己に対する賠償を求めるための、自己固有の直接賠償請求権の行使である。従って取締役の第三者に対する責任は、直接責任であって会社を通じてなす間接責任ではない。最後にその理由の第四は、いわば目的論的解釈であるが前節で既にふれた如く、株式会社の、経済社会における影響と、取締役の、その株式会社における地位と権限、さらに改正法によるその強化とを考えると、その責任は、特に第三者に対する責任は重課すべきであるという要請が生ずるのであり、しかして、その仕事の性質上、第三者に損害を加える機会が、他の者に比して相対的に多いから、その責件は軽減すべきであるとする所の特殊不法行為説では、この要請に応じ得ないことである。

以上を要するに、取締役の第三者に対する、この責件は、第三者に対する任務懈怠によるものでもなければ、また不法行為によるものでもなく、さらには、また会社の有する賠償請求権の代位行使によるものでもないのである。とすれば、元來は負うべきものではないが、第三者保護のために、止むを得ず、特に設けられた商法の特別規定による特別の法定責件なりと断ぜざるを得ないのである。そしてこの法定責任説に立てば、既述の如く一般の不法行為責任とも競合するわけである。所でこの場合、本条責任の適用は可能なる限り狭く限定することが望ましいと思われる。けだし先づ第一には、取締役は元來、既述の如く第三者に対しては、直接に責任を負うべきものではないし、さらに一步譲って必ずしも難点（こ

れについては前述)なしとはしない所の、通説の法人機関の不法行為二面性説に立って、第三者に対し直接に責任を負担するとする立場に立ってみても、本条責任の成立要件と民法一般不法行為責任の成立要件との間には、前述の如き差異が存するのであり、これは(前述の如く重課すべきであるのに、反って軽減している)問題であり、またこのことは、法人の不法行為能力否定説に立っても同様のことがいえるのである。ということは要するに、本条の責任は元来は負うべきものではないが現存の取締役の地位と権限とにかんがみ、第三者保護のために特別に法が規定したか、または機関不法行為二面性説、あるいは法人不法行為能力否定説に立てば、取締役と雖も第三者に対して、直接に責任を負担するのは当然であるのであるが、しかし本条の責任は、上述の如く違法性または権利侵害をその成立要件としていないことなどよりして必ずしも民法第709条の責任規定でのみは律し得られない責任であるのであり、換言すれば二面性説等で問題にする責任規定ではないことである。この意味において、本来ならば取締役が負担すべき責任ではないともいえるのである。そして結局、第三者の利益保護の立場より、商法が特別に規定したのであると解釈される。何れにしても、本条の立法趣旨は、機関の不法行為の本質に基づくというよりは、第三者の利益保護のため(取締役の利益保護のためではない)という政策的目的に基づくのである。ということは、すなわち第三者の利益保護という観点に立って、この責任の範囲の広狭は考慮すべきであり、そしてその保護に支障を来たさない限り、その範囲はできるだけ限定する、換言すれば第三者の範囲の中から、株主を除外することが望ましいことにもなることである。もっともこのことと取締役の責任重課の要請とは必ずしも矛盾するものでないことは勿論である。というのは、範囲の限定すなわち株主を第三者の範囲内に包含しなくとも、株主に対する責任は重課しうるからである。続いて第二には、そもそも第三者の損害には、取締役の任務懈怠による直接損害と会社が損害を蒙りそれによって受ける間接損害とがあるのであるが、取締役の任務懈怠による直接損害は当然に権利侵害を伴うので民法第709条で以て処理できるのであるから第266条の3の規定での処理を必要とするのは、もっぱら間接損害の場合のみに限定されて来るのであるが、この中、株主の間接損害は後述の如く、一般債権者等と異なって株主に代位訴訟制度(商法第267条)のあることや、また取締役の会社に対する責任免除は原則として総株主の同意を要する(第266条4項)こと等により救済されるのであるから、株主を第266条の3の適用より、除外しても、株主の保護には毫も支障を来たさないことである。以上の

理由により、第三者に対する取締役の責任規定の、第三者の範囲は、株主を除く第三者に限定してもよいと思われる。もつとも株主の代位訴訟の代りに、債権者には民法の債権者代位権があるのであるから、株主の保護手段の有無のみに囚われて、株主のみを除外することは債権者との間に衡平を失することにもなりかねないではないかとする反論も起ると思われるが、これについては、後述する。

続いて**論拠の第二**は、包含説を取ることによって起る所の、得失の検討より来る論拠である。所で包含説を取ること、すなわち第266条の3の「第三者」の範囲の中に、株主を包含させることにより生ずる所の長所は、これにより株主の損害賠償に役立つということにあることはいうまでもない。勿論株主の損害賠償を図ること自体は別に非難すべきことではないのであるから、この点に関する限り、包含説を支持するにはなんらの支障はないように見える。しかしながら包含説に立って、株主に直接、取締役に対する賠償請求権を認めさせることは唯に会社と株主の双方から取締役の責任を追及した場合には取捨し難い法律関係の粉料を生ずることとなる(註22)のみでなく、また【会社に賠償すれば株主の損害は消滅すると解し得ても、しかし株主に賠償しても会社の損害はなくなるから、二重の責任を避けるためには、株主に賠償しただけ会社に賠償すべき額が減少すると考えざるを得ないので】資本の充実を害し債権者の犠牲において、株主に会社資産の任意の分割を認める結果となることは否定できない。所で資本充実原則阻害はいうに及ばず、株主を債権者よりも優遇すること、それ自体、今日既に問題である。述べるまでもなく、現行株式会社は今日では、もはや株主のための制度とは見るべきではなくなっている。すなわち今日の株式会社観は「企業自体」の語の示す通り、或いは株式会社財団説または財団化理論の示す通り、曾っての株主本位的私有物観より離れて公共物的株式会社観と迄は行かなくとも、少なくとも株主の外に、債権者、従業員、利用者をも含めた所の、巾広い層の共有物的株式会社観へと転化して来ていることを無視してはならないのである。というのは「株式会社は一度設立されると、それは自己価値の発現と高揚のために邁進する。それは内部において、多数労働者のために貸銀獲得の場を提供し外部に対しては製品或いはサービスを与え単なる営利目的を超越した国民経済発展のための社会的使命を帯びる」(23)ようになるからである。勿論、企業自体の理論や株式会社財団説または財団化の理論に対しては批判もあり、特に財団説に対しては『会社は社団なり』とする現行商法第52条と『財団法人は公益法人のみに限る』とする現行民法の建前から来る所の

反論も出ては来る。しかしながらこれに対しては「我民法は営利財団法人なるものを認めていない。しかしこれは民法典という実定法がかかる財団法人の成立を否定せんとするのではなく、唯立法当時に規定する必要を認めなかったからであり、観念上このような法人の成立することを否定したものということではできないであろう。また従来¹の学説によれば、社団法人と財団法人との区別は社員の存否により公益法人と営利法人の区別は社員へ利益が帰属するか否かにあるとされている。しかし社団法人と財団法人との識別は出資者の目的が会社構成の意見をも有するかまたは単なる出資に止まるかにより、営利法人と公益法人の区別は、その目的が営利にあるか公益にあるか、また法人の利益を出資者に帰属させる目的があるか否かによるべきである。しかるに株式会社では、出資目的は単なる出資であって、総会での株式の議決権もこれは出資者保護のための決定の権利であり総会を構成するものではない。そして株式会社では、出資の目的が利益配当を受けることに在るから、これは営利法人である。かくて株式会社は営利財団法人である」(註24)とする反駁もある。他方において、これに対しては「この説は余りに投資株主本位の立場に偏り、いわゆる企業者株主の存在を忘れている」(註25)とする批難もないではない。所でこれらの論争の何れに軍配をあげるべきかの決定は、この一文の目的とする所ではないので、この決定は他日に譲ることにして、このまゝ論述を進めることにしても次のことだけはいえと思われる。すなわちここで仮りに財団説の立場を捨てて社団説の立場に立ってみても、「企業活動の資本と並ぶもう一つのファクターである所の、企業の従業員、労働者の利益擁護も亦、考慮すべき必要性のあることである」(26)、しかも「これらの者は従来の会社法の下では、その会社運営になんらの顧慮がなされていない所であり、それはどんな意味での社員でもないからである。所がこれらの会社従業員の上記の要求を顧慮するには、株主だけの社団と考える社団理論では何んとしても、事情打開の途がないからである」(註27)こと、またその資本(ここでは広義の資本の意である)についても、「現在の我株式会社の実体を直視するときには、そこに企業財産として一体となって活動し企業収益をあげている財産は単に株式として投資されたものだけではなく、銀行その他の金融機関から借入金として借用された財産、さらに社債を発行して国民大衆から集めた資金が余りにも多いのである。そしてさらに準備金、その他の会社の自己保有ともいべき財産額も著しいのである。このような財産構成の実情にある株式会社も、単にその最初に醸出され企業危険を負担する資本だとの理由だけで、株主だけのものと主張

して、株主の社団ということは、風で飛んだ種子が他人の地面に落ちて樹木となったときに、その種子を作った元木の持主が他人の土地に繁茂する新木の所有権を主張するに似た暴言に近いであろう」(註28)こと、さらに株主と会社債権者とを区別する所の、企業不振の場合の危険負担に対しても「この点も再顧すればそれ程、特別なものでないといえるのである。すなわち会社から返済されることはないが、株式市場で転売譲渡することによって、その投資の相対的回収ができるのであり、また会社解散の折には、社債権者その他の会社債権者に劣後することは法律上、そうではあるが企業が黒字を出しているのに解散ということは少なく、企業不振によって、または赤字によって解散する場合には、一般に遅配の労働賃銀のみの支払さえ十分ではなく、その点は社債権者も会社債権者も株主も同格に何物をも受け得ないことが少なくないのである」(29)こと、そして「最近²は企業利潤の平均化が行なわれ、利益配当の利子化の傾向著しく且つ商法 第295条の株式会社従業員³の賃銀、債権者の先取特権制度が各種の事情変更により、著しく決定的意味を有するに至ったため、両者はほぼ同一条件を負わされるに至ったので、両者を現行制度が考えている程に、截然と区別できないものとしている」(註30)こと等を注目しなければならぬことである。以上のことは、要するに株式会社を株主のみの会社と見るべきではないとする論拠の一つになり得ると思われる。ということは、株式会社制度の解釈運用に当っては、既述の如く株主のみを優遇する、換言すれば会社債権者の犠牲において株主の立場のみを考える結果になる如き法解釈はこれを避けるべきであるとするることになり、これは惹いては非包含説支持の論拠の一つになり得るのではないかと思われる。けれど包含説採用により得られる所の、株主の損害賠償に役立つという長所⁴のみに眼を奪われて包含説を支持することは、株式会社法全体の上から見て必ずしも当を得たものではないからである。さらにこの損害賠償について附言するならば、もしもこの救済保護が包含説以外の方法によっては得られないものとするならば、この説の支持もまた、止むを得ないものもあるのであるが、無理にこの包含説を取らなくとも、その保護救済には、手段方法のあることである。前にもふれた如く、第三者の損害には、取締役の行為により会社が損害を受けて破綻を来たしそれによって株主、債権者が損害を受ける場合すなわち間接損害と、会社には損害が生せず株主、債権者のみに損害が生ずる場合、すなわち直接損害とがあるのであるが、後者すなわち直接損害については、法定責任説に立つ限り、一般不法行為責任と競合するので、この不法行為責任で処理できるのであり、問題はないので

ある。それ故に、問題は間接損害の処理のみになるのであるが、これは会社に損害賠償することにより救済される【これに対しては、包含説論者は会社の損害が填補されても株主の損害の填補されない場合なしとはしないではないかという反論をなしている。しかしながら第一にはこの種の損害は間接損害の凡べてではなくして例外的の損害である。故にこの種、例外的損害賠償のためのみにとすれば衡平を失する恐れのある包含説を、敢えて取る必要のないこと、第二には、この種の損害は、株主以外の第三者が受けると同じ損害である（註31）、換言すれば第三者的資格における損害と見るべきであると思われること、よりしてこの反論には賛成できない】性質のものである【また松田博士は、株式債権説の立場より、経済上擬制的価格を有する株式自体の損害と会社資本自体の損害とが別個のものたる点から株主を第三者中に含ましめる判例、学説を是認され、株主が株価について有する所の、会社の利益からは独立した利益の侵害を直接損害として取締役に対し賠償を請求しうるとされる（註32）が賛成し得ない】。免に角、取締役の行為により会社が損害を受けた結果、これを通して間接に損害を受けた株主は、会社が取締役から損害賠償を受けるならば、これにより株主の損害も填補されることになるのでありそしてその責任の追及には、既述の如く第267条の代位訴訟制度が改正法で認められていることである。また会社が勝手に取締役の責任を免除して株主の損害賠償の途を塞ぐに至ることを防止するために、その責任免除には総株主の同意が原則として必要とされている（前述の如く、債権者にはこの規定はない）ことである。さらに肝心の取締役の選任は総会の専属事項（第254条1項）であるのであるから、この点、これを選出した株主自身にも責任なしとはしないのであり、また理論上は、かかる恐れのある取締役選任を防止する手段もあることである。他方において、問題はあり、筆者はこれには批判的ではある（註33）が、かかる取締役に対しては、株主は任期前と雖も、またたとえ正当の理由なくとも、これを解任することが認められている（第257条）こと、または株主の行為差止請求権（第272条）、株式譲渡自由の絶対化（第204条1項）、反対株主の株式買取請求権（第245条の2、3）等の認められていること、以上の諸点、換言すれば会社債権者等には認められていない諸制度が、株主だけには許されていることを考えるとき、株主以外の債権者等に対してのみ、この賠償責任を負わしめても、法の衡平を崩すことにはならないと思われるのである。最後に、論拠の第三は、用語法上より来る所の論拠である。所でこれに対しては、包含説論者は既述の如く、第266条の3の条文の文言は、広く第三者と規定して特

に株主を除外する如き文言を使用していないことを、その論拠にあげている（註35）。それ故に、本条の第三者の範囲の中に、株主を包含させるべきでないとするならば、たとえば第280条の2第2項（同条では新株引受権の被付与者を第三者とせず、株主以外の者としている）の如く、『株主以外の者』という如き表現を用いるべきではないかという反論があり得ると思われるのである。しかしこれは、同条第1項で、株主に新株引受権を与えることを規定したので、それに続く第2項では、これをうけて、株主以外の者という表現を使用したものとみても、差し支えないのではあるまいか。要するに、会社法で株主を指す場合には、株主という表現を用いることが常であり、それ故に、特別の支障のない限り、第三者という表現の中に、株主を包含させるべきではなく、もしもその必要ありとすれば、その表現は、株主及び第三者とすべきが望ましいとも思われるのである。

以上、述べ来たった三点の論拠により、筆者は第266条の3の『第三者』の範囲の中には、第三者としての資格における株主は別だが、株主としての資格における株主（註34）は包含させるべきではないと結論する次第である。

【註】

註1 西原著「会社法」216頁。西本著「株式会社重役論」171頁。田中（辨）著「改正会社法概論」582頁。「改訂会社法概論」（下）398頁。田中（誠）著「株式会社法律実務」447頁。「会社法」286頁。「新会社法論」（上）280頁。田中、吉永、山村著「コンメンタール会社法」524頁。松本著「日本会社法論」307頁。野津著「会社法概論」179頁。松田著「新会社法概論」215頁。「株式会社の基礎理論」524頁。「株式会社法の理論」281頁。松田、鈴木（忠）著「条解株式会社法」（下）308頁。実方著「会社法学」Ⅱ464頁。鈴木（竹）著「会社法」140頁。並木著「精説会社法」378頁。伊沢著「注解新会社法」450頁。石井編「演習商法」391頁。大阪谷「取締役の責任」株式会社法講座Ⅲ1136頁。大判大正15年3月25日民集5巻213頁。昭和2年2月10日民集6巻213頁。昭和15年3月6日民集19巻350頁。大阪地判昭和7年10月10日新聞3550号14頁。

註2 山村「取締役の対第三者責任」企業法研究84輯9頁は「この固有の損害については、株主以外の第三者が蒙る損害となんら異なる」とされる。

註3 大隅著「全訂会社法論」（中）150頁。大隅、大森著「逐条改正会社法解説」292頁。竹田「商法第142条の2第2項の第三者の意義」法学論双18巻1号144頁以下。（発起人についてはあるが）小町谷「発起人の責任」株式会社法講座Ⅰ295頁。

註4 たとえば長崎地判明法42年2月13日(新聞556号12号)は法人擬制説に立って「法人は法律において自然人以外に権利主体と認めたる無形的人格者なるが故に、事実上意思能力及び行為能力を有することなく、唯法律上、その代表者の法律行為が代理の原則により法人に対して直接にその効果を及ぼすに過ぎず、左れば法人は自ら法律行為を為すことを得ざるは勿論、その代表者の不法行為に付ても法律に特別の規定ある場合の外、その責に任すべきものに非ず」としている。

註5 判例としては、たとえば東京控判明治39年5月15日(新聞358号23頁)は「法人は実在の組織体にして法律の擬制により、存在を認めらるるものに非ず。公益法人の理事、商事会社の会社を代表する社員若しくは取締役は、法人の代理人に非ずして法人の機関なり。株式会社の取締役が会社の目的の範囲内に属する業務を執行するのは取締役の行為に非ずして会社の行為たるを以て取締役が会社の業務を執行するに際し、過失により他人に損害を加えたるときは、取締役個人の不法行為に非ずして会社の不法行為なりとす」といっている。同旨、東京控判明治44年10月7日(新聞556号21頁)。

註6 服部「会社の権利能力、行為能力、不法行為能力」(会社法の諸問題)松本論集112頁。(なお同99頁以降において、無能力者制度の存する自然人と異なり、人格者たるに相応しい意思を備えたもののみが法により法人として認められるのであり、且つ権利能力と行為能力との範囲上の差異はないから、両者を分けて取扱う必要なく、法人であるということは権利能力=行為能力を備えているということであり、権利能力の下に行為能力を包摂して権利能力だけについて論ずれば足りるとして否認はしないが法人においては権利能力のほかに行為能力を論ずる必要なしとされている)。また「法人の不法行為能力」(損害賠償責任の研究)(中)我妻論集540頁は「代表機関についてだけ不法行為成立し、代表機関でない業務執行機関については、成立しないとするのは理解に苦しむ」ともされる。上柳「会社の能力」株式会社法講座I106頁。川島著「民法」(3)272頁(法人の不法行為責任は他人の行為による責任なりとする)。金山著「民法総則」92頁(法人の不法行為はありえないとする)。

註7 服部「前掲論文」松本論集115頁。

註8 上柳「前掲論文」107頁。

註9, 10 柚木著「判例民法総論」(上)354~355頁

註11 たとえば田中(誠)「会社の目的外の行為と改正会社法」松本論集119頁以下は、目的による制限は認めないとし、また柚木著「前掲書」316~319頁は、民法第43条の規定は会社の能力には適用すべきではないとき

れる。

註12 石田著「現行民法総論」140頁は、法人の不法行為能力という観念を強めると共に、法人の行為は同時に機関担当者個人の行為ではあり得ないとして、この場合における機関担当者個人の責任を否定される。

註13 鳩山著「民法総則」148頁。我妻著「民法講義」(I)144~145頁。勝本著「民法総則」157頁。於保著「民法総則講義」108~109頁。大判昭7年5月27日、民集1069頁。

註14 舟橋著「民法総則」76頁。服部「前掲論文」我妻論集539~540頁。「前掲論文」松本論集114~115頁。

註15 田中(耕)著「前掲書」(下)398頁。鈴木、石井著「前掲書」176頁。実方著「前掲書」459頁。西本著「前掲書」155頁以下。西原著「前掲書」215頁。大阪谷「前掲論文」1135頁。発起人に関するが石井編「注解株式会社法」471頁。東京控判明治45年3月30日、新聞868号3頁は、この責任は一般不法行為責任に非ざることを明示している。

註16 田中(誠)著「前掲書」286頁。鈴木著「前掲書」140頁。大判昭和7年5月2日、民集11巻1069頁、明治39年10月3日、民録12輯1167頁。この場合、会社と契約関係に立つ第三者に対しては不法行為責任を生ずる余地(不法行為と債務不履行の競合)はないと解する見解(石井編「前掲注解」472頁参照)もある。

註17 たとえば服部「前掲論文」我妻論集545頁。また松田著「前掲理論」285頁は「従来我国では官吏でも公吏でも弁護士でもすべて公務に従事する者は、その職務の執行につき故意または重大な過失により違法に第三者に財産上の損害を加えた場合にのみ、これに対して個人として損害賠償の義務を負うものと解されて(田中著「行政上の損害賠償及び損失補償」。美濃部著「日本行法」上349頁参照)いたのであり、取締役の、第三者に対する責任はこれと同一の思想に立脚するものと考えられる」としてられる。

註18 たとえば伊沢著「前掲書」450頁。松田著「前掲書」215頁。「前掲理論」285頁。松田、鈴木著「前掲書」308頁。大隅著「前掲書」(中)147頁。田中(誠)「前掲書」(上)280頁。田中、吉永、山村著「前掲コンメ」526頁。服部「前掲論文」我妻論集545頁。(発起人の責任についてであるが)小町谷「前掲論文」293頁。

註19 前註箇所の外に、服部「前掲論文」我妻論集553頁の註20。

註20 たとえば大隅著「前掲書」(中)148頁。実方著「前掲書」463頁。但し松田著「前掲理論」285~286頁服部「前掲論文」我妻論集544頁は反対。

註21 たとえば田中(誠)286頁。石井著「商法」(1)

199頁。鈴木著「前掲書」139頁（取締役の任務懈怠は当然に第三者の権利侵害にならないから、本条の責任は不法行為と関係のない、特別の責任なりとしている）。これに対し、服部「前掲論文」我妻論集545頁は「そのように限定的に解する必要なく、職務を行なうにつき過失ある違法行為によって第三者に損害を生じたときは取締役は不法行為責任を負うということを定めたものと解すべし」とされる。

註22 たとえば大隅著「前掲書」（中）150頁。

註23 高田著「演習株式会社法」14頁。

註24 八木「株式会社の財团的構成」（神大記念論集）3～8頁。

註25 西原「株式会社の社団法人性」（株式会社法講座Ⅰ）70頁。

註26 高田著「前掲書」32頁。

註27, 28, 29 高田「株式会社の財団化」（九大記念論集）513頁, 509頁, 513頁。

註30 高田著「前掲書」31頁。

註31 山村「取締役の対第三者責任」企業法研究84輯9頁。

註32 松田著「前掲基礎理論」524頁。但し会社資本

が損害賠償されれば、長期的には匡正されるものと思われる。

註33 拙稿「正当の理由なき取締役解任制度について」（鹿島短大紀要12号）

註34 これについては、たとえば佐藤「取締役の第三者に対する責任」（私法19号121頁）は「株価の値下りにしても、（会社設立や増資の新株発行のさいの）株式引受の場合は、当初から価値なかるべき株式を価値ありと信じて引受けたことによる損害であって、これは株主としての資格とは関係なく、たまたま株式引受については株主になってから、責任を追及するケースが多いというだけで、株式を他人に譲渡した後に責任を追及するも差し支えないのであって、いわば第三者的資格ともいうべく、これに反して取締役が会社に損害を加え、よって株主が損害を受ける場合は、本来、価値のある株式が取締役の行為により会社財産が減少することによって時価が下落して生ずる損害であって、これは株主としての資格における損害というべきものである」とされている。

註35 竹田「前掲判例批評」144頁以下。

（註終り）