

商法教授方法に関する研究手帖 (11)

浅 木 慎 一

第1帖「商」の概念

第1章 商法の意義

第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻 1 号)

第3章 商人の概念

第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻 2 号)

第5章 株式の概念

第2帖「商」への参入

第1章 企業形態の選択

第2章 企業の立上げ—総論 (以上、金沢法学 52 巻 1 号)

第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻 2 号)

第4章 持分会社の設立

第5章 企業施設の整備

第6章 企業情報の公示

第3帖「商」の管理・運営

第1章 会社を除く商人の営業の管理・運営 (以上、名城法学 60 巻 1～4 号)

第2章 株式会社による株式・株主の管理 (以上、名城法学 61 巻 1 号)

第3章 会社の機関—総説

第4章 株主総会および株主による会社運営の監視

(以上、名城法学 61 巻 2～4 号)

第5章 株式会社 (委員会設置会社を除く) の業務執行およびその自浄化の体制

1. 緒言 — 業務執行機関とその分化

2. 取締役の選任・終任

2-1. 取締役の資格

2-1-1. 会社法が定める欠格事由

- 2-1-2. 定款による資格制限
- 2-1-3. 兼任の禁止
- 2-1-4. 天下り規制の提言
- 2-2. 取締役の員数
- 2-3. 取締役の選任（一般の場合）
 - 2-3-1. 株主総会による選任
 - 2-3-2. 選任決議
 - 2-3-2-1. 定足数
 - 2-3-2-2. 累積投票
- 2-4. 種類株主総会における選任
 - 2-4-1. 選任決議等
 - 2-4-2. 2以上の種類の株主が共同でする取締役の選任
 - 2-4-3. 会社法または定款に定める員数の取締役を選任することが不能となった場合
- 2-5. 選任の効果
- 2-6. 取締役の終任
 - 2-6-1. 終任事由
 - 2-6-2. 任期
 - 2-6-3. 解任
 - 2-6-4. 終任の登記
- 2-7. 欠員の場合の措置
- 2-8. 取締役の職務執行の停止・職務執行代行者の選任
- 3. 取締役会非設置会社の取締役の権限等
 - 3-1. 業務執行
 - 3-2. 代表
- 4. 取締役会設置会社の取締役会・代表取締役等
 - 4-1. 取締役会の意義と権限
 - 4-1-1. 取締役会の意義
 - 4-1-2. 取締役会の権限
 - 4-1-2-1. 業務執行の決定
 - 4-1-2-2. 職務執行の監督
 - 4-2. 会議体としての取締役会
 - 4-2-1. 招集

- 4-2-1-1. 招集権者
- 4-2-1-2. 招集の通知
- 4-2-1-3. 招集通知の省略
- 4-2-2. 議事
- 4-2-3. 決議
 - 4-2-3-1. 決議要件
 - 4-2-3-2. 決議方法
 - 4-2-3-3. 特別利害関係人
 - 4-2-3-4. 決議・報告の省略
 - 4-2-3-5. 特別取締役による決議
- 4-2-4. 取締役会の議事録
 - 4-2-4-1. 議事録の作成
 - 4-2-4-2. 議事録の効力
 - 4-2-4-3. 議事録の備置きおよび閲覧・謄写等
- 4-2-5. 取締役会決議の瑕疵
- 4-3. 代表取締役
 - 4-3-1. 代表取締役の意義
 - 4-3-2. 代表取締役の員数
 - 4-3-3. 代表取締役の選定・就任・終任
 - 4-3-3-1. 選定および就任
 - 4-3-3-2. 終任
 - 4-3-4. 代表取締役の権限
 - 4-3-4-1. 代表権
 - 4-3-4-2. 業務執行権
 - 4-3-5. 表見代表取締役
 - 4-3-5-1. 制度の意義
 - 4-3-5-2. 会社法 354 条の適用要件
 - 4-3-5-3. 会社法 354 条の類推適用
 - 4-3-6. 事実上の（代表）取締役
 - 4-3-7. 業務執行取締役
- 5. 取締役の義務
 - 5-1. 取締役の善管注意義務と忠実義務
 - 5-1-1. 善管注意義務

- 5-1-2. 忠実義務
- 5-2. 取締役の競業避止義務
 - 5-2-1. 意義
 - 5-2-2. 対象
 - 5-2-2-1. 会社の事業の部類に属する取引
 - 5-2-2-2. 自己または第三者のために
 - 5-2-2-3. その他
 - 5-2-3. 競業取引の承認
 - 5-2-3-1. 規定の沿革
 - 5-2-3-2. 取引につき重要な事実の開示
 - 5-2-3-3. 承認の方法
 - 5-2-3-4. 承認の効果
 - 5-2-4. 報告義務
 - 5-2-5. 競業避止義務違反の効果
 - 5-2-6. 取締役退任後の会社との競合的・競争的行為
- 5-3. 利益相反取引
 - 5-3-1. 意義
 - 5-3-2. 対象
 - 5-3-2-1. 直接取引
 - 5-3-2-2. 間接取引
 - 5-3-2-3. 手形行為
 - 5-3-3. 承認の方法
 - 5-3-4. 報告義務
 - 5-3-5. 承認を得ない取引の効力—相対的無効説確立の軌跡
- 6. 取締役の報酬等
 - 6-1. 報酬規整の意義
 - 6-2. 報酬等の範囲
 - 6-3. 決定方法—手続規整
 - 6-4. 退職慰労金
- 7. 取締役の責任
 - 7-1. 取締役の会社に対する責任
 - 7-1-1. 会社法制定前の規定の変遷
 - 7-1-2. 会社法の規定の観察

- 7-1-3. 任務懈怠責任 (一般)
 - 7-1-3-1. 責任の内容
 - 7-1-3-2. 一元説と二元説
 - 7-1-3-3. 経営判断の原則
 - 7-1-3-4. 監視監督義務違反
 - 7-1-3-5. 連帯責任
 - 7-1-3-6. 損害額
 - 7-1-3-7. 消滅時効
- 7-1-4. 利益相反取引に係る責任
- 7-1-5. 責任の免除および一部免除
 - 7-1-5-1. 責任の免除
 - 7-1-5-2. 一部免除
- 7-2. 取締役の第三者に対する責任
 - 7-2-1. 会社法 429 条 1 項・2 項 1 号の沿革
 - 7-2-2. 会社法 429 条 1 項の責任
 - 7-2-3. 会社法 429 条 2 項 1 号の責任
 - 7-2-4. 取締役の連帯責任
- 8. 業務執行検査役
- 9. 日出づる国の取締役

第5章 株式会社（委員会設置会社を除く）の業務執行およびその自浄化の体制

1. 緒言 —— 業務執行機関とその分化

すでに述べたように（第3章3-1）、平成14年（2002年）改正によって委員会等設置会社（現在の委員会設置会社）が設けられるまで、わが株式会社法にあっては、会社の業務執行は、株主総会において取締役を選任し、これに委ねるという法政策を基軸としていた。

明治32年（1899年）商法170条1項は、取締役の各自代表のみを規定し、法律上、業務執行機関の分化は見られなかった。しかし、明治44年（1911年）の改正は、上の原則に対し、定款または総会の決議によって代表取締役を定めうることとし（同年改正後商170I）、昭和13年（1938年）改正は、これに加えて、定款の規定に基づき取締役の互選によって代表取締役を定めることをも認めるに至った（同年改正後商261I・II）。

昭和25年（1950年）改正は、従来の法政策を大きく転換するものであった（第3章3-2-3）。この改正は、従来の取締役の各自代表の原則を排し、取締役は、その全体をもって取締役会なる1個の機関を構成し、そこでの議論を通じて業務執行に関する機関意思を決定するとの仕組みが採用された（同年改正後商260前段）。そして、その決定に係る業務執行自体（常務について取締役会から委任された事項の決定と執行も）と会社の代表は、取締役会が選任する代表取締役が行うこととした（同年改正後商261参照）。要は、この改正時に、株式会社の業務執行を司る機関が、取締役会と代表取締役とに明確に分化したのである。これは、株主総会中心主義を廃棄した同年改正にともなう、必然ともいえる帰結であった。すなわち、権限の著しく拡大された取締役をして、慎重・適正にその権限を行使させ、かつ、取締役会をして代表取締役の業務執行の監督に当たらせるという法政策が採用されたのである。この結果、同年改正後の各個の取締役は、合議制の機関たる取締役会（Board of directors）の構成員であり代表取締役たる地位の前提であるにとどまり、それ自体で業務執行機関た

るものではなくなった¹。

昭和 25 年 (1950 年) 改正でアメリカ型の取締役会制度を導入しながらも、実際には、わが国独自の経営機構の形成がなされ、取締役会は必ずしも当初の理想通りには機能しなかった。それゆえ、その後の改正では、従来の経営機構を維持しつつ、これに改善を加えるという手法が採用されてきたのである²。わが会社法制が「日本型」としか形容の仕様がなくなった所以もここに存する。昭和 49 年 (1974 年) 以降の改正は、おおむねこの手法に沿うものであったと評価できよう (第 3 章 3-2-4 以下参照)。これに対し、平成 14 年 (2002 年) の旧商法特例法改正による委員会等設置会社 (委員会設置会社) 制度の導入は、従来の改正路線に加え、昭和 25 年 (1950 年) 改正で不十分だったアメリカ型会社機関のより徹底した採用に踏み切ったものであったと位置づけられる。しかし、本章では、委員会設置会社の構造には触れず、従来型の委員会設置会社を除く株式会社の業務執行機関を中心に概観することとしたい。

従来型の会社の業務執行機関に関する平成 14 年 (2002 年) 改正では、先に述べたように (第 3 章 3-2-8)、会社の業務執行の一翼を担う取締役として、業務執行取締役の意義を明らかにしたが (同年改正後商 260Ⅲ②)、これは、平成 13 年 (2001 年) 法律第 149 号改正によって定められた社外取締役の定義 (同年 (法 149) 改正後商 188Ⅱ⑦ノ②) を明らかにする必要からのものであり³、それぞれの取締役の担当すべき業務 (職務) の分担を明らかにする趣旨であったから、改正商法の下でも、これらの取締役をそれ自体として機関と位置づけるものではなかったと評価しうる。

現行会社法は、繰り返し述べるように、旧有限会社法制を選択可能な株式会社 の 1 類型として吸収統合したものである。したがって、取締役会非

1 北澤正啓『会社法 (第 6 版)』(青林書院・2001 年) 356 頁、河本一郎『現代会社法 (新訂第 9 版)』(商事法務・2004 年) 436-437 頁参照。
 2 近藤光男『最新株式会社法 (第 6 版)』(中央経済社・2011 年) 215 頁。
 3 河本・注 (1) 前掲 468 頁参照。

設置会社の取締役は、定款に別段の定めがある場合を除き、会社の業務を執行する権限を有し（会 348 I）、代表取締役その他会社を代表する者を定めない場合には、会社を代表するから（会 349 I）、会社の必置の機関と位置づけられることになる⁴。他方、取締役会設置会社の取締役は、商法会社編の時代と同様、それ自体で業務執行機関たるものではない。もっとも、個々の取締役をそれ自体機関と観るか否かは、現行会社法の下では、大きな意味をなさない。

2. 取締役の選任・終任

2-1. 取締役の資格

2-1-1. 会社法が定める欠格事由

会社法 331 条は、取締役の欠格事由を定めている。すなわち、①法人、②成年被後見人もしくは被保佐人または外国の法令上これらと同様に扱われている者、③会社法もしくは一般法人法の規定に違反し、または、金融商品取引法・民事再生法（平成 11 年（1999 年）法律第 225 号）・外国倒産処理手続の承認援助に関する法律（平成 12 年（2000 年）法律第 129 号）に定める一定の罪を犯し、刑に処せられ、その執行を終わり、またはその執行を受けることがなくなった日から 2 年を経過しない者、③上の法律以外の法令の規定に違反し、禁固以上の刑に処せられ、その執行を終わるまでまたはその執行を受けることがなくなるまでの者（刑の執行猶予中の者を除く）、は、取締役となることができない。上記欠格事由に該当する者を取締役に選任しても、当該選任は無効であること、当然である。在任中に欠格事由が生じた場合は、その時から、当然に取締役たる地位を失う。

取締役の欠格事由を定める規定は、昭和 56 年（1981 年）改正に際し、同年改正後商法 254 条ノ 2 として初めて定められ、民法その他の法律の改正により、時々の修正を受け、その基本構造をおおむね維持して、会社法

4 前田庸『会社法入門（第 12 版）』（有斐閣・2009 年）402 頁。

331 条に承継されたが、承継の際に、無視しえない改変を受けている。

商法旧 254 条ノ 2 は、上記①の法人を欠格事由として明定していなかった。法人が取締役たりうるか否かについては、かねてから争いがあったが、鈴木竹雄や竹内昭夫に代表されるように、その職務から観て自然人に限られると解するのが多数説であった⁵。取締役の個性（その個人としての識見才能・手腕）ないし人的信頼関係を重視する考え方である。一方で、会社も発起人たりうるとの判例（大判大正 2 年（1913 年）2 月 5 日民録 19 輯 27 頁）からしても、また、法人が管財人となりうる旨の会社更生法 67 条 2 項の定めからしても、法人が取締役たりえない理由はないとする考え方も主張されていた⁶。商法旧 254 条ノ 2 は、これを解釈に委ね、明文の規定を設けなかった。しかし、会社法制定にあたり、その立法上の当否はともかく、明文の規定をもって法人を欠格事由とした。なお、かねてより登記実務においては、法人を取締役とすることに否定的な扱いがなされていた。

上記②に関連し、会社法は、未成年者および被補助人を欠格者としていない。未成年者も、親権者や後見人から営業の許可または会社の無限責任社員となることの許可を得れば、その営業または社員たる資格に基づく行為に関して成年者と同一の能力を有するから（民 6 I、823 I、857）、親権者等の同意を得て取締役になりうるとしてよいし、未成年者を一律に欠格者すると、同族会社等に多大な影響を及ぼすおそれがあるため、商法旧 254 条ノ 2 は、未成年者を欠格者としなかったのである⁷。会社法は、この法政策を承継している。会社法が被補助人を欠格者としなかったのは、この者は制限行為能力者であるとはいえ、事理弁識能力が成年被後見人・被保佐人に比して相対的に高いことに鑑み、代理人は行為能力者であるこ

5 鈴木竹雄：竹内昭夫『会社法（第 3 版）』（有斐閣・1994 年）266 頁、同 267 頁脚注（4）参照。

6 北澤・注（1）前掲 357—358 頁参照。

7 上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（6）』（有斐閣・1987 年）25 頁〔北澤正啓〕。

とを要しないとする民法 102 条の本則に沿わしめたのではないかと推測できる。

上記③のうち、金融商品取引法および各種倒産関連法に定める罪は、商法旧 254 条ノ 2 には定めがなく、会社法において加えられたものである。これらの罪についても、株式会社の公開会社などに関する秩序、会社法秩序と密接不可分に関係することから、会社法秩序を直接に規整する法律に定める罪と同様に扱うこととしたわけである⁸。

平成 17 年（2005 年）改正前商法 254 条ノ 2 は、その 2 号において「破産手続開始ノ決定ヲ受け復権セザル者」を欠格事由に掲げていたが、会社法は、この事由を削除している。破産手続開始の決定を受け復権を得ていない者が取締役たりうるか否かに関しては、過去に争いがあったが、商法旧 254 条ノ 2 が設けられる前に、最高裁昭和 42 年（1967 年）3 月 9 日判決民集 21 巻 2 号 274 頁が、取締役資格を否定する立場を採った。法的安定性を確保すべく、商法旧 254 条ノ 2 は、最高裁の立場を容れ、その旨を明文化したものであった⁹。しかし、会社法がこの事由を削除したのは、中小企業者が破産した場合に、経営者が会社債務について個人保証している結果、経営者自身も破産に追い込まれることが多く、この者に早期に取締役として経済的再生の機会を得させる必要性があったためである¹⁰。取締役個人が破産手続開始の決定を受けた場合には、委任の終了事由に該当するため（会 330、民 653②）、いったん退任することになるが、同人を株主総会において再度選任することができる¹¹。また、同人には会社法 346 条 1 項の適用があると解すべきである。

8 加美和照『新訂会社法（第 10 版）』（勁草書房・2011 年）272—273 頁参照。

9 上柳：鴻：竹内編・注（7）前掲 23 頁〔北澤正啓〕参照。

10 青竹正一『新会社法（第 3 版）』（信山社・2010 年）229 頁、江頭憲治郎『株式会社法（第 4 版）』（有斐閣・2011 年）362 頁脚注（2）参照。

11 青竹・同前 229—230 頁。

2-1-2. 定款による資格制限

定款をもって、取締役の資格を一定の者に限ることは、各会社の具体的事情に応じて不合理でない限り許される¹²。たとえば、取締役の資格を日本国籍を有する者に限るとする定款の定めは有効である（名古屋地判昭和46年（1971年）4月30日下民22巻3・4号549頁）。しかし、公開会社にあつては、取締役が株主でなければならない旨を定款で定めることができない（会331Ⅱ本文）。これは、昭和25年（1950年）改正後商法254条2項を承継するものであり、広く適材を得ることを可能ならしめるとともに、取締役を大株主に限定する弊を防止する趣旨であつた¹³。ただし、實際上株主から選任することは差し支えない。これに対し、非公開会社にあつては、その性格上、取締役の資格に関して公開会社よりも広い定款自治を認めても弊害はないであろうから、定款をもって、取締役資格を株主に限ってもよい（会331Ⅱただし書）。

江頭憲治郎は、会社法331条2項本文の規定よりは、取締役に広く適材を求めることが公開会社の理念であるとの認識を反映したものと捉えつつ、その点からの定款自治が制約されることを象徴的に表す規定であると評している¹⁴。したがって、この理念に反するような取締役資格の制限に係る公開会社の定款の定めは無効と解されるとしている。たとえば、公開会社で取締役の資格を一定期間以上同社の従業員であつた者に限る旨の定款の定めは、上記理念に反し無効であるとの例を挙げている¹⁵。

公開会社たと非公開会社たとを問わず、たとえば取締役資格を男性に限るとの定款の定めは、合理性を欠くとして無効であると解されよう。

12 江頭・注(10)前掲362頁。

13 北澤・注(1)前掲358頁。

14 江頭・注(10)前掲362頁脚注(3)参照。

15 同前。

2-1-3. 兼任の禁止

取締役は、当該会社またはその親会社の監査役を兼ねることができない（会 335Ⅱ）。社内監査の客観性および独立性を確保する趣旨である。しかし、本章の対象である委員会設置会社以外の会社の取締役は、その会社の支配人その他の使用人（部長、工場長など）を兼務することは差し支えない（会 331Ⅲ）。委員会設置会社以外の会社にあつては、使用人兼取締役という資格を認めても、会社のガバナンス体制にさしたる弊害がないからであろう。

2-1-4. 天下り規制の提言

会社法がいかに社内監査の客観性・公正性の確保に腐心しようと、国益的・公益的見地から企業を外部から監督・指導する社会的体制が客観性・公正性を失えば、事と次第によっては、亡国への途を歩むことになる。

わけても会社の事業を監督・指導する立場にあった官公庁に属していた公務員が、会社に役員としていわゆる天下りをすれば、社外監査の公正性が歪められるおそれがある。この弊は、第2次大戦前から当然のごとく存在した。いわゆる天下り規制に関する提言は、古くは昭和13年（1938年）商法改正前に、斯界から上げられた要望書にも現われている。昭和9年（1934年）に、第一東京弁護士会が主催した商法改正調査委員会が、当時の商法改正要綱に対し、「本委員会ハ司法省発表ノ商法改正要綱ハ根本的ノ改造ヲ要スヘキモノト認ム」との決議をなし、その理由書を付して、起草要綱として、これを公開しているが、その中に、会社の事業を監督する立場にあった公務員のいわゆる天下りを禁止すべき旨が提案されている¹⁶。この起草要綱の主たる執筆者は、高窪喜八郎であった¹⁷。

このような規整は、本来、私法規たる会社法の役割を超えるものであろう

16 「東京第一弁護士会商法改正調査委員会起草要綱」正義11巻3号（1935年）23頁参照。

17 浅木慎一『日本会社法成立史』（信山社・2003年）341頁参照。

うが、取締役を含む会社役員の欠格事由に、過去に一定の職階以上の行政職公務員であった者との項目を明定すべきであると考ええる。繰り返し述べるように、国益的・公益的見地からの社外監督制度・社会的監視制度を歪めないことがその趣旨である。役員待遇・顧問・相談役などの名称を用いた脱法的天下りを抑止するため、会社が過去に一定の職階以上の行政職公務員であった者と有償契約を締結した場合には、1事業年度毎に、この者に対する会社の出捐に係る金銭その他の財産の価額を個人別に示して、株主総会の少なくとも報告事項とすべきである（承認事項とするのが望ましい）。職業軍人は、武官として、国家に対し一命を賭する覚悟をもって任官する。立場は違えど、行政職公務員も、文官として、国家に対し一命を賭する覚悟をもって任官すべきである。公僕たらんと欲したからには、同期に遅れをとろうと、後輩の後塵を拝しようと、民間企業に寄生するがごとき、士大夫の義に背くような行為は慎むべきである。

独立行政法人をはじめ、会社を除く法人への天下り規制は、憂国の情に富む政治家の領分である。

2-2. 取締役の員数

取締役会非設置会社にあつては、取締役の員数は、1人以上であればよい（会 326 I）。取締役会設置会社にあつては、取締役は3人以上でなければならない（会 331IV）。前者の規定は、昭和13年（1938年）以来の旧有限会社法25条を承継するものであり、後者の規定も、明治32年（1899年）商法165条（昭和13年（1938年）改正後商255）以来、不変である。

取締役会設置会社における3人というのは、法定の最低数であり、最高限については法律上何ら制限はない。会社は、定款をもって、法定最低数を引き上げて、たとえば5人以上とし、あるいは最高限を定めて、たとえば15人以内とすることを妨げない¹⁸。このような最高限の定めを設け、現

18 大隅健一郎：今井宏『会社法論中巻（第3版）』（有斐閣・1992年）162頁。

員をそれに近づけておけば、株式の過半数を取得した者が、現員より多くの取締役を選任して取締役会を直ちに支配することはできない¹⁹。もちろん、定款をもって最高限を定める場合には、当該会社の最低限は、法定の3人であること、当然である。

取締役会設置会社の取締役の最低員数を3人としたのは、明治23年(1890年)旧商法185条1項の「一部ヲ採用シタルモノニシテ別ニ説明ヲ要セス²⁰」と明治31年(1898年)刊行の商法修正案の理由書(修正案の段階では同166条であった)に記されているが、3人というのは、多数決に要する最低頭数を示す数字であったためではなかろうか。

取締役会非設置会社について、取締役の員数を1人とすることを認めたことにより、いわゆる名目的取締役を置く必要が少なくなっている²¹。

2-3. 取締役の選任(一般の場合)

2-3-1. 株主総会による選任

取締役の選任は、会社成立後にあっては、株主総会決議をもってこれを行うのを原則とする(会329Ⅰ)。書面による議決権行使を定めなければならない会社(会298Ⅱ)、書面または電磁的方法による議決権行使を定めた会社(会298Ⅰ③④)にあっては、取締役が取締役の選任議案を総会に提出する場合に、招集通知を発する際に交付・提供する株主総会参考書類には、①候補者の氏名、生年月日および略歴、②就任の承諾を得ていないときは、その旨、を記載・記録しなければならない(会施規74Ⅰ)。さらに、公開会社にあっては、上記①および②に加えて、③候補者の有する当該会社の株式の数(種類株式発行会社にあっては、株式の種類および種類ごとの数)、④候補者が取締役に就任した場合に、重要な兼職(会施規121⑦参照)に該当する事実があることとなるときは、その事実、⑤候補

19 北澤・注(1)前掲359頁。

20 東京博文館蔵版『商法修正案理由書』(1898年)147頁。

21 青竹・注(10)前掲231頁。

者と会社との間に特別の利害関係があるときは、その事実の概要、⑥候補者が現に当該会社の取締役であるときは、当該会社における地位および担当、をも記載・記録しなければならない（会施規 74Ⅱ）。加えて、当該会社が公開会社であって、かつ、他の会社の子会社であるときは、さらに、⑦候補者が現に当該他の会社（当該他の会社の子会社を含む、以下同様）の業務執行者であるときは、当該他の会社における地位および担当、⑧候補者が過去 5 年間に当該他の会社の業務執行者であったことを会社が知っているときは、当該他の会社における地位および担当、を記載・記録しなければならない（会施規 74Ⅲ）。このように、わけても公開会社にあっては、候補者に関する情報が、かなり詳細に株主に通知されることになっている。候補者が株主でなければ、上記③の数は当然に零であり、上記⑥に示されたように、再任は妨げられない。

社外取締役を選任するに際しては、公開会社だと非公開会社だとを問わず、株主総会参考書類には、(1) 候補者が社外取締役候補である旨、(2) 候補者を社外取締役候補とした理由、を記載・記録しなければならず、公開会社にあっては、さらに、(3) 候補者が現に当該会社の社外取締役（社外役員に限る、以下同様）である場合において、当該候補者が最後に選任された後在任中に当該会社において法令・定款に違反する事実その他不当な業務の執行が行われた事実（重要でないものを除く）があるときは、その事実ならびに当該事実の発生の予防のために当該候補者が行った行為および当該事実の発生後の対応として行った行為の概要、(4) 候補者が過去 5 年間に他の株式会社の取締役、執行役または監査役に就任していた場合において、その在任中に当該他の株式会社において法令・定款に違反する事実その他不当な業務の執行が行われた事実があることを当該会社が知っているときは、その事実（重要でないものを除き、候補者が当該他の株式会社における社外取締役または監査役であったときは、当該事実の発生の予防のために当該候補者が行った行為および当該事実の発生後の対応として行った行為の概要を含む）、(5) 候補者が過去に社外取締役または社外監査役となること以外の方法で会社（外国会社を含む）の経営に関与して

いない者であるときは、当該経営に関与したことがない候補者であっても社外取締役としての職務を適切に遂行することができるものと当該会社が判断した理由、(6) 候補者が、(i) 当該会社の特定関係事業者の業務執行者であること、(ii) 当該会社または当該会社の特定事業者から多額の金銭その他の財産（これらの者の取締役・会計参与・監査役・執行役その他これらに類する者としての報酬等を除く）を受ける予定があり、または過去2年間に受けていたこと、(iii) 当該会社または当該会社の特定関係事業者の業務執行者の配偶者・3親等以内の親族その他これに準ずるものであること（重要でないものを除く）、(iv) 過去5年間に当該会社の特定関係事業者の業務執行者となったことがあること、(v) 過去2年間に合併・吸収分割・新設分割または事業の譲受けにより他の株式会社がその事業に関して有する権利義務を当該会社が承継または譲受けをした場合において当該合併等の直前に当該会社の社外取締役または監査役でなく、かつ、当該他の株式会社の業務執行者であったこと、のいずれかに該当することを当該会社が知っているときは、その旨、(7) 候補者が現に当該会社の社外取締役または監査役であるときは、これらの役員に就任してからの年数、を記載・記録しなければならない。さらになお、公開会社たと非公開会社たとを問わず、(8) 候補者と当該会社との間で責任限定契約（会 427 I）を締結しているとき、または、当該契約を締結する予定があるときには、その契約の内容の概要、(9) 上記 (1) 以下に掲げる事項に関する記載についての候補者の意見があるときは、その意見の内容、を記載・記録しなければならない（以上、会施規 74IV）。ガバナンス体制における社外取締役の重要な位置づけに鑑み、公正な監督を期待しうるか否か、株主に判断せしめる趣旨であろう。

取締役を株主総会において選任する旨の規定は、取締役の選任をもつばら株主の意思によってなさしめる趣旨と解される。よって、すでに述べたように（第4章 1-2-2-1、1-2-2-3）、定款または総会の決議によっても、その選任を取締役会その他の機関や第三者に委ねることはもちろん、選任決議の効力を第三者の同意にかからしめることもできない。さらに、

総会の決議によって、取締役の選任を総会の議長または選考委員に一任することもできず、これらの者には、取締役候補者の指名を委ねうのみである²²。

なお、取締役の選任にあたっては、取締役が欠けた場合または会社法もしくは定款で定めた取締役の員数を欠くこととなるときに備えて、補欠の取締役を選任することができる（会 329Ⅱ）。会社法制定にあたり、明文で認められた制度である²³。補欠の取締役の選任にあたっては、①候補者が補欠の取締役である旨、②候補者を補欠の社外取締役として選任するときは、その旨、③候補者を 1 人または 2 人以上の特定の取締役の補欠の取締役として選任するときは、その旨および当該特定の取締役の氏名、④同一の取締役につき 2 人以上の補欠の取締役を選任するときは、当該補欠の取締役相互間の優先順位、⑤補欠の取締役について、就任前にその選任の取消しを行う場合があるときは、その旨および取消しを行うための手続、をも決定しなければならない（会施規 96Ⅱ）。補欠の取締役の選任に係る決議が効力を有する期間は、定款に別段の定めがない限り、当該決議後最初に開催する定時株主総会の開始の時までであるが、総会決議（取締役選任種類株式の種類株主決議によって選任するときは、当該種類株主総会決議）によってその期間を短縮することができる（会施規 96Ⅲ）。

取締役の選任を、定款の定めにより、種類株主の拒否権の対象とすることは、もとより差し支えない（会 108Ⅰ⑧・Ⅱ⑧、323）。この種類株主総会の決議は普通決議となる（会 324Ⅰ）。

22 以上、北澤・注 (1) 前掲 360 頁。

23 明文の規定がなかった商法会社編の時代に、法務省は、定款で定める監査役の員数を欠くに至った場合に備え、定時株主総会において、合理的な範囲内で補欠監査役の選任決議をなすことを（次期定時総会まで効力がある決議として）容認していた（「定時株主総会における社外監査役補欠者の予選の可否について（通知）」民商 1078 号民事局商事課長回答（平成 15 年（2003 年）4 月 9 日））。

2-3-2. 選任決議

取締役の選任は、総会の普通決議事項であるが（会 309 I）、取締役の地位の重要性から、以下の点で特別な扱いがなされている。

2-3-2-1. 定足数

すでに述べたように（第 4 章 5-2-1）、取締役の選任決議に係る総会定足数は、定款をもってしても、議決権を行使できる株主の議決権の 3 分の 1 未満に下すことをえない（会 341）。その地位の重要性に鑑み、選任決議の要件をある程度厳格にする趣旨である。

2-3-2-2. 累積投票

株主総会において資本多数決により取締役の選任がなされれば、結局は、いずれが有能であるか、というよりも、いずれが多数派の支持を得ることができるか、という要素が重要な鍵を握ることになる。結果、取締役を複数選任する場合であっても、通常の方法によるときには（各候補につき別々に決議しようと一括して決議しようと）、常に多数派がすべての取締役を独占しうることになる。そこで、少数派に対しても自派の代表が取締役に選任される可能性を与え、一般株主の地位を強化するために、アメリカ法に倣って設けられたのが「累積投票制度」である²⁴。昭和 25 年（1950 年）改正後商法 256 条ノ 3 として追加された規定がこれである。現在は、会社法 342 条に承継されている。すなわち、2 人以上の取締役を選任する場合に、その選任を一括し、各株主に 1 株（または 1 単元の株式）につき選任すべき取締役と同数の議決権を与え、その議決権を 1 人に集中投票するか、または数人に適宜に分散して投票するかを各株主の自由に任せたうえ、投票の最多数を得た者から順次当選者とする制度である。

簡単な例を挙げてみよう。甲社には、 $X \cdot Y_1 \cdot Y_2$ の 3 人の株主がいる。 X は 100 株（または 100 単元株）、 Y_1 は 50 株（または 50 単元株）、 Y_2 は 10 株（または 10 単元株）をそれぞれ保有している。甲社がある時期の株

24 近藤・注 (2) 前掲 223 頁。

主総会において2人の取締役を選出すべきことになった。候補者として挙げられているのは、 $A_1 \cdot A_2 \cdot B$ である。このうち、 $A_1 \cdot A_2$ がXの意中の候補であり、Bが $Y_1 \cdot Y_2$ の意中の候補である。通常の決議方法によれば、会社法施行規則は、1人ずつの個別選任決議を前提にしているものと考えられるので（会施規 66 I ④イ参照）、Xの意向に従って、 $A_1 \cdot A_2$ が当選してしまう（通常の決議方法によれば、一括選任であっても結果は同じである）。ところが、累積投票によれば、Xは200票、 Y_1 は100票、 Y_2 は20票を持つことになるから、 Y_1 と Y_2 とが合計120票をBに集中して投票することができることになり（会 342 III参照）、結果、Xの投票行動の如何を問わず、必ずBが当選することになるわけである（会 342 IV）。少数派の意見を反映させるための、1種の比例代表制度であると評価しえよう。

2人以上の取締役の選任を目的とする株主総会の招集があったときは、株主（取締役の選任について議決権を行使できる株主に限る）は、定款に別段の定めがある場合を除き、会社に対し、累積投票により取締役を選任すべきことを請求することができる（会 342 I）。この請求は、総会の日の日5日前までにしなければならない（会 342 II）。この請求があった場合には、取締役（総会の議長が存する場合にあっては議長、取締役および議長が存しない場合には当該請求をした株主）が、選任決議に先立って、累積投票により取締役を選任する旨を明らかにしなければならない（その旨の宣告を要する）（会 342 V、会施規 97 II）。以上の手続によって、会社は累積投票の準備をすることができ、株主にも累積投票の行われることが周知徹底される。

累積投票により、たとえば5人の取締役を選任する場合に、第5順位の候補者と第6順位の候補者とが同数の投票を得たとすると、第1順位から第4順位の者はそのまま取締役として選任されたものと扱い、残った1席については累積投票によらず、通常の株主総会決議により選任することとされている（会 342 V、会施規 97 III・IV）。

累積投票制度には、少数派の意見を取締役の合議・取締役会に反映させ、その代表者をして多数派の取締役を監督させる長所があるが、多面、取締

役の合議・取締役会に両派の対立を持ち込み、会社業務の円滑を阻害する危険がある²⁵。それゆえ、商法は、昭和 25 年（1950 年）のこの制度の導入の際から、会社が定款をもって累積投票制度を排除することができるとしていた（同年改正後商 256 ノ 4 前段）。しかし、当初は、定款に排除の定めを設けた場合であっても、発行済株式の総数の 4 分の 1 以上に当たる株式を有する株主に、少数株主権としての累積投票請求権を与えていた（同年改正後商 256 ノ 4 後段）。その後、経営の安定を図るため、ことに資本の自由化により外国人株主がその代表者を取締役に送り込む場合が生じることが危惧されるようになったので²⁶、昭和 49 年（1974 年）改正により、定款で累積投票を全面的に排除できるよう改められた（同年改正後商 256 ノ 3）。実際にも、多くの会社が、定款でこれを排除している²⁷。

なお、累積投票によって自派から最低 1 人の取締役を送り出すために必要な持株数 x は、以下の数式によって求められる。複数の取締役を送り出したいときは、分子にその人数を乗じて求めることになる。

$$x = \frac{\text{出席株式数}}{\text{選出取締役数} + 1} + 1 \text{（端数切捨て）}$$

2-4. 種類株主総会における選任

2-4-1. 選任決議等

非公開会社であって委員会設置会社でない会社が取締役選任種類株式を発行できる旨およびその制度の意義については、すでに述べた（第 1 帖第 5 章 11-2-8）。

そのような会社が上のような種類株式（会 108 I ⑨）を発行した場合においては、取締役は、定款の定め（会 108 II ⑨）に従い、その種類の種類株主総会において選任される（会 347 I）。この場合には、取締役は株主

25 北澤・注（1）前掲 362 頁参照。

26 同前。

27 吉本健一『会社法』（中央経済社・2010 年）170 頁、近藤・注（2）前掲 224 頁。

総会の決議で選任する旨の会社法 329 条 1 項の規定は適用されない²⁸。

選任決議は、会社法 347 条 1 項により同 329 条 1 項を読み替え、その種類の議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した株主の議決権の過半数をもってなす普通決議による。ただし、定足数は、定款の定めによっても、その種類の総株主の 3 分の 1 未満に下すことをえない（会 347 I、341）。通常の株主総会における取締役選任に係る定足数の制約と同様の趣旨に出たものである。

種類株主総会における取締役の選任には、累積投票の適用はない。会社法 347 条 1 項には、同 342 条への言及がないのみならず、適用を認めると、取締役の選任権の分配を実現するためにそのような種類株式の発行を認めている意味がなくなるからである²⁹。

2-4-2. 2 以上の種類の株主が共同でする取締役の選任

定款に他の種類の株主と共同して取締役を選任する旨の定めがある場合（会 108 II ⑨ロ）には、たとえば、a 種株式と b 種株式との共同の種類株主総会において取締役 5 名全員を選任する旨の定款の定め、あるいは、5 名中 3 名を共同の種類株主総会で選任し、残りの 2 名については 1 名ずつそれぞれの種類株主総会において選任することができる旨の定め等が許容されるが³⁰、この場合には、該当する取締役の選任については、a 種株式・b 種株式をひとつの種類の株式としてこれを選任することとなる。

なお、上のような定款の定めがある場合に、たとえば b 種株式が取得請求権付株式（会 108 I ⑤）であって、その権利の行使により b 種株式が存在しなくなったり、定款に定める一定比率を割り込む事態が生じたときに備えて、かかる場合には、定款をもって、a 種株式の種類株主総会におい

28 前田・注 (4) 前掲 405 頁、青竹・注 (10) 前掲 232 頁、江頭・注 (10) 前掲 368 頁参照。

29 青竹・同前 233 頁。

30 前田・注 (4) 前掲 113 頁参照。

て5名の取締役全員を選任する旨の定めを置くことが可能になっている³¹ (会108Ⅱ⑨ハ)。

2-4-3. 会社法または定款に定める員数の取締役を選任することが不能となった場合

取締役選任の種類株式を発行する旨の定款の定めを置いた会社が、会社法または定款に定める取締役の員数を欠いた場合において、そのために当該員数に足る数の取締役を選任することができない事態に立ち至ったときは、当該種類の種類株主を構成員とする種類株主総会において取締役を選任する旨の定款の定めを廃止したものとみなされる (会112Ⅰ)。

取締役の選任・解任について内容の異なる株式を発行し、当該選任に係る定め (会108Ⅱ⑨) を定款に設けたにもかかわらず、ある種類の株式が消却や他の種類株式への転換によって存在しなくなり、その後、その種類の株式によって選任された取締役の任期が満了するなどした場合に、かかる事情に対処する定款規定を定め置かなかったために、会社法または定款に定める員数の取締役を選任することができないといった事態が生じることがある。このような事態に立ち至れば、取締役の欠員が永続することとなるが、これは会社法346条によっても対処できない (同条は、新たな取締役がいずれ選任されることを前提に、暫定的な対処を行うための規定であるからである)。それゆえ、会社法は、かかる場合には、一律に、取締役の選任・解任について内容の異なる株式に関する定款規定が廃止されたものとみなしたわけである。

2-5. 選任の効果

取締役の選任決議がなされても、それだけで被選任者が取締役となるのではない。取締役選任決議は、会社の内部的意思決定にすぎないからであ

31 本事例については、同前114頁参照。

る。理論的には、会社の代表機関（または代理人）が被選任者に対し就任の申込みの意思表示をなし、被選任者が承諾の意思表示をして、任用契約を締結することにより、選任の効果が生じることになる³²。もっとも、選任決議に先立って会社と候補者との間に総会の決議成立を停止条件とする任用契約を締結しておけば（あらかじめ就任の承諾を得ておけば）、総会の決議と同時に選任の効果が生じることになる。先に観た（本章 2-3-1）会社法施行規則 74 条 1 項 2 号は、この方式を採用することを前提とした規定であると観察できる。

取締役任用契約の法的性質は、委任（準委任を含む）契約である（会 330）。

取締役を選任したときは、会社は、取締役の氏名を登記しなければならない（会 911Ⅲ⑬）。

2-6. 取締役の終任

2-6-1. 終任事由

取締役と会社との関係は、委任に関する規定に従うから（会 330）、取締役は、事由の何如を問わず、何時でも辞任することができる（民 651Ⅰ）。しかし、会社に不利な時期に辞任したときは、やむをえない事由のない限り、会社に生じた損害を賠償しなければならない（民 651Ⅱ）。

①取締役の死亡（民 653①）、②取締役が破産手続開始の決定を受けたこと（民 653②）、③取締役が後見開始の審判を受けたこと（民 653③）、も終任事由である。ただし、上記①および③の場合を除き、②の事由によっていったん取締役を終任した者を再び取締役として選任することは可能である³³（①は物理的に再任不能、③は会社法 331 条 1 項 2 号の欠格事由該当者となる）。

32 北澤・注 (1) 前掲 364 頁、加美・注 (8) 前掲 279 頁、青竹・注 (10) 前掲 233 頁参照。

33 近藤・注 (2) 前掲 220 頁。

民法 653 条 2 号は、委任者が破産手続開始の決定を受けたことを委任の終了事由としているから、かつては、会社が破産手続開始の決定を受ければ、当然に取締役の終任事由となるとする考え方が多数説であった³⁴。この考え方を採る判例もあった（最判昭和 43 年（1968 年）3 月 15 日民集 22 卷 3 号 625 頁）。しかし、民法の規定は、委任者が破産手続開始の決定を受けることにより、その破産財団に属する財産の管理処分の権能が破産管財人に専属することになり（破 78 I）、委任がその目的を達しえなくなるところから、委任者が破産手続開始の決定を受けたことを法定終了事由としたにすぎず、会社が破産手続開始の決定を受けた場合には、なお取締役のなすべき事務があり、会社は取締役の存在を必要とするのみならず、会社の実情を最もよく知悉する従前の取締役をして会社のために善後措置を講ぜしめるのが適当であることを理由に、会社が破産手続開始の決定を受けたことが取締役の終任事由に該当しないと解する有力説があった³⁵。今日、この有力説を踏襲するのが近藤光男である。彼は、確かに会社に破産手続開始の決定があっても、取締役に対する信頼が損なわれるわけではないし、破産財団に属しない事務処理を行う機関が必要であるが、他に取締役の適任者を探すことは難しく、会社業務に精通している従来取締役任に任せることが实际的であろうと述べている³⁶。もっとも、取締役に任される任務は、株主総会の招集、設立無効の訴えに対する応訴等きわめてその範囲は狭い³⁷。近時の判例は、会社が破産手続開始の決定を受けた場合には、役員の選任・解任のような破産財団に関する管理処分権と無関係な会社組織に係る行為等は、破産管財人の権限に属するものではなく、破産者たる会社が自ら行うことができるというべきであり、会社につき破産手続開始の決定がされても直ちには会社と取締役（監査役も）との委任関係は

34 田中誠二『再全訂会社法総論上』（勁草書房・1982 年）541 頁、北澤・注（1）前掲 365 頁、鈴木：竹内・注（5）前掲 270 頁参照。

35 大隅：今井・注（18）前掲 174 頁参照。

36 近藤・注（2）前掲 227 頁。

37 同前。

終了するものではないから、破産手続開始当時の取締役らは、これによってその地位を当然には失わず、会社組織に係る行為等については取締役らとしての権限を行使しようと判示している（最判平成 21 年（2009 年）4 月 17 日判時 2044 号 74 頁）。

欠格事由（会 331）の発生、定款所定の資格の喪失、会社の解散（会 471 参照）もまた、取締役の終任事由である。任期の満了、解任については、とくに下に述べることとする（本章 2-6-2、2-6-3 参照）。

2-6-2. 任期

（ア）取締役の任期は、原則として、2 年以内、より正確には、選任後 2 年以内に終結する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会終了の時までである（会 332 I 本文）。会社法が取締役の任期を制限しているのは、株主の信任を新たにするためであること、当然である。

明治 32 年（1899 年）制定当初の商法 166 条本文は、取締役の任期を、3 年を超えることができないと定めていた。その後、昭和 25 年（1950 年）の商法改正の際に、取締役の権限の拡大と地位の強化に対応して、その信任を新たにすることを多くするため、同年改正後商法 256 条 1 項により、その任期は、2 年を超えることができないと改められた。なお、同年改正後同条 2 項は、設立の際に発起人または創立総会によって選任される最初の実行役については、その選任が発起人の影響を受け、適否の判断が不十分なままなされることが多いので、すみやかに信任を新たにすべく³⁸、その任期は、会社成立の時から 1 年を超えることができないとされていた。この、初代取締役の任期に関する規定は、会社法においては廃止されている。定款自治が拡大した今日の会社法の下で、これを維持する必要性が疑わしいというのが廃止の理由である³⁹。

38 北澤・注 (1) 前掲 366 頁。

39 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第 4 巻』（中央経済社・2008 年）266 頁 [藤原俊雄]。

商法会社編の時代から、商法に定める取締役の任期は、定款または株主総会の決議によって、短縮することはできるが、伸張することは原則として許されないと解されていた⁴⁰。会社法 332 条 1 項ただし書は、その旨を明定している。

また、平成 17 年（2005 年）改正前商法 256 条は、その 1 項において、取締役の任期は 2 年を超えることができないと規定したうえ、3 項において、定款をもって、任期中の最終の決算期（当該決算期が法定の任期中に到来していることを要する）に関する定時総会の終結に至るまで、その任期を伸張することを認めていた。この規定ぶりから、商法会社編時代にあつては、取締役の任期については、会社との就任契約（取締役任用契約）の開始から終了時までの間を任期とする考え方が一般的であつたように思われる⁴¹。これに対し、会社法は、任期の起算点を「就任時」ではなく、「選任時」すなわち選任決議の効力が生じた時と改めている⁴²。おそらく、総会における信任に係る意思決定がなされた時点をもって、その起算点とする趣旨ではなかろうか。あるいは、鈴木・竹内説⁴³を採用したものであろうか。さらにその終任も、定款に別段の定めがない限り、自動的に選任後 2 年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時総会の終結の時ということにした。こうすることにより、後任者を選任するために定時総会を待たずに総会を招集する煩を避けることができる⁴⁴。

取締役の任期は、株主の信任を新たにするためのものであるから、任期の満了によって終任する取締役を再任することは、もとより差し支えない。

（イ）会計監査人設置会社であつてかつ監査役会を設置する会社で、定

40 上柳：鴻：竹内編・注（7）前掲 39 頁 [今井潔]。

41 奥島孝康：落合誠一：浜田道代編『新基本法コンメンタール会社法 2』（日本評論社・2010 年）89 頁 [高橋美加]。

42 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』（商事法務・2006 年）99 頁参照。

43 鈴木：竹内・注（5）前掲 270 頁参照。

44 青竹・注（10）前掲 234 頁。

款をもって、①株主との合意による自己株式の取得（特定の株主からの取得を行う場合を除く）、②欠損の填補のみを目的になされる準備金の減少、③剰余金の処分（資本金・準備金の増加に当たるものと、剰余金の配当その他会社の財産を処分するものを除く）、④剰余金の配当（株主に金銭分配権を与えない現物配当を除く）、について（以上、会 459 I 各号）、取締役会にもその権限を与える旨を定めた会社にあつては、取締役の任期は、その任期の末日が選任後 1 年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時総会の終結の日まででなければならないとされている（会 459 I 柱書第 1 かっこ書）。上記①ないし④の権限を取締役会にも付与するのは、会計数値の正確性の確保等において、信頼に足る監査水準に達した会社に認められる措置であるが、このような会社では、取締役会の権限が大きくなるため、株主の信任を問う機会を多くするのが適当とされたためである⁴⁵。

（ウ）非公開会社（委員会設置会社を除く）にあつては、定款をもって、取締役の任期を選任後 10 年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時まで伸張することが認められている（会 332 II）。旧有限会社法には、旧有限会社の取締役の任期に関する法定の制限はなかった。会社法制定にあたり、旧有限会社法制を株式会社法制に統合する際に、取締役の信任を頻繁に問う必要性の乏しい閉鎖型の会社に配慮した産物であると考えられる⁴⁶。

（エ）以上の定めに係わらず、会社が、取締役としての性格に変容を来たすがとき定款の変更をした場合には、取締役の任期は、定款の変更の効力が生じた時点で満了する。すなわち、①委員会設置会社となる旨の定款の変更、②委員会設置会社である旨の定款の定めを廃止する旨の定款の変更、③全株式譲渡制限会社が公開会社となる旨の定款の変更、である（以上、会 332 IV）。

45 奥島：落合：浜田編・注（41）前掲 391 頁〔久保大作〕参照。

46 なお、相澤編・注（42）前掲 100 頁参照。

2-6-3. 解任

(ア) 会社は、任期の定めがあると正当な事由があると否とを問わず、何時でも、株主総会の決議をもって、取締役を解任することができる（会 339 I）。

解任の決議は、昭和 25 年（1950 年）商法改正以降、取締役の地位の安定に配慮して、会社法制定に至るまで、特別決議によるものとされていた（同年改正後商 257 II）。しかし、会社法は、株主総会による取締役の選解任を通じた取締役に対するコントロールを重視する観点から、決議要件を普通決議に改めたのである⁴⁷。すなわち、解任の株主総会決議は、選任決議と同様に、原則として、株主の信任に必要最低限と考えられる普通決議とされたわけである⁴⁸。それゆえに、解任決議もまた、選任決議と同様の定足数の制限（会 341）に服するのである。もちろん、定款の定めにより、解任要件を加重することは許されるが（会 341 かっこ書）、青竹正一が、解任決議要件の加重は、現経営者の保身目的で利用されることが危惧されるとの懸念を表明している⁴⁹。なお、定款をもって、解任につき種類株主総会の承認を要する旨の拒否権付株式（会 108 I ⑧）を発行することは、もとより差し支えない。

解任に係る議案の株主総会参考書類には、①取締役の氏名、②解任の理由、が記載・記録されなければならない（会施規 78）。

以上に対し、累積投票によって選任された取締役の解任決議は、特別決議によらなければならない（会 342 VI、309 II ⑦）。少数派の株主の意向を取締役の選任に反映させるという制度の趣旨（本章 2-3-2-2）から、普通決議によるのは妥当でないと考えられたためである⁵⁰。

(イ) 解任された取締役は、その解任につき正当な理由がある場合を除

47 江頭・注（10）前掲 373 頁脚注（8）。

48 酒巻：龍田編・注（39）前掲 324 頁〔奥島孝康〕参照。

49 青竹・注（10）前掲 235 頁。

50 同前、加美・注（8）前掲 232 頁参照。

き、会社に対し、損害賠償を請求することができる（会 339Ⅱ）。明治 32 年（1899 年）商法 167 条ただし書に規定されて以来、若干の字句の変更をともなう昭和 13 年（1938 年）改正後商法 257 条ただし書に承継され、昭和 25 年（1950 年）改正後から平成 17 年（2005 年）改正前に至るまで同条 1 項ただし書に規定された規定を、基本的に承継するものである。もっとも、会社法 339 条 2 項は、商法旧 257 条 1 項にあった「任期ノ定アル場合ニ於テ」という文言を排除している。このことが、将来、「正当な理由」の解釈に影響を及ぼす可能性があるかも知れない。目下のところ、正当な理由には、職務執行上の法令・定款違反、心身の故障（長期の病気休養に関し、最判昭和 57 年（1982 年）1 月 21 日判時 1037 号 129 頁）、職務執行能力の著しい欠如（東京高判昭和 58 年（1983 年）4 月 28 日判時 1081 号 130 頁）が例示されており⁵¹、これらについて異論を見ない。いわゆる経営判断の失敗については、説が分かれるところであろうが、関俊彦が述べるように、取締役が信頼できる判断材料に基づいて過失なく決断した場合であれば、その結果の当否を問うことはできないから、このような解任は正当事由のない解任になろう⁵²と解するのが正論であると思われる。すでに述べたような（第 4 章 6-4）、役員解任訴権のハードル（hurdle）の高さと平仄を合わせるならば、取締役をしてその企業活動を萎縮せしめるような解釈は慎まなければならない（なお、第 4 章脚注（403）も参照のこと）。正当な理由なく解任した場合の損害賠償責任は、特別の法定責任と解される⁵³（大阪高判昭和 56 年（1981 年）1 月 30 日下民 32 卷 1-4 号 17 頁参照）。その損害の範囲は、取締役を解任されなければ残存任期中と任期満了時に得べかりし利益（所得）の喪失による損害である⁵⁴。それゆえ、損害額は、在任していたら得ることができたであろう報酬、退職慰労金な

51 加美・同前、青竹・注（10）前掲 235 頁、酒巻：龍田編・注（39）前掲 326-327 頁〔奥島孝康〕参照。

52 関俊彦『会社法概論（全訂第 2 版）』（商事法務・2009 年）260 頁脚注（2）。

53 青竹・注（10）前掲 235 頁。

54 北澤・注（1）前掲 368 頁。

どを基準として計算される⁵⁵。

(ウ) 種類株主総会において選任された取締役の解任は、原則として、その取締役を選任した種類株主総会の決議によるべきことになる（会 347 I、341）。決議要件もまた、会社法 347 条 1 項の読替えにより、同 341 条に準じる。理由の何如を問わないことも通常の株主総会における解任と同様であり、正当の理由なく解任されたときは、会社に対して損害賠償請求ができることも同様である。取締役の選任に係る a 種株式が取得請求権付株式であって、a 種類株主総会において取締役を選任した後に、その請求権が行使されたため、たとえばすべての a 種株式が取締役を選任できない b 種株式に転換されてしまう場合がありうる。あるいは、a 種株式がすべて自己株式として会社に保有されてしまうといった事態も生じうる。このときは、a 種類株主総会において選任された取締役を解任するために種類株主総会において議決権を行使できる者がいなくなる。かかる場合には、a 種類株主総会で選任された取締役の解任は、原則に復帰し、通常の株主総会決議によることになる（会 347 I）。

また、会社は、定款をもって、種類株主総会で選任された取締役の全部または一部を、原則どおり、会社法 339 条 1 項の規定に従って解任できる旨を定めることができる（会 347 I）。

(エ) 定款または総会の決議により、解任を取締役会その他の機関や第三者に委ねたり、解任決議の効力を第三者の同意にかからしめることはできない。また、代表取締役が会社の名をもってある取締役に対し一定期間解任しない旨の特約をなしても、総会はそれによって拘束されない⁵⁶。

解任の決議は、会社の機関としての取締役の地位を剥奪する会社の行為であって、取締役に対する告知により解任の効力を生じると解するのが、かねてからの多数説である⁵⁷。これに対し、江頭憲治郎は、取締役会設置

55 関・注 (52) 前掲 259 頁。

56 以上、北澤・注 (1) 前掲 368 頁。

57 同前、大隅：今井・注 (18) 前掲 176 頁参照。

会社における取締役会による代表取締役の解職に係る判例（最判昭和 41 年（1966 年）12 月 20 日民集 20 巻 10 号 2160 頁）を引いて、取締役の解任は、決議によりその地位が剥奪されれば直ちに効力が発生し、本人に対する告知を要しないと解している⁵⁸。実際に問題が生じるのは、本人の所在が不明な場合等の異常事態が多いと考えられることを主たる理由とするようである⁵⁹。しかし、解任の効力要件として、本人に対する告知を要求したとしても、到達主義の精神を勘案しつつ、会社側が告知のためになすべきことをなし終えた時に解任の効力が生じるものと考え、多数説によれば十分なのではないかと思われる。

（オ）取締役の解任に関しては、すでに述べたように（第 4 章 6-4）、少数株主の訴えによる解任の制度がある。若干の付言をすれば、上に述べたように、定款をもって、種類株主総会で選任された取締役の全部または一部を会社法 339 条 1 項の規定に従って解任できる旨を定めた会社であっても、少数株主による解任請求権もまた同 854 条 1 項によるべきことになり、同条 3 項の適用はない。

2-6-4. 終任の登記

取締役が終任したときは、2 週間以内に本店の所在地において、その登記（変更の登記）をしなければならない（会 911Ⅲ⑬、915Ⅰ、商登 54Ⅰ）。取締役が自らの意思で辞任したときは、会社は当該取締役を内外ともに会社と無関係な地位に置くことを要し、辞任による変更登記をなすべき私法上の義務を負うものというべきであるから、辞任者は、会社に対し、辞任による変更登記をなすべき旨を請求しうる⁶⁰。なお、解任された取締役について、登記面上は辞任となっても、取締役の資格喪失という身分変動の結果においては、真実に合致しているから、登記としてはこれも有効

58 江頭・注 (10) 前掲 372 頁脚注 (6)。

59 同前。

60 大隅：今井・注 (5) 前掲 179 頁参照。

であると解される（最判昭和 25 年（1950 年）6 月 13 日民集 4 巻 6 号 209 頁）。

2-7. 欠員の場合の措置

取締役が欠けた場合または法律・定款に定めた取締役の員数（最低数）を欠くに至った場合において、あらかじめ補欠取締役を選任しておれば（会 329Ⅱ）、欠けた被補欠者の残任期間を補欠者が務めることになる。そうでない限り、会社は、遅滞なく、後任の取締役を選任しなければならない（会 976Ⅰ（22）参照）。しかし、後任の選任のために若干の日時を要すること、不可避であるから、会社法は、任期の満了または辞任によって退任した取締役は、後任者が就任するまで、なお取締役としての権利義務を有する（これを免れない）ものとしている（会 346Ⅰ）。このような、いわば法技術的処理規定は、明治 44 年（1911 年）改正後商法 167 条ノ 2 として設けられ、昭和 13 年（1938 年）改正後商法 258 条 1 項に承継され、これが会社法に承継されたものである。取締役の権利義務を有する者については、後任の取締役の就任あるまで、退任による変更登記をなすことも許されない（最判昭和 43 年（1968 年）12 月 24 日民集 22 巻 13 号 3334 頁）。任期の満了または辞任以外の理由で取締役が退任する場合に、上述のような任務継続義務が生じないのは、そのような場合には会社と退任取締役との信頼関係が損なわれているはずであるから、そのような者に任務を継続させるのは適当でないと考えられるからである⁶¹。規定の趣旨から観て、会社側が後任取締役を長期間選任しない場合、あるいは、後任取締役の選任が可能であるにもかかわらず放置している場合には、退任取締役は、合理的時期を過ぎれば、取締役の権利義務を有しない（免れる）と解すべきである⁶²（それゆえ、なおのこと、第 4 章 5-5-4 で述べたような不佞の

61 近藤・注（2）前掲 232 頁参照。

62 青竹・注（10）前掲 237 頁参照。なお、同頁に掲げられた下級審裁判例（東京高判昭和 63 年（1988 年）5 月 31 日判時 1279 号 146 頁、高知地判平成 2 年（1990 年）1 月 23 日金商 844 号 22 頁）参照。

主張に係る措置を考えるべきである)。

取締役の終任により法律または定款に定めた取締役の員数を欠くに至った場合において、退任取締役が取締役としての権利義務を有しないか有することが不適当である(解任、死亡、病気などによる辞任などのときの他、辞任者が引き続き取締役の権利義務を有することを明示的に欲しないとき)⁶³ ため、必要があると認められるときは、裁判所は、利害関係人(株主、取締役、監査役、使用人、債権者など。辞任取締役も含む)⁶⁴の申立てにより、一時取締役の職務を行うべき者を選任することができる(会 346 II)。昭和 13 年(1938 年)改正により設けられ、同 25 年(1950 年)改正により字句を修正された同年改正後商法 258 条 2 項を承継するものである。かかる被選任者を「一時取締役」または「仮取締役」と称する(商法会社編時代にあっては、「仮取締役」の用語の方が一般的であったと思われる)。一時取締役の権限は、本来の取締役のそれと同様である⁶⁵。一時取締役が選任されたときは、裁判所は、会社がその者に対して支払う報酬の額を定めることができる(会 346 III)。一時取締役の選任があれば、嘱託登記がなされる(会 937 I ②イ)。

上述の取締役の権利義務を有する退任取締役(会 346 I)に対し、株主は、その解任の訴え(会 854)を提起することはできず、株主は、裁判所に対し、一時取締役の選任を申し立てるべきであるとするのが判例である(最判平成 20 年(2008 年)2 月 26 日民集 62 巻 2 号 638 頁)が、正当である。会社法 346 条 1 項かっこ書は、一時取締役が就任する場合を含めて、取締役の権利義務を有する退任取締役の地位の終了時期を明定しており、不正行為または法令・定款に反する重大な事実ある退任取締役の地位を失わせるためには、あえて不自然な解任訴権に依らずとも、一時取締役の選

63 北澤・注(1)前掲 371 頁参照。

64 同前。

65 同前、近藤・注(2)前掲 232 頁、鈴木：竹内・注(5)前掲 271 頁、青竹・注(10)前掲 238 頁、江頭・注(10)前掲 374 頁。

任申立ての手續に委ねるのが正しい。

一時取締役は、欠員の全部が補充されたときは、当然にその地位を失う。

2-8. 取締役の職務執行の停止・職務執行代行者の選任

取締役選任決議の取消しの訴え、同決議の不存在・無効確の訴え（会 831、830）、あるいは、取締役解任の訴え（会 854）が提起されても、その訴訟に結着がつき、判決が確定するまでは、当該取締役の地位そのものには影響がない。したがって、当該取締役は、取締役としての職務を継続して執行できることになるが、かかる場合には、当該取締役にそのまま職務を執行させることが必ずしも適当であるとはいえない事態が少なからず存するであろう。すなわち、取締役として欠格事由に該当する可能性の大きい者や不正行為を行っている者、そうでなくても、判決により取締役でないことが確定する可能性のある者が職務を行うことにならうからである⁶⁶。そこで、民事保全法上の仮の地位を定める仮処分（民保 23Ⅱ）により、本案の管轄裁判所は、保全の必要性が認められる場合に、当事者の申立てに基づき、会社・取締役の双方を債務者として（東京高判平成 8 年（1996 年）2 月 1 日判タ 923 号 269 頁）、仮処分によって取締役の職務執行を停止するとともに、加えてその職務を代行する者（職務代行者）を選任することができる。通常は、弁護士がこれに選任される。取締役の職務停止、職務を代行する者の選任の仮処分およびその変更・取消しは、嘱託登記される（会 917①、民保 56）。

平成 2 年（1990 年）改正前商法 270 条 1 項は、「取締役ノ選任決議ノ無効若ハ取消又ハ取締役ノ解任ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ本案ノ管轄裁判所ハ当事者ノ申立ニ依リ仮処分ヲ以テ取締役ノ職務ノ執行ヲ停止シ又ハ之ヲ代行スル者ヲ選任スルコトヲ得本案ノ繫属前ト雖モ急迫ナル事情アルトキ亦同ジ」と規定し、同条 2 項は「裁判所ハ当事者ノ申立ニ依リ前項

66 前田・注（4）前掲 411 頁参照。

ノ仮処分ヲ変更シ又ハ之ヲ取消スコトヲ得」と規定していた（同条3項は、仮処分の変更・取消しの登記を要する旨の規定であった）。そして、同条を監査役と清算人に準用していた（同年改正前商 280 I、430 II）。しかし、合名会社・合資会社の業務執行社員については、同条に相当する規定を欠いていた。また、商法旧 270 条の下で、同条の仮処分の性質に関し、いわゆる通常仮処分説（平成元年（1989 年）改正前の旧民事訴訟法 760 条⁶⁷の仮処分と同一であると解する説）と特殊仮処分説（そうではない特殊な仮処分であると解する説）との対立が生じ、判例（最判昭和 41 年（1966 年）2 月 1 日判時 447 号 85 頁）は通常仮処分説を採ったが、特殊仮処分説も有力に主張されていた⁶⁸。このようなことから、平成元年（1989 年）の民事保全法の制定を契機として、上の諸点を整備するのが適当と考えられた。そこで、合名会社・合資会社の業務執行社員の業務執行の停止、職務代行者の選任の仮処分およびその変更・取消しを含め、取締役等の職務執行の停止、職務代行者の選任の仮処分およびその変更・取消しをなしうる場合については、商法自体に規定を設けず（商法旧 270 条の削除）、これを民事保全法の規定するところに委ねることとしたのであった⁶⁹。よって、上述の手続は、今日、もっぱら民事保全法の規整するところとなっている。

保全の必要性に関しては、かねてより、当該取締役にそのまま職務を執行させておいては会社に回復すべからざる損害を生じるおそれがあることが必要であると解されてきたが⁷⁰、今日もこれを疎明することを要するとする見解が多い⁷¹。

67 平成元年（1989 年）改正前旧民事訴訟法 760 条の規定は、以下のとおりである。「仮処分ハ争アル権利関係ニ付キ仮ノ地位ヲ定ムル為ニモ亦之ヲ為スコトヲ得但其処分ハ殊ニ継続スル権利関係ニ付キ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ク為メ又ハ其他ノ理由ニ因リ之ヲ必要トスルトキニ限ル」

68 その議論状況につき、上柳：鴻：竹内編・注（7）前掲 406—407 頁 [小橋一郎] 参照のこと。

69 当時の条文の準用形態については、北澤・注（1）前掲 373 頁。

70 上柳：鴻：竹内編・注（7）前掲 408 頁 [小橋一郎]。

71 江頭・注（10）前掲 376 頁脚注（1）。

職務執行停止の仮処分により職務の執行を停止された者が仮処分の趣旨に反して行った行為は無効であり、後にその処分が取り消されても遡って有効とならない（最判昭和 39 年（1964 年）5 月 21 日民集 18 巻 4 号 608 頁）。また、職務執行停止・代行者選任の仮処分により職務の執行を停止された取締役が辞任し、総会の決議で後任の取締役が選任されても、このことによってただちに当該処分決定が失効したり、当該代行者の権限が消滅するものではなく、仮処分の取消しがあって初めてその効果が生じるのであり、加えて、後任取締役が構成する取締役会の決議で代表取締役を定めても、その代表取締役は、仮処分の存続中はその権限を行使することができない⁷²（最判昭和 45 年（1970 年）11 月 6 日民集 24 巻 12 号 1744 頁参照）。

取締役の職務代行者は、仮処分命令に別段の定めがある場合を除き、会社の常務に属さない行為をなしえず、常務に属さない行為をするには、裁判所の許可を得ることを要する（会 352 I）。実質的には、昭和 13 年（1938 年）改正後商法 271 条 1 項（平成 17 年（2005 年）改正前商 271）をそのまま承継するものである。ここに「会社の常務」とは、かねてより、会社事業の通常の経過にともなう業務行為、会社として日常行われるべき事務と解されてきた⁷³。たとえば、通常程度における原料の仕入れや製品の販売、計算書類の承認、役員の改選を行う定時総会の招集のごときは常務に属する⁷⁴。これに対し、募集株式の発行、社債の募集、事業の譲渡、定款の変更などは常務に属さない⁷⁵。職務代行者の権限を常務に限るのは、この者が本案の確定するまでの間の暫定的な地位を有するにすぎないからである⁷⁶。なお、判例は、取締役の解任を目的とする臨時総会の招集は常務に属しないとし（最判昭和 39 年（1964 年）5 月 21 日民集 18 巻 4 号 608

72 北澤・注（1）前掲 373 頁参照。

73 上柳：鴻：竹内編・注（7）前掲 419 頁。

74 北澤・注（1）前掲 373—374 頁。

75 江頭・注（10）前掲 376 頁参照。

76 青竹・注（10）前掲 239 頁。

頁)、たとえそれが少数株主による招集請求に基づくときであっても同様であるとしている (最判昭和 50 年 (1975 年) 6 月 27 日民集 29 卷 6 号 879 頁)。

会社法 352 条 1 項の規定に違反して行った職務代行者の行為は無効であるが、会社は、無効をもって善意の第三者に対抗することができない (会社法 352 II)。

3. 取締役会非設置会社の取締役の権限等

3-1. 業務執行

取締役会非設置会社の取締役は、定款に別段の定めがある場合を除き、会社の業務を執行する権限を有する (会社法 348 I)。したがって、取締役を 1 人しか置かない会社にあつては、定款に別段の定めがない限り (たとえば、一定の業務執行に株主総会の承認を要する旨の定め)、この者が包括的な対外的・対内的業務執行権限を一手に掌握することになる。

取締役が 2 人以上ある場合には、会社の業務は、定款に別段の定めがある場合を除き、取締役の過半数をもって決定する (会社法 348 II)。よって、取締役を 2 人しか置かない会社にあつては、定款に別段の定めがない限り、全員一致を必要とする。定款をもって、かかる決定のために取締役を構成員とする「取締役の会議」の制度 (当該会社において、かかる会議を、定款上、「取締役会」と記載・記録するか否かは別として) を定めたとしても、取締役会設置会社における取締役会と異なり、会議を開いて決定することは、必ずしも必要ではない⁷⁷。

上のような取締役の業務執行の在り方は、基本的に旧有限会社法 26 条前段の方法を踏襲するものと観察することができる。それゆえ、取締役の過半数によって業務執行の意思決定をなすとはいえ、法令・定款によって株主総会の権限とされている事項に、その決定は及ばないばかりか、業務

77 青竹・同前、江頭・注 (10) 前掲 377 頁。

執行に属さない会社の基礎に関する事項も、その権限外にあること、当然である⁷⁸。よって、取締役の過半数をもって決定すべき事項は、必ずしも多岐にわたるわけではないといえよう。なお、取締役の業務執行の一環として、他の取締役の業務執行に関する監督権限がある（その権限を明らかにする趣旨を有するのが下に述べる会社法 348 条 3 項 4 号に掲げられた内部統制システムである）。

取締役が 2 人以上ある場合、日常の業務の決定は、定款の定めがなくても、取締役の過半数の決定により、各取締役間に分担させ、または特定の取締役に専決させることが可能と解されている⁷⁹。他方、以下の事項の決定は、定款の定めや取締役の過半数の決定をもってしても、各取締役にその決定を委任することは許されず、取締役の過半数をもって決定しなければならない。すなわち、①支配人の選任・解任、②支店の設置・移転・廃止、③株主総会（種類株主総会）招集に係る決定（会 298 I、325）、④取締役の職務の執行が法令・定款に適合することを確保するための体制その他会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備、⑤定款の定めに基づく役員等の会社に対する責任の一部免除（会 426 I）、である（以上、会 348 III）。

上記の①および②は、昭和 37 年（1962 年）改正後の旧有限会社法 26 条後段と同様の事項である。③は、昭和 26 年（1951 年）改正によって追加された旧有限会社法 36 条ノ 2 に定める事項を承継するものと観察できよう。

④は、いわゆる「内部統制システム」に関する事項である。今日の会社法の下では、たとえ取締役会非設置会社であろうとも、大会社においては、④の事項を決定しなければならない（会 384 IV）。内部統制（internal control）は、元来は、アメリカに由来する概念であり、企業が公表する財務

78 上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（14）』（有斐閣・1990 年）191－192 頁〔堀口亘〕参照。

79 江頭・注（10）前掲 378 頁脚注（2）。

諸表の信頼性の確保、事務経営の有効性・効率性の向上、業務執行に係る法令の遵守を促すために企業内部に設けられる体制のことをいう。これは、アメリカのトレッドウェイ委員会支援組織委員会 (The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission—COSO (コースー) と略される) によって、1992 年および 1994 年に公表された「コースー・フレームワーク (COSO Framework)」として提示されたものであり、その内容が事実上の世界標準となったものである。20 世紀末には、わが国においても、このフレームワークの影響が浸透したためか、ある程度以上の規模の会社の代表取締役には、業務執行の一環として、会社の損害を防止する内部統制システムを整備する義務が存在するといった趣旨の下級審裁判例が現われるに至った (大阪地判平成 12 年 (2000 年) 9 月 20 日判時 1721 号 3 頁)。そして、平成 14 年 (2002 年) 改正により、旧商法特例法上の当時の委員会等設置会社においては、監査委員会が、内部統制部門を通じて取締役・執行役の職務執行の監査を行うべく、取締役会は、監査委員会の当該職務のため必要な事項を決定しなければならないものとして (同年改正後旧商特 21 の 7 I ②・III①)、当時の委員会等設置会社に限って、初めてこのシステムの構築が法律上義務づけられたのである。現行会社法は、このシステムの構築が、業務執行の一環として重要であることを明確にするとともに、委員会設置会社のみならず、従来型の会社についても、大会社であれば、その構築を義務づけるという姿勢で立法されていると観察できる (会 348IV、362 V、416 I ①ホ)。確かに、国籍を問わず、広く取締役に相応しい人材を世界に求め、多様な国籍を有する取締役等が任用される時代にあっては、かかる世界標準をわが国の企業にも導入する必要性が高いことは否定し難い。しかし、いかに世界標準とはいえ、このような体制の構築を、成文法をもって執拗に規定するのは、国法たる会社法の品格としてどうなのであろう。このような体制の構築を会社法をもって明確にしなければならない国家の国民の民度とはいかなるものなのか。岩崎弥太郎 (1835～1885)、渋沢栄一 (1840～1931)、小林一三 (1873～1957)、松下幸之助 (1894～1989) など、わが国の歴史にその名を留め

る企業家が、内部統制システムに関する現在の会社法の規定をいかに評するか、個人的な興味は尽きない。たとえば、後に述べるように（本章4-1-2-1）せめて会社法ではなく、金融商品取引法中に、社会的に影響の大きい上場会社に限って、規定を設けるにとどめるといった方法で済ませられなかったのであろうか。

いずれにせよ、取締役会非設置会社において定める④の体制は、会社法施行規則 98 条 1 項によれば、以下のとおりである。すなわち、[4 の 1] 取締役の職務の執行に係る情報の保存および管理に関する体制、[4 の 2] 損失の危険の管理に関する規程その他の体制、[4 の 3] 取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制、[4 の 4] 使用人の職務の執行が法令および定款に適合することを確保するための体制、[4 の 5] 当該会社ならびにその親会社および子会社からなる企業集団における業務の適正を確保するための体制、である（以上、会施規 98 I）。取締役が 2 人以上ある会社にあつては、上の各体制には、業務の決定が適正に行われることを確保するための体制を含む（会施規 98 II）。監査役設置会社以外の会社にあつては、上の各体制には、取締役が株主に報告すべき事項を報告するための体制を含む（会施規 98 III）。監査役設置会社（監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがある会社を含む）にあつては、上の各体制には、以下の体制を含む。すなわち、（ア）監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項、（イ）上記（ア）の使用人の取締役からの独立性に関する事項、（ウ）取締役および使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体制、（エ）その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制、である（以上、会施規 98 IV）。業務執行に係る法令遵守を促すことに軸足を置く規定ぶりになっていると観察することができよう。ただし、その規定内容は、無味乾燥な官僚の作文を見せつけられるようで空しいだけである。次元は違えど、明治 15 年（1882 年）の軍人勅諭（同年陸軍省達乙第 2 号）の 5 ヶ条⁸⁰に匹敵するほどに教条主義的である。これを暗誦しうるほど承知していても、これを実

践しうるだけの器量を將が欠いておれば、亡国の憂き目を見ることに変わりはない。

内部統制システムに関する事項を決定した場合には、当該決定の内容の概要を、事業報告の内容としなければならない（会施規 118②）。

上記⑤については、後述する。

3-2. 代表

取締役会非設置会社の取締役は、原則として、会社を代表する（会 349 I 本文）。取締役が 2 人以上ある場合であっても、各自が会社を代表する（各自代表制、会 349 II）。基本的に、取締役の過半数によって業務執行の意思決定がなされ、決定された事柄の実行は各取締役が単独で当たるものと解され⁸¹、この法構造の下で、各取締役に代表権限が付与されているわけである。すなわち、原則上、取締役会非設置会社の取締役は、全員が代表取締役（会 47 I 第 2 かっこ書）であると評価できる⁸²。この結果、取締役会非設置会社にあつては、会社の業務執行と代表とが分化していないというのが本則となっている。しかし、かかる会社においても、定款、定款の定めに基づく取締役の互選または株主総会の決議によって、取締役の中から代表取締役を定めることができる（特定代表制、会 349 III）。以上の規定は、昭和 26 年（1951 年）改正後旧有限会社法 27 条を踏襲するものである（ただし、共同代表制の部分を除く）と観ることができる。

代表取締役その他会社を代表する者を定めた場合には、それ以外の取締役は、代表権を有しない（会 349 I ただし書）。しかし、これらの取締役

80 一 軍人は忠節を尽すを本分とすへし

一 軍人は礼儀を正くすへし

一 軍人は武勇たふとを尚ふへし

一 軍人は信義を重んずへし

一 軍人は質素を旨とすへし

実際には、各条それぞれに相当に長文の論が付されている。）

81 上柳：鴻：竹内編・注（78）前掲 192 頁 [堀口亘]。

82 青竹・注（10）前掲 241 頁参照。

は、対外的な関係での包括的な業務執行権限（代表権）を失うのみであり、対内的な関係での業務執行権を失うわけではない⁸³。

会社法 349 条 1 項ただし書にいう「その他株式会社を代表する者」を定めた場合とは、一時代表取締役（会 351 II）が選任された場合、代表取締役の職務代行者（会 352 I）が選任された場合をいう⁸⁴。かつて、旧有限会社法 27 条の下で、山口幸五郎（1925～1989）は、旧有限会社にあっては、代表取締役たる資格が取締役から分化しておらず、数人の取締役の各自が、各々取締役たる資格において法律上当然に会社代表権を有するのが本則であるから、特定代表制の下で代表取締役に指名された取締役が死亡その他の事由により退任した場合には、従来代表取締役でなかった取締役が法律上当然に代表権を回復するものと解するという見解を主張していたが⁸⁵、会社法は、そのような考え方を採らず、かかる場合には、会社法 351 条、同 352 条をもって対処することとしている。

代表取締役（代表取締役を定めない場合の各取締役も）は、各自が、会社の業務に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限を有する（会 349 IV）。かかる包括的な代表権を内部的に制限しても、善意の第三者に対抗することができない（会 349 V）。取引の安全を期する趣旨である。会社・取締役間の訴えについては、株主総会が、当該訴えに関し、会社を代表する者を定めることができる（会 353）。監査役設置会社にあっては、会社・取締役間の訴えについて、監査役が会社を代表する（会 386 I）。代表取締役その他の代表者がその職務を行うにつき第三者に損害を加えたときは、会社に損害賠償責任を生じる（会 350）。特定代表制の下では、表見代表取締役に関する会社法 354 条の適用がある。この段落に掲げた諸問題については、取締役会設置会社にも共通する問題であるので、後に個

83 江頭・注（10）前掲 379 頁脚注（3）参照、奥島：落合：浜田編・注（41）前掲 135 頁 [野田耕史]。

84 青竹・注（10）前掲 241 頁。

85 上柳：鴻：竹内編・注（78）前掲 199 頁 [山口幸五郎]。

別に考究する予定である。

4. 取締役会設置会社の取締役会・代表取締役等

4-1. 取締役会の意義と権限

4-1-1. 取締役会の意義

取締役会設置会社における取締役会は、取締役の全員によって構成され、会社の業務執行の決定、取締役の職務の執行の監督、代表取締役の選定・解職をなす必要的機関である（会 362 I・II）。すなわち、取締役の全員をもって取締役会という 1 個の機関を構成し、定期的または臨時にその構成員が出席して会議を開き、そこでの議論を通じて機関意思を決定するという法構造を採用している。取締役会が合議制の機関といわれる所以である。したがって、開催された会議自体が機関ではなく、取締役の全体すなわち「組織された一体としての取締役そのもの」が機関なのである。わが国では、機関としての取締役会も、その意思決定のために開かれる会議も、同じく取締役会と呼ぶが、英語では、前者は、Board of directors、後者は、Board meeting と呼んで区別される⁸⁶。

4-1-2. 取締役会の権限

4-1-2-1. 業務執行の決定

取締役会は、法令・定款により株主総会の決議事項とされた事項（会 295 I）を除き、会社の業務執行一般につき、意思決定をなす機関権限を有する（会 362 II ①）。この一般的機関権限は、取締役会の制度が導入された昭和 25 年（1950 年）改正に際し、同年改正後商法 260 条前段に規定され、昭和 56 年（1981 年）改正後商法 260 条 1 項に承継され、そのまま今日の会社法に至るまで承継されている。「業務執行」とは、会社の業務に関する諸般の事務を処理することであり、対外的行為（仕入れ、販売、

86 以上、河本・注 (1) 前掲 436 頁参照。

雇用、資金の借入れなど）を含むものもあれば、純然たる対内的行為（予算の策定、生産計画の策定、生産、人事、経理、研究開発、社内組織の整備など）もある⁸⁷。いずれにせよ、業務執行には、意思決定と実行との2段階があるが⁸⁸、取締役会の一般的機関権限は、上の第1段階すなわち意思決定に係る権限ということになる。

しかし、対外的行為を含むものにせよ、純然たる対内的行為にせよ、あらゆる業務執行の第1段階を、会議体としての取締役会の議を経るということにしておれば、会社の機動性を損ない、適当でないので、日常の業務（常務）については、取締役会の下位機関たる代表取締役の選定にともない、その決定権限を委任しうるものと解される⁸⁹。あるいは同様に、主に対内的行為の第1段階を個々の業務執行取締役に委ねうるものと解される。もっとも、取締役会が留保する本来の機関権限を下位機関に委任するには、自ずと制限がある。

会社法は、取締役会の専管決定事項を法定し、その事項に係る決定は、定款の定めをもってしても、下位機関たる代表取締役等に委任することはできず、自らが決定しなければならないとしている。その事項は、会社法362条4項各号に列挙されている。すなわち、①重要な財産の処分・譲受け、②多額の借財、③支配人その他の重要な使用人の選任・解任、④支店その他の重要な組織の設置・変更・廃止、⑤募集社債の総額（会676①）その他の募集事項として法務省令（会施規99）で定める事項、⑥取締役の職務の執行が法令・定款に適合することを確保するための体制その他会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令（会施規100）で定める体制の整備、⑦定款の定めに基づく役員等の会社に対する責任の一部免除、である。同362条4項柱書によれば、上記の①ないし⑦は例示列挙であって、⑧これらと同様の「その他の重要な業務執行の決定」

87 吉本・注(27)前掲186頁参照。

88 龍田節『会社法大要』（有斐閣・2007年）104頁。

89 吉本・注(27)前掲189頁。

もまた、取締役会の専管決定事項である。

上記のうち、①ないし④および⑧は、昭和 56 年（1981 年）改正に際し、同年改正後商法 260 条 2 項に整序された表現を承継している。これらを取締役会の専管決定事項として整序・明定したのは、経営の実権の代表取締役への集中により形骸化しているといわれた当時の取締役会の機能を回復させるためであった⁹⁰。もっとも③は、取締役会制度が設けられた当初から、支配人の選解任についてのみ昭和 25 年（1950 年）改正後商法 260 条後段により、取締役会の専管決定事項であったし、④は、支店の設置・移転・廃止についてのみ、昭和 37 年（1962 年）改正後商法 260 条後段に新たに追加されたものを承継したものであった。①②および⑧は、形式上は、昭和 56 年（1981 年）まで明定されてはいなかったものの、会社の利害に重要な関係のある事項については、取締役会の決議を求めたうえで執行するのが代表取締役の忠実義務（平成 17 年（2005 年）改正前商 254 ノ 3、現在の会 355）の要求であり、その意味においてこれらの事項についても、取締役会の決議を要するものと解されていた⁹¹。

①および②の「重要」または「多額」であるか否かは、かねてより、会社の規模・状況等とその金額、企業組織上の地位、従来の扱いを勘案して判断する他なく、すべての会社を通ずる画一的基準を定めることができないのはもちろん、同一の会社でも会社の状況や取引の性質等により扱いを異にすべき場合もありうるとする考え方が提唱されていた⁹²。最高裁もまた、会社保有の他社株式の譲渡が「重要な財産の処分」に当たるか否かに関し、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様および会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものであるとしている（最判平成 6 年（1994 年）1 月 20 日民集 48 卷 1 号 1 頁）。「処分」には、財産の出資・貸与・寄付・貸

90 北澤・注（1）前掲 382 頁参照。

91 大隅：今井・注（18）前掲 185 頁参照。

92 鈴木：竹内・注（5）前掲 275 頁。

付け・担保の提供・債務の免除などが含まれ、「借材」には、銀行借入れ・外貨借入れ・支払手形の振出しなどの他、子会社その他第三者のためにする債務保証・保証予約・担保の提供も含まれる⁹³ いわゆるデリバティブ (Derivative) 取引 (金融派生商品を用いた取引、先物取引やオプション取引がこれに該当する) についても、リスクの大きさを勘案して、「借材」に該当しうると解されつつある⁹⁴。重要な財産の処分が事業の重要な一部譲渡に該当するときは、原則として、株主総会の特別決議を要する (会 467 I ②、309 II ⑩)。なお、「重要」または「多額」のボーダー・ライン (border line) が不確定なままであると、業務遂行に支障があるため、多くの大規模会社では具体的な数値を使って、重要な財産の処分に該当するか否かなどを容易に判別できるように内規を定めている⁹⁵。しかし、かかる内規を定めても、当該基準に従って処理すれば、当然に適法となるわけではない⁹⁶。

③にいう「その他の重要な使用人」の選解任は、昭和 56 年 (1981 年) 改正によって明定されたものである。「重要な使用人」であるか否かは、会社の経営組織や職制上の見地において支配人に準ずる重要性を有するか否かによって決せられ、支店長や本店の部長などは通常これに当たるものと考えられるが、代理権を有しない使用人 (工場長・研究所長・技師長など) の選解任でも、その任務・権限などにおいて支配人に準ずる重要な使用人に関する限り、これに含まれる⁹⁷。

④の「その他の重要な組織」の設置・変更・廃止も、上述の各事項と同様、会社経営の性質・内容・経営方針に照らし、取締役がその忠実義務に従って判断すべき事項であるが、本部・工場・常務会・事業部会などの設置・変更・廃止が含まれよう⁹⁸。

93 大隅：今井・注 (18) 前掲 185—186 頁参照。

94 青竹・注 (10) 前掲 243 頁、江頭・注 (10) 前掲 386 頁脚注 (3) 参照。

95 関・注 (52) 前掲 265 頁。

96 青竹・注 (10) 前掲 243 頁。

97 大隅：今井・注 (18) 前掲 186 頁。

⑤は、会社法施行規則 99 条によれば、2 以上の募集社債の募集に係る法定事項（会 676 参照）の決定を委任するときはその旨、募集社債の総額の上限、募集社債の利率の上限その他の利率に関する事項の要綱、募集社債の払込金額の総額の最低金額その他の払込金額に関する事項の要綱、を原則として定めるよう要求されている。社債の発行が多額の借財に該当しなくとも、社債の発行という形式をもってする資金調達手段を用いるときは、取締役会の決議を必要とするわけである。

⑥は、内部統制システムに関する事項である。取締役会非設置会社と同様、大会社は必ずこの事項を決定しなければならない（会 362 V）。内部統制システムの意義については、すでに述べたとおりである（本章 3-1 ④）。取締役会設置会社において定める体制は、会社法施行規則 100 条 1 項に規定されている。すなわち、[6 の 1] 取締役の職務の執行に係る情報の保存および管理に関する体制、[6 の 2] 損失の危険の管理に関する規程その他の体制、[6 の 3] 取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制、[6 の 4] 使用人の職務の執行が法令・定款に適合することを確保するための体制、[6 の 5] 当該会社およびその親会社・子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制、である。監査役設置会社以外の会社にあつては、上述の体制には、取締役が株主に報告すべき事項の報告をするための体制を含まなければならない（会施規 100 II）。また、監査役設置会社（監査役の権限を会計に関するものに限定する旨の定款の定めある会社を含む）にあつては、上述の体制には、（ア）監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項、（イ）当該使用人の取締役からの独立性に関する事項、（ウ）取締役および使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体制、（エ）その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制、を含まなければならない（会施規 100

III)。内部統制システムに関する事項を決定したときは、その決定の内容を事業報告の内容としなければならないものとされている（会施規 118②）。ここまで細かい「教典」（あるいはマニュアル（manual）といってもよいが）の作成を法の授権に基づく行政機関の干渉によって作成させるような国には、真のリーダー（leader）は育たないであろう。内部統制システムを徒らに教典化するからこそ、教典を闇雲に信奉する無能な経営者が「想定外」などという見苦しい言い訳をすることになるのである。

⑥に関連し、上場会社では、内閣府令で定めるところにより、事業年度ごとに、当該会社の属する企業集団および当該会社に係る財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するために必要なものとして内閣府令で定める体制について、内閣府令で定めるところにより評価した報告書（内部統制報告書）を内閣総理大臣に提出しなければならないものとされている（金商取 24 の 4 の 4 I）。

⑦については、別途、必要な箇所述べることにする。

以上の他、会社法は、個別的に取締役会の専管決定決議事項を定めている。主たるものを挙げれば、以下のごとくである。すなわち、譲渡制限株式の譲渡の承認等（会 139 I、140 V）、子会社からの自己株式の取得（会 163）、取得条項付株式の取得等（会 168 I）、自己株式の消却（会 178 II）、株式分割（会 183 II）、株式無償割当て（会 186 III）、所在不明株主の株式の競売等（会 197 IV）、公開会社の募集株式の募集事項（会 201 I）、1 株に満たない端数の合計数に相当する株式の買取り（会 234 V）、公開会社の新株予約権の募集事項（会 240 I）、取得条項付新株予約権の取得（会 273 I、274 II）、新株予約権無償割当て（会 278 III）、株主総会の招集事項（会 298 IV）、代表取締役の選定・解職（会 362 II ③）、業務執行取締役の選定・解職（会 363 I ②）、取締役の競業取引・利益相反取引の承認（会 365 I）、取締役会の招集権者の決定（会 366 I ただし書）、計算書類の承認（会 436 III）、中間配当（会 454 V）、剰余金の配当（会 459）などである。社債株式振替法には、株式を振替制度の取扱いの対象とすることへの同意（社債株式振替 128 II）も取締役会の権限とする規定が置かれている。

なお、わが国の大規模会社では、取締役会とは別に、任意の機関として、代表取締役を中心に、いわゆる役付取締役（専務取締役、常務取締役等）で構成する常務会ないし経営会議等と称される組織が設けられることが多い。取締役会に付議する事項を予備的に検討したり、常務を取締役会から委任された代表取締役を補弼・助言するための組織であったり、その法的性格は区々である。取締役の数が多い上に使用人を兼ねている場合には取締役会における機動的な意思決定が困難であること、および取締役会の議事録は閲覧が可能である（会 371）ことから、実際の意思決定は常務会で行い、取締役会における決議は形式的なものにとどめることが狙いである⁹⁹。また、場合によっては、常務会の決議が代表取締役の代表権を内部的に制限する効力を有することもある。会社法が定める取締役を構成員とする機関を国家の行政機関に準え^{ほひつ}ば、常務会は、いわば、会社における「令外の官」^{りょうげ}に相当する組織であるが、かかる便法は、律令制度の時代から、わが国が得意とする手法である。

取締役会の決議事項につき、その全部または一部を、拒否権付株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の拒否権の対象とする株式（会 108 I ⑧・II ⑧）を発行している会社にあつては、取締役会の決議に加え、当該種類株式の株主の種類株主総会の決議を経なければ、決議事項は効力を生じない（会 323）。

定款の定めにより、取締役会の法定の決議事項を株主総会の決議事項とすることができることは（会 295 II）、繰り返し述べたとおりである。

4-1-2-2. 職務執行の監督

取締役会は、取締役の職務の執行を監督する権限を有する（会 362 II ②）。

神田秀樹によれば、「業務の執行」と「職務の執行」とは概念が異なり、単に用語が異なるだけでなく、後者の方が広い概念であると解されており、監査・監督や意思決定（その過程に関する行為を含む）は、業務執行に含

99 吉本・注 (27) 前掲 188—189 頁参照。

まれないとされている¹⁰⁰。彼によれば、こう解すると、立法論としては、取締役会による監督の対象は「業務執行」としたほうがよいように思われると指摘されている¹⁰¹。後者の方が広い概念であるという点に異論はないが、一律に、監査・監督や意思決定が業務執行に含まれないと観察するのは疑問である。取締役会に監督権限がある以上、その構成員たる各取締役には、他の取締役の職務行為を監督する義務があるはずである。そして、取締役会の構成員たる取締役は、下に述べるように、業務執行の任に当たる者と直接これに携わらない者とがある。業務執行の任に当たる取締役の監督義務は、業務執行の一環としての義務であると観察すべきではあるまいか。したがって、「職務の執行の監督」とは、取締役会が各取締役に割り当てた職責を各取締役が善管注意義務ないし忠実義務を尽くして全うしているか否かを監督するという謂であると解すべきである。その監督のうち、最も重要で、その中核に据えられるべき対象が「業務の執行」なのである。それゆえ、従来から、わが商法研究者は、取締役会の権限につき「業務の執行に関する監査¹⁰²」あるいは「業務執行の監督¹⁰³」という用語をもって説明していたのであろう。

取締役会の監督権限が商法上に明定されたのは、昭和 56 年（1981 年）改正後商法 260 条 1 項においてであったが、取締役会が各取締役に對する監督権限を有することは、これ以前から認められていた。たとえば、石井照久は、以下のように説いていた。すなわち、「取締役会の制度は…株主総会の権限の縮小と、それに代る取締役たちの権限の拡大に対応し、昭和 25 年改正法が、これを「法律上の会議体」として法定し、業務執行に関する意思決定をなさしめるとともに、この決定にもとづく会社の業務の執行につき取締役会による監査を予定したものである。…その意味では取締役会による監査は、いわば取締役会による業務の「自己監査」ないし「内

100 神田秀樹『会社法（第 14 版）』（弘文堂・2012 年）199 頁脚注（3）参照。

101 同前。

102 石井照久『会社法上巻（商法Ⅱ）』（勁草書房・1967 年）320 頁。

103 鈴木：竹内・注（5）前掲 276 頁。

部監査」の方式であるともいえる。…と同時に、取締役会による監査といっても…それは広く、かつ、高い視野から、よりよい業務運営方針を決定するために、いわば「押しあげる」意味での監査であるべく、そこに業務の自己監査ないし内部監査といわれる一つのゆえんがある¹⁰⁴。取締役会の業務執行の監督権限の理念を高らかに説いたものであり、半世紀を経た今日なお色褪^あせることなく、輝きを失わない内容である。昭和 56 年（1981 年）改正前の最高裁もまた、「取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にある」と判示していた（最判昭和 48 年（1973 年）5 月 22 日民集 27 卷 5 号 655 頁）。

昭和 56 年改正前にあっては、解釈上も、また判例上も、取締役会に上のような権限が認められていたにもかかわらず、実務における取締役会の運営上は、明文の規定がないことから、取締役会の監督権限が等閑視されがちであった¹⁰⁵。そこで、同年改正は、この権限を明文化することによって、各取締役の自覚を促し、取締役会の活性化を図ったのである¹⁰⁶。会社法 362 条 2 項 2 号は、上述の理念・趣旨を承継するものである。

会社法 381 条 1 項前段は、「監査役は取締役…の職務の執行を監査する。」と規定するが、監査役の業務執行の監査権限が適法性の監査に限られるのに対し、取締役会の監督権限は、業務執行の適法性の監査の他、妥当性の監査にも及ぶ¹⁰⁷。よって、違法な業務執行があれば、適宜これを是正する必要があることはもとより、業務執行の任に当たる代表取締役・業務執行取締役を不適任と認めた場合には、それらの者を解職しなければならない¹⁰⁸。

取締役会の監督権限の実を挙げるため、代表取締役および業務執行取締役は、3 ヶ月に 1 回以上、自己の職務の執行の状況を取締役に報告しな

104 石井・注 (102) 前掲 320—321 頁。

105 酒巻：龍田編・注 (39) 前掲 500 頁 [川村正幸]。

106 北澤・注 (1) 前掲 383 頁。

107 同前。

108 江頭・注 (10) 前掲 388 頁。

ければならない（会 363Ⅱ）。ここに「業務執行取締役」とは、会社法 363 条 1 項 2 号において、「代表取締役以外の取締役であって、取締役会の決議によって取締役会設置会社の業務を執行する取締役として選定されたもの」と定義される取締役である。商法会社編の時代にあつては、代表取締役が業務執行権限を有することに異論はなかった。しかし、商法上、業務執行権限を付与された他の取締役に關する明文の規定は、長年にわたり、特段に設けられなかった。一方で、専務取締役・常務取締役等の定款で定められた肩書を有する取締役が、實際上、業務担当取締役として取締役会から一定の業務執行事項につき決定・行為する権限を委任され、この任に当たっていた¹⁰⁹。これらもまた、令外の官のような取締役であつたといえようか。そこで、平成 14 年（2002 年）改正法は、商法 260 条 3 項 2 号に、実務を追認する形で、このような任に当たる取締役に關する規定を明定したのであつた。会社法 363 条 1 項 2 号は、この規定を承継したものである。それゆゑ、取締役会の監督権限、その構成員としての各取締役の監督義務は、第 1 義的には、代表取締役・業務執行取締役がなす業務の執行を監督・監視することにあるわけである。青竹正一が、代表取締役・業務執行取締役には、業務執行者としての地位における監督・監視義務も問題となる¹¹⁰と説くのは、上に述べたように、これらの者の義務が、業務執行の一環としての義務であるからに他ならない。

代表取締役・業務執行取締役を除く他の取締役は、取締役会の意思決定への参加と取締役会構成員たる他の取締役の監督・監視がその職責となるが、これらの取締役がその職責を全うしているか否かもまた、取締役会の監視・監督の対象となること、当然である。なお、業務執行取締役として選定されていない取締役が業務を執行すれば、その者は、業務執行取締役とみなされる（会 2 ⑮ かつこ書参照）。

109 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第 4 版）』（有斐閣・2005 年）354—355 頁脚注（7）参照。

110 青竹・注（10）前掲 246 頁。

わが会社法においては、取締役中に「社外取締役」という類型が認められている。社外取締役とは、「会社の取締役であって、当該会社またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人でなく、かつ、過去に当該会社またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人となったことがないものをいう」と定義される取締役である（会2⑮）。「社外取締役」という用語こそ使用していないが、業務執行の監督という視座から、このような取締役の重要性に逸早く言及していたのが石井照久であった。以下のように説いていた。すなわち、「取締役会は…代表取締役などの業務執行を監査する地位を有するから、取締役全員を代表取締役とする方式或いは代表取締役や業務担当取締役と使用人を兼ねる取締役のみから成る方式は妥当でなく、若干の外部取締役参加の方式が適当であるが、わが国では前者の方式が多く、したがって取締役会による業務監査は、必ずしも法の予定する効果をあげていない場合が少なくない。この点に鑑み取締役のうち何名かは必ず外部のものであることを要するものと定めるかということも立法論としては一応考えうることである¹¹¹」。社外取締役の制度は、議員立法たる平成13年（2001年）法律第149号改正時に、同年改正後商法188条2項7号ノ2に初めて明定された。ただし、同年改正法が社外取締役制度を設けたのは、今日の視点から評価すれば、取締役会の業務執行の監督の実を挙げるといった大所高所から立法化されたものというよりも、当時の旧商法特例法上の大会社またはみなし大会社が、当時の重要財産委員会を設置するにあたり、社外取締役を置くことをその要件とすること（平成14年（2002年）改正後旧商特1の3I②）に主たる意味があったと観察できる。そもそも石井照久は、上述の立法論を披瀝しつつも、いわば経営者のノブレス・オブリジュ（noblesse oblige）の発達に期待し、「このような人為的な措置によって問題の解決を期待しうるものではない。結局は…取締役会制度の精神に

111 石井・注（102）前掲321頁。

したが、これを活用せんとする企業関係者の近代的な良識の発達にまっほかはないと考える¹¹²⁾と述べ、まさに大所高所から法による取締役会構成員に対する過度の干渉を控える態度に出ていたのであった。しかし、企業関係者の良識の発達を待つのは、21世紀初頭のわが国の実情（悪しき平等主義に馴らされた民度の停滞あるいは劣化）を觀るに、「河清を俟つ」に等しい望みであったのやも知れぬ。

いずれにせよ、社外取締役制度を法定したからには、この者には、経営者と一線を画する関係を保たせなければならない。すなわち、会社経営陣からの独立性を保って、監督・監視の実を挙げることが肝要である。よって、会社法施行規則 124 条は、社外取締役を選任した場合には、その者が他の法人等の業務執行取締役等であるときや、他の法人等の社外役員を兼任しているときは、それらの関係を事業報告に記載・記録すべきものとしている。これは、事業報告において、社外役員の実質的独立性を確保し、社外役員として機能することを確保する趣旨である¹¹³⁾。同様の趣旨から、公開会社が社外取締役を選任する場合には、選任議案に係る株主総会参考書類に、候補者が会社の業務執行者の配偶者・3 親等以内の親族等であること、関係会社等の業務執行者であることなどを、会社が知っているときは、その旨の記載・記録が必要である（会施規 74IV⑥、なお本章 2-3-1 参照）。

4-2. 会議体としての取締役会

4-2-1. 招集

4-2-1-1. 招集権者

取締役会は会議体の機関であるから、会議を開催するには、招集権者が法定の手続によってこれを招集しなければならない。

取締役会の招集権者は、原則として、各取締役である（会 366 I 本文）。

112 同前。

113 近藤・注 (2) 前掲 222 頁。

代表取締役・業務執行取締役・社外取締役その他の取締役である与否とを問わない。ただし、定款をもって、あるいは取締役会において、招集権を有する取締役を定めおくことができる（会 366Ⅰただし書）。実際上も、定款または取締役会の決議で定める取締役会規則で、取締役会は社長が招集するが、社長に事故あるときは、あらかじめ定めた順序により他の取締役がこれに当たる旨を定める例が少なくない¹¹⁴。しかし、上のように招集権者を定めおいた場合であっても、各取締役の招集権は会社法によって保障されている。すなわち、招集権者以外の取締役は、招集権者に対し、取締役会の目的である事項を示して、取締役会の招集を請求することができる（会 366Ⅱ）、当該請求があった日から5日以内に、請求日から2週間以内の日を会日とする取締役会招集の通知が発せられないときは、その請求をした取締役は、自ら取締役会の招集をすることができる（会 366Ⅲ）。

この法構造は、基本的に平成17年（2005年）改正前商法259条1項ないし4項を承継するものであるが、各取締役に招集権を保障する規定は、昭和56年（1981年）改正時に設けられたものである。各取締役への招集権の保障は、取締役会の監督権限を適切に発揮させる趣旨である¹¹⁵。会社法は、商法旧259条1項と異なり、定款によって招集権者を特定しう旨を明定するとともに、招集権者でない取締役の招集請求に際し、商法旧259条2項3項で要求されていた会議の目的である事項を記載・記録した書面の提出・電磁的方法による提供を不要とした。

また、監査役も、取締役が不正の行為をし、もしくは当該行為をするおそれがあると認めるとき、または法令・定款に違反する事実もしくは著しく不当な事実があると認めるときに、必要があると判断すれば、取締役（招集権者を定めおいたときは招集権者たる取締役）に対し、取締役会の招集を請求することができる（会 383Ⅱ）。監査役による当該請求の日から5日以内に、請求日から2週間以内の日を会日とする取締役会招集通知

114 北澤・注(1)前掲384頁、青竹・注(10)前掲246—247頁。

115 青竹・同前247頁。

が発せられない場合は、その請求をした監査役が自ら取締役会を招集できる（会 383Ⅲ）。監査役の招集請求権・招集権は、昭和 56 年（1981 年）改正によって認められたものである。同年改正後商法 260 条ノ 3 第 3 項 4 項がこれであった（旧商法特例法上の小会社を除く（旧商特 25））。

監査役会設置会社以外の株主も（委員会設置会社以外の株主も）、取締役が会社の目的外の行為その他法令・定款に違反する行為をし、もしくは当該行為をするおそれがあると認めるときは、取締役会の目的たる事項を示して、取締役（招集権者を定めおいたときは招集権者たる取締役）に対して、取締役会の招集を請求することができ（会 367Ⅰ・Ⅱ）、上と同じ要件の下に、自ら取締役会を招集することができる（会 367Ⅲ）。なお、かかる株主は、請求に基づいて招集された取締役会または自ら招集した取締役会に出席し、意見を述べることができる（会 367Ⅳ）。業務執行監査権限を有する監査役が存在しない会社において、株主に監査役の機能を代替せしめたものと観察できる。会社法制定時に新たに設けられたものである。

なお、各取締役の招集権を保障する規定と一定の場合に監査役・株主に招集権を認める規定が、取締役会の開催時期（2 週間以内）のみならず、招集通知を発する時期（5 日以内）についても定めているのは、定款で招集通知期間が短縮されている場合（会 368Ⅰ第 1 かっこ書）に、招集請求をした者が自ら招集しうることの確定する時期を遅らせないためである¹¹⁶。

4-2-1-2. 招集の通知

取締役会を招集するには、出席の機会と準備の時間を与えるため、会日の 1 週間（定款による短縮が認められる）前までに、各取締役に（監査役設置会社にあつては各監査役にも）対して、その通知を発しなければならない（会 368Ⅰ）。監査役設置会社において監査役にも通知を要するのは、監査役も取締役会に出席して意見を述べなければならないからである（会

116 北澤・注（1）前掲 384 頁参照。

383 I 本文)。計算関係議題で会計参与にも通知の発出をしなければならない場合がある (会 376 II)。

かつては、会社が取締役の 1 人を外国支店に常駐せしめているような場合には、その取締役に対しては通知を要しないものと解する他ないとの見解が有力であった¹¹⁷。しかし、今日にあっては、外国常駐の取締役といえど、通信手段の飛躍的発達により、臨場感を失わず会議に出席する手段を確保することが容易なのであるから (問題になるのは時差があること程度である)、全取締役に対し、通知の発出を要すると解すべきであろう。

取締役の一部に対し、招集の通知漏れがあったため、当該取締役が出席の機会を逸したときは、その取締役会決議は無効である。ただし、招集の通知漏れがあっても、当該取締役が会議に出席し、かつ異議を述べなかったならば、招集手続の瑕疵は治癒され、決議の効力に影響はない。他方、通知を受けなかったために欠席した取締役が、後に決議に同意しても、決議の瑕疵は治癒されない¹¹⁸。監査役設置会社において、監査役の一部に通知漏れがあった場合にも、上と同様に解してよからう。

通知の方法に制限はなく、書面・電磁的方法によると、口頭・電話などの方法によるとを問わない。開催の日時・場所を示す必要はあるが、取締役会設置会社の株主総会の場合 (会 299 IV、309 V 参照) と異なり、会議の目的たる事項 (議題) を示す必要はない。取締役に、議題の何如を問わず取締役会に出席する義務があり、取締役会の性質上、会議においては、その時々、業務執行に関する諸般の事項が議題となることが当然に予想されるからである。定款をもって、通知の方法や議題を通知内容に含めることを要する旨を定めることは差し支えないが、緊急事態に機動的に対応するために、招集通知に記載・記録のない事項を審議・決議しても、定款違反として当然に無効になると解すべきではない¹¹⁹。

117 大隅：今井・注 (18) 前掲 192 頁参照。

118 以上、同前。

119 青竹・注 (10) 前掲 248 頁、江頭・注 (10) 前掲 391 頁脚注 (10) 参照。

4-2-1-3. 招集通知の省略

取締役会は、取締役（監査役設置会社にあつては、取締役および監査役）の全員の同意があるときは、招集の手続を経ることなく開催することができる（会 368Ⅱ）。会計参与の出席を要する取締役会においては、会計参与と全員の同意も必要とする（会 376Ⅲ）。同意は、明示たると黙示たつとを問わないが（省略の同意が黙示であってもよいとする判例として、最判昭和 31 年（1956 年）6 月 29 日民集 10 巻 6 号 774 頁）、事前にかつ特定の取締役会について与えられることを要し、事後の同意によっては招集手続の欠陥は治癒されず、また一般的に招集手続を省略する旨の同意は無効である。ただ、取締役および監査役（必要な場合には、会計参与も）の全員の同意をもって、一定の日時および場所において定期的に取締役会を開く旨を定めるときは（いわゆる定例取締役会）、かかる定例会については、招集手続を経る必要はない¹²⁰。上の招集手続の省略に関する規定は、昭和 25 年（1950 年）改正時に設けられた商法 259 条ノ 3 にその沿革を遡ることができる。

招集手続を欠く場合であっても、取締役または取締役・監査役（必要な場合には会計参与）の全員が会合して、異議なく取締役会の権限事項につき協議し決定した場合には、全員出席取締役会として、取締役会決議は有効であると解される。ただし、監査役が取締役会に出席して、必要と認めるときは、意見を述べなければならないという規定（会 383Ⅰ本文）の下では、全員出席取締役会として有効であるためには、監査役全員が出席するか、欠席監査役が、取締役会のあることを知りながら、意見を述べる必要がないとして、欠席したことを要するものと思われる¹²¹。

個々の取締役または監査役が招集通知を受ける権利を一般的に放棄するかは疑問であるが、たとえば、海外出張期間中に開催される〔特定の〕取締役会の招集通知を受ける権利を放棄したり、会社法または定款で定め

120 以上、大隅：今井・注（18）前掲 195 頁。

121 北澤・注（1）前掲 386 頁参照。

た通知期間を自己に関して短縮することは差し支えないであろう¹²²。

4-2-2. 議事

取締役会の議事に関しては、商法会社編の時代から、法令上の特段の規定はない。したがって、会議体の一般原則に従うほか、定款・取締役会規則等の自治規則に従って遂行される。無論、各取締役が議題の判断をなすにつき必要な説明・資料提供がないままに決議がなされたような場合には、決議の瑕疵が生じうる¹²³。

4-2-3. 決議

4-2-3-1. 決議要件

取締役会の決議は、議決に加わることができる取締役の過半数（定款による加重が認められる）が出席し、その過半数（定款による加重が認められる）をもって行うのを原則とする（会 369 I）。すなわち、各取締役が1個の議決権を有する頭数制が採られている。株主総会決議と異なり、普通決議・特別決議・特殊な決議といった区別は存在しない（定款・取締役会規則等をもって、とくに決議要件を加重する議題を指定し、事実上、そのような区別を設けることは許されると思われる）。定足数・決議の要件を緩和することは、定款をもってしても許されない（会 309 I 対照）。

定足数の算定の基礎となる取締役は、原則として、現存する取締役の員数である（最判昭和 41 年（1966 年）8 月 26 日民集 20 卷 6 号 1289 頁）。仮処分により職務の執行を停止された取締役（民保 23 II）は現存取締役から除外されるが、仮処分により選任された取締役の職務代行者は、その権限の範囲内の事項（会 352 I 参照）につき現存取締役に算入される。取締役の終任により法律または定款に定めた取締役の員数を欠くに至った場合に後任者の就任するまで取締役の権利義務を有する者（会 346 I）はも

122 同前。

123 江頭・注 (10) 前掲 391 頁。

ちろん、上の場合に選任された一時取締役（会 346Ⅱ）も、現存取締役に算入される。しかし、現存取締役が法律または定款に定めた取締役の員数を欠いたままであるときは、定足数は法律・定款所定の員数を基礎として算定される¹²⁴。判例によれば、決議に必要な定足数は、討議・議決の全過程を通じて維持されなければならないとされている（上記、最判昭和 41 年（1966 年）8 月 26 日）。

表決の結果、可否同数となった場合は、否決であること、当然である。このような事態に備え、定款をもってかかる場合に議長に裁決権を与えることは可能か。これに関しては、会議体における一般の法則を理由に、そのような定めを有効と解する説がある¹²⁵。あるいは、取締役会が会社の基礎的事項ではなく業務執行を決定するための会議体であるという性格からみて、有効と解してよいと述べるものもある¹²⁶。他方、かかる場合には、議長が 2 票を投じる結果となるなら、要件を軽減するものであるから、無効と解する説がある¹²⁷。このような定款の定めは、理論的には、決議要件の緩和に当たること、当然であるが（したがって、形式的には無効説が正しいと考える）、賛否同数となった後に、当該議案につき、「議長一任」の決議が過半数の賛成で成立した場合は、その決議は原則として有効となろう¹²⁸。しかし、通常の業務執行に係る取締役会決議において、議長一任動議を過半数をもって決議するのはよいであろうが、取締役会の専管決定決議事項とされている議案が可否同数となった場合に、議長一任動議を可決することは、会社法 362 条 4 項違反の疑いなしとしない。

4-2-3-2. 決議方法

取締役会は、取締役の協議と意見の交換により、その知識と経験を結集して一定の結論を得るための制度である。その識見才能が卓越していると

124 以上、北澤・注（1）前掲 387 頁参照。

125 大隅：今井・注（18）前掲 202 頁。

126 鈴木：竹内・注（5）前掲 280 頁脚注（8）。

127 龍田・注（88）前掲 117 頁。

128 江頭・注（10）前掲 393 頁脚注（14）参照。

株主に支持されたからこそ、取締役を選任されたのであるから、会議における議決権の行使については、各取締役は、その内部的職階や持株数に関係なく、平等である。したがって、全取締役の一致を要求して各取締役に拒否権を与えることは差し支えないが、代表取締役だけに拒否権を与えるがごとき定款・取締役会規則等の定めは、取締役間の平等の点から疑問である¹²⁹。

上に述べた理由から、取締役は自ら会議に出席して議決権を行使することを要し、代理人を出席させて議決権を代理行使させることは許されない。ただし、取締役でない者、たとえば監査役が取締役会の決議に加わった場合において、その者を除外してもなお決議の要件が満たされる限り、決議の効力は妨げられないものと解すべきである¹³⁰。

協議・意見交換の余地のない審議前における書面投票・電子投票が認められないのも、議決権の代理行使が認められないのと同様の趣旨に出たものである。

協議・意見交換が尽くされるためには、物理的に会議を開催する必要がある。ただし、臨場感のある会議の実質が備わる限り、動画中継等を利用して互いの反応が即時に実感できる設備を通じた取締役会決議を認めてよい¹³¹。わが国の企業と外国のそれとの合弁会社や取締役が外国に常駐している会社等においては、そのような方法による取締役会を許容された方がより多くの構成員の意見を集約することができるし、技術の進歩により自由に意見を交換できる手段も可能となっており、そのような方法による取締役会の形骸化のおそれもないからである¹³²。

4-2-3-3. 特別利害関係人

株主の議決権は権利であるのに対し、取締役の議決権は権限であり、取

129 北澤・注 (1) 前掲 388 頁。

130 大隅：今井・注 (18) 前掲 200 頁。

131 龍田・注 (88) 前掲 117 頁参照。

132 前田・注 (4) 前掲 459 頁。

締役はもっぱら会社の利益のためにこれを行使する義務を負う¹³³。それゆえ会社法は、この見地から、以下のような制約を設けている。

取締役会の決議について特別の利害関係を有する取締役は決議に加わることができない（会 369Ⅱ）。平成 17 年（2005 年）改正前商法 260 条ノ 2 第 2 項をそのまま承継する規定であり、かかる取締役の決議不参加は、昭和 25 年（1950 年）改正によって定められたものである（当時は、株主総会決議につき特別の利害関係を有する株主が総会決議において議決権を行使できない旨の規定があり（昭和 25 年改正後商 239Ⅴ）、同年改正後商法 260 条ノ 2 第 2 項は、これを準用するという形式をもって立法されたが、昭和 56 年（1981 年）改正により、株主総会における特別利害関係人たる株主の議決権行使を禁じる規定が廃止されたため、昭和 56 年以降は、商法 260 条ノ 2 第 2 項に、この旨が直接明定された）。これは、特別利害関係人たる取締役の公正な行動を期待できないという考えに基づくものである¹³⁴。

特別の利害関係を有するとして決議に加わることのできない取締役の数は、取締役会の決議要件との関係で、取締役の数に算入されない（会 369Ⅰ参照）。平成 17 年（2005 年）改正前商法 260 条ノ 2 第 3 項を承継するものである。

上に述べた「特別利害関係人たる取締役の公正な行動を期待できないという考えに基づく」とは、いわゆる理論上の忠実義務を基礎に、特定の取締役が、当該決議について、会社に対する忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められる個人的利害関係ないしは会社外の利害関係を有する場合に、取締役個人と会社との間の利害対立を事前に防止するためという趣旨に基づくものであると捉えることができる¹³⁵。こう解する限りにおいて、この規定は、取締役の忠実義務に係る規定の一環をなすもの

133 龍田・注（88）前掲 116 頁。

134 北澤・注（1）前掲 389 頁。

135 落合誠一編『会社法コンメンタール 8』（商事法務・2009 年）292 頁〔森本滋〕。

と観ることができる。

上のように解すれば、「特別の利害関係」とは、一般的に述べれば、特定の取締役が、当該決議について、会社に対する忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められる個人的利害関係ないしは会社外の利害関係を意味すると解される¹³⁶。

具体的には、取締役の競業取引の承認（会 365 I、356 I ①）、取締役と会社間の利益相反取引の承認（会 365 I、356 I ②③）、取締役と会社間の訴えの会社代表者の決定（会 364）の場合に、当該取締役が特別利害関係人に該当することは異論をみない¹³⁷。

代表取締役の選定（会 362 II ③）の場合の候補者は、特別利害関係人に当たらない。選定決議への参加は、純粋に業務執行の決定への参加に他ならないからである。これに対し、解職の場合における解職対象者たる代表取締役については争いがある。最高裁昭和 44 年（1969 年）3 月 28 日判決民集 23 卷 3 号 645 頁は、「代表取締役は、会社の業務を執行・主宰し、かつ会社を代表する権限を有するものであつて（商法 261 条 3 項・78 条 [判決当時の商 261 III は、合名会社の代表社員の権限に関する商 78 を準用していた—現在の会 349 IV に相当]）、会社の経営、支配に大きな権限と影響力を有し、したがつて、本人の意志に反してこれを代表取締役の地位から排除することの当否が論ぜられる場合においては、当該代表取締役に對し、一切の私心を去つて、会社に対して負担する忠実義務（商法 254 条 3 項、254 条ノ 2 参照 [—現在の会 330、355 に相当]）に従い公正に議決権を行使することは必ずしも期待しがたく、かえつて、自己個人の利益を図つて行動することすらあり得るのである。それゆえ、かかる忠実義務違反を予防し、取締役会の決議の公正を担保するため、個人として重大な利害関係を有する者として、当該取締役の議決権の行使を禁止するのが相当」と判示して、解職対象代表取締役は特別利害関係人に当たるとして

136 同前 292—293 頁 [森本滋]。

137 北澤・注 (1) 前掲 389 頁、青竹・注 (10) 前掲 249 頁。

いる。学説においては、かねてより、取締役会の議決権がもっぱら会社の受任者としての地位において認められたものであることを勘案して、解職決議対象代表取締役が特別利害関係人に当たると解するものがあった¹³⁸。議決権の行使を許せば、公正な決議を期すことができないとの趣旨であろう。他方、株主総会における取締役の選定・解職に関する株主の支配力は、取締役会における代表取締役の選定・解職についても貫徹されるべきであるから、代表取締役の選定の場合の候補者と同様に、解職の対象たる代表取締役も特別利害関係人に当たらないと解する説もあった¹³⁹。換言すれば、代表取締役の地位の争奪は会社支配権争奪の一環でもあり、取締役およびその背後にある株主の勢力関係を反映せざるをえないものであるから、その判断は忠実義務以前の問題であるとの謂である¹⁴⁰。

現在の有力な商法研究者では、青竹正一が、解職対象者が、善管注意義務ないし忠実義務に従い、自己の利益のために権限を行使してはならない立場にありながら、自己の利益のために審議に加わり、解職に反対する可能性が大きいこと、また、代表取締役に不正な行為などがあったにもかかわらず取締役会が解職を否決した場合の解職方法（会 854 対照）がないことを理由に、解職対象代表取締役は特別利害関係人に当たると解すべきであると主張している¹⁴¹。一方で、龍田節は、この場合には、取締役間との利害対立はあっても、会社と取締役との対立はなく、選定との釣合いから観ても、特別の利害関係には該当せず、議決権排除の事由は、取締役の忠実義務と矛盾するような個人的利害関係に限るべきであると主張している¹⁴²。吉本健一もまた、当該代表取締役を支持する株主の会社運営・支配に関与する利益の発現の延長線上の問題として、対象代表取締役の解職決議への参加が認められるべきであると説いている¹⁴³。江頭憲治郎は、閉鎖型のタ

138 大隅：今井・注（18）前掲 202 頁脚注（3）、石井・注（102）前掲 325 頁。

139 北澤・注（1）前掲 390 頁。

140 河本・注（1）前掲 449 頁。

141 青竹・注（10）前掲 250 頁。

142 龍田・注（88）前掲 116 頁参照。

イブの会社を念頭に置く限り、代表取締役の解職は、取締役会の監督権限の行使というより業務執行（経営方針）を巡る 2 派の争いそのものである例が多いと思われるので、同人の議決権を排除すべき理由はなく、特別利害関係人に当たらないと解する見解を支持している¹⁴⁴。

代表取締役の選定と異なり、法の所期するその解職の場面とは、大きな権限を与えられた当該対象者が、取締役会の決議に従って、会社の業務執行の舵取りを宰領するだけの指導力・資質の有無を問われている場面であると思量する。株主総会において選任された取締役は、会社との関係で受任者の立場にあるが（会 330）、実質的には、自己に反対票を投じた株主を含む全株主から、会社の経営を委ねられたものである。したがって、代表取締役を解職すべきか否かという判断は、単純な株主の支配力の延長線上にあるものとして捉えるべきではなく、取締役として信任を受けた全株主のために、冷静（冷徹）に、対象者の代表取締役としての資質そのものを評価するという問題であろう。そうであるとすれば、忠実義務違反を予防し、決議の公正を担保するためという法の理念を重視して、最高裁が述べるように、決議の公正を確保するために、一般予防的にこの場合にも特別利害関係を肯定すべきである¹⁴⁵と考える。

特別利害関係人がその議題につき意見陳述権を有するかという問題がある。前田庸によれば、議題につき議決権の行使を排除されている者が、その議題につき自ら意見を陳述してその成否に影響を与える権利が認められると解することは不都合であり、意見陳述権はないと解すべきであり、そうであるとすると、その議題の審議中は取締役会の席にとどまる権利も有しないと解すべきである¹⁴⁶とされている。会社法 369 条 1 項は、「取締役会の決議は、議決に加わることができる取締役の過半数…が出席し、その

143 吉本・注 (27) 前掲 193 頁 Point II 参照。

144 江頭・注 (10) 前掲 393-394 頁脚注 (15)。

145 近藤・注 (2) 前掲 260 頁。

146 前田・注 (4) 前掲 460-461 頁参照。

(取締役の) 過半数をもって行う。」と規定されており、2項は、その「決議について特別の利害関係を有する取締役は、議決に加わることができない。」とされている。この規定ぶりは、昭和56年(1981)年改正後商法260条ノ2第1項ないし3項の法意をそのまま承継することを意図したものとと思われるが、商法旧260条ノ2第3項は「決議ニ参加スルコトヲ得ザル取締役ノ数ハ第一項ノ取締役ノ数ニ之ヲ算入セズ」と、とくに項を別に設けて、決議に参加できない取締役(特別利害関係人)の数は、取締役会の決議要件との関係で、取締役の数に算入されないことを明確に知らしめていた。これは、特別利害関係人に、議決権を行使することばかりでなく、取締役会に出席して意見を述べる(審議に加わる)ことをも禁止した趣旨と解されるものである¹⁴⁷(これが明瞭である点で、その規定ぶりは、商法旧260条ノ2の方が、会社法369条1項2項よりも日本語として優れている)。よって、解釈論としては、現行会社法の下でも、前田説が正当であろう。下級審裁判例においても、特別利害関係を有する取締役は、取締役会への出席権がなく、取締役会の構成員から除外されること、あるいは、議長としての権限行使の結果が審議の過程全体に影響を及ぼし、態様如何によっては不公正な決議の結果を導き出すおそれがあることから、議長の権限を失うとするものがある(東京高判平成3年(1991年)7月17日資料版商事102号149頁、東京地判平成7年(1995年)9月20日判時1572号131頁)。もっとも、取締役会が特別利害関係人に意見陳述ないし釈明の機会を与え、あるいは席にとどまることを認めるのは自由である¹⁴⁸。また、一定の場合に特別利害関係人が取締役会において開示義務を負うこと(会365I、356I)は、上のように解する妨げにならない¹⁴⁹。

特別利害関係を有するために決議から排除される取締役は、出席数の数に加えられないにとどまり、現存取締役数からは除かれない。よって、取

147 北澤・注(1)前掲391頁参照。

148 前田・注(4)前掲461頁。

149 北澤・注(1)前掲391頁。

締役が3名の会社でうち2名に特別利害関係があれば、その2名は決議に参加できなくても、取締役であることに変わりはないのであるから取締役会という会議体は存在し、上のような場合には、残った1名の取締役の賛否によることになる¹⁵⁰。

この他、特別利害関係人に当たる例として、譲渡制限株式の譲渡につき、取締役が譲渡当事者である場合（譲渡人たると譲受人たるとを問わない）の承認決議（会139 I）、取締役の会社に対する責任の一部免除（会426 I）などが考えられる。

4-2-3-4. 決議・報告の省略

先に述べのように（本章4-2-3-2）、取締役会における審議は、互いの協議・意見交換を尽くして行う必要があるから、本来は、現実には会議を開催するのが本則である。したがって、原則として、いわゆる持回り決議は認められない（最判昭和44年（1969年）11月27日民集23巻11号2301頁）。

しかし、会社法は、取締役会設置会社において、取締役が取締役会の決議の目的である事項について提案をした場合において、当該提案につき取締役（当該事項について議決に加わることができるものに限る）の全員が書面または電磁的記録により同意の意思表示をしたときであって、監査役設置会社にあつては、監査役も当該提案に異義を述べなかったときは、当該提案を可決する旨の取締役会の決議があったものとみなす旨を、定款をもって定めることができるものとしている（会370）。企業活動が国際化する中で、外国に駐在する取締役や海外居住の外国人取締役が増加している現実を踏まえ、動画中継等を利用して互いの反応が即時に実感できる設備を用いた会議方式をさらに進め、より機動的な会社運営を実現するために、会議を物理的に開催しない形で決議を行い、迅速かつ円滑な業務を遂行することが可能となるよう、実務界の強い要望を容れ、会社法制定に当

150 龍田・注(88)前掲116-117頁参照。

たって、新設された規定である¹⁵¹。

上のような書面決議・電磁的方法による決議を許容しても、代表取締役・業務執行取締役による3ヵ月に1回以上の職務執行の状況についての取締役会への報告（会363Ⅱ）は省略することができず（会372Ⅱ）、したがって、取締役会は3ヵ月に1回以上開催しなければならないので、取締役会が過度に形骸化するおそれも少なく、かかる決議の濫用のおそれも少ないといえよう。

たとえ重要な決議事項であっても、緊急を要する場合があります、決議事項の何如を問わず上のような決議を認めることが便宜である。もっとも、決議事項の内容と会社の状況等から、現実に取り締役会を開催して慎重に審議することが取締役の善管注意義務から要請されることがありえ、かかる場合に書面決議・電磁的方法による決議で事足りるとした結果、事後的にその内容について判断の誤りが問題となるときは、決議方法も含めて、取締役の任務懈怠責任が問われることになる¹⁵²。

書面決議・電磁的方法による決議がなされた場合、当該決議において、提案に対する同意の意思表示を記載・記録した書面・電磁的記録は、決議があったとみなされた日から10年間、本店に備え置かれ（会371Ⅰ）、株主や会社債権者等の閲覧・謄写等に応じられる（会371Ⅱ～Ⅵ）。かかる決議を開示する趣旨である。

会社法は、以下のように、取締役会への報告の省略を認めている。すなわち、取締役、会計参与、監査役または会計監査人が取締役（監査役設置会社にあつては、取締役および監査役）の全員に対して、取締役会に報告すべき事項を通知したときは、当該事項を取締役会へ報告することを要しないものとされている（会372Ⅰ）。これは、決議の省略の制度と一体のものとして、会社法制定にあたり、新設されたものである。会社運営の簡

151 酒巻：龍田編・注（39）前掲581頁〔早川勝〕参照。

152 森本滋「大会社の管理運営と会社法制の現代化に関する要綱試案（上）」商事法務1699号（2004年）8頁参照。

易化・弾力化の一環であろう¹⁵³。報告の省略には、定款の定めを要しない。

しかし、上に述べたように、代表取締役・業務執行取締役による、3ヵ月に1回以上の自己の職務執行に係る状況の取締役会への報告は、省略することを許されない（会 372 II）。

この方法により取締役会への報告の省略がなされた場合、通知を受けた取締役・監査役が、当該報告事項につき取締役会で審議する必要があると認めるときは、これらの者は、その職責として¹⁵⁴、招集権者の定めあるときは、招集権者に対して、取締役会の招集を請求することができ（会 366 II、383 II）、また招集権者が招集しなければ、自らこれを招集することができる（会 366 III、383 III）。招集権者の定めなきときは、各取締役がこれを招集することとなる（会 366 I 本文）。これらの者の善管注意義務上、当然の理である。

4-2-3-5. 特別取締役による決議

（ア）すでに述べたように（本章 4-1-2-1）、会社法 362 条 4 項は、取締役会の専管決定決議事項を法定し、その事項に係る決定は、定款の定めをもってしても、下位機関に委任することはできないとしている。しかし、同条同項に掲げられた事項のうち、①重要な財産の処分および譲受け、②多額の借財、については、これらの決定が取締役会の専管決定決議事項であることが、かえって会社の迅速な業務執行の決定を阻害することがありうる。わけても、取締役の数が多く、外国常駐の取締役も存するような大規模会社は、頻繁に取締役会を開くことが困難であり、委員会設置会社制度を採用しない会社にあっては、取締役会専管決定決議事項を多く抱え込むことは、国際競争力確保の桎梏になると考えられた¹⁵⁵。

そこで、平成 14 年（2002 年）改正に際し、「重要財産委員会制度」が

153 落合編・注 (135) 前掲 329 頁 [森本滋] 参照。

154 同前 330 頁 [森本滋]。

155 始関正光「平成 14 年改正商法の解説 (IX)」商事法務 1646 号 (2002 年) 4 頁参照。

導入された。すなわち、旧商法特例法上の大会社またはみなし大会社に、この委員会を置くことを可能にしたのである。大規模会社であって、当時の委員会等設置会社制度を採用しなかった会社にも、能う限り機動的な会社経営が可能となるようにするため、取締役会専管決定決議事項のうち、緊急の決定が必要となることが多い事項について、少数の取締役のみによって迅速な決定ができるようにするとの立法政策によるものであった¹⁵⁶。簡単に述べれば、旧商法特例法上の一定の要件を満たす大会社またはみなし大会社に、取締役会の決議によって重要財産委員会の設置を認め（平成14年（2002年）改正後旧商特1の3Ⅰ）、取締役会は、この委員会に、上述の①および②の決定を委任することができる（同年改正後旧商特1の3Ⅴ）という制度であった。重要財産委員会は、取締役会の構成員である取締役によって構成され（同年改正後旧商特1の3Ⅲ）、またその委員は取締役会決議によって定めることとされており（同年改正後旧商特1の3Ⅳ）、さらに、この委員会の決定すべき事項は、取締役会の専管決定決議事項の一部に限られ、取締役会がこれを委任したものであるから、重要財産委員会は、独立の機関ではなく、取締役会の内部機関と位置づけられるものであった¹⁵⁷。会社法において、上の重要財産委員会の系譜に連なるのが、「特別取締役による取締役会決議制度」である。この制度は、取締役会の決議要件の特則という形式をもって立法されている。

（イ）取締役会設置会社（委員会設置会社を除く）であって、①取締役の数が6人以上であること、かつ、②取締役のうち1人以上が社外取締役であること、との要件を満たすものは、取締役会が、（i）重要な財産の処分および譲受け、（ii）多額の借財、に係る事項についての取締役会の決議を、あらかじめ選定した3人以上の取締役（特別取締役）のうち、議

156 河本・注（1）前掲454頁。この立法政策は、同年改正によって導入された当時の委員会等設置会社と同様の趣旨であるが、委員会等設置会社制度は、わが国の従来の大会社の機関の在り方とあまりに違いすぎるために、大部分の会社はこれを採用しないと予想された。

157 始関・注（155）前掲7頁。

決に加わることができるものの過半数（定款による加重が認められる）が出席し、その過半数（定款による加重が認められる）をもって行うことができる旨を、定めることができる（会 373 I ①②）。

旧商法特例法上の重要財産委員会と比較すると、取締役の数が 10 人以上から 6 人以上へと緩和されている（平成 14 年（2002 年）改正後旧商特 1 の 3 I ①参照）。これは、社外取締役制度の積極的運営の障害となる可能性を勘案して、実務界からの要望を容れたものである¹⁵⁸。また、旧商法特例法の重要財産委員会と異なり、大会社たると非大会社たると、公開会社たると非公開会社たるとを問わず、上の①および②の要件を満たす限り、委員会設置会社を除く取締役会設置会社一般に、この制度採用の門戸が開放されている。さらに、重要財産委員会にあっては、監査役全員に委員会への出席義務があったが（平成 14 年（2002 年）改正後旧商特 1 の 4III による取締役会議事に係る商法規定の準用）、これもまた重要財産委員会の機動的な開催の障害となり、また 3 人の重要財産委員の審議を 3 人以上の監査役が監査する必要もないので、実務界の要望を容れて、特別取締役制度ではこれが緩和されている¹⁵⁹。この緩和策については、下記（ウ）で述べる。

取締役のうち 1 人以上が社外取締役である会社であるとの要件は、重要財産委員会制度の趣旨を承継するものであり（平成 14 年（2002 年）改正後旧商特 1 の 3 I ②参照）、特別取締役の会議が委任された事項を決定することに係る取締役会の監督機能が維持されることを確保するために設けられた要件である¹⁶⁰。

重要財産委員会の権限が取締役会の決議に基づいて与えられていた（平成 14 年（2002 年）改正後旧商特 1 の 3 II・V）のに対し、特別取締役による会議の権限は、会社法の規定によって直接に付与されているので、決

158 落合編・注 (135) 前掲 338 頁 [森本滋] 参照。

159 同前 [森本滋] 参照。

160 酒巻：龍田編・注 (39) 前掲 602 頁 [早川勝] 参照。

議事項が同様に限定されているが、これらの事項の決定に関する限り、包括的にこれを委任されており（つまり、重要な財産の処分・譲受けと多額の借財の一部にその権限を制限することができない。この点も重要財産委員会と異なる点である）、その決議は、特別取締役として選定されたことにより、当然にこれを行うことができる。結果、取引の相手方は、特別取締役による会議の権限の範囲を確認する必要がなく、取引の安全が保障される。取締役会が権限を制限しても、それについての善意の第三者に対抗することができない¹⁶¹。

（ウ）特別取締役による議決の定めを設けた場合には、特別取締役以外の特取締役は、重要な財産の処分および譲受け、多額の借財の決定に係る取締役会に出席することを要しない（会 373Ⅱ前段）。このような定めを設けた場合、特別取締役による会議の招集権は、各特別取締役にあり、その招集通知期間の短縮は定款によらず取締役会で定め、その招集通知は、各特別取締役（監査役設置会社にあつては、各特別取締役および各監査役）に対して発することになる。また、特別取締役（監査役設置会社にあつては、特別取締役および監査役）全員の同意があるときは、招集手続を経ることなく、会議を開催することができる（以上、会 373Ⅱ後段）。

通常の特取締役会と異なり、招集権を有する特別取締役を定めることができない（会 373Ⅳによる同 366Ⅰただし書の適用除外）のは、かかる会議を、各特別取締役が欲した時に、機動的に開催できるようにするためであろう。

監査役設置会社において、監査役が 1 人しかいないときは、この者は、特別取締役による会議への出席義務があるが、複数の監査役を置く会社では、監査役の互選により、この会議に出席する監査役を定めることができる（会 383Ⅰただし書）。上に述べたように、この法政策もまた、このような会議の機動的な開催に資するであろう。会議の都度、過度に監査役を

161 以上、同前 604 頁〔早川勝〕参照。

拘束する弊も大幅に減少する。

特別取締役による会議にあっては、通常取締役会における決議の省略（会 370）の規定の適用が認められない（会 373IV）。決定の機動性を確保するのに相応しい取締役が特別取締役に選定されることが予定されているからである¹⁶²。また、この会議の性質上、株主による招集請求に係る規定（会 367）も適用されない（会 373IV）。

特別取締役の互選によって定められた者は、特別取締役の会議によって決定された決議内容を、決議後、遅滞なく、特別取締役以外の取締役に報告しなければならない（会 373III）。

（エ）たとえ特別取締役による取締役会決議の制度を定めようと、これによって本来の取締役会の権限が縮小する結果にはならない。すなわち、特別取締役の会議による決議がなされようと否とを問わず、取締役全員によって構成される取締役会において、本則に従って、重要な財産の処分・譲受け、多額の借財について、別途決議することが当然に可能である。両者が異なる内容の決議をしたときは、通常取締役会で同一事項について2度決議が行われた場合と同様、決議の先後関係の問題として処理されると解されている¹⁶³。特別取締役制度が、取締役会の決議の特則という形式をもって法定されている以上、両者の決議は、ともに決議としては同等の性質を有する取締役会決議であるから、上の結論は当然の帰結であろう。

上の理は、会社法が所期するように、取締役会の定めによらず、直接定款をもって、特別取締役制度を定めたとしても同様であろう。定款の定めがあろうとも、会社法 373 条 1 項 1 号 2 号の要件が欠けた場合には、特別取締役の会議による決議は効力を生じないし、特別取締役は、会社法に依拠して定款に置かれる法定の機関という位置づけではないからである（会 326 II 参照）。

結果、いずれにせよ、特別取締役が選定された場合、通常取締役会で

162 青竹・注 (10) 前掲 253 頁。

163 酒巻：龍田編・注 (39) 前掲 604 頁 [早川勝] 参照。

決議するか、それとも特別取締役会で決議するかは、取締役会の招集権者の判断によることになる¹⁶⁴。

(オ) 会社は、特別取締役による議決の定めをしたときは、①そのような定めがある旨、②特別取締役の氏名、③取締役のうち社外取締役であるものについて社外取締役である旨、を登記しなければならない（会 911Ⅲ [21]）。

4-2-4. 取締役会の議事録

4-2-4-1. 議事録の作成

取締役会の議事については、法務省令で定めるところにより、書面または電磁的記録をもって（会施規 101Ⅱ）、議事録を作成のうえ、出席した取締役および監査役は、これに署名・記名押印または電子署名をしなければならない（会 369Ⅲ・Ⅳ）。これに署名等を要求する理由は、議事録に異議をとどめない取締役に付き、その決議に賛成したとの推定効を生ぜしめる（会 369Ⅴ）という法政策との関連においてである。

会社法施行規則 101 条 3 項によれば、取締役会の議事録は、以下に掲げる事項を内容とするものでなければならない。すなわち、①取締役会が開催された日時・場所（当該場所に存しない出席者がいる場合における出席の方法を含む）、②取締役会が特別取締役による取締役会（会 373Ⅱ）であるときはその旨、③取締役会が、通例の招集権者以外の者の招集請求や招集権者以外の者によって招集されたものであるときはその旨、④取締役会の議事の経過の要領およびその結果、⑤決議を要する事項について特別の利害関係を有する取締役があるときは当該取締役の氏名、⑥競業取引・利益相反取引に係る取締役の事後報告などをはじめ会社法に定められた意見・報告がなされたときは当該意見・発言の内容の概要、⑦取締役会に出席した執行役、会計参与、会計監査人または株主の氏名・名称、⑧議長が

164 同前 [早川勝]。

存するときは議長の氏名である。

上記④については、(ア) 開会と閉会の事実、(イ) 開会中の審議の内容(報告、議案の提案、質疑応答等)の要領、(ウ) 採決方法とその結果、が記載・記録される。審議の状況が明らかとなる内容であることを要する¹⁶⁵。⑥につき、監査役は、取締役会に報告したか否かが自己の責任に関係するので、その報告が議事録にとどめられるよう要求することができる¹⁶⁶。⑧につき、議事の途中で議長が交代した場合には、すべての議長の氏名とその務めた議事を明示する¹⁶⁷。

会社法 370 条に依拠したみなし決議、報告の省略の場合においても、会社法上明示の規定を欠くが、会社法施行規則 101 条 4 項は、議事録の作成を要求するとともに、これに記載・記録すべき内容を定めている。

4-2-4-2. 議事録の効力

取締役会の議事録は、当該取締役会の議事の経過と決議の結果の証拠のためのひとつの手段にすぎない。すなわち、会社の法律関係の明確化のために作成されるものにすぎない。したがって、記載・記録漏れまたは事実と異なる記載・記録があった場合にも、決議の効力や会社の法律関係に直接の影響を与えるものではない¹⁶⁸。しかし、取締役会の決議に参加した取締役で、議事録に異議をとどめなかった者は、その決議に賛成したものと推定される(会 369 V)。平成 17 年(2005 年)改正前商法 266 条 2 項は、取締役の行為が取締役会決議に基づいてなされた場合には、決議に賛成した取締役は、その行為をしたものとみなして、会社に対する責任を負うこととしていたが、この制度は、過失責任を基調とする現行会社法の下では廃止されている。とはいえ、会社法 369 条 5 項の推定効は、各取締役が、決議をなすにあたって善管注意義務を尽くしたか否かの判断材料とされる

165 落合編・注(135)前掲 305 頁[森本滋]。

166 酒巻：龍田編・注(39)前掲 579 頁[早川勝]。

167 同前[早川勝]。

168 江頭・注(10)前掲 398 頁脚注(21)、落合編・注(135)前掲 307 頁[森本滋]。

点で意義を有する¹⁶⁹。

4-2-4-3. 議事録の備置きおよび閲覧・謄写等

取締役会の議事録は、取締役会の日（みなし決議がなされたものとみなされた日を含む）から10年間、これを本店に備え置かなければならない（会371Ⅰ）。昭和56年（1981年）改正前商法263条1項は、取締役会議事録を、定款や株主総会議事録と同列に、本店および支店に備え置くことを要するものとしていたが、同年改正後商法260条ノ4第3項は、取締役会の議事録を本店にのみ備え置くことを要するとして、その期間を10年間に限ることとした。なお、備置義務違反には、過料の制裁が課せられる（会976⑧）

株主は、その権利を行使するために必要があるときは、営業時間内はいつでも、書面による議事録の閲覧・謄写、または、電磁的方法による議事録の記録事項を表示したものの閲覧・謄写を請求することができる（会371Ⅱ）。ただし、監査役設置会社にあつては、監査役の業務執行監査権限を勘案し、各株主に強い監視権限を付与する必要性が監査役非設置会社に比して相対的に低いためであろう、株主の上述の請求権行使に裁判所の許可を得ることが要求されている（会371Ⅲ）。委員会設置会社の株主も同様である（会371Ⅲ）。つまり、裁判所の許可を得ることなく上述の権利を行使しうる株主は、株主に強い監視権限を認めなければならない会社に限られる¹⁷⁰。

会社債権者は、役員（委員会設置会社にあつては、執行役を含む）の責任を追及するため必要があるとき、会社の親会社社員は、その権利を行使するため必要があるときに、裁判所の許可を得て、取締役会議事録の閲覧・謄写等の請求をなすことができる（会371Ⅳ・Ⅴ）。親会社社員にこの請求を認めるのは、当該社員も、親会社（たとえば持株会社）の役員等の責任を追及するためには、重要な子会社の経営状態を調査する必要がある

169 前田・注(4)前掲472頁。

170 江頭・注(10)前掲396頁参照。

るからである¹⁷¹。

裁判所に対する許可の申立ては非訴事件であり、申立人は、閲覧・謄写等を必要とする事実を疎明しなければならない（会 869）。裁判所は、株主・会社債権者・親会社社員の請求に係る閲覧・謄写等をすることにより、当該会社またはその親会社・子会社に著しい損害を及ぼすおそれがあると認めるときは、その許可をすることができない¹⁷²（会 371VI）。

昭和 56 年（1981 年）改正前商法 263 条 2 項は、取締役会議事録といえど、株主および会社債権者に、目的を制限することなく、また裁判所の許可も要することなく、その閲覧・謄写を認めていた。しかし、同年改正後商法 260 条ノ 4 第 4 項は、株主・会社債権者のそれぞれに、前者については、「其ノ権利ヲ行使スル為必要アルトキ」、後者については、「取締役又ハ監査役ノ責任ヲ追及スル為必要アルトキ」との目的制限を加えると同時に、「裁判所ノ許可ヲ得テ」との要件を課した。さらに、同年改正後同条 5 項は、「閲覧又ハ謄写ニ因リ会社又ハ其ノ親会社若ハ子会社ニ著シキ損害ヲ生ズル虞アルトキハ裁判所前項ノ許可ヲ為スコトヲ得ズ」と規定した。平成 11 年（1999 年）の同条改正にあたり、閲覧・謄写請求権者に「親会社ノ株主」を加えた。現行会社法は、取締役会議事録の閲覧・謄写等につき、この法政策を踏襲していると観察できよう。取締役会議事録の閲覧・謄写等をこのように制限したのは、昭和 56 年（1981 年）改正前のように無制限にこれを認めると、会社が企業秘密が漏れることをおそれて、秘密事項を記載・記録しないとか秘密事項の決定を常務会などに移すことがあり、また、総会屋などが閲覧・謄写等の権利を濫用するおそれがあるからである。加えて、上の制限により、取締役会の議事録の、内容が充実することも期待されている¹⁷³。

171 同前。

172 取締役会議事録の閲覧請求が、株主の権利を行使するため必要であるときという要件を欠くか、あるいは権利の濫用に当たるとして、これを退けた裁判例として、福岡高決平成 21 年（2009 年）6 月 1 日金商 1332 号 54 頁がある。

173 以上、北澤・注（1）前掲 392 頁参照。

会社法 371 条 2 項にいう株主が「その権利を行使するため必要があるとき」とは、一般的には、株主が株主としての地位に基づき有する権利を行使する場合と考えられる¹⁷⁴。この権利には、自益権・共益権を共に含むわけであるから、株主の個人的利益、たとえば株主または親会社の株主が自己の持株を処分するか否かを判断するのに必要な場合も含まれると解してよいと思われる¹⁷⁵。

会社法 371 条 4 項にいう会社債権者が「役員又は執行役の責任を追及するため必要があるとき」とは、結局は、会社債権者の権利行使すなわちその債権の満足を得るためにそれらの者の責任を追及する必要がある場合という意味であって、それらの者の責任を追及しなくても債権の満足を得られることが確実なときは、上の請求は認められないと解すべきである¹⁷⁶。

4-2-5. 取締役会決議の瑕疵

取締役会の決議の手續または内容に瑕疵がある場合、会社法は、商法会社編の時代から今日まで、株主総会の決議の瑕疵についてと異なり、特段の規定を設けていない。

取締役会決議の手續上の瑕疵の例としては、招集通知期間の不足、一部の取締役に対する招集通知漏れ（監査役への通知漏れも含む。監査役の業務監査の機会を奪うことになるからである¹⁷⁷）、特別利害関係人の決議参加などが挙げられる。内容上の瑕疵の例としては、取締役会の権限を踰越する事項の決議、株主平等原則に反する事項の決議などが挙げられる。

いずれにせよ、会社法に特段の規定が存しないのであるから、決議の手續に瑕疵がある場合たとその内容に瑕疵がある場合たとを問わず、これらの瑕疵は、一般原則に従って処理されることになる。したがって、決

174 近藤・注 (2) 前掲 261 頁。

175 北澤・注 (1) 前掲 392 頁参照。

176 前田・注 (4) 前掲 473 頁。

177 龍田・注 (88) 前掲 118 頁。

議の内容に瑕疵がある場合には当然のこと、その手続に瑕疵がある場合にも、決議は原則として無効であり、誰が何時どのような方法によっても、その無効を主張できることになる。よって、確認の利益が認められる限り、決議無効確認の訴えを提起することもできる¹⁷⁸。そして、無効確認の判決については、画一的処理の必要がある限り、対世的効力を認めるべきであろう¹⁷⁹。実質的に決議がなされていない場合には、決議不存在確認の訴えを提起することもできる。

最高裁昭和 44 年 (1969 年) 12 月 2 日判決民集 23 卷 12 号 2396 頁は、一部の取締役に対する招集通知を欠くことにより招集手続に瑕疵がある場合でも、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事由があるときは、当該手続上の瑕疵は決議の効力に影響がなく、決議は有効であると判示している。もっとも、かかる場合には、関俊彦が説くように、欠席取締役が出席したとしても、単純な計算上の票数の上で結果に影響がないということだけでは、決議を有効とする理由として不十分であろう。その取締役が出席したとすれば他の取締役が影響を受けたかも知れないと考えられるからである¹⁸⁰。しかし、欠席取締役が事後的に決議に異議を唱えないなどの特段の事情があれば、常に決議を無効とするのは行き過ぎである。それゆえ、取締役会決議につき、瑕疵が軽微で決議の結果に影響を及ぼさない場合には、裁量棄却と同様の救済の余地を認めるという上の最高裁判決の方向は是認できる。もっとも、繰り返し述べるように、瑕疵が、票数の計算上、決議の結果に影響を及ぼさないという点だけを捉えて、軽々に会議の帰趨に影響がないと断定することは許されない。そうでなければ、名目的取締役や少数派には招集通知を要しないことになりかねないからである¹⁸¹。取締役会は、各取締役が、その知識と経験に基

178 青竹・注 (10) 前掲 256 頁。

179 北澤・注 (1) 前掲 393 頁、江頭・注 (10) 前掲 397 頁脚注 (10)。

180 関・注 (52) 前掲 269—270 頁脚注参照。

181 青竹・注 (10) 前掲 256 頁。

づき、協議・意見交換を行う場であるという¹⁸²、青竹正一が説く本則を、改めて留意しておく必要がある。あくまでも、この本則を前提としての決議の瑕疵の救済の余地を認めるということではなければならない。

なお、特別利害関係人が議長として取締役会の議事を主宰した場合に決議無効原因となるとする裁判例があるが（東京高判平成8年（1996年）2月8日資料版商事151号143頁）、この者が必ずしも不公正な議事運営をなすとは限らないのであるから、議事の進め方が不公正であった場合に限りて無効原因となると解すべきであろう¹⁸³。

無効な取締役会の決議に基づく代表取締役等の行為は、当然に無効となるわけではない。この点については、後に考究する。

4-3. 代表取締役

4-3-1. 代表取締役の意義

委員会設置会社を除く取締役会設置会社において、代表取締役は、会社の業務執行自体と会社の代表を司る必要かつ常設の機関である。

すでに述べたように（本章4-1-2）、取締役会は、会社の業務執行を決定するとともに、取締役の職務の執行を監督する機関であるが（会362Ⅱ①②）、これだけではまだ、業務執行自体と会社の代表を司る機関を欠くから、取締役会が代表取締役を選定して（会362Ⅱ③）業務執行自体と会社の代表に当たらせるのである。業務執行は、会社の業務に係る諸般の事務を処理することであり、それには、対外的な業務執行もあれば内部的な業務執行もあり、前者は、対外的行為の効果が会社に帰属する側面から観れば、会社の代表ということになる。「代表取締役」という名称は、会社代表の側面から捉えた名称であるが、代表取締役は、会社代表をともなう対外的業務執行はもとより、純然たる内部的業務執行をも行う機関である。代表取締役は、以上の他、適法に委ねられた範囲において業務執行に

182 同前。

183 龍田・注（88）前掲118頁参照。

係る意思決定を行うことができ、ことに日常の業務（常務）の決定は、代表取締役委ねられたものと解してよい¹⁸⁴。

4-3-2. 代表取締役の員数

商法会社編の時代から今日に至るまで、会社法は代表取締役の員数をとくに定めていない。したがって法律上は、1人でも数人でもよい。定款に別段の定めがない限り、適宜取締役会がこれを定めうる。取締役会構成員を全員代表取締役と定めても（その機関構成上、社外取締役を必要とする会社を除いて）、違法とはいえない。ただ、取締役全員を代表取締役とすることは、取締役を取締役会と代表取締役に分化し、前者をして後者の職務の執行を監督せしめようという制度の本来の趣旨には合わないといえよう¹⁸⁵。

4-3-3. 代表取締役の選定・就任・終任

4-3-3-1. 選定および就任

取締役会は、取締役の中から代表取締役を選定しなければならない（会社法362III）。実際上は、定款の定めに基づき、取締役会で社長、副社長などのいわゆる役付取締役を選任し、それらの者を代表取締役とすることが多い¹⁸⁶。しかし、当該役職にない取締役を代表取締役に選定することは、もとより適法である。

取締役会と代表取締役との権限関係については、派生機関説と並立機関説との対立がみられる。前者が多数説である¹⁸⁷。すなわち、前者は、代表取締役の権限が取締役会による業務執行権限の委譲に由来するものであると構成し、代表取締役をして、取締役会の派生機関に他ならないと位置づ

184 以上、北澤・注（1）前掲394頁参照。

185 同前395頁。

186 青竹・注（10）前掲399頁。

187 吉本・注（27）前掲197頁参照。

けるものである¹⁸⁸。他方、後者は、株式会社の業務執行についてこれを意思決定とその執行自体とに分ち、意思決定の権限は取締役会に、執行自体の権限は代表取締役にそれぞれ専属するとの考え方から、取締役会が業務執行の意思決定を担当する機関であるのに対して、代表取締役は、単なる羈束的行為にすぎない執行自体と代表（対外的執行自体）を担当する機関であると解し、この両機関が上下関係をもって並立的に株式会社の業務執行機関を構成すると位置づけるものである¹⁸⁹。前者によれば、①取締役会は随時その決議をもって代表取締役の権限に制限を加え、あるいはその権限に委ねた事項につき自ら決議をなすことができ、この決議は代表取締役を拘束する。②のみならず、代表取締役に対する監督権限をも根拠づけることができ（会 362Ⅱ②）、③取締役会に対する代表取締役の報告義務（会 363Ⅱ）をも当然のこととして説明できる他、④代表取締役の選定・解職が定款をもってしても奪うことをえない取締役会に専属することをとも論理的に帰結することができる¹⁹⁰。他方、後者の説に従えば、会社の業務執行に関する権限がすべて取締役会に専属している結果、①取締役会が決定すれば代表取締役を拘束する反面、②本来業務執行の決定権限を有しない代表取締役は、定款または取締役会の決議をもって取締役会から委任された範囲でのみ決定権限を有するにとどまり、③ただ日常の業務執行に関する意思決定の権限については、代表取締役の選定のうちに当然その委任を包含しているものと推定されるとする¹⁹¹。

山口幸五郎は、制度発達の歴史的展望の視点から観れば、わが国の株式会社における業務執行機関の発達は、一般に管理（administration）と指揮（direction）の分化を理念とするものであって、管理の機関たる取締役会と代表取締役なる指揮の機関とに分化して発達するものと考えられ

188 大隅：今井・注（18）前掲 207 頁。

189 鈴木：竹内・注（5）前掲 286 頁脚注（4）参照、石井・注（102）前掲 301 頁参照。

190 以上、上柳：鴻：竹内編・注（7）前掲 138 頁 [山口幸五郎]。

191 同前 [山口幸五郎]。

ると説き、この視座から、株式会社の代表取締役に対し、単なる羈束的な行為をなす権限をのみ法律上固有する地位しか認めないことに帰着する並立機関説は、近代的株式会社におけるいわゆる管理と指揮の分化に対応しない理論構成といわなければならないと結んでいる¹⁹²。業務執行機関の発達史的視座から観て、説得性に富むものと思われる。もっとも、両説の理論的対立は、取締役会設置会社の運用の実態に必ずしも影響を与えるものではない。

代表取締役への就任は、この者の義務・責任を増大せしめるから、本人の承諾を当然に必要とする。この場合、江頭憲治郎は、「代表取締役任用契約」を観念しなければならないか否かは疑問であると説く¹⁹³。純理論的には、並立機関説に立てば、これを任用契約と呼ぶか否かは別として、代表取締役が取締役会から常務に係る意思決定をも委ねられるという側面は、委任契約にともなう代理権授与行為の存在を前提として初めて説明しうることになる。他方、多数説である派生機関説に立てば、代表取締役は、株主総会または取締役会の法定決議事項を除き、会社法 349 条 4 項によって会社の業務に関する一切の行為をなす法定の権限を与えられているのであるから、その範囲内の行為については自ら決定することができ、必ずしも取締役会との間に代理権授与行為をともなう契約の存在を前提としなくてもよいと解されよう。ただし、派生機関説が必然的に任用契約を否定するという結論に帰着するわけではなく、任用契約の存在を観念しても差し支えない（たとえば、代表取締役の取締役会への報告義務（会 363 II）は、両者間の契約を前提とすれば、民法 645 条の特則であると観察できる）。むしろ代表取締役を業務執行取締役と並置する会社法 363 条 1 項の規定ぶりから観て、取締役会との間に契約が存在することを前提とする方が自然であるようにも思われる（本章 4-3-7）。

いずれにせよ、代表取締役が取締役会の構成員でもあることによって、

192 同前 139 頁 [山口幸五郎]。

193 江頭・注 (10) 前掲 399 頁。

取締役会による業務執行の意思決定と、代表取締役による執行自体および会社の代表との関係が保たれることは確実である¹⁹⁴。

代表取締役を選定したときは、会社は、代表取締役の氏名・住所を登記しなければならない（会 911Ⅲ⑭）。

4-3-3-2. 終任

代表取締役の任期や終任について、会社法上に明確な規定は存しない。しかし、代表取締役は、取締役たる地位を前提とするから、取締役の地位を喪失すれば、当然に代表取締役を終任することとなる。もっとも、取締役の地位に留まりつつ、代表取締役という役職のみから放たれることも可能である。

代表取締役は、事由の何如を問わず、何時でも辞任することができる。会社のために不利益な時期に辞任したときは、病気などのやむをえない事由がない限り、会社に生じた損害を賠償しなければならない（民 651 適用ないし類推適用）。辞任の効力は、原則として、その意思表示が会社に到達した時に生じる。

会社は、正当な事由がある与否とを問わず、何時でも、取締役会の決議をもって、代表取締役を解職することができる（会 362Ⅱ③）。取締役会による代表取締役の選定および監督権限からして、当然の理である。判例は、代表取締役の解職は解職決議によって直ちに効力を生じ、被解職者に対する解職の告知は不要であるとしている（最判昭和 41 年（1966 年）12 月 20 日民集 20 卷 10 号 2160 頁）。しかし、解職の効果は、被解職者に対して解職の告知をなすことによって生じると解すべきである。代表取締役任用契約を観念すれば、解職とは、かかる契約を将来に向けて消滅させる旨の取締役会の意思表示であるから、民法の原則に従い、告知を必要とすること当然であり、任用契約を観念しなくとも、取締役会の意思表示は、相手方に少なくとも発信されなければならないと解するのが筋であろう。

194 北澤・注（1）前掲 395 頁。

代表取締役が終任したときは、会社は、その登記をしなければならない(会 911Ⅲ④、915Ⅰ)。

代表取締役の終任により、法令・定款に定める代表取締役の員数が欠けた場合には、取締役欠員が生じた場合と同様の措置がなされる。すなわち、任期の満了または辞任により退任した代表取締役は、新たな代表取締役が就任するまで、代表取締役の権利義務を有する(会 351Ⅰ)。このとき、裁判所は、必要があると認めるときは、利害関係人の申立てにより、一時代表取締役を選任することができる(会 351Ⅱ)。なお、裁判所は、一時代表取締役を選任した際には、会社がその者に対して支払う報酬の額を定めることができる(会 351Ⅲ)。また、保全の必要性が認められるときは、本案の管轄裁判所は、仮処分によって代表取締役の職務執行を停止し、さらにその職務代行者を選任することができる(民保 23Ⅱ・Ⅳ)。さらに、代表取締役を欠くに至った場合に、会社を代表して訴訟を提起し追行するために一時代表取締役選任の方法によったのでは遅滞のため損害を受けるおそれのあるときは、利害関係人は特別代理人の選任を裁判所に申請することができる(民訴 35Ⅰ、37)。

4-3-4. 代表取締役の権限

4-3-4-1. 代表権

(ア) 代表権の範囲

代表取締役は、会社の業務に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限を有する(会 349Ⅳ)。平成 18 年(2006 年)改正前民法(すなわち、一般法人法が整備される前の民法)は、理事の代表権について何ら規定を設けていなかった。しかし、かねてより、民法研究者は、法人の代表も法人の事務の執行に他ならないから、理事の代表権の範囲は事務執行権の範囲に一致するということができ、したがって理事は、原則として、その法人の事務と認められる一切の事項について、裁判上および裁判外の権限を有するものと解していた。そしてその場合、ある事項が法人の事務と認められるかどうか、つまり理事の業務執行権の範囲に属するかどうかは、

定款に定められた法人の目的によって決められるから、理事の代表権の範囲も法人の目的によって限定されるといわなければならないとしていた¹⁹⁵。今日の一般法人法における理事会設置一般社団法人について観ると、理事の中から理事会によって選定された代表理事（一般法人 90Ⅱ③・Ⅲ）は、一般社団法人の業務に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する旨が明定されており（一般法人 77Ⅳ）、会社法に対応する規定となっている。会社法 349 条 4 項は、平成 17 年（2005 年）改正前の「会社ノ営業ニ関スル」という文言（同年改正前商 261Ⅲ→78 参照）を「会社の業務に関する」という文言に変更しているけれども、従来の解釈を踏襲する限りにおいて、また民法研究者の解釈を勘案したとしても、業務に関する一切の行為とは、およそ会社の権利能力の範囲内に属する一切の行為を指すと解して差し支えないであろう（すでに述べたように（第 2 帖第 3 章 5-3-3-2）、不佞は今日の民法学説の趨勢にもかかわらず、民法 34 条について、法人の権利能力を制限したものとする伝統説に与し、いわゆる代表権制限説を採らない）。すなわち代表取締役の代表権（理事会設置一般社団法人の代表理事の代表権も）は、会社（一般社団法人）の権利能力の範囲内を網羅する包括的なものである。

代表取締役は、裁判上の行為（訴訟行為）をなしうるから、いずれの審級の裁判所でも自ら訴訟代理人となることができる（民訴 54Ⅰ、55Ⅳ）。裁判外の行為（一般の法律行為など）は、事業の目的たる行為たると事業のためにする行為たるとを問わず、また有償・無償を問わない¹⁹⁶。

理論上は、会社の権利能力の範囲外に属する代表取締役の代表行為は、相手方の善意悪意を問わず、当然に無効である。一般社団法人の代表理事の行為も同様である。ただし、繰り返し述べるように（第 1 帖第 4 章 3-2）、民法 34 条は形式的に会社に適用されるのであるが、能力外の理論は、

195 林良平：前田達明編『新版注釈民法（2）』（有斐閣・1991 年）373 頁〔藤原弘道〕。

196 北澤・注（1）前掲 399 頁。

会社について、判例によって実質的に廃棄されているから、代表取締役のかかる行為の効果を考える実益はない。一般社団法人の代表理事の法人の権利能力の範囲外の行為の効果についても、民法の法人法理論が同様の方向に進むことが望まれる。

(イ) 代表権の内部的制限

平成 18 年 (2006 年) 改正前民法 53 条ただし書は、[理事は]「定款の規定又は寄附行為¹⁹⁷の趣旨に反することはできず、また、社団法人にあっては総会の決議に従わなければならない。」と規定していた。すなわち、法人の理事は包括的代表権を有するものの、理事の代表行為もこれを対内的に観れば事務の執行に他ならないのであるから、法人の根本規則である定款・寄附行為によって対外関係をともなう事務の執行について制限が加えられ、また、社団法人にあっては、その最高機関である社員総会の決議によってこれを制限した場合、法人の業務執行機関たる理事がこれに従う義務を負うことは当然であり、理事の代表権が本来包括的な代表権であることを理由に、これに反した行為をすることは許されないとの趣旨を明らかにしたのが、同条ただし書の趣旨であると解されていた¹⁹⁸。理事の代表権は当然に法人の内部的制限に服するとの趣旨である。

そして、上述の民法旧 53 条ただし書の法意を受け、これらの制限は登記事項でもないので、これに反して理事が行った行為を無条件に無効とする取引の安全が著しく害されるから、平成 18 年 (2006 年) 改正前民法 54 条は、「理事の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。」との規定を設けて、この問題に対処していた¹⁹⁹。そしてまた、民法上の法人においては、理事の代表権も対内的に観れば法人の業務執行に他ならないとの立場から、代表者が理事の過半数の承認を得ることな

197 同年改正前の民法は、財団法人の根本規則を「寄附行為」と称していたが、一般法人法においては、社団法人と同様、これを「定款」に改めている。

198 林：前田編・注 (195) 前掲 375 頁 [藤原弘道]。

199 辻正美『民法総則』(成文堂・1999 年) 157—158 頁参照。

く²⁰⁰専断的に法人を代表して取引をし、かつ、相手方がその事情を了知していた悪意の第三者である場合には、「民法第 54 条ノ律意ニ照シ」法人に対し何らの効力を生じないと解すべきであるとするのが判例であった（大判昭和 15 年（1940 年）6 月 19 日民集 19 卷 1023 頁）。この判例に対する民法研究者の評価は、「定款・寄附行為により、一定の事項について理事の過半数の承認（決議）を必要とすると定められている場合であれば、それは代表権の内部的制限にほかならないから、民法 54 条が直接に適用されることになるであろうし、また、定款・寄附行為にそのような定めはないものの、当該事項が「法人ノ事務」であるがゆえに、民法 52 条 2 項の規定により理事の過半数による内部的意思決定に基づいて執行されるべきであったというのであれば、なるほど理事は初めからその事項について権限を有していなかったことにはなるであろうが、その事情を知らない第三者の立場は、法令による代表権の制限を知らない第三者であるというよりは（下記（ウ）参照）、むしろ代表権の内部的制限を知らない第三者の場合に酷似するとみるべきであるから、やはり民法 54 条の類推適用によって処理するのが妥当というべきであろう²⁰¹」と、おおむね肯定的であった。この文脈から、民法研究者が、民法旧 54 条を同 110 条の特則と捉え²⁰²、理事の代表行為に対する内部的制限を課した場合の専断的効力に関する規定と捉えていたこと、明らかであろう。なお、民法旧 54 条にいう「善意」とは、定款・寄附行為または総会決議による代表権の存在を知らないことであると解されていた（最判昭和 60 年（1965 年）11 月 29 日民集 39 卷 7 号 1760 頁）。

平成 18 年（2006 年）制定の一般法人法によれば、代表理事が包括的・不可制限的代表権を有すること（一般法人 77IV、197）を当然の前提に、

200 平成 18 年（2006 年）改正前民法 52 条 2 項違反。同年改正前民法同条同項は、「理事が数人ある場合において、定款又は寄附行為に別段の定めがないときは、法人の事務は、理事の過半数で決する。」と規定していた。

201 林：前田編・注（195）前掲 374 頁〔藤原弘道〕。

202 辻・注（199）前掲 158 頁。

同法 77 条 5 項、同 197 条が、代表理事の「権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定し、実質的に民法旧 54 条を承継している。これらの規定につき、今日の民法研究者も、これらを民法 110 条の特則と位置づけており、たとえ、定款や総会決議で代表者の権限を内部的に制限しても、代表者がこれを逸脱してその制限を超える専断的行為を行った場合には、その制限は善意の第三者に対抗できないとして、相手方の保護を強めたものであると解している²⁰³。

株式会社の代表取締役に関する規定を観るに、商法会社編の時代から、平成 18 年（2006 年）改正前民法 53 条ただし書と同様の表現の規定は存しなかったものの、これは当然の理とされ、すでに明治 32 年（1899 年）商法 170 条 2 項が同 62 条を準用して、会社代表者の代表権は当然に包括的・不可制限的であるとする民法よりも明瞭な規定を設けていた（同 170 条は、平成 17 年（2005 年）改正前商法 261 条 3 項に承継された規定である）。そして、定款・取締役会規則・取締役会の決議などによって、代表取締役の間に社長・副社長・専務取締役・常務取締役などの別を設けて上下の統率関係を定め、また、代表取締役の間に業務の分担を定めて特定の代表取締役の権限を特定の事業や特定の支店に限定するなど、代表取締役の包括的な代表権に制限を加えたときは、代表取締役がこれに従わなければならないこと、当然であったし²⁰⁴、今日もこの理に変わりはない。

平成 17 年（2005 年）改正前商法 261 条 3 項は、合名会社の代表社員の権限に関する同 78 条 2 項を準用し、同条同項がさらに民法 54 条を準用するという形式をもって、会社は、上のような代表取締役の代表権に加えた内部的制限を善意の第三者に対抗しえないものとしていた。したがって、取締役会の一般的な法定決定決議事項たる業務執行の意思決定を定款・取締役会規則などで代表取締役に委譲せず、または代表取締役に委ねられたものと解される日常の業務の意思決定を取締役会の権限に留保した場合も、

203 内田貴『民法 I（第 4 版）』（東京大学出版会・2008 年）250 頁参照。

204 北澤・注（1）前掲 400 頁。

これに反する代表取締役の専断的代表行為の効果は、終局的には、民法旧 54 条によって処理される問題であったと評価してよからう²⁰⁵。

今日の会社法は、その 349 条 5 項が、代表取締役の「権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。」と規定し、上に述べた一般法人法と同様の定めを設けている。これも実質的に民法旧 54 条を承継した規定である。

(ウ) 法令による代表権の制限

一般法人法の制定前にあっては、民法上の法人の理事に関し、その代表権を直接に制限する規定は存在しなかったが²⁰⁶、特別法上の法人については、法令による制限が課されていることがあったため、法令制限に違反する代表者の専断的代表行為の効力に関して、民法研究者の間で議論が存在した。

判例を観るに、法令によってその権限を明確に制限された地方公共団体の長の権限超越行為に、民法 110 条の類推適用を肯定した例が現われ（大判昭和 16 年（1941 年）2 月 28 日民集 20 巻 264 頁）、この判例はやがて最高裁にも踏襲されて（最判昭和 34 年（1959 年）7 月 14 日民集 13 巻 7 号 960 頁、最判昭和 35 年（1960 年）7 月 1 日民集 14 巻 9 号 1615 頁、最判昭和 39 年（1964 年）7 月 7 日民集 18 巻 6 号 1016 頁）確定判例となるに至った。そして、公共団体の長についてこの理を認める以上、一般私法人の理事についても当然にこの理論が適用される趣旨と観るべきであろうと考えられるようになったのであった²⁰⁷。

この流れを受けて、一般法人法制定前の民法学界は、法令による代表権制限に違反して理事がなした對外取引行為には、民法 54 条でなく民法

205 同前 401 頁参照。

206 平成 18 年（2006 年）改正前民法 57 条が、「法人と理事との利益が相反する事項については、理事は、代理権を有しない。この場合においては、裁判所は、利害関係人又は検察官の請求により、特別代理人を選任しなければならない。」と規定するにすぎなかった。

207 林：前田・注（195）前掲 382 頁〔藤原弘道〕参照。

110 条を類推して、相手方が代表権ありと信じるにつき「正当な理由」がある場合に限って保護すべしとするのが通説であった²⁰⁸。四宮和夫(1914～1988)の著書を共著の形式で承継した能見善久(1948～)は、平成 17 年(2005 年)に至るまで、法人の内部機構において理事の代表権を制限する場合と、法令によって外から原始的に代表権の範囲を画する場合とでは事情が異なり、法令による代表権制限に反する法律行為については、相手方の法令の不知を保護すべきでないから、民法 54 条による保護を与えるのは適当でないとする趣旨の(すなわち、法令による制限は誰でも知っているべきであるというのが本則である)四宮の文脈を保存していた²⁰⁹。かかる場合にあっては、民法 110 条の類推適用まで否定し、取引の安全を犠牲にすることは適当ではなく、取引の安全を保護するために、民法 110 条の類推適用を認めるのが正当であると考えられていたのである²¹⁰。

一般法人法は、一般社団法人について観観すると、その 81 条に一般社団法人と理事の間の訴えにおける法人の代表についての規定を設け、同 84 条に理事の競業および利益相反行為の制限に関する規定を整序するなど(同 92 条 1 項に理事会設置一般社団法人における読替規定を設けている)、会社法と平仄を合わせる規定を整備した。これらの影響を受けたのか、商法研究者の過去の議論の蓄積等を参考としつつ、一般法人の代表機関がなした法令違反の専断的代表行為の効力が民法研究者の間で見直されつつあることは、注目すべきことである²¹¹。

会社法は、商法会社編の時代から、法令による代表権の制限につき、かなり充実した規定を整備しつつあった。会社・取締役間の訴えについては、

208 同前 382—383 頁〔藤原弘道〕、五十嵐清：泉久雄：鍛治良堅：甲斐道太郎：稲本洋之助：川井健：高木多喜男『民法講義 I (改訂版)』(有斐閣・1981 年) 98 頁〔鍛治良堅〕。

209 四宮和夫：能見善久『民法総則(第 7 版)』(弘文堂・2005 年) 117 頁参照。

210 我妻栄『新訂民法総則(民法講義 I)』(岩波書店・1965 年) 165 頁、同「最高裁判所判例研究」法学協会雑誌 78 巻 2 号(1961 年) 221 頁参照。

211 たとえば、河上正二『民法総則講義』(日本評論社・2007 年) 171 頁、山本敬三『民法講義 I (第 3 版)』(有斐閣・2011 年) 497 頁など。

株主総会または取締役会において会社を代表する者を定めることができる（会 353、364）。監査役設置会社においては、当該訴えにつき、監査役が会社を代表する（会 386 I）。つまり、会社・取締役間の訴えにおいては、当然には代表取締役は代表権はない。馴合訴訟防止の趣旨で昭和 49 年（1974 年）改正後商法 275 条ノ 4 として設けられた代表権の制限例である。

事業譲渡等の承認等に係る会社法 467 条 1 項各号に掲げられた株主総会の決議事項、会社法 362 条 4 項所掲の取締役会専管決定決議事項、募集株式の発行に係る募集事項の決定（会 199 II・IV、200、201）、新株予約権の発行に係る募集事項の決定（会 238 II・IV、239、240）などについては、代表取締役は、株主総会または取締役会の決議を経なければ、会社を代表することができない。これまた、代表取締役の代表権の法律による制限である。

株主総会または取締役会の決議を要する業務執行を、代表取締役が決議に基づかず、専断的に行った場合の効果如何という解釈問題はきわめて重要である。瑕疵ある決議に基づく代表取締役の行為の効果についても、同様である。代表取締役の代表行為、わけても取引行為は、事実上そのすべてが商行為であって、取引の安全が強く要請される。さらに、募集株式の発行・新株予約権の発行・社債の発行などのように、会社法上特有の、きわめて取引の安全の要請が強く、社会的な影響を無視しえないものも含まれる。それゆえ、代表取締役の法令に反する専断的代表行為の効果は、一様に決せられるものではなく、区々に考えなければならない。これらについては、それぞれの法定決定決議事項の部分で区々に考察する予定であるが、必要な決議を欠く代表取締役の行為の効力については、一般的にいえば、決議を要求して守ろうとする会社の利益と、行為が代表取締役によってなされたことを信頼した第三者の利益を比較衡量して決すべきであるとの視座からなされることになる²¹²。

212 北澤・注 (1) 前掲 399 頁。

なお、最高裁平成 21 年 (2009 年) 4 月 17 日判決民集 63 巻 4 号 535 頁は、心裡留保に係る民法 93 条ただし書を類推適用した最高裁昭和 40 年 (1965 年) 9 月 22 日判決民集 19 巻 6 号 1656 頁を引いて、「会社法 362 条 4 項は、同項 1 号に定める重要な財産の処分も含めて重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めているので、代表取締役が取締役会の決議を経ないで重要な業務執行をすることは許されないが、代表取締役は株式会社の業務に関して一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有することにかんがみれば、代表取締役が取締役会の決議を経ないでした重要な業務執行に該当する取引も、内部的な意思決定を欠くにすぎないから、原則として有効であり、取引の相手方が取締役会の決議を経していないことを知り又は知り得べかりしときに限り無効になると解される」と判示している。しかし、代表取締役が取締役会の法定専管決定決議事項につき取締役会の決議を経ないでした行為は、1 種の無権代理行為であること、明らかであり、これに民法 93 条ただし書を類推適用するのは、民法の従来の見地からしても、疑問であるという点を付言しておきたい。

(エ) 共同代表取締役

平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 261 条 2 項は、取締役会の決議をもって代表取締役を定めた「場合ニ於テハ数人ノ代表取締役ガ共同シテ会社ヲ代表スベキコトヲ定ムルコトヲ得」と規定していた。これを「共同代表」の定めと称し、代表権の誤用または濫用を防止する趣旨であった。これもまた代表権の法律による制限の 1 種 (権限行使の態様上の制限) と解されていた²¹³。明治 44 年 (1911 年) 改正後商法 170 条 1 項にその起源を遡ることができる。共同代表は、その旨の登記をなすことを要した (平成 17 年 (2005 年) 改正前商 188Ⅱ⑨)。

その代表権の行使の態様は、かつての共同支配人 (第 2 帖第 5 章 3-2-2-5) と共通していた。共同代表取締役の相手方に対する意思表示は、共

213 同前 401 頁参照。

同してこれをなすことを要し、要式行為には全員の署名・記名押印・電子署名を要したが、共同代表取締役が特定の行為をその1人に委任して代表せしめることは許されていた（包括的委任は不可）。

共同代表取締役制度もまた、平成17年（2005年）の会社法制定にあたり、廃止された。

（オ）代表権の濫用

法人の代表機関が、客観的にはその代表権に属する行為を、法人の利益を犠牲にして、自己または第三者の利益を図るために行うことがある。民法研究者は、代表理事がその名義を冒用して私利を図った場合には、代理人の権限濫用の理論を適用すればよいとするのが多数説である。すなわち、代理権の範囲は客観的に決定されるべき事柄であり、したがってその範囲内の代理行為は有権代理であるとの立場に立ち、ただ、代理人が私利を図る意図を持っていたことを相手方が知りまたは知りうべかりしときは、民法93条ただし書の趣旨を類推し、代理行為の効力を否定すべしとするのである²¹⁴。ここで問題とされているのは、代理人の本人のためにする旨の表示と自己または第三者のためにするという意図との不一致であり、この不一致が心裡留保に類似するとして、民法93条ただし書が類推適用されているのである²¹⁵。したがって、代表機関の行為が、客観的にその権限内の行為であれば、代表機関の真意を問わず、法人の行為となりえるわけであり、ただ、代表機関が私利を図るという意味を相手方が知りまたは知りえた場合にのみ、法人の行為となりえないわけである²¹⁶。

最高裁は、代表取締役の権限濫用行為の効力について、民法研究者の主張に係る心裡留保類推適用説を採った。すなわち、最高裁昭和38年（1963年）9月5日判決民集17巻8号909頁は、「代表取締役が、自己の

214 林：前田・注（195）前掲239頁[高木多喜男]。

215 幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院新社・1984年）311頁参照。

216 舟橋淳一『民法総則』（弘文堂・1954年）131-132頁、川島武宜『民法総則（第2版）』（有斐閣・1965年）380頁参照。

利益のため表面上会社の代表者として法律行為をなした場合において、相手方が右代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであったときは、民法 93 条但書の規定を類推し、右の法律行為はその効力を生じないものと解するのが相当である」と判示した（なお、最判昭和 51 年（1976 年）11 月 26 日判時 839 号 111 頁）。

しかしながら、民法研究者の間でも、代表行為が成立するために必要な理事の意思としては、法人に行為の効果を帰属させようとする意思が存在すれば足り、法人の利益のためにする意思が存することは必要でないから、理事が権限の濫用を内心に留保しても、その行為は心裡留保を類推適用できるだけの共通属性を欠くとの主張が、古くから存在した²¹⁶。心裡留保類推適用説の上のような観点からの否定は、多くの商法研究者の支持を得ている²¹⁷。

民法研究者の間では、代理権濫用を無権代理と構成し、代理権濫用行為は代理権の範囲外の行為であるとして、民法 110 条を類推適用する立場もあるが、これでは、無権代理を、「本人の利益のために行動するという義務に反すること」と広く解することになり、代理権の範囲があまりに主観的に判断される点で問題がある²¹⁸。やはり、権限濫用は代理権の範囲内になされるものであり、有権代理であるという前提を動かせるべきではなかろう。

代表取締役の代表権濫用行為の効果に関しては、上で観たように、民法 93 条ただし書類推適用説も、民法 110 条ただし書類推適用説も採用し難い。商法研究者では、前田庸が、代表権の濫用の場合における代表行為の効力についても、代表権の制限に関する規定、すなわち会社法 349 条 5 項を適用すべきであると述べるが²¹⁹、繰り返し述べるように、代表権の濫用

217 竹内昭夫『判例商法Ⅰ』（弘文堂・1976 年）233 頁参照、北澤・注（1）前掲 402 頁、前田・注（4）前掲 481—482 頁、青竹・注（10）前掲 261 頁。

218 内田・注（203）前掲 145 頁。

219 前田・注（4）前掲 481 頁。

は代表権の制限に服さない範囲で行われるものであるから、賛成できない。まだしも、青竹正一の主張に係る信義則違反（民1Ⅱ）または権利濫用（民1Ⅲ）とする立場の方が説得力がある²²⁰。この場合に不佞が支持せんと欲するのは、上柳克郎（1922～2007）の提唱に係る一般悪意の抗弁による解決である。上柳の考え方は、およそ以下のようなものである。すなわち、民法の法人に比べて、会社代表者のように代表権が包括的画一的に定められている場合には、取引の安全を重視して、代表権濫用の場合にも代表行為は有効であり、会社は悪意の相手方に対してのみ一般悪意の抗弁を対抗しうると解すべきである²²¹。この考え方によれば、相手方の過失を問題とする必要がないという点で、取引の安全という観点から、より優れている。

なお付言すれば、今日にあっては、会社法の規定に平仄を合わせた一般法人法の下でも、一般私法人の代表機関の権限濫用行為は、一般悪意の抗弁による処理が妥当であろう。

代表機関が権限外の行為を私益を図るために行った場合は、上述の（イ）および（ウ）の専断的行為の問題として処理すれば足りる。

（カ）代表取締役の不法行為

会社は、代表取締役その他の代表者がその職務を行うにつき第三者に加えた損害を賠償する責任を負う（会350）。平成17年（2005年）改正前商法261条3項は、同78条を代表取締役に準用していたが、同78条2項は、平成18年（2006年）改正前民法44条1項を準用していた。同条同項は、「法人は、理事その他の代理人がその職務を行うについて他人に加えた損害を賠償する責任を負う。」と規定していた。すなわち、法人の代表機関の不法行為について、法人は当然に損害賠償責任を負うとの趣旨である。現行会社法は、民法規定を準用することなく、独立した条文として会社法中にこの規定を設けたのである。

220 青竹・注（10）前掲261頁参照。

221 上柳克郎「会社の能力」田中耕太郎編『株式会社法講座第1巻』（有斐閣・1955年）101頁参照。

この責任の成立には、代表取締役その他の代表者がその職務を行うにつき民法 709 条の不法行為責任を負うことが必要であり（最判昭和 49 年（1974 年）2 月 28 日判時 735 号 97 頁）、会社は、代表者が不法行為責任を負うことによって初めて責任を負うことになるから、代表者の無資力の場合等を考えれば明らかなように、第三者の保護をより図るための規定である²²²。また、この責任の成立には、代表者が「その職務を行うについて」第三者に損害を発生させる必要があるが、これについては、かねてより、具体的・現実的に存在する職務を行うについてである必要はなく、客観的・外形的に職務と認められるものを行うについてであれば足りる²²³とする、いわゆる外形理論が通説である。判例もこれを容れている（大判大正 15 年（1926 年）10 月 13 日民集 5 巻 785 頁）。もっとも、代表者の行為が外形上職務行為に属すると認められる場合であっても、第三者が、代表者の当該行為がその職務に属さないことを知っていた（悪意）か、または悪意であることに重過失がある場合には、会社は責任を負わない²²⁴（最判昭和 44 年（1969 年）11 月 21 日判時 577 号 65 頁、最判昭和 50 年（1975 年）7 月 14 日民集 29 巻 6 号 1012 頁）。

代表取締役の不法行為については、上のように会社が責任を負う他、当該代表取締役自身も被害者に対して損害賠償責任を負わなければならない（大判明治 39 年（1906 年）10 月 3 日民録 12 輯 1167 頁、大判昭和 7 年（1932 年）5 月 27 日民集 11 巻 1069 号）。会社と代表取締役との責任は、不真正連帯債務となる。

なお、公害事件のように、被害者である第三者が会社代表者あるいは被用者の過失を立証することが困難な場合に、会社法 350 条または民法 715 条によらず、会社自体が民法 709 条により直接に責任を負うという構成も

222 落合編・注 (135) 前掲 22 頁 [落合誠一]。

223 北澤・注 (1) 前掲 403 頁。代表取締役の不法行為につき、会社に責任が認められた裁判例についても、同頁参照。

224 落合編・注 (135) 前掲 25 頁 [落合誠一]。

認められる²²⁵。

4-3-4-2. 業務執行権

代表取締役は、取締役会設置会社の業務を執行する（会 363 I ①）。商法は、当初、代表取締役の業務執行権およびその範囲について、一般的な規定を設けていなかったが、代表取締役が業務執行権を有することに異論はなかった²²⁶。平成 14 年（2002 年）改正後商法 260 条 3 項 1 号に、初めて、一般規定として、代表取締役の業務執行権が明定された。会社法は、これを承継している。

代表取締役の業務執行と代表との関係は、以下のように整理できる。すなわち、業務執行は、機関の行為が会社の事務処理と認められるという側面から観たものであり、代表は、機関が会社の名において第三者との間でなした行為の効果として会社と第三者との間に法律関係が生じるに至るという側面から観たものである。したがって、業務執行には、純然たる内部的なものもあり、その場合には代表はもちろん問題にならないが、対外的な業務執行は他面において代表の関係をともない、会社代表は他面から観れば対外的な業務執行である。この意味において、業務執行と代表との区別は、観点の相違に他ならない²²⁷。

よって、代表取締役は、業務執行の対外的な側面たる代表権限のみならず、純然たる内部的な業務執行をも行い、その権限は、およそ会社のなしている一切の行為に及び、しかも、代表の場合と同様に、単独執行を原則とする²²⁸。会社法が業務執行に関するものについて「取締役」と定めている場合でも、委員会設置会社を除く取締役会設置会社にあつては、代表取締役の権限に属する²²⁹。

繰り返し述べるように、日常の業務（常務）は、取締役会から明示の委

225 同前 23 頁 [落合誠一]。

226 酒巻：龍田編・注 (39) 前掲 529 頁 [川村正幸]。

227 以上、鈴木：竹内・注 (5) 前掲 286 頁脚注 (4) 参照。

228 北澤・注 (1) 前掲 404 頁参照。

229 青竹・注 (10) 前掲 261 頁。

任がなくても、代表取締役任せられているものと解されるので、自らこれを決定し、かつ執行できる。しかし、法律・定款・取締役会規則などによる代表権の種々の制限が、そのまま対外的業務執行権の制限となるのと同様に、内部的な業務執行権限も種々の制限に服する。したがって、常務といえど、定款・取締役会規則などで特定の事項・範囲を画し、代表取締役に委ねることなく、取締役会の権限に留保した場合には、代表取締役の業務執行権限が取締役会の決議に拘束されること、当然である。また、対外的な包括的かつ不可制限的な代表権を有する数人の代表取締役がある場合に（この場合には、対内的な業務執行権も、代表権と同様、数人の間に一様である）、当該代表取締役中の1人を最高執行者とし、他の者との間に上下の関係を定めることは、内部的制限の問題であるから、もとより差し支えない²³⁰。このような、代表取締役相互の上下の統率関係あるいは業務分担が定められておれば、各代表取締役がこれに服さねばならないこと、また当然である。

代表取締役が業務執行権を行使するに当たって、これまで述べた種々の制限に違反するときは、その制限が、法律によるものであると、定款・取締役規則などによるものであるとを問わず、また制限に違反した行為の効力の如何を問わず、当該代表取締役は、会社に対して損害賠償の責任を負わなければならない。権限濫用行為または不法行為をなしたときも同様である²³¹（会 423 I）。

4-3-5. 表見代表取締役

4-3-5-1. 制度の意義

会社法 354 条は、「株式会社は、代表取締役以外の取締役に社長、副社長その他株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合に、当該取締役がした行為について、善意の第三者に対してその責

230 鈴木：竹内・注 (5) 前掲 286 頁。

231 北澤・注 (1) 前掲 404 頁参照。

任を負う。」と規定している。この規定を「表見代表取締役」に関する規定と称する。この規定は、取締役会設置会社の取締役に対しては当然のこと、取締役会非設置会社の取締役に対しても適用される。昭和13年(1938年)改正後商法262条として設けられた規定を承継したものである。商法旧262条は、会社を代表する権限を有するものと認められる名称中に、社長、副社長の他に、専務取締役および常務取締役という名称を例示していたが、会社法はこれらを削除している。

たとえば社長、副社長といった名称が付されていても、この者が代表取締役として選定されておらなければ、代表権を有しないこと当然であるが、外部の者は、この者を代表取締役であると誤認しやすいので、取引の安全を保護すべく、会社をして外観に従った責任を負わしめるものである。外観理論(あるいは禁反言の法理)の顕現の1例である。

代表取締役であることは、登記事項であるから(会911Ⅲ④、915Ⅰ)、取引の相手方は、登記情報に接すれば、会社側の行為者の代表権の存否がわかるはずである。それゆえ、かつて、会社法354条と同908条1項との関係が問題とされ(当時は、平成17年(2005年)改正前商法262条と同12条との関係として論じられた)、この問題が、商業登記の積極的公示力と外観信頼保護規定との関係の主戦場となったことは、すでに述べたとおりである(第2帖第6章5-2)。先で詳細に論証したように、不佞は、いわゆる異次元説を採る(第2帖第6章5-2-5)。異次元説が唯一無二の正解であるとの信念は、ここに至るも揺るがない。よって、会社法354条の適用に関しては、個々の事件ごとに、その状況に応じて、登記情報に接しなかったことが、取引の相手方の過失ないし重過失に該当するか否かが問題となるにすぎない。

代表取締役の選定がないにもかかわらず会社が選定の登記をした場合(会908Ⅱ)、および代表取締役の退任があったにもかかわらず会社が退任の登記をしない場合(会908Ⅰ前段)にも、会社は、その者の行為につき善意の第三者に対して責任を負わなければならないが、これは、商業登記に関するそれぞれの規定によるものであり、表見代表取締役の制度による

ものではない²³²。また、表見代表取締役の制度は、取引の安全を図るものであるから、裁判上の行為には適用がない（商 24 本文参照）。

4-3-5-2. 会社法 354 条の適用要件

会社法 354 条の適用要件は、①取締役が会社を代表する権限を有するものと認められる名称を使用して行為すること、②会社が取締役に対し表見代表取締役相当の名称を付したこと、③第三者が善意であること、である。権利外観理論に即して観察すれば、①は外観の存在であり、②は外観作出に対する帰責性に係わるものであり、③は外観信頼への主観的要件である。

①の「株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称」は、取引の通念によって決定される問題であるが、本条に例示された「社長」、「副社長」以外に、銀行における「頭取」、「副頭取」のような名称も本条の名称に該当し、「取締役会長」との名称も、本条の名称に当たると観るべきである²³³（東京地判昭和 48 年（1973 年）4 月 25 日下民 24 巻 1-4 号 216 頁）。「代表取締役代行者」も本条の名称に当たる（最判昭和 44 年（1969 年）11 月 27 日民集 23 巻 11 号 2301 頁）。会社法 354 条が、商法旧 262 条に例示していた「専務取締役」「常務取締役」の例示を削除したのは、おそらく、とりわけ取締役会設置会社の役員体制下においては、各取締役が当然に代表権を有するものではないから、今日の取引観念上、専務または常務という名称が直ちに代表権を推測させる肩書であるといえるか否か疑わしいとする判断があったためではないかと思われる。青竹正一は、専務取締役・常務取締役の条文からの削除を受け、両者は、取締役会設置会社や大会社では、一般に会社を代表する権限を有すると認められる名称に含まれないと解している²³⁴。しかしながら、これらの名称の例示からの

232 同前 407 頁。

233 落合編・注 (135) 前掲 47 頁 [落合誠一]。

234 青竹・注 (10) 前掲 263 頁。江頭憲治郎も、取締役会設置会社にあつては、取締役の各自代表の原則が採られていないこと、および、実務における代表取締役である者の通常の名称に鑑みると、取締役会設置会社では、専務取締役・常務取締役の名称が代表権を推測させる肩書であるか否かは疑わしいとしている（江頭・注 (10) 前掲 402 頁）。

削除は、これらの名称が会社を代表する権限を有するものと認められる名称におよそ該当しないとする趣旨ではないと解される²³⁵とするのが、目下の多数説であろう。確かに、専務取締役あるいは常務取締役といった名称は、会社の内部事情を反映して、定款等に依拠した取締役間の内部序列を示すものであり、かかる名称は、通常そのような序列の上位にある取締役に付されたものと捉えられよう（沿革を考えても、事実そうである）。かかる上位序列の取締役に代表権があると信じる者が多いであろうから、いわゆる役付取締役の對外取引行為は、会社法の下でも会社の責任が肯定されることになる（ただし、将来もこの解釈が維持されるか否かは不明である）。

②に関しては、端的に、会社がその名称を付与した場合をいう。よって、取締役が上記①に該当する名称を僭称しただけでは、本条は適用されない。しかし、会社が取締役に①に該当する名称の使用を積極的に許諾した場合だけでなく、取締役が①に該当する名称を勝手に使用しているのを知りながら適当な手段を講じることなく放置、黙認していれば、会社に責任が生じる（最判昭和42年（1967年）4月28日民集21巻3号796頁）。つまり、外観作出につき、会社に帰責性が認められなければならないわけである。北澤正啓によれば、会社が黙認したと認めるためには、取締役全員がその事実を知らなくても、取締役の過半数または代表取締役1人が知っていれば足りるであろうとされている²³⁶。同じく、前田庸も、会社に帰責事由があるかどうかは、代表取締役について判断されると解すべきであると説いている²³⁷。

③にいう「善意」とは、行為をした取締役に代表権がないことを知らないことをいう。第三者は善意であれば保護され、無過失を要しないとするのが判例である（最判昭和41年（1966年）11月10日民集20巻9号1771

235 落合編・注（135）前掲47－48頁〔落合誠一〕。

236 北澤・注（1）前掲408頁。

237 前田・注（4）前掲482－483頁。

頁)。もっとも、第三者に重大な過失があれば、悪意の場合と同様に、会社は責任を負わなくてよい（最判昭和 52 年（1977 年）10 月 14 日民集 31 巻 6 号 825 頁）。悪意・重過失の举证責任は会社側にある。これらは、表見支配人について述べたところ（第 2 帖第 5 章 3-2-3-4）と同様である。

表見支配人について述べたところで言及したように、最高裁昭和 59 年（1984 年）3 月 29 日判決判時 1135 号 125 頁は、保護される相手方を、当該直接の相手方に限っていたが（先に述べたように、やや特殊な事案である）、北澤正啓も江頭憲治郎も、善意・無重過失の場合に保護されるべき第三者には、表見代表取締役の直接の相手方のみならず、手形の第三取得者のような間接の第三者も含まれるべきであると解している²³⁸。兩人とも特段の理由は述べていないが、手形行為につき権利外観説を採れば、自然に導かれる結論ではあろう。

4-3-5-3. 会社法 354 条の類推適用

上で述べた会社法 354 条の適用要件を観ると、①においては、取締役が表見代表取締役相当の名称を使用し、②においては、会社が取締役に対し①の名称を付与することを要するとされている。よって、同条の文理上、表見代表取締役に該当する者は、取締役たる地位にある者であることを前提とするものと解される。しかし、代表権を有する取締役であると誤認されるような外観を呈する者が現に取締役であろうとなかろうと、会社がそのような外観を作出し、そのことに帰責性があり、第三者がこのような者を代表取締役と信頼するならば、取引の安全を図る見地からいって、かかる第三者は、保護されてしかるべきである。判例は、平素から金銭借入交渉に際し、代表取締役社長の了解を得て、常務取締役の名称を使用していた会社の使用人が、社長の承認の下に当該名称を使用して金銭消費貸借をなした場合に、商法旧 262 条（現在の会 354）の類推適用を認めている

238 北澤・注 (1) 前掲 408-409 頁、江頭・注 (10) 前掲 384 頁脚注 (12)。

(最判昭和 35 年 (1960 年) 10 月 14 日民集 14 卷 12 号 2499 頁)。

4-3-6. 事実上の (代表) 取締役

規定はないものの、表見代表取締役のように、名称外観を有しないでも、会社の (代表) 取締役と同様に、事実上業務執行に関与している者は、法律上の (代表) 取締役と同様の扱いを受ける場合があり、これを「事実上の (代表) 取締役」という。これが認められる要件は、①会社の業務執行への関与、および、②これに対する会社の容認、である²³⁹。

代表取締役が行方不明のため、他の取締役全員により、正式に代表取締役が選定されるまでの間一時的に代表権の行使を承認された取締役が、当該承認に基づき、代表取締役代行者という名称を使用してその職務を行ったようなときは、かかる承認が持回りの方式でなされたために取締役会の代表者選定決議と認められず無効な場合でも、商法旧 262 条 (現在の会 354) が類推適用されるとした判例がある (最判昭和 44 年 (1969 年) 11 月 27 日民集 23 卷 11 号 230 頁)。招集通知漏れのある取締役会で代表取締役に選定された取締役が、代表取締役としてその職務を行ったときは、当該選定が取締役会の代表取締役選定決議と認められず無効な場合でも、商法旧 262 条 (現在の会 354) が類推適用されるとした判例もある (最判昭和 56 年 (1981 年) 4 月 24 日判時 1001 号 110 頁)。これらは、会社法 354 条類推適用の 1 態様でもあるが、事実上の (代表) 取締役が行った行為の効果は、会社に帰属することとなる。

なお、正式な取締役ではないが、実質的に対内的・対外的に会社の重要行為につき決定権を有していた実質的経営者 (事実上の代表取締役) につき商法旧 266 条ノ 3 (現在の会 429) の類推適用を肯定する裁判例もある (東京地判平成 2 年 (1990 年) 9 月 3 日判時 1376 号 110 頁)。このように、事実上の (代表) 取締役は、対内的・対外的に法律上の取締役と同様の責

239 吉本・注 (27) 前掲 202-203 頁。

任（会 423 I、429）を負担することもありえる。

4-3-7. 業務執行取締役

この取締役については、すでにしばしば言及したところであるが、ここに改めて整理しておこう。

会社法 363 条 1 項 2 号によれば、「業務執行取締役」とは、「代表取締役以外の取締役であって、取締役会の決議によって取締役会設置会社の業務を執行する取締役として選定されたもの」をいう。繰り返し述べるように、平成 14 年（2002 年）改正によって整序された同年改正後商法 260 条 3 項 2 号に定められた業務執行取締役制度を承継するものである。同年改正以降、業務執行取締役は、代表取締役と並置され、法律によって正式に認知された取締役会の決定を執行する機関として位置づけられたものと観察できよう。

業務執行取締役は、代表取締役とは異なり、取締役会設置会社に必置の機関ではなく、会社が必要に応じて選定することになる。そして、選定の際に付与される業務執行権限は、対内的なものと同対外的なものがありうるが、代表取締役より狭い特定の事項に限られたものとなり、また業務執行取締役は、当然に会社を代理する権限を付与されるわけではない²⁴⁰。

業務執行取締役もまた、代表取締役と同様、取締役会の派生機関であると位置づけられよう。

平成 14 年（2002 年）改正後商法 260 条 3 項 2 号は、かかる取締役を「代表取締役以外ノ取締役ニシテ取締役会ノ決議ニ依リ会社ノ業務ヲ執行スル取締役ニ指名セラレ其ノ指名ヲ受諾シタル者」と規定しており、現在の会社法とは若干規定ぶりが異なる。業務執行取締役に就任するに際しては、商法旧 260 条 3 項 2 号によれば、被指名取締役の承諾を必要としていた。これは、取締役会と被指名者との間に任用契約（委任・準委任契約を

240 落合編・注 (135) 前掲 233 頁 [落合誠一]。

中核とする複合契約)の存在を前提とした規定ぶりと観察できるのではなからうか。業務執行取締役が付与される業務執行権限の範囲および内容は、取締役会の決議に由来するものであるから、その権限の行使もまた、これに対外的行為をする代理権が含まれておれば、かかる任用契約にともなう代理権授与行為に由来すると観るのが自然である。会社法 363 条 1 項 2 号も、商法旧 260 条 3 項 2 号の趣旨を、実質的に改変するものではあるまい。業務執行取締役は、会社との間に雇用関係はないから、使用人兼取締役とは異なる²⁴¹。

なお、大会社においては、取締役の員数を減らし、それまで取締役(使用人兼取締役)であった者を執行役員として取締役会の機能強化を図っている例がある。委員会設置会社制度を採用することなく執行役員を置く会社では、執行役員は、代表取締役や業務執行取締役の指揮の下でその業務を補佐する 1 種の重要な使用人(会 362IV③)と解さざるをえない²⁴²。これまた令外の官方式である。

業務執行取締役も、代表取締役と同様、事由の何如を問わず、何時でも辞任することができ、会社のために不利益な時期に辞任したときは、会社に生じた損害を賠償しなければならないと解されよう(民 651)。

取締役会による業務執行取締役の選定および監督権限に依拠して、取締役会は、正当な事由があると否とを問わず、何時でも、業務執行取締役を解職することができる。

対外的代理権を与えられた業務執行取締役の代理権を逸脱する行為に関しては、会社法 349 条 5 項はおろか、同 11 条 3 項、同 14 条 2 項に相当する定めすらないので、会社法 354 条の射程が及ばない場面では、民法 110 条によって、取引の相手方の保護を図るより他ないと思われる。

241 江頭・注(10)前掲 360 頁脚注(5)。

242 青竹・注(10)前掲 262 頁。

5. 取締役の義務

5-1. 取締役の善管注意義務と忠実義務

5-1-1. 善管注意義務

取締役と会社との関係は、委任に関する規定に従う（会 330）から、取締役は、善良な管理者の注意をもって、委任の本旨に従い、会社に対し、その職務を執行する義務を負う（民 644）。その注意義務の程度は、取締役の資格要件に会社経営の専門能力を要求されているわけではないので、その地位にある者に対し、社会通念上客観的に要求せられる注意能力が基準となる²⁴³。ただし、とくに専門能力を買われて取締役に選任された者については、この者に期待される注意義務の水準は高くなろう²⁴⁴（東京高判昭和 58 年（1983 年）4 月 28 日判時 1081 号 130 頁参照）。しかし、会社の経営が複雑化し専門化するにともない、裁判所が、取締役のなした経営上の判断の適否を事後的に論ずることは困難となり、取締役が、経営上の判断について善管注意義務違反に問われることは稀となる²⁴⁵。すなわち、取締役の業務執行は、不確実な状況下で可及的速やかに判断を迫られる場面が多く、善管注意義務が尽くされたか否かの判断は、行為当時の状況に照らし、合理的な情報収集・調査・検討等が行われたか、および、その状況と取締役に要求される上述の能力水準に照らし、不合理な判断がなされなかったか否かを基準になされるべきであり、事後的・結果的な評価がなされてはならない²⁴⁶とする法則がほぼ認められている。これが、いわゆる「経営判断の法則」²⁴⁷である。この意味で、取締役の善良なる管理者としての抽象的過失責任は、緩和される傾向にあると評価して差し支えなから

243 山口幸五郎『会社法概論』（法律文化社・1988 年）195 頁参照。

244 江頭・注（10）前掲 403 頁参照。

245 北澤・注（1）前掲 401 頁。

246 江頭・注（10）前掲 437 頁。

247 この法則に係る裁判例として、北澤・注（1）前掲 411 頁に掲げられたものを参照のこと。

う。このため、取締役は、果断に業務執行をなすことが可能になっている。

それゆえ、今日にあっては、取締役の善管注意義務が問われる可能性が高いのは、むしろ、他の取締役（会社の使用人も含めて）の職務執行の監視義務違反の分野である²⁴⁸。取締役会非設置会社において、各取締役に他の取締役の業務執行に関する監督権限があるから（本章 3-1 参照）、会社業務の全般にわたって、注意義務を尽くしてこの権限を行使しなければならず、これを懈怠することは許されない。取締役会設置会社において、広く会社業務の全般にわたって意を用いるべき代表取締役に監視義務があることはいうを待たない（最判昭和 44 年（1969 年）11 月 26 日民集 23 巻 11 号 2150 頁）。代表権のない取締役についても、最高裁昭和 48 年（1973 年）5 月 22 日判決民集 27 巻 5 号 655 頁は、「株式会社の取締役は会社の業務につき監督する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである」と判示している（なお、最判昭和 59 年（1984 年）3 月 18 日判時 971 号 101 頁参照）。この判旨は、現行会社法にあってても妥当する。取締役会設置会社の取締役は、代表取締役・業務執行取締役・社外取締役にその職務分担が生じうが、取締役の監視義務は、その地位に応じて、程度の差があるにすぎない²⁴⁹。

なお、わが民法 644 条の善管注意義務に関し、民法研究者の記述を殊更に掲げることは、商法学徒にとって釈迦に説法ではあろうが、次に述べる忠実義務の考究のための資料として、念のために記すこととする。すなわち、「善良なる管理者の注意とは、ローマ法の「良家父の注意」（*diligentia boni partis familias*）にその淵源^{えんげん}を有し、フランス法の「善

248 江頭・注（10）前掲 403 頁。

249 北澤・注（1）前掲 411 頁参照。

良なる家父の注意」(les soins d'un bon père de famille) やドイツ民法の「取引に必要な注意」(im Verkehr erforderliche Sorgfalt) に相当するものである。これが民法上注意義務や過失の標準であり、この注意義務を怠ることを抽象的過失または客観的軽過失 (culpa levis, culpa in abstracto, abstrakte od. objektive Fahrlässigkeit, slight negligence) と称することは、ここに説明の必要はあるまい。これは、受任者＝債務者の職業・地位・知識等において一般的に要求される平均人 (Durchschnittsmensch) の注意義務を指す点で抽象的であるが、しかし各具体的場合の取引の通念に従い相当と認むべき人がなすべき注意の程度をいう²⁵⁰。」要するに、民法 644 条の善管注意義務とは、「一般的な受任者に社会通念上要求される抽象的過失責任に根差すものである」ということを再認識しておく必要がある。

5-1-2. 忠実義務

上述の善管注意義務とは別に、会社法は、その 355 条に、「取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない。」との規定を設けている。この規定は、昭和 25 年 (1950 年) 改正にあたり、同年改正後商法 254 条ノ 2 として新たに設けられ、昭和 56 年 (1981 年) 改正時に、同 254 条ノ 3 に移されたものを、そのまま承継したものである。このうち、取締役が会社のために忠実にその職務を遂行する義務を、一般に、「取締役の忠実義務」と称する。

この、忠実義務と上述の善管義務との関係について、従来の多数説は、忠実義務は善管義務を具体的かつ注意的に規定したものにはすぎないと解した (同質説)。たとえば、鈴木竹雄・竹内昭夫は、「委任に関する民法の規定 (民 644) も、注意義務についてだけでなく、常に委任者の利益のために行動することを要求していると解釈すれば、一般的な忠実義務の規定に

250 幾代通：広中俊雄編集代表『新版注釈民法 (16)』(有斐閣・1989 年) 225 頁 [中川高男]。

善管注意義務に関する民法の規定と異なる効果を認める必要はないのではないかと思う²⁵¹」と説いた。大隅健一郎・今井宏も、「忠実に職務を遂行する義務というも善良な管理者の注意をもって職務を遂行する義務というも、要は取締役が慎重かつ誠実に会社の業務を遂行すべきことを要求するものにほかならないのであって、ただ現行法は取締役の権限を拡大すると同時にその責任をも強化したので（これに関しては、昭和 56 年（1981 年）改正後商 266 が引用されている）、これと対応して取締役の一般的義務についてもとくにその明確化をはかったものと解すれば足りるであろう²⁵²」と述べている。

判例も、従来の多数説すなわち同質説の立場を容れている。最高裁昭和 45 年（1970 年）6 月 24 日判決民集 24 巻 6 号 625 頁は、「商法 254 条ノ 2（現在の会 355）の規定は、同法 254 条 3 項（現在の会 330）民法 644 条に定める善管注意義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるのであって、所論のように、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、高度な義務を規定したものとは解することができない」と判示している。

一方で、商法旧 254 条ノ 3 の時代から、会社法 355 条は、善管義務とは異なる義務を取締役に課したものであるとの説（異質説）が有力に主張されていた。山口幸五郎が説くところは、以下のようなものである。「いわゆる善管注意義務は、職務の執行に当って用うべき注意の程度を示し、したがって会社に対する注意義務が職務遂行上の過失の有無という取締役の機関関係的局面で機能するのに対して、会社の利益との対立を生ずべき個人関係的局面において、取締役がその任務に違背し、会社の利益を犠牲にして会社外の利益をはかることを禁止するのが、忠実義務である。前者が限界の不明瞭な相対的意味概念であるのに対し、後者、忠実義務は本来的に明瞭な意味をもった絶対的概念である²⁵³。」先に掲げた民法研究者の記

251 鈴木：竹内・注（5）前掲脚注（1）。

252 大隅：今井・注（18）前掲 165 頁。

253 山口・注（243）前掲 195 頁。

述を参照すれば、山口の主張が、民法 644 条の本来の立法趣旨を的確に反映して展開されたものであることが理解できよう。山口の主張においては、忠実義務と善管義務が対象とする行為もまた区別されている。すなわち、上の主張によれば、忠実義務は、取締役がその地位を利用し会社の利益を犠牲にして自己（または第三者）の利益を図ってはならないという義務とされており、端的に、英米法における取締役の忠実義務概念²⁵⁴をそのまま反映したものであるとの理解に立っていると思われる。

この理解に立てば、現行法上、会社法 355 条の次に配置された同 356 条は、忠実義務のうちとりわけ重要なものを整序したものと捉えられ、立法体系上も理に適っていると観察しえようか。

現行民法 644 条制定前、第 102 回法典調査委員会（明治 28 年（1895 年）7 月 12 日）における民法草案 650 条は、「受任者ハ委任ノ本旨ニ従ヒ忠実ニ其委任セラレタル事項ヲ処理スル義務ヲ負フ」と規定していた。しかし、この「忠実ニ」という文言は、起草委員の遣り取りの記録から推す限り、「ドレ^だ文^{ぶん}ケノ注意ヲ用キネハ過失ト云フコトニ為ルト云フコトヲ極メタ」という標準を示すという以上の意味を持つものではなかったと解されるように思われる²⁵⁵。そして、この観点からすれば、「忠実ニ」という文言は条文上適当でないとされ、これを善管注意義務に修正した結果、現行の民法 644 条の表現に落ち着いたのである。したがって、民法 644 条が元来「忠実ニ」の文言を入れることを予定していたというだけでは²⁵⁶、同質説の根拠として、薄弱といわざるをえないと思われる。単語は同じであっても、その用語法は異なっていたからである。

-
- 254 忠実義務の基礎には、会社と取締役との間に英米法上信任的法律関係 (fiduciary relation) がある。これによれば、継続的・包括的關係において、取締役が、会社のために事務を処理する地位に置かれ、法律上取締役に強度の信任と信頼が置かれている法律関係が生じる。その結果、会社が取締役に對し、優越的な地位と力を取得する（以上、加美・注 (8) 前掲 308—309 頁参照）。
- 255 その遣り取りの記録は、幾代：広中編・注 (250) 前掲 224—225 頁に収録されている。
- 256 青竹・注 (10) 前掲 265 頁参照。

近藤光男は、異質説を採った場合、同質説と異なっており、両者の義務に以下のような差異を認めることになる。すなわち、①善管義務では過失の有無が問題となるが、忠実義務違反には無過失責任が課せられる。②善管義務違反ではその責任は会社の被った損害となるが、忠実義務違反では、会社の損害だけでなく取締役の得たすべての利得の会社に対する返還（提供）にまで及ぶ。③忠実義務違反は善管義務違反に比べて、裁判所にとって判定が容易である。²⁵⁷

現行会社法において、この差異が当然に妥当するかといえば、必ずしもそうとはいえない。ただ、異質説に立った場合、上の①に関していえば、取締役の会社に対する責任を具体的に整序していた平成 17 年（2005 年）改正前商法 266 条 1 項各号の責任の多くが無過失責任主義を基調とする立法として出発していたことは確かであつたろうし、②に関していえば、義務違反の競業取引により取締役等が得た利益の額を会社が被った損害の額と推定する規定（会 423Ⅱ）の説明も理に適う。③に関していえば、善管義務が上述のように経営上の判断について緩和される傾向を持つものに対し、忠実義務は、むしろ、ますます強調されるべきである²⁵⁸ことになる。このように、異質説に沿った理解をする方が、取締役の負っている義務が明瞭になるように思われる²⁵⁹。

以上により、異質説を支持したい。

5-2. 取締役の競業避止義務

5-2-1. 意義

取締役が、自己または第三者のために、会社の事業の部類に属する取引をしようとするときは、その取引につき重要な事実を開示して、①取締役会非設置会社にあっては、株主総会による承認（普通決議で足りる）を、

257 近藤・注 (2) 前掲 239 頁。

258 北澤・注 (1) 前掲 412 頁。

259 近藤・注 (2) 前掲 239 頁。

②取締役会設置会社にあつては、取締役会による承認を、それぞれ受けなければならない（会 356 I ①、365 I）。これを「取締役の競業避止義務」という。その基調において、すでに述べた支配人の競業避止義務（第 2 帖第 5 章 3-2-2-6（イ）参照。商 23 I ②、会 12 I ②）や代理商の競業避止義務（第 2 帖第 5 章 4-1-2-3 参照。商 28 I ①、会 17 I ①）の趣旨と異ならないと観察できる。すなわち、取締役にこの義務を課したのは、取締役は、代表取締役たると否とを問わず、会社の業務執行に関する強大な権限を有し、事業の機密にも通じているから、競業を自由になしうとすれば、その地位を利用して会社の取引先を奪うなど、会社の利益を犠牲にし、自己または第三者の利益を図る危険が大きく、これを防止する必要があるからである²⁶⁰。忠実義務の一環をなす義務である。

5-2-2. 対象

5-2-2-1. 会社の事業の部類に属する取引

会社法 356 条 1 項 1 号に係る競業避止義務の対象となるのは、取締役が自己または第三者のために行う、会社の事業の部類に属する取引である。

ここに「会社の事業の部類に属する取引」とは、定款所定の会社の目的たる事業を基準とするが、それよりも広く、目的たる事業と同種または類似の商品・役務を対象とする取引であつて、会社と競争を生じるものをいう。しかし他方、当該事業は、定款所定の会社の目的たる事業のすべてではなく、そのうち現に会社が行っている事業である。もっとも、会社がすでに準備に着手しており、または一時的に休止しているにすぎない事業も含まれる。他方、たとえ定款に記載・記録されていようとも、会社がその準備を何らしていない事業や完全に廃止・撤退した事業は含まない。要するに、競業取引とは、会社が実際に行う事業と市場において取引先が競合し、会社と取締役との間に利益衝突を生じる可能性のある取引を指すとい

260 北澤・注 (1) 前掲 413 頁。

うことができる²⁶¹。また、競業取引は、競業対象事業自体に属する取引およびこれに付随する取引をいい、それに関連する補助的行為（銀行からの資金借入れなど）は含まない²⁶²。事業地域が地理的に遠隔地であれば、形式上はともかく実質上競業に該当しない場合もありえよう。

5-2-2-2. 自己または第三者のために

会社法 356 条 1 項 1 号にいう「自己又は第三者のために」という文言の意義については、①「自己または第三者の名において」という意味か、②「自己または第三者の計算において」という意味か、に関して対立があった。かつて、商法会社編時代にあって、大隅健一郎・今井宏は、制度の実質から観ると、②の見解が妥当ともいえようが、競業取引に対する介入権に係る平成 17 年（2005 年）改正前商法 264 条 3 項が、取締役が自己のためにした場合にのみ介入権を認め、第三者のためにする場合にこれを認めないこととしていた規定ぶりに着目すれば、解釈としては①によらざるをえないとする見解を採っていた²⁶³。介入権に係る条文が削除された現行法の下では、現在の商法研究者は、圧倒的に②の見解を支持する者が多い²⁶⁴。つまり、立法趣旨に鑑みて、法律上の権利が誰に帰属するかではなく、その経済上の利益が誰に帰属するかが重要であるとの視座である。②の見解に立てば、たとえば取締役が他社を代表している場合に限られず、実質的に支配している他社に同種の事業をさせ、これに取締役が関与すれば、第三者の名で自己の利益のために競業行為をしていることになる（大阪高判平成 2 年（1990 年）7 月 18 日判時 1378 号 113 頁、東京地判昭和 56 年（1981 年）3 月 26 日判時 1015 号 27 頁）。

なお、関俊彦は、②の見解の欠点は、株主総会または取締役会の承認を

261 以上、同前 414 頁。

262 加美・注 (8) 前掲 310 頁。

263 大隅健一郎・今井宏『会社法論上巻（第 3 版）』（有斐閣・1991 年）103 頁脚注 (1) 参照。反対説は、北澤・注 (1) 前掲 417-419 頁。

264 近藤・注 (2) 前掲 241 頁、前田・注 (4) 前掲 414 頁、加美・注 (8) 前掲 310 頁、青竹・注 (10) 前掲 266 頁、吉本・注 (27) 前掲 178 頁、龍田・注 (88) 前掲 83 頁。

必要とする取引であるか必要としない取引であるかが不明確になり、承認の要否が経済的効果の争いに転化するおそれがあることであると指摘している²⁶⁵。そのうえで、対象取引が、自己の名で、または、他の組織の代表者として行われたならば、反証がない限り「自己または第三者のために」行われたことになり、そうでないときも、対象取引が、自己または第三者の計算で行われたことが立証されたときは、当該取引も競業取引に含まれると、立証の問題として解決する途を提唱している²⁶⁶。

5-2-2-3. その他

会社の支配人や同代理商の競業避止義務（会 12 I ④、17 I ②）と異なり、取締役の競業避止義務の対象には、取締役が競業対象事業を目的とする他の会社の取締役・執行役・業務執行社員となることは含まれていない。したがって、そのような会社の取締役となり、執行役や代表取締役となることも、それ自体は禁じられない。しかし、この者が当該他の会社を代表して取引をすれば、第三者のために競業取引をすることに該当する。会社が、競業対象事業を目的とする他の会社の完全子会社または完全親会社である場合には、会社と当該他の会社とは経済的に一体であるから、利益衝突のおそれがないとして、いずれの会社においても株主総会・取締役会の承認を要しないと解する余地がある（承認を要しないと解する裁判例として、大阪地判昭和 58 年（1983 年）5 月 11 日判タ 502 号 189 頁）。しかし、会社の債権者の利益が害されるおそれを考慮すると、株主総会・取締役会の承認を要すると解すべきである²⁶⁷。

5-2-3. 競業取引の承認

5-2-3-1. 規定の沿革

会社法 356 条 1 項 1 号、同 365 条 1 項の規定の沿革を遡れば、明治 32

265 関・注 (52) 前掲 287 頁。

266 同前脚注 (2) 参照。

267 以上、青竹・注 (10) 前掲 267 頁参照。

年（1899年）制定時の商法175条1項に始まる。同条同項は、「取締役ハ株主總會ノ認許アルニ非サレハ自己又ハ第三者ノ為メニ会社ノ營業ノ部類ニ属スル商行為ヲ為シ又ハ同種ノ營業ヲ目的トスル他ノ会社ノ無限責任社員ト為ルコトヲ得ス」と規定していた。取締役の競業避止義務は、立法当初から明定されていたわけである。この認許は、株主總會の普通決議で足りた。昭和13年（1938年）改正によって、同条は、商法264条1項に移され、若干の字句の修正（一部「又ハ」を「若ハ」に変更する等）を施されたが、実質的に重要なのは、上の「商行為」を「取引」に変更したこと、「無限責任社員」を「無限責任社員若ハ取締役」に変更したことであろう。認許機関は、株主總會のままであり、その要件も普通決議のままであった。

昭和25年（1950年）改正により、商法264条1項は、「取締役ガ自己又ハ第三者ノ為メニ会社ノ營業ノ部類ニ属スル取引ヲ為スニハ株主總會ニ於テ其ノ取引ニ付重要ナル事実ヲ開示シ其ノ認許ヲ受クルコトヲ要ス」と改められ、取締役に、重要な事実の開示義務を課した。さらに、同条2項が設けられ、「前項ノ認許ハ発行済株式ノ総数ノ三分ノ二以上ノ多数ヲ以テ之ヲ為ス」とされた。これは、当時の特別決議要件（昭和25年（1950年）改正後商343）よりも厳しい要件であった。他方、昭和13年（1938年）旧有限会社法は、取締役の競業避止義務に関して、その29条1項に、同年改正後商法264条1項と実質的に同様の規定を設け、同条は、昭和26年（1951年）改正時に、同25年（1950年）改正後商法264条1項と平仄を合わせる表現に改められた。さらに、昭和26年改正は、同29条2項に「前項ノ認許ハ第四十八条ニ定ムル決議ニ依ルコトヲ要ス」との規定が設けられた。旧有限会社法48条は、定款変更の決議方法を定める規定であり、総社員の半数以上であって、原則として、総社員の議決権の4分の3以上を有する者の同意を必要とする厳しいものであった。

昭和56年（1981年）の改正商法は、一転して、競業取引の承認機関を株主總會から取締役会へと移したのであった（同年改正後商264I）。これは、昭和25年（1950年）改正後から承認機関を取締役会とした取締役・会社間の取引の規制（同年改正後商265、昭和56年（1981年）改正後に

あっては、商 265 I 前段) に合わせたものである。競業取引と取締役・会社間の取引とで承認機関を異にすることは合理的理由に乏しく、また従来
の競業取引の承認方法は厳格すぎたからである。この改正によって、株式
会社は、他の会社との提携により、その取締役を他の会社の代表取締役と
して派遣することが容易になった²⁶⁸。他方で、旧有限会社の取締役の競業
避止義務の認許については、その厳格な法構造が維持された。

現行法は、競業取引の承認手続に関し、取締役会設置会社にあつては、
商法旧 264 条 1 項を承継し、取締役会非設置会社にあつては、株主総会の
承認を普通決議事項とすることによって、旧有限会社タイプの会社につき、
その厳格に過ぎた要件を緩和したものと観察できる。

5-2-3-2. 取引につき重要な事実の開示

昭和 25 年 (1950 年) 改正により、競業取引の承認に先立ち、重要な事
実を開示すべき義務が取締役に課せられたことにより、重要な事実とは具
体的に何を指すのかが、先の同質説および異質説に根差す理論的問題とし
て争われた時期があった。わけても、異質説から、かかる事実とは、取引
自体に関する重要な事実のみならず、取締役に課せられた忠実義務の観点
から重要とされる事実を指し、取締役がその地位において内部的に知りえ
た情報を不当に利用して行う取引でないか、あるいは会社に属する商機の
背任的流用でないか否かを判断できる事実でなければならないとの主張が
あった²⁶⁹という点を指摘しておこう。しかし、上の指摘にもかかわらず、
実際問題として、両説によって具体的に開示すべき事実、それほどの開
きが生じたわけではない。それは、今日にあつても変わらないであろう。

すなわち、ここに重要な事実とは、取引の相手方、目的物、数量、価額、
期間など、承認すべきか否かの具体的な判断の資料となるものであり、会
社の事業が今後受ける影響を予測しうる程度の具体的事実であることを要

268 以上、北澤・注 (1) 前掲 415-416 頁参照。

269 これに関しては、西原寛一：大隅健一郎：鈴木竹雄：石井照久監修『注釈会
社法 (4) [増補版]』(有斐閣・1980 年) 407 頁 [本間輝雄] 参照。

する²⁷⁰。

5-2-3-3. 承認の方法

承認は、個々の取引について得ることを要するか、あるいは、ある程度包括的に得ることを許されるか。この点については、開示された事実から、当該取引による会社への影響が具体的に判断できるのであれば、その限度で、包括的な承認も可能であると解されている。たとえば、同種の事業を目的とする他の会社の代表取締役就任することにつき、その会社の事業の種類、性質、規模、取引範囲などの重要な事実を開示して承認を受ければ、その事実に変更のない限り、個々の取引について承認を受ける必要はない²⁷¹。

承認は、事前に与えられることを要し、事後の承認（追認）は、弊害が予想され、立法趣旨を達成することができないから、否定すべきである²⁷²。加えて、競業取引については、承認を待つことができないといった緊急性も認められない²⁷³。

取締役会設置会社にあつては、取締役会における競業取引の承認決議につき、承認を受ける取締役は、特別利害関係人となる（会 369 II）。

5-2-3-4. 承認の効果

株主総会または取締役会の承認があると、競業取引の禁止が解除される。承認の効果はこれだけにすぎない。したがって、たとえ承認を得た競業取引であっても、競業によって会社に損害が生じれば、競業取締役は、忠実義務違反（実行の計画・方法等が杜撰であったとすれば、善管義務違反も問題とされよう）として、会社から責任を追及され、任務懈怠責任を負うことになる（会 423 I）。株主総会・取締役会の承認に、競業取締役を免責する効果がないからである。ただし、承認を得ておれば、会社法 423 条

270 北澤・注 (1) 前掲 416 頁。

271 同前、近藤・注 (2) 前掲 242 頁。

272 加美・注 (8) 前掲 311 頁。

273 青竹・注 (10) 前掲 268 頁。

2 項の損害額の推定は働かない。

5-2-4. 報告義務

取締役会設置会社にあつては、競業取引をした取締役は、当該取引後、遅滞なく、当該取引についての重要な事実を取締役会に報告しなければならない（会 365 II）。取締役が当該取引をするにつき、取締役会の承認を受けたと否とを問わず、報告義務を負う。昭和 56 年（1981 年）改正にあつて設けられた同年改正後商法 264 条 2 項を承継するものである。この報告により、会社は、承認を受けていない取引については、それを知って、競業取締役に対する損害賠償責任の追及などを行うことができ、承認を受けた取引については、承認が妥当であったかを検証し、会社が損害を被った場合の善後措置を講じることが可能となる。なお、上記の報告義務違反があれば、過料の制裁に処せられる（会 976²⁷³）。

取締役会非設置会社にあつては、競業取引それ自体の事後報告に係る義務は明定されていない。ただし、取締役会非設置会社の取締役のこの義務は、必要に応じて、会社法 357 条 1 項によってカバーされるものと思われる。

5-2-5. 競業避止義務違反の効果

取締役が、株主総会・取締役会の承認を得ることなく、競業取引をなしても、取引自体は有効である。取引の相手方の善意・悪意を問わない。競業取引は、取締役と第三者との間でなされるから、取引を無効としても直接には会社の救済にはならず、かつ、この取引の効果を否定することは、規制の対象とされていない相手方に不利益を及ぼす結果となり、不都合だからである²⁷⁴。

競業取引が株主総会・取締役会の承認なしになされた場合、競業取締役

274 同前参照、前田・注（4）前掲 416 頁参照。

は、強行法規（会 356 I ①、365 I）に違反したものとして、任務懈怠に該当し、会社に対し、損害賠償責任を負う（会 423 I）。また、当該取締役の正当な解任事由ともなりうる。

取締役が競業避止義務に違反して自己または第三者のために競業取引をなしたときは、その取引により取締役または第三者が得た利益の額は、会社が被った損害額と推定される（会 423 II）。競業取引によって会社が被った損害額を会社が立証することが容易でないことに鑑み、立証の負担を軽減し、会社の救済を容易にする趣旨である²⁷⁵。この、損害額の推定の規定は、昭和 56 年（1981 年）改正の際に、同年改正後商法 266 条 4 項として設けられたものである。現在においては、競業取引によって利益を得た取締役に、その利益の吐出しを要求する点に意義を認めるべきであろう。

なお、支配人の競業避止義務違反の効果について述べたところ（第 2 帖第 5 章 3-2-2-6（ウ）参照）と同じく、平成 17 年（2005 年）改正前商法 264 条 3 項は、取締役が競業避止義務に「違反シテ自己ノ為ニ取引ヲ為シタルトキハ取締役会ハ之ヲ以テ会社ノ為ニ為シタルモノト看做スコトヲ得」との介入権の規定を置いていたが（立法当初の明治 32 年（1899 年）商法 175 条 2 項に遡ることができる）、会社法制定の際に廃止された。その経緯は、支配人について述べたところと同様である。

5-2-6. 取締役退任後の会社との競合的・競争的行為

（ア）上に述べた取締役の競業避止義務は、あくまでも取締役在任中の義務である。忠実義務の系譜に属する義務とはいえ、この義務は、取締役任用契約という基本契約を前提とする義務であること、当然であろう。かかる基本契約存続中の取締役の競業避止義務を実質的に根拠づける理由の中核をなすのは、取締役が会社に蓄積された事業に係る情報資源を容易に知りうる立場にあることであろう。

275 青竹・同前 269 頁。

(イ) 取締役が、その在任中に、会社が新規参入を計画し、入念な市場調査その他の採算可能性の調査などを実施し、その参入が確實視される事業を、自己または第三者のために無断で開始したとすれば、この行為は、競業避止義務違反に該当すると評価しえるであろうし、少なくとも同人の会社に対する忠実義務違反となろう²⁷⁶。「会社の機会」(corporate opportunity) の奪取と称される問題である。

それでは、取締役が、その退任後に、在任中に知りえた会社の情報資源を利用して、競業取引ないしは競争的取引を行うことは許されるか。退任後といえど、情報資源は、基本契約が消滅したからといって、直ちに消滅するという性質のものではない。民法研究者の間では、「契約類似の信頼関係に基づく信義則上の責任」として、契約規範(契約責任)を、契約締結の前および契約終了の後へと時間的に拡大する新たな責任論が活発に展開されている。前者が「契約締結上の過失」の問題であり、後者が「余後効」の問題であることは、改めていうまでもあるまい。この場合に浮上するのは、余後効の問題である²⁷⁷。仮に、基本契約たる取締役任用契約の終了後に余後効理論を肯定するのであれば、退任後の取締役が競業取引ないしは競争的取引を行うことが、会社に対する損害賠償責任を発生させる可能性がありうることになる。取締役任用契約の締結は、取締役・会社間の信頼関係に基礎を置く継続的契約関係を生ぜしめる。このような継続的契約関係にあっては、契約上の権利義務関係が消滅した後においても、なお元取締役の側に会社の利益を保護すべき付随的な義務が残存するものと思われる。しかし他方、競業避止義務は、義務者の経済活動の自由や市場における競争を制限するおそれを胚胎していることも事実である²⁷⁸。したがって、余後効理論を信義則で根拠づけるにあたっては、その許容範囲は、民

276 江頭・注(10) 前掲 410 頁参照。

277 余後効をこの場合に認める見解として、吉本・注(27) 前掲 179 頁 Point 9 参照。

278 神作裕之「商法における競業禁止の法理(1)」法協 107 巻 8 号(1990 年) 4 頁参照。

法よりは狭く解されるべきであるということにはなろう。もし、会社において、退任後の取締役の行為を脅威と判断するのであれば、この者と、競業取引・競争的取引を禁止する契約を（営業の自由を不当に制限しないと評価される範囲で）締結しておくべきである（下級審裁判例においては、退任取締役の職業選択の自由を勘案して、競業禁止特約の有効性が、相当限定的に解されている（東京地決平成7年（1995年）10月16日判時1556号38頁参照））。

なお、退任取締役が、在任中に得た会社の情報資源を利用して、会社に対する害意をもって、競業取引・競争的取引を行った場合には、同人の会社に対する不法行為（民709）に該当すると解する。害意の立証は、当然に会社の側にある。

（ウ）たとえば、ある者の技術開発能力の高さを信賴して、同人を取締役にすることが会社の発展に寄与するとの判断から、同人を取締役に選任したと仮定しよう。同人が、個人的に会社の事業に係る画期的な新商品のアイデア（idea）を発想したとする（会社の従業員の助力もなく、会社の施設を利用したわけでもなく、自力で到達したアイデアである）。同人の個人的な展望によれば、当該新商品は、市場に出せば会社の利益を増大させること、確実である。この場合、同人は、そのアイデアを会社に提供する義務を負うであろうか。

同人が、このアイデアを会社に提供し、これを基に会社が新商品を市場に送り出して大きな収益をもたらせば、同人の取締役としての評価は高まるであろうし、業績連動型の報酬を約しておれば、同人の報酬額も増加するであろう。会社の既存の組織力を利用することが有利であると判断すれば、同人は、このアイデアを会社に提供するかも知れない。しかし、これは、同人がこのアイデアを任意に会社に提供した場合の話である。

民法における古典的な契約理論からすれば、上のような、いわば情報提供・助言に係る義務は、伝統的に契約（この場合は、取締役任用契約）から発生するとされてきた中心的な給付義務とは異質であり、そもそも強制履行に馴染まない義務である²⁷⁹。不佞は、取締役の忠実義務を媒介とした

にせよ、かかる情報提供義務・助言義務を、基本契約たる取締役任用契約の契約責任中に取り込むことは困難であると解する。ここまで契約責任を拡大することは、やはり従来の伝統的な契約理論からすれば、相当な無理がある²⁸⁰と考えるからである（民法上の一般論としては、付随義務の過度の肥大化につながる）。現実問題としても、会社の実態は多岐多様であり、将来の保障が必ずしも確実でない取締役にそこまでの会社への忠誠を期待することはできない²⁸¹。

したがって、上のような場合、同人が取締役を辞任し、独立のうえ、会社と競業的・競争的な事業・営業を展開することは何の問題もないと解する。同人の責任は、会社にとって不利な時期に辞任したことによる損害賠償責任に限られる（民 651Ⅱ）。

（エ）取締役が、その在任中に従業員を引き抜いて、無断で競業取引をなせば、競業禁止義務違反に該当すること、当然である。しかし、従業員の引抜行為それ自体は、会社の事業の部類に属する行為とはいえないから、競業禁止義務違反ではない。

青竹正一は、取締役が在任中に従業員に対し自己が計画中の新事業への参加と退職を勧誘し、引抜きを行うことは、善管注意義務・忠実義務に違反すると説く²⁸²（彼は、善管義務と忠実義務との関係につき、同質説を採用から²⁸³、ここに善管注意義務という言葉を挿入している）。引抜行為が取締役の個人的利益と離れてされることは考えられず、引抜きが自由でできるとすると、従来通りの事業の継続が妨げられ、会社に損害を与えるおそれがあることを理由に挙げている²⁸⁴。異質説によっても、かかる勧誘行為が忠実義務違反を構成することがありうることは認めねばなるまい（東

279 内田貴『民法Ⅲ（第3版）』（東京大学出版会・2005年）139頁。

280 同前参照。

281 江頭・注（10）前掲 411 頁脚注（6）参照。

282 青竹・注（10）前掲 269 頁。

283 同前 265 頁参照。

284 同前 269 頁。

京高判平成元年（1989年）10月26日金商835号23頁、前橋地判平成7年（1995年）3月14日判時1532号135頁、大阪地判平成8年（1996年）12月25日判時1686号132頁、東京高判平成16年（2004年）6月24日判時1875号139頁など参照）。

それでは、いかなる引抜勧誘行為を忠実義務違反と捉えるべきか。江頭憲治郎は、取締役と当該部下との従来の関係等諸般の事情を考慮の上、不当なもののみが義務違反になると解すべきであるとしている²⁸⁵。取締役の在任中の行為とはいえ、自ら教育した子飼いの部下等に、退職し自己の計画中の事業に参加するよう勧誘することが当然に忠実義務違反となると解することは、従業員を会社の財産としか観ない見解であり、適当でないと説くのである²⁸⁶。一方で、青竹正一は、取締役は在任中は会社の利益を優先させる義務を負うから、不当な態様のものか否かは、不法行為責任を問題とする場合には重要な判断基準となるが、忠実義務違反を問題とする場合には、態様の当不当を考慮すべきではなく、子飼いの部下であれば引き抜いてよいということにはならないと述べる²⁸⁷。

在任中に会社の優秀な人的資源の奪取を図る行為が、会社の利益にならないことは、抽象的には明らかなことであろう。しかし、退職の勧誘によって、会社に損害が生じることとの法的因果関係（損害額も）を明白に提示することはきわめて困難である。たとえば、極端な例を挙げると、「立つ鳥跡を濁さずとの譬えもある。私がこの会社の取締役でいる間は、君もこの会社のために全身全霊を捧げて仕事に励みなさい。私も在任中はそうするつもりだ。しかし、私が独立した暁には、私に追いて来て欲しい」といった勧誘は、忠実義務違反と評価しえるであろうか。ここまで誠実な人間は少ないであろうが、青竹規準では、理論上は、これも忠実義務違反となる。同じ勧誘者が、取締役を退任した後は、ここまで誠意を尽くさなくても、

285 江頭・注（10）前掲411頁。

286 同前412頁脚注（7）。

287 青竹・注（10）前掲270頁。

元の従業員を引き抜いても忠実義務違反を問題にできない²⁸⁸ことを考えると、やはり勧誘行為の態様の不当性を忠実義務違反成立の要件に加えるべきであると考ええる。被勧誘者の側にも、職業選択の自由があるという視座も加えるべきかと思う。

退任後といえど、元取締役であった者の元の会社の従業員に対する、社会的相当性を逸脱した引抜勧誘行為または引抜行為が、不法行為（民709）に該当することは、当然にありうる。

5-3. 利益相反取引

5-3-1. 意義

取締役が自己または第三者のために、会社と取引をしようとするときは、その取引につき重要な事実を開示して、取締役会非設置会社にあつては株主総会の、取締役会設置会社にあつては取締役会の、各々承認を受けなければならない（会356 I ②、365 I）。かかる規制を「取締役・会社間の取引（取締役の自己取引・直接取引）の規制」という。このような取引規制は、明治32年（1899年）の立法当初から商法176条として設けられ、昭和13年（1938年）改正時に同265条に移されたが、昭和25年（1950年）改正前にあつては、承認機関は監査役であった。同条は、昭和25年に全面改正されたが、その条文中に、取締役・会社間の取引の具体例が明示された。すなわち、取締役が会社の製品その他の財産を譲り受け、会社に対し自己の製品その他の財産を譲り渡し、会社より金銭の貸付けを受けるといった取引が、取締役・会社間の取引例である。現在の会社法356条1項2号は、取引の例示をしていないが、上のような取引が規制対象の典型例であることに変わりはない。昭和25年（1950年）改正により、監査役の権限が会計監査のみに縮小されたことにともない、同年改正後、承認機関が監査役から取締役会に改められた（昭和49年（1974年）改正時に再び

288 同前参照。

監査役の権限が拡大されたが、承認機関は取締役会のままであった)。

さらに、会社が取締役の債務を保証し、その他取締役以外の者との間で会社と取締役との利益が相反する取引をするときも、取締役・会社間の取引規制とまったく同様の規制が課されている(会 356 I ③、365 I)。これを「間接取引の規制」という。間接取引の規制は、昭和 56 年(1981 年)改正時に明文化されたものである(同年改正後商 265 I 後段)。

これらの取引規制は、取締役がその地位を利用して、会社の利益を犠牲にし、自己または第三者の利益を図るのを防止するためである。したがって、上述の取引規制は、いずれも取締役の忠実義務(会 355)に関する規定の一環をなすものである²⁸⁹。

5-3-2. 対象

5-3-2-1. 直接取引

取締役・会社間の取引は、取締役が自ら会社の相手方として、または第三者を代理もしくは代表して会社と取引をなす場合をいう。取締役であれば、代表取締役たると業務執行取締役たるとを問わないばかりでなく、業務執行に関与しない取締役であっても同様である。Aが甲社の代表取締役であって、甲社代表取締役AとしてAまたは第三者のために取引をするときは、民法 108 条の自己契約または双方代理に当たるが、この場合でも株主総会・取締役会の承認を受ければ、当該取引に同条の適用はない(会 356 II)。この規定が設けられたのは、沿革的には双方代理・自己契約はいかなる場合も無効と考えられていた(大判明治 38 年(1905 年)2 月 7 日民録 11 輯 107 頁、大判明治 39 年(1906 年)2 月 27 日民録 12 輯 294 頁、大判明治 43 年(1910 年)2 月 10 日民録 16 輯 76 頁など)明治 44 年(1911 年)当時のことであって、それがそのまま今日に引き継がれたものである²⁹⁰。今日では、自己契約・双方代理の場合にも、本人の許諾があれ

289 北澤・注(1)前掲 421 頁。

290 上柳：鴻：竹内編・注(7)前掲 227 頁[本間輝雄]参照。

ば、民法 108 条の適用が排除され、当該取引は有効と解されているので、昭和 25 年 (1950 年) 改正後の通説は、取締役会の承認は本人たる会社の許諾と同視しうるがゆえに、その承認のあった取引について民法 108 条の適用のないことは自明の理であって、あえて特別の規定を設けるまでもないことであり、注意的にその旨を定めたにすぎないものであると解してきた²⁹¹。会社法 356 条 2 項も、そのように解して差し支えない。他方、甲社と取引をする取締役 A が代表権を有さず、代表取締役 B が甲社を代表して A または第三者と取引をなす場合には、民法上の自己契約・双方代理に該当しないが、この場合にも株主総会・取締役会の承認が必要である。これは、会社の取締役は相互に容易に結託して会社の利益を害するおそれがあるからであり、この点で、会社法 356 条 1 項 2 号、同 365 条 1 項は、民法 108 条より規整の範囲が広い²⁹²。

甲社の取締役 A が、同時に乙社の取締役を兼ねていても、甲社・乙社間の取引において、乙社を代理・代表する者が A でなければ、甲社において株主総会・取締役会の承認を不要と解するのが通説である。甲社の取締役 A が乙社の代表取締役であっても、乙社の他の代表取締役 C が乙社を代表して甲社と取引を行う場合も同様である²⁹³。

甲社の代表取締役 A が、同時に乙社の代表取締役を兼ねている場合、甲社・乙社間の取引において、A が甲社を代表し、乙社を A 以外の代表取締役、たとえば D が代表した場合、乙社において株主総会・取締役会の承認を要することは、いうまでもない (乙社にとっては、自社の (代表) 取締役 A が、第三者たる甲社のために行う取引だからである)。このとき、甲社において株主総会・取締役会の承認は必要か。江頭憲治郎や青竹正一は、甲社において承認を要すると解している。A は、甲社のみならず乙社をも代表したものと観るべきことを理由とする²⁹⁴。これに対し、北村雅史は、

291 同前 [本間輝雄] 参照、大隅：今井・注 (18) 前掲 235 頁参照。

292 北澤・注 (1) 前掲 422 頁。

293 落合編・注 (135) 前掲 81 頁 [北村雅史] 参照。

294 江頭・注 (10) 前掲 414 頁脚注 (2) 参照、青竹・注 (10) 前掲 273 頁参照。

会社法 356 条 1 項 2 号の文言解釈として、会社との取引を実行する者が当該会社の取締役でない限り、直接取引とはいえないから、直接取引としては、甲社における株主総会・取締役会の承認を不要と解する²⁹⁵。このような差異が何処から生じるかといえ、江頭・青竹が会社法 356 条 1 項 2 号の規制対象を直接取引および実質的にこれと同視しうる取引を含めて捉えているのに対し、北村は同条同項同号の規制対象を文理通りに捉え、実質的に甲社と A との利益が相反する場合は、下に述べる（本章 5-3-2-2）同条同項 3 号の間接取引の規制対象となると考えているからに過ぎない。上の例でいえば、A は、乙社を代表しうる地位にありながら、あえて自己に代えて D を代表せしめて甲社と取引をさせているのであるから、江頭・青竹によれば、直接取引規制により甲社の株主総会・取締役会の承認を要すると解するのである。北村の立場によっても A が、乙社の最高執行者としてその経営を指揮（支配）する地位にあるなら²⁹⁶、利益相反取引（間接取引）として、甲社の株主総会・取締役会の承認を要するのであるから、結論としては、両者の距離は遠くない。例を変えて眺めれば、甲社の取締役 A が、A の妻の代理人として甲社と取引をする場合、A が妻の許諾を得て A の子を復代理人としたとき（民 104）には、当該取引につき、江頭・青竹によれば直接取引の問題として処理することになろうし、北村によれば利益相反取引（間接取引）の問題として処理することになるだけの違いにすぎないと思われる。

そもそも会社法 356 条 1 項 2 号の取引も同条同項 3 号の取引も、沿革的には、下に述べるように利益相反取引として一体的に捉えられてきたものであるから、基本的には、江頭・青竹説に沿った解釈で不都合はないので

295 落合編・注（135）前掲 81 頁 [北村雅史]。

296 そうでなくとも、乙社における A の代表取締役としての影響力をまったく無視することは妥当とはいえない。

また、A は乙社の代表取締役ではないが、乙社の事実上の主宰者として甲社との取引に関与しているときも、規制の趣旨から、甲社の株主総会・取締役会の承認を要すると解すべきであろう（青竹・注（10）前掲 273 頁参照）。

はあるまいか。

たとえ甲社が乙社の親会社であっても、甲社の取締役Aが、乙社を代表して甲社と取引をするのであれば、原則として、甲社の株主総会・取締役会の承認を要しよう。甲社と乙社とは、人格を異にし、なおかつ乙社において甲社以外の株主が存すれば、両社の利益衝突が生じる場面がありうるからである。ただし、甲社が乙社の発行済株式総数のすべてを保有する場合には、両社の間に利益の衝突はないから、Aが両社を代表する取引についても、いずれの株主総会・取締役会の承認も不要である²⁹⁷。

江頭・青竹説を敷衍すれば、甲社の取締役Aが全株式を保有する乙社と甲社が取引を行う場合は、乙社を代表する者何如を問わず、直接取引規制の問題として処理されよう（なお、名古屋地判昭和58年（1983年）2月1日判時1079号99頁）。これは「取締役」という文言をどこまで拡大して解釈しうるかという問題であると考えればよいと思われる。さらに進んで、甲社の取締役Aが、乙社の発行済株式の過半数を保有しておれば、何人が乙社を代表しようと、甲社の株主総会・取締役会の承認を要すると解する説もある²⁹⁸。さらには、甲社の取締役Aが直接の相手方にならず、Aの配偶者や子などが、その名において甲社と取引をする場合にも、直接取引規制の問題として処理されよう²⁹⁹。このように解すれば、直接取引といえど、その外輪（あるいは、間接取引との境界）は相当に曖昧となることが理解できよう。

株主総会・取締役会の承認を要する取締役・会社間の取引には、取締役・会社間のすべての財産上の法律行為が含まれ、会社による取締役の債務の免除のような単独行為も包含されるが、規整の目的から観て、裁量によって会社の利益を害するおそれのある行為に限られる³⁰⁰。承認を要しない取

297 龍田・注（88）前掲78頁。

298 前田雅弘「取締役の自己取引」森本滋：川濱昇：前田雅弘編『龍田節先生還暦記念・企業の健全性確保と取締役の責任』（有斐閣・1997年）304頁参照。取締役の責任の面でも同様に扱うべきとされている。

299 青竹・注（10）前掲274頁参照。

引例として、判例が挙げたものを概観すると、債務の履行（大判大正9年（1920年）2月20日民録26輯184頁）、相殺（大判昭和5年（1930年）2月22日法律新報213号14頁）、取締役が自己または第三者のために会社を受取人として手形を振り出す場合のように、会社到手形債務を負わせることなく、会社に不利益を及ぼさないもの（大判昭和9年（1934年）1月23日新聞3673号15頁）、取締役の会社に対する無償贈与（大判昭和13年（1938年）9月28日民集17巻895頁）、取締役が会社に対し無利息・無担保で金員を貸し付ける行為（最判昭和38年（1963年）12月6日民集17巻12号1664頁）、会社が取締役に約束手形を裏書して、取締役が手形金額と同額の融資を受ける行為（最判昭和39年（1964年）1月28日民集18巻1号180頁）、がある。以上の他、普通取引約款による運送契約、倉庫寄託契約、保険契約、預金契約などは、原則として、性質上会社の利益を害するおそれのない取引として適用対象から除外される³⁰¹。北澤正啓は、さらに1歩を進め、具体的取引が会社にとって「公正かつ合理的」であり、事実上会社を何ら害さないときは、その取引は、株主総会・取締役会の承認を要する取引に該当しないというべきであろうと説いていた³⁰²。青竹正一もまた、取引が実質的に公正な場合に直接取引規制の適用を排除しても、会社の利益を害することがなく、むしろ会社に便宜をもたらすことになる³⁰³と説き、わけても小規模な非公開会社（閉鎖会社）では、株主総会・取締役会を恒常的に開かないでおきながら、株主総会・取締役会の承認がないことを奇貨として会社法の適用を主張することが多いから、取引の具体的内容・態様から見て適用を排除することは、小規模非公開会社の実態に即した解決方法にもなると主張している³⁰³。そして、実質的な公正・不公正の判断を会社法上迫られる場面は少なくないのであるから（たとえば、会

300 北澤・注（1）前掲422頁。

301 同前参照。

302 同前423頁。

303 青竹・注（10）前掲275頁。

144Ⅲ、199Ⅲ、201Ⅰなど)、対価の相当性などの取引の条件、会社が当該取引を必要としていたかなどから公正か否かを判断して、公正な取引であれば会社法 356 条、同 365 条の適用対象から除かれると解すべきであると説いている³⁰⁴。妥当な主張であろう。

取締役・会社間の手形行為については、別に述べることとする（本章 5-3-2-3）。

5-3-2-2. 間接取引

会社法 356 条 1 項 3 号中に例示されている、会社が取締役個人の債務を保証するがごとき、いわゆる間接取引については、上に述べたように（本章 5-3-1）、昭和 56 年（1981 年）改正前までは、明文の規定がなかった。よって、古くから間接取引が取締役・会社間の取引規制に含まれるかについて争いがあった。取引の承認機関が監査役から取締役会に改められた昭和 25 年（1950 年）改正後商法 265 条に関し、伊澤孝平は、その注釈書において、以下のように述べている。「又会社と取締役との間に直接に取引が行われた場合だけでなく、間接に第三者を通じて会社と取引した場合にも本号（ママ）の適用がある。例えば取締役の第三者に対する債務について会社が或いはこれを第三者に対して引受け（大判昭和 6・5・7 新聞 3272 号、大判昭和 9・2・28 大判全集 140 頁同 208 頁）、或いは会社がこの債務を保証するが如き場合である³⁰⁵。」この注釈によれば、過去の大審院判例は、おおむね間接取引を監査役の承認にかからしめていたようである。

間接取引が昭和 56 年（1981 年）改正前商法 265 条の取引規制に含まれるか否かは、同条違反の取引の効力と密接に関係するところであるが（仮に絶対無効と解すれば、同条の適用範囲を間接取引に拡大した場合、取引の安全を著しく害することになる）、最高裁昭和 43 年（1968 年）12 月 25 日判決民集 22 巻 13 号 3511 頁は、大法廷判決をもって、商法旧 265 条に

304 同前。

305 伊澤孝平『註解新会社法』（法文社・1950 年）445 頁。

いわゆる取引中には「取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反の行為のみならず、取締役個人の債務につき、その取締役が会社を代表して、債権者に対し債務引受をなすが如き、取締役個人の利益にして、会社に不利益を及ぼす行為も、取締役の自己のためにする取引として、これに包含されるものと解すべきである」と判示して、商法旧 265 条の適用範囲を間接取引に拡大したのであった（同時に、この判例は、商法旧 265 条違反の間接取引の行為の効果につき、相対的無効と解することを明らかにした判例として知られている）。この流れを受けて、昭和 56 年（1981 年）改正において、従来の取締役・会社間の取引規制を、明文をもって間接取引に及ぼしたのである（同年改正後商 265 I 後段）。今日の会社法 356 条 1 項 3 号、同 365 条 1 項は、これを承継したものである。

龍田節は、「債務保証や債務引受けは、契約の構造上当事者にならない取締役が取引の利益を受け、会社が不利益を受ける（保証の場合は条件付にせよ）ことは明らかだが、程度の大小を問わなければ取締役・会社間の利益相反は無限にありうる³⁰⁶」と指摘している。直接取引もその外輪は曖昧であるが、間接取引はさらにこれが曖昧になる。当然に、どこまでを取引規制の対象とすべきかという問題が残される。龍田は、後に述べるように（本章 5-3-5）、会社法 356 条 1 項 3 号、同 365 条 1 項違反の行為の効果につき相対的無効説を採れば取引の安全が保たれることを理由に、規制の網を比較的緩やかに及ぼそうとする姿勢で臨んでいる³⁰⁷。すなわち、取締役の妻の債務を会社が保証するにも株主総会・取締役会の承認を要する（東京高判昭和 48 年（1973 年）4 月 26 日判時 708 号 88 頁）のは当然のこと、甲社の取締役 A が過半数の株式を保有する乙社も、A 自身と同じ扱いをすべきであり、乙社の債務に甲社が担保を提供する取引には、甲社の株主総会・取締役会の承認を要すると説いている³⁰⁸。

306 龍田・注（88）前掲 78 頁。

307 同前 78-79 頁参照。

308 同前 79 頁。

5-3-2-3. 手形行為

(ア) 手形行為、典型的には会社が取締役を受取人として約束手形を振り出す行為に会社法 356 条 1 項 2 号、同 365 条 1 項の適用があるか否かに関しては、古くから争いがあった。適用否定説も、根強く展開されていた。適用否定説に係るいくつかの説を挙げてみよう。以下、やや冗漫とも捉えられかねない記述となるが、この問題に関する判例の変遷については会社法 356 条 1 項 2 号 3 号違反の効力に係る相対的無効説の形成に重要な役割を果たした論点であるので、(本章 5-3-5 との関連において) こういう記し方を試みた。

古くは、大正元年 (1912 年) 法学新報 22 巻 10 号に掲載された松本丕治の「取締役会社間の手形行為に付て」と題する論稿がある³⁰⁹。これは、彼の考える手形学説と密接不可分の考え方を提示したものであるが、甲社の乙取締役が会社を代表して手形を振り出し、監査役の承認を得ずに、これを受取人たる個人の資格における丙取締役に交付した場合に、丙がこれを第三者丁に裏書譲渡したとき、丁は振出人としての甲社に対して手形上の権利を有すべきか否かを検証するものである。まず、松本の手形学説の梗概を知っておく必要がある。彼によれば、「手形に関する法律行為は之を手形債権行為と手形物権行為とに区別して観察することを要する。手形債権行為は一方的行為にして手形を発行するに因つて完全に成立すれども、振出又は裏書の如く他人に手形所有権を与ふることを必要とする場合に於ては、手形物権契約に因つて他人が手形所有権を取得する迄は手形行為の効力を発生せざるものである。而して他人は物権契約以外に於て例外として商法第 441 条³¹⁰の規定せる方法に依つて手形所有権を取得し、以て手形上の権利者たることを得るものであつて手形行為の効力は之に因つても発

309 この論稿は、松本丕治『商法解釈の諸問題』(有斐閣・1955 年) 457 頁以下に所収されている。以下、引用はこれによる。

310 当時の商法手形編の手形の善意取得に関する条文である。以下のように規定されていた。「何人ト雖モ悪意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ニ対シ其手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス」。

生すべきものである³¹¹。」この学説を応用すれば、上の例において、「甲会社と其取締役丙との間に行はれたる手形の授受、即ち手形物権契約は監査役の承認を得ざるものなるを以て、大審院の判決³¹²の趣旨に依れば無効である。併し乍ら……甲会社……が為したる振出の債権行為は手形行為と離れて完全に成立して居るのである。而して受取人たる丙……は手形物権契約の無効なるの故を以て手形所有権を取得することなく、従て手形上の権利者たるを得ないのであるが。丙……より裏書に因つて手形を譲り受けたる丁は其取得の時に於て善意にして且重大なる過失なき限りは、商法第441条（現在の手16Ⅱ、77①）の規定に依つて其手形の所有権を取得するを以て、従て手形上の権利を取得し振出人たる甲会社……に対して其権利を行使することを得るのである³¹³。」これすなわち、手形債権行為（手形債務負担を目的とする行為）は単独行為であるから取締役・会社間の取引に関する規定の適用を受けないのに対し、手形物権行為（手形所有権の移転を目的とする行為）は、取締役・会社間の取引として所定の機関の承認を要するが、承認なく手形物権行為の無効を主張しうる相手方たる取締役（無権利者）から手形を善意取得した第三者は、会社に対し、権利を行使しようと解するものである。

松本烝治の手形学説の独創性ゆえに、田中耕太郎はこの考え方を支持しなかった。昭和13年（1938年）改正直後に著された田中耕太郎の体系書における記述は以下のとおりである。すなわち、「私は原因関係と区別せ

311 松本・注（309）前掲464頁。

312 大判明治42年（1909年）12月2日民録15輯926頁を指す。この判例は、当時の商法176条（現在の会356Ⅰ②）に基づく監査役の承認を受けない取引一般を無効と解する（ただし、後に追認を認める）とともに、手形行為も同条にいう取引に該当し、同条違反の手形行為もまた無効であるから、会社は、手形所持人が善意たると否とを問わず、その無効を主張してその支払いを拒みうるとするものであった。これ以前、大審院は、当時の商法176条違反の取引の効力につき、取り消しうべきものであるとの立場を採っていた（大判明治36年（1903年）9月4日民録9輯978頁）が、この明治42年の連合部判決により、当然無効説に改めたのであった。

313 松本・注（309）前掲465頁。

られた所の手形及び小切手に関する行為自体は取引の手段たる行為であつて、物権的履行行為と同様に其れ自身利害衝突を来し得べき行為でない故に、本条（昭和 13 年（1938 年）改正後商 265、現在の会 356 I ②、365 I）の取引中に包含せらるべきものに非ずと解する。然らば取締役は^{ほしいまま}擅に会社と手形行為を為し、会社に対して手形上の権利を行使し得るやと云ふに、此の場合監査役の承認を得ることを要するのは原因関係たる債権行為自体であつて、手形債務者たる会社は取締役に対しては本条に基いて原因関係に付て監査役の承認を欠く故に無効とする抗弁を提出して手形の支払又は償還を為さざるを得る。然し一旦手形が悪意又は重大なる過失なき第三者の手に歸したときには、会社は其の者に対して責に任ずること亦已むを得ざる次第である³¹⁴。」これすなわち、手形の実質的な原因関係については、会社・取締役間の利益が相反し、所定の承認がなければ無効となるが、原因関係と区別された手形行為自体は取引の手段たる行為であつて、債務の履行的性質を有するにすぎないから、それ自体については利益相反行為に該当せず、よつて、取締役・会社間の取引規制に係る条文の適用はなく、ただ原因関係が承認機関の承認を欠くがゆゑに無効であるという事実は、これを人的抗弁となしうるにすぎないとの主張である。

松本にせよ、田中にせよ、大審院の判例が、承認を受けない取締役・会社間の取引を無効と解し、取引中に手形行為を含め、会社は善意の手形所持人に対しても責任を負わないでよいとする立場に終始したため（本章脚注（312）に掲げた連合部判決以降も、大判大正 12 年（1923 年）7 月 11 日民集 2 卷 10 号 477 頁、大判大正 13 年（1924 年）9 月 24 日民集 3 卷 10 号 433 頁、大判大正 15 年（1926 年）1 月 30 日民集 5 卷 2 号 77 頁、大判昭和 8 年（1933 年）6 月 1 日民集 12 卷 14 号 1401 頁などが相次いだのである）、これを放置すれば、手形取引の安全が著しく害されるとの視座から上の主張を展開したものであることを銘肝しておかれない。適用否定説

314 田中耕太郎『改正会社法概論』（岩波書店・1939 年）585—586 頁。

を産んだのは、一連の大審院判例であると断言しても、決して過言ではあるまい。現に田中耕太郎は、上述の一連の大審院判例につき、「而して皆何れも^{こぞ}挙って手形に関する行為を此の中に包含せしめ、殊に判例は取引の安全を害すること甚だしき、不当なる結論に到達している³¹⁵」と明言していたのである。

第2次大戦後、最高裁判所もまた、承認を受けない手形行為の効力を否定する見解を示した（最判昭和36年（1961年）6月23日民集15巻1669頁）。この流れを受けて、主として上の田中説を受けた否定説が主張され続けた。たとえば石井照久は、「結局会社と取締役との取引の制限は、利害の衝突を生ずべき債権契約を意味し、契約の履行行為である物権的行為を含まないと解すべく、したがって金銭支払の手段的關係にすぎない手形行為はこれに準ずるものとして、それ自体につき取締役会の承認を要するような意味での利害の衝突はなく、右の制限の適用がないと解すべきである³¹⁶」と述べていた。これは、実質的に田中耕太郎の説に従うものである。山口幸五郎に至っては、1980年代後半にあってなお、「手形行為については、小切手行為と同様、手段の性格の行為であるから〔商法の規整する取引規制に〕含まれず、ただ原因關係が取締役会の承認を欠く場合に手形の人的抗弁事由になると解される³¹⁷」と説いていた。

（イ）一方で、適用肯定説もまた有力であった。適用肯定説に係る比較的古い説は、以下のごとくである。

大森忠夫は以下のように説いた。すなわち、「手形行為がこれに含まれるか否かについては議論が多いが、とくにこれが除外されるとすべき理由はない。手形行為も含まれると解しても、……取締役会の承認なくしてなされた行為も無効でない、とする解釈をとるかぎり、手形取引の安全を害することにもならない。必要な承認を受けない手形にもとづく法律關係に

315 同前 585 頁。

316 石井・注（102）前掲 344 頁。

317 山口・注（243）前掲 201 頁脚注（1）。

については、会社は、当該取締役に対しては、取締役会の承認を求める義務の違反をもって人的抗弁として対抗することができ、義務違反の事実につき悪意であった手形取得者に対しては、いわゆる一般悪意の抗弁をもって対抗することができ、その限度においてのみ会社は保護されるものと解すべきである³¹⁸。」傍点で示したように、古い適用肯定説は、取締役・会社間の取引規制に違反する取引の効力につき有効説と結びついて展開されたものであったことに留意が必要である。この点は、次の田中誠二の主張においてより明白である。

田中誠二は、「[商法旧 265 条] を命令規定と解し、取締役会の承認がなくても、取締役会社間の行為自体には影響のないものと解するときは、取引の概念決定につき対外的取引安全を考慮する必要はないので、ただ、どのような場合に取締役に取締役会の承認を得る義務を負わすのを適当とするかによって定める³¹⁹」との視座から、手形行為について、商法旧 265 条の適用を認めるか否かを考究しているのである。そして、「手形行為……は常に利害衝突のおそれがないものと解することは当たらないので、……手形は少なくとも抗弁の切断を生ずること、举证責任の転倒を生ずること、取引停止処分を伴い銀行取引から追放されること、および手形訴訟という特殊の訴訟手続で追及を受けること等の点で利害衝突を来すと考え得るので、このような場合には、手形行為は、やはり本条中の取引に入ると解する³²⁰」と結んだのであった。

(ウ) 上のような古い対立の構図を一変させたのが、大法廷判決たる最高裁昭和 46 年 (1971 年) 10 月 13 日判決民集 25 卷 7 号 900 頁であった。この判決は、「およそ、約束手形の振出は、単に売買、消費貸借等の実質的取引の決済手段としてのみ行なわれるものではなく、簡易かつ有効な信

318 大森忠夫『新版会社法講義』(有信堂・1964 年) 184 頁。

319 田中誠二『会社法詳論上巻』(勁草書房・1967 年) 477 頁。この点に関する限りは、同・注 (34) に掲げた再全訂版を引くより、当初のものを参照する方が、彼の視座が明確に理解できる。

320 同前 478 頁。なお、同・注 (34) 前掲 618 頁。

用授受の手段としても行なわれ、また、約束手形の振出人は、その手形の振出により、原因関係におけるとは別個の新たな債務を負担し、しかも、その債務は、挙証責任の加重、抗弁の切断、不渡処分危険等を伴うことにより、原因関係上の債務よりもいっそう厳格な支払義務であるから、会社がその取締役宛てに宛てて約束手形を振り出す行為は、原則として、商法265条（現在の会356Ⅰ②、365Ⅰ）にいわゆる取引にあたり、会社はこれにつき取締役会の承認を受けることを要するものと解するのが相当である」と判示して、手形行為につき、原則として、これが取締役・会社間の取引に該当することを明らかにするとともに、善意の第三者取得者を保護するため、商法旧265条違反の手形行為の効力につき、相対的無効説を採ったものである。ただし、この判例で、手形行為が商法旧265条の取引に該当するという部分は、9対6という結果で肯定説が多数を占めるというきわどいものであった。この問題がいかに難問であったかを示す結果である。後者の部分については、後に改めて考究するが（本章5-3-5）、ともかくも、手形行為が取締役・会社間の取引に該当するとの結論は、これ以降、通説の座を獲得したといえるであろう。

（エ）今日にあっては、上記判例で指摘された理由とともに、手形の乱発が会社の倒産を招く例が多く、取締役が相手であれば安易に振出し等をしがちであることを考えると、やはり手形取引を自己取引に含めるべきであるというのが完全な趨勢である³²¹。

5-3-3. 承認の方法

かつて、承認機関が監査役であった時代に、その承認の方法は、個々の取引について与えられることを要し、包括的に与えられないとする判例が

321 龍田・注(88)前掲79頁参照。なお、小切手はまったくの金銭支払手段であり、取立委任以外で第三者に渡ることは稀で、厳格性が現れることは滅多にないから、金銭の支出に承認があれば改めて承認の必要はない（同・79頁脚注(63)）。

あった（大判明治 37 年（1904 年）6 月 21 日民録 10 輯 956 頁）。しかし、最高裁は、取締役会の承認は個別的に与えられることを要するが、反復してなされる同種同型の取引については、種類・期間・金額の限度など、範囲を明確にして包括的に承認することを妨げない（最判昭和 46 年（1971 年）12 月 23 日判時 656 号 85 頁）としており、かかる承認方法が許される点については、異論を見ない。

株主総会・取締役会の承認を求めるべき者は、直接取引にあっては取引の相手方である取締役、間接取引にあっては会社を代表して取引しようとする取締役である³²²。間接取引では、会社が第三者と取引することが問題となるからである³²³。

取締役会の承認決議においては、取引の相手方たる取締役またはその取引につき利益相反関係にある取締役は、特別利害関係人となり、議決に加わることができない（会 369Ⅱ）。

承認は事前に受けるのが原則であるが、事後の承認、すなわち追認が認められるか否かにつき、多数説はこれを肯定的に解する³²⁴。もっとも、株主総会・取締役会の承認を得ても、会社に損害が生じれば、取締役は任務懈怠の損害賠償責任を負うのであるから（会 423Ⅰ・Ⅲ、428Ⅰ）、事前承認を受けなかったことが、任務懈怠や過失の有無の判断において、取締役に不利に働くことはありうる³²⁵。

5-3-4. 報告義務

取締役会設置会社にあつては、利益相反取引をした取締役は、取引後遅滞なく、取引につき重要な事実を取締役に報告しなければならない（会

322 青竹・注 (10) 前掲 277 頁、大隅：今井・注 (18) 前掲 243 頁。

323 青竹・同前。

324 同前 277-278 頁参照、前田・注 (4) 前掲 419、415 頁、加美・注 (8) 前掲 314 頁、江頭・注 (10) 前掲 416 頁、落合編・注 (135) 前掲 85 頁 [北村雅史]。

325 落合編・同前 [北村雅史]。

365Ⅱ)。この報告義務の趣旨は、本章5-2-4に述べたところと同様である。

5-3-5. 承認を得ない取引の効力—相対的無効説確立の軌跡

承認を受けない取引につき、会社は、取締役が代理・代表した直接取引の相手方に対しては、常に無効を主張できる。この点については、とくに問題がない。

取引の安全との関連において問題となるのは、①直接取引において、会社と取引をした取締役からの権利の取得者をどう保護するか、②間接取引の相手方をどう保護するか、という2点である。①については、いわば予告編のような形で、わけても手形の第三取得者の保護に関連した諸説につき、上で若干の言及をしている（本章5-2-2-3）。

今日、これらの者の保護については、その政策的妥当性から、相対的無効説に依って解決を図るというのが趨勢であり、今や通説たる地位を占めているが、この説を首唱したのは、周知のように北澤正啓である。以下では、彼がこの説をどのように構築したのか、その成熟の過程を辿ってみることとしたい。

（ア）北澤第1論稿公表時

相対的無効説に係る北澤の最初の論稿は、昭和38年（1963年）に法学教室（別冊ジュリスト）上に公表された「取締役会社間の取引」と題するそれである³²⁶。この論稿では、上述の①の問題、ことに手形取引が所定の承認を受けない場合における取引の安全の問題が扱われた。

まず、この当時の法状況を概観しておくと、商法旧265条（昭和56年（1981年）改正前商265）である。現在の会356Ⅰ②、365Ⅰ）違反の取引の効力につき、判例の主流は、その取引は無効であるが、無権代理行為に準じて効力浮動の状態にあり、追認があれば有効となるとするものであった

326 この論稿は、北澤正啓『株式会社法研究』（有斐閣・1976年）に所収されている。以下、引用はこれによる。

(大判大正 8 年 (1919 年) 4 月 21 日民録 25 輯 624 頁、大判大正 9 年 (1934 年) 7 月 10 日民録 26 輯 1068 頁、大判大正 13 年 (1924 年) 7 月 10 日民集 3 巻 9 号 349 頁など)。大審院大正 9 年 (1920 年) 7 月 10 日判決民録 26 輯 1068 頁は、直接取引の相手方たる取締役に民法 114 条所定の催告権を認めてさえたのであるから、判例は、商法旧 265 条違反の直接取引の効果につき、明らかに無権代理の法理を応用していたのである。この当時、学説は、無効説と有効説とが対立していた。この当時の無効説は、事後の追認を認める無効説が主流であり、当然無効ではなく無権代理の効果を生じ、取締役会の承認あるときは完全に有効となる説、あるいは事後の承認があると民法 119 条ただし書により新たな行為があったものとする説などが展開されていた³²⁷。無効説によれば、いずれの立場によっても、会社はその取引の無効を善意の第三者に対しても主張しうることになるをもって、善意者の保護よりも会社の利益を重視していることになる³²⁸。北澤正啓も、当時の無効説を評し、「いずれにせよ、現時の無効説は、会社の犠牲において法に違反した当の取締役やこれを利用した第三者を保護する必要がないことを主たる理由としており、取引の安全は、取引一般を有効と解することによってではなく、別個の方法によってまもろうとする³²⁹」と小括している。他方、有効説は、当時の商法旧 265 条をもって、取締役の義務を定めた規定であるが、それは行為自体の効力を定めた効力規定でなく命令的規定であると解する立場から、本条違反の行為も完全に有効であり、ただ取締役の義務違反として会社に対し損害賠償責任を生じるにすぎないと説いたり、本条の規定を取締役と取引をなす場合における会社の業務執行の決定方法を定めたものと解する立場から、本条違反の取引もそれが代表取締役によって締結された以上有効たるべきであると説いていた³³⁰。

327 諸説については、西原：大隅：鈴木：石井監修・注 (269) 前掲 427 頁 [本間輝雄] 参照。

328 同前 [本間輝雄]。

329 北澤・注 (326) 前掲 249 頁。

ただし、有効説によっても、取引当事者たる当の取締役の保護は考えられていなかったこと、当然である。すなわち、有効説の多くは、相手方たる取締役（悪意の第三取得者を含む）は、一般悪意の抗弁・権利濫用・信義誠実の原則などの法理によって、会社に対する権利主張を封じられると解したのであった。

このような状況の中で、北澤正啓が、上記①の手形取引を除く取引一般における、取締役からの権利の善意の取得者の保護を、当初どのように考えていたのかを明らかにしておきたい。北澤によれば、手形取引を除く「その他の取引についてみると、たとい無効説をとっても、動的安全が重視される財産権については、善意の第三者は、その権利取得を善意取得の規定（民 192 条、商 229 条 [当事の北澤の論稿では、昭和 41 年（1966 年）改正前商 229 を指す。小 21 を準用する株券の善意取得の条文である]・519 条（小 21 条）等）によってまもられるのであり、有効説が無効説より多く取引の安全をまもることになるのは、法が動的安全よりも静的安全を重んずる財産権についてである。したがって、無効説をとっても、不都合な結果を生じないばかりでなく、却って、無効説によって会社の利益保護と取引の安全保護とを合理的に調和させうると考える。また民法 108 条違反の取引については有効説をみないが、範囲に多少の相違があるにせよ基本的趣旨を同じくする取締役会社間の取引に関する規定一般についても、その効果を同一に解したいと思う。さらに、会社取締役間の取引に関する規定が単に取締役の損害賠償責任にとどまるならば、その存在意義はきわめて少ないといわなければならない。以上の理由により、私は、所定の承認を受けない取引一般について、その効力を否定するが、ただ無権代理行為に準ずるものとして承認機関が追認によってその効力を生ぜしめることは差し支えないと考える³³¹。」

330 同じく、諸説については、西原：大隅：鈴木：石井監修・注（269）前掲 427—428 頁 [本間輝雄] 参照。

331 鈴木竹雄『手形法・小切手法』（有斐閣・1957 年）153—154 頁参照。

以上、明らかに、北澤正啓は、初期においては、手形取引を除く直接取引一般に関し、追認を認める無効説（無権代理説）を支持していたのである。これはおそらく、端的には、会社にとって重要かつ個性の強い財産である不動産の流出を阻止することが念頭にあったのではないかと推察しうる。当初、彼は、わけても不動産については、静的安全を重視して、会社の利益保護により重点を置いていたのではなかろうか。

上記の追認を認める無権代理説を基本的な立ち位置として、北澤は、商法旧 265 条違反の取締役・会社間の手形行為の効力について考究したのであるが、手形は、「動産以上に動的安全が重視される財産権」であること、いうを待たない。すでに述べたように（本章 5-3-2-3）、大審院の判例は、所定の承認を受けない手形行為につき、一貫して、会社は善意の手形所持人に対しても責任を負わないでよいとしていたし、北澤がこの論稿を著す直前の最高裁昭和 36 年（1961 年）6 月 23 日判決民集 15 卷 1669 頁も、承認を受けない手形行為の効力を否定する見解を示していた。北澤は、無効説に立脚しつつ、この不都合な結論を是正すべく、手形取引の安全に資する解決策を模索しようと試みたのである。

北澤正啓は、本章 5-3-2-3 に掲げた松本烝治の主張、田中耕太郎の主張、田中誠二の主張をそれぞれ紹介するとともに、鈴木竹雄の主張に係る、手形の書面行為は不特定の相手方に対する一方的行為であるから、利益相反の問題を考える余地がなく、したがって取締役会の承認がなくても有効に成立し、手形上の権利は存在するに至るが、これに対し、証券の交付はこのようにして成立するに至った権利を移転する行為であるから、当事者間の利益は相反し、取締役会の承認がなければ無効となり、結果、手形上の権利は有効に存在しても、取締役は無権利者であるがゆえに権利を行使しえないものの、取締役からその手形の裏書を受けた第三者は当該手形上の権利を善意取得する³³¹との考え方にも言及している³³²。ちなみに、

332 北澤・注 (326) 前掲 254-255 頁参照。

付言しておく、松本烝治が手形行為を債権行為・物権行為に分け、単独行為・契約という形式によってこの問題にアプローチしたのに対し、鈴木竹雄は、手形行為を両者の結合した証券の作成・交付に分け、利害相反という実質的性質によって解を導き出そうとしたのである³³³。

以上の諸説を概観したうえで、北澤は、手形取引の安全を図るためには、善意の手形第三取得者が、完全な権利者として、当該手形行為をなした会社に対して、手形債権を行使しうること結論を採らなければならない旨を強調している³³⁴。この点は、彼の基本的立ち位置からして、当然の理である。彼は、動的安全が重視される財産権については、会社の利益を譲歩せしめて、動産の即時取得者や株券の善意取得者の保護を優先させることを肯定していたのであるから、より動的安全が重視される手形債権の第三取得者につき、動産や株券の善意の第三取得者に相応する地位を与えるべきは当然のことであったからである。この視座から、上記の諸説のいずれを採るべきかを考究したわけであるが、元来が追認を認める無効説（無権代理説）を支持していた北澤にとって、躊躇うことなく、有効説に立脚する諸説を消去した³³⁵ことは、これまた当然のことであった。そして、「さればといって、手形行為に関する独自の理論（松本博士・鈴木教授）に頼らなければならないであろうか³³⁶」と述べ、その理論の独自性・技巧性ゆえに、これらの諸説をも退けたのである。続けて、「私は、より直接に、会社の利益保護と手形取引の安全保護の調和的観点から、承認を受けない手形行為は無効であるが、その無効をもって善意の第三者（ただし、この場合、重過失ある者は除くべきである）に対抗しえないと解すればたりると考える³³⁷」との見解を表明したのであった。この1節が、すなわち相対的無効説^{せんめい}の嚆矢であった。

333 鈴木・注（331）前掲 154—155 頁脚注（9）参照。

334 北澤・注（326）前掲 255—256 頁参照。

335 同前 256 頁参照。

336 同前。

337 同前。

注目すべきは、無権代理人による手形行為と取締役・会社間の所定の承認を受けない手形行為（会社代表者の無権代理手形行為の1類型）との相違についての、記述である。次のように述べていた。「両者〔一般の取引と手形取引を指す〕の間には、本人と行為者との関係の有無・濃淡の点で、本人を保護すべき必要性、やむをえない場合にそれを犠牲にすることの妥当性に差異があるのである。一般の取引に関する限りでは、この差異が問題とならないが、取引の安全が極度に要請される手形の場合には問題とならざるをえない。すなわち、手形行為についても、ほんらいの無権代理の場合には本人を犠牲にすることは絶対に認めえず、無権代理なることを何びとに対しても主張しうるといわざるをえないのに対し、所定の承認を受けない取締役会社間の手形行為の場合には、極度に要請される手形取引の安全という手形法の理念の前に会社の利益を譲歩させ、これを犠牲にし、承認を受けないことによる手形行為の無効を善意の第三者に対抗しえないと解することもやむをえないこととして認めうと考える³³⁸。」

上の主張を分析してみよう。傍点を付した部分は、あくまでも原則論であることに注意しなければならない。民法における無権代理の本人の責任に係る自明の原則論を述べているわけであって、手形行為もまた、原則論としてはその例外ではないと述べているにすぎない。しかしながら、取引の安全が極度に要請される手形行為にあっては、無権代理と評価される類型のうち、本人と代理人との間に特異な関係があって、本人の利益を犠牲にしなければならないものが含まれているのであり、北澤は、その典型例のひとつが、取締役・会社間の手形行為であると解しているのである。かかる特異な場面では、原則論を棄てて、本人の責任（この場合は会社の責任）が問われなければならないが、その責任の問われ方が、無効をもって善意の第三者に対抗できないとの構成によるべきであると主張したわけである。上の文章は、以上のように解題しうと考える。それゆえ北澤は、

338 同前 256—257 頁。

取締役・会社間の手形行為に加え、無権代理と評される手形行為のうち、本人の責任が問われる類型として、民法 108 条違反の手形行為をも例示したのである³³⁹。

それでは、北澤正啓の相対的無効説の発想に至る原点は何処にあったのか。北澤は、必要な決議を欠く代表取締役の効力については、一般的に言えば、決議を要求して守ろうとする会社の利益と、行為が代表取締役によってなされたことを信頼した第三者の利益を比較衡量して決すべきであるとの基本姿勢を有していた³⁴⁰。この姿勢は、その師、鈴木竹雄の強い影響を受けている。鈴木は、「代表取締役が株主総会または取締役会の決議によらず（決議によっているがそれが無効または不存在のときも同じ）、または、それらに違反して行った行為の効力は、一方、決議を要求してまわろうとする会社の利益と、他方、行為が代表者によってなされたことを信頼した第三者との利益とを比較衡量して、具体的に決すべきことではないかと思う³⁴¹」と述べていた。この基本姿勢は、北澤の説くところと、完全に一致している。これは、その文脈上、実質的利益衡量論に出たものであること、明らかであろう。

同一の出発点から、商法旧 265 条違反の手形行為の効果を考究するにあたり、鈴木が独自の手形理論をもって実質的利益衡量を行ったのに対し、北澤は、表見法理あるいは権利外観法理に根差す、よりオーソドックス（orthodox）な実質的利益衡量を行ったものであると考えられる。あるいは、英米法上の忠実義務違反を巡る衡平法理論が、この説を主張するにあたって、彼の脳裡に去来したのやも知れない。

伝統的な私法体系上、無効の効果は原則として当然かつ絶対的であると考えられてきたが、北澤は、たとえば民法 94 条 2 項は、無効の一般理論

339 同前 257 頁参照。

340 北澤・注（1）前掲 399 頁。

341 鈴木竹雄『新版会社法（全訂第 3 版）』（弘文堂・1991 年）186 頁脚注（5）。すでに、同『会社法』（弘文堂・1954 年）133 頁脚注（4）にまったく同一の文章がある。

を第三者の利益保護のために譲歩せしめた例であると捉え、かかる手法は、必ずしも明文の規定のある場合に限って認めうべきものではないと主張したのであった³⁴²。かかる主張は、実質的利益衡量論以外の何者でもなからう。

最後に、繰り返し述べるように、この論稿の段階では、手形行為に限らず、承認を受けない取引一般について、それを無効としつつこれを善意の第三者に対抗しえないとの考え方につき、北澤は、明白に、「私は、承認を受けない取引一般について同様に解することには賛成しえない³⁴³」と述べ、慎重にその第1歩を踏み出していたことを改めて付言しておく。

(イ) 北澤第2論稿公表時

次に言及すべき主要論稿として、昭和45年(1970年)に判例評論142号に掲載された「商法265条と間接取引」と題する判例評釈がある³⁴⁴。最高裁昭和45年(1970年)4月23日判決民集24巻4号364頁の評釈である。この判決は、すでに述べた(本章5-3-2-2)大法廷判決たる最高裁昭和43年(1968年)12月25日判決民集22巻13号3511頁を引き継ぎ、「甲乙両会社の代表取締役が、甲会社の債務につき、乙会社を代表して保証をなすが如き場合も、甲会社の利益にして、乙会社に不利益を及ぼす行為であって、同条〔昭和56年(1981年)改正前商265〕にいう取締役が第三者のためにする取引に当るものというべきである」と判示して、間接取引に商法旧265条の適用があることを明らかにするとともに、「取締役が同条に違反して取締役会の承認を受けなかった行為は、無権代理行為として株式会社に効力が及ぶことがないのであるが、本件保証のようないわゆる直接取引に当たらない場合にあっては、株式会社は、相手方に対して、その取引につき取締役会の承認を受けなかったことのほか、相手方の悪意

342 北澤・注(326)前掲257頁。

343 同前258頁脚注(11)。

344 この論稿もまた、前掲注(326)中に所収されている。以下、引用はこれによる。

を主張立証して始めて、その無効を主張しうる」と判示し、同条違反の間接取引の効果につき、相対的無効説を採用したものであった。なお、この判決の直前、最高裁昭和 45 年（1970 年）3 月 12 日判決判時 591 号 88 頁も、取締役個人の債務につき、その取締役が会社を代表して連帯保証をする行為が商法旧 265 条に該当するものであること、および、同条に違反する間接取引が相手方に対し相対無効であるものとしていた。これら、一連の最高裁判例によって、商法旧 265 条は間接取引にも適用があること、そして、同条違反の間接取引は、相手方に対して相対無効であるものとする方向が完全に定着したのである。したがって、最初の、最高裁昭和 43 年（1968 年）判決こそが、ターニング・ポイント（turning point）となった最も重要な判例である。

初めて相対的無効を表明した間接取引に関する昭和 43 年判決は、次のように述べた。すなわち、「取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反する取引にあっては、会社は、当該取締役に対して、取締役会の承認を受けなかったことを理由として、その行為の無効を主張しうることは、…当然であるが、会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかったことのほか、相手方である第三者が悪意（その旨を知っていること）であることを主張し、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得るものと解するのが相当である。」

この判例において、北澤正啓の背中を押したのは、大隅健一郎の補足意見ではなかったかと思う。大隅は、その補足意見の中で、商法旧 265 条違反の取引の効力一般について、相対的無効説支持を表明したのである。すなわち、「法がとくに取締役と会社との間の取引につき特別の規制を加えていることにかんがみれば、[商法旧 265 条] 違反の取引は無効と解するのが立法の趣旨にそうゆえんであって、問題は、どのようにこれと商法の基本理念である取引安全の保護の要請との調和をはかるかにあるものと考ええる。このような観点に立ってみれば、[かかる取引は無効であるが、会

社は善意の第三者に対してはその無効を主張することができないとする見解] が最も妥当であるといわなければならない」と述べ、さらに踏み込んで、以下のようにも述べている。「多数意見は、……取引は直接取締役と会社との間に行なわれたが、後に第三者がその取引の目的物を譲り受けた場合のように、第三者がその取引につき利害関係を有するにいたった場合においても、その第三者が同様の保護を受くべきかどうかについては、何ら言及するところがない。しかしながら、取引の安全の見地から、善意の第三者を保護する必要があることにおいては、本件における債務引受契約の相手方である第三者と、取締役と会社との間の取引の目的物を譲り受けた第三者のごときと異なるところがないことはいうまでもないのみならず、実際上はこの後の場合にいっそうの保護の必要が大きいといえる。それゆえ、この場合にも、会社は、取締役と会社との間の取引について取締役会の承認を受けなかったことのほか、第三者がこれにつき悪意であったことの主張、立証をするのでなければ、その取引の無効を当該第三者に対して主張しえないものと解しなければならない。したがって、取締役と会社との間の取引の目的物が不動産である場合にも、これを譲り受けた善意の第三者は保護されることになり、また、その目的物が動産である場合にも、これを譲り受けた善意の第三者は、民法 192 条以下の規定によるのではなくして、上述の理論によって保護されることとなるわけである。」明らかに、商法旧 265 条違反の直接取引についても、相対的無効説による解決を図るべきであると述べたのである。

後に、大隅健一郎は、昭和 43 年 (1968 年) 判決について、「私は、従来、商法 265 条違反の取引も有効であるが、会社は一般悪意の抗弁により相手方である取締役および悪意の第三者に対してはその義務の履行を免れることをうるものと解していたが、本判決に際して見解を改めて多数意見に同調した。本判決のとり相対的無効説はいわば有効説を裏返した理論であって、私は従来その理論的説明が困難ゆえ採りがたいと考えていたが、いまは補足意見において述べたような見地から、改めて相対的無効説に賛成することにした³⁴⁵」と述懐している。

第2論稿にあっては、北澤は、第1論稿における取締役・会社間の商法旧265条違反の手形行為の効力の問題で、相対的無効という觀念に依ったのは、かかる觀念を明文の規定のある場合に限って認めうべきものではなく、特定の規定に違反する行為につき、その規定によって守ろうとする利益の保護と取引の安全保護の調和的観点から必要な場合には、解釈上認めうべきであることを強調したかったのであるとの趣旨を述べている³⁴⁶。かかる見地からすれば、昭和43年（1968年）判決以降の一連の最高裁判決に、彼が反対することはありえなかった。

次いで北澤は、第1論稿公表後の学界の変化に言及している。就中、鈴木竹雄の表明した考え方は、当初の北澤説を一般化・補強するものと捉えられよう。第2論稿には、その要旨だけが紹介されているが、鈴木は、以下のように述べている。「私は、第265条は、やはり効力的規定と解すべきであると考え。しかし、効力的規定と解した以上は、その無効は絶対的であって、何人に対しても無効を主張しようと考えるところに誤りがあるのであって、第三者が善意であれば、これに対しては無効を主張することができないと解することによって取引の安全をはかるべきである。……このように第265条を効力的規定となしつつ、善意の第三者には対抗できないとする見解に対しては、理論的説明が困難であるという反対があるが、会社と第三者との利益の調整において取引の安全に配慮しなければならないことを考えれば、たとい明文の規定がなくても、決して認めえないものではない。この程度の解釈を加えることを解釈論の域を脱するものとするのは、あまりにも窮屈な解釈論である。……私は、判例のとり絶対無効論を一応動かしがたいものと考え、それを前提として商法第265条を手形行為に適用した場合の不当な結果を救済するために、私の手形行為に関する根本理論を適用して、独自の見解を表明したことがある。しかし、第265条自体について以上のような解釈をとれば、その限りにおいて私の試みは

345 大隅健一郎『私と商事判例』（商事法務研究会・1976年）162—163頁。

346 北澤・注（326）前掲270頁参照。

実益を失うこととなろう³⁴⁷。」

最後の手形行為に関する部分はさておき、上述の理論展開は、北澤のそれと変わるところはない。すでに第1論稿において指摘したように、鈴木も北澤も、この問題の解決に係る出発点は、同根の実質的利益衡量論だったわけであるから、鈴木竹雄がオーソドックスにこれを行えば、北澤正啓と同様の結果に落ち着くのは、当然のことであったといえよう。もっとも、鈴木による利益衡量は、当初の北澤よりも一層取引の安全を重視したものであった。

当然に北澤は、上述の大隅健一郎の補足意見にも言及している。このように、第1論稿において北澤が投じた一石は、学界に静かな波紋を生じていたわけである。

これらをふまえて北澤は、ついに次のように闡明した。すなわち、「私は、商法第265条に違反する手形行為について相対的無効を主張したが、同条については会社の利益保護よりも取引の安全保護の方向にさらに一步を進め、同条違反の取引の相対的無効を、手形に限らずすべての取引に及ぼすよう、見解を改めたい³⁴⁸。」

ここに、当初の主張よりも会社の利益を後退せしめ、取引の安全保護を徹底して重視する相対的無効説の完成型が確立されたのであった。

(ウ) 北澤第3論稿公表時

最後に取り上げるのは、昭和46年(1971年)の商事法務研究580号に掲載された「商法265条と手形行為」と題する論稿である³⁴⁹。これも、先に挙げた(本章5-3-2-3)最高裁昭和46年(1971年)10月13日判決民集25巻7号900頁の判例評釈である。すでに述べたように、会社がその取締役に宛てて約束手形を振り出す行為が商法旧265条にいわゆる取引

347 鈴木竹雄『商法研究Ⅱ』(有斐閣・1971年)58-59頁。初出は、鈴木忠一編集代表『会社と訴訟(下)』(有斐閣・1968年)である。

348 北澤・注(326)前掲271頁。

349 この論稿もまた、同前中に収録されている。以下、引用はこれによる。

に該当し、その振出しは無効であるが、会社は善意の第三者に対してはその無効を主張して手形上の責任を免れることはできないと判示したものである。すなわち、「ところで、手形が本来不特定多数人の間を転々流通する性質を有するものであることにかんがみれば、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社がその取締役に宛てて約束手形を振り出した場合においては、会社は、当該取締役に対しては、取締役会の承認を受けなかったことを理由として、その手形の振出の無効を主張することができるが、いったんその手形が第三者に裏書譲渡されたときは、その第三者に対しては、その手形の振出につき取締役会の承認を受けなかったことのほか、当該手形は会社からその取締役に宛てて振り出されたものであり、かつ、その振出につき取締役会の承認がなかったことについて右の第三者が悪意であったことを主張し、立証するのでなければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れえないものと解するのを相当とする」と判示したのである。

大隅健一郎は、再びその補足意見において、判旨が必ずしも明瞭でない部分を以下のように補っている。「多数意見は、株式会社がその取締役に宛てて約束手形を振り出した場合において、いったんその手形が第三者に裏書譲渡されたときは、会社は、その第三者に対しては、当該手形の振出につき取締役会の承認を受けなかったことのほか、その第三者の悪意（悪意のほか重過失を含む趣旨と考える。）をも主張し、立証するのでなければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れえないものと解している。この見解は、昭和 43 年 12 月 25 日の当裁判所大法廷判決（民集 22 巻 13 号 3511 頁）の趣旨に徴すれば、きわめて当然の帰結であるといわなければならない。ところが、多数意見が、この判例を援用することなく、その論拠をもっぱら手形が不特定多数人の間を転々流通する性質を有するものであることに求めていることからみると、右のような善意の第三者の保護は、株式会社がその取締役に対して手形その他の流通証券の振出、裏書等をなす場合に限って認められ、たとえば会社がその取締役に対して不動産を売却し、その不動産がさらに第三者に譲渡されたような場合にまでは

及ばないとする趣旨であるかに考えられる。もしそうであるとするならば、商法 265 条の適用において、手形その他の流通証券とそれ以外の財産権とで、第三者の保護につき、このような区別をなすべき理由を理解することができない。あるいは、動産については民法 192 条による保護をもって足り、また、不動産は高価なことが多いから、これについてまでも前記のごとき善意の第三者の保護を認めるならば、会社の資本充実に害することになって不当であるとする意見があるかも知れない。しかし、手形にあっててもその手形金額につき格別の制限があるわけではないから、善意の第三者の保護が会社の資本充実に害するおそれがあることには、彼此変りはないというべきである。すでに取引の安全の見地より善意の第三者の保護をはかる必要を認める以上、それは当然に取引の安全が会社利益の保護に優越すべきであることを前提とするものといわざるをえない。したがって、多数意見の立場においては、本件のように株式会社がその取締役宛てて約束手形を振り出した場合に限らず、一般に、商法 265 条に違反して会社とその取締役との間に取引が行なわれた場合において、第三者がその取引につき直接利害関係を有するに至ったときは、本件における同じ理論に基づいて、善意の第三者の保護をはかるのが、その見解から生ずる当然の帰結でなければならないと思う。」

後に大隅が述懐したところによれば、「本件において相対的無効説を採るべきであるとするのは、多数意見のいうように流通証券としての手形の特殊性によるのではなくして、いわゆる取締役の自己取引一般につき同説を採るべきであるとするものの当然の結果であることに存するにすぎない³⁵⁰」とされている。上記判例の論旨の間隙を埋めるとともに、相対的無効説にとって、駄目押しともいえるべき援護射撃である。

第 3 論稿自体もまた、北澤にとっては、自説の正当性を繰り返し主張する駄目押しに当たる論稿であるが、上の大隅説を全面的に支持している³⁵¹。

350 大隅・注 (345) 前掲 184 頁。

351 北澤・注 (326) 前掲 285 頁参照。

(エ) 小括および補遺

相対的無効説の政策的妥当性は誰しもが認めるところである。わけでも間接取引については、その外輪が曖昧であるが、大隅健一郎が、前掲の昭和 43 年（1968 年）判決で述べたところに関して述べた、「その取引の範囲がある程度ひろく解されることがあるとしても、違反行為の効力につき相対的無効説をとる本判決のもとにおいては、取引の安全を害するおそれはなく、ただ会社に若干煩瑣な手続を要求する結果となるにすぎないことは注意されてよい³⁵²」との指摘は、まさにこの説の政策的妥当性を裏づけていると評価してよい。

結局、会社と取引をした取締役からの権利の取得者にせよ、間接取引の相手方にせよ、会社法 356 条 1 項、同 365 条 1 項が要求する株主総会・取締役会の承認のない取引は無効であるが、会社は、その取引について所定の承認を受けなかったことその他、これらの者が悪意であることを主張し、立証して初めて、その無効をもってこれらの者に対抗できることになる。重過失は悪意と同視される。会社から取締役に譲渡された不動産の転得者に係る判例は未だ現われていないが、おそらくこれに関しても相対的無効説による解決を提唱するものが趨勢であると思われる³⁵³。すなわち、今日、追認を認める相対的無効説が会社法 356 条 1 項 2 号 3 号、同 365 条 1 項違反の取引の効力に関する通説といってよい地位を占めている。

なお、相対的無効説は、元来が、上で観たように、会社が無効を主張しうる相手方について相対的な扱いができるという発想から生じたものである。しかし、その後、無効を主張しうる者についても相対的な扱いがなされるようになった。会社法 356 条 1 項 2 号 3 号、同 365 条 1 項は、本来、取締役の利益相反行為から会社の利益を保護する目的に出たものであるから、取締役の側から取引の無効を主張することは許されない（最判昭和 48 年（1973 年）12 月 11 日民集 27 巻 11 号 1529 頁）。これは、無効とす

352 大隅・注（345）前掲 162 頁。

353 近藤・注（2）前掲 246 頁参照、江頭・注（10）前掲 417 頁参照。

ることによって保護しようとしている主体が無効を主張していないときは、それ以外の者が無効を主張することは許されないとする考え方である³⁵⁴。同様に、間接取引の相手方も、原則として無効を主張することを許されない³⁵⁵。しかし、会社債務の保証人などは、信義則に反する事情でもない限り、無効を主張できると解すべきである³⁵⁶。いずれにせよ、無効主張者の制限もまた、相対的無効の名で呼ばれることに留意しておくべきである。

6. 取締役の報酬等

6-1. 報酬規整の意義

民法上の委任契約にあつては、通常受任者は無償たるが原則である(民 648 I)。しかし、取締役任用契約にあつては、むしろ有償たるが原則と解されるので、取締役は、原則として、会社に対し報酬請求権があり、社会通念上相当な額の請求をすることができると解される³⁵⁷。

上のような請求権を前提としつつも、会社法 361 条 1 項柱書は、取締役が受ける報酬、賞与、その他の職務執行の対価として会社から受ける財産上の利益(報酬等)については、定款をもって定めるか、株主総会の決議によって定めることを要求している。平成 17 年(2005 年)改正前商法 269 条の基本構造を承継するものである。取締役の報酬等を決定することは、本来は、会社の業務執行のうちに含まれるものであるが、取締役・取締役会・代表取締役が自ら報酬を決定できるとすれば、いわゆるお手盛りの危険があり、会社ひいては株主の利益を害する結果となる。これもまた、会社・取締役の利益衝突の場面のひとつと捉えることが可能である。よって、かかる意味において、会社法の規定は、取締役の忠実義務から生じた政策的規定であると評価することができる³⁵⁸。功労金、報償金など会社に

354 青竹・注(10)前掲 279 頁。

355 近藤・注(2)前掲 247 頁参照。

356 青竹・注(10)前掲 279 頁。

357 吉本・注(27)前掲 182 頁参照。

358 近藤・注(2)前掲 247 頁参照。

給付義務がない支出も、職務執行の対価である限り、報酬等に含まれると解される³⁵⁹。

なお、商法会社編の時代にあっては、取締役に対する「賞与」は、会社配当可能利益があるとき（平成 17 年（2005 年）改正前商 290 I 参照）、その中から株主総会の決議によって、利益処分の一環として（平成 17 年改正前商 281 I ④、283 I）支給されていた。しかし、会社法は、報酬と賞与を区別することなく、剰余金の処分としての賞与を認めないこととしたのである（会 361 I、452 参照）。

6-2. 報酬等の範囲

定款または株主総会の決議により定めるべき報酬等には、取締役の職務執行の対価として受ける財産上の利益である以上、給与・俸給など名称の何如を問わず、また、年俸・月俸など形式の如何を問わず、さらに、確定額・不確定額、現物給付とを問わず、これに含まれる³⁶⁰。他方、交通費、出張の日当などは、職務執行に必要な実費として相当な額である限り、これに含まれない³⁶¹。

部長、工場長、支店長などを兼ねる使用人兼取締役の報酬等のうち、取締役としての報酬等の額は定款または総会の決議で定めなければならないが、使用人としての給与の額についてはこの必要がないとするのが、商法会社編時代からの多数説であった³⁶²。現行法下でも、使用人分の給与は報酬等に含まれず、取締役としての対価の部分のみが規整の対象となると、一応は解されよう³⁶³。青竹正一は、使用人兼取締役が、取締役としての報酬を少額にし、使用人としての報酬を多額にすることにより、会社法 361 条の趣旨を失わしめることになる可能性に言及し、使用人兼取締役につい

359 関・注 (52) 前掲 288 頁。

360 青竹・注 (10) 前掲 280 頁。

361 同前、江頭・注 (10) 前掲 412 頁脚注 (3)。

362 北澤・注 (1) 前掲 376 頁。

363 前田・注 (4) 前掲 423 頁。

て、使用人として受ける給与の体系が明確に確立している場合には、取締役として受ける報酬のみを総会で決議しても、商法旧 269 条（現在の会 361）の脱法行為ではないとした最高裁判例（最判昭和 60 年（1985 年）3 月 26 日判時 1159 号 150 頁）、および、給与体系によらないで使用人としての給与を受ける場合には、商法旧 265 条（現在の会 356 I ②、365 I）の適用を受け、取締役会の承認を要するとした判例（最判昭和 43 年（1968 年）9 月 3 日金商 129 号 7 頁）を引いて、使用人として受ける給与体系が確立している場合は、取締役としての実質的な意味での報酬の相当性を判断できるから、使用人分は含まれないことを明らかにして、取締役として受ける報酬のみを総会で決議しても差し支えないと解してよいと述べている³⁶⁴。宜なるかなというべき指摘である。

6-3. 決定方法—手続規整

取締役の報酬等の決定は、繰り返し述べるように、定款に定めるか、株主総会の決議によらなければならない（会 361 I 柱書）。実際には、定款で定められる例はほとんどなく、多くは株主総会の決議によって決定される。取締役の報酬を総会で決議する場合には、書面投票・電子投票を行うことができる会社では、招集通知発出に際して交付・提供する株主総会参考書類に、報酬額算定の基準、報酬を変更する場合は変更の理由、2 人以上の取締役の報酬を定めるときは取締役の員数、を記載・記録しなければならない（会 301 I、302 I、会施規 82 I）。公開会社の社外取締役については、それ以外の取締役と区分して記載・記録しなければならない（会施規 82 III）。決定すべき事項は、報酬等の形態に応じて、以下のごとくである。すなわち、①報酬等のうち額が確定しているものについては、その額、②報酬等のうち額が確定しないものについては、その具体的な算定方法、③報酬等のうち金銭でないものについては、その具体的な内容、をそれぞれ

364 青竹・注 (10) 前掲 280 頁参照。

れ定めなければならない（以上、会 361 I ①～③）。報酬等をその形態ごとに上のような形で定めるよう要求したのは、平成 14 年（2002 年）改正後商法 269 条 1 項以降のことである。②は、いわゆる業績連動型の報酬形態であり、③は、現物支給や退職年金などであって、多様で柔軟な報酬形態を採ることが選択可能となっている。これら①ないし③の事項の決定にあたっては、個々の取締役ごとに各事項を定めることまでは必要ではなく、取締役全員に支給する総額等のみを定め、各取締役に対する具体的配分は、取締役の協議等に委ねて差し支えないとされている。報酬等の規整目的が、高額な報酬等の会社からの流出を阻止し、株主の利益を害することを排除する点にあるからである³⁶⁵。

①の事前確定型の報酬決定に関し、最高裁は、株主総会決議により、取締役全員に支給するその総額の最高限度額のみを定め、各取締役に対する配分の決定は、取締役会設置会社にあつては、取締役会の決定に委ねて差し支えない旨を認めている（最判昭和 60 年（1985 年）3 月 26 日判時 1159 号 150 頁）。取締役会非設置会社にあつては、取締役の過半数による決定に委ねて差し支えないと解することになろう。最高限度額を定めておれば、会社（株主）の利益は守られるから、限度額を変更しない限り、新たな株主総会決議を経る必要はない³⁶⁶。

報酬の配分を決定する取締役会の決議については、特別利害関係人の問題（会 369 II）を生じない。取締役会において、取締役全員の同意があれば、配分の決定をたとえば社長に一任することも差し支えない³⁶⁷。社長への一任の決定に取締役全員の同意を要するのは、実質上各取締役においてその協議の利益を放棄することになるからであり³⁶⁸、これは、代表取締役たる社長を監視・監督する立場にある取締役会制度の趣旨から³⁶⁹、多数決

365 江頭・注（10）前掲 420 頁参照。

366 青竹・注（10）前掲 281 頁。

367 大隅：今井・注（18）前掲 166 頁。

368 同前 170 頁脚注（5）。

369 青竹・注（10）前掲 282 頁参照。

による一任決議では足りないと思われるからである。

②の算定方法としては、たとえば、その期の利益の5分の1に相当する金額とするなどといった定め方をすることになろう³⁷⁰。②もまた①と同様に、取締役全員の総枠のみを定めることで足りるであろう。②の多くは、賞与を含むインセンティブ (incentive) 報酬 (出来高制報酬) であろうが、短期的には大きな人為的操作が可能な業績指標を報酬等の算定基準とする等の不適切な運用がなされる危険性もあるので、この形態の報酬等の新設または改定に関する議案を提出した取締役は、必ず株主総会において、その算定方法を相当とする理由を説明しなければならない³⁷¹ (会 361 II)。

③は、上で述べたものの他、社宅や社用の自動車、その他の物的施設や利便性を享受する形で給付されるものである³⁷²。この場合も取締役全員の総枠を定めれば足りると解されよう。また、③についても、当該事項を定める議案または改訂する議案を提出した取締役は、株主総会において、当該議案を相当とする理由を説明しなければならない (会 361 II)。

取締役に対し、インセンティブ報酬の趣旨で付与される新株予約権 (いわゆる取締役に対するストック・オプションの付与) もまた、会社法の下では、報酬規整の適用を受ける。取締役の職務執行の対価として新株予約権を付与する際にも、その発行手続 (会 238 I、240) に従うことを要するが、その会計処理は以下になる。かかる新株予約権については、当該新株予約権の付与日現在における公正な評価額が対象勤務期間の費用として計上され、これに対応する貸方金額は、貸借対照表の純資産の部に新株予約権として計上される (企業会計準備委員会・企業会計基準 8 号「ストック・オプション等に関する会計基準」4～6)。このような会計処理の下では³⁷³、当該新株予約権の付与は、報酬等の規整に係る会社法 361

370 前田・注 (4) 前掲 423 頁。

371 江頭・注 (10) 前掲 421 頁。

372 近藤・注 (2) 前掲 248 頁。

373 江頭憲治郎の引く例によれば、かかる会計処理は、たとえば公正な評価額が 100 万円の新株予約権を職務執行の対価として取締役に付与する場合であれ

条1項1号3号に該当する。付与時における新株予約権の公正な評価額が推計しうる会社にあつては、その評価額における新株予約権を付与することは、発行の条件が定款または株主総会で定めた報酬等の内容に即しておれば、払込みを要しないものとしても、「特に有利な条件」(会238Ⅲ①)には該当せず、株主総会の特別決議(会238Ⅱ、309Ⅱ⑥)を要しない。他方、非公開会社においては、新株予約権の付与時の価値を評価するのは困難であるから、職務執行の対価として付与する場合でも、ストック・オプションの具体的内容・数は株主総会の特別決議で定めなければならない³⁷⁴(会238Ⅱ、309Ⅱ⑥)。

定款または株主総会決議・取締役会決議で具体的に定められた報酬額は、会社・取締役間の契約内容となる³⁷⁵。よって、報酬額が具体的に定められた後は、たとえ取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に株主総会がその取締役の報酬を無報酬とする旨の決議をしても、その取締役は、それに同意しない限り報酬請求権を失わない(最判平成4年(1992年)12月18日民集46巻9号3006頁)。もっとも、各取締役の報酬が個人ごとではなく、取締役の役職ごとに定められており、任期中に役職の変更が生じた取締役に対して、当然に変更後の役職について定められた報酬が支払われているような場合には、このような報酬の定め方と慣行を了知して取締役に就任した者は、明示の意思表示がなくても、任期中の役職の変更にともなう取締役報酬の変動、場合によっては減額をも甘受したことを黙示的に応諾したものとみるべきであるから、会社は、このような合意に基づいて一方的に、当該取締役の役職の変更を理由とした減額措置をとることができる(東京地判平成2年(1990年)4月20日判時1350号138頁)。取締役会の定めた各取締役の報酬額の総額が総会の定めた取締役の報酬総

ば、いったん同人に対し現金で100万円の報酬を支払い、その現金を払い込ませて当該新株予約権の割当てをしたに等しいとされる(江頭・注(10)前掲424-425頁)。

374 青竹・注(10)前掲282-283頁。

375 同前283頁。

額を超えるときは、その超過分は無効であり、各取締役の報酬額は、特段の事情のない限り、前者の総額の後者の総額に対する比率に従って減額される（福岡高判昭和 59 年（1984 年）1 月 31 日判時 969 号 106 頁³⁷⁶）。

なお、公開会社にあつては、各事業年度に取締役を支払った報酬等の総額または取締役ごとの報酬の額、取締役が職務執行の対価として新株予約権を有しているときは、その内容の概要および有する者の人数、が事業報告に記載・記録されて、株主・会社債権者・親会社社員に開示される（会 435Ⅱ、437、442、会施規 121③、123①）。

6-4. 退職慰労金

取締役の終任に際し、会社はその者に退職慰労金（死亡退職にあつては、死亡弔慰金）を支給するのが、わが国の通常の慣行である。今日にあつては、退職慰労金は報酬の後払いであつて、これも会社法 361 条の報酬等に含まれること、当然であると解されている³⁷⁷。判例もこの理を認めている（最判昭和 39 年（1964 年）12 月 11 日民集 18 卷 10 号 2143 頁）。

退職慰労金がとくに問題とされるのは、総会の決議で、具体的な金額、支給期日、支払方法などの決定を、取締役会設置会社にあつては取締役会に、取締役会非設置会社にあつては取締役の過半数による決定に、それぞれ一任する旨の決議がなされるのが慣行になっているからである。退任が個別的に生じれば（そういう事態は少なくない）、特定の対象者への支給額が公表される結果となるため、これを避けるためである。

商法会社編時代の最高裁におけるリーディング・ケースは、上に掲げた最高裁昭和 39 年（1964 年）12 月 11 日判決である。この判例によれば、その額を無条件に取締役会の決定に一任することはできないが、会社の業

376 本段落の各裁判例要旨の表現は、北澤・注 (1) 前掲 375 頁の記述に準拠している。

377 近藤・注 (2) 前掲 248 頁、加美・注 (8) 前掲 320 頁、前田・注 (9) 前掲 423 頁、青竹・注 (10) 前掲 284 頁、江頭・注 (10) 前掲 432 頁、吉本・注 (27) 前掲 183 頁、関・注 (52) 前掲 291 頁、龍田・注 (88) 前掲 88 頁。

績、退職役員の勤務年数、担当事務、功績の軽重などから割り出した一定の基準によって慰労金を決定し、その決定方法が慣例となっていた場合に、この慣例によって定めるべき黙示の決議が認められる場合には、そのような決定方法も有効としたものである。

加美和照の纏めに従えば、その後の最高裁判例は、基本的上記リーディング・ケースを踏襲しながら、さらに厳格化の傾向がみられるとして、以下の3基準が、判例によって確立されたものであるとされている³⁷⁸。すなわち、①会社の内規および慣行による一定の基準が確立されていること、②当該受給基準は、株主らにも推知できる状況にあること、③以上の内規・慣行による支給基準に従って取締役会（取締役会非設置会社では取締役の過半数による決定）に相当な金額等決定をすべきことを委任する趣旨の決議であること、というものである（最判昭和44年（1969年）10月28日判時577号92頁、最判昭和48年（1973年）11月26日判時722号94頁、最判昭和58年（1983年）2月22日判時1076号140頁）。なお、下級審裁判例においては、総会で少なくとも限度額を定めることを要する、あるいは、基準の存在が株主一般に知られているか容易に知ることができる状況にあることを要すると判示して、いっそうの厳格化を要求していた（大阪高判昭和42年（1967年）9月26日高民20巻4号411頁、大阪地判昭和44年（1969年）3月26日下民20巻3・4号146頁）。さらには、その基準につき、「数値を代入すれば支給額が一義的に算出できる内容のものであること」を要求する裁判例も存在した（東京地判昭和63年（1988年）1月28日判時1263号3頁）。

これら一連の判決を受けて、書面投票・電子投票を行うことができる会社については、会社法施行規則82条が以下のような定めを設けている。同条1項4号によれば、取締役が取締役の報酬等に関する議案を提出する場合、これが退職慰労金に関するものであるときは、退職する各取締役の

378 加美・同前320頁参照。

略歴が、株主総会参考書類に記載・記録される。同条 2 項本文によれば、退職慰労金に関する議案が一定の基準に従いその額を決定することを取締役、監査役その他の第三者に一任するものであるときは、株主総会参考書類には、当該一定の基準の内容を記載・記録することが要求されている（各株主が当該基準を知ることができるようにするための適切な措置を講じている場合を除く（同条同項ただし書））。これによれば、判例・裁判例が要求する基準の周知性は、書面投票・電子投票を行いうる会社については、手当てがなされていると観察することができる。これ以外の会社については、会社法施行規則の趣旨に平仄を合わせ、株主の請求があれば、この内容に添って、取締役の説明義務（会 314）が課せられることとなろう。

なお、上記会社法施行規則 82 条 2 項の沿革を辿れば、昭和 57 年（1982 年）法務省令第 27 号として制定された大会社の株主総会の招集通知に添付すべき参考書類等に関する規則 3 条 6 項に遡ることができる。昭和 56 年（1981 年）の旧商法特例法の改正により、議決権を有する株主の数が 1,000 人以上の大会社の株主総会に書面投票による議決権を行使することが認められた（同年改正後旧商特 21 の 3 I）ことにともない、その招集通知に、議決権の行使につき参考となるべき事項として法務省令で定めるものを記載した書類の添付が要求された（同年改正後旧商特 21 の 2）ため、この規則が定められたのであった。この規則は、平成 14 年（2002 年）に廃止されたが、同年法務省令第 22 号として制定された平成 18 年（2006 年）改正前商法施行規則 13 条 4 項を経由して、実質的に、会社法施行規則に承継されたものである。基準の周知性に対する手当ては、当初は、旧商法特例法上の大会社にのみ課せられた規整として出発したものであったわけである。

今日にあっては、上のような事情を勘案すれば、一任決議に際し、基準の明確性・周知性（開示性）に関しては、もはや大きな問題はないと思われる。したがって、基準の内容が、お手盛り防止という観点から合理性を有するものであるならば、一任決議も有効であると解してよかろう。その基準が合理性を有することは、会社が立証すべきである。

取締役の退職慰労金につき、たとえ内規が存在したり、当該内規を適用して支給することが慣行となっている会社であっても、退職慰労金の額を定款または総会の決議で定めなければ、退任取締役に退職慰労金給付請求権は生じないとするのが裁判所の趨勢である（最判昭和 56 年（1981 年）5 月 11 日判時 1009 号 124 頁、東京地判平成 2 年（1990 年）4 月 20 日判時 1350 号 138 頁、大阪高判平成 16 年（2004 年）2 月 12 日金商 1190 号 38 頁）。ところが、これを前提とすると、とくに中小企業において、現経営陣と退任取締役とが内紛による喧嘩別れのような形で袂^{たもと}を分かったような場合、退職慰労金に係る議案が株主総会に提出されず、退任取締役が慰労金の支払いを受けられなくなるという事態が生じうる。あるいは、総会で退職慰労金に係る一任決議がなされたにもかかわらず、他の取締役・取締役会等が、その額を支給基準より著しく減額したり、不支給の決議をしたり、一任決議自体を履行しないという事態も生じうる。かかる場合には、退任取締役を保護する必要がある。先に述べたように（本章 6-1）、取締役は、原則として、会社に対し報酬請求権を有し、社会通念上相当な額を請求することができるとの立場に立てば、内規・支給慣行が存在する会社にあつては、かかる権利性を重視し、そもそも現経営陣が退任を余儀なくされた者の退職慰労金に係る議案を総会に提出しないことは、いわば退任取締役が慰労金の支給を受ける条件の成就を妨げているも同然であると観察できようから、民法 130 条を類推し、株主総会の承認を擬制することを許してよいのではなかろうか（なお、大阪高判平成元年（1989 年）12 月 21 日判時 1352 号 143 頁参照。これは実質的な総株主の同意があったものと認定したものである）。こう解することが、会社法 361 条 1 項の法意（お手盛り危険の阻止という取締役の忠実義務に由来する政策）を歪めることになるとも思われない。一任決議がなされたにもかかわらず、一任を受けた機関が支給基準を逸脱する減額を行ったり、不支給の決議をしたり、一任決議自体を怠った場合には、債務不履行責任（民 415）および取締役の対第三者責任（会 429 I）、ならびに取締役または会社の不法行為責任（民 709、会 350）による保護が考えられよう³⁷⁹。

なお、会社が従前から退職慰労金の支給につき株主総会の決議を経ることなく、発行済株式総数の99%以上を保有する代表者の決裁によって総会決議に代えてきたこと、返還請求まで約1年を経過していることなどを理由に、会社が支給相当額を不当利得として退任取締役に戻還請求することは、信義則に反し、権利の濫用として許されないとした判例がある（最判平成21年（2009年）12月18日裁時1498号17頁）。

7. 取締役の責任

7-1. 取締役の会社に対する責任

7-1-1. 会社法制定前の規定の変遷

明治44年（1911年）改正後商法164条2項は「会社ト取締役トノ関係ハ委任ニ関スル規定ニ従フ」と明定し、取締役がその受任義務に違反して会社に損害を加えたときは、会社に対し損害賠償責任を負うことを明らかにしたが、同時に、とくに同177条1項において「取締役カ其任務ヲ怠リタルトキハ其取締役ハ会社ニ対シ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ス」との規定を設けた。前者の規定は、昭和13年（1938年）改正後商法254条2項にそのまま承継され、同25年（1950年）改正後に同条3項に移されて、会社法制定時まで、そのままでの文言で存続した。後者の規定は、昭和13年改正後商法266条1項に濁点および送り仮名に修正を施され、実質的な文言を変えることなく承継され、昭和25年改正まで、存続した。

昭和25年（1950年）改正前商法266条1項は、委任契約の不履行から生じる一般私法の原則に対する特則であった。わけても、この責任が、連帯責任であるという点で（民427対照）、一般原則による債務不履行の損害賠償責任の特則をなすという点に意義があった³⁸⁰。田中耕太郎が挙げたこの責任の具体例は、取締役の監督不行^{ふゆきとど}届けのために支配人が会社財産を費消した場合、平取締役なるがゆえに会社財産および業務の状態に注意を

379 吉本・注（27）前掲185頁参照。

380 田中・注（314）前掲579頁参照。

払わなかった場合、取締役が調査不行届けのために過誤のある貸借対照表を提出して不当の利益配当をなした場合などであった³⁸¹。

繰り返し述べるように、昭和 25 年（1950 年）改正は、取締役の権限を著しく拡大した。これに照応して、同年改正後商法 266 条 1 項は、取締役の責任を、その発生点において、これまた具体化した。すなわち、同年改正後の同条 1 項は、取締役の会社に対する責任を 1 号から 5 号にわたって具体的に列挙し、各々の場合において、その行為をなした取締役は、会社に対し連帯して、場合に応じて、法定額または損害額につき弁済または賠償の責めに任ずべきものとするという体裁に改められた。この列挙事項は、昭和 56 年（1976 年）改正時に若干改められた。同年改正後の列挙事項を概観しておくと、1 号が違法配当・違法中間配当の責任、2 号が株主権の行使に関する利益供与の責任、3 号が他の取締役に対する金銭貸付けの責任、4 号が取締役と会社との利益相反取引の責任、5 号が法令・定款違反行為の責任であった。この改正により、従来の任務懈怠責任は、この 5 号に集約されたと観察しえよう。昭和 25 年（1950 年）改正に戻ると、次いで、同年改正後商法 266 条 2 項は、連帯責任を負担すべき行為者について、行為が取締役会の決議に基づいてなされた場合には、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し、同条 3 項は、決議に参加した取締役で議事録に異議をとどめなかった者は、その決議に賛成したものと推定した。

昭和 25 年（1950 年）改正は、取締役の会社に対する弁済または賠償の責任を、その存続（消滅）および追及の点においても厳格化した。すなわち、昭和 13 年（1938 年）改正後商法 245 条 1 項 4 号において、取締役の会社に対する責任の免除が株主総会の特別決議によって可能であったものを、同条同項同号を削ったうえで、同 266 条 4 項において、原則として総株主の同意を要することとした（ただし、取締役と会社との利益相反取引

381 同前。

の責任については、取締役が総会において取引につき重要な事実を開示したうえで、発行済株式総数の3分の2以上の多数をもって免除することができた(同条5項))。また、従来の少数株主の監査役に対する提訴請求権(昭和25年(1950年)改正前商245Ⅱ、268)に代えて、個々の株主に代表訴訟提起権を認めた(同年改正後商267)ことは、すでに述べたとおりである(第4章6-2)。さらに、昭和56年(1981年)改正により、計算書類の承認にともなう取締役の責任解除の制度を廃止した(昭和56年改正前商284の削除)。

このような法構造を維持し、わが国の経済界は、やがて1980年代のバブル期に突入し、1990年代に至り、バブル経済崩壊後の未曾有の混迷期へと突き進んだ(第1帖第1章2-4-5-4参照)。かかる混迷期の不況の中で、とくに上場企業等に関し、取締役が巨額の賠償責任を負担するおそれがあることが業務執行を萎縮させているとの批判が高まり³⁸²、平成13年(2001年)法律第149号改正により、取締役の会社に対する責任の一部免除の制度が導入された(同年(法149)改正後商266Ⅶ～ⅩⅩⅢ)。このため、商法旧266条は、異例の多数の項を有するきわめて長大な条文となった。

さて、昭和56年(1981年)改正後商法266条1項各号において具体的に列挙された取締役の責任のうち、商法会社編時代の多数説は、責任成立の主観的要件につき、1号、3号および4号の責任は、無過失責任であると解していた³⁸³。北澤正啓は、取締役の善管注意義務と忠実義務との関係(本章5-1-2参照)につき、異質説を前提としたうえで、善管義務違反の責任は、原則として過失責任であるが、取締役の義務の重要性などにより無過失責任ともなり、挙証責任の転換も必要となるのに対し、忠実義務違反の責任は、取締役が会社の利益を犠牲にして自己の利益を図ってはないという義務に反する場合の責任であるから、この責任には、善管義

382 江頭・注(10)前掲435頁。

383 上柳・鴻：竹内編・注(7)前掲262-263、270、271頁[近藤光男]。

務違反の責任に原則として必要な故意・過失は必要でなく、その意味で無過失責任であるという見解を採るべきであろうと述べていた³⁸⁴。

7-1-2. 会社法の規定の観察

現行会社法 423 条は、取締役を含めた役員一般の会社に対する損害賠償責任を定めている。

会社法 423 条 1 項は、取締役の会社に対する一般的責任であるところの任務懈怠責任を定めたものである。取締役に關していえば、平成 17 年(2005 年)改正前商法 266 条 1 項 5 号の取締役の法令・定款違反行為の責任規定を承継するものと観察できよう。

同条 2 項は、取締役が株主総会または取締役会の承認を受けずに競業取引をした場合の会社に生じた損害額の推定規定である。平成 17 年改正前商法 266 条 4 項の後継規定である。

同条 3 項は、取締役の利益相反取引に係る責任の特則を定めたものである。平成 17 年改正前商法 266 条 1 項 4 号の後継規定であるが、責任の内容に関する規定ぶりに変容が見られる(本章 7-1-4 参照)。商法旧 266 条 1 項 3 号に規定されていた他の取締役に對する金銭貸付けの責任は明定されておらず、3 項の利益相反取引に係る責任に吸収統合された形となっている。

商法旧 266 条 1 項 1 号に掲げられていた違法配当・違法中間配当の責任については、分配可能額を超える剰余金配当の責任および期末の欠損補填責任として、会社法 462 条 1 項 2 項、同 465 条 1 項に規定された。

商法旧 266 条 1 項 2 号に掲げられていた株主権の行使に関する利益供与の責任については、会社法 120 条 4 項に規定された。これについては、すでに述べた(第 4 章 3-2-6-3)。

連帯責任を負担すべき行為者について、行為が取締役会の決議に基づい

384 北澤・注(1)前掲 433 頁。

てなされた場合には、その決議に賛成した取締役はその行為をしたものとみなす旨の商法旧 266 条 2 項の規定は削除された。取締役会の決議に参加した取締役で議事録に異議をとどめなかった者は、その決議に賛成したものとみなす旨の商法旧 266 条 3 項の規定は、会社法 369 条 5 項に残された。商法旧 266 条 2 項の規定が削除された以上、会社法 369 条 5 項の規定は、取締役が取締役会の構成員としてその任務を怠っていないかどうかの判断の材料としての意味を有するにすぎないこととなった³⁸⁵。

かかる改正がもたらしたものは、取締役の会社に対する責任の原則過失責任化である。すでに、商法会社編時代にあって、当時の委員会等設置会社においては、取締役の損害賠償責任が原則過失責任化されていた（平成 14 年（2002 年）改正後旧商特 21 の 17、21 の 21）ため、従来型の会社の取締役の責任のあり方との乖離を生じていた。会社が選択した機関の違いにより、取締役の責任の性質に相違を設けることには必ずしも合理性がなく、かつ、近代私法における責任のあり方は過失責任が原則であり、無過失責任規定は厳格に過ぎるとの批判がなされていたことから³⁸⁶、会社法は、忠実義務違反の責任を含め、これらを原則として過失責任化することとしたのである。すなわち、取締役の利益相反取引に係る責任については、会社法 423 条 1 項（任務懈怠責任）違反に含めることにより過失責任化を図り、同条 3 項で任務懈怠の推定規定を置いて挙証責任を転換している。ただし、自己のために直接取引をした取締役に関しては、任務を怠ったことがその責めに帰することができない事由であることをもって責任を免れなものとし、例外的に無過失責任を負わせる旨の規定を設けている（会 428 I）。また、株主権の行使に関し利益供与に関与した取締役のうち、現に利益供与をなした取締役もまた例外的に無過失責任を負う（会 120IV ただし書かつこ書、これについては本章 3-2-6-3 ですでに述べた）。

385 前田・注 (4) 前掲 427 頁。

386 相澤編・注 (42) 前掲 117 頁。

7-1-3. 任務懈怠責任（一般）

7-1-3-1. 責任の内容

会社法 423 条 1 項は、取締役が「その任務を怠ったとき」に会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う旨、規定している。この責任は、平成 17 年（2005 年）改正前商法 266 条 1 項 5 号の法令・定款違反の責任に相当する³⁸⁷。

ここに「法令」とは、会社法上の取締役の義務を個別に定めた具体的規定（会 356 など）のみならず、善管注意義務（民 644）や忠実義務（会 355）に関する一般的抽象的な規定をも含み³⁸⁸、独占禁止法・金融商品取引法・刑法その他会社を守るべきあらゆる法令を含む。会社の経営にあたり、あらゆる法令を守るべきことは、会社が社会の一員として存在する以上当然であるからである³⁸⁹。取締役には、会社法 355 条に依拠して、法令を遵守する義務が課されているのであるから、取締役の一般的責任について、法令の範囲を限定的に解すべきではないのである³⁹⁰。最高裁も、独占禁止法が商法旧 266 条 1 項 5 号の法令に含まれる旨を判示している（最判平成 12 年（2000 年）7 月 7 日民集 54 卷 6 号 1767 頁）。下級審裁判例に、海外支店に適用される外国法令も法令に含まれるとしたものがある（大阪地判平成 12 年（2000 年）9 月 20 日判時 1721 号 3 頁）。海外の支店がその国の法令の適用を受ける場合に、その国の法令を遵守することも取締役の義務になるのは当然といえよう³⁹¹。また、取締役は、株主から委ねられて経営の任にあたるのであるから、会社法 355 条により、定款の定めに従うことも要求される³⁹²。

387 奥島：落合：浜田編・注（41）前掲 310 頁 [山下眞弘]。

388 前田・注（4）前掲 428 頁。

389 龍田・注（88）前掲 91 頁。

390 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第 5 巻』（中央経済社・2011 年）354 頁 [青竹正一] 参照。

391 青竹・注（10）前掲 324 頁。

392 龍田・注（88）前掲 91 頁。

7-1-3-2. 一元説と二元説

平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 266 条 1 項 5 号の責任を、商法会社編時代の通説・判例 (最判昭和 51 年 (1976 年) 3 月 23 日金商 503 号 14 頁) は、過失責任と解していた³⁹³。取締役は、会社に利益を生じさせることを請け負っているわけではなく、善管注意義務を尽くして職務を遂行することがその債務内容であるから、ここにいう「過失」とは、結果の発生を予見し、これを防止すべき具体的な行為をしなかったことをいうものと理解されていた。これによれば、取締役がその職務を遂行するにあたり善管注意義務を尽くさなかったこと (善管注意義務違反=任務懈怠) と過失のあったこと (善良な管理者としての注意を尽くさなかったこと) とは、実質的にほぼ重なりと観ることができる³⁹⁴。そうすると、任務懈怠は同時に善管注意義務・忠実義務の違反を意味するから、責任を追及する側における、取締役の債務の本旨に従った履行がないことの証明はすなわち同時に善管注意義務違反・忠実義務違反の証明であって、その証明がなされれば、通常、取締役が無過失を証明しうる余地はないことになる³⁹⁵。つまり、任務懈怠と過失とを一元的に捉えているわけである。

他方、現行法の立法担当者の見解によれば、会社法 428 条が、同 423 条 1 項の責任は「任務を怠ったこと」が当該取締役の「責めに帰すことができない事由によるものであること」をもって免れることができないと定めていることをもって、任務懈怠 (違法性) と責めに帰すべき事由 (過失) とを別の要件と捉え、任務懈怠があつたとしても、過失がなければ、取締役は会社法 423 条 1 項の責任を負わないと解するようである³⁹⁶。すなわち、取締役の任務懈怠責任が認められるためには、任務懈怠が過失によることを要するとするわけである。

393 上柳：鴻：竹内編・注 (7) 前掲 274-275 頁 [近藤光男] 参照。

394 奥島：落合：浜田編・注 (41) 前掲 310 頁 [山下真弘]。

395 同前参照、江頭・注 (10) 前掲 440 頁脚注 (4) 参照。

396 相澤編・注 (42) 前掲 117 頁。

一元説に従えば、善管義務を尽くして職務を遂行することがその債務内容であるから、責任を追及する側は、具体的な法令違反の事実に加え、それが善管注意義務と評価される事実をも立証すべきことになり、この立証ができれば、取締役は責任を負うことになる。二元説に従えば、責任を追及する側は、具体的な法令違反の事実を立証すれば足り、取締役の側で故意過失のないことを立証できなければ、責任を問われることになる。

現在のところ、両説に対する評価は区々であるが、山下眞弘（1947～）によれば、この議論は、どのような内容の立証責任をいずれの当事者に負担させるのが望ましいかという点に集約することができるとされている³⁹⁷。このような視座が、おそらく現時における最も穏当なものといえるのであろう。

そうであるとすれば、会社法の下では、①前掲の最高裁平成12年（2000年）7月7日判決民集54巻6号1767頁が「したがって、取締役が[会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定を遵守する]義務に違反して、会社をして右の規定に違反させることとなる行為をしたときには、取締役の右行為が一般規定の定める[善管・忠実]義務に違反することになるか否かを問うまでもなく[商法旧266条1項5号]にいう法令に違反する行為をしたときに該当するものと解すべきである」と判示していたこと、②「会社法制の現代化に関する補足説明（平成15年（2003年）10月・法務省民事局参事官室）」が、この判例を挙げたうえで、商法旧266条1項5号を任務懈怠の責任と取り扱うことにしていると説明していること³⁹⁸、③会社法423条1項の下で、法令にはさまざまな種類・内容のものがあ、それらの違反を一律に任務懈怠とすることに疑問があることが指摘されている、といった事情をふまえ、二元説によれば、責任を追及する側は具体的な法令違反の事実を立証すれば足りる

397 奥島：落合：浜田編・注（41）前掲311頁[山下眞弘]。

398 法務省法制審議会会社法（現代化関係）部会公表『会社法の現代化―要綱試案と補足説明―』（信山社・2004年）補足説明の部48頁参照。

のであるから、会社の内部事情に通じていない株主による責任追及を容易にするため、会社法 423 条 1 項の下でも二元説を採る上記最高裁判例が支持されるべきであると主張する³⁹⁹青竹正一の立場を、さしあたり是とすべきであろうか。

これまた山下眞弘によれば、現時点では、やや二元説の方が多数説ではないかと分析されている⁴⁰⁰。

7-1-3-3. 経営判断の原則

すでに述べたように（本章 5-1-1）、取締役の業務執行に関しては、いわゆる経営判断の原則（business judgement rule）が認められている。改めて記せば、ここに経営判断の原則とは、当該状況において通常の経営者であれば行うであろう情報収集を行い、当該経営者が、その情報を基にして株主の最善の利益を考えて選択した経営決定であれば、その決定の結果が事後的に妥当でないと判明した場合でも、当該経営者は、善管注意義務違反とはされないとする原則である⁴⁰¹。判例上認められ、形成途上にある原則と位置づけられる。

落合誠一は、会社法が、経営者のリスク回避的な状況を改善し、経営者がリスクを取るべきときには、しっかり取るとの経営決定がなされるよう経営者をエンカレッジ（encourage）する法ルールを用意する必要があり、それが経営判断の原則であって、その原則が認められる実質的根拠もここにあると述べている⁴⁰²。すなわち、経営者の行動は、自ずとリスク回避的になるから（経営者は経営者として生活の糧を得ており、経営者マーケットの発達の未熟なわが国においては、会社が倒産すれば行き場所を失う。さらにリスクの高い経営で成功を取っても、多大な利益の多くは会社・株主のものとなり、経営者の分け前は些少のものでしかない）、放置すれば、

399 酒巻：龍田編・注（390）前掲 355-356 頁〔青竹正一〕参照。

400 奥島：落合：浜田編・注（41）前掲 311 頁〔山下眞弘〕。

401 落合誠一『会社法要説』（有斐閣・2010 年）93 頁。

402 同前 94-95 頁。

リスクを取る経営決定を行わなくなる。これでは、当該会社においては、大きな富をもたらし、社会的にも多大な便宜を生じる技術革新を期待することができなくなるから、そのような会社は、市場から強制的に退出を迫られることになる⁴⁰³。したがって、この原則によって経営者の背中を押す必要があるわけである。

また、裁判所に経営決定に対する積極的介入を許せば、経営者としての経験も才能もない裁判官が、経営者としての識見才能を有しておれば当然理解しうるはずの合理的判断・許容範囲内の判断を、事後的に善管注意義務違反と判断し、損害賠償の制裁対象としてしまいかねず、このことは、結局、会社の富の創出にも、ひいては国民経済の発展にも負の作用しかもたらさない。したがって、裁判所は、基本的に経営決定にはなるべく介入しないとの消極的態度をとることが賢明であり、そうした態度をとることが、ビジネスを良い方向に導くことになる⁴⁰⁴。しかも、裁判所が経営判断介入への消極的態度を強めたとしても、市場規律、会社支配市場による規律、さらには、行政制裁、刑事制裁といった様々な規律確保のメカニズムが存在するから大きな問題は生じない⁴⁰⁵。以上が、経営判断の原則が肯定される実質的根拠である。

経営判断の原則の法律上の根拠は、落合によれば、現行会社法が定める会社経営に関する株主と経営者の権限配分の趣旨から求められるとされる。すなわち、会社法は、会社経営は、原則的に経営者が行うものであって、株主が行うものではないとしている。これは、所有と経営が分離した公開会社においては明らかである（会 295Ⅱ・Ⅲ）が、閉鎖的会社においても、取締役は会社の業務を執行すると定めて（会 348Ⅰ）、基本的にその趣旨を明らかにしているからである。したがって、株主が代表訴訟により経営者の経営判断につき善管注意義務違反を主張したとしても、それが認めら

403 同前 93－94 頁参照。

404 同前 95 頁参照。

405 同前 95－96 頁参照。

れるのは、当然のことながら、例外的な場合に限定されることになるのである⁴⁰⁶。

繰り返し述べるように、この原則は、未だ発展途上にあるものである。しかし、現段階においては、この原則の下で、義務違反にあたらない規準として、①判断の前提として事実調査をし、事実認識に重要かつ不注意な誤りがなかったか、②判断が通常の経営者の有すべき知見・才能に照らし不都合なものでなかったか、の双方を審査規準とすることが適当であると解されつつあり⁴⁰⁷、この点については異論を見ない（この規準による裁判例として、大阪地判平成14年（2002年）3月13日判時1792号137頁、東京地判平成16年（2004年）9月28日判時1886号111頁、東京高判平成20年（2008年）10月29日金商1304号28頁など）。

7-1-3-4. 監視監督義務違反

これまた、すでに述べたように（本章5-1-1）、今日にあっては、取締役の善管注意義務違反が問われる可能性が高いのは、他の取締役の職務執行の監視監督義務違反の分野である。取締役の監視義務は、その地位に応じて、程度の差があることも、先に述べたとおりである。一般的に述べれば、取締役が、その地位に応じて、他の取締役（会社の使用人も含む）の職務違反行為・不正行為を知りうべき状況にありながら、あるいは、監視・監督すべき職階に付きながら、これらの者の職務違反を知らず、これを防止しなかったときは、監視監督義務違反の責任を負うことになる。

この義務については、取締役が自己の業務執行権限外の事項に関し、会社の損害を疑わしめる事実を知った場合に、当該取締役がどこまで行動すべき義務があるか、という問題がある。かかる場合、たとえば、取締役会社設置会社にあつては、取締役会で報告する（会362Ⅱ②）、監査役設置会社にあつては、監査役に報告する（会357Ⅰ）、といった行動をとるべきことは当然であると解されよう。かかる行動をとっても、会社において、

406 以上、同前96頁。

407 青竹・注(10)前掲325頁参照。

何らの措置が講じられなかった場合、当該取締役がそれ以上の行動を要求すべきかに関しては、当該取締役の能力等により差異はありうるが、弁護士に相談する、事実を公表すると代表取締役に迫る、あるいは辞任する等しなければ、任務懈怠となる場合もあると解すべきである⁴⁰⁸。

大会社にあっては、内部統制システムの構築が義務づけられているから（会 348Ⅳ、362Ⅴ）、このシステムに不備があるときは、取締役は、具体的な法令違反による任務懈怠の責任を負うことになる⁴⁰⁹。もっとも、内部統制システムを会社法・会社法施行規則に沿って構築しただけではならず、これを有効に活用して、監視監督の実効性を維持しない限り、任務懈怠責任を免れるものではない。非大会社が、かかるシステムを導入した場合も同様である。会社法施行規則に従ったお仕着せの内部統制システムによらない独自のシステムを構築した非大会社にあっては、そもそもいかなるシステムを構築すべきか自体、一義的に定まるものでないのであるから、当該会社の実状に照らし、そのシステム自体が不備か否かの判断は慎重になされるべきである。

7-1-3-5. 連帯責任

取締役が任務懈怠責任を負う場合、複数の取締役あるいは他の役員も責任を負うときは、これらの者は連帯債務者となる（会 430）。民法 427 条の特則であり、その責任を厳格化する趣旨である。

7-1-3-6. 損害額

一般的な善管注意義務ないし忠実義務違反によって取締役が賠償の責めに任ずべき額は、当該取締役の行為（不作為を含む）によって会社が被った損害額であるが、特段の規定が存在しない以上、民法の一般原則（民 416）に従う他ない。すなわち、適当条件説または相当因果関係説により、原則として、会社は、任務懈怠により通常生ずべき損害を、特段の事情によって生じた損害であっても、取締役がその事情を予見しまたは予見しう

408 江頭・注 (10) 前掲 440 頁脚注 (5) 参照。

409 青竹・注 (10) 前掲 326 頁。

べかりしときは、会社はその賠償をも取締役に請求することができる。取締役の法令違反の行為等から会社が同時に利益を受けたときは、場合により損益相殺がありうる⁴¹⁰。

7-1-3-7. 消滅時効

任務懈怠責任を定める会社法 423 条 1 項の責任は、民法上の債務不履行責任（民 415）の特則として課せられた特別の法定責任であるから、その責任の消滅時効は、民法 167 条 1 項により、10 年となる（最判平成 20 年（2008 年）1 月 28 日民集 62 卷 1 号 128 頁）。

7-1-4. 利益相反取引に係る責任

取締役と会社との利益相反取引によって会社に損害が生じたときは、株主総会・取締役会の承認の有無に係わらず、①会社と利益が相反する当該取締役、②会社が当該取引をすることを決定した取締役、③当該取引に関する取締役会の承認決議に賛成した取締役、は、その任務懈怠を推定される（会 423Ⅲ①～③）。

商法会社編時代にあっては、平成 17 年（2005 年）改正前商法 265 条 1 項が、取締役・会社間の取引および利益相反取引につき取締役会の承認を要する旨を定め、同 266 条 1 項 4 号が「前条第一項ノ取引ヲ為シタルトキ」に、その行為をした取締役が会社に対し連帯して賠償の責任を負うものと定めていた。この商法旧 266 条 1 項 4 号の適用範囲については争いがあったが、取締役会の承認を受けない取引には、同条同項 5 号（法令・定款違反の行為）が適用され、承認を受けた取引にのみ 4 号の適用があると解するのが通説であった。すなわち、「取締役が取締役会の承認なくして会社と取引するときは、法令違反の行為であり、その取引をなした取締役が会社に対して損害賠償の責任を負うのは当然であるが（平成 17 年（2005 年）改正前商 266 I ⑤）、[商法旧 266 条 1 項 4 号]の規定は、この当然のこと

410 江頭・注 (10) 前掲 441 頁、許される場合と許されない場合の事例につき、同頁脚注 (6) 参照。

を定めたものではなくして、取締役が取締役会の承認を得て会社と取引をしたにもかかわらず、その対価の不当・取引上の義務の不履行等により会社に損害を生じた場合における賠償責任に関し、一種の結果責任を認めたものと解する⁴¹¹」立場が通説であった。商法旧 266 条 1 項 4 号が「前条第 1 項に違反して取引をなしたとき」といわないで（平成 17 年（2005 年）改正前商 264Ⅲ対照）、単に「前条第 1 項の取引をなしたとき」と定めていた点からも、4 号を、単に注意的規定と観るのは困難であると解されていたのである⁴¹²。判例もまた、商法旧 266 条 1 項 4 号違反の取引の責任は、取締役会の承認を受けてなされた取引に関するものであって、会社が損害を被った場合に取締役は無過失責任を負い、利益相反取引が法令違反行為にあたるときは、同条同項 5 号の法令違反の責任が成立することを妨げないとしていた（最判平成 12 年（2000 年）10 月 20 日民集 54 卷 8 号 2619 頁）。

会社法は、この責任を（商法旧 266 条 1 項 3 号所掲の他の取締役に対する金銭貸付けの責任を含めて）、任務懈怠の 1 類型として、その推定をもなう過失責任として規定した。株主総会・取締役会の承認（会 356Ⅰ、会 365Ⅰ）がないときは当然のこと、会社法 423 条 3 項 3 号から明らかなように、株主総会・取締役会の承認があっても、利益相反取引によって会社に損害を生じたときは、当該任務懈怠の推定が及ぶとされているのである。したがって、上記①ないし③の取締役は、取引内容、条件が不当でないことなど、任務懈怠がなかったこと、すなわち自己の責めに帰すべき事由がないことを立証しない限り、免責されない（会 428Ⅰ）。このように、この責任は、原則的には、任務懈怠を理由とする過失責任とされているが、①の取締役のうち、直接取引の相手方である者の責任は、例外的に無過失責任を負うとされている（会 428Ⅰ）。また、この者の責任については、責任の一部免除の対象外である（会 428Ⅱ）。直接取引の相手方たる取締

411 大隅：今井・注（18）前掲 257 頁。

412 同前参照、石井・注（102）前掲 348 頁参照。

役の利益相反に係る責任は、相対的に違法性が高いと考えられるので、責任が厳格化されているわけである⁴¹³。

なお、取締役が競業取引規制（会 356 I ①、365 I）に違反した場合の損害賠償責任（会 423 I）については、とくに、当該取引によって取締役が得た利益額を会社の損害額とすることによって（会 423 II）、立証責任の軽減が図られている。

7-1-5. 責任の免除および一部免除

7-1-5-1. 責任の免除

会社法 423 条 1 項の任務懈怠責任は、原則として、総株主の同意がなければ免除できない（会 424）。昭和 25 年（1950 年）改正後商法 266 条 4 項として設けられ、同 56 年（1981 年）改正により同条 5 項となった規定の実質的な後継規定である。この規定が設けられたのは、1 株の株主にも代表訴訟提起権を認めた（昭和 25 年改正後商 267 I～III）ため、株主の多数決で免除しようとすれば、この訴権が無意味になるからであった⁴¹⁴。この趣旨は、現行法にも妥当する⁴¹⁵。したがって、定款で単元未満株主の訴権を制限した場合（会 189 II、847 I）には、当該株主は総株主に含まれない。しかし、完全無議決権株主も総株主に含まれる⁴¹⁶。総株主の同意は、必ずしも株主総会を開催する必要はなく、総株主の同意をもって総会の決議に代えることができる（第 4 章 5-2-4）。

訴訟上の和解がなされる場合には、総株主の同意を要しないこと（会 850 IV）、先に述べたとおりである（第 4 章 6-2-6）。ただし、剰余金の配当に関する分配可能額を超える部分についての責任は、総株主の同意があっても免除することができず（会 462 III ただし書）、和解をすることも

413 近藤・注 (2) 前掲 305 頁。

414 北澤・注 (1) 前掲 436 頁参照。

415 龍田・注 (88) 前掲 101 頁参照。

416 江頭・注 (10) 前掲 446 頁脚注 (14)。

できない（会 850IV）。会社債権者に留意した措置である⁴¹⁷。

7-1-5-2. 一部免除

議員立法による平成 13 年（2001 年）法律第 149 号改正により、法令・定款違反による取締役の責任につき、その賠償額を制限する制度が設けられた。同年（法 149）改正後商法 266 条 7 項ないし 23 項がこれであった。その法構造は、基本的に、取締役がその職務を行うにつき善意無重過失であったときは、①株主総会の特別決議、②定款の定めに基づく取締役会決議、③定款の定めに基づく契約（社外取締役に限る）、という方法によって、賠償額の一部を免除することができる、というものであった。

先に述べたように（本章 7-1-1）、この改正は、バブル経済崩壊の不況の最中、高額の損害賠償請求が取締役の経営行動を萎縮させることになること、および有能な人材を確保できなくなることを主たる理由として行われたものであったが⁴¹⁸、同時に、平成 5 年（1993 年）改正により代表訴訟が急増し、これが経営者の経営行動に圧力を与えていたことも大いに関係する。代表訴訟を提起し易い方向へ改正がなされたのと相前後して、バブル崩壊が生じたのは、歴史の皮肉であるとしかいいようがない。久保利英明（1944～ ）は、平成 13 年法律第 149 号改正を「今回の商法改正は、[代表訴訟が急増し、社会的ショックになったことが今に尾を引いている]、それへのリベンジ（revenge）という感じがする⁴¹⁹」と評しているが、今日的観点から、至当な感想であったことが理解しえよう。他方、この制度の下では、会社役員賠償責任保険を付保することにより、少額の保険料を支払えば取締役は責任を全部免れるに等しい効果を生じるため、責任の抑止機能を弱体化させないかという問題を生じせしめたのであった⁴²⁰。

417 無論、会社債権者との関係でも、債務免除に係る一般法（民 424 I、破 160III など）は、当然に適用になる（江頭・同前脚注（14））。

418 青竹・注（10）前掲 334 頁参照。

419 座談会「企業統治に関する商法改正法の実務への影響」商事法務 1617 号（2002 年）12 頁 [久保田英明]。

420 江頭・注（10）前掲 435 頁。

いずれにせよ、会社法は、この改正による一部免除制度を承継している(会 425~427)。繰り返し述べるように、利益相反取引のうち、会社と直接取引をした取締役の責任は、この免除制度の対象外である(会 428 II)。

(ア) 株主総会の特別決議による一部免除

取締役の任務懈怠責任は、取締役がその職務を行うにつき善意無重過失であるとき、株主総会の特別決議(会 309 II ⑧)をもって、賠償責任額から、下記①および②の合計額(最低責任限度額)を控除して得た額を限度として、免除することができる(会 425 I 柱書)。要は、この最低責任限度額に責任を制限できるわけである。

①当該取締役がその在職中に会社から職務執行の対価として受け、または受けるべき財産上の利益の1年間当たりの額に相当する額として法務省令(会施規 113)で定める方法により算出される額に、代表取締役にあっては6を、社外取締役を除くそれ以外の取締役にあっては4を、社外取締役にあっては2を、それぞれ乗じた額(会 425 I ①)。つまりは、取締役の地位を考慮して、年俸の何年分という定め方を採用しているわけである。なお、会社法施行規則 113 条は、責任の間われる行為がなされた時点で、たまたま年俸が少ない場合に問題が生じないよう配慮されている。

②当該取締役が会社の新株予約権を有利な条件または金額で引き受けた場合(会 238 III)において、当該新株予約権に関する財産上の利益として法務省令(会施規 114)により算出される額。この額は、(a)新株予約権行使時の株式の1株当たりの時価から行使価額および新株予約権の払込金額の合計額の1株当たりの額を控除して得た額に、新株予約権行使により交付を受けた株式数を乗じた額、(b)新株予約権を譲渡した場合は、譲渡価額から新株予約権の払込価額を控除した額に譲渡した新株予約権数を乗じた額となる。

この制度は、いわば事後的責任軽減制度であるから⁴²¹、株主総会の場で

421 近藤・注(2)前掲309頁。

取締役の責任軽減の是非を決定するにあたっては、取締役は、一部免除を行う総会において、①責任の原因となった事実および賠償責任額、②責任を免除することができる額の限度およびその算定の根拠、③責任を免除すべき理由および免除額、を開示しなければならない（会 425Ⅱ）。

監査役設置会社にあつては、株主総会に責任免除の議案を提出するには、監査役（監査役が2人以上ある場合には、各監査役）の同意を得なければならない（会 425Ⅲ）。株主総会の実情から、たとえ重過失の疑いがある事案であっても、軽減議案が提出されると、承認されてしまう可能性がある⁴²²、提出に慎重を期する趣旨があるとともに、責任免除が大局的見地から会社（株主）の利益に適うか否かを監査役に判断せしめる趣旨であろう⁴²³。

責任免除に係る株主総会決議がなされた後に、会社が当該取締役に退職慰労金その他法務省令（会施規 115）で定める財産上の利益を与えるときは、当該取締役に支給する額を明らかにして、株主総会の承認を受けなければならない（会 425Ⅳ前段）。これらの金額は、一部免除決議の時点で、免除の上限額に算入されていないため、在職中の報酬等を低めに設定し、退職慰労金などを増額することにより、免除額の計算時における最低責任限度額を低くすることを防止するためである⁴²⁴。免除の対象となった取締役が、責任免除決議後に、有利発行を受けた新株予約権を行使または譲渡するときも同様に株主総会の承認を要する（会 425Ⅳ後段）。このため、免除の対象となった取締役が有利発行を受けた新株予約権証券を所持するときは、これを遅滞なく会社に預託しなければならない、当該取締役は、その譲渡につき総会の承認を受けた後でなければ、その返還を求めることはできない（会 425Ⅴ）。

422 同前。

423 江頭・注（10）前掲 450 頁脚注（22）参照。

424 青竹・注（10）前掲 335 頁。

(イ) 定款の定めによる一部免除

取締役が2人以上ある監査役設置会社においては、取締役の任務懈怠責任について、取締役がその職務を行うにつき善意無重過失の場合には、責任の原因となった事実の内容、当該取締役の職務の執行の状況その他の事情を勘案して、とくに必要と認めるときは、賠償責任限度額から最低責任限度額（実質的に上記（ア）と同額（会施規 113①ロ））を控除した額を限度として、取締役会非設置会社にあつては、責任を負う取締役を除く取締役の過半数の同意をもって、取締役会設置会社にあつては、この者を除く取締役会決議をもって、その責任を免除できる旨を、定款で定めることができる（会 426 I）。定款による取締役・取締役会に対する免責権限の事前授權を認めるものである。

監査役設置会社に限ってこの制度を認めるのは、取締役・取締役会の減免決定に監査役の監査権限が及ぶようにとの法政策からである⁴²⁵。取締役が1人の会社は、当該取締役が自らの責任の免除を判断することになるので⁴²⁶、この制度が認められない。

定款を変更して、取締役の責任を一部免除することができる旨の定めを置く議案を取締役が株主総会に提出する場合には、監査役（監査役が2人以上あるときは各監査役）の同意が必要である（会 426 II）。また、当該定款の定めによつて、責任の一部免除につき取締役の同意を得る場合または取締役会にこの議案を提出する場合にも、同様に監査役（監査役が2人以上あるときは各監査役）の同意を要する（会 426 II）。

定款規定に基づいて取締役・取締役会が責任の一部免除に係る同意・決議を行ったときは、取締役は、遅滞なく、会社法 425 条 2 項各号所掲の事項および免除に異議がある場合には1ヵ月以上の一定の期間内に異議を述べるべき旨を公告し、または株主に通知しなければならない（会 426 III）。ただし、非公開会社にあつては、上の手続は、株主に対する通知に限られ

425 前田・注 (4) 前掲 433 頁参照。

426 青竹・注 (10) 前掲 336 頁。

る（会 426IV）。そして、責任減免対象取締役であるものを除く総株主の議決権の 100 分の 3（定款による引下げが認められる）以上を有する株主が、上の期間内に異議を述べたときは、会社は、当該定款の定めに基づく責任の一部免除をすることができない（会 426V）。

責任一部免除後の退職慰労金の支給制限や新株予約権行使等の制限については、（ア）の場合と同様である（会 426VI）。

免除の要件が（ア）に比べて厳格なのは、この制度の下では、株主総会の意向は、あらかじめ定款に規定を置く際に反映されるに過ぎないため、この種の規定を一度設けてしまうと後は広く取締役・取締役会の判断に任されてしまうからであり、しかも定款規定を設ける際に、株主は具体的問題を認識することなく賛成してしまうおそれがあるからである⁴²⁷。

取締役・取締役会に対し責任免除権限を授権する旨の定款の定めは、登記事項とされている（会 911III²³）。

（ウ）社外取締役との責任限定契約

会社は、定款の定めに基づき、社外取締役との間で契約を締結することにより、その責任の限度をあらかじめ定めおくことができる（会 427 I 参照）。

上記（ア）（イ）の制度の下では、責任の一部免除に株主総会の決議や取締役・取締役会の同意・決議を要するので、一部免除の決定がなされるか否か、免除額がいくらになるか、不確定であるが、事前に責任限度額が確定しておれば、取締役に就任する者の賠償責任に関する不安が除去される。そこで、社外取締役の人材確保のため⁴²⁸、責任限定契約の制度が整備されているのである。

会社は、定款をもって、社外取締役の任務懈怠責任について、この者がその職務を行うにつき善意無重過失であるときは、定款で定めた額の範囲内であらかじめ会社が定めた額と最低責任限度額（社外取締役に係る（ア）

427 近藤・注（2）前掲 311 頁。

428 青竹・注（10）前掲 336 頁、江頭・注（10）前掲 452 頁。

の額と実質的に同じ)とのいずれか高い額を限度とする旨の契約を、この者と締結ができる旨を定めることができる(会 427 I)。

この責任限定契約は、当該社外取締役が、当該会社またはその子会社の業務執行取締役もしくは執行役または支配人その他の使用人に就任したときは、将来に向かってその効力を失う(会 427 II)。

定款を変更して、責任限定契約に係る定めを設ける議案を総会に提出するに際しては、監査役設置会社にあつては、監査役(監査役が2人以上あるときは各監査役)の同意を要する(会 427 III)。

責任限定契約を締結した会社が、契約の相手方たる社外取締役の任務懈怠により損害を受けたことを知ったときは、その後最初に招集される株主総会において、①責任の原因となった事実および賠償責任額、②免除できる額の限度およびその算定の根拠、③契約の内容およびその契約を締結した理由、④会社が受けた損害のうち社外取締役が責任を負わないとされた額、を開示しなければならない(会 427 IV)。

契約に基づき社外取締役の賠償責任が一部免除された後の、退職慰労金の支給制限や新株予約権行使等の制限については、上記(ア)(イ)の場合と同様である(会 427 V)。

社外取締役との責任限定契約に関する定款の定めは、登記事項とされている(会 911 III ㉔)。

7-2. 取締役の第三者に対する責任

7-2-1. 会社法 429 条 1 項・2 項 1 号の沿革

取締役は、会社に対して義務を負うにすぎないから、損害賠償責任も原則として会社に対して負うにとどまり、第三者に対しては、一般の不法行為責任(民 709)以外には、損害賠償責任を負わないというのが本則であるはずである。しかし、会社法は、とくに 429 条 1 項を設けて、取締役を含む会社の役員等の第三者に対する責任について規定している。取締役について観れば、取締役がその職務を行うにつき悪意または重大な過失があったときは、当該取締役は、これによって第三者に生じた損害についても賠

償責任を負うとされている。また、同条 2 項 1 号によれば、取締役が、①株式・新株予約権・社債・新株予約権付社債を引き受ける者の募集をする際に、通知しなければならない事項についての虚偽の通知または当該募集のための当該会社の事業その他の事項に関する説明に用いた資料についての虚偽の記載・記録をしたとき、②計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書ならびに臨時計算書類に記載・記録すべき重要な事項についての虚偽の記載・記録をしたとき、③虚偽の登記、④虚偽の公告（会社法 440 条 3 項に規定する場合を含む）をしたとき、も同様とするとされ、ただし当該取締役が当該行為をすることについて注意を怠らなかったことを証明したときは、賠償責任を免れるとされている。

明治 32 年（1899 年）制定時の商法 177 条 1 項は、「取締役ガ法令又ハ定款ニ反スル行為ヲ為シタルトキハ株主總會ノ決議ニ依リタル場合ト雖モ第三者ニ対シテ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス」と規定していた。明治 44 年（1911 年）改正は、同 177 条を全面改正して、その 1 項に取締役の会社に対する責任を、同 2 項に第三者に対する責任を規定することとし、上の文言に若干の修正を加えて、同 177 条 2 項とした。そして、昭和 13 年（1938 年）改正法は、同 177 条を同 266 条に移し、同条 2 項に「取締役ガ法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタルトキハ株主總會ノ決議ニ依リタル場合ト雖モ其ノ取締役ハ第三者ニ対シ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任ズ」と規定したのであった。田中耕太郎によれば、「此の規定の適用があるのは法令又は定款の具体的な特別の規定に違反したる場合であり、取締役が単に合目的的に業務を執行せざりし如き場合は…会社に対する責任を生ずるのみである⁴²⁹」と解されており、昭和 25 年（1950 年）改正前の通説の立場もこれであった。

昭和 25 年（1950 年）改正は、取締役の会社に対する責任に係る条文と第三者に対する責任に係る条文とを分かち、前者を商法 266 条に、後者を

429 田中・注（314）前掲 581—582 頁。

同 266 条ノ 3 に配置した。同年改正後商法 266 条ノ 3 第 1 項は、「取締役ガ其ノ職務ヲ行フニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタルトキハ其ノ取締役ハ第三者ニ対シテモ亦連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ズ重大ナル事項ニ付株式申込証、社債申込証、目論見書、第二百八十一条ニ掲グル書類〔計算書類〕若ハ第二百九十三条ノ五ノ附属明細書ニ虚偽ノ記載ヲ為シ又ハ虚偽ノ登記若ハ公告ヲ為シタルトキ亦同ジ」と規定され、第三者に対する責任原因を広め、法令・定款の具体的な規定に違反しなくても善管注意義務などに違反すれば足りるものとするとともに、主観的要件を狭め、軽過失では足りず、悪意重過失を要求した。総会の決議によった場合でも責任を免れない旨の規定は削除されたが、この点は、実質上変わらない⁴³⁰。同条は、昭和 41 年（1966 年）、同 49 年（1974 年）に若干の改正が加えられ、昭和 56 年（1981 年）改正に至り、現在の骨子が完成した。すなわち、同年改正後商法 266 条ノ 3 第 1 項は「取締役ガ其ノ職務ヲ行フニ付悪意又ハ重大ナル過失アリタルトキハ其ノ取締役ハ第三者ニ対シテモ亦連帶シテ損害賠償ノ責ニ任ズ」とされ、同条 2 項は「取締役ガ株式申込証、新株引受権証書、社債申込証、目論見書若ハ第二百八十一条第一項ノ書類〔計算書類・附属明細書〕ニ記載スベキ重大ナル事項ニ付虚偽ノ記載ヲ為シ又ハ虚偽ノ登記若ハ公告ヲ為シタルトキ亦前項ニ同ジ但シ取締役ガ其ノ記載、登記又ハ公告ヲ為スニ付注意ヲ怠ラザリシコトヲ証明シタルトキハ此ノ限ニ在ラズ」とされた。なお、昭和 25 年（1950 年）改正後商法 266 条ノ 3 第 2 項、同 56 年（1981 年）改正後同条第 3 項は、取締役が第三者に対して責任を負う場合に、商法旧 266 条 2 項および 3 項を準用し、取締役の行為が取締役会の決議に基いてなされたときは、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るとともに、その決議に参加した取締役で議事録に異議をとどめなかった者は、決議に賛成したものと推定されていた。同条は、平成 13 年（2001 年）法律第 128 号改正、同 16 年（2004 年）改正に

430 北澤・注 (1) 前掲 438 頁。

においても若干の修正がなされたが、その骨子は、昭和 56 年改正のそれを変えるものではなかった。

会社法 429 条 1 項は、基本的に上述の商法旧 266 条ノ 3 第 1 項を承継するものであり、同条 2 項 1 号は、商法旧 266 条ノ 3 第 2 項を承継するものである。

7-2-2. 会社法 429 条 1 項の責任

(ア) 商法旧 266 条ノ 3 第 1 項に依拠して、第三者が取締役の損害賠償責任を追及する例は、きわめて多かった。わが国では、小規模な閉鎖型のタイプの株式会社が多数を占めたから、その多くは、契約や不法行為に基づき会社（財産的基盤が脆弱な中小企業）に対し請求権を有する第三者が、会社の倒産などのために満足を得られず、同条に依拠して取締役個人の責任を追及しようとしたからであった。このため、資力の弱い中小企業にあっては、商法旧 266 条ノ 3 に依拠して取締役の個人責任を認めることが、法人格否認の代替機能を果たしていたともいえる⁴³¹。

龍田節は、商法旧 266 条ノ 3 が有する機能について以下のように評していた。20 世紀におけるわが企業社会の実態と会社法役割に係る、まさに肯綮^{こうけい}に中る至言^{あた}である。すなわち、「倒産会社にかかわった不幸な第三者にとって、本条はいわば地獄の地蔵である。同時に本条はまた、取締役たる者は職務に精励すべきこと、濫^{みだ}りに名前を貸すべきではないことをも教える。会社らしくない会社が多い日本において本条が広く活用されるのは自然の勢であり、第三者の保護に果たす役割は大きい。取締役らしくない取締役に対する警告も有意義である。他方、本条の射程を知らずに取締役就任を承諾した者にとって、本条は忌むしい伏兵である。会社らしい会社を前提に考えれば、本条の広い活用は異様な膨張と映るだろう。日本の企業社会を見る視角の違いが、判例の揺れを大きくしているといえそうで

431 青竹・注 (10) 前掲 337—338 頁参照。

ある。会社法のあり方に対する問いかけのすべてが、この1か条に集約されているといっても過言ではない⁴³²。」

(イ) 商法旧 266 条ノ 3 第 1 項の責任については、諸説が錯綜していた。主たる争点は以下のとおりである。すなわち、①この責任の性質は特別の法定責任か不法行為責任か、②この責任と一般の不法行為責任との競合は認められるか否か、③この責任は直接損害または間接損害のいずれかについてのみ認められるか双方について認められるか、④悪意重過失は会社に対する任務懈怠について必要か第三者に対する加害について必要か、⑤第三者は会社債権者に限られるか株主も含むか、などであった。上の③で「直接損害」というのは、会社が損害を被ったか否かを問わず、第三者が直接に被った損害であり、たとえば、会社の資産状態が良好であるようにみせかけた代表取締役と取引した第三者が会社の倒産によって被った損害とか、取締役の虚偽の情報を信頼して株式を引き受けもしくは買い受け、または売却する機会を失った株主が被った損害である。これに対し、「間接損害」とは、会社が損害を被った結果、第三者が間接に被った損害であり、たとえば、取締役が会社財産に損害を加えたため、債権を回収しえなくなった会社債権者や、剰余金の分配を受けられずまたは株価下落の不利を受けた株主が被った損害である⁴³³。

多数説は、商法旧 266 条ノ 3 第 1 項の責任の性質を第三者の保護を強化するための特別の法定責任と解し、この責任と一般不法行為責任の競合を認め、この責任を直接損害と間接損害の双方について認め、悪意重過失は会社に対する任務懈怠について必要であるとし、第三者には会社債権者と株主を含むと解するものであった⁴³⁴。基本的には多数説を支持しつつ、株主は、会社が損害を受けた結果、間接に損害を受けるに至った場合には代表訴訟によって会社の損害を回復すればよいから、本条による救済は直接

432 上柳：鴻：竹内編・注 (7) 前掲 301 頁 [龍田節]。

433 以上、北澤・注 (1) 前掲 438 頁。

434 この立場を代表するものとして、石井・注 (102) 前掲 350—353 頁。

損害を受けた場合に認めれば足りるとの主張⁴³⁵もあった。

上に対し、商法旧 266 条ノ 3 は取締役の特別の不法行為責任を定めたものであって、そこでの悪意重過失は第三者に対する加害行為について必要とされ、その責任は、取締役の違法行為によって直接に第三者が被った損害の賠償に関するものであり、その関係で、一般不法行為による取締役の責任は排除される（ただ、第三者には株主も含むと解する）とする説⁴³⁶も有力であった。この説は、軽過失の場合における取締役の免責を強調するものである。

上記に限らず、商法旧 266 条ノ 3 の責任の性質に関しては、様々な説が唱えられ⁴³⁷、この責任に関する学説は混沌をきわめていた。

（ウ）最高裁は、昭和 44 年（1969 年）に至り、商法旧 266 条ノ 3 に実質的な意味を与える大法廷判決を打ち出した。最高裁昭和 44 年 11 月 26 日判決民集 23 卷 11 号 2150 頁がこれである。代表取締役が、会社の資産状態が相当悪化しており約束手形を振り出しても満期に支払うことができないことを容易に予見しえたにもかかわらず、代表取締役としての注意義務を著しく怠ったため、その支払いの可能なことを轻信し、約束手形を振り出して商品の引渡しを受けたところ、当該約束手形が支払不能となり、手形所持人に手形金相当額の損害を被らせた場合に、その代表取締役に業務一切を任せきりにしており、当該手形の会社代表者としての名義人となった代表取締役に商法旧 266 条ノ 3 第 1 項（当時の同条同項前段）の責任を認めた事件において、以下のように判示したのである。

「商法は、株式会社の取締役の第三者に対する責任に関する規定として 266 条ノ 3 を置き、同条 1 項前段〔平成 17 年（2005 年）改正前商 266 ノ 3 I〕において、取締役がその職務を行なうについて悪意または重大な過

435 鈴木・注 (341) 前掲 197—198 頁脚注 (1) 参照。

436 この立場を代表するものとして、松田二郎『株式会社法の理論』（岩波書店・1967 年）285 頁。

437 諸説につき、北澤・注 (1) 前掲 439 頁。

失があったときは、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を定めている。もともと、会社と取締役とは委任の関係に立ち、取締役は、会社に対して受任者として善良な管理者の注意義務を負い（商法 254 条 3 項、民法 644 条）、また忠実義務を負う（商法 254 条ノ 2 [平成 17 年（2005 年）改正前商 254 ノ 3]）ものとされているのであるから、取締役は、自己の任務を遂行するに当たり、会社との関係で右義務を遵守しなければならないことはいうまでもないことであるが、第三者との間ではかような関係にあるのではなく、取締役は、右義務に違反して第三者に損害を被らせたとしても、当然に損害賠償の義務を負うものではない。」

「しかし、法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務遂行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、これによって第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれによって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである。」

「したがって、以上のことは、取締役がその職務を行なうにつき故意または過失により直接第三者に損害を加えた場合に、一般不法行為の規定によって、その損害を賠償する義務を負うことを妨げるものではないが、取締役の任務懈怠により損害を受けた第三者としては、その任務懈怠につき取締役の悪意または重大な過失を主張し立証しさえすれば、自己に対する加害につき故意または過失のあることを主張し立証するまでもなく、商法 266 条ノ 3 の規定により、取締役に対し損害の賠償を求めることができるわけであり、また、同条の規定に基づいて第三者が取締役に対し損害の賠償を求めることができるのは、取締役の第三者への加害に対する故意または過失を前提として会社自体が民法 44 条⁴³⁸の規定によって第三者に対し損害の賠償義務を負う場合に限る必要もないわけである。」

すなわち、上の最高裁判決によれば、①商法旧 266 条ノ 3 に係る責任は、法が第三者保護の立場から課した特別法定責任である、②取締役の任務懈怠行為と第三者の損害との間に相当因果関係がある限り、直接損害たると間接損害たるとを問わず、取締役は賠償責任を負う、③商法旧 266 条ノ 3 の責任と一般不法行為責任とは競合しうる、④第三者は、任務懈怠につき取締役の悪意重過失を立証すれば足り、自己に対する加害についての故意過失の立証をするまでもなく、損害賠償義務を課せられる、以上の点が明らかにされた⁴³⁹。この立場は、ほぼ従来の多数説の主張に沿うものである。

(エ) 今日の学説の趨勢もまた、上の最高裁判例に沿う形で展開されていると理解してよい。すなわち、上記①の会社法 429 条 1 項の責任につき、特別の不法行為責任であって、取締役の責任を軽減するもの（取締役に軽過失がある場合にのみこの責任が発生する）と解するだけの合理的な必要性を見出すことはできず⁴⁴⁰、逆に、取締役の責任が加重されるのは、取締役の職務が多岐にわたることから、むしろそれによる損害を受ける第三者を保護しようとする点にあり⁴⁴¹、これは法定責任説の方が説明し易い。さらに、会社法が最低資本金制度を廃止したことに鑑みても、第三者の犠牲において取締役の責任の軽減を認めるのは疑問であるということになる⁴⁴²。よって、この責任の性質は、特別の法定責任であると解するのが、現在の趨勢であろう。

上記②の会社法 429 条 1 項がカバーする責任の範囲についても、直接損

438 判決当時の民法 44 条は、法人の不法行為能力に関する規定であり、以下のように規定されていた。

民法第 44 条 法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

② 法人ノ目的ノ範囲内ニ在ラサル行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其事項ノ議決ヲ賛成シタル社員、理事及ヒ之ヲ履行シタル理事其他ノ代理人連帶シテ其賠償ノ責ニ任ス

439 北澤・注 (1) 前掲 441 頁、上柳：鴻：竹内編・注 (7) 前掲 302 頁 [龍田節]。

440 吉本・注 (27) 前掲 245 頁。

441 前田・注 (4) 前掲 451 頁。

442 青竹・注 (10) 前掲 338 頁。

害たると間接損害たるとを問わないものと解されよう。この責任の性質を不法行為責任と捉えた場合には、同条同項による取締役の責任は、第三者が直接損害を受けた場合に限定され、間接損害については、(第三者に株主を含むのであれば)株主が代表訴訟(会 847 以下)を提起することにより、または債権者が債権者代位権(民 423)を行使することにより、対処する他なくなる⁴⁴³。これに対し、この責任の性質を特別の法定責任と捉えた場合には、同条同項を直接損害・間接損害の双方に適用することが可能であると解される。

上記③については、とくに直接損害(履行の可能性の少ない取引を行ったことにより契約相手方が被る責任)について問題となる。すなわち、(会社が倒産の危機に瀕しているような場合に)取締役が履行期において契約の本旨に従った履行可能性がないにもかかわらず、返済の見込みのない金銭消費貸借契約や代金支払いの当てのない商品購入を行った結果、契約相手方が損害を被った場合の責任であり、典型的な直接損害の場合である。この場合、多くは契約の相手方に対する不法行為にも該当するため、第三者は、相手方に対する不法行為責任をも追及できる⁴⁴⁴。しかし、上記④に関連し、不法行為責任の追及には、第三者に対する加害についての故意過失が要件とされるが、会社法 429 条 1 項の責任を追及するためには、取締役の悪意重過失が任務懈怠について存し、加害行為と第三者との間に相当因果関係が認められればよいから、不法行為責任が成立しない場合にも、同条同項の責任が成立することがあり、カバーされる範囲は、不法行為責任よりも広いことになる。取締役の上のような行為が何故に任務懈怠に当たるのかといえ、債務超過またはそれに近い状態の株式会社は、株主が有限責任の結果、失うものがないため乾坤一擲の投機に走りやすいこと、および、事業を継続すれば取締役への報酬等の支払い等により会社の財務状況はますます悪化すること等から、会社債権者の損害拡大を阻止す

443 前田・注(4)前掲 452 頁参照。

444 近藤・注(2)前掲 315 頁。

るため取締役には再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務が善管注意義務として課されており、その任務懈怠が問題となると解されるべきだからである⁴⁴⁵。

(オ) 会社法 429 条 1 項に関しては、なお検討すべき課題が残されている。

同条同項にいう第三者に株主が含まれるか。この点につき、少なくとも株主が被った直接損害については、同条同項に依拠して株主も損害賠償請求できるという点につき、今日、異論を見ないと思われる。他方、取締役の任務懈怠行為によって会社の財産状態が悪化し、結果、当該会社の株価が下落して、株主が損害を受けた場合、この間接損害を回復するために、株主は同条同項に依拠しうるか、という問題では、見解が分かれる。

この問題については、かねてから、かかる間接損害については、会社法 429 条 1 項によらず、株主代表訴訟（会 847）によって取締役对公司に対する損害を賠償せしめれば、株主の損害もまた回復されるから、間接損害に関しては、第三者に株主を含める必要はないとする見解が有力であった⁴⁴⁶。現在にあっても、前田庸が、間接損害の追及者に株主を含めれば、会社ないし総株主に帰属すべき財産を特定の株主が早い者勝ちに奪い取ることを是認する結果となって不都合であると主張している⁴⁴⁷。龍田節もまた、間接損害については、代表訴訟により持分減少による株主の損害を回復すべきであり、損害賠償請求権を株主が手に入れてしまうと会社の損害賠償請求権（これは会社財産である）が削り取られることになるし、株主は会社債権者に劣後すべきであるのに、その順位を乱す結果になるとして、株主は、直接損害に係る損害賠償請求権を有するのみであると説いている⁴⁴⁸。

445 江頭・注 (10) 前掲 471 頁。

446 河本一郎「商法 266 条ノ 3 第 1 項の「第三者」と株主」『服部栄三先生古稀記念・商法学における論争と省察』（商事法務研究会・1990 年）260—261 頁、大隅：今井・注 (18) 前掲 269—270 頁。

447 前田・注 (4) 前掲 453 頁。

これに対し、江頭憲治郎は、誰か（取締役を含む）の行為により、会社・株主の双方が損害を被った場合に、独占的に請求権が帰属すべき範囲は、さほど単純に確定できるわけではなく、たとえば上場会社等については上の見解のようにいえるとしても、取締役と支配株主とが一体である閉鎖型タイプの会社の場合、少数株主への加害の救済を代表訴訟に限ると、加害が繰り返され実効的な救済にならない例が多いから、株主の被る間接損害につき、この損害賠償請求を認める余地はあると述べている⁴⁴⁹。青竹正一は、より一般的に、①代表訴訟を提起するには、公開会社では6ヵ月の株式保有要件を満たさなければならず（会 847Ⅰ）、担保提供を命じられることもありうる（会 847Ⅷ）こと、②代表訴訟によってすべての損害が回復されるとは限らないこと、③市場価格のある株式については、[代表訴訟によって] 会社に損害が賠償されても株価の下落が回復するとは限らないし、下落後に市場で株式を売却した者の損害もあること、を理由に、株価の下落という形で株主が受けた間接損害についても、株主は賠償請求できると解すべき旨、主張している⁴⁵⁰。

結論を急げば、相当の反感を買うことを承知であえて述べるのであるが、間接損害の第三者から株主を除くとの説は、純理論的であり、株主をこれに加えるとの説は、現実を視野に入れた考え方であると評価しえよう。商法を生ける法として活用するには、後者を是とすべきであろうか。

（カ）会社法 429 条 1 項には、監視義務違反に帰因する間接損害を問われる取締役の問題がある。

たとえば、取締役会設置会社にあつては、取締役は、取締役会の構成員として他の取締役の業務執行を監督する義務があるが（会 362Ⅱ②）、わけても中小企業の取締役が代表取締役の業務執行を何ら監督することなく、違法行為を阻止しえなかった点を捉え、重過失による任務懈怠責任を追及

448 龍田・注 (88) 前掲 96 頁。

449 江頭・注 (10) 前掲 470—471 頁脚注 (3)。

450 青竹・注 (10) 前掲 341—342 頁参照。

されることがある。

商法会社編の時代にあつては、昭和 25 年（1950 年）以降、株式会社といえは現在の取締役会設置会社であり、例外なく 3 人以上の取締役を揃えなければならなかった（平成 17 年（2005 年）改正前商 255）から、小規模会社では、会社との間で、職務を行うことなくただ名前だけを貸せばよいとの合意の下に就任する、いわゆる名目的取締役が少なからず存在した。したがって、会社の破綻に際し、会社に対する債権を回収できなかった会社債権者が、名目的取締役の監視義務違反を理由に、その責任を追及する例もまた少なからず存在したわけである。最高裁は、こうした名目的取締役であっても、代表取締役の業務執行全般について監視し、取締役会を通じて業務の執行が適正に行われるようすべき職責があるとして、監視監督義務違反を肯定した（最判昭和 48 年（1973 年）5 月 22 日民集 27 巻 5 号 655 頁、最判昭和 55 年（1980 年）3 月 18 日判時 971 号 101 頁）。しかし、現実には、このような名目的取締役にワンマン（one-man）社長の業務執行を是正することは、その就任の経緯からしても、期待できないであろうし、損害との間に相当因果関係を認めることも困難であると考えられる（大阪地判昭和 59 年（1984 年）8 月 17 日判タ 541 号 242 頁、東京地判平成 7 年（1995 年）6 月 25 日判時 1509 号 31 頁、東京地判平成 8 年（1996 年）6 月 19 日判タ 942 号 227 頁参照）。監視監督義務違反の責任を問うのであれば、代表取締役の違法行為を防止しうべきであったこと、その前提としてこれを知りうべきであったことが必要であろうが、名目的取締役には、これを知りうべき機会が少なく、なまじ真面目に監視すると、かえって違法行為を知りえたりするため、逆に、名目的取締役に関する限り、法律上の職務に怠慢であった者の方が免責されるといった矛盾も生じかねない。つまり、このような取締役は、本来、法が予定している取締役とは異質のものである⁴⁵¹。それゆえ、報酬も一切受けない等の名目的取締役には

451 近藤・注（2）前掲 317 頁。

重過失による任務懈怠があるとはいえないとの理由で責任を否定する下級審裁判例も少なからず見受けられた（東京高判昭和 57 年（1982 年）4 月 13 日下民 32 巻 5-8 号 813 頁、仙台高判昭和 63 年（1988 年）5 月 26 日判時 1286 号 143 頁、東京地判平成 3 年（1991 年）2 月 27 日判時 1398 号 119 頁など）。

もっとも、現行会社法下にあつては、株式会社の機関設計が相当に柔軟になっているので、とくに中小企業にあつては、取締役会非設置会社を選択すれば、取締役は 1 名であってもよく、名目的取締役を置く必要性は薄れている。かかる状況変化の中で、あえて名目的取締役に就任した者については、再び厳しい判断がなされる可能性も否定できない⁴⁵²。

いわゆる事実上の取締役（事実上、取締役として会社を主宰していた者）に会社法 429 条 1 項の責任が認められる可能性があること、不実の取締役就任登記の出現に加功した者に会社法 429 条 1 項の責任が認められる可能性があること、については、すでに述べた（本章 4-3-6、第 2 帖第 6 章 6-2-2）。

（キ）取締役の第三者に対する責任に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間は、別段の規定もないことから、一般原則による 10 年（民 167 I）である（最判昭和 49 年（1974 年）12 月 17 日民集 28 巻 10 号 2059 頁）。

この責任に基づく損害賠償義務は、第三者から履行の請求を受けた時に遅滞に陥り、その遅延損害額の利率は、民法の法定利率 5 分（民 404）である（最判平成元年（1989 年）9 月 21 日判時 1334 号 223 頁）。

この責任に基づき取締役が第三者に対して賠償すべき額を定めるにあつては、第三者にも過失があるときは、過失相殺が認められる（最判昭和 59 年（1984 年）10 月 4 日判時 1143 号 143 頁）。

452 江頭・注 (10) 前掲 473 頁。

7-2-3. 会社法 429 条 2 項 1 号の責任

取締役が、本章 7-2-1 に掲げた①ないし④の虚偽記載・記録あるいは虚偽登記や虚偽公告を行ったときは、当該取締役は、その行為をすることについて注意を怠らなかったことを証明しない限り、第三者に対して、これによって生じた損害を賠償する責任を負う（会 429 II ①）。公示主義に基づき、不実の情報開示に対して取締役に責任を負わせたものである。この責任は、直接損害のみに係る規定である。第三者は、会社の財産状態・経営状態などを判断するのにこれらの記載・記録あるいは登記・公告に依拠することが多い。それゆえ、虚偽の記載・記録や登記・公告は投資者の判断を誤らせる。そこで、会社法 429 条 2 項 1 号は、かかる場合に第三者が被った直接損害につき、取締役に損害賠償責任を負わせたのである。この場合の取締役の責任は過失責任であるが、挙証責任の転換が図られている。

虚偽の情報開示と第三者の損害との因果関係の立証責任は原告側にあるが、江頭憲治郎は、あまり厳密な因果関係の証明を要求されると、責任規定の存在が無意味になるとして、計算書類に虚偽記載があった場合に、『会社四季報』を見て手形割引をした者は保護の対象外であるとした下級審裁判例（名古屋高判昭和 58 年（1983 年）7 月 1 日判時 1096 号 134 頁）に疑問を呈している⁴⁵³。吉本健一も同様である⁴⁵⁴。

7-2-4. 取締役の連帯責任

取締役が第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において、他の取締役もその責任を負うときは、これらの者は、連帯債務者とされる（会 430）。他の役員等が責任を負うときも、同様である。

8. 業務執行検査役

取締役は、業務執行に際し、その適正を確保するため、その自浄能力を

453 同前 475 頁脚注（9）。

454 吉本・注（27）前掲 247 頁脚注（73）。

発揮しなければならない。そのため、取締役・取締役会には、取締役の業務執行に関して、監督権限が与えられている。しかし、その自浄能力が機能していない疑いがある場合、株主が裁判所に対し、業務執行検査役の選任を申し立てる途がひらかれている。会社法 358 条の規定がこれである。その沿革を遡れば、明治 32 年 (1899 年) 制定当時の商法 198 条にその淵源を求めることができる。同条は、昭和 13 年 (1938 年) 改正時に、同 294 条となり、時々の改正を受けて、会社法に承継されている。

会社の業務の執行に関し、不正の行為または法令・定款に違反する重大な事実があることを疑うに足る事由があるときは、①総株主（株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができる株主を除く）の議決権の 100 分の 3（定款による引下げが認められる）以上の数の株式を有する株主、②発行済株式（自己株式を除く）の 100 分の 3（定款による引下げが認められる）以上の数の株式を有する株主、は、当該会社の業務および財産の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる（会 358 I）。

「不正の行為」とは、会社の利益を害する悪意の行為をいうとされているが、より正確には、取締役が自己または第三者の利益を図って会社を害する行為を意味するものと解されよう⁴⁵⁵。「法令若くは定款に違反する重大な事実」の、法令には、わが国の法令一般が含まれ、善管注意義務（民 644）のような一般規定違反も当然に問題となる（任務懈怠）。法令定款違反については、とくに重大な事実であることを要するとされるが、その判断については、業務財産状態の調査を検査役になさしめることを相当とする程度のものであるか否かが基準となる⁴⁵⁶。なお、不正の行為について、かかる限定はないものの、合理的な制約が理論上認められよう。

商法旧 294 条が「会社ノ計算」の節に置かれていたため、これらの事実

455 上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（9）』（有斐閣・1988 年）229—230 頁〔森本滋〕参照。

456 以上、同前 230 頁〔森本滋〕参照。

は、会社の経理財産に影響を及ぼすものでなければならない（会社の経理財産への直接的関連性を要する）とした裁判例があったが（仙台高秋田支判昭和54年（1979年）1月12日判タ387号139頁）、会社法においては、同358条が「取締役」の節に置かれたこと、その文理上、調査の対象が会計に関する事項に限定されていないことから、そのような制限的解釈を採る必要はなく、業務財産の状況の調査が合理的に必要とされる事情があれば足り、会社に財産的損害が発生するおそれがある場合のみならず、取締役の責任が生じうる事実が疑われる場合であっても、本条による申立てが認められなければなるまい⁴⁵⁷。

株式の保有要件につき、商法旧294条では上記①の要件が認められるのみであったものを、会社法358条1項は、①の要件に加え、②の要件を追加している。株主は、上記①または②の要件を満たした時点で検査役選任請求権を取得する。複数の株主が各自の持株を合算して持株要件を満たし、共同で請求することも可能である。調査を要する事実の発生時点で株主であったことも必要ない⁴⁵⁸。

上の持株要件は、裁判所に対する検査役選任時点においてのみならず、その後、裁判が確定するまで維持されなければならない（大決大正10年（1921年）5月20日民録27輯947頁）。ただし、保有要件が満たされている限り、その間、同一の株式を保有し続ける必要はない⁴⁵⁹。なお、判例によれば、株主が、裁判所に対し当該会社の検査役選任の申立てをした時点で、当該会社の総株主の議決権の100分の3以上を有していたとしても、その後、当該会社が募集新株を発行したことにより、当該株主が総株主の議決権の100分の3未満しか有しないものとなった場合には、当該会社が当該株主の上記申請を妨害する目的でこれを発行したなど特段の事情のない限り、当該申立ては、その適格を欠くものとして不適法であり、却下を

457 同前〔森本滋〕参照、龍田・注（88）前掲171頁参照。

458 酒巻：龍田編・注（39）前掲443頁〔石山卓磨〕。

459 同前〔石山卓磨〕参照。

免れないとされる（最判平成 18 年（2006 年）9 月 28 日民集 60 巻 7 号 2634 頁）。

1 種の裏技ともいえようが、わけても閉鎖的な会社において、株主（取締役）間に抗争のある場合や、一部の支配的株主が法律無視の会社運営をしている場合に、取締役や監査役がその地位に基づいてなす調査が必ずしも容易でないこともありえるので、調査を欲する取締役や監査役が、上記の株式保有要件を満たす株主であったときに、この条項を利用することも許されよう⁴⁶⁰。

上の申立てがあった場合には、裁判所は、これを不適法として却下する場合を除き、検査役を選任しなければならない（会 358Ⅱ）。また、裁判所は、検査役選任の際に、会社が検査役に支払う報酬の額を定めることができる（会 358Ⅲ）。

検査役の調査対象は、当該会社の業務および財産の状況であるが、その職務を行うため必要があるときは、当該会社の子会社の業務および財産の状況をも調査することができる（会 358Ⅳ）。検査役は、必要な調査を行ったうえで、当該調査の結果を記載・記録した書面または電磁的記録を、法務省令（会施規 228⑤）で定めるところに従い、裁判所に提供のうえ、報告をしなければならない（会 358Ⅴ）。裁判所は、この報告について、その内容を明瞭にし、またはその根拠を確認するため必要があると認めるときは、検査役に対し、更なる報告を求めることができる（会 358Ⅵ）。検査役が裁判所に報告をしたときは、会社および申立てをした株主に対し、その書面の写しを交付し、または電磁的記録を法務省令（会施規 229⑤）で定める方法により提供しなければならない（会 358Ⅶ）。

業務執行検査役から報告を受けた裁判所がなすべきことは、すでに述べた（第 4 章 4-3-2）株主総会検査役から報告を受けた裁判所がなすべきことと同様であり、必要と認めるときは、取締役に対し、①一定の期間内

460 同前 [石山卓磨] 参照。

に株主総会を招集すること、②検査役の検査の結果を株主に通知すること、の双方または一方を命じることである（会 359 I）。裁判所が株主総会の招集を命じた場合には、取締役は、検査役の報告の内容を総会において開示しなければならない（会 359 II）、かつ、取締役（監査役設置会社にあつては、取締役および監査役）は、検査役の報告の内容を調査し、その結果を株主総会に報告しなければならない（会 359 III）。これにより、調査結果を知った株主が何らかの対応をとることが可能となる。たとえ株主総会が招集されなくとも、申立てをした株主が検査役の報告に基づき、責任追及等の訴え（第 4 章 6-2）を提起すること、あるいは違法行為の差止請求（第 4 章 6-3）をなすこともありえよう。総会が招集されれば、取締役会非設置会社にあつては、調査内容の開示を受け、株主が、取締役解任動議を提出することもありえよう（これが否決されても、解任訴権（第 4 章 6-4）という二の矢を継ぐこともできる）。

このように、取締役が、その職務を遂行するにあたり、自浄能力を失った疑いがある場合には、株主が、自ら取締役の業務執行の監督是正権（会 360、847 など）を行使すべく、必要な情報を入手する制度が整備されているのである。

9. 日出づる国の取締役

かつて、明治 44 年（1911 年）商法改正前、日露戦役（1904 年～1905 年）後の企業勃興熱の光の陰で、「実業家」に対する「虚業家」という造語を産んだ程、会社の私物化、タコ配当、権利株などで私腹を肥やす無責任な経営者が続出した時期があった⁴⁶¹。このような悪しき役員^{ようらん}の続出に堪り兼ね、松波仁一郎（1868～1945）など商法学の揺籃期に、精力的に会社法解釈論の業績を重ねていた重鎮ですら、「会社重役厳罰論」といった、いわば本筋から外れるような論稿を公表せざるをえない状況を産んだ時期

461 浅木・注（17）前掲 110 頁。

があったのである⁴⁶²。

「問題ハ世道人心ニ在リ、法抑モ末ナリ⁴⁶³」。この松本烝治の言こそ、わが国会社法の取締役の章を締め括るに相応しい。明治44年(1911年)改正法案の評論において、彼が漏らした言葉である。また、次のようにも述べている。所詮、会社重役に関して、法というものは「水害ニ対スル堤防ノ如キモノタルニ過キサルコト一言ヲ禁スル能ハス、水源ヲ涵養セス山林ノ濫伐ヲ禁止セスシテ水害ヲ杜絶セント欲スルモ之ヲ得ヘカラサルナリ⁴⁶⁴」。

このような先達の重い言葉を失念し、わが国ほど歴史に学ばない国を知らない。上の松本の言を読めば、不佞が本書において繰り返し、行政機関の過度の干渉を許すがととき、内部統制システム構築規定の不毛なことを攻撃した真意を理解してもらえるのではないかと思う。

不佞はさらに、取締役に関して体系的に講じた後は、必ず渋沢栄一が明治42年(1909年)に発した意見をもって終えることとしている。すなわち、「いやしくも株主から選ばれて会社経営の局に当る者は、名誉も資産もことごとく多数から自分に囑托されたものという覚悟がなくてはならぬ。そうしてこれに自分の財産以上の注意を払わなければならないことはもちろんであるけれども、又一方において重役は常に会社の財産は他人の物であるということを念頭におかなくてはならぬ。一朝自分が株主から信用を失った場合には、何時でもその会社を去らなければならないという覚悟が必要である⁴⁶⁵。」

日出づる国の取締役は、かくあれかし。

462 同前 161—162 頁参照。

463 松本烝治『商法改正案評論』(巖松堂書店・1911年) 111 頁。

464 同前。

465 野田信夫『日本近代経営史—その史的分析』(産業能率大学出版部・1988年) 402—403 頁。