

取締役の議決権排除

出口正義

- 一 序
- 二 議決権排除の意義と実際の機能
- 三 議決権排除の法政策的合目的性
 - (一) 取締役会社間の取引の承認決議
 - (二) 代表取締役の解任決議
- 四 結語

一 序

取締役会における議決権排除制度（商法二六〇条ノ二第二項）は、株主総会における場合と違つて、昭和五六年商法改正により条文上の表現が修正されたものの、これまで株式会社におけるその存在意義および法政策的合目的性について疑問とされることはなかった。しかし、一步立ち入って、その実際の機能を吟味するや否や、右のいずれの点についても重大な疑問が生ずる。本稿は、今日でも依然として意義あるものとみられているこの議決権排除制度を、比較法（とりわけアメリカ法、西ドイツ法）も参照しつつ、その意義と実際の機能および法政策的合目的性という観点か

ら考察し、そのうえで商法二六〇条の二第二項の解釈論・立法論を展開しようとするものである。

(1) 昭和五六年改正法は、株主総会における議決権排除制度を廃止するとともに(旧商法二二九条五項の削除)、それに対応する形で、新たに商法二四七条一項三号で、決議につき特別の利害関係を有する株主が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がなされた場合を決議取消原因としている。この旧法と新法の連関については、岩原紳作『新版注釈会社法(5)』三一五頁以下、とくに三二二頁以下(一九八六)参照。なお、旧法下における株主の議決権排除制度については、とくに神田秀樹「資本多数決と株主間の利害調整(一)」『法学協会雑誌』九八巻六号七三頁以下(一九八一)参照。

二 議決権排除の意義と実際の機能

一 商法二六〇条の二第二項⁽¹⁾によれば、取締役会決議につき特別の利害関係を有する取締役は、決議に参加できない。この規定の趣旨は、一般に、特別利害関係人は議決権を公正に行使することが期待できないので、その者の議決権を排除することによって決議の公正を期することにあると言われている⁽²⁾。右にいう「議決権を公正に行使することが期待できない」という意味は、会社の利益と取締役の個人的利益が衝突する場合、取締役が会社の利益を無視して自己の個人的利益のために議決権を行使するおそれがあるということである⁽³⁾。したがって、このいわゆる議決権排除制度が実際にその機能を発揮するためには、どのような決議について、どの範囲の取締役が特別利害関係人として議決権を排除されることになるのかということが、取締役会の決議に際し、事前に、かつ、定型的・類型的に明確にされていることが必要である。議決権排除が、一般に、事前的・予防的性格を有するといわれる理由がここにある⁽⁴⁾。このことは、昭和五六年商法改正で商法二六〇条の二第三項が新設されたことによって、より一層強調されねばならない。なぜなら、右規定によれば、特別利害関係人である取締役は、定足数算定の基礎となる取締役の総数からも、ま

た、決議の成否の判断にあたり出席取締役の数からも除外されることになっているからである。さらに言うならば、右規定の新設にもなつて、一般に、特別利害関係人は取締役会に出席し審議に加わることもできなく、もし出席した場合には決議が無効となると解されることにもなれば、⁽⁶⁾会社経営の法的に確実な運営上、特別利害関係人の事前の明確化は、きわめて重要な課題となる。

二 それにもかかわらず、法は、特別利害関係人の範囲については、一般的・抽象的に「決議ニ付特別ノ利害関係ヲ有スル取締役」と定めるだけで、その範囲を解釈にゆだねている。その理由として、とくにつぎの三つの点が指摘されている。

第一に、昭和五六年商法改正に至る過程における機関改正試案⁽⁷⁾(第二の四三)の段階では、その範囲を、取締役の競業行為、取締役会社間の取引の承認を受ける取締役、および代表取締役の解任決議における当該代表取締役に限定列挙していたが、特別利害関係人とされる場合がこれ以外にありえないかについても、⁽⁸⁾また、右の代表取締役解任決議の場合についても見解が分かれていることを考慮して、⁽⁹⁾このような限定をすることの当否が疑問とされたことにある。⁽¹⁰⁾たしかに、一方で、会社の利益と取締役の個人的利益が直接衝突する決議事項、いわば物的適用範囲を考慮しつつ、さらに他方で、たとえば兼任取締役を有する会社間の取引あるいは取締役が重要な経済的利害関係を有する会社との取引についてそれぞれの取締役の有する間接的な利害関係⁽¹¹⁾いわば人的適用範囲をも考慮してゆくと、特別利害関係人の範囲を限定すること自体不可能であり、⁽¹²⁾そこまで商法二六〇条の二第二項の適用を拡げようとするならば、まさしく限定することは不当となるであろう。しかし、いずれにせよ、すでに述べた商法二六〇条の二第二項の意義および同三項を含めたその実際の機能を考えると、むしろ反対に、限定列挙的に定められないのであれば、この規定の

存在意義が根本から問われねばならないであろう。

第二に、基本的には、株主は自己の利益のために議決権を行使できるが、取締役は会社に対して忠実義務を負っているのであるから、特別利害関係人の範囲を法律で限定しないで、一般規定のもとにその範囲を解釈にゆだねたほうがよいということにある⁽¹²⁾。たしかに、株主は自己の利益のために株式を所有しているものであり、これに対し取締役は会社の委任を受けてその地位に就いているものであって(商法二五四条三項)、したがって会社の利益と自己の利益とが衝突するときはもっぱら会社の利益のために職務を執行すべき義務を負っている(同二五四条ノ三)。この株主の地位と取締役の地位との差異は、一方で、昭和五六年商法改正で取締役の議決権排除が存続された理由とされているものであるとともに⁽¹³⁾、他方で、それは右にみたように特別利害関係人の範囲を解釈にゆだねることの根拠としても主張されている。しかし、株主が自己の利益のために株式を所有していることは、株主は自己の利益のために議決権を行使できるということであり、取締役は会社に対して忠実義務を負うということは、会社の利益と自己の利益とが衝突するときは、会社の利益のために議決権を行使しなければならぬということを意味しているにすぎない。すなわち、株主と取締役の法的地位の違いは、たんに各自の議決権行使の「あり方」の規準(議決権行使原理)⁽¹⁴⁾の違いだけを示すものにすぎなく、その法的地位の違いをもって、取締役の議決権排除の根拠とすることはできなく、ましてや特別利害関係人の範囲を解釈にゆだねるための根拠とすることは理解し難い。

第三に、取締役会決議が後に否定されても、それにもとづく代表取締役の取引は、相手方がその無効につき悪意または有過失でない限り、その無効を主張することはできなく、したがって取引の安全の見地からは特別の危険は生じないので、特別利害関係人の範囲を解釈にゆだねても問題はないということにある⁽¹⁵⁾。しかし、特別利害関係人の議決

権排除規定のあり方はいかにあるべきかは、本来、議決権排除制度の意義およびその法政策的合目的性という観点から決せられるべきであることはもちろんであるが、さらに加えて、会社経営の法的に確実な運営の保障、すなわち、法的安全の保障ということも軽視されてはならない。⁽¹⁶⁾ なぜならば、どのような決議について、どの範囲の取締役の議決権を排除し、かつ、定足数および決議要件から除いて決議すれば、少なくとも決議の手續の面で適法であり、手續の瑕疵を理由とする事後の紛争を回避できるかについて、会社は重大な利害関係をもっているからである。したがって、議決権排除規定のあり方は、一般には、それにより事前に決議の公正が確保されると同時に、会社経営の法的に確実な運営が保障されるといういわば会社の利益保護の観点から論じられるべきであり、それとは無関係な、むしろ第三者の利益保護を目的とする取引の安全という法政策的観点から論ずるのは適切ではない。

以上みたように、法が、特別利害関係人の範囲を一般規定の下に解釈にゆだねているその根拠は、必ずしも説得的とはいえない。

三 ところで、一般規定であっても、その適用範囲の解釈が完全にまたはほとんど争いのないほどに一致しているとか、あるいは近い将来に一致を見い出せることが期待できれば、一般規定が直ちに不当であるともいえない。しかし、たとえば、代表取締役の解任決議の場合については周知のように争いがあり、しかも、その適用があることについてほとんど異論を見ない取締役会社間の取引の承認決議（商法二六五条一項）の場合についてさえ、そこでいう取締役会の承認を要する取引の範囲の解釈をめぐって、基本的に対立する立場があることに注意しなければならぬ。

後者について述べれば、一方で、その取引の範囲については、いわゆる自己取引・間接取引を問わず、当該取引の内容が会社に不利益を及ぼすものかどうかを具体的・実質的に判断して決すべきであるとの立場がある。⁽¹⁸⁾ これによれ

ば、会社の利益を図るべき取締役の任務に抵触し、会社に不利益をもたらすべき一切の利益相反取引がその範囲に含まれることになる。しかも、この立場をさらに押し進めて、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、その取引は取締役会の承認を要する取引に該当しないと主張する見解⁽¹⁹⁾もみられる。いずれにせよ、この立場によれば、取締役会の承認を要する取引かどうかは、具体的・実質的に、しかもほとんど事後的に判断されることになるであろう。そして、当該取引が会社を害しないということになれば、取締役会の承認の有無にかかわらず、あるいは、たとえ特別利害関係人の議決権が取引を承認した決議の成立に決定的であった場合でも、そもそも承認決議は必要なかったから、取引は有効ということになるであろう。反対に、取引が会社を害するものと判断された場合には、取締役会の承認がなければ当然に無効であるが、承認決議があったとしても、その決議の内容が不公正なものとして決議無効原因となるのであるから、当該承認決議の成立に特別利害関係人の議決権が決定的であったか否かを問わず、取引は無効となりうる。結局、この立場を貫くと、取締役会社間の取引の承認決議につき商法二六〇条の第二項を適用する意義は、決議の内容たる取引の公正の立証責任の轉換という問題は別として、ほとんど無いともいえるであろう。⁽²⁰⁾

これに対して、右の立場は実務の硬直化につながり法的安全を害するとして、とくに商法二六五条一項後段は、第一項前段により取締役会の承認を要する金銭貸与契約と経済的には同様と評価される信用供与について取締役会の承認を要求されるというように、きわめて限定的に解すべきであるとの見解も有力に主張されている。⁽²³⁾

商法二六五条一項は、会社に不利益を及ぼすおそれのある取引について、取締役会の承認を要求することによって事前にチェックすることを目的とするとともに、⁽²⁴⁾それによって民法一〇八条の規定の適用をも排除しようとするもの

である(商法二六五条二項)。したがって、この規定が実際にその機能を發揮するためには、取締役会の承認を要する取引の範囲が事前に、かつ、定型的・類型的に明確にされている必要がある。そうでないときは、右の目的が実現されなく、ここでもまた会社経営の法的に確実な運営が害されることになる。要するに、商法二六五条一項の規定の意義もまた、商法二六〇条の二第二項の規定と同様、会社の利益保護を目的とする事前的・予防的性格をその本質とするものといえる。したがって、立法論は別として、現行法の解釈論としては、取締役会の承認を要する取引の範囲は、基本的には、限定的に解すべきであるとの立場が妥当である。⁽²⁵⁾

このように、取締役会社間の取引の承認決議の場合を一つとり上げるだけでも、商法二六〇条の二第二項の特別利害関係人の範囲について解釈の一致をみることは、少なくとも現在および近い将来においてきわめて困難な状況にあることを知ることができる。

四 以上の素描から明らかなように、法が特別利害関係人の範囲を一般規定の下に解釈にゆだねていることは、疑問であるといわざるをえない。それによって取締役の議決権排除の意義が弱められているだけでなく、その実際の機能という場面でも、一般規定の解釈が混沌とされることによって、会社経営の法的に確実な運営が過度に害されるのではないかとの危惧を覚えるのである。したがって、取締役の議決権排除は、その意義およびその実際の機能という観点からは、立法論としては、一般規定を廃止し、具体的・個別的に規定されるべきである。

(1) 本条は、昭和五六年改正でその表現が改められた。改正前商法二六〇条の二第二項は、株主総会における特別利害関係人についての改正前商法二三九条五項(「総会ノ決議ニ付特別ノ利害関係ヲ有スル者ハ議決権ヲ行使スルコトヲ得ズ」)を準用していたが、この規定が右改正で削除されたため、現行法の表現となったものである。

(2) 鈴木・石井『改正株式会社法解説』一五三頁(一九五〇)、大隅・大森『逐条改正会社法解説』二六二頁(一九五一)、北沢正啓『取締役および取締役会』『ジュリスト』七四七号一六頁(一九八一)。

(3) この点は、西ドイツ法でも同様に解されている。株式会社法に明文の定めはないが、学説では、解釈論として、取締役又は監査役の議決権排除を認めている。たとえば、Engler は、取締役・監査役の一般的注意義務(株式法九三条一項・一一六条)および特別の誠実義務を根拠に、「決議の目的が機関構成員の個人的利益領域に関係するか(直接的衝突事例)、又は、第三者の利益領域に関係するものであるがしかしその構成員と第三者とが、その構成員に対し自由な決定を期待できないような従属関係にある場合(間接的衝突事例)には、議決権禁止が生ずる」と主張している。Engler, Der Ausschluß des organischen Stimmrechts bei Interessenkollision, 1970, S. 105 ff., 113. これに対して、Giesen は、Engler の右の根拠は妥当でないとする。すなわち、Engler は議決権禁止の根拠を、会社の利益に自己利益を従属させるべき一般的注意義務および特別の誠実義務から導びいているが、機関構成員は、自ら機関の職務を遂行する権限と義務を有しており、したがって、右の注意義務および誠実義務は、たんに議決権の行使の「あり方」(Wie)の規準を示すものすぎなく、議決権禁止の根拠足りえないと批判する。そして結論として、機関構成員の議決権禁止の根拠は、民法二八条一項を準用する同三四条に求めるべきであり、その適用範囲も、一般には、会社と取締役との法律行為および訴訟に関する決議に限定されるとしながらも、実際には、法の趣旨から、間接的衝突事例についても広く議決権禁止を肯定している。ただ、コンツェルン法の領域については、とりわけ会社、少数株主および会社債権者の利益保護のための特別の規制があることを理由に、議決権禁止を否認している。Giesen, Organhandeln und Interessenkonflikt, 1984, S. 101 ff., 114, 121.

(4) 西ドイツ法においても、機関構成員の議決権排除の意義は、一般に、事前的・予防的性格を本質とするものとされ、それゆえにあらかじめ会社の利益を害する危険のある衝突事例を具体的・個別的に、かつ、容易に知りうるか否かが決定的に重要であると言われているが、しかしまた、實際上これが非常に困難であることも指摘されている。Engler, a. a. O. (N. 3), S. 114; Giesen, a. a. O. (N. 3), S. 102. それでもなお、西ドイツ法で機関構成員の議決権禁止が肯定される理由は、会社の利益を保護するためのもう一つの方法であるいわば事後的救済の方法、とくに取引の「公正」という概念の方が一般的で不確かであるところにある。Engler, a. a. O. (N. 3), S. 115, 116; Giesen, a. a. O. (N. 3), S. 101, 102, 103.

これに対して、アメリカ法およびフランス法では、取締役(フランスでは監査役も問題となる)の利害衝突規制との関連で

取締役の議決権排除が同様に認められているとはいっても、その有する意義は異なっている。たとえば、利害関係取締役の議決権が利害衝突取引の承認決議の成立に必要であった場合でも、その取引が会社に関して「公正」であるか（アメリカ法）あるいは会社を書さないものである（フランス法）ということになれば、取引は有効とされる。したがって、日本法のように決議の手續上の瑕疵が決議の無効をもたらし、その結果、取引が会社に関して公正か否かを問うまでもなく、直ちに取引も無効となってしまうというのではなく、決議の効力と取引の効力とが切断されているのである。そのかぎりでは、取締役の議決権排除には事前的・予防的な意義が認められていないのである。このような立法の下では、利害関係取締役の範囲を一般的・抽象的に定めそれを解釈にゆだねても、また、直接・間接を問わずすべての利害衝突にまで議決権排除を広く認めても、それによって会社経営の法的に確実な運営が害されることはない。なぜならば、取引の効力は、決議の効力とは無関係に、それが公正かどうかだけで決せられるからである。ただし、それでもなお、とくにアメリカ法では、議決権を排除される利害関係取締役の範囲は、日本法よりはるかに定型的・類型的であることに注意すべきである。アメリカ法については後で本文でも述べるが（三）以下参照）、日本の商法二六〇条の二第二項の特別利害関係人の範囲の解釈にあたり、とくにアメリカ法およびフランス法を参照する場合には、右の点に注意する必要がある。安易に比較参照すべきではない。アメリカ法については、とくに Bulbulia & Pinto, *Statutory Responses to Interested Directors' Transactions: A Warning Down of Fiduciary Standards?*, 53 *Notre Dame Law. Rev.* 201 (1973) at 227-228; Comment, "Interested Director's" Contracts—Section 713 of The New York Business Corporation Law and The "Fairness" Test, 41 *Fordham L. Rev.* 639 (1973) at 670; Henn, *Corporations*, 3rd Ed. 1983, § 238. 参照。フランス法については Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, 1975, nos 170, 171, 230. 参照。

(5) 比較的にみると、アメリカ法においては、利害関係取締役の定足数算入を明文で認める制定法をもっている州は三一の州にもほり、わずかに三つの州だけが算入を否認している (Model Bus. Corp. Act, Ann. 3 Ed. (1984) Vol. 2 at 970)。また、フランス法においても、会社法一〇三条四項、一四五条四項が、利害関係取締役・監査役の株式については明文で定足数および多数決に必要な議決権数から除外する旨を定めているのに対して、取締役会、監査役会の決議については何らの定めもないことから、この場合には、利害関係取締役・監査役は定足数および多数決の算定にあたり算入できると解されている (Balensi, *op. cit.* nos 162.)。ちなみに、西ドイツ法においても、議決権を排除される取締役・監査役といえども、会議に参加

し、かつ、そこで審議する権利は認められるべきであるとの理由で、議決権を排除される取締役・監査役の定足数算入が認められよう(Engler, a. a. O. (N. 3), S. 125, 126)。このように、比較法的にみると、日本の商法二六〇条の第二第三項は非常に稀な立法といわざるをえない。昭和五十六年改正で右の規定が新設された経過およびその理由については必ずしも明らかでないが(鴻ほか『取締役及び取締役会、監査役及び会計監査人(改正会社法セミナー13)』一〇三頁(鴻発言)、一〇四頁(竹内発言)(一九八四)参照)、一方で、特別利害関係人の出席により審議の過程で他の取締役の判断に影響を及ぼす危険性をなくし(矢沢惇『法学協会雑誌』八四卷六号八七三頁(一九六七)、戸塚登『会社判例百選(第三版)』八一頁(一九七九))、他方で、当該取締役が途中退席などの事由により定足数を欠き決議無効をきたすのを防止する意味からも定足数に算入しないほうがよいとの見解もある(正亀慶介「取締役会における特別利害関係人の範囲と取扱い」『商法の争点(第二版)』一二三頁(一九八三)、保住昭一『会社判例百選(第二版)』一三七頁(一九七〇))。たしかに、特別利害関係人の出席および審議への参加を認めると利害関係のない取締役の決定に影響を及ぼすことも考えられるが、實際上、特別利害関係人でもある取締役は自己の影響力を会議外でも十分に発揮できるし、また、逆にみれば、事情によっては利害関係のない取締役の判断に信頼を置くこと自体問題であるといえなくもないのであるから、特別利害関係人は出席し審議に加わることができないとか(北沢正啓『会社法(新版)』三八六頁(一九八三)、渋谷光子「利益相反行為の規制」『民商法雑誌』八五卷五号七六六頁一九八二)、正亀・前掲一二三頁)、もし出席した場合には決議が無効となる(正亀・前掲一二三頁)とまで解する必要はない。結論同旨、鴻ほか・前掲書一四頁(龍田発言)。現行法の下でも特別利害関係人は会議に出席し審議に加わることができる。したがって、特別利害関係人にも招集通知をする必要がある。また、法が、特別利害関係人の会議での影響力とか、途中退席とかのような本来全く予測し難い状況まで考慮に入れて規制する必要性ないし合理性があるのか、むしろ会社の運営に干渉しすぎはしないかということを考えて、立法論としては、商法二六〇条の第二第三項は廃止し、反対に、定足数および決議要件に算入できることを明文で定めるべきであろう。なお、最高裁昭和四一年八月二六日判決(民集二〇卷六号一二八九頁)は、特別利害関係取締役の定足数算入を肯定しており、また、最高裁昭和四四年二月二三日判決(民集三三卷一号一二五頁)は、中小企業等協同組合に関連して、企業組合とその理事との自己取引の承認決議について「特別利害関係人たる理事は理事会に出席し意見を述べる権限を有する」と判示している。

(7) 法務省民事局参事官室「株式会社の機関に関する改正試案」(昭和五三年二月二五日)。

(8) 例として、特例法上の小会社で取締役会社間の訴訟の会社代表者を決定する取締役会(商特法二四条一項)における当該取締役、また、譲渡制限株式の譲渡を承認する取締役会(商法二〇四条一項但書)における譲渡人または譲受人である取締役が問題にされている。北沢正啓『改正株式会社法解説(改訂版)』八七頁(一九八二)参照。なお、従来、判例で問題となった事例としてつぎのものがある。取締役会社間の取引の承認決議(下関地判昭和二九・五・七商判例総覧三卷会社(下)七三二頁、大阪地判昭和二九・八・一〇下民集五卷八号一三〇三頁、東京高判昭和三二・一一・一五判時一三六号二七頁、大阪地判昭和五七・一二・二四判時一〇九一号一三六頁。いずれも明確な理由なしに特別利害関係を肯定)、特定取締役解任を目的とする臨時株主総会の招集を議題とする取締役会決議(最高裁昭和四一・八・二六判決(民集二〇卷六号一二八九頁)の一審・原審判決。明確な理由なしに肯定)、代表取締役の解任決議(最判昭和四四・三・二八民集二三卷三九四四五頁)のこの判決については本文の三(二)で論ずる)、取締役の報酬配分決議(大阪地判昭和二八・六・二九下民集四卷六号九四五頁)「限られた範囲内の純自治的な事柄」であるとして否定。名古屋高判昭和二九・一一・二二下民集五卷一一号一九〇二頁)「取締役全体の一般的事項を議するものであって、ある特定の取締役にのみ関する事項を議決する場合にみられるような利害が対立するものでないから、決議の公正を害」しないとして否定)。

(9) 最高裁昭和四四年三月二八日判決(前注(8)参照)は肯定しているが、学説では後述するように、肯定説、否定説または折衷説とに分かれている。

(10) 北沢・前掲注(8)改訂版八七頁、竹内昭夫『改正会社法解説(新版)』一六〇頁(一九八三)。

(11) 大阪地判昭和五七年一月二四日判時一〇九一号一三六頁の事案は、B・CはA会社の代表取締役であると同時に、Y会社の代表取締役(B)・取締役(C)でもあり、A会社のXに対する債務をY会社が保証するためのY会社の取締役会決議につき、B・Cの特別利害関係が問題とされたもので、B・C兩名はいずれも保証によって利益を受けるA会社の代表取締役であるという理由で、肯定されている。この判決については、黒沼悦郎『ジュリスト』八三六号一一三頁以下(一九八五)参照。

松山三和子「取締役会における特別利害関係を有する兼任取締役」『私法』第四九号一八七頁以下(一九八七)参照。

(12) 北沢・前掲注(8)改訂版八六頁、同旨、鴻ほか「会社法改正要綱をめぐって——第三回」『ジュリスト』三七八頁、五頁(龍田発言)(一九八一)。

- (13) 竹内・前掲注(10)一五九頁、北沢・前掲注(2)ジュリスト七四七号一一七頁、稲葉威雄『改正会社法』二四〇頁(一九八二)。
- (14) 前掲注(3)で述べた Engler に対する Giesen の批判を参照。
- (15) 稲葉・前掲注(13)二四一頁、同頁、竹内・前掲注(10)一六〇頁、鴻ほか・前掲注(12)一〇五頁(龍田発言)。
- (16) アメリカ法における取締役の利害衝突規制の一つの重要なポリシーも、会社と取締役との契約状態に関する確実性の保障(法的安全の保障)ということであり、会社経営の実際の要請に應えることにあると言われている。Comment, The Voidability of Interested Director Contracts under The Kansas Corporation Code, 24 Kan. L. Rev. 655 (1975) at 658. 利害関係取締役の議決権排除制度もまた、この政策遂行の一貫として位置づけられ、そこではたんに公正の立証責任の転換という意義だけを認められているにすぎない。たとえば、「契約その他の取引が承認された取締役会若しくは委員会の会議で、利害関係取締役の議決権がその承認のために必要であったときは、一人又は二人以上の当該者が、契約その他の取引が取締役会、委員会若しくは株主により承認された時現在で会社に関して公正かつ合理的であったことを肯定的に立証できないかぎり、会社は、契約その他の取引を無効にすることができる」(傍点筆者)。反対に、それが必要でない場合には、会社が、契約その他の取引の不正であることを立証する責任を負うことになる。N. Y. Bus. Corp. Law § 713 (b) (McKinney Supp. 1976) 参照。アメリカ法の詳細は、本文の三(一)で述べる。
- (17) 取締役会決議については、その瑕疵が手続上のものであろうと内容上のものであろうと、現行法上は、すべて取締役会決議の無効の問題として処理されることになる。この点については、とくに鴻常夫「取締役会の決議の瑕疵」『現代商法学の課題上(鈴木竹雄先生古稀記念)』五九頁以下(一九七五)参照。
- (18) 北沢・前掲注(5)三八二頁、山口幸五郎「取締役の利益相反行為」『会社法演習Ⅱ』一五〇頁(一九八三)、島十四郎「商法二六五条の取引の範囲と違反の効果」『商法の争点(第二版)』一三七頁(一九八一)。同一方向にある判例として、最判昭和三八・一二・六民集一七卷一七号一六六四頁、最判昭和三九・一・二八民集一八卷一八号一八〇頁参照。
- (19) 北沢・前掲注(5)三八三頁。
- (20) 鴻・前掲注(17)六二頁参照。
- (21) たとえば、特別利害関係人である取締役の議決権が決定的となって決議が成立した場合には、決議の内容の公正の立証責

任を当該取締役に負わせ、そうでない場合には、会社が決議の内容の不正を立証する責任を負うというようである。このような考え方は、アメリカ法の考え方に接近するものであるが、このような解釈が日本法で可能であるかどうかはさておいても(結論的には無理と考える)、商法二六五条一項の取引の範囲を実質的・具体的に判断して決する立場の学説が、解釈論として、商法二六〇条の第二項の意義をここまで徹底して考えているかは疑問である。この点についても、本文の三(一)で再論する。ちなみに、岩原紳作『新版注釈会社法(5)』(一九八六)三二七頁では、商法二四七条一項三号の解釈論としてこのような考え方が主張されている。妥当な見解と思われる。

(22) 取締役会の承認を要する取引の範囲を具体的・実質的に判断して決する立場は、当該取引が具体的・実質的に会社を害するものでなければ取締役会の承認は必要ないというのであるが、もしそのように考えると、商法二六五条一項の取締役会の承認を要する取引とは、具体的・実質的に会社を害する取引であるということになりはしないであろうか。会社の利益保護という法の趣旨からみて、いわば会社を害する不正な取引を取締役会が承認するなどということは論理的に考えられなく、また、取締役会で承認できるものでもない。したがって、右のような立場をつきつめると、商法二六五条一項が取締役会の承認を要求している意義が実質的に形骸化され、ひいては右の承認決議につき商法二六〇条の第二項を適用するな、ということでは、全く無意味となってしまう。右の立場に立つ学説も取締役会の承認決議につき商法二六〇条の第二項の適用を認めているのであるから、その点の論理的整合性についてどのように考えるのであろうか。さらに言えば、取締役会社間の取引といえども、また、それが具体的・実質的に会社を害しないものであっても、それが会社の業務執行であることは明らかであるから、商法二六五条一項の取締役会の承認決議は不要であっても、商法二六〇条一項の取締役会決議も不要ということにはならないのではないだろうか。一般に、取締役会決議なしになされた代表取締役の行為の効力については、判例・学説上必ずしも見解が一致していないが(詳細は、近藤光男「取締役会」『会社法演習Ⅱ』一五八頁以下(一九八三)参照)、少なくとも取締役会の決議がなかったことを知っていた場合、すなわち悪意の相手方が保護されない、つまり当該行為は無効であると解する点では一致している。したがって、商法二六五条一項の取締役会の承認を要する取引の範囲を、具体的実質的に判断して決する立場の学説が会社の利益を害さない取引は取締役会の承認決議がなくても有効と解する以上は、この点の体系的整合性を図る必要があるのではないだろうか。この点については、今井宏「代表権の制限と取引の安全」『民商法雑誌』九三巻臨時増刊号(一)一四九頁以下(一九八六)参照。

(23) 森本滋「取締役のいわゆる利益相反取引の範囲」『金融法務事情』一〇二六号一八頁、一九頁（一九八三）、同旨、渋谷・前掲注（5）七五五頁、大隅・今井『新版会社法論中I』二一八頁（一九八三）。なお、森本教授は、「もとより、利益相反取引の範囲の明確化は取引安全保護の観点より要請されたにすぎないものではないことが強調されるべきであり、会社を保護するために、すなわち、商法二六五条の立法趣旨を実現するために、そもそも利益相反関係それ自体を實質的に判断し、商法二六五条の適用範囲を従来^の判例法理よりも飛躍的に拡大することが、必要ないし合理的なのであるか」と述べられている（前掲）が、正当な指摘であると考ええる。

(24) 森本・前掲注（23）一九頁、渋谷・前掲注（5）七五五頁。

(25) 森本・前掲注（23）一九頁は、この点で非常に示唆的である。

三 議決権排除の法政策的合目的性

一 二で述べたように、取締役の議決権排除制度は、それを定める商法二六〇条の二第二項の規定が一般的・抽象的規定であるために、その本来の意義を減殺され、かつ、実際の機能を發揮できない現状にあることが明らかになった。そこでつきに、より根本的な問題として、取締役会決議の公正を期す目的のために、議決権排除が有益であるか、有益であるとしてそれはどの程度のものか、すなわちこの制度の法政策的合目的性について考察する。

二 一般に、議決権排除の目的は取締役会決議の公正を確保することにあると言われるが、「決議の公正」は理念としては正当であってもそれだけでは十分とはいえない。公正という抽象的理念は、それぞれの制度の目的によって具体化され内容を与えられるべきものであり、無内容のままの公正は害されるおそれがあるかどうかもわからない。⁽¹⁾したがって、「決議の公正」ということが、具体的に何を意味しているかが検討される必要がある。

決議の公正という場合、一般には、決議の手續の公正とその内容の公正とに分けて考えることができる。手續の公

正が害される（手続に瑕疵がある）ときは、その決議の内容の公正・不公正（内容に瑕疵があるか否か）を問わず、手続の瑕疵を理由に決議が無効となり、これに対して、手続に瑕疵はなくても、決議の内容に瑕疵があれば、それを理由にまた決議は無効となる⁽²⁾。議決権排除は、特別利害関係人たる取締役の議決権の行使を認めないというだけでなく、それに付随して取締役会議の成立要件たる定足数および決議の成立要件たる決議要件の数からも除外するという効果を伴うのであるから、形式上はまさしく取締役会議の手続の公正の問題といえる。しかしまた、議決権排除は、たとえば会議の招集手続（商法二五九条・二五九条の二）のような純粹に手続の公正だけを目的とするものとは違って、会社の利益と取締役の個人的利益とが衝突する場合に、取締役の個人的利益の追求によって会社の利益が害されることを防止しようとするものであると考えれば、實質的には決議の内容の公正を期するためのものであるともいえる。

商法二六〇条の二第二項の規定の趣旨として「決議の公正」が説かれる場合に、右のいずれの公正を意味しているかは必ずしも明らかではない。ただ、従来、右規定の適用が具体的に問題とされてきた事例を考慮すると、たとえば、代表取締役の解任決議の場合、および特例法上の小会社で取締役会社間の訴訟に際し会社代表者を決定する取締役会議（商特法二四条一項）の場合などは、いわば裁判的行為の性格からしてもっぱら手続の公正の問題であり、これに対して、取締役の競業行為の承認決議（商法二六四条一項）、取締役会社間の取引の承認決議（同二六五条一項）および譲渡人または譲受人が取締役である譲渡制限株式の譲渡承認決議（同二〇四条一項但書）などの場合は、いわば取引行為の性格からして、もっぱら決議の内容の公正の問題といえるであろう。したがって、商法二六〇条の二第二項の規定は、議決権排除によって、決議の手続および内容のいずれの公正をも期すことを目的としてしていると解される。

そこで、以下においては、最初に、取締役会議の内容の公正を確保するという観点から、取締役会社間の取引の

承認決議を対象として、つぎに、取締役会決議の手續の公正を確保するという観点から、代表取締役の解任決議を対象として、それぞれにつき議決権排除制度の法政策的合目的性を考察する。

(1) 龍田節「株主の議決権排除」『法学論叢』六四卷三三七頁(一九五七)。

(2) 石井照久『会社法上』三二六頁(一九六七)。取締役会決議の瑕疵については、鴻常夫「取締役会の決議の瑕疵」『現代商法学の課題上(鈴木竹雄先生古稀記念)』五七頁以下(一九七五)参照。

(一) 取締役会社間の取引の承認決議

一 商法二六五条一項は、取締役会社間の利益相反取引について取締役会の承認を受けることを要求している。一般に、この取締役会の承認があれば、当該取引もまた有効であると解されている。⁽³⁾そして、ここで言われる取締役会の承認が「決議」による承認であることはいうまでもない。通説は、この承認決議に商法二六〇条の第二項の適用を肯定するのであるから、取締役会の承認があるというためには、第一に、まず手續の上では、利益が相反する取締役の議決権を除いて、その他の取締役の全員一致または多数の賛成で承認される必要があるが、同時に、第二に、決議の内容の上でも会社を害するものでないことが必要である。手續が適法であっても、内容が適法でない場合、反対に、内容は適法でも、手續が適法でない場合、いずれの場合にも取締役会決議は無効となるのであるから、商法二六五条一項の承認があるということにはならない。換言すれば、要するに、取締役会の承認決議が手續の上でも内容の上でも適法である場合にはじめて、取締役会の承認があるということになり、それにもとづいてなされた取引もまた有効となるのである。

二 ところで、決議の内容の公正を確保するという観点から、議決権排除の有益性(法政策的合目的性)を考える

と、実際には、第一に、特別利害関係人を除いても、その他の取締役の全員一致または多数の賛成で、会社を害する内容の決議が成立することがありうる。なぜならば、特別利害関係人である取締役は、会議外でも十分に自己の影響力を発揮できるし、また、その他の取締役にしても、自分の仲間の契約その他の取引について忌憚のない意見を述べ、吟味し、かつ、厳しくチェックする作業は当惑的で不愉快なものであると思われるからである。したがって、たとえ代表取締役社長と会社とが取引するような場合には、その他の取締役に公正な判断を期待することは実際にはできないであろう。⁽⁴⁾ いずれにせよ、この場合、つまり決議の手續は適法であるが、その内容が適法でない場合には、特別利害関係人の議決権排除は全く有益でないことになり、結局は、決議の内容の公正は決議無効確認の訴えという事後的な救済措置にゆだねられざるをえない。

第二に、特別利害関係人を除いても、その他の取締役の全員一致または多数の賛成で、会社に関して公正な内容の決議が成立することがありうる。この場合、一方で、当初提出された議案が何ら修正されないでそのまま可決されているならば、特別利害関係人の議決権をおよそ排除する必要はないであろう。他方で、たしかに、特別利害関係人を会議に参加させないでその他の取締役だけで審議した結果として、たとえば当初は必ずしも公正とはいえなかった取引が最終的に議決する段階で公正なものに修正されて承認されるという場合も考えられなくはない。しかし、取締役会社間の利害相反取引の承認決議が行われるという状況にあっては、そもそも会社側にその必要があるか、あるいはその取締役がその取引を会社に強いることのできる一定の影響力をもっているのが通常であると考えられるから、特別利害関係人の影響力を排除した結果、公正な内容の決議が形成されるという場合は、理念型として観念的にはありえないでもないが、実際にはきわめて稀といえるであろう。

第三に、特別利害関係人の議決権が決定的となって、会社の利益となる内容の決議が成立することがありうる。この場合には、決議の内容自体は問題でないが、その手続が瑕疵あるために、決議が無効となる。したがって、結果的には、議決権排除は、この場合には会社の利益を害することにもなる。

第四に、特別利害関係人の議決権が決定的となって、会社を害する内容の決議が成立することがありうる。この場合には、その者の議決権を除けば、可否同数または反対多数となって否決決議が成立することになる。したがって、議決権排除は、会社を害する内容の決議の成立を阻止できるといふかぎり、決議の内容の公正確保に役立つといえなくもない。ただ、この場合には、決議の内容自体にも瑕疵があるのであるから、それを理由に決議を無効にできる点にも注意すべきである。

通説が取締役会社間の取引の承認決議につき議決権排除の適用を肯定するその考え方の根底には、特別利害関係人の議決権行使を認めると、会社の利益を害する内容の決議が成立する（右の第四の場合）蓋然性が大きいという漠然とした危惧があるように思われる。しかし、實際上、右に述べた四つの類型のいずれの場合が可能として大きいかは予測し難いところである。むしろ、成立した決議の内容が会社を害するものかどうかは、いわば事前に実体的に決まるものであって、本来的に議決権排除とは関係がないともいえる。その意味では、議決権排除は、積極的に決議の内容の公正確保に役立つものではなく、むしろ消極的に会社を害する内容の決議の成立を妨げることができるにすぎない。そして、取締役会社間の取引の場合に、決議の内容とされる取引が会社を害する場合は多いといえるかもしれないが、少なくとも特別利害関係人の議決権を除くと、可否同数または反対多数で否決決議が成立する場合はそれほど多くは生じないであろう。一般的には、小規模な会社で取締役の数が少ない場合には、議決権排除の効果は大きいと

いえるが、しかし、反対に、このような会社では利害関係のない取締役に公正な判断を期待できないともいえるのであり、また期待すること自体が妥当でないともいえる。これに対して、大規模な会社で取締役の数が多い場合には、議決権排除の効果は弱くなることに注意すべきである。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

以上のことから、議決権排除は、取締役会決議の内容の公正を確保するという観点からは、ほとんど有益なものではないといえる。

三 ところで、アメリカ法も、まさしく右の認識を基本的前提としてしているものといえる。⁽⁷⁾

すなわち、アメリカの初期の判決では、利害関係取締役の議決権が取締役会の承認決議のために必要であった場合には、利害衝突があるという理由だけで当該取引を取り消すことができるものもみられた。⁽⁸⁾ そのかぎりでは、議決権排除は直接に取引の効力に影響を及ぼしうるものであった。しかし、その後の判例および各州の制定法の発展をみると、今日では、取締役会社間の利害衝突取引の効力は、少なくとも利害関係取締役の決議参加如何によって影響を受けないと解するのが、アメリカ法の基本的な考え方であるといえる。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾ 一九八三年一月一日現在で、取締役会社間の利害衝突規制をもつ州は三六の州にのぼるが、そのうち三五の州がその旨を明文で定めており、⁽¹¹⁾ 明文の規定のない州でもその立法の沿革および趣旨から会社法研究者により同様に解されている。⁽¹²⁾⁽¹³⁾

たとえば、ニューヨーク州事業会社法第七一三条は、⁽¹³⁾ つぎのように規定されている。

「第七一三条 利害関係取締役

(a) つぎの場合には、会社とその取締役の一人若しくは二人以上の間の契約その他の取引であっても、又は、会社とその取締役の一人若しくは二人以上が取締役若しくは役員であるか若しくは重要な経済的利害関係をもっている他の会社、組合、社団若しくはその他の団体の間の契約その他の取引であっても、その理由だけで、又はその一人若しくは二人以上の取締役の議決権が決

議賛成に算入されたという理由だけで、無効となり又は取り消しうるものとなるものではない。

(1) 契約その他の取引について取締役が有する利害関係に関する重要な事実及び兼任取締役関係、役員関係若しくは経済的利害関係に関する重要な事実が取締役会若しくは委員会に誠実に開示されるか若しくは知られたうえで、取締役会又は委員会が、利害関係取締役の議決権を議賛成に算入せずに契約その他の取引を承認したとき、又は、利害関係のない取締役の議決権が第七〇八条（取締役会の行為）で定められた取締役会の行為を行うために十分でない場合には、利害関係のない取締役の全員の一致の賛成により承認されたとき、又は、

(2) 契約その他の取引について取締役の有する利害関係に関する重要な事実及び兼任取締役関係、役員関係若しくは経済的利害関係に関する重要な事実が、議決権を行使する資格のある株主に誠実に開示されるか又は知られたうえで、契約その他の取引が株主の決議によって承認されたとき。

(b) 契約その他の取引について取締役の有する利害関係に関する重要な事実及び兼任取締役関係、役員関係若しくは経済的利害関係に関する重要な事実が、取締役又は株主に誠実に開示され、又は、契約その他の取引を承認する取締役会又は委員会若しくは株主に知られている場合には、(a)項の定めに従っている契約その他の取引は、(a)項で挙げられた理由で会社により無効とすることはできない。そのような開示又は情報がないか、又は、契約その他の取引が承認された取締役会若しくは委員会の会議で、利害関係取締役の議決権がその承認のために必要であったときは、一人又は二人以上の当該者が、契約その他の取引が取締役会、委員会若しくは株主により承認された時現在で会社に関して公正かつ合理的であったことを肯定的に立証できないかぎり、会社は、契約その他の取引を無効にすることができる。

(c) 兼任取締役又は利害関係取締役は、契約その他の取引を承認する取締役会又は委員会の会議において、定足数の出席を決定するときに算入することができる。

この規定の意義は、第一に、利害関係取締役の取引は、利害の衝突があるとかまたは利害関係取締役が承認手続に参加したとの理由だけで、無効となりまたは取り消しうるとするコモンローの原則を排除することにあるのであって

(a)項)、決して利害関係取締役と会社との契約その他の取引を有効にするための基礎を定めるものではない。⁽¹⁴⁾ 第二に、取引を無効とする訴訟において、会社と利害関係取締役のいずれが立証責任を負うのかという点を明確にすることに⁽¹⁵⁾ある。すなわち、取締役会決議による承認については、利害関係取締役の議決権が取引の承認のために必要であったときは、利害関係取締役がその取引が公正であることの立証責任を負い (b)項二文)、反対にそれが必要でなかったときは、つまり(a)項(1)号に従った承認があれば、会社がその取引が不公正であることの立証責任を負うことになるのである。

ニューヨーク州におけるこの制定法の意義は、その他の州の制定法についても基本的に妥当する。すなわち、一方で、利害関係のない取締役の承認があっても、直ちに当該取引が有効とされるわけではなく、他方で、利害関係取締役の議決権が取締役会の承認のために必要であったからといって、直ちに当該取引が無効または取り消しうるものとなるわけではなく、取引の効力については、それが承認された時点で会社に関して公正であつたかどうか、また、その立証責任は誰が負うのかが決定的問題とされているのである。したがって、アメリカ法においては、取締役の議決権排除は、第一に、前述したコモローの原則を排除するために、第二に、取引の公正についての立証責任を転換するためだけにだけその意義を認められているにすぎなく、取締役会決議の内容の公正を確保するという観点では、その意義を認められていない。

このアメリカ法の考え方を日本法に採り入れることは可能であろうか。すなわち、たとえば、商法二六五条一項の取締役会の承認決議について、特別利害関係人の議決権がその承認のために必要であつたときは、当該取引が有効であると主張する者が、その取引が承認された時点で会社に関して公正であつたことを立証できないかぎり、会社は

その無効を主張することができるといふようである。しかしながら、アメリカ法と違って、取締役の議決権排除は商法二六〇条の二第二項で、取締役会の決議方法の一つの原則を定めるものとして位置づけられており、その違反はそれ自体法律違反であり、⁽¹⁷⁾決議方法の法令定款違反の瑕疵だけで決議が無効とされる法体系の下では、⁽¹⁸⁾特別利害関係人の議決権が承認のために必要であったときは、たとえ決議の内容たる取引が会社に関して公正であったとしても、決議は無効と解さざるをえないであろう。したがって、立法論としてはともかく、解釈論としてはアメリカ法のような考え方を採り入れる余地はないと考える。

四 以上のことから、結論的には、取締役会社間の取引の承認決議に対して商法二六〇条の二第二項を適用することは、取締役会決議の内容の公正を確保するという観点からは、法政策上疑問である。⁽¹⁹⁾むしろ、法政策的には、この場合の会社の利益保護は、既存の事後的救済措置の活用および充実への努力によって図られるべきであり、また、それで十分であると考える。⁽²⁰⁾

この事後的救済措置と関連して注目すべきは、第一に、商法二六六条一項四号・二項・三項の規定である。これらの規定は、商法二六五条一項の取引が取締役会の承認を得て行われたときでも、それにより会社に損害が生じたときは、当該取締役はもちろん、その決議に賛成した取締役および議事録に異議をとどめなかった取締役は、連帯して会社の受けた損害を賠償しなければならぬ旨を定めている。しかも、商法二六六条一項四号の責任は無過失責任であると解するのが通説であるから、⁽²¹⁾会社の利益保護のための事後的救済措置としてはこれに優るものはないといえる。

第二に、昭和五六年改正で、新たに、商法二六五条一項の取引をなした取締役は、取引後遅滞なくその取引につき重要な事実を取締役会に報告しなければならぬ(商法二六五条三項、二六四条二項)、それに違反して報告を怠りまたは不

実の報告をしたときは過料に処せられることになっている(同四九八条一項二〇号の二)。第三に、商法二六五条一項の取引に関連して、事後の開示規制の強化が図られている点も注目される。⁽²²⁾ 第四に、承認決議の内容が会社の利益を害するものであれば、それを理由に取締役会決議無効確認の訴えも提起できるものと解する。⁽²³⁾

このように、法は、取締役会社間の取引に対しては、一方で、事前の取締役会の承認を要求するとともに、他方で、事後の救済措置として無過失の損害賠償責任、報告義務そして開示義務を定めることによって、会社の利益を厚く保護している。この現行法規制の体系の下で、さらに、それ自体問題を内包している商法二六〇条の二第二項の適用を認める必要性ないし合理性はないと考える。

(3) 北沢正啓『会社法「新版」三六六頁(一九八二)、大隅・今井『新会社法論中I』二二四頁(一九八三)。

(4) たとえば、小規模閉鎖会社で、取締役A・B・C三名のうち代表取締役社長Aと平取締役Bとが特別利害関係人である場合に、利害関係のない平取締役Cは反対するであろうか。あるいは子会社の取締役五名のうち親会社の取締役を兼務する者が四名いる場合に、子会社と親会社との取引の承認決議に際し、残りの一名は反対するであろうか。このような設例は多様に考えられるが、實際上、利害関係のない取締役がよほど高潔な人格者であるとか、あるいは、取締役会内部で厳しい対立状況でもみられないかぎり、疑わしいかまたは不公正な取引と思われるときでも、反対しないのではないだろうか。アメリカの各州の制定法も、取締役会社間の利害衝突取引について、利害関係のない取締役に多数の承認手続を定めてはいるが、その承認があったからというだけで取引が有効となるわけではなく、その効力は取引が会社に関して公正かどうかで決まるといえるが基本的な考え方であり、したがって、アメリカ法は、その根底において、利害関係のない取締役の判断に信頼を置いていること。この点については、*Comment, The Voidability of Interested Director Contracts under The Kansas Corporation Code, 24 Kansas L. Rev. 655 (1975), at 663-664, 675.* (「わずかな数の利害関係のない取締役が、利害関係取締役の圧力に抵抗して、かつ、分別のある経営判断を行うために必須の高潔(integrity)と不屈の精神(fortitude)を有する」ということは、「多かれ少なかれ、一種の理想主義又は禁欲主義(gynicism)」に依拠するものである)参照。なお *Globe Wo-*

den Co. v. Utica Gas & Elect. Co., 224 N. Y. 483, 121 N. E. 378 (1918) (たとえ利害関係取締役が審議に参加しなく、または議決権を行使していなくても、それでもなお彼は利害関係のない取締役を支配しまたはその疑念を和らげることができ得る) ; Munson v. Syracuse G & C. Ry., 103 N. Y. 58, 8 N. E. 355 (1886) (支配 (dominance) が危険であり、利害関係取締役が決定に参加する場合よりもはるかに危険である)。

(5) 鴻ほか『取締役及び取締役会、監査役及び会計監査人(改正会社法セミナー3)』一〇一頁以下(一九八四)では、取締役の現在数三名の会社で三名全員が出席したが、二名の特別利害関係人がある場合に、残りの一名が賛成すれば決議は成立するかという問題が議論されている。そこでは、一名の賛成で決議は成立するとの見解(龍田発言、同旨、鴻・河本発言)と、会議体として一名の決議なるものは考えられないとの見解(竹内発言)、または、仮取締役を選任すべきであるとの見解(稲葉発言)等がみられる。右のいずれの見解が妥当か、あるいはこのような事態が稀に生ずるものかどうかは別として、商法二六〇条の第二項の適用を押し拡げてゆくと、一名だけの会議とか決議とか、全員が利害関係人であるため会議が開けないとか(たとえば、子会社の取締役全員が親会社の取締役を兼ねており、親会社と子会社間で取引が行われる場合)というような会議体としては異常な事態まで想定せざるをえなくなること自体が問題なのである。すなわち、一名で決議できるかどうかの解釈問題以前に、特別利害関係のある取締役が取締役会において議決権を行使することを制限している法の趣旨がどこにあるのか、換言すれば、まさしく商法二六〇条の第二項の法政策的合目的性が根本から問われなければならないのである。同旨、鴻ほか・前掲一一一頁(鴻発言)。

(6) 議決権排除は、一般に、機関の構成員が多数であればあるほど決議の結果に影響しなく、反対に、それが少数で、かつ、ほぼ等しい割合で見解が対立するような状況では決議の結果への影響が大きくなるといえる。Engler, Der Ausschluß des organschaftlichen Stimmrechts bei Interessenkollision, S. 92, 93, 94 (1970) ; Giesen, Organhandeln und Interessenkonflikt, S. 101 (1984) ; Ballantine on Corporation, § 67 (1946)。ただし、実際には、たとえば取締役が多数いても全員が利害関係を有するとか、または利害関係取締役の人数のほうが圧倒的に多いとか、反対に、取締役は少数であるが、利害関係取締役も少ない場合もありうるので、特別利害関係人の議決権排除が決議結果に及ぼす影響の度合いを測ることはきわめて困難といえよう。

ちなみに、Giesen は、機関構成員全員が利害関係人である場合には、特別利益の排除は實際上不可能であり、会社の機動

性を保障するためには議決権排除の適用を断念せざるを得なく、この場合には、別の保護手段、とくに損害賠償責任が特別の意義をもつことになる」と主張している。(a. a. O., S. 103)。Engler も全く同じ理由で、この場合に議決権排除の適用を否定している。(a. a. O., S. 121)。社員の議決権の場合にも同様に解われている。Zöllner, Die Schranken mitgliedenschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, S. 181 (1963) 参照。やむを得ず、たとえば取締役の一人が株式会社の全株式または有限会社の全持分をもっている場合(いわゆる一人会社の場合)に、その取締役と会社との取引を承認する取締役会決議に議決権排除の適用があるかが問題となりうるが、Erdmann は、この場合には、たしかに会社の搾取により会社債権者または将来の投資家の利益が著しく害されるおそれはあるとしながらも、第一に、それらの者に対しては議決権排除の拠り所である特別の誠実義務が生じないこと、第二に、当該取締役たる一人社員は、株主総会ないしは社員総会でその取引を承認させることができるから、議決権排除は一人会社では有効な手段ではないこと、第三に、会社債権者保護は、基本資本維持のための規定および損害賠償請求権で十分であることを理由に、議決権排除の適用を否定している。(a. a. O., S. 118)。この議論を押し進めると、利害関係取締役が、株主総会で当該取引を承認できるに足る株式をもっていれば、その取締役は議決権を排除されないということにもなる。

なお、日本では、最高裁判昭和四五年八月二〇判決(民集二四卷九号一三〇五頁)が、取締役会社間の取引の当時、取締役が会社の株式全部を所有しており、会社の営業が実質上、取締役の個人経営のものにすぎないときは、会社と取締役の間に利害相反の関係がないから、取締役会の承認は不要であると判示していることから考えると、仮りにこの場合に取締役会の承認決議が行われるとしても、取締役と会社との間に利害衝突はないのであるから、その取締役は特別利害関係人とはならないことになるであろう。このことをつきつめると、たとえば親会社とその一〇〇パーセント子会社間の取引について子会社の取締役会で承認決議がなされる場合にも、一人株主たる親会社と子会社との間に利害相反の関係がないことになり、したがって親会社の取締役を兼任する取締役もまた特別利害関係人にあたらないということにもなりうる。ただし、右の最高裁判決に対しては、会社債権者および将来の株主の保護の観点から批判されている。竹内昭夫『判例商法I』二五九頁以下(一九七六)参照。

(7) アメリカ法における利害関係取締役の議決権排除に関する日本の文献としては、赤堀光子「取締役の忠実義務(二)」『法学協会雑誌』八五卷二号三七頁以下(一九六八)、菅原菊志「アメリカ法における取締役・会社間の取引」『英米会社法の論理と

課題(星川長七先生遺曆記念)』一四七頁以下(一九七二)「江頭憲治郎」会社の支配・從屬關係と從屬会社の少数株主の保護
 (二)『法学協會雜誌』九七卷二号一五九頁以下(一九八〇) 参照。

(8) Jacobson v. Bklyn. Lumber Co., 184 N. Y. 152, 76 N. E. 1075 (1906); Marsh, "Are Directors Trustees?" Conflict of Interest and Corporate Morality, 22 Bus. Law. 35, at 39-40 (1966); Note, The Status of the fairness test under Section 713 of the New York Business Corporation Law, 76 Colum. L. Rev. 1156, at 1162 (1976) 参照。

(9) *Yuji*, Remillard Brick Co. v. Remillard-Dandini Co., 109 Cal. App. 2d 405, 241 P. 2d 66 (1952). この判決は一九四七年のカリフォルニア州一般会社法第八二〇条の解釈が問題となった事案であり、その規定はつぎのように定められていた。

「第八二〇条 「誠実に行為すべき義務。個人的な経済的利害關係又は兼任取締役關係の影響」

取締役および役員は、自己の権限を誠実、かつ、会社の利益のために行使しなければならない。つぎの場合には、会社とその取締役の一人若しくは二人以上の間の契約その他の取引であっても、又は、会社とその取締役の一人若しくは二人以上が取締役であるか若しくは経済的利害關係をもっている他の会社、組合若しくは社団の間の契約その他の取引であっても、その一人若しくは二人以上の取締役がその契約その他の取引を認可し若しくは承認する取締役会若しくは委員会に出席したという理由によって、又は、その一人若しくは二人以上の取締役の議決権が決議賛成に算入されたという理由によって、無効となり又は取り消しうるものとなるものではない。

(a) 兼任取締役關係又は個人的な経済的利害關係に関する事実が取締役会若しくは委員会に開示されるか若しくは知られたらうえて、かつ、直ちに記録されたらうえて、取締役会又は委員会が、契約その他の取引を誠実に、かつ、利害關係を有する一人若しくは二人以上の取締役の議決権を決議賛成に算入しないで認可し、承認し若しくは追認したとき。

(b) 兼任取締役關係又は個人的な経済的利害關係に関する事実が株主に開示されるか若しくは知られたらうえて、株主が、契約その他の取引を誠実に、かつ、議決権を行使できる資格のある株主の多数決議若しくは書面の同意によって承認し若しくは追認したとき。

(c) 契約その他の取引が認可又は承認された時現在で会社に関して衡正 (fair) かつ合理的であったとき。

兼任取締役又は利害関係を有する取締役は、契約その他の取引を認可し、承認し又は追認する取締役会若しくは委員会の会議において、定足数の出席を決定するときに算入することができる。」

前記 *Remillard* 判決の事案では、取締役の利害衝突取引が、とくに右第八二〇条(b)項に従って有効に承認されていたにもかかわらず、裁判所は、不公正な契約である以上は依然として会社は取り消しうると判示している。ただし、この判決の考え方は、一九七六年改正の現行カリフォルニア州会社法典第三一〇条の下では、取締役会の承認の場合には依然として通用しうるが、株主の承認がある場合には通用しなくなったものと解されている。つまり、株主の承認があると、取引の公正如何を問わず、取引が有効となるといふことである。ただし、株主の承認の場合に、利害関係を有する取締役の有する株式の議決権が排除されようとする点に注意すべきである(第三一〇条(a)項(1)号(二)文参照)。この点については、*Bulbula & Pinto, Statutory Responses to Interested Directors' Transactions: A Warning Down of Fiduciary Standards?*, 53 *Notre Dame Law. Rev.* 201 (1973), at 222; *Marsh, California Corporation Law, 1977*, § 10. 13. 江頭・前掲注(7)一六二頁参照。なお、現行カリフォルニア州会社法典第三一〇条の規定の内容については、江頭・前掲一五九頁以下参照。

(10) 取締役の利害衝突取引の効力は、それが会社に関して公正かどうかで決まると解されており、べきの文献はすべて基本的な立場に立っている。Comment, op. cit., (N. 4), 24 *Kansas L. Rev.* at 658-659, 673-675, *Bulbula & Pinto, op. cit.*, (N. 9), at 227-228; Note, The "Unfair" Interested Directors' Contract under the New York Business Corporation Law, 16 *Buffalo L. Rev.* 840 (1967), at 842, 845; Note, op. cit., (N. 8), 76 *Colum. L. Rev.* at 1158-1159, 1186; Comment, "Interested Directors' Contracts—Section 713 of The New York Business Corporation Law And The 'Fairness' Test, 41 *Fordham L. Rev.* 639 (1973), at 670.

(11) *Model Bus. Corp. Act, Ann. 3d* (1984), Vol. 2, at 967-968. 参照。

(12) 前掲注(10)の文献参照。

(13) *N. Y. Bus. Corp. Law* § 713 (*Mckinney Supp.* 1976).

(14) Note, op. cit., (N. 8), 76 *Colum. L. Rev.* at 1167-1169; Note, op. cit., (N. 10), 16 *Buffalo L. Rev.* at 842. 一ヨーロッパ州以外の州の制定法が、その多くは全く同様のもの。Ballantine, *Question of Policy in Drafting a Modern Corporation Law*, 19 *Cal. L. Rev.* 476 (1931) (「取締役と会社間の取引は、たとえ不公正だけを理由に取り消されなくとも、」)

あつて、そのような取締役が定足数又は決議に参加したという理由で、会社の選択で無効又は取り消されるべきではないというのが、会社委員会の多数意見である。); Ballantine, op. cit. (N. 6), § 69; Bulhulia & Pinto, op. cit. (N. 9), 53 Note Dame Law. at 228; Hoffman, The Status of Shareholders and Directors Under New York's Business Corporation Law: A Comparative View, 11 Buffalo L. Rev. 496 (1962), at 566-567. なお、模範事業会社法典第 31 条〔取締役の利害衝突〕の規定の唯一の目的は、コモンローの当然無効の原則を明確に制限することにあるのであつて、(a) 項の定める一〇または二〇以上の基準をみたす取引が当然に有効であることを意味するものではないと説明されている。Model Bus. Corp. Act, op. cit. (N. 11), at 961.

(15) Note, op. cit. (N. 8), 76 Colum. L. Rev. at 1179-1180.

(16) アメリカ法における利害衝突取引の公正の概念については、江頭・前掲注(7)の文献参照。

(17) 従来、特別利害関係人が決議に加わつても決議は当然に無効とはならず、その者を除いてもなお決議の成立に必要な多数が存するならば、決議の効力は妨げられずと解されていた(大隅・今井・前掲注(3)一八三頁、石井照久『会社法上』三二四頁(一九六七)、堀口亘『注釈会社法』(4)三二六頁(一九六八)。これに対して、昭和五六年改正で新設された商法二六〇条の第三項の解釈と関連して、特別利害関係人が出席しまたは議決権を行使しただけで決議が無効となるとの見解が主張されている(正亀慶介「取締役会における特別利害関係人の範囲と取扱ひ」『商法の争点(第二版)』一二三頁(一九八三))。しかし、この見解が妥当でないことについてはすでに指摘したところであり(二の注(5)参照)、現行法の下でも従来考え方が維持されるべきである。なお、最高裁昭和四四年二月二三日判決(民集三三卷一号一二五頁)は、中小企業等協同組合に関連して、企業組合とその理事との自己取引の承認決議につき、特別利害関係人である理事の議決権を除外してもなお決議の成立に必要な多数が存すれば、決議としての効力を認められると判示している。

(18) 鴻・前掲注(2)六二頁、堀口亘・前掲注(17)三四五頁、鈴木竹雄『新版会社法〔全訂第二版補正版〕』一七七頁(一九八三)。

(19) なお、理論的には、利害関係を有する取締役の議決権の行使それ自体に民法一〇八条の適用があるかどうかの問題となりうるが、一般に、会社の機関の決議(集団的意思形成)には民法一〇八条の適用はないと解すべきである。ドイツ法においても、民法一八一条は取締役・監査役の議決権排除の根拠足りえないと解されている。Giesen, a. a. O., (N. 6), S. 106.

(20) 昭和五六年商法改正論議の中でも、本稿と共通する志向がみられる。たとえば、「会社法改正要綱をめぐって——第三回」『ジュリスト』三七八号一〇四頁・一〇五頁（前田発言）（一九八二）参照。

(21) 竹内昭夫『改正会社法解説〔新版〕』一五〇頁（一九八三）、江頭・前掲注（7）一六三頁、一七一頁、渋谷光子『判例評論』二五〇号一八二頁（一九七九）、名古屋地判昭和五八・二・一八判時一〇七九号九九頁。これに対し、商法二六五条の承認をうけた取引からは責任を生じないのが原則だから、商法二六六条一項四号の責任は第二六五条違反の責任、つまり過失責任を定めたものと解する見解もある（服部栄三「取締役の責任に関する二、三の疑問」『商事法務研究』七八号三二頁（一九五七））。なお、最判昭和五四・二・二三民集三三卷一号一二五頁参照。

(22) 昭和五六年商法改正にもなう法務省令の改正により、附属明細書の記載事項として新たに、「取締役・監査役又は支配株主との間の取引（これらの者が第三者のためにするものを含む）及び会社と第三者との間の取引で会社と取締役、監査役又は支配株主との利益が相反するものの明細」という項目が付加されている（計算書類規則第四十七条一項一〇号）。

(23) 鴻・前掲注（2）六四頁参照。

(二) 代表取締役の解任決議

一 この問題についてのリーディングケースである最高裁判所昭和四四年三月二八日判決は、⁽¹⁾ つぎのように判示している。「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って（商法二六一条三項・七八条）、会社の経営・支配に大きな権限と影響力を有し、したがって、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、一切の私心を去って、会社に對して負担する忠実義務（商法二五四条三項・二五四条ノ二〔現行法二五四条ノ三（筆者加筆）〕参照）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、かえって、自己個人の利益を図っ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」である。学説でもまた、代表取締役解任のように、本

人について社会的にも経済的にも重大な個人的利害関係を有しており、会社の利益のためにだけ議決権を行使することが期待できないという理由で、右判決を支持する見解が有力である⁽²⁾（以下、肯定説と呼ぶ）。

しかし、右の判例・肯定説の理由は、一般的・抽象的すぎて、必ずしも説得的ではない。第一に、判例のいう「自己個人の利益」および肯定説のいう社会的・経済的な個人的利害関係とは、具体的には、代表取締役という地位にともなう報酬をはじめ、権力、信用、名譽、社会的地位等の有形無形の利害を意味するものと解される⁽³⁾。しかし、このような利害関係を特別利害関係と解するならば、代表取締役の選任決議の場合にも同質的利害は生ずるのであるから、選任決議についても当該代表取締役候補者たる取締役の特別利害関係を肯定することにならざるをえないであろう。この点で、肯定説が選任決議について特別利害関係を否定しているかぎりでは、首尾一貫しないとの批判は免れないであろう。第二に、たとえば取締役会社間の取引の場合とは異なり、当該取締役が前述のような社会的・経済的な個人的利益を追求して自己の解任に反対の方向で議決権を行使したところで、それによって具体的・実質的に会社の利益が害されるということは一般に考えられない。そうであれば、当該取締役の議決権行使を認めても、少なくとも会社の利益が侵害されることはないのであるから、それが忠実義務違反となることも考えられない⁽⁵⁾。

このように考えると、代表取締役の選任・解任決議は、一般に表裏の關係にあり、いずれの場合も誰が会社の代表取締役として適任であるかの判断にすぎなく、そこには会社の利益と矛盾衝突するような当該取締役の個人的利害は認められない。したがって、前記の社会的・経済的な個人的利害関係は、商法二六〇条の二第二項にいう特別利害關係にあたらなと解される。

二 学説でもまた、代表取締役の選任・解任は会社支配の一環であり、取締役およびその背後にある株主の勢力関

係を反映するものであって、ある取締役が代表取締役として適任か否かの判断は、自己を取締役として選んだ株主の支配機能の一表現であるから、忠実義務以前の問題であるとして、特別利害関係を否定する見解が有力である（以下、否定説と呼ぶ）。しかし、それが法律上取締役会の決議事項であり（商法二六一条一項）、業務執行の決定問題である以上は、株主の支配機能が問題とされるべき余地はない。したがって、代表取締役の選任・解任決議は、当該取締役にとつてはいうまでもなく、他のすべての取締役にとつても、会社に対する忠実義務の問題そのものであって、これを忠実義務以前の問題として理解することには、論理の飛躍があり、説得的とはいえない。

これに対して、学説では折衷説ともいうべき見解がみられる。すなわち、代表取締役の解任権を、取締役会の業務執行の一環としての解任権と、監督権の一環としての解任権とに分け、前者の場合には、株主より経営をゆだねられ、会社の業務執行に対する忠実義務そのものの履行であるから、当該代表取締役は特別利害関係人に該らないが、後者の場合には、違法行為ないし非妥当な行為に対する責任追及であり、それは忠実義務違反に対する責任追及であるから、この場合に彼が決議に参加し解任案に否定投票することは、自己の責任を回避し、自己の地位を擁護するものであって、それは個人的利益の追求として特別利害関係人にあたるとする見解である。

折衷説は、その基本的な考え方および結論において妥当であるが、その理由づけには問題がある。すなわち、業務執行の一環としての解任決議の場合には、当該代表取締役の議決権の行使は、その者の負う忠実義務の履行であり、この場合にまでもその議決権を排除するのは取締役の権限の不当な制限であつて、妥当ではない。これに対して、代表取締役が職務遂行に関し不正行為又は法令定款違反の行為を行ったことを理由に、または、その者のゆきすぎた活動によって会社の利益が著しく侵害されたとかもしくはそれによって会社によって危険に陥るおそれがあるとかの理由（以

下、まとめて「重大な事由」と呼ぶ⁽⁶⁾で解任が行われる場合には、当該代表取締役は、会社に対してはや自己の従前の地位（権限）の保持を要求できないと解すべきである。すなわち、この場合は、議決権を行使しないことが取締役としてその者が負う忠実義務に従うことであり、それを行使することは忠実義務に反することになるのである。したがって、前記折衷説が、この場合の決議参加は自己の責任回避、自己の地位の擁護という個人的利益の追求となるからという理由で特別利害関係人であるとしているのは妥当でない。この場合の議決権排除は、当該取締役の個人的利益追求以前の問題である。すなわち、「機関構成員は、会社に対し従前の地位の保持をもちや要求できないほど重大な事由にもとづいて、自己に向けられた措置が決議される場合には、共同投票すべきではない」との一般原則から、⁽⁹⁾重大な事由にもとづく解任決議の場合には、当該代表取締役が議決権を行使しないことが、その者の会社に対する忠実義務に従うことにはかならないのである。したがって、重大な事由にもとづく代表取締役解任決議については、当該代表取締役は商法二六〇条の二第二項の特別利害関係人にあたると解する。

三 ところで、右の「重大な事由」の発生は、代表取締役個人の帰責によるものでなければならぬことはいうまでもない。⁽¹⁰⁾そして、重大な事由があるかどうかの判断は、実際には、まず取締役会の議長が行うことになる。議長自身⁽¹¹⁾が解任の対象とされる場合には、他の取締役が議長となり、その者が議長として重大な事由の存否を判断し、当該代表取締役に議決権行使を認めるべきかどうかを決定することになる。その際に、重大な事由の存否を取締役会の決議によって行うことはできない。⁽¹¹⁾なぜならば、それは多数決で処理できる問題ではなく、むしろ議長に負わされた暫定的な法律問題の決定を意味するからである。また、議長は、ある取締役が重大な事由を主張しているだけで議決権行使を禁ずることはできず、それが実際に生じている場合にできるにすぎないが、その際当然に重大な事由を裏づけ

る事実またはその法的評価について争いが生ずることが予想される。この点についても、議長がその義務に従った裁量で決定することになる。⁽¹²⁾もし、重大な事由があるとして議決権行使を禁じられ、その結果解任提案が可決され、かつ、当該代表取締役の議決権行使が認められていたならば、可否同数で否決されたであろう場合には、重大な事由がなかったことを主張・立証して取締役会決議の無効確認を求めることができる。反対に、重大な事由があるのに、それが無いとして議決権行使が認められ、その結果、解任提案が否決され、かつ、当該代表取締役の議決権行使が認められなかったならば、賛成多数で可決されたであろう場合には、重大な事由があることを主張立証して取締役会決議の無効確認を求めることができる。

(1) 民集二三卷三号六四五頁。

(2) 矢沢惇『ジュリス年鑑』(一九六七年版)二八五頁、同『法学協会雑誌』八四卷六号八七四頁(一九六七)、並木俊守『会社判例百選』(第四版)八七頁(一九八三)、田中誠二『再全訂会社法詳論上』五六〇頁(一九八二)。結論同旨、石井照久『会社法上』三二五頁(一九七〇)、大浜信泉『取締役と取締役会』『株式会社法講座』一〇五九頁(一九五六)、堀口亘『注釈会社法』(4)三四四頁(一九七〇)、大隅・今井『新版会社法論中』一八三頁(一九八三)。なお、肯定説の中には、株主の議決権と取締役の議決権との性質上の違いを強調するものもみられるが、この点は特別利害関係の解釈にとっては決定的なことではない。たとえば、鈴木・竹内『会社法』二〇八頁注(八)(一九八一)では株主総会における取締役の解任決議に比して、取締役は株主とは違い会社のために議決権を行使すべきである点、および一人一議決権であるから、その者を除いても残りの少数の決議できまるという事態にならない点に相違があるが、代表取締役の選任解任も私企業としての会社の経営・支配にかかわる事項であることからすれば、その者の参加を否定することには疑問がないではない」と述べられている。また、菱田政宏『会社判例百選』(第二版)一四二頁(一九七〇)では、株主の議決権が株主の利益のために、取締役の議決権が会社の利益のために与えられていることから、株主総会と取締役会とを全く同じに考えることはできないとされながらも、代表取締役の解任も会社支配の一環の問題であることを強調して特別利害関係を否定されている。

(3) 吉本健一『代表取締役解任の取締役会決議と特別利害関係』『新しい時代の企業像』(和歌山大学経済学部)二二八頁。

- (4) 石井・前掲注(2)三三五頁、堀口・前掲注(2)三四四頁、大隅・今井・前掲注(2)八三頁。なお、神崎克郎『取締役制度論』一五頁(一九八一)は、「代表取締役の解任をその選任と異なって取り扱うべきでない」として、特別利害関係を否定される。
- (5) 同旨、吉本・前掲注(3)二三〇頁。
- (6) 龍田節『民商法雑誌』六二卷一号一二七頁(一九七〇)、菱田・前掲注(2)一四二頁、北沢正啓『会社法〔新版〕』三四九頁(一九八二)、吉本・前掲注(3)二三三頁、結論同旨、大隅・山口『総合判例研究叢書商法(4)』一〇一頁(一九六七)、大隅健一郎『全訂会社法論中』一〇八頁、一〇九頁(一九五九)、河本一郎『現代会社法〔新訂第三版〕』三五九頁(一九八六)、久保欣哉『商法の判例(第三版)』七七頁(一九七七)。
- (7) 稲田俊信「取締役会の解任権とその手続」『法律のひろば』三六卷三号四七頁(一九八三)。
- (8) 西ドイツ株式法一〇三条三項は、第一文で「監査役員の一身に重大な事由がある場合には、裁判所は監査役会の申立により、その監査役員を解任しなければならない」とし、第二文で「監査役会は、申立てに関しては単純多数決で議決する」と定めている。通説は、「この決議の場合、当該監査役員の議決権は排除されると解している。しかも、このことは、監査役会長の解任決議についても同様に解されている。すなわち、監査役会決議により監査役会長を解任する場合には、原則として当該会長は議決権の行使ができるが、それが「重大な事由」にもとづくものであるときは、議決権を排除されると解するのが通説である。H. J. Mertens in Köhler Komm. zum AktG. Bd. I 4 Lief., 1973, § 103 Anm. 32 u. § 108 Anm. 44; Engfer, Der Ausschluß des organschaftlichen Stimmrechts bei Interessenkollision, 1970, S. 134 ff.; Giesen, Organhandeln und Interessenkonflikt, 1984, S. 118, 119. なお、Engfer, a. a. O., S. 135 は「特別の地位(例、監査役会長)または機関自体からの解任に際し、それが「重大な事由」にもとづくものでないかぎり、原則として議決権が排除されない理由として、「この場合には、構成員の個人的利益が問題でなく、むしろその者の管理利益(Verwaltungsinteresse)が問題だからである」と述べている。
- (9) Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 236; Mertens, a. a. O., (N. 8), § 108 Anm. 44. なお、「重大な事由」にもとづく機関構成員の解任決議につき当該構成員の議決権排除の根拠として、「機関構成員は自己の問題について裁判官となりえない」との一般原則も主張されている。A. Hur-

ek, Betrieb, 1951, S. 110; Scholz, Komm. zum GmbH G. 4 Aufl., § 38 Anm. 17; Giesen, a. a. O., (N. 8), S. 119. しかし、この一般原則は、もっぱら処罰事項および免責、あるいは取締役会社間の訴えにおける会社代表者の選任等のいわば裁判的行為には妥当するとしても、「重大な事由」にもとづく代表取締役の解任決議においては、裁判的行為が問題でなく、むしろ会社がその「重大な事由」の存在にいかなる効果を結びつけようとするかの裁量決定が問題であるから、その根拠は、本文で述べた一般原則が妥当である。

(10) Mertens, a. a. O., (N. 8), § 103 Anm. 33.

(11) Mertens, a. a. O., (N. 8), § 108 Anm. 48.

(12) Zöllner, a. a. O., (N. 9), S. 237 f. なお、Zöllner は、社員総会における役員の場合について論じているが、その考え方は株式会社取締役会決議にも応用できる。実際、西ドイツ法において、機関構成員の議決権排除の問題を扱う注釈書および研究論文のほとんどが、Zöllner の前掲論稿をベースにしているといっても過言でない。前掲注(8)の Engfer および Giesen の論稿もまたしかりであり、さらにヨーロッパ諸国における議決権排除制度(株主総会と取締役会の双方)を比較法的にきわめて簡潔に、かつ、平板に考察している Meyer-Giesow, Stimmverbote in den Aktienrechten der E.W.G.-Staaten (1966) も同様である。

四 結語

一 商法二六〇条の二第二項の定める取締役の議決権排除制度は、取締役会決議の公正を期するための事前的・予防的性格をその本質とする。しかし、その規定の表現が一般的・抽象的であり、また、その適用範囲の解釈についてもほとんど一致をみいだしたがたい状況にあるため、実際の機能が果されただけでなく、かえって会社経営の法的に確実な運営が妨げられるのではないかとの危惧を覚える。さらに、その法政策的合目的性という観点からみても、取締役会の決議の公正を期するうえで、議決権排除は実際上それほど有益であるとはいえず、したがってその適用を

広く認めることは疑問であり、むしろ限定的に解すべきである。

二 結論的には、第一に、商法二六〇条の二第二項の規定は、「機関構成員は、会社に対して自己の従前の地位の保持をもちや要求できないほど重大な事由にもとづいて、自己に向けられた措置が決議される場合には、共同投票すべきではない」との一般原則を基礎としている。したがって、この規定の趣旨は、取締役会決議の手續の公正それ自体を期することにある。第二に、右規定にいう特別利害関係人とは、「会社に対して自己の従前の地位の保持をもちや要求できないほど重大な事由の存する取締役」のことである。具体的には、重大な事由にもとづく代表取締役の解任決議における当該代表取締役、商法特例法上の小会社で取締役会社間の訴えの会社代表者の選任決議（商特法二四条一項）における当該取締役などが、特別利害関係人にあたる。したがって、取締役の競業行為、取締役会社間の取引の承認を受ける取締役、重大な事由にもとづかない代表取締役の解任決議における当該代表取締役などは、特別利害関係人にあたらない。なお、立法論としては、一般規定は廃止し、特別利害関係人にあたる場合を具体的に限定して定めるとともに、商法二六〇条の二第三項は廃止すべきである。

〔付記〕 本稿は、昭和五八年九月から同五九年二月までの文部省内地研究（於東京大学）の成果である。当時、指導教官をお引き受けいただきご指導を賜りました鴻常夫先生（現在、東京大学名誉教授・弁護士）はじめ、東京大学商法研究会の先生方に対して感謝の意を表する次第であります。