

# 企業グループにおける取締役の 競業避止義務と責任

畠 田 公 明\*

- 1 はじめに
- 2 競業避止義務を負う取締役の範囲
- 3 競業取引の範囲
- 4 取締役会の承認
- 5 競業取引に関する取締役の責任
- 6 結び

## 1 はじめに

現代の会社においては、企業の組織再編によって、企業集団（企業グループ）化が促進され、会社がその子会社や関係会社へ会社の取締役を派遣して、代表取締役などに就任させる場合が多くなっている。したがって、企業グループにおいては、取締役が他のグループ会社を代表・代理して競業取引を行う機会も増大することになる。会社法における取締役の競業取引規制（会社356条1項1号）では、会社と競業する他の会社のために会社の事業の部類に属

---

\*福岡大学法学部教授

する取引をしようとするときに、当該取引につき重要な事実を開示して、取締役会（取締役会を設置しない会社では株主総会）においてその承認が要求されているにすぎない（会社356条1項・365条1項）。

ところで、昭和25（1950）年商法改正前では、取締役は、株主総会の認許（普通決議）がなければ、「自己若クハ第三者ノ為ニ会社ノ営業ノ部類ニ属スル取引ヲ為シ又ハ同種ノ営業ヲ目的トスル他ノ会社ノ無限責任社員若シクハ取締役ト為ルコトヲ得ズ」と規定され（昭和13年改正商246条1項）、競業取引のみならず、同種の営業を目的とする他の会社の無限責任社員・取締役の兼任も競業取引規制の対象とされていた<sup>(1)</sup>。しかし、昭和25年改正商法は、同種の営業を目的とする他の会社の無限責任社員・取締役の兼任に関する部分のみが削除されたが（昭和25年改正商264条1項）、その理由は必ずしも明らかではない<sup>(2)</sup>。また、昭和25年改正商法では、取締役は株主総会において競業取引についての重要事実を開示するものとされ（同改正商264条1項）、さらに、株主総会の認許は、発行済株式総数の3分の2以上の多数によるという厳格な決議要件が定められていた。

その後、昭和56年商法改正法は、競業取引の承認機関を株主総会から取締役会に移し、取締役が競業取引をなすには、取締役会においてその取引について重要な事実を開示してその承認を受けなければならないとした（同改正法264条1項）。改正理由として、昭和56年改正前では、競業取引について株主総会における発行済株式総数の3分の2以上による認許を要するとされていたが、一般の特別決議に比して厳格にすぎることから、株主数が多数で株主分散度の高い大会社では、その手続規定を遵守することはほとんど不可能であるといわれていたこと、実際には、同種の事業を行う子会社を設立して取締役がその代表取締役に就任する等競業の認許が必要な場合であっても、この決議を得る例はきわめて少なく、規制が形骸化していたこと、また、取締役の競業取引と利益相反取引（昭和25年改正商265条）とはいずれも取締

役の忠実義務に関連する同様の規制であるのに特に取扱いを異にする必要もないと考えられたこと、などが挙げられる<sup>(3)</sup>。昭和56年改正前では、株主総会における認許の要件が厳しすぎるため、競業取引規制の及ぶ対象をなるべく狭く解して、実質的な利害対立が起こる場合として狭く解釈される傾向にあり、競業について株主総会の認許が行われることは実務上ほとんどないという状態になっていたといわれており、また、その厳格な規制を遵守しなくても無理ではないという意識があったように考えられないではなかった。しかしながら、昭和56年改正後はそのような意識は払拭されなければならない、同改正で機動的に取締役会の承認を受けられることができるようになったことから、取締役会の承認を受けなければならない競業取引には、形式的に会社の営業の部類に属する取引がすべて含まれると解されることになる<sup>(4)</sup>。

会社法における株式会社の取締役の競業取引規制（会社356条1項1号・365条）は、上記の昭和56年改正商法の競業取引規制が基本的に引き継がれており、会社法における競業取引の規定でも、会社の事業の部類に属する取引を営んでいる他の会社の取締役になることまでは禁止されていない。これに対し、株式会社の場合と同様の競業取引規制（会社594条1項1号）がなされている持分会社（合名会社・合資会社および合同会社）では、業務を執行する社員は、持分会社の事業と同種の事業を目的とする会社の取締役、執行役または業務を執行する社員となることについても、定款に別段の定めがないかぎり、当該社員以外の社員の全員の同意を受けなければならない（会社594条1項2号）<sup>(5)</sup>。

本稿は、企業グループにおいては、自らのためにする競業取引ではなく、第三者のために、すなわち取締役が他のグループ会社を代表・代理して競業取引を行う場合が多いものと考えられるので、主として、取締役が競業関係の他の会社のために競業取引を行う場合における取締役の競業避止義務と責任を検討するものである。まず、競業避止義務を負う取締役および競業取引

の範囲について検討する。次に、取締役会における包括的承認、事後の承認、特別利害関係および取締役会への報告義務を考察する。最後に、競業取引規制に違反する取締役の責任について、取締役会の承認を得ない競業取引の場合と取締役会の承認を得た競業取引の場合と分けて検討する。

- (1) 競業取引規制に関する立法の沿革について、大隅健一郎「取締役の競業禁止」『会社法の諸問題〔増補版〕』283頁以下（有斐閣、1962）、加美和照『会社取締役法制度研究』199頁以下（中央大学出版部、2000）、北村雅史『取締役の競業避止義務』104頁以下（有斐閣、2000）等参照。
- (2) 昭和25年改正商法が他の会社の無限責任社員・取締役の兼任の部分のみを削除した理由は明らかでないが、次のような2つの理由が考えられている。まず、①改正法は新たに取締役会制度を採用した結果、代表取締役を除いて、その構成員にすぎない単なる取締役について、競業避止義務を認める必要がなく、また取締役が同種の営業を目的とする他の会社の無限責任社員もしくは代表取締役の場合であっても、第三者のために会社の営業の部類に属する取引をなすことになるのであるから、規定が重複しその必要性が欠くということである。また、②取締役が他の競争会社の役員になることは独占禁止法によって禁止されていることから、商法で重ねてこれを禁止する必要がないということである。大隅・前掲注（1）294頁－295頁、大森忠夫＝矢沢惇編集代表『注釈会社法（4）』405頁（本間輝雄）（有斐閣、1968）、加美・前掲注（1）200頁。
- (3) 元木伸『改正商法逐条解説〔改訂増補版〕』136頁－137頁（商事法務研究会、1983）、竹内昭夫『改正会社法解説〔新版〕』142頁－143頁（有斐閣、1983）、稲葉威雄『改正会社法』205頁（金融財政事情研究会、1982）、北沢正啓『改正株式会社法解説 改訂版』69頁－70頁（税務経理協会、1982）。
- (4) 元木・前掲注（3）136頁－138頁（競業に該当する取引は、一般的に会社の利益と衝突するという形式的な構造をもつものである）、そのすべてについて、一度は会社の機関による審査を経ることとする方針が採用されたとする）、稲葉・前掲注（3）205頁－206頁（なお、将来、親子会社間等の形式的な競業行為については、別の規制をすることも検討すべきであるとする）、北村・前掲注（1）107頁（承認を受けることが容易になったので、規制対象となる取引の範囲を広く解釈する素地ができたとする）。
- (5) 持分会社における同種の事業を目的とする会社の取締役等の地位の兼任が規制されるのは、業務を執行する社員の地位に基づき継続的に獲得した会社の得優先その他の事業経営上の内部情報が、当該社員を通じて他の競業会社に流出して利益獲得の機会を逸失することを防止する趣旨であると考えられる。江頭憲治郎＝中村直人編『論点体系会社法4』412頁（椽川泰史）（第一法規、2012）、落合誠一編『会社法コンメンタール8－機関（2）』65頁（北村雅史）（商事法務、2009）。同様の趣旨で、代理商の場合も、競業取引（会社17条1項1号）

のほか、会社の事業と同種の事業を目的とする会社の取締役、執行役または業務を執行する社員となることが制限される（会社17条1項2号）。江頭憲治郎＝中村直人編『論点体系会社法1』57頁（石田清彦）（第一法規、2012）、落合編・前掲注（5）65頁（北村雅史）。これに対し、支配人は、職務専念義務および精力分散防止義務を負うことから、競業取引（会社12条1項2号）のほか、自ら営業を行うこと（同項1号）、他の会社または商人の使用人となること（同項3号）、および他の会社の取締役、執行役または業務を執行する社員となること（同項4号）が制限される。江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1－総則・設立（1）』166頁（北村雅史）（商事法務、2008）、落合編・前掲注（5）65頁（北村雅史）。

## 2 競業避止義務を負う取締役の範囲

### (1) 「自己または第三者のため」の意味

会社法は、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（競業取引）をしようとするときは、株主総会または取締役会の承認（会社356条・365条）を要求している。会社法の規定における「自己又は第三者のために」（会社356条1項1号）の意味について、利益相反取引の場合と同様に、①自己の名をもってまたは他人の代理人もしくは代表者においてすることを意味すると解する見解（名義説〔形式説〕）と、②自己または第三者の計算においてすることを意味すると解する見解（計算説〔実質説〕）とに分かれており、後者の計算説が多数説である<sup>(6)</sup>。しかし、競業取引を行う取締役が、自己の名をもってまたは他人の代理人もしくは代表者において、且つ、自己または第三者の計算において取引する場合には、名義説と計算説のいずれによっても、競業取引規制の対象となる<sup>(7)</sup>。いずれの説をとっても、著しい相違がないとはいえ、競業取引の場合には、取締役が会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ることを防止するために、会社に帰属すべき経済的利益を重要視する観点から、計算説のほうが妥当であると考えられる。ちなみに、利益相反取引規制（取締役会の承認を要する）の場合（会社356条1項2号・365条1項）については、その規制の適用範囲を明確にする必要があるという観点からは、名義説のほうが妥当であると思われる<sup>(8)</sup>。

本稿では、競業取引規制の対象となる取締役の範囲について、兼任取締役関係にある会社における競業取引、取締役が株式を有する他の会社との競業取引、取締役が事実上の主宰者である他の会社との競業取引、親会社とその完全子会社との間の競業取引の各場合について、検討する。なお、ここでは便宜的に、取締役会設置会社間の競業取引について、株主総会ではなくて、取締役会の承認を要するものとする。

## (2) 兼任取締役関係にある会社における競業取引の場合

(ア) A会社の代表取締役BがC会社の代表取締役を兼任する場合 ①  
Bは、C会社を代表してA会社の事業の部類に属する取引を行う場合にはA会社の取締役会の承認を要することになり、他方、A会社を代表してC会社の事業の部類に属する取引を行う場合にはC会社の取締役会の承認を要することになる。

②A会社とC会社の代表取締役を兼任するBとは別のDが、C会社の代表取締役として、A会社の事業の部類に属する取引を行う場合には、形式的には競業取引規制の対象とはならず、BはA会社の取締役会の承認を要しないことになる。昭和25年改正により、同種の営業を目的とする他の会社の無限責任社員または取締役となることができないとする規定が削除され、現行法もこれについて特に規定していないことから、取締役が他の同種の事業を目的とする会社の代表取締役に就任すること自体は、当該取締役が実際に当該他の会社を代表<sup>(9)</sup>して競業取引を行わないかぎり、競業取引規制の対象とはならないと解されるからである<sup>(10)</sup>。ただし、上記の場合に、BがC会社の社長・会長などとして実質的にC会社を統轄する地位にある場合や、Dが藁人形に仕立てられているような場合には、BがC会社を代表してA会社と競業する取引をするものと同一視され、競業取引規制の対象となると解される<sup>(11)</sup>。さらに、C会社の内部的意思決定は代表取締役Bが行い、支配人に取

引を代理させた場合はどうなるのかについて、必ずしも明らかでないとの指摘がなされているが<sup>(12)</sup>、この場合でも、上記のように同一視して、競業取引規制の対象となると解されるべきであろう。

（イ）A会社の取締役とC会社の代表取締役を兼任する場合 ①A会社の取締役とC会社の代表取締役を兼任するBが、C会社を代表してA会社の事業の部類に属する取引を行う場合には、A会社の取締役会の承認を要することになる。他方、A会社がC会社の事業の部類に属する取引を行う場合には、BはA会社の取締役にすぎないから、特段の事情がないかぎり、C会社の取締役会の承認を要しないことになる。また、C会社がA会社と競業する取引を行う場合に、C会社に複数の代表取締役が選定されて、会社内において社長・副社長・専務等による業務分担が定められているとき、例えば製造販売業を目的とするA会社の取締役Bが、製造販売業と不動産業を目的とするC会社の代表取締役専務として不動産業の取引のみを担当する場合には、競業取引規制の対象とはならないと解される<sup>(13)</sup>。

②A会社の取締役とC会社の代表取締役を兼任するBとは別のDが、C会社の代表取締役として、A会社の事業の部類に属する取引を行う場合には、形式的には競業取引規制の対象とはならず、BはA会社の取締役会の承認を要しないことになる<sup>(14)</sup>。

③A会社とC会社との間に競業関係がないとき、A会社の取締役BがC会社の代表取締役を兼任し、C会社の子会社であるE会社がA会社の事業の部類に属する取引を行う場合には、E会社がC会社の完全子会社（C会社が実質上全部の株式を有する子会社）であるときは、C会社・E会社の両会社の事業は実質上一体的に見られるべきで、C会社のためにするBの行為は、競業取引規制の対象となる。ただし、この場合に、E会社の上記の競業取引について代理または代表する者がA会社と関係のないFであり、上記のBは一切これに関与しないのであれば、特段の事情（例えば、E会社の社長として

会社業務全般を統括すべき地位にある場合)がないかぎり、競業取引規制の対象とはならないと解される<sup>(15)</sup>。

(ウ) A会社の取締役とC会社の取締役を兼任するにすぎない場合 A会社とC会社がそれぞれ競業取引を行ったとしても、A会社・C会社の取締役を兼任するにすぎないBとは別の者が代表取締役である場合、特段の事情のないかぎり、競業取引規制の対象とはならない。ただし、この場合に、例えば、BがC会社のためにA会社の事業の部類に属する取引に該当し得る契約の交渉を主導的に行い、契約者自体はC会社の代表者が行って、Bが当該競業取引をC会社の代表者と共同で行ったと見ることができるときは、Bの行為は競業取引規制の対象となると解される<sup>(16)</sup>。

(エ) 同業親子会社間における取締役兼任の場合 同種の事業を行う親子会社間において取締役兼任がある場合にも、競業取引規制の適用が問題となる。例えば、①親会社・子会社の取締役と代表取締役の構成がまったく同一の場合、②親会社・子会社の取締役の構成は同一であるが、代表取締役のみを異にする場合、③親会社の代表取締役は子会社の取締役を兼任しているが、子会社の代表取締役は親会社取締役を兼任していない場合、④親子会社の一部取締役の兼任はあるが、各代表取締役だけは他方の取締役を兼任しない場合が挙げられる<sup>(17)</sup>。

これらの場合についても、競業取引規制の対象となり、前記(ア)～(ウ)に述べたことが原則として当てはまると解される。例えば、A会社がC会社の株式の全部を有していなくて、完全親子会社関係にない親会社のA会社の取締役Bがその子会社のC会社の代表取締役を兼任している場合に、BがC会社を代表としてA会社の事業の部類に属する取引をするとき、C会社の代表取締役BはC会社ひいてはC会社の株主全員のために忠実義務を負い、BがC会社を代表した取引の経済的効果は、A会社のみに限られず、C会社の株主全員に及ぶのであって、この場合にC会社にはA会社以外の株主が存在



することから親会社の利益と子会社の利益が衝突する可能性があるので、一般的に、競業取引規制の対象となると解されている<sup>(18)</sup>。これに対し、親会社・完全子会社の関係における取締役兼任の場合については、下記（5）で述べる。

### （3） 取締役が株式を有する他の会社との競業取引の場合

（ア） A会社取締役BがC会社の株式の全部を有する場合 A会社取締役BがC会社の株式全部を有する場合に、BがC会社の代表取締役としてA会社と競業する取引を実行していないかぎり、形式的には会社法356条1項1号の競業取引に該当しない。しかし、BとC会社とは経済的に一体であり、Bが株式全部を有するC会社による競業取引は、第三者（C会社）の名で且つ自己（B）の計算で競業取引を行うものと解するべきである<sup>(19)</sup>。さらに、取締役Bが配偶者その他の近親者の持株を合わせて実質的に全株を保有するC会社による競業取引の場合も同様に考えるべきであろう。

（イ） A会社取締役BがC会社の株式の全部を有しない場合 ①A会社取締役BがC会社の株式の過半数を有する場合、BとC会社とが経済的に一体であるとまでいえなくても、BはC会社を支配しているといえるから、B以外のDがC会社を代表するのであっても、BがDに対して影響力を行使することにより、B自身がC会社を代表する場合と実質的に同等の利益衝突の危険が存在すると考えられる。

また、②A会社取締役BがC会社の株式を過半数未満の株式を有する場合、A会社取締役BがC会社の過半数の株式を有しないけれども、C会社を支配するのに十分な数のC会社株式を有する場合にも、実質的に利害の衝突の危険が存在すると考えられる。

したがって、上記①および②の場合にも、競業取引規制の対象とはなると考えるべきである<sup>(20)</sup>。このように解することに対して、競業取引について取

締役会の承認・報告（会社356条1項1号・365条）、損害額の推定（423条2項）などの規定を適用する際に、可能なかぎり、定型的に明瞭であることが必要であるとする立場から批判がなされるかもしれないが<sup>(21)</sup>、株式の保有により実質的に支配している場合には利害の衝突の危険が存在することは否定できないのであり、また、取締役が競業会社の株式の一定割合以上を保有することを会社内で知ることができるような環境を会社内の内規等で整備することにより（会社則119条2号・121条8号・128条2項、会社計算112条参照）、ある程度定型的な明瞭性の確保が可能ではないかと考えられる。

#### （4） 取締役が事実上の主宰者である他の会社との競業取引の場合

A会社取締役Bは、C会社の代表取締役等に就任していないが、例えば、C会社の株式30パーセントを有し、Bに忠実な従業員をC会社の取締役・出向者としてC会社の業務に従事させることなどにより、C会社の経営を実質的に支配している場合、形式的にはC会社の代表取締役によって競業取引が行われているが、実質的には、Bは事実上の主宰者として、C会社のためにA会社の事業の部類に属する取引を実行したものと解される<sup>(22)</sup>。

#### （5） 親会社とその完全子会社との間の競業取引の場合

親会社であるA会社とその完全子会社であるC会社が同種の事業を行う場合、A親会社の取締役Bが、C完全子会社の代表取締役を兼任し、C完全子会社を代表してA親会社の事業の部類に属する取引をするときは、その取引の実質上・経済上の効果がA親会社に帰属するといつてよいから、利害対立のおそれがなく、このような取引は競業取引規制の対象とはならず、どちらの会社の承認もいらないと解する見解が多い<sup>(23)</sup>。これに対し、完全子会社といえども別個の法人であり、子会社が倒産するとき、子会社の財産は第一に子会社債権者の担保財産となり、親子会社間に利害対立関係がないとはいえ

ないから、親会社の取締役会の承認についてはなお検討を要するとする見解もある<sup>(24)</sup>。

親会社（総株主）と完全子会社は経済的に一体で実質上利害衝突のおそれがなく、取締役会の承認を要しないという見解によれば、取締役会の承認がなくても競業取引規制に違反しないことになり、当該競業取引についての承認をとらないことによる取締役の責任も生じないということになるであろう。しかしながら、取締役会における当該競業取引の検討による健全な経営管理の問題と、取締役の免責（会社424条）の問題とは異なるものと考えらるべきであろう。むしろ、親会社の株主保護のため、親会社の取締役会の承認を要求すべきであると考えられるであろうし、また、完全子会社であっても、親会社とは法人格が別個のものであり、子会社の健全な会社運営を確保し、さらに子会社債権者などの利害関係者を保護するためには、競業取引について親会社（総株主）の同意によって子会社取締役会の承認は不要として実務上運用されるのではなく、子会社の取締役会の承認が要求されるべきである。

なお、公開会社（会社2条5号）である場合には、取締役の競業の明細は事業報告の附属明細書に記載され（会社435条2項）、株主・会社債権者・親会社社員に開示される（会社442条）。すなわち、当該事業年度に係る当該株式会社の会社役員（会計参与を除く）の重要な兼職の状況に関する事項を事業報告の内容に含めなければならない（会社則119条2号・121条8号）。また、事業報告の附属明細書は、他の法人等の業務執行取締役、執行役、業務を執行する社員または法人が業務執行社員である場合の当該業務執行社員の職務を行うべき者その他これに類する者を兼ねることが会社法施行規則121条8号の重要な兼職に該当する会社役員（会計参与を除く）についての当該兼職の状況の明細（重要でないものを除く）を事業報告の附属明細書の内容としなければならない（会社則128条2項前段）。さらに、この場合において、当該他の法人等の事業が当該株式会社の事業と同一の部類のものであるとき

は、その旨を付記しなければならない（会社則128条2項後段）。

- (6) 学説については、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（6）』210頁－211頁（本間輝雄）（有斐閣、1987）、落合編・前掲注（5）68頁（北村雅史）、酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法第4巻機関・1』428頁－429頁（石山卓磨）（中央経済社、2008）、江頭憲治郎＝中村直人編『論点体系 会社法3』126頁〔酒井太郎〕（第一法規、2012）等参照。大阪高判平成2年7月18日判例時報1378号113頁は、計算説の立場をとる。これに対し、立法担当者は、介入権（平成17年改正前商264条3項4項）が廃止された会社法においては、計算説をとる実益はなく、また、会社法では「ために」と「計算において」（会社120条1項）とは区別されているから、民法99条（代理）と同様、「名義において」と解すべきであるとして、利益相反取引規制の場合と同じく、名義説をとることを明らかにしている。相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔『論点解説 新・会社法』324頁・326頁（商事法務、2006）
- (7) これに対し、①自己または第三者の名で、且つ、会社の計算で競業取引した場合に、名義説によっても競業取引規制の対象となると考えないであろうし、また、②会社の名で、且つ、自己または第三者の計算で取引した場合は、名義説では競業取引とはならず、計算説によれば規制の対象となりそうであるが、この場合は取締役の権限濫用にほかならず、競業取引規制の対象とならないと解される（龍田節＝前田雅弘『会社法大要第2版』88頁〔有斐閣、2017〕）、落合編・前掲注（5）68頁〔北村雅史〕）。もっとも、江頭憲治郎『株式会社法第6版』435頁（有斐閣、2015）は、計算説の立場から、会社の知名度を利用し取締役・第三者の計算（費用負担も含む）で行う行為を規制対象とすることができるとする。
- (8) 拙稿「会社間の取引における取締役の利益相反と責任」福岡大学法学論叢61巻4号1236頁・1255頁（2017）。
- (9) 代表取締役のみならず、代表執行役・業務執行社員として会社を代表する場合や、支配人その他の使用人として会社を代理する場合も含まれる。
- (10) 上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注（6）212頁（本間輝雄）、落合編・前掲注（5）69頁（北村雅史）、酒巻＝龍田編集代表・前掲注（6）429頁（石山卓磨）等。これに対し、渋谷光子「取締役の競業禁止義務」上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『会社法演習Ⅱ株式会社（機関）』132頁（有斐閣、1983）は、代表取締役は代表権のない取締役とは異なり、会社の行う取引について会社のために決定し代表をして業務を行う地位にあることから、上記の例でBがC会社の名目上の代表取締役であって実際にはC会社の競業取引に関与していなかったとしても、このことを理由に競業禁止義務を免れないと解する余地があるとする。
- (11) 大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説〔第2版〕』226頁（注169）（有斐閣、2010）。
- (12) 森本滋「取締役の競業禁止義務の立法論的検討」法学論叢106巻1号14頁注⑤（1979）。
- (13) 服部育生「企業結合と取締役の競業取引規制」『現代企業法の理論と実務 高窪利一先生還暦記念』158頁〔もっとも、会社の業務全般を統括する立場にある代表取締役社長は、代表取締役専務が競業取引を担当するからといって、競業取引規制の適用がないと簡単に割り切って考えられるか、疑問が残るとする〕（経済法令研究会、1993）、龍田＝前田・前掲注

- (7) 90頁、落合編・前掲注(5) 69頁（北村雅史）。なお、上記の事例で、BがC会社の製造販売業の意思決定に加わることは、競業の「取引」をしなければA会社の承認は要求されないが、C会社の製造販売を支配人その他の使用人が担当するのであったとしても、Bがそれを指揮監督するに過ぎず、A会社と競業したことになると解される。龍田＝前田・前掲注(7) 90頁。
- (14) 競業取引規制の適用の余地がありうることについて、本稿・前掲注(11) および該当する本文参照。
- (15) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第3版〕』227頁（有斐閣、1992）。
- (16) 相澤＝葉玉＝郡谷・前掲注(6) 324頁、落合編・前掲注(5) 69頁－70頁（北村雅史）。同旨、服部・前掲注(13) 158頁。東京地判昭和56・3・26判例時報1015号27頁は、競業会社の代表取締役としてではなく事実上の主宰者として、会社経営を行うことは、第三者のための競業行為に該当すると判示する。
- (17) 田代有嗣『親子会社の法律と実務』118頁－120頁（商事法務研究会、1983）。
- (18) 上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注(6) 213頁（本間輝雄）、落合編・前掲注(5) 70頁（北村雅史）。
- (19) 大隅＝今井＝小林・前掲注(11) 225頁（注168）（名義説の立場から、取締役が全株を有する会社による競業取引は、取締役が自己のためにする競業取引とみるべきであるとする）、龍田＝前田・前掲注(7) 90頁（取締役が個人で全株を所有する会社に競業させる場合、当該会社は取締役の分身と見るべきであるとする）、森本滋『会社法〔第2版〕』239頁・240頁（注6）（会社法356条1項1号の類推の問題とする）（有信堂高文社、1995）、落合編・前掲注(5) 69頁〔会社法356条を類推適用する余地はあるとする〕（北村雅史）。
- (20) 拙稿・前掲注(8) 1240頁－1242頁・1247頁参照。
- (21) 大隅＝今井＝小林・前掲注(11) 226頁（注169）参照。
- (22) 東京地判昭和56年3月26日判例時報1015号27頁、大阪高判平成2年7月18日判例時報1378号113頁。正確に言えば、会社法356条1項1号の類推適用をすることになる。森本・前掲注(19) 240頁（注6）、落合編・前掲注(5) 69頁（北村雅史）、松山三和子「兼任取締役の行う会社間競業取引規制に関する若干の提言」北見大学論集15号102頁（1986）。
- (23) 大阪地判昭和58年5月11日判例タイムズ502号189頁。上柳＝鴻＝竹内・前掲注(6) 213頁（本間輝雄）、大隅＝今井・前掲注(15) 228頁、大隅＝今井＝小林・前掲注(11) 226頁、江頭・前掲注(7) 434頁、龍田＝前田・前掲注(7) 90頁、落合編・前掲注(5) 70頁（北村雅史）等。
- (24) 森本・前掲注(19) 241頁（注10）（ただし、子会社の取締役会における承認は総株主〔親会社〕の同意によって不要となると解する）。同旨、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』294頁（注9）（有斐閣、1994）（利益相反取引について、その取締役が会社の全株式を所有し会社の営業が実質上その取締役の個人経営にすぎない場合、当該取引が株主全員の合意によってなされた場合には、取締役会の承認を要しないことは、会社債権者やその取引後に株式を譲り受けた者の保護の必要を考えると正当でないとする）。

### 3 競業取引の範囲

#### (1) 会社の事業の部類に属する取引

会社法356条1項1号にいう「会社の事業の部類に属する取引」とは、会社の目的とされる事業と同種または類似の商品または役務を対象とする取引であって、市場において競合し、会社と取締役ないし第三者との間で利益の衝突をきたすおそれがある取引を意味する<sup>(25)</sup>。

#### (2) 定款所定の会社の目的とされる事業

会社の事業の部類に属する取引であるかどうかについて、定款所定の目的（会社27条1号）とされる事業の全てがそのまま基準となるわけではなく、会社が実際に行っている事業を基準として判断されるものと解される<sup>(26)</sup>。取締役（とくに会社の業務に携わらない社外取締役）が自らまたは第三者のために行う営業の自由に配慮し、過度に規制することにならないようにすべきであるからである。したがって、会社が事業を行う準備を全くしていない事業（将来事業を行うかもしれないとして一応定款の目的に記載する場合）、完全に廃止した事業（廃止した事業が定款に残っている場合）は、会社法356条1項1号の適用範囲から除かれる。これに対し、会社が実際に行っている事業（定款に当該事業の具体的な記載がなく継続的に行っているが、その目的を追加する定款変更をしていない場合も含む）のほかに、現に行っていない事業への進出を計画中の新たな事業、すでに開業準備に着手している事業、一時的に休止している事業、現に開業準備に着手してはなくても、会社の事業の種類・状態・事業方針から判断して、新規事業の開始が合理的に予測され、あるいは事業を開始することが相当程度確実となっている事業は、本条の適用範囲に含まれる<sup>(27)</sup>。

また、会社の事業の部類に属する取引に該当するか否かは、取締役がその地位に基づいて得た知識や情報を会社外の利益のために流用することを予防

するという本条の立法趣旨から、会社の目的とする事業よりも広く、同種または類似の商品または役務を対象とする取引も含まれる<sup>(28)</sup>。

### (3) 定款所定の付帯事業

会社の定款に主たる目的事業を列挙した後に、主たる目的事業に付帯する事業が掲げられる場合、主たる目的事業に関連する各種の付帯事業も、会社の目的とされる事業を遂行するために不可欠の取引であり、事業の部類に属する取引に含まれる<sup>(29)</sup>。しかしながら、その事業の維持便益のためになされる補助的行為として、金銭借入れや従業員の雇用、営業所・工場に必要な土地・建物の取得・賃貸借、特許権の取得等は、事業の部類に属する取引に含まれないと解される<sup>(30)</sup>。ただし、取締役がこれらの取引を行った場合には、忠実義務違反ないし善管注意義務違反の責任が問われる可能性がある。

### (4) 取引段階が異なる事業

同一の商品を取り扱う場合においても、卸売商と小売商のように、その事業について取引（流通）段階が異なるときは、通常、市場における競合関係を生じるおそれがなく、競業取引としての承認を必要としないと考えられる<sup>(31)</sup>。

### (5) 取引の地域が異なる事業

会社の現在の事業区域と異なる地域において、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する場合、一般的に市場において競合関係を生じるおそれがなく、競業取引としての承認を必要としないと考えられる<sup>(32)</sup>。ただし、会社の現在の事業区域と異なる地域であったとしても、会社が進出を企図し市場調査等を進めている地域における同一商品の販売の場合には、市場における競合関係を生じ、競業取引規制の対象となると解さ

れる<sup>(33)</sup>。

#### (6) 営利的性格を有しない取引

取締役の取引行為が営利的・商業的性格を有しない場合、例えば、不動産の売買・賃借を事業目的とする会社の取締役が他の会社から自宅のために土地建物の購入・賃借をすること、自動車販売会社の取締役が他社から自家用自動車を購入することなどは、競業取引規制の対象に含まれないと解される。競業取引規制が事業の部類に属する取引と規定していることは競業行為に営利的・商業的性格を要求していると解するべきであり、上記のような行為を規制対象に含めることは取締役の会社外における行為の自由を過剰に制限することになるからである<sup>(34)</sup>。そのような行為によって、会社に損害が生じることがあったとするならば、この場合には取締役の忠実義務ないし善管注意義務による責任の問題となる。

- (25) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)207頁(本間輝雄)、落合編・前掲注(5)66頁(北村雅史)、酒巻=龍田編集代表・前掲注(6)428頁(石山卓磨)等。
- (26) 通説である。上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)207頁〔抽象的利害対立の危険まで対象に含めることは行きすぎとする〕(本間輝雄)、江頭・前掲注(7)434頁、龍田=前田・前掲注(7)88頁、落合編・前掲注(5)67頁〔本条の趣旨を超えた過剰な規制となるとする〕(北村雅史)等。これに対し、会社と利害が対立する定型的な危険が認められるから、定款所定の事業目的に該当する事業は原則として競業事業と解する見解がある。森本・前掲注(12)7頁、同・前掲注(19)240頁。
- (27) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)207頁(本間輝雄)、落合編・前掲注(5)67頁(北村雅史)、酒巻=龍田編集代表・前掲注(6)428頁(石山卓磨)、江頭=中村編・前掲注(6)126頁(酒井太郎)等。
- (28) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)207頁-208頁〔綿衣料品の製造販売を定款所定の目的とする場合に、実際には綿の靴下だけの製造販売をしているとき、取締役が自らまたは第三者のために手袋の販売をする場合〕(本間輝雄)、落合編・前掲注(5)67頁〔和菓子の製造販売を定款所定の目的とする場合に、洋菓子の製造販売を行う場合も競業取引規制を及ぼす必要があるとする〕(北村雅史)。龍田=前田・前掲注(7)82頁-83頁は、商品の種類が異なる例として、紳士服と婦人服の場合は競合しないこともありうると解するが、この



場合については、実際上、競合すると考えるのが妥当であると思われる。

- (29) 最判昭和24年6月4日民集3巻7号235頁（木工品の製作を主たる目的とする事業の付帯事業には、その資材原料となる立木伐木の買入事業も含まれると判示する）。
- (30) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）208頁〔会社の事業拡張等が合理的に予測できる場合は、これらの取引についてまで禁止の範囲を拡大すべきとする〕（本間輝雄）、落合編・前掲注（5）67頁（北村雅史）、酒巻=龍田編集代表・前掲注（6）428頁（石山卓磨）、江頭=中村編・前掲注（6）126頁（酒井太郎）。
- (31) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）208頁、江頭・前掲注（7）434頁、龍田=前田・前掲注（7）88頁、森本・前掲注（19）241頁（注8）、大隅=今井=小林・前掲注（11）226頁等。
- (32) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）208頁（本間輝雄）、江頭・前掲注（7）434頁、龍田=前田・前掲注（7）88頁、森本・前掲注（19）241頁（注8）、大隅=今井=小林・前掲注（11）226頁等。これに対し、渋谷・前掲注（10）135頁は、競業取引規制の規定は取締役にに対し会社の事業発展の可能性の実現を封ずることを禁止しており、また、営業区域が異なっても、取締役が仕入れ等に関する知識や経験を利用する結果として会社が不利益を被る可能性があるから、現在の営業区域が異なるとの理由だけで、取締役は競業避止義務を免れないとする。また、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）209-210頁（本間輝雄）は、一般的な商品の製造・販売業については、販売地域が全く異なっているにもかかわらず、潜在的顧客層は競合しており、また原材料等の商品の仕入れについて競合が生じうるおそれがあるから、取締役に競業避止義務を認めるのが競業取引規制の立法趣旨に適合する。
- (33) 東京地判昭和56年3月26日判例時報1015号27頁。
- (34) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）210頁（本間輝雄）、落合編・前掲注（5）68頁（北村雅史）。これに対し、渋谷・前掲注（10）134頁は、会社にとって利得の機会を失う点でかわりがない以上、非営利的取引であることのみを理由に規制の適用を否定すべきでないとする。また、森本・前掲注（12）8頁・10頁（注28）は、非営利的取引の場合にも取締役が会社の犠牲において利得する抽象的危険が有り（会社内の情報に基づき、安価な宅地を購入して会社の得べかりし転得利益を取締役が私した場合を想起）、一般的に規制の適用を受けるとする。

## 4 取締役会の承認

### (1) 包括的承認

取締役が会社の事業の部類に属する取引を行うときは、取締役会設置会社では取締役会において当該取引につき重要な事実を開示してその承認を受けなければならない（会社365条1項。それ以外の会社では株主総会の承認を

要する。会社356条1項)。「重要な事実」とは、個々の具体的な取引につき個別的に承認する場合に、取引の相手方、目的物、数量、価格、履行期、取引の期間など、競業取引が会社に及ぼす影響を判断するために必要な具体的事実をいう<sup>(35)</sup>。

しかしながら、現代の会社においては、資本提携や業務提携などによって、その取締役が同業の他の会社や子会社の取締役を兼任する 경우가少なくない。このような場合に、取締役が同種の事業を目的とする他の会社の代表者や支配人等の地位に就くことは、それ自体、競業取引規制の適用対象とならないが、その者が当該他の会社を代表・代理して会社の事業の部類に属する取引を反復継続的に行うことになる場合に、個々の取引につき取締役会の承認が逐一必要とされると考えることは妥当ではない。そこで、重要事実の開示によって会社の事業に対する今後の影響が予測でき、それによって取締役会の構成員がそれぞれの地位に立って具体的な判断をすることが可能であれば、その承認は包括的に行うことが認められている<sup>(36)</sup>。

取締役が当該他の会社の代表者等の地位に就く際に、取締役会の包括的承認を受ける場合に、取締役会において開示される「重要な事実」は、当該他の会社の規模、事業の種類・性質、商品・サービスの内容、取引の規模および範囲などが開示されるべきである<sup>(37)</sup>。この包括承認を受けた後に、当該他の会社の上記の規模、事業の種類・性質等の重要事実に変更があり、承認の可否を判断する基礎が異なるような事情が生じた場合には、再度取締役会の承認を必要とする<sup>(38)</sup>。

なお、親会社の複数の事業部門において各事業部門の下にグループ子会社がある場合、1つの事業部門担当の取締役が同時に親会社と市場が競合する当該子会社の代表取締役を兼ねることになっているとき、これに関し親会社にとって重要な業務執行に該当すると考えれば、会社法362条4項の重要な業務執行に関する決議と、会社法365条1項の競業取引の包括的承認決議に

ついて、両条文に基づく取締役会決議の成立要件がみたされるかぎり、1つの決議でまとめて行うことを認めても差し支えはない<sup>(39)</sup>。

## (2) 事後の承認

取締役会の承認を受けずに取締役が競業取引を行った場合に、事後的に取締役会が当該取引を承認することができるかという問題がある。この点については、会社法356条1項1号の文言は「取引をしようとするとき」となっており、会社法365条2項の文言は「取締役は、当該取引後、遅滞なく、・・・・・・取締役会に報告しなければならない」と規定していること、承認のために取締役会を招集することにそれほど困難を伴うとは考えられないこと、承認のない場合に損害額の推定規定がおかれていること（会社法423条2項）、これらの規定の適用を明確にし、無用な紛争を回避すべきことなどの理由から、競業取引の承認は取締役が当該取引を行う前に受けるべきであり、事後の承認（追認）は認められない<sup>(40)</sup>。

## (3) 特別利害関係取締役

(ア) 特別利害関係の意味 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、議決に加わることができない（会社法369条2項）。「取締役会の決議について特別の利害関係」とは、取締役会決議について、取締役の会社に対する忠実義務（会社法355条）と矛盾・衝突することにより当該取締役がその義務を誠実に履行することが困難と認められる利害関係を意味し、取締役個人の競業取引や取締役個人と会社間の取引等の利益相反取引について取締役会が承認する場合（会社法356条1項・365条1項）などにおいて、当該取締役は、特別利害関係取締役として、議決に加わることができないとされている<sup>(41)</sup>。

取締役の特別の利害関係は、取締役が取締役会決議により権利の取得ない

し義務の負担（または経済的損得）をすることを意味する場合（個人的利害関係）と、取締役が第三者ないし他の会社のために取引等を行うことを意味する場合（第三者のための利害関係）とに分けることができる。特別利害関係取締役について、従来、当該決議につき個人的利害関係を有する取締役の意味に限るとする見解が主張されている<sup>(42)</sup>。しかしながら、取締役の忠実義務の観点からは、取締役の個人的利害関係と第三者のための利害関係とを本質的に区別すべき理由がないこと、会社法の競業取引規制と利益相反取引規制は、取締役が個人のためにする場合と第三者のためにする場合とを区別せずに規定していることから、取締役が当該取締役会決議について個人的利害関係を有する場合だけでなく、第三者のための利害関係を有する場合についても、特別利害関係取締役となるものと解されるべきである<sup>(43)</sup>。

（イ）個人的利害関係　取締役の個人的利害関係として挙げられるものについて、①取締役個人の競業取引（会社356条1項1号）や取締役個人と会社間の利益相反取引（会社356条1項2号3号）の承認（会社356条1項・365条1項）、②譲渡制限株式の譲渡に取締役個人が売買の当事者となる当該譲渡の承認（会社139条1項）、③代表取締役解職決議、④会社に対する責任の一部免除（会社426条1項）、⑤会社・取締役間の訴えの会社代表者の選任（会社364条）などが一般的に認められている<sup>(44)</sup>。

これに対し、上記の場合のように取締役が取締役会決議について直接的個人的利害関係を有する場合だけでなく、例えば、A会社の取締役Bが他の会社であるC会社の株式を所有する場合あるいはC会社を実質的に支配している場合、A会社の取締役DがC会社代表取締役を兼任するとき、C会社の行う競業取引やC会社との利益相反取引を承認するA会社の取締役会決議について、取締役Bは特別利害関係を有する者にあたるかという問題が生じる。これらの問題については、⑥A会社の取締役BがC会社の株式の全部を所有する場合（いわゆる一人会社）、BとC会社とは経済的一体として認められ

るので、A会社の取締役会決議について、取締役Bは特別利害関係を有する者にあたりと解されることには異論はないものと考えられる。⑦BがC会社の過半数の株式を有する場合、BとC会社とは経済的に一体であるとまではいえなくても、BはC会社を支配しているといえるから、A会社の取締役会決議について、取締役Bは特別利害関係を有する者にあたりと解される。⑧BがC会社の過半数未満の株式を有するにすぎない場合でも、C会社の決定に対して重要な影響を与えることができる割合の株式（例えば100分の30以上の株式）を有するときは、取締役Bは特別利害関係を有する者にあたりと解されるべきである<sup>(45)</sup>。

（ウ）第三者のための利害関係　取締役が取締役会決議について第三者のための利害関係を有する場合については、他の会社の取締役を兼任する場合に問題となることが多い。

①代表取締役兼任の場合　A会社の取締役BがC会社の代表取締役を兼ねる場合に、C会社の行う競業取引やC会社との利益相反取引を承認するA会社の取締役会決議について、取締役Bは特別利害関係人になると解されている<sup>(46)</sup>。これに対し、この場合における取締役Bの利害関係が間接的であることを理由に特別利害関係人なることを否定する見解も主張されている<sup>(47)</sup>。しかし、C会社の業務執行を担当する代表取締役Bは、取締役会の構成員にすぎない他の取締役とは異なり、C会社との結び付きが強固であるので、A会社の取締役会の決議に参加すると、個人的利害関係がある場合と同様に決議の公正が害されるおそれがあると考えられることから<sup>(48)</sup>、BはA会社の取締役会の決議について特別利害関係を有する者となる解するのが妥当である。したがって、上記の例で、C会社にBとは別の代表取締役D（A会社の取締役を兼任しない）がC会社を代表した場合にも、BはA会社の取締役会決議について特別利害関係を有する者と考えられる<sup>(49)</sup>。

②単なる取締役兼任の場合　ところで、A会社の取締役BがC会社の取

取締役を兼任するにすぎない場合に、競業取引や利益相反取引などについて取締役会の承認が求められるとき、BはA会社・C会社の代表取締役とならないかぎり、両会社の取締役会の構成員であるにすぎないのであり、取締役B個人の経済的利益には直接関係せず<sup>(50)</sup>、この程度の利配関係ではBが取締役会の決議に加わってたとしても、そのために特に決議の公正が害されたとするほどのことはないとして、特別利害関係人に該当しないと考えられている<sup>(51)</sup>。また、取締役会における各取締役の対等性・独立性を強調して、取締役会の構成員にすぎない兼任取締役の両会社に対する忠実義務の対立を理由に両会社の取締役会決議について特別利害関係取締役となると解する必要はないともいわれる<sup>(52)</sup>。むしろ、取締役会における各取締役の対等性・独立性の観点から、兼任する両会社の双方に利益となるように取締役会の決議に積極的に参加する義務がある考えるほうが、兼任取締役の存在意義につながるであろう。

③親子会社関係における取締役兼任の場合 (a) 完全親子会社の場合  
親会社であるA会社の取締役Bがその完全子会社であるC会社の代表取締役を兼ねる場合に、親会社とその完全親会社とは経済的に一体であって実質的に両会社の間には利益衝突の関係がないと解する立場<sup>(53)</sup>によれば、C会社の行う競業取引や利益相反取引は規制の対象とはならないので、A会社の取締役会の承認決議における取締役Bの特別利害関係の有無が問題とはならない。しかしながら、完全子会社といえども別個の法人であること、子会社が倒産するとき、子会社の財産は株主である親会社に優先して子会社債権者の担保財産となり、親子会社間に利害対立関係がないとはいえず、親会社の株主保護のためにも親会社の取締役会の承認を要求すべきであると解すべきであり<sup>(54)</sup>、この立場からは、A会社の取締役会の承認が要求されることになる。この場合に、特別利害関係の有無については、上記①・②と同様に考えるべきであり、取締役BはC会社の代表取締役を兼ねる場合には特別利害関係人

に該当するけれども、単なる取締役兼任にすぎない他の取締役は特別利害関係人に該当しないと解される。

(b) 他の支配従属関係の会社の場合 完全親子会社関係ではなくて、支配・従属関係にある会社の場合、子会社には株主である親会社以外の株主も存在していることから、親会社の利益と子会社の利益が衝突する可能性があるので、一般的に、競業取引規制の対象となると解されている<sup>(55)</sup>。この場合に、企業グループにおける経営戦略としてグループ会社間の統一的指揮をはかるために兼任取締役を利用する場合に、会社間に利益衝突の関係がないと主張する見解<sup>(56)</sup>があるが、前述のように、親会社の取締役が子会社を代表して競業取引を行うとき、親会社取締役会の承認決議について特別利害関係人になると考えるべきである。

④特別利害関係を有しない取締役1人による取締役会決議の効力 取締役会の決議は、定款で別段の定めがないかぎり、議決に加わることができる取締役の過半数が出席し、その過半数をもって行い（会社369条1項）、特別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規定されている（会社369条2項）。定足数算定の基礎となる取締役は、現存取締役の数であり、現存取締役の数が法律または定款で定める員数の最低限を下回っている場合には、その最低限を基礎として算定すべきであると解されている<sup>(57)</sup>。

そこで、特別利害関係を有する取締役の場合、取締役会の構成員が3人である会社においては、最低2人の取締役が出席し、その過半数の2人の賛成がなければ有効な決議ができないことになるところ、取締役会の決議事項に2人の取締役が特別利害関係を有するとき、議決に加わることができる取締役は1人のみとなり、上記の法律上の取締役の員数の最低限を下回り、定足数はその1人となるという問題が生じる。

この点について、㉗特別利害関係のある取締役を定足数の算定の基礎になる取締役の総数に加えないことにした結果、取締役が3人の会社の場合に特

別利害関係のある取締役が2人いるときは、決議が成立しないと解され、仮取締役の選任を要するとする見解<sup>(58)</sup>がある。これに対し、①特別利害関係を有する取締役を取締役会の定足数に算入しないとしている以上、特別利害関係を有しない取締役1人のみで決議したとき、その決議は有効であるとする見解<sup>(59)</sup>が多い。實際上、個別の決議事項で特別利害関係を有する取締役が異なる場合も想定されることから、特別利害関係を有しない取締役1人のみで決議は有効であると解するほうが、実務処理において便宜であり妥当なものと考えられる。

なお、特別利害関係を有する取締役を取締役会への出席、意見陳述は、見解の分かれるところであるが<sup>(60)</sup>、実務的には、特別利害関係を有する取締役に対しても招集手続をとるのが相当であると考えられている<sup>(61)</sup>。取締役会の承認は、競業取引について重要な事実を開示したうえで受けることを要するので（会社356条1項柱書）、特別利害関係を有する取締役は、その承認の際に重要な事実の開示・説明等をしなければならないことから、この限りにおいては、上記のような見解の相違があるとしても、当該取締役会に出席して説明等をする必要がある<sup>(62)</sup>。

#### (4) 取締役会への報告義務

競業取引・利益相反取引を行った取締役は、取締役会の承認を受けていたか否かにかかわらず、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（会社365条2項。なお、会社372条〔報告の省略〕）。取締役会に報告せず、または虚偽の報告をした取締役は過料に処せられる（会社976条23号〔罰則〕）。この報告義務は、昭和56年改正商法で新設されたもので（同改正法264条2項）、取締役会（監査役設置会社では監査役を含む）が事後的なチェックを行い、監査役監査の実効性を期し、取締役に対する責任追及等の措置を講ずることができるようにするためである<sup>(63)</sup>。



グループ会社間あるいは他の競業する他の会社との間における継続的取引において、競業関係にある他方の会社の代表取締役に就任した取締役が当該取引について包括的に承認された場合には、個々の取引について報告する必要はなく、その就任時に開示した諸事実に重大な変更がないかぎり、定期的に報告すればよいと考えられている<sup>(64)</sup>。その場合に、一応の目安として3ヶ月に1回くらいが基準となる頻度であろうといわれている<sup>(65)</sup>。

もっとも、包括的な承認を受けた競業取引において、競業取引に関する重要な事実の変更の報告は、取締役会が今後の競業取引について事前の承認を途中で撤回するか否かを判断するために重要なものであることから、競業取引を行う取締役がその報告を怠るとき、その後の継続的取引については取締役会の承認を受けずに取引したと同様の効果を生じると解する見解がある<sup>(66)</sup>。これに対し、報告義務の違反があったことを会社法356条1項・365条1項の違反に結びつけるのは行きすぎであるとする見解も主張されている<sup>(67)</sup>。報告義務の違反は、会社法356条1項・365条1項の違反の問題ではなくて、善管注意義務違反・忠実義務違反の問題と考えるべきである。

(35) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)216頁(本間輝雄)、落合編・前掲注(5)73頁(北村雅史)、酒巻=龍田編集代表・前掲注(6)429頁(石山卓磨)、江頭・前掲注(7)435頁(注3)、龍田=前田・前掲注(7)89頁、大隅=今井=小林・前掲注(11)227頁等。このような通説的見解に加えて、会社の機会の奪取などのような忠実義務に違反していないか否かを判断できる事実も含まれるとする見解などもあることについて、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)216頁-217頁(本間輝雄)、酒巻=龍田編集代表・前掲注(6)429頁(石山卓磨)参照。

(36) 通説である。上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)217頁(本間輝雄)、落合編・前掲注(5)73頁(北村雅史)、酒巻=龍田編集代表・前掲注(6)429頁(石山卓磨)等。

(37) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)218頁(本間輝雄)、落合編・前掲注(5)73頁(北村雅史)、江頭・前掲注(7)435頁(注3)、龍田=前田・前掲注(7)89頁、大隅=今井=小林・前掲注(11)227頁。

(38) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)218頁(本間輝雄)、落合編・前掲注(5)73頁(北村雅史)。

- (39) 北村・前掲注 (1) 137頁。
- (40) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注 (6) 219頁 (本間輝雄)、落合編・前掲注 (5) 74頁 (北村雅史)、大隅=今井=小林・前掲注 (11) 227頁 (注170)、北村・前掲注 (1) 137頁以下。
- (41) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注 (6) 115頁-116頁 (堀口亘))、落合編・前掲注 (5) 292頁-293頁 (森本滋)、酒巻=龍田編集代表・前掲注 (6) 429頁 (早川勝)、江頭・前掲注 (7) 417頁 (注15)、龍田=前田・前掲注 (7) 122頁、大隅=今井=小林・前掲注 (11) 213頁-214頁等。
- (42) 大隅=今井・前掲注 (15) 200頁、大隅=今井=小林・前掲注 (11) 214頁 (注158) (第三者のための利害関係はその利害関係が間接的であることを理由とする)、龍田=前田・前掲注 (7) 123頁、田代・前掲注 (17) 124頁 (取締役が第三者会社のために競業取引をする場合には、第三者会社の機関としてなすものであり、その第三者会社・取締役間の関係は、純粹の個人的関係とは異なるとする)。
- (43) 森本滋「取締役会決議と特別利害関係の範囲-取締役会の運営をめぐる基本問題(続稿)-」商事法務1113号 9頁 (1987)。これに対し、田代・前掲注 (17) 124頁は、取締役が第三者個人のために競業取引をする場合に、第三者個人とその代理人たる取締役との間の個人的結託関係により特殊な影響が生じる可能性があること、経済上特殊な影響を受けるべき者をも含むものと解するのが相当であるとして、当該取締役は特別利害関係取締役に該当すると解するのが妥当であるとし、他方では、取締役が第三者会社のために競業取引をする場合には、親子会社間の競業取引が法律上不可能になるおそれがあるという政策的配慮などを理由として、当該兼任取締役は特別利害関係取締役とならないと解する。第三者個人の場合と第三者会社の場合とを特に区別すべき理由はなく、この見解は理論的に首尾一貫したものではないと思われる。上記のような政策的配慮などは、別に検討されるべきものとする。
- (44) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注 (6) 115頁-116頁 (堀口亘))、落合編・前掲注 (5) 292頁-295頁 (森本滋)、大隅=今井・前掲注 (15) 200頁-201頁、大隅=今井=小林・前掲注 (11) 214頁、江頭・前掲注 (7) 416頁-417頁 (注15)。最判昭和44・3・28民集23巻3号645頁は、代表取締役解職決議について、当該代表取締役は特別の利害関係を有する者にあたりと判示する。これに対し、代表取締役を誰にするかの争いに、取締役間の利害対立はあっても、会社と取締役との間に対立関係はないから、選定・解職との特別利害関係にあたらぬとする見解 (龍田=前田・前掲注 (7) 122頁-123頁) が主張されている。
- (45) 同旨、松山三和子「取締役会決議につき特別利害関係を有する兼任取締役の範囲」愛知大学法経論集法律編113号245頁-246頁 (1987) 参照。
- (46) 大阪地判昭和57・12・24判例時報1091号136頁(自己取引の事案)、東京地判平成7・9・20判例時報1572号131頁 (自己取引の事案)。落合編・前掲注 (5) 295頁 (森本滋)、森本・前掲注 (43) 9頁-10頁。
- (47) 大隅=今井・前掲注 (15) 201頁 (この取締役がA会社の当該決議から排除されると、かえって事情にうとい一部の取締役のみにより、有利であるべき取引が不当に否決されるといった結果を生ずるおそれがないとはいえないことをも理由として挙げる)、大隅=今井=

小林・前掲注（11）214頁（注158）。

- (48) 稲葉威雄ほか『[新訂版] 実務相談株式会社法3』695頁（商事法務研究会、1992）、森本・前掲注（43）10頁参照。
- (49) 森本・前掲注（43）10頁。
- (50) 取締役が他方の会社である株式を所有する場合あるいは他方の会社を実質的に支配している場合には、当該取締役が特別利害関係を有する者にあたりと解されることがあることについて、本稿・前掲注（45）および該当する本文参照。
- (51) 稲葉ほか・前掲注（48）695頁。
- (52) 森本・前掲注（43）10頁－11頁（なお、いずれの会社の取締役会決議にも自由に参加しうると解することに疑問を呈し、代表取締役の場合と同様に、一方の取締役会の承認決議に参加しうると、両方の決議に参加できないという見解を提言する）。
- (53) 本稿・前掲注（23）および該当する本文参照。
- (54) 本稿・前掲注（24）および該当する本文参照。
- (55) 本稿・前掲注（18）および該当する本文参照。
- (56) 服部・前掲注（13）167頁は、企業集団におけるグループとして経営戦略に基づいて、親会社の取締役を子会社または関係会社の代表取締役として派遣する場合については、利害衝突をきたす定型的構造が欠けるから、特別利害関係人に該当しないと考える。また、松山・前掲（45）255頁は、兼任取締役により会社間での統一的指揮をはかろうとするその存在意義を重視すべきという考えから、親子会社間に完全なまたはほぼ完全な支配従属関係が認められる場合には、従属会社の取締役会決議について支配会社の代表取締役は特別利害関係人に該当しないと解し、支配従属関係が不完全である場合には当該代表取締役は特別利害関係人に該当すると解する。
- (57) 上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注（6）112頁（堀口亘）、落合編・前掲注（5）288頁－295頁（森本滋）。現任取締役数が、法律または定款で定める取締役の員数の最低限を下回っている場合には、その最低限の員数を基礎に、その過半数の取締役が出席していれば、有効な取締役会となると解されている（上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注（6）112頁（堀口亘）、稲葉ほか・前掲注（46）641頁・650頁以下、大隅＝今井・前掲注（15）199頁、江頭・前掲注（7）416頁（注12）等）。その最低限の員数を下回った直後に、取締役選任のための株主総会の招集決定等の実務処理に配慮する趣旨であろう（落合編・前掲注（5）289頁〔取締役会制度は法律上3人以上いることを前提としているので、2人しかいないときは、その制度は機能不全となるため、例外的事態の特別の取扱いはともかく、原則として仮取締役の選任を請求すべきであるとする〕（森本滋））。これに対し、現任取締役の員数とその最低限の員数の過半数に達しないときは、欠員を補充するまでは有効な取締役会を開くことができず、必要があるときは裁判所に一時取締役（仮取締役）の選任（会社346条2項）を請求をしなければならない（上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注（6）112頁（堀口亘）、落合編・前掲注（5）289頁（森本滋）、稲葉ほか・前掲注（48）650頁以下、大隅＝今井・前掲注（15）199頁、江頭・前掲注（7）416頁（注12）、大隅＝今井＝小林・前掲注（11）211頁（注154））。

- なお、定足数は、討議・議決の全過程を通じて維持する必要がある（最判昭和41・8・26民集20巻6号1289頁、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）112頁（堀口亘）、落合編・前掲注（5）289頁（森本滋））。もっとも、その運用は柔軟にする必要があろう（落合編・前掲注（5）289頁（森本滋））。
- (58) 稲葉・前掲注（3）241頁。同旨、稲葉威雄ほか「改正会社法セミナー〔第24回〕」ジュリスト799号108頁-109頁（竹内発言）（1983）。
- (59) 昭和45・3・2民事甲第876号民事局長回答、昭和60・3・15民四第1603号民事局第四課長回答。河本一郎『現代会社法〈新訂第9版〉』450頁（注3）（商事法務、2004）、稲葉ほか・前掲（48）708頁以下、大隅=今井=小林・前掲注（11）215頁（注159）（特別利害関係は、取締役会の開催全体に関するものではなく、特定の決議事項に関するものであることを考慮する）。ちなみに、例えば、法律・定款に定められた3人の取締役がいる会社において1人が特別利害関係を有する場合と、現存取締役が5人の会社において3人が特別利害関係を有する場合は、いずれの場合でも、定足数は残り2人の過半数の2人であり、その2人が全員賛成すれば決議が成立する。大隅=今井=小林・前掲注（11）215頁（注159）、落合編・前掲注（5）288頁（森本滋）。
- (60) 否定説と肯定説の対立について、落合編・前掲注（5）296頁-298頁（森本滋）参照。
- (61) 稲葉ほか・前掲（48）708頁。
- (62) 大隅=今井=小林・前掲注（11）215頁（注160）、落合編・前掲注（5）239頁（北村雅史）。
- (63) 元木・前掲注（3）140頁、竹内・前掲注（3）144頁、稲葉・前掲注（3）208頁、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）220頁（本間輝雄）、落合編・前掲注（5）241頁（北村雅史）。
- (64) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）220頁（本間輝雄）、落合編・前掲注（5）241頁（北村雅史）。
- (65) 商事法務研究会編『取締役競業規制の解説』220頁（森本発言）・222頁-223頁（森本滋発言、龍田節発言）（商事法務研究会、1987）、落合編・前掲注（5）241頁（北村雅史）。なお、3ヶ月に1回報告は、一応の目安であって、これをしなかったからといって、必ずしも、過料の制裁を受けるとまではいえないものと解される。商事法務研究会編・前掲注（65）222頁-223頁（森本滋発言、龍田節発言、川又良也発言）。
- (66) 神崎克郎「取締役の忠実義務-その具体的発現-」喜多了祐=中川和彦編『吉永榮介先生古稀記念論文集 進展する企業法・経済法』91頁-92頁（中央経済社、1982）、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注（6）220頁（本間輝雄）。
- (67) 北村・前掲注（1）141頁、落合編・前掲注（5）242頁（北村雅史）。

## 5 競業取引に関する取締役の責任

### (1) 取締役会の承認を得ない競業取引の場合

会社法では、取締役（または執行役）が、競業取引を規制する会社法356

条1項・365条1項に違反して当該取引を行うときは、その任務懈怠によって生じた損害を賠償する責任を負うことになる（会社423条1項）。そして、当該取引によって取締役または第三者が得た利益は、会社の損害の額と推定される（会社423条2項）。この規定は、平成17年改正前商法266条4項の規定を基本的に継承（同改正前の介入権の行使に関する但書の規定を除く）したものである。なお、取締役（指名委員会等設置会社の場合には執行役を含む）の競業禁止義務に違反する事実は、監査役・監査役会の監査報告（会社則129条1項3号・130条2項2号）、監査等委員会の監査報告（会社則130条の2第1項2号）および監査委員会の監査報告（会社則131条1項2号）に記載される。

（ア）立法の沿革　競業規制に違反する取締役の責任およびこれに関連する規定について、これまでの立法の沿革を簡潔に概観する。

①介入権　平成17年改正前商法264条3項では、取締役が、取締役会の承認を受けることなく自己のために競業取引を行ったときは、取締役会は、当該取引を会社のためにしたものとみなすことができると規定されていた（商旧254条3項）。この会社の権利が、いわゆる介入権と呼ばれ、取引の時から1年の経過により消滅すると規定されていた（商旧254条4項）<sup>(68)</sup>。介入権が認められた理由は、競業取引による会社の損害の多くが、うべかりし利益（期待権）の喪失という消極的なもので、損害の立証がきわめて困難であるため、それを救済すると同時に、特に取締役が従来からの会社の得意先との間で競業取引をなす場合には得意先が奪われるおそれがあることから、それを防ぎ得意先の維持をはかる点にあるといわれていた<sup>(69)</sup>。もっとも、介入権行使の効果については、介入権行使の効果は債権的なものであり、会社と取締役との内部関係においてのみ効力を生じ、第三者に対して物権的効力を生ずるものではない。取締役と第三者との取引関係は依然として有効であって、会社は取締役にその経済的効果を会社に帰属せしめる義務を負うに止ま

り、会社が取引の相手方に対して当然に直接の当事者となるものではないと解するのが判例<sup>(70)</sup>・通説であった（債権的帰属説といわれる）<sup>(71)</sup>。

②損害の推定規定　取締役の競業取引規制違反による損害賠償責任については、取締役が自己または第三者のために競業取引を行った場合、競業取引は会社の営業とは関係なく行われるものであり、また、競業取引が行われた結果、会社に生じた売上げの減少額あるいは増加すべきであった売上げの不足額等は営業当事者の能力や市況によっても相違することから、当該取引と相当因果関係のある会社の損害を証明することはかなり困難であると指摘されていた<sup>(72)</sup>。また、昭和56年改正前では取締役が株主総会の認許を得ないで自己のために競業取引をした場合に、前記の介入権の制度は株主総会の決議により介入権を行使することとされていたことから、實際上容易ではなく、機動的に行使することができず、そのため従来も行使された例は乏しかった<sup>(73)</sup>。

そこで、昭和56年改正商法において、取締役の競業避止義務の規定に違反した場合における会社の取締役に対する損害賠償請求の関係で、「其ノ取引ニ因リ取締役又ハ第三者ガ得タル利益ノ額ハ．．．．．会社ノ蒙リタル損害額ト推定ス」（昭和56年改正商266条4項）という規定が設けられた。これは、競業取引の場合の会社の損害の立証は容易ではないので、会社が当然なされるべきであった当該競業取引が会社以外の者のためになされた以上、会社の得べかりし利益の喪失はその者が得た利益に等しいとの理論構成で、会社の得べかりし利益の喪失による損害は、取締役（自己のためにした場合）または第三者（第三者のためにした場合）の得た利益の額と推定することとしたものである<sup>(74)</sup>。なお、この損害額の推定は、取締役が自己のために違法な競業取引をした場合にのみ認められる介入権とは違って、取締役が第三者のために違法な競業取引がなされる場合にも働くことになる<sup>(75)</sup>。また、この推定規定の効果は、結果的に介入権が行使された場合に前記のいわゆる債権

的効果説をとったときと同様であり、両者の効果は異ならないといえるから、既にその取引について介入権が行使されているときは、この推定規定は働かないものと規定されていた（昭和56年改正商266条4項但書）<sup>(76)</sup>。したがって、介入権の行使がなされないときに、会社の受けた損害額の推定規定が適用されることになる。

上記のような損害の推定規定によって損害賠償の請求が容易になる場合に、もともと介入権の制度は損害の証明を容易にするということが主目的であるということであれば介入権制度は廃止してもよいと考えられる。しかし、昭和56年改正商法では、損害の推定規定を設けるとともに、これまで実効性が乏しいといわれていた介入権も存置していた。この改正法では競業取引を株主総会の認許事項から取締役会の承認事項に改めたため、それに伴い介入権も取締役会決議によって介入権を行使することにすれば、機動性・実効性も高まるし、また、損害賠償請求権よりも、形成権として行使したほうが、より直截的であると考えられたためである<sup>(77)</sup>。

③介入権に関する規定の削除　介入権行使の効果について、前述の債権的帰属説をとる判例・通説によれば、介入権（商旧264条3項）の行使により、取締役がその行為の経済的な効果を会社に帰属せしめる義務を負うにとどまるため、その効果は競業取引に関する損害額の推定規定（商旧266条4項）と実質的に変わるものではないことになる。そこで、平成17年会社法において、介入権に関する規定が削除された<sup>(78)</sup>。したがって、会社法では損害額推定規定のみが定められている。

（イ）取締役の責任　①任務懈怠責任　取締役が、競業取引について取締役会の承認を得ないで当該取引をしたときは、会社法356条1項1号・365条1項の規定に違反となり、競業取引を行った取締役は、本規定違反について任務懈怠による損害賠償責任が問われることになり、他方、当該競業取引を行わなかった他の取締役は、当該取引によって会社に生じた損害につ

いて監視義務違反による責任を負うことになる（会社423条1項）。取締役会の承認を得ない競業取引により会社に生じた損害額は、競業取引が開始される以前の数年間の利益の額の平均額を基礎とし、これに景況等を加味して得べかりし利益の額を算出し、この額から競業取引開始後の現実に得られた利益の額およびこれから推測される将来の得べかりし利益の額を控除し、これに損害を回復するのに必要な期間を乗じて算出されるとされる<sup>(79)</sup>。

②利益の額の意味 得べかりし利益（逸失利益）の額について粗利益<sup>(80)</sup>と純利益<sup>(81)</sup>のどちらを基礎とするかという問題がある。損害額の算定については、競業取引がなければ得ていたであろう利益の填補という観点から、原材料費や人件費などの経費を控除し、純利益により逸失利益の額を算定すべきものと考えられる<sup>(82)</sup>。その他、競業取締役の個人的寄与分を損害額から控除することや<sup>(83)</sup>、競業取引と相当因果関係のある損害として認められる期間内に限ることが認められている<sup>(84)</sup>。

③損害額の推定 競業取引と相当因果関係のある会社の損害を証明することはかなり困難であると考えられることから、会社法423条2項において、競業取引について取締役会の承認を得ないで当該取引をしたときは、当該取引によって取締役または第三者が得た利益の額は、会社に生じた損害の額と推定されると規定されている（会社423条2項）。このような推定規定を適用した裁判例として、東京地判平成2・7・20判例時報1366号128頁は、有限会社の取締役につき、旧有限会社法29条1項の取締役の競業避止義務違反が認められ、その場合の同社の損害額は、損害額の推定規定（旧有30条の2第4項で準用する商旧266条4項〔会社423条2項〕）により、当該取締役の競業会社代表取締役在任期間中の競業会社の営業利益であると判示する。

競業取締役の責任を追及するためには、会社の具体的な損害額の立証を要せず、当該取引によって取締役または第三者が得た利益の額を立証すれば、その額の賠償を受けることができる。もちろん会社の方で、会社の受けた損



害額が、取締役または第三者が得た利益の額より多いことを立証すれば、実際の損害額に等しい額の賠償を受けることができる。逆に、取締役の方で、会社の受けた損害額が取締役または第三者が得た利益の額より少ない額であることを立証すれば、取締役は実際の損害だけを賠償すればよい<sup>(85)</sup>。なお、競業取引について事後承認があっても、適法な競業取引となるわけではなく、取締役の責任に直接影響せず、損害の推定規定が適用されることになる<sup>(86)</sup>。

ところで、名古屋高判平成20・4・17金融・商事判例1325頁47頁は、平成17年商法改正前の損害額の推定規定（平成17年改正前商法266条4項）を適用したもので、X株式会社の代表取締役Y1が事実上の主宰をする別会社のY2有限会社を用いて競業取引を行ったことについて、X会社がY1に対して競業禁止義務違反に基づく損害賠償請求をした事案で、損害額と推定される「Y1が競業禁止義務違反によって得た利益は、役員報酬又は給与手当が役務の対価又は労務の対価であり、Y2会社においてY1が資金調達、信用及び営業について中心的役割を果たしていることに鑑みれば、・・・・・・Y1及びその家族の報酬・・・・・・の合計額の5割とするのが相当である。」、「したがって、旧商法266条4項により、Y1が、競業取引をすることによってX会社が被った損害額は1953万円となる。」と判示した。損害額の推定規定は、取締役または第三者が得た利益の額（平成17年改正前商266条4項、会社423条2項）を会社の損害額と推定するものである。しかし、本件では、第三者であるY2会社には問題となる期間において利益を得ていたとは認められなかったために、本判決は、Y1およびその家族がその期間中にY2会社で得た役員報酬の一部を取締役が得た利益の額とし、これをX会社の損害額と認定している。これに対し、批判する見解が多い<sup>(87)</sup>。しかし、家族・親族のみで経営されているような小規模の閉鎖的会社では、会社の利益が剰余金の配当ではなく役員報酬の形として支払われている場合が少なくないことから、本判決はその実態に注目したものとして、具体的な事案にお

ける判示としてその結論自体は支持されうる<sup>(88)</sup>。

④委任またはその類推による取得株式・配当金の返還請求 東京地判昭56・3・26判時1015号27頁は、X会社のワンマン的経営を行っていた代表取締役Yが、X会社と競業する他のA会社の株式のほとんどを自ら買い取ってそのA会社の事実上の主宰者として経営したり、自らの資金でX会社と競業する別会社のB会社を設立してB会社（後に、X会社の子会社であるC会社に吸収合併された）の代表取締役となり経営をした事案で、東京地裁は、「Yが・・・・・A会社の事実上の主宰者として、これを経営してきたことは、・・・・・第三者であるA会社のために、X会社の営業の部類に属する取引をしてきたことに外ならず、・・・・・X会社に対する競業禁止義務に違反することは明らかである。」、「YがX会社の代表取締役でありながら、B会社及びC会社の代表取締役として、・・・・・これらの会社を営したことは、第三者であるこれらの会社のために、X会社の営業の部類に属する取引をしてきたことに外ならず、・・・・・X会社に対する競業禁止義務に違反することは明らかである。」と判示した。そして、「取締役会がその機能を失い、代表取締役が全ての業務執行を決定し、これを執行するというX会社にみられた状況は極めて異常のものではあるが、取締役会が業務執行に関する全ての決定をYに委任していたというべき状態にあったとみる外ない。」として、「YがB会社の発足及び運営、C会社の設立及び運営に関し行った行為がX会社に対する競業行為となり、善管注意義務、忠実義務に違背するものであることは、・・・・・X会社の取締役会のYに対する委任の趣旨に反するものであることは明らかである。」、「したがって、Yとしては、A会社については、Y・・・・・が取得した株式をX会社の株式とし、B会社についてはこれをX会社の一部門とし、若し特段の事情が認められる場合でも、これをX会社の子会社とし、Y・・・・・が取得した株式はX会社の株式として、・・・・・両社を発足させるべきであった」、「こ

れが取締役会のYに対する委任の本旨とみるべきであり、にもかかわらず、Yはこれに反して両社の株式を、X会社以外の者の保有するところとしたものである。」「X会社はYに対し、委任の本旨に従い、その株式の移転を求めることができるのと同様に、本件の場合においても、X会社は、その株式がYにおいてX会社に移転することがなお不可能とはみられない限り、委任又はその類推により、Yに対し、その移転を求め、既にこれらの株式につき取得した配当金はこれを返還し、またその移転義務の履行が将来不可能になる場合には、その填補賠償を求めることができると解するのが相当であり、この方法こそが競業禁止義務、善管注意義務及び忠実義務違反を理由とする損害賠償請求よりもはるかに直接的でかつ根本的な救済を得る結果となるものというべきである。」と判示する。

本件判旨によれば、Yは、「自己のため」ではなくて、「第三者であるA会社のため」に競業取引を行ったと認定していることから、「自己ノ為」に取引をした場合を要件とする介入権（昭和56年改正前商264条3項）を行使する余地はなくなる。したがって、このような場合には、X会社はYに対する損害賠償請求のみが可能であると通常考えられる。ところが、本件判旨は、Yに対して、その保有する株式の移転および既にこれらの株式につき取得した配当金の返還を求める旨の判示をしている。この判旨の構成には疑問を指摘する見解が多い<sup>(89)</sup>。本件事案において、A会社およびB会社の運営は事実上X会社のリスクのもとに行われている点、また、A会社およびB会社の株式の実質上すべてをYが保有している点で、このような特殊な事実関係を前提に特別の救済を認めたものとして、本件判旨を理解するのが妥当であろう<sup>(90)</sup>、その意味で、本件判旨の処理は、受任者の受取物の引渡し等を定める民法646条の適用ないし類推適用により、介入権の行使に類似した救済を認めた裁判例として評価されうる<sup>(91)</sup>。

## (2) 取締役会の承認を得た競業取引の場合

競業取引について、取締役が取締役会の承認を得て行う場合、取締役会の承認には当然の免責的効果はないことから、会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反して会社に損害を与えたときは、会社に対して善管注意義務違反・忠実義務違反による責任を負うことになると解されている（会社432条1項）<sup>(92)</sup>。これに対し、昭和25年改正商法では、競業取引についての株主総会の認許には、免責的効果が与えられると解されていたので、その経緯について、簡潔に概観する。

(ア) 会社法制定前 ①昭和25年改正商法 昭和25年改正商法では、取締役が競業取引をするには、株主総会においてその取引について重要な事実を開示し、その認許を受けなければならないとされ、その認許は発行済株式の総数の3分の2以上の多数をもってすることとされていた（昭和25年改正商264条1項2項）。昭和25年改正法のもとでは、競業取引についての株主総会の認許には、免責的効果が与えられると解されていた<sup>(93)</sup>。その理由として、(a) 競業禁止規定に違反して取引をした場合に取締役は損害賠償の責めに任ずるとしていた規定（昭和25年改正商266条1項3号）の反対解釈として、認許を受ければ責任を追及されないと解されること、(b) 取締役が自己取引により会社に損害賠償の責任を負う場合、総株主の同意（同改正商266条4項）によることなく、発行済株式の総数の3分の2以上の多数をもって免除できるとする規定（同改正商266条5項）と、競業取引の株主総会の認許の決議要件が同じであること、(c) 会社の所有者である株主からなる株主総会が、たとえ競業であっても、それが実質的に会社の利害と衝突しないと考えればこそ認許するのであり、この認許は会社所有者による取引の承認という例外的現象であること、ということが挙げられていた<sup>(94)</sup>。

②昭和56年改正商法 しかし、昭和56年改正商法は、競業取引の承認機関を取締役会に移行させるとともに（昭和56年改正商264条1項）、競業禁止

規定に違反して取引をした場合に取締役は損害賠償の責めに任ずるとしていた規定（昭和25年改正商266条1項3号）が削除された。その理由として、（a）従来から、株主総会の認許を受けずに取引すること自体で法律違反であり、取締役は法令違反（同改正商266条1項5号〔「法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタルトキ」〕）によって損害賠償の責めに任ずることになるため、上記競業禁止規定違反による取締役の損害賠償責任規定（同改正商266条1項3号）は単なる注意規定であるとの考え方が強かったこと、（b）昭和56年改正商法において、競業取引の承認機関が株主総会から取締役会へ移行したことに伴い、取締役会の承認には免責の効果がないことになり、取締役が取締役会の承認を得ないで競業取引をすれば、当然に法令違反となり、取締役が会社に対して責任を負うことになるが、上記のような損害賠償責任規定（昭和25年改正商266条1項3号）があると、かえって取締役の承認があれば取締役の責任は生じないと解されるおそれがあることから、この規定を削除しても、取締役の競業についての責任についての解釈に支障がないのみならず、誤解を防ぐうえからも得策であると考えられること、ということが挙げられていた<sup>(95)</sup>。

（イ）会社法 平成17年会社法は、競業取引規制について、昭和56年改正法の規定を基本的に受け継いでおり、取締役が競業取引について取締役会の承認を得て行う場合でも、当該競業取引を行う取締役は、当然に免責されるわけではない。この場合に、一般的な善管注意義務違反・忠実義務に違反しているかどうかという任務懈怠責任が問われることになる（会社423条1項）。また、取締役が取締役会の承認を得ているので、競業取引規制に違反したときにおける損害額の推定規定（会社423条2項）の適用はないことになる。

上記のように、取締役会の承認を得た競業取引について免責の効果はないということになれば、常に会社に損害を与えないような方法で競業を行わな

ければならないことになり、実際には、形式的には競業であっても実質的には競業にならないような場合（例えば、親会社がある地域についての製品の販売を子会社に行わせ、その子会社の代表取締役が親会社の取締役が就任するような場合）にしか行えないことになるとし、また、取締役会の承認も、競業によって会社に損害が生じないことが確実なものしか与えられず、実際には、形式的な競業にあたる場合に限られることになると考える見解がある<sup>(96)</sup>。しかし、このような考え方によれば、取締役会の承認があっても、結果的に会社が損害が生じた場合には、当該競業取引に係る取締役が無過失責任ないしは結果責任を負わせることになるのであろう。

他方、競業取引によって会社がいかなる影響を受けるかを判断するのに必要な重要な事実を完全に開示して取締役会の承認を得た取締役は、承認を得た範囲内で競業取引をするかぎり、それによって会社が損害を被っても、それを賠償する責任を負わないものとする見解<sup>(97)</sup>や、取締役会の承認を求め際に取引の重要な事実を十分に開示したこと（会社356条1項1号・365条1項）、競業取引後に取締役会に報告していたこと（会社365条2項）は、取締役の忠実義務違反を否定するための1つのファクターとして考慮されるべきであり、故意または過失が原則として否認される場合もありうると考える見解<sup>(98)</sup>が主張されている。これらの見解も、實際上、取締役会の承認に免責の効果を認めるのと同じことになるのであろう<sup>(99)</sup>。

むしろ、競業取引を行う取締役は、当該競業取引によって会社に損害が生じないと合理的に信じた場合には、会社に損害が生じる結果となった場合でも、善管注意義務違反・忠実義務違反による損害賠償責任を負わないと解されるべきである。そして、取締役会において重要な事実を誠実に開示し、取締役会の承認を受けたときは、損害額の推定規定（会社423条2項）が適用されないことになるとともに、さらに過失のないことの立証に資することになるものと考えられる<sup>(100)</sup>。競業取引を行った取締役以外の取締役は、取締

役会において当該競業取引の重要な事実について十分な情報開示を受けて、当該競業取引が会社に損害を与えないと合理的に信じて取締役会で承認決議に賛成した場合、当該取締役は任務懈怠による責任を負わないと解される。なお、取締役会の承認決議に賛成した取締役に任務懈怠が認められない場合は、情報開示に問題がないかぎり、競業取引を行う取締役の任務懈怠も認められないことになるとする見解がある<sup>(101)</sup>。むしろ、承認決議に賛成した取締役に任務懈怠が認められない場合は、競業取引を行う取締役の任務懈怠も認められないと推定されるものと考えられるべきであろう。競業取引を行う取締役の任務懈怠による責任を前提として、取締役会の構成員の責任が問題となると考えるべきであるからである。

近時、企業の組織再編により、企業集団（企業グループ）化が促進され、会社がその子会社や関係会社へ会社の取締役を派遣して、代表取締役に就任させる場合が多くなっている。必然的に、企業グループにおいてそれぞれ競業取引をする機会も増大している。このような場合に、同種の事業を目的とする子会社・関係会社の代表取締役に就任させるときは、競業取引について取締役会の包括的承認の手続を踏むことが多いであろう。しかし、取締役会の承認を得ていたとしても、競業取引により結果として会社に損害を与えた場合には、取締役は善管注意義務違反・忠実義務違反の責任が問われることになる。

そこで、会社が同種の事業を目的とする子会社や関係会社へ会社の取締役を派遣して、代表取締役に就任させる場合には、親会社の企業戦略の一環として、高度な経営政策的判断ないしは正当な事業目的から行われることが多いから、競業取引の承認を得ていたとしても結果的に会社の損害が生じたとするならば、直截に、その競業取引を行った取締役またはそれを取締役会において承認して決議に賛成した取締役（会社369条5項）について善管注意義務違反・忠実義務違反の責任を負わせるべきではないと主張する見解が多

い<sup>(102)</sup>。この見解の趣旨は一般的に支持すべきものと考えますが、包括的な承認に事実上の免責の効果を付与することを認める趣旨であれば<sup>(103)</sup>、妥当のものとはいえないであろう<sup>(104)</sup>。競業子会社または関連会社への取締役の派遣についての取締役会の承認が適切さを欠く場合には、その取締役会の承認決議に参加したに取締役は、子会社等の競業取引により会社に損害を与えたとき、責任を問われることになるものと考えられる。もっとも、その責任を判断する際には、企業経営の専門家としての取締役は、その高度な経営政策的判断として、その裁量の範囲内であれば、いわゆる経営判断の原則により責任を負わないと解すべきことになる<sup>(105)</sup>。

(68) 介入権に関する規定は、明治32年の商法177条2項において、「取締役カ前項ノ規定ニ違反シテ自己ノ為メニ商行為ヲ為シタルトキハ株主総会ハ之ヲ以テ会社ノ為メニ為シタルモノト看做スコトヲ得」と規定されていた。昭和13年の商法改正により、競業取引規制は同改正法264条に規定され、この際に条文中の「商行為」の文言が「取引」に変更され、昭和25年改正法264条2項は、「取締役カ第一項ノ規定ニ違反シテ自己ノ為メニ取引ヲ為シタルトキハ株主総会ハ之ヲ以テ会社ノ為メニ為シタルモノト看做スコトヲ得」と規定された。その後、昭和56年改正法は、競業取引の承認機関を、株主総会から取締役会に移したことから（昭和56年改正商264条1項）、介入権行使の決定機関も、株主総会から取締役会に変更された（同改正商264条2項）。

(69) 上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注(6) 221頁（本間輝雄）。

(70) 最判昭和24・6・4民集3巻7号235頁。

(71) 上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注(6) 222頁－223頁（本間輝雄）。判例・通説のとする債権の帰属説によれば、介入権行使の結果、取締役は取得した物品または債権を会社に譲渡する義務を負い、会社は取締役が負担した債務を弁済し、支出した費用の填補義務を負うことになる。これに対し、会社は介入権行使により債権の譲受人と同様の地位に立ち、取引相手である第三者に対して介入権行使を原因とする権利移転の効果を主張することができるとする見解も存在していた（大阪谷公雄『会社判例百選（新版）』153頁〔有斐閣、1970〕、渋谷・前掲注(10) 139頁等）。なお、学説について、上柳＝鴻＝竹内編集代表・前掲注(6) 222頁－224頁（本間輝雄）参照。

(72) 元木・前掲注(3) 150頁。

(73) 竹内・前掲注(3) 144頁－145頁、稲葉・前掲注(3) 209頁－210頁。

(74) 稲葉・前掲注(3) 209頁（同趣旨の規定は特許法102条にあるとする）、竹内・前掲注(3) 144頁－145頁、元木・前掲注(3) 150頁（特許法102条にならったものとする）。



- (75) 竹内・前掲注 (3) 145頁、稲葉・前掲注 (3) 209頁、元木・前掲注 (3) 150頁。
- (76) 元木・前掲注 (3) 150頁。
- (77) 竹内・前掲注 (3) 145頁、稲葉・前掲注 (3) 210頁（介入権の行使の場合、会社の損害の有無はまったく問題とならず、損害の推定規定を打ち破るための立証活動の余地もなく、そのように法律関係が簡明〔会社の取締役に対するその得た利益の移転の請求が認められる〕になるという点では、介入権の制度にも意味があるとの理由を挙げる）。
- (78) 相澤哲『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』120頁（商事法務、2009）。
- (79) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟 I 〔第3版〕』235頁（2011）、岩原神作編『会社法コメンタール9－機関（3）』263頁（森本滋）（商事法務、2014）。
- (80) 東京地判平3・2・25判時1399号69頁は、粗利益により算出する。
- (81) 東京地判昭51・12・22判タ354号290頁は、純利益により算出する。
- (82) 東京地方裁判所商事研究会編・前掲注 (79) 235頁（これらの経費を損害額に含ませるとするならば、経費の支出を免れた上に利益を獲得することになるとする）。
- (83) 東京地判平3・2・25判時1399号69頁。
- (84) 東京地判平3・2・25判時1399号69頁、東京地判昭51・12・22判タ354号290頁。東京地方裁判所商事研究会編・前掲注 (79) 236頁、岩原編・前掲注 (79) 263頁（森本滋）。
- (85) 竹内・前掲注 (3) 145頁、稲葉・前掲注 (3) 209頁、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注 (6) 287頁（近藤光男）、岩原編・前掲注 (79) 263頁-264（森本滋）。
- (86) 岩原編・前掲注 (79) 264（なお、利害関係のない取締役が事後承認〔追認〕することは、競業取締役に対する損害賠償責任追及の訴訟において、会社に生じなかったことの有力な立証手段となる）（森本滋）。
- (87) 弥永真生「本件判批」ジュリスト1389号67頁（2009）、鳥山恭一「本件判批」金融・商事判例1313号8頁（2009）、重田麻紀子「本件判批」慶應義塾大学法学研究83巻11号80頁（2010）、吉本健一「本件原審判批」私法判例リマークス39号77頁（2009）等。
- (88) 弥永・前掲注 (87) 67頁（しかし、Y2会社において損失が計上されているという事実を明示的に考慮しないことは理論的に問題があるとする）、鳥山・前掲注 (87) 8頁（まず、Y2会社の利益がそのように実質的には役員報酬として支払われていたという事実が認定されるべきであったとする）、重田・前掲注 (87) 80頁、コーエンズ久美子「本件判批」山形大学法政論叢48号12頁（2010）、岩崎友彦「競業避止義務の範囲」野村修也=松井秀樹編『実務に効く コーポレート・ガバナンス判例精選』173頁（2013）。なお、吉本・前掲注 (87) 77頁は、Y2会社は法人格を濫用しているとしてY1と同一視できるとすれば、Y1が競業取引から得た利益をもって商法旧266条4項所定の利益と解することができるとする。
- (89) 江頭憲治郎「本件判批」ジュリスト822号108頁（1984）、渋谷光子「本件判批」判例評論282号49頁（判例時報1043号）203頁（A会社・B会社ともに、Yが実質的に支配する点で、Yの計算で競業がなされたもので、介入権を認めうる場合だったと解する）（1982）、牛丸與志夫「本件判批」岩原神作=神作裕之=藤田友敬編『会社法判例百選〔第3版〕』115頁（Yは、「自己のために」取引をなしたものとみるべきであるとする）（有斐閣、2016）など。

- (90) 神崎克郎「本件判批」商事法務915号9頁(1981)、堀口亘・ジュリスト768号106頁(1982)、江頭・前掲注(89)108頁、奥島孝康「本件判批」法学セミナー410号108頁(1989)、岩崎・前掲注(88)174頁等。
- (91) 江頭・前掲注(7)436頁、落合編・前掲注(5)75頁(北村雅史)等。
- (92) 竹内・前掲注(3)143頁-144頁、元木・前掲注(3)139頁、稲葉・前掲注(3)206頁、江頭・前掲注(7)435頁-436頁、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)214頁-215頁(本間輝雄)・286頁(近藤光男)、落合編・前掲注(5)76頁(北村雅史)等。
- (93) ただし、事後に行われた株主総会の認許は、認許をなくして行った競業行為の結果、会社に与えた損害については本来、総株主の同意を要するのに(昭和25年改正商266条4項)、事後の認許を認めれば、事実上発行済株式の総数の3分の2以上の多数をもって免除したと同一結果を生じ、競業禁止規定の趣旨が没却されてしまうから、株主総会の認許は競業行為の事前になされるべきであり、事後の認許は許されない点で、異論をみなかった。上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)219頁。
- (94) 竹内・前掲注(3)143頁、元木・前掲注(3)137頁・139頁。
- (95) 元木・前掲注(3)149頁、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)286頁(近藤光男)。
- (96) 元木・前掲注(3)151頁。
- (97) 神崎・前掲注(66)91頁。
- (98) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)287頁(近藤光男)。
- (99) 北村・前掲注(1)151頁注(12)。
- (100) 河本・前掲注(59)474頁(取締役会で慎重な審議をしたうえ承認を与えたことは、その結果なされる競業行為が会社の高度の政策判断の線にそうものであることの推定を生じさせるとする)、北村・前掲注(1)150頁(承認を受けた事実が過失の認定の際に取締役に有利に働くとする)。
- (101) 岩原編・前掲注(79)265頁(森本滋)。北村・前掲注(1)150頁も、承諾を与えた取締役の方に過失があった場合に、競業取引を行った者も、その競業取引が会社を害することを知りうべきであったことになるので、当該取締役は、その義務に違反し、これについて過失があることになるとする。
- (102) 河本・前掲注(59)474頁、片山信弘「取締役の競業禁止義務」『上柳克郎先生還暦記念 商事法の解釈と展望』258頁(有斐閣、1984)、江頭・前掲注(7)436頁、神作裕之「取締役の競業禁止義務の免除」学習院大学法学部研究年報26号219頁(1991)、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)215頁(本間輝雄)、落合編・前掲注(5)76頁(北村雅史)等。
- (103) 安井威興「取締役の競業規制について」高島正夫編著『改正会社法の基本問題』162頁(慶應通信、1982)は、競業の包括的承認に免責の効果を付与するのだけでなく、實際上、競業取締役はたえず会社の利益を侵害する危険に晒されることになるから、一般的に、包括的許諾に免責の効果を付与するほかないとすれば、競業の包括的許諾機関は株主総会とするほかあるまいとする。
- (104) 上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注(6)215頁(本間輝雄)は、もし承認に免責の効果

を一般的に認めると解すれば、それに伴う危険を倍加し、承認機関を再検討すべき余地も生ずることも考慮すべきとする。

- (105) 河本・前掲注 (59) 474頁（経営判断の理論が働くことを認めざるを得ないとする）、上柳=鴻=竹内編集代表・前掲注 (6) 215頁（本間輝雄）。

## 6 結び

取締役会設置会社では、競業取引規制については、明治32年商法に制定されてから会社法へ引き継がれるまでに、その承認機関が株主総会から取締役に移され、介入権制度の廃止、損害額の推定の規定などの諸改正が行われてきた。しかし、企業グループの促進がなされている企業社会において、現行の会社法は、グループ会社間の競業取引規制について十分な規整を設けているというわけではない。本稿は、取締役が他のグループ会社を代表・代理して競業取引を行う場合が多いものと考えられるので、取締役が競業関係の他の会社のために競業取引を行う場合における取締役の競業避止義務と責任の問題を中心に、わが国でこれまでに積み重ねられた裁判例および学説を整理し、検討してきた。

企業グループにおける経営戦略に基づいて、グループ会社間の統一的指揮をはかることなどの目的で、親会社の取締役を子会社または関係会社の代表取締役として派遣する場合については、会社間に利益の衝突をきたす定型的構造が欠けるから、競業取引規制の対象とならず、取締役会の承認を要しないとする考え方もある。とりわけ、親子会社間に完全なまたは実質的に完全な支配従属関係が認められる場合には、その競業取引の実質上・経済上の効果は親会社に帰属するといつてよいので、両会社は経済的に一体で実質上利害衝突のおそれはなく、競業取引規制の対象とならず、取締役会の承認を要しないと解する見解が多い。このような見解によれば、取締役会の承認がなくても競業取引規制違反による取締役の責任も生じないということになるであろうが、取締役会における当該競業取引の検討による健全な経営管理の問

題と、取締役の免責（会社424条）の問題とは異なるものと考えるべきであろう。むしろ、完全親子会社関係の場合であっても、子会社は別法人であって、子会社が倒産すれば、子会社の財産は株主である親会社に優先して子会社債権者の担保財産となることから、親子会社の間に利害対立の関係がないとはいえない。また、競業取引について取締役会で検討させることは、当該会社の健全な経営管理に資すること、ひいては、企業グループ全体の企業価値の向上につながると考えられるので、完全親子会社関係の場合についても競業取引規制の対象となると解するべきである。

ところで親会社が、その企業戦略の一環における高度な経営政策的判断として、競業子会社または関連会社への取締役の派遣をする場合に、当該競業取引についての取締役会の承認が適切さを欠く場合には、その取締役会の承認決議に参加した取締役は、子会社等の競業取引により会社に損害が生じたとき、責任を問われることになるものと考えられる。しかしながら、この場合に、競業取引を行う取締役は、当該競業取引によって会社に損害が生じないと合理的に信じた場合には、会社に損害が生じる結果となった場合でも、善管注意義務違反・忠実義務違反による損害賠償責任を負わないと解されることになるであろう。また、取締役会において重要な事実を誠実に開示し、取締役会の承認を受けたときは、過失のないことの立証に資することになるであろう。他方、競業取引を行った取締役以外の取締役は、取締役会において当該競業取引の重要な事実について十分な情報開示を受けて、当該競業取引が会社に損害を与えないと合理的に信じて取締役会で承認決議に賛成した場合、当該取締役は任務懈怠による責任を負わないことになる。もっとも、その責任を判断する際には、企業経営の専門家としての取締役は、その高度な経営政策的判断として、その裁量の範囲内であれば、いわゆる経営判断の原則により責任を負わないと解されることになるものと考えられる。