

## 第5章 特別利害関係取締役

神田 秀樹

### 1 はじめに

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（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）が出席し、その過半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）をもって行う」と規定し、同条 2 項は「前項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」と規定している。

本稿では、会社法 369 条 2 項にいう「決議について特別の利害関係を有する取締役」（以下「特別利害関係取締役」という）の意義、そのような取締役が「議決に加わることができない」という意味、そして、同項の違反があった場合における決議および決議に基づく対外的行為の効力について、検討する。

### 2 特別利害関係取締役の意義

#### (1) 一般論

一般に、取締役は会社のために忠実に職務を執行する義務を負うので、決議の公正を担保するために、特別利害関係取締役（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説明されている（江頭憲治郎『株式会社法（第7版）』（平成29年）420頁）。そうだとすれば、特別利害関係取締役とは、決議について個人として重大な利害関係を有する者ということになる（最判昭和44年3月28日民集23巻3号645頁）。

もっとも、具体的にどのような場合に取締役が特別利害関係取締役に該当するかは、必ずしも明確とはいえない。従来とくに見解が分かれてきたのは、代表取締役を解職する取締役会決議におけるその代表取締役である。上記の昭和44年最高裁判決は、代表取締役の解職（当時は解任）決議におけるその代表取締役は特別利害関係人にあると判示したが、その理由として次のように述べる。「けだし、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）、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、当該代表取締役に対し、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）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だからである」。なお、本最高裁判決の趣旨等の詳細については、担当調査官の解説である奈良次郎・最高裁判所判例解説民事篇昭和44年度（下）904頁以下が参考になる。

上記の最高裁の判例理論に対しては、学界の一部に有力な反対説がある。学説の反対説にはいろいろなニュアンスのものがあるが、代表的な見解として、江頭憲治郎名誉教授は、次のように述べておられる。「（代表取締役の）解職とか……微妙に個人の利害がか

らむ事項は取締役の特別利害関係として取り扱う判例の立場にも相当の理由はあるが、閉鎖型のタイプ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（経営方針等）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に当たらないと解する見解を支持したい。」（江頭・前掲 421-422 頁）

この学説については、代表取締役の解職に関する取締役会決議について、その代表取締役は個人として重大な利害関係を有しないとか、自己個人の利益を図って行動することはないとか述べているものではないことに留意する必要がある。つまり、この学説は、代表取締役の解職は2派の争いそのものであることが多いので、たとえその代表取締役が個人的利害関係を有し、また自己個人の利益を図って行動したとしても、その者の議決権行使を否定して残りの取締役だけで決めるよりもその者にも議決権行使を認めて取締役全員で決めるほうが公平であるという見解であると思われる。そうだとすれば、この考え方は、代表取締役の解職に関する取締役会決議以外の取締役会決議の場合についてもあてはまるべき場合がある可能性がある。そして、この学説に立つと、問題となる決議事項ごとに上記の点の比較考量をして特別利害関係取締役に該当するか否かを定めるべきことになるように思われる。

## （2）利益相反取引の場合

もっとも、取締役・会社間の利益相反取引に関する会社法 356 条 1 項 2 号 3 号（会社法制定前＝平成 17 年改正前商法のもとでは商法 265 条）の取締役は、その取引を承認する取締役会決議（会社法 365 条 1 項・356 条 1 項）について特別利害関係取締役に該当することに争いはない（落合誠一編『会社法コンメンタール第 8 巻』239 頁〔北村雅史〕（平成 21 年）など）。この場合について、代表取締役の解職の場合と同様の利益衡量をして特別利害関係取締役に該当しないと解する学説は、筆者が知るかぎり、見当たらない。なお、本稿では、どのような場合が利益相反取引に該当するかという問題は取り上げない。

## 3 特別利害関係取締役の決議参加など

### （1）議決への参加

問題となる取締役会決議について、特別利害関係取締役が議決に加わることができないことは、会社法 369 条 2 項の規定するところである。

### （2）定足数

特別利害関係取締役は、問題となる取締役会決議について、定足数には含まれない（会社法 369 条 1 項）。

### （3）会議の議長

特別利害関係取締役は、問題となる取締役会決議について、議長になることはできないと解されている（江頭・前掲、落合編・前掲『会社法コンメンタール第 8 巻』298 頁〔森本滋〕。後述する東京高判平成 2 年 8 月 2 日資料版商事法務 151 号 143 頁）。決議の公

正を担保できないからである（江頭・同上）。

#### （４）会議への出席

特別利害関係取締役は、問題となる取締役会決議について、会議に出席することは認められる。意見を述べることができるかについては、否定する見解が多く、退席を要求されればそれに従わなければならないと説かれている（江頭・前掲 422 頁、森本・前掲 296 頁等）。なお、利益相反取引の承認に係る取締役会決議では特別利害関係取締役は重要事実を開示し必要な説明をするために取締役会に出席しなければならないと解されている（落合編・前掲『会社法コンメンタール第 8 巻』239 頁〔北村雅史〕）。

### 4 会社法 369 条 2 項違反の場合の取締役会決議の効力および同決議に基づく対外的行為の効力

#### （１）取締役会決議の効力

特別利害関係取締役が議決に加わったときは、その取締役会決議は、会社法 369 条 2 項に違反する決議であって、その決議の効力は無効であると解されている。ただし、その取締役を除外しても議決に必要な多数が存在したときは、決議の効力は否定されないと解されている（以上、江頭・前掲 422 頁、最判昭和 54 年 2 月 23 日民集 33 卷 1 号 125 頁〔中小企業等協同組合の事例〕および最判平成 28 年 1 月 22 日民集 70 卷 1 号 84 頁〔漁業協同組合の事例〕）。

#### （２）取締役会決議に基づく対外的行為の効力

上記により取締役会決議が無効である場合において、それに基づいて代表取締役によって対外的な行為がされたようなときは、その対外的行為は無効な取締役会決議に基づくものであって、無効である。ただし、その無効は、会社側だけが主張することができ（最判平成 21 年 4 月 17 日民集 63 卷 4 号 535 頁）、かつ、会社は、相手方が取締役会が無効であったことを知りまたは知ることができた場合に、相手方に対して無効を主張することができる（最判昭和 40 年 9 月 22 日民集 19 卷 6 号 1656 号参照）。

この点に関連して、代表取締役が会社法 349 条 5 項にいう制限（内部的制限）に違反してした行為の効力については、同規定は「前項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」と定めており、無効な取締役会決議に基づく対外的行為の効力がこの場合と異なってよいかという問題がある。

第 1 に、上記の最判昭和 40 年 9 月 22 日民集 19 卷 6 号 1656 頁は、当時の商法のもとで、株式会社において代表取締役が取締役会の決議を経ることを要する対外的な個々の取引行為を取締役会決議を経ないでした場合について、会社法 349 条 5 項の前身規定（平成 17 年改正前商法 261 条 3 項・78 条 2 項・平成 18 年改正前民法 54 条）に言及しないで、「右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であつて、ただ、相手方が右決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときに限つて、無効である、と解するのが相当である。」と判示している。

第 2 に、上記で引用した最判平成 21 年 4 月 17 日民集 63 卷 4 号 535 頁は、会社法 349

条5項に言及することなく、次のように判示している。

「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（最高裁昭和36年（オ）第1378号同40年9月22日第三小法廷判決・民集19巻6号1656頁参照）。

そして、同項が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たのは、代表取締役への権限の集中を抑制し、取締役相互の協議による結論に沿った業務の執行を確保することによって会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものと解される。この趣旨からすれば、株式会社の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に該当する取引をした場合、取締役会の決議を経ないことを理由とする同取引の無効は、原則として会社のみが主張することができ、会社以外の者は、当該会社の取締役会が上記無効を主張する旨の決議をしているなどの特段の事情がない限り、これを主張することはできないと解するのが相当である。」

第3に、最判昭和60年11月29日民集39巻7号1760頁は、「漁業協同組合は、水産業協同組合法45条の準用する民法53条・54条の規定により、定款の規定又は総会の決議によつて特定の事項につき理事が代表権を行使するためには理事会の決議を経ることを必要とするなどと定めて理事の代表権を制限することができるが、善意の第三者に対してはその制限をもつて対抗することができないものであるところ、右にいう善意とは、理事の代表権に制限が加えられていることを知らないことをいうと解すべきであり、また、右の善意についての主張・立証責任は第三者にあるものと解すべきである。そして、第三者が右にいう善意であるとはいえない場合であつても、第三者において、理事が当該具体的行為につき理事会の決議等を得て適法に漁業協同組合を代表する権限を有するものと信じ、かつ、このように信じるにつき正当の理由があるときには、民法110条を類推適用し、漁業協同組合は右行為につき責任を負うものと解するのが相当である。」と判示している。

最後の判例は、漁業協同組合に関する事案ではあるが、民法54条（当時）に言及し、同条にいう善意の解釈を示したものである。

そして、この昭和60年最判からすれば、会社法349条5項にいう善意についても、代表取締役の代表権に制限が加えられていることを知らないことをいうものと解することになりそうである。

上記の昭和40年最判および平成21年最判については、そこでは法令上の制限が問題となっているので相手方は相応の調査義務を負うとの理解がある（江頭・前掲432頁）。もっとも江頭・同所では重過失基準が採用されるべきであると述べられている。なお、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説（第2版）』217-218頁（平成22年）は、最近の判例は重過失基準になっていると指摘している。

一般に、学説上は、営利法人である株式会社については、重過失がある場合は内部的制限を対抗することができるという見解が旧商法時代から有力であるように見受けられる（大森忠夫＝矢沢惇編集代表『注釈会社法』第1巻295頁〔菅原菊志〕（昭和46年）、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法』第1巻270頁〔菅原菊志〕（昭和60年）、龍田節『会社法大要』108頁（平成19年）〔龍田＝前田・同書第2版121頁（平成29年）も同じ〕、酒巻＝龍田編集代表・前掲・第4巻390頁〔稲葉威雄〕（宗教法人法に関する最判昭和47年11月28日民集26巻9号1686頁を引用する）、落合編・前掲『会社法コンメンタール第8巻』20頁〔落合誠一〕、江頭憲治郎＝中村直人編著『論点体系 会社法』第3巻83－84頁〔尾崎悠一〕（平成24年）。大隅＝今井＝小林・前掲221頁も同旨のように読める。なお、平成18年改正前民法54条について、林良平＝前田達明編『新版注釈民法』第2巻382頁〔藤原弘道〕（復刻版、平成22年）も同旨）。このような考え方からすれば、会社法349条5項の解釈にあたっては、相手方が内部的制限を知らなかった場合であっても、知らないことについて相手方に重過失があったようなときは、内部的制限に違反した行為はその相手方との関係では無効になると解するのが学界における多数説であると思われる。そして、上記の平成21年最高裁判決の考え方に立ってこれを代表取締役が内部的制限に違反する行為をした場合にもあてはめると、そのような場合における内部的制限違反を理由とする行為の無効は、原則として会社のみが主張することができるということになる。

学説においては、取締役会決議が必要なのにそれがなかった場合における対外的行為の効力についても、会社法349条5項を適用すべきであると考えてきた見解が少なくない（学説の状況については、前田重行「商法260条2項2号の『多額の借財』と銀行の注意義務」金融法務事情1489号6頁（平成9年）などを参照）。そして、上記の学説の見解からすれば、相手方の善意とは取締役会決議がなかったことを知らなかったことを意味し、また、最高裁の判例理論の一般論とは異なることになるが、行為の相手方が軽過失であった場合には（＝会社が相手方の悪意または重過失を立証しないかぎり）会社は相手方に対してその行為の無効を主張することができないと解すべきことになりそうである。

裁判例において、取締役会決議が存在しない場合に対外的取引の相手方に調査義務が課されて取引の効力が否定された事例は、相手方が金融機関である場合にほぼ限られると指摘されている（江頭・前掲432頁）。ただし、同所で言及されている裁判例は、いずれも、取締役会決議がなかった事案（かつ、重要財産譲渡・多額の借財に係る事案）に関するものであって、特別利害関係取締役が問題になった事案ではない。したがって、本稿ではこれらの裁判例の検討はしないが、いずれの事案においても重過失基準ではなく過失基準が採用されている。東京地判平成9年3月17日判例時報1605号141頁（上場会社〔ツムラ〕、保証予約、相手方である銀行の過失を認定、ただし不法行為責任を一部肯定）、東京地判平成12年3月13日判例タイムズ1063号162頁（上場会社、保証契約、相手方である信託銀行の過失を認定）。なお、金融機関以外の者の過失が認定された例外的事例として言及されているものとして、東京高判平成25年2月21日資料版商事法務348号29頁（上場会社、子会社株式の売買）がある。また、取締役会決議の存否の確認をしなかったとしても過失なしとした事例として、福岡高裁那覇支判平成10年2月24日

金融商事判例 1039 号 3 頁（借入れ、金融会社の過失を否定）および東京高判平成 11 年 1 月 27 日金融法務事情 1538 号 68 頁（連帯保証予約、銀行の過失を否定）がある。

取締役会決議がなかった場合と特別利害関係取締役が議決に加わった場合とで区別して考えるべきかが、一応問題となる。前者の場合には、会社の内部手続上の瑕疵を事後に会社側が主張するのは相手方に悪意または重過失があった場合に限られるというべきものとしても（竹内昭夫『判例商法 I』233 頁（昭和 51 年）など）、後者の場合には、その特別利害関係取締役が事後に瑕疵を主張するときはともかくとして、別の会社側関係者が瑕疵を主張するのが通常であろうから、相手方に軽過失があったときでも無効の主張を認めてよいとの判断はありうるかもしれない。また、上述したように、特別利害関係取締役該当性について別個の利益較量をする学説があり、同様の利益較量を対外的行為の効力を論じる場面で適用するという考え方もありうるかもしれない。

なお、平成 29 年民法（債権関係）改正後の民法のもとでは、代理権の濫用に関する規定が新設されたので（民法 107 条）、代表権の濫用の場合についてはこの規定の類推適用が問題となることを付言しておく。

### （3）行為の相手方の重過失

一般に、「重過失」が問題となる事案には、大別すると 2 つの類型があり、行為者の注意義務の程度を問題としないで「ほとんど故意に近い」ことを重視するタイプの類型と、行為者が負う注意義務を重視してその注意義務の程度と実際にされた注意との差に着目するタイプの類型であると指摘されている（簡単には、道垣内弘人「重過失」法学教室 290 号 39 頁（平成 16 年）参照）。近年は、後者の類型が多いと言われており、上記「（2）」で引用した裁判例も後者の類型と解しているものがほとんどであると見受けられる。

### （4）2 つの裁判例

研究会の準備資料で提示された 2 つの裁判例について、簡単に検討する。

#### ①大阪地判昭和 57 年 12 月 24 日判例時報 1091 号 136 頁

本件は、X（金融機関ではない）の Y 社に対する保証債務の履行請求を否定した事例である。

判旨は、次のように述べた。「Y・A 両会社の代表取締役を兼ねていた B が、A 会社の債務につき Y 会社を代表して連帯保証をすることに、商法 265 条（当時。昭和 56 年改正前のもの）にいう取締役が第三者のためにする取引にあたるものであって、取締役会の承認を要するところ、右承認の決議をした Y 会社の取締役会議決が A 会社の代表取締役を兼ね特別利害関係人である B 及び C のみが出席してされたものであるときは、右決議は無効であり、Y 会社は、右事情のため取締役会の有効な承認を受けていないことにつき、悪意又は重過失ある第三者に対し、連帯保証が無効であることを主張することができる。」

「X は、単に B から Y 社の取締役会が本件保証を承認した旨の記載のある臨時取締役会議事録の写しを徴するだけでは足りず、B から交付を受けた右臨時取締役会議事録の写を検討して右取締役会の承認決議が適法かつ有効になされたかどうかを確認すべきであり、また、X は、魚介類の取引に精通した株式会社であるから、右議事録の内容を確認すれ

ば、本件保証を承認する決議をした Y 社の取締役会に出席した取締役が B と C の二名であり、右両名がいずれも本件保証によつて利益を受ける A 社の代表取締役であつて右承認決議について特別の利害関係を有し、右取締役会において議決権を行使することができないものであつたこと、したがつて、右両名が加わつてした右承認決議が無効であり、本件保証について Y 社の取締役会の有効な承認を受けていないことを知ることができたものというべきである。」

本件は、第 1 に、特別利害関係取締役が議決に加わつた取締役会決議に基づく利益相反取引（間接取引）は無効であり、その無効は悪意または重過失ある第三者に対して主張できるとした点、第 2 に、本件事実のもとで重過失ありとされた点において、興味深い。重過失が認定された事案や認定されなかつた事案については、本件評釈である黒沼悦郎・ジュリスト 836 号 113 頁および浜田道代『ジュリ増刊・担保法の判例Ⅱ』313 頁（平成 6 年）に詳しい。

浜田・上記が言及する判例は、上記の大阪地判のほか、東京高判昭和 48 年 4 月 26 日高裁民集 26 卷 2 号 204 頁（会社による保証）と東京地判昭和 50 年 9 月 11 日金融法務事情 785 号 36 頁（会社による質権設定）であるが（黒沼・上記もこれら 2 つに言及している）、いずれも、会社が商法 265 条（当時）の取引に該当しないと判断して取締役会決議を経なかつた事案あるいは取引の相手方が商法 265 条（当時）の取引に該当しないと判断した事案であり、裁判所は「取引相手方の悪意または重過失が推認される」と判示している。

#### ②東京高判平成 2 年 8 月 2 日資料版商事法務 151 号 143 頁

Y 社の代表取締役であり、B 社の代表取締役でもあつた A が、Y 社の所有地を B 社に売却する利益相反取引の承認を求めて Y 社取締役会を開催し、自ら議長となつて承認決議をしたのに対し、Y 社の株主である X が決議の無効確認を求めた事案において、A は取締役会決議につき特別利害関係取締役であり、A が取締役会の議長として議事を主宰し、その進行にあつたことは取締役会決議の無効事由となると判示した。

本件における紛争の実態は相続争いのようなものである。

なお、特別利害関係取締役が議長を務めた取締役会決議は当然に無効になると解すべきかについては、なお検討を要するとの指摘もある（本件の解説である小塚荘一郎『ジュリ増刊・平成 8 年重要判例解説』101 頁）。この見解は、著しく不当な決議がされたような場合に無効となると解すべき余地もあるとするようである。しかし、株主総会決議の場合は取消しの訴えの制度が用意されている（会社法 831 条 1 項 3 号）のに対して、取締役会決議の場合はそのような制度はないので、そのような解釈は法的安定を害するおそれがあることを否定できないように思われる。

#### ③補足

上記の①で取り上げた大阪地判昭和 57 年 12 月 24 日において、大阪地裁は「特別利害関係取締役が議決に加わつた取締役会決議に基づく利益相反取引（間接取引）は無効であり、その無効は悪意または重過失ある第三者に対して主張できる」と判示しているが、こ

これは、取締役会決議を欠く間接取引の効力についていわゆる相対的無効説を採用した最大判昭和 43 年 12 月 25 日民集 22 卷 13 号 3511 頁に沿うものである。つまり、取締役会決議を欠く利益相反取引の効力についての最高裁判例は、上記の「(2)」「(3)」で紹介した取締役会決議を欠く対外的取引一般の効力についての最高裁判例とは異なる理論を採用している。そして、平成 29 年民法（債権関係）改正により民法 108 条 2 項が新設されたが（会社法 356 条 2 項も改正された）、その後においても、第三者との関係についての最高裁の判例理論（相対的無効説）は生きていると考えられる（詳細は、加藤貴仁「未承認の利益相反取引の私法上の効力—民法 108 条 2 項と昭和 43 年最判の関係について—」公益財団法人資本市場研究会編『企業法制の将来展望 2020 年度版』365 頁（令和元年）を参照）。

## 5 むすびに代えて——金融機関の実務との関係

金融機関の実務においては、法人を相手方とする取引において、たとえばその法人が株式会社であってその会社において取締役会決議が必要な場合には、取締役会決議の議事録の写しの提供を求めるか、または、代表者から確認書を取得するというものとしているようである。つまり、必ず取締役会決議の議事録の写しを入手することはしていないようである。この実務対応について、近年の東京高判平成 28 年 8 月 31 日金融法務事情 2051 号 62 頁（社会福祉法人による仕組債の購入、民法 110 条を類推適用）では証券会社・金融機関に過失があったとされ、議論がされているが、この問題については、本報告書の森下哲朗教授の論文において取り上げられる。