

自己取引における取締役会の事後の承認

櫻 井 隆

1 はじめに

商法第265条は「取締役が……自己又ハ第三者ノ為ニ会社ト取引ヲ為スニハ取締役会ノ承認ヲ受クルコトヲ要ス……」と規定している。いわゆる自己取引に関する規定である。しかし本条には解釈論的に多くの問題点が存在することが指摘されている。例えば、当該取引には会社と取締役との直接取引のみが含まれるのか、それとも会社と第三者との間接取引についても適用されるのか、また手形行為は同条の「取引」に含まれるのかどうか、さらには同条違反の効力についての学説上の争いなど、これまでに多くの問題点が指摘されてきた。

さて、本稿で取り上げる取締役会の事後の承認、すなわち追認の問題についても従来より学説・判例上争いがあるところである。すなわち、この自己取引については取締役会の承認を必要とすることは商法第265条に照らせば明確であるが、この場合の「承認」には事前の承認はもちろんのこと、事後の承認も含まれるかどうかという点である。この点については学説・判例上争いがあるが、仮に事後の承認を認めるとしても、この場合の「事後」とはどの程度をいうのかについてはこれまで殆ど論じられてこなかった。筆者としては、事後の承認は肯定することができるかと考えるとともに、どの程度の事後の承認が取締役会で認められるのか否かについても明らかにしたいと考えている。

2 自己取引規制に関する史的考察

わが国において会社と取締役との自己取引に関する規制が最初に設けられたのは、現行商法である明治32年の新商法第176条であった。すなわち、ロエスレルの商法草案や明治23年の旧商法には自己取引規制に関する規定はなかった。

さて、新商法第176条は「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得」と定めていた。これは現在の商法第265条第1項前段に当たる規定のみであるとともに、承認機関としては現在の取締役会ではなく監査役としていた。これは当時においてはまだ取締役会なる機関は存在しないとともに、当時の監査役には会計監査権限のみならず業務の適法性の監査権限と妥当性の監査権限の両方を有していたからである。

その後同条については何回かの改正がなされたが、第1回目の改正は、明治44年の商法改正で、この改正では現在の商法第265条第2項に当たる「此場合ニ於テハ民法第百八条ノ規定ヲ

自己取引における取締役会の事後の承認（櫻井隆）

適用セス」との条文が付加された。それは当時の大審院判決では会社と取締役との間の自己取引ではたとえ監査役⁽¹⁾の承認があっても、その取引は無効であるとする判決があったが、これを監査役の承認があれば当該自己取引を有効とすることを明確にすることを目的として付加されたといわれている⁽²⁾。

第2回目の改正は、昭和13年の商法改正で、この改正では単に条文番号が176条から現在の265条に改められたという形式的なものであった。

第3回目の改正は、昭和25年の商法改正で、この改正では現在の「取締役が会社ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲受ケ会社ニ対シ自己ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲渡シ会社ヨリ金銭ノ貸付ヲ受ケ……」という会社と取締役との自己取引の主要な場合が例示されるとともに同年の改正によって取締役会が設置されたのに伴って、従来監査役の権限とされていた業務監査権限が取締役会に移行したのを受け、承認機関が監査役から取締役会に変更された。

第4回目の改正は、昭和49年の商法改正で、この改正では監査特例法が制定され、これによって従来の株式会社を大会社・中会社・小会社に分け、このうち大会社と中会社の業務監査権限が取締役会と監査役の2つの機関が担当することになった。したがって、商法第265条の承認機関についても変更されることが考えられたが、これをそのまま取締役会のままとされた。これは取締役会と監査役の監査権限を見ると、前者は主として妥当性監査であるのに対して後者は違法性監査を主としているが、商法第265条の承認の問題は妥当性の監査の問題であるからである⁽³⁾。

第5回目の改正は、昭和56年の商法改正で、この改正では間接取引も同条の規制の対象とすべく、同条第1項後段の「会社が取締役ノ債務ヲ保証シ其ノ他取締役以外ノ者トノ間ニ於テ会社ト取締役トノ利益相反スル取引ヲ為ストキ亦同ジ」との文言が付加された。これは改正前に間接取引が同条の適用があるのかないのかについて争われ、判例も肯定するもの⁽⁴⁾と否定するもの⁽⁵⁾に分かれ、学説も分かれていた。それを立法的に解決したものである⁽⁶⁾。

(注)

- (1) 大判明治38・2・7民録11輯107頁，大判明治39・2・27民録12輯294頁。
- (2) 松本蒸治・会社法講義（巖松堂・1923年）348頁，同・日本会社法論（巖松堂・1929年）294頁。
- (3) 大判大正8・12・26民録25輯2429頁，大判大正12・11・26民集2巻634頁。
- (4) 大判昭和6・5・7新聞3272号17頁。
- (5) 最判昭和33・10・21判例時報165号32頁。
- (6) 肯定するものとして，大濱信泉「取締役と取締役会」株式会社法第3巻（有斐閣・1956年）1070頁など。否定するものとして，服部栄三・判例評論17号16頁。

3 比較法的考察

(1) アメリカ

アメリカにおいて自己取引を承認する取締役会の承認は、事前の承認に限るのか、それとも

事後の承認も許されるのかについては一様ではなく、各州によって違いがある。

まず、事前の承認のみならず事後の承認も許されるとするのは、例えば、カリフォルニア会社法や模範事業会社法である。前者では、同法第310条(a)項(2)において「……取締役会もしくは委員会がその利害関係のある取締役の議決を算入することなく、十分な議決により誠実にその契約もしくは取引を授権し (authorizes), 承認し (approves), もしくは追認し (ratifies), かつその契約もしくは取引がその授権, 承認もしくは追認の時に会社に関し公正, かつ合理的であるときは……」有効と規定しているように、⁽¹⁾「追認」(ratifies)を認めていることは、すなわち事後の承認は許されるといえる。また、後者では同法 8.61条(b)項(1)が「……何時でも (at any time) 行う……」ことを認めており、同州も事後の承認を許容しているといえる。⁽²⁾

これに対して、事前の承認のみを意図し、事後の承認を認めていないのは、例えば、デラウェア州法やニューヨーク事業会社法である。前者では同法第144条(a)項(1)において「……利害関係を有しない取締役の過半数の賛成投票により、その契約もしくは取引を誠実に授権するとき……」⁽³⁾というように授権のみについて言及しているが、公正基準について同項(3)は「……その契約または取引が、取締役会、委員会もしくは株主により授権され、承認されもしくは追認される時現在で、会社に関して公正であるとき……」⁽⁴⁾というように規定していることからすると、⁽⁴⁾利害関係のない取締役による事後の承認は、自己取引の瑕疵を治癒するものではないと解されている。⁽⁵⁾これは会社とその一人もしくは数人の取締役もしくは役員との間の契約もしくは取引の審査を求めた場合、当該取締役に対して与えられる心理的プレッシャーの強さは事前の承認の場合に比べ、事後の承認の場合の方が強いとされるためである。⁽⁶⁾すなわち、事前の承認が拒否されても、それは単に当該自己取引を差し控えることを意味するのに対して、事後の承認を拒否することは当然原状回復の義務が発生するとともに訴訟によって回復を求められる可能性が生じることもあるからである。⁽⁷⁾また、後者では同法第713条(a)項は「……取引を承認する取締役会……」とされ、さらに同条(a)項(2)において「……重要な事実が……株主に開示されまたは知らされており、……取引が承認される時……」⁽⁸⁾と規定されている。これは上記カリフォルニア会社法と比較した場合に、同法が「……承認もしくは追認し……」となっているのに対して、ニューヨーク事業会社法が「……承認……」とあえて追認の文言を入れていないことを考えた時、同法では追認を認めていないと考えられる。

(2) イギリス

イギリスにおいては、取締役は単なる会社または会社財産の受託者 (trustee) という地位⁽⁹⁾に立つだけでなく、会社と信託関係 (a fiduciary relationship) に立つ代理人 (agent) であると解されている。⁽¹⁰⁾したがって、取締役は忠実、かつ誠実な信託義務 (fiduciary duties of loyalty and good faith) および注意および技能の義務 (duties of care and skill) を負うとき⁽¹¹⁾。そのため判例法上、古くより会社と取締役との間の契約は、たとえその契約内容が公正なものであったとしても会社は取り消すことができるとの原則が確立されていた。すなわち、⁽¹²⁾Aberdeem Ry. v. Baikie Bros 事件における Cranworth 卿は「法人 (corporate body)

は代理人（agent）によってのみ行為しうる。そして、法人の利益を促進するために最善の行為をなすことが、このような代理人の義務であることは当然のことである。このような代理人は、本人に対して履行すべき信託的性質の義務を有している。そして、このような義務を負う者は、彼が保護すべき者の利益と相反し、または、相反する可能性のある個人的利益を、彼が有し、または、有しうる契約を締結することは許されない。これは普遍的に適用されるべき原則である。この原則は、極めて厳格に適用され、このようにして締結された契約の公正（fairness）、あるいは不公正（unfairness）に関する問題を提起することは許さない」と⁽¹³⁾される。

しかしながら、このような厳格なルールは判例においても徐々に緩和され、さらに実務上も会社の定款によって緩和されるという方向に移行し、1844年の最初の株式会社法（Joint Stock Company Act）第29条により株主総会の承認を得ることによって契約は有効になることが明文をもって規定された。その後種々の改正・変遷がなされたが、⁽¹⁴⁾現在の1989年法では会社と取締役との重要な財産取引には株主総会における会社による事前の承認が要求されている。したがって、もし同規定に違反して株主総会の事前の承認なしに締結された財産取引については会社は取り消すことができることになる。しかしこの場合の会社の取消権には制限があり、そのうちの一つに同法第322条があり、それによると取引後相当な期間内に、株主総会で承認された場合、会社は取り消すことができないとされている。しかし反面、会社が取締役に対して金銭を貸し付ける（loans）ことは衡平法上のルールに従って現在においてもなお禁止されて⁽¹⁵⁾いる。

このように見てくると、イギリスの場合には、ある一定の場合に事後の承認による自己取引は認められるといえる。

（3）ドイツ

ドイツの場合、会社と取締役が自己取引を行う際は監査役会の承認が必要とされている（同株式法112）。これは会社と取締役との間の取引に関しては監査役会が裁判上および裁判外において会社を代表すると規定されており、当該取締役自身が会社を代表したり、他の取締役が会社を代表することは⁽¹⁶⁾ないからである。この場合、同条に違反して自己取引が締結された場合には、これを無効とするのが多数説であり、⁽¹⁷⁾判例である。⁽¹⁸⁾なお、この場合の監査役会の承認には追認も含まれるという見解も⁽¹⁹⁾ある。

これに対して、会社による取締役への信用供与についてはドイツでは自己取引とは分けて規定されている。すなわち、同法第89条あるいは第115条によれば株式会社がその取締役および監査役委員に信用を供与するには、監査役会の決議かまたは同意を得なければならないと⁽²⁰⁾されている。さらに同条に違反して信用供与がなされた場合には、同条第5項によれば反対の合意があったかどうかを問わず、監査役会が追認をしない時は、即時にその供与を解除しなければならないと規定しており、この規定からするならば事後の承認は認められているとい⁽²¹⁾ことができる。

(4) フランス

フランスでは、会社と取締役との間の自己取引については、「規制される取引」(conventions réglementées)と「禁止される取引」(conventions interdites)とに分けて規制されている。

まず、前者は会社と取締役または副社長との間で締結される直接取引および間接取引のすべての取引について、事前の取締役会の認許および株主総会の承認を得なければならないとされている。したがって、事前の認許がないにもかかわらず締結された自己取引は取締役会による事後の承認によって認められることはない。これは同規定の趣旨が取締役会の保護を目的とするのではなく、あくまでも株主の利益を保護するためだからであるとされている。したがって、自己取引の場合の取締役会の手続の懈怠を埋め合わせる方法はなく、しかも判例によれば、一般的認許および期間の定めのない認許は、事前の認許とはならず、したがって事前の認許がないと同様であるとされている。⁽²²⁾⁽²³⁾

つぎに、後者は会社にとって特に危険な取引であると考えられている。すなわち、違法に締結された金銭貸付、無担保信用、保証または手形保証などの取引は、会社と取締役との関係で締結することが禁止されている。しかも同条に違反した場合には絶対的に無効であるとするのが通説である。⁽²⁴⁾なお、判例は絶対的無効説と相対的無効説とに分かれるが、前者が一般的である。絶対的無効とする判決では、第106条の趣旨は会社の信用や利益を害する危険な行為を禁止することによって、会社の取締役を教化することが目的であるから、本条違反の無効は公序の無効であり、絶対的無効であるとする。⁽²⁵⁾これに対して、相対的無効とする判決では、この場合の無効は公序の無効ではなく、その意味では取締役によって援用されることのできない相対的無効であるとする。⁽²⁶⁾すなわち、会社、株主および債権者の利益を保護するための相対的無効であるとする。

以上より、フランスの場合には自己取引における事後の承認は認められていないというべきである。

(注)

(1) 原文は以下の通りである。

「The material facts as to the transaction and as to such director's interest are fully disclosed or known to the board or committee, and the board or committee authorizes, approves or ratifies the contract of transaction in good faith by a vote sufficient without counting the vote of the interested director or directors and the contract or transaction is just and reasonable as to the corporation at the time it is authorized, approves or ratifies,……」

(2) 亀山孟司・会社経営と取締役の責任(成文堂・2003年)168頁。

(3) 原文は以下の通りである。

「……the contract or transaction by the affirmative votes of a majority of the disinterested directors……」

(4) 原文は以下の通りである。

「The contract or transaction is fair as to the corporation as of the time it is authorized, approved or ratified, by the board of directors, a committee or the shareholders.」

- (5) 亀山・前掲168頁。
- (6) Richard M. Buxbaum, Conflict-of-Interest Statutes and the Need for a Demand on Directors in Derivative Actions, 68 Cal. L. Rev. 1122 (1980).
- (7) 亀山・前掲168頁以下。
- (8) 長浜洋一訳・ニューヨーク事業会社法（商事法務・1990年）713頁。
- (9) 受託者としての責任を認めた判例としては, Charitable Corporation v. Sutton (1742) 2 Atk. 400; York and North Midland Ry. v. Hudson (1853). しかし, 受託者に対する厳格なルールがすべて取締役役に適用されるものではない。Smith v. Anderson (CA1880) 15ch. pp. 247, 275.
- (10) G. E. Ry. v. Turner (1872) L. R. 8ch. 149, 152; Re Forest of Dean, etc., Co. (1878) 10ch. D. 450.
- (11) Gower's, Principles of Mordern Company Law, 6th ed., by Davies, 1997, p. 598.
- (12) (1854) 1 Macq. H. L. 461, H. L. Sc.
- (13) At 471-472.
- (14) 詳細は, Gower, op. cit., pp. 611-615.
- (15) CA 1985, s330(2)(a), (5). しかし, 同法は貸付について定義付けをしていない。Farrar's, Company Law, 4th ed., by Farrar and Hannigan, 1998, p. 402. なお, Champagne Perrier-Jouet SA v HH Finch Ltd [1982] 3 ALL ER 713 at 717, [1982] 1 WLR 1359 at 1363参照。この判決で, Walton 判事は, オックスフォード英語小辞典からの定義を採用している。それによると, 「貸付とは, 一定の金銭または金銭的価値のあるものをある一定の期間貸し出し, かつ返済されることをいう」とされる。
- (16) K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (1991) S. 227; Hüffer, AktG (1993) §112 Rdnr. 1.
- (17) 学説としては, Mertens, Köllner Komm. AktG 2. Aufl. (1988) §112 Rdnr. 5. など。判例としては, OLG Hamburg WM 1986, 972; OLG Stuttgart BB 1992, 1669. など。
- (18) Werner, Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern, ZGR 1989, 369, 389ff.
- (19) Hefermahl, Ge ler/Hefermahl/Eckardt/Kropff Komm. AktG (1974) 89 Anm. 1.
- (20) 田村詩子・取締役・会社間の取引（勁草書房・1996年）87頁。
- (21) 田村・前掲49頁。
- (22) I. Balensi, Les conventions entre les sociétés commerciales el leurs dirigeants éd Economica, 1975, n° 159, p. 116.
- (23) Paris 23 november. 1955.
- (24) 田村・前掲63頁。
- (25) Montpellier, 7 janvier 1980. Rev. soc. 1980. 737 note C. Mouly など多数。
- (26) Rép. Min., n° 7147, J. O., déb. Ass. nat. 16 février 1974, p. 756.

4 判例の概観

自己取引に当たって取締役会の承認は事前の承認に限定されるのか、それとも事後の承認も認められるのかについて判例はこれを肯定している。⁽¹⁾

例えば、昭和10年9月17日の大審院判例は、A会社の取締役甲とB会社の代表取締役乙と

の間で金銭の貸借契約が締結されたが、A 会社の取締役甲は同時に B 会社の取締役をも兼ねていた。この場合本件貸借を締結するに当たって、監査役（現行法では取締役会）の承認を経ないでなされたが、事後の承認を与えたという事実を認め、「……以って之を支払ふ責ありと言ふべし……」⁽²⁾とされた。この他に昭和34年3月30日の東京高等裁判所判決においても、「取締役会の承認を受けたことを肯定するに足る証拠はないが、この種の承認は必ずしも事前に限らず事後になされることも妨げない」⁽³⁾とされた。

(注)

- (1) 旧法時において、監査役の事後の承認を有効としたものとしては、大判大正14・2・25刑集4巻102頁、大判昭和2・9・26新聞2767号14頁、大判昭和6・5・27新聞3281号11頁など。また、現行法において、取締役会の事後の承認を有効としたものとしては、東京高判昭和34・3・30金融法務206号5頁がある。
- (2) 法学5巻493頁。
- (3) 前掲金融法務206号5頁。

5 学説の概観

自己取引に関して取締役会の承認を必要とすることは商法第265条の規定より明確といわなければならないが、この場合の承認は「事前の承認」に限定されるのか、それとも「事後の承認」も認められるのかどうかをめぐって学説が対立している。

まず、肯定説は、自己取引の場合の取締役会の承認は、競業避止義務の場合の認許と異なり、事後の承認も含むとする学説であり、これが通説である⁽¹⁾。その理由としては、そのように解釈することで何ら差し支えないし、むしろ取引の安全に役立つという効果も期待することができる⁽²⁾。また、取締役会の承認の有無にかかわらず当該取引によって会社に生じた損害については取締役⁽³⁾に結果責任を課しているからであるとする⁽⁴⁾。

つぎに、否定説は、事後の承認を認めずに事前の承認に限るとする学説である。その理由として本間輝雄教授は「一般に事後承認を認めると、取締役があらかじめ事後承認を見越して会社と無断で取引をなし既成事実を形成した上で、他の取締役に追認を強制することも十分考えられるから、その弊害を考えれば、否定的に解すべきであろう」とされる⁽⁵⁾。さらに「本条違反の取引を無効と解していることと対比した場合、無効とすることによって生ずる取引安全保護の面での不都合をできるだけ回避し、会社の利益保護との調和を考えれば、事後の承認を認めることがより実際的かもしれない。しかしその効果につき有効説または相対的無効説をとるかぎり追認を認めなくても第三者保護の面では異なる」とされる⁽⁶⁾。

最後に、折衷説は、稲田俊信教授が主張され、同教授によれば「この承認は原則として取引の事前に与えられることを要する。……しかし……本条（265条）の承認は取締役会の業務執行に関する大綱的事項の決定があったことを前提として、その具体的執行の段階において要求せられるものであって、本来なら代表取締役の委任された範囲の事項であるが、たまたまその

自己取引における取締役会の事後の承認（櫻井隆）

取引の相手方が取締役であるため、その取引の公正を担保するために取締役会の議決が必要とされるのである。また、その取引の性質によっては迅速性が要求されることもありうるので、例外的に代表取締役の責任において取引をなし、事後に取締役会の承認を求めてもよい⁽⁷⁾とする。

(注)

- (1) 田中耕太郎・改正会社法概論（岩波書店・1939年）402頁，近藤光男・最新株式会社法（第2版）（中央経済社・2004年）180頁など。
- (2) 竹内昭夫著・弥永真生補訂・株式会社法講義（有斐閣・2001年）574頁。
- (3) 高鳥正夫「取締役会社間の取引の効力」会社法の諸問題〔増補版〕（慶応通信・1981年）435頁。
- (4) 北沢正啓・会社法〔新版〕（青林書院新社・1983年）386頁。
- (5) 本間輝雄・新版注釈会社法第6巻（有斐閣・1996年）249頁。この他、商法265条は、取締役会の承認を事前に要求する手続的な規制であり、承認の要否があらかじめ予測できるものでなければならないとする者もある（藤井信秀「取締役と会社間の利益相反取引」現代企業と法（名古屋大学出版会・1991年）147頁）。
- (6) 本間・前掲248頁。
- (7) 同「商法第265条における取締役の自己取引に関する一考察」日本法学33巻2号175頁。

6 学説の検討および私見

以上、判例および学説を概観したが、筆者としては肯定説を支持する。

その理由の第1としては、同法第265条と第264条との規定の法的性質の質的な違いという点である。第264条の場合の取締役会の承認の有無は当該競業取引の有効・無効とは関係がなく、たとえ取締役会の承認がなくとも競業取引は完全に有効であるのに対して、自己取引における取締役会の承認は当該自己取引を有効たらしめるための要件である。昭和56年の商法改正前は競業避止義務に違反してなされた取引については責任が生ずる旨が定められており、そのために認許がなされた取引の場合には会社に対する損害賠償は発生することはなく、また競業認許の要件が株主総会の3分の2以上の株主の同意という極めて厳重なもので、これによって取締役に対する免責効果が与えられていた。ところが、改正法では株主総会の3分の2以上の株主の同意から取締役会の承認に変更になったために、たとえ取締役会の承認を経て行った競業取引であったとしても会社に損害を与えれば取締役の損害賠償責任は発生するとされている⁽²⁾。したがって、第264条は競業取引につき事前に取締役会の承認を要求して損害発生を未然に予防することを目的とし⁽³⁾、かつ取締役会に各々具体的事情に基づいて、それが会社に属すべき取引と構成すべきかどうかを判断させていると見ることができる。

これに対して、第265条は当初監査役の承認を得たときに限り自己取引をすることができるとなっていたものを昭和25年の商法改正で取締役会の承認に変更された。当初監査役に承認の権限を与えていたのは、監査役には業務監査権限と会計監査権限の両方が認められていたが、

昭和25年改正で監査役は会計監査権限のみを有すると改正されたためである。したがって、第264条の承認が「株主総会から取締役会に改正された」と第265条の承認が「監査役から取締役会に改正された」のを比較すると、結果として両者とも取締役会の承認事項となったものの、その出発点においては承認の趣旨および機関は別々のものであったということができ、したがって、両者の承認を同一に解釈するのではなく、むしろ異なった解釈をすることが、両規定のこれまでの変遷を見ると妥当な解釈といわなければならない。この点について、高鳥教授も「沿革的に見れば、……商法265条の末尾部分は明治44年の改正で付加されたこともあり、同条違反の行為の効力については無権代理的無効を志向するもの⁽⁴⁾のようである」とされるが、そのように考えるならば追認を認めても差し支えないと考える。

第2に、商法第265条は「取締役会ノ承認」となっており、「取締役会ノ決議」とはなっておらず、両者の規定の仕方にはある一定の解釈の違いがあるのではないかと考える。すなわち、前者の「取締役会ノ承認」は第265条の規定のほか第281条などがあり、後者の「取締役会ノ決議」は第261条や第260条第3項第2号などがある。この場合の「承認」とは、私法上一定の事実を認めることを意味し、⁽⁵⁾認めるか認めないか、二者択一の場合であるのに対して、「決議」とは、合議体の機関が一定の案件についての意思決定をした結論または議決によって決まった結果を意味する⁽⁶⁾。すなわち、第280条ノ2のように決定事項の多様性の場合や第261条のように誰を代表取締役にするかという内容を細かく決定しなければならないという場合であって、両者の間には一定の違いがある。したがって、原則として承認の場合には認めるか認めないかの問題であって、いつ認めるとか、いつまでに認めなければならないかという時期についてはそれほど厳格ではないのではないか。もちろん第264条の場合のように他の理由により例外として時期についても特定させる場合もあるが、それはあくまで例外であって、原則としては時期についてはそれほど問題とはならない場合のように思われる。したがって、第265条が「取締役会ノ決議」ではなく、「取締役会ノ承認」となっており、その意味では事後の承認も認められるのではないかと考える。

第3に、第265条の責任については免除される場合の規定としては第266条がある。具体的には第265条の取締役会の承認がなく、自己取引がなされたとしても同条第5項は「総株主の同意」によって責任が免除されている。さらに取締役会の承認があっても、会社に何らかの損害が発生した場合には取締役の責任もあるが、この場合でも第6号によって「総株主ノ議決権ノ3分ノ2以上ノ多数」で責任を免除することができる。このようにいかなる場合においても一定の要件が具備されると取締役の責任が免除される以上、取締役会の事後の承認を認めても良いのではないかと考える。

第4に、否定説は追認を肯定すると同じ仲間である取締役会に判断させることは、結果として追認せざるを得ないという無言の圧力が生ずるとするが、この点では事前の場合であってもそれほど違いはなく、必ずしも事後の承認を否定する理由にはならないのではないか。

第5に、折衷説に対しては、取引の性質上迅速性が要求されるか否かで区別するとするが、

商取引自体が一般的に迅速性を有するものであって、何をもって迅速性が要求される取引か否かを区別することは困難であり、したがって、実質的には事後の承認を肯定する学説とそれほどの差はないものと思われる。⁽⁷⁾

以上のように考えると、事後の承認を認めても良いのではないかと考えるが、この学説の最大の問題は、自己取引後何時まで事後の承認を認めるのか、すなわち事後の承認の「事後」とは何時までをいうのかという点である。

この点についてはいくつかの説が考えられるが、第1説としては株券の発行の時期をめぐって争いがあるのと同様に、一定の合理的期間であるとか信義則に照らして判断する学説が考えられる。これを相当期間説と呼ぶ。しかしながらこの学説だと何をもって合理的あるいは信義則と考えるのかが曖昧となり、法的安定性に欠けるといふ欠点がある。

第2説は、第264条第4項の介入権の消滅時効期間と同様に1年後までの期間であれば事後の承認を認める学説が考えられる。これを1年説と呼ぶ。しかし前述したように競業取引と自己取引は、その経緯や趣旨あるいは承認の法的意義の違いから第264条の競業取引の規定を直ちに第265条の自己取引に準用することはできないのではないかと考える。

第3説は、事後の承認を認める場合、例えば第266条第6項では総株主の議決権の3分の2以上の多数があれば取締役の責任が免除されることになっているが、この場合、取締役は株主総会にその取引につき重要な事実を開示しなければならない（同項後段）。この場合の事実の開示としては具体的には各種の資料となるが、商法で商業帳簿の保存期間は10年と規定されているほか（商36・1項）、株主総会の議事録（商244・5項）や取締役会の議事録（商280ノ4・5項）など、いずれも10年間本店での備置き義務を課していることを考えた時、事後の承認期間もこれらの規定との整合性を考えた場合、自己取引後10年間は事後の承認が認められると考える。これを10年説と呼び、筆者としては、この10年説を支持する。その理由としては、上述したようにこのように解することが現行商法の諸規定の内容とも整合性が取れるからである。確かに長すぎるのではないかとの批判も考えられるが、そもそも商法自体が各種の帳簿や議事録の保存期間を10年と規定している以上、その立法趣旨を尊重すると同時に、相当期間説が有する法的安定性の問題や画一的処理ができるなどの利点も有するといわねばならない。

（注）

- （1） 河本一郎「取締役の競業避止義務」法学セミナー314号124頁。
- （2） 竹内・改正会社法解説（有斐閣・1981年）135頁以下。
- （3） 片山信弘「取締役の競業避止義務」商事法の解釈と展望（上柳克郎先生還暦記念）（有斐閣・1984年）257頁。
- （4） 高鳥・前掲430頁。
- （5） 内閣法制局法令用語研究会編・法律用語辞典（有斐閣・1993年）707頁。
- （6） 同上書355頁。
- （7） 本間・前掲249頁。

7 おわりに

以上、自己取引における取締役会の承認に関して、事前の承認に限定するのか、それとも事後の承認も認めるのかについて、学説・判例を概観し、さらに比較法的検討をしてきたが、立法論としてはフランス法のように明文の規定をもって明確に規定がなされるべきであると考えられる。その場合には同法のように「事前の承認」というように明定すべきではないだろうか。たしかに現在の解釈論からするならば、事後の承認を認めても良いとは思われるが、本来第265条は会社の利益を保護するための規定であり、真に会社の利益を保護するとするならば事前の承認に限定した、予防法的規定であると第265条を解釈すべきである。取締役会は業務監査権限を有し、特に監査役の業務監査権限との違いは後者が違法性の監査権限であるのに対して、前者は妥当性の監査権限であると一般的に解釈されており、会社の利益を保護するためには事後の承認を認めるべきではないのではないか。

昨今、企業の不祥事が多発し、コーポレート・ガバナンスが大いに議論されている。この議論は、代表取締役や取締役といった会社経営者の横暴な経営姿勢をチェックし、企業の健全化を測るという点に力点の一つが置かれていることを考えても、できるだけチェック機能を強化させるという方向性からも、本問題の場合も事前の承認に限定した方が良いと考える。そうでなければ、事後による承認のケースが増加し、結果として事前の承認が減少し、さらには株主総会による責任免除が多く認められてしまうという結果は、コーポレート・ガバナンスという観点からも決して望ましい形ではないと考えるからである。