

# 取締役の競業避止義務違反と会社の救済に関する一考察

— 介入権制度は廃止されるべきであったのか —

黄 瑞 宜

明治学院大学法務職研究科付属研究所研究員  
興国管理学院財経法律学系専任助理教授（台湾）

目次：

- I はじめに
- II 旧商法264条の制定歴史の変遷および介入権制度の廃止に至った経緯
  - 1 制定の概要
  - 2 昭和53年における「株式会社の機関に関する改正試案」  
— 介入権制度の廃止をめぐる議論 —
  - 3 平成17年商法大改正による会社法の商法典からの分離  
— 介入権制度の廃止へ —
- III 競業避止義務違反の効果
  - 1 介入権の意義および行使効果
  - 2 介入権行使の効果は債権的効力か物権的効力か  
— 判例および学説を中心に —
    - (1) 判例
    - (2) 学説
    - (3) 平成17年会社法改正後の学説の動向
- IV 私見
  - (1) 介入権の役割分担
  - (2) 損害額推定規定の役割分担

## I はじめに

本稿は、平成17年の日本の会社法の大改正に際して、競業避止義務に違反して競業取引をなした取締役に対して会社が行使できる権利、すなわち介入権制度が廃止され、会社の救済策が、損害額の推定規定をとともなう金銭的な損害請求のみにとどめられたことが、果たして妥当であったという点を考察するものである。

考察の順序として、まず、取締役の競業取引に

会社の介入権制度が導入されるに至った立法経緯を検討する。次いで、昭和53年の「株式会社の機関に関する改正試案」において、介入権制度の廃止の議論が浮上したにもかかわらず、これが廃止されるに至らなかった理由を探る。そして、平成17年の商法大改正にあたり、新会社法がなぜこの介入権制度を廃止することにしたのか、その廃止の背景を探究する。最後に、平成17年会社法制定後において、介入権制度が廃止されたことを、どう受け止めるべきかを見極めた上で、当該制度を

存続させるべきであったとする愚見を述べたい。

なお、私は、本稿執筆の前に、平成18年3月、「台湾における取締役の忠実義務」(明治学院大学大学院・法学ジャーナル第20号・21号所収)と題する日台会社法の比較法的研究をすでに公表している。この論稿の記述は、平成17年改正前商法に依拠してなされているが、この論稿の連載を始めた当時は、新会社法が制定される前であったため、旧法に即した記述とせざるをえなかった。この論稿において、取締役の競業避止義務の考察にあたり会社の介入権についても一応の検討したが、新法ではこれが廃止されるという大きな改正がなされた。したがって、この問題についてさらに深く検討する必要があると考え、本稿を執筆することにした。

## II 旧商法264条の制定歴史の変遷および介入権制度の廃止に至った経緯

### 1 制定の概要

明治32年商法典(明治32年法律第48号)において、会社法は独立の編としてその第2編に規定された。

立法当時においては、取締役は、必ず株主の中から選任することを要し(明治32年商法164条)、株主総会の認許がなければ競業をなすことができないと定められていた(明治32年商法175条)。取締役と会社との取引については監査役の承認を要するとされていた(明治32年商法176条)<sup>1</sup>。

昭和13年商法改正(昭和13年法律第72号)は、明治32年に現行商法典が制定されて以来の、日本特有の「金融恐慌」対策と産業再編成に対処する画期的かつ本格的な改正作業であって昭和25年、昭和49年、昭和56年の商法改正と並ぶ重要な位置を占めていると言われている<sup>2</sup>。昭和13年法改正の結果、取締役の競業避止義務は、同法264条に規定されることとなった<sup>3</sup>。昭和13年改正法における株式会社経営機構の改革の特徴としては、株主総会の権限拡大(たとえば、営業の全部または一部の譲渡等を総会の特別決議事項とするよう改正された)によって取締役の権限縮小を来たしたと指

摘されている。当時においては、株主総会の形骸化の進行にかんがみ、この際、株主総会権限を縮小して取締役の権限を拡大すべきであるとする意見が強く主張されるようになったが、昭和13年法改正はこれらの意見を採用することに至らなかった(大森忠夫ほか編『注釈会社法(4)』8頁[石井照久])のである。

他方、昭和13年改正においては、取締役の互選による代表取締役の選任(昭和13年改正商法261条)の許容や、取締役の競業避止義務の強化がはかれたことによって、「取締役の会社の機関としての位置づけを次第に明確化してきており、いわゆる『企業の所有と経営の分離』が制度的にも進行していることが理解される」として評価できる側面もあった<sup>4</sup>。

しかしながら、昭和25年の商法改正(昭和25年法律第167号(昭和26年法律第209号により一部修正))を受けて、取締役の競業避止義務それ自体の法的性格に関する解釈・評価も、一挙に面目を一新した。学者の間でもこれが英米法的思考の導入であるとする見解が広く認知されるに至った。

すなわち、取締役の避止競業義務は、「昭和25年の商法改正までは、専ら大陸法的思考基礎に立って立法されたものであったが、昭和25年の法改正が取締役の地位そのものに根本的改正を加えるとともに、取締役の義務そのものに対しても、一般義務として新しく忠実義務の規定を追加した。これら一連の改正は総じて英米法的思考の導入である<sup>5</sup>と述べられている。また、同改正法は、「従来のドイツ型の株式会社法を土台としていた日本の法制にアメリカ型の株式会社法の法制を大幅に導入し、これに倣い、取締役会制度をも導入し、会社の所有と経営の分離の進行にともなう取締役の地位を高めることとなり、取締役の制度について大きな変更をもたらした<sup>6</sup>と述べられている。

忠実義務が明定された経緯等につき、「昭和25年法改正前、取締役の義務に関しては、会社と取締役の関係は委任であると定めており、このことから取締役が善管注意義務を負うことが導かれていた(民法644条)。これでは、不十分と考えられ、昭和25年の法律案254条3項前段では、取締役は法

令および定款の規定ならびに総会の決議を遵守して、会社のために忠実に職務を執行する義務を負うという追加規定として設けられた」。「なお、取締役は株主であることを要しないとす条項も付け加えられた(法律案254条2項)」<sup>7</sup>とされている。

したがって、これらの経緯から、以下に述べるように、昭和25年の法改正により、取締役の競業避止義務は、株式会社制度をアメリカ法に多く倣ったことによって、忠実義務の体系に属すると位置づけられたとする学説がある。

ところが、アメリカの立法例に倣い忠実義務の規定が新たに導入されたことによって、当該規定が善管注意義務規定と異なる義務であるか否か、学説の間に大いに議論されることになった。すなわち、両義務に関する同質説と異質説との対立である。同質説の立場は、同時に判例および多数説の立場でもある。すなわち、最高裁「最大判昭45・6・24民集24巻6号625頁(八幡製鉄政治献金事件)」は、同質説の立場に立ち、「旧商法254条ノ3が規定した取締役の忠実義務は、昭和25年の商法改正で取締役の権限の拡大に伴ってその責任も強化されたことから、取締役・会社間の委任関係に基づく善管注意義務を具体的かつ注意的に規定したものあるいはこれを敷衍し、かつ明確化をはかったもので、これとは個別の義務ではない」と述べた。

しかし、その後になって異質説が有力説となった。すなわち、異質説は、昭和25年に新設された取締役の忠実義務の規定は、アメリカ法における取締役の忠実義務と同様に、取締役がその地位を利用し会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を追求することを防止し、取締役に対して自己または第三者の利益と会社の利益とが衝突する場合は、常に会社の利益を優先させることを要求する義務であり、善管注意義務とはその機能も性質も異なる高度の義務であると主張した。その詳細については、上述した拙稿(「台湾における取締役の忠実義務(1)」・「同(2・完)」法学ジャーナル20号・83頁～108頁・同21号121頁～170頁。以下前掲拙稿(1)、前掲拙稿(2・完)と略する)を参照されたい<sup>8</sup>。

以上、概観してきたように、昭和25年法改正があったものの、介入権制度自体については、変わることなく会社の救済策の一環として位置づけられていたと理解できよう。

昭和56年法改正(昭和56年法律第74号)が必要とされたその背景要因については、「会社法が、とくに、株式会社法が、このように頻繁に改正されるのは、株式会社が最も重要な企業形態に関する法として、常に経済社会の発展に即応していかなければならないからであるが、昭和30年・37年・41年・49年と4度にわたる部分的改正を繰り返してきたことから、諸制度相互の間に齟齬がないかを検討するとともに、株式会社法全般についてより根本的な再検討を行い、全面的な改正を行うべきであるという考え方が強くなってきた。このため、法制審議会商法部会は、昭和49年の改正に引き続き会社法の基本問題について調査・審議することを予定していた」<sup>9</sup>とされている。また商法部会では、「昭和49年9月に審議を再開し、株式会社法を根本的に改正する方針のもとに検討を行い、これに基づき、法務省民事局参事官室は、昭和50年6月12日に「会社法改正に関する問題点」で7点の問題点が取り上げられた。商法部会は、上記の意見照会に対する各界の約60の意見を参考し、まず、株式制度について審議を行い、これに基づき、民事局参事官室から、昭和52年5月16日に「株式制度に関する改正試案」が公表された。これと同様な方法により、昭和53年12月25日に「株式会社の機関に関する改正試案」が公表された<sup>10</sup>とされている。

なお、後述するように昭和53年12月の改正試案においては、実に介入権制度を廃止しようという論点が俎上にのぼせられた。

昭和56年の改正では、取締役の義務について、競業避止義務の規定を改善し、かつ間接取引の規制および競業取引等の報告の規定を設けた<sup>11</sup>。取締役の競業避止義務につき、「取締役が自己または第三者のために会社の営業の部類に属する取引(競業取引)をなすには、取締役会においてその取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けなければならないものと規定し、取締役が競業避

止義務に違反して自己のために取引をなしたときは、取締役会は、この取引をもって会社のためにしたものとみなすこと（介入権の行使）ができるものとした（昭和56年法改正264条1項、3項）。また、同改正法は、取締役が競業避止義務に違反して取引をなしたときは、その取引により取締役または第3者が得た利益の額を会社の蒙った損害額（会社の得べかりし利益の損失による損害額）と推定するが、ただ、介入権を行使したときはこの限りでない（昭和56年法改正266条4項）として<sup>12</sup>、会社の損害額の立証を容易にした。

すなわち、昭和56年法改正前の264条1項ないし3項は、「取締役の競業に、株主総会の特別な決議（発行済株式総数の3分の2以上の多数による決議）による認許を要求するとともに、介入権の行使も株主総会の普通決議によるものにしてきたが、昭和56年の改正法は、競業の承認機関を取締役会社間の取引の場合に合わせて取締役会に移し、これに伴い、介入権の行使機関も取締役会に移したのである。さらに、同改正法は、損害賠償額の推定により、競業避止義務違反の取締役会の会社に対する損害額の立証を容易にした。なお、昭和56年法改正は、有限会社法の取締役の競業避止義務違反についても、損害額の推定の規定が設けられた（昭和56年法改正有30ノ2条4項、266条4項）」<sup>13</sup>とした。

以上の概観によれば、この損害額の推定規定は昭和56年法改正時に、会社が介入権を行使し得ないときを勘案して、導入されたものであることが理解できよう。すなわち、取締役が取締役会の承認を得ないで競業取引をしたときは、会社の取締役に対する損害賠償請求の関係では、当該取締役または第3者の受けた利益の額は、会社の受けた損害の額として推定される。またこの推定規定は介入権とは異なり、取締役が第3者のために競業取引した場合までも働く<sup>14</sup>という趣旨である。法は会社の救済に対して、もう一つの保護手段を与えたといえよう。

2 昭和53年における「株式会社の機関に関する改正試案」—介入権制度の廃止をめぐる議論—  
前述したように、昭和56年の商法改正は、競業取引によって会社が被った損害額に関する推定規定を新たな規定として設けた。その立法趣旨は、競業避止義務違反の取締役の会社に対する損害額の立証を容易にすることであったから、この改正は、会社のいっそうの利益保護を前提に、会社に新たな法的救済策を講じようとしたものであるといえる。

しかしながら、取締役の競業避止義務の規定に関して、前節で言及したように、昭和53年改正試案を受け、競業取引をなす取締役に対して、その取引をもって会社のためにしたものとみなす、いわゆる会社の権利である介入権制度の存否の問題が一時俎上にのぼせられていたというエピソードがあったのである。

すなわち、昭和53年12月に法務省民事局参事官室より「株式会社の機関に関する改正試案（以下、「改正試案」と記す）」が公表された。この改正試案では、「取締役が自己のためにした競業取引については、介入権の制度を廃止し、取締役会の承認を受けないで競業をした取締役が得た利益の額は、会社の受けた損害の額と推定する旨の規定を設ける」とされていた。この改正試案に関しては、当時の法務省民事局参事官である元木伸より次のような解説がなされていた。すなわち「商法264条3項は、取締役が株主総会の認許を受けないで自己のために競業をした場合、株主総会は、その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している。このいわゆる介入権行使の効果については、一般に、会社が取締役に対し、競業によって取得した金銭その他の物を引渡すべき旨を請求できるだけであって、それらの物が当該会社に移転するという物権的效果は生じるものではないと解されており、また、介入権の行使は、株主総会が決定することとされているため、実際に、この権利が行使されることは稀である。ところで、介入権が定められている目的は、競業によって会社が被る損害の多くが、得べかりし利害の喪失であって、実際にこのような損害額の立証はきわ

めて困難だからというところにある。このほか、競業によって失った取引先等の関係も考えられるが、介入権の行使によって実際にこのような目的が達せられるかどうか疑問である。そうとすれば、むしろこの介入権の制度を損害賠償プロパーの問題として、さらに合理的な立法上の解決を図った方がよいことになる。そこで、本試案は、取締役会の承認を受けないでされた競業につき、当該取締役が得た利益の額は、会社が受けた損害の額と推定する旨の規定を設けることとしている。この点は、注記されているわけであるが、内容が比較的技術的なこまかいことなので、本文にあげられなかっただけで、この問題が今後検討されるというのではなく、試案の確定的な見解である<sup>15</sup>と述べられている。

改正試案では、実際に当時の各国の立法例を比較参照した結果、現行法の下で、取締役が会社と競業をするためには、発行済株式の総数3分の2の認許を得なければならない（昭和56年改正前商法264条1項2項）と規定され、比較法的な見地からすれば、この認許の要件はきわめて厳格で、これを得ることは容易でなく、また、形式的には競業となっても、実際には会社に損害を与えるおそれのない場合にまでもこの認許を要求することは現実的でないと批判もされているのが実情でもあった。「このため、改正試案では、取締役の競業は、取締役会の承認を受けるべきものとし、現行法の定める介入権はその行使が困難であることからこれを廃止し、その代り取締役会の承認を受けないで、取締役が競業をした場合の取締役に対する損害賠償の請求にあたっては、取締役が競業で得た利益をもって、会社が受けた損害の額と推定することとしている<sup>16</sup>」と述べられている。

当時、森本滋教授は、主にこの改正試案の規制方式および現行法（昭和56年法改正前商法264条（以下「旧264条」と記す））の解釈の検討を重ねたうえで、会社と利害関係取引をなす取締役の責任問題についての見解を示された。すなわち、森本教授は、上述の改正試案の説明を受け、「この説明には論理の飛躍がある。現行法上、いわゆる介入権の行使は株主総会の決議に基づかなければなら

ず、これが行使されることは確かに稀であろう。「改正試案」のもとで、取締役会が介入権を行使しようとした場合にもその行使が困難であるといえるのであろうか<sup>17</sup>と指摘した。

森本滋教授は介入権制度の存廃につき、とくに明言はされておられないものの、介入権制度それ自体の存在にはそれなりの必要性があると示唆されているとみられる。すなわち、「競業取引には、定型的に濫用の危険が認められる。したがって、抑止的効果および立証の便宜を考慮して、競業取引については、「改正試案」にならって、通知・開示制度を設けることが妥当である。通知を怠った競業取締役には、会社機密ないし機会の不正流用のなかったことについて、立証責任を課すことが考えられる。この場合の責任についても、無過失責任と解する特別の理由はない。不正流用の事実についての認識または認識可能性が必要であろう。取引の効果を会社に帰属させることが最も妥当な事後処理である場合も少なくないであろうから、いわゆる介入権制度を認め、取締役会の決議に基づいてこの権利を行使させるべきである<sup>18</sup>」と述べておられる。

結局のところ、改正法においては、介入権制度を廃止しなかった。すなわち、「取締役が競業避止義務（昭和56年改正商法264条1項）に違反して競業行為をした場合は、法令違反であるから、当該取締役は会社に対して損害賠償責任を負うことになる（昭和56年改正商法266条1項5号）。旧法3号の規定についても、通説はこれを過失責任とみており、5号の一般責任原因に含まれるので、5号とは別にこの責任規定を設ける意義は乏しいとして、単に注意規定にすぎないと解していた。改正法もこの見地から、旧法の3号を削除して5号に吸収したが、ただ、会社の救済を容易にするため、従来の介入権の制度の存続とともに（昭和56年改正商法264条3項・4項）、会社が損害賠償を請求する場合に、取締役が取締役会の承認を得ないで競業行為をしたときは、この取引より取締役または第三者が得た利益の額を会社の損害額と推定する旨の規定を設けている（昭和56年改正商法266条4項）。改正試案では、この推定を取締役が

自己のために取引した場合に限定していたが、改正法は、第3者のために競業した場合にも拡大している<sup>19</sup>とされたのである。

結局、昭和56年改正作業の試案段階においては、前述したように、推定規定を設けることによって損害賠償の請求が容易になれば、介入権の制度を廃止してもよいと考えられていた<sup>20</sup>が、同改正においては介入権制度が廃止されるに至らなかった。その理由は、「介入権が行使されたときには、もはや会社の損害の有無はまったく問題となくなつて、平成17年改正前商法266条4項による推定を打ち破るための立証活動の余地もなくなる。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権が認められる）になるという点では、介入権の制度にも意味があるという見地から、最終的には総会の認許を取締役会の承認に改めたものと同様、介入権の行使権者を株主総会から取締役会に変えて存続させている。取締役会は、総会と違って随時開催することができるから、介入権の行使は容易となり、今後利用されることも期待できる<sup>21</sup>と説明されている。

繰り返し述べるように、この損害額の推定規定は昭和56年法改正時に、会社が介入権を行使し得ない事態を勘案して、導入されたものである。そうであるとすれば、このような損害額の推定規定の制定趣旨の立法意義にかんがみ、損害額の推定規定および介入権制度の本来の役割については、そもそも相互的補足的かつそれぞれの果たすべき任務が異なるものであるとみるべきである。ここではその旨の指摘に止め、これに関する詳細については、後の私見において述べることにする。

### 3 平成17年商法大改正による会社法の商法典からの分離—介入権制度の廃止へ—

平成17年6月29日、第162回国会において「会社法」（平成17年法律第86号）が、「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（平成17年法律第87号）とともに成立したため、商法典（明治32年法律第48号）第2編に存置されていた会社法は、単行法として商法典から分離されることにな

り、新会社法は、いわゆる対価の柔軟化に関する部分を除いて、平成18年5月1日に施行された（平成19年5月1日より全面施行）。新会社法では、カタカナ文語体で書かれている規定の条文をひらがな口語体へ変更して分かりやすくするなどの形式面の改正だけでなく、会社法制の内容も大幅に見直された。新しく創設された会社法の内容について簡潔に言えば、周知のように、有限会社法の廃止、設立時の出資額規制の撤廃、合同会社の創設等を挙げることができる。しかしながら、本稿の研究目的にしたがい、以下では、新会社法中、競業取引違反の取締役に対して、当該取引が会社のためになしたものと看做すことのできる権利、すなわち介入権制度の規定が廃止されるに至った点のみを考察するにとどめ、新会社法制定の背景および経緯に関しては、ここでは深入りしない。

繰り返し述べるように、取締役の競業避止義務違反の際の会社の権利である介入権制度および損害賠償請求権の賠償額の推定に関する規定は、前述した昭和56年改正時までの議論展開において概観したこれらの趣旨によれば、本来ならば、両規定の果たすべき役割は大いに異なるものであった。しかしながら、平成17年会社法大改正によって、介入権制度は廃止されることになった。その結果、競業取引によって取締役が得た利益等の吐き出しは、すべて損害賠償の推定規定（いわゆる金銭賠償）のみの問題として対処されることになった。

介入権制度が廃止された理由については、「第1に、通説・判例（昭和24年6月4日・民集3巻7号235頁）によれば、介入権の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3者に対して物権的効力を生じるものではないとしていること、第2に、上記の通説・判例に従えば、介入権の行使より、取締役は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、競業行為に関する損害額の推定額（平成17年改正前266条4項本文、旧有限会社法30条ノ2第4項）と実質的に変わるものではないこととなる。そこで、新会社法においては、介入権に関する規定を削除

することとしているのである」<sup>22</sup>と説明されている。

上記説明の介入権を廃止する理由の第1点において、介入権行使の効果は債権的効力にかぎるという通説・判例の一貫した立場を強調しているが、介入権行使の効果は、果たして債権的効力だけに限られるのか、これに反して、物権的効力であると主張する少数説の主張も傾聴に値すべきであろう。次に、第2点の理由においては、上記の通説・判例に従えば、介入権の行使より、取締役は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、競業行為に関する損害額の推定額(平成17年改正前266条4項本文、旧有限会社法30条ノ2第4項)にとどまると結論付けることに問題がないのか、詳細につき、次のIIIにおいて検討を加えることとしたい。

ところで、平成17年会社法の大改正によって、介入権制度が廃止された上述の理由については、よくその内容をよく吟味すれば、実に昭和53年の改正試案において取り上げられた介入権制度の廃止理由の発想と、それほど大きな差異がないものと思われる。平成17年の法改正によって、これが廃止されるに至った理由について、考えられるのは、まず、介入権制度があまり活用されていないこと、そして、昭和24年の最高裁判決以降、介入権行使の効果が債権的効力しか有さないという根深い観念が定着されたこと、また、介入権制度それ自体の果たすべき役割が、さらに深く探究されておらず、理解されてこなかったこと等によるのではないかと思われる。

### III 競業避止義務違反の効果

#### 1 介入権の意義および行使効果

平成17年改正前商法(以下、「旧法」と記す)264条の規定では、取締役が競業避止義務に違反して自己のために取引をなしたときは、取締役会は、この取引をもって会社のためにしたものとみなすこと(介入権の行使)ができるものとしていた(旧法264条1項、3項)。

取締役の競業避止義務の趣旨は、取締役が会社

の利益を犠牲にして個人的利益をはかってはならないというものである。この規定は、取締役が会社に対する善管注意義務を負うこと(旧法254条2項、民644条)、若しくは忠実義務を負うこと(旧法254条ノ2)の具体化とも解される<sup>23</sup>とされている。

競業避止義務違反の効果については、取締役が取締役会の承認を得ないで競業取引をなした場合、当該取引自体は有効であり、このことは、取引相手方が違反の事実を知るか否かと問わない。しかし、会社は取締役の義務違反を理由として、損害賠償を請求し(旧法266条1項5号)、介入権を行使することができるし(旧法264条3項)、競業避止義務違反は株主総会による取締役解任の正当事由となり(旧法257条1項但書き)、少数株主による取締役解任の訴えの事由ともなる(旧法257条3項)<sup>24</sup>とされていた。

繰り返し述べるように、取締役が競業避止義務に違反して自己のために競業取引をなしたときは、取締役会は、この取引をもって、会社のためにしたものとみなすことができる(旧法264条3項)。いわゆる会社の権利である介入権を行使することができるからである。この介入権行使は、取締役会の決議によりなされる。介入権は取引の時から1年内に行行使することを要し、取引の時から1年を経過するときは消滅する(旧法264条4項)。1年の期間は時効期間ではなく除斥期間である。なお、当該取締役は、取締役会決議の際には特別利害関係人(旧法260条ノ2第2項)となる。

介入権とは、「取締役が競業避止義務に違反し、競業取引を行ったとき、取締役会の決議による会社の一方的な意思表示に基づき、取締役のなした競業行為を会社のためにしたものと看做することができる会社の権利をいう。(奪取権、進入権ともいう(旧法264条3項)<sup>25</sup>。旧法がとくにこの制度を認めた理由は、取締役の競業行為による会社の損害の多くが、得べかりし利益(期待権)の喪失という消極的なもので、損害額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、とく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]<sup>26</sup>と解されている。

会社がこの介入権を行使することができるのは、取締役が「自己のために」(旧法264条3項)競業行為をなしたことであるが、ここに「自己のために」という意味は、「自己の名をもって」という意味であるか、それとも「自己の計算において」という意味であるか、争いがある。

すなわち、「自己の名において」とする説は、「介入権行使の効果は、会社と取締役の関係において、取締役が取引に基づいて取得した権利義務を会社に帰属させる義務を負い、これを履行して会社自身がその取引をなしたのと同じ地位に立たせることであるが、このことは、取締役が違反取引の当事者である場合にのみ可能であり、もし、取締役が第三者を代理して違反取引をなした場合には、はじめから不可能であるという。また会社に介入権を認めた理由は得意先の維持にあるが、取締役が取引の主体である場合には、会社は、介入することによって取締役の取引先に対する債権を譲り受け債務を引き受けて、その取引先との直接の法律関係をつくり得意先を維持しうる。しかし、取締役が第三者を代理した場合は、会社は介入しても、その第三者とその取引先との法律関係を会社のものにひき直させることができないのであって、得意先の維持となりえない]<sup>27</sup>と主張する。

上述の説に対して、これを「自己の計算において」と解する説は、すなわち、「会社が取締役の取引先に対する債権を譲り受けて、その取引と直接の関係に立つことによって得意先を維持する効果も、たしかに介入権に期待しうるが、たとえ取締役が自己の名をもって取引した場合でも、取締役とその取引先の契約がすでに履行されておれば、介入権を行使しても、会社が取締役から債権を譲り受けて取締役の取引先と直接の関係に立つことはできない。このときは、会社は単に取締役の取得した物品の譲渡を受け、取締役の支出した費用を填補するとか、場合によっては取締役の取得した利得を会社に返還させる方法で、取締役から取引の経済的効果を奪取するほかない。しかし、介入権の行使によってこのような経済的効果を奪取

することができれば、これによって取締役をして違反取引を思いとどまらせ、その結果、得意先を維持することができる。このように考えると、取締役が第三者の名をもって、しかし、自己の計算において違反取引をなした場合には、たとえ取引先との直接の関係をつくるのが困難または不可能でも、その取引によって取締役に帰属する経済的効果を奪取することにより取締役をして違反取引を思いとどまらせ、取引先を維持しうることは有益であり、しかも第三者の利益を害することもないから、この場合にも介入権を認めるのが適当である。介入権をこのように解すれば、商法264条3項に「自己のために」とは、自己の名をもってすると第三者の名をもってするとを問わず、自己の計算においてなす意味であるということになり、したがってまた、同条1項に「自己または第三者のために」というのも、自己または第三者の計算においてという意味に解すべきこととなる、というのである]<sup>28</sup>と主張している。

両説を比較すれば、介入権行使が経済的効果の奪取という形で行われる点などから、「自己のために」は「自己の計算において」と解すべきであって、「自己の名において」という主旨ではないと解する多数説が妥当であろうというのが趨勢である<sup>29</sup>。北澤教授も、介入権との関係においてみるときは、かえって、自己または第三者の計算においての意味であると解すべきものと考え<sup>30</sup>と述べておられる。

なお、介入権行使における「経済的効果の奪取」の点に関する両説の優劣につき、さらに深く探究したのは、高鳥正夫教授である。すなわち、高鳥教授によれば、「介入権の内容を損害とくに期待的利益の喪失により損害の立証の困難を回避させ、違反した取締役から経済的効果を奪取するという面からいえば、奪取の機会をより広く認める多数説が機能的にも優れているということができよう。しかして、介入権が損害賠償に代わる機能をもつことは疑いないとしても、損害の発生は法律上介入権行使の前提とされておらず、場合によって介入権の行使が会社のために経済上不利益なこともありうる」という意味では、両説の優劣を単に



経済的効果の奪取の点だけで比較することは必ずしも妥当でない<sup>31</sup>と述べておられる。

また、介入権の行使は、同時に、「得意先の維持に役立つ」との点については、高鳥教授によれば、「同制度が得意先維持ということを直接の関係を作るという意味に解すれば、この制度が得意先維持に役立つか否かは、その契約が未履行であるか否かによって決められることであって、取締役がそれを自己の名においてなされたか、あるいは自己の計算においてなしたかということには関係がない<sup>32</sup>と述べておられる。

さらに、高鳥教授は「いずれの学説が、会社の得意先維持に役立つかという面から、両説の優劣を比較することはむしろ不適当でもある。介入権の行使が経済的効果の奪取という形式で行われ、その奪取も物権的な意味でなく単に債権的な意味においてであるという通説・判例の立場を前提とすれば、やはり自己のためには、自己の計算においての意味であるとする多数説の立場が妥当なものとする<sup>33</sup>とされる。

取締役の競業取引により、会社が介入権を行使することによって、果たして得意先の維持に効果が現れるか否かは、確かに高鳥教授が指摘されるように、それは契約が履行されたか否かにより、決定されることである。しかし、自由競争・市場経済が重視される今日においては、会社の側が一方的に得意先との関係を維持しようとしても、他方で得意先の側も自分に有利のある取引先を選択する権利があることにかんがみれば、必ずしも、介入権を行使しさえすれば、得意先との関係を維持することができるに限らない。

しかしながら、他方、取締役が競業取引をなしたとき、会社は、取締役の背任行為によって彼に生じたその経済的効果をどのように奪取し、これを会社に帰属させるべきか、という着眼点にも重きをおくべきであるし、もし、会社の救済を多様かつ容易にすべきと考慮するのであれば、本来の介入権行使の果たすべき役割が、それなりの効果を持つものであると思われる。

いずれにせよ、学説および判例が、従来から、ややもすれば介入権行使は債権的効力しか有さな

いことを前提とした先見に執着しすぎるきらいがあると言わざるをえない。取締役の競業避止義務の規定は、アメリカ法にならって、導入された忠実義務規定の一体系とする立法趣旨にかんがみれば、介入権行使の効果もそれに従って異なる解釈がなされるべきではないか。

## 2 介入権行使の効果は債権的効力か物権的効力か—判例および学説を中心に—

### (1) 判例

介入権の行使について、その効果が債権的効力しか有しないと判示したのは昭和24年最高裁の判例(最判昭和24年6月4日民集3巻7号235号)である。すなわち、最高裁は、介入権行使の効果における立木所有権確認並びに引渡請求事件について、「しかし、商法第264条2項(平成17年改正前商法264条3項、以下同じ。)によれば、いわゆる介入権の行使は取締役が同条第1項の規定に違反して自己のためになした取引を会社のためになしたものと看做することができるのである。即ち介入権行使の効果は取締役はその取引によって取得した金銭その他の物はこれを会社に引渡し、権利はこれを会社に移転することを要するのであって取締役がその取引によって取得した所有権その他の物権が介入権の行使により当然に会社に移転するいわゆる物権的効力を有するものではないと解するのが相当である」と判示した。

本件においては、上告人は明らかに「自己のために」立木を買い入れた。当該競業取引について、株主総会においても重要な事実を開示せず、報告さえもしなかった。競業避止義務違反の効果を前提とする「自己のために」、取締役が「自己の名において」という競業取引が行われれば、取締役が取引の主体である場合には、会社は、介入することによって、取締役の取引先に対する債権を譲り、債務を引き受けて、その取引先との直接の法律関係をつくり、得意先を維持しうる。したがって、本件においては、取締役が第三者を代理したのではないため、介入権の行使にも問題がない。さらに、多数説である「自己の計算において」の説によっても、自己の計算において違反取引をなした場合

には、たとえ取引先との直接の関係をつくること  
が困難または不可能でも、その取引によって取締  
役に帰属する経済的効果を奪取することにより取締  
役をして違反取引を思いとどまらせ、取引先を  
維持しうることは有益であり、しかも第3者の利  
益を害することもないから、この場合にも介入権  
を認めるのが適当であると解される。

問題は、本件の立木のケースにおいては、「自己  
のために」に関する両説の主張からしても、いず  
れも得意先との関係を第一義的に維持しようとする  
のである。愚見を述べれば、最も重要なのは、得  
意先との関係を維持するというよりも、会社にして  
は、むしろ取締役が取引先との間に交付された金  
銭、物品をどのように奪取してもらえるかという  
問題であり、これこそが、なによりも肝心で現実  
的な問題であると思われる。もし、取締役と相手  
方との間に契約がすでに履行されたのであれば、  
「自己の名において」にせよ、「自己の計算におい  
て」にせよ、もはや、得意先維持の問題に拘泥す  
るという問題ではないと思われる。というのは、  
この段階にあっては、得意先を維持するというよ  
りも、現に会社に不利益がもたらされているとい  
う事態をどのように回避すべきものであり、これ  
以上会社の利益が犠牲され、さらにその損失の範  
囲が拡大しないように、早急に救済策を講じな  
ければならないからである。

本件判決が下されて以来、介入権行使の効果に  
ついて、債権的効力であるか、物権的効力である  
かに関し、今日までこれを再検討する判例が見当  
たらぬのは遺憾である。学説にも、この判決に  
賛成するものの、介入権行使の効果が債権的効  
力であるとしたことを疑問視する学者がある。そ  
の詳細については、以下の(2)において検討したい  
と考える。

これに対して、山崎製パン事件として知られる  
東京地裁昭和56年3月26日判決（判例時報1015  
号・27頁以下）は、取締役が競業禁止義務に違反  
したものであったが、介入権行使の規定を用いず、  
損害額の推定規定を用いず、代表取締役の一連の  
行為を競業禁止義務、忠実義務、善管注意義務を  
認めながら、民法646条2項の規定を類推適用し

て、違法に競業を営んだ代表取締役およびその家  
族が取得した支配株式を取得原価相当額と引き換  
えに会社に引渡すことを命じた。結局のところ、  
本件の株式の返還、引渡義務は、まさに損害賠償  
として金銭賠償で算定できたのではなく、善管注  
意義務に基づく、受任者が受取した物の会社に対  
する引渡義務として構成されたのである。結果的  
には、介入権行使の効果と実質的にあまり変わら  
なかったと言えるであろう。ただ、本件は民法646  
条2項を類推した結果によって、取締役の取得し  
た現物の引渡し、権利の移転が認められたものの、  
商法が民法の特別法である以上、商法に規定され  
た介入権の行使が、民法に優先し類推適用される  
べきであったのではなからうか。

この判決に対して、学説からの以下のような指  
摘もある。すなわち、取締役の競業禁止義務を忠  
実義務の一環として認めるとすれば、「本件は民法  
646条2項を類推適用したとしても、今後において  
忠実義務違反の効果として利得の引渡しを広く認  
めていく方向が望ましい」[渋谷・判評1015号・27  
頁以下]<sup>34</sup>とされているとしている。また、「会社が  
事業拡張のために予定した土地を取締役が自己ま  
たは第3者のために取得する行為は、取締役の忠  
実義務ないしは善管注意義務違反の問題として処  
理すればよいこととなる<sup>35</sup>。この種の取引によっ  
て会社の取引先を奪う危険性はないが、それによ  
って会社の事業開始を困難にしたり、著しく遅  
延させる結果となることから、事後的な救済に委  
ねるよりも、時には介入権の行使を認めることが  
会社の利益を確保するためよりベターであり、ま  
た損害額の推定をうけることにより事後の紛争を  
防止することも可能である」<sup>36</sup>という指摘もな  
されている。

なお、本件は、商法上の問題であることが明ら  
かであったにもかかわらず、民法の規定を類推適  
用した結果、たとえ介入権行使と同様な実質的な  
効果が得られたわけであるが、商法の介入権制度  
それ自体の性質は、民法に規定される引渡しとい  
うそれ自体の単純な性質とは異なるものであるこ  
とを再認識すべきではなからうか。とりわけ、日  
本の私法体系は、民商2法分離制を採用する国で

あって、すなわち、商人および非商人、商行為および非商行為を明確に分別しているのである。本件の判決からすれば、あたかも取締役を非商人として取り扱っているかのように、本来ならば商法上の規定を民法に優先的に類推適用させるべきであるにもかかわらず、あえて迂遠にして民法の規定を類推適用することが、民商2法を分別する体系からすれば、かえて本末転倒な判決であると言わざるをえない。したがって、競業取引を行った取締役から経済的効果を奪取するため、民法646条2項を類推適用した山崎製パン事件の判決は、法的結論において、不当なところが見られないが、渋谷教授の指摘されたように、今後において忠実義務違反の効果として利得の引渡しを広く認めていく方向が望ましいとの見解に賛成すべきである。

なお、大阪高裁昭和58年3月3日判決（判例時報1084号122頁）は、X会社の取締役Y2が別の会社を設立して、不法に入手したX会社の得意先名簿を利用して、同会社と同様の趣味雑貨品の通信販売を行った事案である。大阪高裁は本件の損害の範囲認定について、Y2がX会社の売上減少額を損害額に限定すべしとする主張を認めず、名簿使用料を損害額算定の根拠とすると判示した。しかし、損害賠償の範囲をどこまで限定できるのか、本件からみても必ずしも明らかであるとは限らない。

したがって、介入権制度が廃止されたということを実際に受け止めた場合、上記の大阪高裁の判決のような例をみれば、取締役の競業取引の会社の救済策について、損害額の推定規定に依拠したとしても、当該規定の損害賠償の範囲の推定が実際にどこまでの役割を果たすことができるかは、疑問の余地がある。

## (2) 学説

介入権行使の効果について、学説の多くは、判例と同様に債権的効力であると解する見解がほぼ定着している。しかも、この介入権制度の立法趣旨について、学者の間でも、これが昭和25年法改正前に、ドイツ法的思考の継受により制定された

ものであることが疑いはない<sup>37</sup>とされている。

これに対して、昭和25年の法改正は、アメリカ法から忠実義務を導入したことによって、競業避止義務は忠実義務の体系に属することになったと解する学説も少なくはない<sup>38</sup>。したがって、アメリカの立法例に倣い、取締役の忠実義務を導入したことによって、競業避止義務の法的基盤が「開示」制度、取締役会の制定といった取締役の地位の変更等にもとない、取締役の特別不作為義務ではなく、忠実義務の派生的義務であると解する英米法的思考に立つとすれば、介入権そのものにも多分に問題が残されていると考えなければならないと指摘する学者がいる<sup>39</sup>。

すなわち、「取締役の一般義務として、忠実義務を導入したことは、取締役に会社との関係において信託的地位を認めたものであり、取締役は単なる受任者であるのみならず、信託法理上の受託者の地位を有するものと解されなければならない。したがって、取締役が会社の利益を犠牲にして、自己のために利益を取得した場合には、明らかにこの信託関係に違反するものであり、取締役の得た利益は大陸法的な思考に基づく経済的効果の奪取として会社に帰属せしめらるべきものではなく、英米法にいうところの法定信託の法理に基づいて理解されなければならないものではあるまいか。すなわち、競業避止義務を忠実義務基礎として定立し、その効果を特別不作為義務と同一の介入権によってもたらさしめることは思想上の統一を欠くものであって是認しうるものではない。この点は改正行為が英米的思考を極めて形式的に導入し、実質的な検討を欠いた結果を招いた過誤であったのではあるまいか」<sup>40</sup>と指摘されている。

アメリカにおいては、「取締役が個人的に他の営業に従事することは勿論、会社と同種の営業に従事することも、それ自体としては何ら禁止されていない。しかし、取締役は、会社に対して受任者として忠実義務を負うことからして、会社に対する自己の任務と自己の個人的利益とが矛盾するときには、常に後者を前者に従属せしめなければならない。それゆえ、有利な取引をなす機会が現れた場合において、その取引が会社の活動の範囲

内にして会社の営業に付随するものと認められ、かつ会社がその取引を必要としていると認められる限りは、取締役が自己または第三者のためにその機会を捉えることは許されない。それは会社に属する取引の機会である<sup>41</sup>としている。

したがって、こうしたアメリカ法上における取締役の競業避止義務は忠実義務の体系として、とくに判例法から形成された会社の機会の法理によれば、「取締役が競業取引をなした際にして、当該取引が会社の営業の部類に属するかどうかに関係なく、それが会社の機会に属する取引につき、会社はこれを優先的に利用しうるべき権利を有し、会社に対して受任者である取締役は、会社に属するこのような機会を個人的に流用したとすれば、取締役の信認関係上の義務に違反すと論じられている<sup>42</sup>とされる。

信認関係上の義務とは、前述したように、取締役に会社との関係において信認的地位を認めただけであり、取締役は単なる受任者であるのみならず、信託法理上の受託者の地位を有するものと解されている。したがって、取締役が信託法理上の受託者の地位を有すると解されるのであるから、その違反はこの信任関係の違反となり、取締役の得た利益は大陸法的思考に基づく経済的効果の奪取として会社に帰属せしめられるべきものではないとしている。

アメリカにおける会社の機会の法理の由来について、鈴木教授によれば、「アメリカにおいては、近代的会社制度の確立、およびそれに伴う所有と経営の分離を生ずるとともに、経営者の利己主義より、株主たちを合理的に保護することができる手段を考えなければならないという問題に直面したのである。すなわち、取締役が会社利益を犠牲にして、個人の利益を追求することを防止しなくてはならなかったのである。そこで、裁判所はしばしば代理人や受託者に関する原理を適用してきたのであるが、これらの原理による解決は充分その機能をはたしうるものではなかった。そこで、裁判所は取締役と会社との関係はそれ自身特有のものであるという立場に立つに至り、この見解のもとで問題の解決に向かったのである。こうして

生まれてきたのが、「会社機会の理論」である。この理論は取締役は会社に対する不当な手段により、自己の利益を取得してはならないという、忠実義務原則の発見類型のうちの一つである<sup>43</sup>と述べられている。

アメリカ法における会社機会の理論とは、統一的な法的制度ではなく、種々の法的観点より典型的な会社と取締役の利害対立を解決する命題の集合概念である<sup>44</sup>と解されている。

したがって、アメリカ法では、「取締役の競業避止義務違反の行為を『会社に属する取引の背任的流用』と称し、会社は損害の挙証の容易なときは、普通法上の損害賠償による救済を求めうること勿論であるが、なお衡平法に基づいて、当該取締役の得た利得の返還を求めうることもできる。すなわち、衡平法上、会社は当該取締役に對し競業取引の結果を会社に帰属させるべき責任を問うべく、かつ取引の目的物である財産が追跡しうるべきときは、当該取締役を会社のための強制受託者として取り扱うべきことを求めうるのである。これは衡平法上受任者の背任的行為に基づく利得返還の方法として、受任者の取得財産上に設定せられる強制信託である。以上の場合において取締役が得た利益は衡平法上会社に属すべかりし利益であって、これを法技術的に会社に回復せしめるにはほかならない<sup>45</sup>と説明されている。

このように、取締役の競業取引による取引の効果が、アメリカ法上における会社の機会の法理にしたがう事後的処理で対処すれば、介入権行使の効果について、物権的効力を有するのを認められる余地が残されている。すなわち、山口教授は、「以上の責任を問われることにより、日本商法における介入権の行使—債権的効果を有するにすぎない、すなわち取締役は当該取引により取得した財産を会社に引渡す義務を負うも、上記の財産の所有権が当然に会社に帰属するのではなく、会社は当該取締役に對してその取得額を補償しなければならない（最高裁昭和24年6月4日判決民集3巻7号235頁）—と実質上ほぼ同様な結果が達せられるが、なお強制信託が設定されていることにより、上記財産の衡平法上の帰属者である会社にあ

程度の物権的な返還請求権が認められ、強制信託をもって刻印せられた財産につき、その善意有償取得者以外の第三者にまで追求せられうるのである<sup>46</sup>と述べておられる。

したがって、以上、少数説の主張およびアメリカ法における会社の機会法理の規制方式を概観してきたように、少なくとも介入権の行使の効果それ自体が物権的効力を有することを認められるのであれば、取引の効果について、確かに介入権制度こそが事後的措置として会社を救済するために最適な法的手段であるといえよう。

### (3) 平成17年会社法改正後の学説の動向

しかし、平成17年会社法の大改正に際し、会社の救済策として重要な介入権制度は、新会社法からこれが削除されたことつき、有力な学者にもほとんど問題にされず、当該制度の効果が損害額の推定による賠償責任(会社法423条2項)と大きく異なるので、会社法制定の際に削除された<sup>47</sup>と軽く言及されているだけである。あるいは、当該制度がなぜ廃止されたのか、多くの教科書・解説書でもほとんど触れられていない。たとえば「会社法の競業取引の規定は、取締役の会社に対する忠実義務を具体化して会社内部における関係を規制するにとどまり、取締役と取引をする第三者には、何ら影響を及ぼすものではない。旧法下にあった介入権制度(会社は取締役が自己のためにした取引を会社のために行ったとみなす権利)は廃止された<sup>48</sup>、あるいは、「旧264条3項4項、旧有限会社法29条3項4項は、承認または許諾を得ずに競業取引が行われたときには、取引の時から1年以内であれば、会社にいわゆる介入権の行使を認め、競業取引をした取締役本人から、その経済的效果を奪取することができるという法政策を採用していたが、その効果に不明確な点があったことを考慮したのであろう、新法は介入権に関する定めを設けていない。事後的救済は、損害賠償請求に一本化された<sup>49</sup>」といった記述がなされているにとどまる。

介入権制度の重要性があまり認識されていないことは本当に残念である。

## IV 私見

すでに概観してきたように、実際には、平成17年の会社法制定によって唐突にこの介入権制度が廃止されたのではなく、かつて昭和53年商法改正時に、前述したように、いったんは、競業取引により会社が被った損害額の推定規定を設けることによって会社の取締役に対する損害賠償の請求が容易になれば、介入権の制度を廃止してもよいと考えられたのである。加えて、従来から、介入権制度を廃止してもよいと主張する学者もあった。例えば、介入権制度は会社の損害額の立証を不要とし、さらに、損害賠償では十分に補えない会社の損失の回復を目的とするが、立法論としては削除してもよい<sup>50</sup>との見解がつとに示されていた。

しかしながら、昭和56年に設けられた損害額の推定規定は、本来は介入権制度と相互補完的な役割を分担する機能を果たせるよう設けられたと考えるべきである。しかも両者が競業取引の態様に応じてそれぞれそれなりの役割が果たせると考えられる。具体的には以下のとおりである。

### (1) 介入権の役割分担

上述したように、介入権行使の効果は、通説・判例(最判昭和24年6月4日民集3巻7号235頁)によれば、会社と取締役の内部関係における債権的なものであり、取締役が競業避止義務に違反する取引の経済的效果をすべて会社に帰属させる義務を負うにとどまり、会社が取引相手方に対して、当然に直接の当事者となるものではない。このような法律関係の変更は、相手方の意思を無視して一方的になしうるものではないことを理由とする。したがって、介入権行使の効果としては、取締役が競業取引より会社に帰属すべき一切の権利義務、所有権を会社に移転し、物品を会社に引渡す義務を負うとともに、会社は取締役が支出した費用を償還する義務を有するという一方で、取締役と会社の義務とはいわゆる同時履行の関係にあるとされている。

しかし、平成17年の会社法大改正に際し、この介入権制度は廃止された。そして、介入権を行使

しえない代わりに、会社の取締役に対する損害賠償につき、取締役が競業禁止義務に違反する取引により、取締役または第3者が得た利益の額をもって、会社の蒙った損害額と推定する規定、いわゆる事後的救済の損害賠償請求の規定のみに一本化した。

しかし、介入権行使の効果それ自体の性質は、損害額の推定規定と異なる、金銭賠償にとどまらず、さらに取締役が競業取引より取得した一切の権利義務、物品(現物)が、すなわち、会社にとって、製品の生産過程においてどうしても欠かせない必要な原材料、資材等を取締役から引渡(奪取)してもらえるものであるべきであった。ところが、改正後の現行法の下では、取締役が競業取引より取得した金銭以外のものがあったとしても、取締役に取得された品物等については、すべて金銭のみの損害額の推定規定が適用されるだけであって、もし、実際に金銭で算定できない、あるいは金銭に代えられない内容を有する取引がありうることをも考慮すれば、かえって会社を救済するところか、予測しえないような不利をもたらすこともありうるのではないかと疑う余地があるというべきである。

たとえば、現に、取締役が競業取引に違反して第3者と取引を行い、契約がすでに履行されるに至った場合、介入権を行使すれば、当然に会社はその履行した契約を会社のためにした契約であるとみなすことができる。しかし、ここでの問題は、仮に、すでに履行された契約の目的物が、会社にとって自社で商品を製造する過程においてどうしても不可欠な原料(現物)、資材であって、かつ金銭では代替できないような状況であるとすれば、金銭賠償によらず、むしろ会社は、取締役が占有している原料、資材等を引渡(奪取)してもらおうが、会社の安定な事業活動の全般にわたって、その運営を円滑に行いうるのである。

たとえば、前述した昭和24年の判例のように、最高裁は、介入権行使の効果は取締役がその取引によって取得した金銭その他の物はこれを会社に引渡し、権利はこれを会社に移転することを要するのであって、取締役がその取引によって取得し

た所有権その他の物権が介入権の行使により当然に会社に移転するいわゆる物権的効力を有するものではないと判断するにせよ、実際には、介入権が行使されれば、取締役は競業取引によって取得した現物(立木等)を会社に引渡さなければならないのが現実である。競業禁止義務違反の事案によっては、取締役の競業取引行為が、直ちに会社に損害を与えとは限らないであろう。しかし、会社にとっては、競業取引により取締役または第3者が得た利益の額は会社の蒙った損害額と推定する金銭賠償という規定を適用するだけでは、会社にとって、自社の製品にどうしても必要な資材原材料である立木等がなければ、会社の生産活動がストップし、健全な運営に支障が出る場合もあるのであって、この場合には、むしろ取締役に下にある資材原材料である立木等を引き渡してもらおうのが望ましいであろう。まして当時は第2次大戦下であり、昭和19年から昭和21年1月頃にあつては木材統制法の規制によって、立木がそれほど簡単に入手できるものではない時期であった。

日本の商法旧規定がとくに介入権を認めた理由は、繰り返して述べるように、競業行為による会社の損害の多くが得べかりし利益(期待権)の喪失という消極的なもので、損害額の立証がきわめて困難であるため、それを救済する同時に、とく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を奪われるおそれがあることから、それを得意先の維持をはかる点にあるためである<sup>51</sup>と解されている。また森本滋教授によれば、競業取引違反に基づく損害賠償について、最も問題とすべきは、どのような場合に、どのような事実を基礎として、会社の損害が認定され、その損害額が具体的にどのようにして算定されるのか、であると指摘されたうえで、この確定が極めて困難であるために、いわゆる介入権制度が認められているのである<sup>52</sup>と述べておられる。さらに介入権行使の効果としては、損害額推定の規定と異なり、違反取引から得た利益である金銭のほか、現に取締役の下にある現物の引渡し認められるのである。

したがって、現行法の、取締役が競業避止義務に違反した場合に、すべての競業取引に対する会社の救済策が金銭的な損害賠償請求に一本化されたという法政策は、かえって会社の利益の確保、現実的な救済をいっそう困難にさせるとの懸念が考えられるのではなからうか。

## (2) 損害額推定規定の役割分担

損害額の推定の効果は、取締役が取締役会の承認を得ないで競業取引をしたときは、会社の取締役に対する損害賠償請求の関係では、当該取締役または第3者の受けた利益の額は、会社の受けた損害の額と推定されるというものである。前述したようにこの損害額の推定規定は介入権とは違って、取締役が第3者のために競業取引した場合にも働くのである。両者はそれなりの補完的な機能を有するのである。すなわち、介入権行使の規定に関して、競業避止義務違反をした取締役は自己のために為された場合のみ、競業取引により経済的效果を会社に帰属させると認められる。昭和56年に導入された平成17年改正前商法266条4項の規制対象は、取締役に限らず、第3者の得た利益まで、会社の蒙った損害額と推定することができるのである。たとえば、M会社の取締役Aが自己のためではなく第3者であるCのためにBと取引をした場合には、その競業取引より生じた経済的效果は、AではなくCにある。この場合のCは、平成17年改正前商法266条4項の競業規制の対象となり、その得た利益の額が会社の蒙った損害額と推定される、いわゆるその経済的效果を会社が直接の当事者として奪取することができるとう理解できよう。

介入権制度の廃止に伴い、損害額の立証が必ずしも容易でない下において、取締役に現物の引渡しをさせるという交付行為に代えて、果たして損害賠償として金銭賠償だけにとどめてよいのか、この点につき、前述したように、従来から介入権は、現物の引渡行為という極めて重要な役割を果たしており、この規定は決して余計な規定だったわけではあるまい。もし、どうしても損害額の推定規定と介入権制度との規定との二者択一をしな

ければならないとするならば、むしろ損害額の推定規定のほうを廃止すべきであると言わざるを得ない。これに関して、前田庸教授は、こうした取締役の競業取引により取得した現物の引渡しまたは返還について、損害額の立証の困難を排除するためであって、介入権が行使された場合には、取引によって生じた利益が会社に帰属することになり、したがって、損害額の推定規定(商法第266条4項)は不要である<sup>53</sup>と主張しておられる。

ただ、損害賠償の請求と介入権行使の関係について、会社はいずれの権利を先に行使してもよいが、一方を行使しても会社の不利益が完全に回復されない場合には、他方の権利はその限度でのみ消滅する<sup>54</sup>と解されるという見解がある。これに対して通説は、介入権と損害賠償の請求権とは択一的の救済ではなく、会社が介入権を行使してなお損害があるとき損害賠償を請求しうると解している。

いずれにせよ、昭和24年の最高裁判決以降、介入権行使の効果に関する判例が極めて少ないのが事実である。最高裁は、介入権行使の効果が債権的効力しか有しないと判示したものの、介入権行使の効果それ自体が本来果たすべき役割を仄めかしている。すなわち、会社は本件立木等に関する所有権確認ならびにその引渡しを求めており、原審判決はそれを認めたが、上告審判決は所有権確認の部分だけを破毀し、引渡しの請求のみを認めた。しかし、このような上告審の判決に対して、本末転倒ではないかとの批判があった。すなわち、従来の場合には、所有権を確認してはじめて引渡しの請求を認めうるべきであるのに、所有権の確認を斥けて引渡だけを認めるのは疑いの余地がある<sup>55</sup>としている。

そうであるにもかかわらず、「本件における請求は、介入権行使の効果である所有権の確認を求め、その所有権に基づいて引渡しを求めているというのではなく、介入権行使の効果自体を主張しているとみるべきであって、所有権確認の請求を斥けてもなお介入権行使の効果として引渡しの請求を認めているわけで」<sup>56</sup>、とくに問題がないと評価されている。

以上によれば、介入権制度および損害額推定の規定は、それぞれ異なる機能を発揮すべく立法されていたのであり、両者は、会社にとって損害の救済として相互補完的な役割を果たす関係にある。介入権制度は今回の日本の新会社法制定にあたって、その中に存続させるべきであった。

## 注

- (1) 日本会社立法の歴史的展開・北澤正啓先生古希祝賀論文集（商事法務研究会・1999年）117頁～118頁 [今井潔・浅木慎一]。
- (2) 奥島孝康・昭和13年法改正・昭和商法学史所収（日本評論社・1996年）13頁。
- (3) 浅木慎一・会社法旧法令集（信山社・2006年）159頁。
- (4) 前掲注2・18頁；同前159頁。
- (5) 鈴木薫・取締役の競業避止義務（亜細亜法学第1巻1号・1965年）131頁。
- (6) 吉本健一・取締役の義務と責任・昭和商法学史所収（日本評論社・1996年）378頁～379頁。
- (7) 前掲注1・247頁～248頁 [中東正文]。
- (8) なお、2001年に台湾会社法の大改正がなされた。台湾法は日本法と同じくアメリカの立法例に倣い、取締役の忠実義務に関する明文の規定を追加規定として設けた。しかし、台湾会社法は、日本法と異なって、新たに導入された忠実義務の規定を取締役の善管注意義務（台湾会社法23条）の条文中に同一規定として設けたのである。そのため、台湾においても、当該規定の性質について、日本と同様に、善管注意義務と同質なものであるか、それとも異質なものであるか、学者の間に大いに議論された[詳細につき、前掲拙稿（2・完）を参照されたい]。
- (9) 前掲注1・427頁 [北澤正啓]。
- (10) 同前427頁～428頁。
- (11) 同前449頁。
- (12) 同前。
- (13) 同前449頁～450頁；大隅健一郎・今井宏・会社法論（有斐閣・1992年）229頁。
- (14) 稲葉威雄・改正会社法（金融財政事情研究会・1982年）209頁。
- (15) 元木伸・株式会社の機関に関する改正試案の解説（商事法務833号・1979年）11頁～12頁。
- (16) 同前10頁；元木伸・稲葉威雄・株式会社の機関に関する改正試案の概要（ジュリスト第686号・1979年）73頁。
- (17) 森本滋・取締役の競業避止義務の立法論的検討・法学論叢第106巻1号・脚注④を参照・25頁。
- (18) 同前30頁～31頁。
- (19) 酒巻俊雄・取締役の会社に対する責任（商事法務第919号・年）45頁。
- (20) 稲葉・前掲注14・210頁。
- (21) 同前。
- (22) 相沢哲・一問一答新会社法（商事法務・2005年）127頁。
- (23) 高鳥正夫・会社法の諸問題（慶応通信・1981年）393頁。
- (24) 北澤正啓・会社法（青林書院・1998年）418頁；前掲注13・232頁～233頁。
- (25) 本間・221頁。
- (26) 同前。
- (27) 北澤・前掲注24・419頁。
- (28) 同前419頁～420頁。
- (29) 現代商法学の諸問題「田中誠二古稀記念」（千倉書房・1967年）。
- (30) 北澤・前掲注24・420頁。
- (31) 高鳥・前掲注23・409頁。
- (32) 同前409頁～410頁。
- (33) 同前410頁。
- (34) 新注釈会社法・[浜田道代] 31頁。
- (35) 新注釈会社法 [本間] 208頁。
- (36) 同前。
- (37) 鈴木・前掲注5・153頁。
- (38) 北澤・前掲注24・413頁～414頁。
- (39) 鈴木・前掲注5・153頁。
- (40) 同前153頁～154頁。
- (41) 山口幸五郎・会社取締役制度の法的構造（成文堂・1973年）55頁～56頁。
- (42) 同前56頁；森本・前掲注17・26頁。
- (43) 鈴木・前掲注5・134頁～135頁。
- (44) 森本・前掲注17・26頁。
- (45) 山口・前掲注41・56頁～57頁。
- (46) 同前58頁・脚注⑧を参照。
- (47) 江頭憲治郎・株式会社法（有斐閣・2006年）395頁・脚注②を参照
- (48) 田邊光政・会社法要説（税務経理協会・2006年）230頁。
- (49) 編者：浜田道代・キーワードで読む会社法（有斐閣・2005年）69頁 [浅木慎一]。
- (50) 森本滋・会社法（有信堂高文社・1995年）242頁。
- (51) 前掲注35・[本間] 220頁～221頁。
- (52) 森本・前掲注5・9頁。
- (53) 前田庸・会社法入門（有斐閣・2003年）316頁。
- (54) 高鳥・前掲注23・410頁。
- (55) 小橋一郎・介入権行使の効果（民商法雑誌・1952年）210頁。
- (56) 同前。