

会社法における取締役会の運営（1）

小林 俊 明

1 はじめに

取締役会は取締役全員によって構成され、会社の業務執行に関する意思決定を行うとともに、取締役の職務執行を監督する必要的機関である⁽¹⁾（会社362条1項・2項）。企業の所有と経営の分離がすすみ、株主が頻繁に入れ替わる大規模な株式会社では、当然ながら直接参加型の経営は成り立たず⁽²⁾、高い識見とすぐれた手腕をもつ少数の専門家に経営を委ねざるを得ない⁽³⁾。株主が取締役に対して業務執行に関する事項につき授權を行っている以上、実質的には代理と同様、株主は取締役会による意思決定を会社の意思決定として受け入れなければならず、その効果の会社への帰属を否定で

-
- (1) しばしば説明されるように、取締役会は、会社の機関を指す用語として使用される取締役会（board of directors）と機関の権限を行使するために開催される会議としての取締役会（directors' meeting）を区別しなければならないとされる。なお、公開会社、監査役会設置会社および委員会設置会社では取締役会の設置を義務づけられる（会社327条1項参照）。それ以外の会社もまた任意に取締役会を設置することができる。設置が強制されると否とを問わず、取締役会を置く場合には定款でその旨定め（会社326条2項参照）、登記しなければならない（会社911条3項11号参照）。
- (2) 株式会社の機関とは、法律上、会社の意思または行為と認められる意思決定または行為をする会社における組織上の存在を会社の機関といい、その機関の有する権能を権限という（上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表・新版注釈会社法（5）株式会社の機関（1）（有斐閣、1985）1頁〔谷川久〕、鈴木竹雄＝竹内昭夫・会社法〔第3版〕（有斐閣、1994）218頁、神田秀樹・会社法〔第10版〕（弘文堂、2008）154頁参照）。

きない。いわば禁反言の法理が働くかのように取締役会の意思決定が会社の意思とみなされる。⁽⁴⁾ 3名以上の取締役による協議を前提とした意思決定システムの標準モデルに合理性があるのか議論の余地がないわけではないが、わが国の商法改正の変遷をたどっても取締役会制度がガバナンス上重要な地位を占めることは疑いない。

明治32年商法は、取締役それぞれが単独で会社を代表する各自代表の規定を置いていた⁽⁵⁾（明治44年改正前170条1項参照）、実際には株主総会において選任された複数の取締役が彼らのなかで協議によって社長を選任する形が多かったようである⁽⁶⁾。こうした実態に少しでも合わせようと明治44年改正では、定款または株主総会の決議によって代表取締役を定めることも認め（昭和13年改正前商170条1項参照）、各自代表の原則に対する例外を規定した。しかし、定款で選任方法だけを定めておくことができるのか明らかではなかったために昭和13年改正では、定款の定めがあれば取締役

(3) 取締役会は業務執行に関する意思決定を行い、それに従って業務を執行するのは、代表取締役その他の業務執行取締役（およびその指揮下の使用人）である（会社法363条1項）。取締役会は、これらの取締役の職務執行を監督し、不適任と認められた代表取締役等を最終的には解職することによって取締役会の監督権限を発揮することになる（江頭憲治郎・株式会社法〔第2版〕（有斐閣，2008）377頁）。

(4) WILLIAM M. FLETCHER, 2 FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF PRIVATE CORPORATIONS 236-237 (rev. ed. 2006) ; STEPHEN M. BAINBRIDGE, CORPORATION LAW AND ECONOMICS 214 (Foundation Press, 2002)

(5) 明治23年旧商法では、会社代表につき数人の取締役各自による単独代表か、その数人による共同代表かを定款または株主総会決議をもって定めなければならないとしていたが、明治32年商法典は、例外なく取締役が各自会社を代表すべきことを規定した（上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表・新版注釈会社法（6）株式会社の機関（2）（有斐閣，1987）129頁以下〔山口幸五郎〕，山口幸五郎・会社取締役制度の史的展望（成文堂，1989）165頁以下参照）。この場合、会社機関である取締役と、その構成員となる取締役員が区別して観念された（松本烝治・日本会社法論（敝松堂書店，1929）279，298頁参照）。

(6) 江頭憲治郎「企業の勃興から大企業時代への商法」ジュリ1155号16頁，江頭・前掲注（3）286頁，藤井信秀「日露戦争後の経済発展への対応」北澤正啓先生古稀祝賀論文集・日本会社立法の歴史的展開（商事法務，1999）128頁参照。

の互選によって代表取締役を選任し得ることも明文化された⁽⁷⁾（昭和25年改正前商261条2項参照）。もちろん取締役会の設置が法律上義務づけられてはいなかったが、現に定款によって取締役会に相当する内部組織を設けていた会社も多かった。

業務執行上の機関の分化が飛躍的に進展したのは戦後GHQ主導のもとに行われた昭和25年商法改正である。従来の各自代表制が廃止され、取締役は取締役会を構成し、株主総会の専決事項を除く重要な業務執行の意思決定を慎重かつ適正に行い、代表取締役等の業務執行を監督することが期待された。それまで万能であった株主総会の権限は縮小し、機動的かつ効率的な会社経営を実現するために取締役会の権限が拡大・強化された。すなわち、緩やかな会議体として任意に設置されていた取締役会が「法律上の会議体」とされたことによって株主総会中心主義から取締役会中心主義へと法制度上大きく変貌を遂げたわけである。⁽⁸⁾

その後も昭和56年には取締役会の専決事項を確認するために明文化するなどの改正が行われた。平成14年商法特例法の改正では、取締役会の意思決定の迅速化と監督機能強化を図るために大会社等に委員会等設置会社を導入し、さらに平成17年に制定された会社法では、有限会社制度を株式会社に取り込み、⁽⁹⁾機関設計の柔軟化が図られた。取締役会の専決事項はます

(7) 田中耕太郎・改正商法及有限会社法概説（有斐閣，1939）190頁参照。判例は、会社を代表すべき取締役を定めるには定款または株主総会において代表者を特定することを要し、定款中に「取締役の互選をもって社長1名、専務取締役1名を置く。社長は会社を代表し、業務執行の責めに任ず」としても商法上の代表者と見ることはできない旨判示している（大判大5・12・26民録22輯2516頁）。これは内部的には各自代表であるが、外部関係では効力がないと解された（松本・前掲注（5）299-300頁）。

(8) 石井照久・会社法（上巻）（勁草書房，1967）223・320頁，大隈健一郎・新版株式会社法変遷論（有斐閣，1987）263頁，大隅健一郎＝今井宏・会社法論中巻〔第3版〕（有斐閣，1992）7，146頁，北村雅史「取締役の地位の変遷」奥島孝康＝倉沢康一郎編・昭和商法学史（日本評論社，1996）349頁以下参照。

まず複雑化し、株主総会の権限が縮小の一途をたどる反面、取締役会の権限は今後も強化される様相を呈している⁽¹⁰⁾。現代の会社経営で最も重要とされるのは意思決定のスピードであり、世界規模での市場競争に勝ち残るために様々なインフラの整備が必要となっており、このような改正の当否はさておきおおむね実務の流れに沿うものであった。また、会社が株主利益の最大化を目指す組織体であることから当然予想された改正の方向であった⁽¹¹⁾。

以上のような改正経緯を踏まえ、合議体としての取締役会の運営に関する手続的規定の枠組みを見ると、これまでの商法の規定を引き継ぎ、会社法は公正な運営が確保されるように最低限の規律を課している。多額の銀行借入れを行うのであれば、その内容の検討を迫られる。取締役の職務執行につき妥当でない点があれば他の取締役は取締役会において対応策を協議する義務が生ずるだろう。こうした問題を審議するために招集権者は各取締役に対して招集通知を発するところから始まり、審議事項があれば意

(9) 相沢哲 = 石井裕介「株主総会以外の機関」商事1746号(2005)13頁以下、門口正人 = 江頭憲治郎編・会社法大系3巻〔機関・計算等〕(青林書院, 2008)5頁以下参照。

(10) 定款で定めれば取締役会は剰余金の配当、自己株式の取得、剰余金の処分等の権限も認められるほか(会社459条参照)、組織再編でも簡易手続の範囲拡大、略束手続の創設等にもなって、株主総会から取締役会に権限が委譲されている。経営に機動力をもたらす取締役会中心主義に依拠した改正は今後も続くものと思われるが、その限界をどの辺りに置くかは、個々の制度に沿って検討されるべき権限分配の問題であろう。

(11) 商法改正の流れのなかで、事実上の所有と経営の分離のみならず、法律上所有と経営の分離、すなわち社員資格と機関資格の分離が進んでいくことも見落とすことができない。明治32年に制定された商法では、取締役は株主中から選任すべきものとされていたが、昭和13年改正ではその必要はなくなった。いわゆる資格株制度の廃止である(昭和13年改正商254条, 259条)。さらに、昭和25年改正では、取締役の資格を株主に限定する旨を定款によって定めることが禁止された。株主に限らず広く経営能力の優れた人材から経営の専門家を選任すべきであるとの趣旨であり、社員資格と機関資格の分離が徹底された(田中・前掲注(7)188頁, 北沢正啓・会社法〔第6版〕(青林書院, 2000)282頁)。

見交換・協議を行い、審議が熟したところで決議が行われる⁽¹²⁾。元来、多数の株主が出席することを想定されて規整がなされる株主総会の規律とは異なり、取締役会規則等の内規によって柔軟に運営することができる。しかし、細かに見ると従来の通説的見解とは異なる解釈が成り立つ余地もある。

本稿は、大幅に定款による自治を認めた会社法の制定後、取締役会が従来と同じように、あるいはそれ以上に業務執行に関する意思決定機能と監督機能の中心的な舞台となっているという認識のもと、取締役会の運営をめぐる問題点について考察を試みたい。会社行為の機動性を強化すればするほど利益を享受する株主とともに不利益を被る一般株主が増えるおそれも生ずる。そのような一般株主ないし少数株主にとっても公平かつ公正な手段で取締役会が運営されているか、従来の規定の解釈がどのように変わり、あるいは変わる可能性があるのか検証する。以下では取締役の招集手続、取締役会の決議方法、取締役会議事録の作成・保管の順に検討を加えることとする。

2 招集手続

（1）取締役会の招集権者

会議体としての取締役会を開催するための招集手続では、いうまでもなく誰に取締役会を招集する権限が付与されているか明らかにされなければならない。取締役の意見交換と協議によって意思決定がなされるとともに各人の職務執行の監督を行う取締役会では、営利法人の効率的経営の要請と公平公正な民主的意思決定の要請のせめぎあいが問題となる。しかし、取締役においておよそ瑕疵のない意思決定が行われ、適切な監督権限が行

(12) 現実には取締役会是一種の共同体的な性格の強い少数の会議体であるから、実際には議案に異議がなければ次の議案を審議するという形で議事は進行し、実質的には全員一致で議案が承認されていると評価されよう。

使されたというためには適法な招集権者によって招集されなければならない。招集権は手続上の権限であるが、一部の取締役が勝手に取締役会を開催し、後日、取締役会の招集手続が無効または不存在であるといった事態を避けるためにその所在を明確にしておく必要がある。

会社法では、招集権は会議体の構成員である各取締役に認められるのが原則である（会社366条1項本文参照）。しかし、各取締役が個別に取締役会を招集できるとすれば收拾がつかなくなるおそれがあることから、便宜的に定款、取締役会決議で定められた取締役会規則⁽¹³⁾、または個々の取締役会決議によって社長や会長など特定の取締役に招集権を行使させることが認められている。招集権者である取締役に固定した場合には、それ以外の取締役の招集権行使が制限されることになる。この点につき議論はあろうが、理論的には招集権は各取締役にあり、社長等一定の取締役を招集権者とすることによって他の取締役の招集権が制限されると考えるべきだろう⁽¹⁴⁾。実務では、特定の取締役1名に招集権を行使させるのが一般的であり、定款または取締役会規則によって「取締役会は、法令に別段の定めがある場

(13) 取締役会規則とは、狭義では招集手続や決議事項等の取締役会の運営に関する事項を定めるものである。また、広義では株式取扱規則、株主総会議事運営規則、役員退職慰労金支給規程等、取締役会において制定する一切の規程ないし規則を指す用語として使われる。いずれにせよ取締役会自身の有する業務執行決定権限に基づいて定められる内部的な自治規則であるから、この権限の範囲内で法令に反しない限り定款等による株主からの授権によらなければ作成できないという性質のものではない（東京弁護士会会社法部編・取締役会ガイドライン〔改訂版〕（商事法務、1993）394頁参照）。

(14) 招集権が定款により付与されることによって初めて招集権者が決定し、他の取締役は招集権を有しないという見方もできるが、本来、取締役が有する招集権限を定款によって制限すると見たほうが制度の趣旨に合致するように思われる。ちなみに監査役の場合には、独任性を確保させる趣旨から招集権者を限定することは認められていない（会社391条）。この場合には、たとえ招集権者を限定しても法的拘束力はなく、他の監査役も招集権を行使できる（前田庸・会社法入門〔第11版補訂版〕（有斐閣、2008）517頁、江頭・前掲注（3）487頁、龍田節・会社法大要（有斐閣、2007）138頁）。

合を除き、取締役社長が招集し、議長となる。取締役社長に欠員又は事故があるときは、取締役会があらかじめ定めた順序により他の取締役が取締役会を招集し、議長となる」と定める例が多い。⁽¹⁵⁾

平成17年改正前商法259条1項但書では、単に「取締役会ニ於テ」招集すべき取締役を定めたときは、特定の取締役が招集する旨を規定するのみであったために定款で特定の招集権者を定めることができるかにつき議論があった。定款で特定の招集権者を定めたときは、株主総会の特別決議による定款変更手続を踏まなければ他の取締役に變更できないことから、招集権者の變更を困難にする定めは認められず、条文の文言どおり取締役会規則ないし取締役会決議で定めるべきであるとする見解も見られた。⁽¹⁶⁾しかし、昭和56年改正によって招集権者以外の取締役にも例外的にせよ招集請求権と招集権が保障されたこと、定款の定めは取締役会決議よりも上位規範であって株主の意思を尊重すべきであることから、定款によって招集権者を定めることも認められると解するのが相当である。会社法のもとでも

(15) 本文の例は、日本公証人連合会が作成した、取締役会および監査役を設置した公開会社の定款記載例である (<http://www.koshonin.gr.jp/index2.html>)。本文のような定めを定款または取締役会規則で設けた場合には、招集権者に事故があったときに備えて代行順を決めておく必要がある。取締役全員が改選された際には取締役会で新たに代行の順位を決定することになる(稲葉威雄ほか・条解会社法研究・取締役(1)(商事法務、1995)153頁)。この場合には、具体的、一義的に誰が招集権を行使できるのか明らかにされている必要があり、そうでない限り本則に返って各取締役が招集権を行使できると解される(東京弁護士会会社法部編・前掲注(13)7頁)。本文の記載例よりも細かに定款または取締役会規則において「取締役社長事故あるときは、取締役会長、取締役副社長、専務取締役、常務取締役の順序によりこれを招集する」と代行の順序をあらかじめ特定する場合も少なくない(竹内昭夫ほか「取締役会の運営をめぐる諸問題(上)商事1050号(1985)5頁)。その場合でも複数の専務取締役がいるような会社では、具体的に誰が招集権者となるのか判断できないので一義的に決めておく必要がある。

(16) 大橋光雄・商法学の苦悶(ダイヤモンド社、1966)182頁、鴻常夫ほか・改正会社法セミナー③〔ジュリスト選書〕(有斐閣、1984)77頁、東京弁護士会会社法部編・前掲注(13)5頁参照。

株主の意思を尊重する立場に立ち、解釈上の疑義が生じないように定款によっても招集権者を特定し得ることを明文化している（会社366条1項ただし書）。

定款または取締役会規則によって法律上取締役会の構成員として認められる者以外の第三者を招集権者に定めることは認められるだろうか。例えばあらかじめ特定の大株主や親会社の取締役等を招集権者にすることはできるだろうか。一定の要件を充足することによって認められる監査役の招集権（会社383条3項）や株主の招集権（会社367条3項）のように会社法が特に取締役会の招集を許容する場合以外には許されないと解すべきであろう。⁽¹⁷⁾もとより公開会社にあって株主総会の招集請求権を行使できる大株主であれば（会社297条1項）、株主総会において選任した自派の取締役を通じて取締役会を招集・開催すれば十分であるし、会議体の一般原則からも構成員以外の者に招集権を認める必要はない。株主以外にも創業者や大口取引先といった第三者が考えられようが、いずれも招集権者になることはできないと解される。取締役会の招集権の濫用や不当行使自体によって生ずる会社の損害がそれほど深刻なものとはなり得ないかもしれないが、理論上会社は取締役の地位にない者に対して損害賠償責任を問うことが難しいことから第三者に招集権を付与することはできないと解すべきだろう。招集権のない者が行った取締役会の招集手続には瑕疵があることになり、原則として当該取締役会決議は不存在または無効と解さざるを得ない。ただし、特定の招集権者が第三者と債権的契約に基づき取締役会の招集を招集権者に請求できる旨を定めることまでは禁止されていないと考えるべきだろう。なお、代表取締役社長を招集権者と定めた場合において、取締役全員が改選され、再選された者が1人も残っていないときには、いまだ代表取締役が選定されていないために、原則に復帰して各取締役が取締役

(17) 鴻ほか・前掲注(16)85頁、東京弁護士会会社法部編・前掲注(13)7頁参照。

会の招集を行うことができると解すべきである。⁽¹⁸⁾

(2) 招集権者が特定されている場合における他の取締役の招集請求権・招集権

取締役会の招集権者が特定されている場合であっても、招集権者が招集を怠れば取締役会の意思決定または監督機能を麻痺させることになる。例えば社長が招集権者として定められているときに、代表取締役社長の解職を取締役会の目的である事項（議題）として取締役会を招集することは期待できない。そのような稀なケースでなくとも経営判断をめぐって対立する二派のうち、招集権者が取締役会の開催を拒絶する派閥に属していれば取締役会の機能は停止する可能性も生ずる。そこで昭和56年改正では、招集権を行使できない他の取締役も、議題を招集権者に示して取締役会の招集を請求できることとされた（平成17年前改正商259条3項参照）。それでも招集権者が招集しない場合に備え、請求した取締役自らが取締役会を招集できるとする規定も設けられた（平成17年改正前商259条4項参照）。もっとも、これらの規定が新設される以前から、通説および判例（最判昭和48・5・22民集27巻5号655頁）によって、招集権を行使できない他の取締役が理由を付して取締役会の招集を求めたのに招集権者が合理的期間内に招集しないときは、その取締役が自ら招集できるものと解されていた。⁽¹⁹⁾

元来、招集請求権は取締役の監視・監督権限の一つであって、これを必要な際に行使すべきことは取締役の義務であると考えられた。取締役会の招集を請求するなど必要な措置を講ぜず、代表取締役の独断専行を放置した取締役は、監視監督義務を履行しなかった、あるいは善管注意義務、忠実

(18) 松田二郎＝鈴木忠一・条解株式会社法（弘文堂、1951）276頁、稲葉威雄＝笈康生＝宇佐見隆男＝永井紀昭＝柳田幸三＝吉戒修一・実務相談株式会社法3〔新訂版〕（商事法務、1992）606頁、東京弁護士会会社法部編・前掲注（13）33頁。

(19) 鈴木＝竹内・前掲注（2）279頁、大隅＝今井・前掲注（8）191頁、上柳ほか・前掲注（5）93頁〔堀口〕。

義務に違反するとして会社に対する損害賠償責任を負わされる可能性も生ずる。また、当該取締役の解任事由を判断する際の要素として認定される可能性もある。⁽²⁰⁾ 個々の取締役が取締役会を通じて代表取締役等の業務執行を監督することが期待され、それが取締役会の重要な責務であるから、少なくとも他の取締役の招集請求権が保障されなければならない、そうでなければ取締役会の監督機能は骨抜きにされてしまう。こうした見解を背景に、昭和56年改正では招集権を行使できない他の取締役の招集請求権と、請求に応じない場合の彼らの招集権の行使手続を明文化したにすぎないと考えられる。会社法もこれらの規定をそのまま引き継いでいる（会社366条2項・3項参照）。

会社法制定前には、招集権者に対する請求は「議題を記載した書面」を提出しなければならないとされていたが（平成17年前改正商259条2項参照）、会社法のもとでは書面に限定されないと解される。例えば口頭によって請求した場合であってもその事実を証明できるのであれば無効とする必要はない。確認のために口頭によって取締役会の招集を請求できる旨を取締役会規則に定めておくこともできよう。⁽²¹⁾

反対に、定款または取締役会規則をもって書面ないし電子メール等による請求を義務づけた場合にはどのように解すべきだろうか。書面等が証拠として残るために事後の紛争防止からも望ましく、定款自治の範囲内の問題として有効であるとする見解も見られる。⁽²²⁾ しかし、招集請求権は取締役会における公正かつ迅速な意思決定と監督権限の強化を目的として各取締役に認められたものであるが、元来、各取締役が行使し得る招集権を便宜的、例外的に特定の取締役に招集させることによって、会議が区々に開催

(20) 浅沼武「判例に見る取締役会の決議の効力」商事212号（1961）2頁、大隅＝今井・前掲注（8）192頁、稲葉ほか・前掲注（15）159頁。

(21) 鴻ほか・前掲注（16）74頁以下、稲葉ほか・前掲注（18）632頁〔有馬厚彦〕参照。

(22) 三浦亮太「会社法の下における取締役会の運営」商事1770号（2006）16頁参照。

され業務執行の決定に混乱が生ずることを回避させようとしたにすぎない。このような法の趣旨からも必要以上に招集請求権の行使を困難にさせる解釈を採るべきでなく、こうした定めはせいぜい訓示的効力を有するにすぎないと考えるべきだろう。

議題のみならず議案や請求の理由も示さなければならない旨を取締役会規則等に定めることはできるだろうか。これもまた不合理な議題を掲げて招集を請求するといった招集権の濫用的な行使も考えられることから一定の合理性はあるかもしれない。しかし、招集権者以外の取締役に招集請求権を認め、取締役会の意思決定および監督機能を強化させようとする法の趣旨からすれば招集請求の要件を加重するような定めは法的拘束力を持たせるべきでない。したがって、この場合にも訓示規定としての効力が認められるにすぎないと解すべきではないだろうか。招集権者が理由を記載しない他の取締役の招集請求に応じなければ、請求した取締役自らが招集権を行使し得ることになるだろう。

招集権者が特定されている場合に、他の取締役から取締役会の招集請求がされた際には当該請求日から2週間以内の日に開催される、と定めただけでは、招集を請求した取締役は、招集権者が取締役会の招集を決定したのか否かを知り得ない。そこで、法は請求日から5日以内に、その請求日から2週間内の日を取締役会の開催日とする招集通知を発しなければならないとする（会社363条3項参照）。この規定によって取締役会の招集を請求した日から5日以内に招集通知が発せられない場合はもちろん、4日目に3週間後の日を会日とする招集通知がされたような場合にも、招集請求をした取締役に取締役会の招集が認められる⁽²⁴⁾。この手続は少数株主による株主総会の招集請求の手続に類似するが、株主総会と異なってそれほど招

(23) 鴻ほか・前掲注(16)79頁、稲葉威雄・改正会社法（金融財政事情、1982）238頁、東京弁護士会会社法部編・前掲注(13)15頁参照。

(24) 稲葉・前掲注(23)239頁参照。

集に費用や手間のかからない少数の会議体である取締役会の場合には厳格な手続に従って開催させなければならない必要性はなく、裁判所の許可までは要求されていない。

請求日から「5日以内」または「2週間内」という期限は、少数株主による株主総会の招集請求（会社297条4項2号かつこ書参照）の場合とは異なり、短縮を可能とする規定は設けられていないが、定款または取締役会規則によって短縮することは可能であろうか。他の取締役の招集権は、取締役会の意思決定機能または監督機能を発揮させるために必要な権限であることにかんがみれば、より迅速な審議を行うためにこの期間を短縮することもできよう。他方、会社法は代表取締役の解職など取締役会の監督権限行使の必要性と、各取締役に対する合理的な準備期間を考慮してこのような期限を設けている以上、定款をもってしても期間の伸長を許容すべきではない⁽²⁵⁾。もっとも、招集通知を発するか否か5日も待てない、あるいは取締役会の審議にも期待できないという取締役は監査役に報告し、代表取締役がまさに行おうとしている行為を差し止めさせるほうが、より直接的かつ効果的かもしれない⁽²⁶⁾（会社385条1項参照）。

(25) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔・論点解説・新会社法（商事法務，2006）360頁参照，定款または取締役会規則で定めれば合理的範囲内で伸長することもできるとする見解もある（東京弁護士会会社法部編・前掲注（13）23頁）。

(26) 招集権を制限されている取締役が個人として取締役会の招集請求を行うほかに、いかなる措置をとることができるかはそれほど明確ではない。会社に著しい損害を及ぼすおそれがある事実を発見した取締役は監査役に報告しなければならない義務が課せられるが（会社357条参照），著しい損害でない限りは，そのような義務はないことになる。ただ一般的な監視義務の履行として，監査役に報告して調査を促す（会社381条2項参照），弁護士に相談する，代表取締役には是正措置を執るよう求める，自らが辞任する等の方法が考えられよう。個々の取締役の監視・監督権限は，取締役会を通じてしか行使できないのか，あるいは単独でもできるのかという問題と関連し，さらに掘り下げて検討される必要がある（稲葉威雄ほか・条解会社法研究・取締役（2）（商事法務，1997）41頁以下，江頭・前掲注（3）380，430頁，稲葉ほか・前掲注（18）616頁〔元木伸〕参照）。

招集権者が、取締役会の招集を請求した取締役の示した議題から招集は必要ないと考えた場合であっても正当な理由がない限りこれを招集しなければならず、招集を拒否すれば招集請求をした取締役に招集権の行使が認められる。招集権者が招集を拒否したことによって適時に取締役会が開催されず、その結果、会社に損害が発生した場合には、招集権者は損害賠償責任を負わせられる可能性が生ずる（会社423条1項参照）。不当な招集拒絶は法令違反であるから、より任務懈怠責任が認められやすくなる。そのほか、取締役の解任事由となる可能性も生ずるだろう（会社854条1項参照）。

（3）通知の相手方と通知時期

取締役会を招集するには取締役会の開催日の1週間前に各取締役に対して通知を発することを要する。公開会社の株主総会に出席する株主の場合のように議題を検討するための準備期間として2週間も保障する必要はなく、むしろ審議すべき案件が生じた場合には迅速に協議できることが望ましい（会社368条1項参照）。

監査役設置会社においては監査役に出席義務があるので（会社383条1項）、各監査役にも招集通知を発しなければならない。そのほか会計参与が置かれている会社であって計算書類等の承認が議題になっている取締役会では（会社376条1項参照）、会計参与も出席し意見を述べなければならない。したがって、会計参与にも招集通知を発しなければならない。

たとえ名目的取締役であっても、正規の取締役としての地位を有する以上は、取締役会の招集通知を発する必要がある（最判昭和44・12・2民集23巻12号2396頁）。また、特別利害関係を有するために決議に参加できない取締役に対しても通知しなければならない⁽²⁷⁾。海外に常駐する取締役に對して通知が必要かについては不要と考えざるを得ないとする説もあるが⁽²⁸⁾、

(27) 大隅＝今井・前掲注（8）192頁，上柳ほか・前掲注（5）97頁〔堀口〕。

(28) 大隅＝今井・前掲注（8）192頁，上柳ほか・前掲注（5）98頁〔堀口〕。

物理的に取締役会に出席できないことから一般的に招集通知を発しない旨を定めることはできず、海外に居住する取締役には招集通知を発しないと
する定款または取締役会規則の定めは無効と解されよう⁽²⁹⁾。ただ、通信手段が格段に発展し多様化し、テレビ電話等による会議も認められている現在、このような議論の重要性は薄れつつあるように思われる。

通知期間とされる1週間は、取締役会の開催日と通知の発信日の間7日を置かなければならないことを意味する(民140条参照)。この期間は、定款の定めによって短縮することができる(会社368条1項かつこ書参照)。原則として各取締役は議題について資料を収集・分析し、検討する準備期間を必要とすることから、短縮するのであれば必ず定款の定めをもって短縮しなければならない。実務では3日に短縮されている例が多い⁽³⁰⁾。

急遽、取締役会を開催しなければならない場合に備え、例えば「取締役会の招集通知は、会日より3日前に発する。ただし、緊急の必要があるときはこの期間を短縮することができる」と定めることもできる⁽³¹⁾。取締役および監査役全員の同意があれば招集手続自体を省略できる以上(会社368条2項参照)、緊急の場合に定款で短縮された招集期間をさらに短縮するこ

(29) 竹内ほか・前掲注(15)13頁、森本滋「取締役会の運営をめぐる基本問題(上)」商事1109号(1987)6頁、稲葉ほか・前掲注(15)175頁、東京弁護士会会社法部編・前掲注(13)26頁。

(30) 江頭・前掲注(3)382頁、森本滋・会社法〔第2版〕(有信堂、1995)228頁、竹内ほか・前掲注(15)13頁。ちなみにアメリカ模範事業会社法では、定款または付属定款に別段の定めがない限り、定例取締役会は、日時、場所および会議の目的を通知せずに開催することができるとする。他方、臨時取締役会は少なくとも2日前に日時、場所および会議の目的を通知しなければならないとする(Model Bus. Corp. Act (1984) § 8.22)。

(31) 今井=大隅・前掲注(8)177頁、竹内ほか・前掲注(15)18頁。緊急であっても、遠隔地に住む取締役に対し前日に郵便でなした通知や深夜に電話で5分後に取締役会を開催するというように物理的に出席可能な限度を超えて通知を行った場合には無効となる可能性が高い(大浜信泉「取締役と取締役会」株式会社法講座3巻(有斐閣、1956)1057頁、松田=鈴木・前掲注(18)278頁、上柳ほか・前掲注(5)96頁〔堀口〕)。

とも認められよう。もっとも、招集手続省略の規定以上に緩やかに解されるべきではなく、取締役会構成員全員の同意が得られなければ短縮できないものと解すべきだろう。会社の緊急案件につき可及的速やかに取締役会が対応できるように招集期間の短縮を可能にするものであって、定款の定めによらず取締役会のみで決められるとすれば多数派取締役の恣意的運営から、少数派取締役の出席機会が奪われることになりかねないからである。⁽³²⁾

反対に招集期間を伸ばすことは、取締役会出席の準備に必要な期間を与える趣旨と解すれば、合理的な期間である限り禁止する必要はないものと思われる。⁽³³⁾

招集通知を発したが、これが到達しない場合には取締役会の招集手続に瑕疵があるとして無効と解すべきだろうか。この点については取締役会における審議が迅速に行われるように取締役に対して招集通知を発すれば到達を必要としないとする見解がある。⁽³⁴⁾ 他方、招集通知は所定の期間内に発すれば足りるが、株主に対する通知（会社224条3項、126条2項参照）のような規定がない以上、民法の一般原則に従い（民97条参照）、取締役会に到達することによって招集通知の効力が生ずるとする見解がある。⁽³⁵⁾ 到達主義と解する見解に従うと、到達しなかった場合には取締役会決議の無効事由となる可能性がある。会社法のもとでも取締役会の招集通知に関しては、到達すべき時に到達したものとみなす規定がない以上、到達主義を採ると解するほかないのではないだろうか。招集通知を発するという表現を用いているが、招集期間の算定の必要からこのような体裁を採るにすぎず、発信主義を採用しているわけではないだろう。もっとも、定款または取締役会規則によって発信主義を採ることを明らかにすることまでは禁止されて

(32) 東京弁護士会会社法部編・前掲注（13）25頁。

(33) 東京弁護士会会社法部編・前掲注（13）25頁。

(34) 松田＝鈴木・前掲注（18）277頁，東京弁護士会会社法部編・前掲注（13）31頁。

(35) 大隅＝今井・前掲注（8）194頁，稲葉ほか・前掲注（5）170頁，上柳ほか・前掲注（5）96頁〔堀口〕。

いないものと思われる。

招集通知の発送は、会社に届けられた各取締役の住所等に宛ててされれば足りる。住所変更の届出を怠っていたために到達しなかった等の不利益は当該取締役が負うべきである。到達主義といっても招集通知が取締役会によって了知されることまでは要求されず、取締役が旅行中のため自宅に到達した招集通知を知らなかったとしても通知の効力は妨げられない。⁽³⁶⁾

(4) 通知の方法

取締役会の招集通知の方法に制限はなく、書面によると口頭によるとを問わないとされる。⁽³⁷⁾ 何ら定款や取締役会規則に定めておかなかった場合でも口頭または電話で通知することができる。もちろん招集通知は口頭によることを定款等に定めても有効である。ただ、慎重を期すとともに後日の紛争を防止するという観点からは書面や電磁的方法等、招集した事実を証明し得る手段によることが望ましい。

通知には取締役会の日時および場所を示さなければならないが、明確な議題がある場合に議題を示す必要があるだろうか。株主が議題について検討する準備期間を保障しなければならない株主総会と異なり（会社299条4項、298条1項参照）、取締役会の場合には別段の規定が置かれていない。確かにあらかじめ招集通知に議題が記載されていれば、取締役としては事前にその議題に関して情報を収集し、分析・検討を行うことができる。仮に経営判断を誤ったとして責任追及されたとしても事前の準備によって善管注意義務を尽くしたと主張できるだろう。しかし、一般に取締役は専門的知見に基づきあらゆる事態を想定する必要がある、たとえ招集通知に議題が掲げられていなくとも限られた資料からその場の状況に応じて判断し

(36) 松田＝鈴木・前掲注(18) 277頁，上柳ほか・前掲注(5) 96頁〔堀口〕。

(37) 稲葉ほか・前掲注(18) 631頁〔有馬厚彦〕，大判昭5・4・28新商判集(二) 166頁上五。

なければならぬと解される。⁽³⁸⁾また、緊急に処理しなければならない議題があるときに審議不足と考えるのであれば次回の取締役会にもう一度付議するという選択肢も考えられよう。

これに関連して、募集株式の発行の件とか臨時株主総会招集の件のように議題を掲げて通知した場合には通知されていない議題が審議できるか否かについても争いがある。とりわけ議題が掲げられている場合には取締役はその議題についてしか予測しておらず、代表取締役の解職議案が突如提出されたときには熟慮の期間もなく不意打ちを許すことになって不当であるとする見解がある。このような見解は議題を知らずに欠席した取締役が不利益を被る可能性も指摘する。そして、議題が限定されたときは取締役が全員出席したときを除き、審議の対象は招集通知に記載された議題に限定されると主張する。⁽³⁹⁾さらに、かつては議題に「その他」という文言を付加した場合には付議できるとする説も比較的有力に唱えられていたが、⁽⁴⁰⁾「その他」という付加文言がない場合には、招集通知に記載された議題以外の議題を審議できないというのではあまりに形式的にすぎるため、このような学説は現在どれだけ支持されているのか疑問がある。

以上のような学説に対して、現在の通説および判例は、取締役会は会社の業務に関して、いつ、いかなる提案ないし動議が出されても必要な討議および議決をすべき義務を負う以上、あらかじめ議題とされていない事項であっても臨機応変に審議しなければならないと解するものと思われ

(38) 大隅＝今井・前掲注（8）193頁，上柳ほか・前掲注（5）97頁〔堀口〕，稲葉ほか・前掲注（18）608頁〔岩佐勝博〕。

(39) 石井・前掲注（8）324頁，上柳ほか・前掲注（5）97頁〔堀口〕，西原寛一＝大隈健一郎＝鈴木竹雄＝石井照久＝大森忠夫・取締役会〔ジュリスト選書〕（有斐閣，1958）125頁以下，稲葉ほか・前掲注（18）609頁〔岩佐勝博〕参照。

(40) 石井・前掲注（8）324頁，上柳ほか・前掲注（5）97頁〔堀口〕，稲葉威雄ほか・前掲注（18）608頁，田中誠二・三全訂会社法詳論（上）（勁草書房，1993）600頁，稲葉威雄＝岩城謙二＝多田晶彦＝南忠彦・取締役会・株主総会議事録作成の実務（商事法務，1983）116頁以下参照。

⁽⁴¹⁾る。欠席する取締役の配慮に欠けるという主張にしても、取締役は議題によって出席するか否かの自由を有するわけではないことは当然であり、全取締役に出席義務が課せられる以上、このような議論は説得力をもたない。議題によって出欠を判断するようであればその取締役は善管注意義務違反を認定される可能性も生じよう。今後ますます経営者は意思決定をスピーディーに行わなければならない経営環境に晒されることは否定できず、掲げられた議題しか審議しないという主張は成り立たなくなるものと思われる。したがって、通知に記載されていない議題が決議されても取締役会の決議に瑕疵があるとはいえず、不意打ち的な議案が提出されて決議に至った場合には事後的に不公正な方法による決議であったか否か判断すべきであろう。ただし、取締役会への議題提案権は各取締役が有するものと思われるが、議題の重要性に応じて審議に付すには取締役会の決議が必要となる場合もあろう。そのような点も含めて勘案し、不公正な方法により決議されたか否か判断すべきである。

定款または取締役会規則によって招集通知は会議の目的を記載した書面によると定めている場合にも議題に限定されず審議できると解すべきだろうか。換言すれば、定款または取締役会規則によって、取締役会は招集通知記載の議題についてのみ決議すると定めることにはいかなる法的意味が認められるだろうか。特に定款を根拠とする場合には株主の意思が反映され

(41) 大浜・前掲注(31) 1058頁, 大隅=今井・前掲注(8) 194頁, 竹内ほか・前掲注(15) 21頁, 江頭・前掲注(3) 382頁, 東京地判平2・4・20判時1350号138頁, 名古屋地判平9・6・18金判1027号21頁, 名古屋地判平11・4・23金判1069号47頁, 名古屋高判平12・1・19金判1087号18頁。ちなみに模範事業会社法でも、設立定款または業務定款に別段の定めがない限り、定例取締役会であると臨時取締役会であるとを問わず、会議の目的を招集通知に記載する必要がないことを規定している(Model Bus. Corp. Act (1984) § 8.22 (b))。取締役は株主よりも会社の業務に密接に関与することが期待されており、株主総会よりも定期的かつ組織的に行われることを理由としている(American Bar Association, Model Business Corporation Act: Official Text with Official Comment and Statutory Cross-References Revised through June 2005, 8-28)。

ていることになるので招集通知に記載のない議題の決議は違法であるとする説も成り立ち得る。また、このような定めは⁽⁴²⁾抜打ち的な議題の提案を排除し、各取締役が事前に議題につき検討を加えたうえで議論に参加できるというメリットもあり、この点を考慮してあえて定款で定めた場合には、これに違反する取締役会決議は無効になると解する見解にも一定の合理性が認められる。しかし、たとえ定款にこのような定めがあったとしてもこれに拘束されることなく記載されていない議題についても協議し、決議できると解してよいように思われる。⁽⁴³⁾このような定めも定款自治の範囲内の事柄として法的意味がないわけではないが、違反した場合に無効事由を構成するほどの法的拘束力は有せず、訓示的な効力をもつにすぎないと解するのが相当である。したがって、これに反して予定されていない議案が付議されたとしても取締役会決議が無効になるとまではいえない。これに対して定款に根拠を置く定め⁽⁴⁴⁾に反するのは株主意思を軽視するものとの批判が予想される。しかし、審議すべき必要があり緊急性が高いなどの事情がある場合には付議できると解すべきである。取締役会の権限が事実上法律上拡大・強化されつつある今日、緊急性ないし重要性の高い議題が生ずることは避けられず、いかなる議題に対しても臨機応変に対応し得る能力が株主から期待されているというべきではないだろうか。仮に不意打ち的な動議が提出されたのであれば、議長がいかなる対応をしたのか検討すべきである。ここでも不公正な議事運営が行われれば取締役会決議の無効事由

(42) 北沢・前掲注(11) 385頁、近藤光男「代表取締役の解任に関する問題点」商事1051号(1985) 4頁、西脇敏男〔判批〕判タ1048号(2001) 192頁、吉本健一「招集通知に記載のない議題に関する取締役会決議の効力」関西法律特許事務所編・民事特別法の諸問題(第4巻)(第一法規、2002) 213頁以下参照。

(43) 松田=鈴木・前掲注(14) 278頁、大隅健一郎=山口幸五郎・総合判例研究叢書・商法(4) 取締役会および代表取締役(有斐閣、1958) 90頁、上柳ほか・前掲注(5) 97頁〔堀口〕。

(44) 竹内ほか・前掲注(15) 24頁、江頭・前掲注(3) 382頁、小林量〔判批〕リマークス2001〈上〉100頁参照。

を構成すると解するのが相当であろう。単に招集通知に議題の記載がないことを問題とするのではなく、取締役間で激しく対立している会社であって、意図的に反対派取締役を排除したケースでは審議もせず、いきなり議案を採決したなどの具体的な事情を勘案したうえで無効事由となるか否かを判断すべきではないだろうか。

(5) 通知を要しない場合

取締役会の出席権を有する者全員の同意があるときは、特定の取締役会についてその招集手続を省略して開催できる（会社368条2項参照）。株主総会の場合と同様に、招集手続は取締役および監査役に会議に出席する機会と審議のための準備期間を確保させることが目的であるから、あらかじめ全員の同意があれば招集手続を経ないで取締役会を開催できる。例えば、別の会合でたまたま取締役等の取締役会メンバー全員が集まっているときに、特に異議が出されなければ同意を得たうえでそのまま取締役会に切り替えるケースが考えられる。招集手続の趣旨にかんがみて当然のことであるが、昭和25年改正によって取締役会制度を法定するとともに確認のために明文上明らかにされた（平成17年前改正商259条ノ3）。

招集手続省略に関する取締役全員の同意は明示であるか黙示であるかを問わない⁽⁴⁵⁾。また、この同意は事前になされていることを要し、同意を求められなかった取締役が出席して異議を述べない場合を除き、事後の同意によっても招集通知の手続に関する瑕疵は治癒されないと解される。また、あくまで個別の取締役会について全員が同意しなければならず、将来にわたり開催されるすべての取締役会について招集通知を発することを要しないという包括的・抽象的な同意は無効と解される。もっとも、例えば定例取締役会として「毎月第二火曜日の午後一時から本社第三会議室において

(45) 最判昭31・6・29民集10巻6号774頁、反対、田中・前掲注(40)598頁。

開催する」と一定の日時および開催場所を定めておくことは差し支えない。このように定例取締役会の場合には、招集手続を経ることを要しない点について異論はない⁽⁴⁶⁾。ただ、確認のために招集通知を発するほうが望ましいことはいうまでもない。

取締役会構成員全員の同意による招集手続の省略と異なり、特定の取締役会について個別に取締役が招集通知を受ける権利を放棄することまでは禁止していないと解される⁽⁴⁷⁾。すでに取締役会の開催日時と場所を知っている場合、入院中であるとか長期の海外出張であるなど合理的理由があつて本人が招集通知は不要である旨を申し出ている場合にまで招集通知を発する必要はないだろう。しかし、事前に書面等証拠として残る形で招集通知を受ける権利を放棄する旨を伝える必要がある。また、会社はその旨を議事録に記載すべきである。もちろん、欠席取締役に生ずる任務懈怠責任の問題は別に考慮しなければならないだろう。当然ながら、ある取締役が将来にわたって永久に招集通知を受ける権利を放棄することは許されない⁽⁴⁸⁾。

取締役会を開催した後、議題の審議に入らないで後日に延期する延会、また、議題の審議に入ったが、時間不足等により後日に再び審議を行う継

(46) 大浜・前掲注(31) 1058頁，大隅＝今井・前掲注(8) 195頁，竹内ほか・前掲注(15) 17頁，江頭・前掲注(3) 382頁。

(47) 北沢・前掲注(11) 386頁，稲葉ほか・前掲注(15) 173頁。ちなみにアメリカ模範事業会社法では、取締役は、会日の前後を問わず、招集通知を受ける権利を放棄することを認めている。ただし、招集通知の放棄は書面でなされなければならない、その旨取締役会議事録等に記録することを義務づけている（Model Bus. Corp. Act (1984) § 8.23 (a)）。また、取締役の取締役会への出席は、その取締役会の冒頭で招集通知の欠缺につき異議を述べ議決権行使をしないということがない限り、招集通知を受ける権利を放棄したことになる（Model Bus. Corp. Act (1984) § 8.23 (b)）。本来、コモンロー上は、事前であろうと事後であろうと招集通知の瑕疵は治癒されないはずであるが、形式的ないし手続的な瑕疵であり、通知欠缺によって現実に通知を受けるべき取締役に不利益が生じた場合に当該瑕疵があったことを問題にすれば足りるとする考え方に基づく（American Bar Association, *supra* note (41) at 8-28, 29）。

(48) 北沢・前掲注(11) 386頁。

続会の場合もまた招集通知を要しない。株主総会の延期・続行（会社317条参照）と異なり会社法上明文の規定はないが、一般の会議体の原則に従い、改めて招集手続を要しないと解される。しかし、株主総会の場合には議題が同一である限り招集通知を新たに要しないが、取締役会の場合には議題が多岐にわたり、しかも予想されない議題を協議することもあり得るので、日時と場所を決めて取締役会の決議を経れば延期または継続ができるのか若干問題がある。取締役の過半数の決議で延期や続行ができるとする見解があるが、⁽⁴⁹⁾それでは次回出席できない取締役が不利益を被ることも考えられる。実際には延期はあまり想定する必要がないとしても続行という場合は十分予想され、派閥対立の激しい取締役会にあっては継続会という形を採ることによって実質的に招集手続に関する規定を潜脱して取締役会決議を行うケースもないとは限らない。それゆえ安易に取締役の過半数の決議があればよいとはいえないように思われる。いずれにせよ継続会を仮装して招集手続を省略したような場合であれば無効原因となる可能性が生じるように思われる。

3 取締役会の決議方法

取締役会では、単に多数決によって会社の重要な業務執行について決議すればよいというものでなく、統一的意見に達するまでのプロセスも重要である。議題に関する取締役間の事実認識や推論の妥当性に客観性をもたせるように審議を尽くことが求められ、そこでは少数派であろうと多数派であろうと自由に意見を述べ、討議できる機会が保障されなければならない

(49) 大隅＝今井・前掲注（8）194頁，田中・前掲注（40）599頁，上柳ほか・前掲注（5）101頁〔堀口〕。取締役会の続行の場合には休憩をはさんだ後，取締役会を再開すると考えればよいという見方もできよう（稲葉ほか・前掲注（15）178頁以下参照）。

い。実際には、取締役会は少数の専門的集団であって決議を行うことなく、全員一致で議案を承認することが多いだろうが、会社法は適正かつ慎重な意思決定が行われるように定足数、決議要件、特別利害関係を有する取締役の議決権、および取締役会議事録の作成義務等について定めている。

昭和25年に取締役会制度が法定されたことによって、それまで任意に行われていた決議の方法につき最低限の基準が導入されたものであり、いうまでもなく株主総会における決議においては、株主の議決権について原則として資本多数決制が採られるのに対して、取締役会の決議では、各取締役が1個の議決権を有する頭数制が採られる。そして、定足数として取締役の過半数が出席することを義務づけ、さらに決議要件としてその過半数の賛成によって決議を行う旨が定められている（会社369条参照）。

（1）定足数

取締役会は、取締役の過半数が出席し、定足数を充足しなければならない（会社369条1項参照）。会議体である以上一定数の取締役が出席しなければ適法に成立した会議とはいえない。定足数算定の基礎になる取締役は、原則として現存取締役の全員である（最判昭41・8・26民集20巻6号1289頁）。

法律または定款に定めた取締役の員数を欠くに至った場合には、任期満了または辞任により退任した取締役は、後任者が取締役に就任するまで権利義務を有する者（会社346条1項参照）となるが、取締役の権利義務者も現存取締役に含まれる。また、一時的に取締役の職務を行う者として裁判所に選任された一時取締役（会社346条2項参照）も現存取締役に算入される。取締役の死亡によって現存取締役が法律または定款で定める員数を欠いている場合には、一時取締役を裁判所に選任してもらうか、株主総会で取締役を選任し補充しなければ有効な取締役会を開催できないとする説もあるが、定足数以上の取締役が出席すれば有効な取締役会と解される。

取締役会の決議に必要な定足数は、できる限り取締役会が成立しやすく

するために開会時に満たされていれば足りるとする説も見られるが、⁽⁵⁰⁾ それぞれの議題につき意見交換・協議されることに意義があり、前掲最判昭和41年においても定足数は討議・議決の全過程を通じて維持されるべきであって、開会の始めに満たされていけばよいというものではない旨判示する。繰り返す述べるように取締役会は合議体として取締役各人の知識・経験を結集し、あらゆる角度から議案に対する検討を加えることが期待されており、定足数の充足は当然の要請といえる。会議の目的事項が報告事項のみになったとしても定足数は満たされていなければならない、また、3ヶ月に1回の職務執行の状況を報告するためにのみ開催された取締役会(会社363条2項参照)である場合でも定足数を充足しなければならない。⁽⁵¹⁾ 代表取締役等の職務執行のみの報告であってもこの報告を受けた各取締役は、これが取締役会決議に沿っていない場合や不備があるときなど疑義があれば明らかにしなければならぬ。⁽⁵²⁾ 少なくとも各取締役は取締役会を通じて適正な業務執行が行われているかチェックする監督権限を有するとともに義務を負うからである。なお、定足数の緩和は許されないが、決議要件と同様に、過半数でなく3分の2や4分の3等の割合に引き上げることはできる(会社369条1項かっこ書参照)。より多く構成員の意思を反映させることは民主的な機関決定に資するものと考えられる。

(2) 決議要件

取締役会の決議は原則として出席取締役の過半数の賛成が必要とされる

(50) 大浜・前掲注(31)1059頁。

(51) 大隅=今井・前掲注(8)199頁、北沢・前掲注(11)387頁、森本・前掲注(30)230頁、稲葉威雄ほか・条解会社法研究・取締役(2)(商事法務、1997)62頁、稲葉ほか・前掲注(18)665頁〔門田稔久〕。

(52) 代表取締役等の職務執行に関する報告事項以外の報告事項については、その内容を取締役全員に通知すれば会議の場で報告することを要しない(会社372条1項・2項参照)。

（会社369条1項参照）。取締役会の決議要件は定款によっても軽減できない。株主総会の場合には、多数の株主の存在が前提とされ、招集通知の発送、株主総会会場の予約、設営など開催にあたり費用を要するとともに定足数を満たさず流会になるおそれもあるので、定款によって定めれば定足数および決議要件を緩和することもやむを得ない面がある。これに対して取締役会の場合には、比較的少数で会議が構成され、労力と費用をかけず開催できるほか、各取締役は会社の最善の利益のために職務を遂行しなければならない善管注意義務ないし忠実義務を負っており、取締役会全体として可能な限り統一的な意見をまとめるよう努力しなければならず、決議要件を緩和することは定款をもってしても認められない。

議題に関する審議を終了し、採決を行った結果、「可否同数」の場合に、議長の決するところによる旨の定款の定めが有効か否かについては争いがある。議長は原則として議決権を行使しないという定款または取締役会規則があれば議決権の二重行使にはならないが、議長が議決権を一度行使したうえて、可否同数の場合には、議長が裁決するときは決議の成立要件の軽減であるとして無効とする見解がある⁽⁵³⁾。これに対して会議体で通常認められる取扱いであり、迅速な決定を要する取締役会では通常許容されること、株主の議決権のように平等原則を強く要請する必要はないこと、会社の実情に応じて定款の自治を広く認めて差し支えないことから議長に裁決権を与える定款の定めがあればこれを有効とする学説も少なくない⁽⁵⁴⁾。特定の議案に対して議長に一任する決議を行った場合には有効と解せざるを得ない⁽⁵⁵⁾。しかし、一般的には議長に裁決権を付与する定款の定めは許されないと解すべきである。取締役会の場合には、議長は決定を保留して次の

(53) 大阪地判昭28・6・19下民集4巻6号886頁、昭和34・4・21民事甲第772号民事局長回答、商事法務研究会編・取締役ハンドブック〔新訂第2版〕320頁（商事法務、1995）〔成毛文之〕、龍田・前掲注（14）117頁、稲葉ほか・前掲注（18）754頁〔吉田弘道〕。東京弁護士会会社法部編・前掲注（13）72頁。

取締役会に再提案することも可能であるほか、議長のみに議決権の行使を二度許すことになるため取締役の地位の平等ないし対等性に照らして許容されないように思われる⁽⁵⁶⁾。

決議要件を加重する措置については、法定の決議要件を超えて取締役各人の意見を尊重することになるためにむしろ望ましい。例えば出席した取締役の過半数ではなく、現存する取締役総数の過半数というように決議要件を加重する方法が考えられる。しかし、決議の成立には社長の同意を必要とするというように特定の取締役に拒否権を付与する定めは無効と解されている⁽⁵⁷⁾。

取締役会の決議は取締役全員の同意を要する旨の定款の定めは有効であろうか。取締役全員の意思を尊重する点では望ましく、各取締役に拒否権を与えることも差し支えない⁽⁵⁸⁾。もっとも、取締役が1人でも議案に同意しなければ決議は成立せず、迅速な取締役会の運営を妨げ、取締役会の監督機能を失わせることになるという指摘も見られる。確かに、代表取締役の解職が議題になっているような場合に1人でも取締役が反対すれば解職で

(54) 大浜・前掲注(31) 1061頁、鈴木=竹内・前掲注(2) 280頁、大隅=今井・前掲注(8) 201頁、大原栄一〔判批〕商判研昭和28年度(有斐閣、1963) 202頁以下。この学説では定款で本文のような定めを置くことはできるが取締役会規則等で定めることは無効であるとする。なお、取締役会規則で定めることも有効とする説として、上村達男「取締役会の招集・運営をめぐる諸問題」商事1040号(1985) 17頁参照。可否同数の場合については、憲法56条2項、国会法50条・92条2項で両院の議長の裁決権ないし決裁権を認めているが、争いのある問題である。帝国議会時代からの慣行によって議長は議員として表決に加わらなかった。しかし、この取扱いが必ずしも確立された法律上の原則ではないようである(宮澤俊義・日本国憲法(日本評論社、1955) 420頁、法学協会編・註解日本国憲法下巻(有斐閣、1954) 863頁)。ただし、地方議会では議長は裁決権をもつが、議員として議決に参加できない旨を明文で規定している(地方自治116条2項)。

(55) 江頭・前掲注(3) 384頁。

(56) 森本滋「取締役会の運営をめぐる基本問題(下)」商事1110号(1978) 33頁。

(57) 大浜・前掲注(31) 1060頁。

(58) 北沢・前掲注(11) 388頁、江頭・前掲注(3) 384頁。

きないとすると、取締役会の監督権限を骨抜きにする可能性もないわけではない⁽⁵⁹⁾。しかし、これもまた定款自治の範囲内に属する事柄であり、慎重な意思決定の経路を経営の効率性に優先させたと解すれば違法とするまでもないと思われる⁽⁶⁰⁾。なお、取締役会の決議については、決議事項に応じて普通決議、特別決議、特殊の決議、全員の同意という違いはないが、定款または取締役会規則によって決議事項に応じて決議要件に軽重の差を設けることも認められよう。

取締役同士が取締役会の議決権行使についてあらかじめ債権的な契約をすることは可能であろうか。特定の取締役を代表取締役として選任する、報酬を一定額と定めてその議案に賛成するように合意することが果たして許容されるだろうか。いわゆる取締役間の議決権拘束契約の問題である。この点につき株主間の議決権拘束契約は一般に許容されているものの、取締役の議決権拘束契約については、商法で定めた会社法制度を否定するに等しく、法的な意味における拘束力を認めることはできないとする裁判例がある⁽⁶¹⁾。その一方で、同事件の控訴審判決は、取締役会における議決権行使の合意も何ら商法の精神に反するものとはいえず、合意は有効であると判示する⁽⁶²⁾。この事案は同時に株主の議決権拘束契約も締結されていたことから判旨の射程が及ぶ範囲に注意する必要がある。株主の地位を背景として株主兼取締役が、取締役会における議決権行使に限って債権的な契約を合意できる旨を許容したものと解せないこともないからである。しかし、取締役間の債権的契約であっても基本的には契約自由の原則が妥当し、そ

(59) 上村・前掲注(53)15頁。

(60) 竹内ほか・前掲注(15)7頁以下参照。

(61) 東京地判平成11・10・12判時1750号175頁。

(62) 東京高判平成12・5・30判時1750号169頁。判例研究・解説として、森田章・判例評論517号(判時1770号)32頁、鳥山恭一・法セ563号(2001)107頁、白石智則・早法77巻3号(2002)276頁、潘阿憲・ジュリ1247号(2003)158頁、上田真二・阪大法学52巻(2003)1449頁、河村尚志・商事1710号(2004)83頁がある。

の内容が権限分配秩序をはじめ公序に反する場合または善管注意義務・忠実義務に反する場合に無効と解すればよいように思われる。

(3) 議事の運営

取締役は株主総会において株主から個人的能力を信頼され選任されており、一定の日時、場所に集合し協議・意見交換を行い、主として会社の業務執行に関する意思決定をしなければならない。取締役自身によって議論を尽くす必要があることから代理人を出席させることはできないと解されている⁽⁶³⁾。ただし、数回にわたり取締役会における審議が続き、最終的に採決を行う取締役会においてある取締役がすでに賛成の意思を固めているので他の取締役に議決権行使を委ねたいとする場合も許されないのか疑問を提起する見解もある⁽⁶⁴⁾。これは代理人というよりは使者による議決権行使であって、動議が出され緊急の議案を審議しなければならない場合には対応できない。また、会社法が一定の要件のもとに許容する書面決議(会社370条参照)の場合は別として、使者か代理人かを区別することなく電話や書面による議決権行使を認めていないことから代理出席を認めないと解するのが相当であろう⁽⁶⁵⁾。

取締役会に付議された議案は、出席者の表情や反応等を認識できる会議を通じて決議されなければならない。取締役が一堂に会さずモニターを利用して行われる取締役会に関しては若干問題がある。現実に会議が開催されたうえで、相手方の状態を相互に認識しながら通話できる遠隔会議システムを会議に出席できない取締役の一部が利用するのであれば適法と認められ、テレビ会議システムまたはウェブ会議システムの利用がこれに相

(63) 大隅=今井・前掲注(8)200頁,鈴木=竹内・前掲注(2)279頁,江頭・前掲注(3)383頁,稲葉ほか・前掲注(18)653頁〔神崎満治郎〕。

(64) 西原寛一ほか・前掲注(39)89頁。

(65) 稲葉ほか・前掲注(15)72頁。

当する。各取締役の音声と映像が即時に他の取締役に伝わり、適時に意見表明が互いにできるシステムを用いるのであれば有効な取締役会への出席と解される⁽⁶⁶⁾。民事訴訟法においても映像と音声の送受信によって相手の状態を相互に認識しながら通話できる方法であれば証人尋問が許容されていることから（民訴204条参照）、会社における取締役会も同様に認められよう。音声と映像によって即時性と双方向性が確保されていれば当然有効とされようが⁽⁶⁷⁾、コミュニケーション時に最も重要なのは音声であって、相互に意見を聞くことができ、臨場感ある会議の実質が伝わる限り、電話による会議への参加もまた適法な取締役会への出席と解される⁽⁶⁸⁾。この点についても民事訴訟法では一方当事者が裁判所に出頭している場合には、電話によって実施することが許される弁論準備手続の期日における手続が参考となる（民訴170条3項参照）。あくまで取締役会が現実に開催されるのであれば、開催地に赴くことができない取締役が電話会議システムを通じて参加した場合にも出席と認められよう。ただし、音声が明瞭でない場合や一定時間寸断したような場合には取締役会決議の瑕疵として無効となるお

(66) 平成8年4月19日付け「規制緩和等に関する意見・要望のうち、現行制度・運用を維持するものの理由等の公表について」商事1426号（1996）36頁、江頭・前掲注（3）383頁、牧野英克「テレビ会議システムを利用した取締役会の運営」商事1426号（1996）8頁、稲葉ほか・前掲注（15）70頁、相澤＝葉玉＝郡谷・前掲注（25）363頁。ウェブ会議はパソコンを用い、音声、映像およびチャットを統合させ、ブラウザを介して行われる。音声と映像のほかにデータ等の資料の送受信機能にも重点が置かれている。これに対してテレビ会議またはビデオ会議は、音声ベースの電話に映像を付加したものであり、電話回線を介して行われる。解像度の高い鮮明なデータを得られる点でウェブ会議より優れている。

コンピュータによってコミュニケーションを図るグループの意思決定は、フェイスツーフェイスで会議を行ったグループに比べて意見が少なく、意思決定に至る時間も長くなるという研究結果も見られる（BAINBRIDGE, *supra* note (4) at 215）。なお、即時性および双方向性という観点からは、文章ベースで意思疎通を図るチャットでも会議として要件を一部満たすが、少なくとも音声の基本となるビデオ・チャットでなければ有効な参加とは認められないものと思われる。

(67) 稲葉ほか・前掲注（18）672頁〔片山雅準〕。

それもあるが、それは別に考慮されるべき問題である。

(4) 議長

株主総会の議長と異なり、取締役会の議長について明文の規定は置かれておらず、取締役会の議事整理のために必ずしも議長を定める必要はない。しかし、実際には取締役全員参加のもとで公正かつ円滑に議事を進行するために議長が置かれ、会社法施行規則でも議長が置かれた場合には議長の氏名も取締役会議事録に記載しなければならないとされている（会施101条3項8号）。議長は定款または取締役会規則で定めるほか、各取締役会開催時の冒頭において互選によって選出する方法が考えられるが、定款または取締役会規則によって、取締役社長が議長を行う旨を定め、取締役社長に事故があったときに備えて他の取締役の代行順位を定める例が多い。

議長は取締役会開催にあたって定足数を満たしていることを確認し、開会を宣言して議事を進行する。議題に関する審議が行われ、決議が必要である場合には採決をとり、審議がすべて終われば閉会を宣言する。具体的な取締役会の運営方法について会社法が定めることはなく、細かな運営手

(68) 前田・前掲注(14)460頁、江頭・前掲注(3)383頁、弥永真生・リーガルマインド会社法(第11版)(有斐閣、2007)181頁、龍田・前掲注(14)117頁。平成14年12月18日法務省民商3045号民事局商事課長通知「電話会議の方法による取締役会の議事録を添付した登記申請について」商事1653号(2003)44頁。ちなみにアメリカ模範事業会社法でも、出席した取締役全員が会議の間、互いに同時に意見を聞くことができるコミュニケーション手段によって取締役の全部または一部が参加する取締役会も許容し得る旨を規定しており(Model Bus. Corp. Act (1984) § 8.20 (b)), 音声のみによる会議も適法と解される。同様の規定はデラウェア州会社法等にも見られる(Del. Code Ann., tit. 8, § 141 (i); Cal. Corp. Code § 307 (a) (6))。伝統的な会議の長所は、取締役会のメンバーが一堂に会して行う点に認められ、取締役同士が互換的な立場に置かれる機会が保障されていることにある。取締役が同一の場所にいなくても双方向的に意見を聞き、陳述する機会が保障されるのであれば、電子的手段による取締役会も可能であるとする(American Bar Association, *supra* note (41) at 8-26)。

続は、内規または会議体の一般原則に従うことになるが、それがなければ議長の裁量に委ねられる。

取締役会の議長は、総会屋等のプロ株主が出席することも想定される株主総会の議長と異なり、秩序維持権、議事整理権および退場命令権は明文上規定されていない（会社315条1項・2項参照）。本来、議長は同輩中の第一人者ないし仲間内の座長といった存在であり、消極的な権限しか有していないと解される⁽⁶⁹⁾。もちろん会議の進行役ないし司会者にすぎないとしても会議体の一般原則に従い、秩序維持権や議事整理権が否定されるわけではない。しかし、会議場からの退出を命ずる権限まで認められるかは疑問である。仮に会議室から退出を強制すべき事態が生じたとしても、個々の取締役は他の取締役の職務執行を監視監督するために取締役会において発言することを求められるのであるから、簡単に取締役会の出席権を奪われるべきではない。取締役会の決議によれば退出を命ずることもできるとする見解もあるが⁽⁷⁰⁾、特別利害関係取締役に該当するなど個々のケースに即して慎重に判断する必要がある。もっとも、退出を命令する権限が議長に認められるか否かというよりは、議長が公正な議事を行ったか否かが重要である。会議体の一般原則と異なる特殊な理論があるわけではなく退席させられたことによる不利益、あるいは退席させなかったことによって当該取締役に生じた不利益を勘案し、不公正な議事運営ないし決議が行われたか否かを事後的に判断すれば足りるのではないだろうか。

（5）特別利害関係を有する取締役

会社に対して利害関係を有する取締役は、取締役会の決議における定足数に算入されず、議決権が排除される（会社369条2項参照）。事前および予防的に議決権行使を排除するのは、取締役は会社に対して忠実義務を負

(69) 大阪高判平成10・1・20判タ981号238頁参照。

(70) 東京弁護士会会社法部編・前掲注（13）65頁参照。

っているにもかかわらず、会社の利益を犠牲にして自己に利益が帰属するように議決権を行使するおそれがあるからである。要するに公正な議決権行使が期待できないことが理由となるが、株主の場合には、そのような義務を会社に負うわけではないので利害関係を有していようと個人的な利益追求のために議決権を行使することも許容される。その結果、著しく公正な決議になれば事後的に株主総会決議の取消原因が生ずることになるにすぎない。

いかなる議案につき取締役が特別利害関係を有することになるかに関しては解釈に委ねられている。一般に①譲渡制限株式を譲渡する取締役、②競業取引・利益相反取引を行う取締役（会社365条1項参照）、③定款の定めに基づき会社に対する責任を免除される取締役（会社426条1項参照）、④会社・取締役間の訴えに際して会社代表者を選任するときに訴訟当事者となる取締役（ただし、監査役設置会社以外の会社の場合）（会社364条参照）があげられる。

取締役の報酬配分に関する取締役会決議における各取締役については、これを特別利害関係人と解する説もあり、この見解に従うと個別の取締役ごとに報酬額に関する決議を採り、その際、自己の決議に際して議決権が排除されると解することになる⁽⁷¹⁾。しかし、株主総会で定められた報酬総額の配分は取締役全員に共通する利害関係であること、会社と取締役の利害衝突が生ずる局面でないことから特別利害関係人にはならないと解すべきだろう⁽⁷²⁾。

代表取締役の選定に際して、その候補者となっている取締役は、業務執行に関する意思決定の一環として業務執行者を選定するにすぎない。また、すべての取締役が同じ利害関係を有することから特別利害関係人にはなら

(71) 田中・前掲注(40)572, 601頁。

(72) 名古屋高判昭和29・11・22下民集5巻11号1902頁、鈴木=竹内・前掲注(2)280頁。

ないと解されている。一方、代表取締役の解職が議案となる場合には当該代表取締役が特別利害関係人となるか否かにつき見解が分かれる。

裁判例は、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者であって、会社の経営、支配に大きな影響力を有し、本人の意思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、一切の私心を去って、会社に対して負担する忠実義務に従い公正に議決権を行使することは必ずしも期待できず、自己個人の利益を図って行動することすらあり得るとする。すなわち、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（最判昭和44・3・28民集23巻3号645頁）。また、学説の多くも取締役は会社に対して忠実義務を負うことから自己の個人的な利益を図ることは許されず、会社の利益を図らなければならないとして特別利害関係性を肯定する説に賛成する⁽⁷³⁾。他方、代表取締役の選定および解職はいずれも株主の支配力を背景とした取締役間の衝突であって、会社と取締役間の利害衝突ではないことから忠実義務は問題にならないことを理由に前掲昭和44年最判に反対する否定説も有力である⁽⁷⁴⁾。さらに、支配権の争奪を理由として解職の議案を提出する場合には特別利害関係人にならないが、不正・違法な業務執行を理由とする場合には議決権を排除すべきであると⁽⁷⁵⁾する折衷説も見られる。折衷説では、解職が業務執行の一環として議案とされているのか、それとも取締役会の監督権限の行使として議案とされてい

(73) 大浜・前掲注(31) 1059頁、石井・前掲注(8) 325頁、前田・前掲注(14) 461頁、稲葉ほか・前掲注(18) 688頁、河村貢「取締役会の権限およびその決議をめぐる諸問題」味村判事退官記念論集・商法と商業登記（商事法務、1998）271頁、福原紀彦「取締役会の決議」加美和照編著・取締役の権限と責任（中央経済社、1994）90頁、弥永・前掲注(68) 182頁、伊藤壽英〔判批〕江頭憲治郎ほか編・会社法判例百選（有斐閣、2006）150頁、黒田清彦「取締役会における代表取締役の解任」平出＝高窪古稀記念・現代企業・金融法の課題上巻（信山社、2001）259頁、松井秀征「演習商法」法教338号（2008）141頁。

るのかという解職の理由によって区別する。例えば会社の支配権争奪により解職が議案となっているようなケースでは、業務執行に属する事柄として代表取締役もまたその決議に加わることができるが、横領、背任等の不正行為を理由として取締役会が監督権限を行使する局面で解職を行おうとする場合には、当該代表取締役は決議に参加できないとする。理論的には双方のケースを区別することも可能であるが、現実にはきわめて難しい⁽⁷⁶⁾。違法ないし不正行為が少しでも疑われる場合には、真偽のほどは定かでないでも解職を求める取締役の一派は提案理由とするであろう。また、取締役会招集通知の議題に代表取締役の解職を示さなくてもよいのであれば、当然理由を示すことを要求されず、客観的に明らかな事実を前提に審議できないことも予想される。したがって、業務執行に関する意思決定か、監督権限の行使に関する意思決定であるかについては簡単には判断できない。

同じ折衷説であっても、代表取締役が職務執行に関して不正行為または法令定款違反行為を行ったこと等を理由に会社の利益が著しく侵害された、または侵害のおそれがある場合には「重大な事由」があるとして、利害関係該当性を認定しようとする見解もある⁽⁷⁷⁾。この見解では取締役会の議長が暫定的に重大な事由の判断を行うとするが、前述のように取締役会議長にこのような重い職責を課すことは適切でないばかりか恣意的な判断を招くおそれすらある。そのような判断のミスを事後的に取締役会決議の無効訴

(74) 鈴木=竹内・前掲注(2) 280頁、龍田節〔判批〕民商62巻1号(1970) 126頁、龍田・前掲注(14) 116頁、江頭・前掲注(3) 385頁、北沢・前掲注(11) 390頁、神崎克郎・取締役制度論(中央経済社、1981) 15頁、長浜洋一〔判批〕ジュリ980号(1991) 98頁、名島利喜「代表取締役解任の取締役会決議について」保住古稀・企業社会と商事法(北樹出版、1999) 263頁以下参照。

(75) 稲田俊信「取締役会の解任権とその手続」ひろば36巻3号(1983) 48頁、出口正義・株主権法理の展開(文真堂、1991) 310頁。

(76) 江頭・前掲注(3) 385頁参照。なお、江頭教授は、閉鎖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)を巡る二派の争いそのものである例が多いとし、特別利害関係を否定される。

(77) 出口・前掲注(75) 311頁。

訟によって修正するとしても時間およびコストが過大になって著しく妥当を欠く。折衷説のように解職議案の理由に立ち入って判断することは困難であることから結局、利害関係取締役と扱うしかないとする見解も見られるが、むしろ選定および解職ともに当該代表取締役の特別利害関係性を否定すべきであろう。従来の裁判例を含め特別利害関係肯定説は、取締役・会社間の利害衝突という理論的根拠よりも他の取締役の意思決定を歪めることを懸念しているように見受けられる。確かに上場企業であって事実上絶大な権限をもって代表取締役社長が君臨する場合には、その影響力によって他の取締役が公正な判断を行えない状況に置かれやすいことも事実である。株主総会における取締役の解任と異なり、少数数の会議体では誰が賛成するのか、決議は成立するのか他の取締役の心理的負担はきわめて大きい。現実には判例および多数説も解職の対象となっている代表取締役が審議に参加して他の取締役に心理的負担を与えることを懸念しているように思われる。しかし、そのようなケースであっても当該状況下で会社にとって最善と思われる判断をせざるを得ない。仮に本来執るべきは正措置を執らず会社に損害を与えることになれば取締役は任務懈怠責任を免れない。代表取締役の影響力が強すぎて、たとえ監視義務を尽くしても無駄であったとして帰責事由が不問に付されることはないだろう。解職の対象となっている代表取締役が審議に参加しようとして、あるいは議決に加わろうと特別利害関係人に該当すると否とに関わらず取締役に善管注意義務・忠実義務に従った公正な審議が求められる。それゆえ、当該代表取締役が決議に参加することによって他の取締役に及ぼす影響をことさら考慮する必要はないように思われる。むしろ派閥抗争によって代表取締役が不当に解職されるケースでは、十分な弁明ないし釈明の機会を与えられないまま一方的に解職議案が決議される不利益も軽視すべきではないように思われる。

(78) 森本・前掲注(30) 231頁。

もちろん特別利害関係人に該当する場合であっても意見陳述権を認めることもできるだろうが、特別利害関係人としてではなく取締役会の一構成員として自由に意見を述べる機会を与え、議決権行使も認めるべきであるように思われる。

代表取締役の解職の問題とは別に、一般的に特別利害関係を有する取締役に取締役会における出席権および意見陳述権が認められるべきだろうか。この点についても解釈が分かれており、法は特別利害関係取締役の議決権を排除することによって決議の公正を図ることにしているが、それを超えてその取締役が会議に参加することまでは制限しておらず、必要であれば利害関係取締役も取締役に出席し意見を述べることもできるとする学説が有力であった。この説によると当該取締役は定足数および決議要件からは排除されるが、取締役会決議の場において討論に参加することも否定されない⁽⁷⁹⁾。すなわち、特別利害関係取締役の出席や討論への参加が必ずしも他の取締役の議決権の行使に影響を与えるとは限らず、画一的にこれらの権利を排除すべきではないとする。これに対して、特別利害関係を有する議題につき議決権の行使を排除されている者が取締役に出席し、自ら意見を陳述して、その成否に影響を与える権利を認めるべきでないとする説がある⁽⁸⁰⁾。この説では、昭和56年改正によって定足数からも排除されたことを重視し、議決権行使のみでなく、従来認められていた出席して意見を述べる、あるいは審議に加わる権利も否定された趣旨と解すべきであると主張する。また、会社法の立案担当者によると、会社法369条2項では、特別利害関係を有する取締役は「議決権を行使することができない」とされており、⁽⁸⁰⁾「議決に加わることができない」と定められていることから、

(79) 河本一郎「改正会社法概説—取締役会の運営（その二）」法セ368号86頁、同・現代会社法（新訂第9版）（商事法務、2004）449頁、上柳ほか・前掲注（5）98頁〔堀口〕、出口・前掲注（75）296頁、稲葉ほか・前掲注（18）683頁〔立花宣男〕。

(80) 前田・前掲注（14）461頁、北沢・前掲注（11）391頁。

取締役会に出席し意見を述べることはできないとする⁽⁸¹⁾。しかし、会社法制定前の文言は、「決議」に参加することを得ず（改正前商260条ノ2第2項）とされていた表現を「議決」に加わることができないと変更していることから、議決権行使のみを禁止したにすぎないと解釈することもできる⁽⁸²⁾。そしてそのように理解すると特別利害関係人は議決権を行使できないが、審議には参加できると解せないこともないように思われる。この点さらに議論を詰める必要があるが、問題は特別利害関係人が出席権や意見陳述権を根拠に、利害関係を有する議題に積極的に参加しようとした際に、議長ないし他の取締役が議場からの退出を求めることができるか、また退出させたことにより取締役会決議が瑕疵ある決議となるかである。審議に及ぼす実質的影響は否定できず、取締役会は積極的に特別利害関係取締役の出席や意見表明を求めることはできるが、当該取締役自身にそのような権利があるとは認められず、退出させても違法ではないと考えるべきだろう⁽⁸³⁾。

取締役会の議長が利害関係を有する取締役とされた場合には、議長職を失うと解すべきであろうか⁽⁸⁴⁾。この点につき従事の裁判例は、取締役会の議事に対する影響の大きさにかんがみ、特別利害関係人として議決権のない取締役は、当該決議から排除されるべきであり、議事を主宰する権限を認めることはできないとする⁽⁸⁵⁾。他方、利害関係人が議長を務めても必ずしも違法とはいえないとする見解がある⁽⁸⁶⁾。特別利害関係を有する取締役だからといって公正な議事の運営が期待できないと考えるべきでなく、不公正な

(81) 葉玉匡美編著・新会社法100問〔第2版〕（ダイヤモンド社、2006）340、342頁。

(82) 鴻ほか・前掲注（16）114頁〔竹内発言〕、同・前掲注（16）120頁〔森本発言〕、稲葉ほか・前掲注（18）683頁〔立花〕。

(83) 江頭・前掲注（3）385頁。

(84) 渡辺肇「特別利害関係人による取締役会議長」商事1447号15頁以下参照。

(85) 前掲東京地判平2・4・20判時1350号138頁、福岡地判平5・9・30判時1503号142頁、東京高判平8・2・8資料版商事151号143頁参照。

(86) 森本・前掲注（56）39頁、稲葉ほか・前掲注（18）683頁〔立花宣男〕、小塚莊一郎〔判批〕ジュリ1113号（1997）102頁、畑肇・リマークス1988（上）109頁。

議事進行による取締役会決議は事後的に無効事由として判断すべきだろう。

特別利害関係を有する取締役が定足数から排除されることによって取締役1名となった場合であっても有効に取締役の決議ができるだろうか。例えば取締役3名の取締役会設置会社において、2名の取締役が会社から共同で貸付けを受けるために取締役会の承認を経る必要があるときに特別利害関係を有しない取締役1名によって承認決議ができるだろうか。この点については、法が取締役の最低員数を3名と定め、その過半数によって決議が成立するとすれば、最低でも取締役2名は必要であるとする見解や、そもそも会議体である以上1名では決議は成立しないという見解がある⁽⁸⁷⁾。これらの見解に従えば、一時取締役を選任するか、あるいは株主総会を開催して取締役を補充しない以上は取締役会の決議ができないということになる。しかし、一時取締役を選任すべきだとしても裁判所に選任の申立をしなければならぬのであって、その議案のためだけにこうした過大な負担を会社に課すのも行き過ぎであると考えられることから、従来の裁判例、多数説および登記実務のいずれも取締役1名のみによる取締役会の決議も有効と解している⁽⁸⁸⁾。会社法のもとでもこのような見解が引き継がれているものと思われる。(未完)

(87) 昭和56年改正前は、定足数算定の基礎に特別利害取締役も加えられていた。例えば、A、B、C、D4名の現任取締役が存在し、Aが利害関係を有するとした場合であっても、Aを含む4名が定足数算定の基礎とされ、その結果、3名が定足数とされた(最判昭和41・8・26民集20巻6号1289頁)。したがって、Aを解任する議案が付議された場合にAが審議を拒否して途中退席すれば、残り2名となって定足数割れを生じ、決議を不成立に追い込むことができることになる。このような不合理な結果を避けるために、昭和56年改正では利害関係取締役は定足数算定の基礎からも排除されることにした。すなわち、定足数算定の基礎は3名とされ、定足数は2名となる。

(88) 昭和56年改正前の登記先例として、法務省昭45・3・2民事甲876号民事局長回答参照。また、同年改正後のものとして法務省昭60・3・15民四課長回答、醍醐隆「取締役が決議につき特別利害関係を有する場合の取締役会決議について」金法1094号(1985)11頁以下参照。