

新会社法の下で取締役・取締役会は、どのように変わったか

Q 新会社法において、取締役・取締役会はどのように変わったか、教えてください。

A 公開会社における取締役・取締役会に関し新会社法で変わったところは、次の事項です。

- ① 公開会社の取締役の資格として「破産手続開始の決定を受けて復権していない者」も取締役となれます。しかし、新たに、金融商品取引法や各種倒産法制に定める罪を犯した者は取締役にはなれないこととされました。
- ② 取締役の任期は2年（委員会設置会社は1年）ですが、剰余金分配との関係で1年とすることが認められました。
- ③ 取締役の解任決議は普通決議となりますが、定足数の制限は残ります。
- ④ 内部統制システムの構築の基本方針は、取締役会設置会社では取締役会で決め、かつ、大会社ではそれが強制されます。
- ⑤ 一定の条件の下で取締役会の書面決議が許されることとなりました。
- ⑥ 共同代表取締役、共同代表執行役等の制度は、廃止されました。

解 説

1 取締役の資格等に関する改正

破産手続開始の決定を受け復権していない者を取締役の欠格事由

から外し、取締役・執行役になれるようにしました。また、取締役の欠格事由となる旧商法254条ノ2第3号の罪に、金融商品取引法や各種倒産法制等に定める罪を加えることとなりました(会社331①三)。これは旧商法の厳格な規制の趣旨を、公開会社に関する秩序と密接不可分である金融商品取引法や各種破産法制に定める罪に及ぼすべきであるとする考えによるものです。

2 取締役の任期

(1) 取締役の任期

委員会設置会社以外の会社の取締役の任期は、原則として、選任後2年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとしました(会社332①)。また、最初の実任取締役の任期が1年を超えることができないという規定は削除されました。

委員会設置会社の取締役の任期は、選任後1年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとなりました(会社332③)。さらに、次の定款変更をした場合には、取締役の任期は、当該定款変更の効力が生じた時に満了することになりました(会社332④)。

- ① 委員会を置く旨の定款の変更
- ② 委員会を置く旨の定款の定めを廃止する定款変更
- ③ その発行する株式の全部の内容として、譲渡による当該株式の取得について当該株式会社の承認を要する旨の定款の定めを廃止する定款の変更(委員会設置会社がするものを除きます。)

(2) 剰余金分配と取締役の任期

剰余金の分配は原則として株主総会の権限です(会社454)。しかし、会計監査人設置会社(取締役の任期の末日がその選任後1年以内に

終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の日後の日であるもの、及び監査役設置会社であって監査役会設置会社でないものを除きます。)は、定款で剰余金の分配(特別決議を要するものとされる事項は除きます。)を取締役会の決議をもって決定することができる旨を定めることができます(会社459)。これは新会社法施行前では、委員会等設置会社では一定の要件の下に取締役会で貸借対照表、損益計算書及び利益処分又は損失処理案を決定できました(旧商特21の31)が、監査役会設置会社は、貸借対照表及び損益計算書しか決定できないとされていますので、新会社法では、監査役会設置会社についても、委員会設置会社の規律にそるえるためのものです。

3 取締役等の選解任の決議要件の緩和

取締役等の選任・解任(特別決議によるべきものを除きます。)の定足数の規制について、定款をもってしても、議決権を行使することができる株主の有する議決権の総数の3分の1未満とすることができないこととなりました(会社341)。

また、取締役(累積投票によって選任されたものを除きます。)の解任の決議要件を特別決議から普通決議へ変えました(会社339①・309②七)。これにより取締役が、株主の信任を得るために姿勢を正して職務に励むことが期待されます。

4 内部統制システムの構築に関する決定

新会社法は、取締役会設置会社では取締役会が内部統制システムの構築に関する基本方針を決定する権限を有し(会社362④六・416①一ホ)、大会社については、これを強制しました(会社362⑤)。

5 取締役会に関する書面決議の許容等

取締役会の決議の目的である事項につき各取締役が同意をし、かつ、業務監査権限を持つ監査役が設置されている場合には各監査役が特に異議を述べることがないときに限り、会議を現に開くことなく、書面又は電磁的方法による決議を行うことができることを定款に定めることができます（会社370）。

6 共同代表取締役等の廃止

従来の共同代表取締役、共同代表執行役、共同支配人の制度は廃止されます。この制度は、代表取締役の代表権の濫用を権限行使の方法の面から相互に牽制させることを目的としますが、現実には共同代表取締役が登記されている例はまれで、むしろ、この制度が取引のトラブルの原因となるケースが生じていたことから、廃止されたものです。

監査役は、取締役を兼任できないか

Q 会社において監査役が取締役に選任された場合、この選任行為は有効といえるのでしょうか。また、取締役が親会社の監査役に就任した場合に取締役の地位はどうなるのでしょうか。

A 監査役は、当該会社の取締役のみならず、その子会社の取締役をも兼任することができません。したがって、会社において監査役がその会社の取締役に選任された場合、この選任行為は、兼任の趣旨が明白なときは無効となりますが、その趣旨が不明なときは監査役の辞任を停止条件として有効であると解されています。また、取締役がその親会社の監査役に就任した場合に、その兼任の趣旨が明白なときは監査役就任行為が無効となっておりまだ取締役の地位にあることとなりますが、その兼任の趣旨が不明なときは取締役を辞任したものと解されます。

解説

1 監査役と取締役の兼任の禁止

監査役の地位の独立性を保ち、監査業務の公正を期するため、昭和25年改正前の旧商法も監査役が当該会社の取締役に兼任することを禁止する旨規定してきましたが（昭和25年改正前旧商276①）、昭和49年の商法改正に際し、監査役が子会社（会社法2条3号4号は、会社がその総株主の議決権の過半数を有する株式会社その他の当該会社はその経営を支配している法人として法務省令（会社規3①）で定

めるものを子会社、株式会社を子会社とする会社その他の当該株式会社の経営を支配している法人として法務省令（会社規3②）で定めるものを親会社とそれぞれ規定しています。）に対する一定範囲の監査権限（旧商274ノ3）を有するようになったことに関連して、会社法は、当該会社の取締役のみならず、その子会社の取締役をも兼任することを禁止しています（会社335②）。したがって、甲会社の監査役と乙会社の取締役を兼任していた者は、乙会社が甲会社の子会社になったときには、そのいずれかを辞任しなければならないこととなります（大隅健一郎—今井宏『新訂会社法論中巻I』269頁（有斐閣））。しかし、逆に、甲会社が乙会社の子会社になったときには、監査役はその親会社の取締役を兼任することは禁止されていないと解されていますので（河本一郎『現代会社法（新訂第2版）』402頁（商事法務研究会）、大隅—今井・前掲269頁）、辞任する必要はないこととなります。

2 兼任禁止に違反する選任の効力

会社法335条2項の兼任禁止の規定に違反して、監査役がその会社又は子会社の取締役に、またこれとは反対に、取締役がその会社又は親会社の監査役に選任された場合、その選任の効力が問題となります。

(1) 兼任の趣旨が明白なときの効力

選任の趣旨が明らかに従前の地位と新たな地位を兼任させるものである場合には、その選任行為は無効となります。したがって、その者の行う新たに選任された取締役又は監査役としての職務執行は無効になるものと思われませんが、後掲の判例（福岡高判昭36・12・14下民12・12・2942）は、傍論ながらも、取締役として第三者との間で行った業務執行行為は無効にならない旨判示しています。

(2) 兼任の趣旨が不明なときの効力

これに対し、兼任の趣旨が不明であるときには、その選任行為は、当然に無効となるものではなく、それぞれ従前の地位を辞任することを停止条件として有効であると解するのが通説（石井照久『会社法上』386頁（勁草書房）、田中誠二『再全訂会社法詳論上』680頁（勁草書房）、大隅—今井・前掲269頁）です。その際、新たに監査役又は取締役に選任された者がその地位に就任することを承諾したときには、これと当然に両立し得ない従前の地位である取締役又は監査役を辞任する意思表示をもしたものと解されています。したがって、この場合に、新たに取締役に選任された者がその就任を承諾したにもかかわらず監査役としての監査を行ったときは、その監査は、監査役でない者の監査として無効なものとなります。逆に、新たに監査役に選任された者がその就任を承諾したにもかかわらずいまだ取締役としての業務執行に関与していたときは、その者が行う監査役としての監査は無効とはいえず、監査役としての任務懈怠責任が問題となるにすぎないと解されています（菅原『新訂取締役ハンドブック』28頁）。

(3) 欠員を生ずるときの効力

監査役が取締役に選任されたことによって監査役に欠員を生ずる場合に、上記選任の効力については、その者は上記選任により監査役を辞任した後も監査役として権利義務を有するから（会社346①）、その者が行った監査も当然には無効ではないとする説（大隅—今井・前掲269頁）もありますが、これでは強行法規としての会社法335条2項の規定の趣旨を正面から無視することを承認するようになるので、有力説（石井・前掲387頁、菅原・前掲28頁）は、その監査役を取締役に選任する株主総会の決議は別に監査役の選任決議をすることを法定条件とするものと解し、監査役選任の決議が伴わない限り、こ

の取締役選任の決議は無効とすべきであると解しています。

取締役が監査役に選任されたことにより取締役に欠員を生ずる場合のその選任の効力についても、同様に解されています。

3 監査役と使用人ら兼任の禁止

監査役と取締役兼任の禁止に関連して、監査役は、当該会社若しくはその子会社の支配人その他の使用人又は子会社の会計参与若しくは執行役を兼任することも禁止されています(会社335②)。取締役が当該会社若しくはその子会社の支配人その他の使用人又は子会社の会計参与若しくは執行役を兼任することも許されると解されているのとは対照的です。

なお、監査役が支配人に就任した後に支配人として会社のために締結した金銭消費貸借契約の効力について、下級審の判例(福岡高判昭36・12・14下民12・12・2942)は、無効となるものと解すべき合理的理由はない旨判示していますが、退任登記の有無又は民法112条の表見代理の規定により判断すべきであるとする説(田中・前掲681頁)もあります。

4 会計参与の兼任禁止

株式会社又はその子会社の取締役、監査役若しくは執行役又は支配人その他の使用人は、会計参与となることはできません(会社333③一)。

参考判例

○監査役が取締役、支配人その他の使用人として業務を執行したときは、以後監査役として職務執行を

することが期待できないので、監査役として、その職務を執行することができず、仮に執行したとしても、その監査はもちろん無効で

あると解すべきであるが、監査役が取締役、支配人その他の使用人として第三者となした業務の執行行為が無効となるものと解すべき合理的理由はない。

(福岡高判昭36・12・14下民12・12・2942)

- 1 商法273条の規定自体が監査対象期間と監査役の在任期間とが完全に一致しないことを容認している上、監査役は、監査のため、取締役等に対して営業の報告を求め、又は会社の業務及び財産の状況を調査する権限を有する(同法274条)から、その未就任期間についても監査をすることが十分に可能である。そうだとすると、商法は、監査対象期間の途中で選任された監査役がその未就任期間についても適宜の方法で監査することを許容し、かつ、期待しているものと解されるから、未就任期間を特に区別してその旨を監査役の監査報告書に付記する必要はないといえる。
- 2 いわゆる自己監査は望ましいとはいえないけれども商法自体が取締役であった者を監査役に選任することを禁止していない以上、このような者を監査役に選任するかどうかは株主総会の判断にゆだねるべき事項であり、株主総会においてこのような者を監査役に選任した以上、この選任が違法であるとはいえない。

ない。

(東京地判昭61・1・28判時1189・113、判タ584・95、金判736・27、商事1066・38、大野・金法1121・10、中村・金判740・46)

- 営業年度の途中で招集された株主総会においてそれまで取締役であった者が退任して新たに監査役に選任された場合には、その監査役は、自己が取締役であった期間についても自己を含む取締役全員の職務の執行を監査することとなるが、取締役であった者が立場を変えて心機一転監査役の立場で過去の取締役としての職務執行を事後監査することは可能であり、そのような要請をすることは何ら不可能を強いるものではなく(なお、実質的にみると、監査役に就任する直前までその会社の取締役であった者は、会社の最近の実情に通じているため、かえって外部から監査役に選任された者よりも有効な監査ができる長所をもつことも考えられる。)、取締役であった者を監査役に選任するかどうかは株主総会の判断にゆだねるべき事項であって、株主総会において営業年度の途中で選任直前まで取締役の地位にあった者を監査役に選任したとしても、上記選任が違法であるとはいえない。

(東京高判昭61・6・26判時1200・154、判タ621・179、金判750・16、商事1082・52、第1審=東京地判昭61・1・28判

時1189・113)

○原審の適法に確定した事実関係の下において、所論の点に関する原審の判断は是認することができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、原判決の結論に影響しない説示部分をとらえてその違法をいうものにすぎず、採用することができない。

原判決には、理由に齟齬がある。

1、原判決は、「監査役は本件監査対象期間である昭和59年6月1日から昭和60年5月31日までのうち昭和59年6月1日から同年8月29日までの約3か月間被控訴人の取締役であつたから、右約3か月についてはいわゆる自己監査となり監査適格を欠く」旨の上告人（原審控訴人）の主張に対しこの控訴審の判断はその前段においては「いわゆる自己監査が必ずしも望ましくない点に留意しつつ、なおかつこれを許容する趣旨であると解すべきである」として、いわゆる自己監査の消極的認容にとどまっているのであるが、後段においては一転して「実質的に見ると、監査役に就任する直前までその会社の取締役であつた者は、会社の最近の実情に通じているため、かえつて外部から監査役に選任された者よりも有効な監査ができる長所をもつことも考えられる」としてむしろ積極的認容の姿勢が見えるのであって、第1審以来いわゆ

る自己監査に対する裁判所の評価を求め続けてきた上告人にとってはいずれを是とすべきか判断に苦しむところであり、原判決にはその理由に齟齬があるというべきである。

（最判昭62・4・21商事1110・79、第1審—東京地判昭61・1・28判時1189・113、控訴審—東京高判昭61・6・26判時1200・154）

○株式会社の監査役は会社又は子会社の取締役又は支配人その他の使用人を兼ねることができないものとされているが（商法276条）、監査役に選任される者が兼任の禁止される従前の地位を辞任することは、株主総会の監査役選任決議の効力発生要件ではないと解するのが相当である。けだし、商法276条は監査役の欠格事由を定めたものではないと解すべきであるのみならず、監査役選任の効力は、株主総会における選任決議のみで生ずるものではなく、被選任者が就任を承諾することによって発生するものというべきであつて、会社又は子会社の取締役又は支配人その他の使用人の地位にある者を監査役に選任する場合においても、その選任の効力が発生する時点までに取締役等の地位を辞任していれば、上記兼任禁止規定に触れることにはならないからである。そして、監査役に選任された者が就任を承諾したときは、監査役との兼

任が禁止される従前の地位を辞任したものと解すべきであるが、仮に監査役就任を承諾した者が事実上従前の地位を辞さなかったとしても、そのことは、監査役の任務懈怠による責任（商法277条、280条1項、266条ノ3第1項）の原因となり得るのは格別、総会の選任決議の効力に影響を及ぼすものではないというべきである。

（最判平元・9・19判時1354・149、判夕732・194、金法1263・30、金判850・12、商事1203・11、北村・民商102・3・146、山村・金判840・38）

- 商法276条によれば、株式会社の監査役は会社又は子会社の取締役又は支配人その他の使用人を兼ねることができないものとされているが、その趣旨は、監査役の監査機関の性質上、取締役又は支配人その他の使用人から隔離し、その職務の公正を確保しようとするにあると解されるから、会社の使用人が監査役に選任され、その就任を承諾したときは、監査役との兼任が禁止された従前の地位を辞任したものと解するのが相当であり（最高裁第3小法廷平成元年9月19日判決判例時報1354号149頁参照）、この理は、会社がいわゆる中小企業であっても何ら異なるところはないというべきである。したがって、原告が監査役就任後も従業員を兼務したことを理由として、従業員としての退職金を請求

することは、監査役在任中に懲戒解雇の対象となるような行為があったか否かにかかわりなく、できないものというほかない。

（静岡地判平3・5・23判夕763・263、商事1264判1649）

- それぞれ代表取締役、監査役である被告らが、取引代金の支払が不可能なことが容易に予見可能であったが、代表取締役、事実上の取締役ないし監査役としての注意義務に違反したとして損害賠償を求められた事案において、代表取締役については取締役の裁量を逸脱したとして責任を肯定する一方、監査役については事実上の取締役とはいえないなどとして責任を否定した上で、原告にも信用調査ないし損害拡大防止を怠った過失があるとした事例。

（東京地判平22・11・16平20（ワ）21825）