

取締役の競業避止義務

飯田克美*

Wettbewerbsverbot von Vorstandsmitgliedern

Katsumi IIDA

はじめに

- 1 競業避止義務の意義
 - 2 判例における取締役の競業避止義務
 - 3 競業避止義務の適用範囲
 - ① 競業避止義務を負うべき取締役の範囲
 - ② 「自己または第三者の為に」競業取引を行う場合
 - ③ 会社の営業の部類に属する取引
 - 4 退任取締役と競業避止義務
 - 5 競業避止義務違反の効果
- むすび

はじめに

ここ数年来の景気低迷によって、各企業は、バブル期に経営の拡大をねらって本業以外のところへ投資した株式や不動産の評価が急激に下がり、多額の赤字をかかえる一方、金融機関の貸し渋りが一層の拍車をかけ、巷間、企業の倒産が相次ぎ、わが国の企業をとりまく環境は近年、大変厳しい状況におかれているのが実情である。これらの問題に関して、会社内部においても、取締役や、監査役の責任等が問われ、株主代表訴訟に持ち込まれるケースもしばしばあり、取締役の義務および責任があらためてクローズアップされはじめている。

本来、取締役は、会社の利益を図るようにその職務を遂行しなければならないが、取締役は、会社の経営に参画するので、会社の営業に関する内部情報を入手しやすい立場にあり、会社業務の執行に関連して、会社の取引先との直接的つながりもできやすい。そこで、ややもすると、取締役が、入手した情報を利用して自己のためあるいは第三者のために別会社を設立する方法によって、競業取引を行うおそれがある。商法

は、このような競業取引を防止するために、商法264条において、「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をするときは、取締役に於いて、その取引につき重要な事項を開示して、その承認を受けることを要する」として、取締役に競業避止義務を課しているのである。すなわち、商法264条に定める競業避止義務は、会社と取締役の利益が対立した場合に、取締役は、会社の利益を優先させなければならないことを手続面において規制しているのである。

ところが、この競業避止義務は、極めて厳格な規制を加えているドイツ法と、「会社の機会の法理」を基とする忠実義務論に派生する英米法とを基礎として、ドイツ法的思考と英米法的思考の両者の上に成り立っているため、その法的性格を中心にして見解が分かれているところである。

また、しばしば問題となるのは、取締役が在任中に水面下で会社と競合する新会社を設立して、密かに競業準備を進めておき、退任と同時に、在任中に会社から知り得た情報を最大限に利用して競業取引を行う場合であるが、信義則等に反しない限り、退職後は競業避止義務を負わないとするのが、商法264条である。このような商法264条は、その適用範囲が限定的かつ形式的であるために弾力的に運用できない側面がある。そこで判例は、取締役の一般義務である忠実義務違反という形でこの問題に対処している。

本稿では、競業避止義務の規定の母法となっているドイツ法・英米法をも参考にしつつ判例をひもとくことによって、競業避止義務の意義・適用範囲および退任取締役の競業問題を商法258条1項との関係において検討し、最後に競業避止義務に違反した場合の効果

*帝京短期大学非常勤講師

についても検討する。

1 競業禁止義務の意義

取締役は、会社の経営に参画するので、会社の営業に関する秘密を容易に知り得る立場にあり、会社の業務の執行に関連して個人的に会社の取引先や従業員とのつながりもできやすい。しかし、取締役は、本来、会社の利益のために、積極的にその職務を遂行しなければならないのである。それ故、取締役は、その地位を利用して会社の取引先を奪ったり、会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ることは許されない。

そこで、商法264条は、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をするときは、取締役会においてその取引について重要な事項を開示して、その承認を受けることを要するという競業禁止義務を課している。

昭和56年の改正前の商法（旧法）では、現行法よりも厳しく、取締役が、競業を行うには、株主総会において、その取引につき重要な事実を開示して、その認許を受けなければならないとし、その認許決議には、発行済株式総数の3分の2以上の多数の賛成が必要であった（旧法264条1項・2項）。

しかし、企業を取り巻く経済環境が複雑化し、企業の結合や、日本版ビッグバンの目玉の一つである持ち株会社が増加するにつれ、取締役が同種の営業を行う子会社の代表取締役、あるいは同業他社の取締役を兼任することもしばしばあり、取締役は、自己固有の営業をやめなくとも十分にその職務を遂行することも可能となり、会社の利益を害することなしに、競業取引をなす機会も増えてきた。さらに、営業規模が小さい会社では、取締役が全く報酬を受けない場合や、取締役が直接業務執行に関与することなく、単に取締役会の構成員として監督的地位を有するに止まる場合などを考えあわせれば、わが国の商法264条の母法であるドイツ会社法（ドイツ商法・株式法）の取締役競業禁止規定のように、取締役が自己の営業を営むことを禁止する方がむしろ不合理であることさえある¹⁾。なぜならば、ドイツでは、取締役は原則的には会社の指揮権・業務執行権、および代表権を有しており（ドイツ株式法76条、78条）、取締役は、商業使用人と同様に（ドイツ商法60条）、その全労力を会社に捧げなければならない、その結果として広汎な営業禁止義務（ドイツ株式法88条）を負担しているのである²⁾が、アメリカ、イギリス、日本では、ドイツのそれとは異なり、取締

役は単に、取締役会の構成員に過ぎないのである。すなわち、ドイツの取締役は、日本の代表取締役に匹敵するものといえよう。

また、株主が、広く分散している会社においては、発行済株式総数の3分の2以上の承認を得ることはまことに困難であるという実質的な考慮と、競業取引と利益相反取引（商265条）とはいずれも取締役の利益相反行為であるのに、承認機関を異にすることは、合理的理由に乏しいという理論的根拠に基づいて、昭和56年の商法改正において、従来の株主総会の認許から、商法265条と同様に取締役会の承認で足りるとし、他方では、取締役の責任を厳格化し、極限の濫用の防止と会社・株主および会社債権者の利益保護を図ろうとしているのである。

したがって、一方においては、取締役といえども個人的に会社以外の他の営業に従事することはもとより、会社と同種の営業をなすことを原則として承認しつつ、取締役が、その地位から得た会社事業の秘密などを利用して会社の取引先を奪ったり、会社を犠牲にして自己または第三者の利益を図ることを、あらかじめ防ぐために、取締役が、自己または第三者のために競業取引をするときは、取締役会においてその取引に関する重要な事実を開示して、その承認を受けることを要するとして、もしも、違反したことによって生じた損害については、会社に対して損害賠償の責を負うことはもとより（商266条1項③）、さらに会社に介入権の行使を認めているのである。

英米法においても、取締役の競業は、判例法上、いわゆる「会社に属すべき取引の機会に関する法理（doctrine of corporate opportunity）」として忠実義務の一環をなすものと位置づけられている。すなわち、取締役は、会社の信任義務者（fiduciary）として、会社の利益を犠牲にして自己の利益を図ってはならない義務（duty of loyalty）を負う。取締役がこの義務に違反して得た利益は会社に返還しなければならない。この責任は、取締役が義務違反につき善意（good faith）であったか否か、また会社に損害が発生したか否かにかかわらず、また取締役がその利益を取得しなかったとすれば会社が取得したといえるかどうかにかかわらず発生³⁾し、取締役は、会社に対する義務と自己の利益が衝突するような場に立つことを制限されることになる⁴⁾。しかしながら、取締役の競業取引は、原則として禁止されないというのが、古くからの判例の立場であった。

いいかえれば、一般に、取締役が競業的事業に従事

すること自体禁止されていなくとも、取締役がその地位にあることによって得た秘密の情報を、自己の競争的事業のために使用したり、兼任先である競争会社に知らせた場合には、忠実義務に違反することになる。会社との役務提供契約において競争取引を行うことや競争会社の取締役就任することが禁止されている場合には、もとよりその禁止に従う義務があり⁵⁾、内容的には、わが商法とほとんど変わらない。

わが商法の通説では、商法264条の立法趣旨を、取締役は会社の営業の秘密に通じているので、その地位を利用して会社の利益を犠牲にして、自己または第三者の利益を図る危険が大きいから、これを防止するためであると解しているが⁶⁾、もう一步踏み込んで、単に秘密を知り得るだけでなく、取締役が、会社の業務執行に個人的利益の面で影響を及ぼす点も含めて、規制を加えていると解す⁷⁾べきである。

また、監査役は、取締役に対して独立の地位および権限を有している点をとらえて、取締役の競争取引の承認は監査役の権限とするか⁸⁾、あるいは、監査役にも競争取引の制限を加えるべきであるとする。なぜならば、監査役といえども、自己が勤務している会社の営業に関する秘密を知り得る機会は十分あり、監査役は、取締役と異なって、会社の利益を犠牲にして、自己または第三者の利益を図ってよいという理由はないからである。

次に、商法264条にいう競争禁止義務の法的性格をいかに把握するかは、忠実義務（商254条の3）と善管注意義務（商法254条3項・民644条）との関係の捉え方の違いによって、学説上、見解がわかれるところである。

通説及び判例は、忠実義務は、善管注意義務とは別個の高度な義務ではなく、善管注意義務を具体的かつ一層明確化したものにすぎないとして、競争禁止義務は、善管注意義務の一内容もしくは特殊形態の一つであると解している⁹⁾。これに対して、有力説は、忠実義務は善管注意義務と異なる義務であり、取締役が会社の業務を執行するに際して自己または第三者の利益を図ってはならない義務であり、競争禁止義務は、忠実義務より派生する義務ないし分岐的義務であると解する¹⁰⁾。この点について星川長七教授は次のように論及しておられる。すなわち、「一説によれば、会社と取締役との法律関係と把握される以上、取締役の会社に対して負う一般的義務は、善管者の注意義務であり、しかもこの義務は通常の知識と経験を有する人が、委託された事務を処理するに当って用うべき注意を基準

とするものであるから、これを高めることも低めることも意味のないことである。それゆえ、取締役に会社のために忠実に職務を遂行する義務を課したとしても、注意義務自体を強化することにはならない。だが、善管者の注意義務はややもすれば閑却されがちなので、取締役の権限強化との関連において、これについて注意を喚起すべく忠実義務を課したにすぎないとしている。この見解は忠実義務をその本質において善管義務と異なるものでないと解するため、取締役に忠実義務が課されたとしても競争禁止義務には何らの影響もなく、それは依然として特別の不作为義務であるとみている。これに対し、取締役の忠実義務を、英米法上のそれと同趣旨のものであり、取締役に受託者たる任務を強調する趣旨をもって明文が設けられた、と解する見解がある。この立場にあっては、忠実義務は善管義務のように、単に、業務執行上の注意に関する義務ではなく、会社の経営をになう取締役に課せられた最高の義務とされる。そしてこの義務の内容は、取締役は常に会社の利益のために行動すべく、とりわけ取締役たる地位を利用して自己の個人的利益をえてはならないとするものであり、英米法では、夙に判例法によってみとめられているところである。そこで継受法解釈の原則にしたがい商法254条の2に規定する忠実義務も、これと内容を同じくするものと理解する学説が有力に主張されている。この見解は、会社と取締役との関係において、委任の法理のみでは規律しえない局面について、信託における受託者の地位をみとめその法理を適用するので、善管義務と忠実義務とを同質的のものとは考えない。それゆえ競争禁止義務に関しても、これを善管義務の例外的義務たらしめず、忠実義務より派生する義務ないしはその分岐的義務と理解するのである。このうち前説、すなわち忠実義務を善管義務と同質的に考える学説は、第264条に加えられた改正を、取締役の権限の強化に対応し、その義務を加重したにすぎないものと解している。しかし、この立場から、取引について重要な事実の開示が、なにゆえ要求されるのか、またそれがいかなる意義を有するかについて、合理的な解釈を与えることは必ずしも容易ではなく、後述するように、この点に関する疑念すら提起されることになる。」¹¹⁾と。

したがって、善管注意義務は、取締役が職務執行を行うのに際して、相当なる注意をもって経営上の判断をなすべきことを規定しているのであり、忠実義務は、取締役がその地位を濫用して会社外の利益のために、すなわち、自己または第三者の利益を図るために会社

の利益を害することを禁じるのである。これに対して森本滋教授は、「民法644条は、受任者に対して、広く委任の本旨に従って最も合理的に事務を処理するために受任者が用いるべき注意の程度を定めている。取締役が自己と会社の利益が対立するときに、会社のために誠実に職務を遂行する義務は、日本法上、民法644条の定める義務の一内容として理解されてきたのである¹²⁾。」と説く。

しかし、現行商法における忠実義務の規定は、英米法上の忠実義務を継受したもので、会社と取締役との間には委任関係のほかに信託的關係が存立することが認められ、委任関係からは取締役が、職務の遂行に際して用うべき注意義務が、信託的關係からは、忠実義務が認められるのである。この二つの義務は、取締役の地位について課せられているものであるが、その淵源を異にして、その性格も異なるし、その違反に対する効果も異なる。したがって、忠実義務は取締役が会社との利益相反行為によって、自己の利益を追求してはならないという義務であり、善管注意義務とは内容の別個な義務であると解すべきであろう。これらの点から、商法264条の競業禁止義務は、忠実義務から派生する義務ないしは分枝的義務と把握する。

最近では、競業禁止義務の法的性格をいかに捉えるかという問題よりも、むしろ、昭和56年の商法改正により従来よりも適用範囲が拡大され、論点は、山崎製パン事件判決¹³⁾で示された株券の返還請求のごとき救済方法が認められるべきか否か、あるいは、商法264条にも経営判断の法則が働き、取締役会の承認に免責的效果が認められるかという点に的をしるべきであるとする見解もある¹⁴⁾。

2 判例における取締役の競業禁止義務

取締役の競業禁止義務に関する判例は、きわめて少なく、取締役の競業禁止義務・忠実義務に関して重要な判断を示したのが、いわゆる山崎製パン事件である。

このように、競業禁止義務違反を扱った判例が少なかった理由は、一般的には、取締役退任後に取締役が会社の取引先を侵奪するとか、競業取引を行おうとする者が、会社の実力者の場合が多く、水面下で行われることが大半で、お家騒動でも起こらないかぎり表面化しなかったのである。

しかし、その神話は崩れはじめ、バブルの絶頂期には、雨後の竹の子のごとく、会社の設立が目立ち、取締役が在職中に競業する別会社の設立を企図し、退任届を提出した後直ちに別会社を設立して競業する営業

を開始する事例に関する紛争が多い一方、大手企業及び金融業界の不正が次から次へと露呈し、株主代表訴訟のみならず、商法258条1項との関係において競業禁止義務違反も問われはじめたのである。

そこで、最近の判例を整理してみたい¹⁵⁾。

〔判例①〕 東京地判昭和56年3月26日（山崎製パン事件）

〈事実〉 Xは、千葉県下を含む関東一円を市場としてパン・菓子類の製造販売業を営む株式会社であり、YはX会社の創業以来の代表取締役社長であり、社内では徹底的なワンマン体制をとり、取締役会も開催せずに会社の業務を決定・執行してきた。Yは、千葉県下の市場の拡大のため、パンの製造販売を業とするA会社の株式の大部分をX会社の資金援助を受けて自ら買収し、代表取締役にはならなかったが事実上の主宰者としてその経営を行い、X会社の市場を侵奪した。また、YはX会社が進出を決意しそのための調査を行っていた関西地区において、X会社の資金を使って吹田の工場用の土地を購入し（契約当事者はX会社）、Yとその家族が全株式を所有するB会社を設立して、その代表取締役としてパンの製造販売を行い、その結果X会社が自らまたは子会社として関西地区に進出する機会を奪った。そこで、X会社の監査役が会社を代表して、Yの一連の行為を取締役の競業禁止義務、忠実義務、善管注意義務に違反するものとして、Yがこれにより得た利益と同額を損害賠償として請求し、それと択一的に、右行為に関するX会社の取締役会のYに対する委任の本旨に従い、Yおよびその妻子等が所有するA会社およびB会社の株式の引渡を請求した。

〈判旨〉 X会社の請求を認容し、Yに対し株式の移転（または填補賠償）および既に取得した配当金の返還を命じた。

1 競業禁止義務違反について

YがX会社の代表取締役であり、A会社がX会社と同種の営業をしているところ、YがA会社の事実上の主宰者として、A会社を経営してきたことは、第三者であるA会社のために、X会社の営業の部類に属する取引をしてきたことに外ならず、X会社に対する競業禁止義務に違反する。X会社とB会社が同種の営業をし、X会社はかねてより関西市場への進出を企図し、具体的に市場調査等も進めていた。B会社が所期の成功を収めることができたのは、YがX会社の調査結果を含む有形無形の資源を利用できたからである。X会社が吹田の土地を取得した時点で、YがB会社をX会社の一部門として建設することを決意さえすれば、X

会社は直ちに関西に進出することができた。しかるにYがX会社の代表取締役でありながら、B会社の代表取締役として会社を経営したことは、第三者であるB会社のために、X会社の営業の部類に属する取引をしてきたことに外ならず、X会社に対する競業禁止義務に違反する。

2 善管注意義務、忠実義務違反について

Yは、X会社の人的、物的、資金的資源を利用しながら、A会社の株式のほとんどを自らが取得し、X会社がA会社を傘下に収めて千葉県下の市場を強化する機会を奪い、独断で対価をえずにX会社の販売店508店をA会社に移管して、X会社の市場を侵奪し、A会社の事実上の主宰者としてX会社との競業行為をしたこと、B会社を設立してX会社が関西に進出する機会を奪いB会社の代表取締役としてX会社との競業行為をしたことは、X会社に対する取締役としての忠実義務、したがって善管注意義務に違背する。

3 委任義務違反について

X会社とYとの関係は、あたかもX会社の取締役がある会社の株式を買収し、または完全子会社設立を決定し実行するため、Yに対し必要な資金を交付してその事務を委任したところ、Yが株式の買収または会社の設立をしながら、その株式をX会社のものとせず、自己や家族等のものとしたような場合に、X会社はYに対し委任の本旨に従い、その株式の移転を請求できるのと同様に、本件の場合にもX会社は、その株式のYからX会社への移転が不可能とみられない限り、委任またはその類推により、Yに対し、その移転を求め、取得した配当金は返還し、また移転義務の履行が不可能になる場合には、その填補賠償を求めることができると解するのが相当である。この方法こそが、競業禁止義務、善管注意義務および忠実義務違反を理由とする損害賠償請求よりもはるかに直接的でかつ根本的な救済を得る結果となるものといえよう。

〔判例②〕 大阪高判平成2年7月17日¹⁶⁾

〈事実〉 Xは、昭和18年に設立されたゴム靴塗料の製造販売を業とする株式会社であり、その株式は、監査役Aが48%、代表取締役Yが47%、取締役Bが5%をそれぞれ保有していたが、その保有株式比率とは別に、YはX会社において全くのワンマン社長として経営を専行していた。他方、Cは、昭和50年に有機無機高分子化学薬品の製造販売を目的として設立された株式会社であるが、実際には、その創業者DがX会社の製造した接着剤をFに販売する仲介をするために設立した会社であった（FはX会社と競業関係にあったた

め、X会社の製品をFに直接売ることができなかった）。C会社の発行済株式総数6万株のうち、Yおよびその家族は18,050株、Dおよびその家族が6,000株、その余はX会社の従業員およびYが別途経営する会社の従業員が保有している。C会社の取締役にはすべてX会社の管理職が就任しており、取締役会、株主総会は開かれたことがなく、配当金額、役員報酬もYに忠実な取締役の言うままに決められ、X会社の従業員のC会社の役員就任および出向等はすべてX会社の就業規則に基づきYが承認していた。昭和56年頃、C会社は独自の工場を建て、X会社から接着剤の製造機械設備を格安の価格で譲り受けて右工場に設置し、昭和57年頃からX会社からの出向者8名（技術者と工員）を専従配置し、X会社の製造技術を利用して接着剤の製造を開始した結果、C会社の業績は伸びる一方、X会社はC会社に対する売上高を激減させたのみならず、必要な接着剤をC会社から逆に購入せざるをえなくなった。また、X会社は、C会社への出向者への給与をすべて支払い（ただし、C会社は出向者分担金等をX会社に支払っている）、C会社の商標を有償で使用し、X会社の得意先をC会社にまわすなどしたため、C会社はX会社に迫るほどの業績をあげるようになった。そこで、監査役AがX会社を代表して（商特24条1項）、Yは取締役の競業禁止義務違反および利益相反取引違反の行為をし、さらに法令定款違反の行為をしてX会社に損害を蒙らせたとして損害賠償請求の訴えを提起した。第一審判決（神戸地判昭和60年6月19日）は、YがC会社の株式の6分の1を保有するだけで、C会社を事実上主宰し経営するものでなく、またC会社のためにX会社と取引したのもではないとして、X会社の請求を棄却したため、X会社が控訴した。

〈判旨〉 Yの競業禁止義務違反および利益相反取引違反を認定して、Xの損害賠償請求を認容した。まず、判旨は、商法264条1項の「自己又ハ第三者ノ為ニ」の意義について、「自己または第三者のいずれの名をもってすると問わず、行為の経済上の利益が自己又は第三者に帰属することをいい、取締役が第三者を事実上支配する場合も含めて規制が及ぶものと解するのが相当である」とした。また、本件の実関係のもとでは、「たとえYがC会社の発行済株式の過半数を保有していないとしても、C会社においては、Yに対抗し得る株式を保有する株主は他に存在せず、株主の大部分は少数の株式を保有するX会社の従業員ばかりであり、株主総会も開かれておらず、Yに逆らう者もいない状況の下においては、YがC会社の事実上の主宰者

として、その経営を支配してきたものと認めるのが相当であるというべきであり、右行為がX会社に対する商法264条に定める競業禁止義務に違反することは明らかである」とする。

〔判例③〕 東京地判平成2年7月20日¹⁷⁾

〈事実〉 Xは、昭和45年6月にY₁およびその妻Aが25口ずつ出資して設立した有限会社であり(Y₁とAは共同代表取締役)、翻訳・通訳業を行っていた。その後、Y₁とAが不仲となったことに伴い、Y₁は昭和48年2月限りでX会社の営業を停止し、翌3月からは個人として翻訳業を営んでいたが、同6月にはY₂株式会社を設立して代表取締役に就任し、Y₂株式会社はY₁の個人業務をそのまま引き継いだ。昭和50年9月に、Y₁は代表取締役および取締役を辞任し、Bが代表取締役に就任した。Y₁はこれにより営業担当の従業員になったが、昭和52年にY₂会社を退職した。なお、Y₁は昭和45年6月以降ずっとX会社の取締役のままであった。以上の事実関係のもとで、X会社は、Y₁に対して有限会社法29条1項の競業禁止義務違反、営業権侵害等の不法行為を理由に、Y₂に対して不法行為、不正競争防止法違反を理由に、それぞれ損害賠償を求めた。

〈判旨〉 本判決は、不法行為および不正競争防止法に基づく請求については消滅事項の成立により請求を棄却したが、Y₂の競業禁止義務違反については認容した。Y₁が、翻訳業を営むX会社の取締役でありながら、個人として翻訳業を営んだこと、ならびに翻訳業を主たる営業内容とするY₂会社の代表取締役に就任し、代表取締役および取締役辞任後も従業員として営業を担当していたことは、自己又は第三者のためにX会社の営業の部類に属する取引をしたものであり、有限会社法29条所定の取締役の競業禁止義務に違反する。

〔判例④〕 東京地決平成5年10月4日¹⁸⁾

〈事実〉 Xは、フランス料理の原材料および洋菓子の原材料を含む食料品等の輸入・販売および卸売等を業とする株式会社である。Y₁およびY₂は、X会社設立当初からの株主であり、かつ代表取締役であった(Y₁は社長で、Y₂は副社長であった)。X会社の設立当初、X会社とYらは、「X会社が事前に書面により承諾しない限り、YらがX会社の取締役でなくなった日又はYらがX会社の株主でなくなった日のいずれか遅い日から5年間の満了するまでは、Yらは日本における飲食物の輸入・流通・販売と関係するいかなる業務をも含む、債権者の営業と競業する業務に自ら従

事してはならず、かつ直接又は間接的にYらが支配する会社を通じて、かかる営業を行わせてはならない」旨の条項のある雇用契約を締結した。それから約2年半を経過した後、Y₁およびY₂は取締役を辞任し、Y₁はX会社の株式を譲渡して株主の地位も失ったが、Y₂は依然株主であった。X会社は、YらがXと競業する行為をし、あるいはそのおそれがあるとして、雇用契約違反を理由に競業行為の差止めの仮処分を求めた。

〈判旨〉 本決定は、「本件競業禁止合意は、飲食物に関する事業についてYらが従事することを包括的に禁止するもので、かなり広範囲な禁止条項であるが、本件記録によって認められる本件合意がされるに至った経緯(……X会社の前身であるA会社の買収交渉の当初からフランスの供給業者との強いコネクションを有するYらに競業禁止義務を課することを重要な条件としていたこと)、Yらに対する金銭的補償の程度(……)等を総合すると、本件競業禁止合意に合理性がないとはいえず、公序良俗に反するということはできない」として、Xの仮処分申請を認容した。

〔判例⑤〕 前橋地判平成7年3月14日¹⁹⁾

〈事実〉 X会社は、その取締役であったYら3名が、X会社の主たる業務であったオートレース場の警備と清掃業務の発注を奪うため、右業務の受皿としてA会社を設立して警備業認定の申請を受け、X会社の警備員のほとんどを退社させてA会社に入社させ、その結果、X会社の警備業務の遂行を不可能ならしめ、土建会社の道路工事現場の交通警備の業務を除く一切の業務を奪ってX会社に損害を与えたとして、Yらに対し取締役の忠実義務および競業禁止義務違反を理由に損害賠償を求めた。

〈判旨〉 本判決は、Xの請求を全面的に認容して、「Yら3名は、いずれもX会社の取締役であった、遅くとも、昭和62年2月頃には、原告会社の業務の乗っ取りを計画し、A会社を設立させ、その計画を実行に移したのであるから、Yらの乗っ取り行為は、X会社の取締役としての忠実義務及び競業禁止義務に違反することは明らかであり、したがって、Yらは、……X会社に対し、連帯して、X会社が被った損害を賠償する責任がある」と判示した。

〔判例⑥〕 東京地決平成7年10月16日²⁰⁾

〈事実〉 レック(LEC)の名で知られる司法試験受験予備校の大手であるX会社において、その専任講師を努め監査役にも就任していたY₁と、その代表取締役を努めその後は監査役であったY₂とが、X会社

を退職後にA株式会社を設立し、同社が営業主体となって司法試験受験指導を行う「司法試験塾」を開業したため、X会社が、Y₁およびY₂に対し、競業禁止義務を定める従業員就業規則、役員就業規則および個別の特約に基づき、「司法試験塾」の営業等の差止めを求めて申し立てた仮処分命令申立事件である。

〈判旨〉 まず、本決定は、競業禁止義務を定める特約の有効性を判断するにあたり、その特約がもともと当事者間の契約なくして実定法上労働契約終了後の競業禁止義務を肯定しうる場合と、競業禁止義務を合意により創出する場合の二つの類型に分けて検討している。第一の類型の場合には、「競業行為の禁止の内容が労働者であった者が退職後であっても負うべき秘密保持義務確保の目的のために必要かつ相当な限度を超えていないかどうか」を判断基準とし、第二の類型の場合には、「使用者が確保しようとする利益に照らし、競業行為の禁止の内容が必要最小限度にとどまっており、かつ、十分な代償措置を執っていること」を基準とする。次に、本決定は、本件役員就業規則における退職後の競業禁止義務条項（「役員は、会社と競合関係にたつ企業に就職、役員就任、その他形態の如何を問わず退職後2年以内は関与してはならない。役員は、会社と競合関係にたつ事業を退職後2年以内にみずから開業してはならない」）は、役員としての地位に伴う委任契約の内容をなすもので、労働契約に付随するものではないが、右に述べた労働契約終了後の競業禁止義務特約の有効性に関する考え方は、本件特約にも当てはまるとする。そして、会社と役員との間で締結された退職後2年間の競業禁止義務を定める特約について、監査役であったY₁との特約については、職務との関係で競業行為を禁止することの合理的な理由が疎明されておらず、競業行為の禁止される場所の制限がないなど、目的達成のために執られている競業行為の禁止措置の内容が必要最小限度であるとはいえず、右競業禁止行為により受ける不利益に対する十分な措置を執っているともいえないから、公序良俗に反し無効であるが、代表取締役であったY₂との特約については、会社の営業秘密を取り扱い得る地位にあったものといえるから、有効であるとした。結論として、本決定は、Y₁については、特約は第二類型に該当するがその要件を満たさないで公序良俗に反し無効であるとし、Y₂については第一類型に該当し、特約は有効としつつも、差止めの要件を満たさないとして、いずれも差止請求を却下した。

これらの判例を争点別に分類すると、〔判例①②③

⑤〕は、商法264条の適用範囲に関する事例であり、〔判例④⑥〕は、取締役退任後の競業禁止を定める会社と取締役間の特約の有効性についての事例である。

3 競業禁止義務の適用範囲

① 競業禁止義務を負うべき取締役の範囲

取締役が自己または第三者のために会社の部類に属する取引をなすには、取締役会においてその取引について重要な事実を開示して、その承認を受けなければならない（商264条）。

ここで言う取締役とは、代表取締役であるか否か、また内部的に業務の執行を担当しているか否かにかわりなく、すべての取締役が規制の対象となる。

ところで、近時の判例は、法律上の取締役に限ることなく、法律上は取締役に就任していなくとも、会社を事実上支配している「事実上の主宰者」も含めて商法264条を適用する傾向にある。

山崎製パン事件の判決は、「事実上の主宰者」という概念を初めて示したものであり、当該取締役が、取引の表面に現われないで、他の者を自己の傀儡として代表取締役の地位に就かせ、自己が競業会社の実質的支配者として経営を行う場合も、会社の利益が害される危険があるから商法264条の規制と対象としている。

また、〔判例②〕では、Yは、競業会社Cの発行済株式の過半数を保有していないにもかかわらず、事実上の主宰者として第三者であるC会社のために競業取引を行ってきたことが認定されている。この点からも、競業会社の大株主であった山崎製パン事件におけるそれよりも、本判旨は、「事実上の主宰者」の概念を拡大したものといえよう。

学説上も、「事実上の主宰者」に対しても商法264条の適用を認める見解²¹⁾が支配的である。この見解に従えば、法の潜脱を許さないためにも競業規制の及ぶ範囲を広げる必要があり、結果的には会社の利益に資する点で優れているといえよう。しかし、「事実上の主宰者」として競業禁止義務を課するためには、競業会社の持株を過半数以上所有していることが原則となろうが、〔判例②〕の場合のように、過半数に充たないケースもある。〔判例②〕においては、Yに対抗し得る株式を保有する株主が他に存在しないこと、その他の株主は少数の株式を保有するX会社の従業員及びYが別途経営する会社の従業員であり、取締役会も株主総会も開かれず、Yのワンマンカンパニーであった等の諸々の間接事実を根拠に判示しているが、どこまでの

間接事実をもって「事実上の主宰者」とするのか疑問である。すなわち、競業禁止義務の適用の限界をどこに求めるかが重要な問題であり、「事実上の主宰者」とみなされるべき要件を明確にする必要がある。

② 「自己または第三者の為に」競業取引を行う場合

商法264条は、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をなす場合に適用される。「自己または第三者のために」の意義については、自己または第三者の名においてという意味で、取締役が自らの取引の当事者となり、または第三者の代理人または代表者として取引をする場合をいい、行為の法的効果が自己または第三者に帰属する立場と解する有力説²³⁾（形式説）がある。これに対して、多数説（実質説）は、自己または第三者の計算においてという意味で、行為の経済的効果が自己または第三者に帰属する場合であると解す²⁴⁾。実質説を支持する理由づけを田中誠二教授は詳細に論述しておられる。「私は実質説を正当と考える。その理由は、(1) 264条の競業禁止規定の立法目的は、取締役が会社以外の者の利益のために会社の営業の部類に属する取引をなすことを抑制することにあるから、「自己又ハ第三者ノ為ニ」は、会社以外の者の利益のために又はこれらの者の計算においてという意味に解するのが正当であり、(2) 会社利益の保護の範囲を増大させることは実質説の理由として述べられたとおりであり、(3) 比較法的に見ても西ドイツ株式法8条は、「自己もしくは他人の計算において」と明文で定めており、アメリカ判例法による「会社の機会の法理」で競業禁止に当る部分も実質的に解していると思われること、(4) 介入権における得意先維持の要求は、形式的に取引の相手方と会社との間に直接の取引を成立させることができないでも、実質上将来の取引の成立の道をつけておくことで、ある程度達せられることである。私見によると、実質説をとる上で最も問題となるのは、形式説をとるよりも、取締役の競業禁止義務の違反があり介入権を有することを立証することが困難であることである。しかし、この点は、取締役の名においてなされた取引は、一応取締役の利益のためになされたと推定すべきで、取締役は介入権の行使を免れようと思えば、それは自己の利益のためになしたものでないことを証明すべきものと解すれば、この困難は減少する²⁵⁾。」

すなわち、競業取引が誰の名においてなされようと、取締役がその取引について実質利益を受ける限り、権利義務が誰に帰属するかという問題ではなく、その経

済的利益が誰に帰属するかが重要であるから、多数説である実質説に賛する。

③ 会社の営業の部類に属する取引

取締役会の承認を受くべき取引とは、会社の営業の部類に属する取引であるが、それは、会社が実際に行っている事業と市場において取引先が競合し、会社と取引先または第三者との間に利益の衝突をきたす可能性のある取引をいう²⁶⁾と解されている。これに対し、取締役は定款所定の目的事業を株主のために遂行する義務を負っているので、会社が現実に行っていない定款所定の目的事業も商法264条の規制対象となるとする見解もある²⁶⁾。しかし、この点については、通説的な見解をとってよいのではないだろうか。なぜならば、競業禁止義務を取締役の忠実義務の一環として捉える限り、取締役と会社との間に利益衝突の生ずる可能性のないものまで規制する必要はなく、仮に定款所定の目的事業であっても、規制の対象から除外してよいであろう。

よって、具体的には、会社が現実に行っている事業と市場において競業する取引〔判例①②③〕のほか、その時点では市場で競業していなくても会社がすでに開業の準備に着手している事業〔判例①〕、あるいは取締役は、会社との新規事業に関する情報を入手しやすい地位にあることから、新規に開始されることが合理的に予測される事業、ならびに過去に営んでいて現在は一時的に休止している事業も含まれる²⁷⁾。

また、主たる事業に関連する各種の付帯事業も会社の目的たる事業を遂行するために不可欠の取引であり、営業の部類に属する取引に含まれる。最高裁昭和24年6月4日判決²⁸⁾では、「木工品の製作を目的とする事業の付帯事業のうちにはその資材原料たる立木伐木等の買入する事業も包含する」と判示した。しかし、その事業の維持便益のためになされる補助的行為たとえば、会社の営業所や工場に必要な土地・建物等の取得、金銭の借入、従業員の雇用は含まないと一般的には解されている²⁹⁾。

それでは、現在の営業地域と異なる地域において、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をする場合に競業取引にあたるか否かという問題である。

会社の営業地域と異なる営業地域において同種の営業が営まれるときには、市場での競合を生ずるおそれがないので、原則として「会社の営業の部類に属する取引」の要件はみたさないとするが、会社の営業の性

質・内容、事業方針などからみて、その地域への会社の進出が予測されるか、あるいは、それが確実になっている場合には、会社の営業の部類に属する取引であると解するのが通説³⁰⁾である。しかし、競業禁止義務は、取締役に対して会社の事業発展の可能性の実現を封じ込めることを禁止していると解すべきであるから、会社が営業を拡大しようような地域での取引は競業禁止の対象となり³¹⁾、現在市場での競争関係が生じていないという理由によって、商法264条の適用を否定することは妥当ではない³²⁾。なぜならば、仮に会社が特定地域でのサービスの提供等を行う会社であったとしても、会社の性質、事業内容から勘案して確実に競合しないと断定できる地域はないはずである。そして、会社が拡大発展すればするほどその営業地域は全国展開する可能性を十分含んでいる。また、地域が異なっても潜在的顧客層は競合しており、また、原材料あるいは商品の仕入れについて競合する可能性もあるので、営業地域を問わず、かような場合には商法264条が適用されると解すべきであろう。

4 退任取締役と競業禁止義務

商法264条は、在任中の取締役のみに適用され、取締役を退任した後は、不正競争防止法や不法行為法³³⁾そして信義則に違反しない限り、職業を自由に選択することができるので、過去の経験・知識、技能等を生かして会社と同種の営業を行うことができる。しかし、商法258条1項の適用を受ける退任取締役は、後任の取締役が就任するまでの間、暫定的に取締役としての権利義務を有するので、会社に対する競業禁止義務も負うことになる。この規定は、取締役の員数を欠くことにより、会社の業務執行に空白が生じることを防ぐために、新任取締役が就任するまでの間、暫定的な措置として辞任または任期の満了した者に取締役としての権利義務の存在を認めたのである。解任の場合を除外したのは会社の取締役に対する信頼関係が破れているのが普通であって、取締役に権利義務を継続させることの方が不適当であるからである。アメリカでは、「会社の機会の取得禁止」は退任後まで継続するので、取締役が在任中に取締役としての地位にもとづいて知り得た取引の機会は退職後も個人的に取得できないことになっている点が、わが国と異なる。

判例においては、商法258条1項の適用を肯定したうえで、個々の事案の特殊性に応じて、結論の妥当性をはかろうとしている。

すなわち、高知地裁平成2年1月23日判決³⁴⁾では、

「『Yは、X会社を退任した昭和59年1月25日、退職とともに当然X会社の取締役を辞任したものと解されるけれども、商法258条1項により、右同日以降後任の取締役が就職した同年7月23日までは、なお、取締役の権利義務を有するものとして、X会社に対し忠実義務（商法254条ノ3）及び競業禁止義務（同法264条）を負っていると解すべきことは、前述のとおりである。そうすると、X会社退職後といえども、Yがその代表取締役として、X会社の営業と競業関係にあるA会社の営業に携わること、形式的には、YのX会社に対して負っている右義務に違反しているといわざるをえない』が、Yが退職の申出をして退職するまでには2週間余の期間があったこと、4名の同族会社である『X会社において、後任の取締役の選任にさほどの時日を要するとは考え難く、Kが後任の取締役を真摯に選任しようとさえ言えば2週間もあれば十分であろうと考えられること』等の『諸事情に鑑みれば、X会社において、Yの後任の取締役の選任を懈怠し、その結果として、Yが取締役選任後は個人として本来有する職業選択の自由を制限しておきながら、これを奇貨としてYのX会社に対する忠実義務違反及び競業禁止義務違反を主張することは、他人の権利をないがしろにして自己の権利の保護のみを求めるものであって不公正な態度といつてよい。』結論として、『YがX会社を退職した前記認定の事情からすれば、X会社とYとの信頼関係は破れており』、商法258条1項の立法趣旨に鑑みればYにX会社の取締役としての権利義務を継続させることは実質的にみて不適当であること、A会社の営業活動の手段方法に違法不当な点は見出せないこと、X会社の従業員が相次いで退職していったのは経営者たるKの責任というべきこと、『これら諸事情を勘案すれば、X会社が、商法258条1項を根拠にして、X会社退職後のYになおX会社に対する忠実義務及び競業禁止義務があることを主張するのは、民法1条に則り、信義則に反する主張として許されないというべきであり、したがってX会社が、商法266条1項5号に基づき、Yに損害賠償を請求することは、権利の濫用として許されないものと解するのが相当である。』としている。このような判例の立場は、学説からも一般に支持されている³⁵⁾。

これに対して、商法258条1項が、暫定的な措置を定めたものであることを考慮すると、新たな取締役の選任に必要な合理的期間が経過したときは、もはや同条の適用はないとする見解³⁶⁾がある。確かに、東京高裁昭和63年5月31日³⁷⁾にみるように、退任後7年あ

るいは15年も経過した後においても、なお、暫定的な期間として、商法258条1項を適用すべきであろうか疑問が残る。なぜならば、現行法では、取締役の任期は3年であり、仮に任期満了直前に辞任したとしても、次の取締役の任期満了を迎える3年何か月の期間があれば、会社では新しい取締役を選任できるはずである。それをしなかったこと自体が、会社の怠慢としか言いようがないのではないだろうか。しかしながら、商法258条1項は、取締役会を維持するための最低員数を定めた商法255条の強行規定であり、会社の業務執行の継続性を確保するという会社の便益保護の規定である一方、会社債権者の利益保護にも資する規定として実際に機能している点からみれば、商法258条1項の適用を肯定したうえで、判例及び通説通り個別的に信義則の適用や重過失の認定を考慮する法が妥当なのかもしれない。

また、取締役と会社との間で、取締役退任後の競業の禁止あるいは制限する旨の特約が締結される場合には、特約の内容が有効なものであれば、取締役を退任した者は、商法上競業禁止義務を免除された後も、一定の期間はかかる義務を負わなければならない。

したがって、会社の利益のみにとらわれて、あまり広汎な競業禁止契約は公序良俗に反し無効になる可能性がある。そこで、競業禁止契約の有効性は、禁止の期間、場所、営業の種類、代償の有無、その他諸般の事情を勘案して判断されるが、企業秘密の保持、労働者側の転職・再就職の不利益および社会的利害の三つの立場から検討する必要がある³⁹⁾。

それでは、在任中の競業準備行為はいかに解せばよいであろうか。

取締役在任中に、退職後の競業準備をすること自体は、商法264条の適用を受けないので、競争会社の設立の企図、設立手続さらには、競争会社を設立し、開業準備を進めることも、営業開始が退職後である限り、取締役会の承認は必要としない。しかし、退職後の競業を予定している取締役が、準備段階で会社の利益よりも退職後の新事業の利益を優先する行為を行えば、違法となる。〔判例⑤〕においては、Yらの「乗っ取り行為」として忠実義務違反および競業禁止義務違反を認めているが、多くの判例は、忠実義務違反で対応している。大阪高裁昭和58年3月3日判決³⁹⁾は、趣味雑貨商品の通信販売業を営む会社Xの取締役Y₁が、X会社任中に、退職後の競業のためにY₂会社を設立し、Y₁がその代表取締役になり、同じくX会社に勤務していたBがその取締役に就任した。Y₁は、X

会社の自分の部下であったBにX会社の一切の資料と得意先名簿を持ち出させ、X会社の商品カタログを模倣したY₂会社のカタログを作ったうえ、X会社から入手した得意先名簿を利用してX会社と同様の趣味雑貨商品の通信販売を開始した事件について、次のように判示している。すなわち、「Y₁はX会社取締役としての在任中、退職後の競業のために、X会社の一切の資料と得意先名簿を持ち出させており、これらの行為が競業禁止義務違反の点は暫く措き取締役の忠実義務に違反することは明らかである……X会社から違法に入手した右名簿を利用してX会社と同様の趣味雑貨商品の通信販売をなすことが、不法行為を構成することは明らかである。」としている。また、東京地裁昭和63年3月30日判決⁴⁰⁾（日本設備事件）では、「X会社のコンピューター事業部のように主にプログラマーあるいはシステムエンジニアの人材を派遣する業務にあっては、人材こそが会社の唯一の資産ともいふべきであり、人材の確保、教育訓練等が会社の維持発展の主な課題となるものである。したがって、X会社の取締役であるYがX会社のコンピューター事業部の従業員に対してX会社を退社して自己が設立しようとする同種の会社への参加を勧誘することは、それだけで取締役としての忠実義務に違反するものというべきである。」と判示している。

このように、近時では、取締役が在任中に当該会社の営業と競業関係にある会社の設立を企図し、退職後、自己の知識、経験および技能を生かして、会社と同種の事業につくことが多いが、それだけでは、商法264条に違反するものではない。しかし、会社の利益ないし、会社の機会（corporate opportunity）を強調する立場からは、取締役が在任中に会社の営業と競合する別会社を設立する準備を進め、会社以外の者のために会社の取引の機会を奪うことになる競業準備行為を行っていることにはかわりなく、このような行為は取締役の忠実義務違反ということになる。他方においては、取締役の立場からみれば、職業選択の自由が認められており、競業関係にある会社の営業開始が取締役退任後であるかぎり、その営業の方法、手段に違法性がないかぎり、自由競争の問題として容認されなければならない。したがって、その限界をどこに置くのかは、判例の集積によって会社の利益と取締役の職業選択の自由との二つの視点から、潜在的な競業取引の可能性も考慮して具体的に検討すべきである。

5 競業禁止義務違反の効果

取締役が、競業禁止義務に違反して競業取引をなしても、取引の相手方が違反の事実を知ると否とを問わず、その取引自体は有効である。しかし、会社は取締役に對して、取締役の競業禁止義務違反を理由として損害賠償の請求ができる（商266条1項5号）。さらに、義務違反をなした取締役を解任することもでき（商257条1項但書）、少数株主による取締役解任の訴の事由ともなる（商257条3項）。

また、取締役が競業禁止義務に違反して、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なしたものとみなすことができる（商264条3項）。いわゆる介入権の行使であるが、この場合、当該取締役は特別利害関係人（商260条ノ2 2項）となる。

商法が介入権を認めた理由は、競業行為による会社の損害の多くが、会社のうべかりし利益の喪失という消極的なもので、損害額の立証が極めて困難であるため、その救済は、損害賠償では必ずしも十分ではなく、むしろ会社の得意先を奪われるおそれがあることから、何をもっても先ずこれを防ぎ、得意先を維持しなければならないという点にある。したがって、介入権は、会社の一方的な意思表示によって行われるのであり、介入権の性質は形成権と解されている。

それでは、取締役と第三者との取引から生ずる効果が介入権行使によって、どのようなプロセスを経て会社に帰属することになるのであろうか。

多数説⁴¹⁾は、介入権は会社が当該取締役に對して行使することができ、かつその行使は、取締役に介して取引の経済的效果を会社に帰属せしめるよう請求する債権的権利が発生するにとどまり、介入権行使によって、ただちに取締役が競業取引によって取得した所有権その他の物権を会社に直接帰属させる効果すなわち物権的効力を生ずるものではないとする（債権的帰属説）。昭和24年6月4日の東会木材工業事件において、最高裁は「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。」と判示しており、本判決は、債権的帰属説の立場を採ることを明確にしたリーディングケースであり、現在もなお判例法上踏襲されている。

これに對して、競業禁止義務違反により取締役が取得した財産は、取締役が会社のために信託的に保有するにすぎないから、信託法上の受託者が保有する財産と同様に扱うべきだと解する者がある。これによれば、会社は、取締役の取得した財産に對して取締役破産の場合には取戻権を有し、取締役の債権者は右財産に強制執行をなしえない。また、悪意・重過失により取締役からこれを譲り受けた第三者に對しては、会社は譲渡を取り消すことができる⁴²⁾とする説。あるいは、「関係者の実質的利益を考慮した場合、介入権行使の効果を限定する必要はなく、介入権行使は商法が認めた特別の権利関係の変動の原因であり、他に特別の行為を要せず、会社は取引の相手方に對して介入権行使の通知により、債権の譲受人と同様の地位に立ち介入権行使を原因とする権利移転の効果を主張できるとの立場から、明示の規定のない限り上述の信託法理よりも、会社は第三者が取得者に背信的悪意のあることを主張立証すれば、たとい第三取得者が登記等により先に対抗要件を備えたとしても、その者に對し対抗要件を具備しない会社が、介入権行使の効果を主張できる⁴³⁾」とする説も有力に主張されている。

このように、競業禁止義務に違反した取引から生ずる経済的效果を会社に帰属させようとする目的からすれば、物権的効力を認める解釈がよりその目的にかなう結果をもたらすことは言うまでもない。さらに、「取締役がその地位を利用して競業行為をなす場合の不当性は、本来会社のためになすべき行為を自己のためになすことによって利得すること、したがって、その利得をそのまま取締役に認めることの不当性にあると解するならば、取締役がなした取引は、本来会社のためになすべきものであったのだから、その取引から生ずる効果そのものが実質的には会社に帰属すべきもので、介入権はまさにそれを実現する法的手段として認められたものと解すべきことになる。取締役の競業行為の本質を右のように理解するのは、アメリカ法で取締役の忠実義務（fiduciary duties）の問題の一つとして発展したいわゆる会社の機会の法理（"corporate opportunity" doctrine）に典型的に現れる考え方であり、わが国において、介入権行使の効果について物権的効力を認めようとする学説がいずれも取締役の忠実義務（商法254条ノ3）に特別の意義を認める説であることは偶然ではない⁴⁴⁾」。そして、取締役の競業行為に對する会社の利益保護を重視すれば、介入権の行使の効果として物権的効力を認める方が、論理的である。しかし、法形式上、取引の当事者は取締役と第三者であり、

介入権が会社と取締役との内部関係に関する義務であるから、取締役の競業禁止義務違反について取引の相手方である第三者の善意・悪意が介入権行使の要件とは無関係であること、介入権行使は取締役に対する一方的意思表示によってなされるものであることから、介入権の効果は、債権的なものとして、会社との内部関係においてのみ効力を生じるにとどめなければならない。したがって、取締役と第三者との取引関係は有効であり、会社は取締役にその行為の経済的效果を会社に帰属せしめる義務を負うに止まり、会社が第三者の取引相手に対して当然に直接の当事者となつてはならないと考える。なぜならば、物件的効力を認め、第三者の利害までも害してはならないからである。

商法264条は、取締役が競業取引を行うことを禁止し、その違反に対して損害賠償請求のほか介入権行使を会社に認めているのは、ドイツ法をもとにしているからである。そのドイツにおいても、介入権(Eintrittsrecht)は、対外的効力を生ぜず(BGH 238,306/310)、取締役が契約の当事者であり、会社は第三者に対して権利を取得し、義務を負うものではないと解するのが多数説である⁴⁵⁾ことも考慮に入れば、第三者の利益保護の方が、会社の利益の保護よりも優先しなければならないものであると考える。

むすび

本稿では、種々の問題の検討にあたって競業禁止義務の性格を、忠実義務は善管注意義務と異なる義務であり、取締役が会社の業務を執行するに際して自己または第三者の利益を図ってはならない義務である。そして、競業禁止義務は、その忠実義務より派生する義務ないし分岐的義務であると解するいわゆる忠実義務異質説の立場に立ってきたが、ドイツ法と英米法とを母法として、わが商法264条が成り立っているため、「会社の機会の法理」を基とする英米法的な考え方を全面的に踏襲するには、介入権行使の問題等において、会社の利益と第三者との利益が衝突した場合は、どちらを優先するかという点で、やはり無理が生じ、私の浅学では、債権的帰属説で解決しなければならないことになってしまう。

判例は、近年、会社の利益保護の見地から実質的な妥当性を図るために、商法264条の適用範囲を解釈によって、より拡張していく傾向にあり、商法264条が及ばない競業禁止義務違反については、一般的義務である忠実義務違反で解決しようとしている。この点から考えれば、山崎製パン事件の判決は、この種の問題

を解決するための重要なリーディングケースといつてよいであろう。

そして、商法264条の一般予防的規則は、規制対象が明確になるという長所を備えている反面、柔軟な利害調整を困難にするという短所ももっている。この短所を埋めるためには、忠実義務の法理による個別事後処理的な対応が有益である。一般的には、取締役退任後における競業が問題となることが多く、在任中は水面下で事を進めておき、退職と同時に表面化されるのが実情である。その場合には、個人の職業選択の自由あるいは市場における自由競争の原理と会社の利益とが衝突し、商法264条ではどうしても解決することができず、柔軟性のある忠実義務に頼らざるを得ない。

また、商法264条は、取締役の競業禁止義務を規定しているものであるが、監査役といえども、自分が勤務している会社の内部事情には精通しており、会社の内部情報を入手する機会は十分あるはずであるので、監査役にも競業取引の制限を加えるべきである。さらに、現行の競業取引の承認は、取締役会に委ねられているが、監査役は、取締役に対して独立の地位および権限を有しており、内部監査という立場から考えれば、競業取引の承認は監査役の権限としてもよいのではないだろうか。

今後は、取締役が競業取引を自己のために行う場合よりも、むしろ別会社を代表して行う場合の方が増える傾向にあるので、親子会社あるいは企業結合における取締役の競業との関係で複雑に絡み合うため、多種多様の問題が発生するであろう。そこで、本稿では取り上げなかった兼任取締役の競業規制の問題については、今後の研究課題としたい。

参考文献

- 1) 大隅健一郎「取締役の競業禁止」会社法の諸問題 増補版289頁
- 2) Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 21. Lfg. 1989, Anm 8 zu §88 [Mertens].
- 3) Farrar's Company Law (3rd ed. 1991) 420.
- 4) Gower's Principles of Modern Company Law (5th ed. 1992) 559.
- 5) Thomas Marshall (Exporters) Ltd v. Guinle [1978] 3W. L. R. 116, [1978] I. C. R. 905.
- 6) 大隅健一郎「取締役の競業禁止」前掲書290頁、北沢正啓「取締役の競業禁止義務」株式会社法研究 401頁、北村雅史「取締役の競業取引」民商法雑誌 97巻2号202頁

- 7) 瀧田節「会社法第5版」71頁
- 8) 田中誠二「再全訂会社法詳論上巻」604頁
- 9) 大隅健一郎＝今井宏「新版会社法論中巻（第3版）I」148頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫「会社法新版」265頁、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌81巻4号473頁
- 10) 星川長七「取締役の競業避止義務—その忠実義務との関連において—」取締役忠実義務論53頁以下、田中誠二前掲書603頁、加美和照「取締役の競業避止義務」会社法の現代的課題247頁、片山信弘「取締役の競業避止義務」商事法の解釈と展望（上柳先生還暦記念）251頁
- 11) 星川長七「取締役の競業避止義務—その忠実義務との関連において—」前掲書63頁
- 12) 森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」前掲書473頁
- 13) 東京地判昭和56年3月26日判例時報1015号27頁、別冊ジュリスト「会社法判例百選（第5版）」104頁
- 14) 野田博「取締役の競業避止義務」取締役の権限と責任163頁
- 15) 受川環大「判例にみる取締役の競業規則の展開」判例タイムズ917号56頁以下によるところが大きい
- 16) 判例タイムズ734号218頁
- 17) 判例時報1366号128頁
- 18) 金融・商事判例929号1頁
- 19) 判例タイムズ885号244頁
- 20) 判例タイムズ894号73頁
- 21) 星川長七「取締役の競業避止義務」星川長七＝堀口亘＝山口幸三郎＝坂倉俊雄編会社法改訂版321頁、大隅健一郎＝今井宏前掲書207頁、堀口亘「昭和56年度重要判例解説」105頁
- 22) 大浜信泉「取締役と取締役会」田中耕太郎編株式会社法講座Ⅲ1067頁、大隅健一郎「取締役の競業避止義務」前掲書283頁
- 23) 星川長七「会社法（改訂版）」321頁、田中誠二前掲書606頁、服部栄三「会社法提要」60頁、北沢正啓「取締役の競業避止義務」前掲書403頁
- 24) 田中誠二前掲書606頁
- 25) 石井照久「会社法上巻」339頁、北沢正啓「取締役の競業避止義務」前掲書402頁
- 26) 森本滋「取締役の競業避止義務の立法論的検討」法学論叢106巻1号7頁
- 27) 渋谷光子「取締役の競業避止義務」上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編会社法演習Ⅱ133頁、北沢正啓「取締役の競業避止義務」前掲書402頁、北村雅史「取締役の競業取引について」前掲書204頁
- 28) 民集3巻7号235頁 東会木材工業事件
- 29) 森本滋「取締役の競業避止義務の立法論的検討」前掲書6頁、北沢正啓「会社法〔第4版〕」403頁
- 30) 神崎克郎「山崎製パン事件判決とその意味」商事法務915号6頁、上柳克郎＝北沢正啓＝鴻常夫＝竹内昭夫編「新版会社法I」256頁、田邊光政「判例にみる取締役の競業避止義務と忠実義務」現代企業法の理論と実務高窪利一先生還暦記念134頁
- 31) 星川長七「取締役の競業避止義務」前掲書322頁、赤堀光子「新商法演習2」18頁以下
- 32) 森本滋「取締役の競業避止義務の立法論的検討」前掲書8頁、牛丸與志夫「取締役の競業避止義務」別冊ジュリスト会社判例百選（第5版）105頁
- 33) 東京地判昭和51年12月22日（判例タイムズ354号190頁）は、原告会社の取締役と従業員が在任中から新会社の設立を企図し、突然にしかも一斉に退職して新会社を設立し、原告会社の得意先に対し同会社と同一もしくは類似の商品の販売を開始し、その結果競業地域での原告会社の売上は皆無になったという事例において、退職者は、会社に必要以上の損害を与えないように、退職の時期を考えると、相当期間においてその旨を予告するとか、さらに自己の営む新事業で取り扱う製品の選定やその販売先などにつき十分配慮することが要求されたとしたうえで、退職取締役らの行為はもはや自由競争として許される範囲を逸脱した違法なものであるとして、共同不法行為の責任を認めた。
- 34) 金融・商事判例844号22頁
- 35) 田邊光政「判例にみる取締役の競業避止義務と忠実義務」前掲書141頁
- 36) 森淳二朗法学セミナー413号122頁、浜田道代「昭和63年度重要判例解説」ジュリスト935号102頁
- 37) 判例時報1279号146頁
- 38) 根本涉「労働者の競業避止義務」判例タイムズ719号4頁以下、受川環大「判例にみる取締役の競業規制の展開」前掲書65頁、奈良地判昭和45年10月23日判例時報624号78頁
- 39) 判例時報1084号122頁
- 40) 判例時報1272号23頁
- 41) 大隅健一郎＝今井宏「新版会社法論上巻（第3版）」94頁・「新版会社法論中巻（第3版）I」202頁、北沢正啓「取締役の競業避止義務」前掲書406頁、石井照久「改訂商法I」81頁
- 42) 大阪谷公雄「介入権行使の効果」別冊ジュリスト

会社判例百選〈新版〉153頁

43) 赤堀光子前掲書23頁・24頁

44) 島袋鉄男「商法264条の介入権行使の効果」ジュリスト増刊商法の争点(第二版)131頁、神崎克郎「取締役の忠実義務—その具体的発現」吉永先生古希記念・進展する企業法・経済法87頁

45) Meyer-Landrut, Groß Akt G. Bd. 1, 2 Lief. §88 Anm (7); Mertens, Kölner K. Akt G, §88 Anm (18)