

会社法と成年後見法の交錯問題（1） — 取締役の欠格条項削除に関する争点を中心に

上 山 泰
内 田 千 秋

一 問題の所在

成年後見制度利用促進法に基づき、平成29年に閣議決定された成年後見制度利用促進基本計画は「成年被後見人等の権利制限に係る措置の見直し」を基本施策の1つに掲げている。その具体的な内容は、成年被後見人と被保佐人（以下、「成年被後見人等」とする）に係る「絶対的欠格条項（成年後見または保佐の開始を他法上の法的地位・資格等の絶対的欠格事由とし、両者を画一的かつ機械的に連結する仕組み：以下、本稿では単に「欠格条項」とする）」の廃止にある。これを受け、2つの立法作業が進められた。1つは「成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図るための関係法律の整備に関する法律」¹であり、187の法律を対象として成年被後見人等に係る欠格条項を全面削除するものである。これにより、国

1 本法は第196回国会に閣法56号として提出され、第198回国会において衆院・参院ともに全会一致で成立した。なお、提出時の法案では188の法律が対象であったが、土地改良法について欠格条項削除を含む法改正が先に成立したため、第198回国会で修正を受け、最終的な対象が187となった。法案成立の経緯やその趣旨等については、上山泰「成年被後見人等に係る欠格条項の一律見直しの動向について」週刊社会保障2975号42頁（2018）参照。

家公務員、地方公務員、医師・弁護士等の各種士業に係る欠格条項のほか、NPO法人・医療法人・信用金庫等の各種法人の役員に関する欠格条項が削除されるため、成年被後見人等がこれらの役員に就任することが可能になる。

もう1つが、会社法改正による成年被後見人等に係る取締役の欠格条項(会社法331条1項2号²)の削除である。これは先の整備法を補完するものであり、同法では対象外とされた会社法及び一般社団・財団法人法上の役員に係る欠格条項の早期見直しの要請(整備法附則7条³)に応えたものである。その具体的な内容は、法制審議会会社法制(企業統治等関係)部会における審議等を経て、「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する要綱」⁴の中にまとめられている(第3部 その他 第3 その他 5 取締役等の欠格条項の削除及びこれに伴う規律の整備)。そこでは、①成年被

-
- 2 本規定は、監査役(会社法335条1項)、執行役(会社法402条4項)、清算人(会社法478条8項)、設立時取締役・設立時監査役(会社法39条4項)にそれぞれ準用されている。
 - 3 政府は、会社法(平成17年法律86号)、及び、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律(平成18年法律48号)における法人の役員の資格を成年被後見人または被保佐人であることを理由に制限する旨の規定について、この法律の公布後1年以内を目途として検討を加え、その結果に基づき、当該規定の削除その他の必要な法制上の措置を講ずるものとする。
 - 4 法制審議会会社法制(企業統治等関係)部会第19回会議(平成31年1月16日)において決定された「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する要綱案」が、法制審議会第183回会議(平成31年2月14日)において審議・採決の結果、全会一致で原案どおり採択され、「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する要綱」として直ちに法務大臣に答申することとされた。なお、本改正に関する紹介として、笹原摩紀「会社法改正における取締役等の欠格条項の見直しの動き」金融法務事情2105号(2019)4頁、中込一洋「責任追及等の訴え、議決権行使書面の閲覧、株式併合 その他重要項目に係るポイント」ビジネス法務19巻6号(2019)55頁、神田秀樹「会社法制(企業統治等関係)の見直しに関する要綱案」の解説〔Ⅷ・完〕商事法務2198号(2019)6頁等がある。

後見人等であることを絶対的欠格事由とする現行会社法331条1項2号を削除するとともに、これによって理論上可能となる成年被後見人等の取締役等への就任事案を想定した明文上の手当てとして、②就任時における成年後見人及び保佐人（以下、「成年後見人等」とする）の関与（「就任に関する代理承諾」または「就任に対する同意」による就任の有効性確定ルール）と、③取締役等の資格に基づく行為に係る制限行為能力を理由とする取消権の排除（取締役等の資格に基づく行為の有効性確定ルール）の2つのルールを導入することが提案されている。たしかに、この改正が実現すれば、成年被後見人等が取締役等の地位にある場合に生じうる当該会社に係る法律関係の不安定化・不透明化をある程度までは回避することが可能となる。しかし、あくまで今回の会社法改正は成年被後見人等に係る欠格条項削除に伴う必要最小限の手当てにすぎないため、会社法と成年後見法という2つの異質な財産管理制度に係る法領域の交錯によって生じる理論的・実務的課題⁵の多くが、今後の解釈論に委ねられることになるといえる。

たとえば、上記②によって取締役等への「就任時」という入口段階での成年後見人等の関与が必須とされる一方で、「就任中」の取締役等の資格に基づく行為や「終任（辞任・解任）」に関する成年後見人等の関与のあり方については、実は不透明な部分が多い。まず「就任中」についていえば、成年後見人が成年被後見人「個人」の法定代理人及び財産管理人にすぎないことからすれば、その法的権限は成年被後見人とは別人格である会社には原則的に及びえないと整理するのが筋であろう。つまり、成年被後見人が取締役等の資格に基づいておこなう行為は、成年後見人の法定代理

5 会社法と成年後見法の交錯領域についてフランス法を素材に検討した文献として、内田千秋「フランスにおける会社法と成年後見制度の関係」実践成年後見76号（2018）67頁、同「成年後見制度と取締役の地位—フランス法の検討から—」早稲田法学94巻3号（2019）487頁がある。

権の射程外とみるべきことになる⁶。この切り分けは上記③とも整合的であるし、仮にこのように、「取締役等の地位にある成年被後見人等は当該資格に基づく行為に関する限りは完全な行為能力者として取り扱われ、成年後見制度の影響を完全に排除できる」と考えることができれば、一見、問題はすべて解消されるようにみえる。ところが、たとえば一人株主兼一人取締役の一人会社を想定した場合、ことはそれほど単純でないことに気づくだろう。なぜなら、株式は株主たる成年被後見人等の個人財産としての性質を持つため、株主としての権利行使は議決権行使等を含めて、成年後見人等の法定代理権及び財産管理権の対象として理解することが十分に可能である。そして、この結果、成年被後見人等が一人株主（あるいは少なくとも多数派株主）である場合には、成年後見人等が当該会社を事実上支配できる可能性が生じることになるからである。つまり、仮に、会社の機関でも構成員でもなく、会社のいわば外部にいる成年後見人等が実質的に会社の経営をコントロールするというリスクを完全に排除しようとするならば、単に取締役の権限の代理行使の可能性という表玄関をふさぐだけではならず、株主権の代理行使の可能性という裏口までを視野に入れた包括的な検討をする必要があるわけである。

次に「終任」についていえば、「就任」という入口で要請された配慮が「終任」という出口では問題とならないのかという単純な疑問がまずは生じるだろう。成年後見法の観点からすれば、成年後見人等は成年被後見人等の保護機関（権利擁護機関）であるから、「就任」時における関与の意義はまずは成年被後見人等の利益擁護に求められることになる。仮にこの点を重視するならば、実質論として、成年被後見人等にとって取締役等の地位にあることの利益が就任時には不利益を上回っていたが、就任後の事情の変化によって、それが逆転するに至った場合には、成年被後見人等の

6 第10回議事録16頁の佐久間毅参考人発言、同17頁の山野目章夫参考人発言参照。

利益擁護のために、成年後見人等が「終任」に向けた関与もできることが望ましいといえそうである⁷。また形式論としても、仮に③の基準である「取締役等の資格に基づく行為」を会社のための職務執行行為として理解するならば⁸、会社と当該取締役との間の任用契約の解消を意味する自身の「終任」に関する場面⁹では、当該任用契約の中で会社側と対立する関係にある「取締役個人としての行為」としての性質が前面に出ることになるため、成年後見人等の関与を認める余地もありそうである。

さらに、この問題は「成年被後見人等の取締役等としての適格性の保障を誰がどのような手法によって行うべきか」という視点から考察することも重要であるように思われる。そもそも、成年被後見人等に係る欠格条項の廃止は、本人の具体的な判断能力の状態等の個別的な文脈を無視し、あくまで成年被後見人ないし被保佐人であるという一事のみをもって、各資格等から本人を画一的に排除するという立法政策が種々の点から不合理であると考えられたことに起因している。逆にいえば、各資格等を規制する各法の趣旨を踏まえたくうえで、当該資格等の遂行に適した能力の有無を個別かつ実質的な審査（個別審査規定等の規制手法）を通じて評価し、不適格者を排除することまでを否定するものではないことは当然である¹⁰。

7 辞任の場面について、第15回議事録37頁の齊藤真紀幹事発言、同37頁の竹林俊憲幹事発言も参照。

8 第10回会議部会資料17（補足説明）2（1）、及び、第13回会議部会資料22（補足説明）も参照。

9 これに対して、逆に会社側の立場から、たとえば取締役会の一員として他の取締役を解任する決議に参加するような場面は、「取締役等の資格に基づく行為」であるとして、成年後見人の法定代理権の対象外とみるべきことにならうか。

10 たとえば、認知症等のために同程度の事理弁識能力の低下がある者のうち、成年後見または保佐の利用者だけが欠格条項によって自動的に取締役等の地位から排除されるのは、明らかに不平等である。加えて、成年後見と保佐を併せても利用者数は約20万人にすぎないため、現状では成年被後見人等に係る欠格条項は、潜在的な不適格者排除のスクリーニング機能す

したがって、法改正後は、対象者の取締役等としての適格性を判断能力の要素も含めて、会社法の観点から（さらにいえば当該会社の個別的な特性までも踏まえて¹¹⁾個別に評価することが、これまで以上に重要となる¹²⁾。具体的には、その適格性を就任時のみならず就任後も継続的な形で適切にチェックし、適時に終任へと導く仕組み（適格性の保障を個別具体的にコントロールする仕組み）を保障すべきことになる¹³⁾。この際、他の取締役、

ら十分に果たすことが難しいといえる（平成30年12月末日時点の利用者数は、成年後見16万9583人、保佐3万5884人の計20万5467人ととまる（最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—平成30年1月～12月—」）。こうした欠格条項という規制手法の不合理性の詳細については、上山・前掲注1) 42-44頁、及び、上山泰「欠格条項制度に関する覚書」村田彰先生還暦記念論文集編集委員会編『現代法と法システム』（酒井書店、2014）93-107頁を参照されたい。なお、後者のスクリーニング機能不全の可能性から生じる問題への解釈論的対応の必要性については、第10回議事録15頁の松井智予幹事発言も参照。

- 11 欠格条項によるコントロールが「取締役等としての抽象的な（一般的な）能力」を基準にするのとは異なり、取締役等としての適格性は当該会社の実態に応じて個々に判断されてよいことになる。たとえば、被保佐人の資産管理の目的で設立された会社の場合には、本人の意向を当該会社の経営に直接的な形で反映させるための手段として、あえて本人を取締役の地位に置くなどの対応も差し支えない。この点については、第13回議事録27頁の田中亘幹事発言も参照。
- 12 選任時については、第10回会議部会資料17（補足説明）5（1）、再任時については、第15回議事録37頁の齊藤幹事発言、就任中については、第10回会議部会資料17（補足説明）5（2）、及び、第10回議事録15頁の松井幹事発言、同22頁の野村修也委員発言、終任については、第15回会議部会資料24（補足説明）2、第10回議事録35頁の梅野晴一郎幹事発言、第13回議事録31頁の松井幹事発言等も参照。なお、登記に関しては第13回議事録28頁の藤田友敬委員発言を、任期の点については同頁の藤田委員発言を参照。
- 13 平成24（2012）年の時点で65歳以上の認知症高齢者数は既に462万人（有病率15.0%）に達しており、保佐相当以上の能力低下があるにもかかわらず成年後見を利用していない認知症高齢者は多数にのぼると思われる。さらに、「平成30年版障害者白書」によれば、18歳以上の知的障害者が84.2万人、

取締役会、監査役、株主総会等の会社法上のアクターに加えて、成年後見人等、成年後見監督人等、（法定後見の最終的監督機関としての）家庭裁判所などの成年後見法上のアクターを含めた多様な関係者が、こうした適格性保障のスキーム全体の中で、いかなる法的役割を負うべきかを多面的な視点から検討する必要があるのではないか¹⁴。このことは同時に、成年被後見人等が取締役等として不適切な行為を行った場合における種々の損害賠償責任の帰趨にも関係することになろう（会社または第三者に対する会社法上の損害賠償責任のほか、成年被後見人等に対する成年後見人等の内部的な賠償責任¹⁵等も問題となりえる）。

以上のように、取締役等の欠格条項の削除は多様な理論的・実務的争点を生み出すように思われる。そこで本稿では、今回の改正が直接惹起する解釈論上の争点だけではなく、今回の改正では解釈論に委ねられたと考えられる論点までを広く視野に入れたうえで、取締役等の欠格条項削除が提起する解釈論上の課題を包括的に考察していくこととする。具体的には、まず、成年被後見人等に係る取締役等の欠格条項の本旨をその沿革の検討を通じて検証する。ついで、今回の改正に関する法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会の審議内容を詳しく紹介することで、改正を通じて立

20歳以上の精神障害者が365.5万人にのぼる。こうした991.7万人に及ぶ判断能力不十分者のうち、欠格条項の対象である成年被後見人と被保佐人はわずか2%強を占めるにすぎない。したがって、判断能力面での適格性を単に欠格事由によるのではなく、個別具体的にコントロールする仕組みによって保障していくことの必要性は既に潜在しているといえる。成年被後見人等に係る欠格条項の廃止はこうした仕組みの導入に対する良いインセンティブとなると捉えるべきだろう。

- 14 たとえば、就任時に成年後見人等に関与させる要綱のスキームでは、この関与の中に成年後見人等による一定の適格性保障の要素を読み込むという理解も成立しうるだろう。この点と関連して、第13回議事録27頁の田中幹事発言、また再任時について、第10回議事録24頁の佐久間参考人発言、同30頁の尾崎安央委員発言等も参照。

- 15 第13回議事録27頁の田中幹事発言、同30頁の邊英基関係官発言参照。

法的に解決された問題と、審議において指摘されつつも、今後の解釈論に委ねられた問題とを明らかにしていく。さらに、成年後見法の視点からの分析を加えることで、審議の中では必ずしも明確に意識されていなかったと思われるいくつかの問題点を含めて、今回の改正が提起する解釈論上の課題を包括的に提示したうえで、その解決の方向性を模索していくこととする。

二 取締役等の欠格条項の沿革

1 昭和56年商法改正以前の議論

(1) 行為能力の必要性の有無

成年被後見人及び被保佐人(当時は禁治産者及び準禁治産者)が取締役等の欠格事由として規定されたのは、意外に新しく昭和56年商法改正(昭和56年法律74号)以降のことである。

まず、商法典(明治32年法律48号)成立時にはそもそも欠格条項は置かれておらず、取締役の資格制限に関する明文規定としては、「取締役ハ株主総会ニ於テ株主中ヨリ¹⁶之ヲ選任ス」とする当時の商法旧164条があるのみであった。しかし、既に当時、禁治産者及び家資分散者¹⁷の選任はできないとすべきことが本来は妥当ではあるが、これらの選任を排除する明文がない以上、結局は株主総会の判断に一任するほかないと指摘されている¹⁸。このほか、取締役の選任に関する単独行為説に対する批判の文脈で、単独行為説では候補者側の承諾がないままに、未成年者や禁治産者も

16 その後、昭和13年商法改正(昭和13年法律72号)により株主からの選任という資格制限も廃止されている。

17 破産法の制定によって廃止された家資分散法(明治23年法律69号)に基づき破産手続を受けた者を指す。

18 志田鉀太郎『商法論卷之二〔第7版〕』(有斐閣、1902[明治35])654頁。

取締役等の重任を負うことになるが、こうした理解は無能力者を保護する法律の精神を蹂躪するものであり、妥当でないとの指摘もあった¹⁹。

その後は、代理人に行為能力を不要とする民法102条²⁰の趣旨を念頭に、取締役意思能力は必要であるが、行為能力は要さないとする見解が主流を占めていく²¹。なお、当時この論点について最も詳細な検討をしている田中耕太郎は、[行為]無能力を理由とする就任自体の取消可能性と、取締役として単独で行った個別の代表行為の有効性にも言及している。前者については、民法の一般原則に従って、法定代理人の同意または許可が必要である²²としたうえで、これを欠いたときは就任の取消しが可能とする。

19 松本丞治「取締役又は監査役と会社との間の関係に就て」法協21巻12号（1903 [明治36]）1776頁。

20 当時の民法102条の文言は「代理人ハ能力者タルコトヲ要セス」であったが、ここでの「能力」が行為能力を指すこと（同様に、無能力が行為無能力 [現在の制限行為能力] を、無能力者が行為無能力者 [現在の制限行為能力者] を指すこと）は確立した理解であり、その後の平成16年民法改正（平成16年法律147号）による現代語化によって、同条の表現は「代理人は、行為能力者であることを要しない」と改められている。

21 片山義勝『会社法原論』（有斐閣、1911 [明治44]）521頁、同『株式会社法論』（中央大学、1916 [大正5]）642頁、松本丞治『会社法講義』（巖松堂書店、1916 [大正5]）342頁、同『註釈株式会社法』（有斐閣、1948 [昭和23]）136頁、田中耕太郎「機関ノ觀念」『商法学 特殊問題（上）（田中耕太郎著作集8）』（新青出版、1998 [復刻版（追補）]）241頁（初出・法政大学法学志林編集部編『富井博士還暦祝賀論文集』（法政大学、1918 [大正7]））、同『会社法概論 [改版]』（岩波書店、1929 [昭和4]）497頁、同『改正会社法概論』（岩波書店、1939 [昭和14]）564-565頁、西本辰之助『会社法』（巖松堂書店、1921 [大正10]）393頁、松本丞治＝田中耕太郎『註解日本商法』（帝国地方行政学会、1922 [大正11]）115頁、大隅健一郎『会社法論』（巖松堂書店、1938 [昭和13年]）284頁等。ただし反対説として、松波仁一郎『改正日本商法』（有斐閣、1911 [明治44]）315-316頁（「未成年者、妻等ノ如キ無能力者又ハ破産者禁治産者等ハ取締役ト为リ得サルヘシ（民法六五三）」）がある。

22 西本・前掲注21）393頁も、取締役の職務としての行為は自己のための行

後者については、[行為] 無能力者が法人の執行機関として法律行為をする場合にも民法102条が適用されるとして、個別の代表行為に対する法定代理人の同意または許可は不要であると指摘する²³。意思能力は必要だが、行為能力は不要とする学説の傾向は、さらに昭和25年商法改正(昭和25年法律167号)後も続く。この改正前は、原則として各取締役が会社の業務を執行し、かつ、会社を代表する権限を持っていた。しかし、改正以後、各取締役は取締役会において業務執行に関する意思決定をするにすぎないものとされ、業務執行を行い、かつ、対外的に会社を代表する代表取締役が置かれるべきこととなった。これを踏まえると、形式論としては、代理人の資格に係る民法102条の趣旨²⁴が及ぶのは代表権のある代表取締役に限られると考え、その他の取締役たる資格については別途の考察を要するとの理解も成り立ちそうである。しかし、より強力な権限のある代表取締役の地位を持ちえる以上、制限行為能力者がその他の取締役の地位を持ちえるのは当然であると考えられたためか、この取締役に関する区分の導入が取締役の資格に関する議論に与えた影響は見受けられない。すなわち、従前通り、取締役に意思能力は必要だが、行為能力は不要とする見解が有力なままであった。たとえば、松田二郎は「商法は取締役につき広く人材を求めしめるためにその資格を限定しない。従って株主たるを要しないこ

為ではなく、会社の代理人としての行為であるから行為能力が不要ことは当然としたうえで、取締役としての地位の承諾により、委任に関する規定に従ってその職務を執行すべき重大な責任を負うことになるので、法定代理人の同意を要するとする。

23 田中・前掲注21)「機関ノ観念」241-242頁参照。

24 上述の田中耕太郎のように民法102条を直接適用できるとする見解のほか、同条の類推適用とする説(大濱信泉「取締役と取締役会」田中耕太郎編『株式会社法講座 第三巻』(有斐閣、1956 [昭和31]) 1040頁、田中誠二ほか『三全訂 コメントール会社法』(勁草書房、1977 [昭和52]) 693頁、稲葉威雄ほか編『実務相談株式会社法 [中]』(商事法務研究会、1987) 1009頁 [野見山晃太郎] 等)がみられる。

とは勿論、意思能力者たる以上無能力者たるも妨げない（民102参照）²⁵と説明しており、同旨の学説も多い²⁶。なお、同時期の民法学の通説²⁷では、準禁治産者は「意思能力のある類型」、禁治産者は「意思能力のないことが常況である類型」と理解されていたことを考え合わせると、意思能力の存在は単に就任時点（任用契約の意思表示時点）においてのみ必要とされていたと考えられる。つまり、禁治産者が単に就任の時点で意思能力を回復している状態にあれば足り、取締役の地位にある間、必ずしも継続的に意思能力を要求されていたわけではなかったように思われる²⁸。そして、仮にそうであるとすれば、この点に関する当時の商法学の解釈は、本人の現実の業務遂行能力に注目した実質論よりも、むしろ民法102条との整合性という形式論の方に力点が置かれていたように感じられる。

-
- 25 松田二郎『改訂会社法概論』（岩波書店、1951〔昭和26〕）189頁。
- 26 伊澤孝平『註解新会社法』（法文社、1950〔昭和25〕）417頁、野津務『新会社法概論』（朝倉書店、1951〔昭和26〕）162頁、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法（上）〔第4版〕』（弘文堂、1955〔昭和30〕）259頁、西原寛一『会社法（商法講義Ⅱ）』（岩波書店、1957〔昭和32〕）200頁、大森忠夫『新版・会社法講義（全訂版）』（有信堂、1967〔昭和42〕）202頁、田中誠二『会社法詳論 上巻』（勁草書房、1967〔昭和42〕）440頁、石井照久『会社法上巻（商法Ⅱ）〔第2版〕』（勁草書房、1972〔昭和47〕）302頁、服部栄三『会社法通論』（同文館出版、1978〔昭和53〕）103-104頁、北沢正啓『会社法』（青林書院新社、1979〔昭和54〕）303頁、大森忠夫ほか編『注釈会社法（4）〔増補版〕』（有斐閣、1980〔昭和55〕）258頁〔星川長七〕等。
- 27 たとえば、我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965〔昭和40〕）によれば、禁治産宣告の要件である心神喪失とは「意思能力のないこと」（同書76頁）であり、準禁治産宣告の要件である心神耗弱とは「心神喪失のように全然意思能力を失うまでにいたらず、不完全ながら判断能力を有する（こと）」（同書81頁）と説明されている、なお、常況とは「時々は普通の精神状態に回復しても、大体において心神喪失を普通の状態としているものをも含む」（同書76頁）ことを意味している。
- 28 ただし、大濱・前掲注24）1047頁は、取締役が意思能力を欠いたときは退任するとしており、意思能力の継続的な存在を取締役の資格と捉えている。

(2) 取締役の終任原因としての禁治産宣告

これに対して、既に取締役の地位にある者に対して禁治産宣告がされた場合には、当該取締役については当然に退任の効力が生じることになる旨の解釈が通説化していたといえる²⁹。この経緯は次の通りである。まず、明治32年の商法施行法(明治32年法律49号)64条(「商法施行前ニ選任シタル取締役又ハ監査役ト雖モ其禁治産ニ因リテ退任ス」)により、商法施行前に選任されていた取締役等は禁治産宣告によって当然に退任すべきことが明らかにされたものの、商法には同旨の規定を欠いていたため、商法施行後に選任された取締役等の処遇は必ずしも明確ではなかった³⁰。しかし、この一方で、明治32年改正により商法旧188条「監査役ハ其破産又ハ禁治産ニ因リテ退任ス」が規定されたことによって新しい解釈論の方向が生まれてくる。本規定の立法趣旨は次のように説明されている³¹。すなわち、取締役の代理権は民法111条で当然終了するので、商法典に特別な規定を置く必要はないが、監査役については、特別の場合を除いて代理権がないため禁治産宣告を受けても当然に任務が終了するわけではない。そこで、商法旧188条によって監査役は禁治産宣告によって当然退任するものとした。なぜなら、禁治産者は心神喪失の常況にあるため、通例、自ら職務を遂行することはできないはずである。株主総会が監査役を選任する際にはその一身に重きをおくため、職務遂行能力のない禁治産者を引き続き監査役の任にあたらせ、その後見人にその職務を代行(摂行)させてしまうのは不当だからである。

29 田中『会社法概論』・前掲注21) 498頁、松田・前掲注25) 194頁、西原・前掲注26) 203頁、石井・前掲注26) 369頁、服部・前掲注26) 105頁、大森ほか編・前掲注26) 297頁〔浜田一男〕等。

30 志田・前掲注18) 658-659頁参照。

31 『日本近代立法資料叢書21 法典調査会商法修正案参考書』(商事法務研究会、1985) 82-83頁、『日本近代立法資料叢書19 法典調査会商法委員会議事要録』(商事法務研究会、1985) 193頁参照。

その後さらに、明治44年商法改正（明治44年法律73号）によって、「会社ト取締役トノ関係ハ委任ニ関スル規定ニ従フ」（商法旧164条2項³²）が新設された。これにより、禁治産宣告を委任契約の終了事由とする当時の民法旧653条（「委任ハ委任者又ハ受任者ノ死亡破産ニ因リテ終了ス受任者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキ亦同シ」³³）と本規定とを併せて読むことで、当然に取締役の退任が生じると解されるようになったわけである³⁴。なお、商法旧189条により監査役にも商法旧164条が準用されるため、禁治産宣告によって監査役も当然に退任することが明らかであることから、先の商法旧188条は削除されている。また、同じく明治44年改正による商法旧167条ノ2³⁵の新設も同一の理解の延長線上にあったといえる。すなわち、同条は、取締役の退任によって法律または定款に定める員数を欠いたときは、当該退任が破産及び禁治産によって生じた場合を除いて、後任の取締役が就任するまでの間、退任した取締役がなお権利義務を有すると規定しているが、これは禁治産宣告によって取締役が退任することを当然の前提としたものだからである³⁶。

32 本規定は、その後の昭和25年改正によって商法254条3項として受け継がれ、さらに現在の会社法330条（「株式会社と役員及び会計監査人との関係は、委任に関する規定に従う」）に至っている。

33 本規定は、その後の平成11年民法改正によって、「禁治産ノ宣告」の文言が「後見開始ノ審判」に改められ、さらに平成16年民法改正によって規定ぶりが修正され、現行民法653条3号「受任者が後見開始の審判を受けたこと」へと受け継がれた。ただし、規定の基本的な趣旨は変わっていない。

34 片山『会社法原論』・前掲注21）520頁、松本『会社法講義』・前掲注21）344頁、松波・前掲注21）340-341頁、岡野敬次郎『会社法講義案（日本立法資料全集別巻550）』（信山社、2009〔復刻版・原典は大正9〕）165頁等。

35 「取締役ノ任務カ終了シタル場合ニ於イテ法律又ハ定款ニ定メタル員数ノ取締役ナキニ至リタルトキハ退任シタル取締役ハ破産及ヒ禁治産ノ場合ヲ除ク外新ニ選任セラレタル取締役カ就職スルマテ仍ホ取締役ノ権利義務ヲ有ス」

36 その後の昭和13年改正によって、同条は「…任期ノ満了又ハ辞任ニ因リ

2 昭和56年商法改正

かくして、昭和56年商法改正前の時点では、①行為無能力者も代理人となれることから、禁治産者及び準禁治産者が取締役の地位を有することは可能である一方、②在任中の取締役に対する禁治産宣告は取締役の退任事由となると解するのが一般的な理解であったといえる³⁷。

こうした状況のもと、昭和56年商法改正によって、取締役等³⁸の欠格事由がはじめて明文化されることになった。

本改正における禁治産者等に係る欠格条項制定の経緯は次の通りである。まず、法務省民事局参事官室「会社法改正に関する意見照会—会社法改正に関する問題点」(昭和50年6月12日)の中で、「取締役の欠格事由を商法中に明定すべきであるとする意見があるが、どうか。欠格要件として、どのようなものが考えられるか。」(第三・四)との問題提起がされた。その後、これを受けた法務省民事局参事官室「株式会社の機関に関する改正試案」(昭和53年12月25日)において、「a 次に掲げる者は、取締役に就任することができない。… ロ 未成年者、禁治産者又は準禁治産者

テ退任シタル取締役ハ新ニ選任セラレタル取締役カ就職スルマテ仍ホ取締役ノ権利義務ヲ有ス」(昭和13年改正時の商法旧258条)という形に表現が改められた。この趣旨は、解任された取締役を除外する点にあり(田中耕太郎『改正商法及有限会社法概説』(有斐閣、1939 [昭和14]) 190頁)、解釈論としては、なお従前どおり、禁治産宣告は当然に取締役の終任事由となると考えられていた。

37 前掲の諸文献のほか、稲葉威雄『改正会社法』(金融財政事情研究会、1982) 201頁、高松基助「取締役の欠格事由」蓮井先生還暦記念『改正会社法の研究』(法律文化社、1984) 245頁、竹内昭夫=弥永真生補訂『株式会社法講義』(有斐閣、2001) 504頁等も参照。

38 取締役の欠格事由に係る規定として新設された商法旧254条ノ2は、監査役(商法旧280条1項)、清算人(商法旧430条2項)に準用されたほか、有限会社の取締役・監査役・清算人にも準用されていた(旧有限会社法32条、34条1項、75条2項)。

… b 資格がないのに取締役就任した者は、相当額の過料に処する。」（第二・五）との試案に結実している。ここで示された取締役の資格要件の法定自体には、意見照会に応じた全団体（27団体）が賛成しており、禁治産者を欠格事由とする点に関する反対意見はなかった³⁹。なお、この試案策定にあたっては、当時の西ドイツ株式法76条3項（「自然人かつ無制限行為能力者のみが取締役会の構成員たることができる」）、1975年5月13日のヨーロッパ会社法案63条4項（「無能力者…は、取締役になることができない」）等が参照されている。

さて、こうして成立した本改正によって新設された商法旧254条ノ2⁴⁰は、取締役の欠格事由として、①禁治産者・準禁治産者（1号）、②破産の宣告を受け復権しない者（2号）、③商法、商法特例法または有限会社法に定める罪により刑に処せられた者（3号）、④3号以外の罪により禁固以上の刑に処せられた者（4号）を列挙している。

従来、解釈論に委ねられてきた取締役の欠格事由を明文によって法定した一般的な理由としては、以下の点が指摘されている⁴¹。すなわち、債権者に対する責任の引当てをもっぱら会社財産に求める物的有限責任の会社である株式会社の場合、その管理・運営が不適切であると、株主はもとより、会社債権者、従業員等を含めた多数の関係者⁴²に多大な損害を及ぼす

39 濱崎恭生「株式会社機関改正試案に対する各界意見の分析〔五〕—法務省の意見照会に対する回答結果について—」商事法務862号（1980年）19-20頁。

40 本条の立法趣旨等の詳細については、稲葉・前掲注37）194、196-204頁、竹内昭夫『改正会社法解説〔新版〕』（有斐閣、1983）138-142頁、法務省民事局参事官室編『改正商法の概要』別冊商事法務50号（1981）31-32頁、北沢正啓『改正株式会社法解説〔改訂版〕』（税務経理協会、1982）66-68頁、元木伸「改正商法 取締役・監査役の欠格事由」時の法令1208号（1984）34頁等参照。

41 稲葉・前掲注37）196頁、竹内・前掲注40）139頁等参照。

42 北沢・前掲注40）67頁は、「取締役の地位の会社の内外における重要性か

ことになる。したがって、株式会社の業務を執行し、その財産を管理する任務を持つ取締役については一定の経営能力が担保されなければならない。そこで従来のように、その適格性の判断を全面的に株主総会の具体的判断に委ねてしまうのは適切でなく、およそ株式会社の経営を委ねるには不適格であると考えられる者を一般的な形で排除して、すべての株式会社において取締役になることができないようにすべきである（取締役の責任強化が、56年改正の目的の1つであったことも、こうした要請を強化したといえる⁴³⁾。このための規制手法としては、取締役の資格について最小限度の要件を法律で明定する欠格事由の規定ぶりが適切である⁴⁴⁾。

さて、こうした視点に基づいて、財産管理能力の欠缺が一般に認められる場合として、上記の4類型が取締役の欠格事由として明示されたわけであるが⁴⁵⁾、本稿の主眼である禁治産者及び準禁治産者の不適格性については両者の行為能力制限がその直接の理由として挙げられている。すなわち、行為能力が制限されている禁治産者や準禁治産者は、自己自身の財産を十分に管理することができず、後見人や保佐人の助けを借りなければな

ら一定の欠格事由を規定した」と評している。

43 実際、昭和56年改正は取締役の義務・責任に関する種々の規定を整備している。具体的には、競業取引（取締役会の承認）、利益相反取引（間接取引）、会社に対する責任（利益供与に関する責任の具体化、承認を得ないで競業取引による損害額の推定）、第三者に対する責任（計算書類の虚偽記載等の不実表示について過失推定責任）等に関するルールが導入された。

44 これに加えて、旧刑法（明治31年太政官布告36号）31条が定めていた一定の受刑に基づく剥奪公権の規定（会社を管理する権利を剥奪するため、取締役の欠格事由として機能する）が、刑法施行法37条によって、なお有効性を認められるか等について、当時の判例・学説上に争いがあり、この点に関する欠格事由の存在が不明瞭であったことが指摘されていた。

45 稲葉・前掲注37) 198頁。なお、商法上に独自の取締役に関する欠格事由を明定すべきとの点については審議において異論がなく、議論の対象はどのような事実があることをもって欠格事由とするかにあったとされる（元木伸『改正商法逐条解説〔改訂増補版〕』（商事法務研究会、1983）116頁）。

らないわけであるから、他人の出資に係る会社財産の管理・運用を委ねることは不相当であるとされたわけである。また、改正前において、禁治産者が取締役たりうることの根拠とされてきた民法102条の点については、取締役の責任の重大性を強調して、取締役を一般の代理人と同視できない旨が指摘されている。すなわち、取締役の職務執行が不相当であれば、株主はもちろん会社債権者の利益も害される。取締役自身も会社または第三者に対して重大な責任（当時の商法旧266条、266条ノ3）を負っており、その責任の追及が職務執行の適正の裏付けになっているわけであるから、仮に選任権者たる株主総会が行為無能力者であることを承知の上で選んだのだとしても、これを許容することはできないと⁴⁶。こうした理解は、その後、通説化していき、平成11年民法改正（平成11年法律149号）によって、禁治産者及び準禁治産者がそれぞれ成年被後見人及び被保佐人に改められた以降も、両者に係る欠格事由は、株主・会社債権者の利益、制限行為能力者自身の利益の双方を保護する観点から認められるものであり、この点に異論は見られないと評されるに至っている⁴⁷。また、昭和56年改正以前のもう1つの争点であった取締役の終任原因としての禁治産宣告の争点についても、在任中の欠格事由該当によって、禁治産者及び準禁治産者はその時から取締役の地位を喪失すると解される⁴⁸ことから、争点の実質的な意味が失われることとなった。

かくして、成年の制限行為能力者の取締役としての適格性に関する会社法上の理解は、昭和56年改正による禁治産者及び準禁治産者の欠格事由

46 稲葉・前掲注37) 201頁。また、稲葉ほか編・前掲注24) 537頁〔生田純子〕も、取締役はその職務執行によって、株主や債権者の利益を害することがないように適正に会社を運営する責任を負うのであるから、行為能力を制限されている者は取締役の責任を果たすのに適当でないとする。

47 岩原紳作編『会社法コンメンタール7—機関（1）』（商事法務、2013）438頁〔榊素寛〕参照。

48 北沢・前掲注40) 67頁参照。

化を通じて、完全に反転することになった。このポイントは、取締役が制限行為能力者であることから生じるリスク負担(分配)に関する理解の変化にあるように思われる。代理に関する民法学の一般的な理解によれば、代理行為の効果は代理人ではなく、本人に帰属するため、このリスクはすべて本人に帰すことになる。代理行為の不利益が代理人に及ばない以上、制限行為能力者としての保護(すなわち行為の取消可能性)を与える必要はないし、他方において、特に任意代理の場合、本人が被るリスクは制限行為能力者をあえて選任した本人の自己責任として当然に正当化されることになる。この点は、民法102条の趣旨として、立法者以来、民法学説の中で特に異論なく受け入れられてきたところであり、56年改正以前の商法学の議論も基本的にこのスキームの延長線上で行われていたと思われる。これに対して、56年改正では会社債権者等の(本人に相当する)会社の外部にある法主体へのリスクの波及を重視することで、会社の意思決定機関である株主総会の決定によっても、制限行為能力者の選任を正当化できないとされたわけである。加えて、取締役自身が会社及び第三者に対して負う損害賠償責任という要素も強調されることで、先のリスク分配の問題がより複雑化されたようにみえる。

もつとも、56年改正における未成年者の取扱いを考えると、こうした姿勢が完全に一貫したものであったとはいいがたい側面も見えてくる。未成年者は禁治産者等と同様、制限行為能力者の一類型である。このため、56年改正において、「機関に関する改正試案」(第二・五aロ)及び「改正要綱」(第一・三1(1))の時点では、未成年者も欠格事由の対象と位置づけられていた。しかし、最終的には、①親権者または後見人から営業の許可または無限責任社員となることの許可を得た未成年者は、その営業または無限責任社員たる資格に基づく行為について成年者と同一の能力を有すること(民法6条、823条、857条、当時の商法旧6条)、②現実問題と

して同族会社等については未成年者を取締役に選任する必要がある場合⁴⁹があることを理由として、未成年者の欠格事由化は見送られた⁵⁰。たしかに、ここでは選任を通じた会社による適格性に対するオーソライズに加えて、営業許可を通じた親権者等による適格性のオーソライズが重ねておこなわれている分、その適格性評価の信頼性が高まったといえるのかもしれない。しかし、親権者等による営業許可も結局は親権者等個人の主観的な評価に基づくものにすぎないし、そもそもそれ以前に、禁治産者等の場面で重視されていた会社債権者等の第三者によるリスクの甘受が、この事実によって正当化できるとは思われぬ。この点は、たとえ営業許可による当該領域に関する完全行為能力者化という点を重視したとしても変わらない。単に法的に完全な行為能力者であるという事実は、取締役としての資格である実際の行為の内容が適切なものであることを当然に保障するわけではないからである。

3 昭和56年商法改正以後の動向

平成11年民法改正による現行の成年後見制度の導入に伴って、禁治産の宣告・準禁治産の宣告、禁治産者・準禁治産者の用語が廃止され、それぞれ後見開始の審判・保佐開始の審判、成年被後見人・被保佐人へと表現が改められた。これとの平仄を合わせるために、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（平成11年法律151号）によって、改正前の用語を用いていた多数の関係法律について、同様の用語の変更が実施された。平成11年商法改正もこの一環であり、取締役の

49 元木・前掲注45) 116頁は、具体例として、経営者の父が死亡して、未成年の子が事業の後継者とならなければならない場合を挙げる。

50 稲葉・前掲注37) 200頁、元木・前掲注45) 116頁、竹内・前掲注40) 140頁等。

欠格事由を定めた当時の商法旧254条ノ2第1号の表記が、「禁治産者又ハ準禁治産」から「成年被後見人又ハ被保佐人」へと改められている。

次いで、平成17年の会社法制定に伴い、会社法331条が取締役の欠格事由を定めた規定となり、成年被後見人と被保佐人については、同条1項2号として規定し直された。この際、「外国の法令上これらと同様に取り扱われている者」が新たに追加され、この時点において、「成年被後見人若しくは被保佐人又は外国の法令上これらと同様に取り扱われている者」という現行規定の表現となった。

三 法制審における審議

1 審議に至る経緯

平成28年に成立した「成年後見制度の利用の促進に関する法律」(平成28年法律第29号)は、利用促進施策の基本方針として、「成年被後見人等の権利に係る制限が設けられている措置について検討を加え、必要な見直しを行うこと」(11条)を掲げ、このために必要な法制上の措置を同法の施行後3年以内を目途に講ずべきことを国に義務付けた(9条)。同法に基づく「成年後見制度利用促進基本計画(平成29年3月24日閣議決定)」もまた、成年被後見人等に係る欠格条項が成年後見制度の利用を躊躇させる要因であると指摘し、その速やかな見直しを政府に要請した。また、同日に閣議決定された「成年被後見人等の権利の制限に係る措置の見直しに関する業務の基本方針について」では、平成30年通常国会に見直しの結果を踏まえた関係法律の改正法案を提出することを目指して、内閣府が総合調整を行うべきことが明記されている。

こうした政府の一連の動きを受けて、成年後見制度利用促進委員会⁵¹が

51 利用促進法15条により、成年後見制度利用促進基本計画案の作成に当

まとめたものが、平成29年12月1日付の「成年被後見人等の権利に係る制限が設けられている制度の見直しについて（議論の整理）」である。この中では、まず基本的考え方として、①「いわゆるノーマライゼーションやソーシャルインクルージョン（社会的包摂）を基本理念とする成年後見制度を利用することにより、逆に社会的排除という影響を被ることになるのではないか」、②「民法上の事理弁識能力は、財産管理能力を基準として評価がなされるものであるところ、多様な法令に基づく多様な資格や職種、業務等に求められる能力とは質的なずれがあるのではないか」、③「同等の事理弁識能力であっても、成年後見制度を利用している者のみが各資格・職種・業務等から一律に排除され、能力を発揮する機会が失われているのではないか」、④「欠格条項の存在により、成年後見制度の利用を躊躇する影響が出ているのではないか」という欠格条項の問題点が列挙されている。

これを踏まえて、「代替的な個別審査規定が現行規定中に整備されている法律については、現行の欠格条項を削除する」、「代替的な個別審査規定が現行規定中に整備されていない法律については、現行の欠格条項を削除するとともに、必要に応じ、代替的な個別審査規定を整備する」という2つの見直し基準が掲げられた。なお、ここにいう代替的な個別審査規定とは、「心身の故障により、業務を適切に行うことができない者」等の個別の・実質的な審査の規定を指す。

さらに、現存する欠格条項を資格・職種・業務等の観点から5つの類型（①公務員等、②士業等、③法人役員等、④営業許可等、⑤法人営業許可等）に分類した上で、具体的な見直しの方向性を示している。これらのうち本稿の関心である法人役員等については、国等による監督規定の有無という観点から、④「国又は地方公共団体による監督等の規定がある法人」と、

たつての意見具申や、成年後見制度の利用の促進に関する基本的な政策に係る重要事項の調査審議等を行うための機関として、内閣府に設置された。

⑥「国又は地方公共団体による監督等の規定がない法人」とに二分したうえで、前者については、役員等の欠格事由から成年被後見人等を削除するとともに、必要に応じ、個別審査規定等を整備すべきとし、他方、後者に関しては、その監督や代替措置の在り方について、さらに検討を要するものとした。後者の中でも特に会社役員については最大の懸案事項と考えられたため、取締役等に係る欠格条項の削除に伴う会社法制上及び実務上の影響等を踏まえた代替措置の必要性及びその内容等について、法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会での意見聴取等を行った上で、同部会が平成30年度中の国会提出を目標としている会社法改正法案に欠格条項見直しに関する規定も併せて盛り込む方向で検討すべきとの特段の指摘が行われた⁵²。

こうした政府の要請を受け、取締役等の欠格条項の削除とこれに伴う規律の整備が、既に進行していた法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会の新たな議題として追加され、平成30年2月14日に開催された同部会第10回会議から審議が始められることとなった。以下では、本議題が審議された会議（第10回、第13回、第15回、第16回）の審議内容を詳しく紹介することで、同部会における審議の最終的な成果である要綱によって立法的に解決された問題と、審議において指摘されつつも、今後の解釈論に委ねられた問題との双方を明らかにしていくこととする。

52 同様に一般社団・財団法人についても、この会社法上の欠格条項の見直し結果を踏まえて、代替措置の必要性とその内容等を検討すべきと指摘されている。

2 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第10回会議（平成30年2月14日開催）

（1）事務局より提示された論点

〔会社法制（企業統治等関係）部会資料17〕

取締役等の欠格条項の削除に伴う規律の整備の要否

仮に、成年被後見人及び被保佐人（以下「成年被後見人等」という。）が取締役、監査役、執行役及び清算人（以下「取締役等」という。）となることができない旨を定める規定（以下「本欠格条項」という。）を削除する場合において、これに伴って要する規律の整備について、どのように考えるか。

（注）検討に当たっては、例えば、次に掲げる事項について、どのように考えるべきかを整理することが有益であると考えられる。

1 就任に関する論点

- （1） 就任承諾の取消しの可否
- （2） 就任承諾の取消しが職務の執行の有効性に与える影響

2 職務の執行に関する論点

- （1） 職務の執行の取消しの可否
- （2） 法定代理人による職務の執行の可否

3 終任及び解任に関する論点

- （1） 後見開始の審判と終任
- （2） 解任の可否

4 会社法上の責任に関する論点

- （1） 就任承諾の取消しによる免責
- （2） 制限行為能力者であることによる免責
- （3） 責任能力の規定（民法第713条）の適用の有無

5 他の取締役等の義務に関する論点

- （1） 心身の故障により職務を執行することができないと認められる者を取締役等の候補者とする議案を提案することの可否
- （2） 在任中の特定の取締役等が心身の故障により職務を執行することができないことを知った場合における義務

※補足説明部分については省略

本件に関する審議の初回である第10回会議では、まず事務局側から、部会資料17の補足説明に基づき、取締役等に係る欠格条項を削除した場合に必要な法的手当てに関する5つの論点についての説明が行われた。各論点の概要は以下の通りである⁵³。

第1に、「1 就任に関する論点」として、「(1) 就任承諾の取消しの可否」(論点1 (1))と「(2) 就任承諾の取消しが職務の執行の有効性に与える影響」(論点1 (2))の2つが挙げられている。まず、論点1 (1)については、①後見類型の場合、本人が行った取締役等への就任承諾が制限行為能力を理由とする取消権の対象となる可能性があること、②保佐類型の場合も、民法13条1項各号の解釈しだいでは同様であること(加えて、仮に1項各号への該当性が否定される場合でも、同条2項によって保佐人の同意権の範囲が取締役等への就任承諾に拡張されているときには、やはり取消権が生じうること)、③制限行為能力者による詐術(民法21条)、成年後見人等による追認(民法122条)及びこの追認擬制(民法20条2項)により制限行為能力を理由とする取消権が排除される場合があることが指摘されている。また、論点1 (2)については、取消しにより就任承諾が遡及的に無効となる(民法121条)ことから、①成年被後見人等が代表取締役として行った代表行為が無権限者によるものとみなされること、②成年被後見人等が取締役として議決に参加した取締役会決議は、取締役でない者が議決に参加した決議とみなされることで、当該決議に瑕疵が生じ、当該決議が無効となる可能性があることが指摘されている。加えて、こうした場合についても、③商業登記の効力に関する会社法908条2項、表見代表取締役に関する会社法354条の類推適用、心裡留保に関する民法93条の類推適用等の手段によって、善意の第三者の保護を図ることが可能であることが示唆されている。

53 部会資料17(補足説明)、及び、第10回会議議事録9-12頁の福永宏関係
官発言参照。

第2に、「2 職務の執行に関する論点」として、「(1) 職務の執行の取消しの可否」(論点2 (1))と「(2) 法定代理人による職務の執行の可否」(論点2 (2))の2つが挙げられている。論点2 (1)については、欠格条項を削除する場合、成年被後見人等が取締役等としてした行為は、行為能力の制限を理由として取り消すことができない旨の規定を新設することが提案されている。そして、この理由として、①取消権を排除する特段の手当てを講じておかないと、職務の執行の取消可能性は、個々の対象行為の性質を踏まえて、個別に決定せざるを得ないが、取締役等がする行為の多様性⁵⁴からいって、取消権の及ぶ範囲の解釈が不明確となり、法的安定性を害するおそれがあること、②そもそも、取締役等の職務の執行を行為能力の制限を理由として取り消せるとすること自体に取引の安全を害する懸念があること⁵⁵、③就任承諾を取り消す場合は別として、個別の職務の執行を取り消すことまでを認める必要性は必ずしも高いとはいえず、むしろ取引の安全を重視すべきとも考えられること、④成年後見人等による取消権の行使を認めると、取締役でない者が実質的に取締役会の決議に影響を与えられることになるが、取締役等が当該個人の能力に着目して選任される者であることを踏まえれば、こうした規律は妥当でないこと等が列挙されている。また、論点2 (2)については、欠格条項を削除する場合、成年被後見人または被保佐人が取締役等の地位にあるときに、成年後見人または民法876条の4第1項の審判に基づき代理権が付与された保佐人が、そ

54 補足説明では、法律行為・準法律行為・その他の行為（それ自体に法律効果が認められない行為や不法行為）という行為の一般的な法的性格に基づく区分と、対外的業務執行・対内的業務執行・これら業務執行に該当しない職務の執行という取締役の職務範囲に基づく区分の2つの観点からの多様性が指摘されている（部会資料17・4-5頁）。

55 具体例として、仮に取締役会における議決権の行使の取消しを認めると、取締役会の決議に瑕疵があるとして当該決議が無効となり、当該決議に基づく取引も無効となる可能性があることが挙げられている。

の取締役等の職務の執行を代理することはできないものと解すべきことが提案されている。この理由としては、①取締役等がその個人の能力に着目して選任される者であること、②成年後見人または民法876条の4第1項の審判に基づき代理権が付与された保佐人は、株式会社の承諾なく交代する可能性があること、③会社法上の取締役等の責任も負わされていないことが挙げられている。

第3に、「3 終任及び解任に関する論点」として、「(1) 後見開始の審判と終任」(論点3 (1))と「(2) 解任の可否」(論点3 (2))の2つが挙げられている。論点3 (1)については、後見開始の審判を委任契約の終了事由とする民法653条3号が任意規定であるという理解を前提として、欠格条項を削除する場合、取締役等が後見開始の審判を受けたことを終任事由とする旨の規定やその例外に関する規定を新設することが提案されている。会社法上、株式会社と取締役等との関係は委任に関する規定に従うもの(会社法330条、402条3項、478条8項)とされているため、民法653条3号を介して、後見開始の審判が会社法上の取締役等の終任事由ともなる。しかし、民法653条3号を任意規定と理解する限り、株式会社と取締役等との間において、取締役等が後見開始の審判を受けたことを終任事由としない旨の特約を締結できる可能性があるし、また、仮にこれができるとした場合にどのような手続を要することになるかは不明確だからである。次に、株式会社は、株主総会の決議により、いつでも取締役等を解任できるが(会社法339条1項、403条1項、479条1項)、この際、取締役、監査役及び執行役は、その解任について「正当な理由」がある場合を除き、解任によって生じた損害の賠償を請求できることになっている(同法339条2項、403条2項)。論点3 (2)は、ここでいう「正当な理由」に関する解釈を示したものである。すなわち、欠格条項を削除する場合、①成年被後見人等であるということのみを理由とした解任は、欠格条項削除の趣旨からいって、「正当な理由」があるものと解すべきでないが、②心身の故障により客観的に職務の執行に支障を来すような状態となったという実

質的かつ個別的な理由に基づく解任は、従来の解釈論通り、「正当な理由」に該当するものと解すべきであると指摘されている。

第4に、「4 会社法上の責任に関する論点」⁵⁶として、「(1) 就任承諾の取消しによる免責」（論点4 (1)）、「(2) 制限行為能力者であることによる免責」（論点4 (2)）、「(3) 責任能力の規定（民法第713条）の適用の有無」（論点4 (3)）の3つが挙げられている。論点4 (1) については、成年被後見人等が就任承諾を取り消した場合、取消しの遡及効によって、当該成年被後見人等は初めから取締役等ではなかったものとみなされることから、取締役等として会社法上の責任を負わないものと解する考え方がある⁵⁷ことが指摘されている。論点4 (2) では、無権代理人の責任に関する制限行為能力者の免責（民法117条2項）と同様の手当てを会社法上の責任についてもおこなうべきかとの問題提起をおこなったうえで、制限行為能力者であることのみを理由として会社法上の責任を免れることはできないものとし、民法117条2項のような規定を設ける必要はないという理解を明らかにしている。この理由としては、①会社法上の責任について行為能力の制限を理由とする免責を認めることは、取締役等の一般的な義務である善管注意義務を株式会社との契約によって軽減等することはできないとする解釈との関係で問題を生ずる可能性があること、②成年被後見人等が、就任承諾を取り消した場合は別として、成年被後見人等であることをもって会社法上の責任を免れることができるとする必要性は必ずしも高く

56 ここで責任とは、取締役等による職務遂行の適正さの確保を目的とした会社法上の義務（会社法330条、355条、402条3項、419条2項、478条8項、民法644条等）と、これらの義務違反から生じる責任（会社法120条4項、213条、423条、429条、462条等）が広く想定されている。

57 ただし、成年被後見人等が会社法上の責任を決して負わないという前提をとるわけではなく、「どのように考えればいいのかということ、こういう考え方もあり得るのではないか、その場合に、違う考え方というのは、どのように考えられるのかという問題提起の趣旨」であるとの補足が竹林幹事から行われている（第10回議事録19頁）。

ないと考えられることが挙げられている。論点4 (3) については、民法の債務不履行責任への適用についても解釈上争いがあることを指摘し、欠格条項の削除後も、引き続き解釈に委ねることを提案している。

第5に、「5 他の取締役等の義務に関する論点」として、「(1) 心身の故障により職務を執行することができないと認められる者を取締役等の候補者とする議案を提案することの可否」(論点5 (1))と「(2) 在任中の特定の取締役等が心身の故障により職務を執行することができないことを知った場合における義務」(論点5 (2))の2つが挙げられている。論点5 (1) については、欠格事由該当者を選任することで株式会社に損害が生ずる場合に、取締役が、当該者を取締役候補者に推薦するに当たり、欠格事由のあることを知り、または知ることができたときは、損害賠償責任(会社法423条)を負うと解されていることから、取締役等の候補者が心身の故障により客観的に取締役等としての職務の執行に支障を来たような状態である場合も同様に解することができる旨を指摘している。また論点5 (2) については、特定の取締役が心身の故障により客観的に職務の執行に支障を来たような状態となったことを他の取締役が知った場合には、当該他の取締役は、心身の故障がある取締役の解任のために、株主総会の招集、一時取締役の選任申立て(会社法346条2項)、監査役への報告(会社法357条)等の措置を講ずることが求められると指摘している。同様に、これを知ったのが監査役の場合には、取締役会への報告(会社法382条)、一時取締役の選任申立て(会社法346条2項)等の措置を講ずることが求められると指摘する。

(2) 審議の概要

こうした事務局の説明を受けて進められた第10回会議は、本件に関わる審議としては初回であったため、事務局のほか、民法の研究者である山野目章夫、佐久間毅の両参考人への質疑等を含めて、きわめて活発な意見交換が行われている。以下では、その概要を上記の論点ごとに整理しなお

す形で紹介する。なお、事務局が提示した上記課題のほかにも、委員からいくつかの重要な指摘が行われているが、この点については、三の最後にまとめて触れることとする。

（ア）欠格条項の削除それ自体について

本件に関する審議は、今般の法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会のもともとの諮問事項⁵⁸とは別に、国の成年後見制度利用促進（さらには、その背景にある障害者権利条約の批准等と連動した障害者の社会的包摂に関する施策の推進）という会社法にとって外在的な要因に基づいて要請されたものであった。既述のように、成年被後見人等（禁治産者等）の取締役への就任可能性に関する会社法学における議論の状況は、昭和56年商法改正を境に大きく転換していた。すなわち、当時の禁治産者と準禁治産者を欠格事由として規定したことで、この問題は立法的に完全に解決されたものと受け止められ、その後、管見の限りでは、今回の部会での審議に至るまで、会社法学の側から内在的な形で本件に関連した問題提起が行われた形跡は見当たらない。概していえば、会社法上、取締役が会社に対してのみならず、会社債権者等の第三者に対しても損害賠償責任を負う地位にあることも念頭に置きつつ、民法上、自己の財産の管理を単独で行うことができないとされている成年被後見人等が、別人格である会社の財

58 今回の部会設置は、法務大臣からの諮問104号を受けたものであり、そこでの諮問事項は、「近年における社会経済情勢の変化等に鑑み、株主総会に関する手続の合理化や、役員に適切なインセンティブを付与するための規律の整備、社債の管理の在り方の見直し、社外取締役を置くことの義務付けなど、企業統治等に関する規律の見直しの要否を検討の上、当該規律の見直しを要する場合にはその要綱を示されたい。」というものであった。当該諮問事項については、まさにこの第10回会議において「会社法制（企業統治等関係）の見直しに関する中間試案」（平成30年2月14日）が取りまとめられているという状況であり、取締役等の欠格条項に関する検討は、審議日程の半ばにして、いきなり放り込まれた課題であった。

産管理を行うことは当然認められないから、成年被後見人等に係る取締役等の欠格条項には十分な合理性があるという理解が、会社法学上の暗黙の了解となっていたものと解される。おそらくは、こうした事情を背景として、第10回会議では、他の関連論点の大前提となる欠格条項の削除それ自体について、多数の委員から慎重な検討を求める消極的見解⁵⁹が示されている。また、これと関連して、利用促進法が欠格条項の廃止を通じて求めている社会的包摂 (social inclusion) の理念の射程が問題となる旨の指摘もみられた⁶⁰。

(イ) 就任に関する論点

第10回会議で最も多く委員の関心を集めた論点は、後述の論点4、すなわち会社法上の責任に関する論点であり、他の論点についても、この論点4を意識した形で問題とされる場面が目立ったといえる。特に論点1(1)「就任承諾の取消しの可否」は、論点4(1)「就任承諾の取消しによる免責」と論理的にも直接関連するため、むしろ発言の焦点は承諾が仮に取り消された場合の成年被後見人等の責任にあてられることが多かった。このため、論点1(1)のみを独立に取り上げた委員は少なかったが、ここではまず、論点1(1)への意見がある程度切り分けた形で示している委員の見解に触れることとする。

前田雅弘委員は、検討課題は仮に欠格条項を削除した場合に、明文の手当てが必要か、解釈に委ねた方が良いかであると指摘したうえで、就任承諾が取り消された場合の取引安全については、事務局の補足説明と同様、解釈に委ねればよいとする⁶¹。

59 第10回議事録14頁の古本省三委員発言、同18頁の藤田委員発言、同27頁の神作裕之委員発言、同32頁の北村雅史委員発言等参照。

60 第10回議事録22頁、23頁の野村委員発言参照。

61 第10回議事録14頁。

田中亘幹事は、まず論点1（1）について、就任承諾の取消しの可能性を認めると問題が複雑化するので、成年被後見人は成年後見人の承諾を得て取締役になれることにして、この場合には、完全に取締役としての義務と責任を負うという建付けがよいとする⁶²。また、論点1（2）に関連して、仮に就任承諾が取り消された場合は、基本的に成年被後見人保護という民法の原則が適用される。つまり、取消しの遡及効が生じ、取締役としての責任を負わないのが原則である。なぜなら、取締役としての責任を十分に認識せずに就任した場合、本来は会社の方が成年後見人の承諾を得たか確認すべきであり、それが現任の取締役の義務だからであると主張する⁶³。また、この場合の第三者との法律関係のうち、成年被後見人が取締役として行った取引相手方は、権利外観理論や会社法上の外観保護規定で保護されることになると指摘する⁶⁴。

沖隆一委員は、論点1（2）について、事務局案が示す会社法908条2項の不実登記、表見代表取締役、民法93条心裡留保類推適用はすべて相手方の善意を要件としているが、この場合の善意・悪意の対象は代表者が成年被後見人であることになると思われる。仮にそうだとすると、この点について悪意の相手方は成年被後見人が取締役を務める会社との取引自体を避けることになりかねず、結果的に欠格事由を削除する意味がなくなるおそれがある。したがって、欠格事由を削除する場合、代表行為について、相手方の主観的態様とは別に有効性を確認する規定を置くことを検討すべきであると主張する⁶⁵。また、就任時に、会社が成年後見人から同意をと

62 第10回議事録36頁。なお、山野目参考人は、就任承諾の法的安定性を担保するための民法側の将来的な立法論の可能性として、未成年者の仕組みと同様に、成年被後見人に対する職業許可の制度や個別の法律行為に対する同意権の制度の導入を提案している（第10回議事録24頁）。

63 第10回議事録36-37頁。

64 第10回議事録37頁。

65 第10回議事録34頁。

るような対応が可能であるから、あえて成年被後見人を就任させるのであれば、それは会社の責任で対応することになるだろうと指摘する⁶⁶。

ところで、後述するように、会社法上の機関としての職務執行権限の範囲の差異とこれに伴う責任の軽重、さらには民法上の代理モデルとの親和性の程度等の観点からすれば、本来、就任承諾については、「取締役への就任」と「代表取締役への就任」の二段階に分けて分析されるべきであったように思われる。しかし、この点に関する指摘は特に見受けられなかった。

(ウ) 職務の執行に関する論点

先に触れた論点1 (1) と論点4 (1) の混交と同様、論点2 (1) 「職務の執行の取消しの可否」についても、論点1 (1) と必ずしも明確な切り分けがされないことが多いまま審議が進んだ印象がある。論点1 (1) の就任承諾の取消しは、仮にこれを認め、かつ、その遡及効まで認めるならば、取締役たる資格の基盤そのものを消滅させることになるため、本人が取締役としての資格で行ったすべての行為の有効性が原則的には覆ることになる。これに対し、論点2 (1) の取消しは、成年被後見人等による取締役への就任継続を前提として、その在任中に取締役の資格で行われた個別の行為を対象とするにすぎない。また、前者の就任承諾は、成年被後見人等が(会社の機関である取締役としての地位を取得する前の)個人としての意思表示の性格を持つものであるため、何らかの立法的手当てを前提としない解釈論の次元としては、成年後見制度による保護の趣旨がストレートに反映しやすいといえそうである。これに対し、後者の個別行為は、成年被後見人等の個人的財産の管理に関する行為ではなく、会社の機関である取締役としての資格に基づく行為であるため、もはや成年後見制度の直接的な保護の対象を離れて、会社法の論理の領域に移行したものとして処理

66 第10回議事録34頁。

しやすいであろう。実際、最終的な要綱は、大筋でこうした枠組みでの処理を志向しているように思われる。しかし、この段階では多くの委員の関心が、（そこに至るロジックはさておき）結果として取消しがされてしまった場合の責任関係の整理に向かっていたためか、この2つの場面の区分けを前提とした議論はそれほど多くなかった⁶⁷。

例外的に、論点2（1）に個別に言及したものとしては、まず前田委員の意見がある⁶⁸。前田委員は、個別の職務執行は取消すことができない旨の明文規定を置くべきと主張する。その理由としては、事務局の補足意見を引きながら、就任承諾を取消さずに個別の職務執行行為だけを取消すことを認める必要性は乏しいうえ、（仮に成年後見人が取消権を行使すると）取締役以外の者が取締役会決議に影響を及ぼすことになり、適切でないが、この場合の取消権の排除を解釈論で導くのは容易ではないことを指摘している。

また、会社法は少数株主や第三者の保護を重視して、取締役の義務と責任を基本的に全部強行法規としているので、成年後見人の承諾を得て就任した以上、完全に取締役としての義務と責任を負うとしてよいのではないかとの田中幹事の意見⁶⁹も、既述の論点1への言及を考え合わせると、上記の区分けを前提として、個別の職務執行行為に対する取消権の排除を志向したものと理解できる。

論点2（2）「法定代理人による職務の執行の可否」については、松井智

67 あるいは、仮に後者の取締役としての資格に基づく個別行為に関する取消権を排除できたとしても、就任承諾の取消しによるちゃぶ台返しは許されるなら、結局、同様の責任問題が生じることに変わりはないという考慮が働いていたのかもしれない（この点については、第10回議事録24頁の佐久間参考人の発言が示唆的であろう）。

68 第10回議事録14-15頁。

69 第10回議事録36頁。

予幹事⁷⁰、神作裕之委員⁷¹の問題意識を受ける形で、山野目⁷²、佐久間⁷³の両参考人がともに、民法859条1項の「後見人は、被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する」との文言解釈からいって、成年後見人等が成年被後見人等の職務執行行為について法定代理権を行使して、会社の経営に介入できるおそれはないことを明言している。

(エ) 終任及び解任に関する論点

ここでは、論点3 (1)「後見開始の審判と終任」に議論が集中した。争点となったのは、補足説明において事務局が前提としていた民法653条3号の任意規定性である。この点については、まず神作委員⁷⁴が任意規定性を認めて取締役の終任事由とならない場合があるとすることは問題であるとし、むしろ、いったんは終任させて、あらためて株主の判断を仰がせるべきではないかとの指摘を行った。これを受けて、佐久間参考人⁷⁵は、民法学の視点からも同号による委任の終了を排除する旨の特約が簡単に有効となるとは思えないとの回答を示し、山野目参考人⁷⁶もまた、佐久間参考人の意見に共感する部分は大いにあるとしつつ、法律関係の明確化のため

70 第10回議事録15頁。

71 第10回議事録26頁。

72 併せて、山野目参考人は、保佐類型について、家庭裁判所がこの旨の代理権を与えることはそもそも考えにくいし、万が一そうした事態がおきても抗告審で是正されるだろうと指摘している (第10回議事録17-18頁)。

73 第10回議事録27頁。併せて、佐久間参考人は、民法653条3号の立法時の議論をみても、受任者の代理人に事務処理させることはできないと考えられており、まして会社においてはこうした要請がより強く働くであろうことから、後見人が会社の経営に関与することは考え難いと指摘している (同16頁)。

74 第10回議事録26頁。

75 第10回議事録27頁。

76 第10回議事録28頁。

に、後見開始の審判を取締役の終任事由とする旨の規定を会社法上に新設することもありえる解決策であろうと指摘した⁷⁷。他方、梅野晴一郎幹事⁷⁸からは、破産して復権を得ていない者の欠格事由をめぐる平成17年の会社法制定時の議論では、民法の委任の規定が適用され終任事由となるので、会社法上では特に手当てしないという結論を出しており、今回も同様の取り扱いとして、特に規定は置かなくてよいのではないかとの指摘があった。こうした種々の指摘を受けて、最終的には、竹林俊憲幹事が、民法653条3号が任意規定であるという前提で部会資料を作成したが、両参考人の意見も踏まえて再度検討する。破産手続開始決定とのバランス等についても、あらためてどういった手当てのあり方が適切か検討するとし、事務局側がこの問題を引き取ることとなった。

（オ）会社法上の責任に関する論点①（商法学者の見解）

既述の通り、第10回会議でもっとも多く意見が飛び交ったのが論点4である。議論の構図も特徴的であり、民法の研究者である両参考人が成年後見制度の趣旨を強調して、成年被後見人等の広範な免責可能性を示唆する一方で、会社法の研究者委員の間では、多少の濃淡こそあるものの、成年被後見人等に対しても会社法上の責任を課す方向で検討すべきであるという意見が大勢を占めていたといえる。

藤田友敬委員⁷⁹は、論点4（1）の就任承諾の取消しによる免責について、現在の判例・学説上、選任決議に瑕疵がある場合や、そもそも選任がない場合であっても、取締役として現に職務執行したときには、取締役としての責任が一切ないとは考えていないとして、登記簿上の取締役と事実上の

77 沖委員も後見開始の審判を取締役の終任事由とする規定を会社法上に置くべきとの同旨の指摘をしている（第10回議事録34頁）。

78 第10回議事録35頁。

79 第10回議事録18頁。

取締役の例を挙げたうえで、仮に事実上の取締役等の理論の適用までもがないとすると、一人取締役を認める仕組みの下では、業務執行について、誰も取締役としての責任を最終的に負わないという事態が生じるため、欠格条項の廃止自体への疑問も生まれると厳しく指摘している。

これを受けて、野村修也委員⁸⁰も、藤田委員が指摘したように、仮に就任承諾が取消されると、これによって成年被後見人等が完全な形で免責されてしまうということが許容されるのかと疑念を提起している。さらに、会社法429条⁸¹の対第三者責任の免責の許容性についても問題が生じると指摘する。

中東正文幹事⁸²は、論点4 (1) (2) に関して、対会社責任と対第三者責任の2つの局面があるとして、次のように指摘する。前者は、会社が不利益を被る場合（取締役等に任務懈怠があり、会社が不利益を被る場合における、成年被後見人等である取締役等の責任の場面）であるが、このケースについては、株主総会で選んだ以上、会社（ひいては株主）が不利益を被っても仕方がない。なぜなら、通常、こうした事態が想定されるのは同族会社のケースであり、仮に責任が発生しても総株主の同意で免除できるという建付けとなっているからである。これに対して、後者は、会社法429条が規定する取締役の対第三者責任であり、重要なのはこちらである。たとえば、取締役がまったく財産管理をしないで会社をつぶしてしまった場合、特に有限責任の下で会社債権者にリスクを課している会社で誰も責任をとらなくてもよいのかは疑問であるとする。そのうえで、結論的には、会社法429条の責任については、藤田委員が指摘したように、仮に就任承諾を取り消したとしても遡及的に責任が発生しなくなるわけではない

80 第10回議事録22頁。

81 野村委員は、成年被後見人が会社法429条の責任の追及を受けて被告となった場合等を考えれば、民事訴訟法31条の訴訟行為能力の点についても検討する必要があるだろうと指摘している（第10回議事録23頁）。

82 第10回議事録25-26頁。

と主張する⁸³。

さらに中東幹事は、山野目参考人が提示した「相手方一制限行為能力者〔代理人〕—会社〔本人〕」という民法学が一般に想定する代理関係の三角形の図式を引き合いに出したうえで、会社法の場合、「相手方一制限行為能力者〔(代表)取締役〕—会社〔本人〕」の三角形の枠に収まらない会社債権者のようなアクターが別に存在しており、こうした三角形の枠外の第三者も会社法429条によって取締役の責任を追及できる以上、取締役の責任を民法上の代理人の責任と同一の構図でとらえることはできないとの指摘をしている。今回の審議においては、委員の大半を占める会社法学者と参考人を務めた2人の民法学者との間に微妙な議論のすれ違いがあるように感じられるところがあるが、この取締役の責任をめぐる当事者の基本構造モデルの認識のずれ⁸⁴がその原因の1つとなっていたように思われる。この点は第10回会議の審議の特徴を把握する重要なポイントだと思われるので、のちほどあらためて検討する。

尾崎安史委員⁸⁵は、成年被後見人を取締役に選任したりリスクは会社が負うべきかと考えるが、その一方で、会社法の視点からみれば、成年被後見人等の側も取締役に就任した以上は相応の責任を負うということが筋では

83 このほか、特別背任のような会社法上の刑事責任を負うことになる可能性も否定できない以上、欠格条項の廃止は、成年被後見人等の活躍を後押しするというよりも、むしろ責任を重くしてしまうことになるのではないかとの懸念を示している（第10回議事録26頁）。

84 加藤貴仁幹事による、「藤田委員の質問の趣旨は無権代理人の免責の局面ではなく、成年被後見人が管理を誤って損害を生じさせた場合、委任契約を解除すれば、管理を誤ったことに関する損害賠償責任も免責されると民法は考えているかということではないか。つまり、無権代理人としての責任と会社法上の責任を平行に考えて、この問題を検討していくのは適切ではないと思う」との指摘もこの両者の認識のずれに関係するように思われる（第10回議事録29頁）。

85 第10回議事録29-30頁。

ないかと指摘する。さらに、中東幹事が指摘した対会社責任と対第三者責任の区分を踏まえ、前者の会社法423条の責任の方は、たとえば同族会社のような場合、会社法424条の総株主の同意で免責できてしまう可能性があるが、後者の会社法429条の責任の問題はやはり残るだろうとする。そのうえで、仮に同条の責任まで成年後見制度の趣旨を理由に免責してしまうと、藤田委員が指摘した責任のない経営者が生まれる危険性があるが、これを認めることは会社法学では抵抗があるだろうと指摘する。したがって、会社法の観点からは、経営に当たる以上、成年被後見人等も無限責任を引き受けるべきではないかと主張する。

北村雅史委員⁸⁶は、藤田委員が指摘する事実上の取締役との対比でみると、取締役として行為した成年被後見人等が責任を負わないとするのは、会社法の利益調整メカニズムに合わないとして主張する。さらに、対会社責任の不問については株主が納得しているのでよいかもしいとしても、第三者に対する責任まで負わなくてよいとするのは問題が大きいとする。なぜなら、対第三者責任が問題になる場面では、会社は既に責任を負えない状況にあるため、第三者からすれば、会社の取締役を相手にその会社と取引をしたにもかかわらず、取締役が責任を負わないということは深刻だからであるとする。このほかにも、たとえば監査役の場合を考えると、就任承諾が取り消されると、当人が行った監査報告はなかったことになりそうだが、このように、これまであまり議論のなかった問題がいろいろと生じてくると指摘し、欠格条項削除の観点はよくわかるが、これを会社法に当てはめるためには越えなければならないハードルがたくさん出てくるだろうとする。

こうした大勢に比べて、田中幹事⁸⁷は、民法の原則である制限行為能力者保護の側面をかなり重視した立論を展開している。既に論点1 (1) で

86 第10回議事録32-33頁。

87 第10回議事録36-38頁。

触れたように、田中幹事も原則的な制度設計としては、成年被後見人は成年後見人の承諾を得て取締役になれるとしたうえで、完全に取締役としての義務と責任を負うという建付けとするのがよいと主張する。しかし、これも論点1（2）で既述の通り、たとえば成年後見人の承諾を欠いていたことによって、就任承諾が取り消された場合は、成年被後見人保護のために、当該取消しの遡及効を認めて、取締役としての責任を免責すべきとする。こうした視点は、基本的に会社法429条の責任の場面にも敷衍されている。まず、登記簿上の取締役の責任は生じないとする。なぜなら、現在の判例上、登記簿上の取締役の責任は、不実の登記をすることに対して承諾を与えたことによる責任と位置づけられているため、通常的意思表示なら取消せる成年被後見人が不実の登記に関するこの場面では責任を負わされるというのは考えにくいからである。他方、事実上の取締役については判断が難しいが、この問題は現行法下でも起こる問題であるから、少なくとも、この部分の法律関係が不明確だから、欠格事由を外してはならないという話にはならないだろうと指摘する。そのうえで、監視義務違反の責任を認めた裁判例は例外であり、通常は、オーナー経営者のように、完全に会社を意のままに支配しているような場合が事実上の取締役の対象であるから、たとえば取締役会にまったくでなかった成年被後見人の取締役が監視義務を負わされるようなことはないのではないかと主張している。

（カ）会社法上の責任に関する論点②（民法学者の見解）

次に、参考人として審議に参加した2人の民法学者の見解をみておこう。まず、佐久間参考人⁸⁸は、民法9条が定める成年被後見人の取消権の趣旨は、民法の限りでいえば、制限行為能力者保護の観点から自分が行った行為の責任を完全に免責するという点にあると指摘する。そして、佐久間参考人は、このことの説明のモデルとして、取締役の責任に関する問題への

88 第10回議事録19-20頁。

応用を念頭に置きつつ、「相手方—制限行為能力者〔代理人〕—本人」という代理関係の三角形モデルを利用する。まず、佐久間参考人は、民法102条が代理人に行為能力を要求していない理由は、代理行為ではその効果は代理人ではなく、本人に帰属することになるため、制限行為能力者を保護するという規定の趣旨が及ばない(法律効果の帰属という面では、取消権によって代理人を保護する必要がない)からだと説明する。また、この反面で、任意代理の場合、本人が適格性を判断して代理人を選んでいるわけだから、その適格性判断の結果は(判断ミスも含めて)本人が負うべき(制限行為能力者が不適切な代理を行うかもしれないというリスクを本人が引き受けるべき)ことになる指摘する。こうした前提の下で、それでもなお制限行為能力者の側が任意代理の基礎である委任契約を取消すことの意味は、(自分に効果が帰属するわけではない)代理行為の効果それ自体を否定したいということではなく、受任者の地位に伴っていた善管注意義務とその義務違反の効果を否定したいという点に求められることになる。つまり、委任契約の効果が残っていると、善管注意義務違反の責任を本人から追及される危険があるので、その基礎を消滅させて、免責を得るためにこそあると指摘する。

その後、尾崎委員からの質問に答える形で、上記の説明を敷衍して、さらに次のような説明を加えている⁸⁹。すなわち、制限行為能力者による取消しを認める根拠は、本人に適切な判断ができないからであり、この結果として引き受けてしまった取締役就任によって生じた不利益な効果を免れさせるための手段が取消しである。ここでの不利益な効果は法律行為の効果に限られるわけではなく、債務不履行の責任も含めた事実上の効果も含まれたものとみるのが、制限行為能力者保護の考え方だといえる。したがって、たとえば経営責任についても、就任を引き受けたことに端を発しているのだとすると、その就任自体を適切に判断できなかったわけである

89 第10回議事録31頁。

から、そこを救済してあげようという考え方も成り立ち得るのではないかと。

なお、論点4(3)「責任能力の規定（民法第713条）の適用の有無」の点に関しては、同条が債務不履行責任にも適用があるかについては両論あるが、現在の考え方では、直接的には適用されないという理解の方が有力だろうと指摘している。また、これと関連して、成年後見人による責任負担の可能性については、JR東海事件最高裁判決に言及しつつ、仮に同条が債務不履行責任に適用又は類推適用されて、本人が免責された場合でも、成年後見人が民法714条に基づいて責任を負わされることはないだろうと指摘している⁹⁰。

もう1人の山野目参考人の見解も、大筋では佐久間参考人と変わらないものと思われる⁹¹。山野目参考人は、「相手方—制限行為能力者〔代理人〕—会社〔本人〕」の代理関係の三角形モデルを用い、これをさらに2つの局面、すなわち就任承諾取消時の局面と（取消しない場合の）就任継続時に分けて、この2つの三角形をあわせた合計6辺の法律関係を分析する必要があると説明する。まず、就任承諾取消時の局面では遡及的無効の後始末が焦点となり、第1に「制限行為能力者〔代理人〕—会社〔本人〕関係」における清算関係（受領報酬の清算関係等）への民法121条の2第3項後段の適用の是非が問題になる（そのまま適用するか、会社法上の特別の手当てを置くか）。第2に「相手方—会社〔本人〕関係」については、取引の相手方保護（表見代理・表見代表）の問題となる。第3に「相手方—制限行為能力者〔代理人〕関係」については、民法117条2項3号の免責（論点4(2)）が会社法上の処理に及ぶかが問題となるとの指摘をしている。他方、就任継続の局面の場合では、第1に「制限行為能力者〔代理人〕—

90 第10回議事録16-17頁。この点は山野目参考人も完全に同意見とする（第10回議事録17頁）。

91 第10回議事録20-21頁。

会社〔本人〕関係〕については、債務不履行責任への民法713条適用に関する解釈問題である。第2に、「相手方一会社〔本人〕関係」は、佐久間参考人の指摘通り、民法102条の考え方を類推すれば、有効なものとして扱われることになる(102条類推適用では不安定であれば、明文の解決もありえらとする)。第3に、「第三者—制限行為能力者〔代理人〕関係」での責任については、通則通りの責任を負わせるか、民法713条により免責するかは議論になり、同条の適用範囲をめぐる解釈対立の一場面に加わることになると説明する(ただし、ここでは法人法制・会社法制の特性を踏まえ、単に「相手方」ではなく、「第三者」とされている)。

(キ) 会社法上の責任に関する論点③(議論対立の構図)

責任に関する議論が錯綜した原因は、論点1と4(特に論点1(1)と4(1))の論理的な連動性に加えて、主に会社法学者の委員らにとって、「相手方—代理人—本人」という民法上の代理関係の三角形モデルが、会社法上の責任配分ないしリスク配分モデル(特に会社法429条1項の取締役の対第三者責任)にはうまく整合しないと受け止められた点にあるように思われる。さらに、論点4(2)に関する事務局の補足説明が、代理関係の三角形モデルを前提とする「民法117条2項の無権代理人の相手方に対する責任」の構図に依拠していたことが、この違和感に拍車をかけたように見える。以下では、この点を念頭に置きつつ、民法学者である参考人らとの議論のすれ違いについて、2つのポイントを示してみたい。

1つは、尾崎委員の言葉を借りれば⁹²、「取締役が制限行為能力者であることのリスクを負担するという意味における会社とは、いったい誰を指すか」という問題である。この点は、野村委員と佐久間参考人との間のやり取りに象徴されている。野村委員は、会社の本人性に関するある種の特殊

92 第10回議事録30頁の尾崎委員発言参照。

性を次のように説明している⁹³。本人は〔形式的には〕法人格を持った会社ではあるが、実質的な本人は株主である。そして株主は多様であり、少数派株主も存在する。つまり、個別的にみれば、自分では納得していない取締役は財産を委ねているという法律関係が生まれることになるのだと。こうした理解は、民法102条について佐久間参考人が示した「代理人の適格性に関するリスクは、その代理人を自ら選任した本人である会社が負う」という自己決定＝自己責任の図式による正当化のロジックを拒むことにつながる。野村委員のこうした異議に対して、佐久間参考人は次のように反論している⁹⁴。確かに（取締役選任の意思決定は）総会での議決であって、反対者もいるだろうが、最終的にはルールに則って一つの意味決定をする（主体＝1個の法人格）と考えれば、基本的な構図は変わらないのではないかと⁹⁵。これに対して、野村委員は、会社法上の多数決は資本多数決であり、実体としては決定している人は特定の人である。つまり、その他の株主はいくら議決権を行使しても自分の意思が反映できないという仕組みの中で財産管理を依頼することになっているため、みんなで決めて頼みましたというロジックが成り立たないのだと、再反論している⁹⁶。加藤貴仁幹事も、この野村委員の意見を支持して、民法の代理と同様のロジックで株主が成年被後見人を選任したのだからよいという考え方には検討の余地があると主張している。たとえば、株主が成年被後見人でその株主が51%の議決権を持っている場合が典型例となるが、この場合、成年被後見人である株主が自分を取締役に選任することになり、株主によって選任さ

93 第10回議事録22頁。

94 第10回議事録23頁。

95 社団の形式的な法人格としての単独性を前提とするならば、社団構成員間の利害対立関係は、契約相手方等の外部には対抗できない、単なる内部関係の問題にすぎないとして、まずは対外的な関係を処理した後で、その結果をもとに二次的に解決されるべきであるということになろうか。

96 第10回議事録23頁。

れたということと会社に対する免責を結びつけることが妥当か疑問であると指摘している⁹⁷。もっとも、この問題については、会社法学者の委員の間でも温度差があり、この文脈の限りでは、民法の代理関係の三角形モデルとの類似性を認めて、会社が自ら選任したことが会社のリスク負担の根拠となることをやむを得ないととらえる委員も少なくなかった⁹⁸。

この論点よりもさらに溝が深かった印象を生むのは、会社法429条が規定する役員等の「第三者」に対する損害賠償責任をめぐる争点である。おそらく、この対立の背後には「第三者」の位置づけに関わる2つの要素がある。1つは、対会社責任と対第三者責任の区別の文脈に関するもので、中東幹事による指摘をはじめとして、部会でたびたび言及された視点である。つまり、対会社責任については先の自己決定=自己責任のロジックで会社がリスクを負うこと（取締役の免責を認めること）を認めうるとしても、会社債権者等の第三者に対する免責は基本的に認められないというものである。この図式は、単に先ほどの自己決定=自己責任の裏返しである（第三者は取締役の選任に関与していないため、取締役の適格性に対するリスクを負担すべきいわれがない）というだけではなく、まさに取締役の欠格条項を導入した昭和56年商法改正のロジックにもリンクしている。すなわち、会社の有限責任性と表裏とされた取締役の責任の強化である。この一方で、「取締役—会社 [= 株主] —第三者 [会社債権者等]」の三者関係からなるスキームは、当然ながら代理関係の三角形モデルとはまったく異質な構造になる。会社債権者等の間接損害に対する賠償責任を取締役が負う根拠は、株式会社の有限責任性と、会社とその機関としての取締役の間の特殊な関係性等⁹⁹に求められるといえ、民法上の代理制度の責任配

97 第10回議事録29頁。

98 第10回議事録25頁の中東幹事発言、29頁の尾崎委員発言、32頁の北村委員発言等参照。

99 最大判昭和44・11・26民集23巻11号2150頁は、会社法429条1項（当時の商法266条ノ3第1項）の趣旨について「株式会社が経済社会において重

分とは構造を異にする会社制度（一般社団法人法117条等を視野に入れば、より広く法人制度）の特質から導かれたものといえる。逆にいえば、民法の代理関係のロジックからすれば、任務懈怠等を理由として、本人の一般債権者等の代理関係の枠外にある第三者に対し、代理人が損害賠償責任を直接負担するという結論は考えにくいことに注意する必要があるだろう（ただし、一般債権者等との関係に対する直接的な故意・過失がある場合に民法709条の一般的な不法行為責任が成立しうるとは別である）。

もう1つは、事務局が論点4（2）「制限行為能力者であることによる免責」の比較モデルとして挙げた民法117条2項と会社法429条との責任負担をめぐる基本的な構図のずれである。民法117条2項による免責は当該無権代理の相手方に対する責任を直接の対象としたものである。もちろん、その根拠は制限行為能力者の保護にあるわけだが、その中心には無権代理人の責任が持つある種の法律行為的責任（履行または履行に代わる損害賠償）を制限行為能力者に課すことへの否定がある¹⁰⁰。このいわば裏面として、民法117条2項の免責が認められる場合であっても、当該制限行為能力者に責任能力がある限り、なお無権代理の相手方に対して民法709条の一般的な不法行為責任を負うとする有力な見解があることにも留意す

要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から…当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定した」ものであると指摘する。

100 たとは、佐久間毅『代理取引の保護法理』（有斐閣、2001）336頁は、「制限行為能力者の免責は、自分自身のためにすら法律行為を単独で行えない者に、他人のための行為からの責任として法律行為的責任を課すのは不都合だ、ということから正当化される」と説明する。幾代通『民法総則〔第2版〕』（青林書院、1984）366頁も「117条の責任は一種の法定責任ではあるが、それはなお、法律行為に関連した責任（履行責任またはそれに代わるべきもの）である」と指摘する。なお、民法117条2項の起草時の議論について、大村敦志『民法読解総則編』（有斐閣、2009）414頁に簡にして要を得た指摘がある。

る必要があるだろう¹⁰¹。

これに対して、会社法429条の対象ははるかに広い。このため、同条に基づく取締役の責任に関する関係者の構図が、見かけ上、代理関係の三角形モデルと完全に重なる場面も生じる。たとえば、制限行為能力者である取締役が会社を代表して取引をした相手方に直接損害が生じた場合（会社が倒産に瀕した時期に取締役が返済見込みのない金銭借入れや代金支払いの見込みのない商品購入等を行ったことで、契約相手方である第三者が直接損害を被った場合等¹⁰²）の構図（相手方＝第三者—制限行為能力者である取締役—会社〔本人〕）は、民法117条2項の免責事案とかなり親和性が高くみえる。しかし他方で、たとえば会社債権者等の間接損害事案の構図とうまくかみ合わないのは既述の通りである。この結果、事務局が問題提起した民法117条2項に引き付けた形での制限行為能力者の免責の妥当性については、各論者が主にどのような事案を念頭に置いていたかによって、かなり違った印象を受けた可能性があったように思われる。おそらく、多くの会社法学者の委員の目には、会社法429条の責任全体の免責を民法117条2項の射程の延長線上で正当化することには無理があると映ったのではないだろうか。

(ク) 他の取締役等の義務に関する論点

論点5に直接関連する議論は、論点5 (1) に関する北村委員¹⁰³からの以下の指摘があった程度にとどまる。すなわち、欠格事由該当者を選任した

101 梅謙次郎『訂正増補民法要義 卷之一総則編〔復刻版〕』（有斐閣、1984）301頁、加藤一郎『民法ノート（上）』（有斐閣、1984）20頁、平野裕之『民法総則』（日本評論社、2017）302-303頁等。これに対して、幾代・前掲注100）366頁、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007）460頁は117条2項が一般不法行為責任も排除しようとする。

102 江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017）513頁参照。

103 第10回議事録33頁。

場合は法令違反となるため、株主総会決議が無効となり、被選任者が取締役にはなれず、そのこと自体によって損害が生じるという局面である。しかし、論点5（1）が想定する、単に心身の故障によって取締役の任に堪えない者を選んだ場合は法令違反ではないから、株主総会決議は有効であるという前提で、該当者が取締役候補者として不適切であったため何らかの損害が生じたケースということになる。したがって、両事案を「同様に」解するという形ではつながらないのではないか。なお、他の取締役の義務という点では、次の田中幹事の指摘も重要である。すなわち、成年後見人の承諾を得ていないという事情を現任の他の取締役が認識していたか、あるいは、注意していればこの事情に容易に気づいたはずであるにもかかわらず、取締役に選任する議案を株主総会に提出した場合、のちに就任承諾が取り消されれば、当該現任の取締役が義務違反の責任を追及される場合がありえるだろうとの指摘である。

[以上、本号]

* 本稿は、科学研究費補助金（平成31年度～令和3年度基盤研究（C）（一般）課題番号19K01366「欠格条項廃止に伴う会社法と成年後見法の理論的交錯の解決を目指す民商法共同研究」（研究代表者上山泰））に基づく研究成果の一部である。