

代表取締役の解職と告知の要否

横 尾 亘

はじめに

一 代表取締役に対する告知の要否をめぐる判例・学説の状況

(一) 判例・学説の状況

(二) 小括

二 任用契約の存否と告知の要否との関連性

(一) 契約関係の解消に関する一般原則

(二) 解約告知を不要とする学説についての検討

三 任用契約の存否についての検討

(一) 取締役任用契約の存否

(二) 代表取締役任用契約の存否

(三) 小括

四 第三者保護および被解職代表取締役保護の観点からの告知の必要性

(一) 第三者の保護

(二) 代表取締役の保護

まとめに代えて

はじめに

取締役会設置会社における代表取締役の解職について、会社法³⁶²条²項³号は、代表取締役の選定および解職を取締役会の職務とする旨規定している。しかしながら、取締役として留任させたままで代表取締役としてのみ退任させる場合、いわゆる「代表権の剥奪」を行う場合には、取締役会による解職決議のみでその効力を生ずるのか、それとも当該代表取締役に対して解職の告知を必要とするのかについては、条文上明らかではない。この点につき、最高裁判所は、取締役会決議によりその地位が剥奪されれば直ちに効力が発生し告知を要しないとしているが、学説上においては、解職告知を必要とするとして最高裁判例に反対する立場と、解職告知を必要としないとして積極的に最高裁判例に賛成する立場、あるいは明確に最高裁判例に賛意を示していないものの消極的にそれを承認しているように思われる立場、とに分かれている。

ところで、この点に関連して、葉玉匡美弁護士により近年「代表取締役の就任・退任」と題する論稿が公表された。葉玉氏の論稿は、代表取締役退任の効力発生に解職の告知が必要かどうかについて直接論じたものではない。しかしながら、会社法によって新たに認められることとなった（あるいは復活したともいえる）各自代表制の取締役をも視野に入れつつ、代表取締役任用契約の存在を観念する必要性の有無が葉玉論文において検討されたことで、解職による退任告知の有無の必要性を論じる際における新たな視点が提供されることとなったように思われる¹⁾。なぜならば、もし会社と代表取締役との間に任用契約の存在を観念すべきであるなら、任用契約に基づき発生している任用関係の解消のために解約告知が必要であると考えられるものの、任用契約の存在を観念する必要がなければ、代表取締役の解職に際して解約告知を不要と考えることが可能になるように思われるからである。そこで、本稿では、会社と代表取締役との関係において代表取締役任用契約の存在を観念する必要性の有無ととも

二
三
(1) 葉玉匡美「代表取締役の就任・退任」商事法務1778号(2006年)4~14頁。なお、代表取締役について任用契約の存在を観念する必要性を否定するこの論文は、葉玉氏の個人的見解を論じたものであるとされるが、周知のとおり氏が会社法制定同時に法務省民事局付検事(論文執筆時も同職)として立法に携わっていたこともあり、一定の影響力をもつ見解といえよう。

に、取締役会設置会社における代表取締役の解職告知の要否について検討を加えることとしたい。

一 代表取締役に対する告知の要否をめぐる判例・学説の状況

(一) 判例・学説の状況

まず初めに、代表取締役に対する告知の要否をめぐる判例・学説の状況について概観しておきたい。ただし、前述のように、会社と代表取締役との間に任用契約の存在を観念すべきであるなら、任用契約に基づき発生している任用関係の解消のために解約告知が必要となってくるように思われる（この点については後に論ずる）ことから、それぞれの判例・学説が代表取締役任用契約の存在を観念しているか否かをあわせて整理することとしたい。

まず、代表取締役の解任と告知の要否についての最高裁判所の立場は、「株式会社における取締役会の代表取締役解任の決議は、代表取締役の会社代表機関たる地位を剥奪するものであつて、右決議によつて右機関たる地位が失われることの効果として……会社を代表する権限も当然消滅するものと解するのを相当とし、所論告知をまつはじめに解任の効果が生ずると解すべきではない」というものである（最高裁判所昭和41年12月20日第3小法廷判決）。しかしながら、なぜ告知を必要としないのか、また会社・代表取締役間に任用契約の存在を観念しているのか否かについては、判決文中において明確に述べられていない²⁾。

次に、学説状況を概観しておく、最高裁判所の告知を不要とする上記裁判例に明確に反対する学説がある。この学説は、会社と代表取締役との間に取締役任用契約とは別個の代表取締役任用契約の存在を観念したうえで、この任用契約を解消するために解約告知を必要とするものである³⁾。なお、取締役の解

(2) 最高裁判所昭和41年12月20日第3小法廷判決・民集20巻10号2161頁

(3) 森本滋『会社法（第2版）』（有信堂、1995年）234頁注4および235頁注6、山口幸一郎＝加藤徹『会社法概論（補訂版）』（法律文化社、2000年）198頁、北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院、2001年）396および397頁など。

任に際して何らかの告知を必要とする多くの学説においては、会社と代表取締役との間に取締役任用契約とは別個の代表取締役任用契約の存在を観念しているのか、そして代表取締役の解職に際して告知を必要とするのかという点については、論じられていない点に注意が必要である⁴⁾。

これに対して、最高裁判所の告知を不要とする上記裁判例を支持するさまざまな有力説があるが、これらの学説はその理由から大きく分けると三つの立場に分かれる。

第一の立場は、取締役の選任も代表取締役の選定も、ともに契約関係とは異なるものであって、被選任者・被選定者の承諾を条件とする会社の単独行為であるとするものである⁵⁾。この学説は、会社と取締役間、および会社と代表取締役間に契約の存在を観念しないことを明確に述べつつ、代表取締役の解職については「解任決議により代表機関の地位が剥奪される結果当然代表権は消滅し、解約告知を要しない」⁶⁾として最高裁の立場を支持し、告知を不要としている。取締役の解職についても同様に告知を不要とする立場を採用しているかどうかは明確ではないが、取締役の選任を単独行為としていることからすると、同様に告知を不要とするものであると考えられる。

第二の立場は、取締役の選任について「株主総会による取締役選任決議は会社の内部的意思決定であり、会社代表者が被選任者と任用契約（委任契約）を締結することにより後者が取締役に就任する」⁷⁾として、会社・取締役間の任用契約の存在を認めるものの、会社・代表取締役間の任用契約の存在については不要であるとするものである⁸⁾。そのうえで、株主総会による取締役の解任も取締役会設置会社の取締役会による代表取締役の解職も、ともに告知の必要

(4) 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3巻』（有斐閣、1956年）1049頁、酒巻俊雄『取締役の責任と会社支配』（成文堂、1969年）70頁などは、いずれも取締役の解任についての論稿である。取締役の解任に際して任用契約関係の解消のために解約告知が必要であることにつき、拙稿「正当事なき取締役解任にともなう損害賠償責任の法的性質」法学政治学論究52号（2002年）134頁

(5) 鈴木竹雄『会社法（第3版）』（有斐閣、1994年）270頁注9および283頁注1

(6) 鈴木竹雄・前掲書283頁注2

(7) 江頭憲治郎『株式会社法（第4版）』（有斐閣、2011年）369頁。選任に際しては報酬等につき交渉の余地があることもその理由としてあげられる。

性はないとするものである。その理由は「実際に問題が生ずるのは当人の所在が不明な場合等の異常事態が多いと考えられるから」であるとされる⁹⁾。

第三の立場は、会社・取締役間の委任関係は取締役が会社の機関としての地位を有することを前提とするものであるから、この地位が解任決議によって剥奪されれば、地位喪失の効果としてこの委任関係も当然終了するとの立場である¹⁰⁾。この立場は、たとえ会社と代表取締役との間に委任関係が存在しても、その前提となる機関としての地位が剥奪されれば、委任関係の終了にも解約告知を必要としないという理論構成である。

(二) 小括

以上の判例・学説の現状をまとめるならば、次の通りとなる。すなわち、まず最高裁判所の立場は、代表取締役の解職に際して告知を不要とするものであるが、その理由は明確ではない。つぎに、代表取締役の解職に際して告知を必要とする学説は、その前提として代表取締役任用契約の存在を観念しており、その契約の解消のために告知を必要とする。最後に、代表取締役の解職に際して告知を不要とする学説のうち、第一説および第二説はともに代表取締役任用契約の存在を観念せず、代表取締役の就任（代表権の剥奪）には告知を不要とする（第一説は取締役任用契約についてもその存在を観念せず、取締役の解任に際しても告知を不要とする結論を導くが、第二説は取締役任用契約の存在を観念しつつも、取締役の解任に際しての告知を不要とする結論を導く）。第三

- (8) 江頭・前掲書399頁。「就任につき本人の承諾は当然必要であるが、『代表取締役任用契約』を観念しなければならないか否かは疑問である」と述べられる。落合誠一編『会社法コンメンタール 機関(2)』（商事法務、2009年）220頁〔落合誠一〕もまた「代表取締役への就任につき本人の同意が必要であり、代表取締役としての報酬等について取締役就任時の任用契約を締結するときに同時にその点も含めた交渉がなされている場合には、とくに代表取締役任用契約を観念する必要はないであろう」とされる。報酬等につき交渉の余地がある場合には任用契約の存在を認めるが、交渉の必要がない場合には任用契約の存在を観念する必要がないとの考え方は、江頭説と共通するところであろう。
- (9) 江頭・前掲書372頁。取締役の解任に際して告知を不要とする判例の立場に賛意を示されるが、当人の所在不明の場合における不便を告知不要の理由としていることからすると、代表取締役の解職についても同様の立場であると考えられる。
- (10) 安倍正三・最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度版102事件545頁

説は、会社と代表取締役との間の委任関係を観念しつつも、代表取締役の解職に際して告知を不要とする。

このように、代表取締役の解職についての告知の要否を代表取締役任用契約の存否と関連付けて判例・学説の整理を試みたのは、前述のように、任用契約の存否如何によって告知の要否についての結論も理論上は異なると考えられるからである。そこで次章では、まず任用契約の存否と解約告知の要否との関連について論じることとする。

二 任用契約の存否と告知の要否との関連性

(一) 契約関係の解消に関する一般原則

一般に、すでに成立した契約関係の解消には解除が必要であるが、解除は相手方に対する一方的意思表示によってなされ(民法540条1項)、解除の意思表示は相手方に到達したときにその効力を生ずる(民法97条1項)¹¹⁾。ただし、賃貸借・雇用・委任などのいわゆる継続的契約関係の解消の場合には「解除」たる文言が用いられているものの、遡及効のない「解約告知」が認められており、この解約告知も相手方に対する一方的意思表示による¹²⁾。したがって、取締役任用契約あるいは代表取締役任用契約の存在を観念するならば、その解消のために相手方への一方的意思表示たる解約告知が必要となるはずである。

代表取締役の解職告知を必要とする学説は、代表取締役任用契約の存在を観念している以上、当然に解約告知たる「解職のための告知」が必要であるとの結論に至る。これに対して、代表取締役の解約告知を不要とする学説のうち、第一説は取締役任用契約および代表取締役任用契約の存在を観念せず、取締役の選任および代表取締役の選定を単独行為と捉える立場であるから、解約告知たる「解任のための告知(取締役解任の場合)」および「解職のための告知(代表取締役の解職の場合)」を不要とすることに理論上の障害は少ない。問題は、取締役任用契約の存在を観念しつつ、解任告知・解職告知を不要とする第

(11) 鳩山秀夫『日本債権法各論上巻』(岩波書店、1924年)196頁、我妻栄『債権各論上巻(民法講義)』(岩波書店、1954年)184頁ほか。

(12) 幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7)』281頁〔明石三郎〕

二説と（もっともこの説は代表取締役任用契約の存在については観念しない）、代表取締役について委任関係の存在を認めつつ、解職告知を不要とする第三説である。

（二）解約告知を不要とする学説についての検討

第二説は、取締役任用契約の存在を観念しつつも、取締役の解任につき解任告知を不要とする理由を「実際に問題が生ずるのは当人の所在が不明な場合等の異常事態が多いと考えられるから」であるとしていた。この主張は、当人の所在が不明である場合には相手方に対する一方的意思表示たる解約告知が事実上不可能である、あるいは解約告知をなしたとしてもそれが相手方に到達できないために解約告知の効力が発生しないのであるから無意味である、との趣旨であると考えられる。しかしながら、相手方の所在不明の場合における一方的意思表示の困難性は、取締役任用契約の解約告知に限らず、継続的契約を含めた一般の契約の解除・解約告知に共通する問題であって、このような状況のために公示による意思表示の方法（民法98条）が認められているものと考えられる。そうであるならば、被解任取締役の所在が不明の場合には、取締役任用契約の解約告知は公示を用いた意思表示によっても認められると解する余地があり¹³⁾、所在不明の取締役に対する告知の困難性は、株主総会を欠席したものの所在を把握できる被解任取締役に対しても解約告知を不要とする理由としては不十分のように思われる。

第三説は、株主総会による解任決議および取締役会による解職決議によって会社の機関としての地位が剥奪されると、それに伴い会社との間の委任関係も当然終了するという立場である。確かに、取締役の選任および代表取締役の選定の場面においては、委任関係の成立の前提として、株主総会による選任決議および取締役会による選定決議の存在が必要であるし、取締役の解任および代表取締役の解職の場面においては、委任関係の解消の前提として、株主総会に

（13）所在不明となっている取締役あるいは代表取締役が海外に滞在しているものと考えられる場合には、かような公示方法が適切かどうかは議論の余地があろう。しかし、これは民法98条の方法による公示方法の是非をめぐる問題であるから、ひとまずおいておく。

よる解任決議および取締役会による選定決議の存在が必要である。しかし、会社と取締役あるいは代表取締役との個人法的な委任関係に着目すると、それぞれの決議は、単に委任関係の成立あるいは解消のための意思表示の内部的意決定にすぎない。個人法的な委任関係の存在を觀念する以上、その成立あるいは解消のためには内部的意決定を相手方に伝える表示行為が必要であるはずであり、解消の局面においてはそれが解約告知ということになるはずである。

以上の検討より、被解任取締役あるいは被解職代表取締役に対する告知を不要であるとする立場は、取締役任用契約あるいは代表取締役任用契約の存在を否定する立場を前提とせざるを得ないから、次に検討すべきは、取締役任用契約あるいは代表取締役任用契約の存在を觀念すべきか否かという点となる。

三 任用契約の存否についての検討

(一) 取締役任用契約の存否

取締役の選任に際して、取締役任用契約の締結が必要か否かについては、周知のとおり従来より多くの学説が唱えられてきたところであった。

1899（明治32）年の新商法制定以来、1950（昭和25）年の商法改正に至るまで、わが国の取締役は各自代表制を採用していたが、その状況下における取締役選任の法的性質をめぐる議論は、単独行為説と契約説とに大きく二分されていた¹⁴⁾。

単独行為説¹⁵⁾によれば、株主総会による決議は不特定人に対する意思表示であって、商法（会社法）の規定による特定の機関たる総会の選任した取締役は法定代理人にほかならないから、この意思表示によって選任の効果が発生すると説明される¹⁶⁾。1911（明治44）年に、会社と取締役との関係は委任に関する

(14) 取締役選任の法的性質をめぐる従来の議論状況については、重田麻紀子「取締役の選任行為とその地位」法学研究82巻12号(2009年)567頁以下、において詳細に紹介されている。

(15) 岡松参太郎「法定代理ト任意代理トノ區別」法学志林2巻19号(1900年)58頁、梅謙次郎「取締役ノ選任ハ単独行為ナルカ将タ承諾ヲ待チテ始メテ成立スルカ」法学志林10巻6号(1908年)(『最近判例批評(複製版)』(新青出版、1995年)630頁所収)625頁以下など。

(16) 梅・前掲論文629～631頁。会社成立前の設立時取締役の選任については会社の代表機関が未だ存在しないことから、代表者による申込の意思表示をなしえないことも、その根拠として挙げられている。

規定に従うとした現行会社法³³⁰条に相当する商法¹⁶⁴条²項（制定当時）¹⁷⁾が制定されたが、この規定について単独行為説は、委任契約の存在しない会社と取締役との関係につき委任の規定に「従わせる」のみであるとする解釈を採る。

これに対して、契約説¹⁸⁾の主張は、就任の承諾がなければ被選任取締役に責任を負わせるのは酷であるというところにあるが、株主総会決議については、これを会社の内部的意思決定にすぎず、この決定に基づき会社の代表機関による申込のなされる必要があるとするもの¹⁹⁾、あるいはこれを被選任取締役に對する申込の意思表示そのものであるとするもの²⁰⁾、などに分かれている²¹⁾。また、現行会社法³³⁰条に相当する制定当時の商法¹⁶⁴条²項については、任用契

- (17) 「会社ト取締役トノ間ノ關係ハ委任ニ關スル規定ニ從フ。この条文は1950（昭和25）年の商法改正を経て会社法制定に至るまで商法²⁵⁴条³項として引き継がれ、現行会社法³³⁰条となった。
- (18) 代表的なものとして、松本柔治「取締役又は監査役と会社との間の関係に就て」法学協会雑誌²¹巻¹²号（1903年）1772頁、片山義勝『株式会社法論』（中央大学、1916年）685頁、岡野敬次郎『会社法講義案・完』（有斐閣、1920年）165頁など。
- (19) 柳川勝二『改正商法論綱（第6版）』（巖松堂、1916年）266頁、寺尾元彦『会社法提要（改訂合本10版）』（巖松堂、1931年）342頁など。現在でも多くの支持を集める。田中誠二＝吉永栄助＝山村忠平『四全訂 コメントール会社法』（勤草書房、1984年）737頁、森本滋『会社法（第2版）』（有信堂、1995年）221頁、北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院、2001年）364頁、丸山秀平『株式会社法（4訂版）』（中央経済社、2003年）239頁、河本一郎『現代会社法（新訂第9版）』（商事法務、2004年）440頁、宮島司『新会社法エッセンス（第3版補正版）』（弘文堂、2010年）191頁、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説（第2版）』（有斐閣、2010年）193～194頁、奥島孝康＝落合誠一＝浜田道代編『新基本法コメントール会社法²』（日本評論社、2010年）82頁〔高橋美加〕など。
- (20) 田中耕太郎『改正会社法概論』（岩波書店、1939年）562～563頁。この見解は、株主総会による選任決議が単なる内部的意思決定にすぎず、取締役任用契約締結のために代表機関による就任申込の意思表示を要するものと解する場合には、代表機関が決議の趣旨に反してかかる意思表示をなさないことがありうることを理由として、取締役の選任に際しての申込の意思表示は株主総会の選任決議が例外的に意思表示をなしうる、とするものである。しかし、会社設立時には申込をなすべき代表者が存在しないから、そもそも会社代表者による設立時取締役選任についての申込の意思表示を觀念することは不可能である、との単独行為説からの批判にも同時に応えることとなった。
- (21) 以上、取締役選任の法的性質をめぐる議論状況については、重田・前掲論文⁵⁶⁷頁以下、拙稿・前掲論文¹³¹頁以下などを参照されたい。

約の性質について委任であるか委任雇用の性質を併有する一種特別の契約であるか不明であったところ、委任であることを明らかにしたと捉えるもの²²⁾、あくまで委任とは異なる特殊の契約ではあるが、取締役と会社間の関係に適用すべき法規を示したにとどまると捉えるもの²³⁾など、さまざまである²⁴⁾。そして、このような議論は、1950(昭和25年)改正後においても引き継がれ、契約説からの批判にこたえる形で取締役の選任行為は被選任者の承諾を法定条件とする単独行為であるとする「条件付単独行為説」が唱えられるに至るなど、多くのバリエーションをもつに至っている。

しかし、主に以下の2つの理由から、会社と取締役との間には取締役任用契約の存在を観念する必要があると考えられる。

第1の理由は、被選任取締役が取締役に就任する際には、被選任者側に就任についての諾否の自由が存在するはずであるから、被選任取締役は単独行為説の主張するような法定代理人類似の立場であるとは言いがたい点にある。確かに、たとえば未成年者の法定代理人は就任承諾を必要とするものではないとされるが、それは親子間の特別な関係を背景に発生するものであるからこそであり²⁵⁾、株式会社における取締役の選任とは様相を異にする²⁶⁾。また、法定代理人は未成年者たる本人の意思によらずに法律上選任されるのに対して、取締役・代表取締役は会社としての意思を反映させるために株主総会あるいは取締役会において選任・選定されることから、その地位は大きく異なるものといえよう。

(22) 岡野・前掲書165頁、同趣旨のものとして柳川勝二・前掲書263頁

(23) 水口吉蔵「取締役の選任及就任の性質に就て」(『商法論叢』(萬里閣、1931年)306頁以下所収)311頁

(24) 現行会社法330条(当時の商法164条2項)制定をめぐる立法者の当時の議論・思惑につき、重田・前掲論文571~575頁。重田は、単独行為説を主張する梅ら立法委員と契約説を主張する岡野ら立法委員との妥協の産物として330条が制定されたことを指摘しつつも、立法者としては大審院の支持する単独行為説を排除することで法的安定性を図る意図があったものと解している。筆者も氏の論稿立場に賛成するところであるが、重田自身が立法委員間の妥協の産物であったことを指摘していることからすると、これを立法者意思とまで結論すべきかどうかについては見解を留保したい。

(25) 親権者の監護・教育に関する権利義務(民法820条)が発生することと同様である。

(26) 他の法定代理についても、法定代理人側に承諾の意思表示は不要であると考えるのが一般的であろうが、この点については別途検討を要する問題のように思う。

取締役については、「株式会社であれば必ず選任しなければならない」ということ（会社法326条）と、「取締役の選任権限は株主総会に存する」ということ（会社法329条1項）とが法定されているにすぎず、「誰を取締役として選任するのか」は会社（すなわちその機関としての株主総会）が任意に決定することができ、「選任された取締役がその地位に就くかどうか」もまた、被選任者が任意に決定できる。このような点に鑑みると、民法上の代理理論と比較するのであれば、取締役の選任はあくまで任意代理に近いものといえよう²⁷⁾。

第2の理由は、被選任者には就任諾否につき選択の自由が存在するはずであるとの批判にこたえる形で登場した、条件付単独行為説についての疑問である。条件付単独行為説は、被選任者の意思に関係なく取締役としての義務を負担させることはできないはずであるとの批判にこたえるために、被選任者の承諾を条件とする会社の単独行為とする説であるが、そもそもわが国における「承諾」が申込の意思表示に対応する意思表示を意味するものである以上、「承諾を条件とする単独行為」というものは法理論上ありえず、概念矛盾である。この点、ドイツにおいては、役員選任（Bestellung）の法的性質について、同意（Zustimmung）を法定条件（Rechtsbedingung）とする単独行為として、把握されている²⁸⁾ことから、わが国における条件付単独行為説が「承諾」なる語で示そうとした行為は「同意（Zustimmung）」と同様の行為であるとも考えられる²⁹⁾。しかし、ドイツにおいて、同意を法定条件とする単独行為であると指摘されているのはあくまで機関関係の設定という意味をもつ選任

(27) もちろん、この点はあくまで法定代理に近いか任意代理に近いかという比較の問題である。法人理事と法人の関係について法定代理に準じて取り扱うべきか、任意代理に準じて取り扱うべきか、という問題について言及するものとして、織田博子「代表」（椿寿夫＝伊藤進編『代理の研究』（日本評論社、2011年）所収）173～175頁。民法学説上は、「法定代理人的性質を帯びた特殊な任意代理人」として把握されることが一般的かと思われる。もっとも、法人の代表と法定代理との近似性を指摘するものとして、伊藤進『代理法理の研究』（日本評論社、2011年）30～31頁がある。

(28) Aktiengesetz Kommentar von Geier/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Band 2, 1973., S.136 [HEFERMEHL]; Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, zwite Auf., 1996., S.142 [MERTENS]

(Bestellung) についてのみであり、選任がなされた後に、会社と被選任者との間に、たとえば取締役としての報酬請求権や取締役としての対会社責任などを発生させる根拠となるべき個人法的関係を設定するために締結される任用契約 (Anstellungsvertrag) が別個に締結されるべきものとしている³⁰⁾。すなわち、選任とは、会社が特定人をしてその機関たる取締役の地位につかせるという団体法上の法律行為 (sozialrechtlicher Akt ないしは Rechtsgeschäft des Verbandsrechts) であるが、任用契約とは特定人をして会社に取締役としての労務を供給させる³¹⁾ ことを目的とする会社と取締役との間の個人法上の契約 (individualrechtlicher Vertrag) であって³²⁾、この両者が相まって取締役は会社の機関 (あるいは機関構成員) としての地位に就き、会社との間に権利義務関係を発生させると把握されているのである。わが国における取締役選任についての条件付単独行為説は、それを機関関係設定の局面すなわち株主総会決議の局面において主張されることは可能であるかもしれないが³³⁾、少なくとも個人法的な権利義務関係を設定する局面においては、被選任取締役による承諾の意思表示 (Annahme) が必要となるものと考えられる³⁴⁾。

(29) ドイツにおける「同意 (Zustimmung)」とは、未成年者の法律行為に対する法定代理人の同意 (BGB107条) などをはじめとした「狭義の同意 (Einwilligung)」と、無権代理行為についての本人による追認 (BGB177条) をはじめとした「追認 (Genehmigung)」とを含む概念であり、本来無効となるべき法律行為を有効たらしめる行為である。わが民法5条の「同意」や113条の「追認」に相当する。

(30) ドイツ株式法 (AGB) 84条1項第1文は「監査役会は最高5年を限度として取締役を選任する (Vorstandsmitglieder bestellt der Aufsichtsrat auf höchstens fünf Jahre.)」と規定したうえで、その第5文では「これは任用契約にも準用される (Dies gilt sinngemäß für den Anstellungsvertrag.)」と規定する。

(31) このような表現になっているのは、有償委任の概念をもたないドイツにおいては、取締役は会社との間には雇用契約が締結されるものと考えられているからである。

(32) J.v.GIERKE, Handelsrecht und Schiffsrecht, 1949., S.330 und 331; Aktiengesetz Kommentar von Ge ler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Band 2, 1973., S.133 【HEFERMEHL】; SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 3., neubearbeitete Auf., 1997., S.817; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, 4., neubearbeitete Auf., 1994., S.250. なお民法上の社団における理事の選任についても同様の見解が多数である。O.GIERKE, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887., S.674; J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, erstes Buch Allgemeiner Teil, 13 Bearbeitung, 1995., S.119 【WEICK】など。

もっとも、わが国においてもドイツと同様に、機関関係の設定と個人法関係の設定とを区別する必要があるかについては異論も考えられる。しかし、わが国の会社法・民法を含めた法人法の体系がドイツと同様の「機関概念」を前提としたものである以上、会社と取締役との間には、取締役の行為の効果が会社にどのような形で帰属するのかを規律する機関（あるいは機関構成員）関係と、取締役の報酬請求権や対会社責任の発生の根拠となるべき個人法上の関係という、二面性が存在することを指摘せざるを得ない³⁵⁾。

(二) 代表取締役任用契約の存否

以上のように、取締役任用契約の存在についてはこれを観念すべきであるから、取締役任用契約の締結によって設定された会社と取締役との間の個人法上の関係の解消のためには、解約告知を要するものと考えざるを得ない。それでは、代表取締役の選定に際しても、代表取締役任用契約の締結を観念すべきであって、会社と代表取締役との間の個人法上の関係の解消のために解約告知を要するものと解すべきなのであろうか³⁶⁾。会社と取締役との間に取締役任用契約の存在を観念する学説においては、代表取締役任用契約についても別個締結される必要があるとする見解がある³⁷⁾一方で、代表取締役任用契約についてま

(33) 鈴木・前掲書270頁注9は「このような機関設定の関係は、……契約関係とは異なるもので、被選任者の承諾を条件とする会社の単独行為とみるべき」としており、機関設定の関係について会社の単独行為とみる点については、ドイツ学説と同様である。しかし、取締役の選任にあっては機関関係の設定にとどまらず契約関係の設定が必要であることを考慮していない点については、贅意を示しがたい。

(34) この点については、かつて拙稿「正当事なき取締役解任にともなう損害賠償責任の法的性質」法学政治学論究52号（2002年）131頁以下で指摘したところである。

(35) 同趣旨のものとして、宮島司・前掲書191～192頁、重田・前掲論文577～581頁。このように解しない限り、正当事なく解任された取締役に損害賠償請求権を認める会社法339条2項の存在意義を説明できないことにつき、拙稿・前掲論文134～135頁。

(36) 取締役任用契約の存否についての学説が多くのバリエーションをもつのに比べ、代表取締役任用契約の存否如何については、さほど多くの研究の蓄積があるわけではない。それは、ドイツと同様に1950年の商法改正前のわが国の取締役が各自代表制をとっていたことから、1950年以前においては取締役任用契約の存否とは別個に代表取締役任用契約の存否について議論する必要性がなかったことと無関係ではあるまい。

でその存在を観念する必要性はないとするものもある³⁸⁾。この点、会社と取締役との間に取締役任用契約の存在を観念するとの立場による場合には、代表取締役は取締役に単に代表権が授与されたものにすぎないと捉えるべきかどうか、それとも、代表取締役は取締役に比して義務と責任が増大する点³⁹⁾に鑑みて、あるいは代表取締役は取締役としての地位とは別個独自の地位をもつ点⁴⁰⁾に鑑みて、代表取締役には会社との間に新たな権利義務が発生していると捉えるべきかどうかによって、代表取締役任用契約の存在を観念する必要性も左右されるように思われる。

もっとも、代表取締役への就任は、取締役任用契約の締結によって取締役となっている者に単に代表権が授与されることにすぎない(代表取締役任用契約の存在を観念する必要はない)と解する立場によっても、さらに、代表権の発生要件を取締役任用契約とは別個独立の授権行為に求める立場と、代表権は取締役任用契約から直接発生するものと捉える立場とに分かれよう⁴¹⁾。そして、代表権の発生要件を取締役任用契約とは別個独立の授権行為に求める場合、さらに授権行為の性質について単独行為説と無名契約説とに分かれることとなりそうであるが⁴²⁾、単独行為説によるならば取締役への代表権付与のために改めて契約の存在を観念する必要はないこととなる一方で、無名契約説によるなら

(37) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法(6)株式会社の機関(2)』(有斐閣、1987年)144頁【山口幸五郎】など。

(38) 江頭・前掲書399頁、葉玉・前掲論文4頁以下など。

(39) 取締役会設置会社における取締役は、取締役会決議によって業務執行権が特別に与えられていない限り業務執行権をもたないのに対して、代表取締役は、代表権と表裏一体の関係にある業務執行権をもつ。したがって、代表取締役は業務執行について任務を懈怠した場合には責任を負うこととなるはずである。

(40) 取締役会設置会社における取締役が機関たる「取締役会」の構成員であるのに対して、代表取締役が単独で機関を構成するのは、異論のないところであろう。

(41) 代理権授与と行為の法的性質をめぐる民法学説上の議論を敷衍したものである。代理権授与と代表権授与とは、代理と代表の違いはあっても、それは効果帰属面における法律構成の違いにすぎず、効力発生面においては同様の分析をなすことが可能ではなからうか。法律行為に関する局面においても法律行為以外の局面においても、法人の機関の対外的権限を代理と区別された意味での「代表」と構成すべき必要性は今日では認められないとするものに、織田・前掲論文172～173頁。

ば、代表権授与行為たる無名契約の存在が必要であるということとなろう⁴³⁾。これに対して、代表権は事務処理契約たる取締役任用契約から直接発生する⁴⁴⁾と解する（授権行為の独自性を否定する）のであれば、代表取締役任用契約の存在を別個に観念する必要性は当然ない。

これに対して、前述のように、代表取締役は取締役に比して義務と責任が増大する点、あるいは代表取締役は取締役としての地位とは別個独立の地位をもつ点に鑑みて、代表取締役には会社との間に新たな権利義務関係をもつものと捉える場合、かような新たな権利義務の発生原因たる代表取締役任用契約の存在を観念せざるを得ない⁴⁵⁾。

つまり、代表取締役任用契約の存在を否定するためには、(i) 代表取締役は

(42) 授権行為の性質に関する議論をめぐっては、岡松参太郎博士らが単独行為説を唱えられ、鳩山秀夫博士や我妻栄博士らが無名契約説を唱えられていたことは広く知られるところであろう。授権行為の性質をめぐる議論については、辻正美「代理」(星野英一編『民法講座第1巻民法総則』(有斐閣、1984年)所収)470頁以下、遠田新一『代理法理論の研究』(有斐閣、1984年)164頁以下、中倉寛樹「委任その他の事務処理契約と代理権授与との関係は、今後どう考えるべきか」(椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第4巻 代理・約款・契約の基礎的課題』(日本評論社、1994年)所収)26頁以下、於保不二雄「授権行為の性質」(『民法著作集 財産法』(新青出版、2000年)所収)11頁以下など参照。

(43) この契約を「代表取締役任用契約」と呼称することも可能であろう。

(44) 森島昭夫「委任と代理」契約法大系刊行委員会編『契約法大系 (雇傭・請負・委任)』(有斐閣、1963年)311~312頁、幾代通『民法総則』、河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007年)442頁、四宮和夫=能見善久『民法総則(第8版)』(弘文堂、2010年)299頁など。また、加藤雅信『新民法大系 民法総則(第2版)』(有斐閣、2005年)は、内部契約と代理権授与行為との区別を観念する必要はないとしたうえで(独自性否定説)内部契約の性質は委任契約(委任契約を構成要素とする混合契約を含む)であるとする。同様の見解として、佐久間毅『代理取引の保護法理』(有斐閣、2001年)44頁。なお、独自性否定説に反対するものとして、高橋三知雄『代理理論の研究』(有斐閣、1976年)167頁以下など。

(45) この立場でいう「代表取締役任用契約」とはいわゆる内部契約のことを指す。この立場によるときは、代表権授与行為についての発生原因を権利義務設定のための代表取締役任用契約とは別個独立の授権行為に求めるか(そしてそれは単独行為か無名契約か)あるいは事務処理契約たる代表取締役任用契約(内部契約)から直接発生すると解するかといった検討が続くことになるはずである。しかし、解約告知の必要性を検討することを目的とする本稿においては、内部契約であるか代表権授与行為としての契約であるかを問わず、会社と代表取締役との間に取締役任用契約とは区別された意味での契約が存在するかどうかを確認されれば、さしあたって十分である。

取締役役に単に代表権が授与されたものにすぎない（内部的契約としての代表取締役任用契約すら観念する必要がない）との前提に立ったうえで、(ii) 代表権授与と行為の独自性を認める立場を採用するのであれば、それを単独行為ととらえるか、(iii) 代表権授与と行為の独自性を認めず取締役任用契約から代表権が直接発生するとの立場を採用するか、のいずれかが理論的には必要ということになる⁴⁶⁾。

この点につき、会社法制定ときに法務省民事局付検事として立法に関与された葉玉弁護士は、会社法⁴⁷⁾47条が代表取締役を「株式会社を代表する取締役」と定義したことから、代表取締役は取締役の一種であり、取締役に単に代表権が授与されたものにすぎないと主張される⁴⁷⁾。そして、取締役会設置会社の取締役は、取締役会が廃止され⁴⁸⁾、代表取締役が選定されない場合等には、各自代表取締役に法的に当然になるが、このようなときに代表権の付与にあたって委任契約の締結を効力発生要件と解するのは極めて困難であるから、取締役会設置会社における取締役についても、取締役任用契約の内容として、その在任中に取締役会の廃止によって各自に代表権が付与される可能性のあることが含まれていると主張される⁴⁹⁾。さらに、取締役の権限について、取締役会設置会社における取締役は業務執行権を有しないことがデフォルトとされ、非取締役会設置会社における取締役は業務執行権を有することがデフォルトとされているにすぎず、しかもいずれも任意に変更できるものとされているから、取締役会設置会社における取締役の権限と非取締役会設置会社における（原則として

(46) 周知のように、(ii)(iii)の問題点、すなわち授権行為の独自性を認めるか否か、認めるとしてその法的性質はいかようなものかについては、長らく民法学説上において議論が積み重ねられてきたところであり、本来検討すべきところであろう。しかし、代表取締役任用契約の存否については(i)の代表取締役の地位が取締役に代表権が与えられたものにすぎないか否かを検討することで解答が出るように思われる点から、本稿では論じないこととする。

一九九 (47) 葉玉・前掲論文5頁。内部的契約としての代表取締役任用契約を観念する必要がないとの趣旨であろう。

(48) むろん、公開会社・監査役会設置会社・委員会設置会社においては取締役会の設置が法律上強制されているから(会社法³²⁷条1項) これらが取締役会を廃止する場合は、その前提として非公開会社であって監査役会も委員会も設置しない会社になる必要がある。

(49) 葉玉・前掲論文6頁

各自代表権をもつ)取締役の権限との間に本質的な違いはなく、取締役会設置会社における取締役が就任時に会社との間に締結した取締役任用契約の中に、非取締役会設置会社における各自代表権をもった取締役が会社との間に締結している取締役会任用契約と同様に、代表取締役になることを包含しているものと考えらることで足りるのであって、取締役任用契約とは別個独立の代表取締役任用契約の存在を観念する必要はない、と主張される⁵⁰⁾。

しかし、葉玉氏の主張についてはいくつかの疑問を感じざるを得ない。まず、取締役会設置会社において取締役会が廃止され、代表取締役が選定されない場合等には、各自代表取締役に法的に当然になるが、このようなときに代表権の付与にあたって委任契約の締結を効力発生要件と解することが、なぜ極めて困難であるのかについて理由が述べられていない。確かに、取締役会の設置が法律上強制されている公開会社・監査役会設置会社・委員会設置会社にしても、本来取締役会を設置することが強制されていないものの任意に取締役会を設置している非公開会社等にしても、随時に非取締役会設置会社となることが会社法上可能となったが、いずれも株主総会による定款変更決議のなされることが必要となる(会社法³²⁶条1項、466条)。そうであるならば、この定款変更決議の中には取締役に代表権を付与するという会社としての(機関たる株主総会を通じた)意思決定を含んでいることとなるはずであり、この会社としての意思決定を(株主総会の場に出席しているはずの)取締役に伝達することを申込の意思表示と捉え、意思決定に異議を唱えなかった取締役については黙示の意思表示をなしたものと擬制することに何ら障害はないように思われる。

この点につき、葉玉氏は「会社法においては、株式会社は、取締役会を任意に設置または廃止することができるようになり……取締役会設置会社の取締役でさえ、取締役会が廃止され、代表取締役が選定されない場合等には、各自代表取締役になる場合がある。……仮に……株式会社の代表取締役の就任には、常に委任契約の締結を要するものとした場合、法律上、各自代表になるときは、取締役の全員が退任しなければならないことになり、株式会社の運営に予想外

(50) 葉玉・前掲論文7頁

の混乱をもたらすことになりかねない」⁵¹⁾として実務上の取り扱いの困難性についても、代表取締役任用契約を不要とする根拠として挙げられる。しかし、従来代表権をもたなかった取締役会設置会社の取締役が、会社が各自代表制に切り替わることによって代表権をもつに至る場合、代表権なき取締役がいったん退任して新たに代表取締役任用契約を締結する必要は、代表取締役任用契約の存在を観念する立場によってもないのであり、このような場合には、取締役会設置会社であった当時に取締役任用契約を締結して就任した取締役に対して、「取締役としての職務とは別の代表取締役としての職務を遂行するための」代表取締役任用契約を、取締役任用契約とは別に新たに締結すればよいだけである。そして、もしも各自代表制が原則の非取締役会設置会社において、その後特別に会社を代表する者を選定する場合には、その他の取締役については代表権および業務執行権を剥奪されることとなるわけであるから、代表取締役任用契約のみを解約することとなるものと考えればよい。したがって、この場合には代表権をもっていた取締役への解約の告知が必要であることになる⁵²⁾。

なお、商業登記法⁵⁴条1項が、取締役や代表取締役の就任による変更の登記の申請書に、就任を承諾したことを証する書面を添付しなければならないと規定していることにつき、葉玉氏は、とくに取締役会設置会社における代表取締役と非取締役会設置会社における取締役の互選による代表者の選定に際しては、「承諾」を取締役任用契約の内容に含まれている代表取締役への「就任拒否権を行使しない旨の確認行為」ととらえるべきであって、代表取締役任用契約の申込に対する承諾の意思表示を意味するものではないとされる⁵³⁾。しかし、商業登記法⁵⁴条1項が「就任を承諾したことを証する書面」と規定していることをもって「就任拒否権を行使しない旨を表明したことを証する書面」と解釈するのは、あまりに文言を離れた解釈といえよう。加えて、取締役会設置会社に

(51) 葉玉・前掲論文6頁

(52) これも、定款変更のための株主総会決議、特定の取締役を選定するための株主総会決議、取締役の互選、のそれぞれを会社としての解約告知として捉えればよい。

(53) 葉玉・前掲論文8頁

における取締役が会社との間で締結する取締役任用契約の内容が「当初は取締役として業務執行権をもたないが、取締役会の決議次第では代表権および業務執行権をもつこととなりうる」というもので、しかも「(もつこととなりうるが)代表取締役への就任拒否権も含まれる」というものであるとすると、取締役任用契約の内容の確定性の観点からも問題があるように思われる⁵⁴⁾。

また、「取締役の権限について、取締役会設置会社における取締役は業務執行権を有しないことがデフォルトとされ、非取締役会設置会社における取締役は業務執行権を有することがデフォルトとされているにすぎず、しかもいずれも任意に変更できるものとされているから、取締役会設置会社における取締役の権限と非取締役会設置会社における(原則として各自代表権をもつ)取締役の権限との間に本質的な違いはない」との主張にも疑問がある。葉玉氏は、取締役会設置会社における取締役の権限内容と非取締役会設置会社における取締役の権限内容との相違をデフォルトの違いとして捉えられているが、あくまで会社法改正によってもたらされた影響は取締役の権限内容の変更が容易になったということにつきるのであり、そのことをもって、取締役会設置会社における取締役の権限や責任と非取締役会設置会社における(代表権をもつ)取締役の権限や責任とが、内容として同一のものであると考えるべきではない。したがって、権限や責任の内容が変更される場合には、当該取締役に対して承諾を求めるべきであろうし、そうでなければ代表権を付与される結果として権限や責任が増大することとなる当該取締役にとって酷である。

葉玉氏も指摘するように、今次の会社法成立によって、株式会社における代表取締役の選定のありようも多くのバリエーションをもつことになったため、会社法成立以前の議論を現在の法制に単純にあてはめることは適切ではないであろう⁵⁵⁾。しかし、以上の検討から、代表取締役の選定にあっては、被選定者の承諾を効力発生要件とした代表取締役任用契約を觀念することが必要であり、

(54) 取締役任用契約の内容として、確定的に発生する権限・義務(取締役としての権限・義務)と取締役会決議の成立を条件として発生する権限・義務(代表取締役としての権限・義務)との双方を含むものとするのは、実定契約としての内容の確定性の問題にかかわるものといえないだろうか。

(55) 葉玉・前掲論文5頁

代表取締役の解職にあつてはこの契約の解消のための解約告知が必要であると考えるべきである。

(三) 小括

このように、代表取締役の選定・解職に関する効力発生についての分析により、会社と取締役との間には取締役任用契約の存在を観念すべきであり、会社と取締役との間の個人法的契約関係の解消にあつては解約告知を必要とすべきであること、取締役会設置会社における会社と代表取締役との間には取締役任用契約とは別個の代表取締役任用契約の存在を観念すべきであり、会社と代表取締役との間の個人法的契約関係の解消にあつては解約告知を必要とすべきであること、各自代表制が原則の非取締役会設置会社において特別に会社を代表するものを選定する場合には、代表取締役任用契約の解約告知が必要なことが明らかになったように思う。

しかしながら、このような結論は、かような要件論にもとづく根拠づけのみによって導かれるわけではない。代表権をもたない取締役とは異なり、代表取締役は代表権をもち第三者と取引をなす権限をもつから、解職されることとなった代表取締役と取引をなす善意の第三者を保護するための政策的観点、および第三者と取引をなしたことで責任を負う可能性のある被解職代表取締役を保護する政策的観点からの分析も必要であろう。そこで、最後に、善意の第三者保護および被解職代表取締役保護の政策的観点から解約告知（ないしは申込）の必要性について論じることとする。

四 第三者保護および被解職代表取締役保護の観点からの告知の必要性

(一) 第三者の保護

まず、代表取締役の解職に際して告知を不要とする学説に依拠した場合には、

被解職代表取締役と取引関係に立つ第三者の保護について検討する必要がある。もし会社が被解職代表取締役に対する告知をしなければ、取締役会による解職決議後に、被解職代表取締役は自身に代表権があるものと信じて第三者との間に取引をなす可能性がある。解職の効力が取締役会決議の時点から生ずると

解する立場によると、代表取締役はすでに代表権を失っているため、会社には第三者との契約の効果が帰属しないこととなるはずである。

この点に関し、会社法908条1項は、登記すべき事項は登記後でなければ善意の第三者に対抗することができないという、いわゆる商業登記の消極的公示力についての規定を設けているため、代表取締役の退任に関する登記前は、会社は善意の第三者に対して代表取締役の退任を対抗できない結果となり、退任後の代表取締役による代表行為は会社に帰属することとなる。しかし、退任登記後は、会社は善意の第三者に対して代表取締役の退任を対抗でき、退任後の代表取締役による代表行為は会社に帰属しないこととなる（商業登記の積極的公示力）。このようなケースにつき、最高裁判所によれば、代表取締役の退任および代表権の喪失は登記事項とされているから、もっぱら登記の効力を定める規定のみが適用され、登記後は会社法908条1項の「正当な事由」がない限り、善意の第三者にも対抗できるから、民法112条の表見代理を適用ないし類推適用する余地はないとしている⁵⁶⁾。したがって、最高裁判所の立場に依拠すると、取引先としては会社に比べて資力の劣ることが多いと考えられる被解職代表取締役に対して、民法117条の適用または類推適用によって無権限代表者としての責任追及をするほか手立てがなくなることとなる。しかし、会社が解職告知をしなかったことから生じたこのようなケースにおいて、会社は登記をなしたことによって責任を免れることができ、善意の第三者は登記後においては資力に劣る無権限代表者に対する責任追及を余儀なくされるとの解決は、バランスを失したものだといえよう。

もっとも、会社法908条1項が適用される場面において民法112条の表見代理規定の適用ないし類推適用を排除する最高裁判所の判断については、いくつかの有力な反対説が唱えられている。たとえば、会社法908条1項前段は、事実をもって第三者に対抗しうるといふ原則に対し、登記をするまでは善意の第三者

(56) 最高裁判所昭和49年3月22日判決・民集28巻2号368頁。同様に、鴻常夫『商法総則（新訂第5版）』（弘文堂、1999年）241頁は、「商法上登記事項とされているもの（たとえば株式会社の代表取締役の退任または代表権喪失）については、もっぱら商法12条（筆者注・現行会社法908条1項）のみが適用され…別に民法112条を適用ないし類推適用する余地はないものと解される」と代表取締役の退任を例に挙げて説明する。

に対抗できないとして未登記の登記義務者を不利に扱うことにより、登記義務が励行され公示主義が機能することを狙いとする規定（公示主義的規定）であるのに対して、民法112条等は事実をもって対抗しようという原則を貫徹しては事実と異なる外観を信頼した者が害されるところから、一定要件のもとにこの原則を修正し、外観通りの事実が存したと同様の効果を認めようとする外観信頼保護規定であるから、それぞれの条文の適用については抵触することがない、とする見解である⁵⁷⁾。このような見解によると、会社法908条1項の存在にもかかわらず民法112条等の外観保護規定の適用の余地が存することとなるから、理論的には代表取締役の退任について善意・無過失の取引先が保護される可能性がある。しかし、実際には退任を記載した登記簿を見たかどうかで過失の有無を認定する際に問題とされるであろうことから、登記簿を見た取引先については悪意が認定されるのはもちろんのこと、登記簿を見なかった取引先についても善意・無過失として保護されないこととなり、結果として多くの場合に第三者は保護されないこととなる⁵⁸⁾。このような反対説によった場合には、過失の有無を基準として第三者を保護すべきか否かが判断されることとなるから、第三者保護の観点からすれば、最高裁判所の立場よりはバランスのとれた解決を図りうる可能性があることは否めないが、会社が被解職代表取締役への

(57) 浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定」民商法雑誌81巻2号(1979年)37～38頁など。ほかに、民法112条は会社法908条の例外規定であるとするものとして、龍田節・判例評釈・法学論叢97巻2号84頁などがあり、会社法908条の規定は民法112条の規定の適用を排除するものの、会社法908条1項1項後段の「正当な事由」を弾力的に解することによって第三者保護を図ろうとするものとして、服部栄三『商法総則(第3版)』(青林書院、1983年)486頁などがある。

(58) この点、加藤徹『商業登記の効力』(成文堂、1992年)145頁は、退任代表取締役の登記につき、第三者が民法112条を援用する場合には登記簿の未調査が第三者の過失を構成すると考えざるを得ないものの、第三者が会社法354条(表見代表取締役の規定)を援用する場合には、登記簿の未調査は何ら影響を及ぼすものではないとされる。しかし、筆者は会社法354条を退任代表取締役のケースにつき広く適用すること自体に疑問を持っている。ほんらい会社法354条が想定しているのは、代表権消滅後における表見責任ではなく、代表権授与(あるいは代表権が授与されていると思しき名称の付与)の表示による表見責任についてであるように思われるから、会社法354条をもし退任代表取締役のケースに適用しようとしても、会社が代表取締役を解職後に引き続き「社長」等の名称の続用を許している場合などに限って適用されるべきこととなる。

告知を欠いたことによって第三者が保護されないケースが引き起こされること自体に問題があるとはいえないか。

(二) 代表取締役の保護

また、代表取締役の解職に際して告知を不要とする学説では、会社法908条1項に関して何れの理論構成によったとしても、被解職代表取締役の保護について正当な解決を導き出せない危険性がある。

前述のように、会社が被解職代表取締役に対する告知をしなければ、取締役会による解職決議後に、被解職代表取締役は自身に代表権があるものと信じて第三者との間に取引をなす可能性がある。解職の効力が取締役会決議の時点から生ずると解する立場によると、代表取締役は代表権を失っているため、会社には第三者との契約の効果が帰属しないこととなるが、退任の商業登記後には、会社は善意の第三者に対して代表取締役の退任を対抗でき、退任後の代表取締役による代表行為は会社に帰属しない（商業登記の積極的公示力）

すると、前述の最高裁の立場によった場合には、取引先は過失の有無を問わず無権代表者としての責任を被解職代表取締役に追及せざるを得ないこととなり、また最高裁の立場に反対する有力説によった場合には、取引先は有過失であることをもって会社に対する表見責任の追及をすることが不可能となり、同じく被解職代表取締役に対して責任追及をするほかなくなることとなる。

しかし、会社が解職告知をしなかったがゆえに生じたこのようなケースにおいて、会社は退任登記をなしたことによって責任を免れることができ、告知を受けなかった被解職代表取締役が自身を有権代表者であると信じて取引をしたがゆえに無権限代表者として責任を負うこととなるのは、明らかにバランスを欠いた結論である。さらにいえば、会社が解職告知を必要としないという立場によるときは、このような無権限代表者による取引行為を誘発する原因になりかねないことも、解職告知の必要性をより際立たせるように思われる。

したがって、会社法908条1項の規定は、会社が被解職代表取締役に対して解職のための告知なすことによって代表取締役が代表権を喪失したことを前提とした条文であると解するのが適切であり、告知がなされていない場合には代表

取締役は依然として有権代表者として取り扱うことが適切であると考えられる。

まとめに代えて

本稿では、代表取締役任用契約の存在を観念する必要があるかどうかを、代表権付与の法的性質と代表取締役の職務権限の内容を考慮し検討したうえで、代表取締役任用契約の存在を観念する必要がある以上は、その法律関係を解消するための解約告知が必要であることを、理論面および法政策面から論じてきた。

それでは、なぜ最高裁判所は、代表取締役の解職について告知を必要としないとする結論を維持しているのであろうか。それは、最高裁判所昭和41年12月20日第3小法廷判決に至るまでの大審院および最高裁の立場が、取締役の選任行為の法的性質について単独行為説に依拠していたからに他ならないと考えられる。単独行為説が一定の支持を集めていた時代の明治36年に出された2つの大審院決定は、取締役の選任決議を単独行為としたうえで被選任者の承諾を待たずにその効力が生ずるとの立場をとっているが⁽⁵⁹⁾、その後昭和41年判決に至るまで取締役の選任についての法的性質について大審院および最高裁が判断を示したことはなかった⁽⁶⁰⁾。その後の取締役選任の法的性質についての学説上の展開を踏まえて、最高裁判所が今後、取締役任用契約の存否・取締役解任の際における告知の要否、および代表取締役任用契約の存否・代表取締役解職の際における告知の要否について、どのような判断を示すこととなるのか、注目されるところである。

一九一 (59) 大審院明治36年3月14日決定・民録9輯309頁および大審院明治36年8月28日決定・民録9輯948頁

(60) もっとも、下級審レベルでは就任の承諾を必要と判断した明治36年以降の裁判例も存在する。東京控訴院明治38年12月23日決定・法律新聞1227号23頁、大阪控訴院明治40年11月2日決定・商事判例集321頁