

〔判例研究〕

退職取締役に対する忠実義務・競業避止義務違反を  
理由とする損害賠償請求が排斥された事例

(高知地裁平成2年1月23日判決〔昭和59年(ワ)第245号損害賠償  
請求事件〕金融・商事判例844号22頁—請求棄却〔確定〕)

受 川 環 大

〔判決要旨〕

辞任した取締役が商法258条1項により後任取締役の選任されるまで取締役としての権利義務を有し、会社に対し忠実義務、競業避止義務を負うと解される場合でも、右辞任の申出から退任までの間に会社が後任取締役を選任できたものと認められ、その退任後においても後任取締役の早急な選任を要求されながら会社はその努力をせずに放置し、また辞任に至った事情から会社と退任取締役間の信頼関係は破れており、取締役としての権利義務を継続させることが実質的に不相当と考えられるなど、判示のような事情のもとでは、会社が前記条項を根拠に退任取締役の忠実義務、競業避止義務を主張することは信義則に反し許されず、右義務違反を理由とする損害賠償請求は権利の濫用であり認められない。

〔事 実〕

原告Xは、冷凍食品、鮮魚および一般生鮮食品の加工および販売等を目的として、昭和54年3月14日に設立された資本金500万円の株式会社であるところ（発行済株式総数は1万株、株式を譲渡するには取締役会の承認を要する旨規定）、A夫妻が200万円、Aの妹Bが90万円、Aの父Cが10万円、被告Y<sub>1</sub>夫妻が100万円、D、Eが50万円を各々出資し、Aが代表取締役、その妻Fが監査役、Bが経理担当の取締役、Y<sub>1</sub>が取締役兼営業部長に就任していたが、Aは実際の営業には直接関与せず、X会社の営業はY<sub>1</sub>の指揮、責任で運営され、X会社の顧客の獲

得、維持についてはY<sub>1</sub>の多大の貢献があった。被告Y<sub>2</sub>は加工主任として、被告Y<sub>3</sub>（女性）は経理主任としてX会社に勤務していた。

昭和58年10月ないし11月ころ、Aは確たる根拠もないのに従業員の面前でY<sub>1</sub>がX会社の交際費を水増し着服したかのように述べ、またY<sub>3</sub>との間で男女関係があるなどと述べて中傷したりなどしたことから、昭和59年1月8日、Y<sub>1</sub>はAに対し退職したい旨の申出をしたうえで同月25日X会社を退職（取締役についても辞任）した。Y<sub>1</sub>の取締役辞任によって、X会社は取締役の法定数である3名（商255条）を欠くに至った。Y<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>もまた、日頃からAB兄妹の従業員に対する思いやりに欠ける言動や態度等に嫌悪の情を抱いていたことから、事前に退職したい旨の申出をしたうえで昭和59年1月14日X会社を退職した。昭和59年1月20日、Y<sub>1</sub>らは、農産・水産食品それらの加工食品および総合冷凍食品の卸・小売業を目的とする甲株式会社を設立した。その資本金は2,800万円で、Y<sub>1</sub>の父が2,000万円、Y<sub>1</sub>が55万円、Y<sub>1</sub>の妻が50万円、Y<sub>2</sub>が40万円、Y<sub>3</sub>が130万円、その他4名が合わせて525万円を各々出資し、Y<sub>1</sub>が代表取締役、Y<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>が取締役、Y<sub>1</sub>の父が監査役にそれぞれ就任した。甲会社の営業はY<sub>1</sub>がX会社を退職した翌日から、X会社の一つおいて隣で、それまでX会社と取引していた主要な顧客を引き継ぐかたちで開始され、その影響でX会社の受注は、昭和59年2月に入ると従前に比して格段に減少した。その結果、X会社は顧客の多くをY<sub>1</sub>らの会社に奪われ、またその他の従業員も右会社に移るなどして大きな影響を被ることとなった。なお、昭和59年2月中旬ころ、Y<sub>1</sub>は、X会社の取締役としての登記簿上の記載が抹消されず残っていることを知ったので、Bに対して早急に抹消するよう強く要求したが、右抹消登記は後任者Eの取締役就任登記がなされる同年7月25日まで行われなかった（Y<sub>1</sub>の後任取締役Eは同年7月23日開催のX会社の定時株主総会で選任された）。

X会社は、(1) YらがX会社に損害を加えるべく共謀し、X会社と同営業内容の甲会社を設立してその代表取締役および取締役となったうえ、X会社の従前の取引先を顧客として取り込んで営業を開始し、その後X会社の従業員を引き抜いて営業を継続している旨主張し、右一連の行為は信義則違反による共同不法行為を構成するとして、Yら3名に対し民法709条に基づき損害賠償の請求をするとともに、(2) Y<sub>1</sub>については、商法258条1項によりX会社退職後もなお取締役としての権利義務を有するので、X会社に対して忠実義務および競業避止義務を負って

いるところ、Y<sub>1</sub>の右一連の行為は右各義務に違反するとして、同法266条1項5号に基づく賠償請求をした。

〔参照条文〕

商法245条ノ3・258条1項・264条・266条1項5号、民法709条

〔判 旨〕

1 Y<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>に信義則違反の不法行為が成立するかについて

「Y<sub>2</sub>及びY<sub>3</sub>は、X会社の単なる従業員であって、個人として本来的に職業選択の自由を有しているのであるから、X会社退職後において、X会社と同内容の営業を個人で始めようと、また会社組織で始めようとも、X会社の営業と競業関係に立つ営業をなすこと自体は、その営業の手段方法に法令もしくは信義則に反する違法不当な点がない限り、会社との間に生ずる利害衝突は自由競争の結果として容認され、なんら不当なものではない。……従前X会社と取引関係にあった顧客と甲会社が取引をすることそれ自体は自由であり、ただ、その顧客と新たに取引関係を得るに際して自由競争の範囲を逸脱した違法不当な手段方法をとった場合には、そのこと故に不法行為となることがありうるけれども、本件においては、Yらがそのような手段方法をとったことを窺わせるに足りる証拠はない。そうすると……Yらに信義則違反の不法行為が成立すると解することはできない。」

2 Y<sub>1</sub>に対する商法266条1項5号に基づく請求について

「Y<sub>1</sub>は、形式的には、Eが後任の取締役として就職した昭和59年7月23日まで、X会社の取締役としての権利義務を有していたものというべきであるけれども、Y<sub>1</sub>が、退職の意思を強く表明した同年1月8日以降において、X会社が、後任取締役を速やかに選任すべき義務を尽くしていたならば、X会社のその当時の株主構成からみて、Y<sub>1</sub>が退職した同月25日までに後任取締役を選任できていたものと認められるのに、Y<sub>1</sub>から同年2月中旬に後任取締役を早急に選任するよう要求されたにもかかわらずその努力をすることなく放置し、そのことの反面として、Y<sub>1</sub>の職業選択の自由（営業の自由）を妨害しているものと評価できること、Y<sub>1</sub>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<sub>1</sub>の信頼関係は破れており、商法258条の前記の立法趣旨に鑑みれば、Y<sub>1</sub>にX会社の権利義務を継続させ

ることは実質的にみて不適当と考えられること、甲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……、Aと親族関係にないX会社の被備者が相次いで退職していったのは帰するところ経営者たるAの責任というべきであること……、これら諸事情を勘案すれば、Xが、商法258条1項を根拠にして、X会社退職後のY<sub>1</sub>になおX会社に対する忠実義務及び競業避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<sub>1</sub>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。」

## 〔研究〕

判旨に賛成。

### 一 Yらの行為と不法行為の成否

1 X会社は、YらがX会社に損害を加えるべく共謀して、X会社と営業内容を同じくする甲会社を設立してその代表取締役および取締役となったうえ、X会社の従前の取引先を顧客として取り込みX会社の従業員を引き抜いて営業を行っている旨主張し、これら一連の行為が信義則違反による共同不法行為を構成するとして、Yらに対し民法709条に基づき賠償請求をなしている。この点につき、本判決は、YらはX会社退職後はX会社と同種の営業関係に立つ営業をなすこと自体は、その営業の手段方法に法令もしくは信義則に反する違法不当な点がない限り、不法行為は成立しないと判示している（なお、X会社は、Y<sub>1</sub> Y<sub>2</sub> Y<sub>3</sub>の3名に対し民法709条に基づく損害賠償請求をなしているのに対し、本判決は、この点についてはY<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>の行為の当否のみを問題としている）。

Xの請求の是非を論ずるにあたっては、本件と類似した事案において反対の結論を導いた(イ)東京地判昭和51・12・22(判タ354号290頁)が参考となるであろう。判例(イ)は、X会社の取締役兼営業部長Y<sub>1</sub>、従業員Y<sub>2</sub>ないしY<sub>4</sub>が、X会社在职中から同一または類似の商品の販売を目的とするY<sub>5</sub>会社の設立を企図し、突然にしかも一斉に退職してY<sub>5</sub>会社を設立し、いずれもその取締役役に就任し、X会社の従来顧客との取引を開始したケースにおいて、一般論しては、既存の会社と同種の会社を設立し同種の商品を販売することも原則として自由であるが、既存の

会社の営業活動を違法に侵害するときは不法行為を構成するものであるとしたうえで、本件の場合には、Yらの行為は著しく信義を欠き自由競争の範囲を逸脱した違法があり共同不法行為を構成すると判示した。

判例(イ)と本判決のいずれも、信義則に反しない限りで退職者の営業活動の自由を原則として承認する点では一致している。そこで、問題となるのは、退職者に信義則違反があったか否かである。判例(イ)の事案のように、従業員が計画的に何の予告もせず突然一斉に退職し、会社の得意先を奪うかたちで営業を開始するのは自由競争として許される範囲を逸脱した信義則違反の行為であり、不法行為を構成するといわざるをえない。これに対し、本件では、YらがX会社に損害を加えようと企図したことを認定するに足りる証拠がないことに加えて、YらはX会社が後任者を補充して営業を継続しうるに十分な期間前に退職予告をしかつ時期をずらして退職していること、甲会社の営業活動には違法性がないこと、X会社の従業員の転職は自由意思によるものであること等の事実が認定されているので、Y<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>について信義則違反の不法行為の成立を否定した本判決は妥当であるといつてよいであろう(青木英夫〔本件判批〕金商861号44頁、田邊光政〔本件判批〕私法判例リマークス3号113頁)。

2 ところで、本件では競業行為を中心とするYらの一連の行為がX会社に対し不法行為を構成するかという観点から争われているが、視点を変えて、Yらが雇傭関係終了後もなおX会社に対し競業禁止義務を負う場合がありうるかという問題として論ずることも可能ではないだろうか。ことに、本件では、甲会社の営業はY<sub>1</sub>がX会社を退職した翌日からX会社の一つおいて隣でX会社の主要な顧客を引き継ぐかたちで開始されているため、かかる観点からの検討は重要と思われる。わが国の実定法においては、営業譲渡人(商25条)、支配人(商41条)、代理商(商48条)、人的会社の無限責任社員(商74条・147条)、物的会社の取締役(商264条、有29条)などについて、明文をもっていわゆる競業禁止義務が定められているが、その他の被傭者についても、雇傭関係が継続中は、雇傭者に対し競業禁止義務を負うとすることについては民法上はほぼ異論がないようである。競業禁止義務は、原則として雇傭契約の終了とともに消滅すべきものであるが、一般論としては、被傭者が雇傭関係継続中に知りえた雇傭者の業務上や技術上の秘密を不当に利用してはならないということは、雇傭関係終了後も信義則上の義務として残存するといえようが、この義務をあまり広範に認めると、被傭者であった者の経済的・社

会的活動を不当に制約することになるので、雇傭関係に伴って当事者間で特約がなされた場合のみ、しかも合理的な範囲内でのみ例外的に雇傭関係終了後も競業避止義務を認めるべきとするのが通説であり（我妻栄・債権各論中II 595頁、有泉亨・労働基準法 122頁、幾代通・新注民(16) 47頁など）、下級審の裁判例も同趣旨とみられる（広島高判昭和32・8・28高民集10巻6号366頁、奈良地判昭和40・10・23判時624号78頁など）。本事案では、X会社とYらとの間にかかる特約の存在は認定されていないので、Yらが雇傭関係終了後もなお競業避止義務を負う余地はないと思われる。いずれにせよ、信義則に反する場合を除いて退職者の営業活動の自由を原則として承認する本判決や判例(イ)は、例外的に雇傭関係終了後も被傭者であった者に競業避止義務を認める通説・判例の立場に一致するものと読解できよう（青木・前掲44頁）。

## 二 商法 258 条 1 項と退任取締役の責任

1 取締役の終任により法律または定款に定められた取締役の員数を欠くに至った場合には、会社は遅滞なく株主総会を招集して後任の取締役を選任しなければならず、取締役はこれを怠った場合には過料の制裁に処せられる（商 498 条 1 項 18 号）。もっとも、新たな取締役が選任されて就任するまでには若干の日時を要することから、その間の会社業務に空白を生じさせないために、退任した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ものとしたのが商法 258 条 1 項であり、これは委任終了時の受任者の応急処分義務を定めた民法 654 条をいっそう明確にした規定であるといわれている（浜田道代・新注会(6) 83頁）。同条項が適用されるのは、取締役が任期の満了（商 256 条）または辞任（商 254 条 3 項、民 651 条 1 項）によって退任した場合に限られ、それ以外の終任事由の場合、すなわち、取締役の死亡（商 254 条 3 項、民 653 条）・解任（商 257 条 1 項）・欠格事由の発生（商 254 条ノ2）・定款所定の資格の喪失、会社の解散（商 417 条 1 項）などの場合には適用がない。取締役の死亡の場合には取締役の権利義務を継続させることが不可能であり、会社の解散の場合には清算人による清算手続に入るから取締役は不要となり、その他の場合には会社の側から取締役に対する信頼関係が破れるのが通常であるから退任取締役に権利義務を継続させることが不相当であるからである（浜田道代・前掲 85頁）。そして、同条項の適用を受ける退任取締役は、後任者が就任するまで取締役としてのあらゆる権利義務を有するものであるから

（浜田道代・前掲 87 頁）、本件で問題とされた忠実義務および競業禁止義務も当然に負うこととなる。

ところで、商法 258 条 1 項は「新ニ選任セラレタル取締役ノ就職スル迄」と規定するのみでこれに期間に関する別段の制限を付していないから、同条項の適用を受ける退任取締役は、後任の取締役が就任しないかぎり、文理上はいつまでも「仍取締役ノ権利義務ヲ有ス」ることとなる。しかし、既述のように、会社は遅滞なく後任取締役を選任する義務があることから、会社がこれを怠っているなどの一定の事情のもとでは、退任取締役に同条項の留任義務を負わせることは不当ではないかという疑問が生ずる。本件はまさにこの点に関する事案であり、本判決は、形式的には同条項の適用を肯定し、Y<sub>1</sub> が X 会社と競業関係にある甲会社の営業にその代表取締役として携わることは形式的には Y<sub>1</sub> が X 会社に対し負っている忠実義務および競業禁止義務に違反するとしたが、本件の具体的な諸事情を考慮して、X 会社が Y<sub>1</sub> に対し同条項を根拠に右義務違反を主張することは信義則に反し許されず、右義務違反を理由とする損害賠償請求は権利の濫用として許されないと判示した。そして、本判決が X 会社の主張を信義規則違反であると認定する際に考慮した諸事情は、後任取締役の選任に必要な合理的期間が経過していること、X 会社・Y<sub>1</sub> 間の信頼関係が破綻していること等きわめて詳細かつ多岐にわたっている。

2 本件は退任取締役の会社に対する責任が問われた事案であるが、裁判例としては退任取締役の第三者に対する責任が問題とされたケースがあり参考となるので以下に紹介する。

（ロ） 東京高判昭和 63・5・31（判時 1279 号 146 頁、金商 807 号 19 頁）

〔事 実〕 A 会社は、同社の取締役が B、Y<sub>1</sub> および Y<sub>2</sub> の三名であったにもかかわらず、Y<sub>1</sub> および Y<sub>2</sub> の退任後も後任の取締役を選任せず、両名の取締役の登記を放置したばかりか、同社が商法 406 条ノ 3 による休眠会社として整理されそうになったため、Y らがそのまま取締役として留任したことにし、B において Y らの印鑑等を勝手に作り、取締役就任の登記手続を行った。その後、A 会社は営業不振に陥り、X に対して振り出した手形が不渡りとなった。そこで、X は Y らに対し、商法 258 条 1 項により取締役の権利義務者として B の職務執行を監視すべき義務があるところ、重大な過失により B の本件手形行為を阻止しなかったとして、商法 266 条ノ 3 第 1 項に基づき損害賠償を請求した。

〔判決要旨〕 取締役を辞任又は任期満了により退任した取締役が商法 258 条 1 項

に基づき取締役としての権利義務を有する場合であっても、辞任又は退任後7年又は15年以上を経過し、その間新たな取締役の選任や会社業務の執行に特段の支障がなく、代表取締役の職務執行を監視すべき義務を尽くすことを期待することが困難であるなどの判示の事実関係のもとにおいては、代表取締役の手形振出行為を阻止しなかったことについて重大な過失があるとすることはできない。

判例(ロ)は退任取締役の第三者に対する責任に関する事例であり、しかも信義則や権利の濫用といった一般条項を用いてその責任を制限するのではなく(第三者に対してそのような主張をすることは困難である)、退任取締役の責任を商法266条ノ3第1項の主観的要件である重過失の有無によって判断しようとしている点で本判決とは異なる。しかし、いずれの判決もまず商法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(判例(ロ)においては合理的期間の経過を理由に退任取締役の重過失を否定している)結論の妥当性をはかろうとする点では本判決と軌を一にしており、かかる判例の立場は支持されるべきであろう。

3 学説上も、後任の取締役が就任しないかぎり商法258条1項がいかなる場合にも適用されるものと解するのが従来からの通説(浜田一男・旧注会(4)319頁、中嶋正博〔(ロ)の判例解説〕判タ706号237頁、田邊・前掲114頁、鮫島真男・実用株式会社法Ⅱ87頁。なお、大正15・7・6法曹会決議・法曹要録上1062頁および昭和30・10・27民事甲2300号民事局長通達・商事法務12号13頁参照)であるが、これに対し、近時、一定の事情のもとでは形式上も同条項の適用を正面から否定してしまう見解が一部で有力に主張されている。以下では、商法258条1項の適用を制限するいくつかの見解を論評しつつ私見を述べてみたいと思う。

#### ① 合理的期間を基準とする見解

この見解は、商法258条1項は会社業務の執行の空白防止のため暫定的措置として特に取締役の地位を認めた規定であるから、選任に必要な合理的期間が経過した後にはもはや同条項の適用はないと解する(森淳二郎〔(ロ)の判例解説〕法セミ413号122頁、阪埜光男〔(ロ)の判批〕金商817号42頁、三宅一夫〔判批〕商事判例研究(3)174頁)。また、相当年数の経過という客観的な基準に加えて取締役の退任後の態様をも考慮に入れて、取締役としての権利の行使や義務の追及がその間まったくなかった場合に、商法258条1項は適用されなくなると解する説もある(浜田道代〔(ロ)の判批〕ジュリ935号(昭和63年重判)102頁)。

この見解の問題点は、合理的期間の算定が必ずしも明確でないことである(吉本



健一「商法 258 条 1 項と退任取締役の責任」阪大法学 40 巻 3・4 号 288 頁，田邊・前掲 114 頁）。なるほど判例(ロ)の事案のように取締役の退任後 7 年または 15 年以上経過している場合には合理的期間を経過していると認定することに全く異論はないであろうが，本件のように取締役の退任（昭和 59 年 1 月 25 日）後約 6 カ月を経過して後任の取締役が選任され（同年 7 月 23 日）退任取締役の抹消登記がなされている（同月 25 日）場合に，合理的期間を経過していると認定して商法 258 条 1 項の適用を正面から否定しうるか否かは微妙なところである。結局は，個々の事案における具体的妥当性を確保するためにその事案の特殊性を考慮に入れて合理的期間を算定することとなり，それで問題がないともいえそうではあるが，客観的な時間の経過のみを基準として退任取締役の留任義務を画一的に否定してしまう以上，後日紛争が生じたときのためにもある程度一般的な基準が明示されてしかるべきであろう（ちなみに，三宅・前掲 174 頁は，退任取締役の権利義務は，次の株主総会もしくは次期通常総会予定期日後，事務引継に要する相当期間の経過をもって消滅するものと解している）。

## ② 会社・取締役間の信頼関係を前提とする見解

この見解は，会社・取締役間の信頼関係が破壊されていることが認定される場合には，商法 258 条 1 項の適用を否定すべきとする（青木・前掲 46 頁）。前記①説の論者である森教授は，同条項の適用される退任事由は辞任と任期満了に限定されており会社と取締役間の信頼関係が重視されているが，合理的期間が経過すればその信頼関係も破綻し同条項適用の前提条件が存在しないことになるといわれ（森・前掲 122 頁），合理的期間の経過と信頼関係の破綻とを直接結びつけて考えておられるが，他方，青木教授は，合理的期間の経過とは切り離して，まさに会社と退任取締役間の人的信頼関係の破綻という点に着目されているものと推察される。というのも，前述のように，本件は，合理的期間を経過しているといえるかどうか微妙な事案だからであろう。

商法 258 条 1 項が適用されるのは取締役が任期満了または辞任により退任した場合に限られ，会社・取締役間の信頼関係（ことに会社の側の取締役に対する信頼関係）が当然に破綻していると考えられるその他の退任事由について適用がないのは既述のとおりであるが，本件のように取締役の辞任による退任の場合に信頼関係が破綻しているか否かを判別する客観的な基準を定立することは不可能であり，このような主観的な基準によって強行規定である商法 258 条 1 項の適用の有無が左右さ

れることには問題があると思われる。

### ③ 退任取締役の意思を重視する見解

この見解は、退任取締役に会社の業務執行を担当する意思がないときは、取締役の権利義務者としての責任負担を制限するために、(i) 退任取締役が取締役の権利義務者となることを前提としつつも、この地位を辞任することをみとめるか、あるいは(ii) 会社の業務執行を担当する意思があることを退任取締役に対する商法 258 条 1 項適用の要件と解する(吉本・前掲 291 頁以下)。前述の①説および②説は、会社が後任取締役の選任を懈怠している場合あるいは会社・取締役間の信頼関係が破れている場合には、退任取締役に取締役と同一の責任を負わせることは不当であるとの考え方に基づくのに対して、この見解は、退任取締役が取締役の権利義務者として会社の業務執行を担当する意思がない場合にも、法律の規定により一方的にその責任を負担させることは不当であるという考え方から出発している(吉本・前掲 288 頁)。

しかし、商法 258 条 1 項は、元来、退任取締役の意思の有無など全く考慮していない規定であり、同条項により強行法的に設定された退任取締役・会社間の法律関係は後任者が選任されないかぎり会社の側からも取締役の側からも任意に解消しえないと解すべきであるから(鮫島・前掲 87—8 頁, 黒木学・新版取締役ハンドブック 368—9 頁)、立法論としては大いに傾聴すべき見解ではあるが現行法の解釈論としては採用しえないであろう。また、吉本助教授は、会社の業務執行を担当する意思の有無に関しては、結局のところ退任後の会社の業務執行に対する現実の関与の有無が決め手となるが、現実に業務執行に関与していなくとも、業務執行を担当する意思があり単にこれを怠っている退任取締役を除外する理由はないといわれるが(吉本・前掲 295 頁(注 22))、かかる退任取締役の内心の意思は外見上判断しえない。さらに、退任取締役が一度は取締役の権利義務者としての地位を辞任したが、再び業務執行を担当する意思を有し、現実に業務執行に関与したような場合、退任取締役の意思の変化により商法 258 条 1 項の適用を肯定したり否定したりすることは法的安定性の観点からみて妥当とはいえないであろう。なお、そもそも「辞任」とは、現に取締役の地位にある者(在任中の者)が任期中に自発的にその地位を退くことであって、取締役の権利義務を有する者について「辞任」ということはありえない(鮫島・前掲 87 頁)。

4 いかなる場合にも商法 258 条 1 項の適用を肯定したうえで個別的な考慮によ

り妥当性を確保しようとする判例および従来通説の立場と、一定の事情のもとでは同条項の適用を否定する諸学説のいずれの立場をとっても、本件においては、X会社のY<sub>1</sub>に対する損害賠償請求が排斥されるという結論に変わりはないであろう。そこで、いずれの立場が論理構成の点ですぐれているかが問題となるが、この問題は結局のところ、商法258条1項の意義ないし機能をどのように理解すべきかにかかっている。同条項は単に後任者の選任までの間の暫定的な措置を規定するものであるという立法趣旨を強調し、合理的な期間経過後は同条項の適用を否定し取締役に退任の自由を保障すべきとする構成にも一理あるかもしれない。しかし、同条項は、元来、取締役会の会議体制を維持すべく取締役の最低員数を定めた同法255条を受ける強行規定であり（中嶋・前掲237頁）、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ための規定であるから、取締役の退任の自由の保障よりも会社の便益保護の方が優先されてしかるべきである。また、取締役の選任手続が必ずしも履践されていない現状にあって、同条項は、わが国の株式会社の大半が取締役会を構成する最低3名の取締役を有していることを担保する重要な規定であり（浜田道代・前掲新注会83頁）、その意味では会社債権者の利益保護にも資する規定として實際上機能しているものと思われる。この点、本判決もまた、「商法258条1項の規定が設けられたのは、……わが国の現状では、法の定めた手続遵守に無頓着な小規模株式会社等において、全取締役の任期が終了した後も新取締役が選任されないまま放置されるような事態が時に生じており、実際に過料が科せられることも少なくなく、そのような場合に取締役の職務を行う者が存在しないと扱われると大きな混乱が生じることが予想されるので、そのような混乱をさける必要があること……が考慮された結果である」と述べている。取締役の法律上の欠員という違法状態が小規模株式会社等において少なくないことが予想されるだけに、裁判所としては、かかる違法状態を放任しえないという使命感を痛切に感じているにちがいない。ここに判例がいかなる場合にも同条項の適用を形式上は貫いている最大の理由があると思われるが、このような裁判所の態度は支持されるべきである。ただ、現実には取締役の職務を行う者が全く存在しなくなることは想像し難く、すでに法律上は退任している取締役または残余の在任中の取締役が業務執行を継続することにより会社の運営が一応支障なく継続しているというのが通常であろう。その意味では、一定の場合に同条項の適用を否定しても「大きな混乱」が生ずることはないといえるかもしれない。しかし、同条項の適用を正面から否定してしまうと、

必要的常設機関である取締役会を構成する取締役員または法定の代表機関である代表取締役（商法 258 条 1 項は代表取締役の欠員の場合にも準用されている（商 261 条 3 項））を法律上欠くこととなる。このような場合、たとえば法律上の（代表）取締役ではない者が会社を代表して行った行為については表見代表取締役に関する規定（商 262 条）や事実上の取締役理論で対処することも可能であろうが、商法 258 条 1 項を適用して正面から広義の法律上の取締役（取締役として権利義務を有する者は、理論上は取締役たる資格を有しなくなった者であるが、実質的には取締役の資格を継続しており（浜田一男・前掲 318 頁）、取締役の退任登記は後任者の就任登記があるまでみとめられない（最判昭和 43・12・24 民集 22 卷 13 号 3334 頁））として扱った方が法律関係が簡明であり、より直截的かつ抜本的な解決として第三者の保護にも資することとなる。

ともあれ、既述のように商法 258 条 1 項をめぐるはその制定当初には予期しえなかった事態が生じているため、この規定は立法論としては大いに検討の余地があると思われる。ただ、現行法上の解釈論としては、いかなる場合にも同条項の適用を肯定したうえで、取締役の退任後も会社が後任者の選任を怠っていたり、会社・取締役間の信頼関係が破綻しているなどの特殊な事情のもとでは、一般条項の適用（本判決）や関連法規の解釈運用（判例（ロ））などによって同条項の適用に伴う不都合を個別的に解消すべきとする判例の立場は妥当なものとして是認されよう。

以上のように考えると、取締役が退任した後も会社が後任者の選任を怠っている場合には、退任取締役は形式的にも実質的にもいつまでも取締役としての権利義務を負うべき地位にあるので、退任取締役がこの留任義務者たる地位から解放されるための方策を検討しておく必要がある。本来会社の側に後任取締役の選任義務があることから、退任取締役が会社に対し速やかに後任者を選任するよう請求できることは論をまたないが、この請求は強制力をもたないため実効性に欠ける。また、退任取締役が自ら株主総会を招集して後任者を選任する方法もあるが、株主間に紛争があり容易に株主総会を開催できない場合もありうる。そこで、退任取締役は、商法 258 条 2 項により、利害関係人として仮取締役の選任を裁判所に求めるのが最も抜本的な解決となるであろう。同条項の「必要アリト認ムルトキ」には、退任取締役が法律上または事実上職務を継続して行うことが不可能（取締役の欠格事由の発生その他・死亡・長期不在など）または不適當（解任・信任の喪失・病気など）な場合などが該当するが（鮫島・前掲 93—4 頁、黒木・前掲 91 頁・140 頁）、退任取締役

〔判例研究〕 退職取締役に対する忠実義務・競業禁止義務違反を理由とする損害賠償請求が排斥された事例（受川）

が取締役としての職務を行うことを欲しない場合もこれに該当するであろう（東京地裁商事研究会・商事非訟・保全事件の実務〔佐賀義史〕302頁）。