

# 「取締役・会社間の取引」に関する一考察

石井文廣

## 目次

- 一 はじめに
- 二 商法二六五条の沿革と制度的趣旨
- 三 商法二六五条の適用範囲
  - (一) 商法二六五条の趣旨と解釈問題
  - (二) 判例に現われたる承認を要する取引の態様
  - (三) 判例に現われたる承認を要しない取引の態様
  - (四) 間接取引への適用拡大の法理
- 四 商法二六五条と手形行為
  - (一) 判例に現われたる本条と手形行為
  - (二) 本条と手形行為における適用の有無
- 五 商法二六五条違反の手形行為の効力
  - (一) 判例理論の概観
  - (二) 学説にみる理論構成の展開
  - (三) 相対的無効の理論
- 六 比較法的考察
- 七 実際界における取扱い
- 八 結語

## 一 はじめに

一八世紀以来の三権分立の政治思想に由来し、わが株式会社法は、多年に亘り、株式会社の必要機関として、それぞれ機能的に分化した独立の機関たる株主総会・取締役および監査役の三者を法定していたが、各機関は必ずしも法の所期するような結實的機能を發揮していたとはいいがたかった。

戦後、とりわけ昭和二五年、アメリカからの外資導入を容易ならしめるために、主としてGHQの勸奨と指導の下に、従来のドイツ法の強い影響を受けたわが会社法は、多くのアメリカ法の制度を採り入れ、これらの機関の構成とその相互間の権限の配分についての重要な改正と、経営機構の合理化が図られ、改正前の株主総会中心主義から取締役会中心主義へと移行し今日におよんでいる。

ところで、取締役は、株主総会において株主の信任を得て選任される（商二五四条一項）のであるが、株主総会が株主の総意による会社の意思決定の最高機関であるにもかかわらず、現実には、株主の層には経済的見地から諸種の分化、すなわち、投資株主・投機株主・企業者株主などという分化をみ、株式会社の構造変革の一大要素を形成して、その実権を失って形式化し「君臨すれども統治せず」の実情にあることは否定し得ない事実である。

このことは、一方で、株主の分化的変革から会社経営に無関心なものと、他方、企業経営が専門的知識と経験を必要とすることなどから、とりわけ取締役は實際上最も有力な株式会社の機関となっている。まさに、会社の盛衰は取締役の双肩にかかっているといても過言ではなからう。

本稿では、産業再編成に伴ない、会社の合併、会社間における技術・業務の提携、また親子会社関係の激増から、「現代の企業は孤立した存在ではなく複雑な結合関係の網の目に組み入れられている」（註二）今日的情況のもとで、取締役の自己取引が不可避の現象として如実に現われてきている事実に着目し、取締役会の構成員として会社の業務執行権（商二六〇条）を有している取締役が、会社の損害において私利を営むことを防止し、ひいては株主や会社債権者が不測の損害を被ることなからしめようとの商法第二六五条規定の取締役・会社間の取引について論究してみたい。

註一 龍田 節稿・「企業結合と法」『現代法』九卷（現代法と企業）一〇七頁。

## 二 商法二六五条の沿革と制度的趣旨

一 本条文の推移と趣旨 本条は、旧商法（明三二法四八）の第七十六条に「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得」と規定されていたのが、明治四四年の改正（法七三）で後段に「此ノ場合ニ於テハ民法第百八条ノ規定ヲ適用セズ」という文句が付加され、昭和一三年の改正（法七三）において商法第二六五条として受け継がれた。

ところが、昭和二五年の改正（法一六七）において、従来の監査役制度が業務執行の外において、業務監査とともに会計監査をも担当していたのが、完全に業務関係の外において実質的な監査の効果を期待することは疑問であり、かつ、業務監査と会計監査という二つの異なった機能を有することは、結局、そのいずれの目的をも充分に果し得ない結果になるとして、取締役会制度を導入し、その機能が強化拡大されたことにより、業務の状態を熟

知している取締役会に業務監査機能を移し、監査役はもっぱら会計監査を担当することのみになった(註一)。したがって、その承認を問題にすることができなくなったので、かかる場合「取締役会ノ承認ヲ受クルコト」に改め、それとともに、取締役が自己又は第三者のために会社となす取引(いわゆる自己取引 (self-dealings))につきその主たる例示文句を付け「取締役ガ会社ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲受ケ会社ニ対シ自己ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲渡シ会社ヨリ金銭ノ貸付ヲ受ケ其ノ他自己又ハ第三者ノ為ニ会社ト取引ヲ為スニハ」と定め、取締役と会社との取引に関する現行商法第二六五条の誕生をみたのである。

ところで、わが現行商法は、会社の実質的経営権を株主總會によって選出せられた取締役に委ねている。すなわち、取締役は、会社の業務執行に関する決定権(商二六〇条)を有し、取締役会の構成員として会社の業務執行の意思決定権を有する。しかも、会社と取締役との法律関係は、委任および準委任であり(商二五四条三項)(註二)、受任者としての取締役は善良なる管理者の注意をもって(約して善管義務という)(註三)、忠実にその職務を遂行する義務(約して忠実義務という)を負い(商二五四条ノ二、民法六四四條)、自己取引により、会社に損害を被らせた場合、その取引をなした取締役および会社を代表した取締役はもちろん、承認決議に賛成した取締役も連帯して賠償責任を負い(商二六六条一項四号・同条二項)(註四)、その賠償責任は、発行済株式総数の三分の二以上の多数をもって免除することができる(商二六六条五項)が、取締役への金銭貸付の場合の責任は、総株主の同意がなければ免除しえない(商二六六条一項二号・同条四項)。

つまり、本条の『立法理由タルヤ取締役ガ自己又ハ第三者ノ利益ノタメニ会社ト取引ヲナス場合ニ於テハ、同時ニ相手方タル会社ノ利益ニ於テ行動スルガ如キコトハ一般常人ニ望ミ得ベカラザル』ことであり(註五)、しかも、取締役は、会社の業務執行に関与し、会社の内情を精通しているがため、一層会社に不利益を被らせるおそれ

が大きい。そこで、会社と取締役間の利害の衝突を生ずべき取引について、取締役が会社の損害において私利を営むことを防止し、ひいては株主や会社債権者が不測の損害を被ることなからしめようとしたのである。

二 本条と忠実義務との関係 商法二六五条を取締役の忠実義務 (duty of loyalty) に基礎づけることに異論はないが、この忠実義務の内容に対する理解においては相当の隔りがみられる。すなわち、従来の多数説は否定説を採り、取締役の忠実義務は、受任者としての善管注意義務と同様であり、商法二五四条ノ二の規定は、受任者としての善管注意義務を具体的に示した注意の規定にすぎない、とされ、その理由として、(1) 注意義務として善管注意義務以上に強い法的意味を有せしめうるものでないこと、(2) 取締役の忠実義務の中心である会社との間の利害の衝突を生ずる行為の制限については、特別の規定 (商二六四条・同二六五条等) や特別の責任規定 (商二六六条・同二六六条ノ三) が法定されており、忠実義務という特殊の義務を認める必要がないことであり、結局、忠実義務という特殊義務を認める理由もない (註六)、ことがあげられる。

これに対し、近時の有力学説は、少数説ではあるが、これを英米法上、取締役が会社に対し信託にもとづく受託者 (trustee or fiduciary) として負う義務に対応するもの、ないしは、信託的法律関係 (fiduciary relationships) における受信者の忠実義務に相当するもの (註七)、との考察により、その内容についても、取締役は、会社業務の遂行に関して与えられた権限を善意でかつ正当な目的のために行使し、会社の利益と個人としての取締役の利益が対立するような立場に自己を置き、それによって意思決定に拘束がもたらされたり、さらに会社の利益と抵触するような契約を締結してはならない義務と把握されている (註八)。この理解から、取締役の自己取引や競業行為に関して、この義務が最も強く要請されることに言を待たない。

さて、昭和二五年改正により、株式会社経営機関体制が、旧法における株主總會中心主義から取締役會中心

主義へと移行し、取締役の権限がかつてみないほど強化拡大されたことから、取締役にそれに相応するこのような義務を課する必要が生じたことは十分に首肯しうるところであろう。さらには、英米法上の取締役会制度が忠実義務の観念という土台のうえに築かれているという事実を想起するなら、取締役会制度の創設とともに、それを柱として支える取締役の忠実義務の観念もまた、わが商法に導入されたとみることが、たしかに合理的であり、したがって、これを、善管義務とは別個異質の義務とする見解は、継受法解釈の原則にもかなるものといわねばならない、との結論に到達するのである。

かくて、忠実義務を、このような内容のものと理解するか否かは別として、商法二六五条に違反する行為の効力を無効とする説も、有効とする説も、そのいずれも同条適用の起点に会社の利益保護を理念におくことに違いないのである。

三 本条と意思の混同 商法二六五条は、会社の利益保護にある、ことに対し、小橋一郎教授は、同条に關し民法一〇八条と同様に意思の混同に根拠をもつ、という見解に立脚されて(註九)、民法一〇八条の、いわゆる自己契約と双方代理の禁止の規定について、本人の利益の保護を目的とする通説の見解に疑義をいだかれ、同条の意味は「本人の利益の保護にあるのではなくて、同一人が一個の法律行為についての一方の一当事者となり同時に相手方の代理人として行動する、あるいは双方の代理人として行動することは、意思の混同を生じて不可能であることを示すにある」と考えられ、「われわれの精神活動において、一人の人間の意思の中で当事者としての意思と相手方の代理人としての意思とを、あるいは当事者の一方の代理人としての意思とを分離することは、意思が混同してしまつて不可能である」から、「自己契約・双方代理は、往々にして利益相反行為の一種とせられるが、利益相反行為というのは別」であつて「利益相反行為の場合は、利益相反のゆえに自由な意思決定

が妨げられるという人間の意思状態を根拠にしているものであり、自己契約・双方代理の場合は意思活動における意思の混同を根拠にしている。」（註一〇）と主張され、異論を唱えられておられる。

そして、教授は、右の主張を商法二六五条にも充当され、商法二六五条は「会社と取引をする取締役が当該取引につき会社を代表する取締役と同一人でない場合にも適用せられるが、それは取締役が、営業活動に関する意思決定機関たる取締役会の構成員であり、したがって会社と取引をする取締役の意思は会社の中の意思に入り、かかる場合にも意思の混同が生ずる。そして取締役会の承認により会社意思が明確に限界づけられ、意思の混同が妨げられるものでなければ、取締役と会社との間に法律関係が生じえない」とされ、「商法二六五条の根拠が意思の混同にあると考えるならば、それは取締役と会社との関係にとどまり、手形行為において手形の第三取得者との間に手形上の法律関係が有効に成立することを、同条が妨げるべく理由はない」から、民法一〇八条の場合と同様に考えることができる（註一一）、との見解を主張された。

わたくしは、右、小橋教授の見解に対し、商法二六五条に違反する手形行為の効力（後述）に関しては、実に巧緻な立論で謹聴するも、民法一〇八条とともに商法二六五条の根拠を意思の混同に求めることが果して妥当であるのか否か、という立論の起点そのものに疑義を抱くのである。すなわち、昭和二五年の商法改正前であれば、取締役の各自代表・各自執行が法の建前であったので、意思の混同理論構成でもって説明が可能であったかも知れない。しかしながら、現行法上、各個の取締役は、直接会社の機関ではなく（註一二）、単に取締役会の構成分子（員）のそれを意味するにすぎなく、このことから会社と取引する取締役の意思は会社の中の意思の中に入っている意思の混同が生ずると決めるには説得力を欠くと思われるのである。

おもうに、取締役が、会社と取引関係にたつときは、その地位を離れたところの個人的立場においてであると考

えられるから、該取締役は、当該自己取引の承認に関する取締役会の決議については、特別の利害関係を有つて  
いる者であるから、その承認決議権を行使することはでき得ないはずである（商二六〇条ノ二・二項、同三九条五項）（註一  
三）。したがって、当該自己取引に関して、取締役会の承認があつた場合、その会社意思の中には当然該取締役の  
意思は含まれてはいない、と考えることの方が妥当であり、この点からしても承認決議に意思の混同を妨げると  
いう効果を認め得ることは適當ではないことになるのである。更には、承認を得ない場合、当該取引に関する会  
社の意思がもともと形成されていないのであるから、もちろん意思の混同は問題としての台頭をみない。これ  
は、会社と取引をする取締役が、当該取引について会社を代表する取締役と同一人であるときにもさまで異なる  
ところはない、と考える。

かく考察してみると、やはり、本条の趣旨は、会社の利益保護にある、との定説通りとみるのが妥当というこ  
とになるう。

ただ、本条後段は、自己契約と双方代理の禁止に関する「民法第八百八条ノ規定ヲ適用セズ」旨定めているが、  
この点につき多数説は、たとい会社を代表する者が会社の取引の相手方たる取締役であろうとも、取締役会の承  
認があれば民法一〇八条の適用はなく、その取引が有効である旨を明らかにするにある（註一四）と解している。  
しかし、これに対して大隅健一郎博士は、本人の許可があれば自己契約も有効であるのと同様に、取締役会の承  
認はあたかも本人たる会社自体の許可と認められるがゆえに、むしろそれは自明の理であつて、特別の規定を設  
けたことの理由とはならないから、右の規定にいう「此ノ場合ニ於テハ」の文言は、「取締役会の承認をうけた  
場合においては」の意ではなく、「取締役が会社と取引する場合においては」の意に解すべきで、その趣旨を、  
自己取引については一般に民法一〇八条の適用を排除して、たとえ民法一〇八条に該当する場合でも、同条と関



係なく、その効力はもっぱら商法二六五条の問題として処理すべきものとするにある（註一五）、と解されるのである。いうまでもなく、いわゆる利益相反行為の一類型として、自己取引をその範疇に包含しむることは誤りではないとしても、自己取引は、商法上、取締役の忠実義務の観念に基礎をおき、この観点より規制されるべき行為であるから、その意味でも、わたくしは、後説を正当と考えるのである。

註一 昭和二五年改正前の旧商法上の監査役の権限の主要なもの、例えば、臨時總會招集権（旧二三五条二項）、取締役と会社との取引の承認権（旧二六五条）、取締役と会社との間の訴訟につき会社を代表する権限（旧二七二条）、監査役が一時取締役の職務を行う権限（旧二七六条）などの権限は、二五年改正法上の監査役には全く認められないこととなった。

しかしながら、昭和四九年（法二二）、監査役資格の厳格化とその地位の強化、ならびにその権限の拡大およびその職務執行方法が明定強化され、会計監査のみに限定されないで、取締役の職務執行を監査し、あるいは、親会社の監査役の監査権限は子会社にもおよび、などのことが明定され（商二七四条以下参照）、監査役に諸種な権利や権限が付与せられたのである。

註二 元来、委任は無償を原則とするのであるが（民法六四八条一項）、取締役（員）は、通常報酬を受けるため、その額につき、いわゆる「お手盛り」の弊を伴いやすいので「取締役が受クベキ報酬ハ定款ニ其ノ額ヲ定メザリントキハ株主總會ノ決議」（商二六九条）で定めるべきものとしているが、実際上は、定款をもって取締役全体として一年〇〇万円、その配分は取締役会に一任、として行われているようである。

註三 これは、ローマ法における良家父の注意（*diligens Paterfamilias*）（原田廣吉著・『ローマ法の原理』上巻一六三頁）、ドイツ民法にいわゆる取引上必要とせられる注意（*im Verkehr erforderliche Sorgfalt*）（ドイツ民法三七六条）、と同じく、それぞれの具体的な場合に依りて取引の通念に従って相当と認められるべき人が加える注意のことである。

註四 ただし、会社と取引する取締役が重要な事実を取締役に開示（*disclosure*）して、その承認を求め、取締役会がその

事実を基礎として、善意かつ公正に承認を与えたならば、会社がその取引によって損害を受けても、承認を得た取締役には責任がないと解すべきである、という説（大阪谷公雄稿・「取締役の責任」『株式会社法講座』三卷一一三頁、小町谷操三『菅原菊志

著・『商法講義・会社(2)』二五九頁、服部栄三著・『会社法』九七頁、酒巻俊雄著・「取締役の責任と会社支配」二二頁、星川長七著・「取締役忠実義務論」一一六頁）があるが、これに対して通説は、承認の有無を問わないと解している（石井照久著・『会社法・上』三四七頁、鈴木竹雄著・『新版会社法』（全訂第一版）一五〇頁、西原寛一著・『会社法』（商法講義Ⅱ）第二版二〇六頁、大隅健一郎著・『全訂会社法論・中』一四二頁、大森忠夫著・『新版会社法講義』（改訂版）二一九頁、松田二郎著・『会社法概論』二二三頁）。

註五 大判大正四・一〇・二一民録二二輯一六七三頁。

註六 石井照久著・『会社法・上』三一頁、松田二郎著・『会社法概論』二〇七頁、鈴木竹雄著・『新版会社法』（全訂第二版）一四五頁、これと同一趣旨と思われるが、田中耕太郎博士は、商法二五四条ノ二は、委任契約上の善良なる管理者の注意義務を「新会社が会社関係に適合するように表明したもので……取締役は単に形式的消極的に法令、定款および株主総会の決議に違反しないことを以て足らず、実質的積極的に会社企業のための目的達成のために力を致さなければならぬ」（『改訂会社法論・下巻』三九五頁）とされる。博士に従えば、取締役が会社の利益を積極的に増進すべき義務を負うことを規定したことに意義が存すると思われる。

註七 田中誠二著・『最新会社法論・上巻』三八六頁、大浜信泉稿・「取締役と取締役会」『株式会社法講座』三卷一〇六五頁、大阪谷公雄稿・「取締役の責任」前掲『講座』三卷一一一七頁、星川長七著・『株式会社法の論理と課題』五頁以下。

註八 星川・前掲書一三頁。

註九 「手形における意思の混同」『手形研究』六五号八頁以下。

註一〇 小橋・前掲一〇頁。

註一 小橋・前掲一一頁。

註二 同旨、石井照久著・『会社法・上巻』三三〇頁、鈴木竹雄著・『新版会社法』（全訂第一版）一三七頁、大隅健一郎著・『全訂会社法論・中』七七頁、大森忠夫著・『会社法講義』一六四頁、村川澄著・『会社法』一一四頁、西原寛一著・『会社法』（商法講義Ⅱ）第二版一九〇頁、河本一郎著・『現代会社法』二九五頁、西本寛一著・『株式会社重役論』四一五頁など。これに対し、機関説を唱えられるのは、大浜信泉稿・「取締役と取締役会」『株式会社法講座』三巻一〇七〇頁、松田二郎著・『会社法概論』二〇六頁、松本丞治著・『会社法講義』三四〇頁、田中耕太郎著・『再訂増補会社法概論』四九三頁、田中誠二著・『全訂会社法詳論・上巻』四七七頁、烏賀陽然良著・『会社法』二〇二頁、八木弘著・『会社法・上巻』二六七頁など。

註三 大隅・前掲書一〇八・一三二頁。

註四 石井照久・鈴木竹雄著・『改正株式会社法解説』一六六頁。

註五 大隅・前掲書一二九―三〇頁。

### 三 商法二六五条の適用範囲

#### 一 商法二六五条の趣旨と解釈問題

商法二六五条は、会社の利益保護を趣旨とする規定であるが、他方、取引の安全保護も無視することはできない。

ところで、今日、わが国における経済活動は、産業再編成に伴ない、会社の合併、会社間における技術・業務

の提携、また、親子会社関係の激増から、「現代の企業は孤立した存在ではなく複雑な結合関係の網の目に組み入れられている」(註一)状態にあり、取締役の自己取引が不可避の現象として如実に現われてきている事実を黙視しえない。

かような会社間の取引を絶対に禁止することは非現実的であり、他方、放任は極めて危険である。このように自己取引から生ずるおそれのある危険から、会社あるいは株主の利益保護(いわゆる静的安全)の要請と取引の安全保護(いわゆる動的安全)の要請をどのように調和させ、また、自己取引が会社にもたらしうる利益・便宜をどのように参酌すべきか、が、自己取引に関する法的規制の問題であり、かつ、同条の解釈問題でもある。

さて、法文によれば、取締役会の承認を要すべき取引について、単に「会社ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲受ケ」会社ニ対シテ自己ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲渡シ」「会社ヨリ金銭ノ貸付ヲ受ケル」行為の三つの例示列举にとどまり、このほか、いかなる行為がそれに含まれるかは、法文自体からは明確ではないが、『会社ト其ノ取締役トノ間ニ為サレタル或ル行為ガ同条ノ適用ヲ受クベキ取引ニ該当スルヤ否ヤハ其ノ行為ノ内容ヲ詳ニシタル上ニ非ザレバ之ヲ決定スルコトヲ得ザル』(註二)ものであれば、各個の取引の具体的内容を逐一詳細に検討して決するほかはないので、これまでに相当累積している自己取引に関する判例にその力を借りることにしたい。

## 二 判例に現われたる承認を要する取引の態様

判例上、承認を要する取引と認められたものとして主なものは、会社に対する無償寄託(大判大正四・一〇・二二民録二二輯一六七四頁)、会社に対する債権についての債権者の交替による更改(大判大正四・一〇・二二民録二二輯一七三六頁、東京控判大正三・一二・八法律新聞九九二号二八頁、東京地判大正二・七・二八法律新聞九〇五号二四頁など)、取締役の債務の会社による引受(東京高判昭和

四四・二・二七金融法務五四二号三九頁、大阪地判昭和二七・六・二八下民集三卷六号九〇四頁、大判昭和六・五・七法律新聞三二七二号一七頁など）、会社の債権を取締役の債権たらしめる更改（大判昭和八・一〇・二一法学三卷三四二頁）、A会社の平取締役甲がB会社の代表取締役としてA会社の代表取締役乙となす当座貸越契約の締結（東京控判昭和九・九・二六法律新聞三八四〇号七頁）、取締役個人の債務のためにする会社の連帯保証（東京高判昭和三一・八・三下民集七卷八号二〇九一頁、名古屋高判昭和三一・一一・一五下民集七卷二一号三二五六頁など）、取締役の会社に対する金銭貸付（東京高判昭和三六・八・三〇下民集一二卷八号二一〇六頁、大判大正五・一〇・二五民録二二輯一九八一頁、大判大正九・七・一〇民録二六輯一〇六八頁、東京高判昭和四九・五・三〇高民集二七卷二号二二一頁など）、取締役の第三者に対する債務の会社による引受（大阪地判昭和三三・八・一八下民集九卷八号一六三六頁）、一つの会社の代表取締役Aが一方の会社を代表して他方の会社の債務を引受ける行為（東京地判昭和三七・六・一九判例タイムズ一三六号五六頁）取締役個人の債務のためにする実用新案権の実施権設定契約（東京地判昭和証（東京高決昭和三六・一〇・二四東高民時報一二卷二二〇頁）取締役が会社のためにする実用新案権の実施権設定契約（東京地判昭和三六・一一・二九判例タイムズ一二五号七四頁）、取締役の個人的な利益のためにする会社と第三者との和解契約（大阪地判昭和三八・二・二五判例時報三三二号三二頁）などがあり、また、会社が取締役の債務を免除することは、単独行為ではあるが、商法二六五条の「取引」に該当し（註三）、次の三にあげる場合を除き、すべての財産上の行為を含むとしている。ただし、実質が異なる場合として、A会社が農業協同組合から借金を欲したが、その組合員でないので借主の資格がなく、その代表取締役が組合員で借主資格があったので、会社に資金の融通を得させる手段として自らが債務者となり、かつ、A会社の代表者として連帯保証契約を締結したときに、一般的には商法二六五条の適用があるが、会社には不利益でないので、同条の取引にはあたらない、とした判例（註四）がある。

### 三 判例に現われたる承認を要しない取引の態様

これは、もっぱら会社に不利益をもたらすおそれのない行為だからという理由で、取締役会の承認を必要としない、とするもので、取締役の会社に対する相殺（大判昭和五・二・三二法律新報二二三号一四頁、大判昭和一二・六・一七法律新聞四一九九号一八頁など）、不動産の競落及び失権株式の競落（大阪地判昭和五・七・一八法律新聞三二六四号九頁、東京地判昭和二・八・六法律新報一三二二頁）、会社と取締役とが共同して行う借財（大阪控判大正六・五・二二法律新聞一二六七号二四頁）、取締役に対する会社の債務の履行行為（大判大正九・二・二〇民録二六輯一八四頁）、取締役個人が会社を代表して第三者となした取引により間接に利益をうる行為（東京控判九・一二・一〇法律新聞三八一五号七頁）、取締役が会社を代表して第三者となした取引により間接に利益をうる行為（東京控判昭和一一・九・三〇法律新報四五三二〇頁）、取締役の会社に対する私財の提供（大判昭和一三・九・二八民集一七卷二〇号一九二頁）、弁済の条件を会社に有利にする行為（東京控判昭和一一・二・二八法律新聞四五六七号七頁）、A会社の代表取締役甲がA会社を代表して銀行とB会社のためになした保証契約（最高判昭和三三・一〇・二二判例時報一六五号三三頁）、会社に対する無利息の金銭貸付（最高判昭和三八・一二・六民集一七卷二二号一六六四頁、東京地判昭和三四・一二・二六下民集一〇卷一二号二七七八頁など）、株式の引受および現物出資の履行行為（福岡高判昭和三〇・一〇・一二高民集八卷七号五二五頁）などがあげられており、以上、判例に現われたるもののほか、あらかじめ定型的に定められた取引約款による預金契約・運送契約・倉庫寄託契約・保険契約など普通契約条款による行為も裁量により会社の利益を害するおそれがないから、取締役会の承認を要する取引に含まれないもの、と解されている（註五）。

おもうに、商法二六五条規定の「取引」は、その行為がたとえ形式的には取締役と会社間においてなされる取引であっても、本条の立法趣旨および判例に現われたる種々の態様から考察すると、(1) 会社に不利益をおよぼさない行為、(2) 取締役が利益を得る余地のない取引、(3) 債務の履行・相殺などの両者に新たな利害関係を創設しないような行為、などは、ここにいう「取引」には入らないと解されよう。すなわち、本条の「取引」といっ

ても、取締役と会社間の取引の一切がここにいう「取引」に該当し、「取締役会ノ承認ヲ要スル」というのではなく、その行為の内容を本条の趣旨に照らし、もってこれを判断する、ということになる（註六）。

#### 四 間接取引への適用拡大の法理

会社と取締役間の利害が相反する会社と第三者の取引（いわゆる間接取引）につき、大審院の判決の中には、会社が銀行から交付を受くべき手形の割引金につき、取締役が会社を代表してこれを自己個人の当座預金口座に振替えるように銀行に指図する行為は、商法二六五条の『適用ナキモノト解スルヲ相当』とする（註七）として否定的見解を打ち出し、他に、取締役個人の債務につき、その取締役が他の取締役と共謀して共同で会社を代表してなした連帯保証も適用はない（註八）との、いわゆる直接取引限定的態度を示し、昭和三三年の最高裁判所も、会社の代表取締役が個人として他人の債務につき連帯保証をしている場合でも、その債務につき会社を代表して連帯保証をすることは、これによって取締役個人の連帯保証債務は消滅もしくは軽減されるものでもなく、また、取締役が他の会社の株主であったとしても、その者は会社の連帯保証によって法律上当然に利益を得るとはいい難く（註九）、また、商法七五条（社員会社間の取引）について、代表者個人がその子の法定代理人としてその子のために債務を負担し、その債務を担保するため、会社を代表してなした連帯保証および代物弁済に関して、同条にいう『取引とは、社員と会社との間に直接成立する利害相反行為を指す』ものである（註一〇）として、商法二六五条適用の余地はないとしてその適用を否定している。他方、大審院は、取締役個人の債務につき、その取締役が会社を代表してなした債務引受は『重疊的ノモノナルト將又免責的ノモノナルトヲ問ハス其ノ効果ハ取締役個人……ニ発生スル』し（註一一）、また、取締役個人の債務につき、会社がなした債務引受は、取締役の利益に

して会社に不利益をおよぼすものと認むべき行為である（註一三）、という理由で商法二六五条の適用を認めてい  
る、という具合に一貫していない。

ところが、戦後にいたりては、直接取引限定的態度から間接取引包含的態度、例示すると、取締役の第三者に  
対する債務を会社が引受ける契約（大阪地判昭和二七・六・二八下民集三卷六号八九八頁）、取締役が自己の第三者に対する債務  
を会社に引受させ、その限度において会社の自己に対する債務を免れさせること（大阪地判昭和三三・八・一八下民集九卷八号  
一六二五頁）、取締役の個人の債務につき会社が債務引受をすること（東京地判昭和四二・九・五判例時報五〇八号六五頁）、取締役  
個人の債務につき会社が保証すること（東京高判昭和三一・八・三下民集七卷八号二〇九一頁、名古屋高判昭和三一・一一・五下民集七卷一一号三  
二四八頁など）、など、そのほとんどは間接取引に商法二六五条の適用ないし類推適用を認めている（註一三）。

かような下級審判例の蓄積的動向から、昭和四三年一月二五日、最高裁判所大法廷は、取締役個人の債務に  
つき、該取締役が会社を代表してなした債務引受につき、『商法二六五条は、取締役個人と株式会社との利害相  
反する場合において、取締役個人の利益を図り、会社に不利益な行為が濫りに行なわれることを防止しようとする  
法意に外ならないのであるから、同条にいわゆる取引中には、取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反の  
行為のみならず、取締役個人の債務につき、その取締役が会社を代表して、債権者に対し債務引受をなすが如  
き、取締役個人に利益にして、会社に不利益を及ぼす行為も、取締役の自己のためにする取引として、これに包  
含されるものと解すべきである』という判決を下し（註一四）、従来の最高裁判例（昭和三九・三・二四裁判集七二号六一九頁）  
を改めることを明らかにした。

これは、商法二六五条の適用範囲をいわゆる間接取引にも拡大するという立場を明確にし、会社が取締役の利  
益のためになすことが定型的に予想され相手方たる第三者もそのことを知りうるような類型の取引には、商法二



六五条を適用する趣旨である（註一五）、と解されよう。

さらに、取締役が会社を代表して、自己の個人的債務を保証した事案につき、やはり商法二六五条の適用を認める立場を採っている（註一六）。このように判例の態度は、商法二六五条の適用範囲を間接取引にも拡大する方向へと大きく流動しているのであるが、前掲昭和四三年一月二五日の最高裁判決の中で、いわゆる間接取引につき商法二六五条の適用があるのは、取締役が自己の債務を会社に引受けてもらうときに、その該取締役が会社を代表して債権者との間に債務引受契約を締結した場合に限るのか、その債務を負担した取締役以外の取締役が債権者と債務引受契約を締結した場合も含むのか、その態度は必ずしも明確ではない、といううらみは残る。

しかしながら、直接取引の場合には、会社は、該取締役によって代表されると、他の取締役にによって代表されるところを問わないことは判例上からも明確である（註一七）。間接取引については、右のうらみは多少あるも、わたくしは、該取締役にによって代表されると他の取締役にによって代表されるところを問わないと解したい。

一方、学説は、その多くは商法二六五条の「取引」を直接取引に限定すると明示的には述べてはいないが、商法二六五条の「取引」の例として、直接取引のみをあげていることから考察すれば、黙示的ではあるにせよ直接取引に限定する立場を採っていたといえるのではなからうか（註一八）。

しかし、近時における学説の大勢は、間接取引包含説が通説的見解となってきた（註一九）。

註一 龍田 節稿・「企業結合と法」『現代法』九卷（現代法と企業）一〇七頁。

註二 大判昭和七・一二・一四法学二卷八三三頁。

註三 大阪高判昭和四五・八・二九高民集二三卷三三四九八頁。

註四 大阪高判昭和四三・一二・二三週刊金融商事判例一五七号一三頁。

註五 石井照久著・『会社法・上巻』三四三頁、大隅健一郎著・『全訂会社法論・中』一三一頁、鈴木竹雄著・『新版会社法』（全訂第一版）一四九頁、田中耕太郎著・『改訂会社法概論・下巻』四〇〇頁、田中誠二並本俊守著・『株式会社実務ハンドブック』四〇八頁、米津昭子稿・「取締役・会社間の手形行為」『判例手形法小切手法』（伊沢孝平先生選曆記念）一四〇頁。

註六 同旨、田中誠二並本俊守・前掲書四〇八頁、米津昭子稿・前掲一四二頁。

註七 大判昭和七・七・一五民集一一卷一七七七頁。

註八 大判昭和九・一二・一〇刑集一三卷二二号一六九二頁。

註九 最高判昭和三三・一〇・二二判例時報一六五号四八八頁。

註一〇 最高判昭和三九・三・二四裁判集七二号六一九頁。なお、取締役のみが利益を受ける連帯債務負担契約で、代物弁済条項をも含む取締役・会社間の取引について商法二六五条の適用を認めた下級審がある（大阪地判昭和三八・二・五判例時報三三一号三一頁）。

註一一 大判昭和六・五・七法律新聞三二七二号一七頁。

註一二 大判昭和九・二・二八大審院判決全集（三）二三頁、同（四）三六頁。

註一三 このほか、東京高決昭和三六・一〇・二四東高時報一二卷一〇号二〇九頁、吹田簡判昭和三五・八・八判例時報三三一号三一頁、大阪高判昭和四〇・一〇・一九高民集一八卷六号五〇五頁、東京高判昭和四三・五・一六判例時報五二九号七二頁、なお、これらの判例の検討については、菅原菊志稿・「商法二六五条にいう取引の意義」『民商法雑誌』六一卷五号八四八頁以下。

註一四 民集二二卷一三号三五一一頁。

〔註一五 菅原・前掲八五五頁。〕

註一六 最高判昭和四五・三・一二判例時報五九一八八頁、最高判昭和四五・四・二三判例時報五九二八八頁。

註一七 大判明治三七・二・二〇民録一〇輯一七三頁、大判昭和三・二・一五法律新聞二八四七号一二頁、大判昭和一二・四・一二商事判例集追録二卷一六〇頁、大阪高判昭和四〇・一〇・一九判例時報四三八号五四頁。

註一八 服部栄三稿・法律時報一七六号（判例評論一七号）一〇頁。

註一九 田中誠二〥吉永栄助〥山村忠平編著・『コンメンタール会社法』七六七頁、伊沢孝平著・『註解会社法』四四五頁、大隅健一郎〥園部秀信著・『取締役・監査役』一九二頁、実方正雄著・『会社法学・I』四五三頁、小町谷操三〥菅原菊志著・『商法講義・会社(2)』二五四頁、石井照久稿・『商事判例研究』昭和二七年度三二事件、大阪谷公雄稿・「取締役の自己取引と手形行為」『商法演習・II』一一四頁、大浜信泉稿・「取締役と取締役会」『株式会社法講座』三卷一〇七〇頁、北沢正啓稿・「取締役会社間の取引」『法学教室』（第一期・別冊ジュリスト）六号三七頁。

#### 四 商法二六五条と手形行為

##### 一 判例に現われたる本条と手形行為

商法二六五条は取締役・会社間の取引につき、「取締役会ノ承認ヲ受クルコト」を要求しているが、この規定の解釈、わけてもここにいう「取引」に会社と取締役間の手形行為が包含されるか否か、を、どのように促えるかは、会社保護・企業維持と取引の安全という商法上の二大原則の衝突を調整する使命を担う極めて難解な重要問題たるを失しない。

この問題について、判例は、明治三八年二月七日の大審院判決（民録二一輯二三五頁）と明治四二年一二月二日の大審院民事連合部判決（民録一五輯九二六頁）（註一）を受け、戦後、最高裁判所も、『株式会社がその取締役に対して約束手形を振り出し、これによって手形債務を負担する行為は、商法二六五条にいう取引に該当する』と判示し（註二）、更には、近時の最高裁判所の態度も、大審院以来の一貫した基本的見解を踏襲した態度を宣明している（註三）。

これに対し、大正の末期、田中耕太郎博士が、「実質的意義の商取引の他の法律行為のみに限らるのであって、手形に関する行為の如き形式の性質を有し且つ其の性質上利害衝突を来し得ざるものはこの中に包含せらるるものではない」（註四）との理論を展開され、手形行為の原因たる取引については取締役会の承認を必要とするも、その取引の履行行為の一部である手形の振出・引受・裏書または保証といった手形行為については取締役会の承認を必要としない、との見解を主張され、この鋭い分析的主張は強く学界に影響を与えるところとなり、博士に従う学説も生じ（註五）、また、下級審判例の中にも現われるにいたった（註六）。

ところで、ある手形行為への商法二六五条の適用の有無について判例は、もっぱら各種の手形行為の一般的抽象的性質によって判断していたのである。たとえば、会社が取締役個人を受取人としてなす手形の振出（大判大正九・一二・二民録二六輯一八八七頁、大判大正一三・九・二四民集三卷四三三頁、大判昭和四・九・二二法律新聞三〇四七号一五頁など）、会社が取締役個人を被裏書人としてなす手形の裏書（最高判昭和三八・三・一四民集一七卷二二三三頁、同旨（無効）最高判昭和三六・六・二三集一五卷六号一六六九頁（有限会社法三〇条関係のもの）、最高判昭和三九・八・二八民集一八卷七号一三六六頁（中小企業等協同組合法三八条関係のもの））、会社が取締役個人を受取人とする為替手形になす引受（大阪高判昭和四五・八・二九高民集二三卷三三九四九八頁、最高判昭和四七・二・二三判例時報六六二二号八一頁、大判大正一五・一・三〇民集五卷二七七七頁など）、取締役が他の会社を代表して振り出した為替手形に会社がなす引受（大

判昭和四・九・二二法律新聞三〇四七号一五頁）などをあげ、しかも、取締役個人が会社振出の手形に隠れた保証裏書をする趣旨で受取人として振出を受ける場合にも商法二六五条の適用があるとしている（註七）。これに対し、近時の判例は、右の如き一般的抽象的性質的基準に代えて、具体的基準を持ちこもうとする傾向がみられる。すなわち、昭和三九年一月二八日の最高裁判所判決（民集一八卷一八〇頁）であるが、かような傾向は、昭和三九年の最高裁判決以前からの下級審判例（註八）に現われたる態度と流動する発展的経済社会情勢に適合すべき態度であるといえるのではないだろうか。

判例のうち、取締役と会社間の手形行為から、商法二六五条の「取引」に該当するとして、会社が取締役に對して手形を振出す場合、あるいは、会社が取締役に裏書することによって手形債務を負担する場合とか（註九）、会社が取締役の所持する為替手形の引受をなす場合（註一〇）などがあげられる。

ところが、これとは逆に、取締役が会社を受取人として手形を振出す場合とか（註一一）、取締役に会社に対して裏書する場合のように、会社が手形上の権利者となる場合は（註一二）、ここにいう「取引」に該当せず、取締役会の承認は必要でないことになる。

以上における会社と取締役間の個々の手形行為につき、いわゆる「取引」に該当するか否かが問題とされた主な判例の多くは、手形の記載より理解される手形行為の手形関係上にもたらす効果が、会社と取締役間の利害衝突をきたすものであるか否かを標準として、当該手形行為が「取引」に該当するか否かを判定する、との態度を採っているものの、引受・保証に関しては、手形行為の法律的性質を標準として形式的に結論を打ち出す立場を採っている、といえよう。

## 二 本条と手形行為における適用の有無

さて、約束手形の振出は、単に売買、消費貸借等実質的取引の決済手段として行われるのみでなく、簡易かつ有効な信用授受の手段としても用いられるところに着目すれば、手形行為を一律に債務履行行為の性質を有する、とすることにわたくしは躊躇するのである。加えて、手形行為者は、手形行為によって原因関係とは別の新たな債務を負担し、しかもこの手形債務に抗弁の切断、挙証責任の転換という不利益を伴う上に、その債務の履行を怠ると銀行取引停止処分を受け、また手形訴訟によって厳しく追求されるなどの不利益を伴うから手形行為を「利害の衝突を来し得ざるもの」(註二三)と認めることに説得力を欠くといふべきであらう。かく解さば、手形行為は原因関係上の義務よりもはるかに厳格な支払義務であるから、手形行為により原因関係におけるよりも鋭い利益の衝突を来すので、わたくしは、手形行為は、商法二六五条の適用を受ける(註一四)、と解することの方が説得力を有し理論的にも優れていると思うのである。

註一 この問題に関しての唯一の民事連合部判決で、この場合は、完全に無効で善意取得者に対しても会社は手形上の責任を負わない(物的抗弁)とする。

註二 最高判昭和三八・三・一四民集一七卷二号三三五頁。

註三 最高判昭和四六・一〇・一三民集二五卷七号九〇〇頁、最高判昭和四六・一二・二三判例時報六五六号八五頁。

註四 田中耕太郎著・「手形関係の本質」『商法研究』一卷五七三頁、同著・「手形法小切手法概論」一三二頁。

註五 伊沢孝平著・『手形法小切手法』七八頁、松田二郎著・『会社法概論』二二二頁、石井照久著・『概説商法』三九

六頁、升本喜兵衛著・『手形法小切手法論』八五頁、大浜信泉稿・「取締役と取締役会」『株式会社法講座』三卷一〇

七〇頁、山口幸五郎稿・「取締役の自己取引」『新商法演習(2)』三四頁。

註六 東京地判昭和三三・二・二六判例時報一〇九号一四頁、東京地判昭和三三・一二・二四下民集九卷一二号二五六一頁など。

註七 大判大正九・一二・二民録二六輯一八八七頁、大判大正一二・七・一一民集二卷四七七頁、大判大正一三・九・二四民集三卷四三三頁、大判昭和四・九・二一法律新聞三〇四七号一五頁。

註八 東京地判昭和三〇・七・九下民集六卷七号一四九四頁、東京地判昭和三一・三・一九下民集七卷三号六九五頁、東京控判昭和三五・六・八判例タイムズ一〇六号三七頁、大阪控判昭和三八・六・二七高民集一六卷四号二八〇頁。

註九 大判大正九・一二・二民録六輯一八八七頁、東京地判昭和三〇・一〇・二二下民集六卷二二二頁、東京地判昭和三一・二・二八下民集八卷三号六一五頁。

註一〇 大判大正一二・七・一一民集二卷四七七頁、大判大正一五・一・三〇民集五卷八一頁、大判昭和四・九・二一法律新聞三〇四七号一六頁。

註一一 大判昭和九・一・二三法律新聞三六七三号一五頁、同旨、名古屋控判昭和五・六・二八法律新聞三一四五号七頁、なお、反対、東京地判昭和三・五・一三法律評論一八卷商三九九頁。

註一二 東京高判昭和三一・一一・一四下民集七卷一一号三二二六頁。

註一三 田中耕太郎・前掲『商法研究』五七三頁。

註一四 田中誠二著・『全訂会社法詳論・上巻』五六四頁、大隅健一郎著・『全訂会社法論・中』一三一頁、大橋光雄著・『手形法』七三頁、鈴木竹雄著・『新版会社法』（全訂第一版）一四九頁、浪川正己||青木俊二著『会社法』六二頁、

野津 務著・『新会社法概論』一九六頁、大森忠夫著・『改訂会社法講義』一七八頁、大阪谷公雄稿・「取締役の自己取引と手形行為」『商法演習・Ⅱ』一一六頁、服部栄三稿・「約束手形の振出と商法二六五条にいう取引」『民商法雑誌』四九卷五号七四四頁、拙稿・「商法二六五条と手形行為——特に同条違反の手形行為の効力について——」『商学

## 五 商法二六五条違反の手形行為の効力

### 一 判例理論の概観

手形は、多数人の間を転々と流通するものであり、取引の動的な安全確保の要請が強く求められるものであるが、商法二六五条に違反した手形行為の効力については、昭和四三年および昭和四六年の両度の最高裁判所大法院判決で相対的無権代理効力説（いわゆる相対的無効説）が採用されて以来、有力な地位を確保しつつはあるが、ここに至るまでには多くの判例の累積された土壌の上に発芽した経緯を見出すことはできない。とりわけ、わが商法学界における諸先達の主張・展開された見解は極めて顕著であり、統一された見解を見出すことはできない難解な問題なのである。

大審院判例初期、会社が取締役に出した約束手形の支払を請求してきた事案につき、取消によるその振出行為の無効を第三者にも主張できるとの見解から、違反の取引は『当然無効ニ属スヘキモノニアラスト雖其取消ヲ求ムルノ権利ハ会社ニ存スル』との態度を示したが（註一）、明治四二年に至り、会社が取締役に對して振出した約束手形を、その取締役から善意で裏書譲渡を受けた第三者が振出人会社に手形金支払を請求してきた事案につき、原審判決が善意の第三者を保護しようとしたのに対し『本条ノ規定（ここでは旧商法一七六条の意、現二六五条）ニ違背シテ為シタル取引ハ取消シ得ベキ行為ニ非ズシテ無効ノ行為』であつて（註二）、第三者の善意悪意は問わず、常に無効を主張でき、その理由として『本条ノ規定ハ会社ノ利益ヲ保障スル趣旨ニ出デタルモノナレドモ、法律ニ於



テ特ニ此ノ如キ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ、会社ノ存立ヲ以テ公共ノ利益ニ裨補アリト為シタル由ラズンバアラズ。然レバ則チ本条ノ規定ニ違背シタル行為ノ消長ヲ会社ノ意思ニ一任スル理アルベカラザル」と述べている。

大正に至り、違反行為は無効であるが、無権代理行為と同じく効力浮動の状態にあるもので『：監査役（現、取締役会）ノ承認ナク、後日ニ至リ其承認アリタルモノナレバ』有効である（註三）、との態度を示し、その後、これに追従する判例が続いて現われ（註四）、戦後の最高裁判所も大審院と同様の見解を踏襲した（註五）。

かような判例の見解は、会社の利益保護と善意の第三者の利益の保護とのいずれを重視しているか、という観点から考察すると、実質的にはその態度はさまざま変わってはいない。すなわち、判例は、商法二六五条は会社の利益を保障する趣旨の規定であるから、会社の利益を第三者の利益よりも重視して、いきおい会社が同条違反の行為を有効として扱うことも無効として扱うこともでき得る、という立場を採っていたと解されるのである。

ところで、手形行為については、そもそも商法二六五条の適用がなく、善意の第三者の保護は手形法一七条（人的抗弁の制限）によってははかるべきである、という下級審判例があり（註六）、また、商法二六五条は、手形債務負担行為たる書面行為には適用がなく、手形債権たる移転、すなわち、交付行為にのみ適用があるとし、善意の第三者の保護は、手形法一六条（裏書の資格授与的効力）によってははかるべきである、との見解を採る下級審判例（註七）も現われ、これら下級審判例に現われたる手形取引の安全をはかる見解は、ついに最高裁判所を動かすに至り、全面的にはないが、従来の立場を反省し、緩和的方向へと前進するに至ったのである。

すなわち、昭和四三年一月二五日の最高裁判所判決（民集三三卷三三三頁）は、商法二六五条違反の取引の効力に関し、いわゆる直接取引については依然として従来通り『一種の無権代理人の行為として無効となることを

予定として解すべきである』という立場を堅持しつつ、いわゆる間接取引については、取引安全の見地から『会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかったことのほか、相手方である第三者が悪意（その旨を知っている）であることを主張し、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得るものと解するのが相当である』との、いわゆる相対的無効の態度を示し、会社の利益保護よりも取引安全の見地を重視する立場を採る以上、会社との取引の当事者である第三者と同様に、あるいは、それ以上に当事者以外の第三取得者の保護をはかることが一貫した態度であると思われる。さらに、このような昭和四三年の最高裁判決の態度をより前進させ、その後における下級審判決（註八）が、直接取引についても相対的無効の立場を採ったのは当然の帰結といえようか。

さらには、昭和四六年一〇月一三日、最高裁判所大法廷判決（民集二五巻七号九〇一頁）は、前記明治四二年一二月二日の大審院民事連合部判決を採らないことを宣言して、『手形が本来不特定多数人の間を転々流通する性質を有するものであることにかんがみれば、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから』という理由をあげ、会社が商法二六五条の承認を受けないでその取締役にあてて約束手形を振り出した場合は、その手形の振出の無効を主張できるが『いったんその手形が第三者に裏書譲渡されたときは、その第三者に対しては、その手形の振出につき取締役会の承認を受けなかったことのほか、……、その振出につき取締役会の承認がなかったことについて右の第三者が悪意であったことを主張し、立証するのぞなければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れえない』とした態度を示した。

つまり、商法二六五条違反の取引において、善意の第三者を保護するためには、承認のない取引は無効であるが、このような無効状態を惹起することについて過失ある会社は、自から善意の第三者に対して無効を主張でき

ない、とする相対的無効の理論にもとづく適用をおこなうべき明確な態度を採り、右、昭和四六年の最高裁判決は、前掲昭和四三年の大法廷判決よりも、さらにより一層の前進をしたものと評価でき、まさに画期的意義を具  
有しているものであるということがいえよう。

以上、判例を概観的にはあるが考察してきたが、結局のところ、判例は、商法二六五条の適用範囲の拡大をはかることにより会社の利益を守ると共に、いわゆる相対的無効理論を確たるものにするにより、同条違反の効果を緩和して第三者の利益を保護して静的安全と動的安全の調和をいかにばかりつつあるか、の努力の一応の成果がうかがえるのである。

## 二 学説にみる理論構成の展開

右の判例における趨勢に対し、学説は、手形取引の動的安全という手形本来の要請をキイポイントとして、多岐に亘る理論構成の展開がなされていたのである。

まず、本条違反の行為を明治四二年一月二日の大審院民事連合部判決を批評されて松本丞治博士は、手形行為を、手形債務の負担を目的とする債権行為と、手形所有権の移転を目的とする物権行為とに分かたれ、前者は単独行為であるので取締役と会社間の取引に関する規定の適用はない、とされ、後者は契約であるからその規定にいう取引として所定の承認を要し、かかる承認がなければ、相手方は手形所有権を取得しえないから、権利を行使しえないが、手形所有権を善意取得した第三者は権利を行使することができる（註九）、と。

これに対し、田中耕太郎博士は、手形の実質的な原因関係については、会社と取締役との利害が相反し、取締役会の承認がなければ無効となるが、原因関係と区別された手形行為自体は取引の手段たる行為であり、債務の

履行的性質を有するにすぎないから、それ自体については利害相反の関係はあり得ず、したがって商法二六五条の適用はなく、ただ、原因関係が取締役会の承認がないために無効であれば、それを人的抗弁の事由となし得るにすぎない(註一〇)、と説示され、手形行為を債権行為と物権行為とに分かつことに反対された。なお、田中耕太郎博士の説に従う学者は相当多数おられる(註一一)。

さらにこれに対しては、手形行為自体が本条の取引に該当することは前記判例理論と同様であるが、原因関係の如何を問わず画一的に本条の取引に含めようとする判例の態度を斥け、「形式上会社取締役間に直接の手形上の権利関係が成立している場合でも、その行為の性質上、会社に対し実質的に不利益を及ぼさない場合にはこれを本条の取引から除外しうる」と論ぜられ、手形行為をその原因関係と一括して利害衝突を判定しようとする説がある(註一二)。この見解は既述の昭和三九年の最高裁判所に採用され(註一三)、脚光をあびた。

しかし、田中誠二博士は、手形行為者は手形行為によって原因関係とは別な新たな債務を負担し、この手形債務は抗弁の切断、挙証責任の転倒、取引停止処分を伴い銀行取引から追放されること等の点で利害衝突を来すので手形行為にも商法二六五条の適用があるが(註一四)、同条を効力規定(Mussvorschrift)ではなく、単に取締役の義務を定めた命令規定(Sollvorschrift)と解する立場から、同条違反の手形行為も無効ではなく、ただ、取引に係した取締役は法令違反行為として損害賠償義務を生じ(商二六六条一項五号)、少数株主による解任請求の事由となる(商二五七条三項)、ただ、このような行為により取得した権利をその取締役または悪意の第三取得者が会社に対し主張するのは権利の濫用として認められない、と説かれた(註一五)。なお、田中(誠)博士に近い学説として、大隅健一郎博士の、商法二六五条を「会社がその取締役員と取引をなす場合における会社の業務決定方法を定めたものと解するのが、事の本質に徹した見方であろうと思う」と論ぜられ、これに違反する取引も「それが代表取

締役によって締結された以上、有効たるべきであって、ただ会社は相手方たる取締役員に対しては一般悪意の抗弁を対抗してその義務を免れうる」との見解がある（註一六）。

近年になり、鈴木竹雄博士は、松本蒸治博士の手形理論の欠陥を補完し、手形行為を手形の書面行為と有価証券たる手形の交付行為とを区別され「手形の書面行為は、不特定の相手方に対する一方的行為であるから、利害相反の問題を考ふる余地がなく、従って取締役会の承認がなくても有効に成立し、手形上の権利は存在するが、これに対し、証券の交付はこのようにして成立するにいたった権利を移転する行為であるから、当事者の利害は相反し、従って取締役会の承認がなければ無効となる。その結果、手形上の権利は有効に存在しても、取締役は無権利者にすぎないから権利を行使し得ないが、取締役からその手形の裏書を受けた第三者はその手形上の権利を善意取得することができる」と説かれた（註一七）。

近時、会社更生法五五条の類推適用による説、契約解除によっても第三者の権利は害されないと民法五四五条一項但書による説（註一八）、法外観または禁反言に求める説（註一九）、その規定により守ろうとする利益の保護と取引の安全との利益較量による説（註二〇）などの根拠から、更により直接的に、会社の利益保護と手形取引の安全保護の調和的観点から、手形行為も商法二六五条の適用を受け、同条違反の行為は、当事者間では無効であるが、善意の第三者に対する関係では有効であるとする相対的無権代理効力説（いわゆる相対的無効説）がある。

このほか、ごく最近、商法二六五の規定は、従来の効力規定説の立場ではなく、また単なる命令規定説によるべきでもなく、行為の有効を前提として、会社の利益擁護の立場から違反行為も有効であり、ただその効果の会社に対する帰属を会社をして拒否せしめるにすぎない、と説く学説（註二一）、あるいは、独自の意思主義手形理論を展開された小橋一郎教授の商法二六五条は意思混同を排除したもので、それのない第三取得者については、

なんら問題が生じない(註三二)、との各見解がある。

以上、取締役会の承認のない手形行為がなされた場合にも、会社をして善意の手形所持人に対する責任を負わしめようとの種々の説をあげたのであるが、第一は、判例と同様に手形行為も商法二六五条の取引に含まれる、とするもので、手形行為によって原因関係とは別の新たな債務が発生し、かつ、この債務については、抗弁の切斷や挙証責任の転倒などがなされ、従って手形行為においても利害の対立が生じうるから、手形行為も商法二六五条の取引に含まれるとするものであるが、他方において、この説を採る学者の多くは、本条をもって効力規定ではなく命令規定と解し、本条に違反して取締役会の承認なくしてなされた行為を有効と解している(註一五・一六参照)。

第二は、手形行為は、商法二六五条の取引に含まれない、とするもので、手形の原因関係については、会社と取締役との利害が対立し、取締役会の承認を受けなければ無効となるが、手形行為は取引の手段たる行為であり、債務の履行的性質を有するにすぎないから、手形行為自体については利害の対立ないし相反の問題は生ぜず、手形行為は、商法二六五条の取引に含まれない、とするものである(註一〇・一一参照)(註三三)。第三は、第一と第二の折衷的見解の三つに類別できるのではなからうか。

第一は、判例とは異なり、それだけ取引の安全に資する。第二は、本条違反の取引を無効とする点は判例と同様であるが、手形行為は取引に含まれないという形において取引の安全を考慮している点が異なり、第三は、手形行為の独特の分析にもとづいて学説・判例を折衷しつつ、善意の第三者の保護を図るというものである。

### 三 相対的無効の法理

かくして、各見解の間には、手形を取得した善意の第三者保護の程度につき、理論的に各説若干の相違があるものの、実質的にはさまでその結果において差異はみうけられないのである。

しかし、「法律行為の効力は必ずしも「全」か「無」かの二者択一ではなく、その間に種々の段階的差異の存することが論理的に可能であるのみならず、……。法律行為にどのような効力を認めるべきかは、それぞれの法律行為についての法的価値判断によって決せられる」問題であれば（註二四）、商法二六五条違反行為の効力については、仮に明文の規定がなくとも、同条の趣旨および会社と第三者との間の利害調整における取引の安全保護への配慮からも、相対的無効と解し得るのである。

けだし、およそ法律行為の無効は何人によっても、何人に対しても、かつ何時にてもこれを主張できる（絶対的無効）のが原則であるが、例外的に無効な場合（例えば、特定人との関係でのみ無効とされる場合（民法九三条）、特定人に対して無効を主張できない場合（民法九四条二項））がある（林 信雄著・『判例を中心とした民法講話』一六四―一五頁）からである。

なお、特に注目すべきことは、かつて、有効説中、業務執行方法決定説の大隅健一郎博士（『訂正会社法論・中』一三三頁）と、善意取得説を唱えられていた鈴木竹雄博士（『手形法小切手法』（法律学全集32）一五二頁）が、いずれも相対的無効説を積極的に支持されるにいたったこと（註二五）、また、菅原菊志教授の一連の発表で絶えず強調し力説されている（註二六）この相対的無効説に意を強くするものである（註二七）。

註一 大判明治三六・九・四民録九輯九七八頁、大判明治三七・六・二二民録一〇輯九五六頁、大判明治三八・二・七民

録一一輯一五三頁、大判明治三八・四・六民録一一輯四七四頁。

註二 大判明治四二・一二・二民録一五輯九三一頁。

註三 大判大正八・四・二二民録二五輯六二九頁。

註四 大判大正九・七・一〇民録二六輯一〇六八頁、大判大正一三・七・一〇民集三卷九号三四九頁、大判昭和六・一一・二一法律新聞三三四四号一頁。

註五 最高判昭和三八・三・一四民集一七卷二号三三五頁。

註六 東京地判昭和三二・二・二六判例時報一〇九号二九六二頁、東京地判昭和三三・一二・二四下民集九卷一二号二五八一頁、大阪地判昭和四四・七・二四判例時報五八三号七六頁。

註七 大阪高判昭和三六・四・一二高民集一四卷四号二五七頁、東京高判昭和四二・一〇・一一判例時報五〇三号六六頁。

註八 大阪高判昭和四五・八・二九高民集二三卷三号四九八頁、東京高判昭和四五・九・二二判例時報六一二号八四頁。

註九 松本丞治著・『手形法』一一二頁、同・『会社法講義』三四八頁、同稿・「取締役会社間の手形行為について」『商法解釈の諸問題』四五七頁。なお、岡野敬次郎著・『会社法講義案』一七六頁、片山義勝著・『株式会社法論』六七五頁、西本辰之助著・『会社法』四〇九頁などは、松本博士と同説と思われる。

註一〇 田中耕太郎著・『改訂会社法概論・下』四〇〇頁、同・『手形法小切手法概論』一三一頁、同・『商法研究』一卷五七三頁。

註一一 石井照久著・『改訂商法・I』三一七頁、同・『手形法小切手法』二七頁の注、伊沢孝平著・『手形法小切手法』七八頁、松田二郎著・『新会社法概論』二一一頁、もつともこの説中、原因関係自体は取締役会の承認を欠き無効となるのだから、それを人的抗弁の事由となし得ると論ぜられ、この側面から取締役や悪意の利得を排除している。

註一二 実方謙二稿・「隠れたる保証のための手形の裏書譲渡と商法二六五条——右の場合第三取得者に重過失なしとされた事例」『ジュリスト』一七三号五八―九頁、大隅健一郎Ⅱ園部秀信著・『取締役・盟査役』一九七頁。

註一三 最高判昭和三九・一・二八民集一八卷一号一八〇頁。

註一四 田中誠二著・『全訂会社法詳論・上巻』五六四頁。



- 註一五 田中誠二著・前掲書五七一―二頁、同・『会社法研究』二九三頁以下、同・『新版手形法小切手法』八一頁、同稿・「取締役と会社との取引の効力について」『商法の諸問題』（竹田先生古稀記念）二六七頁、同旨、西原寛一著・『会社法』（第二版）二〇四頁、竹田 省稿・「会社と取締役との取引と監査役の承認」『民商法雑誌』九卷四号一一〇頁。
- 註一六 大隅健一郎著・『全訂会社法論・中』一三三頁、同・『改訂手形法小切手法講義』三三頁、ほぼ同旨、実方正雄著『会社法学・Ⅱ』四五四頁、大森忠夫著・『会社法講義』一七一頁、岡咲恕一編著・『新会社法と施行法』八七頁、なお、大隅博士は、この業務執行方法決定説（『全訂会社法論・中』一三三頁）を、昭和四三年一月二五日の最高裁大法廷判決の補足意見（民集二二卷一三卷三五―六頁以下）で、相対的無効説に左袒される旨述べられておられる。
- 註一七 鈴木竹雄著・『手形法小切手法』（法律学全集32）一五二頁以下。
- 註一八 吉川義春稿・「約束手形金の支払拒絶と商法二六五条違反」『民商法雑誌』五六卷五号八七五頁。
- 註一九 大阪谷公雄稿・「取締役の自己取引と手形行為」『商法演習・Ⅱ』一一八頁、高田桂一稿・「取締役会社間の手形行為について」『民商法雑誌』五一卷五号七七六頁。
- 註二〇 鈴木竹雄稿・「株式会社と取引の安全」『会社と訴訟・下』（松田判事在職四十年記念）一二二―四頁。
- 註二一 長谷川雄一稿・「手形取引と商法二六五条の適用」『法経論集・法律篇』七四号八〇頁以下。
- 註二二 小橋一郎稿・「手形における意思の混同」『手形研究』六五号八頁以下とくに一〇頁、同・「手形裏書が商法二六五条の取引にあたらなさとされた事件」『民商法雑誌』五一卷五号八〇六頁以下、とくに八一―三頁。
- 註二三 なお、大浜信泉教授は、手形行為は商法二六五条の取引に含まれないとされつつ、同条違反行為を有効とされている（『株式会社法講座』三卷一〇七頁以下）。
- 註二四 川島武宜著・『民法総則』（法律学全集17）四一一頁。
- 註二五 大隅博士については、註一六なお以下、鈴木博士については註二〇、一二―三頁以下参照。

註二六 菅原菊志稿・「商法二六五条の適用範囲と違反の効果」『現代商法学の課題・下』（鈴木竹雄先生古稀記念）一四一六頁以下。

註二七 拙稿・「商法二六五条と手形行為に関する一考察」『桑蓬』三卷一・二号合併号七九頁以下、拙稿・「商法二六五条と手形行為——特に同条違反の手形行為の効力について——」『商学と法学』一九六頁以下。

## 六 比較法的考察

一 近代における株式会社法は、資本主義経済が産業資本主義と呼ばれる段階にて成立したのであるが、それが金融資本主義へと発展するにおよび、その規制の対象は、一九世紀後半に確立され、ますます大規模なものとなった。

その標柱をなすもの、すなわち、イギリス会社法（一八六二年）、フランス会社法（一八六七年）、ドイツの第二株式改正法（一八八四年）が、各国株式会社立法の模範となり、それぞれ、イギリス法系、フランス法系およびドイツ法系を現世せしめたのは周知のとおりである（註一）。

わが国における会社制度の誕生は、明治維新後、ヨーロッパから輸入されたものであることはいうまでもなく、明治二三年法律五九号において会社に関する一般法の制定に始まる（註二）。

そして、明治三二年に、ドイツ法系にかかる新商法が成立し、その第二編に会社法が収められた（註三）。さらに、明治四四年および昭和一三年（註四）の二度の大改正を経て、完成された産業資本型の株式会社法として制定されたのである。しかしながら、昭和一三年の改正法（法七三）が、産業資本型の株式会社形態を示すも、世界の

動向と伴うべく金融資本型株式会社法への転化をせまられ、昭和二五年の改正商法（法二六七）は、さらにその形態の確立をめざしたものであった（註五）。加えて、昭和一三年改正法がドイツ第二株式改正法や、これを承継したドイツ新商法（一九三七年）、いわゆるドイツ法系に属していたが、昭和二五年改正法は、アメリカ会社法にその範をとり、その影響の下にわが株式会社法に多分に英米法的要素が導入されていることは疑いを入れないところである（註六）。

そこで以下は、昭和二五年改正法における英米法的特色をみるために、フランス法、イギリス法における自己取引についての規制を概観するとどめ、それをアメリカ法に求めてみたいと思う。

一 フランス法　フランスにおいては、わが商法二六五条に相当する規定をみなかったのであるが、一九六六年改正における商社会社法第一一〇条と一〇三条にて、自己取引は、すべて取締役会の事前の許可と株主総会の承認が必要であるとし、同一〇四条二項および一〇五条一項にて、株主総会の承認なしに締結された契約で、会社に損害を生ずべきおそれのあるときは、無効となし、取締役会の承認なしに締結された契約も第三者に対してその効果を生ずる（註七）、と規定している。

二 イギリス法　イギリス法でも、まったく規定がないというのではなく、附随定款（by-laws）に別段の規定のない限り、株式や社債の引受を除き、自己取引は禁止されており、ただ、その範囲に広狭の差はあれ、自己取引を各会社の附随定款において許容する規定を設けるのが普通になっているだけにすぎない（イギリス会社法第一附則A表八四条三項）。しかし、とくに会社からの借入金契約については、前記フランス法同様、原則として禁止されている（イギリス会社法一九〇条）（註八）が、ただし、これには例外があって、(1) 貸付をする会社が免除私会社の場合にはさしつかえない（同条一項（a））、(2) 貸付を受ける取締役が、貸付をする会社の持株会社（holding company）の取締

役である場合（同条一項（b））、(3) その貸付が、会社のために行われ、もしくは、その取締役がなす行為について、必要な費用に充当する資金をこの者に提供するためになされるか、または、その取締役が会社の役員（Officers）として、その任務を遂行するために必要な資金をこの者に提供するためになされるような場合（同条一項（c））、(4) 会社の通常の業務のうち、金銭の貸付、または第三者のなした金銭貸付について、担保の提供をなすことが含まれている場合（同条一頁（d））が許されている。なお、役員に対する金銭の貸付および貸付後一年以内に役員となった者に対する貸付は、会社の計算書類にその項目を記載しなければならぬ（同法一九七条）。

わが商法においても、会社が取締役に対して金銭の貸付をする場合について規定を設けているが、イギリス会社法におけるように、厳重な制限ではなく、ただ、取締役会の承認を受けることを要件としているだけである。

三 アメリカ法 アメリカにおいては、その判例は多岐に亘っているが、アメリカ会社法において、取締役が法律上直接の義務を負っているのは原則として会社に対してであって、第三者に対しては何らかかる特別の義務を負ってはいない。換言すれば、取締役と会社との間においてのみ特別の法律関係の存在が認められている（註九）、ということになる。

アメリカの初期にみられる判例には、取締役は会社との間に存在する信任関係において不当な利益を得てはならない、というイギリスにおける衡平法上の原則（English rule）（註一〇）にのり、会社の同意のない限り、会社との間に契約を締結することができず、その契約の内容がいかに実質的に公正であったとしても、会社は、相当の期間内に取消すことができる（註一一）、という見解をとり、取締役と会社との間のすべての契約を排斥する厳格な態度を採っていた（註一二）。かような厳格な態度は、会社と取締役との取引がいかに誠実に締結され、その内容が実質的に公正であったとしても、相当期間内に会社の一方的判断から取消されれば、取締役は会社から有利

かつ便利な取引の機会を奪われることとなる。

かようなことから、会社が取締役との取引によって自己の必要とする物資・資金等を有利に獲得することができる便宜を積極的にはかり（註三）、取締役が安心して、会社に対して便宜を提供しうるようにするため、より緩和する立場をとるにいたったのである（註四）。すなわち、取締役と会社間の取引に関するアメリカの判例法は、信託の受託者（trustee or fiduciary）に適用されるような厳格な欠格法則から離れ、契約の実質に重点をおき、公正か否かによって契約の効力を定めようとしたのである。（註五）。

**四 アメリカ法との比較** 第一に、取引の範囲につき、わが国商法二六五条が、その規制の対象としているのは、少くとも明文上は会社と取締役個人との取引、および取締役が第三者を代理もしくは代表して会社となす取引に限られる、としている。

ところが、企業の結合現象が一般的現象となつて現実化してきている今日、アメリカ法における法規制は、直接取引のみならず、広く間接取引にもおよんでいる（註六）。この点からすれば、わが国でも、昭和四三年一月二五日の最高裁大法廷判決（民集三三卷三三三号三五二頁）で、商法二六五条は、取締役が本人として、または第三者の代理人として直接会社となす取引（いわゆる直接取引）のみならず、会社と第三者との取引でも、会社の犠牲において取締役に利益をもたらすと考えられるもの（いわゆる間接取引）にも適用される、という見解を採り、商法二六五条の適用範囲を拡大する姿勢をとり、この点ではアメリカ法との差はさまでみうけられない。加うるに、昭和四六年一〇月一三日の最高裁大法廷判決（民集二五卷七号九〇〇頁）における大隅健一郎裁判官の補足意見、すなわち、『同条違反の取引を絶対無効と解するならば、取引の安全の見地から、同条にいわゆる取引に含まれる行為をなるべく狭く解することとならざるをえないのに反して、同条違反の取引を有効または相対的無効と解するな

らば、これにより一応取引の安全の要請はみたされるから、右にいわゆる取引をとくに狭く解する必要はない」  
(前掲民集二五卷七号九〇四―四五頁) は、これを十二分に裏付けされ得るものであるろうと思われるのである。

第二に、わが国では、取締役と会社との取引の効力を得るがためには、取締役会の承認を必要としている(商二六五条)。この点につき、判例は、事前の承認に限らず、追認でも差支えない(註一七)、とするものがあり、これに賛同する学説も多い(註一八)。が、右は、弊害の生ずるおそれがあることを理由に、事前の承認に限る、との説もある(註一九)。

しかし、相対的無効説に立脚すれば、取締役会の承認は、事実の開示(disclosure)に基づいて誠実になされた限り、事前事後を問わないし、形式的に取締役会の承認があっても、その取引が実質的に不公正であるときは、無効といふべきであろう。かく解せば、なんらの弊害が生ずるとは考えられないのである。

これに対し、アメリカにおいては、取締役会の許可、もしくは株主総会の事前あるいは事後の承認を必要としている。しかも、この取締役会の許可決議の要件を厳格にする立場から、取締役と会社間の取引が有効であるためには、かかる取引の内容の実質的公正(fairness)に重点をおく立場に変わりつつある。これは、まさに、「取締役各人が、会社の所有から分離されず株主の利益代表であり得た時代は、ある取締役との間でなされた契約を他の取締役の監視の下におくことは、会社の利益保護のために十分意味をもっていった。しかし、取締役が経営者という職業集団に属する人々により構成されるようになる」と、取締役相互に牽制よりは同僚的意識が働くようになり、共通の利害関係を有するにいたり、取締役会の厳格な許可を要求することの意味は薄れ」ていくことを一つの背景としている(註二〇)、と思われる。

このようなことから考察するに、ある取引につき、会社にとっては不利で、取締役にっては有利であるか否

かという判定は、会社と取締役間の利益相反関係を実質的・具体的に判断するわが国の判例の傾向と、アメリカ法における緩和の傾向と類似する（註二二）ものと考えられる。

第三に、自己取引に関するわが国の法的規制は、会社の利益保護をはかるため事前の一般的予防にその重点をおき、わが国における有効説（註二二）、相対的無効説（註二三）も、自己取引において第三者の利益保護をはかるための理論であるが、アメリカにおける判例のリベラルな原則とは根本的に発想を異にするものといえようか。

二 ところで、商法二六五条違反の効力につき、比較法的見地から、一九四八年のイギリス会社法一九九条は類似の場合の制裁を取締役に対する罰金（一〇〇ポンド以下の罰金、同条四項）にとどめ、また、西ドイツ株式法八九条は、わが国の二六五条に比し、信用授与行為に限って制限しているにすぎないので、立法論として本条を廃止すべきであり（註二四）、相対的無効説で一貫した効力を定めた立法は存在しない（註二五）との主張があるが、わが国における下級審判決や最高裁判決（註二六）にみられるごとく、会社と取締役との契約でも、実質的にみて、会社にとって不利でない場合は、商法二六五条の適用がない、という立場を採っており、この傾向は、アメリカのリベラルな原則とその基本的考えを同じうするものといえるものである（註二七）から、先の主張は論外とし、下級審および最高裁の立場は、相対的無効説の立場からするとき、より一層妥当であろうといえようか。

註一 大隅健一郎著・『株式会社法変遷論』九五頁以下。

註二 旧商法、第一編第六章に会社に関する規定が収められていた。

註三 ここにおける株式会社の規制は、ドイツにおける第一株式会社法に該当し、一応産業資本型の株式会社の成形をなしていた。

註四 この改正は、昭和元年に要綱が確立し、第一次世界大戦におけるわが国資本主義への飛躍的發展に即応するために制定された。

註五 三藤 正稿・「わが株式会社法の性格とその変質」『民商法雑誌』一四卷四号五頁。

註六 大隅健一郎Ⅱ大森忠夫著・『逐条改正会社法解説』一頁以下。

註七 本間輝雄稿・『注釈会社法(4)』株式会社法の機関四一七頁。

註八 小町谷操三著・『イギリス会社法概説』二七四頁以下。

註九 山口幸五郎著・『会社取締役制度の法的構造』三五頁以下。Berle and Means, *The Modern Corporation and Private Property*, p. 226, 1948.

註一〇 ジェンキンスⅡ北沢正啓訳・『アメリカと日本の会社法』二五〇頁以下。

註一一 *Aberdeen Railway Company v. Blaikie Bros.* (1854) 1 Macq. 461 (H. L. Sc.) の判旨からも明確である。

註一二 この原則は、取締役を共通する会社間の取引にも適用される。

たよび、*Metropolitan Elevated Railway Co. v. Manhattan Elevated Railway Co.*, 11 Daly (N. Y.) 373, 14

Add. N. C. 103 (ct. of C. P. 1884)

註一三 *Stevens, On Corporations*, 2nd ed., § 148, p. 679.

註一四 菅原菊志稿・「アメリカ法における取締役会社間の取引」『英米会社法の論理と課題』(星川長七先生還暦記念) 一五一頁。

註一五 菅原・前掲一五八頁。

註一六 菅原・前掲一六〇頁。

註一七 大判大正一三・七・二〇民集三卷九号三四九頁。



- 註一八 松田二郎著・『会社法概論』二二一頁、石井照久著・『会社法・上』三四一頁、服部榮三著・『会社法』九五頁。
- 註一九 田中誠二著・『全訂会社法詳論・上巻』五六六頁、実方正雄著・『改訂会社法学・Ⅱ』四五三頁、大隅健一郎著・『全訂会社法論・中』一三二頁、大森忠夫著・『新版会社法講義』（改訂版）二〇七頁、本間輝雄稿・『注釈会社法（4）』株式会社機関四三五頁、並木俊守著・『精説会社法』三三五頁、田中耕太郎著・『改正会社法概論』五八七頁、ただし、田中（耕）博士は、その後『改訂会社法論・上』四〇二頁において、民法一九九条但書が適用され新たな行為がなされたものとする、と改説されている。
- 註二〇 赤堀光子稿・「取締役の忠実義務（一）」『法学協会雑誌』八五卷二号三七頁以下。
- 註二一 菅原菊志稿・「取締役会社間の取引」『商法の判例』（ジュリスト増刊・基本判例シリーズ3）八二頁。
- 註二二 田中誠二著・『会社法研究』二九三頁、同・『全訂会社法詳論・上巻』五六三頁以下、大森忠夫・前掲書一七一頁、実方正雄・前掲書四五四頁。
- 註二三 鈴木竹雄稿・「株式会社法と取引の安全」『会社と訴訟・下』（松田判事在職四十年記念）一二二四頁、北沢正啓稿・「取締役会社間の取引」『法学教室』（第二期）別冊ジュリスト』六号三七頁、服部榮三稿・「約束手形の振出は商法二六五条にいう取引にあたるか」『民商法雑誌』四九卷五号七三九頁、大阪谷公雄稿・「取締役の自己取引と手形行為」『商法演習・Ⅱ』一一八頁、菅原菊志稿・「取締役・会社間の取引」『判例展望』（ジュリスト五〇〇号）二八一頁。
- 註二四 田中誠二著・『会社法詳論・上巻』四八〇頁。
- 註二五 田中誠二稿・「商法二六五条についての相対的無効説と有効説」『商事法務研究』五九三号二頁以下、とくに一〇頁。
- 註二六 大阪高判昭和四五・八・二九高民集二三卷三号四九八頁、東京高判昭和四五・九・二二判例時報六一二号八四頁、最高判昭和四三・一二・二五民集二二卷一三号三五一一頁、最高判昭和四六・一〇・一三民集二五卷七号九〇〇

頁、最高判昭和四六・一二・二三週刊商事判例三〇〇号二頁、最高判昭和四七・二・二二週刊商事判例三〇八号六頁。

註二七 菅原・前掲『星川長七先生還曆記念』一六四頁。

## 七 實際界における取扱い

手形決済は、そのほとんどが金融機関たる銀行を通じて行われており、その運用の実態面を觀察し、もって商法二六五条の取引と手形行為につき、實際界では如何に取扱われているかを認識することは重要な問題たるを失わないと思われる。

さて、通常、約束手形の振出人は、直接自分が手形の支払をなすのが本来的なではあるが、しかしながら、約束手形の支払金を手元におくことは、盗難・紛失の危険があり、しかも煩雜であるので、約束手形の振出人は、あらかじめ銀行（支払担当者）に現金を預託しておく（当座預金（註二））、その中から支払をさせている。かかる振出人と銀行との関係は、「当座勘定規定」にもとづいて行われるのである（註二）。そして、右「当座勘定規定」第十九条（自己取引手形等の取扱い）で、『①手形行為に取締役会の承認、社員総会の認許その他これに類する手続を必要とする場合でも、その承認等の有無について調査を行なうことなく、支払をすることができます。②前項の取扱いによって生じた損害については、当行は責任を負いません。』という規定があり、会社の取締役が商法の規定を無視して振出す手形について銀行が無条件に支払ってもよい、という約束をすることになる。

これは、銀行に支払のため呈示される手形のなかには、株式会社の代表取締役が取締役個人にあてて振出した手形、あるいは取締役個人が振出し会社が引受けた為替手形等があり、また、それらの裏書もある。さらには、

それと同様な合名会社、合資会社の社員と会社間の取引、有限会社の取締役と会社間の取引等に該当するものもある。しかして、それらに該当する手形行為について、取締役会の承認、社員総会の認許（商二六五条・同七五条・同一四七条、有限会社法三〇条）等が必要か否かについては既述の如く、判例の態度および学説の見解の多岐に亘るところである。

おもうに、右規定の第一項は、商法二六五条・同七五条・同一四七条、有限会社法三〇条の適用を否定するものではない。周知の如く、銀行は多数の証券類をごく短時間にしかも迅速に処理しなければならず、たとい手形面に「取締役会承認済<sup>㊦</sup>」という証印、あるいは代表取締役の記名押印した「本件手形行為は取締役会の承認を得たものであることを証明します」という付箋があつても、真実に合致しなければその<sup>㊦</sup>および付箋は何の意味をもなさない（かような<sup>㊦</sup>（ゴム印）や付箋があつていない場合には、支払銀行は手形金の支払をなし、そうでない場合には、自己取引を理由に「不渡返還」するのが一般実務の慣行であつた）。したがつて、その事実の確認を必要とするも、実際問題として確認をすることは実に困難であるから、調査をすることなしに当座預金から引落すことができることを定めたものである。

また、同第二項は、前記のように取締役会の承認等があれば当該手形行為が有効となる場合についてだけ適用されるものであつて、それ以外の、たとえば、公益法人と理事との取引（民法五七条）、子と親権者との間の利益相反行為（民法八二六条）、またはその相手方の代理人となり、もしくは当事者双方の代理となるいわゆる自己契約や双方代理（民法二〇八条）に該当し、取締役会等の機関による承認だけでは有効にならないものについては適用されない、と考えられる。なお、前記の調査をしなかつたために実質的に無効の手形の引落しが行われ、それがため仮に取引先に損害が生じた場合、その責任を銀行が負うとすれば受任者としての責任があまりにも加重されるの

で、右規定によらないときは問題であるが、取締役会の承認の有無について調査せずに銀行が無条件で支払っても重過失があるとはいえず、手形法四〇条三項により、支払銀行は免責されると解される。したがって、右規定を適用した結果は、商法二六五条違反の取引を有効と解する説、あるいは商法二六五条の取引に手形行為は含まれないとする説などの趣旨と調和するのであるが、とりわけ、昭和四六年一月一三日の最高裁大法院判決（民集二五卷七号九〇〇頁）によつて、右規定は、単に確認的機能をもつにすぎないことになったといえようか。

ところで、右最高裁判決は、従来の判例が、取締役と会社間の自己取引に該当する手形行為は、商法二六五条の「取引」に含まれ、取締役会の承認がない限り無効であつて、所持人の善意悪意を問わず対抗できる物的抗弁であるとしていたのを、そのような手形行為も右の「取引」に該当するとしながら、同条違反の手形行為の効力については、取締役・会社間の直接取引の場合には、会社は取締役に對しその無効を主張できるが、間接取引の場合には、会社は第三者たる手形所持人に対しては、取締役会の承認がなかつたことについて所持人が取得時に悪意であつたことを主張立証するでなければ、その無効を主張して手形上の責任を免れることはできない、としたいわゆる相対的無効説の立場を採用し、この立場の確定をみたは既述のとおりである。

かような判例の動向に対応せしめるため、手形交換ないし当座勘定実務では、かつては、手形面の記載上、商法二六五条の「取引」に該当する手形が支払呈示された場合、支払担当者たる銀行は、取締役会の承認の存否をその「ゴム印」・「承認済附箋」があれば取締役会の承認があつたものとして当座預金から支払うが、それがなければ取締役会の承認はなかつたものとして「形式不備」・「裏書不備」等の事由をつけて「不渡返還」したのが実務上の取扱いであつた（この不渡りについては、不渡届の提出は不要とされていた）。それだけに取立銀行では、右ゴム印・付箋を見落したがために手形を「形式不備」・「裏書不備」等の事由で不渡返還されることを嫌

い、取立にあたっては最大限の注意を払ってきたのである。

また、旧手形交換規則でも、商法二六五条違反を理由とする「形式不備」・「裏書不備」の手形は、手形の支払義務者の信用に関しないものとして、本則届ないし双方届（旧東京手形交換規則二一条・信用に関する一定の返還事由の不渡届の取扱いについて）社員総会決議昭和四〇年四月一日改正実施の対象とはならず、そして、現行東京手形交換所交換規則（第四章「取引停止処分」昭和四六年一〇月一八日実施）でも、「適法な呈示でないこと等を事由とする不渡」として解され、取扱われてきた（註三）。

しかしながら、善意の手形所持人に対して商法二六五条違反の抗弁を主張することは許されなかった前記最高裁判所の昭和四六年一〇月一三日判決によれば、かような解釈・取扱いが妥当でなくなったことは明白である。

このような背景から、東京手形交換所は、昭和四八年一〇月五日、交換参加銀行および代理交換委託金融機関あてに「商法二六五条（取締役会社間の取引）違反の手形に関する取引停止処分上の取扱について」という通達（東京手形交換所東信通第七号）を発したのである。

それによれば、『(1) 商法二六五条違反の手形を不渡返還する場合には「取締役会等承認不存在」の不渡事由を付すこと、(2) 手形交換所には第二号不渡届（註四）を提出すること、(3) 不渡異議申立手続、同提供金の返還、不渡報告・取引停止処分の取消等手形交換所の取扱は詐欺・盗難・偽造等の不渡事由と同様とすること、(4) 他の不渡事由（契約不履行・詐欺・盗難・偽造等）と重複するときは、その不渡事由により返還することもできる』となっている。

しかしながら、この通達は、振出人等（当座勘定取引先）に対しては不利益な変更となり、逆に手形所持人にとっては有利になる。したがって、実務処理にあたっては、無用なトラブルを避けるためにも、右通達の取扱いの変更

内容を熟知しておくことが実務家に課せられた責務であろう。

なお、次に、商法二六五条の規定と同様、代表者と法人との手形行為について、取締役会に準ずる機関の承認、認許等を得れば有効となるもの、および、公益法人と理事と利益が相反する事項については理事は直接当事者となることを禁止され、特別代理人の選任を要することになっているが（民法五七条）、このようなものについては、右当座勘定規定一九条の対象外であるが、代表者または代理人の自己取引あるいは双方代理となる場合（民法一〇八条）の措置の主なるものを摘記してみたい。

## 一 前者に属するもの

- (1) 合名会社の社員と会社間の取引については、社員の過半数の決議（商七五条）
- (2) 合資会社の社員と会社間の取引については、合名会社の規定の準用（商一四七条・同七五条）
- (3) 有限会社の取締役と会社間の取引については、社員総会の認許（有限会社法三〇条・同二九条）
- (4) 中小企業等協同組合の理事長と組合間の取引については、理事会の承認（中小企業等協同組合法三八条）
- (5) 商工組合、同連合会のそれぞれの理事長と組合、連合会との取引については、理事会の承認（中小企業等協同組合法の準用）
- (6) 環境衛生同業組合の理事長と組合との取引については、理事会の承認（環境衛生同業組合法三三条）

## 二 後者に属するもの

- (1) 未成年者と親権者については、利益相反する父または母のために特別代理人を選任し、その者と相反しない親権者が代理する（民法八二六条、判例として、最高判昭和三五・二・二五民集一四卷二号二七九頁参照）
- (2) 準禁治産者と保佐人については、臨時保佐人（民法八四七条二項）
- (3) 禁治産者と後見人については、後見監督人あるときはその者、ないときは特別代理人（民法八六〇条・同八四八条・同八四九条）

- (4) 社団法人、財団法人と理事については、特別代理人（民法五七条）
- (5) 学校法人と理事については、特別代理人（私立学校法四九条）
- (6) 宗教法人と代表役員については、仮代表役員（宗教法人法二二条）
- (7) 医療法人と理事については、特別代理人（医療法人法六八条）
- (8) 法人労働組合と理事については、特別代理人（労働組合法二二条）
- (9) 証券取引所と理事長については、特別代理人（証券取引所法八九条）
- (10) 商品取引所と理事長、あるいは理事については、監事（商品取引所法六三条）
- (11) 農業協同組合、同連合会と理事については、監事（農業協同組合法三三条）
- (12) 農業協同組合中央会と理事については、監事（農業協同組合法七三条の二〇）
- (13) 森林組合、同連合会と理事については、監事（森林法一〇九条）
- (14) 水産加工業協同組合、同連合会、同共済会と理事については、監事（水産加工業協同組合法三七条・同八六条）
- (15) 消費生活協同組合、同連合会と理事については、監事（消費生活協同組合法三二条）

なお、会社更生法の管財人、または保全管理人が、更生会社と自己取引するには、裁判所の許可（会社更生法五四条の二・同四三条一項）を要し、許可を得ないときは、その取引は無効である（同五五条）。

註一 戦前は、当座預金に日歩一厘程度の利息をつけていた時代もあったそうだが、戦後、委任契約という觀念からか、あるいは手数のかかる面を重視してか、昭和二二年法律第一八一号によって公布された「臨時金利調整法」第二条一項に基づく「金融機関の金利の最高限度」を定める昭和二三・一・二〇の大蔵省告示第四号により「当座預金は無利息」と定められ今日におよんでいる。当座勘定規定第二〇条。

註二 従来、銀行は、全国銀行協会連合会によって統一された「当座勘定約定書」(昭和四四・四・二二全国銀行協会連合会公表)を印刷しておき、当座取引締結者がそれに署名し、銀行に提出し、受理されるとここに当座取引契約が成立したのであったが、近時変更された。なお、銀行に限らず、信用金庫においても同様な「当座勘定規定」を使用していると思われる。

註三 東京手形交換所交換規則六三条一項、同細則七七条一項。

註四 手形交換所規則では、手形交換に付された手形・小切手について不渡返却する場合には、必ず「不渡付箋」等による不渡事由を記載させ、特別の場合を除き、不渡届を交換所に提出しなければならないことになっている(東京手形交換所交換規則六三条)。

この不渡届は、「第一号不渡届」と「第二号不渡届」の二種類があり、「第一号不渡届」は、振出人(約束手形・小切手)や引受人(為替手形)の信用に関する不渡事由(「資金不足」・「取引なし」)による場合で、「第二号不渡届」は、振出人の信用に関するものであるが、ただちに判断しかねるような不渡事由(「契約不履行」・「詐欺」など)による場合である。

## 八 結 語

商法二六五条の規制の対象となる取引の範囲の問題や、同条違反の手形行為の効力の問題は、結局のところ、「会社の利益保護」の要請と商法の基本的理念ともいえるべく「取引の安全保護」の要請とをどのように調和させるべきか、が問題たる原点でもある。

おもうに、商法二六五条の「取締役会ノ承認」自体が会社の内部問題であることにかんがみれば、さまで重要



な意味を具有しない感を受けるのではあるが、本条の立法趣旨を取締役の忠実義務（商二五四条ノ二）にもとづき会社の利益―株主の利益を護るために一種の不作为義務を定めたものであると解すると、本条にいう「自己又ハ第三者ノ為ニ」とは、自己の名をもってすると第三者の名をもってするとを問わず、自己または第三者の計算においてする意味（商五五一条）であると解す（註一）べきであり（註二）、故に、本条の「取引」には、直接取引（取締役が自己または第三者のためになす取引）のみならず、間接取引（会社と取締役の間の利害が衝突する会社と第三者の間の取引）も含まれると解するのが妥当であろう（最高判昭和四三・一二・二五民集二二卷一三三号三五二頁にみられた見解と一致する）。一方、手形行為は、手形上の法律関係を発生せしめる法律行為であり、一面において原因関係とは全く独立しているも、他面、経済的側面においては、これらの経済的関係の決済手段としての実質的同一性をも有しているから、原因関係の時点における「会社の利益保護」をはかつて、取締役会の承認を欠いた手形取引は、会社と取締役間では無効である、とすることで立法者の意を十二分に理解したものであるといえよう。ただ、「調和」の要請という観点からは、「取引の安全保護」に重点がかかりすぎるうらみはあるが、「取引の安全保護」の要請を無視して、会社は、いわば内部的事情に属する取締役会の承認がないことを理由として、ただちに善意の第三者に対してまでその無効を主張することは許されるべきではない、と考えるのである。

かような見解は、立法例としても昭和四二年に改正された会社更生法中にみられる。すなわち、管財人と会社との間の取引について第五四条の二（管財人の自己取引）を新設した結果、第五五条によって、管財人が裁判所の許可を得ないでなした取引は無効であるが、善意の第三者にはこれを対抗しえない、との相対的無効の觀念が明定されている（註三）。かようなことから、相対的無効説によって会社と第三者との利害の調和が維持できるならば、それが政策的にもより一層望ましいと考え、わたくしは、相対的無効説に賛意を述べるものである。けだし、そ

の根拠として、(1) 代表権制限の對抗不能の規定（商二六一条三項・同七八条二項、民法五四条）の類推適用、(2) 付随的義務不履行にもとづく契約解除の理論から民法五四五条一項但書、(3) 会社更生法五五条の類推適用 等によって第三者は保護されると考えるからである。

註一 北沢正啓稿・「取締役の競業禁止義務」『商法演習・I』一五五頁。

註二 反対、大浜信泉稿・「取締役と取締役会」『株式会社法講座』三卷一〇六七頁。

註三 鈴木竹雄著・『商法研究・I』五八頁、反対、高島正夫稿・「株式会社における会社の利益保護と取引の安全」

『財政経済弘法』一四四一号一四頁。