

# 商法260条 2 項の決議を欠く代表取締役の行為の効力

根 本 伸 一

## 目次

- ．はじめに
- ．判例の流れ
  - 1．昭和25年改正前
  - 2．昭和25年改正から昭和56年改正前まで
  - 3．昭和56年改正後
  - 4．小括
- ．学説
  - 1．有効説
  - 2．無効説
  - 3．学説の特徴
- ．検討
  - 1．商法260条 2 項の立法趣旨
  - 2．代表取締役と取締役会との関係
  - 3．代表権の制限に関する他の類型との権衡
  - 4．予想される批判
  - 5．過失認定の基準
  - 6．不法行為責任との関係
- ．むすびにかえて

## ．はじめに

最近、代表取締役が商法260条 2 項に違反して行った対外的取引行為の効力が争われる事案が増えている。当該規定は、重要な業務執行について取締役会の決議を必要とする旨規定しているが、当該決議を欠いたまま代表取締役が取引行為を行った場合、あとになって会社がその行為の効力を否認することがある。会社としては、取締役会の決議がなされていない以上、当該取引は無効だとし、履行を拒否するのである。

このような紛争が起きるのは次の理由による。第一に、商法260条 2 項に違反してなされた取引の効力につき、明文の規定を欠いていることである。当該規定は一定の取引について取締役会の決

議が必要である旨規定するだけで、当該規定の違反が取引の無効を招来するのか、それとも取引の効力には影響を及ぼさないのかについて、明らかにしていない。第二に、周知のように、わが国の会社とりわけ小規模会社においては、商法の要求する手続が必ずしも遵守されていないことである。この種の会社では、実際には取締役会を開催していないものが多いといわれる。第三に、1980年代後半のいわゆるバブル経済期に債務保証<sup>1)</sup>が盛んに行われたが、その後のバブルの崩壊により被保証企業の事業が破綻し保証責任の履行を迫られるケースが増えてきたことである。巨額の債務保証は商法260条2項2号にいう「多額ノ借財」として取締役会の決議が必要であるにもかかわらず、それがなされていない場合に問題を生じる。

このような状況下で、商法260条2項違反の取引をめぐっては、それをいかに理論構成するか、それに基づいていかなる法律効果を与えるか、について、いくつかの判例が出され、様々な学説が主張されてきたが、今のところ定説を見ていない。特に判例と学説の対立は顕著である。また、個々の学説も、細部についてはいまだ詰められていない部分があるように見受けられる。

そこで、本稿は、商法260条2項違反の取引の効力について、従来の学説・判例を整理し、これに検討を加えることにより、同規定違反の取引についての、あるべき理論構成を模索しようとするものである。以下では、現在に至るまでの判例の流れ、商法260条2項違反の取引の効力に関する学説についての概観を行ったのちに、若干の検討を行うことにする。

## ．判例の流れ

ここでは、現在に至るまでの判例の流れを概観する。なお、昭和56年商法改正以前には現行商法260条2項に相当する規定は存在しなかったため、商法260条2項違反の取引の効果が問題になることはなかったが、それ以前の判例であっても、重要な業務執行でありながら取締役会の決議を欠いてなされた取引に関するものは、現在問題になっているものに事実上相当し、かつ、現在の判例へ影響を及ぼしている点が大きいと考えられるので、あえてここで取り上げることにした。

### 1．昭和25年改正前

昭和25年の商法以前、取締役会は法定の機関ではなく、取締役は各自単独で代表権をもっていた。そこでは、取締役会はあったとしても任意機関であり、またその権限の範囲は定款等の会社の自治規則により定められていたにすぎない。したがって、問題になるのは、これらの会社の自治的制限に違反して行われた取引の効力である。

この点につき、判例の立場は分かれていた。すなわち、定款において会社の重要事項については取締役会の決議を経なければならない旨定められていた場合において、このような定款規定は取締役の代表権に加えた制限ではなく、取締役の内部的な義務を定めたものにすぎないから、決議を経ていないことにつき悪意の相手方に対しても無効を主張できないとするもの〔判例<sup>2)</sup>〕がある一方で、取締役が代表行為をするにつき社長の同意を要求し、あるいは重役会議により代表権を行使しうるのが限定されていた場合において、これに反する代表行為も善意の相手方に対しては有効であるとするもの〔判例<sup>3)</sup>〕があった（いずれも詳細不明）。

## 2. 昭和25年改正から昭和56年改正前まで

昭和25年改正により代表取締役および取締役会が法定機関とされ、代表取締役が唯一会社を代表する機関とされたが、重要な業務執行に関しては取締役会が決すべき旨が定められた。ここでは、取締役会の決議を要する取引といっても、それには定款等の自治的制限に基づくものと、商法等の法令上の制限に基づくものがあり、それぞれについて代表取締役が専断的に行った取引の効力が問題となった。

### (1)自治的制限

まず、自治的制限に関しては、最高裁が初めて判断を下した。すなわち、製材業を主たる営業とする会社が、重要事項については取締役会の決議を要する旨の定めがあったのに、同決議を経ずに、製材工場を構成する土地・建物・機械・機具類が譲渡された事案につき「株式会社の一定の業務執行に関する内部的意思決定をする権限が取締役に属する場合には、代表取締役は、取締役会の決議に従つて、株式会社を代表して右業務執行に関する法律行為をすることを要する」とし「しかし、代表取締役は、株式会社の業務に関し一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する点にかんがみれば、代表取締役が、取締役会の決議を経てすることを要する対外的な個々の取引行為を、右決議を経ないでした場合でも右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であつて、ただ、相手方が右決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときに限つて、無効である、と解するのが相当である」とした〔判例 〕<sup>4)</sup>。この判決は、判決文中では必ずしも明言していないが、心裡留保（民法93条）の法理に準拠したもの（心裡留保説、後述）であると解されている<sup>5)</sup>。つまり、この判例の論理は、さきに最高裁が、代表取締役の権限濫用行為に関して「相手方が右代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであったときは、民法93条但書の規定を類推し、右の法律行為はその効力を生じないものと解するのが相当である」と判示したもの<sup>6)</sup>と同趣旨であるというのである。

### (2)法令上の制限

次に、法令上の制限に関しては、ビルの賃貸業のみを行っていた会社が、不況の打開のためラーメンを仕入れ、代金支払のため手形を振出した事案につき、新規事業の開始は業務執行の基本事項であるから取締役会の決議を要するものであるが、右決議を経ないで代表取締役が相手方と取引をした場合、「取引の相手方が悪意であったような場合は格別として一般に、取引の効力に影響がないものといわなくてはならない」。「このことは、商法第261条第3項、第78条、民法第54条の趣旨から推しても正当な解釈であると思われる」とするもの〔判例 〕<sup>7)</sup>がある。この判決は、悪意の相手方は保護に値しない旨述べるものであるが、商法261条3項の内部的制限に関する規定を引き合いに出していることから、後述の内部的制限説に立つと見ることができる。

しかし、その後の判例は、自治的制限に関する上記〔判例 〕の影響のもと、いずれも心理留保説に依拠し、取引の相手方の悪意・有過失を否定して取引を有効なものであるとしている<sup>8)</sup>。

例えば、取締役会決議を経ずに重要な営業用財産たる会社所有の土地・建物を代物弁済に供したとしても、相手方においてその代物弁済につき取締役会決議を経っていないことを知り、または、知

りうべきであったことの立証がないかぎり、代物弁済は有効であるとするもの〔判例 〕<sup>9)</sup> やタクシー会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないまま一般乗用旅客自動車運送事業廃止の許可申請を行った事案につき、行政庁において右決議のないことを知りまたは知りうべかりし事情にないときは、本条本文の法理に準拠し、申請は有効であり、したがってそれに対する行政庁の許可処分も有効であるとするもの〔判例 〕<sup>10)</sup> がある。後者の判決は、対外的取引というよりも、行政庁に対する営業廃止の許可申請が重要な業務執行に該当するとされ、これにつき心裡留保説に依拠して解決を図ったという点で特殊な事例である。

### 3. 昭和56年改正後

昭和56年改正により、取締役会の決議を要する重要な業務執行の例として、新たに「重要ナル財産ノ処分及譲受」(商法260条2項1号)「多額ノ借財」(同2号)が追加された。これにより、それ以降の判例はそれらの規定に違反して代表取締役が行為をした場合が中心となっていく。すなわち、法令上の制限に基づくものである。それには以下のものがある。

株式譲渡の効力が争われた事案につき、出資先の会社に対する支配権を失わせるおそれがあるほど大量の株式の譲渡は、商法260条2項にいう「重要ナル財産ノ処分」に当たるから取締役会決議を必要とするものであるとしたうえで、譲受人が当該決議のないことを知っていた場合には、株式譲渡は無効であるとするもの〔判例 〕<sup>11)</sup>。

銀行が会社に融資を行った際に、元親会社(融資当時は親会社、その後出資比率が低下して関連会社になった)が保証予約をし、予約完結権が行使された事案につき、保証予約は商法260条2項にいう「多額ノ借財」に当たり、右親会社の取締役会決議を経る必要があるところ、銀行にその決議の確認を怠った過失があるとして無効であるとした(ただし、右親会社の代表者の不法行為を認め、結局、右親会社の不法行為責任を認めた、過失相殺30% 元の〔判例 〕<sup>12)</sup>。なお、その後、上記親会社をめぐる同様の争い(原告当事者が異なる事案)においても、ほぼ同様の判決が出されている<sup>13)</sup>。

ファイナンス会社が融資を行うとともに、借り手たる会社の不動産に抵当権を設定した事案につき、第一審では、右抵当権設定は商法260条2項にいう「重要ナル財産ノ処分」に当たるとしたうえで、これにつき取締役会の決議を経ておらず、さらに右ファイナンス会社は右抵当権設定に関する取締役会の有無につき取締役会議事録を徴収せず、相手方の会社の総務部長に対してもその確認をしていないことから、取締役会決議が存在しないことにつき過失があったとして無効であるとした〔判例 〕<sup>14)</sup>。

これに対し、同判決の控訴審では、抵当権設定時の客観的事情からみて、借り手たる会社の代表取締役の説明に不自然な点はなかったこと、右借入れ等につき取締役会の承認決議を得ることも可能であったと考えられることなどから、右ファイナンス会社の担当者が右代表取締役の言動に何らの疑問を持たなかったとしても非難されるべき点はなく、右ファイナンス会社が取締役会決議の不存在について確認しなかったことをもって過失ありとすることはできないとした〔判例 〕<sup>15)</sup>。これら両判決は、同一の事案、事実関係のもと、過失認定についてまったく相反する立場をとっている点が注目される。

なお、この時期において、商法260条2項にいう重要性の意義について、最高裁は初めて判示した。

すなわち、会社の総資産の約1.6%に相当する価額の株式の譲渡が、商法260条2項1号にいう「重要ナル財産ノ処分」に当たるか否かが問題となった事案につき「商法260条2項1号にいう重要な財産の処分に該当するかどうかは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である」と<sup>16)</sup>。この判決は、従来、260条2項1号にいう「重要ナル」の意義について具体的な判断を示した判例が存在していなかったことから実務上重要な意義を有すると考えられる。

#### 4. 小括

このように、問題となる類型はその時期に応じて異なっているが、代表取締役の行なった対外的取引行為については、取引の安全を重視し、善意の相手方の行為は有効と解することについて判例はおおむね一致を見ている（初期の判例である〔判例 〕を除く）。

問題は理論構成であるが、判例は自治的制限にかかる〔判例 〕を契機に心理留保説を採用するに至り、それが法令上の制限違反にかかる事案についても適用されることになった。

その後、昭和56年商法改正により、法令上の制限違反が主たる争点になっていったが、そこでは、心理留保説に依拠しながら、過失が認定されたかどうかによって、取引の効果が左右されている。昭和56年改正後の判例を見ると、相手方の悪意・有過失が認定され、取引が無効とされるケースが多くなってきている。特に最後に登場した〔判例 〕〔判例 〕は、裁判所の行う過失認定の微妙さをあらわしている。

### 学説

商法260条2項により取締役会決議が必要であるにもかかわらず、当該決議を経ることなく代表取締役が取引を行った場合の当該取引の効力については、かねてより見解が分かれている。それらは大別すると商法260条2項違反は取引の効力に影響を及ぼさないと解する説（有効説・非効力規定説）と当該規定違反は取引の無効を招来すると解する説（無効説・効力規定説）とに分けられる。以下順に概説する。

#### 1. 有効説

〔完全有効説〕商法260条2項が取締役会決議を要求しているのは代表取締役の会社に対する義務を定めたものにすぎず、その違反は代表取締役の責任問題として処理すれば足り、取引の効力には影響がないとする立場<sup>17)</sup>である。この見解に対しては、会社の利益保護のために一部の取締役の専行独断を抑制しようとする商法260条2項の立法趣旨に反する<sup>18)</sup>、悪意の相手方まで無条件に保護するのは不当である<sup>19)</sup>、との批判がある。

〔心理留保説〕商法260条2項違反の取引は会社の内部的意思決定を欠くにとどまるから、原則として有効であるが、民法93条但書を類推適用して相手方が当該決議を経ていないことを知りまたは

知りうべきときに限って無効であるとする立場<sup>20)</sup>である。上記[判例]およびそれ以降の判例は、いずれもこの見解に依拠している。この見解に対しては、代表取締役は代表行為の効果を会社に帰属させる意図を持っていたのであるから、代表取締役自体の真意と表示の不一致が存在するとはいえない<sup>21)</sup>、軽過失ある相手方が保護されない<sup>22)</sup>、との批判がある。

[一般悪意抗弁説] 商法260条2項違反の取引は原則として有効であるが、ただ悪意の相手方が権利を主張することは信義則違反ないし権利濫用に当たるから、会社は悪意の相手方に対して一般悪意の抗弁をもって対抗できるとする立場<sup>23)</sup>である。現在の多数説である。この見解に対しては、一般条項以外に根拠規定がない<sup>24)</sup>、相手方の注意義務を全部免除するのは不当である<sup>25)</sup>、履行後は現状回復できない<sup>26)</sup>、との批判がある。

## 2. 無効説

[表見代理説] 商法260条2項違反の取引のように、法令により取締役会の決議を要する取引について代表取締役が専決した場合には、権限を越えて代表権を行使した場合に準じて表見代理に関する民法110条の類推適用により、会社は善意・無過失の相手方に対抗できないとする立場<sup>27)</sup>である。この見解に対しては、軽過失ある相手方が保護されない<sup>28)</sup>、との批判がある。

[内部的制限説] 代表取締役は一切の業務執行につき会社を代表する権限を有していることから、商法260条2項のような取締役会決議を要することをもって代表権に加えた制限(商261条3項・78条2項、民54条)またはこれに準じるものと解し、会社はかかる内部的制限を善意の第三者に対抗できないとする立場<sup>29)</sup>である。この見解に対しては、商法260条2項のような法令上の制限を同一に扱うのは適当ではない<sup>30)</sup>、相手方の注意義務を全部免除するのは不当である<sup>31)</sup>、との批判がある。

[相対的無効説] 商法260条2項違反の取引の効力を、取締役会の承認のない利益相反取引(商法265条1項違反)の場合と同様に相対的無効と解し、会社は取締役会決議の不存在につき善意・無重過失の第三者に対抗できないとする立場<sup>32)</sup>である。この見解に対しては、265条におけるような取締役の忠実義務違反が存在しない<sup>33)</sup>、明文の根拠規定がない<sup>34)</sup>、との批判がある。

## 3. 学説の特徴

上記諸学説は、形式的に、商法260条2項違反の取引を有効とするもの(完全有効説) 原則有効とするもの(心裡留保説、一般悪意抗弁説)と当該規定を効力規定と解し原則無効とするもの(表見代理説、内部的制限説、相対的無効説)とに大別される。しかし当事者の利害調整にとってより重要なのは実質的な差異である。それは各説の要件にかかわる。相手方が保護されるために必要とされる主観的要件についていえば、完全有効説(なし) 一般悪意抗弁説、内部的制限説(善意) 相対的無効説(善意・無重過失) 心裡留保説、表見代理説(善意・無過失)の順に加重されている。ただし、民法54条にいう善意の立証責任は、判例によれば相手方にあるとされている<sup>35)</sup>ので、内部的制限説の位置づけは微妙である。他の説においては、相手方の悪意・(重)過失の立証

責任は会社にある（表見代理説の場合、正当事由の立証責任は相手方にある）。

また、ここで注意を要することは、商法260条2項違反の取引における相手方の悪意・過失とは、第一に、260条2項に基づき当該取引が取締役会の決議を必要とするものであること<sup>36)</sup>、第二に、当該決議が存在であること、の両方について知りまたは過失により知らなかったこと、を意味することである。いわば二重の悪意・過失である。両者を満たしてはじめて相手方には悪意・過失があると認定されるのである（どちらか片方では足りない）。

## ・検討

では、商法260条2項違反の取引について、いかなる理論構成をすべきか。

### 1．商法260条2項の立法趣旨

商法260条2項違反の取引といっても、対外的取引行為が問題になるのは、同1号および2号である（他の各号は、会社の内部的事項に関するものである）。上述のように、これらはいずれも昭和56年改正により追加されたものである。しかし、同改正は取締役会の法定権限を明確化したものであり、代表取締役の権限に変化をもたらすものではないと解されている<sup>37)</sup>。そこでこの問題の解決のためには、まず株式会社における機関の権限配分に関する基本問題に目を向ける必要がある。すなわち、代表取締役と取締役会との権限配分をどのように理解するかである。

### 2．代表取締役と取締役会との関係

取締役会は会社の業務執行に関する全権限を専有する。多数説<sup>38)</sup>のいうように、業務執行を意思決定と執行（実行）自体とに峻別し、前者を取締役会、後者を代表取締役に固有の権限とするのは適切ではなく、両者を不可分一体のものとして取締役会に専属させるべきである<sup>39)</sup>。したがって、業務執行に関する全ての権限は取締役会固有の権限である。

他方で、代表取締役は取締役会から委任を受けて会社を代表する機関として位置づけられる。代表取締役の権限は、会社の営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為に及ぶ包括的なものである。しかしこれは代表取締役固有の権限ではなく、取締役会から委任されたものである。つまり、代表取締役は会社の営業に関する行為について取締役会から委任を受けているのであり、そのような権限が代表取締役に法定的に委譲されたと見ることはできない<sup>40)</sup>。

会社の営業に関する行為とは何か。それは会社のなしうる一切の行為ではなく、会社の営業に関連する一切の行為のことである。すなわち、会社営業の継続を前提とするものであって、当該行為の客観的性質上、経常的な業務として反復・継続して行われる行為を意味する。本件で問題になった「重要ナル財産ノ処分」（商法260条2項1号）、「多額ノ借財」（同2号）は、当該行為の客観的性質から見て営業に関する行為の特性たる経常性と反復継続性を具えていないから、これに含まれないものと解される<sup>41)</sup>。

### 3. 代表権の制限に関する他の類型との権衡

会社の営業に関する行為を超える事項について、代表取締役は決定権限を有せず、これに関する取締役会の決議に基づかないでなされた場合、当該行為は無権代表行為として無効となる。ただし、定款・取締役会規則等の定めによる自治的制限と商法260条2項のような法令による制限とは区別すべきである。前者の場合、代表権の内部的制限に関する規定（商法261条3項・78条、民法54条）が適用されるのに対し、後者の場合、明文の法規定が存在しないうえに、相手方の法令の不知を保護すべきではないからである<sup>42)</sup>。したがって、会社は、前者では内部的制限に関する当該規定により善意の相手方に対して、後者では越権代理に関する規定（民法110条）により善意・無過失の相手方に対して無効を主張できないと解すべきである<sup>43)</sup>。

### 4. 予想される批判

この見解に対しては、次の批判がありうる。

第一に、軽過失ある者が保護されない。

これに対しては、商法260条2項違反の取引の場合、相手方は二重の悪意・過失（＝当該取引が取締役会の決議を必要とするものであること、当該決議が存在であること、の両方について知りまたは過失により知らなかったこと）がない限り保護されること、民法110条の越権代理における立証責任の所在をめぐる民法学者間でも争いがあるが、比較的多数の見解によれば、相手方の悪意・過失は本人＝会社が立証するとされている（その反面、相手方は正当事由を立証しなければならない）<sup>44)</sup> こと、かりに表見代理が認められなくても会社の不法行為責任（下記6）が成立する可能性があること、等により、取引の相手方が実質的に不利な地位に置かれているとはいえない、と反論できる<sup>45)</sup>。

なお、あくまで軽過失者が保護されないことを問題視する<sup>46)</sup> のであれば、表見代表取締役に関する商法262条の類推適用も一考に値する。というのも、当該規定は善意の第三者が保護される旨規定しており、判例はこれを善意・無重過失の第三者と読み替えているからである<sup>47)</sup>。近年、当該規定は本来の適用場面を超えて共同代表などへも類推適用されてきており、本件のような商法260条2項違反の取引についても、その延長線上にあるものと考えられるのではないかと。その理由づけとしては、代表権はあるが、その行使方法が制限されているにすぎない者が行為した場合には、相手方はなおさら保護されるべきであること<sup>48)</sup>、があげられよう。また、より根本的に当該規定を民法110条の基本代理権の存在を前提とした代理権踰越による表見代理の拡大強化であるとする見方もある<sup>49)</sup>。商法262条を民法110条の特別規定と解することができれば、問題はより簡単である（直接適用が可能になる）。しかし、この問題については、商法262条所定の要件が商法260条2項違反の場合にも充足されるか否か<sup>50)</sup> など、なお詰めるべき点が多い。今後の課題としたい。

第二に、商法260条2項所定の「重要」「多額」の基準はいまいで認識困難である。

これに対しては、そのような事情は相手方の過失認定に当たって斟酌すれば足りる（当該取引が取締役会の決議を必要とするものであることについて）と反論できる。また、利益相反取引に関する商法265条1項についても、そのような解釈がなされている<sup>51)</sup>。

第三に、他の専断的行為の効果との権衡を失する。



これに対しては、とりあえず商法260条2項違反の取引ともっとも現象的に近似していると思われる商法265条違反の取引の効果について、判例は相対的無効説を採用しているが、それは手形の特殊性による格別の配慮であり<sup>52)</sup>、本来は民法110条を（類推）適用すべきである<sup>53)</sup>、と反論できる。しかし、その他にも、代表取締役の専断的行為が問題となる場合としては、新株や社債の発行などがある<sup>54)</sup>。これらとの権衡をも考慮すべきか否か<sup>55)</sup>といった問題などを含め、専断的行為一般と表見法理との関係についてはなお検討を要する。ただこれを肯定し、そのうえで表見法理に依拠して問題を処理したとしても、妥当な結論を導くことは必ずしも困難ではないと考える<sup>56)</sup>。

結局、専断的行為（自治的制限、法令による制限）と権限濫用の本質的差異を明確に認識したうえで、それに応じた法効果を設定すべきであると考ええる。

## 5．過失の認定基準

ところで、判例においてしばしば問題となるのは、取締役会の不存在についての相手方の善意・無過失である。上述のように、昭和56年改正後に登場してきた諸判決においては、過失の有無によって取引の有効・無効が左右されている。もちろん、商法260条2項にいう「重要」「多額」の概念はあいまいなものであるから、当該規定に基づき当該取引が取締役会決議を必要とするものか否かは明確ではないことがあるかもしれない。しかしこの点については、すでに述べたように、過失認定に当たって斟酌すれば足りるのではないだろうか。そこで以下では、過失認定の基準について若干の考察を行う。

まず、民法110条の解釈論としては、相手方の悪意・過失の立証責任は会社にある。その際、相手方は取締役会決議の存否についての一般的調査義務を負わず、ただその存否を疑わせるに十分な事情がある場合、相手方は相当の調査を行う注意義務を負うにすぎない<sup>57)</sup>のであるから、この注意義務を欠く場合に過失が認定される。

そこで、相手方が取引（例えば貸付）の際に、借り手たる会社の取締役会決議の存否について確認をしていない場合はどのように評価されるべきであろうか（上記〔判例〕〔判例〕〔判例〕に相当）。そのとき相手方は、当該決議の不存在を知らず、決議がなされているものと信じているとする。つまり、相手方善意の場合である。上述のように、相手方は取締役会決議の存否について調査義務を負うものではないから、相手方のそのような不作為自体は責められるべきではないだろう。そこで問題は、積極的な調査・確認を要しないとの判断が相当であったか否かである。

この点につき、当該事案において、取締役会の存否を疑わせるに十分な事情があるとはいえないということになれば、すなわちそのような事実があったことを会社が立証できないかぎり、当該取引は無権代表行為であるから法形式的には無効だが、このことを善意・無過失の相手方に対抗できない（表見代理の成立により、会社は相手方に対して当該取引の効果帰属を否認できない）ということになる。

## 6．不法行為責任との関係

商法260条2項違反の取引に民法110条を（類推）適用するとして、このとき相手方に過失があつて表見代理が成立しない場合に、なお民法44条を適用して会社に責任を認めることができるか。



このようなことが問題になるのは、不法行為責任は相手方に過失があってもなお成立しうるからである。判例はこれを肯定する<sup>58)</sup>。このようないわば二段構えの理論構成をとることにより、かなりの程度相手方を保護することができ、しかも過失相殺（民法722条2項）を用いることにより、より調和のとれた、弾力的な解決が可能となる。このことはまた、表見代理説を採用した結果、取引が無効とされたとしても、なお相手方を保護するための制度が残されていることを意味する。

上述のように、昭和56年改正後の判例には、心裡留保説に依拠したうえで、相手方は取締役会の不存在を過失によって知らなかったものであるから当該債務保証は無効であるとしながらも、会社の不法行為責任を認め、過失相殺により損害額を30%を減額しているものがある（〔判例〕）。

### むすびにかえて

このように、商法260条2項違反の取引に関する法的構成としては、論理的整合性（代表取締役と取締役会との関係、代表権の制限に関する他の類型との権衡）および具体的妥当性（相手方の保護に欠ける点はないこと）の両面から、表見代理説が優れていると考える。従来の学説は、利益衡量的な観点が先行しすぎていて、論理的整合性の点で問題なしとはいえないと感じられる。

かりに、民法上の表見代理に依拠することにより、軽過失ある相手方が保護されないことを問題視するのであれば、商法上の表見代表取締役の規定に依拠することもできる。後者もまた表見法理の一種であるから理論的整合性の点では他の説より優れていると考えられる。しかし、両者の関係をいかに理解するか、また、現在の表見代表取締役規定の解釈との折り合いをどうつけるか等、なお検討すべき点は多い。

また、代表取締役の制限に関する他の類型との関係も問題となる。現在、代表取締役の専断的行為、あるいは代表取締役の権限濫用行為の法的効果をめぐっては、行為の類型ごとに見ていく方向が主流であり、それは一種具体的妥当性に即したやり方であるが、そこでもやはり共通の理論的基盤のようなものが必要なのではないか。表見代理説は、そのような要請に応えることができる理論構成であると考ええる。

### 註

- 1) この時期、リゾート開発がらみで、受注をねらう建設会社が注文と引換えに不動産開発会社に対して債務保証をするケースが多く生じた。この債務保証はバブル崩壊にともなう開発の頓挫により建設会社の経営を圧迫するところとなり、債務保証破産（巨額な保証債務を主因にする倒産）という事態も生じるに至っている。なお、ここでいう債務保証の中には、保証予約や経営指導念書による事実上の債務保証も含まれる。
- 2) 大判昭和3年9月7日新報163号13頁。
- 3) 東京控判昭和2年7月29日新聞2741号11頁、東京地判昭和10年11月30日新聞3947号11頁。
- 4) 最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁。
- 5) 豊永道祐「判例解説」法曹時報17巻11号186頁（1965）。
- 6) 最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁。
- 7) 東京地判昭和40年7月19日判例時報428号72頁。
- 8) 東京高判昭和44年5月12日金融法務事情557号28頁、金融・商事判例274号14頁。
- 9) 東京地判昭和55年5月12日判例時報984号22頁。

- 10) 大阪地判昭和41年2月28日訟務月報12巻4号531号。
- 11) 大阪地判平成6年9月28日判例時報1515号158頁
- 12) 東京地判平成9年3月17日判例時報1605号141頁。
- 13) 東京地判平成10年6月29日金融・商事判例1048号16頁。
- 14) 那覇地判平成9年3月25日金融・商事判例1039号11頁、判例タイムズ958号259頁
- 15) 福岡高裁那覇支判平成10年2月24日金融・商事判例1039号3頁。
- 16) 最判小平成6年1月20日民集48巻1号1頁。
- 17) 久保井一匡「貸出取引と取締役決議に関する一考察」金融法務事情1004号10頁(1982)、森本滋「判批」民商法雑誌112巻1号80頁(1995)。
- 18) 神崎克郎「商法260条と銀行取引」金融法務事情1011号17頁(1982)、中馬義直「多額の借財と担保提供」手形研究330号5-6頁(1982)。
- 19) 田中誠二「代表取締役の専断的行為の効力再論」商事法務1003号5頁(1984)。
- 20) 松田二郎『会社法概論』216頁(岩波書店、1968)、松田二郎=鈴木忠一『条解株式会社法(上)』284頁(弘文堂、1951)。
- 21) 竹内昭夫『判例商法』233頁(有斐閣、1976)。
- 22) 竹内・上掲書232-233頁。
- 23) 上村達男「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の効力」北沢正啓ほか編『ジュリスト増刊・商法の争点』143頁(有斐閣、1993)、大隅健一郎=今井宏『会社法論中巻[第3版]』204頁(有斐閣、1992)、鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法[第3版]』285頁(有斐閣、1994)、竹内・注(21)前掲書233頁、田中・注(19)前掲論文9頁、米沢明「代表取締役の代表権に関する制限」鴻常夫ほか編『別冊ジュリスト・会社判例百選(第5版)』97頁(有斐閣、1992)など。
- 24) 神田秀樹「代表取締役の専断的行為・権限濫用行為の効力」北沢正啓編『法学ガイド・商法(会社法)』191頁(日本評論社、1986)。
- 25) 悪意の抗弁を対抗しうる第三者には、悪意者のみならず重過失ある者も含まれるとする見解として、大隅=今井・書207頁、高鳥正夫「取締役会の権限」金融・商事判例651号109頁(1982)、石田榮一「判批」金融・商事判例963号51頁(1995)。
- 26) 河本一郎『現代会社法[新訂第7版]』385頁(商事法務研究会、1995)、菅原菊志『取締役・監査役論[商法研究]』138-139頁(信山社出版、1992)。
- 27) 浅木慎一「商法260条2項2号の『多額ノ借財』と銀行取引」今井潔ほか編『現代株式会社法の課題』269頁(有斐閣、1986)、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』165頁(山口幸五郎)(有斐閣、1987)、稲葉威雄「商法改正と銀行取引」金融法務事情1002号10頁(1982)、河本・注(26)前掲書384頁、関俊彦『会社法概論』262頁(商事法務研究会、1994)、中馬・注(18)前掲論文6頁、西尾信一『銀行取引の法理と実際』98-100頁(日本評論社、1998)など。
- 28) 上村・注(23)前掲論文143頁、大隅=今井・注(23)前掲書206頁。
- 29) 前田庸『会社法入門[第5版]』384頁(有斐閣、1997)、龍田節『会社法[第5版]』110頁(有斐閣、1995)。
- 30) 田中・注(19)前掲論文5頁。
- 31) 大隅=今井・注(23)前掲書207頁。
- 32) 北沢正啓『会社法[第3版]』375頁(青林書院、1991)、神崎・注(18)前掲論文18頁、神田・注(24)前掲論文191頁。
- 33) 上柳ほか編・注(27)前掲書166頁。
- 34) 相対的無効説に共通の批判である(例えば、田中誠二「商法265条についての相対的無効説と有効説」商事法務592頁2頁(1972))。これを克服するさまざまな試みについては、吉川義春「判批」民商法雑誌56巻5号875頁(1967)参照。
- 35) 最判昭和60年11月29日民集39巻7号1760頁。
- 36) もっとも、このようなことは法的評価の問題であり、(重)過失の有無に関して考慮すべき事情の一つには

なるが、いわゆる悪意の内容にはならないとの見解もある（柳川俊一「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇（上）昭和45年度80頁（注六））。

- 37) 竹内昭夫『改正会社法解説〔新版〕』155頁（有斐閣、1983）。
- 38) 北沢・注（32）231頁、鈴木＝竹内・注（23）242頁、松田・注（20）前掲214頁など。
- 39) 大隅健一郎『会社法の諸問題〔新版〕』331頁（有信堂、1983） 倉沢康一郎『会社判例の基礎』138 - 140頁（日本評論社、1988） 反対、山口幸五郎『会社取締役制度の史的展望』262 - 263頁（成文堂、1989）。
- 40) 大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』265 - 266頁（有斐閣、1951） 倉沢康一郎『会社法改正の論理』230頁（成文堂、1994）。
- 41) 山口・注（39）前掲書265頁。
- 42) 藤原弘道『注釈民法（2）』218頁（有斐閣、1967）。
- 43) 神田・注（24）前掲論文191頁は、定款や取締役会規則違反の場合は内部的制限説を、法令上の制限違反の場合は相対的無効説をとるのが妥当とする。
- 44) 四宮・注（26）前掲書265頁は、「正当理由を第三者が証明すれば、その善意が推定されるので、証明責任は、結局、正当事由の存否については第三者がわに、善意・悪意については本人がわに存することになる」とする。また、相手方が基本代理権の存在と代理権の外観を証明すると、本人側が正当理由を基礎づける事実がないことについて立証責任を負う（内田貴『民法』163頁（東京大学出版会、1994）という見解もある。いずれにしても、商法260条2項違反の取引の場合、このような立証責任の配分は、相手方にとって決して不利なものではないと思われる。
- 45) ただし取引の直接の相手方において表見代理が成立しないと、当該取引の無効が確定するから、当該取引の有効性を前提としてさらに相手方と取引をした転得者の保護が問題となる。取引の目的物が動産の場合、即時取得（民法192条）により保護されるが、不動産の場合、登記に公信力が認められていないため転得者の保護は困難である。そこで、虚偽表示に関する民法94条2項の類推適用により取引の安全を図ることが考えられる（幾代通「法律行為の取消と登記」磯村哲ほか編『於保不二雄先生還暦記念・民法学の基礎的課題（上）』64頁（有斐閣、1971） 鈴木祿弥『物権法講義』223頁（創文社、1964） 従来、この点が直接問題となった判例はないが、代理人が権限を濫用して手形を振り出した直接の相手方が悪意であった場合における第三取得者と本人との関係について、直接の相手方との関係では、心理留保説の立場に立ち、本人は相手方が代理権濫用の事実につき悪意であることを主張立証して責任を免れるが、その手形が第三者に裏書譲渡された場合には、手形の流通証券としての特質にかんがみ、本人は、手形法17条但書の規定により、手形所持人の悪意を立証してのみその責任を免れうるとするものがある（最判昭和44年4月3日民集23巻4号737頁）。
- 46) 田邊教授は、法律により取締役会の決議事項とされている事項について、代表取締役が専断的に行った行為は無効であり、民法110条の越権代理に関する規定を類推適用するのが「理論的にはもっとも自然ではある」が、軽過失者が保護されないのは妥当ではないので、商法261条3項所定の「善意の第三者」を「善意・無重過失の第三者」と読み替えううえで、当該規定を類推適用すべきであるとする（田邊光政「判批」判例タイムズ948号84 - 85）。この見解に対しては、（同教授も自認されているように）商法261条3項は代表権の内部的制限に関する規定であり、商法260条2項違反の取引のような法令上の制限にかかる場合とはその性質を異にする、善意・無重過失者の保護を主張するのであれば、商法261条3項に依拠する必然性はない（相対的無効説でもよい）との批判が可能であろう。
- 47) 最判昭和52年10月14日民集31巻6号825頁。
- 48) 前田・注（29）前掲書389頁、同旨、山口幸五郎「共同代表と表見代表取締役」107号10頁〔判例時報495号〕（1967）。
- 49) 米沢明「民商法の表見責任」民商法雑誌93巻臨時増刊号（2）23頁（1986）。
- 50) 商法262条を共同代表に類推適用する場合、判例・多数説は、「代表取締役」という名称の使用のみでは不十分であるが、付加的事情を考慮して類推適用してよいと考えているので、商法260条2項違反の取引について、この点をどう解するかが問題となろう。

- 51) 柳川・注(51)前掲判例解説80頁。同旨、三枝一雄「間接取引と商法265条」鴻常夫ほか編『会社判例百選 [第六版]』107頁(有斐閣、1998)。
- 52) 倉沢康一郎『手形判例の基礎』72頁(日本評論社、1990)。
- 53) 浅木慎一「商法262条2項違反の取引の対外的効力」法政論集107号25頁(1986)。
- 54) 判例は、瑕疵ある取締役会決議に基づく新株発行(最判昭和36年3月31日民集15巻3号645頁)および新株が著しく不公正な方法により発行された場合(最判平成6年7月14日金融・商事判例956号3頁)につき、有効説をとる。
- 55) 現に、商法265項1項違反の取引の効力(判例・多数説は相対的無効説に立つ)との関係ではバランスがとれていない。
- 56) 新株発行を無条件に有効と解する判例の立場には賛成できない。むしろ必要な決議を欠く新株発行の場合、表見法理に基づいて、新株のうち、当初の引受人または悪意・重過失者のもとにない部分について、会社はそれが無権代表行為であることをもって対抗できないと解することも可能ではないか(表見法理による折衷説の修正)。なお、このような見解として、野津務「代表取締役」田中耕太郎編『株式会社法講座第3巻』1105頁(有斐閣、1956)。また、新株発行が権限濫用行為としてなされた場合についての法的対処も必要であろう。
- 57) 前田重行「商法260条2項の『多額の借財』と銀行の注意義務」金融法務事情1489号12頁(1997)。
- 58) 最判昭和41年6月21日民集20巻5号1052頁。