九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

商事判例研究

九州大学産業法研究会

宇野，稔

西山，芳喜

https://doi.org/10.15017/1694

出版情報：法政研究. 42 (1), pp.92-109, 1975-08-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

のみ行使できるというだけではなく、使用者と取引流通市場との遮断のためにも正当に行使しうるとする理論構成を補強することになろう。そして団結権保障の憲法秩序の下においては、出荷阻止のピケを物理的・実力的強制として実行することの妥当根拠もさらに明確にすることができるのでないかと考えられる。

（本件事案は大学院特講において博士課程阿原稔君が研究報告をされたが、その際の討論を通じて筆者の考えたところを覚書にまとめたものである。）

商事判例研究

九州大学産業法研究会

形式上株式会社ではあるが実質上は代表取締役の個人企業である場合に商法二六五条の規定に基づく取締役会の承認を得ないで会社がした他の取締役からの金銭借受が無効であるとの会社側の主張が信義則上許されないとされた事例

昭和四九年五月三〇日東京高裁判決（昭和四七年（ネ）一〇八一号貸金請求控訴事件）判例時報七四七号一〇〇頁

〔事実〕訴外A株式会社の取締役X（原告・控訴人）は、A会社の経営が苦しくなったため、代表取締役Y（被告・被控訴人）の求めに応じて、A会社に対し、一〇〇万円を利息日歩二銭五厘で弁済期の定めなく貸与し、同会社はこれを営業資金として使用していたが、業績も好転することなく、遂に半年後には店舗を閉鎖し、従業員も解雇して事実上消滅するに至った。A会社の存続中にXがYに対し、A会社の取締役を辞任したい旨申し出たところ、X・Y間で、右一〇〇万円がXのA会社に対する出資金であるか、貸付金であるかにつき争いが生じ、結局、右一〇〇万円のうち六〇万円を元金とし、弁済期は一年後、弁済期までの利息合計金一五万円とする準消費貸借が、XとA

会社との間で成立し、A会社の代表取締役たるYが、A会社の右債務につき個人として保証した。そこでXがYに対し、右保証債務の履行を求めたところ、Yは、XとA会社との間の一〇〇万円の消費貸借および六〇万円の準消費貸借は、いずれも商法二六五条にいう取引に該当するのに、右取引については、取締役会の承認を得ていないので無効であり、したがってYの保証債務も存在しない、と抗弁した。

ところで、A会社の財産的基礎は、設立にあたって、訴外BおよびCが各一〇〇万円を出資したほかはすべてYの出資に依存しており、その経営についても、当初BおよびCが取締役に就任したが間もなく辞任し、これにかわってXが、CおよびYの要請により取締役に就任したものの、営業の実権は、設立以来代表取締役であったYがこれを掌握しており、同人の妻訴外Dも当初は監査役に、後に取締役の一人となったが、これまた名目だけであり、また株券も発行されておらず、株主総会あるいは取締役会も実際上開催されたことはなく、単に書類上議事録が作成されるにとどまり、諸事すべて専らYの個人的判断に基づいて処理されている状況であった。

〔判旨〕

一　「訴外A会社は形式上株式会社ではあるが、その実質はYの個人企業に外ならないのであり、さきに認定したとおりの経過で成立したXとA会社間の一〇〇万円の消費貸借および六〇万円の準消費貸借につき、商法二六五条の規定を根拠としてこれを無効とするYの主張は、信義則上許されないものといわなければならない。」

二　「前認定の準消費貸借が成立した当時（XがA会社に一〇〇万円を貸付けた当時も同様である）におけるA会社の取締役は、Y、Yの妻訴外DおよびXの三名であったところ、YとXが立会の上で右準消費貸借契約が締結されたことが明らかであって、Yの妻Dが右契約締結に反対する特段の事情があったとも認められないので、右契約については実質上A会社取締役会の承認があったとも言うことができないわけでなく、いずれにしてもYの前記主張はこれを採用することができない。」

〔研究〕　判旨の結論には賛成であるが、その理由には疑問がある。

一　現行株式会社法は、いわゆる企業の所有と経営の分離した公開株式会社を理念型としているが（商法二五四条二項）、現実には本件A会社のような実質個人企業に等しい中小規模の株式会社が極めて多く、しかもこのような株式会社をも、一律的に株式会社法の適用下においている結果、そこでは、同法の規定は責任回避あるいは利益闘争の武器として逆用され、立法者が株式会社の組織活動を厳格に規制すればするほど、その武器は増加する結果を招いている（長谷部・裁判会社法五一六頁）。このような弊害防止の根本的解決は、基本的には立法によってなされるべきであると考えるが、現実論としては、やはり現行法の解釈によって解決する以外に方法はない。本判決は、実質Yの個人企業に外ならないA

会社における自己取引に関し、商法二六五条適用につき、その実態に即してかかる弊害防止解決のための解釈論を展開した事例の一つであり、注目すべきものといえる。

二　形式上株式会社であるが、その実質は個人企業に外ならない会社において、日頃の取締役会の不開催を棚に上げ、会社と取締役との間の自己取引につき、後日、取締役会の承認を得ていないことを理由に商法二六五条違反で無効であるとして争われた事案につき、従前の判例がとった法律構成は、大略つぎの三つに分類することができる。

その第一は、商法二六五条が前提とする会社と取締役との間に利害相反関係がないことを理由とするもので、①最高裁（第一小）昭和四五年八月二〇日判決（民集二四巻九号一三〇五頁）にみられる。これは、自己の個人営業を株式会社組織とし、代表取締役としてその会社の全株式を所有していた者が、後日、その所有株式全部を譲渡し代表取締役たる地位を去った後に、会社に対し、代表取締役であった当時会社となした商法二六五条所定の自己取引は、取締役会の承認がないので無効であると主張した事案に関するものである。判旨は、商法二六五条が、同条所定の会社と取締役との間の取引について、取締役会の承認を要するものとしている趣旨は、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行なわれることを防止する点にあるから、会社と取締役との間に商法二六五条所定の取引がなされた場合でも、本件会社のように取締役の個人営業であったものを株式会社組織とし、その者がその会社の全株式を所有している場合には、会社は株式会社形態をとっているとはいえ、その営業は実質上取締役の個人経営にすぎず、右取引によって、会社と取締役との間に実質的に利害相反する関係は生ずるものではないから、右取引については取締役会の承認は必要でない、としている。なお、右判決前の最高裁（大法廷）昭和四三年一二月二五日判決（民集二二巻一三号三五一一頁）は、代表取締役の個人営業（経営名義人は代表取締役の妻であったが、実質上の営業主は代表取締役であった）を株式会社組織に改め、その事業全部を右の代表取締役がひとりで掌握してきた会社において、設立後も、個人営業当時と同様の方法で取引を継続してきた相手方に対し、会社によってなされた右の者に対する債務の引受は、商法二六五条所定の自己取引に該当するにもかかわらず、取締役会の承認がないので無効であるとした会社側の主張に対し、商法二六五条は間接取引にも適用されるが、かかる間接取引の無効は善意の第三者には主張しえないとする見解（相対的無効説）をとることによって、その主張を退けている（なお、本件の控訴審判決―名古屋高裁昭和四二年八月二五日判決は会社側の主張を認めた）。ただし、松本裁判官は少数意見として、商法の諸規定を適用すべきか否かは、単に形式にのみ捉われることなく、その実態と規定の法意に即して決すべきであるとする基本的認識に立ったうえで、本件株式会社の実態を観察し、右会社は代表取締役の個人営業を株式会社組織に改めたものにすぎず、またその会社の規模（資本金は一〇〇万円、従業員数は一〇名であった）、組織（取締役の任期満了による改選も、監査役・取締役の死亡後の後任選任もせず放置されている）、運営（株式の大部分は代表取

締役夫妻のものであり、残りの一部が従業員名義にされているが、代表取締役がひとりで会社の事業の全般を掌握しており、取締役会は設立以来一度も開かれていない）などから考察しても、右会社は株式会社の形態を採用しているとはいえ、その実質は個人経営にすぎないから、会社の利益・損失は、経営者たる当該代表取締役の損得と同じであり、右代表取締役が、形式上商法二六五条に該当するような取引を取締役会の承認を得ないでしたからといって、本件会社自体またはその株主との間に利害の衝突をもたらすことはなく、なんらの弊害も生じないので、商法二六五条が前提とする会社と取締役との間に利害相反関係がないし、設立以来取締役会を開催したことがなく、同条の規定する取締役会の承認を受ける機会もないから商法二六五条を適用する余地がないとされる（なお、本件につき多数意見と同じく、相対的無効説をとられる大隅裁判官は、補足意見において、もしも、当該代表取締役が本件会社の事業をひとりで掌握していたという事実の他に、従業員名義の株式が実質的に右代表取締役夫妻の所有に属するものであるとする原審の認定があれば、本件に商法二六五条適用の余地はないが、株式保有につき、かかる認定がない以上、本件に同条を適用すべきでないとする見解には躊躇せざるを得ないとして、松本裁判官の少数意見に対し、条件付賛成を示されている。また松田裁判官は、少数意見として直接取引限定説をとられるが、松本裁判官の意見にも賛成されている）。①の最高裁判決も松本裁判官の少数意見も、形式上株式会社であるがその実質は取締役の個人経営にすぎないような会社では、商法二六五条が前提とする会社と取締役との間に利害相反関係はないとする点では一致するが、以下の点では異なる。すなわち、その第一点として、前者はかかる会社における商法二六五条所定の自己取引については、取締役会の承認を必要としないとするだけで、積極的に同条の適用を排除するとまではいっていないが（前者①の判批である竹内・法学協会雑誌八九巻二号二三七頁はこの点を指摘して、本件判旨は、本件のような一人会社にあっては、全株を所有する取締役の自己取引は、取締役会の承認がなくても有効である旨、つまりそのような場合の取引の効力について判示したにすぎないと受けとめるべきであるとする）後者はかかる規定の適用の余地なしとして積極的に同条の適用を排除している。それゆえ、前者では、自己取引をした取締役が商法二六六条一項四号の責任を負うか否か、また他の取締役がかかる取引を知りながら放置していた場合には会社に対し忠実義務・善管義務違反の責任（商法二六六条一項五号）を負うか否かなどの問題は残されたことになるが（竹内・前掲・二三七頁）、後者ではこのような問題も生じないことになる（大隅・松田両裁判官の意見も同じ結論になる）という点である。つぎにその第二点として、前者も後者も、商法二六五条が前提とする会社と取締役との間に利害相反関係を生じない会社の実態をさして、個人経営にすぎないものと表現するが、その言葉の概念が異なっており、前者①のかかる概念の中核は個人所有（すなわち、取締役の一人会社）であるという点にあり、会社運営の実態にはほとんど考慮が払われていない（①の判批・米津・週刊金融商事判例二四七号五頁は、会社が取締役の個人所有の実態を有することと、取締役による個人経営の実態を有することとは別個の問題であるが、①でいう個人経営という意味は個人所有の意味に解せられるとし、同じく①の判批・服部・民商法雑誌六四巻六号一〇八二頁は、個人所有と個人経営とは必ずしも同一ではないが、両者は一致する場合も多いので、個人所有に注目して個人経営という言葉を使用することは、あえてこれを排斥すべきではないとする）に対し、後者は本来の意味としての個人経営（すなわち、取締役が事業の全般を一人で掌握している）の事実をさして「個人経営」と表現していることから考察すると、商法二六五条が前提とする会社と取締役との間の利害相反関係があるか否かの決定については、前者では株式保有の実態が決定的要因となるのに対し、後者ではそれが副次的要因として考慮されるにとどまることになるという点である（米津・前掲・五頁は、会社と取締役との間に利害相反関係がないという場合には、その根拠は個人経営の実態ではなく、個人所有の実態に求められるべきであるとする。なお、大隅裁判官が松本裁判官の少数意見に躊躇される理由は、前者の立場をとられるためであると考えられる）。

その第二は、信義則に反することを理由とするもので、②東京高裁昭和四五年一二月二二日判決（判例タイムズ二六一号三四四頁）にみられる。これも①と同じくやはり以前会社の代表取締役であった者（なお、この者の株式保有に関する事実は知れない）が、退任後、会社に対し、代表取締役であった当時会社となした商法二六五条所定の自己取引は、取締役会の承認がないので無効であると主張した事案に関するものである。判旨は、本件取引が取締役会の承認を要する取引にあたることはいうまでもないが、右の取引は代表取締役であった者が会社退任後、他の取締役によって承認されたほか（しかし、これによって取引について有効な取締役会の承認がなされたとはしていない）、これまで訴訟内・外を問わず、かような瑕疵の主張が右元代表取締役によってなされたことがない点を考えあわせると、後日、取締役会の承認の欠缺を理由として行為の無効を主張することは、信義則に反し許されないとしている。

その第三は、商法二六五条が前提とする株式会社におけるいわゆる企業の所有と経営の分離という現象がないことや、正義・衡平の観念に照らし許されないことを理由とするもので、③大阪地裁昭和四六年三月二九日判決（判例時報六四五号一〇二頁）にみられる。これは、個人企業を税金対策上株式会社組織に改めたにすぎず、その実態はなんら変わっていない会社の全株式を所有する二名の取締役のうち、一名（従業員兼取締役）が退任する際、右両者間（残留取締役が会社を代表して）で決定された従業員退職金、取締役退職慰労金の支給に関する契約は取締役会、株主総会の承認がないので、それぞれ商法二六五条、二六九条に違反して無効であると会社が主張した事案に関するものである。判旨は、㈠、株式会社におけるいわゆる企業の所有と経営の分離を前提として、商法二六五条は取締役と会社との間の取引につき取締役会の承認を要する旨規定し、また同法二六九条は取締役が受けるべき報酬につき定款にその額を定めていないときは株主総会の決議をもってこれを定めるべき旨規定し、取締役が会社の犠牲において自己の利益を追求する弊害が生じないよう制限しているが、本来法規はあくまでそれが志向する社会的実態を基盤として、その上に生ずる諸々の利害の調整をするものであるから、具体的事案をめぐる法規適用の場面において、当該法規が志向する社会的実態を離れて運用、解釈することは許されるべきものではないと解するのが相当である。したがって、本件会社は一応株式会社として存在しているが、その実態は右両名の個人的企業であって、この場合株式会社における企業の所有と経営の分離という現象自体存在しないのであり、もしもこの場合、前記商法二六五条、二六九条を形式的に適用すれば、本件会社の実態にはなはだ即しないものとなる。㈡、本件会社が、もし前記商法の規定により、右契約による義務を免れることになれば、本件会社の実態からして、残留取締役一人がかかる規定を藉口して個人的利益を不当に保護される結果になるのみであって、正義・衡平の観念に反すること著しいものがあるとして、本件会社の実態からみて、前記商法の規定の趣旨および正義・衡平の観念に照ら

し、会社の主張は許されないとしている。

三　本判決の判旨**一**は、研究**二**で分類した第二の法律構成、すなわち信義則に反することを理由として、判旨**二**は、研究**二**の分類に現われなかった新たな法律構成、すなわち形式的には株式会社であるがその実質は個人企業に外ならない会社においても、取締役会の決議が機能することを前提として、かかる決議の存したことを必要とするが、会社実態の特殊性を考慮して、取締役会の決議に等しい実態が客観的に認識できれば、それをもってかかる決議に代置しうるとする構成をもって、日頃の取締役会の不開催を棚に上げ、かかる不開催を自己の利益に援用しようとしたYの主張を封じている。以下、判旨**一**・**二**について順次考察する。

四　判旨**一**について。判旨**一**は、A会社は形式上株式会社ではあるが、その実質はYの個人企業に外ならないとして、Yの商法二六五条の規定を根拠とする本件契約無効の主張は信義則上許されないとする法律構成をとるが、なぜA会社の実質がYの個人企業に外ならない場合に、Yの主張が信義則上許されないのか、その理由についてはなんら明確に述べられていない。その点につき、判旨**一**が論理の緻密さを欠くことへの批判は免れえない。

本件A会社のように実質個人企業にほかならない会社は、現行株式会社法が理念型とするいわゆる企業の所有と経営の分離した本来の株式会社とは程遠い実態を持つことは疑いのない事実であるが、このような会社でも株式会社である以上、同法の適用下におかれることはいうまでもない。しかし、一定の目的をもって制定された株式会社法の諸規定は、立法者があらかじめ予想した定型性を有する事案につき拘束力（すなわち、諸規定は、立法者が定型的に予想した事案につき裁判官の判断を拘束し、当該事案につき適用されなければならない）を有するのであり、たとえ、規定の文言上から当該事案につき適用があるように見えても、立法者の定型的な予想を超えているような場合、つまり制定法に欠歯が存在するような場合には、右の拘束力は及ばず、新たに、規定の解釈を補充する必要性が生ずるのであって（石田「信義誠実の原則が民法で果たす機能について」法学教室〈第二期〉五巻三三頁参照）、実質個人企業に等しい株式会社が、株式会社法の適用下におかれているからといって、必ずしもかかる会社に右の諸規定の全てがストレートに適用されるわけではない。したがって、判旨**一**は、A会社は形式上株式会社であるが、その実質はYの個人企業に外ならないから、商法二六五条につき立法者が予想した定型性を欠き、かかる規定の拘束力は及ばないとして、信義誠実の原則（Ⅱ民一）をもって、一見適用されそうに見える商法二六五条の適用を排除することにより、新たに右規定の解釈を補充したものと解することができるであろう。

そこで、判旨**一**が、A会社は実質個人企業に外ならないという事実をもって、本件事案には商法二六五条の拘束力は及ばないとした判断の妥当性、さらには信義誠実の原則をもって、商法二六五条の適用を排除することにより新たに右規定の解釈を補充したことの妥当性を考察するには、商法二六五条につき、

立法者があらかじめ定型的に予想したと思われる事案とはいかなるものかを考察する必要がある。商法二六五条が、会社と取締役との間の自己取引につき、取締役会の承認を必要とする趣旨は、取締役が、取締役としての資格を離れて個人法上の取引の場において、会社と取引するときは、ややもすれば、その地位を利用して会社の利益を侵害する危険性が生じ易いため、このような取締役の自己取引の公正を図り、右の危険性を防止しようとする点にある。つまり、立法者が予想した商法二六五条の定型的事案とは、会社とその取締役との間に利害相反関係がある場合に、会社の利益保護を目的として、両者間の自己取引の効力が争われる事案であるといえよう。

判旨一の前記二点の妥当性を考察するにあたって、研究二で分類した判例（商法二六五条の拘束力は及ばないとして、新たに右規定の解釈を補充した判例）を比較検討することから始める。①は取締役が形式的にも実質的にも全ての株式を保有する株主である点に注目して、会社とその取締役との間には、利害相反関係はないから、両者間の自己取引については取締役会の承認は必要でないとしている。なるほど、右の取引については、会社の利害と一人株主たる取締役のそれとが一致し利害相反関係を欠くので、商法二六五条にいう定型性を欠き、同条の拘束力が本件事案に及ばないと認定することは正しいにしても、右規定の解釈を補充するにあたって、それが間接的に目的とする会社債権者保護の機能を等閑視した点に欠陥があるといえよう。すなわち、会社と取締役とが、法律上別人格で、しかも株主が有限責任の利益を享受している以上、会社債権者にとっては、執行可能な財産は会社財産のみであるから、会社の利害と取締役の利害とが相反しないとはいえないし（服部・前掲八三頁、浜田・一一〇人会社と株式会社法の適用一法学教室八第二期六巻六〇頁、①の判批・星川・法律のひろば二四巻二号四八頁）、かかる場合の取引を有効とすれば、会社債権者は債権者代位権（民四二三条）を行使することができなくなるため、取締役の責任追求か、法人格否認の法理に訴えるほかないことになる（竹内・前掲・二三九頁、山口「取締役の自己取引」新商法演習二巻三六頁。なお、竹内、山口両教授は、①への批判として、株主に変動が生じて新株主が取締役となつた場合に、もはや無効の主張ができなくなる点もあげられている）という点である。

つぎに前記最高裁（大法廷）昭和四三年一二月二五日判決の松本裁判官の少数意見は、実質、取締役の個人経営に等しい会社とその取締役との間には利害相反関係はないから、かかる両者間の自己取引については商法二六五条の適用は排除されるとされるが、①の場合と異なり、取締役が広義の一人株主（形式的には真人形的株主の所有に属する株式を含めて、実質的には全ての株式を保有する株主）であるという事実認定もないのにかかわらず、取締役の個人経営の実態をとらえて、会社と取締役との間に利害相反関係がないとされる点に問題がある（なぜなら、他に真実の株主がいれば取締役の利害得失と会社のそれとが完全一致することはありえないから）。このような利害相反関係の判断については、個人所有の実態にその基準を求めるべきであると考える（米津・前掲・五頁）。それゆえ松本裁判官の少数意見は、右取引に商法二六五条の拘束力が及ぶ範囲の認定につき問題があるといえよう。なお、大隅裁判官が補足意見において、会社と取締役＝広義の一人株主との間の取引は、利害相反関係がないから（利害相反関係なしという場合より、認定の範囲が広いことになる。①でいう①の判解・宇野・法曹時報二三巻三号一九八頁も同じ）商法二六五条の適用の

余地はないとされる見解に対しては、研究二で述べたように、自己取引をした取締役の商法二六六条一項四号の責任、さらにはかかる取引を知りながら放置した他の取締役の商法二六六条一項五号の責任は問題とならなくなるから、債権者の利益保護無視については、①に対する批判よりも大きな批判が与えられることになり、その補足意見は、①と同じく商法二六五条の拘束力が及ぶ範囲についての認定は妥当であるとしても、同条の解釈の補充には問題があるといえよう。つぎに③の判旨㈠は、実質、株主二名の個人企業に等しい二人会社においては、商法二六五条が前提とする企業の所有と経営の分離という現象自体が存在しないから、会社と取締役との間の取引については、商法二六五条の適用はないとするが、同条の前提とする定型的事案の把握についておおいに問題がある。なぜなら、③の判旨㈠は、商法二六五条の定型的事案として、企業の所有と経営の分離が行なわれた会社における会社と取締役との間の取引を想定しているが、企業の所有と経営の分離が法的に承認された(商二五四Ⅱ)昭和二五年の商法改正前においても、旧商法一七六条において、会社と取締役との間の取引については、当時取締役に対する業務監督権を有していた監査役の承認を必要としたのであり、後に昭和二五年の商法改正にあたって、取締役に対する業務監督権が、監査役から新たに創設された機関である取締役会に移譲されたことから、その取引については、取締役会の承認を必要とすると改められた立法的沿革を考慮するとき、商法二六五条の定型的事案に、企業の所有と経営の分離という現象を前提におくことはおおいに問題であり、かかる前提は会社と取締役との間の利害相反関係に求められるべきであると考えるからである。したがって、③の判旨㈠は商法二六五条の拘束力が及ぶ範囲の認定につきおおいに問題があるといわざるをえない。以上考察してきた判例ならびに少数・補足意見をまとめると、松本裁判官の少数意見ならびに③の判旨㈠は、商法二六五条の拘束力が及ぶ範囲の認定についてまず問題があり、①ならびに大隅裁判官の補足意見は、商法二六五条の拘束力が及ぶ範囲の認定については妥当といえるが、商法二六五条の解釈の補充については、債権者保護の無視という点に問題がある。

つぎに右の諸判例に対して、本判決と同じく、信義誠実の原則を適用することにより、商法二六五条の解釈を補充した②および③の判旨㈡について検討する。②は、取締役会の承認を得ていない取締役(本件の場合元代表取締役)と会社との間の取引につき、後に他の取締役によって承認されたこと、さらに右取引の無効を主張する者によって、かかる取引についての瑕疵の主張がこれまでなされたことがなかったという二点から、取締役会の承認の欠缺を理由として行為の無効を主張することは信義誠実の原則に反し許されないとしているが、本判決は、本件事案につき商法二六五条が定型的に予想する会社利益保護の目的が欠けるから商法二六五条の拘束力は及ばないとし、信義誠実の原則により、商法二六五条適用を排除することによって、かかる規定の

解釈を補充したものと理解できる。また③の判旨㈡は、会社と取締役との間の取引につき取締役会の承認を得ていないから無効であるとする会社の主張を認めるならば、会社の実態からして右主張をなす代表取締役の個人的利益を不当に保護することになるとして、正義・衡平の観念に照らし許されないとしたが、②と同じ理由によって、本件事案には商法二六五条の拘束力は及ばないと認定し、さらに②と同じ方法によって、右規定の解釈の補充をなしたといえる。両判決とも、商法二六五条違反による無効の主張を認めることは、結果的には会社の利益保護とは無関係の、不当な個人的利益を保護することになると直接的（③の判旨㈡）、あるいは間接的（②）に認定することにより、当該事案には商法二六五条の拘束力が及ばないとした判断は、商法二六五条が適用される事案の定型性要素として、会社利益保護の目的をあげうることから妥当であるといえる。また信義誠実の原則により、商法二六五条の適用を当該事案につき相対的に排除した右規定の解釈の補充も、なんら会社債権者を害することもなく、妥当といえる。

つぎに前述の判例の検討をふまえて、本件の前記二点の妥当性（商法二六五条の拘束力排除理由のさらには新たな右規定の解釈の補充の妥当性）を考察する。まず本判決は、商法二六五条の拘束力が及ばないと認定した根拠として、A会社は実質Yの個人企業に外ならないという事実をあげているが、結論的には、妥当でないとおもう。なぜなら、商法二六五条の定型性要素としては、会社と取締役との間に利害相反関係があることと、会社利益保護のためという二要素を必要とするといえるから、A会社がYの実質個人企業であるという事実のみをもって、XとA会社との間に利害相反関係がないと断定することはできず、利害相反関係なしとするためには、松本裁判官の少数意見に対して批判したように、その基準を個人所有の実態にのみ求めるべきであると考える。本件は名目取締役XとA会社との間の取引が問題とされているという点で、研究二で紹介した判例①の場合とは異なるが（①の場合は、会社と一人株主たる代表取締役との間の取引であった）、この場合でも代表取締役たるYがA会社の一人株主（狭義も広義も含めて）であるとすれば、名目取締役Xが、A会社の損失をもってその分だけ自己の利得をうるという可能性はないから、右両者間に利害相反関係が生じる可能性はないといえる（たとえXとYが共謀して、Xが不当な利益を得たとしても、XとA会社との間の取引については、実質的には株主も参加したことになり、取締役会の承認をもち出すまでもなく、会社の利益保護の手段は守られていることになる）が、このような事実認定もないから、A会社はYの個人企業に等しいという言葉の中には、A会社はYの一人会社であるという概念が含まれているとは解しえない。つまり、A会社がYの個人企業という事実のみでは、XとA会社との間に利害相反関係がないと認定することはできない。つぎに、A会社が実質Yの個人企業であるということと、A会社のXに対する債務の保証人たるYが、本件A会社とXとの取引は商法二六五条違反で無効であると主張することは、必ずしもストレートに会社利益保護の目的に欠けるということと結びつかない。この点判旨一が、Yの主張通り、本件XとA会社との間の取引は商法二六五条所定の自己取引に該

当するにもかかわらず、取締役会の承認がなかったから無効であるとして、形式的に商法二六五条を適用するならば、右の取引は当然に無効となり、その結果、Yは同一人でありながら、右取引のXの相手方としての立場、すなわちA会社の代表取締役たる立場における商法二六五条の不遵守（A会社の実質がYの個人企業に外ならないと認定する重要事実）を、A会社債務の保証人たる立場から攻撃することによって、右保証債務を免れることになり、商法二六五条が本来目的とする会社の利益保護とは全く無関係の、Xの不利益をもって、その分だけYの利益を擁護する結果を招くだけである（A会社が事実上消滅していることを考えると、A会社の実態からみてY個人の債務に等しいA会社債務のXに対する保証債務をYが不当に免れることによって、Yは完全に債務を免れることになる）という点をもって、本件事案は商法二六五条の拘束力は及ばないと認定すべきであったと考える。判旨一は、恐らくA会社がYの実質個人企業であるという一言をもって、前述の意味をも当然内に含ましめたものと推測できるが、会社利益保護の目的に欠けるのは、いかなる事実があるからかという点につき、もっと細かな直接的事実を掲げるべきであったと考える。すなわち、実質個人企業に等しい会社においては、日頃、商法等の諸規定が遵守されていないにもかかわらず、後日、かかる不遵守を自己の利益に援用することが多いが、商法二六五条の定型性要素の一つである会社利益保護の目的欠如の認定は、正に実質個人企業であるが故に生じる右の不合理な主張に直接求められるべきであったと考える。その点判旨一は論理のつめに曖昧さがあるといわざるを得ないが、本件事案に商法二六五条の拘束力が及ばないとした判断は正当であると考える。

つぎに、本判決が信義誠実の原則によって、商法二六五条の適用を排除することにより、新たに商法二六五条の解釈を補充した妥当性につき考察する。いかなる解釈の補充も、商法二六五条の立法趣旨に反する結果を生じる恐れのあるものは、たとえ特定の事案について有効に機能しえても、妥当といえない（たとえば、先に検討した①および大隅裁判官の補足意見などのような債権者保護を無視した解釈の補充など）。しかし、信義誠実の原則により、特定の主張に対して、相対的に商法二六五条の適用を排除することによって、右規定の解釈を補充することは、いかなる債権者の利益をも害する危険性はなく、右規定の濫用防止にも充分機能しうる点から考慮すると妥当であるといえる。以上、本判決は商法二六五条の拘束力が及ばないとした理由については問題があるが、かかる規定の解釈の補充については妥当であると考える。

五　判旨二について。判旨二は、本件A会社とXとの間の自己取引に関する契約につき、当時A会社の取締役であったXおよびYが立会の上で締結されたことは明らかであり、残り一名の取締役たるYの妻Dが右契約に反対する特段の事情があったとも認められないので、右契約につき実質上A会社取締役会の承認があったと消極的ではあるが認定して、Yの主張をしりぞけたのである。かかる法律構成は、前述した通り研究二で分類した判例上に現われなかった新たな構成、すなわち形式上株式会社であるが、その実質は取締役の個人企業に等しい会社にも取

締役会の決議が機能することを前提として、かかる会社実態の特殊性を考慮して、実質上取締役会の承認があったといえる事実を客観的に認識できれば、それをもって右決議に代置しうるとする構成である。しかし、かかる法律構成には賛成しえない。なぜなら、そのような法律構成をとるならば、その論理が逆用される場合（取締役が会社に高利で金銭を貸し付けたり、低金利で会社から金銭を借り入れる場合など）に、Yが一人株主でない以上、商法二六五条が直接的に保護しようとする会社利益の保護、実質的には株主の利益保護は無視されることになる。また、たとえYが一人株主であるとしても、かかる法律構成をとるならば、商法二六五条が間接的に保護しようとしている債権者保護は無視される結果となり、ここでは詳論しないが、前述の①への批判と同じものをここでも展開できることになる。最高裁昭和四六年六月二四日判決（民集二五巻四号五九六頁）は「いわゆる一人会社の場合には、その一人の株主が出席すればそれで株主総会が成立し、招集手続を要しない」と判示するが、商法が株主総会の招集手続を要求するのは主として株主の利益を保護することに目的があることを考える時、一人会社においては、株主総会の招集手続を省略しても、一人株主の利益は害されることにならぬので、かかる判示は妥当といえるが、本件判旨二のように商法二六五条の手続形式を柔軟に解する法律構成は、それによって本来守られるべき者の利益が失われる結果を生み出す可能性を持っている以上、賛成することはできない。

なお、本件は目下上告中である。

（宇野　稔）

会社から貸金の返還を求められた取締役と商法二六五条違反の主張

最高裁昭和四八年一二月一一日第三小法廷判決（昭和四八年（オ）第五三一号貸金請求事件）民集二七巻一一号一五二九頁

〔事実〕訴外A株式会社は、昭和四四年八月二日、当時その取締役であったY（被告・控訴人・上告人）に対して、弁済期を同年一二月二〇日とし、利息の定めなく二五〇万円を貸し付けた。その後、A会社は、昭和四五年七月八日破産宣告を受け、X（原告・被控訴人・被上告人）が破産管財人に選任された。XがYに対し、右貸金の返還を求めて訴を提起したのが本件である。これに対し、Yは、本件消費貸借の事実を認め、抗弁として、A会社はYに対し、昭和四四年一二月下旬本件貸金の債務を免除する旨の意思表示をした旨の主張をした。Xは、この抗弁を否認したほか、かりに、この事実が認められるとしても、当時A会社の取締役であったYに対する債務の免除は商法二六五条に基づく取締役会の承認を要する行為であるのに、これを受けていない以上効力がないと再抗弁し、Yも、取締役会の承認を得ていないことを認めた。

第一審判決（東京地判昭和四七年四月七日）は、Yの主張する債務免除の意思表示のあった事実は証拠上認められないと判断したほか、かりに債務免除の事実があったとしても、当時A

会社の取締役であったYに対する右のような行為は、商法二六五条にいう取引に該当しA会社の取締役会の承認を必要とするが、かかる承認を得ていないことはY自身の認めるところであるから効力を生ずるに由ないものと判示し、Xの請求を認容した。

第二審判決（東京高判昭和四八年二月二八日）は、Yの主張する債務免除の意思表示のあった事実は証拠上認められないと判断しただけで、Yの控訴を棄却した。

そこでYは上告して、新たに、本件貸付は、商法二六五条にいう取引に該当しA会社の取締役会の承認が為されていない限り法律上無効であるところ、Xはその承認を得た旨の主張立証をしておらず、むしろその承認を得ていないことは弁論の全趣旨により極めて明白であるから、XがYに対し損害賠償ないしは不当利得の請求でなく貸金の返還請求をなすことは法律上許されないのに、原判決がそれを許したことは、商法二六五条の解釈適用を誤った違法があると主張した。

〔判旨〕 上告棄却

「商法二六五条が株式会社と取締役個人との間の取引について取締役会の承認を受けることを必要とするものと定めた趣旨は、会社と取締役との間で利害の対立する取引について、取締役が会社の利益の犠牲において私利をはかることを防止し、会社の利益を保護することを目的とするものであるから、同条の右趣旨からすると、会社が取締役個人に対して貸し付けた金員の返還を求めた場合に、取締役が同条違反を理由としてみずからその貸付の無効を主張することは、許されないものと解するのが相当である。」Xの上告理由は、「これと異なる見解を前提として原判決を非難するものであって、採用することができない。」

〔研究〕 判旨の結論には賛成であるが、その理由づけには疑問の余地がなくはない。

一 本判決は、会社から貸金の返還を求められた取締役による商法二六五条違反を理由とする無効主張の可否につき、真正面から判断を示した最初の最高裁判例であるのみならず、会社以外の者による同条違反を理由とする無効主張の可否をめぐる問題の出発点ともいうべき判例として注目される。本研究では、右の判例を批評する前提として、まず商法二六五条違反の効力を考察することからはじめ、ついで会社以外の者による無効主張の態様およびその可否に及び、最後に、本判旨を導き出すための妥当な理論構成につき、検討を加えることとする。

二 わが国の判例・学説は、商法二六五条に定める自己取引に関する法的規制の対象を拡大しようとする反面、同条違反の効果についてはこれを緩和しようとする傾向がみられる（菅原「取締役・会社間の取引」ジュリ五〇〇号二八一頁以下参照）。すなわち、大審院は、はじめ会社が取消しうるものと解していた（大判明治三六・九・四民録九輯九七八頁、同明治三七・六・二一民録一〇輯九五六頁、同明治三八・二・七民録一一輯二三五頁）が、その後、当然無効に変わり（大判（連）明治四二・一・二民録一五輯九二六頁）、大正八年以後、判例の主流は、無権代理行為に準じて監査役（会）

（昭和二五年商法改正後は、取締役会）の追認がない限り無効とする立場をとっており（大判大正八・四・二一民録二五輯六二四頁、同昭和六・一一・二一新聞三三四四号一一頁）、最高裁判所もこの立場を踏襲している（最判昭和三八・三・一四民集一七巻二号三三五頁）。ここでいう無効は、行為の当事者間のみに限定されず、第三者に対しても一般的に無効であることを意味する（民一一三条一項、川島・民法総則三九四頁参照）から、そこでは当然に善意の第三者の保護が問題とならざるをえない。そこで最高裁は、この点を考慮して間接取引につき、「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」という政策的理由に基づいて、「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こと）であることを主張し、立証し初めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得る」とのいわゆる相対的無効説を採用するにいたった。（最判（大）昭和四三・一二・二五民集二二巻一三号三五一一頁。田中（誠）「商法第二六五条について の最近の最高裁大法廷判決の問題点」商事法務四七八号二頁）。その後最高裁は、直接取引のうち手形行為についても、「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」という理由で、右と同様に相対的無効説をとることを明らかにしている（最判（大）昭和四六・一〇・一三民集二五巻七号九〇〇頁）。もっとも、右の最高裁判例にいう第三者が、前者では、会社との取引の相手方であるのに対し、後者では、取引の当事者以外の第三取得者であることはいうまでもない。

これに対し、わが国の学説は、会社の利益保護を重視し無効とするが、取締役会による事後承認（追認）を認める無効説（無権代理説、松田・会社法概論二二三頁。事後承認説、石井・会社法上巻三四一頁、小町谷＝菅原・商法講義・会社（2）二五五頁。非遡及的追認説、田中（耕）・改訂会社法概論四〇二頁）、取引の安全保護を重視し完全に有効とするが、取引の相手方に対しては会社は一般悪意の抗弁または権利濫用の法理により、その義務を免れうるとする有効説（命令規定説、田中（誠）・全訂会社法詳論上巻五六七頁、西原・会社法二〇四頁。業務執行方法決定説、大隅（旧説）全訂会社法論中巻一三三頁）、無効であるが、善意の第三者に対してその無効を主張し得ないとする相対的無効説（鈴木・新版会社法（全訂第一版）一四六頁、大隅「商法第二六五条と手形取引」商法の諸問題二九五頁、菅原・本件評釈・判例評論一八五号二〇頁）などが対立し、錯綜した状態にあるといえるのであって、さらに最近では、第三者との外部的取引を有効とし、取締役会の承認のない会社・取締役間の取引については会社の選択により取消すことができる、という取消説もみられる（中村・本件評釈・法律のひろば二七巻一一号五七頁）。ところで、右の学説のうち、有効説は会社の利益保護に欠け商法二六五条の存在意義を失なわしめるおそれがあり、また相対的無効説や取消説はその理論的根拠に疑問もなくはない。すなわち、相対的無効の概念の理論的根拠とされる会社更生法五五条の規定は、管財人の公的性格に対する善意者の信頼を重視して定められたものであって、商取引の相手方およびその第三取得者の善意を同様に強く保護する当然の根拠となるとはいえず（大隅「法人の手形行為」手形法講座一巻二二九頁、赤堀（判批）法協八七巻六号七八八頁。反対、鈴木「株式会社法と取引の安全」会社と訴訟下一二三四頁）、さらに、悪意の挙証責任を会社に課する点や善意取得（即時取得）の場合と異なる結果を生じる点で体系的調和を欠くことにもなる（西原「商法二六五条と手形行為」金融法務六三六号六三頁、田中（誠）「商法二六五条についての相対的無効説と有効説」商事法務五九三号六頁）。また、取消説については、

商法二六五条の解釈の基礎というべき問題（同条は、本質的には命令的規定であるかまたは効力的規定であるかという問題）に答えていない点や、取消理論によると取消権者が本来「特定」（この場合は、会社に限られる。）されているために、会社財産につき利害関係を有する会社以外の者の保護にも欠ける点で疑問がある。商法二六五条は、会社の利益保護を主たる目的とし、取締役の職務権限行使の誠実・公正を確保する規定である。また、取締役の責任は、同条の取締役会の承認の有無にかかわらず生じるものであり（対会社責任として、商二六六条一項四号・五号および民七〇三条。対第三者責任として、商二六六条ノ三。）、同条を単に会社内部の手続上の規定として考えることはできない。それゆえ、同条違反の取引を無効と解し、無権代理行為の無効（不確定的無効。川島・民法総則三九四頁）と同様に取締役会による事後の承認（追認）を認める立場がもっとも妥当ではないかと思う。そしてこの場合の取引安全の保護については、善意取得に関する諸規定（民一九二条、手一六条二項、小二一条、商二二九条など）によって個別的に解決すれば足り、また当該取引の相手方には、民法一一四条にいう催告権による保護も考えられよう（大判大正九・七・一〇民録二六輯一〇七四頁参照）。なお、取締役が自己と会社との間の不動産取引につき商法二六五条の規定に違反するとしてその無効の主張がなされる場合もありうるが、これらが同条にいう取引に当るかどうかは問題としても（最判昭四五・八・二〇民集二四巻九号一三〇五頁参照）、不動産取引の場合には、その登記申請の際に、不動産登記法三五条一項四号により取締役会の承認を証明する書類（承認書）の添付を必要とすると一般に解されているから（幾代「不動産登記法」四九頁。法務省民事局長回答昭和二九・七・五民事甲一三九五号先例集下二二四頁）、追認の機会も確保されているとみてよい。

三

会社が商法二六五条に定める自己取引をなしたその取締役に対してその取引の無効の主張をなし得ることは、通説（ただし、有効説では取引の履行前に限られる）・判例（例えば、前掲最判（大）昭和四三・一二・二五。例外的に、その無効の主張が信義則上許されないとされた事例として、東京高判昭和四九・五・三〇判時七四七号一〇〇頁）の認めるところである。また、会社が第三者に対して商法二六五条違反の自己取引につきその無効の主張をなしうることは、無効理論のもとではその要件は異なるにせよ肯定されている。そして、商法二六五条の法意が会社利益の保護にあることから考えて、その無効の主張は会社のみがなしうるのであって会社以外の第三者はその無効を主張できないものと解するのが多数説である（大隅・前掲手形法講座一巻二二九頁、大原・（判批）判例評論七一号二二頁、竹内・（判批）法協八九巻二号八八頁、龍田・（判批）民商六七巻一号一一五頁、田村・（判批）ジュリ二五八号八四頁、赤堀「取締役の忠実義務（四）」法協八五巻四号五三六頁）。しかし、商法二六五条の法意が会社利益の保護にあるということは、会社以外の者が同条違反の自己取引の無効を主張する場合には、会社の利益保護に反しないことを要するという意味ではないだろうか。つまり、会社以外の者がその無効の主張をする場合には、「会社と同一の立場」で主張しなければならないということであって、会社以外の者にその主張を全く許さない趣旨ではないとおもう。しかも、その主張者も、「当該取引の無効を主張する正当な利益（権利ないし法的地位）を有する者」に限定すべきであって、その取引が商法二六五条違反の取引であることにつき悪意であったり、会社の一般財産やその取引の対象となった会社財産につき正当な利害関係を有していないような者には及ばないというべきである。そのうえ、会社が同条違反の

取引を追認したのちや、会社自らその無効を主張しえない場合（例えば、その主張が信義則上許されないような場合）には、もはや右の同条違反の自己取引の無効の主張はこれを許すべきではないとしてその主張をも制限しておくべきであろう。このようにして、商法二六五条違反による取引の無効につき、その主張者を限定する考え方は、たとえば、錯誤による意思表示の無効（民九五条）の場合にもみられる。すなわちそこでは、その無効を「相対的無効」（川井・注釈民法(3)二一七頁）ないし「取消的無効」（幾代・民法総則二七六頁）と解するのが、通説（幾代・（判批）民商六四巻二号三四二頁など）・判例（最判昭和四〇・九・一〇民集一九巻六号一五一二頁、最判昭和四五・三・二六民集二四巻三号一五一頁）であり、表意者およびその承継人以外の第三者による無効の主張は、原則として許されず、ただ例外的に、取消権の場合の債権者代位の要件をみたしているのに準じた状況にある場合にのみ、その第三者が独自の立場で錯誤による無効を主張しうる場合がありうるとされている（幾代・前掲民商六四巻二号三四五頁）。ただし、商法二六五条違反の無効の場合を右に準じて考えるとしても、その主張者の範囲は、同条の主たる目的たる会社の利益保護の背景をなす会社をめぐる各種利益群の広範性を考慮したうえで慎重に決定すべきであろう（高田「株式会社に於て考慮すべき利益群の範囲とその対策」私法一一号一一九頁）。もっとも、会社が無効の主張をした場合や会社が追認をしないことが確定した場合には、商法二六五条違反の自己取引の無効が確定し、以後は何びとから何びとに対しても無効の主張ができるようになるわけであるから、以下では、不確定的無効の状態のもとにおける会社以外の者による無効の主張についてのみ考察することとする。この場合における無効の主張の態様としては、(1)取締役が会社に対して主張する場合（本件事案）、(2)取締役（甲）が他の取締役（乙）に対して主張する場合、(3)取締役が第三者に対して主張する場合、(4)第三者が会社に対して主張する場合、(5)第三者が取締役に対して主張する場合、(6)第三者が第三者に対して主張する場合が考えられる。(1)と(4)の場合には、会社は、その自己取引の有効性を取締役会の追認により主張することが予想されよう。(1)の場合に関する判例（最判昭和四五・八・二〇民集二四巻九号一三〇五頁）では、会社の全株式を所有する代表取締役が取締役会の承認なしに行なった自己取引は、同条違反の取引ではないとして、その取締役の無効の主張の可否については判断されていない（宇野・（判批）法曹時報二三巻三号一九四頁、服部・前掲民商六四巻六号一〇七八頁、竹内・前掲法協八九巻二号二三三頁）。(1)(2)(3)における取締役および間接取引の相手方である第三者は、その自己取引の無効を主張する正当な利益を有する者ということはできない。けだし、法律行為をなした者は、その取引が有効であることを期待し希求すべきはずであり、また、その行為に拘束されてしかるべきであって、自己の側に意思表示の瑕疵等がない場合には、相手方のそれを逆手にとりその法律行為の無効や失効を主張してその行為の拘束力から脱する自由を認める必要はないといえるからである（幾代・前掲民商六四巻二号三四三頁）。また、(3)に類似の判例（東京地判昭和三六・九・一一下民集一二巻九号二二二六頁）では、A・B両会社の代表取締役Yが、B会社のXに対する債務をA会社の取締役会の承認を受けることなくA会社を代表して引き受け、Xに対しA会社名義の約束手形を振り出した事案につき、A会

社の取締役Cが、Xに対しその無効を主張したことを認容している（王・（判批）ジュリ三二八号一二七頁）。Cは、その主張を行なう正当な利益を有する者であって、会社と同一の立場に立ちうる者と解することができるといえる（反対、菅原・前掲判例評論一八五号二二頁）。

(5)の場合の判例としては、(イ)約束手形の振出人が、会社から右手形の裏書譲渡を受けた取締役に対して無効の主張をした事案（大阪高判昭和三四・九・一六下民集一〇巻九号一九四八頁、その上告審最判昭和三九・一・二八民集一八巻一号一八〇頁、広島高判昭和四一・五・一二高民集一九巻三号二六二頁、東京地判昭和四七・九・二八判時六八三号一二二頁）、(ロ)会社の取締役に対する債務につき担保として約束手形を振り出した監査役が、右手形を受け取った当該取締役に対して無効の主張をした事案（名古屋高金沢支判昭和四二・四・一八高民集二〇巻二号二一〇頁）、(ハ)会社所有地に工作物を所有する第三者が、会社から右土地を買い受けた取締役に対して無効の主張をした事案（札幌地判昭和四四・六・二七判時五七六号八〇頁）などがあり、いずれも結論としては、その無効の主張を許容していない。とくに、(イ)の広島高判は、「取締役がその取引により取得した権利を第三者に対し行使し、これによって会社が直接損害を被るおそれのない場合には、その第三者は右取引（中略）の無効を主張することは許されない」としている。その取引が会社の利益保護に反しない場合には、第三者にその無効の主張を許す理由がないという趣旨であろう。また、(ロ)の名古屋高金沢支判は、商法二六五条が会社の利益保護を目的とするものであることから直ちに会社以外の第三者はすべて、無効の主張をなしえないと即断することはできず、その取引に付随して担保義務を負担したような第三者はその無効を主張できるが、その取引の成立に同意し、かつ右取引を成立させるように取締役に依頼していたような者による無効主張は、信義に反し許されないと判断している。右の第三者は、法律上その無効を主張できる（我妻・新訂債権総論四八一頁）が、その取引については悪意であるから正当な利益を有する者とはいえない。さらに、(ハ)の札幌地判は、「会社が自ら無効を主張しない場合もしくは無効を主張しえない場合」には、会社以外の第三者による無効の主張は許されないと判示している。この事案は、会社が法律上その無効を主張しえないことが確定している場合であり、判旨が、「会社が自ら無効を主張しない場合」についてどの程度の配慮をしたのか疑問である。かりに、その取引が会社の利益保護の要請に反しないものであり、かつ会社が事実上有効な取引として取扱っている場合を想定しているのであればこれを肯定することができるであろう。なお、(5)に類似の判例（最判昭和四二・一一・一五判時五〇五号六一頁、その破棄差戻後の上告審・最判昭和四六・一〇・一九民集二五巻七号九五二頁）では、会社に対し金銭債務を負担していた第三者が、会社からその債権の譲渡を受けた唯一人の清算人に対し、右債権譲渡は特段の事情がない限り商法二六五条（商四三〇条二項による準用）に違反して無効であるとの主張を認容している。右の第三者は、その取引の無効を主張するにつき正当な利益を有する者であり、かつ、会社が無効を主張するのと同一の立場に立ちうる者と解することができる。

(6)の場合の判例（東京地判昭和四八・六・二五週刊金商判例三九〇号一五頁）では、間接取引（保証）の対象となった建物の賃借人が、右取引の相手方であり、

かつ右建物の競落人となった第三者に対して主張した事案につき、「株式会社の財産上の権利者は、株式会社と同一の立場において、右第三者の悪意又は重大なる過失を主張立証しない限り、その無効を主張することができない」と判示している。この事案では、会社がその取引によって利益を受けており、自ら無効を主張することが信義則に反するような事情があり、かりに、そのような事情がないならば、無効説の立場からはその主張を許すことができるとおもう（拙稿・（判批）法政研究四一巻一・二号一四四頁。相対的無効説の立場から肯定、米津・（判批）週刊金商判例四〇五号二頁）。このように判例を具体的に考察するならば、会社以外の者でも「会社と同一の立場」に立つ場合には、商法二六五条違反の自己取引の無効の主張を許しても差し支えないであろうが、しかしその自己取引の相手方である取締役や第三者は、「会社と同一の立場」に立ちうる者ではないから許されないとおもう（小倉・本件評釈・金融法務七二七号二二頁も同意見）。

四　自己取引の相手方である取締役による無効の主張は、商法二六五条の解釈および信義誠実の原則から許されないことは既述のとおりである。しかし、本件では、会社（破産管財人）が原告となって、その取締役に対して貸し付けた金員の返還をその取締役を被告として請求した事案であり、また、一審二審とも、原告が取締役会の承認の有無にふれることなく当該取引の法律効果を主張し、被告もまた、抗弁として、その無効を主張しなかったために、取締役会の承認の有無を審理することなく、本件貸付を有効な取引として取り扱っている。このような取り扱いは、実務上しばしば行なわれているが、これは、会社自らがそのような取引は有効な取引であるという前提に立ち、その法律効果を主張する場合には、裁判所は事実認定として、取締役会の追認があった場合と同視しうると解しているためであろうか（斉藤・本件評釈・法曹時報二六巻一〇号一七八頁）。むしろ、このような場合には、裁判所はいわゆる黙示（暗黙）の追認（川島・民法総則三九六頁）として事実認定しうると解するのが妥当ではないかとおもう。たとえば、無権代理行為の追認について、本人が相手方に対しその行為による権利を行使して訴訟上の請求をなす場合には、訴状送達の時に黙示の追認がなされたとするのが、通説・判例（大判大正三・一〇・三民録二〇輯七一五頁）であるからである。しかし、商法二六五条違反の自己取引の追認につき、この理論を無条件に採用することは、取締役がその地位を利用して黙示の追認と評価されるような会社の行為を行ない、その取引を有効な取引として確定せしめるおそれがあり、会社の利益保護の要請に反する結果ともならざるをえない。それゆえ、裁判所は、黙示の追認と評価される会社の行為を、本件訴求のような取締役（ないし間接取引の相手方たる第三者）に不利益な行為に限定して事実認定をするのであろう。また、本件のような破産宣告後の会社では、手続上取締役会の追認を行なうこともできず、会社の利益保護のために追認権を行使することもできない場合にはなおさらである。なお、この理論は、取締役会が実際上開かれていないような中小株式会社において、会社が無効を主張することが信義に反するような場合に

も、その理論構成として用いることができる。たとえば、取締役から財産を譲り受けた会社（実体は、その取締役の個人会社）が、債権者からの追及を逃れるために、その財産売買契約の無効を主張した場合に、会社財産の混同などを理由として黙示の追認と認定し、債権者のために会社財産を確保する手段とすることもできる。

このように、本件事案においては、会社（破産管財人）による訴求をもって追認とし、本件取引の有効性を確定させる理論構成のほうが、第一審・第二審との調和もとれ、判旨のように商法二六五条の趣旨から直接に結論づける構成よりも論理的かつ簡明ではなかったかとおもう。

（西山　芳喜）