

商法二六五条の取引に関する諸問題の理論的検討(一)

早川 勲

目次

一 問題の所在

二 商法二六五条の改正の沿革と解釈上の争点

(1) 昭和五六年改正までの経緯

(2) 解釈上の争点

三 二六五条の立法趣旨と規定の構造

四 二六五条違反取引の効力に関する判例の変遷と学説の推移

(1) 判例の変遷

(2) 学説の推移

五 判例理論にいう「無効を主張できない」と「有効」との同義性

(1) 四三年大法院判決の相対的無効という理論

(2) 学説としての相対的無効説の理論

イ・「有効」を「無効を主張できない」と同義に用いている論者

ロ・「無効を主張できない」をその通りに用いている論者

(3) 「有効」と同義と解する場合と追認との関係

(4) 「第三者の悪意を立証できない」ことの法的意味

(5) 相対的無効という理論が成立すべき根拠

商法二六五条の取引に関する諸問題の理論的検討(一)

- (6) 取締役会の承認を欠くことと民法一〇八条の自己契約・双方代理との関係
- 六 相対的無効説にいう保護すべき第三者の範囲と会社が立証すべき悪意の内容
 - (1) 保護すべき第三者の範囲
 - イ・間接取引の場合
 - ロ・直接取引の場合
 - ハ・直接取引において取締役が第三者のために取引する場合
 - (2) 会社が立証すべき第三者の悪意の内容
- 七 無効説・有効説と二六五条の効力規定性・命令規定性
 - (1) 無効説
 - (2) 有効説
- 八 取消可能説と二六五条の強行規定としての強行性の度合い
- 九 大審院大正八年四月二一日判決の意義と効力浮動説

一 問題の所在

取締役と会社との間の取引については取締役会の承認を得ることを要する旨を定める商法二六五条はきわめて多くの問題を含んでおり、近時の議論のウェイトは立法論に移っているが、いまなお解釈論において解明されていないことが少くない。同条の解釈論的研究は判例の変遷とともに進み、明治末期から始まって大正、昭和へと引き継がれ、とくに昭和三〇年前後から五〇年代の二〇年間がもっとも盛んでその発展は目覚ましく理論的深化を遂げた。それでもなお同条をめぐる諸問題のすべてが解明されないまま残っているのみならず、かえって複雑になったものがあるのは、同条に関する改正が大小合わせて五度もあったことが一因となっている。昭和五三年には同条に關してもっとも解釈が対立する点(後述)について重要な改正が行われるべく改正試案に取り上げられたことがあったが、もしこの改正が行われてい

たならば、同条に関する三度目の大きな改正となるものであった。従前、改正試案に取り上げられた事項がまったく見送られてしまった例は少なく、このことは改正しようとした問題の難しさをうかがわせる。法改正には判例や学説が影響を与えることが少なく、また行われた改正が新たな解釈問題を生み出すといったことはよくあることであるが、同条をめぐっては昭和五〇年代後半になると立法論が展開されるのが目立ってきた⁽¹⁾。しかし、前に指摘したように同条をめぐる解釈論においてなお問題が種々あり、たとえば、論者によっては、判例理論の把握ないし理解が正確さを欠き、あるいは説明の仕方や表現が異なるため、厳密にいうと別の理論ではないかと思われるようなことがあったり、結論に至る過程が十分説明されていないかと思われる見解があったり、また意味するところが理論的によくわからないところがあるなど、立法論にシフトする前に解釈論においてなお解明すべき問題は何なのか、そしてそれらをどう解決するのかいま一度検討しなければならぬことが少なからずある。

本稿は右のような二六五条の取引に関する諸問題に解釈論的検討を加えることを目的とするが、予定する三回にわたって取り上げる問題の間には論理的先後関係があり、その順序にしたがって叙述するのが望ましいわけであるが、いまだ考えがまとまっていない問題があるため、あまりそのことにとらわれずに以前から関心をもちかつ検討を終えた順に叙述してゆく。

二 商法二六五条の改正の沿革と解釈上の争点

(1) 昭和五六年改正までの経緯

現行二六五条は当初旧商法(明三二法四八)においては、一七六条として規定されていたが、明治四四年改正で監査役の承認があったときは自己契約・双方代理禁止を定める民法一〇八条を適用しないことが追加された。その後、昭和一三

年改正で二六五条として受け継がれ、それまでは取締役の自己取引に関する承認機関は監査役であったものを昭和二五年の改正で取締役会に変更された。それとともに、この取引につき「取締役が会社の製品その他の財産を譲り受け、会社に対し自己の製品その他の財産を譲渡し、会社より金銭の貸付を受け、その他自己または第三者のために会社と取引をなすには（取締役会の承認を受くることを要す）」と規定して自己取引の主な場合を例示する改正が行われた。しかし、その後会社が取締役個人の債務について第三者との間で債務引受契約をなす場合など、いわゆる直接取引とはいえない場合にも同条の適用があるか否かが裁判上争われるケースが続出し、後述するように最高裁は昭和四三年一月二五日大法院判決（民集二二―一三―三五二）（以下、「四三年大法院判決」という）をもってこれを肯定する判例の立場が確立し、また学説の多数もこれを支持した。これを受けて、昭和五六年改正でいわゆる間接取引も規制の対象に加えられることになり、同条一項後段に明文化された。その結果、民法一〇八条の適用を排除していた同条後段を二項を設けて移し、かつ民法一〇八条は直接取引の場合に限ることを明らかにした。さらに三項を新設し、取締役の競争禁止義務を定める商法二六四条二項を準用して、取締役に会社との利益相反取引に関する事後報告義務を課すことにした。

(2) 解釈上の争点

これまでに二六五条の解釈上の争点となった主要なものをあげると、①同条の規制の対象となる取引とはなにか、とくに手形行為は含まれるのか、②取締役・会社間の利益相反取引であるかどうかは個別的・具体的事情によって判断すべきか、定型的・抽象的にとらえて判断すべきか、③会社と第三者が取引の当事者であるが、実質的に会社と取締役の利害が相反する取引は含まれるか、④取締役会の承認を受けるべき取締役は会社と取引する取締役か代表取締役か、このことは直接取引と間接取引とで異なるか、⑤取締役会の承認は事前に限られるか、事後の承認も許されるか、⑥取締

役会の承認は包括的に与えることが認められるか、⑦同条違反の取引は無効なのか有効なのか、それとも会社が取り消すことができるか、そしてこのことと関連して⑧同条は効力規定か命令規定か、⑨同条違反の取引を無効と解する場合にその無効を善意の第三者に主張できないとする実定法上の根拠はなにか、⑩右の場合の第三者とはどの範囲の者をいうのか、⑪⑨の善意の第三者の裏返しとして悪意の第三者という場合の「悪意」とはどのようなことをいうのか、⑫直接取引の場合に取締役のほうから取締役会の承認を欠くことを理由に取引の無効を会社に対して主張できるか、第三者のほうからどうか、取締役から第三者に主張することはできるか、その逆はどうか、⑬取締役会の承認を得ない取引は無効だが、第三者に対してはその悪意を立証できなければ無効を主張できないと解する見解をとった場合に、結果として悪意を立証できないときそれは無効原因たる瑕疵が治癒されたことになるのか、会社による追認があったと同じことになるのか、あるいは事実上有効として取り扱われるにすぎないのか、などがあり、これらに付随する問題も合わせるともっと多い。

右の争点のなかには、一応立法的に解決され、現在ではほとんど問題がないものがあるが、そういった一、二点を除いては次稿にわたって取り上げてゆくつもりである。手形取引における第三者保護の問題は有価証券法理により解決を図るのが妥当ではないかとも考えるが、困難な問題でいまだ確たる考えをもつに至っていないので、これも次稿以降に譲る。したがって、手形取引と取引安全保護の問題については手形取引と他の取引を区別しない判例の見解を一応肯定したうえで、関連する諸問題の検討を進めてゆく。

三 一六五条の立法趣旨と規定の構造

二の(2)の解釈上の争点としてあげたうち、古くから議論が多く判例・学説上諸見解が対立するなどもっとも重要な問

題として現在に至っているのは、二六五条違反の取引の効力についてである。その主たる理由はなんといっても上記のことについてなんら規定していないため解釈理論により決するほかないからである。

ところで、同条の立法趣旨の理解について現在では論者によって大きく違うことはない。それは要するに、二の(1)で述べたように、昭和二五年改正において同条前段で取締役・会社間に直接成立すべきいわゆる直接取引について主要なケースが例示されることになったが、取締役が自己または第三者のために会社と取引(従来はこれを「取締役の自己取引」というのが一般的であったが、その後昭和五六年改正でいわゆる間接取引も規定されることになったので、現在では前者を直接取引というのが普通である)を行うときは、会社の利益を図る任務(商二五四条の三・二五四条三項、民六四四条)と自己または第三者の利益(会社以外の利益)とが衝突を来たす場合がある。そのような場合には、取締役は会社に対する任務からすると会社の利益のほうを優先しなければならない立場にあるが、会社の不利益において自己または第三者の利益を図るおそれがある。そのようなおそれがある取引は禁止すべきかも知れないが、取締役・会社間の取引がつけねに必ず会社にとって不利益であるとはかぎらず、かえって会社にとって必要または利益になることもある(たとえば、会社の工場建設用地として最適の場所に最適の広さの土地を取締役が所有しているなど)。そこで、商法は取締役・会社間の取引を禁止しない代りに会社の利益を護るために右取引には取締役会の承認を得ることを要する旨を規定したのである(もちろん、取締役は取締役会の承認決議につき特別利害関係を有する者であるから、決議に参加できない。商二六〇条の二第二項・三項参照)。そして、同条二項で右直接取引の場合には、会社と取引をする取締役自身が会社を代表することは自己契約(第三者のためにするときは双方代理になる)にあたり、一般法たる民法では一〇八条で禁止されているが、この一〇八条は本人の利益が不当に害されるのを防止するためであるから、取締役会が本人たる会社にとって利益となる取引であると判断して承認したときには自己契約・双方代理を禁止すべき理由はないから、そ

の場合には一〇八条を適用しない旨を定めている。また、一項後段において会社の利益を取締役との関係で保護しようとする二六五条の立法趣旨からすれば、直接取引のみならず、取締役の個人債務につき会社が第三者たる債権者に対し債務引受をなす場合のように会社と第三者との間の取引(間接取引)であっても、取締役にとって利益になるのに反し会社が不利益を被るおそれがあるので、これについても同様に取締役会の承認を得るべきことを義務づけている。

四 二六五条違反取引の効力に関する判例の変遷と学説の推移

(1) 判例の変遷

判例は当初監査役の承認を欠く取引の効力について有効であるが会社は取り消すことができると解する全面的取消可能説(大判明三六・九・四民録九一九七八)の立場をとっていた。しかし、その後何人との間でも無効であるとする絶対的無効説(大判〔民事連合部〕明四二・一一・二民録一五一九二六)(以下、「連合部判決」という)へ改め、さらにこの立場を維持しながら無権代理に準ずるものとして事後の承認を認め、追認があれば有効となる(追認がないかぎり善意の第三者との関係でも無効)と解する判例理論が確立した(大判大八・四・二二民録二五―六二四、大判大一三・七・一〇民集三―九―三四九、大判昭六・一一・二二新聞三三四四―一一など)。この全面的無権代理行為効力説とでもいうべき立場は、戦後、最高裁も踏襲した(最判昭三六・六・一三民集一五―六一―一六六九、最判昭三八・三・一四民集一七―二―三三五)。しかし、この立場では善意の第三者保護、換言すれば取引の安全を確保できない。そこで、判例は間接取引に関する事案についてであるが、会社は取締役会の承認を欠く取引の無効を取締役には主張できるが、第三者に對してはその悪意を主張・立証しなければ主張できないとする相対的無効説をとることを前掲四三年大法院判決によって明らかにした。その後同旨の判決(最判昭四五・三・一二判時五九一―八九、最判昭四五・四・二二民集二四―四―

三六四)が繰り返される一方、手形取引を内容とするものではあるが直接取引に関する事案について同様の見解をとった(最判「大法院」昭四六・一〇・一三民集二五―七―九〇〇)(以下、「四六年大法院判決」という)。これをもって判例の立場は確立されたものといつてよい。

(2) 学説の推移

学説は古くは無効説が支配的見解であったが、この無効説も絶対的無効説から事後の承認を認める追認可能無効説へ移り、これが主流となってきた。それでもなお会社はその取引の無効を善意の第三者に対しても主張できるとして取引の安全よりもはるかに会社の利益保護を重視していた。このような状況の下で、無効説よりも基本姿勢を取引の安全保護に大きく転換し、取締役会の承認を欠く取引は第三者との間では有効であるが(この点が当初の判例の立場である全面的取消可能説と決定的に異なる)、取締役との間では会社が取り消すことができるとする取消可能説、同条違反取引自体は完全に有効と解する有効説が相前後して登場した。有効説も有力に主張され、これはさらに命令規定と手続規定説とでもいうべきものに分れる。両者の理論的な違いは微妙であるが、一説は、二六五条を命令規定と解し、同条違反の取引自体は完全に有効であり、ただ取締役に損害賠償責任を生じたり、取締役解任事由となるにすぎないとする命令規定説、他の説は、同条を取締規定と解するものと思われるが、会社が取締役と取引をなす場合における会社の内部的手続きを定めた規定であり、同条違反の取引もそれが代表取締役によって締結された以上有効であるとする手続規定説である。

このように会社の利益保護か取引の安全保護かという二者択一の見解の対立の潮流の中で、両者の要請にどう調和的に対処できるような理論構成をするかが最大の焦点であった。そのような状況の下で登場し広く支持を受けるように

なったのが相対的無効説といわれる見解である。

五 判例理論にいう「無効を主張できない」と「有効」との同義性

(1) 四三年大法院判決の相対的無効という理論

理論的に検証すべき第一の見解は、右の相対的無効説である。ただ既述のように四三年・四六年の両大法院判決の立場も相対的無効説といわれる。学説としての相対的無効説は、四三年大法院判決が相対的無効という理論構成が前記のように会社の利益保護の要請と取引安全保護の要請とを調和させるものとしてもっとも妥当であるとして広く支持を受けるようになり、学説としても相対的無効説が通説的地位を占めるようになった経緯からすると、判例の立場である相対的無効説の理論も学説としての相対的無効説の理論も当然同一であるべきところ、賛成論者のなかには表現や説明の仕方が微妙に違うので、判例とは別の理論を内容とする第二の相対的無効説とでもいうべきものではないかとの疑問が生ずる。同一の学説とはいいながら、論者によって微妙に違うところがあり、すべてまったく同じではなくても同一の学説として分類することはあることであるが、ここで検証しようとするのはそういう学説の分類において同一学説のカテゴリーに属するかどうか、換言すれば幅の問題ではない。理論として成り立たない、あるいは理論が破綻を来たすのではないかという問題である。

まず、判例が相対的無効説という立場を確立した前掲四三年大法院判決であるが、この事案はいわゆる間接取引に関するもので、Y会社の代表取締役A個人がX会社に対して負う金銭債務をY会社が引き受けたが、Y会社の取締役会の承認を受けなかったというものである。この判決当時はまだ法文化されていなかったが、これは前に二六五条の改正の経緯でも出てきた現行二六五条一項後段にいう「会社が取締役ノ債務ヲ保証シ其ノ他取締役以外ノ者トノ間ニ於テ会社

ト取締役トノ利益相反スル取引」にあたる。そこで、同判決は取締役会の承認を得ることを要すると判断したうえで、「……取締役が右規定に違反して、取締役会の承認を受けることなく、右の如き行為をなしたときは、本来、その行為は無効と解すべきである。……取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反する取引にあつては、会社は、当該取締役に對して、取締役会の承認を受けなかったことを理由として、その行為の無効を主張しうることは、前述のとおり当然であるが、会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、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、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、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張しうるものと解するのが相当である。」〔同判決三五二―三五三頁〕（傍点筆者）と判示している。

また、三年後の直接取引に関する前掲四六年大法院判決も同一の理論を適用している。この事案は約束手形の振出に關するもので、Y会社がその取締役Aに金融を得させる目的で約束手形を振り出し、AがXに交付しXが所持するものであるが、Y会社はその振出について二六五条所定の取締役会の承認を得ていなかった。Xは手形取得に際しこの事実を知らなかったが、Xの手形金請求に對し、Y会社はこの手形の振出には取締役会の承認がなかったから二六五条違反により無効であり、またXはAがY会社の取締役であることを知りながら取締役会の承認の有無を調査しないから過失があり保護に値しない、と主張したものである。これに對し、四六年大法院判決は、まず手形の振出行為も原則として二六五条にいう取引にあたるかと判断したうえで、「……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、会社がその取締役に宛てて約束手形を振り出した場合においては、会社は、当該取締役に對しては、取締役会の承認を受けなかったことを理由として、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、その第三者に對

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、当該手形は会社からその取締役に宛てて振りだされたものであり、かつ、その振出につき取締役会の承認がなつたことについて右の第三者が悪意であつたことを主張し、立証するのでなければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れないものと解するのを相当とする……。したがって、この場合には、手形法一六条二項の適用はない……。〔同判決九〇三頁〕(傍点筆者)。よって、手形振出につき取締役会の承認を欠くことを知らなかったXに対してY会社は手形振出の無効を主張できないとしてY会社の上告を棄却した。

(2) 学説としての相対的無効説の理論

同じ相対的無効説の立場をとりながら、「無効を主張できない」と「有効」とを同義と考えて「有効」という表現を用いている論者と、「無効を主張できない」をその通りに用いている論者とが存在する。問題なのは相対的無効説は追認を認めるので、会社が追認した場合、また悪意を立証できなかった場合に生ずる法効果、権利義務関係に理論的破綻を来たし合理的な説明ができない点が出てくることである。

イ。「有効」を「無効を主張できない」と同義に用いている論者

本間輝雄教授は、学説の分類において、大別して、①絶対無効説、②有効説、③相対的無効説、に分かれるが、第三説が通説とみてよいと述べ、①の絶対無効説から順に説明していつて、③の相対的無効説について、「……本条違反の行為は会社とその取引の相手方たる取締役との間では無効であるが、善意の第三者との間では有効となす説である」と説明され、続いてカッコ書きでこの相対的無効説の賛成論者として、鈴木竹雄博士、竹内昭夫教授、大隅健一郎博士、今井宏教授、北沢正啓教授、河本一郎教授、菅原菊志教授、神崎克郎教授、島十四郎教授をあげられる。菅原教授も本

間教授と同様に、「相対的無効説とは、商法二六五条違反の行為も、会社と取引の相手方である取締役との間では無効であるが、善意の第三者との間では有効であると解する立場で、学説上最近有力となってきた。最高裁判所は昭和四三年一月二五日の大法廷判決(……)をもって、……また昭和四六年一月一三日の大法廷判決(……)をもって……善意の第三者を保護する必要があるという理由で、相対的無効説の立場をとる旨を明らかにした。」と説明されている。⁽³⁾

ロ・「無効を主張できない」をその通りに用いている論者

ところが、本間・菅原両教授のように、「有効」といわずに「無効を主張できない」という表現をその通りに用いている論者として、まず鈴木博士をあげることができる。同博士は、「取締役会の承認を得ないで自己取引は無効である……。しかし、取引の安全の考慮から、会社が第三者に対して無効を主張する場合にはその者の悪意……を立証しなければならぬと解する……」(傍点筆者)と述べておられる。そして大隅博士も、「……第三は、取引は無効であるが、第三者に対しては会社はその者の悪意を証明するのでなければ無効を主張することができないとする見解(相対的無効説)である。判例はこのうち第三の立場をとり(最大判昭和四三・一二・二五民集二二卷一三号三五一一頁、同昭和四六・一〇・一三民集二五卷七号九〇〇頁、……など)……第三の見解が最も妥当であるといわなければならない(大隅・私と商事判例一五四頁)⁽⁵⁾」(傍点筆者)と説かれており、よりはっきりと判例の見解も相対的無効説という学説もまったく同じ理論であることを明らかにされている。また、本間教授は前記学説の分類においては相対的無効説の支持者としてあげておられないが、田中誠二博士も、「……取締役会の承認がない取引(は)……昭和四三年の最大判(……)のように、第三者に対しては、その悪意であることを主張し立証して無効を主張しうると解さざるをえないのである」(傍点筆者)⁽⁶⁾と述べ賛意を表されている。

そのほか、いちいち著書・論文の引用は控えるが、河本一郎教授、服部栄三教授、山口幸五郎教授、前田庸教授の四

教授も同様で、「有効」という用語を「無効を主張できない」と同義として使っておられない。

(3) 「有効」と同義と解する場合と追認との関係

判例は、取締役会の承認を受けない取引を一種の無権代理行為と解し(つねに、そのように構成できるかは問題で後に論ずる)、会社は追認できるとしてこれを認める立場をとっている(リーディングケースは、大判大八・四・二一民集二五―六二四)。追認すれば取引は初めより有効となるわけであるが(民一一六条)、本間・菅原両教授のように、間接取引において取締役会の承認を欠く取引も善意の第三者との間では「有効」ということになる、会社が追認した場合には、もともと「有効」な取引がまた「有効」なものになるというまったく訳のわからないことになる。「無効を主張できない」と同義において「有効」というと理論的に破綻するのが右の点である。

有効といっても、確定的有効ではなく、一応有効という場合もあり、「取り消しうべき行為」がそれである。これは無効な行為とは異なり取り消されるまでは有効であるが、ただその効力は取り消されるかも知れないという不確定な状態にあつて、追認や取消権の消滅によってその効力は確定的に有効となる(民一二三条―一二六条)。もちろん、このような不確定有効を意味して「有効」という語を使用されているわけでもないことはいうまでもない。というのは、判例も相対的無効説も先に述べたように取締役会の承認を受けない取引を無権代理行為に準ずる行為と解しているから、追認があるまでは無効が確定していないから一応無効ということはあるが、逆の一応有効ということは理論上あり得ず、したがって「確定的有効」を意味して用いられているとみるほかないからである。

なお、本間教授は相対的無効説の立場に立ちながら、唯一、事後承認つまり追認を否定される⁽⁸⁾。同教授の追認否定説という理由の当否はともかく追認を認めない立場に立つなら、そのかぎりにおいて前述のような理論的破綻は生じない

といえよう。

(4) 「第三者の悪意を立証できない」ことの法的意味

会社が第三者の悪意を立証できなかったときは、第三者は善意ということでは会社は取引の無効を主張できない。反対に、第三者の悪意を立証できたときは、会社は取引の無効を主張できる。このことをどのように言い換えても、第三者が善意だからといって無効な取引が有効になるわけではない。法律上無効なものは無効であって第三者の善意・悪意によって変わるなどということは理論的にはあり得ない。ただ、結果からすると、会社が第三者の悪意を立証できなかったため、第三者から債務の履行を求められれば応じなければならない。ということは、取引が事実上有効として取り扱われるからにはかならない。しかし、このような説明の仕方では原因と結果の間を論理的に十分説明できていない。なによりも事実上、というのは便利な言葉ではあるが法律論的でないのが問題である。

菅原教授は相対的無効説にいう無効は実質的に取消とほとんど違わないといわれる。⁽⁹⁾ この実質的に、というのも右の事実上と同じようにならその内容を理論的に明らかにしておらず、結果からみて、それに合うように表現したにすぎない。つまり、第三者の悪意を立証できなければ事実上有効として取り扱われることになるが、立証できれば無効を主張できるので、取消の場合のように、取り消されるまでは一応有効であり取り消されれば当初から無効となるという点でよく似ているからだろう。ただ、あくまでも似ているにすぎない。

では、どのように法的構成をするのがよいかである。法律的には、取引が有効ということにならないかぎり、第三者は会社に債務の履行を請求できないし、また会社にも履行の義務は生じない。そこで、一つ目の考え方は、第三者の悪意を立証できなかったことにより取締役会の承認を欠くという取引の無効原因たる瑕疵が治癒されると解する、二つ目

の考え方は、立証できなかつた時点で会社による追認があつたものと構成することである。後者の方が妥当と考えるが、その理論的根拠はつぎのようである。すなわち、取締役・会社間の取引においては取締役は通常会社と利害相反する立場にあるが、対外的には委任(商二五四条三項、民六四三条)に基づき信任関係にある受任者たる取締役が履行すべきであつた義務は委任者たる会社もまた負うべきことは当然の事理である。そうすると、会社が悪意を立証できなかった時点で取締役がなすべきであつた取締役会の承認を得るということを事後に会社が行つた(追認)ことになるので、法律上取引は当初から有効となる。この取引が当初から有効となるということが善意の第三者保護の要請によく応えることができる点である。これに対して、前者の方は、会社が第三者の悪意を立証できないこと、つまり善意であることがなせ取引の無効原因たる瑕疵を治癒するという法効果を生じさせるのか、あるいは生じさせたとみなすことができるのか理論的に説明しにくいという難点がある。

(5) 相対的無効という理論が成立すべき根拠

取締役会の承認を得ない取引は、直接の相手方である取締役に無効を主張できるが、第三者に対してはその悪意を立証しなければ無効を主張できない、という理論は善意の第三者保護を図ろうとするための便宜的解釈にすぎず理論的根拠を欠くとの指摘⁽¹⁰⁾がかつてはあつたが、現在では相対的無効という觀念が認められることについては異論がない。ただ根拠については見解が分れている。すなわち、第一説は、特定の規定に違反する行為について(とくに違反行為の効力に関して規定がない場合)、その規定によって保護しようとする利益と取引安全確保との調和的観点から必要な場合には相対的無効ということは認められるとする見解⁽¹¹⁾、第二説は、実定法上の根拠として会社更生法五四条の二および五五五の類推適用を認める見解⁽¹²⁾、第三説は、山口(幸)教授の見解であるが、取締役のみならず会社もその利益を確保する

ため取締役会の承認手続きをとる法的義務を有するにもかかわらず、これを怠っておきながら善意の第三者に対して帰責事由のある会社が取締役会の承認を経ないことを理由として無効を主張することは禁反言法理が禁じていることを根拠とする見解⁽¹³⁾、などである。

第二説の見解に対しては、商法(一般法)とは特別法という関係にある会社更生法の規定を類推適用するのは疑問であるとの批判⁽¹⁴⁾があるが、その通りだろう。そうすると、第一説と第三説に絞られてくる。第一説のほうが有力であるが、立論の仕方は違うが第三説に近いような考えはどうであろう。つまり、それは前にも述べたことがあるが、委任に基づき信認関係にある会社と取締役は対外的には共同責任主体であって取締役の過失により生じた責任は会社もまた負うべきであり、したがって、取締役会の承認を得なかったことによる取引の無効を会社は善意の第三者に対して主張できないというものである。このことは信義則からも肯定されよう。

もう一つ別の考え方として、代表権の不可制限性から、これに加えた内部的制限をもって善意の第三者に対抗できないものとする商法二六一条で準用する同法七八条二項、さらに同条で準用する民法五四条の類推適用を根拠とするものであるが、このような見解に対しては、山口(幸)教授の、右規定は個別的規制であり自己取引のような一般的かつ忠実義務に由来する法定制限にまで及ぼすのは疑問であるとの指摘⁽¹⁵⁾がある。この指摘は当を得たものというべきである。というのは、代表権に加えた制限とは会社がその意思によって定款などをもってした制限のことを法は予定しているのであって、実質的には同一法典の同一編において、一方で制限を法定しておきながら、他方でその制限をもって善意の第三者に対抗できないと規定するのは自己矛盾にほかならないからである。

(6) 取締役会の承認を欠くことと民法一〇八条の自己契約・双方代理との関係

この問題を改めて検討する必要があると考えるのは、これまで引用した判例はいずれも会社と取引する取締役が会社を代表して自己と取引する民法一〇八条の自己契約にあたる場合である。しかし、会社と取引する取締役が同時に会社を代表する取締役でない場合には、自己契約にあたらなければならない。自己契約にあたらなければ、取締役会の承認を得ないとき無権代理行為になるのかどうか必ずしも明らかではない。

もう一度、判例の事案と判旨を確認しておく、まず判例が二六五条違反の行為は無効ではあるが、無権代理行為に準ずるものとして追認があれば有効となる旨を最初に判示した大審院大正八年四月二一日判決(民録二六一一〇六八)の事案は、取締役が各自会社代表権を有する独任制の時代におけるものであったから、例外的な措置として会社を代表する取締役を別の取締役とすることにしないかぎり、会社と取引する取締役が当然に会社を代表して自己と取引する自己契約になり、この判決の事案もそうであった。では、取締役について独任制ではなくなった昭和二五年改正後の事案はどうであったかであるが、前掲四三年・四六年の兩大法廷判決はいずれも会社と取引する取締役が代表取締役であり会社を代表して自己と取引した自己契約に該当するケースであった。

以上の三事案の場合には、四三年大法廷判決も判示しているように、商法二六五条が取締役会の承認を受けた場合には民法一〇八条の規定を適用しない旨規定している反対解釈として、その承認を受けないでなした行為は、民法一〇八条違反の場合と同様に、一種の無権代理人の行為として無効とする。そうすると、会社と取引する取締役がみずから会社を代表しないのであれば自己契約にならないから無権代理にもならないことになる。しかし、自己契約にならないければつねに無権代理にならないのか、それとも自己契約にはならないが無権代理行為にはなるのか、四三年大法廷判決では必ずしも明らかではない。この点について前掲大審院大正八年四月二一日判決は、取締役自身が会社を代表して自己と取引する場合について「……是レ民法一〇八条ノ適用ノ一ノ場合ニシテ取締役ハ株式会社ノ法定代理人ニシテ

各自会社ヲ代表シテ目的ノ範圍ニ屬スル行為ヲ為スヘキ広汎ナル權限ヲ有スルモノナレハ法理上ヨリ之ヲ觀レハ会社ヲ代表シテ自己ト取引ヲ為シ若クハ双方ノ会社ヲ代表シテ取引ヲ為ス權限ヲ有セサル者ニアラス又斯カル取引ヲ為スハ公序良俗ニ害アルモノニアラス然レトモ取締役カ自己又ハ第三者ノ為メ斯カル取引ヲ為ストキハ会社ト利害ノ衝突ヲ生シ往往会社ニ不利益ヲ來スノ虞アルヲ以テ取締役ニ斯カル取引ヲ為ス代理權ナキモノト為シ無權代理ノ一ノ場合ト為シ……」と判示している。これによると、取締役・会社間の取引は会社に不利益を与えるおそれがあるから会社と取引する代表権ある取締役も会社代理權がないものとするといっている。この論理を裏返えすと、会社と取引する取締役自身が会社を代表せず、別の取締役が会社を代表するならば自己の利益を優先させるといふことは法理上ないから代理權はあり、正式な有權代理として有効な取引ができることになる。つまり、この場合には自己契約にならないから民法一〇八条の問題は生ぜず、取引の当事者となる取締役が取締役会の承認を受ければよいわけである。

右の問題に伴つてもう一つ論じておきたいことは、会社と取引する取締役が民法一〇八条に該当するが取締役会の承認を受けなかつた場合に生ずる無權代理は民法一一三条の狹義の無權代理か、民法一一〇条の代理權踰越の無權代理かである。後者の無權代理は表見代理の一場合であるが、この場合は代理權の範圍を超えて行動する場合に生ずるものであるから、基本としてなんらかの代理權が与えられていることを要する(最判昭三〇・七・一五民集九一九一〇六九)。会社と取引する当事者であるか否かに関係なく現行商法の下では、会社の業務執行權・代表權を有する取締役でなければ会社を代理して取引をすることはできないのであるから、基本的には代理權が存在することが前提となっている民法一一〇条の超權代理にあたるといつてよい。前掲大審院大正八年四月二一日判決は会社と利益相反する取引をなす取締役(代表權を有する取締役)は、その取引については代理權がないとしてゐるが、これは換言すれば、会社代理權の行使には取締役会の承認が停止条件となつてゐるといつてよく基本として代理權がない場合ではないといふべきである。

六 相対的無効説にいう保護すべき第三者の範囲と会社が立証すべき悪意の内容

(1) 保護すべき第三者の範囲

イ・間接取引の場合

判例が、相対的無効という理論構成により第三者保護を図ったリーディングケースである四三年大法院判決の事案が間接取引に関するものであったので、まず間接取引の場合からみてゆくと、Y会社の代表取締役A個人がX会社に対して負う金銭債務をY会社が引き受ける契約をX会社との間で締結したが、Y会社が右債務引受につき取締役会の承認を受けなかった。Y会社が取締役以外の第三者であるX会社との間で債務引受契約をしたことにより、取締役Aには利益となるがY会社は不利益を受けることになる典型的な間接取引である。この場合のX会社は取引の相手方であるがY会社以外の第三者であり、通常このような立場にある者はY会社内部の問題である取締役会の承認の有無を知らない善意者であり保護されなければならない。四三年大法院判決でいう第三者とはX会社のことである。とくに問題はない。なお、つぎの直接取引の場合の第三者はこの場合と異なる。

ロ・直接取引の場合

四六年大法院判決は直接取引ではあるが手形取引に関するものである。すなわち、Y会社がその取締役Aに金融を得させる目的で約束手形を振り出し、AがこれをXに交付しXが現所持人であるが、右手形の振出につき取締役会の承認がなかった。この場合には、Y会社とその取締役Aが直接手形取引をした当事者であるが、Aから手形の交付を受けたXは文字通り第三者であり、Y会社の内部的手続きである取締役会の承認を得ない手形取引であることを知らないのが通常であり保護されなければならない。もちろん、Xからさらに手形の裏書譲渡を受けた者も保護されなければならない。

いのは当然であるが、問題になった第三者とはXのことである。手形取引以外の取引でも基本的には同じである。これもとくに問題はない。

ハ・直接取引において取締役が第三者のために取引する場合

たとえば、Y会社の取締役Aが第三者XのためにY会社と取引をするにあたって取締役会の承認を受けなかった場合、Xは保護すべき第三者に該当するかである。法律上は取引の当事者はY会社とXであり、XとAの間ではXが本人でYは代理人という関係にある。前田(庸)教授は、Xは保護すべき第三者ではないとされる。すなわち、第三者のためになされた場合であっても、取締役自身がその第三者を代理または代表している以上、その第三者を保護する必要がないからである⁽¹⁶⁾といわれる。しかし、このような考え方はあまりに形式論的にすぎるのではないだろうか。

この取締役が第三者のために取引する場合における、前記二つの場合に相当する第三者は、たとえば、Y会社から譲り受けた不動産をXがBに売却したような場合のBである。しかし、Xは保護しなくていいのか。前述のようにXはY会社以外の者でY会社の内部のことを知らないという立場にあること、第三者保護とは、換言すれば取引安全の保護にほかならないから、Xが、自己の代理人である取締役Aが取締役会の承認を得なかったことを知らなかった善意の場合であっても取引は無効だとすると取引の安全を保護できない点では変りない。そうだとすると、Xは保護すべき第三者であり、これを否定する前田(庸)教授の考え方は疑問である。

(2) 会社が立証すべき第三者の悪意の内容

第三者の善意・悪意は、直接取引の場合には、たとえば会社から不動産を譲り受けた取締役からさらに第三者が売却を受けるときであり、間接取引の場合には、たとえば取締役の債務を会社が引き受ける契約を債権者たる第三者と締結

するときを基準にして判断する。このことは問題ない。

問題なのは右第三者がなにを知っていたならば悪意の第三者であって保護に値せず、取引の無効を会社は主張できるのかである。

四三年大法院判決は、「……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て始めて、その無効をその相手方である第三者に主張するものと解するのが相当である。」(傍点筆者)と判示している。四六年大法院判決は、「……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、当該手形は会社からその取締役に宛てて振り出されたものであり、かつ、その振出につき取締役会の承認がなかったこと」(傍点筆者)について第三者が悪意であったことを立証しなければ、振出の無効を主張して手形上の責任を免れないとしている。

田中(誠)博士が指摘されているように、両判決の違いは、四三年大法院判決は、要するに第三者が取締役会の承認がなかったことを知っていることであるとしているのに対し、四六年大法院判決は、手形の振出について取締役会の承認がなかったことと手形が会社からその取締役に宛てて振り出されたものであることの双方を知っていることであるとしている点である。そして、同博士は、すでに四三年大法院判決直後に、第三者の悪意の内容として取引が取締役会の承認を受けなかったことのみならず、当該取引が二六五条の適用されるようなものであることを知っている必要があると主張⁽¹⁷⁾されていた。四六年大法院判決はその通り判示し、その後の最高裁昭和四七年二月二二日判決(判時六六二一八二)では、一層そのことを明らかにしている。これに対し、菅原教授は、直接取引における第三者と間接取引における第三者とは区別して考えるべきで、間接取引の場合の第三者は会社との取引の直接の当事者であるから第三者の悪意の内容は取締役会の承認がないことを知っていること⁽¹⁸⁾で足りるとされる。ということは同教授は、直接取引の場合には取締役

会の承認がなかったことに加えて取締役会の承認を要する取引であることも知っていることを要すると考えておられるようである。そうだとすると判例となんら変らないわけであるが、明確に述べておられないのでわからない。

この問題は直接取引、間接取引を問わずぎのよう考えるのが妥当ではないかと思う。すなわち、取引につき取締役会の承認がなかったことを知っていたが故に保護する必要がないとして否定されるべきなのは、その取引が、取締役に利益となるのに反し会社に不利益を与えるおそれがある利益相反取引であることを知っている場合である。換言すれば、取引が会社にとどのような利害をもたらすのか、したがって取締役会の承認決議がいかなる意味をもつのかの認識があったからこそ、そのような者は保護するに値しないのであって、承認決議のもたらす法効果や意義がわからないで単に承認決議がなかったことを知っていること自体にどれほどの意味があるだろうか。はっきりいってないに等しい。そういう意味で、取締役会の承認がなかったことを知っていることとその取引が商法二六五条の取引にあたるものであることを知っていることの両者は一体不可分の関係にあるのであって、理論的には異なるが、結果的には田中(誠)博士と同じでこの見解が妥当と考える。

七 無効説・有効説と二六五条の効力規定性・命令規定性

現在では、単純な無効説または有効説をとる論者はほとんどいない。したがって、両説をここで取り上げること自体にはあまり意味がないが、この後に検討する取消可能説の理論と密接な関係があるので、その必要からである。

(1) 無効説

古くは前掲明治四二年の大審院連合部判決をうけて絶対的無効説が通説的見解であったが、その後、事後の承認を認

める無効説⁽²⁰⁾、当然無効ではなく無権代理の効果を生じ取締役会の承認があれば完全に有効とする説⁽²¹⁾、あるいは事後の承認があると民法一九九条但書によって新たな行為があったとする説⁽²²⁾など弾力的に解するようになってきた。ただいずれの見解も会社は善意の第三者に対してもその取引の無効を主張できるとする点で善意者の保護よりも会社の利益を重視する。もちろん無効説は二六五条を強行法規の中でも強行性が強く、その違反行為は当然無効を来たす効力規定と解する。

(2) 有効説

有効説はさらに二説に分れるが、有効説は二六五条を効力規定ではなく一定の行為をなすよう作為の義務を定める命令規定であり、これに違反する作為自体は完全に有効であるが、その作為者に対し一定の不利益が帰せられるにすぎない強行法規と解する。ただし、有効説も会社の利益を犠牲にして同条に違反した取締役を保護すべきものではないから、会社は相手方である取締役に対しては一般悪意の抗弁または権利濫用禁止の法理によりその義務を免れると解する。徹底して第三者保護を図ろうとする理論である。

一説は、田中(誠)博士を代表者とする見解で、二六五条は取締役に義務を定めた命令的規定であると解する立場から、同条に違反して取締役会の承認を得ない取引でも完全に有効であり、ただ取締役の義務違反として損害賠償責任を生じ(商二六六条一項五号)、少数株主による解任請求事由となる(商二五七条三項)にすぎないとするものである⁽²³⁾。下級審判例にはこの見解をとり入れたものもあった(大阪高判昭三四・九・一六下民集一〇—一九四八、大阪地判昭四一・一二・一五時報四八四—六七)。

田中(誠)博士は、五六年改正法による二六五条の法文修正(第二項が「前項前段ノ承認アリタル場合ニ於テハ民法第百

八条ノ規定ヲ適用セズ」と改められたこと)のため、その後取締役会の承認がない取引には民法一〇八条の適用があり、無権代理(代表)行為となりその効果を生ずることが明白になったと解し、相対的無効説(同博士は相対的無権代理行為効力説と呼ぶ)に改説⁽²⁴⁾された。

他の説は、大隅博士を代表者とする見解で、二六五条を会社が取締役と取引をなす場合における会社の業務執行の決定方法を定めたものと解し、代表取締役によって締結された取引である以上同条に違反しても有効である⁽²⁵⁾とするものである。

大隅博士は、その後、法がとくに取締役と会社との間の利益相反取引につき特別の規制を加えていることを考えると、同条違反の取引は無効と解するのが立法の趣旨にそうものであるとして相対的無効説に改説⁽²⁶⁾された。

八 取消可能説と二六五条の強行規定としての強行性の度合い

判例も、四の(1)で触れたように、初めは監査役の承認を欠く取引の効力につき会社は取り消すことができるが、取り消されないかぎり取引は有効であるとする立場をとって(大判明三六・九・四民録九―九七八)、会社が取り消せば第三者との間でも無効となるとしていた。全面的取消可能説とでもいべき見解である。

学説における取消可能説は中村一彦教授の提唱する見解で、右判例の欠点を是正し取引安全の保護を図って、会社・第三者間の取引は有効であるが、取締役・会社間の直接取引は会社⁽²⁷⁾がこれを取り消すことができる⁽²⁷⁾と構成する理論である。この理論からすると、相対的取消可能説と呼ぶのが適切だと思いが、中村教授は、この理論によって相対的無効説の短所を少なくし、有効説の長所を生かすことができる⁽²⁷⁾とされる。すなわち、会社・第三者間では取引は有効と解するわけであるから有効説と同じであるが、会社・取締役間の内部的取引も一律に無効とするのは適当ではなく、会社にと

って公正かつ合理的であり、会社にとってなんら不利益にならない取引は有効とすべきであり、不利益になるものならば取り消すことができる」と説かれる。このように解すべき理由を敷衍すれば、本来二六五条は会社の利益保護を目的とするものであるから、みずから義務を怠った当該取締役の保護に配慮すべき理由はなく、もっぱら経営的判断の見地から会社の利益になるか否か判断すればよいのであって、⁽²⁸⁾取締役・会社間の内部的取引をつねに無効とする必要はなく有効としたほうがかえって会社にとって利益になる取引もあるとの考えが基本にあるものと思われる。この会社・取締役の内部的取引(取締役が第三者の代理・代表として行った取引を含むのかどうかは明らかでない)は会社が取り消すことができるという理論は相当の合理性を有すると考えられ、昭和五六年商法改正の審議段階で、後述のような改正提案がなされ、「株式会社の機関に関する改正試案」(法務省民事局参事官)に採り入れられた(第二の六2b)ことがある。

なお、中村教授は、「取消すことよって、会社が債務を履行した後であれば取締役に対して原状回復を求めることになる……」とされるが、このことは手形取引以外の取引には妥当しても手形取引の場合には当てはまらないと思われる。

また、有効説の長所を生かすというのであるから、会社・第三者間の取引は有効とするわけであるが、第三者が悪意の場合までも有効として保護しなければならぬかは疑問である。この点、前記改正試案に採り入れられたものは、取締役会の承認を得ない自己取引は取締役会がこれを取り消すことができるが、善意の第三者に対してはその取消を主張できないという内容のものであった。つまり、取締役会の承認を受けない取引は会社が取り消しうることを基本とし、内部的関係では取消を主張できるが、外部的関係つまり第三者に対しては善意であれば取消を主張できないとするわけである。第二の相対的取消可能説とでもいふべきこの見解のほうが理論的に優れているといえよう。違反取引を無効と解するか取り消しうるかと解するか立論の基礎は違うが相対的無効説と同じ理論構成であるといつてよい。

そしてまた、およそ取消可能説に対しては、二六五条が強行法規なのにこれに違反した場合に当然無効とされないのは問題であるとの批判⁽²⁹⁾がある。強行法規違反の行為は当然無効と解する以外の解釈はあり得ないかのような考え方はどうだろうか。強行規定であることは、当然効力規定であることを意味しないのであって、強行規定にも強行性の程度・度合いによってその違反行為が無効となる効力規定、違反行為自体は完全に有効であり、ただその行為者に対して損害賠償責任が負わされるなど一定の不利益が帰せられるにすぎない命令規定があることは常識であって改めていうまでもなく、前記有効説も説いているところである。そして後者の場合は取締規定とか制限規定と呼ばれるが、会社法には多く存在する。ちなみに、商法二一〇条の自己株式取得禁止規定であるが、この規定の強行性はきわめて強く、判例・通説は資本の諸原則を公序法(民九〇条参照)とみるべきことを理由として同条違反の取引行為自体の無効のみならず、それを目的とする債権契約にも及ぶと解している。⁽³⁰⁾さらには罰則による制裁も規定されている(商四八六条二号)。右のことは、強行法規といっても強行性の度合がきわめて強いものから弱いものまであり、したがって当該規定の違反行為が当然に無効とはならないが、かといって完全に有効ということにもならない瑕疵、つまり取り消しうるといった程度の瑕疵を生ずる規定もあることは理論上認められるはずである。その一つの例として、株主総会の招集手続きに関する諸規定は強行法規であるが、違反は決議に瑕疵を生ずるものの、その瑕疵は当然に決議の無効を招来するものではなく決議の取消事由となるにすぎず決議を取り消すことができると定めている(商二四七条一項)。

こうした検討を通じて、二六五条違反の取引は取消事由たる瑕疵を生ずるにすぎず、会社はこれを取り消すことができるかと解することは可能である。もっとも、直接の実定法上の根拠がないという批判もあり得よう。判例も前掲連合部判決は、「……法律ノ規定ニ違背シタル行為ヲ当然無効トセスシテ取消シ得ヘキモノト為ス場合ニ在リテハ必スヤ之ヲ法条ニ明示スルコトハ民法及商法ヲ一貫シタル主義ナルコトハ両法ヲ通覽スルトキハ之ヲ窺知スルニ難カラス……」と

している。相対的無効という観念が成文法上存在しないが、現在では解釈上認められることには異論がないと同様に、取り消しうる行為も法定以外に認める必要がある場合には認められてよい。

なお、中村教授はその後、田中(誠)博士と同じ理由(前述)で相対的無効説に改説⁽³¹⁾された。ただ、相対的取消可能説は立法論としての価値はなお有するとされる。

それから、もう一点、前に改正試案のいわゆる第二相対的取消可能説に対して、審議段階で、いわば会社側に属する取締役が自己取引をした場合に、同様に会社側に属する取締役会が取り消すことができることは正義感情に反するとの理由で反対意見があった⁽³²⁾。たしかに、間接取引の場合には取締役が会社を代表して第三者との間に締結した取引を取締役会が取り消すことができるというのは、第三者が取締役会の承認を欠いていることにつき悪意であったとしても、承認を受けなければならぬのに受けなかったという過失責任をいわば不問に付してしまうことになるので、反対意見も理解できないわけではない。ただ、取締役と取締役会と会社とがつねに同じ側であるという考え方はどうか。この点、渋谷光子教授のように、もともと二六五条の規制は経営内部での良識に基づく自律的判断に依拠しているものであって、同条違反の瑕疵も取締役会が経営的判断により取引を適当と決定したときのみ取引の効力を否定しうるもの⁽³³⁾と考えるならば、取締役会が取消を決定することはなんら不合理なことではないことになる。ただ、このように二六五条の規制が経営内部での良識に基づく自律的判断に依拠するという把え方そのものが疑問である。

九 大審院大正八年四月二一日判決の意義と効力浮動説

前掲大審院大正八年四月二一日判決(民録二五—六二四)が、事前に監査役の承認を得ないでなされた取締役・会社間の取引は一種の無権代理行為であって、「……無効ナルモ確定的ニ無効ナルニアラスシテ監査役カ承認ヲ為シ又ハ承認

ノ拒絶ヲ為ス迄ハ浮動ノ情態ニ在ルモノ……」(傍点筆者)と判示しているので、本判決の意義を効力浮動説の立場をとることを明らかにしたものととして評価するのが一般的である。もとより二六五条違反の効力が争われた事案であるから、追認または追認の拒絶あるまでは確定的に無効ではないというところに注目し、効力浮動説と称するのもわからないではないが、いささか判例が使用している(効力)浮動ノ情態という従来使われたことがなかった表現に幻惑されたいがある。

本判決の意義は、むしろ四の(1)で触れたように、はじめて判例が、①監査役(現取締役会)の承認を得ない取引は無権代理行為に準ずるものと解したことを、そして、②事後の承認(追認)を認めたことにあるというべきである。

- (1) たとえば、菅原菊志「商法二六五条の適用範囲と違反の効果」鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題下』一四二四頁(有斐閣、昭五〇)。
- (2) 本間輝雄『新版注釈会社法(6)』(二六五条注釈27)二五四頁(上柳克郎ほか編)(有斐閣、昭六〇)。
- (3) 菅原・前掲注(1)一四一八頁。
- (4) 鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫・会社法(法律学全集28)二二二頁(有斐閣、昭五六)。
- (5) 大隅健一郎Ⅱ今井宏・会社法論中巻(第三版)二四四頁(有斐閣、平四)。
- (6) 田中誠二・再全訂会社法詳論上巻六二二頁(勁草書房、昭五七)。
- (7) 河本一郎・現代会社法(新訂第三版)三七七頁以下(商事法務研究会、昭六一)、服部栄三・商法大要Ⅰ企業形態法二二八頁(勁草書房、昭五五)、山口幸五郎「取締役の利益相反行為」(鈴木竹雄ほか編)会社法演習Ⅱ株式会社(機関)一四六頁(有斐閣、六〇)、前田庸・会社法入門(第3版)二八八頁(有斐閣、一九九三)。
- (8) 本間・前掲注(2)二四九頁。
- (9) 菅原・前掲注(1)一四二八頁。
- (10) 田中誠二「商法二六五条についての相対的無効説と有効説」商事法務五九二号二頁。
- (11) 田中(誠)・前掲注(6)六二四頁、本間・前掲注(2)二五六頁、菅原・前掲注(1)一四一九頁など。

- (12) 北沢正啓・新版会社法一三六〇頁(青林書院、昭五一)、鈴木竹雄「株式会社法と取引の安全」商法研究II会社法(1)五八頁(有斐閣、昭四六)、島十四郎「商法二六五条の取引の範囲と違反の効果」ジュリスト商法の争点(二版)(一九八三)一三七頁。
- (13) 山口(幸)・前掲注(7)一四七頁。
- (14) 山口(幸)・前掲注(7)一四七頁、同旨、高鳥正夫・財務経済弘報一四四一号一四頁。
- (15) 山口(幸)・前掲注(7)一四七頁。
- (16) 前田(庸)・前掲注(7)二八七頁以下。
- (17) 田中(誠)・前掲注(6)六二二頁および六二五頁。
- (18) 菅原・前掲注(1)一四二頁。
- (19) 岡野敬次郎・会社法講義案(再版)一七六頁(中央大学、大九)、松本蒸治・会社法講義(昭和二年版)三四八頁(巖松堂、大一一)など。
- (20) 小町谷操三・商法講義第一卷二九六頁(昭一九)、石井照久・会社法上卷三四二頁(勁草書房、昭四二)。
- (21) 野津務・新会社法概論一九七頁(昭二八)、松田二郎・会社法概論二二二頁(岩波書店、昭四三)。
- (22) 田中耕太郎・会社法概論下四〇二頁(岩波書店、昭三〇)。
- (23) 田中(誠)・前掲注(6)六二二頁。
- (24) 田中(誠)・前掲注(6)六二四頁。
- (25) 大隅健一郎・全訂会社法論中一三三頁(有斐閣、昭三四)、西原寛一・会社法第二版(商法講義II)二〇四頁(岩波書店、昭四四)。
- (26) 大隅II今井・前掲注(5)二四四頁以下。
- (27) 中村一彦・会社判例の研究二二九頁以下(信山社、一九九九)。
- (28) 同旨、渋谷光子「利益相反行為の規制」民商法雑誌八五卷五号七五六頁(有斐閣、昭四七)。
- (29) 中村・前掲注(27)二五〇頁。
- (30) 元木伸・改正商法逐条解説(改定増補版)一四二頁(商事法務研究会、昭五八)。
- (31) 蓮井良憲「新版注釈会社法(3)」(二二〇条注釈14)二三六頁(上柳克郎ほか編)(有斐閣、昭六一)。
- (32) 中村・前掲注(27)二五三頁。
- (33) 元木・前掲注(30)一四二頁。
- (34) 渋谷・前掲注(28)七五七頁。

(平成一二年九月二〇日稿了)