

# 商法二六五條の取引に関する諸問題の理論的検討(二)

早川 勲

## 目次

### 一 問題の所在

### 二 商法二六五條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 二六五條の立法趣旨と規定の構造

### 四 二六五條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

## 商法二六五條の取引に関する諸問題の理論的検討(二)

- (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 (以上三五号)
- 一〇 手形行為と商法二六五条の関係
  - (1) 判例―適用説の理論的根拠
    - イ・取締役会承認要否の認定基準
    - ロ・最高裁昭和三九年一月二八日判決の問題点
  - (2) 学説―非適用説・適用説と二六五条違反効果との論理的関係
    - イ・非適用説(人的抗弁事由説)と四六年大法院判決の少数意見
    - ロ・適用説と四六年大法院判決の多数意見
    - ハ・中間説―二つの善意取得説
- (3) 四六年大法院判決の事案と各説の検討
  - 一一 取締役会の承認を受くべき取締役
    - イ・直接取引の場合
    - ロ・間接取引の場合 (以上本号)

## 一〇 手形行為と商法二六五条の関係

手形行為と商法二六五条に関する問題は、第一に、手形行為は同条の「取引」に該当するか、である。判例は大審院時代から現在に至るまで一貫して肯定する立場をとっており、また学説においても、かつては該当しないとの見解も有力であったが、現在では否定する見解はほとんどないといってよい。しかし、実はこの問題は同条違反の効果をどう考えるか、ということと密接に関係しているが、どう関係しているのかを理論的に検討する必要がある。第二は、すでに前号の五の(1)で四六年大法院判決の判旨を掲げたが、同判旨はその中で、会社は取締役会の承認を得ない手形振出の無効を取締役には主張できるが、第三者に対してはその悪意を主張・立証しなければ無効を主張できず会社は手形上の責任を免れないとする相対的無効という理論によって善意の手形第三取得者の保護を図っている。そして、この場合には、手形法一六条二項の適用はないとして善意取得を否定した。後に論ずるように取締役より直接に手形の裏書譲渡を受けた第三者の保護だけを考えれば、相対的無効説によっても善意取得説あるいは人的抗弁事由説によっても実際にはほとんど差異はないが、善意の第三者保護という場合、取締役より直接に手形を取得した第三者だけを対象に考えるのは妥当かは検討しなければならぬ点である。つまり、およそ手形取引の安全保護という場合には、右の第三者からさらに手形を取得したすべての第三者を念頭に置くべきで、そうなると、相対的無効説と善意取得説ないし人的抗弁事由説では差異が出てくる。従来この点の議論はまったくなされていらない。

### (1) 判例―適用説の理論的根拠

判例は、大審院明治四十二年一月二日〔民事連合部〕判決〔民録一五一九二六〕。会社が取締役を受取人として約束手形

を振り出す場合に関する事案)をはじめとして、順次、同大正九年一月二日判決(民録二六一一八八。会社が取締役個人を受取人として手形を振り出す場合に関する事案)、同大正十二年七月一日判決(民集二一一〇—四七七。会社が取締役の求めに応じて為替手形に引受をなす場合に関する事案)、同大正十五年一月三〇日判決(民集五—二七七。会社が取締役を受取人とする為替手形に引受をなす場合に関する事案)、同昭和四年九月二一日判決(新聞三〇四七—一五。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引受をなす場合に関する事案)、最高裁昭和三六年六月二三日判決(民集一五—六一—六六九。会社が取締役を被裏書人として裏書をなす場合に関する事案)、そして、本稿においては四六年大法院判決として引用している最高裁昭和四六年一月一三日(大法院)判決(民集二五—七—九〇〇。会社から取締役宛てて約束手形を振り出す場合に関する事案)に至る。それから、さらに同昭和四六年一月二三日判決(判時六五六—八五。会社がその取締役に対して約束手形を振り出す場合に関する事案)、最高裁昭和四七年二月二三日判決(判時六六二—八二。会社が取締役が代表者となっている他の会社を所持人とする為替手形に引受をなす場合に関する事案)へと続いている。

これらのうち、四六年大法院判決が手形行為は二六五条の取引に該当すると解する理論的根拠をもっとも明確に示している。すなわち、同判決は、「およそ、約束手形の振出は、単に売買、消費貸借等の実質的取引の決済手段としてのみ行われるものではなく、簡易かつ有効な信用授受の手段としても行われ、また、約束手形の振出人は、その手形の振出により、原因関係におけるとは別個の新たな債務を負担し、しかも、その債務は、挙証責任の加重、抗弁の切断、不渡処分危険等を伴うことにより、原因関係上の債務よりもいっそう厳格な支払義務であるから、会社がその取締役に宛てて約束手形を振出す行為は、原則として、商法二六五条にいわゆる取引にあたり、会社はこれにつき取締役会の承認を受けることを要すると解するのが相当である。」としている。そして、これに続けて、前号の五の(1)で掲げたよう

に、相対的無効理論に基づいて取締役会の承認を欠く手形の振出は無効であるが第三取得者にはその悪意を主張・立証しなければ会社は手形上の責任を免れない、として裁判官全員一致で会社の上告を棄却したのであるが、理由・根拠については裁判官の間で意見が分かれ、六人の裁判官は、約束手形の振出は金銭の支払と同様に二六五条の取引に包含されるべきものではなく(民一〇八条但書参照)、右両者の原因関係について取締役会の承認を得れば足りるとして反対意見を述べている。また、別の一人の裁判官は、会社の上告を棄却するとの結論には賛成するが、所見を異にする部分がある(反対意見にも賛成できない)として独自の意見を述べており、さらにまた、もう一人別の裁判官が多数意見に対して補足意見を述べている。したがって、判例は一貫して手形行為にも二六五条の適用を認めているとはいえない、また、まったく理論的にも異なることなく裁判官全員一致で結論に至っているわけではない。学説においてもかつては非適用説・適用説に分かれていたのは肯ずけるところである。

ところで、四六年大法院判決が、手形債務が原因関係上の債務よりも厳格な支払義務であることの根拠としてあげているのが、①挙証責任が加重されていること、②抗弁が切断されていること、③不渡処分危険を伴うこと、であるが、これに加えて手形金請求による手形訴訟では手形債務者は厳しい条件下に置かれること(民訴三五〇条以下)、をあげることができるといえる。これらが具体的に意味する内容であるが、①の挙証責任が加重されているとは、原因関係上は請求者側が債権の存在を立証すべき責任を負うのに対し、手形債務の場合には債務者側が請求を拒む事由を立証しなければならぬことをいい、②の抗弁が切断されているというのは、原因関係上は当事者間で支払を拒むことができる事由があるときは、その譲受人に対しても原則としてそれを主張できる(民四六八条)のに対して、手形上は手形授受の当事者間で手形金の支払を拒むことができる事由があるときでも、その譲受人には原則としてこれを主張することができない(手一七条)ことをいう。また、③の不渡処分危険を伴うというのは、約束手形の振出人等がその債務の支払を拒むとき

は、手形交換規則上、銀行取引停止処分の制裁を受けることをいい、これは手形法制上の問題ではないが、実際上は手形債務者にとってもっとも厳しいものといわれている。そして、④の手形訴訟であるが、これは手形請求者に簡易迅速な権利実現を可能にする方法として、反訴が禁止されており(民訴三五一一条)、証拠調べは書証に限定され(同三三三三条一項)、終局判決に対しては控訴ができないこと(同三五六条)などが定められている。

さて、手形行為が一般的に二六五条の取引に当たるとしても、同条の取引は会社と利害衝突を生ずるおそれがある行為をいうのであるから、この立法趣旨からみて会社と取締役との間の手形行為でも、一般的性質から、右のようなおそれのない場合は含まれないことは先に掲げた一連の判例の事案を見れば明らかである。したがって、判例も、取締役が会社に対して手形を振り出す場合には、会社に手形債務を負わせることなく、会社に不利益を及ぼさない手形行為であるという理由で、取締役会の承認を不要としている(大判昭和九・一・二三新商判集(二)二七九中一二五)。

#### イ. 取締役会承認要否の認定基準

問題は、手形行為自体の一般的・抽象的性質のみを基準とすべきか否かである。最高裁昭和三九年一月二八日判決(民集二八―一―一八〇)は、先に掲げた一連の判例と同様に、会社がその取締役に對し約束手形に裏書した事案であり、したがって手形行為の一般的・抽象的性質からすると論理的には取締役に對し承認を要するところ、同判決は会社がその取締役に手形を裏書して手形金額と同額の融資を受ける場合には、取締役の利得も会社の犠牲もなく、ならぬの弊害もみられないから、その会社のなした裏書は二六五条の取引に当たらないと判示し、事実上、会社の利益を害するおそれがない場合には取締役に對し承認を要しないという立場をとった。四六年大法院判決も、このような場合があることを承知のうえで「原則として」取締役会の承認を要するとしてみるとみることができ、これは手形行為がなされるに至った具体的な事情、ことに原因関係を考慮して利害相反関係の有無を實質的に判断するもので、同じ立場をと

る下級審判例もいくつかあるが、このようなやり方は果たして妥当であろうか。学説にはこれに賛成する見解もある<sup>(1)</sup>。しかし、複雑なこの問題をできるかぎり簡明に処理することが手形取引の安全に資することを考えると、原因関係を離れて手形行為自体の一般・抽象的性質を基準として利害衝突の有無を判断すべきである<sup>(3)</sup>と考えるのが妥当であろう。

#### ロ・最高裁昭和三九年一月二八日判決の問題点

前掲最高裁昭和三九年一月二八日判決は、会社が取締役<sup>(4)</sup>に約束手形を裏書して手形金額と同額の融資を受ける場合には、取締役の利得も会社の犠牲もなくなら弊害はないから、その裏書は二六五条の取引に当たらないと判示しているが、取締役・会社間に利益相反を生じないと言い切れるか、は疑問である。というのは、会社が裏書人として負担する償還責任額(手四八条参照)と同額の融資を受けるわけであるから金銭的には会社が不利益を被ることはない<sup>(4)</sup>が、取締役がこの手形を第三者に裏書譲渡するときは、取締役に対して有する会社の人的抗弁は切断されるから(手一七条一項)、この点で、会社は原因関係上の債務にはない新たな債務を負担することになる。こうしてみると、基本的には手形行為自体の一般的・抽象的性質にしたがって判断するということが妥当である。およそ、人的抗弁切断の法理は手形法制上のものであるから、この問題が絡んでこない手形関係はあり得ずこの人的抗弁切断の一事をもってしても、手形行為は一般的に原因関係にはない不利・負担が生ずるからである。もし、原因関係も含めて手形行為に伴う具体的な事情を考慮して会社が経済的に不利か有利かを基準にして判断するということになると、判断基準が不明確なため有利・不利の判定がきわめて困難になる。判断基準が明確であることが、二六五条違反取引の効果について第三者との関係でも絶対無効という立場をとらないかぎり、むしろ第三者保護の要請によく応えることになるといえることができる。

#### (2) 学説—非適用説・適用説と二六五条違反効果との論理的関係

学説においては、かつては手形行為は二六五条の「取引」に当たらないとする見解も相当に有力であったが、現在では非適用説の支持はほとんどない。しかし、非適用説が手形取引の安全を確保するためにどのような理論を構築すべきか、という困難な問題の解明およびそのための理論的研究に大きな役割を果たしたことは認めなければならない。ところで、前に指摘しておいたように、この問題は二六五条違反取引の効果をどう解するかということと密接な関係があり、手形が流通証券たる特質を有し、取引の安全を最大限に確保すべき手形取引においては、同条違反の取引をなるべく無効としない解釈をとるのがよい。なぜなら、取締役会の承認を得べき場合を広く解したとしてもその違反行為は有効であるから、取引の安全を害することはないからである。せいぜい会社に一般悪意の抗弁が認められるだけでよい。これに対し、違反行為を無効と解するなら、取締役会の承認を得べき場合を狭く捉えなければならぬ。この点については前号で理論的にかなり詳しく検討したがごとく、判例および通説と同様に二六五条の法意からすると違反行為は無効と解すべきであるが、そうすると、同条違反取引の効力を否定しながら、他方において、手形取引の安全を図るような理論構成が望ましいことになる。そこで、田中耕太郎博士は人的抗弁事由説を提唱された。すなわち、同博士は、手形の原因関係については会社と取締役との利害が相反し、したがって、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行為たる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関係はなく、したがって二六五条の適用はない。ただ原因関係が取締役会の承認を欠くため無効なときは、それは手形の決済につき人的抗弁事由となるにすぎない、と説かれる。この見解は、一方において二六五条違反の取引を無効と解して同条の立法趣旨を生かしつつ、他方において手形取引の安全を害するのを回避するための解釈論として構築された理論で、人的抗弁事由説は非適用説の代表的な学説である。

#### イ. 非適用説(人的抗弁事由説)と四六年大法院判決の少数意見



ところで、既述のように四六年大法廷判決は、上告棄却という結論には裁判官全員が一致して賛成しているが、六人の裁判官(岩田、色川、村上、関根、藤林、岡原)が多数意見(石田、長部、田中、下村、飯村、小川、下田)の説示する理由に反対し、一人の裁判官(大隅)が補足意見を、別のもう一人の裁判官(松本)が多数意見にも少数意見にも組みしな理由を述べている。反対意見(少数意見)が述べているところ(色川裁判官の意見は若干異なる)は相当に詳細であり、傾聴すべき点を多く含んでいる。すなわち、五人の裁判官の反対意見の言わんとするところは、約束手形の振出は、売買、消費貸借等の取引の決済または信用授受などの原因関係の手段としてなされる行為であり、それ自体としては、原因関係と独立して、取締役個人に新たな利益を与え会社に新たな不利益をもたらす行為とはいえない。これは、金銭の支払と同様、二六五条のいわゆる取引に包含されるべきものではなく(民一〇八条但書参照)、原因関係が右取引に該当する場合には、その原因関係について取締役会の承認を得れば足りる。もし、約束手形の振出が同条のいわゆる取引に該当すると解するならば、①原因関係が、たとえば、取締役から無利息で金銭を借り入れるというような、二六五条の取引に該当しない場合に、その返済債務の履行として会社が取締役に對し約束手形を振り出すときにも、取締役会の承認を要することになり不合理である。②原因関係が、たとえば、会社が取締役から不動産を買い受けたというような、同条の取引に該当する場合に、右売買につき取締役会の承認を得たときでも、その代金の支払のため会社が取締役に對し手形を振り出すには、さらに取締役会の承認を要するという不合理な結果を招くことになる。③多数意見は、小切手については触れていないが、小切手の振出も法律上は手形の振出と本質において異なるところはないのであるから、会社が取締役に對し小切手を振り出すときにも、取締役会の承認を要することとなり不合理である。また、多数意見は、約束手形の振出により会社が挙証責任の加重、抗弁の切断、不渡処分等の危険等を伴う厳格な支払義務を負うことになるという点に、適用説をとる、もっとも有力な理論的根拠を求めているが、挙証責任ないし抗弁に関する不利益は、会社

が振り出した約束手形の支払義務を訴訟上、原因関係の瑕疵等の理由で否定しようとする場合のいわば病的な現象といふべきで、不渡処分にしたつては、小切手についても当然あり得るところであつて（多数意見は小切手については言及していない）、約束手形に特有というわけではない。のみならず、もともと約束は守らなければならぬものである以上、いったん支払を約しながら、これを敢えて履行しなかつた場合には、これに伴うすべての不利益を受忍すべきである。そしてまた、多数意見は、第三者保護の見地から、会社が約束手形の振出につき取締役会の承認を得ていないことにつき第三者が悪意であつたことを主張、立証しなければならぬというが、第三者の利益保護との調和を図りつつ会社の利益を保護しようとする、その基本的態度はもとより正しいとすべきであらうが、多数意見の解釈がどのような成文法上の根拠があるのか理解しがたく、多分に便宜的な法解釈に陥つてゐるのではないかと危惧する。すなわち、第三者が悪意の場合に会社の利益が考慮されなければならないとするならば、第三者が取締役会の承認のないことを「重大な過失」によつて知らなかつた場合も同じように考慮されてしかるべきであると思われるが、この点になると、多数意見は黙して語らない、と批判する。

#### ロ・適用説と四六年大法院判決の多数意見

以上の非適用説に対し、適用説は、四六年大法院判決の多数意見とほぼ同様に、手形行為者は手形行為によつて原因関係とは別個の新たな債務を負担することになり、しかもこの手形債務は举证責任の加重、人的抗弁の切断、不渡処分の危険という不利益を伴うから、手形行為を利益衝突の生じない行為とはいえず、したがつて二六五条の適用があると解する（通説）。そして、右に取り上げた四六年大法院判決の少数意見からの批判に対して、既述のように、一人の裁判官が補足意見の中で、また、多数意見にも少数意見にも組しないもう一人別の裁判官が少数意見のあげた前記①②③について、次のように指摘している。すなわち、①と③については、多数意見と同様の理論的根拠をあげて、二六五条の

取引に該当すると解すべきであり、そして②については、会社が原因関係上の取引と約束手形の振出の双方につき取締役会の承認を受けるために二度の取締役会を招集する煩をいとうというならば、原因関係上の取引につき取締役会の承認を受けるにあたり、これに基づく手形の振出についても同時にその承認を得ておけば済むことである、あるいは、売買などにおいては、売買価額、代金の支払方法など取締役会に具体的に示された契約条件の一切が「取引の内容」をなす事項であり、約束手形による支払は、明示または黙示の承認の対象となつてゐる。したがって、すでに承認済みの手形の振出について、現実に発行の際、改めて承認の必要はないことはいうまでもない（現金払の承認を約束手形による支払に変更するときは、改めて承認を要する）、と述べてゐる。

#### ハ・中間説—二つの善意取得説

次に、右の非適用説または適用説のいずれの理論とも異なるという意味で、中間説といつてよいかと思うが、善意取得説がある。これは、さらに二説に分かれるが、松本丞治博士が提唱されたものは、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け、前者は単独行為であるから二六五条の適用はないが、後者は契約であるから同条の取引として取締役会の承認を得ることを要する。もし、承認がないときは、相手方は手形所有権を取得しないから権利を行使できないが、手形所有権を善意取得した第三者は権利行使ができるという見解である。これを旧善意取得説と称する。注目すべきことは、この松本博士の見解が展開されたのは、先に掲げた大審院明治四二年一二月二日〔民事連合部〕判決<sup>(6)</sup>に対する批判<sup>(7)</sup>としてであつた。同じように、四六年大法院判決でも、先に述べたように多数意見とも少数意見とも理由を異にする一人の裁判官が、多数意見が相対的無効説の立場をとり、手形法一六条二項〔善意取得〕の適用を否定したことを批判して次のように述べてゐる。すなわち、多数意見が同判決の事案（前掲）のような場合に手形法一六条二項の適用がないとした理由は明らかではない。しかし、おそらくこの事案のように

約束手形の振出について二六五条の規定による取締役会の承認を必要とするにもかかわらず、それがないうきには、その振出が手形行為として有効に成立しないから手形法一六条二項を適用する余地がないとの考えがその根底にあるのではないかと推察されるが、約束手形は振出人、裏書人等の手形債務者が流通に置く意思をもって手形要件の具備した手形に署名して手形行為をなした段階において、手形債務を負担するための要件である手形行為が完成していると考えられる。つまり、手形行為者が、流通に置く意思をもって、手形要件の具備した手形に署名した段階で手形行為は有効に成立したのであり、この手形を必ずしも相手方に交付し、または第三者に交付することによってはじめて有効になると考える必要はない。そうすると、二六五条は、相手方との取引について適用すべきものであるから、手形を相手方に交付することによって生ずる権利移転行為に適用があるべきところ、本事案の場合、取締役会の承認のない手形の交付を受けた取締役は無権利者となる。かかる無権利者たる取締役を権利者と信じて、手形の交付を受けた善意の第三者は保護されなければならない。このような見地から、本事案の場合には(原判決(東京高判昭和四二・一〇・一一)のように)手形法一六条二項を適用して解決すべきである。多数意見のように、単に「取引の安全」と「善意の第三者保護」の見地のみから、会社が第三者の悪意を主張し、立証するのでなければ手形振出の無効を主張して手形上の責任を免れることができないう結論を導き出すのは、法的根拠を欠くものであって安易にすぎるといわざるを得ない。また、多数意見は手形取得者が重大な過失によって手形を所持するに至った場合については触れていないが、もし、重過失によって手形を取得した第三者も悪意の取得者と同様に考えると、法解釈がさらにルーズに流れるおそれがある、という。

多数意見に対する右の批判の内容は、理論的には粗く緻密さに欠けるが、善意取得によって解決すべきであるとの結論は正当である。この点、手形取引の安全すなわち善意の手形取得者の保護を手形法解釈上の最大の課題として位置づけた鈴木竹雄博士によって提唱された優れた理論である創造説は、手形行為につき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し、前者は不特定の相手方に対する一方的債務負担行為であって、これは単独行為であるから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に至るが、手形の交付行為は成立した権利を移転する行為であるから、取締役・会社間の利益は相反し、したがって、取締役会の承認がなければ無効であって取締役は無権利者となるが、この取締役から悪意・重過失なくして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(手形法一六条二項)することができ保護されると説かれる。<sup>(8)</sup> 新善意取得説である。

### (3) 四六年大法院判決の事案の解決と各説の検討

四六年大法院判決の事案の概要と判旨は、前号の五の(1)に掲げたが、同判決は手形上の権利の成立に関しては、手形学説のうち伝統的な契約説か発行説を基礎にしているものと思われる。これは手形法プロパーの議論になるが、現在、学説上は、手形行為者が手形に署名したが、相手方に交付しない間にこれを失った場合、あるいは手形行為者が手形に署名して直接の相手方に交付したが、錯誤、詐欺、強迫などの理由でこの行為が無効であり、または取り消された場合、手形行為者は少くとも善意の第三取得者に対しては手形上の責任を負うという結論についてはほとんど異論がない。これをどのように理論構成するか、であるが、伝統的な契約説または発行説だけでは無理なので、これらに権利外観理論を付け加える権利外観説<sup>(9)</sup>による必要がある。ただこの説はなお種々の理論的な問題を含んでいる。もっとも問題なのは、この説は手形署名により交付があったかのような外観を作出した者は、この外観を信頼して手形を取得した第三者に対して外観どおりの責任、すなわち手形支払の責任を負わなければならない、とするのであるが、この責任は少くとも手形債務の履行責任であり、手形署名者と第三取得者との間に手形上の法律関係が成立していることを前提とする。しかし、一方に手形署名者の署名という事実行為があり、他方に第三取得者の信頼があるというだけで、その間に

意思表示のつながりがないのに、どうして手形署名者と第三取得者との間に手形上の法律関係が成立するのか理解したい、との指摘である。また、こちらのほうがより問題かも知れないが、「外観を信頼した」という場合の「外観」とは、手形行為者は手形に署名しているから手形債務を負担するという意思がある(このことを裏返している)、署名した手形の「交付」があつたものとみるのであろうが、手形はもともと交付すべき相手に交付するつもりで作成し署名するのであるから、手形に署名がなされているという外観は、手形債務を負う意思がある(つまり、手形上の権利が有効に成立している)とみることはできても、相手方または何人かに「交付」したかのような外観を呈しているとみるのはいささか強引であり無理ではないか、というものである。<sup>(10)</sup>確かに、「権利なければ義務なし」という法格言の通り、権利が発生していないのにそれに対応する義務(者)だけは存在するということは通常はあり得ない。権利外観説の理論は手形債務の存在については明確であるが、それに対応する手形債権の成立または存在するに至ることの説明が不十分で、いまひとつ理論的に明確さを欠く。つまり、確たる手形上の権利が存在するのかしないのか不明なのである。この点、注(8)で述べた前田庸教授が説かれる近時の創造説は、手形作成行為、すなわち手形として作成すべき書面に手形要件を記載し、手形行為者が署名することによって、それが交付されなくても手形署名者の手形債務(裏返せば手形債権)が発生すると解するわけであるから、手形債権債務の発生と成立についてはきわめて明確である。

多くの論者は、四六年大法院判決の事案の解決、つまりA会社から取締役会の承認を得なかつた約束手形の受取人たる取締役から善意でその手形を取得した第三者Cの保護という点では、相対的無効説、人的抗弁事由説または善意取得説のいずれによつても實際上ほとんど異ならない、<sup>(11)</sup>という。しかし、取締役から直接手形を取得した第三者Cの保護という点では差異はないといつてよいが、CからDへDからEへさらにFへと手形が渡つた場合、果してD以下の保護についてはどうだろうか。手形の流通証券たる特質を考ふるならば、たとえば、人的抗弁の切断という手形法制上の保護

はD以下の手形取得者にも等しく受けさせなければならない。そうすると、先に述べた創造説を理論的基礎とする善意取得説によるならば、Cが善意取得してしまえば、その後のD、E、Fなどの取得者は悪意・重過失の有無にかかわらず、前者が取得した権利を承継取得することができる。つまり、Cが善意取得すると、Cから取得したD(E、Fについても同様)が取得にあたって取締役Bが無権利者であることにつき悪意・重過失があったとしても、BおよびCに対する権利を取得することはいうまでもなく、A会社に対する権利も取得する。このことは人的抗弁事由説によってもほぼ同様であり、前者が善意で人的抗弁切断の保護を受ければ、その後の取得者は悪意でも、前者の権利を承継取得するので、人的抗弁の對抗を受けない<sup>(12)</sup>。これは手形法という実定法に依拠する確たるものである。これに反して、相対的無効説によるときは、善意取得や人的抗弁切断のように実定法上の制度的根拠があるわけではないから、取締役Bから直接に手形を取得した第三者たるCが、取締役会の承認がなかったことについて善意であったとしても、Cからその手形を取得したDが悪意であった場合には、A会社はそのことを主張、立証すれば、会社は手形債務を免れることができるのではないか。もし、免れることができるとすると、C以後の手形取得者はきわめて不安定な地位に置かれることになる。そして、手形が転々と流通して善意の第三者から悪意の第三者へ、さらにまた別の善意の第三者へと渡ったような場合を考えると、振出人たるA会社から悪意の取得者であるがため手形金の支払を拒まれた場合の全手形関係者の法律関係はきわめて錯綜するのは間違いない。

なお、右のような相対的無効説の理論的欠陥を補って、前号の五の(4)で述べたように、会社がCから手形金の請求を受けた場合に、その悪意を立証できなかった時点で会社による追認があったものと構成する理論によるならば、Cは瑕疵が治癒され完全に有効となった手形上の権利を取得することになり、C以後の手形取得者の法的地位を安定させることができることになることを強調しておきたい。

## 一一 取締役会の承認を受くべき取締役と承認決議

商法二六五条が会社とその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、取締役個人の利益と会社の利益が相反する場合において取締役が自己の利益を図り、会社に不利益を与えることを防止するにある。そこで同条一項前段において、いわゆる取締役・会社間の直接取引の場合について会社と取引をしようとする当該取締役は取締役会の承認を受けなければならない旨規定されている。そして、いわゆる間接取引についても同様である旨を同条一項後段で定めている。また、同条三項において二六四条二項を準用して取締役会の承認を得て(得ない場合も)、取引をした取締役は、その取引についての重要な事実を取締役会に報告しなければならないとしている。

## イ. 直接取引の場合

取締役会の承認を得るべき取締役はどの取締役か、であるが、直接取引の場合には、同条の規定の文言からして明らかで、「会社ト取引ヲ為ス」取締役自身である。代表権を有する取締役であろうとなかろうと当該取引が取締役にとって有利、会社にとって是不利となる、つまり両者間に利害衝突を生ずるおそれがあるなら、その取締役自身が承認を受けるべきであって、ほかの取締役は取引の当事者ではないから、当事者でない者が承認を得るべき義務もなければ責任もない。また、同条の法意からすると、辞任や任期満了によって退任したため取締役の員数が法律または定款に定められた員数を欠くことになるような場合に、新取締役が就任するまでの間、取締役の権利義務を有する者、つまり留任取締役(商二五条一項)、裁判所によって選任された仮取締役(商二五条二項)も含まれるし、裁判所の仮処分命令によって選任された取締役職務代行者(商二七一条、七〇条の二、六七条の二)にもこの二六五条は類推適用されるべきである。これらの者を除く理由はない。



ところで、会社と取引をなす取締役は承認決議については特別利害関係人にあたることになり、決議に参加することができず(商二六〇条の二第二項)、そして、この特別利害関係人たる取締役は取締役会の定足数を算定する場合の基礎となる取締役の総数からも除く旨が規定されている(商二六〇条の二第三項)。しかし、これらのことは、当該取締役が取締役にいかなる形においても出席できないことを意味しない。右のような規制の趣旨は、決議の公正性を担保するためであり、当該特別利害関係人たる取締役が正規のメンバーとして取締役会に出席し決議に参加するならば、忠実義務(商二五四条の三)を負っているとはいえ、私心を一切捨て去って会社の利益のみを考えて議決権を行使することを期待するのは無理だから決議に参加することが認められていないのである。決議に参加しないならば、取締役会に出席することを認めてよいといえなくもないが、昭和五六年改正商法は二六〇条の二第二項を改正した際に、三項を追加し、取締役会の定足数算定にあたってはこの取締役を算入しないこととし、決議の公正性を徹底して確保しようとしたのである。それゆえ、取締役会が「取引」についての具体的な内容を説明させあるいは聴取するために当該取引をなす取締役を会議の席に呼ばなければならぬだろうから、その要請に応じて取締役会に出席することができるのは当然であり、むしろこの場合には出席は義務でもある。もちろん、取締役会の承認決議にあたって、事前に必ず当該取締役の出席を求めなければならないわけではなく、議長が取引に関する詳細についてあらかじめ聴取しておいて、議長が会議において説明して承認を得るといふやり方でもなんら法的には問題ないであろう。要は、会社の利益を守ることであるから、それが出席取締役が承認するか否かの判断に必要な詳細が開示されればよいのであって、なにがなんでも取締役本人でなければならぬという必要はなからう。

ところで、取締役会議長は、通常、代表取締役が務めているが、代表取締役の立場からすると、取締役会の決議を必要とする事項があるならば、取締役会を招集して会議に諮るべき事項を議題ないし議案として提出し、承認決議が成立

または不成立のいずれの場合も議事録を作成して右議事の経過の要領およびその結果を記載する(商二六〇条の四第二項)といったことを行うことになるが、これらはすべて業務執行行為であるから代表取締役の職務権限事項として代表取締役が善管注意義務をもって処理することを要する。このようなことから、大隅健一郎博士は取締役会の承認を受くべき義務者たる者を問題とする必要はなく、直接取引・間接取引のいずれにあっても、会社を代表する代表取締役がその取引につき取締役会の承認を求めらるべきであることは当然で、いずれの場合も会社と取引する相手方たる取締役にこのような義務はない、といわれる<sup>(14)</sup>。しかし、このように二六五条を代表取締役の業務執行の内容と方法を規定したものとするのは誤りである。二六五条は、「取締役の自己取引に関する義務」とか「取締役の利益相反取引に関する義務」と呼ばれるように、会社との利益相反取引をなす取締役を主体にしてその取締役は会社内部においてどうすべきかという義務を定めたものである。このことは、同条の規定の仕方からも明らかで「取締役が……会社と取引ヲ為スニハ取締役会ノ承認ヲ受ケルコトヲ要ス」としている。もし、同博士のいわれるように、同条が、代表取締役の業務執行の処理内容と方法を定めたものであるならば、少くとも同規定は、「取締役と会社との利益相反取引には、取締役会の承認がなければならぬ」といったような規定になっているか、二六〇条の二項で取締役会の決議事項の一つとして規定するのが普通であり、また、立法の仕方としてそうみるのが素直である。つまり、この取引を客観的に定めたような内容になっていると考えるのが順当であろう。

#### ロ・間接取引の場合

昭和五六年改正商法は、当時判例および学説の大勢が固まったのを受けて、二六五条一項に「後段」を追加し、「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ヲ為ストキ亦同ジ」と規定して間接取引についても取締役会の承認を要する旨を定めた。右改正までに出た二件の最高裁判決の事案は、い

ずれも実質的に利益を受ける取締役が会社を代表して取引したケースだ<sup>(15)</sup>だったので、取締役会の承認を受けるべき取締役は、会社と第三者との間の取引によって利得する取締役なのか代表取締役なのか明らかでなかった。この点について、竹内昭夫教授は、間接取引の場合には会社を代表して第三者と取引する代表取締役である。といわれる<sup>(16)</sup>。しかし、これも代表取締役ではなく、会社と第三者との取引によって会社に不利益をもたらすが、ある取締役には利益になるという場合のその取締役が承認を受けなければならないと解すべきである。この解釈のほうが直接取引の場合と整合するものであり、二六五条の法意からしても直接取引と間接取引とで異なるべきものではないはずであり、論理的にも優れている。間接取引の場合も事後報告義務が課されているが、これは会社を代表して第三者と取引を行った者(通常は代表取締役である)が業務執行行為の一つとしてこの取引についての重要な事実を報告すべき職務を規定したのであり、事後報告義務者がつねに取締役会の承認を受くべき取締役と一致しなければならないわけではない。間接取引の場合には承認を受くべき取締役は、会社を代表する代表取締役であると解すると、会社と利益相反する関係にある取締役が代表取締役でもある場合でないかぎり、会社と利益相反する取引であるにもかかわらず代表取締役自身は決議につき特別利害関係人に当たらないから決議に参加できるといふ奇妙なことになる、他方、会社と第三者との間の取引によって利得する取締役は、特別利害関係人に当たると自ら利益相反する取引をするわけでないから決議に参加できるといふ、これもまた論理的に妙な結果となる。以上から、間接取引においても取締役会の承認を受くべき取締役は、やはりその取引によって利得することになる取締役であると解すべきである。

(1) 東京地判昭和四五・二・一〇判時五九五―九一。また、取締役が会社のために隠れた保証裏書をなす目的で会社が振り出した束手形の受取人となる場合には実質的には取締役・会社間に利害の対立はないから二六五条の適用はないと判示する東京地判昭和三

○・七・九下民集六一七—一四九四。その他、東京地判昭和三一・三・一九下民集七一三—六九五、東京高判昭和三五・六・八判タ  
一〇六一三七、大阪高判昭和三八・六・二七高民集一六一四—二八〇。

(2) 北沢正啓「取締役会社間の取引」株式会社法研究Ⅱ二八四頁(有斐閣、昭五一)。

(3) 同旨、大隅健一郎、河本一郎・増補手形法・小切手法(ポケット注釈全書(7)五八九頁(有斐閣、昭三九)、本間輝雄・新版注釈会社  
法(6)株式会社の機関(2)二三七頁(有斐閣、昭六二)など。

(4) 厳密にいうと、裏書人が償還請求を受けたとき負担すべき金額は、手形金額だけではなく、利息の記載があるときはその利息、年  
六分の率による満期以後の利息その他償還請求に係わる諸費用も負担しなければならず(手四八条一項)、まったく同額ではない。

(5) 田中耕太郎「手形関係の本質」商法研究一卷五七三頁以下(岩波書店、昭四)。同説、伊沢孝平・手形法・小切手法七八頁(有斐閣、  
昭二四)、石井照久・会社法上三四四頁(勁草書房、昭四二、第二版昭四七)。

(6) この判決の事案は、上告人Y会社は同会社の取締役たる訴外Aを受取人として約束手形を振り出したが、その際Aは商法一七六条  
(現行法二二五条一項前段と同趣旨)の規定する監査役(現行法は取締役会)の承認を得なかった。右の事情を知らないでAからその手  
形の裏書譲渡を受けた善意の第三者たる被上告人Xが振出人Y会社に対し手形金を請求した、というものである。原審は、商法一七  
六条に違反する取引は会社の取消しうべき行為であるが、Y会社は、手形行為を取消して、善意の被裏書人たるXに対しては手形上  
の債務を免れえない旨判示した。そこで、Y会社は原判決の破棄を求めて上告し、商法一七六条に違反する行為は取消しうべき行為  
ではなく、無効であり、Y会社は同条違反による無効の故をもってXの支払の請求を拒みうる旨を主張した。これに対して、大審院  
民事部の判決は、原判決を破棄して次のように判示した。

「按ズルニ本訴約束手形ヲ上告人兵庫運河株式会社ヨリ其取締役ノ一人タル南佐兵衛ニ対シ振出シタル時ニ当リ、南佐兵衛が該会  
社監査役ノ承認ヲ得ザリシ事実ハ原判決ニ於テ確定シタル所ナリ。抑商法第七十六条ニ於テ取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ  
限リ自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得ト規定シタルハ、株式会社ノ取締役ガ監査役ノ承認ヲ得ズシテ自己又ハ第三  
者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ禁止シタル法意ナルコトハ復弁ヲ待タズシテ明ナリ(中略)。由是之ヲ觀レバ本条ノ規定ニ違背シ  
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ナリト謂ハザルヲ得ズ。商法第七十六条ノ法意誠ニ此ノ如クナリトスレバ、  
上告人が南佐兵衛ニ対シテ振出シタル本訴ノ約束手形ハ当然無効ノモノタルヲ以テ、其所持人ノ南佐兵衛タルト被裏書人タルトヲ問  
ハズ又被裏書人ノ善意ナルト悪意ナルトヲ分タズ、上告人ハ常ニ手形ノ無効ヲ主張シテ以テ支払ノ請求ヲ拒ムヲ得ベキコト多言ヲ待  
タズ。」

松本丞治博士は、右判決が取締役会(旧法では監査役)の承認を得ない取引は絶対無効であること、そしてこの無効は善意にしてか  
つ重大な過失のない第三取得者であっても振出人に対し手形上の権利を有しないとすること、を肯認されたいと、善意の第三取得

者を手形法一六条二項の善意取得規定を適用することによって保護しようというのである。本文で述べたように、手形行為を債権的行為と物権的行為に分け、前者は手形債務負担を目的とする一方的行為であるが、手形に署名するだけでは手形債務負担の意思表示は完成せず、これを少なくとも何人かに交付する必要があると説かれるから、手形学説としては発行説の立場を基本とするものと思われる。

(7) 松本丞治「取締役会社間の取引に付て」商法解釈の諸問題四五七頁以下(有斐閣、昭三〇)。

(8) 鈴木竹雄・手形法小切手法(法律学全集)一五三頁(有斐閣、昭三二)。なお、鈴木博士の創造説に対する小橋一郎教授の批判として、たとえば、約束手形の振出という一つの手形行為を、署名による債務負担行為と交付による権利移転行為とに分けることができるか疑問であり、①署名によって手形上の義務が発生するとすると、手形行為者と他の者との間に法律関係が成立していないのに、手形上の義務およびこれに対応する権利が発生することになるが、この権利の帰属者は存在せず、無主の権利ということになる、ということに対し、同博士は手形署名者が自分自身に対する債権を有すると構成する。しかし、小橋教授はこのような考え方は私法一般の觀念に合致しないといわざるを得ず、また、③交付行為は署名によって生じた手形上の権利を移転する権利移転行為ととらえるが、その法的性質が明らかでない。裏書による権利移転でもなく、無記名証券の単なる引渡による譲渡でもなく、民法の債権譲渡でもないと思わるが、このような独立の行為を觀念すること自体無理ではないか、と批判する(小橋一郎・手形・小切手法の基礎八〇頁(成文堂、平二)、小橋一郎「手形行為の意義」河本二小橋二高窪二倉澤編・現代手形小切手法講座第2巻一八頁(成文堂、二〇〇〇)。

右の③に対する批判に依えて、前田庸教授の説く近時の創造説は、手形行為の概念を手形債務負担行為と手形権利移転行為との二元的に構成する立場(従来は、手形行為を「手形上の債務の発生原因である法律行為」と定義していた(鈴木・前掲書(初版)一一五頁))から、双方を対照してその性質の差異を明確にし、かつ手形に関する各種の制度を論ずるにあたって、それらの制度が、手形債務負担の面と手形権利移転の面のいずれに関するものかを論ずることによって、それらの意義・内容を明確にすることができる主張し、手形権利移転行為は有因行為であるとすると手形権利移転行為有因論を提唱する(前田庸・手形法・小切手法入門(法学教室全書)一八七頁以下(有斐閣、一九八三))。

(9) 権利外観説に基づく判例とみて差し支えないものとして、最高裁昭和四二年二月三日判決(民集二二一一一〇三)、同昭和四〇年六月一日判決(金融法務四一六一六)をあげることができる。詳しくは、菅原菊志「交付の欠缺」新商法演習3二三頁参照。

(10) 小橋・前掲注(8)八〇頁。

(11) 渋谷光子「46手形行為と商法二六五条」ジュリスト会社判例百選(第三版)九九頁(有斐閣、昭和五四)。

(12) 前田(庸)・前掲注(8)二二三頁。

(13) 議事録の作成義務者については、議長とする説、代表取締役とする説に分れているが、議長を務めるのは、通常、代表取締役であ

るから、実際上はあまり違いはないといつてよいであらう。

- (14) 大隅健一郎||今井宏・会社法論中(第三版)二四三頁(有斐閣、平四)。
- (15) 大審院大正七年七月一二日判決(民録二四一―四四八)、同大正六年一月二二日判決(新聞三三四四―一一)。
- (16) 竹内昭夫・改正会社法解説一三九頁(有斐閣、昭五六)。

(平成一三年九月二三日稿了)