

取締役会決議を欠く重要な財産の処分の無効は 会社のみが主張できるとされた事例

来住野 究

最高裁第二小法廷平成21年4月17日判決
平成19年（受）第1219号約束手形金，不当利得返還等請求事件
判タ1299号140頁・金判1326号37頁

【事 実】

墓地を運営するA株式会社は，新たな墓地の開発を計画し，そのための資金をY株式会社（被告・控訴人・被上告人）から借り入れて調達することとなった。そこで，Y会社は，A会社に対し，平成8年5月21日から平成12年2月29日まで，7回にわたり，利息制限法1条1項所定の制限利率を超える月3分の利率による利息の約定で，合計4億6000万円を貸し付けた（本件貸付け）。

A会社は，本件借入金債務について，利息の支払を継続した。A会社が利息制限法1条1項所定の利息の制限額を超えて利息として支払った部分を元本に充当すると，本件借入金債務に対する最終の弁済がされた平成16年4月27日までに，本件貸付けのいずれの貸付けについても，過払金が生じていた。

A会社は，平成16年5月，約20億円の負債を抱えて，事実上倒産した。

X有限会社（原告・被控訴人・上告人）は，昭和62年頃から，A会社に対し，金員を貸し付けていたところ，A会社の倒産時に，約3億3000万円の貸金債権を有していた。そこで，A会社の代表取締役とX会社の代表取締役は，平成16年12月4日，本件借入金債務について生じた過払金が約2億1000万円であるとして，同過払金についてのA会社のY会社に対する不当利得返還請求権（本件過払金返還請求権）をX会社に譲渡する旨の合意をし（本件債権

譲渡)、A会社の代表取締役は、同月7日、Y会社に対し、本件過払金返還請求権をX会社に譲渡したことを通知した。本件債権譲渡がされた当時、A会社には、本件過払金返還請求権以外に価値のある財産はほとんどなかったが、本件債権譲渡について、A会社の取締役会の決議はなかった。X会社はA会社のこれらの事情を知っていた。

そこで、X会社は、Y会社に対し、本件債権譲渡により取得した本件過払金返還請求権に基づき、その支払を求めて訴えを提起した。これに対して、Y会社は、X会社の請求について、本件債権譲渡はA会社の「重要ナル財産ノ処分」(平成17年改正前商法260条2項1号・会社法362条4項1号)に当たり、A会社の取締役会決議を経ないため無効である旨主張した。

第1審(横浜地小田原支判平成18年12月25日金判1326号47頁)は、次のように判示して、X会社の請求を認容した。

「本件債権譲渡は、A会社がY会社に対して負担していた3億円を超える債務に対する担保提供としてなされたものであり、しかも、それがされたのは、A会社が手形不渡りを出して事実上倒産し、その業務がなされていない段階であって、株主保護を目的とする取締役会の業務執行に関する旧商法の規定の適用場面というよりは、むしろ倒産法の規制が及ぶ時期であったというべきである。そのような観点から見ると、本件債権譲渡が業務執行決定機関としての取締役会の決議を必要とする『重要な財産の処分』にあたりと解することはできない。」

これに対して、原審(東京高判平成19年4月25日金判1326号41頁)は、概ね次のように判示して、X会社の請求を棄却した。

A会社が事実上倒産した平成16年5月以降、本件過払金返還請求権がA会社の一般債権者の支払に充てるほとんど唯一の財産であったという状況に照らすと、2億円を超える本件過払金返還請求権の譲渡を内容とする本件債権譲渡は、A会社の重要な財産の処分に当たり、取締役会の決議が必要であったというべきである。本件債権譲渡については、上記取締役会の決議がなく、上記債権譲渡の相手方であるX会社もそのことを知っていたから、上記債権

譲渡は無効である。

【判 旨】 破棄差戻

「会社法362条4項は、同項1号に定める重要な財産の処分も含めて重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めているので、代表取締役が取締役会の決議を経ないで重要な業務執行をすることは許されないが、代表取締役は株式会社の業務に関して一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有することにかんがみれば、代表取締役が取締役会の決議を経ないでした重要な業務執行に該当する取引も、内部的な意思決定を欠くにすぎないから、原則として有効であり、取引の相手方が取締役会の決議を経ないことを知り又は知り得べかりしときに限り無効になると解される（最高裁判昭和36年(特)第1378号同40年9月22日第三小法廷判決・民集19巻6号1656頁参照）。

そして、同項が重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めたのは、代表取締役への権限の集中を抑制し、取締役相互の協議による結論に沿った業務の執行を確保することによって会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものと解される。この趣旨からすれば、株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないで重要な業務執行に該当する取引をした場合、取締役会の決議を経ないことを理由とする同取引の無効は、原則として会社のみが主張することができ、会社以外の者は、当該会社の取締役会が上記無効を主張する旨の決議をしているなどの特段の事情がない限り、これを主張することはできないと解するのが相当である。」

【研 究】 判旨に反対する。

1 会社法362条4項（平成17年改正前商法260条2項）は重要な業務執行を取締役会の専決事項としているが、本判決は、取締役会決議を欠く重要な業務執行たる取引⁽¹⁾の効力につき、従来の最高裁判例の解釈を踏襲しつつ、その無効は原則として会社側からしか主張できないことを明らかにした点に意義がある。

本判決が引用する最判昭和40年9月22日は、根拠条文が示されていないた

め、その採用する論理は必ずしも明らかではないが、代表取締役の代表権濫用行為の効力（最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁）と同様、民法93条に準拠していると評価される⁽²⁾。すなわち、取締役会決議をもって意思表示における内心的効果意思の形成と解することによって、取締役会決議を欠く代表行為を心裡留保と同視し、民法93条を類推適用するのである。判例は一貫してこの見解を踏襲している⁽³⁾が、民法93条の類推適用を明示したものは1件しかない⁽⁴⁾。

しかし、判例の立場に対しては学説上批判が強く、ほとんど支持を得ていない。この見解によれば、代表取締役は取締役会が形成した意思の表示機関すなわち単なる使者にすぎないこととなり、代表取締役の代表権など不要になってしまうからである。その意味では、代表取締役の包括的代表的権に関する判示と矛盾しているといわざるをえない。代表取締役は、代理人と同様、その代表権の範囲内で自ら内心的効果意思を決定してそれを相手方に表示するのであるから、代表取締役自身に心裡留保がない限り、取締役会決議を欠きまたはその決定に違反しても、そこには意思と表示の不一致は生じないのである⁽⁵⁾。

もっとも、必要な取締役会決議を欠く代表取締役の行為の効力一般については、学説上、決議を要求することによって守ろうとする会社（ひいては株主・会社債権者）の利益の保護と行為が有効であると信頼した取引の相手方の利益の保護（取引の安全）のいずれを重視するかという比較衡量によって決するという傾向が強いことに鑑みれば、判例の結論は利益衡量の帰結であって、心裡留保との構造的類似性の有無は重要ではないのかもしれない⁽⁶⁾。しかし、判例の立場は、相手方に過失がある場合にも無効とされる点をめぐって、利益衡量としての当否についても検討の余地がある。

この点については、相手方に過失がある場合にまで取引が無効とされるのは、相手方にとって酷であるとの批判が少なくない⁽⁷⁾。特に、取引の相手方は、重要な業務執行にあたるか、取締役会決議を経たかという二重の調査義務が課せられ、その懈怠のリスクを負担させられることについては、立法当

初から取引の円滑を害することが指摘されており⁽⁸⁾、会社法362条4項違反を対外的行為の効力と結びつけることは、取締役会・代表取締役間の権限分配の柔軟な運用を妨げているとの指摘もある⁽⁹⁾。なるほど、代表取締役の独断専行は取締役会・監査役の監督が不十分だったことを意味するから、そのリスクを第三者に転嫁して会社の利益を保護することは妥当とはいいがたい⁽¹⁰⁾。代表取締役の専断的行為の効力を専ら利益衡量の見地のみから決する見解（相対的無効説）もあるが、その見解によっても、その無効は悪意・重過失の相手方に対してしか主張できないと解される⁽¹¹⁾。

これに対して、昭和56年商法改正により重要な業務執行を取締役会の専決事項として明文化した際には、取締役会決議をその効力要件とし、取引の相手方には相応の調査を要求するのが立法者意思であったようである⁽¹²⁾。確かに、その取引が会社にとって明らかに重要な業務執行であると取引の相手方にわかる場合には、取締役会議事録の提出を求めるなどして取締役会決議の有無を確認することは容易である。もっとも、重要な業務執行にあたるか否かは各会社の規模・業種等によって異なり、必ずしも客観的に判断できるわけではないため、重要な業務執行にあたることを取引の相手方が推知できない場合もあるが、かかる微妙な場合は過失の有無の認定に際して考慮されればよい⁽¹³⁾。また、新会社法の下では、取締役会はおよそ株式会社であれば必ず設置しなければならない機関ではなくなり、取締役会の形骸化が克服されたため、従来よりも取締役会決議の存在を重要視した利害調整がなされるべきであるとの主張もある⁽¹⁴⁾。

しかし、かかる利益衡量は代表取締役の代表権の範囲と調和しない。代表取締役は会社の業務（営業）に関する包括的な代表権を有する以上（会社法349条4項）、組織法上の行為を含む会社の行為能力に属する一切の行為が代表取締役の代表権の範囲に属するか否かは別途検討の余地はあるものの、会社法362条4項所定の行為も代表取締役の代表権の範囲に属すると解される。そうであれば、取引の相手方としては、その取引が客観的・抽象的に会社の業務（営業）の範囲に属するか否かを確認すれば足りるのであって、内部的

な手続にすぎない取締役会決議の有無（業務執行権による裏づけの有無）を調査する必要はないはずである⁽¹⁵⁾。したがって、取締役会決議の有無について取引の相手方に調査を要求するには、取締役会決議の有無が代表権の有無を左右すると解する必要がある。

そのため、取締役会決議を欠く代表取締役の行為を越権代表と構成する見解もある⁽¹⁶⁾。これは、取締役会と代表取締役の権限関係に関するいわゆる派生機関説を前提とする⁽¹⁷⁾。すなわち、本来業務執行の権限は決定権のみならず実行権も取締役会に属するところ、取締役会の会議体としての性質と近代企業の機能的・能率的経営の要請に鑑み、実際上の便宜を考慮して、その権限は一定の範囲において代表取締役に法的に委譲されているが、代表取締役の専決執行権と代表権を画する営業に関する行為とは、経常性と反復継続性を特質とするものであり、法定決議事項として取締役会の専属とされる重要な業務執行は、かかる特質を客観的に有しないから、代表取締役の権限の範囲外の行為であり、越権代表として民法110条の適用を受けると解する。しかし、会社法362条2項は範囲を限定せずに業務執行の決定を取締役会の権限とし、4項の反対解釈として、重要でない業務執行は取締役に委任できることに鑑みれば、取締役会は一切の業務執行に関する権限を有すると解すべきであるし、他方で、営業に関する行為を経常性と反復継続性のある行為に限定することにも、文理解釈上無理がある。また、取締役会制度の趣旨は、株主総会の権限を縮小したことに伴い、すべての業務執行権を取締役会に集中することによって、業務執行を慎重かつ適正に行わせることにあった以上、一定の範囲内で代表取締役の独断専行を許容する派生機関説は取締役会制度の趣旨に反する⁽¹⁸⁾。

そこで、多数説は、重要な業務執行であってもそれが代表取締役の代表権の範囲内である以上、取締役会決議の有無を問わず有効であるが、取締役会決議の必要性及びその欠缺につき相手方が悪意である場合には、会社の利益を犠牲にしてまでそのような相手方を保護すべき理由はないから、悪意の相手方の権利行使は権利濫用として許されず、会社は相手方の悪意を証明すれ

ば一般悪意の抗弁をもって対抗できると解している⁽¹⁹⁾。この見解によれば、重要な業務執行につき取締役会決議を経ることは代表取締役の善管注意義務として要求されるにすぎず、その違反の効果は代表取締役の代表権濫用の場合と同様に解されることになる。しかし、代表権濫用の場合と異なり、専断的行為は会社法上の制度に内在する問題として構造的に生ずることに鑑みれば、その利害調整は会社法上の規定に求めることが望ましい。単に悪意の相手方との関係において取引の効力を否定するのであれば、代表取締役の代表権に対する内部的制限に関する会社法349条5項を適用しても同様の結果を得ることができ、むしろ同項をもって、会社と悪意の第三者との間の実質的平衡を図る規定であると評価する余地がある⁽²⁰⁾。そのため、同項の適用または類推適用により取締役会決議を欠くことをもって善意の第三者に対抗できないと解する見解⁽²¹⁾も近時有力に主張されているが、同項は悪意者との関係において制限違反の代表行為が無権代表により無効となる場合を想定したものであるから、代表権行使における業務執行権の裏づけを欠く場合に適用するためには、その理論構成において克服すべき問題点は少なくない⁽²²⁾。

このように、会社法362条4項違反の取引の効力に関する真の問題の所在は、重要な業務執行につき取締役会決議をその効力要件と解することが同項の立法趣旨に適合するところ、他方で代表取締役には固有に包括的な代表権が与えられている点を、どのように調整するかということにある⁽²³⁾。

2 仮に判例の立場を前提とした場合、会社側にのみ無効主張を認めることは妥当であろうか。

確かに、会社法上当事者の一方のみが無効を主張できると解される場合がある⁽²⁴⁾。

第一に、違法な自己株式取得については、自己株式取得禁止によって保護されるべき者は会社・会社債権者・一般株主・一般投資家であるし、譲渡人は株式を譲渡することによって自己の欲する結果は達成できたはずであり、その後の株価上昇を利用した投機の機会を与えることは不当であるとして、譲渡人からの無効主張は認められないと解するのが判例⁽²⁵⁾・多数説である。

しかし、無効主張の主体の制限は、保護されるべき者による追認可能性が存在することを前提として初めて成り立つところ、違法な自己株式取得は会社が同じ行為をしても有効にはならないから、無効主張の制限は妥当しないと批判されてきた⁽²⁶⁾。しかも、違法状態を解消するためにこそ無効主張が認められるべきであり、その無効は譲渡人から主張される可能性が最も高いにもかかわらず、その無効主張を封ずる点において、無効という解釈を無意味にするといわざるをえない⁽²⁷⁾。

第二に、取締役会の承認を欠く取締役の利益相反取引について、利益相反取引規制（会356条1項・365条1項）は会社の利益保護を図るものであるから、取引の無効は原則として会社からしか主張できないと解するのが判例⁽²⁸⁾・通説である。しかし、取締役会の承認を欠く利益相反取引は無権代表行為となると解した場合、民法における無権代理の解釈によれば、本人以外の者も当然に無効を主張できるはずであるし、相手方たる取締役や第三者の無効主張を否定するためには、会社の追認の有無によって有効性を決すれば十分であると批判される⁽²⁹⁾。

第三に、定款に記載のない財産引受（会28条2号）の無効についても、財産引受規制の趣旨に鑑み、財産引受の相手方（売主）からの無効主張を否定する見解がある⁽³⁰⁾。しかし、定款に記載のない財産引受は追認の余地のない絶対的無効であるとすれば、その無効主張が制限されるいわれはない⁽³¹⁾し、追認の余地のある無権代理と構成すれば、その効力の確定は無権代理に関する民法の規定に従えばよい。

では、取締役会決議を欠く重要な取引の無効について主張権者は制限されるべきか。

民法93条の解釈としては、無効を主張しうる者は限定されないと解する⁽³²⁾のが多数説のように思われるが、無効主張の利益は表意者にあるとして、無効主張は表意者のみがなしうると解する見解もある⁽³³⁾。しかし、心裡留保による意思表示の無効は、政策的に表意者の保護を図るものではない。私的自治の原則においては真意に基づく意思表示のみが有効となるところ、

心裡留保の場合は相手方がその真意を知りえないのが通常であるため、民法93条は立法政策として有効を原則としたにすぎず、相手方が悪意または有過失であるときは、本則に戻って無効となると解される⁽³⁴⁾。相手方も心裡留保を知りうる以上、意思表示が有効であることを前提とした法律関係を維持する必要はないし、むしろ表意者の無効主張を待つて初めて無効が確定するとすれば、催告権もない相手方は不安定な地位に置かれることになる⁽³⁵⁾。

このように、取締役会決議を欠く重要な取引において、民法93条の類推適用を介してその無効主張の制限を導くことはできない⁽³⁶⁾。単なる利益衡量の点から見ても、会社法362条4項が会社の利益保護を趣旨とするからといって、相手方や第三者の利益を全く無視してよいはずがない。

本件では、取締役会決議を欠く債権譲渡において債務者が債権譲渡の無効を主張している。この点につき、心裡留保による意思表示の無効は、民法94条2項の類推適用により善意の第三者に対抗できないと解されるが、悪意の第三者には対抗できる。そして、債権の準占有者に対して善意・無過失でなされた弁済は有効であるが（民478条）、債務者が債権譲渡の無効を知っている以上、譲受人に対する弁済は有効にはならない。すなわち、債務者による債権譲渡の無効主張を否定することは、譲受人に対する無効な弁済を強制するという矛盾を生ぜしめる。会社から無効主張がなされるまでは債権譲渡は有効であり、譲受人に対する弁済も有効であると解するのであれば、後述するように、端的に取消と構成すべきである。

本判決の背後には、利息制限法に違反するような高金利で貸付を行う貸金業者に対して、過払金返還を拒む口実を与えるべきではないとの配慮があったのかもしれないが、他方で、本件債権譲渡がA会社の他の債権者を害する意図でなされたのであれば⁽³⁷⁾、他の債権者の利益は詐害行為取消権や破産法上の否認権によって別途救済できるとはいえ、X会社の債権者としての地位を認める必要はあるまい。ともかくも、本判決の理論構成には賛成できない。

3 では、他の見解によれば、無効主張の主体は制限されるであろうか。

越権代表説によれば、相手方が重要な業務執行としての取締役会決議の欠缺につき悪意または有過失である場合、無権代表に基づく無効となり、その主張主体が制限されることはないはずである。会社は取締役会決議に基づき追認することができるが（民113条）、相手方には催告権（民114条）・取消権（民115条）が保障されるため、相手方の地位の安定が害されるおそれはない。本件のような債権譲渡の場合、債務者の保護は専ら民法478条の問題となる。

一般悪意抗弁説によれば、相手方が悪意であれば、会社は相手方からの履行請求を拒むことができるが、拒むか否かは会社の任意に委ねられるため、相手方・第三者の地位が不安定となるおそれがある。ただし、一般悪意抗弁説があくまでも専断的行為の有効性を前提とした上で、双方の債務が未履行の段階において会社の履行拒絶を可能とすることにより実質的には無効と同様に処理するにすぎないとすれば、履行済みの場合には（履行も代表取締役の独断で行ったとしても）会社は原状回復を主張できないことになろう⁽³⁸⁾。本件のような債権譲渡の場合、債務者が取締役会決議の欠缺を知っていたとしても、債務者への通知もなされている以上、譲受人に弁済すべきことになる。もっとも、一般悪意抗弁説は、論者によってニュアンスが異なっており、会社は一般悪意の抗弁をもって行為の「無効」を主張できるとするものもある⁽³⁹⁾。この見解に基づく法律関係自体は相対的無効説と大差ない。

代表権制限説によれば、会社法349条5項の反対解釈として、悪意の相手方に対しては代表権の制限（無権代表）を主張できるが、会社としてはそれを主張しないという選択もありうるため、相手方・第三者の地位が不安定となるおそれがある。この場合、会社が代表権の制限を主張せずに債務を履行しまたは債権を行使したときは、もはや有権代表に確定し、会社は原状回復を主張できないと解すれば、一般悪意抗弁説と同様の解釈となろう。これに対して、債務の履行または債権の行使もまた専断的行為をなした代表取締役の独断で行われた場合にも原状回復の余地を残すためには、悪意の相手方に対する関係では無権代表に基づく無効に確定するものとして、越権代表説と

同様、相手方の保護は無権代理に関する規定によって図られるべきことになる。

相対的無効説は、取締役会の承認を欠く取締役の利益相反取引の効力と平行に論じられるため、無効主張は会社側からしかなしえないと解されるのであろう⁽⁴⁰⁾が、実定法上の根拠も法律行為論的な根拠も見出しがたい。なお、相手方の利益にも配慮して、相手方は取締役会の事後承認に関して催告権（民114条）を有すると解する見解もある⁽⁴¹⁾が、無権代表との類似性を問題とせずになぜ無権代理の規定を適用できるのかという批判を免れないであろう。

このように、相対的無効説を採用しない限り、無効主張の主体を制限することは理論的に難しいといわなければならない。その意味では、本判決は、会社法362条4項の立法趣旨を尊重して会社の利益保護をより重視した独自の相対的無効説であると評価する余地もある。しかも、近時の判例には相手方の過失の認定を慎重に行う傾向がある⁽⁴²⁾ことに鑑みれば、判例の立場はいつそう相対的無効説に近くなる。

ところで、会社側からしか無効を主張できないということは、それは取消に等しい。本判決も、無効主張するかは会社の任意であり、無効主張には取締役会決議に基づく格別の意思表示を要するかのよう判示している。そもそも、代表取締役の専断的行為は、取締役会決議を欠くだけであって、必ずしも代表取締役の表示した意思が取締役会の意思に反しているのではなく、取締役会で承認される可能性もある。すなわち、代表取締役の会社としての意思形成過程に瑕疵があるにすぎないから、取り消すことができる場合と構造的に類似する。その場合、代表取締役が独断で行うと会社の利益を害するおそれがあるとして、会社法362条4項が慎重を期するために取締役会決議を要求していることに鑑みれば、未成年者が法定代理人の許可を得ずに取引をした場合に近い。そこで、民法5条2項を類推適用して、取締役会決議に基づく会社の取消を認めることとすれば、相手方には催告権も与えられるから（民20条）、不安定な地位から解放されるし、代表取締役が取締役会議事

録を偽造するなどして取締役会決議があったように相手方に信じさせた場合には、制限能力者が詐術を用いた場合（民21条）に準じて取消を否定することもできる。しかし、代表取締役が独断で行うと危険な行為についてまで、なぜ代表取締役に単独の代表権が与えられているのかという根本的な問題は払拭しえない。

4 最後に、判例研究としては蛇足であるが、本件の論点解決の方法論をめぐって、法科大学院教育において私が憂慮している点に若干言及しておきたい。

第一に、一般論ないし原則論として、法律上取締役会決議が要求されている行為につき取締役会決議を欠く場合は無効であると説明されることがある⁽⁴³⁾。かかる説明は原則論であるからこそ、学生としてはこれを無条件に受け入れやすい。しかし、取締役会決議が効力要件であるか否かは、その行為において取締役会決議がいかなる意味をもつかにかかわる。仮に無効であるとしても、取締役会決議が法律行為における意思表示を構成するのであれば、取締役会決議を欠く行為は当然に無効（ないし不成立）となるし、取締役会決議によって初めて代表取締役にその行為に関する代表権が与えられるのであれば、取締役会決議を欠く行為は無権代表により無効となるから、その意味は同じではない。したがって、かかる原則論は成り立たないはずであって、むしろ取締役会決議を欠く行為の構造分析を怠らせるおそれがある。

第二に、違法な自己株式取得の効力や必要な株主総会決議・取締役会決議を欠く代表取締役の行為の効力などについては、その一般的な解釈指針として、会社の利益保護と取引の相手方の利益保護（取引の安全）のいずれを重視するかという利益衡量の視点が提示されることが多い。しかし、会社法362条4項違反の代表取締役の専断的行為に関する限り、相対的無効説以外の見解は、法律行為論的分析または機関権限分配論的分析を通じて、重要な業務執行における取締役会決議の位置づけを構造的に明らかにした上で、それを欠く場合に適用または類推適用できる実定法上の根拠を探求しようとするものであって、利益衡量は結果の妥当性を検証し、必要に応じて修正する

ための価値判断にすぎないはずである。すなわち、取引の効力は利益衡量によって決すべきであるとしつつ、相対的無効説以外の見解を採用するとすれば、論理の一貫性に欠けることになる。法科大学院にも、利益衡量ばかりを強調し、法律行為論的考察・機関権限分配論的考察を試みない学生が多い。確かに、利益衡量論は解釈上の諸論点の解決において汎用性が高く、しかもそれが学説上の趨勢である以上、学生がこれに無批判に従うのも無理はない。また、利益衡量を重視するのであれば、対立する利益にも十分に配慮して、できるだけ緻密な利益衡量が要求されるべきであるが、皮相的な利益衡量に満足してしまう傾向がある。結果の妥当性を確保するためには利益衡量が重要であることはいうまでもないが、安易に利益衡量に依存しないように指導することが、優秀な法曹を養成するための課題というべきであろう。

-
- (1) 会社法362条4項は、重要な業務執行として、重要な財産の処分及び譲受・多額の借財のほか、支配人その他の重要な使用人の選任及び解任なども例示しているが、支配人等の選任・解任などの対内的行為について取締役会決議を欠く場合の効力については別異に解する余地があるため、ここでは重要な財産の処分及び譲受などの対外的取引行為を念頭に置く。
 - (2) 豊水道祐「判解」法曹時報17巻11号（1965年）152～153頁。新会社法の立案担当者も、民法93条の類推適用を主張している（葉玉匠美編『新・会社法100問〔第2版〕』（2006年・ダイヤモンド社）331～332頁）。
 - (3) 東京高判昭和44年5月12日金法557号28頁，東京地判昭和45年6月26日判時615号46頁，東京地判昭和55年5月12日判時984号122頁，大阪地判平成6年9月28日判時1515号158頁，新潟地長岡支判平成8年12月4日判時1593号105頁，東京地判平成9年3月17日判時1605号141頁，東京高判平成9年6月25日金法1602号51頁，福岡高那覇支判平成10年2月24日金判1039号3頁，東京高判平成11年1月27日金判1062号12頁，東京地判平成12年3月13日判タ1063号162頁。
 - (4) 前掲東京高判昭和44年5月12日。
 - (5) 拙稿「株式会社機関権限の序論的考察」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集35号（1994年）13頁。
 - (6) 前掲福岡高那覇支判平成10年2月24日の原審である那覇地判平成9年3月25日金判1039号11頁は、利益衡量を根拠として最判昭和40年9月22日と同旨の結論を導いているが、他方で、無権代理の追認に関する民法116条を援用して、取締役会の追認決議の可能性を認めているため、取締役会決議を欠く重要な業務執行の構造をどのように

取締役会決議を欠く重要な財産の処分は無効の主張権者

捉えているのか明らかでない。

- (7) 竹内昭夫「判批」『判例商法Ⅰ』（1976年・弘文堂）232～233頁等。江頭憲治郎『株式会社法〔第3版〕』（2009年・有斐閣）398頁は、「中小企業等の実態に鑑みると、この無効主張は、ふだん取締役会を開催したこともなくすべての業務執行を代表取締役専断に専断させている会社が、たまたま損失の出た取引につき機会主義的になす可能性が高いので、相手方に厳格な注意義務を要求することは公平の見地から適当でない」とする。
- (8) 久保井一匡「貸出取引と取締役会決議に関する一考察」金融法務事情1004号（1982年）6頁以下、齊藤真紀「判批」商事法務1881号（2009年）48頁。
- (9) 齊藤真紀「監査役設置会社における取締役会」森本滋先生還暦記念『企業法の課題と展望』（2009年・商事法務）178～179頁・190頁。森本滋「大会社の経営機構と取締役の法的地位」法学論叢140巻5＝6号（1997年）145頁も、「経営上の微妙な問題については、原則として取引の効力にかからせないことが妥当である」とする。
- (10) 竹内・前掲注(7)233頁、弥永真生『リーガルマインド会社法〔第12版〕』（2009年・有斐閣）169頁。
- (11) 北沢正啓『会社法〔第6版〕』（2000年・青林書院）400頁、竹内昭夫＝弥永真生補訂『株式会社法講義』（2001年・有斐閣）548～549頁、青竹正一『新会社法〔第2版〕』（2008年・信山社）219頁。近藤光男『最新株式会社法〔第5版〕』（2009年・中央経済社）248頁、江頭・前掲注(7)398頁、弥永・前掲注(10)169頁も相対的無効説か。今井宏「代表権の制限と取引の安全」民商法雑誌93巻臨時増刊(1)『判例における法理論の展開』（1986年）165～168頁も相対的無効説に近い。
- (12) 稲葉威雄「商法改正と銀行取引Ⅰ」金融法務事情1002号（1982年）11頁。
- (13) 小出篤「会社法における『取引の安全』の機能」法律時報79巻8号（2007年）144～145頁は、取締役会決議を欠く重要財産の処分について、瑕疵ある取引を防止するためには誰が最も低いコストでチェックできるかという視点から検討し、判例の立場は、取引の相手方に、取締役会決議を経っていないという瑕疵について合理的な水準のチェックを行わせるという機能をもつとして、その妥当性を説明する。
- (14) 加藤修「多額の借財のような重要事項に関する取締役会の決議」法学研究80巻12号（2007年）1頁以下。
- (15) 宮島司『新会社法エッセンス〔第3版〕』（2008年・弘文堂）207頁、山本爲三郎『会社法の考え方〔第7版〕』（2008年・八千代出版）207～208頁。
- (16) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』（1987年・有斐閣）165頁〔山口幸五郎執筆〕、山口幸五郎『会社取締役制度の史的展望』（1989年・成文堂）264頁以下・277頁・279頁、河本一郎『現代会社法〔新訂第9版〕』（2004年・商事法務）464頁、根本伸一「商法二六〇条二項違反の取引の効力」保住昭一先生古稀記念『企業社会と商事法』（1999年・北樹出版）344頁。
- (17) ただし、浅木慎一「商法二六〇条二項違反の取引の対外的効力」名古屋大学法政論集107号（1986年）27頁、西尾信一『銀行取引の法理と実際』（1998年・日本評論社）98～100頁、小柿徳武「商法二六〇条二項に違反する取引の効力」龍谷法学32巻4号

- (2000年) 49～50頁, 関俊彦『会社法概論〔全訂第2版〕』(2009年・商事法務) 278頁は, 取締役会と代表取締役の権限分配との関係を特に意識せずに民法110条の類推適用を認める。
- (18) 派生機関説に対する批判及び業務執行機関と代表機関の権限関係に関する私見については, 拙稿・前掲注(5) 6～12頁, 拙稿「フランス株式会社法における業務執行機関と代表機関の分化」法学政治学論究25号(1995年) 136～140頁参照。
- (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(1984年) 9頁, 栗山徳子「代表取締役の代表権と代表取締役の専断的行為・代表権制限違反行為」立正法学論集17巻4号(1984年) 45頁, 米沢明「判批」『会社判例百選〔第5版〕』(1992年・有斐閣) 97頁, 大隅健一郎=今井宏『会社法論中巻〔第3版〕』(1992年・有斐閣) 217頁, 鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法〔第3版〕』(1994年・有斐閣) 285頁, 石田榮一「重要な財産の処分および譲受と多額の借財の意義ならびに代表取締役の行為」田中誠二先生追悼論文集『企業の社会的役割と商事法』(1995年・経済法令研究会) 187頁, 加美和照『新訂会社法〔第9版〕』(2007年・勁草書房) 296頁等。
- (20) 山本・前掲注(5)208頁は, 会社法349条5項の趣旨は, 広く会社の意思実現における善意者保護(悪意者に対する無効主張の許容)にあり, 包括的な代表権の行使が取締役会から委任される業務執行権に裏づけされていない場合の利害調整規定であると位置づける。
- (21) 山田廣己「判批」『会社法判例百選』(2006年・有斐閣) 147頁, 前田庸『会社法入門〔第12版〕』(2009年・有斐閣) 480頁, 吉本健一『会社法』(2010年・中央経済社) 200頁等。ただし, 重過失ある第三者にも対抗できるかについては見解が分かれる。重過失ある第三者にも対抗できると解するものとして, 前田重行「商法二六〇条二項二号の『多額ノ借財』と銀行の注意義務」金融法務事情1489号(1997年) 13頁, 龍田節『会社法大要』(2007年・有斐閣) 114頁, 服部育生「取締役会決議の瑕疵」愛知学院大学論叢法学研究48巻1号(2007年) 165頁, 田邊光政『会社法読本』(2008年・中央経済社) 219頁, 落合誠一編『会社法コメンタール8』(2009年・商事法務) 20頁〔落合執筆〕, 齊藤・前掲注(9)179頁, 小林俊明「会社法における取締役会の運営(2・完)」専修法学論集105号(2009年) 21頁。
- (22) この問題に関する詳細については, 拙稿「会社代表権の制限について」法学研究70巻1号(1997年) 319頁以下参照。会社法349条5項の「類推適用」とされるのは, 会社法362条4項は代表権に対する自治的・内部的制限ではなく法律上の制限であることに基づくのかもしれないが, 会社法349条5項は代表権の範囲自体の制限を対象としているのに対して, 会社法362条4項は代表権行使の前提となる業務執行の制限を意味することに基づくのかもしれない。「類推適用」の理由が前者にあるとすれば, 相手方保護の要件は代表権の自治的・内部的制限の場合よりも厳格になるはずであるし, 後者にあるとすれば, 会社法362条4項違反を無権代表と構成することができるかという問題を生ぜしめる。
- (23) 倉沢康一郎『会社判例の基礎』(1988年・日本評論社) 142頁。
- (24) 民法における当事者の一方のみが主張できる無効については, 椿久美子「取消的無

取締役会決議を欠く重要な財産の処分の無効の主張権者

- 効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（2001年・日本評論社）231頁以下参照。
- (25) 神戸地尼崎支判昭和57年2月19日判時1052号125頁等。有限会社における違法な自己持分の取得の効力につき、最判平成5年7月15日判時1519号116頁。
 - (26) 藤枝さとみ「自己株式取得規制に違反する取得の効力」民法雑誌104巻3号（1991年）111～112頁。ほぼ同旨、上柳克郎「商法における『当事者の一方のみが主張できる無効』」服部榮三先生古稀記念『商法学における論争と省察』（1990年・商事法務研究会）134頁、龍田節「違法な自己株式取得の効果」法学論叢136巻4＝5＝6号（1995年）34頁。
 - (27) 拙稿「違法な自己株式取得の効力・再考(1)」法学研究72巻1号（1999年）91頁。
 - (28) 最判昭和48年12月11日民集27巻11号1529頁。
 - (29) 藤枝・前掲注(26)108～109頁。
 - (30) 鈴木＝竹内・前掲注(19)65頁、青竹・前掲注(1)59頁、前田（庸）・前掲注(2)38頁、神田秀樹『会社法〔第11版〕』（2009年・弘文堂）55頁等。
 - (31) 最判昭和28年12月3日民集7巻12号1299頁は、いずれの当事者からも無効を主張することができるかと解し、追認の余地も否定する。
 - (32) 幾代通『民法総則〔第2版〕』（1984年・青林書院）242頁、川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法(3)』（2003年・有斐閣）303頁〔稲本洋之助執筆〕、河上正二『民法総則講義』（2007年・日本評論社）325頁、内田貴『民法1総則・物権総論〔第4版〕』（2008年・東京大学出版会）49頁等。
 - (33) 石田穰『民法総則』（1992年・悠々社）310頁、川井健『民法概論1民法総則〔第4版〕』（2008年・有斐閣）153頁、近江幸治『民法講義I民法総則〔第6版〕』（2008年・成文堂）191頁。なお、村田彰「心裡留保無効」前掲注(24)『法律行為無効の研究』342～344頁は、表意者の欺罔の意図を伴う「狭義の心裡留保」の場合には、これを有効とすることは、表意者の真意に適合せず、欺罔の意図の実現に助力することになるし、相手方が不利益を被るおそれがあるとして、相手方は無効を主張できるが、真意を伴っていないことを相手方が見誤らないであろうと予測してなした「非真意表示」の場合は、真意を誤信していない相手方はその表示に拘束されることを自ら欲しているから、その表示に拘束されてしかるべきであるなどとして、相手方は無効を主張できないと解する。
 - (34) 起草者意思については、大村敦志『民法読解総則編』（2009年・有斐閣）297～300頁参照。
 - (35) そのため、石田・前掲注(33)310頁は、民法20条1項・115条を類推適用して、相手方に催告権と取消権を認めるべきであるとするが、川井・前掲注(33)153頁は、これに否定的である。
 - (36) これに対して、中村信男「本件判批」金融商事判例1334号（2010年）7頁は、心裡留保による無効主張は取消に近いとした上で、民法93条類推適用説は第三者による無効主張の原則的制限と理論的ななじみやすいとする。
 - (37) 原審では、「本件債権譲渡は、X会社が、一般債権者の本件過払金返還請求権に対する追及を排除した上で、同債権により自己の債権を独占的に満足させる旨企図した

もの」と認定されている。

- (38) この点が一般悪意抗弁説の難点として指摘されうる（河本・前掲注(16)465頁）。
- (39) 米沢明「代表取締役の専断的行為の効力」法と政治（関西学院大学）43巻1号（1992年）27頁・31頁，宮島・前掲注(15)207頁。
- (40) 今井・前掲注(11)167頁。
- (41) 今井・前掲注(11)168頁。結論同旨，藤原俊雄「代表取締役の専断的行為の効力」民事法情報276号（2009年）38頁。
- (42) 大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説〔第2版〕』（2010年・有斐閣）218頁は、「最高裁判所も，相手方の主観的要件については，実質的に善意で重大な過失がないことを要する（軽過失のある第三者は保護される）という考え方をとっている」と評価する。
- (43) 岸田雅雄『ゼミナール会社法入門〔第6版〕』（2006年・日本経済新聞社）255頁，龍田・前掲注(2)114頁，柴田和史『会社法詳解』（2009年・商事法務）188頁。

本判決の評釈としては，上記に引用したもののほか，弥永真生・ジュリスト1381号（2009年）66頁，木下崇・法学セミナー増刊速報判例解説5号（2009年）131頁，山本爲三郎・判例時報2060号（2010年）178頁，北村雅史・法学教室判例セレクト2009II（2010年）19頁がある。脱稿後に，松中学・ジュリスト1398号〔平成21年度重要判例解説〕（2010年）120頁，松井智予・民商法雑誌141巻3号（2010年）71頁，齊藤真紀・私法判例リマークス41号（2010年）82頁に接した。