慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	取締役会社間の取引の効力
Sub Title	On the transactions between directors and their corporation
Author	高鳥, 正夫(Takatori, Masao)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.1 (1978. 1) ,p.1- 24
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19780115-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

取締役会社間の取引の効力

高鳥正夫

一　はしがき
二　学説の争点とその批判
三　商法二六五条の理解の仕方
四　自己取引に関する規制のあり方

一　はしがき

株式会社の取締役は、会社に対して善良な管理者としての注意義務（商二五四Ⅲ、民六四四）または忠実義務（商二五四ノ二）を負うから、利害の対立する取締役会社間の取引、いわゆる自己取引をなすことは原則として禁止されなければならない（民一〇八参照）。このことは公益法人の理事については規定があり、法人と理事との利益相反する事項については理事に代表権がなく、特別代理人を選任しなければならないとされている（民五七）。もつとも、公益法人の理事の員数については制限はないから、数人の理事がいる場合には、その一部の者と法人との間の利益相反事項について、他の理事が代表すること

は差支えないと解されている。[1] これに対して、営利法人である株式会社の場合には、取締役は三名以上選任されており（商二五五）、その行う取引の種類は多岐にわたり、また、その範囲も広範に及ぶのが通常である。こうした取締役の地位と自己取引のもつ性格に注目して、商法は自己取引については取締役会の承認を要するものとするほか（商二六五）、自己取引によつて会社に損害を生じた場合には、その取引をなした取締役及び会社を代表した代表取締役はもちろん、その決議に賛成した取締役も連帯して賠償責任を負うことなどを規定している（商二六六）。なお有限会社の場合にも、承認をなす機関を社員総会とし、取締役の責任免除に総社員の同意を要求した点などを除いて、ほぼ同様の規定を設けて、取締役会社間の取引を規制している[2]（有三〇・三〇ノ二）。

従つて、株式会社などの場合においては、公益法人の理事の場合のように直接には代表権の制限を定めてはいないし、また、公益法人においては他の理事が代表できると解される場合についても、取締役会の承認を要するとされているなど、いくつかの点で異なつた規定の仕方がなされている。確かに、取締役会社間の取引も会社から見れば業務執行の一場合であるから、取締役会がその取引を行うか否かを決定することとなるが（商二六〇）、それにもかかわらず、特に、商法二六五条が取締役会の承認を要する旨を規定したのは、この承認に特別の意味が含まれているからである。すなわち、取締役会において自己取引の承認をする場合には、その取引をなすことが取締役の善管注意義務または忠実義務に違反しないか、いいかえれば、会社の利益が取締役によつて犠牲とされることはないかを審査する。その結果、会社にとつて取引をなすことを適当と認めて承認することとなると、会社を代表して取締役会社間の取引をなす代表取締役に対して、そのために必要な代表権限を授与すると共に、当該取締役に対しては許可を与えるという二重の授権の意味をもつものと解される。

商法二六五条は、このような構造のもとに会社の利益保護をはかつていると理解することについては、後述するように異説も少なくない。特に、自己取引を行う場合に要求される手続が取締役会の承認であり、それは会社内部で行われる手続で

あるだけに、その承認が実際にあつたか否か、承認決議に瑕疵がなかつたかということは、外部からは容易に知ることができないのが通常である。従つて、当該取締役がこの承認を受けなかつた場合には、その自己取引の効力を否定して会社の利益保護をはかることは理解できても、その取引を無効とすることが第三者に影響するような場合には、取引の安全との調和の問題のあることが指摘されている。特に、自己取引が手形取引の形式で行われる場合には、会社の利益と取引の安全とが最も激しく対立し、この点について多くの学説、判例のあることは周知のとおりである。(3) 私もこの問題については既に考え方を発表しているので、(4) 本稿においては、商法二六五条の構造をめぐる学説の対立とその批判をとおして、同条の理解の仕方について述べると共に、立法のあり方にも言及したいと考えている。

(1) 幾代通「民法総則」一〇九頁、我妻栄「新訂民法総則」一七一頁。

(2) 合名会社においても社員の自己取引について同旨の規定（商七五）が設けられており、それが合資会社の無限責任社員についても準用されている（商一四七）。ただ、商法一四七条と一五五条の関係からいうと、有限責任社員についても準用されるようにも見えるが、一五五条の立法趣旨から考えて、有限責任社員については七五条の準用もないと解するのが多数説である（本間輝雄「注釈会社法(1)」商法一五五条の注釈」五七五頁、大隅健一郎「全訂会社法論」上一二一頁、反対、田中誠二「全訂会社法詳論」下一一六七頁）。

(3) 本間「注釈会社法(4)」商法二六五条の注釈」四一一―四三五頁に学説、判例の紹介が詳細になされている。

(4) 高鳥「取締役会社間の手形取引」会社法の諸問題三三九頁以下。

二　学説の争点とその批判

商法二六五条における会社の利益と取引の安全という二つの利益の調整の点については、問題が商法の基本的構造に関する理解の仕方にも関係するため、二六五条の解釈、特に同条違反の取引の効力をめぐつて、従来から学説、判例は対立している。この対立を大きく分ければ、会社の利益保護に重点をおく無効説、反対に、取引の安全を重視して違反行為も有効であるとする有効説、また、無効説を基盤としながら、第三者の利益保護との調和を試みる相対的無効説などに区別することが

できる。この三つの立場の発生の順序について眺めると、古くから無効説が通説的地位を占めており、その立場をとりながらも取引の安全を考慮して、無権代理行為に準じて追認があれば有効と解する説、事後の承認を認める説などが広く行われてきた。これに対して、比較的最近においては、前述したような無効説の部分的修正では解決にならないとして、有効説、相対的無効説が有力になりつつあるといえる。そこで、これらの学説の内容とその構成を分析しながら、関連する問題点を検討してみることとする。

（1）無効説の内容と問題点

商法二六五条の立法趣旨については、無効説によると、会社に対する善管注意義務を負う取締役は、取締役会の承認をえた場合を除いては、自己取引をしてはならないという不作為義務を負つている。また、このことは会社側についていえば、代表取締役の代表権を自己取引については制限したものであり、取締役会の承認があると、初めてその制限がとかれて代表行為が可能となる。商法二六五条の制限はこうした二面的な働きをなすことによつて、自己取引により会社の利益が奪われることを防止していると理解する。そして、同条に違反してなされた自己取引については、その効力を無効と解するが、ただ動的安全が重視される財産権については、善意の第三者は善意取得の規定（民一九二、手一六、小二二）によつて守られるというのが、無効説の基本的構造といえる。もつとも明治四四年の商法改正いらい、二六五条の末尾に、民法一〇八条を適用しないという規定が付加されていることなどを理由に、商法二六五条違反行為の効力は無効ではあるが、無権代理行為に準じて追認があれば有効となるとするのが、従来の判例の主流をなす考え方でもある。(1) 学説上も、二六五条における承認は事後の承認であつても差支えないという立場をとるものが多い。(2) その意味では、説明の仕方には差異があるが、何らかの承認があれば違反行為も有効となる余地があると解するのが、現在における無効説の立場といつて差支えないであろう。

無効説がその理論的根拠とする点は右に述べたとおりであるが、取締役の自己取引から会社の利益を効果的に守るという実際論からも、これを理由づけることができるとする。すなわち、自己取引から生ずるおそれのある会社の不利益は、商法二六五条に違反して取引をなした取締役と会社を代表した取締役などに、損害賠償（商二六六Ⅰ2・5）を負担させるだけで解決されるものではない。仮りに有効説のいうように、取締役会の承認を受けない取引を一般的に有効とすると、同条の承認手続は実際上無視され、それによつて会社は不利益を受けることは避け難いであろう。従つて会社の利益を守るためには、取締役会の承認をえない限り、取締役は自己取引をなすことができないとするのが適当であるとする。このように、理論面と実際面において根拠をもつ無効説は、取締役会の承認を要する行為を、取締役会社間に利害衝突を生ずべき取引に限られるとしながら、大正時代の中期以降、わが国の通説的な立場を維持してきたものである。

このような無効説に対して、これまで投げかけられた最も大きな問題は、第一に商法二六五条と手形行為の関係についてであり、第二は、同条をいわゆる間接取引にも適用できるかという問題であろう。まず、手形行為についての問題点を述べると、手形行為が商法二六五条のいわゆる取引に含まれ、しかも、手形行為について取締役会の承認がないときは無効であるとすると、転々流通する手形においては、取引の安全が害されることにならないかという点である。確かに取締役会社間の手形取引において、取得者の目標とされるのは、約束手形についていえば振出人である会社自身であるのが通常であろうから、その意味では善意の手形所持人の保護を考えないと、手形取引の機能が阻害されるおそれがある。そのため学説においては、善意取得説と呼ばれる独自の理論が唱えられたり、あるいは商法二六五条の適用に関して、手形行為除外説ないし人的抗弁説と呼ばれる学説が主張され、これらを支持する学説、判例も少なくない。けれども、善意取得説についてはその構成に問題があるし、また、手形行為に限つて同条を適用しないという考え方については反対するものも多い。このような学説、判例の対立の中では、後述する相対的無効説が発生する素地もあるわけである。この点については、二六五条違反行為

の効力について無効説をとつても、手形取引を同条の適用対象に含めながら、外観理論を適用して解決するのが妥当であると考えるが、この点については別の機会に述べてきたので[3]、ここではその結論を示すにとどめたい。

無効説に向つて投げかけられた第二の問題は、商法二六五条の違反行為の効力を無効と解する場合、同条の適用範囲を取締役会社間の直接取引に限定したままでいいかという点である。商法二六五条は取締役と会社との間に利益相反が生ずる場合、会社に不利益な取引のなされることを防止しようとするものであれば、同条にいわゆる取引のうちには、取締役と会社との間に直接成立する取引のみでなく、取締役が第三者に対して負担する債務について、会社が保証または債務引受する場合のように、会社と第三者との間の間接取引をも含めるのが適当のように見える[4]。ただそうなると、取引の安全保護を十分に考慮する必要が生ずるから、無効説をとること自体と矛盾しないかという問題も生じてくる。そのため、有効説をとる場合には、比較的容易に間接取引を含ませることができるのに対して、無効説をとる判例、学説の間では、この点については従来から議論が分かれていた。

無効説の考え方を伝統的に維持してきた判例を見ても、大審院及び最高裁の判例は比較的最近まで、商法二六五条が適用されるのは、直接取引の場合に限られるとするものが比較的多かつた[5]。これに対して、下級審判例のうちには、早くから間接取引についても同条の適用を認めるものが少なくなかつた[6]。このような傾向のもとで、最高裁は昭和四三年の大法廷判決において、商法二六五条の取引のうちには、取締役個人の債務について、その取締役が会社を代表して債権者との間に債務引受契約をするような間接取引も含まれるとして[7]、従来の判例を改めた。同時に、そのような場合には、相手方たる第三者が取締役会の承認のなかつたことに悪意であるときに限り、会社はその無効を主張することができるとして、取引の安全保護をはかつている。その後も、最高裁は取締役が会社を代表して自己の個人債務を保証した場合、甲、乙両会社の代表取締役を兼ねる者が、甲会社の債務について乙会社を代表して保証した場合などについて、同様に商法二六五条の適用を認めて

いる。[8] 学説を見ても、従来は、同条の適用は直接取引に限定されると解するように読めるものが多かつたが、[9] 最近においては、むしろ間接取引にも適用されると解する説が多くなつてきた。[10]

商法二六五条は取締役の自己取引によつて、会社の利益が犠牲にされることを防止する規定であるとすれば、取締役会社間の取引であつても利害対立のないものは除外されると共に、利害対立する取引はすべてその適用対象に含まれると解することが自然であろう。その意味では、転々流通することを使命とする手形の取引についても、商法二六五条を適用して取締役会の承認を要求することが適切である。更に進んで、取締役によつて会社の利益が犠牲とされることを実質的に防止しようとすれば、取締役会社間の直接取引に限らず、会社と第三者との間の間接取引についても、取締役会の承認を要するとすることが必要となろう。けれども、手形取引や間接取引を商法二六五条の対象に加えようとする場合には、そこに特別の工夫をしないと、無効説を維持することは次第に難しくなり、相対的無効説の方向に進んでいくことは避けられないように思われる。

(2) 有効説の内容と問題点

前述した無効説が商法二六五条の理論構成から説明するのに対して、有効説においては、取締役の自己取引に要求される取締役会の承認手続が、純粋に内部的な手続であるにもかかわらず、それがなされたか否かによつて自己取引の効力が否定されるとなると、第三者が不測の損害を受けることがあるという実際的理由が、その基本となつているようである。こうした実際的理由を裏づけるための根拠としては、二六五条は自己取引を行おうとする取締役に対して、取締役会の承認を受ける義務を定めたものというべきであり、このことは同条の位置からもうかがうことができる。若しもこの規定が、無効説のいうように代表権の制限に関するものであれば、取締役の代表権に関する商法二六一条または二六二条に次いで設けられ

るのが適切であろう。要するに、商法二六五条は命令的規定であり、その違反行為の効力について規定していない以上、社会的需要に基く実質的正当性に重点をおいて解決すべきであり、その行為は取引の安全の要請に基いて有効と解すべきである。そして、この命令的規定に違反した取締役は、法令違反行為をなしたものとして損害賠償の義務を負い（商二六六Ⅰ5）、また、少数株主による解任請求の対象となる（商二五七Ⅲ）と解している。(11)

わが国においては田中誠二博士の有効説すなわち命令規定説が早くから行われ、この立場が取引の安全を重視する法思想の発展に伴つて、次第に広く支持されていく傾向にある。なお、この命令規定説のほかにも、大隅健一郎博士によつて唱えられた有効説がある。(12) この立場によると、商法二六五条は取締役の義務を定めた規定と解するよりは、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する立場から、同条違反の取引も代表取締役によつて締結された以上、有効と解すべきであるとするものである。(13) もつとも、いずれの有効説をとつても、会社の利益を犠牲にして、取締役会の承認を受けない取締役を保護する理由はないとして、会社はその取締役に対しては、一般悪意の抗弁または権利濫用禁止の原則（民一Ⅲ）によつて、その義務を免れると解している。従つて、違反行為の効力を取締役と会社との間に限つて眺めれば、無効説と大差はないこととなる。

その上、第三者との関係についても、現在の無効説は二六五条違反行為の効力を無効としながら、善意の第三者に対しては、会社もその無効を主張することができないというように、手形取引を中心に種々の工夫をしてきているから、その面でも、違反行為の効力を有効と解する有効説との間には、以前に見られたほどの開きはないこととなる。そうなると、今度は有効説と無効説との間に存在する理論構成上の差異などの点で、いずれの立場が納得しやすいかという問題が重要となつてくる。この点の問題については、後述するように各方面からの検討を必要とするが、ただ有効説の立場をとると、無効説がその解決に苦慮してきた二六五条と手形取引の関係も、また、同条を間接取引に適用できるかという問題も、比較的容易に

解決できるという点は特色といえよう。すなわち、取締役会社間の手形取引について二六五条を適用しても、その手形は取締役会の承認を受けたか否かにかかわらず有効であるから、手形を取得した第三者は、手形上のすべての債務者に対して権利を行使することができる。また、第三者との関係が濃厚に現われる間接取引に同条を適用する場合にも、違反行為の効力を無効とは考えないわけであるから、取締役の自己取引によつて会社の利益が奪われないように、いかなる範囲の間接取引に二六五条を適用できるかなど、適用の限界をあまり気にしないで済むという点も便宜である。その反面、有効説はその理論的根拠ということになると、無効説に比べて積極的なものが少なく、その上、形式的な根拠を強調し過ぎる嫌いがあるように思われる。

(3) 相対的無効説の内容と問題点

この立場は、取締役会社間の取引について、会社の利益保護と取引の安全を調和させようとする狙いをもつて構成されたもので、商法二六五条に違反する行為は会社と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する学説である。相対的無効説の理論上の根拠をどこに求めるかについては学説は分かれており、特定の規定に違反する行為について、その規定によつて守ろうとする利益と取引の安全との利益較量による説、法外観または禁反言に根拠を求める説、代表権の制限は善意の第三者に対抗しえないとの規定（商二六一Ⅲ・七八Ⅱ、民五四）、または、会社更生法五五条の類推適用による説などがある。(14) 要するに、相対的無効を認める実定法上の直接の根拠がないため、これを理論的に裏づける場合でも学説が一致しないという点が、相対的無効説のもつ一つの特色ともいえる。

こうした特色をもつ相対的無効説の理論は、無効説を基調としながら手形取引の特殊性を配慮し、取引の安全と調和させようとする学説においてまず唱えられ、下級審判例のうちには、この理論をとり入れるものが早くから見受けられた。(15) そし

て近年になつて、最高裁も昭和四三年一二月二五日の判決で間接取引について[16]、また、昭和四六年一〇月一三日の判決で手形行為について[17]、相対的無効説をとることを明示したことは、既に述べたとおりである。このように商法二六五条の違反行為に関する相対的無効説は、間接取引、手形取引を中心に主張され、やがてそれが同条に違反する取引一般に拡張され、学界でも有力説となつてきたことは注目すべきであろう[18]。そして、二六五条違反行為に広く相対的無効の考え方を及ぼすこととなると、これまで二六五条違反行為は無効であるという前提に立つて、同条の対象となる取引のうちから手形行為を除外しようとした議論や、無効説を前提に工夫された善意取得説などの試みは、その実益を失うことになると指摘されている[19]。けれどもその反面、取引のうちでも特に静的安全を重視する財産権の取引については、また、特別の工夫を要することになるように思われる。

従来、学界の通説的地位を占めてきた無効説も、この手形行為の取扱、間接取引への適用の拡大という二つの問題に直面して、次第に相対的無効説の考え方に移つていくであろうことは既に述べてきた。こうした傾向に対しては、有効説の立場からすれば、そこまで取引の安全を考慮していくのであれば、いつそ有効説の立場に同調すべきではないか、相対的無効説として分類される学説のうちのあるものは、有効説に分類するのが適当ではないかなどの批判が加えられるであろう[20]。もつとも、以前は有効説の立場をとつておられた大隅博士は、その後、昭和四三年一二月二五日の最高裁判決の補足意見などにおいて、商法二六五条に違反する取引は無効ではあるが、会社は善意の第三者に対してその無効を主張することができないとして、相対的無効説の立場をとることを明らかにされたことも注目される[21]。このように、相対的無効説と有効説との境界をめぐつて今後も学説は動揺し、あるいは、特定の学説をめぐつてその位置づけが問題となることもあろう。また、無効説の立場からは、相対的無効説も有効説も、現在の私法体系の中においては、積極的な根拠を見出し難いという批判が、引続いて加えられていくものと思われる。

(1) 大判大正八・四・二一民録二五輯六二四頁、同大正九・七・一〇民録二六輯一〇六八頁、同大正一三・七・一〇民集三巻九号三四九頁、最判昭和三八・三・一四民集一七巻二号三三五頁、同昭和四二・一二・一五判例時報五〇五号六一頁。

(2) 鈴木竹雄「新版会社法」全訂第一版一四六頁、津田利治「会社法の大意」上三〇一頁、松田二郎「新会社法概論」二一一頁、石井照久「会社法」上三四一頁。

(3) 高鳥、前掲三四四頁以下。

(4) 一九六六年のフランス会社法は間接取引についても規制しており、取締役などと会社との間の契約のみでなく、取締役などが間接的に利害関係を有する契約、ないし、その者が第三者を介して会社と締結する契約、更に、取締役などが他の企業の取締役会の構成員などであるときは、会社とその企業との間になされた契約についても認許をえなければならないとする（同法一〇一条）。また、西ドイツ株式法は取締役員などに対する信用許与行為については、監査役会の決議を要するものとしているが、それらの者の配偶者または未成年の子、並びに、一定の条件の下に第三者への信用許与について制限するほか、取締役などが他の法人の役員を兼任している場合には、その法人への信用許与についても制限している（同法八九条）。

(5) 大判昭和七・七・一五民集一一巻一八号一七七頁、大決昭和九・一二・一〇刑集一三巻一二号一六九二頁、最判昭和三三・一〇・二一裁判集三四号三〇三頁、同昭和三九・三・二四裁判集七二号六一九頁。反対に、間接取引にも適用されるとする判例として、大判昭和六・五・七新聞三二七二号一七頁。

(6) 大阪地判昭和二七・六・二八下級民集三巻六号九〇四頁、東京高判昭和三一・八・三下級民集七巻八号二〇九一頁、名古屋高判昭和三一・一一・一五下級民集七巻一一号三二四八頁、東京地判昭和三六・九・一一下級民集一二巻九号二二二六頁、大阪高判昭和四〇・一〇・一一高裁民集一八巻六号五〇五頁。

(7) 最判昭和四三・一二・二五民集二二巻一三号三五一一頁。

(8) 最判昭和四五・三・一二判例時報五九一号八八頁、同昭和四五・四・二三民集二四巻四号三六四頁。

(9) 比較的最近において、直接取引限定適用説の立場をとるものとしては、鈴木重信「商法二六五条の規制する取引の範囲・同条違反の取引の効力」松田記念、会社と訴訟上四九九頁以下、坂井芳雄「商法二六五条の取引の意義と同条違反取引の効力」金融法務事情五四七号一三頁以下などがある。

(10) 鈴木、前掲一四九頁、大隅「新訂会社法概説」一二五頁、大浜信泉「取締役と取締役会」株式会社法講座三巻一〇七〇頁、米津昭子「取締役・会社間の手形行為」伊沢記念、判例手形法小切手法一四三頁。

(11) 田中誠、前掲書上五七一―五七四頁、同「取締役と会社との取引の効力について」会社法研究二九三頁以下。ほぼ同旨の判例として、大阪高判昭和三四・九・一六下級民集一〇巻九号一九四八頁、大阪地判昭和四一・一二・一五判例時報四八四号六七頁。

(12) 大隅、前掲法論中一三〇頁。ただし、大隅博士は昭和四三年一二月二五日の最高裁判決の補足意見のなかで、商法二六五条に違反する取引は無効ではあるが、会社は善意の第三者に対してその無効を主張することができないとの見解を支持され（大隅「私と商事判例」一五四頁）、同、前掲概説一二五、一二六頁では、二六五条は会社の業務執行の決定方法を定めたものとされながら、違反行為の効力については無効説を基調として、善意の第三者に対してはその無効を主張しえないとの立場をとつておられる。

(13) 商法二六五条は会社の業務執行の決定方法を定めた規定であるとまでは明言しないが、取締役会の承認は会社の内部的手続であり、一般公衆に対する公示方法のないことを理由に、違反行為を有効と解するものとしては、大浜、前掲一〇七一頁、西原寛一「会社法」商法講義Ⅱ二〇四頁などがある。

(14) 田中誠、前掲書上五七〇―五七一頁。

(15) 東京地判昭和三二・三・二八下級民集八巻三号六一三頁、大阪地判昭和三四・三・二四判例時報一八六号二四頁、大阪高判昭和四五・八・二九判例時報六二七号八五頁、東京高判昭和四五・九・二二判例時報六一二号八四頁。

(16) 前出最判昭和四三・一二・二五、同昭和四五・三・一二、同昭和四五・四・二三。

(17) 最判昭和四六・一〇・一三民集二五巻七号九〇〇頁、同昭和四七・四・四民集二六巻三号三七三頁。

(18) 北沢正啓「商法二六五条と間接取引」株式会社法研究二七一頁、菅原菊志「取締役・会社間の取引」ジュリスト五〇〇号二八七頁、服部栄三「新版会社法」九七頁、大隅、前掲概説一二五、一二六頁、神崎克郎「商法Ⅱ（会社法）」二一〇頁。

(19) 鈴木「株式会社法と取引の安全」商法研究Ⅱ五八頁以下。

(20) 田中誠二博士は相対的無効説を採用した場合に生ずる問題点について、詳細に検討されている（田中誠「商法第二六五条についての相対的無効説と有効説」商事法務五九三号四頁）。

(21) 大隅「商法二六五条と手形取引」商法の諸問題二九四―二九五頁、なお注(12)参照。

三　商法二六五条の理解の仕方

わが国において、最初に取締役会社間の取引に関する規制が設けられたのは、明治三二年の新商法一七六条においてであるが、明治四四年の改正で、その末尾に、この場合においては民法第一〇八条の規定を適用せずという部分が付加された。[1] この規定は昭和二五年の改正後も引継がれたが、取締役会社間の取引の主な内容を具体的に例示したほか、それまでは、取締役は監査役の承認をえたときに限つて自己取引をなすことできると定められていたのを、同年の改正で、監査役が会計監査の権限のみを有することとされたのに対応して、監査役の承認を取締役会の承認に改めて現在に至つている。こうした沿革をもつ商法二六五条の規定において、まず問題となるのは民法一〇八条との関係であろう。商法二六五条においては、自己取引をなす取締役が現に代表取締役であるか否かは問題でなく、また、この取締役が自ら会社を代表する場合であつて

も、他の取締役が会社を代表する場合であつても、取締役会の承認を要するものとされている。このうち、取引の相手方となる取締役が自ら会社を代表する場合には、自己契約または双方代理の場合として民法一〇八条で禁止されているが、商法二六五条においては、取締役会の承認を前提として民法一〇八条は適用されないと規定している。元来、民法の自己契約または双方代理に当る場合には、これに違反してなされた取引が無効であることは民法上争いはないが、その場合であつても、代理された本人が許可すれば民法一〇八条の適用は排除され、その取引も有効となることは一般に認められている。商法二六五条における取締役会の承認はこの本人の許可に当るものであり、従つてその場合に民法一〇八条を適用しないというのは、いわば当然のことを注意的に定めたものと解するのが通説である。(2)

これに対して、昭和二五年の改正の際の政府原案には、商法二六五条の末尾の民法一〇八条の規定を適用せずという部分がなかつたのを、衆議院で修正付加したという経緯を重視する異説もある。この説によると、商法二六五条の末尾部分が付加された点に特別の意義を認めるべきであるとして、その狙いは、取締役の自己取引については一般的に民法一〇八条の適用を排除したものであり、従つて、商法二六五条違反行為の効力は民法一〇八条とは関係なく、二六五条の中の問題として処理すべきことを明らかにしたものであると理解する。(3)けれども沿革的に見れば、前述したように、商法二六五条の末尾部分は明治四四年の改正で付加されたこともあり、同条違反行為の効力については無権代理的無効を志向するもののようである。確かに、民法とは異なつて商事を対象とする商法においては、取引の安全を重視しなければならないことはいうまでもない。けれどもそのために、民法一〇八条を取締役の自己取引については全面的に適用を排除し、また、公益法人の理事の場合（民五七）と異なつて、取締役会社間の利益相反事項についても、当然に代表取締役に代表権があると理解するのは、目的のために論理の過程をとび越すものという批判を免れないであろう。

ただ、民法一〇八条と商法二六五条とを比較すると、民法では代理人の代理権の範囲を制限しているのに対し、商法の方

は、相手方となる取締役が取締役会の承認を受ける義務を定めているという点では、規定の形式は異なつている。けれども、これらの規定を眺める場合に、そうした表面上の差異のみを強調するのは妥当ではなく、より実質的な問題、すなわち商法の場合に、取締役会が承認を与えるとそこにいかなる効果が発生するか、また、民法一〇八条を引合いに出して規定しているのはいかなる理由に基くかなどについて検討する必要がある。そこで民法一〇八条の問題を念頭におきながら、商法二六五条の理解の仕方について、自己取引をなすに当つて取締役会の承認を受けようとする取締役の側と、反対に、その取締役の行う取引について承認を与えるかどうかを検討する取締役会すなわち会社側の両面から、考察を加えていくこととする。

まず、自己取引をなす取締役の側の問題から考察してみると、自己取引として取締役会の承認を受けるべきものは、取締役会社間に利害衝突を生ずべき取引に限られることは、学説、判例に異論がない。そこで、これらの取引を取締役が自己または第三者のために会社となす場合というのは、いかなる場合であるかという点が問題となる。この点については学説が分れており、一方においては、取締役が自己または第三者の代理人または代表機関として会社と取引する場合のように、取締役のなした取引によつて生じた権利義務が、自己または第三者に帰属する場合であると解する立場があり(4)、他方には、その意味を自己または第三者に経済上の結果が帰属する場合と解する立場がある(5)。

この点の対立は実際に場合を分けて考えてみると、それほど大きいものではない。仮りに自己すなわち取締役をA、第三者を甲とし、また、権利義務の帰属を問題にする前説を形式説、経済上の結果を問題にする後説を実質説と呼んで考えてみよう。まず、㈠Aが自己の名においてかつ自己の計算において会社と取引をなす場合、㈡Aが自己の名においてかつ第三者である甲の計算において会社と取引をなす場合には、いずれの説をとつても、Aが取締役会の承認を受けなければならないことに変わりはない。次に、㈢Aが甲を代理または代表しかつAの計算において取引をなす場合、及び、㈣Aが甲を代理または代表しかつ甲の計算において取引をなす場合には、形式説をとつても実質説をとつても取締役会の承認を必要とする。

このように、取締役の自己取引のうちの大部分については取締役会の承認を要するし、また、商法二六四条におけるような介入権の問題がないため、右に述べた各場合については、形式説をとつても実質説をとつても差異はない。ただ、㈤第三者である甲が会社と取引したが、それが取締役Aの委託と計算においてなされた場合には、実質説をとると取締役会の承認を要することとなる。これに対して形式説では、Aが自ら会社と取引するか、または、Aが甲を代理または代表して取引しない以上、取締役会の承認を受ける必要はないという点で差異が生じてくる。(6)

その点では形式説をとるか実質説をとるかが重要となるが、商法二六五条が民法五七条で定める代表権の制限の関係のほかに、利益相反行為をなそうとする取締役に取締役会の承認を受けることを命じていることからいうと、㈤の場合には、自己の計算において取引をなす取締役に、承認を受ける義務を認めることが妥当である。確かに、この場合に生ずる利益相反関係については、会社側には分らないのが通常であるから、会社の側から取締役に承認を受けるよう求めることは難しい。その意味では、ややその範囲を広げ過ぎるという批判も、無効説の側から加えられるであろう。けれども、商法二六五条は利益相反行為をなす取締役に対して、取締役会の承認を受けることを命ずる規定であるから、その意味では、実質説をとることが規定の狙いに近いものと評することができる。そこで、取締役会の承認がないために取引が無効とされることから第三者の利益を守るためには、手形取引について述べてきたところと同様に、(7)外観理論によるほかはないと考える。

次の問題は、取締役が承認を受けることを要するのは、会社と取締役との間の直接取引に限られるか、それとも会社と第三者との間の間接取引についても、実質的に取締役によつて会社の利益が犠牲とされるおそれがあれば、取締役は承認を受けることを要するかという点である。この点については、前述したように、従来の無効説が直接取引に限られると解していたのに対して、近時においては、間接取引についても承認を受けることを要すると解するものが多くなり、その結果、無効説をそのままの形で維持することが難しくなつてきているのが現状であろう。こうした経緯からすると、相対的無効説の立

場が支持し易いように見えるが、相対的無効説をとると、自己取引をめぐる諸問題がすべて解決されるというほど簡単でもないから、この点について更に検討を進めてみよう。

取締役は間接取引についても承認を受けなければならないかという問題は、前述した商法二六五条の自己または第三者のためにという表現をめぐる議論と、一面においては類似する部分もある。けれども、第三者が会社と取引し、その経済上の結果が取締役に帰属するという前述の㈣の場合には、取締役にとつては承認を受けなければならない取引であることは分るが、会社の側には、その取引の背後に取締役がいることは明らかでないのが通常である。これに対して、間接取引の場合としてあげられる事例のうちには、実質的には会社の利益が犠牲とされるおそれがありながら、取締役はそれを認識し難い場合もあるという点で、両者はややその形態が異なつている。いいかえれば間接取引の場合には、会社にとつては利害対立の存在を認識できるにもかかわらず、その取引において第三者の地位に立つ取締役にとつては、取引当時においてはその存在を認識し難い場合もあるからである。もちろん、間接取引といつても種々の場合があり、たとえば取締役が負担する債務について、会社がその債権者に対して債務引受、保証などをなす場合に、他の取締役が会社を代表するときは、債務者たる取締役は第三者の地位に立つこととなる。これに対して、右の場合においても、債務者たる取締役の委託に基いて他の代表取締役が会社を代表し、または、その取締役自身が会社を代表して右の行為をなす場合には、利益相反行為がなされることについて取締役も知りうる立場にある。(8) こうした関係が間接取引については存在するため、商法二六五条が代表権の制限のほかに、自己取引をなす取締役の義務をも定めたものと理解する場合には、取締役がその義務を履行できる範囲において同条が適用されると考えるのが自然であろう。このことは反面からいえば、取締役によつて会社の利益が犠牲とされる関係が発生しながら、取締役は取締役会の承認を受けなくていい場合が生ずることとなつてくる。

従つて最近においては、この点についても種々の工夫が試みられている。たとえば、公益法人と理事との間の利益相反事

項に関する規定など（民五七・八二六）に見られるように、民法では事柄を実質的にとらえようとするのに対し、商法二六五条は取引の安全を考慮し、取締役会社間の直接取引のみを対象としているということは、両者の規定の文面上の差異からも明らかである。その結果、商法二六五条によつて規制される取引の範囲が狭まつても、取締役は受任者として善管注意義務または忠実義務（民六四四、商二五四ノ二）を負うものであるから、その義務違反を理由に会社は取締役の責任を追及することができ、実質的にも取締役の不都合を許すことにはならないとする見解がある。[9] そのように理解すると、民法五七条などの場合には、いかなる事項が利益相反事項になるかの限界が不明瞭であるのに対し、商法二六五条の場合には、取締役会の承認を要すべき取引は直接取引に限られ、それによつて限界が明確になるという利点はある。けれども実質的に考えると、商法上、取締役会社間の利益相反事項のうち、直接取引についてのみ取締役会の承認を受ければ足りると解する合理的根拠を見出すことは困難であろう。

更にこの点に関連して、商法二六五条違反行為の効力について無効説をとりながら、間接取引において登場する第三者を保護するために、同条の適用範囲を外部から明らかなものに限定し、それ以外の場合には、実質的に利害が対立するような取引についても、取締役の責任（商二五四ノ二）の問題として処理しようとする学説もある。[10] この学説に対しては、二六五条違反行為の効力を否定し、また、二五四条ノ二が特殊の取締役の忠実義務を規定したものと解することを前提とすれば当然ともいえる。けれども、二六五条は取締役会社間の利益相反取引について網羅的に規定しており、原則として同条によつて処理することと解すれば、これに入らないものについては、反対解釈として、二六五条による利益相反取引としては、取締役の責任を生じないと解するのが穏当であるという批判もある。[11]

私も最近におけるこれらの学説の結論と同様に、商法二六五条の適用を直接取引から間接取引へと、その適用範囲を拡大していく場合には、そこに限度があるのではないかと考える。このように理解すると、取締役によつて会社の利益が犠牲と

される関係がありながら、必ずしも商法二六五条を適用することができない場合を生ずるが、そのような制限を認める根拠は、株式会社をめぐる取引の安全の要請という抽象的なもののみでなく、同条と民法五七条とを比較した場合に認められるところの差異に基くものと考える。いいかえれば、商法二六五条の場合にも民法五七条と同様に、取締役の自己取引については、会社の代表機関の代表権が制限されることに変わりはないが、二六五条の場合には、取締役に取締役会の承認を受けることを命じているため、取締役が利益の対立を認識できないときにまで、同条を適用することは適当でないと考えられるからである。その意味においては、商法二六五条の適用範囲を直接取引のみに限るとか、間接取引までを含むというように説明するのは必ずしも正確ではない。そこで抽象的にいえば、取締役会社間の直接取引を中心に、これと同視できる場合には、その範囲の間接取引も二六五条の適用範囲に含まれるというほかないであろう。(12)

次に、この問題を自己取引について承認を与える立場の取締役会または会社側から検討してみよう。既に述べてきたように、商法二六五条は民法一〇八条または民法五七条と同系統に属する規定であるが、その規制の対象となる行為や代表関係の形態は必ずしも同一ではない。そこで二六五条の場合には、取締役会社間の取引について取締役会が承認すると、それによつて代表取締役の代表権の制限がとかれ、(13)代表取締役は代表行為をなすことができる。これに反して、代表取締役が取締役会の承認なしに取締役会社間の取引をなすと、その代表取締役の行為は無権代表行為となる。もつとも、取締役会の承認は競業認許の場合（商二六四）と異なつて、事後の承認であつても差支えないし、それによつて、取引の安全に役立つという効果も期待することができる。なお、代表取締役が取締役会の承認なしに行つた無権代表行為については、表見代理ないし外観理論を適用して会社の責任を認めることもできる。

そうなると、二六五条違反行為の効力を無効と解しながら、善意の第三者に対して外観理論によつて会社に責任を認めることと、相対的無効説をとつて第三者を保護することとの間に、どれだけの差異があるかが問題となる。相対的無効説をと

る学説、判例も、その内容の細部の点になると一致していないが、たとえば会社が取締役に対して振出した約束手形が、第三者に裏書された場合については、次のように説明するものが多いようである。すなわち、会社はその取締役に対しては、取締役会の承認を受けなかつたことを理由に、手形振出の無効を主張することができるが、その手形が第三者に裏書譲渡されたときは、第三者に対しては、その手形は会社から取締役にあてて振出されたものであり、かつ、振出について取締役会の承認がなかつたことについて、第三者が悪意であることを主張し立証しなければ、手形上の責任を免れることはできないと説明する。(14) これに対して、善意の第三者に対する会社の責任を表見代理ないしは外観理論から基礎づけようとするものも、相手方の悪意または有過失の立証責任は本人である会社側にあると理解するから、(15) その点では両者の間に差異はない。更に、第三者の善意という点については、表見代理ないしは外観理論によるものは、利益較量または事柄の性質上、保護される第三者は善意無過失であることを要するものと解している。(16) これに対して、相対的無効説をとるもののうちには、第三者の保護のためには善意について無過失を要求するものと、(17) 重大な過失がなければ差支えないと解するものとがあり、(18) 後者の立場がやや多いように思われる。その意味では、外観理論を適用しようとするものと相対的無効説をとるものとの間には差異を生ずることもある。(19) ただ、相対的無効説のうちにおけるこれらの議論は、いずれも手形取引を念頭においているという点に注意する必要があろう。

(1) 明治四四年の改正で当時の一七六条の末尾に民法一〇八条を適用しないという一文が付加されたのは、それ以前の大審院判決（大判明治三八・二・七民録一一輯一〇七頁、同明治三九・二・二七民録一二輯二九四頁）及び学説の一部に、取締役が会社を代表して自己または第三者のために取引をなす場合には、監査役の承認があつてもその取引は無効であると解するものがあつたため、監査役の承認があれば有効となることを明らかにする目的で、これを付加したものといわれる（松本烝治「日本会社法論」二九四頁、法律新聞社編纂「改正商法理由」一九三頁）。

(2) 鈴木、前掲書一四八頁、石井、前掲上三四三頁、小川善吉「取締役の自己取引の諸問題」松田記念、会社と訴訟上四九五頁。

(3) 田中誠、前掲書上五七一頁、大隅、前掲法論中一三〇頁。ただし、大隅博士は前掲概説一二五頁においては、取締役と会社との取引については、取締役会の承認があるかぎり、民法一〇八条の規定は適用されないとして、通説の立場に改説されている。

(4) 大隅、前掲法論中一三〇頁、並木俊守「会社法論」一七二頁、神崎、前掲二〇五、二〇八頁。

(5) 田中誠二・吉永栄助・山村忠平「コンメンタール会社法」三全訂七六八頁、本間、前掲四一八、四〇五頁。

(6) 石井、前掲上三四〇頁は、商法二六四条の自己または第三者のためにというのは、本文中の㈠から㈣までの場合であるとされるから、㈣の場合はこれに当らないこととなろう。

(7) 高鳥、前掲三四九―三五二頁。

(8) 田中誠、前掲書上五五八―五五九頁は、有効説の立場から、間接取引についても、会社がその取締役によつて代表されると、他の取締役によつて代表されるとを問わないとされる。これに対して、菅原「商法二六五条の適用範囲と違反の効果」鈴木記念、現代商法学の課題下一四一二頁は、取締役個人の債務について、その取締役が会社を自ら代表してなす債務引受、保証などは商法二六五条の適用される間接取引であるが、他の取締役が会社を代表して右の行為をなした場合には、類型的に見て二六五条の適用のある行為とはいえないとされる。

(9) 鈴木重信、前掲五〇七―五〇八、五一一頁、坂井、前掲一三―一五頁。

(10) 赤堀光子「取締役の忠実義務（四・完）」法学協会雑誌八五巻四号五三―五四頁、同「判例研究」法学協会雑誌八七巻六号七八四―七八五頁、布村勇二「判例批評」民商法雑誌六三巻六号一一二―一一三頁。

(11) 田中誠、前掲書上五六四―五六五頁。

(12) 高鳥「判例研究」金融・商事判例五二六号六頁。

(13) 西本辰之助博士は、昭和二五年改正前の一七六条について、取締役が監査役の承認をえて会社取締役間の行為をなしたときは、取締役の行為の自由が拡張され、その行為は有効に成立すると説明される（西本「会社法」四〇八頁）。

(14) 前出最判昭和四六・一〇・一三、同昭和四七・四・四参照。

(15) 民法の表見代理については通説である（椿寿夫「注釈民法(4)」、民法一〇九条の注釈」一一八頁）。最判昭和四一・四・二二民集二〇巻四号七五二頁。

(16) 表見代理については通説である。なお、高田桂一「取締役会社間の手形行為について」民商法雑誌五一巻五号七七六頁以下、高鳥、前掲三五一頁。

(17) 前出東京地判昭和三二・三・二八、大阪地判昭和三四・三・二四参照。

(18) 北沢「取締役会社間の取引」株式会社法研究二五六頁、菅原、前掲現代商法学の課題下一四二一頁、東京高判昭和四八・四・二六判例時報七〇八号八八頁、同昭和四九・七・一〇金融法務事情七四八号三五頁。

(19) 本間、前掲四三三頁。

四　自己取引に関する規制のあり方

商法二六五条に関する学説、判例の対立の状況を説明しながら、この商法上の一大争点に対する理解の仕方について、以

前に執筆した論文を補整し詳述する形式で自説を明らかにしてきた。[1] この問題については、単にわが国の立法者だけが苦心しているわけではなく、各国における規制のあり方を眺めても、それぞれの国における私法法規や判例法の背景の相違はあるものの、立法者達はいずれもより合理的な解決を目指して、頭を悩ましている実情である。[2] 従つて、各国における取締役の自己取引についての規制を見ると、あるものは次第にその規制を緩和する傾向にあるように見えるのに対し、他の国では反対にそれを強化する方向にあるというように、その規制のあり方については共通のものが認められない。こうした傾向を一方に眺めながら、次に、わが国における取締役会社間の取引に関する規制のあり方を考察してみることとする。

これまで述べてきたように、わが国においては、自己契約、双方代理の禁止（民一〇八）に違反する行為がなされた場合には、その行為の効果を否定してその目的を達するように解されており、また、公益法人と理事の利益相反事項については、理事の代表権を制限している（民五七）。そして株式会社の取締役については、会社に対する善管注意義務または忠実義務を背景に、自己取引に関する規制が設けられており（商二六五）、その規制を無視して自己取引がなされた場合には、取引の効果を否定することによつて、会社の利益を守るというたてまえがとられてきた。その上、多数説及び判例もかなりの長期間、右のたてまえを支持してきたという経緯もある。これに対して、この規制に違反して行われた取引を有効と解する学説も相当に有力であるが、これを有効と解した場合には、商法二六五条で要求される取締役会の承認が軽視されるおそれがある。また、有効説は取締役の違反行為によつて会社の利益が侵害された場合には、取締役に対する損害賠償請求（商二六六Ⅰ）、その取締役の解任（商二五七）などによつて回復をはかることを予想しているが、従来の会社運営の実際から見て、会社が訴訟を提起して取締役から損害賠償をとり、または、会社が取締役を解任するということはあまり期待できない。要するに、二六五条違反行為は原則として無効と解すると共に、その無効はいわゆる無権代理的無効として処理する現在のあり方が、基本的には最も落着きやすいものと考える。

次に、取締役の自己取引に承認を与える機関についても、検討すべき問題がある。昭和二五年の改正に際して、自己取引に承認を与える機関が従来の監査役から取締役会に改められたのは、同年の改正によつて、監査役は会計監査の権限を有するに過ぎないものとされたため、業務監査の権限を有することとなつた取締役会の承認に改められたものである。けれども、取締役会によるいわゆる自己監査機能はその後十分には発揮されず、昭和四九年の改正で、監査役は取締役の職務執行の全般を監視するように改められたことは（商二七四Ⅰ）、周知のとおりである。その意味では同年の改正で、会社と取締役との間の訴訟については、監査役が会社を代表すると定めたこと（商二七五ノ四）などと同様に、商法二六五条の承認機関も、取締役会から監査役に変更するのが適当であつたように思われる。取締役の自己取引に承認を与えるという任務は、取締役の権限が実際には強大であることからいうと、会社のどの機関が担当してもなかなか成果をあげ難いものであるが、会社法の全体の仕組みからいえば、監査役がこれを担当すべきものと考える。(3)

もつとも、わが国における多数の小規模会社の存在を考慮に入れると、これらの会社では監査役は会計監査の権限を有するに過ぎないから（監査特例三章参照）、業務監査の権限をもつ取締役会が自己取引に関する承認を担当するというたてまえを、当分の間は、そのままにしておくことも一つの立場であろう。ただその場合には、小規模会社における取締役の自己取引の問題は、実際には承認があつたと同様な場合であるにもかかわらず、一度も取締役会を開催したこともないような小会社で、俄かに自己取引のための取締役会決議がなかつたから無効であるといい出し、いたずらに紛争を招いている事例が少なくない。こうしたお家騒動の後始末まで商法二六五条に持込まれる原因の一つは、現在の取締役会に関する規定が小規模会社の実態を理解しないで、むやみに細部まで規定していることに基くものということもできる。従つて現行法におけるように、自己取引の承認機関を取締役会のままにしておく場合には、取締役会の招集、議事に関する諸規定に、もう少し弾力性を持たせる工夫をすることが必要であろう。

取締役の自己取引に関する規制は会社の利益保護を目的とするものであるが、自己取引から生ずる第三者への影響を考慮しなければならない場合には、会社、株主の利益保護と取引の安全とをいかに調整するかという点が問題となる。この点をめぐつて、学説は次第に無効説から相対的無効説へと展開を見せてきている。このことは判例においても顕著に現われ、下級審の判例は早くから第三者への影響を重視してきており、最近においては、最高裁も相対的無効説の立場をとり入れてきたことは、既に述べたとおりである。商法二六五条における会社の利益保護と取引の安全の調整を求めて、こうした混乱が生じてきている現状においては、同条違反の取引の効力を原則として無効としながら、善意の第三者に対しては、会社はその無効を主張できないと規定することによつて、この問題に結着をつけようとするのも一つの考え方であろう。確かに、二六五条をめぐつて学説、判例が相対的無効の考え方を主張するようになつたのは、何よりも手形取引に関してであり、それによつて、手形取引をめぐる問題に解決の方向が与えられたことも事実であろう。

けれども、取締役の自己取引は何も手形取引に限られないし、相対的無効の考え方による解決は手形取引にはなじみやすいとしても、不動産取引その他の静的安全が重視される取引形態にとつては、この考え方はなじみ難いことも否定できない。更に、相手方が善意であるか悪意であるかによつて、会社からその無効を主張できたりできなかつたりするが、いつたいその場合の善意とはいかなる内容であるかという点も検討する必要がある。(4) その意味では、二六五条の規定に相対的無効の考え方をとり入れると、当面の解決はえられるとしても、また、新しい問題が投げかけられてくるようである。従つて、わが国の私法体系の中で定着しやすい無効説の立場を基調としながら、手形取引などで要請される取引の安全を確保するためには、外観理論を適用して解決していけば、ほぼその目的を達しうるのではないかと考える。要するに、取締役の自己取引をめぐる会社の利益と取引の安全の調整をはかるためには、二六五条に相対的無効の考え方をとり入れることをあまり急がず、更に理論的な検討を進めていくことが重要ではないかと考える。

(1) 一注（4）参照。

(2) 最近における外国法の規制の内容を紹介したものとしては、菅原「アメリカ法における取締役・会社間の取引」星川記念、英米会社法の論理と課題一四七頁以下、アンドレ・タンク（山本桂一訳）「株式会社とその取締役の一人との間に締結された契約のフランス的規制」ジュリスト三三六号六〇頁以下などがある。

(3) 慶應義塾大学商法研究会「会社法の問題点と改正意見」法学研究四九巻二号八二頁。

(4) たとえば間接取引のうちで、取締役の負担する債務について会社が保証する場合、特に他の取締役が会社を代表して保証契約を締結する場合を考えてみよう。保証契約上、会社の相手方となる主たる債務の債権者は、保証人となる会社の代表者が代表権を有するか否かを調べると共に、債務者（取締役）と保証人とがいかなる関係にあるか、会社は何故その債務者のために保証人となるかを調査することとなろう。この保証契約に商法二六五条が適用されるとすると、債務者がその点の調査もしないで会社との保証契約に入つた場合、債権者はそれに気づかなかつたからといつて、会社からする無効の主張に対抗できるであろうか。このような債権者の善意は保護に値するかが検討されなければならない。間接取引についても商法二六五条が適用されると判示した前掲最判昭和四三・一二・二五、同昭和四五・三・一二、同昭和四五・四・二三は、いずれも、その取引によつて利益を受ける取締役が会社を代表する場合であつたことも、併せて注目しなければならない。なお、三注（8）参照。