

「保証予約と商法二六〇条二項二号の多額の借財」

(東京地判平成九年三月一七日判例時報一六〇五号一四二頁)

出口智彦

一 事実の概要

X銀行東京支店の業務課長であった訴外乙は、平成六年一月二二日、訴外A会社（昭和六〇年Y会社が一〇〇パーセント出資で設立。平成四年度売上高約二二〇〇万円、経常損失約一〇〇〇万円、欠損金約一六〇〇万円）を訪問し、専務取締役等からY会社において創業一〇〇周年を記念する事業を計画し、A会社はその事業の一翼を担うため資金として約一〇億円を必要とし、Y会社の保証を条件に一〇億円の融資を依頼された。

乙は、Y会社の平成五年度有価証券報告書等をもとに企業分

析を行った結果、Y会社により保証されるのであれば、A会社に対して約一〇億円を融資することは可能であると判断し、株式会社が保証人となる場合には、原則として、当該会社の取締役会の承認をとり、その承認につき取締役会議事録の謄本、抄本又は議事録のコピーにより確認するよう指導されていたことから、A会社に対しY会社がA会社の債務の保証に係る取締役会の決議につき、議事録によって確認させてほしい旨申し入れたところ、同社からそのような事実がないのに、Y会社の社内

規程によって、その取締役会の議事録を閲覧させ、又はその謄本等を交付することが禁止されており、他の取引銀行との間でも議事録を見せることなく処理しているとの返答を受けた。そこで、乙は、X銀行の顧問弁護士に相談した結果、Y会社の社内規程等について格別調査することなく、また議事録を徴求することもなく、保証予約念書の提出を受けるに留めることとして社内での調整を進め、同年二月二十八日、A会社から各種書類の提出を受け、同日、手形貸付の方法で金一〇億円の融資を実行したが、A会社は弁済期に弁済しなかった（残元金八億五千万円）。なお、Y会社取締役会規則において、取締役会の決議を要する事項として一件五億円以上の債務保証及び担保権の設定が掲げられている。

そこで、X銀行はY会社に対し、本件保証予約に基づき、予約完結の意思表示をした上で、主位的に連帯保証契約に基づく保証債務履行請求として、八億五千万円及び遅延損害金の支払いを、予備的に、Y会社の代表取締役訴外甲らが、本件保証予約について取締役会決議のないことを知りながら、共謀のうえ、X銀行を欺罔したとして、不法行為に基づく損害賠償請求として、八億五千万円及び遅延損害金の支払いをもとめた。

東京地裁は、主位的請求は理由がないとして棄却し、予備的請求については、X銀行の過失を認め、その過失割合三割相殺後の五億九千五百万円の支払いを命じた。

二 判旨

「商法二六〇条二項に規定する多額の借財に該当するか否かについては、当該借財の額、その会社の総資産及び経常利益に占める割合、当該借財の目的及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断されるべきである（最高裁平成五年才第五九五号同六年一月二〇日第一小法廷判決民集四八巻一号一頁参照）。」

「本件保証予約は、前記のとおり、X銀行の請求によってY会社がX銀行に対して保証債務を負担することを内容とするものであり、借財に当たるといえることができるから、進んで、右保証が借財として多額であるか否かについて検討する。」

「(一)Y会社は、東京証券取引所第一部上場会社であるが、一方、A会社は、昭和六〇年九月、Y会社の甲代表取締役を代表取締役とし、・・・Y会社が一〇〇パーセント出資して設立され、平成四年一〇月に甲が代表取締役を退いた後も、同人が同社の取締役に、Y会社の訴外丙専務が監査役にそれぞれ就任していること、(二)本件融資は、A会社が、Y会社の創立一〇周年記念事業の一環として、Y会社の製造に係る小柴胡湯を仕入れてフィリピンに向けて輸出する取引を行うに当たり、その仕入資金に充てられるものであること、(三)Y会社の平成五年三月三十一日現在における資本金は一二八億九千九百七十八万二〇〇円、総資産合計額は一九三億七千九百〇〇万円、負債合計額は一三二億八千三百〇〇万円、平成四年四月から翌五年三月までの経常利

益は四〇億五〇〇〇万円であり、本件融資額の占める割合は、それぞれ七・七五パーセント、〇・五一パーセント、〇・七五パーセント、二四・六パーセントに当たること、(四) Y会社の取締役会規則において、取締役会の決議を要する事項として、一件五億円以上の債務保証及び担保権の設定が掲げられていること、(五) X銀行においても本店と支店の決裁の区分は融資額一億円が基準とされていることを認めることができ、これらの事情を併せて考慮すれば、本件保証予約は、Y会社にとって多額の借財に当たるといえることができる。」

「・・・乙課長らX銀行の担当者は、・・・平成六年一月に至るまで、本件保証予約をするにつき、Y会社の担当者らに対し直接交渉することすらせず、取締役会の議事録についても、少なくともY会社の社内規程の存否については、容易に確認することができるのに、X銀行における取扱いの原則にも反して、Y会社担当者らに全く確認をとっていないものであり、・・・X銀行においては、本件保証予約について、ひたすら主債務者であるA会社の担当者の説明を軽信したとみることができ。そのほか前認定の諸事情によれば、Y会社において本件保証予約の締結につき取締役会の承認を経ないことを容易に知り得たにもかかわらず、最小限必要な調査すら怠ったといわざるをえない。以上のとおり、本件にあっては、X銀行において、本件保証予約についてY会社の取締役会の決議を経ないことを知り得べきであったというほかない。」

「株式会社の代表取締役が、取締役会の決議を経ることを要する取引行為について、その決議を経ないでした場合において、当該取引の相手方が右決議を経ていることを知り、又は知り得べかりし時は、無効であるといふべきであるから（最高裁昭和三六年才第一三七八号同四〇年九月二二日第三小法廷判決・民集一九卷六号一六五六頁）、この点に関するX銀行の主張は、失当である。」

三 研究

(一) 昭和五六年改正によって新設された商法二六〇条二項は、そこに列挙した一定の業務執行及びその他重要な業務執行については、取締役会の専決事項であり取締役に決定を委ねない旨を規定している。しかし、同条同項の規定する内容及び取締役会の権限については、依然不明確であり、学説等も錯綜しているのが現状である。

そこで、本件事例について、①保証予約は同条同項二号のいう「借財」に該当するか、②①で保証予約が「借財」に該当する場合、本件保証予約が同条同項同号の規定する「多額の借財」に該当するか、②同条同項に違反し、必要な取締役会の決議なしに行われた代表取締役の行為の効力について、諸学説を検証する。^①

(二) 保証予約と商法二六〇条二項二号の借財

借財は一般に資金調達のための金銭借入れを指すが、そのほか

に債務保証や手形保証および実質的な金融手段であるファイナンスリース、準消費貸借契約、違約金契約、約束手形振出等を含むと解されている。したがって、通説は、債務保証が借財に該当すると解している。

保証予約は、主たる債務者が債務を履行しないときに、債務者の予約完結権の行使によって初めて保証契約が成立するものであって、法的性質は、債務者の予約完結権の行使があつて保証債務となるものであるから、本件保証予約は、X銀行のY会社に対する予約完結の意思表示により、連帯保証契約として有効に成立したと考えることができ、実質的に債務保証と同じであるため、「借財」に該当するといえる。

(三) 本件保証予約と商法二六〇条二項二号の「多額」の借財 本件保証予約が、商法二六〇条二項二号の規定する「多額」の借財に該当するか否かが、問題となる。まず、多額という概念は、相対的なものであつて、会社の規模、業種等により、具体的・個別的に決するほかない。したがって、その判断基準は、判例・通説によると、総資産額や資本金との比率を採用する場合が多いが、そのほか年間売上高ないし利益、総資産額、負債借入額の中の一つ、または二つ以上との関連によるものもあるといわれる。また、会社財務の流動比率から、財務的安全性の限界を超えるものを「多額」と判断する見解もある。その他、「多額」とは、社会通念上、当該会社にとって著しく多額であると何人も認めるものに限るとする説、資本金の額は重要な要

素ではなく、総資産、純資産、稼働資産あるいはキャッシュ・フロー等の方がはるかに重要で、また、借財の使用目的は、その多額性を判定する決定的な基準となるものではないとする説等がある。

しかし、いずれにしても、すべての会社を通ずる画一的な基準を定めることはできず、「多額の借財」に該当するか否かは、保証人である会社と主たる債務者である会社との双方の財産状態全体から判断し、主たる債務者である会社の積極財産のみならず、消極財産をも勘案されなければならない。すなわち、保証が「多額」であるか否かは、保証を行う保証人である会社の財産の状況ならびに主たる債務者の状況等、その保証によって保証人である会社が保証債務の履行を求められる蓋然性を総合的に判断して決定される。したがって、単に保証額のみによつてでは単純に決定できず、例えば、会社の財産状況が健全で、かつ、主たる債務者の資力・信用にも大きな問題がないような場合には、比較的多額の債務についての保証も該当しないが、資金状態が圧迫した状況にある会社が、資力・信用に大きな危惧を感じるべき主たる債務者の債務について保証をする場合は、比較的少ない金額の債務について保証をするときも、取締役会の承認を要することになる。そこで、上記判断基準のうち、本件保証予約については、主たる債務者であるA会社とその相手方であるY会社の状況等から総合的に判断することが最も妥当であるという基準にしたがつて本件を検討する。

まず、主たる債務者であるA会社の財務状況は、平成四年度において売上高約二一〇〇万円、経常損失約一〇〇〇万円および欠損金約一六〇〇万円であり、客観的にみて決して健全とはいえない。本件保証予約金額である一〇億円は、A会社の財務状況や事業規模等から判断すると、非常に莫大な金額であり、A会社単独での返済は可能であるとは考えがたい。

そうすると、本件保証予約が「多額の借財」に該当するか否かを判断することにおいては、Y会社がA会社に関し連帯保証契約の予約をした一〇億円という金額がY会社自身にとって「多額」であるか否かを検討することが、最大の要素ということになる。Y会社の財務状況は、本件判旨の内容から判断する限り、平成五年三月三十一日現在において、資本金約二二八億円、総資産額約一九三六億円、負債額約一三二八億円および経常利益約四〇億円であり、一般的にみて極めて健全であるということが出来る。そして同社の財務状況を考慮した上で、本件保証予約の一〇億円が同社にとって「多額」に該当するか否かを考えるに、債務保証の場合は、金銭借入れに比較して、その見返りがほとんどなく、万一の危険を負っている¹³ので、その判断基準は各社ともより慎重なものとしている。したがって、本件保証予約は、同社の資本金および資産総額からみる限り、十分に「多額」であるということが出来る。

なお、Y会社には、取締役会規則として、取締役会の決議を要する事項として、一件五億円以上の債務保証が定められてい

る。そこで、この取締役会規則による多額の基準と商法二六〇条二項二号のいう多額の基準との関係が問題となる。まず、取締役会規則に関しては、多くの会社で、借入れ等のなされる度に取締役会決議にかけるべきか否かを判断するのは煩雑であるため、あらかじめ取締役会規則または取締役会決議で判断基準を定めておくことが多い。この場合、それが適切である以上その判断基準に従えば法令違反とならないが、必ずしも絶対的基準ではなく、会社の財務状況等との関連で客観的・合理的に判断した結果、取締役会の決議によるべき取引である場合は、商法二六〇条二項に違反することもありうる。また、取締役会規則により定められた基準が会社の営業および財務状況の変化により合理性を失う場合もあり、そのようなときは改めて見直さなければならぬ¹⁴。

Y会社取締役会規則の規定する五億円以上という金額は、前述から判断するに少なくとも違法といえる基準ではないと考えられる以上、取締役会規則という基準においても、本件保証予約である一〇億円は、商法二六〇条二項の「多額の借財」あるいは、少なくとも「その他の重要な業務執行」に当たるといえる。

そこで、本判決において、本件保証予約が商法二六〇条二項に規定する「多額の借財」に該当するとする理由を検証すると、判旨(一)は、それぞれA会社とY会社の間で役員の人事交流があることと、本件保証予約の対象である一〇億円の借入れが、

Y会社の仕入資金に充てられることを示しており、両者の密接なつながりと同時に借財の使用目的を表している。借財の使用目的は、前述のとおり、その多額性を判定する決定的な基準となるものではないとする説もあるが、本件と同じ債務保証のケースにおいて、相手方の財務状況次第では、返済の目的を確認する一つの目安とはなるであろうから、その場合には、決定的な基準とはならないまでも、重要な一つの判定基準となる可能性があるがあるといえる。しかし、本件のように、保証人であるY会社が東証一部上場の大会社であり、その財産状況が健全な場合には、参考程度でも十分ではないかと考えられ、多額の判定基準としては、本件に限っては必要ではない。次に、判旨(三)では、本件保証予約一〇億円について、Y会社の資本金、総資産額、負債額および経常利益に占める割合を示し、それぞれの数値をもとに、商法二六〇条二項二号に定める多額の借財であること⁽¹⁶⁾を判示している。上場会社を中心とした「多額」に関するアンケートによると、それぞれ最も多い数値は、資本金の一〇パーセント、総資産額の一パーセントおよび経常利益の一〇パーセント(ただし、これは年間利益額とだけあり詳細は不明)である⁽¹⁶⁾。このアンケート結果からみても、この点については、判旨は一般的に妥当であるといえる。また同様に、判旨四のY会社の取締役会規則における五億円以上という金額は、前述のとおり、それ自身絶対的な基準ではないとしても、一応妥当であるといえる。そして最後の判旨(五)であるが、これは、X銀行にお

ける決済区分であり、本件保証予約の多額性の判断基準とは、直接何ら関係がなく不要と考えられる。

以上が本件判旨が採用する判断基準に対する検討であるが、本件保証予約に対する判断基準としては、本件が債務保証であることを考慮し、保証人たるY会社の財務状況は勿論であるが、主たる債務者であるA会社の財務状況も、当然、判断基準の一つとして列挙すべきであったと考える。

さらにもう一点加えるならば、本件判旨がその最初で、最判平成六年一月二〇日を参照とするが、当該判決は、本件とは異なり、商法二六〇条二項一号の「重要な財産の処分」に関するもので、一号と二号を同一の基準で判断することに対して疑問が残るし、この場合、今後のためにも、同一の基準でよいとするのならそのことに対する何らかの説明が必要ではなかったかと考えられる。

いずれにしても、本件保証予約が、商法二六〇条二項の「多額の借財」に該当するとする判旨には異論はないが、その判断基準には問題があると考ええる。

(四) 必要な取締役会の決議を欠く代表取締役の行為の効力
取締役会決議を経ないでなされた代表取締役の行為の効力については様々な争いがあるが、ここでは本件の問題である対外的な個別的取引行為に限定して検討する。

〔判例〕

最高裁判例としては、昭和五六年改正前商法二六〇条二項が存在しない時代の、取締役会規則での取締役会専決事項に関する最判昭和四〇年九月二二日第三小法廷判決が代表例であり、「株式会社代表取締役が取締役会の決議を経ることを要する対外的な個々の取引を右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であつて、ただ、相手方が右決議を経ないことを知り又は知り得べかりしときに限つて、無効である。」旨判示し、その論拠を民法九三条の類推適用に求めた。この事例は、一般的に商法二六〇条二項の判例として考えられており、現在のところ、同条同項二号に関する最高裁判例はない。また、地裁の判例として、本件事例と同じ同条同項同号の借財に関するものに、有限会社の例ではあるが、昭和六二年一月二一日東京地裁民事第三五部判決があり、有限会社が代表取締役を定めた場合、多額の借財（この事例では借入れ）があるときは、明示の委任がない限り、代表取締役決定権はなく、取締役の過半数の同意を要し、その場合相手方が、取締役の過半数の同意を得ていないことを知り又は知り得べかりしときは、当該借入れは有限会社に対して効力を生じないとし、同じく民法九三条を類推適用した。

最高裁判例はないが、地裁判例は、昭和五六年の商法改正以後も、前述のとおり、民法九三条を類推適用し、商法二六〇条

二項に違反し、取締役会決議を要する事項につきその決議を欠いた代表取締役の行為を、その決議のないことを内部的意志決定を欠くに止まることを理由に、原則として有効であり、相手方が決議を経ないことを知りまたは知り得べかりしときに限つて、無効としてきた。¹⁶⁾

しかし、このように、昭和五六年改正後においても、判例が同じ立場を採り続けてきたことに対して批判は多い。その主なものは、改正前は、一般的法定事項である同条違反に関して、取締役会の決議を欠く取引も内部的制約の問題であつたのに対し、改正後は、同条二項によって具体的法定事項を挙げ、重要な業務執行については、取締役の決定に委ねない旨を明定したのであるから、同条同項は効力規定になつたのであるから、おのずとその取扱いは変わるとするものや、改正前では、「多額の借財」等が取締役会の決議を必要とする事項に属するか否かということにさえ争いがあつたから、相手方を保護する観点が大きく変化したとするものである。¹⁷⁾

また、昭和五六年の改正により、旧商法二六三条二項で債権者に認められていた取締役会議事録の閲覧または謄写を求める権利が一変し、商法二六〇条ノ四第四項で、債権者は、取締役や監査役の責任を追求する場合でなければ、しかも裁判所の許可を受けた後でなければ、取締役会議事録を見ることができなくなつた。これにより、銀行が会社の取締役会決議の有無を調査しなかつた場合に、過失の責任が問われるかのような前記最

大判昭和四〇年九月二二日は、法律上当然に変更させられたものと考へなければならぬとするものがある。¹⁹⁾

さらに、商法二六五条の場合も重要な業務執行の一つであり、実質的には商法二六〇条二項に含まれるとの考へ方から、商法二六〇条と同二六五条の場合とで取扱いを異にする理論上の根拠はないとの立場に立ち、商法二六五条に関して、昭和四三年の最高裁大法院判決で、前記最大判昭和四〇年九月二二日が、悪意（知っていた）の場合に限らず、「知り得べかりしとき」（少なくとも重過失がこれにあたる）も悪意に準じて取引の相手方の保護を拒否するものとしたことに対し、右の要件に触れず、単に相手方の「悪意」の場合のみを無効としたことで、違法の程度の低い同二六〇条の場合には、判例の発展過程の中で、この「知り得べかりしとき」という点は、消えたと考へてよいのではないかとという注目すべき意見がある。²⁰⁾

しかし、この見解に対しては、二六五条の場合、ある取引が取締役の自己取引であるか否かは原則として明確であるのに対し、二六〇条の場合は、重要な業務執行であるか否かは非常にあいまいであることにおいて大きな違いがあるため、両者を類比的に取扱うことは正当ではないという意見がある。²¹⁾

〈学説〉

商法二六〇条二項に違反し、取締役会決議を要する事項につき、その決議を欠いた代表取締役の行為の効力は、同条同項の

規定する重要な業務執行が、単なる確認的なものなのか、あるいは、代表取締役の代表権に対する制限なのかという点、すなわち、同条項による制限に法律上どのような意味を与えるかという点について、これまで諸説が論じられてきており、ここでは、まず、その諸説をそれぞれに対する批判をまじえて紹介し、次に、本件に対する考察を試みたい。

(イ) 完全有効説（非効力規定説、命令規定説）

この説は、同条同項による取締役会決議は、単に取締役の会社に対する責任を具体的に規定したものでしかなく、当該行為の効力には影響を与えないとする見解である。²²⁾

これは、同条同項に規定する「多額」とか「重要」といった概念は、非常に抽象的であり、しかも前述のとおり、多くの要因を調査し、総合的に利益考量しなければならず、多分に価値判断の問題であるから、第三者には容易に判断がつかないし、仮に判断でき得たとしても、それが常に正しいことを期待することは不可能といえること、さらに、取締役会決議は、会社の内部的なものであり、一般的に第三者がその内容を的確に知り得ることは困難を極めることを理由に、取引の相手方を悪意である場合を含め無条件に保護する考へ方である。²³⁾

この説に対しては、取引の相手方が悪意の場合についてまで取引の効力を認めることが果たして妥当かどうかという大きな問題があり、強い批判がある。また、同条同項は、代表権の限界を定めた効力的規定であって、従来の弊害を改めるべき強い

意味を持つという考え²⁵⁾に基づく反対論が多く、少数説に止まっている。

(四) 民法九三条類推適用説

この説は、前述のとおり、判例の採る立場であり、代表取締役が取締役会の決議を要する対外的な個別的取引を決議を経ず行った場合でも、その取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であるが、相手方が決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときには、無効とするというものである。²⁶⁾

これは、商法二六〇条違反の行為は本来は無効なのだが、この取締役会決議は、実質的には、会社運営の慎重を期するため義務づけられたにすぎないこと、会社としては内部手続きを整えて取引に臨むべきが当然であること、取引の相手方にとっては、要決議取引なのかどうか判別が困難であることを考慮し、取引の相手方を保護するため、会社は特別の主張・立証をしたときにのみ、その無効をもって相手方に対抗しうるとするもので、その論拠は民法九三条を用いて、取締役会決議を内部的意思決定とし、その決議を欠いた代表取締役の行為を、民法九三条のいう真意に反した意思表示にたとえ、さらに意思決定の不存在にあてはめ類推している。²⁷⁾

この説に対して、民法九三条は、いわゆる真意と表示との不一致を表意者が認識していることを要するが、取締役会の決議なるいわゆる意思決定を欠き、また代表取締役にも意思決定の

権限がないのであるから、そもそも真意に相当するものが存在しないため、心裡留保に該当しない。また、本来自然人の意思表示に関する法則を類推適用することは適当ではないとするものや、²⁸⁾民法の意思表示の瑕疵が問題になる場合の意思決定とは、代表取締役そのものの意思決定を意味するのであって、取締役会の意思決定がない場合を代表取締役の代表行為につき意思決定が不存在の場合だと考えるのは、いかにもおかしいとするもの、²⁹⁾会社側における取締役会の監督不十分の責任を、相手方が知りうべきであったという理由で相手方に帰するのは不合理であり、また、代表取締役の意思決定そのものに瑕疵があるのではないから、民法九三条の法理を援用するのは適切ではない等々の批判が多くある。³⁰⁾

(イ) 一般悪意の抗弁説

この考え方は、現在のところ多数説であり、代表取締役は、代表権限の範囲内では有効に会社を代表して行為しうるのであって、取締役会の決議は、会社の内部的意思決定にすぎないから、これを欠いても、代表行為の効力には影響はない。しかし、取締役会の決議を欠くことについて、悪意の相手方に対しては、会社は信義則または権利濫用法理に基づき、一般悪意の抗弁をもって対抗しうるとする。³¹⁾

この場合の悪意とは、重要な業務執行に該当することを知り、かつ、それに関する取締役会決議がないことをも知っていることをいい、また、重過失を含むとする説が多い。

これに対し、商法二六〇条二項に規定する事項は、前述のとおり、その判断が非常に困難であり、相手方の悪意を立証することは容易ではないため、行為目的の判断がつき易い代表取締役の権限濫用行為について用いるのが適当であることや、重要な事項についての決定権が取締役に専属するとの立場をとりながら、取締役会の決議のない代表行為を原則有効と解することは困難であること³³や、一応有効として一般悪意の抗弁では給付した物を取り戻すことの難しさなどが指摘されている。³⁴

(二) 相対的無効説

商法二六〇条二項の取締役会決議を効力規定と解し、取締役会決議を経ない行為は無効であるが、善意の第三者には取引安全の見地から、無効を主張できず、有効になるという考え方である。もし、会社が無効を主張する場合は、相手方が悪意であることを主張・立証しなければならぬ。³⁵この場合、悪意に重過失を含むかについては争いがあるが、学説の多数は含むと解する傾向にある。³⁶

この見解は、二六〇条二項は、会社ひいてはその株主の利益の保護のために一部の取締役の専行独断を抑制しようとするものであって、取締役会の決議が必要であるにもかかわらず、取締役がこれを経ることなく行為をしていることを知って取引をした相手方に対しても、会社はその取引の無効を主張することができないとする³⁷ことは妥当ではないという考え方も理解することができる。

また、会社の対外的行為の効果は一律に有効または無効と決定される必要はなく、ある関係においては無効であるが、他の関係においては有効であると解しても少しもおかしいことではなく、それによって初めて具体的に妥当な解決が期せられるとする見解もある。³⁸この説の条文上の根拠としては、会社更生法五四条一号、三号・五五条の類推適用が考えられている。

この考え方に対しては、理論的説明が困難であるとの批判³⁹や、商法二六五条と同二六〇条二項違反行為を類比的に扱うことへの疑問から、反対の見解が主張されている。

(ホ) 代表権制限説（内部的制限説）

商法二六〇条二項は、代表取締役の権限に加えられた制限であるから、その制限に反する行為は、代表権の制限に関する規定（二六一条三項・七八条二項・民法五四条）を適用すべきであり、会社は、相手方が悪意でない限り、過失の有無を問題にせず、取締役会の決議がなかったことを相手方に対抗することができないとする説である。⁴⁰

相手方保護の根拠を民法五四条に求める理由は、取締役会決議の有無を外部から確認することは困難であって、代表取締役は営業に関する一切の執行権・代表権を本来的に与えられているものであり、商法二六〇条はそれに対する内部的制限である⁴¹とみるところにある。また、この説においては、相手方は善意である限り、過失があっても保護される。

この説に対しては、取締役会の決議事項については代表取締

役に代表権はないため代表権の制限とはいえないとする批判⁽⁴²⁾や相手方の注意義務を全く免除することは、同条同項の立法趣旨(会社の保護)に照らして行き過ぎであるとする批判がある。

(4) 越権(超権)代理説(表見代理類推適用説)

これは、商法二六〇条二項の定める業務執行が取締役会決議を経ないでなされた場合には、その行為は無権代理的無効であるとする立場である。したがって、取締役会決議を経なかったことを知らない無過失の相手方は、民法一一〇条によって会社の責任を追及するほかないことになる。ただし、取引の安全を考慮して、著しく多額のもの認められるもの限り、同条同項を効力規定と考え、社会通念上著しく多額のものでない場合には、取締役会決議は単なる内部的制限に過ぎず、取締役会を経ないでなされた行為は、民法五四条を準用し相手方に悪意または重過失ある場合に限り効力を生じないとする⁽⁴³⁾。この考え方は、商法二六〇条二項の規定する事項は、もともと代表取締役の代表権限の範囲に含まれておらず、取締役会決議によって始めて代表権が与えられるものであるから、代表取締役の包括的な代表権限の範囲に含まれる行為について定款等で制限した場合は自ら取扱いが異なるとするものである⁽⁴⁴⁾。

この説に対しては、現行法上、取引の安全を害することなく著しく多額であるものとそうでないものを区別する基準を設けることはきわめて難しく、その区別でもって効力を分けるのでは基準があいまいであり、このような二分化によって相手方の

保護に差をつけることには賛成しがたいとする批判がある⁽⁴⁵⁾。

以上の学説の対立にあつては、商法二六〇条二項を効力規定と解する相対的無効説が妥当であると考えられる。

(5) 相手方の過失

以上判例および学説を考察してみると、悪意者を含め無条件に相手方を保護する完全有効説の立場を除き、相手方である第三者の過失ないし重過失の立証が、大きな問題となる。しかしながら、多額であるか否かは相対的で極めてあいまいな概念であり、商法二六〇条二項二号に関する判例もほとんどないため、現在の段階では客観的な判断基準はないに等しいといえよう。したがって、各社の財務状況をはじめ様々な要素を考慮しても、的確に判断できる可能性があるに過ぎず、最終的な判断は判決によってのみ可能である。

また、取締役会規則や同議事録の確認の難しさを考慮すると、過失ないし重過失の立証は、困難を極めることは必至である。さらに、そもそも自社における取締役会の監督不十分の責任を、相手方の過失を理由に、相手方に帰するのは不合理であると考えられるため、相手方の過失は問題にすべきではない。

四 結語

以上の理由により、商法二六〇条二項二号に違反し、取締役会決議を欠く代表取締役の行為の効力は、相対的無効であるため、本件判旨の民法九三条類推適用には賛成できない。

また、この場合、相手方の過失は問題にすべきではない。本

件判旨は、相手方であるX銀行の過失を理由に、本件保証予約を無効とし、Y会社はX銀行に対抗できるとするが、過失を要件としない以上、X銀行に対抗できない。よって、結論には反対である。

注

(1) 予備的請求である不法行為請求については、本稿の対象外とする。

(2) 石田栄一「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」『企業の社会的役割と商法(田中誠二先生追悼論文集)』一八〇頁、稲葉威雄「商法改正と銀行取引」金融法務事情一〇〇二号九頁、竹内昭夫『改正会社法解説』一四七頁、元木伸『改正商法逐条解説』一一五頁。

(3) 前注参照。なお、神崎教授は、借財には該当しないとしながらも、商法二六〇条二項の重要な業務執行に当たると解している。神崎克郎「商法二六〇条と銀行取引」金融法務事情一〇一〇号一六頁。「保証およびリース契約の締結は借財の一種として、商法二六〇条二項二号のもとで取締役会の承認を要するか否かを問題とする余地もないわけではない。しかし、保証およびリース契約の締結は、必ずしも金銭の借入れをその主内容とする借財に含まれない側面を有しており、また、取締役会決議の要否を金額の多寡のみならず、取引の重要性の有無から、より柔軟に判断して決定するほうが好ましいことから、むしろ、これらの取引は『その他の重要な業務執行』に

該当するかどうかによって取締役会決議の要否を決めるべきであるとする。

(4) 倉田あやお「予約」『現代契約法大系』二五二頁。

(5) 東京弁護士会会社法部(編)『取締役会ガイドライン』一七一頁、大隅健一郎「今井宏『会社法論中巻』一八六頁。

(6) 高島正夫「取締役会の権限」金融・商事判例六五一号一〇六頁、元木・前掲注(2)一一五頁、前田庸『会社法入門(第四版)』三二八頁。

(7) 浅木信一「商法二六〇条二項二号多額の借財と銀行取引」『現代会社法の課題(北沢正啓先生還暦記念)』二七六頁、東京弁護士会会社法部「取締役会決議事項の判断基準」別冊商事法務九〇号三二頁。

(8) 竹内昭夫『改正会社法解説』(新版)一五六頁。

(9) 山口幸五郎「取締役会の決議事項の決定」民商法雑誌八六巻二号二〇八頁、田中誠二「代表取締役の専断的行為の効力再論」商事法務一〇〇三号八頁。

(10) 神崎・前掲注(3)一四頁。

(11) 同・前掲注(3)一五頁。

(12) 同・前掲注(3)一六頁。

(13) 東京弁護士会会社法部(編)・前掲注(5)一七四頁、同・前掲注(7)一二七頁。

(14) 石田・前掲注(2)一八一頁。

(15) 東京弁護士会会社法部・前掲注(7)一三七頁。

(16) 最判平成六年一月二〇日は、商法二六〇条二項一号の重要な財産の処分に該当するか否かの判断基準を判示しているが、取締役会決議を欠く代表取締役の行為の効力

