

## 小規模閉鎖会社における取締役会決議の意義 ——平成21年4月17日最高裁判決を素材として——

込 山 芳 行

### I はじめに

代表取締役は、株式会社の代表機関であるから〔会349条①項〕、その取締役の行為がそのまま会社の行為となる。従って、代表取締役が行った行為の効力は、会社及び第三者に及ぶ。この取締役代表権の範囲につき、法は、「会社の営業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為を行う権限を有する」〔会349条④項〕とする。例えば、運送営業を営む会社において、運送契約を締結する行為は営業としてなされる行為であり〔商502条4号〕、そのためにトラックを購入し、あるいはその資金を借り入れる行為は営業のためになされる行為ゆえ附属的商行為ということになり（商503条①項）、そのいずれもが代表権の範囲内となる<sup>(1)</sup>。さらに会社の業務に関するか否かは、客観的に判断される。例えば、代表取締役個人が、会社の代表取締役の資格で自己の住宅資金を借り入れた場合でも、相手方が悪意でない限りその効果は会社に帰属する。加えて裁判上又は裁判外の行為をする権限を有するのであるから、代表取締役の資格で、会社のために訴えを提起することもでき、また裁判外の請求を行うこともできる。従って会社が、代表取締役の代表権に制限を加えても、この制限を善意の第三者に対抗することはできない〔会349条5項〕。しこうして代表取締役の権限は、

---

(1) 前田庸『会社法入門〔第11版補訂版〕』479頁、〔2008、有斐閣〕。

包括的であり、かつ不可制限的ということになる。<sup>(2)</sup>このように、代表取締役の代表権は、会社の権利能力の一切の行為に及び、原則としてこれを制限することはできない。

ひるがえって、対外的な業務執行に関する決定権限であっても、株主総会の決議事項とされている場合は、定款の規定を以ってしても変更することはできない（会295条③項）。さらに、法令・定款により株主総会の決議事項とされている事項を除き、会社の業務執行に付き取締役会の決議事項と法定されている事項は、取締役全員の協議により適切な意思決定がなされなければならない。定款の定めによっても、その決定権限を代表取締役、常務会などの下部機関に委ねることはできないのである。<sup>(3)</sup>具体的に、この法定決議事項とされているものに、①重要な財産の処分・譲り受け、②多額の借財、③支配人その他の重要な使用人の選任・解任、④支店その他の重要な組織の設置・変更・廃止、⑤社債の募集に関する重要事項、⑥取締役の職務の執行が法令・定款に適合することを確保するための体制その他会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令（会社施行規則100条）で定める体制の整備、⑦役員等の会社に対する責任の取締役会による免除〔以上会362条④項各号〕、及び⑧これらと同等の「重要な業務執行」および、会社法の各所に取締役会の権限と明示されている事項、等がある。このような株主総会又は取締役会決議の法定専属的決議事項につき、代表取締役が株主総会又は取締役会の決議に違反して又は決議を経ることなく、代表取締役が独断で執行行為を行った場合は、どの様な法律問題をもたらすであろうか。代表取締役の専断的行為が成された場合、すなわち決議を要求して守ろうとする会社の利益と、他方、行為が代表取締役によっ

---

(2) 関教授は、会社法349条⑤項により内部的には不可制限的ではない、とする。関俊彦『会社法概論〔全訂第2版〕』275頁、〔2009、商事法務〕。

(3) 江頭憲治郎『株式会社法〔第3版〕』380頁、〔2009、有斐閣〕。

(4) 決議が行われていたとしても、それが無効あるいは不存在の場合は、同様の議論となる。

てなされたことを信頼した第三者の利益の場合、どちらを優先することになるか。實際上、小規模閉鎖会社の経営実態からすると、取締役会がワンマン経営者の諮問機関的存在であればまだしも、全く取締役会の開催がなされることはなく、実質的な意思決定は、代表取締役の専断かあるいは株主との間の合意で行われることが多い。斯くして閉鎖型の小規模株式会社においては、取締役会決議の瑕疵が、対内的・対外的に種々紛争を呼び起こすことになる<sup>(5)</sup>。

法は、平成2年の商法改正以降、株式会社においても一人会社の存在を認容<sup>(6)</sup>した。この立法趣旨は、個人企業に有限責任の利益を享受させ、「法人成り」することを推奨しているものと見受けられる。あるいは大企業が経営戦略上、事業の一部を親会社100%所有の完全子会社化（会767以下）という形で、事業運営を弾力化するためでもあろう。すなわち、大会社をターゲットにするにしろ、個人商店を念頭におくにしる、一人会社は社会的要請であるのかもしれない<sup>(7)</sup>。このような背景を鑑みると、今後一人会社の利用はますます増加するのではないかと<sup>(8)</sup>、新会社法は最低資本金制度を廃止した<sup>(9)</sup>。結果として、資本金1円会社、一人会社の肯定は、わが国経済界に、一層の個人商店的小規模閉鎖会社の乱立状態を作り出すことになる。よって我が国の企業実態は、外形的には株式会社の衣を着ていても、その実、個人商店的株式会社が大多数ということになる<sup>(10)</sup>。この同族的小規模閉鎖会社は、既述したごとく株主総会や取締

---

(5) 江頭憲治郎『前掲書〔注3〕』356頁。

(6) 平成2年改正商法は、「……発起人定款を作ることを要す」として、それまで必要とした7人以上の発起人を1人でもよいこととした〔会32条①項1号参照〕。

(7) 鈴木千佳子「一人会社と株主総会」慶応大学法学研究65巻6号47頁。

(8) 込山芳行「小規模閉鎖会社の経営実態と会社法の交錯」山梨学院大学法学論集51号182頁。

(9) 平成17年改正前商法168条ノ4参照。

(10) 平成18年の国税庁資料によると、資本金一千万円未満の会社が55.9%、一千万円以上一億円未満が42.5%、一億円以上10億円未満が1.3%、10億円以上が0.3%である。ちなみに2006年末の上場会社数が2416社、という数値から見ても、我が国の会社の殆どが本稿の取り上げる同族的小規模閉鎖株式会社ということが分る。河本一郎・岸田雅雄・森

役会の不開催など、株式会社法規定を全く守ろうともしないし、また守りようもない事実上個人商店である。なぜならば、この同族的小規模閉鎖会社は、株主としての「所有」、株主総会を通じての「支配」、業務執行者＝取締役としての「経営」、のいずれもが、当該本人あるいはその一族によって担われている。これを具体的に整理すると、①出資者イコール経営者および傀儡が常態であるから、所有と経営は完全に一致している。②経営者（出資者）の個人的信用で会社の社会的信頼を維持している。③会社の意思決定は、株主総会および取締役会を経由するなどという多数決原理は全く採用されず、代表取締役の独断で行われる。④監査役をおいた場合であっても、知人、従業員（兼任禁止規定「会社法335条2項」は眼中になし）などが、監査役として名目上名を連ねているに過ぎない。結果として、株主個人がその管理運営を行い、その企業活動の結果として債務が生ずれば、当該個人がこれに対して責任を負担する（金融機関に対する個人保証）など、文字どおり、会社＝個人事業である。したがって株主総会あるいは取締役会と業務執行者は常に同一人であるから、両機関に課せられた監督機能など画餅に過ぎない。

小括すると、これら個人事業的企業の法人成りの目的は、株式会社法が本来念頭においている遊休資本の集中、企業取引から生ずる危険の分散ではなく、節税のためか、あるいは特殊日本的社会的信用のため、設立の容易さ（準則主義）などの理由から、株式会社という衣を挙って着たものである。結果として、本来的株式会社（会社法2条6号、同7号）を照準とすべき株式会社法を、このような同族的小規模閉鎖会社に解放したことから生ずる疑問・問題点は、枚挙に暇がないことになる。

このような一人会社の場合、特に、閉鎖的小規模会社であって、代表取締役の専断行為がなされた場合、取締役会の決議の瑕疵を誰が主張できるかについて

---

田章・川口恭弘『日本の会社法 [新訂第9版]』22、23頁より抜粋、〔平成20年、商事法務〕。

でも、取引の安全、正義公平の観点から問題は錯綜する。さらに取締役会と代表取締役の権限関係、例えば「重要な財産の基準」などにもおのずから問題点は波及する。本稿は、平成21年4月17日の最高裁判決〔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ことを理由に、同取引の無効を会社以外のものが主張することの可否事案〕を素材としながら、右の諸問題の検討を試みる。

## II 取締役会と代表取締役の権限関係

### 〔1〕 実際上の業務執行の意思決定と職務の執行

株式会社は、営利社団法人〔会3条、5条〕であることからその法人格の名を以って〔商4条①項〕、利益の追求を図る。例えば会社はその設立目的を達成するために、事業戦略を決定し、数量目標を設定し、目的達成のための計画を練り、事業資源を購入・配分し、製品を販売し、雇用した従業員を管理しなければならない。会社法は、これら会社の一連の事業活動を、意思決定と具体的な執行を念頭におきつつ、法文ごとに表現を変えている。前者に該当するのは、「業務の決定」〔会348条②項〕、「業務執行の決定」〔362条②項1号、同④項〕、であり、後者に該当するものは、「業務を執行」〔会348条①項、同363条①項〕、「職務の執行」〔会362条②項2号〕である。これを字句どおりに理解すると、会社法362条④項が、「取締役会は、次に掲げる事項その他の重要な業務執行の決定を取締役に委ねることはできない」、としていることからして、意思決定の判断と具体的職務執行権限は、それぞれ別の機関が担わなければならない、という対応が原則であるように推論できる。この理解を前提にすると、取締役会非設置会社において取締役が1人の場合は、単独で業務執行の決定及びその執行を行うことができることを意味し、他方、2人以上存する場合は、業務執行の決定は取締役の過半数で行い〔会348条2項〕、各取締役がそれぞれ会社を代表する権限を有することになる〔同①項〕。実際的に取締役1人の場合は、当該取締役が「業務執行の決定」の判断を行い、単独で「職務の執

行」を行うことになる。いわば取締役1人で、意思決定と具体的職務執行の両機関を兼務するという仕組みとなる。以下、本稿においては、同族的小規模閉鎖会社であっても取締役会を設置している株式会社を対象として、この「意思決定」と「具体的職務執行」の関係を吟味する。

取締役会設置会社にあつては右の一連の規定に従い、取締役会で決定された業務執行の意思決定に従って、会社代表者<sup>(11)</sup>が決定内容に従って具体的に執行を行うことになる。そのための波及効果として、各取締役は、取締役会の構成員として取締役の職務の執行状況を監督しなければならない〔同362条2項2号〕。ひるがえって、取締役会の構成員である代表取締役は、取締役会との関係においていかなる法的地位を有するかについては、理解は混沌としている。このテーマは、実務上の混乱もあつて古くから議論を呼んでいるところでもある。

会社法上、代表取締役は、「株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。」「〔会348条④項〕」のであるが、他方、取締役会は会社の業務執行を決し、かつ代表取締役の業務執行を監督する機関である。それゆえ、かかる包括的な代表権を有する代表取締役と、業務執行の意思を決する取締役会との関係を明確に整理しておく必要がある。法制度上、各取締役は取締役会の構成員に過ぎないため、業務執行に関する意思決定の議決権を有するにすぎず、業務の執行権はない。そのため取締役会設置会社においては、対外的に会社を代表し業務執行を実現する必要的常設機関としての代表取締役が設置されている。しかしながら代表取締役は、取締役会において選任され、取締役会の命令、監督に服する立場であるから〔362条②項3号、2号〕、代表取締役は取締役会の下部機関ということになる。<sup>(12)</sup>しかし実務上、取締役会設置

---

(11) 代表取締役でない取締役であつて、取締役会の決議によって取締役会設置会社の業務を執行する取締役に選定され、かつ、これを受諾した者〔業務執行取締役〕も会社の業務執行権限を有する。大規模会社では、CEO、社長、副社長、専務、常務などが代表取締役であることが多い。関俊彦『前掲書〔注2〕〕272頁。

会社の業務執行は、会社法が想定したようには行われていないことが多い。というのは、上場会社の取締役会は、おのずから取締役の人数が多化するため、制度上、議題の内容によっては特別取締役〔会373条参照〕で決議される。あるいは實際上、常務会を設置して、当該会議が実質上の意思決定の場とされ、取締役会は単なる報告の場と化し全く形骸化していることが多い<sup>(13)</sup>。また代表取締役等の職務執行に対する監督面でも、法の要請に沿っているとはいえない。なぜならば取締役会構成員のほぼ全員が、事実上、代表取締役（社長）の指名により取締役に選任されているのが実態である限り<sup>(14)</sup>、取締役会の監督権など画餅に過ぎないといわざるを得ない。實際上大会社にあっては、代表取締役を頂点とする「ヒエラルヒー」が確立しているからである。

## 〔2〕派生機関説と並立機関説の対立

古く、昭和25年の改正商法は、株式会社の経営機構に関する基本的改革として、取締役全員をもって構成する取締役会制度を設け、業務執行意思決定機関たる取締役会制度を法定すると同時に、代表取締役を株式会社の必要かつ常設の執行機関とした（昭和25年改正商261条①項）。従って、法制度上、株式会社の業務執行を担当する機関は、取締役会と代表取締役ということになった。その結果、両機関の関係について、代表取締役の権限は、制度の沿革上、取締役会の権限に由来し伝来的にその委譲を受けた権限であること、および代表取締役たる資格がその名の示すごとく取締役会の構成員たる取締役資格を前提とし、資格が完全には分化していないことから、代表取締役は取締役会の派生的

---

(12) 鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法』209頁、〔1981、有斐閣〕。

(13) 社長、副社長、専務、常務などで高級取締役だけの会議体を構成し、事実上この会議で決議したものを、取締役会で報告するという仕組み、すなわち取締役会は報告の場と化しているのが実態といわれている。

(14) 株主総会の形骸化によって、取締役の選任〔会329条〕は、取締役会が原案を作成しこれをシャンシャン総会で承認している限り、この図式は、止むを得ないのではないか。

機関たる性格をもつとする「派生機関説」が提唱された<sup>(15)</sup>。この理解によると、取締役会は随時その決議をもって代表取締役の権限に対して制限を加え、また代表取締役の権限内の事項についても、その決議により代表取締役を拘束することができることになる。これは、代表取締役に対する取締役会の監督権限〔会363条②項3号〕、取締役会に対する代表取締役の報告義務〔会363条②項〕、代表取締役の選任および解任権が取締役会に専属していること〔会362条②項3号〕などから根拠づけられている。この立場は、会社の業務執行に関する決定権限がすべて取締役会に専属する結果、ほんらい業務執行の決定権限を有しない代表取締役は、定款または取締役会の決議をもって取締役会から委任された場合、かつその範囲内<sup>(16)</sup>においてのみ決定権限を有するにとどまる。この派生機関説に対しては、以下にのべる「並立機関説」の論者から、会議体である取締役会を自ら業務執行自体に当る機関と解することは不相当であり、また会議体として常に活動状態にあるのではないから執行機関と解することは適切でない、との批判がある<sup>(17)</sup>。

取締役会の権限について昭和25年の改正商法は、「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス」と規定し（昭和56年改正前商法269条前段、平成17年制定会社法362条②項1号は「業務執行の決定」としている。）、法律または定款により特に株主総会の権限に留保される事項を除き、株式会社の業務執行に関する決定権限は取締役会に属するものとした。しかし、その決議の執行や日常の業務執行については、会議体である取締役会が自ら当りえないことはいうまでもなく、それゆえ、会社の必要かつ常設の機関として代表取締役制度が設けられて

---

(15) 大隅健一郎『全訂会社法論中論』76頁、112頁。

(16) 山口幸五郎「取締役会の決議事項の法定」民商法雑誌86巻2号212頁。

(17) この派生機関説の立場では、取締役会の決議を必要とするまでもない日常業務でも、この範囲内ということになる。

(18) 酒巻俊雄「業務執行機関の権限＝取締役会と代表取締役間の権限配分」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座3—企業運営』273頁〔1985、東京大学出版会〕。

いる。この分析を前提として、株式会社の業務執行はこれを意思決定とその執行自体に分け、意思決定の権限は取締役会に、執行自体の権限は代表取締役にそれぞれ専属するという理解が提唱された。昨今通説とされている、いわゆる「並立機関説」<sup>(19)</sup>である。これによると、取締役会が業務執行の意思決定を担当する機関であるのに対して、代表取締役は、単なる羈束的行為にすぎないその執行自体と代表（対外的執行行為）を担当する機関であると解し、この両機関が上下関係をもって並立的に株式会社の業務執行機関を構成していることにな<sup>(20)</sup>る。すなわち代表取締役は、法律により株主総会又は取締役会の決議事項とされているものを除き、会社の営業に関する一切の行為をなす権限を有し、その範囲内の行為については、自ら決しかつ執行することができ、従って右の範囲内であるかぎり、いわゆる業務執行の意思決定の権限に付き取締役会からの委任を受ける必要がないことにな<sup>(21)</sup>る。ただし日常の業務執行に関する意思決定の権限については、代表取締役の選任の際に当然その委任が包含されているものとする理解もある<sup>(22)</sup>。従って並立機関説の立場に立つと、代表取締役は、管理の機関たる取締役会や株主総会の決議に従った執行と、会社の営業に関する一切の裁判上及び裁判外の行為をなす権限を有するのであるから、継続的に反復してなされる経常的業務の専決執行の権限を、法律上固有すべき指揮の機関たる地位にあるということになる<sup>(23)</sup>。この理解に対し、「決定と実行は一個の業務執

---

(19) 派生機関説と並立機関説の詳細については、喜多了裕「取締役の職務内容」会社機関改正試案の研究・金融商事判例572号64頁。

(20) 酒巻俊雄「前掲論文〔注18〕」274頁。

(21) 山口幸五郎『前掲論文〔注17〕』214頁。

(22) 田中誠二『再全訂会社法詳論上巻』579頁〔昭和57年、勁草書房〕、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』204頁、210頁〔昭和56年、有斐閣〕他。

(23) 山口幸五郎「前掲論文〔注20〕」213頁。しかしこの理解に対しては、「もともと代表取締役は会社の権利能力の範囲内に属する行為を意思決定しかつ実行しうるのが原則であるが、法定の事項についてのみ特に取締役会の決議を要するとしたにすぎない」との批判もある、服部栄三「代表取締役の会社代表権」法学セミナー120号71頁。

行の要素であり、それぞれが独立の機関権限の対象となることはありえないので、代表取締役が実行権限を持つということは、その実行のもととなる決定権限を持つことに他ならないのではないか」という現実的な注釈もある<sup>(24)</sup>。

ここで右の議論を踏まえつつ、取締役会と代表取締役の権限関係を整理しておく。まず代表取締役は、原則として会社の本来的業務執行に関わる全ての決定権と職務の実行権を有する〔会349条④項〕、と理解しておきたい。なぜならば、大会社にあって全ての日常業務の意思決定を、取締役会の業務執行の意思決定の範疇に含めることは、物理的にみても会社経営の本質〔機動的効率の経営〕からみても不可能といわざるを得ない。しかしながら、代表取締役に重要な業務執行の決定を委ねると、専断と偏向の危険から会社利益が損なわれる危険が大きい。そのため、チェック機能として取締役会に、重要案件の意思決定を委ねて、かつこれに対する監視・監督機能を委ねたに過ぎない。換言すると、株主を中心とする利害関係人に直接的な影響を及ぼすような、大袈裟に言う会社命運を左右するような重要な業務執行〔会362条④項本文「その他の重要な業務執行」などは……〕は、代表取締役の独断偏向を避けるために、取締役会の決議というハードルを設けているに過ぎない、ということになる。しこうして取締役会における重要事項の意思決定権と、代表取締役に与えられた取締役会決議に従った具体的執行権及び日常業務執行権は、並列状態〔並立機関〕に存在していると結論づけられる。派生機関説の立場であっても本来的業務執行の決定権限を有しない代表取締役であっても、定款または取締役会の決議をもって取締役会から、日常業務も含めて委任されていると考えると、最終的には代表取締役に全ての職務執行権が集約されていることになる。このような理解に立つと、派生機関説であれ、並立機関説であれ、結論的には大した差異がないことになり、両説の対立は不毛の議論であったのではなからうか。

---

(24) 倉沢康一郎『会社判例の基礎』138頁。

### 〔3〕取締役会を設置している小規模閉鎖株式会社の経営実態

他方、小規模閉鎖株式会社の場合は、経営実態からして右に述べたような取締役会の監督機能は一切期待できない。なぜならば、このような取締役会設置株式会社の場合、代表取締役は、自身が100パーセントの株式保有者あるいは大株主であるか、親会社から派遣された取締役（子会社等の場合）であって、いずれにせよ株主と一体的存在である。取締役会が、ワンマン経営者の諮問機関的存在であればよい方で、まったく会議の開催がなく、実質的意思決定は株主との間でなされ、取締役会は議事録を作成するだけの形式のみという例も多<sup>(25)</sup>い。結果として、小規模閉鎖会社にあつては、株主総会＝取締役会＝代表取締役〔殆ど取締役会など開催する必要がない故〕という図式となるので、すべての日常業務も含めて業務執行全体の意思決定、職務執行が、代表取締役単独判断で成されることになる。見方を変えるならば、取締役会決議というハードルをクリアしていることにもなる。したがって、閉鎖型のタイプの会社においては、取締役会決議の暇庇を、会社の都合により使い分けることも可能な訳であるから、対内的・対外的な紛争となる例も多い。さらに、株主全員の同意による手続の省略または法定権限の委任の可否等が問題となってくる。そこで、小規模閉鎖会社における重要財産の処分が、取締役会の決議を欠く場合、当該取引の効果はどうか、というテーマに焦点を絞り、平成21年最高裁判決を素材として、以下、議論を進める。

## Ⅲ 平成21年4月17日最高裁判決<sup>(26)</sup>

### 【A】事件の概要

①事件原告、②事件被告株式会社東邦（以下「東邦」とする）が、①事件被

---

(25) 議事録の作成義務が法定されているにも拘らず〔会369条③項〕、取締役の責任追及のための閲覧請求は株主に限られているため〔会371条②項〕、該規定は全く意味を成さず、殆ど作成されていないのではないか。

(26) 最高裁判決平成21・4・17金融商事判例1326号37頁。

告②事件原告財団法人相模厚生会（以下「相模厚生会」とする）に対し、東邦が所持する複数の約束手形金の支払を求めたのに対し（これが①事件）、同約束手形の振出人である訴外太陽物産株式会社（以下「太陽物産」とする）から東邦に対する過払金の不当利得返還請求権を譲り受けたとして、②事件原告武中商事有限会社（以下「武中商事」とする）が東邦に対して金2億2000万円の返還を求めるとともに、相模厚生会が東邦に対し、太陽物産が東邦に借入金の担保として譲渡した墓地使用权が利息過払いにより東邦に帰属しないことの確認を求めた事件である（これが②事件）。

### 【B】争いのない事実

〔1〕東邦は、高金利の貸付を主要な業務内容とする貸金業者である。

〔2〕東邦は、太陽物産に対し、利息月3分〔年36%〕の約定で、以下のとおり金銭を貸し付けた（いずれも月3分の利息天引き）。

①貸付日 平成8年5月21日（以下「貸金①」） 元金2億円

②貸付日 平成9年9月25日（以下「貸金②」） 元金1億円

最終弁済日平成10年5月23日（一括返済）

③貸付日 平成10年3月30日（以下「貸金③」） 元金3000万円

最終弁済日平成10年9月29日

④貸付日 平成11年6月2日（以下「貸金④」） 元金5000万円

最終弁済日平成11年12月28日（一括返済）

⑤貸付日 平成11年7月23日（以下「貸金⑤」） 元金3000万円

最終弁済日平成11年10月20日（一括返済）

⑥貸付日 平成12年1月31日（以下「貸金⑥」） 元金3000万円

最終弁済日平成12年12月25日（一括返済）

⑦貸付日平成12年2月29日（以下「貸金⑦」） 元金2000万円

最終弁済日平成12年3月29日（一括返済）

〔3〕東邦は、上記各貸付金に対し、太陽物産から月3分の利息の支払いを受

けてきた。貸金①、同⑤、同⑦は元本の返済が終了している。

〔4〕太陽物産は、東邦に対し、相模厚生会が神奈川県愛甲郡愛川町に所有する土地上の「さがみ野霊園」の墓所使用権利証目録記載の墓地使用权（以下「本件墓所使用权」とする）を、東邦からの借入金債務残金2億1000万円の担保として譲渡し、相模厚生会は東邦に対し、その旨の使用権利証を交付した。

〔5〕東邦は、太陽物産と相模厚生会が共同振出人となっている約束手形4通及び太陽物産が振出人、相模厚生会が裏書人となっている約束手形5通を所持している（以下、「本件各手形」とする）。

〔6〕本件各手形の表面ないし裏面には、いずれも当時の相模厚生会理事長乙山夏夫の記名捺印がある。

〔7〕東邦は、本件各手形を各支払呈示期間内に支払場所に呈示した。

〔8〕平成16年5月初旬、太陽物産が2回目の手形不渡りを出して事実上倒産した。

〔9〕平成16年11月3日、東邦は、相模厚生会及び太陽物産を被告として、横浜地方裁判所に各手形金の支払を求める手形訴訟を提起した。

〔10〕平成16年12月4日、太陽物産は、東邦に対して上記貸金①ないし④、同⑥の返済として利息制限法の所定利率を超過して支払ったことにより発生した過払金返還請求権〔概算2億1000万円余〕を武中商事に譲渡した上、同月6日にその旨を東邦に通知し、同通知は同月7日に到達した。

〔11〕平成16年12月17日、太陽物産に対する東邦の請求〔元金2億2884万8100円及び商事法定利率の給付〕を認容する内容の手形判決がなされたが、太陽物産は、平成17年1月4日異議申立てをなし、通常訴訟に移行した。

〔12〕平成17年2月4日、相模厚生会に対する東邦の請求を認容する内容の手形判決がなされたが、相模厚生会は、同月14日異議を申し立て通常訴訟に移行した。

〔13〕平成17年6月8日 太陽物産は、上記異議申立てを取下げたため、太陽物産に対する上記手形判決は確定した。

※上記の事実関係から、以下、②事件を簡単に整理する。

右の経緯の中、太陽物産株式会社は平成16年5月に、約20億円の負債を抱えて事実上倒産したが、その時点までの東邦からの借入れについて、同社に対する過払金返還請求権を取得していた。他方、太陽物産は、武中商事からも借入れをしており、倒産時に、武中商事に対する3億円余の債務を負担していた。そこで、太陽物産の代表取締役乙山と武中商事の代表取締役甲は、同年12月、太陽物産の東邦に対する本件過払金返還請求権を武中商事に譲渡する旨の合意をした。本件債権譲渡がなされた当時、太陽物産には、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く、また、本件債権譲渡について太陽物産取締役会の決議はされていなかったが、武中商事は、本件債権譲渡の際、これらの事情を知っていた。

武中商事の請求に対し、東邦は、本件債権譲渡は、太陽物産の取締役会決議を要する重要な財産の処分にあたるが、太陽物産の取締役会の決議はなく、武中商事もそのことを知っていたから、本件債権譲渡は無効である等と主張して争った。

### 【C】裁判所の判断と理由〔以下は、②事件のみを取り上げる〕

〔1〕第一審〔平成18年12月15日横浜地裁小田原支部判決〕の結論と理由

⇒結論

被告東邦は、竹中商事に対して、2億2000万円及びこれに対する平成17年2月18日から支払済みまでの年5分の割合による金員を払え。

⇒理由

- ①太陽物産は、東邦に対し、各取引履歴表記載のとおり弁済をしてきたことが認められる。
- ②東邦は、「利息制限法超過利息を支払ったとしても、元本に弁済充当しない」という債務者太陽物産の意思を尊重すべきであり、過払金があったとしても

非債弁済として返還請求できない」と主張するが、確定した最高裁判例に照らしてそのような解釈を採り得ない。また、東邦は、「弁済の都度、超過部分に関する返還請求権について、債権放棄がなされていたと解するのが当事者の合理的意思に合致する」とも主張するが、乙山は、東邦に対する過払金返還請求権があることを武中商事代理人から聞かされてこれを武中商事に債権譲渡しているのであり、弁済の都度超過部分に関する返還請求権が債権放棄されていたなどと解する余地はない。

### ③取締役会の決議について

東邦は、「仮に武中商事が主張するように、太陽物産に2億1000万円余もの債権が存在したとするならば、その譲渡は『重要な財産の処分』に該当するので取締役会決議が必要であり、取締役会決議を経ないことについて悪意である武中商事との間でなされた本件債権譲渡は、無効である」と主張する。確かに、本件債権譲渡について取締役会の決議はなされていない。しかしながら、本件債権譲渡は、太陽物産が武中商事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、太陽物産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商法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』にあたることとはできない。

## 〔2〕原審〔平成19年4月25日東京高裁判決〕の結論と理由

⇒結論

被控訴人武中商事の請求を棄却する。

⇒理由

太陽物産は、本件債権譲渡当時、換金性のある財産をほとんど有していない

状態であった上、平成15年6月30日時点の帳簿上の総資産も約25億2000万円（負債合計は約35億7000万円）で、乙山は、本件債権譲渡について、太陽物産の取締役会の承認決議を得なかった。

本件債権譲渡は、本件過払金返還請求権の取立を委任するため、信託的に被控訴人武中商事に対し同請求権を移転したというようなものではなく、被控訴人武中商事の債権の満足を図る担保として、被控訴人武中商事に対し確定的に譲渡したものであるべきであり、回収金による弁済充当額がその対価ということになる。そうすると、太陽物産は、倒産前の平成15年6月30日時点においても約25億2000万円の総資産しか有せず、倒産後は、本件過払金返還請求権が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状況に照らすと、2億円を超える本件過払金返還請求権は、旧商法260条2項にいう『重要な財産』に当たるものというべきであり、その譲渡には、取締役会の承認決議が必要であったというべきである。しかるところ、本件債権譲渡については、太陽物産の取締役会の承認決議がなく、本件債権譲渡の相手方である被控訴人武中商事もそのことを了知していた。そうすると、本件債権譲渡は、旧商法260条2項の手続を経ていないため、無効というほかない。

### 〔3〕本判決の結論と理由

⇒結論

破棄し差し戻し

⇒理由

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ていないことを知り又は知りうべかりしときに限り無効になると解される（最高裁40年9月22日判決民集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てい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。

これを本件についてみるに、本件債権譲渡は太陽物産の重要な財産の処分に該当するが、太陽物産の取締役会が本件債権譲渡の無効を主張する旨の決議をしているなどの特段の事情はうかがわれない。そうすると、本件債権譲渡の対象とされた本件過払金返還請求権の債務者である被上告人は、上告人武中商事に対し、太陽物産の取締役会の決議を経ていないことを理由とする本件債権譲渡の無効を主張することはできないというべきである。

※本判旨を整理すると、①取締役会決議事項とされている重要な業務執行〔の意思決定〕は、代表取締役単独では行えない、②但し、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であっても、代表取締役に会社代表権が認められている以上、取引の相手方がこれを知っている場合以外は、有効な取引と解する。③取締役会の決議を経てい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る、の3点となる。

#### Ⅳ 右平成21年最高裁判事における「過払金返還請求権」と『重要な財産の処分』

〔1〕会社法362条④項1号の「重要な財産」とは何か

先ず、「重要な財産」の基準について、最高裁は、「当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様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すべきとする<sup>(27)</sup>。重要か否かの具体的な基準は、会社によって、また行為の態様によって、それぞれ異なる点は論を俟つまでもない。いわば企業規模、会社の抱える諸事情などを勘案すると、全ての会社、全ての処分行為を通じ、一律の基準を設けることは不可能である。ただし資本金が100億円以上の大会社と、資本金が100万円未満の小会社では、仮に時価5000万円の土地を売却し、あるいは担保に供するとした場合、後者では重要な財産の処分に当たるが、前者ではあたらない。もっとも、会社の規模は単に資本金だけでなく、総資産や純資産の多寡も根拠となる。加えて、会社の営業の態様・状況、企業活動上の重要性の影響の多少によっても異なるのではなかろうか。この理解を踏まえると、重要な財産には、営業譲渡<sup>(28)</sup>における営業が含まれるほか、重要な不動産や不動産と動産とが一体化した工場などが典型であるが、これら以外に重要な額の金額も当て嵌まることになる。

本事案に於ける太陽物産の場合、過払い請求権のみがその当時の唯一の資産であるというのであるから、「重要な財産」である点に疑問はない。したがっ

---

(27) 最判平6・1・20民集48巻1号1頁。「多額の借財」に該当するか否かに付き、下級審判例は「当該借財の額、その会社の資産・経常利益に占める割合、借財の目的及び会社における従来の取扱いなどの事情を総合的に判断すべき」とする、東京地判平成9・3・17判時1605号141頁。

(28) 稲葉威雄「商法改正と銀行取引〔1〕取締役会の決議事項―多額の借財、重要な財産の処分等」金融法務事情1002号7頁。

て、当該債権は会社法362条④項1号の「重要な財産の処分及び譲受け」に該当するゆえ、法文を額面どおりに当て嵌めると、代表取締役の単独行為にその処分を委任することはできないことになる。

〔2〕具体的に重要財産か否かの判断を誰が行うのか

次に、当該財産の処分が具体化した場合、この処分行為が、取締役会決議を要するものかどうかの判断は、誰がどの場面で行うかということである。本来的に、業務執行にあたる場合は、代表取締役がすべきと考えられるが、この理解でよいか疑問がない訳ではない。というのは、代表取締役個人の主観で判断した場合には、重要な範疇に入らないものであっても、客観的にみて重要な場合があろうし、その反対もあるからである。すなわち、主観と客観では重要性の基準に大きな隔たりが生まれることになる。この判断が誤っていれば、代表取締役の責任問題が生ずることはもちろん、行為の効力にも影響が及ぶことも考えられる。

取締役会規則等において、当該会社の業務執行決定における重要性についての基準（行為の種類、財産の種類、金額等）を定めておくことも有効であろうが、これに従っていれば、当然に取締役が免責され、決議のない取引が有効になるわけでもない。<sup>(29)</sup>ましてや重要財産の基準は相対的なものであるため、個々の会社ごとに、客観的な基準が存在する訳ではない。したがって基準が定められていても、当該会社においてその基準が不合理なときは、その規則制定に異議を述べなかった取締役に責任が生ずる余地もある。この点に関し、江頭教授は、「取締役会決議により、ある金額を越える財産の処分は取締役会に付議すべしと取扱いを明示しておけば、訴訟においてもその基準が尊重される可能性が高い」とする。<sup>(30)</sup>すなわちグレーゾーンに位置するような財産の処分が具体化

---

(29) 江頭憲治郎・門口正人編『会社法体系3 機関計算』117頁〔注10〕参照。

(30) 江頭憲治郎『前掲書〔注3〕』383頁、同旨前田庸『前掲書〔注1〕』465頁。

した場合には、総務部関係取締役は、これを取締役会の決議に付議すべく処置することが、善管義務〔民644条〕、忠実義務〔会355条〕に従った判断ということになる。

### 〔3〕倒産状態にある「過払金返還請求権」の対応

前示第一審は、当該過払金請求権は、太陽物産が武中商事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、太陽物産が不渡手形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商法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、とした。この観点からすると、本件債権譲渡は、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」か、否かで判断することは妥当ではない。けだし業務執行に関する商法規定の適用場面ではなく、むしろ倒産法の規制が及ぶ時期であった、と判示しているのであるから、本件債権譲渡は業務執行決議関としての取締役会の決議を必要としない、と一応の結論を得られよう。

これに対して前示原審は、「被控訴人武中商事に対し確定的に譲渡したものであるべきであり、回収金による弁済充当額がその対価ということになる。そうすると、太陽物産は、倒産前の平成15年6月30日時点においても約25億2000万円の総資産しか有せず（負債合計は約35億7000万円）、倒産後は、本件過払金返還請求権が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状況に照らすと、2億円を超える本件過払金返還請求権は、旧商法260条2項にいう『重要な財産』に当たるものというべきであり、その譲渡には、取締役会の承認決議が必要であったというべきである。そうであるにも拘らず、本件債権譲渡については太陽物産の取締役会の承認決議がなく、本件債権譲渡の相手方である被控訴人武中商事もそのことを了知していた。そうすると、本件債権譲渡は、旧商法260条2項の手続を経ていないため、無効というほかない、」と判

断した。他方、平成21年本最高裁判決は、この点に関しなんら言及することなく、「本件債権譲渡は太陽物産の重要な財産の処分に該当する」、として、結論のみ原審と同様な立場をとった。

そこで、この東邦に対する太洋物産の如く、倒産状態にある状況下の唯一の重要財産「過払金返還請求権」は、重要財産といえるか否かという点を、改めて明確にする必要がある。例えば清算手続きに入った場合の、清算会社財産であっても、「重要な財産の処分及び譲受け」に該当する場合は、清算人会の判断が求められている（会489条⑥項1号、特別清算会社の536条①項2号参照）。見方を変えるならば、本件の場合も倒産状態といっても清算手続きに入っている訳ではない。理屈の上では、営業活動を再開することも可能な状態にある〔会481条参照〕。したがって極端な債務超過状態にあらうとも、会社が存続し会社財産として重要性の基準を満たしている場合は、取締役会付議の財産と考えていいのではなかろうか。けだし最高裁判所が、これに深く言及しなかったのは、このような判断があったからではないか。

## V 取締役会決議を欠く代表取締役の取引行為の効力

〔1〕 会社法362条④項を効力規定と解する理解と昭和40年最高裁判決<sup>(31)</sup>

株主総会や取締役会の決議が必要とされている行為を、代表取締役がその手続を経ることなく、独断で執行したときその行為の効力はどうなるか。この疑問につき、関教授は、当該行為の設定場面を2つに分けて考察している<sup>(32)</sup>。すなわち当該行為につき、株主総会や取締役会の決議が必要であるとされる根拠が、①定款〔任意的記載事項〕や取締役会規則などの会社の内部規制にある場合と、②決議が必要である根拠を法律が直接的に定めている場合、に分けるべきとする。前者①の代表取締役の権限を、会社が内部規制などで自主的に制限

---

(31) 最判昭和40・9・22民集19巻6号1656頁。

(32) 関俊彦『前掲書〔注2〕〕276頁。

している場合、代表取締役の代表権について加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない（会349条⑤項）。したがって会社は、相手方が悪意のとき〔立証責任は会社側〕当該行為の無効を主張することができるにすぎない。しかし逆に、相手方が善意の場合は、会社はこの行為の無効を主張できないのであるから、相手方の保護が優り、結果として当該行為は有効と結論付ける。他方、後者②の代表取締役の権限が法的に制限されている場合、すなわち総会や取締役会の決議が必要であることが法定されているのにもかかわらず、代表取締役がこれを無視して行った行為の効力はどうなるか。同教授は、一般論としては、法律が総会決議を要求しているときは、原則として無効になると解する。理由は、会社の重要事項に関して必要とされている総会の決議を欠くことになるから、第三者の保護以上に会社にとっての手續の欠缺を重視しなければならない<sup>(33)</sup>。加えて、少なくとも取引をする直接の相手方は、会社にとって法律上必要な手續が履行されていることを確認すべきである、とする<sup>(34)</sup>。これは総会の決議手續を、効力規定と捉える考えである。このように、代表取締役の行為を、会社内部の規制がある場合と、法律上、手續規定が整備されている場合と、場面を厳然と二つに分けて取り扱うことは、それなりの意義があると考えられる。しかしながらこの理解は、前述した重要財産の処分などそれぞれの会社にとって、重要な業務執行か否かのレベルが会社ごとに異なる点を看過しているのではなからうか。加えて、善意の第三者の立場に立つと、既述の考察からも明らかなように、当該会社にとって取締役会の決議を要する事項か否かの線引きを明確に知る由もない。換言すると、善意の第三者の立場からは、会社内部の制限が、法規制の対象事項か否か、あるいは株主総会及び取締役会決議を経ているか否か、につき確認しない限り知ることはできないのである。たとえこ

---

(33) 総会決議と取締役会決議の要求を同一の基準で判断・対処するのか、それとも取締役会決議が要求されているにも拘らずこれを経ない場合は、有効、無効の解釈が変わるかについては明確に言及していない。

(34) 関俊彦『前掲書〔注2〕』278頁。

れを確認しようにも、当該代表取締役が真実を述べない限り、調査する手段もない<sup>(35)</sup>。

具体例として、例えば新株発行事案に付き、「新株発行は、株式会社の組織に関するものであるとはいえ、会社の業務執行に準じて取り扱われるものであるから、右会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとい、新株発行に関する有効な取締役会の決議がなくとも、右新株の発行が有効である……。新株が著しく不公正な方法により発行された場合であっても、その効力を画一的に判断する必要がある、右のような事情の有無によってこれを個々の事案ごとに判断することは相当でない<sup>(36)</sup>」などの判旨からも伺えるように、結論的には会社代表の行為は、善意の第三者との関係につき常に画一に解する必要があると考える。いわば株主総会・取締役会決議を必要とする事項であっても、これは会社内部の不可制限的な規制に過ぎないと理解である。結果として、取引の安全＝善意の第三者保護の徹底が果たせることになる。

他方、当該行為の効力に対して古く昭和40年最高裁判決は、「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っていないことを知り又は知りうべかりしときに限り無効になる」、とした。その後殆どの判例は、この判断<sup>(37)</sup>〔いわゆる相対的無効説〕に追随している。当該会社にとって重要な財産の譲

---

(35) 会社法371条②項、同③項参照、例えば、取引相手である第三者が株主の場合は、取締役会議事録の閲覧請求の機会認められる場合も考えられるが、債権者の場合であっても役員責任を追及するために限定されるので、取締役会決議の確認をすることは不可能である。

(36) 最判平成6・7・14判タ859号118頁、最判昭和36・3・31民集15巻3号645頁。

(37) 最判昭和40・9・22民集19巻6号1656頁。

(38) 福岡高判昭和47・9・27判時697号79頁、東京地判平成8・1・22判時1581号127頁他。

渡であっても、結果として代表取締役の代表行為は、原則として常に有効となる。但し、この場合であっても悪意の相手方に対しては、会社はその悪意を立証して一般悪意の抗弁を対抗できるとする。このように判例は、一貫して取締役会の決議を要する取引の場合、代表取締役の専断的ないし権限濫用的行為の効力につき、民法上の心裡留保説（民法93条を類推する説）を採用してきた。この心裡留保説は、取締役会の決議を経ないことは代表取締役の代表行為につき内部的意志決定を欠くに止まり、原則として有効となるが、取引の相手方が決議を経していないことを知りまたは知りうべかりしときは無効、とする理解である。

## 〔2〕 取締役会決議を欠く代表取締役の専断行為の効力に関する諸学説の対立

本テーマに関する学説を整理すると、大きく2つに大別できる。第1説は、個々の取引上の行為についての取締役会決議は、重要な財産の処分等に関するものでも内部的意志決定手続にすぎないゆえ、その手続を欠いても代表行為の効力には影響することなく完全に有効である、とする有効説である。ただし悪意の相手方が権利を主張するのは信義則違反であるから〔民1条②項、③項〕、会社は一般悪意の抗弁をもって対抗し義務を免れる、とする。<sup>(39)</sup>この理解は、善意の第三者の側からすれば、当該行為について重要な財産の処分・多額の借財等であることや取締役会の決議が必要であることを容易に知りえないのが通常であり、また知っていても適法な決議があったものと考えるのが当然であるので、この信頼は保護されなければならない。そして、このような代表取締役によるいわば専断的行為の場合と、代表取締役がその権限内の取引行為を自己または第三者の利益のためにした権限濫用の場合のいずれについても、効果は同

---

(39) 大隅健一郎＝今井宏『新版会社法論中巻I』664頁、〔第3版、有斐閣〕、河本一郎『現代会社法〔新訂第7版〕』263頁。

じであるとする。この理解は、前示の昭和40年の最高裁判決の趣旨を踏襲した判断で、通説的地位を確立している。この理解に対しては、民法93条は、表意者が意思と表示の不一致を知っている場合であるのに対して、取締役会の決議の存否を知っている、いないを問題としているわけではないから、民法の適用は無理があるのではないか。加えて、代表取締役の代表行為自体は、内心の効果意思を欠いていないという点に加え、会社の機関秩序の根幹に関わる問題を心裡留保に似ているということで結論づけることは商法理論の放棄である、との反論がある。

第2説は、会社法362条④項を効力規定とする考えであり、前示〔1〕の箇所所述べた関教授の立場と共通している。取締役会の決議が法定されている限り、原則としてこの要件を欠く取引は無効となる。すなわち会社法262条④項に列挙されている重要な業務執行は、代表取締役の権限に対する法律上の制限となり、決議の存在が行為の有効要件となる。但し、取締役会の決議がなかったことを知らない無過失の相手方に対しては、民法110条によって会社の責任をみとめるべきとする。但し、この立場を徹底するとしても、取引の安全を考慮すると、社会通念上会社にとって著しく重要であり多額であるとみとめられたものにかぎって同項を効力規定と考え、それ以外は有効説によって処理するとする見解と、經常性と継続性を特性とする営業行為については、代表取締役は一切の権限を有するので〔会349条④項〕、取締役会の決議を経ていないことを以って会社は、善意の第三者に対抗できないとする見解、とに分かれる。<sup>(41)</sup>

結局、このテーマに関しては、有効説、無効説の両説とも取引の安全と会社の利益の調整を図るため、善意の相手方との関係で一定の配慮をしていることが伺える。すなわち有効説は、悪意の相手方に対しては取引の効力を否定でき

(40) 上村達男「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の効力」ジュリスト増刊『商法の争点I』142頁、〔平成5年、有斐閣〕。

(41) 山口幸五郎「代表取締役の権限乱用行為・専断的行為の効力」『商法の争点〔第2版〕』126頁、〔1985年、有斐閣〕。

るとするもの、さらに重過失の相手方も同様とするもの、取締役会決議のないことを知りうべかりしときも効力を否定できるとするもの、などに分類されることになる。古く、学説は、取引の安全を考慮し原則として有効と解し、第三者を保護することについて異論はなかった。これに対し現会社法は取締役会決議を要する事項を具体的に列挙しているため〔会362条④項〕、これを制限的列挙と考え、列挙事項について取締役会の決議を経ないで取引がなされたときは特に無効と解する余地が生まれる。しかしこの見解においても、取引の安全に対する配慮から列挙事項であっても重要性のない行為（たとえば、社会通念上著しく多額のものでない場合等）については有効と解する余地が生まれる。けだし重要か否かを区別する基準を設けることは困難であり、かえって取引の安全を害することになりかねないからである。

ならば会社法362条④項を例示列挙と考え、取締役会の決議を経ない取引であっても原則として有効と解すべきではなかろうか。ただし、取引の相手方が悪意のときは保護する必要がないので、会社はそれを立証して無効を主張できると考える。この点、前掲の昭和40年最高裁判決は、相手方が取締役会決議を経っていないことを知りうべかりしときにも無効と考えるようであるが、取締役会の監督不十分の結果、代表取締役が勝手に行った取引について知りうべかりしときにも無効とするのは、取締役会の監督責任を看過し、相手方に不当な不利益を及ぼすものであるから疑問とする主張もある<sup>(42)</sup>。他方、会社法362条④項のように業務執行のうち重要なものを例示的にとり出したというだけでは、取締役会の権限の場合と大差ないので、これを代表権に対する法律上の制限と解するのは適切でないうえ、元来、代表取締役は包括的な代表権を有するのであるから、あいまいな規定で代表権を制限することは代表取締役制度の趣旨にも反する。ましてや第2説のように、会社法362条④項を効力規定としながら、取締役会の専決事項について重要性の度合いに応じて効力を区分することは、

---

(42) 大沢一実・服部栄三編『平成会社判例175集』169頁、〔1996年、商事法務〕。

決議事項の範囲が会社により各場合によって異なり不明確であるだけに、取引の安全を害するおそれ大きいといわなければならない。また、相対的無効説のように、重要な業務執行の例示規定とすることにも疑問がある。したがって、取締役会専決事項である業務執行についても、取締役会の決議なしに代表行為を行なった場合、それは有効な法律行為として会社を拘束すると解するほうが、論旨は一貫するように思われる。

### 〔3〕小括——業務執行と職務執行

兎も角、本稿が取り上げた取締役の業務執行に関する議論であるが、これは以下に掲げる法文上の表現の紛らわしさから、混乱を招いていることを否定できない。というのは、「重要な業務執行の決定」〔会362条④項本文〕、「職務を行う」〔同条②項本文〕、「業務を執行」〔会363条①項、同348条①項〕、「株式会社の業務に関する一切の……行為をする権限」〔会349条④項〕、「職務を行う」〔会350条〕など、代表取締役が会社を代表して行う行為を、色々な表現を用いていることから疑義が生じているかもしれないのである。實際上、株式会社の業務執行は、業務運営の意思決定〔代表取締役単独で行える場合と取締役会及び株主総会の決議を要する場合〔取締役会非設置会社〕とに分かれる〕と、代表取締役の具体的な職務執行行為に整理することができるのであるから、これにのっとった表現で統一することが望ましいのではないか。

例えば、取締役会の決議事項とされている募集株式の発行の場合〔会199条②項、201条①項参照〕、定款の定めで、取締役に委任できるか。立法担当者<sup>(43)</sup>は、定款によっても会社法362条4項各号に掲げる事項を各取締役に委任することは出来ない、とする。会社法362条②項は、取締役会設置会社においては、取締役会が、業務執行に関する決定等を行うことを義務付けており、同項に

---

(43) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編著『論点解説新会社法―千問の道標』359頁、〔2008、商事法務〕。

は、「定款で別段の定めがない限り」等の限定が付されていない。取締役会設置会社は、取締役の相互牽制のもとで業務執行の意思決定を行わせるために定款で取締役会を置く旨の定めが設けられ、その旨の登記がされるべき株式会社であることから、その意思決定プロセスに対する株主や第三者の信頼を保護するために、定款によって取締役会の権限を制限することができないことを明確にする趣旨である。したがって、例えば取締役会で決定すべき事項について、定款で取締役に委任する旨の規定が置かれたとしても、その定款の定めにより、直接、取締役に決定権限が生じることはない。仮に定款の定めに従って、取締役に業務執行の決定を委任しようとしても、その場合には、362条4項が適用される結果、同項に掲げる事項は取締役に委任することは出来ない。結果として、定款でこのような定めをおいてもその定めは無効となる。

ひるがえって、取締役会決議を欠く代表取締役の取引行為は、濫用行為として許されない行為である。しかしながら、小規模閉鎖会社における経営実態として、このような代表取締役の独断・専断行為が行われた場合、取締役会決議を欠く行為として、この濫用行為を制限するということは、取引の安全の見地からゆるぎされない。したがって当該取締役会決議は内部的手順の一つにすぎず、結果として会社内部的には、代表権に加えた内部的制限と解することができる。すなわち会社法349条5項「代表権に加えた制限」の範疇の一類型と捉えて、結果として善意の第三者に対抗することはできない、とするロジックである。この点に関しては、権限濫用行為も代表権の範囲内の行為として客観的に判断される行為であり、また違法なことをしないのは当然であるからそのことを制限と称するのは論理的には認められない、との批判もある<sup>(44)</sup>。しかしながら取締役会の決議事項、すなわち決定権限とはたかだか会社内部において代表取締役の独断専行を拘束するにすぎない内部関係規定と捉えることが、善意の対第三者関係では明確な基準となる。そして、悪意の第三者〔この立証は、会

---

(44) 上村達男「前掲論文〔注40〕」143頁。

社側)、には、この取締役会決議のない取引ということで対抗できるのではないか。

## VI 終わりに——取締役会決議を欠く場合、当該行為の無効主張は誰からできるか

前示最判昭和40年判決は、会社法362条4項の立法趣旨を、「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ものである」とする。この趣旨からすれば、原則として、会社のみが取締役会決議を経ていないことを理由とする無効を、相手方第三者に主張することができることになる<sup>(45)</sup>。学説も第三者からの主張はできないとする立場で、田村教授は、「商法265条の趣旨が、会社の利益保護にあるとすれば、部外者が265条違反を理由に取引の無効を主張するのはおかしい」、とする<sup>(46)</sup>。今井教授も、「会社側のみが主張することができ、第三者は、会社が取引の無効を認めており、第三者自身が其の無効主張につき具体的な利益を有しているときに限り無効を主張できる」、とする<sup>(47)</sup>。本事実案も、この立場を踏襲しつつ、「当該会社以外の者が、取締役会の決議を経ていないことを理由にその無効を主張することは、当該会社の取締役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、許されない」とした。ただ、右のような特段の事情によっては、第三者からの無効主張の可能性に含みを持たせている点も看過できない。

このテーマに関し、古く名古屋高裁金沢支部昭和42年判決は、<sup>(48)</sup>「商法265条

---

(45) 昭和41年5月12日広島高裁判決判時457号58頁、昭和44年6月27日札幌地裁判決判時576号80頁、最判昭和48・12・11民集27巻11号1529頁など同趣旨。

(46) 田村淳之介「商事判例研究—会社が取締役に対してなす手形裏書には商法265条が適用されるか—商法265条違反の取引は有効か」ジュリスト258号84頁〔1962年、有斐閣〕。

(47) 今井宏「代表権の制限と取引の安全」民商法雑誌93巻臨時増刊号〔1〕149頁。

(48) 名古屋高裁金沢支部判決昭和42・4・28高民集20巻2号310頁、河本一郎約束手形法入門162頁同旨。

が、会社の利益保護のための規定であるから、会社以外の第三者は、会社と取締役間の取引の無効を主張できないと主張するが、商法265条が、会社の利益保護を目的とするものであるとしても、そのことから直ちに会社以外の第三者は、総て、会社と取締役間の取引について取締役会の承認がないことを理由とするその無効を主張し得ないものと即断できない。会社が取締役に対して負担した債務について担保義務を負担した者は、その担保義務を履行した場合には会社に対して求償できる訳であるが、その際会社から、当該取締役に対して負担した債務が無効であり、したがってその担保義務の履行も法律上無効の履行であり、会社に対する求償権が発生しないと主張される虞がある訳であるから、第三者でも、会社と取締役間の行為について取締役会の承認がないこと理由とするその無効を主張しうる」、とした。

取締役会決議のないことを主張し、自己の保護を図ろうとする場合、本稿の立場では、当該取締役会決議は会社が代表取締役に加えた制限の一類型という立場であるから、会社の利益を保護するため悪意の第三者を対象に、会社のみがこの主張をなすことになる。