

〔判例研究〕

取締役会決議が必要な多額の 借財と相手方の注意義務

桑 原 茂 樹

出典：東京地判平成 9 年 3 月 17 日，判時 1605 号 141 頁。（貸金請求事件，
東京地裁平 7(ワ)24904 号，平 9・3・17 民 30 部判決，一部認容，一部棄却（控
訴）

〔判示事項〕

1. 株式会社が関連会社の債務 10 億円について連帯保証予約をすることは多額の借財に該当する。
2. 代表取締役らが取締役会の決議を経ないで行った保証予約につき，相手方が決議を経していないことを知らなかったことにつき過失がある場合，当該保証予約契約は無効になる。
3. なお，その場合に，債権者は，専決代表取締役らの誤信誘導的行為を理由に会社の不法行為責任を問うことができる。

〔参照条文〕 商法 260 条 1 項，商法 260 条 2 項柱書，商法 260 条 2 項 2 号，
商法 261 条 3 項，商法 78 条 2 項，民法 44 条 1 項，民法 715 条 1 項。

〔事 実〕 A 商事株式会社は，昭和 60 年 9 月に被告 Y 株式会社が 100%

出資して設立した会社であり（もっともその後Y株式会社の持株数は減少している）、代表取締役にはY株式会社の代表取締役Tが就任していた。しかし、その後、平成4年10月には、TはA商事株式会社の代表取締役を退任して平取締役となり、Y株式会社の専務取締役であるFがA商事株式会社の監査役に就任した。

ところで、A商事会社はY会社の創立100周年記念事業の一環として、Y会社からその製造にかかる漢方薬を仕入れて海外に輸出する計画を立て、その計画の実行にあたり、平成6年1月21日原告X銀行に融資を依頼したが、この融資に関して、Y会社とX銀行との間で、平成6年2月28日、A商事会社がX銀行に負担する債務について10億円を限度として連帯保証をする旨の保証予約契約を締結した。なお、この保証予約契約が締結された時点では、Y会社はA商事会社の発行済株式総数1200株のうち20株を有するにすぎず、Y会社の有価証券報告書においてはA商事会社を関係会社として記載していなかった。その後、A商事会社が弁済期に借入金の弁済をしないので、X銀行は、Y会社に対して、上記保証予約に基づく予約完結の意思表示をした上で、貸金8億5000万円について主位的請求として保証債務の履行として支払いを求め、ついで予備的請求としてY会社の代表取締役TらはY会社が債務保証する旨X銀行に誤信させて、A商事会社に対する融資を実行させたのであるから、民法44条1項、民法715条1項により不法行為に基づく損害賠償請求を求めた。X銀行の請求に対して、Y会社は、本件保証予約が商法260条2項2号の「多額ノ借財」に該当するので取締役会決議が必要であるにもかかわらず決議を経ておらず、このことをX銀行は知っていたかまたは知らなかったとしてもそのことにつき過失があるので、保証予約は無効であると抗弁した。これに対して、X銀行は仮に本件保証予約が「多額ノ借財」に該当し、かつY会社がこの件につき取締役会決議を経ていないとしても、X銀行にとっては上記予約が「多額ノ借財」に該当することが明瞭ではないから、取引安全の趣旨から、Y会社が取締役会決議の

不存在による無効を主張できない、と再抗弁した。

〔判 旨〕 主位的請求棄却，予備的請求認容（但し過失相殺3割）。

1. 「商法 260 条 2 項 2 号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等に占める割合，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 5 年（オ）第 595 号同 6 年 1 月 20 日第一小法廷判決・民集 48 卷 1 号 1 頁参照）。本件保証予約は，前記のとおり，原告の請求によって被告が原告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。証抛略によれば，（1）被告は，東京証券取引所第一部上場会社であるが，一方，A 商事は，昭和 60 年 9 月，被告の T 代表取締役を代表取締役とし，本店を被告の本店所在地である東京都千代田区として，被告が 100 パーセント出資して設立され，平成 4 年 10 月に T 代表取締役が代表取締役を退いた後も，同人が同社の取締役に，被告の F 専務が監査役にそれぞれ就任していること，（2）本件融資は，A 商事が，被告の創立 100 周年記念事業の一環として，被告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，（3）被告の平成 5 年 3 月 31 日現在における資本金は 128 億 9597 万 8200 円，総資産合計額は 1936 億 7900 万円，負債合計額は 1328 億 3100 万円，平成 4 年 4 月から翌 5 年 3 月までの経常利益は 40 億 5000 万円であり，本件融資額の占める割合は，それぞれ 7.75 パーセント，0.51 パーセント，0.75 パーセント，24.6 パーセントに当たること，（4）被告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 5 億円以上の保証債務及び担保権の設定が掲げられていること，（5）原告においても本店と支店の決裁の区分は融資額 1 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，被告にとって多額の

借財に当たるといことができる。」

2. 「本件保証予約につき被告の取締役会の承認を経していないことを知らなかったことにつき過失があるか否かを検討する。なるほど、前認定のとおり、A 商事は株主構成の面からも役員構成の面からも被告と密接な関係にあり、A 商事の担当者から交付された法人税確定申告書等やその説明、A 商事の I 専務と K 取締役の使用する名刺のマーク等が被告において広く使用されているものと同じであること等に照らして、原告において、A 商事が被告の 100 パーセント子会社であると信じる余地があり、本件融資についても、被告の前身である津村順天堂の創業 100 周年を記念する事業に係るものであり、その事業に関して、A 商事の担当者から被告の作成に係る資料を交付され、相応の説明も受け、そして、何よりも、本件融資に先立ち、T 代表取締役の記名捺印のある保証予約念書及び印鑑証明書の提出を受けたことからすると、原告にあっては、被告が本件保証予約をするについて真実取締役会の決議に基づくものと考えたというのも肯げないではない。しかしながら、これらの事情をもって直ちに、被告が本件保証予約についてその取締役会の決議を経していないことを知りうべかりしときに当たらないとの証左とすることはできない。まず、被告と A 商事は密接な関係にあるとはいえ、本件保証予約のされた当時において、被告は、A 商事の株式 1200 株のうち 20 株保有していたにすぎず、それを明らかにする被告の有価証券報告書は、A 商事の平成 4 年度の確定申告書及び帝国データバンクの調査報告書と齟齬し、この点に関し、A 商事より代理店整理のために同社が被告の 100 パーセント子会社であるとの印象を避けるべく、右有価証券報告書において関係会社から外す表現をとったとする A 商事の担当者の説明も必ずしも自然でなく、したがって A 商事の担当者らの行為をもって直ちに被告の行為と同視することはできない。しかも、本件融資は、不動産業等を業とする者からの紹介を端緒とし、その上、営業利益が 6900 万円、経常利益がマイナス 4900

万円とそれぞれ予想されるなど経済的な基盤が脆弱な A 商事に対する融資としては高額で、その担保として本件保証予約以外にはないものである。これらの事情にもかかわらず、M 課長ら原告の担当者は、被告の内紛等の報道がなされた後である平成 6 年 11 月に至るまで、本件保証予約をするにつき、被告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、少なくとも被告の社内規定の存否については、容易に確認することができるのに、原告における取扱いの原則にも反して、被告担当者らに全く確認をとっていないのであり、そもそも M 課長ら原告の担当者において、本件保証予約につき、被告によって多額の借財に当たるものとして被告の取締役会の承認が必要であることを認識していたか否かについては疑問なしとせず、利益相反行為として取締役会の承認を必要とすることについても安易に考えていたとみる余地があり、したがって、原告においては、本件保証予約について、ひたすら主債務者である A 商事の担当者の説明を軽信したとみることができる。そのほか前認定の諸事情によれば、被告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、最低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、原告において、本件保証予約について被告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。」

なお、「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ときは、無効であるというべきであるから（最高裁昭和 36 年(オ)第 1378 号同 40 年 9 月 22 日第三小法廷判決・民集 19 卷 6 号 1656 頁）、この点に関する原告の主張は失当である。」

「したがって、原告の主位的請求は、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。」

3. 「証拠略によれば、被告においては、代表取締役の印鑑を経理部に保

管し、その押印手続については、要印文書を各部署において作成し、総務部を経由して社長室長に回付し、社長室長により押印を受けることとされ、押印の申出の結果は経理部において保管される『社印社長印請求簿』に、その押印の結果は社長室において保管される『社長印押印簿』にそれぞれ記録されていること、F専務は被告の社長室長を兼務しており、取締役会議事録及び『社長(印)押印簿』の保管についての責任者であることが認められ、右の事実の前に記認定事実を併せて考えるならば、T代表取締役及びF専務は、A商事が当時経常利益としてマイナスを計上し、その返済能力が乏しいことを容易に知り得たにもかかわらず、本件保証予約について取締役会の決議を経ないで、共謀の上、自ら又はその部下をして、印鑑証明書交付申請書に代表取締役の印章を押捺して東京法務局から印鑑証明の交付を受け、平成6年2月28日ころ、右印章を用いて本件保証予約を証する旨の念書を作成し、K取締役を介して右印鑑証明書及び右念書を原告に交付し、もって、原告をして、被告が真正かつ適法有効にA商事の原告に対する債務を保証する旨誤信させて、本件保証予約をさせたものといえることができる。そして、被告は、T代表取締役らの右の不法行為による本件保証予約に基づき、保証人として、主たる債務者であるA商事がその債務を履行しない場合にその履行すべき責任を負うことになるところ、前認定のとおり、A商事は、原告に対して、合計金1億5000万円を弁済したものの、残元金8億5000万円を支払わないから、原告は、右残元金相当の損害を被ったといえることができる。ところで、前認定事実によれば、原告は、被告との間で本件保証予約をするについて、被告が真実取締役会の決議を経たことについて、通常執りうべき措置を怠ったといえることができ、前認定の諸事情に照らし、その過失の割合は、右損害のうち3割に相当するものといえるべきである。以上によれば、被告は、T代表取締役及びF専務の不法行為に基づき、原告が被った金8億5000万円の損害の7割に相当する金5億9500万円につき商法261条3項において準用する同法78条において準用する民法44条1項及び同法715条1

項に基づき、損害賠償責任を負う。』

〔研 究〕

判決全体としては結論に反対する。

判旨第1点については賛成する。

判旨第2点の結論に反対する。主位的請求で原告の請求を認容すべきである。

判旨第3点につき若干の疑問あり。

1. 判旨第1点に関して、会社の総資産の約1.6パーセントに相当する価額の株式、しかも本件株式はその適正価額が把握し難くその代価いかんによっては会社の資産及び損益に著しい影響を及ぼす可能性があり、その譲渡が商法260条2項1号にいう重要な財産の処分にあたらないとはいえないとされ、また、本件株式の譲渡は上告人の営業のため通常行われる取引に属しないのであるが、これらの事情からすると、原判決の挙示する理由をもって、本件株式の譲渡は同号にいう「重要な財産の処分」にあたらないとすることはできないとする最判平成6年1月20日民集48巻1号1頁・代表的な判例研究として久保欣哉・判例時報1506号（判例評論430号、1994年）210頁の提示する判断基準、すなわち、一般的には、「当該借財の額、その会社の総資産及び経常利益等に占める割合、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」が、本ケースにおいても妥当するものであり、本件保証予約は被告にとって「多額ノ借財」に該当するものと思われる（なお、保証額の被告の資本金に占める割合が相当程度に達していること〔7.75パーセント〕に物的会社の典型である株式会社に関する事例であるだけに注意しなければならないであろう）。

「借財」には保証等も含まれることを前提として（堀口亘「第260条注5」上

柳・鴻・竹内編集代表『新版注釈会社法(6)』〔有斐閣、1987年〕105頁参照)論を進めるとして、本件判決の特殊の問題としてなのかもしれないが、本件保証予約が「多額ノ借財」に該当することについての原告X銀行の悪意または過失の問題を重視し強調する見解がみられる(中村建「判例研究」金商1027号〔1997年〕51頁、なお、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〕11頁以下をも参照)。金融機関としては(極論すれば、金銭消費貸借契約の貸主としては)、契約を締結するか否かを判断するために、融資先(会社)ならびに会社自身の経済的基盤、資産状態・財務状態を調査する。ただ、この点は判旨も述べているように、原則として被告会社にとって多額の借財に当たるか否かの問題であり、相手方としては「多額ノ借財」などの商法260条2項柱書にいうところの「重要業務執行(非日常的業務執行)」については取締役会の決議を経ているか否か、すなわち、「多額ノ借財」に該当するか否かではなくて会社自身の経済的基盤、資産状態・財務状態に照らして「多額ノ借財」に当たると判断する場合には、本来は原則無効と解するべきであろうが、取締役会の決議を経ないことにつき相手方が悪意または過失がある場合には無効とするという主旨ではなからうか。本件のような場合、相手方(金融業者)としては、まず、会社(融資先)が取締役会の決議を経ていることを議事録等で確認し、仮に取締役会決議を経ていたとしても会社自身の経済的基盤、資産状態・財務状態からしてあまりにも極度の「多額ノ借財」であると金融業者として判断した場合には融資を断るか(このことは特に多額でなくても借財一般についていえることであろうが)、あるいは、金融業者としては「多額」ではあるが会社(融資先)自身の経済的基盤、資産状態・財務状態からすると許容できる合理的範囲内であると判断しても取締役会の決議を経ない場合ないしは取締役会の決議を経ないことを知りまたは知りうべかりし場合には取締役会決議を経ることを停止条件とする諾成的金銭消費貸借契約を締結することになるという筋の話ではなからうか。勿論、この時点での取締役会決議で反対する取締役が多く決議が否決さ

れる場合もあろう。会社と相手方金融業者との金銭消費貸借契約締結過程を重視して考察すれば上述のように解されるであろう。「多額ノ」あるいは「重要ナル」といった文言は抽象的であるので会社側の状況・事情を重視しつつも究極的には社会通念に基づいて解釈するほかないであろうし、適用上も少なからず問題となろう（なお、倉澤康一郎「取締役と取締役会」『会社法改正の論理』〔成文堂、1994年、初出は1981年〕231頁参照）が、相手方の知・不知（悪意・善意）、過失の有無・程度を問題とすべきことがらではないものと考えられる。確かに、商法260条2項各号を見ていくと、同条同項のなかでも1号・2号は取引行為に関することがらであって、3号・4号に比して、相手方の調査義務がとりわけ重視されるべき事項であり（前田重行・前掲11頁参照）、先に紹介したような見解が唱えられるのも完全には否定することはできないが、商法260条2項柱書は重要業務執行（非日常的業務執行）については取締役会が決して取締役に専決させてはいけないとしているのである。柱書とりわけ「其ノ他ノ」を無視ないしは極めて軽視した解釈・死文化した解釈がなされるべきではないと考える。また、商法260条1項と2項柱書とを併せて解釈すると、機関権限としての業務執行権限が取締役会にあることは当然の前提として、仮に取締役会規則で一部の日常的業務執行（の決定）を代表取締役に委譲している場合であっても、相手方（例えば銀行など）は、「お宅様・貴社では今回のお取引については取締役会決議を経られましたか」と尋ねて、代表取締役へ委譲していない業務執行に関する事項については取締役会の議事録等で、取締役会規則に基づき数ある業務執行の中でも代表取締役にその決定を委譲している事項については、代表取締役への業務執行委譲確認書の写しなどを提出してもらって、相手方（銀行等）は取締役会決議につき確認をとるべきであろうと考える。商法260条1項と2項柱書とを併せて解釈すると以上のような結論に達することになる。すなわち、商法260条2項各号列挙の重要業務執行は、株式会社にとって典型的な重要業務執行ではあるが、あくまでも例示にとどまるのであってその他の重要業務執行も多々想

定され、商法の立場は重要業務執行の最低限を商法 260 条 2 項 1 号乃至 4 号で表明していると解して差し支えないのではなからうか。

さらに法律行為論的考察をつづけると、金銭消費貸借(保証)契約締結の相手方を選択する場合に、平素からトラブルメーカーとされている相手を選避するのは当然のこととしてこれまでの当事者相互の関係や経緯も考慮するであろう。Y 会社が金融機関に 1,000 万円の融資をお願いする。仮に「多額ノ借財」に該当しないとしても、A 銀行は融資する・B 銀行は融資しないということはそれ程珍しいことではない。別の例をあげると、X 銀行が A 会社には融資するが、B 会社には融資しない。逆に Z 銀行は B 会社には融資するが A 会社には融資しない。このことは何も銀行をはじめとする金融機関に限ったことではない。富裕な資産家である自然人 X は A 会社には融資するが B 会社には融資しないといった事例が想定される。商法 260 条 2 項柱書は「左ノ事項其ノ他ノ重要ナル業務執行」といっているので、会社の資産・財務・経済状態によっては「非多額(少額)」ないしは「非重要」とされるような「借財」あるいは「財産処分・譲受」も、さらに極論すれば借財全般ないしはすべての財産処分・譲受が重要業務執行すなわち非日常的業務執行とみなされると解釈される余地は充分にあらう。商法 260 条 2 項各号列挙の重要業務執行は例示にとどまり、同条 2 項柱書の「其ノ他ノ」重要業務執行に該当する重要業務執行も少なからず存在するのではなからうか。会社によっては、あるいは、時と場合によってはという側面を完全には否定できないのではなからうか。

2. 判旨第 2 点に関する研究に移ることにする。冒頭で本件判決とりわけ判旨第 2 点の大前提問題に関する文献を紹介しておく。すなわち、業務執行(権)と代表(権)は観点の相違にほかならないとする「多数説」に対抗し取締役会と代表取締役との関係について「下部機関説(派生機関説)」に立つ代表的な文献としては、倉澤康一郎「株式会社の社会的責任と取締役」『会社法

の論理』（中央経済社，1979年，初出は1975年）149頁，同・前掲「取締役と取締役会」前掲改正の論理224頁（227頁），同・「取締役の監視義務について」前掲会社法の論理181，2頁（初出は1965年）がある。なお，最判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁，同・「現行商法における『監査』の意義」前掲改正の論理252頁（263頁）（初出は1985年）をも参照。倉澤教授と同様に，下部機関説を採用するものとして，神田秀樹『会社法（第6版）』（弘文堂，2005年）126頁，同・『会社法（第7版）』（弘文堂，2005年）178頁参照。また，議論の全般を概観するものとして，加藤良三・吉田直・田中裕明『株式会社法の理論2』（中央経済社，1995年）74頁以下ならびに上村達男「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の効力」北沢・浜田編『商法の争点1 総則・会社』（1993年）142，3頁をも参照。

以下では，判旨第2点に関して実質的に検討を加えていく。まず，判旨第2点，すなわち，商法260条2項違反行為の効力について相手方（本件では銀行。また，本件は被告が株式会社であるが，有限会社〔有限会社法26条・27条3項〕に関する類似事例として，東京地判昭和62年1月21日金商780号38頁がある。ただ，前掲東京地判昭和62年の事例においては，相手方当事者が政府系金融機関である「国民金融公庫ら」である点がやや特殊であろう。取締役会の決議を経ないことを国民金融公庫らが知りえなかったとして代表取締役の独断専行・専断的多額の借財が有効であるとされた）の注意義務の程度の問題をも含めて検討する。本件判旨第2点に関して，学説は林立し多岐にわたっているが，判例の立場は最判昭和40年9月22日（民集19巻6号1656頁，代表取締役の代表権濫用に関する最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁に伏線がある。なお，最判昭和44年4月3日民集23巻4号737頁〔農協参事の代理権濫用による手形行為に関する，この判例については倉澤康一郎『手形判例の基礎』（日本評論社，1990年）52頁以下（59頁）参照〕以来，ほぼ一貫して「民法93条但書類推適用説」を採用している。すなわち，「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対外的な個々の取引行為を取締役会決議を経ないでした場合でも，当該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って、ただ相手方が取締役会決議を経
ていないことを知り又は知り得べかりしときに限って、無効である。」とし
ている。しかしながら、前掲最判昭和40年は問題点を孕んだ理論構成にな
っているように思われる。その問題点の具体的な内容として、心裡留保
(民法93条参照)における意思の欠缺は「内部的」な問題にとどまるものでは
ない。「内心的(な)効果意思」は表意者の外部的な意思表示の構成要素で
あって、意思の欠缺とは表意者が外部的に行った意思表示の構成要素が欠け
ていることをいうのである。昭和40年の最判の事案にはそのような意味で
の意思の欠缺に相当する事実はないものといえよう。代表権の濫用について
民法93条を類推適用するのが判例であり、賛成する学説も少なくないが、
おそらくその根拠は、その場合、代表取締役の真意は自己または第三者の利
益をはかるところにあり、会社の利益をはかるところにはないという点に求
められるであろう。しかし、代理意思ないし代表意思は、法律効果の帰属主
体を本人または会社とすることであって、利益の帰属主体は動機にとどま
る。したがって、上記の点が法律行為の効力を左右するいわれはない(批判
的な代表的文献として、倉澤康一郎『会社判例の基礎』〔日本評論社、1988年〕141頁、
137頁。同旨、山本爲三郎『会社法の考え方〈第4版〉』〔八千代出版、2003年〕177頁)。
さらに、最判昭和40年に批判的な諸学説(詳細は中村建・前掲42頁〔47頁〕以
下、福島洋尚「判例研究」服部榮三編『平成会社判例175集』〔商事法務研究会、2002年〕
174、5頁参照)を一瞥してみると、信義誠実の原則や権利濫用の禁止(民法1
条2項・3項)といった一般条項に頼るきらいを否認ない「一般悪意の抗弁
説」(鈴木竹雄『新版会社法全訂第5版』〔弘文堂、1994年〕192、3頁)、善意者保護
を主たる目的とするが、政策論・利益衡量論に重きをおき、商法265条(取
締役会社間の利益相反取引)違反すなわち取締役会の承認をえていない商法265
条所定の取締役会社間の取引の効力と本問題とを同じく取り扱う「相対的無
効説」(北沢正啓『会社法(第6版)』〔青林書院、2001年〕399、400頁、424頁、最大
判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁参照。なお、この相対的無効という概念そ

のものについては、倉澤・前掲会社判例の基礎 159, 160 頁参照）などが唱えられている。さらには、代表権の制限問題（倉澤・前掲会社判例の基礎 141 頁参照「代表権濫用問題」、山本爲三郎・前掲 177 頁参照「代表権(限)濫用行為」と取締役会の決議を経ない代表取締役の専決・独断専決による商法 260 条 2 項各号に列挙されているような重要業務執行問題とを同等に扱う「代表権制限説（民法 54 条説）」なども主張されている。山本教授は民法 54 条の射程範囲内の問題であるとされている（山本爲三郎・前掲 177 頁参照、なお、山本爲三郎・前掲書〈第 5 版〉〔2005 年〕205, 6, 7 頁の記述「会社法 349 条説」をも参照）。この点に関する私見は、異分野においては同様のことを論じたことがあるが（拙稿「約款に関する錯誤および不意打ち条項」法学政治学論究 50 号〔2001 年〕169 頁以下）、基本的には民法 54 条説・代表権制限説を採用し、この問題は民法 54 条の射程範囲内の問題であろうと考えるが、相手方金融機関（銀行）の注意義務（過失）も全く無視ないしは不当に軽視することはできないであろう。ただ、過失の認定は厳格にすべきであろう。さらに敷衍して説明すると、基本的には民法 54 条の射程内の問題であろうが、民法 418 条ないしは民法 722 条 2 項の類推適用が可能であり、また、契約締結上の過失理論も妥当する場面であろう。相手方株式会社に関する調査が不充分であるにもかかわらず融資した銀行側の過失と取締役会決議を経ていることをはっきりと十分に説明ないし証明しなかった（できなかった）会社側の過失を相殺すべきではなかろうか。また、商法 260 条 2 項柱書に違反しているのであるから原則無効の立場を採ることが理論構成の前提となるものと思われる。

つづいて、判旨第 2 点に関する類似判例を見ていくと、類似判例 1 として、那覇地判平成 9 年 3 月 25 日判時 1617 号 131 頁金商 1039 号 11 頁、控訴審福岡高裁那覇支判平成 10 年 2 月 24 日金商 1039 号 3 頁（判例研究として福島洋尚・金商 1047 号〔1998 年〕51 頁）、最判平成 11 年 11 月 30 日金商 1085 号 14 頁がある。このケースは、株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないでファイナンス会社から 29 億円を借入れ会社所有の不動産について設定

した抵当権の設定が相手方において決議を経ていないことを知りまたは知ることができたかに関する。第1審では相手方の過失が認定され無効であるとされたが、控訴審では相手方に過失があるとはいえず有効とされ、最高裁第三小法廷も控訴審の判断を是認し上告を棄却した。次に、類似判例2として、被告が本件と同じである以下の判決がある。すなわち、東京地判平成10年6月29日判時1669号143頁金商1048号16頁（銀行側に過失があり無効、なおこの判決では商法265条1項後段の解釈問題についても判断している）、その控訴審判決東京高判平成11年1月27日金商1062号12頁（相手方の銀行に過失がなく有効）がある。また、相手方の悪意ないしは過失が認定されて契約が無効とされた事例としては、大阪地判平成6年9月28日判時1515号158頁（会社保有の他会社の株式譲渡に関する事例、譲受人が悪意）の他に、株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないで85億円の保証契約を締結したことについて、取引の相手方である信託銀行に取締役会の決議が存在しないことを知らなかったことにつき過失があるとされた東京地判平成12年3月13日判タ1063号162頁（保証借財の金額は85億円、相手方である信託銀行に過失ありとされた事例）などがある。さらに、この点に関する私見を、相手方の注意義務の程度の問題をも加味して、本件判決に即して検討を加えていく。論者のなかには、本件保証予約締結に際して、被告Y会社の関係会社にすぎないA会社の担当者の説明を鵜呑みにしただけである以上、原告である銀行は注意義務を著しく怠ったものといわざるをえないのではなかろうか、本件判決は、商法260条2項2号違反について、会社が取引の無効を主張できる相手方を悪意・重過失ある者に限定しても結論は変わらなかったように思われる（中村建・前掲判例研究51頁、前田重行・前掲6頁以下〔13頁〕）との見解もあるが、銀行に厳しい・シビアな判決であったと思われる。取締役会の議事録（なお、取締役会の議事録に関する商法上の規制として、商法260条ノ4参照）が公開されているか非公開であるかは別個の問題であるとして（ただ、企業側の都合により非公開の場合が大多数であろうが）、非公開・議事録提出制度がない場合には確認

書の提出を求めることになろうが（確認書についても提出を渋る企業が少なくないであろうが、この点に言及する裁判例として前掲東京高判平成11年1月27日金商1062号12頁）、取締役会の議事録・確認書が偽造されている場合なども想定されるのであり、理想的には議事録の謄本・抄本、複写物（コピー）などを入手して取締役会の決議を経ていることを確認したい銀行側の過失を容易に認定すべきではなかったのではなかろうか。わが国には、普段は取締役会など開いたこともないような閉鎖的同族中小株式会社が多数存在しており、そういった会社が損失の発生した取引について機会主義的に無効を主張してることが少なからず考えられるので（江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第4版〕』〔有斐閣、2005年〕364, 5頁注(4)）、本件判決のような場合には相手方の注意義務についてももう少し厳格に過失認定すべきであったのではなかろうか。また、本件発生当時、わが国はバブル崩壊後の平成不況の真只中にあり、企業（とりわけ閉鎖的同族的中小企業）としては銀行をはじめとする金融機関からうやむやのうちに融資を受けようとする雰囲気があったとはいえない時代背景があったことも少なからず考慮しなければならないであろう。

3. 予備的請求（有岡繁「判例研究」前掲・服部榮三編『平成会社判例175集』176, 7頁参照、なお、地方公共団体の首長の手形行為に関する事例であるが、最判昭和50年7月14日民集29巻6号1012頁ならびに吉川栄一「本件判例研究」ジュリスト1134号〔1998年〕126頁をも参照）については、会社が不法行為責任を負う場合には、代表取締役も個人として不法行為責任を負うものと解されているが（最判昭和49年2月28日判時735号97頁）、本件においても妥当するものと思われる。なぜならば、被告Y会社の代表取締役の本件保証予約に関する一連の行為が全くトラブルを惹起するものではないとはいえないからである。ただ、主位的請求（判旨第1点・第2点）に関するところでも論じたように、本判決全体、ひいては、理論上の問題としては、予備的請求（但し3割の過失相殺）ではなくて、原告の請求を主位的請求レベルで認容（具体的には原告に重過失がな

いどころか、原告の一連の行為は、民法 418 条ないしは民法 722 条 2 項の類推適用による過失相殺あるいは契約締結上の過失理論が妥当する可能性が存するものの、原告銀行側のみの過失〔軽過失〕にも当たらず、判決の理論に即していえば、取締役会の決議を経ないことを知り得べかりし場合には当たらず、本件保証予約は有効である。本件多額の借財に関して、取締役会の決議を経ないことを知らなかったことについて過失がない・無過失である）とすべきであったのではなからうか。

基礎法理・根本問題に関することから言及することになるが、判決のコンテキストの読み方にもよるが、本件判決において、裁判所が少なくとも専務取締役については民法 715 条 1 項により被告 Y 会社の不法行為に基づく使用者責任を認容しているということは、業務執行についていえば、代表取締役（専務取締役の場合は商法 262 条の表見代表取締役ということになるが）の地位・法的性質を単なる会社の使用人（「被用者」とみているものと解する余地が生じてこよう（宮島司『会社法概説（第 3 版補正 2 版）』〔弘文堂、2004 年〕260, 1 頁参照、平成 14 年改正における商法 260 条 3 項新設の下であっても。なお、人の行為における意思と行動の一体性に関しては先に掲げた倉澤教授の文献ならびに民法 52 条 2 項、民法 670 条、有限会社法 26 条参照。反対説として前田庸『会社法入門（第 10 版）』〔有斐閣、2005 年〕437 頁参照）。

4. 最後にこれまで検討してきたことをまとめておく。まず、判旨第 1 点から派生することがらであるが、商法 260 条 1 項ならびに 2 項柱書を併せて解釈すると以下のような結論に達するであろう。すなわち、商法 260 条 2 項各号列挙の重要業務執行は、株式会社にとって典型的な重要業務執行ではあるが、あくまでも例示にとどまるのであってその他の重要業務執行も多々想定され、商法の立場は重要業務執行の最低限を商法 260 条 2 項 1 号乃至 4 号で表明していると解して差し支えないのではなからうか。260 条 2 項柱書とりわけ「其ノ他ノ」を無視ないしは極めて軽視した解釈ひいては死文化した解釈がなされるべきではないと考える。商法 260 条 2 項柱書は「左ノ事項其ノ

他ノ重要ナル業務執行」といっているので、極論すれば、借財全般ないしはすべての財産処分・譲受が重要業務執行すなわち非日常的業務執行とみなされる余地は充分にあるのではなかろうか。商法 260 条 2 項各号列挙の重要業務執行は例示にとどまり、同条 2 項柱書の「其ノ他ノ」重要業務執行に該当する重要業務執行も少なからず存在するのではなかろうか。会社によっては、あるいは、時と場合によってはという側面を完全に否定できないのではなかろうか。

つぎに、本稿の主要検討事項である商法 260 条 2 項柱書違反の「多額ノ借財」の効力についてであるが、判例は概ね「民法 93 条但書類推適用説」を採用し学説は林立し多岐にわたっている。この点に関して、筆者は、商法 260 条 2 項柱書違反の取引の効力を原則有効と解した意思表示に関する基本的認識が不十分であると思われる判例・通説の立場には賛成できず、基本的には、「民法 54 条説・代表権制限説」を採用してこの問題は民法 54 条の射程範囲内の問題であろうと考えるが、相手方金融機関（銀行等）の注意義務（過失の有無・程度）も無視ないしは不当に軽視することはできないであろう。ただ、過失の認定は厳格にすべきであろうと考える。さらに敷衍して説明すると、基本的には民法 54 条の射程内の問題であろうが、民法 418 条ないしは民法 722 条 2 項の類推適用が可能であり、また、契約締結上の過失理論も妥当する場面であろう。さらに、判旨第 3 点（予備的請求）に関して、ひとつめは、判決全体ひいては理論的問題点としては、予備的請求（但し判決は 3 割の過失相殺としている）ではなくて、原告の請求を主位的請求レベルで認容すべきであるとする。すなわち、具体的には原告に重過失がないどころか、原告の一連の行為は、民法 418 条ないしは民法 722 条 2 項の類推適用による過失相殺あるいは契約締結上の過失理論が妥当する可能性が存するものの、原告銀行側のみの過失（軽過失）にも当たらず、判決の理論に即していえば、取締役会の決議を経ていないことを知り得べかりし場合には当たらず、本件保証予約は有効である。本件多額の借財に関して、取締役会の決議

を経ていないことを知らなかったことについて過失がない・無過失である、とすべきであったのではなからうか。いまひとつは、根本問題・基礎法理に及ぶことからであるが、本件判決において、裁判所が少なくとも専務取締役の行為については民法715条1項により被告Y会社の不法行為に基づく使用者責任を認容しているということは、業務執行についていえば、代表取締役（専務取締役の場合は商法262条の表見代表取締役ということになろうが）の地位・法的性質を単なる会社の使用人（「被用者」）とみているものと解することができる。換言すれば、取締役会と代表取締役との関係につき、いわゆる「下部機関説（派生機関説）」を採用しているものとみることができよう。

2006年（平成18年）2月8日脱稿