

会社法356条 2 項の改正

品 谷 篤 哉*

目 次

1. 問題の所在
2. 民法108条の改正
3. 代表権の制限
 - (1) 代表権の内部的制限
 - (2) 法律上の権限踰越行為
4. 承認のない取引の効果
 - (1) 判 例
 - (2) 学 説
5. 改正後の法的ルール
 - (1) 会社法349条 5 項と相対的無効説
 - (2) 具体的事案への新ルール適用
6. 若干の検討

1. 問題の所在

平成29年の民法改正に伴い、会社法356条 2 項が改正された。同条項が定める「同項第二号」の直後に「又は第三号」を加える改正である¹⁾。わずか5文字を挿入するのみの改正であるが、その影響はどうか。民法改正に平仄を合わせたに過ぎないと捉えるなら、会社法への影響は基本的でないのかもしれない²⁾。しかしながら、改正前は同条 1 項の承認を受けた直

* しなたに・とくや 立命館大学法学部教授

1) 正確に記せば、民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律46条に基づく会社法改正である。なお会社法では、株式会社に関する356条 2 項のみならず持分会社に関する595条 2 項も同様に改正された。以下では株式会社に限定して検討を進める。

2) 例えば弥永真生「新法解説 民法の改正に伴う関係法律整備法（商法・会社法関係）」

接取引について、民法108条が適用されない旨を定めていたが、改正後は間接取引にも適用されないこととなった。これにより直接取引又は間接取引のいずれについても、株主総会又は（会社法365条1項に基づく）取締役会の承認があれば民法108条が適用されず、承認がなければ適用されるルールへと変更された³⁾。改正による影響がないのであれば、そのような検証を経る必要があろう。

のみならず留意すべきは、民法108条も改正された点である。改正前の同条は、本文で自己契約又は双方代理の禁止を定め、ただし書きで当該禁止の除外を規定した。換言すれば、禁止を定めるに過ぎず、禁止に違反した場合の効果について明文では規定されていないため、違反の効果は解釈に委ねられる状況であった。これに対し改正後の同条は、自己契約又は双方代理の効果が無権代理である旨を1項本文で定めるとともに、2項を新設し、代理人と本人間の利益相反行為一般についても、当該行為の効果が無権代理である旨を規定する。民法108条のこうした改正が、会社法356条2項により直接取引及び間接取引に反映されることとなる。

民法108条及び会社法356条2項のこうした改正により、取締役の利益相反行為に関する法的ルールには現実的な変化が生ずるか。生ずるとすれば具体的にどのような変化か。承認を受けたならば直接取引のみならず間接取引についても改正民法108条が適用されない旨は、すでに民法の改正法案の時点から会社法の代表的な基本書で言及されていたが、言及は会社法356条2項の改正を記したにとどまっていた⁴⁾。民法108条の改正も含めた

ㄨ 法学教室448号63頁（2018年）では、商事法定利率の廃止や商事消滅時効の廃止を実質的な改正と区分し、それとは別に、改正後民法の規律との平仄を確保するための改正との区分を設け、当該区分にて会社法356条2項の改正を取り上げる。

3) もとより改正の前後を問わず、会社法の利益相反取引規制は民法108条の適用対象を拡張している部分がある。会社の取引相手方に取締役を含む点である。取締役は厳密には会社の代理人ではないが（代表取締役のみが代理人）、会社の重要な決定に関与する立場にあるので、利益相反行為を認めると会社の利益を脅かすおそれがあることを考えた拡張である。四宮和夫＝能見善久『民法総則【第8版】】306頁（2016年、弘文堂）参照。

4) 例えば神田秀樹『会社法【第18版】】231頁（2016年、弘文堂）参照。すでに2016年の

具体的な改正内容が必ずしも明らかにされていないとすれば、それを検討する必要がある⁵⁾。

本稿はこのような問題意識に基づいている⁶⁾。以下では、まず民法の改正内容を概観し、具体的な論点を探求する。次に会社法における取締役の利益相反行為について、判例・学説のみならず制定法自体も含め、議論の変遷を概観しながら、議論の到達点たる現状の法的ルールを確認する。続けて取締役の利益相反取引に関する改正後の法的ルールに検討を加える。こうした検討を踏まえ、最後に若干の考察を試みる。

2. 民法108条の改正

条文上、自己契約・双方代理に関する民法108条の主な改正点は2つである。①従前は自己契約・双方代理の禁止を規定するのみで、禁止に違反した場合の効果は条文では規定されていなかった。しかしながら改正により民法108条には2つの項が設けられ、1項では自己契約・双方代理の

∟時点で言及されていた。堀越健二＝辰巳都＝渡辺邦広「民法（債権関係）改正に伴う会社法改正の概要——整備法（平成29年法律第45号）の解説——」商事法務2154号10頁（2017年）においても、本文に記した内容以上の言及は見受けられない。

5) この点について、神田秀樹『会社法 [第21版]』236頁*8（2019年、弘文堂）参照。ここでは、取締役会の承認のない利益相反取引は無効というより無権代理（効果不帰属）というべきかもしれないが、平成29年民法改正後においても、第三者との関係についての最高裁の判例理論（相対的無効説）は生きていると考えられる旨の説示が記されている。この記述は第20版には見られず、第21版で新たに書き加えられた。本稿の問題意識に照らすと、こうした説示の具体的な意味は何かを検討課題となる。

6) 平成29年改正以前の議論における同様の問題意識を示すと見受けられるものとして、岩原紳作＝神作裕之＝藤田友敬編『会社法判例百選 [第3版]』120頁（山本爲三郎執筆）（2016年、有斐閣）参照。そこでは「解釈論としては、『会社の承認を受けた直接取引には民法108条を適用しない』旨を定める会社法356条2項は、規制違反の利益相反取引の効力との関係でどのような意味を有するかにつき、相対的無効説は答える必要があるといえよう——本件判旨(ii)（筆者注：後述する昭和43年判決の相対的無効説に関する判旨を指す。）は、民法108条適用排除の反対解釈として、規制違反利益相反取引は無権代理無効だと解しているのである」と記されている。

禁止に違反した場合の効果が無権代理である旨が規定された。②民法108条2項が新設された。自己契約・双方代理に該当せずとも、代理人と本人間の利益相反行為については無権代理とみなす旨の規定である。

民法108条のこうした改正は、従前から解釈で支持されていた理解の条文化である⁷⁾。自己契約・双方代理の禁止に違反した行為について、判例は無権代理行為に当たると判示していた⁸⁾。無権代理なので民法113条以下が適用される。本人に対して効力を生じない（民法113条1項）のが原則だが、無効とは異なり追認が可能であり（民法116条、119条）、表見代理（民法109条、110条、112条）の成立もあり得る。無権代理人自身が責任を負う場合もあり、相手方の選択次第で、無権代理人の行為として当該行為が有効となるか、又は無権代理人の行為としても無効なものとして損害賠償の処理となる（民法117条1項）。無効とせずは無権代理の規律で処理する

7) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』22頁（2017年、金融財政事情研究会）。中田裕康＝大村敦志＝道垣内弘人＝沖野真巳『講義 債権法改正』19頁（大村敦志執筆）（2017年、商事法務）では、従来の規定の整理・精緻化を行った改正として民法108条が挙げられ、「議論の過程においても大きな議論はなかった」とされている。

8) 最判昭和47年4月4日民集26巻3号373頁、最判平成16年7月13日民集58巻3号1368頁等。前者は甲会社から乙会社へ振出された手形の所持人による手形金請求の事案である。当該手形は甲会社の支配人Aが振出し、乙会社の代表取締役Aが受け取った。Aの双方代理となるが、Aが甲会社の取締役でないため、当時の商法265条は適用されず、民法108条の適用のみが問われた。判決では、民法108条に違反してなされた代理行為は、本人による事前の承認または追認を得ないかぎり、無権代理行為として無効であるから、手形振出行為が双方代理となる場合においても、本人たる甲会社は、当該行為の相手方たる乙会社に対して右手形の振出の無効を主張することができる旨が判示された。

後者は名古屋市が財団法人世界デザイン博覧会協会から、世界デザイン博覧会で使用された施設及び物品を買い受けた事案である。請求自体は住民訴訟による損害賠償請求であるが、訴訟では双方代理が争点の1つとなった。判決では、市長が協会の理事でもあったことから、私人間における双方代理行為等による契約と同様に、民法108条が類推適用されると解するのが相当とされた。その上で、民法116条が類推適用され、長による当該双方代理行為を議会が追認したときには、同条の類推適用により、議会の意思に沿って本人である普通地方公共団体に法律効果が帰属するものと解するのが相当と判示した。民法116条による追認を肯定する前提として、最高裁は双方代理行為の効果は無権代理と捉えたと解されている。

のは、民法108条は本人保護の規定であり、代理権が適切に行使されなかったという限りで効力を否定すれば足りる⁹⁾との考えに起因する。こうした考えを反映して、有効又は無効の二者択一的効果ではなく、より柔軟な事案の解決を可能としている¹⁰⁾。

新設の民法108条2項も、判例¹¹⁾の趣旨を踏まえた規定である。従前からの「形式的に自己契約・双方代理を禁じているというより、実質的な利益相反行為を禁じている¹²⁾」との理解を踏まえ、自己契約・双方代理は1項、それ以外の利益相反行為は2項との捉え方である。実質的利益相反に該当するか否かの判断については、改正前民法における解釈が維持される¹³⁾。行為の外形に照らして定型的・外形的に判断されるべきであり、また代理人の動機・目的を考慮すべきでないとの解釈である。このように判断される実質的利益相反行為の効果は、自己契約・双方代理と同様に無権代理である。

こうした民法の改正は、会社法におけるいくつかの論点を示唆する。第1に、会社法356条1項2号の直接取引について、会社法は特に改正を加えておらず、民法のみの改正に止まる。ただし民法改正により、承認のない直接取引の効果は無権代理である旨が明示された。それでは無権代理という効果は、具体的にどのような効果か。会社法に照らせば無権代表となるので、代表取締役の代表権に制限が加えられる状況である。この場合の具体的効果を確認する必要がある。

第2に、承認のない直接取引について、従前は違反の効果を決めていないので解釈に委ねられていたが、平成29年民法改正により立法で無権代理

9) 大判大正11年6月6日民集1巻295頁。

10) さらに言えば、民法117条1項に基づいて相手方が損害賠償請求を選択した場合、過失相殺や損益相殺の法理等を駆使すれば、賠償額を all or nothing ではなく中間的な金額として算定することも可能となる。

11) 大判昭和7年6月6日民集11巻1115頁。

12) 内田貴『民法I 第4版 総則・物権総論』143頁(2016年、東京大学出版会)。

13) 潮見・前掲書(注7)23頁。

である旨が明示された。それでは平成29年民法改正前の会社法において、承認のない直接取引の効果に関する議論との関係や整合性はどうか。民法108条の改正が従前の解釈論の立法化であり実質的なルール変更を来すものではないとすれば、従前の会社法における承認のない直接取引の効果について、無権代理という効果を踏まえた議論が展開されてきたか。平成29年改正前会社法356条2項は昭和56年商法改正にて設けられたが、昭和56年商法改正で間接取引が新たに規制対象とされたものの、民法108条との関係では従来と変わらず直接取引のみを規定するに止まった。こうした改正の経緯に照らせば、昭和56年商法改正当時における議論の確認も求められよう。

第3に、会社法356条1項3号の間接取引については、会社法356条2項の改正と相俟って、従前の議論との関係や整合性が問われる。後述する判例・学説の支持する相対的無効説との関係である。承認のない間接取引の効果が無権代理と立法的に規定されるので、他方で解釈論としての相対的無効説をどのように捉え、どのように位置づけ、どのような広がりをもつルールと捉えるかが問われよう。言わば法的ルールたる相対的無効説の素性の吟味・検討である。

以下ではこれら3点について、従前の議論を概観し分析・検討を試みる。まず第1の論点について素描することから始める。

3. 代表権の制限

無権代理により代表取締役の代表権が制限されることになる。制限によりどのような効果が生ずるか。承認のない利益相反取引について、無権代理との効果は、承認のない利益相反取引を行う権限が代表取締役にはなく、承認により権限が生ずることを意味する。会社法349条4項が定める権限の包括性に照らせば、直接取引・間接取引は包括性に対する例外である。こうした代表権の制限は、会社の任意で生ずることもあれば、法律の規定により生ずることもある。代表権の内部的制限に違反した行為と法律

上の権限踰越行為との区別である。多くの学説ではこうした区別を軸として、取引の安全を加味した議論が展開されてきた¹⁴⁾。

(1) 代表権の内部的制限

区別の一方たる代表権の内部的制限については、会社法349条5項が適用される。制限を加えた場合の効果として、善意の第三者への対抗不可を同条項は規定する¹⁵⁾。会社による代理権がない旨の抗弁の対抗不可である。善意の第三者からの請求に対し、無権代理の本人たる会社は、当該行為が無権代理行為である旨を抗弁として主張し請求を退けたいが、抗弁対抗が不可とされるため請求を退けられず、結果的に第三者からの請求が認められる。内部的に代表権に制限を加えた以上、制限に反した行為には実体的権利義務レベルで無権代理の効果が生ずる¹⁶⁾が、当該効果の他に、訴訟におけるいわば攻撃防御レベルの効果としての抗弁対抗不可である¹⁷⁾。

要件事実の観点から眺めた場合、無権代理のルールと対抗不可のルールはどのような関係か。無権代理人の行為により相手方と取引が行われ、相手方は(無権代理について善意なので)本人に請求する。ところが本人は無権代理を理由に支払を拒む。こうした事実関係に基づいて、相手方が本人に対して訴えを提起する。訴訟に先立って無権代理を理由に本人が履行を拒んだ経緯に照らせば、会社法349条5項を適用するべく、相手方は自己

14) ただし鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法[第3版]』285頁(1994年、有斐閣)では、本文に記した区別が採られていない。決議に基づかない行為の効力について、決議を要求して守ろうとする会社の利益と、行為が代表者によってなされたことを信頼した第三者の利益とを比較衡量して具体的に決すべきとされる。

15) 落合誠一編『会社法コメンタール8——機関(2)』13頁(落合誠一執筆)(2009年、商事法務)。

16) その他、実体的権利義務レベルの効果として、制限に反した点を会社に対する義務違反と捉えるなら、取締役の責任が生ずる可能性もある。

17) 会社法349条5項と同様の規定として、支配人の支配権への制限に関する商法21条3項(会社法11条3項も同じ)がある。同じ善意者を保護する場合でも、表見支配人に関する商法24条(会社法13条も同じ)と比べると、攻撃防御レベルか実体的権利義務レベルかの相違が明白となる。

が無権代理について善意である旨を主張・立証することになる。

善意の立証により、対抗不可のルールに基づいて相手方の請求は認められる。ところで無権代理のルールによれば、善意・無過失で帰責性を伴うと表見代理が成立し、当該無権代理行為は有効な代理行為として扱われる¹⁸⁾。善意のみを立証するならば対抗不可の効果に止まり、実体的な権利義務は発生しないが、さらに無過失及び帰責性の立証が加わると実体的な権利義務の発生に至る。その後の権利移転や権利行使も当然にあり得よう。

他の要件事実はどうか。法律要件分類説によれば、帰責性の立証責任は基本的に相手方に帰属する。善意・無過失については、民法109条及び110条によれば相手方の悪意又は過失の立証責任が本人に帰属する¹⁹⁾。また民法112条によれば、相手方は自己の善意について、本人は相手方の過失について、それぞれ立証責任を負う。過失の内容としては、取引において一般的に要求される注意を相手方が尽くさなかった旨を本人が主張・立証することになる。

(2) 法律上の権限踰越行為

もう一方の法律上の権限踰越行為について、特に議論があるのは取締役会の決議を欠いた行為の効力である。周知のように判例は心裡留保に関する民法93条を類推適用する。すなわち代表取締役が、取締役会の決議を経てする対外的な個々の取引行為をその決議を経ないでした場合でも、その

18) 例えば四宮＝能見・前掲書（注3）329頁。

19) 民法110条の「正当な理由」とは、伝統的には相手方の善意無過失と解されてきた。近時の有力説では相手方の事情のみならず本人側の事情も含めて総合的に判断すべきと唱えられるが、有力説においても相手方の善意無過失が不問とされるわけではない。山本敬三『民法講義Ⅰ 総則【第3版】』421頁（2012年、有斐閣）および四宮＝能見・前掲書（注3）391頁参照。そのような正当理由については、立証責任の分配が行われると説かれる。すなわち、「まず相手方が基本代理権の存在と、権限踰越行為についても代理権があるかのような外観があったことを証明すると、今度は本人の側で相手方の悪意・過失を証明しなければならぬ」とするのが合理的である」との理解である。内田・前掲書（注12）196頁。

取引行為は、内部的な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、相手方がその決議を経していないことを知りまたは知り得べかりし時に限って、無効であるとする²⁰⁾。

判例に対しては、表示行為と内心的効果意思の不一致が存しない点をはじめ、学説からの批判が多いのも周知の通りである。ただし本稿の関心に照らすと、民法93条類推適用説の効果が注目されよう。判例の理解に立つ場合、法律上の権限踰越行為の効果は有効又は無効の二者択一的結論となる。しかしながら平成29年民法改正では自己契約・双方代理の効果が無権代理と規定された。そうなると、会社法356条2項の適用対象となる行為については、無権代理と規定される以前と比べ、判例の立場に疑問の余地が生ずる。無権代理では追認や表見代理、無限代理人の責任等、二者択一的結論とはならないはずだからである。

もっとも、だからこそ判例は、同様に取締役会の決議を欠く行為であっても、特に利益相反取引については、善意者保護の手段として民法93条類推適用説とは別のルール——相対的無効説——を採っているとも考えられる。そのように考えた場合、民法93条類推適用説を唱えた判例の立場に疑問を差し挟む必要がないようにも見える。ここでは、法律上の権限踰越行為に関する議論と利益相反取引規制に関するそれが交差し、交差が生じた原因は、承認のない利益相反取引の効果を無権代理と定めた点に存することを確認しておく。

こうした判例の見解に対し、学説では無権代理を意識した主張も見受けられる。すなわち、代表取締役が取締役会で決議すべき事項をその決議なしで行為したということは、まさに代表取締役がその権限に加えられた制限に反して行為したことになる。当該行為については、代表権の制限に関する規定を適用すべきであり、会社は、第三者が悪意でない限り、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第三者に対抗するこ

20) 最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁。

とができないとの主張である²¹⁾。

このような主張によれば、法律上の権限踰越行為が代表権の内部的制限と同様に扱われることになる。無権代理+会社法349条5項の立論である。法律上の権限踰越行為に対し会社法349条5項の適用を想定するのであれば、法律による無権代理と捉え得る利益相反取引についても会社法349条5項を反映させる議論があり得よう。具体的には相対的無効説と会社法349条5項の異同である。この点は後に記す。

4. 承認のない取引の効果

以上に記した代表権制限及び無権代理に関する理解は、平成29年民法改正以前から無権代理について唱えられてきた民法の通説的理解に基づく。平成29年改正前会社法356条2項をオーソドックスに捉えれば、承認のない直接取引の効果は無権代理を踏まえたものとなりそうだが、会社法における議論の現状は必ずしもそうではない。議論の経過と現状をはじめに確認しておく²²⁾。

(1) 判例

判例は当初、取消説から出発し²³⁾、無効説へと展開した²⁴⁾とされる。そ

21) 前田庸『会社法〔第13版〕』513頁（2018年、有斐閣）。そこでは、さらに括弧書きで、「取締役会の承認を得ない取締役の利益相反取引についても、結果は同じになる」と記されている。他に落合・前掲書（注15）20頁参照。そこでは、会社法349条5項を代表権の濫用にまで適用するのは拡大のしすぎと指摘するが、法律上の権限踰越行為に適用することは適切である旨が記されている。なお、平成29年民法改正で新設された民法107条では、代理権濫用が無権代理とみなされる。代表権の濫用にまで適用するのは拡大のしすぎとの理解については、再考の余地が生ずるかもしれない。

22) 本文の以下の記述については、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版 注釈会社法(6)』251頁以下（本間輝雄執筆）（1987年、有斐閣）参照。

23) 大判明治37年6月21日民録10輯956頁。

24) 大連判明治42年12月2日民録15輯926頁。

の後、平成29年改正前会社法356条2項と同趣旨の規定が明治44年商法改正で設けられ、承認を受けた直接取引には民法108条が適用されない旨が定められると、無権代理行為に準ずるものとして、追認があれば有効になるとの理解を示した²⁵⁾。明治44年商法改正で設けられた条項を手がかりに、あまりにも会社保護に偏した連合部判決を修正し、取引安全の考慮をも加味するに至ったとされる²⁶⁾。

戦後の最高裁は、大審院の主流がとった無権代理説を踏襲した²⁷⁾が、その後には相対的無効説をとるに至った。すなわち、直接取引・間接取引を問わず、取引は無効であるが、第三者に対しては会社はその者の悪意を証明するの でなければ無効をもって対抗できないとする理解である²⁸⁾。判例の立場は相対的無効説ではほぼ固まり、判例法として確立したとされる。

ただし明治44年商法改正により民法108条が適用されない旨が規定され、そして自己契約・双方代理の禁止に違反した取引の効果について、民法ではすでに無権代理と解されていた。こうした事実を照らすと、大審院の とった無権代理に準ずる説を最高裁が踏襲したのは理由がないわけではない。のみならず相対的無効説のリーディングケースとされる最判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁(以下、「昭和43年判決」と記す。)でも、無権代理を意識した判示が見受けられる。以下に抜粋する。

「商法265条は、取締役個人と株式会社との利害相反する場合において、取締役個人の利益を図り、会社に不利益な行為が濫りに行なわれることを防止しようとする法意に外ならないのであるから、同条にいわゆる取引中には、取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反の行為のみならず、取締役個人の債務につき、その取締役が会社を代表して、債権者に対し債務引受をなすが如き、取締役個人に利益にして、会社に不利益を及ぼす行

25) 大判大正8年4月21日民録25輯624頁。

26) 上柳ほか・前掲書(注22)252頁参照。

27) 最判昭和38年3月14日民集17巻2号335頁。

28) 間接取引の事例として最判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁、手形の直接取引につき最判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁。

為も、取締役の自己のためにする取引として、これに含まれるものと解すべきである。

そして、取締役が右規定に違反して、取締役会の承認を受けることなく、右の如き行為をなしたときは、本来、その行為は無効と解すべきである。このことは、同条は、取締役会の承認を受けた場合においては、民法108条の規定を適用しない旨規定している反対解釈として、その承認を受けなかった行為は、民法108条違反の場合と同様に、一種の無権代理人の行為として無効となることを予定しているものと解すべきであるからである。

取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反する取引にあつては、会社は、当該取締役に対して、取締役会の承認を受けなかつたことを理由として、その行為の無効を主張し得ることは、前述のとおり当然であるが、会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかつたことのほか、相手方である第三者が悪意であることを主張し、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得るものと解するのが相当である²⁹⁾。」

以上の抜粋は3つの段落から構成される。第1段落は間接取引にも商法265条が適用される旨、第3段落は相対的無効説の判示である。吟味を要するのは第2段落である。当該段落の第1文だけを見ると無効説のように読めるが、第2文と合わせて読むと、第1文の無効とは無権代理無効の意味と理解される。ただし無権代理と言い切るのではなく、一種の無権代理と表明する。無権代理とは似て非なるルールを想定しているかのようである³⁰⁾。

こうして実体的権利義務については一種の無権代理と理解しつつ、第3段落では相対的無効説を判示する。一種の無権代理のルールと相対的無効説のそれが抵触しそうだが、よく読むと抵触を巧みに回避する。第3段落

29) 抜粋した判決文中にある括弧書きは筆者にて割愛した。

30) 大審院のいう「無権代理に準ずるもの」も、無権代理とは似て非なるルールと捉え直す必要もあろう。

の述語部分は「無効をその相手方である第三者に主張し得る」と判示し、相対的無効説が、典型的には訴訟における攻撃防御として主張できるか否かを効果とするルールと捉え得るからである。

(2) 学 説

学説は絶対的無効説³¹⁾、有効説³²⁾そして相対的無効説へと展開した。現在の通説的理解が相対的無効説である点は周知の通りである。そして同説の内容については、昭和43年判決に言及しながら、判例の相対的無効説に関する部分の判示、すなわち主張の可否に関する説示をもって相対的無効説と捉える見解が多く見受けられる³³⁾。こうした見解によれば、相対的無効説は主張の可否を巡る攻撃防御のルールと捉えられる。

それでは実体的権利義務に関する効果はどうか。この点は必ずしも明らかでない。無効を唱える見解³⁴⁾もあれば、無効だが追認されれば効力を生ずるとの見解³⁵⁾もある。会社法356条2項の改正により、昭和43年判決に近い見解、すなわち実体的権利義務のルールを無権代理と捉えつつ相対的無効説の維持を記す見解が唱えられた³⁶⁾点に照らすと、相対的無効説の洗

31) 例えば松本丞治『会社法講義』348頁(1927年、巖松堂)。

32) 例えば大森忠夫『新版会社法講義(改訂版)』208頁(1967年、有信堂高文社)。

33) 例えば龍田節=前田雅弘『会社法大要[第2版]』85頁(2017年、有斐閣)、江頭憲治郎『株式会社法 第7版』448頁(2017年、有斐閣)、田中亘『会社法 第2版』249頁(2018年、東京大学出版会)。

34) 大隅健一郎=今井宏『会社法論 中巻[第3版]』244頁(1992年、有斐閣)。

35) 鈴木=竹内・前掲書(注14)292頁。追認を肯定するのであれば無効とは無権代理無効を意味するように読めそうだが、無権代理とは記されていない。また同書294頁注10では、「追認によってその取引を有効とすることが会社にとって利益となることはないではない」と記されている。抑制的・謙抑的な記述を深読みするなら、必要・妥当な限りで追認を認めれば足り、無権代理だから当然に追認が認められるとの認識ではなかったようにも察せられる。また前掲(注14)に照らすと、個別具体的な事案における結論の妥当性を重視するとともに、無効又は無権代理のいずれなのかといった問題はそれほど重視されていないようにも見受けられる。

36) 神田・前掲書(注5)[第21版]236頁*8参照。

練が求められているようにも見受けられる。換言すれば攻撃防御のルールとしての相対的無効説と、（有効・無効・無権代理等の）実体的権利義務を巡るルールとの峻別や相関関係、整合性等をめぐる洗練である。

こうした洗練が必ずしも十分でなかった点は、昭和56年商法改正における商法265条改正の議論からも窺われる。この改正では直接取引のみならず間接取引も同条の規制対象に含むように改められた。そうすると従前の直接取引と同様に、承認を受けた間接取引も民法108条は不適用——平成29年会社法改正と同じ内容——と定められても不思議でないはずだが、そうはならなかった。なぜか。昭和56年商法改正の解説書では、以下の解説が見られる。

「旧商法（筆者注：昭和56年改正前商法を指す。）は、直接取引だけを念頭に置いて規定していたため、取締役会の承認があれば常に自己契約・双方代理に関する民法108条の適用が排除される旨を定めていたわけであるが、間接取引についても取締役会の承認を要することとなると、この場合には、——同時に実質上利益を受ける取締役であるか否かを別として——代表取締役が会社を代表して第三者と取引するのであるから、自己契約や双方代理はそもそも問題とならない³⁷⁾。」

この解説では、一方で、代表取締役が会社を代表して取締役でない第三者と取引するので、自己契約や双方代理はそもそも問題とならないと解されている。確かに間接取引の各当事者を図示すれば、自己契約や双方代理とは明らかに異なる。しかしながら他方で、承認のない直接取引には民法108条が適用される旨は読み取れるものの、適用により具体的にどのような効果が生ずるのかについては何も言及されていない。

すでに見たように民法では、自己契約・双方代理の禁止に違反した場合の効果は無権代理と解されていた。のみならず自己契約・双方代理に該当しない実質的利益相反行為についても、従来から解釈論として自己契約又は双方代理と同様に禁止され、禁止に反した場合の効果は無権代理と解さ

37) 竹内昭夫『改正会社法解説【新版】』147頁（1984年、有斐閣）。

れてきた。民法のこうした理解に着目していたならば、間接取引においても代表権制限が生ずる³⁸⁾との結論に帰着し得たはずであろう。具体的には、間接取引において保証や債務引受の契約を締結する会社代表者の無権代理行為として問題となる点を認識し得たはずである³⁹⁾。

加えて注意すべきは、昭和56年商法改正では、もう1つ重要な改正がなされていた点である⁴⁰⁾。昭和56年改正前商法265条は次のように規定されていた。「取締役が会社ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲受ケ会社ニ対シ自己ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲渡シ会社ヨリ金銭ノ貸付ヲ受ケ其ノ他自己又ハ第三者ノ為ニ会社ト取引ヲ為スニハ取締役会ノ承認ヲ受クルコトヲ要ス此ノ場合ニ於テハ民法第百八条ノ規定ヲ適用セズ」との規定である。

議論があったのは、後段の「此ノ場合」である。何を指すか。取締役会の承認を受けた場合を指すのであれば、反対解釈として、取締役会の承認を受けなかった場合には民法108条が適用されると解することになる。商法265条違反の効果は民法108条違反の効果と同じく無権代理となる。これに対し「此ノ場合」が取締役と会社間で取引がなされた場合を指すのであれば、たとえ取締役と会社間の取引が自己契約・双方代理に当たる場合であっても民法108条の適用は排除されることになる。商法265条違反の効果は、民法108条のそれとは原理的には無関係であり、商法265条プロパーの解釈論として検討されるべきこととなる。

商法265条違反の効果が民法108条の受容又は排除のいずれなのかを巡る従来のこうした議論は、昭和56年商法改正により立法的に決着が付けられる。改正後の商法265条2項は「前項前段ノ承認アリタル場合ニ於イテハ民法第百八条ノ規定ヲ適用セズ」と定められた。民法108条の受容であり、

38) 倉沢康一郎『会社判例の基礎』165頁(1988年,日本評論社)参照。

39) ただし前掲書(注37)の著者である竹内昭夫教授が、昭和56年改正当時における民法の解釈論について不知だったとは考え難いとするれば、同教授は意図的に無権代理への言及を控えたとも推測されよう。

40) 以下の記述については、倉沢康一郎『手形判例の基礎』70頁(1990年,日本評論社)参照。

商法265条に違反した直接取引の効果は無権代理となる旨が明文で定められたのである。

重要な改正と思われるが、昭和56年商法改正の解説書では一言も触れていない⁴¹⁾。言及のない理由は不明だが、いずれにせよ昭和56年商法改正の後も、同改正による無権代理の受容を必ずしも所与としない議論が続いてきた。また、相対的無効説のルールと実体的権利義務関係のルールの両者について、必ずしも解釈論上の洗練がなされないまま平成29年改正を迎えた。直接取引又は間接取引のいずれについても、令和2年4月1日以降、実体的権利義務については無権代理のルールが適用される。また解釈次第では、会社法349条5項が定める対抗不可のルールが適用される。主張の可否を巡るルールなので、昭和43年判決が示す相対的無効説のルールとの関係や整合性が問われよう。以下ではこの点について検討を試みる。

5. 改正後の法的ルール

(1) 会社法349条5項と相対的無効説

すでに見たように一部の有力説によれば、平成29年改正後の会社法356条2項が適用されると代表取締役の代表権に制限が生じ、そのため会社法349条5項が適用される。同条項によれば、代表取締役による取引の相手方は、自己の善意を主張・立証しなければならない。具体的には、相手方が行おうとする取引が会社にとっては利益相反取引となり、そのため会社法356条1項2号又は3号所定の承認が必要であるにもかかわらず、当該承認のないことについて善意であることの主張・立証である。

これに対し相対的無効説では、承認のないこと及び承認のないことについて相手方が悪意であることの主張・立証が会社に要求される。会社法

41) 竹内・前掲書（注37）146-148頁参照。他に堀口亘＝酒巻俊雄編『改正会社法解説』113-115頁（1983年、三嶺書房）でも言及は見当たらない。倉沢・前掲書（注40）とは対照的である。

349条5項のルールと比べると、同一の事実について主張・立証の負担が反対となる。それゆえ自己に有利な効果を得たい場合、相手方の立場では相対的無効説の方が好都合となり、反対に会社の立場では会社法349条5項の方が好都合となる。

また、いずれも攻撃防御レベルのルールであるが、会社法349条5項では対抗の可否すなわち防御としての抗弁を主張し得るか否かを左右するのに対し、昭和43年判決が判示した相対的無効説のルールでは主張の可否とされ、対抗の可否とは判示されていない。そのため、例えば会社が相手方に対し債務不存在確認の訴えを提起する場合の攻撃方法としても、相対的無効説は利用可能と考えられる。もっとも会社が反訴ではなく本訴として債務不存在確認の訴えを提起したいケースがどれだけあるか。それほど多くないのであれば、対抗の可否か主張の可否かを巡って会社法349条5項のルールと比べた場合、相対的無効説が有する利点としてはあまり大きくなさそうである。

主張・立証すべき具体的な内容についてはどうか。例えば間接取引の事案で、取締役の債務を会社が保証するような場合、間接取引の相手方の典型は、取締役への融資について会社から保証を受ける金融機関である。債務者たる取締役と保証人たる会社間に、保証を委託し、また委託に応ずる相互関係が通常は存在する。債務者及び保証人がいずれも個人のケースでは、親子・兄弟や幼馴染みのような個人的情義が相互関係の典型である。

債権者たる金融機関はこうした相互関係の存在から、主たる債務者と保証人間の関係を推察し、これにより取締役と会社の関係が判明する。取引において一般に要求される取引法上のこうした注意義務を想起すれば、会社法356条1項3号の間接取引に該当すると認識できるなら、取締役会の承認を経ているか否かに注意を払うべき旨も認識し得よう。注意義務の定型化を前提に、重過失と悪意の同視⁴²⁾を所与とし、注意義務違反経由で主

42) 龍田=前田・前掲書(注33)86頁参照。

張・立証するのであれば、承認を受けていないことについての善意又は悪意の主張・立証の困難さは、現実にはそれほど異ならないように思われる。

以上のように相対的無効説のルールと会社法349条5項のルールにそれほど差がないとすれば、相対的無効説については、拙速に放棄する必要はないものの、通説的見解として尊重すべき理由も乏しそうである。相対的無効説については、善意の第三者を保護するルールであり、動産・不動産・権利を問わずに適用可能⁴³⁾な点に長所が見出されてきた。しかしながら会社法における利益相反取引規制のルールとして位置づけられるのであれば、同じ位置を会社法349条5項が動産・不動産・権利を問わずにカバーする。

ただし見方を変えれば、2つのルールの最大の相違は無権代理を前提とするか否かに求められよう。会社法349条5項を活用するには、実体的権利義務としては無権代理との理解を前提としなければならない。しかしながら同条項とほぼ差のない内容である相対的無効説が、実体的権利義務としては無効や、無効だが追認されれば効力を生ずるような場合も含むのであれば、必ずしも無権代理との理解を前提としなくとも良い。その意味で相対的無効説は、自己契約・双方代理の禁止に違反した行為の効果を無権代理とした民法の解釈論の結論を、昭和43年判決以来、民法の解釈論に言及することなく結論のみを商法の解釈論へ導入する際の道具だったとも捉えられよう。

このように捉えた場合、昭和43年判決は道具に法的根拠を付与したこと

43) 権利の発生段階を別として、移転段階になると動産ならば即時取得（民法192条）、権利のうち例えば手形ならば善意取得（手形法16条2項）、同様に小切手も善意取得（小切手法21条）による善意の取得者保護が可能であるが、不動産については類似の制度がない。

なお、平成29年民法改正に伴い商法519条2項が削除され、金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする有価証券の取得について、小切手法21条は準用されなくなった。ただし平成29年改正民法520条の5（指図証券の善意取得）、520条の15（記名式所持人払証券の善意取得）、520条の20（無記名証券）等の諸規定が設けられた。

になる。付与してまでも道具として活用したい事案だったか。無権代理及び会社法349条5項のルールでは対処の困難な事案だったか。以下では昭和43年判決の事案に無権代理及び会社法349条5項のルールの適用を想定してみる。また、昭和43年判決と並んで相対的無効説を判示したリーディングケースとされる最判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁(以下、「昭和46年判決」と記す。)の事案についても、同様に適用を想定する。

(2) 具体的事案への新ルール適用

① 昭和43年判決

はじめに昭和43年判決を取り上げる。Y社の代表取締役Aが、X社に対するA自身の債務につき、Y社を代表して債務引受をした事案である。債務引受の際にY社の取締役会による承認はなされていない。X社のY社に対する売掛代金請求を認める際、昭和43年判決はすでに見たように相対的無効説を判示した。原審判決が取締役会の承認がないから債務引受は無効であるとしてX社の請求を退けたのに対し、昭和43判決は破棄自判した。取締役会の承認がないこと及び承認がないことについてのX社の悪意をY社が主張・立証しないと無効の主張をできないにもかかわらず、悪意の主張・立証がない。それゆえY社は無効を主張し得ないとの判断である。

本件の事案が間接取引として利益相反取引の規制対象となる点は、所与の前提とする。本件ではY社における取締役会の承認がなかった点は認定されている。ただしX社の悪意は認定されていない(もっともX社は善意だったとも認定されていない)。X社の悪意をY社が主張・立証しなかった点は、法廷におけるY社の訴訟活動を記した裁判記録から当然に判明しよう。

それでは無権代理及び会社法349条5項のルールによればどのような対処となるか。間接取引であり、承認を受けていないため、平成29年改正会社法356条2項により、民法108条2項が適用される。本人Y社と代理人Aとの利益が相反する行為だからである。適用により無権代理の効果が生ず

る。Aの債務引受は無権代理行為であり、本人Y社による追認をはじめとした諸規定の適用があり得る。もっともX社からの請求を最高裁まで争った事実に照らせば、Y社による追認は想定し難い。表見代理が成立するにはX社の善意が不可欠だが、善意とは認定されていない。無権代理人Aへの責任追及は、本件債務引受がAのX社に対する債務だった点に照らせば無意味である。

そこで実体的権利義務レベルではなく攻撃防御レベルの対処として、X社は会社法349条5項の適用を意図することになる。同条項により、無権代理である旨をY社は対抗できないとの効果が生ずるからである。ただし同条項の適用にはX社の善意が要件となる。本件ではX社の善意又は悪意のいずれも認定されていない⁴⁴⁾。それゆえ仮にX社の善意が認定されないならば、X社の請求は会社法349条5項によれば認められないとの結論となる。もとよりX社による善意の主張・立証がない場合も同様であろう。

ただし現在も相対的無効説は破棄されず、会社法349条5項が無権代理を前提とするのに対し、相対的無効説は無権代理を前提としないのであれば、現在のルールとして相対的無効説の適用は可能である。そうなると実体的権利義務としては無権代理とされるものの、攻撃防御レベルでは相対的無効説と会社法349条5項という2つのルールの併存となる。そして本件のように善意又は悪意のいずれとも認定しないような場合、立証責任を負う側が敗訴することになる。実際の訴訟では立証責任を負わない側も、

44) 本件の上告理由では、上告人であるX社が自己の善意を主張している。Y社がAの個人営業時代の債務を引き受け、Aの個人営業時代と同様の取引をY社と係属してきたのは、本件債務引受が法律上何ら瑕疵のないものとX社が信じていたからであり、それゆえX社は善意である旨の主張である。善意か否かを明らかにさせるのであれば、この点の審理不十分を理由に破棄差戻しの結論もあり得たのではなかろうか。

個人商店当時からの取引の連続性の他にも、設立以来取締役会を一度も招集したことがない点や従業員を取締役として数を揃えた点等、本件の事実関係にはいくつかの特徴が見受けられる。しかしながら、それらの特徴が善意・悪意の認定放棄に結びつくまでに積極的意味を有するかについては、何も言及されおらず、不明と言わざるを得まい。なぜ昭和43年判決が善意・悪意のいずれをも認定しなかったのかは不明なままである。

訴訟の進行に伴い、立証の現実の必要により善意又は悪意を主張・立証し、それに基づいて裁判所が善意又は悪意を認定することがほとんどと考えられる。その場合、2つのルールが併存しても大きな問題とはならない。しかしながら——昭和43年判決がそうであるように——主張・立証がないと判断された場合、裁判所がどちらのルールを採用したかにより結論が反対となる点は、今回の改正により生ずる新たな問題点となろう⁴⁵⁾。

② 昭和46年判決

続いて昭和46年判決を取り上げる。直接取引による手形取引の事案である。XはY社の振り出した手形2通（以下では手形(イ)及び手形(ロ)として区別する。）の所持人であり、満期に支払を拒絶されたので本訴を提起した。手形(イ)はY社が同社取締役のAに宛てて振り出し、AからXへ裏書譲渡された。手形(ロ)は手形上の記載によればY社がAを受取人として振り出し、同人が白地式裏書⁴⁶⁾をしてXが所持していることとなっている。ただし実際は、Y社が受取人欄を白地にして直接Xに交付し、XがAに対し受取人欄にAの氏名を記載させ裏書させた。また手形(ロ)は、手形(イ)と同様の手形の書替手形である。

Xの請求に対しY社は、手形(イ)及び手形(ロ)のいずれも振出が利益相反取引に該当するところ、取締役会の承認がなく無効であると抗弁した。また

45) 現在の判例法としては、法律上の権限踰越行為に関するルールは民法93条類推適用説である。心裡留保の類推として捉え、無権代理としては捉えないので、会社法349条5項も不適用となる。こうした理解を所与として、実体的権利義務関係が無権代理であるか否かを問わず、攻撃防御レベルのルールとして利益相反取引については相対的無効説がルールだと解するならば、本文に記した2つのルールは併存しないと捉え得るようにも見える。しかしながら平成29年改正により、利益相反取引における実体的権利義務関係は無権代理だと立法的に規定され、それゆえ攻撃防御レベルで会社法349条5項の適用も裁判所として排除できないとすれば、2つのルールの併存はあり得るようである。

46) 判決文では白地裏書とされている。ただし白地式裏書を白地裏書ということもあり、白地裏書という言葉は、裏書人の署名のみが存する白地手形を表すのに使うべきとされる。河本一郎・田邊光政編著『手形小切手法小辞典 [増補版]』146頁(1989年、中央経済社)参照。こうした語彙の使い分けによると、判決文に記される白地裏書とは白地式裏書を指すと考えられるので、本文では白地式裏書と記した。

Y社は、Xは手形取得に際してAがY会社の取締役であることを知りながら取締役会の承認の有無を調査しない過失があるので、保護に値しない旨も抗弁した。第1審及び控訴審はいずれもXが勝訴し、Y社が上告した。

最高裁は、手形行為も会社法の利益相反取引に該当する旨を判示した後、以下のように判示して上告を棄却した。「手形が本来不特定多数人の間を転々流通する性質を有するものであることにかんがみれば、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社がその取締役に宛てて約束手形を振り出した場合においては、会社は、当該取締役に対しては、取締役会の承認を受けなかつたことを理由として、その手形の振出の無効を主張することができるが、いつたんその手形が第三者に裏書譲渡されたときは、その第三者に対しては、その手形の振出につき取締役会の承認を受けなかつたことのほか、当該手形は会社からその取締役に宛てて振り出されたものであり、かつ、その振出につき取締役会の承認がなかつたことについて右の第三者が悪意であつたことを主張し、立証するの でなければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れえないものと解するのを相当とする。したがつて、この場合には、手形法16条2項の適用はなく、その解釈適用につき所論のような論議をなす余地はないのである⁴⁷⁾。」

判旨は相対的無効説をとったように見える。しかしながら、取締役でなく支配人であるため自己契約の民法108条が適用された最判昭和47年4月4日民集26巻3号373頁と併せて読むと、会社法の利益相反取引規制のルールたる相対的無効説ではなく、手形の特殊性を考慮した相対的無効（無効の相対化）の判断である。極論すれば会社法の利益相反取引に関するルールたる相対的無効説の消長に変化が生じたとしても、手形の特殊性を考慮した相対的無効の考えは影響を受けない。

ただし平成29年改正により会社法のルールとして無権代理となるため、

47) 抜粋した判決文中にある括弧書きは筆者にて割愛した。

手形行為の無権代理に関する手形法8条が適用される。民法117条に対する特別法としての手形法8条である。昭和46年判決の事案に照らせば、手形(イ)及び手形(ロ)を振り出したY社の代表取締役(仮にBとする)の行為として有効となる場合もあり得る。具体的にはXの請求に対し、取締役会の承認を得ていないので無権代理だから会社に対する効力が生じず、追認を拒む旨を述べてY社が支払を拒絶し、表見代理も成立しない場合である。この場合にXは、手形の特殊性から無効の相対化によりY社に請求できると解するのが昭和46年判決の処理である。これに対しXは、手形法8条を根拠として代表取締役Bに対する請求も可能となる。当該手形が表章するのはBに対する手形債権だからである。その結果、XはY社またはBに対して選択的に請求できる状況となる⁴⁸⁾。

昭和46年判決はXがY社に対して請求した事案であり、当該請求の可否が争われた。そのためY社による振出の効力については、無効である旨がわずかに窺われる程度の判示に過ぎず、少なくとも無権代理を所与とした明示的な判断は見受けられない。ただし仮にY社の振出が絶対的無効であれば、権利外観理論の適用が問われた事案だったとも解されよう。実体的権利義務レベルの問題として、Y社の振出の時点で当該振出は絶対的無効であるが、XがAから譲り受けた時点で権利外観理論によりY社の債務が発生するとの処理である。X勝訴の結論はこのようにして導き出せそうだが、そのようには処理しなかった。攻撃防御レベルのルールとして無効を相対化する処理の採用である。2つのレベルによる対処が可能となる判示であり、昭和46年判決が所持人保護を相当重視していた様子が窺われる。

ただしY社による振出の実体的権利義務レベルにおける効力について、昭和46年判決は無権代理ではないと明示しているわけでもない。無権代理

48) 選択的な請求が可能となる理由は、無効の相対化によりY社への請求が認められるからである。仮にXでなくAがY社に対し請求する場合、手形が賑々流通していない状況なので無効は相対化されず、追認又は表見代理によらない限りY社は支払を拒絶できる。他方で無権代理なので、代表取締役Bに対するAの請求は当然に認められる。

と解し得るのであれば、2通の手形の振出はY社又はAのいずれかの手形行為として常に有効となり、反面で振出の絶対的無効を前提とする権利外観理論を適用する余地はなくなる。その意味で平成29年の会社法356条2項の改正は、昭和46年判決の事案では、権利外観理論を今後は適用し得ない旨を定めたことになる。

6. 若干の検討

会社法356条2項の改正は、昭和43年判決の事案に照らせば相対的無効説と会社法349条5項という2つのルールの併存を惹起し、昭和46年判決の事案に照らせば権利外観理論の適用を排除する。こうした点に着目すれば、改正の具体的影響は必ずしもないとは限らない。むしろ実体的権利義務レベルで承認のない利益相反取引の効果を、無効と改正前に解していたのであれば、会社法356条2項改正の影響は少なくないと解さざるを得まい。会社法349条5項や手形法8条はいずれも無権代理に起因するルールであり、これらルールの適用の有無が具体的な相違を招来するからである。

それにもかかわらず、民法改正に平仄を合わせたにすぎず、会社法356条2項の改正が従前の法的ルールに基本的に影響を及ぼさないと唱えられるのは、改正前の実体的権利義務レベルのルールが相応の柔軟性を備え、融通の利くものだったためと考えられる。具体的には昭和43年判決が記す「一種の無権代理」との判示である。無権代理と似て非なる実体的権利義務を想定することになるので、無権代理や絶対的無効のいずれにも近づけ得る。もとより「一種の無権代理」は曖昧や不分明のように消極的な評価もなされ得ようが、相対的無効説が具体的事案の直接的な結論を導くので、曖昧や不分明が正面から露呈するわけではない。

このように相対的無効説は「一種の無権代理」の曖昧や不分明を見えにくくする効用を備えるが、同時に、「一種の無権代理」は相対的無効説の

存在理由確保に寄与する。無権代理ならば攻撃防御のルールとして会社法349条5項で賄えるが、承認のない利益相反取引は「一種の無権代理」なので、無権代理を前提とする同条項では賄えない可能性を抱える。そのような場合に機能するのが相対的無効説である。そうだとすれば「一種の無権代理」と相対的無効説は、相互にサポートし合う関係と把握されよう。そして個別に眺めると見つかる不首尾を見えにくくするべく、「一種の無権代理」と相対的無効説の2つは、セット化されているとも捉えられる。

一方で実体的権利義務レベルのルールとして無権代理および攻撃防御レベルのルールとして会社法349条5項が利用可能であるにもかかわらず、なぜ個別に「一種の無権代理」と相対的無効説が希求されるのか。本稿におけるこれまでの概観から推察される理由は、会社法のルールを民法のそれから相応の距離を置こうとする考え方である。昭和56年商法改正により、商法265条違反の効果は民法108条違反のそれと同じであると立法的に決着が付けられた。商法265条は民法のルールを受容すべしとの改正である。

しかしながら昭和56年改正の解説書では、この点が何ら言及されなかった。なぜか。推測を試みるならば、次のように解されようか。すなわち、すでに昭和43年判決で「一種の無権代理」および相対的無効説の両者が会社法のルールとして登場し、昭和56年改正時に相対的無効説(およびそれとセット化される「一種の無権代理」)が多数説的地位を占めていた。こうした状況に照らせば、今更民法のルールを受容が求められても困難に感じられたのかも知れない⁴⁹⁾。

このように「一種の無権代理」は、民法のルールから距離を置いた位置づけと捉えられそうである。しかしながら「一種の無権代理」は、無権代

49) もう1つ推測を試みるなら、倉沢・前掲書(注38)、同・前掲書(注40)及び岩原=神作=藤田編・前掲書(注6)(山本執筆)に見られるような無権代理に近い諸見解では、「一種の無権代理」の曖昧や不分明を嫌悪・忌避するとともに、昭和56年改正による民法のルールを受容に肯定的な対応となろうか。

理に近づけた解釈の余地も具備する。実際にそのような解釈が試みられる事項として追認がある。利益相反取引の時点においては承認を与えなかったが、事後的に承認を与えたいような場合である。事後的承認の是非について学説では、次のような見解が唱えられている。「承認のない取引を無権代理と同じに見ていた当時は、追認を認めた。取締役会が追認を拒否すれば絶対的に無効であった。既存事実はやむなく追認しがちだから、追認を認めるのは望ましくない。相対無効説では追認の必要も乏しい。しかし、取締役本人や悪意の第三者との関係でも、既存の取引内容を維持しようとする取締役会決議を、無効とまでいう必要はなからう⁵⁰⁾。」

この見解では、承認のない取引を現在は無権代理と同じに見ていないが、追認を認めて構わないようであれば追認を可能にすべき旨が唱えられている。こうした考慮を可能にする道具が「一種の無権代理」であろう。無権代理との類似性を強調して追認を許容するアプローチである。もっとも追認に関する民法113条や116条まで指摘すると、無権代理への深入りとなり、「一種の無権代理」の無権代理とは似て非なる部分を見失いかねない。それゆえ前記の見解は、追認の根拠条文を特に記すことなく、追認を不可とする必要まではなからうとの実質論となっている⁵¹⁾。見方次第では、「一種の無権代理」が生来的に抱える歯切れの悪さである。

無権代理+会社法349条5項のセットと比較して眺めた場合、「一種の無権代理」+相対的無効説のセットについては、柔軟性があって融通が利くと捉えるか、曖昧で不分明と捉えるか。無権代理とは似て非なるものを含

50) 龍田=前田・前掲書（注33）86頁。さらに同頁（注88）では、追認の決定自体が不当ながら賛成した取締役全員が責任を問われると記されている。取締役の責任で不適切な追認への抑制を利かせようとの見解である。鈴木=竹内・前掲書（注14）294頁（注10）も同旨と見受けられる。

51) この点について、岩原=神作=藤田編・前掲書（注6）121頁（山本執筆）では、規制違反利益相反取引は無権代理的無効との理解を踏まえて、追認する法的根拠〔民113条・116条〕が存すると記されている。「一種の無権代理」で融通を利かせるのではなく、無権代理である以上は当然に追認も認められるとの理解である。

むのが「一種の無権代理」なので、含めるべきものが何かが問われるべきこととなろう。何を含めたいか。仮に含めるべきものが具体的・現実的には想定し得ないのであれば、無権代理+会社法349条5項で対処可能であり、改正後の会社法356条2項とも整合的となる。その際には一種の無権代理+相対的無効説のセットを封印することも考えられよう。無くても困らないから封印する対処である。

ただし、あっても邪魔にならないのであれば、ことさら封印する必要もなさそうである。もとより2つのセットの見方には、会社法と民法の距離感も反映される。会社法356条1項2号の規制対象たる直接取引自体が自己契約・双方代理よりも広く異なる以上、民法から相応の距離を置くべきと考えるか。すでに解釈論として無権代理と解されていたが、平成29年改正により条文として明文化されたという事実に着目し、より民法へ接近したアプローチを採るか。こうした観点に立つと、平成29年の会社法356条2項の改正は、各解釈者の会社法に対する見方や民法との距離感を占う指標の1つとも捉えられよう。