

## 取締役の自己契約・双方代理

——普通取引条款による契約に関する農林省の見解に関連して——

青 谷 和 夫

- 一 まえがき
- 二 取締役の自己契約・双方代理禁止の趣旨
- 三 自己契約・双方代理の禁止される場合
- 四 自己契約・双方代理のみとめられる場合
- 五 農協法三三条についての農林省の見解（とくに共済契約の締結について）
- 六 普通取引条款による契約の締結と商法二六五条の取引
- 七 あとがき

### 一 まえがき

一 会社の取締役は、その属する会社との間に、自己契約を締結することができるか、これについては、商法第二六五条に規定するところである。それでは、運送会社の取締役が会社の運送約款の定めるところにより自社との間に

運送契約を締結する場合においても、商法第二六五条により取締役会の承認を要するか。これにつき、かつて演習課題としたところ取締役会の承認を不要とする。その理由として当然であるという答がかえってきたのには驚きもし、失望を感じたことである。しかし、これについては、理由がある。学生の中には農業協同組合の理事に聞いてきて農協法第三三条に関する農林省の解釈例を知りそれを根拠としている者があったのである。

われわれ日本人は、社会生活をいとなむ過程において物事を処理するのについて、とかく法律的に事を考えるという習慣をもちあわせていないが、西洋の人びとは、法律的に物事をわりきる習慣を身につけているといわれている。日本人と西洋人の法に対する意識のちがいは、二つの民族の育ぐまれた環境の相違にこれをみいだすことができるのであるが、われわれ日本人は、明治いらい西洋の法律文化を導入することによってそこに近代的な法治国家を樹立したのであるとするならば、われわれは、西洋の個の倫理に内在する欠陥を補いつつ、しかも、場の倫理に内在する不合理性を修正することによって、法を守り、契約を大切にする習慣を養い、そこに、新たな法律文化国家の建設に邁進するところがなければならないのである。<sup>(1)</sup> 日ごろはあたりまえというので、別に気にもとめないで契約をしていると、とんでもないことがおこるものである。<sup>(2)</sup> 会社の取締役が会社と取引をするのについても、ゆるされる事柄とそうでない事柄とがある(商法二六五条・保険業法六〇条)。そこで、わたくしは、演習において平素あまり気にとめないで契約されている取締役の自己契約・双方代理について一つの例をあげ、問題点を法律的に解明のうえ、学生の法意識の昂揚につとめたことである。

(1) 青谷・「日本人の法意識と西洋人の法意識」一八九ページ以下(後掲書「付」)。

(2) 青谷・ワークブック生命保険約款四〇ページ以下。

二 会社の取締役がその会社と契約を締結するには、取締役会の承認をうけなければならない、とされている(商法二六五条・保険業法六〇条)。これは、民法第一〇八条にいわゆる自己契約および双方代理禁止の規定に由来するものであり、これが特則を定めたものにほかならない。

民法第一〇八条の特則を定めるのについても、二つの立法形式がみられる。

その一は、取締役会や理事会の承認をうけた場合にかぎり、会社や組合と契約を締結することができるものとし、この場合には、民法第一〇八条の規定を適用しないとするものである(商法七五条、一四七条・二六五条(保険業法六〇条により相互会社に準用)、有限会社法三〇条、証券取引法一八九条、中小企業等協同組合法三八条など)。

その二は、監事が組合を代表することによって自己契約の締結をみとめるものである(民法五七条、八二六条・八五一条・八六〇条・八六六条・農業協同組合法三三条・水産業協同組合法三七条・消費生活協同組合法三一条、国家公務員共済組合法三四条、地方公務員等共済組合法一六条、私立学校教職員共済組合法一〇条・農林漁業団体職員共済組合法一〇条五項など<sup>(1)</sup>)。

(1) これと同趣旨の規定は、旧産業組合法第三五条にもみられるのであるが、この規定に違反して理事が組合と締結した契約について、判例は、かつて絶対無効と解していた(大判・大九・一〇・四民録二六輯一四一三ページ、同・昭八・七・七法律新聞三五八六ページ)が、その後これを改めて、無権代理行為に準じて解すべき行為であるとし、監事の追認により完全に効力を生ずるとするにいたった(大判・昭六・一一・一二民集一〇巻九六五ページ、同・昭二二・二・一民集一六卷七七ページ)。なお、ここにいう契約とは、組合と理事との間に利害の衝突を生ずるおそれのある取引をいうのである。

取締役の自己契約・双方代理(青谷)

## 二 取締役の自己契約・双方代理禁止の趣旨

### 四

戦前における判例法は、右の大判・昭二二・二・一によって確定したものとなっていた（これにつき、判例民事法昭和一二年度二七ページ以下の来栖評参照）のであるが、戦後になって、最判・昭四三・一二・二五（大法廷判決）・民集二二卷三五一一ページは、商法第二六五条にいう取引には、取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反の行為（直接取引）のみでなく、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、債権者に対し債務引受をする等、取締役個人の利益となり会社に不利益を与える行為（間接取引）をふくむとし、従来の判例（最判・昭三九・三・二四・最三判・裁判集七二号六一九ページなどを改めることを明らかにし、会社は、商法第二六五条に違反する取引のうち、取締役と会社との間に直接成立すべき取引については、右取締役に対して、その無効を主張することができるが、取締役が会社を代表して自己のためにした会社以外の第三者との間の取引については、右第三者が取締役会の承認を受けていなかったことについて悪意であるときにかぎり、その無効を主張することができる、と判旨している（この大法廷判決につき、田中〈誠〉・商事法研究二卷一八〇ページ以下、同・会社法詳論上巻五五六ページ以下に掲げる文献）。

## 二 取締役の自己契約・双方代理禁止の趣旨

一 法が取締役の自己契約・双方代理を禁止しているのは、もっぱら法人（商法五八条、有限会社法一条、保険業法四条。農業協同組合などは、法律上は、法人とされている（農業協同組合法五条など））の利益を保護するためである。代理権の範囲に一定の制限を加えることによって法人の利益が不当に侵害されることのないようにとの配慮に出たものである。<sup>(1)</sup>

自己契約・双方代理が可能かどうか、不可能としてもそれは論理的にしかく断定しうるものなのか、それとも利害

関係の衝突をきたすというので合目的立場よりして承認しないというのであるか、については、一九世紀におけるドイツのパンクテン法学（Pandektenwissenschaft）において争われたところである。<sup>(2)</sup> ドイツ民法も、その第一草案においては、原理としてはその可能性をみとめ、ただ、特別の理由があればこれを否認する旨を定めていたのであるが、<sup>(3)</sup> 第二草案からは、原則的に否認するものとし（第二草案一四九条、現行民法一八一条）、これが、わが民法第一〇八条に継承されたのである。<sup>(4)</sup>

（１）民法第一〇八条の法典調査会における審議経過につき、法務省図書館・法典調査会民法議事記録一第一〇一ページ以下。なお、同条の立法的背景およびその適用例につき、大西・代理の研究九七ページ以下、原田・日本民法典の素描六五ページ以下、船田・羅馬法二卷二三四ページ以下。

法人の機関のそれにつき、大西・前掲一二九ページ以下、原田・前掲三一ページ以下。

（２）大西・前掲九七ページ以下。いうまでもなくパンクテン法学を代表する学者は、イエーリング（Rudolf von Ihering, 1818～92）ヘルンハルト・ワインドシャイト（Bernhard Windscheid, 1817～92）である。

（３）Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, I, SS, 224—5.

（４）否認論の法源上の重要根拠として援用されたのは、後見人は、被後見人の財産を買うことはできない、という規定に由来するものといわれている（船田・前掲二二五ページ、原田・前掲六六ページ）。ドイツ民法第一八一条ただし書、わが民法第一〇八条ただし書も、後見人が債権者である被後見人に弁済し、反対に、後見人が債権者として被後見人から弁済をうける場合に後見人が被後見人を代表することは可能である、とする法源上の確認に由来するものとされている（原田・前掲六六六ページ）。

二 ところで、民法の法人については、社団法人に関するかぎり、総会、理事、監事を配置し、各機関の機能および意思決定に関する規定（民法五三条・六三条など、ドイツ民法四八条一項。三二条一項など）は、会社法からの影響をう

取締役の自己契約・双方代理（青谷）



けるところが少なくない。しかし、会社法も、はじめからこのような民主的な構成をとっていたのではなく、イギリス型の株式会社組織が、大陸法型の取締役、監査役の独断専制的株式会社組織に強い影響を与えたのは、比較的近世のことであるといわれている。<sup>(1)</sup> なお、総会に関する民法の規定(五二条一項・六〇条・六一条・六二条・六四条・六五条・六六条)も、商法の影響を受けたものであるが、理事の地位についても、初期の株式会社では、取締役、監査役等が中心的機関として活動していたのである。<sup>(2)</sup> さらに、民法の監事に関する規定(五八条・五九条)も、株式会社の監査役に由来するものである。<sup>(3)</sup>

このように、民法の法人に関するかぎり、その機関の機能および意思決定機構の規定は、会社法における機関の法理に由来するものである。

初期の株式会社においては、取締役、監査役が会社の中心機関として活動していたように、<sup>(4)</sup> 民法上の法人においても、理事が法人の中心的機関をなしていた。<sup>(5)</sup>

理事の法的構成について、ローマ法は、これを代理人とみていたが、ローマ法には直接代理が原則として存在していなかった<sup>(6)</sup>ので、その概念構成の影響するところは大きなものがあつた。しかし、中世いらい直接代理が漸次みとめられるようになり、法人の理事の行為が主要な論議の客体となり、直接代理の先駆を歩んでいたため、概念構成の修正の必要にせまられなかったことによって、今日なお民法に強い影響をのこしているといわれている。

すなわち、民法第四四条には、このような考えかたが生命を保つものとなっており、理事に関するその他の規定、たとえば、善意の第三者保護(五四条)、復任権(五五条)、利害衝突を原因とする仮理事の選任(五七条)などは、本

来、代理について発生した規範(五四条に対しては一〇九条・一一〇条・一一二条、五五条に対しては一〇四条・一〇六条、五七条に対しては一〇八条)を取り入れ修正したものといわれている。常任理事をしてすべての法人事務について法人を代表させること(五三条)は、もとより不動の原則ではない。訴訟の場合、特別代理人をたてるのは、中世いらい<sup>(7)(8)</sup>の本則である。

- (1) Gierke, Privatrecht, IS.500. Anm.18. 栗生・法学論業二〇巻一号一二〇ページ、原田・前掲三二ページ。
- (2) 栗生・前掲一三ページ、原田・前掲三二ページ。なお、理事の法的構成の推移につき原田・前掲三二ページ以下。
- (3) 原田・前掲三二ページ。監査役制度はオランダの株式会社にその源を発しているといわれている(Lehmann K, Die geschichtl. Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce, 1895.SS.57~58,65.

- (4) 大塚・株式会社発生史論一五ページ以下。
- (5) 栗生・前掲一三八ページ。
- (6) 船田・前掲一六一ページ以下。
- (7) 原田・前掲三二ページ以下。
- (8) 民法第五七条は、ドイツ民法第二草案第一四九条に由来するものであるが、これにつき Gierke,a.a.O.S.508.

三 民法第五七条、第八二六条、商法第二六五条、農業協同組合法第三三条、水産業協同組合法第三七条、中小企業等協同組合法第三八条などは、本来代理について発生した規範である民法第一〇八条の法理を取り入れ修正したものである。そして、これらの立法は、沿革的にみれば、すでにのべたように、会社法のそれに由来するものとみることができるのである。

そこで、まず、商法第二六五条の沿革とその立法理由について省察してみることとする。

旧商法（明治三年法律第三二号）第一八六条は、「取締役ノ代理権及ヒ其權利ノ制限ニ付テハ第一四三条及ヒ第一四四条ノ規定ヲ適用ス」としているが、<sup>(1)</sup>同条は、現行法第二六五条のごとき定めをしていない。すなわち、会社契約（今日でいう定款（旧商法一三七条・七七条参照）または会社の決議（今日でいえば株主総会の決議（旧商法二〇二条参照））に羈束されるとあるにすぎない。

新商法（明治三十二年法律第四八号）第一七六条は、「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得」とするにいたった。農協法第三三条等は、このながれをくむ立法である。<sup>(2)(3)</sup>

商法第一七六条の規定は、明治四十四年法律第七三号により、「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ民法第一〇八条ノ規定ヲ適用セス」と改められ、同条後段に、新たに民法第一〇八条を適用しない旨が追加された。すなわち、旧規定のもとにおいて、取締役がたとい監査役の承認をえて会社を代表し自己と取引をしたとしても、このような取引は、民法第一〇八条により無効であるとする判例<sup>(4)</sup>があらわれるにいたったので、これを有効とする旨を明らかにし、疑義をのこさないようにしたものである。<sup>(5)</sup>

商法第一七六条は、昭和一三年法律第七二号により商法第二六五条と改められた（ただし、条文はそのまま）。

さらに昭和二五年法律第一六七号により、監査役は、単に会計監査をするにすぎないこととなったのにもない（従来は、業務監査権をも与えられていた）、その承認を問題とすることは無意味となるにいたったので、このような場合には、取締役会の承認をえることを要するものと改め、それとともに、その取引につき、「取締役カ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

為メニ会社ト取引」をする云々と定めて、自己取引のおもな場合を例示することとしたのである。<sup>(6)</sup>この際、商法第二六五条後段は、理論上削除すべきものであったのかかわらず、削除されないで、そのまま存置されている。<sup>(7)</sup>

昭和四十九年法律第二一号により、監査役は、ふたたび取締役の職務執行をも監査する権限を与えられたのであるが（商法二七四条、二七四条ノ三など）、第二六五条は修正されなかった。

会社の業務執行の責任者としての取締役は、会社に対しその職務の執行につき善良な管理者としての注意義務を負い（商法二五四条三項、民法六四四条）、かつ、忠実に会社の利益を守らなければならないものとされている（商法二五四条ノ二）。ところで、このような取締役が、その資格を離れて個人法上の取引の場において、直接取引の相手方を代理し、もしくは代表して、自己の所属する会社と取引をするとすれば、ややもすれば、その地位を利用し会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益をはかる危険性が考えられる。そこで、商法第二六五条は、このような取締役の自己取引そのものは禁止しないとしても、このような取引の公正をはかり、考えられるような危険性を未然に防ぐため、自己取引については、取締役会の承認をうけなければならないとしたのである。

しかし、このような立法趣旨が、どのような点にむけられたものであるかについては、学説がわかれている。その一は、商法第二六五条をもって、取締役の競業禁止を定めた第二六四条と同じく、取締役の忠実義務から派生した一種の不作為義務を定めたものとするのである。<sup>(8)</sup>

その二は、取締役が会社との取引にあたり会社の利益を害しないこと、取締役会の決議がなければ自己取引をすることができないことは、取締役の会社に対する忠実義務の一つの内容をなすものであるから、この意味において取締



役の義務に関する規定であると解してもさしつかえないとはいえ、それはあくまでも、間接的、反射的なものであるにすぎないのである。商法第二六五条は、厳密に言えば、会社がその取締役と取引をする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のが、本質に徹したみかたであるとするのである。<sup>(9)</sup>

第二説は、会社の機関である取締役会が会社と特定人との取引を承認するということは、会社がその内部において当該取引をすることを決定すること以外の行為ではありえないからであるというにある。

しかし、商法第二六五条のおかれている位置およびその規定の体裁からみれば、取締役が会社の機関としてではなく、第三者的地位において会社と取引をする場合における会社に対する義務を定めたものと解するのが妥当である。

したがって、第一説が妥当と考えられる(通説である)。<sup>(10)</sup>

(1) 旧商法第一四三条(合資会社の規定)業務担当ノ任アル社員又ハ取締役ハ裁判上裁判外トヲ問ハス総テ会社ノ事務ニ付キ会社ヲ代理スル専権ヲ有ス然レトモ会社契約又ハ会社ノ決議ニ依リテ羈束セラレル  
数人ノ業務担当社員又ハ取締役アル場合ニ於テ各別ニ業務ヲ取扱フコトヲ得ルモノタリヤ又ハ其総員若クハ数人共同ニ非サレハ之ヲ取扱フコトヲ得サルモノタリヤハ会社契約又ハ会社ノ決議ヲ以テ之ヲ定ム

第一四四条 業務担当ノ任アル社員又ハ取締役ノ代理権ニ加ヘタル制限ハ善意ヲ以テ之ト取引ヲ為シタル第三者ニ対シテ其効ナシ

(2) 法典調査会における審議経過についてみるに(明治二十九年一月十九日第三三回商法委員会議事要録)(議事要録三巻四三ページ以下)、原案第一四二条は、「取締役が会社ト取引ヲ為スニハ監査役ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス」とされていた。これにつき、岡野(敬次郎)博士は、「本条ハ、現行法ニ同一ノ規定ヲ見ズ。然レトモ、取締役ノ一人カ其会社ト契約ヲ為スニ当リ、同一ノ人ニシテ、一方ニハ自己ノ利益ヲ以テシ、又一方ニハ会社ヲ代表シテ其会社ノ利益ヲ以テスルカ如キ

ハ、實際弊害ナキニ非ラサルヲ以テ、是等ノ弊害ヲ防ク為メ、即チ監査役ノ承認ヲ得ルコトヲ要ストセリ。若シ他ノ主義ニ依リテ絶対ニ禁止センカ是又取締役ニ対シ厳格ニ失スルモノト謂ハサル可カラス。是蓋シ本条ノ規定ヲ以テ其当ヲ得タルテノトシ、茲ニ之ヲ提出スル所以ナリ」。

参照条文として、イタリヤ旧商法一五〇条、ポルトガル法一七三条四項、一八七三年ベルギー法五〇条、一八六二年イギリス法 Schedule I, Table A, NO.57 をあげている。

(3) 商法修正案参考書第一七六条(第一四二条は、その後、条数整理の結果一部を改め一七六条となっている。)は、「抑モ取締役カ会社ト取引ヲ為スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ、立法例及ヒ学説上数主義ニ分レ、或ハ之ヲ禁止スルモノアリ、或ハ制限ヲ付シテ之ヲ許スモノアリ、或ハ此場合ニハ裁判所ノ選任シタル特別代理人ヲシテ会社ヲ代表セシメ以テ取締役ト取引ヲ為スコトヲ得セシムルモノアリ。蓋シ此場合ニモ、尚ホ取締役カ会社ト取引ヲ為スコトヲ許スハ極端ニ失スルミナラス、利害相反スルノ極種々ノ弊害起リ易シ。此弊害多キハ即チ絶対的ニ取締役カ会社ト取引ヲ為スコトヲ禁止スル法制及ヒ学説ニ依テ起リタル理由ナリト雖モ、絶対的禁止ハ實際上不便ナルノミナラス、取締役数人アル場合ニハ、其一人会社ヲ代表シ他ノ取締役ト取引ヲ為スコトハ必スシモ弊害アルモノニアラス。之ニ反シテ、此場合ニハ、裁判所ニ於テ一々特別代理人ヲ選任シ之ヲシテ会社ヲ代表セシメ取締役ト取引ヲ為サシムモノトスルトキハ、能力利害ノ衝突ヲ避ケ会社ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ヘント雖モ、事煩雜ニ失シ、民法上ノ法人ニ於テハ格別、株式会社ニ付テハ到底之ニ依ルコトヲ得ス。是シ本案ニ於テ、取締役カ会社ト取引ヲ為スニハ監査役ノ承認ヲ得ルコトヲ要スルモノト為シタル所以ナリ」といっている。

(備考) 当初の草案がどのような経緯を経て現行商法の最初の第一七六条になったかについては省略するが、明治三〇年十二月二十四日政府より帝国議会に提出したときの商法典案第一六六条は、「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得ルニ非サレハ自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為スコトヲ得ス」としていた(帝国議会に提出された明治三十一年五月十九日商法修正案参考書および法典調査会起草委員補助原田真義編・旧法典仏独法商法対照(明治三十一年五月発行)による)。この条文は、議会において、前述のごとく、「取締役ハ監査役ノ承認ヲ得タルトキニ限り自己又ハ第三者ノ為メニ会社ト取引ヲ為

スコトヲ得」と修正されている。

- (4) 大判・明三七・二・二〇民録一〇輯一七六ページは、商法第一七六条(現行二六五条に相当)は、民法第一〇八条とその精神を同じくするものではあるが、同条は民法第一〇八条の例外規定ではない。ただし、取締役が自己または第三者のためにその会社と取引をする場合においては、たとい、みずから会社を代表しないときであっても、会社の利益を損傷するおそれは依然として存するからである。しかのみならず、商法第一七六条の法文は民法第一〇八条の例外規定としては、措詞それと相そわないものがある。民法第一〇八条は一の禁止規定であるから、もし、その例外の定めをするには、文義を明快にする必要があるのに、商法第一七六条の法文によつては、それを發揮する旨趣をほとんどうかがい知ることができないからである、といっている。

しかし、一方、大判・明三七・六・二一民録一〇輯九五六ページ以下は、取締役が商法第一七六条の規定に反して会社と取引をした場合であっても、その行為は当然に無効ではなく、会社において、それを取消す意思を表示してはじめてその効力を失うものとする、といっている。

- (5) 法律新聞社編・改正商法理由一九三ページ。

- (6) 鈴木・石井・改正株式会社法解説一六五ページ以下、大隅・大森・逐条改正会社法解説二七三ページ以下。

- (7) 現行法のもとにおいて(昭和二五年改正後も同様)、商法第二六五条と民法第一〇八条との関係をどのように解するかが問題として考えられる。商法第二六五条は、取締役が代表取締役であろうと否とを問わず、また、取締役が同時に自ら会社を代表する場合であろうと、他の取締役が会社を代表する場合であると否とを問わず、取締役会の承認を要するとしているが、この場合、取引の相手方である取締役が自ら会社を代表するときには、民法第一〇八条にいう自己契約および双方代理となり、このような行為は、もともと禁止されるべきものである。しかし、商法第二六五条後段は、取締役会の承認をえておれば民法第一〇八条は適用されない、と規定している。自己契約および双方代理の場合にも、本人の許可があれば民法第一〇八条は適用されないで、有効な取引ということになる。

それゆえ、もともと会社の業務執行機関であるべきはずの取締役会が承認したときは、昭和二五年法律第一六七号によ

る改正前の商法第二六五条のもとにおける監査役の承認と異なり、あたかも本人である会社が承認したとみられるので、民法第一〇八条の適用が排除されるのは当然である。そこで、昭和二五年の改正草案第二六五条(政府原案)には、後段の規定(民法第一〇八条の適用排除の規定)を削除してあったのであるが、衆議院の修正により附加されたものである。したがって、現行の商法第二六五条は、いわば自明の理を注意的に規定したものと解することができる(鈴木・石井・前掲一六六ページ、大隅・大森・前掲二八一ページ)。

しかし、これに対し、自明の理を規定する必要はなく、規定をおくかぎり、商法第二六五条後段については積極的にその意義をみとめるべきであるとし、この規定の趣旨は、取締役の自己取引について一般的に民法第一〇八条の適用を排除し、たとい民法第一〇八条に該当するときであっても、同条とは関係なく、その効力はもっぱら商法第二六五条の問題として処理すべきであるとする説もある(大隅・会社法中巻一三〇ページ)。なお、会社の合併、会社間の技術提携、親子会社の激増にかんがみ、取締役の自己取引が不可避とされる今日、商法第二六五条は、後説のように積極的に解すべきであるとする見解がある(本間・注釈会社法(4)四一六ページ)。

- (8) 田中(誠)・会社法詳論上巻五五六ページ以下、五六五ページ、田中(耕)・会社法概論下巻四〇〇ページ、石井・会社法上巻三四三ページ。

- (9) 大隅・会社法中巻一三〇ページ。一九六五年のドイツ株式法第八九条(取締役への信用供與)も、このように解している。

- (10) 田中(誠)・竹田先生古稀記念論文集二六九ページ、本間・法学二〇巻四号九八ページ、実方・「隠れたる保証のための手形の裏書譲渡と商法第二六五条」・商事判例研究(昭和三〇年度)三二三ページ以下。



## 三 自己契約・双方代理の禁止される場合

## 一 当事者を中心とする取引の範囲

1 取締役が自己または第三者のために会社と取引をするには、取締役会の承認を要する（商法二六五条）<sup>(1)</sup>。

これにつき、従来の判例は、当事者の一方が取締役またはその代理人または代表者であり、他の当事者が会社である場合（直接取引）でないかぎり、その取引の結果、これらの者に影響をおよぼす場合（間接取引）であっても、商法第二六五条違反にはならないとしていたが、その後、これを変更して、同条にいう取引の中には、取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反行為（直接取引）のみでなく、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との間に債務引受契約をする場合（間接取引）をもふくむとし、<sup>(4)</sup>このような取引については、取引の安全という見地から善意の第三者を保護する必要があるので、会社は、その取引について取締役会の承認をうけなかったことのほか、相手方である第三者の悪意であることを立証することによって、相手方である第三者に対してその無効を主張することができるにいたっている。

2 取締役は、代表権（商法二六一条、民法五三条、農協法四一条）の有無にかかわらず、現に会社と取引をしようとするすべての取締役を意味する。けだし、自己契約、双方代理に関する制限は、取締役が会社の局外者として会社と取引関係に立つ場合の一般に関するものであるからである。すなわち、会社の経営についての中枢的な役割を果す

べき任務を有する取締役が、誠実にその職務を遂行すべき任務を負荷されている（商法二五四条三項、二五四条ノ二・保険業法六〇条・民法六四四条、農協法四一条など）にかかわらず、その地位を利用して私利をはかるなど、不公正な取引をすることを防止しようというにある。

このことは、農協などの理事についてもいえる。

3 以上は、同一人が二個以上の会社の取締役を兼ねており、両会社が相互に取引をする場合についてもいえるのである（保険業法第六条により保険会社の取締役が主務大臣の認可をえて他の会社の常務に従事する場合などについても考えられる<sup>(5)</sup>）。甲がA・B両会社の取締役を兼ねている場合、両会社相互間の契約につき、<sup>(7)</sup>甲がA・B両会社の代表取締役を兼ねているとき、甲がA会社の債務につきB会社を代表してする保証は、A会社の利益であってB会社に不利益をおよぼす行為となるので、会社において第三者の悪意を立証すれば、A・B両会社につき商法第二六五条が適用される<sup>(6)(7)</sup>。<sup>(1)</sup>甲がA会社の代表取締役でB会社の平取締役を兼ねているときは、B会社につき商法第二六五条が適用さ

れ、反対に、<sup>(9)</sup>甲がB会社の代表取締役でA会社の平取締役を兼ねているときは、A会社につき商法第二六五条が適用される。しかし、<sup>(10)</sup>甲がA・B両会社の代表取締役を兼ねているときでも、A・B両会社とも、他の代表取締役がそれぞれの会社を代表して契約を締結し、甲が直接その契約の締結に関与しない場合であれば、いずれの場合においても、原則的には商法第二六五条の問題を生じないように考えられるが、兼任代表取締役と会社との間の契約でも、両会社の関係が一方が他方の会社に全額出資しているといったように、いわゆる親子会社または実質的にそれと同視される関係にある場合があるとすれば、このような場合、形式上はともかく、実質的には完全に一体であるから、そ



の間に利益相反の問題は生じない。

以上のことは、農協などの理事についてもあてはまることである。

4 取締役が自己または第三者のために会社と契約をするというのは、取締役が、自己または第三者の代理人または代表取締役として会社と契約をするように、取締役の契約または双方代理行為によって生じた権利義務が自己または第三者に帰属する場合をいうのか、<sup>(8)</sup> 自己の名をもってすると他人の名をもってするとを問わず、自己または第三者の計算において契約をする場合をいうのか、<sup>(9)</sup> については、見解がわかれている。後説は、形式よりも実質的経済的側面を重視することが立法趣旨に合致するというのである。

5 商法第二六五条の解釈として、従来の判例は、利益衝突のおそれのある契約を禁止するにあらとしていたのであるが、<sup>(10)</sup> この点を中心としてみるかぎり、同条にいう取引は、会社と取締役との間のいっさいの財産上の法律行為をいい、必ずしも有償行為にかぎられることなく、<sup>(11)</sup> 会社が取締役の債務を免除するような単独行為もふくまれる。しかし、同条の立法趣旨からみて（農協法三三条も同趣旨）、同条にいわゆる取引は、その性質上当事者間に利害衝突のおそれのあるものが当然にふくまれるべきであって、会社に不利益をおよぼすおそれのないものについては（前掲最判・昭四三・一二・二五にいう間接取引は別）、商法第二六五条の適用はないと解すべきである。

取締役が会社との間に利害衝突防止のため義務を負うのは、取締役が自己または第三者のために会社と契約をする場合である。

ある契約が、会社にとって利害衝突のおそれのあるものにあたるかどうかの基準については、見解がわかれている。<sup>(12)</sup>

通説は、契約の一般的、抽象的性質に従って判断すべきであるとしている。<sup>(12)</sup> その理由は、商法第二六五条の適用の限界を明確にする必要があり、かつ、実質的に有利か不利かは、取締役会において判断すべき問題であるというにある。

これに対し、現実的、個別的に当該契約が実質的にみて会社にとって公正かつ合理的になされたどうかによって判断すべきであるとする見解がある。<sup>(13)</sup> その理由は、商法第二六五条は、取締役の忠実義務に由来するものであるから、少なくとも取締役が会社の犠牲において私利をはかる事実が具体的な個々の契約についてみとめられないかぎり、常に有効とみるのが、立法の趣旨に合致すると解するのである。

取引の安全保護と会社の利益保護の調和を求めるのについて、前者を重点的に考えるか、取引の安全保護は別の理論にゆだねて商法第二六五条をもって取締役の忠実義務の問題に徹して考えるのかの相異ということになる。しかし、後説の場合、取引が有効であることを主張するのについては、具体的の場合に、ある取引が会社にとって公正かつ合理的であり、会社になんらの損害を与えるものでない旨の立証をする必要がある。

以上のことは、農協法第三三条などの解釈についてもあてはまる事柄である。

6 商法第二六五条の適用される取引に関する例としては、つぎのごときものがあげられる。

判例は、すでにふれたように、従来、当事者の一方が取締役またはその代理もしくは代表している者であり、他の当事者が会社である場合（直接取引）でないかぎり、その行為の結果がこれらの者に影響をおよぼす場合（間接取引）<sup>(14)</sup>

でも、取締役は、利害衝突防止義務を負わないとしていた<sup>(15)</sup>

ところで、最判・昭四三・一二・二五（大法院判決）は、商法第二六五条の取引中には、取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反の行為（直接取引）のみでなく、取締役個人の債務につき、その取締役が会社を代表して、債権者との間に債務引受契約をするような間接取引をもふくむとし、従来の判例を改める旨を明らかにし、このような取引については、取引の安全の見地よりして、善意の第三者を保護する必要があるので、会社は、その取引について取締役会の承認をうけなかったことのほか、相手方である第三者がその旨を知っていること（悪意）を立証して、その無効を相手方である第三者に主張することができる、としている<sup>(17)</sup>。

なお、最判・昭四五・三・一二は、取締役が自己の債務につき会社を代表して債権者に対し連帯保証契約を締結する行為は、商法第二六五条の取引となるので、会社は、取締役のこのような行為につき取締役会の承認がないことを相手方である債権者が知っていた事実を立証した場合にかぎり、その無効を相手方に対して主張することができるものとしている。また、この判例では、すでにふれたように、A・B両会社の代表取締役を兼ねている甲が、A会社の債務につきB会社を代表してする保証は、A会社の利益ではあるがB会社にとっては不利益をおよぼす行為であるとして、商法第二六五条の適用がみとめられるとし、ただ、この場合、第三者が悪意であることを会社において立証することを要しているが、甲は、自己のためではなく、自己が代表取締役をしているA会社のためにしている<sup>(18)</sup>であり、B会社を代表しているのは甲である。これは、前掲の最判・昭四三・一二・二五に似ている。

これにつき、田中（誠）教授は、すでにのべたように、商法第二六五条違反の行為の効力について有効説をとる立

場から、<sup>(19)</sup>ひろく間接取引一般につき商法第二六五条を適用しても、取引の安全を害することなく、利益相反行為を抑制する同条の趣旨にも合するとして、拡張解釈をするのが正当であるとされる<sup>(20)</sup>。

なお、判例は、直接取引の場合、会社は、その取締役によって代表されると他の取締役によって代表されないと問わないとし、<sup>(21)</sup>間接取引について判例の態度は明確を欠いているが、田中（誠）教授は、会社は、その取締役によって代表されると他の取締役によって代表されたとを問わないものとされる<sup>(22)</sup>。

判例でとりあげられている若干の例のうち、おもなものをみるに、取締役が会社に対して有する債権について債権者の交替による更改をする場合、<sup>(23)</sup>取締役の個人的利益のためにする会社と第三者との和解契約、<sup>(24)</sup>A会社と取締役甲が、B会社の代表取締役としてA会社とする当座貸越契約の締結、<sup>(25)</sup>取締役の会社に対する金銭貸付契約などがあげられる。なお、会社による取締役の債務免除のごときもふくまれると解すべきであろう<sup>(26)</sup>。

このような判例は、会社に不利益をおよぼさないような行為を除いて、すべての財産上の法律行為をふくむとするのであるが、それは手形行為についても例外ではありえないとしている<sup>(28)</sup>。しかし、手形の流通性の保証と取引の安全ということからすれば、これらの判例には問題が多いといえる<sup>(29)</sup>。

（1）東京地判・昭三〇・一〇・二二下級民集六卷三二二二ページは、第三者のために会社と取引をした例として注目すべき判例である。

（2）同一人が二個の会社の代表取締役を兼ねており、両会社が相互に取引をする場合には、商法第二六五条の適用がある（最判・昭四六・一二・三週刊金融商事判例三〇〇号二ページ、東京地判・昭三六・九・一一時報二七六号二八ページ、同・昭四七・二・一四週刊金融商事判例三一六号一三三ページなど）。



### 三 自己契約・双方代理の禁止される場合

一一〇

- (3) 大判・昭七・七・一五民集一一卷一七七七ページ、最判・昭三三・一〇・二二時報一六五号三二ページ、同・昭三九・三・二四裁判集七二号六一九ページなど。
- (4) 前掲最判・昭四三・一二・二五、東京地判・昭四二・九・五時報五〇八号六五ページ。
- (5) 前掲最判・昭四六・一二・三等。
- (6) 最判・昭四五・三・一二時報五九一号八八ページ。
- (7) 田中(誠)・会社法詳論上巻五五八ページは、甲がA・B両会社の代表取締役を兼ねている場合に、A会社の債務につきB会社を代表してする保証は、甲が自己の債務のためではなく、自己が代表取締役をしているA会社のためにしているものであり、B会社を代表しているのは甲であるが、この場合、最判・昭四三・一二・二五のように、商法第二六五条につき広く間接取引一般を適用しても、取引の安全を害することなく、しかも、利益相反行為を抑制する同条の立法目的に合することになるので、この拡張適用をみとめるのが正当である、とされる。
- (8) 大浜・株式会社法講座(取締役)一〇六ページ、大隅・会社法中巻一三〇ページ。
- (9) 田中(誠)・前掲五五七ページ。
- (10) 前掲大判・昭七・七・一五、前掲最判・昭三三・一〇・二二、前掲最判・昭三九・三・二四等。
- (11) 大判・大四・一〇・二二民録二一輯一六七〇ページ。
- (12) 大隅・前掲一三一ページ。
- (13) 北沢・ジュリスト三二二号一二四ページ、田村・「会社が取締役に対してなす手形裏書には商法二六五条が適用されるか」・商事判例研究昭和三十四年度一〇六ページ以下。判例の中にもこの見解を肯定するものがみられる(最判・昭三八・一二・六民集一八巻一八〇ページ)。しかし、反対の判例もみられる(東京高判・昭三六・一〇・一一・東京高裁民事時報一二巻一〇号一九八ページ)。
- (14) 前掲最判・昭四六・一二・三。
- (15) 前掲大判・昭七・七・一五、前掲最判・昭三九・三・二四。

- (16) 前掲最判・昭三九・三・二四。
- (17) 前掲最判・昭四三・一二・二五。
- (18) 最判・昭四五・三・一二時報五九一号八八ページ。
- (19) 田中(誠)・前掲五六三ページ。
- (20) 田中(誠)・前掲五五八ページ。
- (21) 大阪高判・昭四〇・一〇・一九時報四三八号五四ページなど。
- (22) 田中(誠)・前掲五五八ページ。なお、同ページにあげられる判例参照。
- (23) 大判・昭八・一〇・二二法学三巻三四二ページ。
- (24) 大阪地判・昭三八・二・五時報三三二号三二二ページ。
- (25) 東京控判・昭九・九・二六新聞三八四〇号一〇ページ。
- (26) 東京地判・昭三二・三・一六下級民集八巻四九四ページ、東京高判・昭二六・八・三〇時報二七二号二〇ページ。
- (27) 大隅・前掲一三〇ページ。
- (28) 最判・昭四六・一八・一三(大法院判決)、民集二五巻九〇〇ページ。これに関する判例は多い。
- (29) 松本・私法論文集続編五一四ページ以下。田中(耕)・会社法概論下巻四〇〇ページ、大浜・株式会社法講座三巻一〇七〇ページ、松田・会社法概論二二二ページ以下、田中(誠)・前掲五六三ページ以下。

### 二 行為の内容を基準とする取引の範囲

- 1 取引のうちにどのような内容の行為をふくむかについては説がわかれている。次項(四)に掲げる場合を除き、すべての財産上の法律行為をふくむとする。<sup>(1)</sup>
- 2 手形行為もふくまれる。<sup>(2)</sup>しかし、手形行為について取締役会の承認がない場合に、その効力がみとめられな

いとあっては、取引の安全と手形の流通性を害することになり、ふつごうな結果を生ずるというので、商法第二六五条の取引には、契約のみをふくみ、単独行為はふくまれないものとし、したがって、手形物権行為は取引であつても、手形債権行為は取引ではないので有効であるから、善意の第三取得者は、有効に手形上の権利を取得することになると解する学説がある。<sup>(3)</sup>また、商法第二六五条にいう取引は、利害衝突を生ずるおそれのある債権契約にかぎられるのであって、契約の履行としての物権的行為およびこれに準ずべき手形に関する行為のときは、ふくまないとする見解もある。<sup>(4)</sup>

- (1) (a) 更改(大判・大四・一〇・二二民録二二輯一七三六ページなど)。
- (b) 取締役の債務についての会社の引受(大判・昭六・五・七新聞三二七二号一七ページなど)。
- (c) 甲会社の取締役が乙会社の代表取締役を兼ねているとき、甲会社の債務を乙会社が引き受ける場合(東京地判・昭三六・九・一一下級民集一二巻二二六ページなど)。
- (d) 会社に対する取締役の金銭貸付(東京高判・昭三六・八・三〇下級民集一二巻二二〇六ページなど)。
- (e) 会社が取締役個人の債務につき連帯保証をする場合(東京高判・昭三一・八・三下級民集七巻二〇九一ページなど)。
- (f) 代表取締役が自己の負担する個人債務につき会社を代表して連帯債務を負担する場合(吹田簡判・昭三五・八・八時報二六二号二九ページなど)。
- (2) 多数がみられる(最判・昭四六・一〇・一三へ大法廷判決、民集二五巻九〇〇ページなど)。
- (3) 松本・私法論文集統編五一四ページ以下。
- (4) 田中(耕)・会社法概論下巻四〇〇ページ、大浜・株式会社法講座三巻一〇七〇ページ、松田・会社法概論二二二ページ以下、田中(誠)・前掲五六三ページ以下。

#### 四 自己契約・双方代理のみとめられる場合

一 商法第二六五条が自己契約・双方代理を禁止しているのは、法人の利益を保護するためである。取締役の取引行為に一定の制限を加えることによって法人の利益が不当に害われることのないようにとの配慮に出たものである。したがって、つぎに掲げる取引は、同条にいわゆる自己契約・双方代理禁止規定にふれないものと解される。

(ア) 商法第二六五条の立法趣旨からすれば、会社に不利益のない行為はみとめられるものと解される。<sup>(1)</sup>

(イ) 債務の履行のように、新たに利害関係が創造されるのではなく、すでに成立している利害関係の決済にとどまるものごときは、除かれる(民法一〇八条ただし書)。

(ウ) 自己契約・双方代理が禁止されるのは、新たに利益の交換を生ずる場合であるが、取締役会があらかじめ自己契約・双方代理をみとめているときはさしつかえない。有効に成立するものと解される(ドイツ民法一八一条参照<sup>(3)</sup>)。新たに利益の交換を生ずる場合であっても、特別代理人または会社の他の取締役が会社の利益を害しないとみとめるかぎり、このような場合についてまで自己契約・双方代理を禁止する理由はないからである。

- (エ) 相殺。<sup>(4)</sup>
- (オ) 会社が取締役より無利息・無担保で金員を借受ける行為。<sup>(5)</sup>
- (カ) 無償贈与をうける行為。<sup>(6)</sup>



- (甲) 会社に対する私財の提供。<sup>(7)</sup>
- (乙) 競売による財産の取得行為。<sup>(8)</sup>
- (丙) 取締役が会社から自社製品の自家用車を購入したり、自社売出し株式を私費で購入するように、会社が日常顧客との間ですると同種の取引について、まったく同じ方法とする自己取引は、利益相反行為とはならない。<sup>(9)</sup>
- (丁) 普通取引条款による運送契約・倉庫寄託契約・預金契約・保険契約・共済契約・電気供給契約・ガス供給契約などは、料金・利子率・保険料率・掛金率・契約条件などが定型化されていて、それらは当該取引条款で確定しているものである。したがって、このような契約は、いずれも利害衝突のおそれがないものと解される。<sup>(10)</sup>
- (戊) 同一の取締役が二会社の取締役を兼ねている場合、両会社間に契約が締結されても、その取締役がいずれの会社をも代表していない場合。<sup>(11)</sup>
- (己) 合併契約または他人と営業上の損益を共通にする契約。<sup>(12)</sup>
- (庚) 会社に対する贈与。<sup>(13)</sup>
- (辛) 会社に不利益のない行為、その他無償行為。<sup>(14)</sup>

(イ) 会社債務について取締役が個人保証をするのについて、取締役と会社との間に当該保証に関して委託契約がなされていない場合においては、その保証は、会社の債権者と取締役個人との間の契約ということになるので、会社に不利益をおよぼすおそれがない。したがって、利益相反行為とはならないものと解される。

- (1) 大判・昭一三・九・二八民集一七卷一八九五ページ、同・昭九・一・二三新聞三六七三号一六ページ。会社が無利息で

取締役から金を借りる場合につき、東京地判・昭三四・一二・二六下級民集一〇卷二七七五ページ。有償行為にかぎらないとするものに、大判・大四・一〇・一二民録二二輯一六七四ページなど多数。

- (2) 大判・大九・一・二〇民録二六輯一八八ページ。
- (3) 通説である(大判・大一二・一一・二六民集二卷六三四ページ、鳩山・判例民事法大正二二年度四六九ページ以下。
- (4) 大判・昭五・二・二三商事判例集三三三三ページ、同・昭一二・六・一七新聞四一四九号一八ページ。
- (5) 最判・昭三八・一二・六民集一七卷一六六五ページ。
- (6) 大判・大九・二・二九民録二六輯一八四ページ。
- (7) 大判・昭一三・九・二八民集一七卷一八九五ページ。
- (8) 東京地判・昭二・八・六新報一三一号一六ページ。
- (9) 小町谷・法学一五卷四号一五ページ。
- (10) 田中(耕)・会社法概論下巻四〇〇ページ、松田・会社法概論二二二ページ、石井・会社法上巻三四三ページ、大隅・前掲一四八ページ、大森・会社法講義一七八ページ、西原・会社法二二二ページ、野津・新会社法二六八ページなど。
- (11) 松田・前掲二二二ページ。
- (12) 松田・前掲二二三ページ。
- (13) 大判・昭一三・九・二八民集一七卷一九一三ページ。
- (14) 前掲大判・昭一三・九・二八、同・昭九・一・二三新聞三六七三号、東京控判・昭八・一・三一新聞三五二二号。

二 法が自己契約・双方代理を禁止しているのは、すでにのべたように、もっぱら会社の利益を保護するためである。取締役の代表または代理の権限について一定の制限を加えることによって、会社の利益が不当に侵害されることのないようにとの配慮に出たものである。したがって、債務の履行のように、新たな利害関係が創造されるのではなく、すでに成立している利害関係の決済にとどまるようなものは除かれ、新たに利益の交換を生じないような取引、たと

えば、本人があらかじめ自己契約、双方代理をみとめているような場合には、さしつかえないのである（ドイツ民法一八一条参照）。新たに利益の交換を生ずる場合であっても、すでにのべたように、特別代理人または会社の他の取締役が会社の利益を害しないとみとめるかぎり、そのような場合についてまで自己契約・双方代理を禁止する理由はない。そこで、法は、このような場合について、二つの立法形式をみとめていることは、すでにのべたとおりである。すなわち、自己契約・双方代理の禁止原則の除外例を認定するのに、取締役会または理事会の承認にかからしめるものと、特別代理人または監事にゆだねるとするものとあるのであるが、前の場合は、商法第二六五条とその考えかたを同じくするものである（しかし、商法第二六五条は、すでにのべたように、昭和二五年法律第一六七号をもって改正されるまでは、監査役の承認を要するものとしていたが、この改正法により監査役の業務監査権が奪われたことにともない、取締役会の承認事項にかからしめたという経緯がある。<sup>(1)</sup>）。そのいずれの形式をとるにもせよ、その認定を経た自己契約・双方代理は、法律上有効に成立するのである。

（1）民法は、数人の理事があり、その一部の者と法人との利益が相反する場合には、特別代理人が代表してさしつかえないとしている（民法五七条）が、商法第二六五条などは、このような場合についても制限を加えるべきものとしている。

## 五 農協法三五条についての農林省の見解（とくに共済契約の締結について）

一 普通取引条款による契約は、その契約条件が当該取引条款によって定型化されており、確定しているので、利

害衝突のおそれがない。したがって、取締役がそのような取引条款にもとづいて会社との間にある契約を締結したとしても、これについては、取締役会の承認をえる必要がない、というのが通説である。

二 しかるに、農林省は、農業協同組合の理事が当該農業協同組合と共済契約を締結するのについては、農協法第三三条により当該組合の監事が組合を代表して当該理事と共済契約を締結すべきことになると解している。すなわち、昭和四〇年三月一五日農林省農政局農業協同組合課長の見解としてつぎのごときものがみられる。

「農業協同組合法第三三条の『契約』には、組合に不利益を及ぼすおそれのないものは含まれない。ところで、農協共済契約は、約款により定型化されているとはいえ、契約の申込みの承認については、いずれも共済者たる組合の適否の判断が介入するものであり、なお、組合に不利益を及ぼす余地がある。したがって、農協共済契約は、すべて、農業協同組合法第三三条の適用を受けることになる<sup>(1)</sup>」というのである。

この考えかたをうけたものとして、つぎのごとき解釈がみられる。

（1）「農協の共済契約は、『契約』の範囲に含まれるか」、すなわち、「農協法第三三条の規定でいう『契約』には、農協共済契約が含まれますか。含まれるとすれば、現在農協で実施しているすべての共済契約が含まれるのですか」との問に対し、

「農協法第三三条の規定でいう『契約』には、組合に不利益を及ぼすおそれのないものは含まれません。ところで、農協共済契約は、約款により定型化されているとはいえ、契約の申込みの承諾については、いずれも共済者たる組合の適否の判断が介入するものであり、なお、組合に不利益を及ぼす余地があります。したがって、農協共済契約は、



すべて、農協法第三三条の適用を受けることになります」と解かれている。

(2) また、農協と農業共済組合の役員が兼務している場合の契約の当事者は誰か。すなわち、「農協と農業共済組合の役員が全員兼務している場合、農業災害補償法に基づく農作物、蚕繭共済金支払を農協の貯金口座振込にするための契約において、(ア) A農協とB農業共済組合の組合長を兼務している甲がAの代表となり、AとBの理事を兼務している乙がBの代表となり契約を行う場合、(イ) 甲がAの代表となり、AとBの監事をしている丙がBの代表となり契約を行う場合、(ウ) 丙がBの代表となり、AとBの監事を兼務している丁がAの代表となり契約を行う場合、農協法第三三条はどのように適用されますか。なお、これらの場合における双方の役員の行為について民法第一〇八条による制限を受けることはありませんか」との問に対し、

「農協法第三三条の規定は、理事が自己自身のためまたは第三者の代理人としての組合契約を締結すると、組合の犠牲において自己または第三者の利益を図るおそれなしとしないので、組合の利益を保護する目的をもって設けられたものであります。したがって、その契約が普通契約約款に基づいて行なわれる場合のように、組合と利益相反するおそれのないものは含まれないと解されます。質疑の件は、共済金支払を目的とするものですが、その契約内容は、貯金契約です。他に普通の貯金と異なった特約のない限り、農協法第三三条の契約には該当しないものと解されます。したがって、質疑記載のいずれの例にもよる必要はありません」。

なお、「民法第一〇八条の規定は、甲がA、B両方の代表者となる場合についての規定であって、(ア)、(イ)及び(ウ)の例は、いづれも該当することはありません」と解かれている。

(3) しかし、いかにこのような解釈がゆるされるとしても、役員が肥料を組合から購買する場合」については、「監事が組合を代表する具体的事務方法としては、たとえば購買品掛売買通帳（仮称）に購入申込欄として品名、数量、単価、代金額、決済期日、利率等を記入し、これに現品受領印、代金の受入月日、金額、売掛金残高を表示できるようにし、これによって監事の承認を受けるのが適当ではないかと考えます」として、農協法第三三条の契約に該当するとして、その場合の手續を指示している。<sup>(2)</sup>

(1) 新農協実務相談集（全国協同出版刊行）一四四ページ以下。

(2) 前掲一四四ページ。

三 しかし、役員が組合の債務保証契約を締結する場合などについては、農協法第三三条の適用があるものと解すべきであろう。<sup>(1)</sup>

(1) 前掲三項参照。

四 すでにのべたように（前掲二項）、農協法第三三条は、その源流をさかのぼれば会社法の影響を受けた立法である。それゆえ、農協法第三三条の意図している組合と理事との間に利害の衝突を生ずるおそれのある取引についても、商法第二六五条に関する学説、判例を中心として考えをすすめるべきである。<sup>(1)</sup>

(1) 上柳・協同組合法二二二ページ。

五 農林省は、「農協共済契約は、約款により定型化されているとはいえ、契約の申込みの承諾については、いづれも共済者たる組合の適否判断が介入するものであり、なお、組合に不利益を及ぼす余地」があるので、この

ような契約の締結については、農協法第三三条の適用があるといっている。

しかし、危険の選択基準は、客観的なものとして定型化されているので、組合の理事なるがゆえに特別のはからいをゆるすべきものでもなく、例外をみとめる性質のものでもない。約款も、料率表も、すべての申込人に平等にかつ衡平に適用されるものとして措定され、定型化されているのとなんら異なるところはないはずである。農林省は、預金約款によって締結される農協貯金については、農協法第三三条の適用はない、とのべているが、これと共済契約とを異別解釈しなければならないとする理由はみいだせないであろう。

## 六 普通取引条款による契約の締結と商法二六五条の取引

一 運送契約、銀行預金契約、保険契約などは、普通取引条款によって締結される定型契約である。そして、運送賃、預金利率、保険料率、危険選択基準も定型化されている。そこには、取締役の恣意にもとづいて自由にこれを変更する余地はのこされていない。したがって、このような条款によって締結される契約は、商法第二六五条の意図する利益相反行為には該当しないと解されるのである。

従来、預金約款による預金契約については、自己契約禁止条項にふくまれないと解されてきたのであるが、<sup>(1)</sup>その趣旨は、このような契約は、取締役と会社との間の利益衝突をきたすものとはみとめられないのみでなく、個別的裁量の余地のない定型的取引であるからである、とすることにある。

この趣旨からすれば、運送会社の取締役や保険会社の取締役がその会社の定めた条款（運送約款・運送賃・保険約款・保険料率・危険選択基準など）によって契約を締結したとしても、このような契約は、取締役と運送会社や保険会社との間に利害関係の衝突をきたすおそれはないのみでなく、取締役によって個別的裁量の行われる余地は全くみられない定型的契約であるから、取締役が取締役会の承認をえないで、自己契約をその会社との間に締結したとしても、商法第二六五条（保険業法六〇条などによって準用）に抵触しないものと解することができる。

(1) 田中（耕）前掲四〇〇ページ、松田・前掲二〇三ページ、石井・前掲三四三ページ、鈴木・会社法一四六ページ、大森・会社法講義一七八ページ、野津・新会社法二六八ページなど通説である。

二 したがって、同様の趣旨により、保険会社の取締役が取締役会の承認をえないで保険約款の定めるところにより会社から契約貸付をうけたとしても、そのような契約者貸付は有効である。<sup>(1)</sup>

(1) なお、学説の詳細については、田中（誠）・「取締役と会社との取引の効力について」・竹田先生古稀記念論文集二六七ページ以下、同・会社法研究二卷二九三ページ以下。

## 七 あとがき

わが国においては、取締役が会社を利用して金融の便をえるため、または第三者にえさせるため、会社に手形を振出させたり、または自己が振出して会社の裏書もしくは引受をうけて流通力を増大しようとする例が少なくないので



あるが、これらの詳細については、ここにはふれないこととする。<sup>(1)(2)(3)</sup>

本稿は、すでにのべたように、学生のための演習課題としてとりあげた問題について、若干の問題点を指摘し解明したことにとどまるものであることをとくに附記しておきたい。

(1) これに関する判例は多数に上っている(大判・大九・一二・二民録二六輯一八八七ページ、同・大一二・三・九民集二卷一三三ページ、同・大一二・七・一一民集二卷四七七ページ、同・大二三・九・二四民集三卷四三二ページ、同・大一一・一・三〇民集五卷七七ページ、同・昭八・六・一民集一二卷一四〇一ページ、最判・昭三八・三・一四民集一七卷三三五ページ、同・昭四六・一〇・一三〈大法院判決〉・民集二五卷九〇〇ページ、同・昭四六・一一・二三・週刊金融商事判例三〇〇号二ページ、同・昭四七・二・二三週刊金融商事判例三〇八号六ページなど)。なお、田中(誠)・手形小切手法詳論上巻一七三ページ以下参照。

(2) 右のうち、最判・昭四六・一〇・一三は、大法院判決であるが、この判決は、(ア)株式会社がその取締役にあてて約束手形を振り出す行為と商法第二六五条との関係、(イ)同条に違反して株式会社が振り出した約束手形を取得した第三者に対する会社の手形上の責任に関するものであるが、これにつき、最高裁は、(ア)株式会社がその取締役にあてて約束手形を振り出す行為は、原則として商法第二六五条にいう取引にあたりとし、(イ)株式会社は、商法第二六五条に違反して振り出した約束手形を裏書により取得した第三者に対しては、右手形が会社からその取締役にあてて振り出され、かつ、その振り出につき取締役会の承認がなかったことについて、右第三者が悪意であったことを主張、立証しないかぎり、振出人としての責任を免れない、と判旨している(この判決については多くの判例批評がある。田中(誠)・商事法研究二卷一八〇ページ以下など)。

(3) 本稿を脱稿した後に田中(誠)・「取締役・会社間の取引規制の緩和傾向と私見」(商事法務七四九号、七五〇号)が発表されていることを附記する。