

第4章 利益相反取引規制と金融機関

岩原紳作

序

本稿においては、金融機関が株式会社である顧客との間の取引において、当該取引が当該会社における利益相反取引規制（会社法 356 条 1 項 2 号・3 号）違反となるという問題に関わった判例を分析し、金融機関としてはそのような問題に対しどのように対処すべきかを、検討することとしたい。なお、金融機関が株式会社以外の宗教法人や社会福祉法人等の非営利法人の顧客と行う利益相反取引等において必要な理事会の承認を得ない取引の効力等の問題については、本報告書第 6 章の森下哲朗教授の報告を参照されたい。

1 金融機関が利益相反規制と関わった判例

金融機関の顧客が、当該金融機関との取引が利益相反取引に該当するとして争った判例として、以下のようなものがある。

① 最判昭和 33・10・21 判時 165 号 32 頁

A 株式会社の取締役 B は、A 会社の目的たる事業の発展に必要な運転資金の融通を Y 銀行から受けるのにあたって、Y 銀行の提出した条件に従い、C 株式会社が Y 銀行に対して負担する債務のうち 500 万円につき、A 会社を代表して連帯保証契約を締結した。B は C 会社の株主であり、C 会社の銀行 Y に対する前記債務につき別に個人として連帯保証をした。A 会社は破産宣告を受けた。本件は、A 会社の破産管財人 X が、A 会社による Y 銀行に対する連帯保証は、平成 17 年改正前商法 265 条（会社法 356 条 1 項 3 号）違反であり、連帯保証債務の履行は法的原因を欠いていることを理由に、Y 銀行に対し、履行された保証債務の支払いにつき不当利得返還請求を求めた事案と見られる。判決は、A 会社が Y 銀行に対する本件連帯保証債務を負担することにより、B の Y 銀行に対する連帯保証債務が消滅もしくは軽減されるものではなく、B が C 会社の株主であっても、本件保証契約により B が法律上当然に利益を得るものではないとして、X の Y 銀行に対する不当利得返還請求を棄却した。

この事件の論点は 2 点あると思われる。第一に、会社を代表して連帯保証契約を締結した取締役が、被保証人会社の株主であったことが、自己取引又は利益相反取引に該当するか。第二に、当該取締役自身も同一の債務の連帯保証人であったことから、会社を代表して連帯保証することが、自己取引又は利益相反取引に該当するか。

第一の問題については、B が C 会社の全株の株主であれば利益相反取引とされるが（名古屋地判昭和 58・2・18 判時 1079 号 99 頁、江頭憲治郎『株式会社法[第 7 版]』（有斐閣、2017 年）445 頁。一部の説は過半数の株式所有者であれば該当するとする。前田雅弘「取締役の自己取引」龍田節先生還暦記念・企業の健全性確保と取締役の責任（有斐閣、1997 年）304 頁）、単に株主であるだけでは、利益相反取引に当たらないとされている。本件では B の所有株式数の認定がされていないため、この点で利益相反性が認められることはない。

第二の問題について判決は、B が Y 銀行に対する C 会社の債務につき別に個人として連帯保証をしても、B が A 会社を代表して同債務につき連帯保証することによ

って B の連帯保証債務が消滅もしくは軽減されることはないから、A 会社に対する利益相反行為に当たらないとしている。しかし、③判決が判示するように、A 会社が C 会社の債務につき連帯保証すると、民法 465 条 1 項・456 条・427 条により、特段の合意がない限り、C 会社の債務につき A 会社と B の間では等しい割合で負担部分を負うことから、それだけ B の負担部分は減ることになる。そして連帯保証債務を履行した B は、A 会社に対しその負担部分につき求償することが可能である（民法 442 条）。従って、特段の合意がなければ、利益相反取引と認められるのではなからうか。

② 東京地判昭和 38・1・30 下民集 14 卷 1 号 127 頁

Y1 公庫（中小企業金融公庫）は、A 株式会社に対する債権を担保するために、A 会社の代表取締役 B が代表取締役を兼任する X 株式会社の所有不動産に抵当権を設定する契約を、B が代表する X 会社と締結した。抵当権は実行され、Y2 銀行が競落し、所有権移転登記を受けた。これに対し X 会社が、当該抵当権設定契約締結は当時の商法 265 条（現行法では会社法 356 条 1 項 3 号）の適用を受ける取引であるにも拘わらず、X 会社取締役会による承認がなかったとして、Y1、Y2 を被告に、Y1 が当該抵当権を有しない旨の確認や Y2 に対する所有権移転登記抹消等を請求した事件である。X 会社の主張が認められ、請求が認容された。

本件のように 2 つの会社の代表取締役を兼任している者が一方の会社の債務につき他方の会社に物上保証をさせる契約を債権者と締結する行為は、典型的な利益相反行為とされ、本判決が商法旧 265 条を適用したことには問題がない（最判昭和 43・12・25 民集 22 卷 13 号 3511 頁、神崎克郎「取締役の間接取引の明確化」商事 1064 号（1986 年）37 頁、落合誠一編『会社法コンメンタール 8』（商事法務、2009 年）83 頁〔北村雅史〕）。しかし、第三者である Y1、Y2 の主観を問題にしていないことは、前掲・最判昭和 43・12・25 や、直接取引に関する最判昭和 46・10・13 民集 25 卷 7 号 900 頁が、利益相反取引の相手方である第三者に対しては、悪意であることを会社側が主張し立証して初めて、利益相反取引の無効を主張できると判示したのに反しており、これら最判により本判決は変更された考えるべきであろう。なお、同判決は、第三者が悪意のときにのみ無効を主張しうると判示しているが、学説では、第三者が重過失であるときは悪意と同視するという説が有力である（江頭・前掲 448 頁、北村・前掲 87 頁、田中亘『会社法〔第 2 版〕』（東大出版会、2018 年）249 頁）。

なお、代理人による本人との利益相反行為に関する平成 29 年改正民法 108 条 2 項が本件に適用されれば、B が X を代表して X 所有不動産に B が代表取締役である A 会社の Y1 の債務を担保するための抵当権を設定することは、民法 108 条 2 項により無権代理行為とされる。その場合の第三者である Y1 の保護については、表見代理の法理が適用されるとの学説が唱えられている（潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野目章夫『詳解 改正民法』（商事法務、2018 年）56 頁〔中舎寛樹〕）。

その説に従えば、表見代理でも民法 109 条ではなく、民法 110 条の問題と考えられることから、Y1 は、正当理由がある、即ち、B が利益相反取引規制に違反していないということを信じるにつき Y1 が善意・無過失であるときに保護されることになり、その

立証責任は第三者たる Y1 にある（四宮和夫＝能美善久『民法総論[第 9 版]』（弘文堂、2018 年）391 頁。これに対し、民法 109 条における第三者の善意・無過失の立証責任は、本人の側にあるとされる（四宮＝能見・前掲 389 頁）。

このため改正民法が適用されても、Y1 の悪意（又は重過失）の立証責任が X 会社にあることには変わりはないが、前記最判とは異なり、Y1 に重過失ではなく軽過失があるだけでも、X 会社から無効を主張されることになる。重過失と軽過失でどれだけ異なるか問題であるが、金融機関としては、利益相反取引該当性につきより注意する必要があるだろう。

③ 東京地判昭和 50・9・11 金法 785 号 36 頁

Y 銀行は、A 有限会社との間で貸付や手形割引等の取引を行ってきたが、与信額が増加したために増担保請求を行った。そこで A 会社の経理担当取締役 B が代表取締役となる C 株式会社を設立し、C 会社設立時の払込資金、及び X から C 会社が借り受けた金を、C 会社が A 会社に融資した。B は Y 銀行にある A 会社名義の預金口座から 600 万円を引出し、同日、C 会社の A 会社に対する貸付金の弁済として、Y 銀行にある C 会社名義の普通預金口座に入金し、更に、同預金口座から 500 万円の払戻しをうけて、Y 銀行に C 会社名義の定期預金を行った。B は、同定期預金証書裏面の元金受領証欄に、C 会社を代表して署名捺印し、Y 銀行の行員に交付した。その際、担保設定契約書、担保品預り証等担保設定を証する書面は作成されず、Y 銀行の担保品記入帳への記載もされなかったが、同日現在の A 会社の Y 銀行に対する借受金合計額 5260 万円を担保するため、C 会社が同定期預金に質権設定契約を締結したものと認定された。X が C 会社の Y 銀行に対する当該定期預金債権を差押えて、転付命令を受けた。X が Y 銀行を被告に、当該定期預金の支払等を求めたのが本件訴訟である。これに対し Y 銀行は当該定期預金債権に対する質権の抗弁を主張したが、X は以下のような理由により、C 会社による質権設定契約の無効を主張した。

B はそれ以前に個人として、Y 銀行に対し A 会社の Y 銀行に対する銀行取引より生じる債務につき、B の所有する土地に元本極度額 4000 万円の根抵当権を設定した。根抵当権の被担保債務と同一の債務のため C 会社が更に質権を設定したことは、B の利益となり、C 会社に不利益を与えるものであり、利益相反取引として無効であるというのである。これに対し Y 銀行は、C 会社は A 会社と営業上および財務上一体をなしているから、本件質権設定契約は A 会社がなした行為と同視できるから平成 17 年改正前商法 265 条（会社法 356 条 1 項 3 号）の取引に該当しない等と主張した。

しかし判決は、C 会社は実質的にも A 会社と別個独立の会社であるから、同条所定の取引に該当し、C 会社取締役会の承認が必要であると判示した。そして X は、本件預金債権の転付債権者であるから、同条違反を主張できるとした。また、本件根抵当権を締結した Y 銀行担当者は、C 会社に B 以外に 5 名の取締役が存在し、B が個人として Y 銀行に根抵当権を設定していたことを知悉していたのに、C 会社の取締役会の承認を求めることもなく、承認の存否を確認することもなく、本件質権設定契約を締結したことは、Y が銀行であること等を考え併せると、Y 銀行は C 会社の取締役会の承認を得てい

ないことを知っていたか、容易に知りえたはずであったのに、重大な過失により知らなかったと推認できるとして、Xは質権設定契約の無効を主張できるとした。

本件で問題になったのは、第一に、A会社の取締役で自己所有土地にA会社のY銀行に対する債務を保証するために根抵当権を設定していたC会社の代表取締役Bが、A会社のY銀行に対する当該債務を更に保証するために、C会社のY銀行に対する預金債権にC会社を代表してY銀行のための質権を設定することが、利益相反取引に該当するか、第二に、会社債権者が会社に代わって利益相反取引についての取締役会の承認決議の欠缺による無効の主張ができるか、第三に、銀行が利益相反取引についての取締役会の承認決議の欠缺につき悪意であるだけでなく、知らないことに重過失がある場合にも無効の主張が認められるか、重過失が認定されるのはどのような事情がある場合か、といったことであった。

第一の問題に関しては、①判決につき前述したように、民法465条・456条・427条・442条により、BとC会社は、別段の合意がない限り、等しい割合でA会社のY銀行に対する債務につき負担部分を負うことになることから、C会社の負担部分だけBのY銀行に対する保証債務から生じる負担部分は減ることになり、B・C間において、C会社の負担においてBの負担を軽くすることになる。①の判例に拘わらず、③判決のように利益相反取引とされる可能性があると思われる。なお、BはA会社の代表取締役ではなく単なる取締役であることから、A会社のY銀行に対する債務をBがC会社を代表して保証すること自体がC会社に対する利益相反取引に当たるということは問題とされていない。

第二の問題は、C会社のY銀行に対する定期預金債権を差し押さえて転付命令を受けたC会社の債権者であるXが、利益相反取引につき取締役会の承認がなかったことを理由に、当該取引の無効を主張できるかである。利益相反取引規制は、取締役の利益相反取引により、会社の利益が損なわれないようにした規制であり、会社債権者保護もその目的に含まれると解釈される。会社債権者は債権者代位権を行使する場合に会社に代わって取締役会の承認のない利益相反取引の無効を主張できるだけでなく、本件のように当該会社の有する債権につき転付命令を受けた債権者としても、利益相反取引の無効の主張ができると考える。利益相反取引の無効の主張ができないのは、直接取引の相手方である取締役や間接取引の相手方である第三者が無効を主張するような場合であり（最判昭和48・12・11民集27巻11号1529頁、最判昭和58・4・7民集37巻3号256頁）、利益相反取引による会社の債務の無効を当該債務の保証人も主張できると解するのが、多数説である（名古屋高金沢支判昭和42・4・28高民集20巻2号210頁、江頭・前掲432頁、落合誠一編『会社法コンメンタール8』（商事法務、2009年）89頁[北村雅史]（そう解さないで、保証債務を履行した保証人が会社に求償を求めた場合に、会社が主債務の無効を主張して、求償を拒む恐れがあるとする）。反対、菅原菊志『取締役・監査役論』（信山社、1992年）142頁。因みに、最判平成21・4・17民集63巻4号535頁は、会社法362条4項の取締役会決議を欠く行為の効力につき、「取締役会の決議を経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できる」と判示しているが、同判決は会社法356条ではなく会社法362条4項違反による無効

を会社の債務者が主張することを認めなかったもので、会社債権者が無効を主張できないとしたものではない。

第三の問題は、銀行実務上一番問題となるところであろう。本判決は、本件契約締結当時、Y銀行の契約担当者が、C会社にはBのほか5名の取締役が存在していることや、Bが個人として先にY銀行に対し根抵当権を設定していることを知悉していたこと、Y銀行が本件質権設定契約は利益相反取引に該当しないと考えて、C会社の取締役会の承認を求めることも承認を確認することもなく、質権設定契約を締結したこと、Yが銀行であること、C会社設立の経緯、本件質権設定契約時の状況を考え併せて、Y銀行は同契約が利益相反取引であることに悪意又は重過失があるとした。しかし、従来の判例・通説は、承認を受けない間接取引の相手方との関係においては、取引安全の見地から、当該取引が利益相反取引に該当すること、および、株主総会又は取締役会の承認を受けていないことを、当該第三者が知っていることを会社が主張・立証して初めて、会社は同人に対し取引の無効を主張できると解してきた（前掲・最判昭和43・12・25、江頭・前掲448頁。平成17年改正前商法260条2項1号（会社法362条4項1号）に反して重要な業務執行につき取締役会決議による承認がなかった場合には、第三者が承認決議を経していないことを知り又は知りうべきときに限って無効とされる（最判昭和40・9・22民集19巻6号1656頁、前掲・最判平成21・4・17）のと異なる（尤も、商法学説においては、悪意又は重過失がある場合に限って無効の主張を対抗できるとする説が有力である。大森忠夫＝矢澤惇編集代表『注釈会社法 第1巻』（有斐閣、昭和46年）295頁〔菅原菊志〕、龍田節『会社法大要』（有斐閣、平成19年）390頁、江頭・前掲432頁、落合誠一編『会社法コンメンタール8』（商事法務、2009年）20頁〔落合誠一〕等）。前述した学説に従い、重過失の場合にも無効の主張を認める点で本判決は問題を提起していると言えよう。但し、先に論じたように、平成29年改正民法の下では、銀行に軽過失がある場合でも無効の主張が認められる可能性がある。

また、悪意又は重過失があった理由として、他に取締役がいることを知っていたことをまず挙げているが、他に取締役がいない会社の唯一人の取締役による利益相反行為の場合であっても、当該取締役が全株所有株主である場合等を除けば（最判昭和45・8・20民集24巻9号1305頁、同昭和49・9・26民集28巻6号1306頁）、株主総会による承認が必要で（会社法356条1項2号・3号、365条1項）、他に取締役がいることを知っているか否かには関係がないはずである。

判決はまた、B個人がA会社のY銀行に対する債務につき物上保証していたことをY銀行が知っていたことを理由に挙げている。第一の問題で指摘した通り、それは利益相反性を示す可能性があるが、ともに同一債務につき保証関係にあるA会社とBの間での負担部分に関する合意によっては、利益相反性が否定される可能性もある。しかるに判決は、株主総会又は取締役会による承認がなかったことをY銀行が知らないことに悪意であったか、又は知らないことに重過失があったかの主張・立証について、「商法265条所定の取引に該当しないと判断のもとに、A会社の取締役会の承認を求めることも、右承認の存否を確認することもなく、本件質権設定契約を締結した」と判示するだけである。認定が不十分ではなからうか。

また、本判決で注目されるのは、銀行であることが悪意又は重過失認定の理由とされていることである。融資に当たって銀行取締役は一般の株式会社取締役の場合に比べ高い水準の注意義務を負うとする判例があるが（最決平成 21・11・9 刑集 63 卷 9 号 1117 頁。岩原紳作『商事法論集 I 会社法論集』（商事法務、2016 年）217 頁参照）、質権設定契約における利益相反行為の可能性の判断について、銀行員に一般の株式会社の従業員より高い水準の注意義務を課したように読める判示である。銀行取引に係る法律問題に関する銀行員の専門性に着目したものであろうか。なお、社会福祉法人の業務の決定には理事会の決議が必要であると、社会福祉 39 条は規定しているが、社会福祉法人の理事会の決定なしに理事が銀行から金融商品を購入したため、当該社会福祉法人が当該契約の無効を主張したところ、当該銀行が民法 110 条の類推適用を主張した事件において、判決は、当該銀行が、「当然金融機関に求められる客観的な裏付けを得ようとする努力を怠った」と認定して、当該業務行為につき銀行を民法 110 条の類推適用により保護することを否定した（東京高判平成 28・8・31 判時 2315 号 23 頁）。これも金融機関には、法人の代表者が必要な理事会（取締役会）決議を得て取引をなしているか、高度な注意義務が要求されることを前提にしていると言えよう。学説の中には、金融機関は取引の相手方の事情を知っている又は認識しやすいこと、或いは多額の借財や保証に関する行為は本業の営業として行うもので当該業務に習熟していることを理由に、このような考え方を支持する説がある（稲葉威雄「商法改正と銀行取引」金法 1002 号（1982 年）11 頁、田邊光政・判批・判タ 948 号（1997 年）85 頁、南健悟「取締役決議を欠く『重要な財産』の譲受の効力——東京高判平成 25・2・21 資料版商事 348 号 29 頁——」金判 1442 号（2014 年）6 頁、森下哲朗「法人の機関決定についての銀行の義務」金融法務研究会報告書 37 号（2021 年）第 6 章（いずれも会社法 362 条 4 項に関し））。

④ 東京地判平成 10・6・29 判時 1669 号 143 頁

A 株式会社の株式の約 1.6%を所有する A 会社の関連会社である Y 株式会社の代表取締役 Z が、Y 会社を代表して A 会社の X 銀行に対する債務につき保証予約をし、X 銀行が Y 会社に対し保証債務の履行等を請求した。これに対し Y 会社は、当該保証予約契約は平成 17 年改正前商法 265 条 1 項後段に該当する取引であるのに Y 会社取締役会の承認がなかったから無効であると主張した。しかし判決は、「Z は平成 4 年 10 月までは A 会社の代表取締役を務め、本件融資当時も A 会社取締役の地位にあり、Z の義弟である B が Z に代わって A 会社代表取締役に就任しているとの事情が存在するものの、右事情のみでは、いまだ、本件保証予約により Z に利益がもたらされるものとまでは認めがたいから本件保証予約の締結は、Y 会社と A 会社の利益が相反するものにすぎず、Y 会社と Z の利益相反する取引に当たるといえることができない。」とした。控訴審の東京高判平成 11・1・27 金判 1062 号 12 頁もこの判断を支持し、上告審の最一小決平成 11・6・24LEX/DB 28041476 は、上告理由に該当しないとして上告を棄却した。

本判決は、A 会社取締役でもある Y 会社代表取締役 Z が、Y 会社を代表して A 会社の X 銀行に対する債務の保証予約をしたことが、Y 会社と Z の利益相反取引には該当しないとして、当該保証予約が無効とする Y 会社の主張を認めなかった。これは A 会

社の取締役であっても代表取締役ではない Z が、Y 会社を代表して A 会社の債務を保証予約する契約を締結しても、Y 会社と Z の利益相反取引には該当しないとしたもので、そのような兼任関係だけでは会社と取締役との利益衝突の危険性が典型的に存するとは言えず、また直接取引とのバランスからしても、このような取引を利益相反取引の規制対象とすることは妥当でないとする多数説に従ったものである（神崎・前掲 37 頁、北村・前掲 83 頁。アメリカ法との比較につき、江頭憲治郎『企業結合法の立法と解釈』（有斐閣、1995 年）132 頁以下参照）。

なお本件においては、一、二審判決ともに、本件保証予約契約が会社法 362 条 4 項に基づく重要な業務執行として取締役会決議による承認が必要な取引としたが、一審判決は、「X は、本件保証予約により利益を受け、Y と利害が相反する A の Z のみならず、Y の担当部署に対しても取締役会決議の有無を尋ね、そうでなくとも、Z に対し、Y の取締役会議事録に代わる確認書の提出を求めるなどの方法により、Y の取締役会決議の有無を確認すべきであった」として、X 銀行による Y 会社に対する主位的請求である保証予約の履行請求を否定したものの、X 銀行の Y 会社に対する予備的請求である不法行為に基づく損害賠償請求を、X の過失割合を 3 割として一部認容（7 割を認容）した。

しかし第二審判決は、次のように判示して、X 銀行の主位的請求を全て認容した。即ち、X は、「Y の右保証意思を確認したのち、直接 Y に尋ねることはしなかったものの・・・本件保証予約の締結に関するいわば窓口役ともいふべき A の C（A 会社の財務を統括していた A 会社の専務取締役）に対し、Y 取締役会決議の議事録の提出を求めている」のであり、「上場企業である Y の財務担当の専務取締役から直接保証意思の確認を得た上」、手続きが円滑に進んでいた以上、「更に X に、直接 Y に対して取締役会決議の有無を確認し、あるいはその議事録の提出を求めるなどの行為を要求することは、實際上些か酷な要求であるといわざるを得ない（「わざわざ確認するのは失礼」と考えたとしても、上場企業の専務取締役に対する態度としては極く自然なものであるともいえる。また、・・・本件保証予約の締結が C と Z との共謀によるものである以上、・・・実効性のある対応がたやすく得られるとは考えられない。）」。また、X が取締役会議事録に代わる確認書を徴求したとしても、「それは、正規の手続を経てのものではなく、C の一存・独断のもとに（若しくは代表取締役たる Z との共謀により）容易に作成され得る公算が大きいのであって、これを求める実質的意味は乏し」とした。しかし、「2（3）」で論じるように、この判示には疑問がある。

本件で大きく問題になったのは、利益相反取引を承認する取締役会決議の議事録の提出を求めないと、利益相反取引の相手方となる銀行としては必要な取締役会による承認がないことを知らないことにつき重過失があるとみなされるかということである。この問題については、「2（4）」において検討する。

2 金融機関が注意すべき点

（1）利益相反取引該当性

以上のように、金融機関が当事者となって、相手方から利益相反取引を理由に契約の無効を主張された例は多くはないが、いずれも金融機関が有する融資債権の債務者である株式

会社の取締役が、第三者である株式会社の代表取締役として行った当該債務の連帯保証（物上保証や保証予約を含む）契約が、保証を行った株式会社に対する利益相反取引であるとして無効の主張がなされたいいわゆる間接取引の事件である。金融機関がその顧客との間で利益相反取引が問題にされるのは、實際上、間接取引に限られよう。

取締役が第三者のために会社と利益相反する間接取引を行ったとされるのは、②事件のように、代表取締役をしている他社の債務を、当該会社として保証（物上保証を含む）をするような場合とされる。①、③、④の事件は、当該会社の取締役が、代表取締役ではなく単なる取締役である他社の債務を、当該会社を代表して連帯保証するなり、物上保証をするなり、連帯保証の予約契約を締結する事件であったことから、利益相反取引には当たらないとされた。④判決に関して述べたように、被保証会社の代表権のない取締役を保証会社の取締役が兼任しているような場合は、会社と取締役の間の利益相反関係が典型的に存在するとは考えられず、直接取引とのバランスからも、このような取引を利益相反取引の規制対象とすることは妥当でないとされてきたためである。直接取引は、元々、会社と取締役の間の取引を規制するもので、これに当該会社の取締役が代表取締役を務める他社との取引も規制の対象に加えたもので（これは会社法 356 条 2 項が民法 108 条を適用除外していることから推測される）、当該会社の取締役が代表権のない単なる取締役を兼任している他社との取引は、規制の対象外と考えられてきたのである。

このように二つの会社の取締役を兼任する者が、一方の会社を代表して他方の会社の銀行に対する債務を保証するような場合には、当該兼任者が被保証会社の単なる取締役であって、代表取締役でないことを確認する必要がある。保証会社の代表取締役が、被保証会社の全株所有株主である場合も、利益相反取引とされる可能性があるため（一部学説では過半数株主である場合も）、その点の確認が必要であろう。③判決で問題となった法人格否認の法理により保証会社と被保証会社の間の利益相反取引の成立を否定する可能性は、同判決が示すように低いと思われることから、法人格が異なる以上、承認手続きを求める必要がある。

また、保証をする会社の取締役が、被保証債務について個人的に（或いは他の会社を代表して）保証をしている場合は、当該取締役個人（或いは当該債務につき保証をしている当該取締役が代表する他の会社）との利益相反取引であるとされる可能性がある。この点について①判決は利益相反性を否定したが、③判決は肯定した。①判決の方が最高裁判決であり、③判決は地裁判決であるが、前述した連帯保証人間の負担部分の求償等の問題を考えると、①判決ではその点が論じられておらず、今後、③判決のような判断がなされる可能性がある。従って、銀行としては連帯保証をする会社の取締役が同一債務につき保証をしていないか、保証しているとすれば会社の連帯保証につき取締役会又は株主総会による承認が得られているか、確認をする必要がある。

（２）違反の主張者

③判決で示されているように、利益相反取引であることを理由とする無効の主張は、会社自身の他、会社債権者や破産管財人等によってなされる可能性もある。前掲・最判平成 21・4・17 は、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（会社法 362 条 4 項）、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、許されないと判示している。会社法 362 条 4 項の規制は会社の利益を守るためという理由であり、利益相反取引規制（会社法 356 条 1 項 2 号・3 号）についても同様の議論が考えられる。最判昭和 45・3・26 民集 24 卷 3 号 151 頁は、第三者に債権保全の必要があり表意者自身が要素の錯誤を認めている場合、表意者自身が無効主張の意思がなくても、第三者たる債権者は表意者の意思表示の錯誤による無効を主張できるとしている。利益相反取引か否かは客観的に判断されること、③判決に関し述べたように、会社の利益には、株主、会社債権者や会社債権者の利益を代表する会社の破産管財人等の利益も含まれるため、これらの者は、会社の取締役会が利益相反取引による無効を主張することを決議したりしなくても、利益相反取引規制違反による無効の主張ができるのではなかろうか。

（3）違反の効果

承認を受けない利益相反取引につき、取引相手方が取締役であるか、又は取締役が代理・代表をした直接取引の相手方に対しては、会社は一種の無権代理行為として常に無効の主張ができる（最判昭和 43・12・25 民集 22 卷 12 号 3511 頁、江頭・前掲 448 頁）。しかし、①～④の判例で問題になったような間接取引の相手方に対しては、当該取引が利益相反取引に該当すること、および、取締役会又は株主総会による承認を受けていないことを、当該第三者が知っていることを会社が主張・立証して初めて、会社は取引の無効を主張できるものとされている（前掲・最判昭和 43・12・25）。ところが②判決は第三者である Y2 の主観を問わずに X 会社の無効の主張を認め、③判決は、第三者である Y 銀行が、利益相反取引であること及び当該取引につき株主総会又は取締役会による承認がないことに関し、善意かつ知らないことにつき重過失がない場合でないと、A 会社（の破産管財人）から利益相反取引として無効という主張を対抗されるとし、Y 銀行が悪意又は知らないことに重過失があるとの主張・立証があったと認定した。

②判決は、前掲・最判昭和 43・12・25 により変更されたと考えられる。これに対し③判決は、悪意と重過失は同視できるという考え方からこのような判示を行ったものと思われるが、前掲・最判昭和 43・12・25 の考え方からは一步出る判決と思われ、疑問がある。しかしこの判決は、この問題について重要な論点を提起しており、銀行実務にとって考えるべきものがあるように思われる。

即ち、まず、当該取引が利益相反取引に当たることを知っていることの主張・立証とは、具体的にいかになされるのであろうか。当該取引関係が客観的に利益相反取引関係に該当しており、そのような事実関係を銀行が知っていれば悪意とされるのであろうか。それともその事実関係が利益相反取引となるという法的評価まで銀行が知っていないと悪意とされないのであろうか（最判昭和 60・11・29 民集 39 卷 7 号 1760 頁参照）。③判決は、Y 銀行が本件質権設定契約は利益相反取引に該当しないと思い込んでいたことに重過失があったと認定することによって、X による無効の主張を認めた。事実関係と法的評価の両方につき重過失の有無を問うように見える（前田重行「商法 260 条 2 項 2 号の「多額ノ借財」と銀

行の注意義務」金法 1489 号（1997 年）6 頁・11 頁は、会社が利益相反取引の無効を第三者に主張するためには、会社は事実関係と法的評価の両方につき重過失を主張・立証する必要があるとする。利益相反取引に該当しないとす Y 銀行の認識が余りにも非常識であれば、③判決のような判断も考えられるが、③判決の場合は「(1)」に論じたように、利益相反取引であることが必ずしも明白ではなかった事案のように思われ、③判決の重過失の認定には疑問が残る。

（４）利益相反取引を承認する取締役会決議議事録を徴求する必要性

それでは銀行としては債務保証をする会社からそれを承認する取締役会決議の議事録を徴求すれば善意・無重過失とされるのであろうか。学説や実務はそのように解してきたようである（前田・前掲 12 頁、「取締役会議事録の徴求（融資業務編）」金法 1542 号（1999 年）77 頁・78 頁等）。例えば、東京地判昭和 45・6・26 判時 615 号 46 頁は、銀行が、株式会社に対する金銭債権の担保として、当該会社が所有する土地に譲渡担保権を設定する契約につき、当該契約が株式会社の重要な業務執行の決定に該当することから、譲渡担保権の設定契約を承認する取締役会決議の議事録の提供を当該会社に求めて譲渡担保権設定契約を締結した。ところが当該会社は取締役会の承認決議は存在しなかったとして、当該契約の無効を主張して当該土地の所有権確認請求訴訟を提起した。判決は、銀行は承認決議が存在しないことにつき知り又は知りうべかりし事情はなかったとして、請求を棄却した。

これに対し、銀行との取引につき必要な取締役会の承認決議の議事録を徴求しなかった場合については、銀行は決議がないことにつき知りうべきであったとして、会社による当該契約の無効の主張を認めた判決がある。例えば、東京地判平成 12・8・31 判時 1751 号 97 頁は次のような事件であった。同族会社である X 株式会社の代表権のない取締役 A が、A の弟 B の依頼を受けて、B が経営する C 株式会社が Y 銀行から受けた融資を X 会社が根保証する契約を締結し、X 会社が所有する不動産に根抵当権を設定する契約を締結することを承諾した。Y 銀行は B に対しそれらの契約を承認する X 会社の取締役会決議の議事録を提出するよう求めた。A の子供である X 会社の代表取締役 D は当該契約を知らず、X 会社取締役会の承認決議もなかったのにも拘わらず、B は、A が預かっていた D の実印を使用して、根保証契約書や当該契約を承認する X 会社取締役会議事録に押印し、これらを Y 銀行に交付した。X 会社が、Y 銀行に対する根抵当権設定登記抹消請求や既に行われた抵当権につき配当金の不当利得返還請求等を行った。判決は、Y 銀行が、X 会社の取締役 3 名のうち 2 名がアメリカに居住している等の説明をうけていたことから、取締役会が実際に開催されていなかったことを知り又はしりうべきであったこと、また、B と交渉したのみで、A にも面談したり電話連絡したりしなかったことは、X 会社の意思確認の方法として不十分であるとし、Y 銀行につき民法 110 条の正当理由を否定し、本件根抵当権や根保証の効力を否定して、X の請求を認めた。但し、A は X 会社の被用者に当たるとして、X 会社の Y 銀行に対する不法行為の使用者責任を認めて（民法 715 条）、Y 銀行の X 会社に対する損害賠償請求権を認め、これとの相殺により、X 会社の Y 銀行に対する不当利得返還請求を減額して認めた。尤も、Y 銀行にも過失があったとして 7 割の過失相殺を行っている。この判決からは、事情によっては、銀行は相手方会社の代表取締役の実印のある取締役会の議事録

を徴求するだけでは足りず、会社（代表取締役）の意思確認も必要になろう（齋藤憲次・判批・判タ 1096 号（2002 年）27 頁参照）。また、④の Y 会社に関するほぼ同内容の一連の事件で、Y 会社による Z が取締役を務める会社の X1 銀行に対する債務の保証予約が、Y 会社にとって多額の借財として取締役会による承認決議が必要なのに決議がなかったとして（現行会社法 362 条 4 項 2 号）、Y 会社が保証予約の履行を拒んだ事件において、「X1 銀行の担当者は、・・・本件保証予約をするにつき、Y 会社の担当者らに対し直接交渉することすらせず、取締役会の議事録についても、・・・X1 銀行における取扱いの原則にも反して、Y 社担当者らに全く確認をとっていない」として、X1 銀行において、本件保証予約について Y 社の取締役会の決議を経ないことを知り得べきであったとして、Y 社による保証予約契約の無効の主張を認めた判決がある（東京地判平成 9・3・17 判時 1605 号 141 頁）。

他方、④の第二審判決のように、直接、会社に対し取締役会決議の有無を確認し、あるいはその議事録の提出を求めるなどの行為を要求することは、實際上些か酷な要求であるとし、上場会社の専務取締役に対する態度としてそのようなことを求めるのは失礼と解するものもある。このように取締役会議事録の徴求の必要性につき、下級審判例の立場は分かれているとみられる。

この④の第二審判決に対しては、前述したように学説からは批判されているが（星野豊・判批・ジュリスト 1192 号（2001 年）234 頁以下）、実務家からは、取締役会議事録には、上級管理職の勤務評定や報酬、顧客とのトラブル対処、新技術開発など、金融機関に見せられない内容も記載されており、取締役会議事録は裁判所の許可なく閲覧・謄写できないこと、融資担当者が利益相反取引に関する細かな法解釈まで把握することは困難であること等を理由に、最近の実務においては、取締役会議事録の提出は求めず、「適法な社内手続きが行われた」旨の確認書提出または表明保証による確認をもって足りるとしているという主張もある（「取締役会議事録の確認」金法 1978 号（2013 年）144 頁）。

確かに、取締役会議事録の提出に代えて、代表取締役に宣誓書の提出を求めること等が行われているようであり（東京地判平成 29・4・27 資料版商事 400 号 119 頁・152 頁）、それらの提出を受けたことで金融機関の善意（及び無重過失。或いは説によっては会社法 349 条 5 項の善意、又は民法 110 条の正当理由）を認定してよい場合もありうるかもしれない。しかし取締役会議事録の利益相反取引関係部分のみを閲覧させることもありえようし、株主による取締役会議事録の閲覧に裁判所の許可が必要なのは、監査役設置会社、監査等委員会設置会社、指名委員会等設置会社において株主が閲覧する場合であって（会社法 371 条 2 項・3 項）、金融機関が融資に当たって融資を受ける株式会社に取り締り会議事録の関係部分の閲覧を求めることは、別の問題である。確認書、表明保証、宣誓書等の内容が虚偽であることもありうるのであって（議事録の虚偽記載には会社法 976 条 7 号の法的制裁がある）、一般的に確認書、表明保証、宣誓書等を徴求すれば足りるとするのは、行き過ぎであろう。これらの提出を受けたことをもって利益相反取引に関する金融機関の善意（無重過失等）が認められるかは、個々の事案毎の事情により判断していくほかないのではなかろうか。むしろ宣誓書を提出させる意味としては、代表取締役等による虚偽記載のある宣誓書等を会社が銀行に提出をしたことを理由に、会社に会社法 350 条ないし不法行為による銀行に対する損害賠償責任を負わせることにあるのではなかろうか。取締役会議事録徴求の必要性に

ついでに、より詳しい分析については、本報告書第 6 章の森下哲朗教授の報告を参照されたい。