

代表権濫用をめぐる複数の法的ルール

品 谷 篤 哉*

目 次

1. 問題の所在
2. 判例法のルール
3. 代理権濫用のルール
4. 若干の検討
5. 結びに代えて

1. 問題の所在

平成29年の民法改正により、代理権の濫用に関する民法107条が新設された。代表は代理に準ずるとの理解及び会社法と民法間に特別法と一般法の関係が存するとの理解を所与とするなら、民法107条は代表権濫用の事案にも適用されそうである。代表権濫用に関する規定が特別法たる会社法に存しない以上、一般法に立ち返り民法の規定を適用すべきと解されるからである。

もっとも代表権濫用については、制定法のルールは存しないものの、判例法のルールは存在していた。心裡留保に関する平成29年改正前民法93条但書を類推¹⁾した最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁である（以下、「昭和38年判決」と記す）。そうだとすれば、判例法たる同判決と民法107条との関係が問題となりそうである。仮に同判決のルールを制定法に準ずる

* しなたに・とくや 立命館大学法学部教授

1) 昭和38年判決当時の条文では民法93条但書の類推となるが、平成29年民法改正により民法93条2項が設けられ、現行法では民法93条1項但書と記すことになる。

ものと捉え得るなら、特別法に法的ルールが存在するので、平成29年民法改正の前後を問わず、代表権濫用のルールは昭和38年判決となる。反対に昭和38年判決を制定法に準ずるものとは捉えない、又は捉えられないのであれば、平成29年民法改正により代表権濫用のルールは民法107条となる。形式的・論理的に考えるなら、これら2つのいずれかが代表権濫用のルールと考えられる。

ところが2つのいずれなのかについて、議論は必ずしも首尾良く進んでいない。議論の進捗を意図しても、特別法と一般法の関係を検討する文脈において、判例法を制定法と同様に扱い得るかという難題が立ちはだかるため、停滞気味なのは無理からぬとも考えられよう。しかしながら基本書の中には、2ついずれもがルールであるように読める記述も見受けられる²⁾。また、いずれか1つである旨の記述にあっても、一方こそがルールであり、もう一方はルールでないと解すべき理由は説かれていない³⁾。

もとより2つのルールは同じでない。後に記すように、昭和38年判決は民法93条但書の類推適用とされ、効果は有効又は無効の二者択一である。

2) たとえば神田秀樹『会社法 第26版』249頁*2) (2024年、弘文堂) 参照。そこでは本文に記す判例法のルールを記した後、「それとは別に、新しく代理権の濫用に関する規定(改正後の民107) が設けられている」と記されている。

3) 基本書を読み比べると記述に微妙な差異がある。たとえば龍田節・前田雅弘『会社法大要〔第3版〕』120頁(2022年、有斐閣)では、民法107条を示し、無権代理として扱われる旨を端的に記す。岡伸浩『会社法〔第2版〕』455頁(2023年、弘文堂)では、「民法107条は、代理権の濫用につき無権代理人による行為とみなすとして、無権代理人構成を採用した。そのため、今日では、代表権濫用の効果は、民法107条の類推適用により、相手方が当該代表取締役の目的を知りまたは知り得べかりしときは無権代理行為として無効となると解する」と記されている。

ところで当該箇所では、江頭憲治郎『株式会社法 第8版』446頁(2021年、有斐閣)の記述が参照されている。「代表取締役が、自己または第三者の利益を図る目的で表面上は会社の代表者としての法律行為をした場合(代表権の濫用)の効果は、相手方が当該代表取締役の目的を知りまたは知り得べかりしときは無権代理無効となる」との記述である。ただし当該記述の直後に括弧内で、民107条と昭和38年判決が並べて示されている。無権代理無効なのであれば民法107条を根拠条文として示せば足りると思われるが、昭和38年判決が並べて示されるべき理由は明らかでない。

これに対し民法107条は、代理権を濫用した行為は無権代理行為である旨を定める。効果は無限代理から追認、表見代理さらには無権代理人の責任と多岐に広がろう⁴⁾。それらが具体的・現実的にどのようなルール変更となるのかが問われそうだが、この点は明らかにされていない。このような異なる2つのルールは、1個の代表権濫用行為にいずれも適用可能なのか。適用される場合、結局はいずれか一方が選択的に適用されるのか。選択できる点に代表権濫用に関するルールの独自性を想定するのか。

本稿は以上のような問題関心に基づく。以下では代表権濫用のリーディング・ケースたる昭和38年判決を素材に、代表権濫用が観念されたいきさつの検討から始める。後述のように同判決の事実関係には、看過すべきでない複数の特徴があると思われる。それらに留意しつつ、しかしながら取引の効果を認めなかった同判決の結論自体は所与として、同判決が代表権濫用を唱えるに至った背景の検討を試みる。

2. 判例法のルール

(1) 昭和38年判決の概要

はじめに昭和38年判決を振り返っておく。事実関係は次のようである⁵⁾。原告X会社の代表取締役であった訴外Aは、昭和27年3月末に辞任した。けれどもAは辞任後にX会社の社印等を持ち出し、X会社所有の建物を昭

4) この点に関連して、田中亘『会社法 第4版』251頁（2023年、東京大学出版会）参照。昭和38年判決を示した上で、「平成29年改正後民法のもとでは、代理権濫用に関する民107条の適用または類推適用により、同様の結論が導かれることになろう」と記されている。もっとも昭和38年判決の結論は民法107条から導き出せるが、民法107条は昭和38年判決が示す結論の他に、追認や無権代理人の責任等も結論として導き出し得る。

5) 本文に記す事実関係は、於保不二雄〔判例研究〕民商50巻4号544頁（1964年）及び星野英一〔判例研究〕法協82巻4号539頁（1966年）を参照している。第一審判決から最高裁判決に至るまでの判決文では、事実関係が不明確だからである。この点について、於保・前掲545頁では「事実関係は、種々加工されているようであって、複雑である」と記されている。

和27年11月7日に代表取締役として Y1 会社と訴外Bに売却した（以下、「本件売買」と記す。）。本件建物の所有権移転登記は同年12月6日にB名義でなされた。その後 Y1 会社は昭和28年10月30日に本件建物を Y2 組合⁶⁾に売り渡し、同年11月5日に所有権移転登記がなされた。Y2 組合は本件建物を事務所として使用し、Y3 が事務所管理のために占有している。

X 会社は Y らに対し所有権の確認、登記の抹消、建物の明け渡し及び不法占有後の損害金支払いを求めて本訴を提起した。以下の理由による。① AはX会社の代表取締役だったが、本件売買に先立つ昭和27年3月に辞任し、X会社の社印を持ち出して売却した。② Aの辞任登記はなかったが、Y1 会社はAが代表権を有しないことを知っていたから、本件売買はX会社に対して効力を有しない。③ Aは登記簿上代表権限があるのを幸い、自己の利益のためにX会社の財産を処分したものであり、Y1 会社はそのような事情を知りながら悪意で買い受けたので、本件売買は無効というべきである。④ Y1 会社又はBは本件建物の所有権を取得していないから、Y2 組合は、善意で本件建物を買い受けたとしても所有権を取得し得ない。

第一審判決はX会社の請求をすべて認容した。しかしながら原審判決は第一審判決を取消し、X会社の請求を棄却した。本件建物の売買契約締結当時、訴外AがX会社の代表取締役を辞任していた事実を Y1 会社が知っていたことを認めるに足りる的確な証拠資料はないとの理由である。X 会社の上告に対し、最高裁は以下のように判示し、原判決を破棄し、原審へ差し戻した。「株式会社の代表取締役が、自己の利益のため表面上会社の代表者として法律行為をなした場合において、相手方が右代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであつたときは、民法93条但書の規定を類推し、右の法律行為はその効力を生じないものと解するのが相当である。」

6) Y2 組合について、星野・前掲（注5）539頁参照。そこでは「Y2 健康保険組合（Y1と同じ）」と記述されている。当該記述以上の詳細は不明だが、仮に Y1 株式会社と Y2 健康保険組合の実態が同じとの意味であれば、Y1 から Y2 への売買は仮装売買とも認識可能であろう。

このような昭和38年判決をめぐる議論を振り返る前に、いくつかの注意点を記しておく。同判決は、原告の請求理由③に対応した内容であり、③について無効と解するので④を特に判示する必要は乏しかったと考えられる。しかしながら請求理由4点のうち、訴外Aを代表取締役として扱うことの可否が問われる①や、商業登記の消極的公示力が問われる②に対する判断が存しない。

先に記した事実関係に照らすと、訴外Aは本件売買に先立って代表取締役を辞任しているので、本件売買の時点で訴外Aは代表取締役ではない。もっとも訴外Aが代表取締役権利義務者ならば、代表取締役の権利義務を備えていたことになる（会社法351条1項）。ただしAがX会社の代表取締役権利義務者として認定されるには、Aの辞任によりX会社では代表取締役が欠けた、又はX会社の定款で定めた代表取締役の員数が欠けた旨の事実認定が欠かせない。しかしながらそのような事実認定は見受けられない⁷⁾。そのため昭和38年判決については、代表権濫用に関するリーディングケースとして一般的に扱われるにもかかわらず、代表権のない者による行為が問われているようにも読める。仮にAが代表取締役又は代表取締役権利義務者のいずれでもなければ、本件売買は無効に他ならず、所有権確認をはじめとするXの請求は認容されることとなる。

②についても、X会社の請求理由として説得力が認められよう。辞任という事実が発生し、本件売買が行われ、その後に変更登記という時系列に照らせば、会社法908条1項前段により商業登記の消極的公示力が機能する。訴外Aに代表権がない旨を、X会社は善意の第三者に対抗することができない。ただし本件では、Yらは悪意とされている。それゆえX会社はYらに対抗可能であり、そもそも昭和27年12月6日になされた本件建物の所有権移転登記を拒み得たはずであろう。

7) 昭和38年判決の第一審判決では、裁判所による認定事実ではないが、原告訴訟代理人による請求原因の陳述として、Aともう1人が代表取締役に選任された旨が記されている。民集17巻8号920頁参照。

昭和38年判決は③について判断しX会社の請求を認容したが、これら①・②について判断しても同様の結論に辿り着けたように考えられる。後述のように③の判断には批判が少なくない。これに対し代表権の有無・存否や商業登記の消極的公示力で処理すれば、③の判断に伴う批判は未然に回避できる。そうだとすれば昭和38年判決は、X会社が①・②を理由として主張しているにもかかわらず、何らかの理由で①・②に基づく請求認容判決を言い渡さなかった、又は言い渡せなかった事案のようにも思われる。

(2) 学説の反応

昭和38年判決に対し、学説では賛否が分かれる。賛成の立場は心裡留保説と呼ばれる⁸⁾。昭和38年判決を支持し、民法93条1項を類推適用して善意・無過失の相手方の保護を図る。また、昭和38年判決が言及しなかった善意の第三者保護については、心裡留保の無効を善意の第三者に対抗し得るか否かと捉える。その上で、虚偽表示に関する民法94条2項の規定を類推適用すべきとの理解が学界の通説と説く⁹⁾。

しかしながら心裡留保説に対しては、批判が少なくない。主な批判は次の2点である。第1に、民法93条における真意とは法律行為をなす効果意思の意味であって、権限濫用の背任の意思とは異なると指摘される¹⁰⁾。代理・代表の文脈に照らせば、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、利益の帰属は動機にとどまる

8) たとえば於保・前掲(注5)548頁、星野・前掲(注5)543頁参照。もっとも前者は、本文にて後述する別の見解からの批判に対し、「別に批難するには当たらない」と述べる。また後者も、昭和38年判決に至るまでの判例の考察から推論した実質的判断に照らし、「悪意の者のみ保護されないとする権利濫用論でなく、民法93条が、同じ結果を認めたものとして、これを類推適用してもまあよいであろう」と記す。いずれの論者も、民法93条の類推適用を強く主張しているとは必ずしも読めない。

9) 於保・前掲(注5)549頁、星野・前掲(注5)544頁。

10) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(6)』170頁(山口幸五郎執筆)(1987年、有斐閣)。

との指摘となる¹¹⁾。

第2に、相手方における過失の扱いに批判が向けられる。「代表権の濫用は、外形上、行為者・会社の利益が反しない。代表取締役と会社との利益が外形上相反する取引（会社法356条1項3号）の相手方ですら取締役会の承認がないことにつき悪意でない限り取引の無効を主張されないにも関わらず、代表権の濫用の場合に、相手方に過失（軽過失）があれば取引を無効として、相手方に調査等を要求するのは、本来均衡を失する」との批判である¹²⁾。「代表権を濫用するような代表者を選任したのは会社であり、またその監督を怠っていたのも会社側に問題があることを考慮すると、第三者に軽過失がある場合は、当該取引を有効とするが、重過失がある場合は、商取引に参加するものとしての第三者においても相当に問題があるのであるから、無効とするのが妥当な調整ラインである」とも説かれる¹³⁾。

次に昭和38年判決に反対の見解を概観しよう。複数の諸見解が存するが、先に記した相手方の過失については、一般的な認識が説かれている。すなわち、会社の利益と第三者の利益との妥当な調整をいかに図るかについて、一般に第三者に悪意または重過失がなければ有効との認識である¹⁴⁾。軽過失の相手を救うべきとの立場が商法学者一般の立場とも認識されている¹⁵⁾。

諸見解のうち、以下では2つの見解を個別に見ていく。1つは学説上多数説とされる権利濫用説である。この説では、代表権の範囲内である以上、たとえ相手方が権限濫用行為について悪意であっても代表行為自体は会社の行為として有効であるが、ただ悪意者が権限濫用行為により取得した権利を会社に対して主張することは、信義則に反しまたは権利濫用とし

11) 倉沢康一郎『会社判例の基礎』141頁（1988年、日本評論社）。

12) 江頭憲治郎『株式会社法 第9版』453頁（注5）（2024年、有斐閣）。

13) 落合誠一編『会社法コメンタール8』21頁（落合誠一執筆）（2009年、商事法務）。

14) 落合・前掲書（注13）21頁。

15) 内田貴『民法I 第4版 総則・物権総論』145頁（2016年、東京大学出版会）。

て許されないと説く。また、会社が相手方の悪意を立証し得るかぎり、相手方の主張に対し一般悪意の抗弁を対抗し得ると主張される¹⁶⁾。

以上の主張では、信義則や権利濫用が、悪意者の会社に対する主張を許さないための理由付けとして用いられている。悪意者に対する会社の抗弁であり、一般悪意の抗弁¹⁷⁾も同様である。換言すれば、代表権濫用は代表権の範囲内の行為であることを前提とするので、実体的権利義務関係において会社の行為を有効としつつ、抗弁対抗の可否の問題として対処を図るものであろう。

もっとも悪意者たる相手方又は第三取得者を排除するために権利濫用又は信義則の法理をもってすることは、いかにも不自然であると指摘される¹⁸⁾。また、先に記したように商法学者一般の立場が、重過失の相手方を排除し軽過失の相手方を救うべしと認識する場合、権利濫用説では過失・重過失をどのように扱うことになるのだろうか。重過失を悪意と同視する処理はしばしば見受けられる¹⁹⁾が、軽過失の相手方を救うための解釈論は必ずしも示されていない。信義則や権利濫用の解釈論に反映させる方策が考えられそうだが、そうなると権利濫用説の唱える内容に、悪意者排除を超えたものを盛り込む必要があろう。

もう 1 つは内部的制限説である（無権代理説とも呼ばれる）。代表権の濫用をもって代表権に加えた内部的制限すなわち無権代理と捉え、相手方保護を会社法349条5項や表見代理で賄うとともに、悪意の相手方に対して会社は責任を免れ得ると解する²⁰⁾。ところで、保護を望む相手方として

16) 上柳他・前掲書（注10）170頁。

17) もっとも前田庸『手形法・小切手法』135頁（1999年、有斐閣）では、「一般悪意の抗弁」という概念自身が曖昧で理解しにくいと記されている。

18) 於保・前掲（注5）549頁。「鶏頭を断つに牛刀をもってするという感なきをえない」とも記されている。また星野・前掲（注5）544頁では、「このような一般条項はなるべく引き合いに出さないほうがよいと思われる」と記されている。

19) たとえば龍田節・前田雅弘『会社法大要〔第3版〕』86頁（2022年、有斐閣）。

20) 矢沢惇「代表取締役の代表権の限界」法学セミナー30号39頁（1958年）、服部栄三「代表取締役」法学セミナー45号34頁（1959年）。

は、代理権濫用でないと信ずる「正当な理由」（民法110条）の証明が必要となる。「正当な理由」は善意・無過失とほぼ同じなので民法93条1項但書と変わらないようだが、立証責任は相手方に帰属する。そのため相手方の負担が大きくなり、権利濫用説とは反対に、相手方ではなく本人の保護に傾く²¹⁾点が特徴となる。

ただし代表権濫用は、代表取締役が自己又は第三者の利益を図る目的で、代表権の範囲内で行為が行われるとの理解を前提とする。こうした前提に立つ以上、無権代理との理解は前提に抵触する。自己又は第三者の利益を図る目的については利益相反取引（会社法356条1項2号・3号）及び自己契約・双方代理（民法108条）と類似するものの、それらが無権代理と理解する²²⁾のに対し、代表権濫用は有権代理が前提である。当該前提を崩すと、利益相反取引や自己契約・双方代理との区別が困難となろう²³⁾。

(3) 議論の外見と内実

以上に概観した心裡留保説、権利濫用説及び内部的制限説の3説²⁴⁾のう

21) 内田・前掲書（注15）145頁。

22) 会社法356条1項2号・3号所定の承認を得ない取引の効力については、周知のように相対的無効説が一般的である。その反面、会社を代表して利益相反取引を行った代表取締役の権限が無権代表である旨の理解は必ずしも一般的ではないようにも思われる。しかしながら会社法356条2項に照らすと、承認を得ない取引の効力を相対的無効説と解する場合でも、無権代表との整合性が問われよう。

23) 実際、両者が必ずしも明確には区別されていないような文献も見られる。たとえば服部・前掲（注20）34頁で代表権濫用の設例とされているのは、代表取締役の個人的債務の担保のために会社名義の約束手形を、銀行による白地補充を想定し、受取人白地で会社が振り出す事例である。ただし担保のために行われる当該行為は、利益相反取引の間接取引（会社法356条1項3号）に該当し、会社による振出を実際に行った代表取締役の代表権が制限されるものとして扱われ得るのではなかろうか。

もっとも当該文献が公表されたのは1959（昭和34）年であり、間接取引が利益相反取引として規制対象に含められた昭和56年改正以前のものである。この点に留意すると、取締役と会社間の利害対立が利益相反取引や代表権濫用といった複数の法的ルールへ分化する時期の文献という見方も可能であろう。

24) なお、これら3説以外にも相対的無効説や民法110条の権限踰越の問題として決する

ち、内部的制限説は代表権濫用を無権代理と捉え、他は有権代理と捉える。平成29年に新設された民法107条が代表権濫用を無権代理と捉える点に鑑みれば、内部的制限説については、無権代理との理解がそのまま民法107条として条文化されたのか否かという問題が別に存する。この点に鑑み、民法改正に至るまでの議論の整理を試みる際、まずは有権代表という共通の理解に立つ心裡留保説及び権利濫用説をめぐる議論を先に取り上げる。内部的制限説についてはその後に、民法107条との異同の観点から検討する。

心裡留保説が民法93条1項但書を類推するのはすでに見たとおりである。ただし、同説の論者は必ずしも同条に拘泥していない。たとえば、於保教授は次のように記す。昭和38年判決について、「判例の見解は、権限冒用行為が心裡留保であると解するのではなく、相手方が知り又は知りうべきときは無効である、という一般法理をとりあげ、これを単に民法93条但書に擬律したにとどまるのであろう²⁵⁾。」

また星野教授は、相手方が代表機関の真意を知っていた場合に法人に効果が帰属しないとする点には、まず異論がないとする。さらに民法93条1項の「知ることができたとき」について、各場合につき、その者に要求される注意又は作為不作為の義務が異なっていることに留意する必要がある旨を説く。こうした実質的判断を述べた上で、以下のように記す。「(類推)適用法条であるが、右の実質的判断をするならば、悪意の者のみ保護されないとする権利濫用論でなく、民法93条が、同じ結果を認めたものとして、これを類推適用してもまあよいであろう。ただ、同条は、「心裡留保」の規定で、本件(筆者注：昭和38年判決を指す)とは予定している事態がかなり異なる。従って同条を持ち出すのは、ただ何等かの規定にあてはめるだけのことで(於保教授は「仮託」といわれる)、むしろこれを引き合いに出さないほうがよいと思うが、特に咎めることもあるまい²⁶⁾。」

ㄨ 立場もある。上柳他・前掲(注10)171頁参照。

25) 於保・前掲(注5)548頁。

26) 星野・前掲(注5)543頁。本文中で抜粋した文中の「仮託」については於保・前掲

擬律や仮託の語彙が用いられるように、心裡留保説の論者は民法93条1項但書の積極的な適用を意図していない²⁷⁾。論者の適用したい法的ルールは、相手方が知り又は知りうべきときは無効との一般法理である。ところで一般法理の適用を意図するのであれば、権利濫用説との類似性も認められよう。心裡留保説の論者は、権利濫用説と昭和38年判決の見解とは同巧異曲とも評する²⁸⁾。両説について、違うようだが実はほぼ同じとの認識であらう。

ただし両説には違う点もある。心裡留保説では民法93条1項但書にて過失を問い得るが、権利濫用説の根拠条文となる民法1条では、過失は特に問題とされていない。このような過失の扱いについて、心裡留保説の論者は次のように説く。「問題は、相手方がこれを「知り得べきものであったとき」をどう解するかである。ここで、一步を進めて、「知り得べき」ときとは何か、相手方にどの程度の注意義務を課するのが妥当かをさらによく考える必要がある。……相手方としては、進んで代表機関が私利をはかるために代表行為をしているか否かについてまで調査する必要はないが、といって、特に何もしなくても代表機関の私利をはかろうとの真意が通常人なら当然わかるような場合……には、保護に値しないと解するのが妥当であろう（通常「知り得べきとき」とか「過失」の語が安易に用いられるが、各場合につき、その内容、すなわち、その者に要求される注意または作為不作為の義務が異なっていることに留意する必要がある。たとえば、民法478条において、弁済者は「過失」があった場合には保護されないというときには、相手方が債権者であるか否かにつきあるていど進んで調査する義務が課せられていることは周知のとおりであろう²⁹⁾。」

この記述から気のついた点を2つ挙げる。1つは「知り得べきとき」や

↘(注5) 549頁参照。

27) 深読みになりそうだが、昭和38年判決は「民法93条但書の規定を類推し」と判示し、「民法93条但書を適用し」とは判示していない。

28) 於保・前掲(注5) 550頁。

29) 星野・前掲(注5) 543頁。

「過失」の語彙を安易に使わず、各場合の内容を吟味すべき旨の記述である。確かに民法478条のように調査義務を伴う内容も過失の語彙で言い表されるのだとすれば、過失の語彙で表される内容は各場合で異なると理解すべきこととなろう。したがって代表権濫用の局面において民法93条1項但書の「知ることができた」か否かを問うのであれば、まさに当該局面において判断されるべきこととなる。

その上でもう1つは、代表権濫用の局面における民法93条1項但書の「知ることができた」か否かの判断に関する記述である。調査義務まで伴わないが、特に何もしなくても代表機関の私利をはかろうとの真意が通常人ならわかるような場合であるにもかかわらず、わからないまま取引したか否かで判断される。論者が示した妥当性判断である。同時に、特に何もしなくてもわかるはずであるにもかかわらずわからなかったというのであれば、素朴な印象を記すなら、かなり重過失に近い内容と認識されよう³⁰⁾。

心裡留保説で論じられる過失の内実は重過失に近い。「善意保護は、民事では善意無過失を原則とし、商事では悪意重過失を排除するのが原則³¹⁾」とされるのであれば、重過失に近い内容は、商事における善意保護の考え方になじまないわけではなかろう。商法の論者から寄せられる「あまり広く過失を認めるべきではない³²⁾」との指摘にも対応可能と考えられる。

民法93条1項但書の「知ることができた」をこのような内容として心裡留保説を捉えた場合、権利濫用説への見方や評価に影響が及び得る。権利濫用説では悪意者への対応が念頭に置かれる反面、心裡留保説に対しては、過失のある相手方が保護されない点に批判を加えていた。ところで心裡留保説の過失が重過失に近い内容なのであれば、商事における善意者保

30) 同旨、村上裕「代表取締役の権限濫用における過失について——裁判例の分析を通じて——」名城法学67巻1・2号424頁(2019年)。

31) 於保・前掲(注5)550頁。

32) 江頭・前掲書(注12)452頁。同旨、青竹正一「民法改正の会社法への影響(上)」判例時報2300号19頁(2016年)。

護の考えになじむ。多数説とされる権利濫用説からの批判にも関わらず、昭和38年判決が判例法の地位を維持し得るのは、このような理由に基づくと考えられる。

一方で権利濫用説では相手方の悪意に対処の軸足が置かれ、過失・重過失への対応は解釈問題となる。商法における善意者保護の主要な要件を善意・無重過失と理解し、重過失を悪意と同様に解するなら、善意・無重過失を権利濫用や信義則の内容に反映させることになる³³⁾。

3. 代理権濫用のルール

(1) 中間試案

こうした議論の状況下で、平成29年の民法改正により民法107条が新設された。同条は自己または第三者の利益を図る目的で、代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が悪意又は過失があれば無権代理とみなす旨を定める。法律行為の効果は行為の時点で決せられるべきとの原理・原則論に立つ場合、読み方次第では有権代理又は無権代理のいずれなのか錯綜しそうな条文である。当該条文はどのようにして新設されたか。先に言及した内部的制限説（無権代理説）との異同にも留意しながら、同条制定時の議論を概観しておこう。

平成25年に公表された民法改正中間試案では、代理権の濫用について以下のように記されていた³⁴⁾。

33) ちなみに民法の代理権濫用をめぐる議論では、信義則について、相手方を保護する主観的要件を自由に設定できると捉えた諸見解が展開された。悪意のみならず重過失の場合に代理の効果を否定する学説や、任意代理と法定代理を分け、本人が代理人を選任するわけではない法定代理の場合には、代理人の権限濫用について効果不帰属の範囲を広く解する学説である。佐久間毅・石田剛・山下純司・原田昌和『民法Ⅰ 総則 [第2版補訂版]』205頁（2023年、有斐閣）。

34) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案（平成25年4月8日補訂）<https://www.moj.go.jp/content/000109604.pdf>

7 代理権の濫用

- (1) 代理人が自己又は他人の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする。
 - (2) 上記(1)の意思表示がされた場合には、上記(1)の行為は、初めから本人に対してその効力を生じなかったものとみなすものとする。
 - (3) 上記(1)の意思表示は、第三者が上記(1)の目的を知り、又は重大な過失によって知らなかった場合に限り、第三者に対抗することができるものとする。
- (注) 上記(1)については、本人が効果不帰属の意思表示をすることができるのではなく、当然に無効とするという考え方がある。

本文(1)では、悪意又は重過失が要件とされるとともに、効果不帰属の意思表示が可能である旨が効果とされている。また本文(2)及び(注)と併せて捉えると、行為の時点では本人に対して効果が帰属するものの、その後効果不帰属の意思表示が可能であり、行為の時点と意思表示の時点にタイムラグの存在が想定されている。判例法である心裡留保説と比べると、要件が過失から重過失に変わり、効果は無効から効果不帰属の意思表示に変わっている。また本文(3)は第三者保護を定める。

このような内容について、中間試案の概要では次のように解説されている³⁵⁾。まず本文(1)について、代理権の濫用に関する規律を定めること自体については、ルールの明確化を図るものとされた。立法目的はルール明確化に存するということであろう。その上でルールの内容については以下のように解説されている。

すなわち、(注)が記すように民法93条但書を類推適用する判例法では代

35) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）（平成25年4月8日補訂）<https://www.moj.go.jp/content/000109606.pdf>

理権濫用行為を無効とするが、代理人は代理行為の法律効果を本人に帰属させる意思でその旨の意思表示をしているから、当該行為の効果を無効とする理由はない。また代理権濫用行為は代理権の範囲内の行為である。そこで、本人が効果不帰属とする旨の意思表示をすることによって、効果不帰属という効果が生ずるものとした。

重過失の相手方を保護しないのは、本人自身が代理権濫用行為をしたわけではないからである。また軽過失の相手方を保護するのは、代理権濫用の事実が本人と代理人との間の内部的問題に過ぎないからである。相手方の悪意又は重過失を主張・立証する負担が本人に帰属するのは、代理権濫用行為に該当するか否かは外形的・客観的に判断されるものではなく、相手方がこれを認識するのは容易でないからである。効果不帰属の意思表示がなされると無権代理と同様に扱うことになる。

本文(2)は、効果不帰属の意思表示に遡及効を与えた。当該意思表示の期間制限については形成権の一般原則に委ねる。第三者保護に関する本文(3)は、民法93条但書類推適用と民法94条2項類推適用や民法192条の即時取得によるのではなく、本文(1)を前提としたルールを別に定めた。

以上の解説によれば、中間試案では、代理権濫用行為は本人に対して有効であるが、相手方が悪意又は重過失ならば、その後に本人が効果不帰属の意思表示をすると、行為時に遡って無権代理となると理解された。効果不帰属の意思表示は形成権であり、有権代理として成立した法律関係が無権代理のそれへと形成される。遡及的に無権代理となる点は、先に記した内部的制限説（無権代理説）との相違点である。すでに見たように同説では、相手方の主観に関わらず、代表権の濫用をもって代表権に加えた内部的制限すなわち無権代理と捉えていた。同じ無権代理でも明らかな相違である。

代表権濫用行為自体を有権代理とし、過失と重過失を区別し、遡及的に無権代理の法律関係が形成されるとの理解は、従前の議論における到達点たるルールの明確化に寄与するものであろう。重過失を明示するので、心

裡留保説のように過失を重過失に近い内容で捉えずともよい。相手方が知り又は知りうべきときは無効との一般法理を、民法93条に仮託・擬律する必要もない。権利濫用説のように信義則や権利濫用の一般原則を使わずともよい。有権代理との理解を出発点とするので、代理・代表の原理・原則論に抵触しない。タイムラグを想定し、効果不帰属の意思表示により無権代理が形成されるとの立論は、法律行為の効果は行為の時点で決せられるという原理・原則論にも抵触しない。中間試案により、従前の議論における論点はかなり解消されたかのである。

(2) 中間試案からの変更

ただし民法107条は中間試案とは異なる。重過失の文言は消え、「知ることができたとき」の文言となった。効果不帰属の意思表示による無権代理関係の形成との理解も、条文の文言からはうかがわれない。中間試案からこうした変更が加えられた理由が問われそうだが、その点については蓄積された判例法理を変更するべきではないという考え方が紹介されている³⁶⁾。

蓄積された判例法理が不明確だからこそそのルール明確化を目的とした改正だったはずであり、変更するべきでないとの考え方には疑問が残りそうである。しかしながら代理権濫用の一例として、成年後見人による代理権濫用行為がある。その場合、中間試案が示すような効果不帰属の意思表示を本人がするのは困難であり、本人保護に欠けると指摘された。また「過失」の認定・評価を通じて柔軟な解決を図ることが可能であるとの指摘も受けた³⁷⁾。その結果、昭和38年判決をはじめとする判例法理の結論命題を、無権代理に擬制するという形で維持することとなった³⁸⁾。

もっとも中間試案からの変更理由のうち、成年後見人による代理権濫用

36) 潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ 総則・物権 [第9版]』45頁 (吉永一行執筆) (2023年、有斐閣)。

37) 潮見佳男・北居功・高須順一・赫高規・中込一洋・松岡久和編著『Before / After 民法改正』43頁 (2017年、弘文堂)。

38) 潮見佳男『民法 (債権関係) 改正法の概要』21頁 (2017年、金融財政事情研究会)。

については、代表取締役による代表権濫用の場合では特に問題とならない。また過失の認定・評価は、昭和38年判決を契機に心裡留保説で唱えられたように、重過失に近い過失を想起すれば足りよう。そうだとすれば中間試案が示したルールの要件は、それほど崩されていないとも考えられそうである。

ただし中間試案が示したルールの効果については、民法107条の解釈として工夫が求められよう。効果不帰属の意思表示による無権代理関係の形成という、中間試案が唱えた効果を、民法107条の効果に関する解釈にどのように反映させるかである。ところで民法107条の効果たる「代理権を有しない者がした行為とみなす」の文言は、他の条文でも用いられている。自己契約・双方代理に関する民法108条1項本文である。いずれも本人の利益保護を目的としつつ、同じ文言をめぐって2つのルールの相違が問われるに至った。続いてこの点を概観しよう³⁹⁾。

はじめに自己契約の要件を取り上げる（双方代理も同様なので、以下では双方代理に関する記述を割愛する）。自己契約の場合、本人の利益が実際に害されることは民法108条の要件ではない。たとえば本人Aが所有する時価1,000万円の土地を代理人Bが自己契約により1,000万円で取得する場合、本人に損害は発生していないが、同条が適用される。その理由は、本人の利益が害される危険が定型的に大きい点に求められる。契約では売主と買主の利害対立状況について、両当事者による合意を成立要件とすることで、契約内容の合理性が確保される。しかしながら自己契約では代理人だけの意思決定で契約が成立し、合理性確保のメカニズムが機能しない。この点に着目したのが民法108条とされる。

要件に関するこうした理解を基礎に、自己契約の効果は次のように理解されている。民法108条1項本文で「代理権を有しない者がした行為とみな」されるのは、代理人自身が相手方となることが定型的に禁じられてい

39) 以下の記述については、森田宏樹監修『ケースで考える債権法改正』20頁以下（2022年、有斐閣）参照。

るからである。代理権を有する者でも、自己を相手方とすることについては、代理権は制限されている。実際、平成29年改正前民法108条について学説は、代理権を制限した規定であると理解し、同条に違反した代理行為は無権代理そのものと解していた⁴⁰⁾。

以上のように理解される自己契約・双方代理に対し、代理権濫用はどうか。民法107条の要件である「自己又は第三者の利益を図る目的」とは、個別具体的な場面での本人の利益の保護が問題とされる。たとえば本人Aが所有する時価1,000万円の土地を代理人Bが第三者Cに1,000万円で売却する場合、第三者の利益を図る目的は認定されず、同条は適用されない。時価1,000万円の土地を500万円でCに売却するような場合に、Bの代理権濫用が認定される。そして代理権が与えられた趣旨に反して代理権を行使したことについて、Cが悪意・有過失の場合に同条が適用される。

このように代理権濫用では、個別具体的なBの目的やCの悪意・有過失に関する判断に基づき、本来なら代理人の代理権の範囲に含まれる行為の効力が例外的に否定される。民法107条の「代理権を有しない者がした行為とみなす」という文言は、「無権代理そのもの」という意味ではない。具体的な状況を理由に、有権代理行為が例外的に同条適用により無権代理行為に擬制される、という意味である。仮に代表権濫用行為の時点から例外的に無権代理行為に擬制される時点までにタイムラグの存在を想定し、擬制により本人に効果不帰属と捉えるなら、中間試案の考えに近づこう⁴¹⁾。

40) 平成29年改正前民法108条本文は「同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。」と定め、自己契約・双方代理を禁止していた。しかしながら同条に違反した場合の効果は定められておらず、解釈に委ねられていた。

41) 民法107条の「代理人が……行為をした場合において……代理権を有しない者がした行為とみなす」という規定は、先に記したように、読み方次第では有権代理又は無権代理のいずれなのかで錯綜しそうな条文である。整合的に理解しようとすれば、行為時と擬制時の間にタイムラグを想定する必要があると思われる。タイムラグを想定しないならば、行為時に無権代理と擬制されるので、有権代理行為ではなくなってしまうからである。

4. 若干の検討

代表権濫用に関する昭和38年判決のルール、中間試案及び民法107条については、いずれも本人に効果を帰属させない点で共通する。もっとも昭和38年判決のルールが有効・無効の二者択一なのに対し、中間試案と民法107条は無権代理の構成であり、それゆえ無権代理無効を所与とした上で、表見代理、追認さらには無権代理人の責任へと展開可能である。

これらのうち表見代理については、具体的には民法の3つの条文をめぐる適用の可否が問題となる。代理権授与の表示による表見代理等を定める109条、権限外の行為の表見代理を定める110条又は代理権消滅後の表見代理等を定める112条の3つである。これらのうち民法110条の「正当な理由」は、善意・無過失とほぼ同じとされる。したがって3つの条文は、いずれも善意・無過失が表見代理成立の要件となる。

ところで相手方の悪意による代表権濫用のケースでは、まさに悪意なので表見代理は成立しない。また相手方の過失による代表権濫用の局面では、重過失に近い過失が想定される。代表権濫用行為として無権代理へと擬制された時点で重過失に近い内容が所与とされているので、表見代理に関する3つの条文いずれにおいても過失の認定が可能であり、したがって表見代理は成立しないこととなる。それゆえ民法98条1項但書の類推適用や民法107条の適用が肯定されて代理権濫用と評価される局面では、表見代理の成立は基本的に問題とならないと考えられよう。

表見代理の他に、相手方が過失の場合は無権代理人の責任の局面でも問題となり得る。民法117条は、1項で無権代理人の責任、2項では免責のそれぞれ要件・効果を定める。そして2項のうち1号では相手方が悪意の場合に無権代理人が責任を負わない旨を定める。続く2号も、本文では相手方に過失があるならば無権代理人の免責を定める。しかしながら2号但書では、相手方に過失があっても、無権代理人自身が自己の無権代理につ

いて悪意だったならば、無権代理人は責任を免れない旨を規定する。

代表権の濫用について、無権代理人の責任は昭和38年判決のルールでは導き出せない効果である。相手方に過失があり、かつ無権代理人自身が自己の無権代理について悪意の場合に限られるが、民法117条2項2号但書により無権代理人に責任を負わせるという、従前のルールとは異なる効果が発生し得る。相手方が悪意又は過失のいずれなのかにより効果が異なる点も含め、平成29年民法改正による具体的なルール変更点の1つと認識されよう。

追認はどうか。昭和38年判決のルールは有効・無効の二者択一であり、民法119条により、無効な行為は追認しても効力が生じないとされる。これに対し民法107条により無権代理と擬制されるならば、代表権濫用行為の追認も可能となる。本人に効果不帰属という昭和38年判決のルールの結論命題は維持されているが、民法117条2項2号が定める無権代理人の責任に加え、追認の可否についても平成29年民法改正の前後でルールが変更された。改正前では無効とされた代表権濫用行為に改正後は追認を認める対処もあり得るので、見方次第では無効の追認が認められたようにも映る。

ただし民法107条により無権代理とされた代表権濫用行為を、具体的に追認するのは誰か。たとえば次のようなケースが考えられよう。すなわち、A、B 2 名が代表取締役である甲会社において、A が第三者Cの利益を図る目的で、当該目的について悪意のCと取引した。Bは、当該取引には民法107条が適用され、無権代理と擬制されるので甲会社に当該取引の効果は帰属しない旨を主張した。これに対しCが、無権代理と擬制されるならばAに追認を催告する（民法114条）ようなケースである。

経営陣がAとBに割れている状況では、このようなケースの具体化・現実化があり得よう。仮に昭和38年判決のルールが適用されるなら、当該取引は無効であり、Bの主張が認められる結果となる。これに対し民法107条が適用されるなら、Cの催告によりAが追認すると、代表権濫用の行為者たるAの意図する結果となる。Bから眺めた場合、B自身による無権代

理無効の主張はCのAに対する追認催告にも途を開き、代表権濫用の効果が甲会社に帰属する。こうした結果を回避しようとすれば、無権代理無効の主張に先立ち、Aを代表取締役から解職するような手筈を整えておく必要がある⁴²⁾。

もっとも代表取締役の解職は、取締役の解任と同様、相当ドラステックな方策と認識されよう⁴³⁾。これに対し、A単独で追認が可能となる点を不都合と解するのであれば、追認の権限を取締役会や株主総会に帰属させる方策も考えられよう。当初の行為は代表取締役の代表権の範囲内としたものの、代表権濫用と評価し無権代理と擬制させたならば、その後の追認については取締役会や株主総会における検討に付する方策である。

取締役会の決定事項とするには、無権代理の追認が会社法362条4項柱書の「重要な業務執行」に該当すると解することになる。また追認の可否を株主総会の決議で決しようとするのであれば、会社法295条2項に基づいて、その旨を定款で規定することになる。これに対し取締役会を設置していない会社では、追認の可否が会社法348条2項のデフォルトルールに従って取締役の過半数で決定されるべく、追認の可否に関する定めが定款にあれば、当該定めを削除することとなろう。

無権代理人の責任に関する民法117条2項2号但書が適用されると、同条1項の責任が生ずるが、会社に帰属すべき効果は発生しない。無権代理人や相手方の利害に影響が及ぶに止まる。昭和38年判決のルール又は民法107条のいずれを適用しても、会社に直接の影響はないものと考えられる。

42) 昭和38年判決の事案では、認定事実でなく原告の主張ではあるものの、代表権濫用行為の代表取締役に対し、別の代表取締役が、代表取締役たることを辞するよう勧告し、当該勧告を承認した旨が示されている。民集17巻8号920頁参照。

その他、複数の代表取締役間で対立の生ずるケースとしては、代表権濫用行為の前任代表取締役が退任し、後任代表取締役が民法107条に基づいて無権代理の擬制を主張したところ、別の代表取締役が追認催告に動くようなケースも考えられようか。

43) 解任のドラステックさに言及するものとして、岩原紳作編『会社法コンメンタール7 機関（1）』509頁（山田純子執筆）（2013年、商事法務）参照。

表見代理が成立するなら無権代表の本人たる会社に影響が及ぶが、相手方の悪意又は過失が要件となる代表権濫用のコンテキストでは表見代理は成立しにくい。

これに対し追認は、昭和38年判決のルール又は民法107条のいずれを適用するかにより、会社に影響が及ぶ。民法107条の適用を想定した場合、複数の代表取締役が追認の是非をめぐる対立するときは、追認の適否をめぐる判断自体が問われる。のみならず判断の適切さを担保するべく、追認権限の帰属に留意し、必要なら事前に定款の定め反映させておく対応が求められよう。

5. 結びに代えて

本稿の冒頭では、昭和38年判決のルールと民法107条という、2つの法的ルールのいずれが代表権濫用に適用されるのかが必ずしも明らかでない旨を記した。もっとも民法107条の適用を否定する基本書は見受けられない。一般法と特別法の関係を想起するなら、適用されるべき法的ルールは民法107条となりそうではある。

ただし、昭和38年判決のルールが、悪意者は保護しないという一般法理を民法93条1項但書に擬律・仮託したのであれば、民法107条のルールもまた一般法理の擬律・仮託に他ならないとも認識されよう。けれども民法107条のルールは、無権代理人の責任及び追認で昭和38年判決のルールと相違する。代表権濫用の場合、成年後見人による代理権濫用は問題とならないが、代表取締役が複数の場合に会社が適切に追認をなし得るかの問題は、成年後見人の代理権濫用行為に本人が適切に対処し得ない状況と類似する。

そうなると民法107条の適用を想定する場合、適切な適用を担保する方策が欠かせない。たとえば追認権の行使に、代表取締役以外の機関による判断を経る手続的制約を設けるような方策である。当該方策が整備されてこそ、無権代理と擬制された後に会社の行う追認権行使が有意性を備える

ように思われる。そして会社による自律的な手続の整備が進まないようであれば、代表取締役による追認権行使に権利濫用や信義則の適用を検討する場面も生じよう。その意味で民法107条のルールは、平成29年の改正により新設されて完成形に至ったわけではなく、解釈論による対処が欠かせない。

解釈論による対処が必要な点は他にもある。昭和38年判決の事案では、会社の所有する建物の売却が代表権濫用行為とされた。ところで代表権濫用行為は有権代表なので、当該行為の効果は会社に帰属する。それゆえ自己の利益を図る目的で代表権が濫用された場合でも、代表権濫用行為のみでは自己の利益は必ずしも実現しない。当該行為以後に、横領を典型とするような自己の利益を実現するための行為が必要なケースも想定される。

たとえば、(a)取引の相手方たる第三者の利益を図るために時価1,000万円の会社の土地を800万円で代表取締役が売却した場合、相手方に200万円の利益と会社に200万円の損失が観念される。

これに対し、(b)会社としては売却の必要はないが、代表取締役が自己の利益を目的に、事後の会社財産横領を念頭に置いて、当該土地を1,200万円で買いたい旨の申込みに応ずるような場合はどうか。この場合、自己の利益を目的とした代表権濫用行為ではあるが、当該行為自体による会社の損失は観念し難い。当該行為後の横領行為により代表取締役自身の利益と会社の損失がそれぞれ発生する。

(a)では代表権濫用行為1つで会社の損失が生ずるのに対し、(b)では代表権濫用行為後の横領行為により会社に損失が生ずる。時間的な前後関係を伴う2つの行為で構成されるので、タイムラグが大きくなると2つの行為の密接さが低下する。代表権濫用では個別具体的なケースにおける代表取締役自身の目的や相手方の悪意・有過失が問われるので、タイムラグが大きいような場合、慎重な判断が求められる。解釈論による適切な対処は欠かせまい。もっとも当該対処は、判例法たる昭和38年判決又は制定法たる民法107条のいずれをルールとする場合であれ、代表権濫用の規律に必要なものであろう。