

一般法人法における理事の代表権の制限に関する規律

——判例の承継及び代理法への関連づけという視点から——

福 田 清 明

目 次

第1章	問題提起と本稿の構成
第2章	代理法における本人への効果帰属の要件
第1節	効果帰属の要件一般
第2節	内部関係上の義務違反が代理権を制限し無権代理となる場合
第3章	提起された問題についての民法旧条文、判例、学説の対応
第1節	民法旧54条について
第2節	民法旧54条の代理法上の意味
第4章	一般法人法における対応
第1節	一般法人法の制定
第2節	一般法人法の建て付け
第3節	提起された問題に対する一般法人法の対応
第1款	理事会非設置一般社団法人
第1目	代表理事が定められている場合
第2目	代表理事が定められていない場合
第3目	小括
第2款	理事会設置一般社団法人・一般財団法人
第1目	民法旧54条の法令による代表権の制限に関する判例・学説
第2目	会社法349条5項・362条2項（商法旧260条2項）の判例
第3目	会社法349条5項・362条2項（商法旧260条2項）問題の学説
第4目	小括：理事会設置一般社団法人・一般財団法人に受け継がれる判例
第5章	債権法（民法）改正草案における代理法の変更点とその活用
第6章	まとめ

第1章 問題提起⁽¹⁾と本稿の構成

一般社団法人及び一般財団法人の重要財産の処分について、一定の手続（例えば社員総会の3分の2の多数での決議があること、理事会の決議が

あること）を要する旨の自治的規範（定款、総会の決議等）又は法令があるのに、同法人の代表権のある理事（理事又は代表理事）が、その手続を経ずに、対外的取引⁽²⁾（法人所有の不動産を第三者への売却、又は多額の借財、不動産の購入）をした場合において、理事の代表行為の効果は、法

人に帰属するか否かの問題、及び帰属するとしても第三者の主観的要件はいかなるものかの問題⁽³⁾、主観的要件の立証位責任を誰が負うかの問題がある⁽⁴⁾。これらの一連の問題に対して、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（2006（平成18）年6月2日法律第48号、施行2008（平成20）年12月1日）」（以下、一般法人法と略称する）を解釈し問題となる事案に適用して答えることになる。一般法人法は、その前身たる法人に関する民法旧条文（2008年の一般法人法施行前の民法条文）と、商法第2編会社を改正して2005年に制定された現行会社法（平成17年7月26日法律第86号、施行2006（平成18）年5月1日）条文とから、多くの条項を引き継いだので、一般法人法の解釈には、民法旧条文と現行会社法条文の判例・学説が重要な意味を持つ。一般法人法の沿革史から、現行法人法を見るとともに、他方、法人の代表者の第三者との代表行為の効果が法人に帰属するか否かの問題は、民法の代理法に立ち返って説明できなければならないが、その点が希薄であった嫌いがあるので、代理法に関連付けて検討し、なるべく代理法内在的な法律構成を提案したい。以上が本稿で扱う問題である。

本稿第2章では、代理法における本人への効果帰属の要件（反対から言えばいかなる場合に効果帰属要件から外れて本人に効果帰属しないか）を、1970年代から主張されて最近では確固たる地位を占めるようになった学説の考え方を含めて確認する。

本稿第3章では、一般法人法の前身ともいえる民法旧条文とそれについての判例・学説を考察し、代理法に立ち返って民法旧54条を分析する。

本稿第4章では、一般法人法の制定、建て付けを紹介した後で、その建て付けに応じて「理事会非設置一般社団法人の場合」と「理事会設置一般社団法人・一般財団法人の場合」とに分けて、提起した一連の問題に対して、一般法人法においてどのように対応されるかを検討していく。検討に当たっては、一般法人法に移植された条文の元来の姿である民法旧条文と会社法条文（商法第2編旧条文）の判例と学説をも対象にする。第3章と第4章の検討では、条文、判例、学説を代理法

に引き直して理解することを大切にしたい。

本稿第5章では、第189回国会において継続審議となった「民法の一部を改正する法律（第189回国会内閣提出法案第63号）」における「代理権の濫用」を考察した上で、第4章までで行った検討の結果に関して活用できる知見がないかを探る。

本稿第6章では、第5章までの考察を表を用いてまとめる。

代理と代表という用語について、両者を区別する見解も古くはあったが⁽⁵⁾、現在では、解釈的視点からは、区別せずに考えられており⁽⁶⁾、条文において二つの用語が使われる日本民法においては、本質的な差異を認めた上で使い分けているのではなく、包括代理権が問題となる場合には代表という語が使われる傾向があるといえる程度である⁽⁷⁾。本稿でも現在の用語法に従って、次のようにほぼ互換的に用いる。すなわち、法人の場合については代理と代表という語を互換的に、自然人を本人とする場合については、包括代理権に関しては代理と代表という語を互換的に、個別代理権に関して代理という語を用いる。

代理において法定代理権と任意代理権が区別される。本稿で対象とする法人の機関代理で代表者が有する包括代理権は、そのどちらであろうか。授權においては任意代理であるが、代理権の範囲については法定されているので法定代理権に近い、最新の注釈書では、法定代理権と任意代理権の他に機関代理権があると明確に説明しないが、三者を並列して記述する箇所があることから、機関代理権を法定代理権か任意代理権かのどちらかに完全に入る概念だと考えていないようである⁽⁸⁾。

第2章 代理法における本人への効果帰属の要件

第1節 効果帰属の要件一般

民法99条が有権代理の成立要件と効果を規定している。①顕名があること、②代理人の意思表示によって構成される代理行為があること、③当該代理行為に対応した代理権があること、の3つが有権代理の要件である。有権代理の効果は、代理

行為の効果が本人に帰属することである。当該代理行為に対応した代理権がないために、有権代理は成立しなくても、民法109条（代理権授与の表示による表見代理）、110条（権限外の行為の表見代理＝権限踰越による表見代理）、112条（代理権消滅後の表見代理）で定められた3つの表見代理類型の一つに該当すれば、代理行為の効果は本人に帰属する。

顕名とは、代理人による代理意思の表示であり、代理人が本人のためにすることを示すことである。代理意思とは、代理人が代理行為の効果を本人に帰属させることを欲する意思である。

代理行為の効果が本人に帰属するのは有権代理の成立要件が充たされたときと、表見代理の成立要件が充たされたときである。代理行為の効果が本人に帰属しないのは、有権代理が成立しなかったときであるが、どの有権代理の要件が欠けるかは一様ではない。代理行為に対応した代理権の存在の要件が充たされないときを無権代理という。顕名の要件が充たされないとき又は代理人の意思表示で構成される代理行為が有効でないときを、「代理権はあるが有権代理でない場合」と呼ぶことにする。無権代理を2つに分け、代理権の存在という要件は充たさないが他の有権代理の要件を充たしているときを、「広義の無権代理」と呼び、広義の無権代理から表見代理を除いたものを「狭義の無権代理」と呼ぶ。代理行為の効果が本人に帰属するのは、「有権代理」と「表見代理」である。他方、効果が本人に帰属しないのは、「狭義の無権代理」と「代理権はあるが有権代理でない場合」である。信義則（民法1条2項）又は権利の濫用（民法1条3項）といった一般法理を用いて、有権代理の要件をすべて充たすときでも代理行為の本人帰属の効果は発生しないとするから、効果が本人に帰属しない場合に、「代理行為効果不帰属事由のある場合」を追加しておく。広義の無権代理は、本人に効果が帰属するときも帰属しないときもともにあり得る。

第2節 内部関係上の義務違反が代理権を制限し無権代理となる場合

代理権は、代理をすることができる法律上の地位又は資格で、法定代理の場合は、法律の規定によって又は裁判所若しくは私人の指定・選定によって発生し、任意代理の場合は、授権行為によって発生する⁽⁹⁾。代理権は、法定代理であれ、任意代理であれ、何らかの法律関係の目的を実現するために、代理人に与えられる。たとえば、親権者の法定代理権であれば、親権という親と子の法律関係を実現するためであり、不動産買主から授与される任意代理権であれば、不動産の第三者からの購入の委任という法律関係を実現するためであり、理事の法人代表権は理事としての委任若しくは委任類似の契約上の職務を遂行するためである⁽¹⁰⁾。代理権は、代理権授与の原因となるあるいは目的である法律関係（内部関係あるいは基礎的法律関係という）を実現する手段なのである。代理人は、内部関係において本人に対して義務（善管注意義務、忠実義務、自己執行義務）⁽¹¹⁾を負っている。代理人がこれらの内部関係上の義務に違反して本人に損害を加えれば、損害賠償責任を負う。それでは、内部関係の実現のために与えられた代理権は、その内部関係上の義務を、内容として含むのであろうか。換言すれば、代理人の内部関係上の義務に違反すると、自動的に代理人の行為は代理権の範囲外の行為となるのであろうか。原則は、代理人の内部関係上の義務の違反行為によって代理権の範囲が縮減されることはない。つまり、内部関係と代理権とは、互いに分離・独立している⁽¹²⁾。本人のために土地を購入するために代理権を授与された代理人が不注意で利用価値の少ない土地を第三者から購入した場合、代理人が内部関係上の善管注意義務違反により、本人に損害賠償責任を負うことはあっても、代理人と第三者との売買契約は、代理権の範囲内の代理行為であり、有効であり、その効果は本人に帰属する⁽¹³⁾。

内部関係とは、例えば本人と代理人の委任契約関係（親権関係という法律関係のこともある）である。外部関係とは代理における本人と相手方の

関係であり、それは、代理権の存在する範囲で代理人の代理行為の効果が本人と相手方の間に帰属したものである。内部関係と外部関係は、目的と手段の関係であり、代理権の範囲という外部関係は、内部関係上の義務によって影響されない。原則として、この代理権の範囲は、内部関係の義務から分離・独立しており、内部関係の義務が代理権の範囲に影響しこれを画することはない。この原則は、代理権の範囲における無因性と呼ばれることがある。この無因性は、任意代理権の授与行為が委任契約等の事務処理契約から独自・無因であることと同列に、整理されることもあるが、授權行為の独自性と無因性が認められなくても、代理権の範囲における無因が妥当することは可能である。たとえば原因関係たる委任契約の効力は、代理権授与行為の効力を左右し、前者が無効となり、取消・解除されれば、後者も効力を失うと構成しても、代理権の範囲を委任契約上の義務及び義務違反から切り離して確定することは可能である。

内部関係の義務が代理権の範囲に影響しこれを画することはないと原則は、代理取引への相手方からの信頼を保護するのに資するのに対して、本人にとっては代理人のなした取引から不利益を蒙る結果となり得る。内部関係上の義務が本人にとって重要で、その義務違反が外部（相手方を含めた第三者）から認識されるか又は認識し易いものであった場合に、相手方の要保護性が低く、本人の不利益が確実・重大である場合には、内部関係上の義務違反が代理権の範囲に影響を与えないという原則からの例外が承認されてもよい。民法108条の自己契約・双方代理の禁止は、この原則からの例外が制度されたものと位置づけられる。自己契約・双方代理の場合、その代理行為は、客観的には代理権の範囲には属しているが、それにも係らず、代理権の制限つまり無権代理としているのである。ここでは、代理人が専ら本人のために行動すべき代理人の義務（忠実義務）が全うされない定型的な危険があり、この危険は外部からも容易に認識でき、明らかである。そこで一律に代理権を制限し、無権代理として、効果を本人に

帰属させないのである⁽¹⁴⁾。

第3章 提起された問題についての民法旧条文、判例、学説の対応

第1節 民法旧54条について

【民法旧条文と自治的規範】

一般法人法は、非営利社団・財団法人について規律している。この一般法人法が施行され、民法の旧条文は削除された。一般法人法施行前の民法旧条文は、公益社団法人と公益財団法人に関する規定であったが、法人一般の規定と位置づけられるものもあった。本稿に関係する条文は、法人の管理の節に定められた民法旧52条以下の三か条である（後掲【主要関係条文】参照）。

自治的規範（定款・寄付行為・総会の決議等）により理事の代表権に制限が加えられていたのに、その制限に反して、理事が第三者との間で、代表行為を行った場合、民法旧54条が適用される。その結果、悪意の第三者には代理権の制限を対抗でき、理事の代表為の効果は法人に帰属しないが、善意の第三者には対抗できず、理事の代表行為の効果は法人に帰属する。

【善意・悪意の対象と立証責任】 民法旧54条にいう善意・悪意の対象は、代理権を制限する旨の自治的規範の存在であって⁽¹⁵⁾、第三者（相手方）との当該代表行為について当該理事に代表権にあると正当に信じたこと又は信じていないことではなかった。同条の善意についての主張・立証責任が、第三者にあると、判例は述べている⁽¹⁶⁾。

【民法旧54条の代理権制限の態様】 代理権の自治的規範による制限の態様には、大別すると二つある。(1)特定の理事のみに代表権を与え、他の理事には与えないというものと、(2)特定の事項につき総会等の機関の決議を要する又は一定数以上の理事の同意を要するというものである⁽¹⁷⁾。本稿では主として(2)の代理権制限の態様を考察する。

【第三者が善意でない場合の110条の類推適用】 代表行為の相手方が、民法旧54条にいう善意の第三者でない場合、すなわち代理権を制限する旨の自治的規範の存在を知らなくはない者であっても、

第三者が、自治的ルールで定められた手続を理事が履践したので、当該代表行為において代表権があると信ずる正当な理由を有するならば、民法110条が類推適用され、その相手方との取引の効果は、法人に帰属する。このような解釈を判例は提示した⁽¹⁸⁾。判例について批判する学説は散見されない⁽¹⁹⁾。調査官解説によれば⁽²⁰⁾、表見代理の特則である民法旧54条によって第三者保護ができないときに、民法110条の類推適用をすることは、民法旧54条と矛盾しない。民法旧54条で保護される第三者は、代理権の制限規範の存在を知らないときにつき無過失であることを要しない。この点に、民法110条の表見代理の原型とは異なる特則としての意味がある。そして、民法110条の類推適用は、民法旧54条がカバーしない部分について第三者を保護する。このような関係に、民法110条の適用、民法旧54条の適用、及び民法110条の類推適用は、立っているので、民法110条の類推適用は民法旧54条があることと矛盾しないのであると説明する。

【自治的規範による代理権制限は民法旧54条の枠内】民法旧54条の代理権の制限をする規範は、自治的規範だけであり、その中に法令は含まれない。定款、寄附行為、総会の決議による制限だけが民法旧54条の制限に入るものであり、法令による制限は入らないと解される。旧民法54条は同53条を受けた条文であり、同53条で列挙されていたものは自治的規範たる定款、寄附行為、総会の決議であり、同54条で代理権に加えられた制限も、自治的規範による制限に限られると判例及び多数説は解した。さらに、そのように解釈する実質的理由もある。法令による代理権制限に民法旧54条を適用することができると解すると、代理権を制限する法令の存在を知らない「善意の第三者」に、代理権の制限を対抗できなくなり、法の不知を保護する結果となってしまう。この結果を回避すべく、法令による代理権の制限は、同条54条には含まれないと解釈された。大判大正15年12月17日民集5巻862頁は、法令によって理事の代表権が制限されている場合には、法定の所定の要件が具備されない限り、初めから代表権は存在しないのであり、

本来なら存在したはずの代表権に制限が加えられたというわけではないから、民法54条を適用する余地はないと判示した⁽²¹⁾。代理権の原始的に制限されている場合と、最初制限がなかった代理権が後発的に制限された場合とを分けて、後者にだけに、民法旧54条は適用されるという理屈である。大判大正15年12月17日は、その後の判例において踏襲された。

【法令による代理権制限は民法旧54条の枠外】理事の代表権が法令により制限されていた場合に民法旧54条が適用されない結果、相手方が善意でも、決して保護されないことになってしまうことは、取引に対する信頼を過度に失わせるものであり是認できないとされ、一定の範囲の相手方は保護されるべきだと考えられた。そのような保護のために、民法110条を類推適用して、相手方が当該代表行為について理事に代表権ありと信ずるに正当な理由がある場合に限り保護すべきだという解釈が、判例によって示された⁽²²⁾。通説もこれを支持した⁽²³⁾。代理権ありと信ずべき正当な理由の立証責任は、民法110条の適用の場合⁽²⁴⁾と同じならば、表見代理行為の効果を主張する側つまり相手方が負う。

第2節 民法旧54条の代理法上の意味

代理法に立ち返って考察すると、民法旧54条の性質について、2つの対立する見解が成り立ちうる。1つの見解は、判例の基礎を成す表見代理特別類型説で、もう1つの見解は有権代理説である。

【表見代理特別類型説】表見代理特別類型説は、民法旧54条（一般法人法77条5項に相当する）が民法110条の表見代理の特別類型を定めたと解する。この説は、民法旧54条により自治的規範で代表権限が制限された場合に、問題となる相手方との取引においては、広義の無権代理となることを前提としている。相手方善意の場合に表見代理が成立し、相手方悪意の場合に狭義の無権代理になる。いかなる方法で代表権が制限されれば、民法旧54条が適用されるのか。同53条の「理事は総て法人の事務につき法人を代表する。ただし、定款の規定又は寄附行為の趣旨に違反することはで

きず、また、社団法人にあっては総会の決議に従わなければならない」を承けて、同54条で「理事の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない」となっていたので、代理権に加えられた制限は、定款、寄付行為又は総会の決議による制限である。善意・悪意は、代表権を制限する自治的規範の存在に向けられており、当該理事が当該代表行為の代表権を有していることの知・不知ではない。

①理事の代理権は元来、包括的であり、何も制限がなければ、常に代理行為は有権代理となる。②自治的規範による代表権の制限は、登記で公示されるわけではなく、外部から容易に認識することができない。③法人と取引をする相手方に、定款を見て代表理事の代表権が制限されていないかを確かめることを要求するのも取引の安全・迅速を害することになり適当でない。以上のことから、民法旧54条第三者たる相手方を、有過失であっても善意であるというだけで保護したのである⁽²⁵⁾。善意の意味は、自治的規範（定款、寄付行為又は総会の決議）で理事の代理権が制限されていることを知らないことである⁽²⁶⁾。

表見代理特別類型説は、相手方が代表権を制限する自治的規範の存在を知っていた場合には、民法旧54条が適用されないので、民法110条の類推適用説で補完される必要がある。

【有権代理説】別の考え方は、相手方の善意・悪意で代表権の範囲が異なると考える有権代理説である⁽²⁷⁾。すなわち「代表権に加えられた制限に対して代理人の違反があること」及び「相手方がその違反について善意であること」があれば、代理人の代表行為は有権代理となり法人に効果は帰属する。他方、「代表権に加えられた制限に対して代理人の違反があること」及び「相手方がその違反について悪意であること」があれば、代理人の同じ代表行為が無権代理となり法人に効果は帰属しない。このような結論が導けるのは、民法旧54条が、内部関係上の義務違反が代理権の範囲に影響しこれを画することはないと原則とそれからの例外とを、規定しているからだと捉えるからである。相手方が代理人の内部関係上の義務違

反を知っていることで要保護性を失い、内部関係上の義務に違反した代理人の行為が、例外的に、代理権の範囲を縮減し、越権代理になる。相手方が代理人の内部関係上の義務違反を知らないことで要保護性を保ち、内部関係上の義務に違反した代理人の行為が、代理権の範囲に、原則通り影響を与えずに、有権代理のままとなる。

有権代理説は、代理人が内部関係上の義務に違反すれば、それが代理権の範囲に影響を与えるかどうかを検討する基準である。したがって、自治的規範による代表権の制限でも、法令による代表権の制限でも、その制限に違反すれば内部関係上の義務違反となり、有権代理説の基準にしたがって判断できるので、有権代理説本来の考え方からいえば、代表権の制限が自治的規範による場合でも法令による場合でも、適用可能である。ただし、有権代理説を採ったならば、善意・悪意は、代表権を制限する規範の不知・知ではなく、当該代表行為において当該理事が内部関係上の義務に違反したことを知らないか知っているかを意味する。

第4章 一般法人法における対応

第1節 一般法人法の制定

一般法人法は、2008（平成20）年12月1日から施行されている。一般法人法は、法人法制度の改革の一端を担って登場した。法人法制度の改革は、それまで民法に定められていた公益法人規定の不備⁽²⁸⁾を修正し、新しい発想⁽²⁹⁾のもとに法人法制全体を整備しようとした。法人法全体の法制に関して、2006年5月に第164回通常国会において「公益法人制度改革関連3法⁽³⁰⁾」が成立し、2008年12月から施行された。

法人法の改革前の法制では、公益も営利も目的としない団体、すなわち構成員の共益を目的とする団体は、民法の公益法人になれず、また営利法人（商事会社）にもなれなかった。そのような団体は、特別法、例えば労働組合法、農業協同組合法、消費生活組合法といった法律がなければ、そもそも法人格を取得する道が閉ざされていたのである。平成13年6月15日公布の中間法人法（2001

(平成13年法律第49号。施行は2002(平成14)年4月1日)は、そのような中間団体が準則主義によって一般的に法人格を取得することを可能にした。この中間法人法は、非営利目的の団体に準則主義で法人格を付与し非営利法人の成立を可能にする一般法人法の制定により不要となるので、関係法律整備法整1条により、一般法人法の施行の日(2008年12月1日)に廃止された。

2006(平成18)年の法人法改正によって、民法の公益法人(公益社団法人並びに公益財団法人)制度が廃止され、民法にあった法人に関する規定がほとんど削除され、残った条文の多くはその条名と内容が変更になった。一般法人法は、非営利目的の法人のための法律として制定された。

一般法人法は、一般社団法人・一般財団法人と公益社団法人・公益財団法人に共通して、その組織、運営及び管理の基本部分を規律する法律である。一般法人法を根拠に成立し法人格を取得した法人の中で、公益法人認定法によって公益認定を受けたものが、公益社団法人又は公益財団法人となるのである。

第2節 一般法人法の建て付け

第1款 一般的建て付け

【法人の機関】 一般社団法人では、社員総会と理事が必置機関である(一般法人法35条1項、60条1項)。理事会・監事・会計監査人は、定款で設置することができる任意設置機関である(一般法人法60条2項)。一般財団法人では、評議員、評議員会、理事、理事会及び監事が必置機関である(一般法人法170条1項)。本稿で重要な意味を持つ理事会は、一般社団法人では設置される場合とそうでない場合があるのに対して、一般財団法人ではかならず設置される。

【理事会非設置一般社団法人】 理事会非設置一般社団法人では、理事が執行機関であり、法人の業務を執行する(一般法人法76条1項)。理事は、1人又は2人以上で(一般法人法60条1項)、理事が2人以上いる場合には、その法人の業務は、定款に定めがない限り、理事の過半数の意見によって決定する(一般法人法76条2項)。

【理事会設置一般社団法人・一般財団法人と理事会】 理事会設置一般社団法人・一般財団法人(以下では両者を含めて理事会設置一般社団法人等という)の代表理事は、一般法人法77条1項ただし書き・同条3項により当該法人の代表機関であるとともに業務執行機関であり、また一般法人法90条3項・197条により、どちらの法人にとっても、必置機関である。そして必置機関たる代表理事は、代表権を有している(一般法人法77条・91条1項、197条)。

理事会設置一般社団法人・一般財団法人は、2006年改正前の民法が規定した公益法人とは、理事会という法定機関が設置されているか否かという点で、大きく異なる。理事会が法定機関であるために、一般法人法においては、理事会に関する規定があり、理事会の権限についても規定されている。理事会は、法令及び定款に定める社員総会(財団の場合は評議員会)の決議事項とされた事項を除き、理事会設置一般社団法人等の業務執行に関する意思決定を行う権限を有する(一般法人法90条2項1号・197条)。理事会の専決的決議事項とされているのは、一般法人法90条4項(同項は会社法362条4項から移植された)で規定されている次の7項目である。すなわち、1号「重要な財産の処分及び譲受け」、2号「多額の借財」、3号「重要な使用人の選任及び解任」、4号「従たる事務所その他の重要な組織の設置、変更及び廃止」、5号「理事の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他一般社団法人の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」、6号「第144条第1項の規定による定款の定めに基づく第111条第1項の責任の免除」、そして7番目に、1号から6号までは例示列举であることを前提に「その他の重要な業務執行」(一般法人法90条委4項柱書、197条)が来る。

理事会の専決事項となっているもので法人の対外的な取引に係るのは、一般法人法144条4項1号(重要な財産の処分及び譲受け)・2号(多額の借財)である。

第2款 代表権の制限に関する建て付け

一般法人では、理事会非設置一般社団法人の各理事は法人を代表し（77条1項）、代表理事を定めた場合には（77条3項）その代表理事だけが代表権を有する。理事会設置一般社団法人では理事会で代表理事が選定されなければならない（90条3項）ので、選定された代表理事だけが代表権を有する。代表理事は、包括的な代表権を有する（77条4項）。代表理事の包括代表権とその制限に関する一般法人法77条4項及び77条5項は、民法旧53条本文及び同54条から引き継いだ。

民法旧第54条で、理事の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができないと規定されていた。それに対して。一般法人法では、77条5項で、前項の権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができないと規定し、代表理事の代表権に加えた制限は善意の第三者に対抗できないとした。民法旧54条における理事の代理権の制限は、代表理事と理事の区別をなく理事に一元化されていた民法旧規定のもと、いかなる理事の代理権の制限も、同条で扱うことができた。それに対して、理事と代表理事を区別する一般社団法人において、77条5項は、「前項で権限に加えられた制限」、つまり77条4項の代表理事の権限（代表権）に加えられた制限だけを扱っており、理事会非設置一般社団法人で代表理事がない場合における理事の代表権に権限に加えられた制限は、77条5項で扱われないことになる虞があると考えるかもしれない。しかし、一般法人77条に移植された会社法349条の解釈において、同条1項の「株式会社を代表する取締役」は、自動的に代表取締役になり、その代表権の制限を同条3項で扱うことができるとの解釈がとられている⁽³¹⁾。この解釈を一般法人法77条に持ち込めば、一般法人法77条5項は、代表理事と同視される代表権を有する理事の権限の制限をも対象とすることができる。すなわち、取締役会非設置一般社団法人で代表理事を選定しておらず理事しか存在していない場合、その理事は皆、代表権を有する理事となり、その代表権の制限を、一般法人法77条5項で扱うことができる。

重要財産の処分については理事会の決議を要すると定款などの自治的規範⁽³²⁾に定められて包括的な代表権（一般法人法77条4項）が制限されていた場合、理事会非設置一般社団法人ならば、典型的な自治的規範による代理権の制限で、一般法人法77条5項に服する。しかし理事会設置法人の場合には、代表理事が法人法90条4項1項（重要財産の処分等について理事会の決定を要すると定めた法令）の法律上必要な決議を欠く代表行為となり、法令による代表権の制限なので、一般法人法77条5項が適用されなくなる。この場合、代表理事の代表行為の効力についての明文の規定はない。

第3節 提起された問題に対する一般法人法の対応

第1款 理事会非設置一般社団法人

理事会非設定一般社団法人に単独又は複数の理事がいて、その理事の中から代表理事が定められた場合と、代表理事が定められなかった場合とに分ける。もっとも、後に、代表理事が定められていない場合の箇所でも、この区分が意味を有さないことを説明する。

第1目 代表理事が定められている場合

一般法人法77条1項3項又は79条2項に基づき代表理事が定められる。この場合における一般法人法の規定は、民法旧規定とは対象とする法人が若干異なる（公益法人か非営利法人の相違）。一般法人法の規定が民法旧規定に対応しているので、民法旧規定の解釈と民法旧規定の判例は、引き継がれ、以下のような規律になると予想される。

理事会非設置一般社団法人代表理事が定められた場合には、一般法人法77条1項ただし書きにより、代表理事以外の理事は、代表権を持たない。一定の手続（社員総会の決議を経るなどという手続）の履践を要すると自治的規範で定めて代表理事の代表権を制限しても、その自治的規範を知らない第三者には代表権の制限を対抗することができない（一般法人法77条5項）。つまりその第三者と、定められた手続を履践しなかった代表理事との間の行為の効果は、法人に帰属しない。第三

者が手続の履践を定めた自治的規範について知っている場合、一般法人法77条5項で、代表理事の第三者との行為は法人に帰属しない。その場合でも、代表理事に代表権があると第三者が信じたことに正当理由があれば、民法110条が類推適用されて、表見代理が成立し、代表理事の行為の効果が法人に帰属する。

第2目 代表理事が定められていない場合

代表理事が定められていない場合における一般法人法の規定においては、代表理事の代表権の制限について、民法旧規定54条における代理権の制限と同様の規定（一般法人法77条5項）を設けたが、平理事の代表権の制限については、文言上その制限について定めた規定がない。この点が相違である。「理事」という語しか登場しない民法旧規定とは異なり「理事」と「代表理事」の双方の語が登場する一般法人法においては、制限される代表権は、代表理事のそればかりでなく理事のそれもあり得るのである。しかし、代表権を有する理事全員を「代表理事」と解釈することで、いかなる者の代表権に対する制限も、すべて「代表理事の代表権」の制限として、一般法人法77条5項で扱うことができる。理事会非設置社団法人の各理事が一般法人法77条1項・2項で有する代表権を、代表理事その他の一般法人を代表する者を定めた場合にはその代表者以外の理事は失い、反対に代表者を定めなかった場合にはすべての理事が、代表権を有し、「代表理事」になると解釈するのである⁽³³⁾。この解釈に基づけば、代表理事が定められなかった理事会非設置一般社団法人においても、民法旧規定の解釈と同規定の判例は、引き継がれ、上記（「第1款理事会非設置一般社団法人」、「第1目代表理事が定められている場合」）のような規律になると予想される。

民法旧規定では、複数いる理事のうち特定の理事に代表権を自治的規範で集中させ、その他の理事が代表権を失うことは、その他の理事の「代理権に加えられた制限」に包摂されるとして、民法旧54条で解決していた⁽³⁴⁾。代表理事が定められていないが複数の理事のいる理事会非設置一般社団法人において、理事の中から代表理事が定め

られたときに、それを、代表理事の「権限に加えられた制限」（一般法人法77条5項）に包摂し、代表理事にならなかった理事の代表権を制限したと解釈することは、困難であろう。すなわち、複数いる理事のうち特定の理事に代表権を自治的規範で集中しても、民法旧54条に対応する一般法人法77条5項に基づき、その自治的規範を知らない善意の第三者に対抗できないということではできない⁽³⁵⁾。この結論は、確かに民法旧条文54条の解釈とは異なる。民法旧条文が理事だけを法定したのに対して、一般法人法は、理事と代表理事とともに法定し、理事会非設置一般社団法人に理事だけがいる場合と理事と代表理事の双方がいる場合を認めている。このような制度の建て付の違いから、理事会非設置一般社団法人が代表理事を定めて特定の理事に代表権を集中することは、民法旧条文において理事が複数いる中で特定の理事に代理権を集中することと比べて、法的に異なった意味を持ってこざるを得ない⁽³⁶⁾。

第3目 小括

理事会非設置一般社団法人の場合、代表理事がいる場合といない場合がある。代表理事がいると、その者に代表権があり、その他の理事には代表権はない。代表理事がいない場合には、すべての理事がいれば代表理事であり、代表理事として登記をしなければならない。それらの理事の中のある理事の代表権を制限すれば、それは代表理事の代表権の制限したことになる。

第2款 理事会設置一般社団法人・一般財団法人

理事会設置一般社団法人等の代表理事が、対外的な取引行為を第三者と行うに際して、理事会の専決事項であるにも係らず理事会の決議を経ない場合⁽³⁷⁾、その法律行為の効果は法人に帰属するのであるか。このような問題は、法定機関である理事会がない、したがって理事会の専決事項が観念できない理事会非設置一般社団法人では発生しない⁽³⁸⁾。公益法人についての2006年の改正前の民法旧規定においては、理事会が法定されていない、したがって理事会の専決事項というものもなかった。このような事情から、民法旧規

定においては、理事会における法定の手続を経ない理事の代理行為の法人への効果帰属の問題は、観念されなかった⁽³⁹⁾。もっとも、理事会の法定された専決事項という理事の代表権の制限以外で、法令による理事の代表権の制限については、民法旧条文時代に判例及び学説があった⁽⁴⁰⁾。

2006年の一般法人法立法にあたり、会社法の株主総会、取締役、取締役会、代表取締役の諸規定が、社員総会、理事、理事会、代表理事に関する諸規定として移植された。2005年の会社法及びその前身たる商法の第2編会社の諸規定において、代表取締役が、取締役会等の機関の決議を経ることを要する対外的な取引行為を、当該機関の決議を経ないで行った場合でも、右取引行為の効果は法人に帰属するかという問題は、判例及び学説においてつとに論じられてきた。

代表権のある理事が、他機関の決議等を経ることを要する対外的な代表行為を、当該機関の決議等を経ないで行った場合でも、右代表行為の効果は法人に帰属するかという問題は、民法旧54条の判例でも、同条に由来する会社法362条2項の判例でも扱われていた。それも、それぞれ異なる法律構成が採用されていた。一般法人法においては、どちらの判例が引き継がれるべきか。この問題を検討するために、まずは、民法旧54条の判例・学説と会社法362条2項の判例・学説をしてみる。

第1目 民法旧54条の法令による代表権の制限に関する判例・学説

民法旧54条の法令による代表権の制限に関する判例・学説については、「第3章 民法旧条文、判例、学説の対応」「第1節 民法旧54条について」で述べた通りである。

第2目 会社法349条5項・362条2項（商法旧260条2項）の判例

代表取締役が、取締役会の決議を経なければならない対外的な取引行為を、当該決議を経ないでなした場合に、その取引行為の効力はどうなるか、つまり会社（法人）に帰属するかどうかにつき、最判昭和40年9月22日民集民集19巻6号1656頁が、民法93条を類推適用して、次の実

質的問題の解決に取り組んだ。すなわち、代表取締役が取締役会の決議によらず、またはそれに違反してなした行為の効力に関して、代表取締役が欠いた取締役会の決議を要求して守ろうとする会社の利益と、対外的な取引行為が代表者によってなされたことを信頼した相手方（第三者）の利益とを比較衡量して、会社と相手方のどちらを保護するかを決めるという問題である。最高裁判所は、昭和40年9月22日判決において、「右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は、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、相手方が右決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときに限って、無効である」と初めて判示した。この判断基準は、民法93条を根拠に持ち出したので、民法93条類推適用説と呼ばれる。同条は、意思と表示が不一致であることを表意者が知っている場合に適用されるが、本事例では、取締役会が意思決定をして、それを代表取締役が表示する場面である。取締役会と代表取締役とを一体のものとして、この一体のものが、代表行為としての意思表示を行ったと捉えたのだろう。そうすると、代表取締役がなした表示に対応する、取締役会で決定された意思がないことになり、意思と表示の不一致といえる。もっとも心裡留保では表意者が意思と表示の不一致を認識していなければならないが、ここでは、代表取締役が取締役会の決議の存在を認識している否かを問わないので民法93条は適用ではなく類推適用される⁽⁴¹⁾。

その後も引き続き、民法93条類推適用説は判例で採用され、平成17年の会社法大改正後の最判平成21年4月17日民集63巻4号535頁でも、維持されている。最判平成21年4月17日は、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取引（代表行為）をした場合、取締役会の決議を経ないことを理由とする代表行為の無効（会社への効果不帰属）は、原則として会社のみが主張することができ、会社以外の者は、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、これを主張することはできないと判示した。効果不帰属という意味

での無効の主張を会社からのみできるとした点が新判断である。

この最判昭和40年9月22日民集民集19巻6号1656頁の後、昭和56年法律第74号による商法改正によって、当時の商法260条が改正され、重要財産の処分は取締役会の法定決議事項が明確な形をとった（旧商法260条2項1号）。さらに平成17年法律87号の商法改正・新会社法制定で誕生した会社法の362条4項1号が、旧商法260条2項1号に規定されていた取締役会の法定決議事項を引き継いだ。

最判昭和40年9月22日の事案では、原告株式会社の定款に重要な事項については取締役会の決議を要すると定められていた。この点を捉えて、同判例を紹介するときに、定款の定めにより取締役会の決議が要求されている場合に、その決議を経ないでなされた行為の効力について、初めて判示した最高裁判決との位置づけが示されることがある⁽⁴²⁾。現行会社法362条4項1項・2項と同旨の規定が明文として商法第2編会社に定められたのは、昭和56年改正のときである。最判昭和40年9月22日は、昭和56年改正前の事案である。昭和56年改正前の商法260条の文言は、「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決定ス支店ノ設置、移転及廃止並ニ支配人ノ選任及解任亦同ジ」というものであった。「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決定ス」と前段で書かれているが、昭和56年改正後の体裁とは大きく異なる。この改正後は、「取締役会ハ左ノ事項其ノ他ノ重要ナル業務執行ニ付テハ取締役ニ決セシムルコトヲ得ズ」との文言の後に「重要ナル財産ノ処分及譲受」、「多額ノ借財」等の「重要な業務」に含まれるものが例示列挙されている。しかし、改正の前後で変わらないのは、最終的には抽象的で包括的な概念（「会社ノ業務執行」、「重要ナル業務執行」）が取締役会の決定を経なければならぬか否かの基準であるという点である。そこで、つぎのような評価できるのではないか。すなわち、昭和56年改正により、取締役会の権限の例示列挙が追加的に規定されたが、しかし、この改正は取締役会の法定権限を明確化しただけであり、代表取締役の権限自体に変化をもたらしたの

ではないと⁽⁴³⁾。この評価を前提にすると、最判昭和40年9月22日は、法令により取締役会の決議が要求されている場合に、その決議を経ないでなされた行為の効力について、最高裁が下した判決と位置づけられ、1965（昭和40）年から現在（最判平成21年）に至る会社判例は、法令により取締役会の決議が要求されている場合に、その決議を経ないでなされた代表取締役の対外取引の効力についてのものであるとまとめることができる。そして、この判例の基準に従えば、民法93条を類推適用して、取引の相手方が善意の場合には有効とし、他方、当該相手方が取締役会の決議のないことを知っているか又は知ることができた場合には無効とし代表取締役の行為の効果が会社（法人）に帰属しないとした。

第3目 会社法349条5項・362条2項（商法旧260条2項）問題の学説

【一般悪意の抗弁説】 原則として有効であるが、悪意又は重過失のある相手方に対して会社はその効力を否定し得るとする説である⁽⁴⁴⁾。一般悪意の抗弁は、無効を主張する側（会社）に主張・立証責任がある。原則として、すなわち何も主張されなければ、代表行為は有効であり、その効果は会社に帰属するが、例外的に、会社が相手方の悪意を立証できた場合には無効となり、代表行為の効果は会社に帰属しない。この見解は、信義則又は権利濫用の一般法理を用いて、有権代理の要件をすべて充たした事案の効果帰属発生・不発生を判断している。そこで、この見解の効果帰属発生・不発生の判断は、代理法から見ると、「有権代理」か「代理行為効果不帰属事由のある場合」かを判断していることになる。

【会社法349条5項適用説】 取締役会決議を代表取締役による代表権行使のための手続上の制約とみて、会社法349条5項⁽⁴⁵⁾に基づき、行為の無効を善意の第三者は主張することができないとする説である⁽⁴⁶⁾。原則として、すなわち何も主張されなければ、代表行為は無効でその効果は会社に不帰属であるが、例外的に相手方が自らの善意を主張・立証した場合に、有効となり会社に効果が帰属する。会社法362条2項で取締役会の決議を

要するとしたことを代表権に加えた法令上の制限（会社法349条5項）と解し、会社は、相手方が上記決議を経ていないことにつき善意の場合には、その制限をもって相手方に対抗できない（効果が会社へ帰属する）が、相手方悪意の場合にはその代表行為の無効、つまり会社への不帰属を主張できるという見解である。

会社法349条5項適用説は、同条がそれに由来する民法旧54条の判例・通説の見解と2点において異なる理解を示している。まず、民法旧54条の判例・通説は、同条の制限を自治的規範である定款、寄附行為又は総会の決議による制限とするが、会社法349条5項適用説は、法令による制限も入ると理解する。つぎに、民法旧54条の判例・通説は、同条の善意の意味を、代理権を制限する規範の存在を知らないことと捉えるのに対して、会社法349条5項適用説は、同条の善意を、機関の決議を経ていないことを相手方が知らないことと解している。善意の立証責任については、相手方が負うとするのであろうか。商法旧条文においては民法旧54条が準用されていた当時（最高裁判決が出された昭和40年）に、同一条文の同じ文言が異なって解釈されるのは回避したいと考えるのもっともなことである。法律の改廃を経て同一条文ではなくなったが、同じ淵源を有する条文間で文言解釈に齟齬があるのは、説得的な理由がなければ、避けるべきであろう。

この見解は、代理権が制限されている事案につき、効果帰属する場合か否かを判断している。この見解の効果帰属発生・不発生判断は、代理法から見ると、「表見代理」か「狭義の無権代理」かの判断をしていることになる。

【民法110条類推適用説】 取締役会の決議を欠く代表取締役の専断的取引行為は、無権代理行為に準ずるもので、相手方は善意無過失でなければ保護を受けることができないとする説である⁽⁴⁷⁾。原則として、すなわち何も主張されなければ無効で代表行為の効果は会社に帰属しないが、相手方が自らの善意・無過失（代表権があると信ずるに正当な理由）を主張・立証した場合には例外的に有効になり、代表行為の効果が会社に帰属する。

民法110条類推適用説は、法令による理事の代理権の制限事例（判例によると民法旧54条が適用されない事例）の判例と平仄が合っている。

この見解は、代理権が制限されている事案について効果帰属するか否かを判断している。この見解の効果帰属発生・不発生判断は、代理法から見ると、「表見代理」か「狭義の無権代理」かの判断をしていることになる。

【民法93条類推適用説】 これは、最判昭和40年9月22日以来判例の採る見解である。93条の類推ということで、立証責任も民法93条に倣い、相手方の悪意または過失についての主張・立証責任を、無効を主張する側（会社）に負わすことになろう。原則として代表行為を有効として、例外的に、会社が相手方の悪意又は過失を立証したときに、無効とする。この見解の問題点は、①民法93条の類推の基礎がないこと、②相手方が取締役会の決議を経ていないことを、軽過失で知らない場合でも無効とされるので、相手方保護に欠けること、である。民法93条類推適用説の民法93条は意思表示に適用される条文である。誰のどの意思表示に類推適用されるのか。代理人と相手方との代理行為を構成する代理人の意思表示に類推適用される⁽⁴⁸⁾。類推適用される結果、相手方が善意かつ無過失の場合には代理行為の効果は本人に帰属する。相手方が悪意又は有過失の場合には代理行為の効果は本人に帰属しない。代理行為を構成する代理人の意思表示に民法93条が類推適用され当該意思表示の有効・無効が判断される。そこで、この見解の効果帰属発生・不発生判断は、代理法から見ると、「有権代理」か「代理権はあるが有権代理でない場合」かを判断していることになる。

【相対的無効説】 取締役会の決議を欠く代表取締役の専断的取引行為については無効で効果は会社に帰属しないが、取引安全確保の要請から、善意無過失の第三者に対しては無効を主張できないとする説（会社法356条参照、一般法人法84条）⁽⁴⁹⁾。取締役会の決議を欠く「重要な財産の処分・譲受」や「多額の借財」のような取引行為については、取締役会の承認を受けない取締役会社間の取引・間接取引の場合（会社法356条）と同

様に、相対的無効と解すべきであるとする（法的根拠は2002年の全面改正法前の会社更生法54条1号～3号と55条）。取締役が利益相反取引の場合に、直接取引（取締役が自己又は第三者のために会社となした取引）であれ、間接取引（会社が取締役以外の第三者との間でなした取引であって、会社と取締役の利益が相反するもの）であれ、会社は第三者に対してその取引の無効を主張しうるが、そのためには、会社が、第三者に対して、当該取引について取締役会の承認がないこと、及び相手方が承認のないことにつき悪意であることを、主張・立証しなければならない。

この見解は、有権代理の要件をすべて充たしている事案につき、代理行為の効果が本人に帰属するか否かを判断している。この見解の効果帰属の有無の判断は、代理法から見ると、「有権代理」か「代理行為効果不帰属事由のある場合」かを判断していることになる。

第4目 小括：理事会設置一般社団法人・一般財団法人に受け継がれる判例

理事会設置一般社団法人・一般財団法人に受け継がれる判例として二つの流れがあることを見てきた。すなわち、法令による理事の代理権の制限に関する判例（民法旧54条が適用されない事例）と、会社法362条2項（商法旧260条2項）の判例とである。前者は、民法110条の類推適用なので、代表行為が有効であると主張する側（代表行為の相手方）に、善意・無過失の立証責任を負わせることとなる。後者は、民法93条の類推適用なので、代表行為が無効であると主張する側（法人）に悪意又は有過失の立証責任を負わせることになる。一般法人法の代表行為の規律として、取引の安全に重要性を置くか、権利関係の静的安全性に置くかで、どちらの判例の流れを、受け継ぐべきかを定めるべきであろう。それ以外の観点としては、一般法人法の諸規定が、民法旧規定を中心とした法人法に類似した構造を有するか、それとも、商法第二編から現行会社法に至るまでの会社法に類似した構造を有するかで判断することである。

民法旧54条の法令による理事の代理権の制限に関する判例の事案は、公法人と、私法人でも公益

法人とを扱ったものである。法人の財産を守ることが、公益に繋がると考えられ、取引の安全よりも静的安全性を志向することに合理性が見いだせる。それに対して、会社法においては、経済取引としての主体として営利法人の会社が対象とされる領域では、取引の安全性が個別法人の財産の守ること以上に重要度が高いと考えられる。

一般法人法の諸規定は、会社法から移植されたものが多く、特に理事会設置一般社団法人は、株式会社の機関の規定から諸規定を承継している。理事会の決議を経ないことが法令上の代表権の制限に該当するというのも、理事会の権限を、株式会社の取締役会の権限規定から受け継いだからこそ登場する問題である。理事会が法定の機関として存在せず、したがって理事会の権限に関する法令もない民法旧規定時代では、登場しなかった問題である。その時代に登場する場合は、自治的規範による代表権の制限としてしか現れなかった。

実質的及び形式的観点から、理事会設置一般社団法人・一般財団法人に受け継がれる判例として、会社法362条2項（商法旧260条2項）の判例が受け継がれるべきだと考える。もっとも、その判例が採る法的構成については熟慮の余地はある。

第5章 債権法（民法）改正草案における代理法の変更点とその活用⁽⁵⁰⁾

民法（債権関係）改正案において、代理権濫用について明文の規定を設けられている。まず、改正案は、代理権濫用を定義して、「代理人が自己又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」こととした。この定義は、判例・通説と同じである。改正案が成案となるまでの審議段階の中間試案では、判例の見解である民法93条ただし書き類推適用説を批判する信義則説に従い、無効となる代理権濫用にとっては相手方の悪意又は重過失を要件とする案が提案されていた。しかし、蓄積された判例法理を変更するべきでないとの考え方から、その後の要綱仮案においては、相手方の悪意又は重過失がある場合に代理権濫用を無効とすると修正された。もっとも、民法93条

ただし類推適用説の効果論では代理権の存在が不具備であったからでなく、顕名の要件が具備されずに、無効であった。それを要綱仮案では、「代理権を有しない者がした行為とみなす」と定め、判例の民法93条ただし書き類推適用説⁽⁵¹⁾とは異なる効果論の法的構成を採った。

代理権の濫用事例に対して判例は、民法93条ただし書きを類推適用した。条項が類推であれ適用される意思表示は、有権代理の3つの要件の1つである「代理意思の表示としての顕名」である。民法93条を類推適用して、無効となるために、有権代理が、効果が本人に帰属しないという意味で無効となる。代理の要件内での解決であるが、無権代理で本人に帰属しないとしたのでない。代理権の存在と代理行為の存在という要件は具備されていた⁽⁵²⁾。それに対して、改正草案では、「代理権を有しない者がした行為とみなす」とした。第一の可能性としては、その趣旨を、代理権濫用は無権代理となるのではないが（既存判例の如く顕名の要件が欠けるので）、無権代理に仮託して効果不帰属という効果だけを狙った点に見ることができる。第二の可能性は、そうでなく、素直に代理権濫用の効果は無権代理となると見ることである。後者の場合、代理権の濫用においてなぜ代理権がないことになるのかを条文解釈者は説明しなければならない。「代理人が自己又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」ので、代理行為に対応した代理権があったことになる。しかし、内部関係上の義務に違反した限りで、例外的に、その違反に対応する代理権が制限を受け、当該代理行為は、かくして範囲が減じられた代理権では覆うことができず、権限外の行為つまり無権代理行為となったと捉えることができよう。

民法（債権法関係）の審議の中で、内部関係の義務違反が例外的に代理権の範囲を画するような条文を、代理権の濫用に関して起草しようとする意図が見出されるのではない⁽⁵³⁾。しかし内部関係の義務違反が、相手方（第三者）の悪意といった要保護性の欠落した場合に、例外的に代理権の範囲に影響を与えることが望ましい問題としての共通性が、代理権濫用（代表権濫用）の問題と、

代表取締役が法定の手續を履践せず代表行為を行った場合の代表行為の効力の問題との間に横たわっている。そこで、代理権濫用についての条文が制定された場合には、それを上記の代表行為の効力の問題に類推適用して、相手側が代表取締役の内部的義務違反を知るか知ることができた場合には、代表行為の効力を否定することを提案したい。

第6章 まとめ

一般社団法人及び一般財団法人の重要財産の処分については一定の手續を要すると定めた自治的規範（定款、理事会の決議、総会の決議等）又は法令があるのに、同法人の代表理事が、その手續を経ずに、対外的取引をした場合において、代表理事の代表行為の効果が、法人に帰属するか否かの問題について、部分的に代表権濫用の新潮流を活用しながらも、大枠としては既存判例を受け継ぎ、事例をつぎのようなA類型、B類型（B1類型とB2類型）、C類型に分けて、それぞれの類型での法人への効果帰属基準を提示したい（後掲【代表権の制限の諸類型と効果帰属基準の表】参照）。

A類型とは、自治的規範により代表権に制限が加えられた場合で、第三者がその制限について知らない（善意）事例である。B1類型とは、自治的規範により代表権に制限が加えられた場合で、第三者がその制限について悪意の事例である。B2類型とは、B1類型の事情に、次の要素が加わった事例である。すなわち、第三者が、自治的規範による制限について悪意であるが、他方で、その自治的規範の制限を解除する事実があったことを信じる正当な理由があったために、代表理事に代表権限があると信ずるに正当な理由がある場合である。C事例とは、法令により代表権に制限が加えられた場合である。

理事会非設置一般社団法人のA類型とB類型（B1類型とB2類型）の場合には、民法旧条文に関する判例と、民法旧条文を準用していた商法旧条文とそれを引き継いだ会社法とでは、法令も

それに関する判例も異ならない。したがって、民法旧条文に関する判例をそのまま引き継ぐ。理事会非設置一般社団法人のC類型に属する事例が発生すること少ない。理事会が非設置のため理事会の権限が法定されることによって代表理事の代表権が制限されることはあり得ないからである。発生しうるのは、総会に関する権限を定めた法令により、代表理事の代表権が制限される場合である。後述の理事会設置一般社団法人・財団法人のC類型と同じ基準でよいであろう。

理事会設置一般社団法人・財団法人のA類型とB類型（B1類型とB2類型）の場合には、理事会非設定社団法人についてと同じことが言える。法令による代表権の制限の類型Cでは、民法93条類推適用に代え、代理権濫用の規定が民法に導入された場合に、その規定を類推適用すべきと考える。

上記の提案に対して、パッチワークのような諸事例解決基準であり、理論的に一貫性がないとの批判が予想される。特に、代理権濫用の事例とC類型を同じ基礎を持つとして、民法改正草案で新設される代理権濫用に対する条項を、C類型に類推適用するという提案をするぐらいならば、代表に関する代理権濫越による表見代理を再構成すべきとの批判がなされるであろう。C類型について本稿で提案した解釈は、内部関係における義務が、代表理事により違反された場合、原則として外部関係には影響は与えないが、例外的に第三者が義務違反について悪意（又は有過失）ならば外部関係に影響を与える、つまり無権代理となり法人に効果が帰属しないのである。この考え方は、内部関係における代表理事の義務が、自治的規範によるものであれ、法令によるものであれ、区別なく使えるものであるから、C類型だけでなく、A類型及びB類型にも、統一的にこの考え方に基づいた解釈提案をすべきだと批判されう。

この理論的批判を甘んじて受けなければならないことは認める。そのような批判を予想しながらも、パッチワーク的な解釈提案をした理由は、長年の判例で基準が確立している分野において、その判例の法的構成と基準が、先の批判を容れて提

案する場合の解釈との間で、結論が大きく相違せず、かつ理論的に主張可能であれば、現在までに確立している判例の構成と基準を尊重しようと考えたからである。C類型については、民法旧条文の判例と商法旧条文を受け継いだ会社法の判例の間で、法律構成上の対立と立証責任の分配に関する齟齬があったので、それらの調整を、代表権濫用の新潮流を民法改正草案の新設条文を類推適用するという形で、行ったのである。

【代表権の制限の諸類型と効果帰属基準の表】

I 公益法人（民法旧条文）の代表権の制限（判例）

	第三者善意	第三者悪意
自治的規範による制限	A類型 民法旧54条を基準として、法人に帰属する。	B類型 (B1類型) 民法旧54条を基準として、効果が法人に帰属しない。 (B2類型) 上記の場合でも、「第三者が理事の代表権があると信ずべき正当な理由」があれば効果は、法人に帰属する（民法110条の類推適用）。
法令による制限	C類型	民法旧54条は適用されず、基準となることはない。ここでは民法110条を類推適用して、「第三者が理事の代表権があると信ずべき正当な理由」があれば、効果が法人に帰属する。その理由がなければ、効果が法人に帰属しない。

II 株式会社の代表権の制限（判例）

	第三者善意	第三者悪意
自治的規範による制限	A類型 会社法349条5項を基準として、株式会社に帰属する。	B類型 (B1類型) 会社法349条5項を基準として、効果が株式会社に帰属しない。 (B2類型) 上記の場合でも、「第三者が代表取締役の代表権があると信ずべき正当な理由」があれば効果は、株式会社に帰属する（民法110条の類推適用）。
法令による制限	C類型 会社法349条5項は適用されず、基準とならない。ここでは、民法93条を類推適用して、同条が基準となり、「第三者が法令順守をしていないことにつき善意かつ無過失の場合に、効果が株式会社に帰属する。そうでない場合には、効果が会社に帰属しない。	

III 代表理事非設置一般社団法人の代表権の制限

	第三者善意	第三者悪意
自治的規範による制限	A類型 一般法人法77条5項を基準として、本人に帰属する。	B類型 (B1類型) 一般法人法77条5項を基準として、効果が法人に帰属しない。 (B2類型) 上記の場合でも、「第三者が代表理事の代理権があると信ずべき正当な理由」があれば効果は、法人に帰属する（民法110条の類推適用）。
法令による制限	C類型 理事会が非設置なので、理事会関係の法令による制限は観念されない。 公益法人（民法旧条文）の代理権制限のC類型における判例を引き継ぐか、株式会社の代表権制限のC類型の判例を引き継ぐか、それともそれら以外の法的構成か。	

IV 代表理事設置一般社団法人等の代表権の制限

	第三者善意	第三者悪意
自治的規範による制限	A類型 一般法人法77条5項を基準として、本人に帰属する。	B類型 (B1類型) 一般法人法77条5項を基準として、効果が法人に帰属しない。 (B2類型) 上記の場合でも、「第三者が代表理事の代表権があると信ずべき正当な理由」があれば効果は、法人に帰属する（民法110条の類推適用）。
法令による制限	C類型 公益法人（民法旧条文）の代表権制限のC類型における判例を引き継ぐか、株式会社の代表権制限のC類型の判例を引き継ぐか、それともそれら以外の法的構成か。	

以上

【主要関係条文】

I 一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（2006年6月2日公布・2008年12月1日施行）第77条（一般社団法人の代表）

- 1項：理事は、一般社団法人を代表する。ただし、他に代表理事その他一般社団法人を代表する者を定めた場合は、この限りでない。
- 2項：前項本文の理事が二人以上ある場合には、理事は、各自、一般社団法人を代表する。
- 3項：一般社団法人（理事会設置一般社団法人を除く。）は、定款、定款の定めに基づく理事の互選又は社員総会の決議によって、理事の中から代表理事を定めることができる。
- 4項：代表理事は、一般社団法人の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。
- 5項：前項の権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。

第90条（理事会の権限等）

- 1項：理事会は、すべての理事で組織する。
- 2項：理事会は、次に掲げる職務を行う。
- 一 理事会設置一般社団法人の業務執行の決定
 - 二 理事の職務の執行の監督
 - 三 代表理事の選定及び解職

- 3項：理事会は、理事の中から代表理事を選定しなければならない。
- 4項：理事会は、次に掲げる事項その他の重要な業務執行の決定を理事に委任することができない。
- 一 重要な財産の処分及び譲受け
 - 二 多額の借財
 - 三 重要な使用人の選任及び解任
 - 四 従たる事務所その他の重要な組織の設置、変更及び廃止
 - 五 理事の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他一般社団法人の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備
 - 六 第百十四条第一項の規定による定款の定めに基づく第百十一条第一項の責任の免除
- [5項は省略]

Ⅱ 民法旧条文（2008年12月1日の一般法人法施行前の民法条文）

第52条（理事）

- 1項 法人には一人又は数人の理事を置かなければならない。
- 2項 理事が数人ある場合において、定款又は寄附行為に別段の定めがないときは、法人の事務は理事の過半数で決する。

第53条（法人の代表）

理事は、法人のすべての事務について、法人を代表する。ただし、定款の規定又は寄附行為の趣旨に違反することはできず、また、社団法人にあっては総会の決議に従わなければならない。

第54条（理事の代理権の制限）

理事の代理権に加へた制限は、善意の第三者に対抗することができない。

Ⅲ 会社法（2005年7月26日公布、2006年5月1日施行）

第349条（株式会社の代表）

- 1項：取締役は、株式会社を代表する。ただし、他に代表取締役その他株式会社を代表する者を定めた場合は、この限りでない。
- 2項：前項本文の取締役が二人以上ある場合には、取締

役は、各自、株式会社を代表する。

- 3項：株式会社（取締役会設置会社を除く。）は、定款、定款の定めに基づく取締役の互選又は株主総会の決議によって、取締役の中から代表取締役を定めることができる。
- 4項：代表取締役は、株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。
- 5項：前項の権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。

第362条（取締役会の権限等）

- 1項：取締役会は、すべての取締役で組織する。
- 2項：取締役会は、次に掲げる職務を行う。
- 一 取締役会設置会社の業務執行の決定
 - 二 取締役の職務の執行の監督
 - 三 代表取締役の選定及び解職

[3項以下は省略]

Ⅳ 商法第2編会社の旧条文（2006年5月1日の会社法施行前の商法条文）

第78条

- 1項：会社ヲ代表スベキ社員ハ会社ノ営業ニ関スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス
- 2項：民法第四十四条第一項及第五十四条（代理権の制限と善意の第三者）ノ規定ハ合名会社ニ之ヲ準用ス

第260条

- 1項：取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス
- 2項：取締役会ハ左ノ事項其ノ他ノ重要ナル業務執行ニ付テハ取締役ニ決セシムルコトヲ得ズ
- 一 重要ナル財産ノ処分及譲受
 - 二 多額ノ借財
 - 三 支配人其ノ他ノ重要ナル使用人ノ選任及解任
 - 四 支店其ノ他ノ重要ナル組織ノ設置、変更及廃止

[3項以下は省略]

第261条

- 1項：会社ハ取締役会ノ決議ヲ以テ会社ヲ代表スベキ取締役ヲ定ムルコトヲ要ス
- 2項：前項ノ場合ニ於テハ数人ノ代表取締役ガ共同シテ会社ヲ代表スベキコトヲ定ムルコトヲ得
- 3項：第三十九条第二項、第七十八条及第二百五十八条

ノ規定ハ代表取締役ニ之ヲ準用ス

[4項以下は省略]

V 商法旧260条の前身の条文（1981(昭和56)年改正前の商法条文）

第260条

会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決定ス支店ノ設置、移転及廃止並ニ支配人ノ選任及解任亦同ジ

【引用文献リスト】

- ・ 幾代通『民法総則』現代法律学全集5（第二版，青林書院，1984年）
- ・ 石田穰『民法総則民法大系（1）』（信山社，2014年）
- ・ 稲葉威雄『逐条解説会社法』380頁〔酒巻俊雄／龍田節・編〕（中央経済社，2008年）
- ・ 稲葉威雄『商法改正と銀行取1』金法1002号（1982年）6頁以下
- ・ 内田貴『民法I 総則・物権総論』（第4版，東京大学出版会，2008年）
- ・ 大江忠『要件事実民法（上）総則・物権』（第一法規出版，1995年）
- ・ 尾崎悠一『論点体系会社法3株式会社Ⅲ』81頁〔江頭憲治郎・中村直人・編〕（第一法規，2012年）
- ・ 落合誠一『会社法コンメンタール8——機関（2）』14頁〔落合誠一・編〕（商事法務，2009年）
- ・ 鍛冶良堅『新民法講義I 総則』〔五十嵐清ほか・著〕（新版，有斐閣，1981年）94頁以下
- ・ 川井健『民法概論1 民法総則』（第4版，有斐閣，2008年）
- ・ 川島武宜『民法総則』法律学全集17（有斐閣，1965年）
- ・ 河上正二『民法総則講義』（日本評論社，2007年）
- ・ 河本一郎『現代会社法』（新訂第9版，商事法務，2004年）
- ・ 北沢正啓『会社法』現代法律学全集18（第6版，青林書院，2001年）
- ・ 佐久間毅『新版注釈民法（4）総則（4）§§99～137』16頁以下〔於保不二雄／奥田昌道・編〕（有斐閣，2015年）
- ・ 佐久間毅『利益相反行為・代理権の濫用』法律時報86巻1号（2014年）39頁以下
- ・ 四宮和夫『民法総則』（第4版，弘文堂，1986年）
- ・ 四宮和夫／能見義久『民法総則』（第5版増補版，弘文堂，2000年）
- ・ 四宮和夫／能見義久『民法総則』（第8版，弘文堂，2010年）
- ・ 渋谷幸夫『公益社団法人・公益財団法人 一般社団法人・一般財団法人の機関と運営』（第4版（補訂2版），全国公益法人協会，2015年）
- ・ 商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の捕捉説明』（商事法務，2013年）
- ・ 鈴木竹雄『新版会社法』（全訂第5版，弘文堂，1994年）
- ・ 竹内昭夫『改正会社法解説』（新版，有斐閣，1983年）
- ・ 龍田節『会社法』（第10版，有斐閣，2005年）
- ・ 中原太郎『判批』『民法判例百選I 総則・物権』別冊ジュリスト223号〔潮見佳男／道垣内弘人・編〕（第7版 有斐閣，2015年）64頁以下
- ・ 中田昭孝『判解』最判解〔民事編〕昭和60年度第26事件（436頁以下）
- ・ 根本伸一『商法260条2項の決議を欠く代表取締役の行為の効力』弘前大学人文社会論叢（社会科学篇1，1999年），107頁以下
- ・ 能見義久『判批』『民法判例百選I』別冊ジュリスト195号64頁以下〔中田裕康／潮見佳男／道垣内弘人・編〕（第6版 2009年）
- ・ 鳩山秀夫『日本民法総論』（岩波書店，1927年）
- ・ 浜上則雄『注釈民法（4）総則（4）§§99～137』19頁以下〔於保不二雄・編〕（有斐閣，1967年）
- ・ 浜上則雄『代理人の権限濫用』『民法の判例』〔加藤一郎／平井宜雄・編〕（第3版，有斐閣，1979年）29頁以下
- ・ 平山也寸志『代理論史——代理権濫用論を中心に——』『日本民法学史・各論』41頁以下〔水本浩／平井一雄・編〕（信山社，1997年）
- ・ 藤原弘道『新版注釈民法（2）総則（2）法人・物§§33～89』〔林良平／前田達明・編著〕（有斐閣，1991年）347頁以下
- ・ 豊水道祐『判解』最判解〔民事編〕昭和40年度第67事件（337頁以下）
- ・ 前田庸『会社法入門』（第12版，有斐閣，2009年）
- ・ 松坂佐一『民法提要 総則』（第3版増訂，1982年，有斐閣）

- ・ 矢沢惇「代表取締役の代表権の限界」法セ30号（1958年）36頁
 - ・ 山口幸五郎『新版注釈会社法（6）株式会社の機関（2）』§§254～280。127頁以下〔上柳克郎／鴻常夫／竹内昭夫・編〕（有斐閣，1987年）
 - ・ 山崎敏彦「判批」判タ613号50頁以下
 - ・ 山田誠一「法人の理事の代理権の制限——定められた手続の履踐をしないでした理事の行為の効果の法人への帰属——」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題（上）』123頁以下〔中川良延／野村豊弘／瀬川信久／内田貴／平井直雄／加藤雅信／広瀬久和・編〕（有斐閣，1996年）
 - ・ 山田廣己「判批」『会社法判例百選』別冊ジュリスト205号134頁以下〔江頭憲治郎／岩原紳作／紳作 裕之／藤田友敬・編〕（第2版 2011年）
 - ・ 山田真紀「判解」最判解〔民事編〕平成21年度第13事件（278頁以下）
 - ・ 柚木馨『民法総論』（青林書院，1955年）
 - ・ 米沢明「判批」『会社判例百選』別冊ジュリスト116号86頁以下〔鴻常夫／竹内昭夫／江頭憲治郎・編〕（第5版 1992年）
 - ・ 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店，1965年）
- (5) 鳩山177頁は、「代表スト謂フハ法人ノ行為タルベキ行為ヲ為スノ謂ニシテ，理事自身ノ行為ガ法人ニ法律効果ヲ及ボスト言フニアラズ。随ツテ代表ト代理トハ性質ヲ異ニシテ又代理ハ法律行為ニ限ルモ代表ハ之ニカギラズ」と法人代表の箇所では説明している。
- (6) 川島122頁，幾代107頁，我妻160頁以下。
- (7) 2006年前の民法旧規定の法人の箇所では，代表する又は代理権という語が条文で使われていた（53条，54条）。制限行為能力者の保護者に関する規定で代表という語が使われる（民法824条，851条，859条，876条の2，876条の3，876条の5，876条の7，876条の8，876条の10）。
- (8) 佐久間・新版注釈民法41頁。
- (9) 佐久間・新版注釈民法29頁。
- (10) 佐久間・新版注釈民法41頁。
- (11) 四宮／能見・民法総則第8版301頁以下。
- (12) 幾代321頁：行為者の一つの対外的な資格ないしは状態である。これは，代理人がその資格を現実用いて対外的に代理行為をなすことを本人に義務付けられているか否かとはおのずから別物と考えられる。本人・代理人間そのものにおける実質的な権利義務関係を，ふつう，内部関係（基本的契約関係などと呼ぶ学者もある）と呼び，代理権ないしは代理関係から区別する。内外の両関係を理論上分けて考える。現実に行われた1個の具体的な代理行為は，この内外二つの異なった法的視点から，それぞれ意味づけられ，また評価されるわけである。例えば，与えられた代理権の枠内で正当になされた，完全な有権代理であっても，当該法律行為の実質的内容が本人の期待したような利益をもたらさないときは，内部関係上は，代理人が受任・労務者などとして善管注意義務違反などの責任を追及されるということは，しばしば起こる（幾代322頁）。

注

- (1) 先行研究として，山田誠一123頁以下が同じ問題提起を，民法旧条文時代に行って，判例の分析をしている。また，中原64頁以下は，一般法人法施行後において本稿と同じ問題意識で判例研究を行っている。
- (2) 代表取締役同様，代表理事も法人内での行為が多岐にわたるが，本稿では対外的取引に焦点を当てる。
- (3) 相手方（第三者）が保護されるには，善意だけで十分か，無過失まで要求するのか，それとも無重過失まででよしとするのかといった問題である。この問題については考慮不足である。
- (4) 会社法との関連を付けやすい一般社団法人を主たる対象に考察するが，一般財団法人，民法旧規定における公益財団法人の条文及び判例も取り上げていく。
- (13) 四宮／能見・民法総則第8版303頁。
- (14) 本文で述べたこととは異なり，代理人としての代表行為が内部関係上の義務に反する場合には一般に無権代理行為となる，とする見解も一部にはある。例えば，石田762頁・846頁で，代理人が本人との内部関係上の委任義務又は善管注意義務に違

- 反する場合には、代理権の範囲外というべきであり、その場合の代理人の相手方の保護は、民法110条によって行われるべきであるという。本文で述べた見解は、内部関係上の義務違反が代理人にあっただけではなく、それを相手方が知っているか又はその義務違反が外形上明白なことという付加的要件が加わって初めて代理権が制限され、代理行為が無権代理となる。それに対して、付加要件が加わらなかった場合には、内部関係の義務違反は、原則通り、代理権の制限を導かない。つまり代理行為は有権代理であり続ける。
- (15) 最判昭和60年11月29日民集39巻7号1760頁。
- (16) 最判昭和60年11月29日民集39巻7号1760頁。理由は示していないが、実務が採用する法律要件分類説にしたがったものと予想する。この最高裁のなした主張・立証責任の分配について、藤原378頁と川井96頁は賛成する。それに対して、内田254頁は反対をし、その理由として、理事には包括代理権があるとの原則が採用され、相手方にはこれに対する信頼があることを考えると、代理権の内部的制限について悪意であることを法人側に立証させるべきだという。四宮／能見・民法総則第8版112頁も内田説と同旨。
- (17) 中田444頁。山崎50頁以下は、民法旧54条の代表権の制限の諸類型として、①理事のうちの特定の者のみを代表権を有すると定めること（大判昭和9年2月2日民集13巻115頁、東京高判昭和59年11月29日金法1094号42頁）、②理事全員の共同代表を要するとすること、③一定の行為につき社員総会または理事会の同意・承認を要するとすること（大判大正9年10月21日民録26輯561頁、大阪地判昭和27年7月2日判タ24号72頁、名古屋地判昭和37年9月1日下民集13巻9号1777頁を、挙げ、これら以外に、他の代表社員に事故がある場合に限って別の社員が代表権を有する旨の定款の規定〔大判大正7年6月21日民録24輯1281頁〕、他の理事と協議をしなければ組合を代表して借入れをすることができない旨の定款の規定〔大判大正9年10月21日民録26輯1561頁〕、私立学校法49条により民法旧54条が準用されていた関係で、金員の借入れには評議員会の議決及び理事の3分の2以上の同意を要する旨の寄付行為の規定〔最判昭和58年6月21日判時1082号45頁＝判タ500号127頁〕があるとした。
- (18) 最判昭和60年11月29日民集39巻7号1760頁。本件においては、相手方に正当な事由がなかったとして、代表行為の効果は法人に帰属しなかった。
- (19) 最判を肯定的に評価するものに藤原380頁がある。一般法人法77条5項についての叙述との関係で肯定的に評価するものに石田344頁がある。
- (20) 中田448頁。
- (21) この判例においては、一定の取引につて組合総会の決議を経ることを要すると旧漁業組合法で定めているのに漁業組合の理事がその法定の決議を経ずして代表行為をした場合に、法令の手續履踐が理事の代理権に加えた制限であるから、漁業組合法35条によって準用されていた民法旧54条により、法令の制限を善意の第三者に対抗できないかがどうか解釈上問題となった。この点について、藤原381頁を見よ。
- (22) 大判昭和16年2月28日民集20巻264頁、最判昭和34年7月14日民集13巻7号969頁、最判昭和35年7月1日民集14巻9号1615頁、最判昭和39年7月7日民集18巻6号1016頁、最判昭和37年7月14日民集13巻7号906頁。以上の判例の中の最高裁判例では、公法人（市町村）の長の権限が当時の地方自治法等の法律により決まっいて、第三者との間で代表行為をする際に、他の機関等の決議等を経なければならないのに、それを經ずに代表行為を行った場合の当該代表行為の効力を問題としたものが多い。判例は、正当な理由があったとは判断することに慎重である（四宮／能見・民法総則第5版111頁）
- (23) 柚木・総論107頁以下、松坂146頁、鍛冶98頁。これについては、藤原382頁も参照。
- (24) この立証責任は、2005年に民法が現代語化される前の文言においても、相手方にあった（大江170頁以下）。
- (25) 四宮／能見・民法総則8版112頁。
- (26) 四宮・民法総則第4版103頁。
- (27) 矢沢説と浜上説を挙げることができる。矢沢39頁は、株式会社の代表取締役の代表権の濫用について

て論じている。そして商法旧261条3項の解釈を披歴し、同条同項で代表権の濫用事例を解決すべしと主張する。同法261条3項は、株式会社の代表取締役の代表権について、商法旧78条を介して、民法旧54条（これを一般法人法77条委5項は受け継いでいる）を準用している。抽象的・客観的な代表行為が基準となり、当該代表行為がその範囲内にあるかどうかを判断し、会社は、代表行為の相手方が対外的業務執行権限の制限を現実には知っていたこと（悪意）を立証したときに限って、代表権が対外的業務執行権限の範囲に制限され、当該代表行為の効果が会社に帰属しない。この理が商法旧262条3項に規定されていると解する。そうすると代表取締役の代表権濫用は、対外的業務執行権限外の行為であるが、会社との関係で対外的業務執行圏外であることを知らない善意の相手方との関係では効力が生じる。相手方が悪意である場合には、代表権の濫用にあたる代表行為は効力が発生せず、行為の効果は会社に帰属しない。相手方の善意・悪意によって代表権の範囲に差異が生じるのは、取引の安全を害するとの反論に対して、定款等で代表権を制限したときには相手方の善意・悪意で保護されるかどうかには相違が生じるのを認める以上、代表権の濫用事例においてのみそれを否定的に捉えることに根拠はないと再反論する。浜上・民法の判例3版32頁は、代理権濫用についていかなる法律構成を採るかについて述べている。その中で、次のような商法旧43条の理解を披歴して、同条と同じ構造を有する一般法人法77条5項の本文で説明した理解への道を開いた。すなわち、商法旧第43条「1項：番頭、手代其ノ他営業ニ関スル或種類又ハ特定ノ事項ノ委任ヲ受ケタル使用人ハ其ノ事項ニ関シ一切ノ裁判外ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス」「2項：第三十八条第三項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス」、商法旧38条3項「支配人ノ代理権ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ズ」の条文に関し、同法43条は、代理権の範囲を法定して、代理権を授与する行為（授権行為）から代理権それ自身を独立させ（代理行為の独自性）、代理権の範囲を授権行為で制限しても、代理権自体は、

影響を受けない（代理権の無因性）。しかし、無因性の問題は、善意の第三者を保護する制度であるから、そのような代理権の制限を知っている第三者に対しては、その限りで代理権は授権行為によって制限を受ける（有因）ものと考えられる。その場合、商事取引の特殊性から、相手方が、代理権に加えられた制限を過失によって知らないときは、依然として無因であるという。

- (28) 内田211頁以下によると、不備としては、①従来の民法は、営利法人と公益法人だけをカバーし、その中間にある団体は、特別法がなければ法人格が取得できないようになっていたこと、②公益法人法に関して許可設立主義が採用されており、所管官庁の裁量的な審査を通らなければ設立できず、その裁量の基準も曖昧であったこと、③公益法人の中で、休眠法人が多く、それが取引の対象となっていたこと、④公益法人の中には、公益とは言えない営利活動をしているものが少なくなかったこと、⑤公益法人の中には、役人の天下り先になっていたり、公的補助金を不正に使用しているものがあったこと、が挙げられる。
- (29) 新しい発想としては、非営利法人一般について設立における準則主義をとること、公的規制から内部的コントロール（ガバナンス）へ転換すること、法人格の付与と公益性の判断を分離した上で公益活動の評価の透明性を確保し有識者委員会が公益性を判断すること、が挙げられる。これについては、内田213頁を見よ。
- (30) 3法とは、一般法人法以外に、「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律」（2006（平成18年）法律第49号。以下では公益法人認定法と略称する）と、「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律及び公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（平成18年法律第50号、以下では関係法律整備法と略称する）を指す。
- (31) 落合14頁、稲葉『逐条解説会社法』380頁、尾崎81頁。
- (32) 理事が定款、寄附行為、総会の決議といった自治的規範に反することができない点については、民法旧53条にあったが、一般法人法77条4項には引

- き継がれなかった。しかし、一般法人法83条（忠実義務）で、「理事は、法令及び定款並びに社員総会の決議を遵守し、一般社団法人のため忠実にその職務を行わなければならない」と定め、民法旧規定で定められていなかった理事の忠実義務を法定した。
- (33) 渋谷394頁。
- (34) 理事のうちの特定の者のみを代表権を有すると定めることは、大判昭和9年2月2日民集13巻115頁、東京高判昭和59年11月29日金法1094号42頁によれば、民法旧54条の代理権の制限である。
- (35) 能見「判批」64頁は、この点を、一般法人77条5項について立法の過誤があると指摘し、その理由を会社法からの移植に頼り過ぎた点にあると見る。同様の問題を、河上172頁が指摘する。
- (36) 代表理事以外の理事の代表権の制限はありうるか。代表権がないのであるから代表権の制限のしようがない。それよりも前の時点、つまり代表理事が選出されたときにその他の理事は代表権を失うから、このことが代表権の制限となるのかは問題となり得る。登記を見れば誰が代表理事で誰が理事であるかは分かり、理事には代表権がないことは公示されている。代理権の制限ではなく、法人は登記しておけば、第三者の登記事項を対抗でき、登記していなければ対抗できない。代表理事がいるのに登記していない場合には、平理事も代表権があるので、その理事と第三者がなした行為の効果は法人に帰属する。代表理事を登記しておいたのに、それ以外の平理事が第三者となした行為の効果は法人に帰属しない。この問題は、一般法人法299条1項後段で登記を基準とするか、又は一般法人法82条で登記ではなく表見代表理事の規定で解決することができる。会社法でも354条と908条1項の適用優劣問題がある。通説は、例外規定説なので、表見代表理事で解決する。
- (37) 社員総会（評議員会）の専決事項なのにその決議を経ていない場合でも、例えば理事会設置一般社団法人等が事業の全部の譲渡に関して社員総会（評議員会）の決議を経ずに、代表理事が第三者と事業の譲渡を行えば、その代表理事の行為が法人に帰属するかどうかという問題が発生する。
- (38) 理事会非設置一般財団法人でも、社員総会は必置機関であり、社員総会の専決事項はあるので（一般法人法147条）、事業の全部譲渡については、社員総会の議決を経ないで行った代表理事または理事の行為の効果が法人に帰属するか否かの問題は発生しうる。
- (39) 2006年改正前の民法旧規定による公益社団法人には、社員総会は法定されていたが、一般法人法147条・201条にあるような対外的取引に係る社員総会の専決事項が法定されていなかったため、そのような法令による手続を経ない理事の行為の効果が法人に帰属するか否かの問題は発生しなかった。
- (40) 第3章第1節【自治的規範による代理権制限は民法旧54条の枠内】を見よ。
- (41) 豊水「判解」最判解【民事編】昭和40年度第67事件350頁以下。
- (42) 米沢96頁、山田廣己134頁。
- (43) 竹内155頁、根本113頁、山田真紀「判解」285頁。
- (44) 鈴木192頁以下。
- (45) 会社法349条5項とは、会社法施行前は、商法旧261条3項、78条により代表取締役について準用されていた民法旧54条に相当する。
- (46) 前田480頁、龍田108頁以下。
- (47) 稲葉「商法改正と銀行取引1」10頁、河本462頁以下、山口166頁。
- (48) 代理権の濫用においても判例は民法93条類推適用説を採り、同条を類推適用するが、この場合には、代理人の代理意思の表示としての顕名における意思表示に類推適用される。つまり、民法93条類推適用といっても、取締役会決議を経ない代表行為の効力の事例と代表権限の濫用の事例とは、民法93条が類推適用される対象が異なる。
- (49) 北沢399頁以下。
- (50) 佐久間・利益相反行為39頁以下。商事法務編40頁以下。
- (51) 最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁。本判決で、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なした法律行為は、相手方が右代表取締役の真意を知り、または知りうべきであったときは、民法93条ただし書きの類

推適用により効力を生じないものと解すべきであると、判示された。ここでも、代表取締役が法令上の手続を経ず行った代表行為の効力に関する判例と同様に、民法93条ただし書きが類推適用された。しかし両者において、類推の基礎が異なる。代表権限の濫用においては、代表取締役がなした、代理意思の表示としての顕名に93条が類推適用された。確かに代表取締役会社に法律上の効果帰属を欲する意思（代理意思）があり、それを表示しているから、心裡留保による意思表示とはいえない。そこで、経済的利益を本人に得させる表示に対応した真意がないことという心裡留保の表示と真意の内容を法律的なものから経済的なものに変更している。これが、適用ではなく類推適用の所以である。他方、代表取締役が法定の手続を履践せず代表行為をした場合の93条ただし書きの類推適用は、意思表示上の表示機関としての代表取締役と、真意形成機関としての取締役会とから成る、代理行為の意思表示を行う一つの主体

の二つの機関と見て、両機関の間に表示と真意の齟齬（表示に対応した意思形成がないこと）を見出して、類推適用している。極めて技巧的な仮託的構成である。

- (52) 中間試案の捕捉説明においては、顕名という意思表示に民法93条を類推適用して当該意思表示が無効になった場合でも、広義の無権代理になり無権代理人の責任が適用できると考えている（商事法務編・41頁）。
- (53) 商事法務編・41頁で、代理権濫用行為は飽くまで代理権の範囲内の行為であるといい、代理権濫用事案が本人と代理人の内部的な問題に過ぎない、などと言われて、決して代理権濫用が外部的な代理権の範囲に影響を与えるものではないことが強調されている。内部的な代理権濫用を外部的な代理権の範囲と結合させる新潮流について、日本の学説史の中で検討するものとして、平山85頁以下がある。