

代表取締役の代表権の濫用について

——民法改正法案107条の適用可否を中心として——

楠 元 純 一 郎
村 田 彰

一 はじめに

代理人が代理権の範囲内で代理行為をしたが、その代理行為が自己または第三者の利益を図るためになされた場合には、どのように処理すべきであろうか。例えば、本人からある者との間で金銭を借りる契約（金銭消費貸借契約）を締結するための代理権を授与された代理人が、その相手方と金銭消費貸借契約を締結して金銭を受領したが、その金銭を自己の借金の返済にあてて費消した、というケースがこれにあたる。

判例は、このような代理権（代表権を含む）濫用のケースについて、心裡留保に関する民法93条ただし書を類推適用して処理している（最判昭38・9・5民集17・8・909、最判昭42・4・20民集21・3・697、最判昭42・7・6金判67・16、最判昭44・4・3民集23・4・737、最判昭44・11・14民集23・11・2023、最判昭51・11・26判時839・111等）。

心裡留保とは、表意者には表示に対応する真意が存在せず、表意者が表示に対応する真意の不存在を知っているケースである。もっとも、日本民法93条にいう心裡留保¹⁾はドイツ民法上二つの類型に相当するものを含んで

1) 民法93条の起草過程については、村田彰「心裡留保無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、2001年）336頁以下を参照されたい。

いる。一つは、表意者には多かれ少なかれ欺罔の意図がある狭義の心裡留保 (Mentalreservation, geheimer Vorbehalt) であり、ドイツ民法116条に規定していて、例えば、売るつもりもないのに「売る」と言った場合がこれに当たる。もう一つは、「諧謔表示」(Scherzerklärung) としばしばいわれているように、表意者には欺罔の意図がない「非真意表示」(nicht ernstliche Erklärung) のケースであり、ドイツ民法118条に規定してある。例えば、自己が所有する高級車を友人が欲しがっていたので、笑いながら冗談で、その車を友人に破格の値段で売ると言った場合がこれに当たる。また、効果面でも、両者は異なる。すなわち、ドイツ民法116条2文では、相手方が留保を知りうべかりしであったということでは無効を惹起せず、相手方が留保を知っている場合に限り、当該表示は無効となるのである。これに対して、非真意表示の効果は常に無効であり、この無効は、表意者の過失の有無・程度や相手方および第三者の信頼のいかんに関係なく生ずる。ただし、BGB122条によれば、非真意表示をした表意者は、相手方・第三者が当該表示の無効原因について善意・無過失である限り、その相手方・第三者に対して信頼利益の賠償義務を負うとされる。

このように、ドイツ民法が狭義の心裡留保と非真意表示とを要件・効果の両面において異ならしめているのに対して、日本民法は、両者を全く同一のものとして規定している。

前掲判例を見ると、代理権濫用の場合には、代理人の行為が代理権の範囲であり、本人の名前で代理行為をしている以上、有権代理であると一応構成するが、本人において相手方が代理人の代理行為の濫用を知りまたは知ることが得べかりしであったと主張して立証することができた場合には、本人と相手方との契約は無効となるが、このことを立証することができなければ、有権代理として処理している。そうして、判例もまた、狭義の心裡留保と代理権濫用とをことさらに区別することなく両者を同一のものとして処理しているように思われる。

しかし、代理権濫用の場合、代理人には、代理意思があり、しかも、表示に対応する真意が存在するため、心裡留保とは少なからず異なっていることから、心裡留保の規定を類推適用することはできないはずである。

そこで、平成27（2015）年3月31日に第189回通常国会に提出され、その後、継続審議となっている「民法改正法案」（以下、「民改案」という）107条は、「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場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」と提案している。民改案107条は、民法上の代理権の濫用行為について初めて提案したものであり、代理権濫用と心裡留保とを切り離しているが、その効果については、相手方が悪意・有過失の場合に無権代理になると擬制し、その限りで従来判例の結論と軌を一にしている。

それでは、代表取締役の代表権の濫用については、どのように処理すべきであろうか。

代表取締役の代表権の濫用は、会社法上特別な定義があるわけではないが、代表取締役が代表権の範囲内において、会社の利益のためでなくして自己または第三者の利益を図る目的で会社を代表する行為をすることであると一般に解されている²⁾。

そもそも、代表取締役は株式会社の業務に関する一切の裁判上・裁判外の行為をする権限を有し（会社349条4項）、こ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（同条5項）。このため、代表取締役の代表権は包括代表権であり、かつ不可制限的であるのが原則であり、したがって、代表取締役の業務上の行為はすべて有効となりそうである。

しかし、代表取締役の代表権濫用の効力については、従来、判例と学説とで

2) 江頭憲治郎・中村直人編著『論点体系会社法3』〔尾崎悠一担当〕（第一法規、昭和24年）84頁、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(6)』〔山口幸五郎担当〕（有斐閣、昭和62年）168頁。

争いがある。判例（最判昭38・9・5民集17・8・909、最判昭51・11・26判時839・111）は、民法93条ただし書の心裡留保の規定を類推適用することにより、相手方が当該代表取締役の真意を知り、または知り得べきであったときは、その取引行為の効力が生じない旨を判示している（最判昭38・9・5民集17・8・909、最判昭42・7・6金判67・16、最判昭51・11・26判時839・111）。この「知り得べき」とは、知らなかったことに過失があることを意味し、この過失には重過失はもちろん、軽過失も含まれる。

ちなみに、代表取締役の代表権の濫用のケースではないが、取締役会の決議を欠く重要財産の処分を代表取締役がその決議を経ないで行なった場合（専断的行為）の効力についても、判例は原則として有効としつつ、相手方が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は無効であるとして（最判昭40・9・22民集19・6・1656）、心裡留保（民法93条ただし書）の規定を類推適用している。

他方、会社法上の通説は、権限濫用行為も客観的には代表者の権限の範囲内の行為である以上、たとえ、相手方が権限濫用につき悪意であっても、代表行為自体は会社の行為として有効と解すべきであって、ただ、悪意・重過失の相手方が会社に対し権利を主張することは信義則に反し、または権利濫用として許されないとする一般悪意の抗弁説（信義則説または権利濫用説）を採っている³⁾。

これら判例、通説のいずれも、代表取締役の代表権の濫用について有権代理構成を採っていることでは共通しているものの、相手方は、判例によれば善意でも軽過失があれば保護されないが、通説によれば軽過失でも保護されるという点で、通説の方がより取引の安全に配慮したものであるといえる。

この民法改案が成立し、施行されると、代表取締役の代表権濫用にこの規定の

3) 浜田道代・岩原紳作『会社法の争点』〔宮島司担当〕（有斐閣、2009年）133頁、竹田省「会社代表者の職権濫用と悪意の第三者」民商7巻2号164頁、田中耕太郎編『株式会社法講座第3巻』〔野津務担当〕（有斐閣、昭和31年）1111頁。

適用を排除することは困難となり⁴⁾、また、これに民法93条ただし書の規定を類推適用する判例は先例としての意義を失い、改民案107条が適用されることになるといわれている⁵⁾。

そこで、本稿では、代表取締役の代表権濫用の効力をいかにに関する判例・通説および民法改正法案に至るまでの法制審議会の議論を踏まえ、民改案107条が代表取締役の代表権濫用にも適用されるべきかについて検討し、併わせて、会社法および商法の改正の提言を行なうこととする。

二 法制審議会の議論

まず、法制審議会民法（債権関係）部会において、代理権の濫用に関する審議はどのようになされたのかを見ることにするが、同審議会の審議が三つの読会（ステージ）に分かれていることから、中間的な論点整理までの第一読会（第1回会議[平成21年11月24日]開催～第26回会議[平成23年4月12日]開催）、中間試案までの第二読会（第30回会議[平成23年7月26日開催]～第73回会議[平成25年6月18日開催]）、要綱案までの第三読会（第74回会議[平成25年7月16日開催]～第99回会議[平成27年2月10日開催]）三つの部会に分けて、各部会における代理権濫用の審議の内容を確認する⁶⁾。

4) 浅木慎一『商法学通論補巻Ⅰ』（信山社、2016年）33頁。

5) 青竹正一「民法改正の会社法への影響（上）」判時2300号（2016年）19頁。

6) 当審議会の議論の経緯をコンパクトにまとめたものとして、森田修「第六講 代理制度：法律行為論への再定位（その3）」法学教室440号（2017年）89頁～91頁（これについては、本稿脱稿後に接した）。

1 第一読会

【民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理(平成23年4月12日決定)】

(7) 代理権の濫用

判例は、代理人がその代理権を濫用して自己又は他人の利益を図る行為をした場合に、心裡留保に関する民法第93条ただし書を類推適用して、本人は悪意又は過失のある相手方に対して無効を主張することができるものとするにより、背信行為をされた本人の保護を図っている。このような判例法理に基づき代理権の濫用に関する規定を新設するかどうかについては、代理行為の効果が本人に及ばないのは相手方が悪意又は重過失のある場合に限るべきであるなどの見解があることも踏まえつつ、規定を新設する方向で、更に検討してはどうか。

また、代理権の濫用に関する規定を新設する場合には、その効果についても、その行為は無効となるものとする案や、本人は効果の不帰属を主張することができるものとする案などがある。そこで、これらの案について、相手方からの転得者等の第三者の保護をどのように図るかという点も含めて、更に検討してはどうか。

(部会資料13-2第3、2(7) [89頁]、同(関連論点) [90頁])

2 第二読会

【民法(債権関係)の改正に関する中間試案(平成25年2月26日決定)】

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。

【民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年4月、法務省民事局参事官室、平成25年7月4日補訂）】

（概要）

本文(1)は、代理権の濫用に関する規律を定めることによって、ルール of 明確化を図るものである。判例（最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁）は、代理権濫用行為について民法第93条ただし書を類推適用するとしており、この判例を踏まえて代理権濫用行為を無効とするという考え方を（注）で取り上げている。しかし、この場合の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、立法に当たってその効果を無効とする理由はないとの指摘がされている。また、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。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ている。

効果不帰属の意思表示は、相手方が代理権濫用の事実（代理人の目的）について悪意又は重過失である場合に限りすることができるものとしている。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り、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な問題にすぎないからである。軽過失の相手方を保護する点で上記判例と結論を異にしている。また、本人の側が相手方の悪意又は重過失の主張立証責任を負担することを想定しているが、これは、代理権濫用行為に該当するかどうかは外形的・客観的に判断されるものではないから相手方においてこれを認識するのは容易でないことを理由とする。なお、効果不帰属の意思表示がされた場合には無権代理と同様に扱うことになるから、無権代理人の責任に関する規定（民法第117条、後記11参照）等が適用されることになる。

本文(2)は、効果不帰属の意思表示に遡及効を与えるものである。効果不帰属の意思表示の期間制限については、特段の規定を設けることはせず、形成権の行使期間の一般原則に委ねることとしている。また、期間制限の問題とは別に、相手方が本人に対して効果不帰属の意思表示をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができるものとするかどうかについて、引き続き検討する必要がある（民法第114条、第20条参照）。

本文(3)は、第三者の保護について定めるものである。判例（上記最判昭和42年4月20日）は、代理権濫用行為について民法第93条ただし書を類推適用としているため、第三者の保護についても、同条ただし書の適用を前提として、同法第94条第2項の類推適用や同法第192条の即時取得などの制度によることを想定していると考えられるが、本文(3)は、本文(1)の効果不帰属の意思表示の構成を採ることを前提として、第三者の保護に関する規律を明らかにするものである。

（補足説明）

前記6において、自己契約及び双方代理もそれに該当しない利益相反行為も無権代理行為とみなす一方で、本文(1)において、代理権濫用行為を効果不帰属の意思表示によって初めて遡及的に無権代理行為とみなすことの整合性については、引き続き検討する必要がある。利益相反行

為に当たるかどうかは外形的・客観的に判断されるのに対し、代理権濫用行為に当たるかどうかは代理人の主観的な意図を基準に判断されるから、両者を区別することは可能であり、両者の効果を異なるものとするということについても問題はないとの指摘がある。また、利益相反行為と代理権濫用行為のどちらに当たるのが明確でない事案があるとしても、どちらの法律構成を採るかは本人の自由な判断（双方を選択的に主張するという判断も当然可能である。）に委ねればよいとの指摘もある。

もっとも、両者の効果を統一的に捉えるべきであるとの指摘もある。その場合には、①利益相反行為についても、代理権濫用行為と同様に、効果不帰属の意思表示によって初めて遡及的に無権代理行為とみなすという考え方と、これとは逆に、②代理権濫用行為についても、利益相反行為と同様に、相手方が代理人の目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、無権代理行為とみなすという考え方があり得る。

3 第三読会

第二読会における「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」の代理権の濫用に関する部分は、第三読会における「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」で修正され、そのまま「要綱案」、「民法改正法案」となっている。

【民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(1)（平成25年9月10日民法（債権関係）部会第76回会議 部会資料66A）】

5 代理権の濫用

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場合において、相手方が当該目的を知り、又は知ることができたときは、当該行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする。

（説明）

1 問題の所在

代理権の濫用とは、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することをいう。代理権濫用行為は代理権の範囲内の行為であるから、その代理行為の効果は本人に帰属するのが原則である。もっとも、相手方が代理人の上記目的を知っていた場合など一定の要件を満たす場合には、例外的にその代理行為の効果を否定すべきであるとされている。

民法は、代理権の範囲外の行為については、一定の要件を満たす場合に代理権の範囲内の行為と同様の責任を本人に負担させる旨の規定を置いている（第109条、第110条及び第112条の表見代理の規定）。他方、代理権の範囲内の行為についても、自己契約及び双方代理（並びにこれらに該当しない利益相反行為）については、代理権の範囲外の行為と同様に扱う趣旨の規定を置いている（第108条、前記4参照）。もっとも、代理権濫用行為に関する規定は置いていない。

このため、代理人が自己又は第三者の利益を図る目的でした代理行為の効果を否定するのが相当であると考えられる事案において、判例（最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁等）は、代理権濫用行為について民法第93条ただし書を類推適用し、相手方が代理人の目的を知り又は知ることができたときは、その代理行為の効果を否定する旨判示している。そこで、代理権の範囲内の行為であるがその効果が否定されるものとして、民法第108条（前記4参照）に加えて、代理権濫用行為に関する規定を新設する必要があると考えられる。

2 代理権濫用行為の効果と要件

（1）効果

判例は、代理権濫用行為について民法第93条ただし書を類推適用する旨判示しているが、代理権濫用行為をする代理人は、その代理行為の効

果を本人に帰属させる意思をもってその旨の意思表示をしているのであるから、意思表示自体には何ら問題はなく、同条ただし書の心裡留保に類似する状況にあるとはいい難い。判例は、代理権濫用行為に関する規定がない中で、代理人の内心の目的を相手方が知り又は知ることができた場合という要件を用いて事案の適切な解決を図るために、同条ただし書を類推適用するという解釈論を採用したものと考えられる。

これに対して、代理権濫用行為の効果という観点から見ると、民法第93条ただし書は、意思表示自体に瑕疵（意思の不存在）がある場合に関する規定であるため当該意思表示を無効としているが、上記のとおり意思表示自体には何ら問題のない代理権濫用行為を心裡留保による意思表示のように無効とする必然性はない。むしろ、同法第108条の自己契約及び双方代理のように無権代理と同様の扱いをするほうが、本人による追認（同法第113条）や代理人に対する責任の追及（同法第117条）などを行うことが可能となり、より柔軟な解決を図ることができる。代理権濫用行為を無効としてしまうと、同法第113条から第117条までの無権代理に関する規定は適用されないことになる。これらに照らせば、代理権濫用行為の効果は、自己契約及び双方代理と同様に無権代理とみなすのが相当である。

中間試案においては、本人が効果不帰属の意思表示をすれば遡及的に無権代理と同様に扱うという構成を採っていたが（中間試案第4、7(1)から(3)まで参照）、パブリック・コメントの手續に寄せられた意見の中には、効果不帰属の意思表示という新たな概念を用いる必要はない旨の指摘や、制限行為能力者の法定代理人が代理権濫用行為をした場合には制限行為能力者である本人が効果不帰属の意思表示をすることは困難である旨の指摘があった。また、部会においても、利益相反行為は無権代理とみなす一方で（中間試案第4、6(3)参照）、代理権濫用行為は本人が効果不帰属の意思表示をして初めて無権代理とみなすというのは（中

間試案第4、7(1)参照)、両者の境界がそれほど明確でない事案もあり得ることから相当でない旨の指摘があったところである(中間試案の補足説明42頁参照)。そこで、代理権濫用行為についても、一定の要件の下で無権代理とみなすこととした。

(2) 要件

代理権濫用行為を無権代理とみなすための相手方の要件については、民法第93条ただし書と同様に、相手方が代理人の目的を知り又は知ることができた場合とするのが相当であると考えられる。上記のとおり、判例はこの要件を用いて事案の適切な解決を図るために同条ただし書を類推適用したのと考えられ、実務上も定着しているこの要件には合理性があると考えられる。

中間試案においては、代理権の濫用は本人と代理人との間の内部的な問題にすぎない上に、代理権濫用行為は心裡留保による意思表示と異なり意思表示自体には何ら問題のないものであることから、民法第93条ただし書の場合よりも相手方の保護を重視し、相手方が代理人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、代理行為の効果を否定することとしていた(中間試案第4、7(1)参照)。これに対して、パブリック・コメントの手续に寄せられた意見の中には、重過失の要件では厳格にすぎて適切に機能しない旨の指摘や、判例のように民法第93条ただし書と同様の要件を採用しても「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から相手方の取引の安全を不当に害することにはならない旨の指摘があった。そこで、代理権濫用行為についても民法第93条ただし書と同様の要件とし、「知ることができたとき」の認定・評価を通じた適切な解決に委ねることとした。

3 改正の内容

素案は、以上の各検討を踏まえ、代理権濫用行為は相手方が代理人の目的を知り又は知ることができたときは代理権を有しない者がした行為

とみなすこととするものである。「自己又は第三者の利益を図る目的で」という表現は、判例（上記最判昭和42年4月20日等）及び下級審裁判例（東京地判平成24年3月28日等）が共通して用いているものである。

4 転得者と本人との関係

代理権濫用行為の相手方からの転得者について、判例（上記最判昭和42年4月20日）は、代理権濫用行為に民法第93条ただし書を類推適用することを前提として、同法第94条第2項の類推適用や同法第192条の即時取得などの制度によって転得者の保護が図られることを想定しているとされている。素案のように代理権濫用行為を無権代理とみなした場合も、代理権濫用行為の相手方からの転得者については、上記と同様の保護が図られると考えられる。現行法上、通常は無権代理行為の相手方からの転得者については上記と同様の保護が図られるとされているからである。

もっとも、代理権濫用行為と利益相反行為（前記4(2)）との類似性や連続性に鑑み、利益相反行為の相手方からの転得者の保護に関する判例（前記4の（説明）の3参照）が参照されることもあり得る。その場合には、本人の側が転得者の悪意を主張立証しなければならないことになる。この点については解釈に委ねられる。

5 代理行為の後に濫用目的を生じた場合について上記のとおり、代理権濫用行為は代理権の範囲内の行為であるから、その代理行為の効果は本人に帰属するのが原則であり、例外的に、相手方が代理人の濫用目的を知り又は知ることができた場合に限り、その代理行為の効果が否定される。したがって、例えば、建物の売却に関する代理権を与えられた代理人が当該建物の売買契約を締結した後にその売買代金を着服する意図を持つに至った場合のように、代理行為の後に濫用目的を生じた場合については、相手方が代理人の濫用目的を知り又は知ることができた可能性はないから、素案の代理権濫用行為に関する規律によっては、当該代

理行為の効果を否定することはできない。

また、上記のとおり、代理権濫用行為の効果を否定するのは例外的な場合に限るべきであることから、代理人が濫用目的を有していたこと及び相手方が代理人の濫用目的を知り又は知ることができたことについての主張立証責任は、本人の側にあると考えるべきである（判例はそのように解している。）。したがって、代理行為の後に濫用目的を生じた場合のみならず、濫用目的の発生時期が代理行為の前か後かを特定することができない場合についても、素案の代理権濫用行為に関する規律によっては、当該代理行為の効果を否定することはできない。

さらに、代理行為の後に濫用目的を生じた場合や、濫用目的の発生時期が代理行為の前か後かを特定することができない場合について、民法第1条第2項の信義則の規定等を適用することによって代理行為の効果を否定することは、代理権濫用行為の効果を例外的な場合にのみ否定するという素案の考え方とは整合しない場合が多いと考えられる。

もっとも、信義則の規定等の適用による本人の保護をいかなる場合においても否定するという必要はないし、代理権濫用行為に関する素案の規律を設けたとしても、信義則の規定等の適用による柔軟な解決が一切否定されることにはならないと考えられる。確かに、素案の規律を設けることによって、信義則の規定等の適用が制限的に運用されることは想定されるが、上記のとおり全く例外を許容しないものではないし、そのような制限的な運用は、代理権濫用行為の効果を例外的な場合にのみ否定するという発想には合致する。また、結論の妥当性という観点から見ても、代理行為の後に濫用目的を生じた場合や、濫用目的の発生時期が代理行為の前か後かを特定することができない場合において、相手方に犠牲を強いてまで本人の保護を図る必要性はそれほど高くないと考えられる。

【民法（債権関係）の改正に関する要綱案（2015年2月10日決定）】

6 代理権の濫用

代理権の濫用について、次のような規律を設けるものとする。

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場合において、相手方が当該目的を知り、又は知ることができたときは、当該行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。

三 有権代理構成から無権代理構成へ

民法案107条は、「代理人が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、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす」と規定している。

代表取締役の代表権濫用にもこの規定が適用されるとすれば、本人である会社が相手方の悪意・有過失を立証できた場合に無権代理が擬制され、会社による効果不帰属の意思表示は不要である。無権代理となれば、会社による追認が可能となるが、その追認がなければ、会社に効果帰属せず（民113条）、また、この場合、無権代理人は相手方に対して履行または損害賠償の責任を負うこととなる（民117条1項）。その他、無権代理の相手方の催告権（民114条）、無権代理の相手方の取消権（民115条）、無権代理行為の追認の契約時への遡及効（民116条）の適用も受けることになる。

もともと、判例の立場からは、代理権濫用の場合、内部関係においては忠実義務違反が存在するが、代理行為の効果を本人に帰属させようとする意思は存在していることから、「代理行為の成立には全然影響がない」ため、有権代理であって、ただ、相手方が悪意・有過失であれば、現行民法93条ただし書の類推適用によって「無効」となるにすぎないと考えられていた（大判大10・1・

21民録27・100、最判昭42・4・20民集21・3・697）⁷⁾。

しかし、最近の見解によれば、その場合、法律行為の無効の問題ではなく、効果帰属要件の問題であって、代理権の濫用の場合でも、会社への効果帰属が原則であり、相手方が悪意・有過失の場合に効果不帰属を主張できるようになるものと解されてきているところである⁸⁾。

法制審議会民法（債権関係）部会第33回会議（平成23年10月11日開催）では、効果不帰属主張構成の意義について検討がなされている。岡委員からは、「実務界から見て、この効果不帰属と無効と相対的無効とどこが違うのか、大して違わないんだったら、新しい概念を持ち込まないでほしい」との発言があった。これに対し、山本（敬）幹事から、「効果不帰属構成というのは、無権代理ではなく、本人側が効果不帰属の主張をするかどうかを選択できるというものです。そのように考えるならば、表見代理の問題にはなりませんので、相手方ないしは第三者が善意かつ無重過失である場合について、本人が効果の不帰属を主張する可能性について特別な規定を設ける必要が出てくることになると思います。」との発言があった。また、岡委員から、「意思表示があって初めて効果不帰属になる、それまでは有効だとすると、取消しでいいのではないの」という質問が出され、それに対し、山本（敬）幹事から、「代理行為が行われた場合に、本人に効果が帰属するかどうかの問題となる場面で、従来は、広い意味で「無効」という表現で呼ぶことはあったかもしれませんが、このような問題を「取消し」という言葉で捉えるのは、少なくとも法律行為ないしは意思表示の「取消し」という場合とは、かなり性格が違くと受け止められる可能性があるのではないか」との意見があった。さらに、山本（敬）幹事から、「効果不帰属という言葉が学説上使われてきたのは、法律行為が行われた場合に、その効果が一体誰に属するのかが問題となる場面として、代理や授權、場合に

7) 我妻栄『新訂民法総則 民法講義Ⅰ』（岩波書店、1965年）345頁、森田修「第六講 代理制度：法律行為論への再定位（その1）」法学教室438号（2017年）62頁。

8) 金井高志『民法でみる商法・会社法』（日本評論社、2016年）104頁。

よって行為能力制度が考えられますが、…いずれにしても、基本的には代理の場面を中心に使われるものだと思います。その上で、効果不帰属構成が出てくるのは、今のところ、この利益相反行為と次の代理権濫用の場合ではないかと思います。」との発言もあった。鎌田部会長からは、「少なくとも最近の学説では、無権代理行為は無効ではなくて、本人への効果帰属要件が欠けているだけ、そういう意味で効果不帰属と評価するのが一般だと思います。」との発言があった。鹿野幹事からは、「確かに無権代理における無効は、他の一般的な無効とは異なり、効果不帰属という意味での無効であることは、従来から言われてきたことであり、その限りでは効果不帰属という概念に違和感はありません。しかし、ここで効果不帰属の主張なる概念を採用した場合、その法的性質とそれをめぐる具体的法律関係は必ずしも明らかではなく、それを明らかにする必要があります。従来は、自己契約、双方代理の場合は無権代理であり、したがって効果不帰属という意味での無効であることから出発して、例外的に追認があった場合等に効果が発生すると理解されていました。しかし、ここで提案されている効果不帰属の主張は、無権代理無効の主張の単なる言い換えではないように見えます。」との発言があった。沖野幹事からは、「効果不帰属の主張というのはこの場合形成権ということになるのではないかと思います。もし そうだとしますとやはり期間の問題などが出てくるのではないかと思います。この効果不帰属の主張というのがどのような正確（ママ）なのかを更に詰めておく必要があると思います。」との発言があった。

法制審議会民法（債権関係）部会第70回会議（平成25年2月19日開催）では、金関係官から、「前回のたたき台では、自己契約及び双方代理についても効果不帰属の意思表示によって初めて効果不帰属になるという考え方を本文とし、（注）のところで自己契約及び双方代理を無権代理とみなして効果不帰属の意思表示を待たずに当然に効果不帰属とするという考え方を紹介していましたが、今回は、その（注）と本文を入れ替えております。これは、前回のたたき台の審議の際に、無権代理とみなす考え方のほうが合理的だという御指摘が

あったことなどを踏まえたものです。この無権代理とみなすという考え方は、現在の判例法理でありまして、…会社の取締役が利益相反行為を行った場合における会社側の主張立証責任についても、利益相反行為を無権代理とみなすということを前提に、第三者保護の観点から、三上委員がおっしゃったような判例法理が積み重なっております。今回、無権代理とみなすという判例法理が本文になりましたことは、第三者保護に関する現在の判例法理もそのまま維持されるということを前提としております。効果不帰属の意思表示構成が本文に記載されていた前回のたたき台には、第三者保護規定が明示的に書かれていたけれども、それは効果不帰属の意思表示によって初めて効果不帰属になるという新たな構成を採ったことに伴い、第三者保護の問題も併せて規定しておかないと、新しいルールがどのようなルールなのかが分からないという観点から、そのように明文の規律を設けておりました。現在は、繰り返しになりますが、判例法理をそのまま採用したことに本文はなっておりますので、従来の第三者保護の発想もそのまま生きているという前提です。」との発言があった。

ところで、自己契約・双方代理（現行108条）は、判例（大判大4・4・7民録21・451）、通説上⁹⁾、初めから当然に無権代理と解されてきており、その他、任意代理人の復代理（現行105条）についても同様であったところ¹⁰⁾、民改案108条は、自己契約・双方代理について無権代理とみなす旨、明文化した。改民案107条は、代理権の濫用の場合において、相手方が悪意・有過失の場合、自己契約・双方代理（利益相反行為をも含む）に関する改民案108条と同様に、効果不帰属の意思表示をしなくても、無権代理となることを明確にした。つまり、「効果不帰属の意思表示」構成を採る代理権の濫用に、自己契約・双方代理の方を合わせるべきか、「当然の効果不帰属」構成を採る自己契約・双方代理に代理権の濫用の方を合わせるべきか検討された結果、後者が採用されることとなったのである。

9) 我妻・前掲注7) 343頁。

10) 於保不二雄編『注釈民法(4)』（有斐閣、1967年）60頁。

民法（債権関係）の改正に関する中間試案の説明（平成25年7月4日補訂）によれば、中間試案の段階では、代理権の濫用に関する判例の立場を踏まえて、有権代理構成を採り、一応、原則有効としたうえで、相手方が一定の場合に、効果不帰属の主張を本人に認めようとしていたが、他方で、自己契約および双方代理について、またはそれに該当しない利益相反行為について無権代理とみなそうとしていたことで、法体系の整合性に問題があることが指摘されていた。

この点、利益相反行為に当たるかどうかは外形的・客観的に判断されるのに対し、代理権濫用行為に当たるかどうかは、代理人の主観的な意図を基準に判断されるから、両者を区別することは可能であり、両者の効果を異なるものとするということについても問題はないとの指摘があり、また、利益相反行為と代理権濫用行為のどちらに当たるのが明確でない事案があるとしても、どちらの法律構成を採るかは本人の自由な判断（双方を選択的に主張するという判断も当然可能である。）に委ねればよいとの指摘もあったが、両者の効果を統一的に捉えるべきであるとの指摘もあった。

その場合には、①利益相反行為についても、代理権濫用行為と同様に、効果不帰属の意思表示によって初めて遡及的に無権代理行為とみなすという考え方で、これとは逆に、②代理権濫用行為についても、利益相反行為と同様に、相手方が代理人の目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、無権代理行為とみなすという考え方があり得たことが指摘されていた。

さらに、代理権濫用の場合に、効果不帰属の意思表示を認めると遡及的に無効となるが、その場合、効果不帰属の意思表示の期間制限については、形成権の行使期間の一般原則に委ねることとなるのか、また、相手方が本人に対して効果不帰属の意思表示をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができるのか等問題となっていた。

前掲「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1)(民法（債権関係）部会資料 66A)」によれば、「代理権濫用行為の効果という観点から見ると、

民法第93条ただし書は、意思表示自体に瑕疵（意思の不存在）がある場合に関する規定であるため当該意思表示を無効としているが、上記のとおり意思表示自体には何ら問題のない代理権濫用行為を心裡留保による意思表示のように無効とする必然性はない。むしろ、同法第108条の自己契約及び双方代理のように無権代理と同様の扱いをするほうが、本人による追認（同法第113条）や代理人に対する責任の追及（同法第117条）などを行うことが可能となり、より柔軟な解決を図ることができる。代理権濫用行為を無効としてしまうと、同法第113条から第117条までの無権代理に関する規定は適用されないことになる。これらに照らせば、代理権濫用行為の効果は、自己契約及び双方代理と同様に無権代理とみなすのが相当である。」とされていた。

このように、代理権濫用と利益相反行為一般と自己契約・双方代理を概念上統一すべきとした理由については、法制審議会民法（債権関係）部会第33回会議（平成23年10月11日開催）における道垣内幹事の「現在の代理権濫用の議論というのは、自己契約双方代理だけが権限外になるということを前提の下に行われているわけですが、仮に利益相反一般について、権限そのものを否定するという見解を採った場合には、代理権濫用との境目は微妙になってきます。取り分け、代理権濫用の判断にはある程度実質が入ってこざるを得ないということになると、そこには連続性が出てくる。そして、連続性が出てくるということになりますと、今までは無権代理の場合と有権代理で否定される場合というふうに、概念的にクリアに区別して議論してきたわけですが、そういう区別をしいのかという問題が出てくるような気がいたします。もちろん、概念的な整理としてはそうかもしれないが、そこは実質を考えなければならぬということを考えますと、相手方の保護要件についてはバランスが取れていることが必要になると思います」との発言も参考になるように思われる。

以上のように、中間試案の段階では、代理権の濫用の場合、有権代理構成を採って、相手方が一定の場合に本人は効果不帰属の主張ができるものとしており、他方、自己契約および双方代理の場合、無権代理構成を採っていたが、要

綱仮案以降、代理権の濫用を自己契約および双方代理、その他の利益相反行為の規制と統一的にとらえることにした。

無権代理構成を採った場合には、本人による追認（同法第113条）や代理人に対する責任の追及（同法第117条）などをすることが可能となり、より柔軟な解決を図ることができる。

また、従来、判例が依拠していた心裡留保における民法93条ただし書にいう真意とは、法律行為をなす効果意思のことであって、代表権の濫用の場合でも法律効果を会社に帰属させる意思があることに変わりではなく、表示行為と真意に不一致はないことから¹¹⁾、今回、この規定を類推適用する考え方を改める必要があったことも理解できる。

四 相手方、転得者の保護要件

相手方の保護要件について、民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（平成25年7月4日補訂）によれば、「効果不帰属の意思表示は、相手方が代理権濫用の事実（代理人の目的）について悪意又は重過失である場合に限りすることができるものとしている。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り、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な問題にすぎないからである」としていた。

これに対して、民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1)（民法（債権関係）部会資料 66A）によれば、「パブリック・コメントの手に寄せられた意見の中には、重過失の要件では厳格にすぎて適切に機能しない旨の

11) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法(6)』〔山口幸五郎担当〕（有斐閣、昭和62年）170頁。なお、取締役会決議を経ないで代表取締役が取引をした場合に、心裡留保に関する規定を類推適用する学説判例に対しても、代表取締役は会社を代表する意思を有するため、同様の批判があった。大隅健一郎・今井宏『会社法論中巻（第3版）』（有斐閣、平成4年）217頁。

指摘や、判例のように民法第93条ただし書と同様の要件を採用しても「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から相手方の取引の安全を不当に害することにはならない旨の指摘があった。そこで、代理権濫用行為についても民法第93条ただし書と同様の要件とし、「知ることができたとき」の認定・評価を通じた適切な解決に委ねることとした」とされている。

法制審議会民法（債権関係）部会第12回会議（平成22年7月20日開催）において、高須幹事から、「従前は93条ただし書で判例上はやってきておりまして、善意・無過失という形で処理してきて、必ずしもそれで取引の安全が害されているかという、そうでもないといった認識を持っております。それからもう一点は、日々接していると、代理人に裏切られるという人は結構いてというのはちょっと言い過ぎかもしれませんが、かわいそうだなという人は結構いまして、代理人が権限を濫用した場合、これはもちろん本人、代理人側の事情であり、取引の安全を図らなければなりませんというのはそうなのですが、本人側にとっても結構気の毒だなという印象があります。つまり、帰責事由は本人側にはそれほど大きくないのではないかという気がしておりますので、善意・無過失というところでバランスを取ってもいいのではないかと思っております。」として、代理権濫用のケースにおける相手方の保護要件として、相手方の善意・無過失を要求する立場が主張された。

これに対して、山本（敬）幹事からは、「代理権濫用の場合は、相手方から見れば、代理人は本人側に属する者であって、そのような本人側に属する者が背信的な意図を隠して代理行為を行っていることになります。これは、心裡留保の区別で言いますと、狭義の心裡留保、つまり表意者が真意を有するものと相手方に誤信させるために、表意者が真意でないことを秘匿して行う場合に対応します。そこで、この場合は、本人がその効果の不帰属を主張するためには、代理人が代理権濫用しただけではなくて、相手方がそのことを知っていた、つまり悪意が要求されることになると思います。ただ、…代理権濫用の場合は、背信的行為をしているのは代理人自身あって、本人自身ではありません。そこ

が、本来の狭義の心裡留保と違うところでして、このような一種の被害者でもある本人との関係では、少なくとも濫用の事実について相手方が善意であっても、重大な過失がある場合には、相手方は保護を受けられなくても仕方がないと考えられます。つまり、心裡留保の類推で考えるとしても、結論として、相手方に悪意又は重大な過失があるときは、本人は効果不帰属を主張できると考えられます。」との発言があった。

法制審議会民法（債権関係）部会第33回会議（平成23年10月11日開催）では、山本（敬）幹事から、「（代理権濫用の）原則は、現在の93条と同じように、相手方が悪意又は過失があるときに限って、意思表示は無効になる。しかし、…欺罔型の心裡留保については、相手方が悪意のときに限って、意思表示は無効になる。つまり、相手方に過失があるだけのときは、欺罔しようとした表意者が、相手方には過失があるのだから意思表示は無効だと主張できるのはおかしい。そう考えるべきだとしますと、代理権濫用の場合は、相手方から見ますと、代理人は本人側に属する者であって、そのような本人側に属する者が背信的な意図を隠して代理行為をしているわけですから、これは欺罔型の心裡留保に類すると考えられます。したがって、効果の不帰属を本人が主張するためには、相手方に悪意が要求されることになります。過失があるだけでは、足りないということです。ただ、代理権の濫用の場合は、背信行為をしているのは代理人でして、本人自身はしていません。このような一種の被害者でもある本人との関係では、相手方が善意でも、重過失があるときは、相手方は保護を受けられなくとも仕方がない。」として、相手方の保護要件として、相手方の善意・無重過失を要求する立場が主張された。

しかし、これに対して、高須幹事から異論が唱えられ、「飽くまで代理人を選んだのは本人だから本人側の帰責事由ですよ。ただし、問題になる行為をしたら、本人そのものではなくて、代理人がしているので、そこにやや被害者的な面がありますよ。これはそのとおりだと思っているわけですが、それを実際、善意と重過失で区切るということになると、通例、重過失が認められる

場合はかなり限定されてきてしまうということになりますので、論理的には極めて分かりやすい整理付けにはなっているわけですが、実際には今のような分け方をすると代理人を選んだ本人の帰責性というのを相当程度認めるという発想なのではないかと思います。そうすると、これはもう見方、考え方の問題になるのかもしれませんが、ある人を見損なうと言いますか、このようなことはする人ではないと思って頼んだら、裏切られましたということはあり得ることではないかと思っておりまして、そのときに必要以上に帰責性を認めるというのは、結論の妥当性においてやや座りが悪いのではないかと。となると、相手方の保護事由は軽過失まで含めて、その軽過失の判断の中である程度の柔軟な解釈ができれば、結論的には座りのいい考え方になるのではないかと考えております。そういう意味では、悪意・有過失という従来判例の見解も一つの考え方ではないか。私としてはそちらのほうがいいのではないかと考えています。」との発言があった。

さらに、中井委員からも、「代理権濫用…の主観的要件については、必ずしも悪意・重過失とまで狭くするよりは、悪意・有過失で、有過失の中で調整するほうが好ましいのではないかと…従来、代理に関連しては多くの裁判例があり、それなりに裁判例で形成されてきたことが一般に承認されているのではないかと、それで実務は動いているのではないかと。その実務にあえて大きく変更を加える、大きくではないのかもしれませんが、変更を加える必要性が果たしてあるのか、というのが基本的な背景にあり、この代理権濫用についても言われているところの判例法理を明文化するので足りるのではないかと。」との発言があった。

しかし、代理権濫用の主観的要件を相手方の悪意・重過失から悪意・有過失へと変更したことについて、法制審議会民法（債権関係）部会第76回会議（平成25年9月10日開催）において、松岡委員から、「代理権濫用の要件が変わったことは、これで本当にいいのでしょうか。中間試案の段階では、相手方が悪意又は重過失である場合に効果帰属しない、すなわち軽過失の場合には効果帰

属するとしていました。案を変更する理由は、24ページに書かれており、今、金関係官が口頭でも御説明になりましたように、判例が93条ただし書類推適用説で相手方に無過失を要求していることと、過失の認定評価を通じて柔軟な解決を図ることが可能だということでした。しかし、まずは外形的な事実だけで判断をして、代理人の内心の意図については特に調査する必要があるというのが重過失で足りるという考え方で、従来から商法の学説をはじめ民法でも有力な学説が主張しているところです。取引の際に代理人の内心の意図についてまで調査する義務を負わせるのは不適切ではないか」との発言があった。

これに対し、金関係官から、「軽過失に変えたことの理由として部会資料に挙げていないものを紹介することで差し当たりのお答えとさせていただければと思います。本人自身が心裡留保により意思表示をした場合ですら、相手方の保護要件は軽過失とされていることとの関係で、代理権濫用は、自分ではない者が代理権を濫用した場合ですので、そのような場合に心裡留保の場合よりも相手方の保護を重視することになる要件、すなわち、軽過失の相手方でも保護することになる重過失の要件を設けるのは、バランスを失しているのではないかという指摘があります。中間試案では、その指摘に対しては、心裡留保の場合には意思の不存在、意思の欠缺があるというところから、その意思表示を無効とする要請が少なくとも理論的には強く、その関係で心裡留保の相手方の保護が若干劣ることになるとしても、その説明は可能であるという判断、逆の観点から言いますと、代理権濫用の場合には意思表示そのものについての意思の不存在、意思の欠缺といった問題はないので、代理権濫用行為の効果を否定する要請は心裡留保の場合ほど強くはないとも考えられ、その関係で心裡留保の相手方の保護よりも代理権濫用の相手方の保護のほうが重視される結果になったとしても、それなりに説明をすることは可能ではないかという判断の下で提案をしておりました。ただ、今回のパブコメでも、心裡留保と代理権濫用とのバランスの問題を指摘する意見があったところでありまして、その点も一つの理由になるのではないかと考えております。」との回答があった。

また、山野目幹事からは、「心裡留保の場合には表意者の内心的効果意思の内容について相手方が知り、又は知り得べき状況になったときには、それを前提に、その意思表示の効果を評価しましょう、という割と単層構造の状況であるのに対して、代理権の濫用の場合というのは代理人が不行き届きなことをしたことにについて、本人と第三者、相手方との間のリスクの分配をどうしますかという局面であって、こちらのほうが複雑な状況になっていますし、相手方になる人にとってみれば、調査しなければいけないのは代理権の存在範囲に限られるのが普通であって、この規律を入れると相手方は代理権の存否内容のほかに、代理人の代理権行使の意図まで調査しなければいけないということになるものであろうと考えます。」との発言があった。

しかし、以上の見解によれば、まず、心裡留保規定の起草過程の理解について誤解があるように思われる。すなわち、起草者が主査委員会（第2回・1894〔明治27〕年3月2日）に提出した民法修正原案91条は、「意思表示ハ表意者カ其眞意ニ非サルコトヲ知りテ之ヲ爲シタル爲メ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ但相手方カ表意者ノ眞意ヲ知りタルトキハ其意思表示ハ無効トス」となっていた。そうして、同条の趣旨は、「意思ヲ表示スル者カ其相手方ニ對シテ眞意ノ意思ヲ隠秘シタル場合」に「取引ノ安全」の観点から「表意者ニ欺カレタル」相手方を保護するため当該の意思表示を同条本文において有効、しかし、相手方悪意の場合には同条ただし書により無効、とすることにあった。すなわち、当初、起草者は、同案91条において表意者に欺罔の意図を伴っているいわば本来の狭義の心理留保（Mentalreservation, geheimer Vorbehalt）のみを規定し、しかも、ドイツ民法116条におけると同一の処理を施そうとしたのであった。そうして、この原案は、主査委員会および次の委員総会において何らの修正を施されることなく通過した。

ところが、その後の整理会（第6回・1895〔明治28〕年12月20日）において、起草者は、「笑談ニ意思表示ヲシタ」場合のごとく真意を伴っていないことを相手方が見誤らないであろうと予期してなした非真意表示（nicht ernstliche

Erklärung) の場合 (ドイツ民法118条) について、「本文ノ方ニ依リテ効カヲ生スルト云フコトニスルヨリモ……真意ヲ知ツタ場合ト同ジコトニ無効トシタ方ガ宜カラウ」ということを理由にして、同条ただし書に「又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ」を新たに付加する修正案を提出して、そのまま可決して現行の心裡留保規定 (民93条)、となったのである。

しかし、本来の狭義の心裡留保と非真意表示とは要件・効果の両面を異にしていることに留意すべきである。すなわち、まず、要件面においては、本来の狭義の心裡留保と非真意表示とでは、表示が表意者において真に意欲されていないという点では共通するが、後者においては、表意者は「真意の欠缺が知られることを予期して」いるのだから、表意者に欺罔の意図は存しないこととなる。他方、前者においては、右の真意の欠缺が知られることの予期が表意者に存しないことから、結局、表意者は多かれ少なかれ欺罔の意図を伴っていることとなる。したがって、日本の通説によれば本来の狭義の心裡留保も非真意表示も共に心裡留保規定 (民93条) の適用を受けることになるが、ドイツ民法では、「悪質な冗談」はドイツ民法116条の適用を受けることになるのに対して、「軽い冗談」はドイツ民法118条の適用を受けることになる。次に、効果面を見ると、本来の狭義の心裡留保が悪意の相手方に対する関係でのみ無効となるのに対して (ドイツ民法116条2文)、非真意表示は常に無効となる (ドイツ民法118条)。

以上のとおり、日本民法の起草者は、本来の狭義の心裡留保と非真意表示とをことさらに区別することなしに全く同一のものとして処理している。しかし、要件・効果を異にする両者を日本民法下でも明確に区別しておくことは適切かつ必要であるように思われる¹²⁾。

次に、代理権濫用の事例は、すべて本人と代理人とが別人格であって、本人が被害者である事案を想定しているように思われる。そうして、代表取締役が

12) 村田・前掲注1) 336頁～337頁。

その代表権を濫用する場合には、会社本人には帰責性がないか、あってもそのような者を取締役に選任したことくらいであろう。しかし、ある者が会社のオーナーであって、その者が自ら代表取締役として代表権を濫用したとすると、相手方の保護要件はどのようにすればいいのか、という問題をも考えておく必要があるように思われる。

この問題は、「法人格否認の法理」でも処理することができようが、代表取締役の「代表権濫用」のケースとして処理する場合には、会社オーナーの帰責性の大きさ、および会社オーナーと代表取締役とが事実上同一人格であることを顧慮して、相手方が悪意（または悪意に準ずるような重過失）である場合には、無権代理として処理し、相手方が善意・無重過失であれば、有権代理として相手方からの履行請求を認めるべきであるように思われる。

従来、代表取締役の代表権の濫用に関する判例法理によっても、会社に効果帰属をさせないための相手方の要件は悪意・有過失であり、民改案107条によっても結果は変わらないが、商法学者からは、取引の安全のために付与された代表取締役の包括的代表権を排除してまで民法上の心裡留保と同じ規制をする必然性は乏しく、代表取締役と会社との利益が相反する取引（会社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かかわらず（最判昭43・12・25民集22・13・3511、最判昭46・10・13民集25・7・900）、表面上、行為者・会社の利益が反しない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、均衡を失するとの意見があった¹³⁾。

また、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であるため¹⁴⁾、そのような会社側の帰責性と相手方の軽過失とのバランスをいかにとればよいかという問題意識もあった。

無権代理が擬制されれば、後は表見代理の問題となるが、その場合でも軽過

13) 江頭憲治郎『株式会社法第6版』（有斐閣・2015年）428頁。

14) 落合誠一編『8会社法コンメンタール』〔落合誠一担当〕（商事法務・2009年）22頁。

失があるにすぎない相手方も保護されない（民改案109条）、そのような相手方を保護するとすれば、代表取締役の代表権の濫用については、会社法で立法的な解決を図るよりほかならう。代表権の包括性、不可制限性、取引の安全、会社と代表取締役が事実上同一人格である場合等を考慮すれば、会社法上は、無権代理擬制の要件を相手方の悪意・重過失とすべきである。

転得者の保護要件としては、民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1)（民法（債権関係）部会資料 66A）によれば、「転得者と本人との関係 代理権濫用行為の相手方からの転得者について、判例（上記最判昭和42年4月20日）は、代理権濫用行為に民法第93条ただし書を類推適用することを前提として、同法第94条第2項の類推適用や同法第192条の即時取得などの制度によって転得者の保護が図られることを想定しているとされている。素案のように代理権濫用行為を無権代理とみなした場合も、代理権濫用行為の相手方からの転得者については、上記と同様の保護が図られると考えられる。現行法上、通常は無権代理行為の相手方からの転得者については上記と同様の保護が図られるとされているからである。もっとも、代理権濫用行為と利益相反行為（前記4(2)）との類似性や連続性に鑑み、利益相反行為の相手方からの転得者の保護に関する判例（前記4の（説明）の3参照）が参照されることもあり得る。その場合には、本人の側が転得者の悪意を主張立証しなければならないことになる。」とされている。またこれについては、法制審議会民法（債権関係）部会第90回会議（平成26年6月10日開催）において金関係官から、「例えば相手方が悪意又は有過失の場合であれば、民法94条2項の類推適用などで処理がされることになると思います。ただ、これは現在でも、代理権濫用について判例は民法93条ただし書の類推適用で処理しておりますので、類推適用がされると無効になることを前提に、転得者は94条2項の類推適用で保護されると説明されることが多いと思います。」との発言があった。

よって、転得者は民法94条2項の類推適用および民法192条で保護されることになるということで問題はなからう。

五 相手方の調査義務

民改案107条によれば、相手方が悪意・有過失であるならば、会社に効果帰属しない。そこで、相手方は軽過失を問われないよう、調査義務を尽くさなければならぬかどうかが問題となる。取引安全の保護における過失は、権利の発生等のために本来的に必要な法律要件である事実や権利関係の不存在を見抜くために調査すべき義務の違反を意味しているとされているからである¹⁵⁾。

民改案107条における過失とは、相手方による「知ることができた」過失であるが、代表権の濫用は、そもそも代表権の範囲内の行為であるがゆえに、行為の異常性を外形的に察知することは通常困難であり、また、代表取締役の内心の意図について、相手方がいかに調査しようとも「知ること」ができる場合があるとはあまり考えられない。

法制審議会民法（債権関係）部会第76回会議（平成25年9月10日開催）において、松岡委員から、「まずは外形的な事実だけで判断をして、代理人の内心の意図については特に調査する必要があるというのが重過失で足りるという考え方で、従来から商法の学説をはじめ民法でも有力な学説が主張しているところです。取引の際に代理人の内心の意図についてまで調査する義務を負わせるのは不適切ではないかという理由であり、それは説得力のある意見だと感じています。」との発言があった。山野目幹事からは、「相手方になる人にとってみれば、調査しなければいけないのは代理権の存在範囲に限られるのが普通であって、この規律を入れると相手方は代理権の存否内容のほかに、代理人の代理権行使の意図まで調査しなければいけないということになるものであろうと考えます。」との発言があった。

これらの発言に対して、内田委員からは、「先ほどの代理権濫用のところで、知り、又は知ることができたという書き方をしたときに、知ることができたと

15) 金井・前掲注8) 108頁～109頁。

というのが調査義務を前提としているという理解が、本当に不可避な解釈なのかということなのですから、周囲の状況からすると分かったはずだというような場面を意味しているわけで、知るべく調査をするということが必ずしも常に前提とされているわけではないのではないかと思います。それは場合によるのだらうとは思いますが、こういう表現が使われたときに、調査義務が前提になっているという理解が部会の中で共有されていて、その理解の下でこれが了承されたと外から見えるというのは、余り適切ではないように思いましたので、一言だけ発言させていただきます。」との発言があった。

なお、法制審議会民法（債権関係）部会第12回会議（平成22年7月20日開催）において、鎌田部会長から、「従来の判例で実際に軽過失の例というのはあるんですか。」との問いに対し、高須幹事から、「今まで取り扱った中で、権限濫用といった形で問題になったケースで、過失が問題になって、それでその過失が軽過失だったということは経験したことはあるのですが、それが一般的かという、ただ1回のことで、余り数としてそうだということまでは申し上げられないかと思います。」との回答があった。

以上の議論を踏まえると、相手方に、代表取締役の意図を見抜けなかったことについて軽過失が認定されることはほとんどないと思われるが、相手方にとって軽過失も問われるとなれば、相手方の調査すべき範囲が問題となる。

法制審議会では、代理権の濫用の場合、代理権の範囲以外の代理人の主観的意図について、必ずしも常に調査義務が求められるわけではないとの意見もあった。しかし、そうであるとすれば、その旨、明文化されるべきであろう。

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「要綱案のたたき台(1)」で述べられているが、裁判官の裁量に委ねると予測可能性が低くなり、取引の安全が害されることにもなりかねない。

それゆえ、取引の安全をより重視すべき会社法および商法においては、立法論として、無権代理擬制の要件を相手方の悪意・重過失とすれば、その調査義務の問題も解消されよう。

六 おわりに

民法改正法案が成立すれば、代理権の濫用の効果について規定する民法改正107条は、民法上一般の代理人、民事特別法上の法人の代表者のみならず、会社の代表取締役にも当然に適用されることになるとと思われる。

そして、代表取締役の代表権の濫用については、民法改正が成立すれば、心裡留保に関する民法93条ただし書を類推適用する従来の判例の適用は排除され、また、従来の通説である一般悪意の抗弁説（信義則説または権利濫用説）も、その根拠が民法の一般原則にあると考えられているため、その特別規定である改正民法107条が優先適用されるものと思われる。

民法改正後は、会社法上の代表取締役の代表権濫用の場合、会社法が改正されない限り、本人である会社が相手方の悪意・有過失を立証すれば、無権代理が擬制され、会社が追認をしなければ（民113条1項）、相手方は無権代理人である代表取締役に履行請求ないし損害賠償請求をすることとなる。

しかし、軽過失があるにすぎない相手方を保護すべきであるならば、無権代理擬制の要件を、相手方の悪意・重過失とすべく、会社法を改正するしか方法はなかろう。とりわけ、一人会社の場合であって、しかも、会社本人と代表取締役が同一視されるような法人格否認の法理が問題となるような場合（たとえば、会社オーナーが代表取締役であって、本人保護の必要性に乏しい場合）、相手方が悪意・重過失でない限り、相手方を保護すべきであるように思われる。また、相手方保護に無軽過失まで要求するとすれば、その範囲が不明瞭な調査義務が課されることにもなりかねないからである。

その改正の根拠を代表権または代理権の包括性、不可制限性にも求めるならば、それは商法上の支配人（商21条）にも妥当することから、併せて商法の改正も必要となる。

以上のように、今回の民法改正に際し、会社法および商法において我々の見解のような立法的な提言をしておくことは、実際の法律問題を真に有効に解決

するうえで必要であると思われる。

〔後記〕

本稿脱稿後、平成27（2015）年3月31日に第189回国会に提出された「民法改正法案」である「民法の一部を改正する法律案」（内閣提出、第189回国会閣法第63号）および「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案」（内閣提出、第189回国会閣法第64号）は、平成29（2017）年4月26日開催の衆議院本会議で、また、同年5月23日開催の参議院本会議でも、可決・成立した。

「民法の一部を改正する法律」の法律番号は、「平成29年6月2日法律44号」であり、同法は、施行日が「公布の日から起算して3年以内の政令で定める日」となっていることから、平成32年6月2日午前0時までに施行されることになる。

〈以上〉