



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「代表取締役の専断的行為の効力について」
Author(s)	豊島, 雄作
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 7, 71-85
Issue Date	2000-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22315
Type	departmental bulletin paper
File Information	7_P71-85.pdf



「代表取締役の専断的行為の効力について」

とよしま ゆう さく
豊 島 雄 作

目次

第1章 問題提起	72
第2章 判例の検討	72
一 最高裁昭和40年9月22日第3小法廷判決	72
二 民法上の公益法人あるいは中間法人についての判例	73
三 まとめ	74
第3章 学説の検討	74
一 学説の状況	74
二 まとめ	75
1 学説の評価	75
2 学説の難点	75
第4章 検討	75
一 定款により代表権が制限されている場合	75
二 260条2項に違反した代表行為の効力	76
1 260条2項の規定の意味	76
2 民法93条類推適用説の再検討	77
3 「知ることを得べかりし」の解釈	78
結語	79

第1章 問題提起

代表取締役のなす行為につき、法律・定款などにより株主総会決議や取締役会決議を経ることを要するなどの要件が課されている場合に、代表取締役がそのような要件に違反して単独で行為をすることがある。このような代表取締役の行為により会社に損害が生ずれば、当該代表取締役や他の取締役・監査役の責任が問題となる（266条、277条など）。

このような行為の対外的な効力は、専断的行為にもいろいろなものがあることから一律に考えることはできない。たとえば、取締役会の決議を要する社債の発行（296条）の場合には、取引安全の要請が強いため、代表取締役の専断的な社債の発行は対外的効力に影響しないとされている。また、新株発行（280条の2）については新株発行無効の訴えが用意されているが（280条の15）、取締役会決議を欠く新株発行や株主総会特別決議を欠く第三者に対する新株の有利発行は新株発行無効原因とならないと解されている⁽¹⁾。これに対し、単純な法定準備金の資本組入（293条の3）や株式分割（218条）などは会社の内部事項として無効と解されており、また、取締役会決議を経ないでなされた株主総会招集通知（231条）は無効と解され、株主総会決議取消事由となる（247条1項1号）。

売買などの取引行為については、取引相手方たる第三者との関係で専断的行為の効力をどう考えるかで見解が分かれている。重要な財産の処分などの取引行為は、従来、取締役会決議を経ることが定款などで定められていたが、昭和56年商法改正により法律によって義務づけられることになった（260条2項）。

重要な業務執行で取締役会決議を経ない代表取締役の専断的行為の効力については、決議を要求してまもうとする会社の利益と、行為が代表者によってなされることを信頼した第三者の利益とを比較衡量して決すべきであるとされるが⁽²⁾、具体的にはこの問題を検討する際には以下の点に注意しなければならないであろう。

第一に、260条2項に該当する行為をなすうえで取締役会決議を経ることを要するということが、代表取締役の代表権を制限することを意味するのか否かということをも明らかにしなければならないという点である。取締役会決議を経ずになした代表取締役の行為を無権代表行為とみるか、あるいは代表権の範囲内の行為とみるかで理論構成は異なることになる。この点を考える際には、代表取締役が会社の営業に関する行為については包括的代表権を有していること（261条3項、78条、民法54条）を考慮しなければならないであろう。

第二に、一定の場合に善意の相手方との関係で、代表取締役の専断的行為が有効となることに争いはないであろうが、相手方が保護されるための要件とその理論構成は、第一の場合と整合するものでなければならないという点である。

判例は、後述のように、56年改正前の事案において、民法93条を類推適用してこの問題を解決したが、学説からの批判が強い。学説では、代表取締役が取締役会決議を経ずになした代表行為は心裡留保とは言えず、また過失のある相手方が保護されなくなる、という判例への批判から出発して様々な見解があるが、いまだ通説と呼べるような見解はない。このように、判例と学説が対立し、通説と言える見解がないのは、どの見解にもそれぞれ難点があるからであろう。より無理のない見解を目指すためには、出発点である判例への批判を再検討する必要があるのではないであろうか。

本稿は、右に述べた第一、第二の点を考慮して、判例の見解、判例への批判、そして学説について検討することで、重要な業務執行についての代表取締役の専断的行為の効力を明らかにすることを目的とするものである。

第2章 判例の検討

一 最高裁昭和40年9月22日第3小法廷判決⁽³⁾

製材業を主たる営業とする株式会社の代表取締役が、同会社の定款に業務執行上の重要な事項については取締役会の決議を要する旨の定めがあったにも関わらず、その営業活動の基礎となる製材

工場を、株主総会決議はもとより取締役会決議を経ることなく独断で一括譲渡する契約を締結したという事案において最高裁は以下のように判旨した。すなわち「株式会社の一定の業務執行に関する内部的意思決定をする権限が取締役に属する場合には、代表取締役は、取締役会の決議に従って、株式会社を代表して右業務執行に関する法律行為をすることを要する。しかし、代表取締役は、株式会社の業務に関し一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する点にかんがみれば、代表取締役が、取締役会の決議を経てすることを要する対外的な個々の取引行為を、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、と解するのが相当である。」とし、本件では、買主が、右決議を知りまたは知り得べかりし事実は認められないとした。

本判決は、代表取締役の包括的代表権を前提に、当該定款の記載を代表取締役の代表権の制限を意味するものではなく、内部的意思決定について定めたものであると解釈した上で、内部的意思決定手続を履践しないで行われた代表取締役の行為の効果は原則として会社に帰属するとした。しかし本判決は、相手方が取締役会決議を経っていないことを知りまたは知りうべかりしときは代表取締役の行為は無効であるとし、内部的意思決定手続が履践されていないことを相手方が知りまたは知りうべかりしときは、手続を履践しないで行われた代表取締役の行為の効果は会社に帰属しないという見解を示したのである。

この結論は、代表取締役の権限濫用行為が行われた場合と同様に⁽⁴⁾、民法 93 条の法理に準拠していると考えられている⁽⁵⁾。この考え方には、取締役会決議を欠く代表取締役の行為も、代表行為そのものには会社に効果を生ぜしめる代表意思(真意)が存在しているのであって、心裡留保の場合とは異なり真意と表示の不一致はない、という批判がなされている⁽⁶⁾。また、相手方が知りうべかりしと

きにまで無効とするのは、相手方に不当に不利益となる、という批判がなされている⁽⁷⁾。

ただ本判決は、昭和 56 年商法改正前におけるものであり、本件のような重要な財産の処分を代表取締役がなす際には取締役会の承認を要する旨が法定(260 条 2 項)された現在でも、右の理論を最高裁が用いるか否かは明らかではない(もともと、最高裁平成 6 年 1 月 20 日第 1 小法廷判決(民集 48 卷 1 号 1 頁)についての解説の中で、野山調査官は、代表取締役が 260 条 2 項に違反し、取締役会決議を経てすることを要する対外的な個々の取引行為を右決議を経ないでした場合についても右理論を用いるとしている)⁽⁸⁾。

しかし、本判決以降、下級審では、改正前、改正後を問わず、右最判の理論が用いられている⁽⁹⁾。

二 民法上の公益法人あるいは中間法人についての判例

大判大正 15 年 12 月 17 日(民集 5 卷 862 頁)は、協同組合に関して、法令上の理事の代表権の制限(不動産取引に組合員総会の承認を要すること)は民法 54 条所定の理事の代表権の制限ではなく、この規定を適用する余地はないと判示した。こう解すると、理事の代表権を制限する法令に違反してなされた理事の行為は無権代表行為となる。法令上代表権が制限されている場合には表見代理の規定を適用する余地はないように思われるが、最高裁は地方公共団体の長が法令上の制限に反して行為をなした場合民法 110 条が類推適用される⁽¹⁰⁾とする(なお、この点については、(注 30)参照)。

最判昭和 58 年 6 月 21 日(判例時報 1082 号 45 頁)は、学校法人に関して、寄付行為に借入金をするにつき評議員会の議決を要する旨及び理事の 3 分の 2 以上の同意がなければならない旨の規定があるのに、理事長がこの手続を履践することなく金員を借り入れたという事案で、このような寄付行為の規定は理事の代表権に加えた制限であり、民法 54 条が準用されるとし⁽¹¹⁾、相手方が右規定の存在について善意無過失であるとして、金員借入行為を有効とした⁽¹²⁾。

また、漁業協同組合の理事長が、固定資産の取得または処分については定款上理事会の承認が必要とされていたのに、理事会の承認を経ることなく、同組合の所有する土地を売却したという事案について最判昭和60年11月29日(判例時報1176号88頁)は、「漁業協同組合は、水産業協同組合法45条の準用する民法53条、54条の規定により、定款の規定または総会の決議によって特定事項につき理事が代表権を行使するためには理事会の決議を経ることを必要とするなどと定めて理事の代表権を制限することができるが、善意の第三者にはその制限をもって対抗することができないものであるところ、右にいう善意とは、理事の代表権に制限が加えられていることを知らないことをいうと解すべきであり、また、右の善意についての主張・立証責任は第三者にあるものと解すべきである。そして、第三者が右にいう善意であるとはいえない場合であっても、第三者において、理事が当該具体的行為につき理事会の決議などを経て適法に漁業協同組合を代表する権限を有するものと信じ、かつ、このように信じるにつき正当の理由があるときには、民法110条を類推適用し、漁業協同組合は右行為につき責任を負うものと解するのが相当とする。」とし、相手方に理事長に権限があると信じるにつき正当の理由があるとは言えないとした。

三 まとめ

以上の判例をみると、株式会社の代表取締役の専断的行為も、民法上の公益法人・中間法人の理事の専断的行為も、法人の意思決定機関の承認がなかったことにつき、取引相手方が善意無過失(無過失という点については後に検討するが)の場合には有効となるという点については同様である。ただ理論構成は異なる。例えば、40年判決と60年判決は、定款で取締役会(理事会)の承認が必要とされているにも関わらず代表者が専断的行為をなしたという点で同様であるが、取引相手方が定款の記載につき悪意でも、前者では代表行為は原則有効となるのに、後者では無権代表行為とな

る⁽¹³⁾。取締役会(理事会)の承認が必要である旨の定款の記載が、代表権の制限にあたるか否かの解釈が異なっているためである。現行水産業協同組合法では、「理事会は、組合の業務執行を決し、理事の職務の執行を監督する。」(36条)とされており、また、理事について商法261条(商法78条1項)が準用されている(44条)のに対し、60年判決当時は、水産業協同組合法が、理事に民法53条、54条を準用していた(旧45条)、ということがこの解釈の違いに影響を与えていたと思われるが、この点については、後述する。

第3章 学説の検討

一 学説の状況

学説においては、取締役会の決議が必要であるにも関わらずそれを経ずになした代表取締役の取引行為の効果について、以下のような考え方の対立がある。

① 心裡留保説

この説は、民法93条を類推適用し、取締役会の決議を経ない代表取締役の業務執行行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則的に有効であり、相手方が右決議を経っていないことを知りまたは知りうべかりしときに限って無効とする⁽¹⁴⁾。前掲40年判決はこの見解をとっている。

② 一般悪意の抗弁説

この説は、代表取締役は代表権の範囲内で有効に会社を代表して行為できるのであり、取締役会の決議は内部的意思決定手続であるから、その手続を欠いても代表行為は有効であるとするが、右手続を欠いていることにつき悪意の相手方が権利を主張することは信義則違反であるから許されず(民法1条2項)、会社は悪意(重過失を含む)の相手方に対しては一般悪意の抗弁を対抗しようとする⁽¹⁵⁾。

③ 代表権制限説

民法54条を援用し(商法261条3項、78条2項)、取締役会の決議を要することをもって代表権に加えた制限と解し、会社は、相手方が善意の場合にはその制限をもって対抗できないが、悪意の

場合にはその行為の無効を主張できるとする⁽¹⁶⁾。

④ 越権代表説⁽¹⁷⁾

代表取締役の権限に属する事項、いわゆる会社の営業に関する行為については、前述代表権制限説に依拠するが、代表取締役が決定権を本来有していない事項について、代表取締役が株主総会または取締役会の決議を経ずに行為をした場合には、その行為の効力は一般理論（民法110条）によって決するほかないとする⁽¹⁸⁾。この説の論者は、会社の営業に関する行為（261条3項、78条1項）とは、経常性と反覆性とを特質とし会社の営業の継続を前提としてなされる、その営業に関する諸般の行為をいい、260条2項が掲げる行為はこれに含まれないとする⁽¹⁹⁾。したがって、260条2項が掲げる行為は、代表取締役が決定権を本来有していない行為ということになる。

⑤ 相対的無効説

重要な業務執行（260条2項）以外の業務執行（260条1項）であって、その意思決定権限が取締役会に留保されている場合には取締役会の決議を要することを、善意の第三者に対抗し得ない代表取締役の代表権に対する制限（261条3項、78条2項、民法54条）と解して、必要な決議を欠く代表取締役の行為の効力を決めるべきであるとして代表権制限説に依拠する。取締役会の具体的な法定決議事項のうち、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利益相反取引の場合（265条）と同様に相対的無効説と解すべし、とする⁽²⁰⁾。

二 まとめ

1 学説の評価

学説は大きく分けると、取締役会決議を経ないでなされた代表取締役の重要な業務執行行為が代表権の範囲内の行為と考えるか否かで分けることができる。心裡留保説、一般悪意の抗弁説は、取締役会の承認は、内部的意思決定手続にすぎず、代表取締役の行為は、対外的には原則として有効

であるとする点で共通する。取締役会決議がなかったことについて悪意の相手方を排除するための理論構成が異なるのみである。これに対し、代表権制限説は重要な財産の処分などの260条2項に該当する行為については代表取締役の代表権が内部的に制限されているとし、民法54条の問題になるとする。越権代表説によると260条2項に該当する行為はそもそも代表権の範囲外の行為となり、相対的無効説は260条2項に該当する行為をなすにつき取締役会決議が必要であることを法律上の代表権の制限と解し、これらの事項について取締役会決議なくしてなされた代表取締役の行為は原則として無権代表行為となると考えているようである。

相手方保護要件としては、心裡留保説、越権代表説によれば、取締役会決議を経ていなかったことを知らなかったことにつき過失があった取引相手方が保護されないことになるといわれている。

2 学説の難点

以上の説にはいずれも理論構成上難点が見受けられる。すなわち、心裡留保説については、前述した判例に対する批判がそのまま当てはまるし、一般悪意の抗弁説については、信義則などの一般条項を根拠とせざるを得ないという難点がある⁽²¹⁾。代表権制限説については、260条2項を代表取締役の代表権を制限する規定であるとする法律上の代表権の制限ということになって、これを「内部的制限」違反というのは無理があるであろう⁽²²⁾。越権代表説については、代表取締役が決定できるかということと代表権の範囲に含まれるかということと同視する点に疑問がある⁽²³⁾。そして、相対的無効説については、そもそも法的根拠を欠いているという難点がある⁽²⁴⁾。

第4章 検 討

一 定款により代表権が制限されている場合

民法53条但書の趣旨は、理事の包括的な代表権を定款・寄付行為により制限した場合、理事が法人に対しその制限を遵守すべき義務を負うというものである⁽²⁵⁾。ただ理事が、代表権に加えられた

制限を越えて行為をなした場合、法人は上のような内部的・自治的制限をもって善意の第三者に対抗できない(民法 54 条)。商法に民法 53 条但書のような規定はないが、代表取締役の代表権に対して、定款の規定をもって内部的・自治的制限を加えること自体はなんら差し支えない⁽²⁶⁾(254 条の 3 参照)。商法は民法 54 条を準用しているから(261 条 3 項, 78 条 2 項)、定款により代表権が制限されている場合に、代表取締役がこれに違反してなした代表行為の効力は、民法 54 条によって決せられる。したがって、定款により一定金額を超える取引について代表権が制限されていても、その制限を知らない取引相手方に対して会社は代表権の制限を対抗できず、代表取締役の行為は有効となる。

ただ、定款の記載が代表権の制限にあたるか否かは、前掲 40 年判決と 60 年判決を比較すると明らかのように、解釈の仕方によって決せられる。たとえば、「代表権は…に限られる。」という記載であれば、代表権の制限にあたりと解釈されるであろう。「…の場合には取締役会の承認を要する。」という記載の場合には、種々の要素を考慮して解釈されることになる。法人代表者の代表権の範囲に関する規定であるという点で民法 53 条と商法 78 条 1 項は同様であるが、前者にはあえて但書としてこの代表権が内部的に制限されることを予定している文言が入れられているのに対し、後者は、包括的代表権を定めるのみで民法 53 条但書にあたるような文言をいれていない。この 78 条 1 項に民法 53 条但書にあたるような文言がないということ強調すれば、株式会社においては、前掲 40 年判決のように代表権の制限にはあたらないと解釈されることが多いであろう。

二 260 条 2 項に違反した代表行為の効力

1 260 条 2 項の規定の意味

これに対し、260 条 2 項に違反した代表行為の効力はどう考えるべきか。

民法 54 条にいう「理事の代理権に加えたる制限」とは、民法 53 条但書を受けて、定款などによ

る内部的・自治的制限を意味するとされている⁽²⁷⁾。商法では、261 条 3 項・78 条 2 項が、民法 53 条を準用しておらず、また、民法 53 条但書にあたる規定もおかずに民法 54 条を準用している。しかし、商法においても、民法 54 条は内部的・自治的制限に関する規定であり、法律上の制限までも含むと解するべきではないであろう。したがって、260 条 2 項を代表取締役の代表権に対する法律上の制限と解するならば、民法 54 条の適用場面ではない。また、代表取締役はそもそも法律上代表権を有していない行為をしたことになるのだから、表見代理の規定が適用される余地はないと考えるべきである。

立法担当者は、56 年改正法の趣旨を、代表取締役など一部の取締役による専行独断を抑制し、本来法の意図する合議制による経営コントロールを回復することにあるとし⁽²⁸⁾、商法 260 条 2 項を代表取締役の代表権を法律で制限する効力規定とみていると思われる⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾。

しかし、代表取締役は、営業に関する行為について対外的に包括的な代表権を有しているのであるから(261 条 3 項, 78 条, 民法 54 条)、代表取締役の対外的行為は原則として有効と解すべきであって、営業に関する行為について代表取締役の代表権を法律上制限した効力規定と解すべきではないであろう⁽³¹⁾。

また、260 条 2 項の「重要な」という基準は⁽³²⁾、たとえ客観的基準を設ける努力をしても、個々の会社により基準が異なることは避けられず、あいまいとならざるをえない⁽³³⁾。260 条 2 項を効力規定と解すると、代表取締役の包括的代表権を前提に取引をする相手方の信頼を害することが多くならざるを得ない⁽³⁴⁾。

条文上も、「業務執行については取締役に決せしむることを得ず」となっており、260 条 2 項は会社内部における業務執行の決定方法を定めた代表取締役に対する命令規定と解すべきである⁽³⁵⁾。

とすると、260 条 2 項に違反した代表取締役の行為も、会社内部において内部的意思決定手続が守られなかったにすぎず、対外的には有効な代表

行為であるということになる。ただ、いかなる場合にも常に有効であると考え、取締役会による経営コントロールにより会社の保護を図るといふ56年改正法の趣旨を全く没却することになってしまう。260条2項に該当する取引であり、取締役会の承認を経ていないということにつき悪意の取引相手方を保護する必要はない⁽³⁶⁾。

260条2項を命令規定と解する限り、悪意者を排除するために民法110条を類推適用したり相対的無効という概念を用いることは適切ではない。民法110条を類推する説については、260条2項を命令規定にすぎないとすれば取締役会の承認を欠く代表取締役の行為は越権代表行為とは言えないし、この説によれば相手方は過失があっても保護されないことになり後述のように妥当ではない。相対的無効説についても、265条が取締役の利益侵奪から会社を保護するための特別の規定であるのに対し、260条2項の対象となる取引行為は通常の会社業務に属し260条2項は内部的意思決定手続を定めたものにすぎないという規定目的の相違があるから、265条と260条2項の効果を統一的に解しなければならないという必然性はないといえよう⁽³⁷⁾。

260条2項を命令規定と解しながら、民法54条の準用ないし類推適用により解決することも考えられる。しかし、民法54条は、代表権の内部的・自治的制限は外部者には容易に分からず第三者は代表者の包括的代表権を信頼するのが通常であるところから、特に第三者保護を図るために設けられた規定である。260条2項に該当する行為も権限濫用行為と同様に代表取締役の代表権の範囲内の行為である以上、内部的・自治的な「代表権の制限」に関する規定である民法54条の問題とすることはできない⁽³⁸⁾。また、民法54条を準用・類推適用する場合、260条2項に取締役会決議を要することが定められている以上、民法54条にいう善意の対象は取締役会決議がなかったことになるであろうが⁽³⁹⁾、民法54条の規定の意味を上のように考えればその善意の対象は代表権が制限されていることであると解すべきであって⁽⁴⁰⁾、善意の対

象が異なり準用・類推適用の基礎があるとは言い難い。

260条2項を命令規定と解し本条に違反する代表取締役の行為も代表行為として原則有効であると解すると、取締役会決議を経ていなかったことについての悪意者に対してその効力を否定するためには信義則もしくは民法93条但書の類推適用によって解決するのが妥当であると思われる。ただ、一般条項である信義則を適用することには慎重でなければならないであろう。以上述べてきたことからすると、民法93条類推適用説をもう一度検討し直す必要があるといえる。

2 民法93条類推適用説の再検討

代表取締役の代表権は、その性質が団体に固有な代表関係であり個人法上の代理関係ではないが⁽⁴¹⁾、権限のある第三者の対外的活動によって会社と第三者との間に直接法律的效果を生ずるといふ点では代表も代理も変わらないので⁽⁴²⁾、代理人に関する規定は代表取締役にも適用される。したがって、会社代表者がその権限内において会社の名をもって意思表示をしたときは、会社に対しその効力が及ぶ(民法99条)⁽⁴³⁾。民法93条類推適用説に対する、代表行為そのものに会社に効果を生ぜしめる意思があれば、真意と表示の不一致はなく心裡留保にはあたらないという批判はもっともであるともいえる。

しかし、会社の代表機関である代表取締役の代表行為は、そのまま会社の行為である。260条2項に該当する行為を会社の代表機関である代表取締役がなすには取締役会決議が必要であるということは、会社の行為がなされる際には取締役会決議という取締役会による意思決定が必要であるということになる。代表取締役がなした業務執行をなす旨の表示と、それに対応する意思決定が会社内部で形成されていないということは、心裡留保に類似する関係にあるといえよう。

このように、代表取締役の代表行為はあくまで会社の行為であるという観点からみると、会社の意思決定機関である取締役会決議の存否は外部からは容易に知り得ないのであるから、真意と表示

が一致しない場合に取引相手方を保護するという趣旨から設けられた民法 93 条を類推適用することは十分に可能であると思われる。意思表示の主体である会社内部において代表行為に対応する意思決定がなされていないという点が心裡留保に類似するのであるから、代表取締役が代表意思であるのだから心裡留保ではないという批判はあたらないといえることができるであろう。

3 「知ることを得べかりし」の解釈

以上のように民法 93 条を類推適用することができれば、取引相手方が取締役会決議を経たことについて「知り又は知ることを得べかりしとき」は、代表取締役の代表行為は無効ということになる。

ただ、前述したように、「知りうべかりし」場合にも代表取締役の代表行為が無効となるとすると、相手方に不当に不利益になる、という批判がある。このような批判をなす論者は、「知りうべかりし」場合を単純に過失があるときというように理解していると思われる⁽⁴⁴⁾。確かに、代表取締役は包括的代表権を有するのであるから、会社内部の意思決定手続がなされなかったということについて調査義務を課すことになる無過失を要求すべきではなく、取締役会決議を経なかったことについて善意でさえあれば取引相手方を保護すべきであろう。しかし、民法 93 条にいう「知ることを得べかりしとき」ということは、そのまま相手方に調査義務を課すことになる過失を意味するのであるか。

意思表示は、効果意思が存在し、それと一致する表示行為がなされることによって初めて有効に成立する。したがって、表意者がこの効果意思を欠く場合やそれと一致しない表示行為を行った場合には、意思表示は有効に成立しないことになる。しかし、外部からは容易に知り得ない表意者の真意とそれに対応しない表示の不一致によって意思表示が成立しないとすると、相手方の信頼を害することになる。そこで、日本民法は、意思と表示の不一致の態様に応じて、意思表示の効力に関する原則を修正することとしたのである⁽⁴⁵⁾。効果意

思と一致しない表示行為が意識的になされた場合である心裡留保⁽⁴⁶⁾については、上述の原則を修正し、その意思表示は有効となる(民法 93 条本文)。

しかし、相手方が表意者の真意を知っている場合にまで、取引の安全を考慮して意思表示を有効とする必要はない。そこで、この場合には、意思表示は無効となる(民法 93 条但書)⁽⁴⁷⁾。また、真意にあらざることが事情により明らかである場合にも、取引の安全を考慮する必要がないのは同様であろう。ドイツ民法では、心裡留保と、冗談のような「真意のないことが誤信されないであろうとの期待のもとになされる真意にあらざる意思表示」である諧謔表示を区別して規定しており⁽⁴⁸⁾、そして、諧謔表示の効力は無効であるとし⁽⁴⁹⁾、ただ、真意にあらざる意思表示の相手方が、表意者の期待に反し、その真意のないことを知らずに意思表示を有効と信じ損害を被ることがあるので相手方に損害賠償請求権を与えている⁽⁵⁰⁾。

日本民法においても、真意にあらざることが明らかでない場合とそうでない場合の扱いを異にするべきなのは同様といえよう。しかし、ドイツ民法とは異なり、日本民法は、諧謔表示についての規定をおいておらず、93 条が心裡留保について一括して規定している。したがって、民法 93 条の解釈によってその区別をしなければならないが、「知ることを得べかりし」という規定はその区別をするための規定であると考えられる。

すなわち、諧謔表示は、真意にあらざることが明らかでない場合が多いであろうから、その効力は無効と考えるのが自然であろう。しかし、諧謔表示も日本民法においては心裡留保であることに変わりはなく、民法 93 条本文により原則として有効であると考えざるを得ない。ただ、真意でないことが明らかでない場合とそうではない場合を同様に善意であれば保護されるとするのは妥当ではない。諧謔表示にあたるような表示が、普通に受け取れば容易に真意にあらざることが分かるような場合には、たとえ相手方が善意であったとしても保護する必要はない。このような場合にその効力を無効とするために「知りうべかりし」という規定が設

けられたのである⁽⁵¹⁾。もし、心裡留保一般について相手方保護要件として無過失を要求するのであれば、民法112条のように「過失」という文言をいれるのが自然であろう⁽⁵²⁾。「知りうべかりし」とは、通常意思表示の相手方が知ることができる場合を意味する⁽⁵³⁾のであって、諧謔表示にあたるような場合にその効力を否定するためのものであり、逆に、諧謔表示にあたらぬような場合にまで相手方保護要件として無過失を要求するものではないのである。したがって、諧謔表示にあたるような場合は、「知り」または「知ることを得べかりし」場合に無効となり、そうでない場合は知っていたときのみ無効となる、というのが民法93条の解釈ということになる⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾。

260条2項に該当する重要な業務執行がなされる際に取締役会決議が必要であることが法定されていても、取締役会決議は会社内部で行われるものであり、その存否は外部の第三者には容易に分からず、代表取締役が会社を代表して行為をなす場合に、諧謔表示にあたるという場合はほとんどあり得ない。したがって、実際には、取引相手方が取締役決議がなかったことを知らなければ、通常、「知りうべかりしとき」にあたって代表取締役の専断的行為の効力が否定される、ということはないことになる⁽⁵⁶⁾。

以上のように考えると、取締役会決議がなかったことを知らなかったことにつき過失がある相手方が保護されないということにはならず、民法93条但書を類推適用すると実質的に相手方に不当に不利益を与えていることになるという批判は当たらないといえることができる。

結 語

以上述べてきたことで、判例が民法93条を類推適用することで代表取締役の専断的行為の効力を解決することには、合理的理由が存するということが明らかになったと思う。

株式会社は営利事業を行い、それによって利益を構成員に分配することを目的とするいわゆる営利団体に属するものであり、団体の内部的活動に

よって構成員に直接利益を与える協同組合や、営利事業を目的とするものではない公益法人とは異なる。このような違いは、法人の代表者の専断的行為の効力についても影響を及ぼすであろう。この違いを考慮するならば、第2章で述べた判例の枠組みは妥当な結論を導くものであると一応いえる。ただ、前述の水産業協同組合法のように、現在では、ほとんどの協同組合法が商法261条を準用している⁽⁵⁷⁾ことからすると、協同組合については、株式会社の場合と同様な理論構成が用いられる可能性が高いといえよう。

判例は、代表取締役の権限濫用行為の効力について民法93条を類推適用するという理論構成で確定している。また、利益相反取引の効力と、重要な業務執行についての代表取締役の専断的行為の効力について異なった理論構成を用いている。これらのことからすると、おそらく、判例は、260条2項に違反した代表取締役の専断的行為の効力についても、40年判決と同様に、民法93条の類推適用という理論構成を用いるものと思われる。

(北海道新聞社 とよしま ゆうさく)

注

- (1) 最判昭和36年3月31日民集15巻3号645頁、最判昭和46年7月16日判例時報641号97頁。
- (2) 鈴木竹雄『新版会社法（全訂第5版）』（弘文堂、平成6年）192頁、大隅健一郎＝今井宏『新版会社法論（中）I』（有斐閣、昭和58年）204頁。
- (3) 民集19巻6号1656頁。
- (4) 最判昭和38年9月5日民集17巻8号909頁、最判昭和51年11月26日判例時報839号111頁。

最判昭和38年9月5日は、「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ったときは、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。」と判示した。

- (5) 豊水道祐 法曹時報 17 卷 11 号 (昭和 40 年) 140 頁, 152 頁。
- (6) 竹内昭夫 法学協会雑誌 83 卷 4 号 (昭和 41 年) 154 頁, 前田庸『会社法入門 (第 5 版)』(有斐閣, 平成 9 年) 384 頁。
- (7) 竹内・同上 153 頁, 龍田節『会社法 (第 6 版)』(有斐閣, 平成 10 年) 110 頁, 111 頁, 前田重行『会社法判例百選 (第 2 版)』(有斐閣, 昭和 45 年) 139 頁。
- (8) 野山宏 法曹時報 48 卷 10 号 (平成 8 年) 161 頁。

ちなみに、最高裁は、利益相反取引行為の効力について以下のように述べる。「取締役会と会社との間に直接成立すべき利益相反する取引にあっては、会社は、当該取締役に対して、取締役会の承認を受けなかったことを理由として、その行為の無効を主張し得ることは、前述のとおり当然であるが、会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかったことのほか、相手方である第三者が悪意（その旨を知っていること）であることを主張し、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得るものと解するのが相当である」（最判昭和 43 年 12 月 25 日民集 22 卷 13 号 3511 頁）。いわゆる相対的無効説といわれる見解である。会社保護の要請とともに取引の安全の顧慮を要することは 265 条の場合も 260 条 2 項の場合も同様であるから両者は統一的に解すべきだと考えれば、260 条 2 項違反の効果について最高裁が相対的無効説を採るということもあり得るが、この見解の是非については後述する。

- (9) 改正前のものとしては、東京高判昭和 44 年 5 月 12 日金融法務事情 557 号 (昭和 44 年) 28 頁, 東京地判昭和 55 年 5 月 12 日判例時報 984 号 (昭和 56 年) 122 頁。改正後のものとしては、大

阪地判平成 6 年 9 月 28 日判例時報 1515 号 (平成 7 年) 158 頁, 東京地判平成 9 年 3 月 17 日判例時報 1605 号 (平成 9 年) 3 頁, 那覇地判平成 9 年 3 月 25 日判例時報 1617 号 (平成 9 年) 131 頁, 福岡高判平成 10 年 2 月 24 日金融商事判例 1039 号 (平成 10 年) 3 頁, 東京地判平成 10 年 6 月 29 日金融商事判例 1048 号 (平成 10 年) 16 頁。

- (10) 最判昭和 34 年 7 月 14 日民集 13 卷 7 号 960 頁。
- (11) 私立学校法 37 条 1 項は、「理事は、すべて学校法人の業務について、学校法人を代表する。ただし、寄付行為をもってその代表権を制限することができる」とし、同法 49 条が民法 54 条を準用している。
- (12) なお、東京地判昭和 61 年 2 月 17 日 (判例時報 1216 号 87 頁) は、私立学校法 42 条 1 項 1 号が理事長が「借入金及び重要な資金の処分に関する事項」について予め評議員会の意見を聞かなければならない旨定め、また、本文にあるような寄付行為の規定があるにも関わらず、学校法人の理事長がこれらの手続を経ることなく締結した根抵当権設定などの契約の効力について以下のように判示した。すなわち、これらの「各規定はいずれも、理事長の事務執行に関する内部的な制限規定であって、代表権の制限規定そのものではない。したがって、この制限につき、私立学校法 49 条によって民法 54 条が直ちに準用されるものとはいえない。しかしながら、理事長の行為を制限する点では、代表権の制限規定も、事務執行に関する内部的な制限規定も、同様な機能を有するものであるから、後者についても、前者に関する民法 54 条の規定と同様の規制を加えることが相当であると解され、また、同条の規定内容に鑑み、そのように解したからといって相手方に不測の損害を負わせるものとは考えられない。」とした。
- (13) 中田昭考・法曹時報 41 卷 6 号 (平成元年) 149 頁は、60 年判決が 40 年判決について事案を異にし本件に適切でないとしているのは、「株式会

社は営利を目的とするものであるのに対し、「組合は公益法人であるとの点をも考慮して事案を異にするもの」としたのであろう、とする。

(14) 松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法(上)』(弘文堂, 昭和26年)284頁, 松田二郎『会社法概論』(岩波書店, 昭和43年)216頁。

(15) 大隅＝今井・前掲(注2)204頁, 鈴木・前掲(注2)192～193頁。

(16) 龍田・前掲(注7)110～111頁, 前田・前掲(注6)384頁。

前田384頁は、「代表取締役が取締役会で決議すべき事項をその決議なしでしたということは、まさに代表取締役がその制限に加えられた制限に反して行為したことになる」としており、260条2項が代表取締役の代表権に対する法律上の制限となるとみているようである。龍田110～111頁は、「代表取締役は一切の業務執行につき会社を代表する権限を持ち、取締役会決議を経なければならぬことは、いわばその権限に対する内部的な制約ともいえる。」とし、260条2項に違反する代表取締役の行為については、261条3項が類推適用されるとする。両者のニュアンスは微妙に異なっており、龍田教授は、かならずしも260条2項が、代表取締役の代表権を制限するものとは考えていないというようにいえるであろう。

(17) 代表取締役の代表権の範囲が法定されている(261条3項, 78条1項)ことから、これを法定代理に類似するものと考えられることができるとすれば、法定代理についても表見代理規定の適用が認められるかという議論がここでもあてはまるであろう。

(18) 河本一郎『現代会社法(新訂第7版)』(商事法務研究会, 平成7年)382～385頁, 山口幸五郎『新版注釈会社法(6)』(有斐閣, 昭和62年)165～166頁。なお, 前掲最判昭和60年11月29日参照。

(19) 今井宏「代表権の制限と取引の安全」民商法雑誌93巻臨時増刊号(1)(昭和61年)168頁は、本文に挙げた見解に対して、社債発行などが「営

業に関する行為」に含まれないとするのは無理ではなかろうかと批判する。山口・同上166頁は、取締役会決議を経ない社債発行はその効力に影響を及ぼさないとするが、営業に関する行為を本文のように解しながらこのように解することが可能なのであろうか。

また、この見解は、重要でない業務執行であれば「営業に関する行為」とするのであろうが、そもそも重要であるか否かは境界線がはっきりしておらず、重要かどうかに関わらず「会社の営業に関する行為」に含まれると解するべきであろう。

(20) 北沢正啓『会社法(第5版)』(青林書院, 平成10年)401～404頁。

(21) 山田広巳『会社法判例百選(第6版)』(有斐閣, 平成10年)91頁。

(22) 神田秀樹「代表取締役の専断的行為, 権限濫用行為の効力」法学ガイド商法II(日本評論社, 昭和61年)191頁。

(23) 神田・同上。

(24) 山田・前掲(注21)91頁。

(25) 藤原弘道『注釈民法(1)(新版)』(有斐閣, 昭和63年)376頁。

(26) 山口・前掲(注18)164, 167頁。

(27) 我妻栄『民法総則(民法講義I)』(岩波書店, 昭和26年)148頁, 四宮和夫『民法総則(第4版)』(弘文堂, 昭和61年)103頁, 森本滋「判例批評」民商法雑誌112巻1号(平成7年)76頁。

(28) 稲葉威雄「商法改正と銀行取引(1)」金融法務事情1002号(昭和57年)6頁。

(29) 座談会「改正商法260条の銀行実務はいかにあるべきか」稲葉発言・金融法務事情1013号(昭和58年)28頁。

(30) 稲葉・前掲(注28)9～10頁は、前掲40年判決の理論構成を支持しながら、「代表取締役は、会社の業務執行について一般的な代表権を持っているが、取締役会決議を要する場合には、その行為に関する限り、取締役会決議があつてはじめて完全な代表権を持つことになる。取締

役員決議なしで代表取締役が取引をしたときは、その権限を越えて代表行為をしたことになる。」として、法律構成としては民法 110 条(越権代理)によることも考えられるとする。

- (31) 代表取締役の行為について会社が責任を負うことが予定されているからこそ、商法では、取締役会の業務執行に関する意思決定権限及び監督権限(260条1項)や監査役制度(273条〜)違法行為差止請求(272条, 275条の2)などの代表取締役の行為を会社が監督するための仕組みが他の法人の場合よりも整備されているといえることができるであろう。会社は、代表取締役の行為によって負った損失は、取締役に対する損害賠償請求(266条1項5号)によって解決すべきであろう。
- (32) 前掲最判平成6年1月20日は、X会社が保有するY会社発行の株式を、X会社の代表取締役が譲渡したという事案で、「商法260条2項にいう重要な財産の処分は、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である」と判示した。本判決は、①本件株式の帳簿価格は総資産の1.6%であり、②本件株式の適正時価が把握しがたくその対価いかんによってはX会社の資産・損益に著しい影響を与えるものであり、しかも、③X会社の営業のために通常行われる取引に属さないもので、本件株式譲渡が重要な財産の処分に該当しないとはいえないとし、さらに④本件株式はY会社の発行済株式の7.56%にあたること、Y会社はX会社の発行済株式の17.86%を有しており、Y会社は本件株式譲渡後にX会社の株主総会に出席して取締役選任に関する動議を提出したことがうかがえると、本件株式の譲渡は、X会社のY会社との関係に影響を与え、X会社にとって相当の重要性を有するとみることもできるとした。

学説も、「会社の規模・状況などとその金額、企業組織上の地位、従来の扱いを勘案して判断

するほかに、(鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(第3版)』(有斐閣, 平成6年)275頁)などとしており、本判決とほぼ同様の立場をとる。

- (33) 鈴木=竹内・同上は、「すべての会社を通ずる画一的基準を定めることができないのはもちろん、同一の会社でも会社の状況や取引の性質などにより扱いを異にするべき場合もありうる」としている。
- (34) 田中誠二「代表取締役の専断的行為の効力再論」商事法務1003号(昭和59年)501頁。
- (35) 代表取締役と取締役会の権限関係について並立機関説と派生機関説の対立がある。並立機関説は、株式会社の業務執行についてこれを意思決定とその執行自体とにわけ、意思決定の権限は取締役会に執行自体の権限は代表取締役にそれぞれ専属すると考え、取締役会が業務執行の意思決定を担当する機関であるのに対して、代表取締役は単に執行自体と代表を担当する機関であると解する。これに対し、派生機関説は、会社代表は対内的に見れば常に業務執行であって、会社代表の権限は同時に常に業務執行の権限によって裏づけられていなければならないから、代表取締役は会社代表権を有する範囲内においては業務執行の権限をも有するものと解しなければならないとする。

260条2項違反の行為の効力を私見のように考えるのならば派生機関説の方が説明しやすいようにも思えるが、この対立がそのまま260条2項の解釈に影響を与えるというものではないであろう。

- (36) 260条2項を効力規定と解するならば、「重要な」という基準について、画一的明確な判断基準を定立し、相手方が「重要」であるか否かという点について認識可能でなければ取引の安全を害することになる。他方、260条2項を命令規定と解する場合にも、取締役会決議を経ていなかったことの善意・悪意を判断する前提として、「重要」な業務執行であろうという認識は当然必要であり、何が「重要」であるかという基準を定立しなければならないのは同様である。

- (37) 今井・前掲(注19) 164～165頁。
- (38) 神田・前掲(注22) 191頁。法人の代表者の権限濫用についての文献として、森泉章「代表権濫用理論の検討」『公益法人の現状と理論』(勁草書房, 昭和57年) 113頁。
- (39) 前掲(注12) 東京地判昭和61年2月17日は、前述のように、私立学校法や寄付行為の規定は、理事長の事務執行に関する内部的な制限規定であって、代表権の制限規定そのものではないが、私立学校法49条により準用される民法54条の規定を類推して準用すべきであるとし、さらに、「代表権の制限規定の場合は、相手方の知、不知はもっぱら右規定の知、不知だけを問題とすれば足りることはその規定の性質に照らし当然であるが、事務執行に関する内部的な制限規定の場合は、相手方の知、不知は、右規定の知、不知だけではならず、加えて右規定の不遵守の事実についての知、不知をも問題とする必要があるものとする」としている(判例時報1216号90頁)。
- (40) 通説。藤原・前掲(注25) 378頁。また、前掲最判昭和60年11月29日。
もともと、上柳克郎「判例批評」民商法雑誌95巻3号(昭和62年)427頁は、第三者の善意としては、①理事の代表権に制限が加えられていること(たとえば、定款に土地の売却について理事会の承認を要する旨が定められていること)についての善意と、②その制限が守られていないこと(たとえば、土地の売却について理事会の承認がないこと)についての善意、さらに③制限は知っているが、当該具体的行為はその制限に該当しないと信ずるといふ意味での善意もあり、「①②いずれの意味の善意であっても、善意の第三者は民法54条によって保護されると解することや、①の意味の善意者でなければ②の意味での善意であっても第三者は保護されないと解することも、同条の文言上は無理とはいきれない」とし、また、③の意味での善意をどう処理するかも考えなければならないとする。私見によると、本文で述べたように民法54条にいう善意は①の意味での善意を意味し、②③の意味での善意は前掲60年判決と同様に民法110条の「正当の理由」の問題であると考ええる。
- (41) 鈴木・前掲(注2) 190～191頁。
- (42) 石井照久『会社法(上巻)商法II(第2版)』(勁草書房, 昭和47年) 334頁。
- (43) 松本丞治『日本会社法論』(巖松堂書店, 昭和4年) 49頁。
- (44) たとえば、前掲(注29) 座談会33頁で、上柳教授は、「私は、知りまたは知り得べかりしという表現はやはり悪意・過失のことだと思いますね」としている。
- (45) 稲本洋之助『注釈民法(3)』(有斐閣, 昭和48年) 124頁、梅謙次郎『民法要義卷之一総則編』(明法堂, 明治34年) 189～190頁。
- (46) 心裡留保に関する文献として、新井誠「サヴィニーの意思表示、法律行為概念」民商法雑誌96巻5号(昭和62年)637頁、遠田新一「契約解釈の二元性—表見代理及び虚偽表示等における相手方保護要件を中心として—」『現代契約法大系第2巻現代契約の法理(2)』(有斐閣, 昭和59年) 16頁(本稿では、以下遠田「契約解釈」と略)、同「代理人の通謀虚偽表示」「心裡留保・通謀虚偽表示と法律行為論」『代理と意思表示論』(法律文化社, 昭和60年)。
- (47) 起草者は、民法93条の立法理由を「凡ソ意思表示ニ関シテ従来二学説ノ行ハルルアリ曰ク意思主義曰ク表示主義是レナリ意思主義ノ極ハ表示ナキ意思ト雖モ苟モ之カ立証ヲ得ハ以テ足レリトシ表示主義ノ極ハ意思ナキト明確ナルモ偏ニ表示スル所ニヨリ以テ其効力ヲ定メント欲セリ本案ニ於テハ此両極端ニ走ラスシテ意思ト表示ト両ナカラ相須チテ始メテ法律上ノ効力ヲ生スヘキヲ原則トセリ唯實際ノ必要ニ因リ一ニノ例外ヲ設クルニ過キス本條ハ則チ此原則ト例外トヲ包含セルモノナリ」「本條ハ意思ヲ表示スル者カ其相手方ニ対シテ眞実ノ意思ヲ隠秘シタル場合ノ規定ナリ若シ此場合ニ於テ右ノ原則ヲ通用セハ其意思表示ハ表示アルモ意思ナキカ為

メニ当然無効ナラサルヘカラス既成法典ハ仏伊民法ニ倣ヒ特別ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ一般ノ原則ニ依リ之ヲ無効トセルモノト解釈セサルコトヲ得ス是レ相手方カ表意者ノ真意ヲ知りタル場合ニ於テハ然ラサルコトヲ得サル所ナリト雖モ相手方が表意者ニ欺カレタル場合ニ於テハ若シ之ヲ有効トセサレハ取引ノ安全、鞏固終ニ得テ望ムヘカラサルニ至ラン是レ本條ノ規定ヲ必要トシタル所以ナリ」としている（『法典調査会民法主査会議事速記録』『日本近代立法資料叢書 13』（商事法務研究会，昭和 63 年）633 頁）。

- (48) 本文のドイツ民法に関する記述は、山田晟『ドイツ法概論 II（第 3 版）』（有斐閣，昭和 62 年）52～55 頁による。
- (49) BGB 第 118 条。
- (50) BGB 第 122 条。
- (51) 民法 93 条但書は、起草当初、「但相手方カ表意者ノ真意ヲ知りタルトキハ其ノ意思表示ハ無効トス」とされていたが、修正案で「又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ」という文言が取り入れられた。その理由として、富井委員は、「之ヲ入レマシタ考ヘハ当事者ノ一方ガ例ヘバ笑談ニ意思表示ヲシタ真面目デ見テハドウシテモ法律行為ヲ為ス意思ガアルト見エナイサウ云フ場合ニ本文ノ方ニ依テ効力ヲ生ズルト云フコトニスルヨリモ斯ウ云フ場合ハ矢張り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意思表示シナケレバナラヌノガ原則デアリマスケレドモ何時モ矢張り先ヅ意思ト云フモノガナクテハナラヌ云フコトガ原則デアル、サウ云フ誰ガ見テモ真面目ニ見テ法律行為ヲ為スベキ意思ヲ表ハシテ居ラナイ笑談ニシタト見ルベキ場合ハ矢張り但書ニ含メタ方ガ宜カラウト云フ考ヘデスウ云フ風ニ改メタノデアリマス」としている。「法典調査会民法整理会議事速記録」[第 6 回明治 28 年 12 月 20 日]『日本近代立法資料叢書 14』（商事法務研究会，昭和 63 年）161 頁。
- (52) 民法 112 条の「過失ニ因リテ其事実ヲ知ラサリシトキ」という文言を挙げて、「之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキ」というのと「過失ニ因リテ

之ヲ知ラサルトキ」というのとは違うのかという質問に対し、梅委員は、「ソレハ違ウノデスヨ」と答えている。同上 161 頁。

- (53) 梅・前掲（注 45）194 頁は、知りうべかりしの例として、「例ヘハ表意者カ平生好ミテ虚言ヲ吐ク者ニシテ且相手方カ表意者ヨリ贈与ヲ受クヘキ理由ナキニ高価ナル物ヲ贈与スヘキ旨ヲ表示シタル場合ノ如キハ相手方ハ其虚言ナルコトヲ知ルヘカリシモノト謂ハサルコトヲ得ス」としている。
- (54) 遠田・契約解釈」38 頁は、知り得べかりしという文言を入れたのは立法上明らかなミスであり、信義則の法理によって善意の相手方を保護する方向に向かうべきである、とする。同・『代理と意思表示論』111 頁は、代理人の権限濫用行為の効力について、民法 93 条但書の要件事実を信義則上二つに分ける必要があるとし、「1 固有の構成要件事実としては、代理権の表示範囲が不明で推定的な場合、相手方の保護要件は善意無過失となる。しかし 2 信義則上それと区別される場合の要件事実として、代理権の範囲が明白・明確・継続的に表示されている場合、或いは包括的又は不可制限的で明白な場合、信義則上、補充的に善意の相手方を保護する余地を認めるべきである」とする。
- (55) 新井・前掲（注 46）660 頁は、日本民法は系譜的にほぼ純粋な形で意思主義者たるサヴィニーの心裡留保概念を継受しているとし、同・662 頁は、民法 93 条但書にいう「知り得べかりし」をどう解するかはまさにサヴィニーをどのように評価するのかに係わってくるように思われる、とする。
- 極端な意思主義であれば相手方に過失があれば心裡留保は無効であると解するのが自然であるかも知れないが、意思主義を考慮しても民法 93 条のありかたを考えれば、「知り得べかりし」という文言は本文に述べたように解するのが適當である。
- (56) 前掲 40 年判決は、相手方が知り又は知り得べかりし事実は認められないという原審の事実認

定に違法はないとしたが、下級審では知りうべかりし場合にあたると認定した例が数件ある。(注9)で挙げた下級審判例では、①那覇地判平成9年3月25日②東京地判平成9年3月17日③東京地判平成10年6月29日が、これにあたる。②、③の判決は、そもそも取締役会決議がなかったことを「知り得べかりし」であったかということの問題にすること自体が疑問な事案であった。ただ、260条2項に該当するとされる取引が②③の判例のように他会社の債務を担保する保証予約であり、その他会社の経済的基盤は弱いのに債務額が高額で担保は当該保証予約のみという事情があり、そして他会社と当該会社の関連性がそれほど強くないという場合に

は、取締役会決議がなかったことについて「知り得べかりし」であったかどうかということが問題となることもあり得るかもしれない。しかし、あり得るとしてもそれはあくもでも例外的なものにすぎないであろう(①は、福岡高判平成10年2月24日で、取締役会決議の有無を確認しなかったことをもって相手方に過失があったとはいえないとして取り消されている)。

(57) 農業協同組合法39条、水産業協同組合法44条、中小企業等共同組合法42条がそれぞれの理事について商法261条を準用している。これに対し、消費生活協同組合法42条は、理事について民法53条、54条を準用している。