



Title	理事の代表権の制限
Author(s)	齊藤, 明嗣
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 7, 87-117
Issue Date	2000-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22316
Type	departmental bulletin paper
File Information	7_P87-117.pdf



理事の代表権の制限

さいとうあきつぐ
齊藤明嗣

はじめに	88
第一章 最高裁昭和 60 年 11 月 29 日判決と学説による評価	88
第二章 民法 110 条類推適用説の検討	90
第三章 中田＝能見説の検討	93
第四章 未弘博士の見解	95
第五章 高橋説の紹介	97
第六章 民法 54 条による保護で十分か	100
第七章 判例の検討	105
第八章 結論	110

はじめに

定款等による代表権の制限があることを知っていたが、理事の言動などにより（例えば、偽造の理事会の決議書を示す）、「理事が当該具体的な行為につき理事会の決議等を得て適法に漁業協同組合を代表する権限を有する」と第三者が誤信した場合について、最高裁昭和60年11月29日第二小法廷判決（民集39巻7号1760頁）は、民法54条の適用はないが、民法110条の類推適用によって第三者は保護されうるものとした（以下この最高裁昭和60年判決の見解を民法110条類推適用説と呼ぶ）。

この判決についての判例評釈を見る限り、学説は最高裁昭和60年判決の理論構成及び結論に対して好意的であり、民法110条類推適用説は通説であると評価してよいであろう。

しかし、この場合に民法110条を類推適用するのは理論的に正当であるとは言い難いし、法人と取引をする第三者は、実際には、民法54条及び民法44条（判例理論である外形標準説を前提とする）によって十分に保護されているのではないだろうか。すなわち、民法110条類推適用説がその根拠として主張する取引の安全は、従来の民法の基本的な構想のなかで十分に保護されているのではないだろうか。そこで、以下では、このような視点から民法110条類推適用説を批判的に検討することとする。

第一章 最高裁昭和60年11月29日判決と学説による評価

一 【1】最判昭和60年11月29日民集39巻7号1760頁

〈事実〉

Y漁業協同組合（水産業協同組合法45条は民法53条、54条を準用する）の定款には「組合長（理事）は、組合を代表し、理事会の決定に従って業務を処理する」、「固定資産の取得または処分に関する事項は理事会において決定する」旨の定めがあるところ、同組合理事長Aは、理事会の承認を

得ずに同組合を代表して組合所有の土地をXに売り渡す旨の契約を結んだ。XがY組合に対し上記売買を原因とする所有権移転登記を求め、これに対して、Y組合は、本件売買契約は理事会の承認決議を経していないから無効であるとして争った。

一審でX敗訴。原審も、以下の理由により、Xの控訴を棄却した。「Y組合が水産業協同組合法により設立された漁業協同組合であることは弁論の全趣旨により明らかなるところ、同四五条は役員代表権に関し、民法五三条、五四条を準用しているから、社団法人であるY組合は、その組合定款又は組合総会の決議によって組合長理事の代表権を制限することができ、この制限に違反してなした組合長理事の法律行為は無効であり、善意の第三者に対してのみ無効をもつて対抗することができないこととなる」、「定款により代表権に制限を加えられた代表者の代表行為は、もともと無効のものであるから、無効をもつて自己に対抗し得ないことを主張する第三者においてその善意を主張立証すべきである。そして右にいうところの善意とは、代表者の当該具体的な代表行為について代表権の制限がなされていることを知らないことを言うものと解される」、Y組合の定款の定めは組合長理事の代表権に対する制限規定である、Xは、理事会に諮って決める旨Aから告げられており、定款上理事会の承認を必要とすることを認識しており民法54条の善意とはいえない、また、理事会の承認がなされAが権限を有するに至ったと信じるにつき正当な理由があったともいえない。そこで、Xが上告した。

〈判旨〉 上告棄却。

「漁業協同組合は、水産業協同組合法四五条の準用する民法五三条、五四条の規定により、定款の規定又は総会の決議によって特定の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、善意の第三者に対して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等を得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、このように信じることにつき正当の理由があるときには、民法一一〇条を類推適用し、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である。(ただし、本件については、Xには正当の理由がないとした)

二 【1】判決については、その重要性から、多くの判例評釈・解説が出ているが⁽¹⁾、判旨の結論について反対する評釈は見当たらない⁽²⁾⁽³⁾。【1】判決が、定款等による代表権の制限があることを知っていたが、理事の言動などにより、理事の当該具体的行為につき代表権があると第三者が誤信した場合に民法110条を類推適用すべきであるとした判断は新判断であり、この点については学説でも従来論じられたことがなかった⁽⁴⁾。

三 【1】判決の示した理論の起源は、末弘厳太郎・判例民事法大正15年度610頁(【2】大判大正15年12月17日民集5巻12号862頁の評釈)であろう⁽⁵⁾。末弘・同評釈613頁以下は、法令による代表権の制限の事例について民法110条の類推適用を認めるべきことを主張して、第三者を保護しなかった判例を批判した。この末弘博士の見解は、後に【3】大判昭和16年2月28日民集20巻264頁、【4】最判昭和34年7月14日民集13巻7号960頁で認められ、判例理論となるに至った。そして、法令による代表権の制限の事例について民法110条の類推適用を認める判例理論が、【1】判決によって定款等による代表権の制限の場合にまで拡張されたのである。【1】判決の意義は、この点にある。

もっとも、末弘博士は、民法54条の適用のある場合については民法110条の類推適用を想定していなかったと推測されることに注意が必要である

(第四章参照)。

四 【1】判決は、民法110条類推適用説を採用するについて特に理由を挙げていない。これに対して、同判決についての判例評釈等では、民法110条の類推適用を肯定する理由として、以下の4つの理由が指摘されている。

(1) 民法54条の「善意」とは、定款又は総会の決議によって代表権が制限されていることを知らないことであり、理事の代表行為がこの制限に違反していることを知らないことは本条の「善意」に含まれない。したがって、定款等による代表権の制限を知っていた第三者が、理事の当該具体的行為につき代表権があると誤信した場合、この第三者を民法54条の適用ないし類推適用によって保護することはできないことになろう⁽⁶⁾。

しかし、定款等による代表権の制限は知っていたが、理事の言動などにより(例えば、偽造の理事会の決議書を示す)、理事の当該具体的行為につき代表権があると第三者が誤信したような場合においても、第三者が全く保護されないとするとその保護に著しく欠けることになる⁽⁷⁾。この場合の第三者を保護するために民法54条とは別の理論構成が必要である。これが民法110条類推適用説の出発点である。

(2) 定款等による代表権の制限は知っていたが、理事の言動などにより、理事の当該具体的行為につき代表権があると第三者が誤信した場合、「そのさいの状況は代理人の権限踰越による表見代理に酷似する」⁽⁸⁾、すなわち、民法110条を類推する基礎がある。

(3) 地方公共団体の長のように、その代表権の範囲やそれに対する制限が法令によって定められている場合と、定款等による代表権の制限の場合とのバランス論が理由として指摘されている。すなわち、判例は、法令の規定による代表権の制限は知っているが、必要な手続がとられたと信じている場合について民法110条を類推適用する⁽⁹⁾。この場合について民法110条を類推適用するならば、定款等による代表権の制限があることを知っ

ていたが、制限を解除する手続がふまれたため代表権があると第三者が信じた場合についても、民法110条の類推適用を認めるべきである。前者の処理と後者の処理との間で差を設ける合理的な理由は、特に見当たらないと主張されている。推測するに、民法110条類推適用説の最大の根拠はおそらくこれであろう⁽¹⁰⁾。

(4) 定款等による代表権の制限は知っていたが、理事の当該具体的行為につき代表権があると第三者が信じていた事例で、もし民法110条の類推適用が否定されると、定款による制限すら知らない不注意な第三者が民法54条で保護される一方で、それを調べた上で、その要件が充たされたと誤信した、やや注意深い第三者が保護されないということになり、バランスを失するのではないか⁽¹¹⁾。

以上の(1)~(4)が、【1】判決を支持する学説が指摘する理由である。しかし、必ずしも説得的な理由であると言えないことは、以下のとおりである(第二章及び第三章参照)。

第二章 民法110条類推適用説の検討

第二章及び第三章では、【1】判決を支持する学説が指摘する理由(第一章四参照)について検討してみたい。

本章では【1】判決を支持する学説が指摘する理由(1)(2)(4)について検討する。なお、理由(3)については、その重要性に鑑み、章を改めて検討する(第三章)。

一 民法53条及び54条の規定によると、法人は定款等によって理事の代表権を制限することができるが、善意の第三者に対しては、これを対抗することができない。

「理事が法人の目的の範囲内の行為をことごとく単独で代表できるという原則に対する制限は、すべて」民法54条の制限である⁽¹²⁾。定款等による代表権の制限の具体例としては、「理事のうち特定の者(理事長・会長)のみが代表権を有し、その他の理事は一定の順序で、代表権を有する理事に

事故がある場合に限ってその職務を代行する旨の定款・寄附行為の規定」、「一定の法律行為については社員総会・理事会などの同意(決議)を要する旨」の定款・寄附行為の規定(判例としては、【1】判決の他に、最判昭和58年6月21日判例時報1082号45頁がある⁽¹³⁾)が挙げられる⁽¹⁴⁾。さらに、「いわゆる共同代表の定めも定款・寄附行為による代表権の制限に当たる」とされる⁽¹⁵⁾。

以上のような代表権の制限は、善意者には対抗できないとするのが民法の立場である。

二 民法54条にいう「善意」の意義について、定款に代表権の制限の定めがあることを知らないことをいうのか、それとも代表者がこの制限に違反していることを知らないことをいうのか、問題となりうる。

民法54条の趣旨は、理事は原則として包括的代表権を有するが(民法53条本文)、特にこれを内部的に制限した場合、法人と取引をする第三者は代表権が制限されていることを知らないで理事と交渉することが少なくなく、この場合に代表権の制限を主張しうるとすると相手方に不利益となる、そこでこの制限をもって善意の第三者に対抗しえないものとしたことにある⁽¹⁶⁾。したがって、民法54条の「善意」は、定款又は総会の決議によって代表権が制限されていることを知らないことであり、理事の代表行為がこの制限に違反していることを知らないことではない。

民法の起草者のひとり梅謙次郎博士は、「理事ノ権限ニ制限アルコトヲ知ラサル第三者ハ」⁽¹⁷⁾と記述していることから、前説をとっていたことは明らかである⁽¹⁸⁾。この点に言及する学説もことごとく前説に与しており、民法54条の「善意」を、定款に代表権の制限の定めがあることを知らないことであると解することについて異論はない⁽¹⁹⁾。

三 民法54条の「善意」をこのように解すると、定款等による代表権の制限は知っていたが、理事の言動などにより、理事の当該具体的行為につき代表権があると第三者が誤信した事例について、

民法 54 条の適用ないし類推適用によって第三者を保護することはできない。この事例で第三者を保護しようとするのであれば⁽²⁰⁾、民法 54 条とは別の理論構成によらなければならない（第一章四(1)参照）。そこで【1】判決は、民法 110 条の類推適用という理論構成によって第三者（民法 54 条の悪意者）を保護すべきものとしたのであろう。

しかし、民法 110 条の類推適用という理論構成をとる以上は、民法 110 条を類推する基礎がなければならない。この点について詳細な説明をした判例評釈・解説は見当たらないので推測するしかないが、理事が与えられた代表権（定款等で制限された代表権）の範囲を越えて当該具体的行為をしたこと、及び、「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等を得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」た（【1】判決）ことをもって、民法 110 条の「権限踰越による表見代理に酷似する」という解釈があらうであろう（第一章四(2)参照）。

しかし、この事例で第三者が信頼する対象は「理事の代表権に対する制限を解除する手続が適法にふまれたこと」である。第三者は「当該具体的行為につき理事が代表権を有すること」を信頼しているのではない。このことは、民法 110 条類推適用説が典型例として挙げる、理事が理事会の決議書を偽造して第三者に示した場合を考えてみればわかるであろう。理事がこの決議書を第三者に示した場合、第三者が信頼するのは「その決議書が真正のものであること」である。決議書が真正のものであることを信頼するとは、その決議書の表わす内容である「理事会の決議があったこと」を信頼することである。したがって、第三者はその決議書が表わす「理事会の決議があった」ことにより、理事の代表権の制限を解除する手続が適法にふまれたことを信頼するのである⁽²¹⁾。

この問題について、内田貴『民法 I 総則・物権総論（第 2 版補訂版）』（平成 12 年）245-246 頁の【1】判決の紹介が参考になる。内田・同書 246 頁は、【1】判決を「たとえ 54 条の悪意者であっても、理事会の決定が得られたと信じた第三者が、

そう信じるにつき正当の理由があるときには、110 条を類推適用して、組合は契約上の義務を負う」と紹介しており、第三者の信頼の対象が「理事会の決定が得られたこと」すなわち「代表権の制限を解除する手続がふまれたこと」であるように読める。この叙述は、第三者の信頼の対象を正確にとらえたものといえよう。

四 第三者の信頼の対象が【1】判決の事例と民法 110 条の場合とは異なるという批判に対して、民法 110 条類推適用説は次のように反論するかもしれない。理事会の決議により、理事の代表権の制限を解除する手続が適法にふまれたならば、理事が当該具体的行為について代表権を有するではないか、と。確かに、論理的にはそのとおりである。しかし、文書に対する信頼で保護される（保護に値する）のは、その文書に表われている内容に対する信頼だけであるのが原則であろう。決議書に表われている事実は「理事会の決議により、理事の代表権の制限を解除する手続が適法にふまれたこと」である。したがって、決議書を見ただけの第三者（理事の言動を信じたに過ぎない）が「当該具体的行為につき理事が代表権を有すること」を信頼したとしても、民法 110 条の類推適用によってその信頼を保護することは困難ではないだろうか。このような第三者には過失があるのが通常であることに注意が必要ではないだろうか。

このように、第三者の信頼する対象が異なる以上（この差異は重要ではないだろうか）、【1】判決の事例においては民法 110 条を類推する基礎は必ずしも十分とはいえないのではないだろうか。民法 110 条は、代理人の代理権の存在に対する第三者の正当な信頼の保護を図った規定だからである。

五 定款等による代表権の制限があることを知っていたが、制限を解除する手続がふまれたため理事に代表権があると第三者が信じた事例について、民法 110 条の類推適用を否定すると、「定款に

よる制限すら知らない不注意な第三者」が民法 54 条で保護される一方で、「それを調べた上で、その要件が充たされた」と誤信した、やや注意深い第三者が保護されないということになり、バランスを失する」という指摘がなされている（第一章四(4)参照）⁽²²⁾。

しかし、この指摘（第一章四(4)参照）は、直ちに【1】判決を支持する理由とならないのではなからうか。なぜならば、「それ（定款による制限）を調べた上で、その要件が充たされた」と誤信した、やや注意深い第三者」を保護すべきか否かが正に問題となるからである（第五章二三四参照）。

また、理論上も、この指摘（第一章四(4)参照）には難点があると言える。すなわち、この指摘の「定款による制限すら知らない不注意な第三者」という考え方自体、起草者の構想と異なっている。梅博士は、民法 54 条の立法趣旨を

「前条ニ於テ理事ハ原則トシテ法人ノ目的内ノ事項ニ付テ概括ノ代表権ヲ有スルモノトセリ故ニ第三者ハ法人ト取引ヲ為ス場合ニ際シ疑念ナク理事ト交渉ヲ為スコトヲ得スルハアルヘカラス而シテ定款若クハ寄附行為ノ制限又ハ総会ノ決議ノ如キハ第三者之ヲ知ラサルコト稀ナリトセス故ニ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ルモノトセハ第三者ハ往往ニシテ意外ノ損失ヲ蒙ルコトアルヘシ是レ本条ノ必要アル所以ナリ」

と説明する⁽²³⁾。この起草者の構想は正当と評価すべきではないだろうか。

第三者は、理事の代表権が包括的であることを信頼して行動してよいから、理事の代表権に制限がないことをいちいち確認しなくても過失があるとされない⁽²⁴⁾。それに加えて、代表権の制限は外部から容易に認識することができない。民法上の理事の代表権の制限はこれを登記する方法がないからである⁽²⁵⁾。そうであるならば、第三者は自分の相手が本当に理事かどうかについては調査する必要があるが⁽²⁶⁾、理事の代表権に制限があるかど

うかについては調査しなくてもよい（第三者が理事の代表権の制限の有無を調査しないことを咎められる理由がない）ことになろう。したがって、前記指摘には直ちに首肯することができない。

六 民法 110 条類推適用説は、取引の相手方が、定款等による代表権の制限があることを知っている場合には、民法 54 条による保護を受けることはできないが、理事等の言動により「理事の当該具体的行為につき代表権があると第三者において信じていたときにおいても全く保護されないとすると第三者の保護に著しく欠ける事態を招くものといえよう」⁽²⁷⁾と主張して、法人と取引をする第三者の取引の安全の保護を強調する（第一章四(1)参照）。しかし、取引の安全の保護を強調することは「理事の包括的な代表権を制限したい」という法人の利益をそれだけ制限することになる⁽²⁸⁾。この利益を無視すべきかが正に問題となる。民法 110 条類推適用説は、法人の利益について言及せずに取引の安全を強調しており、一面的であって、説得的ではないと評すべきではなからうか。

【1】判決の示した理論（民法 110 条類推適用説）の起源であると思われる末弘博士の見解は、【2】判決を批判して民法 110 条の類推適用を主張した際に、「大審院は法人代表者の専横行為に対して法人従つて総社員の利益を保護することのみに専念せず、同時に法人の相手方たるべき人々の利害を考慮する必要がある」と述べていることに注意する必要がある⁽²⁹⁾。この叙述から、末弘博士は、法人の利益を保護することのみに専念せず、法人と取引をする相手方の利害も考慮せよと述べているにすぎず、取引の安全が法人の利益よりも優先すると主張しているわけではないことがわかるであろう。

七 本章六と関連する問題であるが、法人に責任を帰属させる理由が明確ではないことも、民法 110 条類推適用説の問題として指摘できるであろう。法人に責任を帰属させる理由について具体的に言及した【1】判決の評釈は見当たらないし、

法人の帰責事由について論じた【1】判決の評釈も見当たらない。

【1】判決は「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等を得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、民法一一〇条を類推適用し、漁業協同組合は右行為につき責任を負う」というが、【1】判決のいう「正当の理由」は、民法110条の要件の「第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由ヲ有セシ」ことであろう。したがって、法人に責任を帰属させる理由は何か（法人の帰責事由は何か）という問題は、民法110条の「正当ノ理由」の要件をどのように理解するかという問題に帰着するのである。

しかし、民法110条を類推適用して法人に責任を帰属させる「正当の理由」（民法110条を類推する説が、これをどのように理解しているかは必ずしも明確でないかに見受けられる）があるか、これが問題であろう。起草者の理解からは、【1】事件のような場合に「正当の理由」を認めることは理論上困難ではないだろうか（第六章で詳しく検討する）。

八 以上のように、【1】判決を支持する理由（第一章四参照）のうち(1)(2)(4)には問題があり、必ずしも説得的な理由ではないと考える。理由(1)(2)(4)に対する反論をひとことではいえば、民法110条を類推適用して民法54条の悪意の第三者を保護する理由がないのではないか、ということに尽きるであろう。

この問題は、結局、法令の規定による代表権の制限の事例に民法110条を類推適用する判例理論（第一章四(3)参照）自体が抱える問題であると言えよう（第五章参照）。第三章では、民法110条類推適用説の最大の根拠であると推測される理由(3)について検討する。

第三章 中田＝能見説の検討

一 法令の規定による代表権の制限は知っている

が、必要な手続がとられたと第三者が信じている場合と、定款等による代表権の制限があることを知っていたが、制限を解除する手続がふまれたため代表権があると第三者が信じた場合とのバランス論（以下では主な主張者の名をとって中田＝能見説とする）は、民法110条類推適用説の最大の根拠であると推測される（第一章四(3)参照）。

中田＝能見説は、以下のように主張する。判例（【3】【4】判決）は、法令の規定による代表権の制限は知っているが、必要な手続がとられたと第三者が信じている場合について、民法110条を類推適用して第三者を保護する。この判例理論を肯定するならば、定款等による代表権の制限があることを知っていたが、制限を解除する手続がふまれたため代表権があると第三者が信じた場合についても、民法110条の類推適用を認めるべきである。なぜなら、前者と後者の間で差を設ける合理的な理由はないからである、と。

しかし、中田＝能見説には、以下の三つの問題点があり（本章二・三・四）、その指摘は直ちに【1】判決を肯定する根拠とはならないのではないだろうか。

二 中田＝能見説は、【3】【4】判決が示した判例理論（法令の規定による代表権の制限は知っているが、必要な手続がとられたと第三者が信じている場合について、民法110条を類推適用して第三者を保護する）が正しいことを当然の前提としている。しかし、【3】【4】判決が示した判例理論には少数説ながら有力な反対説が存在する⁽³⁰⁾。【3】【4】判決の示した判例理論には、検討を要する課題が残されているのではなかろうか（第五章参照）⁽³¹⁾。

中田＝能見説を採用するには、【3】【4】判決が示した判例理論の理解が不可欠であろう。すなわち、法令の規定による制限の事例で民法110条を類推適用して第三者を保護する理由があるかどうかを検討する必要があるであろう（第五章、第六章、第七章参照）。

三 確かに、法令の規定による代表権の制限は知っているが、必要な手続がとられたと第三者が信じている場合と、定款等による代表権の制限があることを知っていたが、制限を解除する手続がふまれたため代表権があると第三者が信じた場合とでは、代表権の制限を解除する手続がふまれたことを第三者が信頼しているという点では、第三者のおかれた状況は同じである。その意味では、前者と後者の間で差を設ける合理的な理由はないとする中田＝能見説は正しい。

しかし、第三者は当該具体的行為につき理事が代表権を有することを信頼しているのではないという【1】判決に対する批判は、法令の規定による代表権の制限は知っているが、必要な手続がとられたと信じている場合についてもそのままあてはまる。すなわち、法令の規定による代表権の制限は知っているが、必要な手続がとられたと第三者が信じている場合、第三者の信頼の対象は「代表権の制限が法令の規定に従って適法に解除されたこと」であって、「当該具体的行為について理事が代表権を有していること」ではないであろう(第二章三四参照)。この批判(第三者は当該具体的行為につき理事が代表権を有することを信頼しているのではない)に対して、中田＝能見説は答えることができないであろう。

四 中田＝能見説の説明には、論理的にも難点があるのではなかろうか⁽³²⁾。

中田＝能見説には、定款又は法令の規定による代表権の制限の場合で、相手方(第三者)の保護が問題となる場合を、以下のように分析する⁽³³⁾。定款による代表権の制限の場合には、第三者が(ア)定款に代表権を制限する定めがあることを知らない場合(民法54条が適用される)と、(イ)定款による制限があることは知っているが、理事会の承認などがあるため当該具体的取引について代表者に権限があると信じていた場合がある。同様に、法令の規定による代表権の制限の場合としては、第三者が(a)そもそも法令の規定を知らない場合(民法54条の適用はない)と、(b)法令の規定による制

限は知っているが、必要な手続がとられたと信じている場合(判例は民法110条を類推適用する)がある。(ア)と(a)、(イ)と(b)がそれぞれ対応する。(ア)と(a)の処理の差、すなわち、(ア)で民法54条が適用されるのに対して、(a)で民法54条が適用されない理由は、法令の不知は保護されるべきではないからである、と説明される⁽³⁴⁾。しかし、(b)の場合には、第三者は法令の規定による制限があることを知っているから、この説明は当てはまらない。すなわち、(b)と(イ)とで処理に差を設ける合理的な理由はない。したがって、(b)について民法110条の類推適用があると解すべきだから、(b)と同様に、(イ)の場合にも民法110条の類推適用を認めるべきである。

中田＝能見説のこの分析は、一見説得的である。しかし、この分析には大きな問題があるのではないだろうか。すなわち、(ア)と(イ)は民法54条の適用の有無の点で区別することができるが、(a)と(b)は民法54条の適用の有無からは区別できない(ともに民法54条の適用がない)から、「(ア)と(a)、(イ)と(b)がそれぞれ対応する」とは言えないのではないだろうか。

五 本章四の中田＝能見説への反論を、以下もう少し詳しく説明する。

地方公共団体の長のように、法令の規定によって代表権が制限されている場合は、所定の要件が具備されない限り、はじめからこれらの者に代表権は存在しないのであり、民法54条の適用の余地がない(異論なし)⁽³⁵⁾。言い換えれば、法令の規定による代表権の制限は、民法54条の「代表権ニ加ヘタル制限」に当たらない⁽³⁶⁾。

したがって、法令の規定による代表権の制限の場合には、第三者がこの制限を知っていようと知っていまいと、常に民法54条は適用されない。すなわち、(a)の場合も(b)の場合も、どちらも民法54条の適用がない。このことは、(a)と(b)は民法54条の適用の有無からは区別できないことを意味する。結局、(a)と(b)は、判例理論である民法110条の類推適用があるか否かによって区別されている

にすぎない。

これに対して、(ア)と(イ)は民法 54 条の適用の有無による区別である。したがって、(a)と(b)の区別の基準と、(ア)と(イ)の区別の基準は異なるから、「(ア)と(a)、(イ)と(b)がそれぞれ対応する」とは言えない。「(イ)と(b)が対応する」とは言えない以上、(b)の場合について民法 110 条を類推適用するという判例理論（【3】【4】判決）は、(イ)の場合に民法 110 条を類推適用することを直ちに肯定する理由とはならない。

このことは、(b)について民法 110 条を類推適用する判例理論の起源である（【1】判決の起源でもある）末弘博士の見解³⁷⁾に明らかである。詳しくは第四章で検討するが、末弘・同評釈は「民法の公益法人については第五十三条及び第五十四条の関係から善意の第三者は充分の保護を受ける結果になっているけれども、かかる明文なき場合に於て」民法 110 条を類推適用して第三者を保護することを主張する。この叙述から推測するに、末弘博士は(ア)と(b)が対応すると考えていたのではなからうか。

第四章 末弘博士の見解

【1】判決の判例評釈は、【1】判決が、定款等による代表権の制限があることを知っていたが、理事の言動などにより、理事の当該具体的行為につき代表権があると第三者が誤信した場合に民法 110 条を類推適用すべきであるとしたことは「新判断であり」「この点に言及した学説は見当たらない」³⁸⁾という。しかし、この問題が従来論じられたことがなかったのは、むしろ、民法 54 条の保護で十分であり、【1】判決のような第三者を保護する必要はないと考えていたためではないだろうか。

民法 110 条類推適用説を最初に主張した末弘厳太郎博士（第一章三参照）は、実は、民法 54 条の適用のある場合については民法 110 条の類推適用を想定していなかったのではないだろうか。以下では、末弘・判例民事法大正 15 年度 120 事件（【2】判決）の評釈を紹介する。

一 判例民事法大正 15 年度 120 事件（【2】判決）

〈事実〉X 漁業組合の組合長 A は、X 組合所有の土地を売却するため、組合員総会を招集したが、出席者は総組合員の 3 分の 2 に達しなかった。したがって、漁業組合法 20 条によって土地売却の決議をすることができないにもかかわらず、強いて決議の形式をとらしめた上、本件土地を Y に売却した。そこで、XY 間の売買は実体上無効であるという理由により X 組合が Y に対して所有権移転登記抹消を訴求したというのが、本件の事案である。

〈判旨〉漁業組合法 20 条により「漁業組合ノ理事ハ……右ノ事項ニ関シテハ前記決議ヲ経タルトキニ限り其ノ職権ヲ行ヒ得ベキモノニシテ、理事ノ同権限ハ右規定ノ定ムル要件ヲ具備スルニ依リ初メテ存在スルモノト謂フベク、從テ前記ノ規定ハ之ヲ以テ民法第五十四条ニ所謂理事ノ代表権ニ加ヘタル制限ト解スベキニアラズ」。したがって、XY 間の売買は「無権限ノ行為ニ出ヅル無効ノ行為」であつて、Y は登記抹消の義務がある。

二 末弘博士の評釈³⁹⁾

「漁業組合法第二十条によると、理事の代表権は法律上当然組合事務の全部に及ぶものではない、同条列举の事項については必ず総会の決議を経ることを要し、然らざれば理事に代表権がないのである。即ち民法が原則として理事の権限を絶対に無制限のものとし、総会の決議も亦之を一種の『制限』と考へてゐるのは初めから立方が違ふのである。従つて漁業組合法第三十五条によつて漁業組合の理事に準用されてゐる民法第五十四条が適用されるのは、組合法第二十条に列举せざる事項について総会が一定の決議を為しその実行を理事に要求してゐるやうな場合のみであつて、同条列举の事項に関する総会の決議は『制限』ではなくして、初めから法律の要求してゐる理事の権限発生要件であると解すべきこと大審院の言ふ通りである。」

「問題の総会決議は法律上無効であり、従つて理事長 A の不動産売買行為は無権限の行為なること素より言ふを俟たない。然らば——大審院の言ふ

が如く——組合とYとの間に於ける売買契約は当然無効であつて、Yの善意悪意の如きは全然之を度外視すべきものであらうか？

大審院は民法第五十四条の適用を除外することから直に右の結論を導いてゐるけれども、かくの如きは未だ早計なり……。何となれば、仮りに全然總會の決議なく従つて決議録の添付なきに拘らず、買主これに気付かずして売買を締結したのであれば、漁業組合法令第二十条を知らざるものとして法律の保護に値しないかも知れないけれども、本件の如く形式上ともかくも總會の決議があり、唯それが内部的事由の爲めに無効であるに過ぎない場合に、局外の第三者がその無効を知り得ることあるべきは極めて当然である。而してかくの如き善意者は条理上尙大に保護の価値あり」。

「成程民法は此種の場合に処すべき何等直接の規定を設けてゐないけれど、表見代理に関する民法第一百条『代理人が其権限外ノ行為ヲ為シタル場合ニ於テ第三者が其権限アリト信ズベキ正當ノ理由ヲ有セシトキハ前条ノ規定ヲ準用ス』との規定は少くも此場合に類推適用せらるべき実質的理由が充分ある。殊に、民法立案者が法人機関の代表関係と普通の代理関係との區別について明確なる觀念を有せざりしこと明なる民法の下に於ては、代理に関する規定を性質の許す限り法人の代表関係に準用すべき根拠は充分に存在するのである。此故に、私は大審院が単に第五十四条の適用を排斥したるを以て止まり更に一步を進めて第一百条の準用ありや否やを考慮せざりしことを大に遺憾とするのである。此種の問題は独り漁業組合についてのみならず性質上すべての法人に関して起り得る事柄である。幸にも民法の公益法人については第五十三条及び第五十四条の関係から善意の第三者は充分の保護を受ける結果になつてゐるけれども、かかる明文なき場合に於て若しも大審院のとつてゐるやうな論法のみを以て進むときは法人と取引する第三者の危険は計り知るべからざるものがある。大審院は法人代表者の専横行為に対して法人従つて総社員の利益を保護することのみに専念せず、同時に法人の相手方たるべき人々

の利害を考慮する必要がある。」

三 【2】判決の評釈における末弘博士の構想を以下で紹介する。

民法上の公益法人など民法54条の適用がある場合には、「善意の第三者は充分の保護を受ける結果になつてゐる」⁽⁴⁰⁾。

これに対して、漁業組合の理事のように、法令の規定（漁業組合法令20条）によって代表権が制限されている場合は、所定の要件が具備されない限り、はじめから代表権は存在しないのであり、民法54条の適用の余地がない。

しかしながら、【2】事件のように「形式上ともかくも總會の決議があり、唯それが内部的事由の爲めに無効であるに過ぎない場合」は、「局外の第三者がその無効を知り得ることあるべきは極めて当然である。而してかくの如き善意者は条理上尙大に保護の価値あり」⁽⁴¹⁾。そこで、民法110条の類推適用によってこの第三者を保護すべきであると主張した。これが末弘博士の構想である。

四 この末弘博士の構想の特徴として、次の二点を指摘することができる。

- (1) 末弘博士が民法110条の類推適用を主張したのは、民法54条の適用のない法人代表関係についてである。
- (2) 末弘博士は、民法の公益法人の場合については民法54条の適用によって善意の第三者は十分に保護されると考えていた。

以上のことは、「此種の問題は独り漁業組合についてのみならず性質上すべての法人に関して起り得る事柄である。幸にも民法の公益法人については第五十三条及び第五十四条の関係から善意の第三者は充分の保護を受ける結果になつてゐるけれども、かかる明文なき場合に於て若しも大審院のとつてゐるやうな論法のみを以て進むときは法人と取引する第三者の危険は計り知るべからざるものがある」⁽⁴²⁾ という部分から読み取ることができよう。

以上の(1)(2)から判断して、末弘博士は、民法54

条の適用ある法人代表関係については、民法 54 条で保護されない第三者を民法 110 条の類推適用によって保護することを想定していなかったと言っ
てよいであろう。ここまでは異論がないものと思
われる。

それでは、民法 54 条の適用がある法人代表関係
について、第三者が民法 54 条で保護されない場合
でも、民法 110 条の類推適用で第三者が保護され
る、と末弘博士の見解を拡張することができるで
あろうか。これが問題となる。

五 この問題の解決には、末弘博士が民法 54 条の
適用のない法人代表関係において第三者を民法
110 条の類推適用で保護しようとした理由を考
えるのが有益であろう。

末弘博士は、民法上の公益法人の場合について
の民法 54 条による善意者の保護に対応するもの
として、民法 54 条の適用のない法人代表関係につ
いて民法 110 条を類推適用して第三者を保護し
ようとしたのではなかろうか。

末弘博士は、「幸にも民法の公益法人については
第五十三条及び第五十四条の関係から善意の第三
者は充分の保護を受ける結果になっているけれど
も、かかる明文なき場合に於て……」⁽⁴³⁾と言っ
て、民法 54 条の適用のない法人代表関係において、民法
110 条の類推適用を主張している。これは、民法
54 条の適用のない法人代表関係において、民法
54 条による善意者の保護に対応するものとして、
すなわち、第三者を民法 54 条の適用があるのと同
じように保護しようとしたものではなかろうか。

このように末弘博士の構想を理解するのが、前
述の本章四(1)(2)からは理論的かつ素直な解釈であ
るように思われる。

六 末弘博士は、民法上の公益法人の場合につ
いての民法 54 条による善意者の保護に対応するも
のとして、民法 54 条の適用のない法人代表関係に
ついて民法 110 条を類推適用して第三者を保護し
ようとしたものと思われる。

そうであるならば、民法 54 条の適用がある法人

代表関係では、民法 110 条を類推適用する必要は
ないことになろう。なぜなら、法令の規定による
制限の場合に民法 110 条を類推適用することは、
あくまでも民法 54 条の保護に対応するもので
あって、民法 54 条の適用のある法人代表関係で
は、民法 54 条によって善意の第三者は十分に保護
されるからである。

したがって、民法上の公益法人のように民法 54
条の適用がある法人代表関係において、第三者が
民法 54 条で保護されない場合でも、民法 110 条の
類推適用で第三者が保護される、と末弘博士の見
解を拡張することは博士の構想に適合するとは直
ちに言えないであろう。すなわち、末弘博士の見
解から、定款等による代表権の制限があることは
知っていたが、当該具体的行為につき理事に代表
権があると信じた場合に、民法 110 条を類推適用
して第三者を保護するという説を導くことはでき
ず、したがって、【1】判決は末弘博士の構想にあ
わない判決なのではなかろうか。

第五章 高橋説の紹介

第四章では末弘博士の見解を紹介した。次に本
章では、末弘博士の見解がそもそも正当かどうか
を検討したい。末弘博士の見解が正当でないとし
れば、【1】判決の示した理論もまた正当ではない
ことになるからである（第一章三及び四(3)、第三
章二参照）。

末弘博士の見解は【3】【4】判決の示した判例
理論と同じであると考えられる。そこで、【3】【4】
判決の示した判例理論に反対する学説を紹介す
る。

一 【1】判決の示した理論を支持する見解は、
【3】【4】判決の示した判例理論が正当であるこ
とを当然の前提としている（第一章四(3)及び第三
章二参照）。

しかし、【3】【4】判決の示した判例理論に対
しては、少数説ながら有力な反対説がある。高橋
説がそれである。

二 高橋三知雄『代理理論の研究』(昭和51年) 288-290頁は、「地方公共団体の長が法令に定める手続に違背してなした越権行為に民法一一〇条が適用(準用)されることについては、現在、ほとんど異論をみない」ことを認めながらも、以下のように【3】【4】判決の示した判例理論に反対する⁽⁴⁴⁾。

「およそ公法人には表見代理規定の適用の余地がないかと問われるならば、全面的にこれを排除すべき理由はないといわざるを得ない。公法人といえども私法上の取引に際し一般人よりも優遇されるべき理由はないからである。しかし、基本権限と相手方の善意・無過失があれば『正当理由』が認められるのではなく、そのためには自称代理人の行為を本人または権限ある機関が容認していることを要する。私人(自然人、私法人)においては代理権の授与につき法律は特別の形式を定めていないから、自称代理人の行為を本人や権限ある機関がこれを知りつつ放任していれば表見代理が成立する。公法人についても、地方公共団体の権限ある機関が特別の形式を要せずに代理権を授与する範囲においては表見代理の規定は適用される。しかしながら、議会が正規の手続をなすことなく黙示的に首長の行為を容認するということはありえない。議会の決議を経るべき事項については、議会の授權があった範囲においてのみ長が代理権を有すると解するかぎり、議決が全く存在しない場合はもとより、㊸(引用者注【3】)のように決議範囲を逸脱したケースでも同様である。表見代理法理の助けによって公法人や役所の任務と権限範囲を拡大することは許されない。我妻博士は、代理権の範囲が法律で一定されている場合でも、それが一一〇条の適用を否定し取引の安全を犠牲にする趣旨でないのは、私法の領域ではすでに確定されたことだといわれるが、その理論的根拠はいかなるものなのであるうか。

ここでもまた、『取引の安全のため』というの

は理由とはなりえない。まさにそこまで取引の安全を保護すべき根拠があるか否かが問われているのである。しかも、一一〇条の適用を肯定する判例も、首長の権限が法定されていることに顧み、容易に相手方の善意・無過失を認めず、学説もまた、一般の私的取引の場合よりも『正当理由』の認定を厳しくすべきだという立場から、『無過失で誤信したというような場合がかりにあるとしたら』とか、『何等かの特殊の事情の存在が示される場合には』というだけで、いかなる場合に無過失が認められるのかという具体的な例をほとんど示していない。一一〇条の適用の可能性を肯定しながら一般の私法取引の場合よりも『正当理由』の認定を厳しくするという理論にも矛盾を感じるのだが、いずれにせよ、無過失の認められる場合がほとんど考えられないのならば、一一〇条の適用の可能性を肯定してもいわば画餅に等しい。かつて存在した適用否定説を理論的に克服したとはいえない。たいてい“取引の安全”に資するものではない。“取引の安全”は万能薬でないばかりか、問題の法理論的解明になんらの手がかりも与えない。」

三 高橋説は、次の三つの見解から構成されているといえよう。

- (1) 基本権限と相手方の善意・無過失があれば民法110条の「正当理由」が認められるのではなく、「正当理由」が認められるためには自称代理人の行為を本人または権限ある機関が容認していることを要する。
- (2) 「取引の安全のため」というのは、【3】【4】判決の示した判例理論を肯定する理由とはなりえない。まさにここまで取引の安全を保護すべき根拠があるか否かが問われているのである。
- (3) 無過失(判例・通説における「正当ノ理由」)が認められる場合がほとんど考えられないのならば、民法110条の適用の可能性を肯定しても(【3】【4】判決の示した判例理論を採用しても)いわば画餅に等しく、大して「取

引の安全」に資するものではない。

私見によれば、高橋説が正当であると考えられる。以下でその理由を述べることにする（本章四～七）。

四 高橋説の指摘する本章三(2)は正鵠を射た意見であるというべきであろう。「まさにそこまで取引の安全を保護すべき根拠があるか否かが問われている」⁽⁴⁵⁾のであるから、取引の安全を強調してみたところで【3】【4】判決の示した判例理論を肯定する理由とはならない。【3】【4】判決の示した判例理論を肯定するためには、「そこまで取引の安全を保護すべき根拠」を説明する必要がある。すなわち、民法110条を類推適用する場合の法人の帰責事由は何かを説明する必要があるであろう。

五 高橋説・本章三(3)もまた卓見であるというべきではなからうか。民法110条の適用の可能性がある（適用の余地がある）ということと、民法110条が実際に適用されて第三者が保護されることとは異なる。したがって、【3】【4】判決の示した理論によって第三者の取引の安全が保護されると主張するためには、民法110条の適用の可能性について検討するだけでなく、「正当ノ理由」が認められる具体的な事例について説明する必要がある。しかし、「正当ノ理由」が認められる具体的な事例について説明せずに、民法110条の適用の可能性があるというだけで第三者の取引の安全が保護されると軽々に速断する（あるいは、そのように読める）叙述が多いのではなからうか。

六 高橋説・本章三(2)(3)に対して、【3】【4】判決の示した判例理論を支持する見解は、おそらく効果的な反論をすることができないであろう。「正当ノ理由」を認めた判例が少ないからである。（判例が「正当ノ理由」をどのように考えているのかについては第七章で検討する）。

高橋説・本章三(1)については、一般的な理解とは異なるという批判があるかもしれない。確かに、

民法110条の「正当ノ理由」は相手方の善意・無過失と同義であり、かつ、「正当ノ理由」ありというためには本人の作為・不作為を要しないと一般に理解されている。

しかし、このような一般的な理解は、実は起草者の「正当ノ理由」の理解とは明らかに異なっている。「正当ノ理由」の解釈は難問であり、起草者の理解についても慎重な検討が必要とされるが、むしろ高橋説の理解のほうが起草者の「正当ノ理由」の理解に近いのではないだろうか。起草者は「正当ノ理由」を単なる相手方の善意・無過失とは区別していたように思われるし、起草者が「正当ノ理由」が認められる場合として例示した事例はいずれも本人の作為・不作為がある事例だからである（以上につき、詳しくは第六章参照）。

七 【1】判決の示した理論とは異なり、高橋説・本章三(1)では法人の帰責事由が明らかにされているといえよう。高橋説における法人の帰責事由とは、法人の権限ある機関が容認していることである。高橋説は、理事又は市町村長の専横行為（越権行為）と相手方の善意・無過失だけでは民法110条の「正当ノ理由」が認められるものではなく、自称代理人の行為（理事又は市町村長の専横行為）を法人の権限ある機関が容認していることを要すると解しているからである。

法人の帰責事由をこのように解する高橋説は、法人の利益と第三者の取引の安全のバランスを考慮すると、正当であると評価できよう（第二章六参照）。

八 高橋説は、そのまま末弘博士の見解に対する批判となる。

(1) 末弘・判例民事法大正15年度120事件を読む限り、末弘博士は法人の帰責事由について言及していない。

(2) 末弘博士は「取引の安全」という言葉こそ使っていないが、「かくの如き善意者は条理上尚大に保護の価値あり」⁽⁴⁶⁾、「民法第一百条……は少くも此場合に類推適用せらるべき実質的理由が充分

ある」⁽⁴⁷⁾、「大審院は法人代表者の専横行為に対して法人従つて総社員の利益を保護することのみに専念せず、同時に法人の相手方たるべき人々の利害を考慮する必要がある」⁽⁴⁸⁾という。これは、取引の安全のために民法 110 条を類推適用するのだというに等しいであろう。しかし、「『取引の安全のため』というのは理由とはなりえない」⁽⁴⁹⁾。したがって、なぜ【2】判決の事例で民法 110 条を類推適用することができるのかを、末弘博士は説明していない。

(3) 末弘博士は、具体的にどのような場合に「正当ノ理由」が認められて民法 110 条が類推適用されるのかを説明していない。

末弘博士は、【2】事件の如く「形式上ともかくも総会の決議があり、唯それが内部的事由の爲めに無効であるに過ぎない場合」は、「局外の第三者がその無効を知り得ざることあるべきは極めて当然である。而してかくの如き善意者は条理上尚大に保護の価値あり」⁽⁵⁰⁾として、【2】事件の第三者に民法 110 条が類推適用される余地があるとす

しかし、上記の末弘博士の説明は、「正当ノ理由」が認められる具体的な例を明らかにしたとは言い難いのではなからうか。例えば、決議が物理的に存在しない場合は、民法 110 条の類推適用があるのか。決議の手続的瑕疵が著しいため、決議が法律上存在するとは認められない場合はどのように解するか。【2】事件の事例で、決議録が添付されたところ、実は内部的事由のため決議が無効であることが後で判明した場合と、理事が勝手に決議録を偽造した場合とは、どちらも等しく民法 110 条の類推適用で保護すべきか、などが直ちに問題となるのではなからうか。

以上(1)~(3)のように、末弘博士の見解及び【3】【4】判決の示した判例理論の正当性には、疑問があると言えよう。

したがって、【3】【4】判決の示した判例理論の正当性を当然の前提とする【1】判決の理論もまた正当ではないと言ふべきではなからうか。

九 高橋説は「議会在正規の手続をなすことなく黙示的に首長の行為を容認するということはありえない」⁽⁵¹⁾とするから、正規の組合員総会の決議のない【2】判決の事例では民法 110 条の「正当ノ理由」を認めないであろう。高橋説は、【2】判決は正当であると解するものと思われる（第四章一及び第三章五参照）。

なお、高橋説は【1】判決の事例でも民法 110 条の類推適用を認めないであろう。確かに、高橋説は「私人（自然人、私法人）においては代理権の授与につき法律は特別の形式を定めていないから、自称代理人の行為を本人や権限ある機関がこれを知りつつ放任していれば表見代理が成立する」⁽⁵²⁾とする。しかし、定款で代表権を制限した【1】判決のような場合には、定款で代理権の授与につき特別の形式を定めたと見るべきであろう。したがって、権限ある機関（【1】判決では理事会）は定款に定めた手続をふまないで黙示的に理事の行為を容認することはないのが原則であると理解するべきではなからうか。ただし、議会の場合とは異なり、理事会の場合は構成員全員の賛成があれば、理事会を開催してなされた正規の決議が存在しなくても、理事会が理事の行為を承認したと解してよいであろうと思われる。定款に定めた手続が遵守されたものと解されるであろう。したがって、理事会の決議のない【1】判決の事例では、民法 110 条の「正当ノ理由」は認められないであろう。

第六章 民法 54 条による保護で十分か

第二章から第五章において、【1】判決の示した理論（民法 110 条類推適用説）を批判的に検討した。しかし、【1】判決の示した理論を否定すると、取引の相手方の保護は民法 54 条に頼ることになる。

末弘博士は、民法 54 条によって善意の第三者は十分に保護されると考えていたが⁽⁵³⁾、民法 54 条があれば第三者の保護は十分なのであろうか。それとも、民法 110 条類推適用説が主張するように、民法 54 条の悪意者といえどもなお保護に値する

のであろうか。本章では、この問題について民法110条の趣旨をふまえて検討する。

一 理事の包括的代表的権を定款等で制限した場合、法人としてはこの制限に反する理事の行為は無効としてもらわないと制限した意味がないことは言うまでもない⁽⁵⁴⁾。しかし、定款等による代表的権の制限は必ずしも外部から容易に認識することができないものであるから、民法54条は理事の包括的代表的権に対する善意者の信頼を保護することで、法人の利益と取引の安全とのバランスを取ったのである。

定款等による理事の代表権の制限は、これを解除する手続が適法にふまれていない場合に、理事の代表行為が無効となることにその存在意義がある。したがって、当該具体的行為について理事の包括的代表的権の制限を解除する手続が適法にふまれたという民法54条の善意者の信頼を、一般的に保護する必要はないのではないだろうか。仮にこれを保護すると、民法54条が定めた法人の利益と取引の安全とのバランスが崩れてしまうであろう。すなわち、民法54条の保護を越えて第三者の取引の安全が保護される結果、理事の代表権を制限した法人の利益が必要以上に害されるであろう。民法110条類推適用説は、民法54条による法人の利益と取引の安全とのバランスを崩してまで善意者を保護するが、それだけの理由があるのだろうか、言い換えれば、法人の帰責事由が何かあるのだろうか。これが問題である。

二 法人が理事の専横行為について民法110条の責任を負う理由があるということは、「第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由」がある(民法110条)ということに他ならないであろう。

【1】判決は「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等を得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、このように信じることにつき正当の理由があるときには、民法一一〇条を類推適用し、漁業協同組合は右行為につき責任を負う」という。しかし、

【1】判決は具体的にどのような場合に「正当の理由」が認められるのかについては触れていないし、【1】判決の評釈にも法人の帰責事由について具体的に言及したものは見当たらない。

したがって、法人の帰責事由は何かという問題は、民法110条の「正当ノ理由」の要件をどのように理解するかという問題によって解決すべきことになろう(第二章七参照)。

三 「正当ノ理由」とは何か

民法110条の「正当ノ理由」の要件は、一般に次の(1)(2)のように理解されている。

- (1) 「第三者カ其権限アリト信スヘキ正当ノ理由」があるとは、相手方の善意・無過失と同義である⁽⁵⁵⁾。すなわち、相手方が代理人に代理権があると信じかつそう信じたことに過失がないことである。
- (2) 正当の理由があるとするためには、相手方に誤信を生ぜしめた事情が本人の過失や作為・不作為に基づくものであることは不要である⁽⁵⁶⁾。

本人の過失や作為・不作為とは、本人の帰責事由に他ならないであろう。したがって、(2)は、「正当ノ理由」が認められるためには本人の帰責事由は不要であると言っているのに等しい。

民法110条類推適用説は、正当な理由が認められる場合として、理事が巧妙に理事会の決議録を偽造して相手方に提示した場合を考えているようであるが⁽⁵⁷⁾、これは「正当ノ理由」を(1)(2)のように理解することにに基づくものと思われる。

「正当ノ理由」を(1)(2)のように理解すれば、とりわけ(2)を額面通りに受け取れば⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾、理事が巧妙に理事会の決議録を偽造した場合は、【1】判決がいうところの「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等を得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、このように信じることにつき正当の理由がある」と認定される蓋然性が高いものと思われる。巧妙に偽造された理事会の決議録を提示された相手方は、理事会の決議が得られたと信じたことにつき

過失はなかったとされるであろうし、相手方が誤信したことについて本人たる法人の過失ないし作為・不作為は必要ない（法人の帰責事由は必要ない）からである。

しかし、「正当ノ理由」についての(1)(2)のような理解は、起草者の理解とは異なるのではなかろうか。民法の起草者のひとり富井政章博士は、民法110条について次のように説明している⁽⁶⁰⁾。すなわち

「此規定ハ畢竟第三者ヲシテ不測ノ損害ヲ被ラシメサル趣旨ニ外ナラス然リト雖モ本来権限外ノ行為ニ代理上ノ効果ヲ生セシムル点ニ於テハ一大異例ニシテ本人ノ為メニ甚危険ナルモノト謂ハサルコトヲ得ス故ニ立法者ハ嚴重ニ其要件ヲ定メ単ニ第三者カ善意ナリシコト即チ権限アリト信シタルノミヲ以テ足レトセス尚客觀的ニ其権限アリト信スルニ足ルヘキ正当ノ理由アルコトヲ必要トセリ」（傍点富井）

「此規定ハ便宜上ノ理由ニ基ケル一ノ変例ナルカ故ニ其条文及ヒ立法ノ目的以外ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス……『権限アリト信スルニ足ルヘキ正当ノ理由』トアルカ故ニ単ニ相手方カ過失ナクシテ権限外ノ行為タルコトヲ知ラサリシ場合ニ於テハ代理人ニ対シテノミ其権利ヲ行フコトヲ得ルモノト解スヘシ（一一七条）」

この説明によると、起草者は民法110条の「正当ノ理由」を単なる善意・無過失とは区別していたと理解する余地があるのではないだろうか⁽⁶¹⁾。

そして、「正当ノ理由」が単なる善意・無過失ではないとすれば、「正当ノ理由」が認められるためには、相手方に誤信を生ぜしめた事情が本人の過失や作為・不作為に基づくものであることが必要となるのではないだろうか。

四 起草者の見解⁽⁶²⁾

「正当ノ理由」が単なる善意・無過失ではないとすれば、「正当ノ理由」が認められるためには、相

手方に誤信を生ぜしめた事情が本人の過失や作為・不作為に基づくものであることが必要となるであろうと思われる。起草者は、「第三者カ其代理権アリト信スヘキ正当ノ理由」があることという要件をどのように考えていたのだろうか。

民法の起草者のひとり梅謙次郎博士は、その著作『民法要義（巻之一総則編）』（初版明治29年）のなかで（訂正増補第6版の248-249頁）、民法110条の「正当ノ理由」が認められる場合について次のように説明する。すなわち、

「例ヘハ代理人カ従来同種ノ法律行為ヲ為シタル場合ニ本人ハ之ヲ是認シ嘗テ其履行ヲ拒ミタルコトナク又ハ慣習上同種ノ代理人ガ皆其権限ヲ有スル場合ノ如キ即チ是ナリ

或ハ曰ハン右ノ場合ニ於テハ第三者ハ其権限アリト信スル正当ノ理由アリトスルモ是レ固ヨリ自己ノ疎漏ニ出ツルモノナリ蓋シ代理人ト法律行為ヲ為ス者ハ必ス先ス其権限ヲ調査シ然ル後法律行為ヲ為サスハアルヘカラス然ルニ此場合ニ於テハ第三者ハ其調査ヲ為ササル過失アル者ナリ之ニ反シテ本人ハ敢テ過失アル者ト認ムルコトヲ得ス然リ而シテ其過失アル第三者ヲ保護シテ却テ過失ナキ本人ヲ保護セサルハ頗ル権衡ヲ得サルカ如シト曰ク然ラス第三者カ代理人ト法律行為ヲ為ス毎ニ一其権限ヲ調査スルカ如キハ實際其煩ニ堪ヘサル所ナリ故ニ前ニ例示セル場合ノ如キハ第三者カ代理人ニ権限ナキコトヲ知ラサリシヲ以テ其過失ト認ムルコト能ハス之ニ反シテ本人ハ権限ヲ守ラサルカ如キ不誠実ナル代理人ヲ選任セルノ過失アリト云フコトヲ得ヘシ故ニ寧ロ第三者ヲ保護シ本人ヲシテ責ヲ負ハシメ以テ取引ノ安全ヲ欲シタルナリ」

この梅博士の見解からは、以下の三つのことを読み取ることができるであろう。第一は、代理人と法律行為をしようとする者は必ず先ずその権限を調査するべきであるが、「前ニ例示セル場合ノ如キハ」相手方が代理人と法律行為をすることにより、いちいちその権限を調査するのは実際その煩に堪え

ないので、「正当ノ理由」があるとして民法 110 条で保護するということである。

第二は、起草者は、本人が「不誠実ナル代理人」を選任したことをもって「正当ノ理由」があると解しているのではないということ、すなわち、選任監督上の本人の過失があるときは「正当ノ理由」が成立すると考えていたのではないし、「正当ノ理由」の根拠を選任監督上の過失に求めていたわけでもない、ということである⁽⁶³⁾。

第三は、起草者のひとり梅博士が例示した事例は、いずれも本人の作為ないし不作為がある場合ではないだろうかということである⁽⁶⁴⁾。

五 本章四の第二と第三については、あるいは説明を要するかも知れない。便宜上、第三から説明する。

梅博士の挙げる二つの事例のうち、前者について本人の作為ないし不作為があることは明らかであろう。これに対して、後者の「慣習上同種ノ代理人カ皆其権限ヲ有スル場合」については、「本人には、ある人を代理人に選んだという以上に作為も不作為もないのではないか」との疑問がありうるであろう。以下で、この点について検討することとする。

「慣習上同種ノ代理人カ皆其権限ヲ有スル場合」がどのような場合かは必ずしも明らかとはいえないが、梅博士の『民法原理（総則編巻之二）』（明治 37 年）498 頁以下は、民法 110 条の適用がある場合について、

「店頭ニ在ル番頭、手代ハ大抵商品ノ代金ヲ受取ル権限ヲ有スルコト一般ノ慣習ナルニ或店舗ニ於テハ主人自ラ金銭ノ出納ヲ為シ番頭、手代ハ其権限ナキモノトスル場合ニ品物ヲ買ヒタル客カ其事情ヲ知ラス番頭又ハ手代ニ代金ヲ支払ヒタルトキハ縦令其番頭又ハ手代カ受取リタル代金ヲ主人ニ渡サスシテ費消シタルトキト雖モ其代金ノ支払ヲ無効ナリトスルトキハ品物ノ代金ヲ払フニ付テモ頗ル危険ナリト謂ハサルヘカラス」

という説明をしている。梅博士の挙げる二つの事例の後者は、この説明の例に該当するものと推測される。この推測が正しいとすると、後者にも、本人には「商品ノ代金ヲ受取ル権限ヲ有スルコト一般ノ慣習ナル」地位・名称を認めた作為ないし不作為があると言えるであろう（現在では、多くの場合、商業使用人に関する商法 43 条ないし 44 条の問題となろうか）。

このように、梅博士の例示した二つの事例がいずれも本人の作為・不作為のある場合であると考えられる（第三）ことから、次のような推測が可能ではないだろうか。すなわち、民法 110 条の「正当ノ理由」は単なる「選任監督上の本人の過失」ではない、と起草者は考えていたということである（第二）。

梅博士は、「正当ノ理由」イコール「権限ヲ守ラサルカ如キ不誠実ナル代理人ヲ選任セルノ過失」である、とは書いておられないことから、このように推測できるのではなかろうか。

仮に、「正当ノ理由」イコール「権限ヲ守ラサルカ如キ不誠実ナル代理人ヲ選任セルノ過失」であるとすると、それは結局、基本代理権の付与に本人の帰責事由を求めることに他ならないであろう。しかし、基本代理権の付与に本人の帰責事由を求めることに対しては、高橋三知雄・前掲『代理理論の研究』269 頁が

「基本代理権の付与に本人の帰責事由を求める説も有力である。権限を踰越するような代理人を選任した本人に落度があるというわけである。しかし、……代理権の授与は同時にその濫用の危険をも生ぜしめるが、それだけで義務違反とみるならば、代理という必要な制度の利用そのものを非難することになる」

と批判するが、正当であろう。

この本人の帰責事由の問題を考えるについては、高橋・前掲『代理理論の研究』272 頁 1-5 行が参考になる。とりわけ「ひとくちに『帰責事由』といっても、その意味はそれぞれの分野で相違す

る。とにかくどこか本人の落度を発見すればよいというものではない」との指摘は至言と言うべきであろう。

六 本章四の起草者の民法 110 条の理解⁶⁵⁾を前提とすると、民法 54 条の悪意者であっても「当該具体的行為につき理事の包括的代表権に対する制限を解除する手続が適法にふまれたこと」を信じた場合に、民法 110 条の類推適用によって保護されると解するのは困難である。

起草者は、相手方が代理人と法律行為をするごとにいちいちその権限を調査するのは実際その煩に堪えない場合に「正当ノ理由」があるものとして、代理人の権限を調査しなかった相手方を保護すべきものと説明している。しかし、民法 54 条の悪意者には代表権の制限が守られているか否かについての調査を期待してよいし、いちいちこれを調査するのはその煩に堪えないとはいえない。なぜなら、この場合は理事の包括的代表権に対する信頼がすでに失われているからである。

起草者は、本人が「不誠実ナル代理人」を選任したことをもって「正当ノ理由」があると解しているのではないから、これを前提とすると、法人が「理事会の決議書を偽造するような理事を選任したこと」をもって「正当ノ理由」があるとすることはできないであろう。したがって、「理事会の決議書を偽造するような理事を選任したこと」をもって法人の帰責事由とすることはできない。

起草者が「正当ノ理由」があると例示した事例をみる限り、「正当ノ理由」が認められるためには相手方の善意・無過失では足りないものであり、この他に本人の作為・不作為があることが必要であると起草者は考えていたのではないだろうか。そうであるならば、理事が巧妙に偽造した決議録を提示したという事実だけでは、「正当ノ理由」は成立しない、したがって法人が責任を負う理由はないことになるであろう。

七 代表に代理の規定が準用ないし類推適用されるであろう。法人の代表者の行為について、民法

110 条の適用がありうるであろう。問題は、この場合における「正当ノ理由」如何である。起草者の「正当ノ理由」についての理解を前提とすると、法人代表関係の場合（本人が法人である場合）における、法人の作為・不作為（法人の帰責事由）とは何か、という問題と言い換えることができる。

この点についての起草者の理解は、必ずしも明確ではない。そこで、「正当ノ理由」の理解の点で起草者の見解と共通するところが多いと推測される高橋教授の説（第五章六参照）を紹介する。「正当ノ理由」の理解の点において、起草者の見解と高橋説の主張が全く同一であるとは断言できないであろう。しかし、基本的な点における共通性ないし類似性に注目すると、法人代表機関の場合における「正当ノ理由」についての理解も共通するものと推測して紹介することとした。

高橋・前掲書 289 頁は「基本権限と相手方の善意・無過失があれば「正当理由」が認められるのではなく、そのためには自称代理人の行為を本人または権限ある機関が容認していることを要する。私人（自然人、私法人）においては代理権の授与につき法律は特別の形式を定めていないから、自称代理人の行為を本人や権限ある機関がこれを知りつつ放任していれば表見代理が成立する」としているが、私見はこの理解が正当ではないかと考える。すなわち、法人の権限ある機関が、自称理事の行為（理事でない者が理事の職務を行っている場合。商法 262 条参照）を容認していること、又は、これを知りつつ放任していることが本人たる法人の作為・不作為である（法人の帰責事由である）と言うべきではないだろうか。

なお、理事が理事会の同意書を偽造して、これを民法 54 条の悪意の相手方に提示した場合において、他の理事がそれを知りつつ放任したときに、民法 110 条の類推適用を肯定すべきであるという理解がありうる。断定は控えるべきであるが、判例が民法 110 条の類推適用を肯定する場合とは、実は、このような場合であるとも解釈しえないではない。

しかし、この場合には理事の相手方は「理事会

の同意があること」を信頼したのであって、「当該具体的行為につき理事が代表権を有すること」を信頼しているのではない(相手方の信頼の対象が、理事会の同意書を提示した事例と民法110条の場合とでは異なる)から、民法110条を類推適用することは困難であるというべきではなかろうか(第二章三四参照)。

もっとも、他の理事全員が「知りつつ放任」したのであれば、理事会の同意があったと構成しうるであろう。このような場合であれば、民法110条の類推適用を認める必要がないことに注意が必要であろう。しかし、理事の多数——全員ではない——が知りつつ放任した場合は、理事会の同意があったと構成することはできないであろう。理事会を開催した場合、反対する理事の説得によって理事会の結論が変わる(不同意となる)可能性があるからである。

八 起草者が、法人と取引をする第三者の保護は、民法54条があれば十分であると考えていたことは疑いない。民法54条の保護を越えて、民法54条の悪意者を民法110条を類推適用して保護することを、起草者は想定していなかった。したがって、民法54条の悪意者を民法110条を類推適用して保護するかどうかは解釈の問題となろう。

しかし、起草者の構想によれば、民法54条の悪意の第三者を現実に民法110条の類推適用によって保護することは理論上困難である。起草者の構想からは、むしろ、民法54条の悪意の第三者を、民法110条の類推適用によって保護することはできないという結論が導けるのではないだろうか。

第七章 判例の検討

第六章では、起草者の「正当ノ理由」についての理解を紹介したが、判例は実際には「正当ノ理由」をどのように考えているのだろうか。本章では、判例が考える「正当ノ理由」の要件について検討する。

一 「定款等による代表権の制限があることを

知っていたが、制限を解除する手続がふまれたため代表権があると第三者が信じた場合」についての判例は、【1】判決(ただし、「正当の理由」がないとした)のほかには見当たらないようである。

これに対して、「法令の規定による代表権の制限は知っているが、必要な手続がとられたと信じている場合」については、民法110条の類推適用を認める判例が8つある(大審院判例【3】、最高裁判例【4】～【8】、下級審判例【9】【10】)⁽⁶⁶⁾。いずれの事例も、市町村長の代表権限と議会の議決による制限に関連する事例である。

【3】 大判昭和16年2月28日民集20巻264頁⁽⁶⁷⁾

〈事実〉Y村の村長Aが、村会で金1千円の借入決議をしたのを奇貨として、金7千円借入の決議の如く決議書を偽造してX銀行から金員を騙取した事件である。原審は、「村長ガ村会ノ議決ヲ経シテ新ニ予算外ノ義務ヲ負担スルコトアルモ其ノ行為ハ村長ノ権限超越ノ代理行為ニ属セザルヲ以テ其ノ行為ニハ民法第百十条ノ規定ノ適用ナキモノ」とした。

〈判旨〉「民法第一一〇条ノ規定ニ則リ本人タルY村ニ於テ其ノ責ヲ負フベキモノトスルX銀行ノ本訴請求ヲ排斥センニハ、須クX銀行ガY村村長Aニ右借入ノ権限アリト信ズルニ付正当ノ理由アリタルニハアラザルカニ付審理判断ヲ免ルベカラザルニ拘ラズ、原審ガ『村長ガ村会ノ議決ヲ経ズシテ新ニ予算外ノ義務ヲ負担スルコトアルモ、其ノ行為ハ村長ノ権限超越ノ代理行為ニ属セザルヲ以テ其ノ行為ニハ民法第百十条ヲ適用スベカラザルモノナリ』ト做シ、輒クX銀行ノ本訴請求ヲ排斥シタルハ民法第百十条ノ解釈適用ヲ誤リ審理不尽ノ違法アルニ帰」するとした(破棄差戻)。

【4】 最判昭和34年7月14日民集13巻7号960頁⁽⁶⁸⁾

〈事実〉村議会が借入決議をしたのを受けて、現金出納権限のない村長が、村上席書記を帯同のうえ、貸主Xに前記決議書抄本を提示して金員を借

り入れた事件である。原審は、Xにおいて村長に前記借入金を受領する権限があると信じたことにつき正当の理由があるとした第一審判決を支持した。

〈判旨〉「村の現金の出納事務は該村収入役の専権に属し、村長はその権限を有しないことが法令の規定上明らかである以上」、第一審判決が、たんに村上席書記の帯同及び借入決議の決議書抄本の提示の事実を判示しただけで「何等特殊の事情の存在を判示することなく、たやすく、貸主Xは、Y町の前主村の村長が前示金員を受領する権限ありと信じたことにつき正当な理由があると判断し民法一一〇条を類推適用してY町の前主村の責任を認めたことは失当である」とした（破棄差戻）。

【5】 最判昭和35年7月1日民集14巻9号1615頁⁽⁶⁹⁾

〈事実〉村長が無権限で（議会の議決を要するところ、議決書謄本を偽造した）振り出した約束手形の受取人Xが、村に対して手形金の支払を請求した事案である。

〈判旨〉「本件において代理権ありと信ずべき正当の事由ありや否は、村長の本件手形振出につき村議会の議決があったか否かの点について問題となるのであるが、原判示によればXは偽造と認定された作成名義人の調印なき議事録謄本（甲四号証）を示され不審を抱きながら右議決の有無の点につき特に調査した形跡はないというのであるから、Xに過失ありと認めた原判決は正当である」。

【6】 最判昭和39年7月7日民集18巻6号1016頁⁽⁷⁰⁾

〈事実〉Y町がZに本件土地を売却した。Y町の住人XらはこのYZ間の売買契約が正規の手続を経ていないとして、その無効確認を求めてYZを被告とする納税者訴訟を提起した。

〈原審〉請求棄却（大阪高裁昭和36年12月4日）

本件売買契約は町条例によれば議会の特別議決を要するものであったところ、原審はこれについて議会の特別決議があったとは認定できないとし

た。したがって、本件売却行為は、町長がその権限を超えてなしたものである。しかし、原審は、「町長が町条例により一定された権限を超えて、第三者に町有財産を売却する私法上の契約を締結する場合でも、当該第三者の側において町長に契約締結権限があるものと信ずる正当の事由あるときは、取引安全保護の見地から、民法110条の表見代理の規定が類推適用される」として、以下の諸事実を認定判示した。

本件契約は出席議員全員の申合せによる全員協議会及び特別委員会で承認されたが、全員協議会や特別委員会は「全く非公式な話し合いの場にすぎないが、Y町の理事者や町議会の議員は……全員協議会という形式で腹藏のない意見を交換し合つて、そこで……全員一致の結論がえられさえすれば、それを町議会の議決のあつたものとして取り扱うことについて、別段疑念をさしはさまなかつた」。Y町及び町議会当局は、前記各申合せに基づいて、本件契約が「町議会において全員一致で議決されたものとして取り扱い、町議会では、議会書記がその旨の町議会会議録を作成し、議長ほか議員二名が認証してこれに署名する一方」、町当局はZに対して本件契約が「町議会で議決された趣旨の書面を交付した。しかし、Zは、その議決が前述のような経緯でなされたことを知らなかつた。」

「これらの事実関係に照らしてみると、Zおよびその代理人は、Y町の町議会が本件売買契約の締結について適法な議決をなし、したがって、契約当時、同町長Aが町を代表して本件売買契約を締結するものと信じ、かつ、かく信ずる正当の事由があつたと認定するのが相当である」とした（YZが勝訴した）。Xが上告した。

〈判旨〉 上告棄却。

最高裁判所は、「普通地方公共団体の長たる村長がなした代表権限踰越の行為についても民法一一〇条の適用があり得るとすることは、すでに当裁判所の判例」であるとして、【4】判決を引用して、「本件町長の場合も右と異なる」とした。そして、原審が前示のような諸般の事実関係を認定判

示した上で民法 110 条の「信スヘキ正当ノ理由」ありとした結論を支持した。

【7】 最判昭和 40 年 12 月 14 日最高裁判所裁判集民事 81 号 455 頁

〈事実〉原審の認定によれば、町長が何かの手違いで、町議会において売却を議決した土地の範囲(1910 坪)を超えて係争地を含む町有地(2977 坪)を売却した事件である。町議会の議決には、「約二、〇〇〇坪」と表示されていた。

原審は、約二〇〇〇坪と表示した議会の議決は「町議会の客観的議決の内容としてはむしろ前記一七六番の一宅地一、九一〇坪を対象としていたものと解するのが相当で、該議決をもつて本件係争地を含む売買全部を認容する趣旨であつたとは解し難い」。然りとすれば、町長が「何かの手違いで……元来町議会の議決としては一七六番の一についてのみ議決されたに過ぎないのに、その客観的範囲を超えて本件係争地を含む売却処分をなしたものと認める外はない」。前記売買の相手方である K 会社としては「既に前記の如く約二、〇〇〇坪と表示した議会の議決がなされている以上、更にその後において議決書附属図面をまで仔細に検討し、その瑕疵のないことは確認すべき注意義務があつたとなすことはできない」し、また「前記売買代金は町議会において議決された正規の代金額四八万円の外、更に二万円が追加支払われているが、これとても収入役において収納している以上、右金員の授受の事実を捉えて K 会社に不正な意図があつたものとなし、又は I 町長の無権限行為につき悪意乃至これを知らざるにつき過失があつたとなすことを得ない」ので、「結局 K 会社としては当時 I 町長において前記一七六番の一の土地のみならず、本件係争地三筆をも売渡す権限ありと信ずべき正当の理由があつたものとみるのが相当である」とした。

〈判旨〉「本件売買にあたって買主たる K 会社において前示町長に本件係争地をも売却する権限があると信ずべき正当の理由があつたとする原審の判断は、その認定判示の事実関係のもとでは首肯

できる」

【8】 最判昭和 41 年 9 月 16 日判例時報 459 号 45 頁

〈事実〉X 市市長 A が自己個人の金融を得る目的で、無権限で(市議会の議決を経ることがないなど、当時の地方自治法の制限に違反して)約束手形を振り出した。X 市はこの手形の受取人 Y に対して手形金債務不存在確認請求訴訟を起こした事案である。

〈判旨〉市長の手形振出については地方自治法による制限があるのであるから、Y が当該手形の取得に際しての調査にあたっては、当該手形振出の事情についての「調査を当然行なうべきものであり、その調査は X 市吏員あるいは X 市議会等に確かめることにより容易に行ないえたはずであるから、X がこの調査を怠り、A の言により右各手形が正当の手續で適法に振り出されたものと信じたとしても、その信じたことには過失があるから、民法一一〇条にいう正当の理由を欠くものとして、同条を類推適用することができない」

【9】 仙台高判昭和 37 年 2 月 27 日判例時報 312 号 26 頁(確定判決)⁽⁷¹⁾

〈事実〉【4】の差戻後の高裁判決である。

〈判旨〉借入についての議決書謄本の提出は「村長が借入の交渉をする正当な権限を有すると信ずる根拠となることはあつても、……公法の明文上村長固有の権限外とされる現金收受行為が本件の場合にかぎり村長にその権限があるものと信ずるにつき正当の理由となるものではない」また、村上席書記が貸主との間に金銭の授受をしたことのある事実を認めるに足りる証拠はないから「村長が……同書記を帯同したからとて……村のために右金員を受領する権限があるものと信ずるにつき正当の理由となるものではない」

【10】 熊本地判昭和 46 年 7 月 10 日判例時報 648 号 90 頁(確定判決)

〈事実〉X は Y 市に対し、都市公園設計等委託契

約の履行として報酬等を請求し、予備的に前記契約が地方自治法の制限（支出負担行為は法令又は予算の定めるところに従いこれをしなければならない）に反するとしても、X—Y 市市長 A 間に結ばれた前記契約は民法 110 条の要件を備えている旨主張した。裁判所は、X の第一次の主張は認めなかったが、「正当の理由」があったとして表見代理の成立を肯定した。

〈判旨〉A の Y 代表権の存在について「X に疑念を生じさせるに足りる事情は毫も看取されなかったこと、右設計委託自体については Y 市議会の都市公園対策委員会等においてもこれを了承しておったこと、X は Y 市々長等執行部ならびに右都市公園対策委員会委員長等から右設計依頼については同市議会方面においても了承済みであるから早急に実施設計を作成してもらいたい旨要請され、かつしっかりとやってもらいたい旨激励されて」いたこと、当時の Y 市議会は「A 支持の与党派議員が多数で一般的に執行部提出の議案ないし予算案可決の可能性が強かったこと等の情的事実の存在に徴すると……X が当時 A に右設計作成の委託契約をなす権限があるものと信じたことについては正当の理由があり、かつ過失の責むべきものもなかった」として、民法 110 条の適用を認めた。

二 【1】判決以外は、すべて法令による制限の事例であることに注意する必要がある。

【1】【3】～【10】判決のなかで、民法 110 条の「正当ノ理由」が認められる要件について説明したものは見当たらない。そこで、【1】【3】～【10】判決を総合的に検討することによって、どのような事情があれば裁判所は「正当ノ理由」を認めるのかを考えてみたい。

三 【1】【3】～【10】で、「正当ノ理由」があると認めた判決は【6】【7】【10】判決の三つである。しかし、【6】【7】【10】判決はいずれも、正当の理由を認めた判決としては特殊な判決であると評価すべきではなかろうか。

(1) 【7】判決は、町長が何かの手違いで、町議会において売却を議決した土地の範囲を超えて係争地を含む町有地（上告理由によれば、面積は 2977 坪となる）を売却した事件である。原審は、約二〇〇〇坪と表示した議会の議決がある以上、買主においてさらに議決書附属図面まで仔細に検討し、その瑕疵のないことを確認すべき注意義務はなく、買主が町長に当該係争地をも売り渡す権限ありと信じたことには正当の理由があったとした。最高裁判所は、この原審の判断を是認した。

事実関係が詳らかではないが⁽⁷²⁾、【7】判決の先例としての価値には疑問の余地があると評価すべきではないだろう。

原審は結局、約二〇〇〇坪と表示した議会の議決がなされていること、すなわち、当該係争地を含めた坪数を表示した議会の議決があることをもって正当の理由があると認めたものと解される（しかし、上告理由では、2977 坪は「常識的用語では約三千坪とは云つても約二千坪とは云わぬ」という指摘がなされている）。

この議会の議決は町長に当該係争地の売却についての代理権を認めた議決であるはずである（この議会の議決が当該係争地の売却について代理権を認めた議決ではないとすれば、原審及び最高裁判所がこの議決があることをもって「正当ノ理由」があると認めたことは明らかに不当であろう）。

しかし、この議会の議決（当該係争地を含めた坪数が表示されている）が町長に当該係争地の売却について代理権を認めた議決であるならば、町長は越権行為をしていないことになるはずであろう。したがって、民法 110 条の類推適用は問題とならない。そうであれば、「正当ノ理由」を論じた原審は誤りであって、原審及び最高裁判所は町長の手違いの問題（代表者の錯誤の問題）として処理すべきであったということになろう。

要約すると、【7】判決が原審の判断——「正当ノ理由」があったとした判断——を維持した点については、先例としての価値という観点からは、疑問がないではないであろう。

(2) 【6】判決については、これを納税者訴訟で

あるから特殊な事例であるとする見解がある⁽⁷³⁾。しかし、【6】判決の特殊性はむしろ、Y町町議会が全員協議会及び特別委員会の承認を正式な議決として取り扱っていたという事情にあると見るべきであろう。すなわち、【6】判決の事例は「形式上は議会の特別議決を経てはおらぬけれども、出席全議員の申合で、これに代るものとされた全員協議会、特別委員会の諒承を得ているので、実質的には町長の代表権の制限は解かれていると見てよく売買は有効と解するのが妥当である⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾。

したがって、YZ間の売買契約は有効であった(町長の越権行為ではなかった)のではなかろうか。

(3) 【10】判決はどうであろうか。私見では、【10】判決が「正当の理由」ありとしたことは比較的甘い認定なのではなかろうかと考える。【10】判決は、(確かに議決はないが)議決をすれば予算案が通った蓋然性が高いことから「正当の理由」を認めたものの、それだけでは説得的ではないので⁽⁷⁶⁾、前記の諸事実をあわせて指摘したように思えてならない。

四 以上の【6】【7】【10】判決からは、定款又は法令による代表権の制限の場合について、判例が「正当ノ理由」の要件をどのように考えているのかを定式化することは難しいと思われる。

それでは、「正当ノ理由」を否定した判決で、「正当ノ理由」の定式化の参考となる事例はないであろうか。

【1】判決は、「原判決は……Xが、本件土地の売却につき理事会の承認があり組合長Aが本件売買契約締結の権限があるものと信じたとしても、そう信じるにつき正当の理由があるとはいえない、と認定判断しているのであるから、原判決に所論の違法はない」としたものであって、「正当ノ理由」の定式化の参考とはならないであろう。

【4】判決、及び【4】判決の差戻後の高裁判決【9】判決も、定式化の参考とはならないであろう。【4】判決の事例では、村長に借入金を受領する権

限が与えられていたと相手方が信じるにつき「正当ノ理由」があるかどうか、まさに問題となる。しかし、村上席書記の帯同及び借入決議の決議書抄本の提示の事実は、村長に借入金受領権限があることを示すものではないから、相手方に明らかな過失がある。過失があれば「正当ノ理由」がないとされることは争いがない(第六章三参照)。

【5】判決も、第三者に過失が認められるから定式化の参考とはならないであろう。

【3】判決はどうであろうか。【3】判決は、X銀行が村長Aに借入の権限があると信ずるにつき正当の理由を有したか否かを原審が審理しなかったのは違法であるとして原判決を破棄して差し戻したものであり、やはり「正当ノ理由」の定式化の参考とはならないといえよう。「正当ノ理由」があるかどうかについて判断していないからである。

五 【8】判決の調査義務は、「正当ノ理由」の定式化の参考となりそうである。これは、調査を当然行うべき事項がある(調査義務が認められる)場合で、かつ、その調査が容易に行えるものである場合には、これを怠った第三者には過失があるとしたものである。

しかし、「正当ノ理由」があるとされるためには善意・無過失が少なくとも要求されることは明らかであるから、第三者の調査義務は「正当ノ理由」が認められる具体的な事情を判断するために役立つとまではいえないであろう。

六 結局、【1】判決の示した理論(【3】【4】判決の示した判例理論を含む)における「正当ノ理由」の要件は、判例の検討からは必ずしも明確ではないというべきではなかろうか。したがって、【1】判決の示した理論(民法110条類推適用説)は直ちに第三者の保護に資するとはいえないから、民法110条を類推する実質的な理由は必ずしも明確ではないと評価すべきではないだろう。

第八章 結 論

以上のとおり、定款等による代表権の制限があることを知っていたが、理事の言動などにより、理事の当該具体的行為につき代表権があると第三者が誤信した場合について、民法 110 条の類推適用によって第三者を一般的に保護することは、理論上正当ではないであろう。

第二章、第三章及び第五章で説明したように、民法 110 条類推適用説は理論的に正確ではないし、判例の「正当ノ理由」の要件も必ずしも明確ではない(第七章)から、【1】判決の示した理論によって第三者を十分に保護できるかどうか疑問しいと言うべきではないだろうか。民法 110 条類推適用説を最初に主張した末弘博士は、実は、民法 54 条の適用のある場合については民法 110 条の類推適用を想定していなかったことに注意が必要である(第四章参照)。

「理事の包括的代表権を制限したい」という法人の利益と法人と取引をする第三者の取引の安全との調和を民法 54 条で図るとというのが、民法の基本的な構想であろう。すなわち、法人と取引をする第三者の取引の安全の保護としては民法 54 条があれば十分である、定款等による代表権の制限を解除する手続が適法にふまれたことに対する第三者の信頼は民法 54 条の枠を越えるものであって保護に値しない、というのが起草者の考えではないだろうか(第六章参照)。第三者が被った損害をどうするかという問題が残るが、理論上は、それは理事の不法行為の問題として処理されるべきことになる⁷⁷⁾。

すなわち、【1】判決の事案においては、理事 A が不法行為責任(民法 709 条)を負うことには問題がない。それでは、Y 組合は民法 44 条 1 項の責任を負うであろうか。民法 44 条 1 項の「其職務ヲ行フニ付キ」の解釈について判例はいわゆる外形標準説を採っているから、これを前提とすると、Y 組合は民法 44 条 1 項の責任を負う余地がある。以上が本稿の結論である。Y 組合と相手方 X の間の過失相殺(民法 722 条 2 項)によって、

YX 間の衡平が図られるべきであろう。

注

- (1) 【1】判決の判例評釈等としては、以下のものがある。中田昭孝「時の判例」(以下「判例」)ジュリスト 855 号 94 頁、中田昭孝「最高裁判所判例解説」法曹時報 41 巻 6 号 138 頁、鎌田薫・法学セミナー 377 号 110 頁、安永正昭・法学教室 77 号(判例セレクト 86) 21 頁、上柳克郎・民商法雑誌 95 巻 3 号 96 頁、石田喜久夫・判例評論 331 号 20 頁、山崎敏彦・判例タイムズ 613 号 54 頁、森泉章・昭和 61 年度重要判例解説 58 頁、能見善久・民法判例百選 I (第 4 版) 74 頁、堀内仁・手形研究 382 号 65 頁、東法子・手形研究 424 号 10 頁。

判例評釈ではないが、中川良延・法学教室 83 号 97 頁、山本豊・法学教室 182 号 96 頁でも、【1】判決について検討がなされている。

体系書では、内田貴『民法 I 総則・物権総論(第 2 版補訂版)』(平成 12 年) 245-246 頁が【1】判決を詳しく検討している。その他【1】判決を解説した体系書として、石田穰『民法総則』(平成 4 年) 184 頁、近江幸治『民法講義 I (第 2 版補訂版)』112 頁、北川善太郎『民法総則(民法講要 I)』(平成 5 年) 74 頁、189 頁、田山輝明『民法総則(第 2 版)』(平成 2 年) 73 頁、森泉章『有斐閣双書 民法(1)総則[第 4 版]』(平成 8 年) 98 頁がある。

- (2) ただし、【1】判決が、民法 54 条の「善意についての主張・立証責任は第三者にある」としたことについては批判がある。

民法 54 条にいう「善意」の主張・立証責任に関する判断を除いた、その他の判旨について【1】判決に賛成するのは、能見・前掲評釈(注 1) 75 頁、石田・前掲評釈(注 1) 21 頁、安永・前掲評釈(注 1) 21 頁、内田・前掲書(注 1) 246 頁、石田・前掲書(注 1) 184-186 頁である。これらは、相手方が悪意であることを法人の側が立証すべきであるとする見解であり、有力説であると思われる。中川・前掲解説(注 1)

97頁も同旨であろう。

民法53条で、理事は包括的代表権を有するのが原則であるから、第三者は理事の代表権が包括であることを信頼してよく、第三者のこの信頼を保護したのが民法54条である(第二章参照)ことを考えると、有力説が妥当であろう(石田・前掲評釈(注1)22頁、安永・前掲評釈(注1)21頁、内田・前掲書(注1)246頁)。

- (3) なお、Xの上告理由は、最判昭和40年9月22日民集19巻6号1656頁を引用して原判決を判例違反と論難しているが、【1】判決は「所論引用の判例は、事案を異にし、本件に適切でない」としてこれを退けている(上柳・前掲評釈(注1)100頁は、【1】判決の民法110条類推適用説には「相当な説得力がある、と一応いえよう」とする一方で、特に理由を述べずに事案が異なるとした点を批判する)。

最判昭和40年9月22日は、株式会社の定款上、重要事項が取締役会の決議事項となっていたのに、代表取締役が前記議決を欠いたまま会社の製材工場一式を処分した事案につき、「代表取締役は、株式会社の業務に関し一切の裁判上また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、右議決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つて、ただ、相手方が右議決を経ていないことを知りまたは知り得べかりしときに限つて、無効である」とした。この判決は民法93条を類推適用したものである。最高裁判所は、公益法人の場合と株式会社の場合とで相手方保護の理論構成を異にしているといえる(この点につき、中田・前掲「解説」(注1)149頁は「その理由を推察するのに、株式会社は営利を目的とするものであるのに対し、Y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とされたものであろう」とする。しかし、上柳・前掲評釈(注1)100-105頁、石田・前掲評釈(注1)23頁は、漁業協同組合の場合と

株式会社の場合とで理論構成を変えることに反対する)。

しかし、私は最判昭和40年9月22日が誤りであり、理論上、株式会社の場合も公益法人と同じく民法54条によって相手方保護が図られるべきものと考え。代表取締役の代表権についても民法54条が準用されているからである(商法261条3項、78条2項)。この問題につき、山田廣己・会社判例百選(第6版)91頁参照。

- (4) 中田・前掲「判例」(注1)95頁は、「この点に言及した学説は見当たらない」という。同じ指摘をするものとして、能見・前掲評釈(注1)75頁、中川・前掲解説(注1)97頁がある。
- (5) 中田・前掲「判例」(注1)95頁は、【1】判決は「法令によって理事の代表権が制限されている場合との第三者保護のバランスをも考慮したものであろう」と指摘して、【4】最判昭和34年7月14日民集13巻7号960頁、【5】最判昭和35年7月1日民集14巻9号1615頁、【6】最判昭和39年7月7日民集18巻6号1016頁を引用する。法令によって理事の代表権が制限されている場合に、民法110条を類推適用して第三者を保護する最高裁の判例理論のリーディングケースは【4】であるが、その起源は【4】判決が判旨で引用する【3】大判昭和16年2月28日民集20巻264頁である。そして、【3】判決は末弘巖太郎・判例民事法大正15年度610頁を受けて出された判決であると考えられる(川島武宜・判例民事法昭和16年度79頁参照)。
- (6) 能見・前掲評釈(注1)75頁、内田・前掲書(注1)246頁参照。
- (7) 中田・前掲「解説」(注1)147頁。
- (8) 石田・前掲評釈(注1)21頁。
- (9) 【4】【5】【6】判決などを参照。
- (10) 中田・前掲「判例」(注1)95頁は、【1】判決は「法令によって理事の代表権が制限されている場合との第三者保護のバランスをも考慮したものであろう」と指摘している。同様の指摘をするものとして、中田・前掲「解説」(注1)147-148頁、能見・前掲評釈(注1)75頁、森

泉・前掲「解説」(注1) 59頁, 安永・前掲評釈(注1) 21頁, 山崎・前掲評釈(注1) 56頁がある。また, 堀内・前掲評釈(注1) 66頁は, 第三者が民法54条の善意者ではない場合でも, 「判例は, 定款や株主総会の決議により代表権が制限されている場合において, 民法110条を類推適用して第三者の保護をはかることにしている」として, 法令による代表権の制限の場合の判例【3】【4】【6】を引用するが, これは【1】判決と【3】【4】【6】判決を同列に扱うものであって, 中田・前掲「判例」(注1) 95頁と同じ趣旨であるといつてよいであろう。本件の判例評釈を執筆した10人のうち6人がこの点を根拠として指摘する。

- (11) 内田・前掲書(注1) 246頁。
- (12) 我妻栄『判例コンメンタールI 民法総則』(昭和38年) 84頁。
- (13) 最判昭和58年6月21日判例時報1082号45頁は, 学校法人がその寄附行為で定めた「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三分の二以上の同意がなければならない旨の規定」を, 理事の代表権に加えた制限であるとした。この判決の評釈として, 山田誠一・民商法雑誌90巻2号136頁がある。
- (14) 藤原弘道『新版注釈民法(2)』(平成3年)377-378頁参照。
- (15) 藤原・前掲書(注14) 377頁参照。
- (16) 中川・前掲解説(注1) 97頁。梅謙次郎『民法要義卷之一総則編(訂正増補第6版)』(初版明治29年。以下『要義』) 107頁は, 民法54条の起草理由を「定款若クハ寄附行為ノ制限又ハ總會ノ決議ノ如キハ第三者之ヲ知ラサルコト稀ナリトセス故ニ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセハ第三者ハ往往ニシテ意外ノ損失ヲ蒙ルコトアルヘシ是レ本条ノ必要アル所以ナリ」と説明する。
- (17) 梅・前掲『要義』(注16) 109頁。
- (18) 民法第一議案で民法54条に付された起草理由の説明のなかでも, 「其制限アルヲ知ラスシテ取引ヲ為シタル者即チ善意者ニ對抗シテハ之ヲ

無効トシ」となっている。民法54条の善意をこのように解することについて起草者の間では異論はなかったようである。法典調査会「民法主査会議事速記録」(商事法務研究会, 日本近代立法資料叢書13(昭和63年)所収) 527-529頁を参照。

- (19) 我妻・前掲書(注12) 85頁は「善意の第三者とは, 理事の代表権に制限が加えられたことを知らない者である」とする。岡松参太郎『註釈民法理由(上巻総則編)』(明治29年)104頁も, 民法54条の「善意」を「制限ヲ知ラサル」ことだとする。ほかに, 藤原・前掲書(注14)378頁, 四宮和夫『民法総則(第4版)』(昭和61年)103頁, 森泉・前掲『総則』(注1) 99頁, 内田・前掲書(注1) 245頁, 北川・前掲書(注1) 74頁などを参照。この点につき異論がないことを指摘するものとして, 中田・前掲「解説」(注1) 146頁がある。すなわち, 「民法学者は, 前者の説であり, 後者の説は見当たらない」。
- (20) ただし, 私見によれば, この事例の第三者を保護する必要はないと考える。第二章六及び七, 第五章, 第六章で後述する。
- (21) この議論は, 手形偽造と表見代理規定の類推適用の問題と類似しているのではないだろうか。

無権限者が機関方式(他人が本人の記名捺印を代行する)による手形行為をした場合を手形の偽造というが(通説), 手形の偽造の場合に表見代理の規定を類推適用して相手方を保護できるかという問題がある。類推適用を否定する見解は, 偽造手形を受け取った相手方が信頼したのは記名捺印が真正だということであって, 代行者が本人の記名捺印を代行する正当な権限を有することを信頼したのではないという。すなわち, 「表見代理が成立するためには, 無権代理行為の相手方に, その手形行為は代理人によって行われたとの認識があり, そして, その代理人が代理権を有していると信じていたことが必要である。しかし, 機関方式の手形行為の場合には, 相手方には, むしろ, このような認識も

- 信頼もないことが多いであろう。考えられるのは、記名捺印は誰がしたか知らないが、とにかく真正であろう、と信じたということである(本人が真正に手形行為をしたという信頼) (大塚龍児＝林靖＝福瀧博之『商法Ⅲ(手形・小切手)』(平成元年)76頁)。
- (22) 内田・前掲書(注1)246頁。
- (23) 梅・前掲『要義』(注16)107頁。
- (24) 梅・前掲『要義』(注16)109頁は「理事ノ権限ニ制限アルコトヲ知ラサル第三者ハ普通ノ原則ニ依リ理事ハ如何ナル事項ニ付テモ法人ヲ代表スル権限アルモノト信シテ是ト取引ヲ為スハ固ヨリ当然ニシテ敢テ過失アル者ト認ムルコトヲ得ス」という。
- (25) 藤原・前掲書(注14)378頁。理事の代表権の制限を登記事項としなかった(民法46条参照)理由について、梅・前掲『要義』(注16)107-108頁は「法人ト取引ヲ為サント欲スル第三者ハ必ス予メ登記簿ヲ閲覧スルコトヲ要スルモノトセハ其不便実ニ言フヘカラスシテ遂ニ其実際ニ行ハルコトヲ期スヘカラス」という。
- (26) 理事の氏名及び住所は登記事項である(民法46条1項8号参照)。
- (27) 中田・前掲「解説」(注1)147頁。
- (28) 法令による代表権の制限の場合に、法人の利益について言及する学説として、美濃部達吉・国家学会雑誌55巻8号96頁(【3】判決の判例評釈)、谷口知平・民商法雑誌41巻6号99頁(【4】判決の判例評釈)がある。美濃部・前掲評釈97頁は、民法110条の類推適用を認めた判旨に反対する理由の一つとして、美濃部達吉・国家学会雑誌54巻9号119頁を引用して、「法律が町村の起債又は一時借入金に付き特別の制限規定を設けて居るのは、町村の財政の安全を保護する為にして居るもの」であることを指摘する。谷口・前掲評釈103頁は、「町村というような地方公共団体においては、その財政の堅実な維持のために、公共団体がその吏員殊に団体長の職権濫用の行為によつて責任を負わしめられないようにしなければならぬという要請と、
- 他方、公共団体の名において団体長が行なつた行為について、団体が責任を負うものと考えて交渉する一般の取引相手方の利益いわゆる取引安全の保護の要請とを、どのように調和せしめるか」が問題であることを指摘する(ただし、民法110条の類推適用を認める判旨については賛成する)。これらの指摘は正当であり、地方公共団体だけではなく、法人一般に妥当するのではないだろうか。
- (29) 末弘・前掲評釈(注5)615頁。
- (30) 高橋三知雄『代理理論の研究』(以下『研究』)(昭和51年)288-290頁、高橋三知雄・民法判例百選I(第1版)78頁(【4】判決の判例評釈)参照。
- (31) 詳論を控えるが、【3】【4】判決の示した判例理論に反対する少数説(注30参照)が正当であると考ええる。
- (32) ただし、私見では【3】【4】判決の示した判例理論に反対する少数説が正当であると考えから、以下の(3)の反論を持ち出すまでもなく中田＝能見説に賛成することはできないと言うべきであろう。
- (33) 能見・前掲評釈(注1)75頁。
- (34) 四宮・前掲書(注19)107頁参照。
- (35) 【2】判決、大判昭和9年3月30日民集13巻5号400頁。藤原・前掲書(注14)382頁、林良平『注解判例民法・民法総則』(平成6年)211頁参照。
- なお、法令の規定による代表権の制限の場合は民法54条の適用の余地がないと解した場合、商法260条2項をどのように解するかが問題となりうる。
- しかし、商法260条2項の事項について取締役会の決議がない場合は、やはり民法54条(商法261条3項、78条2項)の適用があると解すべきであろう(注3参照)。商法260条は、1項で取締役会が株式会社の業務執行の意思決定機関であると定め、2項で重要な業務執行については代表取締役が意思決定を委ねてはならないと定めている。すなわち、商法260条2項は株

式会社の業務執行の方法を定めた条文である。したがって、商法 260 条 2 項については、「初めから法律の要求してゐる理事の権限発生要件である」(末弘・前掲評釈(注 5) 613 頁)から民法 54 条の適用の余地がない、という論は成り立たないのである。

- (36) 法令の規定による代表権の制限は、民法 54 条の「代表権ニ加ヘタル制限」に当たらないから、第三者がこの制限を知っていようがいまいが、常に民法 54 条は適用されない。したがって、(a)の場合に民法 54 条の適用がない理由として能見・前掲評釈(注 1) 75 頁が引用した四宮・前掲書(注 19) 107 頁の「相手方の法令の不知を保護すべきでないから、民法 54 条による保護を与えるのは適当ではない」との説明は正当ではないであろう。

「相手方の法令の不知を保護すべきでない」という説明は、末弘・前掲評釈(注 5) 613-614 頁に由来するものであろう。しかし、末弘・同評釈 613-614 頁は、(a)の場合とは異なって(b)の場合は保護に値するのだという(a)と(b)の処理に差を設ける理由を説明したものであって、(a)の場合に民法 54 条の適用がない理由を説明したものではない。すなわち、「仮りに全然総会の決議なく従つて決議録の添付なきに拘らず、買主これに気付かずして売買を締結したのであれば、漁業組合法令第二十条を知らざるものとして法律の保護に値しないかも知れないけれども、本件の如く形式上ともかくも総会の決議があり、唯それが内部的事由の為に無効であるに過ぎない場合に、局外の第三者がその無効を知り得ることあるべきは極めて当然である。而してかくの如き善意者は条理上尙大に保護の価値あり」。

- (37) 末弘・前掲評釈(注 5) 613 頁以下。
 (38) 中田・前掲「判例」(注 1) 95 頁。
 (39) 末弘・前掲評釈(注 5) 612-615 頁。
 (40) 末弘・前掲評釈(注 5) 614-615 頁。
 (41) 末弘・前掲評釈(注 5) 614 頁。
 (42) 末弘・前掲評釈(注 5) 614-615 頁。

- (43) 末弘・前掲評釈(注 5) 614-615 頁。
 (44) 高橋説については、高橋・民法判例百選 I (第 1 版) 78 頁も参照する必要がある。
 (45) 高橋・前掲『研究』(注 30) 289 頁。
 (46) 末弘・前掲評釈(注 5) 614 頁。
 (47) 末弘・前掲評釈(注 5) 614 頁。
 (48) 末弘・前掲評釈(注 5) 615 頁。
 (49) 高橋・前掲『研究』(注 30) 289 頁。
 (50) 末弘・前掲評釈(注 5) 614 頁。
 (51) 高橋・前掲『研究』(注 30) 289 頁。
 (52) 高橋・前掲『研究』(注 30) 289 頁。
 (53) 末弘・前掲評釈(注 5) 614-615 頁。
 (54) 梅・前掲『要義』(注 16) 108 頁は、理事の代表権の「制限ハ一切之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得サルモノトスル」と「第三者ヲ保護スル点ニ於テハ固ヨリ間然スル所ナキカ如シト雖モ此ノ如クハ理事ハ専横ヲ逞ウスルコトヲ得テ定款、寄附行為ノ制限又ハ総会ノ決議モ實際ニ其効力ヲ見ルコト能ハス為メニ法人ノ目的ヲシテ充分ニ貫徹スルコト能ハサシムルノ虞アリ」とする。
 (55) 高森八四郎=高森哉子『表見代理理論の再構成』(平成 2 年) 47 頁は「正当理由=善意・無過失と表現したのは鳩山(秀夫)博士が最初である」という。鳩山秀夫博士は、「代理権アリト信スルニ付キ正当ノ理由アリシコトヲ要ス即チ第三者ノ善意ハ過失ニ基カサリシコトヲ要スルナリ」とする(鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(初版明治 45 年) 328 頁以下)。
 (56) 最判昭和 28 年 12 月 3 日民集 7 卷 12 号 1311 頁、最判昭和 34 年 2 月 5 日民集 13 卷 1 号 67 頁、椿寿夫『注釈民法(4) [初版]』(昭和 42 年) 147-150 頁参照。
 (57) 石田・前掲評釈(注 1) 21 頁、安永・前掲評釈(注 1) 21 頁、中田・前掲「判例」(注 1) 94 頁、山本・前掲解説(注 1) 96 頁など参照。
 (58) 椿・前掲書(注 56) 150 頁は、「通説および現在の判例によれば、本人の過失や作為・不作為は本条(民法 110 条)適用の要件ではない。しかし、そのことと、本条の表見代理が成立する

か否かを判断する際それらを考慮すべきかどうかということとは別問題である。学説には、十分考慮すべきである(於保不二雄)、上掲最高裁(前掲最判昭和28年12月3日、前掲最判昭和34年2月5日)が真に過失や作為を問題にしているかは疑問であり、本人の有責性の程度は必然的に正当理由の成否へ影響する(石田喜久夫)、と注意する見解があるが、そのとおりである」という。

(59) 「正当ノ理由」が成立するためには本人の過失はもちろん作為・不作為も不要であると最初に主張したのは鳩山博士(鳩山秀夫「民法第百十条ノ適用範囲」法学協会雑誌34巻1号107頁)のようである(高森=高森・前掲書(注55)49-50頁参照)。しかし、鳩山博士が「正当ノ理由」がある場合として例示したものは、いずれも本人の作為・不作為のある事例であることに注意が必要であろう。すなわち、鳩山・前掲『法律行為乃至時効』(注55)329頁は、「委任状ニシタル代理権ヨリ狭隘ナル代理権ヲ与ヘタル場合ノ如キハ之ニ属スヘシ白紙委任状ノ受領者カ擅ニ権限ヲ記入シテ第三者ト法律行為ヲ為シタル場合ニ本条ヲ適用シタルハ(三十五年五月十二日大阪地方裁判所判決法律新聞一〇二号)正当ナリト信ス其他平常代理人ノ行為ヲ黙許シテ履行ヲ拒マサリシニ代理人ニ対シテノミ爾後其事項ヲ禁スル旨ヲ言渡シタルカ如キ亦之ニ属スヘシ」とするが、本人に作為・不作為があると言えよう。高森=高森・前掲書(注55)50-52頁参照。

(60) 富井政章『民法原論(第一巻総論)』(初版明治36年)514頁,515頁。

(61) 高橋・前掲『研究』(注30)267-268頁,272頁は、富井博士は「正当理由」と相手方の善意・無過失とを明確に区別されている、という。

高森=高森・前掲書(注55)47頁は、「梅・富井両博士は正当理由が成立するときは、あらかじめ代理権限の有無を調査しなかった相手方に過失はないと表現しているが、正当理由=善意・無過失とは説明していない。起草者はむし

ろ一一〇条の正当理由を、単なる善意・無過失とは区別していたように思われる」という。

(62) 以下は、高森=高森・前掲書(注55)37-47頁によるところが大きい。

(63) 高森=高森・前掲書(注55)42頁は、梅博士は、「前二例示セル場合」のように正当理由が成立する場合には「権限を調査しなかった相手方には過失がなく、むしろあえていえば、権限を守らないような不誠実な代理人を選任した本人には過失がある(過失がないとは必ずしもいえない)と、相手方の無過失との対比で本人の過失に言及したにすぎないと思われる」とする。この指摘は正当であろう。梅・前掲『要義』(注16)はこのように読み取れるであろう。

(64) 梅・前掲『要義』(注16)284頁が言う「慣習上同種ノ代理人カ皆其権限ヲ有スル場合」が、具体的にどのような場合であるかについては、後述の第六章五に引用の梅謙次郎『民法原理(総則編卷之二)』(明治37年)498頁以下参照。

もうひとりの起草者である富井博士が例示した事例(注65参照)も、梅博士と同じく、本人の作為・不作為のあるケースと言えよう。以上について、高森=高森・前掲書(注55)50-52頁,59頁12-18行及び66頁参照。

(65) 富井博士も、梅博士と同じ見解に立っている。すなわち、「例ヘハ代理人カ平常同種ノ法律行為ヲ為シ来タリタルニ本人ニ於テハ嘗テ其履行ヲ拒ミタルコトナキカ如キ或ハ委任状ヲ訂正セスシテ委任事項ヲ制限シタルカ如キハ此規定ノ適用ヲ見ルヘキ場合ナルヘシ若此等ノ場合ニ於テ第三者ハ代理人ト法律行為ヲ為サントスル毎ニ予メ其権限ノ有無ヲ調査セサルヘカラサルモノトセハ實際其煩ニ堪ヘサルノミナラス難キヲ責ムルモノト謂ハサルコトヲ得ス寧ロ自己ノ権限ヲ厳守セサル如キ不注意者ヲ選定シタル者ノ過失ニ帰スルヲ至当トスヘキナリ」(富井政章『民法原論(第一巻総論)』(初版明治36年)514頁)

(66) 法令の規定による制限を知っていたが、必要な手続がとられたと信じた場合と、定款等による代表権の制限を知っていたが、制限を解除す

る手続がふまれたため代表権があると第三者が信じた場合とで、相手方保護の点で異なる処理をする理由はないと民法 110 条類推適用説が考えていることについては既に述べた(注 10 を参照)。

- (67) 【3】判決の判例評釈として、川島武宜・判例民事法昭和 16 年度 18 事件, 美濃部・前掲評釈(注 28)96 頁, 末川博・民商法雑誌 14 巻 2 号 143 頁がある。
- (68) 【4】判決の判例解説・評釈として、鈴木潔・最高裁判所判例解説民事篇昭和 34 年度 49 事件, 谷口・前掲評釈(注 28) 99 頁, 我妻栄・法学協会雑誌 78 巻 2 号 217 頁, 山中康雄・判例評論 22 号 7 頁, 遠田新一・続判例百選 100 頁, 高橋三知雄・民法判例百選 I (第 1 版) 78 頁, 辻正美・民法判例百選 I (第 3 版) 74 頁, 道垣内弘人・民法判例百選 I (第 4 版) 70 頁, 平野克明・法学セミナー 254 号 106 頁, 佐藤英善・行政判例百選 I (第 4 版) 14 頁がある。
- (69) 【5】判決の判例解説・評釈として、川添利起・最高裁判所判例解説・法曹時報 12 巻 9 号 70 頁, 原龍之助・民商法雑誌 44 巻 2 号 262 頁, 柳瀬良幹・法学 27 巻 3 号 262 頁, 芝池義一・地方自治判例百選 (第 2 版) 80 頁がある。
- (70) 【6】判決の判例解説・評釈として、安倍正三・最高裁判所判例解説・法曹時報 16 巻 9 号 92 頁, 谷口知平・民商法雑誌 52 巻 3 号 53 頁, 阿部泰隆・法学協会雑誌 85 巻 12 号 96 頁がある。
- (71) 【9】判決の判例評釈として、谷口知平・法律時報 35 巻 3 号 90 頁がある。
- (72) 【7】判決の事実関係と原審判決理由については、辻正美・民法判例百選 I (第 3 版) 75 頁で簡単に紹介されている。
- (73) 岡孝『分析と展開民法 I (補正版)』(平成 4 年)29 頁, 須永醇・法学教室 36 号 90 頁は、【6】判決は納税者訴訟という特殊な事案であって、「市町村と取引相手方との間の訴訟ではないことに注意すべきである」(岡・前掲書 29 頁)という。
- さらに、谷口・前掲評釈(注 70) 57 頁は、「表

見代理が問題となりうるのは Y と Z とが売買の効力を争う場合……であり、本件のように売買当事者でないしかも直接に利害関係のない第三者 X より無効を主張する場合には表見代理を認めてその主張を却けることは問題とならぬのではなかろうか」と【6】判決を批判する。

しかし、仮に上記批判が正当であるとしても、法令の規定による代表権の制限について悪意の場合に、ひいては定款等による代表権の制限につき悪意の場合に、第三者が民法 110 条類推適用で保護されるためにはどのような事情が必要だと最高裁判所が考えているかを知る資料としての【6】判決の価値は損なわれるものではない。

- (74) 谷口・前掲評釈(注 70) 59 頁。これと同じ趣旨であると解されるのは、阿部・前掲評釈(注 70) 100 頁である。阿部・同評釈 100 頁は、【6】判決の事案は「正当理由ありとみるほかあるまい。むしろ全員協議会方式による議決も正式の議決と見ることも可能であろう」とする。しかし、全員協議会も特別委員会も正式の機関ではないから、正式の議決があったと見るのは行き過ぎであり、「正式の議決があったと実質的には評価できる」という趣旨ではないだろうか。
- (75) 高橋・前掲『研究』(注 30) 289 頁は「議会在正規の議決をなすことなく黙示的に首長の行為を容認するということはありえない」とするが、【6】判決の町議会が全員協議会及び特別委員会の承認を正式な議決として取り扱っていたという事情の下では、高橋説(第五章)も実質的にみて町議会の議決があるとするのではないだろうか。
- (76) 【10】判決の事案は、少なくとも高橋説(第五章)の「基本権限と相手方の善意・無過失があれば『正当理由』が認められるのではなく、そのためには自称代理人の行為を本人または権限ある機関が容認していることを要する」「議会在正規の手続をなすことなく黙示的に首長の行為を容認するということはありえない」(高橋・前掲『研究』(注 30) 289 頁)という見解では、市

議会の議案ないし予算案可決の事実のない【10】判決で「正当ノ理由」があるとは認めないであろう。

(77) 理事に対する不法行為責任（民法 709 条）のほか、判例のいわゆる外形標準説によれば法人に対して民法 44 条 1 項の責任が認められる余地もありうるであろう。

この議論は、手形行為の無権代理と偽造の場合の議論に類似する（大塚＝林＝福瀧・前掲書（注 21）78－79 頁参照）。すなわち、手形の「無

権代理や偽造は、本人や被偽造者の使用人によって行われることが多いので、判例は、本人または被偽造者に民法七一五条の使用責任（不法行為責任）を負わせることによって、表見代理の適用（類推適用）できない場合にも、そのような手形の第三取得者の保護をはかることが少なくない」。

（さいとう あきつぐ

北海道大学法学研究科修士課程修了）