Title	〔商法三四三〕 有限会社において代表取締役を選任した場合の業務執行権の所在と代表取締役の専断的行為・代表権濫用行為の効力 (東京高裁昭和六二年七月二〇日判決)
Sub Title	
Author	来住野, 究(Kishino, Kiwamu) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1994
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.67, No.5 (1994. 5) ,p.137- 148
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19940528-0137

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔商法 三四三〕 有限会社において代表取締役を選任した場合の 業務執行権の所在と代表取締役の専断的行為・ 代表権濫用行為の効力

〔判示事項〕

有限会社において代表取締役が選任されている場合には、代表取締役は他の取締役の同意なしに設備資金の借入れ等業務執行権限を有するが、代表取締役が自己の利益のために借入れをなすことを相手方が知りまたは知りうべかりしときは、民法九三条但書の類推適用により、右借入れは会社に対して効力を生じない。

〔参照条文〕

有限会社法二六条・二七条三項、商法二六〇条二項

〔事実〕

有限会社Y（被告・控訴人）は、昭和五四年四月にAが一〇万円、Bが九〇万円を出資して設立され、Bの経営を唯一の

（東京高裁昭和六二年七月二〇日判決
昭和六二年（ネ）二三三号、貸金請求控訴事件
金融法務事情一一八二号四四頁）

業務内容としていた。設立以来AとBが取締役であり、当初はBが代表取締役であったが、金銭の借入等の対外取引についてはすべてAが行っていた。その後Aが代表取締役になったが、昭和五七年九月にAは経営から身を引くことになり、Aに代わってBが再び代表取締役に就任するとともに、Cが取締役として新たに加わった。

その頃Aは、自己の用途に費消する目的で、Y会社の経営するバー「アユタヤ」の改装資金に充てると偽ってX（原告・被控訴人）から融資を受けることを計画し、Xの業務委託者であるDに対し、Yの代表取締役であると称して融資を申し込み、一方Bに対しては、韓国から踊り子を連れてくるためとの口実で自己が一時Yの代表取締役に就任することの承諾を得て、そ

の旨の登記を経た上で、AはYの代表取締役としてXから六〇〇万円の貸付を受け、これを自己の用途に費消した。なお、六〇〇万円の借入については、B・Cには知らされておらず、同意も得ていない。

Xは、Yに対し貸金残金五三〇万円及びその利息等を請求して訴えを提起したが、Yは、抗弁として、仮にAが借入当時代表取締役であったとしても、(一)Y会社の出資金総額は一〇〇万円であることに鑑みれば、Y会社にとって六〇〇万円の借入は多額の借財であるというべきであるから、その借入には取締役過半数による決定を要するものと解すべきところ、AはB・Cの承認を得ていない、(二)本件六〇〇万円の借入はAの代表権濫用によるものである、(三)Xは、(一)(二)の事実を登記簿を調べるなどして調査すれば当然知りえたものであるから、Aのした意思表示は民法九三条但書の類推適用により無効であると主張した。原審である東京地裁昭和六二年一月二一日判決(金融・商事判例七八〇号三八頁)は、

「本件六〇〇万円の借入は、Yの出資金額、営業規模からみて多額の借財というべきところ、有限会社については、商法二六〇条が準用されていないが、代表取締役が選任された場合といえども、右のような多額の借財については、明示に委任されていない限り、代表取締役に決定権が与えられているものとは解しえないから、右借入については有有限会社法二六条により取締役の過半数の同意が要するものというべきである。Aは、右借入

につき取締役過半数の同意を得ていない。従って、Xにおいて本件六〇〇万円の借入につき取締役過半数の同意を得ていないことを知り又は知り得べかりしときは、右借入はYに対し効力を生じない。

また、本件六〇〇万円の借入は、当時のYの代表取締役Aが自己個人の利益を図るため、その権限を濫用してしたものである。従って、Xにおいて、Aの右真意を知り又は知り得べきであったときは右借入はYに対し効力を生じない。」

と判示した上で、認定事実からDには民法九三条但書を類推適用すべき事情はないと判断し、Xの請求を認容した。Yは控訴したが、東京高裁は、原審の判決理由の大部分を引用しつつも右判示部分についてはこれを削除した上で、次のように判示し、控訴を棄却した。

〔判旨〕

「本件借入れ申込みにおける借入資金の用途は、Yの経営するパー「アユタヤ」の設備資金とされており、申込書その他の添付書類、更にDの担当者Eの実地調査の結果によっても、右借入資金の用途が虚偽であって真実はAが自己の利益のためにY代表者名義を用いて借り入れるものであるとの疑念を生じさせるような事情はうかがわれず、また、融資実行の直前にはAがYの代表取締役就任し、その旨の登記を経ていることも確認しており、有有限会社において代表取締役が選任されている以上、代表取締役は他の取締役の同意なしに設備資金の借入れ等

業務執行権限を有することは明らかであるから、Dが金融機関としての通常の過程において、Aが自己の利益のためY代表者名義で借入れをしたことを知り又は知りうべき状況にあったとか、知りえなかったことにつき過失があったとは到底いえない。したがって、Aの意思表示に民法九三条但し書を類推適用する余地はないから、Yの右抗弁は理由がない。」

〔研究〕

一 原審の判旨は、有限会社において代表取締役が選任されている場合であっても、多額の借財のような重要な業務執行については有限会社法二六条により取締役の過半数の同意を要するものとしている。そして、その根拠としては、必ずしも類推適用されているわけではないが、商法二六〇条（二項）が挙げられている（金融・商事判例七八〇号三九頁のコメントは、判旨が商法二六〇条二項の有限会社への類推適用を認めたものであると評価しているのに対し、佐藤修市「本件解説」判例タイムズ七〇六号二二二頁は、類推適用したものではないとしている）。しかし、有限会社において代表取締役が選任されるのは取締役が複数存在する場合である以上、業務執行の決定について有限会社法二六条が適用されることは自明であるから、代表取締役が単独で業務執行の決定をなさないことを明らかにするのであれば、商法二六〇条二項を援用するまでもなく、有限会社法二六条を直接適用すれば十分である。それにもかかわらず、判旨が商法二六〇条二項を持ち出しているのは、有限会社

において代表取締役が選任されている場合には、少なくとも重要でない業務執行の決定については有限会社法二六条の適用が排除され、代表取締役が単独でその決定をなしようということを考慮しているのであろう。

さらに、原審の判旨は、「明示に委任されていない限り」という表現を用いて、明示の委任があれば重要な業務執行でも代表取締役が単独で決定しうることを示唆している。この点につき、商法二六〇条二項は、各号に定める事項のほか重要な業務執行は取締役会の専決事項とし、取締役個人にその決定権を委譲することはできないものとしているのであるから、判旨は商法二六〇条二項を有限会社に援用しつつも、有限会社に固有の解釈を施しているということができよう。そして、それが法の趣旨に照らして果たして妥当であるかどうかについては、代表取締役への業務執行の決定の委任が認定されていない本件では結論に影響はないものの、検討すべき問題といえよう。

これに対して、控訴審は、結論的には原判決を支持しているが、有限会社において代表取締役が選任されている以上、代表取締役は他の取締役の同意なしに業務執行権を有するものと判示し、代表取締役の業務執行の過程における瑕疵の存在を否定し、専ら代表権濫用の問題として捉えている。すなわち、本件借入に対する取締役過半数の同意の要否については原審と全く反対の見解が示されている。そこで、有限会社において代表取締役が選任されている場合の業務執行権の帰属関係及び有限会

社法二六条の適用範囲が検討されなければならない。

そして、原審の判令全体を通して指摘しうることであるが、判令には、有限会社における本件のような問題について可能な限り株式会社の法理を援用しようとする態度が見受けられる。ところが、有限会社には取締役会制度はなく取締役は独任制の機関と解されており、また代表取締役も任意機関である以上、

株式会社と有限会社は多かれ少なかれ機関構造を異にする。したがって、株式会社と有限会社の機関構造の異同を明らかにすることなく、株式会社の法理をそのまま有限会社にあてはめることは極めて危険であるといわなければならない(山村忠平「本件判批」金融・商事判例七九二号四五頁参照)。

このように、本件は有限会社の機関構造に関する非常に興味深い問題を数多く提起している。そこで、原審判決・控訴審判決に対する以上のような分析を踏まえた上で、判令が包蔵する問題を具体的に考察していくことにする。

二 まず、有限会社において代表取締役が選任されている場合、代表取締役と他の取締役との権限関係はどのように解すべきであるうか。

この点につき、東京高裁昭和五七年四月一三日(判例時報一〇四七号一四六頁)は、有限会社において「代表取締役を定めた場合には、代表取締役のみが対外的対内的業務執行権を有し、一方代表取締役以外の取締役は、これらの業務執行権を有しないのであるから、有限会社の経営上の意思決定及びその執行に

は当然には関与しえない立場にある」として、すべての業務執行権が代表取締役に専属すると解している(同旨、東京高判昭和五九・一〇・三〇判例タイムズ五四八号二七一頁、龍田節・新版注釈会社法(四二四頁)。本件控訴審判決はこの立場に依拠していると考えられる)。

しかし、代表取締役を任意機関として設置することによって、他の取締役から代表権のみならず業務執行権までもが全面的に剝奪され、社員総会に留保された事項を除く一切の権限が代表取締役の専属とされることは不当であるといわざるをえない(山本爲三郎「有限会社の取締役の監視業務について」法学研究六十巻十二号一二九頁)。なぜなら、代表取締役の選任によって、他の取締役が各自単独または共同で有していた権限がすべて奪われるとすると、もはやその取締役はその機能を失い、何ら義務も責任も負わないことになってしまうからである。つまり、法が法人形としての取締役の存在を認めることになってしまうのである。そして、何よりも代表取締役の設置という自体が無意味である。一人の取締役を置いておけばそれで事足りるからである。

もっとも、他の取締役に機関権限としての業務執行権が留保された上で、その権限を包括的に代表取締役に委譲したものと構成するのであれば、他の取締役は復代理人的地位にある代表取締役の行為につき監視義務を負い(民一〇五条一項参照)、また責任主体ともなりうるから、他の取締役の存在意義を認め

る余地も出てくるであろう（なお、山本・前掲一三〇頁参照）。しかし、このような構成は、代表取締役の選任主体が取締役である場合、すなわち代表取締役を取締役の互選によって選任した場合（有二十七条三項後段）に限られるであろうし、代表取締役の選任をもって業務執行権の包括的な委譲を擬制ないし推定しなければならぬ根拠もない。

思うに、代表取締役は業務執行権の専属を認める見解の背後には、株式会社の代表取締役の権限に関する議論と同様に、代表取締役には代表権の範囲内においてその裏付けとなる業務執行権（少なくともその実行権）が帰属していなければならないとの考えがあるのであろう。とすれば、代表を伴う対外的業務執行に限り代表取締役はその権限を認める余地はあるかもしれない。もしこのように解せば、対外的業務執行については代表取締役は他の取締役の同意を要することなく単独でその決定をなしうる反面、代表を伴わない対内的業務執行については有限会社法二六条の適用を受けることになる。しかし、会社業務はそれを法律行為によって実現する場合と事実行為によって実現する場合とが考えられる以上、その選択は一切の業務執行権を有する機関でしか決定しえないものである。したがって、対外的業務執行権と対内的業務執行権の分属を認めることは困難である。

このように考えていくと、従来の判例の立場には全く理由がないというほかはない。

そもそも、有限会社において任意機関として代表取締役を設置することが許されるのは、次のような趣旨に基づくと考えられる。すなわち、業務執行の決定の段階では有限会社法二六条により複数の取締役相互間で意思の統一が図られるのに対し、その決定を法律行為によって具体化する場合、取締役は各自代表権を有し単独でこれを行行使することができるため（有二十七条二項）、複数の取締役間で意思表示及びその効果の矛盾ないし不統一が生ずるおそれがある。もっとも、取引内容等により取締役間の担当範囲を予め定めておいたり、業務執行の決定の際に特定の取締役にその実行を委任したりすれば、無統制な代表行為の防止は可能であるが、取締役各自の有する代表権の範囲は広範で不可制限的であるから（有三二条・商七八条・民五四条）、受任取締役以外の取締役が代表権を濫用する危険性も否定できない。したがって、それらの弊害を可及的に防止するためには、代表権を一人またはごく限られた者のみに集中することが最も効果的である。このように、代表取締役の選任の趣旨は代表権のみを集中させることにあると解すべきであるから、代表取締役の選任によって業務執行権の帰属関係に何ら影響を及ぼすものではない。まして、有限会社における取締役は各自独任制の機関を構成するとの前提に立てば、代表取締役も取締役である以上、取締役たる地位に基づいて固有に業務執行権と代表権を有するのであるから、代表取締役の権限は他の取締役の権限に由来するものではなく、その結果他の取締役の業務執

行権に消長を来すものではないとの結論は容易に帰結されるはずである(昭和二五年商法改正前における株式会社代表取締役の地位に関するものとして、大隅健一郎「代表取締役の地位」会社法の諸問題〔新版〕三三九頁)。要するに、代表取締役の地位は、代表取締役を選任しない場合における取締役の地位と異なるところはなく、その反面、他の取締役は業務執行権を維持しつつ、ただ代表権が剝奪されるにすぎないと解すべきである。

このように、有限会社において代表取締役が選任された場合といえども、業務執行権の帰属関係は何ら変更を受けることはなく、ただ代表権のみが代表取締役の専属となるにすぎない。したがって、業務執行の決定方法についても、代表取締役の存否にかかわらず、有限会社法二六条の適用があるということになる。よって、控訴審の論旨には賛成できない。もっとも、業務執行の度にいちいち取締役過半数の同意を要するということが煩雑であり、時宜に応じた機動的な業務執行を困難にするから、少なくとも重要な業務執行については、予め取締役間の分担を決め、その範囲内においては各取締役が単独で業務執行を決定できるものとするには差し支えない(堀口巨・新版注釈会社法(四一九三頁))。

ただし、重要な業務執行については常に取締役過半数の同意が必要とされるか、いいかえれば重要な業務執行の決定は各取締役に委任することができるかについては、問題が残る。こ

の点は本件では特に争点となっていないわけではないが、冒頭でも触れたように、原判決にはこの点に言及している部分があるため、検討する意義はある。この点につき、各取締役が重要な業務執行の決定を単独でなせない点においては昭和五六年商法改正の前後を通じて変わらないと考えれば、商法二六〇条二項は株式会社においてこの点を明文化したにすぎず、有限会社においても重要な業務執行の決定には必ず取締役過半数の同意が要求されることになるから(佐藤・前掲二二二頁参照)、「明示に委任されていない限り」という判旨の文言は蛇足といえるかはしない。しかし、取締役会の決定または取締役過半数の同意が要求される範囲は、重要な業務執行のみならず重要な業務執行にも及ぶことが法文上明らかである以上、各取締役が特に委任されていない限り単独で決定することができない業務執行の範囲は重要な業務執行に限られるわけではない。確かに、重要な業務執行の決定には常に取締役過半数の同意を要求したほうが会社の利益保護に資することは多言を要しないが、それはあくまでも努力目標的なものにすぎず、性質上重要な業務執行は各取締役の単独決定には親しまないということが理論的にいえるわけではない。したがって、業務執行が重要か非重要かによって取締役過半数の同意の要否を区別するには、どうしても法律または定款の規定の存在が必要であると思われる。また、複数の取締役によって構成される取締役会の設置が強行法化されておらず、機関構成の私的自治が広範に認められる有限会社

においては、必ずしも株式会社の場合と同様に考える必要はないのではないだろうか。とすれば、むしろ有限会社においては、商法二六〇条二項が準用されていないからこそ、反対の解釈が可能であるように思われる。仮に重要な業務執行であっても取締役がその決定を委任することができるかと解しても、各取締役は復代理人的地位にある受任取締役に對する監視義務を負うと解すべきであり、業務執行上の責任主体の範囲に影響がないという点も、その論拠となりうるであろう。もっとも、有限会社法二六条後段は、支店の設置・移転・廃止と支配人の任免につき一般的業務執行とは別個に規定していることに鑑みれば、両者については別異に解する余地はある（合名会社につき商法七一条は、支配人の任免は、特定の業務執行社員の存否にかかわらず社員の過半数をもって決すべきものとしていることも、その参考となりうる）。

三 　ただ、ここで新たな問題として浮かび上がってくるのは、業務執行に関する取締役過半数の同意がいかなる性質のものであるかということである。というのも、有限会社において取締役は独任制の機関であり、代表取締役も他の取締役も各自単独で業務執行機関を構成するとの立場によれば、業務執行機関は複数存在することになるから、取締役会を全体として一個の業務執行機関とする株式会社とは明確に差異が認められなければならず、その結果取締役会決議における取締役過半数の賛成と有限会社における取締役過半数の同意とは自ずとその法的性質

は異なってくると考えられるからである。ところが、その一方で、有限会社法二六条は、有限会社における取締役は独任制の機関であるという命題を覆す根拠条文ともなりうる。そこで、有限会社における業務執行権の所在を明らかにするために、取締役過半数の同意の性質を論ずる必要性が生じてくるのである。

取締役過半数の同意の性質としては、次の二つが考えられるであろう。一つは、有限会社法二六条をもって取締役が全体として一個の業務執行機関を構成すると解する考え方である。すなわち、有限会社法二六条は、団体的な機関権限の所在につき、取締役が数人存在する場合は有限会社の業務執行権は取締役全体に帰属するということを宣言したものであり、取締役過半数の同意は業務執行権の行使方法を定めたものであると解するのである。もう一つは、有限会社の取締役は独任制の業務執行機関であるとの命題を維持しつつ、取締役過半数の同意は、各取締役が業務執行を決定するにあたって要求される個人的な義務であると解する考え方である。すなわち、各取締役は有限会社法二六条にかかわらず本来各自単独で業務を決定し執行することができるが、またそれが会社を拘束するのであるが、ただ権限の濫用を防止し業務執行を慎重ならしめるために二六条の規定があると解するのである（松岡和生・判例コンメンタール商法Ⅲ下〔増補版〕一〇二五頁参照）。もし、後者の考え方が妥当であるとすれば、代表取締役が取締役過半数の同意を得る

ことなしに業務執行として代表行為を行っても、代表取締役の対内的な義務違反が問題となるにすぎず、行為の対外的な効力を左右するような瑕疵は存在しないという結論が容易に導かれるであろう。

この点につき、山口幸五郎博士は次のように説かれる。すなわち、有限会社は、合名会社と同様、その閉鎖性に基づき社員相互に信頼関係のある緊密な結合体としての特質を有するため、社員による取締役に対する業務執行の委託の個別性が認められなければならないとして、有限会社の取締役には単独執行主義が採られ、取締役は独任制の機関を構成すると主張される(山口幸五郎「有限会社代表機関の法律的構造に関する一考察」会社取締役制度の法的構造二八〇頁)。しかし、有限会社法二六条については、「業務執行の内容の決定方法を定めたものと解すれば足りうる」(山口・前掲二八〇頁)と述べられるだけで、その性質は明らかにされていない。その一方で、山口博士は、昭和二五年改正前商法における株式会社取締役制度に関し、単独代表主義がとられていることを根拠として取締役を独任制の業務執行機関と解する見解を批判して、「会社代表に関する法規整をもって直ちに会社自体の組織ないしはその業務執行機関たる取締役の構造を規定するものと解すべきではなく、寧ろ逆に、会社業務の執行に関する法規整が会社自体の組織ないし取締役の構造を規定するものと解しなければならぬ。」と述べられた上で、業務執行を取締役全員の決議により決すべき旨

を定めているのは、業務執行権が取締役全員に共同的に帰属しているものと解すべきであると主張されている(山口幸五郎「株式会社取締役の法律的構造に関する一考察」会社取締役制度の法的構造一八八〜一八九頁)。とすれば、有限会社における取締役の独任機関性と有限会社法二六条は抵触することになり、その説明に窮せざるをえない。

私見によれば、有限会社法二六条をもって、各取締役が自己の業務執行の賛同者を得べきことを規定したものにすぎないとは考え難い。業務執行の決定において取締役過半数の同意を徴することが取締役の義務ではなく、取締役過半数の同意に従うことが取締役の義務であるということは、規定の文言からも容易に推察することができよう。それはとりもなおさず、取締役過半数の同意が機関意思を構成し、少なくとも会社内部においては会社の意思として拘束力を有するからにはかならない。過半数という要件も、それが一個の統一した意思を形成できるからであると考えられる。取締役過半数の同意が機関権限としての業務執行権の行使となり、それが一個の会社意思を構成するからこそ、その違反が取締役の会社に対する義務違反を構成することになるのである。

このように、有限会社において複数の取締役が存在する場合、取締役各自が独任制の業務執行機関を構成するのではなく、数人の取締役が全体として一個の業務執行機関を構成すると解すべきである。したがって、二六条にいう定款の別段の定めは、

要件を加重することを許すにすぎず、その軽減は一個の会社意思の形成を不可能にするから許されないといふべきである（ただし、定款をもって業務執行の決定には他の取締役の同意を全く必要としないものとして、取締役を独任制の業務執行機関と定めることができるかどうかについては、定款自治との関係においてなお検討の余地がある）。このことは、合名会社・合資会社・昭和二五年改正前商法における株式会社・民法上の法人の業務執行、さらには業務執行機関の概念が法人に固有のものでないとすれば民法上の組合の業務執行にもいえるかもしれない。そして、現行商法における株式会社の取締役会との違いは、それが会議体であることを要求されているか否かにすぎないことになる。

もっとも、株式会社における業務執行権の帰属関係をめぐる議論にみられるように、業務執行権と決定権と実行権に分け、その分属を認める立場によれば、有限会社においても取締役全体が一個の業務決定機関を構成するにすぎず、その実行権は取締役各自に帰属することになるであろう。しかし、そのような理論は到底是認しうるものではない。業務執行はその決定と実行とを不可分の要素とするものであるから、その性質上決定権と実行権の分属を認めることは背理である（大隅・前掲三三三頁、津田利治「取締役会の権限を繞る二三の問題」法学研究二十六卷三号九頁、高島正夫「取締役会の権限とその委譲」会社法の諸問題（増補版）三四二頁、倉沢康一郎「取締役の監視義

務について」会社法の論理一八一頁など）。なぜなら、機関権限としての業務執行権は、法律または定款の規定に基づき、一定の機関に生来的に・固有に発生するものである以上、決定権と実行権の分属を認めればいずれか一方の機関権限性が否定されることになるからである。これをさらに敷衍すれば、仮に取締役が業務執行の実行権を行使する場合、ただ単に取締役過半数による決定を自由裁量の余地なくそのまま実行するにすぎないものであれば、取締役は単なる補助者たる地位に甘んじ、そこに固有の実行権なるものを認める必要はないし、反対に、取締役が取締役過半数の同意による決定をさらに具体化する決定を単独でなしうるものとすれば、取締役が実行権の内容としてまたはそれに附随して有する決定権は、取締役全体に帰属している決定権に由来するものというほかはないから、各取締役の決定権は固有の機関権限ではないことになるのである。したがって、業務執行の決定権と実行権は当然に同一機関に帰属していなければならず、有限会社においては、数人の取締役全体が決定権と実行権とを含む業務執行権を有すると解すべきである。

四　そこで次に、取締役過半数の同意を欠く業務執行行為（代表行為）の効力が問題となる。本件においては、代表取締役Aは六〇〇万円の借入につき委任を受けておらず取締役過半数の同意も得ていないのであるから、その業務執行行為は少なくとも対内的には瑕疵があることは明らかである。しかし、その対外的な効力については、特に株式会社において取締役会決議を

經ずに(商法二六〇条二項に違反して)なされた代表取締役の專断的行為の効力の問題として、学説上議論が紛糾している(学説の状況については、山口幸五郎「代表取締役の権限濫用行為・專断的行為の効力」商法の争点(第二版)一二四頁以下、同・新版注釈会社法(6)一六四頁以下参照)。私見によれば、有限会社における取締役過半数の同意は株式会社における取締役会決議と全く同一の性質を有すると解するのであるから、株式会社における理論が有限会社にもそのままではまることになる。

この点につき、判例はいわゆる心裡留保説を採用し(最判昭和四〇・九・二二民集一九卷六号一五六頁など)、本件の原判決もこれを踏襲している。心裡留保説は、業務執行の決定をもって意思表示における内心的効果意思と評価することにより、適法な業務執行の決定を欠く意思表示を心裡留保(民九三条)と同視するのであるが、この説はギルケ的な法人实在説の不当な拡大といふべきものであり、今日では学説上この説を支持する者は皆無に近い。なぜなら、心裡留保説によれば、代表取締役は他の機関が形成した内心的効果意思の表示機関、いいかえれば単なる使者にすぎず、代表取締役の意思主体性は否定されることになってしまふからである。代表取締役は、代理人と同様、自ら内心的効果意思を形成しそれを相手方に表示するのであるから、代表取締役個人に心裡留保がない限り、適法な業務執行の決定を欠きまたはその決定に違反しても、そこには意

思と表示の不一致を生じないのである。

そこで、この問題を代表取締役の権限の範囲または制限との関連において説明する見解が主張されている。すなわち、所定の方法による業務執行の決定を要するということをもって、代表権またはその背後にある対外的業務執行の専断執行権の範囲を画する法律上の制限であると解し(株式会社における取締役会の法定決議事項については、その決定を欠く代表行為は、営業に関する行為について有する代表取締役の固有の権限の範囲外の行為となり、越権代表として民法一一〇条の適用を受けることになると解する)、または代表権に加えた内部的制限(民五四条)であると解するのである。このような見解が有力に主張されるようになった契機は、昭和五六年商法改正により、株式会社における重要な業務執行は取締役会の専断事項とされた(商二六〇条二項)ことにあるといえる(近藤光男「取締役会」会社法演習II一六〇頁参照)。確かに、商法二六〇条二項の趣旨は、重要な業務執行の決定を慎重ならしめることを法定化することによって会社の利益をより保護することにあるというべきであるから、この規定をもって代表取締役の專断的行為の効力を制限できるのであればそれにこしたことはない。しかし、商法二六〇条二項は重要な業務執行の決定を取締役各自に委任することができないことを定めたにすぎず、業務執行全般の決定権が取締役に属することが法文上明らかになっている以上、代表取締役といえども特に委任されていない限り単独で業務執

行の決定をなしないことに変わりはない。つまり、業務執行権は取締役会に固有の機関権限とされ、それとは別個に代表取締役の権限が規定されているのであるから（商二六一条三項・七八条一項）、業務執行権の所在と代表権の所在とは歴然と区別されているように思われる。これは、有限会社においてもいえることである。一方、民法五四条にいう「代理権ニ加ヘタル制限」については、この文言が代表権そのものに對する制限を意味するのか、それとも代表権行使の裏付けとなる業務執行権に關する制限を意味するのかという理解の違いによって、専断的行為の効力の解釈も異なってくると思われる。結局のところ、業務執行権の帰属関係が代表権の範囲にいかん作用するかという本質的理解に回帰せざるをえない。

そもそも、適法な業務執行の決定を欠く代表行為は業務執行権の裏付けのない代表行為を意味するから、この問題は究極的には業務執行権なき代表機関の觀念が認められるかという点に帰着し、代表権・業務執行権の本質とその相関関係に立ち入ることなく安易に結論を導き出せる問題ではない。業務執行の決定方法に關する規定をもって代表権に關連する問題として捉える見解は、おそらく業務執行権なき代表機関の觀念を認めることに批判的なのであろう。しかし、以上の論述の中で示唆したように、法は業務執行権と代表権を峻別し、別個の機関への分属を制度的に認めていると解する余地は十分にあり、またそう解ざるをえないように思われる。さらに、業務執行権なき代

表行為は委任なき代理と酷似しているから、委任なき代理の觀念を認めうるかという民法上の議論にまで遡るべきであると考えられるが、この点につき、民法の代理理論の中には、代表取締役や商業使用人の地位を参考として代理権の独立性を承認し、委任なき代理の存在を肯定する見解もある（高橋三知雄「委任と代理」代理理論の研究一六七頁以下）。したがって、委任なき代理・業務執行権なき代表の觀念を認めるとすれば、行為の瑕疵の有無は専ら代表権のある者について決すればよいから、代表取締役の行為は、それが定型化された代表権の範囲内である以上、業務執行の決定の有無にかかわらず確定的に有効であるとの結論に傾く。もともと、適法な業務執行の決定を欠いていることにつき悪意の相手方に対する関係では、会社の利益を犠牲にしてまでこのような相手方を保護すべき理由はないから、悪意の相手方の会社に対する権利行使は信義則に反しまたは権利濫用として許されず、会社は一般悪意の抗弁をもって対抗できると解すべきであらう（多数説）。

五 次に、本件では代表権濫用行為の効力も争点となっているが、原審も控訴審も心裡留保説を採用しており、これが判例のほぼ一貫した立場である（最判昭和三八・九・五民集一七卷八号九〇九頁など）。しかし、行為が代表権の範囲内であり、しかも会社に法律効果を帰属せしめる意思をもって行為する以上、自己の利益を図る意図は動機にすぎず、行為の効力には影響を及ぼさないことは、多くの学説が指摘するところである。した

が、代表権濫用行為も有効であり、ただ濫用の意図につき悪意の相手方に対しては会社は一般悪意の抗弁をもって対抗できると解すべきである(通説)。

以上に述べてきたように、原判決・控訴審判決のいずれの論旨にも賛成できない。

来住野 究

「下級審民事訴訟例研究 三二」

31 訴状の付郵便送達を知らずに欠席のまま敗訴判決を受けた当事者から、その後の強制執行中に任意弁済を受けた勝訴の当事者に対する不法行為に基づく損害賠償請求が、付郵便送達の過程における勝訴当事者の軽率な対応を理由に認容された事例

東京高裁判平成五年三月三日第三民事部判決(東京高裁判平成三年(ネ)第一九八一号損害賠償請求控訴事件、判例時報一四五六号一〇一頁)

【事実】

本件の事実の概要は次の通りである。

Y(信販会社)は、Xを被告として貸金等(これはXの妻Aが勝手にX名義で借入れ等をしたもの)を請求する同種の前訴二件(以下一括して前訴という)を提起したが、X住所地における訴状の送達ができなかったため、前訴の受訴裁判所はYに対しXの就業先等につき調査するよう照会した。

この照会に対しYの担当者Bは、従前からの知識に照らせば容易にXの具体的な就業場所を把握することができたのに、安易に「不明」と回答した。そのため前訴の受訴裁判所は、訴状及び口頭弁論期日呼出状の送達をX住所地に宛てた付郵便送達により行った。訴状等はXの手に届かず、X欠席のまま弁論が終結され判決が下された。各判決はXの住所地に送達され、Aが同居者として受領したが、AはそれをXに伝えなかったため、