慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	会社代表権の制限について
Sub Title	Sur des restrictions du pouvoir de représenter une société commerciale
Author	来住野, 究(Kishino, Kiwamu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.1 (1997. 1) ,p.319- 345
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	倉澤康一郎教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19970128-0319

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.

会社代表権の制限について

来住野　究

一　問題の所在
二　民法上の法人における代表権の制限
　——民法五四条の立法者意思——
三　会社における代表権の制限
　㈠　代表権の制限か代表権行使の制限か
　㈡　民法五四条の存在意義と適用範囲
四　結びに代えて

一　問題の所在

民法五四条は、法人の理事の代理権に加えた制限はこれをもって善意の第三者に対抗できない旨を規定し、この規定は会社の代表機関にも準用されている[1]（商七八条二項、二六一条三項、有三二条）。この規定を文言どおり

素直に理解すれば、代理権に加えた制限とは、法人の代表機関の代表権それ自体の範囲に関する制限を意味することになる。まして会社法においては、民法五四条を準用する規定が、業務執行とは区別される代表に関する規定の中に置かれていることに鑑みれば、そのように解するのが自然である。[2] そうだとすれば、代表権の制限に違反した代表機関の行為は、代表権の範囲を踰越した無権代表行為となるから、民法五四条は表見代理の一特則であり、[3] 相手方の過失の有無が問われない点で、民法一一〇条よりも相手方の保護を強化した規定と位置づけられることになろう。しかし、民法五四条については、表見代理の一特則としての位置づけが必ずしも定着しているわけではないし、[4] とりわけ会社法では、代表機関の代表権は営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為に及ぶ包括的なものとして法定的に定型化されているため（商七八条一項、二六一条三項、有三二条）、民法五四条が代表権の範囲につき任意の制限を許すものであれば、代表権の範囲を定型化する規定との関係が問題とならざるをえない。

また、民法五四条と一一〇条の関係につき、最高裁昭和六〇年一一月二九日第二小法廷判決[5]は次のように判示する。

「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。」

この判決は、民法五四条の解釈の問題性を物語る。というのも、判旨例示のような制限が代表権の範囲に関する制限であり、理事会の決議をもって初めて理事に一定の事項に関する代表権が授与されるものであるとすれば、理事会の決議を経て代表権の制限が解かれない限り無権代表となるから、同条が表見代理の一特則であるとすれば、制限違反の行為の効力は常に同条によって解決されるべきこととなり、民法一一〇条を適用する余地はないはずである。(6) 民法五四条を表見代理の一特則と位置づける限り、同条にいう善意とは、制限の対象となっている行為につき理事が代表権を有さないことを知らないことでなければならないからである。裏返していえば、民法五四条が適用されてなお民法一一〇条が適用されるとすれば、民法五四条は何に対する制限を意味することになるのであろうか。(7)

このように、民法五四条については、「代理権ニ加ヘタル制限」の意味するところが明らかにされないまま、その制限の対外的効力が論じられているように思われる。そのため、同条に規定する「代理権ニ加ヘタル制限」が、果たして文言どおり代表権それ自体の範囲に関する制限を意味するのか、代表権行使の裏づけとなる業務執行権に関する制限を意味するにすぎないのか、あるいは両者を一体として制限することを意味するのかということが改めて問題とされなければならない。(8)

この問題を検討するにあたっては、次の点に留意して考察することが必要であると思われる。

まず、「代理権ニ加ヘタル制限」が代表権の範囲に関する制限を意味するものとすれば、代表機関の代表権を包括的なものとして定型化する規定は任意規定と解されなければならない。これに対して、代表権の範囲を定型化する規定が強行規定であるとすれば、代表権の範囲を会社内部で任意に制限することは許されず、代表権の制限として一般に説かれているものは、実は代表権行使の裏づけとなる業務執行権に関する制限を意味することになろう。また、代表権は包括的なものとして法定的に定型化され、業務執行権に関する制限が代表権に影響を及

ぼさないとすれば、それは代表権の業務執行権からの無因性・独立性によって裏づけられなければならない。これに対して、「代理権ニ加ヘタル制限」が業務執行権と代表権の双方を一体として制限することを意味するのであれば、それは業務執行権と代表権の関係は有因的に構成されなければならないはずである。

以上のような問題意識に基づき、本稿では、民法五四条の立法者意思を参照しながら、特に会社の代表機関を中心としてその代表権に対する制限の正体を考察し、その制限に違反する行為の効力につき未熟な一試論を提示したいと思う。

（1）同様の規定は、商業使用人の代理権に関する商法三八条三項・四三条二項、船舶管理人の代理権に関する商法七〇〇条二項、船長の代理権に関する商法七一四条にも存する。法人の代表機関の代表権の制限に関する解釈が、商業使用人・船舶管理人・船長にも同様に妥当するか、あるいは別異に解することができるかは問題となりうるが、本稿では法人の代表機関の場合に限定して論ずることにする。

（2）もっとも、法律行為（代表行為）が不法行為を構成することは稀な現象であり、法人の不法行為を考えるにあたって代表権を問題とする意味はない（新田敏「法人の行為」法学研究四四巻三号（昭和四六年）二四三頁）にもかかわらず、法人の不法行為能力に関する民法四四条一項が会社の代表機関の権限に関する規定において準用されていることに鑑みれば、民法五四条を準用する規定が代表機関の権限に関する規定の中に置かれているからといって、それが代表権それ自体の制限を意味するといえるかは大いに疑わしい。

（3）柚木馨「代表機関の行為に対する法人の責任」民商法雑誌二四巻四号（昭和二四年）二〇頁、幾代通『民法総則〔第二版〕』（昭和五九年・青林書院）一二八頁。四宮和夫『民法総則〔第四版〕』（昭和六一年・弘文堂）一〇三頁は、民法五三条但書をもって表見代理に関する一一〇条の特別規定であるとしているが、これは五四条の誤りか。

（4）椿寿夫『注釈民法⑷』（昭和四二年・有斐閣）一四二頁、高橋三知雄『代理理論の研究』（昭和五一年・有斐閣）一八五頁。

（5）民集三九巻七号一七六〇頁。

（6）米沢明「代表取締役の専断的行為の効力」法と政治四三巻一号（平成四年）一九頁も、本判決を批判して、「民

法五四条は民法表見代理の特則であるのに、同条が適用されない場合に、同条よりも要件の厳重な民法一一〇条を類推適用するということは、……民法五四条に対する理解が妥当でないことに基づくものであろう。」と指摘する。

(7) 民法五四条は法人内部における自治的な代理権の制限に関するものであって、法令による代理権の原始的制限については、同条の適用はなく、その制限に違反してなされた代表行為の効力は民法一一〇条の類推適用によって処理されると解するのが判例・通説である（藤原弘道『新版注釈民法(2)』（平成三年・有斐閣）三八一頁参照）。したがって、もし五四条にいう善意・悪意が理事の代理権を制限する自治的規範の有無について要求されるにすぎず、悪意の第三者との関係においてはさらに一一〇条の適用があるとすれば、同条は、悪意の第三者に対する関係においてそのような自治的規範が法としての効力を有するものとすることによって、法令による制限と同様の処理をなさしめるための規定にすぎないことになろう。つまり、民法五四条は、私法上の実体規定ではなく、いわば団体の自治的規範の法源性に関する法例的規定と位置づけられることになるのではないかと思われる。そのような解釈が果たして可能なのであろうか。

(8) 同様の問題提起は米沢明教授によってもなされている（米沢明「代表取締役の代表権の制限」私法二八号（昭和四一年）一五四頁）。上柳克郎「判批」民商法雑誌九五巻三号（昭和六一年）一〇五頁も、民法五四条の解釈論の根本的な再検討の必要性を強調している。

二　民法上の法人における代表権の制限
——民法五四条の立法者意思——

民法五四条における「代理権ニ加ヘタル制限」がいかなる制限を意味するのかということを明らかにするためには、まず同条における立法者意思を探究することが不可欠である。

民法五四条は、起草段階では「理事ノ代理権ニ加ヘタル制限ハ善意ヲ以テ之ト取引ヲ為シタル第三者ニ対シテ其効ナシ」とされていたが、この立法理由は次のように説明されている。「法人ハ本来無能力者ナルヲ以テ理事

ノ代理権ハ其法人ノ目的ノ範囲内ニ於ケル行為ニ付テハ無制限ナルヲ本則トスヘキモノナリ故ニ若シ定款ノ規定、寄附行為又ハ総会ノ議決ヲ以テ或種類ノ行為ヲ禁止シ又ハ或行為ヲ為スノ条件若クハ方法ヲ定ムルカ如キ制限ヲ設クルコトアルトキハ其制限ハ前条ニ規定セルカ如ク固ヨリ理事ヲ羈束スヘキモノナリト雖モ第三者ニハ其効力ヲ及ホスヘキモノニ非ス」。そして、理事の代理権に対する制限の対外的効力については、諸外国の立法例を参照して、①その制限を登記せしめ、第三者に対してすべてこれを有効とする、②取引の安全を図り第三者を保護するため、その制限を全く無効とする、③相手方の善意・悪意を区別し、その制限があることを知らずに取引をなした者、すなわち善意者に対してはこれを無効とし、その制限があることを知って取引をなした者、すなわち悪意者に対してはこれを有効とする、という三つの選択肢の中から、「第三種ノ規定ハ法人ニハ其代理権ニ制限ヲ加ルコトヲ許スト雖モ之ニ由リテ善意者ヲ害スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ最モ衡平ヲ得タルモノト称スルコトヲ得ヘシ」として、③が民法五四条において採用されたのである。(9)

この立法理由からも明らかなように、「代理権ニ加ヘタル制限」とは、具体的には定款・寄附行為または総会の決議による制限を意味するから、民法五三条但書（同条は起草段階からその文言に変更はない）と五四条は表裏一体の関係にあることになる。すなわち、五四条が代理権の制限の対外的効力を規定したものであるのに対して、五三条但書は理事がその制限に従うべき義務を規定したにすぎない。

ところが、五四条においては「代理権」という字句が用いられているの対して、五三条本文では「代表」という字句が用いられているため、その表現につき疑義が生じた。この点につき、穂積陳重委員は、「制限ト云フノデアルカラ代理権ト言ハヌト不都合デアラウト思ヒマス」と説明している。さらに、「『法人ヲ代表ス』ト云フ事デアルカラ其代表スル事ノ権利ト云フ事ニナルノデアリマスカ」という箕作麟祥委員からの質問に対して、富井政章委員は、「人ヲ代表スルト云フ事デナク事務ヲ代理スルノデアル」と回答している。(10) この質疑応答から推知

しうることは、理事が法人の事務を執行する権限はすべて「代理権」の概念に包摂され、立法者は、「代表」とは「代理権」の行使の対外的側面を「法人」を客体として表現したものにすぎず、現在講学上の概念として用いられる「事務執行権」と「代表権」の区別を意識していなかったということである。すなわち、立法者は、五四条において、「事務執行権」とは異なる「代表権」を意味するものとして「代理権」なる字句を用いていたわけではない。この点につき、代表権を含めた財産管理権の概念によって理事の一切の行為を統一的・一元的に説明しようとする立場によれば、理事による法人の財産的事務に対する管理権は排他的・包括的であり、法律行為のみならず事実行為にも及ぶところから、その対外的側面において、一般の代理と区別するため「代表」と呼ばれるにすぎないと解されるが[11]、その理論的な当否はともかく、少なくともそこでいう「財産管理権」は、立法者が理事の権限について意図している「代理権」の意味を的確に捉えているということができる。したがって、五四条にいう「代理権ニ加ヘタル制限」とは、「事務執行権」とは区別された「代表権」のみに対する制限を意味するのではなく、「事務執行権」と「代表権」を一体として制限することを意味することになる[12]。もっとも、「事務執行権」と「代表権」はその範囲に差異はなく、単にその対内的側面と対外的側面によって表現を使い分けているにすぎないものであれば、結局立法者が意図しているように一個の包括的な「代理権」に対する制限を意味するにすぎないこととなる。しかし、「事務執行権」と「代表権」の区別は単に観点の相違にとどまるものではなく、「代表権」が、民法九九条以下における代理の場合と同様、法律行為に関する権限であるのに対して、「事務執行権」は法律行為のみならず事実行為にまで及ぶより広範な権限であると解すべきである[13]。そこで、「代理権ニ加ヘタル制限」を「事務執行権」と「代表権」の二分法に従って二元的に分析すれば、「代表権」は「事務執行権」によって裏づけられるものであるから、「代理権ニ加ヘタル制限」とは直接には理事の「事務執行権」に対する制限であり、理事の「事務執行権」に対する制限が同時に「代表権」の範囲をも制限するということにな

るであろう。

また、民法五四条において事務執行権と代表権が一体をなすものとして構成されるのは、理事の権限が委任法理の支配から脱却していないことに由来するものと思われる。すなわち、民法六三条が「社団法人ノ事務ハ定款ヲ以テ理事其他ノ役員ニ委任シタルモノヲ除ク外総テ総会ノ決議ニ依リテ之ヲ行フ」と規定していることからも明らかなように、理事を法人の総括代理人といったところで、その実際上の権限は、定款による包括的な委任または総会決議による個別的な委任に基づくものであって、委任されていない事項が民法五四条にいう「代理権ニ加ヘタル制限」を構成するものと考えられる。その背景には、本来代理権は委任によって生ずるとの考えがあることを推知するに難くない。

もっとも、定款・寄附行為による制限の態様としては、理事のうち特定の者（理事長など）のみが代表権を有するものとして他の理事の代表権を制限する場合や、共同代表を定めた場合のように、理事の代表権それ自体を対象とする制限が挙げられるため、前述の理解との齟齬が生ずる。しかし、立法者はこれらの制限を全く想定していなかったものというべきである。なぜなら、立法者は、理事が数人存する場合でもその数人の理事が全体として一個の機関を構成するものと考えていたからである。すなわち、「理事ハ法人ノ事業ノ性質ニ依リ或ハ一人ナルヲ便利ナリトシ或ハ数人ナルヲ必要トスルコトアルヘキモ理事ノ代理権ハ通常総括代理ナルヲ以テ仮令数人ノ理事アル場合ト雖モ一体ノ代理人ニシテ各理事ハ其全体ノ議決ニ依リテ動クヘキモノナリ且一箇ノ法人ニ数箇ノ総理代人アルコトヲ許ササルナリ」[14]と説明されているから、理事の「代理権」行使の対外的側面にすぎない法人代表についても、数人の理事の共同代表によるものと考えられていたのである[15]。

今日では、理事が数人あるときは各理事が単独で法人を代表するものと解するのが判例・通説であるため、代表権それ自体を対象とする右のような制限も五四条にいう「代理権ニ加ヘタル制限」に含まれることになるので

あろうが、少なくとも立法者意思からは、「事務執行権」とは区別された「代表権」それ自体に対する制限を読み取ることはできない。また、仮に各理事が単独で代表機関を構成すると解した場合には、特定の理事のみに代表権を与え、他の理事は代表権を有しないものとしたり、数人の理事の共同代表によるものとすることも、広い意味では代表権に対する制限の範疇に含まれるということもできるかもしれないが、これらは代表権の帰属に関するものであって、[16] 代表機関でありながらその範囲に制限が加えられている場合とは異なるから、一応区別されるべきであろう。この点につき、会社においては、代表機関は独任制であり、各自単独で会社を代表することが明文で規定されており（商七六条本文、有二七条二項、株式会社の代表取締役については商二六一条二項の反対解釈）、合名会社・合資会社の業務執行社員または有限会社の取締役のうち特定の者のみが代表権を有するものとする場合（商七六条但書、有二七条三項）及び共同代表の定め（商七七条一項、二六一条二項、有二七条三項）は絶対的登記事項とされているため（商六四条一項五号・六号、一八八条二項九号、有一三条二項五号・六号）、これらの制限が、善意の第三者に対する不対抗という効果を生ぜしめる意味での代表権の制限にあたらないことは明らかである。

（9）「法典調査会民法主査会議事速記録」（明治二七年一月一二日・第一八回民法主査会）（日本近代立法資料叢書13・昭和六三年・商事法務研究会）五二七頁。

（10）前掲注（9）五二七頁。法典調査会民法総会においても、穂積陳重委員は、民法五三条における「法人ヲ代表ス」という文言につき次のように説明している。「代理スルト云フト事務ヲ代理スルコトデナケレバ使ヘナイ、人ヲ代理スルト云フコトハ略シタ辞デアツテ至当デナイ、人ノ資格ヲ代ハツテ外ニ現ハス時ニハ代表トシタ方ガ宜シイト云フノデ殊更ニ『代理』ト書カズニ『代表』ト書イタノデアリマス」（「法典調査会民法総会議事速記録」（明治二七年二月二日・第九回民法総会）（日本近代立法資料叢書12・昭和六三年・商事法務研究会）三四九頁）。

（11）四宮・前掲注（3）一〇〇頁。川島武宜『民法総則』（昭和四〇年・有斐閣）三一七頁も、「民法は、……包括的な管理権と結びついた代理権の行使について『代表』ということばをしばしば用いており（八二四条・八五九条）、

この意味では、法人の財産に対する法人の理事の『代表』（五三条）と性質を同じくする。」と説明している。

(12) 『基本法コンメンタール・民法総則〔第三版〕』（昭和六二年・日本評論社）七三頁における五四条の注釈（伊藤進執筆）によれば、「本条の適用範囲は、前述の趣旨（取引の安全の保護――筆者注）から考えて、理事の職務権限のうちの代表権の制限の場合に限られ、事務執行権の制限の場合は入ってこない。」と説明されている。確かに、五四条が代表権行使を必要としない事務執行権に対する制限を含まないことはいうまでもないが、代表権に対する制限が直ちにその裏づけとなる事務執行権に対する制限を否定することにはならないというべきである。

(13) 「代表権」と「業務執行権（事務執行権）」の範囲の違いについては、拙稿「株式会社機関権限の序論的考察」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集三五号（平成六年）七頁、同「業務執行権と代表権の二元性」法学政治学論究二九号（平成八年）一九八頁以下参照。

(14) 前掲注（9）五二六頁。

(15) なお、数人の理事が一個の事務執行機関・代表機関を構成すると考えられていた以上、数人の理事が代表権を共同行使するためには、その前提として、事務執行権の行使方法である理事の過半数による決定（民五二条二項）を経ているのは当然であり、理事の過半数による決定を経ずに共同代表がなされるということは実際上考えられないから、立法者が、民法五二条二項をもって五四条にいう「代理権ニ加ヘタル制限」にあたらないと考えていたことは明らかである。

(16) この点につき、株式会社においては、共同代表取締役各自は、代表権は有するがその行使方法が制約されているにすぎないと説明されることが多いが、そもそも代表権とは、法人たる会社のために法律行為を行い、その法律効果を会社に帰属せしめることのできる権限であるから、共同代表取締役の一人が単独で代表行為を行ってもその法律効果が会社に帰属しない以上、代表権は共同代表取締役全員に合有的に帰属し、共同代表取締役各自は代表権そのものを有していないといわざるをえない。したがって、共同代表は代表権の帰属の問題として捉えるべきである。

三　会社における代表権の制限

㈠　代表権の制限か代表権行使の制限か

代表権に加えた制限の対外的効力は専ら立法政策の問題であるといわれ[17]、民法五四条もまさに立法政策の所産であることはその立法理由からも明らかである。ところが、民法五四条は、理事の事務執行権と代表権の区別に基づいて代表権の制限を許したものではなく、むしろ同条を事務執行権と代表権の区別に基づいて再構成すれば、同条にいう「代理権ニ加ヘタル制限」は第一次的には事務執行権に対する制限を意味すると解すべきことは、すでに述べたとおりである。また、会社法においては、業務執行機関と代表機関の分化の程度は会社の種類によって異なるとしても、会社の経営機構は業務執行権と代表権の区別に基づいて構築されているから、民法五四条の立法者意思がそのまま会社の機関に妥当するわけではない。他方において、民法五四条を準用する商法の規定は、代表機関の権限に関する規定の中に置かれ、代表権それ自体の制限を許す規定であるかのように存在することもまた事実である。したがって、民法五四条を準用する商法の規定は、業務執行権に対する制限とは無関係に代表権のみに固有の制限を認める規定として変容したのか、そして、会社における機関権限の分配のあり方に鑑みたとき、それが是認しうるものであるかということが問い直されなければならない。

そこで、まず機関権限の分配のあり方という視点から、代表権の範囲に関する制限の可能性を検討してみることにしよう。

そもそも、目的団体が独立した主体性をもって団体活動をなしうるためには、構成員の個人的意思を超越した団体意思が存在しなければならない。そして、団体としての活動が事業目的に拘束される以上、団体としての意思は、最も抽象的には団体創設の際に設定された事業目的に求められる。しかし、実際に団体としての活動を行

うためには、事業目的を具体化し団体活動に関する意思を形成する組織、すなわち団体の業務執行に関する組織が必要となるから、団体を多少なりとも永続的に存続せしめようとする限り、その組織は団体の内部において規範的に定められることになる。こうして、団体は独自の団体活動を行うことのできる組織体として社会的に存在しうることとなるが、その組織を構成し、団体意思を形成しうる固有の地位が「機関」たる地位にほかならない。このような視点から目的団体を観察すれば、「機関」は、法人に限って存在する観念ではなく、団体が独自の意思活動をなしうる限り、その組織上不可欠に存在する観念であるということができる。そして、団体が任意に創設されうる以上、いかなる機関を設定し、機関権限をいかに分配するかということもまた団体の自治に委ねられてよい。したがって、団体の業務執行権の所在・分配はもとより、団体活動の一環としてなされる対外的法律行為についても、いかなる地位にある者がいかなる範囲でなしうるかということは団体内部で自由に定めることができる。(18)

ところが、その団体が法人格を有する場合（特に会社の場合）、その機関権限の分配のあり方には法人に固有の配慮が加味される。まず、機関権限の分配が徹底されている株式会社においては、所有と経営の制度的な分離に伴う経営の合理化・適正化と業務執行に関する責任の所在の明確化のため、機関権限としての業務執行権の所在とその行使方法には強行法的な枠がはめられ、そこには会社の自治が認められる余地はほとんどないが、少なくとも人的会社においては、業務執行権の分配には広範な自治が認められるため（商六八条参照）、法人格のない団体の場合と基本的に異なるところはない。これに対して、代表権の所在と範囲は、対外的法律行為の法律効果が一個の法主体たる法人に帰属するか否かにかかわる重要な問題であるから、法人という独立した一個の単位を基準として確定されなければならず、もはや個人法レベルの延長線上において捉えることはできない。つまり、法人が法によって権利義務の主体性を認められたものである以上、対外的法律行為によってその権利義務関係に変

動を生ぜしめうる地位、すなわち代表機関に関する規範もまた法の支配に服さなければならず、その反面として団体の自治は排除されると考えられる。したがって、代表行為については、それをなしうる地位と範囲が法定的に確定されていることを要し、そこにはもはや団体の自治は及ばないと解すべきである。特に会社においては、その営利性が主として反復継続的な商行為を通して実現されることに鑑みれば、取引の円滑と安全を確保するため、その要請はいっそう強いものとなる。そのため、商法は、一方で代表機関の権限を包括的なものとして客観的・抽象的に定型化し、他方で代表機関たる地位にある者を絶対的登記事項とすることによって、会社の法律行為をめぐる法的安定性を確保しているものと考えられる。つまり、法人たる会社においては、機関権限としての代表権の所在と範囲は強行法的に確定されなければならないという点において、法人格のない団体の場合とは異なる特殊性を指摘することができる。

このように考えていくと、代表権それ自体に対する制限は認められないことになりそうであるが、それでもなお商法の解釈論として立法政策的な例外を許容しうるであろうか。業務執行権とは無関係に代表権のみに対する任意の制限が可能であると解しうるためには、すべての種類の会社の代表機関に共通する代表権の範囲を規定した商法七八条一項が任意規定であることが前提となる。しかも、代表機関の代表権の範囲は意思効果[19]として定まるものでなければならない。なぜなら、商法七八条一項に規定する代表権の範囲が法定効果であり、会社組織上一定の地位にある者に対して包括的な代表権が法定的に授与されるものであるとすれば、その効果の発生を任意に排除することはできても、その効果の内容すなわち代表権の範囲を変更することはできないと考えられるからである。そこで、この点を各会社につき順次検討していくことにしよう。

合名会社においては、各業務執行社員が原則として代表機関たる地位を有するから（商七六条本文）、そこには代表機関たる地位に就かせるための選任行為を必要としない。つまり、選任行為が存在しない以上、業務執行社

員の包括的な代表権はそれを授与する旨の意思に基づいて生ずるものではない。もっとも、定款または総社員の同意をもって一部の業務執行社員のみを代表社員とすることもできるが（同但書）、これは一部の業務執行社員を代表社員に選任するのではなく、他の業務執行社員に対する代表権の発生を排除するものと解することができよう。以上の解釈は、合資会社における業務執行社員についても同様である（商一四七条）。次に、有限会社においては、各取締役は原則としてその地位に基づいて当然に代表機関たる地位を有するから（有二七条一項・二項）、取締役として選任されてさえいれば、それとは別個に代表機関たる地位に就かせるための選任行為を必要としない。もっとも、取締役の選任行為の中に代表権授与の意思表示も含まれていると解しえないわけではないが、有限会社の代表機関は取締役たる地位を前提とする以上、取締役として選任する旨の意思表示とは別個に代表権授与の意思表示の必要性を認めることは困難であろう。また、数人の取締役の中から特に代表取締役を定める場合（有二七条三項）も、合名会社における商法七六条但書の解釈を援用することができると思われるが、仮に代表取締役としての選任行為が格別に必要であると解しなければならないとすれば[20]、次に述べる株式会社の代表取締役における解釈に従うことになる。

株式会社においては、各取締役が当然に代表機関を構成するわけではなく、取締役会決議に基づき代表取締役を選任することが必要であるから（商二六一条一項）、代表取締役の選任行為と代表取締役に対する包括的代表権の帰属との関係につき、特に問題が生ずる。まず、代表取締役の選任行為は特定の取締役に対する代表権の授与を目的とするものであるとすれば、その代表権の範囲は取締役会によって任意に定めうるのであって、代表権の範囲を特に定めなかった場合に限り、商法七八条一項所定の包括的代表権が授与されたことになると解すべきことになる[21]。このように解することが可能であるとすれば、商法二六一条三項の準用する商法七八条一項は、代理権の定めがなかった場合における代理権の範囲を規定した民法一〇三条の特則的規定と位置づけられることにな

ろう。しかし、代表取締役の代表権の範囲を任意に定めうるとすれば、代表取締役という機関的地位を確定しえないおそれがある。とすれば、代表取締役の機関的地位を確定するものはその包括的代表権であると解し、代表取締役の選任行為は、法定化された包括的代表権を授与する行為と位置づけるほかはなかろう。これに対して、仮に包括的代表権以外の基準をもって代表取締役という法定化された機関的地位を確定しうるとすれば、代表取締役の選任行為は、そのような機関的地位に就かせることを目的とするものであると位置づけることができるが、そうすると代表取締役の包括的代表権は法定効果として発生することになる。なぜなら、代表取締役たる地位の本質的要素たる代表権が、その選任行為とは別個の授権行為によって発生すると解するのは背理といわざるをえないからである。いずれにせよ、代表取締役の代表権の範囲は任意に定めうるものではないことになる。

以上の考察により、代表権の範囲を規定した商法七八条は強行規定であり、定款をもってしてもその範囲を制限することはできないと解すべきことが明らかになったと思う。もっとも、これに対しては、民法五四条を準用する商法の規定は、その「制限」という文言に鑑みれば、代表機関に包括的代表権が法定的に発生することを前提とした上で、あえてそれに対する任意の制限を認めたものであるとの反論もありえよう。しかし、代表権の範囲が法定化されている一方で、その範囲に対する任意の制限を許すということは、それ自体自己矛盾である。代表権が対外的法律行為の法律効果を法人に帰属せしめる権限として位置づけられる以上、法定的な代表権とは別個に任意の制限の対象となる代表権なるものを認めて、二元的ないし相対的に構成することなど不可能である。法定的な代表権とは別個に任意の制限の対象となる権限があるとすれば、それは代表権ではないし、単に内部的な拘束力を有するにすぎない代表権の制限は、代表権の制限ではない。したがって、任意の制限の対象となるものは代表権それ自体の範囲ではなく、別のところにあると解さざるをえない。そして、代表権の行使は業務執行権に裏づけられて初めてその正当性が認められることに鑑みれば、「代理権ニ加ヘタル制限」は、代表権が包括

的・不可制限的であることを前提とした上で、その行使を制限したもの、いいかえれば代表権の背後にあってその行使を裏づける業務執行権に対する制限であると解すべきことになる。[22][23]

ところが、代表権が不可制限的であるのに対して、その背後にある業務執行権は制限しうるものとすると、業務執行権に裏づけられない代表権行使なるものが存在しうることとなるため、果たしてそのような現象を理論的に承認しうるかが問題となる。会社法学説の多くは、代表権は業務執行権の一内容であるかのように理解し、両者を同一次元ないし同一平面上において捉えるため、代表権とは別個に業務執行権のみを制限するということは理論的に成り立ちえないことになるはずだからである。[24] しかし、この問題は、代表権と業務執行権の関係を二元的・無因的に構成することによって克服することができる。すなわち、会社の経営機構を業務執行権と代表権の区別に基づいて構築する現行商法においては、代表権は、対外的法律行為によってその法律効果を法人に帰属せしめる権限であるのに対して、業務執行の観念が法人格のない民法上の組合にも存在する（民六七〇条参照）ことに鑑みれば、業務執行権は、その行使としてなされる行為（事実行為を含む）の経済的効果（損益）を団体（法人）に帰属せしめる権限であるということができる。なぜなら、団体の法人格の有無を問わず、団体に出資された財産は目的財産として計算上の独立性を有し、団体としての活動が目的財産の変動を生ぜしめることに着目すれば、そこに一個の経済的主体の存在を認めることができ、一方、団体としての活動に関する意思を形成する組織は業務執行機関にほかならないから、業務執行の観念は団体の経済的主体性と密接な関係を有し、業務執行権の行使として形成される意思は経済的効果の享受に向けられていると解することができるからである。このように、業務執行権と代表権を二元的に構成することは可能であり、そうすることによって代表権の業務執行権からの無因性・独立性を肯定することができる。[25] したがって、代表権の範囲に影響を及ぼさない業務執行権のみに対する制限は、決して理論的に成り立ちえないものではない。

(17) 川島・前掲注(11)一二三頁。

(18) 団体の機関に関する本文の見解は、浜上則雄「機関と代理の相違について」阪大法学三五号(昭和三五年)二〜六頁に負うところが大きい。

(19) 代表権授与行為は単なる権限の授与にすぎず、代表行為がなされるまでは具体的な法律効果として権利義務を生ぜしめるものではないため、代表権の帰属を「意思効果」または「法定効果」と称することが適切か否かは問題となりうるが(代理理論におけるいわゆる統一要件論によれば、本人による代理権の授与と代理人による代理行為が一体として法律行為を形成すると解されるため、代理権授与行為自体は法律行為ではなく、その結果代理人に対する代理権の帰属も法律効果ではないと解されうる)、ここでは便宜上「意思効果」「法定効果」という表現を用いることにする。

(20) 特に定款の規定に基づき取締役の互選によって代表取締役を選任すべき場合には、定款の規定により有限会社法二七条二項の適用が排除された上で、格別の選任行為によって代表取締役を定めるべきことになると構成する余地はある。

(21) 関俊彦『会社法概論』(平成六年・商事法務研究会)二五五頁は、「代表取締役は会社の営業に関する一切の裁判上・裁判外の行為をする権限を有すると規定されている(二六一条三項・七八条一項)。これはある者が代表取締役の地位に就任すれば、特に代表権(代理権)の範囲を定めなくとも代表権の範囲が画一的に決められるということを意味している。つまり、代表権の定めの欠缺を補完する規定である。したがって、個々の会社が個々の代表取締役について代表権の範囲を定めることが許されないということを意味していない。」と説明する。しかし、この見解によれば、代表取締役の地位がいかなる基準によって確定されるかが問題とならざるをえない。

(22) この点につき、ドイツの一九三七年株式法七四条は、定款・監査役会・株主総会決議をもって取締役会の代表権の範囲を制限しうることを認めた上で、その制限は第三者に対して効力を生じない旨規定していたが、一九六五年株式法は、制限しうるのは代表権ではなく業務執行権であるとして、その八二条一項において取締役会の代表権は制限されえないものと明文で規定したという経緯がある(慶應義塾大学商法研究会訳『西独株式法』(昭和四四年・慶應義塾大学出版会)一一三頁)ことは非常に興味深い。これは、民法五四条にいう「代理権ニ加ヘタル制限」の解釈に対して比較法的に重要な示唆を与えるものである。

(23) 矢沢惇「代表取締役の代表権の限界」法学セミナー三〇号（昭和三三年）三八頁は、商法二六一条三項の準用する民法五四条につき、「悪意の第三者との関係では、代表権よりも、むしろ……対外的業務権限の範囲が重要性を有する。」と説明し、民法五四条にいう「代理権ニ加ヘタル制限」が業務執行権の制限でありうることを示唆している。

(24) 大隅健一郎「代表取締役の地位」『会社法の諸問題〔新版〕』（昭和五八年・有信堂）三三六頁は、「代表取締役が法律上当然に営業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為につきその決定及び決定の実行に必要な代表の権限を有することを前提として、その双方の権限を全体としてこれに制限を加えても善意の第三者に対抗することをえないとするときに、初めてこの規定の意義が十分に理解せられるのである。」と主張するが（同旨、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第三版〕』（平成四年・有斐閣）二一三頁）、代表権は制限せずに業務執行権のみを制限することまでは否定していない（三三七・三四〇頁）。

(25) この点に関する私見の詳細については、拙稿・前掲注（13）二元性一九五頁以下参照。なお、委任に基づく内部的な義務からの代理権（代表権）の独立性という視点から、民法五四条の解釈を批判的に検討する見解として、高橋・前掲注（4）一八五頁参照。

(二) 民法五四条の存在意義と適用範囲

以上に述べてきたように、代表権は包括的・不可制限的なものとして法定され、任意の制限の対象となるものは代表権の行使を裏づける業務執行権であると解したとき、民法五四条にいう「善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」の意味につき困難な問題に逢着する。そもそも「善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」という法規範は、本来的にはある一定の事実の存在によって行為の効力が左右されうるところ、利益衡量の見地から、その事実を知らない第三者に対する関係ではその事実の主張を許さず、その事実が存在しないものとして法的に処理されるというものである。したがって、民法五四条は、その制限が代表行為の効力を左右する事実である場合、いいかえれば制限違反の行為が無権代表を構成する場合にしか、その適用はありえないことになる。ところが、代表機

関の業務執行権の制限はそもそも代表行為の効力に影響を及ぼす事実ではない。すなわち、その制限に違反してなされた代表行為であっても、代表権の範囲自体は制限されていない以上、常に有権代表となり、法人にその法律効果を帰属せしめることになるから、業務執行権の制限という行為の効力に影響のない事実につき、善意の第三者に対する不対抗という効果を生ぜしめることもまた無意味となり、民法五四条はその存在意義を失うことになってしまうのである。

しかし、法人の利益を犠牲にしてまで、代表行為が業務執行権の裏づけを欠いていることを知っている第三者を保護する必要はないとも考えられる。とすれば、会社と悪意の第三者の間の実質的衡平を図るという点に民法五四条の存在意義を求めるほかはない。すなわち、代表機関の代表権の不可制限性を徹底すれば、第三者保護に厚すぎるため、民法五四条は、悪意者を排除することによって政策的に会社の利益保護を図ることを目的とした規定であり、[26] その反対解釈にその本質があると解すべきことになる。そして、悪意者さえ排除できればよいであるから、善意者の過失の有無は問題とならない。

また、業務執行権に関する制限は内部的に業務執行の適正化を図るためのものにすぎず、本来代表行為の効力を左右する性質を有するものではない以上、代表行為が業務執行権に裏づけられているかということは、外部者が容易に知りえない内部的事情にとどまる。特に、制限の内容が一定の行為をなすためには所定の手続を履践しなければならないというものである場合、所定の手続の履践によって制限が解かれることになるのであるから、制限の存在を知っていることは直ちに制限違反の事実を知っていることにはならない。このような制限においては、制限の存在を知っているというだけでは、そこから直ちに実体的な効果と結び付けることはできないから、民法五四条によって排除されるべき悪意者の悪意は制限違反の事実についての悪意でなければならないが、所定の手続を経たか否かということを外部者たる第三者が容易に知りえないことは、その制限が自治的な制限である

か法令による制限であるかによって異なるところはない。したがって、代表行為が業務執行権の裏づけを欠くことにつき、それが自治的な制限に由来するものであろうと、法令による制限に由来するものであろうと、民法五四条の適用が認められるものと解すべきである。このような考え方の下では、会社法における民法五四条の適用範囲は次のように考えていくことができるであろう。

合名会社・合資会社・有限会社においては、業務執行権の分配につき広範な定款自治が認められるから、定款の規定をもって一定の業務執行は総社員の同意または社員総会決議によるなどと定めることができ、この場合、業務執行社員・取締役（以下、便宜上「業務執行者」と総称する）の業務執行権が自治的に制限されることになるから、これに違反してなされた代表行為は業務執行権の裏づけを欠くものとして、民法五四条の適用があることになる。一方、業務執行者の権限に属する事項であっても、業務執行者が複数存在する場合には、その過半数をもって決定することを要する（商六八条・民六七〇条、有二六条）。この場合、各業務執行者は単独で業務執行機関を構成すると解する限りでは、代表権を有する業務執行者が専断的に代表行為を行った場合でも、単独で有する業務執行権に裏づけられている以上、民法五四条の適用はないと解する余地もあるが、業務執行者の過半数をもって決定すべき事項でありながら、その決定を経ずに代表行為がなされた場合、業務執行者の業務執行権行使の手続的制限が解かれていないものとして、民法五四条の適用を認めることも十分に可能である。

これに対して、株式会社の場合には、まず業務執行権の所在を明らかにしておく必要がある。この点につき、商法二六〇条一項は、取締役会に業務執行の決定権があることを明らかにしている以上、決定権と不可分の関係にある実行権もまた取締役会にあると解すべきである。つまり、業務執行権と代表権はそれぞれ取締役会と代表取締役に分属することとなり、業務執行機関と代表機関の完全な分化が認められることになるが、前述したように代表権が業務執行権からの無因性・独立性を有することに鑑みれば、両権限の分属に理論的な障害はない。そ

の結果、代表取締役は、代表権は固有に有するものの、業務執行機関たる取締役会から包括的・抽象的にまたは個別的・具体的に業務執行の委任を受けない限り、対外的業務執行たる代表行為をなしえない地位にあり、代表取締役には制限の対象となる業務執行権は初めから帰属していないことになる。[27] いいかえれば、株式会社の機関構造上、代表取締役の代表権行使は生来的に制限されていることになる。これは、代表取締役の専断的行為を抑止するとともに、一切の業務執行は取締役会の権限に由来するものとすることによって業務執行に関する責任の所在を明らかにするという合理的な趣旨に基づくものであり、決して奇異なものではない。したがって、取締役会からの委任を受けずになされた代表行為は、業務執行権の裏づけを欠くものとして、民法五四条の適用があることになる。

この点に関連して、商法二六〇条二項は重要な業務執行は必ず取締役会決議を経ることを要するものとしているが、これに違反してなされた代表取締役の専断的行為の効力につき、学説上争いがあることは周知のとおりである。この問題につき、一般悪意抗弁説ないし権利濫用説と称される多数説は、取締役会決議を経ていないことにつき悪意の相手方が会社に対して権利行使することは信義則違反または権利濫用として許されず、会社は相手方の悪意を証明すれば一般悪意の抗弁をもって対抗しうると解している。[28] この見解は、民法五四条を会社と悪意の第三者との間の実質的衡平を図る規定として理解した上で、同条を適用した結果と異なるところはない。一般悪意抗弁説の実定法上の根拠は、一般条項としての民法一条二項ないし三項に求めるほかはないが、一般条項による解決は可及的に避けられるべきことはいうまでもない。したがって、民法五四条の本質を以上に述べてきたように理解しうる限り、代表取締役の専断的行為の効力は同条の適用によって処理することが可能である。[29] また、重要でない日常的な業務執行については代表取締役に包括的に委任されていることが通常であろうが、一定の事項については必ず取締役会決議を要する旨自治的に定められている場合にも、それに違反した代表取締役の専断

的行為については民法五四条の適用が認められる。[30]

(26) この点につき、ロエスレル商法草案二二二条は、「会社ハ頭取ノ所業ニ依リテ特ニ直接ノ権理義務ヲ得ル者トス会社ノ申合規則ヲ以テ頭取ノ代理権利執行ノ方法ヲ定ムヘシ其権利執行ハ申合規則及ヒ総会決議ノ範囲ヲ出ツ可ラス但シ特ニ其権利ヲ制限スルモ良心ナル他人ニ対シテハ無効トス」と規定し（司法省『ロエスレル氏起稿商法草案上巻』〔復刻版〕（平成七年・新青出版）三九九頁）、頭取（取締役）の権限に制限を加えても、内部的には頭取を拘束するが、第三者に対する関係では制限がないものとして扱い、ただ害意ある第三者に対する関係ではその制限を主張しうるものとしていた（同四〇一頁）ことは注目に値する。

(27) この点に関する私見の詳細については、拙稿・前掲注（13）序論的考察三頁以下、同「フランス株式会社法における業務執行機関と代表機関の分化」法学政治学論究二五号（平成七年）一三六頁以下参照。

(28) 大隅＝今井・前掲注（24）二〇四頁、加美和照『会社法〔第五版〕』（平成八年・勁草書房）二四〇頁など。

(29) 結論同旨、前田庸『会社法入門〔第四版〕』（平成七年・有斐閣）三六五頁。なお、現行の二六〇条二項に相当する規定が存しなかった昭和五六年改正前商法の下で、定款をもって重要な業務執行は取締役会決議を要する旨定められているにもかかわらず代表取締役が独断で行った代表行為の効力につき、民法五四条による解決の可能性を主張する見解として、竹内昭夫『判例商法Ⅰ』（昭和五一年・弘文堂）二八三頁、前田重行「代表取締役の代表権に対する制限」『会社判例百選〔新版〕』（昭和四五年・有斐閣）一四〇頁がある。この見解は、「取締役会決議を代表取締役による代表権行使のための手続上の制約」（竹内・前掲二八三頁）と解した上で民法五四条による解決を認めるため、民法五四条の適用範囲が代表権行使の制限の場合に及ぶと解する点で私見に近い。

(30) 結論同旨、山口幸五郎『新版注釈会社法(6)』（昭和六二年・有斐閣）一六八頁、同『会社取締役制度の史的展望』（平成元年・成文堂）二七〇・二八〇頁、北沢正啓『会社法〔第四版〕』（平成六年・青林書院）三九〇頁、関・前掲注（20）二六一頁。

ただし、民法五四条を代表権の制限に関する規定と解する限り、この見解はいわゆる派生機関説を前提としなければ成り立ちえない（山口博士の見解はこれに属する）。派生機関説は、取締役会の派生的機関である代表取締役には、法律により株主総会または取締役会の専決事項とされているものを除き、会社の営業に関する一切の行為（経常性・

反復継続性を特質とする行為）の専決執行権とそれに必要な代表権が法定的に与えられていると解し、業務執行権と代表権の関係を表裏一体のものとして有因的に構成する。したがって、会社内部の自治的規範により、代表取締役の法定的な権限に属する事項を取締役会の権限に留保した場合には、代表取締役の業務執行権と代表権が一体的に制限されることになるから（大隅・前掲注（24）三三五頁・三三九頁）、これを民法五四条の問題とすることには理論的な整合性がある。もっとも、派生機関説をとりえないことは、別稿において明らかにした（注（27）参照）。これに対して、いわゆる並立機関説（通説）は、取締役会には業務執行の決定権のみが帰属する一方、代表取締役にはその実行権及び代表権が帰属すると解するが、一定の業務執行の決定権を代表取締役に委譲せず取締役会に留保した場合、これを代表取締役の代表権の制限というためには、業務執行権と代表権を有因的に構成し、代表取締役の業務執行の決定権の制限が同時に代表権をも制限するものと解しなければならない。しかし、並立機関説によれば、取締役会が機関権限として業務執行一般の決定権を有し、代表取締役の決定権は取締役会からの明示または黙示の委任に基づくと解されるのであるから、それと有因的な関係にある業務執行の実行権及び代表権もまた、取締役会からの包括的または個別的な委任によって初めて代表取締役に生ずることとなり、代表取締役は生来的に代表権を有しないこととなってしまうのである。なお、この点については（民法五四条の解釈をめぐるものではないが）、木内宜彦教授も同様の問題点を指摘されている（木内宜彦『会社法（企業法学II）』（昭和五八年・勁草書房）一八七頁）。

四　結びに代えて

民法五四条の解釈に関する私見が未だ試論の域を出るものではないことは、筆者も自認するところである。しかし、少なくとも会社法においては、代表機関の代表権の範囲が団体の自治からの独立性を有するものと解さざるをえない以上、もはや同条に文言どおりの意義を認めることはできず、同条を準用する商法の規定はこれを空文と結論づけることさえ可能である。そこで、本稿では、民法五四条に新たな生命を吹き込むことによって、その蘇生を試みたつもりである。しかし、私見にはさらに検討すべき問題点も少なくないため、私見が民法五四条

に関する解釈論的・立法論的な問題提起となれば、本稿の目的は一応達せられたということができる。そこで、今後の検討課題とされる問題点を指摘して結びとする。

第一に、民法五四条の解釈に関する私見が民法上の法人にも妥当しうるかという点である。忠実に立法者意思に従えば、同条は文言どおりに理解されるべきことはいうまでもない。しかし、同じ法人でありながら、会社では代表権は不可制限的であるのに対して、民法上の法人では事務執行権に対する制限をもって代表権をも制限することが許されると解するのは、機関をめぐる両者の法体系が異なるとはいえ、疑問を禁じえない。これに対して、判例・通説のように、立法者意思を離れ、各理事が単独で代表機関を構成するものと解し、さらに事務執行権と代表権の無因的峻別論を基礎とすれば、私見における解釈がそのまま妥当するから、理事の過半数による決定を経ずになされた代表行為を含めて、事務執行権の裏づけを欠く代表行為はすべて民法五四条によって処理されうることになる。[31] 一方、一定の理事の代表権を剝奪したり、共同代表によることを定めたときは、それに違反してなされた代表行為はまさに無権代表であって、業務執行権の裏づけを欠く代表行為とは次元を異にするから、同条の適用はなく、一般の表見代理の成否の問題となる。しかし、会社法においては、特定の業務執行者のみが代表権を有する場合や共同代表による場合は、それを認める明文の規定があるし、しかもそれは絶対的登記事項とされ、これを登記すれば善意の第三者にも対抗しうることとなるから（商一二条）、会社の利益保護が図られているのに対して、民法上の法人においてはそのような制度的配慮を欠くため、本来民法においては商法におけるよりも取引の安全の要請の程度が相対的に低く、むしろ法人の利益保護が重視されるべきであるにもかかわらず、民法上の法人の利益保護が会社の利益保護に劣後することになるが、それでは明らかに権衡を欠き、その問題性は顕著である。したがって、民法五四条を私見のように解釈するためには、それ以前に民法の法人法体系を根本的に見直す必要がある。

第二に、会社の代表機関が包括的な代表権を有するといっても、その範囲をどのように解するかという点が問題となる。民法五四条は、代表機関が固有に代表権を有することを前提とし、その代表権の範囲内でなした行為が業務執行権の裏づけを欠く場合に適用されるものであって、代表機関が本来的に代表権を有しない行為についてはその適用はないというべきであるから、代表機関がその機関権限として有する代表権の範囲を画定することが必要となるのである。会社法においては、会社の組織に関する重要な事項や社員の利害に重大な影響のある事項は、業務執行機関の権限とはせず、社員の意思にかからしめているが、もし代表機関の代表権は会社の行為能力の範囲に属する一切の行為に及ぶとすれば、代表機関が社員の意思によって決定されるべき事項を独断で実行した場合にも民法五四条によって解決されることになってしまう。しかし、営業の継続を前提とする経常的な行為と会社の営業の基礎となる組織に変動を生ぜしめる行為とを同一の法理に服せしめることには躊躇せざるをえない。したがって、代表機関の代表権の範囲に関する商法七八条一項にいう「営業ニ関スル一切ノ……行為」の意味が明らかにされなければならない。

第三に、これが民法五四条の解釈において最も重要な問題となるのであるが、悪意者の排除をどのように理論構成するかという点である。「代理権ニ加ヘタル制限」が代表権それ自体の範囲に関する制限を意味するものであれば、悪意者に対する関係では、制限違反の代表行為は無権代表による無効を構成することになるが、代表権の範囲に関する制限を否定する私見によれば、純理的には無権代表を構成することはありえない。したがって、業務執行権の裏づけを欠く代表行為も会社に対して効力を生ずることを前提としなければならないのであるが、わが国の民商法においては、本来無効な行為を善意者保護の見地から有効な行為に準ずる取扱をするという規定はあっても、有効な行為を悪意者に対する関係で修正し、無効な行為に準ずる取扱をするという規定は存しない。[32]この点につき、商法二六〇条二項に違反する代表取締役の専断的行為の効力に関する多数説は、会社が悪意者に

対する関係で義務の履行を免れる根拠を、悪意者の会社に対する権利行使が信義則違反ないし権利濫用を構成することに求めるが、これは悪意者からの権利行使を拒みうる根拠となっても、会社からの権利行使は否定されえない点で不十分である。また、悪意者であっても、専断的行為の効果として生ずる権利は取得するとしながら、その権利行使が権利の濫用になるとすれば、そのような権利の発生を認めること自体が問題であるとの批判[33]を免れない。これに対して、多数説の中には、会社は悪意者に対する関係では一般悪意の抗弁をもって行為の無効を主張しうると解する見解もあるが[34]、無権代表の法理によらずに、いかなる理論構成をもって無効を根拠づけることができるのかが問題とならざるをえない[35]。民法五四条を解釈上「悪意の第三者に対しては行為の無効を主張しうる」と読みかえ、同条を実定法上の根拠として相対的な無効を肯定するにしても、そのような解釈の根拠を単なる利益衡量に求めるだけでよいものであろうか。

そこで、現在唯一の可能性として考えられることは、業務執行権の制限をもって代表権の制限と擬制することによって、無権代表の法理に準拠せしめることである。そもそも、立法者の予定する「代理権ニ加ヘタル制限」とは、事務執行権と代表権を一体的に制限するというものであった。これに対して、会社法においては、代表権は業務執行権から無因化し、それ自体不可制限的なものとして法定化されていると解さざるをえない以上、業務執行権の範囲が実体関係として代表権の範囲に消長を来すと解することはできないのであるが、民法五四条が会社の代表機関にも準用されている以上、同条の立法者意思にあえて拘泥し、同条の適用に関する限りにおいて、業務執行権と代表権を一体のものとみなして、業務執行権の裏づけを欠く代表行為を無権代表の法理に服せしめることもあながち不可能ではない。このような解釈によれば、同条にいう「善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」という文言は会社法においてもそのまま維持することができ、ただ「代理権ニ加ヘタル制限」という文言については、これを会社法的に修正し、代表権に対する実体的な制限を意味するのではなく、代表権の背後にあっ

てその行使を裏づける業務執行権の制限をもって代表権の制限と擬制したものと位置づけられることになろう。思うに、一見強引とも思われるこのような解釈によらなければ、民法五四条をめぐる理論的整合性と具体的妥当性は図れないのではないだろうか。

(31) 民法五二条二項違反の理事の代表行為につき民法五四条の類推適用を認めるものとして、大判昭和一五年六月一九日民集一九巻一〇二三頁、藤原・前掲注（7）三七四頁。

(32) 民法九三条は、心裡留保による意思表示を原則として有効とした上で、相手方が表意者の真意を知りまたは知りうべかりしときは例外的に無効としているが、これは本来有効な意思表示を悪意または有過失の相手方との関係で修正したものではない。すなわち、意思理論によれば、心裡留保による意思表示は表示された意思に対応する内心的効果意思を欠いている以上、本来無効とされるべきところ、同条は、意思表示に対する相手方の信頼を保護し、取引の安全を図るため、立法政策的に有効を原則としたものと解される。

(33) 矢沢・前掲注（23）三九頁。木内・前掲注（30）一八九頁も、「このような場合、権利が存在することを前提にしつつ、その権利行使が権利濫用となる事情を、まさにその権利発生の際における権利者となろうとする者（相手方）の悪意という主観的意図に委ねていることである。いわば、権利行使の段階に権利濫用の要件となる事実があるのではなく、すでに、いかなる場合にも共通してくる権利発生の時点にそれが存在することによって、その者の絶対に行使できない状態の権利が発生させられることになる。」と述べ、その問題点を指摘している。

(34) 近藤光男「取締役会」『会社法演習II』（昭和五八年・有斐閣）一六二頁、米沢・前掲注（6）二七頁。

(35) 米沢・前掲注（6）二七頁は、その解釈上の根拠は利益衡量に求めるほかはないとされ、立法的解決の必要性を主張する。