

### 第3章 代表権の制限に関する規律と債権法改正—民法 107 条が代表権の濫用の解釈に与える影響

加藤 貴 仁

#### 1 本稿の目的

民法の一部を改正する法律（平成 29 年法律第 44 号）（以下、「債権法改正」という。）によって、代理権の濫用に関する規定（民法 107 条）と利益相反取引に関する規定（民法 108 条 2 項）が新設された。これらの規定の内容は以下のとおりである。

民法 107 条 代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。

民法 108 条 2 項 前項本文に規定するもののほか、代理人と本人との利益が相反する行為については、代理権を有しない者がした行為とみなす。ただし本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。

民法 107 条と民法 108 条 2 項は、いずれも、代理人の行為を無権代理とみなす旨の規定である。これらの規定が適用される結果、代理人の行為の効果は、代理権の範囲内であったとしても本人が追認しない限り帰属しないことになる。<sup>(1)</sup>したがって、これらの規定は、代理権の制限に関する規定と位置付けられる。会社法には、代理に関する民法の規定が代表権に適用されることを当然の前提としている規定がある（会社法 356 条 2 項）。したがって、債権法改正によって新設された代理権の制限に関する規定が代表権の制限に係る規律に与える影響を論じることに、一定の意義が認められると思われる。

筆者は、別稿において、民法 108 条 2 項が代表権の制限に係る規律に与える影響を論じたことがある。<sup>(2)</sup>そこで本稿では、民法 107 条が代表権の制限に係る規律に与える影響を論じることにする。

「2」では、代表権の制限に係る規律の概要を確認する。代理権と同じく代表権についても、代表権の濫用という類型が認められている。代表権の制限に係る規律の中での代表権の

- 
- (1) 代理権の濫用は相手方に悪意または過失がある場合に限り民法 107 条によって無権代理とみなされるのであるから、表見代理が認められることはない。潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野目章夫『詳解 改正民法』（商事法務、2018 年）52-53 頁、佐久間毅『民法の基礎 1 総則〔第 5 版〕』（有斐閣、2020 年）250 頁。ただし、民法 108 条 2 項が適用される行為については、民法 110 条の表見代理が成立する可能性がある。潮見ほか・前掲 56 頁〔中舎寛樹〕。
  - (2) 加藤貴仁「未承認の利益相反取引の私法上の効力—民法 108 条 2 項と昭和 43 年最判の関係について」神田秀樹責任編集＝資本市場研究会編『企業法制の将来展望—資本市場制度の改革への提言〔2020 年度版〕』365 頁以下（2019 年）。以下では、上記の論稿では取り上げることができなかった問題を中心に分析を試みる。

濫用の取り扱いを確認することで、民法 107 条が代表権の制限に係る規律に与える影響を浮き彫りにすることができる。「3」では、債権法改正によって新設された代理権の濫用に関する規定が代表権の制限に係る規律に与える影響を分析する。なお、本稿では、「会社」を「株式会社」の意味で用いている。

## 2 代表権の制限に係る規律

### (1) 代表権の所在

代表取締役とは、「株式会社を代表する取締役」（会社法 47 条 1 項括弧書）であり、「株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限」（以下、「代表権」という。）を持つ（会社法 349 条 4 項）。代理人が「本人のために」（民法 99 条 1 項）行った行為の効果が本人に帰属するように、代表権を持つ者が「株式会社のために」行った行為の効果は会社に帰属するのである。代理権と比較した場合、代表権の特徴は、その範囲は本人である会社が行う一切の行為に及び、かつ、ある取締役を代表取締役として選定する行為に代表権の授与が当然に付随するという点にある。

会社における代表権の所在は、機関設計によって異なる。まず、取締役会設置会社でない会社では、原則として、全ての取締役に代表権があるが、取締役の中から代表取締役を選定することも可能であり、その場合には代表取締役のみが代表権を有する（会社法 349 条 1 項 3 項）。<sup>③</sup>代表取締役を選定する方法は、定款、定款の定めに基づく取締役の互選、又は株主総会の決議のいずれかである（会社法 349 条 3 項）。

取締役会設置会社における代表権の所在は、指名委員会等設置会社であるかによって異なる。<sup>④</sup>まず指名委員会等設置会社ではない取締役会設置会社では、取締役会は、取締役の中から代表取締役を選定しなければならない（会社法 362 条 3 項・399 条の 13 第 3 項）。<sup>⑤</sup>そして、代表取締役以外の取締役に代表権はない（会社法 349 条 1 項但書）。<sup>⑥</sup>次に指名委員会等設置会社では、取締役会は、執行役の中から代表執行役を選定しなければならない（会社法 420 条 1 項）。取締役に代表権はないし（会社法 349 条 1 項但書）、原則として

- 
- (3) 「その他株式会社を代表する者を定めた場合」（会社法 349 条 1 項但書）には、裁判所によって一時代表取締役の職務を行うべき者（会社法 351 条 2 項）又は代表取締役の職務を代行する者（会社法 352 条 1 項）が定められた場合が含まれる。このことは取締役会設置会社（指名委員会等設置会社を除く）においても同様である。落合誠一編『会社法コンメンタール (8)』（商事法務、2009 年）15 頁 [落合誠一]。
- (4) 指名委員会等設置会社ではない取締役会設置会社には、監査役設置会社、監査等委員会設置会社、公開会社でない会計参与設置会社が含まれる（会社法 327 条 2 項）。
- (5) なお、監査等委員会設置会社では、監査等委員である取締役を代表取締役に選定することはできない（会社法 399 条の 13 第 3 項括弧書）。
- (6) 監査役設置会社・監査等委員会設置会社において代表取締役が選定されることは、「その他株式会社を代表する者を定めた場合」（会社法 349 条 1 項但書）に該当すると解されている。落合誠一編『会社法コンメンタール (8)』（商事法務、2009 年）15 頁 [落合誠一]。

業務を執行する権限もない（会社法 349 条 1 項但書・415 条）。<sup>(7)</sup>

## （２）代表権の制限

このように会社における代表権の所在は機関設計によって異なり、代表権の制限に関する規定も異なる場合がある。しかし、関連する条文は異なるとしても、代表権の制限に関する規律を検討する際に考慮すべき事項には共通する部分が大きいに思われる。そこで以下では、指名委員会等設置会社ではない取締役会設置会社を念頭に置いて、分析を行うことにする。

代表権の制限に関する規律は、関連する条文の有無や内容を基準にすると、内部的制限、法律上の制限、代表権の濫用に分けられる。以下では、順に、これらの規律の概要を説明する。

### ①内部的制限

会社は、内部的な手続きにより、代表取締役の代表権を制限できる。たとえば、取締役会は、代表取締役が会社を代表して一定の行為を行う場合には取締役会の承認を要する旨を内規（取締役会付議基準）として定めることがある。<sup>(8)</sup>このような制限を内部的制限と呼ぶ。

- 
- (7) 指名委員会等設置会社において代表執行役が選定されることは、「その他株式会社を代表する者を定めた場合」(会社法 349 条 1 項但書)に該当すると解されている。落合・前掲注 (6) 15 頁 [落合誠一]。
- (8) たとえば、取締役会付議基準として、処分される財産の帳簿価額が総資産の 1 % を超える場合には取締役会決議を要する事項（付議事項）とする旨が定められることがある。取締役会付議基準として、このような一定の数値基準を用いることには以下のような問題がある。後述するように、代表取締役が「重要な財産の処分」を行うためには、取締役会の承認が必要である（会社法 362 条 4 項 1 号・399 条の 13 第 4 項 1 号）。「重要な財産の処分」の解釈において、処分される財産の金銭的価値は考慮要素の 1 つではあるが、一定の数値基準に従った形式的な取り扱いがなされるわけではない。最判平成 6 年 1 月 20 日民集 48 卷 1 号 1 頁（以下、「平成 6 年最判」という。）は、帳簿価額で総資産の約 1.6 パーセントに相当する資産の処分は「重要ナル財産ノ処分」（平成 17 年改正前商法 260 条 2 項 1 号。会社法 362 条 4 項 1 号に相当）に該当すると判示した。ただし、平成 6 年最判の特徴は、平成 17 年改正前商法のもとで「重要ナル財産ノ処分」に該当するか否かの判断に際しては、処分された財産の帳簿価額が会社の総資産に占める割合といった量的・形式的な側面だけではなく、質的な側面、すなわち、当該財産の会社経営にとっての重要性も考慮されることを示した点にある。このことは、たとえば、帳簿価額が会社の総資産に占める割合が等しい財産であったとしても、一方は「重要ナル財産ノ処分」に該当するが、他方は該当しないという結果が生ずる可能性があることを示している。このような判断枠組みは、現行法における「重要な財産の処分及び譲受け」や「多額の借財」に該当するか否かにも当てはまると思われる。すなわち、平成 6 年最判は、処分される財産の帳簿価額が総資産の 1 % を超える場合には取締役会決議を要すると判示したわけではない。その数字が 3 % であっても、平成 6 年最判の理由付けに従えば取締役会決議は必要ないとの結論になる場合もあり得る。したがって、上記の取締役会付議基準は、平成 6 年最判のもとでは「重要な財産の処分」と評価されない行為を含む事項が、付議事項とされていることになる。付議事

内部的制限の対象とされた事項について、代表取締役は、内部的制限を遵守しない限り会社を代表できない。したがって、代表取締役が内部的制限に違反して行った行為の効果は、会社に帰属しない。ただし、会社は内部的制限を善意の第三者に対抗できない（会社法 349 条 5 項）。すなわち、代表取締役が会社のために行った行為が内部的制限に抵触するとしても、そのことを知らない第三者に対して、会社は内部的制限を根拠として代表取締役の行為が帰属しないことを主張できない。

別の言い方をすれば、会社が内部的制限を根拠として代表取締役の行為が帰属しないことを主張するためには、第三者の悪意を立証する必要があるということである。第三者が重過失によって内部的制限の存在を知らないことは、悪意と同視されると解されている。<sup>(9)</sup>

## ②法律上の制限

代表取締役の代表権は、会社法を初めとする法律上の規定によって制限されることもある。たとえば会社法の規定に基づき、代表取締役が会社を代表して一定の行為を行うために、取締役会や株主総会など他の機関の承認が必要となる場合がある。このような制限を法律上の制限と呼ぶ。

法律上の制限には多様なものが含まれ、かつ、その制限の態様が機関設計によって異なる。たとえば、代表取締役が会社のために第三者と取引 A を行うとしよう。<sup>(10)</sup>取引 A が重要な財産の処分である場合、代表取締役が取引 A を行うためには取締役会の承認が必要である（会社法 362 条 4 項 1 号・399 条の 13 第 4 項 1 号）。ただし、監査等委員会設置会社で一定の条件を満たす場合には、取締役会は重要な財産の処分に係る決定権限を代表取締役に委任できるようになる（会社法 399 条の 13 第 5 項 6 項）。<sup>(11)</sup>さらに取引 A が子会社の株式

---

項が広ければ、会社法に基づき取締役会が決議しなければならない「重要な財産の処分」がその中に含まれる可能性が高くなるとはいえるであろう。しかし、取締役会の内規における付議事項は、広ければ広いほど良いという単純な評価が当てはまるものではない。たとえば、付議事項が広すぎると、取締役会が各事項に当てることができる審議時間が減少する結果、取締役会による意思決定の質が低下することが懸念される。加藤貴仁「監査役設置会社における取締役会の役割・責務と決議事項の関係について」神作裕之責任編集＝資本市場研究会編『企業法制の将来展望-資本市場制度の改革への提言 [2018 年度版]』269 頁以下 (2017 年) 282-285 頁。

- (9) 落合・前掲注 (3) 21 頁 [落合誠一]、田中亘『会社法 第 2 版』(東京大学出版会、2018 年) 234 頁。
- (10) 取引 A が利益相反取引である場合 (会社法 356 条 1 項 2 号 3 号)、取締役会の承認が必要となる (会社法 365 条 1 項)。したがって、利益相反取引に関する規定は代表権の制限に係る規律でもある。
- (11) 本注本文の「一定の条件」とは、監査等委員会設置会社の取締役の過半数が社外取締役であること (会社法 399 条の 13 第 5 項) または定款の定めがあること (会社法 399 条の 13 第 6 項) である。なお、指名委員会等設置会社を除く取締役会設置会社を対象として、重要な財産の処分等に係る取締役会の決定をあらかじめ選定した 3 人以上の取締役 (以下、「特別取締役」という。) によって行うことができる場合もある (会社法 373 条)。ただし、この場合、代表取締役が重要な財産の処分を行うために特別取締役による取締役会の承認が必要となるだけであるから、法

又は持分の譲渡である場合、代表取締役が取引Aを行うためには株主総会の承認も必要となる場合がある（会社法 467 条 1 項 2 号の 2）。<sup>(12)</sup>

法律上の制限の対象とされた事項について、代表取締役は、取締役会や株主総会の承認を得ない限り、会社を代表できない。内部的制限の場合と異なり、代表取締役が法律上の制限に違反して行った行為が会社に帰属するか否かについて会社法に明文の規定は存在しない。したがって、この問題は解釈に委ねられている。そして、法律上の制限が設けられている趣旨は各規定によって異なることから、法律上の制限に違反する行為の効力に係る解釈についても差異が存在する。

再び、代表取締役が会社のために第三者（X）と取引Aを行うという例を考えてみよう。なお、取引Aは会社法 356 条 1 項 2 号又は同項 3 号の取引には該当しないとす。

まず、取引Aが重要な財産の処分であり、かつ、取引Aの当事者となる会社は重要な財産の処分に係る決定権限を代表取締役に委任できる監査等委員会設置会社（会社法 399 条の 13 第 5 項 6 項）ではなかったとする。<sup>(13)</sup>判例では、代表取締役が取締役会の承認を得ることなく X と重要な財産の処分に相当する行為を行った場合、会社は、代表取締役が取引Aを行うためには取締役会決議が必要であったことについて、X が悪意であること又は善意であるがそのことについて過失があることを立証できれば、取引Aの効果が会社に帰属することを拒否できると解されている（最判昭和 40 年 9 月 22 日民集 19 卷 6 号 1656 頁 [以下、「昭和 40 年最判」という。]）。昭和 40 年最判が明示しているわけではないが、同判決は民法 93 条但書の類推適用を根拠とするものであると解されている。<sup>(14)</sup>民法 93 条但書の

---

律上の制限が存在することに変わりはない。

- (12) なお、あらゆる子会社の株式又は持分の譲渡について株主総会の承認が必要となるわけではなく、①当該譲渡により譲り渡す株式又は持分の帳簿価額が当該会社の総資産額の 5 分の 1 を超えるとき、②当該会社が、効力発生日において当該子会社の議決権の総数の過半数の議決権を有しないとき、という双方の条件を満たす場合に限り株主総会の承認が必要となる（会社法 467 条 1 項 2 号の 2 括弧書）。その他に株主総会の決議が求められる可能性のある行為には、事業の全部の譲渡、事業の重要な一部の譲渡、事業の全部の賃貸等、事後設立、が含まれる（会社法 467 条 1 項 1 号 3 号～5 号）。
- (13) 前注(11)とその本文で説明したように、監査等委員会設置会社で一定の条件を満たす場合には、取締役会は重要な財産の処分に係る決定権限を代表取締役に委任できるようになる（会社法 399 条の 13 第 5 項 6 項）。ただし、このような一定の条件を満たす監査等委員会設置会社であっても、会社法 399 条の 13 第 5 項各号の事項を除く全ての事項の決定権限を代表取締役に委任する必要はない点に注意を要する。会社法 399 条の 13 第 5 項各号の事項を除く事項の決定権限の所在は、取締役会付議基準等によって定まることになるので、法律上の制限ではなく内部的制限の問題となるように思われる。したがって、前注(11)で説明した一定の条件を満たす監査等委員会設置会社では、法律上の制限（会社法 399 条の 13 第 5 項各号の事項）よりも内部的制限の重要性が増すことになる。
- (14) 落合・前掲注(3)19 頁 [落合誠一]。なお、昭和 40 年最判は、「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

類推適用によって、Xが悪意又は善意であるが過失がある場合、代表取締役が会社を代表する行為は無効となる。

次に、取引Aが事業の重要な一部の譲渡（会社法 467 条 1 項 2 号）など株主総会の承認が必要とされる行為であるに関わらず、代表取締役が株主総会の承認を得ることなく X との間で取引Aを行ったとする。この場合、判例では、会社は、代表取締役が取引Aを行うためには株主総会決議が必要であることについてXが悪意であるか否かを問うことなく、Xに対して取引Aは無効であることを主張できると解されている（最判昭和 61 年 9 月 11 日判時 1215 号 125 頁 [以下、「昭和 61 年最判」という。]）。このような解釈の根拠として、株主総会決議を要求する趣旨が「広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とする」ものであることが挙げられている。<sup>(15)</sup>

### ③代表権の濫用

代表取締役が自己又は第三者の利益を図ることを目的として会社を代表する行為を行った場合、当該行為が内部的制限にも法律上の制限にも抵触しないとしても、会社は当該行為の効果が会社に帰属することを拒絶できる場合がある。このような場合は、代表権の濫用と呼ばれている。

たとえば、代表取締役が会社を代表して第三者（X）と取引Aを行ったが、その目的は代表取締役の個人的な利益のためであったという例を考えてみよう。判例では、この場合、会社はXが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、取引Aは無効となると解されている（最判昭和 38 年 9 月 5 日民集 17 卷 8 号 909 頁 [以下、「昭和 38 年最判」という。]）。<sup>(16)</sup>

### （3）内部的制限、法律上の制限、代表権の濫用の区別の合理性

このように代表権の制限は、内部的制限、法律上の制限、代表権の濫用に区別され、かつ、これらの区別に応じて、代表権の制限に反する代表取締役の行為が会社に帰属しない場合に関する要件も異なる。別の言い方をすれば、代表取締役と取引を行った相手方が保護され

---

欠くに止まるから、原則として有効であつて、ただ、相手方が右決議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」と判示していた。

(15) 昭和 61 年最判は、事業の全部の譲渡について譲渡会社の株主総会による承認決議を欠くという事案に関する判決である。昭和 61 年最判に従えば、会社だけではなく、Xも取引Aの無効を主張することが認められる。ただし、昭和 61 年最判の事案では、Xによる無効主張は信義則に反し許されないとされた。

(16) 前注(14)で照会した昭和 40 年最判と異なり、昭和 38 年最判は「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」と判示し、代理権の濫用の無効と解する根拠は民法 93 条但書の類推適用であることを明示している。

る要件が異なるということである。学説では、法律上の制限と代表権の濫用について、判例が内部的制限の場合よりも相手方が保護されるための要件を加重していることに疑問を提起する見解が多い。<sup>(17)</sup>代表権の制限がいずれの根拠に基づくものであろうと、相手方は代表取締役と取引をしたことは変わらないから、相手方が保護される条件に差異を設けることに合理性があるか疑問がある。代表権は代表取締役という地位に付随する包括的かつ定型化された権限であるから、原則として、相手方は自分が代表取締役と取引をしていることを確認すれば保護されると解すべきである。代表権の制限の種類に従った異なる取り扱いは、以下のとおり、相手方に代表取締役の地位の確認を超えた個別的な調査を求めることにつながるため、代表権を包括的かつ定型化された権限とした意義を失わせる可能性がある。

再び代表取締役が会社のためにXと取引Aを行うという事例を題材にして、検討することを試みる。<sup>(18)</sup>取引Aが内部的制限の対象である場合、Xは善意無重過失であれば保護される。これに対して、取引Aが重要な財産の処分として法律上の制限の対象に含まれる場合と取引Aを行うことが代表権の濫用と評価される場合、Xは善意無過失でなければ保護されない。

このようなYが保護されるための要件に係る差異は、善意無重過失と善意無過失と評価される状態が異なればなるほど大きくなる。善意無重過失と善意無過失という形式面の差異は、実際には大きくはない可能性がある。しかし、Yのような立場にある者にとって、会社内部の事情は明らかではないことが多いから、結局、代表権の制限について善意無過失と評価されるための行動をとらざるを得ないように思われる。すなわち、会社法の明文の規定によって「代表取締役は、株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する」（会社法349条4項）とされているにも関わらず、Yは取引Xが代表権の制限に抵触しないか否かについて常に一定の調査を行う必要に迫られるのである。<sup>(19)</sup>

---

(17) 落合・前掲注(3)20-22頁[落合誠一]、江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017年）432頁（注4）・433頁（注5）、神田秀樹『会社法〔第22版〕』（弘文堂、2020年）234頁注2）・236頁注5)。なお、会社法349条5項に類似する規定（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律77条5項・197条）が存在する法人の理事等について、類似の批判を行う学説がある。四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第9版〕』（弘文堂、2020年）137頁、佐久間・前掲注(1)253頁。

(18) なお、取引Aは会社法356条1項2号又は同項3号の取引には該当しないとする。

(19) 確かに、相手方に調査義務を課すことによって代表権の制限に違反する行為の抑止が期待できるが、調査に必要な費用は取引条件を通して会社に転嫁されたり、調査義務の負担を嫌って会社との取引を差し控える者が現れたりする結果、会社が不利益を被る可能性がある。ただし、代表権の制限との抵触が疑われる事情が存在したにも拘わらず調査を行わなかった場合には、悪意と同視すべき重過失が存在すると解すべきである。このような場合に限って相手方に調査義務を課すことは、相手方に過剰な負担を課すことなく代表権の制限に違反する行為を抑止できるという点で、合理性が認められる。田中・前掲注(9)239頁。

### 3 債権法改正が代表権の制限に係る規律に与える影響

#### (1) 代表権の濫用によって保護される相手方の主観的要件

立案担当者の解説によれば、債権法改正によって新設された代表権の濫用に関する規定（民法 107 条）は、以下のとおり、判例法理の趣旨を踏まえたものと説明されている。<sup>(20)</sup>

判例では、前述した通り昭和 38 年最判が代表権の濫用について民法 93 条但書の類推適用を認めた後、代理権の濫用についても民法 93 条但書の類推適用が認められた（最判昭和 42 年 4 月 20 日民集 21 卷 3 号 697 頁 [以下、「昭和 42 年最判」という。]）。<sup>(21)</sup>民法 107 条は、会社が代理権の濫用を根拠として取引の効果が帰属することを拒絶できる範囲については昭和 42 年最判と同様の立場に立ちつつ、代理権の濫用を無権代理とみなすこととした。代理権の濫用に民法 93 条但書が類推適用されると、代理人の行為は無効となるから、本人が追認することはできない。しかし、民法 107 条は代理権の濫用を無権代理とみなしているのので、本人は追認することが可能となるし（改正後民法 113 条・116 条）、代理権を濫用した代理人は無権代理としての責任を負うこととなる。<sup>(22)</sup>

前述したとおり、代表権の濫用については、善意無重過失の相手方を保護すべきであると解する見解が有力であった。<sup>(23)</sup>このような解釈は、代表権の濫用及び代理権の濫用に関する明文の規定が存在しない場合には、成り立つ余地があった。しかし、民法 107 条によって、代理権の濫用について、相手方は善意無過失でなければ保護されないことが明示されることになった。<sup>(24)</sup>会社法には、代理に関する民法の規定が代表権に適用されることを当然

---

(20) 筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018 年）32 頁。

(21) 昭和 42 年最判は、昭和 38 年最判を参照して、「代理人が自己または第三者の利益をはかるため権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の右意図を知りまたは知ることをうべかりし場合に限り、民法 93 条但書の規定を類推して、本人はその行為につき責に任じないと解するを相当とする」と判示している。

(22) 代理権が濫用されたこと及び相手方の主観的要件について立証責任を負うのは、民法 93 条但書類推適用及び民法 107 条のいずれの場合においても、本人である。佐久間毅「利益相反行為・代理権の濫用」法時 86 卷 1 号 39 頁以下（2014 年）43 頁、四宮＝能見・前掲注(17)358 頁、佐久間・前掲注(1)252-253 頁。

(23) 前注(17)とその本文。

(24) 代理権の濫用に際して保護される相手方の主観的要件の定め方に関して、たとえば、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1)」法制審議会民法（債権関係）部会資料 66A（法制審議会民法（債権関係）部会第 76 回会議（2013 年 9 月 10 日開催）配付資料）24 頁には、「代理権濫用行為を無権代理とみなすための相手方の要件については、民法第 93 条ただし書と同様に、相手方が代理人の目的を知り又は知ることができた場合とするのが相当であると考えられる。上記のとおり、判例はこの要件を用いて事案の適切な解決を図るために同条ただし書を類推適用したものと考えられ、実務上も定着しているこの要件には合理性があると考えられる。…中間試案においては、代理権の濫用は本人と代理人との間の内部的な問題にすぎない上に、代理権濫用行為は心裡留保による意思表示と異なり意思表示自体には何ら問題のないものであることから、民法第 93 条ただし書の場合よりも相手方の保護を重視し、相手方が代理人の目的を知り又は重大な過失によって知らなかった場合に限り、代理行為の効果を否定することとしていた（中間試案第 4、

の前提としている規定がある（会社法 356 条 2 項）。したがって、代表権の濫用にも民法 107 条は適用されると解さざるを得ない。

ただし、民法 107 条が代表権の濫用に適用されることを前提としたとしても、相手方が保護されるための要件である過失の内容を解釈する際に、代理権と代表権の差異を考慮することは許されるように思われる。<sup>(25)</sup>代理と代表の社会的な意義の差異を踏まえると、代理に関する解釈論を意識しつつ、必要があれば、代表について代理と異なる解釈論を展開することが躊躇されるべきではない。<sup>(26)</sup>

## （２）代表権の濫用が無権代理とみなされることの意義

代表権の濫用に民法 93 条但書の類推適用を認める場合、代表取締役が会社を代表して行った行為は無効となる。<sup>(27)</sup>これに対して代表権の濫用に民法 107 条が適用される場合、代表取締役の行為は無権代理とみなされる。その結果、債権法改正後は、代表権の濫用について、無権代理に関する規定の適用も問題となる。民法の無権代理に関する規定は、無権代理行為の追認（民法 113 条 2 項・116 条）、無権代理の相手方の催告権（民法 114 条）、無権代理の相手方の取消権（民法 115 条）、無権代理の責任（民法 117 条）である。以下では、これらの規定を代表権の濫用に適用する際に生じうる会社法に関連する問題を検討する。

本人による無権代理行為の追認と相手方の催告権及び取消権の間には、本人に追認権を認めることによって生じる不安定な状態から相手方が早期に離脱できるようにするために催告権及び取消権を認める、という関係がある。<sup>(28)</sup>代表権を濫用した代表取締役の行為の効力を会社に帰属させることが会社の利益にかなうのであれば、追認する権利を会社に認

---

7(1)参照)。これに対して、パブリック・コメントの手続に寄せられた意見の中には、重過失の要件では厳格にすぎて適切に機能しない旨の指摘や、判例のように民法第 93 条ただし書と同様の要件を採用しても『過失』の認定・評価を通じて柔軟な解決を図ることが可能であるから相手方の取引の安全を不当に害することにはならない旨の指摘があった。そこで、代理権濫用行為についても民法第 93 条ただし書と同様の要件とし、『知ることができたとき』の認定・評価を通じた適切な解決に委ねることとした。」との記述が見られる。ただし、民法 107 条の解釈として、「同条にいう『知ることができた』という要件は、『当然』知ることができたはずであること、すなわち重大な過失にあたる場合を意味すると解すべきである」と主張する学説がある。佐久間・前掲注(1)253 頁。

- (25) 既に、民法 107 条によれば、代表権が濫用された場合、「軽過失のある相手方は保護されないことになるが、裁判所は、あまり広く過失を認めるべきではない」との見解が主張されている。江頭・前掲注(17)431 頁。
- (26) 加藤・前掲注(2)387 頁。ただし、「過失の認定・評価を通じて柔軟に妥当な解決を図りうるということは、条文をみても実際にどのように解決されるかが分からないということでもある。操作可能性が（より）高いことを理由として要件を設定すればするほど、『分かりやすい民法』という理念から遠ざかってしまうことになるのではなかろうか」（佐久間・前掲注(22)44 頁）との指摘にも注意が必要である。
- (27) 大村敦志＝道垣内弘人編『解説 民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017 年）43-44 頁〔幡野弘樹〕、潮見ほか・前掲注(1)50 頁〔中舎寛樹〕。
- (28) 四宮＝能見・前掲注(16)373 頁、佐久間・前掲注(1)267-268 頁。

めても差し支えないように思われる。しかし、会社が民法 107 条によって無権代理とみなされた代表取締役の行為を追認する際には、当該代表取締役と会社との間に利益相反が存在する点に注意が必要である。無権代理人の責任の相手方は本人ではなく無権代理任行為の相手方であるから、代理権の濫用と代表権の濫用とで異なる取り扱いを必要とする理由は見当たらない。したがって、代表権を濫用した代表取締役は、会社が追認しない場合、相手方に対して無権代理人の責任を負う可能性があるとして解される。<sup>(29)</sup>別の言い方をすれば、代表権を濫用した代表取締役は会社の追認によって無権代理人の責任を免れる。このような利益相反関係の存在を踏まえると、会社が民法 107 条によって無権代理とみなされた行為を追認する際には、会社法 356 条 1 項 3 号が適用されると解すべきように思われる。<sup>(30)</sup>

前述したように、無権代理の相手方の催告権と取消権の趣旨は同じであり、本人に追認権を認めることによって生じる不安定な法律関係から離脱する機会を相手方に与える点にある。<sup>(31)</sup>代表権の濫用について、相手方の催告権に加えて、相手方の取消権を認めることは、法律上の制限（会社法 362 条 4 項）に関する判例法理との関係が問題となるように思われる。

代表権の濫用が無権代理とみなされるのは、相手方が代表権の濫用（代表取締役等が会社のために行った行為の目的が自己又は第三者の利益を図ることにあったこと）について悪意であるか、善意であったが過失がある場合に限られる（民法 107 条）。代理権の濫用について悪意の相手方は、取消権を行使できない（民法 115 条但書）。しかし、代理権の濫用について善意であるが過失のある相手方は、本人が追認をしない間は、取消権を行使できるといふことになりそうである。これに対して、判例は、取締役会の承認を受けることなく重要な財産の処分が行われた場合、会社法 362 条 4 項違反を根拠として取引の無効を主張できる者を原則として会社に限っている（最判平成 21 年 4 月 17 日民集 63 卷 4 号 535 頁 [以下、「平成 21 年最判」という。]）。

平成 21 年最判は、債権譲渡が重要な財産の処分に該当するが取締役会による承認はないことを債権譲渡の相手方は知っていたという事実を前提とした上で、譲渡された債権の債

---

(29) 民法 117 条 2 項は、無権代理人が責任を負わない場合を定めている。たとえば、代表権の濫用について悪意の相手方は、無権代理人の責任を追及できない（民法 117 条 2 項 1 号）。一方、代表権を濫用した代表取締役は自らが代表権を濫用していることを認識しているといえるから、代表権の濫用について善意であるがこの点について過失のある相手方が無権代理人の責任を追及することは妨げられないと思われる（民法 117 条 2 項 2 号但書）。また、代表取締役による代表権の濫用が民法 709 条の要件を満たす場合には、会社も相手方に損害賠償責任を負う可能性がある（会社法 350 条）。藤原総一郎＝松尾博憲＝佐竹義昭＝宇治佑星「債権法改正と会社法の解釈論への影響」商事法務 2156 号 15 頁以下（2018 年）17 頁。

(30) 会社法 356 条 1 項 2 号の「取引」には、会社が取締役の債務を免除する（民法 519 条）等の単独行為（形成権の行使）も含まれると解されている。江頭・前掲注(17)445 頁（注 1）。会社法 356 条 1 項 3 号の「取引」も同様に解すれば、代表権の濫用の追認を同号の「取引」に該当するとの解釈は成り立ちうる。

(31) 前注(28)とその本文。

務者は会社法 362 条 4 項 1 号違反を根拠として債権譲渡の無効を主張できないとした。したがって、平成 21 年最判は、代表取締役が法律上の制限に違反して行った行為の相手方は法律上の制限に違反することを根拠に取引の無効を主張できない、と判示したわけではない。<sup>(32)</sup>しかし、平成 21 年最判は代表取締役が違反した会社法の規定の趣旨は会社の利益保護である点が強調しているため、相手方による無効の主張も妨げられるとの解釈と整合的であるように思われる。<sup>(33)</sup>このように解すると、法律上の制限（会社法 362 条 4 項）に違反した行為については相手方からの無効主張は認められないが、代表権の濫用については相手方からの取消権の行使が認められる場合があるという結論になりそうである。このような取り扱いの差異の妥当性について、今後、検証されるべきであろう。<sup>(34)</sup>

### （３）取締役の善管注意義務・忠実義務違反の行為の効力との関係

債権法改正の以前から、判例は、民法 93 条但書の類推適用により、代理権（代表権）を濫用した代理人（代表取締役）の行為の効力が本人（会社）に帰属しない場合があることを認めてきた。債権法改正によって新設された民法 107 条は、このような判例法理を明文化したに過ぎないとの評価もあり得る。しかし、民法 107 条は、代理人が本人との内部関係において義務違反を行ったことが、代理行為の効果に影響を与える場合があることを明示した点に意義を見出すこともできそうである。<sup>(35)</sup>代表権の濫用については、善管注意義務（会社法 330 条、民法 644 条）及び忠実義務（会社法 355 条）の違反という代表取締役と会社の内部関係の問題が、代表取締役が会社のために行った行為の効力という外部関係に

---

(32) ただし、判例（最判昭和 48 年 12 月 11 日民集 27 卷 11 号 1529 頁）は、取締役会の承認を受けることなく会社から金銭の貸し付けを受けた取締役は会社法 356 条 1 項 2 号・365 条 1 項違反を根拠として貸付の無効を主張することは許されないと解している。

(33) 平成 21 年最判は、「[会社法 362 条 4 項] が重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めたのは、代表取締役への権限の集中を抑制し、取締役相互の協議による結論に沿った業務の執行を確保することによって会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものと解される。この趣旨からすれば、株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないで重要な業務執行に該当する取引をした場合、取締役会の決議を経ないことを理由とする同取引の無効は、原則として会社のみが主張することができ、会社以外の者は、当該会社の取締役会が上記無効を主張する旨の決議をしているなどの特段の事情がない限り、これを主張することはできないと解するのが相当である。」と判示している。

(34) 代表権の濫用における相手方の取消権との比較で問題となる法律上の制限（会社法 362 条 4 項）に違反した行為の相手方は、会社が民法 93 条但書の類推適用に基づき無効主張できる相手方を指す。些か形式的ではあるが、民法 93 条但書の類推適用によって法律上の制限（会社法 362 条 4 項）に違反した行為は無効となり会社は追認できないから、代表権の濫用の場合と異なり、相手方は不安定な地位に置かれることはない、と説明することになるか。

(35) 民法 107 条と民法 108 条 2 項を、従来通説において堅持されていた内部関係・外部関係峻別論の克服という文脈に位置付ける見解として、森田修『債権法改正』の文脈—新旧両規定の架橋のために 第六講 代理制度：法律行為論への再定位（その 3）法教 440 号 86 頁以下（2017 年）96 頁。

どのような影響を与えるか、という観点から、民法 107 条の意義を検討する価値があるように思われる。

代理権の濫用は、代理権授与の趣旨に反する行為の一種である。そして、代理権授与の趣旨は代理権の種類によって異なるから、代理権の濫用、すなわち、「代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行使をした場合」の解釈も代理権の種類によって異なる。<sup>(36)</sup>代表権の濫用については、代表取締役が自己又は第三者の利益を図るために権限を行使することは、善管注意義務（会社法 330 条、民法 644 条）及び忠実義務（会社法 355 条）の違反に該当することとの関係が興味深い。<sup>(37)</sup>代表取締役の行為が取締役会付議基準や具体的な会社法の規定に違反している場合には、内部的制限に関する会社法の規定（会社法 349 条 5 項等）又は法律上の制限に関する判例法理（昭和 40 年最判や昭和 61 年最判等）を根拠として、当該行為は無効となる。これに対して代表取締役の行為が善管注意義務又は忠実義務に違反するに過ぎない場合、当該行為が代表権の濫用に該当するのであれば、民法 107 条に基づきその効力は会社に帰属しないことになる。

善管注意義務又は忠実義務に違反する代表取締役の行為の効力が問題となる具体例として、取引保護条項を挙げることができる。<sup>(38)</sup>取引保護条項には様々な種類があるが、本稿では Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項を取り上げる。

P が Q 株式会社を買収する際に、両者の間で買収が成功しなかった場合には Q 社が P に経済的な補償を行う旨が合意されることがある。このような定めを Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項という。<sup>(39)</sup>Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項により、R が P よりも Q 社に有利な条件を提示する等したため、P ではなく R が Q 社の買収に成功した場合でも、P は Q 社の買収に向けて投じた費用の一部を回収できる。そして、P が Q 社の買収に成功しなかったとしても、Q 社（及び間接的には R）が P に経済的な補償を行うことは、以下のとおり、Q 社及び Q 社株主の利益になる。まず、このような費用を回収できる見込み

---

(36) 佐久間・前掲注(1)251頁。代理権の濫用の解釈について、「いかなる行為が代理権濫用となるかの判断において [任意代理と法定代理] を区別すべきか否かという問題は、[改正後民法 107 条が任意代理と法定代理を区別しなかったこと] とは別問題であり、改正前民法の下での議論がそのまま残されたことになる」と指摘する見解として、潮見ほか・前掲注(1)52頁 [中舎寛樹]。

(37) 同様に、代理人が代理権を濫用すること並びに民法 108 条 2 項の利益相反行為をおこなうことは、いずれも代理人の本人に対する義務違反になると解されている。両者の差異は、前者は相手方が義務違反の事実を認識することが困難であるのに対して、後者は義務違反の事実が外形的客観的に明らかな場合に限られている点にある。佐久間・前掲注(22)44頁。

(38) 森・濱田松本法律事務所『M&A 法大系』（有斐閣、2015 年）297 頁、久保田修平「企業買収の基本合意中の協業禁止条項の効力—住友信託銀行 vs. UFJ 事件決定を踏まえて」田中亘ほか編『論究会社法』301 頁以下（有斐閣、2020 年）308 頁（注 31）。取引保護条項の効力自体ではなく、同条項に基づく差止めの仮処分が認められるかが争点となった判例として、最判平成 16 年 8 月 30 日民集 58 卷 6 号 1763 頁がある。

(39) 久保田・前掲注(38)304頁。

が存在しないと、PはQ社に買収提案を行わない可能性がある。Q社及びQ社株主の利益の観点からはPによる買収提案が最も望ましいものであったとしても、買収に失敗し上記の費用を回収できない可能性が存在すると、Pは買収提案を差し控える可能性がある。さらにPによる買収提案がRによる買収提案を誘発したという関係が存在する場合には、Pによる買収提案がなされなければRによる買収提案もなされないため、Q社及びQ社株主は買収の機会自体を失ってしまうことになる。

一方、PとQ社が合意した Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項においてQ社がPに支払わなければならない経済的な補償の額が著しく高額であった場合、そのような条項はQ社及びQ社株主の利益を損なう可能性がある。Q社が Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項に基づきPに支払わなければならない経済的な補償の額は、RがQ社の買収から得ることができる利益を減少させる。その結果、Rは Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項がなければQ社及びQ社株主の利益の観点からPよりも有利な条件を提示できる場合でも、Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項の存在により、そのような条件を提示できなくなってしまう。

Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項がP又はRの行動に与える影響によって、それがQ社及びQ社株主の利益に与える影響は異なる。しかし、Q社の取締役が自己の利益のために Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項を利用する危険がある点に注意すべきである。Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項には他の買収提案がなされることを阻害する効果があるため、Pは買収が成功する確率を上げるために、Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項に基づく補償の額の引き上げを要望することが考えられる。Q社の取締役は、買収後のQ社における地位の保障等と引き換えに、このようなPの要望を受け入れる可能性がある。しかし、このような取引は、明らかに、Q社及びQ社株主の利益を害し、Q社の取締役は善管注意義務及び忠実義務に違反したと評価されるべきである。

このような問題に対処するためには、Q社及びQ社株主の利益を害することが明らかなる場合、Termination Fee 条項/Break-up Fee 条項の効力は生じないと解することが考えられる。民法 107 条はこのような解釈を基礎付ける拠り所となる可能性を秘めているように思われる。