

# 取締役会決議欠缺の 代表取締役行為に関する一考察 - 法人理論の観点から -

中 村 美紀子

はじめに

- I. 新しい会社法人理論—「二重の所有構造」理論
- II. 判例の見解としての心裡留保説
- III. 有機体説と法人機関
- IV. 「内部的意思決定を欠くに止まる」の解釈  
むすびにかえて

はじめに

現在、会社法研究者が会社法の先端研究に従事するためには、法と経済学を始めとし、ゲーム理論、契約理論、情報の経済学といった経済学の分野における専門家と同等の経済学的知識を有し、たとえばエージェンシー理論、インセンティブ、モラル・ハザード、逆選択、トービンの  $q$  といったような経済学用語を駆使できることが必要な時代を迎えている。

そこで本研究は、このような会社法学上の経済学研究の重要性を鑑み、経済学者の法人理論に着想を得、経済学上重要な学説にも触れつつ、判例の見解を法人理論の観点から論じていく。

## I. 新しい会社法人理論—「二重の所有構造」理論

### (1) 岩井教授の理論

法人の本質については、法人理論として議論が対立している（法人擬制

説・法人否認説・法人実在説等)。わが国の会社法学者はこの点には深く立ち入らず、法人概念をその技術性において捉えるのが一般的であった<sup>1)</sup>。

このような会社法学者の態度の他方、経済学の分野から展開された法人理論があった。岩井克人教授によるものである。同教授は、所有概念に着目し株式会社法人を分析した。

すなわち、株式会社は、株主が会社を所有し、その法人としての会社が会社資産を所有するという二重の所有構造を構成し、その中間項である会社は株主に対してはモノであり、会社資産に対してはヒトである。この状態をこれまでの法人理論で表すと対株主部分は法人否認説、対会社資産部分は法人実在説が妥当すると<sup>2)</sup>。

## (2) 奥村教授の批判

本理論に対して、商学の立場からの批判がある。

岩井教授は法人擬制説を無視し、法人否認説を法人名目説といい換え、二重の所有構造の上半分では会社法人は株主に支配されるモノであり、ここでは法人名目説(法人否認説)が妥当するとし、他方、所有関係の下半分では会社法人は会社資産を所有し支配するヒトであり、ここでは法人実在説が妥当するとし、こうして「会社はモノであると同時にヒトである」というところから、両説ともに正しいとしている。

同時に、同教授は上記の法人否認説と法人実在説の論争は、中世スコラ哲学以来の「唯名論」と「実念論」との論争に正確に対応しているとする。

この2点について奥村宏教授はいう。会社は同教授が法人名目説(法人否認説)で説明するように単なる人の集まりではない。次に、会社は唯名論と実念論の論争とはそもそも次元を異にしている。会社はモノでもなければヒトでもない。ヒトやモノは実体として存在する。会社は実体ではなく、人工

1) 末永敏和編著『テキストブック会社法』(中央経済社、2008年)5頁。

2) 岩井克人『会社はこれからどうなるのか』(平凡社、2003年)117-121頁。この岩井教授の考えを神田秀樹教授は「会社法入門」第1章において1ページ以上をさいて引用している。参照、神田秀樹『会社法入門』(岩波書店、2006年)5-6頁。

的に作られたものにすぎない。この会社をヒトやモノと同じような実体と考えるとところに根本的な問題がある、と批判する<sup>3)</sup>。

しかしながら、会社はヒトでありモノであるという岩井教授の見解は、近代法の所有の概念上では異論など差し挟む余地などないのではないだろうか。この点で、奥村教授の批判は当たらないように考える。

### (3) 私見

法人理論のタームを用いるには、現行法に依る法人すべてに妥当すべきと考えるが、岩井教授の理論は法人すべてに妥当するものではないと考える。法人はその組織実体により分類がなされ、現行法では社団法人と財団法人が認められる。本分類でいくと本理論は一つ、株式会社もそうである社団法人には当てはまるが、財団法人において本理論を論じることはできないであろう。

しかしながら、本理論は、それを学んだ指導学生に「岩井法人理論の特筆すべき点は、形はどうあれこれまで一元的に考えられてきた社会の中の株式会社という存在を、法人としての主体として、かつ人に対する客体として二元的に考える発想の転換をもたらしたことだ」と感銘を与えたように、注目されて然るべきものである。

筆者が学んだことは、もちろん本理論の内容にも何一つ反論できるものはないが、「二重の所有構造」という同教授の独自の着眼点をもってすれば、法人を考える間口が広げられ、それを論じる土俵も広くなるということである。そこで、本研究を着想し、その観点を法人機関による自然人擬制に定めた。すなわち、法人機関によって法人が結果として人に擬えられうるというものである。

---

3) 奥村宏『会社はどこへ行く』(NTT出版, 2008年) 40-42頁。

## II. 判例の見解としての心裡留保説

### (1) 最高裁判所第三小法廷判決昭和40年9月22日

筆者が関心を寄せたのは、昭和40年9月22日の最高裁判所判決である<sup>4)</sup>。

法定の取締役会決議事項につき、その決議の欠缺に関わらず、代表取締役がなした行為について最高裁は、「株式会社の一定の業務執行に関する内部的意思決定をする権限が取締役に属する場合には、代表取締役は、取締役会の決議に従って、株式会社を代表して右業務執行に関する法律行為をすることを要する。しかし、代表取締役は、株式会社の業務に関し一切の裁判上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、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であって、ただ、相手方が右決議を経ていないことを知りまたは知り得べかりしときに限って、無効である、と解するのが相当である」と判示した。

これは、「右取引行為にあつては取締役会の決議は、会社内部の意思決定にすぎないから、本行為の効力は民法93条の法理に準拠して決す」<sup>5)</sup>として心裡留保説と言われる。取締役会決議と代表取締役行為とを真意と表示の関係とみて、それが一致していないとするものと解説され<sup>6)</sup>、本判決はそのリーディング・ケースと位置付けられる。

### (2) 心裡留保説の発展

では、本説は現在までどのような足跡を辿ってきたか、以下、審級別、法人別に概観する。

#### ①最高裁判所判例

4) 判時421号31頁。評釈として、評釈・山田廣巳・会社法判例百選(第2版)・別冊ジュリ205号(2011年)134頁他。

5) 評釈・豊水道祐・金法426号(1965年)17頁。

6) 山田・前掲注4) 135頁。

(1) 最判平成11年6月24日<sup>7)</sup> ツツムラ事件

(第一審東京地判平成10年6月29日<sup>8)</sup>, 控訴審東京高判平成11年1月27日<sup>9)</sup>)

代表取締役が取締役会決議を経ないで関連会社の10億円の債務につき連帯保証予約をしたことについて、相手方銀行に取締役会決議の不存在に悪意または過失があったとはいえ有効とされた事例である。控訴審において前掲リーディング・ケース(以下、「本先例」と記す)を引用し、「代表取締役が、商法260条2項2号所定の取締役会の決議を経ることを要する対外的な取引行為を、右決議を経ないでした場合であっても、右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるものであるから、相手方が右決議を経っていないことを知り又は知り得るときでない限り、有効であると解すべきである」と判示した。

(2) 最判平成12年10月20日<sup>10)</sup>

原審を正当と是認している。原審では(東京高判平成9年6月25日<sup>11)</sup>), 「一般に、代表取締役が、取締役会の決議を経ることを要する対外的な個々の取引を右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は内部的意思決定を欠くに止まるから当然に無効となるものではなく、相手方において右決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときに限って無効となると解すべき」と本先例を引用した。

(3) 最判平成11年11月30日<sup>12)</sup>

代表取締役が取締役会決議を経ないでファイナンス会社から29億円を借り入れ、会社所有の不動産について設定した抵当権の設定が相手方において決議を経ないことを知りまたは知ることができたとはいえ有効とされた

7) 金判1070号10頁。評釈として、山谷耕平・銀法・44巻3号(2000年)41頁。

8) 判時1669号143頁。評釈として、北村雅史・リマークス1999<下>99頁他。

9) 金法1538号68頁。評釈として、生田治郎・判タ1036号(2000年)226頁他。

10) 金法1602号49頁。評釈として、牧山市治・金法1615号(2001年)38頁他。

11) 金法1602号51頁。

12) 金判1085号14頁。

事例である。

第一審那覇地判平成9年3月25日<sup>13)</sup>は、「商法260条2項に違反して取締役会の決議を経ないでされた代表取締役の行為の効力については、法が取締役会の決議を必要とすることで守ろうとした会社の利益の保護と行為が代表者によってされたことを信頼した第三者の利益の保護（取引の安全の確保）とを比較考量して具体的に決すべきであるところ、本件のように、それが、対外的な取引行為であって、かつ、個別のないし個々の取引行為である場合は、原則として有効であるが、相手方が取締役会の決議を経ないことを知り又は知り得べかりしときは無効と解するのが相当である」と本先例を引用して述べた。

控訴審福岡高裁那覇支部判平成10年2月24日<sup>14)</sup>も、「株式会社において、商法260条2項所定の事由に該当するため、取締役会の決議を経ることを要する取引行為を、右決議を経ないでした場合であっても、右取引行為は、相手方において右決議を経ないことを知り、又は知ることができたときでない限り、有効であると解される」と本先例を前提に判示し、最高裁も原審判断を是認した。

#### (4) 最判平成21年4月17日<sup>15)</sup>

「会社法362条4項は、同項1号に定める重要な財産の処分も含めて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ているので、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をすることは許されないが、代表取締役は株式会社の業務に関して一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有することにかんがみれば、代表取締役が取締役会の決議を経ないでした重要な業務執行に該当する取引も、内部的な意思決定を欠くにすぎないから、原則として有効であり、取引の相手方が取締役会の決議を経ないこ

13) 判時1617号131頁。評釈として、片木晴彦・判タ臨時増刊975号（1998年）101頁。

14) 金判1039号3頁。評釈として、山下眞弘・平成10年度重判解〔ジュリ臨増1157〕（1999年）101頁他。

15) 判時2044号142頁。評釈として、北村雅史・セレクト（法教）2009（2010年）19頁他多数。

とを知り又は知り得べかりしときに限り無効になると解される」として、会社法の下で初めて本先例を引用した。同時に、そのような取引が相手方の悪意（有過失）により無効となるとき、当該無効は、原則として会社のみが主張できる旨を明らかにした初めての最高裁判決である<sup>16)</sup>。

以上、最高裁判例4例のうち、本先例を直接引用したものが1件、原審の直接引用を是認したものが1件、原審が第1審の直接引用を前提としそれを最高裁が是認したものが1件、原審の引用を最高裁が前提としたものが1件ということになる。

#### ②下級審裁判例

(1) 東京高判昭和44年5月12日<sup>17)</sup>は、「取締役会の決議は会社の内部的意思決定にすぎないものとして、代表取締役が取締役会の決議を経ないで当該取引行為した場合でも右取引行為は当然無効となるものではなく、民法第93条ただし書を類推して相手方において右決議のなかつたことを知り、または知りうべかりしときに限つて無効となるものと解すべき」と述べた。

(2) 東京地判昭和55年5月12日<sup>18)</sup>は、「株式会社の代表取締役が、取締役会の決議を経てすることを要する対外的な取引行為を、右決議を経ないでした場合でも、右行為は、相手方において右決議を経っていないことを知り又は知ることができたときでない限り、有効とすべきものと解するのが相当である」と判断した。

(3) 大阪地判平成6年9月28日<sup>19)</sup>は、株式の譲渡が商法260条2項1号（会362IV①）にいう「重要な財産の処分」に当たり取締役会の承認を要する状況に

16) 北村・前掲注15) 19頁。

17) 金法557号28頁。

18) 判時984号122頁。

19) 判時1515号158頁。評釈として、志村治美・判タ975号100頁1998年。

において、譲受人が右承認のないことを知っていた場合には株式譲渡は無効であるとされた事例である。

(4) 東京地判平成8年1月22日<sup>20)</sup>は、「本件譲渡担保契約…の締結について被告において取締役会の決議がなかったことが窺われる。…、これらの事情からみると、原告においては、本件譲渡担保契約の締結につき被告の取締役会の決議がないことを知り、又は知りうべかりしものであったといえることができる。しかしながら、原告において被告取締役会の決議をあえて潜脱し、又は決議がないことに乗じて本件譲渡担保契約を締結したなどの事情が認められない本件においては、本件譲渡担保契約の締結につき取締役会の決議が存在していなかったとしても、原告の再抗弁において主張するとおり、被告がそれを理由に本件譲渡担保契約の無効を主張することは信義則上許されないといふべきである」と判示した。一般論としてみると、取締役会決議を経ないで代表取締役の行為の効力の問題として捉えられると評価される<sup>21)</sup>。

(5) 東京地判平成9年3月17日<sup>22)</sup>は、保証予約に関し取締役会決議がないことを知らなかったことについて相手方の過失が認められ無効とされた事例である。「株式会社の代表取締役が、取締役会の決議を経ることを要する取引行為について、その決議を経ないでした場合において、当該取引の相手方が右決議を経ていることを知り、又は知り得べかりしときは、無効であるといふべきである」と本先例を引用した。

(6) 東京地判平成12年3月13日<sup>23)</sup>は、「代表取締役が取締役会の決議を経ることを要する対外的取引行為を、右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であって、た

20) 判時1581号127頁。評釈として、小野寺千世・ジュリ1147号(1998年)122頁。

21) 小野寺・前掲注20)124頁。

22) 判時1605号141頁。評釈として、田邊光政・判タ948号(1997年)83頁他。

23) 判タ1063号162頁。



だ、相手方が右決議を経ていないことを知り又は知り得べかりしときに限って無効であると解するのが相当である」と本先例を引用した。

(7) 東京地判平成18年4月26日<sup>24)</sup>は、重要な業務執行として取締役会決議を要する取引につき、決議を経ずになされた取引の効力を民法93条の類推適用の問題として有効とし、当該取引を行った代表取締役の対会社責任を肯定したものである。本先例の立場を前提としている<sup>25)</sup>。

(8) 東京地判平成24年2月21日<sup>26)</sup>は、2億円の貸付が融資先の会社にとって取締役会の承認決議が必要な「多額の借財」に当たると認められ、当該借財が融資先会社にとって「多額の借財」に該当することを認識しなかった銀行には過失があり、会社は、取締役会の承認を欠く当該借入契約の無効を銀行に対して主張できるとされた事例である。本先例の立場を前提としている。

以上、下級審裁判例8例では、本先例を直接引用したものが4件、本先例を前提としたものが4件となっている。

### ③当事者が株式会社以外の法人のケース

(1) 東京地判平成11年9月28日<sup>27)</sup>は、私立学校法人の寄付行為中に借入金をするにつき理事長において評議員会の意見を聞き、理事会の3分の2以上の議決を要すると規定されていたところ、その理事長が、理事会の決議等の寄付行為に定められた手続を履践せずに、虚偽の議事録等を作成して、借入れを行い、自らの利益のために費消した場合である。民法93条但書を類推適用し、本先例の立場を前提として学校法人学校法人理事長の理事会決議欠缺行為は対外的に有効と判示した。

24) 判時1930号147頁。評釈として、鳥山恭一・法セ621号(2006年)111頁他。

25) 鳥山・前掲注24)111頁。

26) 判時2161号120頁。評釈として、神吉正三・金判1419号(2013年)2頁他。

27) 金判1092号34頁。評釈として、西尾信一・銀法44巻8号(2000年)73頁他。

(2) 大阪地判昭和41年2月28日<sup>28)</sup>は、取締役会の決議を欠いた一般乗用旅客自動車運送事業廃止の許可申請に基づいてなされた許可であっても、行政庁において右決議のないことを知りまたは知りうべかりし事情にないときは、該事業廃止許可申請は有効であり、それに対する行政庁の許可処分も有効であるとした。「本件申請は、原告代表取締役が右のように取締役会の決議が存在しないのになしたその代表行為であるけれども、単に原告の内部的意思決定を欠くに止まるものであり、被告が右決議のないことを知りまたは知り得べかりしことを肯定し得る証拠はないから、民法93条本文の法理に準拠し、これを有効であるとすべきである」と本先例を引用している。

以上概観すると、取締役会設置会社においては、会社法362条4項（取締役会の権限）により取締役会決議を経なければならない取引行為を代表取締役が同決議を経ることなく行った場合の当該取引の効力について、判例は、一貫して、当該取引行為は内部的意思決定を欠くにとどまるから原則として有効であり、ただ、相手方が同決議を経ないことを知りまたは知りうべかりしときに限って無効であると解している<sup>29)</sup>。他方、株式会社のみならず他の法人にもその射程を拡張している。

このように、法人における理事会決議欠缺の理事長の行為および株式会社における取締役会決議欠缺の代表取締役行為が有効であることについて、心裡留保を規定した民法93条を適用することの裁判所の判断の変更は見られない。この心裡留保説（民法93条類推適用説）は、学説からの批判はあるものの（後述）、判例として定着しつつあると評価されるところである<sup>30)</sup>。

### （3）法人代表者の権限濫用と民法93条の発展

ところで、本先例の心裡留保説すなわち民法93条は昭和40年に彗星の如く

---

28) 判タ188号175頁。

29) 北村・前掲注15) 19頁。

30) 志村・前掲注19) 100頁。

会社判例に現れたのであろうか。それはそうではない。それ以前すでに同条を法人事例に適用した判例がある。それは株式会社代表取締役の行為に心裡留保の規定を類推適用した大判昭和16年5月1日<sup>31)</sup>に遡る<sup>32)</sup>。すなわち、「株式会社ノ取締役カ會社ノ爲ニスル意思ヲ有セス自己ノ利益ノ爲メ表面上會社ノ代表者トシテ法律行為ヲ爲シタル場合ニ於ケル該法律行為ノ效力ハ民法第九十三條心裡留保ニ關スル法律ニ準據シテ之ヲ決定スヘキモノト做シ…無効ナル手形行為ハ…追認ニヨリ有效トナルモノニ非ス」として、取締役が自己の利益だけのために表面上会社を代表して手形取引をしたときは、民法93条を適用すべきで、追認しても無効であるというものである。

本大審院判決の見解は、最判昭和38年9月5日<sup>33)</sup>に踏襲され<sup>34)</sup>、「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つたときは、民法九三条但書の規定を類推し、右の法律行為はその効力を生じないものと解するのが相当である」として取締役の行為を無効とすべきものとしている。

その後、本昭和38年判決は直接的には最判昭和51年11月26日<sup>35)</sup>に引用され、最近では東京高判平成26年2月27日<sup>36)</sup>および同平成26年5月22日<sup>37)</sup>に引用されている。別ルートでは、被用者の代表権濫用について判断された最判昭和42年4月20日<sup>38)</sup>が、株式会社である蛇の目シン工業株主代表訴訟担保提供命令申立事件（最決平成7年6月14日<sup>39)</sup>）に引用されている。

31) 新聞4721号14頁（1941年）。

32) 評釈・真船孝允・法曹時報16巻2号87頁（1964年）。

33) 民集17巻8号909頁。評釈として、於保不二雄・民商50巻4号（1964年）56頁他。

34) 真船・前掲注32) 87頁。

35) 判時839号111頁。評釈として、渋谷光子・ジュリ687号（1979年）125頁他。

36) 判例集未搭載。

37) 金判1446号27頁。評釈として、弥永真生・ジュリ1472号（2014年）2頁。

38) 判時484号48頁。評釈として、福永礼治・民法判例百選（1）（第3版）〔別冊ジュリ104〕（1989年）82頁他。

39) 資料版商事136号77頁。評釈として、岩原紳作・会社判例と実務・理論〔判タ臨時増刊948〕（1997年）134頁。

本昭和38年判決の見解は株式会社ばかりでなく農業組合法人参事の代表権濫用に対しても類推適用されている（最判昭和44年4月3日<sup>40)</sup>。これは前述の被用者の代表権濫用について判断された最判昭和42年4月20日を引用する（<sup>脚注</sup>38)

また、医療法人理事長の代表権濫用について（東京地判平成16年1月22日<sup>41)</sup>）、法人代表者の権限濫用行為については、民法93条但書類推適用により処理するのが今日定着した判例理論であり、本判決も従来と異なるところはないと評価されている<sup>42)</sup>。

他方、同見解は表見代表取締役の権限濫用へも類推適用される。最判昭和42年7月6日<sup>43)</sup>は、表見代表取締役の権限濫用と相手方の悪意につき、「右表見代表取締役の意図が自己の利益を図るにあつた場合においては、第三者が右の意図を知りまたは知りうべかりしものであつたときにかぎり、会社は民法93条但書の規定を類推し、この事実を主張、立証してその責を免れうるにすぎないものと解するのが相当である」として、表見代表取締役に民法93条但書を類推適用した。それについて、東京高裁判事は、すでに正規の代表者ないし代理人についてその客観的な権限の濫用の範囲内での濫用について、心裡留保の規定を類推し得るとすれば、表見代表者ないし表見代理人についても同様に考えられねばならないことは、格別の抵抗なくして受け入れられる理論であると評価した<sup>44)</sup>。

以上、同見解の順調な発展ぶりが窺るといえよう。

#### (4) 代表者の権限濫用への心裡留保の類推

それでは、このような代表者の権限濫用は心理留保を類推し得るか、本

---

40) 判時558号84頁。評釈として、木内宜彦・金判169号(1969年)2頁他多数。

41) 判時1867号70頁。評釈として、評釈・中舎寛樹・リマークス(31)2005(下)(2005年)6頁他。

42) 中舎・前掲注41)7頁。

43) 金法488号32頁。評釈として、浅沼武・金法504号(1968年)9頁他。

44) 浅沼・前掲注43)12頁。

論点について以下の詳細な解説がある<sup>45)</sup>。代表者の権限濫用は有権代理になることを前提とするものの（通説・判例－前記最判昭和42年4月20日<sup>(脚注38)</sup>），だからといって代表者の背信的意図を知っている相手方まで保護するのは不当である。代理行為が成立するために必要な代理意思としては、直接本人について行為の効果を生じさせようとする意思が存在すれば足り、本人の利益のために意思の存することは必要ではない（民99）から、代表の場合にも同様に法人に効果を帰属させようとする意思があれば足り、法人の利益のために意思の存することは必要ではない。したがって、代表者が自己または第三者の利益を図ることを心裡に留保したとしても、法人に効果を帰属させようとする意思がある以上、意思と表示の不一致は生ぜず、心裡留保の規定を直接適用することはできない。そこで本規定を類推適用しえないかが問題となる。

この点、判例（前掲最判昭和38年9月5日<sup>(脚注33)</sup>、最判昭和51年11月26日<sup>(脚注35)</sup>等）・通説は、相手方が代表者の権限濫用の事実を知りまたは知ることを得べかりし場合には、民法93条但書の規定を類推して、法人はその行為について責に任じないと解している。

心裡留保は、真意と表示が一致しないことを表意者自身が知っている場合であるが、代表権濫用の場合、確かに意思と表示行為の間に不一致はないが、法人の不利益において自己または第三者の利益を図ろうとする背信的意図と法人の利益を図るかのような表示行為との間に不一致があり、かつ代表者自身がそれを知っていること（事案の類似性）、相手方が背信的意図について悪意または有過失の場合にまで代表行為の効果を法人に帰属させる必要はないこと（価値判断の同一性）という点から、民法93条但書の類推の基礎があると解することもできる。

これに対し、民法93条が規定する心裡留保は、法律行為の効果について表示と真意の間に齟齬がある場合に関するが、代表取締役の権限濫用の場合に

---

45) 以下、山田創一「心裡留保（93条）と法人の不法行為責任」Hi・Lawyer144号（1997年）57-58頁参照。

は、法律効果を会社に帰属させようとするもので、法律行為の効果につき表示と効果の間に齟齬がないので、同但の規定を類推適用するのは妥当ではないと批判される<sup>46)</sup>。

また、代表権の濫用は、行為者の真意と外見が異なる点で心裡留保と似た点がないではない。しかし、取引の安全のため付与された代表取締役の包括的代理権を排除してまで民法上の心裡留保と同じ規制をする必然性は乏しい<sup>47)</sup>とする見解もある。本論点は論争中にある。

### (5) 学説の展開

以上みてきたように、取締役会決議の欠缺に関わらずなされた代表取締役の行為に民法93条を類推適用することについて、本先例を契機として活発に議論されてきた。本規定が表意者の意思の不存在とその意思表示の外部効果という構成を取るために、本議論は概ね次の2領域に分類できる。

#### ①取引の安全の領域

ここでは、学説は①有効説、②一般悪意抗弁説、③民93類推適用説、④超権代理説(民110)、⑤相対的無効説、⑥代表権内部制限説(会349V)が提唱されている<sup>48)</sup>。このような多くの学説が取引の安全の見地からひたすらに相手方の保護に心を砕いているようにみえる。もちろんそれ自体に異論はない。

本領域では、本先例について、同様に取締役会の承認なく行われた行為と関連して(会356・365)、「判例はその後相対的無効説の考え方を確立した点から、先例としての価値をどの程度認めてよいか若干の疑問が残る」<sup>49)</sup>、あるいは「善意の第三者保護の範囲について、取引の相手方の善意・無過失

46) 評釈・神崎克郎・法セ・別冊付録63頁(1982年)。

47) 江頭憲治郎「株式会社法(第5版)」(有斐閣, 2014年) 426頁。

48) 神吉・前掲注26) 4頁。

49) 秦光昭「改正商法260条2項に基づく取締役会決議と銀行実務」手形研究333号(1982年) 38頁。

50) コメント・商事1455号付録・判例(1997年) 1912頁。

を要求する本先例が取り残されたかたちとなっている<sup>50)</sup>とその評価は必ずしも高くはなかった。しかしながら、「心裡留保に関する民法93条は、その但書において、相手方に過失がある場合、意思表示の効力が無効であることを明らかにする。必要な取締役会決議を欠く取引の効力につき、相手方の過失の有無も考慮に値すると考え、しかも明文上の根拠を求める見解の中で、会社法349条5項等に準拠する近時の有力説より優れた法律構成である<sup>51)</sup>」との評価も得られている。ただ、本稿では次の領域について考察する。

## ②意思の不存在の領域

本領域においては、1951年（昭和26年）、「取締役会の決議に瑕疵があっても代表取締役が会社を代表して為した行為は原則として有効である。これは取締役会の決議が内部的の意思決定にすぎないからである<sup>52)</sup>」と唱える説があった。「取締役会の決議が内部的の意思決定にすぎない」の文言がある。

もっとも、その6年後には、「代表取締役が代表行為を為すにつき、予め取締役会の決議を経べき場合において、たとえその決議を経ないでも又その決議が瑕疵のため無効であっても、代表取締役が対外的に会社を代表して為した行為の効力に影響はない<sup>53)</sup>」として、その理由部分に「取締役会の決議が内部的の意思決定にすぎない」の記述が見られなくなる。

これに対し、以下の批判がある。

「一般に取締役会決議が業務執行に関する『内部的意思決定』だといわれるのは、いわば比喩的な表現であって、取締役会決議が、場合によりある行為の効力要件とされ、あるいは効力要件ではないが代表取締役がそれに準拠して業務執行をなすべき義務を負う方針の決定としての意味をもつことを意味するにすぎない。したがって、民法の意思表示の瑕疵が問題になる場合の意思表示とは、代表取締役そのものの意思決定を意味するのであって、取締

51) 評釈・齊藤真紀・商事1881号（2009年）45頁。

52) 鈴木忠一＝松田二郎『条解 会社法 上』（弘文堂、1951年）283、284頁。

53) 松田二郎『新会社法概論』（岩波書店、1957年）208頁。

役会の『意思決定』がない場合を、代表取締役の代表行為につき意思決定が不存在の場合だと考えるのは、いかにもおかしい<sup>54)</sup>。

「心裡留保の場合には表意者（代表取締役）に効果意思がないのに対し、代表取締役は会社に効果を生ぜしめる代表意思をもって行為をしているのであり、心裡留保とは状況が異なる<sup>55)</sup>。

そして、「意思表示に関する規定を株式会社の経営機関の権限関係の問題に類推するのは無理である<sup>56)</sup>と。

### Ⅲ. 有機体説と法人機関

さて、ここで法人理論に立ち返ろう。日本においては、学説は大まかに法人擬制説・法人否認説・法人実在説等の対立があるが、わが国では法人実在説中の組織体説が通説的見解と考えていいといわれる一方<sup>57)</sup>、少なくとも日本における法人論の対立は、それほど明確なものであったか疑問でありしかもどの説も現実の解釈論においては差がない<sup>58)</sup>、また現実の問題を解決するための解釈論には直結しなくなっているといわれる<sup>59)</sup>。

このように決して盛り上がりの見られない法人理論であるが、本稿では前述のとおり法人機関による自然人擬制を念頭に置いているので、法人実在説の一つである有機体説に着目したい。

19世紀後半にギールケは唱えた。「団体人は結合人である。その単一性は、個々人の肉体に現象するのではなく、社会的有機体に実現する。その社会的有機体は、有機体的構造のゆえに、古くから『頭』や『手足』や機能を営む『機関』を具える『身体』として観念され表現されて来たのであるが、社会

54) 評釈・竹内昭夫・法協83巻4号（1966年）151頁。

55) 評釈・米沢明・会社判例百選（第4版）〔別冊ジュリ80〕（1983年）91頁。

56) 評釈・山本爲三郎・法時2060号182号。

57) 奥島孝康『プレップ会社法（第3版）』（弘文堂、1993年）26頁。

58) 前田達明「日本法における法人理論の変遷」判タ509号（1983年）8頁。

59) 内田貴『民法Ⅰ（第4版）』（東京大学出版会、2009年）217頁。同旨、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、2007年）136頁。



的形象としては、もとよりその内的本質において単なる自然的形象からは区別されるのである。何となれば、その構成部分もまた、それ自身人格者であるから。その結果、その内部生活関係は、個人の場合には一切法律の世界に登場しないのに反し、団体人の場合には、法秩序たりうるし、事実上きわめて多く法律関係として構成されるものである<sup>60)</sup>と。

他方、日本では、法人における機関は、社団または財団というそれ自体としては独立に機能しうる器官をもたない存在に一般的権利能力すなわち法主体性を付与するにあたり、法主体として機能しうることを可能にする法技術的な機構である<sup>61)</sup>と説明され、そして、法人「機関」が人体「器官」と同じ発音であることは偶然ではないという。これらはもともと「organ」の翻訳である。明治時代に2つのおなじ発音をもつ言葉に訳し分けたにすぎない。すなわち、代表取締役や取締役会といった株式会社の機関は、会社法人の頭や目や口や手足といった器官の代わりをする存在である。それによって、本来は観念的な存在でしかなかった法人を、あたかも肉体をもった人であるかのように現実社会のなかで振る舞わせる役割を果たしている<sup>62)</sup>。このような法人機関の考え方にすでに有機体説をみることもできるのではないだろうか。

もちろん、有機体説には批判もある。法人がわれわれ生身の人間とは独立して存在する権利義務の統一的帰属点であるというあまりにも法律的な説明に目を奪われ、ともすれば生身の人間に対抗するような形で法人を理解しがちである。法人実在説はそうした傾向に拍車をかけるくらいがないわけではない<sup>63)</sup>。あまりにも有機的な言い回しであまり強調すると危険が伴う<sup>64)</sup>と。

60) 福地俊雄『法人法の理論』(信山社、1998年)248頁。

61) 倉澤康一郎「反應・横槍法人論」法研73巻2号(2000年)217頁。

62) 岩井・前掲注2)78頁。

63) 奥島・前掲注57)26頁。

64) 発言・岩井克人「<シンポジウム>コーポレート・ガバナンス討論」私法(1995年)106頁。

#### Ⅳ. 「内部的意志決定を欠くに止まる」の解釈

本先例において、判旨が民法93条の法理によるという考え方を採ったのは、見方によっては、重要な業務執行の決定が取締役会の権限に属することが明定されていなかった昭和56年改正前商法260条の下、取締役会決議欠缺の代表取締役の行為を法人代表者の代表権濫用の一態様として、すでに採用されていた民法93条類推適用説を受け継いだとも考えられる。もっとも、「内部的意志決定を欠くに止まる」と言ったのはむしろ「最高裁調査官の解説によれば、民法93条が本来表示と意思との不一致の場合を予想しているのに、取締役会決議を欠く代表取締役の取引行為の場合は、『意思決定の不存在の場合』であるから、これをそのまま適用することはできないと考えたためのものである」という<sup>65)</sup>。

しかしながら、本判例は上述のような批判にさらされながらも適用範囲の拡大があり、判例として定着したと評価もなされ、いよいよ会社法の下でもその採用が明らかになった。このように曲がりなりにも最高裁の見解として確立されたからには、この「内部的意志決定を欠くに止まる」の文言に、たとえ50年の後からであっても、その確立にふさわしい意味付けをしてやるべきではないだろうか。会社法の下でもその採用に変更がないならなおさらである。

「取締役会の決議は、会社内部の意思決定にすぎない」の文言を含む判例の見解を考えるためには、まず、「取締役会決議と代表取締役行為とを真意と表示の関係とみて、それが一致していない」場合の意思の不存在の主体に当たるのは何者か、誰の「内部的意志決定を欠くに止まる」なのかを定めなければならない。本稿に幸いなことにそれは判旨では明確に表現されており、解釈に委ねられた余地があるともみえる。

本先例の発展は法人理論とは別のところでなされていったが、たとえば、ここで有機体説を採って法人の心裡留保と捉えるのはどうだろうか。「内部

65) 竹内・前掲注54) 151頁。

の意思決定」の文言を生かして、これを法人の意思形成過程と考えるのである。このように考えると、「法人实在説、とくに有機体説に立ったとき、代表者の行為は団体自らの行為を機関としてなしているのであって、代理人の行為の結果が他人に及ぶのとは異なる」<sup>66)</sup>ことになる。代表取締役の個人の内心の意思は問題にはならない。ここに「代理」と法人の「代表」が区別される意味がある。もっとも、「民法では代理と代表を厳密に使い分けてはならず、両者を区別する理論的意味は今日では存在しない」<sup>67)</sup>というが、本稿では大いに意味があると考えられる。

他方、第Ⅱ章で考察したように、本先例の取締役会決議欠缺の代表取締役行為は、見方によっては、代表取締役の代表権濫用の一態様にも見えるが、これは決定的に袂を分かちものとする。なぜなら、前者の代表取締役行為は予め法定事項についてなされるが、後者の場合にそれが代表権の範囲内の行為であるかどうかは解釈でその範囲を定めるものだからである。したがって、前者は法人機関の心裡留保と考え、後者は代表取締役個人の心裡留保と考えるという棲み分けができるのではないだろうか。

有機体説を採り、法人機関を自然人器官に対応させると考えると、個人としての代表取締役の意思を考慮する必要がなくなると考える。すると少なくとも、本先例が採った心裡留保説に対する意思の不存在の領域でなされた批判の一部分は克服できるのではないか。

学術的な自然人擬制の起源を探ると、たとえば、17世紀、ホップズは人間の認識能力についての哲学的な吟味から政治理論を始めた<sup>68)</sup>。1758年、ケネーは「経済表」を著した。それには当時のフランス経済が自然秩序とよばれる最適状態に達した場合を想定して、地主、農業者、工業者の間の貨幣循環が人体の血液循環に擬えられながら描き出されている<sup>69)</sup>。このように、ある学問の最初のところでは、人体の仕組みで説明するとよく理解できること

66) 内田・前掲注59) 217, 218頁。

67) 内田・前掲注59) 218頁。

68) 福田歎一『政治学史』(東京大学出版会, 1985年) 317頁。

69) 根岸隆『経済学の歴史(第2版)』(東洋経済新報社, 1997年) 3, 30-31頁。

があるという経済学の考え方に学ぼうと思う。

### むすびにかえて

以上、本稿は、本先例の文言「内部的意志決定を欠くに止まる」の主体を法人理論の観点から、同時に法人代表者の代表権濫用との違いの観点から考察した。

これまで法人理論とは関連付けられることのなかった心裡留保説ではあるが、日本にはこの「内部的意志決定を欠くに止まる」を法人の心裡留保として受け入れる素地はあったのか。また、有機体説を採るという前提のもと、取引の安全の領域における議論になにがしかの影響を与えるであろうか。次の機会に考察を試みたい。