

表見代表取締役に関する一考察（1）

大 槻 敏 江

目 次 序

- I 商法第 262 条の概要
 - 1 立法趣旨
 - 2 本条の各説
 - 3 適用要件
 - 4 適用の効果
 - II 問題の所在
 - 1 民法の表見代理制度との関連(略)
 - 2 代表取締役制度との関連(略)
 - 3 商法第12条との関連
 - 4 共同代表との関連
 - III 判例・学説の概観（次号）
 - 1 表見代表
 - 2 共同代表
 - 3 第三者の過失
 - IV 比較法的考察（次号）
 - 1 英米法（Estoppel by Representation）
 - 2 ドイツ法（Rechtsscheintheorie）
- 結 論

序

近時、驚異的な経済成長発展遂行に伴い企業形態は大規模化傾向を示し、さらに複雑多岐化して取引の増大がなされておる。この場合、製品のライフ・サイクル

表見代表取締役に関する一考察(1)

ルはより短縮化され取引の円滑・スピードアップ化が要求されている。取引の迅速性のみならず安全性の問題をも当然クローズアップされてきている。

本稿では、以上の点に鑑み「会社に於ける表見責任の問題」を考察するものである。商法第 262 条表見代表取締役（以下本条と略称する）では、「社長、副社長、専務取締役、常務取締役其ノ他会社ヲ代表スル権限ヲ有スルモノト認ムベキ名称」を付して取引行為をなした取締役に関して、「代表権ヲ有セザル場合ト雖モ」会社が帰責原因を与えている限りに於いて善意の第三者に対して責任を負うものと規定されておる(商法第 262 条参照)。

会社に於ける代表権限を有する代表取締役は、登記事項(商 188 条Ⅱ及びⅢ)であって代表権存在の有無は、登記閲覧をもって判明するわけである。しかし、取引の度に閲覧を要すると仮定した場合、不合理に陥り取引の円滑・迅速性に反することになりかねない。

また、副社長・専務取締役等は会社内部の職制上の名称として用いる場合がある。すなわち、取締役会 (board of directors) 決議をもって代表権を有するか否か、が決定されるのであり、事実名称使用の点のみでは必ずしも代表権を有する者とは断定し難い。それでは、外観に表われた名称を信頼して取引をなす者は代表権を有する者と誤認しやすいために¹⁾、表見を信頼して取引をなした者を保護する立法趣旨からして、外観主義の一具現化に基づいたものであるといえる。

従って、本条の適用に関し如何なる要件を必要とするか。これは、取締役の外観において会社を代表する権限を有するものと認むべき法的信憑性ある外観の存在及び、これに伴い会社がすくなくとも原因を与えたこと(本条規定の「付スル」)、及び外観への信頼がなされた点に関して判例・学説を引用し考察をなすものである。

また、Ⅱの問題の所在では、本条規定趣旨から表見責任を民法第 109 条との関連として、例えば、商法第 262 条の適用がなされない場合に民法の表見代理規定により取引の相手方は保護されるとする関連を有するのである。つまり、商法規定の適用により必然的に民法の表見代理規定が排斥されるべきでないとする観点

から述べるものである。

代表取締役(商 261 条参照)との関連に於ては、沿革を追って表見代表取締役制度の史的変遷を明確化するのである。しかも、学説・判例上商法第 12 条の例外規定と解する立場が存しうるのであるが、果してこの見解は妥当なものと言えるべきであろうか。

さて、本条の論点とも称すべき共同代表 (Gesamtvertretung, Kollektivvertretung) に関しては、共同代表の登記がなされていたにもかかわらず代表取締役単独で取引行為をした場合、その行為は有効なもの認められるか否かの問題が存したのである。この点学説・判例とも様々な見解に分かれ、一応学説を中心として説明を試みるものである。

Ⅲ では、Ⅱ の問題点に関連せしめ判例を中心に事実問題の探求にあたるものである。なお、第三者の過失に関する判例では、本条と民法第 109 条及び商法第 42 条との比較検討をなし論及するものである。各々学説上、善意無過失説、悪意免責説及び重過失免責等とに見解は分かれており、一応本条の多数説は、悪意免責説をとっておる。「善意の第三者」に関する「善意者」に主観的要件の差異があるものの第三者の過失の程度を問題とし、重過失ある場合悪意同様に解する。但し、重過失免責説は少数説としての見解であるが、これを主張しつつ第三者の過失を論じることとする。

本条の法理論の根拠は、ドイツ法に於ける外観理論 (Rechtsscheintheorie) 及び英米法に於ける禁反言則 (Estoppel by Representation) の二法理に求めることができる。この両者間では、沿革・理論構成を異なるのであるが、本質的同一性が認められ、いずれの見解を採るも本条解釈に関し、結果的相違をきたすものではない。両法理は、取引安全の保護をなす重要な根拠をなすものと解する。

本条存在意義に関する批判として、登記制度が認められる限りこれを徹底すべきであり、法がこの規定を設けたのは禁反言のゆきすぎであるとしている。さらに、昭和 25 年の商法改正前取締役は法律上すべて単独代表権を認められていたのを原則とされていた。その代表権を内部的に制約することは例外に属し、従っ

表見代表取締役に関する一考察(1)

て取締役が「代表権」を有しないこと自体すでに一般の期待を裏切るとして、本条存在意義は、一応認められたにしても原則的に取締役は当然に代表権を有しない現行法のもとでは取締役制度と矛盾する点があり、再検討されるべき主張がなされている。その批判的見解に対する反論は、取引の円滑さと確実性をはかるために不動産登記とは異なる公信力を認めた公示制度として解すべきである。

現実の商取引に於いて相当煩瑣に商業登記は活用され、登記の公示的機能にも実際上限界を生じておる。つまり、登記当事者である会社は、権利設定事項に関し現実と登記事項とが異った表示をなす外観の存在に対し、会社がその原因を与えているとなれば登記制度による保護を事実上表示した相手に対して放棄した事態となる。

これは、一般的に煩雑な信用調査というより、むしろ日常の取引によって形成される現実の表示に関する信頼が、実際大なる比重を占めていることは否定し難い。ゆえに、本条と商業登記とを次元を異なる制度とみるべきか、あるいは商法第12条の例外規定となすかの見解の違いは存しても、登記制度とは違った存在意義が認められるべきである。

Ⅳに於いては比較法的考察に関して、禁反言法理・外観理論の両者が取引安全の重要な根拠をなす、いわゆる商法の外観主義の一具現化とし、従来より引用される旧文献ではあるが良書なるもの時が変遷しようとも真実は決して変わるものでないとして参考しつつ考察する。(Naendrup, "Rechtscheinswirkungen im Aktienrecht", Beiträge zum Wirtschaftsrecht, II Bd., 1931, ss. 918~952)

外観理論は、外観が実存と異なる場合といえども法的信憑性ある外観を信頼した者は信頼保護により取引安全が保持される。では、如何なる理論構成をなして取引安全保護をになっているのであろうか。この法的根拠等に関する問題は、沿革及び形成過程を辿ることにより究明できる。

以上の観点より、本条規定に於ける表見責任を何らの理由で会社はそれを負わなければならないのか。否、責任回避を認めるとすれば、取引上如何なる弊害を生じさせることになるか。この関連問題は、判例で単なる慢然と本条の適用を認

表見代表取締役に関する一考察(1)

めておるものが少なくないのであり、従って一般取引行為の通念とは若干異なった配慮が必要であるとする見地で考察を試みるものである。

注

- 1) 京都大学商法研究会「株式会社経営の実態」商事法務研究 289 号参照
調査報告——社長・副社長等の役付取締役代表権を与えている割合——

名 称	A 調査対象会社	B 代表権ある会社	A : B (%)
社 長	414 (社)	367 (社)	88.8(%)
副 社 長	129	109	84.5
専 務 取 締 役	253	151	59.6
常 務 取 締 役	377	101	26.4

* 表 筆者作成

以上の調査結果からして、社長・副社長等の役付取締役の名称は、代表権を有すると認めるに足る社会的実態の存在が認識され得る。

I 商法第 262 条の概要

1 立法趣旨

会社を代表する取締役は、取締役会の決議で定める(商261条参照)ことを要する。これは、取締役の中には代表権を有する代表取締役とそれ以外の取締役とが存在する。そこで、事実上会社は、社長・副社長・専務取締役・常務取締役等の名称を付して取締役と代表取締役の区別を定款に規定している場合もある。

しかも、職制上の名称を有する取締役は、当然には代表取締役と言えるべきではなく取締役会で選任されない限り会社代表権を有しない。厳密に解すれば、代表権を有しないのであるが、職制上の名称といえどもこのような名称を付与している場合、外部的に代表取締役と誤認され弊害を生じせしめて取引の安全性を保ち難い。

これは、外観に信頼をなした第三者を保護するため、及び会社自体が名称を付することにより外部の第三者に誤認の原因を与えていることは否定できない。こ

表見代表取締役に関する一考察(1)

のような取締役の行為は、代表権をあたかも有するがごとき名称を付した取締役の行為に関して、代表取締役の場合と同様に会社に責めを帰すべきであるとした規定である¹⁾。

本条に関して、「代表取締役にあらざる限り、社長・副社長・専務取締役・常務取締役等の名称を有する取締役と雖も会社代表権を有しない²⁾」としておる。しかし、かかる見解を貫く場合には相手方保護を欠くことになりかねない。

本条趣旨を明確に表わしているものとして、社長・副社長・専務取締役・常務取締役、これらの名称は法律上の名称ではなく、会社内部の職制上の名称にすぎない。これらの名称を有する者が当然代表権限を有することはないが、実際これらの名称を有する取締役と取引する第三者は、これらの者が代表権限を有する者と誤認して取引をなし易いから、これを保護し取引の安全を図る趣旨である³⁾。

ところが、アメリカ統一事業会社法第32条では、「取締役会は、社長・秘書及び会計役を選任することを要し、1人以上の副社長を選任することができる。社長を除きこれらの役員は取締役であることを要しない。」として、Director に対し執行組織の役職者を区別して Officer と呼称している。我国では、取締役と役員とは混同して使用がなされている。(商法上役員という用語はない。つまり、税法その他で役員給与、役員退職金等を取締役監査役の総称または、その各々の別名として使用されている。)しかも、執行組織の各ポスト担当を Officer と称し、Director と区別すると取締役と社長、副社長、常務取締役等が別のものであることが容易に理解できるのではなかろうか⁴⁾。

つまり、この見解は社長・副社長・常務取締役等と取締役の資格との差異を指摘されたもので、ことばのあいまいな点を的確に把握したものと認められる。

さて、代表取締役は取締役の氏名とともに登記事項(商188条Ⅱ)である。それゆえ、登記及び公告がなされた以後は会社としても登記完了である事を理由に原則として善意の第三者にも対抗することができる(商12条参照)。

昭和13年改正商法にあっては、「本条は取引の実情に鑑み善意の第三者保護の規定である。実例として屢々取締役の中の1人だけを代表取締役としてその登記

表見代表取締役に関する一考察(1)

をなし、他の者には専務取締役又は、社長の名称を附して事実手形振出其の他の取引を専務取締役又は社長が会社代表者の様な顔をして行ない、後日問題が生じると代表取締役は1人であるという登記簿の謄本を提出して会社の責任回避する弊害を防ぐ為に善意の第三者に対しては会社は責任があることとしたのが本条であって、同時に一種の禁反言の原則を採いたものである⁵⁾。」

以上のごとく、昭和13年改正法では数人の取締役全員の各自単独代表制を原則となし(旧商261条I)、例外として定款または総会決議をもって或いは代表取締役を定めうるとしてあった。そのため、一応代表取締役に関する登記を完了しておき、かつ他方ではあたかも代表権を有するがごとき名称を付した者に取引させて後日、取引行為に不利を生じた場合は登記済をもって対抗するというのでは表見、つまり外観を信頼してなした者は取引の安全性に不安をきたす事態となる。事前に、これを防止する趣旨で本条が設けられたのであり、一種の英米法上に於ける禁反言則(Estoppel)の一具現化であるとされている⁶⁾。

さらに、沿革及び理論構成を異なるドイツ法に於ける外観尊重理論(Rechtsscheintheorie)に本条の法理的基礎を求める見解も主張され、両法理は、本質的同一性が認められていずれの見解によっても解釈上結論に相違をきたさないであろう⁷⁾。要するに、取引の安全及び第三者保護の立場を重旨した外観主義の現われである。

本条は、昭和13年改正以来、事実上判例に於ける適用が顕著になったのは、昭和25年に改正商法が設けられ代表取締役制度が規定されて以降、否、改正前に於いても取締役はすべて代表権を有するのを原則として、例外的に代表取締役を定めうるとされておった。従前では、代表取締役を定めるには定款または総会に於いて代表者その人を特定することを要したのを改めて、定款の規定に基づき取締役の互選をもって会社を代表すべき取締役を定めることを妨げないと認め⁸⁾(商261条II、登記188条I)。この文献からして、すでに現行法の内容と共通の状況であったことが推察できる。但し、改正法の新取締役制度と矛盾すると指摘する学説も存する⁹⁾。(酒巻俊雄教授著、法律のひろば pp. 19~23)

表見代表取締役に関する一考察(1)

しかし、山口教授は「昭和25年の改正法による取締役制度の変更は度外視してよいであろう¹⁰⁾」と論じておられる。つまり、昭和13年改正法前に現行法同様の趣旨が含蓄されており、事実上の適用は昭和25年以降に判例で現わされたのであるが、本条趣旨からして問題となすべき点ではないといえる。

注

- 1) 大隅健一郎著「会社法論」224, 225頁。
- 2) 松田二郎著「新会社法概論」199, 200頁。
- 3) 田中誠二・吉永栄助・山村忠平著全訂コンメンタール「会社法」710頁。
- 4) 横田正雄著「会社法」商事法務 No. 641, 309頁(昭和48年9月15日号)。
- 5) 奥野健一著他「株式会社法釈義」173頁。
- 6) 松田・鈴木忠一著「条解株式会社法上巻」294頁。
石井照久著「商法総則」61頁。
- 7) 大隅著「商法総則」163頁。法律学全集。
西原寛一著「日本商法論1巻」100頁。
- 8) 松本丞治著「註釈株式会社法」144頁。
大隅先生還暦記念「商事法の研究」154頁。
- 9) 反対説——大橋光雄著「代表取締役についての責任」企業会計7巻2号88頁以下(代表取締役を軽視しているとする説)。
- 10) 山口幸五郎著「商法演習Ⅰ会社法」146頁。

2 本条の各説

社長・副社長・専務・常務取締役¹⁾等の名称は、会社内部の職制上の名称にすぎない場合があり、当然これらの名称を有する者が代表権を有しているとは限らない。但し、この名称を用いて取引行為をなした場合、取引をなした第三者は代表権を有しているものとして誤認しやすいため、取引の安全及び第三者を保護する必要がある。

以上の他に、会社を代表する権限を有するものと認むべき名称に関しては如何なる見解が存するであろうか。

まず、頭取・総裁・理事長等²⁾をもこの名称に含まれるとする見解がある³⁾。又、支社長に関しては判例(広島松江裁判, 昭和31年11月9日下民集7巻11号3206頁)で肯定しておる。学説上は、「本条と表見支配人に関する商法第42条とを混同し

表見代表取締役に関する一考察(1)

たものというべきである」として支社長に関して反対説⁴⁾の立場にある。

「附シタル」とは、会社がその名称を付する。つまり、何らかの原因を与える名称により明示的あるいは、黙示的に会社が名称付与を認めたことを要し、取締役自身が勝手にこのような名称を使用したとしてもこの場合には、会社は責任を負わないとする。(同旨福岡高判昭和31年5月15日高民集9巻6号375頁。東京地判昭和25年7月29日下民集17巻7号1159頁。反対判旨、大阪地判昭和25年6月6日下民集1巻6号869頁。)

けれども、外観主義を貫徹することは、仮りに取締役が勝手に名称使用をなして、代表権者のごとく装って取引行為をなしても、現状のように取引の増大化・多様化している時期に広大にこれを認めることは避けるべきである。しかし、会社は帰責原因がないにもかかわらず、その責任を負担するといった場合の救済手段として、損害賠償の方法によりその名称を勝手に使用して利を得た者に対し請求し得るのである。事実、これを外観主義貫徹のみに傾斜していたのでは公平さに欠け留意を要する。

ところが、本条の立法趣旨からして会社が積極的に名称を付している場合のみならず、取締役が任意に名称を使用しているのを会社が消極的に黙認していると認められる場合にあっても、名称を信頼して取引をなした者を保護すべきである。

これに関する学説・判例は、

(1) 学説、「例えば、会社が取締役による僭称の事実を知りながら、何らの措置(名称使用の禁止等)をもとらないときは、会社はその名称の使用を黙認しているものとして、同条による責任を免れないものとして解しなければならない⁵⁾。」

(2) 判例、「代表取締役および一部の取締役が関与しなくとも『取締役の過半数、即ち、取締役会を開催して会社の意思を構成するに足る数の取締役』が、かかる名称の使用を積極的に許容しまたは知りながら放置する場合も含む⁶⁾。」

学説・判例では、名称の使用を消極的に黙認しておいた場合あるいは積極的に許容して放任するような場合に、当然会社は責任を回避されるものではない。それでは、取締役全員が事実代表権を有していないにもかかわらず名称使用をなして

表見代表取締役に関する一考察(1)

いたそのことを、全員が知っていたという要件が必要であろうか。これは、「全員が承知していた」すなわち、黙認していたとする要件は必ずしも必要ではない。つまり、取締役全員が知っていたか含かに問題の重点がおかれるわけではなく、その事実を知りながら黙認していた点により重大さが存する。

但し、名古屋高判⁷⁾に於いては、「代表取締役の責任により代理商を授与された取締役が副社長と自称し他の取締役一同これを黙認していた場合に関し、本条の適用を認める」と判旨しておるわけであるが、前述のごとくむしろ取締役全員がその者の名称使用を認めていたというべきではなく、少数の取締役によりその事態を承認しながら何らの処置をとらずに放置した場合も本条適用をなすものと解する。

注

- 1) 「常務取締役の英訳は一般に、Managing Director である。しかし、Managing Director といえは社長・副社長もこれに含まれる。ただ、アメリカやカナダの会社で Vice—President & General Manager とか Senior Vice President という肩書の人がある。常務取締役も意識して Director & General Manager or Director & Senior Manager in Charge of Business Dept とすれば相手方にも理解してもらえるだろう。

なお、取締役会長は Chairman of the Board of Directors となっている。しかし、日本の取締役会長は必ずしも取締役会の議長ではない。これは、ただ Chairman としてでも訳す以外になかろう。」(横田著会社法, 商事法務 No. 641, 311 頁。)と解して我国の役職者の名称を明確化ならしめようとする一所見といえる。

- 2) 頭取・総裁・理事長等の他に多数説では取締役会長の名称をも認めている。(大隅・山口共著「取締役会及び代表取締役」総合判例研究叢書(4) 157 頁)
- 3) 同旨説, 西原・鈴木竹雄共著ジュリスト選書「取締役会」175 頁。
反対説, 石井著「商法 I」31 頁。
- 4) 田中誠他著「全訂コンメンタール会社法」711 頁。
- 5) 山口著「商法演習 1 会社法表見代表取締役」147 頁。
- 6) 東京地判昭和 31 年 9 月 10 日下級民集 7 卷 9 号 2445 頁。
- 7) 昭和 31 年 11 月 15 日「前掲書」同頁。

3 適用要件

1. 外観の存在

表見代表取締役とされるには、当該会社の取締役たるを要するか。

(1) 通説、「表見代表取締役の名称を付した取締役が、その名称を表示してなした行為について適用がある¹⁾。」

及び、「取締役以外の者に、社長等の名称を付した場合には本条の適用がなく、それは寧ろ民法の表見代理の原則又は、禁反言則にその解釈を求めるべき場合である²⁾。」

(2) 本条を禁反言則の一具現化と解してそれを限定しなくてもよいとする説、「行為者自身が、表見代表取締役であれば他の代表取締役の名称を表示してなした行為についても商法 262 条の適用がある³⁾。」

(3) 「商法 262 条が商事法一般について認めることを正当とする禁反言則の一表現であると解すれば、その立法理由と同じ理由のある場合について本条の取締役を拡張解釈するか、類推適用して取締役でない会社使用人も表見代表取締役とされうる⁴⁾。」

以上の学説からして、(2)と同旨の判例は、「表見代表取締役が(代表権のない取締役に常務取締役の名称の使用が許諾されていた)、直接代表取締役名義で約束手形を振出した場合でも商法 262 条の適用を認め、手形受取人が前者の代表権の欠缺につき善意であるときは、表見代表取締役として直接自己の氏名を右手形面上に表示した場合と同様、会社はその責に任ずるべきと解する⁵⁾。」

(1)の通説では、取締役のみに限り会社責任を負うとされており、又、(3)の見解では広義の解釈がなされておる。そこで、現状を考慮して解すれば取引の増大及び、これに伴う迅速・安全性が要求される事態にある。つまり、通説の見解はすくなくとも取締役に限定する点に無理を生じせしめている。しかも、(3)の解釈によれば会社の使用人に関してまでも本条の適用がなされることとなると、取引の第三者保護としての外観主義の貫徹の立場からは望ましい説といえるが、あまりに拡大解釈しすぎて弊害を生じる危険性さえあり得る。それゆえ、行為者自身

表見代表取締役に関する一考察(1)

が表見代表取締役（名称使用の許諾があった場合）等として取引行為をなした場合に、本条の適用がなされるべきであると解するものである。

もとより、表見代表取締役の名義によって行為をしなくとも、代表権限を有するような外観（代表権者であるがごとくの名称使用）のもとにおいて、代表取締役名義で行為をなした場合にも本条の類推適用を認める。

しかし、その場合、代表取締役が他の代表取締役の名義で行為をなす権限を代表権の一部内容として有し、直接他の代表取締役名義をもって記名捺印の代行権限をも固有するとなす立場が存する。「この場合、会社の表見的責任は手形行為が表見代表取締役によってなされたという実質的事情に由来し、手形行為が代理又は代表の形式でなされようと、また署名の代行方式によってなされようと、その形式とは直接かかわりのないものと考えられるからである⁶⁾。」

ところが、この場合厳密には本条を類推適用とするというよりも、適用ある場合とみるべきである。というのは、本来代表取締役の権限のうちには、他の代表取締役名義の記名捺印を代行して手形行為となす権限も当然含まれているをもって（同旨、広島高判昭和36年10月23日高裁民集14巻7号498頁）商法第262条にいわゆる表見代表取締役も他の代表取締役の代行者として手形行為をなすものとの予想のもとに規定されていると考察する。（反対説、田中(誠)著「最新会社法上」296頁。）そのためには、かかる授權を要するものと解すべきで、本条適用に際してもかかる授權が与えられていることにより、表見代表取締役としての外観の存在が必要である⁷⁾。

2. 外観の付与

「附スル」に関しては、**2. 本条の各説**で前掲したごとく、表見代表取締役と認められる名称を会社が付与した場合に本条の適用がなされるというのである。

そこで、当該行為者が勝手にかかる名称を僭称した場合は、その会社の帰責原因からして何らの責任を負うものではない。「なお、本条の適用をみる場合に、会社の責任負担は、会社がいわゆる表見的名称の使用を許容したこと、換言すれば外観の存在に会社が原因を与えたことに対応すべきものであるから、会社がそ

表見代表取締役に関する一考察(1)

の名称を付したことが必要であり、取締役が自ら任意にこれを僭称しても、その者の行為に関して会社が本条の責任を負担するわけではないことは多言を要しない。」(酒巻著表見代表取締役の法的基礎、法律ひろば18巻5号22頁。)と同旨の見解をなされている。

さらに、外観付与での問題点は、名称使用の黙示の承認である。つまり、積極的に会社が定款または取締役会の決議により名称の使用の許諾を生じせしめた事由が存在しなくとも、行為者が任意に名称を使用しているのを会社が消極的に黙認していたとされる場合にも、当然会社は本条による責任を免れないのである⁸⁾。

但し、僭称禁止をする権限が取締役にあっても、会社の悪意の存否は会社の代表機関たる代表取締役を基準として決すべきであり、単に代表権限なき取締役が知っていた程度では名称使用黙示の承認には該当しないと解すべきである⁹⁾。

3. 外観の信頼

①会社が表見代表取締役の行為に関して責任を負うのは、善意の第三者に対してである。つまり、悪意の第三者の場合は、本条適用されないために、会社に対して立証しなければならない。

では、「善意の第三者とは」、いわゆる行為の直接の相手方に限らず、表見代表取締役が名称を用いて取引をなした範囲にあって、その名称の表示を信頼してなした第三者であり、代表取締役(代表権を有しない)でないことを知らなかった者をいうのである。ところが、手形行為¹⁰⁾に関しては、手形の権利者の地位にある者すべてを包含すると解される。(同旨、東京地判昭和29年7月28日下民集5巻7号1174頁)

②第三者が善意であることに付き過失を有する場合は、本条の適用がなされるか否か、この点に関して、

(イ)通説、「第三者が善意であることについて過失があっても商法第262条が適用される。」——消極説¹¹⁾——

通説と同旨の判例、「商法262条は会社を代表する権限を有するものと認むべき名称を付したことに基づく責任をば、特に重からしめるための規定であるか

表見代表取締役に関する一考察(1)

ら」、「第三者が善意である限り、たとえ過失がある場合においても、会社は同条の責を免れ得ない。」(最判昭和41年11月10日民集20巻9号1771頁)

(㊦)異説、「表見代表取締役の行為について、会社が責任を負うためには第三者が善意であることについて無過失でなければならない」——積極説¹²⁾——

以上、学説・判例の対立を概観して、善意無過失を要するとなすのは(軽過失免責説)、取引安全のために外観信頼者を保護する趣旨から考察して、第三者は善意かつ無過失である必要はないとする立場を主張するものである。つまり、通説の見解に同意し、表見代表取締役の行為についてその行為が代表権を有する者の行為か否かを調査しなくとも、相手方が善意である限り会社に責任の追求をなし得る。

それは、会社の専務取締役であるか否か、に関して登記簿を閲覧するか又は、会社に対し照合の確認を怠っても必ずしもそのことのみでは過失があるとはいえない。しかし、ここで問題となる点は、代表取締役の氏名は登記事項である(商188条Ⅱ, 8号)。それゆえ、登記簿を閲覧することによって代表権限の有無の存否を確認できる。つまり、当該表見代表取締役かあるいは代表取締役かどうかは、例えば同地内にありかつ以前にその表見責任が問題とされた会社との巨額で重要な取引を締結する場合にあっては、閲覧による登記事実の調査を必要としこの調査を怠ったときは善意につき重大な過失が生じておるとして、本条の適用はなされるべきではないと解する。すなわち、重過失が存する場合は、悪意同様に解し、重過失免責を主張するものである。しかも、会社に対して悪意の場合立証をしない限り本条の適用は認められない。

注

- 1) 大隅著「全訂会社法論中」124頁。
- 2) 伊沢著「註解新会社法」438頁。
- 3) 西山著「ジュリスト194号」82頁。
- 4) 田中(誠)著「会社法詳論上」463頁。
- 5) 最判昭和40年4月9日民集19巻3号632頁、及び最判昭和41年11月10日民集20巻9号1771頁。

表見代表取締役に関する一考察(1)

- 6) 本間輝雄著「民商法雑誌 54 卷 6 号」764 頁。又、加藤著「手形行為と表見代理」法律のひろば 17 卷 1 号 21 頁。
- 7) 常務取締役という、名称の中には副社長・専務取締役をも同様に解される。この副社長は、ある面では全般管理者 (Top Manager, General Manager) としてなしているが、現実には副社長たる名称は職制上の地位であって全権限を有するものではない。このことは明確であるように、ある一定部門に関しての権限を有するが、全般的な権限ではない。つまり、部門管理者でしかない。例えば、副社長は会社工場に対して、指令はなすがその工場全体における権限を有さないのである。社長たるべき者が、この権限を有している。(商事法務 No. 641 前掲書 310 頁)
以上は、厳密に解すればこのような相違が明らかであるが、本条の立法趣旨から考慮して、取引の安全・迅速化を重旨し外観に表われた名称を信頼して取引した者を保護すべきである。
- 8) 山口著「商法演習Ⅰ会社法」147 頁。
- 9) 同旨、山口著「注釈会社法(4)」394 頁。
- 10) 第三者は当該法律行為の相手方に限るとする説もあるが、例えば社長名義で振出された約束手形を受取った人から会社が振出人であると信じて、当該手形を取得した人をも含むと考える。(伊沢著「注解新会社法」439 頁)
- 11) 大隅著「全訂会社法論中」125 頁。
- 12) 伊沢著「前掲書」429 頁。

4 適用の効果

本条の「責ニ任ズ」とする会社の責任は、代表権を有さない者が会社内での職制上の名称付与、あるいは取締役があたかも代表権を有するとき名称を用いてなした法律行為の効果が、会社に及ぶと規定されたものである。

ともあれ、代表権を有する代表取締役の行為に対すると同様の責任を会社は負担し、及びその法律行為によって債務の履行・不履行による責に任ずる。その他、債務による損害賠償をなす義務と、債権の主体ともなり得るのである。それは、単なる債務の責任のみならず、権利の行使をも有するものでなければ、損害に対する責任だけを負うのでは当然不合理さを生じるのである。

ところで、会社が本条により責任を負担したために不測の損害を生じた場合、当該行為者に対して損害賠償の請求をなし得る¹³⁾。本条では、一般に民法の

表見代表取締役に関する一考察(1)

無権代理と異なり会社が、自ら表見代表取締役としての名称使用の許諾をなした
場合であるから問題点も存する。しかし、その行為が対内的に権限逸脱の行為と
して、単なる名称の許諾を理由に無権代理行為をなした者に損害の請求をすること
は可能となる。

また、名称を許諾して取引行為をなした表見代表取締役に対しては、当然に損
害賠償請求の対象とはならないが、権限を一部逸脱した取引行為に関しても限定
的に損害賠償をなしうると解する。

注

13) 副社長と称すべき者は取締役でなければならないか。

「アメリカ統一事業会社法第 32 条によると、社長は取締役から選任する必要がある
が、社長以外の役員 (officer) は取締役であることを要しないと規定されている。
アメリカの副社長は社員である人が多い。日本の場合も副社長が取締役取締役でな
なければならないことはない。現行商法上は社員から副社長を選任しても違法ではな
い。この場合善意の第三者は表見代表取締役の規定で保護すれば、問題はない。た
だ、定款で規定されていれば社員から選任できないことは勿論である。」(商事法務
No. 641 前掲書 310 頁。

II 問題の所在

(1, 2 は紙枚制限の都合上略し、問題の中心 3, 4 を重点に論じる。)

3 商法第 12 条との関連

表見代表取締役制度に関しての問題点は、代表取締役に関する登記制度との関
係であるといえる。この場合、単独代表・共同代表にかかわらず代表取締役の氏
名は登記事項である(商 188 条 II)。すなわち、代表取締役の登記及び公告の後は
商法第 12 条により、第三者の悪意が擬制せられる結果、当該表見代表取締役が
代表取締役でないことをもって原則として、善意の第三者にも対抗しうる。それ
ゆえ、第三者が本条により保護せられうる関係であるので、本条は商法第 12 条
の例外規定であると解される立場も少なくない。¹⁾

ところで、会社が表見代表取締役の行為に関して責任を負うのは善意の第三者

表見代表取締役に関する一考察(1)

に対してであり、善意とは、代表権限を有してないことを事前に知らなかったという意である。だが、代表取締役の氏名は登記事項であるゆえ、登記簿閲覧によってその取締役の代表権の有無を確かめることができる(商14条、12条)。

登記公告の効力には、登記公告前と登記公告後とではその効力がおのずと違っている。

(1) 登記公告前の効力

登記及び公告前に於いては、登記事項はその当事者から悪意の第三者には対抗出来るが、善意の第三者には対抗することが出来ない。この登記公告前をドイツの学者は、商業登記の消極的公示力あるいは、消極的公示主義(Negative Publizitätswirkung od. Negatives Publizitätsprinzip)と称しておる。

なお、臨時特例前には、登記がなされてあっても公告がない限り、登記公告前にはかならない。(大判大正4年12月1日民録21輯1950頁)しかも、登記と公告とが相違していた場合、公告がなかったものとみなされる。その理由として、当時第三者は公告に信頼をおくことが不可能となり、常に登記簿を閲覧せねばならなくなって、公告の意義を失うこととなりかねないからである。しかもこれは、登記義務者の懈怠に関する制裁ではなく、取引の安全保護を主眼としていたと認められる。

以上に関して、現在は「臨時特例で、既述のように登記事項の公告が行なわれないこととなっているため、商法12条の適用については登記の時に登記及び公告があったものとみなされていることを注意しなければならない²⁾」(法務局の設置に伴う関係法律整理法附則10)。

(2) 登記公告後の効力

登記後の効力をドイツ法律学者は、商業登記の積極的公示力(Positive Publizitätswirkung)あるいは、積極的公示主義(Positives Publizitätsprinzip)と呼称しておる。

これは、一般に悪意の第三者は勿論、善意の第三者に対しても登記事項をもって対抗することができる。

表見代表取締役に関する一考察(1)

ところで、法律上第三者は登記公告により登記事項を知ったものとみなされて、当時は登記事項をもって対抗しうるものとなっておった。

これに関して、「我国にあっては、一般に登記公告の効力は登記事項に対抗力を付与することにあるとして、不動産登記が物権変動の事実に対抗力を付与するのと類似的に考えるのが常であった。これに対し、不動産登記と異り、商業登記にあっては対抗力なるものは始めから存するが、ただ善意の第三者に対抗することをえないのに止まる。しかるに、登記公告があるときは、第三者はその事項を知ったものとみなされ、悪意を擬制される結果、本来存する対抗力が善意の第三者にも及ぶこととなるのであって、登記公告は登記事項に新たな対抗力を付与するものではなくして、第三者の悪意を擬制するのがその唯一の法律上の効力である³⁾。」

商法第12条に於ける「登記すべき事項」に関して大隅教授は、「登記しうべき事項の意味に解すべきである⁴⁾」と強調して論じておられる。

すなわち、この商法第12条につきドイツ法にあっては様々な解釈がなされている。

Schlegelberger, (HGB., 1939 .§ 15 Anm. 11⁵⁾) においては、「登記義務ある事項」と解しておる、又 J.V. Gierke 教授によれば (Handelsrecht und Schiffsfahrtsrecht, 4. Aufl. 1933, 6 Aufl. 1949.) 「登記能力ある事項」と解し論議の存する点である。

以上の二見解は、「登記すべき事項」をいずれに解するも登記がなされたことにより、商法第12条の適用があることには異論はないのである。

ところで、代表取締役の氏名は登記により対外的に公示されるわけである。これにより、代表取締役について登記・公告がなされた以上、代表権を有さない役付取締役を善意の第三者が代表取締役であると誤認したとしても、商法第12条により何ら会社はその行為に対し責めを負う必要はないと解されよう。しかし、その事実問題として、例えば代表権なき役付取締役が取引行為をなした場合には、対内的な業務執行権をもつものと一般に認められている。このような内部事情を

表見代表取締役に関する一考察(1)

知るはずもない第三者としては、代表権のない役付取締役を名称ゆえに、代表権を有する代表取締役であると誤認して取引をなす可能性が充分考えられる。これは、取引の安全性からして非常に問題な点なのである。

以上のような事態のもとでは、あるいは悪徳業者の横行を許すことにもなりかねない。つまり、現実には代表権なき役職者の名称を有する者を、その名称を信頼して取引をなした両者間にあって後日、代表権がないことを理由に取引の効力をくつがえす訴を起こして取引の安全・迅速性に害を及ぼすこととなり得るからである。

そこで、代表権なき者と取引をした場合にも商法第 262 条の適用をなし、会社に対して表見責任をなす旨を規定したものであると考察するものである。

(なお、ドイツ商法 § 15 の「商業登記の公示力『Publizitätswirkung des Handelsregisters』」に関しては注 6) で紹介する。)

注

- 1) 星川著「株式会社法の論理と課題」42 頁。
- 2) 大隅著「商法総則」(法律学全集)274 頁。
- 3) 竹田省著「商法総則」297 頁以下(大正三年版)及び、「商法総則」190 頁(昭和 7 年版)
- 4) 大隅著「前掲書」279 頁。
- 5) Schlegelberger, Kommentär zum Handsgesetzbuch, erläutert V. Gessler, Hefermech, Herbig, Hildebrandt U. Schröder, 1940.
- 6) § 15 商業登記の公示力

商業登記簿『Handelsregister』に登記事実『Tatsache』がある限りは、登記及び公示力をもたなくとも以前それを知っていた。

また、登記の重要事項『Angelegenheiten』を第三者がこれを知っていたというのでなければ対抗力『entgegengestzt』を発生『Werden』せしめない。(Heymann—Kötter, Handelsgesetzbuch, 21. Auflage. § 15, S. 44ff.)

さらに、商業登記に関して、豊田悌助教授は、「商業登記制度を必要とする理由三あり。(一)は商人自身の信用を維持せんが為に必要なり。(二)は一般公衆を保護せんが為に必要なり。」(豊田教授著「新商法概論」29 頁)として明確に論じられておる。

4 共同代表との関連

代表取締役一名の場合のみならず、数人が共同してなすように存する場合は、それぞれ各自代表権を有し、また各自単独で会社を代表することができるとして一応これが原則である。但し、例外的に代表取締役が数人ある場合は、取締役会決議にあってその数人の代表取締役が共同で代表すべきとなし、または数人の中の一部の者のみで単独とする。他の者は、共同して会社を代表すると定めることができる(商 261 条Ⅱ)。

あるいは、代表取締役の員数は一人が原則であって単独で会社代表権を有する。しかし、代表取締役を数人選任したときは常にその数人の代表取締役が共同して会社を代表すべきであると解する立場も存する。

ところで、共同代表の登記申請では「代表取締役甲及び乙は共同して会社を代表する」と定めても、「取締役甲及び乙は共同して会社を代表す」とどちらを申請したとしても受理されるのである。

それは、法務省民事局の通達(昭和28年6月25日付)において、「会社その他の法人を代表すべき者に関する登記簿の抄本を作成する場合において、その代表者が各自法人を代表すべき場合であれば、申請人の請求に応じてその一人又は数人の氏名のみを抄写すれば足るが、その代表者が共同して法人を代表すべき場合であれば必ずこれに係るすべての代表者の氏名とその共同代表に関する定めを抄写するのが至当」としておる¹⁾。

(1) 共同代表の定めがある場合における学説の対比

通説、「共同代表取締役の一人に社長または頭取というような単独で会社を代表する権限を有するものとみとめられる名称を付した場合にも商法 262 条の適用または類推適用がある²⁾。」

以上の通説に対する異説的見解

異説、「共同代表の定めは、対外的な代表行為に関する制限であり会社の利益保護の制度であるが、通説的見解つまり商 262 条の適用を認めると、殆どすべてが会社の責任に帰することになり、共同代表の定め自体、代表権の行使に対する

表見代表取締役に関する一考察(1)

制限の意義をもたなくなるし商 12 条の規定は共同代表について意味を失うことになる³⁾。」として登記効力の関係から述べておられる。

以上、学説の分かれるところであるが、判例上の見解は如何なるものであろうか。この判例に関しては、Ⅲ. で詳細を述べようとするものである。そこで、要旨のみを示すことにする。

(2) 通説と同旨の判例

共同代表の定めがあり、かつその旨の登記がなされていても、通常単独代表権を伴うものと認むべき「取締役社長」の名称使用を許諾している場合は、その者の単独の会社代表行為について商法 262 条の適用がある。(東京地裁判昭和 41 年 4 月 30 日判例時報 455 号 60 頁)

なお、共同代表の定めがあり、その旨が登記してある場合でも、代表取締役が単独で代表権限を行使できる者であると認められる外観をもって代表取締役の名称を使用しているのに対し、これを会社(他の代表取締役全員)が黙認していた場合には、右代表取締役が単独で行なった法律行為について、商法 262 条の規定の類推適用がある。(最判昭和 42 年 4 月 28 日民集 21 卷 3 号 796 頁。及び、手形振出行為について同旨、最判昭和 43 年 12 月 24 日判例時報 546 号 87 頁。)

異説と同旨の判例

商法 262 条は、会社を代表する権限がない取締役に関するもので、会社を代表する権限はあるが、それが制限されていて単独では代表できないような場合、すなわち共同代表取締役に関する規定でないことは法文上明白であり、また共同代表の定めは登記事項である。登記がなされれば、商法第 12 条の適用をうけるのは当然である。従って、代表取締役が単独で行なった法律行為について商法 262 条の適用はない。(最判昭和 43 年 12 月 24 日判例時報 546 号 82 頁。これに対する松本裁判官の反対意見が付されてある⁴⁾。)

共同代表(Gesamtvertretung, Kollektivvertretung)は、数人が共同でのみ法人を代表しうる場合である。合名・合資会社の代表社員、株式会社における代表取締役又は、これを準用する有限会社にあつては取締役は原則として各自会社を

表見代表取締役に関する一考察(1)

代表する権限を有する。その例外として、定款もしくは総社員の同意、取締役会の決議をもって共同代表を定めることができる。ただ、共同代表の定めがある場合には、共同しなければ代表権を行使できないが、この場合にも第三者の意思表示を受けることは各自がなしうる(商77条, 147条, 261条, 有限会社法27条)。

共同代表は、代表権の実質的内容の制限ではなく権限行使の態様上の制限で、登記事項とされ(商149条I, 188条II, 有限会社法13条II参照)、登記及び公告によって善意の第三者にも原則として対抗できる(商12条)とされる。

共同代表と表見代表取締役との関係において、共同代表の定めをなしておいて、かつ共同代表取締役の一人に単独で代表権を認めるがごとき名称を付した場合は、通説同様商262条の規定が適用されることはいうまでもない。ところが、共同代表取締役の規定がなされているにもかかわらず、単独であったかも自らが代表取締役であるとして取引行為をなした場合が問題である。

これに関して、酒巻教授は「代表権の行使に対する制限の意義をもたなくなる」として異説を論じられておられる⁵⁾。

けれども、共同代表取締役としての規定がなされていた場合に、ある者一名による単独行為を他の共同代表取締役が黙認してこれを許していた場合に関して、共同代表取締役の一人が単独(つまり、黙認の要件が必要)で取引行為をした場合、通説と同旨に商262条の適用を認めるものと解する。これを仮に、本条適用なしと解すれば善意の第三者は不そくの損害をこおむる事実が生じうる。しかも、「代表権の行使に対する制限」に関しては、共同代表取締役においては代表権の実質的内容の制限ではなく、権限行使の態様上の制限であり、商法12条の意味を失うとするものではない。むしろ、商業登記制度と異なる次元をもって会社の表見責任を定めたものと解する⁶⁾。

結局、共同代表の定めが存するにもかかわらずその中の一人が単独で行為した場合、本条の表見代表取締役規定適用と解するのである。但し、最近では適用要件が漸次緩和されて、その適用ないし類推適用の範囲が拡張されてきていると認められる。しかし、拡張解釈の範囲をどこに求めるかに関しては問題があり、限

表見代表取締役に関する一考察(1)

界を決定するには困難が存する⁷⁾。

そこで、表見及び外観を信頼した第三者に悪意が認められる場合のみならず、現状の複雑化した経済・取引の円滑化を考慮に入れて重過失ある場合に範囲を限定して本条適用の有無をなすべきである。

注

- 1) 法務省民事局の通達より（登記研究 68 号 43 頁。）
- 2) 大隅著「全訂会社法論中」124 頁，田中(誠)著「最新会社法論上」296 頁，星川著「株式会社の論理と課題」45 頁，本間著「判例評論」97 号 40 頁，服部栄三著「法学セミナー 17 号」73 頁，今井著「商事法務 No. 407」10 頁。
- 3) 酒巻著「手形研究 10 卷 12 号」6 頁。
- 4) 同旨，高判昭和 41 年 3 月 24 日「判例時報 444 号」72 頁。
- 5) 酒巻著「前掲書」同頁。
- 6) 同旨，服部著「会社法」学説・判例事典 260 頁。
- 7) Cf. Gower, *Modern Company Law*. 3rd ed., 1969 p. 162.

以下次号