

博士学位請求論文

株式会社の代表者に関する問題と取引安全についての

考察

- 日本法の研究とベトナム民・商法への示唆 -

平成二七年三月

中央大学大学院法学研究科民事専攻博士課程後期課程

NGUYEN PHUONG CHAM THI

目次

序編 問題の設定.....	1 頁
第1編 ベトナムにおける株式会社の代表者と取引の安全.....	5 頁
第1章 ベトナムにおける株式会社法規制の沿革.....	5 頁
第1節 第一期	5 頁
第2節 第二期	11 頁
第3節 第三期	13 頁
第2章 現行の株式会社.....	15 頁
第1節 株式会社の業務執行	15 頁
第2節 取締役会長の地位	16 頁
第3節 社長の地位	16 頁
第4節 法定代理人の役割	18 頁
第3章 ベトナムにおける代理・代表法律関係.....	21 頁
第1節 代理に関する民法制度の沿革	21 頁
第2節 現行の代理の制度	22 頁
1. 代理の概念	22 頁
2. 代理の分類	23 頁
3. 無権代理制度	24 頁
4. 小活	28 頁
第2編 ベトナム及び日本における専断行為の効力.....	30 頁
第1章：ベトナムにおける法定代表人の専断的行為の効力.....	30 頁
第1節 初めに	30 頁
第2節 専断的行為の効力についての学説	33 頁
1. 無効説	33 頁
2. 法律規定事項と内部規定事項との区別説	34 頁
3. 有効説	35 頁
第3節 判例	35 頁
1. 判例の紹介	35 頁
2. 検討	37 頁
第4節 総括としての私見	38 頁
1. 学説に対する私見	38 頁

2. 今後の課題	41 頁
第2章 日本における代表取締役の専断行為の効力.....	43 頁
第1節 初めに	43 頁
第2節 学説	46 頁
1. 心裡留保説	46 頁
2. 一般悪意の抗弁説	47 頁
3. 代表権制限説	49 頁
4. 越権代表説	50 頁
5. 相対的無効説	51 頁
6. 小括	52 頁
第3節 判例	54 頁
1. 判例の紹介	54 頁
2. 判例研究	76 頁
(1) 「重要な財産」、「多額の借財」に該当するか否かの判断基準	76 頁
(2) 会社法第364条第4項の決議を欠く取引の効力	79 頁
(3) 善意である相手方の過失の有無についての検討	83 頁
第3章：検討.....	88 頁
第1節 初めに	88 頁
第2節 取締役会と代表取締役の権限関係及び代表取締役の代表権限	90 頁
1. 専断的行為の有効及び取締役会と代表取締役との権限関係	93 頁
2. 専断的行為の無効及び取締役会と代表取締役との権限関係	96 頁
第3節 ベトナムへの示唆	101 頁
1. 一般悪意対抗説と越権代理説との比較	101 頁
(1) 専断的行為の有効力（一般悪意の抗弁説）	102 頁
(2) 専断的な行為の無効（越権代表説）	103 頁
2. ベトナムへの示唆	104 頁
3. 今後の課題	105 頁
第3編 会社の無権代表人の外観を信頼した相手方の行った取引の効力.....	106 頁
第1章 ベトナムにおける会社の無権代表人の外観を信頼した相手方の行った取引の効力.....	106 頁
第1節 はじめに	106 頁
第2節 問題点及び学説	107 頁
第3節 判例	111 頁
第4節 小括	119 頁
第2章 日本における表見代表取締役制度とその問題点.....	121 頁

第1節 表見代表取締役制度	121 頁
1. 制度の趣旨	121 頁
2. 沿革	121 頁
3. 表見代表取締役の三つの要件	126 頁
(1) 外観の表示	126 頁
(2) 会社の帰責性	131 頁
(3) 取引の相手方の主観要件	132 頁
4. 民法上の表見代理制度との相違点	139 頁
第2節 商業登記の効力と表見代表取締役との関係	139 頁
1. 初めに	139 頁
2. 商業登記の効力と表見責任の規定との衝突・矛盾が生じる場面	142 頁
3. 判例	144 頁
4. 商業登記の効力についての学説	148 頁
5. 商業登記の効力と権利外観規定の関係を巡る学説	151 頁
6. 総括としての私見	157 頁
(1) 商業登記の消極的な効力と表見責任制度	157 頁
(2) 商業登記の積極的な効力と表見責任制度	157 頁
(3) 各見解に対する私見	162 頁
第3節 日本の今後課題及びベトナムへの示唆	165 頁
1. 日本私法における民商法上表見責任法理の問題点	165 頁
2. ベトナムの商業登記制度	165 頁
3. ベトナムにおける商業登記と外観信頼保護制度との関係	167 頁
第3章 PECL と PICC における表見代理とベトナムへの示唆.....	171 頁
第1節 PECL における表見代理	171 頁
第2節 PICC における表見代理	174 頁
第3節 比較的評価	175 頁
結論 本稿の総括と今後課題.....	178 頁
参考文献	180 頁
主要参考ウェブサイト	187 頁

株式会社の代表者に関する問題と取引安全についての考察

- 日本法の研究とベトナム民・商法への示唆 -

序編 問題の所在

現在、ベトナムでは株式会社のコーポレート・ガバナンスを巡る議論が活発化している。日本と同様、会社の最高意思決定機関は株主総会（ベトナム企業法第 96 条、以下ベトナム企業法を「企業法」という。）であり、取締役会は株主総会の決定権限事項を除き、会社の業務執行の決定および実行の包括的な権限を持っている。そして、企業法第 116 条第 1 項は、取締役会は取締役の中の一人または第三者を会社の業務執行を指揮する権限を持つ社長に選任しなければならないと規定している。また、企業法第 22 条は会社の対外関係については、会社を代表する権限を有する者は法定代理人であると定めている。そして、定款で取締役会長が会社の法定代理人であると定めない限り、社長が当然に会社の法定代理人となる（企業法第 116 条第 1 項）。

対外的業務執行について、会社の代表者（法定代理人および委任代理人）と相手方との取引関係については、民法の代理制度が適用される（ベトナム 2005 年商法第 141 条、以下ベトナム商業法を「ベ商法」という。）。

しかし、日本法と異なりベトナム民法には表見代理制度がないため、会社を代表する権限を持たない者が会社を代表して相手方と取引を行った場合には、当該取引の効力は無効とされ、これによって相手方の利益が害され、取引の安全を確保することができないと指摘されている¹。

現在改正に向けて審議中のベトナム民法²に、表見責任法理の具体化としての表見代理制度を導入するか否かを巡って激しい議論がなされている。その中で注目されるのは、株式会社の代表者と取引の安全を巡る問題である。

具体的には、次の二点である。

第一に、法定代表人が本来要求される株主総会・取締役会の決議を経ずに相手方と取引を行った場合に（以下「専断的行為」という。）、その効力が有効か否かという点である。会社の経営管理者（取締役および社長、副社長、その他の管理者）は、会社の内部関係において会社に対する善管注意義務や忠実義務（企業法第 119 条）を負っているため、法定

¹ベトナム法務省および JICA のベトナム民法改正のためのセミナー（2010 年 8 月 25 日）名古屋大学名誉教授、財団法人地球環境戦略研究機関理事長である森嶋昭夫教授の意見。

²2014 年 10 月付国会会議第 13 大会の第 8 回に提出する予定があったが、間に合わなかったため、現在審議中である。

代表人がそれに違反して会社に損害を与えた場合には、会社に対して損害賠償の責任を負わなければならない。しかし、会社と取引の相手方との関係において、会社の利益と取引の相手方の利益を衡量した時、その取引の法的効力をどのように理解すれば良いかは別の問題である。具体的には、法定代表人の代表権限は原則として会社の行為能力の範囲内にあると解されているが³、法規定や内部規定（定款、株主総会・取締役会の決議、会社の内部規則等）によって、会社は法定代表人の代表権限を制限することができる⁴と解されている⁴。そして、日本の会社法第349条第5項のような規定（会社が代表者の権限を制限しても善意の第三者に対抗することができない）が企業法において定められていないため、法定代表人の代表権限が株主総会・取締役会の決議および会社との任用契約の内容によって制限される場合には、法定代表人がその権限の範囲を超えて行為をすることはできないと解されている⁵。したがって、民法の無権代理規定が適用されて会社の法定代表人の専断的行為の効力は無効とされ、会社は取引の相手方に対して取引履行の責任を免れることになる⁶。

第二に、企業法が、会社の対外的業務執行について、会社の自治によって取締役会長または社長のどちらか一人を会社を代表する法定代表人に選任し得ると規定している点が問題となる⁷。取引の相手方が会社と取引を行う場合、社長または取締役会長の名称を付与されている者が会社を代表する権限を持つかどうかは、定款または企業設立登記簿を閲覧しなければ確認できない。しかしながら、取引の迅速性からみると、頻繁に行われる取引のたびに定款または登記簿を確認することは困難である。会社の法定代表人ではないにもかかわらず、社長とか取締役会長という名称を付与されている者が、会社名義で相手方と行った取引の効力や、また解任された法定代表人が、そのまま会社代表者と称して相手方と

³山口幸五郎「株式会社法における代表取締役の地位に関する一考察」（『商事法の研究』大隅先生還暦記念、有斐閣（1968年）155 - 165頁、米沢明「代表取締役の代表権限と違法行使の効果」民商法雑誌78巻臨時増刊2号（昭和53年年）280頁。

⁴山口幸五郎「取締役会の決議事項の法定」民商法雑誌86巻2号（1982年）220頁、Phan thi minh trang, “Nguoi dai dien theo phap luat, Anh la ai?”（「法定代表人はだれであるか」），民事法律情報電子雑誌（2011年10月13日）
<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2011/10/13/ng%C6%B0%E1%BB%9Di-d%E1%BA%A1i-di%E1%BB%87n-theo-php-lu%E1%BA%ADt-anh-l-ai/>

⁵Phan thi minh trang・前掲注4。

⁶Phan thi minh trang・前掲注4。

⁷Hoang duy, “Thoai thac trach nhiem bang hop dong vo hieu”（「契約が無効であるという主張によって責任を免れる」），民事法律情報電子雑誌（2013年1月4日）
<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2013/01/04/thoi-thc-trch-nhiem-bang-hop-dong-v-hieu/>

行った取引の効力が無効になる事例が多く見られる。実際、契約を締結した後、経済情勢の変化によって、契約を履行した場合に大きな不利益となることに気付いた契約の各当事者（会社および取引の相手方）が、無権代理規制を濫用して契約が無効であると主張する場合は生じている⁸。

取引の相手方を保護するためにこの二点が大きな問題となる。

ベトナム 2005 年民法（以下は「ベ民法」という。）の無権代理人の責任に関する規定によると、取引の相手方は無権代表人に損害賠償か契約の履行かのいずれかの請求をすることが認められる（ベ民法第 145 条第 1、2 項）。あるいは、被用者の不法行為に対する損害賠償責任の規定（ベ民法第 622 条）⁹を類推適用して、会社に対して使用者の不法行為の損害賠償を請求することによって、相手方は救済を得ることができる。しかし、これらの救済策は契約の履行という積極的な救済ではなく、損害賠償という消極的な救済であるため、取引安全性の面を考慮すれば不十分である。

また、現行ベトナム法の下では取引安全の確保が重視されていないため、私法の存在する意義が損なわれているのではないかと指摘もある¹⁰。加えて、ベトナムの私法はまだ取引の安全の確保が不十分で、相手方を害するのみならず会社自身も取引上の信頼を失い、ひいては国家経済に影響を与えかねないなど、ベトナムが世界の取引水準に追いついていないとの指摘もある¹¹。

こうした問題があることを認識したうえで、今後のベトナムの民法改正では表見代理制度を中心とする表見責任法理の導入を検討する必要がある。

そこで、日本の会社法が、株式会社とその相手方との取引安全の問題を解決するために表見責任法理をどのように定めているかを整理し、民・商法の間で表見法理の内容に違いがあるか否かを検討する。併せて、比較法研究として民・商法を区別していない最近注目されている国際的な統一化を目指した動きが急速に進められているヨーロッパ契約法原則（Principles of European Contract Law）と国際商事契約原則（Principles of International Commercial Contracts）における表見代理権規定を検討したうえで、ベト

⁸Hoang duy・前掲注 7。

⁹民法第 622 条（使用者、見習者が起こした損害の賠償）により、個人、法人および他の主体は、使用者、見習者が引き渡された仕事を行う中に、起こした損害を賠償しなければならない、また、損害を与えたことに過失があった使用者、見習者に、法律の規創こしたがつて、一定金額を返還するように要求する権利を有する。

¹⁰ベトナム法務省および JICA によるベトナム民法改正のためのセミナー - (2012 年 3 月 20 日) における名古屋大学名誉教授、財団法人地球環境戦略研究機関理事長である森嶋昭夫教授の意見。

¹¹Ho ngoc hien, 「実務および理論上における代理権の範囲について考察」国家および法律 11 号 2011 年 23 頁。

ナム商法と同企業法をカバーできるような表見代理制度のモデルをベトナム民法の改正に当たって提案したい。

本稿では、まず第 1 編で、ベトナムにおける株式会社の機関構造を紹介し、とりわけ代表者に関する議論をまとめる（例えば、代表者と会社との関係や、その関係を巡って問題が発生した場合の法律上の扱い、また解決すべき問題は何であるか等）。第 2 編、第 3 編においては、それぞれ以上に述べた二つの問題（専断的行為の効力と外観的代表者）に対するベトナム法および日本法の対応策にどのような問題点があるかをまとめる。そして、日本の判例と学説を交えて検討し、ベトナムと日本との相違点を示した上で、日本の法律の規定や学説の考え方がベトナム法体系に導入できるか否かを検討し、ベトナムにおける将来の問題を想定して解決方法を究明する。

終編、日本法の理論で解決できないと考えられる問題について、ヨーロッパ（表見代理権に関する）法律規制、法理論が導入できるか否かを検討し、結論としてどのような表見法理制度がベトナムの法体系として最良であるかの提案をする。

第1編 ベトナムにおける株式会社の代表者と取引の安全

第1章 ベトナムにおける株式会社法規制の沿革

ベトナムにおける会社の法定代表人について検討する前に、ベトナム株式会社法の歴史を簡単に紹介したい。

ベトナム会社法の沿革は次のように3つの時期に分けられる。最初はベトナムとフランスの和約¹²が締結された1884年6月6日から1945年3月9日までの、ベトナムがフランスの統治の下でフランスの文化・法律などの影響を受けた時期である（第一期）。次に、1945年からベトナムが南北統一された1975年までの時期である（第二期）。最後に、統一後の経済改善政策である「ドイモイ」が実行された1986年を経て1990年にベトナム初の会社法が成立し、現行企業法制定の2005年までである（第三期）。

第1節 第一期

1. 会社を含める私法に関する制度

フランスがベトナムを占有する以前（19世紀後半以前）は、ベトナムは封建制度の下で中国の文化・法律の影響を強く受けていたため、その法律制度の多くは中国法をそのまま導入したものであった。私法の分野では、当時のベトナム社会の状況に適応する家族法や不法行為法などの規定は存在していたが、会社法は存在しなかった¹³。

19世紀後半以降、フランスとベトナムの間で結ばれた1886年和約によって、ベトナムの法律体制の独立性・統一性が失われた。フランスはベトナム統治のために、地方分割政策（「dividing to rule」—chính sách chia để trị）によって、ベトナムを北部・中部・南部の3つの地域に分けた。その結果、この三区域は政治体制だけではなく法律の適用の範囲および私法システムも異なることとなった。まず最初に、1862年5月6日和約に基づいて、グエン朝は、ベトナム南部の東側のラヂン、ヂンツオン、ビエンホアの3つの県がフランスの管理の下に置かれることを承認した。

次に、1884年6月6日付和約により、ベトナム南部全体がベトナム領地から外され、フランスの植民地としてフランスに併合され、フランスの法律が適用されることになった。ベトナム北部および中部の土地・ベトナムの内部統治に関する権限はベトナム王に属したが、ベトナム全土がフランスの監視下に置かれたため、税関・軍隊に関わる重要な事務はフランス人が担当した¹⁴。特に、1898年にドンキャン王（Đông Khánh）がフランスに対し

¹²1884年6月6日に締結された和約（Protectorate Treaty）がグエン朝とフランスとの最後和約。

¹³Vu quốc thông, *Phap che su Viet Nam*（『ベトナム法律の歴史』）, Dai hoc Sai Gon（1968年）364 - 365頁。

¹⁴保佐政策と言われたが、ベトナムの全国は実質的にはフランスの統治の下でコントロールさ

てハノイ (Hà Nội)、ハイフォン (Hải Phòng)、ダナン (Đà Nẵng) の 3 つの大都市を譲渡する法令を公布し、各都市における司法権限を含むすべての権限がフランスに属することになったため、ベトナムの裁判所は従来のような活動ができなくなった。

私法については、ベトナム南部とハノイ、ハイフォン、ダナンにおいて、フランスの裁判所がフランスの 1807 年民法、1867 年商法の規定を適用した¹⁵。しかしながら、フランス民法とフランス商法は、フランス人とフランスの会社・フランス人と同等と認められた外国人とフランスの会社と同等と認められた外国会社に限定して適用された。そのため、ベトナムには会社法に関する法律はなかったと言われていた¹⁶。実際の裁判では、民法における分野も南部のベトナム人を対象に適用される 1883 年にフランスによって公布された「概要民法」(Dân luật giản yếu) が適用されたが、ベトナム社会に適用されるべき条文が十分ではなかったため、フランス統治下以前のベトナムの「ラロン」という法典¹⁷の規定がしばしば適用された¹⁸。つまり、フランス法はそれまでのベトナム法に影響を与えたが、ベトナム社会に適用された封建的な法律規範および慣習であったと考えられる¹⁹。

1931 年に、北部の統領使である Tholance が 1931 年 3 月 30 日付議決を可決し、フランス人裁判長 Morche によって編成された民法典が公布された。本法典はベトナムの裁判所でベトナム人に対して適用された (1455 条を含む 4 巻の法典。以下「北民法」という。)。次に、1936 年 7 月 13 日に中部でいわゆる最初のベトナム民法がベトナム国王によって公布された (法律顧問フランス人 Collet によって編成され、1709 条からなる 7 巻の法典。以下「中民法」という。)²⁰。この二つの民法典において、法律の規定によって設立される組合・団体の法人格が認められることになった²¹。北民法は団体を民事団体および商事団体 (以下「会社」という。) に分けて規定した²²。これに対して、中民法は、民事団体と商事団体を区別せず、民事組合に関する規定が商事慣習に反しない限り商事組合にも適用されると定められた²³。したがって、法律上は商事会社と民事組合は区別されず、両者を区別する基準とし

れた。

¹⁵Tu thao, “Lich su hình thành và phát triển Công ty cổ phần trên thế giới và ở Việt Nam” (「世界とベトナムにおける株式会社の発展の歴史」) 民事情報電子雑誌 (<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/05/03/4791/>)

¹⁶Vu quoc thong, 前掲注 13、364 頁。

¹⁷ラロン朝の下で 1812 年ラロン王に公布された法典。

¹⁸Vu quoc thong ・前掲注 13、425 頁。

¹⁹Vu quoc thong ・前掲注 13、425 頁。

²⁰Vu quoc thong ・前掲注 13、364 - 365 頁。

²¹北民法第 1243 条、中民法第 1434 条

²²北民法第 1237 条 - 第 1299 条

²³中民法第 1435 条、(フランス民法第 1873 条)

ては団体の目的しかなかった。中民法の下では、法人格を持つ会社という集団概念が存在したが、株式会社の概念は明確ではなかった。結局、株式会社に関する制度は、南部とハノイ都市、ハイフォン都市、ダナン都市では、依然としてフランスの株式会社法に関するフランス 1867 年商法が適用された。ベトナム株式会社に関する最初の法律規定は北部においては北民法によって定められ、中部においては 1942 年 6 月 12 日に公布され、1944 年 1 月 25 日より施行された 1942 年ベトナム商法典によって定められた（本法典の適用範囲は中部地方だけあった。以下「中商法」という。）²⁴。中商法は、北民法の規定のように会社の種類については、①合名会社（社員には商人資格が要求され、会社の責任に関して無限責任を負う）、②簡易な資金提供会社（資金引受人たる会社の経營業務を担当する商人資格要社員および、資金投資家たる商人資格不要社員が存在し、会社の責任については、前者が無限責任を負い、後者は投資した範囲内で有限責任を負う）、③有限責任会社（社員は商人資格が要求されず、会社の債務に関して有限責任を負う）、④合弁会社（外観がない会社として法人格がなく、単に特定の利潤目的を追求する会社。その目標を達成すると解散する（中商法 95 条、フランス商法 44 条）²⁵、⑤無名会社（現在の株式会社）、無名会社の社員を株主といい、会社の債務に対して有限責任を負うと定められた²⁶。

2. 株式会社の業務執行

(1) 北部・南部における株式会社

1867 年フランス商法および北民法 1284 条によれば、株式会社の業務執行に関して、取締役の一人または二人以上が業務執行に関する権限を有する²⁷。法律上、会社の業務執行機関たる取締役会は法定化されなかったが、慣習上、全ての取締役から構成される会議体である取締役会が会社の業務執行機関として存在した²⁸。また、取締役会には、取締役会長が置

²⁴株式会社に関する規定は北民の 1263 条から 1299 条までおよび中商の第 102 条から第 142 条までまた第 159 条から第 171 条までに定められた（Le tai trien, Luat Thuong Mai toat yeu - quyen 2 - (『商法の概要 [第 2 巻]』) Bo giao duc quoc gia (1959 年) 82 頁)。

²⁵Le tai trien・前掲注 24、77 頁により、フランス商法は会社の種類に属しなく、商業団体というが、ベトナムの立法者は利潤を追いかけるため会社とみなすべきであると考えた

²⁶Le tai trien・前掲注 24、43 - 155 頁参照。

²⁷北民法とる 1271 条によれば、株式会社の発起人総会は多数決によって業務執行に関する権限を有する取締役を選任したが、フランス商法 1867 年の 28 条によれば、必要な条件として出席取る株主が二分の一になり（前の総会には総数株主の二分の一にならなかつたら、五分の一は総会に出席しなければならなかつた。そして、出席した株主の多数決によって、選任された）。

²⁸会社の取締役の一人または数人が業務執行を担当するとの定めしかなかったため、株式会社の業務執行に関する事項は実務上の需要に対応して形成された。

かれたが、その選任は任意的で、会社活動に不可欠の機関とは考えられず、かつその職務は単なる会議体の議長職であって、取締役会の決議が決まらない場合に、取締役会の決定に影響を及ぼすにすぎなかった。そこで、実際の株式会社のコーポレート・ガバナンスについては、株主総会によって選任された取締役の全員から構成される取締役会が、会議を通じて取締役の中の一人を取締役会長として選任することが一般的であるが、この取締役会長の権限は、取締役会を招集し、株主総会を招集し、会議を主催し、定款に定めがあれば、賛成反対が同数の場合に、取締役会長が取締役会の決議を決定するというものであった。この権限以外には業務執行に関する権限はなにもなく、単に取締役の地位を有する者にすぎなかった²⁹。それでは、会社の業務執行に関する指揮権限は誰に属したか。慣習によれば、取締役会なる会議体を設置すると同時に、経営上の業務執行の継続性を確保するため社長を選任し、同人により会社の指揮が事実上行われていたといわれ、取締役会により行使される業務執行の管理と社長 (directeur) により担当される指揮とが分化していた³⁰。

(2) 中部における株式会社

フランス 1867 年商法を改正した 1940 年 11 月 16 日公布の法令によれば、株式会社の取締役会が法定機関としての会社の業務執行機関であり、取締役会が取締役の中から取締役会長を兼任する社長を選任し、同人には会社の運営に関する権限があると定められたが、本法令はベトナム南部では適用されず、またフランスに本社がある会社のみが適用対象とされた。しかしながら、ベトナム中商法 (1942 年) は、この法令の精神に基づき、第 159 条が初めて株主総会の選任する 3 人以上 7 人以下の取締役をもって構成される取締役会を法定機関として定めた。会社の業務執行は、取締役会の権限に属していた。取締役会は、株主総会の権限を除いて、禁止されない範囲で会社の業務執行に関する包括的な権限を有すると解された³¹。したがって、取締役は取締役会から委任を受けない限り、会社の業務執行の権限はないと解された³²。そして、会社の業務執行に関して、取締役会長が当然に会社の社長となり、会社の包括的な業務執行を指揮する権限を有すると定められた³³。したがって、取締役会長の業務執行に関する権限は、従来と違って、取締役会から委任される権限

²⁹Le tai trien, *Giang giai Luat Thuong mai Viet Nam - quyen 2* - (『ベトナム商法の解釈 [第 2 巻]』Nha xuất bản Kim Lai、1973 年、997 頁。

³⁰フランス 1867 年の 22 条によって、取締役会は取締役の中に一人を選任し、または、第三者に業務執行の指揮権限を委任した。業務執行に関する指揮する権限がある者は取締役会の構成員から選任された場合には、代表取締役 (administrateur - de`le`ral) と呼ばれたが、委任された会社の外部の第三者は社長 (directeur ge`ne`ral) が呼ばれた。

³¹Le tai trien・前掲注 24、122 頁。

³²Le tai trien・前掲注 29、997 頁。

³³第 159 条第 2 項

ではなく、法定の権限と考えられることになった³⁴。そこで、日常の業務執行の決定・業務執行の具体的な実行に関する権限は、取締役会長兼社長（以下「代表取締役」という。）³⁵に属することとなり、取締役会の権限ではなくなってしまった³⁶。本法典第 159 条第 3 項によると、代表取締役が取締役の中の一人または第三者を取締役に提案し、取締役会がその人を会社の社長に指名し、代表取締役は会社の業務執行に関する指揮権限のみを社長に委任するが、実際に社長は代表取締役の補佐として、代表取締役の下で業務執行を実行する権限を有する³⁷。この場合には、代表取締役および社長以外はだれも業務執行権限を持たないと解される³⁸。しかしながら、この場合には、社長は補佐役といえるが、何も権限がなく単に代表取締役の命令にしたがって業務執行を実行するにすぎなかった³⁹。さらに、本条の第 5 項によると、代表取締役は特別な場合には他の取締役に代表権限を委任することも認められた。また、代表取締役が顧問委員会を設立すると、その委員会は代表取締役から委任される範囲において特定の業務執行の権限があると定められた（ただし、これは従来に比べて新しい制度ではなく、単に実務上の業務執行に関する指揮の仕方にすぎないものを

³⁴Le tai trien・前掲注 29、997 頁。

³⁵日本の代表取締役の概念と同様すると述べた（山口幸五郎「フランス法における株式会社の業務執行機関について - 管理 (Administration) と指揮 (Direction) の分離」甲南法学第 1 巻第 2 号（昭和 36 年）266 頁以下）

³⁶株式会社に関する 1940 年 11 月 16 日法令は、会社の管理については合議制の原則をとりつつ、責任者一人を定めて、これに会社の指揮の権限を集中することをその理念として、すなわち、取締役会の制度を法定して、株式会社が会議体により管理せられるものとなすと同時に、その代表取締役に会社の指揮を託して（同法 1 条 2 項）、指揮の統一性を確保したのである。従来慣習において実現せられてきた会社の管理と指揮との事実上の分化が、ここで初めて法律上の原則として確立された。両者の分離に応じて、それぞれ固有の権限を有する別個の必要的法定機関が設置せられ、同法は会社の管理と指揮の分離を徹底し、原則として会社以外の取締役は指揮の職務を付与せられないと明定した（第 2 条第 2 項）(Le tai trien・前掲注 29、997 頁)。

³⁷代表取締役の提案がない限り、取締役会には社長選任の権限がない。すなわち、代表取締役の要求また提案があれば、取締役会は社長選任の権限がある（Le tai trien・前掲注 29、998 頁）。

³⁸Le tai trien・前掲注 29、984 頁。

³⁹これは株式組織の会社に関する 1943 年 3 月 4 日法によって、若干修正せられ、代表取締役の提案の下に社長 (directeur general) を選任しうることを認めたが、代表取締役がその責任において会社の指揮を確保するとなす 1940 年法の制度の精神を変更するものではなく、合議制による管理と責任者一人による統一的指揮とが、法律上の原則として維持せられた（Le tai trien・前掲注 29、998 頁）。

条文化したものであるといわれる)⁴⁰。

株式会社の業務執行機関相互の関係について、原則として管理機関（取締役会）には業務執行を決定する権限があるが、業務執行の実行を指揮する権限は指揮機関（代表取締役）に属する⁴¹（日本の業務執行の決定と実行の権限と同様である）。そして、取締役会には実際の業務執行に関する権限はなく、単に決議・方針を策定する機関にすぎなかった⁴²。しかし、実際には、業務執行の管理権限と業務執行の指揮権限との区別の基準がないことが指摘されている⁴³。なぜならば、業務執行の管理と業務執行の指揮は業務執行がうまくいくようにという目的を共有する（指揮の権限は本来管理機能から派生しているため、指揮と管理との二つの権限の間に明確な境界線を引くことは困難である）からである。本法典によると、代表取締役が社長の地位に基づく業務執行を指揮する権限を有するが、その権限に関する明確な規定が定められていないため、定款によって具体的な代表取締役の権限について規定することができた⁴⁴。

このようにして、取締役会と代表取締役の権限分配を定款に明確に定める必要が生じた⁴⁵。そうしなければ、取締役会と代表取締役との権限関係に関する次のような問題の解決ができないからである。

例えば、取締役会が代表取締役の権限を制限することができるか、それとも代表取締役の権限を定款に具体的に定めている場合には取締役会はその権限に介入することはできないかという問題がある。ある学説は「代表取締役の権限が定款に定められていなければ、会社は第三者に対抗することができない」というフランスの判例の見解を支持した⁴⁶。

取締役会の権限が業務執行の決定およびその方針を設定する行為に限定されると解すると、取締役会は法律の規定・定款の規定がある場合に限り、業務執行の決定をすることができることになるかという問題もあった。言い換えると、法律の規定・定款の規定で取締役会の決定権限を定めていない場合には、業務執行を決定する権限は代表取締役に属していると解されるかの問題である。そして、代表取締役は、取締役会によって決定された業務執行の実行および日常の業務執行の決定およびその実行と同時に、会社を代表して対外的取引についての包括的な代表権限を有するかどうかという問題もあった。これについて、従来の委任理論は、代表取締役は復代理人的地位を有するにすぎないと解し、代表取締役

⁴⁰Le tai trien・前掲注 24、124 頁。

⁴¹Le tai trien・前掲注 29、995 頁。

⁴²Le tai trien・前掲注 29、997 頁。

⁴³Le tai trien・前掲注 29、995 頁。

⁴⁴Le tai trien・前掲注 29、997 頁。

⁴⁵Le tai trien・前掲注 29、995 頁。

⁴⁶社長の権限が定款に定められなければ、取締役会はその権限を変更することができないと見解があった（Le tai trien・前掲注 29、997 頁）。

の業務執行に関する（対外・対内関係を区別しない）権限範囲は取締役会から与えられた委任にのみ依存しているとする、言い換えれば、取締役会は代表取締役の業務執行権限を制限することができるかが問題となる⁴⁷。当時は、この問題についての学説が存在しなかったようである。この問題のような株主総会との関係における取締役会の権限に関する問題については、取締役会には業務執行の包括的権限があると解されているが、定款上その権限を制限する規定（例えば、定款によって取締役会には業務執行が「禁止」されると定められていれば、取締役会は業務執行の権限を持たない）がある限り、会社はこれらの規定を以って第三者に対抗することができるかと解されていた⁴⁸。したがって、取締役会と代表取締役との業務執行関係についても、定款で業務執行は株主総会・取締役会の決定権限に属すると定める限り、会社が代表取締役の業務執行権限を制限することができ、会社はこれによって取引の相手方に対抗することができるかと解することができる可能性がある。

第2節 第二期

1. 会社法

1945年9月2日、ベトナムは独立を宣言した。ベトナム民主共和国主席（1945年 - 1969年）であるホーチミンが1945年10月10日付47号法令（decree）を公布した。その法令は、ベトナム民主共和国の独立性に反しない限り、フランスの植民制度の下で適用された会社法を含む法律規定およびグエン王朝時代に公布された法律の効力が認められるとした。1954年7月にベトナムは植民地化を目的としたフランス人を追放したが、インドシナの平和に関するジュネーブ協定によって、ベトナムは南北別々の地域に区分された。北ベトナムにおいては、ベトナム労働党が国の唯一の党として国を指導した。「全人民所有」政策に基づく集中・計画的な経済により、従来の個人的な経済に代わって、運営主体が社会化経済組織へと転換された。国民は経済・社会上の主体ではなくなってしまった⁴⁹。その結果、1954年から1975年までの21年間、北ベトナムには、市場的な経済、自由取引、会社組織および会社法の概念は存在しなかった⁵⁰。

これに対して、南ベトナムにおいては、市場的な経済が行われた。ベトナム民主共和国では1945年以前に施行されていた会社に関する規定が依然として適用された。そして、1972年に新商法典が公布された（以下「1972年商法」という。）。1972年商法によると、会社の形態には五つの形態があった。それは合名社団（第171条 - 第193条）、簡易持分社団（第194条 - 第201条）、参加持分社団（第202条 - 第206条）、有限責任社団（現在の有限責任

⁴⁷Le tai trien・前掲注29。

⁴⁸フランスの判決を支持している学説（Le tai trien・前掲注29、980頁）。

⁴⁹集中・計画的経済時代

⁵⁰Bui xuan hai “Vietnamese Company Law: The Development and Corporate Governance Issues”, Bond Law Review, Vol. 18. Art. 3 (Jan. 2006), p. 27.

会社と同様) (第 207 条 - 第 235 条)、株式社団 (第 236 条 - 第 314 条) である。第 236 条によると、株式社団は、株式合資社団 (第 237 条 - 第 294 条) および匿名社団 (第 295 条 - 第 314 条) の二つの種類に分けられる。株式合資社団は、社団の債権者に対して無限責任を負う一人または二人以上の社員、および株式の形式の下で投資の範囲に限り責任を負う有限責任社員を含む⁵¹。これに対して、匿名社団は株式の形式の下で投資の範囲に有限責任を負うにすぎない株主しか存在しなかった⁵²。1972 年商法上の匿名社団をコーポレート・ガバナンス⁵³の観点から見ると、現在の株式会社と同様であると考えられている (以下匿名社団を「株式会社」という。) ⁵⁴。

2. 株式会社の業務執行

株式会社において、必要的機関としての取締役会は、3 人以上 12 人以内の取締役で構成される。取締役会の構成員は必ず株主でなければならないだけでなく、定款によって定められている発行済み株式の一定の率を保有しなければならない。また、取締役は株主総会の決議によって選任される⁵⁵。取締役会は、取締役の中から一人を取締役会長に指名し、原則として、取締役会長は会社の社長を兼任する (以下「代表取締役」という)。しかし、必ずしも会社の社長が代表取締役ではなかった。代表取締役は取締役の一人または第三者 (会社の外部者) を社長に指名することができた。社長は単に代表取締役のアシスタントであり、また代表取締役の指揮下で業務執行を実行する権限があるにすぎなかった⁵⁶。代表取締役が会社の業務執行機関と法定されていて、代表取締役、社長以外の他の取締役は会社の業務執行に関する権限なく、単に取締役会の構成員にすぎなかった⁵⁷。しかしながら、代表取締役が会社を代表することができない場合には、他の取締役に全部または一部の業務執行に関わる任務を委任することができる⁵⁸。そして、第 303 条により、代表取締役は他の会社の代表取締役を兼任することを禁止された。1972 年商法第 306 条により対外的取引について、利益相反取引となる場合に限り、取締役会の決議が要求された⁵⁹。商法における代表取締役の権限が法定化されたにも関わらず、代表取締役の権限が、取締役会から委任されるか否かについての議論がされたが、当時の通説は、第 300 条が取締役会は過半数

⁵¹第 236 条

⁵²第 236 条

⁵³会社の組織機構には、株主総会、取締役会、代表取締役、監査役会を含んだ。

⁵⁴Bui xuan hai, op. cit., p. 27.

⁵⁵第 297 条

⁵⁶Le tai trien・前掲注 29、998 頁。

⁵⁷第 301 条

⁵⁸第 302 条

⁵⁹中商法 1942 年の 163 条、北民法は禁止された。

の決議があればいつでも代表取締役を解任することができる」と定めているので、代表取締役会と代表取締役との関係は依然として委任関係であることに異論はなかった⁶⁰。したがって、定款による、代表取締役の権限を制限する規定があれば、会社はこの規定を以って第三者に対して対抗することができる」と解する余地が残った。

第3節 第三期

1. 会社法

1975年4月30日に南北が再統一された後、南ベトナムの1972年商法は廃止された。そして、ベトナム全土において、自由取引、会社形式、会社法の概念が使われなくなった⁶¹。

70年代の後半から80年代の前半において、ベトナムは東ヨーロッパの国々の破綻による経済危機の影響を受け、ベトナム共産党は改革政策、革新的経済政策をの確立を迫られた。そして、1986年12月に共産党は「ドイモイ」政策を実施した。このドイモイ政策は、多様な経済分野から構成される市場経済を発展させることを目指して、経済を自由化し、民営企業の発展を奨励した。ドイモイ時代以降、経営自由および社会主義の方針による市場経済の基本的な法律機能を確保するために、経営の組織に関する法律を含む法体系を一步步改革して行った。まず、最初に、1992年憲法が多様なセクターの市場的経済および取引の自由を認めた⁶²。次に、経済分野の発展のために、「解放」政策（「opening door」 policy）を実施し、外国からの投資を得るために、ベトナム国会は1987年外国投資法を定めた。

1990年に、民営企業の奨励、ベトナムへの投資環境改善の一環として、1990年会社法⁶³および1990年個人企業法が公布された。1990年会社法は、会社形式については、有限責任会社と株式会社のみ規定した。株式会社のコーポレート・ガバナンスに関してはフランスの植民制度の下での株式会社と同様に、株主総会（第37条）、取締役会（第38条）および二人の監査役（第41条）が必要とされた。

2. 株式会社の業務執行

取締役会は1990年会社法に会社の業務執行機関であると定められた。取締役会は取締役の中から取締役会長を選任して、取締役会長は定款で別段の定めがない限り社長を兼任した⁶⁴。取締役会長が社長を兼任しない場合には、取締役会は取締役の中の一人または第三者

⁶⁰Le tai trien・前掲注29、997頁。

⁶¹1978年まで、南の方において13万労働者がいる1500件の民営企業が国有化された（国際銀行、ベトナムにおける経営、報告2006年によるデータ）。

⁶²1992年憲法第15条、第16条、第21条、第25条、第57条、第58条

⁶³1990年会社法は第46条からなり、第30条から第43条までが株式会社について規定した。

⁶⁴1990年会社法第38条

を会社の社長に選任しなければならない⁶⁵。社長は会社の日常の業務執行を行い、取締役会から委任されている任務・権限を実行する責任を負う（第40条）。1990年会社法は、会社の業務執行について、業務執行の決定権限と業務執行の実行および会社の代表を区別するのではなく、取締役会に会社の業務執行に関する権限があることを前提として、取締役会が取締役会長と社長に会社の業務執行に関する権限を委任したが、業務執行の実行に関しては、取締役会長と社長との間で、だれが会社の代表者であるかの問題があった⁶⁶。社長が会社の業務執行を指揮する権限を持つ機関であると解し、取締役会が業務執行の決定を実行し、日常の業務執行を決定する権限を社長に委任すると同時に、社長が会社の代表権限を有する法定代表人であると解する見解があった⁶⁷。

1999年企業法⁶⁸は、1990年会社法に代わって、会社の業務執行に関する権限について、「法定代表人」の文言を使って、株式会社の法定代表人の氏名・著名・住所等必要な事項を営業登記事項として登記しなければならないと定めた（1999年企業法第14条第1項E点）。本条は、業務執行に関する内部関係と外部関係を明確に区別している。それによって、会社の業務執行機関には包括的な管理権限を持つ取締役会および日常の指揮権限を持つ社長が存在することになった。他方、対外関係については、会社の代表権限は会社の法定代表人に属していた。法定代表人は外部関係において会社を代表し、法定代表人の行為が会社の行為とみなされ、会社、法定代表人が外部関係者と行った取引の一方の当事者になるとされた。

2005年企業法（以下「企業法」という。）は、株主の利益、特に少数株主の利益を守るために会社の役員の実責任を具体化させ、監査役の役割を向上させる点に精力を集中している。業務執行については、旧企業法と違い、取締役ではない社長も監査役も取締役会の会議に出席し議論する権利を持つと定め、社長は他の会社の社長になることが禁止されるという定めがおかれている。これ以外には、取締役会と社長、法定代表人に関する規定は基本的に変わっていない⁶⁹。

⁶⁵1990年会社法第40条

⁶⁶1989年経済契約法令、1995年民法は法人の法定代理人に関する規定が定められた。

⁶⁷Nguyen am hieu, *Phap luat ve Cong ty, Giao trinh Luat Kinh te Viet Nam* (『会社に関する法律 - ベトナム経済法教科書』), NXB Dai hoc Quoc gia, 1998, p.217.

⁶⁸1999年企業法は第124条があり、第51条から第88条までが株式会社について規定した。

⁶⁹企業法第116条参照

第2章 現行の株式会社

第1節 株式会社の業務執行

株式会社においては、その決議に参加できる株主全員から構成される株主総会、株主総会によって選任される取締役全員によって構成され、取締役会長に率いられる取締役会および社長を設置しなければならない。個人株主が11名以上、または会社の発行済み株式総数の50%以上を保有する法人株主が存在する株式会社は、監査役会を設置しなければならない（企業法第95条）⁷⁰。

取締役会は会社を管理する機関（業務執行機関）であり、株主総会の権限の範囲内の事項を除き、会社の権利・義務に関する業務執行を決定・実行する包括的な権限を有する（企業法第108条第1項）。そして、日常の業務執行の決定および取締役会の決定の実行をする権限は社長に与えられている（企業法第116条第2項）⁷¹。一方、会社はその定款によって、取締役会長または社長のいずれかが対外関係における会社の代表権限を有する法定代表人であると定める（企業法第95条）。会社の法定代表人は、ベトナムに常住しなければならない。ベトナムでの不在期間が30日以上の場合、定款の規定に従い、書面により会社の法定代表人の権限および任務遂行をする権限を他の者に委任しなければならない（企業法第95条）。ベトナム株式会社においては、会社の定款に会社の法定代表人が取締役会長であるという規定がある場合を除き、社長が当然に法定代表人になる（企業法第116条第1項）。したがって、企業法によれば、原則として社長が法定代表人であるが、例外として定款に定めを置けば、取締役会長が法定代表人となる。さらに、定款に別段の定めがない限り、取締役会長は社長を兼任することができる（企業法第111条第1項）。

ただし、株式商事銀行（国有銀行から株式会社化された銀行）の取締役会、監査役会の組織・運営および社長に関する2010年8月27日付1087号/2001/QD-NHNN法令の第9条第3項は、「取締役会長は株式商事銀行の法定代表人であり、その旨の規定を銀行の定款に定めなければならない」と規定している。したがって、株式会社である銀行は取締役会長が法定代表人である。

結局、「取締役会長」または「社長」という肩書を持つ者はベトナムの株式会社の法定代表人である可能性がある。そのため、株式会社と取引しようとするとき、不利益を避ける

⁷⁰ベトナムにおける会社のコ - ポレット・ガバナンスについては、次の論文を参照することができる。

Hai.B.X, Nunoi.C “Corporate governance in Vietnam: a system in transition”, *Hitotsubashi Journal of commerce and management*, Vol.42.No.1, (Oct. 2008), pp.45 - 66.

⁷¹企業法第116条第2項によれば、社長は、会社の日常業務を行い、取締役会の監督を受けながら、取締役会および法律によって与えられた権限および任務の遂行について責任を負うとされる。

ためには、取締役会長と社長の両者の内のどちらが会社の法定代表人であるか、すなわちどちらが会社の代表権限を持って取引する権限を有しているかを、会社の定款または企業設立登記簿を閲覧したうえで確認しなければならない。

第2節 取締役会長の地位

株式会社においては、取締役会長は、定款の定めに従い、株主総会または取締役会によって取締役の中から一人が選任される。そして、定款に別段の定めがある場合を除き、取締役会長は社長を兼任することができる（企業法第111条第1項）。取締役会長が社長の権限を有しない（社長を兼任しない場合）場合には、会社の業務執行に関する権限は殆どない。取締役会長の権限は企業法第111条第2項によって法定されているが、単に会社の株主総会・取締役会の会議に関する事務を行うにすぎないと解されている⁷²。したがって、会社の業務執行に関しては、取締役会長は他の取締役と同様、原則として業務執行の決定・実行をする権限はない。ただし、取締役会の決定方法については、取締役の全員が投票を通じて合議体で決定する。具体的には、取締役会議は取締役全員の4分の3以上が出席して開会される（企業法第112条第8項）。会議に直接出席できない取締役は書面での評決によって評決権を行使することができる（同条同項）。評決票は密封された封筒に入れなければならない、開会時点の遅くとも一時間前までに、取締役会長に到達しなければならない（同条同項）。評決票は出席している取締役全員の前で開票されなければならない。取締役会の決定は出席取締役の過半数を以って決議されるが、決定に関する賛成・反対が50%対50%と評決が割れた場合にのみ、取締役会長が決定権限を有する（同条同項）。

第3節 社長の地位

1. 社長の資格および権利・義務

株式会社の社長は、取締役会によって取締役の中からまたは第三者から一人選任される。定款によって取締役会長が会社の法定代表人と定められていないときは、社長が会社の法定代表人であるとされる（企業法第116条第1項）。社長には会社の日常の業務執行の決定・実行および取締役会の決定の実行をする権限があり、取締役会の監督を受けながら、会社の経営を行う機関であるとされている（企業法第116条第2項）。社長の任期は5年以下であるが、再任は回数を制限されず可能である（同条同項）。そして、利益相反を回避するために、社長は同時に他の企業の社長という肩書を持つ任務につくことは禁止される（同条同項）⁷³。

社長の権限および任務は企業法第116条第3項によって法定され、具体化されている。

⁷²Nguyen ngoc bich, Nguyen dinh cung, *Cong ty, von, quan ly & tranh chap* (『会社の資本金, コ・ポレット・ガバナンス, 紛争』), NXB Tri thuc tre, 2009, p. 294.

⁷³Hai. B. X, Nunoi. C, op. cit., p. 55.

これによると、社長は①会社の組織機構および社内管理規制（内部統制システム）、利益配当の方法また経営上の債務処理方法を取締役に提案する権限、②（取締役会の決定が必要ではない）会社の日常の業務執行に関する全てのことを処理する権限（日常の業務執行の決定・実行の権限）、③取締役会の決議を実行する権限、④会社の経営計画および投資計画の実施をする権限、⑤（取締役会の専決事項に属する場合を除き）会社の経営管理者という名称を持つ地位に就く人の任命、解任および降格を決定する権限、⑥社長の任命権限によってその地位に就く経営者を含む就労者全員の給与および手当を決定する権限があり、⑦労働者の雇用に関する業務、⑧法律の規制、定款および取締役会の議決に従うその他の権限および義務がある（企業法第116条第3項）。

社長の業務執行に関する権限が法定化されているため、社長は会社の業務執行を指揮する機関であるとする見解がある⁷⁴。一方で、社長は会社の機関ではなく、単に取締役会の補佐役として取締役会の監督の下で、取締役会によって委任された業務執行に関する権限の範囲においてしか行動できないと指摘する見解がある⁷⁵。ベトナムの企業法の社長の具体的な権限は定款で確かめないと、実際には、業務執行機関たる取締役会との関係（権限分配）が明らかにならない。

2. 取締役会と社長との関係

取締役会と社長との権限関係について、会社の業務執行の決定・実行に関する包括的な権限が取締役会の権限であるとされる。しかし、取締役会が毎日、個別の業務に際してその決定をするために取締役会議を開くことは困難であると考えられるので、取締役会は日常の業務執行の決定および取締役会の決定の実行の権限を社長に与えるべきことが法定されている（企業法第116条）。また、社長は取締役会によって選任・解任される（企業法第108条2項H号）。したがって、取締役会と社長との関係は委任関係と解されているが、法律上認められている社長の権限を取締役会が制限することができるかという問題がある⁷⁶。

さらに、社長は取締役会の決議を要しない日常の（経営に関する）業務執行の決定権限や取締役会決議の実行権限が有しても、社長が法定代表人でない場合には、取引を行う段階においては、業務執行に関して交渉し締結するか否か等の判断をする権限はあるが、会

⁷⁴Huy nam, “Khong co Dai hoi co dong chi co Dai hoi dong co dong”（「株主会議がなく株主総会しかない」）, *Tap chi Dau tu chung khoan* (2004) Vol. 22, p. 514.

⁷⁵Ngo vien phu, “Nghien cuu so sanh Quan ly Cong ty co phan trong Phap Luat CHXHCN Viet Nam va CHND Trung Hoa”（「越中における株式会社のコ - ポレット・ガバナンスの比較」）, *Luan an Tien si - Khoa Luat Dai hoc Quoc gia*, Vol. 22 (28. jun. 2006), p. 146.

⁷⁶Ho ngoc hien, “Dai dien cho thuong nhan theo Phap luat Thuong mai Viet Nam hien nay”（「ベトナムにおける商法上の商事代理制度の考察」）, *Luan an Tien si - Vien nghien cuu Khoa hoc xa hoi nhan van*, Vol. 121(6. Mar. 2012), p. 115.

社を代表する権限がないため、取引を締結する権限はない⁷⁷。これは実務上、会社の業務執行の決定・実行の妨げになると指摘されている。

企業法に定められている法定代理人制度は、対外関係・対内関係に関する会社の業務執行を区別しているが、対外的業務執行と対内的業務執行は本質的に一体性を有する場合が少なくない。したがって、法の規定によって、対外的・対内的業務執行を明確に区別すると、結局、会社の経営が上手く行えないことになる⁷⁸。例えば、日常の業務執行を決定・実行する権限を有する社長が法定代理人でなければ、取引の締結など対外関係に関しての会社代表権限を有しないため、業務執行を担当しない取締役会長たる法定代理人から委任がある場合を除き、実際に対外的業務執行（代表行為）を行うことが出来なくなることになる。商事取引の迅速の面を考慮すれば、業務執行を指揮する権限があると定められても、業務執行の実行のたびに個別に法定代理人の承認を受けることは困難であると思われる。法定代理人ではない社長は、一定の（法定されている）権限を有すると言っても、それらは形骸化した権限にすぎない。逆に、実際の業務執行を指揮する権限がある社長という名称から会社の法定代理人と信じた相手方が会社と取引を行った後、会社が社長に会社の代表権限がないことを理由としての取引の無効を主張することが認められることになるため、取引の安全が害されることは否定できない⁷⁹。

また、取締役会が取締役会の決議によって法定代理人ではない社長に一定の契約を締結する権限等を与えることができるか否かという点も明確ではない。企業法の規定により、取締役会が会社の業務執行に関する包括的権限を有するとすると、取締役会が一定の場合に社長に会社の代表権限を委任することができるかと解してもおかしくない。しかし、その場合には、会社はそのことを以って第三者に対して法定代理人の代表権の制限を主張することができるか否かという問題が生じる⁸⁰。

第4節 法定代理人の役割

ベトナム企業法による取締役会長と社長の権限を比較したときに、どちらの権限が強いかという問題に対する解答を得るのは容易ではない⁸¹。企業法の規定によって両者の権限は明確に定められているが、その権限は単に会社の内部的権限に過ぎない。会社の外部関係

⁷⁷Ho ngoc hien・前掲注 76、120 頁。

⁷⁸Hai. B. X, Nunoi. C, op. cit., p. 59.

⁷⁹Nguyen am hieu・前掲注 67, 217 頁。

⁸⁰例えば、法定代理人が取締役会長である場合に、定款に一億ドン以上の契約または労働者の雇用に関する契約は社長が締結権限を有するとの定めがある場合には、法定代理人たる取締役会長は当該契約を締結する権限を有しないとされるべきであるか否かといった問題が生じる。

⁸¹Nguyen ngoc bich, Nguyen dinh cung・前掲注 72、331 - 332 頁。

に関しては、取引の相手方は取引を行う権限が誰に属しているか容易に判断できない。ベトナムでは、会社の自治（定款）によって両者の内一人のみに対外関係に対する会社の代表権限を与え、そして会社の代表権限がある者は企業法上で法定代表人と言われる（企業法第22条第15項）。しかしながら、企業法は法定代表人の概念および権限を具体化していない。そこで、会社は会社の定款によって、法定代表人を選んで、業務執行の対外関係・対内関係に関する取締役会長および社長の権限を詳細化することができる。つまり、定款によって会社の法定代表人の地位を明確にし、法定代表人に会社の内部関係・外部関係の業務執行権限があるか否か決する（法定代表人が社長である場合には、法定代表人すなわち社長には内部的、外部的両方の業務執行権限があるが、これに対して法定代表人が社長でない場合には代表権限すなわち外部関係の業務執行権限しかない）。

ところで、取引の相手方が、株式会社との取引の際に、会社取引の効力を帰属させ得るためには誰が会社の法定代表人であるかを知るのみで十分であろうか。言い換えると、取引の相手方は、内部業務に関する取締役会および取締役会長・社長の権限関係がどのような関係であるか確認しなくても良いのであろうか。

ベトナム株式会社の法定代表人に関しては、業務執行に関する権限があるか否か、また業務執行権限の範囲が会社の代表権限に影響を与えるのかの問題がある。すなわち、社長が法定代表人である場合と取締役会長が法定代表人である場合に、それぞれ法定代表人の権限の範囲が異なるか。またそれが確定できるように、会社の内規事項が必要であるかの問題である。

さらに、会社の定款に権限分配に関する規定があれば、それが法定代表人の外部関係に関する権限を制限する可能性があるか。法定代表人の代表権限が制限されると解すれば、この場合には法定代表人が代表権限を越えて行った取引は、無権代表行為を理由に会社は契約または取引の効力を否定できると解さなければならない。したがって、取引の相手方がこのような不利益を避けるためには、会社と取引または契約を締結しようとするときには、契約内容等のみならず様々な調査が必要である。具体的には、(1) 会社の法定代表人が誰かを知るために定款または企業設立登記簿を閲覧し、もし契約を締結しようとしている人である会社の法定代表人でなければ、取引の相手方はこの人が取締役会の決議または法定代表人からの委任状等によって取引締結の権限を与えられているかどうか確認する、(2) 契約の締結が法定代表人の代表権限の範囲内にあるかどうかを知るために、会社の定款によってどのように権限分配がなされているか確認する、(3) 例えば、契約が、一億ドル以上の契約を締結するためには取締役会の承認が必要という定款の規定に反していたとしたら、取引の相手方はこの契約の締結権限を与える取締役会の決議があるかどうかを確認しなければならない。ベトナムの法律によれば、これらの方法をとらないと相手方は損害を被ることになる⁸²。そして、この場合には、会社と取引の相手方との関係については、

⁸²Nguyen ngoc bich, Nguyen dinh cung・前掲注72、331 - 332頁。

民法の代理制度が適用され、無権代理人の取引の効力の問題となる。ベトナムの法定代表人制度は取引の相手方が会社と取引しようとする際に、だれが会社の代表権を有するかを容易に知ることができると同時に、会社側が責任を免れることができないようにするという目的を持っている。しかし、株式会社の法定代表人の地位すなわち代表権限の範囲について明確に定められていないため、法定代表人制度の機能は実際には十分果たされていないとの指摘がある⁸³。

⁸³Phan thi minh trang・前掲注4、

Truong thanh duc, “Ong chu va nguoi dai dien cua doanh nghiep” (「委任者および企業の代表者」), 民事法律情報電子雑誌 (2010年7月8日).

<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/07/08/5022-2/>

第3章 ベトナムにおける代理・代表法律関係

第1節 代理に関する民法制度の沿革

以上述べたとおり、1975年から1986年までのベトナム経済は、社会主義の形態を取った計画的、集中的経済と言われ、商事取引は存在しなかった。経済的な契約を巡る関係は国の生産に関する計画や政策の実行を目指して存在し、私人と私人との関係を反映していなかった。商事活動が認められず、法の規律対象とならなかったため、代理制度は存在しなかった。1986年以降、ベトナムは「ドイモイ」政策と呼ばれる改革によって市場的経済が認められるようになった。それによって、商事に関する法律を含めて私法が徐々に整備されてくる。その中で商法分野の代理に関する規定が1987年外国投資法第12条に初めて定められた（これにより、海外提携企業においては、ベトナム側・海外側の各当事者がそれぞれ取締役会の構成員を送り込み、取締役会の構成員の中から選任された社長、副社長が日常の企業経営に関する業務を執行し、取締役会に対して任務を果たすと規定された）。しかし、本規定は、企業の社長、副社長に与える代表権限が法定代理か委任代理か明確に定められていなかったと指摘されている⁸⁴。

1989年に経済契約法令が公布され、その第9条は、法人の代表者について定めた規定であった（後に2005年民法改正によって、廃止された）。これによって、法人の代表として取引・契約を締結する権限を持つ人が営業登記すべき事項とされ、法人の代表人とされた（以下「法定代表人」という。）。そして、法人の法定代表人は他人に代表権限を委任することができた。ただし、その委任された代表人は他人に再委任することはできなかった。そして、本法令の第8条は、契約が無効になる根拠の一つとして、契約を締結した人が無権代表人の場合であると規定した。このようにして、本法令は初めて法人と法人の法定代表人との関係、および法人と第三者との関係を取り扱う規定を定めたのである。しかし、無権代表人の行った行為の効力が絶対無効になるとの定めは実際には一連の契約が全部無効になる事件を引き起こした。すなわち、取引を行った者が法定代表人ではなく副社長、課長等であるような場合には、契約の履行の過程において、一方当事者（会社側、相手方）は契約は無効であると主張することが生じた。このように、一方当事者が本法令の規定を濫用して責任を免れるのは、取引の安全を妨げ、経営活動上の損害を被ると指摘された⁸⁵。

こうした状況において、契約の当事者が本法令の規定を濫用することを回避するために、最高裁人民裁判官委員会が、経済分野における事件を処理する過程における一定の法律規定の適用を指導するための2003年5月27日付04/2003/NQ-TP号の議決を公布した。

本議決の第1節第2条によると、「経済契約法令の第8条第1項C点により、次の場合には経済契約が絶対無効になると看做す：「契約を行った者に代表権限がない…」である。

ただし、1995年民法第154条の精神に適合するために、契約を行った者が無権代表であ

⁸⁴Ho ngoc hien・前掲注76、203頁。

⁸⁵Ho ngoc hien・前掲注76、203頁。

るが、契約を履行している過程において、法律による当該契約を締結する権限を持つ者（以下「有権代表人」という。）が承認する場合に限り、当該契約は絶対無効にならないと看做す。有権代表人の承認に関する判断基準は無権代理人の行った取引を知っていながら反対しなかったことである。

次の場合には、有権代表人が知っていながら反対しなかったと看做す。

- a. 契約が締結された後、契約を締結した者が契約に関する事項を有権代表人に報告したと証明できる証拠がある場合（この報告は経営者会の事務を手配する会議の記録・社員総会の会議の記録または取締役会の会議の記録に記入され、多数の証人が報告が事実であると証明しなければならない）。
- b. 有権代表人が会計領収証・統計資料を通じて契約を締結したまたは履行していることを知ることができる場合（契約の履行に関する領収証、在庫表および当該契約の収入・支出額の資料に署名した等）
- c. 有権代表人が契約から生じている権利・義務を実行する行為を成した場合（弁済延長の文書、契約履行、契約履行に関する収入・支出・貸借対照表等の承認文書に署名した等）
- d. 有権代表人が当該契約の履行によって得た財産、利益を使用した場合（自動車購入契約が業務執行のために当該契約の対象となったことを知りつつ当該自動車を使用した場合であったり、契約の対象としての建物を会社がその本部として使用したりした場合等）」

裁判所の指導によって、以上の場合に限り無権代表人の行った取引に対する本人の追認あったことが認められていた。ただし、本議決は具体的な一定の場合に限定されたため、無権代理人の行為への本人の追認を認めるとは言えないと指摘されていた。現在、1989年経済契約法令は効力がなくなっており、この問題は2005年民法（以下「ベ民法」という。）によって処理されている。

第2節 現行の代理の制度

1. 代理の概念

ベトナム民法の代理の概念は大陸法における代理の概念と同様であると考えられている⁸⁶。代理はある人（「代理人」）が他人（「本人」）の利益のために本人の代わりに民事の法律行為を行い、そして、代理人が行った法律行為の効果が本人に帰属する。言い換えれば、代理関係においては、代理人が取引の相手方（「第三者」）と取引を締結するが、取引の効力は取引の当事者としての本人と相手方（第三者）に帰属する（ベ民法第139条第1項）⁸⁷。

⁸⁶Ho ngoc hien・前掲注76、101 - 102頁。

⁸⁷ベ民法第139条第1項は次のように定めている。「代理とは、ある人(以下「代理人」と称する)が他の人(以下「本人」と称する)の名義をもって、本人の利益のために、代理権の範

本条文に定められている代理の概念によれば、代理関係が有効に存在するために代理人は本人の利益のために行動しなければならないとされている⁸⁸。法人たる会社の場合に、法定代表人が会社のためではなく自分の利益のために代表行為を行った場合に、会社と代表者との代表関係が有効かという問題がある（代表者の権限濫用行為の効力）。この問題について、判例⁸⁹は会社における代表者の行為が代表者自身のために行われたが、代表者の代表権限の範囲内でなされた時には、その行為は会社の行為と見なされ、会社側の無効の主張を認容しなかった（第2編第1章第3節で検討する）。

2. 代理の分類

まず、民法の規定によれば、代理は法定代理と委任代理の両者を含む（ベ民法第139条第3項）。ベ民法第140条によると、法定代理とは、法律で規定され、または国家機関によって決定される代理である。法定代理人の種類はベ民法第141条に定められている⁹⁰。これに対して、ベ民法第142条第1項によれば、委任代理とは、代理人と本人との委任により確立される代理のことである⁹¹。

さらに、ベ商法第141条は、本人と代理人両方とも商人である場合のみ、商法の適用対象となるが、会社と代表者との関係は民法の代理制度の適用対象となると規定している⁹²。ただし、会社と法定代表人との関係に民法の法定代理に関する制度が同様に適用されるか

囲において民事取引を締結し、履行することである」。そして、本条4項によって、本人は、代理人によって確立される民事取引から発生した民事債権・債務を有すると定められている。

⁸⁸旧ベ民法第148条は代理の概念については、代理人が本人の利益のために行為すべきとする要件を定めていなかった。この要件は、2005年民法改正で初めて定められている。

⁸⁹2007年6月7日付118号/2007/KT-PTハノイ都市人民最高裁判所に所属する控訴裁判所

⁹⁰ベ民法第141条は法定代理人の各種類について以下のとおり規定している。未成年の子供に対する父母、被後見人に対する後見人、民事行為能力が制限されている人に対する裁判所により指名された人、法人の定款の規定、または国家権限機関の決定による法人の長、世帯に対する世帯主、組合に対する組合長、法律の規定による他の人。

⁹¹ベ民法第142条2項は委任が文書に作成されなければならないという法的規定がある場合を除いて、委任の様式は各当事者によると定めている。

⁹²以上紹介した通り、ベトナムには、会社の代表者は法定代理人を言われて、会社（本人）と代理人の法律関係は民法の対象となる。しかしながら、会社の代理関係は企業法、保険法等によって取り扱われるのではないかと指摘し、ベ商法第141条に反対する意見が相当ある。企業法には会社と法定代表人の関係についての規定があるが、内部関係が規定されているに過ぎず、対外関係すなわち第三者との関係に全く触れられていない。そこで、結論として会社と第三者間の関係は、民法の規定に基づくほかない。

の点については、明らかではない⁹³。

3. 無権代理制度

(1) 無権代理に関する規定

ベトナム民法には、無権代理そのものの概念についての定めはないが、無権代理人の成した行為の法律効果については、代理権限がない場合（ベ民法第 145 条）⁹⁴と代理権限を超える場合（ベ民法第 146 条）⁹⁵が区別して定められている。したがって、ベトナム民法の無権代理は、代理権限を与えていない場合（代理関係がない）と代理権限を超える場合（越権代理）との二つの場合を含むとされる。そこで、無権代理とは、代理人に代理権限がないか、また代理権限を超えているにもかかわらず本人のために相手方と取引をなす代理人の行為であるとされる。無権代理行為の法律効果について、無権代理人のなした取引の効力を本人に帰属させることはできないとされる。すなわち、本人は無権代理人のなした取

⁹³会社の法定代表人が民法上の法定代理人制度と同様に取り扱われるか否か疑問がある。後に、会社の法定代表人の専断的行為の効力の検討をする際に分析することとしたい。

⁹⁴ベ民法第 145 条によると：「1. 代理権限を持たない者によって締結され、履行される民事取引は、代理人または本人が同意する場合を除き、本人に対する債権および債務を発生させない。代理権限を持たない者と取引を行った者は設定期間に返答するよう本人、本人の法定代理人に通知しなければならない。上記期間が終了しても返答がなければ当該取引は本人に対する債権および債務を発生させないが、代理権限を持たない者は、自分と取引した相手方が代理権限がないことを知っているか知るべきである場合を除き、その者に対する債務を引き続き、履行しなければならない。」

2. 代理権限を持たない者と取引した者は、その者が代理権限を持たずに取引を知るか知るべきである場合を除き、確立された民事取引の履行を単独で解約するか、または取り消して、損害を賠償するように要求する権利を有する。」

⁹⁵ベ民法第 146 条によると：「1. 代理人によって代理の範囲を越えて締結され、履行される民事取引は、本人が同意するかまたは知っていながら反対しない場合を除き、代理権の範囲を超えて履行される取引部分に対する本人の債権と債務を発生させない。本人が承認しない場合、代理人は、権限範囲を越えた民事取引の部分に関して、自分と取引した相手方に対する債務を履行する責任を負わなければならない。」

2. 代理人と取引した相手方は、その者が代理の範囲を越えた取引を知っているか知るべき場合を除き、範囲を越えた民事取引の部分または民事取引の全部に対する当該取引の履行を一方的に終了するか、または取り消して、損害を賠償するように要求する権利を有する。」

3. 代理人および代理人と取引をした相手方が、代理の範囲を越えた民事取引を故意に締結、履行して本人に損害を与えた場合、連帯して賠償する責任を負う。」

引の効力は無効であると主張できる。しかし、取引の効力が無効になると取引の相手方の利益が害されることは否定できないため、取引の相手方の利益と本人の利益をどのように衡量するかは重要な課題である。

ところで、無権代理取引の効力が無効であるとする立法の目的は本人の利益を守ることであるから、無権代理人がなした法律行為の効力は、本人が追認すれば無効にする必要はないということに異論はない。そこで、ベトナム民法も原則として無権代理人の行為の効力は無効であるが、例外として本人が追認する限り、無権代理人の成した行為は有効であると定めている（ベ民法第 145 条第 1 項、第 146 条第 1 項）。ただ、無権代理行為について、代理関係が存在しない場合と代理権限を超える場合を区別し、それぞれの場合に、無権代理行為の本人の追認についての処理方法が異なっている。本人と無権代理人との代理関係がない場合に、無権代理人の成した行為の法律効果を本人に帰属させることができるのは、本人が無権代理人の行為に同意した場合には、本人の追認があると看做すことができる（ベ民法第 145 条第 1 項）。これに対して、代理権限を超える場合には、本人の同意があるか、または権限を越えていることを知っていても反対しなければ、無権代理人の行動を追認したと看做すとされている（ベ民法第 146 条第 1 項）。しかし、両者を実際上区別できない場面が少なくないことから、民法が個々の処理の仕方を異ならせていることは妥当ではないという指摘がある⁹⁶。また、知っていても反対しないという文言は同意したことと同様と考えられるため、旧民法の規定（1995 年ベ民法第 154 条第 1 項、第 155 条第 1 項）と同様に、例外として本人の承認があれば有効になると解する見解が有力である⁹⁷。他方、前者は本人の沈黙は同意に該当せず追認にはならないが、後者の「反対しない」という文言は本人の沈黙が同意と同様に追認になるとされるという見解によれば、民法上のこの規定の意義がないわけではないと主張されている⁹⁸。

本人が無権代理を追認しない場合には、取引の相手方を保護するため、以下のような手段が取引の相手方に与えられている。すなわち、無権代理人の成した行為は本人がいつでも契約を無効にすることができるため、取引の相手方の地位が不安定となるのは正当ではない。そこで、取引の相手方の不安定状態を解消するために、取引の相手方には本人に対して契約の追認を求める権利がある⁹⁹。さらに、自分と取引した者が代理権限を持たないこ

⁹⁶Do van dai, *Luat hop dong (tap 1) - Ban an va binh luan ban an* (『ベトナム契約法 (第 1 巻) - 判例および判例評釈』), NXB Chinh tri Quoc gia, 2011, p. 241、

Nguyen ngoc dien, *Binh luan hop dong thong dung trong Phap luat Dan su Viet nam* (『ベトナム民法上の典型的な契約コメント - ル』), NXB Ho chi minh, 2005, p. 422.

⁹⁷民法改正の審議においては、両者を区別しないと提案されている (Do van dai・前掲注 95、p. 241)。

⁹⁸Ho ngoc hien・前掲注 76、112 - 113 頁。

⁹⁹ベ民法第 145 条第 1 項によれ、取引の相手方は一定の期間の間に本人に対して追認を求め

とを知っているまたは知っているべきである場合を除き、取引の相手方は無権代理人に対して契約を履行することまたは損害賠償を請求することができ、または無権代理人の行った行為の効力の取消を請求する権利がある（ベ民法第 145 条第 1 項後段、第 2 項およびベ民法第 146 条第 1 項後段、第 2 項）¹⁰⁰。

しかし、取引の相手方の利益からみると、以上の手段では十分に保護されていない。なぜならば、追認を求める権利があっても、本人が追認を拒絶すれば取引は無効になるからである。無権代理人に対する契約履行の請求は認められているが、契約の対象が不動産などの特定物の場合には請求の意味がなくなってしまう、取引の相手方の望む通りの取引目的は達成されない。さらに、ベトナムの代理制度には日本のような表見代理制度がないため、民事取引のみならず商事取引上¹⁰¹も、取引の相手方の利益は十分に保護されているとは言えない。

(2) 無権代理人の行った取引の効力に関する判例

2004 年 02 月 26 日付 03/2004/HDTP-KT 人民最高裁判所の監督審判決

【事実】

X 銀行（原告）は、1999 年 11 月 23 日に Y 社（被告）との間で資金貸付契約を締結した（以下「本件契約」という。）。本件契約によって、X 銀行は Y 社に 8 億ドンを貸付けた。Y 社の借入の担保のため、Y 社の知り合いの A がその妻 B の所有する建物（以下「本件建物」という。）について X との間で保証契約を締結した。その契約の内容は、Y が借入金を返済できない場合には、本件建物が担保物になるというものであった。なお、本件建物は B の所有に属するが、ホーチミン都市 2 番号公証事務所での 1998 年 5 月 6 日付公証された委任契約により、B は本件建物の使用、処分に関する権限を A に委任していた。Y 社が債務を履行しなかったため、2001 年 4 月 19 日に、X は Y および A に対して債務の履行を求めて提訴した。

第一審（2001 年 9 月 10 日付 145 号/KTST ホーチミン都市裁判所の判決）は X の請求を認容して、Y は X に対して利息を含む 9 億 391 万 9900 ドン（元金：8 億ドン）を弁済しなければならない。Y がこれを怠った場合には、本件建物を差し押さえることができると判決した。

しかし、A および B は抵当契約が委任代理権の範囲を超えて締結されたことを理由として、

る権限を有するが、その期間以内に本人の返事がなければ、追認拒絶と見做す。

¹⁰⁰追認と取り消しとの関係についての問題がある。例えば、本人が追認した後で、取引の相手方に取引の取消権限があるかについては、民法上の明確な定めがない。

¹⁰¹会社と法定代表人との関係が委任関係と解すれば、会社の代表者が制限された代表権限の範囲を超えて取引を行ったににもかかわらず、当該行為が有効であり、会社に責任を負わせるという理解には理論的根拠がない（Ngo vien phu・前掲注 76、149 頁）。

本件抵当契約は無効と主張して控訴した。

控訴審（2003年2月27日付10号/KTPT ホーチミン都市最高裁判所の控訴審の判決）¹⁰²は X の請求の一部を認容して、Y の X に対する元金および利息の弁済責任を認めたが、A と X 間の1999年11月23日付資金借入保証契約は無効であると判示した。これに対して、X は A が保証契約を締結する行為は委任代理の範囲にあることを理由として、2003年7月2日に保証契約の効力が有効であると主張するとともに、本件建物に対する差押えを求めて上告した。

【判旨】

委任契約による代理権の範囲について、

「本件の建物は B 名義で Z 社から購入されたものである。1998年5月6日に B は A との間で対して所有権移転および使用権登記の権限委任契約を締結した。1998年11月25日に本件建物に関する B 名義での使用権証明証が発行された。委任契約は以下のような内容である：

次の場合に A は B を代理する権限がある

- 建物売買に関する手続き（土地使用権証明書、建物所有権証明証取得）に関する代理権限。
- 上記の手続きが完了した後、B は本建物を使用、管理、売買、抵当権の設定、譲渡する権限を有する。
- 抵当権を設定する場合には、A が債務を弁済できない限り、B は建物の差押さえに同意する。

この委任された範囲において、A は文書を作成し、関連書類にサインすることができる法的な権利・義務を負う。

委任契約によれば、A には建物の所有権移転登記に関する手続きを行う権限しかなかった。建物の所有権が B に移転する手続きが完了した後は、B は建物の所有者として建物に関してすべて使用、処分する権限がある。ただ、A の債務に対して抵当権の設定がある限り、B は建物に対する差押さえに同意する。そこで、A の債務と無関係に B の建物を担保物として Y 社の債務を保証するために X 銀行および Y 社と保証契約を締結する行為は、委任代理権の範囲を超えており法律に違反していると判断するのが相当である。（省略）以上の認定に基づき、上告審は保証契約の効力が有効であると主張する X の上告理由には根拠がないので、2003年2月27日付10号/KTPT ホーチミン都市最高裁判所の控訴審の判決を維持する」と判決した。

¹⁰²ホ - チミンとハノイに限っては、上告審だけでなく控訴審も最高裁判所で行われる。

4. 小活

ベトナムの株式会社における会社と代表者と取引の相手との関係に対して民法に定められている代理制度を適用することは、株式会社の代表者と取引安全を巡るいくつかの問題を引き起こす。具体的には、①代表者の権限濫用行為の効力（代表者が会社の利益のためでなく代表者または第三者の利益のために取引を行う場合）、②利益相反行為の効力（代表者が直接または間接に会社と取引を行う場合）、③代表者の専断的行為の効力（一定の場合に、代表権限を制限される法規定・内部規定事項および株主総会・取締役会の決議が要求される法規定・内部規定事項があるにもかかわらず、代表者がその決議を経ずに会社を代表し取引を行う場合）、④代表権限がない者の権限を有するかのような外観を信頼した取引の相手方のなした取引の効力（無権代表人たる会社の経営者が会社を代表して取引を行う場合）などの問題が考えられる。ところが、①の問題について、ベトナム判例の見解は、相手方の主観要件を問わず会社の代表者の権限濫用行為の効力は有効になると解している¹⁰³（専断的行為の効力についての判例を参照する際に具体的にそれを論ずる）。そして、②の問題については、企業法第120条¹⁰⁴により、利益相反行為については、原則として株主総

¹⁰³2006年4月05日付 02号/2006/KDTM - GDT 最高裁判所の監督審の決定、2007年6月7日付 118号/2007/KT - PT ハノイ都市人民最高裁判所に所属する控訴裁判所

¹⁰⁴企業法第120条によると：「1. 株主総会または取締役会の承認を必要とする契約：会社と以下の者との間の契約および取引は、株主総会または取締役会の承認を得なければならない。

- a. 普通株式総数の35%以上を保有する株主（委任代理人）および彼らの関係者、b. 取締役・社長、c. 本法118条1項A、B点に定める企業および取締役、社長との関係者
2. 取締役会は、会社の最新財務報告書に記載された財産の総価値の50%以下、または定款の規定に定めるより少ない比率に相当する価値のある契約・取引を決定する。この場合、会社の法定代理人は、契約案、または取引の主な内容を明記する通知書を取締役全員に送付しなければならない。同時にこれを会社の本社と支店において掲示しなければならない。取締役会は取引を承認するかどうかを掲示日より15日以内に決定しなければならない。利害関係ある取締役は決議に参加することはできない。
3. 本条第2項の規定に該当しない契約および取引は、株主総会の承認を得るものとする。取締役会は、契約案または取引の主な内容を明記する通知書を株主総会で報告するかまたは株主全員の意見を書面で聴取しなければならない。この場合、関連利益を有する株主は決議に参加することはできない。契約および取引は決議可能総数の65%に相当する賛成票を得れば、承認されるものとする。
4. 契約または取引が、本条2項および3項に定める承認を得ないにもかかわらず、締結、また履行された場合は無効の契約・取引と看做され、法律の規定にしたがって処理される。会社の法定代理人および関係した株主、取締役、社長が会社に損害を与えた場合は、損害

会・取締役会の決議を要し、会社の代表者がその決議を経ずに利益相反取引を行うと、その行為の効力は無効になると定められている。

①権限濫用行為および②利益相反行為の効力に関する問題には、現在も議論すべき課題が残っているが、これらの問題は、現在の会社のコーポレート・ガバナンスの議論の中で、会社の監視体系および防止対策の問題として対内的な側面を中心として論じられている¹⁰⁵。

そこで、会社と取引の安全を対象とする本研究では、取引の安全性と表見責任法理の役割を明らかにするため、③と④の問題のみについて検討することにする。

賠償責任を負わなければならない、当該契約・取引の履行により得た利益を会社に返却しなければならない」とされる。

¹⁰⁵Nguyen ngoc bich, Nguyen dinh cung 前掲注 72、325 - 326 頁。

第2編 ベトナム・日本における専断的行為の効力

第1章 ベトナムにおける法定代表人の専断的行為の効力

第1節 はじめに

法律上の規定、会社の内部規定（定款・株主総会の決議・取締役会規則または決議）によって、会社の法定代表人が会社名義で取引をする場合に、株主総会・取締役会の決議（承認）を要するとの定めがある場合が少なくない。そして、これらの規定があるにもかかわらず、それを守らずに法定代表人が相手方と行った取引の効力が会社に帰属するか否かという問題がある（専断的行為の効力）。ベトナムにおいて、この問題は代理関係における本人と取引相手方との関係を巡る問題として論じられている。すなわち、取引の相手方が本人に対して代理関係に基づく代理人の行為の拘束力を及ぼすことができるためにはどのような要件が満たされる必要があるかという問題として議論されている。

ベトナムでは、代理関係が有効に成立するためには、二つの要件が満たされる必要がある。一つは、代理人の行為が本人の（利益の）ために行われることであり、もう一つは、代理人が代理権限の範囲内で代理行為を行うことである（ベ民法第139条第1項）。

専断的行為の効力を巡る問題とは、会社の代表者が会社（本人）の利益のために行った行為であるが、要求されている株主総会・取締役会の決議がないままされた時に、会社の法定代表人の代表権限の範囲内における行為であるか否かの問題を前提として、会社に対して効力が及ぶか否かである。

まず、法定代表人の専断的行為の効力について論じる前に、ベトナムにおける会社の法定代表者の代表権限の範囲について論じる。

ベトナム株式会社の法定代表人の代表権限の範囲については、企業法に定めがないため、株式会社の法定代表権限をどのように解すれば良いかという問題として、長く議論されている。

すなわちベトナムにおいては、会社の代表者と取引の相手方との関係には、企業法が適用されるのではなく、民法上の代理制度が適用される¹⁰⁶。そのため、会社の法定代表人の代表権限の範囲についても、民法上の法定代理人の代理権限の範囲に関する規定が適用される。しかし、一般法と特別法との適用関係を考えれば、法定代表人の代表権限の範囲については、会社と代表者との関係によって決されなければならないと考えられる。すなわち、民法の本人・代理人の関係ではなく、企業法における会社とその業務執行機関の関係の解釈によって解決されるべきと考えられる。そして、この考えによれば、会社の法定代表人の代表権限の範囲は企業法においては明確に定められていないため、企業法の規定や会社

¹⁰⁶商法第141条により、商人（会社も含む）が自分の使用人を代理人に選任する場合は民法に定められている代理制度を適用する。

の定款に基づく会社の業務執行機関の権限分配の解釈によって、法定代表人の代表権限の範囲を確定することになる。そこで、ベトナムでは法定代表人の代表権限の範囲を判断する基準がどの規定に基づくかという問題として論じられている。

民法の規定によると、法人の筆頭者の資格を持つ者は法人の法定代表人である¹⁰⁷。企業法上、会社の定款により、取締役会長と社長の内の一人を法定代表人に選任しなければならないと定められており、この法定代表人は会社の代表権を有する者として企業設立登記簿に登記されなければならない（企業法第 25 条第 2 項）。ただ、会社と法定代表人の代表権限の範囲について、民法に定められている法定代理人の代理権限の範囲に関する規定が適用されるか否かは必ずしも明らかではない。法定代理人の代理権限の範囲について、ベ民法第 144 条第 1 項には、「他の法律規定」がある場合を除いて、法定代理人には本人の利益のためにあらゆる取引を締結し、履行する権限があると定めている。したがって、本条の趣旨からすると、法定代理人の代理権の範囲は原則として制限されないが、例外的に特別な法律規定がある場合に限り、法定代理人の代理権限が制限されると解されている¹⁰⁸。しかし、法人の権利能力と自然人の権利能力には違いがあるため¹⁰⁹、法人たる会社の法定代表人と自然人の法定代理人の代理権の範囲には差があるはずである。例えば、法人の行為能力は法人の設立登記簿に記載されている目的の範囲内に制限されると解されるため、会社の代表者も会社の目的の範囲内に限り代表権限があるはずである¹¹⁰。本条項の言う「他の法律規定」には、企業法を含むと解されるべきは当然であろう。しかし、ベトナムでは会社の

¹⁰⁷民法・企業法の規定は、個人および法人の「代理人」の言葉を区別してないが、日本法と統一的に考察するために、法人の代理人は「代理人」と翻訳せずに、「代表人」と翻訳する。

¹⁰⁸2006年9月25日付1006号/2006/DS-PTホ-チミン都市裁判所の控訴審の判決によると、「他の法律規定」の文言が旧民法第79条第2項（ベ民法第69条第2項）に該当すると認定したうえで、法定代理人と本人の財産贈与契約を無効とする判決を下した。（ベ民法第69条第2項によると、「後見人は被後見人の利益のために被後見人の財産に関する諸取引を実行することができる。被後見人の巨額の価値をもつ財産を売却し、交換し、賃貸借に供し、使用貸借に供し、貸借に供し、質に入れ、抵当に入れ、寄託およびその他の取引をするためには、後見監督人の同意を得なければならない。後見人は、被後見人の財産を他人に贈与することはできない。」）。

¹⁰⁹法律により権利能力（法人格）が認められ、権利義務の主体となることのできるものを法人という。しかし、自然人に比べて、法人の権利能力には性質・法令・目的による制限がある。

¹¹⁰法定代表人の代表権限の範囲が登記されている会社の目的の範囲のみに制限されるか否か問題があるが、問題は会社の目的をどのように解すれば良いかの問題であるため、一般的に会社の目的の範囲を確定したうえで、法定代表人はその範囲の内で業務執行を実施しなければならない。

代表者の代表権限の範囲を判断する際の、「他の法律規定」と企業法との関係をどのように理解すべきかの問題は依然として解決されていない。具体的には、以下検討するように「他の法律規定」の文言の解釈について、法定代表人の代表権限の範囲を巡っては二つの学説が対立している。

一つは、会社の法定代表人の代表権限の範囲について、企業法がベ民法第 144 条第 1 項の「他の法律規定」に該当することを前提として、民法の法定代理人の代理権限に関する規定を適用せず、企業法上の会社と業務執行機関の関係に基づいて解決しなければならないと主張する説である（以下「第一説」という。）¹¹¹。この第一説は、会社と業務執行機関との関係を委任関係と解し、株主総会に属する権限を除き、取締役会が会社の業務執行機関として包括的な権限を有する。そして、取締役会は他の者にその権限を委任できないとする別段の法律規定・会社の内部規定がある場合を除いて、自らの業務執行の決定・実行権限を会社の法定代表人・経営者に委任できると解する。そして、取締役会は法定代表人以外の経営者に業務執行を委任するとともに、法定代表人の代表権限を制限することができる¹¹²。したがって、契約を締結する前に、株主総会・取締役会の承認が要求される場合には、法定代表人の代表権限が制限されると解している。なぜならば、原則として社長が法定代表人であり、取締役会が社長を選任・解任する権限を有しておるからである（企業法第 108 条第 2 項 H 点）¹¹³。そこで、法定代表人の代表権限の範囲は委任者たる取締役会（の決議）によって制限されると解すべきこととなる¹¹⁴。

これに対して、企業法はベ民法 144 条第 1 項の「他の法律規定」に該当せず、会社の法定代表人の代表権限の範囲についても、民法第 144 条第 1 項を適用することが認められるべきであると主張する学説がある（以下「第二説」という。）¹¹⁵。第二説によれば、会社の

¹¹¹Phan thi minh trang・前掲注 4。

¹¹²Nguyen ngoc bich, Nguyen dinh cung・前掲注 72、329 - 333 頁。

¹¹³企業法の規定は、取締役会は会社の社長を選任・解任する権限があると定めているが、社長が会社の法定代理人である場合には、社長が解任されると会社の内部関係においても、その人は会社法定代表人の資格がなくなると解すべきであるが、会社の外部関係においては、どのように解するべきかという問題がある（ベトナムには日本のように代表取締役等の解任事項を商業登記事項であるとする定めがない）。会社の法定代表人に関する事項は定款に定められなければならないため、会社の法定代表人を変更するとともに定款も変更すべきであり、それには株主総会の特別決議が要求されるからである。

¹¹⁴ Phan thi minh trang・前掲注 4。

¹¹⁵ Vu van tinh, Nguyen hong linh, “Quyền lực của người đại diện pháp luật trong CTCP”（「株式会社における法定代理人の代理権限範囲」）、*Bao moi* 電子雑誌（2013 年 9 月 12 日）。

<http://www.baomoi.com/Quyền-lực-của-người-dại-dien-pháp-luật->

法定代表人は、会社の包括的代表的権限を有すると主張する。具体的には、「他の法律規定」の文言は、特別法としての「企業法」ではなく、民法・商法・企業法等に定められている特定の規定を示すと考え、法定代表人の権限制限に関する特定の規定がない限り、包括的代理権限を制限する根拠がないと主張する。

第2節 専断的行為の効力についての学説

ベトナムにおける専断的行為の効力については、以下三つの学説がある。

1. 無効説

無効説¹¹⁶は、法定代表人の代表権限の範囲についての第一説を支持し、企業法が民法第144条第1項の「他の法律規定」に該当すると解するため、会社の法定代表人の代表権限の範囲について、ベトナム民法第144条第1項の適用は排除される。そして、法定代表人の代表権限の範囲についての問題は会社と代表者との関係であるから、企業法の適用対象であると主張する。そして、会社と法定代表人との関係は、企業法第22条により、定款の規定によって明確になると解すべきである。したがって、会社の法定代表人の代表権限の範囲については、企業法上特別の定めがなくても、会社の自治規定（会社の定款）によってこれを決することができる。したがって、法の規定がなくても、定款の規定等の内部規定（一定の場合には代表権が制限されるという定め）があれば、法定代表人の代表権限を制限することができる¹¹⁷。さらに、定款に、法定代表人が、一定の場合には取引を行う際に株主総会・取締役会の決議を要するとの定めがあれば、法定代表人の代表権限はこの定めによって制限されると解し、定款の規定や株主総会・取締役会の決定等の内部規定によって株主総会・取締役会の決議が要求される場合には、これは会社の内部手続きにとどまるのではなく、法定代表人の行為の有効要件になるとされる。そのため、法定代表人の専断的行為は、代表権限の（制限された）範囲を超えた行為であるから、無権代表行為であると解され、民法の無権代理制度に関する規定を適用し、会社は取引の相手方に対して取引の効力の無効を主張することができるという¹¹⁸。

ただし、この説を支持すれば、表見責任法理に基づく制度が整えられていないベトナム私法体系においては、取引の相手方保護すなわち取引の安全の確保が困難になると思われる。

[trong - CTCP/127/11916651.epi](#)

¹¹⁶Nguyen ngoc bich, Nguyen dinh cung・前掲注72、331 - 332頁、Phan thi minh trang・前掲注4。

¹¹⁷Nguyen ngoc bich, Nguyen dinh cung・前掲注72、331 - 332頁。

¹¹⁸Phan thi minh trang・前掲注4。

2. 法律規定事項と内部規定事項との区別説

法律規定事項と内部規定事項との区別説¹¹⁹は、法定代表人の代表権限の範囲に関する第二説を支持し、法定代表人の代表権限の範囲については民法の法定代理人の代理権限に関する規定が適用され、別段の法律規定がある場合のみ、その権限が制限されるとする。したがって、法定代表人の専断的行為の効力については、法律の規定する事項と定款の規定、株主総会・取締役会の決議など会社の内部的規定事項を区別することが必要であり、それぞれの場合で法的効力が異なると主張する。

具体的には、株主総会・取締役会の決議が要求されるとの法律上の規定がある場合には、ベ民法第 144 条第 1 項の「他の法律規定」に該当するとされるため、法定代表人の代表権の範囲が制限され、このような取引は法定代表人の代表権限の範囲に属さない行為なので、専断的行為の効力は無効になると解する¹²⁰。具体的には、企業法第 104 条第 3 項 B 号¹²¹および第 108 条第 2 項 G 号¹²²に定められている取引は、株主総会・取締役会の決議を要求する法律の規定がある事項に該当するため、法定代表人の行った専断的行為の効力は代表権限を超えた行為であるとして無効であると主張する場合である¹²³。これに対して、内部規定事項

¹¹⁹Hoang duy・前掲注 7、

Thu hue, “Tranh rui ro trong thanh khoan bao lanh ngan hang” (「銀行の保証弁済のリスクの回避」), *An ninh thu do* 電子雑誌
<http://www.anninhthudo.vn/Tien-Vang/Han-che-rui-ro-tu-bao-lanh-thanh-toan-ngan-hang/513043.antd>

¹²⁰Hoang duy・前掲注 7。

¹²¹企業法 104 条 3 項 B 点によると、株主総会の承認が必要な場合は次の場合である。株式の種類、発行可能な各種株式の数および定款の変更・補充、会社の再編・解散、会社の最新財務報告に記載される財産総額の 50%以上に相当する財産の売却等に関することについては、定款が別段の規定を定めた場合を除き、出席株主の議決権総数の 75%以上を保有している株主が承認しなければならない。

¹²²企業法 108 条 2 項 G 点によると、取締役会は、市場拡大、マーケティング等の戦略を決定し、会社の最新財務報告に記載される総財産の 50%以上または定款の定めるより低い比率に相当する価値の契約、ローンの借入れ契約、貸付契約およびその他の契約を承認しなければならない。

¹²³チャンミンハイ弁護士によると、企業法 104 条 3 項 B 点および 108 条 2 項 G 点は、法律上の規定として、取引の各当事者は株主総会・取締役会の承認が要求されることを知っているとして擬制している。そこで、企業法に定められている取締役会・株主総会の承認が必要とされる取引の効力が無効にならないように、必ず取締役会・株主総会の承認を得たか否かを確認しなければならない。したがって、高い金額の契約を締結する際には、当事者は契約の内容に注意し、会社代表者に対して取締役会の決議書類の開示請求をすることが大切

は会社の内部的権限分配の手続きに止まるにすぎず、法律上の規定ではないため、ベ民法第 144 条 1 項の「他の法律規定」との文言に該当しないと解し、法定代表人の代表権限は制限されないとする。すなわち、株主総会・取締役会の決議が要求される内部規定事項の違反があっても、法定代表人の専断的行為の効力は有効になると解すべきとしている¹²⁴。

ただし、この説によれば、法律規定事項による専断的行為については、無効説のような取引安全に関する留意点に配慮しなければならないと考えられる。

3. 有効説

有効説¹²⁵は、ベ民法第 144 条第 1 項によると、原則として法定代理人は本人の利益の範囲内において包括的・無限定的な代理権限を有するが、例外として法律上の規定がある場合に代表権限が制限されると考える（法定代表人の代表権限の範囲に関する第二説を支持している）。しかし、企業法に定められている株主総会および取締役会の議決が要求される規定（企業法第 104 条第 3 項 B 号および第 108 条第 2 項 G 号）は、法定代表人の代表権限を制限する規定ではなく、単に会社の内部権限分配についての規定であるにすぎないため、株主総会・取締役会の決議を要する企業法上の定めは、法定代表人がなす行為の法的効力要件であるとする理由はなく、法定代表人がこれらの規定に反しても、取引・契約の効力は無効にならないと解すべきとされる。そして、企業法の中では企業法第 120 条のみが民法第 144 条第 1 項の「他の法律規定」に該当するという。というのは、企業法第 120 条が、法定代表人の利益相反行為には株主総会・取締役会の承認が要求され、承認がなくして法定代表人の行った取引行為（の効力）は無効となると明確に定められているからである。したがって、企業法第 120 条のように、会社の法定代表人の行為の効力について直接に無効になるとの規定がない限り、株主総会・取締役会の決議を経ない法定代表人の行為が無効になると解することはできないという主張である¹²⁶。

第 3 節 判例

1. 判例の紹介

2007 年 6 月 7 日付 118 号/2007/KT - PT ハノイ都市人民最高裁判所に所属する控訴裁判所判決（代理権限を超えた行為の効力および代表者の権限濫用・専断行為の効力に関する判決）

【事実】

であると述べている（Hoang duy・前掲注 7）。

¹²⁴Ho ngoc hien・前掲注 76、115 - 116 頁。

¹²⁵Minh Ngoc, Ngoc ha, *Luat kinh te* (『経済法』), NXB Lao dong, 2013, p. 313, Vu van tinh, Nguyen hong linh・前掲注 115。

¹²⁶Vu van tinh, Nguyen hong linh・前掲注 115。

X 銀行（原告）の Z 支店と Y 会社（被告）の A 社長は、1999 年 12 月 17 日から 2000 年 9 月 29 日までに、7 件の資金貸付契約（以下「本件契約」という。）を締結したが、その後、Y 会社は A 社長を解任した。A 社長が解任された際に、新社長 B は本件契約に関する資料を受け継がなかったため、B 社長は本件契約が存在することを知らなかった。そのことを理由に、Y 社は本件契約の存在を認めず、返済しなかった。そこで、X は 2006 年 9 月 25 日に、Y 社に対して、貸金の元金および利息を請求する訴えを提起した。

第一審（2006 年 12 月 25 日付 121 号/2006/KDTM-ST ハノイ都市人民裁判所の判決）は X の請求を認容し、Y 社に対し、X に対する借り入れ金の 17 億 8000 万ドンおよび利息の 14 億 1152 万 2333 ドンを支払わねばならないと判決した。

これに対して Y 社は、①Y 社の取締役会長兼社長 A が偽装資料を作成して、会社の利益のためではなく個人的な利益を目的として権限を濫用した。また、高い金額の契約を締結するときには Y 社においては取締役会の決議が要求されるが、その決議がないにもかかわらず、X 銀行と本件契約を締結した行為は専断的行為であって、本件契約は無効である、②X 銀行の P 支店は貸付金額の上限範囲を超えて貸し付けたため、本件契約を締結する行為は代表権限を超えた行為であって無効であるとして、この①、②を理由として契約の無効を求めて控訴した。

【判旨】

控訴棄却

① 会社の代表者の権限濫用行為・専断行為の効力について、

「Y 社の取締役会の 2000 年 1 月 3 日付決議および取締役会の 2000 年 4 月 3 日付 02 号/QD-QT 決定により、取締役会は A を取締役会長兼社長に選任し、それによって A は会社の対外関係・対内関係を担当し、経営の拡大および経営拡大を目的とする資金に関する業務執行を実行する権限が与えられている。他方、A が取引を行う際には取締役会の決議が必要であるという会社の内部規定は存在しないので、(省略) A が契約を締結した行為は専断的行為とは言えない。公安省から、A の資金調達方法および資金使途方法について、会社のためではなく A 個人のためになされたものであって、犯罪の兆候があるという通知がされたという Y 社の主張については、これは会社と管理者との関係たる会社の内部関係であるから、会社の銀行に対する責任には影響しない。」

② X 銀行の Z 支店が本件契約を締結した行為は権限を超えているため、契約の効力は無効になるとの論点について、

「X 銀行の取締役会の 1999 年 5 月 29 日付 239 号/HDQT 決議によって、銀行の支店は最上限金額として 20 億ドン以内の貸付け権限があると定められている。本件の貸金の金額は 17 億 8000 ドンであるから、貸付け権限を超えるとは言えず、本契約は無効ではない。」

2. 検討

代表者の権限濫用行為の効力に関し、判決によれば、取引の相手方の主観要件を問わず原則として有効であると解されている。すなわち、会社の代表権限濫用行為の効力の判断基準は民法における代理権限濫用行為の効力の判断基準と違うと考えられる¹²⁷。ベトナムでは民法上の代理関係が成立するために、代理人が本人のために行動しなければならないとされる。これに対して、代表関係については、法定代表人が会社（本人）の利益のためでなくても、代表行為が有効であると考えられる余地がある。会社の法定代表者が会社の名義で取引を行う際には、代表者の行為が会社の行為とされ、加えて取引の相手方は法定代表人の内心の意図を知ることが容易ではないため、原則として、法定代表人の代表権限の範囲内で行われた法定代表人の権限濫用行為（の効力）が有効であるとされるのは妥当であると思われる。実務上、民法の規定に基づき、代理人が権限を濫用したことを理由に、本人の名義で行われた行為の効力が無効になると主張される事件は少なくないが、会社の代表者が代表権限の範囲に属する行為をした場合であれば、本人（会社）の主張を否定すべきとする判決が一般であり¹²⁸、それを支持する学説が一般的である¹²⁹。

次に、法定代表人の専断的行為の効力について、本判決は、専断的行為であったことを認めず、契約は有効と判断した。しかし、この判決をみると、本件は直接に専断的行為の効力が無効になると判決した事件ではないものの、間接的には法定代表人の専断的行為の効力が無効になると解することも可能であると考えられる¹³⁰。本判決を解釈すれば、特に法定代表人の代表権限を制限する株主総会・取締役会の決議を要求する規定があれば、当該行為が法定代表人の代表権限の範囲を超えて無効になると解する余地がある。そこで、法律上の規定のみならず、会社の内部規定があれば、法定代表人の代表権限が制限されるというのが判例の見解とも言える。実務上、法定代表人の専断的行為の効力について、会社の社長が取締役会の決議を経ずに、新株発行およびその発行株価を決定した行為は代表権限を超えたため、無効であると判示した判決¹³¹があり、その他にも法定代表人の専断的行為

¹²⁷Do van dai・前掲注 96、223 頁。

¹²⁸下級審判例としては 2006 年 5 月 24 日付 227 号/2006/KDTM - ST ホ - チミン都市人民裁判所の判決等

¹²⁹Do van dai・前掲注 96、232 頁、

チャヴィン (Tra vinh) 省裁判所の 2006 年 6 月 23 日付 161 号/2006/DS - PT 控訴歳判決、

¹³⁰Do van dai・前掲注 96、229 頁。

¹³¹2009 年 5 月 15 日付タイビン (Thai binh) 省民事裁判所の判決（「ベトナム企業法における典型的な紛争についての報告」

<http://luatminhkhue.vn/chuyen-doi/bao-cau-mot-so-tranh-chap-dien-hinh-trong-luat-doanh-nghiep-viet-nam.aspx>))。

また、重要な財産を処分する業務執行について、株主総会の決議が必要であるにもかか

の効力について提訴された事件が相次いで生じている¹³²。しかしながら、専断的行為の効力についての判決ではないが、会社の法定代表人の代表権の範囲について、第一審（2008年3月26日付10号/2008/KDTM-STビンデン（Binh dinh）省人民裁判所）および控訴審（2008年8月20日付26号/2008/KDTM-PTダナン（Da nang）都市人民最高裁判所に属する控訴審裁判所）の判決に反対的判旨を示した民事最高裁判所の監督審（2009年4月29日付04号/2009/KDTM-GDT人民最高裁判所の裁判官の委員会の監督審の決定）で、会社の定款によって一定の価額以上の契約を締結する権限がないと定められているにもかかわらず、「2005年9月22日付経営登記証明書および定款の第2.4条は、社長が会社の法定代表人だと定めている。したがって、社長が会社を代表して契約を締結、履行、解約する権限を有することは法律の規定するところである」と判決した。そこで、残る問題は、株主総会・取締役会の決議を要求する規定が一定の契約を締結する権限を制限するという規定と同様に取り扱われると解することができるか否かの問題である。結局は、専断的行為の効力についての判例の立場は明らかではないと考えられる。

第4節 総括としての私見

1. 学説に対する私見

無効説を支持すれば、取引の安全が大きく害されることから、会社の法定代表人制度の目的と照らしあわせると、法定代表人の代表権限が会社の内部的規定によって制限されるとする従来の見解は、最近では有力ではない少数学説だと思われる。

これに対して、有効説の方が、取引の相手方の利益ひいては取引の安全を守ることができるため、優れた学説であると考えられる¹³³。しかし、ベトナム法において、有効説をとることに関しては次の点を念頭におかなければならない¹³⁴。

ならず、取締役会の決議に基づき法定代表人の行った取引も無効であると判決した（2007年12月05日付242号/2007/KDPTハノイ都市人民最高裁判所に所属する控訴裁判所判決）

¹³²X株式会社（原告）の取締役会長兼社長AとY株式会社（被告）の取締役会長兼社長との間でY会社の財産の譲渡契約を締結した。契約の履行を巡って争いが起き、Y社はX社に本件の財産を譲渡しなかった。そこで、X社がY社に対して契約の履行（財産の譲渡）を請求する訴えを提起した。ハノイ都市人民裁判所はその訴えを受理した（2011年12月01日付183/2011/TLST-KDTM号の事件）。X社の主張に対して、Yは、企業法第104条第3項B号により、本件契約に関してX社の株主総会の承認が必要であるのに、株主総会の決議を経ずにAが契約を締結したため、契約は無効であると反論した。本件審理の途中で（2012年4月5日に）、原告からの提訴を撤回する申し立てがあったので、裁判所はこれを受理し、2012年4月6日に3号/2012/QDST-KDTMの処理中止の決定を出した。

¹³³田中誠二「代表取締役の専断的行為の効力再論」（商事法務1003号、1959年）500頁。

¹³⁴日本の検討したうえでベトナムに示唆する。

第一に、ベトナム企業法によると、原則として社長が会社の法定代表人である点である。法定代表人は、社長の地位を有することが必要である。しかし、取締役会が社長を選任・解任する権限を有するため、取締役会が社長を解任すれば、法定代表人の資格も失われる。取締役会と法定代表人との関係は委任関係と解するのが多数説である¹³⁵。そこで、取締役会の専決事項については、法定代表人は取締役会の決定を欠いたままで、会社を代表して取引を行った行為である無権代表行為の効力が有効になるという解釈に導く理論的根拠がないと考えられる。すなわち、有効説の立場の取締役会決議は単なる会社の内部権限分配にすぎないとの解釈だけで、十分であるという点には大きな疑問がある。

第二に、株主総会・取締役会の決議がなくても取引の効力に影響がないと解すれば、企業法の規定によって要求される取締役会の承認を受けずと何の問題も生じないので避けなくても構わないとの考え方が生じる¹³⁶と同時に、法規定の意味がなくなってしまう可能性がある。つまり、専断的行為が有効であるという説を採ると、取締役会が形骸化する恐れがある。特に、ベトナムの株式会社のコーポレート・ガバナンスに関する規制については、取締役会の監督機能が実際に果たされていないとの批判がある¹³⁷。さらに会社の業務執行に関する権限は、現実に法定代表人兼社長に集中する¹³⁸。そのため、専断的行為を防止する企業法の規定の意味をなくしてしまうと、法定代表人の専断的行為が横行する事態に恐れがある。取締役会の決議を要するものと規定されている企業法第 104 条第 3 項 B 号および第 108 条第 2 項 G 号は、日本会社法第 362 条 4 項に定められている取締役会の専決事項と同様のものと考えられるため、代表取締役の専断的行為を防止する目的があると言われている¹³⁹。

第三点は、専断的行為の効力は原則として有効であるとしても、会社の利益と取引の相手方の利益を衡量する必要がある場合は少なくない（保護すべきではない取引の相手方もいる）ことである。この問題について、ベトナムでも、信義誠実原則を巡って取引の相手方の主観的要件（悪意・過失）に関する規定が民法第 6 条に定められており、日本の一般悪意の抗弁説¹⁴⁰を参考にして、悪意（重過失）の取引の相手方に対して、会社側が専断的行為の無効の主張が認められる可能性はある。しかし、ベトナム民法上の信義誠実原則は、

¹³⁵Ngo vien phu・前掲注 75、149 頁。

¹³⁶田中・前掲注 133、500 頁。

¹³⁷Ngo vien phu・前掲注 75、152 頁。

¹³⁸Ngo vien phu・前掲注 75、152 頁。

¹³⁹田中・前掲注 133、503 頁によれば日本の会社法第 362 条 4 項の意味は専断的行為を防止する目的をとすることであるとされる。

¹⁴⁰この学説は、代表取締役の専断的行為の効力は原則として有効であるが、日本民法第 1 条第 2 項の信義則違反を根拠として、会社側は悪意の取引の相手方に対してはその取引の効力は無効であると主張することが認められると解している（第 2 編 2 章を参照する）。

実質的というより宣言的機能を果たしていると考えられているため¹⁴¹、實際上、裁判所は殆ど本条文を適用することはない¹⁴²。そこで、取引の安全を確保するために、専断的行為が有効であるとされるとともに、悪意の取引の相手方も保護されてしまう可能性が高い。それによって、会社の利益と取引の相手方の利益との衡量を調整するという取引の安全の本来の意義を害する恐れもある。

次に、法律規定事項と内部規定事項との区別説に関し論じる。

この説によれば、取締役会の決議が要求される企業法の規制に反する法定代表人の行為には、民法の越権代理に関する規制を適用すべきであるとされる。これに対して、会社の定款および株主総会・取締役会の議決によって取締役会の決議が要求される場合は、会社の内部管理・監督、内部的権限分担に関する手続きが止まることから、法定代表人がこれらの内部規定に違反しても、企業法における会社の役員の責任の定めにしたがって処理することによって会社の利益を守ることができる。会社の外部者が会社の内部管理関係、権限分担を知るのは容易ではないため、定款および株主総会・取締役会の議決等の内部規定によって取締役会の決議が要求される場合に、法定代表人がその決議を経ずに行った行為（内部規定事項による専断的な行為）は、対外的には有効であると解するのが妥当かもしれない。しかし、法律上の規定事項も内部的規定事項も、株主総会・取締役会の決議を要するところは両者共通であるため、それが異なる結果に帰結する根拠があるのか疑問がある。具体的には、後者の場合に要求される決議を経ずに法定代表人の行った行為は、代表権限に属するので有効であると解するのに、前者の場合に要求される決議を経ずに法定代表人の行った行為が代表権限に属さないので無効であると解することは、理論的根拠が明確ではない。この疑問に対しては、ベ民法第 144 条第 1 項を適用し、別段の法律の規定がない限り、法定代表人は包括的な権限・無制限的代表権を有すると解することができるならば、法律上の根拠に関して納得できると思われる¹⁴³。

しかし、ベトナム企業法の規定によれば、法律規定事項と定款規定事項との区別が必ずしも明確ではないため（企業法第 104 条第 3 項 B 号、企業法 108 条 2 項 G 号等参照）、法律規定事項と内部規定事項との区別説には実際上の価値があるか疑問がある。具体的に言えば、企業法第 108 条第 2 項 G 号は、会社の最新財務報告書に記載される財産の総価値の 50% 以上の（または定款の規定によりそれより低い比率に相当する）売買契約、ローンの借入、貸付契約およびその他の契約について、取締役会の承認が必要とされると定めている。し

¹⁴¹Hoang the lien, *Binh luan Khoa hoc Bo luat Dan su 2005 (tap 1)* (『2005 年民法典コンメンタル (第 1 巻)』), NXB Chinh tri Quoc gia, 2009, p. 29.

¹⁴²Do van dai, “Vi tri cua Bo luat Dan su trong linh vuc hop dong” (「契約分野における民法の位置づけ」), *Tap chi Nha nuoc va Phap luat*, Vol. 7 (2008) p. 29.

¹⁴³日本会社法第 349 条 5 項と同様に、会社の内部制限によって会社の法定代表人の代表権限を以って第三者に対して対抗することができないと解釈することができる。

かしながら、問題は「または定款の規定によってそれより低い比率」の文言である。例えば、会社の最新財務報告に記載される財産の総価値の40%に相当する契約を締結するには取締役会の承認が必要であるとの定款の定めがある場合に、取締役会の決議を経ないまま法定代表人が最新財務報告に記載される財産の総価値の45%に相当する契約を締結した場合に、当該専断的行為の効力は有効であろうかそれとも無効であろうか。この場合には、法律規定事項と内部規定事項の区別説によれば、定款の規定に要求される株主総会・取締役会の決議を経ずに内部規定に違反しても、専断的行為の効力は有効であるとされる。しかし、企業法第108条第2項G号は、定款の規定があれば、定款の規定を優先的に適用するという意味であると解するのが妥当であると思われる。そのため、内部規定事項による専断的行為も無効であるとされる。

なお、ベトナム企業法の規定によれば、会社の定款の規定は法的規制を擬制すると解するのでなければ、専断的行為の効力についての法律規定事項と内部規定事項との区別説を支持することは困難であろう。法務省による法律回答のホームページによれば、「会社の法定代表人の代表権限の制限を会社がどのようにして取引相手方に対して対抗することができるか」という質問に対して、法務省は「株主総会の決議に基づいて会社の定款を変更し、法定代表人の代表権を制限できるように定款の規定を定めることが必要である」と答えている¹⁴⁴。以上の法務省の法律に関する回答は、法解釈の位置づけであり、具体的な一つの事件に対して裁判所の判決の決定性がなくても、参考にする価値がある。そこで、ベトナムにおいては、法定代表人の専断的行為の効力は、法規定・定款の規定によって株主総会・取締役会の決議が要求される場合に限り、代表権限の範囲を超えたとの理由によって無効になる、と解するべきである。しかし、一般的に取引相手方が会社の法定代表人と契約をしようする時に、当該契約の締結が法定代表人の代表権限に属するか否かを確認するために会社の定款の閲覧が要求されるとすると、取引相手方の負担が重く、取引の安全を妨げるのではないかという疑問がある。

2. 今後の課題

取引の安全を確保するという目的に到達するためには、専断的行為の効力が有効か無効かという問題より¹⁴⁵、会社の利益と取引の相手方の利益をどのように衡量すれば良いかという問題の方がより重大であると思われる。例えば、法律行為が無効であると解しても、本

¹⁴⁴法務省の法律についての質問に回答するホームページ。(契約の締結等対外的関係における会社の法定代表人の代表権限について)

http://www.moj.gov.vn/hoidap/Lists/DanhSachCauHoi/View_Detail.aspx?ItemID=22023

¹⁴⁵鈴木竹雄「株式会社法と取引の安全」『商法研究Ⅱ〔会社法(1)〕』(有斐閣1971年)49-50頁。

人（会社）と取引の相手方の利益を調整できるような規定があれば、取引の安全を確保することができる。そこで、次章では、ベトナムの株式会社で一般的な形態に該当する日本の取締役会設置会社（日本会社法第 2 条第 7 項）において、前述したベトナムの会社代表者の専断的行為の効力の問題と同様の問題について、それが日本においてどのように存在し、解決されているか、日本の民商法上の規定および判例・学説がこの問題をどのように処理しているかを検討したい。それが、ベトナムの私法とりわけ企業法に重要な示唆を与えることになると思われるからである。

第2章 日本における代表取締役の専断行為の効力

第1節 はじめに

前章末で述べたように、ベトナムの会社の代表者の専断的行為の効力の問題と同様の問題が、日本においてどのように存在しているのか。日本の民商法上の規定および判例・学説がこの問題をどのように処理しているかを検討することは、ベトナム私法に重要な参考となる。なお、以下では、ベトナムの株式会社で一般的な形態に相当する日本の委員会設置会社ではない取締役会設置会社¹⁴⁶に限って本稿の研究対象とする。

昭和25年の商法改正前は、日本の株式会社には少なくとも三人の取締役が存在することを要したが、合議制の機関としての取締役会は法定機関としては存在しなかった（もっとも実務上、定款で取締役会に相当するものを設けていた会社が多かったとされる）¹⁴⁷。原則として、各取締役は会社の代表権限を有したが（昭和25年改正前商法第260条）、株主総会の決議または取締役相互による互任によって代表取締役が選ばれ、この者のみが会社の代表者になる。そこで、例外として代表取締役がいる場合には、代表取締役が会社の包括的な代表権限を有し、代表取締役以外の取締役には会社の代表権限を有しなかった（昭和25年改正前商法第261条第1項）。これに対して、昭和25年商法改正により、アメリカの株式会社のコーポレート・ガバナンスの仕組みに倣って、株式会社には取締役全員から構成される取締役会を法定機関として要求されることになった。取締役会は、定期的または臨時的に（機関の構成員としての）取締役が出席して会議が開かれ、これに会社の業務執行を決定する権限が与えられた。しかし、取締役会は合議制の機関であるため、業務執行を決定することはできるが、その決定を実行することは實際上無理であり、常務についての決定するために、毎日取締役会を開くことも不可能だと考えられる。そこで、昭和25年改正は取締役会を法定機関と定めると共に、取締役会の決定の実行と常務についての決定およびその実行を行う自然人（代表取締役）が実務上要求された¹⁴⁸。昭和25改正では、代表取締役が会社の業務執行の一つの機関と法定され、会社を代表する機関となった。従来と違うのは会社の業務執行が取締役会と代表取締役との二つの機関が担当するようになったことである。この制度は現行上も取締役会設置会社において維持されている。しかし、会社の業務執行に関する取締役会と代表取締役との関係は法律上明らかでなかった¹⁴⁹。株式会社の業務執行について、業務執行の決定とその決定された事の実行があり、基本的には業務執行の決定権限は取締役会に属しているが、業務執行の実行の権限は代表取締役に属

¹⁴⁶日本会社法2条7号によれば、取締役会設置会社とは、取締役会を置く株式会社の規定により取締役会を置かなければならない株式会社のことである。

¹⁴⁷河本一郎『現代会社法〔新訂第八版〕』商事法務（1999年）365頁。

¹⁴⁸大隅健一郎「代表取締役の地位」『商事法研究（下）』有斐閣（1993年）13頁。

¹⁴⁹河本一郎「取締役会の権限」法セ310号（1980年12月）105頁。

しているということについて異論はなかった¹⁵⁰。ただ、取締役会と代表取締役との関係が明確ではないため、取締役会の決議が要求される場合に、その決議を経ずに代表取締役によって行われた業務執行の実行に関する行為（専断的行為）が代表権限の範囲に属するか否かの問題があった¹⁵¹（①問題）。業務執行を巡る代表取締役の行為には、会社の内部的な業務執行と取引の安全性が重視されるべき対外的業務執行が含まれる。会社の内部的業務執行に関する代表取締役の行為は取引の安全との関連性がないため、要求されている株主総会・取締役会の決議を経していない場合に、そのことを理由として無効になるとの見解には異論がない¹⁵²。これに対して、外部的業務執行行為に関しては会社の利益と取引の相手方の利益（取引の安全確保）を衡量すべき問題が存在するため、代表取締役の専断的行為の効力をどのように解すれば良いかという問題が生じる。具体的には、委員会設置会社ではない取締役会設置会社においては、一般的業務執行は取締役会の専断事項である。そこで、取締役会決議を経ずになされた代表取締役の重要な業務執行行為が有効か問題となる（②問題）。もし、①問題について、専断的行為が代表取締役の代表権限に属しないと解すれば、専断的行為の効力については、会社法第 349 条第 4 項、第 5 項によると、代表取締役は包括的かつ無制限の代表権限を有するとされているため、代表取締役の権限を内部的に制限しても善意の取引相手方に対抗することはできない¹⁵³。ただ、会社の内部的制限ではなく、法定事項による制限¹⁵⁴は、会社がこれを以って取引の相手方に対して対抗することができるか否かの問題がある¹⁵⁵。

この問題、すなわち対外的業務執行に関する代表取締役の専断的行為の性質の問題は、昭和 56 年商法改正前後で変質していると思われる。昭和 56 年改正前は、代表取締役の専

¹⁵⁰田中誠二『三全訂会社法詳論（上巻）』勁草書房（1993 年）618 頁。

¹⁵¹中島史雄「代表取締役の権限」 奥島孝康・宮島司編者『商法の判例と論理 - 昭和 40 年の年代の最高裁判例を巡って - 』日本評論社（1994 年）185 頁。

¹⁵²豊水道祐によると、代表取締役の代表行為の効力は以下のように分けてそれぞれの場面によって、行為の効力が異なると示す。具体的には、会社の内部的行為は無効と考えられるが、社債発行、新株発行等のように其の効力を定めることを要する団体的又団体的な行為の場合には相手方の善意、悪意を問わず、有効と解すべきであると提案している（豊水道祐「最高裁判所判例解説」法曹時報第 17 巻第 11 号（1965 年）1865 頁以下、1866 頁）。

¹⁵³定款の規定等の内部規定に重要な業務執行行為、特定の取引等を行う際に取締役会の決議を要するとの定めがある場合等。

¹⁵⁴会社法第 362 条第 4 項は取締役会の専断事項を定めているとともに、取締役会はその決定を個々の取締役に委任することができない。そのため、本条項 1, 2 号に該当する対外的重要業務執行行為が取締役会の決議を経ずになされた場合等。

¹⁵⁵山本為三郎「最高裁平成 21・4・17 批判」判例時報 2060 号（2011 年）180 頁。

断的行為とは定款・株主総会の決議・取締役会の決議など内部規定事項による取締役会の決議が要求される場面にも関わらず、その決議を経ずに代表取締役が業務執行を実行する行為であった。当時の日本の株式会社の不祥事は、社長の専断的な業務執行を取締役会が阻止できなかった事例が少なくなかった¹⁵⁶。その弊害を防止するために、昭和56年改正は、もっとも重要な規定の一つとして旧商法第260条第2項（会社法第362条第4項）¹⁵⁷によって取締役会の一般的な専決事項（その業務執行の決定権限を代表取締役に委任することができない）を定めた¹⁵⁸。したがって、昭和56年改正によって、代表取締役の専断的行為は、従来の理解（内規事項のみ）に加えて、法規定事項による取締役会の決議が要求される場合に、代表取締役がその決議を経ずに業務執行の実行した行為も含むことになった。そこで、昭和56年改正前の専断的行為の性質に関する考え方は変更されることと共に、代表取締役の専断的行為の効力については、内規事項違反専断的行為と法規定事項違反専断的行為を区別して、議論すべきではないかという主張がなされた¹⁵⁹。

しかし、代表取締役の専断的行為に関する判例の見解は、昭和56年改正前と改正後を区別せず、民法第93条但書を類推適用して、原則として代表取締役の専断的行為の効力は有効とされるが、取締役会決議がないことを知る悪意の取引の相手方およびその決議がないことを知らないことに過失ある取引の相手方に対して、会社側は取引の効力の無効を主張できると判示した¹⁶⁰。このような立場からは、昭和56年商法改正は、重要業務執行である専断的行為の効力に関する判例法に影響を与えないことが確認されたといえようである¹⁶¹。これに対して、法の規定する事項に反した代表取締役の専断的行為と内規事項に反した代表取締役の専断的行為を区別するか否か、または取引の相手方の過失を問うか否かを巡っ

¹⁵⁶不二サッシ、東洋バルブ、大光相互銀行等の事件（田中・前掲注150、603頁）。

¹⁵⁷改正法は①重要な財産の処分および譲受、②多額の借財、③支配人その他の重要な使用人の選任および解任、④支店その他の重要な組織の設置、変更および廃止、等の重要な業務執行については、取締役会の専決事項として、取締役会は取締役にその決定を委任できないこととした。

¹⁵⁸田中・前掲注133、496頁。

¹⁵⁹田中誠二「改正会社法の法理上の新問題点」商事法務924号（1981年）、6頁、島十四郎「改正商法下における260条および265条の決議の法的性質と銀行実務上の問題点」手形研究331号（1982年）10頁、豊水道祐・前掲注152、1865頁、豊水道祐「最高最新判例の解説」金融法務事情426号（昭和40年）、17-18頁。

¹⁶⁰最高昭和40年9月22日大法院判決（〔判例①〕、本章第3節参照）は直接に民法93条を適用することを明らかに判示しなかったが、豊水道祐・前掲注152、1865頁および豊水道祐・前掲注159、17-18頁はそのように解釈した。

¹⁶¹山本・前掲注155、181頁。

て判例と学説（多数の見解が対立している）が大きく対立してきた¹⁶²。日本では、近代私法の考えは取引の安全性を重視し、善意の相手方を保護すべきであるとする点に関して異論がない¹⁶³。すなわち、代表取締役の専断的行為の効力いかにかわらず、善意の取引の相手方の利益を守る対策が整えられている（本章第2節参照）。そこで、専断的行為の効力というよりも議論されている実質的問題は取引の相手方の過失を問うか否かである。この問題については、取引の相手方に株主総会・取締役会の決議が必要である点に関して過失がある場合でも、善意であれば保護されることが認められるべきと解する立場がある（取引の相手方の過失を問わない見解）¹⁶⁴。これに対して、取引の相手方の注意義務を全く免責することは、逆に会社の株主の利益を確保するため取締役会決議を義務付けた法規制事項（会社法第362条第4項第1、2号）の趣旨の意味¹⁶⁵を無くしてしまうとして、相手方の過失を問うことが必要と解する立場がある（取引の相手方の過失を問う見解）¹⁶⁶。

以上述べたとおり、日本の昭和25年商法改正、昭和56年改正を経て現行の会社法に至るまで、本問題について判例の見解および学説は激しく対立しており、多数的学説が未だ形成されていない状況にある¹⁶⁷。こうしたことから、本問題を再検討することはベトナムの将来の私法改正に貢献するという意義があるのみならず、日本に対しても大きな意味があると思われる。

第2節 学説

1. 心裡留保説

この説は、代表取締役の専断的行為の効力についての民法第93条を類推適用し、代表取締役の専断的行為は内部的意思決定を欠くに止まるため、原則として有効であり、相手方が当該決議を経していないことを知り、または知りうべかりしときに限って無効となると解している。この学説の由来は、昭和40年9月22日大法院判決（本章第3節1の〔判例①〕参照）の「…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行為を、右の決議を経ないでした場合でも、右の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、相手方が取締役会の決議を経っていないことを知り、または知りうべかりしときに限って無効である」との文言から、豊水道祐調査官の解説に

¹⁶²北村雅史「最高裁平成21・4・17批判」法学教室368号（2011年）116頁。

¹⁶³斎藤真紀「東京地判平成18・4・26批判」商事法務1881号（2009年11月）47頁。

¹⁶⁴一般悪意の対抗説および代表権制限説を支持している見解（参照2①、④）

¹⁶⁵実際には経営機関における代表取締役の業務監督機能を担当している取締役会の形骸化が進行した背景において、昭和56年商法改正によって、会社法第362条第4項が定めている（山本・前掲注155、189頁）。

¹⁶⁶心理留保説および越権代表説を支持する見解。

¹⁶⁷北村・前掲注162、116頁。

よれば「民法九三条本文の法理に準拠して」考えられたものようであるとされている¹⁶⁸。

しかし、代表取締役の専断的行為の効力を判断する際に、民法第93条を用いる理論構成および、取引の相手方の無過失を要求することに対しては、常に批判がある。

すなわち心裡留保説の理論構成は、次の諸点を理由に激しく批判されている。第一に、代表取締役の行為に取締役会決議が要求される場合の取締役会決議は、代表取締役の表示行為の真意と言えるわけではない。仮に、そう言っても、取締役会決議の不存在は真意がなく、真意と表示の不一致という関係ではないからである¹⁶⁹。第二に、民法第93条においては、真意と表示との不一致を表意者が認識していることを要するが、代表取締役の専断的行為の場合には、取締役会決議すなわち意思決定を欠いており、また代表取締役にも意思決定の権限がないため、そもそも真意に相当するものがないと同時に、民法第93条の要件としての表意者（代表取締役）自身においても、真意との不一致に対する認識を欠いている¹⁷⁰。第三に、自然人の意思表示に関する法則を法人たる株式会社の業務執行機関たる取締役会および代表取締役の対外的行為の効果に類推するのは正当ではない¹⁷¹。

以上の理由から、代表取締役の専断的行為の効力を判断するには、民法第93条但書を類推適用するのは妥当ではないと指摘されている。

他方、一般悪意の抗弁説および代表権制限説を支持している学者の見解として民法第93条但書を類推適用すれば（軽）過失がある取引の相手方が保護できないのが不当であるという批判もしばしば見られる。

2. 一般悪意の抗弁説

一般悪意の抗弁説は、代表取締役の専断的行為の効力は原則として有効であるが、民法第1条第2項の信義則違反を根拠として、会社側は悪意の取引の相手方に対してその取引

¹⁶⁸豊水・前掲注152、1865頁。

¹⁶⁹竹内教授によれば、民法の意思表示の瑕疵が問題になる場合の意思決定とは、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、代表取締役自体の意思と表示との不一致とは考えられないので、民法第93条の類推適用される場合ではないとされる（竹内昭夫『判例商法I』弘文堂（1976年）233頁、竹内昭夫「判評」法学協会雑誌83巻4号636頁）。加えて、米沢明教授は「取締役会による意思決定と代表取締役による表示の不一致と言う関係からすれば、一見すると心裡留保に類似するが、取締役会の決議が存在し、それと異なる代表取締役による行為がある場合はともかく、取締役会の決議が存在しないで代表取締役の代表行為のみがある場合には真意が不存在ということになり、真意と表示の不一致という関係にはならなくなる」と指摘している（米沢・前掲注3、292頁）

¹⁷⁰米沢・前掲注3、293頁。

¹⁷¹山口幸五郎「判例批評」民商法雑誌54巻5号（昭和47年）658 - 659頁。

の効力の無効を主張することが認められると解している。この学説は近時多数説になっているという見解がある¹⁷²が、一般悪意の抗弁説を支持する理論構成も必ずしも一致しているわけではない。すなわち、一部の学説は、代表取締役の専断的行為は代表取締役の代表権の範囲内に属しているため、有効に会社を代表する行為であり、取締役会の決議は内部的な意思決定手続きにとどまるから、取引は原則として有効であるが、その手続きを欠いていることにつき悪意の相手方が権利を主張することは信義側違反であるから許されず（民法第1条第2項）、会社は悪意の相手方に対しては、一般悪意の抗弁を対抗しうるとしている¹⁷³（以下「前者の見解」という。）。

これに対して、会社法第362条第4項第1、2号等の法規定に違反して取締役会の決議を得ないでなされた行為は、代表取締役の代表権限の範囲外で行った行為として原則的に無効であるが、会社法第362条第4項第1、2号の決議事項の範囲は、各会社につき各場合の事情により別々であるため、取引の相手方がこれを判断することは困難である。また、重要な業務執行につき慎重な決定手続きを経るべきことはもともと会社自身の問題であるから、その違反による不利益を取引の相手方に負担させる理由はない。そして、取締役会決議がないことによる無効主張は、悪意の取引の相手方に対してのみ許されるものと解する見解がある¹⁷⁴（以下「後者の見解」という。）。ただし、一般悪意の抗弁説の中で、悪意の抗弁を対抗できる第三者の範囲は悪意のみならず重過失ある者も含まれるか否かの問題がある¹⁷⁵。

¹⁷²加美和照『新訂会社法〔第十版〕』勁草書房（2011年）301頁。

¹⁷³米沢・前掲注3、284頁、米沢明「代表取締役の専断的行為の効力」私と政治43巻1号（1992年）26頁、31頁、加美和照・前掲注172、301頁、上村達男「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の効力」北沢正啓・浜田道代編『商法争点I』ジュリスト増刊（1993年）143頁、竹内「判評」・前掲注169、636頁。

¹⁷⁴竹内『判例商法I』前掲注169、233頁、竹内「判評」・前掲注169、636頁、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第三版〕』有斐閣（1992年）204頁、田中・前掲注133、503頁、鈴木竹雄『新版会社（第5版）』弘文堂（1994年）192 - 193頁、神吉正三「商事法判例研究」金融・商事判例1419号（2013年）5頁。

¹⁷⁵重過失も含まれる見解は高島正夫「取締役会の権限」金融商事判例651号（1982年）109頁、石田榮一「判批」金融商事判例963号（1995年）51頁、中村建「判批」金融商事判例1027号（1997年）50頁。これに対して、会社法立法趣旨（会社の利益保護）に照らして重過失ある者は保護されないと解すべきであると主張している見解もある。例えば、大隅健一郎＝今井宏・前掲注172、204頁、今井宏「代表権の制限と取引の安全」民商法雑誌93巻臨増（1）（1986年）164頁、吉田光碩「東京地判平成9・3・17批評」判例タイムズ942号（1997年）86頁。

しかし、次のように前者の見解に対する批判がある。取締役会の専決事項として法定された事項に反した場合に、取締役会の決議を経ずに代表取締役の取引行為を代表行為と業務執行を異別に観念しうるとして原則有効と解するのは困難である¹⁷⁶。ただ、後者の見解には疑問もある。すなわち、内部規定事項による専断的行為の効力については、会社法第 349 条第 5 項が適用されるとされているが、法規定事項による専断的行為の効力について、原則として有効であると解されることについて、取締役会と代表取締役との関係についての理論構成が明確ではない。

3. 代表権制限説

代表権制限説は内部規定事項のみならず、法規定事項（会社法第 362 条第 4 項）に違反して取締役会の決議がない代表取締役の専断的行為も、内部的制限に違反したに過ぎないため、会社法第 349 条第 5 項（民法第 54 条）¹⁷⁷により会社は取締役会の決議がないことを以って善意の取引の相手方に対抗することはできないとする見解である¹⁷⁸。会社法第 349 条第 5 項の解釈によれば、会社により制限された代表権限の範囲に属する代表取締役の行為は原則として無権代表に基づく行為であるが、この制限は会社内部のことであるため、取引の相手方がその制限を容易に知ることができるわけではない。そのため、その制限を以って代表取締役の行為を無効する主張は悪意の取引の相手方のみに対して認められると解している¹⁷⁹。

しかし、会社法第 349 条第 5 項は自治的規制による内部的制限に関する事項による専断的行為にしか適用されないと解すべきであるとの指摘がある¹⁸⁰。さらに、会社法第 349 条第 4 項によれば、代表取締役は会社の業務執行に関する包括的代表権を有すると解釈されるが、

¹⁷⁶中島・前掲注 151、188 頁。

¹⁷⁷民法第 54 条の規定は、法の認める代表者の代表権を法人自身が定款・総会決議・理事会決議（取締役会決議）等で内部的に制限した場合に関するものであるが、この場合につき特に一般の無権代理と別の法則が定められているのは、そのような内部的制限は外部者には容易にわかず、第三者は定型的・包括的な代表権の存在を信用するのが通常であるところから、特に第三者保護を図ったもの - 無権代理の場合と異なり、第三者は善意である限り過失があっても保護されると解される。

¹⁷⁸龍田節『会社法〔第 10 版〕』、有斐閣（2005 年）108 頁、前田庸『会社法入門（第 12 版）』有斐閣（2009 年）480 頁、吉本健一「東京地判平成 9・3・17 日判批」商事法務 1581 号（2000 年）46 頁、相原隆「東京地判平成 18 年 4 月 26 日判評」私法判例リマ - クス 35 号（2007 年〈下〉）91 頁。

¹⁷⁹中島・前掲注 151、187 頁。

¹⁸⁰豊島雄作「代表取締役の専断的行為の効力について」北大法学研究科ジュニア・リサ - チ・ジャ - ナル 7 号（2000 年）75 頁。

会社法第 362 条第 4 項第 1、2 号に定められている業務執行（「重要な財産」、「多額財産」に該当する業務執行）は会社の事業譲渡等のような重要な業務執行と解されるべきである¹⁸¹。そのため、同条項に定められている業務執行を実行する代表取締役の行為に会社法第 349 条第 5 項が適用されるのは妥当ではないと指摘されている¹⁸²。加えて、一般悪意の抗弁説の前者の見解によれば、代表取締役の専断的行為は代表権限の範囲に属している行為であるため、取締役会の決議が要求されるのは代表取締役の代表権を制限することを目的とする意味ではない。したがって、会社法第 349 条第 5 項は適用されることができないとの主張もある¹⁸³。また、一般悪意の抗弁説に対する批判と同様に、取引の相手方の注意義務を全く免除することは昭和 56 年改正商法 260 条 2 項（会社法第 362 条第 4 項）の立法趣旨に照らして適当ではないし、重要な業務執行と知って取引する相手方には、取締役会の決議の有無についてある程度の注意義務を認めることが必要であり、相手方に重大な懈怠があれば、会社は重過失ある取引の相手方に対して取引の無効を主張しうるべきであり、その場合を単に代表権の内部的制限の問題と見ることは妥当ではないとの指摘もある¹⁸⁴。

4. 越権代表説

この説は、代表取締役は会社の営業に関する業務執行の決定権限を有しているが、法規定事項により株主総会の決議・取締役会の決議が要求される場合は、会社の営業に関する業務執行でなく重要な業務執行であるから、その決議を経ずに行われた行為は、代表権限の範囲を超えた行為として、その行為の効力は無権代表となることをもって無効とする考へてある。しかし、取引の安全確保の手段としての表見責任法理を具体化した権限優越の表見代理（民法第 110 条）に基づき、取引の相手方はその決議がないことを知らずかつ無過失であれば保護されると解している¹⁸⁵。

ただし、代表権制限説に対する批判と同様に、代表取締役の専断的行為は代表権の範囲

¹⁸¹山口・前掲注 4、220 頁、河本・前掲注 147、336 頁。

¹⁸²山口・前掲注 4、221 頁、山口幸五郎『新版注釈会社法（6）』有斐閣（1987 年）162 頁、関俊彦『会社法概論〔全訂第 2 版〕』商事法務（2009 年）278 頁。

¹⁸³米沢・前掲注 3、294 頁。

¹⁸⁴今井・前掲注 174、164 頁。

¹⁸⁵河本・前掲注 147、385 頁、山口・前掲注 181、165 - 166 頁および山口・前掲注 4、220 頁、稲葉威雄「商法改正と銀行取引」金融法務事情 1002 号（昭和 57 年）10 頁、西尾信一「商法二六〇条二項と銀行取引」法律時報 55 卷 2 号（1983 年）125 頁、河村貢「改正会社法と商取引実務（1）」NBL253 号（昭和 57 年）15 頁、中島史雄「判批」法律ひろば 48 卷 2 号（1995 年）84 頁、根本伸一「商法 260 条の 2 項の決議を欠く代表取締役の行為の効力」人文社会論叢・社会科学編第 1 号（1999 年）114 頁。

に属する行為であるため無権代表行為として取り扱うことはできないと指摘されている¹⁸⁶。加えて、会社法の規定により決議が要求されるか否かは会社によって異なるため（例えば会社法第 362 条第 1, 2 項の「多額の借財」と「重要な財産」の概念が会社ごとに定まるため）、取引の相手方に不測の損害を与える恐れがあり、取引の相手方が無過失の立証責任を果たさなければならぬのでは取引の安全の確保ができなくなってしまうと批判する見解がある¹⁸⁷。

5. 相対的無効説

相対的無効説は、取締役会決議が要求されることが会社の利益保護を目的とすることからすれば、原則として専断的行為が無効であるが、取引安全の顧慮を要することからみると、取締役会の決議を欠く重要な財産の処分・譲受や多額の借財のような取引行為（会社法第 362 条第 4 項第 1, 2 号）は、取締役会の承認を受けない取締役会社間の利益相反取引（会社法第 354 条）の場合と同様に相対的無効説¹⁸⁸に基づき、会社は取引の相手方に対して悪意または重過失を証明しなければ無効を主張することはできないと解している¹⁸⁹。

しかし、利益相反取引が取締役の自己取引である場合には、取引を無効としても不適切ではないが、代表取締役の専断的行為の場合には重要な業務執行であるかどうかは取引の相手方は容易に判断できるわけではないため、これを無効とすると取引の安全を害することは否定できない。この点から、両者について同様な取り扱いをすることは不当であるとの激しい批判がある¹⁹⁰。さらに、機関権限を規律する規定である会社法第 362 条第 4 項第 1, 2 号は、重要業務執行を取締役会の専断事項とすることによって、重要業務執行につき取締役相互の議論を経た慎重な決定を促すと共に、経営に対する監督の実効性を担保し、会社経営の健全性を確保しようとする規定であることから、本条項は利益相反規制のよう

¹⁸⁶米沢・前掲注 173、30 頁。

¹⁸⁷この反対意見は殆どの取引の相手方の主観要件を問わないと主張している一般悪意の抗弁説と代表権制限説を支持している学者のものである。しかしながら、河村貢によると、代表取締役の行為については、一般に相手方は代理権ありと信じたものと推定すべきであるから、会社側は相手方の悪意・過失を立証すべきであると解釈している（河村・前掲注 185、15 頁）

¹⁸⁸取締役会社間の利益相反取引の効力を巡る学説の中で、日本において現在では相対的無効説が通説である。この説によれば、直接の相手方との間では無効であり、善意の第三者取得者との関係では有効であると解されている。

¹⁸⁹北沢正啓『会社法（第 5 版）』青林書院（平成 10 年）401、404 頁、神崎克郎「商法二六〇条と銀行取引」金融法務事情 1011 号 18 頁、中島・前掲注 185、80 頁。

¹⁹⁰今井広・前掲注 174、165 頁。

な特別に具体的な場面での利益保護を目的とするものではないという指摘もある¹⁹¹。

6. 小括

専断的行為の効力を巡る議論は、株式会社の業務執行に関する機関権限の分配における取締役会と代表取締役との権限関係において、代表取締役の専断を防止しようとする立法趣旨、取締役会の決議を要する「重要な財産」および「多額の借財」という抽象的・相対的な基準¹⁹²と取引の相手方の過失との関係等に配慮しながら、取締役会決議を要求することによって守ろうとする会社の利益と取引の安全性の保護をどう調整させるかという利益衡量をめぐる議論である¹⁹³。実質的な問題は、取引の安全を優先させて善意の相手方を保護すべきであるとされる点において異論はないが、取引の相手方の主観要件（保護すべき取引の相手方の範囲）と、専断的行為の性質（法的規定事項か内部規定事項）を巡って学説が分かれている¹⁹⁴。

取引の相手方の主観要件については、取引安全を重視すべきであるとする一般悪意抗弁説および代表権制限説によると、取引の相手方は取締役会決議がないことを知らない場合（善意）には保護すべきと解している。これに対して、民法第 93 条但書の法理（判例法）および民法第 110 条の表見代理の法理に基づき、取引の相手方は取締役会決議がないことに善意・無過失であることが要求されると解している¹⁹⁵（〔表 1〕参照）。ただし、取引の相手方の主観要件については、裁判所の判断によってかなり格差があるため¹⁹⁶（裁判官の主観

¹⁹¹山本・前掲注 155、182 頁は、専断的行為の効力が無効であると主張できる者は会社しかないと判示する判決に対して理論構成について疑問があるとしている。

¹⁹²東京地判平成 6・1・20（民集 48 卷 1 号 1 頁）、東京地判平成 9・3・17（判例時報 1605 号 141 頁）、東京地判平成 24・2・21（判例時報 2161 号 120 頁）。

¹⁹³中村・前掲注 174、47 頁。

¹⁹⁴しかしながら、完全有効説も存在している。この説によると会社法 362 条 2 項の判断基準が不明確であり、取引の相手方の悪意・重過失の認定も容易でないことから、取締役会決議は取締役の会社に対する義務を定めたものであるすぎず、その違反は代表取締役の責任問題として処理すれば足り、取引行為の効力には影響がないと解している（久保井一匡「貸出取引と取締役会決議に関する一考察」金融法務事情 1004 号（昭和 57 年）10 頁、森本滋「批判」民商法雑誌 112 卷 1 号（1995 年）76 - 77 頁）。

¹⁹⁵

	善意の取引の相手方	善意・無過失の取引の相手方
有効	一般悪意対抗説（民 1 条 2 項）	心理留保（民 93 条）
無効	代表権制限説（会 349 条 5 項）	越権代表権説（民 110 条）

（専断的行為の効力および取引の相手方の主観要件によって分類する〔表 1〕）

¹⁹⁶同じ事実にもかかわらず、過失があるか否かの点については、第一審判決と第二審判決が

的判断によって結果が異なる可能性がある)、学説がお互いに批判する価値があるか否かという疑問がある¹⁹⁷。これは第3節において判例の検討で、明らかになる。

後者は、法規定事項・内部規定事項との区別が必要であるか否かによって、学説は分かれる¹⁹⁸（〔表2〕参照）。内規事項と法定事項を区別しない見解は、専断的行為の効力が有効になると解する民法第93条但書説、一般悪意の抗弁説、他方で無効になると解する代表制限説（民法第54条、会社法第349条第5項）がある。これに対して、法規定事項・内部規定事項を区別する見解には、内規事項違反の専断的行為には会社法第349条第5項を適用するが、法規制事項違反の専断的行為の場合には民法第110条を類推適用すべきと解する越権代表説がある。

近時、日本の私法は、取引の安全を重視するとともに会社の利益と取引の相手方の利益を衡量している¹⁹⁹。専断的行為の効力がそれ自体有効であるか無効であるかは必ずしも重要な問題でなくなってきたように見える²⁰⁰。

反対に認定した。（①那覇地判平成9・3・25（金融・商事判例1039号11頁）および福岡高裁那覇支部平成10・2・24（金融・商事判例1039号3頁）、②東京地裁平成10・6・29（判例時報1669号143頁）および東京高裁平成11・1・27（金融・商事判例1062号12頁）、③横浜地裁小田原支判平成18・12・15（金判1326号47頁）および東京高判平成19・4・25（金判1326号41頁）（61-68頁参照）。

¹⁹⁷「重過失と軽過失を区別することなく、取引を無効にするに足りる過失があったか否かを判断しているといえる。したがって、現在の判例が他の法律構成が採用される場合に比べて、取引相手方にとって厳しい判断を下しているのかは不明である」との指摘がある（斎藤・前掲注163、47頁）。

¹⁹⁸

学説	内規と法規事項を区別しない	内規と法規事項を区別する	
		内規	法規
一般悪意抗弁説	民1条2項	会349条5項	民1条2項
	(米沢教授)	(大隅教授)	
心理留保説	民93条		
代表権制限説	会349条5項		
越権代表権説		内規	法規
		会349条5項	民110条

（代表権制限事項の性質によって分類する〔表2〕）

¹⁹⁹相原・前掲注178、91頁。

²⁰⁰専断的行為の効力が無効であっても、有効であっても、善意の取引の相手方を保護する手段は整っているため、有効・無効の問題より、会社の利益と取引の相手方の利益をどのように調整すれば、本来の取引の安全の概念を確保できるかの問題になる。

第3節 判例の検討

1. 判例

(1) 〔判例①〕昭和40年9月22日大法廷判決²⁰¹

【事実】

X（原告・控訴人・上告人、反訴被告）は昭和26年に設定された製材加工事業およびその製品の販売、建築資材の加工販売等を営む会社であり、Y（被告・被控訴人・反訴原告）は中小企業協同組合法による組合である。Xは長野県上松町に製材工場を設けて事業を行ってきたが、営業不振のため昭和28年12月に一時休業することにした。

Xは昭和30年9月5日、Yから懇請されて、上記の工場を構成する土地建物など（第一物件）と同工場の運搬用軌道設備とを、Xがその返還を請求したときは何時でも即時原状に復して返すという約束で、一括してYに無償で貸した。X社は、昭和31年4月6日および11日の二回にわたり、訴外Z銀行に対して前記の物件の所有権を6月の買受約款付きで債務弁済に代えて移転した。一方、X社の代表取締役Aは昭和31年11月9日にY組合の常務理事B1および常務理事B2からの工場施設（上記の「第一物件」を含む「第二物件」）の売却の申込を受けて、これを代金580万円で買いとる旨の契約を結び、即日代金の支払いを済ませた（本件売買）。AはZ銀行の所有名義になっていた「第二物件」中の一部につきその所有権の移転を受けた上でこれをY組合に移転した。

ところで、本件売買の目的たる「第二物件」は上記の工場の構成物件であり、X社の最も重要な財産であったが、X社の定款上、重要な事項については取締役会の決議を要する定めがあった（同法定款24条）。したがって、Aが本件売買契約を締結するについては、少なくとも取締役会の決議を要したと認められるが、取締役会にこれを附議した事実はなかった。昭和31年12月24日発送の書面でXはYにその返還を求めたが、Yが明渡に応じないので、Xは第一物件の明渡と明渡に至るまで一ヶ月60万円（控訴審では5万に減縮）の割合による損害賠償を求めた。

これに対してYは、Xの請求棄却を求めたほか、反訴を提起し、「第二物件」全部の所有権がYにあること、XY間で昭和31年11月9日に代金580万円で第一物件の売買がなされ、同日代金支払と所有権移転登記がなされたという契約関係の確認を求めた。

X社は、① 本件工場の譲渡が会社の営業の全部または重要な一部の譲渡（商法第245条第1項）に該当するにも関わらず、株主総会の特別決議を経ていないから無効であり（第一点）、② また取締役会の決議をすら経ることなく専断的になされた代表取締役の権限乱用行為であって、民法93条但書により無効であり（第二、三点）、③ Y組合の理事会の決議を経ないでなされたから無効である（第四点—以下省略する）等との理由で、同工場を構成する建物並び土地の明渡とその所有権の確認などを求めたが、第一審（長野地方裁判所昭和34年7月6日判決）はXの請求を棄却し、第二審（東京高等裁判所昭和36年9月25

²⁰¹民集19巻6号1600頁。

日判決)も控訴請求を棄却した。そこで、X会社が上告したのが本件である。

第二審の判決理由は、以下の通りである。

①第一点について、株主総会の特別決議を欠く点については、本件売買は会社の営業を構成する各個財産の一括譲渡に過ぎず、営業譲渡ではない。

②第二点について、取締役会の決議すら経ていない点について、X会社は本件売買につき取締役会の決議(事後でも妨げない)を要したが、「取締役会の決議は会社内部における意思決定にすぎないから、代表取締役が会社を代表して第三者とした取引行為は、その決議がなかったからといって当然に無効となるものではなく、その決議のないことを相手方が知りまたは知りうべかりし場合に例外として無効となるものと解すべきである」から、理由がなく、第三点について、代表取締役が自己の個人的利益のためにその権限を濫用して締結したため無効であるとの主張に対しては、「株式会社の代表取締役がその職務権限を濫用してした行為について、かりにX主張のような説を採るとしても、相手方において権限濫用の事実を知りまたは重大な過失によって知らなかった場合でない限り、その行為は無効となるものではない」ので理由がないと判示した。

〔上告理由〕

第一点(営業譲渡の解釈をめぐる論点)は、大法廷の判示事項であるから省略する。

第二点(および第三点)については、本件工場の譲渡に関しては事前にも事後にも取締役会の決議はなされていないが、当時X会社の代表取締役Aがその決議の必要性を知っていたとすれば故意に秘密に隠しておいたものであり、相手方であるY組合の専務理事B1およびB2もAの言葉や態度から当然にその決議のないことを知ったはずであるかまたは知ることができたはずであり、少なくとも推測できたはずであるし、また決議のないことを知らなかったとしても、少なくとも決議のないことを知りうべかりし状況にあったのであって、気づかなかつたとすれば重大な過失がある。また、B1およびB2において決議のあったことを認識または推測する気持ちすらもなかつたとすれば、取引安全の立場から保護せられるべきである善意の第三者とは言えない。原判決は取締役会の決議を経ない取引行為につきこれを有効なりとし、ただ相手方が悪意なりし場合に例外として無効となるもののごとく説示するが、この取引行為を対内的に有効とする見解には賛成しがたい。

【判旨】

上告人請求棄却

上告の理由の第二点(専断的行為の効力)について「株式会社に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、取締役会の決議にしたがって、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鑑みれば、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行為を、右の決議を経ないでした場合でも、右の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つて、ただ、相手方が右の決議を経ないことを知

りまたは知りえ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。

これを本件についてみるに、原判決の認定したところによれば、X 会社の代表取締役 A が本件物件を売却するには、重要事項として X 会社の取締役会の決議を経ることを要したにもかかわらず、右の決議を経ていなかったのであるが、買主である Y 組合が右の決議を経ていなかったことを知りまたは知り得べかりし事実は本件の全証拠によっても認められない、というのであり、原判決の右事実認定は、本件関係証拠に照らし首肯するに足り、右認定には所論のような違法はない。」

【検討】

本件の行為は会社の「営業の譲渡」（商法第 245 条第 1 項第 1 号）ではなく株主総会の決議を経ることを要しないとされたため、問題としては定款上取締役会の決議が必要である場合の代表取締役の専断的行為の効力に関する問題しか存在しないと解される²⁰²。すなわち定款上取締役会の決議を要求すべき事項について、これを経ずになされた代表取締役の行為の効力の問題である（内部事項による専断的行為の効力）。本判決は、昭和 25 年商法改正後、代表取締役の専断的行為の効力について直接に判決を下した最初の判決である。判示によれば、代表取締役の専断的行為は原則として有効であるが、取引の相手方が取締役会の決議がないことを知っているか、または知らないことに過失がある場合に限り、会社側は取引の相手方に対して専断的行為の効力の無効が認められている。しかしながら、判決はその法律構成については何も述べていないため、専断的行為の効力の法律構成に対してまだ疑問があるとされる²⁰³。

(2) [判例②] 最高裁平成 6 年 1 月 20 日²⁰⁴

【事実】

X 株式会社（原告）の代表取締役であった A は、平成 2 年 1 月 18 日、X を代表して、Y 会社（被告）に対して X 会社の有する Z 株式会社の株式 12 万 1000 株を、代金 7986 万円で譲渡した（以下「本件譲渡」という。）。本件譲渡については X 会社の取締役会決議を経ていなかった。そこで、X 会社は①本件譲渡は定款 22 条にいう取締役会の要決議事項に該当していること、②A の本件譲渡に関する行為は権限濫用に該当していることを理由として、本件譲渡が無効であると主張した。

第一審（東京地判平成 4 年 3 月 3 日）は、①本件譲渡は定款第 22 条にいう取締役会の要決議事項に該当しないこと、②A の権限濫用にも該当しない旨判示して、X の請求を棄却した。

そこで、X 会社は、①、②のほかに、③本件譲渡が商法第 260 条第 2 項第 1 号にいう重要

²⁰²山口・前掲注 171、654 頁。

²⁰³吉本・前掲注 178、46 頁。

²⁰⁴民集 48 卷 1 号 1 頁。

な財産の処分に当たるにもかかわらず X 会社の取締役会決議を経ておらず、Y 会社もこのことを知っていたため、本件譲渡は無効であると主張して、Y 会社に対して、X 会社が本件株式の株主であることの確認を求めて、控訴した。これに対して、Y 会社は、本件譲渡は重要な財産の処分に当たらないと主張した。

控訴審（東京高判平成 4 年 12 月 15 日）は、本件譲渡が商法第 260 条第 2 項第 1 号にいう「重要な財産の処分」に該当しないと判示して X 会社の請求を棄却したため、X 会社上告は本件である。

【判旨】

棄却差戻し

「商法 260 条 2 項 1 号にいう重要な財産の処分に該当するかどうかは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様および会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である。これを本件についてみるに、本件株式の帳簿価額は 7800 万円で、これは X の前記総資産 47 億 8640 万円余の約 1.6 パーセントに相当し、本件株式はその適正時価が把握し難くその代価いかんによっては X の資産および損益に著しい影響を与え得るものであり、しかも、本件株式の譲渡は X の営業のため通常行われる取引に属さないのであるから、これらの事情からすると、原判決の挙示する理由をもって、本件株式の譲渡は同号にいう重要な財産の処分に当たらないとすることはできない。さらに、本件株式は Z の発行済み株式の 7・56 パーセントに当たり、Z は X の発行済み株式の 17.86 パーセントを有しているものであり、… Z は平成 2 年 5 月 30 日に開催された X の株主総会に出席した上取締役選任に関する動議を提出したことがうかがわれるのであるから、本件株式の譲渡は X と Z との関係に影響を与え、X にとって相当な重要性を有するとみることもできる。また、(省略) 昭和 63 年 6 月 15 日に X の取締役会でされた X の有する株式の譲渡承認は V 商店の額面 50 円の株式 4000 株および Q 会社の額面 50 円の株式 1 万 3500 株式を対象とするものであることがうかがわれるのであり、X においてはその保有株式の譲渡については少額のものでも取締役会がその可否を決してきたものとみることもできる。

そうすると、原判決には審理不尽、ひいては法令の解釈適用を誤った違法があり、右違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れず、更に審理を尽くさせる必要があるので、本件を原審に差し戻すこととする。」

【検討】

昭和 56 年商法改正による、旧商法第 260 条第 2 項にいう「重要な財産の処分」の判断基準についての先例は見られないので、本判決は新判例と思われる²⁰⁵。

原審は「重要な財産の処分」を判断する要素として①財産の価値および②会社の総資産に占める割合（本件 1.6 パーセント）、また③財産が会社の営業の維持発展に必要不可欠な

²⁰⁵中村一彦「判批」リマ - スク 10（1995 年）117 頁。

財産であるか否か（本件の株式は配当を受領していただいで営業の維持発展に必要不可欠な財産でない」と判示した）しか検討しなかった。

これに対して、本判決は、①財産の価額、②会社の総資産に占める割合（1.6パーセント）という要素のみならず、③財産の保有目的（Xの通常取引に属さない）、④処分行為の態様（XとZとの関係に影響を与え）、⑤従来取扱い（これまでもX会社では、少額でも保有株式の譲渡については、取締役会の承認決議がなされてきた事実の認定）等を総合的に考慮して判断すべきであるとしている。

「重要な財産」がそういう意味であれば、取締役会の専決事項に当たるか否かを客観的に決定する基準は、できるだけ明確にするのが望ましい。本判決は、「重要な財産」の判断基準を比較詳細に示した点で意義があると思われる²⁰⁶。

しかしながら、「重要な財産」に当たるか否かの判断基準については、取引の相手方は①から⑤までの要素に対して調査義務があるか否か、調査義務があるとしても、どのような調査義務を負うべきか問題が残るとされる。

(3) [判例③] 東京地裁平成9年3月17日判決²⁰⁷

【事実】

A商事（訴外）は、昭和60年9月、Y会社（被告）の100%出資子会社として設立され、設立当時はY会社の代表取締役B（訴外）が代表取締役を兼任していた。その後、平成4年10月にBはA商事の代表取締役を退任したが、そのままA商事の取締役に就任し続けた。そして、Y会社の専務取締役C（訴外）がA商事の監査役に就任していた。

平成6年1月、X銀行（原告）はA商事より、Y会社では創業100周年の記念事業の一環として、Y会社の製造する漢方薬をフィリピンに輸出する事業が計画され、その事業を担うための資金として約10億円を必要とするとして、Y会社の保証を条件に10億円の融資の依頼を受けた。同年11月、X銀行は、A商事の担当取締役から交付された各種資料等による説明を受け、融資は可能であると判断して、A商事の債務につき10億円を限度とした連帯保証予約契約をY会社との間で締結し、A商事に対して10億円の貸付を行った。

融資の保証予約交渉の過程において、X銀行の担当者D（訴外）は、Y会社の取締役会の決議につき、議事録による確認を申し入れたが、その閲覧等については、社内規定によって禁止されているとして断られたことから、議事録を求めることなく、Y会社の代表取締役Bが記名捺印し、印鑑証明書の添付された保証予約念書の提出によって融資を実行した。他に、Y社の平成5年度有価証券報告書によれば、保証予約契約締結の当時においては、Y社のA商事に対する保有株式は1200株のうち20株にすぎず、A社は関係会社から外されてい

²⁰⁶山下真弘「最高裁平成6年1月20日判決批評」法学教室166号（1994年7月）131頁

²⁰⁷判例時報1605号141頁。

たことが認定されている。

X銀行は、A商事が弁済期に致しても弁済しないので、Y会社に対して主位的に、保証債務の履行請求として貸金元本8億5000万円の支払いを求めるとともに、予備的請求として、当時Y会社の代表取締役Bらは本件保証予約について弁済能力が乏しいことを容易に知り得たにもかかわらず、取締役会の決議を経ないで共謀のうえ、Y会社が真正かつ適法・有効にA商事のX銀行に対する債務を保証することを誤信させたとして、民法第44条1第項、もしくは民法第715条第1項に基づき、Y会社に対して以上の請求された金額について損害賠償を請求した。

これに対して、Y社は、本件保証予約は商法第260条第2項第2号の多額の借財に該当するにもかかわらず、Y社において取締役会の決議を経ておらず、かつ、X銀行は、本件のような高額融資にあつたては、本件保証予約に関する取締役会決議の存否を確認すべきであるのに、その議事録または謄本の提示を求めることなく、Y社の関係者に取締役会の決議の有無を確認することもなかったとして、X銀行には以上の事実に基づき悪意または過失があると抗弁した。これに対して、X銀行は、仮に本件保証予約が多額の借財に該当し、かつY社がこれにつき取締役会決議を経ていないとしても、X銀行にとって本件の予約が多額の借財することが明瞭でないから、取引安全の趣旨から、Y社が取締役会決議の不存在による無効を主張できないと再抗弁した。

【判旨】

主位的請求棄却・予備的請求認容

一「商法260条2項2号に規定する多額の借財に該当するか否かについては、当該借財の額、その会社の総資産および経営利益等に占める割合、当該借財の目的および会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断されるべきである（最高裁平成五年（オ）第565号同6年1月2日第一小法廷判決・民集48巻1号1頁参照）。

本件保証予約は、前記のとおり、X銀行の請求によってY社がX銀行に対して保証債務を負担することを内容とするものであり、借財に当たるといえることができるから、進んで、右保証が借財として多額であるか否かについて、検討する。…(1) Y社は、東京証券取引所第一部上場会社であるが、一方、A商事は、昭和60年9月、Y社のB代表取締役を代表取締役とし、本店をY社の本社所在地である東京都千代田区2番町1217として、Y社が100パーセント出資して設立され、平成4年10月にB代表取締役が代表取締役を退いた後も、同人が同社の取締役、Y社のC専務が監査役にそれぞれ就任していること、(2) 本件融資は、A商事が、Y社の創立100周年記念事業の一環として、Y社の製造に係る小柴胡湯を仕入れてフィリピンに向けて輸出する取引を行うに当たり、その仕入資金に充てられるものであること、(3) Y社の平成5年3月31日現在における資本金は128億9597万8200円、総資産合計額は1936億7900万円、負債合計額は1328億3100万円、平成4年4月から翌5年3月までの経常利益は40億5000万円であり、本件融資額の占める割合は、それぞれ7.75パーセント、0.51パーセント、0.75パーセント、24.6パーセントに当たること、(4)

Y社の取締役会規則において、取締役会の決議を要する事項として、1件5億円以上の債務保証および担保権の設定が掲げられていること、(5) X銀行においても本店と支店の決裁の区分は触資額1億円が基準とされていることを認めることができ、これらの事情を併せて考慮すれば、本件保証予約は、Y社にとって多額の借財に当たるということが出来る。」

二 本判旨においては、X銀行はY社の取締役会の決議がないことを知っていたという悪意であるという点は否認されたが、他方、次のように過失があったと認定している。

「・・・前認定のとおり、A商事は株主構成の面からも役員構成の面からもY社と密接な関係にあり、A商事の担当者から交付された法人税確定申告書等やその説明、A商事の・・・使用する名刺のマーク等がY社において広く使用されているものと同じであること等に照らして、X社において、A商事がY社の100パーセント子会社であると信じる余地があり、本件融資についてみても、Y社・・・の創業100周年を記念する事業に係るものであり、その事業に関して、A商事の担当者からY社の作成に係る資料を交付され、相応の説明も受け、そして、何よりも、本件融資に先立ち、B代表取締役の記名捺印のある保証予約念書および印鑑証明書の提出を受けたことからすると、X銀行にあっては、Y会社が本件保証予約をするについて真実取締役会の決議に基づくものと考えたというのも肯けないではない。

しかしながら、これらの事情をもって直ちに、Y社が本件保証予約についてその取締役会の決議を経ていないことを知りうべかりしときに当たらないとの証左とすることはできない。まず、Y社とA商事は密接な関係にあるとはいえ、本件保証予約のされた当時においては、Y社は、A商事の株式1200株のうち20株を保有していたにすぎず、それを明らかにするY社の有価証券報告書は、A商事の平成4年度の確定申告書および帝国データバンクの調査報告書と齟齬し、この点に関し、A商事より代理店整理のために同社がY社の100パーセント子会社であるとの印象を避けるべく、右有価証券報告書において関係会社から外す表現をとったとするA商事の担当者の説明も必ずしも自然ではなく、したがってA商事の担当者らの行為をもって直ちにY社の行為と同視することはできない。... これらの事情にもかかわらず、X銀行の担当者は、(省略) 本件保証予約をするにつき、Y社の担当者らに対し直接交渉することすらせず、取締役会の議事録についても、少なくともY社の社内規定の存否については、容易に確認することができるのに、X銀行における取扱いの原則にも反して、Y社担当者らに全く確認をとっていないのであり、そもそもX銀行の担当者において、本件保証予約につき、Y社によって多額の借財に当たるものとしてY社の取締役会の承認が必要であることを認識していたか否かについては疑問なしとせず、利益相反行為として取締役会の承認を必要とすることについても安易に考えていたとみる余地があり、したがって、X銀行においては、本件保証予約について、ひたすら主債務者であるA商事の担当者の説明を轻信したとみる事が出来る。そのほか前認定の諸事情によれば、Y社において本件保証予約の締結につき取締役会の承認を経ていないことを容易に知り得たにもかかわらず、最小限必要な調査すら怠ったといわざるをえない。

以上のとおり、本件にあっては、X銀行において、本件保証予約についてY社の取締役会

の決議を経ないことを知り得べきであったというほかない。」

三 再抗弁について

「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、または知り得べかりしときは、無効であるというべきであるから（最高裁昭和36年（オ）第1378号同40年9月22日第三3法廷判決・民集19巻6号1656頁）、この点に関するX銀行の主張は、失当である。」

四 予備的請求に係る請求原因事実について

「・・・X銀行は、B代表取締役らの右の不法行為による本件保証予約に基づき、保証人として、主たる債務者であるA商事がその債務を履行しない場合にその履行すべき責任を負うことになるところ、前認定のとおり、A商事は、X銀行に対して、合計金1億5000万円を弁済したものの、残元金8億5000万円を支払わないから、X銀行は、右残元金相当の損害を被ったということができる。

ところで、前記認定事実によれば、X銀行は、Y社との間で本件保証予約をするについて、Y社が真実取締役会の決議を経たことについて、通常執りうべき措置を怠ったということができ、前認定の諸事情に照らし、その過失の割合は、右損害のうち3割に相当するものというべきである。」

【検討】

① 「多額の借財」の判断基準の確定

保証予約は、会社法第362条第4項第2号にいう借財に該当すると解されている²⁰⁸。「多額」に該当するか否かの判断基準については、一般に学説は、同条項の重要性および多額性は相対的なものであって、一般的抽象的に決することはできず、会社の規模・状況や財産状態に及ぼす影響を勘案して総合的に判断すべきであるとしている²⁰⁹。本判決は「多額」を判断する際には、〔判例②〕の判示を引用し、本件保証予約はY会社にとって多額の借財に当たると判示している。ただ、「多額」に該当するとの本判決に対しては批判する見解がある。例えば、本判決は10億円の保証予約がYにとって多額であると判断するについて、①Yの資本金、総資産合計額、経常利益の額、負債合計額と、②Yの取締役会規則において1件5億円以上の保証および担保権の設定のほか、③Xにおいて本店と支店の決裁の区分は融資額1億円が基準とされていることも、その判断の基準にしている。しかし、Yにとって取締役会の専決事項となるかどうかの判断基準に、Xの融資の決裁基準を考慮に入れるのはおかしいとの指摘がある²¹⁰。判決は総合判断という〔判例②〕の判示を引用したうえで、多額の借財に該当すると判断したが、「総合判断」という概念には、疑問がないわけではな

²⁰⁸大隅＝今井・前掲注174、186頁。

²⁰⁹大隅＝今井・前掲注174、185頁。

²¹⁰吉田・前掲注175、85頁。

いと指摘²¹¹、できる限りもっと明確な判断基準が望ましいと考えられる。

② 決議のないことを知らないことに過失があるとの認定

取引の相手方には、取締役会決議の不存在を知らないことに過失があるとの本判決の認定について、二つの見解がある。一つは、過失の認定は、取引の相手方に対して過酷ではないかとするものであり、もう一つは本判決の趣旨からすれば、過失の認定が重過失の認定となるから、妥当であるとの見解である。

前者は、本判決の趣旨によれば、取締役会の決議を経ていないことにつき、相手方に軽過失さえあれば、会社は無効を主張できるということになると妥当ではないと指摘する²¹²。

例えば、本件は、保証予約念書の作成、印鑑証明の添付がYの代表取締役と専務取締役との共謀でなされたと認定されているのであり、一部上場会社が取締役会議事録を外部に開示することができないといわれるため、X銀行がそれを信じたことも必ずしも軽率だといえないと考えられる。そこで、取締役会の決議の存否、借財の多額性を疑わせるに十分な事情がある場合のみに、相手方は決議の存否、借財の多額性について確認のための相当の調査や確認の義務が生じると解すべきであると思われ²¹³、さらにその注意義務を著しく欠く場合のみに重過失が認められたうで、会社は無効を主張できると解すべきである²¹⁴。本件の事実認定からすれば、取引の相手方には、重過失があるとは言えないにもかかわらず、取引を無効とする判決であり、これでは取引の安全を確保することができなくなってしまうとする。

次に、後者は、金融業者であるX銀行にとって本件保証予約は多額に該当すると判断し得たケースであり、X銀行には悪意と同視し得た重過失が認定されてよいだろうという見解である²¹⁵。問題とは、Y社の取締役会決議を経ていないことを知らなかったことにつき、X銀行に重過失があったかどうかである。X銀行の担当者らがY社担当者らと交渉することなくA商事の担当者の説明だけを轻信して、Y社の取締役会決議の存否に関する調査義務があるにもかかわらず、Y社の担当者に確認を取らなかった事例であって、Xは著しく注意義務を欠き重過失があったものといえる²¹⁶。したがって、判決は「Yにおいて本件保証予約の締結につき取締役会の承認を経ていないことを容易に知り得たにも拘らず、最小限必要な調査すら怠ったと言わざるを得ない」として重過失を認定しており、その限りで正当であると主張している²¹⁷。

²¹¹吉川栄一「東京地判平成9・3・17批評」ジュリスト1134号（1998年）125頁。

²¹²吉田・前掲注174、86頁。

²¹³吉本・前掲注178、46頁。

²¹⁴吉川・前掲注211、126頁。

²¹⁵中村・前掲注174、51頁。

²¹⁶吉川・前掲注211、126頁、中村・前掲注174、51頁。

²¹⁷吉川・前掲注211、126頁。

このように、一つの事実、一つの裁判所の判決であるにもかかわらず、判例の解釈により、重過失になるかどうかとの判断が異なることが明らかになる。

そこで、重過失を判断する基準は何であるかについて検討すること必要がある。

(4) [判例④] 4I (第一審) 那覇地判平成9年3月25日²¹⁸、

4II (第二審) 福岡高裁那覇支部平成10年2月24日²¹⁹

【事実】

ボウリング場経営その他観光事業を営む株式会社X(原告・被控訴人)は、沖縄県最大の総合建設業K株式会社の関連会社として設立され、Kの代表取締役であり、那覇商工会議所会頭でもあったA(訴外)は、Xの代表取締役である。Aは、ファイナンス会社Y(被告、控訴人)から昭和63年11月に20億円、平成元年5月に9億円を借り受けた際、X所有の不動産につき抵当権を設定し登記をした。Xは以上の借金をそのまま同家族会社でゴルフ場開発を目的とする株式会社Z(訴外)に無担保融資していたが、Zが倒産したことからXも経営悪化に陥ったため、Yは本件抵当権に基づく競売続きを開始した。

Xは①以上の抵当権設定は、商法260条2項2号(会社法第362条第4項第1号)にいう「重要ナル財産ノ処分」に当たるにもかかわらず、Yの担当者訴外Bは取締役会決議の有無について確認していなかったため決議のないことにつき悪意または過失があった。②Aのなした抵当権設定行為は代表取締役の権限濫用であり、この点についてもYは権限濫用の意図を十分に知っていたか、あるいは知り得べき状況にあったと主張し、Yに対して抵当権設定登記の抹消を求め、提起した。(②の争点は本論文では研究対象にしない)。

【判旨】

(一) 第一審の過失の認定

第一審はXの取締役会決議の不存在およびYの悪意または過失を認定した。

① 本件の抵当権設定は旧商法第260条第2項第1号(会社法第362条第4項第1号)にいう「重要ナル財産ノ処分に該当するか否か」についての判断について判決は、「本件土地建物は、Xの営業基盤であり、その保有の継続なしにはXの営業は不可能といっても過言ではない重要な資産である。

したがって、これを第三者に担保として供する行為は、商法260条2項1号の『重要ナル財産ノ処分』に該当するから、取締役会の決議を要する。」とした。

② 専断的行為の効力については、

「株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないでした対外的な取引行為の効力については、『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

²¹⁸判例タイムズ958号259頁。

²¹⁹金融・商事判例1039号3頁。

と解するのが相当である。』(最高裁昭和40年9月22日判決)とする最高裁判決を引用して、取引の効力は原則として有効であるが、取締役会決議がないことを知らないことに悪意または過失がある取引の相手方に対して無効を主張することが認められる」と判断している。

③ 取引の相手方には悪意または過失があるか否かの判断については、

「本件の場合、Yは、平成4年度の営業収入が327億円のいわゆる大手ノンバンクであるから、貸付けに際し、貸付先の企業から担保を取得するについては、商法260条2項1号により当該企業の取締役会の承認決議が必要であることは、十分知悉しているはずである。

しかるに、Yは、第23期(昭和62年7月1日から昭和63年6月30日)の売上高が金2億2676万2784円、経営利益が金294万6334円にすぎないXに対し、売上高の約12倍にあたる莫大な金額を貸し付けるに際して、Xから最も重要な資産の担保提供を受けるにつき、Xにおいて有効な取締役会決議をしたか否かを確認せず、また、それを証する書面の提出すら求めている。

したがって、Yは、本件抵当権設定につき、Xの取締役会の決議が存しないことを知っていたか、もしくは、それを知らないことにつき過失があるというべきである。」

(二) 第二審の過失の認定

控訴審は、代表取締役の専断的行為の効力について原審同様に有効であると解されているが、Xの取締役会決議の存否を知り得たか否か(Yの担当者らには過失があるか否か)については、認定された事実は同様であるにもかかわらず、次に引用する通りYが取締役会決議を経ていないことを知らないことに過失がないと判断し、原審の判決を取消した。

「本件借入れおよび抵当権設定は、X自体に資金需要があったわけではなく、Zにおいてその借入金を実質的に使用するものであって、Yは右事情を認識していたにもかかわらず、Xの取締役会決議がされているかどうかを確認していないというのであるから、Yが細心の注意を欠いていたことは否定しがたい。

しかしながら、右認定事実によれば、Aは、沖縄の最大手企業の一つであるK会社の創業者の長男であり、同族的色彩の強い同社およびその関連会社であるXの各発行済み株式総数のうちの相当な割合の株式を所有し、それぞれの代表取締役を務めるとともに、Zを設立し、その代表取締役の地位にあったものであって、そのような地位にあるAが、Bらに対して、Zは、K会社全体のベンチャー的要素を持った会社であり、K会社のために新たな仕事を作り出していく役割を担っており、同社のゴルフ場開設等の事業のために融資をしてももらいたいと依頼し、その後、十分な担保を求められたため、Kの関連会社のうち担保余力を有する不動産を有するXにおいて、担保を提供し、融資を受けることにしたものである。そして、Kは、いわゆるゼネコンであり、外部から見ると、Zがゴルフ場開発に成功すればその利益を受けうるような関係にある会社であること、Kは相互に協力発展しあう多数の関連会社をもち、その一つであるXも、これまで他事業を行っている関連会社のために、多数回にわたって担保提供をしており、このことは本件土地建物の登記簿謄本からも窺え

ること、その他前記認定にかかるAの地位、融資依頼および契約の行われた場所（Kの社長室）、契約時の同席者（Xの総務部長）等からして、AがBらに行った右のような説明には、何ら不自然なところはなかったものと推認できる。さらに、Aは、契約の際、Xの総務部長（会計、経理等の責任者）であるDをBらに紹介し、Dに契約書にX名下に押捺させたほか、その後も、右借入れを決算書類等に記載させ、取締役会に報告し、承認を得るなど、Xの内部において、特に本件借入れおよび抵当権設定を秘匿しようとした形跡がないうえ、本件借入れ以前にも、Zのゴルフ場開発事業のため、Xの本件土地建物を担保に供することにつき、取締役会決議を経たことがあったことなどからすると、Aは、自分の決定につき、Xの他の取締役から異議を述べられることはないものと判断して行動しており、前記の事情に照らすと、当時においては、仮に取締役会を開催していたとすれば、その承認決議がなされたであろうと思われる状況にあったと考えられるから、BらがAの言動に何らの疑問を持たなかったとしても、すこしも非難されるべき点はなかったというべきである。

確かに、Bらが、本件借入れおよび抵当権設定につき、Xの取締役会の承認決議がされているか否かを確認すれば、右承認決議のないことは分かったであろう。

しかし、右のような状況の下で、前認定のように、Bらは、沖縄における最有力企業の代表取締役で、那覇商工会議所の会頭でもあるAのような人物であれば、当然、Xの内部手続を経ているであろうし、わざわざ確認するのは失礼であると考え、同人に対し、本件借入れおよび抵当権設定に関し、Xの取締役会の決議がされているかどうかの確認をしなかったのであるから、Bらが、右の確認をしなかったことをもって、同人らすなわちYにおいて過失があったということはできない。」とした。

【検討】

過失の認定については、第二審は、取引の相手方には調査義務がないと明確に述べ、取締役会決議を経ている外観を信じている取引の相手方を保護すべきであると判決している。したがって、取締役会決議がないことを知っている、もしくは知らないことに重過失がある取引の相手方に対して、会社側が取引の無効を主張することが認められる点において、判例法上の見解と学説との共通点が見られる。しかも、重過失を判断する一つの基準は疑いない外観（代表取締役の地位からすれば、内部手続きを行うに違いない等）があれば、相手方に注意義務がないと同時に重過失と言えないということである。

しかしながら、裁判所の理由についても、疑問がないわけではない。取締役会決議を経たか否かを調査すれば失礼となるおそれがあるため、確認を行わないことが取引の円滑の面を重視すれば妥当であると判断することは、取締役会の決議を要することの法的意味を失わせる可能性がある。

(5)〔判例⑤〕5Ⅰ（第一審）東京地裁平成10年6月29日²²⁰、

5Ⅱ（第二審）東京高裁平成11年1月27日²²¹

【事実】

訴外A商事は昭和60年にY社（被告）の100%子会社として設立されたが、その後の増資をY社が引き受けなかったため、平成6年当時において、A商事の発行済み株式総数は1200株であるが、そのうちY社は20株を保有するのみで、その持ち株比率は1.66%であった。補助参加人B1（Y社の代表取締役）はA商事の設立当時にA商事の代表取締役であり、平成4年に代表取締役を退任したが、その後もA商事の取締役に引き続き留った。X銀行（原告）は、平成6年2月Y社による保証予約を条件としてA商事に10億円の貸付を行ったが、後にA商事は返済能力がなくなった。ところが、代表取締役B1はY商事を代表して本件連帯保証予約を締結したが、その際、Y社の取締役会の決議を経ていなかったことが後に判明した。

本件貸付および本件連帯保証予約の交渉・締結をしたとき、X銀行の担当者らはAの専務取締役Cの案内でY社を訪ねてY社の専務取締役B2に面会し、本件貸付および本件連帯保証予約を締結することになった旨を告げたところ、B2は「どうぞよろしく申し上げます」などと答えた。また、XはAの代表取締役印の印鑑登録証明書、Y社の保証予約証書、Y社の代表取締役印の印鑑登録証明書等を徴求すると共に、X銀行の内規に従い、Y社の取締役会議事録の交付を求めたが、Cは他の銀行にも提出していないとしてこれを拒否した。これに対してX銀行は取締役会議事録の提出をそれ以上求めることをせず、取締役会議事録に代わる確認書の提出を求めることもなかった。

本件は、以上の事実関係の下で、X銀行はYに対し主位的に本件保証予約の履行を請求し、予備的にBらの不法行為に基づく使用者責任（民法第715条）を追求した事案である。

第一審はXには過失があると認定したうえで、主位的請求を棄却し、予備的請求一部を認容する。

第二審はXには過失がないと認定したうえで、原判決取消、主位的請求を認容した。

これに対して、Yは上告したが、最高裁は上告棄却および上告不受理決定を行った（最高判決平成11年6月24日²²²）

【問題の所在】

本件は第一審も第二審も専断的行為の効力に関する昭和40年の判決を引用して取締役会の決議が要求されるべきにもかかわらず、代表取締役が専断的行為として相手方と行った取引の効力については、心裡留保的構成を採用し、原則として有効であるが、相手方が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判示する。ま

²²⁰判例時報1669号143頁。

²²¹金融・商事判例1062号12頁。

²²²金商1070号10頁。

た、「多額の借財」を判断する点についても、第二審は第一審の判決を引用している。第一審は〔判例③〕判決とほぼ同一の事項²²³について検討を加えていることからすれば、〔判例②〕の判示にしたがって「総合判断」が行われたものと考えられる²²⁴。

しかし、本件で注目すべきは、具体的取引における相手方の過失の有無に関する判断が第一審と第二審とで異なっていることである。そこで、この点を中心に検討する。

【判旨】

(一) 第一審の過失の認定

「Xが金融機関であることに加え、本件融資が新規の取引であり、その額も10億円と極めて高額であること、平成5年3月期末決算におけるA商事の売上高、経常損失および欠損金合計額は、それぞれ約2138万円、約1090万円および約1661万円であること、本件融資の資金使途等に関するA商事の説明が不自然であったことなどからすると、Xは、本件融資に当たり、A商事の説明をうのみにすることなく、資金の使途、Y社とA商事との関係等について慎重に調査をした上で、本件保証予約についての被告取締役会決議の存否を確認すべきであった。

ところが、X社は本件融資を踏み台として将来Y社との取引を開始するために、本件融資の締結を急ぎ、本件融資に当たり、A商事の説明内容の真偽について何ら調査をせず、Xの融資マニュアル上原則として必要とされるYの取締役会議事録の徴求をしなかったばかりか、容易に入手することができる取締役会議事録に代わる確認書の徴求すらせず、本件融資の実行前にB2と面会した際も、取締役会決議の存否を確認しなかった。このように、Xは、本件融資に当たり、Y社に対し、保証予約をすることについての取締役会決議の存否について、何らの確認もしていない。

右の事情に照らせば、Xは、本件保証予約に関し、Y社における取締役会決議が存しないことについて悪意であるか、そうでなくとも取締役会決議が存しないことを知らないことについて、過失はもとより、重過失がある。」

(二) 第二審の過失の認定

「Xが、本件保証予約の締結に関し、右取締役会決議の存在しないことを知り得たかどうかについて見ることにするが、以下に述べるとおり、一審Xが右決議の存在しないことを知り得たと認めることはできないものというべきである。

… 本件融資は、Xから、Yと事実上緊密な関係を有するA商事への貸付であるところ、これに関して締結された本件保証予約は、当時のYのB1と財務を統括していたB2の、い

²²³資本金・総資産合計額・負債合計額の割合はそれぞれ7・75%、0・51%、0・75%、である。さらに、Yの取締役会規則において、1件5億以上の債務保証は取締役会の付議事項とされている。

²²⁴「多額の借財」に当たるか否かについて、①Aの弁済能力の有無、②Yの資本金、総資産合計、③Yの取締役会規則の規定、の3点について具体的な検討したうえで、肯定している。

わば会社の経営の実権を握るナンバーワンとナンバーツーともいうべき二人が共謀し、取締役会決議のないことを承知の上、本件保証予約の締結に必要な手続を採りあるいは書類を作成し、これをXに交付するなどした結果、行われたものである。そして、Xは、A商事のC…のもとにYのB2に面会してYの保証意思を確認するなどしており、右契約の締結自体に関して言えば、必要な諸手続はすべて採られ、しかも、その手続は極めて円滑に進んでおり、右諸手続に疑問を抱かせるに足る事情は全く認められない状況であった。また、Xの事務手続書上では、株式会社が保証人となる場合には原則として当該会社の取締役会議事録を徴求するものとされていたことから、Xの担当者らは、AのCからYの右保証意思を確認したのち、直接Yには尋ねることはしなかったものの、本件融資の債務者であり本件保証予約の締結に関するいわば窓口役ともいうべきA商事に対し、Yの取締役会決議の議事録の提出を求めているのであって、同人から、他の信託銀行との保証予約の締結に当たっても提出していないことを理由に断られ、上場企業等の大企業についてはXとしても取締役会議事録の提出を免除する場合もあることなどから、それ以上の要求は差し控えたのである。上場企業であるYの財務担当の専務取締役から直接本件保証意思の確認を得た上、契約締結自体に必要な手続はすべて履践され、しかも右手続に疑問を抱かせるに足る事情がない以上、これらの経緯を踏まえたXが、Yでは取締役会決議を含む必要な一切の手続が履践されていると信じた（このことは、前記一の前記事実から十分認められる。）としても、軽率であったとの譏りをたやすく受けるべきものとはいえない。右の諸手続が履践されているにもかかわらず、更にXに、直接Yに対して取締役決議の有無を確認し、あるいはその議事録の提出を求めるなどの行為を要求することは、實際上些か酷な要求であるといわざるを得ない（「わざわざ確認するのは失礼」と考えることもあり得るし、そのように考えたとしても、上場企業の専務取締役に対する態度としては極く自然なものであるともいえる。また・・・前記のとおり、本件保証予約の締結が同人と補助参加人との共謀によるものである以上、右要求に沿った実効性のある対応がたやすく得られるとは考えられない。もとより、取締役会決議の存在を確認するため議事録の提出を求めることは一つの有効な手段ではあるが、契約締結の際の状況等諸般の事情如何によっては、必ずしも右の提出を求めるまでの必要はないのである。・・・右に見た諸事情に、このような当時のYの経営実態をも併せ考慮すると、Xが、既にYにおいて取締役会決議を含む一切の必要手続が履践されたものと信じ、それ以上の措置を講じなかったことは、まことにやむを得ないことであったというべきであり、本件保証予約の締結に際し、Xにおいて、Yの取締役会決議が不存在であったことを知り得る状況にあったとは認められないというべきである。

YおよびB1は、取締役会議事録に代わる確認書の徴求をしなかったことを理由に、一審Xの措置についての落ち度を指摘するが、そもそも一審Xとしては、取締役会決議の存在を信じていたのであり、また、先にみた一審Yの経営の実態に徴すると、仮に確認書が徴求されたとしても、それは、正規の手続を経てのものではなく、・・・(若しくは代表取締役たるB1との共謀により)容易に作成され得る公算が大きいのであって、これを求める実質

の意味は乏しく、確認書の徴求をしなかったことが前記判断を左右するものではない。…

他に、Xが、本件保証予約の締結に関して取締役会決議の存在しないことを知り得たことを認めるに足りる証拠はない。

したがって、Yの取締役会決議の不存在につきXに悪意・過失（重過失はもとより）があったとは認められないから、右両者間で締結された本件保証予約は有効であるというべきである。」。

【検討】

第一審と第二審とは、同一の事実関係を基にしているにもかかわらず、判断は正反対に分かれている。

従来判例で、取引の相手方の過失の有無に関して重視されている事情としては、①融資先における貸付金の使用目的そのほかの状況が不自然であったかどうか、②会社ないし担当者に対する確認手段を尽くしたかどうか、といった点が挙げられる（①判例、③判例）。本件は取引の相手方は取締役会議事録を要求したにもかかわらず、これを断られても、それを受け入れたまま、それ以上の手段を取らずに、保証予約を締結したことをどのように評価すべきかが問題がある²²⁵。この点について、第一審は取締役会議事録に代わる確認書を徴求するなど他の手段を取らなかったことを理由に相手方に過失があると判断した。これに対して、第二審の判示は次のような理由を挙げて、本件取引に関する取締役会決議の有無を確認しなかったことにつき、取引の相手方に過失はないと判決した。①会社は上場会社であるから取締役会議事録を直接確認することは、取引の相手方にとっては厳しすぎであり、②会社の経営者らの共謀によって行われたから、例え相手方が確認書を請求しても、簡単に作成されうるから実効性がないこと、③取引を円滑に進めさせるために確認しないのが常である等の理由が挙げられている。①については、学説上も異論がない。取締役会議事録を閲覧することは、裁判所の決定が要求されるため、実務上かなり困難である。これに対して、②と③の裁判所が挙げる理由について、賛成できないという見解がある²²⁶。具体的には、取引の相手方の確認手段が必要とされる理由は、会社の利益と相手方の利益を衡量したうえで、少なくとも一定の場合には取引の相手方に注意義務を果たさせることが望ましい。調査の手段をとっても実効性がないから不要だという主張は理解することが困難である。会社の経営者らが共謀によって不法行為を行ったとしたら、調査することには意味がないという理論は正しいかもしれない。その時には、〔判例③〕の判決に照らすと、使用人の不法行為に関して会社に対する損害賠償を請求することが認められている一つの解決方法があると考えられる。ただ、専断的行為の効力に関する取引の相手方の主観的要件については、それは別の問題である。そのために、②を理由として、取引の相手方に注意義務を免除すると判断していることには、理論上おかしいと思われる。

²²⁵星野豊「本件判批」ジュリスト1192号（2001年）226頁。

²²⁶星野・前掲注225、227頁。

問題は、要するに取締役会の決議のないことを知らなかった取引の相手方をどのレベルで保護すべきか、相手方はどの程度の調査義務を負っているかということになるか²²⁷。しかも、実務上は同様な事実関係にもかかわらず、裁判官の価値観の違いで評価が対立な結果が引き出されている点が問題である。

本判決では、取引の相手方に調査義務がない理由を取り上げるとともに、取引の相手方が善意であれば保護すべきであるとする余地がある。

(6)〔判例⑥〕東京地判平成18年4月26日²²⁸

【事実】

Y社（被告）の創業者の三代目であるBは1994年10月にY社の代表取締役に就任したあと、X社（原告）と合弁会社（P社）を設立し、Q船舶を共同所有して（50%ずつ出資した合弁会社に所有させる）運行する合弁事業を進めた。しかし、Y社はその合弁契約の当事者でなく、V会社（訴外）をY社に代わり合弁契約の当事者とし、V会社の合弁契約上の債務の履行をY社がX社に対して保証するという形式をとることで、合弁事業がなされた。

Bが1998年6月にY社の取締役を退任した。X社またはその関連会社がQ船舶の取得費用そのほかの費用を融資し、5年間の事業終了後にQ船舶を売却して、事業期間中の収支（運航収入、売船収入等の収入から船舶取得費、元利金の返済そのほかの支出を排除する）を計算するとされている。Q船舶は、Y社に傭船に出され、さらに再傭船に出された。X社とY社は、5年間の事業終了後、上記合弁契約に基づきV社がX社に支払うべき損失額が3億2491万円であることに合意した。X社は、V社の保証人であるY社に対して、損失額および遅延損害金等の支払いを請求した。この請求に対して、Y社は、V社の合弁契約上の債務の履行のX社に対する保証債務は（当時の）商法260条2項により、Y社の取締役会決議事項に該当するが、この決議を経ずにまたX社はこれらの事実を知っていたか、知らなかったとすればそのことについて過失があるため、本件保証契約の履行の無効を主張し（第一事件）、さらにBの責任を追及する訴えを提訴した（第二事件）。

本判決は次の判示により、両事件の請求を認めている。

【判旨】

原告請求認定

第一事件におけるX社の過失の有無については、

「(省略)、本件の合弁事業におけるV社の債務の履行保証および本件の合弁事業における合弁契約の締結につき、これらがY社の取締役会決議事項であることおよびY社の取締役会決議を経ないことをX社の担当者が知っていたということはできず、他にX社の担

²²⁷生田治郎「本件判批」判例タイムズ1036号（2000年9月）227頁。

²²⁸判例時報1930号147頁。

当事者がこの事実を知っていたことを認めるに足りる証拠はない。

Y社の取締役会決議事項であることおよびY社の取締役会決議を経ていないことをX社の担当者が知らなかったことについて、X社側に過失があるかどうかを検討するに、(省略)当該過失を基礎付けるに足りる事情があるということはできない。

株式会社の規模や業種によって必要な社内手続が異なることは論をまたないところである。すなわち、Y社のような十数隻程度の支配船舶しか有しない海運業専門の株式会社にとっては一隻の運航収支(特に大幅な赤字)が企業の損益に与える影響は非常に大きいものとなる場所である。他方において、X社のような総合商社にとっては、海運関係は自社が取り扱う様々な業種の中の一部門にすぎない。各部門が担当する個別の契約を一々取締役会付議事項にしていたのでは、付議案件過多により、取締役会自体が機能不全を起し、また、個々の取締役の行うべき日々の業務の妨げともなる結果をもたらす。したがって、長期・短期の事業計画はともかく、個別の契約は、相対的に特に巨額の案件であるなど会社に与える影響が特に大きい一部の限られた案件が「重要ナル業務執行」として取締役会決議事項に該当するにすぎないものとなるのが通常である。

企業は、非常に多くの数の取引先(多くは法人)と様々な内容の契約を締結するのが通常であって、相手方法人の規模、業種、社内手続等が千差万別であることを考慮すると、一々相手方法人の必要な社内手続を確認すべき注意義務を課すことは相当ではない。相手方法人において取締役会決議が必要であるのにこれを経ていない場合において、これを隠して社内手続が完了したと説明してきたときであっても、特段の事情のない限り、その説明を単純に信じたことに過失を問われることはないものというべきである。

本件においては、・・・Y社作成の・・・保証書が取締役会決議を経ていないものであることがX社側に伝えられたことや、そのことをX社側が容易に知ることができたことの証明はなく、本件の合弁事業に係る契約の締結過程においてY社の取締役会決議が必要であることや決議を経ていないことがX社側に伝えられたことを認めるに足りる証拠もなければ、そのことをX社側が容易に知ることができたことを基礎付ける何らかの事情を認めるに足りる証拠もないのである。」

本件は控訴されたが、第一事件については、平成19年12月20日に控訴棄却の判決が言い渡された。

【検討】

判決は「重要な財産」に該当するか否かを判断することは、量的要素より、質的要素を重視にしているように思われる。取引の相手方にとってある財産が「重要な財産」に当たるかどうかを認定する際には、その取引先の会社の状況を基準にして判断しなければならない。例えば、取引の相手方としての自分の立場からすれば、重要な財産でなくても、「重要な財産」の判断基準は自分の立場からの判断基準ではないとされている。

次に、「相手方法人において取締役会決議が必要であるのにこれを経ていない場合において、これを隠して社内手続が完了したと説明してきたときであっても、特段の事情のない

限り、その説明を単純に信じたことに過失を問われることはないものというべきである。」と判断して、取引の相手方が信頼をすれば、保護すべきであるとしている。ただし、信頼保護の法理は、すべての第三者を保護すべきではない（主観要件が要求される）。前記の判決からすれば、信頼保護の法理の理論構成は再検討が必要ではないかと思われる。

(7)〔判例⑦〕最高裁平成21年4月17日²²⁹

【事実】

Aは墓地開発運營業を営む株式会社である。Aは、Y社から月3分（年36%）の利息で平成8年から平成12年まで、7回にわたり資金を借り入れた（以下「本件借入れ」という。）。本件借入れの利息は利息制限法の上限を超過しており、当該超過分を元本に充当すると、本件借入れの最終弁済期日である平成16年4月27日までには完了し、AはYに対して過払金返還請求権（以下「本件過払金返還請求権」という。）を取得していた。

平成16年5月、Aは、約20億円の負債を負って銀行取引停止処分を受け、事実上倒産した。AはXからも昭和62年から借入れをしており、倒産時にはXに対して3億円余の借入金債務を負担していた。

Aの代表取締役であるBとXの代表取締役であるCは、平成16年12月、本件過払金返済請求権をXに譲渡する旨を合意した（以下「本件債権譲渡」という。）。本件債権譲渡当時には、Aには本件過払金返済請求権以外には価値ある財産はほとんどなく、また本件債権譲渡を承認する旨のその取締役会決議はなされてなかった。Xは、本件債権譲渡の際、これらの事情を知っていた。

以上の事実の下で、XがYに対して本件過払金返済請求権に基づく支払を求めたことに対し、Yは本件債権譲渡がAの取締役会決議を要する「重要な財産の処分」（会社法362条4項）に該当し、本件ではAの取締役会決議を経ないため無効であると主張した。

第一審（横浜地裁小田原支判平成18年12月15日）²³⁰

本件債権譲渡は、AがXに対して負担していた3億円の債務に対する担保提供としてなされたものであり、しかもそれがなされたのはAが事実上倒産し、その業務がなされていない段階であって、株主保護を目的とする取締役会の業務執行に関する会社法の規定の適用場面というよりは、むしろ倒産の規制が及ぶ時期に実施されたとの観点から、業務執行機関として取締役会決議を必要とする「重要な財産の処分」に当たると解することはできないとして、Xの本件過払金返済請求権に基づく請求を認容した。

第二審（東京高判平成19年4月25日²³¹）

本件債権譲渡の時点において、本件過払金返済請求権がAのほとんど唯一の財産であっ

²²⁹判例タイムズ1299号140号。

²³⁰金判1326号47頁。

²³¹金判1326号41頁。

たため、本件債権譲渡は、会社法 362 条 4 項 2 項にいう「重要な財産の処分」に当たりますが、A において取締役会決議による承認を経ず、かつ X がその旨を知っていたため、本件債権譲渡は無効であるとして、X の請求を棄却した。

上告審

【判旨】

破棄差戻し

(一) 原審の「重要な財産」の判断を批判して、総合判断という意味を確定している。旧商法 260 条 2 項 1 号所定の「重要な財産の処分」に該当するか否かについて、最高裁判所平成 6 年 1 月 20 日第一小法廷判決（民集 48 卷 1 号 1 頁）は、「当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様および会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である」と判示している。

(二) 専断的行為の効力については、

「旧商法 260 条 2 項 1 号違反行為の効力については、一般に無効といわれているが、最高裁判所第三小法廷昭和 40 年 9 月 22 日判決（民集 19 卷 6 号 1656 頁）は、昭和 56 年改正前の旧商法 260 条に関するものであるが、株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないで行なった対外的な個々の取引行為の効力について、『株式会社の一定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、取締役会の決議にしたがって、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ずして行う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。』と判示しており、同判決の最高裁判所判例解説によれば、民法 93 条本文の法理に準拠したものと解されている。」

(三) 専断的行為の効力が無効であると主張できる主体、

「…この点、同じく会社保護を目的とする旧商法 265 条が取締役と会社間の利益相反的取引に取締役会の承認を要するとしているところ、同条違反の行為の効力について、…相対的無効説をとっている。

…旧商法 265 条違反の場合は、無効主張を当該会社に限定するのが判例・学説の大勢であり、旧商法 260 条 2 項違反の場合についても、同様の立法趣旨からすれば、別異に解すべき根拠はなく、会社以外の第三者に無効主張を認めるべきではない。このような第三者からの無効主張を許せば、法的安定性を著しく害する結果となる。」と判決している。

【検討】

この判決は最高裁の判決として、以下述べるように 3 つの意味を持っている。

第一は、既に検討した〔判例①〕の判示を引用し、民法第93条但書を類推適用することを明らかにして、昭和56商法改正後の法規定事項と内部規定事項を区別し専断的効力を判断することが必要であるのではないかの疑問に対して判例法上解決したのである。すなわち、平成17年改正後、専断的行為の効力については、昭和56年商法改正により、法律規制事項による専断的行為の効力も、この改正前の内部規定事項による専断的行為の効力と同視している点である。

第二は、「重要な財産」を判断する基準については、〔判例②〕は、① 当該財産の価額、② 会社の総資産に占める割合、③ 財産の保有目的、④ 処分行為の態様、⑤ 会社における従来取扱い、の5点を例示し、これらの事情等を総合的に考慮するよう判示している。それに対して、原判決は、① 当該財産の価額、② 会社の総資産に占める割合の2点だけを取り上げ、その他の要素を考慮することなく、形式的に「重要な財産の処分」に当たるとし、原判決のこの判示は、上記最高裁判所の求める総合的考慮による判断に反すとされた。

結局、原審は量的要素のみを判断基準にしたのに対して、「最高裁判所〔判例②〕総合的考慮による判断に反する」という判示は、事実上の財産の価額が低すぎか、高すぎかにもかかわらず、実質的要素も含めて考慮しないと判断できないとされている点である。すなわち、「総合的考慮」という判断基準によって、一円である場合でも、「多額の財産」、「重要な財産」に当該する可能性があるし、会社の総資産に占める割合がかなり高い場合でも、「多額の財産」、「重要な財産」に当該しない可能性もある。

第三は、専断的行為は原則として有効であるが、悪意・過失ある取引の相手方に対して無効であると主張することが認められる。本判決は、専断的行為の効力が無効であると主張できる主体の範囲について判断した初めての判決である点である。具体的には、基本的に特別な事情がない限り会社しか専断的行為の効力の無効の主張はできないこととされる。

(8) 〔判例⑧〕東京地判平成24年2月21日²³²

【事実】

Y(被告)は、有線テレビ放送事業を行う株式会社で、A株式会社を筆頭とするグループがその株式の47%を保有していた。Yの代表取締役専務B(Aの専務取締役を兼務)は、資金繰り等を担当していた。

平成17年6月、都市銀行である株式会社X(原告)の法人営業部の部長代理Cは、取引先からBを紹介され、同年12月ごろ、Bから融資を求める話がCに持ち込まれた。Bから説明された借入金の用途は、地上デジタル放送配信プロジェクトのための運転資金というものであり、借入金の相当部分は、Aからの仕入れた端末の購入代金などとしてAに支払わ

²³²判例時報2161号120頁。

れるというものであった。Xは、Yの法人登記の履歴全部事項証明やYおよびAグループ系企業の過去3年間の財務関係書類を検討した結果、2億円の融資を決定した。(以下、この融資に関わる契約を「本件契約」という。)。なお、Y側の本件契約の交渉および手続は、専らBが担当していた。

CがBに対し、本件借入れについてYの取締役会決議が必要かどうかを確認したところ、Yには、取締役会の承認なく借り入れることのできる額についての内部基準が存在しないにもかかわらず、Bは、取締役会決議は不要であるとの返答をした。Cは、上記内部基準の存在を含め、取締役会決議が不要となる根拠について確認・調査することなく、平成18年1月31日、本件貸付を実行した。

本件借入金債務は、平成18年4月30日を初回として、以後3か月ごとに分割返済期日が来ることとなっていたが、4回目の支払い以降はAからYに対する入金がなく、そのためYはXに対する本件借入金債務の債務の返済を滞らせていた。その後、Yは、本件借入金債務の債務者をAに変更するよう申し入れたが、Xの了承が得られず実現しなかった。翌年6月13日、Aは、東京地方裁判所において破産手続き開始決定を受けた。

XはYに対して、主位的請求として、貸金残金および利息、遅延損害金を求め、予備的請求として、貸金残金の不当利得返還請求(民法703条)を求めた。これに対して、Yは、①本件契約に関わる2億円もの借入れは、会社法362条4項2号所定の「多額の借財」に当たり、Yの取締役会の承認決議が必要であるところ、Yの取締役会では本件契約を承認した事実がなく、Xはこのことに知っていたか、知らなかったことにつき過失があったこと、②Xは、YがAに対して名義を貸したに過ぎないことを認識しながら、Yとの間で本件契約を締結したものであるから、民法93条ただし書きの適用ないし類推適用により、本件契約は無効であること、などを主張した。

【判旨】

主位的請求否認、予備的請求認容

(一) 取締役会決議の必要な「多額の借財」について

「(会社法362条4項2号所定の)『多額の借財』に該当するかどうかは、当該借財の額、その会社の総資産および経常利益などに占める割合、当該借財の目的および会社における従来の取り扱いなどの事情を総合的に考慮して判断すべきである。

これを本件についてみるに、Yの(略)資本金が11億1800万円、(略)総資産が合計約35億、平成17年9月期の売上が約6億8233万円、経常利益が約600万円であったことは当時者間に争いがなく、他方、本件契約に関わる借財の額は2億円であるから、この額は、当時のYの資本金の約17.9%、資産の約5.7%、経常利益の約33.3倍に相当することになり、また、分割返済の負担も、元金だけで年額6664万円に上り、これに支払利息を含めると、年間売上げのほぼ10%に相当する程度の金額となる。このような点だけから考えても、本件契約に係わる借財は、Yの財務、経営への影響が極めて大きいものといえることができる。」

「以上の認定判断を総合すれば、本件契約に基づく借財は、取締役会の承認決議が必要な

『多額の借財』に当たると解するのが相当である。」と判示した。

(二) 取締役会の決議がないこととXの悪意・過失の有無

「X(担当者C)は、本件契約の締結に当たり、Bから、本件契約についてY取締役会の承認決議は不要であると聞き、これを信じたことが認められるから、Xが上記取締役会決議の欠陥について悪意であったことは明らかである。

また、『本件契約に基づく借入れが多額の借財に当たり取締役会決議が必要とされること』を知らなかったことに着目したとしても、(略)Xには過失があるというべきである。すなわち、Cは、本件契約に先立って、Yの法人登記の履歴全部事項証書および過去3年分の決算書などを徴求していた(略)のであるから、Xにおいて、(略)『多額の借財』該当性を基礎づける事情のうち、Yの資本金、総資金、売上げ、経常利益、これらと借財の額との関係は十分認識していたものと認められる。また、『多額の借財』該当性を基礎づける事情のうちの本件貸付金の使途に関していえば、Aへの運転資金の転貸融資という実際の目的をCが知らなかったことは上記のとおりであるが、本件全証拠に照らしても、Cは、Bから聞いていた資金使途について、客観的な資料を徴求するなどの調査を尽くしたとは認められず、この点に関して、Xには過失があったというべきである。」とし、Xの主位的請求を認容しなかった。(ただし、予備的請求である不当利得返還請求は認容された)

【検討】

本判決は、会社法第362条第4項第2号の「多額の借財」該当性について、平成17年改正前商法第260条第2項に関する判例を踏襲したが、「多額の借財」該当性について相手方の過失²³³を認めて融資契約を無効とした初めての裁判例であり、理論上・実務上極めて重要な意義を有すると考えられる²³⁴。

2. 判例研究

(1) 「重要な財産」、「多額の借財」(以下「重要な業務執行」という。)等に該当するか否かの判断基準

「重要な業務執行」に関するリーディン・ケースが最判平成6年1月20日である〔判例②〕。この最判は「商法260条2項1号にいう重要な財産の処分に該当するかどうかは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様および会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべき」と判決した。

下級判は、前記〔判例②〕の判断基準に関する判示を引用している(〔判例③〕、〔判例④〕、

²³³本判決の前の〔判例①〕、〔判例②〕、〔判例③〕、〔判例④〕、〔判例⑤〕、〔判例⑥〕等の判示は、取引の相手方に悪意・過失があるか否か判断する際には、取引の相手方の「多額の借財」・「重要な財産」該当性についての過失等を判断していない。

²³⁴神吉・前掲注174、2頁。

〔判例⑤〕、〔判例⑥〕、〔判例⑦〕等)。さらに、基本的に学説²³⁵も最高裁判決 (〔判例②〕)と同様の立場に則し、量的要素と質的要素を含む点からみて「多額の借財」、「重要な財産」に当たるかどうかで判断するほかなく、すべての会社に対して統一的な基準を定めることができないとする²³⁶。

量的要素は、①当該財産の額、②その会社の総資産および③経常利益等に占める割合を示す。

これに対して、質的要素とは、④当該借財の目的、⑤その会社における従来の取り扱いである。以上の5つの要素を考慮要素とすると同時に、個々の取引の内容、各当事者との関係等、様々な事情を指す。そのため、判断基準は抽象的・相当的であらざるを得ないため、重要・多額の基準が何に求められるかは、具体的には明らかにならない。

(a) 量的要素

判例法上、一般的に裁判所が①、②、③を会社法第362条第4項第2号の「重要な業務執行」に該当すると判断すれば、取引の相手方は「重要な業務執行」の該当性を知っていると擬制しているとされているようである (判例検討の結果)。そのために、前者を判断する際には、悪意・過失等について議論する余地がない (〔判例①〕、〔判例②〕、〔判例③〕、〔判例④〕、〔判例⑤〕等)。

次表で〔判例③〕および〔判例⑧〕の「多額財産」の判断基準に関する量的要素を簡単に紹介する。

²³⁵借財が多額であるかどうかは、相対的のものであって、すべての会社について一律に決めることはできず、会社の規模、業種、当該借財の額、資本金・資産状態・収益力等の会社の状況、当該借財の目的・その金額および会社の従来の取扱い等を勘案して個別具体的に決するほかないとしている (鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法』〔第三版〕有斐閣 (1994年) 175頁)

²³⁶吉川・前掲注 211、125頁、相原・前掲注 178、89頁。

	資本金（円）		総資金（円）		直近の経常利益（円）		他の財務数値（円）	
	貸付当時	貸付の金額の割合	貸付当時	貸付の金額の割合	貸付当時	貸付の金額の割合		
判例③	129億弱	7.7%	1937億弱	0.51%	40億5000万	24.6%	負債合計	
							1328億強	0.75%
判例⑧	11億1800万	7.9%	35億	5.7%	600万	33.3倍	直近の売上	
							6億8200万	10%（年間弁償負担額）

（「多額の借財」に該当すると判断する基準の量的要素〔表3〕）

(b) 質的要素の判断基準

最高裁平成21年4月17日判決〔判例⑦〕が原審を取消した理由は、原審が「重要な業務執行」に当たるか否かを判断する際に、量的要素のみ判断して、質的要素に関することの判断をしていなかったため、「重要な財産」に該当するか否かの判断基準が「総合判断」であると判示した最高判決〔判例②〕に違反していることを指摘し、原審の判決を取消し、原審に差し戻した。そこでは、前者（量的要素）のみに基づき、「重要な業務執行」に該当するか否かを判断することはできないと明らかにしている。

さらに、〔判例⑧〕の判示の趣旨からすれば、被告の貸付金の使途が無担保の転貸融資であり、回収不能の場合の被告の財産状況に与える影響の大きさが考慮されたため、質的要素の④については、量的要素以外のあらゆる要素が勘案される必要がある。しかし、質的要素については、量的要素に比べて、数字計算ではないため、判断基準を明らかにしていないという問題がある（〔判例⑧〕）。さらに、「重要な業務執行」に当たるか否かについて判断する際には、当該財産の価額やその会社の総資産に占める割合等といった量的要素の検討が必要といっても、裁判所の判断により「重要な業務執行」になるか否かの認定は質的要素に重視する傾向があるようである²³⁷。例えば、〔判例⑥〕、〔判例⑧〕からみると、会社の状況によっては、財産、借金が一円でも、「多額の借財」、「重要な財産」に当たると考える余地がある。

²³⁷相原・前掲注178、91頁。

(2) 会社法第 364 条第 4 項の決議を欠く取引の効力

(a) 判例

昭和 25 年改正前は、大審院判例（大判昭和 3 年 9 月 7 日新法 163 号 13 頁）によると、定款に会社の重要事項については取締役会の決議を経なければならないと定められている場合でも、これは取締役の代理権に加えた制限ではなく、取締役会の決議を経ずに会社を代表して他人との間に連帯責任負担契約を締結した場合には、取締役会決議は取締役の内部的な手続き義務を定めたものに過ぎないから、決議を経ないことにつき悪意の相手方に対しても無効を主張できないと判決した。さらに、取締役が代表行為をするにつき社長の同意を要求し、あるいは重役会決議により代表権を行使しうる者を限定した場合にも、これに反する代表行為も善意の第三者に対しては有効であるとする判例（東京判昭和 2 年 7 月 29 日新聞 2741 号 11 頁、東京地判昭和 10 年 11 月 30 日新聞 3947 号 11 頁）があった。ただし、昭和 25 年改正により取締役会が法定の機関とされ、業務執行は取締役会が決する事項が定められたため、昭和 25 年改正前と同様に解することができるかについて疑問の余地があると指摘された²³⁸。

しかし、昭和 25 年改正後も、必要な取締役会決議を経ずに行われた取引の効力に関するリーディングケースである最判昭 40 年 9 月 22 日判決〔判例①〕は、定款上必要とされた取締役会決議を経ない取引について、「代表取締役は、株式会社の業務に関して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、相手方が右の決議を経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。調査官解説によれば、同判決は民法第 93 条の法理に準拠したものである²³⁹。下級審判例は、心裡留保説の理論構成に対する強い批判があるにもかかわらず、昭和 56 年商法改正で設けられた旧商法第 260 条第 2 項（会社法第 362 条 4 項）の取締役会の決議を欠く取引の効力についても、一貫して同最高裁の判決の判断枠組みを踏襲している²⁴⁰。しかしながら、昭和 56 年改正によって、代表取締役の専断的行為は、

²³⁸竹内「判評」・前掲注 169、635 頁。

²³⁹昭和 56 年商法改正前に民法 93 条類推適用説を支持するものは、松田二郎＝鈴木忠『条解株式会社法（上）』弘文堂（1951 年）284 頁。

²⁴⁰下級審判例として：大阪地判平成 6 年 9 月 28 日（判例時報 1515 号 158 頁）、新潟地長岡支判平成 8 年 12 月 4 日判例（時報 1593 号 105 頁）、那覇地判平成 9 年 3 月 25 日（判例時報 1617 号 131 頁）〔判例④Ⅱ〕、福岡高那覇支判平成 10 年 2 月 24 日（金融・商事判例 1039 号 3 頁）〔判例④Ⅱ〕、東京地判平成 10 年 6 月 29 日（判例時報 1669 号 143 頁）〔判例⑤Ⅰ〕、東京高判平成 11 月 1 月 27 日（金融法務事情 1538 号 68 頁）〔判例⑤Ⅱ〕。また、最判平成 21 年 4 月 17 日（金判 1326 号 37 頁、判タ 1299 号 140 頁）〔判例⑦〕は昭和 40 年判決〔判

内規事項のみに限定とする従来の理解に加えて、法規定事項による取締役会の決議が要求される場合にまで代表取締役がその決議を経ずに取引を行った行為も含まれることになった。したがって、代表取締役の専断行為の効力については、昭和 56 年改正前の考え方は変更されることが必要となり、内規事項違反専断的行為と法規定事項違反専断的行為を区別して、議論すべきではないかという疑問が取り上げられた²⁴¹。ただ、このような疑問にかかわらず、平成 17 年会社法改正後も、判例⑦、判例⑧は、昭和 40 年最判〔判例①〕が示したこの問題についての一般論が現行法の下でも妥当する旨を判示する²⁴²。

(b) 専断的行為の効力についての判例法に対する批判の検討

① 内規事項違反専断的行為と法規定事項違反専断的行為を区別して、議論すべきであるか否かという問題

〔判例①〕は、「代表取締役は、株式会社の業務に関して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る」と判決している。そこで、代表取締役の代表権限は包括的・無制限的であり、取締役会決議を要することによって代表取締役の代表権行使が制限されることはできないと解されるべきであると思われる。この理解を導く理論構成としては、業務執行に関する取締役会の権限と代表取締役の権限との関係は委任関係でなく、会社の別々の業務執行機関の関係であると解すれば、判例法の見解は不思議ではない。すなわち、取締役会が業務執行を決定する権限を有し、代表取締役が業務執行を執行する権限（会社の代表）を有する。したがって、本来の代表取締役の代表権限は取締役会によって、制限されないと解するとともに、内部規定か法律規定かのいずれの場合でも、取締役会の決議が要求される場合にも、その決議を経ずになされた代表取締役の行為も代表取締役の代表権限の範囲内でなされると解されていると思われる。そのために、昭和 56 年商法改正後、取締役会の専断事項を法定化するにもかかわらず、専断的行為が原則として、有効であると解することには、何も疑問がないと考えられる²⁴³。

② 代表取締役の専断行為の効力について、民法第 93 条但書きの類推適用の理論構成が、

例①〕を引用したうえで、取締役会決議を経ていないことを理由とする取引の無効は、原則として会社のみが主張することができる旨、判示した。

²⁴¹田中・前掲注 159、6 頁、島十四郎「改正商法下における 260 条および 265 条の決議の法的性質と銀行実務上の問題点」手形研究 331 号（1982 年）10 頁、豊水・前掲注 152、1865 頁、豊水・前掲注 159、17 - 18 頁。

²⁴²〔判例⑦〕は最高裁として、平成 17 年会社法後、初めて専断的効力は最高裁判決①を引用し、肯定している。

²⁴³米沢・前掲注 173、10 - 11 頁。

妥当であるか否かの問題

専断的行為の効力については、以上紹介したすべての判決を通じて、専断的行為の効力は原則として有効であることが明らかになる。しかし、当然ながら専断的行為の効力の法律構成が民法第93条但書きを類推適用することであるとすることは判示の趣旨には一切書かれていない²⁴⁴。専断的行為の効力が有効であるとの判例法の見解は心裡留保法理（民法第93条但書き）に基づくという帰結は単に判例の判決の解説によって導かれたものにすぎない²⁴⁵。

そこで、専断的行為の効力を巡る問題について、判例法の専断的行為の効力の問題解決の仕方が民法第93条但書の類推適用であるとの解説を認めつつも、法人たる会社の業務執行機関の代表行為は、自然人の意思表示の真意と表示が不一致である場合と同様に取り扱うことにはやはり疑問がある²⁴⁶。また、判例法の見解が心裡留保法理に基づいて民法第93条但書きを類推適用していると解することが本当にできるかという疑問もある²⁴⁷。具体的には、後者は、専断的行為の効力については、判例法の見解が本当に心裡留保法理に基づき、

²⁴⁴専断的行為の効力について、一見して、確立済みの判例理論の単なる適用例とも読める判例の中には、このように表面化していない理論的再検討の余地があるとの指摘がある（菊地雄介「重要なる業務執行の該当性に関する判断基準と代表取締役の専断的行為の効力（東京地判平成18年4月26日判評）」受験新報668号（2006年10月）23頁。

²⁴⁵この点については、判例⑦の判決の趣旨により、肯定している。

²⁴⁶民法93条ただし書きの理論構成を照らして判例の見解を批判している見解については本章第2節1（専断的行為の効力についての学説）において、詳しく述べた。

²⁴⁷竹内の見解：「本件判示が調査官の解説によれば、民法93条の法理によるという考え方をとったのは、同条が本来意思と表示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ようである。しかし、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、場合によりあるいは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という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決定とは、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。そうだとすれば、93条の法理を応援するのは適切ではなく、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とみて、民法54条（商法261条3項）の法理によって処理するか、それでも、衡平の原則の具体化として認められる一般悪意の抗弁によって処理するのが適用であろう」（竹内「判評」・前掲注169、636頁）。

その行為の効力が原則に有効であるとされるか否かの疑問がある。

専断的行為の効力が原則として有効であるという裁判所の判断は、心裡留保法理でなく信義則法理に基づくと解することも構わないと考える余地もある。民法第93条も信義則法理が具体化される場合であり、自然人は表意者の真意と表示が不一致の場合には、意思主義²⁴⁸を支持する原則の例外として、表示主義²⁴⁹を支持することが認められる。しかしながら、この例外は取引の相手方を保護するために設けられているのであって、保護すべきではない悪意・過失ある相手方は例外の範囲に外し、法律の原則に戻ることは本条の但書の意味であると思われる²⁵⁰。したがって、法人たる会社の代表者の専断的行為の効力が、民法第93条を類推適用すると解するとともに、原則として専断的行為の効力は無効であるが、例外として専断的行為の効力は有効であると解し、民法第93条但書を類推適用したうえで、悪意もしくは過失ある取引の相手方に対して取引が無効であると主張することが認められると同時に、例外としてでなく原則として意思主義に戻ると解すべきであろうか。つまり、民法第93条の趣旨²⁵¹と判例上の見解²⁵²を照らしてみた時には、理論構成には共通性がないと思われる。例えば、権限濫用行為²⁵³の場合には、代表取締役は真意と表示が不一致であると解すれば納得できるが、専断的行為の場合にはかなり困難であると考えられる。したがって、判例法の見解についての疑問は判示の趣旨の理論構成でなく、単に法律構成（理

²⁴⁸意思主義は、表示に対応する意思（効果意思）がなければならぬ、という立場が原則とされてきた（内田貴『民法Ⅰ〔第三版〕総則・物件総論』東京大学出版会（2005年）47頁）。

²⁴⁹表示主義は、意思表示の効力を表示されたところを基準に決めていくという立場である。例えば、表示に対応する意思がなくても、有効な意思表示と考えるわけである。

²⁵⁰民法第93条但書は、「相手方は表意者の真意を知り、または知ることができたときは、その意思表示は無効とする」と規定している。民法の解釈において、「知り」とは悪意であることには商法の解釈上も異論がない。しかしながら、「知ることができたとき」とは、本気でないことに気づくのが普通であるのに、うっかりして（過失で）気づかなかった場合をいうという民法の解釈と商法上の解釈との間では異なる可能性がある（内田・前掲注248、48頁）。

²⁵¹意思表示の表意者が、表示行為に対応する真意のないことを知りながら行われた意思表示を心裡留保という（内田・前掲注248、47頁）。

²⁵²「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行為を、右の決議を経ないでした場合でも、右の取引行為は内部的意志決定を欠くに止まるから、原則として有効であって、ただ、相手方が右の決議を経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」〔判例①〕。

²⁵³代表取締役の代表権の範囲内ではあっても、自己または第三者の利益のためになされた代表権濫用行為については、心裡留保に関する民法93条を以って処理する判例の立場である（最一判昭和38・9・5民集17巻8号909頁）。

由づけ)が明確でないにすぎない点にある²⁵⁴。判例法の見解が専断的行為の効力は原則として有効であるが、取引の相手方に悪意・(重)過失があれば、会社は取引が無効であると主張することが認められるという判示は、民法第93条の類推適用でなく、単に民法第1条第2項の信義則を適用したものと解することもできると考えられる。すなわち、専断的行為の効力を巡る問題については、当初は代表取締役の専断的行為は代表者の代表権限の範囲内で行われた行為であるため、原則として会社の行為と見做し行為の効力は会社に帰属するはずであるが、会社の内部手続きが行われなかったことを知っているまたは知らないことに(重)過失がある相手方に対しては、会社は無効の主張をすることができることとなる。

(3) 取締役会決議のないことにつき善意である相手方の過失の有無について、検討する。

下級審判例²⁵⁵は一貫して最高裁昭和40年9月23日判決〔判例①〕の立場を踏襲して、会社は悪意の相手方に対してのみならず、取締役会決議を経していないことを知らないことに過失がある相手方にも無効を主張できるとしている。

(a) 過失を判断する順序

学説上、有力な学説によれば、会社法第362条第4項違反の取引の効力については、会社は相手方の悪意または(重)過失を主張・立証して取引の無効を相手方に対抗できると解している(第2編第2章第2節2,3参照)。この場合には、相手方が悪意といえるためには、①当該取引は会社法第362条第4項に該当することを知っているとともに、②取締役会の決議がないことも知っていることが必要である²⁵⁶。言い換えれば、相手方は取引が会社法第362条第4項の「重要な業務執行」に当たることを知っていなければ、当然悪意ではないため、取締役会の決議の存否について議論すべきではない²⁵⁷。さらに、信頼する相手方は原則として保護されるべきであるから、特段の事項がない限り相手方は決議の存否につき常に一般的な調査義務を負わないが、取締役会の専断事項該当性(①)と取締役会決議の存否(②)を疑わせる相当な事情がある場合には、相手方は調査義務を負い、この注意義務を尽くさないときに重過失があったものとして保護されない²⁵⁸。

これに対して、法定事項の場合には、①については、相手方は当然に知っていると思えずと解されるため、相手方に悪意があるか否かは②の問題しかないという見解もある²⁵⁹。こ

²⁵⁴吉本・前掲注178、46頁。

²⁵⁵大阪地判平成6年9月28日(判例時報1515号158頁)、新潟地長岡支判平成8年12月4日(判例時報1593号105頁)、〔判例④Ⅰ、Ⅱ〕、〔判例⑤Ⅰ、Ⅱ〕、〔判例⑥〕、〔判例⑦〕、〔判例⑧〕。

²⁵⁶中村・前掲注174、50頁。

²⁵⁷吉本・前掲注178、45頁。

²⁵⁸吉本・前掲注178、46頁。

²⁵⁹米沢・前掲注173、31-32頁。

の見解も判例の立場であると考えられる²⁶⁰。

具体的に、取引の相手方の過失を認定する際に、①と②の過失をどのように認定すればよいかを巡る問題についての判例の流れを見ると、専ら②の悪意または過失の有無が問われて来た。①の場面では悪意・過失の有無を問わないようである²⁶¹。ただ、〔判例⑧〕は判例として初めて①の悪意・過失があることを理由として、専断的行為が無効であると判示している。しかし、判例法上、取引の相手方の取締役会決議の存否に悪意・過失があるか否かの認定のまえに、当該取引が取締役会の専断事項に当たることに悪意・過失があるか否かを認定するとの順序を解決するようであると言えるか否かの疑問がある。

ただ、裁判所の見解からすれば、取引の相手方の悪意・有過失の認定について、過失を認定する基準は何かという問題がある²⁶²。また、相手方は①、②に関してどの程度・方法による調査すれば良いであろうかという問題もある。例えば、①と②の過失を認定する基準は同じであるかというものである。

そこで、裁判所はどのようにして①と②の過失の有無を判断しているかについて検討する。

(b) 過失の判断基準

〔判例①〕の判示の趣旨によると、過失の判断基準は、保護すべき取引の相手方、ある程度の調査義務を認め、単に善意であるのみではなく過失のないことをも要するとする²⁶³。取引の相手方に過失すなわち、調査義務を要するとする判例に対しては、学説上に強い批判がある（本章第2節1参照）。しかし、実務上、過失があるか否かの判断についての調査義務の範囲を限定して解することで学説の批判に応えたものと解することもできる考えられる²⁶⁴。

例えば、会社が借入れ債務の弁済を担保するためにその営業基盤としている土地に抵当権を設定する契約を取締役会の決議なく締結した行為につき、同社の代表取締役が地元の有力者であり、会社が属する企業グループを支配する人物であったところから、取引の相手方が当該取締役に内部手続きを経ていることをわざわざ確認することは失礼であろうと考え、確認しなかったことにつき、過失を否定した判例がある（〔判例④〕の第二審判決）。また、会社が上場会社であることから取締役会議事録の有無を直接確認することは、取引の相手方にとっては厳しすぎるものであり、さらに会社の経営者らの共謀によって行われ

²⁶⁰ 〔判例①〕、〔判例②〕、〔判例③〕〔判例④Ⅰ、Ⅱ〕、〔判例⑤Ⅰ、Ⅱ〕、〔判例⑥〕、〔判例⑦〕

²⁶¹ 〔判例①〕、〔判例②〕、〔判例③〕、〔判例④〕、〔判例⑤〕、〔判例⑥〕、〔判例⑦〕

²⁶² ②の過失を認定する際に、同じ事実にもかかわらず、一審と二審が正反対判決を下したことがしばしば見られる。

²⁶³ これを妥当と評価する見解（山口・前掲注170、658頁）。

²⁶⁴ 鳥山恭一「東京地判平成18年4月26日判評」法セ621号（2006年9月）111頁。

た場合に、相手方が確認書を要求しても、簡単に作成されうるから実効性がないこと、取引が円滑を進めるために確認しないような場合が常であるといったことを理由に、議事録以外の他の書類を確認しなかったことにつき、過失を否定した判例がある（〔判例⑤〕の第二審判決）。さらに、〔判例⑥〕は「相手方において取締役会決議が必要であるのに、これを経していない場合において、これを隠して社内手続きが完了したと説明してきたときであっても、特段の事情のない限り、その説明を単純に信じたことに過失を問われることはないものというべきである」と判決している。

このような裁判所の判断傾向が一般的であるとすれば、判例の判断枠組みにおいて要求される調査義務は、かなり緩やかなものであるといえる²⁶⁵と共に、過失の代わりに重過失があるか否かについて判断するという傾向になってきているように思われる²⁶⁶。特に、取引の相手方が代表取締役等の取締役会を経たという説明を信じた際に、特別疑う事情がない限り調査義務を負わないとされている²⁶⁷。

しかしながら、相手方の悪意・無過失を上記①および②の両方で問い、かつ、①の「多額の借財」該当性の点に関して取引の相手方の過失を判断する際には、代表取締役等の取締役会決議を要する取引に該当しないという説明を信じたにもかかわらず、取引の相手方には当該取引が「重要な業務執行」に該当するか否かを調査する義務があったとした判例がある（〔判例⑧〕）。この判決は、借金の目的については客観的な資料を徴求するなどの調査を尽くしたとは認められず、取引の相手方には過失があったと認定した。

ただ、「多額の借財」該当性についての相手方の過失を問うこととの関係は、どのように考えるべきか疑問がある²⁶⁸。質的要素について、「多額の借財」該当性を明確に判断できるだけの十分な基準があるわけではないため、「客観的な資料」等の徴求により相手方に悪意・過失があるとされることには、問題がある。さらに、本判決は、取引の相手方の過失の根拠として、資金使途の確認が十分でなかったという質的要素に関する融資調査の不備をあげるが、銀行が融資調査を尽くしても転貸融資であることや担保の有無まで調査する

²⁶⁵ 齋藤・前掲注 163、47 頁。

²⁶⁶ 基本的には、学説、最近の判決の傾向は、取引の相手方には調査義務がないと解している。ただ、疑わせるに相当な事情があれば、取引の相手方は積極的調査義務を負う。そこで、過失に代わり重過失の有無が問われていると言える。

²⁶⁷ 取締役会の決議が必要であることを知らなかった相手方は、会社法第 349 条第 5 項（民法第 54 条）により過失の有無を問わずに会社に履行を請求でき、必要であることを知っているが、決議を経たと信じた相手方は、民法第 110 条の類推適用により無過失の場合だけ会社に履行を請求できることになると提案する見解がある（鳥山・前掲注 264、111 頁、参照判例（最高裁二小判 1985・11・29 民集 39 卷 7 号 1760 頁）、上柳克郎「判評」民商法雑誌 95 卷 3 号（1986 年）105 頁。）

²⁶⁸ 神吉・前掲注 174、2 頁。

ことは不可能であると考えられる。そのため、極めて不明確な概念である「多額の借財」該当性について、相手方の過失を問うことには問題があるとする。

(c) 注意義務の有無を判断することを前提として、調査義務があるか否かを決する判例の傾向

取締役会決議の存否に関する過失の判断の際には、原則として、取引の相手方には調査義務はないとされる。しかしながら、(特に疑うべき事情がある場合には) 取引の相手方に注意義務があるとしたうえで、取引の相手方に調査義務があるとするようである²⁶⁹。そして、その注意義務がある事情の下で調査を著しく欠く場合に重過失が認められる²⁷⁰。

民法上では、保護すべき取引の相手方が無過失を要求されるならば、取引の相手方の調査義務が肯定されると解している²⁷¹。会社代表者の専断的行為の効力を巡る問題についての判例法上では、民法と異なって、②の取引の相手方の過失は重過失とされるようである。注意義務があると認められる場合のみ、調査義務があるという見解は調査義務の範囲を限定して解する²⁷²。

ところで、注意義務の水準は何であるか。会社法第 362 条第 4 項の趣旨と現実の取引慣行に照らしてその水準が適切なものといえるか否かが検証されるべきである²⁷³。この点につき、取引の相手方に求める注意義務の内容を実質的に緩やかに解していると思われる裁判例が散見される。例えば、判例⑥によれば、特別な事情がない限り、注意義務がないと判断している。すなわち、重過失を判断する基準は実際には悪意であるか否かの判断に近いようである。

次に、取締役会の専断事項に関する過失判断については、[判例⑧]までは直接に触れた判例がなかったが、学説上では、②の過失の判断基準のように、過失の代わりに悪意と同様する(重)過失を認定することが必要であると解している。すなわち、業務執行の重要性の判断は必ずしも厳密性を要しない²⁷⁴。

会社法第 362 条第 4 項第 1、2 号の「重要な業務執行」に該当するか否かについては、取引の相手方には調査義務はないが、疑うべき事情がある限りは注意義務があるとされる²⁷⁵。

²⁶⁹吉本・前掲注 178、46 頁。

²⁷⁰吉川・前掲注 211、126 頁。

²⁷¹内田・前掲注 248、48 頁、185 頁。

²⁷²鳥山・前掲注 264、111 頁。

²⁷³斎藤・前掲注 163、47 頁。

²⁷⁴相原・前掲注 178、91 頁。

²⁷⁵「一般的に取締役会決議を経ることを必要とする法定事項について、会社はこれを遵守すべき義務を負っており、したがって取引の相手方における取締役会決議が存在するとの信頼は原則として保護されるべきであり、その限りにおいて相手方は、決議の存否、借財の

その場合には、注意を欠くとともに、最低限調査をしなければ重過失を認定するような場面に限り、会社は専断的行為の効力が無効であると主張することができる。

しかし、〔判決⑧〕は取引の相手方の①の過失の判断基準について、取引が会社法第362条第4項第2号の「多額の借財」に該当することを知らないことに対して、注意義務があるか否かにかかわらず、調査義務があると肯定することを明確にしているように思われる。

結論として、専断的行為との関係で保護すべき取引の相手方の範囲は、次の表のように①の善意・無過失の者および、①の悪意または過失がありかつ②の重過失がない者である。

保護すべき第三者	「多額の借財」、「重要な財産」		取締役会決議の不存在	
	悪意	過失	悪意	重過失
1. ある	ある	または（ある）	ない	ない
2. ない	ある	または（ある）	ある	または（ある）
3. ある	ない	ない	判断すべきではない	
4. ない	ある	または（ある）	ある	または（ある）

（取引の相手方の主観要件と保護すべきである取引の相手方の範囲との関係〔表4〕）

ただ、「多額の借財」該当性について、〔判決⑧〕は、一般の判例の見解になるか否かまだ疑問がある。というのは、相手方の「多額の借財」、「重要な財産」に関する過失を問うことについてどのように考えるべきか疑問がある（場合4）²⁷⁶。さらに、極めて不明確な概念である「多額の借財」該当性について、相手方の過失を問うことが妥当であるかどうかという問題も残っている。

多額性について常に一般的な調査義務を負うものではないと解される（中村・前掲注174、50頁）。

²⁷⁶神吉・前掲注174、2頁。

第3章：検討

第1節：はじめに

日本では、取引の安全が重視されているため、専断的行為が原則無効であっても、有効であっても、善意の取引の相手方の保護という点には大きな差はないと思われる²⁷⁷。そこで、日本においては、一般的な法律行為の効力より、個別的な法律行為を巡って、会社の利益と取引の相手方の利益を衡量したうえで、取引の相手方の主観的要件（すなわち過失があるか否か）を問う²⁷⁸。しかしながら、ベトナムにおいては、取引安全の概念は最近導入されたばかりなので、取引安全を確保するための規制は日本のように整えられていない²⁷⁹。そのため、本人（会社）の利益と取引の相手方の利益を衡量するような形で取引の相手方の主観要件を問うべきか否かというような問題は存在しない。なお、日本と違ってベトナムの法体系においては、取引安全を重視する必要があると言っても、一定の範囲に限って、すなわち法的根拠・理論的根拠の存在を前提として、まず専断的行為の効力を巡る問題を明確に整理し、次に専断的行為の効力についての理解を前提にして取引の安全を確保するための方策を究明しようとする。

以上述べたことを念頭において、日本における専断的行為の効力を巡る問題を再考察したい。

本編第2章において、専断的行為の効力に関する問題を巡る日本の学説・判例を検討したが、専断的行為の効力が無効か有効かを決する根拠として、取引の安全を重視する会社の利益と取引の相手方の利益を衡量することによること²⁸⁰と考えれば良いかという点には疑問がある。日本においても専断的行為の効力を判断する際に、根拠すなわち理論構成・法律構成はどうあるべきか明確に見出しえない状態である²⁸¹。そこで、専断的行為の効力に関する問題については、どのような理論構成に基づき結果としてどのような法律構成をとるべきかについて、議論の余地がある²⁸²。会社と代表者との関係が委任関係であると解すれ

²⁷⁷学説と判例を検討した上で、その結論を出す。

²⁷⁸例えば、権限濫用行為の効力、専断的行為の効力、利益相反行為の効力は、会社の利益と取引の相手方の利益を衡量したうえで、それぞれの場合に、取引の相手方の主観的要件を問うべきか否かというように問題を組み立てている。

²⁷⁹心裡留保法理、表見責任法理等の規定がない。

²⁸⁰田中・前掲注133、9頁。

²⁸¹「判例は、専断的代表行為も有権代表であることを前提にして、その効力につき、定型的な利益衡量によって結論を示しているに過ぎない、と促えるべきであろう」山本前掲182頁。竹内教授によれば、専断的行為の効力にもかかわらず、単に、取引の相手方の利益を保護するために、考えることを前提として、一般悪意抗弁説と代表権制限説とも両方を支持している（竹内「判評」・前掲注169、636頁）。

²⁸²吉本・前掲注178、46頁。

ば、代表取締役の専断的行為を会社に帰属させることができるか否かという問題は、その行為が代表権限の範囲内に属する行為であるか否かによって決すると考えに異議がない²⁸³。したがって、代表取締役の専断的行為の効力の問題を解決するために、代表取締役の「代表権限の範囲」、「代表権の制限」の意味をどのように理解するかという問題を前提として検討されなければならない。その結果として、例えば、専断的行為が代表取締役の代表権限の範囲内に属すると解すれば、専断的行為の効力は原則として有効になる。これに対して、その行為が（制限される）代表権の範囲外であると解されれば、代表権を超えた無権代表行為であると解すべきであり、その行為が原則として無効になるはずである。その上で、取引安全を確保する方法（すなわち会社の利益と相手方の利益との衡量）がそれぞれの専断的行為の効力に当てはまるように取り扱われなければならない。以上のように、理論構成・法律構成の側面からすれば、ベトナムにおける専断的行為の効力と取引安全保護との関係には、説得力があると思われる。

代表取締役の「代表権限」・「代表権の制限」の意味を理解するためには、会社の業務執行機関たる取締役会と代表取締役との権限関係がどのように理解されるかという課題を検討しなければならない²⁸⁴。そこで、第2節において取締役会と代表取締役の権限関係を巡る学説を紹介する。ここでは、学説によって代表取締役の「代表権限の制限」の意味が違うということが明らかになるが、どちらの学説に基づいても代表取締役の代表権限の範囲は変わらないが、代表権の性質（会社から委任を受けるか取締役会から委任を受けるか）の理解が異なるため、「代表権の制限」の意味が取締役会と代表取締役との権限関係に関する学説によって異なる。したがって、専断的行為が制限された代表権に属するか制限されなかった代表権に属するかとの結果が異なるとともに、専断的行為の効力が原則的に有効であるか無効であるかという問題も異なる理論構成に依拠することが明らかになる。具体的には、1において、専断的行為の効力の有効および取締役会と代表取締役との権限関係、2においては、専断的行為の効力の無効および取締役会と代表取締役との権限関係を検討したうえで、代表取締役の専断行為の効力の理論構成は取締役会と代表取締役との権限関係の理解に基づいて理解することが必要であることを明らかにする。

さらに専断的行為の効力を巡る様々な学説の中で理論構成に優れる有力な学説として、ベトナムの法体系に当てはまる学説、すなわち一般悪意の抗弁説と越権代表説に絞り検討する。第3節においては、一般悪意の抗弁説と越権代表説を比較しながら、ベトナムの株式会社における取締役会と代表者との関係に当てはまる最も優れた構成の提案をしたい。

²⁸³権限濫用行為と異なる点は権限濫用行為は代表権限の内になされたが、会社のためでなく、代表者または第三者の利益のための行為である。

²⁸⁴中島教授によって、代表取締役と取締役会との関係をどのように理解するかによって理論構成が異なることになると主張している（中島・前掲注185、180頁）。

第2節 取締役会と代表取締役会の権限関係および代表取締役の代表権限

代表取締役は会社の権利能力の範囲内で、会社の名義で会社を包括的に代表して行為をする権限を有すると解されている²⁸⁵。しかしながら、法律規定・会社の内部規定によって、代表取締役の代表権限が制限される場合がある²⁸⁶。

日本においては、会社の内部的事情によって代表取締役の代表権限を制限した場合に、取引の相手方はその制限を容易に知ることができるわけではないので、制限されている代表権が、代表権の外観によって制限されていない包括的な代表権であると信じた場合には、取引の安全を守るために、会社側が代表取締役の代表権が制限されていることをもって善意の取引の相手方に対して取引の無効を主張することはできない(会社法第349条第5項)。すなわち、会社は、定款または取締役会決議等により代表取締役の代表権に制限を加えることはできるが、この制限は内部的制限であるにすぎないと考えられていて、この内部的制限に反してなされた代表取締役の代表行為の効力の問題について、代表権に加えた制限をもって善意の第三者に対抗することができないと、明文で規定されているため、特に議論の対立がない。

次に、法規定によって代表取締役の代表権が制限される場合に、その制限に違反してなされた代表取締役の行為の効力はどうか。原則として、その行為は代表権限を超えた無権代表行為であるので、無効であるとされている。そして、取引の相手方の利益保護のため、取引の相手方の過失要件を問うことを前提として、表見責任法理に基づく越権代理制度(民法第110条)を適用する。

しかし、代表権制限の意味は何かという問題がある。例えば、会社が定款または取締役会規則をもって代表取締役が一定額以上の契約を締結する権限を有しない旨を定めているときは、定款などによる代表取締役の代表権の制限と解することに、何も問題ない。しかし、会社が定款または取締役会規則をもって代表取締役が一定額以上の財産の処分または一定額以上の借財をなすには、取締役会決議を要する旨が定められているときに、この制限を定款等による代表取締役の代表権の制限と解するかという問題がある。とりわけ、昭和56年改正において、「重要な業務執行」が取締役会の法定決議事項とされたため、これについては取締役会の決議を要するとともに、取締役会の決議を経ないでなされた代表取締役の行為の効力について問題とされる。

この問題について、日本においては、二つの学説が対立している。一つは、取締役会決議が要求される場合にも、それは代表取締役の代表権限を制限しないと解している説²⁸⁷だが、これに対して、取締役会決議が要求されるときは、それは代表取締役の代表権の制限と解

²⁸⁵山口幸五郎「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の能力」北沢正啓『商法の争点(第三版)』ジュリスト増刊(1983)124頁。

²⁸⁶大隅・前掲注148、19頁、山口・前掲注4、220頁。

²⁸⁷米沢・前掲注3、285-286頁。

すべきと主張する説がある²⁸⁸。

この二つの学説の対立の由来はどこに由来するか。それは、会社の業務執行機関としての取締役会と代表取締役の権限関係をどのように考えるかの解釈に由来するのではないかと考える。

そこで、本節においては、取締役会と代表取締役との権限関係を踏まえたうえで専断的行為の効力を論ずることとする²⁸⁹。

まず、最初に、日本において、取締役会と代表取締役との権限関係はどのように解されているかを考察する。

会社の業務執行は業務執行の決定とその実行を含んでおり、その業務執行に関して以下のように、取締役会と代表取締役との権限関係を巡って二つの学説がある。

第一説は、従来取締役は各自会社の業務を執行し、会社を代表する機関とされていたが、取締役会と代表取締役が法律上の制度として別個の機関として確立されると共に、取締役会が業務執行の決定を担当する機関であるのに対して、代表取締役は業務執行の実行を担当する別箇の独立した機関であると解するものである²⁹⁰。この学説は、並立機関説と呼ばれている。

並立機関説によると、株式会社の業務執行は、業務執行を決定する権限と業務執行を実行する権限が分化されていると考えられている。代表取締役は会社の包括的な代表権限を有する（対外的業務執行を実行する権限）が、業務執行の決定権限については、定款または取締役会の決議をもって委任された事項についてかつその範囲内においてのみ業務執行の決定権を有するが、日常の業務執行の委任は代表取締役の選任のうちに含まれていると解されている。したがって、取締役会の決議が要求される場合として、法規事項・内規事項を区別する必要はなく、取締役会の決議は、内部手続きにとどまり、代表取締役の代表権を制限しないと解することになる²⁹¹。

この学説に対して、「業務執行とはいかなる事務をいかに処理するかを決定しかつ実行することであって、業務執行につきかように意思決定に関する権限とその実行に関する権限とを分かち、これを並立する別箇の機関に属せしめることは不自然な技巧的説明というほかになく、是認することができない」という批判がある²⁹²。しかし、この批判および取締役会を要することが代表取締役の代表権の制限となると解しないと会社法第 349 条第 5 項の意味がなくなってしまうという批判に対して、代表取締役の代表権の制限に関する会社法第 349 条

²⁸⁸大隅・前掲注 148、19 頁、田中・前掲注 133、9 頁。

²⁸⁹上村・前掲注 173、143 頁。

²⁹⁰鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法』〔新版〕有斐閣（1987 年）242 頁、田中・前掲注 150、618 頁。

²⁹¹米沢・前掲注 3、285 - 286 頁。

²⁹²大隅・前掲注 174、147 頁。

第 5 項の趣旨は、一定の契約の種類・一定の契約を締結する場所等に限り代表取締役の代表権限（業務執行を実行する権限）を制限するという意味を有していると考えられるため、取締役会の決議が要求される場合は別であると応えている²⁹³。

次に、第二説は業務執行とは業務執行の決定とその決定の実行を含み、これは本来取締役会の権限に属しおり、代表取締役は取締役会の下部機関にすぎないと解するものである²⁹⁴。この学説は派生機関説と呼ばれている。派生機関説によれば、取締役会は業務執行の決定とその決定したところを実行する（代表）権限を有するが、会議会としての取締役会が業務執行の決定をなしたうえで、その決定を実行するために、取締役全員が共同してこれを行うのは企業に不可欠な機動性と効率的な経営の要求に応じない。また、取締役会が日常の業務執行を決定するために毎日毎日開かれることが困難であるため、日常の常務については、その決定と実行のすべてを代表取締役に委ね、取締役全員に代わって行わせるべきだと解する²⁹⁵。

代表取締役の権限は本来取締役会の権限から由来したものであり、代表取締役の地位は本来的には取締役会の受任者または代理人的なものと考えられる²⁹⁶。そして、取締役会の決議が要求される場合とは、代表取締役の代表権が制限される場合であると解すべきとされる²⁹⁷。そこで、原則として、取締役会決議が要求される場合の専断的行為は代表取締役が自己の権限を逾越し、あるいはその権限に対する制限を免脱してなす行為であるため、代表権の範囲内（制限された代表権限）に属さない行為であって、専断的な行為は原則として無効であるとする²⁹⁸。ただ、派生機関説を支持している者の中の一部は取引の安全を重視することが必要であるため代表取締役の専断的行為も原則としては有効であるとする²⁹⁹。

ところで、会社の業務執行の権限分配については、実際にはどちらの学説に基づいても、会社の業務執行に関する取締役会の役割と代表取締役会の役割も本質的に違いはないとされる³⁰⁰。すなわち、取締役会の権限は業務執行の決定であり、代表取締役は日常の業務執行の決定・その実行と取締役会の決定に基づく業務執行の実行の権限を有するという点に差異はない³⁰¹。しかし、前述したとおり、業務執行に関する取締役会と代表取締役との権限開

²⁹³田中・前掲注 150、618 - 619 頁。

²⁹⁴大隅・前掲注 148、12 - 13 頁、大隅・前掲注 174、147 頁、山口・前掲注 3、160 頁、167 頁。

²⁹⁵大隅・前掲注 148、13 - 14 頁、大隅＝今井・前掲注 174、184 頁。

²⁹⁶大隅・前掲注 148、14 頁。

²⁹⁷大隅・前掲注 148、19 頁、22 - 23 頁、山口・前掲注 3、168 頁-169 頁。

²⁹⁸山口・前掲注 285、124 頁。

²⁹⁹大隅＝今井・前掲注 174、204 頁。

³⁰⁰河本・前掲注 147、366 頁、田中・前掲注 150、618 頁。

³⁰¹加藤良三・吉田直・田中裕明『株式会社法の理論 2』中央経済社 1995 年 76 頁、上村・前

係の解釈に関する立場の相違によって、代表取締役の代表権限の制限の意味が異なるため、外部関係における代表取締役の専断的行為の効力も違っていると解される余地は残る。

そこで、取締役会と代表取締役の権限関係および代表取締役の専断行為の効力についてさらに検討し、取締役会と代表取締役との権限関係を巡る理論構成を探る。

1. 専断的行為の有効および取締役会と代表取締役との権限関係

専断的行為の効力が原則として有効であると解する学説として、主に一般悪意の抗弁説と心裡留保説があるが、それぞれの学説はどのような理論構成に基づいているか検討する。

専断的行為の効力を巡っては理論構成および法律上の根拠に関して、取締役会と代表取締役との権限関係をどのように理解するかによって次のように異なる。

一般悪意の抗弁説は、取締役会と代表取締役の業務執行の権限関係いかに関わらず、専断的行為は原則として有効であると主張する³⁰²。そこで、専断的行為の効力の理論構成を巡って取締役会と代表取締役との権限関係の理解に頼る必要があるか疑問の余地がある³⁰³。

例えば、田中教授、米沢教授は、取締役会と代表取締役との権限関係は並立関係であり、定款をもって定める限り株主総会は代表取締役を選任することができる。そして、代表取締役は法律上会社の代表機関であって、取締役会の代表機関でないのであるから、取締役会決議が要求される事項は会社の内部手続きにとどまり、代表取締役の代表権を制限する事項ではない。そこで、代表取締役の専断行為は代表権限の範囲に属するため、原則として有効であるが、悪意の取引の相手方については保護されるべきではないとして無効とされるべきであると主張している（米沢説）。

これに対して、取締役会と代表取締役との権限関係を派生機関説に基づくと解している大隅教授も一般悪意の抗弁説を支持し、専断的行為の効力は原則として有効であるが、悪

掲注 173、142 頁。

302

有効説	一般悪意の抗弁説		心裡留保説
理論構成（業務執行機関の関係）	並立機関説	派生機関説	並立機関説
	米沢教授	大隅教授	
法律の根拠	民 1 条 2 項（信義則）		民 93 条（心裡留保）

（有効説の理論構成および法律の根拠〔表 5〕）

303

説	並立的機関	派生的な機関
有効	米沢教授	大隅教授
無効		山口教授

（取締役会と代表取締役の権限関係と専断的行為の効力〔表 6〕）

意の取引の相手方に対しては、無効の主張が認められると解している³⁰⁴。

このように一般悪意の抗弁説の中でも専断的行為の効力が有効であることについては同様であるが、理論構成には相違があると言える（〔表5参照〕）。

取締役会と代表取締役との権限関係についての派生機関説によれば、取締役会が業務執行についての全権限を有するのを基礎として代表取締役は業務執行の権限を代表行使する復代理人的地位を有すると理解にして、意思決定権限とその実行権限（代表権限）に分けることができるが、代表権の制限とは、意思決定権限と実行権限の双方の権限を制限することであると解する³⁰⁵。そうすると代表取締役の専断的行為は代表権限の範囲に属さない行為であるにもかかわらず、原則として有効になるとの理由がどのような理論構成に基づくかの疑問が残る。

この疑問に対して、大隅教授は次のように応えている。法規定事項による取締役会の決議が必要である事業については、経営的（日常業務）に反復して行われる取引行為ではなく、会社の営業に関する行為の特性を見なすことができない。そこで、当該行為は本来管理の機関たる取締役会の権限事項に属し、代表取締役はこれを専行する権限を有していないと解しなければならない（代表取締役の権限範囲は日常の業務執行を決定・実行することであるが、当該行為は日常業務ではない）。そうだとすれば、その行為に関する取締役会決議がない行為、すなわち当然代表取締役の専断的行為は対外的にも無効とされなければならない。ただ、その行為は本来無効であるが、取引の相手方は取締役会の決議があると信ずるのが当然であり、その信頼は保護されなければならない。それゆえ、相手方が決議のないにつき善意である限り、会社はその無効を主張することはできない（会社法第349条第5項）。そして、会社は悪意の相手方に対して一般悪意の抗弁（民法第1条第2項）を対抗しうると解すべきこととなると述べている³⁰⁶。また、竹内教授は「取締役会という法定機関による監督の体制が予定されている株式会社において、自らの監督不十分のために代表取締役がその決議を経ないで専行した取引行為の効果を、相手方がその事実につき知るべかりしであったからという理由で覆しうるとするのは、不合理のように思われる。したがって、会社としては相手方の悪意を立証しえたときだけその無効を主張できるとするのが、実質的にみて妥当と思われる」³⁰⁷と述べている。結局、取締役会と代表取締役との権限関係に関して派生機関説に基づいて、専断的行為の効力が原則として有効であると帰結す

³⁰⁴大隅・前掲注174、204頁により「取締役会の決議がなかったかまたは無効であっても、代表取締役が会社を代表して第三者となした行為の効力には影響がなく、ただ悪意の相手方に対しては、会社は一般悪意の抗弁を対抗してその義務を免れうるにとどまるものと解するのが妥当である」。

³⁰⁵大隅・前掲注148、19頁、22頁。

³⁰⁶大隅『全訂版会社法論〔中巻〕』有斐閣（1954年）121頁。

³⁰⁷竹内「判評」・前掲注169、635頁。

る見解は、(会社法第 349 条 5 項か民法第 1 条第 2 項かを適用する) 法律上の根拠も、理論構成も必ずしも明確ではなかった。したがって、専断的行為の有効性について、理論構成の側面からすれば、一般悪意の抗弁説を支持するには、派生機関説より並立的機関説に基づく方は説得力があると思われる。

次に、専断的行為の有効性も主張する心裡留保説の理論構成の検討をしてみると、以上の結論がより明らかになる。

専断的行為の効力が原則として有効であると主張しようとするとき、取締役会と代表取締役との権限関係は並立的機関であるとの見解を支持することを前提として、内規事項・法規事項により要求される取締役会の決議は代表取締役の代表権を制限しないと解すべきである(その行為が代表権の範囲内でなされた行為であるため、原則として有効となる)³⁰⁸。

判例の取締役会の決議が要求されても、その決議は代表取締役の代表権を制限することはできないとの判決の文³⁰⁹をみると、取締役会と代表取締役との関係について並立関係であると理解した上で、専断的行為の効力は原則として有効であるとされていると思われる。

こうした分析をしてみれば、専断的行為の有効性は、判例法の見解(心裡留保説)と一般悪意の抗弁説はほぼ同様の理論構成、すなわち取締役会決議の要求は、代表取締役の代表権を制限しないと解する立場に立っていると考えられる。すなわち、専断的行為の効力が有効であると主張するのであれば、取締役会と代表取締役との関係は並立機関説を支持することが必要であると思われる。

次に、心裡留保説と一般悪意の抗弁説を比較する。

心裡留保の規定は実際には信義則の一つの具体化であるため、両者の差はただ会社の利益と取引の相手方の利益の調整のために、取引の相手の過失を問うべきであるか否かの問題に過ぎない。そのために、取締役会・代表取締役との並立機関説に立てば、心裡留保説または一般悪意抗弁説のどちらの説を採って専断的行為の効力は有効であると主張しても、理論的に一貫するであると思われる。しかしながら、学説(本編第 2 章第 2 節 1)・判例(本編第 2 章第 3 節 2 (2))において、検討したとおり、心裡留保法理は法人たる会社の機関の場合に適用されることは妥当ではないという批判が強いため、判例法の見解が心裡留保説に基づくとの解説が妥当であるかという疑問がないわけではない。

そこで、ベトナム民法において、専断的行為の効力を巡る問題については、専断的行為を有効と解しようとするれば、取締役会と代表取締役との関係は並立機関説を支持することを前提として民法第 6 条の信義則を適用する一般悪意の抗弁説を用いる余地があると思

³⁰⁸豊島・前掲注 180、76 頁。

³⁰⁹「・・・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鑑みれば、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行為を、右の決議を経ないでした場合でも、右の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・・・」([判例①]の判決により)。

われる³¹⁰。

2. 専断的行為の無効および取締役会と代表取締役との権限関係

日本において、専断的行為は無効であると主張するのは代表権制限説（会社法第 349 条第 5 項）と越権代表説（民法第 110 条）である。両説ともに理論構成の側面からすれば、取締役会と代表取締役との権限関係について派生機関説に基づいた上で、専断的行為の効力は原則として無効と解する³¹¹。すなわち、理論上取締役会と代表取締役との関係は委任関係だと解しているため、一定の契約を締結する権限がないという規定など特定の業務執行の実行（代表）に当たって、制限が加えられる内部規定が定められる場合のみならず、取締役会の決議が要求される場合にも、代表取締役の代表権限が制限されると解し、代表取締役には業務執行の意思決定権限がないと同時に、当然に業務執行を実行する権限を有しない³¹²。したがって、専断的行為は代表取締役の代表権限の範囲を超えた無権代表行為である。そのため、原則として当該無権代表行為の法律効果は会社を拘束することはできない。しかしながら、取引の相手方の利益を保護、ひいては取引安全を確保することを考えれば、会社の利益と取引の相手方の利益を衡量したうえで、表見法理（会社法第 349 条第 5 項または民法第 110 条）を適用することができると考えられる。会社法第 345 条 5 項は代表取締役の包括的・無制限的な代表権と解釈されているために、会社は善意の取引相手方に対して無効を主張することが認められないという点には異論がない。特別法と一般法との関係からすれば、会社法第 345 条第 5 項が優先される。しかし、代表取締役の専断的行為の効力は無効であるとする学説の中に、次のように二つの見解がある。

第一の見解は、法規定事項と内部規定事項を区別して、会社法第 349 条第 5 項を適用するか否か決する必要があるという見解である³¹³。この見解によれば、内部規定事項（定款、

³¹⁰ベ民法において、信義則の原則に関する規定が定められているが、心裡留保規定のような信義則の具体化条文がまだ制限されている。ベ民法第 6 条は「民事関係上、各当事者は、民事債権・債務確立において、善意・誠実でなければならない、一方の当事者が他方を騙すことは禁止される。」と定めている。

³¹¹会社法第 362 条第 4 項第 1, 2 号は代表取締役の専断的行為を防止するために、取締役会の権限事項を明らかにしているのであって、これは代表取締役の代表権に対する法律上の制限とも解され、単なる内部的制限とは異なる。したがって、同条項での取締役会の決議は取引の有効要件とみることもできる（山下・前掲注 206、131 頁）。

³¹²取締役会が規程等の規定は内部的な権限分配を定める趣旨であり、法定の専断事項を個別具体的に定めるほか、取締役会は決定権限を留保する事項、したがって取締役等に権限委譲されていない事項を明確化するものとして意義を有する（相原・前掲注 178、91 頁）。

³¹³代表権の制限と踰越（代表取締役の専断的行為）：代表取締役の代表権の外観は会社の権利能力うちの一切行為におよび、これを制限することはできないが、その対外的な業務執

株主総会・取締役会の決議等)によって取締役会決議が要求される場合には、その決議を欠いたまま、代表取締役が行った行為は、内部的な代表権に加えた制限であるので、その行為の効力が無効であると主張することは善意の第三者に対してはできない(会社法第349条第5項)。これに対して、法規定事項によって取締役会の決議が要求される場合(会社法第362条第4項)は、会社の経営に関する業務執行³¹⁴ではないから会社法第349条第5項の対象ではないため、民法第110条を適用し、善意・無過失の取引の相手方を保護する³¹⁵。

第二の見解は、法規事項・内規事項を区別せず、いずれの場合にも会社法第349条第5項を適用することが認められるべきであると主張する見解である³¹⁶。

この両者は、取締役会と代表取締役との関係について派生機関説に基づく理論構成を前提として専断的行為の効力を無効とする結果は共通であるが、その相違点は単に法規定事項による専断的行為の場合には、法的規定により保護すべき会社の利益と取引の相手方の利益を衡量してから、内部規定による専断的行為の場合に比べて、保護すべき取引の相手方が取締役会の決議がないことを知らないことに過失を問う必要があるところにすぎないことである³¹⁷。

行にかんする決定権限としての代表権については、①法律の規定により当然に制限されるのみならず、②定款の規定またはこれに基づく株主総会の決議もしくは取締役会の決議によっても委任に制限することができる。このような代表取締役の代表権に対する法律または定款による制限の踰越行為を代表取締役の専断的行為というが、これについては、①法律上の権限踰越行為と、②いわゆる代表権の内部的制限違反の行為とに分けるのが適当である(山口・前掲注181、164頁、田中・前掲注159、6頁)。

³¹⁴会社の営業に関する行為は経営性と反復性を特定とし、会社の継続を前提とするものであると解している(山口・前掲注285、125頁)。

³¹⁵代表取締役が本来決定権限を有するのは会社の営業に関する行為の範囲内でなければならない、したがってこれを超える事項である限り代表取締役は取締役会の委任(ないしはその決議による授權)なくしてはこれを自ら決定することできないのであって、単に取締役会の決議に従い、その執行として拘束的のみ代表行為をなしうるにとどまる。

会社の営業に関する権限：代表取締役は会社の営業に関して専断執行の権限を有するのが原則であるが、会社の営業に関する行為であっても、代表取締役の自己取引におけるように忠実義務の要請に基づき法律により特に取締役会の決議を必要とするものは、もとよりその権限から除外される。かかる事項に関しては、代表取締役は自ら決定できなく、単に取締役会の決議にしたがって代表取締役をなしうるにとどまる(山口・前掲注181、163条)。

³¹⁶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」手研333号(1982年)41頁、会社法349条5項に準拠する近時の有力説より優れた法律構成であるといえると主張がある(斎藤・前掲注163、46頁)。

³¹⁷特に昭和56年改正によって、取締役会の決定事項が法定化されているため、議論が激し

次のように、法規定事項による専断的行為の効力について、会社法第 349 条第 5 項の適用を否認する理由が、単に会社の利益と取引の相手方の利益を衡量するにすぎないのか、もしくは理論上他の理由があるのかという疑問に答えるため以下検討する。

第一の理由として、山口教授は、法によって取締役会の決議が要求される場合は、その業務執行は営業に関する業務執行ではないために、会社法第 349 条第 5 項を適用することができないと主張する。具体的には、「重要な財産の処分・譲渡」や「多額の借財」（会社法第 362 条第 4 項第 1、2 号）などは会社の重要な業務執行として取締役会の法定決議事項に属し、いわゆる会社の営業に関する行為を超える事項であるが、株主総会の専断的決議事項である営業の譲渡などと同様に、代表取締役の対外的な業務執行の権限の外にあり、代表取締役の権限を越える行為であるから、取締役会決議があることが行為の有効要件をなすが、それと同時に、会社の内部的な事情を知らない無過失の相手方に対しては、越権的表見代理に関する民法第 110 条により、会社は責任を負わなければならない³¹⁸とする。

また、河本教授によると、会社の営業に関する行為に関しては、会社は定款または取締役会規則に基づく制限もしくは必要な決議の瑕疵・違反をもって善意の取引の相手方に対抗することを得ない（会社法第 349 条第 5 項）が、個々の取引上の行為であっても、会社の営業の基礎に関し、いわゆる会社の営業に関する行為を超える事項については、代表取締役の対外的な業務執行の権限外であり、その決定権限に属しない行為であるから、決議の成立が行為の有効要件をなすと同時に、会社の内部事情を知らない無過失の相手方に対しては、超権的表見代理に関する民法第 110 条により会社の責任を認めなければならない³¹⁹とされる。

第二の理由として、なぜ会社法第 349 条第 5 項を適用できないかについては、法によって制限される取引行為はその客観的性質からみれば、經常性と反復継続性を特質とするいわゆる営業に関する行為³²⁰とは異なり、内部制限の範囲に比べて、代表取締役の業務執行に

くなっている。

³¹⁸山口・前掲注 4、220 頁。

³¹⁹河本・前掲注 147、336 頁。

³²⁰「会社の営業に関する行為とは、営業の目的たる行為であると営業のためにする行為であるとを問わず、会社の営業に関連する一切の行為をいうが、会社のなすべき一切の行為ではなくして、定款の変更、資金の減少、新株発行など会社の組織の基本に関する行為、および営業の譲渡・賃貸・経営委任・利益共通関係の設定・新規営業の開始など会社の営業の基礎に関する行為を含まない。そして、重要な財産の処分・譲渡および多額の借財など（362 条）もこれに準ずる。すなわち、会社の経営に関する行為は經常性と反復性とを特質とし、会社の営業の継続を前提としてその営業に関連する行為を意味すると解せられる」（山口・前掲注 181、162 頁）。そして、会社の営業に関しない行為については、会社法の規定により、株主総会または取締役会の決議が要求されており、かつその決議は行為の効

関する法定権限の範囲を超えることを容易に識別することができる³²¹。

第三の理由として、関俊教授によると、代表取締役の権限が自主的に制限（内規制限）されている場合は代表取締役の代表権について加えた制限は善意の第三者に対抗することができないという規定（会社法第 349 条第 5 項）が適用される。また、同教授は、これに対して、代表取締役の権限が法的に制限されている場合は、一般論としては無効になると解され、例えば代表取締役が会社の重要な財産を取締役会の決議なしに専決処分した場合（会社法第 362 条第 4 項第 1 号違反）には、権限を制約されている者が権限を越えて代表権を行使した場合に準じて表見代理の規定（民法第 110 条）が類推適用され、「そうすると、第三者は善意であっても過失があると保護されないと解される点で、内規制限の場合より第三者保護要件が厳しくなるが、それは取締役会の決議が法定要件であるからである」と解している³²²。

以上の理由付けに対して批判を加えたい。

まずは、会社法第 349 条第 5 項と民法第 110 条は理論構成は同様であって、どちらを適用しても違いはない。ただ、一般法と特別法との適用関係からみると、会社法第 349 条第 5 項を適用できない理由がない限り、会社法第 349 条第 5 項を適用するのが優先されるべきだと思われる³²³。

さらに、法規定事項と内部規定事項による専断的行為の共通点は取締役会の決議が要求されることであるので、両方とも内部制限と解することは、理論上もおかしくない。すなわち、取引の安全を考えたうえで、無効とすることによって守られる利益との衡量いかなんでは、無効の主張を許さない場合がありうるし、代表取締役は一切の業務執行につき会社の代表権を持ち、取締役会の決議が必要なことは、法的事項と内部事項を区別しなく両方ともこの権限に対する内部的な制限ともいえる³²⁴。会社法第 362 条第 4 項第 1、2 号に定められている「多額の」または「重要な」の文言は曖昧であり、「重要な業務」に該当するか否かを判断することは困難であり、またこれがどこまで判断基準たりうるかという疑

力要件をなすものと解せられるから、決議がないかまたは瑕疵により無効とされる場合には、その決議の存在を前提としてなされた代表取締役の代表行為は無効であるのが原則であると主張している（山口・前掲注 181、162 頁）。

³²¹山口・前掲注 181、162 頁。

³²²関俊彦『会社法概論〔全訂第 2 版〕』商事法務（2009 年）278 頁。

³²³吉本・前掲注 178、46 頁によってまずは代表権の内部的制限についての規定があるのでこれを出発点とすべきである。すなわち、一般法と特別法との関係において、原則としては商法（会社法）において、適用できる条文を探さないといけない。商法（会社法）における条文が取り扱わないことを除き、民法の条文を適用できない。

³²⁴龍田・前掲注 178、108 頁。

問がないわけではない。「多額」、「重要」の基準を何に求めるかも、困難な問題である³²⁵。そのため、会社と取引する相手方は、この取引が果たして会社に対し効力を生ずるか否かを判断できず不安定な地位に立たされ、著しく取引の安全を害することになるからである。

以上の検討から会社法第 349 条第 5 項に準拠する近時の有力説の方がより優れた法律構成であるといえる³²⁶。

つまり、会社法第 349 条第 5 項の適用を否認する学説の根拠は、基本的に本規定の文言の解釈に基づいている。加えて、会社法第 349 条第 5 項は民法第 110 条が商法上具体化されている規定だと考えられるため、理論上、法規定事項による代表取締役の専断的行為の場合にも、会社法 349 条第 5 項を適用することは何も問題がないと思われる。

具体的には、本条の趣旨は、代表取締役は会社の営業に関する一切の行為をなす権限を有し、この範囲内の事項について業務執行の決定権を法律上有しているから、これにつき取締役会から委任を受ける必要はなく、また、かかる会社の営業に関する行為である限りは、一切の行為について不可制限的な包括的代表権が認められているのであって、任意に右の権限に制限を加えても、善意の第三者には対抗することができないと定めている。しかし、「営業に関する一切の行為」というのは「会社の権利能力内の一切の行為」ということと同じか、それとも異なるかという問題³²⁷がある。そのため、会社の営業に関する行為の意義の解釈によって、法規制事項による取締役会の決議が要される行為は会社の営業に関する行為ではないと解したうえで、専断的行為の効力については、旧商法 261 条 3 項（会社法第 349 条 5 項）の適用を否認した（山口説）。しかしながら、会社法第 349 条第 4 項は旧商法第 261 条第 3 項の趣旨を維持して定められているが、会社法第 349 条第 4 項の文言は旧商法 261 条第 3 項の「会社の営業に関する」から「会社の業務」に変わっている。そのため、現行法下での「会社の業務」というのは、会社の権利能力内の一切の行為ということと同様と解する余地がある³²⁸。さらに、会社法第 349 条第 5 項の「前項の権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない」という文言は、特に会社の内部的規定による制限と法的な制限を区別する表現がないことは明らかであるため、本条文は会社の内部制限のみについて定められていると解することができるか疑問がある。例えば、民法

³²⁵吉川・前掲注 211、125 頁。

³²⁶斎藤・前掲注 163、46 頁。

³²⁷服部栄三「代表取締役の会社代表権」法セ 120 号（1966 年）71 頁。

³²⁸これに対して、他に機関による制約が法律で定められているときは、（例えば会社の合併、会社の営業譲渡等については、株主総会の決議が法律で要求される）、それを無視して代表取締役が代表行為をしても、その代表行為は会社の行為として効力を生じるかという問題を想定される。この問題については、この場合には、取引の相手方が悪意であると擬制したうえで、会社側は当該取引が無効である主張することは認められているとともに、その代表行為は会社の行為として効力を生じないと解するのが妥当であろうか。

上の法人に関する理事の代表権の制限については、民法第 54 条³²⁹は、民法第 53 条³³⁰ただし書の「定款の規定または寄付行為の趣旨に反することはできず、また、社団法人にあって総会の決議に従わなければならない」という文言を受け、「理事の代表権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない」と定められている。そのため、民法第 54 条によって定められている理事の代表権の制限は内部制限と解したうえで、他の法令による制限には民法第 54 条は適用されないとし、取引の相手方保護のために、民法第 110 条の類推適用をする見解は判例法³³¹に肯定している同時に、納得することができる。

しかも、会社法第 349 条第 5 項の旨は第三者の保護を目的とするので、法の解釈によって保護すべき第三者の範囲を制限することは原則として許さない³³²。

しかし、日本の法体系と違うベトナムの法体系では、第 1 編に述べた通り、会社と取引の相手方との関係には商法・企業法でなく民法上の代理制度を適用することが明文上明らかになっている。そのため、もし、取締役会と法定代表人との関係が日本のように派生機関説に基づいて解されるならば、取引の安全を確保するために、日本における民法上の表見責任法理に基づく表見代理（民法第 110 条）を適用するという対応策を導入することが、最適であると思われる。ただ、ベトナムの法体系に当てはまることを前提として、将来ベトナムでも民法上の表見代理制度を設ける際には、民・商法もカバーし切れる制度モデルを設けることが望ましい。

第 3 節 ベトナムへの示唆

1. 一般悪意対抗説と越権代理説との比較

ベトナムの企業法の規定および、ベトナムの社会通念によると、取締役会と法定代表人との関係は委任関係であるとする見解が多数説である。そのため、企業法の規定かまたは定款の規定に、株式総会・取締役会の決議を要すると定められている以上、法定代表人の代表権限を制限し専断的行為は原則として無効であると解する解釈が変わるのは難しいと思われる（第 2 編第 1 章参照）。しかし、以上紹介したとおり、ベトナムにおける会社と取引の相手方の関係には民法の代理制度が適用されている。そのほかにも、ベトナム私法における表見責任法理を定めた規定はないため、取引の相手方を保護するためには、取締役

³²⁹2008 年の民法改正以降の本条に対応する新规定は、法人法第 77 条 5 項である：「理事の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない。」

³³⁰2008 年の民法改正以降の本条に対応する新规定は、法人法第 77 条である：「理事は、法人のすべての事務について、法人を代表する。ただし、定款の規定または寄付行為の趣旨に反することはできず、また、社団法人にあっては総会の決議に従わなければならない。」

³³¹大判昭和 16・2・28 民集 20 卷 264 頁、最判昭和 34・7・14 民集 20 卷 264 頁、最三判昭和 58・6・21 判時 1082 号 45 頁。

³³²Vu van mau, *Dan luat khai luan* (『民法概論』) 国家教育省 (1961 年) 300 頁以下。

会と法定代表人との関係は会社の別個の業務執行機関であるとする並立機関説に立ち、専断的行為の効力は原則として有効であり、会社の利益と取引の相手方の利益を衡量し、会社は悪意の取引の相手方に対しては無効の主張をすることができると言った一般悪意の抗弁説を適用することができそうである。

ところで、現在改正作業中の民法に表見代理制度を導入する議論が活発になされている。そこで、専断的行為の効力は原則として無効であるとされても、取引の相手方の利益、ひいては取引の安全の保護のため、近い将来表見代理制度を適用する可能性はある。

引き続き、次にベトナムの法体系を念頭において、一般悪意の抗弁説と越権代表説との比較³³³をした上で、最も適切な対応策を究明したい。

(1) 専断的行為の有効力（一般悪意の抗弁説）

(a) 有効説のメリット

第一のメリットは、会社の相手方との関係で取引の安全を保護するためには、当然ながら無権代表説（無効説）に比べてすぐれている点である³³⁴。第二のメリットは、ベトナム企業法において、日本のような代表取締役の代表権制限に関する規定（会社法第 349 条第 4、5 項）がないため、一般悪意の抗弁説を支持するのが、善意の取引の相手方を保護する一つの手段と考えられる点である。これは、一般悪意の抗弁説によれば、会社の利益と代表取締役の行為を信頼して行動した第三者の利益とを比較していずれを優先させるべきかを判断することによって、公平性をも確保できると思われるからである。

(b) 有効説のデメリット

第一のデメリットは、株主総会・取締役会の決議があってもなくても取引の効力に影響がなければ、企業法で要求される取締役会の承認を受けなくても、困ることがないとの考え方を増加させることである。それでは、法規定の意味がなくなってしまう可能性がある³³⁵。具体的には、専断的行為が有効であるという説を持ったら、取締役会が形骸化になる恐れがある。特に、ベトナムの株式会社のコーポレート・ガバナンスに関する規制に対しては、取締役会の監督機能が実際に果たさなく会社の業務執行に関する権限は実際に法定代表人兼社長に集中すると批判がある³³⁶。そのため、専断的行為を防止する企業法の規定の意味をなくしてしまうと、法定代表人の専断行為が起きる悪い状態に落ちる恐れが高いであるこ

³³³田中・前掲注 133、496 頁以下および竹内『判例商法 I』・前掲注 169、233 頁に基づき、有効説と無効説との比較を参考している。

³³⁴田中・前掲注 133、500 頁。

³³⁵その結果として、日本においても、昭和 56 年改正法が旧商法 260 条 2 項（会法第 362 条）を設け、従来の代表取締役の専断行為を改正し、従来の弊害を解消しようとしたような立法の実現を困難にする恐れがある。

³³⁶Ngo vien phu・前掲注 75、152 頁。

とを引き出す可能性が高い。なぜならば、取締役会の決議を要するものと規定している企業法第 104 条第 3 項 B 号および第 108 条第 2 項 G 号は、代表取締役の専断を防止する目的があると言われているからである³³⁷。

第二のデメリットは、ベトナム民法上の信義誠実原則は、実質的というより宣言的機能を果たしていると考えられているため³³⁸、實際上、裁判所は殆ど本条文を適用することはないことである³³⁹。そのため、取引の安全を確保するために、専断的行為が有効であるとされるとともに、悪意の取引の相手方も保護されてしまう可能性が高い。それによって、会社の利益と取引の相手方の利益との衡量を調整するという取引の安全の本来の意義を害する恐れもある。

第三のデメリットは、比較法的に不利であるということである。というのは、ベトナムの企業法の実務と法定代表人(社長)に関する母法は日本と同様に、アメリカである³⁴⁰。しかし、執行役員等の専断的行為の効力(会社の定款、取締役会の決議または営業の一般過程における黙認により与えられ、その権限を超えている取引)については、アメリカ法上に、禁反言または会社の追認のない限り、会社を拘束しないとされている³⁴¹のに対して、ベトナムでこれを有効とされると、越米間の取引においてベトナム側会社が責任を負うのに対し、同様の事例に対してアメリカ側会社は責任を負担しない可能性があるからである。

(2) 専断的行為の無効(越権代表説)

(a) 無権代表説のメリット

無権代表説の第一のメリットは、法定代表人による会社を利用しての独断行為を抑制する効果が期待できることである。第二は、有効説より強い根拠を有することである。すなわち、代表取締役が会社の業務執行を実行することを通じて、会社は取引に参加することができ、代表取締役によって会社の名義で行われる行為は会社の行為と見なすことになるが、そこで、ほとんどの国は代表取締役と会社との関係を代理関係と同様して取り扱っている。日本でも会社と代表取締役との関係は代理であることには議論がない³⁴²。しかし、法

³³⁷田中・前掲注 150、603 頁によって、日本の会社法第 362 条 4 項の意味は専断的行為を防止する目的をとすることであるとされる。

³³⁸Hoang the lien・前掲注 141、29 頁。

³³⁹Do van dai・前掲注 142、29 頁。

³⁴⁰Hai. B. X, Nuno. C, op. cit., p. 50.

³⁴¹田中・前掲注 133、496 頁。

³⁴²すなわち、代表取締役が会社の業務執行を実行することを通じて、会社は取引に参加することができる。すなわち、代表取締役によって会社の名義で行われる行為は会社の行為と見なすことになる。そこで、ほとんどの国は代表取締役と会社との関係を代理関係と同様して取り扱っている。日本でも会社と代表取締役との関係は代理であることには議論がな

規定事項は取締役会の固有権限に属すると定めたら、法定代表人はこれらの権限を有しないと解せられるので、これらの行為は法定代表人の代表権限を制限すると解するのが妥当である。第三は、比較法的考察上無権代表説のほうが有効説より有利であると考えられることである³⁴³。

(b) 無権代表説のデメリット

無権代表説の最大のデメリットは、ベトナムの無権代理制度からすれば、取引の安全を害する恐れがある（第1編第3章第2節3参照）。

2. ベトナムへの示唆

以上のように有効説と無効説を衡量して、ベトナムにおいて、専断的行為の効力は無効であるとするとともに、取引の安全を守るために日本のような専断的行為に関する越権代表説を採るといふ提案がある。

日本における専断的行為の効力についての越権代表説に対する批判（第2編第2章第2節4参照）を検討したうえで、ベトナムにおいては、越権代表説を支持した時に、このようなデメリットがあるか否かを想定し、対応策を探す必要がある。

日本においては、越権代表説の第一のデメリットは、会社法の規定により取締役会の決議が要求されるか否かはそれぞれの会社により異なることである。例えば、会社法第362条第4項第1,2号を巡って、『多額』の借財とか、『重要』な財産の概念が、会社の規模やごとに定まるため、取引の相手方に不測の損害を与える恐れがある（本編第2章第3節2(1)）。

第二のデメリットは、取引の相手方は取締役会決議がないことを知らないことに軽過失があれば、保護できないとなると取引安全の確保を害する恐れがあることである。

第三のデメリットは、取引の相手方が無過失の立証責任を果たす必要があるとすると、取引の安全の確保ができなくなってしまうことである。

以上のデメリットは、ベトナムの法体系においても、同じ問題が起きるだろうか。

い（前田庸『会社法入門〔第12版〕』2009年、有斐閣、478頁）。

³⁴³アメリカの会社法上、必要な取締役会決議を経ずに、業務執行役員がなした行為について、会社はその者の行為によって拘束されるか否かという問題については、「業務執行役員等の権限とはふつつ認められず、これらの事項について彼らが取締役会決議を経ずに行った行為は原則として無効であると解されている。しかし、容易に推測できるようにこのような行為であっても、表見上の権限（apparent authority）、禁反言則または明示もしくは黙示の追認等を理由として、会社が拘束されることを認める判例は少なくない」（松山三和子「アメリカ法における業務執行役員の不適式な行為の効果」平出慶道編『現代企業法の理論』〔菅原菊志先生古稀記念編集〕信山社出版（1998年）81頁以下）。

第一のデメリットについては、ベトナム企業法において株主総会・取締役会決議が要求される規定は、日本会社法上の『多額』、『重要』という文言ではなく、明確に量的価値を示すため、取引の相手方は取締役会決議が要求される場合に該当するか否かを判断することが日本のように困難ではないと思われる（121 - 122 注参照）。

第二のデメリットについては、日本において、裁判所は過失を判断するときに、事実に基づき過失の代わりに重過失を認定したうえで、過失を肯定している傾向がある（本編第2章第3節2（3）参照）ため、実務上、基本的には具体的な個々事実によって、会社の利益と取引の相手方の利益を衡量したうえで、軽過失であれ重過失であれ、過失を肯定か否かの判断が可能であると考えられる。

第三のデメリットについては、代表取締役の行為については、一般に相手方は代理権ありと信じたものと推定すべきであるから、会社側には相手方の悪意・過失を立証すべきであると解釈することがある³⁴⁴。

第二および第三のデメリットは、実質的に表見代理制度に関する立法政策の問題であると考えられるため、今回作業が進んでいる民法改正において、ベトナムが表見代理制度の制度設計がどのような形で、そのように内容を持つことになるかが、本論文のテーマにも大きな影響を与える問題である。

3. 今後の課題

ベトナム企業法は、日本の会社法に定められている第349条第5項のような（越権代理の民法第110条を商法で具体化されているような）規定がないため、会社の定款等による代表権の制限と法規定による事項による代表権の制限を区別し、取り扱うことができない。そこで、民法改正により、表見代理制度をどのように設ければ民法上の取引も、商法上の取引も本人（会社）の利益と取引の相手方の利益を衡量することができるかという点は、今後の課題である。

³⁴⁴河村・前掲注185、15頁、根本・前掲注185、115頁。

第3編 会社の無権代表人の外観を信頼した相手方の行った取引の効力

第1章 ベトナムにおける会社の無権代表人の外観を信頼した相手方の行った取引の効力

第1節 はじめに

前編で述べたとおり、ベトナム企業法によれば、会社を代表する権限を有する者は企業設立登記簿に記載された法定代表人である。法定代表人でない取締役会長もしくは社長・副社長・支店の社長（日本会社法の「支配人」に相当する）は、法定代表人から一定の範囲で会社の代表権限を委任された場合に限り、その委任の範囲に限定された会社の代表権限を有する。したがって、会社から与えられている社長、副社長などの名称を持つ経営者と取引しようとする取引の相手方も、これらの人が会社の代表権限を有しているか否かの点について調べなければならない。なぜならば、もし彼らが法定代表人から会社の代表（代理）権限を与えられていない場合には、その取引は無効であるからである。たとえ社長・副社長という名称を有していたとしても、それだけでは法律上法定代表人ではなく、実際に取引が無効と主張される事件が多い。パンチヒエウ（Phan Chi Hieu）教授によると、契約が無効になる場合の多くは、会社の代表権限がないにもかかわらず、その者が会社の代表者として取引を行った場合であるとされる³⁴⁵。特に会社の法定代表人が社長でなく取締役会長であると定款の規定で定めている会社は少なくない³⁴⁶。しかし、ベトナム企業法には、会社の日常の業務執行の権限は社長に属するとする規定があるため、取引の相手方は社長という名称から、社長が会社の業務執行に関する権限を持っており、かつ会社の法定代表人であると信じて契約を締結することが多いと指摘されている³⁴⁷。最近の危機的な経済状況から、以前締結された契約を履行しても会社に利益は生じないし、むしろ損失さえ被る事にもなりかねないので、締結された契約から生じる義務を遅滞し、もし紛争になっても、契約を結んだ当事者には契約を締結する権限が無かったなどと契約のミスを指摘して裁判所に契約の無効を訴える場合が多い³⁴⁸。

³⁴⁵Hoang duy・前掲注7。

³⁴⁶Hoang duy・前掲注7。

³⁴⁷Hoang duy・前掲注7。

³⁴⁸例えば、① 2007年5月28日X保険会社（原告）とY社（被告）は保険契約を締結した。Y社が保険料を支払わなかったため、2009年から2012年4月までXは何回も書面により、Yに対して支払われていない保険料を支払うように要求したが、Yは支払わなかった。XはYに対して契約による保険料および支払い遅滞による利息を請求する訴えを提起した。しかし、Yは以下の理由で契約の無効を主張した。すなわち本件の契約締結の時点で、Xの社長から本件の契約を締結する権限を与えられたXの副社長Aは会社の代表として本件の契約

実務上からみると、取引が無効となる事例が多く、経済すなわち取引の安全を害していると認識したうえで、最高裁判所委員会の決定により、無権代表人の行った契約の効力は原則として無効となるが、例外として、①無権代理（代理権がない）場合には本人が同意すれば、有効とされており、②代理の越権（代理権限を越える）場合には、本人が同意したり知っても反対しなかったりしている場合にかぎり、有効とされた（第1編第3章第1節）。その後ベトナム民法2005改正は最高裁判所委員会の決定を明文化している（第1編第3章第2節）。ただし、取引安全を確保するために、どのような場面に本人が同意しているまたは知っても反対しないと看做すかの問題は残っている。具体的に、法定代表人ではない社長・取締役会長は、法定代表人として取引を行う場合には、どのような要件を満たせば、会社はこの者の行為を同意しているか明確していない。そして、本人が同意のみがあれば取引が有効にされることは、実務上は、表見代理制度が定められていないベトナムにおいては、法定代表人の外観を信頼している第三者を保護することができない³⁴⁹。そこで、以上の規定は、実務上に法定代表人ではない副社長・課長（代表権限を有しない）は法定代表人から委任されていないか、委任されている範囲を越えているか場合のみ、運用しているが、明確な要件が定められていないため、適用され得る場合はまだ制限されると指摘している³⁵⁰。

第2節 問題点および学説

1. 株式会社における委任代表の意義

1995年民法が成立する以前は、株主総会の決議・取締役会の議決、法定代表人の決定である内部の規則・書類（ベトナムは「公文書」という場合が多いため、以下は「公文書」という。）により、一定の範囲で法定代表人以外の者に取引を行う権限を有すると定められ

を締結した。しかし、Xの定款には会社の法定代表人は社長ではなく取締役会長であると定められているため、無権代表者たる社長による副社長への代表権を委任する行為の効力は無効であり、無権限代表者である副社長の締結した契約の効力は無効であると主張した。ハノイ都市裁判所は2012年6月21日に裁判を開始、2012年6月22日に判決を下す予定であったが、Xが起訴を撤回したことを理由に裁判を中断した。② X有限責任会社（原告）およびY株式会社（被告）はXが保有しているZ社の持分株式の70%をY社に譲渡する契約を締結した。Xの法定代表人は社長Bであるが、本件の契約を締結した者は社員総会長Aであった。Xは社員総会長Aは法定代表人ではないため、会社を代表して契約を締結する権限を有しないことを理由としてAの締結した契約の効力は無効であると主張した。ハノイ都市裁判所は2012年4月11日に本件の契約を無効とする判決を下した。Yは現在控訴している。

³⁴⁹Ho ngoc hien・前掲注76、142。

³⁵⁰Ho ngoc hien・前掲注76、142。

た場合に、その公文書は会社・法定代表人からの永久的委任状と看做されるべきかという問題があった。

会社の法定代表人ではなく経営部門を担当している副社長等が、法定代表人から委任を受けず、会社の定款・取締役会の決定等に基づいてその者に一定の場合に会社を代表して契約を締結する権限があると明らかにする場合に、この文書（定款、取締役会の議決、会社の権限分担に関する公文書等）を期間の制限のない契約締結権限を与える委任状と看做することができるかどうかの問題に関して、判例の見解は対立し、統一されていない³⁵¹。

この問題に関して、二つの見解がある。

第一の見解は、取締役会の議決・法定代表人の公文書は会社からの委任状ではないと理解すべきだと主張する³⁵²。すなわち委任とは代理権限に関する期間、範囲を明らかにしなければならず、内部の公文書による授権を委任と見なすことは法律に違反する。というのは一方の当事者がこれを濫用する可能性があるからである。

これに対して、第二の見解は、会社の公文書を代理権授与の表示であると看做して、この公文書は会社、法定代理人から権限を委任されると理解すべきであると主張する。ただし、すべての公文ではなく公開されている文書に限定すべきだとする見解もある³⁵³。

また、ベトナム法の下では、委任は原則として締結する前に与えられなければならない。ただ、副社長は法定代表人から委任されていないが、契約締結後に法定代表人が副社長に締結する権限を与える旨の委任状を出す場面は実務的に少なくない。そこで、この事後的な委任状の提出承認が認められるか否かが問題となる。

この問題について、委任に関する法律に違反するため、契約締結前に承認する場合を除き、契約締結後の承認は委任と看做することができないとする見解がある³⁵⁴。これに対して、この承認に本人の委任との意思が表れているから、契約を締結した後でも認めることが必要であるとする見解がある³⁵⁵。有力な見解として提訴の時点によって認めるか否かを決めるべきとする見解もある。もし争いがあれば、責任を脱がれたいという目的があるから認められないが、争いが無い時には授権を認めることが必要だと主張する³⁵⁶。この問題は、実質

³⁵¹Le thi bich ngo, “Mot so y kien ve van de dai dien trong ky ket hop dong kinh te” 「経済契約の締結における代理に関する問題に対する若干の見解」法律科学1号2001年。
http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index.php?option=com_content&view=article&id=67:tc2001so2msykvddkhd&catid=28:ctc20012&Itemid=62

³⁵²Ho ngoc hien・前掲注 77、121（理由はベトナムにおいては、委任に関する代理についてはベトナム慣習商事、通例商事が認められていないからである）

³⁵³Le thi bich ngo・前掲注 351。

³⁵⁴判例の立場（1998年8月29日付17/UBTP-KT-GDT人民最高裁判所の監督審）

³⁵⁵Le thi bich ngo・前掲注 351。

³⁵⁶Le thi bich ngo・前掲注 351。

的には本人と第三者との取引の代理関係における追認と取消との関係についての問題であると考えられる。例えば、契約した後で、委任状を渡すことが追認とされれば、実質的に追認と取消との関係に関する問題である。この関係については、ベトナムの民法の規定は定められていないため、判例にも学説にも見解の対立がある。そこで、日本の民法のように解決する方法を参考することを提案したい。すなわち、本人が無権代理人の締結した取引の効力を認めると、取引の相手方は取引を取消することができなくなる。一方、取引の相手方が取消を主張した時点後には、本人が当該取引を追認することを認めない（民法第 115 条、第 116 条）。

2. 法定代表人が知っているにもかかわらず、反対しないことを認定基準

この問題には、次の3つの立場がある。

- (1) 法定代表人ではない人によって締結された契約の一部または全部が履行されたことは、法定代表人が会社を知っても反対しなかったと認定する見解である。ただし、どのような場合に会社を知っていると判断するかという問題がある³⁵⁷。
- (2) 法定代表人が知っているか知り得べきであるかという法定代表人の主観要件（悪意・過失）を基準するかという見解。
- (3) 契約を締結する際に、会社の印鑑を使った場合には、会社から委任されたと看做すか否かという問題がある。

印鑑の管理・利用に関する 58 号/2001 年法令の第 1 条は、「印鑑は機関・組織・国家職名の書類、資料の法律地位および法律価値の確定を表示する」と定めているため、印鑑は企業を含む組織の意思を表示するとされている。そして、印鑑は取引を行う際に大切な地位であり、印鑑がなければすべての書類が無効とされる³⁵⁸。しかし、印鑑の意義に関して次のように二つの問題がある。

一つは、会社の代表権を有している者が契約を締結する際に、サインしているが、会社の印鑑がなければ、この契約が有効か無効かまだ確定できない点である³⁵⁹。

二つは、契約書に会社の印鑑は押されているが、法定代表人のサインがない場合には、契約の効力がどうなるかという問題である。実務上は、法定代表人が解任されたにもかかわらず、会社の印鑑を利用して契約を締結した事件は少なくない。この場合には、会社が法定代表人変更事項登記をすれば、第三者に対抗することができるが、もし、会社が登記をしなければ、契約の効力がどのようなになるか問題がある。刑事法第 268 条は印鑑の盗用、違法な売買・破壊行為は犯罪であるとされているが、印鑑の

³⁵⁷例えば、取締役全員がその事実を知らなくても、取締役の過半数または取締役会長・社長一人が知っていれば足りるのであろう。

³⁵⁸Ho ngoc hien・前掲注 76、172 頁。

³⁵⁹Ho ngoc hien・前掲注 76、172 頁。

盗用はなく、法定代表人の変更でもない場合に、会社の経営者が会社の印鑑を利用して結ばれた契約は会社を拘束できるかという問題がある。この問題については、二つの見解がある。一つは、印鑑を利用することは会社から委任されると解すべきであるため、当該契約は会社を拘束できると主張する³⁶⁰。これに対して、この場合は、印鑑を押して取引を行った者が代表権を有しているか否かを確定したうえで、契約の効力を決することが必要であると主張する学説もある³⁶¹。

3. 法定代表人を解任されたにもかかわらず、その者が会社の代表者として締結した取引の効力

法定代表人の解任を巡る問題は、以下のような問題として出てくる。すなわち法定代表人が社長である場合には、取締役会は社長を選任・解任する権限を有し（企業法第108条）、社長は解任されると同時に法定代表人の資格を失う。しかし、その場合にも新社長が当然に法定代表人になることはできない。なぜならば、モデル定款の14条2項E点は、新しい法定代表人の選任については、株主総会の承認が必要であると規定しているからである。そのため、法定代表人である社長が取締役会によって解任されても、新しい社長を選任する株主総会の承認がないことを理由に、社長を解任する取締役会の決議の効力が生じないという指摘がある³⁶²。さらに、2006年政府法令88号の第29条第3項が、法定代表人の変更には、株主総会の決議および議事録が必要であると定めていることから、取締役会決議によって解任された社長は、社長の任務（仕事）や、また会社の印鑑・書類等に移すことを拒絶したりする事件は少なくない³⁶³。

こうした問題について、モデル定款の第25条第3項I点および企業法第108条第2項H点によれば、取締役会に社長を選任・解任する権限があるため、社長の解任に関する株主総会の決議（承認）は要求されない。そして、新社長の選任に株主総会の承認が要求されているが、効力が生じるという定めは、会社の内部の手続きにとどまると解すべきと主張されている³⁶⁴。そこで、株主総会の決議がない場合にも新しい社長が社長代行権限を有す

³⁶⁰Le thi bich ngo・前掲注351。

³⁶¹Ho ngoc hien・前掲注76、172 - 173頁。

³⁶²Luat minh khue, “Bao cao mot so tranh chap dien hinh trong luat doanh nghiep Viet Nam”（「ベトナム企業法における典型的な紛争について報告」）

<http://luatminhkhue.vn/chuyen-doi/bao-cao-mot-so-tranh-chap-dien-hinh-trong-luat-doanh-nghiep-viet-nam.aspx>

³⁶³Luat minh khue・前掲注362。

³⁶⁴Pham Huan, “Bo nhiem, bai mien Tong giam doc: The nao la dung”（「社長の選任・解任について、どのように理解すれば良いか？」）, 民事法律情報電子雑誌（2010年5月23日）

るため、解任された社長が新しい社長に関する任務および会社の印鑑等に移さないときは法律に違反すると主張されている³⁶⁵。

以上の議論は会社の内部に関する問題であるが、会社の取引など外部的關係についてはどのように理解すれば良いかの問題がある。ベトナムの民商法は代理・代表關係消滅について、本人（会社）と第三者との關係を処理する規定がないため、善意の第三者すなわち取引安全の保護を十分に確保できない³⁶⁶。具体的に述べると、例えばベ民第 588 条は、本人が一方的に委任契約を解除した場合には、本人は第三者に対して委任代理が消滅したことを書面で通知する義務を負い、通知しなければ、第三者は代理關係が消滅したことを知っているまたは知るべきである場合を除き、第三者との取引は有効であると定めている。しかし、本人ではなく代理人が単独で代理關係を解除する場合については規定がない。さらに、委任代理の単独解除の場合の本人の通知義務について定めているが、それ以外の代理關係消滅に関する第三者との關係を解決する規定は設けられていない。

例えば、新社長を選任したが、株主総会の決議がないため法定代表人の変更登記をしないまま、取締役会によって解任された前社長が取引を締結した場合に、会社が取引の相手方に対して、解任された社長が会社の代表権限を有しないことを理由として取引の効力を否定することができるか等の問題がある。さらに、法定代表者の解任・退任事項は商業登記簿の登記事項とされていないため、新法定代表人を選任しても登記を行っていないければ、第三者は、旧法定代表人の登記、または解任された法定代表人がまだ代表権を有している外観を信頼して、解任された法定代表人と取引を行った第三者の保護が不十分である。また、取締役会の決議によって選任された新社長と行った取引の効力が有効であるか無効であるかとの問題もある。

第 3 節 判例の検討

1. 委任の概念に関する判例

1997 年 9 月 20 日付 134 号/1997/KT - PT ハノイ都市人民最高裁判所に所属する控訴裁判所の判決

【事実】

X 社（原告）の輸入部課の課長 A は、X の法定代表人から委任を受け、Y 社（被告）の副社長 B とインド DOP 石油（以下「本件石油」）との間で石油の売買契約を締結した（以下「本件契約」）。本件契約によると、X は Y に 1 トン当たり 2,268.4 ドルで本件石油 64 トンを売却することになる（契約の総価値は国家銀行の為替率によると 14 万 5,177.6 ドルに相当する 15 億 9,985 万 7152 ドンである）。本件の契約締結と同時に Y は X に敷金（1 億 2,500 万

<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/05/23/5022/>

³⁶⁵Pham Huan・前掲注 364。

³⁶⁶Ho ngoc hien・前掲注 76、164 頁。

ドン)を支払い、敷金を引いた残額の金銭債務を本件の石油を受ける際に、全額支払うことになった。本件契約の履行のために、1995年6月14日、YはXに約束された敷金の一部(4,000万ドン)を払った。本件石油がハイフォン港に届き、その石油を倉庫に配送し、Xは1995年7月5日に、Yに本件石油を引き取りに来るよう通知公文書(343/XNK2)を郵送し、さらに1995年8月17日にXは同一内容の通知公文書(413/XNK2)をYに送った。しかし、Yは本件石油を引き取らず、返事もしなかった。

1995年8月22日、Xの代表者として課長AがYと交渉するためにホーチミンにあるYの本部を訪ねた。Yの副社長は本件の石油の引取りを断り、敷金で賠償するという1995年7月18日付128号公文書をAに渡した。しかし、Aは同意しなかった。その間、石油の値段は下落し続けた。1996年3月19日から1996年4月26日まで、XとYは何度も話し合い、次の内容のレコード(合意)を結んだ。3日間の内に、YはXに対して6億ドンの賠償をする。そして、Xは本件石油を市場で売る任務を負う。1996年5月3日、Xは本件石油を8億6400万ドンで売ることができたが、Yは約束の6億ドンをXに支払わなかった。1997年3月30日に、XはYに対して9億7923万2885ドンの損害賠償請求訴訟を提訴した。

第一審(1997年6月26日付11号/1997/KT-STハノイ都市人民最高裁判所)は、Xの請求の一部を認定し、Yは、Xに対して9億2,441万8,982ドンの損害賠償の義務があると判決した。

Yは、1997年6月30日、Yを代表としてXと本件契約を締結した副社長Bは代表権を有しておらず、本件契約についてYの社長に何も報告せず、また社長である法定代表人から委任も受けていなかった。そのため、本件契約は無権代表人によって締結されたことから、無効であると主張して控訴した。

【判旨】

控訴人請求棄却

「BはY会社の法定代表人ではなく、Y会社を代表して契約を締結する権限を有していなかった。しかし、Y会社の内規として社長による1994年9月15日付347号決定によれば、社長不在のときには、副社長が社長の代りに経営を指揮し、会社の日常の経営の運営を行う権限があると定められている。本件契約締結の時点において、Y会社の社長が不在であったため、上記副社長の経営指揮権限の委任により、Bには契約を締結する権限を有していた。すなわち、証拠によると、Bは経営を担当する副社長であり、社長不在の際に会社の全ての契約について、Bが会社を代表して契約を締結したことも明らかである。Bが契約を締結する前に社長に報告しなかったとか、会社の資料に記入しなかったとか、関連部課に報告しなかったなどの事情は、会社の内部的な管理上の問題であるから、第三者との法的関係には影響を与えない。裁判所は、このような事情を認定したうえで、BはY会社の法定代表人たる社長から本件の契約を締結する権限を委任されていると解さなければならない。したがって、本件の契約が無効であるとする理由はない。」と判決した。

【本件判決の意義】

本件の判決は、明確には言及していないが、社長の決定書（営業の分配）等会社の内規は社長の委任状のように取り扱われる。以上の会社の書面は明確に時間、仕事の内容（特定の委任の内容）が定められなくても、単に会社の業務執行分担（経営者の間に日常経営の分担）にすぎない文書であるにもかかわらず、取引の相手方を保護するために、法定代表人からの委任状とみなされると解することができると思われる。

すなわち、ベトナムでは、委任の概念を緩やかに解釈する傾向がある。

2. 法定代表人の同意または知っていても反対しないことの認定に関する判例

(1) 2006年4月05日付 02/2006/KDTM-GDT 人民最高裁判所の監督審³⁶⁷

【事実】

Y旅行会社（被告）のZ支店の福社長Bは2002年6月10日に、さらにZ支店の社長Aは2003年1月10日にXレストラン（原告）と飲食サービス提供に関する二つの契約を締結した。当該契約は、中国の旅行客がXレストランで食事した際、朝食の一食分につき1万ドン、主食の一食分について3万ドンを、三ヶ月後に最初の月の金額を支払い、次の月以降、契約で定められた金額を毎月一回ずつ支払うこと、そしてXはYに手数料を払うことなどを内容とする契約であった。

契約履行過程で、2003年3月4日までに、Y旅行会社（被告）のZ支店の社長Aによって確認された計算表により、Aは、Xに対して1億4,165万3,000ドンの債務を負うこととなった。その後、Z支店はYに2,000万ドン支払い、2004年1月3日の時点で、AはXに対する借金が1億2,165万3,000ドンであることを確認したうえで、これを2004年4月30日までに返済すると約束した。しかし、Z支店がこの約束を履行しなかったため、Xは2004年9月17日にYに対して債務の履行を請求する訴えを提訴した。

第一審は、Xの請求を認容して、YのXに対する1億2,165万3,000ドンの債務および1,186万1,168ドンの利息を支払うべきであると判示した。Yは次の点を理由に控訴した。すなわち、①Aはその権限を濫用した者であり、その訴訟資格は単なる証人ではなく利害関係者であるため、訴訟手続きが違法である、②副社長Bは契約を締結する権限を有しないため、当該契約は無効である、③Aが作成した2003年3月4日付計算表は認められないと主張した。

控訴審（ハノイ人民最高裁判所に属する控訴裁判所129/KTPT2005年6月24日判決）は、訴訟の当事者資格に関して民事訴訟法に違反し、資料および証拠の調査方法も不十分であることを理由として第一審の判決を取消し、原審に差戻した。2005年7月12日、クアンニン（Quang Ninh）省人民裁判所（差戻裁判所）は206/CV-TA公文書を人民最高裁判所の裁判長官に送り、監督審による控訴審判決の再検討を請求した。

³⁶⁷日本という上告審にあたる。

また、2005年7月14日にXも上告した。

【判旨】

原審棄却・上告人請求認容

① 無権代表副社長Bが締結した契約の効力については、

「Y社の権限分配に関する2001年12月7日付235号の決定によれば、Z支店の社長は中国旅行に関する契約を締結する権限を有するため、社長Aに締結された2003年1月10日付契約は有効である。B副社長によって締結された2002年6月10日付契約については、B副社長は契約締結権限を持っていなかったし、Y社の社長から契約締結権限を委任される委任状なども存在しないので、原則としてこの契約は無効である。ただし、本契約の契約締結過程において、B副社長はZ支店の社長Aの直接的な指導を受けていた。加えて、本契約に関する書類はY社の本部に送られて管理されて、Y社が当該の契約をチェックしたが、Y社の社長は契約内容を知りながらこれに反対しなかったことは間違いないため、人民最高裁判所の裁判官委員会の2003年5月27日付04/2003/NQ-HDTP議決の第1節2部により、本契約は有効である」とされた。

② Z支店のA社長の権限濫用行為については、

「AがXと契約を締結したこと、および、債務の確認の行為は個人資格ではなくY社のZ支店の社長として行われたため、Y社の権限分配規定によれば、Aが代表権限を濫用して契約を締結し、債務を確認したとしても、会社の代表権の範囲内でAの締結した契約や借金の確認行為から生じた権利・義務は、AではなくYに帰属することとなる。したがってAの訴訟の参加資格は当事者としてではなく証人と認定するのが相当である。」

【検討】

①については、2006年3月22日付23号/2006/KDTM-PTホーチミン都市人民最高裁判所に所属する控訴裁判所も本件と同様の判決を下している（契約を締結した経営者が契約の締結権限を有しない場合に、会社の社長が直接的に委任によって権限を委任していなくても、当該の行為に対して黙認（知っても反対せずかつ以前にも何回か委任がないまま契約を締結したことがある）していることを根拠に、契約の効力は有効であると判決した事件である。

民法によれば、無権代理には代理権がない場合と代理権を超える場合の2つの場合があると規定されているが、法律的效果はそれぞれの場合に無権代理行為の本人の追認についての処理方法が異なっている。代理権がない場合は、原則として無効になるが、例外として本人が同意すれば有効になる。これに対して、代理権を超える場合には、本人が同意するのみならず、本人が知っているにもかかわらず放置している場合にも有効になる。この点について、無権代理という本質が同様であるにもかかわらず、法律的效果が区別して取り扱われることについての批判がある（第1編第3章第2節3(1)参照）。ただ、実務上では裁判所の判決はこの両者を区別せず、無権代理の場合も越権代理の場合も、本人が知っているにもかかわらず、この状態を放置すれば本人に取引の効果が帰属すると解している。

法定代表人の黙認は委任と看做すべきだと解されていると評価できる（すなわち黙認された受任者による有効な代理行為）が、他方で黙認が表見代理を形成する余地があるとの評価も可能だと思われる。ただ、このように解すると、表見代表が無権代理ではなくて有権代理だと解すべきことにもなりかねない。というのは、法定代表人が知っても反対しない（黙認）という表現は、法定代表人の追認と同様として、有権代理になると見做すことになってしまうからである。

最近、会社の副社長が、代表権がないにもかかわらず、会社を代表して取引を行ったことについて、会社が知っていながらこれを放置していることを理由に、無権代表行為であるにもかかわらずこれを有効とした判例は少なくない。

(2) 2011年1月20日付 33/2011/DS-GDT 人民最高裁判所の監督審

【事実】

2001年X（原告）は3億6,000万ドンでY会社（被告）の建物（まだ完成していない建物で、面積は82.2m²）（以下「本件建物」）を購入した。XとYの副社長Bが2001年12月20日に売買契約を締結した後、XはYに2億2,194万ドン（契約の3分の2の価値）を支払った。そして、残る金額は、建物および所有権移転の手続きを行うに必要な書類が引き渡されるときに支払われる。本件契約が締結された後、2004年までに建物の基礎を構築し始めたが、2005年になって、YはXに対して新しい値段すなわち15億1,296万988ドンで新しい契約を締結するように要求した。XはYの再契約の要求を拒否し、Yに対して本件契約の履行すべきことを求めた。

Yの主張は、本件の契約は権限を持たないYの副社長によって締結されたもので、無権代表人が締結した契約は無効であって、前記の新しい契約を締結しない限り本件の建物売買契約は成立していないと抗弁した。

第一審（2007年6月26日付 16/2007/DSST 人民ロンビエン区裁判所の判決）は、Xの主張を認めず、本件契約は無効であると判決した。しかし、本件の契約が無効になることについて、Yの過失を認めたとうえで、YはAに対して4億6,637万8,221ドンの賠償をしなければならないと判示した。

そこで、Xは第一審の判決に対して控訴し、本件契約は有効であり、その契約の履行を請求した。

第二審（2007年8月22日付 179/2007/DSPT 人民ハノイ都市裁判所の判決）はXの控訴請求を認めず、本件の契約は無効であると判決したうえで、契約が無効になったことに関する損害を9億3274万0449ドンと確認し、Yの過失は55%相当、すなわち5億1300万7246ドンであり、Xの過失は45%相当、4億1975万3202ドンである。そこで、YはXに対して7億3494万7246ドンを支払うべきだと判示した。

そこで、Aが上告したのが本件である。

【判旨】

棄却差戻し

裁判所は、「・・・2001年12月20日、Y社（売主）はXとの間で建物の売買契約を締結した。・・・本件契約を締結する時点において、Y社に建物はないが、1991年のハノイ人民委員会から土地を譲り受ける証明書および、1994年のハノイ都市の建築委員会からの建設許可書を得ていた。（省略）。加えて、本件の契約について、Y社は3回にわたってXから合計2億2194万ドンを受け取った。そのため、Y社の副社長Aは会社の法定代表人ではないが、本件の契約の締結後、契約履行に関する争いに関しても、会社側にはA副社長が本件の契約を締結したことに対して反対する意見はなかった（例えば、Y社はXとの争いの解決するためにいくつの文書を送った）。そこで、本件の契約を締結した代表人が代表権限を有しないということを理由として無効にはならない。」と判決した。

(3) 2010年12月17日付828/2010/DS-GDT人民最高裁判所の監督審も次の理由で第一審、原審の判決を取消、第一審に差し戻した。

「XとY林業法人の副社長Aとの契約（1995年5月02日付20/95HD番号）はYの法定代表人により締結されのではなかった。しかし、契約の履行過程において、Yの社長である法定代表人Bが本件契約の存在を知っているとの証拠がある。例えば、2000年5月9日に、Yの社長がYを代表して、Xと副社長Aとの契約の履行、契約の解約、契約の更新に関して話し合うという記録が存在し、Xに送った契約の履行に関するYの社長の2000年9月3日付126/TBLT番号の公文書等がある。そこで、AはYの副社長であるが、法定代表人による本件契約を締結する権限を委任すると表現する書面は存在しないが、本件の契約履行の過程で、Yの法定代表人は知っているが反対しなかったと認定するとともに、第一審および原審は、本件の契約が無権代表人によって締結されたという点を理由として無効であるとする判決は民法146条に違反すると解すべである」とした。

【検討】

上記の判例（2）および（3）からみると、本人の同意または知っても反対しないことの判断基準は、「追認」に密接な関連を有している。会社の経営者の権限外の行為につき、法定代表人の追認をなせば会社の責任が生じる。ただ、判例の事実によれば、一定の場合に例えば、法定代表人は、代表権限を有しない者のなした契約を履行したり、当該契約の紛争に関して解決行ったりした場合に限定されると考えられる。もし、判例はこの「追認」を拡大して、代表権を有しない経営者は第三者がこの外観によって誤認されることを防止しないと「追認」となるとされるようであると言われても、実質は確実な一定の要件の下で表見責任法理が整えられなければ、取引安全確保がまだ困難であると考えられる。

3. 法定代表人を選任する手続きが違法であっても、取引の相手方は法定代理人に代表権限がないと主張できないと判決した判例

2003年02月24日付04/2003/HDTP-KT人民最高裁判所の監督審判決

【事実】

X社(原告)の1996年11月9日の法定代表人たる社長AはY社(被告)とVDI-TNC/961146号の自動車売買契約を締結した(以下「本件売買契約」)。本件売買契約によって、X社はY社に1台当たり1万6,500千ドルで自動車50台を販売した。82万5,000ドルの返済額となる本件の売買契約から発生する債務について、Y社が15%(12万3,750ドル)を払った。残っている70万1,250ドルの弁済額の債務の担保のために、XとYは本件の売買契約による50台の自動車にVDI-TNC/91146号の質権設定契約を締結した(以下「本件の質権契約」という。)

Xは1996年11月16日にYに対して50台の自動車を引き渡した。当事者間には種類・量・品質・時間・場所について争いはなかったが、代金の支払について争いがあったため、Xは1998年9月21日、Yに対して売買契約に基づく債務履行すること、売買代金支払いを履行しない限り、質権設定契約に基づく質権の対象物の差し押さえを請求すると提訴した。

第一審(2001年7月6日付117号/KTST ホーチミン都市裁判所の判決)では、裁判所が本件の売買契約の有効性およびXの請求を認容した。

これに対して、Yは控訴した。その控訴理由は、X社において社長Aを選任する際の手続きがXの定款および法律に違反しているため、AにはXを代表して契約を締結する権限を有しないこと、したがって、本件の売買契約は無権代表者によって締結されたことから無効であると主張した。

控訴審(2002年1月10日付01号/KTPT ホーチミン都市最高裁判所に所属する控訴裁判所の判決)は、Yの控訴を認容し、第一審の判決を次のように修正した。

- 「- 本件の売買契約の効力は絶対無効になるとされる。
- 本件の売買契約の各当事者は契約の履行を中止する。
- 本件の売買契約に関する財産の処分は次のようになされるべきである。すなわち
 - +YはXに受け取った50台の自動車(自動車と同様の種類)を返却する
 - +XはYから受け取った代金を返却する」

これに対して、Xが上告したのが本件である。

【判旨】

棄却差戻し。

Aの代表権限について、

「控訴審は、XのAを社長たる法定代表人に選任する手続きがベトナムの法律的な手続き順序に違反したものである(取締役会が法律上規定された手続きに基づかないで業務執行を行ったり、会社が営業のための法定代理人の資格確認の手続きを完了しなかったりした)ことを理由として、経済契約に関する法令8条1項C点により(契約を締結する権限がない)無権代理人によって締結された契約の効力は絶対的無効であると判決した。

ただし、次の点を理由として、控訴審判決は法律規定の理解を誤っているとした。

Xの取締役会長Cは1995年3月31日に次の内容の文書を取締役副会長Dに送った。この

文書の内容によると、当時の X 社の社長 B が解任され、A を X の社長兼法定代表人に選任するために取締役会を招集すべきであるが、時間の節約、迅速な展開のために、取締役会の決議と同様な法律的意義がある文書によって、上記事項の決定を要求した。取締役会長 C の要求に応じるために、取締役会は文書を作成し、これによって、取締役会員全員（5 名の取締役）が A の社長への選任に賛成するサイン（合意）をした。控訴審はこのような事実を認定した上で、X 社の定款 7 条（「取締役会は原則として会社の本店で行われなければならない。ただし、特別な場合に限り、他の場所で開催することができるが、取締役全員が一致して合意しなければならない」と定めている）および、投資協力国家委員会の 1992 年 5 月 17 日付 238 号/HTDT-VP 法令の第 2 章 2 項（社長を選任する事項も含む最初の取締役会の会議に関する議事録を投資協力国家委員会に送らなければならない）に基づいて、A を社長に選任する手続きがベトナムで法律上要求されている手続きにしたがっていなかったとする控訴審の認定は、X の定款 7 条および、投資協力国家委員会の 1992 年 5 月 17 日付 238 号/HTDT-VP 法令の第 2 章 2 項の精神の理解を誤ったものである。さらに、計画・投資省の 2001 年 11 月 29 日付 8136 号/BKH-QLDN 公文書を参照すると、計画・投資省と呼ばれる企業登記・管理国家機関において 1995 年 4 月 10 日から 1999 年 1 月 25 日までの間 A が X の社長であったことが確認できる。

したがって、本件の売買契約を締結した時点において、A は X 社の合法的な社長であるため、A の X を代表しての Y との本件売買契約を締結する行為は A の代表権限の範囲内であるとの評価は相当である。」

【検討】

監督審の判断は、企業登記の効力についての判断をしたと評することが可能だろうか。ベトナムにおけるジョイントベンチャーは計画・投資省の管轄に属するため、企業設立登記は計画・投資省の担当である。X 社の社長が A であることを確認する行為は、本省で行われた企業登記簿に基づいてなされた。ベトナム企業法においては登記の効力に関する規定が定められていないが、本判決によると、会社が不実な登録をしたにもかかわらず、登録を管轄する機関の承認を得て公告がなされたら、不実の内容も効力があると看做すと考えられる余地がある。そして、ベトナム商法においては登記の効力についての定めはないが、商法第 7 条は、登記すべき事項は登記されなくても登記されるように会社は義務・責任を負うと規定している。すなわち、ベトナム商法には登記による効力に関する定めがないとともに、ベトナムは事実の効力しか認められないと解することができる。しかし、監督審の認定からみると、事実の効力は認められるが、例外的の場合がある。具体的に述べると、本件は A に X の社長の資格があるか否かの認定を前提として、A に X を代表する権限があるか否かを決する。しかし、A に X の社長資格があるか否かの判断基準は企業成立登記を管轄している機関の確認に基づくものであるとされる。とすると、登記された事項であるか否かによって、効力が認められる可能性もある。すなわち、原則としては、事実の効力を認めるしかないが、例外として、登記されて公開された事項の効力も認められると解するこ

とができる。したがって、登記すべき事項が登記されて公開された外観を信頼している取引の相手方の利益を守る手段として一つの場面の表見責任法理と言えるであろうか³⁶⁸。

第4節 小括

ベトナム民・商法においては、表見責任に関する規定が定められておらず、これら①、②、③の問題の解決は難しい。これは、ベトナムの法律では、取引の安全を確保するための積極的な救済手段は未だ整えられていないからである。例えば、外観を作り出した本人の利益と外観を信頼した取引の相手方の利益を考慮したうえで、どちらの利益を守るべきかを決する機能を持つ表見責任法理は認められていない。そこで、原則として、無権代表における本人（会社）と取引の相手方の利益を考慮することなく、民法の自由自治原則によると本人の意思に基づかないときには本人（会社）に責任を負わせることができないため、無権代表人と取引を行った相手方は次の各場合には不利益を負うことになる。

第一に、ベトナム法は、日本民法第109条の代理権授与表示による表見代理制度および会社法第354条の表見代表取締役制度が整えられていないため、法定代表人ではないにもかかわらず会社から賦与された社長または取締役会長等の名称を信頼した第三者の利益、法定代表人から委任されていないにもかかわらず社長または取締役会長・副社長・課長等の肩書きを持つ法定代表人から委任された外観を信頼した第三者の利益を守ることができない。すなわち、取引安全を保護する手段はベトナムにおいては積極的に用意されていない。

第二に、ベトナムは日本民法第110および会社法第349条第5項の権限外行為に関する表見代理制度がないため、法定代表人から委任された会社代表権限を越えて取引を行っている会社の経営者を信頼している第三者の利益が害されていることは否定できない。

第三に、法定代表人が解任・退任されたにもかかわらず、法定代表人であった時の資格を利用して、取引を行った時にも、ベトナムには日本民法第112条の代理権消滅後の表見代理制度がないため、会社側は取引を締結した者には代表権限がないことを理由として、契約の無効を主張することが認められ、第三者の利益保護を確保できない。

以上の分析を通じて、ベトナムにおける民・商法上の表見責任法理に制度による第三者保護制度が存在していないため、取引の安全を確保することができないことは明らかである。要するに、取引安全を守るための表見責任制度が不十分であると評価できる。取引安全の確保のためには、ベトナム私法体系は表見責任法理、とりわけ表見代理（代表）制度

³⁶⁸ただし、日本には、次のように反対見解もある。代表取締役の選任がないにもかかわらず会社が選任の登記をした場合（商法第9条2項）には、会社は、その者の行為につき善意の第三者に対して責任を負わなければならないが、これは、商業登記に関する規定によるものであり、表見代表取締役の制度（表見責任法理）によるものではない（北沢正啓『会社法〔第六版〕』《現代法律学全集18》青林書院（2001年）407頁）。

が不可欠であるということは明らかであると考えられる。ただ、ベトナムの私法体系に当てはめるためには、どのような表見責任制度が設けられれば良いかという課題を検討しなければならない。そこで、日本の民・商法上の表見責任法理制度を応用している法体系を検討したうえで、ベトナムの私法体系は、取引安全を確保するために、日本のような民・商法上の表見責任法理制度の立法は要求されるか、そうではなくベトナムの私法体系においては、民法上のみ表見責任制度を設けたら、この制度は商法をもカバーし切れるかという結論を引き出したいと思われる。

この結論を出すため、日本の商法における表見代表取締役制度について再検討するが不可欠であると考え。次に、民法の表見代理制度と商法の表見代表制度との相違点はどのような点にあるか。その相違点は、民・商法の表見責任制度を区別することが必要であるとされることに導くか。もしくは、単に民・商法のそれぞれの要求によって、民・商法は別の規定が整える要求であることではなく、日本の法体系の特徴は現在の民・商法を制度の役割および問題点について検討、分析したうえで、商法における表見代表取締役制度のような表見代表制度はベトナムの法体系に対しては必要であるか否かという結論を出したい。もし、ベトナムの法体系においては商法上の表見代表は不要で、民法における表見代理制度で十分であると帰結できれば、ベトナム民法の表見代理制度がどのように設計すれば、最良であるという提案を示したい。

そこで、次に、本篇第2章、第3章において、日本の表見代表取締役制度とその問題を検討したうえで、ベトナム法体系への示唆を得たい。

第2章 日本における表見代表取締役制度とその問題点

第1節 表見代表取締役制度

1. 制度の趣旨

現行の会社法の下で、取締役会非設置会社においては、原則として各取締役は会社の代表権を有するが、例外として代表取締役を選任した場合には、代表取締役以外の取締役は代表権を有しないものとされる（会社法第349条第1項但書）。これに対して、取締役会設置会社においては、代表取締役は法定の業務執行機関として、必ず設置しなければならないとともに、代表取締役ではない取締役は原則として会社の代表権を有せず、単なる取締役会の構成員にすぎない（会社法第362条、第349条第1項但書）。しかし、取締役会設置会社か否かを問わず、社長・副社長その他株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付した取締役に行われた行為については、たとえその取締役が代表権を有しない場合であっても、代表権のないことを知らない善意の取引の相手方に対して、会社はその取締役に代表権があったと同様として、責任を負わなければならない（会社法第354条）。そこで、代表権を有しないが、社長・副社長その他株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付与されている取締役は表見代表取締役と言われる³⁶⁹。この制度の目的は取引の安全を保護するため、会社の作り出した外観によって責任を負わせるものであり、外観信頼を保護したものである³⁷⁰。この制度が外観主義³⁷¹（禁反言の法理・外観理論など）の一つの表れで、表見代表取締役と呼ばれる³⁷²。

2. 沿革

代表取締役制度は、昭和13商法年改正によって定められた制度である。その当時は、一般株式会社は現行の取締役会非設置会社と同様に、取締役は原則として各自会社代表権と業務執行権を有するものとされ、ただ例外として株主総会の決議または定款の規定に定めがあれば、取締役の互選によって代表取締役を選任することができ、会社が代表取締役を選任するとともに代表取締役以外の取締役は会社を代表する権限を有さなくなるとされた（昭和13年商法第261条第1, 2項）。そして、株式会社が代表取締役を選任することによって他の取締役の代表権を制限させるとされたため、株式会社の取引の相手方保護のため

³⁶⁹伊藤塾『会社法〔第二版〕[伊藤真条文シリーズ]』弘文堂（2008年）469頁。

³⁷⁰江頭憲治郎『株式会社法 第5版』有斐閣（2014年）404頁。

³⁷¹外観主義には、禁反言則法理と法外観法理がある。この両法理は、それぞれの沿革と理論構成を異なるが、いずれの法理の機能については結論的差異がないからどちらの理論的構成を求めることも可能性であり、いずれによっても本条の解釈について結論的相違がないと解している見解が多数である（酒巻俊雄「表見代表取締役規定の法的基礎」法律のひろば18巻5号（1965年）21頁）。

³⁷²北沢・前掲注368、406頁、加美・前掲注172、305頁。

に、会社は代表取締役の氏名などを登記および広告しなければならないとの定めもあった（同法第 188 条第 2 項 10 号）。しかし、会社の定款そのほかの自治規則において、社長、副社長、専務取締役、常務取締役等の名称を附された取締役を選任することを認め、またその者の全部または一部を代表取締役としているのが普通であり、対外的にもこれらの名称が代表取締役という名称と同様に用いられ、実際上一般的には代表取締役は社長、副社長等であることも少なくなかった³⁷³。ただ、社長、副社長、専務取締役等の肩書きは、会社の業務執行の権限に結びつくことが多い³⁷⁴が、これらは本来会社内部の職制上の名称に過ぎないのであって、法律上の制度としての代表取締役との間には必然的な関係はないため³⁷⁵、このような名称を有する取締役も代表取締役として選任される場合を除き、会社代表権を有しなかった。そこで、これらの名称を附された者がその名称を用いて会社の代表者として取引をなす場合には、相手方はこれらの者が会社を代表する権限を有すると信じて取引をなすことが多かった³⁷⁶。しかし、これらの者に代表権があると信じて取引した相手方は、これらの者が委任代表権限（特別の受権行為）に基づいて会社の代表として行ったことを立証することができない限り、無権代表人との取引の効力を会社に拘束することができなかった³⁷⁷。このような法体系の下で、代表権がない取締役に外観上代表権限を有するかのような名称のせいで、代表権を有すると信じた相手方に不利益を与えた事例が多く生じたこと³⁷⁸が明らかになってきた。そこで、この弊害を防止し相手方を保護するために、このような代表権限があるかのような名称を附された取締役に実際上代表権を有しない場合にも会社に責任を負わせる方法が不可欠である考えられたうえで、一種の表見責任法理に基づきかつ商事取引の特性³⁷⁹に照らして民法第 109 条の表見代理規定を強化する会社法第 354 条（旧

³⁷³例えば、役付取締役はすべて代表取締役であり、役付取締役の一部のみが代表取締役である場合がある（服部三栄「役付取締役について」民商法雑誌第 47 巻第 6 号（昭和 38 年）858 頁）。

³⁷⁴大賀祥充『改正会社法講話』成文堂（昭和 57 年）337 頁。

³⁷⁵役付取締役については、商法は定款において定めるべきことを特に要求していないので、定款の相対的記載事項とは認められないともいえる（服部・前掲注 373、858 頁）

³⁷⁶蓮井良憲「表見代表取締役規定について」法律のひろば 18 巻 6 号（1965 年）18 頁。

³⁷⁷大濱信泉・長濱洋一「表見代表取締役」綜合法学第 5 巻第 6 号（1962 年）76 頁。

実務上、会社理事者に悪い者が出て、あのものに代表取締役と紛らわしい名称をつけさせ、この人をして取引せしめ不利になったことに、その効力を否認する例が出た（大橋光雄「表見代表取締役についての責任」- 商法第二六二条を論評する - 企業会計 7 (2) (1955 年)、320 - 322 頁）。

³⁷⁸酒巻・前掲注 371、19 頁。

³⁷⁹代表取締役を選任すれば、代表取締役が商業登記を行わなければならないとともに、商業登記の効力によって、第三者は代表取締役がだれか知らないことに悪意を擬制すると解された

商法 262 条) は設けられた³⁸⁰。

しかし、第 2 編で述べたように、昭和 25 年改正は株式会社の業務執行機関を従来のものと大きく変化させ、取締役は原則として業務執行の権限が無く単に取締役会の構成員すぎないとされた。そこで、表見代表取締役制度の立法趣旨を支えていた法的基盤（昭和 13 年改正商法）は、この昭和 25 年の改正による新しい取締役会および代表取締役制度との関連において、大きく変化したが、それにもかかわらず、昭和 25 年改正前と同じ表見代表取締役規定が維持されることとなった。

そこで、学界の一部では昭和 25 年商法改正の下で、代表取締役制度の存在の合理性につき再検討が必要であるとの指摘が見られた³⁸¹。

例えば、正村芳三教授によれば、取締役の権限について、昭和 13 年商法改正により取締役は各自会社の代表権限を有していて、代表取締役は例外として定款か株主総会の決議かによって定められたが、これに対して昭和 25 年商法改正の下では、代表取締役以外の取締役は原則として会社代表の権限を有しなかった。そのために、表見代表取締役の制度を旧商法（昭和 25 年改正前商法）と全く同様に維持しているのは疑問がないわけではないと指摘している³⁸²。そして、昭和 25 年商法改正は、株式会社の業務執行の一つの法定的機関である代表取締役制度を設けているにもかかわらず、表見代表取締役の制度を改正以前のものと同様に維持すべきかの問題は再検討が必要であると主張する見解もある³⁸³。

以上の指摘に対して、昭和 25 年商法改正にもかかわらず、表見代表取締役制度はそのままに存在しても何も問題がないという幾つかの主張がある。例えば、第一は、山口幸五郎教授は、表見代表取締役は昭和 25 年改正の取締役制度と矛盾しているとの非難もあるが、

ため、民法上の表見代理制度（具体的に民法大 109 条）を適用することができなくなってしまふ。

³⁸⁰島賀陽然良など「商法改正法案を評す（一四）」法学論叢 36 卷 3 号（昭和 20）109 頁。

³⁸¹大橋・前掲注 377、88 頁。

³⁸²正村芳三「表見代表取締役に関する若干の考察」商事法務研究 36 号（1956 年 08 月 25 日）、2 - 5 頁。

³⁸³「昭和 25 年改正以後、取締役の資格そのものは代表権との連関を失うことになったので、その名称に前記役附取締役の肩書が附されても、そこには代表権の存在に関する法的外観は成立しえないと解するのが順当であろう」、「外観法理にいう法的信頼性ある外観とは法または取引通念によって信頼性あるものとして一般に認められた外部的事実を意味しており、それは当然客観的な基礎を持ち得なければならない。しかも、その客観的基礎は法的基盤との関係を見捨て許容しうるわけではないので、これを本条についていうなら、旧法下において法的信頼性ある外観として把握されたもの、前記の改正の時点で新たな法体制との関連においてその機能に即して再検討されることが必要であったと思われる」（酒巻・前掲注 371、21 - 22 頁）。

昭和 25 年商法改正前にも法律上は取締役がすべて代表権を有するのを原則とし、ただ例外的にのみ代表取締役を定めることができるとされていたが（明治 32 年 170 条 1 項、昭和 13 年商法 261 条 1 項 2 項）、実際上は定款の規定に基づき取締役の互選をもって社長・副社長を定めるとともにこれらの者のみが代表権を有する旨を定めた事例が多く、昭和 25 年商法改正における共通の実態が存在していたといえることができるため、本条の適用の要件に満たす限りに、昭和 25 年商法改正による取締役制度の変更は表見代表取締役制度に無関係があると提唱している³⁸⁴。この見解は「共通事態説」と言われる³⁸⁵。第二には、法の健前としてみれば、表見代表取締役の規定は社長・専務取締役等の役付取締役の肩書を付した取締役は昭和 25 年商法改正とともに、代表取締役に選任されているとする一般の期待を保護する規定に変質している点から、表見代表取締役に対する第三者の信頼保護の機能が従来に比べて強化されたと解すべきであると提唱した星川長七教授の主張である³⁸⁶。これは「保護機能強化説」と言われる³⁸⁷。第三には、通説によると、肩書ある取締役は、代表取締役とされていることが多いため、その者が代表取締役に選任されていなくても外部からは代表権を有する取締役と誤認される。そこで、会社はその肩書き附与により外部の誤認に原因を与えているとして、これを信頼した第三者を保護するため、表見代理の規定が存在することが不可欠であると説明している³⁸⁸。しかし、通説の説明は、少数説が提供した疑問に完全には答えられていないと考えられる³⁸⁹。具体的に、取締役の各自代表の原則から正反対の原則（原則として代表権を有しない）へという法的基盤の変化にもかかわらず、表見代表取締役の規定をそのまま存在させる理由は明らかではないと指摘されている³⁹⁰。さらに、「通説は、実際界では役付け取締役が会社代表権を有している場合もあるので、実際には有していなくても、かかる社会的蓋然性ある名称を付与した以上、会社は外観作出の責を負わねばならないと解するのであろう。しかし、本条掲記の名称すべてが訴訟を離れた実際界の取引通念によって真に信頼性ある代表取締役としての外観を呈しているといえるかは問題である。これに関し、少数説中には、役付け取締役と代表取締役とを定款の規定上分離

³⁸⁴山口幸五郎「商法第二六二条論 - 表見代表取締役について -」坂教授古稀記念甲南法学第三巻第 1・2 合併号 61 頁。

³⁸⁵加藤教授は「共通事態説」という（加藤勝郎「表見代表取締役と商業登記 - 商法一二条との関係 -」竹内昭夫編集『現代商法学の課題（下）』有斐閣（1975 年）1281 頁）。

³⁸⁶星川長七「表見代表取締役の手形行為」手形研究 60 号（1962 年）9 頁。

³⁸⁷加藤教授は「保護機能強化説」という（加藤・前掲注 385、1281 頁）。

³⁸⁸大隅健一郎・大森忠夫『遂条改正会社法解説（第 3 版）』有斐閣（1946 年）274 頁、江頭・前掲注 357、404 頁。

³⁸⁹石山卓磨「表見代表取締役制度と事実上の取締役理論」愛知学院大学論叢法学研究第 23 巻 3・4 号（1980 年）32 頁。

³⁹⁰加藤・前掲注 385、1281 頁。

する傾向や、代表取締役と社長・副社長・専務取締役・常務取締役の名称を併記したり、代表取締役と取締役会長とを併記する場合もある現状をみて、かかる現状こそ本条掲記の名称が取引通念によっても信頼性ある法的外観足りえていないことの証左であると指摘するものがある。さらに、昭和 25 年改正前においては取締役なる名称自体が会社代表権を表示しており、それに職階制上より上位にあることを示す名称が付加された場合に、より適度な外観があるとして、本条の適用が予定されていたことをも勘案するならば、現行法制度における本条の機能は、まさに旧法下における第三者の「消極的信頼保護」から「積極的信頼創出」へと転化しているといえるわけであるが、後者の機能は本条が当初根拠としていた既存の外観理論の機能領域を超えるものであるものであると再確認する必要がある。… 曖昧な論拠のもとにこの傾向を認容し放置することは法論理の整合性を保つうえからも望ましいとはいえないであろう。」との指摘もある³⁹¹。

こうしたの反対意見にもかかわらず、表見代表取締役の制度については、判例は本条の存在意義を重視し、その適用領域を拡大してきている。実務上、本規定は昭和 13 年の改正商法によって創設されたものであるが、この規定の適用は昭和 25 年の改正法の後にしばしば見えているため、この規定は新しく法定された代表取締役制度の下で明確にみられると考えられる³⁹²。

実務上、表見代表取締役の規定を適用する際には、取締役たる資格を有する者に対して付与させられた名称たることは必要ではなく、代表権がある名称という信頼性ある外観が存在すれば足りると考えられる（最判昭和 35 年 10 月 14 日判決）。すなわち、取締役たる資格を有しない会社使用人に該当する事例については、取締役選任決議が不存在または無効の場合（事実上の取締役）におけると同様、本条を類推適用すべきであるとされている。例えば、最判昭和 35 年 10 月 14 日判決³⁹³は、会社の使用人が代表取締役の承認のもとに常務取締役の名称を使用してなした行為に対して旧商法第 262 条（会社法第 354 条）の類推適用を肯定した³⁹⁴。したがって、表見代表取締役制度は、取締役が原則として代表権がある

³⁹¹酒巻を引用した石山・前掲注 389、34 - 35 頁。

³⁹²山口・前掲注 384、61 頁。

³⁹³最高裁判集 14 卷 12 号 2499 頁、民商法雑誌 44 卷 5 号 848 頁

³⁹⁴本判決により支持された第一審判決（東京地裁昭和 31 年 9 月 14 日）「商法 262 条の規定は禁反言の法理を採用して取引の安全をはかったものであるから、商法に取締役を選任されないのに会社において事実上代表権のある取締役であるかのような名称を使用して取引に従事せしめている者の行為についてもこれを類推適用し、会社の表見的責任を認めるのが相当である」。また、東京地裁昭和 27 年 2 月 4 日判決（民集 3 卷 2 号 139 頁）も、会社が取締役でない一商使用人をして常務取締役なる肩書のついた名刺を使用せしめて取引した場合に関し、「同規定は法一般に通ずる取引の安全保護と禁反言の原則の一顕現に過ぎないと考えるべきもので、右のような場合にも類推適用されるもの」。

か否かの制度との関係に必ずしも導かないと思われる。

特に、現行の会社法の下で、取締役会非設置会社制度が設けられることは、昭和 25 年商法改正前の一般株式会社における取締役が原則として代表権を有する制度に戻ってきたとも考えられる。そこで、現行法の下で、表見代表取締役の制度の存在に対する批判がなくなる。ただし、昭和 13 年商法改正、昭和 25 年商法改正、現行の会社法の相違にもかかわらず、問題は、取引を行った人が代表取締役であるか否かという点は、商業登記簿をチェックすれば確認されるため³⁹⁵、商業登記の効力の制度（商法第 9 条第 1 項および会社法第 908 条第 1 項）と権利外観保護の制度（会社法第 354 条等）との関係に関して、どのように解すれば会社の利益と取引の相手方の利益を衡量できるかの問題は依然として残っている³⁹⁶。

3. 表見代表取締役の三つの要件

表見責任は、事実と異なる「外観」の存在と、外観に対する第三者の「信頼」および、外観を「作出」した者の帰責事由の三つの要件が要求される³⁹⁷。しかし、現行の会社法（会社法第 354 条等）の下では株式会社の機構は当時の株式会社の機構と大きく違っており、実務上この制度を適用する過程においては、代表取締役規定の文言に従う要件の解釈の仕方にも拡張していることから、この適用範囲の問題が明らかとなる。

次に、代表取締役制度を適用する要件について学説および判例の立場を検討したい。

(1) 外観の表示

最初の要件は、取締役が会社を代表する権限を有すると認める名称を使用することが要求される（法的信頼性外観の存在という要件）。

同条の名称とは、例示する社長、副社長および、代表取締役なる名称の他には、頭取、副頭取、総裁、副総裁、理事長、副理事長が含まれることに異論はない³⁹⁸。取締役会長（東京地判昭和 48 年 4 月 25 日³⁹⁹）、副会長、代表取締役代行者（最判昭和 44 年 11 月 27 日⁴⁰⁰）

³⁹⁵会社法第 911 条第 3 項第 14 号（旧商法第 188 条第 2 項第 8 号）により、代表取締役は登記事項である。

³⁹⁶当時（25 年改正）においては、代表取締役制度の法改正の方向は本条を廃止すべきとする立場が存在した。具体的には、商法 25 年商法改正により、株式会社は取締役会、代表取締役を選任しなければならない。また代表取締役の氏名は登記事項であるから会社と取引しようとする者は登記簿の閲覧によって代表権の有無を確認しえるからであるという主張であった。

³⁹⁷会社法 354 条によると「株式会社は、代表取締役以外の取締役に社長、副社長その他株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合には、当該には、当該取締役がした行為について善意の第三者に対してその責任を負う。」

³⁹⁸大隅＝今井・前掲注 174、221 頁。

³⁹⁹民集 24 卷 1 - 4 号 216 頁。

なる名称も含まれる⁴⁰¹。現行の会社法第 354 条は、平成 17 年改正前商法第 262 条および同条を準用する旧有限責任会社法第 32 条を引き継ぐ規定であるが、旧規定(旧商法第 262 条)の名称の例示の中に挙げられていた専務取締役および常務取締役という名称を定めていない⁴⁰²。しかしながら、現行の会社法に例示からの解除は、専務取締役および常務取締役の名称は代表権があるものと認められる名称におよそ当該しないとする趣旨ではないと解される⁴⁰³。すなわち、当該取締役が会社の代表する意思があるか否かにかかわらず、取引の通念上会社代表権の存在を表示すると認められる名称に限られて、さらにこれらの名称を附した取締役がその名称を用いて行為を行う場合に本条の適用がある⁴⁰⁴。

しかしながら、名称に関する問題点は、単に取締役の名称のみの場合はどうなるか⁴⁰⁵。すなわち、取締役というだけの名称が表見代表取締役制度の会社法第 354 条の文言である「名称」に該当するか。この問題について次の判例を検討する。

東京地判平成 7 年 6 月 28 日判決⁴⁰⁶は、単に「取締役」の名称を付与したのみでは会社を代表する権限を有するものと認めるべき名称を付与しているとは言えないため、会社に責任を負わせることはできないことは明らかであるとする。

本件の事実は、以下のとおりである。

額面一億円の約束手形の所持人である X が、同手形の振出人である Y1 社および手形の第一裏書人である Y2 に対し、本件手形金の内 3232 万円の支払いを求めた事案である。Y1、Y2 は、本件手形の振出および第一裏書はいずれも偽装されたものであると主張した。すな

⁴⁰⁰民集 23 卷 11 号 2301 頁。

⁴⁰¹通説は大隅健一郎教授であるが(大隅=今井・前掲注 174、221 頁)、含まれない見解もある(田中誠二『会社法』青林書院(昭和 31 年) 269 頁)。

⁴⁰²昭和 56 年改正の同時には、登記事項の広告停止の状態を前提に、登記制度を基礎としない実際の慣習上の名称、すなわち社長、副社長の名称に重点をおき、これらの名称の取締役の行為については表見代表取締役として会社に責任を負わせる。ただ、専務取締役・常務取締役その他会社を代表する権限を有するものと認めるべき名称などは、その会社内部限りの榮譽的意味のものとして、立法論としては 262 条よりこの部分を削除すべきであるとの考え方がある(酒巻・前掲(注 371) 23 頁)。また、取締役会の設置および代表取締役の選定が義務づけられていた平成 17 年前商法下において、常務取締役・専務取締役が代表取締役ではないとの社会通念が形成されてきたことによると説明されている(相澤=葉玉=郡谷『論点解説新・会社法』商事法務(2006 年) 323 頁)。

⁴⁰³江頭・前掲注 370、405、加美・前掲注 172、306 頁、落合誠一『会社法コンメンタ - ル 8 - 機関 (2)』商事法務 2009 年 48 頁。

⁴⁰⁴山口・前掲注 384、60 頁。

⁴⁰⁵江頭憲次郎・中村直人『論点体系会社法 3 株式会社Ⅲ』第一法規(2012 年) 112 頁。

⁴⁰⁶判タ 912 号 241 頁。

わち、Y1 および Y2 の取締役 A が平成 4 年 10 月 20 日ころ、手形偽造のグループにそそのかされて、手形振り出し権限がないにもかかわらず、Y1 の金庫から手形用紙 16 枚を盗み出し、これに Y1、Y2 の記名印を押捺し、金額 1 億円、Y1 振出、Y2 裏書の約束手形 16 枚を偽造して、偽造グループの一人に交付したものの一通であり、本件手形の前所持人や X は右の事情を知って本件手形を取得した悪意の取得者であると主張した。これに対して、X は、A は当時 Y1 の常務取締役、また、Y2 の取締役として、手形行為をする権限を有していたのであるから本件手形の振出・裏書はいずれも真正である（争点 1）。仮にそうでないとしても、A に対して、Y1 会社は常務取締役、Y2 会社は取締役の名称を付与しており、X は右の名称を信頼して、A に本件手形の振出および裏書の権限があると信じて本件手形を取得したのであるから、Y1、Y2 は商法第 262 条（会社法第 354 条）による責任を免れないと反論した（争点 2）。

争点 1 について、判決は X の主張を否定し、争点 2 についても、以下のような理由で、X の請求を否定した。会社法第 354 条の表見代表取締役制度を適用するための外観表示の要件について、「取締役」との名称は本条の定めている会社を代表する権限を有するものと認められる名称に当該しないことは明らかである。「Y2 は、A に対して、単に「取締役」の名称を付与したのみで、会社を代表する権限を有するものと認むべき名称を付与していないことが明らかであるから、X の Y2 に対する商法 262 条に基づく請求はその前提を欠いている」とした。

これに対して、東京地裁平成 5 年 1 月 28 日判決⁴⁰⁷は、有限責任会社（取締役会非設置会社）における取締役という名称によって取締役が会社を代表する権限を有すると信じた第三者を保護すべきことを認めている。

本件の事実は、次のとおりである。

有限責任会社原告 X 会社は、当初訴外 A・B・C を取締役とし、その中の A 取締役を代表取締役として選任していたところ、昭和 58 年に A が死亡した。A が死亡した後は平取締役である訴外 B によって運営されていた。X 会社を代表する B は昭和 61 年 5 月 28 日にある土地（以下「本件土地」という。）の買受交渉を行って、同年 6 月 14 日に所有権移転登記を行った。B は知り合いであった D に対して X 社への参加を持ちかけ、運転資金を出て欲しいことを依頼し、D はこれを承諾した。昭和 61 年 5 月 31 日、D は X 社の代表取締役に就任し、その登記も行われた。しかし、D は中国生まれであり、日本語の読み書きが殆どできず、また病気がちであったため、B が実際の業務執行に当たり、代表取締役 D は平取締役 B にこれを任せていた。昭和 62 年ころから、B と D とは仲たがいの状態となり、B は X 社の業務執行をしなくなり、X 社は事実上活動を停止した。平成元年 4 月ころ、B は知り合いの E に対して本件の土地を買ってくれるように申し出たところ、E は内縁の妻である被告 Y1 名義で買い受けることを承諾し、平成元年 6 月 13 日、売主を X 社、買主を Y1 とする売買契約が

⁴⁰⁷判タ 861 号 43 頁。

締結された。Bは本件土地の売買契約に際し、代表取締役Dの承諾を受けることなくX社の取締役として、契約を締結した。その際、Bは、かつて業務執行をしていた時にDの了承を得て何枚かまとめて作成していた、売主欄にX有限会社取締役Bとの記名があり、代表取締役印が押捺されていた売買契約書用紙の一枚をそのまま使用し、これに所要の事項を記入して、売買契約書を作成した。その後、本件土地は、Eが会社からY1への所有権移転登記を受け、さらに、所有名義Y1から訴外E、EからY2（被告）、Y2からY3（被告）へと順次売却され、各所有権移転につき登記が行われたが、X社は本件売買契約に関する代表権がない取締役Bによって締結されたことを理由として、Y1およびその後転得者Y2・Y3（以下は「Yら」という。）に対し本件土地の所有権移転登記の抹消を訴求した。

これに対して、Yらは、(1) Bは有限会社法27条により、X社の代表権を有していた、(2) 仮にDがX会社の代表取締役として選任・登記され、Bに会社代表権がなくなっても、(ア) 日本語がよく解せないDはX社の包括的業務執行権限を予めBに与えていた、(イ) そうでなくとも、Bが取締役の名称を使用し本件売買契約を締結しているから、有限会社法第32条の準用する旧商法第262条（会354条）により、X社は、Bに代表権がなかったことを知らなかったY1に対して責任を免れない等と主張した。

【判旨】

裁判所は(2)(ア)の被告の主張については否認したが、(2)(イ)の主張を認めたくえで、Xの請求を棄却した。

「・・・、BはX社の取締役であり、本件売買契約にあたり、X社の取締役として、かつ取締役の名称を使用表示して、これをなしたものであって、買受人たるEも、Bが取締役であることから本件土地をX社のために売却する権限があるものと信じて買い受けたものであるから、そうとすると、X会社は、有限会社法32条によって準用される商法262条の類推適用により、買受人Eに対し、本件売買契約による責任を免れることはできないものというべきである。けだし、有限会社においては、数人の取締役があるときでもその各自が取締役という資格において単独で会社を代表する権限を有するのが法律上の原則であり（有27条）、取締役に加えられた代表権の制限を知らなかった善意の第三者は保護されるべきであるからである。」

【検討】

代表権限を有しない者が取締役の名称を使用して、本件売買契約を締結しているため、会社は当該有限責任会社法第32条が準用する旧商法第262条（会社法第354条）に基づき当該取締役に会社代表権がないことを知らない第三者に対する責任を免れないとの被告の主張を認めるべきと判示している。表見代表取締役制度を定めた会社法第354条を適用する要件については、当初は外観の表示の要件について、取締役の名称が会社法第354条の「名称」に当たるかどうかについて、判旨が直接に判断していないため明確ではないが、「取締役」の名称をめぐる問題については、外観の表示および会社の帰責性の点からみると、本件が会社法第354条を適用するのではなく、類推適用しているのだと解すれば妥当であ

ろうかとの見解もある⁴⁰⁸。ただし、有限会社の取締役が「取締役」という名称の下に行為した本件において、裁判所が会社法第 354 条の表見責任の成否を判断するために取っている判断枠組みには問題があるとの指摘がある⁴⁰⁹。例えば、会社の帰責理由につき判断せずに、表見責任法理下での会社法第 354 条を類推適用することができるかは疑問があり、表見責任を負わせるためには会社の帰責事由の有無を問うか否か検討の余地がある。

この問題に対して、取締役たる資格において法律上当然に会社代表権を有するのが原則だから、会社が行為者を取締役として選任したという事実あれば、会社の帰責事由としては十分であると考えたと見解がある⁴¹⁰。これに対して、そう考えると、平取締役による「取締役」との名称を表示してなした取引については、会社は無過失責任を負うことになるとともに、表見代表取締役の制度に関する立法趣旨に矛盾すると指摘する見解もある⁴¹¹。すなわち、単に取締役の名称を使用した場合にも表見代表取締役の制度が適用されると解すれば、会社の帰責要件に関する理論構成は、当該会社が取締役という名称を付与したものと認められることになることは難しい。というのは、取締役が従前からのその名称をそのまま使用しているだけで、会社からの付与はないような場合に帰責事由を問うのは困難だと思われる。

この疑問に対して、会社が新しい代表取締役を選任すると共に、当該元代表取締役は代表権を失うにもかかわらず、それを防止しないようなことがあるとすれば、取引の安全のために同様の問題が生ずる。ただ、知りながら防止しなかったこと自体を会社による黙認と評価すべきであるから、会社の帰責事由がないといえない⁴¹²。

そこで、学説においては、判例法の見解を支持し、取締役会設置会社と取締役会非設置会社を区別することを前提として、「取締役」という名称を使用して取引をした場合に、表見代表取締役制度が適用されるか否かの問題を解決することが必要であるとするのが多数説である。

しかしながら、現行会社法の下では、取締役会設置会社であるか否かということを知るためには商業登記簿を閲覧しなければならない。ただ、取引の相手方には商業登記を調査する義務がないと解すれば、現行法においては、取締役会設置会社か取締役会非設置会社かのかかわらず、取締役という名称が本条に定められている名称に該当すると解すれば良いであるか否かとの問題がある⁴¹³。この問題については、表見代表取締役制度と商業登記

⁴⁰⁸中村信男「本件判批」判例タイムズ 861 号（1995 年）47 頁。

⁴⁰⁹高橋英治「本件判批」商事法務 1436 号（1996 年）87 頁。

⁴¹⁰山口五幸郎『新版注釈会社法（14）』有斐閣（1990 年）261 頁。

⁴¹¹高橋・前掲注 409、88 頁。

⁴¹²落合・前掲注 403、49 頁。

⁴¹³ただし、江頭教授は「特殊な事案であり一般化できないと解すべきであろう」（江頭・前掲注 370、405 頁）。

の効力との関係についての問題を再検討する余地があると思われる。

(2) 会社の帰責性

表見代表取締役制度も表見責任法理に基づく一環としての規定であるため、外観の存在の要件とともに、本人（会社）の帰責事由という要件も不可欠である。そこで、第二の要件としては、会社が取締役に表見代表取締役の名称を付したことであり（外観の付与）、すなわち会社がその名称使用を承諾したことを指す。換言すれば、外観の存在に会社が原因を与えるべきものであるから、会社がその名称を付したことが必要である。したがって、取締役が自ら勝手にその名称を使用する時には、その取締役の行為については、会社が本条の責任を負うわけではないと解されている（東京地判昭和 25 年 7 月 29 日、東京高判昭和 27 年 3 月 31 日）⁴¹⁴。しかし、会社が取締役会の決議によって表見代表取締役の名称を付与したのではなくても、取締役の過半数（最判昭和 44 年 11 月 27 日）または代表取締役一人（最判昭和 35 年 10 月 14 日）がその名称の使用を承認していれば、会社の帰責事由があると認められる⁴¹⁵。

したがって、会社が全く知らないところで右の肩書が使用された場合に会社の責任が生ずるわけではない（浦和地裁平成 11 年 8 月 6 日）⁴¹⁶。ただし、肩書の使用を会社が黙認していた場合には（会社が取締役の代表権があると認められるべき名称を使用していることを知りながら何らの措置を取らない時など）、会社の責任が生ずることがある（最判昭和 42 年 4 月 28 日、下級判例は東京地判昭和 49 年 10 月 15 日）。

ただし、問題は、会社の黙認と認定するために、取締役の全員がその事実を知らなくても取締役の過半数または代表取締役の一人が知っていればよいと解することには異論がないが、取締役の一人でも知って放置すれば、黙認となるか否かである。この問題に対しては、本条の要件として名称の使用を会社が知ることを要するが、取締役には、代表取締役または取締役会に知らせることをとして、そうした違法状態を是正する職責があるから、取締役の一人でも知って放置すれば黙認の付与となると解すべきである⁴¹⁷。また、代表取締役に通知しないまま招集された取締役会において代表取締役に選任された取締役が代表取締役として行為した場合は、その選任は無効であるが、当該行為には本条が類推適用される（最判昭和 56 年 4 月 24 日）⁴¹⁸。そして、会社が代表取締役の退任を登記した後でも、このような黙認によって会社が責任を負うことがありうる⁴¹⁹。

⁴¹⁴酒巻・前掲注 371、22 頁。

⁴¹⁵北沢・前掲注 368、408 頁。

⁴¹⁶判時 1696 号 155 頁。

⁴¹⁷龍田・前掲注 178 頁、104 頁。

⁴¹⁸判時 1001 号 110 頁。

⁴¹⁹北沢・前掲注 368、408 頁。

また、表見代表取締役が直接代表取締役の名義で手形を振り出した事例についても本条の適用によって会社の責任が認められている（最判昭和40年4月9日⁴²⁰、最判昭和41年11月10日⁴²¹）。学説には、この場合は代表取締役名義で行為することが一種の代理権の授与を認めべき、表見代表取締役として行為しているのではなく、代表取締役の代理人として行為しているものとして取引を保護するために民法第110条を適用すれば十分であるから、表見代表取締役の規定の適用ができないとの主張がある⁴²²。これに対して、本条の適用を肯定するのが妥当と考えるべきであると見解もある⁴²³。

しかしながら、会社から名称を付与された常務取締役がその名称を使用せずに行った取引の場合に、会社の帰責事由との因果関係がないにもかかわらず、会社に責任を負わせる場合に、その根拠はなんであろうか⁴²⁴。最近、日本の多数説は、取引の安全を確保するために表見責任法理は、本人（会社）の帰責事由を問う代わりに、第三者の主観要件を問うことを重視し、総合判断という判断基準を用いる傾向がある⁴²⁵。しかしながら、表見代表取締役が付与された名称でなく、真実の代表取締役の記名を使用して取引を行った場合には、第三者は取引を行った取締役が代表取締役ではないことを知った（悪意）と言えなくても、この事情の下で、最低限に取引を行った取締役には代表権があるか否か確認しないと重過失があると判断される可能性がないわけではないとも思われる。この問題については、会社の帰責理由と第三者の主観要件を判断するときに、会社の利益と取引の相手方の利益を衡量するために、以上の二つの要件をどのように総合的に判断すれば良いか、大きな課題である。

(3) 取引の相手方の主観要件

最後の要件は、取引の相手方が善意であること（外観の信頼）である。会社が表見代表取締役の行為に関して責任を負うのは、善意の取引相手方に対する要件である。つまり、取引相手方が悪意である場合には本条は適用されないが、会社側は相手方の悪意を立証しなければならない⁴²⁶。しかし、同条は単に「善意の第三者に対してその責任を負う」と規定

⁴²⁰判時405号36頁。

⁴²¹民集20巻9号1771頁。

⁴²²大濱・長濱・前掲注377、78頁。

⁴²³竹内昭夫「判評」法協第83巻1号（1966年）78頁。

⁴²⁴もちろん会社を代表する権限を有するとみとむべき名称をもって行動したことを要件する（山口・前掲注384、60頁）。

⁴²⁵一方に、会社法354条の表見責任については外観の作出とは要件となり、そして第三者は善意を前提とするが、そのほかに過失の有無を問題とする必要はないと解される主張もある（古瀬村邦夫「表見責任と第三者の過失」『現代商法学の課題下』（1975年）1372頁）。

⁴²⁶大槻敏江「表見代表取締役に関する一考察（1）」中央学院大学論業商経関係9巻1号（1974

しているにすぎないため、知らないこと（善意）について過失があっても第三者は保護されるのか、または同条の適用があるためには知らないこと（善意）につき無過失であることを要するかという問題がある。さらに過失の程度によって悪意と同様に取り扱うか否かは条文上も明らかではない。

この点、第三者の主観要件については、学説および判例を検討する。

(a) 学説

次のように三つの見解が存在している。

① 第一説は、民法の表見代理の場合よりも第三者の保護が強く、取引の安全が重視されるとともに、規定の条文が過失の有無を問題としていないことを理由として、「善意の第三者」という文言通りに、善意であれば足り、その過失の有無を問わないと解すべきと主張する説である⁴²⁷。

しかしながら、この説に対して、竹内教授は第三者の主観要件に無過失を要求しないと、民法第109条との均衡がとれないと指摘している⁴²⁸。さらに、昭和13年商法改正により、第三者の主観的要件について設けられた表見責任に関する商法上の諸規制の文言には必ずしも一貫性がないため（というのは、過失有無を問うか否か触れていない条文、善意の第三者に対して対抗できないとの文言がある条文、悪意の第三者に限らないという文言がある条文等が存在する）、文言より実質的に検討すべきであると主張する見解もある⁴²⁹。その他、取引の安全のみを重視して、第三者の過失の有無・程度を問わず、すべての場合に保護すると妥当ではないだろうかの指摘もあり、具体的に代表権の有無についての疑い事情が存在する場合には、必要な調査義務を負わないまま保護されると解すれば、信託の保護に過ぎて妥当でないという批判がある⁴³⁰。

② 第二説は、第三者が善意である要件とは過失のある第三者を含まない、すなわち第三者の善意・無過失を要するとする説である⁴³¹。

この説は、立法当初から、司法省関係者などの主張するところであったが、そこでは、「解釈上過失ある第三者を保護すべき理由がないから当然無過失たることを要する」としか述べられていない⁴³²。戦後の学説で、この説を支持する理由は、無過失を要求することが会社の利益と第三者の取引の安全を調整することができるため理論上妥当であり、そして本条

年)、269頁、北沢・前掲注368、409頁、大隅=今井・前掲注174、222頁。

⁴²⁷大隅健一郎『全訂会社法論中巻』有斐閣（1954年）125頁、石井照久『会社法（上）』勁草書房（昭和42年）338頁、古瀬・前掲注425、1372頁。

⁴²⁸竹内『判例商法I』・前掲注169、247頁。

⁴²⁹加藤・前掲注385、1285頁。

⁴³⁰加藤・前掲注385、1285頁。

⁴³¹奥野健一『株式会社法積義』巖松堂（昭和18）176頁。

⁴³²奥野・前掲注431、176頁。

は民法第 109 条と同一精神による規定であるとして民法の規定と同様して保護すべき第三者が無過失であることは請求されても何もおかしくないと考えられている⁴³³。

ただ、この説の理由に対する批判は次にある。例えば、会社法第 354 条等商法上の表見責任を定めた制度は、「一般に民法第 109 条以下の表見代理の規定を民法におけるよりも強い取引安全の要請に基づいて強化し、かつ定型化したものと解されることをもって、民法における解釈論をそのまま商法にあてはめることは妥当でない」との指摘がある⁴³⁴。

③ 第三説は、①説と②説の緩和な説として、第三者に代表権がないことを知らないことについて悪意・重大な過失があるときは、表見代表取締役制度を適用すべきではないとする説である⁴³⁵。

服部栄三教授は、「表見責任において相手方ないし第三者の過失をどの程度考慮すべきであるかは、結局のところ、当事者の利益衡量に帰する」とされたうえで、旧商法第 262 条（会社法第 354 条）については、第三者が悪意であることの立証責任は会社にあると解され、そのことにより第三者は非常に有利な地位にあるかわりに、第三者に少なくとも重大な過失がないことが要求されるべきであると主張した⁴³⁶。さらに、加藤勝郎教授は、レヒッシャイン法理によりつつ、「取引量が増大し、その機構も複雑化している上に迅速を要求される商取引においては、取引の相手方に民事取引におけると同様な無過失を要求してまで会社の利益を重視する理由がないから、善意保護の要件は緩和して軽過失でも保護するのが妥当であり、重大過失は悪意と同視し悪意同様に切り扱っても差支えない」と主張する⁴³⁷。重過失は悪意と同視できるという点は、多数の論者が主張し⁴³⁸、現在は第三者に重過失があれば保護されないとする見解が通説である⁴³⁹。

ただし、この説に問題がないわけではないとの指摘がある。例えば、悪意の概念は、重大過失を包含するものではなく、悪意が重過失を含むものとすれば、民法や商法の条文で改めて重過失を規定する必要がなくなってしまうため、利益衡量はそれ自体決定的な理由とはなりえないという疑問がないわけではない⁴⁴⁰。

⁴³³大塚龍児「会社法判例百選」別冊ジュリスト 180 号（2006 頁）199 頁。

⁴³⁴加藤勝郎「判批」民商法雑誌 79 巻 2 号（1978）290 頁。

⁴³⁵竹内昭夫「判評」法学協会雑誌 84 巻 10 号（1967 年）1436 頁、加藤・前掲注 372、1286 頁、田中・前掲注 150、613 頁、河本・前掲注 147、386 頁、落合・前掲注 403、47 頁、北沢・前掲注 368、408 頁、宮城京子「表見代表取締役制度」龍谷大学院法学研究（2005 年）7 号 301 頁、江頭・前掲注 370、405。

⁴³⁶服部栄三『商法総則〔第三版〕』青森書院新社（1983 年）308 頁。

⁴³⁷加藤・前掲注 434、291 頁。

⁴³⁸竹内『判例商法 I』・前掲注 169、258 頁。

⁴³⁹落合・前掲注 403、50 頁。

⁴⁴⁰民法には、『重過失』という文言を使っている条文があるからである。例えば、民法第 95

(b) 判例の流れ

商法は昭和 13 年改正で外観に対する信頼保護に関する諸規定を設け⁴⁴¹、外観を作出した者に一定の責任を負わせて取引の安全を図っているが、第三者の善意について無過失を要するか否かを明らかにした規定はない。この問題についての下級審の判例をみると、旧商法第 262 条（会社法第 354 条）の適用上、第三者の過失の有無を問題にせず、単に善意であれば足りると判定している判例がある（名古屋高判昭和 31 年 1 月 15 日⁴⁴²、大阪高判昭和 41 年 4 月 16 日⁴⁴³など）。これに対して、第三者の無過失を前提として判断している判例もある（東京地判昭和 25 年 4 月 11 日⁴⁴⁴、東京地判昭和 33 年 1 月 29⁴⁴⁵、大阪高判昭和 38 年 12 月 24 日⁴⁴⁶）。それにもかかわらず、旧商法第 262 条（会社法 354 条）における第三者の主観的要件については、最判一小昭和 41 年 11 月 10 日判決⁴⁴⁷の判示は、「商法 262 条に基づく会社の責任は、善意の第三者に対するものであって、その第三者が善意である限り、例えば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ものと解するのを相当とする。」と判示するとともに、初めての最高裁の判決として、表見代表取締役に対する判例法の立場は、第三者に過失があっても商法第 262 条（会社法第 354 条）を適用するということが明らかになった。しかし、本判決はおよそ「善意」でさえあれば足り、過失の程度は全く問題にしなく、通常の意味の「過失」すなわち軽過失であるかは問題にしないという趣旨を判示し、重大な過失があった場合についても過失とするか否かとの問題は、判決上において明らかではないため、当時いろいろな議論があった⁴⁴⁸。この点については、旧商法

条は「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない」と定めている。

⁴⁴¹① 商号の名義貸与（商法 14 条、会社法 9 条〔旧商法 23 条〕に由来する）

② 商人・会社の表見支配人（商法 24 条、会社法 13 条〔旧商法 42 条〕に由来する）

③ 営業・事業に関するある種類または特定の事項の委任を受けた使用人、いわゆる表見部長・表見課長（商法 25 条、会社法 14 条〔旧商法 43 条〕に由来する）

④ 物品の販売等を目的とする店舗の使用人（商法 26 条、会社法 15 条〔旧商法 44 条〕に由来する）

⑤ 表見代理取締役（会社法 354 条〔旧商法 262 条〕に由来する）

⁴⁴²民集 7 卷 2 号 148 頁。

⁴⁴³金法 442 号 44 頁。

⁴⁴⁴下民 1 卷 4 号 36 頁。

⁴⁴⁵判タ 77 号 174 頁。

⁴⁴⁶金法 365 号 2 頁。

⁴⁴⁷民集 20 卷 9 号 1771 頁。

⁴⁴⁸時岡泰「表見代表取締役の行為と会社対第三者責任」商事法務 793 号（昭和 53）148 頁。

第 262 条（会社法第 354 条）ではなく旧商法第 23 条（商法第 14 条）に関する最高裁判決が「たとえ誤認が取引をなした者の過失による場合であっても、名義貸与者はその責任を免れえないものというべく、ただ重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきものであるから、誤認して取引をなした者に重大な過失があるときは、名義貸与者はその責任を免れるものと解する」と判示した（裁判昭和 41 年 1 月 27 日）⁴⁴⁹。この判決により商法上の表見責任に関する諸規定の中で、第三者の主観的要件につき、初めて第三者の重大な過失は悪意と同様に取り扱うこととされた。

次に、最高裁昭和 52 年 10 月 14 日第二小法廷判決は、表見代表取締役の規定における主観要件についても、第三者の重大な過失は悪意と同様に取り扱うことを肯定した。

【事実】

Y 会社取締役 A は、同会社専務取締役上本町営業所長である名称を承認されていたが、手形振出の権限はなかった。ところが、A は Y 会社上本町営業所長名義で本件手形を振出し、第一裏書人として Y 会社の代表取締役であり A の父である B の名義の裏書を偽装したうえ、元 Y 会社取締役であった C を勧誘し、C は本件手形の割引を X に依頼した。X は A にも Y 会社の代表権があるものと信じ、A の代表権につき特に問わないまま、本件手形を取得し、満期に支払場所で支払いのためこの手形を呈示したが、支払がなかった。そこで、X は Y 会社に手形の支払を求め、旧商法第 262 条（会社法第 354 条）により本件手形の振出に対する責任があると主張した。

第一審判決（昭和 48 年 1 月 30 日大阪地裁第 10 民事部）は、X の請求を認容した。同判決は商法第 262 条「に言う第三者とは、手形関係においてはその流通証券である性質上から表見代表取締役によって代表せられる会社に対してこの取締役の代表権限を信じて権利者の地位に立つことができる者をすべて包含すると解すべきである。そうして、同法条により、表見代表取締役の行為につき会社が責任を負うためには、第三者が善意であれば足り、その無過失を要しないと解するのは相当」と判決した。

Y 会社の控訴に対し、原審判決（昭和 51 年 9 月 29 日大阪高裁第 4 民事部）も第一審判決を全面的に支持して、Y 会社の控訴を棄却したので、Y 会社が次の理由で上告した。「同条を適用するには原審も指摘するとおり、いわゆる第三者は善意でなければならず過失ある第三者、殊に重大な過失ある第三者にまで及ぼすべきではない、原審引用の最高裁判決は無過失を要しないとすも、少なくとも右過失が重大な者にまで本条を適用し得るという趣旨ではない、会社登記簿を閲覧するまでもなく、本件手形の振出欄を見れば、Y 会社の『上本町営業所長』となっており、本社が振出したものでないことは歴然としており、そのほか右 A の名下の丸印も上告会社とは全く縁のないものであることは明らかであまつさえ印紙の割印、支払期日の訂正印等悉く異なったものが押捺され、一見して Y 会社の代表取締役が正式に振出したものであるかどうかについての疑念が持たるべきことが自明の理であ

⁴⁴⁹民集 20 卷 1 号 111 頁。

る」

【判旨】

「商法 262 条に基づく会社の責任は、善意の第三者に対するものであって、その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、会社は同条の責任を免れないものであるが（最高裁昭和 41 年（オ）第 777 号同年 12 月 10 日第一小法廷判決民集 20 卷 9 号 1771 頁参照）、同条は第三者の正当な信頼を保護しようとするものであるから、代表権の欠陥を知らないことにつき第三者に重大な過失があるときは、悪意の場合と同視し、会社はその責任を免れるものとかいするのが相当である。・・・しかしながら、本件記録によれば、Y 会社は原審において X に重大な過失があると主張しているのであるから、重大な過失の有無を判決することなく、X が善意であるというだけで直ちに、X の請求を認容した元判決には法令の解釈を誤った違法があり、右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、・・・元判決は破棄を免れない。」

【検討】

本判決は③学説（悪意・重大過失説）を採用しており、それは次のような三つの意義がある。①裁判所の立場は商法上の表見責任諸規定の第三者の主観的要件を統一させる、②当事者の利益衡量の点からも第三者の主観的な要件につき、第三者の重過失は悪意と同視すべきである点を明らかにした。③民法第 109 条の解釈との均衡、商取引における外観責任の強化などから重大過失免責の限度にとどめることも明確に解される以上である⁴⁵⁰。しかし、重過失そのものの意味としては、次の二つの場合がある。過失の程度が大きいという意味である場合と、悪意でないが、当該具体的事情において、知っていたに違いないという時に、悪意に準ずるという意味で重過失を問題とする場合がある。そこで、第三者の重過失は、どのような場合に認められるかとの指摘がある⁴⁵¹。本判決も、「重大な過失があるときは、悪意の場合と同視し」と言っているのであり、「悪意と同視できる重過失があるときは」と述べているわけではない。したがって、一般論としては、過失の程度が大きいという意味での重過失がある者は会社法第 354 条により保護されないという形で定着しているかざるを得ないと思われるが、具体的な適用がどのような形でなされるかは今後の判例の展開に研究し続けるのが大切だと思われる。

この点については、東京地判平成 11 年 3 月 25 日⁴⁵²は「株式会社を相手方として契約を締結するに当たっては、各段の疑念を生じさせるような特段の事情のない限り契約上において株式会社を代表ないし代理する者の権限については逐一調査しないのが通常であると考

⁴⁵⁰山口・前掲注 384、59 頁により、こうした取引の安全という観点からすると、以上①説は第三者が無過失を要求することが酷にすぎ、本条の趣旨にも合致しないといって、②説のように過失の有無を問わないと解するのは行き過ぎと考えるからである。

⁴⁵¹鈴木・前掲注 145、62 頁。

⁴⁵²金判 1071 号 49 頁。

えられることからすれば、原告側において被告の常務取締役が本件金銭消費貸借契約締結の権限があると信じたことを著しい落ち度であるということはできず、原告側の代表権の欠缺について故意に準ずる重大な過失があったものと評価することはできないというべきである。」と判決した。すなわち、外観に関する疑いがあれば、第三者は調査義務を負うとともに、調査義務を怠ったら、重過失を認定する可能性があるということができる（第2編第2章第3節2（3）参照）。

（c）小括

取引の相手方が善意である限り過失があってもよいとする学説がある⁴⁵³（最判昭和41年11月10日）。これに対して、取引の相手方に重大な過失があるときは、悪意の場合と同様に、会社の責任を免除しても正当であるとの見解が現在では通説である（最判昭和52年10月14日）⁴⁵⁴。

しかしながら、商業登記の効力に関する商法第9条第1項（会社法第908条第1項）は、登記事項が登記された後は、相手方に正当事由がない限り善意の第三者に対して対抗することができることを定めている。また、通説は、登記すべきである事項が登記されれば、第三者の悪意を擬制していると解している（本編本章第2節4参照）。しかしながら、登記簿を閲覧することによって代表取締役であるかどうか確認できるとは言えても、第三者に商業登記簿を閲覧する義務を負わせれば、取引の迅速・取引の安全を確保することができなくなってしまう。そこで、取引上登記簿を閲覧することを期待することが困難であるという認識の下、外観保護規定を優先し取引安全を図る立場がある⁴⁵⁵。しかし、例えば特別な事情がある場合に限り（例えば、取引を行う取締役に代表権がないと疑うに足りる相当の理由がある場合など）、登記簿の調査・会社への確認を懈怠したことに重大な過失があるとして、本条の適用がなされるべきではないかとの指摘がある⁴⁵⁶。さらに、第三者の主観要件（悪意・重過失）を判断する際には、商業登記の効力との関係はどのように理解すればよいかの問題が依然として残っている⁴⁵⁷。

⁴⁵³大隅・前掲注427、125頁、石井照久『商法2：会社法（上）』勁草書房（昭和42）338頁、末永敏和『会社法 - 基礎と展開（第2版）』中央経済社（2001年）136頁等。

⁴⁵⁴北沢・前掲注368、408頁、竹内・前掲注435、1436頁、江頭・前掲注370、405頁、龍田・前掲注178、104頁。

⁴⁵⁵星川・前掲注386、8-9頁。

⁴⁵⁶加美・前掲注172、307頁および宮城・前掲注435、296頁により、この場合は、第三者の重過失を認め、表見代表取締役の規定による保護を受けないと主張している。

⁴⁵⁷「商取引は、独立の当事者双方の交渉・駆け引きによるものであり、またそれが商取引の効率性を高めるものである以上、商取引においては第三者の外観信頼を民事取引よりは厚く保護するとしても、それでは一方当事者の保護にあまりにも傾斜しすぎである」（落合・

4. 民法上の表見代理制度との相違点

以上の会社法上の表見代表取締役制度の展開は、本条の文言から段々と離れてしまう。本条による保護は、民法の表見代理による保護と併存し得るし、取引の相手方は選択的にまたはその両方を主張できる⁴⁵⁸可能性もある。それなのにどうして会社法の規定をむりやりに類推（拡張）適用し、民法上の表見代理制度を適用しないのであろうか。例えば、表見代表取締役とされるには、単に取締役の名称のみに対しても、当該会社の取締役たる資格を要しないとすする判例⁴⁵⁹および学説⁴⁶⁰の見解上に、異論はない。しかし、そこには正当性があるか否かを検討する必要がある。したがって、表見代表取締役の規定の適用が困難な場合には、民法上の表見代理の規定の適用が可能か否かを検討する必要がある⁴⁶¹。

そこで、民法上の表見代理制度について検討したうえで、民商法の表見責任法理に基づく制度の相違点を明らかにしたいと思う。

以上の表見代表取締役制度の3つの要件を検討したうえで、商法の表見責任制度が民法の表見責任制度と異なる点は取引の相手方の主観要件すなわち過失が要求されるか否かというところは明確に見える。すなわち、表見代理（民法第109条）より広く保護される⁴⁶²。しかし、実務上、理論上の取引の相手方の過失を認定する基準は、民事取引か商事取引かによって決することではなく、事実によって、ケースバイケースに判断すべきであると考えられる（第2編第2章第3節）。結局、日本の商法の表見代表制度の意味はなんであろうか疑問がある。そこで、第3節において、商業登記の効力と外観信頼保護規定（民・商法が含まれる）との関係について再検討をしたうえで、日本の表見代表取締役制度の意味を明らかにしたいと考える。

第2節 商業登記の効力と表見代表取締役との関係

1. はじめに

商業登記は、商人（会社も含む）に関する一定の事項を登記所に備えてある商業登記簿に記載するという公示制度である。この制度の目的は、商人が商人の企業活動に関して取引上重要な事項を公示することにより、商人の社会的信用を維持するとともに第三者の利益を保護し、併せて企業取引の安全をはかることにある⁴⁶³。この目的を達成するために、日

前掲注 403、50 頁)。

⁴⁵⁸落合・前掲注 403、42 頁。

⁴⁵⁹最高昭和 35 年 10 月 14 日（民集 14 卷 12 号 2499 頁）。

⁴⁶⁰田中・前掲注 150、612 頁。

⁴⁶¹田中・前掲注 150、616 頁。

⁴⁶²龍田・前掲注 178、104 頁。

⁴⁶³登記事項を法定するのは、登記当事者およびそれと取引をするとの「利害の調整を図るために」それを登記により公示することが望ましいとする立法者の政策判断による者と言え

本商法第9条・会社法第908条は商業登記の効力を定めている。商法第9条第1項・会社法第908条第1項によって、登記すべき事項は、登記の後でなければこれをもって善意の第三者に対抗することができないと定められている⁴⁶⁴。通説的な見解は、これらの規定を反対解釈すれば、登記事項は登記の後にはこれをもって第三者に対抗することができるとする⁴⁶⁵。しかし、企業（株式会社等）において、支配人や代表者（代表取締役、代表執行役等）に関する事項は登記すべき事項であるが、代表者ではない人が会社を代表して取引を行う際には取引の相手方はその人の外観により会社の代表者と信じて取引を行った場合、また代表権を有した代表取締役が退任・解任されて、その事実が登記されたにもかかわらず、今まで会社の代表者として取引をしていた人が退任後も依然として代表者であると信じて取引を行う場合がある。そこで、以上の場面には、代表権を有していなくても代表者であるかのような外観を持つ者を代表者だと信頼する第三者を保護するため、すなわち取引の安全を重視するとして、商業登記の効力が認められているとともに、民法上の表見代理（民法第109条、第110条、第112条）および商法上の表見責任の規制（会社法第354条等）が適用できるかどうか問題となる。

具体的に、登記すべき事項を登記した以上、商法第9条により会社はこれを悪意者にはもちろん、善意者にも対抗できるとされれば、商業登記の効力により、会社は善意、悪意かを問わずに、登記された事項をもって第三者に対抗することができる。さらに表見責任法理に基づく規定の適用を排除する可能性も得られることになる。すなわち、第三者の悪意が擬制されることになるため、会社法第354条等の要件たる第三者の善意、もしくは民法表見代理規定の要件たる第三者の善意・無過失が成立する余地はなく、この範囲では表見責任規定の適用は排除されることになるであろう⁴⁶⁶。

商法第9条、会社法第908条の商業登記の効力について、商法第9条第1項（会社法第908条第1項）の第1項前段には、商業登記の消極的な効力として商人（会社）が登記すべき事項を登記しなければ、善意の第三者に対してその事項の効力を主張できないとされている。この規定は商人（会社）に事実の対効力に関する主張を制限する公示主義の機能とし

る。（大塚龍児「商業登記（および広告）の対効力について」『八十年代商事法の諸相』有非閣1985年、164頁）

⁴⁶⁴会社の実体が不明であるものからみると、取引相手方が不測の不利益を被るおそれが出てきてしまう。そこで商法では、そのような不利益をあらかじめ排除するため、一定の事項について、これを公示しなければならないとするとともに、そこに一定の効力を定めるという制度を設けている（宮島司「代表取締役の退任登記と民法一一二条」奥島孝康・宮島司編『商法の判例と論理』會澤健一郎教授還暦記念論文集、日本評論社（1994年）、194頁）

⁴⁶⁵酒巻俊雄・栗山徳子『新版基本問題セミナー - 2 商法総則・商行為法』成分党（2005年）136頁。

⁴⁶⁶加藤・前掲注385、1277頁。

て、商人（会社）と第三者の情報格差を埋め、第三者の利益を考える規定と解することに異論はない。そうであるならば、公示主義に基づく商業登記の効力の規定と外観主義に基づく表見責任の規定の両方とも、取引安全と第三者の利益を考慮した上での法律上の定めであるから、矛盾・衝突は生じないと思われる。しかし、商法第 9 条第 1 項（会社第 908 条第 1 項）の後段によれば、登記すべき事項は登記後、登記事項を知らないことに正当な理由がある場合を除き、会社は善意の第三者に対抗することができる⁴⁶⁷とされている。このように外観を信頼した者の保護の制度と商業登記の一般的効力との間には矛盾があることを否定できない⁴⁶⁷。例えば、会社法第 13 条、第 354 条、第 421 条等（表見責任法理）によれば、会社の代表権を持つか否かにも関わらず、一定の条件の下で善意・無重過失の第三者の利益、ひいて取引の安全の確保のために、会社の代表権がない者の行為について、会社は、その者が代表権を有しない場合でも責任を負うべきこともある⁴⁶⁸。とすると、善意の第三者に対抗できるという商業登記の積極的な効力と表見責任法理に基づく外観保護規定との関係をどのように理解すれば良いか問題が生じる。この問題について、通説によれば、商法第 9 条（会社法第 908 条）第 1 項の文言を反対解釈し、商人（会社）は登記された事項は正当事由がない限り善意の第三者にも対抗できるという積極的な効力が認められていることを前提に、登記された事項を知らない善意の第三者に対して悪意を擬制するとともに、登記事項については民商法における表見責任の規定の条件である善意・無過失（無重過失）の第三者の範囲から排除され、表見責任規定を適用する余地がないことになる。ただ、実際上は日本私法においては両方の制度すなわち、商業登記制度と表見責任制度の制度が併存している。そこで、表見責任の規定に基づいて、登記された事項を知らない第三者の商人（会社）に対して取引の履行等の主張が認められるかどうかの問題が出てくる。すなわち商業登記の積極的な効力と外観信頼保護規定との関係についての問題は未だ明確に解決できていないままの状態である。両者の間に矛盾・衝突が生じるならば、商法第 9 条第 1 項、会社法第 908 条第 1 項の積極的公示力を優先させて外観信頼保護規定を否定するか、外観信頼保護規定を優先させて商業登記の積極的公示を否定するか、両者の調和が図られるような理論を提示できるかという問題の解決が必要となろう⁴⁶⁹。

そこで、最初に商業登記の効力と表見責任規定との衝突としてどのような場面を想定するか、次に、この問題を巡る判例、学説を検討した上で、依然として残る問題を対象として以下のとおり再検討する。

⁴⁶⁷加藤・前掲注 385、1288 頁。

⁴⁶⁸責任を負うというのは、民法の表見代理のように表見代表者の行為が代表権限のある取締役の行為と同様に取引の法律効果が会社に帰属される。ただし、無権代理に関する民法の規定（113 条）の適用は排除させられると解すべきであるかどうか問題がある（山口・前掲注 4、187 頁）

⁴⁶⁹加美・前掲注 172、306 頁。

前述した問題意識を前提に、第 3 節の 2 において会社の表見代表者と商業登記との衝突がある場面を想定し、同節の 3 においてそれぞれの場面について、日本法の規定はどのように処理しているかを紹介し問題提起とする。次に、同節の 4 において、この問題をめぐる判例および学説を検討し、そして同節の 5 において、総括としての私見を示す。最後に、日本の商業登記制度および表見責任法理に基づく規定の特徴を明らかにしたうえで、日本の私法上で、民・商法いずれも表見責任規定が必要であるとの結論に至る。

2. 商業登記の効力と表見責任の規定との衝突・矛盾が生じる場面

(1) 商業登記制度と表見代表取締役制度（会社法第 354 条）との関係

X 株式会社には、A、B、C 3 名の取締役がおり、A が代表取締役として登記されているとする。従来は A の代表取締役の登記にも関わらず、B が代表取締役として第三者 D と取引を行った場合に、商業登記の効力（会社法第 908 条第 1 項）と表見責任に基づく規定（会社法第 354 条）との衝突が問題とされた⁴⁷⁰。換言すれば、A が代表取締役として登記されている事の結果として、A の他に誰も代表権がないと主張する効力があるとの認識が前提となっていたからである。しかし、現在では、会社の主張の B が代表取締役ではないことは単なる事実であって、A が会社の代表取締役である登記事項の効果ではないとされている（登記された事項は A が代表取締役である事項であり、B が代表取締役ではない事項ではない）⁴⁷¹。したがって、事実に基づき第三者に対抗する事項であって、商業登記の効力（A が代表取締役である登記事項）と関係がないことに異論はない⁴⁷²。このように考えれば、表見責任の規定の存在そのものが、商法第 9 条第 1 項の定める商業登記の積極的公示力と矛盾するものではないということになる⁴⁷³。これに対して、昭和 25 年改正前商法と違って現行法では、取締役会設置会社においては代表取締役以外の取締役には代表権がなく単に取締役

⁴⁷⁰星川長七「表見代表取締役の手形行為」『株式会社法の理論と課題』中央経済社（昭和 38 年）42 頁、米沢明「共同代表取締役と表見代表取締役」西原寛一先生追悼記念『企業と法』上巻有斐閣（1977 年）199 頁。

⁴⁷¹商業登記の積極的公示力は、登記事項について第三者の悪意を擬制するものであるから、登記されている特定の者（A）が代表取締役であることを第三者が知っているものとされることは明らかである。しかし、このことは登記簿上に氏名のない他の者（B、C）が代表取締役でないということ、あるいは、そのことを知っていることとされることを意味するものでは必ずしもない。悪意の擬制は登記事項について問題になるものであり、登記から分かる事項について問題になるのではない（大塚・前掲注 463、216-217 頁）。

⁴⁷²吉本健一「商業登記の一般効力と外観保護規定」法と政治 63（1）（2012 年）、45 - 70 頁、加藤徹『商業登記の効力』成文堂（1992 年）142 - 143 頁。

⁴⁷³福瀧博之「商業登記の効力についての覚え書き」関法 36 卷 3・4・5 号（1986 年）224 頁、加藤・前掲注 472、142 - 143 頁。

会の構成員としての地位を有するにすぎない。したがって、Aが会社の代表取締役であるという事が登記されると同時に、そのAしか会社の代表権を有しないとされる。したがって、Aが会社の代表取締役という登記事項もA以外の取締役には代表権がないという登記であると解することができる⁴⁷⁴。問題は、第三者は商業登記事項の調査義務を負うかどうかである。例えば、第三者は、取締役会設置会社では、代表取締役以外の取締役は単に取締役会の構成員にすぎず、会社代表権を有しないことを認識し、会社の代表取締役がだれかどうかを知りたければ、商業登記簿を閲覧することによってそれを知ることができる。そこで、ある程度で商業登記を確認しないと第三者は（重）過失を認定する可能性がないわけではない。だからといって、取締役会設置会社における代表取締役に関する登記すべき事項と、表見代表取締役制度との関係は矛盾ではないと単純に解することはできない⁴⁷⁵。

（2）代表者が解任された事実の登記の効力と代理権消滅後の表見代理（民法第 112 条）との関係

吉本健一教授は、Aが代表取締役を解任されたことが会社によって登記されたことと表見責任法理との関係には二つの場面があるとす。第一の場面は、第三者がAと取引を初めて行う場合である。そのときには、退任登記とは全く関係がなく、ただ取引の時点において、会社はAが代表取締役であるかのような外観を作出した場合に、そのような外観に基づき、代表権付与の表示に基づく民法第 109 条や会法第 354 条を適用すれば、全く問題がなく退任登記と何ら矛盾するものではないと主張している。これに対して、もう一つの場面は、第三者がAと取引を何度か行って、取引時点において以前の取引を継続して行動をしている場合である。すなわち、代表取締役として引き続きその地位にとどまっているような外観がある場合には、取引発生時点では代表取締役退任という退任登記により対抗できる事実と矛盾する外観であるとも言える。その限りにおいては、商業登記の効力と外

⁴⁷⁴反対意見として「積極的公示力というのは、登記・広告後の効力であるから、この効力は、Aについてだけしか生じていない。登記のないB・C・Dについては、代表権の有無に関しての、いわゆる積極的公示力は生じていないのである（加藤・前掲注 446、144 頁）。

⁴⁷⁵例えば、星川・前掲注 386、8 - 9 頁により、「登記公告をなした場合に、会社は登記した以外の取締役には代表権がない旨を善意の第三者にも主張しうる」ことを前提として立論されている。

そして、鷹巣信子「商業登記の一般的効力〔中〕」佐賀大学経済論集第 23 巻第 6 号（1991 年 3 月）90 頁によって、「登記事項登記簿を見れば判る事項・登記簿をみても判らない事項を明確に区別することなく、Aが支配人や代表取締役として登記されている以上、登記されていないBやCが支配人、あるいは代表取締役ではないことは判るはずであるという前提から出発する限り、四二条や二六二条と一二条との間に矛盾があることは否めない。」

観保護規定の衝突が生じることは否定できない⁴⁷⁶。ここで問題となる外観保護規定は、代理権消滅後の表見代理に関する民法第 112 条が典型であるが、会社法第 354 条についても同様に問題となり得る⁴⁷⁷。

しかし、以上の二つの場面を区別して分析することに対して、意味があるかとの疑問がある。実際上は、第三者が初めて会社と取引するか、何回も取引が続いているか、いずれにしても会社と代表者との代表関係が消滅する事実との関係は変わらないと考えられる。代表者の解任という事実を登記することは、世間に対して、その解任された人と会社との代表関係がなくなってしまうと宣言する意味がある。さらに、民法の代理権消滅後の表見代理という民法第 112 条の解釈も初めて取引する第三者と従来から取引する第三者との区別なく適用することが認められている⁴⁷⁸。したがって、代表者の解任の登記による登記の効力をめぐって、会社と取引した第三者がその人がまだ代表権を有していることを信じて取引を行った場合に、代表権消滅後の表見代理を適用することができるか否かの問題は取引が続く取引の相手方を限定せず、初めての取引の相手方も含むと解すべきであると思われる。

以上、株式会社の代表者に関する場面に限定して、商業登記の積極的効力と外観信頼法理との関係について問題が生じる場面が明らかになった。そこで、この点を巡って、以下日本の判例の見解および学説がどのように理解しているかについて検討する⁴⁷⁹。

3. 判例

(1) まず、判例が商業登記制度と商法上の外観信頼保護制度である表見代表取締役（会社法第 354 条）との関係をどのように解しているかの確認をする。

平成 17 年改正前の旧商法に定められていた共同代表取締役制度が改正によって廃止されたことから、現行法ではその問題は生じないが、商業登記制度と表見代表取締役規定の関係についての検討をするにあたって、共同代表取締役の一人が単独取締役として取引を行った場合、旧商法第 262 条（会社法第 354 条）と共同代表取締役および登記の関係について判例がどのように解したかを再検討することは、商業登記の効力と代表取締役制度との関係についての考察にとって大きな意義があると考えられる。

最高裁昭和 42 年 4 月 28 日判決⁴⁸⁰は、共同代表取締役の一人が代表取締役の名称を使用して単独でなした取引について会社に責任を負わせるかどうかの問題に関して、共同代表の

⁴⁷⁶吉本・前掲注 472、60 - 61 頁。

⁴⁷⁷吉本・前掲注 472、60 - 61 頁。

⁴⁷⁸内田・前掲注 248、203 頁。判例は最判昭和 44 年 7 月 25（日判時 574 号 26 頁）。

⁴⁷⁹しかしながら、外観信頼保護規定と商法第 9 条の衝突はそもそも生じないという見解もある（牧真理子「商業登記制度と信頼保護」東北法学第 30 号（2007 年）167 頁）。

⁴⁸⁰民集 21 卷 3 号 796 頁。

定めのある登記がある場合について、旧商法第 12 条（商法第 9 条第 1 項・会社法第 908 条第 1 項）の、正当事由がない限り善意の第三者に対抗できないとする登記の積極的な効力にもかかわらず、第三者に正当の事由がなくとも旧商法 262 条（会社法第 354 条）を類推適用し、善意の第三者を保護すると判示した。そして、最高裁昭和 43 年 12 月 24 日判決⁴⁸¹は、共同代表取締役の登記がある場合に共同代表取締役の一人が代表取締役名義で振り出した手形について会社に責任を負わせるかどうかの争いについて、「・・・当該共同代表取締役が社長と称し事実上の主宰者であるかのように行動していたので単独の代表権を有していると信じたというような取引関係上の外部的状況は商法 12 条にいう正当ノ事由に当たらないから、共同代表の定めは善意の第三者たる手形取得者にも対抗できるとし、また、商法 262 条の規定は共同代表の定めのある場合の規定ではないとして会社の責任を否定した」原審判決（東京高裁昭和 41 年 3 月 24 日判決）⁴⁸²に対して、以上の最高裁昭和 42 年 4 月 28 日判決を引用し共同代表の定めのある場合において、代表取締役の一人が単独で行なった法律行為についても、表見取締役の規定（会社法第 354 条）の類推適用が可能であると解すべきであると判示し、旧商法第 262 条（会社法第 354 条）に基づく会社の責任の有無を審理する必要があるとして破棄差戻している。

このように、判例、通説は、商業登記の積極的効力を認めつつも、登記と異なる状況に対して表見代表取締役制度を類推適用することを認めていることは明らかである⁴⁸³。ただ、その理論的根拠が何かという点は必ずしも明らかではないため、商法上の表見責任規定のみならず、民法上の表見責任制度を適用できるかという問題は依然として残っている。

（2）商業登記制度と民法の外観信頼保護規定（とりわけ民法第 112 条）との関係。

最高裁第 2 小法廷昭和 49 年 3 月 22 日判決⁴⁸⁴では、代表取締役の退任登記にもかかわらず、代表取締役の名義で第三者に約束手形を振り出した場合に、第三者に対して会社が責任を負うかどうかの事件において、商業登記制度と外観信頼保護制度との関係が論じられている。

【事実】

A は Y 株式会社の代表取締役であったが、同人の知らない間に、昭和 41 年 11 月 18 日に取締役を退任させられ代表取締役の資格を失い、昭和 43 年 9 月 16 日に新代表取締役の就任により代表取締役の権限を喪失し、さらに同年 12 月 28 日には代表取締役資格喪失の登記がなされるにいたった。ところで、A は代表取締役の権限喪失後の同年 12 月 19 日取引銀行から会社名義で手形用紙 50 枚の交付を受け、この手形用紙と自己の保有する代表取締役

⁴⁸¹民集 22 卷 13 号 3349 頁。

⁴⁸²判例時報 444 号 72 頁。

⁴⁸³江頭・前掲注 370、405。

⁴⁸⁴民集 28 卷 2 号 368 頁。

印を利用して、代表取締役資格喪失の登記がなされていることを知る昭和44年1月20日までの間に、Y会社代表取締役名義の振出日白地の約束手形数通（総額2000万円）をBに宛てて振出した。そのうちの一通が本件金額100万円の手形であり、この手形は代表取締役資格喪失の登記がなされた昭和43年12月28日以降に振出されたものであり、受取人BからCへ、CからXに白地裏書譲渡されたものである。そこでXは満期日に支払場所の取引銀行で支払のため呈示したが、支払いがなかったため手形訴訟を提起し、これに勝訴した。Yがこの判決に対して異議を申し立て、手形訴訟⁴⁸⁵が本件通常訴訟に移転したものである。

一審は、表見代理が成立するか否かは、受取人Bにその要件が備わっていたか否かにより決まるところ（最高裁三小判昭和36年12月12日参照）⁴⁸⁶、XはBに要件が備わっていたことについてなんらの主張立証をしていないため、Xの表見代理の主張は失当であるとして、その請求を棄却した。

二審において、Xは、BがAより本件手形の振出を受けたとき、BはAにその権限があると信じていたし、そう信ずるにつき過失はなかったと主張した。すなわち、BはかつてAがYの代表取締役であった時にAと通じてYと工事契約を結びその工事代金支払いのためAよりY名義の本件手形の振出を受けたのであり、Aの代表権喪失を知らなかったと主張した。二審判決は、Xの主張を認め、次のように判示した。「Bは、AがかつてYの代表権を有していたことを知っており、その後代表権を失ったのにこれを知らずに代表権があるものと信じていたのであるから、商法上代表権喪失の登記を対抗される善意の第三者であり、かつ民法112条の善意の第三者にもあたるものというべく、Yは同条の表見代理の責任を負うべきである。Yは、BにおいてAの代表権喪失を知らなかったことには過失があると主張するがBに過失が存することを認めうる証拠はなく、手形取引は迅速を要するものであり、その都度商業登記簿を調査しなかった一事をもって過失があるものとするわけにはいかない。」と判断して一審判決を取り消し、Xの請求を容認した。

Yは、旧商法第12条（商法第9条第1項）は民法第112条の特則であり、登記事項について登記がなされたときは、民法第112条の適用はないと主張し、上告した。

【判旨】本判決は、次の通り判示して原審判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

「商法は、商人に関する取引上重要な一定の事項を登記事項と定め、かつ、商法12条において、商人は、右登記事項については、登記および広告をしないかぎりこれを善意の第三者に対抗することができないとするとともに、反面、登記および広告をしたときは善意の

⁴⁸⁵手形訴訟とは、手形金の支払請求とこれに附帯する法定利率による損害賠償の請求のための略式訴訟である。手形に関する訴訟はその性格上、迅速さが要求されるものであり、これに應える形で設けられたものである。大正15年（1926年）の旧民事訴訟法施行で廃止されたが、財界等の要望により、昭和39年（1964年）に旧来の為替訴訟が「手形訴訟」として復活した。現行の民事訴訟法では第350条から第366条までに規定がある。

⁴⁸⁶民集15巻2号2756頁。

第三者にもこれを対抗することができ、第三者は同条所定の「正当ノ事由」のない限りこれを否定することができない旨定めている・・・商法が右のように定めているのは、商人の取引活動が、一般私人の場合に比し、大量・反復的に行われ、一方これに利害関係をもつ第三者も不特定多数の広い範囲の者に及ぶことから、商人と第三者の利益の調査を図るために、登記事項を定め、一般私人法である民法とは別に特別に登記に右のような効力を賦与することを必要とし、また相当とするからに外ならない。

ところで、株式会社の代表取締役の退任および表見喪失は、商法 188 条および 15 条によって登記事項とされているものであるから、前記法の趣旨に鑑みると、これについてはもっぱら商法 12 条のみが適用され、右の登記後は同条所定の「正当ノ事由」がないかぎり、善意の第三者にも対抗することができるのであって、別に民法 112 条を適用ないし類推適用する余地はないものと解すべきである。これを本件についてみるに、・・・X は、B において A より本件手形の振出交付を受けた際、その代表権喪失につき善意であり、かつ、商法 12 条所定の「正当ノ事由」があったことを主張立証することによってのみ Y に右手形金を請求することができるにとどまり、B の善意無過失を理由に民法 112 条を適用ないし類推適用して Y の表見代理責任を追及することは許されないものと言わなければならない。

しかるに原審は、右「正当ノ理由」を顧慮することなく、B が、本件約束手形の振出交付を受けた際、A の代表権喪失につき善意無過失であったと認め、民法 112 条により右の手形に関する Y 会社の表見代理責任を認めたのであり、右判断は、前述の法理に違背し、右違法は原判決の結果に影響を及ぼすことが明らかである。論旨は理由がある。よって、その余の上告理由につき判断するまでもなく、原判決は破棄を免れない。そして・・・右「正当ノ事由」があったか否かについて、更に原審に審理を尽させるのを相当とする。」

【検討】

本判例は、初めて判例法上商業登記の積極的効力を認めて、「正当の理由」がないかぎり、登記された事項を知らない善意の第三者を保護できないと判決した。この判決は、商業登記の制度と民法上の表見責任制度との衝突があれば、商法上の表見責任制度を適用し類推適用することができるか否かという点について判断しないまま、民法上の表見代理制度を適用し、類推適用することを排除していることは明らかである。

判例からみると、商業登記制度と外観信頼保護規定との関係については、商業登記規定より民法の外観信頼保護規定を優先させて適用および類推適用することを認めるとの判断をした判例はない⁴⁸⁷が、商業登記の効力に関する規定の例外として商法の外観信頼保護規定

⁴⁸⁷代表権喪失の事項が登記されたか否かについて判らない事件としての最高最昭和 29 年 3 月 23 日判決（判例タイムズ 39 号 54 頁）は、代表権喪失後において、代表取締役および取締役社長の名称を使用して振出した手形を善意で取得した第三者が、旧商法第 262 条（会社法第 354 条）と民法第 112 条との両法条による責任を主張した事案において、請求を棄却した原審が旧商法第 262 条（会社法第 354 条）についてのみ判断し民法第 112 条につい

(会社法第 354 条等)を優先させて適用することを認容した判例は存在している⁴⁸⁸(判例①、②)。ただし、外観信頼保護規定である民法第 112 条と会社法第 354 条を区別する根拠が何であるかの問題を巡る疑問は少なくない。すなわち、商業登記制度と外観信頼保護規定との関係は理論上必ずしも明らかにされていない。

そこで次に、商業登記の効力についての学説をめぐって、それらの学説が商業登記制度と外観信頼保護規定との関係についてのどのような影響を与えるかという問題を明らかにするために、商業登記の効力(問題①)および、商業登記制度と外観信頼保護規定との関係(問題②)について、検討する。

4. 商業登記の効力についての学説

商業登記の一般的な効力を巡る学説には、以下のように基本的に三つの学説がある。

第一説は、商業登記の効力は初めから存在するが、登記前に善意の第三者に対抗することができないにとどまり(登記前の効力を消極的公示力と呼ぶ)、登記がされた後は第三者が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、本来存在する対抗力が善意の第三者にも及ぶ(登記後の効力を積極的公示力と呼ぶ)と解するものである⁴⁸⁹。すなわち、登記すべき事項が登記される以前は、商人(会社も含む)は善意の第三者に対抗することはできないが、登記すべき事項が登記簿に記載された後は、商人は善意悪意を問わず、「正当の事由」がない限り第三者に対抗することができるとする⁴⁹⁰。この学説は、登記された事項を知らない第三者が悪意と看做されると解しているため、悪意擬制説⁴⁹¹と呼ばれる。

て判断しなかったことは違法であり、両法条の適用が可能であるとして破棄差戻した。

⁴⁸⁸最高裁昭和 39 年 6 月 12 日判決(手形研究 91 号 10 頁参照)は、辞任した代表取締役の辞任登記(広告)後における手形行為につき旧商法 262 条(会社法第 354 条)を適用して会社の責任を認めた原審判決を支持している。

⁴⁸⁹竹田省『商法総則・商行為法』新青出版(1997 年)190 頁、大隅健一郎『商法総則〔新版〕』有斐閣(1978 年)269 頁、鴻常夫『商法総則〔新訂第 5 版〕』弘文堂(1999 年)241 頁。

⁴⁹⁰公示力に二種類あるわけではなくて、登記することによって公示力が発生し、その結果登記事項は善意の第三者にも対抗することができるのに対して、登記前は公示力が発生しないから、そのような対抗力も否定されるということを意味するに過ぎないと見解もある(黒田清彦「商業登記の効力」酒巻俊雄・栗山徳子編者『新版基本問題セミナー - 2 商法総則・商行為法』成文堂、2005 年 136、137 頁)。

⁴⁹¹竹田省『商法の理論と解釈』有斐閣(1959 年)4 - 5 頁、大隅・前掲注 461、265 頁、269 頁、田中誠二『全訂商法総則詳論』勁草書房(1976 年)434 頁、喜多了祐「商業登記の対抗力と公信力」法学教育 4 号(1974 年)121 頁、龍田節「判批」民商法雑誌 57 巻 5 号(1986 年)152 頁、上村達男「判批」ひろば 28 巻 1 号(1975 年)77 頁、福瀧・前掲注 473、205 頁、近藤光男『商法総則・商行為法』(第 5 版補正版、2008 年)45 頁等。

第二説は、積極的公示力は文字通り商法第9条第1項（会法第908条第1項）の解釈から認められる効力であるが、これを善意の第三者につき悪意を擬制するものであるとみる必要はないとする立場である⁴⁹²。この見解を支持する代表である大塚龍児教授によれば、積極的公示力の意味を改めて理解すべきであると主張している⁴⁹³。すなわち、登記の積極的な効力は、登記事項である事実を善意の第三者に主張できるとすれば必要かつ十分であり、第三者の悪意擬制に導く根拠はないと主張したうえで、結果として登記されたか否かについて第三者には探知義務がないとの理解の仕方はふさわしいし、第三者が登記事項を確認しないのは単に登記がない制度のリスクを負担するにすぎない⁴⁹⁴。登記の積極的公示力と外觀保護規定が衝突するのは、退任登記のあるような場合だけに限られると主張し、こうした場合には、登記当事者と第三者との取引関係の具体的事実によって、代表権の消滅を過失なく知らなかったという民法112条を適用ではなく、退任後会社がこの退任者に会社法354条の名称を新たに明示・黙示で附したという要件の下で保護されるか、または登記当事会社は登記事項の積極的公示力を主張することが信義則に反し権利濫用といえるかどうかという基準によって第三者を保護すべきであろうとする⁴⁹⁵。

第三説は、商法第9条第1項（会法第908条第1項）に定める効力は積極的公示力ではなく、同条項は善意の第三者に対しても有している事実の対抗力を登記事項によって制限したものであるとの見解である⁴⁹⁶。すなわち、非登記事項である事実は事実に基づき誰に対しても対抗することができるが、商法における登記すべき事項には事実の対効力に比べて登記前には対効力が制限されている（悪意の第三者のみに対抗できる）。これに対して、登記後にはこの制限を解いたうえで、元々の対効力（事実上の対抗力）に復帰すると主張している。この説は初めて服部栄三教授⁴⁹⁷により提唱され、その後浜田道代教授⁴⁹⁸、加藤徹教

⁴⁹²大塚・前掲注463、216頁、落合誠一「商業登記の効力」法学教育（2004年8月）287号43頁、宮城・前掲注435、269頁。

⁴⁹³大塚・前掲注463、216頁。

⁴⁹⁴商業登記制度がない場合には、民法上の個人と個人との取引のように、取引の相手方の情報に調べないか例えば、代理権があるかどうか、取引が代理範囲に置くかどうか調べないと無権代理人と取引すれば、無権代理人に請求するか、本人に取引を追認することを請求するか、取引を取り消すか、代表権代理規定に基づき本人に履行を請求するかの第三者の救済手段については、取引が望ましくない、第三者は不安的な地位に落ちる（大塚・前掲注463、166 - 167頁）

⁴⁹⁵大塚・前掲注463、220頁、226頁。

⁴⁹⁶服部説、浜田説、加藤説。

⁴⁹⁷非登記事項は登記したか否か関わらず、対効力があり、表見責任を別とすれば、登記なしに善意の第三者にも対抗しうるのに、登記事項（登記すべき事項）は登記をしなければ善意の第三者に対抗しえないとされている。これは、非登記事項に認められる対抗力を制限

授⁴⁹⁹がこの説を展開してきた。服部教授と浜田教授および加藤教授の相違は、服部教授は商法第9条1項（会法第908条第1項）が外観主義の一種だと主張している⁵⁰⁰のに対して、浜田教授は本条が外観主義の一種ではなく公示主義に基づく商人の義務である。商人が登記義務を履行しないと、善意の第三者に対して事実の効力を主張できないとする⁵⁰¹。加藤教授は、浜田教授の学説を支持し、フランスの商業登記制度⁵⁰²から示唆を得たうえで、日本の場合に登記後の効力について、一般的な明文規定を定めていないのは、フランスのように、登記の後に新しい効力を登記者に与えないのは勿論であるが、商業登記制度は商人の民事制裁として存在していると解すべきだと主張している⁵⁰³。

しかし、これに反対する見解は以下のような疑問を持ちながら商業登記の積極的な効力を否定する見解に有力でないという指摘がある。第一は、事実の対抗効力があるといっても、事実を善意の第三者に対して主張できるかどうかは、基本的にその事実の性質によって決まるものであるという指摘である。例えば、詐欺による意思表示の取消し的事实は善意の第三者に対して主張できない（民法第96条第3項）が、強迫による意思表示の取消し的事实は善意の第三者に対しても主張できる（民法第96条第1項）。したがって、登記すべき事項が登記されれば、一般の事実の効力に戻ると解されるが、一般の事実の効力は何であろうかとの問題は明確ではない⁵⁰⁴。

第二は、商業登記制度の効力は一律ではないという指摘である。商法第9条（会社法第908条）の構造からみると、本条の第2項によって「不実の登記」であっても一定の効果が認められているし、本条の1項前段によって、「登記がなくても」登記制度の効果として一定効果も認められているが、事実通りの登記の場合には原則の効力に戻る効果だけでそれ

したものと解すると主張し、登記事項の対効力は登記が行われることによって初めて非登記事項の対効力と同一になる（服部・前掲注436、477頁）。

⁴⁹⁸浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定（一）」民商法雑誌80巻6号（1979年）6頁。

⁴⁹⁹加藤・前掲注472、131 - 139頁。

⁵⁰⁰服部・前掲注436、480頁以下。

⁵⁰¹浜田・前掲注498注、6頁以下。

⁵⁰²加藤・前掲注472、89頁により、「フランス法は登記すべき事実または証書につき未記載の場合に対抗不能のみを定めるにとどまり、当該事項を登記した場合の効力に関する一般原則を設けていない」。すなわち、フランスの商業登記の効力は消極的公示力が認められているが、積極的公示力が認められる明文が定めていない。しかも、積極的公示力が認められるために消極的公示力の明文を反対解釈は行われていない。（加藤・前掲注446、137頁）。

⁵⁰³加藤・前掲注472、136 - 137頁。

⁵⁰⁴落合・前掲注492、41 - 42頁。

以上の別段の効果は認められないというのは理解し難いのではないだろうか⁵⁰⁵。

5. 商業登記の効力と権利外観規定の関係についての学説

既に述べたように、商業登記の効力と権利外観規定の両者の衝突・矛盾が生じる場面があることを前提に、そのいずれの保護利益を優先すべきかについて活発な議論がなされてきた。学説上は、大きく 2 つの対立的立場がある。第一は、商業登記の積極的公示力を重視し、登記後は正当事由のない善意の第三者への対抗力を認め、外観保護規定の適用を否定する立場である⁵⁰⁶。第二は、取引上登記簿を閲覧することを期待することが困難であるという認識の下に外観保護規定を優先して取引安全を図る立場である。この第二の立場が学説上多数説⁵⁰⁷であるが、その理論構成として、例外説、正当事由弾力化説、異次元説、対象・範囲相違説と呼ばれる 4 つの学説がある。商業登記制度と外観信頼制度との関係について、それぞれ異なった理論構成に基づき、民商法上の外観信頼制度を区別するか否かによって、解決方法が異なっている。そこで、それぞれの学説を検討したい。

(1) 例外説

代表取締役であるか否かは商業登記簿を見ればわかる。そのため、第三者は表見代表取締役に代表権がないことにつき商法第 9 条 1 項（会法第 908 条第 1 項）によって悪意が擬制されるとの解釈が前提とされているが、それにもかかわらず、会法第 354 条が優先して適用されるのは、会社法第 354 条が会社法第 908 条の例外規定であるからだと主張する⁵⁰⁸。すなわち会社法第 354 条の表見責任の認められる限度で商法第 9 条第 1 項（会社法第 908 条第 1 項）の適用を排除することができると主張している。

しかしながら、例外説に対しては以下のように反対する意見が少なくない。

第一は、取引の実情からして、第三者が取引を行うたびに義務として登記簿を閲覧して調査しなければならないのであるから、第三者が調べなければ不利益を受けても仕方がないとするのは必ずしも妥当ではない⁵⁰⁹。

第二は、登記の効力を定めている商法第 9 条第 1 項、会社法第 908 条第 1 項と外観信頼保護規定との関係の問題について、例外説の理論的根拠は明確ではない。すなわち会社法第 354 条を例外規定としつつ、民法第 109 条、第 112 条も会社法第 354 条と同様に表見責任法理に基づくのに、これを例外と認めないのであれば、会社法第 354 条が商法第 9 条第 1

⁵⁰⁵福瀧・前掲注 473、221 頁。

⁵⁰⁶大塚・前掲注 463、168 - 169、鷹巢・前掲注 475、103 頁、落合・前掲注 492、45 頁。

⁵⁰⁷吉本の見解（前掲注 472）

⁵⁰⁸龍田・前掲注 491、153 - 154 頁、前田・前掲注 178、482 頁、加美・前掲注 172、306 頁。

⁵⁰⁹牧真・前掲注 479、133 頁以下によると、悪意擬制説を採用する立場を支持すれば、第三者の探知義務を負うと解しなければならないことになってしまう。

項・会社法第 908 条第 1 項の例外という理論的根拠は何かとの疑問がある⁵¹⁰。具体的には、例外説は単に利益衡量の結果を表現したに過ぎず、どのような意味において外観保護規定が商業登記の効力を定める原則の例外と位置づけられるのかについても説得することができない状態であるとの批判がある。

第三は、例外説は会社法第 354 条を例外として認めることによって悪意を擬制するという原則の意味を自らに失わせてしまっているのではないだろうかとする批判である⁵¹¹。そこで商業登記の積極的効力を認めることを前提としての悪意擬制説と例外説との関係は上手く理解できない。

(2) 正当事由該当説

名称から代表権限ありと信じること（会法第 354 条）が商法第 9 条第 1 項、会法第 908 条第 1 項の後段に言う「正当ノ事由」による善意に該当するとする学説（服部説）である⁵¹²。この説は商業登記の積極的効力を認めないことを前提として、従来の「正当の事由」についての解釈⁵¹³を緩和させて、登記された事項について第三者の知らないことは客観的な事情のみならず、主観的な事情も含まれると主張する。服部教授によれば、外観保護という点で商業登記の効力に関する規定（商法第 9 条、会法第 908 条）と商法上の外観信頼保護規定（会社法 354 条）が同次元にあると解すべきである。そうして両者の関係は、登記という外観と名称使用という外観とのいずれを優先させるべきかの問題となり、より強力な外観である表見責任規定を優先させるべきであるという結論が導かれる⁵¹⁴。商法第 9 条第 1 項（会社法第 908 条 1 項）後段との関係については、「正当の事由」を弾力的に解釈したうえで、会社法第 354 条などをカバーすることができる。すなわち、表見支配人（商法第 24 条）または表見代表取締役（会社法第 354 条）の規定が登記以外の表見的事実（外観）を特に保護している場合には、商法第 9 条 1 項の「正当事由」に該当するものと認めるべき

⁵¹⁰浜田道代「商業登記と外観信頼保護規定（二）」民商法雑誌 81 巻 1 号（1979 年）93 - 94 頁、落合・前掲注 492、44 頁。

⁵¹¹牧真・前掲注 479、138 頁。

⁵¹²服部・前掲注 436、480 頁以下、486 頁。

⁵¹³商 9 条会 908 条 1 項後段にある「正当ノ事由」に該当するかどうかの問題について、従来の通説は、客観的事情のみに限るものとしており、主観的事情を含まないとする通説いうものである（大隅・前掲注 461、278 頁、判例として東京地方昭 25・7・14 民集 1 巻 7 号 1132 頁、東京高判昭 41・6・29 東高民時報 17 巻 6 号 129 頁、本判決を批判すると塩田親文「株式会社が代表取締役の退任および代表権の喪失を登記した場合と民法一一二条」民商法雑誌 72 巻 3 号（昭和 50 年）496 頁、龍田節「代表取締役の退任・代表権喪失の登記と民法 112 条」論叢 97 巻 2 号（1975 年）84 頁）。

⁵¹⁴服部・前掲注 436、488 頁。

であると主張している。

その根拠は、当事者が登記と矛盾するような外観ないし表見的な事実を故意または過失によって作り出したときは、登記を以って善意の第三者に対抗しえないとなすべきであるとの考えによる。その他、会社の代表取締役が解任され、解任登記後にその会社代表者との取引が成立したような場合にも、正当事由が存在すると言えるとして、登記に優越する事情や外観が存在する場合には、正当の事由に該当するものと考えてもかまわないと主張しているものもある⁵¹⁵。

ただし、正当事由弾力化説（服部説）はどこまで正当の事由を弾力化すれば良いか曖昧であり⁵¹⁶、伝統的な立場からは正当事由の拡大がどこまで理論づけられるかは問題があると指摘されている⁵¹⁷。正当の事由の弾力化が行き過ぎれば、商業登記制度の意味がなくなるとの指摘がある⁵¹⁸。さらに、以上の解釈によって、商業登記の効力の理論構成を示さないまま、登記の公示力の緩和策たる正当事由弾力化を安易に利用している点に問題があり、商業登記と外観信頼保護との関係がどのような関係であるかという問題がまだ残っていると指摘されている⁵¹⁹。

さらに、この説の外観主義に対する批判もある。すなわち、外観主義とは事実と異なった外観を信頼した者を保護しようというものである。これに対して、登記の制度はある事実が登記簿に記載された場合に、登記という外観を信頼した者を保護しようというものであるから、ある事実が登記簿に記載された場合に、登記という外観を信頼した者がその事実を対抗されるとしても、そのことは外観主義とは関連がなく、会社法第 908 条第 1 項を外観主義に基礎付けて考えることはできないはずである、とも批判されている⁵²⁰。

(3) 異次元説

浜田教授は、以上の登記の効力に関する服部教授の効力制限説を支持しながら、商法第 9 条第 1 項（会社法第 908 条第 1 項）の商業登記の効力規定と、民法第 112 条および会社法第 354 等の外観保護規定とは次元が異なると主張している⁵²¹。すなわち、商法第 9 条第 1 項の前段は、公示主義に基づき、公示主義を機能させるための対抗要件規定である。これに対して、表見責任法理に基づく民法第 112 条・会社法第 354 条等は、外観を信頼した者

⁵¹⁵服部・前掲注 436、470 頁。

⁵¹⁶牧真・前掲注 479、138 頁。

⁵¹⁷佐藤庸「表見責任と商業登記」成蹊法学 12 号（1978 年）92 頁。

⁵¹⁸加藤・前掲注 472、149 頁。

⁵¹⁹加藤・前掲注 385、1289 頁。

⁵²⁰浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定（三・完）」民商法雑誌 81 巻 2 号（1979 年）（三・完）1 頁以下。

⁵²¹浜田・前掲注 498、1 頁以下。

を一定条件の下に保護しようとする外観主義による規定である。公示主義と外観主義は、どちらも取引の円滑・安全を促進するためのものである。しかし、その内容は異なり、個々の規定においてその適用につき抵触することはないと主張している⁵²²。商業登記制度によって、登記すべき事項が登記されなければ、例えば代表取締役の代表権消滅の事実を第三者に対抗しうること（事実の効力）が制限されるが（登記されないと善意の第三者に対抗することができない）、登記がなされたら、この制限を解いたうえで、事実の効力に復帰し第三者に対して対抗できる。そこで、本人と第三者の間の法律行為が無権代理で無効であることを前提としたとしても、それにもかかわらず外観を信頼した過失がない第三者を保護するために、代理権が存在していたと同様の効果がある表見責任を認めても構わない。したがって、例えば代表取締役の退任登記により原則の事実の効力に復帰して会社が退任を広く第三者に対抗できる場合であっても、さらに民法第 112 条の適用も可能である。つまり、代表取締役の解任の登記のようにある者の代理権が消滅した事実が登記された後は、商人は事実（代表権がないこと）を主張できるが、無権代理を主張する場合と同様に相手方が民法第 112 条の表見代理を主張できることを意味する⁵²³。ただし、両者の関係は別次元と解するが、登記が外観保護における要件に関する過失を認定する材料の地位であると認めるのは否定できないと主張している。この主張に対して、加藤教授は浜田教授の異次元説は登記が過失の認定の材料になるとすると登記と外観信頼保護規定の次元関係が不明確ではないか、すなわち登記簿を調査しなかったことが過失に当たるか否かの判断を避けることができない問題⁵²⁴がまだあると指摘した。そして、商業登記制度は登記者に義務を果たさせるのが目的であり、登記者が義務を履行しないと民事制裁として第三者に対して対抗できないという意味を徹底して理解し、登記事項を知らないことは全く第三者の主観要件を判断することと関連していないとし、本来の異次元説すなわち商業登記の効力を認めず登記簿を閲覧しないのが表見責任の要件である第三者の（重）過失を認定することとしない完全な異次元説を展開している⁵²⁵。

こうした異次元説に対しては、次のように批判がある。

第一に、登記の積極的な効力を認めない異次元説では、第三者の利益の保護のために、登記事項を知らない第三者に対しても登記事項を主張しえないことが認められるとともに、第三者が登記に目を通さないことを認める結果となり、積極的に登記を行った会社側の利

⁵²²浜田・前掲注 498、8 - 9 頁。

⁵²³浜田・前掲注 498、8 - 9 頁以下。ただし、退任登記により代表権がないものという事実が善意の第三者に対して対抗・主張できるということは、表見的代理権があるという事実は認定できないものと言えると反対する見解がある（大塚・前掲注 463、219 頁）。

⁵²⁴実質的に過失認定の類型化の役割を果たすことになると、正当の事由を限定している服部説を拡大する学説に過ぎないとの指摘もある（佐藤・前掲注 517、83 頁）。

⁵²⁵加藤・前掲注 472、145 頁。

益を考慮すれば、公平を害するのではないかという疑問に対する指摘である⁵²⁶。そして、商人の側にすれば、登記をしたことにより一般に公示をなし、その通りの事実があることが認められるとの期待をするにも関わらず、第三者は登記を見なくても不利益を受けず、登記制度は商人側にとって極めて意味の少ないものになってしまう、との指摘もある⁵²⁷。

第二に、登記の積極的な効力を認めないと異次元説は自分の法律構成としての公示主義に反するのではないかとの疑問がある⁵²⁸。

第三に、異次元といっても、商業登記制度および表見責任制度の両制度を無制限に適用したのでは解決が得られず、取引の相手方に無重過失を要求する際に、登記簿の調査をしなかったことが取引の相手方の重過失に当たるか否かの判断が不可欠である⁵²⁹。

第四に、外観保護の点では、両制度とも同次元と解することができ、異次元説はどんな意味で次元が異なるか明白ではない⁵³⁰、等の批判である。

(4) 対象・範囲相違説⁵³¹

この説は旧商法第14条（商法第9条第2項）の意味は、登記事項たる事実が存在しなければ登記の効力が生じないという立場である。すなわち、旧商法第14条（商法第9条第2項）は、故意・過失によって不実の登記をなした者は、その事項が不実であることをもって善意の第三者に対抗することができないとされ、この規定は、登記を信頼した第三者の保護を図るためのものであるとし、不実登記の外観的効力を認めるものである。このことからすれば、登記当事者が故意・過失により登記された事実と異なる事実を存在させてい

⁵²⁶一方では第三者保護のために「知らない第三者には主張できないとしながら、他方、第三者が登記に目に閉すことは、これを認めることになってしまうのは第三者を重複に保護すると解すれば妥当ではないだろうか」（福瀧・前掲注473、220頁）。

⁵²⁷商業登記の効力規定が公示主義の現れであることを前提とするとしても、公示主義によって商業登記の制度はどのような立法方法を取りうるのか？現在日本の商法第9条、会社法第908条はどのような立法方法に依ったものと考えられるのか？そのうえで、異次元説はどう理解すべきかと指摘している（前畑安弘「商業登記の効力」岩本慧先生傘寿記念論文集、中央経済社（1996年）1-38頁）。

⁵²⁸商法が公示の方法として商業登記制度を採用したのは、知らない第三者には主張できないという前提の下で第三者に重要な事項を知らせるためであったが、第三者が登記に注意を向けなければ、公示方法としての登記は機能をできない（福瀧・前掲注473、220頁、落合・前掲注492、42頁）。

⁵²⁹龍田・前掲注491、624頁。

⁵³⁰加藤・前掲注385、1289頁、加美・前掲注172、306頁。

⁵³¹米沢明「商業登記の効力と表見責任 - 商法一二条と商法二六二条との関係を中心として - 」法と政治29巻3・4号（1979年）339-360頁。

る場合には、登記当事者の側では登記の効力を主張することはできないが、第三者の側では登記と異なる事実の存在を主張することができる。商業登記の効力に関する商法第 9 条第 1 項は登記当事者が登記の基礎たる事実と異なる外観を作り出している場合についても同様であると解している⁵³²。したがって、登記当事者が故意・過失により登記された事実と異なる外観を作り出している場合には、その外観を信頼した第三者に対しては会社の側は商業登記の一般的効力を主張することはできない、と解することになる⁵³³。この説によれば、商法第 9 条第 1 項と会社法第 354 条とはその規律対象および範囲が異なっていて、具体的に言えば、商業登記の効力を認めているが、不実なことを登記する場合と同視して、外観を作り出した会社に対して、商業登記の積極的効力が及ばないことになる。

以上の理解を前提にすれば、商法第 9 条第 1 項による商業登記の効力の及ぶ限度・範囲においては会社法第 354 条等表見責任の適用の余地はないが、その限度・範囲を超える部分については表見責任の適用がある。すなわち、商法第 9 条第 1 項による登記の効力があるというのは、表見責任が成立しないということであり、逆に、表見責任が成立するのは、商法第 9 条第 1 項による商業登記の効力がない、ということである⁵³⁴。両条文は規律対象および範囲を異にするのであって、同一の規律対象について優劣の関係にあるのではない。結局は、商業登記の積極的公示力を認めるが、この効力の範囲が制限されるというこの説は異次元説とは違う⁵³⁵。つまり、米沢教授によれば、登記事項後と一般的効力とは同一ではない。効力がない登記事項は、商法第 9 条第 2 項のみならず、同条の解釈と同様に登記者は登記事項と事実が一致しても、故意・過失によって登記者によって作出された外観を信頼している第三者がいれば、第三者を保護すべきであるため、登記事項の効力は認められない。登記事項の効力と外観信頼保護の優劣という関係ではなく、両者はお互いに排他的に存在しており、商業登記制度の趣旨に鑑みて、商法第 9 条による登記の効力の限度・範囲を画一的に確定して、同条と表見責任に関する規定との規律対象および範囲は異なることであるから、例外説ではなく⁵³⁶異対象説というべきであると主張している⁵³⁷。

ただ、この説には次のように疑問点がある。

第一は、外観の存在と事実の不存在とを同視する点が一般に承認されるのは困難であるとの指摘がある。なぜならば、商法第 9 条第 2 項の公示力と商法第 9 条第 1 項とは全く違

⁵³²米沢・前掲注 531、351 - 352 頁。

⁵³³米沢・前掲注 531、351 - 352 頁。

⁵³⁴米沢・前掲注 531、355 - 359 頁。

⁵³⁵米沢・前掲注 531、357 頁。

⁵³⁶以前は異次元説の立場を立ったが今は「異次元説と見るよりは例外説ないし例外を一般化した立場と見る方が適当である」との指摘がある（佐藤・前掲注 517、88 頁参考）。

⁵³⁷米沢・前掲注 531、358 頁。

うという点である⁵³⁸。

第二は、一般的にそのようにいえるならば、登記当事者が免責的登記事実を登記した場合の登記制度の効用は失われてしまうとの指摘がある点である⁵³⁹。

6. 総括としての私見

(1) 商業登記の消極的な効力と表見責任制度

商業登記の効力と外観信頼保護規定との衝突・矛盾は商業登記の消極的な効力を除き積極的な効力に限定されると解するのが、日本の一般的な考えである⁵⁴⁰。

しかし、消極的な効力が成立する場合には、表見責任が成立するか否かの問題もある。例えば、会社の代表者が解任されたにも関わらず、その事項が登記されていない場合には、商人は会社の代表者の退任に関する事実を主張できないということは、第三者には民法第112条、第109条を適用する機会がないと解することができるであろうか。実際には、このような場面は想定できないかもしれないが、第三者は選択によってどちらかを主張することができるであろうか。例えば、民法第112条を適用すれば、会社側が退任登記をしていないことを帰責事由として、表見責任が認められる可能性がある。また、退任したにも関わらず、会社は元代表者の退任を主張できず、会社の元代表者には会社の代表権限があると解すべきであろうか。この場合には、第三者には表見責任に関する規定とか商業登記の消極的な効力に関する規定とか選択して適用されなければならない。この二つの規定はお互いに排除するから矛盾・衝突はない。しかし、この場合には、無権代理ではないため、表見責任制度を排除すべきと考える可能性がある。そして、第三者の側には無権代理人に対しても主張することができないとか法律効果が異なるということが生じる（民法第117条を適用できない）。

問題とは、商業登記の消極的な効力が成立するとともに、例えば代表取締役が解任されたにもかかわらず登記されていなければその者の行為は無権代表ではなく有権代表であると解すれば良いか⁵⁴¹。それだと、表見責任を排除するとの理解しかないわけである。

(2) 商業登記の積極的な効力と表見責任制度

既に述べたとおり商業登記の積極的な効力と表見責任の規定との関係は商業登記の積極的な効力をどのように理解するかにより、変化する可能性がある。すなわち、商業登記の積極的な効力と表見責任の規定との関係を検討する前に、商業登記の積極的な効力を認めるか

⁵³⁸佐藤・前掲注 517、87 頁。

⁵³⁹大塚・前掲注 463、218 - 219 頁。

⁵⁴⁰佐藤・前掲注 517、90 頁。

⁵⁴¹日本の表見代理制度は表見代理の法律効果は有権代理ではなく無権代理と解するのは通説である（内田・前掲注 248、204 頁）。

どうかという問題を検討し、商業登記制度と外観信頼保護規定との関係をどのように理解すれば良いかを決めることが必要である。

先ず最初に、商業登記の積極的効力を巡る学説は、次のように整理することができると思われる。商法第9条第1項（会社法第908条第1項）の積極的な効力を認める見解、中間的な見解と積極的な効力を否定する見解との三つの見解に整理し検討したいと思う。このように分析するのは、商業登記制度と外観信頼保護規定との関係についてこれらの解決手段の相違が、それぞれ商業登記の積極的効力を認めるか否かに帰着すると結論を出した上で、次のような検討をすることによってそれぞれの見解における問題点を明らかにすることが可能であると思われる。

(a) 商業登記の積極的な効力を認める見解

この見解には、二つの考え方がある。第一の考えは登記の積極的な効力を徹底して理解した上で、登記事項を知らない第三者に悪意を擬制する。第二の考えは登記事項を知らない第三者に悪意を擬制することは行き過ぎとし、条文の文言通りに積極的な効力を認めれば十分であるとする見解である⁵⁴²。後者が前者と違う点は第三者には真正の探知義務はない、すなわち探知義務とは単に調査しないと危険を負担するにすぎないことと主張している⁵⁴³。この考えの代表者の一人である大塚教授⁵⁴⁴によると、商業登記制度がある場合と商業登記制度がない場合と比較した上で、商業登記制度の目的を明らかにし、商業登記の積極的効力

⁵⁴²大塚・前掲注 463、170 頁によると、「商法 12 条後段が積極的公示力を認めることの裏づけとして、法の趣旨から探知義務を導き出すことはできない・・・まして、探知義務を前提に、登記後の第三者の悪意が擬制されることの根拠とすることはできない。」とされる。山田純子「商業登記制度」法学教室 216 号（1998 年）25 頁、落合・前掲注 492、43 頁、大塚・前掲注 463、169 - 170 頁、宮城京子「表見代表取締役制度 - 商法 262 条不要論と表見代表取締役制度の存在意義 - 」法学研究 7 号（2005 年）269 頁、青竹正一『改正商法総則・商行為法〔第三版〕』（2012 年）42 頁、福瀧・前掲注 473、217 - 218 頁。

⁵⁴³通説に対する登記簿探知義務の苛酷性については、一般論として取引の相手が登記簿を調べることは当然であるといえる。なぜならば、商法 12 条が積極的公示力を認めることを前提とするかぎり、登記することによって一定事項の効果を認めるのが商業登記制度であり、反対にいえば第三者に登記をみるように求めるために認められた制度である・・・ただ、取引ごとに登記簿を閲覧しなければならないことの不合理性については、何か別の方法で対処すべきである。例えば、ある継続取引関係中の商人の支配人が急に解任されその登記も済んでいるが、その事実を知らない第三者が商人から対抗されるのは不合理であるため、商人からの登記事項の主張は信義側違反による権利濫用になる等（福瀧・前掲注 473、218 頁、大塚・前掲注 463、220 頁）。

⁵⁴⁴大塚・前掲注 463、166 - 167 頁。

を認めるべきだと主張している⁵⁴⁵。さらに、商業登記の積極的な効力は外観主義ではなく公示主義に基づき構成されると述べている⁵⁴⁶。具体的には、商法第9条第1項前段、後段の両方とも外観主義（外観信頼保護）ではなくて、商業登記制度は外観信頼保護との関連があると言え、商法第9条第1項後段は、外観信頼保護規定を排除する意味しかなく、この場合には、取引の相手方の利益を保護する面については、第三者は商法における商業登記の積極的効力を応用することが信義誠実に反し、権利濫用になると主張することが考えられるのではないだろうか⁵⁴⁷と述べている⁵⁴⁷。

(b) 中間的な見解⁵⁴⁸

この見解の中に、外観信頼保護制度との関係について二つの考えがある。

第一には、加藤勝郎教授による、商業登記制度の積極的な公示力を認めつつ、商法第9条第1項後段の「正当ノ事由」を弾力的に解釈する見解である（加藤勝郎説）⁵⁴⁹。第二には、商業登記制度の積極的な公示力を認めるが、外観を信頼した第三者を保護すべきである場合（会社が外観を作り出すことに故意・過失がある場合）には、商業登記の効力がないという見解である（米沢説）⁵⁵⁰。

加藤説は商業登記の公示力（積極的な効力）を認めながら、すなわち善意の第三者に対しても対抗力が生じるが、商業登記の公示力の下では会社法第354条の適用可能性は制限されると述べている。つまり、商法第9条（会社法第908条）第1項前段と後段の「正当事由」の範囲における商業登記の公示力はない。したがって、正当事由を弾力的に解する必要があると述べている。加藤教授は「通常誰しものが登記を調査する必要性を感じさせられなかったであろうと客観的に見える場合は、正当事由に当たると解してよいと思う。正当事由の弾力的解釈を主張し、登記に優先する事情の外観がある場合は正当事由にあたるとする学説・・・に賛成である」⁵⁵¹。

具体的には、商法第9条は、登記前は善意の第三者に対してのみ登記事項を主張できないとしている。これは会社法第354条の排除は、全面的ではない（「正当事由」を除く）。したがって、商法第9条は登記以前はもちろん、その後でもその公示力の及ばない限りで、表見責任法理を適用することができる。そこで、取引の相手方は会社法第354条により保護されることになるとともに、登記以前は商法第9条第1項前段によっても保護されうる

⁵⁴⁵大塚・前掲注 463、166 - 167 頁。

⁵⁴⁶服部教授による商用登記の制度は外観主義に基づく。

⁵⁴⁷大塚・前掲注 463、168 頁、福瀧・前掲注 473、225 頁、前畑・前掲注 572、16 頁。

⁵⁴⁸加藤・前掲注 385、米沢・前掲注 531、宮城・前掲注 542、300 頁。

⁵⁴⁹加藤・前掲注 385、1294 頁。

⁵⁵⁰米沢・前掲注 531、351 - 352 頁。

⁵⁵¹加藤・前掲注 372、1294 頁。

ことになる。また、商法第 9 条後段は登記でも「正当事由」による善意には公示力が及ばないとしているから、その限りで会社法 354 条の適用の可能性があると主張している⁵⁵²。

加藤勝郎説をさらに展開した米沢教授は「正当事由」の範囲のみならず、会社が故意・過失により作り出した外観を信頼している第三者がいれば、商業登記の積極的効力がある範囲外のため、その範囲において登記すべき事項が登記されても第三者に対抗する効力を与えられないと主張している⁵⁵³。加藤教授に比べると、米沢教授の商業登記の積極的な効力が認められる範囲は狭くなり、保護すべき第三者の範囲が拡大される。具体的には、取引の相手方は会社法第 354 条のみならず民法における外観信頼法理に基づく制度も適用することができる場合は、商業登記の積極的な範囲に属しないと解している⁵⁵⁴。

結局、以上の見解は商業登記の積極的な効力を認めるとともに、この効力の範囲が制限されているとしている⁵⁵⁵。しかし、正当事由に関する加藤勝郎教授の理論と外観を作り出す会社の行為（会社の帰責事由）に関する米沢教授の理論は、解釈としては登記より外観が優先されることは事実上登記の効力を否定することになるのではないかと指摘されている⁵⁵⁶。両者の見解にも曖昧な表現があり、商業登記の積極的な効力を認めない範囲についての限界には問題があるとされる⁵⁵⁷。したがって、中間的見解と呼ぶ。

(c) 商業登記の積極的な効力を否定する見解

この見解にも二つの考えがある。一つは商業登記の積極的な効力を認めず、商業登記制度は、登記義務者が義務を履行しないと不利益を負う結果によって登記義務者に登記義務を果たさせると共に公示主義を機能させる見解（浜田説）⁵⁵⁸。一方、この見解を支持しさらに展開させ、フランス商業登記制度と同様に日本の商業登記制度も登記義務者の民事制裁として存在すると主張する見解である（加藤説）⁵⁵⁹。

⁵⁵²加藤・前掲注 372、1290 頁。

⁵⁵³米沢説（前掲注 531）。

⁵⁵⁴「登記事項である法律関係の商人が、登記事項である事実と矛盾する行動をとり、その行動が相手方の取引の意思決定に影響を与えた場合には、商人は登記事項である事実をその取引の相手方に主張できなくなるものとすべきであり、かかる事実の存在は、積極的公示力の内在的制約となると解すべきものと考え」（宮城・前掲注 542、300 頁）。

⁵⁵⁵佐藤・前掲注 517、88 頁。

⁵⁵⁶佐藤・前掲注 517、89 頁。

⁵⁵⁷佐藤・前掲注 517、92 頁。

⁵⁵⁸浜田・前掲注 498、6 - 8 頁。

⁵⁵⁹「わが商法はフランス法と同様、登記義務を商人の義務として定めている。したがって商法一二条の定める効力は、商人と第三者との利害調整にもとづくたんなる法定の効力ではなく、登記義務に違反した商人に対する私法上の制裁すなわち民事制裁として考えうべき

(d) 小活

以上紹介した学説を踏まえ、次に日本における商業登記の効力と外観信頼保護制度との関係についての学説をまとめる。これにより、商業登記の積極的効力を認めるか否かによって両者の関係についての解釈が異なっていることが、明らかになる。

積極的公示力を認める		積極的公示力の 中間的見解 (米沢説)	積極的公示力を認めない	
悪意擬制 (例外説)	悪意擬制否 定		服部説	浜田・加藤説
商法の表見責任制度は商業登記制度の例外として位置づけられる。	商法の表見責任制度と商業登記制度との関係には衝突がない。	民・商法を区別せず、商人（会社）が過失・故意により作り出した登記事項と異なる外観を信頼した第三者に対しては、登記の積極的公示力を主張できない（この範囲に公示力はない）。	商法の表見責任規定を限定し、表責任法の要件に満たせば、「正当ノ理由」に該当する。	民・商法の表見責任制度を区別せず、商業登記制度は登記義務者を通常より不利に扱って、非登記事項に比べて新たな力を与えない。そこで、登記後事項と異なった外観を信頼した第三者を保護するために、非登記事項と同様に表見責任制度を適用しても何も商業登記制度との衝突がない。
民法の表見代理制度を排除し商業登記制度が優先して適用される。				

(商業登記の効力と信頼保護規定との関係 [表 7])

である」加藤・前掲注 472、126 - 127 頁。

(3) 各見解に対する私見

(a) 積極的な公示力を認める見解

この見解によれば、商業登記と商法上の表見責任制度と民法上の表見責任制度との関係は明確に理解できる。すなわち、商法上の表見責任法理を具体化する制度が不可欠と考えられるとともに、商業登記制度と私法上の表見責任法理との関係は日本の私法の特徴であるとする。そして具体的には、商業登記の積極的効力を認め、民法上の外観信頼保護規定（代表代理規定等）の適用の余地を排除する。したがって、商業登記制度を支えるためには、例外として商法上の表見責任規定（代表取締役制度、代表支配人制度、表見執行役制度等）が整えられるべきであるとする。

しかし、商業登記と外観信頼保護制度との関係について、両者の衝突があれば、それを明確に理解することができないという疑問があることは否定できない。ただ、実際にはこの両者の制度の衝突が生じる場合は殆どないと思われる。というのは、日本の私法体系においては商法の表見責任制度が整えられているため、事情によって、本当に第三者の保護が必要であれば、商法の規定を類推適用することができるため⁵⁶⁰、なにも問題がないと思われる。例えば、代表取締役が解任された事項が登記されているにもかかわらず、第三者と取引を行われた場合には、ケースによっては、第三者の利益と会社の利益を考量したうえで、会社法第 354 条を類推適用することができる可能性がないわけではない。すなわち、本編第 2 章第 1 節 3 での検討により表見代表取締役の規定を適用する要件についての学説および判例を検討してみると、第三者の利益すなわち取引安全を確保するために、条文の文言から少しずつ離れ（拡大し）つつ適用、類推適用する傾向が見て取れる。そうすると、商業登記の制度と民法上の外観信頼保護規定との関係は、必ずしも理論上明確にならないわけではない。言い換えれば、商法上の表見責任制度の位置づけは商業登記制度に支えられるからである。

(b) 積極的な効力を認めない見解に対する疑問点

日本の商業登記制度の沿革からみると、明治 23 年旧商法における商業登記の一般的効力についての立法批判の結果として、現行の商業登記制度の積極的な効力が形成されているため、商業登記制度の積極的な効力を否定することには根拠がないと思われる。昭和 13 年改正以前商法において、登記の積極的効力は無過失の第三者に対抗することができないこととされて、制限された⁵⁶¹。この点についての立法批判は少なくなかった⁵⁶²。商業登記制度

⁵⁶⁰江頭・前掲注 370、405 頁。

⁵⁶¹明治 23 年商法は商業登記の一般的効力について、第 1 編商ノ通則 第 2 章 商業登記簿の第 22 条で次のように規定していた。

「登記シタル事項ハ公ニシテ且裁判所ノ認知シタルモノトス何人ト雖モ毫モ己レノ過失ニ非サルコトヲ証シ得ルニ非サルハ之ヲ知ラサルヲ以テ己レヲ保護スルコトヲ得ス然レト

は商人と第三者の利益を調和する目的を目指しているが、無過失の第三者に商業登記の効力を主張できない商人の側にとっては、不安定であると指摘されたため、昭和13年改正によって、商業登記の積極的効力が旧商法に比べて、広く認められるようになった（第三者の無過失ではなく、「正当事由」がある場合に限りのみ対抗力が認められない）⁵⁶³。すなわち、第三者を保護すべき範囲を制限して無過失の第三者ではなく正当の理由がある第三者のみに狭くしている。そうすると、日本法の立法の沿革からみると、積極的な効力を認めない見解を支持することは困難であろうか。

次に、積極的な効力を認めない見解の根拠について検討する。

加藤説⁵⁶⁴は、フランスの商業登記制度と同様に、日本では商業登記の積極的効力が認められる規定が明確に定められていないため、商業登記の積極的効力を認める根拠はないと指摘している。具体的には、「フランスにおいては、登記事項につき登記後に認められる効力は条文によって積極的に認められる効力ではない。公示主義のもとに、登記義務を履行させるために果たされた、登記前の対抗不能という民事制裁が消滅した結果、本来事実が有している対抗力そのものであるということができ、そのような理論構成は、我が国においても妥当するであろう。」と述べている。

しかし、加藤教授は、フランスの商業登記制度は登記によって事実の対抗力に戻ると解されることが、表見法理との間で矛盾があるか否かについて検討していない。フランスは表見代理の法的構成は不法行為に基づくため⁵⁶⁵、登記すべき事項の効力が事実の効力に復帰できると解すれば、全く問題がない。なぜなら、この場合には、表見代理が成立するか否かについては、不法行為の理論の下では第三者に信頼させる外観を作り出す商人に過失があるかどうかで判断できるからである。これに対して、日本には判例法も学説も表見責任法理の法的構成は権利外観理論に基づくとすると共に、事実の例外として、優越的外観が存在すれば、取引の安全を重視して、本人の帰責事由を問わずに、第三者の主観的要件を総合判断するしかないという結論に至る⁵⁶⁶。そこで、日本には登記したら事実の効力に復帰

モ其事項ハ他ノ方法ニ因リ之ヲ知得タル者ニ対シテハ登記ノ前後ヲ問ハス其効用ヲ致サシム但権利関係カ登記ニ因リ始メテ生ス可キ例外ノ場合ハ其場所ニ於いて之ヲ定ム」

⁵⁶²大塚・前掲注 463、159 頁。

⁵⁶³大塚・前掲注 463、156 - 160 頁参照。

⁵⁶⁴加藤・前掲注 472、137 頁。

⁵⁶⁵Danny Busch and Laura J. Macgregor, *The unauthoritative agent*, Cambridge (2009) p. 23.

⁵⁶⁶「日本民法典における表見代理の規定（109 条、110 条、112 条）においては、無権代理人と本人側とのつながりが直接・間接に要件化されており、そこに含まれている帰責要素については起草者も言及していたところである。したがって、解釈論においても、帰責に対しては一応の注意が払われてきた。しかし、取引の安全という社会的利益を指標として表見代理の成立の範囲を拡張することが通説・判例によって押し進められる過程で、帰責

するとする言い方について、二つの結論に至る可能性があると思われる。一つは、外観優越に負ける事実の効力に復帰すると解する。二つは外観優越を解除する元々の事実の効力に復帰すると見解である。フランスは日本のような外観優越に負ける事実を認めないため（原則）、フランスの事実の効力とは実際に日本では元々の事実の効力であり、この効力は外観優越を解除できると解してもおかしくない。したがって、フランスは事実が登記されても、登記の積極的効力を特に認めることは必要ではなく、事実の効力に戻ることが認められれば、十分である。これに対して、日本の場合は、事実よりも優越する外観が存在すれば、外観を信頼する取引の相手方を保護する理論を認めるとともに、登記の効力は、優越した外観が負ける事実の効力より強い効力すなわち、外観優越を排除する効力を認めると解しても不当ではない。

そこで、外観信頼保護規制を適用可能とするために、日本の商業登記制度の積極的公示力を否認することは、説得が難しいと考えられる。結局、問題となるのは、商業登記の効力が、どこまで認められれば良いかである。というのは、商業登記の効力を認めても、100%効力があるというわけではない。例外として、事実の効力と同様に登記された事実であっても、第三者に対して効力を主張できない場合がない訳ではない。この場合には、非登記事実と外観信頼保護規定との関係に比べて、登記された事実との関係において外観信頼保護規定を適用できるためには要件が厳しくなるべきであると考えられる。日本は商業登記の効力を認める制度も外観信頼制度も両方が併存しているため、どちらが強いかという問題ではないと考えられる。問題は、商業登記の積極的効力は認められるが、一定の場合には会社と第三者との利益を衡量した上で、認められない可能性があるということになる。

商業登記の積極的な効力を認めないと商業登記制度と外観信頼保護規定との関係についての解決方法が困難ではないという点で、メリットはあるが、以上の積極的効力を認めない見解への批判、日本の商業登記制度の沿革、現行の条文によって、この見解を支持することは容易ではないだろうか。したがって、商業登記制度と外観信頼保護規定との関係の問題を解決するために、商業登記の効力を否定し、商業登記によって外観優越に負ける事実の効力に復帰する機能があると解釈した上で、事実にも優越する外観が存在すれば、外観信頼保護規定を適用できると結び付ける見解には、賛成できない。

そこで、商業登記の効力を認めても、商業登記制度と外観信頼保護規定との関係には、衝突・矛盾があるかという問題を再検討することに意味があると考えられる。両者の関係に衝突・矛盾が生じるとすれば、どのような場面があるか。それぞれの場面によって、どのように解決すれば良いか等の問題について再検討することに意味があると思う。私見としては、必ずしも一つの学説に基づく必要があるわけではないのではないだろうか。それぞれの場面によって、違う学説に基づいても解決できれば何も問題とならない限り、認め

の実際上の意味は次第に失われていった。」（多田利隆『信頼保護における帰責の理論』信山出版社（1994年）48頁）

ることが良いかもしれない。

商業登記の効力と外観信頼保護規定との関係についての研究を再検討した上で、以上のような理由を基礎として異次元説に賛成することが難しいという私見を述べる。

第3節 日本の今後課題およびベトナムへの示唆

1. 日本私法における民商法上表見責任法理の問題点

民・商法の外観信頼保護規定との関係については、次のように二つの説がある。一つは、両者は同一精神のものであり、優先劣後の適用関係はないとの見解である⁵⁶⁷。これに対して、代表取締役の代表権の範囲に関する会社法第349条が権限踰越による表見代理に関する民法第110条の原則に対する強化および定型化であるとともに、会社法第354条（表見代表取締役制度）は代表権授与の表示による表見代理の民法第109条の規定の強化および定型化により強く民法の規定より第三者を保護し⁵⁶⁸、優先適用されると解すべきであるとの見解がある⁵⁶⁹。

商業登記の積極的公示力を認める日本においては、後者を支持すべきであると考えられる。そうしてこそ、商法上の表見責任制度の存在の意義がある。言い換えれば、前者を支持すれば、商法上の表見責任法理の存在の意義は何かの理解は困難である。

ところが、ベトナムでも日本と同じように民・商法の区別によって両方法とも表見責任制度を整える必要であるか。

この問題に答えるために、ベトナムの商業登記制度について検討しなければならない。例えば、ベトナムの商業登記制度も積極的公示力を認めれば、民法の表見代理制度のみならず、商法上の表見責任制度も導入される必要があるだろう。これに対して、ベトナムの商業登記制度に積極的な公示力を認めなければ、民法上の表見代理制度はもちろん、商法上の取引に適用しても、何も衝突・矛盾等が引き起こされないであろうか。しかし、民法の表見責任制度が商事取引にも適用されることになると、民事取引と商事取引のギャップを埋めることができるような表見代理制度をどのように設計すれば良いか大きな課題がある。

こうした認識を以て、本節2においてベトナムの商業登記の制度について簡単に検討し、本節3において民・商法上の表見責任制度の相違点が商業登記の積極的効力との関係についての想定をし、ベトナムにおいては商法上の表見責任制度を設ける必要があるか疑問を解いて、今後の課題を出す。

2. ベトナムの商業登記制度

ベトナム商法では、日本と違い、登記をなすことが会社にとっては義務であるとの定め

⁵⁶⁷浜田・前掲注498、36頁。

⁵⁶⁸龍田・前掲注178、104頁、宮城・前掲注542、301頁。

⁵⁶⁹宮城・前掲注542、302頁。

がある⁵⁷⁰。ベトナムの登記制度は公法的制度であり、私法上の効果は全く存在しない。未登記であれ登記済みであれ私法上の効果については何の差異がなく、事実であるかぎりにおいて、第三者の善意・悪意を問わず、第三者に対してこれを主張することができる。ベトナムの商業登記は、商人に関する情報を申告者の責任において提供する（ベ商法第7条前段）⁵⁷¹。登記が商人資格の取得に関してある程度の役割を持つこと、すなわち登記をなした者は商人であるという事実上の推定の効果を生じると明示されている（商法第6条第1項）⁵⁷²。しかし、不正に登記をしたり、未登記の場合に、その者が自己の商人資格を主張できるかどうかの明文規定はないし、第三者からその者を商人として扱うことができるか否かの明確な条文は設けられていない。しかし、ベ商法第7条後段「未登記の場合にも、商人は本法および他の法律によって自己の職業に関する全ての責任を負わなければならない」という文言の法解釈から、商人が登記しなかった場合にも自分は商人ではないとの主張はできない。当該登記を申請しなかった者が、第三者に対してその商人資格を主張することができるか否かの明文規定はない（消極的公示力）。ただし、その者は登記簿への登記の欠缺を当該商人に固有の責任および義務を免れるために援用することは得ないとされる。

すなわち、ベトナムの商業登記に関する規定上は明確ではないが、未登記商人は、商人としての権利を持たずに商人の資格に属する義務のみを負うという制度だと解する必要があるのであるのではないかと考える。未登記商人を商人として扱うか非商人として扱うかは、第三者の選択に委ねられると解すれば、第三者の利益すなわち取引安全を全面的に確保できると考える。

さらに、商業登記に関する民事責任については、日本の商法第9条第2項のような不実の登記がなされた場合についての一般的規定はない。そこで、この場合には、ベトナムにおいて、第三者は損害賠償を請求することが救済の一つの方法であると考えられる（ベ民法第618条）。

結論として、ベトナムの商業登記制度は私法上の法的効果を定めているというより、行政的一覧表にすぎない。登記済みであれ未登記であれ、商人資格から生じる義務には影響を与えない。さらに、ベトナムでは、登記後なされる登記・広告について、積極的公示力が認められる明文は全く存在しない。したがって、ベトナムの商業登記の法体系（事実の

⁵⁷⁰商法は商業帳簿の作成については、明文規定をもって商人の義務としているのに対し、登記については、そのような規定を置いていない（加藤・前掲注472、133頁）。

⁵⁷¹ベ商法第7条「商人は法律の規定にしたがって登記を行う義務を負う。未登記の場合には、商人は本法律および他の法律によって自分のあらゆる職業に関する責任を負わなければならない」

⁵⁷²ベ商法第6条第1項：「商人は合法的に成立された経営組織、商業登記済の独立、頻繁に経営を運営している個人を含む」。

対抗力)⁵⁷³は登記制度の一般的効力を定める商法第9条(会社法第908条)を持つ日本の登記制度と大きな相違点がある。

3. ベトナムにおける商業登記と外観信頼保護制度との関係についての想定

日本では、商業登記の積極的公示力が認められているため、民法の表見責任法理を排除し、商業登記制度の例外として商法の表見責任制度が要求されていると解するのが通説である⁵⁷⁴。しかし、商業登記の積極的公示力が認められていないベトナム法体系については、商法上の表見責任法理の一般的な規定が必要かという課題がある。というのは、商業登記の一般的効力を認めない法体系においては、もし民法上の表見責任制度が設けられても日本のようにこれらの規定と商業登記の効力との矛盾・衝突が生じることは想定していない。そこで、商業取引には民法の表見責任規定の適用・類推適用を排除することにならない。しかしながら、商法の表見責任制度の意味は商業登記の一般的効力を認める法体系を支えることであるしかないのかという疑問がある。この問題を解決するために、民商法上の表見責任制度の相違点が何かについて検討することが不可欠である。すなわち、商法上の表見責任制度は商業登記の効力を認める制度を支える役割の他に、どのような意味があるかを確認することが必要であると考えられる。

(1) 民法上の表見代理の他に、商法の代表取締役制度の設置は必要であるか。

表見責任法理に基づくためには、民法の表見責任規定(民法第109条、第110条、第112条)の文言とその解釈によっても、商法においても表見責任の3つの要件を満たす必要がある。すなわち、①外観の存在、②本人の帰責事由、③第三者の主観要件(信頼)以上の要件である。日本の表見責任法理の特徴は取引安全を重視したうえで、②の要件の判断の代わりに、③の要件をメインとしている。そこで、①の外観の存在という要件は事実に基づいて決定される要件および②の本人の帰責事由という要件を軽視する傾向があるとともに、以上の二つの要件は民・商法においては判断基準の格差がない。これに対して、③の第三者の主観的な要件については、民法は保護すべきで第三者は悪意・無過失がないと要求されるのに、商法では第三者が善意・(重過失がない)であれば、保護すべきであるとされている(本編本章第1節3(3)参照)⁵⁷⁵。

⁵⁷³事実である限り、非登記事項も登記済事項同様に第三者に対し、完全な効力を有すると解釈する可能性がある(べ商法第7条)が、登記されなかった事項を以って第三者に対抗ができないと解することができないわけではない。

⁵⁷⁴口永一行「[民法から]会社法・商法の代理権」『民・商法の溝をよむ』別冊法学セミナー-223号153-154頁。

⁵⁷⁵「会社法第354条は民法の表見代理の規定とは異なり、民法が要件無過失まで要求するのに対して、会社法第354条では無重過失を満たせば良いと考える」(宮城・前掲注542、302頁)。

しかし、会社法の表見代表取締役制度の必要性は、商事取引の特色（迅速性、反復性、継続性）からみて、取引の相手方が民事取引に比べてより強く保護されるべきとの要求があるため、民法に定められている第三者の主観的な要件と異なる会社法の規定が設けられる必要があるか疑問がある。取引の相手方の主観要件について、取引の相手方が善意であれば保護すべきであるか、善意・無過失であることを要求するかとの問題は、実際には、保護すべき取引の相手方の範囲の問題である。というのは、商法上の表見責任法理は取引の相手方の主観要件としては善意（重過失がない）であれば十分であると解されている商事取引において、保護すべき相手方の範囲を拡大することが必要かの疑問がある。例えば、民事取引より、契約の価額が高いとか、契約の当事者（取引の相手方）の注意レベル等に関して、商事取引であるから、取引の相手方が、善意であれば保護すべきであると帰結するのは必ずしも適切ではないと考えられる。

その他、過失の意味について、民法、商法が過失を問題にする場合には軽過失を言うのが原則であって、重過失を意味する場合には法文上それを明らかにするのが建前であるとされている⁵⁷⁶。実務上は、商事取引の場合には、過失を認定する基準については、重過失があれば過失を認定するとともに、軽過失であれば過失を認定しないとの傾向がよく見られている（第2編第2章第3節参照）。例えば、既に検討した通り、専断的行為の効力についての判例の立場は、民法第93条に基づき悪意・過失がある第三者のみに対して、会社は専断的行為の無効を主張できるとされている。また、過失を認定する基準は、重過失があれば過失があるとする傾向がある。したがって、実際は、商事取引・民事取引を区別し、第三者の主観的な要件が異なる必要があるため、商法上の規定が要求されるという帰結に納得するのは困難であると思われる⁵⁷⁷。

というのは、無過失の認定については、民事取引と商事取引はそれぞれの場合に対して、例えば第三者の立場、資格から見ると、過失・重過失の認定基準が違う可能性がある。具体的には、日本の商法は商事取引の迅速に配慮し、取引に関する事項を確認する義務はないとされるとともに、第三者は善意である限り知らないことに過失があっても保護すべきと解されているが、実際は商事取引の特徴（取引の価額が高い）および第三者の立場（銀行・投資家）から見ると取引に関して確認すべき事項を確認することは不可欠であるという認識がある場合もないわけではない。そこで、この場合には、取引に関して必要な事項を確認しないと過失を認定することが必要であろう。

したがって、取引の相手方を保護し、取引安全を確保するために、第三者の主観要件が異なる商法の表見責任制度が設けられる必要があるとする結論は妥当ではない。確かに、

⁵⁷⁶米沢明「名板貸し(二)」民商法雑誌 55 卷 6 号（昭和 41）931 頁。

⁵⁷⁷商法上の外観を民法上の外観より強く保護すべしとする主張であり、重過失がない程度の善意で足りると解するのが妥当であるという主張に対して疑問がある（古瀬・前掲注 425、1362 頁）。

第2編第2章において検討した専断的行為の効力は民法の規定を類推適用しても、裁判所は取引の相手方に過失があるか否かを認定する時には、民事取引と違う判断基準を採っていることが明確になっている。

結論として、日本において会社法の表見代表取締役制度の必要性は何であるかについて、以上述べた表見代表取締役規定の沿革および、表見代表取締役規定と商業登記の効力との関係を検討したうえで、表見代表取締役規定の意義は、商業登記の効力を認めるとともに民法上の表見代理規定を排除するため、取引の相手方を保護するために商業登記の対抗力の例外制度として認めると解すべきであると考えられる。

(2) ベトナムへの示唆

ベトナムでは商業登記の私法上の効力が認められていないため、第三者には商業登記を確認する義務はないと解される。とすると、民法の責任法理規定を適用・類推適用することで何も問題はないと思われる。したがって、商法上の表見責任制度を定めることが、本当に必要なのであろうか。日本の民商法の表見責任制度の明確な相違点は第三者の主観的要件であるが、この点について、民・商法で異なる表見責任制度が必要かの疑問がある。すなわち、「信頼」保護の面、とりわけ信頼の客観性・合理性を強調するのと、「作出」の責任の面すなわち作出者の帰責責任を重視するのとでは、表見責任の成否に自ら差異が生ずるものと思われる⁵⁷⁸。そして、原理的にそのいずれによるべきであるかは表見責任が問題となる各制度により異なるであろう。したがって、外観作出責任に重点をおいて理解すれば、ケースバイケースで第三者の信頼が正当 (good faith = 善意) であれば、過失の有無を問わずに、表見責任の成立を認めるという判断基準に傾く余地がある。したがって、重過失か過失かという第三者の主観要件は民・商法上の表見責任の相違点を決する要素ではないと考えられる。

次に現在国際的な統一化を目指した動きが急速に進められているヨーロッパ契約法原則⁵⁷⁹ (Principles of European Contract law、以下「PECL」と略記する) と国際商事契約原則⁵⁸⁰ (Principles of International Commercial Contracts、以下「PICC」と略記する)

⁵⁷⁸古瀬村邦夫・前掲注 425、1355 頁。

⁵⁷⁹ヨ - ロッパ契約法原則 (PECL) とは、EU における契約法の調和、ヨ - ロッパ契約法の作成を目的として EU 加盟各国から選ばれた法律家によって構成される私的委員会であるヨ - ロッパ契約法委員会 (Commission on European Contract Law) の委員長 Ole Lando 教授等によって作成されたものである。国際商事のみならず、消費者契約法を含め、EU の契約法全般についての契約原則を明らかにしようとするものである。

⁵⁸⁰私法統一国際協会 (ユニドロワ) は、UNIDROIT 国際商事契約原則を 1994 年に採択し、2004 年に 10 周年を契機に大幅な内容追加・修正がなされた。本原則には法的拘束力が認められていないが、その内容は理論研究および実証研究の結果に基づき形成されるため、国際取

における表見代理制度を簡単に紹介する。

引紛争解決のための実務や諸国の国内立法におけるに大きな影響を与えている。

第3章 PECL と PICC における表見代理

第1節 PECL における表見代理

PECL において、無権代理、表見代理権、本人の追認についての概念が第三章（代理権限）の第二節（直接代理）で定められている。そこでは、以上の概念が直接代理の範囲に限られている（以下「直接代理」を「代理」と省略）。原則としての無権代理の法的効果が 3 : 204 条 1 項⁵⁸¹で明確に規定されている。代理人として当人の行為が代理の権限がないか権限を超えて行われる時、当該行為は本人と第三者を拘束することはない。すなわち、本人も第三者も無権代理人が締結した契約に拘束されないし、当該契約から発生する権利義務は存在しない。無権代理制度の目的は、大陸法の原則を由来として本人の自治性を保護することである。

ただし、PECL は以上の原則の例外も規定している。これによって、表見的権限法理を適用すれば、無権代理にもかかわらず本人また第三者が無権代理人によって締結された契約に拘束される⁵⁸²。以下簡単に表見的権限法理（The doctrine of apparent authority）を検討する。

1. 法的構成

PECL 第 3:201 条第 3 項⁵⁸³によると、人は次の場合に表見的代理人に代理権限を与えたも

⁵⁸¹ 「3 : 204 条 権限が無くまたは権限を超えて行為する代理人

代理人として行為する者が、権限なくまたは自己の持つ権限の範囲を超えて行為する時には、その行為は本人および相手方を拘束しない。

3 : 207 条による本人の追認がない場合には、代理人は、相手方に対して、代理人が権限をもって行為していたのと同じ状態に相手方を置くように、損害賠償をしなければならない。このことは、代理人が権限を欠いていることについて相手方が知っていたか、または知らずにいることなどありえなかった場合は適用されない。」

（ヨ - ロッパ契約法原則 / オ - レ・ランド - , ヒュ - ・ビ - ル編、潮見佳男、中田邦博、松岡久和監訳、1・2, 3. - - 法律文化社、2006. 12 - 2008. 10.）。

⁵⁸²Danny Busch, E H. Hondius, H J. V Kooten, H N. Schelhaas, WM. Schrama: *The Principles of European Contract Law and Dutch Law (A commentary)*, New York, 2002, p. 141.

⁵⁸³ 「3:201 条 明示的代理権、黙示的代理権、表見的代理権

本人から代理人への本人の名で行う行為の権限の授与は、明示的に行うことができ、または状況から黙示的に認められることもある

代理人は、代理権が授与された目的を達成するために、当該状況において必要となるあらゆる行為をする権限を有する

表見代理人のなした行為について、本人の表示または行為により、相手方が表見代理人に権限が与えられていたものと信じ、かつそのように信じるのが合理的であり適ったもの

のと見做す。当該人の表示か行為かは、第三者に表見的代理人が行為をするために権限を与えたと正当で信義誠実に適って信頼することを引き起こさせる。したがって、これは大陸システムの古典的な外觀法理に基づき表見的代理権の法的構成が成立していると考えられる。すなわち、ドイツのような信頼に対する責任論および信義則を基礎とした表見代理法理と同様していると思われる⁵⁸⁴。

2. 適用範囲

第 3:201 条第 3 項によると、表見的代理権は契約を締結する場合のみを直接に適用されていると考えるが、第 1:107 条⁵⁸⁵にしたがって契約の締結以外の表見的代理権に関する他の法律行為も第 3:201 条第 3 項の適用する対象になると理解される。さらに、第 3:209 条⁵⁸⁶によれば、代理権限の消滅にかかわらず、代理人が本人の名で契約を締結した場合も表見的代理権になると考えられる⁵⁸⁷。PECL において、本条 2 項を除き本人は第三者に対して代

である場合には、本人は表見代理人に代理権を授与していたと見なされる。」

(前掲注 554)。

⁵⁸⁴Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 389.

⁵⁸⁵1:107 条 本原則の類推適用

本原則は、契約を変更または終了させる合意、一方的約束、意思を明らかにするそのほかの表示および行為につき、必要な修正を加えた上で適用される。

⁵⁸⁶「3:209 条 代理権の存続

代理権は、相手方が次の各号のいずれかを知り、または知るべきである時まで存続する。

- a. 本人もしくは代理人かまたはその双方が、代理権を消滅させていたこと。
- b. 権限授与の目的であった行為が完了し、または権限が存続するものとされていた期間が経過したこと。
- c. 代理人が支払不能になったこと、または代理人が自然人である場合には、代理人が死亡し、もしくは制限能力になったこと。
- d. 本人が支払不能になったこと。

前項 a 号において代理権が消滅したことが、権限が最初に通知または広告されたと同じ方法で通知または広告された場合には、相手方は、代理権の消滅を知っているものと見做される。

ただし、代理人には、合理的な期間、本人または相続人の利益を保護するのに必要な行為を遂行する権限がとどめられる。」

(前掲注 554)

⁵⁸⁷コメント C によって「善意の相手方との関係での権限の継続

本条 1 項によると、代理権が a 号から d 号に定められた原因のいずれかによって消滅した場合でも、代理権はそれにもかかわらず、相手方がこの消滅を知る時または知るべきであ

理権限の消滅を主張できない、すなわち代理権限の消滅にかかわらず第三者に対して代理権限が存続すると見做す。

3. 法的効果

第3:201条第3項より表見的代理法理が適用されれば、本人が代理人に代理権限を授与したと理解される。したがって、有権代理行為が存在すると認定したうえで、無権代理人によって締結された契約は有効なものとなる。すなわち、もし第三者が表見的代理規定を適用することに成功したら、第三者と本人両方ともに無権代理人により締結された契約に拘束される。本人および第三者両方ともある契約上の特定行為の履行をする義務があることを明確にする。さらに、PECLにおける表見代理の法的効果について、注目すべき点は、本人が表見代理を認める意思さえあれば第三者が表見代理を適用するか否かを選択する可能性がないことである（表見代理法理の適用に代わって、契約の取消請求か無権代理に対する履行請求を選択する余地がない）。PECLは、信頼保護論を基礎として保護すべきである対象が第三者の信頼だけではなく本人の信頼も含める⁵⁸⁸。

4. 本人の帰責事由および第三者の主観的要件

本人の帰責責任性は不可欠な要件である。この要件により、表見的行為が本人の行為か表示から引き起こされなければならない。しかし、コメントDにより、本人の行為か表示が不足した場合でも、第三者を保護すべき状況も存在しないわけではないと理解されている⁵⁸⁹。したがって、本人の帰責性があるかどうかにかかわらず、第三者の信頼を保護する法的構成が外観理論からリスク理論に拡大されているといわれている⁵⁹⁰。

本人の帰責事由の要件と同様として、表見責任が成立するために、第三者の主観的要件も必要である。第3:201条第3項により、第三者は、代理人が有効な代理権を有すること

る時まで継続する。

この準則は、3:102条および3:202条の根底にある原則を反映したものである。すなわち、代理権が、相手方との関係で有効となるためには、相手方が代理人が代理人として行為していることを知り、または知るべき理由がなければならないというのが、両条の根底にある原則である。同じ原則が反対の状況にも適用される結果、相手方が、代理権が消滅したことを実際に認識し、または認識が擬制されるまで、代理権は存続している者と見なされなくてはならない。代理人の明示的代理権または黙示的代理権は、何らかの理由で消滅しても、相手方との関係では表見的代理権として残存する。」

⁵⁸⁸Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p.350.

⁵⁸⁹Lando and Beale, Principles of European Contract Law, Parts I and II, P203.

⁵⁹⁰Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p.351.

を正当に信頼する要件のみならず、善意 (in good faith) で行動することも要求される⁵⁹¹。

第 2 節 PICC における表見代理

PICC での無権代理、表見代理、本人の追認という概念は、直接代理に制限されている大陸法律と異なって間接代理の場合にも適用されているが、本稿では大陸法のような直接代理のみについて検討する。

原則として無権代理の法律効果については第 2.2.5 条第 1 項⁵⁹²によって、本人または第三者は無権代理人が締結した契約に拘束されない。しかし、例外として、表見的代理権法理を適用すれば、本人も第三者も無権代理人が締結した契約に拘束され、契約上の権利、義務を負わなければならない。ただ、表見的代理権について、PECL, PICC の相違点について以下検討する。

1. 法的構成

第 2.2.5 条第 2 項⁵⁹³による、PICC での表見代理の法的構成は信義側法理⁵⁹⁴、矛盾禁止 (禁反原則) 法理⁵⁹⁵に基づく。この法的構成は英米法の禁反言則にちかいとされている⁵⁹⁶ (イギリス法には、信義誠実法理についての概念は存在しない)。

2. 法律効果

無権代理人が第三者と契約を締結したが、第三者が表見的代理権の適用の主張に成功した場合には、本人は代理人に代理権限がないことを理由として第三者に対して契約の法的効力がないと訴えることは認められない。注目すべきは以下 2 点である。第一に、代理人

⁵⁹¹Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 351.

⁵⁹²第 2.2.5 条第 1 項によると「有権代理がないし、もしくは代理権限を超えた範囲で代理人としてなす行為が、本人と第三者との法律関係を生じない」。

⁵⁹³第 2.2.5 条第 2 項によると「ただし、本人の表示によって第三者は代理人が本人の利益のために、代理権限を有することを正当に信頼した場合には、本人は代理人が無権代理人であることを以って第三者に対抗することができない」

⁵⁹⁴第 1.7 条 (信義誠実原則) によると

「1. 契約の当事者は信義誠実原則に従わなければならない。

2. 契約の当事者はその義務を免責するか制限するかことができない。」

⁵⁹⁵第 1.8 条 (矛盾禁止) によると

「一方当事者は次の場合に相手方に期待を与えてきたことに矛盾しながら行為をすることができない。相手方はその期待を正当に信頼したため、自分に対する不利益をもたらす行為をした。」

⁵⁹⁶Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 398.

が無権代理人であるかどうかにかかわらず（内部関係は無視する）、第三者は本人に無権代理人が締結した契約上の義務を履行することを請求することができることである⁵⁹⁷。第二は、PICC における表見代理の法的構成（禁反言法理）から見ると、本人には第三者に対して表見的代理権法理を用いた上での訴訟の権利は認められないことである⁵⁹⁸。

3. 本人の帰責事由および第三者の主観的な要件

PICC の規定によって、表見的代理法理が適用できるためには、本人の帰責性（本人の表示（declaration）または行為と言う要件）が不可欠の要件である。すなわち、本人の帰責性が表見的代理を引き起こさせると規定されている⁵⁹⁹。しかし、実際、第 2.2.5 条第 2 項についてのコメント 2 によると⁶⁰⁰、第三者は本人に帰責性が存在した場合のみならず、本人によって生じさせられたリスクの範囲に属した状況においても保護すべきであると明確に示されている。この要件によりリスク理論が補充されているとともに、表見代理の範囲が拡大されると考えられている。リスク理論とは本人に帰責性があるかどうかにかかわらず、第三者を保護すべき場合があると認める必要性をしている。

さらに、第 2.2.5 条第 2 項によると、代理人が（有効な）代理権を有することを正当に信頼した場合に限り、第三者は表見代理を主張することができることとされる。そして、本条のコメント 2 は、第三者の正当な信頼であるか否かはケースの事実に基づくと解している⁶⁰¹。

第 3 節 比較的評価

1. 法的構成と「本人の帰責理由」および第三者の主観的要件の関係

PECL と PICC における表見代理は異なる法的構成に基づいているが、その相違点を超えて両者ともに第三者の主観的要件については、過失の有無を問わずに、第三者に正当な信頼があれば十分に保護すべきであるとともに、必要な場面においては新たなリスク理論に基づき、本人の帰責事由を緩和させて保護すべき第三者の範囲を拡大させている。この点からみると、必ずしも「本人の帰責事由」への重視のために、表見代理法的構成として権利外観法理ではなく禁反言法理になることが必要なのではないだろうか。また、第三者の主観的要件は、民・商法を区別して必ず過失の有無を問う必要ではないと考えられる。

⁵⁹⁷Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 370.

⁵⁹⁸Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 370.

⁵⁹⁹第 2.2.5 第 2 項

⁶⁰⁰UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, (Rome: International Institute for the Unification of Private law (2004) p. 84.

⁶⁰¹Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 371.

2. 表見代理の本質と法的効果の関係

PICC における表見代理の法的構成が禁反言則と同様に矛盾禁止法理であることからみれば、有権代理か無権代理かに関わらず、代理人に代理権限がないことを理由として本人が代理人と第三者によって締結された契約を否定することが認められないため、第三者が本人に対して契約上の損害のみならず期待利益の損害 (expectation damages) をも請求することが認められている。さらに、禁反言法理に基づき、第三者は本人に対して表見代理の主張をすることを根拠に本人に対抗することが認められる。これに対して、本人が無権代理人の行為を追認した場合を除き、本人は第三者に対する訴えることは認められていない⁶⁰²。

これに対して、PECL における表見代理の法的構成はドイツの権利外観と同様に信頼に対する責任理論および信義側に基づくものであるが、信頼と信義側の概念を徹底して扱う (目的としての) 法律効果について、ドイツ法と異なり、アメリカ法の表見代理⁶⁰³における契約の客観的理論 (object theory of contract) ⁶⁰⁴に基づいて、表見代理は有権代理の一種である⁶⁰⁵。したがって、第三者だけではなく本人も表見的代理権法理を適用し第三者を訴える可能性がある⁶⁰⁶。というのは、第三者を訴えるために、本人が無権代理を追認に基づく必要ではない。したがって、もし本人が無権代理人によって締結された契約を認める意思があれば、基本的に第三者が無権代理人に締結された契約に対して取消を主張することは認められていない⁶⁰⁷。また、契約上の救済について、一方当事者 (本人か第三者か) の表見的代

⁶⁰²Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 430.

⁶⁰³Chad P. Wade, The double doctrine agent: "The double doctrine agent: Streamlining the restatement third of agency by eliminating the apparent agency doctrine" 42Val. U. L. Rev. 341 (2007 - 2008) (341 - 384).

⁶⁰⁴William A. Gregory, *The law of Agency and Partnership (Third Edition)*, West Group (2001), The Authority and Power of Agents (Apparent Authority) pp. 65 - 66、

西内祐介「英米の表見代理理論の比較(2・完) - 表見代理の理論的基礎を巡る近時の議論を中心に -」近畿大学法学 60 巻 2 号(2012)33 頁によると「アメリカ法では、代理における客観説を支持である。この説は、表見代理権に基づいて本人が契約責任を負うことになるのは、当該代理人の代理権の範囲内にある相手方に対する本人の自活的な表示の認定は、本人が主観的に意図していたものではなく、客観的に表明されたものによって決定される」。

⁶⁰⁵Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 403、西内・前掲注 604、33 頁。

⁶⁰⁶Danny Busch and Laura J. Macgregor, op. cit., p. 430.

⁶⁰⁷日本の通説による、表見代理は本来無権代理 (広義の無権代理) であるが、表見代理の効果の点からみると無権代理の一種ではなく「特殊代理」と位置づける見解がある。すなわち、表見代理における相手方の取消請求権 (民法第 115 条) によって、投機売買などでは相手方の利益のみを偏重する結果に陥ることから、表見代理を真正代理 (有権代理) と同一に取り扱うべきとする主張もある。(林脇トシ子「表見代理についての一考察」法学研究

理権法理による訴えが認められたら、両当事者ともに契約上の損害もしくは期待利益の損害に関する権利・義務がある。

3. ベトナムへの示唆

日本の表見責任の法体系は、第三者の主観要件を重視し、第三者の過失を問うか否かによって民・商法の表見責任制度を区別している法体系である。これに対して、EU では、第三者の過失の有無を問わず、単に第三者に正当な信頼と善意があれば保護すべきであると解されている。そのため、一般的に、民・商法上の表見代理法理を区別することは必要ではない。具体的には、第三者を保護すべきか否かを判断する際には、第三者の主観的要件（正当な理由）のみならず、本人の帰責事由についても判断しなければならない⁶⁰⁸。にもかかわらず、事件の事実によっては、リスク理論に基づき本人の帰責事由を認定する可能性が高いとともに、第三者の信頼を保護することもできる。また、民・商法における表見責任法理の法的効果が統一的不是な日本と異なる EU の表見代理権規定の示唆には大きな価値があると思われる。

いずれにせよ、今後は、リスク理論と本人の帰責事由との関係について研究することを前提として、表見責任法理の法的構成および要件をより深く検討することが必要であると考えられる。

48 (2) (1975 年) 105 頁)。

⁶⁰⁸PECL の条文は、本人の行為によって表見代理人の行為が制限される場合にもかかわらず放置された場合に限り、無権代理人の行為の効力は本人に拘束できると解されている (Danny Busch, E H. Hondius, H J. V Kooten, H N. Schelhaas, WM. Schrama, op. cit., p.147) .

終編 総括と今後の課題

本稿は、ベトナムにおける株式会社と取引安全を巡るいくつかの問題を提起し、とりわけ法定代表人の専断的行為の効力および代表権を有するかのような外観を信頼した第三者が代表権を有しない者で行った取引の効力についての問題について論じている。

前者すなわち専断的行為の効力を巡る問題は、ベトナムのみならず、日本でも様々な問題点が存在している。そのため、本稿は、ベトナムにおける問題点を明らかにし、その問題点を解決するという目的を達成するとともに、日本における問題点を再検討したうえで、ベトナムの法体系に対する示唆を得た点に意義があるのみならず、日本に関しても、問題を整理し、専断的行為の効力に関する問題について、取締役会と代表取締役の関係の解釈によって決することが明らかになり、現在まで錯綜して存在している学説を整理し、私見としての総括を提案した。加えて、ベトナム法体系にうまく適合しうる解決方法を提案した。すなわち、ベトナムの専断的行為の効力の問題については、定款および法的規制によって取締役会の決議が必要であると定められるにもかかわらず、法定代表人によるその決議がないまま行われた行為は原則として無効であると解するとともに、第三者の利益を保護するためには、日本の民法第 110 条（越権代理）のような規定を導入する必要があることを明らかにした。しかし、ベトナム法体系においては、民法の表見代理制度が商事取引に対して対応できるようにすることが、最も重要な今後の課題になる。

後者については、ベトナムにおける株式会社と取引安全を巡る問題を明らかにし、この問題を巡る学説、判例を分析したうえで、ベトナム私法に表見責任法理に基づく具体的な規定が設けることが必要であることを明らかにした。しかし、その際、どのように表見責任法理を法規定化すれば良いかという課題に答えるために、日本の表見責任の制定を巡る問題の検討は大きな意味がある。具体的には、日本では、民・商法を区別して別個の表見責任制度が存在している。例えば、民法第 109 条および会社法第 354 条のように民商法それぞれに整えられている。しかし、商法上の表見責任が存在しないベトナム法体系において、民法の規定のみで商事取引をカバー仕切れるかどうかの問題を解決しなければならない。そのために、日本会社法の第 354 条の沿革、その条文の適用の具体的要件、また問題点の所在等を対象として検討する作業が不可欠である。結論として、日本会社法 354 条を検討したところ、この規定の存在する意義は、次のように二つある。一つ目は、日本の商業登記制度の積極的公示力と表見責任制度との関係を調整するためであることである。二つ目は、民法の対象である民事取引に比べると、商事取引においても適切な表見責任制度が望ましいことである。例えば、商事取引上の要請として第三者の主観的要件は民事取引より緩和されなければならない。というのは、商法の表見責任制度の要件を満たすために、民法において第三者の善意・無過失が要求されるのと異なって、第三者は善意であれば保護すべきであると考えられる。

以上の第一の会社における表見責任制度との関係では表見代表取締役制度の意味につい

て、商業登記の積極的公示力を認めていないベトナム法体系では、商事取引に対して民法の規定を適用しても何も衝突かつ矛盾が生じないと予想される。

これに対して、第二の会社における表見代表取締役制度の意味について、日本の判例を分析した上で、第三者の主観要件に関する事例は商事取引に対しても、民法の規定を適用しても特に問題はならないことが明確である。

その他、日本の法体系において、第三者の主観要件に関する問題について、民商法を区別して解決している一つの理由は、日本の表見責任制度が、取引安全を重視し、本人（会社）の帰責事由の代わりに第三者の主観的要件を判断基準とする傾向がある点である。しかし、最近では日本の表見責任制度が本人の帰責事由を軽視する傾向にある点に対して厳しい指摘がある⁶⁰⁹。具体的には、本人と第三者の利益を衡量するために本人の帰責事由を重視することも必要であるという指摘である。この問題については、日本における表見代理の法的構成・要件・法律効果にはかなり問題があると指摘されている⁶¹⁰。したがって、今後のベトナムの表見代理制度の設計を検討するために、表見代理という理論の本質を究明にするとともに、現在国際的な統一化を目指した動きが急速に進められているヨーロッパ契約法原則（Principles of European Contract law）と国際商事契約原則（Principles of International Commercial Contracts）における表見代理の性質についての議論の整理を行うことが不可欠と考えられる。

⁶⁰⁹安永正昭「越権代理と帰責性」奥田昌道編『現代私法学の課題と展望〔中〕』林良平先生還暦記念論文集、有斐閣（1982年）1頁以下、西内祐介「英米の表見代理理論の比較(1) - 表見代理の理論的基礎を巡る近時の議論を中心に - 」近畿大学法学 60 卷 1 号(2012年)59頁。

⁶¹⁰法的構成についてばらばらで、ドイツの外観理論と英米法の禁反言との関係がまだ明確にされていない状態である。例えば、ドイツ民法の権利外観とは対象領域が異なつたと言われたけど、実際上の近接をもたらすことになり、比較法的に日本民法の表見代理に影響を与えたと否定できない。これに対して、最近の背景において禁反言に基づき日本の表見代理の「本人の帰責理由」を再考察することに意味があると指摘されている（安永・前掲注551、西内・前掲注551）。

参考文献

- 山口幸五郎「株式会社法における代表取締役の地位に関する一考察」(『商事法の研究』大隅先生還暦記念、有斐閣、1968年。
- 米沢明「代表取締役の代表権限と違法行使の効果」民商法雑誌78巻臨時増刊2号、昭和53年。
- 山口幸五郎「フランス法における株式会社の業務執行機関について—管理(Administration)と指揮(Direction)の分離」甲南法学第1巻第2号、昭和36年。
- 山口幸五郎「取締役会の決議事項の法定」民商法雑誌86巻2号、1982年。
- 田中誠二「代表取締役の専断的行為の効力再論」商事法務1003号、1959年。
- 鈴木竹雄「株式会社法と取引の安全」『商法研究Ⅱ〔会社法(1)〕』有斐閣、1971年。
- 河本一郎『現代会社法〔新訂第八版〕』商事法務、1999年。
- 大隅健一郎「代表取締役の地位」『商事法研究(下)』有斐閣、1993年。
- 松山三和子「アメリカ法における業務執行役員の不適式な行為の効果」平出慶道編『現代企業法の理論』〔菅原菊志先生古稀記念編集〕信山社出版、1998年。
- 河本一郎「取締役会の権限」法セ310号、1980年12月。
- 田中誠二『三全訂会社法詳論(上巻)』勁草書房、1993年。
- 中島史雄「代表取締役の権限」奥島孝康・宮島司編者『商法の判例と論理—昭和40年の年代の最高裁判例を巡って—』日本評論社、1994年。
- 豊水道祐「最高裁判所判例解説」法曹時報第17巻第11号、1965年。
- 山本為三郎「最高裁平成21・4・17批判」判例時報2060号、2011年。
- 田中誠二「改正会社法の法理上の新問題点」商事法務924号、1981年。
- 島十四郎「改正商法下における260条および265条の決議の法的性質と銀行実務上の問題点」手形研究331号、1982年。
- 豊水道祐「最高最新判例の解説」金融法務事情426号、昭和40年。
- 北村雅史「最高裁平成21・4・17批判」法学教室368号、2011年。
- 斎藤真紀「東京地判平成18・4・26批判」商事法務1881号、2009年。
- 竹内昭夫『判例商法Ⅰ』弘文堂、1976年。
- 竹内昭夫「本件批評」法学協会雑誌83巻4号。
- 山口幸五郎「判例批評」民商54巻5号、昭和47年。
- 加美和照『新訂会社法〔第十版〕』勁草書房、2011年。
- 米沢明「代表取締役の専断的行為の効力」私と政治43巻1号、1992年。
- 上村達男「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の効力」北沢正啓・浜田道代編『商法争点Ⅰ』ジュリスト増刊、1993年。
- 大隅健一郎=今井宏『会社法論中巻〔第三版〕』有斐閣、1992年。
- 鈴木竹雄『新版会社(第5版)』弘文堂、1994年。

神吉正三「商事法判例研究」金融・商事判例 1419 号、2013 年。
今井宏「代表権の制限と取引の安全」民商法雑誌 93 巻臨増 (1)、昭和 61 年。
高島正夫「取締役会の権限」金融商事判例 651 号、1982 年。
石田榮一「判批」金融商事判例 963 号、1995 年。
中村建「東京地判平成 9・3・17 判批」金融・商事判例 1027 号、1997 年。
吉田光碩「東京地判平成 9・3・17 批評」判例タイムズ 942 号、1997 年。
龍田節『会社法〔第 10 版〕』、有斐閣、2005 年。
前田庸『会社法入門 (第 12 版)』有斐閣、2009 年。
吉本健一「東京地判平成 9・3・17 日判批」商事法務 1581 号、2000 年。
相原隆「東京地判平成 18 年 4 月 26 日判評」私法判例リマークス 35 号、2007 年〈下〉頁。
豊島雄作「代表取締役の専断的行為の効力について」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・
ジャーナル 7 号 (2000 年) 71-85 頁。
山口幸五郎『新版注釈会社法 (6)』有斐閣、1987 年。
関俊彦『会社法概論〔全訂第 2 版〕』商事法務、2009 年。
稲葉威雄「商法改正と銀行取引」金融法務事情 1002 号 10 頁、昭和 57。
西尾信一「商法二六〇条二項と銀行取引」法律時報 55 巻 2 号、1983 年。
河村貢「改正会社法と商取引実務 (1)」NBL253 号 15 頁、昭和 57 年。
中島史雄「判批」法律ひろば 48 巻 2 号、1995 年。
根本伸一「商法 260 条の 2 項の決議を欠く代表取締役の行為の効力」人文社会論叢・社会
科学編第 1 号、1999 年。
北沢正啓『会社法 (第 5 版)』青林書院、平成 10 年。
神崎克郎「商法二六〇条と銀行取引」金融法務事情 1011 号、昭和 57 年。
久保井一匡「貸出取引と取締役会決議に関する一考察」金融法務事情 1004 号、昭和 57 年。
森本滋「批判」民商法雑誌 112 巻 1 号、1995 年。
中村一彦「判批」リマースク 10、1995 年。
山下眞弘「最高裁平成 6 年 1 月 20 日判決批評」法学教室 166 号、1994 年 7 月。
吉川栄一「東京地判平成 9・3・17 批評」ジュリスト 1134 号、1998 年。
星野豊「本件判批」ジュリスト 1192 号、2001 年。
生田治郎「本件判批」判例タイムズ 1036 号、2009 年 9 月。
鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第三版〕』有斐閣、1994 年。
松田二郎＝鈴木忠『条解株式会社法 (上)』弘文堂、1951 年。
菊地雄介「重要な業務執行の該当性に関する判断基準と代表取締役の専断的行為の効力
(東京地判平成 18 年 4 月 26 日判評)」受験新報 668 号 (2006 年 10 月) 20 - 23 頁。
内田貴『民法 I〔第三版〕総則・物件総論』東京大学出版会、2005 年。
鳥山恭一「東京地判平成 18 年 4 月 26 日判評」法セ 621 号、2006 年 9 月。
上柳克郎「判評」民商法雑誌 95 巻 3 号、1986 年。

山口幸五郎「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の能力」北沢正啓『商法の争点（第三版）』ジュリスト増刊、1983年。

鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔新版〕』有斐閣、1987年。

大隅健一郎『全訂版会社法論〔中巻〕』有斐閣、1954年。

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。

服部栄三「代表取締役の会社代表権」法セ120号、1966年。

前田庸『会社法入門〔第12版〕』有斐閣、2009年。

松山三和子「アメリカ法における業務執行役員の不適式な行為の効果」平出慶道編『現代企業法の理論』〔菅原菊志先生古稀記念編集〕信山社出版、1998年。

米沢明「代表取締役の代表権の制限」私法28号、1966年。

関俊彦『会社法概論〔全訂第2版〕』商事法務、2009年。

北沢正啓『会社法〔第六版〕』《現代法律学全集18》青林書院、2001年。

伊藤塾『会社法〔第二版〕〔伊藤真条文シリーズ〕』弘文堂、2008年。

江頭憲治郎『株式会社法 第5版』有斐閣、2014年。

酒巻俊雄「表見代表取締役規定の法的基礎」法律のひろば18巻5号、1965年。

服部三栄「役付取締役について」民商法雑誌第47巻第6号、昭和38年。

大賀祥充『改正会社法講話』成文堂、昭和57年。

蓮井良憲「表見代表取締役規定について」法律のひろば18巻6号、1965年。

大濱信泉・長濱洋一「表見代表取締役」綜合法学第5巻第6号、1962年。

大橋光雄「表見代表取締役についての責任」－商法第二六二条を論評する－ 企業会計7(2)、1955年。

島賀陽然良など「商法改正法案を評す（一四）」法学論叢36巻3号（昭和20）

正村芳三「表見代表取締役に関する若干の考察」商事法務研究36号、1956年08月。

加藤勝郎「表見代表取締役と商業登記－商法一二条との関係－」竹内昭夫編集『現代商法学の課題（下）』有斐閣、1975年。

山口幸五郎「商法第二六二条論－表見代表取締役について－」坂教授古稀記念甲南法学第三巻第1・2合併号、1961年。

星川長七「表見代表取締役の手形行為」手形研究60号、1962年。

大隅健一郎・大森忠夫『遂条改正会社法解説（第3版）』有斐閣、1946年。

石山卓磨「表見代表取締役制度と事実上の取締役理論」愛知学院大学論叢法学研究第23巻3・4号、1980年。

田中誠二『会社法』青林書院、昭和31年。

相澤＝葉玉＝郡谷『論点解説新・会社法』商事法務、2006年。

落合誠一『会社法コンメンタール8—機関（2）』商事法務、2009年。

江頭憲次郎・中村直人『論点体系会社法3株式会社Ⅲ』第一法規、2012年。

中村信男「本件判批」判例タイムズ861号、1995年。

高橋英治「本件判批」商事法務 1436 号、1996 年。

竹内昭夫「判批」法学協会雑誌 83 卷 1 号、1966 年。

古瀬村邦夫「表見責任と第三者の過失」『現代商法学の課題下』、1975 年、1352 - 1376 年。

大槻敏江「表見代表取締役に関する一考察（1）」『中央学院大学論業商経関係』9 卷 1 号、1974 年。

大隅健一郎『全訂会社法論中巻』有斐閣、1954 年。

石井照久『会社法（上）』勁草書房、昭和 42 年。

奥野健一『株式会社法積義』巖松堂、昭和 18 年。

大塚龍児「会社法判例百選」別冊ジュリスト 180 号（2006 頁）199 頁。

加藤勝郎「判批」民商法雑誌 79 卷 2 号、1978 年。

河本一郎『現代会社法（新訂第八版）』商事法務研究会、1999 年。

竹内昭夫「判評」法学協会雑誌 84 卷 10 号、1967 年。

宮城京子「表見代表取締役制度」龍谷大学院法学研究 7 号、2005 年、293 - 306 頁。

服部栄三『商法総則〔第三版〕』青森書院新社、1983 年。

時岡泰「表見代表取締役の行為と会社対第三者責任」商事法務 793 号、1978 年。

石井照久『商法 2：会社法（上）』勁草書房、昭和 42 年。

末永敏和『会社法-基礎と展開（第 2 版）』中央経済社、2001 年。

大塚龍児「商業登記（および広告）の対抗力について」『八十年代商事法の諸相』有斐閣、1985 年。

宮島司「代表取締役の退任登記と民法一一二条」奥島孝康・宮島司編『商法の判例と論理』會澤健一郎教授還暦記念論文集、日本評論社、1994 年。

酒巻俊雄・栗山徳子『新版基本問題セミナー2 商法総則・商行為法』成分党、2005 年。

米沢明「共同代表取締役と表見代表取締役」西原寛一先生追悼記念『企業と法〔上巻〕』有斐閣、1977 年。

吉本健一「商業登記の一般効力と外観保護規定」法と政治 63（1）2012 年。

加藤徹『商業登記の効力』成文堂、1992 年。

福瀧博之「商業登記の効力についての覚え書き」関法 36 卷 3・4・5 号、1986 年。

鷹巣信子「商業登記の一般的効力〔中〕」佐賀大学経済論集第 23 卷第 6 号、1991 年。

牧真理子「商業登記制度と信頼保護」東北法学第 30 号、2007 年。

竹田省『商法総則・商行為法』新青出版、1997 年。

大隅健一郎『商法総則〔新版〕』有斐閣、1978 年。

鴻常夫『商法総則〔新訂第 5 版〕』弘文堂、1999 年。

黒田清彦「商業登記の効力」酒巻俊雄・栗山徳子編者『新版基本問題セミナー2 商法総則・商行為法』成分党、2005 年。

竹田省『商法の理論と解釈』有斐閣、1959 年。

田中誠二『全訂商法総則詳論』勁草書房、1976 年。

- 喜多了祐「商業登記の対抗力と公信力」法学教育 4 号、1974 年。
- 龍田節「判批」民商法雑誌 57 巻 5 号、1986 年。
- 上村達男「判批」ひろば 28 巻 1 号、1975 年。
- 近藤光男『商法総則・商行為法』第 5 版補正版、2008 年。
- 落合誠一「商業登記の効力」法学教育 287 号、2004 年。
- 浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定（一）」民商法雑誌 80 巻 6 号、1979 年。
- 浜田道代「商業登記と外観信頼保護規定（二）」民商法雑誌 81 巻 1 号、1979 年。
- 塩田親文「株式会社代表取締役の退任および代表権の喪失を登記した場合と民法一一二条」民商 72 巻 3 号、1975 年。
- 龍田節「代表取締役の退任・代表権喪失の登記と民法 112 条」論叢 97 巻 2 号、1975 年。
- 浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定（三・完）」民商法雑誌 81 巻 2 号、1979 年。
- 前畑安弘「商業登記の効力」岩本慧先生傘寿記念論文集 中央経済社、1996 年。
- 米沢明「商業登記の効力と表見責任－商法一二条と商法二六二条との関係を中心として－」法と政治 29 巻 3・4 号、1979 年。
- 佐藤庸「表見責任と商業登記」成蹊法学 12 号、1978 年。
- 山田純子「商業登記制度」法学教室 216 号、1998 年。
- 宮城京子「表見代表取締役制度－商法 262 条不要論と表見代表取締役制度の存在意義－」法学研究 7 号、2005 年。
- 青竹正一『改正商法総則・商行為法〔第三版〕』、2012 年。
- 多田利隆『信頼保護における帰責の理論』信山出版社、1994 年。
- 龍田節『会社法〔第 9 版〕』有斐閣、2003 年。
- 永一行「[民法から] 会社法・商法の代理権」『民・商法の溝をよむ』別冊法学セミナー 223 号。
- 米沢明「名板貸し(二)」民商法雑誌 55 巻 6 号、昭和 41 年。
- 安永正昭「越権代理と帰責性」奥田昌道編『現代私法学の課題と展望〔中〕』林良平先生還暦記念論文集、有斐閣、1982 年。
- 西内祐介「英米の表見代理理論の比較(1) - 表見代理の理論的基礎を巡る近時の議論を中心に -」近畿大学法学 60 巻 1 号、2012 年。
- ヨーロッパ契約法原則 / オーレ・ランドー、ヒュー・ビール編、潮見佳男、中田邦博、松岡久和監訳、1・2, 3. -- 法律文化社、2006.12-2008.10.
- 西内祐介「英米の表見代理理論の比較(2・完) - 表見代理の理論的基礎を巡る近時の議論を中心に -」近畿大学法学 60 巻 2 号、2012。
- 林脇トシ子「表見代理についての一考察」法学研究 48 (2)、1975 年。
- Ho ngoc hien, 「実務および理論上における代理権の範囲について考察」国家および法律 11 号 2011 年 23 頁。

- Vu quoc thong, *Phap che su Viet Nam* (『ベトナム法律の歴史』), Dai hoc Sai Gon, 1968 年 364—365 頁。
- Le tai trien, *Luat Thuong Mai toat yeu -quyen 2-*(『商法の概要 [第 2 卷]』) Bo giao duc quoc gia, 1959 年、77 頁。
- Le tai trien, *Giang giai Luat Thuong mai Viet Nam-quyen 2-* (『ベトナム商法の解釈 [第 2 卷]』) Nha xuat ban Kim Lai, 1973 年、997 頁。
- Bui xuan hai “Vietnamese Company Law: The Development and Corporate Governance Issues”, *Bond Law Review*, Vol.18.Art.3 (Jan.2006), pp.22-44.
- Nguyen am hieu, *Phap luat ve Cong ty, Giao trinh Luat Kinh te Viet Nam* (『会社に関する法律—ベトナム経済法教科書』), NXB Dai hoc Quoc gia, 1998, p.217.
- Hai.B.X, Nunoi.C “Corporate governance in Vietnam: a system in transition”, *Hitotsubashi Journal of commerce and management*, Vol.42.No.1, (Oct.2008), pp.45-66.
- Nguyen ngoc bich, Nguyen dinh cung, *Cong ty, von, quan ly & tranh chap* (『会社の資本金, コーポレート・ガバナンス, 紛争』), NXB Tri thuc tre, 2009, p.294.
- Huy nam, “Khong co Dai hoi co dong chi co Dai hoi dong co dong” (「株主会議がなく株主総会しかない」), *Tap chi Dau tu chung khoan* (2004) Vol.22, p.514.
- Ngo vien phu, “Nghien cuu so sanh Quan ly Cong ty co phan trong Phap Luat CHXHCN Viet Nam va CHND Trung Hoa” (「越中における株式会社のコーポレート・ガバナンスの比較」), *Luan an Tien si - Khoa Luat Dai hoc Quoc gia*, Vol.22 (28.jun.2006), p.146.
- Ho ngoc hien, “Dai dien cho thuong nhan theo Phap luat Thuong mai Viet Nam hien nay” (「ベトナムにおける商法上の商事代理制度の考察」), *Luan an Tien si -Vien nghien cuu Khoa hoc xa hoi nhan van*, Vol.121(6.Mar.2012), p.115.
- Do van dai, *Luat hop dong (tap 1) - Ban an va binh luan ban an* (『ベトナム契約法 (第 1 卷) - 判例および判例評釈』), NXB Chinh tri Quoc gia, 2011, p.241.
- Nguyen ngoc dien, *Binh luan hop dong thong dung trong Phap luat Dan su Viet nam* (『ベトナム民法上の典型的な契約コンメンタール』), NXB Ho chi minh, 2005, p.422.
- Vu van tinh, Nguyen hong linh, “Quyen luc cua nguoi dai dien phap luat trong CTCP” (「株式会社における法定代理人の代理権限範囲」), *Bao moi* 電子雑誌 (2013 年 9 月 12 日)。
- Minh Ngoc, Ngoc ha, *Luat kinh te* (『経済法』), NXB Lao dong, 2013, p.313.
- Hoang the lien, *Binh luan Khoa hoc Bo luat Dan su 2005 (tap 1)* (『2005 年民法典コンメンタール (第 1 卷)』), NXB Chinh tri Quoc gia, 2009, p.29.
- Do van dai, “Vi tri cua Bo luat Dan su trong linh vuc hop dong” (「契約分野における民法の位置づけ」), *Tap chi Nha nuoc va Phap luat*, Vol.7(2008) p.29.
- Vu van mau, *Dan luat khai luan* (『民法概論』) 国家教育省、1961 年。
- Danny Busch and Laura J. Macgregor, *The unauthoritative agent*, Cambridge, 2009, P350.

Lando and Beale , Principles of European Contract Law , Parts I and II , P203。
UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, (Rome: International
Institute for the Unification of Private law, 2004) p.84.
Chad P. Wade, “The double doctrine agent: Streamlining the restatement third of
agency by eliminating the apparent agency doctrine” , U.L.Rev.341(2007–2008)
(341–384).
William A. Gregory, *The law of Agency and Partnership(Third Edition)*, West Group
(2001), The Authority and Power of Agents (Apparent Authority) .
Danny Busch, E H. Hondius, H J. V Kooten, H N. Schelhaas, WM. Schrama: The Principles
of European Contract Law and Dutch Law (A commentary), New York, 2002, p.141.

主要参考ウェブサイト

Phan thi minh trang, “Nguoi dai dien theo phap luat, Anh la ai?” (「法定代表人はだれであるか」), 民事法律情報電子雑誌 (2011年10月13日)
<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2011/10/13/ng%C6%B0%E1%BB%9Di-d%E1%BA%A1i-di%E1%BB%87n-theo-php-lu%E1%BA%ADt-anh-l-ai/>。

Hoang duy, “Thoai thac trach nhiem bang hop dong vo hieu” (「契約が無効であるという主張によって責任を免れる」), 民事法律情報電子雑誌 (2013年1月4日)
<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2013/01/04/thoi-thc-trch-nhiem-bang-hop-dong-v-hieu/>。

Truong thanh duc, “Ong chu va nguoi dai dien cua doanh nghiep” (「委任者および企業の代表者」), 民事法律情報電子雑誌 (2010年7月8日)
<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/07/08/5022-2/>。

Tu thao, “Lich su hinh thanh va phat trien Cong ty co phan tren the gioi va o Viet Nam” (「世界とベトナムにおける株式会社の発展の歴史」) 民事情報電子雑誌 (2010年5月3日)
<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/05/03/4791/>。

Thu hue, “Tranh rui ro trong thanh khoan bao lanh ngan hang” (「銀行の保証弁済のリスクの回避」), *An ninh thu do* 電子雑誌
<http://www.anninhthudo.vn/Tien-Vang/Han-che-rui-ro-tu-bao-lanh-thanh-toan-ngan-hang/513043.antd>

2009年5月15日付タイビン(Thai binh)省民事裁判所の判決 (「ベトナム企業法における典型的な紛争についての報告」)
<http://luatminhkhue.vn/chuyen-doi/bao-cao-mot-so-tranh-chap-dien-hinh-trong-luat-doanh-nghiep-viet-nam.aspx>

法務省の法律についての質問に回答するホームページ。(契約の締結等対外的関係における会社の法定代表人の代表権限について)
http://www.moj.gov.vn/hoidappl/Lists/DanhSachCauHoi/View_Detail.aspx?ItemID=22023

Le thi bich ngo, “Mot so y kien ve van de dai dien trong ky ket hop dong kinh te” 「経済契約の締結における代理に関する問題に対する若干の見解」法律科学1号2001年。
http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index.php?option=com_content&view=article&id=67:tc2001so2msykvddkhd&catid=28:etc20012&Itemid=62

Luat minh khue, “Bao cao mot so tranh chap dien hinh trong luat doanh nghiep Viet Nam” (「ベトナム企業法における典型的な紛争について報告」)
<http://luatminhkhue.vn/chuyen-doi/bao-cao-mot-so-tranh-chap-dien-hinh-trong-luat>

-doanh-nghiep-viet-nam.aspx

Pham Huan, “Bo nhien, bai mien Tong giam doc: The nao la dung” (「社長の選任・解任について、どのように理解すれば良いか?」), 民事法律情報電子雑誌 (2010年5月23日) <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/05/23/5022/>