

商法論集

I

〔総則・会社〕

小橋一郎著

商 法 論 集

I

總則・会社

小 橋 一 郎 著

成 文 堂

著者略歴

小橋一郎（こばし・いちろう）

大正12年 京都市に生まれる

昭和20年 立命館大学法文学部卒業

立命館大学助教授，大阪大学助教授を経て

昭和38年 同志社大学教授

現在に至る，法学博士

主な著書 手形行為論（昭和39年 有信堂），

有価証券法の基礎理論（昭和57年 日本評論社），

新版手形法小切手法講義（昭和57年 有信堂）

商法論集 I 総則・会社 定価 3,500円

昭和58年 1月10日 初版第1刷発行

著 者 小 橋 一 郎

発 行 者 阿 部 義 任

〒162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514番地

発 行 所 株式会社 成 文 堂

電話03(203)9201(代) 振替東京9—66099

製版 日成エンタープライズ 印刷 上野印刷 製本 佐抜製本

☆乱丁・落丁本はおとりかえいたします☆ 検印省略

© 1982, I. Kobashi Printed in Japan

3032—060201—8851

目 次

は し が き

商業登記の積極的公示力と表見責任 1

一 問題の提起 1

二 ドイツ法 3

三 日本法 12

商業登記の消極的公示力をめぐる一問題 20

一 問題点 20

二 ドイツの若干の学説 22

三 批判 29

西ドイツにおける商法典の一改正——代理商法—— 34

一 はじめに 34

二	改正法の概観	38
三	改正された代理商法	39
	(1) 代理商を示す語(39)	(2) 代理商の概念(39)
	(3) 代理商契約証書(43)	(4) 代理商の基本的義務(44)
	(5) 企業者の支援義務、報告通知の義務(47)	
	(6) 代理商の手数料請求権(48)	(7) 代理商のなす保証(63)
	(8) 費用、時効、留置権(65)	(9) 代理商関係の終了(68)
	(10) 代理商の代理権(75)	(11) 特種の代理商(80)
四	改正法のその他の点	86
五	むすび	88
	会社の設立登記と商法第一二条	92
一	はじめに	92
二	学説の概観	93
三	設立登記と登記事項	97
四	関連する問題	102
	会社の実体	108

一	はじめに	108
二	会社の実体の存在	108
	(1) 擬制説と実在説(108)	
	(2) 会社の社团性と法人性(111)	
	(3) 設立登記と商法二二条(112)	
	(4) 会社の実体と登記簿の記載(114)	
三	会社の実体の内容	116
	(1) 総説(116)	
	(2) 代表と代理(117)	
	(3) 自己取引(118)	
	(4) 会社訴訟(121)	
四	むすび	124
	会社の実権能力と行為能力	126
一	はじめに	126
二	権利能力の意味	127
三	会社の権利能力と行為能力	128
四	会社の目的と能力	129
五	会社の行為	132
六	会社の不法行為能力	134
七	むすび	136

ドイツにおける合名会社無効論の動向	137
-------------------	-----

一 はじめに	137
--------	-----

二 従来の見解	138
---------	-----

三 新しい見解	141
---------	-----

西ドイツにおける瑕疵ある会社の理論	146
-------------------	-----

一 考察の対象	146
---------	-----

二 事実上の会社という考え方	149
----------------	-----

三 権利外観理論による考え方	151
----------------	-----

四 会社の存在を認める考え方	155
----------------	-----

五 むすび	159
-------	-----

「所有と経営の分離」と米国連邦法	162
------------------	-----

一 はじめに	162
--------	-----

二 以前の会社法	164
----------	-----

三 所有と経営の分離	165
------------	-----

四	連邦法の対応	172
五	むすび	179
	有価証券理論と株券	182
一	はじめに	182
二	有価証券理論	182
三	有価証券としての株券	186
四	株券と交付の欠缺	189
	イギリスにおける記名株券	195
一	はじめに	195
二	法制の概要	197
三	株券の発行	206
四	株券の効果	214
五	むすび	223
	株券の善意取得と名義書換の効力	
	——とくに公示催告・除権判決と関連して——	226

一	株式の流通と株券・株主名簿	226
二	公示催告手続	228
三	公示催告手続中の株券の善意取得	229
四	株券の善意取得と除権判決	231
	監査役の権限と責任の拡大	236
一	はじめに	236
二	今回の改正の位置	236
	(1) 監査役の権限(236)	
	(2) 監査役の責任(242)	
三	若干の問題点	243
	(1) 監査役の調査権と会社使用人(243)	
	(2) 監査役の監査費用(244)	
	(3) 監査役の取締役会招集権(244)	
	(4) 監査役の責任(245)	
四	むすび	246
	アメリカ法における株式会社の資本構成	249
一	はじめに	249
二	資本の観念と構成	251

(1) 発行された額面株式の額面総額(253)	
(2) 発行された無額面株式の全部について受領された対価のうち stated capital に組み入れられた額(254)	
(3) 剰余金より stated capital に組み入れられた額(257)	
(4) 株式による配当に基づく株式の発行によって剰余金より stated capital に組み入れられた額(259)	
三 資本の維持充実	261
(1) 利益配当(261)	
(2) 株式の転換と stated capital(263)	
(3) 株式の買戻および消却(264)	
(4) stated capital の減少(265)	
四 むすび	267
帳簿閲覧権	269
一 総 説	269
(1) 意義(269)	
(2) 比較法制(270)	
(3) 立法問題(277)	
二 閲覧請求権	279
(1) 閲覧を請求しうる者(279)	
(2) 閲覧・謄写の対象(280)	
(3) 帳簿閲覧権の行使(282)	
(4) 帳簿閲覧権行使に関する贈収賄罪(284)	
三 閲覧請求の拒否	284
(1) 総説(284)	
(2) 閲覧請求を拒否しうる場合(285)	
(3) 閲覧請求の不当拒絶(291)	

商業登記の積極的公示力と表見責任

一 問題の提起

1 — 問題の提起

商業登記の積極的公示力とは、商法一二条前段「登記すべき事項ハ登記及公告ノ後ニ非ザレバ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得ズ」の反面解釈として、登記すべき事項は、登記および公告の後は善意の第三者にも対抗することができるという効力である。ただし、登記事項の公告は、当分の間なされず、商法一二条の規定の適用については、登記の時に登記および公告があったものとみなされる（昭和二十四年法一三七号、法務局及び地方法務局設置に伴う関係法律の整理等に関する法律附則九項一〇項）ことは、知られるとおりである。この効力は、一般に、登記（および公告）という公示方法をとったことに認められる効力であると解され、第三者の悪意を擬制するものとされている。一方、登記（および公告）の後に、その事項につきいわゆる表見責任の法理によれば善意の第三者が保護されるべき場合が生ずることがあり、商業登記の積極的公示力と表見責任法理に基づく規定との優劣が問題になる。とくに昭和四二年四月二八日の最高裁第二小法廷判決（民集二二卷三号七九六頁）および昭和四三年二月二四日の最高裁第三小法廷判決（民集二三卷一三号三三四九頁）が、共同代表の定めがあり、その旨の登記があるのに、代表取締役が単独で代表権限を行

使した場合に、商法二六二条のいわゆる表見代表取締役に関する規定を類推適用しうることを認め、昭和四九年三月二二日の最高裁第二小法廷判決（民集二八巻二号三六八頁）が、代表取締役が取締役を退任して代表権を喪失し、その登記がなされた後に代表行為をした場合に、代理権消滅後の表見代理に関する民法一二二条の適用はないと判示したこともあって、この問題に関する議論が多い。

ここでは、権利外観の衝突が問題ではない。商業登記の積極的公示力は、登記すべき事項に該当する事実が存在し、それが登記（および公告）されたときの対抗力であって、事実と相違する外観に対する信頼を保護しようとするものではない。⁽¹⁾ また表見代理や表見代表に関する規定については、外観に対する信頼の保護をもって説明するのが通説であるが、私見はこれに疑問をもっている。このような立場から、ドイツ法に関する議論をも参考にして、商業登記の積極的公示力と表見責任法理の関係を考察する。

(1) 服部・商法総則四八一頁以下は、対抗力を制限された登記事項を登記という外観事実に結びつけてその対抗力を決しようとするもので、一種の外観保護にほかならないとし、登記は商法四二条や二六二条と外観保護という点で同一次元にあると解し、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後者を優先させるべきものとされる。しかし登記がなければ対抗力が弱いにしても、存在する事実の登記による公示を外観としてとらえることは、疑問がある。Karsten Schmidt, Sein-Schein-Handelsregister, Grundfragen des Verkehrsschutzes durch Handelsregister und Bekanntmachung, JuS 1977, 209, 212 は「登記および公告の積極的公示力を定めるドイツ商法一五条二項は Rechtscheinatbestand ではない」とする。

二 ドイツ法

(1) ドイツ商法一五条一項は、「商業登記簿に登記すべき事實は、登記および公告がない限り、その事實の關係者から第三者に対抗することができない。ただし、第三者がその事實を知っていたときは、この限りでない。」と定める。いわゆる消極的公示原則を宣明するもので、わが国商法の一十二条前段に相当する。同条二項は、以前には、「登記すべき事實が登記および公告されたときは、第三者は、その事實を認めなければならない。ただし、第三者がその事實を知らず、かつ知りえなかったときは、この限りでない。」という規定であつたが、一九六九年の改正により「登記すべき事實が登記および公告されたときは、第三者は、その事實を認めなければならない。この規定は、公告後一五日内になされる法的行為において、第三者がその事實を知らずかつ知りえなかったことを証明するときは、適用しない。」となつてゐる。登記および公告の積極的公示力を明文をもつて定めたものである。第三者がその事實を知らずかつ知りえなかったときには適用されないとする点は、わが国商法一二条後段に相当するが、一九六九年の改正により時間的制約が置かれ、積極的公示力を免れることがさらに困難になつた。⁽¹⁾改正の前後を問わず、第三者は、積極的公示力を免れるためには、その事實を知らずかつ知りえなかった (weder kannte noch kennen mußte) ことを証明しなければならぬが、過失なき不知が要求され、登記内容は一般に知りうるものとされているから、公告紙の不到達など例外的な場合にしかこの証明は成功しない。⁽²⁾この点は、わが国商法一二条後段の「正当ノ事由」が登記公告を知りえない客観的障害と解されていることと同断である。ドイツでは、商業登記事項の公告は、現在もされている。

(2) 最近西ドイツでは、有限合資会社 (GmbH & Co. KG)⁽³⁾と関連して、商業登記の積極的公示力と表見責任の關係

が問題になっている。そのいくつかを挙げてみよう。

① 一九七〇年一月二二日のドイツ連邦裁判所判決⁽⁴⁾の事案は、つぎのとおりである。一九五〇年二月一日被告 H. Gr. を無限責任社員とし、ワイン輸入業を営む合資会社 H. Gr. KG が設立された。一九五八年三月被告とその妻を社員とする有限会社が設立され、被告はその取締役 (Geschäftsführer) となった。その後間もなく被告は、合資会社を無限責任社員としては退社して、有限責任社員となり、その代わりに右有限会社が無限責任社員となった。この変更は、商業登記簿に登録された。合資会社の商号は、変更のないまま続用され、被告は、一九六二年末まで有限会社の取締役として合資会社の業務をも執行した。一九五九—六〇年被告は、建築技師である原告に、被告が K 市より購入予定の土地にホテルを新築するにつき設計・施行を委託した (土地の所有権移転がなされたのは、一九六三年一〇月二二日)。一九六二年に書面による建築契約締結に至ったが、当初原告が作成した契約文には被告個人が委託者として記載されていたので、被告が異議を述べ、これを変更して、委託者を合資会社とする契約書に、被告は合資会社商号を付記して一九六二年八月に、原告は一九六二年一〇月一日に、それぞれ署名した。一九六二年秋に工事が始められたが、一九六四年四月一日合資会社および有限会社につき和議開始の申立があつて、工事は中止され、一九六四年七月二四日には両会社につき関連破産手続が開始された。原告は、一九六二年一月に報酬として二万ドイツマルクを合資会社から受け取っているので、報酬残額の支払を被告に請求したのが本件である。原告の主張は、被告は合資会社の名においてではなくて、みずから委託したものである、そうでなくても被告は合資会社の債務につき無限責任を負うという外観を生ぜしめたから、報酬残額についても責任を負わなければならないというにある。

原判決である一九六七年一二月二八日のカールスルーエ上級地方裁判所判決⁽⁵⁾は、建築契約の当事者が被告個人ではなくて合資会社であることを認めたいえ、被告に権利外観惹起に基づく責任があるとして、原告の請求を認めた。す

なわち被告の氏名を含む合資会社の商号 H. Gr. KG の使用によって、少なくとも被告に無限責任の外観を強めるようなことをしない法的義務を負わせる権利外観が作られること、⁽⁶⁾被告が合資会社の有限責任社員としてのみならず無限責任社員である有限会社の社員かつ取締役として現われたことおよび事実的支配関係が合資会社商号の使用により生ずる権利外観と一致すること、被告が原告への書簡に、合資会社営業主 (Gr., Inhaber der Fa. Gr.-KG.) と印刷された便箋を用いたことから、被告は、個人企業の営業主としてでないとしても、合資会社の無限責任社員として無限責任を負うという内容の強い権利外観を惹起したとし、このような事情の下では、原告には、たとえば商業登記簿の閲覧によって真実の事情を調査することを期待できなかったのであり、ドイツ商法一五条二項により登記された事実を第三者に主張しうべき者が、第三者に対しこの事実に反する権利外観を惹起するときは、その者は、権利外観に従って責任を負わなければならないと判示した。

これに対し連邦裁判所判決は、被告の惹起した権利外観を原告が主張しうるためには、真実の責任関係についての原告の不知が過失に基づかないこと、すなわち原告が取引上必要な注意を怠らなかったことを要するところ、本件では、日常取引ではなくて八〇万ドイツマルクに上る建築が問題であったから、高度の調査義務があり、契約書面化の段階で被告がみずから委託者でないといっているから、原告としては責任関係のいかんが心に浮かぶはずであり、被告の責任について被告に照会することは大した労ではなく、商業登記簿を閲覧して真実の責任関係を調べることもできたし、そのための時間も機会もあったから、真実の責任関係についての原告の不知は、取引上必要な注意を怠ったことに基つくとして、原告は、ドイツ商法一五条二項により商業登記簿における登記（合資会社の無限責任社員としての被告の退社）を認めなければならぬと判示した。⁽⁷⁾

- ② 一九七二年五月八日の連邦裁判所判決は、つぎのような事案に関する。被告 2 および 3 は、一九六一年以来、

当時合名会社であった被告1の社員であった。被告1は、後に合資会社に転換し、被告2および3を社員とし、かつ被告2を取締役とする有限会社 M-GmbH がその無限責任社員として入社し、被告2および3は有限責任社員となり、会社の商号は M-GmbH & Co KG に変更された。以上の変更は、一九六六年二月一日商業登記簿に登記され、同年二月二四日二紙で、同年三月一日一紙で、同年三月五日官報でそれぞれ公告された。⁽⁸⁾ 原告は、一九六四年以来被告1と継続的取引関係にあり、納入商品の支払につき被告1に五万ドイツマルクまでの手形信用を供与していた。一九六六年一月終わってから二月初めにかけてセーターの納入につき商談が行われ、原告がその代金の支払を請求したのが本件であって、原告は、被告2および3に対しては、その売買契約が、被告らが無限責任社員であった一九六六年二月三日に成立したと主張する。一審では被告1に対する請求だけが認容され、二審以後は被告2および3の責任が問題になって、原判決はこれを肯定した。なお原審では、原告の請求権を生ぜしめる原告・被告1間の売買契約は一九六六年五月終わりに成立したと認定している。

連邦裁判所判決は、右の認定に基づいて、まず、本件売買契約成立の時点には被告2および3の責任制限はすでに合意され、登記・公告されていたから、原告は、ドイツ商法一五条二項(旧条文)により、会社債務についての被告らの以前の無限責任がもはや存しなかったことを認めなければならず、また登記・公告後数カ月を経ているから、原告においてその法律関係を知りえた場合であったとする。また、合名会社の社員でないのにそうであるかのような行動をする者は、善意の第三者に対し合名会社の社員と同様の責任を負うという原則は、⁽⁹⁾登記と矛盾するときは無条件には認められず、債権者が登記・公告された社員の責任関係を知らないことに過失があれば、一般の権利外観原則による責任は、排除されるのが通常であるとする。しかし社員が登記された責任制限およびドイツ商法一五条二項の規定を主張することが、個々の場合の特別の理由から権利濫用となるときは、社員は敗訴することがありえ、本件はこ

の場合に当たることを認める。すなわち被告2および3が会社を有限合資会社に転換し、みずから有限責任社員の地位に退いたのは、原告との密接な取引関係の三年目に当たっていたこと、本件取引の商談が始まった一九六六年初めには被告1はまだ合名会社であり、その商談は一九六六年四月二日に一応結論に達し、その後納入量を引き下げるため再開され、一九六六年五月終わりから六月初めに契約締結に至ったが、原告にとっては、登記・公告は別として、相手方における法律関係が根本的に変更されたという徴候はみられず、被告側もそれを認識させなかったこと、被告2および3は、転換後も依然として会社のための商談をみずから行い、一九六六年五月終わりには納入量引下げのため原告方を訪れており、通信文には以前のままの商号略号を用いていたことを挙げ、このような事情の下においては、被告2および3は、無限責任の脱落および商業登記を主張するとき、信義誠実に合致しない仕方であり、自己の態度に反していると判示して、被告2および3の上古を斥けた。

③ 一九七四年三月一八日の連邦裁判所判決における事案は、つぎのとおりである。被告は、屋根工事の施工および関連商品の卸を業とする個人企業の営業主で、一九六四年以降被告の氏名「L. K.」を商号として登記されていたが、その企業は、一九六七年終わりから一九六八年初めに有限合資会社に転換された。すなわち被告は、妻と有限会社を設立して、その唯一の取締役となり、さらに従来からの個人企業にその有限会社と妻が加入して、有限会社を無限責任社員、被告および妻を有限責任社員とする合資会社が設立され、その合資会社は、従来の商号「L. K.」を続用するもので、これらの経過は、一九六八年初めに登記・公告された。一九七〇年六月被告は、原告に建築資材を注文したが、注文確認書およびその後の書簡には、「L. K.」の名称と営業項目を印刷した便箋を用い、書簡の署名は、「L. K. Be-dachungen (屋根工事)」というタイプに被告名の略字の手書が添えてあった。原告は、この注文に基づいて一九七一年中に資材を納入したが、一九七二年有限合資会社の財産につき破産開始となったので、被告に対し右売買代金の支