

最高裁判所民事判例研究

東京大学判例研究会

民集四八卷三三号

一五 理事の退任登記後の行為に対する民法一一二条の適用（消極）

民法一一二条、社会福祉事業法二七条

平成六年四月一九日第三小法廷判決（平成三年（オ）第一二三三三号、内藤和雄対社
会福祉法人昭和学校、約束手形金請求事件）民集四八卷三三号九二二頁

〔事実〕 Y（被告、被控訴人、被上告人）は社会福祉法人であり、訴外Aはその代表権を有する理事（理事長）であったが、Aは昭和六〇年四月七日に理事を退任（辞任）して代表権を喪失し、同月一七日にその登記がされた。Aは後記の事実から推測するところ自己が在任中使用していたYの記名ゴム印や理事長印等を退任後も保持していたようであり、（そのためか否かは認定されていないが）後任の代表者訴外Bは、Aが在任中使用していた前記ゴム印等を使用せず、新たに法務局等に理事長印等を届け出していた。なお、Aの理事長退任の経緯ないし理由については認定がなされていない。

Aは、その後昭和六〇年一二月頃、訴外C信用金庫から手形用紙の交付を受け、そして理事を退任してから少なくとも八カ月後に、自己の在任中のみ使用されていた（即ち当時既に使用されなくなっていた）前記ゴム印等を用い、訴外D等を受取人としてY理事長A名義の約束手形三通（以下「本件手形」という）を振り出した。本件は、本件手形の所持人X（原告、控訴人、上告人）が、Yに対して手形金の支払いを求めたものである。

第一審（大阪地判平成元年二月二五日判時一三九六号一四〇頁）は、本件手形が「Yを代表する権限のないAによって勝手に振り出されたものである」と認定し、Xの主張した民法一一二条の類推適用については、社会福祉事業法二七条二項の解釈により、「社会福祉法人の理事の辞任及び代表権喪失は、その登記後は善意の第三者にも対抗することができるのであって、別に民法一一二条の表見代理を適用ないし類推適用する余地はない」として、Xの請求を棄却した。

Xの控訴に対して原審（大阪高判平成三年四月二六日判時一三九六号一三八頁）は、表見代理の類推適用につき、社会福祉事業法二七条二項の「規定自体から直ちに同法上の法人の理事につき辞任の登記がされれば、いかなる場合においても表見代理の規定の類推適用が排除されると解さなければならない」と判示したが、Yが従前Aの資金繰りのため手形を割り引いたことがある等の事実を認定し、本件手形はYとの継続的取引関係に基づいて取得されたものではなく、XやD等がAの代表権の有無を登記簿により確認することは可能であり容易でもあったから、XやD等はAが代表権を有しないことを知らなかったことにつき過失があった、としてXの控訴を棄却した。

Xは事実認定に関する経験則違背を主張し、過失の有無についての判断を争って上告した。

〔判旨〕 上告棄却。「社会福祉事業法二七条一項は、社会福祉法人は、政令の定めるところにより、その設立、従たる事務所の新設、事務所の移転その他登記事項の変更の各場合に、登記をしなければならないものと定め、同条二項は、前項の規定により登記をしなければならない事項は、登記の後でなければ、これをもって第三者に対抗することができない旨を規定している。その趣旨は、社会福祉法人は、登記をしなければならない事項については、登記をしない限り第三者に対抗することができないものとするとともに、反面、登記をしたときは善意の第三者にもこれを対抗することができるものとするところにあると解される。」

「ところで、社会福祉法人の理事の退任すなわち代表権の喪失は、社会福祉事業法二七条一項、組合等登記令（昭和三九年政令第二九号）一条、二条により、登記しなければならない事項とされているのであるから、前記規定の趣旨に照らせば、社会福祉法人が理事の退任につき登記をしたときは、右理事の退任すなわち代表権の喪失を第三者に対抗することができ、

その後その者が右法人の代表者として第三者とした取引については、交通・通信の途絶、登記簿の滅失など登記簿の閲覧につき客観的な障害があり、第三者が登記簿を閲覧することが著しく困難であるような特段の事情があった場合を除いて、民法一一二条の規定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。」

「したがって、原審が本件に民法一一二条の規定の適用ないし類推適用を肯定すべきものとしたのは相当でないが、Yの責任を否定した判断は、結論において是認することができる。」

「原審は、YがAに対して退任後も理事長として行動することを容認していた事実が認められないとしたものであり、右判断は是認することができるから、所論はその前提を欠く。」

〔評釈〕 一 本判決は、社会福祉法人の代表権を有する理事が退任してその登記が經由された後、退任した元理事の行った行為については、登記簿の調査に係る客観的な障害がある等の特段の事情のない限り、民法一一二条は適用ないし類推適用の余地がない、とした初の最高裁判例であり、非営利法人の代表権の登記の効力と民法一一二条の表見代理との関係について判示した点において、実務に与える影響は極めて大きく、理論上も重要な意義を有するものである。しかし、本判決の結論の前提となっている登記の効力に関する実質的理由が判決文中に明記されていないため、本判決の妥当性や本判決と従来の判例との関連については、慎重な検討が必要である。

二 法人の代表者の退任登記後の行為と民法一一二条の表見法理の適用の有無との関係について判示した過去の最高裁判例では、株式会社代表取締役に関する最判昭和四九年三月二二日民集二八卷二号三六八頁を重要な先例として挙げることをできる（なお、本稿で用いる「甲」「乙」等の当事者の表示は、注におけるものを含め、特に断らない限り事件毎に別人である）。

甲会社の代表取締役であった乙は、同人の知らない間に取締役を辞任させられ代表権を喪失していたが、その後新代表者が就任するまでは従前どおり代表取締役としての権限を有していた。そして、新代表者が就任し、乙の取締役辞任の登記がなされた後に、乙は甲会社代表取締役乙名義の約束手形を振り出し、この手形は受取人丙を経て丁が取得した。原審（大阪高判昭和四七年一〇月三一日金法六七〇号三〇頁）は、丙は乙がかつて甲会社の代表権を有していたことを知っており、その

後乙が代表権を失ったこと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、かつ民法一一二条の善意の第三者にもあたる、として甲会社に当該手形の手形金の支払を命じた。これに対して最高裁は次のように判示して原判決を破棄し、大阪高裁に差戻した。

「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、商法一二条において、商人は、右登記事項については、登記及び公告をしないかぎりこれを善意の第三者に対抗できないとともに、反面、登記及び公告をしたときは善意の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」。

「ところで、株式会社代表取締役の退任及び代表権喪失は、商法一八八条及び一五条によつて登記事項とされているのであるから、前記法の趣旨に鑑みると、これについてはもっぱら商法一二条のみが適用され、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つて、別に民法一二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。」

そして差戻後の控訴審（大阪高判昭和五二年三月三〇日判時八六二号八二頁）では、商法一二条所定の正当事由とは、交通社絶等登記簿の閲覧に客観的障害がある場合のほかは、継続的に行われていた取引の過程で突然代表者の変更登記がなされたなど、相手方に改めて登記の調査を要求することが無理な場合等特段の事由が存した場合のみをいう、とされて丁の請求が棄却され、この判断は上告審（最判昭和五二年二月二三日判時八八〇号七八頁）で是認されている。

一方、非営利法人の代表者の退任登記後の行為と民法一二条との関係について判示した裁判例は、本件以外に下級審で二件存在する。

まず、横浜地判昭和五八年一月二八日判時一〇八七号一二四頁は、財団法人甲の理事長乙が、他の役員と対立した結果甲の印鑑を保持したまま所在を隠し、乙の欠席した理事会決議により解任されてその登記がなされた後、手形に財団法人甲理事長乙名義の裏書をなした事案につき、取引の安全を目的とする表見代理の制度が理事の解任登記の一事を以て否定される

ことはないが、民法上の登記が表見代理の成否に全く影響しないとするのは相当でなく、「商法一二条が登記に与えている効力は登記の一般的効力として理事の解任登記がなされた場合の表見代理の成否にも類推適用される」と判示し、手形所持人丙の請求を棄却した。

次に、大阪地判平成二年一〇月一九日判時一三九一号一六七頁は、本件の社会福祉法人Yの元理事長Aが別人甲に対して振り出した手形について、社会福祉法人の理事の退任登記後の行為については民法一二条を類推適用する余地はないとして、商法一二条の類推による正当事由の解釈として、登記簿の調査、閲覧に係る客観的な障害のほか、「これに限らず」正常に継続的に手形取引を繰り返していたところ突然代表者が交替したなど相手方が改めて登記の調査をすることが無理な場合等特段の事情のある場合も含む、と判示し、結論としては前掲大阪高判昭和五二年三月三〇日と同様の見解を示している。

三 これに対して学説では、専ら商業登記に関する商法一二条の解釈をめぐって議論が行われており、通説は、登記すべき事項は「登記及公告ノ後ト雖モ第三者ガ正当ノ事由ニ因リテ」登記事項を「知らザリシトキ」は対抗できない、と規定する商法一二条後段の反対解釈により、登記事項の登記後は第三者の悪意が擬制され、従って登記事項の登記後においては善意の第三者であっても登記事項に対抗できず、^(二)例外的に第三者が保護される正当事由については、登記簿の閲覧に係る客観的障害のみを指すとす。^(三)このことからすると、最判昭和四九年とその差戻審は、概ね従来の学説の大勢に従ったものということができるが、学説の中では、民法一二条の不適用それ自体についてはさほど異論が見られないもの、^(四)公告が省略されている現在において取引の都度登記簿をわざわざ調査するのは煩瑣であり、外観信賴保護法理による第三者保護の可能性を模索すべきであるとの見解が有力に主張されている。^(五)

又、非営利法人の代表者の登記に関してはそれほど議論がなされておらず、上記各裁判例に対する判例評釈の中で、専ら株式会社と対比する形で若干の見解が示されているのみであり、非営利法人といえども取引活動を行う以上登記の効力について株式会社との間に差異を設ける必要はないとするもの、^(六)非営利法人は株式会社と異なり個々の第三者の保護を個別に

検討する必要があるとするもの^(七)に分かれる。この両説の違いは、最判昭和四十九年が示した商業登記の効力の実質的理由(後述する)について、それが株式会社に関する判示であることに重点を置くか、それとも大量的反復的に行われている取引の保護に重点を置くかの違いであり、いずれの立場も最判昭和四十九年からは一応演繹可能であるため、議論はいわば膠着状態^(八)にあった。

四 以上の裁判例と学説の動向を念頭に置きつつ本件判旨の構造をみてみると、判旨はまず、①社会福祉事業法二七条は登記事項の登記後においては登記簿の閲覧につき客観的な障害のない限り善意の第三者にも対抗することができるものとする趣旨である、と前提し、次に、②社会福祉事業法二七条一項、組合等登記令一条、二条を引いて理事の退任は登記事項であるから、としたうえで、③その登記後はこれを第三者に対抗することができ、登記簿の閲覧に係る客観的な障害があり、第三者が登記簿を調査することが不可能ないし著しく困難であるような特段の事情がない限り、民法一二条の適用ないし類推適用の余地はない、とする結論を導いている。この論理構成が、最判昭和四十九年の、①商法一二条は登記事項の登記後においては「正当ノ事由」のない限り善意の第三者にも対抗することができるものとする趣旨であり、②代表取締役の退任は登記事項であるから、③その登記後は商法一二条のみが適用されて、正当事由がない限り善意の第三者にも対抗でき、従って民法一二条の適用ないし類推適用の余地はない、とする論理構成と相当よく似ていることは一見して明らかであり、本判決の評釈、解説でも、最判昭和四十九年の趣旨が本判決にも及ぼされたもの、ないし最判昭和四十九年と本判決とは同一線上にあるもの、とする見解が多い^(九)。確かに、最判昭和四十九年の事案と異なり、本件では手形所持人Xに過失が認められるというのであるから、民法一二条を適用したとしてもXの請求を棄却することができたはずであり、^(一〇)本件事案自体を解決するためには必ずしも必要ではなかった社会福祉事業法二七条の趣旨や理事の退任登記後の行為に対する民法一二条の適用ないし類推適用に関する判示をあえて行っている以上、本判決は法人の登記の趣旨に関する最高裁自身の立場を一般論として明示したものとみるべきである。従って、本判決の判示が将来の先例としての意義を有していることは否定できないところであり、又、本判決が最判昭和四十九年とよく似た論理構成を用いていることからすれば、両判決には何らかの一貫性があ

るものと考えようが自然である。

しかし、そのように考えるほうが自然であるとしても、本判決が最判昭和四九年の「趣旨」をそのまま継承したものであることはできない。その理由は以下に述べるとおりである。

最判昭和四九年は、商法一二条の趣旨を前記のように解するにつき、次のような実質的理由を述べている。

「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、大量的、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、商人と第三者の利害の調整を図るために、登記事項を定め、一般私法である民法とは別に、特に登記に右のような効力を賦与することを必要とし、又相当とするからに外ならない。」

これに対して本判決は、社会福祉事業法二七条の趣旨を前記のように解する実質的理由を判決理由中に何ら述べていない。社会福祉事業法二七条二項は、「登記をしなければならぬ事項は、登記の後でなければ、これをもつて第三者に対抗することができない。」と規定するのみであり、学説が商業登記の積極的公示力の根拠としているのは、商法一二条後段の「登記及公告ノ後ト雖モ……亦同ジ」との明文についての反対解釈であることは前述のとおりであるから、社会福祉事業法二七条の文言のみから判旨の解釈を導くことは困難である。

そこで、本判決での実質的理由となりうる考え方を思いつくままに並べてみると、①最判昭和四九年の述べた実質的理由は社会福祉法人の理事の登記についてもそのまま妥当する、とする考え方、②最判昭和四九年が述べた実質的理由はそのままでは社会福祉法人に妥当しないが、商法一二条による登記の効力が登記の一般的効力として社会福祉法人の登記にも妥当する、とする考え方（前掲横浜地判昭和五八年参照）、③社会福祉法人は商人と異なる公益的存在であつて、その利益は営利追求を自己の危険と責任で行う商人以上に第三者との関係で保護されるべきであり、商法一二条によって登記後の商人が受ける以上の保護が登記により与えられるべきである、とする考え方、④法人と第三者との関係における法人の内部事項については、原則として登記の記載を優先させて法律関係を画一的に処理することが、法人にとってのみならず第三者にとって

も利益となる、とする考え方を挙げることができる。

これらの考え方を順次検討してみると、まず、①最判昭和四九年が示した商業登記の効力に関する実質的理由は、商人の行う取引は大量的反復的であり、利害関係者も多数に及ぶこととなるため、登記事項を定めて商人と第三者との利害調整を画一的に図ることが必要かつ妥当だから、とのことであるから、これを素直に解釈すれば、「一般私人の場合に比し、大量的、反復的に」取引活動を行わず、「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」ことのないような法人の代表者の登記の効力の趣旨につき、「一般私法である民法」ないしそれと同視すべき法律の解釈としてどのように考えるべきか、又、かかる法人の代表者の退任登記後の行為に民法一一二条を適用する余地があるか否かについては、そのままでは妥当しないものと考えるべきであり、従って、最判昭和四九年の述べる実質的理由が何らの留保なしに社会福祉法人に応用できると考えることは、商人と社会福祉法人とが同様に大量的反復的取引活動を行っているとの前提に立たない限り困難である。

次に、②財団法人の登記の効力の趣旨につき商法一二条を類推した前掲横浜地判昭和五八年と異なり、本判決は商法一二条の類推適用をすることなく、一般論として社会福祉事業法二七条の「趣旨」を判示しているのみならず、商法一二条の正当事由に該当する部分についても、商法一二条の類推ではなく、「交通・通信の途絶、登記簿の滅失など登記簿の閲覧につき客観的な障害があり、第三者が登記簿を閲覧することが不可能ないし著しく困難であるような特段の事情」との表現をわざわざ用いていることからすると、本判決は、商業登記の効力を登記の一般的効力であるとは考えておらず、社会福祉法人の登記の効力の実質的理由を、商業登記の効力の実質的理由とは別個のものから導いているとみるほうが自然である。

又、③社会福祉法人が商人と比べてより保護に値すべき公益的存在であると仮定すれば、確かに商人は登記事項については登記さえすれば善意の第三者に対抗することができるようになるのであるから、社会福祉法人も登記事項につき登記さえすれば原則として第三者に登記事項を対抗できるものとすべきことになり、本判決の示す特段の事情が、判旨を一見するところ登記簿の閲覧に係る客観的な障害の存した者に限るものとするように読めること、すなわち前掲大阪高判昭和五二年が

一般論として示した継続的取引関係にあつた者を含まないとするように読めることも、一応一貫した説明が可能となる。しかしながら、このような説明が可能であるのはあくまで登記事項の登記後に限られており、登記事項の登記前においては、社会福祉事業法二七条の「第三者に対抗することができない」との文言の「第三者」の範囲を、商法一二条の「善意ノ第三者」と同等ないしそれ以上に限定して解釈することは困難であるため、社会福祉法人の登記に関する立法趣旨が、公益的存在である社会福祉法人に、登記事項に関して商人以上の保護を常に与えるべきとしていると考えることは無理である。^(一一)

そうすると、④社会福祉事業法二七条の規定は、法人の登記の効力の一般的原則、すなわち、法人の内部事項については、第三者に対してそれを公示する制度である登記の記載を優先させることが法律関係を明確にさせる所以であるが、登記の記載を法律関係の絶対的な要件としてしまうと予測に反して取引が無効とされる等無用の混乱が生じて第三者の利益が害される恐れが高いし、善意悪意の判断は往々にして不明確であり第三者相互間で取扱いの差異を生ずること自体が法律関係を混乱させることになりかねないから、折衷案として登記事項の登記を第三者の対抗要件とし、第三者との利益の調和を図つたものである。^(一二) ということの当然の帰結であり、商人のように「大量的、反復的」な取引が行われるのでなければ登記を閲覧することは理論上困難なことではなく、^(一三) 第三者にとつても登記簿の調査のみ行えば当該法人の実情についてそれ以上の調査をする必要がないわけであるから、^(一四) 本件判旨の示す社会福祉事業法二七条の解釈は、法人の登記の効力に関する一般的原則を示したものとみるのが最も無理の少ない説明ということになる。しかしながら、この説明は法律の解釈というよりも一種の政策判断であつて、大量的反復的な取引を行わないのであれば個々の取引の場面において法人と第三者との利益を個別に對比して利害調整を図ることが望ましいとする見解を、完全に説得できるわけではない（但し、法人と第三者との個別の利害調整は別の方法で図ることが可能である。後記五参照）。

以上の次第で、本判決が判決理由中に明示しなかつた登記の効力の実質的理由について、明快な説明をすることは極めて困難であるが、最も無理の少ない説明としては、法人の登記に係る一般的原則に関する政策判断を示したものであるというほかなく、この関係で商法一二条に関する最判昭和四九年は、大量的、反復的に取引が行われる場合における、上記原則の修正^(一五)

を判示したものと考えるべきであつて、本判決と最判昭和四九年はその意味で一貫した判示をなしているといふことはできるが、本判決が最判昭和四九年の「趣旨」を留保なく継承したものといふことはできないと思う。

五 以上のとおり、本判決の示した登記の一般的効力について、その説明を行うことは極めて困難であるのだが、登記事項については民法一二二条の適用は原則としてない、とする本判決の結論自体については、以下の観点から妥当なものといふべきである。

まず第一に、民法一二二条が設けられた理由として従来挙げられているのは、代理権（代表権）の消滅の事実が本人（法人）代理人（代表者）間の契約の解除や本人の死亡など、第三者にとつて確知することが困難な本人代理人間の内部関係の問題に基づくものであるため、継続的に取引を行っている第三者は、従前の代理人が当該取引の時点でも引き続き代理権を有しているものと信ずる場合が多いから、ということである。^(一六) そうすると、代理人が誰かにつき登記がある場合においては、本人代理人間の内部関係であつた代理権の消長が第三者に公表され、第三者にとつて当該取引の相手方の代理権の有無を確知できる方法が存在することを意味するわけであり、かかる状況下にあつては、登記簿の閲覧につき客観的な障害があるなど第三者による代理権の消長の確知が困難であるような事情がない限り、民法一二二条による第三者の保護の必要性はその前提を欠くことになるから、かかる事情のない限り民法一二二条の適用がないとするのはむしろ当然ということになる。

又第二に、民法一二二条により第三者の保護が問題となる状況は、第三者が元代理人の外観から代理権の存続を誤信することによつて生ずるわけであり、この状況は要するに、^(一七) 真実と異なる外観が作出ないし放置された場合における本人と第三者との利害調整が必要な状況の一類型と考えることができるから、かかる状況においては民法一〇九条、商法二六二条等を適用して、登記と異なる外観を作出ないし放置した本人側の帰責の程度と、代理人でない者を誤つて代理人と信じた第三者側の帰責の程度を具体的に対比して紛争を解決するほうが、^(一八) 個々の事案に応じたより柔軟な解決を図ることができるといふべきであり、この点からすると、単に従前代理権を有していたとの一事をもつて表見代理の成立を認めることになりかねない民法一二二条の適用範囲は、むしろ制限していくことが望ましい。^(一九)

さらに第三に、実務における立証責任の配分の点から考えてみると、民法一一二条における第三者の善意悪意及び過失の有無のうち、少なくとも過失については本人の側に立証責任があるとされているが、この立証責任の配分について合理性な説明をしようとすれば、前述のとおり、代理権消滅の事実が第三者からは確知が困難な本人代理人間の内部事情に基づくものであるから、ということに帰着するはずであり、代理権が登記によって公示されている状況下にあつては、第三者による確知は必ずしも困難であるとはいえず、しかも本人の側では代理人更迭にあつて一応なすべきことをしているわけであるから、それを覆すべき特段の事情の存在は第三者側に立証させるほうが公平に適用ものと考えることができ、この点からも民法一一二条の類推適用は必ずしも望ましい法律構成とはいえない。

以上の次第で、法人の代表者の退任登記後の行為については登記簿の閲覧に係る客観的な障害の存在などの事情がない限り民法一一二条は適用しない、との本判決の結論自体は、民法一一二条による第三者保護の必要性がその前提を欠くことからも、民法一〇九条、商法二六二条等による第三者保護の法理によるほうが問題の柔軟な解決として望ましいことから、さらには立証責任の配分が公平に適用することからも、一般的に妥当なものというべきである。

六 本判決の妥当性を以上のように考えるならば、本判決の結論は、社会福祉法人に限らず、個々の法律に同様の規定がある法人、例えば医療法人（医療法四三条）、学校法人（私立学校法二八条）、宗教法人（宗教法人法八条）、監査法人（公認会計士法三四条の六）、管理組合法人（建物区分所有法四七条）、職業訓練法人（職業能力開発促進法三四条）、労働組合（労働組合法一一一条）、農業協同組合（農業協同組合法二条）、漁業協同組合（水産業協同組合法九条）、中小企業等協同組合（中小企業等協同組合法二条）、森林組合（森林組合法八条）などはもとより、民法四六条の解釈として、法人一般について妥当性を有するものとなるはずであるが、なお若干の問題が残されている。

第一に、従来の裁判例が保護の対象として念頭に置いていたと考えられる、第三者が大量の継続的取引を行っていたことが、果たして判旨のいう「第三者が登記簿を閲覧することが不可能ないし著しく困難であるような特段の事情」にあたるか否か、それとも継続的取引が行われている場合にはそもそも本判決と異なった解決指針が示されるのか、例えば商法一二条

の類推適用の余地があるのかは不明である。

又第二に、より一般的な問題として、判旨は商法二六二条に関するXの上告理由を事実認定の次元で排斥していることは前述のとおりであり、民法一〇九条、商法二六二条等による第三者の保護は明示的には否定されていないわけであるが、このことから、前記五で述べたような、第三者と本人ないし法人間の利害調整を、真実と異なる外観を作出ないし放置した本人ないし法人の帰責の程度と誤って外観を信じたことに対する第三者の帰責の程度との対比の次元で考えていくことを、本判決が指向しているか否かについては、もとより不明と言わざるを得ない。

さらに第三に、本判決の「特段の事情のない限り、……民法一二二条の適用ないし類推適用の余地はない」との判示からすると、特段の事情があれば民法一二二条の適用ないし類推適用の余地があると考えるのが反対解釈として素直であることになるが、この場合において善意悪意及び過失の有無を判断されるべき「第三者」とは誰か、取引の直接の相手方に限られるのか、それとも法人に対して何らかの請求をしている者も含まれるのか、民法一二二条に関して従来なされている議論との平仄をどう合わせるべきか、などについて、議論すべき余地が残されている。^(二二)

これらの問題については、今後の判例の動向に注目すべきであるほか、登記の一般的効力の実質的理由や外観信頼保護法理と登記との関係について、理論的な再検討をすることが必要であると思う。

(一) 最判昭和四九年以前にも、株式会社の代表者の退任後の行為と民法一二二条との関係について言及した裁判例が若干存在するが、以下に述べるとおり、いずれも適切な先例とはいえない。

例えば、最判昭和二九年三月二三日裁判集民事一三卷三一頁は、(第一審及び原審の判決文を見つけないことができなかったため事案の詳細は明らかでないが、上告理由等から推測するところ、)かつて甲会社の代表取締役であった乙が代表権を喪失して平取締役となった後に、甲会社代表者乙名義で振り出した手形金の請求について、手形の所持人である丙が、乙は手形の振出日に近接した時期まで代表取締役として登記されており、手形の取得当時において乙の代表権喪失の事実は知らなかった、と主張したことに對し、丙は乙の代理権消滅については善意の第三者であったことをも主張しているものと解せられ、この点について原審が審

理判断していないことは審理不尽の違法がある、と判示しているが、同事件についての長谷部最高裁調査官の紹介（判タ三九号五四頁（一九五四年））によれば、この事案で問題となった手形は乙が甲会社の代表取締役であったときに振り出した手形の書換手形であったとのことであるから、当該手形の振出が代表権喪失後の行為と留保なく言えるか否かは微妙である。

次に、東京高判昭和三十一年三月七日下民集七卷三号五四二頁は、かつて甲会社の取締役であり、代表取締役名義の手形を振り出す権限を与えられていた乙が、取締役を辞任して手形の振出権限を喪失した後、取締役当時から所持していた代表者の記名捺印ある手形用紙を用いて手形を振り出したことにつき、当該手形の振出当時乙は手形を振り出す権限を有していなかったが、民法一二条の適用により甲会社は善意の第三者である手形所持人丙に対して乙の代理権消滅を対抗できない、と判示しているが、この事件では乙の取締役辞任に伴いその旨の登記がなされたのかどうかについて認定がないうえ、そもそも乙が甲会社の取締役であったことと代表者名義の手形の振出権限を特に与えられていたこととは完全に連動するものではないから、この事件での乙の取締役辞任の事実が当該手形の振出権限喪失の前提として認定されているに過ぎず、裁判所は手形振出権限の消滅という事実のみに着目して民法一二条を適用したものであるといえることができ、この判示を以て退任登記後の取締役の行為に民法一二条の適用を認めたものと考えられることは困難である。

又、福岡高判昭和三十一年五月一日高民集九卷六号三七五頁は、甲会社の専務取締役であった乙が単なる取締役となった後、なお専務取締役の職にあるものと認められる状況下において専務取締役の名称を用いてなした金銭消費貸借につき、当該行為の相手方が善意である限り、民法一二条の類推適用により、甲会社は民法二六二条に基づき乙の行為に対して責任を負う、と判示しているが、同事件の判旨から明らかかとおり、この事案では民法二六二条にいう「取締役」の解釈として民法一二条の法理が援用されているに過ぎず、乙の専務取締役の辞任後の行為に民法一二条の適用があるとの判示がされているわけではない（なお、代表者の退任後の行為と民法二六二条等との関連については後述する）。

(二) 竹田省『商法総論』二九七頁以下（改訂増補版、一九二四年）、竹田省『商法総論』一九〇頁（一九三二年）、大隅健一郎『商法総論』二七八頁（一九五七年）など。これに対して、服部栄三『商法総論』四七九頁（第三版、一九八三年）は、登記事項の対抗力は登記前においては商法一二条により制限を受け、登記を始めて対抗力が非登記事項と同様善意の第三者にも対抗できるものとなるのであり、従って商法一二条の存在意義は、登記による外観を形成させて、これを基準に対抗力を決しようとするも

- のであるとする。同旨、浜田道代〔判批〕別ジュリ一二九号（商法（総則・商行為）判例百選（第三版）二二頁（一九九四年））。
- (三) 大隅健一郎『商法総則』二七八頁（一九五七年）、大森忠夫『商法総則』二二八頁（一九五九年）など。これに対して正当事由を弾力的に解釈するものとして、服部栄三『商法総則』四八六頁（第三版、一九八三年）。又、大塚龍児『商業登記（および公告）の対抗力について』鴻常夫還暦記念『八十年代商事法の諸相』一九〇頁以下（一九八五年）は、通説の論拠は法律上の根拠がないとして、主観的事由による正当事由の可能性を主張する。なお、昭和二十四年法律一三七号「法務局及び地方法務局の設置に伴う関係法律の整理に関する法律」により公告が省略される以前の学説では、事実上証明は困難であるとしながらも主観的事情による正当事由を認めている。松本丞治『商法総論』二二七頁（一九二三年）、竹田省『商法総則』一九一頁（一九三二年）参照。
- (四) 浜田道代「商法一二条と外観信頼保護規定」北沢正啓編『商法の争点（第二版）』二二頁（一九八三年）は、民法一二条も外観信頼保護の規定の一であるとしてその適用を主張する。又、上村達男〔判批〕法律のひろば二八巻一号七六頁（一九七五年）は、商法二六二条を厳格に解するとともに商法一二条の正当事由の意義を再検討することを主張している。
- (五) 喜多了祐〔判批〕判評一九〇号一六〇頁（一九七四年）、前田庸〔判批〕ジュリ臨増五九〇号九〇頁（一九七五年）、龍田節〔判批〕法学論叢九七巻二号八四頁（一九七五年）ほか。
- (六) 近藤弘二〔原審判批〕判評四〇三号四四頁（一九九二年）、森泉章〔原審判批〕私法判例リマークス五号一四頁（一九九二年）。
- (七) 西尾信一〔原審判批〕判タ七六八号五一頁（一九九一年）、野口恵三〔原審判批〕NBL四九一号五七頁（一九九二年）。
- (八) 畑郁夫〔判批〕季刊実務民法五号二二九頁（一九八四年）は、横浜地判昭和五八年に對し、商法一二条から離れた端的な法律構成はないか、そもそも民法四六条の対抗をどう解したらよいか、との問題点を指摘している。
- (九) 本稿末尾に掲げた本判決に関する各評釈等参照。
- (一〇) その意味では本判決の判示は、本件事案の解決としてはいわば傍論ということもできるかもしれない。
- (一一) 登記後においてのみ商人以上に保護すべき存在となる、との説明では、なぜ登記をすることによって保護の必要性が高まるのか、逆になぜ登記前は保護すべき存在でないのか、という点を説明しなければならなくなり、議論が循環することになる。
- (一二) 梅謙次郎『民法要義卷之一総則編』一〇二頁以下（訂正増補版、一九一一年）は、登記事項の登記前はこれを以て「他人二

對抗スルコトヲ得ス」とする民法四五条、四六条の趣旨をこのように説明している。

(二三) この考え方を進めていけば、法人と継続的取引を行っていた第三者については、大量的反復的取引に準ずるものとして、商法一二条を類推適用して保護を図る余地が出てくるとすることも可能である。

(二四) このことは、誰が法人の真の代表者か外部から判然としない場合に第三者の利益を事実上安定させることになる。

(二五) もつとも、本判決の示した原則と商法一二条の解釈との差異は、「正当事由」の解釈を除けばほとんどないといってよい。

(二六) 梅謙次郎『民法要義巻之一総則編』二八九頁(訂正増補版、一九一一年)。なお、大判昭和八年一月二二日民集一二卷二七五六頁参照。

(二七) 四宮和夫『民法総則』二五七頁(第四版、一九八六年)参照。

(二八) 前記四で述べた登記の効力に関する政策判断に対する、個別の利益を対比すべきであるとの議論については、このことが一応の回答となると思う。

(一九) そもそも、現実の紛争の解決の次元で本判決と従来の裁判例とを対比してみると、その解決の基準に一貫性が保たれている点に注意すべきである。すなわち、代表者の退任登記後の行為について保護に値すべき第三者として従来の裁判例が念頭に置いた者を挙げてみると、①登記簿を閲覧することが客観的な障害により不可能であった者、②法人の側が作出ないし放置した外觀を信じて代表者でないこと知らずに取引をしてしまった者、そして③継続的に取引を正常に行い続けており、取引の都度登記簿の確認を行わないことを必ずしも非難できない事情があった者、の三種類である。これらのうち、まず、①登記簿の閲覧につき客観的な障害のあった者の保護は、全ての判例学説によって認められている。次に、②法人の側によって作出ないし放置された外觀を信じて代表者でない者と取引をしてしまった第三者については、退任登記後の代表者の行為に民法一二条の類推適用を否定する判例学説においても、別に民法一〇九条や商法二六二条等による保護を認めており(最判昭和四二年四月二八日民集二二卷三三三九六頁、最判昭和四三年一月二四日民集二二卷一三三三三三九頁。もつともこの問題に関する学説は様々である。議論の詳細については、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法』第六卷一八三頁以下「山口幸五郎」(一九八七年)、なお、前掲注四及び注五で挙げた諸論稿参照)、本判決でも商法二六二条に関するXの上告理由を条文を示すことなく事実認定の次元で排斥していることからすると、民法一〇九条、商法二六二条等の適用を排除するものではないといえることができる(大内俊身「本件判批」ジュリー一〇五〇号

一七五頁（一九九四年）参照）。又、③正常に取引を継続してきた者に対しても、前記二及び三で紹介した裁判例によれば、商法一二条の類推適用による保護の可能性が一般論としては認められており、本件判旨のいう「第三者が登記簿を閲覧することが不可能ないし著しく困難であるような特段の事情があった場合」の解釈としても、特段の事情を登記簿の閲覧に係る客観的障害の存する場合のみに限るものではないと考える余地が全くないわけではない。もともと、本件判旨を単純に読めば、特段の事情とは登記簿の閲覧に係る客観的な障害に限るとする解釈のほうが素直であることは否定できないが、その場合でも、継続的、反復的に取引が行われているときは、前述のとおり商事取引に準ずるものとして商法一二条を類推適用する余地がでてくると考えることはできる。他方、本件原審や前掲横浜地判昭和五八年のように民法一二条の類推適用を認めた裁判例でも、第三者保護に関して商法一二条を類推したり（横浜地判昭和五八年）、「継続的取引関係に基づいて」いないことを理由の一つとして第三者の過失を認めたり（本件原審）していることからすると、民法一二条の類推適用による第三者保護の範囲を前記の三種類からさらに拡張させようとするものではないと考えることができる。そうすると、実は本判決以前の裁判例は、法律構成こそ事案毎に区々であったものの、法人と第三者との実質的な利害調整という次元においては、ほぼ一貫した規準による判断がなされてきたということができ、本件の具体的事案の解決も、その規準から必ずしも逸脱するものではないと考えるべきである。

(二〇) 於保不二雄編『注釈民法』第四卷一八九頁以下「椿寿夫」（一九六七年）では、本人側が第三者の悪意又は過失を立証すべきであるとするのが判例通説とされ、近時の著作でもこれに同調するものが多いが（四宮和夫『民法総則』二六九頁（第四版、一九八六年）、石田穰『民法総則』四四五頁（一九九二年）、内田貴『民法Ⅰ・総則・物権総論』一六八頁（一九九四年）など）、司法研修所民事裁判教官室編『民事訴訟における要件事実』第一卷九七頁（一九八五年）では、第三者の善意は第三者側が、過失については本人側が立証するとの見解が示されている。

(二一) このような法人は他にも多数ある。組合等登記令別表第一のほか、法人実務研究会編『代表者・登記を欠く法人の実務と対応』（一九九三年）など参照。

(二二) 特段の事情があれば民法一二条の適用ないし類推適用の余地があるとするのは、登記簿の閲覧に係る「客観的」な障害は第三者の善意悪意に関わりなく生ずるため、第三者の保護の要件として上記の客観的障害に加えて第三者の善意無過失をも要求する趣旨と考えるのが最も素直な解釈といふべきである。もともと、手形行為と表見代理に関する従来の議論では善意悪意等を判断

すべき第三者は直接の相手方とされており（最判昭和三十六年二月二日民集一五卷一〇号二七五六頁参照）、この議論を厳密に本件のような事案にあてはめてしまうと、「特段の事情」については法人に対して何らかの請求を行う第三者について考え、特段の事情が認められた結果「民法一一二条の適用ないし類推適用の余地」があることになると、今度は取引の直接の相手方の「善意無過失」を判断することになる。しかし、法人と取引関係にある第三者を保護すべき要件として、なぜ当該第三者と異なる者の「善意無過失」が要求されるのかを説明することは困難であり、加えて商法一一二条後段の「第三者が正当ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキ」にいう「知ラザリシ」者は、同条の文言からして保護の対象である第三者自身と考えるべきであることからすると、より一般的な登記の効力の原則が適用される場面である本件のような事案においても、第三者に特段の事情が存在した場合の処理としては、取引の直接の相手方ではなく、特段の事情の存した当該第三者自身について、善意悪意及び過失の有無を判断すべきである。この考え方は、善意悪意及び過失の有無を判断されるべき第三者の解釈につき、従来の議論とは一致しないものであるが、本件判旨は民法一一二条の「適用ないし類推適用」といつているから、必ずしも厳密に従来の議論との整合性を図らなければならぬということではなく、前記のような解釈をすることも十分可能であると思う。

本判決については、大内俊身・ジュリー一〇五〇号一七五頁（一九九四年）、西尾信一・手形研究四九八号六二頁（一九九四年）、野口恵三・NBL五五五号六〇頁（一九九四年）、新井誠・法学教室一七二号九二頁（一九九五年）、森泉章・判例セレクト⁹⁴（法学教室一七四号別冊付録）一九頁（一九九五年）がある。

（星 野 豊）