

商業登記の効力と表見代理の成否

品 谷 篤 哉*

目 次

1. はじめに
2. 消極的公示力と積極的公示力
 - (1) ルールの確認
 - (2) 消極的公示力
 - (3) 積極的公示力
 - (4) 権利移転と抗弁対抗
3. 学説における議論
 - (1) 悪意擬制説
 - (2) 正当事由弾力化説
 - (3) 異次元説
4. 判例とその射程
 - (1) 事実と判旨
 - (2) 分析と検討
5. 若干の検討
6. 結びに代えて

1. はじめに

数多くの商法の議論において、商業登記が間口の広さや歴史の長さ等で主要なテーマの1つである点については、およそ異論を見ないであろう。登記すべき事項は政策的に決まると解されているため、政策的に必要なとの判断により登記事項とされ、商業登記法6条所定の商業登記簿に登記すべき

* しなたに・とくや 立命館大学法学部教授

事項は多数に及ぶ。のみならず登記簿上の取締役や退任登記未了の取締役の対第三者責任等は、会社法429条の主要論点の1つであるとともに、拡大・拡張解釈の可否・適否をめぐる商業登記制度の理解が問われる論点でもある。

また商業登記の効力自体も論点である。当該論点について、後述の悪意擬制説が最初に提唱されたのは1910年¹⁾なので、100年を優に超える議論が続く。この議論では、一方で同説が現在も通説の地位を占めるとともに、他方でいくつもの有力説が提唱されている。判例の捉え方をめぐり各説は鎬を削り、解釈論の蓄積は膨大となり、議論が収束を見せる状況にはない。判例の射程も当然に議論の対象である。

本稿は商業登記の効力を、表見代理の成否との関係から取り上げる。はじめに商法9条1項及び会社法908条1項の条文を確認した上で、法的ルールとして備えるべき要件と効果の観点から若干の検討を加える(以下では特に断らない限り、「商法9条1項」の語彙に会社法908条1項も含めるものとする)。次に商業登記の効力をめぐる主要な見解について、内容を概観した上で異同を整理する。もとより1世紀以上にわたって蓄積した議論を分析・検討するのは容易でない。主要な見解の特徴的なポイントを押さえるのみに甘んじざるを得ない。

続けて判例の分析・検討を試みる。商業登記の効力と表見代理の成否について、判例法の地位を占めているのは最判昭和49年3月22日民集28巻2号368頁(以下、「昭和49年判決」と記す。)である。同判決の事実関係を確認し、商業登記と表見責任という2つのルールの交錯に関する判示を分析した上で、昭和49年判決の射程を推論し、2つのルールの関係を明確化させることが本稿の目的である。

1) 竹田省「商業登記の効力」京都法学会雑誌5巻4号20頁(1910年)。

2. 消極的公示力と積極的公示力

(1) ルールの確認

商法9条1項については、条文が論理明快でなく、あるいはまた実状に照らし不適切な出来の悪い規定であったがため、論争を呼んだ旨が指摘されている²⁾。前段では「この編の規定により登記すべき事項は、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」と規定されているが、確かに一読では理解しづらい。「登記の後でなければ」の文言は、時系列に照らすと登記前と登記後に分けて考えなければならない。また、「対抗できない」という述語に対応する主語が見当たらず、そのため誰が、誰に、何を対抗できないのかが条文では明解でない³⁾。

この点について理解を補うなら、まず主語の「誰が」は登記当事者すなわち営業主たる商人であり、「誰に」は第三者となる。商法9条1項の効果は登記当事者と第三者間で機能し、第三者相互間には及ばないと解されている⁴⁾からである。「何を」は商法典第一編の規定により登記すべき事項である。こうした理解を前提に、登記の前後でルールの相違を明確化させるなら、商法9条1項前段は以下に記す複数のルールとなる。

(a) 登記前の時点で登記当事者は、商法典第一編の規定により登記すべき事項について、善意の第三者に対抗することができない。

(b) 登記後の時点で登記当事者は、商法典第一編の規定により登記すべき事項について、善意の第三者に対抗することができる。

講学上、(a)は消極的公示力、(b)は積極的公示力と呼ばれる。要件・効果

2) 浜田道代「商法12条と外観信頼保護規定」北沢正啓・浜田道代編『商法の争点I』12頁（1993年、有斐閣）。

3) 主語がない点については、他に商法21条3項も同様である。商法9条1項と同様の述語を持つ商法21条3項について主語を補うなら、商法20条冒頭の「商人は」となろう。

4) 最判昭和29年10月15日民集8巻10号1898頁。

を意識するなら消極的公示力とは、(a-1) 登記すべき事項について、(a-2) 登記前であることの2つが要件であり、登記当事者は善意の第三者に対抗不可が効果である。効果の「善意」を反対解釈するなら、登記当事者は悪意の第三者には対抗可能と理解されよう。同様に積極的公示力とは、(b-1) 登記すべき事項について、(b-2) 登記後であることの2つが要件であり、登記当事者は善意の第三者に対抗可能が効果である。効果の「善意」については合理的に考えれば勿論解釈となり、登記当事者は悪意の第三者に対抗可能と解される。

なお商法9条1項後段は正当事由に関する条文である。時系列上は登記後である点で商法9条1項前段の積極的公示力と同じだが、正当事由に関する点で積極的公示力とは明確に区別される。もっとも同条項後段も主語が欠落し、また述語は「同様とする」と記すのみで具体的には定められていない。以下に必要な語彙を補った同条項後段のルールを記しておく。

(c) 登記後の時点で登記当事者は、商法典第一編の規定により登記すべき事項について、第三者が正当な事由によってその登記があることについて善意だったならば、当該第三者に対抗することができない。

要件を記すなら、(c-1) 登記すべき事項について、(c-2) 登記後であり、(c-3) 正当事由によって第三者がその登記があることについて善意の3つとなり、効果を記すなら、登記当事者は当該第三者に対抗不可となろう。(c-3) の要件を充足すれば(c)のルール、不充足なら(b)のそれが適用される。(c-3) の解釈次第で、2つのルール適用が左右される扱いであり、後述の正当事由弾力化説が唱えられる背景である。

(2) 消極的公示力

それでは消極的公示力の対抗不可や積極的公示力の対抗可能とは、具体的にどのような意味か。この点について、「善意の第三者に対抗できない」とは、その事実を取引関係に立つ善意の第三者に主張することが許されな

い意味とされる⁵⁾。対抗の可否とは主張の可否であり、対抗の語彙を用いる点に着目するなら、第三者から請求を受けた登記当事者にとっては抗弁対抗の可否となろう。

抗弁の対抗はこのように第三者からの請求を前提とする。一方当事者が主張する事実に基づく法律効果を前提としながら、相手方が、その法律効果の発生を妨げ、またはそれを消滅させる目的で、別の事実を主張することが抗弁とされる⁶⁾。付言すれば商法9条1項で対抗の可否が問われる抗弁とは、訴訟法上における被告の側の攻撃防御方法⁷⁾であり、実体的な権利義務とは区別されるべきものと解される。

こうした区別を所与とした場合、訴訟における攻撃防御の成否と実体的な権利義務の有無・存否は必ずしも一致しない。たとえば乙会社の退任代表取締役丙が退任の変更登記前に相手方甲と行った取引である。当該取引は丙の無権代理行為であり、表見代理や追認のない限り、甲乙間に権利義務関係は成立しない。甲からの請求に対し、乙は抗弁として無権代理である旨を主張して請求を拒むこととなろう。

しかしながら代表取締役の氏名及び住所は登記事項とされており（会社法911条3項14号）、変更登記前ならば消極的公示力がはたらくため、乙は無権代理である旨の主張ができない。防御を講じ得ないため乙は敗訴し、その結果、乙に対して権利を有していないにもかかわらず甲が勝訴する結果となる。このように消極的公示力による善意者保護は、実体的な権利義務の有無・存否ではなく、訴訟における攻撃防御の成否として扱われる。

もとよりこうした扱いは他のルールでも見られる。その例として取締役と会社間の利益相反取引における相対的無効説が挙げられる。間接取引と直接取引の手形取引について、判例は相対的無効説を採る。間接取引に関

5) 蓮井良憲・森淳二郎編『商法総則・商行為法（新商法講義1）[第4版]』118頁（別府三郎執筆）（2006年、法律文化社）。

6) 伊藤眞『民事訴訟法 第6版』336頁（2018年、有斐閣）。

7) 倉沢康一郎『手形判例の基礎』149頁（1990年、日本評論社）。

する最判昭和43年12月25日民集22巻13号3511頁では、次の判示が見られる。

「取締役が右規定（筆者注：平成17年改正前商法265条を指す。）に違反して、取締役会の承認を受けることなく、右の如き行為をなしたときは、本来、その行為は無効と解すべきである。このことは、同条は、取締役会の承認を受けた場合においては、民法108条の規定を適用しない旨規定している反対解釈として、その承認を受けないでした行為は、民法108条違反の場合と同様に、一種の無権代理人の行為として無効となることを予定しているものと解すべきであるからである。

取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反する取引にあつては、会社は、当該取締役に対して、取締役会の承認を受けなかつたことを理由として、その行為の無効を主張し得ることは、前述のとおり当然であるが、会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかつたことのほか、相手方である第三者が悪意（その旨を知っていること）であることを主張し、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得るものと解するのが相当である。」

この抜粋は2つの段落から構成される。第1段落では無権代理無効を判示する。実体的な権利義務に関する判示である。これに対し第2段落では無権代理無効の主張の可否を判示する。訴訟における防御の可否であり、実体的には無権代理無効でも、訴訟においてその旨を抗弁として主張できない旨の判示である。第三者の悪意の主張・立証を求め、それがかなわなければ無権代理無効の主張を不可とすることで、善意の第三者を保護する手法である⁸⁾。

8) 直接取引の手形取引についても、同様の手法が講じられる。最判昭和46年10月13日民集25巻7号900頁の該当箇所を抜粋しておく。「手形が本来不特定多数人の間を転々流通する性質を有するものであることにかんがみれば、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社がその取締役に宛てて約束手形を振り出した場合においては、

話題を戻し、商業登記の消極的公示力に付言しておく。善意者保護の方策は訴訟における攻撃防御であり、実体的な権利義務関係は成立しない。それゆえ消極的公示力で原告が勝訴となった場合でも、原告の被告に対する権利は発生しておらず、そのため当該権利の差押えや権利移転もあり得ない⁹⁾。権利の譲受人もあり得ず、そのため権利の自称譲受人を消極的公示力で保護する方策もあり得ない。このように消極的公示力による善意者保護は、登記当事者と第三者間に限定されると捉えることとなる。

(3) 積極的公示力

先に記したように積極的公示力のルールは、(b-1) 登記すべき事項について、(b-2) 登記後であることの2つが要件であり、登記当事者は善意の第三者に対抗可能が効果である。消極的公示力に関する理解を踏まえるなら、対抗可能とは、乙会社の退任代表取締役丙が退任の変更登記後に甲と行った取引について、原告甲からの請求に対し、被告乙による無権代理である旨の主張が可能という意味である。

会社は、当該取締役に対しては、取締役会の承認を受けなかつたことを理由として、その手形の振出の無効を主張することができるが、いつたんその手形が第三者に裏書譲渡されたときは、その第三者に対しては、その手形の振出につき取締役会の承認を受けなかつたことのほか、当該手形は会社からその取締役に宛てて振り出されたものであり、かつ、その振出につき取締役会の承認がなかつたことについて右の第三者が悪意であつたことを主張し、立証するの不僅ければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れえないものと解するのを相当とする。」

- 9) 特徴的なのは、手形法における手形理論で検討される善意者保護の方法との相違である。手形理論をめぐる議論において、たとえば二段階創造説では手形債務負担行為として、手形であることと認識し又は認識すべくして署名したならば手形債務を負担すると主張する。署名のみで意思表示を伴わないならば手形行為とは言い難いように見受けられる主張だが、二段階創造説の論者はそのような指摘を承知の上で手形債権の発生を意図する。また権利外観理論では、外観の作出・存在、外観への信頼、善意・無重過失及び帰責性の4つを要件として、手形債権の発生という効果を想定する。要件を見る限り意思表示の存在は認め難いようだが、それでも権利外観理論の論者は手形債権の発生を意図する。

手形理論におけるこうした善意者保護の方策に照らすと、権利の発生を意図することなく攻撃防御における主張の可否として対処する前注8)の対処の特徴が認められよう。そして当該特徴は、消極的公示力が有する特徴とも把握されよう。

もとより積極的公示力の効果は、訴訟における攻撃防御の扱いに過ぎない。訴訟では防御として抗弁を対抗する乙の勝訴に帰着するものの、実体的な権利義務関係から眺めれば甲乙間の取引は無権代理行為に他ならない。そして無権代理ならば表見代理(民法109条、110条、112条)、追認(民法113条)又は無権代理人の責任(民法117条)への立論展開が可能となる。

民法が定めるこれらのルールのうち、商業登記の効力と表見代理の成否を扱う本稿では、民法112条が定める代理権消滅後の表見代理を取り上げることになる。民法109条は代理権授与の表示による表見代理であり、典型的には代表取締役として選定されていない者を代表取締役として登記するケースが考えられそうである。しかしながら当該ケースは不実の登記となり、商法9条2項の適用が問われるため、商法9条1項を取り上げる本稿の問題関心とは異なる。また民法110条は権限外の行為の表見代理であり、代表取締役の代表権に制限が設けられていることを前提とする。しかしながら代表権の制限については、善意の第三者に対抗不可の旨が会社法349条5項で定められているものの、代表権制限自体は登記事項ではなく、本稿の問題関心から外れる。したがって民法109条及び110条については検討対象から除き、以下では民法112条を概観する。

民法112条の要件は、(ア)かつて代理権を与えたが、当該代理権が消滅したこと、(イ)かつて存在した代理権の範囲内で代理行為が行われたこと、および(ウ)第三者の善意無過失の3点である¹⁰⁾。効果は、代理権があったのと同じ効果を生じさせることである¹¹⁾。乙会社の退任代表取締役丙が退任の変更登記後に相手方甲と取引を行った事例では、(ア)と(イ)の要件は充足されよう。

問われるのは(ウ)である。一方で、第三者が悪意のみならず善意の場合でも、積極的公示力により本人は第三者に対抗可能である。しかしながら他方で、善意でかつ無過失の場合には民法112条の表見代理が成立し、甲の乙

10) 四宮和夫・能見善久『民法総則[第9版]』396頁(2018年、弘文堂)。

11) 四宮・能見・前掲書(注10)398、390頁。

に対する権利が発生する。商業登記の対抗力と表見代理による請求のいずれを優先すべきかが問われそうだが、両者が別個のルールである以上、一方が他方を排除する優先劣後の関係は存しない。素朴に考えるなら次のようなプロセスをたどりそうである。

すなわち、①原告甲が被告乙に対して請求¹²⁾、②被告乙が登記の積極的公示力で抗弁、③原告甲が自己の善意を主張・立証して表見代理に基づく請求、そして④被告乙が原告甲の過失を主張・立証して抗弁というプロセスである¹³⁾。このようなプロセスにおいて登記当事者である被告乙は、②の結論を原告甲が③で覆ってくる可能性に備えるとともに、④で乙が甲の過失の主張・立証を首尾良く行えば②と同じ結論に帰着する。換言すれば、原告甲が②の後に③へプロセスを進めようとするか否かは、④の主張・立証が乙にとってどれだけの難易なのかを考慮しながら、判断することになる。

もとより③における善意は、積極的公示力では問題とならない。商業登記のルールを見る限り、登記後に善意が問題となるのは正当事由に関する商法9条1項後段に過ぎない。その意味では積極的公示力に続けて民法112条の表見代理へと展開するアプローチは、請求を認容するか否かを判断する際に、正当事由を問題とすることなく登記後の第三者の善意を問う立論である。

また表見代理への展開に際しては、過失を問う立論もあり得る。商業登記のルールを眺めるのみでは過失は問題とならず、せいぜい正当事由の該当性を問うに過ぎない。これに対し表見代理への立論展開を想定するなら

12) ①の時点で原告甲は、自己が当事者となった取引の相手方である被告乙の行為が丙による無権代理である旨を承知していない。承知するのは②の時点である。

13) 民法112条の善意無過失について、相手方は善意を証明し、無過失までの証明はしなくてよいとされる。それに対し相手方に過失があったことは、本人が同条の表見代理責任を免れるために証明しなければならないとされる。四宮・能見・前掲書（注10）397頁。なお内田貴『民法I-1 第5版 総則』248頁（2025年、東京大学出版会）では、代理権の消滅は本人側の事情であること及び民法109条とのバランス等を考慮して、悪意・過失ともに本人側で立証すべきが通説とされている。

ば、登記があることを知らなかった点に関する正当事由の有無を問うよりも、過失の枠組みを活用することで、丁寧にきめ細かな価値判断を判決の結論に反映できそうである¹⁴⁾。

(4) 権利移転と抗弁対抗

それでは、第三者から債権が譲渡された場合はどうか。法律行為の原理・原則論に従う限り、法律行為の効果は行為の時点で決せられる。民法112条に基づく表見代理により発生する甲の乙に対する債権は、甲乙間の取引がなされた時点で有無・存否が決まる。表見代理が成立していたならば、有効に発生した債権が甲から譲渡される。反対に有効に発生していなかったならば、債権譲渡はあり得ない。

ただし、譲受人に対し乙が積極的公示力を主張できるか否かは、別の問題であろう。商業登記の効力は登記当事者と取引相手方たる第三者間に限定されるとの理解を所与とすれば、積極的公示力は債権譲渡の譲受人には及ばないと解されるからである。仮に及ばないならば、退任登記後であっても、乙会社は譲受人に対し、積極的公示力に基づいて無権代理である旨の抗弁を対抗することはできない。

もっとも積極的公示力については、消極的公示力や非登記事項に関する抗弁との関係に留意する必要があるだろう。登記事項として法定されると、登

14) 代理権消滅後の表見代理について、内田・前掲書(注13)247頁では次のような設例が取り上げられている。「XはこれまでY商店の店員Aの注文に応じて商品をYに販売し、商品の引渡しや代金の支払もAとの間で行っていた。今回も、Aが商品を注文してきたので、Aに商品を引き渡した。後日、Yに代金を請求したところ、Aは商品を注文する直前にYによって解雇されており、Yとしては商品の注文の件は寝耳に水であった。XはYに対して代金の支払を請求できるか。」

この設例の「店員A」を「代表取締役A」、「Yによって解雇」を「Y会社取締役会によって解職・退任登記」に読み替えるとどうか。「寝耳に水」という状況は、YのみならずXについても同様であろう。このような事実に関する法的評価をはじめ、過失の要件を想定することは、登記があることを知らなかった点に関する正当事由の有無のみで判断することに比べて、適切な結論へ至るのに有益と考えられる。

記がなければ善意の第三者に対抗できないという商法9条1項は、消極的公示力として被告の抗弁を制限する。しかしながら、たとえば商法25条所定の商業使用人についてはどうか。当該商業使用人について、選任の事実が登記事項とされていない¹⁵⁾。代理権の範囲を超えた場合に同条2項が定める対抗の可否として処理されるに過ぎず、代理権の付与すなわち選任自体については、非登記事項として第三者の善意・悪意にかかわらず対抗は可能である。これに対し代理権の有無・存否自体が争点となり民法112条の表見代理の成否が争われるようなケースでは、無権代理である旨の抗弁を被告は当然になし得る。このように非登記事項に関する抗弁対抗と比較した場合、消極的公示力により制限された抗弁対抗は、非登記事項に関する抗弁対抗のレベルまで回復する。

以上のように考えた場合、登記の効力は登記当事者と取引相手方たる第三者に限定され、債権の譲受人に積極的公示力は及ばないと捉えても、債務者は譲受人に対し無権代理である旨の抗弁の対抗が可能と解される。その意味では、先に言及したプロセスのうち、②では被告乙が登記の積極的公示力で原告甲に対し抗弁を主張する旨を記したが、譲受人に対しては、登記制度の適用外で、一般論として対抗可能な抗弁を主張し得る。その後③及び④へと続くので、先に記した①～④のプロセスは、②の抗弁の出自こそ異なるものの、譲受人からの請求についても同様のプロセスと解される。

3. 学説における議論

商業登記の効力が対抗力にあり、取引一般における対抗力と比較して消極的公示力に商業登記としての意義があるとするれば、積極的公示力について特段の意義は認められないとの理解に帰着しそうである。しかしながら学説では、登記後の効力として複数の見解が唱えられている。登記後なら

15) 支配人の選任は登記事項である（商法22条、会社法918条）が、支配人以外の商業使用人については登記事項とされていない。

ば積極的公示力であり、積極的公示力とは取引一般における対抗力と変わらないとすれば、学説では登記後にどのような効力を商業登記制度に認めようとするのか。また当該効力は積極的公示力とどのような相違が認められるのか。とりわけ当該効力を認めた場合、実体的権利義務関係に影響が及ぶか。及ぶとすればどのような影響か。こうした問題意識を基礎に、以下では学説の主要な見解を3つ取り上げる。悪意擬制説、正当事由弾力化説及び異次元説の3説である。

(1) 悪意擬制説

商業登記により第三者の悪意が擬制されるとの見解である。現在も通説的地位を占めており、提唱者の竹田博士は次のように論ずる。

「一般の場合に於ける商業登記に在ては、登記公告なき前と雖も第三者が悪意なる以上は、登記当事者は尚登記事項を以て之に對抗することを得。是れ後に述ぶる如く我商法第一二條の解釋上疑を容れざる所なり。而して次に登記公告ありたる後は善意の第三者に對しても登記事項を對抗することを得と雖も、是實は善意を善意として對抗することを得るに非ず。法律は登記公告ありたる後は第三者は登記事項を知悉せる筈なりとして之を對抗せしむるに過ぎず。換言すれば法律が第三者の悪意を擬制するのみ。今斯の如く登記公告前と雖も第三者悪意ならば登記事項を以て之に對抗するを妨げず。又登記公告後には善意の第三者に對抗することを得るも、是れ眞に善意の第三者に對抗し得るに非ずして實は悪意と同旨せらるるの結果に過ぎずとせば、登記公告に依りて生ずる法律上の効力は、第三者に對する対抗力に非ずして唯第三者の悪意を擬制するの點に存するに過ぎず¹⁶⁾。」

この抜粋によれば、竹田博士は次のように理解したと見受けられる。すなわち、登記前の消極的公示力では善意者に対しては対抗不可だが、悪意者に対しては可能である。これに対し積極的公示力による対抗は、善意と

16) 竹田省「商業登記の効力」『商法の理論と解釋』4頁(1959年、有斐閣)。

して対抗可能となるのではない。登記後は第三者は登記事項を知悉しているはずとして対抗可能となる。そして知悉しているはずと捉え得るのは、法律が第三者の悪意を擬制するからである。

竹田博士の立論の出発点は、善意者には対抗できないが、悪意者には対抗できるとする消極的公示力の理解である。当該理解を基礎に、実際には善意でも登記により相手方を悪意と擬制するなら、登記後に善意者は存在せず、第三者は例外なく悪意者となる。消極的公示力の理解を出発点とする限り、竹田博士の理解は登記後の積極的公示力のコンテキストでも一貫する。善意者には対抗不可だが悪意者には対抗可能との理解が、登記の前後を通じて一貫していると見受けられる。

もっとも竹田博士は、非登記事項のように登記のルールが適用されず、一般論として捉えるべき対抗力（＝善意・悪意を問わずに対抗できるのが本来）には言及していない。それゆえ一般論としての対抗力のルールに従えば対抗可能となる結論を導き出すために、悪意を擬制する必要があったと解される。しかしながら悪意を擬制する方法は、およそ3つの問題点を抱える。

第1は条文上の根拠がない点である。擬制するには商法24条本文や26条本文のようにみなし規定を用いるのが一般的であろう。しかしながら商法9条1項はみなし規定となっていない。擬制により真実と相違した事実認定を行うことになる以上、擬制を加えるにはその旨が条文で明示される必要があると考えるならば、みなし規定なしの擬制には躊躇を覚えよう。もっとも手形法16条1項第1文のように、条文で「看做ス」と規定されているにもかかわらず、「推定する」の意味に解釈するケースもある¹⁷⁾。こうしたケースを思い浮かべるなら、条文で規定されていないにもかかわらず解釈で擬制すること自体は、必ずしも否定されるべきではないのかも知れない。

ただし第2に、悪意擬制により事実認定が左右され、商業登記のルールが公示の意義を越える点が挙げられる。会社法49条のような特別の規定が

17) ただし手形法16条1項第3文及び第4文の「看做ス」は、文言通り「看做す」と解釈されている。

ない限り、商業登記は実体的権利義務関係に影響を及ぼさないのが原則である。商業登記の意義が事実の公示に存すると捉える以上、同条はあくまで例外的な位置づけである。特別の規定がないまま、実体的権利義務関係に立ち入るのは不適切と解される。

のみならず第3に、悪意が擬制された場合における実体的権利義務関係に及ぶ影響が挙げられる。実際には善意でも事実認定で悪意と認定されてしまうため、善意者保護の法的ルールはもはや活用できない。商業登記のルールにそこまで強い効力を解釈で与えることの妥当性が問われる。換言すれば具体的な訴訟において、判決の妥当性確保に苦慮する状況もあり得よう。

(2) 正当事由弾力化説

商法9条1項後段で言及される正当事由を弾力的に捉えようとする見解である。提唱者の服部教授は、この説の記述に先立ち、悪意擬制説に対する疑問4点を次のように指摘する¹⁸⁾。①もともと存在する一般的な対抗力が、なぜ消極的公示力として制限されるのか。②積極的公示力として登記をすれば、第三者はなぜ悪意を擬制されることになるのか。③不実の登記につき、不実である旨を善意の第三者に対抗し得ないこと(商法9条2項)との関連をどのように理解するのか。④表見支配人(商法24条)や表見代表取締役(会社法354条)に関して、登記簿を閲覧しなかった者も保護されると解されているのはなぜか。

これらの指摘に続き、次のように悪意擬制説を批判する。①について、消極的公示力として対抗力が制限されるのは、登記という1つの外観的事実に結びつけて、その対抗力を決しようとするもので、商法9条1項は消極的公示力にむしろウエイトがある。

②について、登記によって悪意を擬制されると解すべきではなく、登記

18) 服部栄三『商法総則〔第3版〕』478頁(1983年、青林書院)。

事項の対抗力が登記によって初めて非登記事項の対抗力と同じにされ、いわば制限が解かれて原則に復帰すると解するのが妥当である。登記事項は取引の安全にとってきわめて重要な事項であるから、登記という一応信頼に値す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。

③について、登記を一種の外観と認めることによって、商法9条2項の意味がより明瞭となる。同条項は外観保護を目的としており、このことは登記が外観であり、登記制度が外観保護の制度であることを示している。同条項は商法9条1項を裏面から表現した側面を有する。そこで同一事案につき、商法9条1項と商法9条2項のいずれによって解決しても差し支えない場合が多い。

④について、外観保護の規定である商法24条や会社法354条と登記との関係については、外観保護という同次元にあると解すべきである。したがって、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後者を優先させるべきとの結論に達する¹⁹⁾。

以上の悪意擬制説批判に続き、服部教授は大要、次のように正当事由弾力化説を説く。

19) 服部教授による悪意擬制説批判を振り返ると、竹田博士の見解では見られなかった外観保護を服部教授が複数回にわたって指摘する点に気づく。商業登記の効力をめぐる議論の沿革を振り返るなら、外観主義や外観法理の進展を物語る1コマとも認識されよう。

なお、批判の③では商法9条1項と2項について、両者は外観保護で差異がなく、同一事案につきどちらで解決しても差し支えない旨が言及されている。しかしながら当該言及は誤りであろう。商法9条2項・会社法908条2項は、登記申請の時点で事実と登記内容が相違していた場合に適用される条文である。これに対し商法9条1項前段・会社法908条1項前段の適用される変更登記・消滅登記（商法10条・会社法909条）の懈怠とは、登記申請の時点では登記内容と事実が一致していたが、その後に事実が変化したにもかかわらず登記が変更されていない場合である。ちなみに商法9条2項・会社法908条2項の不実の登記では、刑法157条（公正証書原本不実記載）により5年以上の拘禁刑又は50万円以下の罰金となるのに対し、会社法909条の登記懈怠では会社法976条1号により100万円以下の過料である。

「消極的公示力を第三者保護との関係でどのように位置づけるかが問題となるが、商法9条1項後段の文言が記すように、登記があっても、善意でかつ正当の事由を有する第三者には、これをもって対抗し得ないという点に商法9条1項の重点があるものと解すべきである。

ところで、正当の事由については、通説はこれを厳格に解すべきものとし、登記簿の閲覧又は謄本・抄本もしくは証明書書の交付を妨げるような客観的事情だけが正当の事由に該当し、病気や旅行などの主観的事情は包含されないとしている。しかしながら商法24条や会社法354条が登記以外の表見的事実を特別に保護している場合には、これらは右の正当の事由に該当するものと認めなければならない。したがって、たとえば甲を支配人として登記しているにもかかわらず、乙に本店または支店の営業の主任者たるべき名称を与えたときは、商法24条により、登記されている甲が支配人であって、登記されていない乙は支配人でない旨を善意の第三者に対抗し得ない。かかる趣旨を推及すれば、当事者が登記と矛盾するような外観ないし表見的事実を故意または過失によって作り出したときは、登記をもって善意の第三者に対抗しえないとなすべきであろう。……登記は公の制度としてこれを尊重することを要し、登記の対抗力の例外を広く認めるべきではないけれども、通説のように正当の事由を極端に厳格に解するのも妥当でないのである。したがって、これを弾力的に解し、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差し支えない²⁰⁾。」

以上に記した正当事由弾力化説を振り返ると、同説の出発点が善意の第三者保護という目的にあり、当該目的を実現する手段として正当事由の弾力的解釈を唱えるものと解される。その上で、弾力的解釈を正当化する根拠として商法24条や会社法354条を指摘し、登記に優越する事情や外観が存在する場合には、正当事由に該当する旨の主張と見受けられる。

同説の最大の特徴は正当事由の弾力化である。果たして弾力化は可能か。

20) 服部・前掲書(注18)485頁。

肯定するにはいくつかの課題があろう。すぐに思い浮かぶ2つを記す。第1に、登記に優越する事情や外観が存在する場合には弾力化すべきと解することになると思われるが、優越するか否かは誰がどのように判断するのか。表見支配人や表見代表取締役については「商人の営業所の営業の主任者であることを示す名称」や「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」との語句が付されている。それゆえ登記に優越する事情や外観と覚しきものは条文中で明示されているが、条文中で示されていない状況では、趣旨の推及は必ずしも容易ではなからう²¹⁾。

第2に、商法24条や会社法354条は商法9条2項が定める正当事由を弾力化する根拠となり得るか。正当事由を弾力的に解するなら、そのように解さない場合と比べて対抗力が制限され、善意の第三者への保護が手厚くなる。しかしながら商法24条や会社法354条は対抗の可否に向けられた条文ではない。商法24条は権限のみなし規定であり、会社法354条は善意の第三者に対する責任負担規定である。訴訟における攻撃防御のルールと実体的権利義務に関するルールの両者は、必ずしも同列に扱えるとは限らないのではなからうか。

これら2つの課題が未解決だとすれば、正当事由弾力化説は現在も疑問を抱えていると解さざるを得まい。悪意擬制説批判には點頭すべき指摘も多く、また正当事由の解釈に工夫を凝らし商法9条1項の枠組みには手を付けない立論は巧みである。しかしながら商法9条1項で検討すべき商業登記の対抗力を、外観保護を軸に外観法理で解決を図るには、なお検討の余地が少なくないと思われる。

21) この点に関連して、米谷隆三「法外観の限界」今泉孝太郎・田中実編『比較法と私法の諸問題』271頁（1959年、慶應通信）参照。そこでは、民法上の表見代理を商化・定型化したとされる商法24条につき、外観的事実の反射の効果として表示者の責任を論ずるには慎重を要し、商事の現実においては外観的事実が個別的・具体的に判定されるのがむしろ望ましいことさえあるから、定型化・公式化がかえって法秩序を害し危険な場合すらあると唱えられている。

(3) 異次元説

公示主義と外観主義は次元が異なるとの理解を主な内容とする見解である。提唱者である浜田教授の見解について、概要を以下に記す。

「商法 9 条 1 項前段と民法 112 条・会社法 354 条等の外観信頼保護規定とは、次元を異にする。商法 9 条 1 項前段は公示主義に基づくもので、公示主義を機能させるための対抗要件規定である。これに対し民法 112 条・会社法 354 条等は、外観を信頼した者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が、その内容は異なり、それぞれに基づく個々の規定においてもその適用につき抵触することがない。

法律行為をなすには相手方の能力、代理権の有無・範囲、資力等の諸事情が当該行為の前提となり動機となっているが、諸事情の調査は一般に困難である。こうした困難を軽減するべく、組織的技術的な方策を採用し、取引上重要な事項の公示を商人に要求したのが商業登記制度である。困難軽減という目的にとって、登記義務を伴う法律行為であっても、当事者間においてその有効な成立を認めることは差し支えない。ただ当事者間に一定の権利義務関係が存在するという事実が、通常は第三者に対してもそのまま主張され得るという点に、制約を設ければ足りる。しかも、そのような権利義務関係の存在を、当事者の側から善意の第三者に対して主張することのみを制限するという限度で、未登記のまま放置している登記義務者を不利に扱えば足りる。商法 9 条 1 項前段の意義をこのように求めるならば、商法 9 条 1 項前段は公示主義に基づく規定であり、公示主義を機能させるための対抗要件規定となる。

登記がされた後は登記義務者を不利に扱う理由が最早ない。したがって登記事項の対抗力は、制限が解かれ、事実を持って第三者に対抗し得るのが原則であるところの非登記事項の対抗力と同様にまで復帰する。復帰した場合には、外観信頼保護規定をさらに適用することが可能であることにつき、論理上の障害がない。民法 112 条を例にとれば、それは本人が代理権消滅の事実を第三者に対抗し得ること、したがって本人・第三者間の法

律行為が無効であることを前提としつつ、それにもかかわらず外観を信頼した過失なき第三者を保護するために、代理権が存続していたと同様の効果を認めようとする規定である。したがって、たとえば代表取締役の退任登記により原則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112条の適用が可能である²²⁾。」

以上の理解を振り返ると、まず公示主義と外観主義を、基本的には相互に独立的に捉えているように見受けられる。公示主義として商業登記の対抗力を捉え、そのような捉え方とは基本的に独立して民法112条や会社法354条を捉える見解である。いずれも善意者保護の性格を備えるものの、一方は対抗力、他方は実体的権利義務関係を扱う以上、一般法と特別法のような優先劣後の関係は両者間に存在せず、両者は併存する。

相互に独立的で併存可能なルールと捉えるなら、異次元説との語彙は必ずしも不可解ではない。もっとも別個独立のルールである旨を言い表すのであれば、そのまま表記すれば足りるとも思われる。しかしながら従前の議論の状況に照らすと、異次元説の強いインパクトを言い表そうとしたが故の語彙とも捉えられよう。同説では、悪意擬制説のように商業登記が公示の機能を越えて実体的権利義務関係に立ち入るような理解は回避されている。また正当事由弾力化説のように外観法理に多くを依拠する理解も採用していない。ネーミングの適否を別とすれば、異次元説の内容は首肯すべき点が多い。

翻って異次元説に立った場合、条文はどのように解釈されるか。商法9条1項前段は、登記前の対抗力に関するルールとして限定的に捉えれば足りる。登記前の消極的公示力のみを商法9条1項前段から汲めば足り、消極的公示力の「登記前」を反対解釈し、登記後の対抗力を商法9条1項前段の反対解釈から積極的公示力として導き出す必要はない。積極的公示力と呼ばれるものの正体は、一般的な対抗力に他ならないからである。少な

22) 浜田道代「商業登記制度と外観信頼保護規定（1）」民商80巻6号660頁（1979年）。

くとも積極的公示力との語彙で商業登記の効力に言及するのは、誤解を招きかねない可能性に照らすと、控えるのが適切であろう。

もっとも正当事由に関する商法9条1項後段は、登記後の対抗力に関するルールである。それゆえ商法9条1項の前段と後段を、登記の前後で区別する意味は失われない。もっとも正当事由弾力化説のように、民法112条や会社法354条を手がかりに、公示力が問われる場面でも外観主義を積極的に推し進める考えの適否は別に存する。民法112条や会社法354条は実体的権利義務に関するルールであり、対抗力のルールとは別個のものと考えられるからである。

なお浜田教授は公示主義と外観主義の接点についても言及する。登記を確認すべきであるにもかかわらず怠ったことで過失を認定する点で、公示主義と外観主義の両者は接点を有する旨の言及である。典型的には、商業登記された事項が備える対抗力が、実体的権利義務に関する民法112条但書きが定める過失の判断につながるとの理解である。正当事由を弾力化して登記を確認しなかったことの適否を判断する場合と比べ、丁寧できめ細かな判断が可能になると考えられるので、過失の枠組みを活用した判断も首肯されるべきであろう。

もっとも過失以外でも両者に接点は存するのではなからうか。具体的には商業登記自体である。登記自体が外観の少なくとも一部を形成するとの理解もあり得よう。たとえば代表取締役の退任登記が未了の場合が、会社法354条が定める「代表取締役以外の取締役……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」に該当するか否か。仮に該当するのであれば、過失の他に外観についても、2つの法的ルールの接点が認められることとなる。

4. 判例とその射程

(1) 事実と判旨

以上に見てきた学説の議論に対し、判例はどのような態度を示したか。取り上げるべき判例は昭和49年判決である。事実の概要を以下に記す。被告 Y 株式会社の代表取締役 A 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。その後、A により Y 会社の代表者名義をもって B に宛てて振出日白地の約束手形が振り出され、更に B から C 株式会社を経て X に裏書譲渡された。振出以後の白地補充では、登記後に振出されたにもかかわらず、退任登記よりも過去の日付が補充された²³⁾。所持人 X が振出人 Y 会社に対し約束手形金を請求したのが本件である。第一審で X が敗訴し、控訴審では民法112条を適用して X の請求が認められた。上告審で最高裁は次のように判示して原判決を破棄し、原審へ差し戻した。

「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9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することができないとするとともに、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。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

23) 本件での白地補充では、補充後の振出日記載から満期に至るまでの期間が、実際に手形を振り出した日から満期に至るまでの期間よりも長くなったこととなる。振出日白地が一般に、長期サイトを隠蔽し優良な信用を装う意図で白地とされる点に鑑みれば、違和感の残る白地補充ではある。もっとも確定日払い手形では振出日の意義は乏しく、振出日の手形要件性自体に議論が見られるほどである。

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及び代表権喪失は、商法188条及び15条²⁴⁾によっ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9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。」

(2) 分析と検討

以上の判決を振り返ると、いくつかの特徴が窺われる。まず第1に、判決では無権代理の語彙が見当たらない。代表取締役を退任したAによる手形振出であり、手形行為の代理として、実質的要素としての代理権授受及び形式的要素としての顕名主義を備えている必要がある。このうち実質的要素たる代理権の不授受は事実認定で明らかなのに対し、形式的要素については言及がない。仮に形式的要素を充足していたならば、本件手形の振出は無権代理であり、表見代理が成立せず追認も得られないならば手形法8条によりA自身の行為として有効となる。反対に形式的要素を充足していないなら本件の手形振出は手形行為として無効となる。無権代理への言及が皆無である点に照らすと、裁判所は本件手形振出を無効と認識していた可能性も考えられよう。仮に無効と捉えていたのであれば、無権代理ではないため、民法112条の適用をめぐる検討を、いわば門前払いしているようにも読める。

第2に、仮に無効ではなく無権代理と解していたのであれば、なぜ民法112条の適用・類推適用の余地がないと判断されたのか。問題となった手形行為はAによる手形振出であり、この時点で無権代理さらには民法112条

24) 商法188条とは平成17年改正前商法188条2項8号、また商法15条とは同じく改正前商法15条のことであり、それぞれ現行会社法911条3項14号及び909条を指す。

の適用の可否が判断されることになる。具体的にはBの善意・悪意である。この点について、Bの悪意を認定し、Yに対する手形金請求権が不発生である旨を説示すれば、Xの請求は棄却できたはずであろう。同時に無権代理の認定を所与とするので、Bの権利はY会社ではなくAに対する権利なので、Bの権利を承継したXはAに請求すべき旨を判示すれば本判決と同じ結論に辿り着けたと考えられる。

しかしながら第3に、無権代理への言及がないまま民法112条を適用しない類推適用する余地はないものと解すべき旨を判示している点については、商法9条1項と民法112条間に優先劣後の関係を想定していた可能性がある。特別法と一般法の関係である²⁵⁾。確かに一般法と特別法の間を所与とできるなら、特別法たる商法9条1項が適用される限り、民法112条が適用される余地はない。

ただし特別法と一般法の間を想定しようとするれば、特別法の特別法たる所以を明らかにする必要がある。たとえば留置権について、民事留置権（民法295条）、商事留置権（商法521条）及び代理商の留置権（商法31条）の3者間で、一般法・特別法・特別法のさらに特別法といった関係性を認めるのは困難でない。とりわけ要件・効果のうち、効果は3者いずれも「留置することができる」なので、この点を3者共通とした上で3者間の相違を探すべく、条文を丁寧に読めば関係性は肯定できる。

ところが、一方で商法9条1項は対抗力に関する条文であり、他方で民法112条は実体的権利義務に関する条文である。機能する局面が著しく異なる2つの条文について、特別法の特別法たる所以を明らかにし、特別法と一般法の間を想定するのは相当困難であろう。もちろん両者は善意者保護で共通する。しかしながらいずれも善意者保護だからといって特別法と一般法の間を想定できるわけではない。たとえば手形の善意取得を定める手形法16条2項について、動産の即時取得を定める民法192条に対する特

25) 判決理由では記されていないが、上告代理人の上告理由では、商法9条1項は民法112条の特則と言い得る旨が示されている。

別法との理解が見られる。一方でいずれも財産の移転に関する善意者を保護する法的ルールで明らかに共通するとともに、他方で善意・無重過失と善意・無過失の相違及び盗難・紛失の例外を認めることの可否という相違も明解である。こうした共通と相違の明解さは、商法9条1項と民法112条間には認めがたいように思われる。

そうなると第4に、商法9条1項の適用により民法112条を適用ないし類推適用する余地がないと解する理由として考えられるのは、商法9条1項にて悪意が擬制されるとの解釈である。確かに悪意擬制説をとれば、Y会社の手形をAが振り出す時点でAの退任登記がなされているので、受取人Bの悪意が擬制され、それゆえ表見代理の成立する余地はないとの考えに辿り着けよう。

ただし悪意擬制説の抱える問題点についてはすでに見たとおりである。現在もなお悪意擬制説が通説的地位を占めている点に鑑みれば、本判決は現時点で判例法としての地位を堅持していることになろう。しかしながら悪意擬制説への批判が高まるようならば、判例法としての地位に動揺を来す。正当事由弾力化説に見られるような外観主義を推し進める考えや、異次元説に見られるような対抗力と実体的権利義務関係の区別を明確化する考えの動向を気にしながらの通説的地位である。

それでは本判決の射程はどうか。本判決は悪意擬制説を基礎とするとの認識を前提に、射程の検討を試みる際のポイントと思われる2点を記す。まず第1に、本判決では手形の振出が問題となった点である。仮に手形振出でなく、商取引一般を念頭にモノの取引の場合はどうか。その場合、Aによる無権代理行為には手形法8条ではなく民法117条が適用され、YとB間の取引は相手方Bの選択により履行又は損害賠償となる。履行を選択したならば(Yではなく)Aの行為として有効であり、損害賠償を選択したならばAの行為は無権代理無効となる。

しかしながら第2に、無権代理について留意を要する。本判決が悪意擬制説を採用したのであれば、表見代理の成立を期待し得ない点はすでに述

べた。それでは無権代理はどうか。先に記したように本判決は、代表取締役の退任を事実として認定しつつ、無権代理について何も言及していない。仮に退任登記がなされた後も無権代理自体を否定する考えではないと捉えるなら、追認や無権代理人の責任を問う立論展開があり得よう²⁶⁾。それに対し無権代理自体も否定する考えだったならば、本判決はAの行為を無効と捉えていたようにも思われる²⁷⁾。それゆえ、無権代理を想定していたか否かにより、本判決の射程は変わってくることとなろう。

5. 若干の検討

昭和49年判決は、商法9条1項を概説した上で、「前記法の趣旨」に鑑みて民法112条の適用を否定する結論を導いた。それでは「前記法の趣旨」とは何か。判決文を振り返ると、商人の取引活動の大量性・反復性や利害関係者の多数性・広範性への言及は見られるが、当該言及以上に具体的・実質的・説得的な説示はない。「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付与」したとの判示もあるが、商法9条1項の概説では同条項による対抗の可否に言及する。それゆえ一般私法とは異なった対抗力を商業登記制度は有している旨を判示したようにも読める。

このように考えると、「前記法の趣旨」はかなり曖昧な語彙に他ならず、「前記法の趣旨」に鑑みて民法112条の適用が否定される旨の説示にも疑問を覚えざるを得まい。少なくとも「前記法の趣旨」から民法112条の適用否定との立論は、論理必然的なものではない。むしろ論旨の飛躍が指摘可能

26) 仮に無権代理であることを肯定しつつ、一般法たる民法へ立ち返ることを明示的に拒絶するのであれば、会社法356条2項の処理が参考となろう。立法論となりかねないが、昭和49年判決後に何回もの商法改正を経ているにもかかわらず会社法356条2項と同様の処理をしないのは、立法府は昭和49年判決の事案を無権代理とは捉えていない可能性もある。

27) 判決理由では記されていないが、上告代理人の上告理由補充書では、Aの行為が偽造である旨を示唆する記述が見られる。仮にAの行為が偽造ならば、原理・原則論で考える限り、効果は無効である（手形法7条参照）。

であろう。こうした問題点が悪意擬制説に起因すると思われる点はすでに述べた。確かに対抗力と実体的権利義務関係を峻別していない点は、昭和49年判決と悪意擬制説で共通する。

しかしながら昭和49年判決は、登記により第三者の悪意が擬制される旨を言及していない。それどころか商法9条1項後段の正当事由について言及する。同判決が正当事由の有無について判断させるために原判決を破棄し、原審に差し戻す結論を示した点に照らすと、同判決は悪意擬制説にそれほど執着していないようにも読める。そして明快な態度を示さないのは、「前記法の趣旨」の曖昧さと無縁ではないようにも感じられる。

学説における特定の見解に必ずしも拘泥していないとすれば、昭和49年判決については位置づけを捉え直す必要もあろう。捉え直しの視点として考えられるのは、2つの実質的価値判断である。まず第1は善意者保護である。悪意擬制説では当然のことながら善意者は保護されない。これに対し正当事由弾力化説は正当事由の解釈により、また異次元説は民法112条の適用により、それぞれ善意者保護が可能である。

第2は帰責事由である。正当事由弾力化説の核心を占める条文の1つである会社法354条では、会社を代表する権限を有するものと認められる名称の会社による付与が要件となる。会社側の帰責事由が責任発生の要件である。これに対し異次元説が民法112条で善意者保護を図る場合、同条は会社側の帰責事由を明示の要件としていない²⁸⁾。そのため会社側に帰責事由がなくとも責任を負わされる可能性が考えられる。

こうした2つの実質的価値判断はバランス論とも捉えられる。善意者を保護しつつ、会社の帰責事由なき責任負担を否定し、正当事由拡張の回避を図るバランスであり、当該バランスは本稿で取り上げた3つの学説いずれとも異なる。仮にこうしたバランスの実現を昭和49年判決が意図していたのであれば、「前記法の趣旨」が学説の各説からは曖昧で不分明に見える

28) この点については、神作裕之・藤田友敬編『商法判例百選』15頁(荒達也執筆)(2019年、有斐閣)参照。

のも理由がないわけではない。

もとより当該不分明はバランスを構成する要素に着目して解釈を加えることで、対応の余地が考えられる。たとえば異次元説が唱えるように商法9条1項から民法112条へ立論展開する際、表見代理の成立に本人の帰責事由を求める解釈である。そのような立論展開の場合に限り帰責事由を求めるのは、商法9条1項及び民法112条の解釈としては困難かも知れないが、もともと「前記法の趣旨」が不分明だった点に照らすと、昭和49年判決の解釈としてならばあり得よう。対抗力と実体的権利義務関係の区別、外延の不明瞭な外観主義との不即不離の距離感、一般法と特別法の関係等、異次元説には悪意擬制説や正当事由弾力化説と比べて秀でた部分が認められる。異次元説を基礎として昭和49年判決に解釈を加える工夫が求められる。

6. 結びに代えて

ただし異次元説というネーミングには適否の問題があろう。対抗力と実体的権利義務関係を区別すべきという、当然の旨を説くに過ぎないのであれば、その旨を示せば足りるからである。もっとも見方を変えれば、次元が異なるとの表記が必要と認識されるほど、従前の悪意擬制説の影響が強かったとも認識されよう。ネーミングの適否を措いて異次元説を所与とした場合、従前の議論に相当の見直しが求められる。

見直しの代表格は消極的公示力と積極的公示力である。すでに見たように商業登記の効力は、登記事項につき、登記前の時点で、対善意者との関係で一般的な対抗力を制限する点に求められる。登記後の時点では一般的な対抗力へ回復する点に鑑みれば、商業登記の効力として積極的公示力を想定すべき理由はない。そして積極的公示力との対応で語られる消極的公示力についても、対応自体が想定されなくなる以上、対応を示唆するような消極的公示力というネーミングも見直しが求められよう。

初学者向けテキストの表記にまで見直しが求められるとすれば、ポスト

悪意擬制説は容易でない。悪意擬制説が100年を優に超えて通説的地位を維持したのであれば、ポスト悪意擬制説の普及・浸透にも100年を超える時間が必要となるかも知れない。竹田博士の影響力の大きさ・強さを改めて痛感するとともに、今後の100年をかけて議論を重ねるのであれば、単なる悪意擬制説批判以上の成果が求められよう。外観主義の外延明瞭化は望まれる成果の主要なものとなる。対抗力と実体的権利義務関係の区別、外延の不明瞭な外観主義との不即不離の距離感、一般法と特別法の関係等、異次元説の内容を構成する各要素についても、一層の吟味・洗練が求められよう。