

「事実上の会社」問題と法外観説

喜 多 了 祐

I シミティスの所説

われわれは別稿⁽¹⁾において「事実上の会社」問題をめぐるドイツのいろいろな理論構成を最も新しいシミティスの所説によって吟味した結果、次のような認識に到達した。この問題は、設立の法定要件を完備せずに会社として出現し活動した各個の当事者の内外両面における利益対立に帰着する。というのは、彼ら自身は会社の無効に現状解消の利益を有するのに対して、彼らの外面関係では総体としての第三者、とくに債権者が流通の安全に、また彼らの内面関係では残余の当事者全体が企業の維持に、現状保存の利益を有するからである。準則主義を裏返しにした法規適用の仕方を墨守するかぎりでは、前者の利益が全面的に優越するけれども、そのような形式論理を去って考えるならば、後二者の利益が優越すると認められるかぎり、準則主義的な法規適用の仕方を制限する実質論理が妥当すべきである。

「事実上の会社」理論はこのような実質関係の十分な認識にもとづいて構成されるべきであるのに、従来の判例・学説にはとかく認識の不足があった。とくに大審院の基本的な態度は専ら取引安全の思想に出た「一般への表示」(Erklärung an die Öffentlichkeit; Erklärung gegenüber der Allgemeinheit) というフィクションをもってするものであり、この意味では前述の外面的利益対立のみを眼中に置く一面観であった。これに理論的加工を施したのが法外解説によるものであって、⁽²⁾「表見商人」の問題に適用された理論をここで応用する立場である。勿論、単純な法外観説はなぜ法外観が卒然として法実在に優越すべ

(1) 拙稿「ドイツにおける『事実上の会社』理論」(田中誠二博士退官記念論文集所収の予定)。Spiros Simitis: Die Faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts (1957), SS. 107~262.

(2) Staub: Kommentar zum HGB, 14. Aufl. (1932), Anhang zu §5, §123 Anm. 9.
拙稿(書評)「ユリウス・フォン・ギールケ『商法および航海法』」, 商学討究2巻4号(昭和27), 143頁以下参照。

きかの理由を明らかにしえず、結局は問題をもって問題に答えることになる。しかし、ここで援用されるのは法外観説の成熟した考え方であって、それは法外観に対する保護価値ある信頼を保護するというだけでなく、法規に根拠をもつ与因主義を加味した理論構成である。

「事実上の会社」(faktische Gesellschaft)の場合に、第三者信頼の保護価値を基礎づけるものは流通場裡における会社としての当事者活動であるが、これだけではなぜ法外観が法實在に優越すべきかの解答にはならない。というのは、そこにある利益対立を軽く片付け去っているし、なされた表示の原因を重視しないで、表示がなされたという事実そのものを第一義に置いているからである。ここに与因主義が法外観説の重要な構成要素として強調されなければならない⁽¹⁾。それは、前述した当事者と債権者との利益対立を表現するものにほかならない。しかし、今一つの利益対立、すなわち各個の当事者と残余の当事者との利益対立は、与因主義を加味した理論構成によってもなお無視されている。従って、法外観説は当事者の内面関係における会社存在の推定を正当化しえないという欠点を有する。

以上が法外観説による解明の試みに対するシミティスの批判であるが、シミティスはこの批判を更に比較法的に裏付けるものとしてアメリカ会社法上の同類の理論を援用している。その理論は当面の問題について「事実上の会社」(de facto corporation; corporation de facto)と「禁反言による会社(瑕疵ある会社)」(corporation by estoppel; defective corporation)という二つの場合を区別するのであるが⁽²⁾、この区別は「禁反言による会社」の法理に法外観説と同じ難点があることを物語る。すなわち、禁反言則は外面関係における会社存在の推定を理由づけるけれども、同じ推定を必要とする外観が成立していない内面関係には及びえない⁽³⁾。この点で、今一つのいわゆる「事実上の会社」の場合に

(1) Meyer: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht (1909), S. 96f.

拙稿「レヒツシャイン法理の課題」, 商学討究2巻3号(昭和27), 48頁以下参照。

(2) Ballantine on Corporations (1946), p. 68 et seqq. (de facto corporation p. 68 et seqq., corporation by estoppel p. 88 et seqq.).

(3) Fletcher: Cyclopedia Corporations, vol. 8, § 3905 によれば「禁反言則は、自分自身が社員であり、従って会社の不存在を知っていると推定される者の有利には、援用されえない」とされる。

は、公の秩序という一般的な法理により内面関係でも会社存在の法認が達成されるわけである。

しかし、果して法外観説は後者の場合をもカバーできないほどに、禁反言則と全く同じものなのだろうか。この疑問に答える前に、われわれはシミティス⁽¹⁾が法外観説の理解のために引用した文献を次に掲げなければならない。

- 1) Riezler: *Venire contra factum proprium* (1912), S. 166ff.
- 2) ———: „Berufung auf eigenes Unrecht“, 89 JherJ 177.
- 3) Wellspacher: *Vertrauen auf äussere Tatbestände im Bürgerlichen Rechte* (1906).
- 4) Meyer, H.: *Publizitätsprinzip* (1909).
- 5) Naendrup: *Rechtscheinsforschungen* (1910).
- 6) Jacobi: *Theorie der Willenserklärungen* (1910), insb. S. 31ff.
- 7) ———: *Recht der Wertpapiere*, in Ehrenbergs Hdb. Bd. IV 1 (1917), insb. S. 282ff.
- 8) Oertmann: „Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein“, 95 ZHR 443.
- 9) Sotgia: *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità* (1930).
- 10) Hildebrandt, H.: *Erklärungshaftung* (1931), insb. S. 225ff.
- 11) Eichler: *Die Rechtslehre vom Vertrauen* (1950), S. 8.
- 12) Müllereisert: *Vertragslehre* (1947), S. 183ff.
- 13) Tasche: „Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss?“, 90 JherJ 101.
- 14) Meyer, Hildegard: *Beiträge zu der Lehre von der nichtigen OHG unter besonderer Berücksichtigung der société de fait*, Diss. Breslau (1933).
- 15) Kleppe: *Die Anfechtung des Beitritts zu Personal- und Kapitalgesellschaften des Handelsrechts*, Diss. Köln (1936).
- 16) Möhler: *Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags bei der offenen Handelsgesellschaft*, Diss. Tübingen (1907).
- 17) Herbig: „Die Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung“, *Deutsche Justiz*

(1) Simitis: a. a. O., SS. 77 Anm. 1, 168 Anm. 109.

(1936), S. 1716.

18) Schlegelberger-Quassowski: Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. (1939), § 2 Anm. 10.

19) Peters: Die Nichtigkeit des Beitritts zu Vereinen und Gesellschaften des Handelsverkehrs, Diss. Greifswald (1938), S. 60ff.

20) Hübner, H.: Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht (1955), S. 92ff.

21) Wyssa: Les effets externes de l'inscription au registre du commerce, Lausanne (1950), pp. 104, 118 et suiv.

これによって見ると、シミティスの理解する法外観説がどの程度のものであるかはほぼ想像できるのであるが、とくに注目されるのは当面の問題にとって最も重要なべき文献が一つ脱落していることである。それは、ネェンデュルップの「株式法における法外観効果⁽¹⁾」と題する一論文である。この論文は現行株式法制定以前のものであるが、会社法における法外観説の展開可能性がシミティスの理解するより以上の範囲に及ぶことを実証する研究として、今日もその理論的価値は変わらないであろう。われわれの知るかぎりでは、これまでのところその内容はまだわが国に紹介すらされていないようである。

II ネェンデュルップの立場

法外観主義は全法秩序を貫くということが知られてから、既に年久しい。しかし、個々の法域においてその展開を実証することは今日なお未完の課題であって、会社法の領域もその例外ではない。ネェンデュルップの論文が恐らくこの法域における唯一のまとまった研究であろう。勿論、これとても会社法の全面にわたって法外観説を展開したものでなく、単に株式法の一部についてそれを企図したにとどまる。けれども、そこにはいわゆる広義の法外観概念を唱導する彼の原理的立場がその慎重に考え抜かれた独特の用語法をもって貫徹されているので、論述の範囲は株式法の局面に限られていても、会社法の全般

(1) Naendrup: „Rechtscheinswirkungen im Aktienrecht,“ Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 62 (1931), SS. 825~952. ネェンデュルップの法外観説に関する全般的な理解は、既にわれわれが10年前に試みたところである。拙稿「レヒツシャイン法理の構成」現代法学の諸問題(昭和27), 69頁~103頁。

に及ぶべき甚だ示唆的なものが含まれている。彼はこのように広義の法外観概念を唱導したために、外延の拡張により内包を乏しからしめるような解釈学上無価値の説をなす者として非難されたのであるが、この非難は多分に誤解にもとづくものようである。

彼の用語法によれば、⁽²⁾ 解釈学上価値ある法外観概念は二種に大別される。一つは「私人に作用する法外観」(der privatwirksame Rechtschein)であり、今一つは「官庁に作用する法外観」(der amtswirksame Rechtschein)、とくに訴訟において裁判官に対し作用する権利推定である。区別の便宜上、前者は「法外見」(Rechtsanschein)、後者は「法実在らしさ」(Rechtswahrscheinlichkeit)と呼称する。狭義において法外観というときは前者を指すのであるが、これのみを法外観として認める一般の法外観論者と異って、ネンデュルップは後者をも含めた広義において法外観の語を用いる。⁽³⁾ マイアはこの用語法を「法外観という実体法的『現象』と手続法的領域に意義がある推定とのあいだの混同を招来する虞れがある」との理由で、推賞に値いしないと考える。⁽⁴⁾ しかし、上に提唱された呼び分けかたによれば、その危険はない。

これをドイツ民法典について例示すれば、932条（動産占有による善意取得）は法外見に、1006条（動産占有による権利推定）は法実在らしさに関する。また、892条（不動産登記による善意取得）は法外見に、891条（不動産登記による権利推定）は法実在らしさに関する。⁽⁵⁾ わが民法典上は、動産占有については192条（善意取得）及び188条（権利推定）の規定があるけれども、不動産登記については上のような規定がない。しかし、これについても権利推定だけは許されるものと一般に認められている。⁽⁶⁾ このように、法外見と法実在らしさとは

(1) Oertmann : „Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein,“ ZHR 95 (1930), S. 457.

(2) Naendrup : Rechtscheinsforschungen I (1910), S. 3ff. ; „Verjährung als Rechtscheinswirkung,“ JherJ 75 (1925), SS. 237~332 ; „Die Ersitzung als Rechtscheinswirkung,“ Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben Bd. 3 (1929), S. 35ff.

(3) この点で、ネンデュルップに追従するのは、Thöne : Der öffentl. Glaube d. Handelsregisters, Münsterische Dissertation (1911), S. 13 ; Kuttener in JherJ 61, S. 169 f. ; Ehrenbergs Hdb. I (1913), S. 622 ; Otto Fischer in Fischer-Henle BGB 13. Aufl. § 1964 A. 4.

(4) Meyer : „Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura,“ ZHR 81 (1917), S. 407.

(5) Naendrup : „Die Ersitzung als Rechtscheinswirkung,“ S. 35.

(6) 石田文次郎・物権法論(昭和17),131頁。我妻栄・物権法(民法構義Ⅱ,昭和17),119頁。

必ずしも相伴うものではないが、大多数の場合には併存せしめられているのであり、たとえ両者が併存せしめられていない場合でも、前者だけが独立に認められるということはない。前者が許容される前提としては、必ず後者が存在しなければならぬのである。

納富博士によれば、「推定は法が客観的基礎に附着せしめた効力であり、法外観は之に反し、客観的基礎に基きて善意者との間に於て直ちに発生するものである⁽¹⁾」とされるが、これは後者にのみ発生的理由づけを施し、前者にはそれを拒否することによって、両者の差異を意識的に浮き立たせるための説明としてしか受取りえないようである。権利推定もまた実体法上の法外観と同じ外部的事実から発生するのであって、このことは両者の混同を恐れたマイアでも認めている。すなわち、「権利推定は法外観の手続法的側面と称する」ことができる⁽²⁾というのであるが、ここに法外観とはネェンデュルップのいわゆる法外見のことである。法外見と法実在らしさが発生⁽³⁾の淵源を同じくすることは、狭義の法外観概念を擁護するエルトマンですら認めており、両者はただ作用の対象を異にするところに、法外観の種別をなすのである。

法外見は私人に作用する法外観として私人の信頼を基礎づけるが、これに対し法実在らしさは官庁に作用する法外観として官庁の判断を基礎づける。前者においては信頼の保護が、後者においては判断の確定が要求されるからである。既に一言した通り、法は前者だけを独立に認めることなく、前者を認めれば必ずその前提として後者をも認めるのであるが、逆に後者を認めるからといって必ずしも前者の許容を前提することはない。いいかえれば、後者はそれ自体独立に法認されることがある。これは法の段階的構造に内在する論理的必然⁽⁴⁾であって、この意味ではマイアが「両者は双方向的に相伴う」と述べているのは誤りである。会社法では他の法域におけると同じく、主としては法外見を取扱い、従ってその前提としての法実在らしさにも関係するが、これとは別途に独立の法実在らしさをも認めている。

(1) 納富義光・手形法に於ける基本理論 (昭和15), 345頁。

(2) Meyer: Vom Rechtsschein des Todes (1912), S. 12 ff. und ZHR 81, S. 407.

(3) Oertmann: a. a. O., S. 455.

(4) Meyer: ebenda.

そこで、両者について法外観説が展開されねばならぬのであるが、その展開の仕方は両者の種別により異るところがあるのは当然である。この点は各適用例について明らかにするとして、ここでその適用範囲の体系を示せば、次の通りである。およそ会社はその主体的基礎である人格、その人的存在の基礎である社員、その物的存在の基礎である財産、及びその活動の基礎である機関という四つの要素から構成される。⁽¹⁾会社法における法外観も、このような角度から体系的に分類することができる。すなわち、(1) 人格については会社存在又は不存在の外観、(2) 社員については社員権存在又は保持の外観、(3) 財産については会社財産の外観、(4) 機関については会社機関の外観がある。これらのうち、ネェンデュルップが取扱うのは会社存在又は不存在の外観と機関の外観とであり、しかも株式会社についてだけであるが、⁽²⁾本稿では株式会社存在の外観のみを取り上げれば足りる。

Ⅲ 表見株式会社の法理

「会社存在の外観」(der Schein der Gesellschaftsexistenz)として論じられるのはいわゆる「事実上の会社」問題であるが、ネェンデュルップは「事実上の会社」という法理論上絶望的とも見える表現を避け、「表見株式会社」(Schein-Aktiengesellschaft)という法外観説に相応しい用語によっている。「事実上の会社」というと、いかにも「法律上の会社」でないかのような印象を与えるが、事実上の会社もまた法律上の会社であることを注意すべきである。このことは、アメリカ会社法上も認められているところである。⁽³⁾近時、事実上の

(1) 米谷隆三・喜多了祐・商法の理解Ⅱ会社法(昭和28), 7頁。

(2) Naendrup: „Rechtscheinswirkungen im Aktienrecht,“ S. 826. 株式会社法に法外観問題が山積することは、既にエルトマンが指摘したところである。ネェンデュルップの本論文はこの言葉に刺戟されて書かれたものようである。Oertmann: a. a. O., S. 485.

(3) Simitis: a. a. O., S. 172. ここで用語上区別すべきは, corporation de jure と corporation in law とである。corporation de jure は法定要件の実質的遵守(substantial compliance)を特徴とする点で、その単なる外形的遵守(colorable compliance)を特徴とする corporation de facto と対立する概念であるが、両者とも corporation in law なのである。Ballantine on Corporations, p. 76 et seq. 菅原榮志「アメリカ会社法における事実上の会社理論」, 法学20巻4号(昭和31), 103頁以下参照。

会社を真正の会社なみに法的に承認することが益々自明となりつつあることを思えば、「事実上の会社」という表現は一種の形容矛盾ですらある。この点でネンデュルップの用語法の方が適切であると考えられる。わが国でも、「事実上の会社」という表現は学問上の通用語となっているが、まれには「⁽¹⁾仮装会社」又は「表見会社」の語も使用されることがあるようである。

しかし、問題は用語よりも、その内容を構成する法理にある。わが国では事実上の会社が「設立無効」制度のなかに無効の原因・主張・効果を制限するものとして反射的に認識されるところから、この制度の主要な眼目として概ね三つのものがあると説かれている。⁽²⁾第一は、法律関係の画一的確定の要求である。無効の判決が対世的効力をもつのは、この要求に応じるためである。第二は、既存の状態を尊重する立て前である。無効の原因を圧縮し、またその範囲内においても無効の主張を可及的制限するように、主張方法・提訴権者・出訴期間を規定するのは、そのためである。第三は、外観に対する信頼保護の要請である。無効な会社を将来に向ってのみ解体消滅せしめるように、遡及的無効を阻止するのは、そのためである。第一の要求は団体的存在としての会社の性質からくるものであるが、第二・第三の主義は法的安全の一般論であって、制度の会社法的理由づけとなるには尚若干の距離があるようである。

そこで、以下にネンデュルップのいわゆる表見株式会社の法理を考察しようと思うのであるが、前にも一言した通り、彼の所説は現行のドイツ株式法(Aktiengesetz)制定以前のもので、商法典中の株式会社に関する諸規定(HGB. Buch II. Abschn. III.)にもとづいている関係上、現行法の立場から見て無用と思われる論述も含まれている。そのような部分は、以下の本文から省いて注に略記することとした。尚現行法との対比の便宜上、商法典中の旧規定に相当する株式法規定を注記しておいたが、周知の通り、目下西ドイツでは株式法の改

(1) 例えば、田中誠二・新版会社法(昭和36), 120頁。西原寛一・会社法(商法講義Ⅱ, 昭和33), 26頁。判例では、下級審ながら「本訴請求カ……事実的会社ノ存在スルコトヲ認メ得ラレサル事件ナルカ故ニ……」(傍点一筆者)とする昭和16年7月7日甲府地民1判・昭和15年(ワ)52号, 新聞4730号12頁, 評論31巻商法24頁, 新報629号11頁。

(2) 鈴木竹雄・新版会社法(法律学講座叢書, 昭和36), 68頁。津田利治「会社の設立無効」, 株式会社法講座1巻(昭和30), 311頁。

正事業が進行中であり、既に報告者草案⁽¹⁾（Referentenentwurf）⁽²⁾及びそれにもとづく政府草案⁽³⁾（Regierungsentwurf）の発表を見ているので、これらの相当規定をも考慮に入れなければならない。但し、今度の改正は当面の問題に関するかぎり、さしたる変更ではない。いわば、字句の修正程度であるが、修正理由を見よう。

A ネンデュルuppの所説

(1) 無効の訴⁽⁴⁾によって排除される法外観。

設立行為に本質的瑕疵がありながら商業登記簿に設立登記がなされた株式会社については、会社存在の単なる外観が発生するだけである。それは表見上の婚姻（Scheinehe）、とくに民法典1317条に規定された婚姻締結の方式を遵守しないで婚姻登記簿に登記された仮装婚の場合に類似する⁽⁵⁾。この場合には、より強度の無効原因を含む不成立婚（Nichtehe）の場合と異って、官庁により又は一定の私的権利者によってのみ無効の確認が訴求されうるのである。登記された表見株式会社の場合もまたこれと同じであって、その点で登記されない株式会社の場合と異なる。後者の無効は不成立婚の無効と同じく、通常の確認訴訟（民訴法 259条）によってであれ、任意の訴訟に附随してであれ、何人もこれを主張することができる。仮装婚及び表見株式会社の場合にそれができない理由は、官庁に作用する法外観、すなわち裁判官に対して作用する法外観にあるのであって、この法外観は特別な手続によって初めて排除されるのでなければならない。その手続が無効の訴である。

(1) 拙稿「ドイツ株式法改正の動向」、一橋論叢43巻1号（昭和34）、85頁以下。

(2) Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, 1958.

(3) Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode (Drucksache IV/171), 1962.

(4) 「無効の訴」(Nichtigkeitsklage) という語は民法典1329条にも用いられているので、類比に便であるが、現行の株式法216条、今度の報告者草案254条及び政府草案264条では「無効宣言の訴」(Klage auf Nichtigerklärung) となっている。この方が表現としてはより明瞭である。

(5) Naendrup: a. a. O., S. 827 Anm. 12 によれば、ネンデュルuppがこの類比に着想したのは、法外観説の熱心な主唱者であったフィッシャに負うところが大的ようである。民法典1329条による無効の訴が仮装婚の法外観を排除することを目的とするものであることは、既にフィッシャが説いたところである。Fischer-Henle: Handausgabe zum BGB, 13. Aufl., § 1324 A. 7.

無効の訴によって仮装婚の無効を主張する民法典1329条所定の権利は、真実と矛盾する虚偽の外観を排除する権利、つまり真実を要求する権利であるが、この権利は国家にも私人にも帰属する。国家はそれを検察官により行使せしめるのであり、またそれを有する私人は各配偶者である（⁽¹⁾民議院）。表見株式会社の場合にも、国家と私人とが真実要求の権利をもつ。しかし、国家はこの場合に訴訟事件としてではなく非訟事件として、しかも登記所である裁判所及びその上級にある地方裁判所によりそれを行使せしめるのであって、これらの裁判所は非訟事件手続上の定めるところに従い表見株式会社を無効なものとして職権により抹消することができる（⁽²⁾非議院¹⁴²）。勿論、私人が真実要求の権利を行使するときは、無効の訴による。⁽⁸⁾商法典309条によれば、この訴を提起できる私人は各株主、取締役員及び監査役員である。

無効の訴又は職権抹消によって会社存在の法外観が排除されるのは、厳密にいうと、無効宣言の判決又は職権抹消の決定にもとづき会社の無効が商業登記簿に登記されたときであるから（⁽³⁾商法典¹⁴⁴），それまでは設立行為に本質的瑕疵がありながらも商業登記簿に登記された株式会社は真実に存在するような法外観を具備するのである。反面からいえば、真実には株式会社は存在していないのであって、このことは商法典起草者たちの言葉にも窺われる。⁽⁴⁾

-
- (1) ネェンデュルップは事情によっては第三者もまた提訴権があることを附記しているが、これは重婚の場合に前婚の配偶者が提訴権を有することだけを指すのであって、それ以上の意味はない。婚姻法38条参照。Naendrup : a. a. O., S. 827.
- (2) 西ドイツでは、今日も裁判所が非訟事件 (Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) として登記事務を取扱っている。
- (3) 本条に相当する株式法216条では、出訴期間を登記後5年と規定しているのですが、出訴期間を経過して無効の訴が提起できなくなっても、職権抹消は妨げない。ところが、ネェンデュルップの説明では、職権抹消は無効の訴が提起できる諸要件の具わっている場合に限るとしている。これは出訴期間の制限がない旧法のもとにおける説明としてはわからなくはないが、現行法の立場からは許されないもので、本文では削除しておいた。とくに、株式法216条Ⅲ項、報告者草案254条Ⅲ項、政府草案264条Ⅲ項参照。Naendrup : ebenda.
- (4) Denkschrift S. 184 では、無効判決は証拠法上の意義をしか有しないのであって、「判決の登記あるまで会社は正式に (zu Recht) 存在するとは、決して認められない」と説明しているが、これは会社が無効判決の登記前において真実には存在していないことを物語るにはほかならない。又、更に会社が「それにも拘わらず、清算に関するかぎりでは、或る程度の法的存在を認められる」ことが述べられてあるが、これは会社存在の法外観の効力を念頭に思い浮べた言葉である。ネェンデュルップ *

(2) 瑕疵の治癒⁽¹⁾によって転換される法外観。

表見株式会社の株主は、今一つの全く異った真実要求の権利をもっている。それは、会社の表見的存在を真実の存在へ転換することが問題になっている場合である。このことが可能なのは、設立行為の本質的瑕疵が重大なものでないときである。重大な本質的瑕疵というのは、資本の額又は各株式の金額に関するものであって⁽²⁾（商法典182条⁽²⁾）⁽²⁾、それらは治癒できない。それらの一つが存在するときは、株式会社の表見的存在は定款の変更又は総株主の同意をもってする定款の補完によっても真実の存在に転換されえない。むしろ、その場合には新たに会社を設立するほかはない。これに反して、重大でない本質的瑕疵が問題になっているのであれば、定款の変更に関する諸規定⁽³⁾（商法典275条⁽³⁾）に従う総会の決議によってそれらを治癒することができる⁽⁴⁾（商法典310条⁽⁴⁾前段）。その理由は、定款変更によって瑕疵の治癒を行なうべき総会の決議に当り、この決議について真実を要求する新しい権利が株主たちに与えられることにある⁽⁴⁾。

* によれば、この法外観を初めて正しく認めた学者はマイアであるという。

Herbert Meyer in ZHR 81, S. 393. Naendrup: a. a. O., S. 832 Anm. 23.

- (1) 「瑕疵の治癒」(Heilung von Mängeln) という語は、現行の株式法217条の見出しでは「無効の治癒」(Heilung der Nichtigkeit) となっているところのものである。しかし、実際に治癒されるのは判決の既判力とともに初めて開始する無効ではなくて、無効を結果として伴いうる瑕疵であるという理由から、報告者草案255条及び政府草案265条は前者の表現に見出しを改めた。Erläuternde Bemerkungen zum Referentenentwurf, zu E § 255; Begründung zum Regierungsentwurf, zu § 265.
- (2) 本号に相当する現行の株式法16条Ⅲ項3・4号では、このほかに「数種の株式が存在するときは、各株式の種類」を加える。しかし、株式の券面額は均一であることを要しない関係上、報告者草案及び政府草案の20条Ⅲ項4号は「各券面額の株式数」をも明示させることとした。
- (3) 現行の株式法145条～148条に相当する。とくに、登記が定款変更の決議の効力要件であることを注意すべきである。報告者草案166条は株式法148条を踏襲して、この点不変であるが、政府草案169条は従来の「登記するまでは、その効力を生じない」を改め、「登記して初めて有効となる」とした。これは、従来の表現が登記された定款変更の遡及効を排除すると解せられる余地がある点を恐れたものである。同条は遡及効については何も規定していないのであって、遡及効があるかどうかは一般原則によって決するのである。Erläuternde Bemerk. z. Referentenentwurf, zu E § 166; Begründ. z. Regierungsentwurf, zu § 169. 瑕疵治癒の場合については、次頁の注(2)参照。
- (4) ネュンデルプは更に商法典310条後段「総会招集の方式に関する定款の定め瑕疵があるときは、総会の招集は会社所在地の商業登記簿になす登記の公告のために定められたと同一の新聞紙上に掲載することによって行なわれる」という規定について、これを総会招集の公告によって真実を要求する株主の権利を認めたものと*

元来、定款の必要的内容に瑕疵があれば、株式会社は全く成立しなかったのである。従って、この会社については定款もないし、総会もないし、更に定款変更の総会決議も存しない。すべては、むしろ前述した無効の訴（又は職権抹消）によって排除されるべき法外観にすぎない。このような状態のもとで、定款変更の総会決議が治癒的効力を生じるならば、真実を要求する株主の権利は却って侵害される筈である。しかし、およそ真実要求の権利には二種あり、一つは他人に覆いかぶさる虚偽の外観を払いのける権利（外面的真実を要求する権利）であり、今一つは自分に覆いかぶさる虚偽の外観を払いのける権利（内面的真実を要求する権利）である。⁽¹⁾前者は先述の商法典 309 条により各株主に与えられているものであり、慥かにここでは侵害される。しかし、後者はここで侵害されるどころか、商法典 310 条により株主たちにとくに与えられるのである。

この権利は第一に、さきの権利侵害から絶縁されていなければならない。そのことは 310 条の文面に現われていないが、当然自明である。第二に、この権利は定款変更に関する諸規定が遵守されるかぎり、あたかも表見株式会社が真実の存在を獲得したかのように、株主たちに認められる。これが、定款の必要的内容について存する重大でない本質的瑕疵は「定款の変更に関する本法の諸規定に従う総会の決議によって治癒することができる」⁽²⁾という同条前段の意

* 説明している。これは、商法典182条Ⅱ項5号が総会招集の方式をも定款の必要的内容としたからであって、現行法の立場からは一応無用の説明である。株式法16条Ⅲ項は総会招集の方式を定款の必要的内容から削除した以上、同217条（商法典310条に相当）も商法典310条後段に相当する規定を欠くことになったのである。けれども、後段規定を説明するのにネェンデュルuppが展開した法理は基本的には前段規定（株式法217条に相当）の説明にも応用できると思うので、以下にはそれを応用して解説する。Naendrup: a. a. O., S. 828.

(1) 「外面的真実を要求する権利」(Recht auf äussere Wahrheit) と「内面的真実を要求する権利」(Recht auf innere Wahrheit) との区別は、動産の善意取得の場合におけるような「他人権利の法外観」(Rechtschein fremden Rechtes) と取得時効の場合におけるような「自己権利の法外観」(Rechtschein eigenen Rechtes) とを区別したネェンデュルupp独特の立場に由来するものと思われる。Naendrup: „Die Ersitzung als Rechtscheinswirkung,“ S. 35.

(2) 瑕疵の治癒は遡及的効力を有し、会社は初めから有効に存在することとなる。この規定に相当する株式法 217 条の文面はやや異り、とくに「定款変更に関する諸規定遵守のもとに治癒することができる」となっている点が注目される。「本法の」が脱落したところに、問題がある。報告者草案の相当規定 255 条は見出しを変更し *

味である。その趣旨は明らかに、本来は不成立である株式会社の登記による法外観に対して信頼するのを常とする株主たちを保護すべきだとするにある⁽¹⁾。この保護は、定款変更に関する諸規定遵守のもとに総会決議の実在性を要求する権利が株主たちに与えられることによって、行なわれる。その意味では、あたかも表見株式会社が定款変更を決議すべき総会を通して初めて真正の株式会社に転換されるかのようではなく、それが真実に存在するかのよう、真実要求の権利が株主たちに与えられるのである。

ここで、会社存在の法外観に対する信頼の保護が真実要求の権利によって実現されるのは、注目すべき偶然の一致である。すなわち、真実要求の権利は商法典 309 条の場合におけるように外面的真実を要求する権利であれ、同 310 条におけるように内面的真実を要求する権利であれ、いずれも虚偽の外観を排除する権利である。後者の場合における虚偽の外観は、総会決議不存在の外観又は定款変更という決議内容の虚偽の外観である。これは前者における虚偽の外観としての会社存在の法外観と極めて密接な関係に立つ。つまり、会社存在の法外観、従って虚偽の法外観に対する株式たちの信頼の保護が、ここで全く異った特別な虚偽の外観である定款変更の総会決議不存在の外観を排除する権利、従って内面的真実を要求する権利として、機能的効果を発揮するのである。⁽²⁾

* ただけで、文面は現行規定と全く同じであるが、政府草案の相当規定265条は「本法及び定款の」という文句を新たに挿入する改正を企てている。現行法のもとでは、単に諸規定というだけで疑義がある。とくに、定款でその変更には代表された資本の単純多数決で足りると規定したときは（株式法146条I項2文参照）、實際上重要な問題となろう。現在の通説はこの定款規定によっても治癒が可能であるとする。Begründ. z. Regierungsentwurf, zu § 265.

- (1) 定款の必要的内容のうちで株式資本に関する規定の瑕疵が治癒不能とされるのは、それが重大な本質的瑕疵だからであるといわれるが、これだけでは説明にならない。シミティスは「約束された資本は債権者の担保である」(Les capitaux promis sont le gage des créanciers) というフランス破産院1864年2月9日の有名な判決文句を引用して、会社の内面関係における資本的基礎の維持がその外面関係における債権者利益を担保する前提要件であるから、その方式違反は治癒の可能範囲から除外されるのだと説く。しかし、資本的基礎に関する瑕疵は大抵の株主たちにとって知られたものであり、それにも拘わらず登記に信頼する株主は殆どいないと考えられるからだという風にも、説明できないものであろうか。ネェンデュルップはそこまで議論していないが。Simitis : a. a. O., SS. 119, 254f.
- (2) Naendrup : a. a. O., S. 829 Anm. 13. 尚、ネェンデュルップは説いていないが、瑕疵の治癒があれば、もはや無効の訴を提起できなくなるだけでなく、瑕疵の治癒がなくとも、治癒すべき瑕疵については、提訴権者が会社に治癒の機会を与えた *

(3) 無効の宣言⁽¹⁾によって保護される法外観。

商法典 311 条によれば、会社存在の外観に対する株主たちの信頼は、更により広い範囲で保護される。これに相当する第三者の信頼、とくに債権者の信頼もまた同様である。すなわち、無効の訴及び無効を宣言する判決の登記により又は職権抹消により会社存在の外観を排除された株式会社⁽²⁾が、爾後清算の目的のために準解散となり、あたかも従来不成立でなく真実に存在したかのように取扱われるのは、そのような外観に対する株主又は第三者の信頼を保護するためにほかならない。この準解散についても、仮装婚の場合に対応面が見いださ

* 後でなければ、無効の訴を提起できないというように、瑕疵の治癒は相当程度無効の訴に優先する。株式法 216 条Ⅱ項、報告者草案 254 条Ⅱ項、政府草案 264 条Ⅱ項参照。ネエンデュルuppがこの点に触れなかったのは、商法典 309 条にそのような明示規定がなかったからである。

- (1) 欧州ではわが国と異り、設立無効という語は使用されず、単に会社無効という語が使用される。ドイツ株式法第 1 編第 8 章第 2 節の見出しもそのため「会社の無効」(Nichtigkeit der Gesellschaft) となっている。ところが、報告者草案及び政府草案のこれに相当する見出しは「会社の無効宣言」(Nichtigerklärung der Gesellschaft) と改められている。その理由とするところは、初めから存在する無効が訴訟によって確認されるのではなくて、無効判決の既判力とともに初めて無効が開始し、将来に向ってのみ作用するからだというのである。Erläuternde Bemerk. z. Referentenentwurf, zu Buch I. Teil VIII. Abschn. II.; Begründ. z. Regierungsentwurf, zu Buch I. Teil VIII. Abschn. II.
- (2) 本条は現行の株式法 218 条に相当する。これの見出しについても、「無効の登記の効力」(Wirkung der Eintragung der Nichtigkeit) となっているのを、報告者草案 256 条は「無効宣言の登記の効力」(Wirkung der Eintragung der Nichtigerklärung) と改めたが、政府草案 266 条では再び現行法通りとされた。その他の内容は変更ない。
- (3) ネエンデュルuppはここで条文を引用し、商法典 309 条(無効の訴)のほか同 272 条(株式法 199 条に相当)及び 273 条(株式法 200 条に相当)をも挙げているが、後二者は総会決議取消の訴に関するものである。旧法においては、総会決議無効の訴(株式法 201 条)に関する明文がなかったためであるが、これの存しうることについては学説・判例上争いがなかったので、後二者の規定による無効の訴及び無効を宣言する判決の登記を法外観排除の手段としてネエンデュルuppが追加したことは、そのかぎりでは不思議ではない。しかし、そこで問題になっているのは総会決議の無効であって、会社の無効ではない。従って、これは前述した瑕疵の治癒のためにする定款変更の総会決議が無効の訴及び無効を宣言する判決の登記によって無効とされる場合を意味すると解するほかはない。そう解すれば、やはり会社無効の問題となる。つまり、一旦は定款変更の総会決議によって瑕疵を治癒されたかに見えた会社がその決議の無効によって会社存在の外観を排除されたときは、通常の場合と同しく、無効宣言判決の登記とともに準解散となるのである。尚、そのような会社の総会決議が登記されてあるときは、通常の見解株式会社の場合と同しく、職権抹消(非訟法 144 条)の途もある。これもまた登記と結合して準解散の効果を生じるのである。

れる。すなわち、民法典1345条⁽¹⁾によれば、婚姻の外観に信頼した配偶者は、婚姻の無効宣言後は、真実には不成立の婚姻があたかも無効宣言のときに離婚となり、従ってそのときまでは存続し、そのときから初めて解消されたかのように、取扱われることを請求できるかぎり、保護されるのである。

但し、表見株式会社のこれに相当する取扱いは、表見的存在に対する株主又は第三者の信頼を保護することを目的とするので、ここでは無効と宣言された表見株式会社を、内面関係においても（設立行為の瑕疵がそれを可能ならしめるかぎり⁽²⁾）、外面関係においても、清算会社として取扱うことになる。従って、その会社は両面においてとくに原告又は被告としての当事者能力がある。被告としての受動的当事者能力は、内に向っては株主たちの役に立つだけであり、外に向っては第三者、とくに債権者のためになるだけである。しかし、原告としての能動的当事者能力は、内外両面に向って株主と債権者との双方の役に立つことができる。なぜならば、会社が能動的当事者能力によって内に向い個々の怠慢な株主から払込遅滞の額を取立てることや、その能動的当事者能力にもとづき外に向って社外の債務者たちから債務を取立てることは、株主にも債権者にも同様に利益をもたらさうからである。⁽³⁾

従って、無効と宣言されながら将来に向って清算会社として取扱われる表見株式会社の能動的又は受動的当事者能力が内面関係又は外面関係において株主又は第三者、とくに債権者の有利に働くかぎり、清算段階においては、会社存在の法外観に対する株主及び第三者の信頼に与えられる保護が効果を発揮するといえる。しかも、同じ原則は無効と宣言された表見株式会社の清算でなく、その破産にも及びるのでなければならない。この場合には、第三者、

(1) 本条は婚姻の無効による身分的效果並びに相続法上の効果に関係なく、ただ財産法的な関係、とくに抹養義務について適用されるものである。このように善意者のために無効な婚姻を有効に存在したと同じように取扱う趣旨の婚姻を学問上「想定婚」(Putativ-Ehe)という。欧州諸国の立法では英米法系と異り、これを認める立場であるが、ドイツでは不成立婚の理論が強く、一般に不成立婚の場合に想定婚なしといわれている。本条もまた、その第2項において方式違反の未登記婚(＝不成立婚)には適用なきことを明らかにしている。しかし、イタリアでは想定婚に法外観説が活躍しているようである。Ricardo Gallardo: *Le role et les effets de la la bonne foi dans l'annulation du mariage en droit comparé* (1952), pp. 7 et suiv., 113 et suiv.

(2) Naendrup: a. a. O., S.830 Anm. 14.

(3) Derselbe: a. a. O., S. 829 f.

すなわち債権者のみが会社存在の法外観に対する信頼を保護されるのは、当然である。要するに、準解散となる表見株式会社が清算手続に入るか破産手続に入るかによって、信頼保護を受ける者の範囲は異なるのであるが、いずれにせよ会社存在の法外観に対する信頼が保護されること⁽¹⁾には変わりはない。

けれども、既に無効と宣言された会社の清算や破産の場合にまでも第三者が会社存在の法外観に対する信頼を保護されるのならば、まだ無効と宣言されない表見株式会社とのあいだにその法外観に信頼して締結した行為の効力が問題になっている場合にこそ、第三者はまさに信頼保護を享受しなければならない。これが、「会社の名において第三者となした法律行為の効力は無効によって妨げられない⁽²⁾」という商法典 311 条Ⅱ項の趣旨である。ところで、問題は会社存在の外観に対する信頼という要件である。というのは、ここで第三者が会社の無効を知らなかったことは、格別明示的には要求されていないからである。しかし、それはそのような信頼が立法の趣旨に含まれていないということの証明にはならない⁽³⁾。立法者はその理由を決して直接的に法規に表現しない。そこで、次のことが考慮されるべきである。

法外観に対する保護価値ある信頼、従って「法外見」の意味における善意を代弁するものは、常に推定である。それは、立法者のために存在する抽象的な事実上の蓋然性にもとづく。それにもとづいて、彼は裁判官に具体的な事実上の蓋然性、すなわち覆えしうる事実の推定を規定する。とくに、法外観に対する保護価値ある信頼としての善意という重大な抽象的な事実上の蓋然性は、立法者をしてこの信頼の覆えしえない事実の推定へ導くのである。その場合に、後者は裁判官によって常に且つ即座に採用されるべきであるから、立法者は裁判官によって具体的に確認されるべき信頼保護の事実上の諸要件に言及する必

(1) Derselbe : a. a. O., S. 830.

(2) 本項の規定に相当する現行の株式法 218 条Ⅱ項の文面では「第三者と」が削除されている。報告者草案の相当規定 256 条Ⅱ項では「無効によって」を「無効宣言によって」と改めたが、政府草案の相当規定 266 条Ⅱ項では再び現行法通り「無効によって」となった。

(3) Naendrup : Rechtscheinsforschungen I S. 19, II S. 83 f.; „Verjährung als Rechtscheinswirkung,“ SS. 241, 292ff., 295, 311A., 314, 328ff.; „Ersitzung als Rechtscheinswirkung,“ S. 37.

要がない。覆えしえない信頼の推定はかくして暗黙の推定（*stillschweigende Vermutung*）となるわけであって、それは立法理由の範囲からふみ出さず、法規のなかに現われ出ないけれども、⁽¹⁾だからといって法規の基礎にないわけではない。⁽²⁾勿論、このことは通例見そこなわれるところであるが。

暗黙の信頼推定が覆えしえないために、信頼保護が具体的には信頼しなかったすべての者にも場合によって役立つことは、勿論避けられえない。しかし、立法者の自由になる経験によれば、このような場合は稀であるからこそ、彼は自己の原則の遂行に当りこのような場合を良い方に免じて我慢する（*mit in den Kauf nehmen*）⁽³⁾のである。しかし、それは彼の原則を確認する上で、例外的場合として問題になりうるほどのものでは全然ない。そうした事情は既に吟味した商法典309条、310条、311条Ⅰ項の諸規定にも含まれていたのであるが、とくに311条Ⅱ項の場合には明らかに認識される。商業登記簿への株式会社の登記によって喚起された会社存在の法外観に対する第三者の信頼は、立法者にとって高度の蓋然性があったので、彼はこの蓋然性から原則の実際の運用の便のために第三者の信頼を暗黙の覆えしえない推定のもとに置くに至ったのである。その結果、311条Ⅱ項の利益が、会社存在の法外観に信頼せず、むしろ株式会社の無効を知っていた第三者にも、偶々役立つのは、当然である。立法者はこれを、本来は望ましくないが、原則の避けえない附随現象として、時折見逃がす⁽⁴⁾ことにしているにすぎない。

こうした保護のためにあたかも真実に存在する会社の債権者のように取扱わ

-
- (1) Naendrup: „Verjährung als Rechtscheinswirkung,“ S. 292ff.; „Ersitzung als Rechtscheinswirkung.“ S. 37f., Text und A. 尚、拙稿「レヒツシャイン法理の構成」、前掲、89頁以下参照。
- (2) ネェンデュルップはとくに Oertmann: „Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein,“ ZHR 95 (1930) を引用して、「この論文では一般に法外観の原理が認識されているよりもむしろ誤解されている」と酷評している。Naendrup: „Rechtscheinswirkungen im Aktienrecht,“ S. 831 Anm. 19.
- (3) Naendrup: „Verjährung als Rechtscheinswirkung,“ S. 292f.
- (4) 商法典311条Ⅱ項の原則は非訟事件手続法32条において更により一般的な適用として存在する。「或る人に法律行為をなし若しくは意思表示を受領する能力又は権能を取得せしめる処分が不当であるときには、その処分が裁判所の客観的権限の欠缺のために無効であるのでないかぎり、その処分の取消はその間に彼により又は彼に対してなされた法律行為の効力に影響を及ぼさない」。

れる第三者の信頼保護の結果が、「社員は、既存債務の履行のために必要な限度において、約束した払込を給付しなければならない⁽¹⁾」という311条Ⅲ項の規定である。このようにして、会社存在の法外観は既往の対外関係に作用するだけでなく、既往の対内関係にも反作用を及ぼすのである。

B われわれの見解

(1) 仮想婚との類比について。

社団行為と身分行為とのあいだに近似点が少くないことはわが国でも屢々指摘されているが、ネンデュルップが試みたような類比は、まだわが国には見当らないようである⁽²⁾。そこで、この類比の論理的可能性と限界性とを吟味するために、彼の所説を分析すればえられるであろうと思われる類比の一覧表を次に掲げる。固より完全とはいきれないものだが、当面の論点に関するかぎり、一応それに満足して議論を進めよう。それによれば、ネンデュルップが試みた類比は二種ある。一つは表見株式会社と表見上の婚姻との類比、今一つは登記されない株式会社と不成立婚との類比である。前者は表Ⅰに、後者は表Ⅱに示す。

一見したところでは、表Ⅰにおいても表Ⅱにおいても、株式会社と婚姻という社会学上対照的な本質を有するはずの二者が⁽³⁾、法技術上驚くべき類同性を示している。とくに、表見株式会社とB型仮装婚とのあいだにその感を深くするものがあり、ネンデュルップが類同性を強調したのも、この対比についてであった。けれども、仔細に観察すれば、表Ⅰにおいても表Ⅱにおいても、対比

(1) 現行の株式法218条Ⅲ項では「払込」が「出資」となっているだけで、あとは変更がない。報告者草案256条Ⅲ項及び政府草案266条Ⅲ項も、同様である。

(2) 津田「会社の設立無効」, 前掲343頁以下注(6)には「一般の法律行為ならば無効原因とされるような重大な瑕疵が、或る特殊の法律行為については取消原因とされるというのは、身分行為に多くその例を見る(民744・748・803・808等)。社団的行為と身分的行為との間にはその他にも近似点が見られる場合が少くないが、之もまたその一つとしてよいであろう。特にその効果が既往に遡及しない点まで似ていることに注意すべきである」とされるが、この立言は会社の設立無効がその原因の面からでなく、その効果の面から見るならば「無効というよりは、寧ろ極めて緩慢な取消とでも言ったらよいような」本質をもっている点に着眼されたものである。従って、それは婚姻取消との類比であって、婚姻無効との類比ではない。

(3) 婚姻と株式会社との社会的対比は、既に Tönnies: *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1922), SS. 3~4 に見られる。新明正道・ゲマインシャフト(昭和16新版), 10頁。

I		表見株式会社				表見上の婚姻(仮装婚)				
						A 型		B 型		
要件	設立行為(定款)	実質上 瑕疵あり 形式上 瑕疵なし	実質上 瑕疵なし 形式上 瑕疵あり	実質上 瑕疵あり 形式上 瑕疵あり	締結行為(契約)	実質上 瑕疵あり 形式上 瑕疵なし	実質上 瑕疵なし 形式上 瑕疵あり	実質上 瑕疵あり 形式上 瑕疵あり		
	商登記簿	設立の登記あり				婚登記簿	締結のあり	締結のなし	締結の登記あり	
効果	相 対 無 効 (特別な手続を要す)					相 対 無 効 (特別な手続を要す)				
	国 家	登記裁判所及びその上級地方裁判所による 職権抹消 (非訟法144Ⅰ 株式法216Ⅲ)				国 家	検察官による 無効の訴 (民法典1329 民訴法 632)			
	私 人	各株主、取締役員及び監査役員による 無効の訴 (商法典309 株式法216Ⅰ)				私 人	各配偶者及び重婚の場合には前婚の配偶者による 無効の訴 (民法典1329 民訴法 632)			
	果	準解散(商法典311Ⅰ 株式法218Ⅰ)となるだけで 無効不遡及					想定婚となる場合(民法典 1345)あるも 遡及的無効			
	治癒しうる (商法典310 株式法217)					治癒しうる場合あり (民法典1324Ⅱ, 1325Ⅱ, 1328Ⅱ)				
II		登記されない株式会社				不成立婚				
要件	設立行為(定款)	実質上 瑕疵なし 形式上 瑕疵なし	実質上 瑕疵あり 形式上 瑕疵なし	実質上 瑕疵なし 形式上 瑕疵あり	実質上 瑕疵あり 形式上 瑕疵あり	締結行為(契約)	実質上 瑕疵なし 形式上 瑕疵あり	実質上 瑕疵あり 形式上 瑕疵あり		
	商登記簿	設立の登記なし				婚登記簿	締結の登記なし			
効果	絶 对 無 効 (特別な手続を要せず)					絶 对 無 効 (特別な手続を要せず)				
備 考	実質上の瑕疵とは、 定款の必要的内容(商法典182Ⅱ) (株式法 16Ⅲ)が 実質上の効力要件を具備しない場合 であつて、商号又は所在地の不適法 な選定、禁止違反の事業目的設定、 発起人の全部又は大部分の無能力な 点である。 形式上の瑕疵とは、 定款の必要的内容が形式上の効力要 件を具備しない場合であつて、書面 に作成・記載されないことである。					実質上の瑕疵とは、 契約が実質上の効力要件を具備しな い場合であつて、血族又は姻族間の 違法な婚姻、重婚、相姦婚、家名冒 用を目的とする婚姻、当事者の無能 力(民法典1325) (～1328)などである。 形式上の瑕疵とは、 契約が形式上の効力要件(民法典 1317)を 具備しない場合であつて、戸籍吏に 面前表示が受理されないことである (民法典1324)。				

される二者の要件又は効果にはむしろ相反したところすらないではない。これらの対照的相違は何とか釈明されなくては、ただ漠然たるムードとしての類同性に法学が安住することになりかねない。というのは、そこに釈明しがたい根本的差異がひそんでいるかも知れないからである。⁽¹⁾

先ず表Ⅰにおける要件の顕著な相違点をあげれば、表見株式会社は登記を常に要件とするのに、表見上の婚姻はB型仮装婚の場合にのみ登記を要件とするだけで、A型仮装婚の場合には登記の有無を問わない。これは一応株式会社については登記が形式的成立要件とされるのに対して（商法典200條
株式会社34條上），婚姻については登記が形式的成立要件でなく、既に成立した婚姻の記録にすぎないからであるといえよう（民法典1818條）。婚姻の形式的成立要件は戸籍吏の面前における合意の表示であって（民法典1817條），A型仮装婚の場合にはこれが完備している以上、登記がなくとも、ネェンデュルップのいわゆる「官庁に作用する法外観」があるために、裁判官にとっては婚姻が成立しているように見えるのである。表見株式会社においても、登記という株式会社の形式的成立要件が完備しているのだから、A型仮装婚の要件に比べて法理的な相違はない。

問題はむしろB型仮装婚との類比にあるというべきだろう。なぜなら、そこで要件とされる登記は前述の通り婚姻の形式的成立要件ではないからである。しかし、裁判官に対する法外観効果が発生するためには、法実在の形式的成立要件が常に完備していなければならぬという、前述命題への逆説は必ずしも成功しないのであって、要は裁判官の眼から見てネェンデュルップのいわゆる「法実在らしさ」があれば足りる。ここに、婚姻の形式的成立要件ではないけれども、裁判官への機能的意味でこれに匹敵するものとして婚姻締結の登記を要件とするところの、B型仮装婚の存在理由がある。とすれば、A型仮装婚の場合にも、真正の婚姻が成立する形式的要件が完備していること自体よりも、

(1) ここで、われわれは「法学における類比の役割」という大問題に入るつもりはないが、婚姻も株式会社も共に「制度的結合」であるとする類比も法学の一派では行なわれていることを忘れてはならない。Renard: *La philosophie de l'institution* (1939); *La théorie de l'institution* (1930). 小林珍雄訳・制度の哲学（昭和16），14頁以下，とくに17頁，25頁以下。「制度的結合」の概念については，Renard: *Anticipations Corporatives* (1937), pp. 3~19.

そのことの機能的意味が重要なのであって、表見株式会社の要件である登記もこの意味に理解されなければならない。

このように見てくると、表見株式会社と表見上の婚姻とのあいだに要件の顕著な相違はないのであって、いずれも裁判官に対し作用する法外観を要件としている。あとは、この法外観によって補われる法律行為の瑕疵が若干異なる点だけが問題である。これは、次のように説明されよう。法外観が発生するのは、法律行為が不成立のときである。ところが、前者の法外観は常に設立行為に外在するのに対し、後者の法外観には締結行為に内在するA型と外在するB型とがある。従って、不成立の原因は前者においては設立行為の実質と形式とのどちらに存するにせよ、とにかく存すればよいわけだが、後者においてはA型かB型かによって締結行為の実質と形式とのどちらに存すべきかを区別しなければならない。しかし、どの場合にも法外観が補うのは法律行為の本来的成立要件の欠缺ではなく、その前提的効力要件の欠缺である。⁽¹⁾

次に、表Ⅱにおける要件の相違点は一日瞭然である。登記されない株式会社は設立行為に実質上も形式上も瑕疵の有無を問わないけれども、不成立婚は締結行為に実質上瑕疵があるかないかを問わないだけで、形式上瑕疵があることを要件とする。これは両者に共通する登記欠缺という要件の意味するところが全面的に同じでないからである。すなわち、株式会社は登記を欠けば、不成立であるとともに成立の法外観をも欠くから、設立行為の瑕疵がどうあろうとも絶対無効であるが、婚姻は登記を欠くだけでなく、締結行為に形式上瑕疵があるのでなければ、不成立であるとともに成立の法外観をも欠くといえない^(民註典 1824條)。絶対無効の要件としては、法実在が不成立であることと、成立の法外観が発生していないこととの、二つが必要にして充分なものである。

(1) Vgl. Oertmann : a. a. O., S. 461 ; Rechtsbedingung (1924), S. 1f. 納富・前掲, 323 頁以下参照。エルトマンによれば、法外観は法律行為的取引において本来的成立要件の欠缺 (eigentliche Tatbestandsmängel) を補うものでなく、ただ前提的効力要件 (Wirksamkeitsvoraussetzung) の欠缺を補うだけであるとされる。でなければ、法外観により法実在が本来的にも成立したことになるであろうから、彼の立言は正当であると思われる。しかし、彼はネーデルラップと異り、その立言を官庁に作用する法外観にまで推及しようとはしない。しかし、それは広義の法外観説のもとでは可能なはずである。

以上の分析によって明らかなように、表Ⅰ・表Ⅱとも対比される二者のあいだに法理上要件の基本的な差異がないことを示す。ネェンデュルップがそこに見いだした共通の法外観は、要約すれば、法律行為成立の前提的効力要件の欠缺を補うものとして裁判官に作用する法外観である。従って、特別な手続により打破されないかぎり無効となしえない性質、すなわち相対無効である。それは真実には法律行為が不成立であるのに、打破されるまでは成立しているかのように効力をもつのである。表Ⅱはそのことの反面を裏書きしたもので、そのような法外観が存在しない場合の法律行為不成立が絶対無効であるのは、自明である。しかし、問題は、そのような法外観が存在する場合の法律行為不成立が相対無効であることの、全意味内容にある。もしも特別な手続によらねば無効となしえないという相対無効の消極面だけが二者のあいだに対比されているのならば、われわれの議論もそれで終ってよい。けれども、表Ⅰで対比された二者の効果を全体として見れば、相対無効といっても、その積極的意味、つまり特別な手続によって無効となった場合の無効の意味するところが、二者のあいだで顕著に相違していることがわかるのである。

すなわち、表見株式会社の無効は将来に向ってのみ開始するのに反し、表見上の婚姻の無効は既往にまで遡及する。二者の効果におけるこの対照的な相違は、恐らく法理上本質的な差異として受取られるべきもので、ネェンデュルップもそこにまで類比を強行するつもりはなかったのかも知れない。しかし、治癒可能性についてすら類比を明言しなかったネェンデュルップが準解散(商法典811條1項
株式法216條1項)を想定婚(民法典1345條)と明らかに類同視しているところからすれば、彼は二者の本質的差異を十分に自覚していたようにも思われないのである。このことは、彼が「官庁により又は一定の私的権利者により無効の確認が訴求されうる」(學点)ところに表見株式会社に対する仮装婚の類同性を先ず見いただしている点に、最も確からしく窺われる。つまり、表見株式会社の場合における法外観排除のための特別な手続は、仮装婚の場合におけるそのように、確認訴訟の特殊なものにすぎないと考えられている節がある。

(2) 確認訴訟か形成訴訟か。

およそ裁判というものが常に判断作用としての面をもつかぎりで、いかなる

訴訟も確認訴訟として構成できないことはない。しかし、それでは訴訟の正しい目的観に反することになるであろう。ここに、給付訴訟・確認訴訟・形成訴訟という訴訟類型の機能的三分化が歴史的に発展してきた理由がある⁽¹⁾。そして当面の問題についても、これを確認訴訟ではなく形成訴訟として把握しようとする立場が有力となりつつある。とくに、準解散という将来に向っての法律関係の形成に核心があると見られる表見株式会社の無効は、その展望的なものである点で、いわば回顧的な仮装婚の無効よりも一層強力に形成無効の範疇に引き入れられつつあるようである⁽²⁾。そこに、裁判の創造的契機を強調することは裁判のもつ他の一面、すなわち国家の文化的使命を遂行するための意思作用を道破していることを否定できない⁽³⁾。それにも拘わらず、この点をあまりに強調することは、裁判の本質の認識を超えて特定の非合理的な国家像に奉仕する別な一面観に墮する虞れがある。

そこで、ネェンデュルuppが表見株式会社の準解散に与えた法理的構成を再び注目しなければならない。彼はそれを会社存在の法外観に対する株主又は第三者の信頼保護に方向づけているが、この信頼という事実は立法者によって裁判上もはや覆えしえない推定のもとに置かれるのであって、彼が別のところで用いている言葉によれば、そこには「訴訟以前の効力を与えられた権利の事実的外観」があるというべきである。これは「法創造に当り客観的判定者としての法協同体のために抽象的に存在する権利の事実的外観」の一種であって、法協同体がこれを攻撃する者あるを不都合と見るほどに強度の外観であるために争訟の目的物の範囲から除去されたものと理解される。そのかぎりでは、準解散による清算会社の法人格は準解散までの会社存在の法外観とは異って、初めから別の次元に会社存在の法外観として発生していたものである。いいかえれば、前者は法創造に当り客観的判定者としての法協同体のために抽象的に存在する法外観であるが、後者は法運用に当り客観的判定者としての裁判官のため

(1) 三ヶ月章・民事訴訟法（法律学全集35，昭和34），36頁以下。

(2) Ritter : AG § 218 Anm. 1 ; Godin : AG § 218 Anm. 1 : Schlegelberger-Quassowski : AG § 216 Anm. 7.

(3) 中島弘道・裁判の創造性原理（昭和16）。

に具体的に存在する法外観である。⁽¹⁾

形成無効の法理は前者を後者の次元に引き降ろして説明しつくそうとするもので、訴訟法上のドグマとしては理解しえても、法構造全体の洞察に欠ける憾みがないではない。むしろ、表見株式会社における会社存在の法外観は第一次的には法協同体に作用するのであればこそ、第二次的には裁判官に作用するのであって、その場合に第一次的な法外観効果の射程距離が第二次的な法外観効果の打破された後にも残存しうることは、法の段階的構造に内在する論理的必然ではなからうか。とすれば、会社の無効をめぐる確認訴訟か形成訴訟かの理論闘争も、婚姻の無効をめぐる同類の理論闘争と同じく、結局は法協同体に作用する法外観効果の残存射程距離の問題に帰着するであろう。そして、会社無効の場合には法協同体の次元に残存する法外観の効果が強いのに対して、婚姻無効の場合にはそれが弱いということが、一般論としては認められるかも知れない。なぜならば、既に裁判官にとっては排除された法外観としての表見株式会社を法協同体にとっても解消するのには、この高度に組織化された団体に対して株主又は第三者がよせる一般的信頼を考慮に入れて、画一的に処理することが望ましいからである。⁽²⁾

表見上の婚姻では、ネンデュルップも書いているように⁽³⁾、無効と確定しても、将来に向っての婚姻解消と既往に遡っての婚姻存続とを想定する特別な取扱いは画一的なものでなく、当事者一方の善意と他方当事者の悪意とを要件とする前者の請求訴訟とされている<sup>(民律典18
49條1項)</sup>。そこに、法協同体にとって残存す

(1) 拙稿「レヒツシャイン法理の構成」, 前掲90頁。このあたりに、最近の訴訟法学が問題とする「実体法と訴訟法」の構造的連関があると理解されるが、これを「裁判」という場面でのみ基礎づけるとすれば、一旦は強調された形成無効の意義が再び薄れ去ってゆくような感じがするのである。三ヶ月・前掲45頁以下にも「形成力なるものの本質は必ずしも明瞭でない。裁判の効力の一つといっても、既判力・執行力が……いわば訴訟法上の効力とみられるのに対して、やや異質的なものであることは明らかである。むしろ法秩序が、こうした裁判に結びつけた特殊な効力であって、構成要件的效果の一つとみるか、少くともそれに本質的に類似する効力とみるべきものであろう」とされる。

(2) 画一的処理の要請は、無効判決の対世的効力を理由づけるだけでなく、準解散の成立が株主又は第三者の善意・悪意を問わないところにも、働いている。後者のことは、わが国では指摘されていない。鈴木・前掲, 68頁参照。

(3) Naendrup: „Rechtscheinswirkungen im Aktienrecht,“ S. 829.

る法外観効果のいかに弱いかを示されている。表見株式会社は無効と確定しても、株主又は第三者の信頼が覆えしえない推定のもとに置かれたのに、想定婚においては当事者一方の信頼は「訴訟以後の効力をしか与えられていない権利の事実的外観」である。これは当事者以外には容易に知りえない内部的実質的要件であるからで、一旦無効と確定したあとの訴訟手続の再開にも比すべき請求訴訟によって、婚姻存在の法外観の残存効果を容認しようとする法協同体の譲歩的立場を物語る。従って、想定婚を単純に表見株式会社の準解散と類同視するわけには行かない。

このように見てくると、無効訴訟の形成力は構造的なものであって、第二次元の法外観が排除された後に残存する第一次元の法外観をどのようにして更に排除するかの問題である。もしも第二次元の法外観が相当の長期にわたって排除されなければ、第一次元の法外観はそれだけ強化されるわけで、これが出訴期間法定の趣旨でもあるし、またその出訴期間経過後には公権的な排除手続しか残されない理由でもある⁽¹⁾（債III項）。従って、確認訴訟か形成訴訟かの争いは、広義の法外観説に立つかぎり、消去されるように思われる。わが国では、現在多数の商法学説は設立無効の判決を形成判決であると解しているが、婚姻無効の民法通説は当然無効をもって論じ、その訴を依然として確認訴訟の類型に収め取ろうとしている⁽³⁾。ところが、民事訴訟法学者のなかには、前者を将来に向っての形成無効、後者を既往に遡っての形成無効と解し、両者とも形成訴訟の範疇に含ましめる者が多い⁽⁴⁾。われわれとしては、民事訴訟法上の多数説に与するとしても、なお第二次元的にはその無効訴訟を確認訴訟と理解して差支えがないと考える。

(1) わが商法 428 条 I 項では出訴期間を 2 年内と定めていて、ドイツ株式法の定める 5 年の出訴期間よりも可成り短くしてあるが、ドイツの場合と更に異って公権的な設立無効の手続を規定していないことを併せ考えると、2 年という法定の出訴期間は短きに過ぎないかとも思われる。勿論、わが非訟法 151 条の 2 では設立無効の職権抹消ができることになっているが、設立無効の原因が直ちに職権抹消の理由となりうるかは疑問である。津田・前掲、331 頁注(3)参照。

(2) 津田・前掲、345 頁参照。

(3) 我妻・親族法（法律学全集 23，昭和 36），54 頁参照。

(4) 三ヶ月・前掲、52 頁以下参照。

(3) 広義の法外観説について。

最後に、冒頭に立ちかえって、シミティスが法外観説に投げかけた批判に答えよう。以上に見た通り、「事実上の会社」問題を解明する法外観説の立場はいわゆる善意取得の法理におけるような狭義の法外観概念にもとづくものではない。ネェンデュルップが他のところで用いた言葉を藉りれば、⁽¹⁾ 後者は「主観的判定者としての法仲間のために具体的に存在する権利の事実的外観」にすぎない。それは法構造の段階では第三次的に初めて登場するものであって、法協同体が法創造に当り、そこまで譲歩するかどうかは、個々の問題の特殊性による。シミティスのいわゆる法外観説とは、彼がネェンデュルップの一部文献を引用しているにも拘わらず、単に「善意の第三者」を保護するのに与因主義を組み合わせた外観主義をもってする狭義の法外観説であったようである。当事者の外面関係における会社存在の推定を説明しえても、当事者の内面関係におけるそれを正当化しえない、と彼がいうとき、放たれた批判の矢は初めからの的を射る方向になかったのである。

厳密に言えば、狭義の法外観説をもってするかぎり、当事者の外面関係においてすら会社存在の推定を説明しきれない筈である。なぜならば、そこでは単純に「善意の第三者」が保護されるべく問題になっているのではないからである。従って、この問題に法外観説がかかるとすれば、広義のしかも最広義の法外観概念をもってするものでなければならない。わが国でもこの問題が論じられるとき、「会社が設立登記によって外観上有効に成立する⁽²⁾」とか、或は「設立登記が全然ない場合は、会社成立の外観も存しない⁽³⁾」とかいわれるが、それらのいわゆる「外観」とはどのような機能的意味をもっているのかを、われわれは反省したいと思うのであるが、今は紙数も尽きた。他日の補完を期して、ひとまず筆をおく。

— 1962・5・3 —

(1) 拙稿「レヒツシャイン法理の構成」、前掲98頁。

(2) 鈴木・前掲、66頁、68頁。

(3) 田中誠二・新版会社法（再全訂版、昭和36）、120頁。