

商業登記のレヒツシャイン

—— 商法總則を中心として ——

喜 多 了 祐

ま え が き

營業法としての商法は、われわれの理解では、營業組織法と營業行爲法とから成り立つてゐる。わが商法典の第一編總則は第二編の会社營業組織法に對して店舗營業組織法の主要部分を規定したものととして、營業組織法の一般法乃至原則法たる意義を有する。⁽¹⁾そこには營業組織の構成内容と共にその表現形式が規定されている。

營業組織の表現形式は、商法總則の規定する限りでは、店舗設備と商業登記とである。營業の存在及び活動の基礎は前者によつて自然的に表現され、後者によつて技巧的に表現される。いわゆる公示方式に屬するものは後者であるが、前者もまた外部から公衆が營業組織の基礎的要素を認識しうる事實であるから、公示方式といえないことはあるまい。このことは恰も不動産登記に對する占有におけるごときである⁽²⁾と考へる。だからこそ、店舗設備のうち重要なものについては、その外部的事實の發生又は存續せしめる外觀に對し公衆の信頼を保護するために、商法は特別の規定を幾つか置いているのである。⁽³⁾商業登記はかかる自然的な外部的事實と異つて、國家權威の下に技巧的に作られた

外部的事實であるから、營業の存在及び活動の基礎を法的に顯現すると同じくいつても、その明確性、外觀の客觀的信憑性の點で遙かに越えるものがある。従つて、もしもその形式的に表現するところを實質的に裏付ける眞實が存しないならば、外觀への信賴を保護すべき必要はそれだけ大であるといわねばなるまい。商法もこの趣旨で商業登記に強度の外觀的効力を附與していると理解される。その理解の據點をわれわれはレヒツシャイン法理に求めたい。

商業登記の効力に關する主要な規定は商法總則に見出されるので、本稿はそれを中心にして商業登記のレヒツシャインを考察することとした。レヒツシャイン法理はその發祥の地ドイツにおいて主に民法の世界で華かな實績を残しているが、高度の流通性を要求する商法の生活關係において現代營業の占める勢力地位と危險支配の現實を直視するならば、利益較量の見地からもこの領域における信賴保護の切要を感じることであろう。⁴⁾ わが商法學者の外觀理論は手形・小切手等の有價證券にレヒツシャイン法理を展開するにすぎないが、⁵⁾ われわれは商法固有の領域にこそレヒツシャイン問題が山積すると信ずるものである。商業登記のレヒツシャインはその最も重要な問題の一つたるを失わない。一般登記たる民法上の不動産登記におけると異つて、商業登記における信賴保護の問題はいわゆる公信力の問題としてわが商法の解釋論に既に登場している。⁶⁾ しかし乍ら、信賴保護の問題は公信力の問題よりもつと廣い領域を有し、もつと深い基礎に立つと考える。敢てわれわれが公信力の語を避けて、レヒツシャイン法理を商業登記の全面に展開しようとする所以である。

(註一) 米谷「商法概論—營業法」參照。

(註二) Vgl. Wellspacher, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906, S. 21f.

(註三) 第七條第二項(後見人代理權の制限)、第二三條(名板貸人の責任)、第三八條第三項(支配人代理權の制限)、第四二條(表見支配人の權限)、第四三條第二項(中級使用人代理權の制限)、第四四條(下級使用人の權限)等が總則規定として主要なものであるが、この外にも外觀に對する信賴保護の規定と解せられるものがあり、更に規定はなくてもそのような見地から解決

すべき問題が商法總則には多々存在する。いわゆる表見商人の問題、代理商への授權範圍の問題のごときである。

(註四) Müller-Erbach, Die Rechtswissenschaft im Umbau, 1950, S. 65.

(註五) この方面における最近の文献として、河本一郎「有價證券におけるレヒツシャインヤーコピを中心にして」神戸法學雜誌二卷四號がある。

(註六) わが民法では不動産登記簿の公信力を全然認めないのに、わが商法では商業登記簿の公信力を或範圍で認めているというのは、丁度ドイツ民法の場合と逆であるといえよう。しかしドイツでも、土地登記簿の公信力は實際上狭められる傾向にあるのに對し、商業登記への信頼は積極的に保護される方向に發展してきているのが商法解釋の實情である。Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 101.

商業登記は公示主義の最も發達した技術であり、營業組織の諸要素のうち重要なものを登記事項として法定し、これの該當事項を登記所に備え付けてある商業登記簿に法定の手續に従い登記せしめることによつて、公示の目的を達成する方法である。登記事項は、營業存在の主體的基礎たる人格、營業活動の人的基礎たる機關、又その物的基礎たる財産といつた營業組織の基礎的要素の全面に亘つて法定されているが、会社法と店舗法とは異なるものがある。会社法は店舗法の進化したものであるから、そこでの登記事項も複雑且つ廣汎である。¹⁾とくに營業人格の所在は会社法上においてのみ登記事項として問題となる。これは、店舗營業にあつては營業の主體たるべき者が既に法律上の人格者として存在しているのに對し、会社營業にあつては設立の登記によつて法人格を取得するまでは營業に關する權利・義務の歸屬する中心が存しないからである。店舗法上の登記事項は、従つて、營業機關と營業財産とに關するものにとどまるが、しかも尙会社法上におけると異つて、それらの局部に限られている。いうまでもなく店舗と会社と

4
 では營業經濟社會における重要性を異にするからであるが、局部的にもせよ店舗營業の組織に關する重要事項を商業登記の方法によつて國家權威の下に對外的に明確化することは、營業の信用性を高め、營業の持続性を強める實益があるといわねばならない。

いかにも、かかる公示方法に介入する國家の立場は現行法上では當事者申請主義を原則とし、また登記審査權に絶對的なものを望みえない限りにおいて、國家の果す役割は後見的な事務處理の域を殆ど出るものではないともいいうる。加えるにその手續は登記及び公告の併用という煩瑣の難點もあつて、ここに民間公示方法の發達が促される結果となつてゐる。⁽³⁾とくに会社法では会社營業の社会的意義に鑑み、主として計算關係の公示方法として、貸借對照表の公告強制(商法第二八三條第二項、第一六六條第二項等)、計算書類の閲覽制度又はその謄本・抄本交付請求制度(商法第二八〇條)のごときを規定している。⁽⁴⁾しかし乍ら、商業登記の公示的効力を問題とする限り、われわれはレヒツシャイン法理の適用によつて商業登記の目的とするところを或程度補完しようかと考へる。のみならず、用紙及び印刷に關する戦後の特殊事情のためとはいえ、公告省略の暫定措置下にある今日では、登記のときに登記及び公告があつたものと看做されることになつてゐるから(昭二四法一三七號「法務局及び地方法務局設置に伴う關係法律の整理に關する法律」附則九、一〇)、手續上煩瑣の難點も結果的には可成りに解消したのであつて、それだけに現行の制度を法律解釋により補充して足るものがあるならば、むしろこの方面にこそ努力を傾けるべきではなからうか。

(註一) 商法第六四條、一四七條、一八八條、有限法第一三條等を見よ。

(註二) わが國の判例及び通説は登記審査權について形式的審査主義を採つてきたが、このような見解の下では勿論のこと、よしんば近時の有力説たる實質的審査主義によるとするも、登記審査權が絶對的なことは望まれない。蓋しこの説の論者によれば、登記事務取扱者は申請内容の眞實・不眞實にまで立入つて審査する權限を一般に有するが、疑いない場合の審査は權限濫用であると解したり(西原「日本商法論」第一卷二八五頁)、或は實質的に審査すべき權限は常に有るが、ただ疑いの存する場合に

は審査すべき義務もあると解するのであつて(田中誠二「商法總論」二一七頁)、そこに疑いの存否をめぐる相對的なものを殘しているからである。所詮は、ギルケのいうように、登記官吏の機智と責任感との問題といふことになる。J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 6. umgearbeitete Aufl., 1949, S. 54.

(註三) 立法論としては、行政的監督の下に經濟團體をして登記事務を取扱わしめるような方法も考えられよう。イタリヤでは一九二五年の改正草案第二二條が裁判所の監督の下に登記事務を全部商工會議所に委ねようとしたことがある。沿革的にも商業登記簿は中世イタリヤの諸都市における商人團體員名簿(matricula)に起源するといわれる。Max Rintelen, Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregisters, 1914, S. 1f.

(註四) 實方「商法學總論」一七五頁。

商業登記の効力を公示性の上に規定するとして、立法政策上問題になるのは登記事項をめぐる實在(Sein)と外觀(Schein)との齟齬である。蓋し登記事項が眞實の通りに表現され、表現された通りに周知されるものならば、敢て登記という公示方式を採らなくともよいわけであり、假に登記すべきであるとしても、それは公權的確認の意味にすぎないからである。そこに登記の「効力」として何ものかを規定しようとする限り、眞實と異なる外觀の存在する場合があることを念頭に置いているのでなければならぬ。かような場合として、われわれは次の三つの場合を考へることが出来る。

- (一) 登記事項が眞實と異なる外觀を表現する形式で登記された場合。
- (二) 登記事項が眞實の通りに登記されたけれども尙これと異なる外觀が殘存する場合。
- (三) 未だ登記されない登記事項が眞實と異なる外觀を殘存せしめる場合。

元來商業登記は營業組織の基礎的要素の眞實なる表現形式であるべきであるが、登記簿上の表示は必ずしもそれを

望みえないのであつて、ここに不實登記の効力の問題を生ずる。不實登記は表示の本質論からいつて無効であるのは當然であるが、政策論として考えると、その表示は眞實らしい外観を呈するのであるから、これを眞實として取扱うような効力の附與が望ましい。⁽¹⁾ただこの場合にレヒツシャイン法理の構成要件と適用範圍とを嚴密に考慮して論定すべきであるとわれわれは思う。

先ず第一に、登記された不實の事項は法的信憑性ある外観でなければならぬ。⁽²⁾蓋し「登記が商法・有限会社法又は非訟事件手続法の規定によつて許すべからざるもの」であるときは、たとい眞實の事項であつても、抹消されるのであるから、外観上登記能力なき事項は始めから論外である(非訟法第一四八條ノ二、第一五一條ノ二乃至四)。しかし外観上登記能力ある事項の登記もまた登記原因を存しない以上は不實の登記として抹消されるべきである。⁽³⁾ただ、それは抹消されるまでは外観の法的信憑性が一應あるから、支配人の選任のごとく登記義務を伴う事項の外観であるうと、個人營業の商號のごとくたんに登記しうるのみのいわゆる相對的登記事項の外観であろうと、世の信賴に應へるような取扱を必要とするのである。しかも外観と眞實との齟齬は登記簿上に表示されたところの全部について存しなくとも、その存する限度においてレヒツシャイン法理の適用が問題になると考える。この場合、「登記に錯誤又は遺漏」ありとして、登記の更正が行われるけれども(非訟法第一四八條、第一五一條ノ六)、更正があるまでは、不實登記の効力を問題としなければなるまい。

第二に、登記された不實の事項に附與される効力は登記そのものの効力である。⁽⁴⁾一般登記と異なる商業登記獨特の公示方法として、登記した事項は登記所において遅滞なく公告することを要するのであるが(商法第一一條第一項、商法規第三九條、非訟法第一四四條乃至第一四六條)、不實の登記は公告の有無に拘らず効力を論すべきである。蓋し公告の有無は、眞實の事項について第三者の悪意を公告の了知可能の範圍内で一般的に擬制しようとする場合の政策

的な問題であつて、不實の事項の問題ではないからである。従つて、公告の内容もまた問わないのであつて、登記が不實であるのに公告が眞實であつたとしても、それは不實登記の問題であることに變りはない。しかもこの場合には公告がなかつたものと看做されること、恰も登記が眞實であるのに公告が不實である場合と同斷であるとされるから(商法第一一條第二項)⁽⁶⁾、公告の眞實なる故をもつて登記された事項の不實を第三者が知つたものとなすことはできない。尤も公告省略の今日では、この點は一應問題でない。

第三に、登記された不實の事項が登記簿上に表現する外観は第三者のために働く場合と裁判官のために働く場合と法協同體のために働く場合とで効力を異にすべきである。⁽⁶⁾不實事項の登記による外観は、それが特に強度であつて、一般人の個別的否認を許すことが不都合と認められるときは、法協同體によつて訴訟上の争いから除去され、訴訟以前の形式的効力を附與される。裁判上反證を擧げて覆すことをえない法律上の推定(*praesumptio iuris et de jure*)なるものがそれであつて、⁽⁷⁾勿論一定の制限内においてのみ承認せられる。これに對し、それ以外の不實登記のすべての場合に亘つて、一般的に承認される訴訟上の効力がある。即ち不實事項の登記による外観が裁判官のための推定(*richterliche Vermutung*)を生ぜしめるのである。⁽⁸⁾従つて訴訟においてその外観が援用された場合に、これを否認しようとする者の側で反對の證據を擧げなければならない。最後に、訴訟以後の實質的効力を附與された外観が不實登記の或場合に限つて存在する。これは、商業登記簿の公簿としての信憑性が損われるべき原因が公簿の荷手たる登記所になく、抑々當事者の側にあるという場合であつて、この故に私的責任の問題として第三者の私的信頼に對する保護を論じなければならぬ。その責任とこの信頼とは事實と法規にもとづく裁判官の認定の問題である。一般にこれを公信(*öffentlicher Glaube*)の問題と呼んでゐるが、われわれは商法におけるレヒツシャイン法理の典型的な適用例であると考える。⁽⁹⁾次にこの三段階の區別に従つて、不實登記の外観的効力(*Rechtsscheinwirkungen*)

を分説實證しよう。⁽¹⁰⁾

(註一) 商業登記簿上の表示 (Handelsregisterklärung) を一種の表示行為と見ることは不可能ではない。この点については、前述する。ところで、意思表示における表示行為もまた政策論として獨立の効力を附與されるのであつて、意思なき表示が本質論的に意思表示であるというのではない。この意味でいわゆる表示主義 (Erklärungstheorie) は外觀理論 (Rechtsscheintheorie) と異り、極端の説であるようにわれわれには思われる。拙稿「ヤコビの意思表示概念」商學討究三卷四號、「ヤコビにおける意思表示」のレヒツシャイン「同四卷一號。尙、岡川「表示の公信力」法商研究一卷二號八八頁參照。

(註二) 外觀の法的信憑性 (Gesetzlich anerkannte Zuverlässigkeit) を強調したのはネエムアエムである。Naendrup, Rechtsheinforschungen, 1912—Heft 1: Begriff des Rechtscheins und Aufgabe der Rechtsheinforschung, S. 4. しかし彼はそこでは不實登記の外觀として土地登記簿上の登記の外觀をしか擧げていない。彼の論述は主として民法に關するものであるから、この点は己むをえないかもしれないが、不動産登記簿と商業登記簿とは登記事項に大いに異なるものがあるから、外觀の法的信憑性の實際上の問題性にも若干差があると考へられる。というのは、不動産登記簿の登記事項は少數且つ簡單で、しかも強制的であるが、商業登記簿のそれは複雑且つ多様で、しかも非強制的なものもあるからである。ここに取て外觀の法的信憑性の問題として登記された事項の外觀上登記能力ありや否やを論じなければならぬ所以がある。ネエムアエムはこの点には論及していない。換言すれば、彼は外觀が法的信憑性ある場合のみを詳論して、その法的信憑性なき場合を検討していないのである。土地登記簿の實際上の安定性に頼りすぎた論述といふべきか。商業登記簿はこれに比べて不安定であり、登記能力なき事項の登記も實際上覺悟しなければならぬものがある。ここからして、土地登記簿には公信力を認めても、商業登記簿にはこれを認めえないとも主張せられる向きがある。Locher, Zur Publizitätsfunktion des Handelsregisters, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht für Heymann, Bd. 62, S. 589.

(註三) 例えば、未成年者は許可なくして營業をなすことをえないが (民法第六條第一項)、許可をえたとして未成年者登記簿に登記した場合には (商法第五條)、その抹消あるまでは法的信憑性ある外觀が存在する。勿論、詐術を用いて同意書を偽造した場合としなかつた場合とでは、外觀に附與される効力に差異がある。この点で民法第二〇條を商法上無視することはできない。

(註四) このことは一般に認められている。西原・前掲三〇〇頁。ただ、一般のいわゆる登記の推定力や公信力についても、このことが認められる点を、われわれは注意したい。

(註五) 野津博士はこの点を判明に、「公告が登記と相違するときは、その何れに誤があつても、公告なかりしものと看做される」と解しておられる。同博士「新商法大要」新訂版上巻四七頁。

(註六) これはネエンデュルツのいわゆる「法仲間のために存在するレヒトシャイン」「裁判官のために存在するレヒトシャイン」「法協同体のために存在するレヒトシャイン」の三部構想にわれわれが範をとつたものである。詳細は、拙稿「レヒトシャイン法理の構成」現代法學の諸問題七二頁以下参照。

(註七) これを「擬制」(Fiktion)と觀念するのは誤りであると、ネエンデュルツはいう。Naendrup, a. a. O., S. 20.

(註八) Derselbe, a. a. O., S. 13.

(註九) 公信力というときは、外觀への信頼者を保護する面のみを考えていることになり、片手落ちてある。外觀への與因者に歸する面をも併せ考えるのがレヒトシャイン法理の構成である。この故にネエンデュルツは公信力の語を unglücklicherweise sogenannt と評しているのがある。Derselbe, a. a. O., S. 2f. われわれも既に一言したごとく、この語を避けたいと思う。なければ、「第三者保護の点より言えば、公信力は一切の不實の登記に及ぶべき」ことになるからである。西原・前掲三〇二頁。これは法理として許されない。

(註一〇) 外觀的効力の語をかかざる廣義に使用することは、外觀論者のすべてに共通してはいない。例えば、納富博士はマイアの所説に據りつつ、「推定は法が客觀的基礎に附着せしめた効力であり、レヒトシャインは之に反し、客觀的基礎に基きて善意者との間に於て直ちに發生するものである」との發生的説明をされる。納富「手形法に於ける基本理論」三四五頁。われわれがこのような見解に反對であることは既に他の機會に度々述べた。拙稿「レヒトシャイン法理の構成」前掲九二頁参照。

(1) 實體法上の補完的効力。登記の前提要件に欠陥があるために登記された事項が不實であるのに、これが法律によつて正當なものと同様な効力を生ずる場合がある。その効力をドイツの學者は補完的効力 (heilende Wirkung) と呼んで、次の二つの場合にこれが認められるとする。第一がドイツ商法典の第五條によるいわゆる表見商人 (Scheinkaufmann) の場合である。第二はドイツ株式法の第二一六條による株式会社の登記の場合である。⁽¹⁾ 後者はわが商法典上にも相當規定があり、且つ会社法に關するものであるので、本稿では詳論を避け、差當りわが商法典に

ついで見れば、次の三種のものを擧げることができよう。即ち一定の事由に基く無効乃至取消の主張は承認されず（商法第一九一條）、一定の取引に關して無効乃至取消の判決は効力がなく（商法第一一〇條、第一三六條第三項、第一四二條、第四二八條第三項）、また一定の期間を経ては無効乃至取消の訴を提起できない（商法第一〇五條第一項、第一三六條第一項、第一四二條、第四二八條第一項）。これらは登記の前提事實に存する瑕疵が登記によつて治癒されうる限度を示すのであり、この限度において瑕疵の主張はもはや許されないのである。つまり實體法上その会社の登記は不實であつても正當なものと看做されるのである。これらに共通していることは、設立の登記、合併の登記といつた設權的効力ある登記の外觀が問題になつてゐる點である。この外觀はそれとして強度であるが、更にこれに一定の限度を附して一層強度ならしめた上で、補完的効力を認め、訴訟上の争ひの余地なからしめたものと理解される。次に後者即ち表見商人の問題はドイツではこれまた商號登記の設權的効力に關連して生ずるものである。蓋しドイツ商法典は第五條の表見商人の前提として、小商人を除いたすべての營業に商號の登記を強制するとともに、商號の登記によつて商人資格が開始すること、従つてその時期に營業が成立することを規定しているからである（同法第二條、第二九條）。この故に、完全商人（Vollkaufmann）でない者も商號の登記をすれば、完全商人と同様に取扱われるのである。表見商人の語は、シュタウブ（Staub）が第五條への註釋において「商人として振舞う者は商人として通用する。完全商人として行爲する者は完全商人として看做される」という公式を定立したところに由來する。⁽²⁾ここから同條の規定する以外にも表見商人の存在が考えられ、例えば營業又は表見營業の廢止の場合商號の廢止が登記及び公告されない間のごときも第一五條第一項による表見商人であるとして、その責任が論ぜられ、更に登記の表見性のみならず行爲の表見性にも同様な効果を認める學説が發展して、判例にも大きな影響を與えたのである。⁽³⁾わが商法上ドイツにおけるような表見商人の存在を認めうるか否かは一概にはいいえない。ドイツ商法第五條の表見商人

とその第五條以外の表見商人とに分けて考へるべきであらう。前者については、わが商法典はそれの前提となるべきいわゆる「登記商人」(Sollkaufmann)の規定を存しないので、商號登記の制度はあるにしても、その登記が商人ならざる者の申請にもとづきなされたか、又は過失のようなものにもとづきなされたか、更に第三者の善意なるか又は悪意なるかを一切問わぬ形において、表見商人への補完的効力をそれに認めることは、解釋論として許されぬ。わが商法上店舗營業の商號登記は相對的事項であつて、会社營業のそれのように絶對的事項ではない。これは、会社營業にあつては設立登記の一環として商號の登記が義務づけられるけれども、店舗營業は設立登記という法人格取得の方法を必要とせず、營業の主體たるべき者が既に法律上の人格者として存在すると考へたためであること、既に一言した通りである。しかし乍ら、店舗營業の主體たるべき者即ち通常は自然人が商人の完全な適格性を有する當然の結果として營業の成立に登記を要件とするに及ばぬということと、營業成立の時期即ちその自然人が現實に商人資格を取得する時期を認定する基準としても登記を必要としないということは、別個の問題である。自然人は会社と異つて生來的商人ではないから、その營業成立の時期は人格の問題を離れて、もつばら營業それ自體の外觀にその認定の基準を求めざるをえない。この基準の明確さ、外觀の客觀的信憑性という點では、商號の登記義務を法定すると同時に、登記事務取扱者の實質的審査権を可及的絶對化して、登記商號にこの基準を置くことが立法論としては望ましいのではあるまいか。⁽⁴⁾その上で、⁽⁵⁾もしも或營業のために不當に商號の登記がなされたならば、そこに表見商人しかも表見完全商人が存在することになるわけである。この登記事項の關係當事者はもはや完全營業の不存在や小商人たることの主張をなしえない。登記を援用する者はすべて、表見商人が完全商人と同様に取扱われるべきことを要求しうる。それは表見商人と關係した第三者のみならず、表見商人自身もまたなしうるのである。この點はドイツにおいても異説のあるところであるが、自己の権利の外觀に對する信賴は他人の権利の外觀に對する信賴と同様に保護さ

れるべきであるというレヒツシャイン法理の構成に照して積極に解すべきである。ところで、わが商法典の解釋論としては、かような表見商人への補完的効力を商號登記に附與することはできないまでも、何らかの外觀的効力をそれに承認することは可能である。とくに商法第一四條の規定は、商號の選定という設定的登記事項——相對的登記事項ではあるけれども——の發生なきに拘らずこれを發生したものととして不實に登記した場合に、その外觀が或範圍で見商人的効果をもたらすべきことを承認していると解される。しかし同條は商業登記における狹義の外觀的効力を一般的に規定したものであるから、後にこれをもつばらに取扱うこととする。次にドイツ商法典の第五條以外の表見商人については、わが商法典の解釋論としても略々同様な結果を認めることができる。商業登記に關する限りで、これも後述するところに送るが、その類型は先に一言したドイツ商法典の第一五條第一項による表見商人の責任に求めることができるということをつけ加えておこう。

(註一) J. v. Gierke, a. a. O., S. 57. 後者についてはネエンテュルップが改正前のドイツ商法第三一一條第二項をレヒツシャイン法理の適用例として把握していることも、併せ考えるべきである。この規定は、株式會社が無効を宣言されても、その會社名義で第三者と締結された法律行為の効力は妨げられないとするもので、ネエンテュルップはこれを狹義のレヒツシャインの効力として第三者の善意なる場合に限定しているものごとくであるが、われわれはこれを判決の効力の不遡及を規定したものと見て、そこに既存の設立登記の補完的効力を見出したと思う。補完的効力は廣義の外觀的効力であるから、やはりレヒツシャイン法理の適用であることに變りはない。ただそこでの外觀は第三者に働くのではなくして、法協同体に働くのである。Vgl. Naendrup, a. a. O., S. 10. 拙稿・前掲八三頁參照。更に、わが商法第一九一條に相當するドイツ判例について、レヒツシャイン法理の適用を見るヘマンの所説をも參照のこと。Lehmann, Handelsrecht, II. Teil, Gesellschaftsrecht, 1949, S. 33.

(註二) Vgl. Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Neunte, ergänzte Aufl., 1951, S. 30.

(註三) J. v. Gierke, a. a. O., SS. 59—64. 拙稿「モリスヌ・フオン・ギルケ『商法および航海法』」商學討究二卷四號一四三頁以下。

(註四) 野津「商法總則」二部二四〇頁、石井「商法講義—商法總論」一〇三頁。西原博士は更に登記商號の排他權濫用の禍根

を絶つという別個の見地から、個人營業の商號登記強制を可とする立法論を支持せられる。同博士・前掲三九四頁以下。

(註五) ミュウラ・エルツバッハは、ドイツ商法第五條はその規定せる利益較量において一般公衆のみを保護しようとするものであると主張する。Müller-Erbach, Deutsches Handelsrecht, 2/3 Aufl., 1928, S. 63. 乃れに對し、ユリウス・フォン・ギルケは、さうな見解は同條の沿革及び文句並びに經濟的實際的需要に背反すると批判して、同條は原則として兩當事者のために安全を保障するものであることを主張する。「原則として」といつたのは信義則の制限あることを豫定するからである。J. v. Gierke, a. a. O., S. 60.

(註六) Naendrup, Rechtscheinwirkungen im Aktienrecht, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Bd. 62, 1931, S. 937. 彼の考え方の基礎をネエメンテュルツは既に一九一〇年に確立している。即ちレヒツシャイン法理は權利讓渡の外観のみならず自己權利の外観、例えば取得時効のごとき場合にも適用されることを明かにしているのである。Derselbe, Begriff des Rechtscheins, S. 9. 尙 Derselbe, Ersetzung als Rechtscheinwirkung, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben 3, S. 35ff. を見よ。

(註七) われわれの見るところでは、わが商法における表見商人の存在は次の四つの場合に認められる。

(1) 開店準備行爲における表見商人。自然人が商人たる資格を取得するには、基本的な營業活動の開始を必要とせず、たんにこれを目的とする開店準備行爲のみで充分である。蓋しこれにより營業開始の意思が外觀上認識されうべき限りて、商人の最初の附屬的商行爲があつたと解されるからである。そして、もしもそこに開業意思を欠くならば、表見商人の責任が問題となるのである。規定はないが、營業成立の外観にレヒツシャイン法理を適用したい。

(2) 名板貸による表見商人。商法第二三條の規定するところであり、レヒツシャイン法理の典型的發現である。

(3) 商號の不實登記による表見商人。商法第一四條の不實登記の一般規定をこれに適用して、レヒツシャイン法理に解決を求めらる。

(4) 商號廢止の登記(及び公告)前における表見商人。商法第一二條前段の正文をこれに適用して、やはりレヒツシャイン法理に解決を求めらると思ふ。

以上四種の表見商人のうち、后二者は商業登記に關するものであるもので、後に本文において一般的に詳論するところを参照されたい。尙、大竹綠「我國に於ける表見商人」法學志林三九卷一號、二號参照。

(2) 證據法上の推定的効力。商業登記簿上の表示がどの程度において裁判官のための推定を基礎づけるかは争がある。それが事實上の推定力を有することは當然であるとして、更に進んで法律上の推定力 (Rechtsvermutung) までをも生ずるか否かという點である。ドイツの通説はこの點に關し土地登記簿におけるような權利推定力はないとするのである。⁽¹⁾ わが商法典上も商業登記簿についてはドイツ民法典の第八九一條におけるがごとき權利推定力を認める直接の規定は存在しない。のみならず、曩にも一言した通り登記事務取扱者の登記審査權に實質主義を採るとしても絶對的なものを望みえないので、この推定的効力の存在は益々疑問であるともいえなくはない。しかし、わが民法上では不動産登記簿にこれを認める直接の規定なきに拘らず、その公簿としての信憑性の故に、學説も判例もこれを認め、登記された事項は眞實であると推定するを當然としていることを思えば、⁽²⁾ 商業登記簿に登記された事項についても、公簿の信憑性確保の見地からその正當性の推定を承認すべきであり、これに反對する者が立證の責任を負担すると考へたい。⁽³⁾ とくに、この推定によつて訴訟上立證の便宜を受けるのが實際上は第三者であるとすれば、第三者は殆んど全幅の信賴を置いて登記を援用するだけでよく、登記事項の當事者でないということからくる立證の困難を回避することになり、大なる實益がある。そして推定的効力の立法理由は正にかようなところに存するのである。即ち第三者における基礎資料の不十分のためとか、援用された事項の詮鑿が訴訟を不必要に長引かせるためとかで、その立證が第三者にとつて全然不可能であるか又は極めて困難であるような問題について、立法者は法律上の推定を導入するのである。この點で、商業登記への推定的効力の導入は、取引の當事者を無制限に保護する先述の補完的効力が認められない場合に、その補充として登記の外觀に對する信賴保護の擴大を期するに足るのである。⁽⁴⁾

(註一) Vgl. J. v. Gierke, a. a. O., S. 55.

(註二) 石田「物權法論」一三一頁、我妻「物權法」(民法講義Ⅱ)一一九頁。わが民法は占有には推定力を認める明文の規定

(第一八八條)を設けているが、登記の推定力については沈黙しているのである。判例としては大正一一・二〇大判、大正一五・一二・二五大判があつて、登記の推定力を是認する。

(註三) Meyer, Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura, ZHR 81, 1917, SS. 402, 411; J. v. Gierke, ebenda.

尙、本文に立證の責任といったのは、正確には主張責任であるが、証據の必要を伴う意味で、かようにいっただけである。推定に對して反對の證據を擧げて主張することであつて、狹義における舉證責任とは勿論異なる。

(註四) Prausnitz, Rechtschein und Wirklichkeit im Handelsregister, ZHR Bd. 96, 1931, S. 35f. この論文を攻撃したのが前出の Locher, Zur Publizitätsfunktion des Handelsregisters 768。

(3) 狹義の外觀的効力。いわゆる「狹義のレヒツシャイン概念」(ein engerer Begriff des Rechtscheins)がここでは解釋學上の價值を實證する。⁽¹⁾眞實と異なる商業登記の外觀は善意の第三者の客觀的な信賴基礎を與える。第三者の善意はそれだけでは保護に價いしないけれども、信賴の客觀的基礎をえて保護價值を獲得する。⁽²⁾蓋し第三者が外觀の眞實と異なるを知らないということは、その外觀が法的信憑性を有する限りにおいて、第三者が主觀的にそれに信賴したのみならず、客觀的にも信賴すべき性質のものに信賴したことを意味するからである。従つて、第三者の保護されるべき善意とその善意を正當化する客觀的基礎との間には主觀と客觀との合致があると理解されるべきである。⁽³⁾善意の解釋學の意味内容は、これを眞實に關わらしめて不知(Unkenntnis)として把握されるが、われわれは更にこれを外觀に關わらしめて信賴(Vertrauen)として把握したい。それが善意の内面的な眞義であると信ずる。⁽⁴⁾信賴とは確信(Zuversicht)よりも弱度の、しかし希望(Hoffnung)よりも高度の期待(Erwartung)として特徴づけられる。外觀が眞實と異なることを知らない第三者の信賴は外觀に相手方の眞實を期待することだからである。この點で、信賴は誠實(Frene)の概念に結びつく。即ち信賴の受領者は信賴者の期待に應えることによつて信賴を正當化するのである。⁽⁵⁾ここに、他人の意思領域における信用(Glauben)に自己の意思領域における誠實が對應する。その

間の見えざる結びの糸こそがいわゆる信義誠實の原則 (Prinzip von Treu und Glauben) でなければなるまい。⁽⁶⁾ かように考えてみると、第三者の善意はその信頼の客観的基礎によつてのみならず、更に信頼の受領者たるべき者の誠實によつて具體的に正當化されることになる。もしもこの者の意思領域に誠實を欠くものがあるならば、第三者の期待を裏切らないように、彼は相當の責任を負うべきである。信頼保護の一面にはかかる歸責 (Zurechnung) の問題が當然に存在するのである。外觀の發生に原因を與えた者は信頼保護による不利益を負擔しなければならぬという與因主義 (Veranlassungsprinzip) がそこに働く。⁽⁷⁾ これを一方の支柱としていけば信義主義 (Vertrauensprinzip) が商業登記の公示主義 (Publizitätsprinzip) を他方から補強しようとするところに、信義則の技術化をわれわれは見るのである。⁽⁸⁾ これがレヒツシャイン法理の典型的な構成である。わが商法典の第一四條はこの構成に立つて、「故意又ハ過失ニ因リ不實ノ事項ヲ登記シタル者ハ其ノ事項ノ不實ナルコトヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」と規定している。定説は、この規定が商業登記の相對的公信力を承認したものであるとなす。つまり對抗不能の點において公信力があるが、故意又は過失に限定するところに相對的なものがあるというのである。しかし乍ら、われわれの見るところでは、凡そ公信力の語は法解釋の論理には不適切であつて、私的信頼者のために存在する外觀の作用即ち狹義における外觀的効力と呼び改められるべきである。⁽⁹⁾ 何となれば、公信力それ自體は第三者保護の一面のみを本來意味するのであり、かかる絶對的なものは始めから問題にならない以上、⁽¹⁰⁾ 相對的公信力とか或程度の公信力とかいうことは全くナンセンスだからである。勿論、動的安全の要求を靜的安全の要求により調整するという意味では、公信力の相對化を説くことは法解釋学にとつて重要な關連がある。だがそれは法の經濟的機能を見届ける問題であるから、法解釋学としては、取引の安全という經濟的需要を法律的効果の目的に掲げて理解する行き方よりも、レヒツシャインのあり方という法現象自體のメルクマールに効力發生の根據を見出し、かかるものであるが故に取引の安全

に役立つとする進み方が正當であろうと考える。⁽¹¹⁾レヒツシャインの効力発生要件はこの意味で何よりも先ず信義則にその深い根據を有するのである。⁽¹²⁾従つてレヒツシャインの効力が第三者の「善意」なるに對して與因者の「故意又は過失」ある場合に限定されるのは蓋し當然でなければならぬ。これは本來限定すべからざるものを限定したのではなく、レヒツシャイン法理の構成の基礎から必然的に出てきた歸結なのである。但し、信賴者の「善意」といい當事者の「故意又は過失」という法文の語句そのものについては、われわれは立法者の恣意による表現の不足と不適當とを感ぜざるをえない。先ず、「善意」とは登記された事項の不實なることを知らない意味であるのは明かであるが、法文はたんに善意とのみいうにとどまつて、その善意が過失にもとづかざることまでも要求してはいないので、定説はこの語句を楯に採つて、苟も善意であれば足り、過失の有無を問わないとして、第三者保護の趣旨を徹底しようとしている。しかし乍ら、これは本條が登記の「公信力」を認めた規定であるとする定説の不適切な立場に緣由する誤解であると評さねばならない。いわゆる公信の原則からすれば、過失の有無を以て善意保護の機会を制限することは極力避けるべきで、法文に過失の有無を問わない以上、無過失を要件とすることは許されないのかも知れない。だが無制限な善意は、レヒツシャイン法理からすれば、保護價值をもたないのであつて、善意は必ず無過失を要件とするのである。ただ、無過失といつても、重過失なきを以て充分とするか、輕過失もなきことを要求するかは、善意者の参加せる法律上の利害關係の性質に従つて論すべきである。わが私法は大體において民事取引上は輕過失をも保護せず、商事取引上は重過失のみを拒否する。現行法上最も取引安全の高調せられる手形取引においても、重過失は悪意と同視せられて保護されることがない。社会防禦を目的とする刑法が犯意と過失とを區別するのと異つて、當事者間の利益を衡平に規律することを目的とする私法においては、悪意と過失とは原則的に同視せられ、あとは過失の程度によつて政策的な取扱を別にするのである。⁽¹³⁾故に本條のいわゆる善意も當然に善意にして且つ過失なきことを法意

とするものと解すべく、その過失の程度は重過失で足ると考ふる。營業經濟の靜的安全のために輕過失までをも排除するような高い注意義務を第三者に課するのは行過ぎだからである。¹⁴次に、「故意又は過失」という當事者への歸責原因であるが、これは法文の語句として極めて不適當であるとわれわれは思う。これでは、信賴保護によつて不利益を蒙る者の責任は不法行為者の責任と混同される虞れなしとしない。不實登記の當事者への歸責は不法行為の問題ではなく、¹⁵信義則と利益調和の問題である。そこでは、信賴保護のために營業維持の基礎を危殆ならしめない範圍で、營業經濟社會の信義に反則した者の處置を考えなければならない。恰も不法行為を思わしめるような「故意又は過失」は、文理解釋で行けば、狭きに失するのである。故意が未必の故意を含むのは勿論であるとしても、この場合は更に廣く、眞實と異なる外觀に對する信賴が第三者に喚起されることを知つて不實登記をなす「意思」という風に解したい。¹⁶また過失といつても、たんに不實の事項たることを知らずに登記した不注意をいうのみならず、過失によつて不實登記をなしたのではないけれども、不實登記のなされたことを知り乍ら、何らの異議をも申述べず、又その更正乃至抹消を申請しないでいる場合の當事者の不作爲即ち「沈黙」にも、過失の解釋を擴張することは許されないであろうか。¹⁷定説はこれらの諸點について文理解釋を堅持し、登記事務取扱者の錯誤又は第三者の虚偽申請による不實の登記にまで公信力を承認しないところに、本條の法意を見出すのであるが、¹⁸レヒツシャイン法理の構成からすれば、さような不實登記にも或範圍で本條の適用が可能となるであろう。蓋し意思・過失・沈黙の三者は外觀への與因行為の態様を物語るものであり、沈黙もまた與因である限りにおいて、さような不實登記は必ずしも當事者への歸責を阻却しないからである。ドイツ商法においては、わが商法第一四條のごとき明文の規定を存しないが、取引の安全を圖るために、判例及び學說共に略々われわれの解釋するところと同様な結果を慣習法として發展せしめてゐる。¹⁹それは二つの原則から成る。第一の原則は、商業登記の申請者はその表示の不實なることを以て善意の第三者に對抗するこ

とをえないとなす。さような申請は公衆への表示 (öffentliche Erklärung) であるから、表示の誠實が要求せられるのである。この表示は行爲能力者によつてなされなければならず、また登記官吏の強迫によるものであつてはならないが、錯誤・詐欺・過失によつて原因を興えられた表示であれば、第三者は申請者をそれに拘束することができない。勿論、第三者がその不實を知れるときは、この効力は排除される。次に第二の原則は、不實登記の除去を責に歸すべき仕方であつて、第三者に對してその不實登記に從い責を負うとなす。これは、不實登記を知れる者は商業登記簿の訂正の處置を執らなければならないという思想であつて、何らの處置をも執らなかつたということは有責の行爲であるから、その者は登記に對し責を負わなければならぬことを意味する。明文の規定なきドイツ商法において既にかやうである。況んや第一四條の規定を有するわが商法がこの一角にレヒツシャイン法理の典型的な發現を片々たる法文字句の故に歪曲すべきいわれは毛頭もあるまい。

(註一) Oertmann, Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtschein, ZHR 95, 1930, S. 457.

(註二) この点を明かにしたところに、ヴェルスマッセルの功績がある。拙稿「レヒツシャイン法理の課題」商學討究二卷三號四七頁。

(註三) ヴェルスマッセルはこれを Prinzip der Kongruenz と呼んでいる。この点は、レヒツシャイン法理に對する一般の誤解のため看過され易いと思つて、特に強調して置きたい。Wellspacher, a. a. O., S. 33.

(註四) 善意には二義があり、消極的な不知で充分とする説と積極的な信用を必要とする説とがあるが、レヒツシャイン法理における信頼主義はその何れに屬するか、レヒツシャイン論者の説くところ必ずしも明かではないようである。例えば彼らの先驅者の一人たるベエアは契約締結における表意者の錯誤を論じて、「相手方が bona fide でそれにもとづき權利を取得したと glauben し又しうべき」と相手方保護の要件として掲げる。Bähr, Über Irrungen im Contracten, in Jher. Jahrb. 14, 1875, S. 401. だが、ベエアを祖述してレヒツシャイン法理を本格的に意思表示に展開したヤコビにあつては、この要件はたんに「相手方がそれに信頼した」として要約される。Jacobi, Die Theorie der Willenserklärungen, 1910, S. 33. わが國の外観論者の先

驅者たる田島博士ははつきりと消極説に賛成せられるが、この立場とレヒツシャイン法理の基柱たる信賴主義との關連を明確にされておらないようである。そこでは、積極説を採ると、善意と惡意との間隙に疑惑という内心の状態が介在して、これが保護されないことになるとの批判がなされている。田島「民法一九二條の研究」五九一頁以下。もしもかようなものが積極説だとすれば、信賴主義は積極説ではあるまい。蓋し信賴とは確信を意味するものでないからである。本文に述べるように、信賴は期待であると理解すれば、信賴主義は善意の消極説と矛盾しないのではあるまいか。勿論、その前提において、消極的な不知は眞實に關するものであり、信賴としての期待はその眞實と異なる外觀に關するものであつて、兩者が始めて調和するということである。この点について、われわれは舊稿の敘述を改めなければならぬと今は考える。拙稿「レヒツシャイン法理の構成」前掲七四頁。

(註五) Eichler, a. a. O., S. 3f.

(註六) Derselbe, a. a. O., SS. 15—17; Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft VI, 1929, S. 54ff.

(註七) Müller-Erzbach, Wohn führt die Interessensjurisprudenz?, 1932, S. 82. 彼は「わが國の與因主義は實際上は歸實の理論であると述べている。

(註八) レヒツシャイン法理が信義誠實の原則の技術的展開であることを提唱せられるのは米谷博士である。同博士「約款法の理論」五六九頁。ドイツでも最近かように理解する學者がいる。拙稿(紹介)「ヘルマン・アイヒラー著『信賴の法理論—信賴保護に關する私法的研究』—一橋論叢二七卷三號。

(註九) 本稿九頁註九參照。

(註一〇) 「絶對的な信賴保護は法の知らざるものである」(Ein absoluter Vertrauensschutz ist dem Recht fremd)—Eichler, a. a. O., S. 18.

ドイツ民法典の第八九二條第一項は土地登記簿の絶對的公信力を認めているかのよう一般には説かれるが、ネエンドェルツプはこれに反對し、レヒツシャイン法理の典型に當てはめて解釋しうることを主張している。拙稿「レヒツシャイン法理の構成」前掲七三頁。

(註一一) 拙稿「ヤコビにおける意思表示のレヒツシャイン」前掲六〇頁。

(註一二) 拙稿「レヒツシャイン法理の課題」前掲七三頁において、「信賴主義こそレヒツシャイン法理の死命を制するものであると考へて始めて、この法理が活きてくるのである」と強調した所以も、ここににある。

(註一三) 岡川「私法に於ける Rechtschein 法理の展開」法政研究四卷二號一八三頁、一八八頁。

(註一四) この点で、ドイツ民法第八九二條第一項但書の土地登記簿の内容の「正當なることに對して異議の登記ある」場合第三者がこれを知らないのは重過失であるから保護されないのてであると解釋するネエンアユルツの立場は、不實の商業登記に對する善意者の重過失を認定する基準としても、大いに參考になるのではなからうか。とくに、后述するようにわれわれはわが商法第一四條の「故意又は過失」を擴張解釋することにより、不實登記を放任する者に歸責するのであるから、當事者の異議申立や抹消・更正の請求を第三者が知らないのは重過失と認定すべきではあるまいか。Naendrup, Begriff des Rechtscheins, S. 3 Anm. 1.

尙、善意のみを要件として過失を問わないことの根據が如何に薄弱であるかの比較法的な論證として、われわれはドイツ法のみならず、レヒツシャイン法理のイギリス版乃至アメリカ版ともいふべき英米法上のエストツベル法理の構成をこゝで援用しておこう。即ちエストツベルの阻却事由の一として被表示者の悪意が掲げられるが、これには事實上の覺知と推斷的の覺知とがあつて、后者は善意なるもしかし知ることなうべかりし場合に該當する。とすれば、エストツベルの成立要件としても、被表示者の善意は無過失でなければならぬことになるであらう。伊澤「表示行為の公信力」八三頁以下參照。

(註一五) レヒツシャイン法理における原因主義が不法行為の問題でないことについては、われわれは既に他の機會に述べた。拙稿「ヤコビにおける意思表示のレヒツシャイン」前掲五七頁。

(註一六) ネエンアユルツは不法行為を思ひしめる「故意」(Vorsatz)と誤解されてはならぬという顧慮からして、「意思又は過失」(Wille oder Fahrlässigkeit)の語を使用しているが、妥當である。Derselbe, a. a. O., S. 5 Anm. 4.

(註一七) 「沈黙」(Verschweigung)は與因の消極的形態であるとわれわれは見る。拙稿「レヒツシャイン法理の構成」前掲七八頁。これをエストツベル法理と比較すれば、興味ある類同性を發見することであらう。即ち英米法にいわゆる放任・黙諾・拋棄等による不作爲のエストツベル(estoppel by holding out or standing by, acquiescence, waiver)がそれである。伊澤・前掲六七頁以下。

(註一八) 西原・前掲三〇二頁。

(註一九) J. v. Gierke, a. a. O., S. 58; Baumbach-Duden, a. a. O., S., 75f.

二

登記された事項が眞實と異なる場合に登記の外觀的効力を論ずるのはレヒツシャイン法理の適用上正面を行く感じがするけれども、登記された事項が眞實の通りである場合にレヒツシャイン法理を適用しようとするのは邪道であり、暴擧であるといわれるかも知れない。しかしわれわれはさような凡ての場合に亘つてではなく、たんにその場合なお眞實と異なる外觀の殘存する特殊な事態を考えて、そこにレヒツシャイン法理を適用すべきであるというにすぎない。そしてかかる特殊な事態のない限り、苟も眞實の通りに登記された登記能力ある事項については第三者の惡意を擬制するのが當然である。これを言葉の本來の意味でわれわれは公示的効力と呼ぶ。故に公示的効力とは常に第三者の善意なるものに對しても積極的に眞實を眞實として主張しうる對抗力のことである。この點で、次の三つの問題を明かにしておくことは、公示原則の下におけるレヒツシャイン法理適用の限界を示すに役立つであろう。

第一は成立要件たる公示方法の問題である。登記という公示方法は新たな法律關係の成立要件たる場合と既成の法律關係の對抗要件たる場合とがある。レヒツシャイン法理が公示原則の下に適用の余地を見出すとすれば、その何れの場合であるか。後者の場合のみならず、前者の場合にも適用の余地があるのか。われわれの理解では、公示方法というものはいかなる時代においても又いかなる法制においても一定の權利又は權利の個々の要素の變動を公示するのであつて、權利又は法的要素そのものを公示するのではない。公示の原則は、従つて、權利又は法的要素の變動に關する原則であつて、權利又は法的要素それ自體の概念構成に關する原則ではない。⁽ⁱ⁾ 商業登記もまた一の公示方法として、營業組織の法的に意義ある諸要素の變動に關する要件となつていて、それらの諸要素の構成に關する要件でないのを建前とする。故に、登記の要件とされるところ、必ず權利又は法的要素の發生・消滅・變更が問題となつてゐる。例えば、權原に因つて自己に商號專用權を取得したという主張には、登記の有無が岐路となるけれども、侵害に

對して自己の商號專用權の効力を主張するには、登記の有無を問わない。取得の對象たる商號專用權と侵害の對象たる商號專用權とは區別すべきであつて、⁽²⁾後者は商號專用權の概念構成上當然に効力の主張を可能ならしめる。しかるに前者の場合は登記を俟つて始めて取得の効力を主張することができる。商號專用權の變動に關するからである。かように區別は一應明瞭である。ところが、取得の効力を主張するために登記を要件とするのではなくて、取得そのことのために登記を要件とする場合がある。会社法人格の取得がそれである。前者を對抗要件主義といい、後者を成立要件主義という。わが商法典は商業登記について兩主義を併用し、商號の選定及び讓渡によつてその專用權の取得を主張するには前者の主義に従い、会社の設立及び合併によつてその法人格を取得するには後者の主義を採るべきものとする。⁽³⁾このため、權利の變動に關する原則と權利の構成に關する原則との區別は紛わしくなつてゐる。成立要件主義も對抗要件主義も何れも權利の變動に關する原則であるから、公示の原則として把握される。しかし、同じく公示の原則といつても、成立要件主義の場合は、どこまでが商業登記の効力であるか、本質論的には問題であらう。即ち商號の讓渡行爲によつてその專用權を取得したと主張するために必要とせられる登記は對抗要件たる登記であるから、設權的効力を有するとはいえないけれども、会社の設立行爲によつてその法人格を取得するために必要とせられる登記は成立要件たる登記であるから、設權的効力を有するといふべきである。設權的効力ある登記は新たに權利を設定するところに意味があるのだから、登記原因の欠缺・瑕疵等のため不實登記となるのでない限り、不知の一般人の個別的否認を許すことはその發生した權利の侵害となり、論理的に不可能といわねばなるまい。⁽⁴⁾この意味では、設立登記後は何人に對しても会社法人格の取得を主張しうるといふのは、嚴密にいつて、設立登記の効力であるよりも、むしろ設立登記によつて發生した会社法人格の効力であつて、これについて第三者の善意・惡意を問わないのは當然である。⁽⁵⁾ただ、会社法人格の取得を登記という公示方法に直結して、登記の時期に法人格の發生ありたるものと

する結果、そこに間接的ながら徹底した公示作用を實現することになり、いわば一般第三者の悪意が擬制されたと同様の結果となるのである。会社の合併による法人格の取得もまた右と同様に理解されるべきもので、合併の登記によつて取得された新たな法人格そのものの効力として、その取得の主張が對世的なものとなつていのである。そしてこのことが實際上は強力な公示作用を果すことになるのであるけれども、この結果はむしろ会社法人格の概念構成からする論理必然的な歸結と見るべきではなからうか。⁽⁶⁾ かように見えてくると、本來、公示の原則として商業登記の効力を問題とすべきは、設権的効力なき登記即ち對抗要件たる公示方法の場合だけになるであろう。

(註一) 石田「物權法論」八三頁參照。但しわれわれは博士の所説に全面的に従うものでないこと、本文所説のところから自ら明かであろう。

(註二) われわれは商號專用權の概念を通説のように登記商號のみに與えられた法律上の保護の意味には理解しない。むしろその法律上の保護こそは商號登記の公示的効力に外ならぬのであつて、これと商號專用權そのものとを混同してはならぬと考える。商號專用權の概念は本來公示方法の有無を離れて構成されるべきもので、恰も動產物權の概念が登記と無縁なるのと同様である。商號はいわば無體動產であるが故に、その上の物權的な專用權の變動には公示方法として登記を要件とするのが妥當であるといふにすぎない。この場合登記を對抗要件とするか成立要件とするかは、商號眞實の原則への法考慮、とくに登記事務取扱者の實質的審査權の確立と取引安全の確保という角度から決定すべき法律政策の課題である。わが商法典は對抗要件主義を採つてゐるので、商號專用權の取得は、選定行爲によると讓渡行爲によるとを問わず、登記なくして有効にならう。ただ、その効力を第三者に主張するには登記を要件とするのである。商號選定の登記の公示的効力は商法第一九條及び第二〇條に定められる。この場合、正當の事由によつて善意なる第三者には公示的効力は及ばない。即ち同市町村外で異なる營業のために同様な商號を登記することは正當の事由ありとされる。同市町村内の同一營業のためであつても、それを未登記商號として使用する第三者は正當の事由がある。いずれの場合も、第三者が悪意であれば、これに對抗できる。とくに后者の場合には第三者の悪意が推定される。但しその悪意とは商號專用權の發生を知つていふことであるから、商號專用權の内容たる利益が得意先の關係にあることを思えば、「不正ノ競争ノ目的」といふことになる。かように商號專用權の取得は第一九條及び第二〇條によつて公示

的効力を附與されるのである。同條の登記によつて商號專用權が設定されるのではない。従つて、通説が商號登記の創設的効力なるものを云々するのは、われわれの理解し難いところである。このことは商號讓渡の登記が創設的効力の問題ではないのと同斷である。これに對し、商法第二一條は、取得の對象たる商號專用權を規定したものでなく、侵害の對象たる商號專用權をもつばら規定したものである。故に侵害者の主觀的要件も「不正ノ競争ノ目的」とはいわずに「不正ノ目的」となつてゐる。また侵害から保護される商號專用權は、その取得について登記のありたるや否やを問わないのである。

商號專用權と不正競争との問題の關連については、拙稿「不正競争禁壓の法史と法理」一橋論叢三〇卷三號、とくに五九頁、六八頁參照。通説については、ここに引用するまでもない。ただ、われわれが本註で主として商號選定の登記について、それが商號專用權の成立要件ではないこと、従つてそれが創設的効力乃至設權的効力あるものではないことを力説したのは、通説と眞向から對立するからである。商號讓渡の登記については、不思議と通説は創設的効力ある旨をいわない。例えば西原・前掲三〇〇頁。いわない方が正當の見解であるけれども、それならば何故に商號選定の登記のみが創設的効力ありとされねばならぬのか。野津博士は、商號選定の登記も商號讓渡の登記も、共に創設的効力ありとされる。同博士「新商法大要」新訂版上卷四六頁。一体何を創設するといわれるのであろうか。説明はそこに與えられていない。しかし少くともそこに創設的効力ある登記として包括せられる會社設立の登記や會社合併の登記は商號選定の登記や商號讓渡の登記とは別種のものであると考えられないであらうか。われわれの理解では、前者は成立要件たる登記であり、后者は對抗要件たる登記なのである。

(註三) 商法第五七條は會社設立の登記、商法第一〇二條、第一四七條、第四一六條、有限法第六三條は會社合併の登記に關する規定であるが、成立要件として設權的効力ある登記を認めたものは、わが商法典上の二つの外に、外國會社の繼續取引能力を定めた第四八一條第一項がある。舊法上は増資の登記(舊商法第三五八條)もまた創設的効力を有したが、新法では新株發行の登記は對抗要件たる變更登記の一種にすぎない(商法第一八八條第三項、第六七條參照)。

(註四) 西原博士は、設立登記が會社成立の最後の要件であるということと、かくして成立した會社の存在を第三者に對して主張しうるといふことは、「別個の問題である」として、支店設置の登記及び解散登記を類比的に援用せられ、「會社の成立といへども、登記及び公告がなければ善意の第三者に對抗し得ない」と解するのが一應論理的に見える」と述べられる。西原・前掲二九七頁。これは一應見えるという話であるから、反論の筋合ではないが、それにしても支店設置の登記や解散登記は成立要件たる登記ではないのだから、類比的援用は始めから無理ではなからうか。これに對し、成立要件たる會社設立の登記が何故に會社

存在の主張と別個の問題であるのか、そして別個の問題であるとするのが何故に一應論理的に見えるのか、われわれには納得が行かない。會社設立の登記は不實登記でない限り、會社存在の主張を當然可能ならしめるというのが論理の必着するところと信ずる。決して別個の問題ではない。別個の問題であるというのは、そこに不實登記の問題を混淆させてくるからではあるまいか。それこそ別個の問題であろう。

(註五) 西原博士は、「公權的な登記によつて成立を認められた會社の人格性は、これを劃一的に取扱ひ、一般人の個別的否認を許さないとするのが大乗的解釋であろう」と説かれる。西原・前掲同頁。われわれはそれを論理的解釋であるとするだけである。會社法人格の概念構成上公示方法を成立要件とする以上は、成立した設備行為は當然に公示面で第三者の善意・悪意を論外とすることになると考へる。

(註六) これを例えば、會社法人格ではなくして、一般の社團法人格の概念構成として見れば、登記は成立要件ではないから、公示面で第三者の善意・悪意を問題とせねばならぬ。わが民法第四五條第二項は「登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ他人ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定しているが、登記の欠缺を理由に悪意者までも保護する法意であるかどうかは疑わしい。通説は法文のいわゆる「他人」は善意・悪意を問はずとするが、しかし他人の範圍を解釋によつて制限するのであつて、「他人と云うのは第三者・即ち法人設立行為に關與した者以外の者を意味する」というのである。我妻「民法總則」(民法講義I)一七二頁。これは設立者や社員や主務官廳のごとく保護に價いする實質的利益がない者には登記なくとも對抗できるということと、そうだとすれば、法人成立の事實を知っている悪意の第三者に對しては、登記なくして法人成立の主張を許しても、不慮の損害を與えるようなこととはあるまい。即ち、他人の範圍を制限し乍ら、他人の善意・悪意を區別しないのは筋が通らぬように思われる。現に社員や設立許可を與えた主務官廳は他人であるとする少數説もあるくらいであるから、これに應えて立論する通説の基礎には他人の善意・悪意を區別する立場がひそんでいるといえないであらうか。

第二は登記及び公告の問題である。わが商法典は商業登記の効力に登記そのものの効力と登記及び公告の効力とを分けて規定している。尤も公告省略の今日では登記のときに登記及び公告があつたものと看做されるから、この區別は實際上重要性を失つていともいえる。しかし公告の省略は「當分の間」の措置とされ、従つて法典の用語もその

まま存置されてあるので、理論的にはなおこの區別は重要性を有しているといふべきである。通説は商業登記の創設力・補完力・推定力・公信力の四者が登記そのものの効力であつて、公告とは無關係であるといふ。後三者については、われわれも公告とは關係なしに既に詳論した。問題は創設的効力の場合である。通説はこれに商號選定の登記及び商號譲渡の登記すらも加えるのであるが、われわれは会社設立の登記及び会社合併の登記のごときものにそれを限るのが正當であると考ええる。そして設立登記及び合併登記は会社法人格の取得を主張する要件ではなくして、取得そのことの要件としてむしろ会社法人格の概念を構成するものであるから、この構成要件を充たして成立したものに⁽¹⁾ついで、改めて第三者の善意・悪意を問うまでもないのであつて、この故に公告とは無關係なのである。法文（商法第五七條、第一〇二條、第一四七條、第四一六條、有限法第六三條）もまた「登記ヲ爲スニ因リテ」とうたつて、公告を要求していない。ところが、商號選定及び商號譲渡の登記を通説に反して設権的効力の外に置くと、それは商號專用權の取得の要件ではなく、既に有効に成立したその發生及び移轉を第三者に主張する對抗要件であるといふことになつてくるから、ここに公示的効力の問題を生ずる。この場合、登記のみで對抗することができるのか、それとも登記及び公告がなければ對抗できないのか。法文は、例えば商法第二四條第二項に見る通り、「其ノ登記ヲ爲スニ非ザレバ」となつていて、公告を要求していない。⁽²⁾この規定が登記商號の譲渡の登記を規定したものであることは言を俟たないが、⁽³⁾それは登記商號の專用權が當事者間の意思表示のみで有効に移轉することを前提にして、その効力を第三者に主張する要件を登記に求めているのである。いま商號をフランス流に無體動産の一種として把握するならば、⁽⁴⁾恰もわが民法第一七八條が「動産ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動産ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルトコヲ得ス」と規定している場合のその動産の引渡が無體動産の故に登記と書き改められたようなものである。⁽⁵⁾民法ではそれが動産物權變動の公示原則なのであり、公示原則はこの場合いわゆる對抗問題處理の原則である。對抗問題は動産に關

しては動産所有權の二重讓渡の形態で生ずる。⁽⁶⁾商號讓渡の登記もまた、これと公示方法こそ違え、二重讓渡の場合の對抗問題を解決するところに意味がある。⁽⁷⁾従つて商法第二四條第二項は動産所有權の讓渡におけると同様に商號專用權の讓渡に公示の原則を適用した規定といふべく、ただ引渡に對抗力を附與したのと異つて、この場合は登記に第三者への對抗力を附與したのである。かように對抗力が即ち公示的効力であると理解するとき、問題となるのはその及ぶ方面乃至範圍である。というのは、商號は一般動産と異つて物權的な支配の對象となるばかりでなく、債權的な責任の起點となる他の面をも有する。われわれはこれを價值的に把握して專用權を見出すが、これを機能的に把握するときは營業名を見出すのである。そこで商號の二重讓渡を營業名の二重讓渡として理解するならば、二重讓渡の當事者間においては別として、それと當事者以外の第三者との間には物權的な支配關係の確定が問題ではなく、債權的な責任關係の確定が問題である。ここに兩讓受人の何れか先に登記した方に營業名ありとして第三者への責任關係を確定することは頗る合理的な解決法といふべきである。⁽⁸⁾ただ、残る問題は第三者が善意なる場合にもかかる解決法によつて對抗せられることの當否である。二重讓渡の當事者たる第三者は、たとい善意であつても、一旦登記が決を興えた以上は、物權關係の速かな確定を望む意味から、もはやその善意を顧慮するまでもない。しかし債權關係はこれと同一に論ずることを適當としないところがなくはない。この關係に登場する第三者は商號專用權の取得の當事者ではなく、商號に化體された營業の名聲と信用を頼りにその營業の顧客關係を實質的に形成する者である。従つて取得の對象たる商號專用權の内容たる利益を代表する者ということもできよう。かかる第三者が讓渡の登記の「つたにも拘らず尙從來の状態に信頼しているとすれば、その讓渡の事實を知らないという善意は一顧に價いする。この意味で、從來の商號專用權者たる讓渡人が讓渡の登記後に残存する營業名の外觀に對して或限度で責任を負うべきものとする」ことは、法律政策上決して失當ではない。勿論或限度が問題であつて、無制限な信頼保護は折角の登記の公示的

効力を否定することになる。この限度を劃するものが公告である。即ち登記があつても公告のなされぬ間はレヒツ
 シヤイン法理の適用を認める意味と實益があり、公告がなされて始めて公告の了知可能の範圍内で第三者の悪意を擬
 制する公示的効力が働くのである。それまでは從來の登記商號即ち讓渡前の登記商號の外觀的効力が働くわけであ
 る。かような解釋は、結局、商號の二重讓渡の場合に、當事者間の對抗問題は商法第二四條第二項によつて解決し、
 當事者以外の第三者に對する關係は商法第一二條の規定に解決を求めべきであるということに外ならない。従つて
 又この解釋は、二重讓渡以外の商號讓渡は第二四條第二項の問題ではなく、第一二條の問題であるとするものであ
 る。商號讓渡の登記の對抗力は登記そのものの効力として二重讓渡における未登記の一方讓受人たる第三者に及び、
 登記及び公告の効力としては一般第三者に及ぶというのがわれわれの解釋である。商號選定の登記についても、これ
 に相似た二面の公示的効力を認めることができる。但しこの場合は二重讓渡といつても未登記商號のそれであるか
 ら、未登記の一方讓受人への對抗力乃至登記済の他方讓受人の對抗力は商法第一九條及び第二〇條の規定によつて制
 限されていることを注意すべきである。一般第三者に對しては、やはり登記及び公告の後に對抗力が生ずる⁽¹⁰⁾

(註一) 西原・前掲三〇〇頁以下。但し、博士も述べられるように、公告と無關係な登記のみの効力として、この外に附隨的効力
 なるものを擧げることができる。しかしこれは登記そのものの効力と理解すべきではないので、本文では意識的に除外した。

(註二) 商號選定の登記に關する第一九條及び第二〇條も法文上公告を要求していない。「登記シタル」又は「登記ヲ爲シタル」
 というのみである。

(註三) 判例は「登記なき商號に付きては法律上何等の權利を認めざるものなりと解すべきを以て右は讓渡の目的たるに適せざる
 ものと謂ふべく從て其讓渡の登記を爲すことを得ざるや言を俟たざる所」となす。東京地判・大正八・一二・二六(小町谷・伊澤
 「商事判例集」臺本一九頁参照)。未登記商號に法律上何らの權利を認めえないということは、現行商法典上では不當の立言であ
 る。第二一條に見る通り法律上の保護があるし、とくに不正競争防止法上の保護がある。今日では未登記商號上に權利を認める

學説の方が有力であることは比較法的にも立言しうる。拙稿「不正競争禁厭の法史と法理」前掲参照。未登記商號の譲渡の登記が認められないのは技術上の理由にすぎないのではないか。

(註四) Jean Escarra, *Principes de droit commercial*, 1934, n. 474.

(註五) 西原博士は不動産物權の變動に關する民法第一七七條を對比せられる。西原・前掲二九五頁。「物權ノ得喪及ビ變更」という同條よりも「物權ノ讓渡」という第一七八條を對比させた方がよいと考える。

(註六) 石田・前掲一〇四頁。

(註七) このことは西原博士が既に指摘されたところである。西原・前掲同頁。しかし對抗問題は、いかにこの規定の備えがあれど、頻發することは望ましくない。法律關係紛糾の機會を可及的少くするためには、解釋によつて問題を限定すべきであると考え。后に本文においてわれわれの解釋を呈示する。本稿四八頁以下参照。

(註八) 一例を假設する。登記商號の專用權者甲が營業と共にその商號を乙に讓渡した。そして營業讓渡と同時に廢業した甲はその商號を重ねて丙に讓渡した。乙丙共にその商號を續用する場合、甲は兩者に商號の使用を許諾した者として、善意の第三者に對し商法第二三條の名板貸人の責任を負わねばならない。この場合、善意の第三者とはその商號が甲の營業名でないことを知らずに甲を營業主と誤信して、乙又は丙と取引をなした者であつて、その取引によつて生じた債務については甲は乙又は丙と連帶して辨濟の責に任じなければならぬ。つまり、甲は第三者への責任關係において商號讓渡の事實を確保する途を取引安全の限度で封じられるわけである。それはそれとして妥當な解決法であるけれども、もしも乙丙何れか先に登記を濟ませた場合はどうなるか。假に丙が乙よりも先に讓渡の登記をしたとすれば、登記後は、丙が商號專用權を取得したことを第三者に主張することができ、乙に對してのみならず、乙又は丙と取引した善意の第三者に對しても、讓渡の事實を確保することができるとなし、従つて甲は第三者に對する名板貸人としての責任をもちや負うことはないと解することは、債權的な責任關係の明確化を企圖した合理的な解決法といひうる。民法においても二重讓渡の對抗問題は讓渡の當事者間においてのみ生ずるとは解されていない。いわゆる「第三者」の意義をめぐつて、制限説と無制限説との争ひのある所以である。判例(大正四・二・二、大正四・四・二七 大判)は、不動産物權の二重讓渡に關連して、同一不動産に對し物權を取得した者のみならず、賃借權を取得した者も第三者であるとなす。商法では、同一商號に對するかような支配の關係だけではなく、同一商號を起点として取引上の責任關係が廣汎に

展開するので、第三者の範囲は極めて廣く且つ流動性に富んでいる。かかる第三者への對抗問題を一應登記の有無によつて一舉に解決することは慥かに商法第二四條第二項の切れ味と見る事ができる。しかし問題は正にそこにある。

(註九) 登記後公告前の中間期においてレヒツシャイン法理を適用し、讓渡の當事者以外の一般第三者の善意を保護すべきであるといつても、それは登記後公告前の中間期に限るといふ意味ではない。登記以前においても一般第三者の善意を保護すべきことは前註に詳論した通りである。ただ、さような外觀的効力を登記後においても公告なき限りで一般第三者のために認めるべきであるというにすぎない。讓渡の當事者間では、登記以前の關係はどうなるか。これが商法第二四條第二項のいわゆる「第三者」の中に悪意者をも含めるか否かの問題である。後に詳論するが、結論を先にいえば、ここに第三者とは善意の第三者のことである。故に、登記以前においてはその關係は一般第三者に對すると同様になる。ただ、二重讓渡における債權契約者たる讓受人が惡意である場合には、たとひ先に登記をしても對抗されることになるが、それは不測の損害とはいへないし、またこの者と取引をした善意の一般第三者も不測の損害を蒙ることはない。蓋し一般第三者の善意とは讓渡の事實を知らないということであつて、前註の設例に見た通り、却つて讓渡人がその善意保護の責任者とされるからである。この場合、對抗される登記について公告があつたか否かは、一般第三者の善意保護に影響がない。何となれば、否認權のない者がなした登記は依然として不實登記であつて、善意の一般第三者にも對抗しうる登記及び公告は眞實のものでなければならぬからである。不實登記は、不實登記の効力に従つて第三者の善意保護を論ぜられるべきであるが、この場合の一般第三者の善意は登記された事項が不實であることを知らないということではないから、別個の問題である。

尙、本文では觸れえなかつたが、二重讓渡の當事者間のみ第二四條第二項を適用するという場合に、讓受人から更に讓受けたる第三取得者にも適用あることを意味するのは當然である。とにかく、同一商號をめぐる物權的な支配の關係の及ぶ限り、その規定を適用すべきである。但し實際問題として商號が流通對象としてさういふ廣汎な關係者をもつことは先ずあるまい。これはいわゆる中間省略登記の問題にも關連してくるが、對抗問題に對する基本的な考え方で充分に處理することができよう。

更に、商法第二四條第二項を二重讓渡の場合に限つて、單純なる讓渡の場合には第一二條の適用とすることについては異論があるかも知れないが、註七にも觸れた通り、いわゆる對抗問題の發生余地をなるべく少くするのが合理的であると考えるので、「第三者」の範囲を限定して、二重讓渡の場合にのみ第二四條第二項を適用する。單純なる讓渡の場合には、従つて、「第三者」

といつても、第二四條第二項のいわゆる第三者は存在しないのであり、第一二條の「第三者」あるのみである。従つて「登記及び公告」の前後を以てことを論ずる。實方「名板貸契約」法律時報二四卷五號一六頁、とくに註四を參照。

(註一〇) 甲は未登記商號を乙及び丙に二重讓渡した。甲乙間は物權契約で、甲丙間は債權契約である。甲も乙もしかし讓渡の登記はできない。選定の登記のみである。兩者間の對抗力は登記後は第一九條及び第二〇條による。登記前は實體上の關係によつて權利の所在を決する。讓渡商號を以てする第三者への責任關係については、第一二條を適用して、これを確定する。かように、未登記商號の場合も、物權法的公示關係と商事法的公示關係との二面が存在することは、西原博士も示唆しておられる。西原・前掲二九六頁。但し博士にあつては、商號選定の登記は創設的効力を有するとされるのであるが、この立場といわゆる物權法的公示關係とはどのように調和するのであるか。選定の登記がなければ、讓渡は不成立であるとなりそうて、説明がないだけに、若干の疑義なきをえない。

第三は消極的公示力の問題である。商法第一二條前段の正文は「登記スベキ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對抗スルコトヲ得ズ」とうたつてゐる。これを學者は商業登記の消極的公示力 (negative Publizitätswirkung) と呼んで、この正文の反對解釋から導き出される積極的公示力 (positive Publizitätswirkung) に對比する。同條は登記事項一般に關する公示原則を規定したものであるので、この二面の効力を併せて商業登記の一般的効力と稱することは、既に定説となつてゐる。¹⁾ これは、ドイツ商法典の第一五條が登記及び公告の前後を以て登記事項の第三者への主張を論じ、その第一項では登記及び公告前における第三者への對抗不能を、又その第二項では登記及び公告後における第三者への對抗可能を規定したところから、ドイツの學說一般に商業登記の公示原則を積極・消極の二面に把握するに至つてゐることに、模倣したものと思われ²⁾。しかし乍ら、われわれは定説のかかる二面的區別に對して疑問を有する。一體登記及び公告前の問題を登記及び公告の効力に包括することはどのような意味を有するのであるか。われわれにはそれが、登記及び公告の前においては登記事項即ち營業組織の基礎的

諸要素の變動を善意の第三者に對して主張しえないということとをたんに商業登記のネガティブに有する公示的効力と名付けたための論者のカズイステイクにすぎないように思われる。善意の第三者はその變動を知らずに從來の状態に信頼しているのであつて、從來の状態は現在の眞實の状態と異なる外觀に外ならない。この外觀に對する第三者の信頼を保護するために、變動の關係當事者に變動の主張を許さないというのが、いわゆる消極的公示力の眞義でなければならぬ。この外觀を存続せしめるものが商業登記簿上の表示である限りにおいて、信頼の保護は商業登記の効力であるということが出来るが、しかしそれは公示的効力ではない。何となれば、公示的効力とは眞實の通りに登記されてある事項を眞實として第三者の善意なるものに對しても主張しうるという對抗力のことだからである。しかるに、いまは眞實と異なる登記簿上の外觀が問題になつてゐるのである。故にその外觀への信頼の保護は商業登記の外觀的効力というべきも、決して公示的効力というべきではない。またそれは消極的効力ではない。登記簿上の外觀は私的信頼者のために積極的に働くからである。更に、登記及び公告の前において問題となる信頼保護は登記簿上の外觀に對するものとは限らないから、これを商業登記の効力と一概に稱することも正當でない。例えば、新支配人の選任は登記事項であるけれども、舊支配人の外觀はその場合支配人登記簿上に存立してゐるとは限らない。登記なしに舊支配人は外觀上適法たりうるからである。³⁾從來支配人の不在なるところに新規に支配人を選任したときは、現在の眞實なる状態に對應する過去の外觀上の状態は支配人不在の外觀であるから、これに對する信頼の保護は尙更商業登記の効力と無關係である。⁴⁾かように見てくると、その消極的側面たる登記及び公告前の効力なるものはその積極的側面たる登記及び公告後の効力といかなる對立的意味を有するのか、理解に苦しむざるをえない。われわれには消極的公示力と積極的公示力との對立は言語上のものであつて、論理的なものではないと考えられる。わが商法第一二條前段の正文は、ドイツ商法第一五條第一項の規定と同様に、登記及び公告の前において第三者が從來の状態に信頼し

たことを保護する意味をもつのである。ここにレヒツシャインの積極的な効力を認めることができよう。これに對し、その反對解釋は、ドイツ商法第一五條第二項の規定と同様に、第三者の從來の状態への信賴を保護しないのであるから、この意味ではむしろ消極的なものである。しかし乍ら、その消極的の意味は殘存せる過去の状態の外觀に關わらしめてのみ理解されるのであるから、これを消極的公示力と呼びえないことは勿論である。登記及び公告の後に於いては、登記事項に對する第三者の惡意を擬制する積極的な公示原則が存在するのみである。故に公示的効力は常に必然的に積極的なものである。⁽⁵⁾この積極的効力としての公示的効力が外觀的効力を否定するところに、商業登記の公示原則が積極的の意味をもつ。その消極的公示原則なるものは、商業登記簿上の外觀に關する限りで、商業登記の外觀的効力であり、商業登記簿外の外觀に關する限りで、店舗設備の外觀的効力に外ならぬと考える。これらは、未だ登記されない登記事項、登記されても未だ公告されない登記事項が眞實と異なる外觀を殘存せしめる場合である。とにかく、これらの場合に商業登記の消極的公示力を想定する定説の立場は、實は砂上の樓閣に等しいというべきではあるまいか。

(註一) 田中耕太郎「商法總則概論」三八六頁以下を始めとして、西原・前掲二八九頁以下、野津・前掲四十頁等、殆どすべての教科書がこの二面的區別を採用している。ただ田中誠二博士の教科書には、それが見當らない。同博士「商法總論」二一八頁、「新版商法」全訂版六六頁、「商法概説」二九頁以下。

(註二) この二面的區別は、ヘンケルによれば、ヘーレンベルクその他によつて説かれたというところである。Kaendrup, Rechtscheinwirkungen im Aktienrecht, a. a. O., S. 935. ドイツ商法解釋學の定本ともいふミウラー・ヘルツマン・ヤリッパ・フォン・ギルケの書物を見ても、それが採用されてゐる。Miller-Erbach, a. a. O., S. 69; J. v. Gierke, a. a. O., SS. 55—57.

(註三) 蓋し支配人の選任は登記を要する事項であるけれども、登記を成立要件とするわけではないから、登記なくても、選任行為自体は有効である。従つて登記なきままにその支配人を解任した場合には、店舗營業の人的設備たる支配人の外觀が自然的

に残存するわけで、それは登記簿上の技巧的な外觀ではないが、自然的な外觀として私的信頼の客觀的基礎を與える。そこに一種の表見支配人が存在する。この場合、商法第四二條を適用することは、同條の文面からしても無理であり、また同條は民法の表見代理に關する第一〇九條乃至第一一〇條に相當する規定であるから、ここに民法第一一二條即ち代理權消滅後の表見代理の規定に相當するものを適用しなければならぬ。それが商法第一二條前段の正文でなければならぬとわれわれは考へる。この正文は當該の場合のみをもつげらに規定したものではないが、その一般的な表現文句の中に充分適用の可能性を見出すことができる。即ち支配人の解任は商法第四〇條によつて「登記スルコトヲ要ス」る事項である。かかる「登記スベキ事項」ハ登記及公告ノ後ニ非ザレバ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」とするのが第一二條前段の規定である。かようにして登記及び公告の前においては店舗設備たる支配人の外觀的効力が認められる。この外觀を打破して、その解任の眞實を善意の第三者に主張するためには、眞實の通りに解任の登記及び公告をなさねばならない。但し惡意の第三者には登記及び公告なくして對抗することができる。このことは夙にヴェルスベッヒェルが「自然的な外部的事實」としての代理權に關する論述において指摘してゐるところである。彼の代理權論を参照されたい。Wellsbacher, a. a. O., S. 95—113, Bes. 108; S. 235—254, Bes. 252. 今年ウィーンのハインリッヒ・アメリクス教授がヴェルスベッヒェルの三十回忌に當つて一論稿を發表し、その中でヴェルスベッヒェルの所説を展開しつつ、「營業主は未登記支配權の未登記撤回を惡意の第三者にのみ對抗しうる（第一五條）」と述べて、外觀に對する信頼の保護を強調した。Heinrich Demelius, M. Wellsbacher's Vollmachtslehre—Zur 30. Wiederkehr seines Todesages (21. 2. 1923), in Archiv für die Civilistische Praxis, 153. Bd., I. Heft, 1954, S. 31. われわれとして意を強くする次第である。正に教授の示唆する通り、それは支配權撤回後における支配權の外觀的効力であつて、商業登記の消極的公示力ではない。

ただ、この場合に支配人の残存外觀を打破するために要求される解任の登記及び公告は、技術的には問題である。といふのは、その支配人に未登記支配人であるから、既に選任の登記を存しないのであつて、支配人登記簿上それを存しないのに、いきなり解任の登記のみをなしうるか否か、争ひのあるところだからである。積極説は、選任も解任も各別の登記事項であるから、解任のみの登記をなしうるとなす。消極説は、選任も解任も共に支配人登記の一内容として關連のあることは登記簿の様式を見ても明かであるから、この場合には先ず選任の登記をなし、然る後直ちに解任の登記をなすことを要すると解する。西原・前掲二九〇頁。一應消極説に賛成したいが、その解任後直ちに新支配人が選任されて、この選任の登記及び公告がなされたときには、舊支配人の解任登記がなされてなくとも、況んやその選任登記が追認的に慌しくなされるまでもなく、舊支配人の尙支配人

らしい外観は新支配人の選任の登記及び公告によつて打破されているのであるから、消極説のように、必ず舊支配人の選任及び解任の兩登記を要すると解する立場には、全面的には賛成しかねる。つまり兩登記を省略しても解任の事實を善意の第三者に對抗しうる場合があると考ふる。

(註四) 但し、かように從來の状態がたんに支配人「不存在」の外観である場合には、これに信頼して第三者が支配人選任の關係當事者と何らかの法律上の利害關係を有するに至る事例は、商法第一二條前段の適用を受ける實益がさしてないように思われる。というのは、第三者が支配人なその登記及び公告前において支配人とは知らずして取引したとしても、商法第五〇四條により結局その取引の効力は營業主に對して生ずるから、第三者は支配人選任の事實を否認し、見ても始まらない。従つて、手形行為の代理において顯名主義が採られる場合は格別として、一般の商事取引にあつては營業主が支配人選任の事實を善意の第三者に對抗する必要を見ない。判例(東京控判・大正一〇・五・一七)も、「會社を代表して本件手形に裏書する同會社支配人市川林平は支配人としての登記なきを以て其の支配人たることを第三者たる控訴人に對抗することを得ず」として、手形行為の代理につき適用を明示している。小町谷・伊澤「商事判例集」臺本三七頁。故に、新に發生した設定的登記事項の場合は、それについての第三者の惡意が取引關係において一般に擬制されていないのでなければ、第一二條前段の規定を適用する實益がないと考ふる。

(註五) Naendrup, ebenda. 但しネエンデナルプは公示的効力もまた外觀力への保護であるとすようである。これは、一般に誤解されているように、ネエンデナルプにおける公示力と公信力との混同を物語るものではない。彼によれば、權利外觀—それを彼はレヒトシャインと呼んで、レヒツシャインとは稱さない—には、權利の眞正な表現形式と表見上の表現形式があつて、後者は前者の外観であるとする。ここに、眞正のレヒトシャインと表見上のレヒトシャインとが區別されるわけである。拙稿「レヒツシャイン法理の構成」前掲九八頁。公示的効力もまた外觀力への保護であるというとき、それは眞正のレヒトシャインについて意味しているのである。故に公示主義を公信主義と混同しているのでは決してなく、公示主義の語もまた公信主義の語と同じく、彼によれば unglücklicherweise sogenannte なのである。そして、「公示力・公信力・外觀力等、何と呼ぶにしろ、これらは積極的なものであることが必然である」というのである。われわれは、ネエンデナルプの用語法のうち、眞正の外観力なるものについてのみ公示的効力の語を用いる。本稿では公信の原則なる語はこれを忌避したが、公示の原則なる語は温存した所以である。ただ、この原則を定説のように無暗と消極的方面にまで引き伸ばすことには反對したのである。この方面にひそんで

いる積極的な外觀的効力を見つけ出して、商業登記の効力は、公示的効力にせよ、常に必然的に積極的なものであると論斷したのである。

ところで、未だ登記されない登記事項の場合は後述するところに送つて、ここでは既に登記された事項の場合を考へよう。それが眞實の通りであるのに尙これと異なる外觀が残存する場合、これがわれわれのレヒツシャイン法理を適用すべき領域である。この領域に屬するものとして、更に次の二つの場合を分つことができる。

第一が登記後公告前に残存する外觀であつて、先述の通りこれは過去の状態の外觀であるから、それへの信頼の保護は、既になされた登記の効力でもなく、これからなされるべき公告の効力でもなく、更に登記及び公告の効力でもなく、從來の状態の外觀的効力に外ならない。現在の状態への變動が既に登記事項として登記された後であるからには、舊状態の外觀は本來それによつて打破され、残存しない筈であるが、⁽¹⁾しかし商法第一二條前段は、當該登記事項の主張が商事法的責任關係の存否を決する點に、政策的考慮をめぐらし、登記があつても公告なき限りで、第三者の不知従つて舊状態への信頼を保護することとした。例えば、新支配人の登記はその公告のない間は舊支配人の外觀の存續を許さねばならず、その間に舊支配人のなした行爲は表見支配人的な効力をもつ。營業主は新支配人の公告前において支配人變更の事實を善意の第三者に對抗することができないのである。この善意は舊支配人への保護價值ある信頼として始めて意味をもちうる。舊支配人への外觀信頼が保護に價いするか否かは、その外觀が法的信憑性を有する以上、⁽²⁾問題外であるといわれるかも知れないが、保護價值は更に過失の有無についても論ぜられなければならぬ。しかし法文はここでもたんに「善意」とのみいつて、その無過失なることを要求していないものようである。われわれはこの點で善意の具體的蓋然性ということを考えねばならない。即ち商業登記獨特の公告なる制度は、既に幾度も述べたように、公告の了知可能の範圍内で一般第三者の悪意を擬制しようとする能動的・集團的公示方法であ

るから、登記があつても公告がない間は、第三者の善意が一般的に推定されるものと解さなければならぬ。⁽³⁾この善意の推定はそれとして客觀的判定者たる裁判官のために具體的に存在する第三者の信賴の蓋然性を基礎とする。裁判官は私的信賴の蓋然性に依據して、具體的にそれが否定されない限り、善意の保護價値を認定しなければならぬ。もしも第三者が新支配人の選任について悪意であることを營業主において立證するならば、推定は崩れて、第三者はその登記事項を知つたことになる。しかし第三者の知りたることの立證なき限り、私的信賴が存在するものとして、法は打破しえざる推定を與える。即ち信賴が過失なきものとせられるのであり、第三者はかかる状態において登記事項を知らなかつたことになるのである。ただ、ここで心配になるのは、推定がただ一回しか打破しえない性質のものであるという點である。この單一に打破すべき推定 (einfach-widerlegliche Vermutung) を補強するための法考慮こそが法文のいわゆる「對抗スルコトヲ得ズ」との字句より抽出せられる第三者の否認權であると考へる。⁽⁴⁾否認權はこの場合過去の状態の外觀的効力を取得するもせざるも第三者の選擇に一任することであるから、第三者にしてもしも悪意なるに拘らずその良心と名譽心とを積極的に蹂躪し、悪意を善意であるがごとくに善意推定を利用して、否認權を行使するならば、これを防止する方法としては反對の證據を擧げての一回限りの打破しかないが、立證責任の不利は否定すべくもないのであつて、證據が打破力を有せぬとき、即ちそれが裁判官の心證 (Überzeugung) をえなるとき (民訴法第一八五條)、⁽⁵⁾なお推定の利益を頼かむりする積極的な余りに積極的な第三者を封殺する術は全く與えられていない。しかし少くともそれ程に奸惡でなくて多少の名譽心と良心とを有し、始めから否認權を行使せず、また一應は否認權を行使しても、悪意の立證には直ちに屈服する底の第三者に對しては、「善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」という法考慮は、第三者の善意を尙一度確める手段としての意味があると理解される。⁽⁶⁾従つて、法文はたんに「善意」とのみいうにとどまるけれども、これは公告前における第三者の善意を單純に過失なきものと考へたの

ではない。⁽⁷⁾

(註一) われわれは、公告制度が一般登記と異なる商業登記獨特の公示方法であることは認めるけれども、それは商業登記の公示的効力にとつて本質的なものではないと思う。本質論として、登記の申請が登記所における登記の完了によつて公示の「目的」を達したのであつて、公示の「方法」はこれと區別すべき政策的課題である。蓋し登記の申請は、ヤコビもいうように、手續法上は官廳への請求下に行われる凡ゆる人に向けられた表示に對し協力を要請する行爲であるが、民事法上は表示行爲そのものとして理解される。官廳は、表示者が自己の意思表示をそてなしうる又はなさねばならない場所につき、ここで意思表示があれば、これによつてその意思表示は關係者に到達したことになる。關係者は正にこの場所においてその意思表示を何時でも知ることができからである。成程官廳は表示の受領について相手方の利益を顧慮しなければならぬが、しかしこの者への通告を事情により配慮すれば足りるのである。大抵の場合は、受領者の配慮をすためではなくして、表示者が自己の表示を適切確實に眞の受領者に宛ててなしうるように、官廳は意思表示の受領に任ずるのである。かように見てくると、わが商法第一一條第一項によつて登記所は登記した事項を遅滞なく公告することを要求されるのも、登記所における一般第三者への配慮義務にすぎず、その義務の履行ありたるや否やは表示の効力發生の根據として本質的なものではないと理解せられるのである。このような理解は公告省略の今日では却つてその正當性を裏付けられていとも考ふるものである。尙、拙稿「ヤコビの意思表示概念」前掲六二頁以下。

(註二) 先述のごとく、この法的信憑性は登記によつてのみ基礎づけられるとは限らない。店舗設備が法的信憑性ある外觀を自然的に存續せしめる外部的事實である場合もある。しかし何れにせよ、法文のいわゆる「登記すべき事項」という枠付けによつて外觀の範圍は限定され、適意の外觀には亘らない。本稿四三頁以下参照。

(註三) これはわが判例の立場でもある。大判大正四・二・一民三民錄二一輯一九五〇頁。田中和夫「立證責任判例の研究」參照。

(註四) Naendrup, Rechtscheinwirkungen im Aktienrecht, a. a. O., S. 638.

(註五) 加藤「民事訴訟法要論」四一四頁以下。

(註六) 岡川「私法に於ける Rechtschein 法理の展開」法政研究四卷二號一五八頁。この考え方はネエンドレルプが既に、取得

商業登記のレヒツシャイン

時効の効力は當事者の援用を俟つて始めて生ずるといふことの根據を説明する際に展開している。否認も援用も同一精神であるといふのである。Derselbe, Ersetzung als Rechtscheinwirkung, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. 3, SS.

36—43.

(註七) Derselbe, Rechtscheinwirkungen im Aktienrecht, ebenda.

第二は登記及び公告の後に残存する外觀である。商法第一二條後段は「登記及公告ノ後ト雖モ第三者ガ正當ノ事由ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキ亦同ジ」とうたつて、恰もドイツ商法第一五條第二項の但書「但シ第三者ガ之ヲ知ラズ又知リ得ザリシトキハ此ノ限ニ在ラス」(es sei denn, dass er sie weder kannte noch kennen musste)を思わせるがごとき規定を設けている。これは登記及び公告後の問題であるけれども、なされた公告が登記と一致しないときは、⁽¹⁾公告がなかつたものと看做されるから(商法第一一條第二項)、この問題は起きない。その場合における第三者の善意は登記後公告前の問題として處理されるべきである。ところで、定説は登記及び公告の後における第三者の善意を商業登記のいわゆる積極的公示原則の下に把握して、原則としてはその保護を認めない。蓋し商業登記の積極的効力なるものは、登記及び公告後は、登記事項が現存する限り、これを善意の第三者にも主張しようとする効力であつて(商法第一二條前段反對解釋)、第三者の悪意を擬制して、登記事項の關係當事者を保護しようとするものだからである。しかしこの効力は徹底的に押し進めて行くと、正當の事由によつて善意である者に對し酷となるので、⁽²⁾例外としてかかる第三者には及ばないとされているというのが、定説の理解のようである。そして、この例外は原則の趣旨からして嚴格に解釋すべきであり、⁽³⁾正當の事由についての舉證責任は第三者が負擔すべきことも勿論であるとなす。われわれはこの解釋に格別異を立てるつもりはないが、⁽⁴⁾先に述べた外觀理論的解釋との關連で定説の立場を基礎づけるならば、前述の外觀と同じ外觀が登記及び公告の後においても裁判官のために二重に打破すべき推定

(*zweifach-widerlegliche Vermutung*) の下に第三者のために存続するわけである。⁽⁶⁾ 登記があつても公告のない間は、登記事項の關係當事者が第三者の善意推定を打破しなければならなかつたが、登記があつてその公告がなされた後は、第三者自ら打破せねばならぬ推定の前に立たされる。この推定は前者の推定と異つて、第三者悪意の推定であり、しかも二重に打破すべき推定である。二重に打破すべき推定とは、信賴の存したと信賴の保護價值あることとの二つを立證せねばならぬという意味である。即ち、新支配人の登記及び公告の後においては、第三者は舊支配人に信賴するも保護價值なきことを推定せられ、支配人の變更を知り又は知ることをうべかりしものと考えられているのである。ともあれ、この二重推定の不利益を克服して第三者が「訴訟上のレヒツシャイン保護請求權」(der innerprozessuale Rechtschuttsanspruch) を行使するところに、裁判官の認定による外觀的効力の展開を見るとわれわれは理解した。⁽⁶⁾

(註一) この故に、公告の正否を調査する方法として、公告所載の官報及び新聞を見本として登記事項の當事者に送付し、これをして過誤を申告せしめるべきであるとの提案がある。Prausnitz, *Rechtsschein und Wirklichkeit im Handelsregister*, ZILR 96, S. 21 ff. プラウスニッツはかようにして公示の眞實性を保障した上で、商業登記簿の外觀的効力を承認すべきであると主張するのである。この主張に對し眞向から反論して、「商業登記簿に公信力を與えるべきか否かに關する私見は否定的である」と結ぶロヒアも、プラウスニッツの右の提案のみは賞讃すべきであるといつてゐる。しかし更に續けて、「しかし乍ら、この提案に従うも、例えば當事者の側における調査の放置によつて登記と公告との相違する危険は依然として存在するから、公示の眞實性を完全に期することはできない」旨を述べてゐる。Locher, *Zur Publizitätsfunktion des Handelsregisters*, A. z. H. G. u. L. W. R. Bd. 62, S. 589. しかし、そのような場合にこそ與因主義に基くレヒツシャインの効力を認めるべきであつて、理由は充分にある。蓋し公告の過誤を申告するのは義務だからである。

(註二) 例えば交通・通信の杜絶により公告掲載の官報及び新聞紙が到達しない場合をいう。西原・前掲二九一頁。

(註三) 例えば疾病・不在・家人の不注意のごとき通常の主觀的事由は「正當ノ事由」とは認められない。これらの判例が見當ら

ないのであるが、おおむね學說の一致したところのようである。

(註四) 西原博士は法律關係の劃一化及び無益な争訟の防止に對する企業生活上の要請からこの点における公示原則の不徹底に反對せられ、「思うに、無過失の点から見れば、企業側も第三者側も何ら差異はない。もし兩者のいずれかに犠牲を要求すべきものとせば、劃一的・集團的公示を目的とする商業登記制度としては、第三者にこれを要求すべきものである。従つて、例外を承認する商法の規定は、立法論として一考を要する。わが商法の規定はドイツ商法第一五條第二項と同系統のものであるが、かかる例外を認めない立法例もある」と批判せられる。西原・前掲同頁。

(註五) Naendrup, ebenda.

(註六) Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitstheorie, in Jher. Jahrb. 57, S. 1f., insb. S. 156ff.

三

最後に、未だ登記されない登記事項が眞實と異なる外觀を殘存せしめる場合について、レヒツシャイン法理がいかに適用されるかを考えよう。既に論じた通り、わが商法第一二條前段の正文は登記及び公告前における登記事項の外觀的効力を規定したものであつて、商業登記の公示的効力に關する規定ではない。かかる外觀的効力のうち登記後公告前の中間期におけるものについては、これまた既に論じたところである。法文はこの中間期における外觀的効力と登記以前の外觀的効力とを區別していない。われわれもまた一應は兩者を區別すべき理由を見ないのであるけれども、^(註)前者が本來は後者のように登記の時期に否定されるべきものを政策的考慮から登記後公告前にまで存命させたものであることを差當り繰り返しておきたい。そして、前者のところでは述べたことはこれ以上反覆するのを避け、ここでは第一二條前段の正文にひそむレヒツシャイン法理の構成要件について、前者のところでは究めえなかつた外觀的法的信憑性と外觀の存續に與因した者への歸責という二點を採り上げて、吟味して見たい。

(註) 第一二條前段所定の外觀的効力に關する限りては、區別の要を見ないが、この効力をもたらす外觀そのものは登記簿上の表
示である場合に、後述の通り登記の前後で差異を示す。本稿四六頁参照。

第一に、外觀の法的信憑性ということであるが、過去の狀態から現在の狀態への變動によつて、從來眞實であつたものが今はたんなる外觀にすぎなくなつた場合、それへの信賴をすべて保護しようとするのがレヒツシャイン法理ではないことは、われわれが幾度も強調した。支配權の外觀にしる、營業名の外觀にしる、それが適意のものであるならば、信賴の保護をもたらさないのである。⁽¹⁾ 法律によつて信憑性あるものとして一般に認められた外觀にして始めて信賴の客觀的基礎たるに充分なだけ強度であるといわねばならない。そのような外觀は、例えば商法總則では店舗設備の中から選出して、眞實の裏付けあることを前提に、その變動を登記事項として法定している。蓋し營業の内外に亘つて重要性を有する營業組織の基礎的要素の發生・變更・消滅だからである。第一二條はこれを「登記スベキ事項」と呼んでいる。ただ、登記すべき事項のうち新たに發生した設定的登記事項の場合は、實際問題として多くは開業前後の事實であろうから、關係當事者がその事實の公示——公權的な登記によると民間公示方法によるとを問はず——を延引して、第三者の不知を永く放置することは先ずあるまいと思われし、假に放置したとしても支配人の代理行為のように顯名主義を排除されているものがあつて、⁽²⁾ 更に第三者の方でも不知のまま直ちに開業前後の當事者と法律上の利害關係に入ることなどは稀であることなども併せ考えると、當事者において第一二條所定の不利益を甘受せねばならぬ事態は余り生じないのではないかと想像する。これに反して、既存の設定的登記事項——登記したると否とを問はず——の變更・消滅、とくに解消的登記事項の場合は、一寸の間の不知も第三者の否認權をもたらすという事態が變轉に富む營業生活のまにまに續出し、第一二條前段による争訟解決の實益は大である。就中、登記された事項の免責的事項に對するこの規定の實用性は高い。⁽³⁾ 沿革的にも、さような事項への適用がこの規定の發端であつたこ

とは、ドイツ商法典の第一五條第一項の成立史が示すところである。その先驅者ともいふべき普通ドイツ商法典(A. D. HGB)においては、第一五條におけるがごとき一般化は行われていないが、商號及び支配人について個々の規定が置かれている。しかも現行法より以上に第三者の信賴保護を企圖している。即ち商號の消滅・變更は第二五條において、支配人の變更は第四六條において同様に充分な信賴保護をもたらすように規定されている。普通ドイツ商法草案にも、この思想は明瞭に読み取ることができる。例えば、その第二五條の成案は、「登記は消滅するまで有効であつて、變更はそれが放置せられている限り信賴者に對抗することができない」となつていて、商業登記簿(Handlungspapier)の外觀的効力を明示している。ニュルンブルク會議においても信賴保護の思想は現われている。

一委員は、「登記の變更及び消滅は、第三者が過失なくして知りうべからざる事情の存せぬ限り、有効であつて、反對の立證も許されるべきである」と述べているが、これは明かに登記の外觀への信賴保護を意圖している。とにかく、この會議においては、登記された事項の變動は第三者に知られているか否かを以て効力を規定されるべきであるというのが、壓倒的意見であつたといわれる。⁽⁴⁾ かように商業登記の外觀的効力が沿革的にも第一二條前段の規定する主要な効力である。換言すれば「登記スベキ事項」とは登記された事項の變更又は消滅が主である。ところで、わが商法第一五條によれば、かかる變更又は消滅は絶対的登記事項とされるが、第一二條の「登記スベキ事項」はかような絶対的登記事項に限るのかどうか。勿論、變更・消滅の事項以外にも、新たに發生した設定的登記事項にして絶対的登記事項たるものがある。否、登記事項の殆んどすべては絶対的登記事項であるといつてよい。従つて、この問題はさして重要な問題ではないようにも思われるが、ドイツの多數説はこの「登記スベキ事項」を登記義務を伴う事項に限つてゐるのに、⁽⁵⁾ わが國では個人營業の商號のごとき相對的登記事項をもそれに含ましめるのが定説であるので、⁽⁶⁾ 此解釋を異にするのは一應疑問とされねばならない。それに、例えば商法第九條のような手續規定にいわゆる「登記

スベキ事項」であるならば、登記能力ある一切の事項と解しうることを言を俟たないが、商業登記の効力に關して、とくにその有無に關して規定を置くからには、登記事項の絶對的なるものと相對的なるとは一見重要な相違であるように思われる。しかし乍ら、この問題も、第一二條前段の規定が信賴保護の規定であることを外觀理論的に理解すれば、容易に解かれるであろう。即ち「登記スベキ事項」の内容たる事實は過去の狀態から現在の狀態への變動であつて、しかも舊狀態は法的信憑性ある外觀を呈して自然的に或は技巧的に殘存している。そのことが信賴保護の必要を生ぜしめるのであつて、新狀態の成立が登記を必要ならしめようと、登記を可能ならしめるにすぎなかりうと、論外である。ただ、未だその登記がなされていないというところに、信賴保護の可能性が與えられているわけである。

(註一) 例えば、支配權の任意の制限を受けていた舊支配人はそのような制限されたものとしては外觀的効力をもたささない。また舊營業名が商號眞實の法定原則に反するものであれば、そのようなものとしては外觀的効力を否定される。

(註二) この点は、本稿三六頁の註四で説明した。尙、個人營業の商號のごときも、選定後未登記のままに使用して、後日登記することがあるとしても、それまでには或程度の公知性を獲得しているというのが實情ではあるまいか。

(註三) 例えば、登記支配人の終任後の行爲にもとづく營業主の責任、登記社員の退社後の行爲にもとづく會社の責任などを考えよ。

(註四) Naendrup, a. a. O. S. 940.

(註五) 例えば、Miller-Erbach, a. a. O. S. 69. ユリウス・フォン・ギルケはこの多數説を不當としているが、その理由を明示してゐない。J. v. Gierke, a. a. O. S. 55. 尙、これは通説であるのみならず、ドイツ判例の態度でもあるといわれる。Baumbach-Duden, a. a. O. S. 76.

(註六) 例えば、西原・前掲二八九頁「本原則（消極的公示原則）の適用があるのは、登記すべき又は登記し得る事項に限ること言を俟たない」。

(註七) 「登記スベキ事項」という文句は商法第一〇條もこれを使用しているが、この場合は必ずしも相對的事項をも全部含ましめ

るに及ぶまいと思う。蓋し本店の所在地で登記した商號を支店の所在地においても登記しなければならぬと解することは理由があるけれども(米谷「商法概論」營業法「二〇三頁參照」、本店の所在地で登記しなかつた商號をたんに登記しうるの故を以て支店の所在地において登記することを要するとするのは筋が通らないからである。通説もこの場合は絶対的登記事項に限つてゐる。例えば西原・前掲二八〇頁參照。ただ、われわれは絶対的登記事項の外に、相對的登記事項にして「登記シタル事項」をも含ましめて解釋した方がよいと思うだけである。文理上この解釋が無理だといふのならば、第九條の「登記すべき事項」に相對的登記事項を含ましめる通説の解釋も同じく無理でなければならぬ。要は、商號をめぐる本支店間の組織法的統一の關係を取引法的見地から考慮して、その事項の範圍を規定すべきである。そうすれば、相對的登記事項たる商號の選定と雖も、これを本店の所在地で既に登記した以上は支店の所在地においても「登記スルコトヲ要ス」と解することは、個人營業の商號登記義務を認めないわが商法の取引法的欠陥を何ほどかでも補充する實益があると考える。勿論、この場合、商法第一九條及び非訟事件手續法第一五八條のごとき制限の存することは當然であるし、また登記の強制が不完全規定(*lex imperfecta*)であることは已むをえないことである。

第二に、外觀の存續に與因した者への歸責ということであるが、この場合の歸責原因は典型的な沈黙である。從來眞實であつたものが變動によつてたんなる外觀になつてしまつた場合に、これが法的信憑性あるの故に、その打破のために法が登記を要求し、又は登記を可能ならしめてゐるのに、これをなさないでゐることは、外觀の存續に原因を與えたという意味で當事者に歸責されなければならない¹⁾。その舊狀態の外觀が登記簿上に殘存してゐるのであれば、その除去をすべきであつて、その放置は一種の不實登記の存續となり、當然に外觀的効力に服しなければならぬ。従つて、その殘置された登記はそれとして一應證據法上の推定的効力を有するけれども(この點で、登記後公告前の中間期にまで殘存する舊狀態の外觀とは區別されなければならぬものがある)、その殘置された登記の核心的な効力は狹義の外觀的効力である。ただ、この場合は外觀の發生原因ではなく、その存續原因が問われているのである。「沈黙の反面は常に權利表見である」(*Kehrseite der Verschweigung ist ja immer ein Rechtsanschein*)

という言葉はここにはびつたりと當てはまる。⁽²⁾一九二九年七月一〇日のドイツの有名な判例をここに引用しよう。商業登記簿の公信力を認めずとする當時の通説に反して、裁判所は、合名会社の社員として表見社員が登記されている限り、この表見社員によつて第三者が会社財産に抵當權を設定したことは有効であるとなし、一社員が表見的に登記されている場合には、眞實の状態を表示すべき義務がある。これを放置した場合は、善意の第三者に對し不實を以て對抗しえない」と判示した。これはドイツ商法第一五條第一項にもとづく判決であるが、學説はこの規定から土地登記簿類似の公信力を導き出したことに多く反對した。その理由は種々あるが、要約すれば判例の基礎づけには賛成し乍らその結果に反對するのである。それは第一五條第一項からではなくとも、誠實表示 (Erklärungsstreue) の原則から導き出されるといふのである。⁽³⁾正にその通りであろう。そしてレヒツシャイン法理は信義則の技術化であり、商業登記は表示の技術化であることを思えば、商業登記のレヒツシャインこそが第一五條第一項の中にかくれひそんでいたということになるであろう。わが判例の實際も商法第一二條前段の適用について右と同様な結果を認めている。ただ、その論據は歸責の理由をもつと明白に打ち出すところに求めるべきではなからうか。⁽⁴⁾

(註一) 伊澤博士はエントツヘル法理をわが商法典の全面に展開しておられるが、その放任によるエントツヘルの中に第一二條を位置づけておられないのはどういふわけであらうか。伊澤・前掲一〇七頁以下及び一三七頁以下の日本商法への實證には第一二條は出てきていない。

(註二) Naendrup, *Erstzung als Rechtscheinwirkung*, a. a. O., S. 329.

(註三) Derselbe, *Rechtscheinwirkungen im Aktienrecht*, a. a. O., Anm.

(註四) 例えば、取締役が辞任後その登記前に振出した手形の効力について、「本件手形の振出並に引受が控訴會社の取締役たりし訴外中村二郎の辞任後其登記以前に爲されたものなること前示認定の如くにして又控訴人が本件手形取得の當時右辭任の事實を知悉せりとの事實を認むべき證據なき本件に於ては控訴會社は右中村二郎が控訴會社の取締役たる名義を濫稱して爲したる本件手形の振出並に引受行爲に付き被控訴人に對し手形上の責任を免るること能はざるものと謂はざるべからず」となす東京控

判・大正一一・七・一八（小町谷・伊澤「商事判例集」臺本一〇頁參照）を見よ。

ところで商法第一二條に關連して、再びここで第二四條第二項を取り上げ、その登記前における商號讓渡の外觀的効力を明かにすることが、殘された最後の課題である。第二四條第二項は既述の通り登記商號の二重讓渡の場合に適用され、その對抗問題を解決するところに意味を有する。對抗問題の中心論點は、民法においてそうであるように、⁽¹⁾ここでも第三者の意義になければならない。われわれは對抗問題という錯雜な法律關係の發生を可及的少からしめるためには、二重讓渡の契約關係を同一商號をめぐる甲乙間の物權契約と甲丙間の債權契約とから成るものという風に限定してかかり、そこでの第三者とは丙を指すと考へるものである。⁽²⁾問題は、丙なる第三者が惡意者であつてもよいかどうかである。定説は勿論丙の惡意を問わない。その理由とするところは、商號專用權を物權的に見て、民法では通説・判例擧つて惡意者も包含するとなす以上、商法においても同様に解釋すべきである⁽³⁾と考へるところにあるようである。しかし乍ら、われわれは民法の場合をも含めて一般に對抗問題に關し次のように考へる。いかにも民法の場合も商法の場合も、法文はたんに「第三者」とのみうたつて、「善意ノ第三者」とはいわない。けれども、一般動産取引及び有價證券取引においては、法典は外觀への信賴者の善意を要件として、惡意者を保護することがないのである（民法第一九二條、手形法第一六條第二項）。その流通迅速なる一般動産及び更に一層迅速なる有價證券について、かくのごときである。況んやそれらよりは流通緩慢なる不動産の取引にあつては、惡意者を保護すべき理由はない。⁽³⁾商號には動産性を認めるとするも、本來營業組織の物的要素として「營業ト共ニスル場合又ハ營業ヲ廢止スル場合ニ限り之を讓渡スルコトヲ得」るのであるから（商法第二四條第一項）、その讓渡性・流通性は一般動産の比ではなく、従つて商號專用權の讓渡は、その登記をなさなくとも、これを以て惡意の第三者には對抗しうると解したい。また不動産登記法第四條が詐欺又は強迫によつて登記の申請を妨げた第三者は登記の欠陥を主張することができないと定め

たのは、とくに登記申請を妨げた第三者に限つて不動産物權變動の効力の否認權を剝奪するの意ではなくして、否認權の剝奪を登記申請に關連する問題として同法が序に述べたものにすぎず、同條の精神は一般に惡意の第三者をして登記の欠缺を主張せしめないとする點にあると理解される。⁽⁴⁾この點は信義則の要請するところであるのみならず、民法典の第一條に明文の根據を求めるともできる。故に民法第一七七條の「第三者」は當然善意者なることを要件とする⁽⁵⁾と解すべきである。商號讓渡の登記については、不動産登記法第四條を準用する旨の明文の規定はないが（非訟法第一五七條参照）、このことは、しかし、商號讓渡の登記の欠缺を理由とする第三者の否認權濫用を法認する趣旨ではあるまい。従つて商法第二四條第二項の「第三者」もまた當然に善意者に限ると解したい。この場合、善意の第三者丙は、讓渡人甲の商號專用權者らしい外觀に信賴したのであつて、この外觀は商號專用權讓渡の登記によつて打破されない限り法的信憑性ある外觀として商號登記簿上に殘存し、善意の第三者の期待を裏付けるのである。その登記があれば、讓受人たる乙は勿論丙に對抗することができる。これ對抗力としての商業登記の公示的効力に外ならぬが、われわれは登記以前の段階において商業登記の外觀的効力を見るのである。即ち讓渡の登記がなされない限り、登記簿上の舊狀態の外觀が信賴保護をもたらすのである。善意の丙は甲乙間の物權契約の効力を否認することができ、もしも丙が先に登記を濟ませたとすれば、否認權の行使なき限りは、債權契約の登記であるから、讓渡の登記ではなく、それとしては不實の登記である。けれども、丙は否認權を行使することによつて未だ登記なき甲乙間の物權契約を無効ならしめることができる。その結果、一旦乙に歸した商號專用權は始めから甲の手許にあつたことになるから、甲丙間の債權契約は變じて當初から物權契約であつたことになり、丙は甲から有効に商號を讓渡けたことになる。しかも兩者の間既に讓渡の登記を完了しているから、その讓渡の効力は何人からも否認されることがない。かくして、本來は不實登記であつたものが、否認權の行使によつて眞實の登記となる。この場合、それから甲丙間の登記

なき場合もまた、丙の否認權行使のために商號を喪つた乙は甲に對し不法行爲にもとづく損害賠償を請求することができる。もしも丙が悪意者であるならば、否認權を有しないのであるから、乙は讓渡の登記なくしてどこまでも丙に對抗することができる。たとい丙が先に登記をしても、乙は讓渡の効力を登記済の悪意の第三者たる丙に對して主張することができる。この結果は通説及び判例の最も恐れるところのようである。即ち登記後において法律關係の紛糾を生ずるのは望ましくないから、この點で第三者の善意・悪意を問わず、外形により劃一的に規律することによつて公示の目的を達成すべきであるといふのである。しかし乍ら、公示の原則は、眞實を公示して尙これを知らざる者ある場合に知りたるものとなすために、眞實の表現形式として客觀的な公知性ある方法を採用するといふ原則であると、われわれは理解している。いま丙が済ませた登記は債權契約にすぎないものの登記であつて、讓渡の登記としては不實なのである。この不實登記に眞實登記の公示原則を推及しようとするのは、逸脱といふの外はない。外形による劃一處理がそれほどまでに絶對の要請であるならば、不動産登記法第四條のごときは存在理由を失わねばなるまい。形式的劃一性と同時に具體的妥當性を重んじてこそ、法律生活の安全は完璧を期することができるのである。論述を再び甲乙丙の關係に引戻して、解釋論上今一つの問題を解明しなければならぬ。それは先にも一言觸れたところであるが、甲乙間にも甲丙間にも登記なき間の法律關係である。善意の丙が否認權を有することは判つたが、丙が否認權を行使しなかつたり、或は丙が悪意者であるため否認權を有しないときは、どうか。物權契約は登記なしに本來有効であるから、乙は他方の債權契約を否認するまでもなく、實體上の關係において物權契約は債權契約に優先する。要するに、眞實の權利者を犠牲にしてまでも、悪意であると明瞭に立證せられた第三者をして尙登記欠缺の抗辯を有せしめるのは、却つて信義則に反するのであつて、ここにレヒツシャイン法理適用の必要性を感じざるをえない。われわれが商法第二四條第二項の字句を固執することをやめて、そのいわゆる「第三者」には悪意者を包

含せずと解する所以である。かように解することによつて、商號二重讓渡の場合も、登記後は商業登記の公示的効力が働き、登記前は外觀的効力が働くのである。故に、本質的にはその効力そのものについて第一二條との差異を見ないのである。ただ異なるところは、登記の前後を以て論ぜられるか、登記及び公告の前後を以て論ぜられるかである。これは、しかし、政策的な法考慮の問題を出ない。そこに物權法的關係と商事法的關係との差異が反映しているのではあるけれども、今日では公告が省略されたとなると、更に一層第一二條と第二四條第二項との距離は短縮されたように思われる。第一二條後段の例外規定を除けば、恰も第二四條第二項はたんなる登記事項を法定した條項であるかのような獨立的意義をしかもたなくなつていゝといえないであろうか。或は逆にいつて、第二四條第二項の實益は商號讓渡の登記につき第一二條後段の適用を排除するところに存する。そしてそれが二重讓渡という特殊な物權法的關係の反映であるといふにとどまるであらう。

(註一) 石田・前掲一三八頁以下。

(註二) 商法學説では異論を見ないので、引用するまでもない。

(註三) 岡川・前掲一八五頁。

(註四) 岡川・前掲同頁。

(註五) 我妻「物權法」(民法講義Ⅱ)九〇頁。石田・前掲一四四頁。

(註六) 石田博士は「相互に變動の効力を否認し得る理である」と主張される。石田・前掲一一一頁。承認し難い。むしろ判例(明治三二・四・一二大判)の立場に多大の共感を覺える。

(註七) 民法では少數説として、善意者に限るものがある。舟橋「登記の欠缺を主張し得べき第三者に就いて」加藤先生還曆祝賀論文集六八二頁以下。

あとがき

商業登記のレヒツシャイン

われわれは「商法におけるレヒツシャイン」の問題を懐いて、年來模索を續けているが、ここにそのうち最も重要と考ふる商業登記の問題にレヒツシャイン法理を展開して見た。その結果の多くは少壯血氣の暴論として受取られるべきものであるかも知れない。或は自明の箇所に基礎づけを敢行し、或は法文の字句を曲げて、法理の貫徹に急ならんとしたのではないかと恐れる。商業登記という高度の商法技術を理論的構成の中に十分に収めとるには尙今後の研究に俟たねばならぬものがあることを痛感する。レヒツシャイン法理が果してどの程度にまでこの企圖に役立つたか、そして又役立つかを、そのときにまた改めて考え直して見たい。レヒツシャインの語はドイツ民法の法律書を繙く者の眼には慣用の語として映ずる。しかしレヒツシャイン法理の實用性は学者愛好の常套語を以て推しはかるには尙早い。われわれがヘルマン・アイヒラ教授から教えられたところでは、一頃のいわゆるレヒツシャイン研究は法理としての構成の問題よりも、今は個々の事例への實證的な適用の問題へと向つてきているという。本稿ではさような動向に棹したいと念願しつつ、敢てこの方面には乏しいレヒツシャイン文献を援用しつつ、しかも國を違えたわが商法典上に問題を求めた。不實登記の第一四條といい、對抗問題の第二四條第二項といい、ドイツ商法典上に同類の規定を見出すことはできない。別して第一四條のごとき、わが國では英米法上のエストッペル法理を以て解釋せられている。文面慥かにエストッペルに近い。ゲルマンの古法に出たというレヒツシャインを藉り來つて、わが商業登記法の諸條項の間、往還すること月余にして、ここでも又われわれはアングロ・サクソン法の研究を迫られるようである。

(註) 本稿の主題とは直接關係がないが、最近 Jerome Frank, Law and the Modern Mind (1930), 6th printing 1949 を讀んで、ヨーロッパ大陸法國のレヒツシャイン思想がアメリカにも可成り知られていることを知つた。ジェローム・フラングはフランスの Demogue の所説を援用しつつ、appearance の保護はアメリカニズムでもあると述べている (P. 222)。