

アメリカ法における事実上の取締役理論とその本質

——事実上の取締役理論・その二——

石 山 卓 磨

一 はじめに

二 事実上の取締役理論の本質をめぐる諸見解

(一) 事実上の公務員理論との関係

(二) 禁反言則・外観的権限理論との関係

(三) ターカンド・ルールとの関係

(四) 公序理論との関係

三 事実上の取締役理論の本質とその検討

一 はじめに

本稿は、先に別誌に発表した「アメリカ法における事実上の取締役——事実上の取締役理論・その一——」の続稿である。筆者は、そこで、アメリカ法における判例法理として著名ないわゆる事実上の取締役理論 (the doctrine of de

facto directors) をとりあげ、この理論にもとづく事実上の取締役の意義と存在態様ならびに認定効果を検討した。

これを要約すると次のようにいえるであろう。アメリカでは、未だどの州においても、イギリス会社法一八〇条に相当するような事実上の取締役規定が設けられていないこともあって、無資格・無権限の表見的取締役がなす行為については、あげて判例法理がその効果を判定してきた。しかし、事実上の取締役というも、本来的には、法律上の取締役に該当しない者であるから、その存在を認定しその行為を有効と判定することは、衡平の観念からそのような結果が妥当と判断される場合に限られるべきことになる。従つて、判例も事実上の取締役の成立をかなり限定しており、例外はあるが、その認定要件は次のようになっている。すなわち、①選任もしくは任命の事実を示す外観があり、その事実の存在が主張されていること、②持続的にその地位に属する職務を執行していること、③事実上の地位に対応する法律上の地位が存在するか、もしくは、その地位を設置する権限が会社に存すること、④その地位の保有が公衆あるいは利害関係者から黙認されていること、⑤少なくとも事実上の会社の存在が認定されること、である。

この点、学説は、その本質的認定要件として、当該表見的取締役が①その地位に就いているとみられており、かつ、②その職務を執行していること、あるいは、当該表見的取締役に關して、①選任ないしは任命に由来する権限が存在するとみられており、かつ、②その表見的な権限が行使されていること、などをあげている。そして、このような要件にもとづいて事実上の取締役の成立が認定されると、その者の行為の効果がまず問題となる。この点、判例は、第三者が事実上の取締役を通じてなした会社との取引行為については、その第三者が事実上の取締役の無資格・無権限について善意であり、そのことに関する調査義務も認められない状況下にあつて、当該行為がその取締役の地位に属

する現実の権限 (actual authority) 内のものであるかぎり、有効とみなしている。しかし、対内的業務執行行為についての判例の立場は対立する。これは、後述するように事実上の取締役理論の本質をどのようにに解するかの見解の相違にもとづくものといえるであろう。そのほか、事実上の取締役の権利と権能については、当該行為に関して法律上の取締役が有すると同一の権能 (power) を認めるが、同一の権利 (right) まで認められない、とされており、またその義務と責任に関しても、制定法、コモン・ロー、衡平法、定款などによって法律上の取締役に課せられる義務や責任ならびに刑事罰は、全て事実上の取締役に拘束するとされている。そして、事実上の取締役に關する選任手続の無効性や資格要件の欠如を指摘する裁判上の主張は、その者を現実の地位保有から追放することを直接の目的とした直接攻撃 (direct attack) においてしか認められず、附随的攻撃 (collateral attack) による主張は禁ぜられる。

要するに、事実上の取締役理論とは、事実上の取締役に認定される者の行為について以上のような効果を認める立場を総称するものであるが、この立場を支える論理がどのような法理にもとづくかを検討しようとするのが、前稿に続く本稿の目的である。事実上の取締役にめぐる法律関係の処理は、この種の現象へアプローチする各国法制の認識によつて異なることから、この点に關するアメリカ法の研究は、他の各国法制との比較検討のためにも、またわが国において最も妥当な処理法を実現するためにも有益であろうと思われる。

- (1) 早稲田大学大学院法研論集第十号 (一九七四) 一頁以下。

二 事実上の取締役理論の本質をめぐる諸見解

(一) 事実上の公務員理論との関係

事実上の取締役理論が、一五世紀前半のイギリスに端を発し⁽¹⁾一九世紀後半アメリカに導入されるにいたった事実上の役員理論 (the doctrine of de facto officers) から少なからぬ影響を受けてきたことは、その内容の類似性から推しても想像に難くない。この事実上の役員理論は、当初、公務員 (public officers)⁽²⁾ の選任に関する適式性やその資格要件の具備いかんをめぐるなされる附随的攻撃 (collateral attack)⁽³⁾ を禁ずるため、つまりその意味では事実上の公務員理論として、アメリカに導入されたのであるが、リーディング・ケースである State v. Carroll⁽⁴⁾ では、事実上の裁判官の下した有罪判決を有効と解するにあたり、次のような判旨が示されている。

すなわち、「事実上の理論 (de facto doctrine) とは、法律上の役員ではないにもかかわらず、その役職上の義務を履行している者の職務上の行為に、公衆ならびに個人の利益が関係を有する場合、その利益を保護するため、公序 (policy) と必要性の問題として、法に導入されたものである。……役員の権原に関する調査や立証を公衆に強制することは相当でないとの解釈が法原則として確定されたのである。人をして法律上の役員と推定させるような風評あるいは外観の存する明白な状況下で、その役職の外観的な在職者になっている役員と交渉を有する者を保護するため、法は、公衆ならびに第三者との関係において、彼らの行為を有効としたのである。このことは、たとえ法律上の役員ではなくても、彼らは、公衆ならびに第三者との関係においては事実上の役員であり、その行為は、公序によつ

て、有効と解せらるべきことが要請されることによるのである⁽⁵⁾と。

なお、この *State v. Carroll* を通じて事実上の公務員理論を検討する場合には次の点に留意する必要がある。それは、この理論によって保護されるべき公衆や第三者の利益とは、一定の外観にもとづいて現出された既存の秩序を一般公衆との関係において維持することではじめて保護できるような性質のものを意味することである。つまり、表見的な公務員の特定の行為について一般公衆との関係で既存の秩序を維持することが法的にも要請されるような状況の下では、たとえ特定の第三者が、後日、その表見的な公務員の権原に関し、たとえば自己に対する有罪判決の無効確認などを求める際に、既存の秩序をくつがえしその者に何らかの利益をもたらすような立証を可能にする事実を発見したとしても、そこに事実上の公務員理論が適用されると、その立証は不問に付され、既存の秩序が維持されてしまうのである。このことは、この理論の存在理由が、一般公衆との関係における既存の公法的秩序維持の要請に根差していることを意味するものであり、表見的な公務員と直接的な交渉をもった第三者を保護しようとする要請が、時として前者の要請の犠牲とされることがあっても、やむをえないとされるのである。

このように、事実上の役員理論における *officers* とは当初 *public officers* の意味でアメリカに導入されたわけであるが、判例は、間もなくそこに株式会社の取締役や役員をも包摂するようになった。そのため古い判例の中には、事実上の取締役理論を、株式会社の領域にまで拡張された事実上の公務員理論と把握して、両者の質的同一性を説くものもあつたが、⁽⁶⁾他面、両者の本質は異なるとする見解も古くから存在した。その一つとしてモラウエッツは次のように述べている。

アメリカ法における事実上の取締役理論とその本質

「このような表現を用いてきたことは不幸なことであった（株式会社の取締役や役員にも *de facto officers* や *de jure officers* という表現を用いてきたこと―筆者注）。何故なら、同一の文言が官吏や公務員にも適用されているため混乱が生じたからである。

株式会社における事実上の役員については、権限を有するかの外観をもってその地位を保有する事実上の官吏もしくはその他の公務員と類似する立場にあるとしばしば指摘されてきた。しかし、両者の事例は異なった原理に立脚している。株式会社の取締役やその他の経営者は単なる代理人にすぎず、会社は既に確立した代理法則に従つてのみ彼らの行為に関して責任を負うのである。従つて、ある者が、何の権限もないまま他人の代理人として行動することをよそおったところで、その者が、そのことで、事実上も法律上もその他人の代理人になりうるものでないことは明らかである。代理関係は代理人自身の行為のみによつて創造されるものではない。また、共通の本人のために代理人として行動することをよそおう一方の者が他方を任命する行為も、その者が権限を有さない限り本人を拘束しないことは明白である。従つて、もし上位の代理人によつて非公式に、それ故授權なく、任命をうけた者が、代理人としての行動をよそおったとしても、前節までに論じてきた原則（会社や株主のなす追認や黙認あるいは禁反言に関する原則など―筆者注）が適用されない限り、会社がその者の行為に責任を負うことはないであろう。

公務員が、実際にその者の主張する地位にともなう権限を行使し義務を履行する過程において遂行した行為は、別個の法原則にもとづいて有効とされる。事実上の公務員が有するその地位にともなう権限を行使する権利については附随的訴訟手続によつて調査しえないとする原則は、平穩で秩序の保たれた社会統治を確保するために確立されたも

のである」⁽⁷⁾。

このように、モラウエッツによれば、事実上の取締役理論と事実上の公務員理論とは全く異質のものとされ、さらに、表面的な取締役的行為に対しては既存の代理法則以外は適用されないと解するので、独自の内容を備えた事実上の取締役理論なるものは存在しないことになる。しかし、現実には、明らかに事実上の取締役をめぐる一連の判例法理が形成されてきているのであるから、この判例法理の本質を事実上の公務員理論のそれと区別すべきか、あるいは、区別した場合、果して独自の内容をもった事実上の取締役理論なるものが存在するのか、存在するのであればその本質をどのようなものとして把握すべきかなどが問題とならざるをえないのである。

この点、前述したように、事実上の公務員理論が事実上の取締役理論の形成に多大の影響を及ぼした事実是否定できなれないと思われるが、双方の理論が発生し展開されてきた領域が公法人と株式会社のそれという異質のものである以上、両者を全く同一の理論として把握することは適当でなく、両者を別個のものとして考察する方が妥当であろうと考える。

- (1) *State v. Carroll* (38 Conn. 449, 9 Am. Rep. 409 (1871)) におけるバトラー判事は、その判決において、イギリスでは、年書 (Year Book) に示された 1431 年の *Abbe of Fontaine* 事件が、事実上の公務員理論のリーディング・ケースにあたるとしている。この事件では、違法な選任にかかる修道院長の発行した負債証書の効力が問題とされた (9 Am. Rep. 409, 415)。

- (2) たとえば、市長、公証人、収税吏、議員、治安判事、警察官などが判例によって public officer とされているが、判例によつて解釈の分かれる職種も多い。詳細は 35 Words and Phrases, "Public" 354—417 (Perm. ed. 1963) 参照。

アメリカ法における事実上の取締役理論とその本質

アメリカ法における事実上の取締役理論とその本質

七六

(3) 拙稿・前掲早稲田大学院法研論集第十号(一九七四)二八頁以下参照。

(4) 前出注(1)参照。

(5) 9 Am. Rep. 409, 423, per Butler, C. J.

(6) Ballantine, On Corporations § 59, at 150 (Rev. ed. 1946).

判例中には、株式会社における事実上の役員と公法人におけるそれとは区別すべきだとする被告弁護人の主張に対し、「被告弁護人(筆者注)によって引用され依拠されたいくつかの先例では、そのように区別することが承認されているようであるが、我々はその解釈の妥当性に確信がもてない。とりわけ、この州の先例は明らかにその解釈とは反対の立場に立っている。事実上の役員が行為にその者が代表する法人に対する拘束力を付与することを支持する理由は、疑いなく、株式会社におけるよりも公法人における方が強固であろう。しかし、それは少なくとも程度問題であり、双方における理由は同質であって、その度を異にするにすぎない」と判示して、双方の理論が本質的には同一であることを示唆するものもある(Richards v. Farmers' & Mechanics' Institute of Northampton County, (154 Pa. 449, 26 Atl. 210, 211 (1893)))。しかし、他方「たとえ官公署以外において事実上の役員のごときものが法的に存在しようとも、本件の状況下では、これらの紳士を事実上の取締役とみなすことができるような解釈を導く要件は存在しない」との判示でも窺われるように、株式会社において事実上の取締役という存在を認めることに若干の躊躇を示すものもあった(In re Campbell County Hardware Co., 15 F. 2d 78, 81 (D. C. E. D. Tenn. N. D. 1924))。

(7) 2 Morawetz, The Law of Private Corporations § 640, at 607—608 (2d ed. 1886).

(二) 禁反言則・外観的権限理論との関係

ところで、「後者(公法人に対する株式会社(筆者注))における de facto 概念には全く異なった意味が含まれていると論じ、この理論を『外観的権限』や技術的禁反言(technical estoppel)の理論とは同一視しないまでも、こ

れらと隣接させる試みがしばしばなされてきた⁽¹⁾との論述からも窺われるように、事実上の取締役理論の本質把握にあたっては、この理論を事実上の公務員理論と同一視することを否定し、会社法の領域で展開されるにいたった代理法則中の表示による禁反言 (estoppel by representation)⁽²⁾ や外観的権限 (apparent authority)⁽³⁾ についての理論との関連から検討する立場もある。

この点、初期の判例の中には、「会社と取引する者は、会社側から取締役として承認され、そのように表示されている者が、果して適式に選任され全ての点で適当な資格を具備しているか否かまでをも調査し確認する義務を負うものではない。取締役は会社の代理人にすぎず、個人の代理人と同様、第三者との取引における取締役には現実の権限 (actual authority) に等しい外観的権限が付与されている。従って、適式に選任されなかった者や不適格者あるいは資格喪失者が、株主集団からその地位にともなう全ての職務執行を許容されている場合には、彼らは、その外観的権限を信じて行動した第三者との関係において会社取締役となる。従って、会社が彼らの権限に異議を申し立てることとは、爾後の黙認や追認行為によって禁反言される⁽⁴⁾」と判示して、禁反言則や外観的権限理論、ならびに後述するイギリスにおけるターカンド・ルールを直截に適用することによって、いわゆる事実上の取締役理論をまつまでもなく、同様の効果を生ぜしめているものもある。この立場からすると、事実上の取締役理論とは、表見的取締役をめぐって適用されてきた既存の外観法理による一連の判例法理を総称するものという見方も可能となる。

確かに、事実上の取締役理論が、会社・第三者間の取引において会社側への帰責法理として適用される場合を考えると、そしてこの場合こそこの理論が適用される最も典型的な事例なのであるが、そこでは、表見的な取締役の行為

に、会社側に表示上の禁反言則や外観的権限理論が適用された場合と同様の効果が発生する。何故なら、正当な権限の帰属者たる外観を呈しつつ平穩かつ継続的に会社業務を執行しているという事実、禁反言や外観的権限の成立要件である「表示」に該当すると解せられ、会社側がその「表示」の真实性について異議を唱えることは禁じられてしまうからである。そのため現在の学说中にも、「事実上の取締役・役員理論は、主として、法律上の取締役会や役員が行使する場合には会社を拘束することになる権限を行使しているため、会社の正当な代表者と思われる者と取引する第三者を保護するために発展してきた。この理論は（少なくとも最近の判例においては）禁反言の觀念に立脚しているものと思われる。もっとも、外観や表示があるとしてもそれは会社の作出によるわけであるが、この理論は、事実上の役員と取引した第三者の提起する附随的攻撃から会社を防禦するところまで拡張されてきている」と説くものもある。

しかし、この理論の本質を会社側への禁反言と解した場合、会社側の作出した外観に対して第三者がその不実性を主張することまでをも禁じてしまう効果だが、どのような論理構成によって導き出されるのが問題となるであろう。この点については、まず、イギリスにおけるターカンド事件原則と事実上の取締役理論との関係を概観した後、あらためて検討することにしよう。

(1) Westwood, *Resignation of Corporate Officers*, 22 Va. L. Rev. 527, 534 (1936).

(2) 表示による禁反言とは、伊沢孝平「表示行為の公信力」五四―五五頁によれば、次の要件を備えた禁反言とされる。すなわち、「(イ)表示者被表示者間に言語挙動又は黙止若くは不作為(表示者が被表示者に対し発言又は作為の義務ある場合)により表示が為されたること、(ロ)表示者が事実表示しようとする意思を有せしか若くは其の意思の存在を推定され得る場合なる

こと、(ハ)被表示者の側に於いて其の表示に信頼して、不利益に其の利害関係を変更したことである。即ち以上の要件が備ひたる場合に此の表示者被表示者間に於いて、表示者は自己がかつてなせし表示と実質的に矛盾せる主張をなすことを禁ぜらるること、これ表示による禁反言である。』

(3) 外観的権限をめぐる理解は多岐に分かれているが、ここでは典型的な見解の若干を示すにとどめる。

① 禁反言説 (Agency by estoppel の法理)

Ewart, *The Principles of Estoppel by Misrepresentation* (1900) の主旨によるものであり、不実表示による禁反言則を適用して外観的権限を把握する。つまり、本人が第三者に対して代理人に権限を与えた旨を表示したり、その表示を表見代理人がなし本人がそれを補助した場合で、その不実表示を信頼した第三者がその地位を変更すると、そこに禁反言が生じ、本来、契約は不成立であるにもかかわらず、本人が当該契約の有効性を否定することは禁ぜられ、表見代理人の行為効果が本人にもたらされることになるかと解する。禁反言則には、表示の真实性を否定することを禁ずる消極的な機能しか認められないため、この立場では、本人が追認前に第三者に対して義務の履行を請求することは認められず、逆に、本人の追認前における第三者の取消権行使が認められることにならう。

② 契約説 (Apparent authority の理論)

Cook, *Agency by Estoppel*, 5 Col. L. R. 36 (1905) の主旨にかかものであり、禁反言則の代理法則への導入を認めず、いわゆる契約の客観的理論 (the objective theory of contracts) にもとづいて外観的権限を把握する。つまり、本人が第三者になす代理人に対する権限授与の表示は契約の申込であり、代理人には本人の申込内容を固定する権能 (power) が与えられているとして、代理人が第三者に示した意思表示の細目を第三者が承諾した時に契約が完全に成立し、本人は契約上の義務を負うにいたると解する。契約が完全に成立して当事者双方が契約内容に拘束されると解するため、表示者が被表示者に義務の履行を請求することが認められることにならう。なお Cook の見解はそのままの姿では承継されなかったが、外観的権限に禁反言則からの独自性を認める契約説の立場は、今日にいたるまで有力に展開されてきている。

③ *Restatement of Agency*, 2d の見解

アメリカ法における事実上の取締役理論とその本質

ここでも契約の客観的理論に立脚した理解が展開されており、外観的権限とは、本人が第三者に対して、ある者が自己の代理人である旨を表示した場合、その結果として、当該表示に従いその代理人として行動する表見代理人に認められる、本人・第三者間の法律関係に影響を及ぼしうる権能 (power) としている (§ 8, at 30)。

なおイギリスでは禁反言説が、アメリカでは契約説が有力とされている (Stojlar, *The Law of Agency* 32 (1961))。

外観的権限をめぐる諸説を紹介するものとして、長尾治助・表見代理論序説三頁以下、永井和之「外観優越の規定序説」法学新報第八〇巻第七号五一頁以下参照。

- (4) *Atlantic Trust Co. v. The Vigilancia*, 73 Fed. 452 (2d cir. 1896).
- (5) *Latin and Jennings, Cases and Materials on Corporations* 347—348 (1969).

(三) ターカンド・ルールとの関係

古くマッソンは、事実上の取締役理論について、これをアメリカで適用されるにいたった、イギリスにおけるターカンド事件原則 (the principle of *Royal British Bank v. Turquand*) ないしはその論理的拡張と主張している。⁽¹¹⁾

周知のように、内部的業務執行原則 (the indoor management principle) とも呼ばれるこのターカンド・ルール (Turquand rule) とは、会社と取引をする第三者に対しては、会社の公的な登録文書 (publicly registered documents, public documents) の記載内容なごしは会社の対外的地位 (the external position of the company) についての擬制善意 (constructive notice) を認定するが、いかなる内部的業務執行 (indoor management) に関する手続の適式性については、たとえそこに法的瑕疵が存しようとも、第三者には調査義務がなく、その者が善意であるかぎり、その取引行為の有効性には何の影響も認めないとするイギリスの判例法理であり、反対の事実を認識していな

いかぎり、第三者には、取締役会や株主総会における会社の内部的な手続は全て適式に履践されているものとみなすことが認められるのである。⁽²⁾ もっともこの原則に関しては、イギリスの判例上例外も多く、複雑な状況が展開されているが、その適用場面は次のように分類されている。⁽⁴⁾

- ① 法律上の取締役や役員が、定款その他の内部規制によってその権限や権限の行使に関して課されている各種の制限を無視して、越権代理行為や無権代理行為を行なう場合、
- ② 招集や議決手続に不適式の存する取締役会や株主総会の決議に従って、法律上の取締役や役員が行動する場合、
- ③ 選任手続や資格要件に瑕疵のある表見的な取締役や役員が、無権代理行為を行なう場合、である。

さて、ここで、事実上の取締役の成立が問題となる③の場合に、タールカンド・ルールが適用されることを考えると、このルールが適用される事例であれば禁反言則や外観的権限理論の適用に必要な相手方善意という要件の充足が容易になると思われるので、このルールが事実上の取締役の行為に有効性をもたらす一つの有力な補助的役割を果たすことが理解される。そして、このルールが主に法律上の取締役や役員らの行為をめぐってアメリカにも導入されていることを考慮するならば、会社との取引の都度、一般公衆に会社の内部的業務執行手続の適式性いかんまでをも調査させることは不合理だとするタールカンド・ルールの基本的観念は、事実上の取締役理論の発展にも、大きな影響を与えたと考えなくてはならない。ただ、アメリカにおいては主として、表見的な取締役の呈する法律上の取締役たる外観に重点をおいて理論形成がなされているわけであるが、タールカンド・ルールは、法的瑕疵が indoor management に

該当するか否かを基準にして相手方の主観的要件の扱いに差異をおく理論であるから、等しく取引の安全をはかるために案出された法的手段であっても、両者は方法的に異なるものといえよう。

- (1) Machen, *Modern Law of Corporations* § 1477, at 1224 (1908).
- (2) ターカンド事件 (*Royal British Bank v. Turquand* (1856) 6 E. & B. 327) 原則の詳細は、小町谷操三・イギリス会社法概説一六八頁以下、山口幸五郎「イギリス法における会社代表行為の効力」星川先生還暦記念・英米会社法の論理と課題一三三頁以下参照。
- (3) 小町谷・前掲書一七六頁以下、Gower, *Modern Company Law* 150—169 (3rd ed. 1969).
- (4) Pennington, *Company Law* 114—123 (3rd ed. 1973).
- (5) Stevens, *On Corporations* 773—776 (2d ed. 1949).

(四) 公序理論との関係

事実上の取締役理論は、会社・第三者間の取引行為における会社への帰責法理としてのみ適用されてきたわけではない。アメリカの判例中には、第三者や株主が、法律上の取締役の不存在を指摘して、表見的な取締役のなした取引行為・株式配当・株主総会の招集・未払込株金の払込催告などを無効と主張することを禁じて、この理論に既存の秩序を維持させる効果を認めるものもあり、その当否については見解が分かれている。⁽¹⁾しかし、判例・学説ともに、時代的趨勢としてはこれを承認する傾向にあり、現在の主要な学説は、この理論の本質が必ずしも禁反言則によつてのみ説明しうるものでないことを説いている。

たとえば、「……事実上の理論は禁反言の限界を超えて機能している。会社が第三者を訴えた場合、その第三者は、

自己と取引した代理人が法律上の代理人でなかったことを理由に自己の防禦を行なうことはできないと判示されてきた。第三者においてこの防禦が否定されるのは、第三者が自己の作出した取締役の権限に関する表示によって禁反言されるからではなく、事実上の理論を支える公序によるのである⁽²⁾とか、あるいは「外観的権限」や禁反言において扱われる衡平法的考慮が、しばしば事実上の役員の場合にもなされていることは疑いない。しかし、人が過去において肯認したものを自ら否定することを許せば「不衡平」となる全ての場合が、禁反言で説明しつくせない限り、外観的権限や禁反言のみではそれらの事案を支持するに不充分である。いずれにせよ、一層広範囲にわたる公序の要請がはたらいていることは明らかであり、この公序は、特定人の誤解とだけ必然的に結びつくものではない。つまり、取引業務には安定性が確保されていなければならないし、また、よほど重大な場合を除いては権限について疑義をただすことがあってもならないし、さらに、人々が黙認している状況にあっては、事態をくつがえそうとして、忘却・無視あるいは隠蔽された内実を暴露することも許されないのである⁽³⁾などと述べて、現在では、この理論の存在根拠として、公序 (public policy) の要請を指摘することが一般化している。かくてバラントインは、「内部的業務執行に関するある種の状況において、事実上の役員の行為を附随的攻撃の対象から除外することは、表見的あるいは外観的権限の原則を超えることになり、それは、事実上の公務員におけると同様、公序・安全性・便宜性という根拠に基礎づけなければならない。それ故、事実上の役員は特別株主総会を有効に招集することができる。先例によれば、事実上の取締役会による未払込株金の払込催告も有効である⁽⁴⁾」とし、この理論を、「部分的には、外観的権限に立脚し、部分的には、何者かをして会社を代理せしめうるものとする必要性に立脚する⁽⁵⁾」理論とみなしている。

以上のように、事実上の取締役理論を、公序の要請にこたえて、禁反言則や外観的権限理論の適用領域を超えて機能するものと解するならば、この理論の目的は、善意者のなした行為を有効としてその者の信頼を保護することにあるのではなく、むしろ、全ての利害関係者との関係において、会社活動における既存の秩序を一律的に維持しようとするところにあるとも解せられよう。しかし、この理解を是認するには、今一度、禁反言則とこの理論との関係を再検討する必要があるように思われる。

たしかに、会社側の作出した外観について、株主や第三者がなすその違法性の主張を禁じてしまう効果を、会社側の禁反言で説明することは不可能である⁽⁶⁾。しかし、この場合、視点をかえるならば、第三者や株主など、法律上の取締役の不存在を指摘する者の側に禁反言が成立していると解する余地があるやもしれない。周知のように、「表示による禁反言」は、その発展過程において「表示」の類型に多様性を示すにいたり、「不作為による禁反言」や「過失による禁反言」⁽⁸⁾も認められ、これらは、「株式の発行又は譲渡の瑕疵に関する引受人又は譲渡人の禁反言」や「株主権を喪失させる黙從 (acquiescence) による禁反言」⁽¹⁰⁾のような、各種の株主側の禁反言を創造してきた。このように、法律上の取締役のなす業務執行行為に関して株主側にも禁反言が認められるなら、その趣旨を敷衍して、事実上の取締役に關しても、法律上の取締役の不存在を主張する者の側に禁反言の成立を認めることが可能とならう。たとえば、表見的な取締役の不適式な選任に關与した者、選任や資格に關する法的瑕疵を知悉していながらその者を当該地位から追放する適当な法的措置をとることを怠り、黙認や放任によってその者の行動を幫助した者、あるいは、その法的瑕疵は知悉していなかったにしても、通常はその表見的取締役の活動から何らかの利益を得ていた者などが、いった

ん、自己に義務や責任を生ずる会社決定や取引行為が成立するにいたると、その責任を回避しようとして当該法的瑕疵の立証に努める場合などを想定するなら、そこでの不衡平を是正するため、形式的には事実上の取締役理論を適用し、その会社決定や取引行為を有効としても、これは、法律上の取締役の不存在を主張する者の側に禁反言を認定した結果と実質的には相違ないものとなる。そして、このように解するなら、事実上の取締役の認定に際してしばしば問題とされてきた、その地位の保有が公衆あるいは利害関係者から黙認されていること¹⁰²⁾という要件が、場合によっては、不作為による禁反言の成立要件として機能することも知ることができる。

しかし、従来の判例全てが、不作為による禁反言をも含めて、既存の外観法理が機能する範囲内においてのみ事実上の取締役理論を適用してきたかどうかは問題である。この理論は、単に会社・第三者間の取引において善意者を保護することに限定して適用されるものではないとする基本的立場のもとに、表見的取締役の権限に関する審理はあげて直接的訴訟手続に譲り、あえて不作為による禁反言も含めた既存の外観法理を明示的に適用することなく、一律的にこの理論を適用して、当該表見的取締役のなす各種の職務執行行為の効果と認定してきた一連の判例群の背後には、不作為による禁反言の対象になりえない、善意者のなす表見的取締役の行為に対する無効・取消の主張をも否認して、既存の秩序を維持しようとする配慮が潜んでいるように思われる。仮りに、この推測があたっているならば、不作為による禁反言の対象になりえない善意者に関しては、実質的には既存の外観法理に等しい事実上の取締役理論とは別個の理論が、まさに法理念としての公序を直截に反映して、既存の秩序維持のために機能しているということができようであろう。

次に、以上の諸観点を総合して、この理論の本質を再度検討することにしよう。

- (1) 拙稿・前掲早稲田大学大学院法研論集第十号（一九七四）一七頁以下参照。
- (2) Stevens, On Corporations 744 (2d ed. 1949).
- (3) Westwood, Resignation of Corporate Officers, 22 Va. L. Rev. 527, 534 (1936).
- (4) Ballantine, On Corporations § 59, at 150 (Rev. ed. 1946).
- (5) Id. at 148.
- (6) ただし、会社・第三者間の取引において、善意の第三者が後日法律上の取締役の不存在を知悉し、それを理由にその取引行為の無効や取消を主張する場合ならば、契約説に立脚する外観的権限理論を適用することによって、第三者の主張を禁じ、会社のなす第三者に対する契約の履行請求を可能とすることができるかもしれない。しかし株式配当や株主総会の招集など各種の対内的業務執行行為に關してまで、契約説に立脚する外観的権限理論を適用することができるかどうかは問題である。外観的権限については見解が分かれていることもあつてか、この点についての詳細な研究は見当らない。判例も、事実上の取締役理論を直截に適用するにとどまるようである。
- (7) 「不作為による表示は、禁反言則上漸次に重要性を加えつつある。傍観若くは放任 (holding out or standing by)」、拋棄 (waiver) 等と称せらるる法律事実の中に存する不作為は、其の典型的なるものである。……幫助 (encouragement) とも称せられる」伊沢孝平・表示行為の公信力六七頁以下。
- (8) 伊沢・前掲書七二頁によれば、当事者を過失による禁反言の拘束下におくものは、過失自体ではなく過失より推測される表示であり、過失禁反言と称せられるものは表示による禁反言の一派にすぎないことになる。
- (9) 「本原則は社運が隆盛に赴けば、そのまま株主として止まり、悲運に向ふと株式の申込又は譲受の些細な瑕疵を理由に株主に非ざることを主張して、未払込株金の徴収を免かれようと試むる不徳漢への一大痛棒」であり「株式の発行がその内容又は方法に於いて、法律若くは定款の規定するところに反し、不正規 (irregular) にして、その引受行為を取消し得る場合においても、既に引受の書面を作成せるのみならず、一方、会社は引受人を株主として取扱ひ、他方、引受人も又株主として総会に

出席し、且つ利益の配当を受くる等の行為あるときは、行為による禁反言 (estoppel by conduct) の拘束を受け、会社、引受人の兩者共に、引受人の株主に非ざることを主張できなくなる……尚ほ株式申込の場合のみに限らず、株式譲渡の場合にも上述した禁反言則の適用がある。即ち譲受人は譲渡行為の些細な瑕疵を援用して、払込義務を免かれる口実と為すことは許されないのである」伊沢・前掲書二二六—二二七頁。

(10) 「会社によって自己の株式の失権手続が行われつつあるを知り乍ら、之に対して異議を述べてその手続を中止せしめる手段を講じず、漫然として黙従し、又はその有する株式に付いて彼の権利が全然無視せられて居るにも拘らず黙止を続けて居た株主は、自己の株主たる地位及びその地位より生ずる権利を放棄する旨の表示をしたものと見られ、其の失権手続に瑕疵ありたりとするも、株主権を保有することは許されない。かくして会社の不況時においては、株金の払込を請求せらるるも之に応じず、後、社運隆盛となるや、失権手続の瑕疵を探索し、失権手続の正規に行われざりしことを理由として、なお依然として、株主なりと主張し、株主の特権のみを享受せむとする御都合主義者を一掃せむことを期したのである」伊沢・前掲書二二二—二二三頁。

(11) これらの場合に該当すると思われる事例のいくつかを概観しよう。

San Joaquin Land & Water Co. v. Beecher, 101 Cal. 70, 35 P. 349 (1894). 被告 Y は原告 X 会社設立当初より取締役・社長として経営に参与してきた株主で、本訴が提起された時点では取締役・会計役として業務を執行していた。X 会社はその取締役会で未払込株金に關し払込を催告する旨を決議したが、本件は、その払込に応じない Y に対して、本訴をもって払込の履行を請求した事案である。Y は、抗弁の一つとして、当該取締役会の選任に際しては法の規定する投票のなかつたことを指摘し、払込催告権限が存しない旨を主張した。これに対し、裁判所は、秘書役の議事録によれば投票のあつた事実が示されており、たとえ、その記載が不適當であるとしても、事実上の取締役会が成立している以上、当該催告は有効であると判示した。Y は、当該催告決議のあるまで、平穩に会社活動に参与していたものと思われる。

Moon v. Moon Motor Car. Co., 17 Del. Ch. 176, 151 Atl. 298 (1930). 本件は、取締役の定員を七名から一五名に増加する附屬定款変更の目的で招集された特別株主總會において、その旨の決議がなされた後に新たに選任された追加取締役グル

ープ（被告）が新たな取締役会での決議において旧来の取締役グループ（原告）に属する役員達を解任し、自分達のグループに属する者を後任の役員に任命したために提起されたものである。原告は、被告側の取締役や役員は、この総会招集の無効を主張した。裁判所は、この副社長が任命権限のない社長によって任命されたことを認めながらも、この任命が、原告グループの構成する取締役会において原告らの同意の下になされておらず、その副社長が現実にその職務を遂行してきたことを確認して、この招集は事実上の役員によるものであるから有効と解し原告を敗訴せしめた。本訴を提起するまで、原告はこの副社長の職務執行を黙認していたわけである。

Nelson v. National Life Ins. Co., 197 Minn. 151, 266 N. W. 857 (1936) 本件は、経営不振の被告会社における年次株主総会の延会当日、多数株主がなした他会社に対する持株の譲渡と、その延会における各種の決議の無効確認が求められた事案である。被告会社の少数株主であり取締役でもある原告は、その理由として、当該株式譲渡は、結局、被告会社が他会社に吸収される事態をもたらすことと、当該延会に関する招集通知が自己に発せられなかったことを主張した。これに対し裁判所は、株式の自由譲渡性を原則的に確認するとともに、当該年次総会ならびにその延会における議長は常に原告自身であったこと、さらに延会は当初の年次総会の継続されたものであることを理由に、招集通知を不要として原告の訴を棄却した。なお傍論的に、たとえ原告が主張する延会における法的瑕疵の存在が承認しえたとしても、その延会で新たに選任された取締役は少なくとも事実上の取締役に該当し、彼らが翌年次総会を開催するにあたってなした招集は有効であり、その総会では、株主全員一致で、前出延会における決議を全て追認・了承する旨の決議がなされたことを指摘している。

Blair v. Bishops' Restaurants, Inc., 202 Okla. 648, 217 P. 2d 161 (1950). 原告X会社における支配人と秘書・会計役とを兼任していた被告Yは、一九四五年三月二八日、訴外A（社長）とBが同席する会合において、Aが二月五日付でYを支配人から解任しかわりにBをその地位に就任させた旨を知らされた。しかしこの解任決定に適法性を認めず、Yが当該地位に留まり続けたため、会社は、帳簿・書類・営業の引き渡しを求めて訴を提起し、五月二六日に勝訴した。ところで六月五日、YはAとBに、三月三〇日付で、自己が附属定款の規定に従い、秘書・会計役として配当宣言を株主に通知した旨を知らせた。

本件は、この配当の無効を主張して会社側が提起したものである。原告は、その理由の一つとして、Yは秘書・会計役の任期満了後、取締役会による適法な再任手続を経ないまま職務執行を継続してきたことを指摘した。しかし裁判所は、「一九四五年の四月以前より四月中にかけ、YがAとBの了知と外観的な黙認の下で、会社の秘書・会計役として活動し、その地位に伴う全ての義務を履行していたことには疑いがない。Yは会社の帳簿・記録・社印を管理していた。その間、彼は会社の全営業取引を行っていた。YはAとBに支払われるべき給料小切手の全てを作成し、それに秘書・会計役として署名してきた。AとBはそれらの小切手を受け取り、裏書譲渡して金銭を取得した。会社と株主は、秘書・会計役としてのYの勞務から生ずる全ての利益を取得していた」と判示して、この配当を事実上の役員によるものとして有効と解した。

その他、取締役会が自己の株式に対して払込催告を決定するにいたる事情を認識しており、それを阻止する措置を構じえた株主に関し、その者が爾後において取締役の無資格・無権限を主張して当該催告の無効性を主張することは許されないとした事例として、*Jones v. Bonanza Min. & Mill. Co.*, 32 Utah 440, 91 P. 273 (1907) などがある。

三 事実上の取締役理論の本質とその検討

本来、法律上の取締役とは認められない表見的な取締役の行為に、前者についてと同様の法的効果を付与することの必要性は、とりわけ、第三者が、その表見的な取締役の存在に関し、会社側の作出した外観を信頼して会社と取引を行なう場合に切実となる。

そのため各国の法制においても、取引の安全や善意者保護の必要に応じて各種の対処法がはかられてきているが、これをイギリスについてみると、一九世紀中頃にコモン・ロー上ターカンド・ルールが確立され、第三者は、会社の内部的業務執行手続をあえて調査することなく、全て適式に履踐されたものとみなすことができるとされるにいたつ

た。つまりこのルールには、会社・第三者間の取引において禁反言則や外観的権限理論など既存の外観法理を適用する際、法的保護に値する善意者の認定を容易にする機能が認められるのであり、法は、これによって、法律上の取締役の行なう無権・越権代理行為のみならず、無資格・無権原の表見的な取締役の行なう無権代理行為に關しても、既存の外観法理を適用することで会社に対する帰責を可能とし、もって善意者の救済を厚くしようとしたのである。

しかもイギリスでは、このターカンド・ルールの確立された後数年を経て制定された一八六二年の第一回会社総括法中に、すでに事実上の取締役規定（現行会社法一八〇条⁽¹⁾）が設けられ、この規定は、単に第三者が会社に対してなす取引の履行請求のみでなく、会社側が株主などに対してなす各種の対内的業務執行行為や、第三者に対してなす取引の履行請求や責任追求などにおいても、無資格・無権限の表見的な取締役の行為を有効とする機能を備えており、コモン・ロー上のターカンド・ルールは、本規定により、制定法上もその存在を原則として肯認されたものということができる。

もっとも、対第三者関係での取引行為に現行会社法一八〇条を適用する場合には、ターカンド・ルールを中心に展開され変遷してきた一連の判例法理が、そこでの解釈に強い影響を及ぼすため、本規定の眞の存在意義は、むしろ会社・株主関係において発揮されると指摘されている⁽²⁾。

ところで、アメリカ法の立場に目を転ずると、一九世紀後半より形成されてきた事実上の取締役理論が、当初は、イギリスより導入された事実上の公務員理論の影響のもとに、いわばそれを借用するかたちで判例に定着した形跡のあることは、すでにみたとおりである。しかし、会社の対外的取引関係において会社側の作出した外観を信頼した善

意者を保護し、会社に帰責をもたらそうとする場合については、そこで適用されるこの理論の内容は、禁反言則や外観的権限理論など既存の外観法理適用の結果と何ら異なるものではない。ただ、表見的取締役のなす各種の対内的業務執行行為の効果や取引の相手方になす債務の履行請求や責任追求の可否となると、アメリカには既述のように、イギリス会社法一八〇条に相当する制定法規が存在しないために、各州の裁判所の態度が分かれることになる。すなわち、一つは、この理論を、あくまでも善意の第三者保護のための会社への帰責法理と限定する立場であり、他は、この理論の適用範囲を拡張し、全ての利害関係者との間で当該行為に有効性を認めようとする立場であって後者は、この理論が会社側の禁反言では説明しえない状況下でも適用されていることに着目し、その妥当性の根拠を、会社関係の画一的処理や既存の秩序維持などを要請する公序に求めているのである。

それでは、このような見解の対立のもとに、この理論の本質をどのように把握したらよいであろうか。可能な推論をもまじえて、次の四つの理解を提示することができるように思われる。

第一は、この理論を、あくまでも会社・第三者間の取引行為における善意者保護のための会社への帰責法理とする理解である。この立場では、既存の外観法理が適用される限りにおいてのみ、この理論による善意の第三者保護が可能とされるわけであるから、事実上の取締役理論とはひっきょう会社法の領域において展開される既存の外観法理そのものにすぎないことになる。従って、事実上の取締役の存在を認定するための、当該表見的取締役が、①その役職に就いているとみられており、かつ、②その職務を執行していること、あるいは、当該表見的取締役に関して、①選任しないしは任命に由来する権限が存在するとみられており、かつ、②その表見的な権限が行使されていること、などの

本質的要件とされるものは、禁反言や外観的権限の一般的成立要件の一つである「表示」が、表見的取締役の行為に關して具体化した、その意味では、既存の外観法理そのものの成立要件を具現するものとも把握されることになる。もっとも要件②が欠け、いわゆる事実上の取締役が成立せず、単発的な取引行為がなされた場合であっても、衡平の觀念に合する限りは、禁反言則や外観的権限理論が適用される余地もありうるわけであるから、要件①②の双方が充足されるときは、既存の外観法理にとって極めて強固な適用状況が現出していることになるといえよう。しかし、事実上の取締役理論の適用をこのように限定する立場は、判例上もはや過去のものになった感がある。

第二は、第一の立場を發展させ、単に会社側のみ表示による禁反言が成立するのではなく、場合によっては株主や第三者の側にも作為や不作為による禁反言が成立し、その限りにおいて表見的な取締役の行為に有効性が認定されるとする立場である。つまり、事実上の取締役理論は、あらゆる会社関係において既存の秩序を一律的に維持するものではなく、事実上の取締役の認定要件を備えた表見的な取締役が存在するという事態に、作為的であれ不作為的であれ、何らかの関与があったと衡平の観点から判断される者との関係においてのみ、既存の秩序を維持するにすぎないと解する立場である。そして、事実上の取締役理論がこの立場に留まるのであれば、その本質は第一の立場におけると同様、既存の外観法理に求められることにならう。

第三は、判例が会社側の禁反言では対処しえない状況下にあってもこの理論を適用している事実に着目して、この理論を、既存の外観法理と公序理論との混合理論とする見解であり、広く全ての利害関係者との間でこの理論を適用しようとするものである。従って、この立場では、前述の要件①②は二つの異なった観点から把握されることにな

る。一方は、既存の外観法理そのものの具体的成立要件としてであり、他方は、独自の公序理論として機能する場合の本質的な構成要件としてである。後者の場合、これらの要件は、当該表見取締役の行為をめぐる既存の秩序が、はたして法的保護に値する種類のものか否かを判断する際のメルクマールとして機能することになる。

ところで、現在の通説・判例が、右の第三の立場をとっていると解しうるかは、にわかには断定しえない。それより、この理論の発生当初より前記の要件①②の必要性が指摘され、かつ、この理論を支える理念としての公序が頻繁に説かれてきた事実をみるならば、第四の立場として、既存の秩序維持のみを本来的な目的とした事実上の取締役理論が、既存の外観法理とは別に、独自に形成されてきたと解することも、あながち不可能ではなからう。仮りにそのように考えると、要件①②は、公序理論として独立した事実上の取締役理論そのものの本質的な構成要件としてのみ把握されることになるわけである。

しかし、事実上の取締役理論が、あくまでも法律上の取締役の行為であることを求めることによって守られるべき利益と、当該表見取締役の行為を法律上の取締役の行為と同一視することによって守られるべき利益との比較衡量に際して示されてきた、衡平の観念にもとづく、いわば便宜的な政策論の範疇に属するものである以上、一律的な理論分析になじまない性質を含むものであることは否めない。その意味で、現在までの判例の多くは、この理論の本質を必ずしも明確に認識しないまま、前記の混合理論的立場において事案の解決にあたってきたとも解せられるが、時代的趨勢は、まさにそのような政策の問題として次第にこの理論を公序理論の立場に押し進める方向にあるかと思われるのである。

- (1) イギリス会社法一八〇条は「取締役または支配人の行為は、後に任命行為あるいは資格要件にどのような瑕疵が発見された場合においてもこれを有効とする」と定めている。
- (2) ターカント・ホールと会社法一八〇条との関係については、Pennington, *Company Law* 116—118 (3rd ed. 1973); Gower, *Modern Company Law* 168 (3rd ed. 1969); Palmer's *Company Law* 540—542 (21st ed. 1968) 參照。
- (3) Henn, *Law of Corporations* 414—415 (2d ed. 1970); Stevens, *On Corporations* 743 (2d ed. 1949).
- (4) Lattin, *On Corporations* 264 (2d ed. 1971); Lattin & Jennings, *Cases and Materials on Corporations* 348 (1969).