

《論説》

1972年ヨーロッパ共同体法9条1項と

イギリス会社法理の修正

——イギリス法における事実上の取締役・再論——

石 山 卓 磨

- 1 はじめに
- 2 共同体法制定前におけるコモン・ロー上の事実上の取締役法制
- 3 共同体法9条1項の解釈
 - (1) 概説
 - (2) 「善意で取引する者」の意義
 - (3) 「取締役によって決定された取引」の意義
- 4 能力外法理と擬制悪意の法則
- 5 ターカンド・ルールとの関係
- 6 現行法下の事実上の取締役
- 7 むすび

1 はじめに

事実上の取締役 (de facto directors) の概念を、英米法に求めるならば、アメリカの判例のように、抽象化された本質的認定要件である取締役としての「権限の外観」と「継続的職務執行」を強調する立場と、イギリス会社法180条の規定文言を考慮し、取締役に適法に選任されていないか、または、その資格を喪失した者で、実際に取締役として行動する者という趣旨で具体的に説明する立場¹⁾に大別される。しかし、イギリス法における事実上の取締役法制は、同条を中心とした制定法上の規制に限られるのではなく、法律上の取締役のなす無権・越権行為の効果に関するコモン・ロー上の諸法理も適用されてくる

1) Palmer's Company Law, 23rd. ed. (1982), by Schmitthoff, p. 807.

ことは、すでに別稿²⁾で論じたとおりである。すなわち、Royal British Bank v. Turquand ([1856] 6E. & B. 327) から Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) ([1964] 2 Q.B. 480, 1 All E.R. 630) へと変遷してきたターカンド・ルール (Turquand rule)・擬制悪意の法則 (the rule of constructive notice)・外観的権限理論 (the doctrine of apparent authority) に関する一連の判例法理中に、事実上の取締役法制もひそんでいたわけであり、別稿では主に Freeman's case 時点におけるこの法制的 総体的把握を試んだ次第である。

ところで、周知のように、Freeman's case 判決以後、イギリス会社法においては、イギリスの EC 加盟による1972年ヨーロッパ共同体法9条 (Sec. 9, European Communities Act 1972, (1972 C. 68), 以下、共同体法と略称する) の制定という新たな局面が展開されている³⁾。そこで本稿では、主に同条1項を中心にした各種の解釈論を概観し、同規定が従来の上記判例法理にいかなる修正を及ぼしたか、そして、共同体法の成立により事実上の取締役法制はいかなる展開をみるにいたったかを検討することにする。

なお、以下においては、別稿の補説として、共同体法制定前における事実上の取締役法制に関し、そのコモン・ロー上の変遷につき若干の概説をなすことから始めようと思う。

2) 拙稿「イギリス法における事実上の取締役——事実上の取締役理論・その3——」愛知学院大学論叢法学研究20巻2号(昭51)109頁。

3) 同共同体法は、ヨーロッパ共同体委員会 (EEC Commission) が1964年に 共同体閣僚理事会 (the Council of Ministers) に提案した第1指令案 (the first draft directive) に対し、1968年、同理事会が発表した第1指令 (the first directive) に応えて制定されたものであり、同9条は1948年会社法と一体として解釈される (共同体法9条8項)。

共同体法9条に関する文献として、酒巻俊雄「イギリスの EC 加盟と会社法への影響」法と権利2 (末川先生追悼論集) (民商法雑誌78巻臨時増刊(2)) (昭53) 208頁、山口幸五郎「会社の目的外行為と商業登記制度——イギリス欧州共同体法の示唆——」阪大法学111号(昭54)1頁、同「会社の目的外行為の効力に関する考察——イギリス法の Ultra Vires Doctrine を中心として——」法と政治の現代的課題 (大阪大学法学部創立30周年記念論文集) (昭57) 160頁、など参照。

第1指令案および第1指令については、山口・加藤 徹「EC 会社法に関する第1指令について」前掲阪大法学71頁参照。

2 共同体法制定前におけるコモン・ロー上の事実上の取締役法制

会社と取引する第三者は、基本定款や附属定款など各種の公示文書（public documents）の記載内容を事前に調査すべき義務を負うが、内部的業務執行手続の履践いかんについては、疑わしい状況がないかぎり、調査義務はかせられず、反対事実を知悉していないかぎり、この手続は全て適式に履践済みとみなすことができる。これは、Turquand's case¹⁾や Mahony v. East Holyford Mining Co.²⁾ ([1875] L. R. 7 H.L. 869) を通じて確立された判例法理であり（Turquand rule or indoor management rule）、会社取引の円滑な遂行・取引界の便宜のため、政策的に確立されたものである。会社が一定の手続的条件付きで取締役や役員に代表権ないし代理権を付与する旨定款で表示することは、いうまでもなく、この条件が成就したことまで表示するものではない。しかし、ターカンド・ルールによれば、第三者はこの条件が成就したもののみなしうため、会社は定款上その者に対する権限授与を表示した場合と同様の扱いをうけることになる。このことは、本来なら、当該取締役や役員への授權に関し、第三者が商取引上妥当とされる範囲内で手続履践いかんを調査し、適式と信頼するのが相当とされる何らかの徴憑を見い出したうえでなければ、定款上の表示と相俟って、禁反言則ないし外観的権限理論の適用基盤を見い出しえないところを、ターカンド・ルールは、この調査をしないまま実質的に既存の外観理論を適用することを可能とする理論的手段を提供したことになる³⁾。そして、この直後、Ernest v. Nicholls ([1857] 6 H. L. Cas. 401) においては、公示文書の調査を怠った第三者にはその記載内容につき悪意が擬制されるとする擬制悪意の法則が確定している⁴⁾。なお、事実上の取締役に関する初期

1) 事案の詳細は、拙稿・前掲114頁以下。

2) 事案の詳細は、拙稿・前掲115頁以下。

3) Pennington は、Mahony's case における取引の相手方は会社の定款を調査していなかったとの理解から、ターカンド・ルールは禁反言則に立脚するものではないと解する（Pennington, Company Law, 4th ed. 1979, p. 117）。定款を調査していたか否かについては見解の分かれるところであり、拙稿・前掲117頁・123頁注(11)参照。

の判例中には、取締役の欠員補充権のない唯一の残存活動取締役により補充選任された複数の取締役が会社名において原告に保険証券を発行した事案⁵⁾や、定款署名者による適式な選任がないまま取締役として会社経営に従事し、これを支配していた者が、会社に対する貸付の担保として債権者に社債を発行した事案⁶⁾において、ターカンド・ルールが適用され、各行為が有効とされたものがある。

ところで、ターカンド・ルールが適用されると、問題の取引が会社側代表者ないし代理人の地位にとって“通常の権限 (usual authority)”に属するか否かを問わず、その者の“潜在的権限 (potential authority)”がかかる“通常の権限”あるいは“外観的権限”の範囲をこえて拡張し顕在化してくる可能性がある。そのためこのルールは、会社にとっては、容易かつ広範囲に責任が追求されてくる危険をはらんだ原則ともいえるのであって、とりわけ、このことは、善意の第三者は、条件付権限の存在に関する定款規定につき自己に有利なかたちで擬制悪意を援用することができると解されることにより一層切実になってくる。この点、判例は、会社保護の見地からこのルールの適用を制限する傾向をたどるのであるが⁷⁾、以下、主要な判例のみ概観して、このルールをめぐる判例の変遷過程の骨子を明らかにしておこう。

Houghton & Company Ltd. v. Nothard, Lowe & Wills, Ltd. [1927] 1 K.B. 246

本件は、果物の輸入販売を業とするY（被告）・Z両会社の取締役であるAがX会社（原告）との間で、X社がZ社に融資するかわりに、対価としてY・Z両社が輸入した果物の販売権を取得する契約を締結した事案である。Y社の附属定款中には、取締役らは業務執行取締役に権限を委任しう旨の規定があ

4) 擬制悪意の法則が確立された背景については、拙稿・前掲117頁以下参照。なお、Ernest's case 当時は、一般会社法上の会社自体が漸新なものであり、数が少なかったため、取引の相手方に特別の注意を求めても相当と解されていたこともあげられる。

5) *Re County Life Assurance Co.* [1870] 5 Ch. App. 288.

6) *Duck v. Tower Galvanizing Company* [1901] 2K.B. 314.

7) ターカンド・ルールの適用否定例を紹介するものに、小町谷操三・イギリス会社法概説（昭37）173頁以下。

ったが、実際にはAに対する授權行為はなく、X社はこの定款を調査しないまま、Y社秘書役Bが無権限で提出したAに対する授權の確認書を信賴して本件契約に臨んでいた。第1審では、Y社の定款中に前記委任権限に関する規定がある以上、X社には悪意が擬制されターカンド・ルールが適用されてAには授權があったと推定できるので、本件契約は有効である旨判示された(Wright J.)。これに対し控訴審は、以下の理由で原審を破棄した。すなわち、(1)ターカンド・ルールを適用するには、相手方において、(a)会社側代表者の表見的権限を信賴したことの立証があり、かつ、(b)当該取引が適法か否かにつき調査すべき疑わしい状況のないことが必要であるところ、本件ではこれらが充足されていない(Bankes L. J.)、(2)X社としては、契約締結当時その存在を了知していなかった定款規定に依拠して権利主張することはできない(Sargent L. J.)、と。とりわけ、サーガント判事は、会社側に与した立場からターカンド・ルールに強い警戒を示しているが⁸⁾、遺憾なことに、このルールの適用が認められる場合に関し説示していないため、このことが、後の判例においてこのルールの適用が一層限定されていくことの原因になったとも解されている⁹⁾。本件契約がY社の経営活動において通常の取引内には含まれない性質のものであった点にターカンド・ルールの適用が否定された真の理由があったようである。

Rama Corporation, Ltd. v. Proved Tin & General Investments, Ltd.
[1952]1 Q. B. 147

本件は、X社(原告)の取締役AとY社(被告)の取締役Bとの間でかわされた、訴外Z社製造の電話帳ホルダーの送り状を共同で割引購入し、これで共同事業をなす旨の合意の効力に関するものである。Y社の附属定款中には取締

8) 本件の場合、たとえX社が当該定款条項の存在を知っていたとしても、このことからY社取締役会はAに授權したとの推定がX社に許されることにはならないとする。なぜなら、もし許されると解するなら、「有限責任会社を、十分な理由がないまま、自分自身の利益のために契約を締結しようとする従業員または代理人の恣意に委ねることになる」からである([1927]1K.B. 266)。

9) Shapira, "Rule in Turquand's case revisited" (1976) 7N. Z. U. L. R. 142, p. 154.

役らの権限を他に委任しうる旨の規定があったが、X社はこれを知らず、Bには本件合意をなす授權はなかった。X社は、Y社に対し、定款中に前記規定をおく以上、Bの権限を否定することは禁反言されるとして、本件合意の履行およびBの詐欺に関する使用者責任を訴求したが、Y社は、Bには実際の権限・黙示の権限・外観的権限のいずれもが欠けるとして、この請求を拒絶した。これに対し裁判所は、前記 *Houghton's case* の控訴審判決を全面的に支持し、擬制悪意の法則は会社によりにのみ作用する純粹に消極的 (negative) なものであるから、X社は、自己が了知していなかった定款規定に依拠してBに外観的権限があるとは主張しえないと判示し¹⁰⁾、X社の請求を棄却した。

本判決に対する学説の評価は分かれている。1つは、本判決の趣旨を、第三者は定款内容を了知していないかぎり定款外で作出された会社側の外観をも信頼しえないとするものと解したうえで、以下の理由からこの不当性を指摘する。すなわち、定款上の記載事項に関する擬制悪意に定款外の実際の表示の効力をも制限する効果を認めるならば、この効果はあらゆる記載事項につき認められるべきであり、第三者に不利な事項についてのみ擬制悪意を認むべき根拠はない。また、実際の取引社会では第三者は事前に定款を調査しておらず、本判決によればターカンド・ルールは実質的に不必要とならざるをえない。ただし、第三者がこのルールに依拠する意義は、第三者において定款の記載事項につき悪意が擬制される場合にこそ認められるからである¹¹⁾。2つは、会社保護の見地から *Houghton's case* の控訴審判決を支持するもので、確かに、取締役会が1人の取締役に権限を委任することは内部的業務執行手続に属するので、この場合のみターカンド・ルールを適用しない理由は見出し難いが、しかし、

10) per Slade J., [1952] 1 Q. B. 149.

11) Shapira, id., p. 156. 論者は、擬制悪意の法則の消極的性格なるものを「帰責情報 (imputed information) は権利主張の根拠としては役立ちえない」ことの表現にすぎないと解し、このことと「自己に不利な法的擬制の作用を緩和する特定条項の存在を実際に了知していないかぎり、外部的表示 (すなわち定款から独立した表示) に立脚して権利主張することはできない」と述べることは別問題であるとする。そして、Slade 判事はこの点を混同し「間違った空港へ完全着陸した」と評する。しかし、後出 Rice によれば、Slade 判事はかかる過誤を犯していないことになる。

逆にこのルールを適用して第三者の保護をはかることは、イギリス会社法が立脚している取締役会による共同経営 (collective management) の原則を破壊することになるとする¹²⁾。3つは、本判決の趣旨を、あくまでも会社側が定款の記載事項を通して作出する外観に関してのみ第三者は実際にこれを了知していなければ外観法理を適用しえないとするにとどまるものと解し、本判決は今日の商取引に衝撃を与えないと解するものである¹³⁾。この説を敷衍すれば以下のようになる。すなわち、本件取引は、個々の取締役の「通常の権限」内に属する性質のものではないため¹⁴⁾、たとえY社がBの日常行動を黙認していたとしても、本件取引権限の授与を表示したことにはならず、本件は定款外の外観につき外観法理の適用される事案にはあたらない。そのため判決はあえてこの点を論ずるまでもなく定款の記載事項に関し外観法理を適用する場合の論理を説くにとどまったにすぎず、取締役が「通常の権限」内の取引行為をなした場合に、別途、定款外の外観につき外観法理を適用することを否定する趣旨ではない、ということである。この立場は、「通常の場合、取締役であれば会社のためにそれをなす権限を有するであろうとされる事項に関し、特定人がその取締役と取引する場合には、その者には、附属定款で要求される諸手続がその取締役の権限行使以前に遵守されていたか否かを調査する義務はない¹⁵⁾」とした *Kreditbank Cassel v. Schenkers*¹⁶⁾ ([1927] 1 K.B. 826) と本判決は矛盾しないと説くのであるが、この解釈と基本的に符号する方向で登場したのが次の判決である。

Freeman & Lockyer V. Buckhurst Park Properties (Mangal) [1964]

12) Pennington, id., p. 132.

13) Rice, "Power of a Director to Bind the Company," (1959) J. B. L. 332.

14) Freeman's case の Pearson J. も Rama's case は「通常の権限」外の取引事例であり、「通常の権限」内の取引に関しても第三者に定款内容の了知を求めることは「法的詭弁の乱用例」にあたるとする ([1964] 1 All E. R. 630)。

15) per Atkin L.J., [1927] 1 K. B. 844.

16) 会社支店長が無権限で手形を偽造し振り出した事案。会社の附属定款によれば、取締役 (the directors) には手形行為権限を有する者の選任権が明示的に付与されていたが、手形偽造の場合にはターカンド・ルールは適用されないとした *Ruben v. Great Fingall Consolidated*, ([1906] A. C. 439) が適用され、会社は手形責任を負わないものとされた。

2 Q. B. 480, 1 All E.R. 630

本件¹⁷⁾は、事実上、不動産開発を業とするY会社（被告）の業務執行取締役として活動していた取締役Aが建築・設計を業とするX会社（原告）と締結した不動産開発に関する契約の効力に関する事例である。Y社の附属定款には取締役会には業務執行取締役の選任権限がある旨の明示規定があったが、実際にはこの権限は行使されていなかった。X社がY社に対し契約の履行に伴う料金の支払を請求したのに対し、Y社は、業務執行取締役の選任不存在によるAの無権限を理由にこれを拒絶した。第1 審原告勝訴。Y社は本件契約上の責任はAが負うべきである旨を主張して控訴。控訴審は全員一致で Rama's case 判決を否定し、以下の理由でX社の請求を認容した。すなわち、(1)Y社はAの活動を黙認することによりAを業務執行取締役と表示したことになり、附属定款中に業務執行取締役の選任権限が明規されている以上、Aに認められる表見的権限はY社を拘束する。(2)本件のような契約締結行為はこの種の会社の業務執行取締役にとって「通常の権限」内に含まれる。(3)X社がY社の定款内容およびAに関する選任の有無を調査しなかったことは、Y社に対する権利主張を妨げない、と。

本判決は、法律上または事実上の取締役や役員が「通常の権限」内で越権ないし無権代理行為をなした場合には、定款を調査していない第三者であっても原則的に会社に責任追求しうることを明らかにするものであるが、その根拠は、取締役や役員の活動を黙認することにより会社がなす定款外の表示に関して適用される禁反言則に立脚した外観的権限理論に求められている。もっとも、判決中、ディプロック判事 (Diplock L. J.) が、会社への帰責要件として「基本定款や附属定款において、履行の強制が求められている契約と同種の契約を締結したり、その種の契約締結を代理人に委任する能力が会社から剝奪されていないこと¹⁸⁾」を指摘している点が重要であり、これが充足されるかぎり第三

17) 拙稿・前掲133頁以下、山口「イギリス法における会社代表行為の効力——ターカントケース・ルールの意義と展望——」英米会社法の論理と課題（星川先生還暦記念）（昭47）134頁以下。

18) [1964] 1All E. R. 646. 同判事は会社への帰責法理を禁反言則に立脚した外観的権限理論に求め、詳細は理論展開を試んでいる。拙稿・前掲参照。

者はターカンド・ルールに依拠するまでもなく、これに代替される外観的権限理論を直截に適用することができるが、反面この充足がない場合には、実際の権限がないことを明示する定款規定に関し悪意が擬制され、第三者は保護の埒外におかれることになる。結局、「通常の権限」内であっても、擬制悪意の法則は廃止されていないのである。

では、「通常の権限」外の取引の場合はいかに扱われるのであろうか。この点をガウアは、「しかしながら、役員が、通常その種の役員は有していないであろう種類の権限を行使していて、かつ、実際の権限を踰越している場合には、他方当事者は保護されないであろう。ただし、会社が、その者には当該事項につき行為権限がある旨を表示しており、外部者がそれを信頼した場合、つまり会社が禁反言される場合はこのかぎりでない。しかし、基本定款もしくは附属定款またはその他の公示文書中の規定については、他方当事者がそれを知っており実際にこれを信頼したのでなければ禁反言の効果は生じない。この目的に関し、会社の登記所における登記は了知を構成しない¹⁹⁾」と判例分析している。会社が表見的な取締役や役員の行動を黙認することにより表示するのは「通常の権限」内の事柄につき行為権限を付与しているとの外観にすぎない。したがって、これをこえる取引につき第三者が会社に責任追求するためには、定款外で会社が積極的に作出した当該行為権限が存する旨の表示、または、かかる権限をも付与しうる旨の定款規定に禁反言則を適用しなければならず、そのためには、第三者が実際に定款外または定款上の外観を信頼していたことが必要である。ところで、この場合、かかる権限付与を可能とする定款規定が存するならば、これを了知した第三者には、ターカンド・ルールの適用により、実際に権限の付与があったものと推定することが許されそうなものである。ところが、この点に関し、ディブロック判事は、第三者において、(1)定款の内容を知っていたこと、のみならず、(2)この知識を有する分別ある者 (reasonable man) ならば当該代理人には当該契約締結権限が存在する旨の表示であると理解するような取締役会の行為があること、を立証する必要があると判示している²⁰⁾。

19) Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 4th ed. 1979, p. 197. この部分は第三版 (1969) と同様である。

結局、現在の判例は、「通常の権限」の内外を問わず、ターカンド・ルールの直接的な適用は予定しておらず、とりわけ「通常の権限」内に関するかぎり、このルールは外観的権限理論の代替的適用のなかに発展的解消をとげるにいたったとも解されるのである。

3 共同体法 9 条 1 項の解釈

(1)概説

共同体法 9 条 1 項は以下のように規定する。「会社と善意で取引する者のため、取締役によって決定された取引は会社の契約締結能力内にあるものとみなされ、取締役の会社を拘束する権限は基本定款または附属定款におけるいかなる制限にも服さないものとみなされるものとする。かかる決定をへた取引の当事者は会社のこれを締結する能力または取締役の権限に対するかかるいかなる制限に関しても調査義務を負わないものとする。また、反対の立証がないかぎり善意で行為したものとして推定されるものとする¹⁾。」

第 1 指令では、(1)能力外法理の制限(1 項²⁾)と(2)機関権限の制限に関する擬制悪意の廃止(2 項³⁾)とが別個に規定されていたのに対し、共同体法 9 条 1 項ではこれらが 1 条項で規定されているため、同項の全体的把握に関しては解釈が分かれている。すなわち、1 説は、同項はあくまでも(1)のみを意図するものであり、能力外行為に関してのみ(2)をも認められるにすぎないと解する⁴⁾のに対し、2 説は、同項は(1)と(2)を別個独立に規定していると解する⁵⁾。したがって、会社の能力内における機関の無権代理行為についてみれば、1 説では

20) [1964] 1 All E. R. 647.

1) 原文は以下のとおり。

“In favour of a person dealing with a company in good faith, any transaction decided on by the directors shall be deemed to be one which it is within the capacity of the company to enter into, and the power of the directors to bind the company shall be deemed to be free of any limitation under the memorandum or articles of association; and a party to a transaction so decided on shall not be bound to enquire as to the capacity of the company to enter into it or as to any such limitation on the powers of the directors, and shall be presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved.”

従来のコモン・ローのみが適用されるのに対し、2説では1次的に共同体法9条1項が適用され、これが適用されない場合に従来のコモン・ローが適用されることになる。いずれにせよ、同項が適用されるかぎり、第三者は、当該契約締結権限が会社にあるか否かを、また、取締役の権限に対する制限の有無を調査する必要はなく、定款規定から生ずる外観的権限あるいは実際の権限に影響

- 2) 「会社の機関によりなされた行為は、法律が当該機関に付与したか、または、付与することを認めた権限を踰越していないかぎり、たとえ会社の目的の範囲内に属していない場合であっても、会社を拘束するものとする。

ただし、加盟国は、当該行為が会社の目的の範囲をこえる場合で、かつ、第三者は当該行為が会社の目的の範囲をこえることを知っていたこと、または、周囲の事情に鑑み、不知ではありえなかったことを会社が立証するときには、会社は拘束されない旨を規定することができる。定款による開示は、そのみではこの立証に十分でないものとする。」

前段は独法に、後段は英・仏・伊法に立脚する (Villa, "The Validity of Company Undertakings and the Limits of the E. E. C. Harmonization" (1974) 3 Anglo American L. Rev. 346, pp. 347-350)。

- 3) 「定款で定められているか、または、権限ある機関の決定による会社機関の権限に対する制限は、それが開示されている場合でも、第三者には対抗しえないものとする。」

本項に関しては、擬制悪意の法則を完全に廃止したものと解する立場 (Farrar & Powles, "The Effect of Section 9 of the European Communities Act 1972 on English Company Law" (1973) 36M. L. R. 270, p. 272) と、悪意や帰責悪意者を適用除外する趣旨のうかがわれるあいまいな規定と評する立場 (O'Neill, "Section 9 (1) of the European Communities Act 1972, and Clause 5 of the Companies Bill 1973: A Problem of Draftsmanship" (1974) Anglo American L. Rev. 485, p. 487) がある。

- 4) Prentice, "Section 9 of the European Communities Act" (1973) L. Q. R. 518, pp. 528-530. 以下の理由をあげる。すなわち、(1)指令9条2項は、会社機関の権限は法律によってのみ制限されるとする独法に立脚しているところ、これを機関権限の制限が定款起草者の自由に委ねられている英法に導入することは、大きな理論的転換を余儀なくさせることになること、および、(2)第三者保護のためには外観的権限理論があるので、同項導入の必要はなかったこと、である。
- 5) Thompson, "Directors' Powers Under the European Communities Act" N. L. J., (Jun. 21, 1973), p. 593. 理由は第1指令に従うべきことにあるが、文章の構成につき以下のように述べる。すなわち、1説にたつならば、条文中2節と3節の間にコンマ (……to enter into, and the power……) をおく必要はなく、また、2説をより明確に示そうとするならば、コンマよりセミコロンの方が妥当である。この点、セミコロンを用いて記述している Fenton, "Company Law in the Common Market—II" N. L. J., (Dec. 14, 1972), p. 1100 は2説にたつのであろう、と。

されることはない。なお、保護されるのが善意の第三者に限られる点が、善意・悪意を問わない第1指令との1つの相違点になっている。

(2)「善意で取引する者」の意義

共同体法9条1項によれば、第三者が「善意¹⁾ (good faith)」でないかぎり、会社の能力外あるいは機関の権限外の取引は無効とならざるをえない²⁾。しかし、いかなる場合に善意でないことになるかは規定上不明であり³⁾、この点に関し、学説は以下のように解している。(1)当該取引が能力外・権限外であることを現実知っている場合⁴⁾、(2)定款の謄本を受領しながら読まなかった場合⁵⁾、(3)会社内部者(株主・取締役など)でもある第三者が公示文書の内容を了知しているものと期待される立場にありながら、了知していない場合⁶⁾、(4)能力外か否か調査すべき疑わしい状況にありながら調査していない場合⁷⁾、は善意者に該当しない。(5)定款の規定自体は了知しているが、その真意を誤解した場合に関しては解釈が分かれている。ジェンキンズ・レポートの勧告⁸⁾に従

1) good faith は honestly を意味する (Fenton, id., p. 1101)。

good faith には “non knowledge” という意味——英・仏・伊で一般的——のほか、“correct behaviour” という意味——独の Prokura 理論に調和的——で用いられる場合もある (Villa, id., p. 351)。

good faith のあいまいな性格が理由で、第1指令の起草中、当初はこの要件が規定されていたにもかかわらず、最終段階で省かれた経緯がある (Farrar & Powles, id., p. 273)。

2) Farrar & Powles, ibid.

3) 1948年から1981年までの会社法すべてにおいて規定されていない。

good faith に反する状態とは、コモン・ローの詐欺 (fraud) とは違い、法定受託者 (constructive trustee) においてあてはまる、衡平法上の原理が適用される精神状態をいう (Hirtenstein, “European Communities Act 1972, Section 9 (1)” N. L. J., (Apr. 5, 1973), p.312)。

4) Collier & Sealy, (1973) 32 Camb. L. J. 1, p.2; Palmer, id., p.126; Gower, id. p. 186; Bastin, “Ultra Vires and the European Communities Act,” N. L. J. (Dec. 7, 1972), p. 1089.

5) Bastin, ibid.

6) Farrar & Powles, id., p.272.

7) Hirtenstein, id., p. 312.

8) Board of Trade, Report of the Company Law Committee (以下 Jenkins Report と略称), Jun. 1962, Cmnd. 1749, para. 42 (c).

い「誠実かつ相当な理由で」当該規定は会社が当該取引をなすを妨げないと誤解した場合には善意者になると解するのが多数説⁹⁾であるが、一般に判例は、定款を読んだ者は適当な意味で理解したものと推定するので、誤解した場合には悪意者に扱われようと予想する見解¹⁰⁾もある。(6)自己の債務は未履行のまま会社に履行請求する者に関しては、ジェンキンズ・レポートの趣旨¹¹⁾をふまえて善意者に該当しないと解する立場¹²⁾と、「善意で」という文言のみで同レポートの趣旨を実現するのは無理であると解する立場¹³⁾がある。(7)擬制悪意は善意を否定しない¹⁴⁾。なお、(8)従来は定款を調査していた者が、共同体法の施行により生ずる(5)の疑義を回避するため、あえて定款を調査しなかった場合は悪意者になるのかという問題提起もあった¹⁵⁾。一方、International Sales & Agencies Ltd. and another v. Sidney Marcus and another¹⁶⁾ ([1982] 2 C. M. L. R. 46)では、第三者が能力外取引であることを実際に知っていたこと、または、全状況を鑑みるならば、第三者は自己が能力外取引の当事者であることを知らないではいられえなかったことの立証が、善意を欠くことの基準になる旨が判示されている。

善意であることが要求される時期に関しては、文言上、取引時ないし契約締結時のみで足りるとする説¹⁷⁾と、契約履行時においてもなお必要とする説¹⁸⁾が

9) Gower, id., p. 186; Prentice, id., p. 525; Collier & Sealy, id., p. 3.

10) Bastin, id., pp. 1089-1090. 第三者の調査義務を否定する共同体法9条1項の後半部分をあわせ読むならば、同項は定款を読んだ者には適用されない趣旨と解する。

11) Jenkins Report, para. 42 (a).

12) Bastin, id., p. 1090.

13) Gower, id., p. 186.

14) Palmer, id., p. 126.

15) Collier & Sealy, id., p. 3.

16) 会社設立者のなした借金に関し、当該設立者の死後、1人の活動的取締役が会社の金銭をもって返済した事案。この返済行為は会社資金の法定受託者としての信託義務に違反するもので会社の能力外行為であると判断され、結局、会社が貸主に求めた受領額の返還が認められた。判決は、本件の返済は会社との取引につきなされたものではないと解しつつも、たとえ取引によっても、貸主においては本件の返済が当該取締役にとって信託義務違反にあたることにつき善意であったとは認定できないので、共同体法9条1項は適用されないと判示している。なお、判決は、同項は、善意の第三者を能力外法理から救済するための規定であると解している。

17) Gower, id., p. 186.

ある。いずれにせよ、善意でないことの立証責任は会社が負担するが、第三者と会社役員間に共謀がないかぎり、實際上、この立証は困難とみられている¹⁹⁾。

第三者が善意でなす「取引 (dealing)」とは、基本的には商業的な契約上の取り決めに意味することになろう²⁰⁾。しかし、*Parke v. Daily News, Ltd.* ([1962] Ch. 927) のように会社が元従業員に年金補償の意味で慈善的な無償贈与をなす場合については解釈が分かれており、会社にとっては dealing であっても、単に受領するのみの第三者にとってはこれにあたらないとする説²¹⁾と、本項を本質的に商業的な取引に限定すべき理由はないとして、dealing にあたるとする説²²⁾が対立している。また、会社の従業員が能力外取引の過程で犯した不法行為に関しても、被害者の会社への責任追求において本項の適用が示唆されている²³⁾。さらに、本項が外部者と内部者の区別をしていないこと、また、規定が“a person contracting with the company”となっていないことから、授權資本が完全に発行済みの会社からさらにボーナス株を受領した株主についても本項が適用されるとする見解²⁴⁾がある。

ところで、本項が適用されるためには、まず第三者が会社と取引する者でなければならないという前提に関し、本規定には論理的ジレンマがあるとの指摘²⁵⁾がある。なぜなら、会社との取引といえるためには、第三者は正当な権限を有する会社代表者ないし代理人と契約していなければならず、この権限の欠缺を治癒するために本規定を適用することになるからである。この種の論理的誤謬は1973年会社法改正案5条²⁶⁾にもみられ、立法起草者はかかる誤謬のない第1指令9条の“機関による行為”という立法形式を参考にして再検討すべき

18) Farrar & Powles, id. p. 273.

19) Gower, id., p.186.

20) Farrar & Powles, id., p. 272. なお、ガウアは、能力外法理との関係上、起草者は、契約と財産取引 (property transaction) を考慮していたとする (id., p. 185)。

21) Farrar & Powles, id., pp. 272-273. この立場では、会社が能力外の無償供与につき受領者たる第三者に返還請求をなした場合には、第三者は本項の保護をうけないことになる (Bastin, id., p. 1090)。

22) Gower, id., p.186; Prentice, id., p.525.

23) Prentice, id., pp.525-526 (n) 32.

24) Collier & Sealy, id., p.3.

25) O'Neill, id., p. 489.

であるといわれている²⁷⁾。

(3)「取締役によって決定された取引」の意義

規定中「取締役 (the directors)」の意義であるが、上の部分に対応する第1指令9条の文言が“機関の行為¹⁾ (acts of organs)”となっていたため、一般的には機関として活動する取締役会 (board of directors) を意味するものと解されている²⁾。そのため、1人しか取締役のいない私会社の場合や附属定款により1人の取締役が定足数を構成する会社³⁾の場合には、当該 sole director のなした決定につき本項が適用されることに異論はない⁴⁾。しかし、複数の取締役がいる会社で1人の取締役あるいは業務執行取締役 (managing

26) 「1項 本条の施行後に会社の行った取引の効力は、左の事実を理由として、会社がこれを攻撃することはできない。

(a) その取引が会社の能力の範囲内でないこと、または、

(b) 会社の取締役が基本定款または付属定款に基づくその権能を超越したこと。

ただし、その取引の相手方がその事実の存在につき悪意であったときは、この限りでない。」星川長七＝川内克忠「英国改正会社法(1974年)案[I]——その条文と注解——」商事法務675号(昭49)215頁引用。

この規定に対しては、第三者が能力外事実を主張しうる点、および、取締役以外の会社機関による権限超越行為についてふれられていない点に批判があり (Gower, id., p.179 (n) 22), 1980年会社法では採択されなかった。

27) O'Neill, id., p. 490.

1) 第1指令の公式仏語文では“organe”となっていたが、仏語の organe には機関と代理人の両義があるところ、第1指令では機関が意味されていたと解されている (Farrar & Powles, id., p. 274)。なお、EEC委員会は、この“organe”を“organ”と英訳したが、外務省による第1指令の英訳では“authorized officers”になっていた。

2) Gower, id., p.187.

Hirtenstein は、“取締役により決定された”には少なくとも6つの意味があるとする。すなわち、(1)適法に構成された取締役会議における取締役会決議、(2)当該目的に関し、取締役会決議により適法な手続で権限を委任された1人の取締役が下した決定、(3)決議の形式をとっていないが、全取締役の同意による決定、(4)事前に全取締役が了知しているが、適法に構成された取締役会議でなされていない過半数による決定、(5)いずれか2人以上の取締役による決定、(6)1人の取締役による決定、であるが、本規定に関しては、一応、(1)に限定して解している (id., p. 312)。

3) 1929年11月1日前に設立された私会社以外の会社にみられる (1948年会社法176条)。

4) Gower, id., p.187 (n) 25; Farrar & Powles, id., p. 273; O'Neill, id., p. 491.

director) が決定し取引した場合、複数は単数を含む旨規定する解釈法 (Interpretation Act 1978, sec. 6 (c)) により本規定が適用されるかに関しては解釈が分かれている。通説⁵⁾は、取締役会による共同執行主義を伝統的に採用しているイギリス会社法では、業務執行取締役につきいまだに会社を代表すべき権限が全般的包括的に認められた独立機関たる地位は法定されていないことや⁶⁾、本規定の適用を肯定すると単独取締役に取締役会における同等の権限を認めることになる⁷⁾などを理由に、適用否定説をとっている。しかし、1948 年会社法第 1 附則 A 表が the directors はその権限をその構成員からなる委員会または業務執行取締役に委任しう旨規定していることから (102 条・109 条)、共同体法 9 条 1 項における the directors とは、この委任権限が行使されていない場合の取締役会を意味すると解したうえで、特定取締役に對するこの委任の有無は indoor management に属するので、ターカンド・ルールの適用によりこれがあつたとする推定を第三者に許さなければ従来の解釈より後退するとして、the directors には 1 人の取締役も含まれると解する見解⁸⁾もある。さらに、取締役会が業務執行取締役になす授權行為は“取引”といえないので“取締役によって決定された取引”には該当しないが、しかし、次の“取締役の会社を拘束する権限……”における the directors には前述の解釈法が適用でき、1 人の業務執行取締役も含まれるので、結局、本条の適用が可能になるとする見解⁹⁾もある。なお理由は詳らかでないが、前記 International Sales & Agencies Ltd.'s case では、複数の取締役がいるなか、事実上、全事業決定が 1 人の活動的取締役により下されている場合にはその者の決定に

5) Palmer, id., p. 126; Pennington, id., p. 100; Thompson, id., p. 594. など。この立場でも、取締役が 1 人しかいない場合に共同体法 9 条 1 項を適用するため解釈法を援用することは認められる (Gower, ibid.)。

6) 山口・前掲阪大法学 111 号 8 頁。

7) Hirstenstein, id., p. 314.

O'Neill も、単独取締役には会社の取引に関する決定権がないと解されていた共同体法制定前の状況と比較するならば、この場合に複数は単数を含むと解するのはあまりに異なった状況を作り出すことになるとする (id., p. 491)。

8) Fenton, id., p. 1101. Thompson も managing director は含めるようである (id., p. 594.)。

よる行為は the directors の決定による行為とされる旨判示されている。

ところで、本規定の起草者には the directors と規定するに際し誤解があったとの指摘¹⁰⁾がある。それは、第1指令9条は同2条と関連づけて解釈されなければならない、そこでの解釈を実現するべく共同体法9条1項も起草されなければならないところ、ここに判断ミスがあったというものである。すなわち、第1指令2条1項d号¹¹⁾によれば、会社は代表権者に関し、選任の有無・任期その他の詳細に加えて、その者が単独で代表しうるか共同によるかまでも公示しなければならないところ、起草者は、代表権限や代表形態についての公示までは要求していない現行会社法200条で十分に公示に関する指令の要求をみたしうると軽信したのである。そして同200条により複数の取締役の名称が公示される以上、その者達の集団的行為のみが会社を拘束すると解すべきであると判断し、the directors と規定したというのである。しかし、会社法200条および共同体法9条3項では第1指令2条1項d号を実効あらしめることができないことはEEC委員会も表明しているとおりであり¹²⁾、この点に関しては、共同体法9条1項の趣旨が取締役会に代わって行動するべく選任された業務執行取締役にも及ぶよう、将来、立法的措置を施すべきことが提唱されている¹³⁾。

9) O'Neill, id. p. 492.なお、取締役会が代理人に決定を委任する行為については、取引を決定したわけでないので、この代理人が能力外契約を締結しても本条の適用はないとする(id. p. 490)。

Prentice も“取締役の会社を拘束する権限”における“取締役”には1名の取締役が含まれるとする(id., p. 528)。

10) Wyatt, “First Directive and Company Law,” (1978) 94 L.Q. R. 182, pp. 183-184.

11) 1項「加盟国は少なくとも下記の文書および詳細につき、会社による強制開示を確保するため要求された措置を構じなければならない。

.....[略].....

(d) 以下の者の選任・任期および詳細。すなわち、法律に従って構成された機関(body)として、または、かかる機関の構成員として

(i) 第三者との取引および訴訟手続において会社を代表するべく授權されている者

(ii) 会社の管理・監督または支配に関与している者

この開示においては、会社を代表するべく授權された者が1人で代表しうのか、または、共同で行為しなければならないのが明らかにされなければならない。」

では、複数の取締役がいる会社でなされる決定とは、定足数・議決数を充たした正規の取締役会によらねばならないのであろうか。これを積極的に解する見解¹⁴⁾もあるが、反面、イギリス法上、正規の取締役会議に関する要件はいまだ明白に確定されていないとしてこれを消極に解しながらも、ではこの決定を経ない場合、全員一致による決定が必要なのか否かは明らかでないとする見解¹⁵⁾もある。

取締役会でなく株主総会が決定した取引については本規定の適用はない。株主総会が株式会社の第1次的機関であるにもかかわらずかかる結果になるのは一見奇妙ではあるが、しかし、実質上は、株主総会は取締役会の勧告に従い、実質的にはすでになされている取締役会の決定を確認する意味で開催される場合が多いため、このような場合や、あるいは、取締役会が公式・非公式に追認決議をなす場合には、本規定が適用されるため、さまで不都合はないと解されている¹⁶⁾。

すでに取締役会が特定の政策を決定している場合にこの政策を遂行するべく会社役員が決定した取引に関して本規定が適用されるかについても見解が分かれている。肯定説¹⁷⁾もあるが、端的にこれを認めることは“decided on”なる規定文言を“authorized by”とおきかえることになるとして、特定方針の表明(manifestation)が付された取締役会決議につき、この表明に従う行為に限り本項の適用が認められるとする説もある¹⁸⁾。

12) 「基本定款が1948年会社法A表107条に一致する条項を含む場合で、かつ、取締役会構成員の1人またはそれ以上の者に業務執行取締役として会社を代表することを授權する決定が取締役会によってなされた場合には、委員会は、彼らの権限に関する当該取り決めも上述の(第1指令2条1項所定の一筆者注)開示要件に服するものとする」(O.J. 1977, C 168/18) (Wyatt, id., p. 184)。

13) Wyatt, ibid.

14) Gore-Brown, On Companies (2nd Supp. to 42nd ed., 1975), p. 40.

15) Farrar & Powles, id., p. 274.

なお、Penningtonは「取締役によって決定された取引」を、取締役会議により授權されるか、実施されるか、追認されるか、または、全取締役の個人的な同意によるものと解する(id., p.100)。

16) Gower, id., p. 187.

17) Prentice, id., p. 526.この立場は、取締役会が個々の取引行為を決定することの少ない実情に鑑み、第三者保護を厚くしようとして拡張解釈するものである。

最後に、かかる“取締役”によって決定される“取引 (transaction)”の意義であるが、1つの説として、(1)外部者が履行を請求している契約もしくはこの契約の原因となるその者との取引の過程、および、(2)その遂行過程において特定の契約が締結されるところの事業、の両義が考えられるところ、本規定の場合は、二者以上の当事者間における1つの dealing に限定する意味で(1)が妥当であるとする解釈が示されている¹⁹⁾。

4 能力外法理と擬制悪意の法則

共同体法9条1項は、能力外法理や擬制悪意の法則を全面的に廃止するのではなく、(1)取締役 (the directors) が決定した取引につき、(2)第三者が善意でこれと取引する場合にかぎり、これらの適用を制限するにすぎない¹⁾。したがって、(1)や(2)の条件が充足されない場合には、当然にこれらの法理が適用されるし、また、取締役・会社間あるいは株主・取締役間にも能力外法理が存続する以上、共同体法下にあっても当然に、取締役は会社に対し能力外の取引をなしてはならない義務を負い²⁾、株主は会社が能力外行為をなすことにに対し差止命令を申し立てることができる³⁾。能力外法理に関する本規定の立場は、対第三者関係におけるこの法理の全面的廃止を勧告したコーエン・レポート⁴⁾や第三者の善意・悪意を問わない第1指令の立場よりも、むしろ善意の第三者との関係においてのみこの法理を否定するジェンキンズ・レポートの立場を反映するものである⁵⁾。

18) Gower, id., pp. 187-188.

Pennington は、取引の本質的要件 (たとえば、当事者・主要事項・価格・期間など) を確認したうえで、細目に関する交渉を個々の取締役や下位の役員または代理人に委ねる場合には認められるとする (id., p.100)。

19) Hirtenstein, id., p. 312.

1) Collier & Sealy, id., p. 2.

2) Farrar & Powles, id., p. 271. 違反した場合、会社は取締役に対し損害賠償を請求できる (Fenton, id., p. 1101)。

3) Prentice, id., p. 526; Gower, id., p. 180.

4) Board of Trade, Report of the Committee on Company Law Amendment, Jun. 1945, Cmd. 6659, para. 12.

5) Prentice, id., p. 524; Farrar & Powles, id., p. 271.

本項では、第三者が会社に対して能力外を対抗しうるかについてはふれられていない。したがって、この点に関しては、Bell Houses, Ltd. v. City Wall Properties, Ltd.⁶⁾ ([1966] 2 Q. B. 656) をめぐる判例・学説状況がそのままもちこされてくるが、肯定説が一般的である⁷⁾。ただし、会社側が債務履行済みである場合には、いまだ自己の債務未履行の第三者は、能力外を理由に履行拒絶することは許されないと解されている⁸⁾。また、第1指令9条1項においては“法律により当該機関に付与されたか、または、付与されることが認められている権限を踰越していないかぎり”能力外取引も会社を拘束する旨が規定されていたのに対し、共同体法9条1項にはこれに対応する明示規定はおかれていない。しかし、本来違法な行為をも適法にする趣旨は見出しがたいので、同規定は、会社法下許されていない会社による自己株式の購入や株式の割引割当を有効にするものではないと解されている⁹⁾。反対に、法律上適法である場合は、定款上明示的に禁止されている行為でも、同規定が適用されると解されている¹⁰⁾。

本規定の適用がない場合には、従来どおり能力外法理が適用され、当該取引は無効になるため、第三者としては追跡権¹¹⁾ (tracing) や代位¹²⁾ (subrogation) の理論など、コモン・ロー上の救済に頼らざるをえないことになる。そのため、ベニントンは、本規定は、会社取引の対外的効果に関する問題領域において、能力体法理が完全に廃止された場合のように法を単純化するものではなく、むしろ、コモン・ローの対外的適用により惹起される複雑さを一層増大させることになると評している。けだし、会社にとって能力外である契約に関し、その不当性につきどの程度の認識ないし疑惑を抱けば、本規定が不適用になる bad faith となるかが判例上確定されるまでは、第三者としては、同

6) 本件の詳細については、平田伊和男「イギリス法における会社の能力外法理について」商事法の研究（大隅先生還暦記念）（昭43）23頁参照。

7) Farrar & Powles, id., p.271; Prentice, id., p.524; Pennington, id., p. 96.

8) Prentice, id., p.524.

9) Id., p. 527.

10) Fenton, id., p. 1101.

11) Pennington, id., pp. 102-104.

12) Id., p.101.

規定への依拠に加えて、二次的救済策として代位権や追跡権を援用し、会社に対する契約不履行訴訟を補強せざるをえないからである¹³⁾。

ところで、実際の取引界をみるならば、通常の会社取引が取締役会の決定でなされることは少なく、多くは、業務執行取締役あるいは下位の役員や代理人が権限を授与されて行なっているのが実情である。したがって、本規定により能力外法理や擬制悪意の法則が廃除される場合は極めて限られるといわざるをえず、取引の安全・第三者保護の見地からは満足できる法規制とはいえない。そこで、ガウアは以下の4項目をよりベターな立法措置として提言している¹⁴⁾。すなわち、(1)会社の能力に関しては、能力外法理を撤廃すること、(2)あらゆる公示文書に関し擬制悪意の法則を撤廃すること、(3)制定法または基本定款が別段の定めをなす場合を除き、会社はいかなる事業その他の活動をも遂行しえ、また、完全な能力を備えた自然人におけると同程度にいかなる権限をも行使しうの旨の明示規定をおくこと、(4)基本定款や附属定款中に存する会社の目的や権限に対する制限、または、基本定款や附属定款中に存するか、もしくは、会社の権限ある機関の決定による制限で、かかる制限がなければ会社の機関または役員が有したであろう権限に対するものは、第三者が現実これを了知しており、かつ、それが当該取引に関し当該機関または役員からその権限を剝奪するものであることを理解すべきであった場合を除き、第三者には影響しない旨の明示的規定をおくこと、である。

5 ターカンド・ルールとの関係

ターカンド・ルールおよびこれに関して展開されてきた前述の判例法理と共同体法9条1項との相互関係についてみれば、従来の判例法理でも有効となる行為が同項によっても有効とされたり、あるいは、従来の判例法理では無効となる行為が、同項では有効とされる場合がある反面、同項ではカバーしきれない領域では依然として従来どおりの判例法理が適用されることになる。

たとえば、Freeman's case では、会社の代表者や代理人が“通常の権限”

13) Id., p. 100.

14) Gower, id., pp. 179-180.

内で行為するならば、定款に何らかの制限があっても、定款外の表示につき外観法理が適用され、当該行為は有効となしう旨判示されたわけであるが、この結論は、場合により、取締役 (the directors) の権限に対する定款上の制限を対第三者関係でないものとみなす同項によっても導き出すことができよう。かかる場合、訴の原因の根拠としては、コモン・ロー原理より安定していて、訴えるに容易な同項の方が優越すると解されている¹⁾。一方、取締役 (the directors) の権限が手続上条件付きで定款に定められている場合には、すでにターカンド・ルールで第三者を保護することができるため、同項の存在価値はないと考えられなくもない。しかし、Turquand's case では、株主総会の通常決議による承認が取締役の借入権限の行使要件であったため問題はなかったものの、この要件が特別決議であった場合には、会社法上その謄本を登記官吏に提出しなければならない必要上、これに擬制悪意が認められ、当該借入行為は無効とされたのではなかったかという疑問があった。この点を同項についてみれば、たしかに、かかる届出が必要とされる定款上の条件についてまで擬制悪意を廃止するとは明言していないが、同項の立法趣旨はこのような場合でも、十分に、当該行為を有効となすものと解されている²⁾。さらに、ターカンド・ルールには、公示文書中の取締役の権限に対する制限規定をないものとみなす効力までではないのであるが、同規定は、たとえ取締役が定款で明示的に禁止している行為をなしてもこれを有効となすのである³⁾。また、同規定の適用に関しては相手方が外部者 (outsider) である必要はないため、この点に関しても、外部者であることを要求するターカンド・ルールよりも広範囲の者を保護することができる⁴⁾。他面、ガウアは、取引の相手方には、当該取引が同項にいう

1) Farrar & Powles, id., p. 276.

2) Collier & Sealy, id., p. 5. 定款上、取締役の借入権限の拡張には総会の特別決議が必要とされていたため、この決議がないままなされた取締役の借入行為が無効とされた Irvine v. Union Bank of Australia, ([1877] 2 App. Cas. 366) は共同団体法 9 条 1 項によれば変更されとする。

Thompson, id., p. 594.

3) Collier & Sealy, ibid.

4) もっとも、ターカンド・ルールの適用に関しても、原告たる outsider には被告会社の取締役が含まれたとした Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd. [1968] 1 Q. B. 549. (拙稿・前掲129頁以下) があり、outsider 自体の範囲は拡張されている。

“取締役により決定された取引”に該当するか否かを調査する法的手段がないことから、そして、取引の都度これを確認するのは實際上困難なことから、同項適用の前提である取締役の選任手続あるいは当該決定に関する手続の適式性については、ターカンド・ルールを援用すべきであると解している⁵⁾。

以上みたとおり、同項には従来の判例法理にはない機能が認められる一面があるものの、同項が適用されない場合には、当然従来の判例法理が適用されてくることになる。そこで以下においては、同項と従来の判例法理との相互関係を分析し整理したガウアの新たな諸ルールを引用し、これに若干のコメントを付しておこうと思う。

ルール1 「会社と善意で取引する者のために取締役会により決定された取引は、基本定款または附属款中に、会社の能力または取締役の権限にいかなる制限があろうとも会社を拘束する⁶⁾。」

ルール2 「その他のあらゆる場合（すなわち、関係者が善意で会社と取引していないか、あるいは、取引が取締役会によって決定されていなかった場合）には、

(a) 会社の能力外の取引は会社を拘束せず、また、追認もされえない。また、

(b) 会社と取引するいずれの者も、公示文書を、また、これが会社の機関および役員の権限にかす制限を、了知しているものとみなされる⁷⁾。」

ルール3 「したがって、ルール1が適用される場合を除いて、公示文書から、会社のために行動する機関または役員の権限外であることが明らかな取引は会社を拘束しない。ただし、適当な機関を通じて行動する会社が追認する場合はこのかぎりでない⁸⁾。」

ルール4 「しかし、公示文書で照合しうるかぎりすべてが適式とみられるな

5) Gower, id., p. 188. 共同体法9条1項はターカンド・ルールと置き換えられるべきものではなく、このルールがもたらす保護にうわのせしたかたちで適用されるべきものとする。

6) Id., p. 190

7) I bid.

8) Id., p. 191

らば、会社と取引する者は、会社のすべての内部規制は遵守されているものと推定することができる。ただし、以下の場合はこのかぎりでない。

- (a) 内部規制が遵守されていないことをその者が知っている場合。
- (b) その者が調査すべき疑わしい状況が存する場合。
- (c) 会社におけるその者の地位が、当該取引に関する内部規制が遵守されていないことを知っておくべきであったとされるようなものである場合⁹⁾。」

ルール 5 「したがって、特定のタイプの役員（例えば業務執行取締役）か、会社からそのように表示されている者で、その種の役員なら通常有しているであろう権限を行使しようとしている者を通じて会社と取引する者は、役員の行為に関し、会社に責任を問うことができる。このことは、その役員がその地位に任命されていないか、または、実際にはその者の実際の権限をこえている場合についても同様である。しかし、当該役員が実際にその者の実際の権限をこえており、かつ、以下のいずれかの場合に該当するときはこのかぎりでない。

- (a) 他方当事者が、その役員は任命されていないか、または、実際の権限を有していないことを知っているか、または、当該取引に関し彼の会社に対する立場から、このことを知るべきである場合。
- (b) 彼が調査すべき状況にある場合。
- (c) 公示文書において、役員は実際の権限を有していないことが明らかにされているか、または、公示文書として届出の要求される決議がないかぎり権限を有しえないことが明らかにされており、かつ、かかる文書の届出がない場合。

この原則が適用される場合、外部者が公示文書を実際に閲覧したか否かは問われない¹⁰⁾。」

ルール 6 「……………〔略¹¹⁾〕……………」

9) I bid.

10) Id., p. 193

11) Id., p. 197. 本書 9 頁掲載の分析が該当する。

ルール7 「ルール1・4・5または6の保護をうける第三者は、取締役会が有効に構成されていなかったり、第三者と取引した表見的な役員が有効に選任されていなかったり、または、その地位を辞任していたからといって、必ずしもその者の保護を失うものではない。他方、その役員は少なくともその者を表示する実際のまたは外観的な権限を有する機関または役員により、何らかの態様で、授権された会社役員であると表示されていなければならない。また、かかる後者の機関または役員は適式に任命されているか、または、法令上、任命されたものとみなされていなければならない¹²⁾。」

ルール8 「……………〔略¹³⁾〕……………」

ルール1は共同体法9条1項を示し、ルール2は、ルール1が適用されないあらゆる場合に関し、能力外法理、および、会社の機関や役員の権限に対する公示文書所定の制限に関し擬制悪意の法則が存続することを示している。ルール3は第三者が実際に公示文書¹⁴⁾所定の制限を知っているか否かに関係なく適用される。なぜなら擬制悪意の法則が適用されるからである。

ルール4は、ターカンド・ルールが適用される場合を示している。かつてMahony's caseではハサリイ卿 (Lord Hatherley)が、ターカンド・ルールの保護をうけるのは外部者のみである旨を判示したが、実際には、外部者・内部者の区別は明らかでなく、Hely-Hutchinson v. Brayhead Ltd.¹⁵⁾ ([1968] 1 Q. B. 549)では自社と取引した会社取締役も外部者として扱われている。ここでの判断基準は、第三者たる取締役が相手方たる会社役員に関し、その者の権限にかせられた制限を知っていたものと扱われざるをえないほど、取締役としての地位に密接に関係していたか否かということであったが、これを示すのが(c)である。自己が内部者でないことの立証責任は当該取締役にある。一方、共同体法9条1項では外部者と内部者は区別されていないが、上の基準からみて内部者とされる取締役については、同項における「善意」の要件が欠けるこ

12) Id., p. 199.

13) Id., p. 203.

14) 公示文書の種類については、拙稿・前掲128頁参照。

15) 拙稿・前掲129頁。

とになろうとみられている¹⁶⁾。

ルール 5 では、会社側の役員が、その地位における「通常の権限」内で行為する場合に関し、実際には越権行為であってもこのことにつき第三者が善意であるならば、会社は当該行為に拘束されることを示している。ただし、公示文書によって越権であることが明示されているような場合には、悪意が擬制され、第三者は保護されなくなるが、この点は、Freeman's case の Diplock 判事が、前掲判決文により判示しているとおりである¹⁷⁾。しかし、共同体法 9 条 1 項が「取締役の会社を拘束する権限は基本定款または附属定款におけるいかなる制限にも服さないものとみなされる」と規定しているため、取締役会の決定にもとづき取締役その他の会社役員が行為する場合には(c)は適用されないものと解される¹⁸⁾。

何が「通常の権限」内に含まれるかは、法の趣旨と商事慣行から総合的に判断せざるをえず、業務執行取締役については日常の営業活動を遂行するに必要な取引権限が認められるが、単なる取締役・支配人・秘書役¹⁹⁾・その他の下位の使用人については、實際上、これを見い出すのは容易でない²⁰⁾。この点、Panorama Developments (Guildford) Ltd. v. Fidelis Furnishing Fabrics, Ltd.²¹⁾ ([1971] 3 W. L. R. 440) では、秘書役に関し会社業務の管理面において、表見的な契約締結権限が認定されているが、取引行為面でどの程度の

16) Gower, id., p.193 (n) 47.

17) 本書 8 頁。

18) Thompson は、共同体法 9 条 1 項の趣旨からみて、Diplock 判事のこの要件は不要になったと解する (id., p. 594)。

19) Prentice によれば、秘書役は取締役会の代理人ではなく、会社法 177 条 1 項に由来する会社機関であるにもかかわらず、第 1 指令の趣旨に反し、共同体法 9 条 1 項の適用の対象からはずされているため、同項は修正されなければならないとする (id., p. 528)。

20) もっとも、文書の署名は、通常、取締役全員でなすのではなく、1 人以上の取締役と秘書役がなすので、たとえ取締役会がこの署名を決定していなくても、善意の第三者はターカンド・ルールによりその適式性を推定することができる。同様に、小切手の署名権限も通常は個々の取締役に付与されているので、善意の第三者は保護される。支店長 (branch manager) については、為替手形の振出権限はないが当該支店職員の雇傭権限はあるものとみなされている (Gower, id., pp. 194-196)。

契約締結権限までが認められるかは不明である。

ルール6²²⁾は、「通常の権限」外の行為に関するものであるが、会社への帰責法理として禁反言則を適用するにあたって、第三者は定款の記載事項への信頼につき、擬制悪意を援用することはできないことが示されている。なお禁反言則を適用するにあたり、第三者が定款事項を単に知っているだけで足りるかについては、ディプロック判事が、より加重された要件を必要としたことは前述のとおりである。

ルール7は「事実上の取締役」に関するものであるが、あらためて後述する。

ルール8はターカンド・ルールと文書の偽造行為に関するものであるが、すでに別稿²³⁾で解説したとおりである。

6 現行法下の事実上の取締役

前記ルール7によれば、(1)取締役会構成員の選任手続に瑕疵があっても共同体法9条1項を適用する余地はあるし、また、(2)対外的に行為する表見的役員
の選任手続に瑕疵があっても、その者が授権されている旨が少なくとも制定法上適式に選任されているとみなされる機関または役員から表示されていれば、他の諸ルールが適用されるかぎり、善意の第三者は保護されることになる。(1)については、すでに他の論者によっても、適式に選任されていない取締役会であっても、株主総会の同意の下、事実上権限を行使しているならば（すなわちアメリカ法的な意味での事実上の取締役会が認定されるならば——筆者）、同項が適用されると解されているが¹⁾、この理由付けをガウアはターカンド・ルールに求めていることは前述のとおりである。一方、(1)と(2)の双方に関し、近

21) 秘書役が、会社と顧客のためと詐って自動車の賃借契約を締結した事案。

22) このルール下で第三者が保護された珍しい事例に *Mercantile Bank of India v. Chartered Bank of India* ([1937] 1 All E. R. 231) がある。会社代理人が自己に許された借入限度額をこえて金銭を借入し会社財産に担保を設定した事案であるが、代理権委任状に限度額の記載がなかったことから、定款で金銭借入・担保設定が禁止されていないかぎり、会社は当該委任状により禁反言されると解され、当該担保設定行為は有効と判示された。

23) 拙稿・前掲139頁以下。

1) Prentice, id., p. 526.

時、取締役や秘書役として適式に選任されているとみなされる場合が法律上拡張されていることが注目される。

1 つは、取引時点において共同法 9 条 3 項²⁾による取締役変更通知受領の公告が登記官吏によってなされておらず、かつ、当該時点において相手方が悪意であったことを会社側が立証しえない場合、または、取引時が右公告日後 15 日以内であり、かつ、相手方が、不可避免的に (unavoidably) 変更事実の了知を妨げられていた旨を立証した場合には、会社は第三者に変更事実を対抗しえないということである (同 4 項³⁾)。したがって、第三者が変更事実を実際に了知していないかぎり、その者は取引時点における届出済みの取締役名簿上の取締役を真実の取締役と信頼でき、このことは、(1)共同法 9 条 1 項の適用が可能とされる取締役会であるか否か、(2)第三者と取引している表見的取締役が (i)前述ルール 5 における「通常の権限」内で行為している取締役に該当するか、あるいは (ii)ルール 6 において授權されていると表示されている取締役に該当するか、または、(3)ルール 7 における他の役員を授權されている者と表示しうる取締役に該当するか否か、などを決定するにあたって意義を有するこ

2) 「会社登記官は以下の種類中いずれかの文書の彼による発行または受領を、官報の通知 (Gazette notice) において公告しなければならない (通知には、会社の名称、文書の種類および発行または受領の日付を記載する)。

- (a) 会社の設立証書
- (b) 会社の基本定款または附属定款を変更するか、または、変更を証明する文書
- (c) 会社の取締役間における異動の通知
.....[略].....」

3) 「会社は、以下の事実、すなわち、

- (a) 当該会社に関する清算命令の宣告または、当該会社の任意清算における清算人の選任
- (b) 当該会社の基本定款または附属定款の変更
- (c) 当該会社の取締役間における異動
- (d) (会社宛て文書の送達に関し) 会社の登記済事務所の所在地の変更

のいずれの発生をもって第三者には対抗しえないものとする。ただし、このことは、当該事実が問題の時点において公告されておらず、かつ、当該時点において、関係当事者が悪意であった旨を会社が立証しない時、または、問題の時点が公告の日付後 15 日以内 (15 日目が非取引日の場合はこれにつぐ取引日以内) であり、かつ、関係当事者がその時点において不可避免的に当該事実の了知を妨げられていた旨を立証する時にかぎられるものとする。

.....[略].....」

となる⁴⁾。そして、取締役として登記・公告された者が後に辞任し後任者が選任され、この変更登記がないまま前者が活動を継続する場合などに、善意の第三者保護の手段として同条4項が適用されることになる⁵⁾。なお、新たに選任された取締役に関し公告が完了し公示力が備わった後において旧取締役が活動した場合には、従来判例法理に従い、「通常の権限」内においては外観的権限理論の適用が論ぜられることになる⁶⁾。

ついで2つは、1976年会社法21条の制定である。すなわち、同条1項⁶⁾によれば、設立登記に際しては、基本定款とともに、最初取締役と秘書役の氏名を記載した書面を提出しなければならないが、同条5項⁷⁾により、そこに記載された者については、たとえ選任に瑕疵があっても適式に選任されたものとみなされるときに、基本定款にそえて提出される附属定款に従ってなされる取締役と秘書役の選任は、その者の氏名がこの書面に表示されるまでは無効とされることである。ところで、本規定の解釈に関し、ペンントンは、第三者がこの保護を受けるためには実際に登録された書面上の取締役や秘書役の名称を見ておく必要があるとして、あくまでも禁反言則に立脚した解釈を展開している⁸⁾。そして、問題の取締役が実際に会社経営を支配し継続的に業務執行している場合にはターカンド・ルールが適用されるため、第三者としては本規定に依拠する必要はなく、したがって上記書面を実際に閲覧する必要もないため、本規定の存在意義は継続的に業務に関与してはいない取締役の場合に認められ

4) Gower, id., pp. 200-201.

5) もっとも、Gower は、同項が適用される結果、会社としては常に届出済みの取締役・秘書役名簿の表示につき禁反言されなければならないのかは必ずしも明らかでないとする (id., p. 203)。

6) 「1948年会社法12条に従い、登記のため基本定款を提出するにあたっては、以下に記す氏名および関連詳報を記載した所定形式の書面が提出されなければならない。

(a) 会社の最初取締役たるべき者

(b) 会社の最初の秘書役または共同秘書役たるべき者」

7) 「本条により要求される書面中に、会社の取締役・秘書役または共同秘書役として氏名を記された者は、各自、会社の設立に際し、会社の最初取締役、秘書役または共同秘書役に選任されたものとみなす。基本定款とともに提出される附属定款に従いある者を会社の取締役または秘書役となす選任は、その者の氏名が当該書面に取締役または秘書役として記されるまでは無効とする。」

8) Pennington, id., p. 119-120.

ると解している。しかし、規定文言自体からは、必ずしもその適用を書面を閲覧した善意の第三者に限定する趣旨はうかがわれず、第三者の善意・悪意を問わずに画一的に処理するための規定と解することも不可能とは思われない。にもかかわらずこのように縮小解釈する点に、禁反言則から容易に脱却しえない思考性向の根深さが感じられるのである。

最後に、現行法下の事実上の取締役法制を概括することにしよう。まず、「取締役または支配人の行為は、後に選任行為あるいは資格要件にどのような瑕疵が発見されようとも有効である」と規定する会社法180条であるが、これは取締役や支配人の選任行為はあるがそこに手続的に瑕疵ある場合に、その者のなした対内的および対外的な会社代表ないし代理行為に適用される⁹⁾。相手方の主観的要件に関しては、「後に……発見されようとも……」を、相手方が発見することと解し、取引時に善意の第三者のみが本条の適用に服すると解されている¹⁰⁾。この点筆者は、裁判所により瑕疵の存在が確認される趣旨に解し、たとえ取引時点において悪意の第三者であっても保護される余地があると解釈することはできないものかとの疑問を有しているが、寡聞にして、これを論ずる文献には接していない。ところで、対外的行為の場合には、本条の他、ターカンド・ルールに端を発して展開されてきた外観的権限理論に関するコモン・ローも適用されるため（このコモン・ローは、選任手続が全くないため本条が適用されない場合にも適用される）、本条の実際的な存在意義はまさに各種の対内的業務執行行為に関して発揮されることになる。もっともこの種の判例は少なく、その理由としては、本条の存在により対内的業務執行行為の有効性が広く實際界で認識されているため、あえて訴訟提起がなされてこなかったとも考えられなくはない。対内的行為と対外的行為とで、相手方の主観的要件につき何ら差を設ける必要はないのかなど検討すべき点があるようにも思われるが、この点についても学説上は論及されていない。

以上のように、法律上の取締役や役員でない者の行為とはいえ、会社法180条やコモン・ローにより有効となしうるといっても、能力外法理が存する以上、

9) 会社法180条の解説については、拙稿・前掲146頁以下参照。

10) Gower, id., p.199; Pennington, id., p. 119.

これらの者が能力外行為をなした場合には当然にこれを無効となさざるをえない。ところが、共同体法9条1項の制定により、取締役会の決定にもとづく対外的行為については、相手方が善意であるかぎり、能力外行為であっても有効となるにいたった。この場合、取締役会の構成員が法律上の取締役でなくても同項が適用されると解されていることは前述のとおりであるが、その根拠としては、ターカンド・ルールのほか、会社法180条を援用することもできよう。また、正規の取締役会決議にもとづく行為を、会社を代表ないし代理して対外的に実行した業務執行取締役やその他の代理人が法律上の地位を得ていなかった場合でも、会社法180条や禁反言則などの適用により当該行為を有効とすることは可能であろう。ただし、従来のコモン・ローによれば、取締役会の決定に従ってなされた当該行為がその者の地位にとって「通常の権限」に含まれるか否かにより結論は異なってくるわけであるが、共同体法9条1項の適用を論ずることになると、前述した同項の解釈における基本的立場の相違により、当該行為が会社の能力の内外いずれであるかを問わず同項が適用され当該行為は有効になると解する立場と、能力外の場合にのみ同項が適用され、能力内の場合には従来どおり「通常の権限」が判断基準になってくると解する立場に分かれることになるであろう。一方、取締役会の決定にもとづかない業務執行取締役の単独行為にも、無条件あるいは一定の条件下で、同項が適用されると解する学説や判例もあることは前述のとおりである。この解釈が一般化するならば、事実上の業務執行取締役がなす単独行為も同項に服することになり、これが実際界に与える影響は大きいものになるであろう。

7 むすび

共同体法9条1項の制定は、規定形式においても解釈の対立を不可避とするあいまいな面があり、また、善意の第三者との関係において取締役会の決定による行為についてのみ能力外法理を廃止するという趣旨においても、各種の批判を免れえない立法であった。確かに、ジェンキンズ・レポートの勧告に沿った立法ではあるが、能力外法理に関して示されたこの勧告の内容に対しては当初より鋭い批判¹⁾もあったのである。諸般の状況からみて、今後も、能力外法

理および擬制悪意の法則の完全なる廃棄へ向けて立法要求が一層強く展開されていくことであろう。ともあれ、取締役会の決定により日常の会社取引がなされることは實際上少なく、多くの場合は業務執行取締役や下位の代理人によりこれがなされている関係上、同項が従来のコモン・ローに与える影響は、同項の解釈いかんにもよるが、一般的にはさして大きいものではないといえよう。

ところで、法律上あるいは事実上の取締役や役員の越権ないし無権代理行為に関するこれまでのコモン・ローは、すべて、善意の第三者保護の枠内で展開されてきている。悪意者は保護する必要なし。これは禁反言則の前提であるとともに、また、能力外法理の全面的廃棄を唱えたコーエン・レポートに対するジェンキンズ・レポートの見解でもあった。禁反言則と能力外法理とは勿論全く異質ではあるが、悪意者は当然に保護の埒外にあるとする基本的認識は、会社法180条あるいは1976年会社法21条1項のように、規定文言上は、悪意者保護も全く不可能ではないと思われるものについても、かかる解釈を問題とせず、貫かれてきているのである。

しかし、ひるがえってわが国の中小会社の実態をみた場合、法律の不遵守が一般化している結果として、事実上の取締役が多く存在しており、第三者としては彼らが法律上の取締役でないことを承知しつつも取引せざるをえない場合があるように思われる。したがって、悪意者保護についても考慮してみる必要があるといえようが、わが国独自の特殊現象の故であろうか、かかる必要性はイギリスでは感じられていないようである。また、わが国の場合は法律上の取締役に該当しない者に対し法律上の取締役としての責任を追求する社会的必要性も強く認識されているが（表見取締役に対する商法 266 条ノ 3 の責任追求）、この点に関しても、参考に値するイギリスの判例は少なく、また、学説中にもさして注目すべきものはないようである。

事実上の取締役の行為を対内的・対外的に有効となす法規定が古くからイギリス会社法に備わっていることはそれなりに刮目すべきことであり、また、善意の第三者保護をめぐり展開されてきたコモン・ロー・ルールも参考に値する

1) Thompson, "The Ultra Vires Doctrine and the Jenkins Report" (1963), J. B. L., p.143.

1972年ヨーロッパ共同体法9条1項とイギリス会社法理の修正

興味深い内容を備えていると評価できよう。しかし、わが国の現実をふまえたうえで、独自の事実上の取締役法制を構築するにあたっては、当然のことではあるが、その実情に即して独自の考察をめぐらさなければならない一面もあるようである。