

## 商事判例研究

九州大学産業法研究会

平野, 充好

国友, 順一

<https://doi.org/10.15017/1730>

---

出版情報 : 法政研究. 44 (1), pp.76-89, 1977-08-30. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

## 商事判例研究

## 九州大学産業法研究会

## 商法六二六条三項にいう「悪意アリタル場合」の意義

宮崎地裁延岡支部昭和五〇年三月一日判決、判例時報七八二号八九頁

〔事実〕青果業者Xは昭和四四年一月一日頃、訴外倉庫業者Aとの間に八朔みかんの寄託契約を締結し、合計五五七箱の八朔みかんを寄託した。Aはこれを冷凍室に保管していたが、Aの倉庫主任A'は昭和四四年三月二五日本件八朔みかんの最初の出庫のさいに八朔みかんの表面に青白いかびが生えているのを発見した。その後、Xは昭和四四年四月三〇日まで数回にわたり順次出庫したが、すべての八朔みかんに青白いかびが表面に生えている状態であり、したがって、本件八朔みかんは保管中にすべて腐敗もしくは腐敗直前の状態に毀損され、その状態にXに返還され、破棄された。昭和四六年七月二三日にいたり、A会社ほか四会社が合併しY会社が設立され、Aの権利義務一切はY会社に承継された。そこで、Xは昭和四六年九月一六日本訴を提起し、Yに対し本件八朔みかんの毀損による損害賠償を求めた。Yは八朔みかん出庫完了の昭和四四年四月三〇日より本訴が提起された昭和四六年九月一八日までに一年以上経過

しているので商法六二六条一項により時効を援用した。これに対して、Xは倉庫主任A'は腐敗の事実を知ってXに引渡したものであるといへば商法六二六条三項の「倉庫業者ニ悪意アリタル場合」に該当し、時効は成立しないと再抗弁した。

## 〔判旨〕棄却

「商法六二六条三項に規定する「倉庫業者ニ悪意アリタル場合」の「悪意」の意義については、同条が倉庫業者の責任について短期消滅時効を定めた趣旨を大量の寄託物を取扱う倉庫営業の性質に基づく証拠保全の困難の救済をはかり、もって倉庫業者の責任関係全体を速やかに解決せしめ、倉庫営業を保護することにあると理解されるべきことからすれば、この保護を奪う事由たる同条三項の「悪意」についてはなるべく制限的に解するのが相当といへば、倉庫業者又はその履行補助者が寄託物に故意に損害を生ぜしめ、あるいは損害を故意に隠蔽した場合をいうものと解するのが相当といへべきである。もし損害を単に知っていたことをもって右悪意の意義を理解するならば、寄託物が全部滅失した場合においては倉庫業者は当然に損害発生を知っているから常に悪意であることにならざるをえない。因みに、同法六二五条が運送人の責任の特別消滅事由に関する同法五八八条を倉庫業者に準用し、同法五八九条が運送取扱人の責任の短期消滅時効に関する同法五六六条を運送人に準用していること、及び同法五六六条と同法六二六

条とはその規定の仕方からもその目的とする趣旨からもほぼ同一の意義を有するものと理解されることから考えて同法五六六条三項に規定する「悪意」と同法六二六条三項に規定する「悪意」とは別異に解釈すべき理由は見出せないといふべきところ、同法五八八条二項及び同法五六六条三項にそれぞれ規定する「悪意」について運送人が運送品の毀損又は一部滅失のあることを知って引渡した場合をいうものと解する最判昭和四一年一月二〇日民集二〇卷一〇号二一〇六頁が存する。従って同法六二六条三項に規定する「悪意」についても右判例と同様に解すべき余地がないとはいえないものの、当裁判所は前述した理由をもって右判例の立場に賛成しえない。」

〔研究〕判旨に賛成である。

本判決では、倉庫営業者の賠償責任についての一年の短期消滅時効の適用が排除される。商法六二六条三項でいう「悪意ありたる場合」の意義が問題になった。同条は、規定の仕方からもその目的とする趣旨からしても運送取扱人および運送人の責任の短期消滅時効を定める五六六条およびその規定を準用する五八九条と同様に解されているが、その解釈については学説、判例が対立している。学説は規定の配列上、五六六条の運送取扱人または五八九条の運送人の場合について論じ、六二六条の倉庫営業者の場合には前者を参照するにとどめることが多い。そこで、本評釈における学説の検討については運送取扱人または運送人の場合に即してみることにする。

運送取扱人の責任の短期消滅時効の適用を排除する「悪意ありたる場合」（五六六条三項）の意味については、学説上古くから単に毀損または一部滅失を知っているという意味ではなく、故意に滅失、毀損または延着せしめた場合をいうと解されていた（〔竹田・商行為法七一九頁、岡野・商行為及保険二〇〇頁〕）。その後、小町谷博士が五六六条三項の運送取扱人の悪意とは故意に損害を生ぜしめた場合以外にも故意に損害を隠蔽した場合をも含むと主張されてから（〔小町谷・商行為論一六〕）、それが多数説となっている（〔西原・商行為法三〇五頁、大隅・商行為法一六〕）。これは単なる損害発生の実事の認識以上にその損害発生事実との関連で何らかの積極的行為があったことを必要とするという考え方で、本判決も倉庫営業者の悪意についてこの立場に立つものである（〔同旨、運送取扱人の悪意について東京地判昭和三九年五月三〇日判時三七五号七五頁〕）。これに対して、五六六条三項の「悪意ありたる場合」というのは一部滅失または毀損があることを知って引渡した場合をいうとする見解があり（〔田中誠他・コンメンタル商行為法三六四頁、宮田・法曹時報一九卷六号二一〇頁〕）、最判昭和四一年一月二〇日（〔民集二〇卷一〇〕）は運送人の悪意の意義についてこの立場を採用し注目された。以上の考え方は、運送取扱人または運送人の責任の短期消滅時効の適用を排除する場合の悪意（五六六条三項・五六六条三項）と運送人の責任の特別消滅事由の適用を排除する場合の悪意（五六二五条参照）を同意義に解するのに対し、両者を区別して考える見解もある。それによると、特別消滅事由における悪意については一部滅失または毀損があることを知っていることをいうとするが、短期消滅時効における悪意については多数説と

同じ立場に立つとするものである(石井・商法Ⅱ六七頁・八三頁、川又「商法アリタル場合」の意義)。「判批」民商法雑誌五七卷一頁八三頁、小島・昭和四一・四二年度重要判例解説(ジュリスト増刊)六一頁、なお、倉庫営業者の悪意について同旨、大住「倉庫」法律学大系―法理学論篇(九六)三四頁、高田・基本法律コンメンタール商法Ⅰ(服部・原川編)一八八頁)。

私法上、悪意という用語は必ずしも一義的なものとして常に同じ意味で使われてはいない。一般に与える保護をとくに悪意者に拒絶する場合として当該事実および事情を知っているという意味で使われる場合もあれば(民七〇四・七、四八条二・三項)、故意に損害を生ぜしめたとか、害意ある場合という意味で使われることもある(民六八八条・七七〇条一・二)。商法上は後者の意味で使われることが多いが(三〇六条・一〇九条・一九、それだからといって五六六条三項や五八八条二項の悪意の意義についても故意に損害を生ぜしめた場合であるというわけにはいかない。また、我が国の五六六条三項にあたるドイツ商法四三九条(四一四)は「故意に運送品の滅失、減少、毀損又は延着を生ぜしめた場合」と規定している。わが国の多数説の立場はこうしたドイツ商法の規定との関連で主張されていることは否定できないが(川又・前掲、わが国の商法は「悪意ありたる場合」という表現であり、ドイツ商法と法文上の差異が明らかである。したがって、ドイツ商法が短期消滅時効の適用を排除する場合として故意に損害を生ぜしめた場合と規定しているとしても、そのことをもって我が国の五六六条三項の悪意を故意に損害を生ぜしめた場合であると解するわけにはいかない(田中誠他・前掲、三六四頁)。かえって、「悪意ありたる場合」と表現されているにすぎない五六六条三項の解釈として

は、少なくとも規定のうえからは損害を知っている場合であると解することも可能なのである。悪意という用語の慣用からもドイツ商法との関連からいっても、そのことから直接五六六条三項の悪意の意義を一義的に確定することはできない。そこで、学説は五六六条および五八八条の立法理由を探り、そこから五六六条三項および五八八条二項の悪意の意義を導こうとするのである。

多数説によれば、五六六条で運送取扱人の責任の短期消滅時効を定めているのは、運送取扱人についての運送品の滅失・毀損または延着等による責任は証拠が湮滅しやすく、かつ大量の運送品を取扱う運送取扱人にとって証拠を長く保全することが困難であるから、運送関係の速やかな消滅を図り、運送取扱人の地位の安定を図ろうとするものである(小町谷「日本運送取扱業の法的考察」法律学大系―法理学論篇(九三)頁)。そうだとすれば、この運送取扱人の保護を奪う事由たる第三項の悪意についてはなるべく制約的に解すべきであること、逆にいえば、それだけ重い帰責事由の存することが必要である。したがって、運送取扱人に免責の利益を与えることがどうしても適当でない場合、すなわち、運送取扱人に不徳義がある場合として故意に滅失または毀損せしめた場合あるいは損害を故意に隠蔽した場合という解釈を展開することになる(鴻「商法二項および五六六条三項にいう『運送人ニ悪意アリタル場合』の意義」(判批)法協八四卷一・二頁一三三頁)。これに対し、反対説は、五六六条の立法理由が運送取扱人の責任を速やかに決済することを企図しているのであるから、その例外を狭く解することが

適当であるとしながら、滅失または毀損を知らながらこれを告げなかった場合についてまで一年の短期消滅時効を認めるのは運送品の保管責任を負う運送取扱人の特質と荷受人を保護する必要を考え、衡平の理念に照らし適当でない。したがって、同条三項の悪意の意義について滅失または毀損の事実を知っているという意味に解すべきだとする(田中誠他・前掲書三六五頁)。

少数説は五六六条三項の悪意の意義を、荷主側の利益をも考慮して損害の発生事実を知るという意味に解する方が公平の觀念に合致するという(官田・前掲判、批一五四頁)。しかし、五六六条の規定は五六〇条の責任についての時効を定めたものであり、五六〇条の規定はいうまでもなく運送取扱人が責任を負うという形で荷主側の保護を図っているというべきである。したがって、その運送取扱人の責任が免除される。運送取扱人の保護のための規定である五六六条の解釈においては、荷主側の保護の要請は後退すべきなのではなからうか。以上のように解することができれば、五六六条三項の悪意の意義について、公平の觀念という視点から荷主側の利益の保護をとりたてて強調する必要はなく、多数説のように解するのが妥当であろう。また、五六六条三項の悪意の意義について、故意に損害を生ぜしめた場合のほかに故意に損害を隠蔽した場合を含むと解する多数説に対し、故意に損害を隠蔽した場合と損害を知りつつ黙秘した場合との間には差異はないから、悪意のなかに損害の隠蔽の場合を含ませるならば、それは少数説と変るところはないのではないかとこの批

判がある(田中誠他・前掲書三六五頁)。しかし、故意に損害を生ぜしめた場合を悪意と解する多数説の立場は単なる損害発生の実事の認識以上にその事実との関連で積極的行為のあったことが必要であり、単なる黙秘と故意に損害を隠蔽した場合は自ら区別されるであろうから少数説の批判はあたらない。

本件判決は、初めて倉庫営業者の悪意の意義が問題になったのであるが、前掲最判に従わず、多数説を採用した。すなわち、六二六条三項の悪意とは、倉庫営業者またはその履行補助者が寄託物に故意に損害を生ぜしめ、あるいは損害を故意に隠蔽した場合と解すべきであるとした(倉庫営業者の悪意について履行補助者同旨小町合・前掲判二八四頁)。(倉庫営業者の悪意について履行補助者同旨小町合・前掲判批六一頁)この判旨に賛成である。実際問題としても、倉庫営業者が寄託物の毀損を知って引渡したときは常に悪意となり、五年の時効にかかるというのでは余りに非現実的であり(有田・前掲判、批二七頁)、六二六条の趣旨を没却することになる。また、倉庫実務では、無留保受取による免責を定めた約款(標準倉庫約款参照)が、荷動き量の増大とともに当然視されてきている(松本清一・倉庫経営論一四四頁、なお、東京地判昭和四一年三月二八日判時四四〇号五三頁参照)。そうして、一方では、寄託物の毀損については受渡のさいに寄託者から申し出て保管中にその毀損が発生したことを確認しておく必要があり、他方では、倉庫営業者はその毀損について通知義務を負っているわけではない。したがって、倉庫営業者が毀損を知らながら黙っていたとしてもそれを故意に損害を生ぜしめた場合と同視することは倉庫実務の現実からはなれた議論である(有田・前掲判、批二八頁)。また、判旨

は、もし損害を単に知っていることをもって悪意ということであれば寄託物が全部滅失した場合には倉庫営業者は当然に損害を知っているのだから常に悪意とならざるを得ず、同条二項の規定は無意味になるという理由も付加しているが全く異論のないところである(高田・前掲書一八八頁、小島・前掲判批六二頁)。

さらに、判旨は因みにとして五八八条二項および五六六条三項にそれぞれ規定する悪意について毀損または一部滅失のあることを知っている場合をいうと解する前掲最判をとりあげ、五六六条三項と六二六条三項は同一に解されているところから、六二六条三項の悪意についても判例と同様に解する余地もありうるとしながら、本判決は右判例を採らないから、六二六条三項の悪意は毀損または一部滅失のあることを知っている場合を意味しないとされた。本判決は五八八条二項および五六六条三項にそれぞれ規定する悪意の意義について判例の如く解しないとただけであって、それ以上に、五八八条二項の悪意および五六六条三項の悪意とも故意に損害を生ぜしめた場合をいうと解するのか、あるいは両者を区別して解するのかについてはふれていない。そこで、五八八条二項の悪意と五六六条三項の悪意を区別して解する立場について検討しておこう。この立場は五八八条と五六六条(倉庫営業者についていえる)の立法趣旨についていづれも運送取扱人または運送人の地位の安定を目的とするけれども、五八八条一項の主眼はむしろ証拠の保全にあり、五六六条一項の主眼は運送取扱人の責任関係全体の早期解決をはかるところ

にある。このような両者の目的の差異は当然にそれぞれの規定の排除を定める基準としての悪意の解釈にも反映すべきであろう。したがって、五八八条は証拠保全の機会の確保というところに主眼があるのだから同条によって利益をうけるのも、当然にその範囲に限定されると解すべきではなからうかとされ、同条二項の悪意については損害発生的事实を知っているという意味に解すべきであるとする。他方、五六六条の立法理由は運送取扱人の責任の迅速な解決を図ることにあるとするならば、本条三項の悪意の意義については通説と同様に解すべきであるとする(川又・前掲判批八三頁、同・基本法コンメンタール(川又・前掲判批八三頁、同・基本法コンメンタール)一三八頁)。五八八条、五六六条の立法目的の差異に重点を置いた注目すべき見解であり、むしろ有力説といつてよい(前掲学説照)。

たしかに、五八八条は運送人に証拠保全の機会を与えるのが目的であり、五六六条は責任関係の迅速な処理を目的としているといえる(小町谷・前掲論法理学理論五九頁、もつとも小町谷「前掲論法論」二八二頁)。なお、田中誠他・前掲書三六三頁)。それだからこそ、五六六条の場合には広く滅失、毀損または延着の場合に時効が認められているのに対し、五八八条の場合には毀損または一部滅失の場合だけにその適用が限定されているのである。しかるに、五八八条も五六六条もそれぞれ証拠保全の機会の確保をはかり、責任関係全体の迅速な決済をはかるとするも、いづれも運送取扱人または運送人の地位の安定をはかるところにある以上、運送取扱人または運送人の保護のための規定であることは言を俟たない。

そのうえ、五八八条および五六六条はそれぞれ荷主側の保護が考慮された五七七条および五六〇条を前提にしているのであるから、運送取扱人または運送人の保護が強調されている五八八条および五六六条ではそれだけ荷主側の保護の要請は後退しているのとみてよいのではないだろうか。したがって、短期消滅時効にしろ特別消滅事由にしろその適用が排除される場合にはそうした免責を与えることが不適當な場合、いかえれば道義上許されない場合に限定されるべきであろう。その意味で、五八八条二項の悪意と五六六条三項の悪意についていずれも故意に損害を生ぜしめた場合あるいは故意に損害を隠蔽した場合をいうと解する多数説の立場が妥当であろう。もっとも、荷主側の保護の要請が後退しているとしても、まったく荷主側の保護が必要でないというわけではない。五八八条の立法目的が証拠保全の機会の確保にあり、五六六条の立法目的が責任関係の迅速な決済ということであれば、荷主側保護の要請は両者では異なり、五八八条の規定がそれだけ荷主側の保護に重きをおいているといえる。その意味で学説が五八八条二項の悪意について損害発生的事実を知っている場合をいうとして、五六六条三項の悪意の場合よりゆるやかに解しそれだけ荷主側の保護がはかられている結果になっていることは評価できる。しかし、五八八条の場合が五六六条の場合より荷主側の利益を考慮しなければならぬとしても、そのことから五八八条二項と五六六条三項の悪意の意味を単なる認識するということと道義的責任ある場

合というように質的に区別して把えることには問題がある。ドイツでは短期消滅時効の適用を排除する四一四条四項と特別消滅事由の適用を排除する四三八条五項とを区別して、前者は「故意に運送品の滅失減少・毀損又は延着を生ぜしめたる場合」としているのに対し、後者は「悪意または重過失により損害を生ぜしめたる時」と規定している。重過失を含ませている点で後者の規定はそれだけ荷主側の保護をはかっているといえる。しかし、基本的には両者とも道義的に責任ある場合をいうとしている点において差異はない。わが国の場合にも、五八八条二項に重過失をふくませて解することも考えられるが、法文上、両者とも「悪意ありたる場合」と規定されている以上、五八八条二項にだけ重過失を含ませて解することは無理であろう（なお、大任・前掲書三四頁はむしろ五六六条三項の悪意に故意に準ずべき重大なる過失を含ませている）。したがって、五八八条二項の悪意と五六六条三項の悪意を区別して解する見解は採りえない。

（平野充好）

- 一 未登記の辞任取締役に対する商法二六六条の三に基づく責任に關し商法一二条の適用の余地
- 二 商法二六六条の三の取締役の第三者に対する責任に關し取締役の任務懈怠と第三者の蒙った損害との間に相当因果関係がないとされた事例

東京地裁昭和五〇年五月二十七日判決（昭和四七年（ウ）第五五九号損害賠償請求事件、請求棄却（確定））

判例時報七九五号九三頁

〔事実〕 YはBとともに、土木建築業を目的として昭和四五年四月二〇日設立したA株式会社の設立以来の代表取締役であった。YはA会社の設立に際しBの懇請をうけ、その代表取締役就任を承諾し、就任登記がなされていながらもかわらず、代表取締役就任についての正規の選任手続はなされていなかった。

A会社は、施主から土木建築工事の設計、施工を請負い、これをXら（Xは選定当事者）に下請させ、右請負代金と下請代金との差額を利益として収受するという営業形態をとっていたものであるが、経営の実権は設立以来Bが掌握し、Yは名目上の代表取締役にすぎず、自らは会社経営に關与せず、その一切をBに委ねていた。しかし、YはしだいにBの経営振りに不満を抱くようになり、昭和四五年一月二〇日Bに対して代表取締役辞任の意思表示（取締役までも辞任する意思表示であるのか不明であるが、判旨は否定している）をなし、右辞任の変更登記手続を依頼していたが、Bは右登記手続を放置し、依然とし

て変更登記はなされていなかった。他方、Yは辞任の意思表示の後も一、二ヶ月はA会社の業務に若干關与していたが、これは外観上代表取締役としての職務行為といえるものではなかった。

ところが、A会社は、Bのなした赤字工事受注による損失および従業員の不正ならびに債権回収不能等の事由の競合により、ついに昭和四六年六月二日不渡手形を出して倒産に至った。

Xらは、A会社に対し土木工事の下請代金債権一四、〇七四、〇五四円（A会社代表取締役Bにより昭和四六年四月二十八日から同年五月六日の間に振出された約束手形一五通（うち、三通は）の各手形債権七八二万円、および倒産直前の同年五月二四日、二七日振出の小切手二通、倒産直後の同年六月四日振出の小切手一通の計三通の各小切手債権一二〇万円を含む）を有していたが、A会社の倒産により前記下請代金債権の回収不能に陥り、債権額相当の損害を受けた（債権額、手形小切手目録は、金融商。事判例四六七号二〇・二二頁参照）。

そこで、XらはYに対し、商法二六六条の三に基づく責任を追及し、下請代金債権の支払を求めて本訴を提起した。

Xらの主張はつぎのとおりである。

(1) Bは、施主からの受注増をはかる余り、下請代金額を下廻る不当に廉価な代金額で施主より受注し、かかる損失の生じることが明白な放漫経営を継続した結果、A会社を倒産に導いた。Yは、A会社の代表取締役または取締役として、A会社の業務に關与し、Bの支払見込のない手形、小切手の振出および



放漫経営を知悉しながら、これを放置しこれを防止する何らの措置をとらなかつたことは、故意により代表取締役または取締役としての任務を懈怠したものである。

仮に、YがA会社の業務に関与せず、Bの任務違反行為を知らずとも、Yは、A会社の業務の一切をBに任せて、Bに対する監視義務を怠り、その結果Bの任務懈怠を看過したものであり、そのこと自体、重大な過失により代表取締役または取締役としての任務懈怠による責任を負うべきものである。

(2)また、仮にYが昭和四五年一月二〇日頃A会社の代表取締役、取締役を辞任したとしても、右日頃はA会社にとってその経営上重要な時期にあたり、Yがその頃辞任をすることはA会社との委任契約に違反するものであり、Yは、右契約に違反してその頃辞任をなしBの任務懈怠を放置し、よってA会社を倒産に至らしめ、甚大な損害を与えたものである。

〔判旨〕請求棄却（確定）

一 YのA会社における地位について

Yは代表取締役就任を承諾し、取締役および代表取締役の登記がなされていたが、就任についての正規の選任手続がとられていない。したがって、「Yは本来A会社の取締役、代表取締役としての地位にあったものといふことができず」、就任登記は不実の登記であるが、「Yは右就任登記に先立ち代表取締役就任することを承諾していたものであるから、Yは、右不実の登記の出現に成功したものであるといふべく、商法一四条の類推適

用により、右登記の不実であること、すなわちA会社の取締役、代表取締役でないことをもって、善意の第三者に対抗することができない」。

つぎに、商法二六六条の三の責任に関し、商法一二条の適用の余地について。ところで、Yは、「Bに対し代表取締役を辞任する旨の意思表示をなし、右辞任の変更登記手続をなして行くよう同人に依頼したが、同人は右登記手続を放置し、現在に至るも右変更登記がなされていないこと、Yは、右代表取締役辞任の意思表示をなした後、一、二か月間はA会社の請負工事の現場監督をなす等若干A会社の業務に関与していたが、外観上も代表取締役としての職務といえるような義務を行うことはなかつたことを認めることができる」という事実により、Yの代表取締役辞任を認め、変更登記が未了であっても、Yの商法二六六条の三の規定に基づく責任に関し、商法一二条を適用する余地はないとする。

ただし、Yは代表取締役辞任の意思表示をなした昭和四五年一月二〇日以降もA会社の業務に関与していたという事実をもって、右意思表示は代表取締役のみの辞任であると解し、したがって、「Yは、商法二六六条の三の適用に関し、善意の第三者に対して、昭和四五年一月二〇日まではA会社の代表取締役としての、同日以降は取締役としての責任を負うべき地位にある」とする。

二 Xらの損害につき、YはA会社の代表取締役または取締

役として商法二六六条の三の責任を負うか否かについての判断

(1) Yは、A会社の設立以来若干業務に関与するのみで、業務の一切をBに任せきりにし、代表取締役辞任後取締役となっても、「Bの業務執行に対して監視し、これが適正に行なわれるよう意を用いていなかった」ことからして、Yに任務懈怠があったとする。

(2) Yの任務懈怠とXらの蒙った損害との間に相当因果関係があるか否か。

まず、A会社の倒産につき、直接業務を担当したBの任務懈怠による責任については、A会社はBのなした赤字工事により損失を蒙ったが、それがいかなる事由によって生じたか不明であるとして、否定する。

さらにA会社の倒産原因は、「赤字工事による損失のほかに従業員の不正や債権回収不能等の事由が競合していたことが窺われ」、「赤字工事による損失がA会社の倒産とどの程度重要な関連を有するかを明らかにすることができない。」したがって、前記工事に関してBの任務懈怠の行為があるとしても、Bの行為とA会社の倒産によるXらの損害との間に相当因果関係はないとする。そして、赤字工事による損失以外の倒産原因については、具体的事情が不明であり、この点についてもBに任務懈怠行為はない。

したがって、「A会社を倒産させるに至ったことにつき、直接業務を担当したBに任務懈怠に基づく商法二六六条の三の責

任を肯認できないので業務を担当しなかったYに対して同条の責任を負わせることはできず、前記Yの代表取締役、取締役としての任務懈怠は、BがA会社を倒産に至らしめたことよって生じた本件損害と相当因果関係があるものということはできない。」

(3) 手形、小切手の振出に関するYの責任については、振出人であるBに任務懈怠がない以上、結局、Yの任務懈怠とXらの損害との間に相当因果関係はないとする。

なお、小切手振出はA会社の倒産の直前直後になされ、倒産の事実からしても支払見込がないのに振出されたと推定されるが、各小切手は、Xらの各下請代金支払のため振出されたものであり、Xらは「右各小切手の振出交付を受けなくとも、A会社の倒産のため下請代金債権の回収不能に陥り各小切手金額と同額の損害を蒙ったものと推認され、したがって、右各小切手の振出はXらの損害と因果関係を有しないものというべきところ、右代金債権の発生原因となった下請契約の締結につきBに「職務懈怠があったと認める証拠はない。」

〔研究〕結論には賛成するが、理由づけには疑問がある。

本件判旨がたどった理論構成には、つぎの三つの問題点がある。まず、(1) Yの地位について商法一四条と二六六条の三の適用関係、つぎに、(2) Yの代表取締役辞任の変更登記未了の点と取締役の責任に関して商法一二条と二六六条の三の関係、最後に、(3) 商法二六六条の三の責任に関して取締役の任務懈怠と第

三者の蒙った損害との間の相当因果関係の問題の三点である。以下その、検討を行う。

一 本件判旨は、まず、Yは正規の選任手続がないので代表取締役（取締役）ではないが、代表取締役として登記されることを承諾したのであるから商法一四條の類推適用により善意の第三者に対し、代表取締役でないことをもって対抗できないものとする。

本件判旨のように商法一四條という表見法理を媒介として、表見的取締役に第三者に対する責任を肯定する理論構成は多くの学説により支持される（長英・判例評論一六八号一九頁、加美・昭和四七年度重三三四号一）が、結論はそれだけでよいとして、表見法理を用いて善意の第三者に対してだけ責任を負わせるという理論構成には疑問がある（竹内・判例商法一二九四頁）。表見法理を用いて外観に対する信頼の有無を問題とすれば、本件において、XらはYを代表取締役であると信頼したことが必要となる。もしYを代表取締役とする有効な選任手続があれば、XらはYを代表取締役であると信頼したか否かにかかわらず商法二六六條の三の責任を問うことができるが、本件のように有効な選任手続がない場合、Xらの善意・悪意を問題とすれば、本来Xらの関知しない選任手続というA会社の内部手続の有無により第三者Xらの保護の要件が異なることになるのはおかしい。

表見的取締役が商法二六六條の三の責任を負うかどうかは、もっぱら表見的取締役が責任を負うべき「取締役」と評価され

るかどうかにより判断すべきであり、選任手続に関する第三者の善意・悪意を問題とすべきではない。二六六條の三の責任のような法定の特別責任については、商法一四條を介して、第三者の善意・悪意を問題とすべきではなく、会社法が予定する適法な選任手続の有無を問わず、取締役に就任したと認められる者は、すべて取締役としての責任を負わせるべきであると思う（竹内・前掲三九八頁）。そして「取締役」として評価される、すなわち取締役に就任したと認められる者とは、登記されることを承諾したことをもって足りる。取締役就任登記の申請書には、当該取締役が就任を承諾したことを証する書面を添附しなければならず（商登八〇条八号）、適法に登記がなされれば取締役に就任したと解される以上、当該取締役は少なくとも第三者に対する関係では、取締役に就任したと評価すべきである。

このように考えてくると、本件においても、Yは就任登記に承諾を与え、かつ若干なりとも取締役としての職務を行っていること認められる以上、その選任手続の存否を問題とするまでもなく商法二六六條の三の責任の有無を判断すれば足り、商法一四條を中間項として商法二六六條の三の責任を判断すべきではないと思う。

しかし、商法一四條と二六六條の三との関係は、判旨に直接の影響はない。

二 つぎに、本件判旨は、商法二六六條の三に基づく責任に關し商法一二條の適用の余地を否定するに至る事実関係として、

(1) 辞任の意思表示、(2) 辞任の変更登記手続の依頼があるにもかかわらず未了であった事実、(3) 辞任後、外観上代表取締役としての職務行為が存しなかった事実の三つの要件を掲げている。

代表取締役の辞任は、取締役が会社に対し委任関係にあるものとして、何時でも会社に対する一方的意思表示が到達した時に効力が生じ、会社の承諾を必要としない。代表取締役の辞任により代表取締役たる地位を失うが、これにより同時に取締役たる資格までも失うものではなく、取締役までも辞任するにはその旨の意思表示が必要である<sup>(4) 二九八頁参照</sup>。本件において、Yがなした代表取締役辞任の意思表示は、辞任後もA会社の業務に関与していた事実により、直ちに取締役までも辞任するものではないと判断されている。しかし、この点については、代表取締役・取締役の辞任による変更登記の申請書には、辞任を証する書面として辞任届出書を添付しなければならず<sup>(商登八二)</sup>、この届出書により代表取締役のみの辞任であるか否か明らかとなるが、Yは辞任届出書を作成していなかったものと思われる。

辞任登記未了と辞任後の外観上の職務行為の不存在については判例がある。すなわち、昭和三二年東京地裁判決において、未登記といえどもすでに辞任をなして取締役としての地位を失った以上、原則として商法二六六条の三の責任を負わないが、辞任後外観上の職務行為があれば、商法一二条により善意の第三者に対して商法二六六条の三の責任を負うことがあるとする

<sup>(東京地判・昭和三二・五・一三下民八卷五号九三三頁)</sup>。本件も同様に、商法一二条を介し二六六条の三の責任を肯認するための要件として辞任後の外観上の職務行為の有無を問題とする。ただし、前掲昭和三二年判決はすでに取締役としての地位を失っている事実であるのに対し、本件は代表取締役は辞任しているが、取締役としての地位は残っている事実である。しかし、いまこの点は論外として、取締役辞任後の外観上の職務行為の有無により、商法一二条を介して商法二六六条の三の責任を追及することの当否、すなわち、取締役辞任の変更登記が未了のとき、当該辞任取締役が現実の職務行為をなしたときは、商法一二条により取締役の辞任（取締役の地位の不存在）を善意の第三者に対抗しえず、したがって、これにより商法二六六条の三の責任を負うとすることの当否である。

まず、辞任は、登記事項をめぐる事実の変更を意味する。これは商法一二条の「登記すべき事項」に該当し、登記事項は、登記がなされない限り事実をもって善意の第三者に対抗できない。すなわち、商法一二条は、登記義務者を通常よりも不利に扱い、登記義務が履行され、登記制度が機能するに至ることをねらいとするものである<sup>(服部・商法総則 四八一頁参照)</sup>。取締役辞任の場合においては、会社が変わる登記手続をなすべき私法上の義務を負い、また、会社は、辞任取締役をあらゆる関係において会社と無関係な立場におき完全に辞任の効力を生ぜしむる措置をとるべきである。取締役の辞任は、会社に対する一方的意思表示の到達

によって効力を生じ、これによって直ちに取締役たる地位の喪失を生ずるのであって、変更登記の有無にかかわらない。したがって、取締役辞任の意思表示がなされた以上、辞任の変更登記が未了であることは、辞任取締役がまだ取締役たる地位にあることを表わすものではなく、会社が、すでに取締役資格を喪失した辞任取締役を真正な取締役として第三者を誤認さすべき外観を創りだしていることに他ならない。このように考えると、辞任登記が未了である点につき責任を負うのは会社自身であり、本件のように、変更登記手続の依頼があればなおさらである。そして、辞任未登記の取締役が、事実上取締役としての職務行為をなし、善意の第三者に損害を与えたときには、表見取締役たる外観の存在に原因を与えた会社が責を負うべきであり、これは、商法二六二条の問題となる。

商法二六六条の三の責任を認めるための論理的前提としては、「取締役たる地位」の存在が必要であり、辞任の意思表示により、すでに取締役たる地位を失った辞任取締役に二六六条の三の責任を追及することはおかしい。また、商法一二条は、いわゆる表見法理の具体的適用を示す一例であるから、もしも、この面から事案をとらえらるとするならば、表見取締役に關する商法二六二条によって会社の責任が論ぜられるべきであつて、これと平面を異にする商法二六六条の三が当然に間擬される余地はないはずである(同頁、総合判例研究叢書・商法(四五頁)の反対、谷川・ジュリスト二〇九号八四頁)。

以上のように考え、辞任未登記の取締役の職務行為の問題に

ついては、商法一二条により商法二六二条の適用を考慮すべきである。商法一二条と商法二六六条の三の両者の適用關係については争いがあるが、両者は次元が異なるものであり、また、そのように解しても商業登記制度が存在することの影響は後者に及ぶ。登記簿をみればわかる事項に關しては、それをみなかったことが、後者を適用する際の第三者の過失の認定にかかわってくるからである(浜田・商法(総則・商)判例百選三頁)。本件において、商法二六六条の三の責任に關し、商法一二条の適用の余地を否定したのは、前掲昭和三二年判決の踏襲とも思えるが、いかなる理論構成によるのか判文上明らかでない。

なお、Yの辞任の意思表示が、取締役までも辞任したものの可否かの点については、Xらは、これを肯定したものであろう。そうでなければ、商法一二条により登記未了の点を問題とせずとも、直接、商法二六六条の三の責任を問えばよかつたのであるから。

三 本件判旨は、平取締役に対し代表取締役の職務執行につき監視義務を怠つたとしても、第三者が蒙つた損害が、代表取締役の任務懈怠によって生じたものでないときは、右損害と取締役の監視義務違反との間には相当因果關係を欠き、取締役は商法二六六条の三に基づく責任を負わないとする。

商法二六六条の三に關して、学説はわかれているが、多数説は、この規定を第三者保護の規定とみるのに対し、少数説は、取締役の責任を軽減してその保護を凶つたものと解している。

そのことからさらに、「悪意・重過失」の対象、賠償すべき「損害」の範囲、また、民法上の不法行為責任との競合関係等、についても学説は紛糾している。

最高裁判決も、必ずしも理論的立場を明確にしていなかったが、昭和四四年一月二六日大法院判決（民集二三卷一一号二一五〇頁）において、商法二六六条の三は、第三者保護の規定であり、会社に対する任務懈怠について悪意・重過失ある取締役は、直接・間接の両損害につき第三者に対し賠償義務を負い、第三者に対する加害について故意・過失ある取締役は、本条とは別に民法七〇九条による責任を負う旨判示するに至り（反対意見あり）、その後も本条に基づく取締役の責任の内容・性質につき同様の解釈をとっている（①昭和四五・三・二六判時五九〇号二四卷七号一〇六一頁、ただし、有限会社法三〇条ノ三について、②昭和四五・七・一六民集一五民集二六卷五号九八四頁、③昭和四五・三・二二民集二七卷五号六五五頁）。

つぎに、平取締役の代表取締役の職務行為に対する監視義務について従来の判例は、平取締役は、取締役会決議に基づかない代表取締役の行為については責任を負わないという理由で対第三者責任を否定したものが多く（東京地判昭和三五・一三下民八卷五号下民九卷一一号二三四二頁、広島地判昭和三五・八・三〇下民二二卷八号二一一六頁）、平取締役の代表取締役に対する監視義務は認めるが、取締役会に付議されなかった行為については責任を否定する傾向にあった。

平取締役の代表取締役の行為についての監視義務の範囲については、取締役会に現われた事実に限るか、それ以外の事項についても認めるか、学説はわかれているが、取締役会の業務監

査機能を發揮させるには、取締役会に現われた事項についてのみ、いわば受動的にその是非の判断を示せば任務を果たしたことになるというような解釈はとりえない（龍田・法学論叢六六卷三九号八頁、なお前掲判例④参照）。

本件判旨を事案に即して考えるとつぎの点が問題となる。Yは、Bに業務一切を一任し、その監視を怠ったことにより、任務懈怠があるが、直接業務を担当したBに任務懈怠がない以上、Yの任務懈怠とA会社倒産により生じたXらの損害との間には相当因果関係がないとした点である。要約すると、直接業務を担当したBに任務懈怠がない以上、YもXらにつき商法二六六条の三の責任を負うことはないとする。この点をどう考えるか。

一般に、取締役の他の取締役に對する監視義務が問題となる場合、第三者の損害と取締役の監視義務懈怠との因果関係について、最高裁はつぎのように考えているものと思われる。すなわち、ある行為をした取締役が第三者に對し悪意・重過失による任務懈怠を理由として責任を負う場合でなければ、他の取締役も監視義務違反を理由とする責任を負うことはないが、行為をした取締役が第三者に對し責任を負うべき場合には、他の取締役がどのような方法でそれを阻止しえたかということ、逆にいえば、監視義務違反と他の取締役の悪意・重過失による任務懈怠との間の具体的な因果関係を認定する必要があるということにあると解される（前掲④の判例参照、竹内・前掲三〇九頁）。

本件も同様に解するものと思われる。基本的には、監視義務

違反と第三者の損害発生との因果関係は緩やかに解してよい。そうでなければ、普段から他の取締役の職務行為につき注意を払っていた取締役ほど、他の取締役の不正行為等を阻止しうる可能性が多いわけであり、それを見逃した責任を問われやすくなるという不合理な結果になると考えられるからである(竹内・前頁)。

以上のように考えて、本件においても、Xらの損害につき、Yは商法二六六条の三の責任を負わない旨判示したことは正当であると思う。

(国友順市)