

# 商事判例研究

早稲田大学商法研究会

## 二五 運送人の不法行為責任と商法第五七八条および鉄道営業法第一一条ノ二

東京地裁昭和五九・一・三一判決（損害賠償請求事件、東京地裁昭五二(ウ)一一六九五号）、判例時報一一一四号  
一九頁

### 〔判決要旨〕

商法第五七八条および鉄道営業法第一一条ノ二は、いずれも運送人の運送契約に基づく債務不履行責任に関するものであって、運送人に対する不法行為による損害賠償請求については、その適用がないと解するのが相当である。

### 〔事実〕

訴外A証券会社は、株券在中の小荷物（本件小荷物）を貴重品扱いで（株券の時価総額は三千数百万円余であったが、価額を五四〇万円であると明告し、割増運賃を支払った）、国鉄広島駅から東京駅まで運送することをY（国鉄）に委託し、これを引渡した。ところが、本件小荷物は、広島駅ホーム上で、列車積込直前に盗まれてしまった。盗難の状況は次のとおりである。Yから業務委託を受けて広島駅における荷物取扱業務を行っていた訴外広島鉄道荷物株式会社の従業員二名が、本件小荷物を他の貴重品

小荷物七個とともに一台の手押車（本件手押車）に載せ、さらに貴重品小荷物以外の小荷物を載せた他の手押車四台とともにこれを一般乗客も通行するホームまで運び、列車の到着を待っていた。手押車は、台座の前後に鉄板壁がついているだけのもので、左右には囲いがなく、上部に蓋をすることができるといえるような構造にはなっておらず、本件小荷物も手押車の上に載せられたのみであり、シートなどで覆われてもいなかった。列車到着後、右両名は他の手押車の小荷物から先に積み込みを始め、本件手押車の番になり、本件小荷物以外の他の小荷物をいくつか積み込んだところで、荷物車両の中間に荷物を受け取って整理していた車掌から他の手押車の小荷物を先に積み込むようにいわれたので、本件手押車をいったん積込口から一〇メートル程離れたところに移して、とくに監視者を置くことなく他の小荷物の積み込みに専念していた。本件小荷物はこの間に盗まれたのであるが、右両名は本件手押車上の残りの小荷物を最後に積み込んだ時点では本件盗難に気づかず、列車が発車してから車掌が受取証と現物とを照合してはじめて本件盗難が発見された。

盗難にあつた本件株券はA証券会社が顧客から寄託を受けていたものであつたので、A証券会社は寄託契約上の責任をとって、各所有者のために本件株券と同種同量の代替株券を買付け、この買付け代金相当額の損害をこうむつた。ところで、X（損害保険会社）は、A証券会社との間で運送保険契約を締結しており、この契約に基づきA証券会社に対して右損害をてん補するための保険金を支払つた。そこでXは保険代位により、YのA証券会社に対する不法行為責任に基づく損害賠償をYに請求した。

これに対し、Yは、運送品が滅失した場合に運送人の不法行為責任が成立するのは、運送品の取扱上通常予想される事態ではなく、契約本来の目的範囲を著しく逸脱する状態において運送品が滅失した場合に限られるというべきであり、本件の場合には右場合にはあたらないこと、および、仮に不法行為責任が成立するとしても、運送人の責任を免除あるいは制限している商法第五七八条および鉄道営業法第一一条ノ二の規定は、運送人の不法行為責任についても適用されるべきであることを主張した。つまり、本件においては、まずA証券会社は本件小荷物を運送委託するにあたり、鉄道営業法第一一条ノ二で定められる要額の表示をしていなかったもので、Yとしては同条第二項による高価品の最高賠償額（鉄道運輸規程第七三条により一キログラムあたり四万円、本件

小荷物の重量が一キログラムであるから四四万円)を超えて賠償責任を負わないこと、また、同条は運送人に重過失があった場合には適用されないが(第三項)、その場合でも、本件においてA証券会社は本件小荷物の価額を五四〇万円と明告しているので、商法第五七八条が適用されるべきであり、右明告額を超えて賠償責任を負わないことを主張した。

#### 〔判旨〕

「被告は、物品運送の過程において運送品が滅失した場合、運送人の不法行為責任が問題となるのは、運送品の取扱上通常予想される事態ではなく、契約本来の目的範囲を著しく逸脱する態様において運送品が滅失した場合に限られるところ、本件盗難事故は、右の場合に当たらないから、本件盗難事故について、被告に不法行為責任が生ずる余地はない旨主張する。しかしながら、右の場合運送人が不法行為責任を負担するのは、被告主張の場合に限定されるものと解すべきではない……(昭和四三年(イ)第五八号同四四年一〇月一七日最高裁判所第二小法廷判決参照)……。」

「(鉄道営業法第一条ノ二又は商法第五七八条)の規定は、いずれも運送人の運送契約に基づく債務不履行責任に関するものであって、運送人に対する不法行為による損害賠償請求については、その適用がないと解するのが相当である(前掲最高裁判決参照)。」

#### 〔批評〕判旨には賛成できない。

一 運送品が運送人の責に帰すべき事由によって滅失した場合、運送人は荷送人に対して債務不履行責任を負うのは当然であるがそれとは別に、荷送人に対する所有権侵害を伴うために不法行為責任の構成要件が存在するのが通常であるので、運送人の責任は、これら二つの責任の併存または択一により、次のような構成の余地がある。まず、ある事実が債務不履行と不法行為との構成要件を同時に満たせば、各々の責任に基づく損害賠償請求権は実質的に別個に成立するという立場によれば、債務不履行責任と不

法行為責任とは併存する（請求権競合説。最判昭四四・一〇・一七判時五七五号七一頁）。次に、運送契約が存在する以上、契約法は不法行為法にたいして特別法の関係にあることから、各々の責任に基づく二つの請求権は法文上は抽象的に競合してはいるが実質的には一つであるとする立場によれば、債務不履行責任のみが生ずる（法条競合説Ⅱ非競合説。大隅健一郎・商行為法一四二頁、石井昭久Ⅱ鴻 常夫・商行為法一五一頁、西原寛一・商行為法三〇五頁）。そして、荷送人は運送品の取扱いに通常伴うような損害については、運送人の不法行為責任を予め黙示的に免除しているので、通常の場合は債務不履行責任のみが生じ、契約に予想された程度を著しく逸脱する行為があった場合、すなわち運送人が故意または重過失によつて運送品を滅失させたような場合には不法行為責任も生ずるとする立場（折衷説。戸田修三・「運送人の契約責任と不法行為責任」商法の争点一九三頁、小町谷操三・商行為法論二八〇頁、松本丞治・商行為法二〇四頁）がある。本判決は、判例の立場たる請求権競合説にたつものであり、原告の主張どおり運送人の不法行為責任を認めている（このように不法行為責任を認めたものとして、前掲最判昭四四・一〇・一七、東京地裁昭五七・五・二五判時一〇四三号二二頁、請求権競合説にたち債務不履行責任を認めたものとして、右東京地裁判決の控訴審判決たる東京高裁昭五八・六・二九判時一〇八四号二二頁、東京地裁昭五七・五・一二判時一〇四三号二二頁、その控訴審判決たる東京高裁昭五八・九・二〇判時一〇九三号八〇頁がある）。

これら三つの立場は、運送人の責任の性質および範囲を決するにあたっての理論的前提であり、そのかぎりではこれら三つの立場の当否を検討することが先決問題といえるが、そのためには実体法的小よび訴訟法的にあらゆる角度からの検討が必要である。ただ、実際にこれら三つの立場が問題とされる場合、二つの請求権の要件効果をめぐつてどの説に立って責任を構成するのがよいかを争われるのが通常である。そこで、本件に関していえば、運送品が高価品であり、その明告がなされていた場合の賠償額の範囲に着目して各々の立場の当否を考えることができると思われる。

## 二 賠償額からみた各説を次に検討する。

## (1) 請求権競合説

この説はさらに次のように二つに分かれている。まず、不法行為責任が認められる以上、賠償額の範囲についてもあくまでも不法行為法が適用されると考える説（純粋競合説）にたつと、運送人は損害の全額を賠償すべきことになる。判例は、このように請求権競合説を徹底して貫いており（前掲最判昭四四・一〇・一七）、本件判旨もそれを明示している。これに対し、請求権の競合により不法行為責任が認められるとしても、その要件効果は、運送人の責任の減免を定めている商法等の諸規定の影響を受け、責任の内容も制限されると考える説（制限的競合説。田中誠二「商法における請求権競合の問題」商事法研究二巻二六〇頁、竹田省・商行為法一七八頁、鈴木竹雄・新版商行為法保険法海商法四三頁、大森忠夫・商法総則商行為法二七二頁、判例としては、前掲東京地裁昭五七・五・二五）にたつと、賠償額は商法第五七八条の適用により明告額に限定されることになる（鉄道運送の場合、一さらに鉄道営業法第一条ノ二による責任制限があるのでこの規定と商法第五七八条との適用関係が問題となるが、これについては後述する）。つまり、同条は、運送品が高価品である場合には、荷送人がその種類・価額を明告していない限り、運送品が滅失しても運送人は損害賠償責任を免れるという規定であり、本条はもともと運送人の責任の成否に関する規定となつてはいるが、運送品の実際の価額よりも明告額の方が少なかった場合には、本条が適用されると、事実上運送人の責任を明告額まで制限することが可能となる。もっとも、この説によつても、不法行為のすべての場合について本条の適用を認めてはならず、運送人が故意に運送品を滅失させたような場合には適用を認めないことには異論がないであろう（平出慶道・商行為法四七三頁）。問題は重過失があつた場合の本条の適用の有無であるが、これについては後述するように見解が分かれている。そうすると、制限的競合説においては、運送人に軽過失がある場合には不法行為責任につき本条の適用があるという点では少なくとも一致しているといえる。

## (2) 法条競合説

この説では、債務不履行責任のみが生じるので、賠償額も、債務不履行責任に関する商法第五七八条が当然適用されて（本条と鉄道営業法第一条ノ二との適用関係については後述する）、明告がなされているかぎり明告額ということになる。しかしこの説

の論理でいくと不法行為責任の生じる余地がないことになるので、もし原告がない場合には運送人は本条により債務不履行責任を負わなければならないと免責されてしまうことになるが（大隅・前掲一四二頁）、運送品の滅失につき運送人に故意や重過失があった場合にまで運送人を免責させることが妥当かどうか、また、原告があった場合でも原告額までという責任制限を認めることが妥当かどうかという疑問が出てくる。そこで、まず故意があった場合には、あくまでも不法行為責任の成立する余地はないとしても、この場合には高価品としての（債務不履行責任に基づく）損害賠償責任を免れないと解されている（石井Ⅱ鴻・前掲一五五頁）。問題は重過失のあった場合である。法条競合説と前出の制限的競合説とは、責任の性質のとりえ方は異なっているけれども、賠償額の範囲に関しては、運送人が重過失によって運送品を滅失させた場合に本条による保護を受けることができるかという点がちらの説でも問題となっている。本条による保護を肯定する考え方の根拠としては、本条には重過失があった場合には適用が排除される旨の明文がないこと（鉄道営業法第一条ノ第二項対照）、商法第五八一条では運送人に悪意または重過失があった場合には一切の損害を賠償すべきことが定められているが、同条はもっぱら商法第五八〇条の定額賠償を排除するための規定であって、商法第五七八条とは関係のない規定であること（本件におけるYの主張、倉沢康一郎・判評二五八号四頁八判時九六六号一八二頁V）があげられている。しかし、本条と同様に運送人の保護を趣旨とする他の責任制限規定（商法第五八〇条、鉄道営業法第一条ノ第二項）が、運送人に悪意または重過失ある場合には排除されている（商法第五八一条、鉄道営業法第一条ノ第二項）ことを考慮すると、商法第五七八条だけを特別扱いする理由に乏しい。つまり、通常品が滅失した場合には運送人は定額賠償をすべきことになるという対価的バランスは、商法第五八一条により、運送人に悪意または重過失がある場合には崩されて、一切の損害を賠償すべきこととされているが、高価品についても、原告額によって形成されているその対価的バランスは、通常品の場合とパラレルに崩されて一切の損害賠償をなすべきことが認められるべきであり（山下友信・判評二九〇号四九頁八判時一〇六七号二二一頁V）、また、同じ高価品という点では、鉄道営業法第一条ノ第二項は、表示額または最低限度の賠償額という責任制限は、運送人の悪意または重過失によってこれが滅失した場合には排除されることを明らかにしているからである（石井吉也・

昭五七年度重要判例解説一〇五頁)。重過失といっても、故意または悪意に近いものから軽過失に近いものまでかなり幅のある概念であるから、重過失を無条件に運送人保護排除の基準とすることは問題であるが、少なくとも重過失が、ほとんど故意に近似する注意欠如の状態であると解されている(最判昭三二・七・九民集一 一卷七号二〇三頁、平出・前掲四六五頁)かぎりではさしかえないと思われる。したがって、運送品の滅失につき運送人に重過失があった場合には、運送人は商法第五七八条による保護を受けられないというべきである。もっともその法文上の根拠としては、商法第五八一条が適用されるとするもの(東京高裁昭五四・九・二五判時九四四号一〇六頁)があるが、前述したように、同条が商法第五七八条に関するものであるかどうか問題が残っているので、商法第五七八条の解釈によって故意または重過失があった場合の適用排除を認めるのが無難であろう。

このように考えてくると、結局、法条競合説、制限的競合説ともに、賠償額は、運送人に軽過失ある場合だけが明告額であり、故意または重過失ある場合は全額となる。

### (8) 折衷説

この説では、運送品の滅失の態様を、最初から軽過失による場合と故意または重過失による場合とに分けている。すなわち、賠償額は、軽過失による滅失の場合は債務不履行責任のみが生じ、商法第五七八条により明告額であり、故意または重過失による滅失の場合は不法行為責任が生じ、全額となる。

以上、賠償額に着目して各説をみてくると、制限的競合説、法条競合説、折衷説では、運送人に軽過失ある場合には運送人は商法第五七八条の保護を受け、故意または重過失ある場合には保護は受けられないということになる。これにたいし、純粹競合説でいくと、不法行為の成立要件が、折衷説のように故意または重過失というように限定されていないので、もともと通常の過失でも足りることになっていることに加えて、いったん不法行為が成立すると、制限的競合説と異なり、商法第五七八条の適用の余地がないというものである。したがって、荷送人としては、不法行為責任を主張して過去を立証しさえすれば、わざわざ故意または重

過失を立証しなくても全額賠償をとれることになってしまい、これでは、契約法の分野において運送人の輕過失を免責していることが無意味となってしまふ。つまり、運送人は不法行為責任を追及されると、免責の余地が最初からせめられてしまふこととなる。少なくとも判旨のとるかかるとる立場には賛成できない。そこで、これ以外のどの立場が妥当かということであるが、賠償額という観点からは、どの立場も同じ結果を導くので優劣は決められない。ただ、責任の性質のとらえ方に関して各々の立場をみた場合、制限的競合説は、債務不履行責任を前提とする商法第五七八条の規定を、不法行為責任についても適用されると解することに無理があり、法条競合説は、いかなる場合にも不法行為責任は生じないとする点で、やや技巧的にすぎる。基本的には、債務不履行責任と不法行為責任とが生ずる余地があり、そのうち不法行為責任は、帰責事由の程度が大きい場合に生ずるとするのが、契約当事者の意思に沿った見方ではないだろうか。

三 本件判決では、結果としてほぼ全額の賠償を認めたのだが、かかる結果の妥当性を判旨以外の立場から判断すると、結局、運送人の重過失の有無が焦点となってくる。

ところで、本件類似の事案二件につき最近すでに控訴審判決まで出ている。いずれも国鉄駅構内において株券などの貴重品小荷物が盗まれた事件であり、運送人（国鉄）の過失の程度の判断につき参考になると思われる。一つは、名古屋駅におけるものであり、貴重品在中の小荷物を積んだ手押車が、一般乗客の立入自由なプラットホーム上の階段手摺付近に一時的に停められ、係員が他の荷物取扱いのためにその手押車から目を離れた二分程の間に右小荷物が盗まれた事件であり、判旨では、「（係員らが）手押車に積載している品物が貴重品であることを念頭に置き取卸作業中に一時手押車を停めておく場所として階段の降り口付近を避け、自己の視野の及ぶ範囲に置き、かつ監視を怠ることがなければ、本件盗難事故は容易に防げたものと推認され……、重大な過失があったものといわざるを得ない」（前掲東京地裁昭五七・五・一二、その控訴審判決たる前掲東京高裁昭五八・九・二〇も支持）と判断している。もう一つは、静岡駅におけるものであり、アコーデオン式シャッターで仕切られた荷物置場において係員が

一時的にその場所を離れた二、三分の間に、株券等在中の貴重品小荷物が、外部から侵入してきた窃盗団によって盗まれた事件であり、判決では、「一方で本件盗難事故は（係員）が本件小荷物から目を離れたほんの短い間に発生したものであって、その間にこのような事故が起こるなどということは（右係員）ならずとも到底予測しえないところであったものと思われ、……（右係員）の過失をもって重過失と評するのは余りにも過酷ではないか」（東京地裁昭五七・五・二五判時一〇四三号二二頁、控訴審たる東京高裁昭五八・六・二九判時一〇八四号二一頁も支持）と判断している。

これら二件をみるかぎり、盗難現場が一般人の通行している場所かどうかということが重過失の有無に影響していると思われる。本件においては、盗難現場は一般乗客が自由に立入ることのできるホーム上であり、名古屋駅における事件とはほぼ同じ状況であったが、判決理由では不法行為責任という構成をしているのでとくに重過失の有無は判断されていない。ただ、過失の程度に關して次のように認定がなされている。「手押車を荷物積込み口から離れたところに置いておくときは、必然的にこれに対する監視はおろそかにならざるを得なかった。その結果、右兩名が他の手押車の小荷物を荷物車内に積込む作業に専念している間に、一般乗降客を装って本件手押車に近付き、そこに積載されていた本件小荷物を窃取することは、十分に可能であったのであり、本件盗難事故の発生は、容易に予見できたところといわざるをえない。そして、そのような事態は、列車の到着後直ちに本件手押車に積んであった貴重品小荷物を荷物車内に積込んでしまふか、あるいは、積込みは後回しにしても、すみやかに本件手押車を荷物積込み口付近に移動し、右兩名の目が届く範囲内に置く等の措置を採れば、容易にその発生を回避することができたものといふことができ……、過失は、決して軽いものとはいえない。」事実認定なのでこれ以上立ち入らないが、盗難発生の高しい状態を放置しておくことは、十分に重過失にあたるであろう。

四 本件判旨では、不法行為責任には鉄道営業法第一一条ノ二も商法第五七八条も適用されないとしているが、それ以外の立場から本件判決の結果をみると、これら二つの規定の適用関係が問題となる。本件においては、高価品としての明告（商法第五七八

条)はされていたが、要償額の表示(鉄道営業法第一条ノ二)はなされていなかった。このような場合、まず、①鉄道営業法第一条ノ二第二項と商法第五七八条のどちらが適用されるべきか、そして、②とくに運送人に悪意または重過失があった場合に、鉄道営業法第一条ノ二第三項と商法第五七八条のどちらが適用されるべきか、が問題となる。

①は、要償額の表示がないから鉄道営業法第一条ノ二第二項により一キログラムあたり四万円が賠償限度なのか、それとも明告がなされている以上、商法第五七八条によりその明告額が賠償限度なのかという問題である。まず、商法第五七八条が排除されるという説は、その根拠として、鉄道営業法と商法とは特別法と一般法の関係にあること、もし商法第五七八条が適用されれば、荷送人は表示料の支払をしなくても明告をして割増運賃さえ支払っておけば、その限度で損害賠償をうけられることになつてしまい、表示料の制度は空文化すること、鉄道営業法第一条ノ二の規定には、要償額の表示がある場合と、ない場合との双方につき賠償額の定めがあり、それ自体完結した規定となつてゐること(前掲東京高裁昭五八・六・二九)をあげている。これにたいし、商法第五七八条の適用を肯定する説(厳密に言えば、要償額の表示はされていないが明告がなされていた場合には商法第五七八条が適用され、明告もなされていない場合に鉄道営業法第一条ノ二第二項が適用されるべきであるとするもの)は、その根拠として、要償額の表示制度も明告制度も趣旨を同じくする制度(運送人の責任が生じうる損害賠償額の最高限度を予知させるもの)であるから、表示はないが明告がある場合にはあくまで明告額がいかされるべきであること(前掲東京地裁昭五七・五・二五)、もし商法第五七八条の適用が排除されると、明告の有無に関係なく鉄道営業法第一条ノ二第二項により一括して処理されるため、要償額の表示がなければ、高価品として明告をして割増運賃を支払った者も明告をしなかった者もひとしく同一の責任制限に服することになり、衡平を欠くこと(山下、前掲二二〇頁参照)をあげている。基本的には、商法第五七八条は適用を排除されるべきであると考ええる。たしかに、明告がなされている以上はそれが生かされるべきだとする点では同条適用説は結果的妥当性を有するものの、法文の解釈としては無理がある。そこで、同条を適用せずして明告額までの賠償を認める方法も指摘されており(たとえば、明告がなされている以上運送人は当該運送品が高価品であることを承知していたのに、要償額表示制度を荷送人に何

ら説明しないでおいて、後になって表示のなされていないことを主張するのは信義則に反し許されないとする構成。原茂太一・金融商事判例六六二号五六頁、山下・前掲二二一頁）、同条の適用を排除しておいてもさしつかえないと思われる。

②は、運送人（鉄道）に重過失があった場合、運送人は鉄道営業法第一条ノ二第三項により全額賠償をなすべきか、それとも商法第五七八条により明告額までの賠償をすべきか、という問題である。もっとも、商法第五七八条は運送人に重過失ある場合には適用されないという考え方をとれば、この問題は実益がないが、本件においてYは、重過失ある場合にも本条の適用があるという前提で、本条が鉄道営業法第一条ノ二第三項を排除して適用されるべきであると主張している。判例として、鉄道営業法第一条ノ二第三項が適用されるとするものが出ているが（前掲東京地裁昭五七・五・一二およびその控訴審判決たる前掲東京高裁昭五八・九・二〇）、その理由としては、鉄道営業法は商法の特別法であるという一般論しか示されていない。やはり、商法第五七八条により明告額までの制限を認めたのでは、鉄道営業法第一条ノ二第三項で重過失を除外している意味がなくなってしまうし、同項は、重過失ある運送人はこれを保護する必要がないという趣旨に基づいているのであるから、このような運送人をわざわざ商法第五七八条によって保護する必要もないというべきである。それゆえ重過失ある場合にも商法第五七八条は適用を排除されてよい。

本件の判例評釈として、山田泰彦・海運第六八四号一三〇頁がある。

（篠原権蔵）

## 二六 有限会社の社員総会における定款変更決議不存在確認の訴えの適否

昭和五九年三月二三日最高裁第二小法廷判決（昭和五九年(オ)第一三五六号取締役会決議不存在確認等請求事件）  
金融商事判例六九四号三頁——上告棄却

### 〔事実〕

Y有限会社（被告・控訴人兼被控訴人・被上告人）は、昭和四三年一月四日に、自動車の修理、備品の販売等を目的として資本金一〇〇万円で設立された会社である。その原始定款第六条の定めるところによれば、設立当初の社員は $X_1X_2$ （原告・控訴人兼被控訴人・上告人）および訴外三名であり、各出資口数は二〇口（出資一口一万円）とされていた。また、原始定款第七条によれば、 $X_1$ （代表取締役）、 $X_2$ および訴外一名は取締役に、他の訴外二名は監査役に指名されていた。昭和四五年七月頃、Y有限会社の経営が不振に陥ったため、 $X_1X_2$ は、港灣荷役および運送業を営むA組合理事長甲に経営の立て直しを依頼した。この頃、訴外三名は前後して役員を辞任し、それに伴って各持分を $X_1X_2$ に対して譲渡する旨の黙示の同意がなされた。他方、同年一月一〇日に、 $X_1X_2$ およびA組合理事長甲ら四名は、①Y有限会社の持分を $X_1$ （一五口）、 $X_2$ （五口）、甲（五五口）およびA組合関係者三名（合計二五口）の間で分配すること、②取締役、監査役各二名をA組合より選任し、代表取締役に甲が就任すること（なお $X_1X_2$ は取締役に残留）などを主要な柱とする条件をとり決め、Y有限会社の資金繰りや経営再建の方法につき合意に達した。ところが、Y有限会社の社員総会議事録には、この事実を反して、①②などの内容の各決議が同年一月五日の臨時社員総会においてなされた旨が記載され、これにもとづいて原始定款の変更と二月二六日付の変更登記が行われた。この合意の成立後も、Y有限会社の現場の仕事の指揮は従来どおり $X_1$ に一任されていたが、経理事務はA組合関係者が担当することとなり、また、甲の奔走などもあ

って、昭和四七年秋頃まで、Y有限会社の経営は順調に続けられていた。ところが、同年九月頃に、Y有限会社が売上金の一部横領を理由にX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>を告訴した（不起訴処分）ことに端を発して、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>は取締役を辞任し、それに同調してY有限会社の大半の従業員が退職したために、Y有限会社は休業に追い込まれることとなった。他方、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>は、同年九月一二日にY有限会社と同種の営業を目的とする会社を設立し、Y有限会社の施設および設備をそのまま使用して営業を開始したため、Y有限会社は、昭和四八年二月二日にX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>を被告として工場の明渡を求める訴を提起した。そこで、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>は、同年七月四日に本訴を提起し、昭和四五年一月一日○日および同年一月一日○日における①持分譲渡承認に関する社員総会決議、②取締役、監査役選任に関する社員総会決議、③両決議にもとづく定款変更決議なるものは、単なる資金融資のための合意にすぎず、現に、各社員総会が開催され各決議がなされたという事実が存在しないと主張したのである。

第一審（松山地八幡浜支判昭和五四・二・九）は、まず、昭和四五年一月一日の各社員総会決議と同年一月一日○日の①の社員総会決議の不存在を確認した。次に、一月一日○日に招集手続を省略して②の社員総会決議がなされたとして請求を棄却し、定款に設立当初の取締役、監査役を定めた場合でも、その解任および新たな役員を選任は定款変更決議を要せず、普通決議で足りることから、③の定款変更決議には不存在確認の利益がないとして請求を却下した。最後に、傍論として、たとえ昭和四五年一月一日○日の社員総会における各決議が事実上不存在であるとしても、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の請求には訴権の濫用を疑わしめる余地があると判示した。

原審（高松高判昭和五七・九・二一）は、昭和四五年一月一日の各決議の不存在と同年一月一日○日の各決議の成立とを確認したうえで、双方の決議を実質的に考慮して、そこに一体性を認め、一月一日の各決議の不存在を認容した一審判決を取消し、①②の社員総会決議につき請求を棄却、③の定款変更決議につき不存在確認の利益がないとして請求を却下した。

X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>はこれを不服として上告した。とくに、一月一日○日および一月一日○日における③の定款変更決議の不存在確認の訴を不適法として却下した原判決には、法令解釈適用の誤り等の違法があると主張した。これに対して、最高裁は、③の定款変更決議不存在確認の訴の適法性を除いて、X<sub>1</sub>X<sub>2</sub>の上告理由を排斥し原判決を全面的に支持した。

## 〔判旨〕

「定款変更決議がその決議の内容となつてゐる事項の変更そのものについて格別の法的拘束力を有しないものであつても、定款変更そのものの決議に疑義が存するときは、その決議を推測させる記載のある定款が存在することにより右決議の効力ないしそれから派生する法律関係について種々の紛争が生ずるおそれがあり、かかる紛争を抜本的に解決するためには、その基本となる定款変更決議自体の存否を確認することが必要であり、かつ、適切な手段といふべきであるから、Y有限会社の定款変更決議不存在の確認を求める請求部分の訴えは、適法なものとして認容されるものと解するのが相当である。……しかしながら、本件について更に検討するに、……定款変更決議の不存在の確認を求める請求部分は、理由がないとして棄却を免れないことになるが、その結論は、……民訴法三九六条、三八五条によると、 $X_1 X_2$ のみの上告にかかる本件において、原判決より $X_1 X_2$ に不利な結論となる判決をすることは許されないから、原判決を維持するほかなく、したがつて、原判決の前示の違法は、判決の結論に影響を及ぼさないとすることに帰する。」

〔参照条文〕 有限会社法四一条・四八条、商法二五二条。

## 〔批評〕

一 判旨の結論には賛成であるが、有限会社の原始定款に設立当初の取締役、監査役が記載されている場合、その解任の手續は普通決議で足りるとする考え方には反対する。

本判決は、有限会社の社員の変動が定款そのものの変動にはあたらず、原始定款に記載された取締役、監査役の解任も新たな役員を選任も定款変更決議を要しないことを前提としうえて、たとえ、社員、役員の変動に関する定款変更決議がその決議の内容となつてゐる事項そのものについて格別の法的拘束力を有しないものであつても、その決議の内容を推測させる記載が定款上に存

在する場合には、定款変更決議の不存在確認の利益が存することを認めた判決である。一般に、決議の内容自体が登記事項である場合、その決議に効力がないことを対世的に確定すべき必要性（確認の利益）は肯定されている。しかしながら、決議の内容自体が登記事項に該当しない場合に、決議の不存在を確認する利益があるのかという問題は、依然として未解決であった。本件において、最高裁はこの問題を正面からとらえ、定款変更決議の内容が登記事項に該当しなくとも、定款または総会議事録等に記載されている場合には、決議不存在確認の訴の適法性（確認の利益）を肯定すべきであるとの態度を明らかにしたのである。その意味において、本判決は重要な先例となるものと思われる。ところで、最高裁は、原判決の確定した事実にもとづいて一一月一〇日の各社員総会決議と一一月一五日の各社員総会決議の同一性を認めたのであるから、事実上一二月一五日の定款変更決議が存在したことを理由に上告を棄却すべきところであった。しかしながら、民事訴訟法上、被上訴人から上訴または附帯上訴がなされないかぎり、裁判所は、上訴人にとって不利益に原判決を変更することは許されていない（三八五条、三九六条）（不利益変更禁止の原則であるが、被告からの附帯控訴がなく、訴は適法であるが請求の理由がないことが明らかな場合については譲渡がある。判例は、不利益変更の禁止により請求を却下すべきとするが、学説はこの場合に例外的に不利益変更禁止の原則の適用がないとして、原審へ必要的差戻をすべきとする見解（新堂幸司・民事訴訟法Ⅱ第二版Ⅴ・現代法学全集30・五六〇頁注④）と自判すべきであるとする見解（小）。）。本件では、Y有限会社から不服甲立（上告または附帯上告）がなされていないため、手続的には、訴の利益に関する法令の解釈適用に違法がある原判決を維持せざるをえない結果となったのである。

二 本件では、第一に、決議不存在確認の訴の確認の利益の判断基準が問題となる。すなわち、有限会社および株式会社共通する問題として、決議不存在確認の訴が適法とされるには、不存在の決議にもとづいて登記された事項が存在することを要するか否かである。

本件の背景である旧商法の下では、決議不存在確認の訴について明文の規定がなかったのであるが、すでに株式会社の場合において、最高裁は、決議不存在確認の訴を商法第二五二条に照らし適法であると判示していた（裁判昭和三八年八月八日民集一七巻六号八二三頁五）。この判断をうけて、有限会社においても、有限会社法第四一条が株式会社の株主総会決議の瑕疵に関する一連の規定（二四七条ないし二五二条）を準用していることから、一般に、社員総会決議不存在確認の訴の適法性が肯定されるに至った（たとえば、社員総会に

において特定の社員を取締役に選任すべき決議をなすに際し、その特定の社員は特別利害関係人にあたるとして、当該取締役選任決議の不存在確認の訴を提起した裁判昭和五年四月一日民集三三巻三号六〇一頁、社員以外の者への持分譲渡につき社員総会の承認決議が存在しなかったとして、決議不存在確認の訴を提起したが、訴権の濫用にあたるとの理由により却下された裁判昭和五年七月一日民集三三巻五号八八頁(五)。しかしながら、学説上、この訴の適否、性質等をめぐり対立があったため(学説の対立については、岩原伸作「株主總會決議を争う訴訟の構造」法学協会雑誌九六巻六号六六二頁、商法は、昭和五六年改正により、多数説・判例にしたがって決議不存在確認の訴を確認訴訟の一類型として無効確認の訴と同様に扱うことを明文化したのである(二五二条)。さらに、今回の改正は、実務上決議不存在の訴が決議の瑕疵を争う訴の中で圧倒的多数を占めていたという特殊事情を考慮すると非常に重要であったと思われる(議の瑕疵)「株主總會」(判例)「決議」(元木伸二・稲葉敏雄「株主總會」判例)「決議」(議の瑕疵)「商事法務」八二九号一六頁)。これにより、少なくとも決議不存在確認の訴の適否をめぐる疑義には最終的な結着がつけられたと思われ(「説」(新編)「昭五八」一三五頁)。なお、この訴が訴訟の一つであるかぎり、訴の性質、訴の利益(本案判決の必要性および実効性)などの取扱いについては、現行法の下でも多くの解釈上の問題が残されている(「谷口安平」「株主總會決議の不存在と無効」会社法演習Ⅱ存在確認の訴を中心として「蓮井先生遺稿」)。とりわけ、登記の有無が訴の利益との関係でいかなる意味をもつかが問題であると思われる。形成訴訟によれば、決議不存在確認の訴は、形成判決により登記簿上存在する表面的地位を適及的に失わしめるものと解するゆえに、不存在確認の訴の適法性を判断する基準として、常に、登記の存在が条件となる(松田二郎「私の少数意見」(昭四〇)三一―三五頁、八頁以下における松田)。これに対して、確認訴訟でも、多数説・判例は、登記のもつ事実上の影響力に注目して、決議の内容が登記されている場合に対世的確定を求める訴の必要性および実効性を認めているようである(田中誠二「会社法詳論」(上)(昭四二)一八八頁)。したがって、確認訴訟は、形成訴訟と異なり、登記が存在しない以上、決議不存在確認の訴には常に適法性が認められないとする趣旨であるとは断定できないが、決議不存在確認の訴は、登記のような決議の存在に匹敵する社会的事実の効力を否認する訴として適法とされると同時に、登記のない場合には、確認の利益は、原則として否定されると解されるのである(今井宏「株主總會決議の不存在と訴訟」(上)三一―三五頁、反対)「米津昭子」「決議不存在確認の訴の性質」松田判事在职四十年記念(一)「会社判例百選」(八第二版)七七頁)。すなわち、登記の有無が、不存在確認の利益を左右する重要な要素かつ決定的なメルクマールとなっていることができる。

本判決は、有限会社に関する判断ではあるが、決議不存在確認の訴の適法性を登記の有無に代わる一定の制限の下で認めている

点で、株式会社においても登記の有無が確認の利益を判断する絶対的なメルクマールであると解すべきかという疑問を一掃した感がある。本判決にしたがえば、原始定款の変更決議は、社員以外の者への持分譲渡の承認（一九条二項）および新たな役員を選任（三二条、三四条、商法二五四条一項）の効力発生要件ではない。つまり、Y有限会社は、定款変更決議にもとづいて各々の変更登記（一三条三項、商法一五條）を行うわけではなく、本件の定款変更決議は、単に、総会議事録によりその存在が推定されるにすぎない。しかしながら、Y有限会社の総会議事録に記載された定款変更決議の不存在をめぐって、現実に、 $X_1$ とY有限会社の間で紛争が生じている。この対立を抜本的に解決するには、登記の有無に固執することなく、決議不存在確認の訴の必要性を認める必要があるであろう。たとえば、商法第二九〇条第一項に反した利益配当決議（有限会社法四六条一項、商法二八三条一項）、または取締役の報酬決定の決議（有限会社法三二条、商法二六九条）が不存在であるにもかかわらず、外見上は適法な総会議決と區別できない程度にまで整った外形（たとえば、総会議事録）がある場合に、団体内部においてその決議の有効性につき意見の対立があり、会社もこれに従うべきか否かを迷うこともあるであろう。この場合には、多数説・判例を厳格に解釈すべきではなく、むしろ、事実上決議の存在を推定せしめる登記という表示に代わり、決議の外形的事実という表示により、決議はすでに「社会的存在」になっていると考へるべきと思われる（谷口安平・前掲書一一二頁、大嶋健一郎「株主総会決議不存在確認の訴について」法曹時報三〇巻七号五頁）。たとえこのように解釈したとしても、このことは、決議は成立したが、手続上または内容上の瑕疵をめぐって団体内部の意見が対立した場合に、決議取消または無効の訴（商法二四七条、二五二条、有限会社法四一条）がそれぞれ認められていることも矛盾しない。さらに、このような解釈は、登記されるべき決議内容のものであって、まだ登記手続がなされていない場合においても然りである（坂井芳雄「株主総会決議不存在確認の訴（七二号四）」。本判決が示した不存在確認の利益の判断基準は、現行法の解釈においても重要な指針となると思われる。

三 第二の問題は、原始定款に設立当初の取締役、監査役を定めた場合に、その者の解任および新たな役員を選任に関して定款変更決議（四七条、四八条）を要するのか、または、通常決議（三八条ノ二）で足りるのかという有限会社に固有の問題である。有限会社では、取締役は必要的機関（二五條）であるのに対し、監査役は任意的機関（三三条一項）にとどまるが、その選任方法

は、原則として、必ず株主総会による選任を前提とする株式会社の規定を準用する形をとっている(三二条、三四条一項。商法二五四条一、三項)。しかしながら、有限会社法は、設立当初の取締役、監査役にかぎって定款で指名できると定めており(二一条一項、三三条二項)、この点において、設立時でも選任を前提とする株式会社(一七〇条、一八三条)とは著しく異なっている(類似の規定としては、一九八〇年西ドイツ有限会社法六条三項四五条によれば、定款をもって会社機関の選任権および解任権を有する代理人を定めることができる。フランス会社法四九条二項、スイス債務法三編二八章八一一条参照)。にもかかわらず、有限会社法第三二条、第三四条第一項は、取締役、監査役の解任および新たな役員を選任について、一括して商法の規定を準用しているにすぎない(二五七条一項、二五四条一項)(一意にかかわらず、通常決議で取締役を解任できる旨を明定している)。それゆえ、原始定款に指名された取締役、監査役の解任および新たな役員を選任の手続について疑義が生ずる。とくに、原始定款に指名された設立当初の役員の手続をめぐって、学説上、見解の対立がある。

定款変更の手続を要しないとする多数説によれば、有限会社の取締役は元來総社員によって選任されるのが原則であり、原始定款による取締役の指名も定款作成の機会において総社員により選任されたものとみなしうると解する。さらに、原始定款による選任方法は、定款の相対的記載事項にすぎず、定款の効力自体にはいかなる影響も与えないとする。したがって、通常決議にもとづく取締役、監査役の解任のうちに、定款の基礎たる事実に変更があったものとして定款変更を行えば足りるのである(江口順一「注釈」増田政章「有限会社における取締役の地位」特に、所有と経営の一致の確立について」近大)。判例もこの立場を踏襲している(福岡高判昭和三十六年九月法学二五卷二号一頁、稲葉威雄「大小会社区分立法に関する諸問題」商「商事法務」九七号二頁)。(二八日高民一四卷七号四七三頁)。これに対して、学説の一部には、有限会社の人的会社としての特徴および組織の簡易性を重視する見解がある。この見解が主張するところによれば、原始定款に取締役が定められ、しかも任期の定めがない場合には、一応その取締役の生存中、または、会社の存続中その者が取締役としての地位を保つことが予定されているのであり、すでに定款で予定されている任期満了、または、判決による解任(三一条ノ三、三四条一項)の場合を除いて、定款に指名された取締役を解任するには定款変更の手続を要するとする(真原國隆・商事判例研究昭和三十六年度(四)四三二―四三四)。したがって、定款変更決議にもとづき設立当初の取締役、監査役の変更登記が行われることとなる(一三条三項。商法一五条)。

本判決は、多数説・判例にしたがい、「定款に設立当初の取締役、監査役を定めた場合であっても、その解任、選任は定款の変更を要せず、社員総会の普通決議をもって足りると解するのが相当である」としている。たしかに、有限会社法が、設立当初の取締役、監査役の選任について二通りの方法を定めているにもかかわらず、その解任については別段の定めを置いていない以上、株式会社にならって普通決議で足りると解さざるをえないとも思われる。同じく、その後の新たな取締役、監査役を選任するにあっても、決議要件に関する特則がない以上は商法の規定によらざるをえないであろう（立法論としては、定款で取締役等を定めることができるの明文を明文化すべきであろう）。しかしながら、株式会社は、一般に、所有と経営が分離した比較的規模の大きい公開会社であることが予定されている。それゆえ、商法は、有限会社法とは異なり、定款による役員指名も、その資格を株主に限定することも禁止し（二五四条二項）、常に株主総会における選任の方法を採用している。これに対して、有限会社は、中小企業の経営に最も適した法形態として、物的会社の資本機構、経営機構が簡易化され、閉鎖的性質を有するものである。したがって、このように法体制を異にする有限会社法の領域に、原則として公開会社を対象とする株式会社法の規定を単純に準用することには大いに疑義がある（立法論するものとしては、酒巻俊雄「有限会社法制の發展と外国法の影響」早稲田大学比較法学二巻一、九頁以下、とくに「一三、一四頁注の参照」）。事実、有限会社の原始定款が取締役、監査役を指名する背後には、個人事業家とその個人事業を有限会社に改めると同時に、経営の実権を自己または自己の腹心の者の手中にとどめておこうとする場合、または、自分が取締役になることを条件として会社に出資する場合のように、設立の当初から事業の主宰者たる者の地位を固定的とし、長期にわたりその者によって事業が行われるべきことが予定されている場合が多いのである（推原國隆・前掲判例解説一四頁、前掲論文一〇頁）。本件では、設立当初の訴外三名が名目的な役員であったようであるから、 $X_1$ が経営権を自己および息子 $X_2$ に集中させるためであったという事情が容易に推測できると思われる。したがって、少なくとも、 $X_1$ 、 $X_2$ には、設立当初の取締役、監査役を定款事項とすることにより、その解任手続についてはその要件を加重する意図があったとみることもできるのではないか。

このように、有限会社における取締役、監査役の特殊性および実体を考えあわせると、有限会社法第一一条第一項が定める二通りの役員選任方法は単なる選択肢であるにとどまらず、有限会社の閉鎖性を強める効果をもつものであると思われる。したがっ

て、少数説に与し、定款に役員指定があり、任期の定めのない本件のような場合には、定款変更の手續（四七条、四八条）が有限会社法第三二条、第三四条に優先すべきであつて、定款変更手續を欠き、普通決議による取締役、監査役の解任決議のみでは、いかなる法的効果も生じないとみるべきであろう。もともと、本件では、設立当初の役員三名は、 $X_1 X_2$  に対して辞任の意思表示を行つてゐるため、Y有限会社は、委任契約の消滅により（三二条。商法二五四条三項。民法六五一条一項）、ただちに定款を変更することができる。

四 第三に、昭和四五年一月一〇日の社員総会決議と同年一月一五日の社員総会決議との関連性についても一応の検討をしておく必要がある。本件において、昭和四五年一月一五日の各決議の不存在という事実に関しては当事者間に争ひはない。したがつて、一月一五日の社員総会は一月一〇日の社員総会の延会または継続会（四一条。商法二四三条）に該当せず、第一審判決のように、一月一五日の決議に関する不存在確認の訴は認容されて然るべきである。ところが、本判決は、「Y有限会社の総会議事録およびその内容にそう商業登記簿の日付が誤まつて記載されたという事実を考慮したうえで、……（一月一五日の）決議の不存在がその後の法律關係に何らの影響を及ぼすものではない」として請求を棄却したのである。實務上、このようないきさつは、変更登記の遲滞、過料（有限会社法一三条三項、八五条一項一号。商法六七条、四九八条一項一号）等の事情からまゝ見受けられるといわれている。しかしながら、法律上、継続会に該当しないかぎり、各総会決議は独立のものであつて、適法な総会決議が存在すると認められるには、適法な招集手續、決議方法をへる必要がある。したがつて、本判決が、事実上も法律上も存在しない決議に法的効果を与へることは、非常に問題である。思うに、本判決は、双方の決議期間が一月余りにすぎないという事実、一月一五日の決議の不存在を認容してもその後の法律關係を一切變動させないという事情を条件として、訴訟經濟の節約をはかる目的で、例外的に、本来不存在の決議に存在の法的効果を与へたのではないかと思われる。

ところで、一月一〇日の決議の存在の有無である。事實認定によれば、当時、Y有限会社の社員は $X_1 X_2$ のみであることから、①の社員総会決議は、招集手續を省略した全員出席総会（三八条）において有効になされたと考えられる。続いて、②の社員総会

決議であるが、すでに三において述べたように、原始定款に取締役、監査役の選任手続につき特則がない以上、新たな取締役、監査役の選任は普通決議で足りる。また、③の定款変更決議も手続的には当事者間に何の異議も申立てられなかったのであるから、②③の決議はいずれも有効と解される。

五 最後に、第一審判決が指摘した訴権の濫用が $X_1X_2$ に存在したか否かを検討しておこう。これまで、本件のような事例において訴の提起自体が権利濫用に当たるとして不適法とされた判例は、大審院、最高裁を通じて、最判昭和五年七月一日（民集三二八八）があるにすぎない。たしかに、本件のように、会社法上の訴が本来の瑕疵攻撃の制度として利用される一方で、内実は、経営権争奪の攻撃防御方法となっていることも事実である。個人企業に近い存在であったY有限会社は、経営立て直しをA組合理事長甲に依頼した結果、昭和五年一月一〇日の社員総会において、Y有限会社におけるA組合関係者の地位を法的に確たるものとするために各決議がなされたのである。にもかかわらず、 $X_1X_2$ が合意成立後三年も経て各法律行為の不存在を盾にすることは、A組合関係者に対する信義則あるいは権利濫用として許されないことかもしれない。むしろ、このように解する方が市民社会の法感情からして穏当であるともいえるであろう。しかしながら、決議不存在確認の訴訟要件およびその基準の明確化という点からみると問題がある。なぜなら、訴権の「反道徳的」という評価は、裁判官の裁量に委ねられることにより、事例ごとに千差万別となる危険性ははらんでいるからである。また、会社法上の訴権行使は、提訴権者の主観的動機や意図にかかわらず、それ自体として会社の利益を侵害するものであるとは一概に断定しえない場合も存在するからである。したがって、いかなる事実関係から、提訴権者の主観的動機を訴権濫用と認定するのか、その判断は慎重ならぬにも慎重でなければならないであろう（別府三郎「有限会社社員総権の濫用」ジュリス、この意味において、原判決が「 $X_1X_2$ の主張が不法不純な目的に立脚したものであったとみるのはいささか躊躇されるところであり、……訴権の濫用にあたと断定することはできない」として、恣意を排し、詳細な証拠、証言にもとづいて判断を下したのは正当である。

（中曾根 玲子）