

# 商事判例研究

早稲田大学商法研究会

## 二九 有限会社取締役の代表取締役にたいする監視義務とその内容

昭和五九年五月二四日大阪地裁民事第二三部判決（昭和五五年（ワ）第七三三八号損害賠償請求事件）——請求棄却（確定）、判例時報一一四六号一四四頁、判例タイムズ五四〇号三二三頁

〔事実〕 画商を営む訴外A有限会社は、転売利益を得る目的で、Xから絵画を買い受けたが、適当な買手が見つからないまま、A社の経営内容が悪化していたという状況下において、右絵画を買い受け価格より低い価格で転売した。しかしA社はその後まもなく倒産したため、Xは右売買代金を回収することができなくなった。

ところで、A社は訴外B代表取締役の実質的な個人企業であり、役員としてはほかに代表権のない取締役Y<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>がいたが、取締役会はとくに存在していなかった。このうちまずY<sub>1</sub>はBの妻であるが、BからA社の経営に口出しすることを当初から禁じられており、ふだんは画廊の電話番号とお茶くみ程度の仕事しかしておらず、とくに本件の転売行為のあった時点では、身重のうえに育児に追われて家事に専念していた。他方Y<sub>2</sub>はY<sub>1</sub>の父であるが、自ら経営する鉄工会社の業務に専念しており、これまでA社に融資したり、A社が融資を受ける際に保証人になったりしたことはあったが、A社の経営には全く関与していなかった。

そこでXは本件において、回収できなくなった右売買代金と同額の損害を被ったとして、Y<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>に対し、Bの悪意または重過失による業務執行についての監視義務違反を理由として、有限会社法三〇条の三に基づく損害賠償を請求した。

〔判旨〕 「定款又は社員総会の決議により複数の取締役の一人を代表取締役を選任するが、他の取締役について取締役会の構成員となる旨の定めのない、すなわち、取締役会の設置されていない有限会社の取締役においても、例え名目的なものであったとしても、就任を承諾している以上は、代表取締役のなす会社の業務執行が会社の利益に合致すべく適正になされるように監視すべく義務を会社に対し負っているものと解すべきであり、ただ、右監視は、会社の経営内容について一般的に監督するをもつて足り、特に問題が起るといふような事態が容易に予見できるといふ特段の事情が無い限り、日常の個別の業務執行行為について事前にこれをチェックすべき義務までも負うものではないものと解するのが相当である。」

「これを本件についてみるに、……A社には取締役会が設置されていたものとは認められず、……Bの本件任務懈怠行為は、A社のなす日常の取引行為そのものであることは明らかであり、……Y<sub>1</sub>らにおいて（Bによる本件絵画の転売行為）についてこれを事前にチェックすべき特段の事情が存在したものと認められず、結局、Y<sub>1</sub>らには、有限会社の取締役としての職務を行うについて悪意又は重過失があったものといふことはできない。」

〔評釈〕 判旨にはば賛成。

一 有限会社においては、取締役が数人いる場合でも各自会社を代表するが（有限会社法二七条二項）、会社を代表する取締役をとくに定めることもできる（同法二七条三項）。このような場合、第三者が、代表権のない取締役に對して有限会社法三〇条の三に基づく責任を追及するには、このような取締役としての職務を行なうについての悪意または重過失の存在が必要であって、通

常は代表取締役の業務執行にたいする取締役の監督ないし監視義務の懈怠がその理由とされており、本件も同様である。しかしながら、かかる義務について有限会社法は必ずしも明らかにしていないので、この点の検討が必要となる。すなわち、有限会社においては取締役会は法定されていないので、取締役の監視義務の根拠を、株式会社の場合のように、代表取締役の業務執行を監督する機関である取締役会の構成員たる地位に求めることは当然にはできない。したがって、有限会社の代表取締役にたいする取締役の監督ないし監視義務はそもそも存在するのか、そして、もし存在するならばこの義務の内容はいかなるものかということが問題となる。本件において、判旨はこれらの点を含んでいると思われるので以下検討する。

二 有限会社取締役の代表取締役にたいする監視義務の存在については、判例・学説とも概ねこれを認めている。札幌高裁昭和五六年四月一五日判決（金融・商事判例六二四号一〇頁）は、「代表取締役の定めのある有限会社における取締役は、会社に対し、代表取締役の業務執行の全般についてこれを監視し、取締役に由る業務執行に関する決定という行為を通じて業務執行が適正に行われるようにするべき職責を有する」と判示し、また東京高裁昭和五七年三月三十一日判決（判例時報一〇四八号一四五頁）は、「取締役会の定めのある有限会社の場合とは異なり（Ｙは）取締役会を通じて業務の執行が適正に行われるように監視する機会を与えられてはいないが、それでもなお代表取締役の業務執行の全般についてこれを監視し業務の執行が適正に行われるようにするべき一般的な職責を有する」と判示している（このほか、横浜地裁昭和五九年三月二三日判決・判例時報一一二二号一二二頁も同旨）。しかしながら、判例からは監視義務の根拠は明らかではない。

一方、学説では、監視義務の根拠付けがなされているが、必ずしも定まっているわけではない。まず、「平取締役の代表取締役に対する経営放任行為については、合名会社の業務執行権なき社員の監視権（商六八、民六七三）を援用し、その責任を認めるべきである。」とするもの（栗山徳子・判批・税経通信昭和五七年一〇月号二四二頁）があるが、これについては、「この監視権は、そもそも出資にもとづく社員の固有権であり、必ずしも出資をしているとは限らない有限会社の取締役になじまないのではあるま

いか。」（大塚英明・判批・税経通信昭和五八年一月号二五八頁）という批判がある。また、「この場合の平取締役は、業務執行権の少なくとも一部を留保していると解するほかはあるまい。代表取締役の定めによって代表権を喪失し、業務執行を大幅に制限される場合でも、有限会社の取締役は、自己の責任を免れるための措置を講じるに足るだけの業務執行権を有し、これを根拠としてこの者に対し責任を追及できると解するのが妥当」とするもの（大塚・前掲判批同頁）があるが、これについては、「平取締役に留保される業務執行権なるものは帰属の面から出発している点でそもそも背理ではないか」（春田・博・判批・早稲田法学第六一卷一号一八七頁）という批判がある。さらに、「有限会社法第二七条第三項により取締役の『互選ヲ以テ』代表取締役を定めた場合には、取締役は相互に選任権を有すると解され、その論理的帰結として取締役の解任権も就き出されることにならう。とすれば、各取締役は代表取締役の選任・解任権を有する点においてすでに代表取締役の監視義務をもつものと解さざるを得ず、……これに対し、定款又は社員総会の決議により代表取締役が定められた場合には、……取締役への就任は何らかの意味で信用を供与する行為と解され得るものであり、そしてまた、就任自体が取締役の同意を前提とする以上、この点より、少なくとも責任負担の基礎だけは推認することが可能である」とするもの（春田・前掲判批一八七頁～一八八頁）がある。たしかに、解任権や就任じた、監視義務の存在を裏付ける基礎とはなりうるであろうが、いかにしてこれを裏付けるか、あるいはむしろいかにして積極的理由付けるかがさらに問題とされなければならないと思われる。

有限会社には、株式会社のように代表取締役の業務執行を取締役が監督しうる十分な制度的保障はない。しかし、だからといって、有限会社の代表権のない取締役は代表取締役の業務執行につき全く責任がないとすることは不当であり、何らかの監督・監視義務の存在はこれを肯定せざるを得ないであろう。そしてこのような義務は、代表取締役の業務執行に関する取締役の権限の存在がその前提となっている以上、基本的にはここから導き出されるべきであると考ええる。

さて、有限会社において取締役が数人いるときは、業務執行は取締役の過半数によって決定される（有限会社法二六条）。そし

て代表取締役がとくに定められている場合（同法二七条三項）には、この者が業務の執行じたいを行なうことになるので、業務執行を決定する権限は取締役がこれを有し、業務執行を行なう権限は代表取締役がこれを有するというのが一応の原則である。ただし、同法二六条における定款の別段の定めにより、業務執行の決定を特定の取締役にゆだねることは可能である。もっともその理由は、業務執行に関する決定事項といっても、重要な事項からさして重要でない事項までいろいろあるが、そのすべてについて取締役の過半数による決定が必要であるとするのは適当でなく、さして重要でない事項については、個々の取締役が決定することができるかと解されるからである（堀口 亘・注釈会社法(9)一五四頁）。したがって、業務執行の決定を特定の取締役にゆだねるといっても、業務に関するすべての決定権を付与することは許されず、ゆだねることのできるのはさほど重要でない事項、通常は日常の業務に属する個々の取引行為などに関する事項であることになる。そして、この特定の取締役に代表取締役としたときはこの者がかかる業務執行の決定を行なうことになるのは当然であるが、このように定款による明示の定めがない場合でも、代表取締役が定められているならば、右のような理由により、取締役は日常の業務執行の決定権を代表取締役に默示的に付与しているものとみるのが自然かつ妥当であろう（並木俊守・判批・金融商事判例六七〇号四九頁参照）。

このような権限関係を前提にすると、代表取締役の業務執行にたいする取締役の監視義務の根拠は、まず、基本的には取締役の有する業務執行の決定権限に求められるべきである（並木・前掲判批五〇頁）。判例の中にも、「取締役に業務執行に関する決定という行為を通じて」監視する職責があるとしているものがある（前掲札幌高裁昭和五六年四月一五日判決）。そして、代表取締役による日常業務の決定および執行にたいする取締役の監視義務の根拠についても、究極的には、やはり取締役の有する業務執行の決定権限にこれを求めるべきであると考ええる。というのは、日常業務の執行については代表取締役がその決定権を有し、取締役はこれを有しないのであるが、これは、取締役が本来ならば日常業務の決定をも行なうべきであるところ、便宜上代表取締役にそれをゆだねただけであるから、必要があれば、取締役は日常業務についても自らの決定権限を行使できるものと解すべきだから

である。もっとも、日常業務については一応代表取締役にかせられている以上、取締役はそれに関与できる機会を常に保障されているわけではないので、後述するように、その分だけ監視義務の内容が緩和されてしかるべきであろう。さらに、実際において、取締役の暗黙の合意などによって、代表取締役が日常業務はもちろん、重要なものについても現実に業務の一切の決定および執行を行なっているような場合であっても、取締役は業務執行の決定権を依然としていけば潜在的に有しており、そこから監視義務が生じるというべきである。前述したように、業務執行の決定の一切を代表取締役にゆだねてしまうことはできないと解されるからである。

以上にたいし、代表取締役を定めた場合には、「代表取締役のみが業務執行権を有し」、あるいは「代表権を持たない取締役は業務執行権も奪われたものと解すべく」、「他の取締役は有限会社の業務上の意思決定及びその業務執行に当然には関与できない」という考え方があるが（竜田 節・注釈会社法(9)一七八頁、東京高裁昭和五七年四月一三日判決・判例時報一〇四七号一四六頁、東京高裁昭和五九年一〇月三十一日判決・判例タイムズ五四八号二七一頁）、以上に述べたように、取締役は業務執行の決定権を有すると解する以上、このような考え方には基本的に賛成できないし、これらは監視義務の軽減の理由として述べられているものではない。あるが、取締役に業務執行の決定権もないとする点で監視義務の否定につながるものであり、結果的にも妥当でない。

本件判旨には、監視義務の根拠に関連して述べられていると思われる箇所として、「例え名目的なものであったとしても、就任を承諾している以上は」監視義務を負うとしている部分がある。しかしながら、就任じたいは監視義務の存在を裏付ける基礎とはなりうるが、監視義務の根拠を積極的に理由付けるものとはいえないということとは前述のとおりである。ここで気になるのは、本件も含め判例はいずれも、監視義務の存在は認めているながら、その根拠を正面から示そうとしていないことである。判例は、取締役というからには当然監視義務を負っているというように、これを、とくに説明を要しないほどのいわば自明の義務とみているのか、あるいはたんに、根拠にはあえてふれていないだけなのかもしれない。いずれにせよ、監視義務の存在することが明らかに

され、それが広く受容されさえすれば、あとは実質的に説明の問題に帰着しよう。たとえば、株式会社の場合、平取締役の代表取締役にたいする監視義務は、その理論的説明が必ずしも一致していないものの、存在したいは昭和五六年の商法改正により一層明らかになった(第二六〇条一項)。また、有限会社においても、代表権のある取締役の監視義務については、代表取締役という固有の地位からこれを導き出すことにさほど抵抗はないと思われる。これらにたいし、有限会社の代表権のない取締役にたいしては、その有する監視義務の存在が今後どのようにして定着するのか注目される。

三 では、このような監視義務の内容、つまり範囲および程度はいかなるものであろうか。

まず、監視義務の範囲については、判例で、代表取締役の業務執行の全般であるとするとするもの(前掲札幌高裁昭和五六年四月一日判決、前掲東京高裁昭和五七年三月三十一日判決)がある。監視義務の範囲は、監視権限の及ぶ範囲と同じであると考えられよう。そうすると、業務執行にたいして取締役はその決定権を通じて、また、日常業務についても、取締役は究極的にその決定権を通じて、監視権限を行使することができるから、結局、監視義務は代表取締役の業務執行のすべてに及ぶものといふべきである。

次に、監視義務の程度については、代表取締役よりは軽減されるということ是指摘されている(前掲東京高裁昭和五七年四月一日判決、前掲東京高裁昭和五九年一〇月三十一日判決、竜田・前掲書一七八頁)。しかしながら、代表取締役と取締役とはもとも権限が異なっているし、実際において、代表取締役の方が業務執行に関与する機会が多いのであるから、かかる軽減はむしろ当然といふべきであり、問題は、このような軽減の程度ないしは程度の中味である。監視義務の程度は、監視権限の及ぼされるべき程度、つまり、監視権限をどの程度行使しなければならぬか、あるいはどの程度行使すれば十分かということであろうが、このことは、監視権行使のためにかなる制度的保障があるかということとかかわってくるものと思われる。前述のように、業務のうち重要事項については取締役がその決定権を有すると解されるから、取締役は、この決定に参加することによって、代表取締役の違法または不当な業務執行を事前に察知してその阻止または是正に努めることができ、またそうすべきである。これにたいし、

日常業務のようなさほど重要でない事項については、代表取締役がとりあえずその決定権を有しているから、取締役は、日常業務についてはその決定に参加することによる監視権の行使の機会が常に保障されているわけではない。もっともその場合でも、取締役がもし何らかの機会に代表取締役による違法または不当な業務執行を事前に察知しえたような場合には、取締役が有する本来の権限により、取締役の決議にはかつて、その阻止や是正に努めることは可能であろう。問題は、取締役が代表取締役のこのような行為を知らずにいた場合である。日常業務について、これを阻止または是正する手段は右のように取締役決議を通じて確保されているといえるが、これを事前に察知する機会は必ずしも保障されていない。したがって、監視義務のうち察知に関する部分は、かかる保障がない分だけ義務が緩和あるいは軽減されてよいと考える。すなわち、日常業務については取締役はこれを事前に察知することに積極的に努める必要はないといつてよいのではないだろうか。結局、取締役は、少なくとも各人のおかれた状況のもとで通常考えられる程度の、合理的な注意を尽して日常業務の察知に気を配っていればよいということになると思われる（神崎克郎・判批・判例評論二九〇号三六頁——判例時報一〇六七号一九八頁——参照）。それゆえに、日常業務については、取締役が代表取締役による当該業務執行を知らなかったからといって、それがただちに監視義務違反になるとするのは酷であり、とくに責に帰すべき事由によって知らなかった場合に監視義務違反となるといふべきであろう。そして有限会社法第三〇条の三は、重過失を要件としているので、取締役が少し注意しさえすれば容易に察知できたはずであるのに、著しく注意を欠いていたために察知することができなかったというような場合に、同条の責任が生じることになるといえるか。

本件判旨は、「監視は、会社の経営内容について一般的に監督するをもって足り、特に問題が起るといふような事態が容易に予見できるといふ特段の事情が無い限り、日常の個別の業務執行行為について事前にこれをチェックすべき義務までも負うものではないものと解するのが相当である。」としているが、これがもし、日常業務については取締役は原則として監視義務を負わないということを意味しているのであれば、監視義務の範囲としては賛成できないが、程度については、日常業務の察知を取締役に積極

的に求めてはいないという点で、ほぼ賛成できる。そして、程度に関し従来判例が、代表取締役と比較しての単なる軽減ということしか指摘していなかったのにたいし、本件判決は、さらに進んで程度の中味にまで言及したものとしてみれば、意義があると評価できる。

(篠原 権威)

### 三〇 営業所長代理が偽造した所長名義の裏書について営業主の手形責任が否定された事例

昭和五九年三月二十九日最高裁第一小法廷判決（昭和五七年（ホ）第四九一号約束手形金請求事件）・金融商事判例七〇九号三頁―原判決破棄（一部自判・一部差戻）

〔判決要旨〕 本件営業所は支店としての実質を具備するが、営業所長代理は表見支配人に該当しない。また、表見代理が成立しうる第三者は当該取引の直接の相手方に限られ、手形行為の場合には実質的な取引の相手方をいう。

〔事実〕 本件は第一審判決（福岡地判昭五六・三・一三）が未公開のため、原審（福岡高判昭五七・一・二〇金融商事判例七〇九号九頁・判例時報一〇四九号一二九頁）の認定事実を基にして事実の概要を記す。

Y会社（被告・被控訴人・上告人）は山口県に本店を置いて建設業を営むが、昭和四二年に福岡営業所を開設し、主に福岡市等官公庁が発注する道路舗装工事を請け負わせた。同営業所は、昭和四八年五月からYの常務取締役Aが所長に就任し、また同年、建設業法等に定める「支店に準ずる営業所」（常時舗装工事の請負契約を締結する事務所）として届け出て、建設大臣による建設業の許可を受けた。

営業所長Aは、本店から離れて独自に所長名義で道路舗装工事請負契約の締結および履行ならびに小切手の振出等をなす権限を有し、また工事代金の受入れ等のために所長名義で当座預金口座を開設した。しかし、Yの内規により、手形の振出等手形行為は本店で統轄するものと定められ、Aにはその権限が付与されていなかった。

昭和五二年に入り、本件営業所の受注工事量の漸次減少、営業所従業員の数減退（女子事務員一名になった）ならびに所長A

の本店常駐といった事情から、Aは、Yの許諾のもとに、Yと雇用関係のないBに営業所長の権限を包括的に委任した。これに基づいて、Bは、所長代理の肩書で営業所に常駐し、本店からの個別的な指示なしに、所長印等を使用して入札参加および工事請負契約の締結等所長の権限に属する業務一切を処理し、落札工事に關する下請契約の締結から生じる利益を自己の収入として取得していた。

その頃、一括下請禁止に対処するため、Bは、Aと相談の上、建物業者F組を営業所の直営班とし、その経営に關与するようになった。また、福岡市の発注が地元業者優先となったことから、Bは、地元業者の受注した工事を営業所名義で下請けし、さらにこれをF組に孫請けさせるようになった。このような形をとるうちに、Bは、地元業者S社の経営の實権を握るにいたったが、同社は、本件営業所に対して約二〇〇〇万円の債務を負担しており、業績が不良であった。そこで、Bは、S社の資金繰りとF組への資金援助のために、S社に振り出させた約束手形に営業所長A名義の裏書を偽造したうえ、これを取引先に割引かせて資金を作るようになった。

本件約束手形（額面二〇〇万円）も、このような状況のもとで振出および裏書されたものである。すなわち、本件手形は、BがS社に振り出させ、第一裏書人欄に営業所長A名義で裏書を偽造したうえ（以下では本件裏書という）、第二裏書人欄に自分名義の裏書をした（いづれも被裏書人欄白地）もので、Bは、割引を依頼してこれを甲に手渡した。甲は、さらに、X会社（原告・控訴人・被上告人）の代表者に割引を依頼した。Xの代表者は本件裏書が正当になされたものであるという甲の言葉を信じてこれに応じ、割引金一八五万円を甲に交付するとともに、本件手形に第三裏書をして乙に交付した。ところが、乙が本件手形を満期に支払場所に呈示したところ、支払いを拒絶されたので、Xは本件手形を受け戻し、現在所持している。そこで、Xは、Yに対して、主位的には遡及権行使による手形金の支払いを、また予備的には使用者責任の追及による割引金相当額の賠償を求め、本訴に及んだ。

第一審敗訴後、Xは次のように主張して控訴した。① 主位的請求（Yに対する遡及権行使） ④（表見支配人）本件営業所はYの支店たる実質を具備しており、営業所長という名称を付したAは支配人または表見支配人にあたる。手形行為は本件営業所の業務の範囲内の行為であり、所長の権限に含まれる。Aは、Yの許諾のもとに、Bに営業所長の権限を包括的に委任したもので、BもYの表見支配人または番頭にあたり、手形行為の権限を有す。手形行為に関するYの内部制限についてはXは善意である。②（表見代理—民法一〇条の類推適用） Bから割引を依頼された甲は、本件営業所と継続的な取引関係にある。甲は、本件手形を割引取得するに際し、Bが正当な権限に基づいて本件裏書をしたものと信じていたのであり、かつ、かく信ずるにつき正当の理由があった。③ 予備的請求（Bの裏書偽造にかかるYの使用者責任） 営業所長AがBを選任および指揮監督した。手形行為はBの職務と相当の関連性を有するうえ、Bに所長の記名印・印鑑の常時使用を許したので、外形上Bに手形行為をなす権限があると認識される。Bは、S社に対するYの債権確保および直営班F組への資金援助のために裏書を偽造した。したがって、本件裏書は、Bの職務行為そのものに属しないと認め、客観的にみれば、Yの事業の執行につきなされたものである。

これに対して、Yは、本件裏書がBによる偽造であると主張し、Xの主張を全面的に否認して争った。

原審は、次のように判示して、第一審判決を取り消し、Xの主位的請求を認容した。「Yの本件営業所は、道路舗装工事に関する限り、本店から離れて独自に請負契約を締結し、これを履行する権限を有しており、且つ、建設業法等に定める「支店に準ずる営業所」として建設大臣に届け出て、建設業の許可を得ていたものであるから、支店としての実質を具えていたことは明らかであり、その主任者たることを示す営業所長なる名称を付した使用人のAは、商法四二条一項本文により、裁判外の行為については本件営業所の支配人と同一の権限を有していたものとみなされる。そして、手形の振出、裏書等手形行為は、一般的な取引手段として、営利会社であるYの本件営業所の営業範囲内の行為と解すべきであるから、たとえ、Yの内部規程によって、本件営業所長に手形行為をなす権限が与えられていなかったとしても、かかる制限は、商法四二条一項本文、二項、三八条三項によって、善意の

第三者に対抗することができない。

しかるところ、前記認定の事実によれば、Bは、Yの本店に常駐していたAから、本件営業所長としての権限を包括的に委任されていたと認めるのが相当であり、且つ、この点についてYが少なくとも黙示的な許諾を与えていたことは、前記認定の事実関係から優に推認することができるので、右包括的代理権を授与されたBが本件営業所長名義でなした手形行為（本件裏書）も、同所長自身がなした場合と同様に、これを権限外の行為として善意の第三者に対抗することができない筋合であるところ、Xの代表者が本件裏書の真否につき善意で本件手形を取得したことは、既に認定したとおりである（この場合、本件裏書の真否に対する甲の認識は問題とする必要がない。）（原判決の評釈として、喜多了祐・判例評論二八八号一九八頁）

そこで、Yが上告したのが本件である。

〔判旨〕 原判決破棄（主位的請求について自判（控訴棄却）・予備的請求について差戻）

「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいては、本件営業所が商法四二条一項本文にいう支店にあたり、また、手形の振出、裏書等の手形行為が本件営業所の営業範囲内の行為であるとした原審の判断は、いづれも正当として是認することができる。

…原判決は、その理由の法律上の根拠が必らずしも明らかではないが、Bが、本件営業所につき、商法四二条一項本文にいう支配人と同一の権限を有するものと看做されるいわゆる表見支配人に該当するとし、同条に基づき、YはXに対し、本件裏書につき担保責任を負うべきであると判断したものと解される。

しかしながら、原審の右判断は、到底首肯することができない。その理由は、次のとおりである。（一）原審の確定したところによると、Bは、Yと雇用関係がなく、また、本件営業所の「所長代理」の肩書が付されていたにとどまるというのであるから、Bは、Yの使用人ということはできないし、また、本件営業所の主任者たることを示す名称が付されていたともいえないから、Bが

同条一項本文により本件営業所の支配人と同一の権限を有するものと看做されるべきであると解することはできない。また、原審が確定した前示の事実関係のもとにおいては、Bを本件営業所の支配人に準ずべきであると解する余地もない。…(二) さらに、同条二項にいう相手方等いわゆる表見代理が成立しうる第三者は、当該取引の直接の相手方に限られるものであり、手形行為の場合には、この直接の相手方は、手形上の記載によって形式的に判断されるべきものではなく、実質的な取引の相手方をいうものと解すべきであるうえ、記録によると、Xは、原審において、本件裏書に基づき本件手形を取得した相手方、すなわちBに対し本件手形の割引をした者は甲であり、Xは甲から本件手形上の権利の譲渡を受けたものである旨主張していたことが明らかである…。

…本件裏書がYの使用人でないBの偽造に係るものであり、Xにおいて本件裏書の相手方であると主張する甲が右偽造について悪意である等の原審が確定した前示の事実関係のもとにおいては、Xの主位的請求は、これを認容しうる余地がなく、棄却を免れない…。」

〔参照条文〕 商法第四二条

〔評釈〕 結論に賛成。ただし、判旨に一部疑問あり。

一 本件は、営業所長代理Bが所長A名義で手形の裏書を偽造した事件であり、営業主Yが手形責任を負うか否かが第一の問題となる。具体的には、次の諸点を検討する必要がある。まず、基本的に、① 営業主Yは、営業所長A名義の裏書について担保責任を負うか。次に、本件の中心的な問題点として、② Yは、所長代理Bが偽造した裏書について表見責任を負うか。④ 商法四二条一項によりBが表見支配人とみなされるか（民法一一〇条の類推適用による）ときはいわゆる正当事由の存否が問題となるが、本件では正当事由の立証がなされていない）、⑤ Xが表見代理の成立する相手方（第三者）にあたるか。

本判決は、①について、本件営業所がYの支店に相当し、所長AはYの表見支配人であるという原審の判断を支持するもの

(ただし、本判決ではAの地位は言及されていない)、②の①について、雇用関係の不存在および所長代理という名称を理由にそれを否定し、また②について、表見代理の相手方は当該取引の直接の相手方に限られ、手形行為の場合には実質的な取引の相手方をいうと判示した。その結果、Xの手形上の請求が否認される。②の①に関する判断に疑問があり、また②も従来から問題とされる論点で見解の分かれるところであるが、Xが表見代理の成立する相手方が甲であると自認する以上、本判決の結論は当然かつ妥当なものといえよう。

## 二 営業主Yは、営業所長A名義の裏書について担保責任を負うであろうか。

原審の認定によれば、Aは、工事請負契約の締結および履行ならびに小切手の振出等をなす権限を有するが、手形行為をなす権限は付与されていない。この事情を、Aに支配人としての包括的代理権が授与され、それに手形行為に関する内部的制限が付されたものとみれば、Aは、Yの支配人たる地位に立つ。したがって、Yは、かかる制限をもって善意の第三者に対抗できず(商三八③)、営業所長A名義の裏書について担保責任を免れることができない。また、Aが事項毎の包括的代理権を授与されたものとみて、AをYの番頭・手代に位置づけた場合でも、客観的に手形行為がAの権限に含まれることが認められれば、やはり、Yは、善意の第三者に対して手形責任を免れることができない(商四三②・三八③)。

他方、原審は、本件営業所がYの支店としての実質を備えており、その営業の主任者たることを示す営業所長という名称を付されたAが表見支配人に相当するとした上で、手形行為が本件営業所の営業範囲内の行為であると判示している。商法四二条の適用に関しては、原審が判示するように、本件営業所が本条にいう「支店」としての実質を備えているか否か、また営業所長は「営業の主任者」たる名称か否かを吟味しなければならない。後者については、営業所の首長たることを示す名称であることから、営業所長は営業の主任者たる名称に該当するものと判断されよう(大隅健一郎・商法総則〔新版〕(法律学全集27)一五八頁、服部栄三・商法総則〔第二版〕三〇四頁)。したがって、問題となるのは前者である。

商法四二条にいう「支店」が商法上の厳格な意味における支店としての実質を備えていることを要するか否かについて、通説および判例はこれを肯定する（石井照久・新版商法総則四五頁、田中誠二・全訂商法総則詳論三九四頁、加藤勝郎「レヒツシャイン法理より見た商法第四十二条論」北大法学会論集七卷七二頁、大森忠夫・民商法雑誌四八卷一八六頁、上柳克郎・民商法雑誌四九卷三三〇頁、平出慶道・商事判例研究昭和二六年度（二八事件）、喜多川篤典・商事判例研究昭和二七年度（六事件）、古瀬村邦夫・商事判例研究昭和二八年度（四八事件）、佐藤庸・ジュリスト二一九号七四頁など。最判昭三七・五・一民集一六卷五号一〇三二頁、最判昭三七・九・一三民集一六卷九号一九〇五頁、最判昭三七・一二・二五民集一六卷一二号二四三〇頁、最判昭三九・三・一〇民集一八卷三三四五八頁など。なお、下級審判決については、江頭憲治郎・商法（総則商行為）判例百選（第二版）六四頁に詳しい）。その根拠は本条の文理および沿革に求められ、さらに、本条では民法の表見代理とは異なり取引の相手方の過失が問題とならないことから、営業主と相手方との権衡を図るために支店たる実質の具備が要求されるという実質的な理由が付加される（喜多川・前掲三五頁、古瀬村・前掲二二七頁以下）。したがって、通説・判例によれば、商法四二条の法意は、支店としての実質の具備を信頼の基礎として、その使用人に付された名称を信頼し、代理権の有無を確認するに及ばなかった相手方を保護することにありと解することができる。その結果、取引の安全を確保するためには当該事業所が支店としての実質を具備することの調査が必要であり、また訴訟においてはかかる実質の具備について取引の相手方が挙証責任を負うことになる。支店としての実質とは、ある範囲において本店から離れて独自に営業活動の決定をなし、対外的な取引をなしうることをいい（大隅・一七六頁以下）、またここでは登記の有無は問題とされない（平出・前掲一六〇頁）。

原審は、道路舗装工事に関する限り独自に請負契約を締結および履行する権限を有し、また建設業法等に定める「支店に準ずる営業所」であるとの認定から、本件営業所が支店としての実質を具備すると判示し、本判決もこれを支持する。この立場は、最高裁の先例（最判昭三七・九・一三・前掲。建設会社の出張所につき、出張所長が、緊急を要するときは本社に連絡することなく、

小工事の請負契約を締結し、そのために必要な程度の資材の購入および代金支払等をなしていた事案を踏襲するものであり、妥当なものと思われる。ただし、「支店に準ずる営業所」とは常時請負契約を締結する事務所という意味にすぎず、これだけでは営業の独自性を判断できないであろう。

以上のように、営業所長Aを表見支配人とする原審の判断は是認されよう。Aを支配人そのものと構成することも可能であると思われるが（喜多・前掲一一九頁）、各場合ごとに代理権の内容を具体的に検討して、支配人と表見支配人とを区別するのが判例の立場であるとされる（大隅・前掲一六〇頁注④）。いずれにせよ、相手方の悪意についてその内容が異なるものの、営業主Yが営業所長A名義の裏書について担保責任を負う点には差異がない。ただ、手形の第三取得者が表見代理の相手方となりえるかという観点からは、Aが支配人であることを積極的に認めることが望ましいと思われる。

ところで、「支店」の意義に関する通説・判例に対して、商法四二条による信頼保護を支店の外観にまで拡張し、取引の相手方の保護を図る有力説がある。第一説は、支店という名称が付された事業所については、「支店」の実質を具備しているか否かを問わず、その営業主任者たる名称を付された者に本条の適用を認める見解である（岩本慧「表見支配人についての再論」関大法学論集九巻五・六号三五五頁など）。第二説は、必ずしも支店という名称に限らず、支店類似の名称ないしは社会通念上支店の実体を有すると認められるような名称が用いられる事業所についても、その営業主任者につき本条の適用を認める見解である（田村諄之輔・商事判例研究昭和三五年（一四事件）五一頁。服部栄三「商業使用人の代理権における外観保護」権利の濫用（中）所収二〇一頁以下および大隅・前掲一五九頁および一六〇頁注④）、事業所の名称への信頼を保護する点で同旨であると思われる。第三説は、事業所の名称・店舗の大きさ・従業員の数などを総合的に勘案して客観的に判断し、支店としての実体を備えているとみとめられる事業所は、支店としての実体を備えていなくとも、本条の「支店」に該当するという見解であり（塩田親文「表見支配人をめぐる一試論」民商法雑誌三九巻四・五・六号七三五頁・七四四頁以下）、名称のいかんを重視しない（同・民商法雑誌五一巻六

号九三四頁・九四二頁）。第一説は、外觀保護の範囲を「支店」という名称だけに限定することの合理的根拠に乏しい点が指摘される（上柳・前掲三五四頁、田村・前掲五三頁、服部・前掲論文二〇一頁）。また、第三説は、事業所の実態の勘案に基づく判断を取引の相手方に課すこととなる一方、外觀作出につき帰責事由がない場合まで営業主に責任を負わせる事態が生じる可能性があるとの批判がなされる（古瀬村・前掲二三七頁）。第二説は、事業所に付された名称への信頼を保護するものであり、支店としての実質の具備に関する調査の必要性の除去を主眼とする（田村・前掲、服部・前掲、大隅・前掲一五九頁）。家際上問題となるのは手形の第三取得者を直接商法四二条による保護の対象とすることが認められる場合であり（田村・前掲五二頁）、この前提が成立すれば第二説を支持する必要性も見い出されよう。

三 それでは、営業主Yは、所長代理Bが偽造した所長A名義の裏書についてXに対し表見責任を負うであろうか。手形の偽造について表見代理規定を類推適用することに異論はないとしても、本件のように記名捺印の代行者（偽造者）が手形上に表示されていない場合には、第三者が手形外で代行者の存在を認識していることが類推適用の前提となる（大隅健一郎「手形行為と表見代理における第三者」法律時報三四卷六号七四頁、大森忠夫「手形行為と表見代理」商法演習Ⅱ二二頁・一二七頁、河本一郎・約束手形法入門「第三版」九五頁、大隅Ⅱ河本・注釈手形法小切手法一〇五頁および一一四頁）。代行者の権限に対する信頼は手形の取得時に形成されるべきものであり、偽造を理由とする支払拒絶を受けた後にかかる信頼を擬制することは認められない。また、代行者の認識について「手形が権限ある者により真正に振出されたもの」であるという認識で足りるとする判決（大阪地判昭三四・三・一〇下民集一〇卷三号四五頁・民法一一〇条適用事例）もあるが、やはり代行者の明確な認識が信頼保護の前提となる。この点に関する十分な認定が不可欠であるが、原審の認定からは、Xには手形取得時に代行者Bの存在に関する認識がないようにも思われる（本判決は、原審が商法四二条等の表見規定を適用するとの理解を示すが、この点に言及することなく、表見責任が成立するか否かの検討に入っている）。

Xが代行者Bの存在を認識した上で手形を取得したものとすれば、次に、Bにその権限ありと信すべき正当な理由の存否、本件ではBが使用した所長代理という名称について商法四二条の適用の可否が問題となる。なお、営業主Yは所長代理という肩書を明示的に付与したのではないようだが、少なくとも名称の使用を放任していたものと推認され、この点についてYへの帰責が認められよう。また、前述の通り支店たる実質の具備は認定されている。

本判決は所長代理Bについて表見支配人の成立を否定するが、その第一の理由としてY・B間の雇用関係の不存在が挙げられる。営業主との雇用関係が商業使用人の概念要素であるか否かについて、学説はそれを肯定するもの（大隅・前掲書一三九頁、田中・前掲三六九頁など通説）と否定するもの（石井・前掲六四頁、服部・前掲書二七七頁）とに大別される。商法四二条は「名称を付したる使用人」と定めるが、否定説によれば、雇用関係の有無は本条の適用要件とはならない。また、肯定説も、善意の第三者を保護するために、雇用関係のない場合について本条の類推適用を認める（大隅・前掲、田中・前掲など）。したがって、いづれの立場によっても、雇用関係の不存在は表見支配人の成立を妨げないものと解される。商法四二条は営業の主任者たる名称を信頼した相手方を保護する趣旨の規定であり、名称を付された者が雇用契約に基づく使用人であるか否かという背後の事情によって結果に差異が生じることを支持すべき理由はない。

理由の第二は、営業所長代理という名称が営業の主任者たる名称にあたらぬことである。営業所長代理が問題とされた事例は今までに見あたらず、初めての判断であるとすればこの点にも本判決の意義が見い出されよう。所長代理が営業の主任者たる名称ではないことについて、支店長代理の場合と同様の解釈が可能であると思われる。すなわち、支店長代理は、その名称自体から上席の首長が別に存在することが明らかであって営業の主任者たる名称ではない（会社について横浜地裁小田原支判昭二六・一二・一四下民集二巻一二号一四四二頁、名古屋地判昭四六・二・二〇判例タイムズ二六四号三七八頁。銀行について最判昭二九・六・二二民集八巻六号一一七〇頁）。本件においても営業所長Aが存在する。しかしながら、原則として当該事業所の首長たる名称の

みが営業の主任者たる名称であるとしても、首長の代理が常に表見支配人に該当しないと画一的に取扱うことは妥当性を欠く。例えば、支店長は存在するが、それは名目だけで、実際には支店長代理が広汎に支店長の職務を代行しているような場合には、支店長代理を表見支配人に該当するものと解すべきである（服部・前掲論文二〇三頁、田中（誠）・前掲三九六頁、岩本慧「表見支配人」一関大法学論集七卷四号八〇頁）。このような場合の解決を民法一一〇条に委ねなくとも、営業主の利益を不当に害することにはならないと思われる。本件では、所長Aが営業所を月に一、二回程度しか訪れず、また自己の営業所長としての権限をすべて所長代理Bに委譲している。このような事情からは、所長代理Bにつき表見支配人が成立する余地も認められよう（喜多・前掲二〇〇頁。原審もそのように判示するように解される）。本判決が理由を付すことなく営業所長代理が営業の主任者たる名称ではないと判示したのは、あくまで営業の主任者たる名称が事業所の首長たる名称に限られることを示唆するものであろうか。

所長代理Bについて商法四二条の適用なしとする本判決に対して、その論拠のいづれについても疑問が残る。

四 次に、表見代理規定によって問題の解決を図る際に、表見代理の成立とともに問題となるのは、表見代理の成立しうる相手方の確定である。本件のXはこの相手方に該当するであろうか。

判例は、大審院以来一貫して、表見代理が成立するのは当該取引の直接の相手方に限るとする立場をとる（大判大一一・六・三〇民集二卷九号四三二頁、大判大一一・三・一二民集四卷三号一一〇頁、大判昭八・一一・二一新聞三六九八号一五頁、最判昭三六・一二・一二民集一五卷一一号二七五六頁、最判昭五二・一二・九判例時報八七九号一三五頁など）。したがって、手形の第三取得者は表見代理の相手方に当らず、直接の相手方について表見代理が成立しない限り、本人に対して手形上の責任を追及できない。その理由は、表見代理が成立すべき具体的事情は手形授受の際に存在するものであって、手形の第三取得者には原則としてかかる事情の存在が認められないことにあると解釈される（大隅Ⅱ河本・前掲一〇四頁）。もっとも、手形行為の場合には、本判決も判示するように、この直接の相手方は手形上の記載によって形式的に判断されるべきものではなく、実質的な取引の相手方をい

うものとされる(最判昭三九・九・一五民集一八卷七号一四三五頁、最判昭四五・三・二六判例時報五八七号七五頁など)。例えば、振出人の無権代理人と受取人の代表者とが同一人である事案について、手形を受取人から取得した所持人が実質的な相手方であると判断されており(最判昭四五・三・二六・前掲)、形式上の第三取得者の保護が図られる。他方、白地手形については、AがYの印鑑を冒用して作成した受取人白地手形がBを経由してXに譲渡され、Xが白地補充した事案において、形式上の直接の相手方はXであるが、Bが実質的な相手方とされている(最判昭五二・一二・九・前掲。また、白地手形の抗弁切断における直接の当事者につき最判昭三四・八・一八民集一三卷一〇号一二七五頁)。

本件は、右の二つの先例を複合化した事案であると考えることができる。本件手形の手形面上の移転経路は、S社↓Y会社営業所長A↓B↓X…であり、第一裏書の偽造者と第二裏書人とが同一人であるから、この限りではXを実質的な相手方とみることもできる。しかし、本件手形は白地で譲渡されており、その実際の移転経路は、S社↓B↓甲↓X…となる。ここで問題となるのはB・X間に介在する甲の立場であり、本件手形がBから甲へ譲渡されたとみるか、または甲がBの使者にすぎないとみるかによって実質的な相手方が異なってくる。原審の認定事実によれば、Bは甲に割引を依頼して本件手形を手渡し、さらに甲はXに割引を依頼した。Xは本件手形の譲渡を受け割引金一八五万円を甲に交付し、甲はそのうち一七万余円をBに送金した。このような事情のもとでは甲をBの使者とみることもできるようにも思われるが(喜多・前掲二〇〇頁はこれを肯定されるように解される)、やはり、白地手形が単なる手渡しによっても譲渡できる(最判昭三一・七・二〇民集一〇卷八号一〇二二頁)以上、Bの使者であることが明確でない場合には甲を実質的な相手方とせざるをえないであろう。そうであるとすれば、本判決が判示するように、甲の悪意が認定されていることから表見代理は成立せず、XはYの手形責任を追及できないことになる。

一方、学説は、判例と同様の立場をとる少数説(小橋一郎・手形行為論三三三頁、服部栄三「手形行為の代理」手形法小切手法講座二卷一九一頁、加藤勝郎「手形行為の表見代理」判例手形小切手法所収・八四頁)もあるが、表見代理の成立する相手方には

手形行為の直接の相手方のみならず、広く第三取得者も含まれるとするのが支配的見解である（鈴木竹雄・手形法小切手法（法律学全集32）一六〇頁、田中誠二・手形法小切手法詳論上巻・一六三頁、大隅・前掲論文七四頁、大森・前掲一二七頁など）。その理由は手形の流通保護の要請に求められ、まさに本件においてXの保護が図られる。また、通説の影響を受けたと思われる下級審判決もみられる（東地判昭二八・一一・二八判例タイムズ三九号七〇頁、東高判昭三一・三・七下民集七卷三号五四二頁、大阪地判昭三四・三・一〇下民集一〇卷三号四五五頁、大阪地判昭三四・一〇・三〇下民集一〇卷一〇号二二五三頁など）。通説に対して、表見代理の相手方の範囲を拡張しても手形の第三取得者が表見代理の要件を充足することが困難である点が指摘される。しかし、実際上少ないにせよ、第三取得者について表見代理を認めるべき事情があれば、その者に対して直接の相手方についてと同様の保護を否定すべき理由はない（大隅・前掲）。表見代理の成立のいかんと相手方の確定とは密接な関係にあるが、別個のものである。むしろ、問題となるのはこのような解釈が実定法上の根拠を持たない点である。代理に関する規定は本人・代理人・第三者の存在を前提とするが、この第三者は本人・代理人に対する第三者、すなわち代理行為の直接の相手方を意味するというのが民法の解釈である（服部・前掲講座一九〇頁）。通説はこれを手形法的に修正するにとどまる。

五 最後に、民法の手形法的修正によらず手形の第三取得者を保護するために、次のような解決が試みられる。第一は、表見代理の客観的要件は存在するが相手方が悪意である場合には、無権代理の抗弁は人的抗弁にすぎないとする説である（服部・前掲講座一九二頁）。第二は、表見制度の基礎となっている外観理論によって第三取得者の保護を図る説である（加藤・前掲八五頁、喜多・前掲二〇二頁）。第三は、民法七一五条の使用者責任によって解決を図るものであり、従来から判例がとる見解である（最判昭三二・七・一六民集一一卷七号二二五四頁、最判昭三六・六・九民集一五卷六号一五四六頁、最判昭四〇・一一・三〇民集一九卷八号二〇四九頁、最判昭四三・一・三〇民集二二卷一号六三三頁など）。

外観理論による場合には、外観作出について本人にどの程度の帰責事由があれば足りるかが重要な問題であり、本人の与因を考

慮することによって帰責の限界が定められるものとされる（詳しくは加藤・前掲八五頁以下）。しかし、本件では、YはBに対して手形行為の権限を一切付与せず、また本件裏書が他の目的のために預託された印章の濫用によるものであることから、Yに帰責を認めることは困難ではないだろうか。したがって、XはYに対して手形責任を追及することができず、解決は民法七一五条に委ねられることになる（例えば、本件と類似の事案について使用者責任を肯定するものに、東地判昭五七・一二・一三判例時報一〇七八号七八頁がある）。

（相原 隆）

### 三一 株式会社の代表取締役の辞任の方法・名目的代表取締役の業務一任行為とその対第三者責任

昭和五九年一月一三日東京高裁民事一六部判決（昭和五九年（ホ）七三七号立替金請求控訴事件）・判例時報一一三八号一四七頁——請求棄却

#### 〔事実〕

一 Y（被控訴人）は、不動産取引等を目的として昭和五三年一〇月一三日に設立されたアサヒハウジングの代表取締役であったが、当該会社は、当時Yの夫であった訴外Aが代表取締役をしていた不動産取引等を目的とする会社の倒産により、新たにAが実質上設立したものであり、ただAが監督官庁に対する関係からAの妻であったYを代表取締役とし、Aをその平取締役としたものであった。したがって、アサヒハウジングの経営は、Aがこれを掌握していたのであり、Yは、当該会社設立後の昭和五四年一〇月頃からおよそ半年程、同会社の留守番をしたにとどまり、他に同会社の業務に従事したこともなく、報酬を受けたこともなく、また同会社に出資したことすらなく、さらにはAより同会社の経営に関与することも禁じられていた全くの名目的な存在でしかなかった。

二 Yは、Aと別居する四ヶ月程前に、Aに対してアサヒハウジングの代表取締役を辞任する旨を申入れ、Aはこれを承認したが、Yの代表取締役就任登記をそのままにしておくことを求めたため、Yは辞任登記を経由しないでいた（Yはその後、Aと昭和五八年一二月九日に調停離婚をしている）。

三 昭和五七年八月二日、Aはアサヒハウジングを代理して、訴外タイヨーフーズから、自動販売機を代金九十九万八〇〇〇円で買受ける契約を締結し、さらにアサヒハウジング代表取締役Yの名義でX（控訴人）との間で当該自動販売機の立替払契約を二二万七四〇〇円、昭和五七年九月から昭和六〇年八月まで毎月二七日限り一ヶ月三万四〇〇〇円（但し昭和五七年九月分は三万七四〇〇円）ずつ分割で支払う旨の内容で締結した。しかし、アサヒハウジングは、昭和五八年一月分から同年四月分までの前記分割金を支払わなかったため、Xは、アサヒハウジングに対して、昭和五八年五月一八日到達の書面をもって右分割代金支払の催告をなしたがその支払を得られなかった。そのためアサヒハウジングは、本件立替払契約代金につき分割払の期限の利益を失うにいたった。

四 その後アサヒハウジングは、事実上営業をしなくなったため、その支払能力を失い、Xは、アサヒハウジングより立替金残額一〇八万八〇〇〇円を回収することができなくなった。

五 以上の事実を前提に、Xは、Yに対し、立替金残額を請求するにあたり大略次のような主張をした。①本件立替払契約はXとYとの間においても締結されており、したがってYに本件立替払契約の契約上の責任がある（しかし、この点については裁判所によりそれに相当する事実が認められず否定されている。この点については、本稿では省略）。②Yは、商法二六六条ノ三にもとづきXに対し、Xの被った損害一〇八万八〇〇〇円およびこれについての遅延損害金につき支払うべき責任がある。

これに対し、Yは、①本件立替払契約の締結時、既にアサヒハウジングの代表取締役の地位を退ぞいでいたこと、②アサヒハウジングの業務には一切関与していなかったこと等を理由に、Xの請求を否定した。

#### 〔判旨〕 請求棄却

「……株式会社が取締役は、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意思表示により辞任することができ

るところ（商法二五四条三項、民法六五一条一項）、取締役の辞任の意思表示は会社の代表取締役に対してすることを要し、代表取締役が辞任する場合にも、他に代表取締役がいるときにはその代表取締役に対し辞任の意思表示をすることを要し、他に代表取締役がいなくときには取締役会を招集して取締役会に対し辞任の意思表示をすることを要するものと解すべきである。

……本件においては、……当時同会社にはYのほかには代表取締役がいなかった……Yは、アサヒハウジングの取締役会に対し代表取締役辞任の意思表示をすべきであったところ、右取締役会に対し右辞任の意思表示がされたことを認めるに足りる証拠はないから、Yが同会社の取締役であるAに対してした辞任の意思表示によっては代表取締役辞任の効力が生じなかったものというべきである」

「……Yは、アサヒハウジングから一切の報酬を受けず、同会社の経営にも関与せず、全くの名目上の代表取締役であり、同会社の設立及びその後の経営の一切は、取締役であるAが自己の責任で処理し、夫であるAから同会社の経営に口出しするなどいわれており、Yの関与する余地は全くなかったから、Yには、重大な過失がないか、または重大な過失があったとしても、Yはアサヒハウジングの業務に精通しないため、意見を述べることができず、意見を述べてもAがそれに従うとは考えられず、AをしてXとの間の本件立替払契約に関する取引を差控えさせることができたものとは到底認められない。

したがって、Yが前記のとおりAにアサヒハウジングの業務執行を任せきりにしていたこととXの前記損害の発生との間には相当因果関係が存しないというべきである」

〔評釈〕 判旨第一点には反対、判旨第二点の結論には賛成

一 判旨第一点は、株式会社代表取締役の辞任方法に関するものであるが、先例も乏しいところ一定の意義を有するものである。判旨第二点は、名目的代表取締役の業務一任行為に関し、商法第二六六条ノ三第一項（以下商法第二六六条ノ三という）にも

とづく取締役の対第三者責任を否定したもので、この問題に関する近時の下級審の傾向に一つの事例を加えるものである。そこで順次検討する。

(1) 従来、株式会社の代表取締役の辞任方法に関しては、これが辞任する代表取締役の一方的意思表示をもって辞任の法的効果が発生するの否かに論点があったようである。しかし、通説は、この点をほとんど問題とすることなく、代表取締役と会社との法律関係が委任契約を本質とすることから、代表取締役の一方的な辞任の意思表示をもって辞任の法的効果が発生すると解している（これに対し、代表取締役が辞任後もなお取締役として在任するときは、辞任の効力発生のためには取締役会による辞任の承諾または解任の決議を要するという異論があった。この異論は、浜田・注釈会社法(4)二九九頁、大隅・今井・新版会社法論中巻Ⅰ一九一頁に紹介されている）。本判決もこの点については通説に依拠して全く問題にしていない。問題は、かかる辞任の意思表示の方法であり、さらに端的にいえばかかる意思表示の相手方は誰かということである。通説によればこの点、①他に代表取締役がいればこの者に対し、②いなければ取締役会を招集してこれに対し、辞任すべき代表取締役はその旨の意思表示をすべきであると解されている（浜田・前掲書、二九九頁、大隅・今井・前掲書一九一頁）。これに対し、右の通説に基本的には従いながらも、②の場合につき、取締役会を開催せずとも取締役全員に代表取締役の辞任がはかられた了承された場合には、辞任の意思表示が到達したと認められると解する説がある（岡山地判昭和四五・二・二七金判二二二号一四頁、田中(誠)・三訂版会社法詳論上五四二頁）。この説によった場合、本件判旨は、重要な点を看過したことになる。なぜなら、アサヒハウジングの取締役は、YおよびAの他にすくなくともさらに一名の取締役がいたであろうから、この取締役がYの辞任を了承しておれば、Yの辞任の意思表示は有効に会社社に到達し、効力を有することになるからである。

(2) ②の場合につき通説と少数説とが全く相入れないものであるの否かは、必ずしも明確でないが、通説がこの場合の辞任の意思表示の相手方として招集・開催された取締役会と解する理由は、おそらくは次の点にあるものと思われる。すなわち、(1)他に

代表取締役がいなければ、これに代わって辞任の意思表示を受領すべき機関を考えなければならないこと、(ロ)それは代表取締役の選任・解任権を有する取締役会に他ならないこと、であろう。さらに付言するなら、後任の代表取締役をすみやかに選任し、業務執行上の空白が現実のものとなるのをできるだけぎり回避するうえでも、取締役会を招集・開催してその場において辞任の意思表示をさせることが手続上も好都合であることが指摘できるかもしれない。

しかし他方、代表取締役の辞任は、取締役会の審議事項でもなく、かかる意思表示がたびなされると取締役会の了承を待つまでもなく当然にその効力が発生する以上、あえて取締役会の招集・開催が決定的な意味をもつものか疑問でもある。要は、いかなる場合に、代表取締役の辞任の意思表示が「会社」に到達したことになるかではないか。それが常に取締役会においてなされなければならぬとするのは、取締役会が代表取締役の選任・解任機関であることに重点を置きすぎた形式論ではないか。たとえば、株主総会の席上でなされた場合は、これをもって代表取締役の辞任の意思表示はいまだ会社に到達していないと解すべきなのだろうか。また、本件のアサヒハウジングのようなAの実質的な個人企業とも評しうる閉鎖的会社において、仮にAがYの代表取締役の辞任の意思表示を受けてその旨の辞任登記をして新たな者の代表取締役の就任登記（それがAであっても良い）を取締役会にはかることなくした場合、それらの辞任登記・就任登記は全く無効なものなのだろうか。代表取締役の選任権が取締役会にあることから、すくなくとも新任代表取締役の就任登記は虚偽登記（したがって商法一二条の問題となる）にしても、辞任登記は効力を有すると解しても良いのではないか。これを、本件にあてはめるなら、アサヒハウジングの実質上のオーナーである取締役Aに対してするYの辞任の意思表示は、「会社」に到達したものと解すべきである。そしてこのように辞任の意思表示の相手方としての「会社」を弾力的に解することは、とりわけ本件のような株式会社としての実質を欠くと思われる閉鎖会社の実体にそくしたものであるであろう。この点、辞任の意思表示の相手方として必ずしも画一的に取締役会であると解さない少数説は、通説の形式論よりはより弾力的な措置を可能とするものではあるが、取締役会員の「了承」を要求する点において疑問が残る。

(3) 右の私見に対しては、代表取締役の辞任手続を不明確なものとし、それがひいては会社をめぐる対外的・対内的法律関係の明確さをそこなうものとの批判が考えられる。対外的法律関係の不明確さはとりわけ既に辞任した代表取締役が、まだ退任登記をしていない場合に問題となろう。しかし、この場合は、まさに商法第一四条によって処理すべきことになり、批判はあたらない。また対内的な法律関係については、後任の代表取締役が選任されるまでの間は、商法第二六一条第三項によって処理すべきことになり、格別の問題も生じないものと思われる。

もっとも、かく解しても、Yの辞任の存否が本件においてはあまり決定的な意味をもたないことも確かである。本件の主要な争点ともいふべきYの商法第二六六条ノ三による対第三者責任の可否を考えるにあたって、Yが既に代表取締役の地位を辞任していたとしてもいまだその旨の登記を経由していない以上、商法第一四条の適用により、YはXに対し結果として代表取締役の地位にあることには変わりがないからである。

そこで問題は、判旨第二点に移ることになる。

三(1) 判旨第二点によれば、YのAに対する業務一任行為は、商法第二六六条ノ三にいう重大な過失にあたらぬ、仮に重大な過失にあたるとしてもこれとXとの損害との間には相当因果関係がないとされた。その際、かかる結論を導き出すものとして判旨は、次の点を認定し、考慮している。すなわち、①Yが代表取締役として報酬を一切受けていなかったこと、②Yが経営に参与もしたことの無い全くの名目的代表取締役であったこと、そして③アサヒハウジングの実質的経営者であったYの夫Aより、経営に對する一切の関与を禁止されていたことから、Yに経営に關与する余地が全くなかったこと、である。

右にみた諸点の事情は、会社以外の第三者にとっては全くの会社内部の具体的事情にすぎない。本件判旨は、かかる会社内部の具体的事情を考慮することにより、Yの対外的な責任を否定した。そこで、かかる事情は、商法第二六六条ノ三による対第三者責任にとってどれほどの意味をもつべきなのかが検討されねばならない。そして次に、かかる対内的な事情に一定の意義を認めるの

であればそれは商法第二六六条ノ三の要件解釈においていかに位置づけられるべきかが検討されることになる。

(2) 最判昭和四四年一月二六日が商法第二六六条ノ三にいう取締役の「悪意又ハ重大ナル過失」（以下「悪意・重過失」という）を会社に対する任務懈怠について存すれば足りると解して以来、同条による取締役の対第三者責任の範囲は次第に拡張され、名目的代表取締役の対第三者責任もこれを広く肯定するのが学説上——そしてかつては判例上も——一般的となっていた（春田「判批」早稲田法学六一卷一号一八八—一九頁）。とりわけ、資本充実の不十分な閉鎖的会社が株式会社株式会社の圧倒的多数を占める我國の企業風土を認識するときには、かかる会社をめぐる取引の安全を究極のところ担保するうえでも、またかかる会社における取締役会制度の本来的機能の再生を促がすうえにおいても、業務執行に直接関与しない名目的代表取締役（さらには取締役）に商法第二六六条ノ三による対第三者責任を課すことは、一定の意義あるものとされたのである。このような法政策を法的に構成した法定責任説によれば、本来あるべき代表取締役（あるいは取締役）の任務を十全に果していない名目的代表取締役（あるいは取締役）は、監視義務の懈怠と考えるか自己の任務それ自体を懈怠したと解するか（詳細については、大塚「判批」税経通信昭和五八年二月号二五五—七頁）いずれにせよ、本来の義務を果していないものと評されることになる。かかる立場から、本件のようにあくまでも対会社内部の具体的事情にすぎない要因を勘案し、これを商法第二六六条ノ三の対第三者責任の成立に直結させる判旨の立場は、「会社との取引関係、会社への出資、取締役就任の事情や経緯等から代表取締役に対して事実上影響力を及ぼすことができる取締役だけが監視義務の違反による責任を負うのであり、そうでない取締役は、そのことのゆえに取締役としての監視義務違反による責任を免れるとするのは商法のとる立場ではない」（神崎「判批」判例評論二六四号四五頁・判時九八五号一八三頁）、あるいは「現行法の建前は名目だけの取締役に席を与えていない、換言すれば、すべての取締役は代表取締役であれ、代表権のない取締役にあれ、他の取締役等の業務執行を監視することが予定されているとみるべきであるからであり、また、他の取締役等の職務違反行為は監視義務の範囲内かどうか、あるいは職務懈怠につき重過失があるか、義務懈怠と第三者の損害発生との間に因果関係が

あるかどうかは、取締役としての一般的基準で測られなければならない(青竹「最近の判例にみる名目的取締役の対第三者責任」民商八二巻三号三三四頁)とする観点からは一層鋭い批判にさらされるであろう。あるべき代表取締役(またはあるべき取締役会の構成員たるべき取締役)を「商法の立場」と措定した場合、経済的破綻をきたした会社の名目的(代表)取締役は、およそ第三者に対して損害賠償責任が課せられる。彼らは、あるべき(代表)取締役としての客観的義務を尽くしていないことは明瞭だからである。しかし、(代表)取締役としての客観的義務違反がただちに商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」になるのだろうか。

(3) 近時、本件の判旨も含めた下級審の判例は、名目的(代表)取締役のこの種の問題に関し、否定的な結論を出す傾向がある(札幌地判昭和五一・七・三〇判時八四〇・一一一、大阪高判昭和五三・四・二七判時八九七・九七、東京地判昭和五三・八・二四判夕三七二・一四一、東京地判昭和五五・四・二二判時九八三・一二〇、福井地判昭和五五・一二・二五判時一〇一一・一一一六、東京高判昭和五六・九・二八判時一〇二一・一三一、東京地判昭和五六・九・一七判時一〇四四・四三四、浦和地判昭和五八・六・二九判時一〇八七・一三〇)。このような下級審判例の傾向については、名目的(代表)取締役の対第三者責任を広く肯定する学説からは批判も多い(神崎・前掲一八三頁、青竹・前掲三三三―三四頁、島袋・会社法判例百選(第四版)一一三頁)。しかし、このような学説の立場からも、他面において、取締役が常に会社債務について保証人的地位に立たされることも問題であるとの指摘がなされている(青竹・前掲三三四頁、島袋・前掲一一三頁)。それではこのような問題点の解決は、商法第二六六条ノ三の解釈においていかにして可能なのだろうか。それは、本件判旨も含めた近時の下級審判例のように、名目的(代表)取締役の会社内部における諸事情を商法第二六六条ノ三の要件解釈の中に反映させるしかないのではないか。しかしこの点についての検討をする前提として、法定責任説に依拠し、あるべき(代表)取締役の客観的義務の措定から名目的(代表)取締役に商法第二六六条ノ三による対第三者責任を広く肯定する帰結が果して妥当なものであるのか否かがあらためて検証されねばならない。そしてこれが終わるときには、近時の下級審判例およびそれに連らなる本件判旨のような会社の内部的事情を商法第二六六条ノ三の解釈に

反映させることの可否もおのずと明らかになるものと思われる。

(4) 名目的（代表）取締役は、その名目的存在のゆえに、いずれにせよ会社に対する任務懈怠があることは明白といえる。しかしこのことからただちに、その任務懈怠が「悪意・重過失」に相当することとは別の問題であろう。会社に対する任務懈怠が商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」になるか否かを判断するに際しては、当該名目的（代表）取締役をとりまく会社内部の種々の事情が当然に決定的意味をもってくる。このことは、たとえば名目的存在でない（代表）取締役につき商法第二六六条ノ三の對第三者責任の成立なからず同条の「悪意・重過失」の存否がいかにして判断されるかを考えればいっそう明らかとなる。

商法第二六六条ノ三に關し判例上問題となった事件の大半は、経済的破綻をきたした会社においてであるが（拙稿「第三者に対する取締役責任の再検討」早稲田法学会誌第三三卷一九八頁）、およそ会社を経済的破綻に導いた取締役は、会社に対してその任務を完遂できなかったという意味で、すくなくとも会社に対する任務懈怠の最たるものであろう。しかしこのような場合でも、ただちに取締役の對第三者責任が肯定されるわけではない。当該取締役の経営が合理的なものであったか否かを判断し、そうであるなら任務懈怠それ自身が否定されることもあろう。この場合の「経営判断」の合理性は、すくなくとも当該会社をめぐる種々の具体的事情を抜きにしては語りえないのであり、その具体的事情の中には、合理的経営判断の枠内に入るか否かが問題となる取引等をなすに至った当該会社の具体的内部事情も当然に判断要素に含めざるをえない。あるいは、経済的破綻を招来するような代表取締役の独断的業務執行を阻止すべく行動した他の（代表）取締役は、会社の経済的破綻により（すなわち独断的業務執行を結果として阻止できなかったとして）直ちに對第三者責任を課せられるだろうか。決してそうではなく、あらためてその当該（代表）取締役の会社内部における種々の具体的事情を踏まえて、独断的業務執行に対する阻止の方法の妥当性・有効性・可能性を改めて判断することが必要になるのではないか。

結局、会社に対する任務懈怠があったのか否か、あったとしてそれが商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」に相当するのか否

かを判断するためには、当該会社における当該取締役の地位等につまづる具体的・内部的事情が無視できないというべきである。かかる具体的・内部的事情を踏まえたうえでそれぞれの取締役の職務遂行等が取締役としてのあるべき義務を尽くしたと言ふべきか否か、尽くしてないとしてそれが「悪意・重過失」に相当するの否かが究極的に判断可能となるのであり、以上のことは、名目的（代表）取締役の場合であっても変わるところがないと考える。

もっとも、名目的地位にある者は、本来の任務そのものを懈怠してること明白であるから、名目的地位にとどまっていけない者と同列に論じられないとも考えられよう。しかし、名目的地位にあったことがただちに会社に対する任務懈怠につき「悪意・重過失」になるのか否かは、かかる名目的地位にあることの会社内部の具体的諸事情を考慮に入れねばならないという意味において、基本的には変わるものではない。そもそも名目的（代表）取締役の商法第二六六条ノ三による対第三者責任が問題となった事案は、同条の通説的解釈たる法定責任説の政策的背景となった資本充実の不十分な閉鎖会社であって、かかる会社の名目的（代表）取締役の就任は、会社支配者たる（代表）取締役の要請によつてゐる。すなわち、名目的（代表）取締役の名目性は、会社がその名目たるべきことを要求した結果に他ならないことが多い。名目的存在たるべきことを要求された者がその名目的存在を踏み出して業務執行等に関与することがどこまで可能か否か、それが「容易」に可能なものであるのか否かを判断するに際し、名目的（代表）取締役をとりまく会社内部の具体的事情こそが決定的意味を有するのではないか。もっとも、既に指摘されているように、「取締らない取締役」を肯定すること自体商法の立場からはありえない（神崎・前掲一八三頁）とするなら、右の立論はナンセンスということになる。したがって、かかる立場からは、当初から名目的であるべく要請された（代表）取締役の就任は、これを受けるべきではないとも考えられる。しかし、かかる名目的（代表）取締役の名目性が当該会社の要請の結果として考えられるのであれば、そもそも会社に対する任務懈怠につき「悪意・重過失」に匹敵すべき違法性があるのだろうか。さらに、名目的（代表）取締役に商法第二六六条ノ三による対第三者責任を広く肯定する説にあつても、要は、「名目的」（代表）取締役として就任し

たこと自体をもってただちに同条の要件を満たすと解するのではなく、業務執行をしてないという任務懈怠の実質を問題にしている。たかやまから、かかる任務懈怠が「悪意・重過失」に相当するか否かを判断するうえで、あるべき任務遂行の可能性こそが会社内部の具体的事情にそくして今一度吟味・検討されるべき余地を残してはいいだろうか。

(5) 名目的(代表) 取締役の対第三者責任を広く肯定する説は、商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」を会社に対する任務懈怠についてのものであるという解釈を前提にしている。しかしこの点については、商法第二六六条ノ三が規定する取締役の対第三者責任の法的性質をめぐって争えられた際に既に、会社債権者といかなる法的関係もない取締役の会社に対する任務懈怠がなぜこの者に対する損害賠償責任の要件となるのか(松田・株式会社法の理論二八五―六頁)、必ずしも明確であるとはいえない旨指摘されていた。商法第二六六条ノ三がその旨を規定しているというのはトートロジーである。商法第二六六条ノ三が定める取締役の「悪意・重過失」とは会社に対する任務懈怠についてのそれであるとすると説こそは、資本充実の不十分な、およそ理念型としての株式会社には程遠い株式会社が多い我国の企業風土の特殊性を前提にして、法と現実との間隙を埋めるべく実践的な政策を担って提唱されたものである。しかし、商法第二六六条ノ三に関するかかる解釈は、その法的構成において、民事責任原則および会社代表の法理の例外として生成・発展したのであって(拙稿・前掲一九七―八頁)、かかる説の担った政策を実践するあまり、その論理の展開には飛躍があったのではないかと思われる。このような解釈を通説とした商法第二六六条ノ三は、「母法と認められるような外国法の規定」もない(田中・前掲書六四二頁)日本独自の制度となったのである。

比較法上独自の機能を付与された商法第二六六条ノ三は、まずもって我国の企業風土の特殊性を前提に、個人企業に等しい会社と取引をする会社債権者から、会社法人格の形式性を維持することによる不都合を克服し、会社の背後にあって経営を支配する(代表)取締役を会社債務の主体にとりこむために活用されてきたのではないか(法人格否認の法理の代替作用)。すなわち、商法第二六六条ノ三に関する通説的見解の論理的飛躍は、会社を支配する(代表)取締役とこの者とは別個に觀念される会社との実

質的な同一性によって埋め合わすことが可能になったのではなからうか。

しかしながら、商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」を会社に対する取締役の任務懈怠についてのものとする解釈が確立すると、同条による取締役の対第三者責任の範囲は、あるべき代表取締役およびあるべき取締役会の構成員としてのあるべき取締役を強調することにより、次第に拡張されたのは周知のことである（監視義務の提唱、監視義務の範囲に関する積極説の消極説に対する優越などは以上の経緯を示している）。そしてこのような拡張は、論理の当然の展開であるとも考えられよう。しかし果してそうだろうか。商法第二六六条ノ三の取締役の「悪意・重過失」を会社に対する任務懈怠についてのものであると解釈すること、この解釈を前提にして同条の適用範囲を拡張したこととの間には、一種の自己撞着があったのではないか。商法第二六六条ノ三のこの点に関する通説的見解は、既に指摘したように、株式会社の圧倒的多数を占める資本充実の不十分な中小の株式会社の実体を踏まえたものであった。換言すれば、かかる株式会社の実体に着目したとき、理念型としての株式会社を前提にして商法第二六六条ノ三を解釈することは、その解釈の前提ゆえに、これを否定しなければならぬ。このことは、商法第二六六条ノ三に関するいわゆる不法行為特則説が通説たりえなかったことから明らかであろう。通説的な見解は、理念型としての株式会社ではなく、およそ理念型としての株式会社と程遠い株式会社の実体を前提にして、かつそれゆえにこそ、会社代表の法理および民事責任原則の例外として商法第二六六条ノ三を解釈し、会社債務の主観的範囲を取締役にまで拡張したのである。そしてかかる後、名目的（代表）取締役にも同条の対第三者責任を広く肯定するために、あるべき取締役会構成員としての取締役またはあるべき代表取締役という理念を同条の解釈に反映させたといえる。しかし、あるべき取締役会構成員としての取締役またはあるべき代表取締役という理念は、株式会社の理念型の言い換えではないか。

かくて、商法第二六六条ノ三は、会社債務につき取締役に「無限定保証に似た」または「包括無限度保証と似た」責任（菅野「商法第二六六条ノ三・雑感」法律時報五五卷一号一七九頁）すら認めるものとなったのである（もっとも、菅野氏が問題にされて

いるのは、資本充実の不十分な中小会社を前提に解釈されてきた商法第二六六条ノ三がいわゆる大会社についてもかかる解釈をあらわにすると、同条の解釈の前提ゆえに、必ずしも適切とはいいがたい結果を招来するというものであり、これもまた商法第二六六条ノ三をめぐる今一つの問題である。しかし、この問題と本件のような中小会社における名目的代表取締役の第三者責任の問題は、結局、同条のより適切な解釈原理をいかに再構成すべきかという点において、同根のものである。

(6) 以上、既に指摘したように、商法第二六六条ノ三に関する通説の見解には、重大な疑問を払拭しがたいといわねばならない。すくなくとも、商法第二六六条ノ三の取締役の「悪意・重過失」を会社に対する任務懈怠と解釈するにしても、このことから名目的（代表）取締役と同条の「悪意・重過失」を認めるためには、より細かな検討が必要とされるのではないかと思われる。名目的地位にある者の社会的・経済的信用等により、会社債権者がかかる名目的（代表）取締役の就任する会社と取引をしたというのであれば格別、かかる事情もない場合には、名目的（代表）取締役が第三者（多くの場合は会社債権者である）の損害発生を回避すべく任務を遂行しうる余地を有していたか否かを判断すべきであろう。その際、名目的（代表）取締役の会社内部における具体的事情にそくして名目的地位にあったことの評価をすべきであり、これが商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」判断に反映されるべきである。会社内部の具体的事情が対外的な第三者責任に反映されることの疑問についていえば、商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」がまさに対内的な会社に対する任務懈怠を問題にする以上、名目的（代表）取締役の名目性を会社に対する任務懈怠についての「悪意・重過失」として評価するうえにおいて会社内部の事情はこれを無視できないといわねばならない。さらにいえば、かかる名目的地位にあることが第三者の損害発生を回避すべくいかなる職務執行の可能性が考えられたかを具体的に判断し、これが容易に可能であったといえたときはじめて当該名目的（代表）取締役の「重過失」が肯定されるべきである。かかる観点から、名目的（代表）取締役の商法第二六六条ノ三による第三者責任の成立を否定的に解する近時の下級審判例の傾向は、これを是認することができる。

本件判旨がYのアサヒハウジングにおける名目的代表取締役であったことを会社内部の具体的事情を認定することにより、Yの職務懈怠を商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」にあたらないとしたのは、したがって賛成できる。

もっとも、判旨がYに「重大な過失があったとしても」としてYの重大な過失とXの損害発生との間の相当因果関係を問題にしこれを否定したのは疑問である。なぜなら、商法第二六六条ノ三の「悪意・重過失」は、当然に第三者の損害発生との相当因果関係を前提にすると解すべきだからである（渋谷・別冊ジュリスト昭和四五年重要判例解説九四頁）。

（山田泰彦）