

| | |
|------------------|---|
| Title | 〔商法二五〕会社役員でないことの確認を求める訴の提起と商法二六一条の二の適用の有無 (松山地裁昭和三四年四月一日判決) |
| Sub Title | |
| Author | 大賀, 祥充(Ōga, Yoshimitsu) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1962 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.35, No.7 (1962. 7) ,p.124- 130 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 判例研究 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620715-0124 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

審の見解の是非は別として)。しかし、本件上告審が、「急施を要する場合」をとりあげ、その余はこれを論じないため、本稿は他の問題点の研究を省略する。また、本件の根拠たる、教育委員会法はすでに廃止され、地方教育行政の組織及び運営に関する法律（昭三一・法一六二）が制定された。そして、教育委員会法における当該条項

は、現行法中発見できない。しかし、本稿にもふれたごとく、本件の問題点は、地方自治法の類似条項をみるさい、非常に参考となる。この点を附言し筆をおく。

(金子 芳雄)

〔商法 二五〕 会社役員でないことの確認を求める訴の提起と

商法二六一条の二の適用の有無

(松山地裁昭和三四年四月一日判決
昭和三十一年(ワ)第三八七号会社役員選任無効確認等請求事件
下級民集一〇卷四号七〇〇頁以下)

【判示事項】 取締役選任された者が株主総会における右取締役選任決議の取消または無効確認の訴を提起する場合には商法二六一条の二の適用があるが、選任決議不存在もしくは就任の承諾をしなかつたことを理由に、取締役でないことの確認を求める訴を提起する場合には同条の適用はない。

【事実】 (一)被告会社Yは、鉱業土石採取及び鉱産物・土石の売買等を目的とし、資本金二五〇万円を以て、昭和二十七年三月一八日設立された株式会社である。

(二)そして、このY会社の登記簿によれば、原告X₁ないしX₄はいず

れもY会社の取締役に、そして原告X₅はY会社の監査役に、それぞれ就任していることになつてゐる。

その間の事情を詳言すれば、Y会社は、まず、昭和三十一年六月三日の定時株主総会においてX₁ないしX₃及びX₅を取締役に、X₄を監査役に選任し、その承諾を得たとして、同年七月七日をもつてそれらの就任登記をなし、次に、同年八月七日X₅は取締役を、X₄は監査役をそれぞれ辞任したとなし、同八月七日X₅は取締役を、X₄は監査役に、X₅を監査役に選任し、その承諾を得たとして、同月十日をもつて退任及び就任の登記をなしたのであつた。

(三)原告X等は、右各株主総会においてX等を右Y会社役員に選任する決議はなされていないし、仮りに右決議があつたとしても、X等はその就任の承諾をしていないと主張して、X等が右Y会社の役員でないことの確認ならびに右各就任登記の抹消登記を求めた。

(四)Y会社代表者は、最後の住所であるM市N町八番地を昭和三十一年九月に出て、その後所在不明であるため、公示送達による呼出をなしたところ、右代表者は本件口頭弁論期日に出頭せず、答弁書その他の準備書面をも提出しなかつた。

【判旨】 (一)本件請求に対する判断に先立つて問題となりうる点、即ち、本件につき商法二六一条の二の適用があるか否かに関連して、要旨次の如く判示した。

(a)取締役を選任された者が株主総会における右取締役選任決議取消の訴を提起する場合には、自ら取締役たる資格を是認してなすものであるから、たとえその訴が自己の取締役たる地位を否定しようとするものであるとはいへ、商法二六一条の二の適用を免れえない。

(b)また、『決議無効の訴の場合も、選任決議は判決の確定によりはじめて無効と認められるのだから』被選任者は『外形上は取締役の資格を取得している』のであり、したがつてこの場合にも同条の適用を受けざるをえない。

(c)これに反して、本件の如く選任決議の不存在を理由として自己の取締役たる資格の存しないことの確認を求める訴においては、『右選任決議は前記無効の場合と異り絶対的にかつ当然に無効であるから』商法二六一条の二の適用はないものと解さざるをえない。

それ故、本件の場合、X₁ないしX₄が代表取締役AをもつてY会社代表者として訴を進行していることは相当である。

(二)次に、右選任決議の不存在をいうXの主張に対しては、『右主張を維持するに足る立証はない許りか却つて』真正に成立したものと認められる証拠によれば、『右各選任決議はいずれも有効になされたものと認められる』として、右選任決議の存在・有効を認定している。

(三)次いで、この有効になされた各選任決議にもとづいて、X等はその就任につき承諾をなしたか否かの点については、X₁、X₂、X₃の各尋問の結果に弁論の全趣旨を綜合して、X等がその就任の承諾をなしたことはないことを認定している。

(四)そして、取締役・監査役の就任の要件としては、株主総会における選任決議の他に、被選任者の就任の承諾を要すると解すべきであるから、本件においてはX等がその就任の承諾をなしたことが認められない以上、X等は右Y会社の取締役もしくは監査役たる地位を取得してはいないことになる。

そうとすると、現になされている前記の登記は不実のものであつて、X等に確認の利益の存することが認められるから、Xの請求を認容すべきである。

【評釈】 こまかい議論を別にしても、なお判旨に賛成し難い点がある。

そのうち最も根本的な点は、商法二六一條の二に関して、判旨が『決議無効の訴の場合も選任決議は判決の確定により始めて無効と認められるのだから、その就任を被選任者が承諾している以上外形上は取締役の資格を取得しているから同条の適用を受けざるをえない。』と云つてゐることである。まずこの点について考えてみると、問題点は二つに大別できる。その一は、『外形上取締役の資格を取得』していれば商法二六一條の二の適用を受けるのかという点であり、その二は、直接同条に関するものではないのであるが、その前提として、一体株主總會決議の無効は「判決の確定により始めて無効と認められる」ものなのかという点である。

まず第一の問題点については、本判旨と同趣旨の判決が先にある。それは昭和二五年改正前の商法二七七條に関するものであるが、京都地裁昭和二六年一月二五日判決・下級民集二卷一号七四頁以下で、それによれば、『いやしくも株主總會の決議があつた以上

仮令その總會の決議が定款の規定に違反して無効を主張することが出来る場合であつても、その株主總會において取締役に選任せられたものは形式上決議とともに取締役の資格を取得したものと謂うことが出来る。そしてかかる取締役といえども会社に対して訴を提起する場合は原則としてその訴に付いては監査役が会社を代表すべきことは商法第二百七十七條〔旧〕の規定するところである。』¹かかる訴の提起は一応原告等は被告会社の取締役の資格においてなすべきものであり、事実その資格において訴を提起したものとみられるから、『とされている。なお、この事件の控訴審判決も同様の立場をとつてゐる(大阪高裁昭和二七年四月一〇日判決)。²

ところで、この第一の問題点は、これを云いかえれば、商法二六一條の二に云われている「取締役」の意義とか範囲の問題に他ならないが、これを解明するためにはぜひとも同条制定の趣旨を探究してみなければならぬ。

同条が昭和二五年改正前の旧二七七條、さらには昭和一三年改正前の旧一八五條に基づくことは周知の通りである(その間の経過・趣旨については山一証券株式会社調査部「改正商法案逐条解説」六七―八、司法省。そして、この一八五條つまり民事局「商法中改正法律案理由書」一五一参照)。そして、この一八五條つまり明治三二年のいわゆる新商法一八五條は、すでに一部施行されていた明治二三年の旧商法二二八條が会社より取締役に対する訴訟についてしか規定していなかつたのに対して、はじめに「取締役カ会

社ニ対シテ提起シタル訴訟ニ付何人カ会社ヲ代表スヘキカヲ規定」したものであるが、その立法理由としては、「此場合ニ若シ其取締役ヲシテ会社ヲ代表セシムルトキハ利害ノ衝突ヲ免レス」(商法修正案(参考)一六五)と云われている(同題旨の意向は、すでに「エスレル氏起稿の「商法草案上」第二七九条「頭取及取締役ニ対スル訴訟」の中にもみられる(同書七四)。

これをみると同条の立法趣旨は、本来次の点にあつたことがわかる。即ち、旧法上取締役は原則として代表権を有していたから、そういう制度の下における取締役と会社との間の訴訟においては訴訟の両当事者が実質上同一人でありうるわけであるが(このことは、民法一〇八条のもとにおいても不可能ではない)、訴訟においては常に对立当事者双方の利害は相反するものであつて両立はしえないのであるから、かかる場合には取締役の利益のために会社の利益が害されるおそれが十分に存するわけである(松田・鈴木「条解株式会社法」二九〇、ル会社法」五六七、大隅「全訂会社法論」中二二〇、松田「新会社法概論」二〇九、鈴木「会社法」三三五、大審院昭和一〇年七月五日民二判・民集一四卷一四号一二七二に対する判例評釈としての佐々木・法学新報四六卷)。そして、このようにに会社の利益が取締役の私益によつて侵害せられることを予防しようとする点に同条の立法趣旨がある点で、それは民法一〇八条あるいは商法七五条、同二六五条、有限会社法三〇条等と根本精神を同じうするものと云える(前記大判・昭和一〇年七月五日に対する評釈としての、長場正判・四三卷六号一〇四五等参照)——もつとも、同条制定の積極的な意義は、

判例研究

監査役(取締役会)に会社代表者決定の権限を与えた点にあるが(何故なら、取締役会社間の訴において原則として取締役が代表権をもたないことだけならば、商法に規定を設けるまでもなく、民法一〇八条だけで充分だからである)、ここでは、同条が民法一〇八条と根本精神を同じうすることに注目すれば足りる——。

従つて、この趣旨をそのまま厳格に貫徹しなれば、商法二六一條の二にいう「取締役」は、前述のような意味で訴訟の両当事者が実質上同一人となりうるような事態ということからして、現行法上は「代表取締役」をいうもののように一応みられないでもない。しかしながら、先にみてきた同条立法の意図は、たんに訴訟の両当事者が実質上同一人である場合のみならず、少くともその同類、というか、一味同志であれば右と同様に不適當であるとして、この場合をも規律しようとする趣旨のように理解すべきではないかと思われる。何故ならば、同一の会社において同じく取締役である以上は、利害を共通にする場合もきわめて多いから、その間に情実がつきまとうおそれが少なくなく、また、仮りにそれがないとしても、取締役は共に責任を分か合わなければならないことあるいはその相互間の縁因等により、公正さが必ずしも期待できないという意味で、先の場合と全く同様に、会社の利益を害するおそれがあるからである(佐々木・前掲藤・前掲二四七二、長場・前掲一七七、大橋・前掲一〇四五、片山・株式会社法論七二二、松波「日本会社法」一三四等参照)。それ故、代表取

締役以外の普通の取締役と会社との間の訴訟についても同条の適用あることを(理由は明らかでないが、結論的には鈴木・石井「改正株式会社解説」一六七、石井・前掲三一三、鈴木・前掲一三五、大隅・大森「逐条改正会社法解説」二七二) 暗黙の前提にしている判旨には、その限りで異論はない。

そして、このように商法二六一条の二の立法趣旨を理解してくると、結局のところ、訴訟の両当事者が実質上同一人であるかあるいは少くともその一味であるかのいずれかの場合でない限り、同条の適用を認めることは妥当でないものと云わなければならない。従つて、その限りにおいては、同条にいう「取締役」とは代表取締役に限らず、ただ取締役としての職務権限を行使しうる者(即ち、現取締役のみならず、その職務代行者(商二七〇)、欠員の場合の旧取締役(商二五八)をも含む)であることを必要とする(東京地裁大正一〇年二月一六日民七判決・評論一〇卷商六四一頁は、仮処分により取締役の職務を行う者が会社に対して訴を提起する場合にも本条(旧法)の適用ありとする)。そして逆に、取締役としての職務権限を行使しうる者であれば充分であつて、必ずしもその者が取締役としての資格において訴訟の当事者となつてゐる必要はなく、個人としてであつてもよいわけで、この点は本判旨も認めてゐる通りである(前記の大審院月五日民二判決・民集一四卷一四号一八六頁も同趣旨、前記斎藤・大橋・佐々・長場の各評釈はいずれもこれに賛成、同旨・大隅・前掲二〇〇、但し、東京地裁明治三十七年一月二二日民五判決・新聞一)。

ところで、このように商法二六一条の二にいわゆる「取締役」の必要充分条件を理解した場合に問題となりうることは、現に、取締役としての職務権限を行使しうる者でなければならないのかという点であろう。同条の文言からみれば、現にその権限を行使しうる者でなければならないようにも考えられるが(長崎・前掲一七九、また官廳控新聞(一九三九、六頁、Goldschmidt) 私としては、前述のような立法趣旨からして、次の場合には少くとも同条の類推が認められてよいのではないかと考える。即ち、かつてその権限を行使し、えた者については、たとえその退任後であつても、少くとも在任中に生じた法律関係に関する訴訟においては、現にその権限を行使しうる者と同様の取扱を認めるべきではあるまいか(なお、大橋・前掲一〇四六、Brodsky (S.)、両場合の利害関係は全く同一であるとみななければならないからである。)

しかしながら、いずれにしても、取締役としての権限を現に行使しえないか、あるいはかつても行使しえたことのない者について、商法二六一条の二の適用も類推も認めえないことは明らかである。

以上の解釈を前提として考えるならば、判旨(一)の(a)、即ち選任決議取消の訴の場合に商法二六一条の適用を認めてゐる点に異議はない。前述の立法趣旨及び同条にいう「取締役」の必要・充分条件を

考えてみれば当然である（但し、大隅・前掲一二〇は、理由は明らかでないが、「反対の立場をとられる」）。

同様に、判旨(一)の(c)、即ち選任決議不存在もしくは就任の承諾をしなかつたことを理由に取締役でないことの確認を求める訴を提起する場合に同条の適用がないとしている点にも、異論をはさむ余地はない。ただ、判旨がその理由として、選任決議の不存在を理由にする場合はその決議は『無効の場合と異り絶対的にかつ当然に無効であるから』と云っているのは、実体法的に厳密に云えば「無効」の正当な用語法ではない。

ところで、判旨の右の主張は、反対に、いわゆる決議無効の場合にはその決議が「絶対的にかつ当然に無効」ではないという意味を含んでいる点で、最初にのべた第二の問題点に関連してくる。そして、もし判旨の云うように、いわゆる決議無効の場合にはその決議は「絶対的にかつ当然に無効」なのではなくて、「判決の確定により始めて無効と認められる」ものであるとするならば、「外形上(形式上)取締役の資格を取得」するという意味は、その選任決議を一応有効なものとして取扱ひ、従つて被選任者は一応取締役としての職務権限を行使しうる立場に立つことを意味することになるのである。それ故、もしこの見解に従うならば、当然、商法二六一条の二の適用をこのいわゆる決議無効の場合にも認めることになるのである。

あるから、そこでこの第一の問題点について解決を与えるために、まず「外形上取締役の資格を取得」するというのはどういふことか、従つてつまり、その前提となつている第二の問題点について態度を決定しなければならないわけである。

周知の通り、決議無効の主張が必ず訴によつてなされることを要するか否か、従つてまた、商法二五二条の訴の性質に関しては見解が分れているが、私としては、同条制定の沿革、趣旨ならびに立法の形式からみて、解釈論としては、訴によらない主張も認めなければならぬと考へている（大賀、商法第二五二条の所謂株主總會決議無効確認の訴をめぐる若干の問題・慶応義塾大学法学会誌三五号一二二以下及びそこに掲げる文献・その他福岡高裁・昭和三〇年一〇月一二日判決・高裁民集八巻七〇号五三五・東京地裁・昭和三〇年一月一日判決・下級民集六巻一〇号二三六五頁、大阪高裁・昭和三十一年二月二七）。つまり、總會決議はその内容が違法である場合には絶対的にかつ当然に無効であると解するから、この立場に立つ限り、かかる無効な選任決議にもとづく被選任者は決して「取締役としての職務権限を行使しうる者」になるのではないのであつて、商法二六一条の二の適用はないものと解するほかない。それ故、この解決を前提とする限りで、判旨(一)の(b)、従つてこれと同趣旨の前記大阪高裁昭和二十七年四月一〇日の判決ならびにその原審たる京都地裁の判決に対しては、全面的に反対である（大隅、二〇〇も）。

なお、判旨は、本件においてXが理由として選任決議の不存在

在はその「決議をなした株主総会そのものの不存在を前提として」
いる旨説明しているが、これは全くの勘ちがいとしか考えられない。
Xの主張からは何らその点を推認させる根拠を見出しえないの
みならず、決議不存在は論理的に総会不存在を前提としなければ認
めえない観念では決してないからである。(一九六二・一)

(大賀 祥充)