

Title	取締役職務代行者について：実体法たる商法との関連
Sub Title	Acting director : in relation to corporation law
Author	米津, 昭子(Yonetsu, Teruko)
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.9 (1962. 9) ,p.1- 17
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620915-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620915-0001</a>

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.

# 取締役職務代行者について

——実体法たる商法との関連——

米 津 昭 子

- 一 問題の所在
- 二 取締役職務代行者選任の必要性
- 三 会社の業務活動に支障のある場合
- 四 取締役職務代行者の権限
- 五 代表取締役職務代行者
- 六 代表取締役の資格のみの得喪が争われる場合
- 七 職務代行者の権限踰越と会社の責任
- 八 むすび

## 一 問題の所在

会社の取締役が違法にその地位にある場合、その職務の執行を停止し、その代行者を選任することができる（商法二七〇条一項）が、この手続が本案管轄裁判所の仮処分によつてなされることから、従来この問題は民事訴訟法の仮処分の問題とし

取締役職務代行者について

て検討され、商法の側からする研究は比較的少かつたようである。しかも本問題の焦点は、主としてこの仮処分が民事訴訟上の仮の地位を定める仮処分の一例に過ぎないのか、それとも商法によって定められた特殊の仮処分であるかにしぼられていた。従つてこの制度が民事訴訟法上の仮の地位を定める仮処分に属するとされるならば、問題はあげて民事訴訟法上の仮処分の性質を究めることによつて尽され、商法の側より何ら附加する必要を見なかつたのである。わずかに商法二七〇条の制度を商法上の特別の仮処分だと見ることによつて、民事訴訟法上の仮処分と如何に相違するかということに検討の余地が残されていたが、こう解するものは僅かで、しかもその検討は訴訟法的になされなければならなかつた。

これがこの問題を商法的見地からする検討を妨げていた一因であつた。しかし、この制度を民事訴訟法上の仮の地位を定める仮処分だと解するとしても、そこになされる仮処分は会社の取締役に關してのものであり、取締役の職務権限をはなれてはあり得ない。それ故そこには取締役の職務権限からする制約がなければならぬ。即ち一般民事訴訟法上の仮の地位を定める仮処分の制度が、株式会社の取締役に及ぼされることについて、どのような制約があるか、或はどのように変容するものであるかが検討されなければならない。例えば取締役職務執行停止、代行者選任の必要性は、商法の面から検討されなければならないのであつて（仮処分の必要性はすべて実体的判断に服する）、取締役全員の職務執行停止により代行者を選任する場合も、商法上の制約を離れるならば或は会社の規模、事業内容からして代行者一人を以て十分とすることが考えられるが、この場合、商法上よりは常に最低限三人の代行者を選任しなければならないのである。又、代行者自身、本来の取締役の職務権限を越え得るものでなく、仮に裁判所の命令があつても、その会社における取締役又は代表取締役以上の行為をなし得るものではないのである。このような見地から、この仮処分の制度を検討する必要があるであらうと考えられる。

このような点からすれば以下の点が問題になるであらう。

(一)取締役職務代行者は取締役の職務執行停止を前提として選任されるが、取締役の職務執行が停止されたならば、常に

必ずその代行者が選任されるのではなく、取締役の職務が停止されたために会社の活動に支障ありとみるべき場合、いいかえればその必要がある場合に限つて、その代行者を選任できる。それならば如何なる場合に会社の活動に支障ありとみるべきであるか。

(二)次に取締役職務代行者の権限の範囲は、仮処分命令によつて定まるが、別段の定めなき限り会社の常務に属する行為に限られ、代行者が常務に属せざる行為をなすには本案管轄裁判所の許可を得なければならない(商法二七一条一項)。この場合の常務とは何か。

(三)更に選任さるべき代行者の員数如何。特に取締役全員が業務執行の停止を受けた場合、その代行者は一名でよいのか。  
(四)又、代表取締役の選任に関する取締役会の決議無効の訴が提起されている場合、やはり商法二七〇条から、代表取締役職務執行停止及びその代行者の選任をなすことができるか。そしてこの場合は代表取締役が取締役の地位を前提としていることから、当然にその代行者も取締役としての地位を有するものであるか。

(五)更に代表取締役職務代行者が常務に属せざる行為を行う場合、裁判所の許可のみによつて行えるのであるか。或はこの場合、その許可の他に取締役会の決議を要するのであるか。

又、代表取締役職務代行者が権限を逾越した場合の効力如何。等。  
以下これらの点につき、ふれて行きたい。

## 二 取締役職務代行者選任の必要性

商法二七〇条には「取締役ノ選任決議ノ無効若ハ取消又ハ取締役ノ解任ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ本案ノ管轄裁判所ハ当事者ノ申立ニ依リ仮処分ヲ以テ取締役ノ職務ノ執行ヲ停止シ又ハ之ヲ代行スル者ヲ選任スルコト」ができる旨、規定

している。これはいわゆる取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分といわれるものであるが、取締役職務代行者は取締役が職務を停止された場合、常に、必ず選任されるというのではなく、そこに代行者選任の必要がある場合において、しかも当事者の申立によつて初めて選任されるものである。一方この代行者選任は、取締役の職務執行停止の仮処分を前提とし、職務執行停止をせずに代行者の選任はなし得ない。<sup>(註二)</sup> よつて取締役職務代行者は、取締役の職務執行停止を前提にしながら、しかもその選任が必要なき初めに選任されるものである。

それならば、いかなる場合に取締役職務代行者の選任の必要があるといえるであろうか。

取締役の職務執行停止の必要性については学説は分れ、一は取締役職務執行停止の仮処分が、株式会社機構の特質に基づき簡易迅速の要求に適合すべく認められた特別な制度であることに着目し、取締役たる資格が争われている者が、引き続き取締役の職務を執行すること自体に、その必要性を求めるべきだとする<sup>(註三)</sup>のであり、他は、取締役職務執行停止は、仮処分によりなされるといふことを理由に、仮処分制度が、不確定な法律状態について、これが確定まで放置するときは将来における解決が不能、又は著しく困難となることを除去防止せんとするものであることを考慮し<sup>(民訴七六〇条)</sup>、この場合にも、当該取締役に、そのまま職務を執行させたのでは会社に回復すべからざる損害を生ずるおそれある場合に限つて、その職務執行停止をなし得るとしている。<sup>(註三)</sup> 後説は取締役の職務執行を停止するためには、当該取締役が職務執行をなすことにより、何かに会社に回復すべからざる損害を与える虞れがあることを要求するのに対し、前説では、当該取締役が職務執行をなすこと自体にその必要性をみとめている。<sup>(註四)</sup> しかし取締役職務代行者選任の必要性は取締役の職務執行が停止された場合において、その職務を停止されたことにより会社の活動に支障を来たし、会社に損害を与える虞れがあるとき、生ずることになるのである。そしてここにいわれる会社の損害は、取締役の職務執行停止の場合における損害とはその意義を異にする。即ち取締役の職務執行停止の場合は、当該取締役が職務を遂行することによつて会社に生ずる損害であるのに反し、代行者選任の場

合は、当該取締役が職務を執行し得ないこととなつた結果、会社の運営に支障を来たすことによつて生ずる損害であるからである。取締役の職務執行停止、並に代行者選任の制度は、株式会社における経営権をめぐる紛争、つまり取締役の選任決議無効、取消、又は解任の訴が提起された場合に、それら紛争の渦中から会社を守ろうとして認められた制度であり、<sup>(註五)</sup> ともに仮処分としての性格を有するものであるから、違法にその地位にある取締役の職務執行に起因するが、それとははなれた別個の会社の損害を防止し、又は当該取締役の職務執行停止により、会社の活動に支障を来たし、そのために生ずるところの損害を防止する必要がある場合において初めてなされなければならないのである。<sup>(註六)</sup>

(註一) 取締役欠員の場合の処置として、商法には仮取締役の制度がある(商法二五八条)が、この規定は「法律又ハ定款ニ定メタル取締役ノ員數ヲ欠クニ至リタル場合」の規定である。しかし、ここにいふ法定員數を、現実に業務執行を行う取締役が、法定員數(商法二五五条)を欠いた場合だと解するならば、取締役がその職務の執行停止を受けたため、業務執行をなし得ない場合も含まれることになる。しかし私は、商法二五八条は、取締役の職務執行停止の仮処分を受けた場合のように、法定員數の取締役はおりながら、その職務を停止されているため、現実には、業務を行ないような場合は含まないと解する。

なお代行者の選任が取締役の職務執行停止を前提にしていないとのべている説は見当たらないが、特にこれを前提にしているとのべておられるのは大浜信泉・取締役と取締役会・株式会社講座第三卷一〇七八頁、山口幸五郎・代表取締役の職務代行者の地位・民商法雑誌三八卷三三五頁、吉川大二郎・改正商法における職務執行停止・代行者選任の仮処分・民商法雑誌一一卷三八六頁。

(註二) 山口幸五郎・平取締役職務代行者選任・商事判例研究・商事法務研究二三五号一三頁参照。

(註三) 大浜信泉・前掲書一〇七七頁、なお松田二郎・新会社法概論二一〇頁も「選任又は解任に関する訴訟的解決迄暫定的に申請人に副う法律上の地位を設定しない限り、この法律関係の内容たる利益が事實上保護されざる危険があることを必要とする」としておられる。

(註四) 前説も、或は会社に回復すべからざる損害を予想し、しかも取締役の資格を争われている者がこれ以上取締役の職務執行を続行するとき、それだけで会社に著しい損害を受ける虞れがあるとみておられるのか、或は当該取締役の職務執行を停止すること自体に、代行者選任の必要性ありとしておられるのか判然しないが、私は、この説では取締役の職務執行停止という特別な制度から出た仮処分としておられることから、後者と考へ、叙述した。そのことの根拠として「会社に生ずることあるべき填補しがたい損害なるものは、現に職務を執行しつつある者が、善良なる管理者の注意を欠き又は忠実に職務を遂行しない結果として生じうるものにほかならず、その者が善良な管理者の注意をもつて、かつ忠実

に行爲する以上は回避することができるのである。右の仮処分においては、争いある権利関係は当該取締役の取締役たる資格の得喪そのものであり、かつかかる資格の得喪に争いがある者による職務執行そのものと填補しうたい損害の発生との間には必ずしも直接の関連はないのであるから、かような取締役たるの資格について争いのある者が取締役の職務を執行すること自体に、仮処分の必要性が存する」(山口幸五郎・前掲商事法務研究二三五号一三頁参照、及び同山口・商法における取締役の職務執行停止の仮処分に關する若干の問題・甲南論集六卷六号三二頁、三三二頁)と述べられている点がある。

もつとも、ここで述べておられるのは、取締役の職務執行停止の仮処分についての必要性であつて、代行者選任の仮処分の必要性とは異なる。しかし山口教授は商法二七〇条の仮処分が、一般の仮処分(民訴七六〇条)に対する特則として認められた特殊の仮処分手続であることに着目され、代行者選任の仮処分の必要性も同様に理解されているように思われる(前掲商事法務研究二三五号一二頁、一三頁参照)。

(註五) 単に会社の利益保護のみではなく、会社と取引する第三者の保護ということも考えられるかもしれないが、この規定の直接の狙いは、会社の利益保護といえるのではないか。

(註六) 吉川大二郎・改正商法上の職務執行停止・代行者選任の仮処分(一)・民商法雑誌第一卷第三号三頁以下参照。

同旨 菊井・村松・仮差押仮処分(実務法律講座)三二四頁、田中誠二・最新株式会社法律実務三二六九頁等があり、大隅教授並に大塚教授は、これは通説の見解とされている(大隅・全訂会社法論・中卷一六一頁、大塚・商法(旧)二七二条の急迫なる事情の意義・商事判例研究昭和二十六年一度一七頁)。なお商法二七〇条は従前から民事訴訟法七六〇条により仮の地位を定める仮処分として認められて来たものを明文化したものであるという昭和三十一年九月一七日神戸地裁の決定がある(下級民集七卷九号二五六九頁)。

同旨 代表取締役職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分・商事法務研究一五一号二〇頁。

反対 西原・会社法二二一頁、兼子・特殊仮処分の手続・民事訴訟法雑誌一号三六頁、中倉貞重・株主総会・取締役会・取締役・監査役の法律実務三九四頁。

### 三 会社の業務活動に支障のある場合

それならば会社の業務活動に支障があり、そのため取締役の職務代行者を選任する必要がある場合とは会社がいかなる状態におかれたときをいうのであろうか。

問題となるのは会社の業務執行並びに代表についての支障であり、会社の業務執行機関は取締役会なのか、それとも代表

取締役であるのかということと関連し、取締役の職務執行を停止することによつて、会社の業務に支障を来たすというのは、業務執行機関のどの部分について如何なる影響を与えることによつてであるかという点である。

株式会社の業務執行は、これを業務の決定と実行とに分け、その決定の権限は取締役会にあるが、実行の権限は代表取締役にあるとする立場と、<sup>(註一)</sup>業務執行中その基本的部分のみを取締役会が決定し、あとの細目的事項については代表取締役が決定し且つ実行するとする説、<sup>(註二)</sup>業務の決定も実行もともに取締役会の権限に属し、代表取締役は代表行為をするにすぎないとする説との対立がある。<sup>(註三)</sup>

従つて業務の決定という面だけを考えれば、取締役会がこれを行うとするものと、代表取締役が行うとする二つの学説の対立が考えられることになる。<sup>(註四)</sup>

そして、取締役に業務の決定権があるとする説をとつても、数人の取締役が全体として一個の業務執行機関を構成しているという立場に立てば、その構成員たる取締役の一人でもが職務執行の停止を受ければ、そのことから当然に全体としての一角が崩れて、会社の業務執行に支障を来たすことになる<sup>(註五)</sup>と考えられよう。しかし株式会社において、個々の取締役はそれ自体としては会社の機関ではなく、単に取締役会の構成員にすぎないとする立場からすれば、<sup>(註六)</sup>そのため法定員数を欠いた場合は別として、個々の取締役の職務執行を停止されたとしても、直ちに会社の業務執行に支障を来たすとはいえないから、取締役職務代行者を選任しなければならないという理由は存在しない。又、職務執行の停止を受けた取締役が代表取締役であるときも同様で、代表取締役が一人しか存在しないときは代表取締役が会社の業務決定権の一部を専属的に有するとする立場なら勿論、代表取締役が業務実行の権限を専属的に有するとする立場でも、その代表取締役の職務を停止することにより業務執行及び会社代表に支障を生じ、そのため当然に会社の活動に支障を来たすことになるであらう。<sup>(註七)</sup>

又、会社業務の決定も実行も、ともに取締役会が行うという立場に立つても、少くとも代表行為は代表取締役が行うから、

代表取締役の職務を停止されれば会社活動に支障を生じ、結局いずれの立場に立つても、取締役の法定員数を欠いた場合と  
か、一人しか存在しない代表取締役がその職務執行を停止された場合には、会社活動に支障を生ずることになる。

(註一) 石井照久・商法Ⅰ二九七頁・二九八頁。松田二郎・新会社法概論一九五頁。田中誠二・新会社法論上巻二六四頁以下。実方正雄・会社法  
学Ⅱ(新株式会社法) 四三八頁。

(註二) 大隅健一郎・代表取締役の地位・会社法の諸問題一六三頁以下。

(註三) 津田利治・会社法の大意・上・二七六頁・二七七頁。

なお大隅教授も、取締役会は業務執行及び実行の権限を有するとされるが、取締役会は業務執行に関するその決定の執行自体はもとより、会  
社営業の通常の経過から生ずる業務の決定及び実行の権限も必ずしもみずから行使しないで、これを特定の者に委ねて代行せしめることがで  
き、しかもそれが会社経営の現実における要請であつて、これを法上の制度として、(傍点筆者) 規定したものが代表取締役である(前掲代表取  
締役の地位参照)としておられるので前説として採用した。

(註四) 業務の決定が取締役会にありとする説は、通説、並びに業務の決定も実行も共に取締役会にありとする説(註三)であるが、代表取締役  
にありとするのは、業務を決定するについても、その細目決定権は代表取締役に認められているとする説である。

(註五) この場合には、職務代行者によつてもその職務を代行することはあり得ない。むしろ、職務代行者の選任が考えられる余地がないこと  
なる。

(註六) 石井照久・前掲商法Ⅰ三〇五頁。津田利治・前掲会社法の大意・上・二五七頁。大隅健一郎・大森忠夫・逐条改正会社法解説二五一頁。

大森忠夫・改訂会社法講義一七〇頁。

(註七) 代表取締役は取締役の場合のように法定員数が特に定められてないから一人でもよいことになる。よつて、もし代表取締役が会社に一人  
しか存在しない場合には当然会社活動の支障となる。しかし数人代表取締役が存する場合には、一人の時程、その支障は考えられない。とい  
うのは他の代表取締役が代つて、代表行為を行うことができるからである。

#### 四 取締役職務代行者の権限

取締役職務代行者を選任する仮処分は、取締役がその職務執行を停止された結果、会社の活動に支障を来たす場合にすぎ

れるが、そのような事態は、単に代表取締役の職務執行が停止された場合のみではなく、平取締役の職務が停止されたため法律に定めた取締役の員数を欠くに至つた場合<sup>(註一)</sup>、特に取締役全員が職務執行の停止を受けた場合にもおこり得る。

取締役職務代行者の選任は、本案の管轄裁判所によりなされ<sup>(商法二七〇条)</sup>、代行者として選任された者は、その選任を承諾することにより、取締役の職務を代行して取締役と同一の職責を有するに至る。そして職務代行者の会社機関としての行為は、対外的にも会社の行為として、その行為の効果が会社に帰属するようになる。しかし職務代行者は、職務執行を停止された取締役に代つて一時的に、その判決が確定するまで、仮処分目的に制約されつつ行動しなければならぬ。それ故、商法は取締役職務代行者の権限を会社の常務に属する行為だけに制限し、代行者が会社の常務以外の行為を行うには裁判所の許可を要するとしている<sup>(商法二七一条一項)</sup>。

このように取締役職務代行者の権限を常務に属する行為に限つた意味は、代行者の非常事態に対する暫定的性格ということにあるのであろう。

ではここにいう常務とはどのように解さるべきであらうか。

「常務とは会社事業の通常の経過にもなう業務行為をいうが、必ずしも営業に関する行為のみに限らない。例えば新株の発行、社債の募集、臨時総会の招集の如き異例的行為は常務に属しないが、通常程度における原料の仕入、製品の販売、定時総会招集などは常務に属する<sup>(註二)</sup>」とされ、「金額、性質などから見て異常でない日常の業務行為<sup>(註三)</sup>」を常務という<sup>(註四)</sup>と解され、学説は大体において一致している。

常務についてこのように解し、取締役職務代行者の地位及び権限を常務との関連で眺めてみると、一人の平取締役が職務執行を停止されても、他に法定の員数の取締役がいる場合、その代行者を選任する必要は否定されるであろう。それ故、この取締役職務代行者は結局、取締役が職務執行停止の仮処分を受けた結果、残存取締役の員数が法定の取締役員数に欠けた

場合、特に取縮役全員の職務執行が停止された場合に問題になることになる。

一方、法は「法律又ハ定款ニ定メタル取縮役ノ員数ヲ欠クニ至リタル場合」に必要なときは仮取縮役を選任できる旨規定している（商法二五八条二項）。このいわゆる仮取縮役は、会社の取縮役の員数が法律又は定款に定めた員数を欠いた場合に選任されるもので、しかも取縮役が任期の満了又は辞任に因り退任した場合には、新たに選任された取縮役が就職する迄ひきつづき取縮役の権利義務を有することになっている（商法二五八条一項）が、この規定だけでは補いえない場合に、その欠員が補われるまで一時選任されるものである。これに対し取縮役職務代行者は、本来取縮役の法定の員数はそろつてゐるが、その全部又は一部の取縮役の職務執行を停止されたため、職務を実際に行う取縮役に欠員を生じた場合に対処するための制度である。

このように考えると両者には判然たる差異があるが、商法二五八条二項の主旨が、理由のいかんを問わず職務を執行し得る取縮役が、法律又は定款に規定する員数を欠いた総ての場合の救済規定と考えれば、取縮役の職務執行が停止された場合にも仮取縮役で行くことが考えられるかもしれない。しかし法が職務執行停止の場合には特に職務代行者を選任することを認め、且つ仮取縮役との間に権限の差異を設けたこと（註五）を考えれば、この場合に仮取縮役選任は法律上予定されていないものと考えねばならないと思う。

次に取縮役全員又は数人が業務執行の停止を受けた場合、その代行者は一名でよいのかが問題になる。

この点については、株式会社の業務執行は取縮役会之を決すという規定（商法二六〇条）を吟味すれば、その代行者も取縮役会を構成するに必要なだけの最低員数を要することにならう。

商法二七〇条以下の規定は、昭和一三年法七二号により定められ、その規定が今日も一部の言葉の改正を除きそのまま存続しているが、一方、その間に昭和二五年の改正法によつて取縮役会制度が採用された結果、会社の業務執行機関の構成、

権限等は以前のそれとは著しい変化が生じているのである。改正前の商法では、取締役は各自単独に内部関係に於ては会社の業務執行機関を構成すると同時に、原則として外部関係では会社の代表機関であつた（改正前商法二五四条二項）ということをおせば、その当時の取締役の職務代行者は、それ自身、業務執行機関であり、且つ代表機関であるところの取締役に關しての規定であつたといわなければならない。だからこそ個々の取締役の職務執行を停止する必要も大きかつたし、そのためにこそ、その代行者の選任ということが現在より以上の必要性をもつていたのである。

しかし今この規定を現行法に移してみると、曾ての取締役にあたる業務執行機関としては、取締役会が相当すると考えられるので、個々の取締役の職務執行を停止する必要も、従来ほど切実でないし、又その執行停止があつても、それがため直ちに会社の業務執行に支障を生ずるものとはいえない制度になつてゐる。

この点からも取締役の全員がその職務執行を停止された場合、その他、ある取締役の職務が停止されたため、残余の取締役に法定員数に足りなくなつた場合に限り、その職務代行者選任の必要があり、且つその代行者の員数は、残余の取締役と合わせて少くとも三名必要であると考えらるべきであろう。

（註一） 単に法定員数のみでなく、之を上廻つて定めた定款の取締役員数を欠いた場合、その会社の業務執行は定款に定めた員数の取締役に構成する取締役会によつて行う必要があるため、その旨を定款に定めたと考えられるからこの場合にも代行者選任の必要性が認められるかもしれない。しかし法定員数があれば、少くとも客観的には会社の業務執行には支障がないと考えられる。

（註二） 大隅健一郎・前掲会社法の諸問題一六三頁、一六四頁。同、全訂会社法論・中巻一六三頁。田中誠二・前掲最新株式会社法律実務三七〇頁。

（註三） 松田二郎・前掲新会社法概論二二二頁。

（註四） 例えは会社解散のため株主總會を招集することは常に常務に属しない（民事局長・民事甲第七八〇号・昭和二年四月九日回答、昭和二年四月五日福島地方務局長。登記研究七八・四一。長谷川信蔵・水田耕一共編・商法判例総覧・第三卷会社、下、六四六頁。鮫島真男・原瀬万次郎共著・株式会社法律相談一六八頁。

取締役職務代行者について

(註五) 取締役職務代行者の権限は、常務に限っているが、仮取締役の場合は、そのような制限は設けられていない(商法二五八条、二七〇条)。

## 五 代表取締役職務代行者

次に職務執行を停止された取締役が代表取締役である場合を考察してみよう。

前述せる如く職務代行者の規定自身、沿革上は主として代表権を有する取締役に関する規定であり、これを現行法上からみても代表取締役の職務が停止されれば、会社代表について支障を生じ、ひいては会社活動の支障が生ずる。

まず代表取締役が一名しか存しないときは、その職務の執行が停止されれば、その代行者を選任する必要あることに異論をみない。しかし代表取締役が数人ある場合、その中のある代表取締役だけの職務執行が停止されたときには、平取締役の場合と同様、代行者を選任する必要はないであろう。

次に代表取締役職務代行者の権限はどうであろうか。正規の取締役が存在し、しかも代表取締役職務代行者が常務の範囲内で行動するときは、取締役会の決議に従って行えばよい。ところが代行者が非常務行為を行う場合、裁判所の許可のみによつて行動すべきであるか。その許可の外に取締役会の決議を要するべきかが問題になる。

代表取締役職務代行者も、代表取締役の地位を一時的に補充するに過ぎないものであるから、会社の経営機構の枠内で行動しなければならないとする学説によれば、取締役会の意思決定に拘束されるのは当然だとする。特に代表取締役の地位や権限は、すべて取締役会に由来するとみる立場からはそのことが強調される<sup>(註六)</sup>。そしてこの説に立つときは職務代行者が裁判所の許可を要するのは、職務執行停止を受けた結果、正規の取締役会の許可が得られない場合に限るとする説もある<sup>(註七)</sup>。

取締役職務代行者は取締役の地位に争いの存するために、その取締役の職務執行が停止され、そのため職務代行者を選任せざるを得ない状態において、争の解決を見るまで暫定的に選任されるものである。しかし代行者は、その名の示す通り職

務の代行者であつて、その代行すべき職務は代表取締役としての職務に外ならないのである。そして取締役会の指揮命令を受けない代表取締役は考えられないから、その代行者も取締役会決議に拘束されるものと解さねばならない。

よつて代表取締役職務代行者が常務行為を行うには取締役会の指揮命令のみに従つて行動すればよいが、非常務行為を行うにも、本案管轄裁判所の許可の外に取締役会決議に拘束されると解すべきである。<sup>(註四)</sup>

(註一) 大隅健一郎・山口幸五郎・取締役会および代表取締役・総合判例研究叢書・商法四・一一七頁。

反対 松田二郎・鈴木忠・条解株式会社法三二九頁。

(註二) 大隅・山口前掲書一一七頁。

(註三) 取締役会の法定決議事項に属する事項は、殆んど会社の常務に属せざる行為といえるであらう。

しかし大隅・山口教授も取締役会の法定決議事項に属する事項は多くは常務に属しないが、必ずしも常にそうとのみはいえないとされ、定時総会の招集は常務に属するからと述べておられる(大隅・山口前掲書一一六頁)。

(註四) 他に取締役がある場合、代表取締役代行者の会社業務執行は、取締役会の決定によるべきものであつて、常務外の行為についても、裁判所の許可の申請はすべきでないとする判例(東京高等・昭和二八年(ウ)一五二号・同年六月二十九日判・判例時報一一卷一六号)がある。

## 六 代表取締役の資格のみの得喪が争われる場合

次に代表取締役の資格のみの得喪が争われる場合を考えてみたい。

代表取締役選任に関する取締役会の決議無効確認の訴が提起された場合、その職務執行を停止し、職務代行者を選任する仮処分に関しては現行法上何らの規定も設けられていない。このような場合にも、法律上無効な決議によつて代表取締役に選任された者が、代表取締役としての職務権限を行使することを停止し、代行者を選任する必要が生じ得ることは、取締役の場合と同様であらう。しかしこの場合、その旨の仮処分が許されるのか。又どの規定による仮処分が問題になるであらう。

これは、当該取締役の、取締役たる資格について争われているのではなく、その代表取締役としての地位のみが争いのある場合であつて、もしそれがため代表資格に基く職務執行を停止されるならば、その職務執行を停止された代表取締役は、代表取締役という資格に基く職務執行は停止されるが、取締役たる資格において有する職務執行は停止されないと見ていいであらうか。従つて、その者について選任される職務代行者は、代表取締役のみに特有の職務代行者としての資格のみを取得すると解すべきか。換言すれば、その代行者の権限は、代表取締役の代行者としての権限のみに限られるものであろうか。

学説は代表取締役は取締役たることを前提とするから、その職務代行者も当然に取締役の職務代行者たる資格を兼ね、取締役の職務代行者たる資格をもたない代表取締役職務代行者を選任することはできない<sup>(註一)</sup>として<sup>(註二)</sup>いる。即ち取締役職務代行者としての資格をもたない代表取締役職務代行者を選任するときは、取締役たる資格をもたない代表取締役を認めるのと同様の結果を生じ、代表取締役の地位に関する現行商法の建前にも反し、又このように見なければ、代表取締役職務代行者の権限は代表取締役としてのそれに限られ、取締役会に出席し、その決議に参加できないことになると<sup>(註三)</sup>いう、その権限に関する配慮がなされているようである。

代表取締役代行者も取締役会の一員であることが要求される。それ故この立場からすれば、他に取締役がある以上、代表取締役職務代行者は取締役のうちより選任されるべきで、<sup>(註四)</sup>取締役にあらざるものが代表取締役職務代行者に選任されることによつて直ちに取締役資格までも有するということは肯定できないわけである。

同様に代表取締役は取締役会とは別個の業務執行機関であるとの立場からしても、代表取締役は取締役であるため、業務の意思決定機関たる取締役会の決定に従い、具体的意思を決定する権限を授与されるので、その地位は代表取締役であると同時に、取締役会の構成員たる関係になつており、代表取締役職務代行者も常に取締役職務代行者としての資格を兼ねるも

のとして選任すべきことになる。

このように考えてくれば、代表取締役職務代行者は、取締役の中より選任した方が便宜でもあるし、職務代行者の権限はその本質において被代行者の権限と一致すべきであるとの要求にもかなうことになるであろう。<sup>(註五)</sup>

(註一) 大隅健一郎・前掲会社法の諸問題一六四頁。なお前掲取締役会一八九頁。

田中誠二・全訂会社法上巻二九〇頁。

(註二) これに対し反対の判決・東京地裁・昭和二八年一月二八日判・下級民集四卷一二号二〇〇九頁。

(註三) 大隅教授は、代表取締役の職務代行者は、これについて、取締役会の決議に加わることも得ないし、またその決議を執行することもできないとされている(全訂会社法論中巻一六四頁)。

(註四) 山口幸五郎・前掲民商法雑誌・三八卷三号五九頁。

(註五) 山口幸五郎・前掲民商法雑誌・三八卷三号六四頁。

## 七 職務代行者の権限踰越と会社の責任

取締役職務代行者の権限は会社の常務にしほられている。そして常務の意味は、大体学説でも一致しているようであるが、なお具体的な行為が、はたして常務に属するか否かは明白でなく、また常務でない行為についても裁判所の許可があれば代行者が行いえるし、その許可があつたかどうかは第三者からは判らないので、会社と取引関係にたつ第三者を保護すること<sup>(註一)</sup>が必要である。

そこで法は、このような場合を顧慮して会社は「善意ノ第三者ニ対シ其ノ責ニ任ズ」る旨、規定している(商法二七一条二項)。よつて会社がいかなる範囲の者に対し、いかなる責任を負うかが検討されねばならない。

まずここにいる善意の第三者とは何か。例えば裁判所の許可なしに発行された新株又は社債を善意で取得したもの、こ

こにいう善意の第三者であるのかが問題になる。

職務代行者の権限を厳格な意味に解した常務に限るとすれば、新株発行、社債発行は常務外の行為として無効であり、相手方に対しても何等法律上の効果を生じ得ない。よつてこの場合は、ただ代行者と相手方との間に無権代理（代表）又は不法行為による損害賠償の關係を生ずることがあるだけである。<sup>(註二)</sup>しかし、そのなされた行為が常務の範囲内であるか、又は非常務行為であつても裁判所の許可があつたかどうかは取引の相手方からは容易にしかも正確には知り得ない。従つて、偶々

常務でない場合に、これを無権代理又は不法行為の問題とするのは相手方の地位を著しく危険にする。<sup>(註三)</sup>この規定は、このような取引安全の意味から表見代理その他の第三者保護の規定とともに認められた制度であると考え、ここにいう善意の第三者とは職務代行者のなしている常務に属さざる行為につき、これを常務だと信じた者とか、或は代行者のなしている行為は常務に属さない行為だと認識はしたが、その点について裁判所の許可があつたと誤認したものということになるであろう。それならば新株発行、社債募集のように、善意で新株或は社債を引受けたものはどうか。善意の第三者を保護することからみれば、新株発行、及び社債発行のごとき場合にも、その相手方を除外することにはならないであろう。しかしこの規定は、単に行為法的な面にだけ向けられており、組織法的な行為には向けられないという考え方ができないであろうか。社債発行の点を考えると、何を以て行為法的行為といい、又何をもつて組織法的行為とするか判然しないようにも思われるし、又単にこれを行為法的行為に限るとしても、取締役職務代行者の権限が常務の範囲に限られるとすれば、通常会社で行われる行為は殆んど常務に属し、常務外の行為は非常に少いようにも思う。

しかし、この規定は、取引の安全を考へての規定であることを思うと、取引に関する非常務行為が狭きに限定されるとしても、企業担保をつけて借財するとき場合などは当然非常務行為であり、それらの点を考慮すれば、ここにいう第三者とは、直接には会社と取引關係にたつもの、といえるであろう。しかしその限りにおいては、その相手方が株主であつても差

支えないこというまでもない。

次に善意については、この場合、無過失は要求されないであろうか。この点、善意の第三者の保護という意味合いから、やはり無過失が要求されると思う。即ち、この制度からみて、悪意又は過失ある相手方を保護する必要はないからである。<sup>(註四)</sup>

(註一) 大浜・前掲書一〇七九頁。

(註二) この場合、会社が不法行為責任を負うことについての成法上の根拠には疑問がある。というのは、合名会社、合資会社は、民法四四条の規定を会社に準用している(商法七八条二項、一四七条)のに対し、株式会社ではこの規定を会社そのものに準用しないで、特に代表取締役<sup>(註四)</sup>に準用している(商法二六一條三項)。もつとも清算人については合名会社、合資会社も別にこれを準用している(商法一三五条、一四七条、株式会社の場合は商法四三〇條二項)が、このように見ると、株式会社の場合は個別的に各個の機関を指定して、民法四四条を準用するに過ぎない。従つて代表取締役以外の者、例えば取締役職務代行者とか仮取締役等がなした不法行為については、会社が損害賠償責任を負うのか否かが問題になるからである。私は、株式会社の場合も特にこれらの場合に会社が不法行為責任をおわないとしている主旨とは考えないので、不法行為責任を認めたのである。

(註三) 我妻栄・民法総則(民法講義Ⅰ)二九一頁。

(註四) 我妻・前掲書二九三頁。特に無過失を規定していない民法一〇九条の表見代理についても無過失を要求している。

## 八 ち す び

以上、取締役職務代行者の制度を、商法の側から問題をとりあげ、これが民事訴訟法の仮処分についても作用すべきことを検討したが、不十分な所論、まして民事訴訟法については全くの無知、果して商法の立場より、このような主張がなせるか疑問なしとしない。御叱正を仰ぎたいところである。