慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究三〇〕 私文書の作成名義人の印影が当該名義人の印章によつて顕出された場合と文書の真正の推定 求償債権等請求事件 (昭和三九年五月一二日第三小法廷判決)
Sub Title	
Author	伊東, 乾(Itō, Susumu) 渡辺, 惺之(Watanabe, Satoshi) 石川, 明(Ishikawa, Akira) 倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichirō) 民事訴訟法研究会 (Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1966
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.39, No.4 (1966. 4) ,p.97- 105
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=AN00224504-19660415-0097

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.

度に差があるとしても、それは当該第三者の有する利益の違いから生じるものであつて、使用者の受認すべき範囲に差はないであろう。これを本件について考えてみると、判旨が違法としている点は、組合の方針に反して外来患者の通行を阻止した一〇数例の行為および被申請人側苦情処理班の医師と患者の接触に対する妨害行為である。前者は明らかに第三者に対する関係においては、患者の利益を侵害するものとして違法である。しかし使用者との関係において考えてみると、これら阻止された患者に対する診療行為が妨げられたからといつて、いまだ使用者の受認の範囲を越えたものとは考えられない。しかもスト当時の労使関係を考慮に入れるならば、裁判所によつて認定されているように使用者側には不当労働行為的態度および組合の説得活動に対する妨害行為があり、組合側はもつぱら外来患者に対する説得を目的としていたのであり全体的にみればこれらは例外的な事例であるからむしろ本件において違法とされた行為はいまだ使用者との関係においては受認の範囲を越えた違法なピケということはできないであろう。したがつて違法であることを前提としている点において判旨は妥当ではない。

三、ピケ活動と医師法との関係について判旨は妥当である。

四、東京地裁は、違法争議行為について組合の幹部責任を認める立場に立ちながら、本件においてはその違法性が薄いことを理由に、結局使用者の不当労働行為を認めている。幹部責任を認める立場については、すでに各方面から詳細な批判が行なわれているので、ここであらためて取り上げないことにする。

以上判旨の結論に賛成であるが、その理由づけに若干疑問の点がある。

（金子　晃）

〔最高裁民訴事例研究　三〇〕

昭三九8（最高民集一八巻四号五九七頁）

私文書の作成名義人の印影が当該名義人の印章によつて顕出された場合と文書の真正の推定

求償債権等請求事件（昭三九・五・一二第三小法廷判決）

Y_1は、昭和三四年九月、金二〇万円を弁済期昭和三五年九月の約で、A信用金庫より借り受けたのであるが、その際、XはY₁の委託に基き、Y_1のAに対する債務につき保証をなし、将来、Xが代位弁済をした場合には、XのY_1に対する求償債権に対し日歩七銭の遅延損害金の支払を受ける旨を約定し、Y_2・Y_3は、Y_1のXに対する債務につき連帯保証をなした。ところが、Y_1はAに対し弁済をしないの

で、昭和三五年一二月、XはAに対し代位弁済を為し、前記約定に基き、Y_1・Y_2・Y_3に対し、元利金及び約定損害金の支払を求めて、訴を提起した。第一審では、Y_1・Y_3は口頭弁論期日にも出席せず、又何等の準備書面も提出せず、唯、Y_2のみが弁論に出席し、Xの請求原因事実につき自白した。Y_1・Y_3はXの主張を自白したものと扱われ、Xの請求を全面的に認容する旨判決があつた。Y_1は控訴し、控訴審に於て、Xの主張事実を全部否認すると共に、原審相被告Y_2がY_1の印鑑を盗用して、X主張の借受及び保証委託の各行為をなしたものであり、又、原審に於ては、Y_2がすべて解決すると言つたため、Y_1は出席しなかつたにすぎないと、主張した。控訴審は、問題となつている、保証委託契約書等の各文書（甲号各証）中、Y_1の名の下の印影が同人の印を以つて顕出された事は当事者に争がないので、該文書は反証なき限り、民事訴訟法第三二六条に依り真正なものと推定されるものであるところ、Y_1・Y_2・その他の証人の尋問の結果、右の反証と認められるものはない、として甲号各証の成立を認め控訴を棄却した。Y_1はこれに対し上告。上告理由として、甲号各証中、Y_1の名の下にある印影が同人の印章を以つて顕出されたものであるということから、直ちに民訴三二六条を適用して、甲号各証の成立を認めたのは法令違反である、と主張した。これに対し最高裁は、「民訴三二六条に『本人又ハ其ノ代理人ノ署名又ハ捺印アルトキ』というのは、該署名または捺印が、本人または代理人の意思に基いて、真正に成立したときの謂であるが、文書中の印影が本人または代理人の印章によつて顕出された事実が確定された場合には、反証がない限り、該印影は本人または代理人の意思に基いて成立したものと推定するのが相当であり、右推定かなされる結果、当該文書は、民訴三二六条にいう『本人又ハ其ノ代理人ノ（中略）捺印アルトキ』の要件を充たし、その全体が真正に成立したものと推定されることとなるのである」と説示し、原判決が、甲号各証につき、甲号各証中Y_1の名の下の印影が同人の印を以つて顕出された事は当事者間争がなく、該文書は反証なき限り、民訴法三二六条により真正なものと推定される、と判示したのも、この趣旨に出でたものと解せられ、正当であると是認し、上告を棄却した。

一　本件は、私文書に作成名義人の印章による印影があるが、その印影が作成名義人の意思に基いて真正に成立したものかどうかに争がある場合、その文書の真正を認めてよいか否か、が問題とされている場合である。判旨は、民訴法三二六条を適用して、私文書の真正を認めるにつき、㈠、民訴法三二六条の適用あるためには、「本人又ハ其ノ代理人ノ署名又ハ捺印」が本人又は其の代理人の意思に基いて真正に成立した事が前提要件とされる。㈡、私文書に作成名義人の印章による印影がある時は、反証のない限り、作成名義人の意思に基いて、真正にその印影が成立したものと推定する。本件では、この推定法則に依り、㈠の前提要件が充たされ、従つて、㈢、民訴法三二六条の適用があり、反証なき限り、私文書の真正が推定される、としている。㈠は民訴法三二六条の法律解釈の問題であるが、学説は従来から主張していた事である（菊井・村松‖民訴法コンメンタールII・四〇五頁、兼子・岩松‖実務講座四巻二六六頁）。しかし、実務上は、本件の原判決の如く必ずしも明確に認識されていないところがあつたのであるが、本判決はそれを明確にしている。この点に注目し、本判決の意義を民訴法三二六条の

法律解釈についての判例として認めようとする説もある（坂井「印影の同一と文書の成立の推定」判例時報四二九号四頁）。㈡については、この推定法則が経験法則であるのか証拠法則であるのか、又、この推定法則が認められた事の意義等につき後述「二」に於て詳しく述べたい。さて、本判決の主意は、原判決に於ける民訴法三二六条適用についての不明確な点を補つて、それを是認する事にあつたものと考えられる。即ち、原判決に於ては、「　印影が、同人の印を以つて顕出された事は当事者間に争がないので、（文書）は、反証がない限り、民訴法三二六条により真正なものと推定されるところ、」$Y_1 \cdot Y_2$等の証言はこの反証とは認められないとして、文書の真正を推定しているのであるが、これは、前述㈡の推定法則上の前提事実を以つて、直ちに㈢の推定法則上の推定結果を導いているものであつて、論理に飛躍がある。㈡の推定については、判文の上からは何ら考慮しなかつたものとも考えられ、従つて、㈠の民訴法三二六条の適用についての法律解釈に誤解があつたのではないかとも疑えるのである（同旨、前掲坂井論文、判例時報四二九号四頁）。この様な原審の不充分な判示を、最高裁は㈠㈡㈢と云う順序を追つて考えたものであると善解し、認めているのである。実務上は、本件、上告審判決の如く順を追つて詳しく判決書に記述するのは稀であつて、原審の如く簡単に書いてしまうのが通例の様であるが、論理的に考えれば、原判決の如き例は明らかに不充分であり、法適用について誤解があると考えられても仕方がないであろう。又、被告側が原審に於てなした反証が、民訴法三二六条の推定のみならず、㈡の経験法則上の推定をゆり動かすに足りない程度のものであつたのか、果して㈡の推定につき正しく認定がなされたのか、若干の疑いを入れる余地がないとは云えない。しかし、事実認定は原審の専権に属する事であり、上告審としては、よほどの経験則違反の認められない限り、それを以つて原判決を破棄できない事を考えれば、本件上告審判決は妥当なものと云い得るであろう。

二　前述㈡の民訴法三二六条適用の前提を決する推定について、証拠法則と視る見解がある（民商法雑誌五二巻一号九〇頁東評釈に於ては証拠法則としている様である）。証拠法則とは、画一的な法則に依つて、裁判官の事実判断を拘束するもので、事実認定を裁判官の具体的確信に委かす自由心証主義に対しては例外をなす規定であり（兼子「民事法研究」三一九頁）、判例法による証拠法則の樹立は少くとも民訴法三二六条の予定する所ではない（兼子前掲書三〇五頁）。従つて、㈡の推定法則は証拠法則と目すべきではなく、あくまでも経験法則上のものと解すべきである（前掲、東評釈は、事実上の推定の是認は直ちに証拠法則としての推定法則を是認するかの如き誤解をしているものと思われる）。一般に民訴法三二六条自体は証拠法則であるとされ、その推定は性格として、所謂事実上の推定であるとされて居る。従つて、その推定という面にのみ注目すれば、民訴法三二六条は一般的な経験法則の宣明にすぎないのであるが、普通の経験法則の場合に於ては、一般的な経験法則に依るのが妥当でない例外的・特殊的事例の場合には直ちに例外的・特殊的な経験法則に依つて判断なし得るのに対し、それが法文上に宣明され、証拠法則化された事によつて、その証拠法則に依らない場合には、その理由を明らかにしなければならない所に、消極的拘束力が働らくものと考えられるのである。従つて、民訴法三二六条の意義は、その内容たる推定

法則自体ではなく、それが法文上に宣明され、証拠法則とされ、消極的拘束力を有するに至つた点にある。そして、その目的とする所は、文書の形式的証拠力の認定を容易ならしめる事なのである。ある経験法則が証拠法則とされる結果生ずる効果は、理論上は消極的拘束性にすぎないのであるが、現実には、余程のことがないかぎり特別な具体的情状を考慮することなくこれに依るべしと云うに近い、かなり強い拘束力を持つものである。本件の推定法則についても、理論上・証拠法則と解するのが妥当でないとされても、現実には、最高裁が取上げて特に判決に宣明したという事実により、証拠法則的効力（即ち、ある程度の拘束力）を有するのである（前掲坂井論文もこれを強調する様である）。そこに、本判決の意義がある。即ち、民訴法三二六条と相俟つて、文書の真正の認定をより一層容易にするものである。一般には文書の真否の問題は補助事実についての問題である事から、その認定責任の軽減が図られたものと思われる。そして、その実質的証拠力の認定について厳格を期する事により、不当な結果の発生を防ぎ得るとしたのではあるまいか。しかるに、実際には判例は文書の有する実質的証拠力を過度に重視し、その反証の成立につき厳しく容易に認めない傾向にある（この点につき、伊東「研究」二八四頁所収判例評釈参照。判例について、近藤「証拠の証明力」民訴法講座二巻六〇八頁注(八)の判例）。そして、この様な判例の傾向と文書の真正の認定を容易化する方向とを結びつけて考えれば、例えば、契約書にある作成名義人の印影が同人の印章による事から安易にその契約の存在を認めてしまう様な事になるであろう。間接事実たる文書の真否の認定を、証拠法則の導入等により、形式化し容易にする事は、訴訟の簡明と能率という面から考えれば、必ずしも不当とは云い得ないであろうが、それにはあくまでも実質的証拠力の認定に重点を置き、厳格にする事が前提として考えられていることが必要とされるのである。実質的証拠力についての判例の傾向が前述の如きものである現状に於ては本判決の如き推定法則を認めるについても――そのこと自体には賛意を惜しむものではないが、これに関連して――一抹の不安を感ずるを禁じ得ないのである。

（伊東　乾・渡辺惺之）

昭三九9（最高民集一八巻四号六〇八頁）

一、代表取締役職務代行者が招集した臨時社員総会における決議の効力

二、職務執行停止仮処分中に代表取締役がなした代表行為は、後に仮処分が取消された場合遡つて有効となるか

請求異議事件（昭和三九・五・二一第一小法廷判決）

Y有限会社（被上告人）代表取締役Kは、会社を代表して、X（上告人）と金銭消費貸借契約を締結し、右両名の委嘱により、昭和三二年二月九日本件債務名義である執行力ある公正証書が作成された。そして、同二月一五日に右債務名義によりXはY会社所有の有体動産の差押をなしたが、Kはすでに一月一七日に、代表取締役選任決議取消の訴を本案とする職務執行停止の仮処分を受けていたものであつて、Y会社代表取締役職務代行者Sが会社を代表して、Kの右公正証書作成委嘱行為の無効を理由として、強制執行に対する

請求異議の訴を提起したのが本件である。

第一審・第二審を通じて、執行債権者たるXの側では、右の仮処分が後に本案である総会決議取消の訴の却下（出訴期間徒過）・確定にもとづき取消されたことにより、職務執行停止の仮処分が遡及的に無効となり従つて本件債務名義たる右公正証書作成行為も遡つて有効となるものと主張したが、いずれも敗訴した（第一審――甲府地判昭三四・五・一五、第二審――東高民一三判昭三五・一〇・八）。

そこで、Xは次のごとき理由により上告した。第一に、本案前の主張として、本件訴訟はY会社代表取締役職務代行者Sにより提起されたが、その後、昭和三二年九月二〇日、右Sの招集した臨時社員総会において、職務執行停止中の代表取締役Kを解任、新たにT（仮処分申請人）を代表取締役に選任する決議がなされ、右Tは本件訴訟をSから受継し、爾後代表者として訴訟を追行して居る。しかし、職務代行者が臨時社員総会を招集し取締役を選・解任するということは、商法二七一条により仮処分の趣旨を逸脱した処置として当然無効であり、従つてTは無権限の代表者であり本訴は却下されるべきものであつて、民訴三九五条一項四号により、及び、審理不尽により原判決は破棄されるべきである。第二に、仮処分の取消の効果が遡及するか否かは取消の事由の発生が仮処分決定前であるか後であるかによつて分かれるべきである。即ち特別事情による仮処分の取消又は事情変更による取消のごときは仮処分決定当時より後に発生した取消事由によるから将来に向つてのみ効力を生ずるものであるが、これに反して仮処分決定以前に発生した事由による取消は遡及的効力を生ずると解すべきである。本件の仮処分取消は本案訴訟の却下を理由とするもので後者に属するものであり、この点原審は法令解釈を誤つている。

以上に対し判決は次の如くいう。第一点につき、「代表取締役職務代行者は商法二七一条により会社の常務に属さない行為をすることは禁ぜられ、臨時社員総会を招集することは会社の常務とはいえないこと明らかである。しかし職務代行者が招集した臨時社員総会における決議は当然無効と解すべきではなく、商法二七四条所定の決議取消の訴によつてのみ取消されうるに止まるものと解すべき」である。第二点につき、「所論仮処分は仮の地位を創設するものであつて、一定の者から職務執行の権限を剥奪し、他の適当な者にこれを与えて代行せしめるものである。職務の執行を停止されたものが仮処分の趣旨に反して行なつた行為は絶対に無効であり、後に仮処分が取り消されてもその取消原因の如何を問わず遡つて有効となるものではない」――上告棄却。

上告理由の第一点は、代表取締役としてY会社を代理して訴訟行為を為しているTの代表資格を争うものである。その場合に、主張の中にあらわれているところの、代行者の招集した臨時総会により選任された代表取締役Tについて、その選任決議の効力の問題のほかに、かりに右の決議が有効であつたとした場合にも、仮処分取消以前に新代表取締役による訴訟受継が可能であるか否かの問題が存する（後者は職権調査事項である）。さらに、前者についても、上告理由が新代表取締役選任決議の無効の主張の根拠をいかなる点にもとめているかは必ずしも明らかではない。すなわち、一方、商法二七一条を挙示していること及び裁判所の許可を受けて居らないことを主張しているところよりすれば、新取締役選任のための臨時総会招

集が代表取締役職務代行者の権限外であるという主張ともとれるし、他方、「仮処分の趣旨を逸脱したる処置として当然無効」という主張ならびに理由中に挙げられている東京控訴院の昭和七年一一月一五日の判例の趣旨よりすれば、右決議内容が仮処分命令に違反するものとの主張ともとれる。

以上の問題点を整理すれば次の三つになる。

一、代表取締役職務代行者が招集した臨時社員総会における取締役選任決議の効力

二、職務執行停止仮処分中の取締役を解任し新取締役を選任する決議はその内容が右仮処分命令に違反するか

三、右決議が有効だとした場合に、仮処分取消前に新代表取締役による訴訟受継が可能か

右のうち、一を倉沢が研究し、二および三を石川が研究する。

一、取締役職務代行者は、仮処分命令に別段の定のある場合のほか、会社の常務に属さない行為を為す権限を有しない（商法二七一条、有限会社法三二条）。そして、学説はほぼ一致して、定時総会の招集は常務に属するが臨時総会の招集は常務に属さないものとしている（大隅「全訂会社法論」中巻一六三頁、大浜「取締役と取締役会」講座三巻一〇七八頁等）。本件判決は、右の通説的見解を明言するはじめての判例である（昭和一三年の商法改正以前においては、取締役職務執行停止・代行者選任の仮処分は一般的な仮の地位を定める仮処分として為されて居たが、その場合の代行者の権限が商法二七一条の新設により爾後制限されることになったものと解すべきか、あるいは代行者の権限につき仮処分の目的からする当然の限定を明文化したものと解すべきかは必ずしも明らかにし得ない。旧法上の判例としては、下級審であるが、少数株主権にもとづく総会招集があった場合に代行者に臨時総会招集義務ありとするもの――東地判昭七・八・九新聞三四七号五頁――、清算人職務代行者に清算人解任を目的とする臨時総会を招集する権限ありとするもの――東控判昭一一・一二・七新聞四一〇六号一九頁――等反対の趣旨のものがある）。

「常務」とは、その会社にとつて通常の経過にともなう業務行為をいうものであるから（大隅・前掲。組合の常務につき我妻「債権各論」中巻二七七八頁では、「日常の軽微な事務と認められるもの」としている）代表取締役の解・選任を目的とする本件臨時総会の招集が常務に属さないものとするかぎりでは判旨には賛成である。しかしながら、一般に臨時総会招集が常務に属さず従つて代行者の権限外であるとすることは問題であろう。何となれば、定款上業務執行権が大幅に総会に移譲されている会社においては、代行者が常務をなすために臨時総会が招集されなければならぬ場合も考え得るし、一方、代行者が取締役の選任・定款変更等を議案の一つとして定時総会を招集した場合に、それらの決議に何らの瑕疵がないものとも考えられない。昭和一三年改正法の立法に直接関与された奥野氏他七氏の「株式会社法釈義」には、非常務行為の例として「解散の為の総会の招集」が挙げられて居り異論はあり得ないが、これは総会の目的にもとづく分類であつて、定時総会・臨時総会という総会の種類による区別とは基準を異にする。解散議案を定時総会に提出することも可能なことなのである。結局、総会招集が常務に属するか否かは、その会議の目的たる事項がその会社の通常の経過にともなう事務であるか否かによつて判定すべき事柄であると解すべきである（中務教授は本件判例評釈において、「臨時総会の招集すなわち会社の常務か否かということよりも、その総会がどういう目的のもとに招集せられるかによつて判定するということも考えられるのであるが、一般的にいつて会社の通常の業務経過としてなされるものではないであろうし、裁判所の許可を得れば招集は可能なのであるから、一応常務に属さないとしてもいいのではあるまいか」――民商五二巻一号一〇六頁――とされる。裁判所の許可を得れば可能であるからという点については、本来裁判所の監督の下に置かれるべき事柄が商法二七一条一項本文で定まらなければ、同条の立法目的は達せられないことを指摘せざるを得ない）。

右のような、総会招集行為自体につき、それが常務に属する場合と常務に属さない場合とがあるものとして判断する立場に対して、招集行為自体は無内容であり常務と見て差支えがなく、成立した決議にもとづく執行行為だけを制約すれば商法二七一条の目的は達せられるとする立場がある（吉川「増補保全訴訟の基本問題」五三八頁）。しかし、総会決議が常に代行者の執行行為をともなうものではなく、総会決議はそれ自体が団体法上の意思表示として直接に特定の法律効果と結びつき得るものであり（本件の取締役解任決議などその例である）、執行行為に対する制約だけを以てしては、代行者の権限を常務に限つた法の目的は達せられないものと思う。

次に、代表取締役職務代行者が取締役の解・選任を目的として臨時総会を招集した場合に、その総会でなした決議は決議取消の訴によつてのみ取消し得るとする判旨には賛成である。決議内容に関する瑕疵を無効原因とし、決議の手続に関する瑕疵を取消原因としているわが商法の下で、決議の内容に関しないところの招集者の無権限の事例である本件において、上告理由のごとく決議の当然無効を主張するとすれば、それはいわゆる決議の不存在をその理由とするものであろう。一般的に、学説は無権限者による招集の場合はその総会の決議は不存在であるものとしている（なお、大判昭七・二・一、二民集一一巻二〇七頁）。これに対して中務教授は、「取締役の職務代行者は、定時総会を招集する権限をもつのみでなく、裁判所の許可があれば臨時総会をも招集しうるのであるから、全くの無権限者、たとえば会社債権者のなす招集と同一視するよりも、決議の成立過程における瑕疵と解」するのが妥当（前掲一〇七頁）とされる。たしかに、代行者は裁判所の許可を得れば臨時総会を招集し得る地位にあるのに対して、会社債権者のごとき第三者は、いかなる手続によつてもその地位において招集権限をもつことはない点が大いに異なる。このような場合に、無権限者の招集であることを理由として一律に総会成立を否定し決議不存在と見ることは問題であろう（Majer の批判につき、石井「株主総会決議の瑕疵」法協五一巻三号四九頁参照）。石井教授は、株主の多数性・所有と経営の分離より生ずる会社業務執行機関に対する株主の関係の第三者化傾向からして、株主は一応総会招集権限を有し得る地位にある者の招集の有効を期待するものであり、局外者の招集のように外見上も総会が不存在であるような極めて異例な場合のほかは、一応総会の成立を認め、決議の手続上の瑕疵と解すべきことを主張される（石井・前掲五〇頁、同・講座三巻九四一頁）。本件は有限会社の場合であり、有限会社の社員と業務執行機関との関係から、通念上外見的にも総会が不存在の場合であるか否かが検討されねばならないが、右の立場からすれば、代表取締役職務代行者の招集した臨時総会の決議は不存在とは見られないことになるであろうと思われる。

私は、決議取消原因と不存在との区別については石井教授の説に賛成するが、総会の招集行為と招集通知行為とが、ちょうど業務執行行為と代表行為におけるのと同様に、理論的に分別されねばならないと考えているので、本件については次のように考える。すなわち、総会の招集とは、会社の常設機関たる総会を議決機関として機能せしめるための招集権者の行為であるが、招集通知は観念通知であり

単なる代表行為である。総会の招集は、株式会社においては取締役会がこれを為し(商法二三一条)、通知は代表機関たる代表取締役がこれを為す。有限会社においては、取締役の過半数の決議によつて取締役が招集し(有限会社法三五条、同三六条ノ二)、代表取締役の定がある場合にはその者が通知を為す。そして、上述のように、総会の招集についてはその目的に従つて常務に属するものと属さないものとがあり得るが、単なる代表行為である通知は商法二七一条による制限はなく、従つて代表取締役職務代行者はその権限があるものと考える。例えば、唯一の代表取締役の職務執行停止の仮処分がなされ代行者が選任された場合に、他に法律上あるいは定款上必要な員数の取締役が居り、取締役会で招集を決定しあるいは取締役の過半数で招集を決議した場合に、代表取締役職務代行者が通知を為す権限を有しないと考えることはかえつて不当である。そこで、本件の事例は、招集は無権限者によりなされたが招集通知は適法であり、従つて、株式会社の代表取締役が取締役会の招集がないにもかかわらず招集通知を発した場合と同様のケースであつて、決議は取消し得るものと解される(大隅・前掲六〇頁参照)。

二、職務執行停止仮処分中の取締役を解任し新取締役を選任する決議はその内容が右仮処分命令に違反しないかどうかを検討する。否定説は、理論的には、新取締役の選任決議が仮処分に定められた仮の地位を変更し、本案訴訟の存続を不要ならしめ、被保全権利に関する紛争は完全に終結せしめ、仮処分の暫定的・仮定的性格に反することになるという理由から、実際上は、代行者の招集せる総会における新取締役の選任決議を認めると、この種仮処分による会社の乗取を肯定する結果になるという理由から、この種の決議は無効であるという(本件原審判決、東京控判昭和七・一一・一五大審民集一二巻一七号一七二八頁、新聞三五一六号十五頁。学説としては、吉川・保全処分の研究一八四頁以下)。しかしながら、(1)本件仮処分の内容は、その資格に問題のある取締役の職務を停止し代行者を選任するにとどまり、総会の決議を制限乃至禁止するものではない。むしろ、代行者による取締役の職務執行の代行が変則的状態である以上、会社の自治的措置で新取締役を選任できることを認めない限り、本案の確定にいたるまで変則的状態を会社に強いることになる。会社が総会という機関を通じて自治的、自主的に新な取締役選任の決議をなした以上これを尊重して変則的状態を終了せしめる道を開くのが妥当であろう。(2)この種仮処分の効力の時的限界については問題がある。この点については中務・前掲一〇四頁以下に詳しい。同教授は、本案判決確定のときは、この種仮処分は執行保全とは無関係であるから、仮処分命令中に「本案確定に至るまで」との条項の有無を問わず当然に失効し、また株主総会において新な会社機関が適法に選任せられた場合にもまた、仮処分はその目的の到達により当然失効するという見解(石井・前掲判批、吉川・研究一八七頁)に賛成されている。本案判決確定のときはそれでよいとしても、新取締役選任の場合は問題がありはしないかと思う。私は、この種の仮処分は職務の執行を停止された取締役は解任されたのであるから、その限りで、その効力を内容的に発揮しえないという意味での裁判の無効の場合にあたる(裁判の無効については石川・判批・民商五三巻三号四六九頁以下参照)と思う。しかし代行者選任に関しては仮処分の裁判が当然に失効する理由はなく、事情変更による取消がなされなければ依然とし

て効力を有するものと解せられる。そこで新取締役の選任に伴い仮処分の理由が消滅し、取消されない限りは、代行者が職務を遂行するがゆえに、仮処分による代行者と新取締役の権限の矛盾衝突もないから、この点でも、新取締役の選任は決して仮処分に反するものではない、と考える。かくして、私は右仮処分中でも新取締役の選任決議は適法であると考える（大審昭和八・六・三〇日判民集一二巻一七号一七一頁、石井・判民昭和八年度一一九事件、大隅・全訂会社法論中巻一六四頁、中務・本件判批・民商五二巻一号九五頁以下）。

三、既述のごとく、代行者選任の仮処分の取消されない限り新取締役ではなく代行者が取締役の職務を遂行することになる。したがつて新取締役が本件請求異議訴訟を受継することはできない。しかしながら右受継の瑕疵は、本件訴訟の確定により治癒される。もちろん四二〇条第三号の再審事由にあたるから、原告会社より再審の訴を提起しうるが、しかし、この種の瑕疵も本件仮処分の取消により治癒されるとみるべきであろう。したがつて新取締役による受継については問題がないとみるべきであろう。

四、以上のほか若干の訴訟法上の問題を補足しておく。まず第一に判旨二は問題のないところであろう（中務・前掲一〇七頁）。第二に、本件は職務執行停止中の取締役によりなされた金銭消費貸借契約並びに執行受諾に瑕疵のある場合である。公正証書に表示された実体行為である金銭の消費貸借そのものの瑕疵を攻撃するため請求異議の訴を提起したのは理解しうるが、執行受諾行為の瑕疵を理由として執行文付与に対する異議乃至異議の訴（異議の訴が提起しうるか否かは問題であるが）による救済も亦可能である。両救済手段の原因が併存しているかかる場合でも、請求異議訴訟の法的性質につき実体的確認訴訟説または救済訴訟説をとる以上は、単に執行を止めることを目的とするのみならず、実体的法律関係の確認をも必要とする以上請求異議訴訟の利益があることは当然であろう。この点について本案判決中直接の判示はないが、請求異議訴訟の訴の利益を肯定しこれを前提としている点でも本件判決は正当であろう。

（石川　明・倉沢康一郎）