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

Title	〔商法一一三〕共同代表取締役の一人の行方不明と他の代表取締役による単独応訴 (昭和四十五年一月三〇日判決)
Sub Title	
Author	加藤, 修(Katō, Osamu) 商法研究会(Shōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.6 (1972. 6) ,p.79- 83
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=AN00224504-19720615-0079

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.

判例研究

〔商法　一一三〕　共同代表取締役の一人の行方不明と他の代表取締役による単独応訴

（大阪高等昭四一(ネ)第一一一六号　四三(ネ)第四六七号　昭和四五・一・三〇判決・物件引渡請求控訴事件、附帯控訴事件　下級民集二一巻一・二号一四九頁）

【判示事項】

共同代表の定めがある場合に代表取締役のひとりが行方不明のため他の代表取締役だけでした応訴の適否（積極）

【参照条文】

商法第二六一条、民事訴訟法第五〇条

【事実】

被控訴人X会社の主張

引受参加人Z会社は、昭和四一年三月九日ごろ本件第一ないし第三物件を控訴人Y会社から引渡しを受けて占有している。しかし、右物件は、Xの所有に属する。よつて、Xは、Zに対し所有権に基づき引渡しを求める。本件物件に関するZの単独占有は、昭和四三年一一月一九日からである。Yが昭和四〇年三月ごろまで占有し、その後訴外城東化学工業所が占有し、昭和四〇年一〇月二一日から昭和四三年一一月一九日までは執行官が占有していた。本件第一、第二物件が公売になり訴外岩本相太郎が競落したことは認めるが、同人は引渡しを受けていない。かりにZが本件物件を買い受けたとしても、Zは、本件物件に関するXとY間の譲渡担保契約に基づいて右物件の所有者がXであることを知つている。Zが本件物件の所有者が右城東化学工業所であると誤信したとしても、通常の注意をすればそれを避けることができたはずである。したがつてZの即時取得の主張は要件を欠くものである。Yは、本件第三物件を城東化学工業所ことAをして代理占有させている。

控訴人Y会社の主張

Yは、昭和三九年一二月倒産し、昭和四〇年七月ごろ城東社会保険金不払いにより本件第一ないし第三物件は競売せられ、Yは右物件を占有していない。

引受参加人Z会社の主張

本件第一ないし第三物件をZが占有していることは認める。Yが

社会保険料を滞納したため、城東社会保険事務所が本件第一、第二物件を公売処分し、昭和四〇年四月二六日岩本相太郎が競落したが、同人よりAが譲り受け、Zは、昭和四一年三月一〇日Aから右物件を本件第三物件およびその他の物件とともに代金二〇〇万円で買い受け同日引渡しを受けた。Zは、YからXのために譲渡担保が設定されていたことを知らなかったので、本件物件が城東社会保険事務所によって公売処分にされ競落人の岩本相太郎からAが買い受けたことをきき、Aが現に公然と右物件を使用していたので、これを買い受けても大丈夫と信じて買い受け、その引渡しを受けたから、Zは所有権を取得した。

【判旨】

Zが本件第一ないし第三物件の所有権を即時取得したことを認め、原判決中Yに関する部分を取り消し、XのYおよびZに対する請求をいずれも棄却。

「引受参加人Z会社の代表取締役BとAは、共同代表の定めがあることは記録により明らかである。ところで、……Aは、行方不明であることが認められる。共同代表の定めがある場合一人の代表者で訴訟行為をすることができるかどうか問題であるが、本件のように代表者の一人が住居所不明である場合相手方の訴に応訴する場合は、一人で民事訴訟法第五〇条第二項の行為を除くその他の訴訟行為をすることができると解するのが相当である。したがって、代表取締役Bのした訴訟行為は、引受参加人の行為として効力を生ずるものというべきである。」

占有改定による即時取得の成否の問題と差押え中の動産に対する執行官の占有の性質についての問題に関する判旨については省略。

【評釈】

判旨に若干疑問。

民事訴訟法五〇条の立法趣旨について、松岡義正委員は、民事訴訟法改正調査委員会において次のように説明されている。すなわち、「準禁治産者とか妻とか法定代理人は自から働き掛けて訴訟をするような場合には保佐人の同意とか夫の許可とか親族会の同意を必要とするけれども被告となるとか被上告人となるような場合に於きましては之は同意を要するとか許可を要する様にするのは穏当ではあるまい、之は是非やらなければならぬのであるから、そう云う場合には同意がなくとも訴訟行為が出来る。許可がなくとも訴訟行為が出来ると云う趣意で」あると説明されている（法曹会発行・同委員会速記録一三六頁）。第五一回帝国議会民事訴訟法改正法律案委員会において、池田寅二郎政府委員は、「準禁治産者、妻又は法定代理人、斯う云うものは一体訴訟を提起するに付きましては或は保佐人の同意とか或は夫の許可と云うものが要るのでありますが、受身となりまして他より訴えを受けて其地位に立つ、防禦の地位に立つと云うことになりました場合に防禦行為と云うことは必然為さねばならぬ行為になるのでありますから、さう云う特別の授権を必要としないと云うことに致しました」と説明されている（法曹会発行・同委員会速記録一九三頁。同書二〇八頁も参照）。さらに、司法省編纂・民事訴訟法中改正法律案理由書は、「本条ハ準禁治産者、妻又

ハ法定代理人ノ訴訟行為ニ関スル規定ナリ民法ニ依レハ準禁治産者又ハ妻カ訴訟行為ヲ為スニハ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ要シ又後見人カ被後見人ヲ代表シテ訴訟行為ヲ為スニハ親族会ノ同意ヲ要スル然ルニ之等ノ者カ訴ヲ受ケタル場合ニ於テハ応訴ヲ為シテ防禦ノ方法ヲ講スルハ其ノ必然為ササルヲ得サル所ナルヲ以テ本条第一項ハ斯ル場合ニ於テハ特別ノ授権ヲ必要トセサルモノトセリ、相手方ノ提起シタル上訴ニ付訴訟行為ヲ為ス場合モ亦同様トス

第二項ニ列挙スル行為ハ本人ニ対シ利害ノ関係大ナルヲ以テ準禁治産者、妻又ハ法定代理人カ之等ノ行為ヲ為スニハ特別ノ授権ヲ要スルモノト為シタリ」としている（同書二五頁、二六頁）。

さて、当事者から訴訟引受申立も訴訟告知もないのにかかわらず、当該法的紛争の関係者が自分のほうから積極的に訴訟参加を試み、放置しておけば裁判の効力をうけなくてすむものをあえて訴訟に加わるような場合は、それを民事訴訟法五〇条で考えているような必ずしなければならない防禦行為ということはできない。しかし、有無をいわさず訴訟に引きこまれるとか、あるいは、訴訟参加、不参加を問わず裁判の効力を及ぼされてしまうという状況での参加の場合は、防禦的な応訴ということができ、民事訴訟法五〇条の先に説明したような趣旨にあてはまる場合であると考えられる。判旨が右の点をふまえた上で、共同代表取締役の一人が行方不明の場合にも他の代表取締役が単独で引受参加でき、民事訴訟法五〇条二項の行為を除くその他の訴訟行為をすることができるとしているならば、その態度はあながち理解できないものでもない（共同代表の定めがある場合に、一人の代表取締役がどのような訴訟行為を単独でできるかについての現在の学説の要領よいまとめが、判例時報六〇一号六三頁の本件紹介欄にある）。しかし、判旨の右の態度は、共同代表制度の共同という意味のなしくずし的な形骸化であり、若干の疑問を感ずる。すなわち、判旨のように考えると、会社の利益のために共同代表の定めがあるにもかかわらず、代表取締役の一人が他の代表取締役の行方不明を奇貨として、自分の都合のみを考えて単独で訴訟行為をしてしまう危険がでてくる。共同代表という制度は、まさにそのような危険を予防しようとするために会社の利益のための代表権行使の一つの制約として設けられているのである。しかも、共同で代表権を行使できないような状態が生じたとしても、それを是正し、共同行使できるようにする方法は、会社法上用意されており、それは、容易に実行できるはずなのである。そのような方法を勝手になおざりにしておいて、共同代表の定めがあるにもかかわらず、単独で訴訟を追行し、その結果として裁判の効力が会社に及んでしまうことは許されないと考える。右のように考えると、緊急防禦の必要ある場合にも、取締役会が会社法上の手続をふんで、残っている代表取締役のみで代表権を行使できるようにするか、あるいは、共同で代表権を行使できるように手当をしなければならなくなる。けれども、そうなると残された代表取締役が単独で代表権を行使することにより、臨機応変にすばやく防禦の手をうつということができなくなるのではないかと批判されるかもしれない。しかし、そのような場合には、共同代表取締役の一人がひとまず単独で代表権を

行使して、その後、しかるべき手続をふんで代表権限を追完することにより問題の解決をはかるべきものと考える。つまり、無権限のものが事務管理的にひとまず訴訟行為をして急場に対処し、事実審の口頭弁論終結時までに代表権限を追完し、法律的にも疑問のないように構成できると反論し得るのである（民事訴訟法五三条、五四条参照）。

次に、共同代表制度の共同という意味そのものは厳格に法律の趣旨どうりに解すべきことを前提としながらも、共同代表取締役の一人が行方不明というような特別の場合には、共同代表取締役の全員が誰一人欠けることなく活動している場合とは異なつて、共同代表の定めが適用されないか、あるいは、共同代表の定めに拘束されないような特別の地位が残された共同代表取締役に生ずると考えることができるかもしれない。つまり、代表取締役というものは、共同代表であれ、単独代表であれ、とにかく、取締役として会社を代表して業務を執行すべき義務を負つている。その執行義務の内容の一つとして代表権の行使もふくまれているという関係にある。だから、他人から訴を提起されれば、会社のために応訴事務を担当する義務がいわゆる善管注意義務の一環として代表取締役にあるはずである。その場合に、代表権に共同という制約がついており、しかも、共同代表取締役の一人が行方不明で共同代表をすることができないという事態を考えると、共同代表制度というものが、会社のために行なわれる取締役の善管注意義務の履行を阻害するような作用をしていることになる。そのようなものとして共同代表取締役の制度があるわけではない。むしろ、そのような場合には、共同代表の定めがあるにもかかわらず、残された代表取締役は、その善管注意義務に基づいて応訴することができるのである。否、より正確にいえば、応訴しなければならなくなるのである。そこでは、共同代表の定めというものはもはや問題にならなくなると解するのである。しかし、他人からの訴訟に応訴することもさることながら、それよりも代表権を支障なく行使できるような状態を会社にできるかぎりすみやかにつくりだすことが、取締役としての善管注意義務と考えられる。それゆえ、共同代表取締役の一人の行方不明の場合には、共同代表の定めが適用されないか、あるいは、共同代表の定めに拘束されないような特別の地位が、残された共同代表取締役に生ずるという見解には疑問を持つものである。そして、たとえそのように考えたとしても、緊急事態の場合には、前述したように、無権限代表の後に代表権限を追完するという方法をとればよいから、会社にとつては不都合なしと考える。また、共同代表取締役の一人が行方不明のときは、共同して代表権を行使しなければならないといういわゆる行為の基礎状態がなくなると解することができるかについては、特定人を特に指定して共同代表にしたという趣旨の場合はともかく、ただ共同して代表権を行使させようというような趣旨の場合であれば、行為基礎の欠落があつたとはいえないと考える。

民法八一八条三項は、「親権は、父母の婚姻中は、父母が共同してこれを行う。但し、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が、これを行う」と規定している。しかし、この規定

を本件解決の端緒にすることはできない。なぜなら、共同親権の制度と共同代表取締役の制度は、その趣旨を異にし、共同代表取締役の場合は、代表権の濫用防止ということが主眼であり、共同代表取締役の一人が事実上代表権を行使できないときには、単独で代表権が行使されることを予想していないからである。共同親権の場合は、両親がそろっていれば、なるべく共同して親権を行使させようという趣旨に解すべきである。

（一九七二・四・一六）

（加藤　修）