

| | |
|------------------|---|
| Title | 〔商法一七八〕職務執行停止仮処分中にあらたに選任された代表取締役の権限(福岡高裁昭和四七年九月二七日判決) |
| Sub Title | |
| Author | 倉沢, 康一郎(Kurasawa, Yasuichiro) 商法研究会(Shoho kenkyukai) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1978 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.4 (1978. 4) ,p.76- 80 |
| 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=AN00224504-19780415-0076 |

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 一七八〕 職務執行停止仮処分中にあらたに選任された代表取締役の

権限

〔判示事項〕

一、職務執行停止・代行者選任の仮処分中に職務執行を停止された取締役が辞任し、あらたに後任取締役が選任された場合でも、取締役の職務の執行は職務代行者がおこなうべきであり、後任取締役の権限はその限度で制限される。

二、職務執行停止仮処分中にあらたに選任された取締役は、その構成する取締役会の決議をもつて代表取締役を定めることができず、その権限は、昭和四五年一月六日の最高裁判所第二小法廷判決による。

〔参照条文〕

商法二七〇条、同二六一一条、民事訴訟法七六〇条。

〔事実〕

本件の主要な争点は、被控訴人補助参加人Z会社の所有していた土地が同会社の代表取締役Aによつて控訴人X会社に売却された

福岡高裁昭和四七年九月二七日判決
昭和四五年（八）一三号所有権確認等請
求控訴事件
判例時報六九七号七九頁

が、右売買契約が正当な権限にもとづく有効なものと認められるか否かということである。

というのは、右売買の当時、Z会社の前任取締役は仮処分によりその職務の執行を停止され、取締役職務代行者としてBはか三名が、また代表取締役職務代行者として右Bが、それぞれ選任されており、一方、Aは、職務執行を停止された前任取締役が辞任したのち、あらたに選任された取締役の構成する取締役会によつて代表取締役に選任されていたという事情であつたために、右Aの地位および権限については問題があるからである。

本件は、昭和四五年一月六日の最高裁判所第二小法廷判決による破棄差戻後の控訴審であるが、差戻前の控訴審判決が、仮処分にした後任取締役による代表取締役の選任は無効であるとして、Aは無権限者であるからX・Z間の売買はその効果を生じないものと

判示したのに対して、最高裁は、仮処分中に職務の執行を停止された取締役が辞任し後任の取締役が選任された場合に、もし代表取締役が欠けているときは、これら取締役が構成する取締役会の決議をもつて代表取締役を定めることができ、その代表取締役は仮処分の存続中は権限を制限されるが、仮処分申請取下後は完全な代表権をもつて追認またはあらたな行為をなしうるものと判示した。

Xは、本訴において、取締役の職務執行停止・代行者選任の仮処分中に当該仮処分により職務の執行を停止された取締役が辞任し、株主総会の決議によりあらたに後任の取締役が選任された場合には、後任取締役はただちに職務執行の権限を有するに至り、反面、仮処分による職務代行者は、仮処分の取下または取消の有無にかかわらず、当然に職務執行の権限をうしなうものと主張し、さらに、かりにそうでないとしても、右仮処分取下後は後任取締役は完全な権限を有するものであるから、取下後になしたAの公正証書作成によつて本件売買契約は追認されたものと主張した。

〔判旨〕

「後任取締役の選任によつて直ちに職務代行者の権限が消滅するものではなく、仮処分の申請が取り下げられまたは後任取締役の選任により事情の変更があるとして仮処分が取り消されてはじめて右のごとき効果が生ずるものであつて、それまでは、取締役の職務は、原則として職務代行者が行なうべきものであり、その限度において後任取締役は職務の執行を制限されるものと解するのが相当である。

もつとも、仮処分の後、代表取締役が欠けているときは、後任取締役の構成する取締役会の決議をもつて代表取締役を定めることができるものと解する。ただし、代表取締役を後任取締役が定めることは、前記仮処分の趣旨、内容に抵触するものではなく、実際上の見地から考えても、職務代行者が定めるよりも、後任取締役がその意思によつて定める方が、代表取締役の制度に合致するからである。したがつて、Aは有効に代表取締役に選任されたものといふべきである。

しかしながら、当時は前記仮処分の存続中であつて、前記説示のとおり、Aは取締役としての職務の執行を制約されていたのであるから、代表取締役としての権限を直ちに行使できないものといふべく、したがつて同人がZ会社を代表してX会社との間の締結した前記売買契約は、その効果を生じないものといわねばならない。」

「前記仮処分取下後は、AにおいてZ会社の代表取締役としての権限を行使できるころ、Aは、取下後、Z会社の代表取締役として、前記売買契約を明確にするため、X会社との間で、右売買契約と同趣旨の公正証書を作成していることが認められるから、右事実によつて、Z会社は、Aの無権代理による前記売買契約を追認したものと認められるので、前記売買契約は、右追認により契約の時に遡つてその効力を生じたものといふべきである。」

なお、本件土地は、Z会社から被控訴人Y会社に対しても売却され、Y会社が所有権移転登記を了しているため、對抗要件の有無の問題として、結局Xは敗訴している。

〔研究〕

判旨に賛成。

一 商法二七〇条による取締役の職務執行停止・代行者選任の仮処分は、選任決議に瑕疵ある取締役を執行させることは会社に損害をもたらすおそれがあり、他面、決議無効確認または取消の判決が確定するとかかのぼつてその取締役の地位が否定されることになり、関係者に不測の不利益をあたえるおそれもあるため、仮の地位を定める仮処分（民事訴訟法七六〇条）の一種としてなされるものである（岡垣「仮処分による取締役職務代行者の権限」実務民事訴訟講座五巻一一五頁。なお、本条の仮処分を商法上特殊な仮処分と解する説として、中務「商法第二七〇条による仮処分の手続について」法学論叢七七卷四号一頁、山口「職務執行停止代行者選任仮処分と代表取締役選任」民商法雑誌六五巻五号七六四頁等がある）。この仮処分が、株主による自治を基本的性格とする株式会社制度にとつて、暫定的かつ変則的な国家の後見作用であることは言をまつまでもない。

したがつて、その地位が係争の対象となつてゐる取締役が、任期満了、解任または辞任等の事由によつてその地位を退き、適法な総会決議によりあらたな取締役が選任された場合には、右のような暫定的・変則的国家作用はその存在理由をうしなうに至る。この点については、異論の余地はありえないだろう。

問題となるのは、仮処分がその存在理由を事実上うしなうことによつて、当然に法律上も失効することになるのか、それとも、そのことを理由とする一定の手続を経てはじめて効力をうしなうことに

なるのかという点である。この点については、本件差戻審である最高裁判所昭和四五年一月六日第二小法廷判決（民集二四卷二二号一七四四頁）は、「右仮処分により職務の執行を停止された取締役が辞任し、株主総会の決議によりあらたに後任の取締役が選任された場合、このことのみによつて、直ちに右仮処分決定が失効したり、右代行者の権限が消滅したりするものと解すべきでなく、右後任取締役の選任等により事情の変更があるとして仮処分決定を取り消す判決があつてはじめて効果が生ずるものといふべきである。ただし、仮処分の後、職務の執行を停止された取締役が辞任し後任の取締役が選任されたときは、右仮処分による職務執行停止はその対象を失ひ、代行者選任はその必要がなくなつたものといふべきであるが、法は、かように事情が変更した場合でも、これを訴訟手続により認定したうえ判決により仮処分決定を取り消すべきものとしており（民事訴訟七五六条、七四七条）、右取消のない以上、仮処分によつて与えられた代行者の権限が消滅するいわれはない」と判示する。この見解は、昭和八年六月三〇日の大審院判決（民集一二巻一一一頁）以来の立場を確認するものである。

このような判例の立場に対しては、国家が会社の非常事態につき直接に後見的干渉作用として職務代行者を選任するという点で、商法二五八条二項の仮取締役と同二七〇条の職務代行者との間において相違はないものとし、「そうだとすれば、仮処分による職務代行者の地位を純然たる非訟処分による代行者の地位に接近せしめる解釈も成り立ちうると考えられるのであつて、仮処分により職務執行

を停止された取締役の退任によつて、従前の仮処分手続が仮の処分なる非訟事件手続に転化するとは解せられないであらうか」として、仮取締役の場合と同様に、事情変更により当然に職務代行者もその地位をうしなうべきものであるとする批判がなされる（山口・前掲七六六頁以下）。また、本案判決確定と本案判決をまたずに取締役が辞任した場合とは同一に扱われるべきものであるとして、「取締役が辞任した以上、本案訴訟は本案判決まで至らずに訴の利益を失つて訴の取下か訴却下の訴訟判決がなさるべきであり、仮処分命令の内容が本案判決確定までというのであれば、それ以前の訴取下か又は却下の判決においても、その条件が確定したものととして、仮処分は当然失効して差支えないものと考えられる」と主張される（山崎・判例評論一五三号四一頁）。

おもうに、問題解決のきめ手は、現行民事訴訟法上の仮処分制度というものが、事情変更により仮処分の理由がなくなつた場合、その事実をもつて当然に失効せしめるものとしているか、それとも、それを理由とする特別の手続によつて終結せしめるものとしているかという点でなければならないが、そうだとしたら、ことは立法的解決のついでに問題だといふほかないだろう。

たしかに、本案判決の確定以外に、訴訟判決によつても仮処分は当然に失効するが、その場合にも、その地位が係争の対象となつてゐる取締役が退任し、訴の利益がなくなつたという事実によつてそうなるのではない。訴の取下または訴却下の判決があるまでは、法的紛争は繫属しているのである。同様に、仮処分の理由が事実上う

しなわれるということ、仮処分命令それ自体の効力とは別個の問題である（岡垣・前掲一三七頁）。

また、仮処分命令が、その後の事情の変更によつてその性格を変え、非訟事件の手続に転化するということも、裁判所の命令がそれによつてその内容に則した法律関係を形成するものである以上、考えられない。もし非訟事件的性格をもつものであるとすれば、当初からそのようなものでなければならぬ。近時、仮処分制度そのものの非訟事件的性格が指摘されているが、そのような議論の当否にかかわらず、商法二七〇条一項は、「仮処分ヲ以テ」という文言によつて、民事訴訟法中の仮処分制度とこの場合の手続とを連動せしめる趣旨と解することが、法解釈の正道であらう。

また、これを実質的に考えても、商法二五八条二項は取締役に欠員が生じた場合の補充の処置を定めるものであるが、これに対して二七〇条は、少なくとも本案判決が確定するまでは、当該会社に取締役が存在することを前提とした上での処置を定めるものであつて、両条の制度目的には相違があるものといわなければならない。

問題になるのは、民訴七四七条の規定との関係で、本件のような場合会社が仮処分の取消を申し立てることができるか否かの点である。もし仮処分の被申請人を取締役と解した場合には、会社はあらかじめ仮処分手続に参加する等の迂路を経なければならぬようにおもわれるが、しかし、取締役の職務執行停止・代行者選任の仮処分は、決議無効確認または取消の訴の被告たる会社を被申請人とすべきものと考えられる（したがつて、命令の内容は「某取締役にその職務

を執行させてはならない」ということになる——中務・前掲一〇頁）ため、この点も問題がないものとおもわれる。

二 後任取締役が選任されても、そのことによつて職務代行者選任の仮処分は当然に失効するものではないから、右取締役の権限は仮処分命令の効力によつて制約されることになる。その場合、取締役会決議をもつて代表取締役を選任する権限はどうなるかという点であるが、これを認めることが、批判者のような論理的矛盾におちいるもの（山口・前掲七六六頁）とはおもわれない。ただし、後

任取締役の権限が制約されるのは、仮処分命令の趣旨・目的の範囲内においてであつて、しかるに、この場合における代表取締役の選任は、その就任後ただちに代表権を行使すべきものとするを意味するのではなくて、仮処分の取消等によるその失効をいわば条件として代表権を行使すべきものを選任したものと解することが可能だからである。

倉沢康一郎

〔刑法 五三〕 刑法三六条における侵害の急迫性

〔事案の概要〕

昭和四六年二月一八日、F市にある県教育会館において、いわゆる中核派の学生らが、集会を開こうと準備していた際、いわゆる革マル派の学生らから攻撃を受け、いったん実力でこれを追い払つた後、ほどなく再度の攻撃があることを予期して、木刀、ホッケーのスティック、鍬の柄、鉄パイプなどを備え、予想通り攻撃してきた革マル派学生らに対して、鉄パイプなどで突くなどの暴行を共同で行なつたという事案である。

これについて、検察官は、兇器準備集合罪および暴力行為等処罰

最高裁判昭和五一年（刑）六七一号兇器準備集合、暴力行為等処罰に関する法律違反被告事件、上告棄却
昭和五二年七月二日第一小法廷決定、上告棄却
刑集三二卷四号七四七頁

に関する法律違反の罪で起訴したが第一審の福岡地方裁判所は次のような理由で無罪を言い渡した。

すなわち、被告人らは、革マル派の者達の押しかけて来る態様、時刻、人数等について具体的に知つていたのではなく、たゞ漠然とそのような事態のありうべきことを知つていたというだけであるから、その予期の故に侵害の急迫性が失われるものとは認められず、また、被告人らの行為は防衛意思に基づいてした行為であると考えられないものではなく、一方被告人らに積極的な攻撃意思のあつたことを認定するにはなお合理的な疑いが残るとし、革マル派の者