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

Title	〔商法三二七〕 昭和五六年改正前商法二一〇条の下における完全子会社による親会社株式の取得と親会社取締役の責任 (東京地裁昭和六一年五学二九日判決)
Sub Title	
Author	並木, 和夫(Namiki, Kazuo) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.10 (1992. 10) ,p.147- 157
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=AN00224504-19921028-0147

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　三二七〕　昭和五六年改正前商法二一〇条の下における完全子会社による親会社株式の取得と親会社取締役の責任

（東京地判昭和六一年五月二九日昭和五三年ワ一〇九九三号取締役の責任追及事件　一部認容〔控訴・上告〕判時一一九四・三三、判タ六二二・一八〇金判七四六・二八控訴審・東京高判七月三日昭和六一年ネ一六四一号取締役の責任追及事件・金判八二六・三、商事法務一一八八・三六）

〔判示事項〕

完全子会社による親会社株式の取得は、昭和五六年改正前商法第二一〇条に違反し、右行為に関与した親会社取締役は、会社に対して損害賠償責任を負う。

〔参照条文〕

昭和五六年改正前商法第二一〇条、商法第二六六条一項五号・第二六七条。

〔事　実〕

訴外A会社は、明治四四年に設立された東京都に本店を置く、鉱業・採石業・土砂採取業等を主たる営業とする株式会社である。訴外B株式会社および訴外D株式会社はそれぞれ、A会社の子会社、A会社の完全子会社であり、B会社は、セメント業を、またD会社は、不動産の管理・賃貸・売買・仲介および鑑定などを、営んでいた。A会社は、昭和五〇年春ごろから、総合資源会社への体質改善を目的として、B会社の吸収合併を計画していた。A会社の発行済株式総数の二五・八％（一、五五〇万株）を保有する筆頭株主訴外Cは、B会社との合併について、合併による自己持株割合の低下を理由に、合併反対の意向を表明した。A会社は、Cの協力が得られなければ、合併に必要な特別決議の成立が危ぶまれる状態にあったため、Cと交渉を重ねた末、両者は、Cの保有するA会社株式をA会社が引き取ることで最終的に合意した。

同年一二月三日、A会社の常務会は、Cの保有する全株式をD会社に市場価額（一株三八〇円台から四〇〇円台）を超える一株五〇〇円台で買い取らせ、これを三井グループ各社に売却すること、その際に生ずる数十億円にのぼるとみられる差額（Cからの買収価額と右売渡価額との差額）はD会社に負担させることを決定した。本決定は、同日、D会社代表取締役社長

に伝えられ、その了承を受けた。

この決定にしたがい、一二月四日、A会社代表取締役とCとの間で、D会社がCの保有するA会社株式一、五五〇万株を一株五三〇円、合計八二億一、五〇〇万円で買受ける旨の合意が成立した。合意に基づきD会社が買受けた株式は、A会社の斡旋により、翌昭和五一年一月から三月にかけて、三井グループ各社に一株三〇〇円程度（一部は三〇七ないし三〇八円）で売却され、その結果D会社に三五億五、一六〇万円の差損が生じた。なお、A会社の平均株価は、一月が三五四円、二月が三二五円、三月が三一六円であった。他方、同年二月二七日、A会社の臨時株主総会は、B会社との合併契約書を承認・可決し、同年五月一日、A会社はB会社を吸収合併した。その後、昭和五三年にA会社の株主となった原告X（昭和五三年三月三〇日ころ同社株式一、〇〇〇株の名義書換済）が、違法な自己株式の取得により会社に生じた損害の賠償を求めて、代表取締役社長Y_1、代表取締役常務Y_2ないしY_5、取締役総務部長Y_6、並びに取締役Y_7ないしY_{18}（いずれも自己株式取得当時）、らに対する本件代表訴訟を提起した。

Xは、請求原因として、本件肩代わりによりD会社の資産は株式の買取価格と売却価格との差額三五億五、一六〇万円の資産の減少をきたし、D会社は右相当額の損害を受けたが、A会社の完全子会社であるD会社の損害はA会社の損害となり、これは商法第二一〇条の違反行為にもとづくものである、と主張した。これに対して、Y_1らは、本案前の抗弁として、Xの本件提訴は、その意図が売名にあり、株主権の濫用に当たることを主張したほか、①D会社をしてA会社の株式を取得させたのはB会社との合併および株式安定化率の向上等の正当な目的を達するための已むを得ない必要に基づくものであり、遅滞ない転売を前提とした暫定的なものであって、商法第二一〇条の法意に反するものでないこと、②D会社にA会社の株式の買取・売却を斡旋したことにより、A会社は合併を成就し、また株式安定化率を向上させ、これがその後のA会社の業績の向上、経営の安定に大きく寄与しており、その成果は会社自身、したがって全株主の利益に帰するものであるから、Y_1らはA会社に対して責任を負うものではない、と抗弁した。

〔判　旨〕　一部認容

一　株主権の濫用について

Xは、C所有株式の買取りや右株式の三井グループ各社等への売渡しが行われた当時、報道機関による報道等を通じてその概要を知っていたが後に右買取りの際に振り出されたとみられる約束手形を見聞するに及んで右事実に関する調査を始めたこと、その後A会社の株式を取得し、その一ヵ月半後にはA会社に右事実に関する質問状を送付し、以後も、書面により執拗に右の事実関係に対する回答を求め続けたこと……、以上の各事情が存するのであって、Xは当初から本訴を提起するためにA会社の株式を取得したふしが窺われる。そればかりでなく、X

は、右の買取り及び売渡しの約二年後にA会社株式を取得したものであるから、右の買取り及び売渡しによっては自らは直接にも間接にも何の損害も被っていないのであり、それにもかかわらず総株主のため本訴を提起するとなると訴訟関係の費用が相当持ち出しになることを十分認識していたのであって、さらにこれらの事実に加えてXの所有する株式数、右株式の取得代金額、本訴提起後の報道機関その他に対する対応状況、A会社総務部長および株式課長との面談の言動等をも考え合わせると、Xの本訴提起の目的が売名にあることを疑わせる一応の理由があるといえなくはない。しかしながら、他方XはA会社に対し一切金銭的要求を行っておらず、車代の受取も拒んでおり、昭和五三年七月までのA会社との書面によるやりとりや株式課長との面談の際には、B所有株式の買取り等についての事実関係を明らかにするよう求めているにすぎない……。このようにみてくると、原告Xが売名を目的として本訴を提起した疑いは残るものの、なおこれを確信するまでには至らず、結局この点については証明が不十分であるといわざるを得ない。したがって、Y_1らの株主権濫用の主張は採用することができない。

二　自己株式の違法性について

Cと売買契約を締結したのはD会社であり、売買代金もD会社名義で支払われている。しかしながら、D会社はA会社がその全株式を所有するA会社の子会社であって、法人格は別個のものであるけれども、実質的には両者の利害が一致しており、D会社はA会社の一部門にすぎないといい得るうえ、A会社はCとの間で同人の所有する株式をD会社に買取らせることを決定したのみならず、代金額、その支払方法及び時期、契約締結日等右契約の内容となる事項についてそのすべてを取り決め、CとD会社との契約書まで作成していること、右契約の一方当事者であるD会社は契約締結に至るまでの過程で契約の相手方となるCと全く交渉をしていないこと、右売買代金の調達は借入によってまかなわれたが、右借入金及びその返済はA会社がD会社の名前でその処理を行ったこと、右株式の三井グループ各社等への売渡しについても相手方の選択、代金額等そのすべてをA会社において決定し実行したこと、右株式の買取り及び売渡しはもっぱらA会社がこれを必要としたこと等の事情が明らかであってこれらを考え合わせると、形式的にはD会社が右株式を取得したものであってA会社による取得ではないけれども、契約の実体としてはA会社自身が契約の当時者であるともみられるものであり、実質的に自己株式取得と同じ弊害が生じる点においてA会社が直接自己株式を取得した場合と何ら異なるところはない。そうだとすると、D会社による右株式取得はA会社自身による自己株式の取得と同視しうるというべきである。……商法二一〇条の立法趣旨は、会社の自己株式の取得が株主に対する出資の払戻しと同様な結果をもたらして資本の充実をおびやかし会社債権者を害するおそれがあること、会社支配の維持の手段として用いられるおそれがあること等種々の弊

害を生み、……一般予防的見地から同条各号の例外を除きこれを一律に禁止しようとするものであって、専ら政策的理由によるものである。そうとすれば、明文の適法事由に該当しなくてもこのような弊害のない場合は勿論のこと、たとえ弊害がないとはいえない場合であっても、株主が反社会的利益追及の目的のため……会社の株式を買い占め、これによって会社の経営を支配し、会社の経営陣のみならず、他の一般株主、債権者、従業員、取引先等会社の関係者に重大な損害を与える危険が高く、かつこれが差し迫っている状況下で、右株主の野望をくじき、会社の受ける重大な損失を回避するために必要な対抗策としての自己株式の取得は、会社の発行済株式総数に占める割合、これの取得によって被る損害の程度等を勘案したうえ、なお相当なものとして許容される余地が全くないとはいえないと解される。……本件自己株式取得の経緯をみるに、A会社は、その当時、経営の多角化を図ることにより斜陽化に歯止めをかけ業績を回復する必要に迫られており、B会社との合併はこれを達成するために必要な施策であった。……（A会社は、）合併覚書書締結の直前になって、Cが……右合併に反対の態度を表明したため、……同人の申し入れを受入れ、本件自己株式の取得に踏み切ったものである。……しかしながらこのような事情があるからといって、そのことから直ちに、本件自己株式の取得がこれを禁止した明文の規定にかかわらず許容されるものとするに足りる合理的かつ十分な事由を備えていたということはできない。けだし、その当時右合併を遂行しなければA会社は倒産必至であるとか、訴外Cが反社会的利益追及の目的で訴外A会社を倒産に陥れる行動をとる直前の状況には（なかったからである）。……また……安易に自己株式の取得を許容するすることは、一部のこのような風潮を一層助長する結果にもつながるおそれがあるといわざるを得ない。しかも、取得した自己株式の数量は、A会社の発行済株式総数の約二六％を占める大量のものであって、これによって同社が被った損害も三五億円余にのぼるものであり、同社に見過ごし難い財産的損害が発生したことは否定し難いところである。

……A会社の業績回復に右自己株式の取得が一因をなしたことは認めざるを得ないし、A会社が自己株式を遅滞なく処分したことは事実であるけれども、これらの事情はなお右のような弊害を払拭し去るだけの事由たりえないというべきである。

三　自己株式取得による損害について

ここで要求される損害は、自己株式の取得と同時に発生するものである必要はなく、……これと相当因果関係のある自己株式取得により生じた損害であるというべきである。……たとえ合併の遂行が確実になったとしても早期にA会社の株式が急沸する見込はなく、また三井グループの各社に短期間で一、五五〇万株もの大量の株式を買い取ってもらうにあたり、市価以上の価額を期待することは不可能であった。A会社は、このような状況下でD会社をしてC所有の株式を、時価を大幅に上回る

価額で、買い取らせたうえ、三か月余りの短期間に三井グループ各社等に市価をやや下回る価額で転売させ、その結果、D会社に右の差額である三五億五、一六〇万円相当の資産の減少をもたらしたのである。してみれば、右の資産減少は自己株式取得当時から主観的にも……客観的にも通常予想し得た事態であるから、本件自己株式の取得と右の資産減少による損害との間には相当因果関係があるといわなければならない。なお、右損害は直接にはD会社の損失であるが、前記……のD会社とA会社との関係にてらして、これをA会社の損害と評価することができる。

四　被告らの責任について

A会社の常務会において被告Y_1ないしY_5が右株式をD会社に買い取らせる件を承認したことは争いがなく、これによりD会社が買収りを余儀なくされたことは明らかであって、その結果A会社に対し前記……損害をあたえたものであるから、右被告ら五名は商法二六六条一項五号に基づく損害賠償責任を負うべきである。また被告Y_6は、A会社の取締役総務部長として右常務会の前後を通じて、右買取り及び売渡しに関与し、右常務会にも出席しており、被告Y_1ら五名の右法令違反行為を熟知しながらこれを支持したものであって、右被告ら五名の違法行為に加功したといわざるを得ないから、右被告らと同様の責任を負わなければならない。したがって右六名の被告らは、連帯して、A会社に対し、同社が被った損害である三五億五、一六〇万円とこれに対する損害発生の日から民法所定の年五分の割合による遅延賠償金の支払義務があると認められ……同被告らが賠償すべきもののうち、一億円と……昭和五一年一二月一日からの遅延損害金の支払いを求める請求は理由があるからこれを認容し、その余の被告らに対する請求は理由がないから棄却(する)。

〔研　究〕

判旨の結論に賛成である。

一　株主権の濫用について

取締役の会社に対する責任は、本来からいえば、会社自身が追及すべきであり、訴によってこれを追及する場合には、原則として監査役が訴の提起を決定し、かつ会社を代表する（商法第二七五条ノ四）。ところが役員間の特殊関係から会社自身が積極的に取締役の責任を追及することは、あまり期待できない。しかし、取締役の責任が追及されないまま放置されると、会社の利益が害されることになる。そこで、商法は、個々の株主に、会社が有する権利を会社のために行使して取締役の責任を追及する代表訴訟（商法第二六七条）を認め、会社の利益の回復、ひいては株主の利益の回復を図っている。

代表訴訟提起権の性質について、それが共益権に属するか自益権に属するかについては、争いがあるが、通説は株主が会社の正規の体制による運営を監督・是正するために認められている権利として、これを共益権であると解している（鈴木＝竹内・会社法―一〇三〔新版一九八七〕、大隅＝今井・新版会社

法論上二八七〔一九八〇〕など）。会社法上の訴は会社荒らしの好個の手段となり、その意味で会社法上の訴権には濫用の危険が少なくなく（大隅・「会社訴権とその濫用」末川古稀権利の濫用（中）一六九頁〔一九六二〕）、代表訴訟の提起も、株主が有する会社法上の権利行使の一態様として、権利濫用の法理（民法第一条三項）に服する。

しかし、代表訴訟はそれ自体、提起権者に直接の利益をもたらすものではないことから、提起者は会社の権利の実現と並んで何らかの個人的動機を有するのが通常であると言われており（神崎「自社株買戻しと取締役の責任」法学セミナー三二八号三一頁〔一九八三〕）、また会社法上の訴提起の権利について一般個人法上の訴権の濫用の理論をそのまま適用することには疑問があり、請求が実体法的に理由があるものか否かの点に立ち入ることなく、訴の目的が不純であることを理由として直ちに権利濫用として訴を却下することは許されないとする見解も有力であり（今井・注釈会社法四二二頁〔旧版一九六七〕）、さらには、これを提起した目的が何であれ、少なくとも実体的理由が備わる場合には、代表訴訟は会社の権利実現にとっても有益であり、また代表訴訟が提起された結果、会社あるいは取締役に不利益が生じたとしても、それは不当なものではない、との指摘もある（神崎・前掲会社株買戻しと取締役の責任・法学セミナー三二八号三一頁〔一九八三〕）。結局、株主権の濫用が問題となる場合としては、代表訴訟の対象である取締役の行為の違法性が低く、かつ生じた損害が極めて少額である場合、並びに会社が回復する利益が、会社および取締役の違法によって会社に発生した損失と比較して、著しく小さい場合に限られることとなる（同旨・志田・判例研究・完全子会社による親会社株式の取得に関与した親会社の取締役の損害賠償責任・早稲田法学六二・一三七、一四三〔一九八七〕）。

本件は、原告Xの売名目的が争点となったが、立証が不十分であるとして、株主権の濫用の主張を退けたのであるから、もとより問題はない。

二　自己株式取得の違法性について

本件は、完全子会社であるD会社が、親会社であるA会社の株式を取得した事案である。ところで、現行商法第二一一条ノ二は、「他ノ株式会社ノ発行済株式ノ総数ノ過半数ニ当タル株式又ハ他ノ有限会社ノ資本ノ過半ニ当タル出資口数ヲ有スル会社（以下親会社ト称ス）ノ株式ハ左ノ場合ヲ除クノ外其ノ株式会社又ハ有限会社（以下子会社ト称ス）之ヲ取得スルコトヲ得ズ」と規定して、子会社が親会社の株式を取得することを規制している。現行商法第二一一条ノ二が設けられる以前から、完全子会社による親会社株式の取得は、親会社による自己株式の取得と同様の弊害を伴うため、学説上は、商法旧第二一〇条が類推適用されることには異論がなかった（蓮井・新版注釈会社法3二七〇〔一九八六〕）。そこで、本件判旨としては、単にD会社はA会社の完全子会社である事実を認定して、D会社によ

る親会社たるA会社の株式の取得には商法旧第二一〇条が類推適用されることを述べるだけで足りた。それなのに、判旨は、完全子会社であるD会社に商法旧第二一〇条を類推適用するに際して、親会社であるA会社と完全子会社であるD会社の実態的な関係を詳細に認定している。

ところで、子会社について自己株式取得規制が適用されるとして、自己株式取得規制が適用されるためには、親会社と子会社との間にどのような実態的関係が存すれば足りるか、という問題については、学説上、見解が分かれている。

第一説は、商法第二一〇条の類推適用は、単に親会社が子会社の株式の全株を所有する関係にあることをその根拠とする説であり(田代・親子会社の法律五八四頁〔一九六八〕、稲葉・改正会社法一一六頁〔一九八二〕など)。第二説は、会社の資本充実と親子会社間の財産的一体性を重視して、二つの会社が財産的一体関係にあるか経済的に同一会社の実態を備えることをその根拠とする説であり(大隅・企業合同の研究二四一頁〔一九三五、改説されている。〕、〔鈴木発言〕鈴木他・新株の発行一七七〔一九五九〕、鈴木＝竹内・会社法〔新版一九八七〕、矢沢・企業法の諸問題一九九頁〔一九八一〕など)。第三説は、子会社の利用形態を重視し、親会社の支配力をその根拠とする説であり(田中・会社法詳論上三四四頁〔一九六七〕、松田＝鈴木忠・条解株式会社法上一四四・二一六頁〔一九五一〕、河本・現代会社法一三七頁〔一九七二〕、福岡・自己株式論二二九〔一九六〇〕、龍田・鈴木古稀記念下一四六八頁〔一九七五〕など)。第四説は、子会社に対する支配力基準を一般的基準に求め、かつ、親子会社間の財産的結合関係の勘案をその根拠とする説である(大隅・会社法の諸問題二三五頁〔増補版一九六五〕、大隅＝今井・新版会社法論上三四七頁〔一九八〇〕)。筆者としては、第四説が正当と考えるが、本件判旨が、D会社による本件A会社株式の買取ならびに売却の経緯について、その実態を詳細に認定したことは、判旨が、D会社の実態の面から、A会社の子会社たるD会社によるA会社の株式の取得には旧第二一〇条が類推適用されることを、予備的に述べるとともに、親会社取締役の責任追及のために、その関与の実態を明らかにするためである(同旨、森本・判例研究・完全子会社の親会社株式取得と親会社取締役の責任・商事法務一二一〇・四六、五〇〔一九九〇〕)。

三　自己株式取得の例外について

判旨は、商法第二一〇条は政策的に設けられた規定であって、商法第二一〇条が列挙する場合以外に、例外的に自己株式取得が認められることを示唆する。

自己株式の取得が規制される根拠は四つに分けて考えることができるが、それらを詳細に分析すると、次のようになる。自己株式の取得が規制される根拠の第一は、資本の維持であって、ここに言う資本の維持には、①出資の払戻禁止、②資産の健全性、および③資産の流動性の確保、の三つが含まれる。根拠の

第二は、株主の平等の確保であり、ここに言う株主の平等の確保には、①機会均等、②危険負担の公平、および③価格の公正、の三つが含まれる。根拠の第三は、支配の公正の確保であり、ここに言う支配の公正には、①会社経営者による支配権者の変更の虞の除去、②会社経営者による支配権の買収の虞の除去、および③会社経営者による支配の固定化の阻止、の三つが含まれる。根拠の第四は、株式取引の公正の確保であって、ここに言う株式取引の公正の確保には、①相場操縦の虞の阻止、②内部者取引の虞の阻止、の二つが含まれる（龍田・自己株式の規制類型・法学論叢九〇・四～六・二〇二、二二三～二三〇〔一九七一〕）。商法第二一〇条は、このように、種々の弊害をもたらす場合が多いという理解に立った上で、同条が許容する例外的場合を除いて、弊害を予防する趣旨で、自己株式の取得を一律に禁止することとした規定である（龍田・前掲論文・法学論叢書九〇・四～六・二〇二～二五二、同旨、神田・判例研究・一〇〇％子会社による親会社株式の取得と親会社取締役の責任・会社法判例百選四八、四九〔五版一九九二〕）ので、判旨が述べるような解釈の余地はない。

四　損害額の算定について

本件判旨は、D会社がCから買い入れた株式一、五五〇万株の総購入額八二億一、五〇〇万円と、三井グループ各社等に売却した総売却額四六億六、三四〇万円との差額三五億五、一六〇万円がD会社の損害額とし、これと本件自己株式の取得との間には、相当因果関係があるとした。これに対しては、市場の変動要因を考慮すべきであるとの見解（関・判例研究・子会社による親会社株式の取得・売却から生じた損害と親会社の取締役に対する代表訴訟・ジュリスト八六九、八八、九〇〔一九八六〕）も存在するが、本件の株式取得は、転売目的であったので、これを考慮に入れる必要はなく、判旨が損害額を総購入額と総売却額との差額であるとしたことは、正当であるし、大量の株式を短期間で売却しようとすると、通常、時価をかなり下回る価額でしか売却できないことが予見されるのであるから、判旨が、損害額と本件自己株式の取得との間には相当因果関係がある、としたのは、正当である。

五　A会社の損害について

判旨は、Y_1ないしY_5、並びにY_6の責任を認めるのに先立って、「右損害は直接にはD会社の損害であるが、前記のD会社とA会社との関係に照らして、これをA会社の損害と評価することができる。」と述べて、子会社たるD会社において、発生した三五億五、一六〇万円の損害は親会社たるA会社の損害であることを明らかにしているが、これは、完全子会社の財産上の損失は、とりも直さず親会社が所有する子会社の減価を生ぜしめ、その分だけ親会社の資産の減少を来すという、当然の事理を述べているにすぎず、子会社の財産上の損失が子会社株式の評価に影響を及ぼさないといい得るためには、たとえば子会社に余程巨額の含み資産があって、子会社について生じた損失といえども、

子会社においてこれを無視しうるようなものであるという特別な事情がないかぎり、完全子会社の財産上の損失は、直ちに子会社株式の価値の低下、ひいては親会社の損失を生じしめるというべきである（同旨・河本判例研究・会社の自己株式取得に対する株主の代表訴訟権行使・平成元年度重要判例解説四八、四九〔一九九〇〕。なお、判旨のこの部分は、A会社とD会社の同一性を前提として、いわば法人格の否認の法理的に、本来D会社における損害であるものをA会社の損害としたものである、とする見解（春田・判例研究・株式相互保有と子会社法人格（下）・商事事法務一二〇六・一二〔一九九〇〕）があるが、これには賛成できない。

六　親会社取締役の責任について

判旨は、A会社の代表取締役Y_1、ないしY_5について、Cが保有する全株式をD会社に買い取らせ、かつこれを三井グループ各社に売却させる旨の意思決定を常務会において行ったとして、商法二六六条一項五号の損害賠償責任を認め、また常務会構成員ではない取締役総務部長Y_6について、Y_1ないしY_5らの行為に加功したものとして商法二六六条一項五号の損害賠償責任を認めた。

常務会は、法定の機関ではなく、定款規定によって設けられる任意機関であって、定款規定の規定の仕方によっては、取締役会の諮問機関である場合もあれば、意思決定機関である場合もあり、後者の場合、取締役会から委ねられた範囲において、業務執行の意思決定の権限を持つ（高鳥・会社法の諸問題三三七、三四九〔増補版一九八一〕。本件決定は、会社の運命を左右するほどに重要なものであり、重要な業務執行として、取締役会で決定されなければならないものであったが、判旨の認定によると、取締役会は開催されず、常務会によって意思決定が行われたのみである。ところで、常務会は、特に定款または常務会規定などによって要求されない限り、議事録の作成の必要はないが、取締役会には議事録の作成が義務づけられている（商法旧第二六〇条ノ三第一項）。そこで、本件決定の内容は、商法旧第二一〇条が禁じる自己株式の取得であったため、証拠を残さないために、故意に取締役会を開催せず、常務会において決定が行われたものと推測されるが、判旨は、常務会が定款規定によって設けられた事実も、また取締役会による常務会に対する業務執行の意思決定権限の委任が行われた事実をも、認定していないから、本件常務会は、取締役会の単なる諮問会であったことになる。

代表取締役社長Y_1の責任は、親会社たるA会社の代表取締役社長として、子会社たるD会社に対する支配権を利用し、善良なる管理者の注意義務（商法第二五四条三項、民法第六四四条）に違反して、商法旧二一〇条が禁ずる完全子会社による親会社株式の取得という違法行為をD会社取締役に行わしめ、かくてA会社に損害を被らせたことを理由とする損害賠償責任（商法二六六条一項五号）であるが、Y_2ないしY_5とY_6が、本件自己株

取得について決定を行った常務会において果たした役割は、Y_2ないしY_5の場合は、常務会構成員の一員としての、常務会の決定への参与であるのに対して、Y_6の場合は、Cとの実際の交渉等に当たった従業員としての報告等であったため、Y_2ないしY_5の責任原因はY_6の責任原因とは異なると考えられなくもないが、業務担当取締役の職位が定款によって規定されている場合を除き、業務担当取締役は、取締役会の補助者である使用人地位を有するにすぎず、結局、業務担当取締役と使用人兼務取締役との間に差異はないのであるから（高鳥・前掲書三三七、三五三〔増補版一九八一〕）、両者の責任原因が異なる由もない。かくして、判旨が、Y_2ないしY_5とY_6との責任を、いずれも、Y_1が親会社たるA会社の代表取締役社長として、子会社たるD会社に対する支配権を利用し、善良なる管理者の注意義務（商法第二五四条三項、民法第六四四条）に違反して、商法旧第二一〇条が禁ずる完全子会社による親会社株式の取得という違法行為をD会社取締役に行わしめるのに加功した責任であるとしたことは正当である。判旨は、Y_1ないしY_6を除く残余の取締役については、責任を認めなかったが、その余の者についても、監視義務違反の責任（商法第二五四条第三項・民法第六四四条）を問う余地があったが、原告は、これを主張していないのであるから、判旨が、Y_1ないしY_6について責任を認め、その余の者について責任を認めなかったことは、正当である。

〔付記〕

三井鉱山事件は、上告され、現在審理中である。また、本件に類似した事件としては、東京地判平成三・四・一八、判時一三五九・一四四があり、これについての判例研究としては、西川、自己株式の取得が商法第二一〇条に違反するとして関与した取締役の損害賠償責任が認められた事件・金判八八九・四六〔一九九二〕があり、請求が一部認容されている。

三井炭鉱事件に関する判例研究としては、文中に引用したもの並びに控訴審に関するものを含め、以下のものが存在する。

奥宮、株買占と三井鉱山事件の波紋・商事法務一〇七九・九七二〔一九八六〕。河本、会社の自己株式取得に対する株主の代表訴訟権行使・平成元年度重要判例解説四〔一九九〇〕神田、三井鉱山事件に関する理論的問題・商事法務一〇八二・二〔一九八六〕。神田、一〇〇％子会社による親会社株式の取得と親会社取締役の責任・会社法判例百選四八〔五版一九九二〕。志田、完全子会社による親会社株式の取得に関与した親会社の取締役の損害賠償責任・早稲田法学六二・一三七〔一九八七〕。須藤、完全子会社を介する親会社の自己株式取得と親会社取締役の責任・金判七七四・五〇〔一九八七〕。関、子会社による親会社株式の取得・売却から生じた損害と親会社の代表取締役に対する代表訴訟・ジュリスト八六九・八八〔一九八六〕。春田、株式相互保有と子会社法人格（上）・商事法務一二〇五・二〔一九九〇〕、同（下）・商事法務一二〇六・一二〔一九九〇〕。宮

島、子会社による親会社株式の取得・ジュリスト昭和六一年度重要判例解説九二〔一九八七〕。森本、完全子会社の親会社株式取得と親会社取締役の責任・商事法務一二一〇・四六〔一九九〇〕。

一九九二年四月二七日脱稿

並木　和夫

〔民集未登載最高裁民訴事例研究　二〕

2　免責手続きにおける破産法第三六六条ノ四第一項および第三六六条ノ八の規定と憲法第三二条

最高裁（三小）平成三年二月二一日金融法務事情一二八五号二一頁

〔事　実〕

破産者Xが免責の申立をしたところ、破産債権者Yは破産法第三六六条ノ七第一項による異議の申立をした。破産裁判所は第三六六条ノ四によって破産者を審尋し、第三六六条ノ八によって破産者とYの意見を聴いた上でXに対して免責許可決定をした。Yは第三六六条ノ九（免責不許可事由―詐欺破産、過怠破産等）に定める事由があるとして東京高等裁判所に即時抗告（第三六六条ノ二〇、第一一二条、第一〇八条）をした。同高裁は抗告を棄却した。Yは右高裁決定について最高裁に下記の理由で特別抗告をした。

Yの抗告理由の概要は以下のとおりである。

「憲法三二条は、すべての国民に裁判を受ける権利を保障している。ところが破産法は、多数債権者の法的請求権を奪う結果となる免責決定の手続について、単に審訊の規定（三六六条ノ四第一項）と債権者が異議を申し立てた場合についての申立人の意見聴取の規定（三六六条ノ八）を定めているにすぎない。そのため第一、二審は抗告人に証言による立証の機会を与えずに抗告人の申立てを排斥した。しかし、このような重大な決定について審訊手続のみでは不十分である。当事者に主張立証の機会を十分に与えるような手続によるべきである。詐欺破産や