

商事判例研究

早稲田大学商法研究会

三五 完全子会社による親会社株式の取得に關与した親会社の取締役の損害賠償責任（三井鉾山事件判決）

昭和六一年五月二九日東京地裁第八民事部判決（昭和五三年（ワ）一〇九九三号取締役の責任追及請求事件）・判例時報一九四号三三頁、金融商事判例七四六号二八頁、商事法務一〇七八号四三頁―一部認容（控訴）

〔判決要旨〕 親会社の取締役の指示にもとづき完全子会社が親会社の株式を取得した場合、当時親会社が危機的狀態になく、しかも取得株式数が大量であつて、これによつて親会社に看過し難い財産的損害が発生したときは、その結果親会社の業績が回復し、かつ買取株式を遅滞なく処分したという事情があつても、本件自己株式の取得を許容することはできず、右行為に關与した親会社の取締役は会社に対して損害賠償責任を負う。

〔事実〕 A会社は、昭和五〇年春ごろから、経営の多角化および株主の安定化を目的として、セメント事業を営む同社の関連会社、B会社の吸収合併を計画していた。当時、A社は業績が悪化（昭和三三年三月期の利益配当を最後に無配）していたが、当該

吸収合併をおこなわなければ直ちに倒産に追い込まれる等の状況にはなく、また合併の結果、業績が飛躍的に向上するとの見通しがあったわけでもなく、復配のめどもたっていないかった。

ところが、B社との合併について、A社の筆頭株主であるCが、合併による自己持株割合の低下を理由に、反対の意向を表明した。Cは、昭和五〇年一月当時、A社の発行済株式総数の二五・八%（一五五〇万株）を保有しており、Cの協力がえられなければ、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に、A社はCと交渉を重ねたすえ、両者は、Cの保有するA社の株式をA社の側が引き取ることで、最終的に合意した。

同年一月三日、A社の常務会は、Cの保有する全株式を、A社の全額出資子会社である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程度で買取らせ、これを三井グループ各社に売却すること、そのさいに生じる数十億円にのぼるとみられる差損（Cからの買取価額と右売渡価額との差額）はD社に負担させることを決定した。本決定は、同日、D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、一月四日、A社代表取締役社長とCとの間で、D社がCの保有するA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い取る旨の合意が成立した。合意にもつきD社が買い受けた株式は、A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で売却され、その結果D社に三五億五一六〇万円の差損が生じた。なお、A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社の臨時株主総会は、B社との合併契約書を承認可決し、同年五月一日、A社はB社を吸収合併した。

その後の昭和五三年にA社の株主となったX（原告）が、D社による本件株式の取得は自己株式取得を禁止した商法二二〇条に違反し、その結果A社に三五億五一六〇万円の損害が生じたとして、右株式取得当時A社の取締役であったY₁、Y₁₈（被告）に対し、

うち一億円をA社に賠償するように求めて、代表訴訟を提起したのが本件である。

〔判旨〕 裁判所は、株主権の濫用を主張する被告の本案前の抗弁を立証不十分として斥けたのち、商法二一〇条の違反の有無および被告の損害賠償責任につき以下のように判示したうえで、常務会に出席し右株式取得を承認したY₁、Y₆に対して損害賠償の支払を命じた。

一 D社（A社の完全子会社）によるA社株式の取得は自己株式の取得といえるか。

「形式的にはD社が右株式を取得したものであつてA社自身による取得ではないけれども、契約の実態としてはA社自身が契約の当事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社による右株式取得はA社自身による自己株式の取得と同視しようといふべきである。」

二 本件自己株式の取得が商法二一〇条に違反するか。

判旨は、商法二一〇条は一般予防的見地から同条各号の例外を除き自己株式の取得を禁止しようとするものであり、このような自己株式取得の禁止はもっぱら政策的理由にもとづくとしたうえで、つぎのように述べる。

「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つても、株主が反社会的利益追求の目的のため……会社の株式を買い占め、これによつ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、かつこれが差し迫つていゝる状況下で、右株主の野望をくじき、会社の受ける重大な損害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、これの取得によつて被る会社の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。」

ついで判旨は、本件自己株式の取得が、右許容される場合にあたるかについて検討する。判旨は、本件自己株式の取得は、合併を遂行するにはこの機を置いてほかにないとのA社経営陣による経営判断にもとづくものであり、「経営者が自己の保身を図るためにしたものとして一概に非難することはできない」として、本件自己株式の取得はA社にとっても利益をもたらしている事実を認めながらも、

「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理由を備えていたということとはできない。ただし、その当時右合併を遂行しなければA社は倒産必至であるとか、Cが反社会的利益追求の目的でA社を倒産に陥れる行動をとる直前の状態にあるといった危機的状態にはなく、……株主総会の特別決議を得られなくなるというにすぎないものであつたからである。……」

また、本件の場合、安易に自己株式の取得を許容することは、一部株主の不法な意図（買占め株式の市場外での高価買取り）の実現に協力することになり、世上まま見られる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社の発行済株式総数の約二六％を占める大量のものであつて、これによりて同社が被った損害も三五億円余にのぼるものであり、同社に看過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。前記のようにA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ふべきである。」として、本件自己株式の取得は商法二一〇条の法意に照らして許容されないと結論する。

三 発生した損害は商法二一〇条違反による損害か。

判旨は、商法二一〇条違反による損害とは、自己株式の取得と同時に発生することは必要ではなく、これと相当因果関係にある

損害であるとしたうえで、本件につき考察する。

「(D社の)資産の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。」

四 被告の損害賠償責任。

「A社の常務会においてY₁、Y₅が右株式をD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社が買取りを余儀なくされたことは明らかであつて、その結果A社に対し前記……の損害を与えたものであるから、右Y₁、Y₅は、商法二六六条一項五号に基づき損害賠償責任を負うべきである。

また、Y₆は、A社の取締役総務部長として右常務会にも出席しており、Y₁、Y₅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つて、右Y₁、Y₅の違法行為に加功したといわざるを得ないから、右Y₁、Y₅と同様の責任を負わなければならない。」

〔参照条文〕 商法(昭和五六年法律第七四号による改正前のもの)二二〇条、商法二六六条一項五号・二六七条。

〔評釈〕 判旨に賛成、ただし若干の疑問がある。

一 本判決は、自己株式取得禁止違反による取締役の損害賠償責任を認めた最初の裁判例である。判旨は、理論上のみならず実務上も重要な多くの問題を提起しているが、本評釈では、代表訴訟の問題、自己株式の問題および損害論の三点につき、いくつかの問題点をとりあげ、検討をくわえていくことにする。

二 代表訴訟について、本件で争われたものは、原告の代表訴訟の提起が株主権の濫用にあたるか否かという問題である。この点について、裁判所は、「原告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。」として、被告らの株主権濫用の主張を斥けた。

商法二六七条は、六カ月前から引き続き株式を有する株主は、会社のために取締役の責任を追及する代表訴訟を提起することができる旨を定めている。したがって、六カ月前から引き続き株式を有する株主は、その有する株式数にかかわらず、また取締役の責任の発生当時において、すでに株主であったかを問うことなく、代表訴訟を提起することができる（北沢正啓「株主の代表訴訟と差止権」株式会社法研究二九八頁）。

しかしながら、代表訴訟の提起も、株主の有する会社法上の権利行使の一態様として、権利濫用の法理に服する（民法一条三項）。また、会社法上の訴は会社荒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い（大隅健一郎「会社訴権とその濫用」末川古稀・権利の濫用（中）一六九頁）。したがって、商法は代表訴訟の濫用にそなえて、担保の提供（二六七条四項五項）、原告が敗訴した場合の損害賠償義務（二六八条ノ二第二項三項）を規定しているのではあるが、くわえて、代表訴訟の提起が株主の不当な個人的利益の追及のためにのみ行われ、会社または取締役が不当な不利益を蒙るときは、代表訴訟の提起は、株主権の濫用にわたるものとして排斥されなければならない（神崎克郎「自社株買戻しと取締役の責任」法学セミナー三八号三二一頁）。

それでは、具体的にいかなる場合に、代表訴訟の提起は、権利濫用として排斥されるのか。本件では、原告の売名目的が争点となった。判旨は、原告の売名目的の立証が不十分であるとして、株主権の濫用の主張を斥けた。では、かりに売名目的が立証された場合には、濫用を理由として、代表訴訟は棄却あるいは却下されるべきであったのであろうか。

この点は、代表訴訟の対象となるべき取締役の違法行為が存在する場合に、原告の目的が会社荒しその他純個人的利益の追求にあることが認められるとき、裁判所は権利濫用のみを理由として、原告の請求を斥けることができるかという問題設定のもとに検討されるべきものであろう。この問題に関して、決議取消の訴についての裁量棄却（商法二五一条）についてはあるが、肯定説

(谷口安平「議決権不統一行使と決議取消訴訟の裁量棄却」企業法研究一二三号二六頁、山木戸克己「民事訴訟と信義則」権利の濫用(中二七一頁)と否定説(大隅・前掲一七五頁)とが対立している。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、請求が実体的に理由の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(今井宏・(旧)注釈会社法(4)二二二頁)とする否定説が妥当であると考えられる。

代表訴訟も、会社法上の訴提起の権利として、このような理解が共通するものと思われる。すなわち、代表訴訟の提起により直接利益を受けるのは、訴提起者ではなく会社である。現に会社に損害が生じている場合には、すみやかに回復の手段がはかられることが、何よりも必要である。くわえて、訴えの提起と、結果たる利益とは直接には結びつかない。つまり、会社に損害が発生している場合、誰れのイニシアチブにより、それが回復されるかという点は、さほど重要な問題であるとは思われない。

さらに、代表訴訟はそれ自体、提起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点(神崎・前掲三一頁)を考えあわせれば、提起者の個人的な目的の純粹性を問題とすることは、厳格に過ぎるものといえよう。また、このように厳格な態度は、代表訴訟の取締役の違法行為に対する抑止的機能という観点からも適切なものとはいえない。

すなわち、そ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の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(神崎・前掲三一頁)。したがって、理論上は、代表訴訟の提起において、実体的理由が存するかぎり、権利の濫用という問題は生じないとも考えられよう。ただし、会社のための制度という点からすれば、違法性が低くかつ生じた損害が極めて少額である場合、会社の回復する利益が、会社および取締役の損失に比して著しく劣るときには、株主権の濫用が問題となる可能性が存在する。

最後に、代表訴訟の提起に関して、原告が株式を取得した時点が、事件発生後二年間を経過している点は、どのように評価されるべきであろうか。少なくとも現行法の規定からは、原告適格の問題としてはもとより、権利濫用の問題（関俊彦「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」ジュリスト八六九号九一頁以下参照）としても、代表訴訟の提起権者を違法行為時の株主に限ることは困難であろう（河本・龍田他「三井鉱山事件が提起した諸問題」商事法務一〇八五号一頁）。ただし、立法論としては、かかる制度を合理的であるとする見解が存在する（竹内昭夫「株主の代表訴訟」法学協会百周年記念論文集第三卷一五五頁以下、なお北沢正啓「アメリカ会社法における株主の代表訴訟」法学協会雑誌六八巻六号六七五頁参照）。

いずれにしても、本件において裁判所が、権利濫用の抗弁を排斥したことは妥当であると考える。

三 自己株式の問題について、判旨は、D社によるA社株式の取得が、自己株式の取得を禁止した商法二一〇条に違反すると結論する。結論は肯定されるべきものである。しかしながら、傍論とはいえ、弊害がないとはいえないときでも自己株式の取得が許容される場合がありうると述べている点は、なお検討を加えるべき必要があると思われる。

五六年改正により、商法二二一条ノ二が規定される以前にも、子会社による親会社の株式取得は自己株式の取得にあたるという点で、学説はほぼ一致していた（反対、大住達雄「自己株式の問題点」財経詳報一九一号二頁）。学説上の対立は、子会社の認定基準についてみられた（各説につき、龍田節「子会社による親会社株式の取得」鈴木古稀・現代商法学の課題（下）一四六二頁以下参照）。しかしながら、少なくとも完全子会社が、ここにいう子会社であることについては、ほとんど異説はなかった（河本一郎「子会社による親会社株式の取得禁止」法学セミナー三四六号一一四頁）。

したがって、D社（A社の完全子会社）によるA社株式の取得を自己株式の取得であるとした判旨は正当である。ただし、かかる認定にさいして裁判所は、「完全子会社」という要件の他に、詳細な事実認定にもとづき、本件株式取得が実際にはA社による

ものと同視しうる点をもその理由に加えている。親会社の関与は、自己株式の認定にあたり、本来問題にする必要はないものと思われる(河本Ⅱ龍田他・前掲二二頁)。しかしながら、裁判所のかかる態度は、親会社の取締役の責任が問題となっていることに加えて、子会社(D社)の損害がそのまま親会社(A社)の損害であるとの裁判所の判断とも関係していると思われるので、この点は、損害論を検討するさいに、改めて検討することにする。

商法二一〇条は、資本の維持、株主の平等、会社支配および株式取引の公正性を確保するという政策的見地から、自己株式の取得を禁止している(蓮井良憲・新版注釈会社法(3)二二七頁以下参照)。したがって、商法二一〇条一号乃至五号に列挙されている以外にも、右弊害のない場合は、解釈上自己株式の取得は許容されると解されている(鈴木竹雄・新版会社法全訂第二版補正版一一〇頁注(4)、なお蓮井・前掲二四一頁以下参照)。

ところが、本件判旨は、さらに進めて、弊害がないとはいえないときでも、なお自己株式の取得が許容される場合がありうる旨をのべている。この点は、本件判旨において、最も重要な問題を含むものの一つであろう。以下、この点に関して、本評釈では判旨との関係から、支配権維持のための自己株式取得の問題を限定して考察を進めることにする。

学説においては、会社支配権維持のための防戦買いととしての自己株式取得、買占めの対策としての自己株式取得は、商法二一〇条の趣旨に照らして禁止されるべきであるとの見解が有力である(矢沢惇「自己株式をめぐる法律関係」企業法の諸問題一九八頁、蓮井・前掲二三四頁)。下級審判例の中にも、反会社派である一部株主に対するための自己株式の取得は禁止の例外にあたりないとする判旨が存在する(東京地判昭和三一・五・二二下民集七巻五号一二九七頁)。しかしながら、反社会的利益追求のおそれがあるような外部資本家による株式買占めの実行に対して、自己株式取得が有効な対抗手段であるならば、一定の条件のもとに自己株式取得を許容することが会社全体の利益からみて必要な方法であることは否定できないとの指摘もある(福田博之・自己株式論五〇頁)。また、そのような立法例も存在する(西独株式法七一条一項一号)。

かりに、商法二一〇条が存在しない場合には、株式買戻しを「経営者利益追求型」と「会社利益追求型」に分類し、後者のうち、真に会社の利益になるもののみを許容することが妥当であるかもしれない（神田秀樹「三井鉱山事件に関する理論的問題」商事法務一〇八二号七頁）。州会社法上、自己株式取得禁止規定を持たないアメリカにおいては、会社が現経営者の支配権維持のみを目的として自己株式を取得することは許されないが、支配権の維持が実質的に会社の利益と認められる場合には、その取得は不当ではないとする一連の判例が存在する（今井宏「支配権確保のための自己株式の取得」商事法務五四七号六頁）。

しかしながら、商法は第二一〇条により、自己株式の取得自体を禁止している。つまり、同条は一般予防規制として規定されている。たとえ個別的には弊害を伴わない場合、また弊害を上回る会社の利益を期待しうる場合があるとしても、そうした判断を取締役に委ねることは適当ではないゆえに、自己株式の取得そのものを一般的に禁止しているのである（吉原和志「三井鉱山自社株高値買戻し事件判決」法学教室七四号一三一頁）。したがって、解釈によって許容される自己株式の取得は、弊害のないことが類型的に明らかなる場合に限られる（神崎・前掲三〇頁）べきであろう。

すなわち、会社の支配権に関する自己株式の取得が許容されるか否かの問題は、当該類型が自己株式取得に伴う弊害を予測させるものであるかという点から判断されなければならない。もし予測させるものであれば、その類型に属する自己株式の取得は、許容されえないであろう。個々の自己株式の取得が会社にとり必要かつ有益であったとの事実は、かかる点を問題としない商法二一〇条との関係では意味を持ちえないものであり、このような場合にまで、自己株式の取得の許容範囲を拡大する余地がありえるとの見解は、商法二一〇条の解釈論としては問題があると思われる。

したがって、弊害を予測させる、支配権を維持するための自己株式の取得は、前述の有力説が述べるように、全体として禁止されるべきであると考ええる。実際に弊害が発生しなかったとしても、既に取得の時点で、違法性が生じているのであり、かかる自己株式の取得をもし許容するのであれば、刑法（三六・三七条）のような規定を欠く商法においては、いかなる法理を用いて

違法性を阻却するののかという観点から議論されなければならないのではないだろうか（緊急避難としての禁止の例外という視点、河本・龍田他・前掲一二頁以下）。あるいは、損害の未発生を理由とする、事実上の免責なども考えられるかもしれない。

判旨は、このような文脈においてはではないが、「経営判断」という語を用いている。アメリカの判例には、買占めに対抗するために、会社が特定の株主から自社株を取得した場合に、取締役の「経営判断」を認め、原告の訴を却けた事例が存在するようである（春田博「アメリカ法における経営判断の原則の一考察」早稲田法学会誌三五卷三六二頁）。しかしながら、前述のように、自己株式の取得を原則として禁止していないアメリカでは、この問題を、当該株式の取得が会社のためのものであるのか、取締役個人のためのものであるのかという点から判断している。つまり、注意義務の問題として、かつ会社の利益を推定させるものとして「経営判断」が用いられているのであり（神田・前掲六頁）、自己株式の取得自体を一般に禁止する日本法とは、次元が異なるといえる。そして、アメリカにおいても、法が禁じる違法行為に対しては、「経営判断」の原則は適用されていないようである（河本・龍田他前掲一二頁以下参照）。

さらに、以上の問題とは別に、支配権に関する自己株式の取得をめぐることは、会社法の本質にも関連して、そもそも現在の経営権の維持が会社にとって利益であるとの判断は誰がなすのか、つまり取締役がかかる判断を行うことができるのかという問題が存在する。現行株式会社法の基本理念によれば、株式の多数を握った者が、会社に関する最終的決定をなすのである。少なくとも商法の領域においては、支配権維持のための自己株式の取得を検討する場合、かかる理念との関係が常に問題とされなければならないであろう（この点については、龍田節「自己株式取得の規制類型」法学論叢九〇巻四・五・六号二一九頁以下参照）。

以上の点を勘案すれば、この問題は、より制限的な立場から解釈されることがのぞましいと考えられる。このような態度は、また一部株主の不法な意図の実現を防止するという側面からも、より効果的であろう。

四 賠償すべき損害については、様々な問題が、諸論稿によりすでに指摘されている。

第一のものは、損害の発生時点に関係する。本件でいえば、買い受け時と売却時にそれぞれ損害が発生しているのか、それとも売却時に初めて損害が発生したのが問題となる（河本・龍田他・前掲一八頁）。この問題は、買い受けと売却の間に株価の変動が生じた場合、損害額自体に影響を与えることも考えられる（関・前掲九〇頁）。第二のものは、具体的な損害額の算定に関係する。例えば、相当因果関係を考えるのであるならば、自己株式の取得により生じた利益は損害額から控除すべきではないのか（神田・前掲八頁）、支配株式にともなうプレミアを評価すべきであるのか（関・前掲九一頁）といった問題である。また理論上のものとしては、発生した損害と商法二一〇条との関係が問題となる（神田・前掲八頁）。

その他、損害論に関しては、子会社の損害と親会社の損害との関係が問題となる。Xの代表訴訟の提起が認められるためには、Xが株主である親会社に損害が発生していることが要件となる。それに対して、本件では、形式的には損害は子会社に発生している。裁判所は、この点に関して、判旨一でのべた両会社の関係に照らして、「直接的にはD社の損害であるが……これをA社の損害と評価することができる。」と判示したが、判旨の論理は必ずしも明らかではない。したがって、本評釈は、A社に生じた損害について、かりに、D社の株主としての損害と、D社の親会社としての損害とに分けて、若干の検討をくわえることにする。

株主としての損害を考えた場合、親会社には、自己株式取得を原因とする会社（子会社）財産の減少にもとづく株式の価値の下落により、損害が発生している。この場合に問題となるものは、親会社に生じた損害とは子会社の財産の減少それ自体ではなく、かかる財産減少の株式の価値への反映ではないかという点である。株式会社は、究極的には株主のものであることから（商法四二五条・残余財産の分配）、会社財産の減少それ自体が、直接に株主の損害であるといえるであろうか。

他方、株主が会社財産の減少それ自体を問題とするための制度としては、代表訴訟がある。しかしながら本件は、子会社の株主としての親会社の提起による代表訴訟ではない。原告は、親会社の株主である（アメリカの判例法は、株主が自社の従属会社を代表することに肯定的なようである。関俊彦「救済としての代表訴訟」証券研究七二巻二一〇頁）。さらに、会社（子会社）の取締

役の責任は問われておらず、また損害賠償は、子会社ではなく、親会社に対してなされるものとされた。したがって、本件を、親会社が提起すべき代表訴訟に代替するものとして考えることはできない。

このように、株主としてのA社の損害を考えた場合には、損害額の認定が問題となる。

つぎに、親会社としてのA社の損害を考えていくことにする。

判旨は、完全子会社であることその他に、本件自己株式の取得が親会社によるものと考えられる点から、子会社の損害が親会社の損害であるとした。かかる事実からは、親会社の責任が発生していることは認めることができるかもしれないが、あくまでも法人格を異にする会社間で直ちに一方の損害がそのまま他方の損害であると評価することには問題がある。経済的一体性から、一方の法人格を否定することにより、法的一体性を導くものとして、法人格否認の法理がある。あるいは、裁判所の判断の基礎には、形骸化を理由とする法人格否認という認識が存在していたのかもしれないが、その場合には、これまで子会社の債権者による親会社の責任追及に用いられてきた同法理の適用領域の拡張の是非という問題が生じよう。少なくとも、子会社の損害について、親会社に子会社の債権者から責任を追及される可能性が存在することをもって、親会社に同額の損害が発生していると認めることには問題があると考ええる。

いずれにしても、これらの点は、子会社による親会社株式の取得禁止に関する商法二二一条ノ二の規定が設けられた後も依然として未解決の重要な問題であり、今後の学説の検討、判例の集積をまつほかはないので、ここでは問題点を指摘するにとどめた。ただ、本件の特殊性（D社は完全なる子会社）をも考え合わせれば、判旨の結論には賛成である。（志田 惣一）

〔追記〕 本評釈脱稿（一九八六年一月二〇日）後、並木俊守教授の本件評釈（代行リポート七四号一七頁）に接した。

三六 株式会社のいわゆる全員出席総会における決議の効力

昭和六〇年二月二〇日最高裁第二小法廷判決（昭和五八年（オ）第一五六七号敷金返還請求事件）

判例タイムズ五八三号六八頁、判例時報一一八〇号一三〇頁、金融商事判例七三八号三頁、民集三九卷八号一八六九頁——上告棄却

〔事実〕 X（被上告人・控訴人・原告）は、タクシー営業を目的として昭和四十七年二月三日に設立された、資本金八〇〇万円、株主一〇名の株式会社で、設立当初、代表取締役はY（上告人・被控訴人・被告）、取締役はAら五名が就任した。昭和四十八年二月三日、Yら六名の取締役の任期は満了したが、その後も取締役を選任する有効な株主総会決議が存在しなかったため、商法二五八条一項および二六一条三項により、後任者が就職するまで、Yが代表取締役の権利義務を、Aら五名が取締役の権利義務を、それぞれ有することになった。

ところで、昭和五〇年六月、X会社は、Yとの間で本件土地・建物につき、賃料を月額三八万円、期間を同月から昭和五一年五月三十一日まで、敷金を八〇万円とする賃貸借契約を締結し、敷金八〇万円をYに交付し、Yから本件土地・建物の引渡を受けた。

その後、同年八月一日、Aは取締役会を招集し、Yが会社の信用を失墜させ、社会的信頼関係を失墜させたとして、Yの代表取締役を解任し、Aを新たに代表取締役に選任する旨決議し、同日その旨の登記を了した。そして、昭和五一年二月二三日にAの開催した取締役会において、Yも出席し、本件賃貸借契約を契約更新時に合意解約することが、出席者全員の賛成をもって決議された。これに基づき同年六月一日、AはX会社を代表して本件賃貸借契約を合意解約し、遅くとも同年七月一九日までに本件土

地・建物の明渡を完了した。

ところが、AがX会社を代表してYに対し敷金の返還を催告したにもかかわらず、Yが敷金を返還しないため、X会社はYに対して本件訴訟を提起した。なお、昭和五二年六月一九日に、AがXの代表取締役として開催した株主総会において、Y他五名を取締役に選任する旨の決議がなされたが、Yが右就職を断つたため、同日退任したものとし、同年七月二四日更に株主総会を開催し、Yに代えてBを取締役とする選任決議がなされている。

第一審係属中の昭和五六年五月三十一日、Aは株主総会を招集・開催し、Aらを取締役に選任する旨決議した。この総会には、委任状による代理人を含めて、X会社の株主一〇名が全員出席（Yは自ら出席）した。そして、ここで選任された取締役から成る取締役会において、Aを代表取締役を選任する決議がなされた。

第一審（広島地福山支判昭和五七・八・二〇）は、昭和五〇年八月一日の取締役会決議は無効でありAは代表取締役ではなかったため、本件契約の合意解約は無効であるとして、Xの請求を棄却したため、Xは控訴した。控訴審係属中の昭和五八年三月一日、Aは取締役会を招集し、ここにおいて、先にAのなした合意解約および敷金返還の催告を追認する決議がなされ、同月二二日Yに対して追認の意思表示がなされた。

原審（広島高判昭和五八・八・三〇）は、昭和五〇年八月一日の取締役会決議は手続上の瑕疵により無効、昭和五二年六月九日、同年七月二四日等に開催された株主総会も不存在としたが、昭和五六年五月三十一日開催の株主総会はいわゆる全員出席総会として有効であり、これに基づくAの代表取締役就任も有効、したがって、昭和五八年三月一九日の取締役会における賃貸借契約の合意解約および敷金返還の催告の追認は有効であると判示した。Yはこれを不服として上告した。

〔判旨〕「商法が、二二二条以下の規定により、株主総会を招集するためには招集権者による招集の手続を経ることが必要であ

るとしている趣旨は、全株主に対し、会議体としての機関である株主総会の開催と会議の目的たる事項を知らせることによって、これに対する出席の機会を与えるとともにその議事及び議決に参加するための準備の機会を与えることを目的とするものであるから、招集権者による株主総会の招集の手続を欠く場合であっても、株主全員がその開催に同意して出席したいわゆる全員出席総会において、株主総会の権限に属する事項につき決議をしたときには、右決議は有効に成立するものというべきであり（最高裁昭和四三年（オ）第八二六号同四六年六月二四日第一小法廷判決・民集二五卷四号五九六頁参照）、また、株主の作成にかかる委任状に基づいて選任された代理人が出席することにより株主全員が出席したことになる右総会において決議がされたときには、右株主が会議の目的たる事項を了知して委任状を作成したものであり、かつ、当該決議が右会議の目的たる事項の範囲内のものである限り、右決議は、有効に成立するものと解すべきである。」

そして、X会社の昭和五六年五月三十一日開催の株主総会は、「会議の目的たる事項を了知して委任状を作成しこれに基づいて選任された代理人を出席させた株主も含め、X会社の株主一〇名全員がその開催に同意して出席し会議が開かれ……Aらを取締役に選任する旨の決議がされ」たのであるから、前記説示に照らして、その決議は有効と解すべきである。したがって、このように有効に選任された「取締役により構成された取締役会のなした、Aを代表取締役を選任する旨の決議並びに本件合意解約及び本件敷金返還の催告を追認する旨の決議は、いずれも有効である。」

【評釈】

一 株主総会を招集するには、招集権者が、法定の手続に従って総会を招集することが必要である。原則として、取締役会の決議に基づいて代表取締役が招集の手続をとることになる。招集権限のない者により招集されても、それは法律上の意義における株主総会ということにはできず、そこで決議がなされても、株主総会決議としては不存在であると解されている（最判昭和四五年八月

二〇日判例時報六〇七号七九頁)。また、有限会社法三八条は、社員総会について、社員全員の同意により、招集手続を省略することを認めているが、株主総会についてはこのような規定は存在せず、招集手続の省略は法文上認められていない。

そこで、招集権者による招集手続なしに、株主全員が会合して決議をなす、いわゆる全員出席総会の決議について、これを有効と解するか否かが問題とされてきた。かつて大審院は全員出席総会の決議の効力を否定したが(大判昭和七年二月二日民集一巻三号二〇七頁)、最高裁は、近時に至って、一人会社の株主総会につき、招集手続がなされなくとも、その一人の株主が出席すれば株主総会は成立するとの判断を示した(最判昭和四六年六月二四日民集二五巻四号五九六頁)。本判決は、株主が複数存在する場合についても、全員出席総会の決議の効力を肯定したものであり、しかも、全員出席総会における株主の出席には、委任状による代理人の出席が含まれるとの立場をとっている。きわめて重要な判決といえることができる。

二 全員出席総会における決議の効力は、前述のように、昭和七年の大審院判決により否定されており、当時の学説もおおむねこれを支持していた(田中耕太郎・改訂会社法論下三四八頁、松本丞治・日本会社法論二五二頁、片山義勝・株式会社法論六〇一頁、松田二郎・会社法概論一八六頁)。株主総会は法の特に認めた会社の機関であるから、その成立には、招集権者による法定の手続の履行が必要であること、全員出席総会では、総会に出席する機会のみたされても、法の予定する準備の機会に欠けることなどが、理由として挙げられた。

これに対して、近時の通説は、法定の招集手続を欠いても、株主全員が総会の開催に同意して出席すれば、その総会における決議は有効であると解している(鈴木竹雄・新版会社法〔全訂第二版〕補正版一五二頁、石井昭久・会社法上〔商法Ⅱ〕二二八頁、大隅健一郎・今井宏・新版会社法論中一・二頁、田中誠二・再全訂会社法詳論上五〇〇頁、北沢正啓・会社法新版二八四頁など)。その主な論拠は、法定の招集手続は、すべての株主に対して出席の機会と準備の時間を与えるためのものであるから、すべての株主がその利益を放棄し、総会の開催に同意する以上、有効な総会と認めて差し支えないことである。その他、総会招集手続

に関する法規が強行法であっても、個々の具体的な場合にその不遵守を容認することができるのは、株主平等原則等と同様に解されること（田中（誠）・判例民事法昭和七年度六九頁、加美和照「株式会社のおける全員出席総会における決議の効力」法学教室六九号九三頁）、商法二三七条との対比から、全株主が会合した場合には、少数株主権としての総会招集権のような格別の手続を必要とせず、総会の成立が認められると解することができること（西山忠範「全員出席総会」会社判例百選新版九七頁、加美「いわゆる一人会社と株主総会の成立」金融商事判例二九三三三頁）、株主総会について、招集手続の省略に関する明文規定を欠くのは、商法が株式会社において総株主が同意する事態を一般に予想しなかつたからにすぎないと解すべきこと（北沢「招集手続・総会開催の省略」商法の争点第二版一一〇頁、同・前掲書二八四頁）、比較法的にみて、ほとんどの国で全員出席総会が認められていること（泉田栄一「全員出席総会について」富山大学経済論集二一卷一号九二頁、加美・前掲金融商事判例四頁）などが、有効説の理由づけとして説かれている。

一判例では、下級審に有効説をとるものがあつた（東京地判昭和三十一年二月二日ジュリスト一二八号七七頁、大阪地判昭和三九年六月一九日判例時報三七九号四三頁、大阪地判昭和三十七年五月二三日判例時報三一六号二四頁）。また最高裁が一人会社について招集手続を欠いてもその一人の株主の出席により総会の成立を認めていることは、前述の通りである。

このような最高裁の態度から、本判決が全員出席総会の決議について有効説をとつたことは、大方の予想通りであつたともいえるよう。判決においては、株主総会の招集手続が全株主に総会の開催と会議の目的たる事項を知らせ、出席と準備の機会を与えることを目的とすることを述べており、その理由とするところも、従来有効説が主張してきたところと同様といえる。わが国の株式会社の実態から考えれば、妥当な結論と評価できよう。

三 本判決は、第二の判示事項として、委任状による代理人の出席を含めて株主全員が出席した場合も、全員出席総会としてそこにおける決議は有効となりうると判示した。この問題については、従来、見解の対立がある。

まず、委任状による代理人の出席をもってしては全員出席総会とはいえないとする見解が存在する（西原寛一「株主総会の運営」株式会社法講座三巻八七三頁、大隅 今井・前掲書一二頁、境一郎「第二三一条」注釈会社法(4)二九頁など）。株主が委任状を作成・提出したことによって、総会の招集手続に関する規定が与える出席と準備の機会という利益を、株主が当然に放棄したと読みとることは困難であると考えられることを理由とする。全員出席総会については、その濫用の可能性をできる限り抑制させようとの趣旨も、はたらいっている（加藤修・論点・学説・判例株式会社法一八一頁）。従来は、この否定説の方が、むしろ多数説であったと思われる。

他方、委任状による代理人の出席を含めて全員出席総会を肯定する立場も存在する（北沢・前掲争点一〇頁、浜田道代「閉鎖会社における株主総会」商法 I 「判例と学説」五、二二六頁、鈴木 竹内昭夫・会社法一六九頁、田中（誠）・前掲書四九四頁）。委任状による出席を含めれば、全員出席が擬制的なものに転化していくことは避けられないが、これを認めても、弊害はそれほど大きくないとの考えに基づくものである。法人株主の場合には、代理人を出席させても弊害はなく、また実際の必要性が認められる場合もあるとして、肯定説を支持する見解もある（加美・前掲教室九三頁）。諸外国には明文の立法を置く例もあるといわれる（金融商事判例七三八号四頁、加美・前掲教室九三頁）。また、下級審の裁判例に、代理人の出席が含まれている場合にも全員出席総会としてその決議を有効としたものがある（前掲大阪地判昭和三十七年五月二三日）。

この問題についての肯定説・否定説の対立は、結局、代理人による出席をも含めて全員出席総会を認めた場合に、その濫用により、株主の利益が害される可能性を重大視するか、その弊害はさほど大きなものではないと考えてその実益をとるかにあるように思われる。本件判決は、株主が議案を了知して委任状を作成したことおよび当該決議がその議案の範囲内のものであることという二つの枠をはめることにより、否定説の懸念にある程度応えていると考えられる。こうした調整をはかった上で肯定説を採用する本判決の立場は、是認しうるものである（これまでに散見された本件の解説ないし評釈は、判旨賛成の点で一致している。加美・

前掲教室九二頁、河内隆史・金融商事判例七四五号四七頁、神田秀樹・判例評論三三一号五八頁、篠原勝美・ジュリスト八五八号八四頁）。

四 以上のように、本判決の結論、すなわち、いわゆる全員出席総会の決議を有効と解すること、および、委任状による代理人の出席が含まれるときは、株主が会議の目的たる事項を了知して委任状を作成し、かつ当該決議がその事項の範囲内のものである限りで、その決議を有効とすることには、賛成するものであるが、本件の事実関係をみると、全員出席総会の理論によらなくとも、問題の解決が可能であったのではないかと考えられる。

判決文には、「原審の適法に確定したところによれば、……X会社の昭和五六年五月三一日開催の株主総会は、これを招集する権限を有しないAが役員選任決議等を会議の目的たる事項と定めて招集したものであるが……」（民集三九卷八号一八七一―二頁）とあり、招集手続自体は履践されたもののそれをなした者が招集権者ではなかったという事実を推認させる。しかも、Aは、「昭和五〇年八月一日開催の取締役会以後、Xの代表取締役として実質上その経営の実務に携わっていたものであるが……」（民集三九卷八号一八八四頁）とあるので、昭和五〇年八月一日以後は、Aが代表取締役（勿論法律上のもではない）として行為しており、また、X会社の株主、あるいは利害関係者も含めて、Aを事実上代表取締役として扱っていたものと推認される。したがって、昭和五六年五月三一日の総会は、招集手続の規定によって保護される総会出席の機会とその準備の機会という株主の利益を、株主全員が自ら放棄して会合したというよりは、むしろ、株主全員が招集権者すなわち代表取締役として扱っていた者により招集手続がとられ、それに従って、委任状出席も含めて株主全員が会合したものであったのではないかと考えられる。

つまり、Aは、昭和五〇年八月一日以後、X会社の事実上の代表取締役として、X会社の業務執行に携わっていたのである。もっとも、昭和五〇年五月三一日の株主総会が存在であったことから、八月一日の取締役会は手続上の瑕疵によりその決議が無効とされているので、Aは、法律上は、取締役としての権利義務を有する者にすぎず、同様にして、法律上は、Yが依然として

代表取締役としての権利義務を有する者であり続けたことになる。ところが、昭和五二年六月一九日に至り、Aの開催した株主総会において、Yは取締役への就職を断り、同日退任している。これは、Yによる取締役辞任の意思表示と受けとられる。したがって、この時点で、YはX会社の代表取締役としての職をも退いたことになり、X会社には、法律上の代表取締役は存在せず、事実上の代表取締役としてAのみが存在することになった。本件で問題とされた昭和五六年五月三十一日の株主総会は、このような事実上の代表取締役であるAにより、招集手続を履践して開催された総会であったといえることができる。

事実上の取締役理論は、取締役の選任手続の瑕疵や資格の喪失によって、法律上、取締役としての地位を有さない者が、事実上その地位にあって取締役としての活動を継続する場合に、その者がなしてきた各種の業務執行行為の効果とするための理論で、アメリカの判例法上形成・発展されたものである（詳しくは、石山卓磨・事実上の取締役理論とその展開参照）。近時では、解釈論による導入ばかりでなく、立法論としても取り上げられている（昭和六一年五月一日法務省民事局参事官室「商法・有限会社法改正試案」二13 a）。従来、事実上の取締役理論については、一種の帰責法理として、対外的業務執行の効力に関する面が注目されてきたきらいがあるが、むしろこの理論は、対内的業務執行行為を有効とする点で、きわめて大きな効力を發揮すると考えられ、そうした対内的効果の面から新たな解決が期待できるものとして、取締役選任の総会決議の取消・無効・不存在確認の場合と既往関係の処理があるといわれている（石山・前掲書二六四頁）。

そこで、この事実上の取締役理論を本件に適用すると、昭和五〇年八月一日の取締役会決議は、手続上の瑕疵により無効とされているので、そこにおけるAの代表取締役選任決議は瑕疵を帯び、前述のように、Aは事実上の代表取締役にとどまることとなる。そして、昭和五二年六月一九日にYが取締役を退任し法律上の代表取締役が存在しなくなると、これ以降のAの業務執行行為は、事実上の取締役（代表取締役）理論により、代表取締役の行為として有効なものと解することができる。したがって、昭和五六年五月三十一日の株主総会は、事実上の代表取締役であるAが、招集権者として招集手続を履践して開催した、有効な株主総会で

あり、全員出席や委任状による代理人出席の可否は、問題にならないことになる。本件のように、招集権者自体に瑕疵があり、しかもその者が事実上の代表取締役として招集手続を履践していると認められる事実関係のもとでは、全員出席総会の理論による解決よりも、事実上の取締役理論による解決の方が、より問題の本質に根ざした解決方法であるといえるのではないだろうか。

五 最後に、本判決が、株主の代理人を含む全員出席の場合にも、一定の要件のもとで有効な株主総会決議をなしうるとしたことから、これを敷衍して、どこまで総会の招集・運営手続を簡略化できるかの問題にふれておく。

第一に、株主総会の決議事項につき、株主全員の同意がある場合に、これを総会の決議と同一に扱いうるか否か、さらに、株主全員の同意がある場合に、書面決議をなすことが認められるか否かという問題がある。有限会社法四二条は、総社員の同意による書面決議を認めるとともに、総社員が書面をもって同意したときは、これを書面決議と同様に扱うことを認めているが、株式会社については、この種の規定は存在しないのである。

学説の中には、従来から、全員出席総会を認めるならば、株主総会の決議事項につき株主全員の同意がある場合に、それを株主総会の決議と同一視するところまで徹底するのが自然の帰結であろうとして、こうした簡略化の方向に共感を示す見解もあった（大隅他「共同研究―株主総会」ジュリスト七九号四〇頁）。もっと積極的にこの問題を肯定し、株主数の少ない閉鎖的会社では、全株主が同意する事態がしばしば生じうるのであり、そのように反対者がいない場合には合議を強制したところで異なった結論に達することはないと主張する説や、一人ないしこれに近い小規模の会社については認めて差し支えないとする説もある（浜田・前掲書二二七頁、大隅・今井・前掲書一三三頁）。

さらに進んで、書面決議をすることについて全株主の同意があれば、書面決議をなしうるとの見解も、従前から存在した（北沢・前掲争点一一〇頁）。本判決を契機として、書面決議ができるようになったと解してよいとする学説も現われている（並木俊守「全員出席総会の有効性」法令ニュース二二卷四六一号六七頁）。その理由とするところは、書面決議に反対の株主は同意しな

ければよいのであるから、株主の利益を害するものではないこと、有限会社法四二条のような規定を欠くのは、全員出席総会の場合と同様、商法が株式会社において全株主の同意する事態を一般に予想していなかったからにすぎないこと（北沢・前掲争点一〇頁）、総会の招集手続に関する規定は、全株主に議題を知らせ出席の機会を与えることにあるので、書面決議を認めても法の趣旨に反するとは解されないこと（並木・前掲六七頁）である。

しかし、通説は、株主全員の同意をもって株主総会の決議に代えることにも、株主全員の同意により書面決議を認めることにも、反対である。最高裁も、本判決にそこまでの射程を持たせることは意図していないであろう。たしかに、委任状による代理人の出席を含めて全員出席総会を認める場合には、構成員の一部の者が、特定の議題について原案を示して他の構成員の賛成をとりつけ、委任状を集めた後会合を持てば、全員出席総会の理論によりこれを総会の決議として扱うことも不可能ではないであろう。それが一人の構成員によりなされうるとすれば、ここにも「歩く株主総会」の現象が出現することになるかもしれない。とはいえ、このように理論的拡張を押し進めていくことは、商法諸規定の形骸化を助長し、むしろ本判決への批判にもつながることであろう。現在進められている大小会社の区分立法においては、株主数の少ない会社について招集手続の簡略化等が取り上げられていることでもあり、この問題は立法による解決を待つべきではないかと考えられる。現在の会社法体系の中で、解釈による簡略化をいたずらに進めることは、必ずしも好ましい方向とはいえないように思われるからである。

もう一つ、決議方法との関連でふれておきたいこととして、書面投票の制度（書面による議決権行使）がある。現在、書面投票制度は、議決権を有する株主数が一〇〇人以上である商法特例法上の大会社に適用されているが、株主全員が書面投票の方法で決議する場合には、会議の開催は不要となると考えられ、このことは通説も否定しないだろうといわれる（大隅Ⅱ今井・前掲書一三頁）。もっとも、書面投票制度の適用会社にあつては、総会の招集通知とともに参考書類を送付することが義務づけられており（商特二一条の二）、株主が議案についての情報を得る手段が確保されている。それゆえ、株主全員が書面投票の方法で決議するこ

と、株主全員の同意を総会決議と同一に扱うことを同列に論じることが、できないであろう。

ちなみに、「商法・有限会社法改正試案」では、この書面投票制度をすべての株式会社・有限会社について認める案が示されている（前掲試案二21 a・b）。総会の招集手続の簡略化、書面決議の導入とあわせて、立法作業の推移が注目されるところである。

（川島いづみ）

三七 一部の取締役に対する招集通知もれと取締役会決議の効力

昭和六〇年一〇月三〇日東京高裁第一二民事部判決（昭和五九年（ホ）第一七七五号株主総会決議取消請求控訴事件、原審・東京地裁昭和五七年（ワ）等一一四八三号）金融商事判例七三四号二六頁、判例時報一一七三号一四〇頁——原判決取消・請求棄却（確定）

〔判決要旨〕 対立関係の明確な各取締役の立場を討議を通じて修正しつつ会議体としての意思を平和裡に形成することは到底期待しうべくもなかったと認められるような場合は、一部の取締役に對し通知もれがあったにしても、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認められる特段の事情がある場合に当たするため、その場合には取締役会決議は無効とはならない。

〔事実〕 Y会社（被告・控訴人）は、昭和五一、二年頃までは創立者である訴外Aのワンマン会社であった（妻訴外Bは、共同代表取締役、息子訴外Cおよび訴外Dならびに娘である被控訴人X₁はいずれも取締役、X₁の婚養子である被控訴人X₂は監査役の地位にあったが、いずれもほとんど名目的なものであった）。Cは、昭和五四年八月三十一日に共同代表取締役に就任したが、昭和五六年四月半ば頃、同年二月二三日付で自己の代表権が解かれ、被控訴人X₂が取締役に就任した旨の登記がなされていることを知った。その後、同年四月二五日のAの死亡後、同登記が被控訴人らの画策と思っていたCと被控訴人らとの関係は一挙に悪化した。両者の対立が続いた結果、同年八月二二日の取締役会、翌二二日の定時株主総会における役員人事等めぐる審議も意見の調整が困

難なばかりか議事も混乱し、その後も両者の関係は改善されることがなかった。Cは、昭和五十七年七月に至り、同月二十八日に開催すべき株主総会（役員改選の議案を含む）（以下、本件株主総会という）の招集を決定すべき取締役会（以下、本件取締役会という）の招集通知を被控訴人らに発しないで、B、C、Dが出席した本件取締役会で本件株主総会の招集を決議した。

そこで、Y会社の取締役たるX₁X₂（原告・被控訴人）は、昭和五十七年七月二十八日の定時株主総会（本件株主総会）により選任された取締役らのY会社に対する不法行為責任および不当利得責任を追及する前提として、①本件株主総会の招集を決定した取締役会の開催にあたり、Y会社が当時取締役だったX₁X₂に対し故意に招集通知を発しなかったことにより、右招集手続にもとづく本件取締役会の決議は無効であるから、本件株主総会の招集手続は、結局取締役会の有効な決議にもとづかないでなされたことに帰着する②Y会社は、本件株主総会の開催にあたり、株主たるX₁X₂に対し、意図的に招集通知を発しなかったと主張して、本件株主総会決議の取消を求めて本訴を提起した。

これに対し、Y会社は、本件取締役会の開催にあたり、当時取締役だったX₁X₂に対し、故意に招集通知を発しなかったことは認められたが、次のように主張した。すなわち、①取締役会の開催にあたり、一部の取締役に對する招集通知を欠いた場合は、右招集手続にもとづく取締役会の決議は無効であるが、本件においては、X₁X₂は業務を執行した事実もなく、経営の内容にも関与していない名目的な取締役にすぎず、もしX₁X₂を本件取締役に招集すると、かねて株主総会の会議の席上中傷や暴言によって議事進行の妨害があったことから、再びそのような行動に出て正常な議事が進められないことが確実とみられたため、X₁X₂に通知せず、その余の三名の取締役に決議せざるをえなかったという特段の事情があったから決議は有効と解すべきである②本件取締役会の開催にあたってX₁X₂に対し招集通知が発せられなかったとしても、本件株主総会の開催にあたりX₁X₂に招集通知が発せられたから、X₁X₂は本件株主総会に出席して議決権を行使することができたにもかかわらず、ことさらに欠席して本件訴訟を提起したものであって、本件取締役会の開催にあたり、X₁X₂に対し招集通知を発しなかったことは、株主総会の招集手続の重大な瑕疵に当たらないた

め、本件請求は裁量棄却されるべきである。

原審判決（東京地判昭和五九年六月二六日——判例集未登載——）は、次のように判示して、原告X₁X₂の主張を認めた。

主張①につき、「株式会社を取締役会は、会社の業務執行を決し、取締役の職務の執行を監督する制度であるが、少数の会議体として全取締役による意見の交換と討議を通じて会議体としての意思を形成する点に制度の本旨がある。したがって、一部の取締役に対して招集通知もれがあった場合に、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情とは、その取締役が取締役会において占める地位、実質的影響力、決議の内容との関連においてその取締役について予想される意見、立場を考慮して、同人の意見が決議の結果を動かさないのであることが確実に認められるような事情を指すと解すべきであるところ、右事実関係の下では、被告主張の事由は、右特段の事情に該当しない。」

主張②についても、原告の主張した事実を認定した上、「本件株主総会の招集手続には、その招集につき決定権限を有する取締役会の有効な決議に基づかないでされた瑕疵及び原告らに対する招集通知もれの瑕疵があることになるが、本件の事実関係の下では、右の瑕疵は重大な瑕疵といふべきであるから、本件株主総会決議の取消請求を裁量棄却することは許されない。」

これを不服としたY会社は、原審における主張に加え、本案前の主張として①昭和五九年九月一〇日の株主総会取締役が改選された結果、本件総会決議にもとづく取締役および監査役はもはや現存しないのであるから、本件訴は訴の利益を欠くに至ったと解すべきである②本件総会において選任された前記取締役および監査役は、誠実に業務を遂行し、順調な業績を挙げているから、前記最高裁判決がいう訴の利益を充足させる「特別の事情」は存在しないと主張して、控訴した。

〔判旨〕 原判決取消・請求棄却

東京高裁は、Y会社の本案前の主張については、本訴が会社運営に対する相続人間の主導権争いの一面を有し、あるいはそれが

重要な動機となっている可能性を指摘しつつも、「被控訴人らは被控訴会社の株主たる地位に基づき、会社自体の利益のために、右退任取締役らの在任中における法令ないし定款に違反した行為の責任を追及する行為の一環として、本件総会決議に取消されるべき違法のあることを明らかにすることにより、役員たりうべからざる者が役員として行為したことにより会社に与えた損害の回復、就中さしあたって具体的には、それらの者が役員として得た報酬を、違法な役員選任手続を敢えてすることによって役員たる地位に就き報酬を得た不法行為による損害賠償として、ないし、役員たる地位を遡って否定された者の不当利得の返還として、控訴会社に支払わせる」ことを所期していると判示して訴の利益を認めた。

一方、本案請求については、まず第一に、「会社の取締役会は、会社の業務執行を決し、取締役の職務の執行を監督する制度であり、少数の会議体として全取締役による意見の交換と討議を通じて会議体としての意思を形成する点に制度の本旨がある。しかしながら、前示認定事実のとおり、Aらと相統人同士で控訴会社の運営につき深刻な主導権争いを続けている被控訴人らが取締役会に参加したところで、会議の紛糾は招くことはあっても、対立関係の明確な各取締役の立場（Bについても、被控訴人らと直接応対時の態度はともあれ、結局は実男子であるAら側に同調するものであったことは弁論の全趣旨に徴して明らかである。現に記録によると、BとAは住所を共通にしている。）を討議を通じて修正しつつ会議体としての意思を平和裡に形成することは到底期待しうべくもなかったと認められるような場合（まして、本件取締役会の議案は定時株主総会を招集する件である。）は、一部の取締役に對して招集通知もれがあったとしても、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情がある場合に当たると判示し、第二に、Xらに對し本件株主総会招集通知が発信されたものと認め、X₁X₂の本件総会決議の取消を求める本訴請求を棄却し、原判決を取り消した。

〔参照条文〕 商法二五九条の二・二六〇条の二

〔評釈〕 判旨に反対。

一 本事案は、同族会社の創立者死亡後に生じた、相続人間の主導権争いに起因するものである。創立者たる父親が死亡した後、当該会社の主導権をめぐって、取締役たる長女 X_1 と取締役たるその夫 X_2 が原告となつて、他の取締役ら(X_1 の母 B と兄 C と兄 D)の会社に対する不法行為責任および不当利得責任追及の前提として、それら取締役が選任された株主総会決議の取消を求めたものであるが、その根拠として、①当該株主総会の開催を決定した取締役会の招集手続につき被控訴人らに対し故意に招集通知を発しなかつた点に瑕疵がある②当該株主総会開催通知を同人らに発しなかつた点に瑕疵があるとの主張を行った。

これに対し、原審の東京地裁は、①②のいずれの主張も認めたが、控訴審の東京高裁は、事実認定として②の主張を認めず、また①については、最高裁の判例(最判昭和四四・一二・二第三小)である「取締役会の開催にあたり、取締役の一部の者に対する招集通知を欠くことにより、その招集手続に瑕疵があるときは、特段の事情のないかぎり、右瑕疵のある招集手続に基づいて開かれた取締役会の決議は無効になると解すべきであるが、この場合においても、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、右の瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解するのが相当である。」という法理を採用した上で、本件のような場合は、まさにこの「特段の事情」に該当するとして、原告の主張を斥けた。原審判決もかかる法理に依拠したものであるが、両裁判所で、この点をめぐって正反対の結論が導きだされたことは、注目すべきである。

取締役会の招集通知もれと取締役会決議の効力の問題については、判例・学説に対立がみられるが、本件判決はこの問題に関する最新の判決例ということで、まず注目に値する。そして、最高裁のいう「特段の事情」の具体的適用事例が示されたという点でも意義があるものと思われる。

ところで、本評釈では、まず第一に、本判決も採用している最高裁の判例理論の正当性の問題を念頭におきつつ、これまでの裁

判例・学説の紹介・整理・検討を行い、ついで、本件判旨の妥当性について考察を加えることとする。なお、本判決では、本件請求が、株主総会の招集手続に重大な瑕疵がある場合にあたり裁量棄却されるべきかという点および役員選任の株主総会決議取消の訴の継続中に当該役員が退任した場合の訴の利益もまた争点となっているが、この問題には立ち入らない。

二 招集通知もれと取締役会決議の効力に関する判例・学説

取締役会は、取締役の全員をもって構成され、その会議における決議によって業務執行に関する会社の意思を決定する必要がある。そして、このように会議を開き、その会議において決定すべきとしたのは、取締役会の権限が広汎なことに照応して、取締役相互の公正な協議によって真に妥当な結論に到達すべきことを期待したものである（鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫・会社法二〇三頁）。

換言すれば、取締役会制度は、取締役の衆知を結集して権限の慎重な行使を期待しているものであるから（星川長七・判批・金融商事判例七一頁三頁）、もとより取締役全員の取締役会への出席が保障されなければならない（商法二五九条の七）。したがって、一部の者に招集通知を欠くときは決議の成立過程に重大な瑕疵があることになり、右取締役会決議は無効と解されている（通説）。ただし、その場合でも、通知を受けなかった取締役または監査役が異議なく取締役会に出席すれば通知を受ける権利の事後の放棄として招集手続の瑕疵が治癒されるし（北沢正宏・会社法〔新版〕三四六頁）、後の取締役会で瑕疵ある決議を追認したときも招集手続の瑕疵が治癒されると解されている（大山俊彦「招集手続の瑕疵と取締役会決議の効力」会社判例百選〔第四版〕八九頁）。また、招集通知の相手は取締役および監査役の全員であるから、海外に駐在する取締役にも通知する必要がある（森井英雄・新任取締役へのアドバイス（二九）・商事法務一〇九三号三八頁）。もっとも、海外出張期間中に開催される取締役会の招集通知を受ける権利を事前に放棄した場合（北沢・前掲三四五頁、三四六頁）または一時的な海外出張で、当該出張が社長の事前の承認を受けている限り通知を発する必要があると解されている（竹内昭夫他・座談会「取締役会の運営をめぐる諸問題〔上〕」商事

法務一〇五〇号二三、一四頁（竹内発言）。ちなみに、株主総会の決議の瑕疵の場合とは異なり、取締役会の決議の瑕疵についてはそのような特別な訴の制度は存しないが、一般原則から、当然に無効とされている（鈴木・竹内・前掲二〇五頁）。しかし、招集手続の瑕疵にもとづく決議が絶対的に無効なものかどうかという点では見解が対立する。そこで、まず、これまでの裁判例・学説を概観してみよう。

(1) 裁判例

○ 取締役会制度が法認される以前のもの

〔1〕 大判昭和一一・五・二（民集一五・九・七三五）は、招集通知を欠いた場合でも、決議は当然無効にはならず、通知を怠った取締役のみが、会社の内部関係で責任を負うとした。

○ 取締役会制度法認後の判例

〔2〕 大阪地判昭和二九・八・一〇（下民集五・八・一三〇九）は、会社と取締役との間の代物弁済契約に関する取締役会決議につき、招集通知もれと（取締役三名のうち一名に招集通知を発しなかった）、特別利害関係人が議決権を行使したという（同三名のうち一名が特別利害関係人）二点から、これを無効とした。

〔3〕 東京地判昭和三一・一二・二八（下民集七・一二・三九〇五）は、「取締役会の招集通知を怠ったことは違法のそしりを免れない」としつつも、「原告を除く他の取締役二名が取締役会に出席して定足数をみたし、一致して本件総会の招集を決議した以上、原告に対する招集手続の懈怠は、取締役会の決議の結果に何等の影響も来さなかったのであるから、右決議の無効原因とならない」と判示した。

〔4〕 東京地判昭和三一・一一・一五（下民集八・一一・二二一八）は、会社が控訴人たる取締役から金銭を借り受けたが、かかる取引につき三名中二名による取締役会の承認決議の効力が争われた事例で、「商法の規定によれば取締役会招集の手続は取締

役員全員の同意があればこれを省略することができるのであり、そしてこのことは取締役会の招集手続の省略について一部の取締役の同意を得なかった場合に、右の者が出席協議しても当該取締役会の決議の結果に何らの影響を及ぼさないものと解する根拠を与えるものである」との理論のもとに、貸主である取締役は特別利害関係人として取締役会において議決権を行使しえないものであり、しかも爾余の取締役間で一致して承認しているのだから出席して意見を述べたとしてもその結果に影響を及ぼしたとは考えられないとして決議を有効とした。

〔5〕 最判昭和三九・八・二八（民集一八・七・一三六六）は、最高裁としてこの種の事案についての初めて判断として注目され、今日の判例のリーディング・ケースである。この事案は、中小企業協同組合法にもとづく協同組合の代表理事が自ら代表取締役をしている株式会社からの金銭借入についての理事会決議の効力と一部の理事に対する招集通知もれに關し、一般論として「一部の理事に対し招集手続に通知もれなどの違法のあったときは、原則として右理事会の決議も無効となると解すべきであり、ただその理事が出席しても理事会の決議の結果になんらの影響がないことが証明されたときにかぎり右理事会決議の効力に影響がないとするのが相当である」とし、原判決のような事情のもとで単に理事の過半数の承認があったということで理事会の承認を得た場合と同一視し、決議を有効と解した原審判決を破棄した。

〔6〕 東京地判昭和四二・四・三（金融判例五六号一八頁）。これは、後掲〔7〕の一審判決である。代表取締役を兼任するX会社とY会社との間で、YがXから営業資金の借入をし、その担保として約束手形一通を振り出したが、XのYに対する手形金請求について、YからX会社の取締役会において、かかる借入の承認決議をなすに際し、取締役六名中、二名に対する取締役会招集通知がなかった場合でも、①その取締役が名目的取締役であり②当該会社の業務執行は右二名を除く他の四名で取り決められていたことから、これらの事情のもとでは、右不出席の取締役二名に適法な招集通知がなされたとしても決議の効力に影響を及ぼさないことは明らかというべきであるから、取締役会決議は有効であるとした。

〔7〕 東京高判昭和四三・八・九（民集二三・一二・二四〇五）は、右〔5〕判決に対して、取締役六名中、二名に対する取締役会招集通知がなく、兩名が出席しないままなされた決議はその招集手続が商法二五九条ノ二に違反し、無効であるとした。

〔8〕 最判昭和四四・一二・二（民集二三・一二・二三九六）は、まず、前記〔4〕判決を引用して、かかる決議は原則として無効であるが、当該取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、かかる瑕疵が治癒されて決議が有効になるが、原審判決は、上告人が主張した特段の事情について格別の判断を示さないまま上告人の請求を破棄している点で違法であるとして、原審判決を破棄した。しかし、これは一般的な判断であって、具体的に何が「特段の事情」に該当するのかはここでは示されていない。

〔9〕 東京高判昭和四八・七・六（金融商事判例三九一・一一）は、A会社に対して金銭債権を有するX会社が、A会社の取締役Yらに対し転付金請求をした事実に関するものである。Yらは、訴外B・Cとともに取締役会における増資新株発行の決議により、その新株をYらにおいて分担して引き受けることになり、AとYらの間の契約で、Aから同人らにその引き受ける新株の払込金額に相当する金額を貸与することとし、右取締役会で右貸与を承認する旨の決議がなされた。ところが、当該取締役会の招集の際に取締役Cに対して通知が発せられておらず、当該決議の効力が問題とされた。東京高裁は、「Cは名前だけの取締役で、A会社の業務に関与せず、取締役会にも出席せず、会社の運営を他の取締役に一任していた点からすると、同人が右取締役会に出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさない特段の事情があったと認め」た。

〔10〕 東京高判昭和四九・八九・三〇（金融商事判例四三六・六）は、次のような事案に関するものである。A社とY社との間で販売委託契約が締結されたところ、Aが破産宣告を受けた。Aの破産管財人Yは、XがAに支払うべき委託販売代金債権があるととして、AのXに対する委託販売代金債権を被保全債権として、XがCに対して有する債権を仮差押えした。これに対し、Xは、AのXに対する委託販売代金債権は、AからBに譲渡された。BはA社の取締役であるが、その譲渡については取締役会の

承認があったので譲渡は有効であるとして仮差押さえに対して異議を申し立てた。

ところで、その譲渡を決議した取締役会の招集手続には通知もれの瑕疵があったが、その効力につき、東京高裁は、「同人がすでに辞表を提出して、取締役としての職務をとっていない等……の事情のもとにおいては、仮りに同人が……取締役会に出席しても、取締役会の……決議の結果に（……同人以外の全取締役出席のもとに全員一致で決議された。）になんらの影響がないと考えることも、必ずしも無理とはいえないから、かかる事情のもとにおいては、……取締役会の招集手続の瑕疵は、取締役会決議の効力に影響がない」とした。

〔11〕高松地判昭和五五・四・二四（判例タイムズ四一四・五三）は、株主総会決議取消を求める根拠として、対立一派の取締役一名に対する招集通知を欠いてなされた取締役会決議の効力に関し、次のように判示した。取締役会における明らかな力関係すなわち、当時の取締役会を構成する取締役の大多数はY派で、X派もその取締役会に出席していたのに圧倒的多数で決議が成立したこと、通知もれのあった取締役の影響力は少なかった事実を認定して、決議を有効とした。

以上が取締役会の招集手続の瑕疵と取締役会決議の効力が争点となった裁判例である。ここで、若干のコメントをしておこう。まず、〔1〕判決であるが、判旨からは何故招集通知を欠いた取締役会決議が有効となるのかは窺い知ることができない。この判決は、取締役会が法認されていない旧法のもとで下されたものであるが、当時から学説の批判を浴びていた（大森忠夫・商法判例研究(1)一六八頁、竹田省・判批・民商法雑誌四卷四号八六七頁、石井照久・判例民事法昭和一年度四八事件一八三頁）。〔2〕判決では、決議が無効とされたが、〔3〕判決は、取締役会の決議の結果に何らの影響も来さなかったというだけで決議を有効とした。同判決は、取締役会決議の結果を単に計数的にとらえているようである。〔4〕判決も、〔3〕判決と同様の論理で決議を有効としている。〔2〕～〔4〕はすべて下級審判決であるが、最高裁としての判断は、〔5〕判決をもって嚆矢とする。同判決は、一般論として、招集通知もれがあっても決議の結果になんら影響がないことが証明されたときにかぎり決議を有効すると判示して

いるが、単に計数的にみて決議の結果に影響がないとするだけでは不十分であるとしている。「6」判決は、招集通知を受けていない取締役が名目的取締役であるということと、業務執行が通知を受けていない取締役間でなされるのが慣行であったという理由から、取締役会決議を有効としたが、その二審判決である「7」判決は、招集通知もれがあることをもって決議を無効とした。これに対し、「8」判決は、「5」判決を引用して、招集通知を受けていない取締役が出席したとしてもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは決議が有効となると判示して、「7」判決を棄却したものの、それでは具体的にどのような場合がかかる特段の事情に該当するのかについては口を閉ざしたままであった。しかし、「特段の事情があるときは決議が有効となるという」法理が確立され、したがって、その具体的な判断は以後の判決例に委ねられることになった。

まず、「9」判決は特段の事情として、当該取締役が名目的取締役で会社の業務に関与せず、会社の運営を他の取締役に任せていた場合がこれにあたるとした。つぎに、「10」判決は、当該取締役が既に辞表を提出して、取締役としての職務をとっていないなどの事情が、これにあたるとした。さいごに、「11」判決は、取締役会における力関係が明らかで少数派の取締役の一部に対して通知もれがあったとしても、その取締役の影響力は小さかったということをもって、これにあたるとした。

なお、「6」～「8」事件は後述するように商法二六五条との関係に留意しなければならない。ちなみに、本判決は、「11」判決と同一直線上にあるものと思われる。

(二) 学説

一部の取締役に對する招集通知もれがあった場合の取締役会決議の効力については、学説は次のように鋭く対立する。

1 絶対無効説 この説は、招集の通知を受けなかった取締役が出席したとしても決議の結果に影響を及ぼさなかったと認めべき事情があつても、これにより直ちに招集手続の瑕疵が決議の効力に影響しないものとすることはできないと主張する(大隅健一郎・全訂会社法論中巻一〇四頁)。その理由として、①たとひ名目上の取締役にあつても法的には取締役としての権限と義務が

あり、取締役会は討議により結論を出す合議体であるから、その者が出席しても決議の結果に影響がないと断ずることはできない（鈴木Ⅱ竹内・前掲二〇九頁、堀口亘・民商法雑誌六三卷五号七四九頁）②取締役会は少数者の会議で一人の説得力ある発言が他の取締役の議決権の行使に影響を与えることがある（星川・前掲三頁、田中誠二・再全訂会社法詳論（上巻）五五八頁）③招集通知を受けなかった取締役が会議に出席した場合には決議の結果に影響を及ぼさなかったと断定することはできないし、また、たとえその取締役が会議に出席しても決議の結果に影響を及ぼさないことが事実上推定されるとの理由でその取締役が出席しても決議の結果に影響を及ぼさないと事実上推定されるにすぎない場合にまで決議が有効とされるときは、取締役会制度によって会社の業務執行の合理化をはかろうとする法の趣旨が没却されることになる（神崎克郎・会社法詳説二二八頁）。もっとも、絶対無効説といえども、会社側に権利濫用、信義則違反または訴の利益がないこと等の実定法上に根拠がある場合にまで特段の事情がないとは解していないようである（田中・前掲五五八頁）。

2 限定的有効説 当該取締役が出席しても決議の結果に何ら影響がないことが証明された場合は、決議は有効とされると解する（大浜信泉「取締役と取締役会」株式会社法講座三卷一〇五八頁、服部栄三・判批・民商法雑誌五二卷四号五八四頁、河本一郎・現代会社法新訂第二版三五八頁——なお、河本教授は、特段の事情を厳しく解釈することを前提としている——、西山忠範・判批・ジュリスト二二二一号八七頁）。その理由として、①かかる手続の瑕疵は、英米法上の「無害の過失」(harmless error)として決議の効力は影響を受けない（大浜・前掲一〇五八頁）②会社はかかる手続の瑕疵を理由に決議を無効とする利益を有しないために無効の主張が許されず、したがって決議が有効視される（吉井直昭・金融法務事情五七二号一九頁）とする。

これらの学説においても、決議の結果になんらの影響を及ぼさないことの意味が、計数的にみて可決・否決の結果が変わらないということだけを意味するのではないと解しているようである。そうでなければ、少数派はつねに招集しなくてよいことになってしまうからである（西山・前掲八七頁、服部・前掲五八四頁）。

なお、学説は、決議の結果に影響を及ぼさない場合として次の例を挙げる。①その取締役の他の取締役との関係で取締役会において占める実質的影響力、その取締役について予想される意見、立場と決議内容との関係などから判断して、同人の意見が決議の結果を動かさないのであることが確実に認められる場合（吉井・前掲一九頁）②通知もれの理事（取締役）が理事会（取締役会）の決議の趣旨と同一のことを常に発言していた場合（奈良次郎・最高裁判例解説・法曹時報二六卷一一号一一頁）③取締役会決議終了後同決議に賛成する旨を表明する場合（坂田桂三・判批・金融商事判例四〇一六頁）④取締役会の瑕疵ある決議を株主全員が承認する場合（並木俊守「正規の取締役会決議に基づかない業務執行」法学紀要一七卷七九頁）⑤議案に対して積極的な態度を表明することが期待されない場合（久保欣哉「取締役会」商法の判例第三版七八頁）。

しかし、これらの例にたいしては批判も強い。③については、事後の承認により瑕疵の補完を認める結果となることになることから、結果的に持ち回り決議をみとめることになる（大山・前掲八九頁）という批判が加えられており、④についても、商法二六五条の保護の中に債権者もふくまれるとする立場から容認できない（大山・同八九頁、同・判批・法学新報八一卷一二号一三九頁）と批判されている（なお、①、②および⑤の批判については後述する）。

(3) 裁判例・学説の検討

裁判例・学説の主なものは以上のとおりであるが、ここでは、まず、裁判例から検討してみよう。初期の裁判例は、決議の結果が確実に予想できるのならば（計数的にみて）取締役会決議を有効にしてよいと、比較的ラフな判断をしているようであるが、前掲〔5〕判決および前掲〔8〕判決では、諸種のファクターを総合的に判断して、場合によっては決議が有効とされることがあるとしているように要件を厳しく解しているように思われる。またとくに、前掲〔8〕判決では、商法二六五条との関係で、金を借りた会社が、自らの手続の瑕疵を理由に決議の効力を争うというきわめて不合理な主張を行っているので、その妥当な解決のために決議を有効としたとみることもあながち不可能ではないだろう（竹内昭夫・判例商法I二二九頁）。同判決以後に、特段の事情

がいかなるものであるか、裁判例が集積しつづつあるところだが、後述する論拠から、以上の裁判例が摘示する「特段の事情」をもって一部の取締役に対する招集通知を欠いた決議を有効とすることには賛成できない。

つぎに、学説の基本的な対立の裏には、取締役会制度の趣旨を没却させないという立場と、そもそも株主会社法のルールを守っていないような閉鎖会社に商法の規定を形式的に適用することがかえって正義・公平に反することになる（並木・前掲四四頁）という見解の相違が横たわっているように思われる。

しかし、限定的有効説の基本的な考え方すなわち「諸要素を考慮して決議の結果が確實視されるなら決議の結果は治癒される」という考え方を認めた場合、それでは、一体、取締役会で尽くされるべき討議とは何か、という素朴な疑問に突き当たることになる。結果がどのように予測されるにせよ（場合によっては、当該取締役の発言によって会議の情勢が一変することも考えられないわけではない）、手続を遵守して討議を尽くすべきであり、またそうすることが、商法の趣旨に合致することになるであろう。

ところで名目的な取締役といっても、法的に取締役という地位が与えられていることに変わりはなく、会社に対して（ときとして、第三者に対しても）相応の責任を負うことがあるから、名目的ということを理由に招集通知を欠いてよいという結論には至らない。また、そのような取締役が議決権を行使しても大勢に影響がないとするならば、竹内教授がいみじくも指摘されるように、取締役会を招集しないで代表取締役が専断してよいということになりかねないし、株式所有が分散して白紙委任状を利用して実質的に社長が取締役を選ぶようになっている大会社においても、社長の考えに徹底的に反対できる取締役が多数いるとは思えないわけ（竹内・前掲判例商法工二二八、二二九頁）、もし、取締役会における力関係によって「特段の事情」を判断するならば、そもそも招集通知を発することの意味がなくなってくるべきではないだろうか。

前掲「8」判決のように、金を借りた会社の側が自ら決議の無効を主張するということは一般常識からしても奇異で、これを解決する手段として（他に不当利得返還請求訴訟を提起することや商法二六五条違反の解釈を変更する方法——すなわち、取締役会

の承認のない取引の無効を会社側が手形の所持人に対して主張できないと解する——もあろうか)「特段の事情」を考慮するならば、前掲〔11〕判決のように、力関係を考慮して当該取締役の影響力が弱いことから決議を有効とする解釈を首肯することはできない。当該取締役が少数派であればこそ、さらに発言の機会が保障されてしかるべきとするのが、公平ではなからうか。

ちなみに、上記のような解釈をすずめていけば、監査役に対する取締役会出席の招集通知(商法二五九条ノ二)についても、監査役が代表取締役のイェス・マンであり、取締役会に出席したとしても取締役会決議の結果に影響を及ぼさないことが確実視されることが立証されたときに取締役会決議の効力がどうなるかという問題が残る。酒巻教授によれば、限定的有効説にたつても、それは構成員の立場からする取締役会の意思決定そのものに対する影響の有無を考慮した見解にすぎず、その意思決定に対する監査をも行うという立場から取締役会への出席を求められる監査役にあてはまる論理ではないということになる(酒巻俊夫・改正商法の理論と実際三八頁、河本・前掲三五八頁)。しかし、それでもなお、監査役の場合についても取締役におけると同様の問題が払拭されていないという見解も有力である(大山・前掲八九頁)。

三 本判決の分析

本判決は判例の法理である限定的有効説にたつて「特段の事情」の具体的な適用例を明らかにした点に意義があるものと思われる。そして、「特段の事情」の解釈の仕方としては、前掲〔11〕判決の流れにのっているように見える。

まず、本件訴訟は相続争いに起因していることを想起すべきだろう。取締役会の多数派は、Xらの取締役会出席によって会議が紛糾することをおそれ、Xらに対して故意に招集通知を発しなかったことに注目しなければならぬ。そして、Xらが取締役会に出席したところで対立関係の明確な各取締役の立場からして、決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情がある場合にあたると判示している。

かかる判示に対しては、次のような疑問を提起せざるをえない。第一に、判示は、対立関係の明確な立場の証左のひとつとし

て、「Bについても、被控訴人らとの直接応対時の態度はともあれ結局は実男子であるAら側に同調するものであったことは、弁論の全趣旨に徴し明らかである。現に、……BとAは住所をともにしている。」という事実をあげるが、Xらをまじえた取締役会が開催されていたとした場合、そのような事実から事実上の推定を働かせることがはたして妥当といえるだろうか。取締役会における討議を通して、キャストینگ・ポートを握っているBの判断が、判旨指摘の事実とは正反対の結論が出て不思議ではない。

次に、本件判旨によれば、Xらが出席することによって会議が紛糾するため故意に招集通知を出さなかったことが、各取締役の対立関係が明確な立場から、Xらが出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情がある場合に該当して、手続上の瑕疵が治癒されることになるが、これでは、故意に招集通知を出さないという違法な行為が正当化されることになってしまうだろう。もとより、会議の紛糾を回避することと、故意に招集通知を出さなかったことはまったく別次元の問題であろう。むしろ、議論が紛糾するようなおそれがあるからこそ、取締役会で徹底的に討議を尽くさせるのが商法が予定している取締役会という会議体のルールであろう。さらに、結果として、故意に招集通知を発しないという多数派の工作・戦略を認めた点行き過ぎだと思う。

仮に、本件判旨を肯定するならば、①取締役会に出席して討議を行うという取締役の権利が侵害されてしまう②したがって、取締役会制度を採用した商法の趣旨が没却されてしまう③取締役会の多数派が少数派の取締役に對して故意に招集通知を発しないという違法行為を助長するおそれがある。

以上の点から、本件判旨には賛成できない。以上の批判は、基本的に絶対無効説を支持する立場からのものであるが、他方、限定的有効説に立脚したとしても、本件判旨には問題が残るのではなからうか。その点、本件原審判決は同説に立ちつつも、「特段の事情」を限定的に解釈している点で評価できよう。前述した最高裁のいう「特段の事情」は、これをきわめて例外的な場合に限

って認めるべきあると考える。そうでなければ、商法の子定している取締役会制度の趣旨がまさに没却してしまうことになりかねないからである。

しかし、そもそも限定的有効説が「事実上の推定」というレベルで、この問題を論じている以上、各裁判所で同種の事件において判断が分かれる可能性を否定できない。今後どのような方向に判例が集積していくかが注目されるところである。

(山野 嘉朗)

(付記) 本評釈執筆に際しては、篠原由宏弁護士から、依頼人の承諾のもとに判例集未登載の第一審判決(東京地裁昭和五九年六月二六日判決)の判決文の写しを提供していただいた。御好意に対し、記して御礼申し上げる次第である。

三 八 金額が「壹百円」および「¥1,000,000」と記載された場合の手形金額

最高裁第一小法廷昭和六一年七月一〇日判決・破棄自判(昭和五七年(ホ)第一一七五号約束手形金請求事件)・判例時報一二〇六号三頁

〔判決要旨〕 手形の金額欄の「壹百円」の記載は、手形法六条一項にいう文字をもってした記載にあたる。

金額が「壹百円」および「¥1,000,000」と記載された場合の手形金額は一〇〇円である。

〔事実〕 X(原告・控訴人・被上告人)は、Y(被告・被控訴人・上告人)によって振り出され、受取人訴外Aの裏書のある約束手形(以下、本件手形という)を取得した。ところが本件手形は、金額欄に漢数字で「壹百円」と記載され、その右上段に算用数字で「¥1,000,000」と記載され、さらに一〇〇円の収入印紙が貼付されていたものであった。これにつきXが手形金額は一〇〇万円であるとしてその支払いをYに求めたのに対し、Yは手形金額は一〇〇円であるとして争った。

第一審判決(岐阜地裁昭和五六年二月一〇日判決)は、手形法七七条により約束手形に準用される同法六条一項を適用して、本件手形の金額を一〇〇円であるとし、Xの請求を一〇〇円についてだけ認め、その余を棄却した。しかし、控訴審判決たる原審判決(名古屋高裁昭和五七年七月二九日判決)は、Xの請求を認め、手形金額を一〇〇万円であるとした。その理由として原審判決は、まず、「壹百円」の記載は数字であるから本件は手形法六条二項の問題であるとしたうえで、手形の外観自体から数字による重複記載のいづれか一方が他方の誤記であることが明らかである場合には、金額不確定のため手形が無効となることはあり得ないので、同条項の規定の適用はないという前提に立ち、これを本件手形についてみれば、漢数字による一〇〇円の手形金額は、本

件手形の振出日である昭和五五年当時の貨幣価値からしてこの金額の手形が振出されることは経験則上ほとんどありえないこと、本件手形の振出日当時は一〇万円未満の手形は非課税であったので、金額一〇〇円の手形に一〇〇円の収入印紙を貼付して振り出すことは一般常識上ありえないこと、および、したがって本件手形の漢数字による金額の記載には、「壹百」の字と「円」の字の間に「万」の字が脱漏していること、すなわち、漢数字による金額が算用数字による金額の誤記であることが明らかであることを指摘した。

これにたいしYは上告し、本件は手形法六条一項上の問題として判断されるべきこと、同条項は強行規定であるので、経験則をもって安易にその適用を排除するのは許されないこと、手形金額の最低限については、現行手形法上格別の制限が設けられていないこと、および銀行取引上は、複記のいかんにかかわらず、所定の金額欄に記載された金額が支払われることになっているので、金額欄に記載された金額はいかに少額であっても、それが手形金額とされるべきことを主張した。

〔判旨〕

(一)「本件手形の『壹百円』という記載は、手形法六条一項にいう『金額ヲ文字ヲ以テ記載シタル場合』に当たるものと解すべきである。ただし、同条項において文字による記載を数字による記載に比し重視しているのは、前者が後者よりも慎重にされ、かつ、変造も困難であるからである」と解されること、前示の『壹百円』という記載は右のような文字による記載の趣旨に適った記載方法であるということができるのであり、また、このような記載が文字による記載に当たるものと解しないと、仮名文字による記載が現実的でないことに鑑み、同条項の対象とする文字による記載がありえないことに帰し、不合理だからである。」

(二)「本件手形上に記載された手形金額については、同条項（手形法六条一項）を適用して右金額を一〇〇円と解するのが相当である。思うに、同条項は、最も単純明快であるべき手形金額につき重複記載がされ、これらに差異がある場合について、手形その

ものが無効となることを防ぐとともに、右記載の差異に関する取扱いを法定し、もって手形取引の安全性・迅速性を確保するために設けられた強行規定であり、その趣旨は、手形上の関係については手形の性質に鑑み文字で記載された金額により形式的に割り切った画一的な処理をさせ、実質関係については手形外の関係として処理させることとしたものと解すべきであるところ、原判示のように、一〇〇円の小額の手形が振出されることが当時の貨幣価値からしてほとんどありえないこと及び本件手形に貼付された収入印紙が一〇〇円であることを理由として、本件手形における文字による金額記載を、経験則によって、算用数字により記載された一〇〇万円の明白な誤記であると目することは、手形の各所持人に対し流通中の手形について右のような判断を要求することになるが、かかる解釈は、その判断基準があいまいであるため、手形取引に要請される安全性・迅速性を害し、いたずらに一般取引界を混乱させるおそれがあるものといわなければならないからである。」

(三)「してみると、……原判決は破棄を免れない。そして、(X)の本件手形金額請求は、一〇〇円……(の)限度において正当であり、その余は失当として棄却すべきである。」

なお、右判旨(二)について、谷口正孝裁判官の次のような反対意見が付されている。「(手形法六条一項)は、通常の手形金額の重複記載の場合の解釈規定であって、手形面上の記載自体から文字による金額の記載が数字により記載された金額の誤記であることが明白である場合にまで文字により記載された金額を手形金額とする趣旨ではなく、かかる場合には、数字により記載された金額が手形金額であると解するのが相当である。思うに、手形行為の解釈については、手形面上の記載以外の事実に基づいて行為者の意思を推測して、記載を変更したり補充したりすることは、許されないが(最高裁昭和四四年(ワ)第七一号同年四月一五日第三小法廷判決・裁判集民事九五号一二五頁参照)、このような手形面上の記載自体を解釈するについては、一般の社会通念、慣習等に従って記載の意味内容を合理的に判断すべきであって、文字による金額の記載が誤記であることが手形面上の記載自体の解釈から明白である前示のような場合には、手形金額の不確定により当該手形が無効となることはなく、また、文字による記載が数字による

記載よりも重視されるべき理由もないからである。」

〔評釈〕 判旨の結論には賛成できない。

一 手形金額として複数の記載があり、それらに差異がある場合に備えて、手形法六条は、金額が文字と数字とで記載されている場合には文字で記載された方を手形金額とし(一項)、文字または数字で重複して記載されている場合には最も少なく記載された方を手形金額とすることとしている(二項)。しかし本件手形のように、本条の適用によって手形金額とされる方の記載が明らかに他方の誤記であると思われるような場合、それでもなお本条による取扱いをすることができるかどうか問題となる。これまでに同種の事例につき、文字による金額記載(「一五〇円」)を誤記と認め、本条一項の規定にかかわらず数字による記載(「一五〇万円」)を手形金額であるとした下級審判決(東京地裁昭和四〇年六月三〇日判決・判例時報四二二号五四頁)が一件存在するだけであったが、本件においては、そのような場合でもあくまで右条項を適用して、文字による記載を手形金額とするという最高裁の立場が初めて明らかにされた。

本件手形の金額欄には「壹百円」と記載され、またその右上段には「¥1,000,000—」と記載され、さらにこの手形には一〇〇円の収入印紙が貼付されていた。かかる手形につき、本判決は、手形法六条一項を適用して、「壹百円」という文字による記載を手形金額であるとした。しかし、原審判決ではこれと異なり、まず「壹百円」という記載を数字による記載にあたるとし、本件を金額の重複記載に差異がある場合につき規定する同条二項の問題であるとしたうえで、ただし本件手形の金額記載については同条項は適用されず、「¥1,000,000—」という記載を手形金額であるとしていた。しかも本判決においてでさえも、手形金額は数字により記載された「¥1,000,000—」であるとするべき旨の反対意見が付されており、これらは、この問題がいちがいに割り切れるものでないことを示しているといえよう。そこで以下において、まず、「壹百円」という記載は手形法六条において文字なのか数字なのか、そして、本件手形の金額記載は「壹百円」なのかそれとも「¥1,000,000—」なのかにつき、順に検討する。

二 はじめに、「壹百円」なる記載が文字による記載なのか数字による記載なのかを検討する。ある手形金額の記載をそれが文字による記載か数字による記載かを判断する場合、我国も加盟しているジュネーブ統一手形条約では、文字が word で数字が figure とされているので（第六条）、欧文の手形においては、文字による記載とはローマ字で綴られたものであり、数字による記載とはアラビア数字によるものと明確に区別することができるが、我国では金額を漢字で記載する場合があるので、「邦文において、『壹、貳、参、拾、一、二、三』等が数字と対立する文字といえるのかどうか、実のところは問題もある」（小橋一郎「金額欄記載の金額と複記との相違」金融法務事情五三二号五頁）といわれていた。この点についてはこれまで体系的に検討されたことがないので、教科書等で散在的に言及されている箇所から推測すると、概ね次のようなことがいえると思われる。

まず、「壹、貳、参、……拾」は文字であることに異論がないと思われる。たとえば「拾円」は文字とされる（大隅健一郎「河本一郎・注釈手形法小切手法三七頁」）。そしてこれらに「万」とか「百」といった漢字が加わっても、文字とされる。たとえば、「拾万円」（大隅「河本・前掲書同頁」）、「四拾万円」（服部榮三・手形・小切手法〈改訂版〉二六頁）、「参拾貳万円」（小橋・前掲五頁）、「壹万円」（鈴木竹雄・手形法・小切手法一七七頁）はいずれも文字であるとされ、本件手形の記載と同一の「壹百円」についても文字とされている（伊沢孝平・手形法・小切手法三〇〇頁、また、「壹百五拾円」につき、加藤勝郎・判批・ジュリス ト三九三号一三九頁）。他方、「一、二、三、……、十（一〇）」については見解が分かれ、これを文字とするもの、たとえば、「一五〇円」（前掲東京地裁昭和四〇年六月三〇日判決）とか、「十万円」（田中誠二・手形・小切手法詳論（B）三六六頁）と、これを数字とするもの、たとえば、「一〇〇円」（伊沢・前掲書三〇〇頁、倉沢康一郎他・注釈手形法・小切手法二三頁）とに分かれている。

文字と数字とを区別する一般的基準を見出すことは容易でないので、ここでは、これらを見るかぎりにおいて、本件の「壹百円」の記載についてだけ考えてみると、少なくとも「壹百円」は文字といえそうである。また結果からみても、原審判決のようにこれを数字とすることは、本判決が指摘するように、「仮名文字による記載が現実的でないことに鑑み、同条項（手形法六条一項）の

対象とする文字による記載がありえないことに帰し、不合理である（松井雅彦・判批・商事法務一〇六二号三九頁は、原審判決につき、既にこの点を指摘されている）。したがって、本判決が「壹百円」を文字とした点は正当であろう。なお、その後、「一、二、三、……、十などは数字であって、百、千、万などは『位どり』にすぎないから、たとえ『二百円』という記載は全体として数字による記載である。」という意見も示されているが（牧山市治・判批・金融法務事情一一三九号一四頁参照）、この見解によっても、「貳百円」とか「壹百円」は文字による記載といえるであらうと思われる。

三 かくして、本件は手形金額の記載が文字と数字とで複記された場合として、文字による記載が数字による記載の誤記であると思われるような場合であっても、あくまでも手形法六条一項を適用して、文字による記載を手形金額とすべきかどうかということが問題とされる。

判旨のようにこれを肯定する立場は、その主たる理由として、同条項の現行規定性を強調する。まず、強行規定であること自体については、「この解釈規定は強行的である」とか（大隅Ⅱ河本・前掲書三六頁）、「強行規定であって、その文理からして単なる解釈規定にとどまらず、擬制的意味をもっているものと解せられ」る（塩田親文・判批・法律時報三八巻二号七五頁）といわれ、また、本条項による取扱いについては「反証を挙げて争うことは許されない」（龍田 節「手形要件」手形法小切手法講座第二巻二八頁）とされていることや、「手形金額トス」であって、「推定ス」とはされていない（田中誠二Ⅱ山村忠平Ⅱ堀口 亘・コンメンタール手形法二七二頁参照）こと、さらに、「わが国も加盟しているジュネーブ統一条約でも、Word（文字）によると規定されており、わが国だけが独自の解釈をとることは避けなければならない」（牧山・前掲一五頁）も指摘される。

また、かかる規定の趣旨については、「本条は、……実質関係は、手形外の関係として処理させ、手形上の関係については、文字で記載された金額を手形金額として形式的に割り切った処理をさせる趣旨と解すべき」であるとされ（大隅Ⅱ河本・前掲書三六頁）、そして、数字よりも文字による記載の方が優先される理由としては、文字の方が慎重に記載されること、文字の方が変造が

困難であること、したがって文字による記載をより重視するのが社会通念であることが挙げられている（龍田・前掲二七頁、伊沢前掲書三〇〇頁、田中・前掲書一四〇頁参照）。

他方、本条項の強行規定性のゆえに、「経験則をもって容易にその適用を排除することは許されない」（塩田・前掲七五頁）ことも合わせて強調されるが、この点は、文字による金額記載が誤記かどうかを経験則に基づいて判断することに對する批判としても述べられている。すなわち、経験則による解釈を認めることは、「たとえ手形面上という土俵上ではあっても、結局は、当該手形の各々の所持人に、流通中に、手形金額に對する（誤記の）『判断』を要求するものである。これは、取引の安全、取引の確実の原則に反する」（宇田一明・判批・ジュリスト八四九号一〇八頁）ということ、かりに経験則による解釈を認めるとしても、「このような経験則は極めてあいまいなものであって、手形金額の最低限を画する確固たる基準のないものである以上、これによる判断を認めることは、取引界を無用の混乱に陥しいる恐れがある」（塩田・前掲七四頁）ということが挙げられている。本件判旨は、以上の見解をほままとめる形で述べるとともに、とくに、手形法六条一項は、手形取引の安全性・迅速性を確保し、混乱を防止するために設けられた強行規定であることを明らかにしている。

四 これにたいし、本件手形のような記載がなされている場合には数字による記載を手形金額とすべきとする立場は、その根拠を、手形上の金額記載事項の解釈に求めている。この立場からは、まず、手形記載事項一般にたいする解釈態度のあり方につき、「個々のケースの具体的な解釈に際しては、『形式的』・『杓子定規』な解釈を排し、できるかぎり『弾力的』・『合理的』な解釈」を行なうべきである（深見芳文「手形記載の解釈についての一私見」大隅先生還暦記念・商事法の研究四四一頁）、「手形の文言そのものの解釈は、文字の末に拘泥して、いたずらに形式主義に墮し、手形故に特に厳格に解釈すべき理由はないし、信義誠実の要求するところに従ってなすべきである」（米津照子・判批・下級審商事判例評釈〈昭和四〇年〜四四年〉慶應義塾大学商法研究会編七五頁）、あるいは「手形上の記載に現われた合理的意思を探究すべきである」（加藤・前掲一三八頁。田中・前掲書三六六頁も、前

掲東京地裁昭和四〇年六月三〇日判決につき、「手形行為の合理的解釈として正当」とする。」といわれており、本判決の反対意見でも、「手形面上の記載自体を解釈するについては、一般の社会通念、慣習等に從って記載の意味内容を合理的に判断すべきである」と述べられている。さらに本判決の評釈においても、一般的に手形要件の記載の内容が不合理である場合には、経験則に基づいて、外観解釈により、本来の記載がなされているものと読み代えることが判例上行なわれているが、手形金額の誤記についても、同様に、経験則による外観解釈が許されてもよいとするものがある（高窪利一「手形金額の誤記と手形の外観解釈——最一判昭和六一・七・一〇に関連して——」手形研究三八七号四頁以下）。

そしてこのような解釈態度に基づいて、具体的に本件手形の金額記載を、数字による記載によるものと解釈する理由として、次の点が指摘される。第一に、「本件手形の振出日である昭和五五年四月二八月当時の貨幣価値からして右金額（一〇〇円）の手形が振り出されることは経験則上ほとんどありえない」（こと（本件原審判決）。この点は、既に前掲東京地裁昭和四〇年判決に関して、「経験則に立って見る時本件手形振出当時（昭和三九年）の貨幣価値からして一五〇円という金額の手形はおよそありえない」（加藤・前掲一三九頁。また、塩田・前掲七三頁参照。）として指摘されているほか、本判決に関しては、「原告（不動産業者）は、自動販売機でジュース一本しか買えない一〇〇円という零細な金額の支払を手形で延べ払いする商人はありえないし、一〇〇円の手形を割引にもちこむことも考えられないという取引上の常識から、当然に、文字の『金壹百円也』は誤記で、数字の記載どおり一〇〇万円の手形だと思って、それに相当する金額で、右手形を割引いたに相違ない」（高窪・前掲一〇頁）ともいわれている。第二に、「昭和五六年法律一〇号による改正前の印紙税法によると、右振出日当時手形金額が一〇万円未満の手形は非課税であり、一〇〇万円以下のものの印紙税額は一〇〇円であったから、振出人が金額一〇〇円の手形に一〇〇円の収入印紙を貼付して振出すことは一般常識上ありえない」（こと（本件原審判決）。前掲東京地裁昭和四〇年判決においてはこの点は言及されていないが、同判決に関して、貼用印紙額が手形金額の判断材料となることは指摘されている（塩田・前掲七三頁参照）。第三に、「本件手形の漢数

字による金額の記載には『壹百』の字と『円』の字の間に万の字が脱漏していること……が明らかであること（本件原審判決。また、本判決の反対意見も同旨）。この点は、前掲東京地裁昭和四〇年判決に關して、「文字による記載と算用数字による記載と對比すれば、いずれも一五〇という数额を同一であるから、文字による記載にあつては『万』の字が脱漏しているもの、ないし、手形金額の誤記であると解することができる」（加藤・前掲一三九頁）とか、「文字であらわす場合に、『百五十円』と書くつもりで『百五十万円』と書き誤るようなことはまず考えられないが、反対に、『百五十万円』と書くべきところを誤つて『万』の字を書き落とすというようなことは経験則上十分考えられる。一方、数字であらわす場合には僅かな桁数の間違いは往々おこりがちであるが、『¥150』と『¥1,500,000』というような大きな桁数の差のあるもの間に書き誤りをするというようなことは考えられない」（深見・判批・商事法判例研究昭和三七年〇昭和四〇年（京都大学商法研究会）三一七頁）と指摘されている。

しかし、このようにして手形金額を、数字によって記載されたとおりの金額とすると、文字優先を定める手形法六条一項の規定に反することになるが、この点については、「本条は手形上の記載自体から文字による記載が明らかに誤記であると認められる場合や、社会通念に反した、すなわち、非常識な金額が文字で記載されている場合までそれを手形金額とする趣旨ではない」（加藤・前掲一三九頁。同旨・松井・前掲三九頁。）といわれている。本件原審判決でも、手形法六条二項の適用についてはあるが、同様の見解をとっており、また、本判決の反対意見でも、「手形法六条一項は、……通常の手形金額の重複記載の場合の解釈規定」であるとしている。もっとも、この立場でも、文字・数字ともに手書きである場合は、手形法六条一項の文字優先の原則を適用し、「解釈上は、あくまで、『金壹百円也』の記載を金額記載とみたうえで、経験則上、これを『金壹百万円也』の誤記であると読み代えるという構成によるべきであらう」（高窪・前掲一〇〇―一〇一頁）という見解も示されているので、法的根拠としての同条項の適用の有無については必ずしも一致してはいないといえよう（前掲東京地裁昭和四〇年判決も、「右規定にかかわらず……」と述べたのみで、この点については明らかでない）。

五 以上、本件手形の金額を一〇〇円とする立場と一〇〇万円とする立場との、各々の根拠を概観してみたが、私は文字による記載が誤記であると思われる場合であっても、判旨のように、それを手形金額として形式的に割り切った画一的処理をするものと言いきってよいものかどうか、どうしても疑問を感じる。というのは、第一に、結果からして、判旨の立場でいくと、まず、本件の複数の異なる金額記載を振出人自身が行なっていることに争いはない以上、複数記載の帰責事由は振出人自身に存在しているといえるにもかかわらず、「振出人自身が意図した金額よりたまたま少額を誤って記載したのを奇貨としてその点を自己に有利に主張すること」(松井・前掲三九頁)が許されてしまうからである。また、判旨によれば、手形法六条一項による取扱いが手形取引の安全性・迅速性の確保および混乱防止のために定められたものであるとされるが、判旨のように「通常誤記だと思えない記載について、記載どおりの一〇〇円のコピー金額として取り扱うことは、実は、かえって、取引の安全を害し、混乱を生ずることとなるのである」(高窪・前掲一〇頁)。取引安全の保護等というのは、通常の健全な取引上の通念や常識を尊重するというのがおそらくその趣旨であろうから、現実の取引通念から離れては成り立たないものではないだろうか。取引の安全等を真に保護しようというのであれば、通常の取引人であればおそらくそう判断するであろう内容を尊重してその効果を法的に認めてやるのが筋ではないか。判旨のように、およそ常識では考えられない一〇〇円という金額をあえて手形金額とすることは、取引の実態からかけ離れた、形だけの「取引の安全」を取引界に押しつける結果となりはしないかということが心配である。このように手形法六条一項の規定を貫き通すことにより不合理な結果が生じること自体、同条項の適用の後退する余地を示すものではないだろうか。

第二に、同条項の定める文字優先の原則自体、はたして十分な根拠を有しているのかどうか問題である。前述のように、数字より文字による記載の方が優先される理由としては、文字の方が慎重に記載され、誤記の危険性が小さいこと、および文字の方が改ざんされにくいことが挙げられているが(本件判旨でも、これらを明示している)。これらの観点から現実の金額記載を見直してみると、まず、現在では数字で金額を記載するときにはチェックライターによるべきことが銀行取引上求められており、この場合

には、打ちまちがいはたしかにないとはいえないが（たとえば、二五〇万円のつもりが、誤って「2,500,000」と打刻してしまつたという事例がある（大阪高裁昭和六〇年一月二五日判決・判例タイムズ五八三号九三頁））、改ざんされるおそれは、かえつて文字よりも少ないであろう。他方、漢字で記載する場合には、改ざんされるおそれは手書数字よりも少ないであろうが、誤記のおそれも小さいといえるかというところでもない。現に、「万」の字の脱漏の事例が二件も存在している。ところで、ジュネーブ統一手形条約によれば、文字がローマ字で数字がアラビア数字と明確であるから、欧文手形の場合には、文字で記載するときは金額を発音どおりに一音ずつスペルで綴っていくことになるため、誤記や改ざんのおそれは数字に比べてはるかに少ないと推測され、文字優先の原則はストレートにあてはまるものと思われる。しかし我国においては、かかるローマ字に対応するものと思われる仮名文字が現実的でないことから、実際には文字としては漢字が用いられるので、結局は、漢字と算用数字との対比において誤記や改ざんのおそれが測定されなければならないであろうが、その場合、漢字には複数の発音を一字で表わすものが多く、各発音が必ずしも一文字毎に反映されないことを考えると、数字に対する関係で、本来の文字たる仮名文字ほどの確実性は漢字にはないのではないか。ようするに、文字優先の原則は我国において、欧米におけるほど強い根拠に基づいているものであるか疑問である。したがって、この意味からも、文字優先を定める手形法六条一項の適用が後退する余地があると思われ、本件のような場合に数字による記載を手形金額とすることは必ずしも許されないことではないと考える。

もっとも、このように誤記の判断の余地を認めるとしても、その判断基準が明確でないという問題が残る。この点については、基本的には、「他の記載などとの関連を客観的に評価して、厄介でも、合理的な外観解釈を積み重ねていくほかはなからう」（高窪・前掲一〇頁）といえるが、本件手形の記載に限っていえば、通常人ならだれでも誤記と認めるであろうから、判断基準が明確でないとしても、十分に基準を満たしている場合にあたると思われる。さらに判旨の立場によれば、かかる判断基準があいまいなので取引に混乱が生じるというが、はたしてそうだろうか。常識的判断というのは、それが常識に基づくものである以上、そもそも

人によってさほど異なるものではありえないし、仮に常識によってどうしても判断に迷う場合があったとしても、そのときにこそ手形法六条一項で処理すればよいのだから、常識で判断できるかぎりそれにゆだねることの方がかえって混乱が少ないのではないか。誤記が明白であるのにあえてそのままで画一的処理をはかるのは、当事者にとってみれば、常識に反する取扱いを余儀なくされることになり、その際の異和感やとまどいから生じる混乱の方がむしろ心配されるべきではないだろうか。

なお、本件手形のような場合に金額欄の外になされた記載を手形金額とすることは、銀行取引においては複記のいかんにかかわらず所定の金額欄記載の金額によって支払われるものとされていることと調和しないことも指摘されるが（塩田・前掲七五頁参照。本件上告理由参照）、これについては、まず原審判決によると、「銀行取引においても、金額欄記載の金額が欄外記載の金額の誤記であることが手形の外觀上明らかである場合にまで金額欄記載の金額を手形金額とすることに合理性があるものとは考えられず、またそのような慣行があることを認めるに足りる証拠はない」とされる。さらに、複記または重複記載によるくいちがった金額を、支払人たる銀行が約定により金額欄に基づいて仮に支払ったとしても、かかる約定は、手形上の権利関係にたいにふれるものではなく、手形外における振出人と支払担当者との関係のみを定めたものであって、有効であると解されているので（大隅Ⅱ河本・前掲書三七頁）、支払人が支払う金額と振出人が支払う金額とが異なることになってもさしつかえないと思われる。しかしこれは、銀行取引上の金額が手形法上のそれとは別個に存在するというだけのことであって、だからといって、手形法上の取扱いを銀行取引実務に調和させるべきであるということにはならないであろう。

（篠原 権威）