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二三八〕 代表取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分がされた場合にその本案訴訟において会社を代表すべき者 (最高裁昭和五九年九月二八日第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	小池, 順一(Koike, Junichi) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.12 (1985. 12) ,p.99- 103
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=AN00224504-19851228-0099

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.

〔最高裁民訴事例研究二三八〕

昭五九3（最高民集三八巻九号一一二一頁　判例時報一一四二号一三六頁）

代表取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分がされた場合にその本案訴訟において会社を代表すべき者

訴訟代理人解任無効確認請求事件（昭和五九年九月二八日第二小法廷判決）

Xは、昭和五四年九月頃、株式会社Yの代表取締役Aから東京地裁に現に係属中の株主総会決議等無効確認請求事件につき訴訟代理を委任され、同月一七日の第一回口頭弁論期日以降Yの訴訟代理人として訴訟行為を追行していた。ところが、同年一二月一〇日に至り、右訴訟を本案とする代表取締役等職務執行停止、同代行者選任等仮処分申請事件において、裁判所がYの代表取締役Aの職務執行を停止し、その職務代行者Bを選任する旨の仮処分命令を発したところ、Bは、Xに対し昭和五五年一〇月二五日本件委任契約を解約する旨の意思表示をした。そこで、Xは、Bは本件委任契約を解約する権限を有しないから右解約の意思表示は無効であると主張して本訴を提起した。第一審、第二審X敗訴。Xは以下の理由で上告した。仮処分の性質上、仮処分の効力は本案訴訟に及ばないから本案訴訟の訴訟追行権を被停止代表取締役に認めるべきである。本案訴訟の適切な運営のためにも、被停止代表取締役が本案訴訟の訴訟追行権を有すると解すべきである。

これに対し、最高裁は以下の如く判示した。

「株主総会における取締役選任決議の無効確認請求訴訟を本案とする取締役の職務執行停止、職務代行者選任の仮処分は、右本案訴訟の判決により確定的な解決がされるまでの間の暫定措置として、当該取締役の職務の執行を停止し、これを代行する者を選任する仮の地位を創設する仮処分であって、右仮処分により職務の執行を停止された取締役が代表取締役である場合には、仮処分に別段の定めのない限り、右代表取締役は会社代表権の行使を含む一切の職務執行から排除され、これに代わって代表取締役の職務代行者として選任された者（以下、この者を「代表取締役職務代行者」という。）が会社代表者として会社の常務に属する一切の職務を行うべきこととなるのであり、したがって、当該仮処分の本案訴訟において被告たる会社を代表して訴訟の追行にあたる者も右代表取締役職務代行者であって職務の執行を停止された代表取締役ではないと解するのが相当である。けだし、株主総会の取締役選任決議の無効確認請求訴訟は、会社の株主総会決議の効力自体を争うものであり、その性質上会社のみが被告となりうるのであって、当該取締役個人は、右訴訟の結果いかんによってはその地位を失うことがあるとしても、右訴訟につき被告適格を有するものではなく（最高裁判所昭和三四年(オ)第二五〇号同三六年一一月二四日第二小法廷判決・民集一五巻一〇号二五八三頁参照）、代表取締役が右訴訟の追行にあたることが

できるのも、専ら会社の代表機関たる地位に基づくのであって、代表取締役個人の権利ないし利益に基づくわけではないのであるから、代表取締役が、仮処分によりその職務の執行を停止されながら、なお代表取締役個人の権利ないし利益の擁護のために会社代表者たる資格において右訴訟の追行にあたることを許さなければならないものとすべき理由はないからである。このように解しても、職務の執行を停止された代表取締役は、本案訴訟にいわゆる共同訴訟的補助参加をすることができるのであるから（最高裁判所昭和四二年(オ)第八六七号同四五年一月二二日第一小法廷判決・民集二四巻一号一頁参照）、代表取締役個人の権利ないし利益を擁護する途に欠けることになるとはいえないし、また、右仮処分の本案訴訟において何人が被告たる会社を代表して訴訟の追行にあたる権限を有するかは、本案の請求の当否とは別個の手続上の問題であるから、仮処分により職務の執行を停止された代表取締役は以後当該仮処分の効力として右権限を行使しえないことになるからといって、右仮処分における判断が本案の請求の判断に影響を及ぼしたことになるわけのものではない。」

――棄却

判旨賛成、ただし一部疑問がある。

一　代表取締役の職務執行停止・代行者選任の仮処分がなされた場合に、本案訴訟で会社を代表するのは誰かという問題についてはかねてから議論があった。実務上はだいたい職務代行者が会社を代表するものとされていたが、この点について最高裁として初めて判断を示し、実務の取扱いを追認したのが本件である。

まず、仮処分の効力の問題について、次に会社代表者の問題について検討する。

二　仮処分の効力について。Xは、仮処分の性質上、仮処分の効力は本案訴訟に及ばないから本案訴訟の訴訟追行権を被停止代表取締役に認めるべきである、と主張する。仮処分の一般的性質たる仮定性・暫定性のために仮処分決定に表示された判断は本案訴訟における請求の当否に関する判断を拘束するという効力を有するものでないという点についてはXの主張に賛成できる。(1) しかしながら、本案訴訟で誰が会社代表者となるかということは、本案の請求の当否とは別の手続上の問題である。よって、仮処分により職務執行を停止された代表取締役が以後当該仮処分の効力として権限を行使できないこととなっても、それは仮処分における判断が本案の請求の判断に影響を及ぼしたことにはならないといえる。したがって、この問題については判旨に賛成である。

三　会社代表者の問題について。実務は、職務代行者が会社を代表するものとして取扱っていること（職務代行者説）は前述したが、(2) 被停止代表取締役が会社を代表する（被停止代表取締役説）とする裁判例も皆無ではない。下級審ではあるが、「仮処分命令によりその職務の執行の停止せられるのは、その性質上、当該仮処分（これに対する異議の申立、特別事情による取消の申立、控訴の提起等）及びその本案訴訟以外のものに限られ、その執行

停止の効果及びこれが補充として仮りに為された代行者選任の効果は、右仮処分の当否を決する訴訟及びその本案訴訟（これに対しては、仮処分によって惹起された法律状態は、あくまでも仮定的のものであるべきであって、訴訟の前提たる既定事実たり得ない）の訴訟追行については、当然の事実として取扱い得ないものと解するのを相当[3]」とするものや、仮処分決定自体の当否を争うために会社代表者として異議を申し立てることはできる[4]、とするものがある。

次に、学説を検討する。職務代行者説は、以下の事由を論拠とする。「仮処分により職務執行権を付与された職務代行者であっても、暫定的にせよ会社の業務執行権（したがって会社代表権）を完全に享有し、その反面において職務の執行を停止された取締役は会社の業務執行権（したがって会社代表権）を失うのであるから、理論上よりするときは、その仮処分またはその本案においても会社を代表する者は、職務代行者であってその職務の執行を停止された取締役ではないとしなければならない[5]。」また、各訴訟追行費用等をめぐり職務代行者と被停止代表取締役の間に紛争が生ずる恐れのあること、本案訴訟については被停止取締役の共同訴訟的補助参加を認めることにより被停止代表取締役を会社の代表者とした場合とほぼ同様の効果を期待できること、をも挙げる[6]。この説に対しては、仮処分手続の面からみても、元来仮処分は必要にして十分な限度にとどめるべきものであるが、代表取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分がされ、その本案訴訟において会社が被告になっている場合にまで職務代行者をして会社を代表させ被代行者の代表権を停止することはその限度を逸脱している、という批判がある[7]。

次に、被停止代表取締役説は以下の如く主張する。「この種仮処分の趣旨は被代行者の地位の得喪に関する紛争の解決まで被代行者を会社の代表取締役としての職務執行者としておくことは会社に不測の損害を生じる恐れがあるので、暫時その職務を停止するにあるわけであるが、かような地位の得喪自体に関する訴訟において会社を代表させておくことは仮処分の右の趣旨と反するところはなく、むしろ仮処分の内容上当然に予定されたものと解すべきである[8]」。また、紛争の真の相手方である被停止代表取締役に攻撃防禦の機会を与えることがその者の利益を保護することになる[9]。さらに、職務代行者では充実した訴訟追行が期待できないとする論者もいる。すなわち、「実務上の経験によれば、代行者は法廷において係争決議が適法・有効に成立したことの主張・立証をなしえず、したがって、決議不存在確認訴訟においては主張・立証責任をつくさないことにもなる。また、株主総会や取締役会の議事録が書証として提出された場合にも、その認否ができないか、あるいは遠慮するという仕儀になるのであって、攻撃防禦は被告たる代行者の頭上を超えて、原告と補助参加人（補助参加した被停止代表取締役・筆者注）との間で行なわれるという奇態を呈する[10]」と。この説に対して

は、仮処分の効力は、その趣旨・目的からして必要にして十分な範囲にとどめるべきであるが、右の理由だけでは被停止代表取締役の訴訟追行が会社に損害を与えるおそれがないか否かを事案ごとに判断しなければならなくなり、それは会社法上の画一的な取扱いの要請に反する、また、定款で社長および副社長を代表取締役と定めている場合に、代表取締役である副社長の職務執行停止・職務代行者選任の仮処分がなされたとき、本案訴訟等で会社を代表するのは、当然、社長であろうが、そうすると、被停止代表取締役説にいう、直接的・実質的な利害関係を有する者（副社長）を会社代表者にすべしという主張は、この場合貫徹されえないこととなる、このように、同じく直接的ないし実質的な利害関係を有する取締役でありながら、役付きの相違によって訴訟法上異なった取扱いがなされるのは片手落ちである、という批判がある。[11] さらに、被停止代表取締役説は、この種仮処分またはその本訴が取締役の会社代表権をめぐる争であるとみたところに誤まりがある。株主総会決議の取消、無効または不存在確認の訴またはこれを本訴とする取締役の職務執行停止の仮処分は、会社の取締役選任行為の前提要件たる株主総会の決議の効力をめぐる争であって、取締役選任行為の効力をめぐる争ではない。取締役選任行為の効力が争われる場合は、これをもって取締役の会社代表権をめぐる争ということはできるけれども、その前提たる株主総会の決議の効力が争われる場合は、これをどのように解釈しても会社代表権をめぐる争いということはできない、と指摘する論者もいる。[12]

四　以上のような学説を概観して気付くことは、両説がその前提として把握している紛争の形態が違うのではないかということである。職務代行者説は、被停止代表取締役説への批判のなかで指摘しているように、この紛争を株主総会の決議の効力をめぐる争いであるとしている。[13] この場合に、論者が頭のなかで描いている会社とは、会社法に従った、これに規制された、会社という存在と取締役個人という存在が明確に区別されている、いわゆる大会社なのではなかろうか。[14] 大会社を前提として考えるのならば、職務代行者説の論拠、被停止代表取締役説への批判には充分納得できるものがある。

これに対し、被停止代表取締役説が前提としている会社とは、会社法上の会社ではあるが、その規定を完全に遵守しているわけではない、我が国で株式会社中その大部分を占める小会社・個人企業なのではなかろうか。これらの会社では会社すなわち代表取締役であることが多い。この場面では、紛争の本質はまさしく会社経営権・会社支配権をめぐる争いである。この争いを前提とするならば、被停止代表取締役説が指摘するように、代表取締役自身に訴訟追行権限を認めた方が具体的にも妥当であると思われる。「自己の権利の得喪を目的とする訴訟において、みずからこれを争いえないということは争訟の大原則に反する」のである。[15]

以上の如く、適用場面を区別して考えるのならば、両説とも

それぞれ妥当であるといえる。ならば、適用場面ごとに、すなわち当該会社が大会社か小会社かに応じて、取扱いを異にするべきではないか。すなわち、仮処分命令を発する際に、当該会社が大会社であれば従来通り全面的に代表取締役の職務執行を停止するものとし、小会社であれば、被停止代表取締役説の指摘を尊重して、仮処分命令に「職務執行を停止する。ただし、訴訟追行権限は代表取締役に留保する」との制限を設けるのである。

判旨中の「仮処分に別段の定めない限り」という文言が、この意味を有するものであるならば、判旨には賛成である。しかしながら、現状では、この種仮処分が問題となるのは大部分小会社においてであり、詳しい事実関係が不明のため断定はできないが、本件も、やはり被告会社は小会社であったのではないかと思われる。もしそうであるならば、自己の権利を守るため代表取締役にこそ訴訟追行権限を認めるべきであり、職務代行者に訴訟追行権限ありとする判旨の結論には反対である。この点、疑問がある。

(1) 中森・原判決評釈・判例時報一〇八八号二二三頁、なお、中森教授は原判決に賛成せられる。

(2) 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5一二五頁。

(3) 大阪高判昭三七・四・二七下民集一三巻四号二七五頁。

(4) 京都地判昭三六・八・一五下民集一二巻八号七六頁、その他、東地判昭二・九・六法律新報一三二号二〇頁。

(5) 長谷部・裁判会社法二三一頁、新堂「仮処分」経営法学全集19一四五頁。

(6) 広田「仮差押・仮処分」実務法律体系五五三頁。

(7) 岡垣・前掲・一二六頁。

(8) 吉川「仮処分による取締役代行者に関する若干の問題点」裁判と法(上)三二三頁、同旨、竹下「取締役の職務執行停止と職務代行行為」新商法演習2八六頁、西山・保全処分概論三七五頁、岡垣・前掲・一二五頁、田中誠二・会社法詳論(上)四四七頁（異議事件について）、松田・会社法概論二三〇頁（異議事件について）。

(9) 宮川「仮処分による代行取締役の地位」会社と訴訟(上)四一四頁、西山・前掲・三七五頁、岡垣・前掲・一二六頁、竹下・前掲・八六頁、中森・前掲・一二二頁。

(10) 西山・前掲・三七六頁。

(11) 中森・前掲・一二二頁。

(12) 長谷部・前掲・二三三頁。

(13) 長谷部・前掲・二三三頁。

(14) 大会社・小会社の区別は、株主の数・資本額等を参考にして、会社すなわち代表取締役と解することができるか否かにしたがって決定されるべきである。

(15) 長谷部・前掲・二三一頁。

小池　順一