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

Title	〔商法六二六〕クレアホールディングス違法行為差止仮処分命令申立事件 (東京地決令和三年二月一七日)
Sub Title	
Author	柳, 明昌(Yanagi, Akimasa) 商法研究会(Shōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2022
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.3 (2022. 3) ,p.117- 132
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=AN00224504-20220328-0117

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　六二六〕　クレアホールディングス違法行為差止仮処分命令申立事件

（東京地決令和三年二月一七日
令和三年（ヨ）二〇〇一二号、違法行為差止仮処分命令申立事件
金融・商事判例一六一六号一六頁、資料版商事法務四四四号二〇二頁）

〔判示事項〕

一　取締役の違法行為差止請求権における差止めの対象となる行為は、議長の就任そのものではなく、株主総会の議長としての権限の行使に関するものである。

二　会社の取締役が当該会社の定款の定めに基づき株主総会の議長に就任する場合には、当該取締役の権限行使は業務執行の一環であるとみることができる。

三　違法行為差止請求権の対象である取締役の法令違反には、取締役としての善管注意義務違反の行為も含まれる。

四　対象会社に回復することができない損害が生ずるおそれがあるとの高度の疎明があるとはいえない。

〔参照条文〕

会社法三一五条、三三〇条、三六〇条一項・三項、民事保全法一三条、二三条二項

〔事　実〕

1．共同で株式会社の設立に際して発行する株式の取得及び保有等の事業を行うことを目的とするX投資事業有限責任組合（以下、Xファンド）は、令和三年一月五日時点で、建築、土木、造成工事の設計等を営む会社等の株式又は持分を取得・所有することにより、当該会社の事業活動を支配管理する目的とする株式会社A（以下、A会社）の株式

約八パーセントを保有する株主である。A会社の定款一四条には「対象会社の株主総会は、法令に別段の定めがある場合のほか、取締役会の決議により取締役社長が招集し、議長となる（同条一項）。取締役社長に事故あるときは、あらかじめ取締役会において定めた順序により、他の取締役がこれに当たる（同条二項）」との定めがあった（「取締役会において定めた順序」は未定）。

2．Xファンドは、令和二年七月一〇日、A会社の取締役兼代表取締役であるY1に対し、①定款の一部変更（商号の変更）及び②取締役六名の選任を議題とする臨時株主総会の招集を請求したが、A会社はこれに応じなかったため、同月三一日、株主総会招集許可の申立てをしたところ、A会社の取締役会は同年一一月二〇日を会日（議決権行使の基準日は同年九月三〇日）として、③取締役二名の選任を追加の議題とする臨時株主総会（以下、第一臨時株主総会）の招集を決定したことから、東京地方裁判所は、第一臨時株主総会の招集許可の申立てを却下する旨の決定をした。ところが、A会社は、Xファンドの運用者であるBがA会社の株主に対し、第一臨時株主総会の議決権行使書及び委任状の郵送の条件として粗品を提供していることを確認したことから、公正な決議ができないと判断し、第一臨時株主総会の開催を中止した。

3．Xファンドは、同年一一月二五日、A会社に対し、①Y1並びにA会社の取締役であるY2、Y3及びY4（以下、Y1ら）四名を取締役から解任すること、②取締役四名を選任すること、③定款の一部変更（A会社の商号変更）を株主総会の目的である事項（以下、①ないし③の議題を本件議題）とする臨時株主総会（以下、本件臨時株主総会）の招集を請求し、同日、株主総会の招集許可の申立てをした。A会社は請求から八週間以内の日に株主総会を開催することを基本方針とすること等を適時開示し、同年一二月一六日、招集請求を受けて招集する臨時株主総会における議決権行使の基準日を同年一二月三一日と定める旨の公告をした。令和三年一月二五日、臨時株主総会を同年二月一五日に開催すること、新型コロナウィルスの感染状況等によっては開催時期の変更がありうること等を適時開示した。A会社は、同年二月一日、臨時株主総会の開催を同年二月二四日に延期することを公表した上、同年二月九日、Aを株式交換完全親会社、Cを株式交換完全子会社とする簡易株式交換契約（Cの完全親会社であるDに対してCのすべての発行済み株式と引換えにAの株式を交付し、DがAの筆頭株主となる）の承認の件を本件議題に追加した上で、同

年二月二四日に臨時株主総会を開催することを取締役会において決議した旨適時開示し、株主総会の招集通知を発送した。Xは、本件臨時株主総会について総会検査役選任を申し立てたところ、東京地方裁判所は、同年二月九日、総会検査役を選任する旨の決定をした。

4．Xファンドは、A会社のY_1らが議長となった場合、取締役の善管注意義務違反の法令違反をするおそれがあり、本件議題が否決されると会社への経営改善の期待や信頼が損なわれることによって業績改善が困難となり、また株主総会が無意味となり費用として一億円程度の損害が生じるおそれがあると主張して、会社法三六〇条一項に基づく違法行為差止請求権を被保全権利として、Y_1らが本件臨時株主総会の議長を務めること又は本件臨時株主総会において議長として権限を行使することを仮に差し止める仮処分命令の申立てをした。

〔決定要旨〕

一「本件申立ては、仮の地位を定める仮処分（民事保全法二三条二項）であるところ、申立てを認めた場合には、本案判決の確定を待たずしてその内容が実現されることになる満足的仮処分であるから、被保全権利及び保全の必要性については、高度の疎明がなされることを要するというべきである」

二　本件申立ての内容が会社法三六〇条一項の「当該行為」に当たるかについて、「取締役の違法行為差止請求権（会社法三六〇条一項）は、株式会社の取締役が株式会社の目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為（以下、…「法令違反等」という）を行い又は行うおそれがある場合に、当該行為を差し止めることを内容とするものであるから、差止めの対象となる行為は、上記の法令違反等を行い又は行うおそれがあるものとして具体的に特定された行為であることを要し、その範囲を超えた行為の差止めを求めることはできないと解するのが相当である。これを本件についてみると、Xは、Yらが本件臨時株主総会の議長として取締役としての善管注意義務に違反し、その議事の全般に渡り権限を行使するおそれがあることを理由に、議長に就任することそのもの又は議長としての権限行使全般の差止めを求めているところ、Xが差止めの対象として特定するYらの行為は、Yらの株主総会の議長としての権限の行使に関するものであり、議長の就任そのものを対象とするものではないといわざるを得ない。……Xは、Yらが株主総会の議長として権限を行使することの差止め

を求めている（……）ところ、Xは、申立ての理由として、対象会社の取締役であるYらが本件臨時株主総会の議事の全般に渡り取締役としての善管注意義務違反という法令違反をするおそれがあると主張しているから、申立ての対象は特定されており、会社法三六〇条一項の「当該行為」に当たるというべきである」

三　「株主総会の議長と会社との関係についての明文の規定は存在しないが、株主総会の議長は、……会議体である株主総会の一機関であるとともに、会社の機関の一つであるということができる。そして、……あらかじめ会社の代表取締役等が議長に就任する旨を定款で定めることも有効であると解されるところ、会社の取締役が当該会社の定款の定めに基づき株主総会の議長に就任する場合には、当該取締役は、会社の機関の一つであるといえる株主総会の議長としてその議事進行等の事務を行うこととなるから、その権限の行使は、会社の業務執行の一環であるとみることができるというべきである」

四　「違法行為差止請求権の対象である取締役の法令違反には、取締役としての善管注意義務違反の行為も含まれると解されること、……株主総会の議長の権限には一定の裁量があると解されることからすると、……裁量権を逸脱濫用して議事の全般に渡り法令違反等の行為を行い又はそのおそれがあることその他の被保全権利及び保全の必要性の各要件の疎明がなされた場合には、当該取締役に株主総会の議長として権限を行使させることを許容するのは相当ではないから、取締役が株主総会の議長として権限を行使すること全般についての差止めを求めることも許容されると解するのが相当である」

五　（i）Y_1が議長としての善管注意義務に違反するおそれがあるといえるかについて、「本件臨時株主総会においてYらが議長に就任した場合に、開会から閉会に至るまでの議事の全般に渡り、その裁量権を逸脱濫用して、議長としての権限を行使し、取締役としての善管注意義務に違反するおそれがあると一応認めることはできない」とした。

（ii）対象会社に回復することができない損害が生じるおそれがあるといえるかについて、「本件臨時株主総会において本件議題にかかる議案が可決されるか否かは、株主による議決権行使の具体的状況に左右されるのであり、対象会社が公開会社であり、……その間に株主の変動が生じていると考えられることも踏まえると、……①本件臨時株主総会において……Yらの議事運営によってその結果が歪められて否決決議がなされ、株主総会の信任を得た経営陣に

よる経営の機会が失われるおそれがあると一応認めることはできない。②加えて、……対象会社の株主としては、……株主総会の議場において議長の不信任動議及び別の議長の選任を内容とする動議を提案し、その決議に基づいてYら以外の議長の下で株主総会の議事を進める余地があるし、……本件臨時株主総会においては、……総会検査役が選任されており、総会当日の客観的な議決権行使状況や具体的な議長の総会の議事進行の状況について事後的に明らかになると考えられるところ、本件議題には、Yらを取締役から解任する旨の議案が含まれており、……Yらにおいて本件臨時株主総会の議長として権限を逸脱濫用し、本来可決するはずであった本件議題に係る各議案が否決されるに至った場合には、これを理由として取締役解任の訴え（会社法八五四条一項）を提起することにより、Xの主張するガバナンスの歪み等を是正する余地もあることも踏まえると、対象会社に回復することができない損害が生じるおそれがあると一応認めることはできないというべきである。また、……③Xの主張は、あくまで対象会社に一億円程度の損害が発生する可能性を指摘するものにすぎず、……Xの主張する一億円程度の損害が具体的に発生すると一応認めるに足りる疎明資料はないことに加え、対象会社の株主であるXは、別途株主代表訴訟を提起することで対象会社に生じた損害の回復を事後的に図る余地がある以上、Xの主張する上記の金銭的な損害が事後的に回復することができない損害であると評価することはできない」。したがって、対象会社に回復することができない損害が生じるおそれがあるとの高度の疎明があるといえず、被保全権利の疎明がないというべきである（漢数字、ローマ数字（小文字）、及び丸数字は筆者）。

（なお、Yらはすべて議長に就任する資格があると一応認められるが、定款で代理順序は決められておらず、Y_1が欠席する可能性が認められる疎明資料はないことから、以下、議論の対象をY_1に限定する）。

〔研　究〕

一　本決定の意義

本件は、株主の招集請求に応じて取締役が招集する株主総会の議長としての取締役の権限の行使に対し、株主が取締役の行為の差止請求権（会社法三六〇条一項）を被保全権利として、本件臨時株主総会において議長としての権限行使を仮に差し止める仮処分命令を求めた事案である。解釈論として、第一に、取締役の行為の差止請求の対象とな

る行為とは何か（特に株主総会の議長としての権限の行使が含まれるか）、第二に、取締役の行為が差止請求の対象となるとして、その行為によって会社に回復することができない損害が生ずるおそれがあるか否かが問題となる。本決定は、取締役の行為の差止請求の対象となる「法令」違反に善管注意義務違反の行為が含まれるとする従来の裁判例に一事例を追加するとともに、これまで先例のなかった株主総会の議長としての権限の行使が取締役の行為の差止請求の対象となりうることを認めた点、さらに（傍論ではあるが）被保全権利の要件の一つである「対象会社に回復することができない損害が生ずるおそれ」の有無について事案に即して詳細な判断を示した点で意義を有する。

二　先例及び学説——被保全権利と保全の必要性

取締役又は執行役（合わせて「取締役等」）が会社の目的の範囲外の行為その他の法令若しくは定款に違反する行為（以下、違法行為等）を行い、又はそのような行為を行うおそれがあり、その結果、当該会社に著しい損害が生ずるおそれがある場合に、監査役若しくは監査等委員又は監査委員は、取締役等に対してその行為の中止を請求することができる（会社法三八五条、三九九条の六、四〇七条）。しかし、会社法の予定する事前監査が常に適正に行われるとは限らず、そのような場合に備えて株主にも監督是正権として行為の差止めを請求する権利が与えられる。株主による取締役等の違法行為等の差止請求は、監査役設置会社、監査等委員会設置会社及び指名委員会等設置会社では、違法行為等の結果、当該会社に著しい損害が生ずるおそれがある場合ではなく、「回復することができない損害が生ずるおそれ」があるときに認められる（法三六〇条三項、四二二条一項）。本来差止請求権は会社が取締役等に対して法令・定款の遵守を求める権利であるところ、違法行為等の差止請求権は、会社がその有する権利の行使を怠る場合に備えて株主が代位行使するものと理解されている（落合誠一編『会社法コンメンタール8—機関（2）』（商事法務、二〇〇九）一三〇頁［岩原紳作］（以下、会社法コンメ8—2）。このような理解は、差止請求の要件として「会社の損害」概念を前提とするため、少数株主の保護の隙間をつくる口実となりうる旨の指摘として、高田晴仁『商法の源流と解釈』（日本評論社、二〇二一）二九六—二九七頁参照））。

1　差止めの対象となる行為（被保全権利—その①）

差止めの対象となるのは、目的の範囲外の行為その他の

「法令」・定款違反の行為又はその行為をするおそれのある場合である。平成一七年会社法改正において、その行為をするおそれのある場合が追加されたのは（実質的には同義と解される）、実際に取締役が行為に着手してからでは遅いことが多く（着手後でも行為の継続中であれば対象となる）、行為がなされるおそれのある段階で差止めが認められるべきだからである（落合編・前掲『会社法コンメ8―2』一三一頁［岩原紳作］）。

（1）行為の特定性（決定要旨二）

学説ではほとんど論じられないが、実務上、差止めの対象となる行為が特定されているかが重要な問題となる。差止めの対象となる行為の特定性が問題となった数少ない事案として、①福井地判平成一五・二・一二判タ一一五八号二五一頁、②大阪高判平成二七・五・二一判時二二七九号九六頁が参考となる。まず、①判決について、大手ゼネコン業界では構造的な危機的状況にあり、コンプライアンスが守られない典型的な業界であり、その中心に政治資金の寄附があり、これを続けていけば企業の存続そのものが社会から厳しく批判されるとして、株主は代表取締役社長に就任した者に対して政治資金の寄附の差止めを求めた。裁判所は、「商法二七二条に基づき差止めを求める行為は包括的、一般的であり、差止めの理由とするところも、極めて一般的で具体性に欠けるものである」とした。次に、②判決において、倒産した会社の管財人が代表取締役による特定の第三者への金員交付について違法行為差止めの仮処分を申し立てる義務があったと主張（「本件判決確定に至るまで、代表取締役は、破産会社の取締役会決議なしに、同社を代表して、一〇〇〇万円以上の金額の債務負担行為又は弁済行為を行ってはならない」旨の仮処分の申立て）したことに対し、裁判所は、特定性を欠くというべきであるし、これが許されると、監査役により代表取締役の代表権限を一般的に制約することを許容することになってしまい妥当ではないとして、相手方を特定しない違法行為差止めの仮処分は許されないと判断した。

（2）被請求者となる取締役とその行為（決定要旨二）

違法行為等の差止請求の対象となる請求の相手方は、株主代表訴訟の場合（会社法）と同様、一律に「取締役」である。問題となるのは、ここにいう「取締役」が代表取締役に限定されるかである。従来の裁判例（③東京地決昭和五六・一〇・二九判タ四七六号二〇〇頁、④東京高判平成一一・三・二五判時一六八六号三三頁、⑤大阪高判平成一四・四・一一判タ一一二〇号一一五頁、⑥東京地決平成一

六・六・二三金判一二一三号六一頁、⑦東京地決平成二〇・一一・二六資料版商事二九九号三三〇頁、⑧東京地決平成二二・五・一〇金判一三四三号二一頁、⑨大阪地決令和二・五・一〇資料版商事四三五号一四三頁）をみる限り、代表取締役・代表執行役の行為が差止請求の対象とされている。また、学説上、差止めの対象は代表取締役（選定業務執行取締役（三六三条一項二号）を含む）の違法行為（業務執行行為）に限ると考えられており、もともと差止めの対象は業務の執行に当たる行為であることが前提とされてきた。しかし、裁判例及び学説は、裁判所の許可を得た株主による総会招集は株主が会社の機関的地位に立つことから違法行為差止請求の対象となることを認めており（東京高決令和二・一一・二金判一六〇七号三八頁等）、業務執行か否かという性質論と直結するものではない。また、業務執行行為以外の取締役の行為、具体的には取締役の議決権の行使は差止めの対象となる行為には当たらないとの見解（大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻（第三版）』（有斐閣、一九九二）二四七―二四八頁等）もあるところ、会社に損害を与える可能性のある場合には、取締役会決議など業務執行行為を伴わなくても差止めの対象とすべきとの異論もある（落合編・前掲『会社法コンメ8―2』一三九頁［岩原紳作］）。

（3）違反の対象となる「法令」の意義（決定要旨三）

取締役等の行為の差止請求の対象となる「法令」の意義について、具体的な法令（又は定款）の規定のほかに、取締役等の善管注意義務・忠実義務（会社法三三〇条、民法六四〇条、会社法三五五条、四一九条二項）といった一般規定を含むかが議論されてきた。これまで学説においては、会社法三六〇条にいう「法令」には善管注意義務や忠実義務が含まれると理解するのが多数の見解であり（落合編『会社法コンメ8―2』一三一頁［岩原紳作］、小柿徳武「判批」神作裕之ほか編『会社法判例百選（第四版）』（有斐閣、二〇二一）一二一頁等）、従来の裁判例でも特に説明を加えることなく、それらが含まれることを前提に判断されている（③決定～⑨決定）。もっとも、従来の裁判例において善管注意義務違反が実際に認められたのは⑦決定及び⑧決定のみであり、善管注意義務違反が認められることは少ない。これは違法行為等の差止めの問題であっても取締役の責任の問題におけると同様、経営判断原則が適用されると理解されていること（落合編・前掲『会社法コンメ8―2』一三四頁［岩原紳作］）に加えて、従来のわが国における裁判例では、政党への政治献金（①判決、⑤判

決）や原子力発電機の運転停止（④判決）など、高度な会社経営に関する問題が差止めの対象とされ、経営に対する介入の度合いが大きい事案であったことが要因であると考えられる。

（4）議長をすることの法的性質

会社法三一五条は、昭和五六年商法等改正の際に、総会屋と称せられる株主による総会運営の妨害に対処するために、議長の権限を明確化するために設けられたことを起源とするが（昭和五六年改正商法二三七条ノ四参照）、議長の法的地位や権限の法的性質を明らかにするものではない。学説上、議長を務めることが業務執行に該当するかについては、これを肯定する見方がある一方（江頭憲治郎ほか編『改正会社法セミナー【企業統治編】』（有斐閣、二〇〇六）二七〇頁［江頭憲治郎］）、議長は株主総会の決議で決めることから権限分配とその結果の問題であって業務執行とは無関係という指摘（江頭ほか編・前掲二七〇頁［神作裕之］、二七二頁［浜田道代］）、その場の議事進行（単なる司会係）はともかく質問を受けた取締役がする説明は業務執行的な性格があるとの指摘がなされる（江頭ほか編・前掲二七四頁［藤田友敬］）。また、議長を株主総会の機関とみるか、会社の機関とみるかについて見解は分かれ、議長は必ずしも株主総会の構成員ではなく、一種の会社機関であるとみる見解（田中誠二『会社法詳論（上巻）（三訂版）』（勁草書房、一九九三）四九七頁、大隅＝今井・前掲『会社法論中』八四頁、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説（第二版）』（有斐閣、二〇一〇）一七二頁等）がある一方で、会社の機関ではなく（倉澤康一郎『商法の基礎［三訂版］』（税務経理協会、一九九三）一二一頁、加藤修「株主総会の議長の法的地位」法学研究七二巻一二号（一九九八）一頁、八頁以下）、株主総会の機関であるとみる見解（上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（5）―機関（1）』（有斐閣、一九八六）一六四―一六五頁［森本滋］（以下、『新注会（5）―（1）』、中村直人編著『株主総会ハンドブック（第四版）』（商事法務、二〇一六）等）がある。さらに、学説上、議長が会社に対して準委任の関係に立つ（会社法三三〇条の類推）と解する見解が多く（大隅＝今井・前掲『会社法論中』八四頁、上柳ほか・前掲『新注会（5）―（1）』一六四―一六五頁［森本滋］等）、この立場からは、議長がその権限を違法に行使し、株主や会社に損害を与えた場合には、役員等の対第三者責任の規定（会社法四二九条）を類推適用する、あるいは会社の機関ではないと解する立場からは、民法の不法行為の規定によ

り（稲葉威雄『改正会社法』（商事法務、一九八二）一四六頁、倉澤・前掲一二一頁）、損害賠償責任を負うと説かれる。

2 「回復することができない損害が生ずるおそれ」（被保全権利―その②）

差止めの要件として損害発生のおそれが要求されるのは、法令・定款違反の行為か否かは客観的に判断することが必ずしも容易ではないこと等もあり、業務執行権限は本来取締役にあることから、取締役の権限を株主が不当に干渉しないようにするとともに、株主が差止権限を濫用することをおそれたためである（落合編・前掲『会社法コンメ8―2』一三七頁［岩原紳作］）。「著しい損害」については損害の質・量において著しいことを意味し、損害の回復可能性は問題とならないのに対し、「回復することができない損害」の例として、取締役によって処分された財産を取り戻すことができず、しかもその取締役の賠償責任によってその損害が償われないような場合等とされ、費用・手数等から考えて回復が相当困難な場合を含むと解されている（落合編・前掲『会社法コンメ8―2』一三七頁［岩原紳作］）。もっとも、非残産的損害の回復は困難となることが多く、株主の救済という差止請求権の実効性を確保する観点から、会社の損害の有無を問わずに差止請求権を認める見解（立法論）もある（落合編・前掲『会社法コンメ8―2』一三七頁［岩原紳作］、遠藤元一「本件判批」新・判例解説 Watch 商法一五〇号（二〇二二）四頁、吉垣実「本件判批」新・判例解説 Watch 民事訴訟法一三四号（二〇二二）四頁は立法論的な課題として言及する）。

また、従来の裁判例では善管注意義務違反が認められる場合は限られるが、仮処分命令を認め、「回復することができない損害」（被保全権利）に関する判断を示したものとして注目されるのが⑧決定である。投資法人の投資主が投資法人の代表者（執行役員）に対し、募集投資口の発行に係る払込金額が公正な金額でなく、これが投資法人に対する善管注意義務・忠実義務に違反する違法があり、投資法人に回復することができない損害が生ずるおそれがあるとして差止めの仮処分を求めた事案である。不公正な払込金額によって新投資口が発行されたことにより、投資法人が公正な金額で新投資口を発行していたならば払い込まれた金額を取得できないことが投資法人の損害である（投信法八四条一項、会社法二一二条一項についても同じ）ことを前提に、債務者は、通謀の上、著しく不公正な金額で引き受けた場合には引受人が差額支払義務を負うことから、

その損害が事後的に回復可能であると主張したのに対し、裁判所は、投資口発行によって発生する損害が多額であること（八億七四九九万四〇〇〇円）、「公正な金額」について争いがあること、引受人は払込金額のほか二億六〇〇〇万円程度の現金を保有するが当然に支払義務を負うとはいえないこと、訴訟等の手続を取り、勝訴したとしても判決の確定を待っていては資産が散逸することも考えられることから損害額を回復するのに相当の困難を伴うものと一応認められるとし、回復することができない損害が生ずるおそれがあると判断した。

3　保全の必要性（決定要旨一）

仮処分はいわゆる満足的仮処分に属することから、被保全権利とともに保全の必要性についてより高度の疎明を要すると考える点で判例・学説ともに争いはない（鈴木正裕「仮の地位を定める仮処分と保全の必要性」吉川大二郎博士還暦記念『保全処分の体系［上巻］』（法律文化社、一九六五）二一一頁、米津稜威雄「株主総会開催停止仮処分」竹下守夫＝藤田耕三編著『裁判実務大系（3）』（青林書院、一九九四）一二五―一二六頁、長谷部幸弥「株主総会をめぐる仮処分―開催・決議・議決権行使禁止」門口正人編『新・裁判実務大系（11）』（青林書院、二〇一一）二三〇―二三一頁等）。また、民事保全法上、仮の地位を定める仮処分命令の要件として、「債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるため」であることが必要とされるところ（民保法二三条二項）、判例・学説において、保全の必要性にいう「会社に回復困難な重大な損害を被らせるおそれ」と株主による差止請求の要件である「回復することができない損害」（平成一七年改正前商法二七二条、会社法三六〇条三項）は内容的に重複すると理解されている（東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅱ［第三版］』（判例タイムズ社、二〇一一）二四七頁、東京高決平成一七・六・二八判時一九一一号一六三頁、東京地決平成一七・一一・一一金判一二四五号三八頁等。この理解に批判的な見解として、陳若嵐・ジュリ一三六七号（二〇〇八）一三〇頁）。

三　本決定の分析及び検討

1　満足的仮処分（決定要旨一）、差止請求権の対象となる取締役の「法令」違反（決定要旨四）

本決定のうち、満足的仮処分における被保全権利及び保全の必要性について高度の疎明を要する点（要旨一）、さらに、理由づけは明らかではないが、違法行為等差止請求

権の対象となる法令違反には善管注意義務違反の行為が含まれるとする点（要旨四）は、先例及び学説において確立した見解であり、異論はないものと考えられる。そこで、以下、決定要旨二、三及び五を中心に分析・検討する。

2　差止めの対象となる行為の特定性（決定要旨二）

本決定は、特に理由を述べることなく、法令違反等を行う（そのおそれがある）具体的に特定された行為であることを要するとしたうえで、議長への就任そのものは、会社法三六〇条一項の「当該行為」に該当せず、議長としての権限の行使がこれに該当すると結論づけた。そもそも差止めの対象は取締役の行為であり、文言上は広く取締役の行為が含まれるように読める。しかし、従来の裁判例で問題となった政治献金は会社の方針・政策に対する事前の介入を意味し、そもそも差止めの対象となる行為を観念できるまで成熟していないか（①判決）、仮に行為を観念できるとしても、寄附の相手方（具体的な政党）や金額などが決定していない段階で差止めの対象はまだ明らかとはいえない（①判決、②判決参照）。また、取締役の行為の差止めは、監査役等によるものであれ株主によるものであれ、会社法の定める権限分配秩序を前提とするならば、業務執行に介入できる範囲は自ずと制約されざるを得ない。差止めの対象となる行為の特定性を要求することは、会社法の定める権限分配秩序と整合的であり（②判決参照）、理論的にも現実的にも妥当な判断と考えられる。もっとも、決定要旨が、議長への就任それ自体は「当該行為」にあたらないが、「株主総会の開会から閉会に至るまでの議事の全般（議事の進行、採決、議事の整理、秩序維持等に関する一切の権限）」はあたるとする点については、包括的で具体的に行為を特定するといえるか疑問の余地もあり、議長への就任それ自体を差し止めるのと大差ないようにも思われる。この点は、いったん議事に入ると個別の権限行使を差止めの対象とすることは現実には不可能であり、また議事の全般が比較的定型化された業務であるという理解に基づくものと解される。

3　株主総会の議長としての権限行使（決定要旨三）

XらはY₁が取締役の地位に基づいて株主総会の議長に就任しその議事の全般に渡る権限行使の差止めを求めたのに対し、Y₁は、株主総会の議長としての権限行使はそもそも業務執行行為に該当せず、違法行為等差止請求の対象とならないと主張した。Y₁の主張は、議長は株主総会の機関であり、議長はあくまで株主総会に属する権限を行使するのであって形式的には業務執行ではないという趣旨と解され

る。両者の主張は、差止めの対象が業務執行行為であるとの従来の理解を前提に、議長の権限行使が業務執行行為に該当するかをめぐる対立といえる。

従来、業務執行の意義については「会社業務に関する諸般の事務を処理すること」と広く解されてきたところ（大隅健一郎＝今井宏『会社法論上巻（第三版）』（有斐閣、一九九一）七八―八〇頁等）、何が業務執行に該当するかはなお明確ではなく、業務執行の意義が問題となる状況ごとに実質的（相対的）に解釈することが求められる（田中亘『会社法（第三版）』（東京大学出版会、二〇二一）二二七―二二八頁、白井正和「社外取締役の選任義務づけと業務執行の委託」商事二二三四号（二〇二〇）七一九頁等。その都度、取締役会の決議に基づいて委託された業務の執行は、取締役の社外性を失わせる業務の執行には該当しないものとする規律（会社法三四八条の二）は、社外取締役の合理的な活動が妨げられないようにセーフ・ハーバーを設けるものであって、業務執行該当性の判断が難しい行為について業務執行に該当しないことを明確にする趣旨と解される（ＴＭＩ総合法律事務所（コーポレートプラクティスグループ）編著『実務逐条解説　令和元年会社法改正』（商事法務、二〇二一）二〇二頁）。

本決定は、議長の法的位置づけ及び権限行使の性質をどのように考えるかについて、議長は株主総会の機関であるとともに会社の機関の一つであり、会社の「取締役」が当該「会社の定款の定めに基づいて」株主総会の議長に就任する場合に、議長として議事進行等の事務を行うこと（権限の行使）は会社の業務執行の一環であるとする。つまり、議長が「会社の機関」であることを前提に、「取締役」が「定款の定めに基づいて」議長に就任する場合における議長の権限行使を業務執行の一環と性格づける。本決定の論理は、業務執行の性質を有する代表取締役（あるいは代表執行役）による株主総会の招集（この点について、田中・前掲一六三頁［コラム4―9］参照。反対：相澤哲ほか編著『論点解説　新・会社法』（商事法務、二〇〇六）四六八頁（株主総会の招集は、業務の執行には該当しない））に始まり、議長が会社側のコントロールする議事に従って実施される通常の株主総会を想定するものと解される。しかし、議長の権限行使が業務執行の一環であることを基礎づけるために、議長が一種の会社の機関であると解すれば、議長が株主総会の機関であるという理解よりは説得的かもしれないが、そのような理解も学説でみたように争いがあり、決定的とはいえない。また、判旨の内容について、確

かに株主総会の議長担当の業務執行取締役として善管注意義務を負うと読む余地もある（坂東洋行「本件判批」金判一六三〇号（二〇二一）五頁）。しかし、取締役が議長を務めることをもって業務執行だと解するのは議長の法的地位をめぐる議論を矮小化し、議論の本質を隠すものとなりかねない。さらに、議長に関する「定款の定め」は一般の定款規定の効力とは性質が異なり、事務処理上の便宜として認められるものであり、いつでも動議に基づき株主総会の決議で議長を決めることができるから、これも決定的な理由づけとはなりえない。そうすると、学説の議論が示すように（二1（4）参照）、議長の権限行使の法的性質については、二者択一的ではなく、業務執行的な性質とそれ以外の性質のものとが分かちがたく結びついていると理解し、端的に差止請求権の対象とすることが適当であるかの観点から検討されるべきであろう。

本件のように招集株主の請求により取締役会が総会の招集を決定した場合、通常の招集の場合と同様に定款所定の者が議長になると解されており（大隅＝今井・前掲『会社法論中』八三頁注2、新版注会（5）—株式会社・機関（1）（一九八六）一一八頁［河本一郎］、反対：鈴木竹雄ほか編『新商法演習Ⅰ』（有斐閣、一九七四）二一三頁。実務的には、少数株主による招集請求がある場合、株主総会の運営をコントロールするために定款所定の者を議長とすべく会社が開催日程を繰り上げて自ら招集する対応がとられるようである。酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法4—機関・1』（中央経済社、二〇〇八）一七二頁［浜田道代］、岩原紳作編『会社法コンメンタール7—機関1』（商事法務、二〇一三）二一七頁［中西敏和］、生方紀裕「少数株主の株主総会招集請求を受けた上場会社の対応に関する実務的論点」商事二二七〇号（二〇二一）六三頁、六八頁）、本決定の論理に従えば議長の権限行使は差止請求の対象となる。これに対し、少数株主が招集した総会（会社法二九七条四項）や裁判所の命令によって招集した総会（会社法三〇七条一項一号、三五九条一項一号）では、社長が議長の席に就くならば議事運営の公正が疑われるから定款の定めは適用されず、改めて議長の選任が必要となると解されており（大隅＝今井・前掲『会社法論中』八二頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第三版）』（有斐閣、一九九四）二四三頁、酒巻＝龍田編集代表・前掲『逐条解説4—1』一七二頁［浜田道代］、岩原編・前掲『会社法コンメ7—1』二七一頁［中西敏和］等）、このような株主総会における議長の権限行使については判旨が直

接想定するものではないと解される。しかしながら、本決定が直接には想定しなかった少数株主の招集による総会や裁判所の命令による総会における議長の権限行使についても、議長が取締役であるか否かを問わず、会社の機関的地位に立つ以上、適正な権限行使を担保するために事前の監督是正権を排除する理由は見当たらず、違法行為等差止請求権の規定が類推適用されるべきであろう（同旨、遠藤・前掲三頁）。

4 「回復することができない損害が生ずるおそれ」（決定要旨五）

従来の裁判例では、取締役の善管注意義務違反（被保全権利）が認められることは稀であり、損害について判断されることはまずない。本決定は、傍論ながら「回復することができない損害」について事案に即した具体的な判断を示した点で意義を有する。本決定は回復することができない損害が生ずるおそれがあるとの高度な疎明があるとはいえない理由として、第一に、本臨時株主総会において各議案の決議が歪められるおそれは一応認めることはできないこと、第二に、ガバナンスの歪みを是正する余地や損害の回復を図る事後的な措置があること（議場における動議、議長の権限濫用により決議が歪められた場合の取締役解任の訴え、損害賠償を請求する株主代表訴訟の提起など）を挙げる。まず、第一の善管注意義務の違反のおそれについて、XらはY[1]が第一臨時株主総会の開催を誓約していたにもかかわらず違法に中止したこと等を指摘したが、いずれも議事進行に関するものではなく、何ら不当違法な行為を行う考えがない旨の陳述書を改めて提出していることを踏まえてそのおそれを否定している（この評価は微妙である）。また、問題ある議長の議事進行に対してはガバナンスの歪み等を是正することが可能であることや株主代表訴訟のような事後的な損害の回復措置があることの指摘は、「回復することができない損害」について、債務者の資力を踏まえた回収可能性まで考慮する（取締役の損害賠償責任によってその損害が償われないような場合を想定する）学説とも整合的である（前掲二2参照）。それにもかかわらず、従来の裁判例において、監査役による代表取締役に対する違法行為差止めの仮処分命令の申立てを認めたものとして⑦決定（春日電機事件）がある。また、保全の必要性があると認めた⑧決定（前掲二2参照）と比較すると、本件は、議長の議事進行という具体的な損害概念と結びつきにくい事案であること、不当な議事進行に対しては事後的な是正措置で十分に対処できること、具体的に損害の発

生（一億円程度）を疎明できなかったこと、さらに損害額が相対的に低く、株主代表訴訟による損害の回復が現実的といえる事案であることから、事前の救済を認める必要はなかったと考えられる（同旨、遠藤・前掲四頁、坂東・前掲六頁）。いずれにせよ事前の差止め（仮差止め）が認められるためのハードルは極めて高いと考えられる。

柳　明昌