

〈判例研究〉

臨時株主総会における 議長権限行使の差止仮処分

——理論的・実務的検討——

(東京地方裁判所令和3年2月17日決定・資料版商事法務444号202頁(確定))

川 崎 修 一
上 田 純 子

事実の概要

K株式会社（以下「K社」という。）は建築・土木等の事業を営む傍ら外国会社の株式・持分を取得・保有するいわゆる事業持株会社であり、その発行する株式を東京証券取引所第二部に上場している取締役会および監査役設置会社である。K社の取締役には、 Y_1 、 Y_2 、 Y_3 および Y_4 （以上4名が本件の債務者であり、以下では、これら4名の者を「 Y_1 ら」という。）が就任しており、そのうち Y_1 は代表取締役である。

K社は、定款において100株を1単位とする旨の単元株式の定め、および株主総会における議長の定めを有している。後者は、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議長となる旨（定款14条1項）および取締役社長に事故があるときは、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あたる旨（同条2項）を内容とするものであるが、定款14条2項に基づく議長の代理順序は定められていない。

X（本件債権者）は、投資事業有限責任組合であり、K社の3%以上の議決権を6箇月前から引き続き有する株主である。Xは、令和2年7月10日に Y_1

に対し、①定款の一部変更および②取締役6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、K社がこれに応じなかったため、同年同月31日、裁判所に対し株主総会招集許可の申立てを行ったところ、K社の取締役会において、上記①②に加え③取締役2名選任の件を議題とする臨時株主総会（以下「第一臨時総会」という。）を同年11月20日に開催する旨の決議がなされたため、裁判所はXによる申立ての利益は失われたとしてXの申立てを却下した。結局、Xの運用会社が第一臨時総会に際しK社の株主に議決権行使書および委任状郵送の条件として粗品を提供していることが確認され改められなかったため、K社は第一臨時総会の前日にその開催の中止を決定した。なお、令和2年11月12日、第一臨時総会に関し、裁判所によって総会検査役が選任され、当該総会検査役の補助者である弁護士および証券代行担当者は、第一臨時総会の前日、第一臨時総会についてXからK社に対し提出されたX側の委任状およびその添付書類ならびに議決権行使書の突合作業を行い、その際に証券代行担当者は、本人確認書類として議決権行使書の添付がないもの等を無効として取り扱っていること、有効性の判定について留保している委任状のなかには、証券代行担当者としては有効と判断しているものの、K社の意向により留保されているものも含まれていることを説明していた。

Xは、令和2年11月25日、K社に対し、①Y₁、Y₂、Y₃およびY₄の取締役からの解任、②取締役4名の選任、③定款の一部変更を議題とする臨時株主総会の招集を請求し、同日、裁判所に対し株主総会招集許可の申立てをした。Xの請求を受け、K社は、同日、当該請求から8週間以内の日に臨時株主総会（以下「本件臨時総会」という。）を開催することとし、同年12月16日、同年同月31日を議決権付与の基準日とする旨の公告を行った。当該臨時株主総会の日程はいったんは令和3年2月15日とされたが、その後同年同月24日に延期された。

Xは、裁判所に対し、Y₁らに対する損害賠償請求訴訟および株主代表訴訟提起のための証拠保全、K社の株主名簿閲覧謄写仮処分、K社がO社との間で締結した簡易株式交換契約（K社がO社の発行済株式のすべてを有するC社からO社の全株式を取得すると引き換えにC社にK社の総議決権の16.47%に

臨時株主総会における議長権限行使の差止仮処分

あたる株式を交付するもので、これにより、C社はK社の筆頭株主となる。) についての差止仮処分、総会検査役選任の各申立てを行い、いずれも認容された。K社は、簡易株式交換差止仮処分の決定に対し、異議を申し立てるとともに、その効力発生日を延期したうえで、④簡易株式交換承認の件を本件臨時総会の議題に追加した。

Xは、本件臨時総会において、Y₁らが議長となった場合に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る旨を主張し、会社法360条1項に基づく違法行為差止請求権を被保全権利として、Y₁らが本件臨時総会の議長を務めることまたは本件臨時総会において議長として会社法315条の権限を行使することを仮に差し止める仮処分命令を裁判所に求めた。

決定要旨

却下

1. 疎明の程度について

本件申立ては、仮の地位を定める仮処分(民事保全法23条2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の仮処分であるから、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。

2. 被保全権利について

(1) 本件申立ての内容が会社法360条1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360条1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、会社の目的の範囲外であること及び法令又は定款違反を併せて「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、差し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し止めを求めることはできないと解するのが相当である。

……債権者は、債務者らが本件臨時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、債権者が差止めの対象として特定する債務者らの行為は、債務者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。

他方で、債権者は、債務者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も求めているところ、債権者は、申立ての理由として、対象会社の取締役である債務者らが本件臨時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360条1項の「当該行為」に当たるといべきである。

(2) 株主総会の議長としての取締役の権限の行使が違法行為差止請求権の対象となるかについて

……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、株式会社の最高意思決定機関である株主総会の開会から閉会に至るまでの議事の全般に渡り、その秩序を維持し、議事を整理すること等の権限を有する（会社法315条）ことから、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えることができる。そして、株主総会ごとに議長を選任する煩雑さを回避するために、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こと、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べきである。そうすると、株式会社の定款の定めに基づき取締役が株主総会の議長に就任する場合には、当該取締役は、取締役としての善管注意義務（会社法330条、民法644条）として、議長としての権限を適切に行使し、株主総会を適正かつ公平に運営すべき義務を負うと解するのが相当である。

そして、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、前記の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、取締役が議長に就任し、その権限を

臨時株主総会における議長権限行使の差止仮処分

行使するに当たり、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、当該取締役が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事も許容されると解するのが相当である。

(3) 債務者らに法令に違反するおそれがあるといえるかについて

ア 債務者らが本件臨時総会の議長として権限を行使するといえるかについて

……そもそも、債務者らが本件臨時総会の議長に就任するといえるかについて検討するに、……対象会社の定款14条1項には、株主総会の議長には原則として取締役社長が就任し、同条2項には、取締役社長に事故がある場合には、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議長に就任する旨が定められているところ、このような定款の定めが有効であることは前記(2)の説示のとおりである。そして、同規定の「事故がある場合」とは、物理的に株主総会に出席できない場合の他、当該人が自らの意思で欠席する場合も含むと解されることもふまえると、債務者らには、定款により本件臨時総会の議長となる資格があると一応認められる。

しかしながら、対象会社の上記の定款の定めを前提とすれば、本件臨時総会の議長を務めるのは、原則として対象会社の取締役社長である債務者 Y₁であるといえること、審尋の全趣旨によれば、債務者らは、令和3年2月15日に行われた第3回審尋期日時点において、対象会社が定款14条2項による代理順序を定めておらず、本件臨時総会までに具体的にこれを定めるかどうかについても結論が出ていない旨述べていることや、一件記録を精査しても、債務者 Y₁が本件臨時総会に物理的に出席することができず又は自らの意思で欠席する可能性があることを一応認めるに足りる疎明資料はないことからすると、債務者 Y₁を除く債務者 Y₂らが、対象会社の定款14条2項に基づき本件臨時総会の議長に就任しその権限を行使すると一応認めることはできないというべきである。

したがって、本件申立てのうち債務者 Y₂らが本件臨時総会の議長に就任し、その善管注意義務に違反するおそれがあるとして本件臨時総会の議長としての権限の行使全体を仮に差止めることを求める部分は、前提を欠き、理由がないといわざるを得ない。

……債務者 Y₁について上記のようなおそれがあるといえるかを検討するに、以下

のとおり、いずれも本件臨時総会において債務者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いうべきである。

……債務者 Y₁は、対象会社の代表取締役として、裁判所に対する株主総会招集許可申立事件の審理において、令和2年11月20日の第一臨時総会の開催を誓約していたにもかかわらず、前日にこれを中止する旨適時開示し、実際に第一臨時総会が開催されていないのであるから、債務者 Y₁は、上記の誓約に違反したといわざるを得ない。

しかしながら、上記の誓約違反は第一臨時総会の開催に関するものであって株主総会の議事進行に関するものではないこと、債務者 Y₁が、法令定款の定めに従い適法に本件臨時総会を開催し、実際に開催される本件臨時総会において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もふまえると、上記の事情から、直ちに、債務者 Y₁が、本件臨時総会の議事の全般に渡り議長としての権限を逸脱・濫用し、善管注意義務に違反して行使するおそれがあるとの高度の疎明があるということはできないというべきである。

対象会社は、第一臨時総会前日において、株主側の委任状のうち、議決権行使書の添付の無いもの及び会社側の委任状が添付されているに過ぎないものを一律無効とする取扱いとし、[所定の]株主側の委任状又は議決権行使書面の有効性の判断を留保している。前記認定事実によれば、対象会社は、定款16条の定めに基づき、第一臨時総会の招集通知において、委任状を提出する際には本人確認書類として議決権行使書面の添付を求めているといえるところ、本人確認書類として議決権行使書面の添付を必要とし、これを遵守しない委任状を無効とする取扱いも許容されると解されること、債権者の主張する上記以外の集計の違法・不当の内容は、あくまで第一臨時総会前日における暫定的な集計状況において有効性判断を留保していたものに関する部分を論難するものにすぎず、第一臨時総会の決議がなされた場合に実際に無効なものとなされたとは必ずしもいえないことも踏まえると、債務者 Y₁が進んで本件臨時総会における投票結果の集計に当たり違法不当な行為を行うと直ちには認められないというべきである。

したがって、債権者の主張する上記の事情によって、直ちに債務者 Y₁が議長とし

臨時株主総会における議長権限行使の差止仮処分

ての権限を逸脱・濫用し、善管注意義務に違反するおそれがあるとの高度の疎明があるとはいえないというべきである。

(ウ) さらに、債権者は、対象会社の株主名簿閲覧謄写仮処分及び証拠保全手続での対応や、簡易株式交換手続を仮に差止める仮処分命令が発令されていること、本件臨時株主総会の招集を不当に遅延していることから、債務者らが本件臨時株主総会の議長に就任した場合に、その議事の全般に渡り取締役としての善管注意義務に違反する旨主張する。

しかしながら、債権者の指摘する事情はいずれも株主総会の議事進行に関するものではなく、本件臨時株主総会の議決権の行使の基準日時点の株主名簿については、仮処分決定に対する異議審の判断等を踏まえて閲覧謄写が既になされていること、本件簡易株式交換についても本件臨時株主総会において承認議案が定められていること、本件臨時総会の招集の遅延については、疎明資料(略)によれば、令和3年1月7日、新型コロナウイルス感染症について、東京都内等に緊急事態宣言が発令され、その後令和3年2月2日にその期間が3月7日まで延長されていることが一応認められ、適切な会場の確保が難航したとしてもやむを得ない面があることも否定できないこともふまえると、これらの事情から債務者Y₁が本件臨時総会において善管注意義務に違反して議長としての権限を行使するおそれがあると推認することができる程度の高度の疎明があるとはいえない。……

(4) 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

ア 対象会社は監査役設置会社であるから、取締役の違法行為の差止めが認められるためには、法令違反等又はそのおそれのある行為によ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のあることが必要である(会社法360条3項,1項)。

イ 債権者は、この点について、債務者らの善管注意義務違反の行為がなされ本件議題が否決された場合には、[1] 過去9年にわたり経常損失を計上し継続企業の前提に関する注記を行うに至り、経営陣の交替によって経営改善が急がれる対象会社のガバナンスが歪められ、対象会社に株主の信任を得た経営陣による経営の機会が失われるとともに、会社への経営改善へ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る、[2] 株主総会が実質的に無意味となりその開催に要した証券会社及び法律

事務所に対する報酬や会場を確保するための費用として要する1億円程度の損害が生じるおそれがあり、債務者らが第一臨時総会の中止により生じた会社の損害の補償を拒んでいることや債務者らの資力を踏まえた回収可能性を考慮すると、事後的な回復が可能とはいえない旨主張し、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主張する。

しかしながら、上記〔1〕の点については、本件臨時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な状況に左右されるのであり、対象会社が公開会社であり、第一臨時総会と本件臨時総会の議決権行使の基準日には3か月の差異が存在し、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、本件臨時総会において本件議題に係る各議案に係る普通決議が成立するにもかかわらず債務者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。加えて、債権者を含む対象会社の株主としては、定款の定めに基づき債務者らが議長を務めることが相当でない判断する場合には、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債務者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、本件臨時総会については、前記認定事実のとおり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、債務者らを取締役から解任する旨の議案が含まれており、債権者の主張のとおり、債務者らにおいて本件臨時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854条1項）を提起することなどにより、債権者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、上記〔2〕の点についての債権者の主張は、あくまで対象会社に1億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、一件記録を精査しても、債権者の主張する1億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債権者は、債務者らの取締役の善管注意義務を理

臨時株主総会における議長権限行使の差止仮処分

由に、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、債権者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。この点に関する債権者の主張も採用できない。

ウ その他、一件記録を精査しても、債権者の主張する債務者らの善管注意義務違反の行為が行われた場合に、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ことを一応認めるに足りる疎明資料はない。

エ 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はいえない。

(5) 以上のとおり、本件申立ては、被保全権利の疎明がないというべきである。

3. 結論

よって、本件申立ては、その余の点について判断するまでもなく、いずれも理由がないから却下することとし、主文のとおり決定する。

検 討

本件は、少数株主によって臨時株主総会招集請求権（会社法297条（以下、会社法の条文を引用する場合には法律名を省略する。））が行使され、会社がそれに応じて臨時株主総会を開催することとしたものの、当該臨時株主総会において議長として取締役らが善管注意義務違反をおかすおそれがあるとして、当該請求株主が会社法360条1項に基づき取締役の違法行為を仮に差し止める旨の仮処分（民事保全法23条2項）の申立てを行ったものである。株主自らが招集請求したため、株主としては株主総会の開催には異議はないものの、株主総会に係る諸手続を遂行するのは当該株主ではなく会社であるゆえ、会社と株主との間に利益衝突が生まれた。このような場合には、議長の裁量権濫用が認められれば、株主総会決議に取消事由があることになり（315条、831条1項1号）、決議取消訴訟を本案として決議執行停止の仮処分の申立てを行うことができるので、決議がなされる前の段階で本件のような申立てを行う必要性は実際には高くない（強いていえば、総会における議長采配によって決議が影響

を受けうる場合等にそのような必要性が認められるかもしれないが、その場合にも決議執行停止の仮処分の申立てが第一選択肢となるように思われる。なお、株主総会をめぐる実務上の攻撃防御の手段については、後述8を参照)。その意味では本件は珍しい事案であり、被保全権利の存否に関し数々の論点を喚起する。本稿は、これらの論点を決定要旨に沿って摘示し、掘り下げるものである。

以下では、会社法360条の株主の違法行為差止請求権の要件について一瞥した後、本件における論点を整理し、検討する。K社は会社法上の公開会社であり、本件債権者Xが6箇月以上の期間K社の株式を継続保有している株主であることには争いがいないため(会社法360条の差止要件については、後述1参照)、会社法360条所定の差止要件との関係では、①会社の定款規定によって特定の取締役が株主総会の議長となる旨が定められている場合の議長が、同条所定の取締役に該当し、当該取締役の議長としての権限行使が取締役の行為といえるか、②当該取締役が議長として行使するであろう権限について差止請求が可能であるか、③本件への具体的あてはめと実務上の問題——取締役の法令違反のおそれおよび会社における回復することができない損害が生じるおそれにおける疎明の程度——が検討課題として挙げられる。これらの検討課題について、①および②の論点を下記1ないし5において上田が、③の論点を下記6ないし8において川崎が論じる。

1. 株主による違法行為差止請求権

会社法360条1項の取締役の違法行為差止請求権は、K社のような公開会社であれば、6箇月間の継続保有要件(定款自治による保有期間の短縮は可能)は課されるものの、株主であれば(ただし、会社が、その定款において、単元未満株主につき本差止請求権を行使することができない旨の定めを設けることは可能(189条2項、同条同項6号、会社法施行規則35条)⁽¹⁾)、「取締役が株

(1) 平成17年商法改正(会社法制定)にあたり、経済界の要望を受けて現行の形式に改められた(岩原紳作「新会社法の意義と問題点I 総論」商事法務1775号(2006

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をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合」において、「当該行為によって当該株式会社に著しい損害が生ずるおそれがあるとき」、行使しうるとされている。監査役設置会社においては、監査役にも同様の差止請求権が規定されていることから（385条1項）⁽²⁾、株主には「当該行為によって当該株式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き」（360条3項）に本請求権が付与されることとされている。業務執行の監視に関する役割を監査役と株主との間で調整し、また、差止めによる会社の損害回復の利益と株主権の濫用的行使の抑止ないしは取締役の円滑な業務執行権の行使とのバランスを図るものである⁽³⁾。本件では、この会社法360条1項に基づく株主の差止請求権を被保全権利とする仮処分の申立てがなされている。したがって、まず、債権者には被保全権利の存在に関する疎明が求められることになる。

2. 株主総会における議長

本件は、もともと会社側において予定されていた株主総会ではなく、株主の請求に応じて会社が開催した株主総会に関する。そこで、本節および次節においては、本件における問題の所在を明らかにすべく、会社法における株主総会議長の位置づけを確認し、本件のように少数株主が株主総会の招集を請求した場合の議長選任に関する枠組みを提示する。

会社法上、株主総会の議長の権限に関する規定はあるが（315条）、議長必置の旨および議長の資格に関する規定は存在しない⁽⁴⁾。株主総会における議長

年）14頁）。

(2) 監査役のほか、監査等委員会設置会社における監査等委員および指名委員会等設置会社における監査委員にも同様の権限が付与されている（399条の6第1項、407条1項）。

(3) 上田純子「株主による取締役の行為の差止請求」上田純子＝植松勉＝松嶋隆弘編『少数株主権等の理論と実務』勁草書房（2019年）99頁。

(4) 解釈上は、議長資格を株主、取締役、および、指名委員会等設置会社における執行役に限定するのが多数説のようである（東京弁護士会会社法部編『新・株主総会

の選任はあくまでも実務上のものということになる（会社法の立案担当者見解によれば、議長は存在しなくても差し支えないとされている⁽⁵⁾）。ただ議長が選任されれば、当該議長には上記会社法315条に基づき議事整理権および秩序維持権が付与される。この規定は、株主総会の活性化を目的とする昭和56年の商法改正の際に新設されたものであるが、当時は現行の315条1項および2項に加え議長権限の定め的前提として「総会ノ議長ハ定款ニ定メザリシトキハ総会ニ於テ之ヲ選任ス」という条文を置いていた（昭和56年改正商法237条ノ4第1項。本規定は平成17年に会社法が成立するまで存続した）。会社法で当該条文が承継されなかったのは、定款の任意的記載事項として総会の議長に関する定めを置くことも、また、当該定めがなくとも、総会において議長を選任しうることも、会議体の一般原則として当然であるからと説明されている⁽⁶⁾。昭和56年改正時の条文は株主総会における議長の選任を前提としていたと考えられるが、旧商法237条ノ4第1項を削除したことによって、会社法では議長選任の方法のみならず議長選任の有無さえも総会自治に委ねられることとなったと考えられる。加えて、昭和56年の商法改正以来現在も存続している議長権限に関する会社法315条1項および2項もまた、導入当時の立案担当者見解によれば、会議体の議長としての当然の権限を明定したに過ぎない⁽⁷⁾。

ガイドライン（第2版）』商事法務（2015年）71-72頁）。

- (5) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編『論点解説 新・会社法：千問の道標』商事法務（2006年）488頁。ちなみに、会社法施行規則72条3項5号は、「株主総会の議長が存するときは、議長の氏名」を株主総会議事録の記載事項としている。そのことから、会社法上議長は必置でないことがわかる。
- (6) 相澤哲＝細川充「新会社法の解説(7) 株主総会等」商事法務1743号（2005年）29頁、相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』（別冊商事法務295号）商事法務（2006年）86頁、相澤＝葉玉＝郡谷・同上488頁、酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説 会社法 第4巻 機関・1』中央経済社（2008年）172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（2013年）269頁〔中西敏和〕。
- (7) 元木伸『改正商法逐条解説』商事法務研究会（1981年）92-93頁。

3. 少数株主が招集した株主総会における議長

会社法297条に基づき総株主の議決権の100分の3以上を6箇月以上継続保有する株主が代表取締役に対し株主総会の招集を請求し、当該株主の請求に応じ取締役会の決議を経て(298条)会社の代表取締役が株主総会を招集する(296条3項)場合には、会社の定款は当然に適用されることになると思われるゆえ、議長資格を定める定款規定があれば当該規定に基づき議長が選任されることになる。もっとも、本稿では立ち入らないものの、このような場合にも、公正な議事運営が期待できないとの理由から定款に定められた議長ではなく、株主総会の招集請求をした株主等を議長に選任すると、定款違反に基づく株主総会決議取消事由を構成しうるか(831条1項1号)という問題は別途考慮されるべきであろう。いずれにせよ、定款違反に基づく決議取消事由に当たりうると解されるおそれがある限り、会社側として、定款の定めに基づき議長を選任するのはやむを得まい。

他方、会社が当該株主の請求に応じず、株主が裁判所の許可を得て自ら株主総会を開催する場合の議長は、仮に議長資格に関する定款の定めがあったとしても、これらの者には公正な議事運営を期待しがたいため、定款の規定は適用されないと解されている⁽⁸⁾。

招集権が経営側にあるか株主側にあるかに関わらず、少数株主の招集請求に応じて会社が株主総会に関する手続を主導する場合にも定款の定めに基づき議長が選任されるとすると、公正な議事運営が期待できないという懸念はあてはまるはずである。ここに本件紛争の根がある。

4. 取締役としての議長か、議長としての取締役か

2に述べたように、会社法上は会社が定款の任意規定として、株主総会の議長資格を定めることも、そのような定めを設けず株主総会の場で議長を選任することも、許容されているが、実務上の便宜のため、定款に議長資格に関する任意の定めを置くことが一般的である。

(8) 酒巻=龍田・前掲注(6)53頁 [潘阿憲]。

では、その場合、たとえば、本件のように取締役社長が議長になる旨が定められているとすると、当該議長の行為は取締役の行為といえるのであろうか。会社法上は議長資格どころか議長必置でもなく、仮に定款規定に基づいて議長を選任したとしてもその者はたまたま取締役であっただけで、議長として株主総会の議事運営について受任者としての善管注意義務は課されるものの、取締役としてのそれであるかという問題がある。

この点について、本決定要旨は、「……株主総会の議長は、株式会社の最高意思決定機関である株主総会の開会から閉会に至るまでの議事の全般に渡り、その秩序を維持し、議事を整理すること等の権限を有する（会社法315条）ことから、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と、あるいは、「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ふべきである」としており、議長資格に関する定款の定めの有無にかかわらず、株主総会の議長は会社の機関の一つであり、かつ、会社の取締役が定款の定めに基づいて株主総会の議長となる場合には、当該議長の権限の行使は会社の業務執行の一環であると解している。

株主総会が会社の機関であることに疑いはないものの、その議長の権限行使が取締役の業務執行権行使としての会社の業務執行の一環であると解することには疑問がある。株主総会の議長もまた、本決定要旨がいうように、当然に会社の機関といえるかは定かではない。仮に臨時株主総会における議長をして会社の臨時的機関とみることができるとしても、議長の権限行使を会社の業務執行の一環ということまではできるかもしれないが、そのことをもって、議長が取締役であるとき、取締役の業務執行権の行使であるとまでとはいえないように思われるからである。

株主総会は株主の意思決定機関であり、定款における議長資格の定めはあくまでも実務上の便宜のためであると考えられる。当該議長に求められるのは、株主の意思が適正に企業経営に反映されるよう会議体としての株主総会を

円滑に運営することであり、議長の議事整理権ないし秩序維持権はそのためのものである。取締役には株主総会決議取消しの訴えの提起権が付与されているが（831条1項柱書）、これは会社の組織に関する行為について、取締役はその職務上の権限・義務から強い利害関係を有し、株主など他の利害関係人に判決の効力を及ぼすだけの充実した訴訟追行が期待できるからである⁽⁹⁾。取締役は決議取消訴権の行使を通じて議長権限の適正な行使を監督しうることになるが、取締役が株主総会の決議の効力に強い利害関係があるということはいえるものの、そのことをもって、瑕疵のない決議をしないよう株主総会の議事運営を行う義務が善管注意義務として取締役に一般的に課されているとまではいえないであろう。このように解すると、そもそも株主総会の議長としての権限行使は取締役の資格に基づく取締役としての職務権限の行使にはあらず、会社法360条1項の差止めの対象とはならないということになりそうである。なお、そう解すると、本決定要旨が問題としている債務者が取締役社長であるY₁のみなのか、定款に基づく議長資格に関する優先順位の定めがない他の取締役らも含むのか、という論点は出てこない。

5. 法令定款違反行為をするおそれ

以上のように解する限り、本件において債権者の被保全権利は存在しないことになり、その余の論点は出てこないが、念のため、本決定要旨が検討している、定款規定に基づき議長となることが予定されている取締役社長につき法令定款違反のおそれがあるか否かについても、取り上げる。

1に示したように、会社法360条1項によれば、取締役の「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」が株主による差止めの対象とされている。株主総会の議事運営における善管注意義務違反については、仮に議長が取締役であるときに、当該議長の行為が取締役としての職務権限行使にあたと解するのであれば、善管注意義務違反も本条にいう法令違反

(9) 小出篤『『組織に関する訴え』における原告適格の法定』神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』商事法務（2014年）185頁。

に含まれると解されるため（330条，民法644条）⁽¹⁰⁾，高度の疎明があれば差止事由に該当しうることとなる。なお，本件では経営判断に関する善管注意義務

(10) 東京高判平成11年3月25日判時1686号33頁，東京地決平成16年6月23日金判1213号61頁（後者の詳細については，後述7(2)(イ)参照），落合誠一編『会社法コンメンタール 8 機関2』商事法務（2009年）131頁〔岩原紳作〕ほか。取締役の会社に対する責任を定めていた旧商法266条はその1項において，責任の原因となる行為を列挙し，その5号は，「法令又ハ定款ニ違反スル行為ヲ為シタルトキ」としていた。ここでの法令には善管注意義務違反および忠実義務違反のような取締役の一般的義務規定に反する行為も含まれると解されていた（たとえば，上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法(6) 株式会社の機関(2)』有斐閣（1987年）274頁〔近藤光男〕）。会社法のもとでは条文構成が変更され，任務懈怠責任（423条1項）の要件として法令定款違反の文言が組み入れられることはなかったものの，会社法のもとでも，株主による取締役等の違法行為差止請求権について同様の解釈をとることにより，整合性が図られうると考えられる。ちなみに，株主による取締役の違法行為差止請求権は昭和25年商法改正によって新設されたが，本改正に際し，東京大学の矢沢惇助教授（当時）は，「商法の一部を改正する法律案要綱」（昭和24年8月13日，法務府から法制審議会に提出）の解説において，「アメリカ法の特色の一は，広汎な範囲で判例法上個人に機関的資格で訴えを提起する権利が認められていることであって，これが強大な権限を与えられた取締役の違法な行為を監督し，大陸法系の監査役に与えられた機能を営むものである」と記している。矢沢助教授は，ドイツにおいて第二次世界大戦前に発表されたFriß Ernst Schmeyによるアメリカ会社法の紹介論文（F. E. Schmey, *Aktuelle Probleme des amerikanischen Aktienrechts*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 96, 1931, S. 189ff）中の機関的訴権という概念に着目し，株主の機関的訴権には3つのタイプ，すなわち，①配当金請求権や新株引受権のような株主自身の権利に基づく訴え，②能力踰越，違法行為，あるいは会社財産流用行為の差止請求のような株主自身の権利に基づく機関的訴え，および，③取締役の任務違反，これに共謀する株主および第三者に対する損害賠償請求のような会社の権利に基づく機関的訴え，があるとする。興味深いのは，Schmey論文では株主の違法行為差止請求権は，新株発行差止請求権と同じく上記②のタイプに属し，③に属するとされる株主代表訴訟とは画線されていた（今日の通説的理解とは異なる）点である。詳細については，高田晴仁「株主による差止請求制度」法律時報87巻3号（2015年）53-55頁，上田・前掲注(3)92頁注(61)。

違反ではなく、株主総会の議事運営に関する善管注意義務違反のおそれが問題となっており、その意味では、7(2)に後掲する経営判断原則の適用を通じて取締役の善管注意義務違反の有無が帰結された先例とは一線を画する。

本決定要旨は、「取締役が議長に就任し、その権限を行使するに当たり、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、当該取締役が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事も許容されると解するのが相当である」として、債権者Xの主張を検討している。すなわち、本件においてXは、①K社の代表取締役Y₁が第一総会の開催を誓約しながら中止したこと、②K社が第一総会前日、株主側の委任状のうち、議決権行使書の添付のないものおよび会社側の委任状が添付されているに過ぎないものを一律無効とする取扱いとし、株主側の所定の委任状または議決権行使書面の有効性の判断を留保したこと、③XによるK社の株主名簿閲覧謄写仮処分の申立てが認容されていること、④XがY₁らに対し別途第一総会に関し提起しようとしていた損害賠償請求訴訟および株主代表訴訟に関する委任状、議決権行使書、第一総会中止に関する議事録等の検証のための証拠保全手続申立てが認容されたにもかかわらず、K社管理部担当者が役員の許可がないことを理由に検証を拒絶したこと、⑤K社の簡易株式交換手続に関する仮処分申立てが認容されていること、および、⑥K社が本件臨時総会の招集を不当に遅延させていること、がY₁の本件臨時総会における議長としての善管注意義務違反のおそれとして主張されている。

これらXの主張のうち、本件臨時総会に直接関わる主張は⑥のみであり、その他の主張の多くはK社経営陣とXとの対立関係の存在を示唆するものではあっても、本件臨時総会における議長の不公正な議事運営のおそれを疎明するものとはいえない。①については、本件臨時総会に先立ち中止された第一総会にかかる事実であるが、第一総会の招集通知に記載された委任状の取扱いに従ったもの、あるいは、有効性の判断が明らかではないため委任状の取扱いを留保したものであって、第一総会においてXによる議決権（代理）行使をこと

さら排除する意図があったことを裏づけるものとまではいえないであろう。まして、本件臨時総会における同様の委任状の取扱いの可能性を示すものとはいえず、本件臨時総会における議長による不公正な集計・採決等のおそれを疎明するものとはいえない。

本件臨時総会に直接かかわる⑤については、本件臨時総会の延期は、裁判所の認定事実によれば、新型コロナウイルス感染症拡大に伴う緊急事態宣言が東京都内等に発せられ、株主総会会場の確保が困難になったこと等によるものであって、そもそも不当な遅延ではなく、臨時総会における議長の善管注意義務違反のおそれを疎明するものではないといえよう。

したがって、会社法360条1項の取締役における法令定款違反行為のおそれの観点からしても、会社において回復することができない損害が生じるおそれがあるか否かを判断するまでもなく、本件において被保全権利は存在しないこととなる。この点における本決定要旨の判断は妥当である。

6. 会社に回復することができない損害が生ずるおそれ

1に示したように、監査役設置会社において株主の違法行為差止請求権が認められるためには、「当該行為によって当該株式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き」(360条3項)であることが必要である⁽¹¹⁾。本決定要旨は、K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か否かの点についても判断を示しているので、本節では、この点に関する解釈論を展開するとともに、本決定要旨の当否を検討する。

(11) 1にも述べたように、監査役設置会社、監査等委員会設置会社、または指名委員会等設置会社の場合、監査役設置会社でも監査等委員会設置会社でも指名委員会等設置会社でもない会社の場合に比べて要件が厳格になっているが、監査役設置会社では監査役が、監査等委員会設置会社では監査等委員が、指名委員会等設置会社では監査委員が、それぞれ、会社に著しい損害が生じるおそれがある場合に違法行為の差止請求ができることになっていることから、その調整を図ったものである(東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅱ(第3版)』判例タイムズ社(2011年)911頁)。

「回復することができない損害」とは、損害が絶対に回復できないような場合に限らず、費用や手数などの点から回復に相当の困難があるような場合も含まれるとされており⁽¹²⁾、典型例としては、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り、その損害が償われないような場合が挙げられている⁽¹³⁾。

本件において債権者Xは、会社に回復することができない損害が生じるおそれとして、①K社は、過去9年にわたり経常損失を計上し継続企業の前提に関する注記を行うに至り、経営陣の交替によって経営改善が急がれる対象会社のガバナンスが歪められ、K社に株主の信任を得た経営陣による経営の機会が失われるとともに、会社への経営改善へ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ること、②株主総会が実質的に無意味となりその開催に要した証券会社および法律事務所に対する報酬や会場を確保するための費用として要する1億円程度の損害が生じるおそれがあり、債務者らが第一臨時総会の中止により生じた会社の損害の補償を拒んでいることや債務者らの資力を踏まえた回収可能性を考慮すると、事後的な回復が可能とはいえないことを主張している。

しかし、債権者Xの上記主張①に関しては、本決定要旨も指摘しているとおり「債権者を含む対象会社の株主としては、定款の定めに基づき債務者らが議長を務めることが相当でないと判断する場合には、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債務者ら以外の議長の下で株主総会の議事を進める」ことは十分可能であり、実務上も、本件のようなケースでは、監査役などを議長に選任する動議が提出されている。また、本決定要旨によると、本件においては、「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

(12) 東京地方裁判所商事研究会編・同上911頁。

(13) 江頭憲治郎＝中村直人編『論点体系会社法（第2版）3』第一法規（2021年）192頁〔尾関幸美〕。これに対して、「著しい損害」とは、その損害の質および量において著しいことで、損害回復の可能性の有無は問題とならないとされている（東京地方裁判所商事研究会編・前掲注(11)911頁、尾関・同上191頁）。

会の議事進行の状況について事後的に明らかになる」状況であり、「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（854条1項）を提起することなどにより、債権者の主張するガバナンスの歪み等を是正する余地もある」のであるから、株主総会において取締役を選解任し、場合によっては事後的に取締役解任の訴えを提起して是正することは可能であり、株主の信任を得た経営陣による業績改善は可能といえる。

次に、債権者Xの上記主張②に関しては、仮に債務者らの善管注意義務違反によりK社に1億円程度の損害が具体的に発生したのであれば、債権者としては、別途、株主代表訴訟を提起して事後的に損害の回復を図ることが可能であり、実際に、本件において債権者Xは、K社の取締役Y₁ら4名を被告として損害賠償を請求する株主代表訴訟を提起し、K社は令和3年3月1日に訴訟告知を受けている⁽¹⁴⁾。

したがって、仮に会社法360条1項の取締役における法令定款違反行為のおそれが認められたとしても、会社において回復することができない損害が生じるおそれがあるとはいえず、本件において被保全権利は存在しないこととなる。

7. 本件への具体的あてはめ——取締役の法令違反のおそれおよび会社における回復することができない損害が生じるおそれにおける疎明の程度——

前節までにおいては、会社法360条所定の差止要件との関係で被保全権利の有無を検討し、本決定要旨の当否を論じた。本節では、実務的に重要な意義があると考えられる手続上の論点、すなわち、本件のような満足的仮処分を求める事例において要求される疎明の程度について、先例を紹介しつつ検討する。

- (1) 違法行為差止仮処分申立てが認められるためには高度の疎明が必要であること

本件では、債権者から違法行為差止仮処分申立てがされているが、この仮処

(14) この点の問題点については後記8(1)で触れる。

分は仮の地位を定める仮処分の一種であり⁽¹⁵⁾(民事保全法23条2項)、この仮処分は「争いがある権利関係につい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これを必要とするときに発することができ」、債権者は、「保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性は、疎明しなければならない」(民事保全法13条2項)とされている。

そして、本件において裁判所は、疎明の程度について「本件申立ては、仮の地位を定める仮処分(民事保全法23条2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。」と述べたうえで、債務者らが善管注意義務に違反するおそれがあると推認することができる程度の高度の疎明があるとはいえないとするとともに、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はいえない(本決定要旨2(3)および(4))とし、「本件申立ては、被保全権利の疎明がないというべきである」(本決定要旨2(5))と判断して本件申立てを却下している(本決定要旨3)。

そこで、以下では「高度の疎明」とはどの程度の疎明が必要なかを検討する。

もっとも、仮の地位を定める仮処分は、事件類型が多様であり、非定型的な仮処分であることから、疎明の程度について、一般的、抽象的な基準を定立することは困難であり、個別具体的に検討する必要があるが、「疎明の程度として、一般の場合に比べて高い、いわゆる証明に近いものが要求される」と判断した福岡高等裁判所平成17年5月16日決定⁽¹⁶⁾は一応参考にはなろう。

(2) 裁判例の検討

会社法360条に関する仮処分申立ての事例は多くないが裁判例を紹介する。

ア 認容例(東京地方裁判所昭和37年9月20日判決⁽¹⁷⁾)

(15) 違法行為差止仮処分は、これが認められると、債権者に本案判決で勝訴したと同一の法律上の地位を認める結果となるから、満足的仮処分の一種である(東京地方裁判所商事研究会編・前掲注(11)907頁)。

(16) 判時1911号106頁。

(17) 判タ136号103頁。

まず認容された例であるが、旧商法265条（現356条1項2号・3号）に違反した株式の売買契約で代金を一部支払い、残代金の支払と株券の引渡しとが未了であったものについて、代表取締役に未了の履行の差止めを求めた事案がある。これは旧商法下における差止訴訟の事案である。

この事案において、裁判所は、原告の請求を認容したが、本件は、被告が代表取締役の行為により会社に回復すべからざる損害が生じるおそれがある点も含めて請求原因事実を自白している事案であり、原告の証明が成功した事案ではない。

したがって、この裁判例は疎明の程度を検討する参考にはならない。そして、この裁判例以外には、公刊物上、裁判所によって差止めが認められた例は見当たらない⁽¹⁸⁾。

イ 却下例

次に却下された裁判例を紹介する。

(ア) 福島第二原発再開差止却下決定事件（東京地方裁判所平成2年12月27日決定）⁽¹⁹⁾

本件は、福島第二原発3号機の運転再開に際し、株主が、取締役に対し、旧商法272条（現360条）に基づき、同3号機の運転を継続するのは電気事業法48条1項に基づく技術基準を満たしていないこと、本件原子炉施設は安全な状態になく、運転を継続するのは取締役の善管注意義務に違反することを理由として、同3号機の運転継続の仮差止めを求めた事案である。

裁判所は、「債務者らが、右資源エネルギー庁及び原子力安全委員会の検討結果を信頼して、本件原子炉の運転の継続を命ずることは、債務者らにおいて、右資源エネルギー庁及び原子力安全委員会に対し重要な情報を秘匿したとか、右検討結果が基礎としている重要な事実と異なる事実が存在していることを知っているとかの特段の事情がない限り、代表取締役としての善管注意義務ないし忠実義務に違反する業務執行ということはできないというべ

(18) 資料版商事法務444号204頁。

(19) 判タ752号59頁。

きであり、本件において右特段の事情の存在を認めるに足りる疎明資料はない」と述べ、仮処分申立てを却下した。

(イ) 三菱自動車増資新株引受差止却下決定事件（東京地方裁判所平成16年6月23日決定）⁽²⁰⁾

本件は、三菱重工業株式会社（以下「三菱重工」という。）の株主であるXが、三菱重工の代表取締役であるYを相手方として、三菱重工が同一の企業グループを構成している三菱自動車工業株式会社（以下「三菱自動車」という。）の経営支援のために三菱自動車が発行する優先株400億円を引き受けることは、三菱重工の取締役としての善管注意義務に違反すると主張して、優先株引受けの差止を求める仮処分を求めた事案である。

この事案において、裁判所は、「本件仮処分事件においては、三菱重工による三菱自動車への本件支援決定の適法性が争点となっているところ、このような経営不振企業に対し支援を行なうか否か、あるいは支援を行なう場合の時期や支援の規模・内容をどうするかといった判断を行なうに当たっては、企業の経営者である取締役としては、支援をする企業と支援を受ける企業の関係、支援を受ける企業が支援を必要とするに至った原因、支援を必要とする企業が置かれている状況、支援を受ける企業の再構築の合理性等の諸般の状況を踏まえたうえで、企業の経営者としての専門的、予測的、政策的な総合判断を行なうことが要求されるというべきである。そして、そのような判断は、いわゆる経営判断にほかならないから、本件支援決定の適法性を判断するに当たっては、取締役の判断に許容された裁量の範囲を超えた善管注意義務違反があるか否か、すなわち、意思決定が行われた当時の状況下において、当該判断をする前提となった事実の認識の過程（情報収集とその分析・検討）に不注意な誤りがあり合理性を欠いているか否か、その事実認識に基づく判断の推論過程及び内容が明らかに不合理なものであったか否かという観点から検討がなされるべきである。また、本件仮処分の申立ては、これからなされようとする企業活動としての三菱自動車の増資新株の引受けの

⁽²⁰⁾ 金判1213号61頁。

事前差止めを仮処分命令によって求めるものであるところ、仮に本件申立てが認容されれば、三菱自動車の再生計画に極めて重大な影響が生じることは明白であるから、本件申立てにおける被保全権利及び保全の必要性に関しては高度の疎明が要求されると解すべきである。」とし、事実関係を詳細に検討したうえで、支援を決定したことが、その時点での客観的な情勢についての分析・検討に不注意な誤りがあり合理性を欠いていたとまでは認められず、その結果に基づいてこの時期に支援決定をしたことが明らかに不合理な判断であるとはいえず、三菱重工の取締役が善管注意義務があることの疎明があるということとはできないとして、申立てを却下した。

(ウ) 株主総会開催禁止仮処分命令申立事件（東京地方裁判所平成17年11月11日決定）⁽²¹⁾

A社の株主Xが、同社代表取締役Yを相手方として、Yが決定した同社の臨時株主総会を開催する旨を決定したことに対し、①真実の株主に招集通知を送せず株主総会を開催することは、招集手続の法令違反にあたる、②真実の株主についてXと株主名簿上の株主が株式持分確認訴訟において係争中であるにもかかわらず、株主総会を開催することは、善管注意義務に違反するなど主張し、旧商法272条（現360条）に基づく取締役の違法行為差止請求権を被保全権利とし、上記臨時株主総会の開催禁止の仮処分命令を申し立てた事案である。

この事案において裁判所は、取締役としては、株主権の帰属について必要な調査を尽くすべき注意義務を負うべきとしつつ、「株主総会決議当時の状況に照らして、当該決議の重要性（決議によって株主及び会社に生ずる影響の大きさ）、株主権の帰属に関する調査の容易性、後にそれが覆滅する蓋然性とその場合に会社に生ずる損害の程度、会社にとって当該決議を行うべき緊急性（予定された決議を行わなければ時機を失し会社が大きな損害を被ることになるかどうか）を総合的に考慮することが相当」とあり、これらの事情を検討したうえで、株主名簿上の株主に議決権行使を認めるというY

(21) 金判1245号38頁。

の判断が、直ちに善管注意義務に違反すると断ずるまでの疎明があるということとはできないと判断した。

また、回復することができない損害が生じるおそれについては、旧商法272条の「会社ニ回復スベカラザル損害ヲ生ズル虞」と民事保全法23条2項の定める保全の必要性は同内容の要件であるとし、株主総会開催禁止の仮処分が認められるためには、「当該株主総会を許すと、決議の成否を左右し得る議決権を有する株主が決議から違法に排除されることになるなどのために、違法な又は著しく不公正な方法で決議がされることとなる高度の蓋然性があり、さらにその結果、会社に回復困難な重大な損害を被らせ、これを回避するために開催を禁止する緊急の必要性があることが要求されるものと解するのが相当である」との判断基準を示したうえで⁽²²⁾、債権者が主張していた出資者からの損害賠償請求の可能性については、株主総会開催禁止仮処分の申立てがされていることは公知の事実であることから株主総会決議が無効になった場合に当該決議を前提に出資をした者から損害賠償請求を受けることについて高度の疎明があるとはいえないとし、また、株主総会で株式移転（以下「本件株式移転」という。）を決議したうえで、増資をすることを予定している点については、増資額の決定は特に有利な価額による第三者割当発行でない限り取締役会決議事項であり、増資後の子会社株式の売却は本件株式移転とは別個の行為であることから損害とは認められないとし、本件株式移転を含めて再編スキームによりA社が持株会社の子会社になったとしてもA社の企業価値がどのように変化するかは、景気動向や事業環境により左右されるものであるから損害が生ずるおそれについて高度の疎明があるとまではいえないと判断し、仮処分命令申立てを却下した。

(3) 本決定の疎明に関する判断の検討

上記裁判例のうち却下事例は、いずれもそもそも善管注意義務違反に対する疎明がないと判断し仮処分申立てを却下している。本件の差止対象は取締役の

⁽²²⁾ 東京高決平成17年6月28日判時1911号163頁も株主総会開催禁止仮処分命令申立却下決定に対する抗告審事件において同様の判断基準を示している。

経営判断事項に関するものでないため問題とはならないものの、取締役の経営判断事項については、一般的に経営判断の原則⁽²³⁾が認められていることからすると、善管注意義務違反の疎明は極めてハードルが高いのは自然といえ、上記福島第二原発再開差止却下決定事件のように特段の事情がない限りは善管注意義務違反を否定するという判断スキームは論理的であるといえる。

しかも、会社法は、取締役の違法行為に対して、事前の予防的手段としては取締役会における監督（362条2項2号）や監査役による差止請求（385条）などを認め、株主には、事後的な正手段として、株主総会決議取消の訴え（831条1項）や取締役解任の訴え（854条）、株主代表訴訟（847条）などを認め、様々な手段を用意している。

そして、これらの手段を行使しても、なお正されない危険が認められる事例において、経営の専門家ではない株主による事前の予防手段として取締役の違法行為差止請求権が機能すると考えられるため、取締役の違法行為差止仮処分申立てが認められるための疎明の程度は、限りなく証明の程度に近いものを要求すべきであり、「疎明の程度として、一般の場合に比べて高い、いわゆる証明に近いものが要求される」とした上記福岡高等裁判所平成17年5月16日決定は妥当と考えられる。したがって、本件決定において「被保全権利の疎明がない」とした結論も妥当と考える。

8. 実務上の問題点および意義

本事例は実務上留意すべき様々な問題点を提起するとともに、実務上の意義も認められる。そこで、最後に、前節までの考察を踏まえた実務上の問題点および意義を示すことで本稿の結びに代えることとしたい。

(1) 実務上の問題点

前節における考察から、取締役の善管注意義務違反の行為および当該行為により生じる会社の損害に関する疎明のハードルゆえに、株主による取締役の違法行為差止仮処分が認められる事例は、上記東京地方裁判所昭和37年9月

(23) 江頭憲治郎『株式会社法（第8版）』有斐閣（2021年）493-496頁注(3)。

20日判決のように債務者である取締役が争わない場合に事実上限られると考えられる⁽²⁴⁾。とすれば、株主による取締役の違法行為差止請求権はおよそ実効性のない制度に陥ることとなるため、たとえば、差止要件の緩和など立法的な手当てが必要であると考ええる。

また、本決定において、裁判所は、損害に関する疎明について「仮に債務者らの善管注意義務違反によりK社に1億円程度の損害が具体的に発生したのであれば、債権者としては、別途、株主代表訴訟を提起して事後的に損害の回復を図ることが可能」であることを指摘している。この点を理由とするのであれば、いかなる事案においても取締役に対する責任追及が法的に可能である限り、常に「回復することができない損害が生じるおそれ」が否定され、株主による取締役の違法行為差止仮処分申立ては認められないという結論に帰することとなるため、このような理由づけは妥当ではないと考える。仮に、取締役に善管注意義務違反等、法令定款違反行為のおそれが認められる場合には、損害の認定について、事後的な回収可能性を含めた実質的な判断が裁判所に求められていると考える⁽²⁵⁾。

(2) 実務上の意義

実務上、株主が、経営陣から会社の経営権を奪うためには、株主総会において取締役選任議案を提案し、他の株主から委任状を得る等して、議決権の過半数を握り、株主総会において取締役選任議案を可決するのが一般的な手順といえる。この過程において、経営陣は当然対抗手段を用いて抵抗する。具体的には、株主総会を開催しない、経営陣から他の株主に対して委任状の提出を働きかける、株主総会招集通知と同時に会社側提案を支持するよう意見表明をす

24) 一般的には想定しがたいが、監査役非設置会社で、取締役を兼ねる株主とそうでない株主がいる場合に、取締役ではない株主から取締役に対して違法行為差止請求権を行使するような事例はあり得るかもしれない。

25) ここまでの判断を迅速性が要求される仮処分の手続により行うことは、立法論的に大きな課題といえる。この点、岩原・前掲注(10)137頁は「株主に深刻な損害を生じる行為一般に対し、『会社の損害』の有無を問わずに本条の差止請求権を拡張すべきか、立法論的には大きな課題である」とする。

る、株主総会を開催した場合には株主提案を否決するよう議事運営を主導する等の方法が想定できる。

これに対して、株主側からは、株主総会招集請求権を行使し、裁判所に検査役選任を申立てるのが一般的な対抗手段であり、本件の「……臨時株主総会において議長を務めてはならない」、「……臨時株主総会において、……議長の権限を行使してはならない」という仮処分申立ては、極めて稀な申立てといえる。実際、K社の適時開示情報によれば、令和2年7月ころから、株主との間で紛争が生じており、【事実の概要】記載のとおりXが裁判所に対し臨時株主総会招集請求や検査役選任申立てを行い、K社側が臨時株主総会の開催を約束しながら開催しなかった等の事情のもと、X側の弁護士としては、株主の権利に基づいてXが取りうる法的手段を全て講じようという姿勢のもとで本件仮処分を申し立てたと思われる、先例として実務上参考になる事例といえる。また、本件のような仮の地位を定める仮処分は、要審尋事件であるため、裁判所における審尋期日において和解協議が行われることも稀ではなく、実務上は紛争の早期解決も視野に入れて仮の地位を定める仮処分を選択することは有益といえる。

なお、本件の紛争において、K社は令和3年4月21日に臨時株主総会を開催し⁽²⁶⁾、現任取締役の解任および株主提案の取締役の選任が決議され、Xは経営権の奪取に成功している。

(26) この臨時株主総会は、Xの請求によるものである。