

判例研究

取締役の職務代行者に関する 最近の最高裁判決

黒瀬文平

1. はじめに

株式会社においては、経営は取締役の掌中に握られているため、経営権をめぐる紛争が生じたとき、取締役の地位の得喪が争われることになる。いうまでもなく取締役は株主総会で選任され（商254条）、解任される（商257条）ものであるから、まず株主総会が争いの場となり、ついで選任または解任の決議の効力を争って紛争は法廷にもちこまれる。すなわち前者は総会の決議の瑕疵を原因とする決議無効もしくは取消の訴（商247条・252条）であり、後者は取締役の職務遂行に関し不正の行為または法令定款に違反する重大な事実があるにかかわらず、株主総会でこの取締役を解任することを否決したことを前提とする少数株主の解任の訴（商257条3項）である。

このような訴（前記訴のほか、取締役選任決議不存在確認の訴にも類推適用される）が提起された場合、あるいは急迫な事情あるときは訴の提起前においても、当事者の申立により、本案の管轄裁判所は当該取締役の職務執行の停止またはこれを代行する者を選任する仮処分をなすことができる（商270条1項）。

取締役に対する職務執行停止の仮処分は、その取締役にそのまま職務の執行を継続させることが不適當であり、会社に不測の損害を生ぜしめることがあるので、それを防止するためにみとめられるものであるが、同時に、会社の業務執行機関の一部あるいは全部がその活動を停止することにもなるので、国家機関たる裁判所がその後見的立場より、職務代行者を選任し、その補正をはかることが必要となる。これが職務代行者選任の仮処分のみとめられるゆえんであ

る。従って、商法第 270 条 1 項の法文は「仮処分ヲ以テ取締役ノ職務ノ執行ヲ停止シ又ハ之ヲ代行スル者ヲ選任スルコトヲ得」となっているが、職務代行者選任の仮処分は、職務執行停止の仮処分がなされた結果、会社の業務執行に支障をきたす場合にはじめてみとめられるものであるから、職務執行の停止をしないで、職務代行者の選任のみをなすことはできない。従って法文中の「又ハ」の文字にとらわれる解釈は許されない。また、取締役代行者選任の仮処分は、職務執行停止の仮処分を前提として行なわれるものではあるが、取締役の職務執行停止の仮処分がなされたときは常に職務代行者選任の仮処分を伴うものとは限らない。

この取締役職務代行者は仮処分命令に別段の定めある場合を除いて、会社の常務に属しない行為をなしえず、常務以外の行為をなすには裁判所の許可をうべきものとされている（商 271 条 1 項）。

取締役職務代行者に似ているが異なるものに仮取締役というのがある。これは取締役の定員を欠くにいたった場合、利害関係人の請求により一時取締役の職務を行なうべき者として裁判所により選任された者である（商 258 条 2 項）。この仮取締役は、欠員が新たに補充選任された者が取締役として就職するときは、当然にその地位を失うのであるが、その権限は職務代行者と異なり本来の取締役のそれと同様であって、いわゆる常務に属しない行為をもなすことができる。

さて、ここにとりあげる事実は、もともと土地所有権確認等請求事件であるが、訴訟における問題点は、株式会社の取締役に対する職務執行停止代行者選任の仮処分後右被停止取締役が辞任し後任の取締役が選任された場合においてこれら新取締役による代表取締役の選任は有効か無効か、というにある。これに関連し、被停止取締役が辞任し後任取締役が選任された場合の仮処分の効力、あるいは職務代行者の権限との関係等につき、商法第 270 条、第 271 条をめぐって多くの問題を含む。

以下、「事実」および「事件の経過」をかかげることにする。

2. 事実および事件の経過

①甲株式会社の臨時株主総会はCらを取締役から解任し、Aらを選任した。Cらは、その後本件原告たるX有限会社を設立したのであるが、昭和29年7月右の総会不存在確認の訴を本案訴訟として、当時甲会社の代表取締役であったAの職務執行停止とその代行者選任の仮処分を申請した。管轄裁判所は同年7月14日、Aの職務執行を停止するとともに、Dを取締役および代表取締役代行者に選任した。

②昭和30年1月30日、Aの辞任に伴い役員全員が退任してBら4名が取締役に、Aは監査役にそれぞれ就任した（登記は2月2日付である）。しかし、これら全役員も同年6月14日に職務執行停止の仮処分を受け、取締役職務代行者としてEら4名が、また監査役職務代行者としてFが、それぞれ選任された。

③ところで、最初の仮処分申請が昭和31年1月31日に取り下げられたので、仮処分に伴う登記（Aの職務執行停止ならびにDが取締役ならびに代表取締役職務代行者たる旨の登記）が抹消され、その結果、甲会社は代表取締役を欠くことになるため、Aは、商法第261条3項・第258条1項により、後任代表取締役が就職するまでは自分が代表取締役としての権利・義務を有する筈だとし、錯誤を理由に、昭和30年2月2日付の辞任登記の抹消登記を申請するとともに、代表取締役の回復登記を申請した。登記官はAが監査役として登記されているにもかかわらず、これを適法と認めてその旨の登記をした。

④本件不動産たる甲会社の土地がAによって本件被告たるY₁らに売却されたのは右の回復登記の翌日（2月9日）及び翌々日（2月10日）のことであった。Aの回復登記は、結局、昭和31年9月15日に抹消され、同時に辞任登記の回復がなされたのであるが、それ以前に、管轄裁判所はEを商法第261条3項・第258条2項にもとづく仮代表取締役に選任（昭和31年2月21日付登記）している。

⑤さて、昭和31年12月22日までに、職務執行停止中のBら4名の取締役および監査役Aの役員全員が辞任し、同月24日に開かれた株主総会でBら4名が取

締役に選任（B外一名は再選）され、次いで同月27日の取締役会でB外一名が代表取締役に選任された。

⑥右の辞任、就任の登記は昭和32年1月12日に行なわれたが、Bは即日甲会社を代表して原告X会社と本件不動産の売買契約を締結した。

⑦その後、1月14日に先に為されていた甲会社の取締役全員に対する職務執行停止ならびに代行者選任の仮処分申請が取り下げられている。そして1月17日、Bは自己が締結した前記売買契約を追認したと主張している。

本件は結局、Aを通じて甲会社がY₁らと締結した本件不動産売買契約はAの無権限の故に無効であると主張するとともに、Bは甲会社を正當に代表する権限を有していたが故にBを通じて為して甲会社と自己との売買契約のみが有効であると主張する原告X会社が、Aの締結した契約に基づいて登記簿上の権利者となっているY₁、Y₂ら16名を相手どって自己の所有権の確認を求めるとともに、登記簿上の所有名義人となっているY₁らに対して所有権に基づいて当該不動産についての所有権移転登記を求め、また、その他の権利者（根抵当権者・抵当権者）として登記されているY₂らに対して当該登記の抹消登記手続を求めたものであるが、訴訟では、Bの代表権限の有無が争われたのである。すなわち、Bは、4名の取締役職務代行者が選任され、また商法第261条、第258条による仮代表取締役が選任されている状況のもとで、職務執行停止中の取締役全員が辞任した後に株主総会で新たに選任された取締役のみによって代表取締役に選任されているので、かような代表取締役の選任は有効であるか、が問題とされたのである。

第一審において、被告Y₁らは、原告X会社の「Bに代表権限がある」との主張に対し、「裁判所の仮処分決定により取締役の職務代行者が選任されている場合、株主総会において後任取締役を選任しても右仮処分決定の取消がない以上、取締役の職務はもっぱら職務代行者によって執行されなければならない、後任取締役にはその権限はない、Bは後任取締役のみで構成された取締役会において代表取締役に選任されたのであるから、無権限者による選任で無効であ

る、従ってBは甲会社の代表取締役としての資格を取得していない」と抗弁した。第一審は福岡地裁で、昭和36年12月14日に判決があり（下級民集に巻2948頁）、Y₁らの抗弁をそのまま認めて、原告X会社が敗訴した。

これに対して控訴がなされたが、第二審の福岡高裁も、昭和40年4月14日の判決で、ほぼ同様の理由で、原告の請求（控訴）を棄却した。判決理由は次の三点からなっている。すなわち、第一点は、「仮処分により取締役の職務の執行が停止され代行者が選任されている場合でも、前任取締役の辞任により欠缺した会社の機関を整備するため、株主総会において後任取締役を選任することは、右仮処分の趣旨、内容に抵触するものではないから固より有効である。しかし右後任取締役が選任されたことにより、仮処分による代行者が当然その職務執行の権限を喪失するものとは解せられない。けだし仮処分は取消その他一定の事由がなければ効力を失うものではなく、その失効しない限り代行者が職務執行の権限を喪失する謂われはないからである。したがって仮処分の存続する限り、取締役の職務は代行者において専らこれを執行すべきであって、前記後任取締役がこれを執行することはできない」というのであり、第二点は、「仮処分による職務執行停止は全面的であると解すべきであるから、後任取締役は代表取締役の選任も亦これをなすことができない。株主総会による後任取締役の選任が仮処分中であっても有効になし得ることは前記の通りであるが、それは該選任が仮処分の趣旨、内容に背馳しないからである。これに反し、同じく会社の機関であっても取締役会により代表取締役を選任することは、仮処分の趣旨、内容に抵触するから許されないのであって、両者は固より同日に論ずることができない」というのであり、第三点は、「取締役の職務執行停止代行者選任の仮処分の存続中取締役としてなした行為は絶対無効であって、後に該仮処分が取消されたり、その申請が取下げられたりしても、これにより有効となるものではないし、又仮処分の失効を停止条件として行為することも許されないと解すべきである。したがって本件において、後任取締役より構成された取締役会においてBを代表取締役に選任した行為は絶対無効であり、その後

仮処分申請が取下げられたからといって、その時から有効になるわけではない」というのである。

これに対して、X会社はさらに上告した。上告理由は詳細に原審判決の法解釈の違法性を論ずるが、次の三点に要約できる。すなわち、第一点は後任取締役の選任は仮処分の効力の消滅事由であり、したがって代行者の職務執行の権限の喪失事由である、との主張であり、第二点は、かりに仮処分が失効しないとしても、後任取締役による代表取締役の選任は仮処分の趣旨、内容に反しない、との主張であり、第三点は右代表取締役は選任と同時にその職務執行の権限を有するものと解すべきであるが、その解釈が認められないとしても、後任代表取締役は仮処分の取り下げの時から職務執行の権限があると解すべきである、との主張である。

最高裁は、昭和45年11月6日、前記上告に一部理由ありとして、原判決を破棄し、本件を福岡高裁に差し戻す判決を下した。

3. 判 決 要 旨

第一点 商法 270条の規定により取締役の職務の執行を停止しその代行者を選任する仮処分は、民訴法 760条のいわゆる仮の地位を定める仮処分の性質を有するものであって、商法 258条2項の規定により裁判所が一時取締役の職務を行なう者を選任する裁判とはその性質を異にするものである。そして前示職務執行停止代行者選任の仮処分決定は、その本判決が確定したときは当然その効力を失うものと解すべきであるが、右仮処分により職務の執行を停止された取締役が辞任し、株主総会の決議によりあらたに後任の取締役が選任された場合、このことのみによって、直ちに右仮処分決定が失効したり、右代行者の権限が消滅したりするものと解すべきではなく、右後任取締役の選任等により事情の変更があるとして仮処分決定を取り消す判決があってはじめて右のごとき効果が生ずるものというべきである。けだし、仮処分の後、職務の執行を停止された取締役が辞任し後任の取締役が選任されたときは、右仮処分による職務

執行停止はその対象を失い、代行者選任はその必要がなくなったものというべきであるが、法は、かように事情が変更した場合でも、これを訴訟手続により認定したうえ判決により仮処分決定を取り消すべきものとしており（民訴法756条、747条）、右取り消しのない以上、仮処分によって与えられた代行者の権限が消滅するいわれはないのであって、本件のような仮処分につきその例外を認めなければならない理由を見出しえないからである。

（この点に関する原判決に所論の違法はなく、論旨は採用することができない。）

第二点 取締役の職務執行停止代行者選任の仮処分により取締役の職務代行者が選任されている場合には、右職務の執行を停止された取締役が辞任し、その後任の取締役が選任されたとしても、会社の取締役の職務は、原則として職務代行者が行なうべきものであって、その限度において後任取締役は職務の執行を制限されるものと解するのが相当である。けだし、前記仮処分が、後任取締役の選任により当然失効するものでないことは前述のとおりであるところ、右仮処分は、職務の執行を停止した当該取締役の職務に関するかぎり、これを職務代行者に行なわせることとしているのであり、後任の取締役は直接右仮処分の名宛人とされた者ではないが、右仮処分の性質上、その効力が及び、したがって職務代行者の権限を承認せざるをえないものであるからである。

しかし、仮処分の後、職務の執行を停止された取締役が辞任し後任の取締役が選任された場合に、もし代表取締役が欠けているときは、これら取締役が構成する取締役会の決議をもって代表取締役を定めることができると解すべきである。けだし、会社を代表すべき取締役を後任取締役らが定めることは、何ら前記仮処分の趣旨、内容に抵触するものでないばかりでなく、実際上の見地から考えても、かような場合は、職務代行者が代表取締役を定めるよりも後任取締役がその意思によって定めるべきものとするのが、商法が代表取締役の制度を設けた趣旨に合致することは明白であるからである。

本件において、Bは有効に代表取締役に選任されたものというべきである。

（原審が、後任取締役が前記代表取締役を選任した行為は無効であると判示したことは違法であることを免れない。）

第三点 前述したところによれば、右代表取締役Bは、仮処分の存続中、取締役たる資格においてその職務を執行できない制約を受けるものであるから、代表取締役としての権限も直ちに行使できないものというべく、したがって同人が甲会社を代表してX会社との間に本件各土地の売買契約を締結したとしても、その効果を生じないものであるが、前記仮処分申請が取り下げられた後はBにおいて甲会社を代表して前記売買契約を追認し、あるいはあらたに売買契約を締結することができるといわなければならない。（しかるに原審が、本件仮処分申請の取り下げ後に本件売買契約につき追認またはあらたな行為がなされたとしても、その効力がないことは明らかであると判示したのは違法であることを免れない。）

4. 評 釈

一、仮処分により職務の執行を停止された取締役が辞任した場合、職務代行者が選任されているとしても、商法第261条3項、第258条2項にもとづく仮代表取締役の招集した株主総会で後任の取締役の選任決議ができる（株主総会において職務執行停止中の取締役を解任した場合につき、大判昭8・6・30）が、(一)その決議が仮処分に及ぼす影響について、(二)取締役の職務は代行者が行なうべきか後任の取締役が行なうべきかについて、従来、学説上大いに争いのあったところである。

大審院判例は「仮処分が取り消されない限り依然として職務代行者がもっぱら取締役の職務を執行する権限を有し、ただ新たな取締役の選任により、事情変更を事由として仮処分の取消を求めうる」（昭和8年6月30日、民集12巻17号1711頁）としており、これに賛成する学説あるいはこれと同様の結論をとる学説が多数説（松田＝鈴木・条解株式会社法上329頁、松田・新会社法論220頁大隅・全訂会社法論中巻165頁、田中（誠）・会社法詳論上449頁、大浜・株

式会社法講座第3巻1079頁）と思われるが、有力な反対説もある。

反対説は、「代行取締役は、特定取締役の職務執行が停止された結果、社会的活動の休止を来たすことを防ぐための会社機関の暫定的補充者であるから、株主総会で後任取締役が選任された以上、代行取締役の存在理由は解消したものである」というべく、仮処分自体その利益を失い、代行取締役はその権限を当然喪失する」（石井・判民昭和8年度119事件評釈455頁，同・会社法上巻379頁，大塚・ジュリスト302号84頁，山崎・会社判例白選（新版）169頁）と主張する。この見解をさらに一步進めて、「職務代行者の権限は、執行停止中の取締役が退任した以上は後任者の補充の如何を問わず当然に消滅し，それによる会社の活動上の支障は商法第258条2項による職務代行者（仮取締役）の選任をまつものと解すべき余地もあるであろう」との意見（山口・「代表取締役の職務代行者の地位」民商法雑誌38巻3号423頁）がある。

前記学説の対立は、仮処分の意義を重視するか、あるいは、商法の建前を重視し仮処分を例外的現象となし仮処分の効力をできるだけ狭く解そうとするか、に起因する。

思うに、仮処分の意義を重視するとしても、仮処分申請の目的は当該取締役を業務執行機関から追放したいということにあり、仮処分自体の目的は、第一に当該取締役の職務執行を停止させることにあり、代行者を選任し業務執行機関を補充することはあくまで副次的というべきである。取締役の解任の訴を本案として仮処分を申請し、職務執行停止代行者選任の仮処分が出されている場合、解任判決の確定により、その仮処分が消滅すると解されているのは、仮処分の申請の目的である「追放」が実現されたからであり、当該取締役の職務を停止させるという仮処分の主目的が達せられたからである。職務代行者については必ずしもその必要がなくなったとはいいい切れないが、仮処分の消滅により、職務代行者は当然にその地位を喪失すると解せられている。辞任の場合も同様に解すべきである。すなわち、職務執行停止中の当該取締役がその地位を去るという点で相違はなく、解任判決に「解任」以外の意味がない（解任され

た者はその後一定期間取締役にも再選することができない旨の条項がない）以上、解任の場合と辞任の場合とに質的な相違はないからである。多数説は、辞任の場合は仮処分は当然には消滅せず職務代行者はその権限を失わない、と解しているが、これは一度下した仮処分という裁判所の命令は裁判所の新たな判断（仮処分取消判決あるいは解任判決）のみによってその効力を消滅せしめようという考え方にもとづくものと思われる。しかし、仮処分申請の取下げという裁判所の関知しない場合にもその効力を失うのである。したがって辞任の場合に、裁判所が関知しないからといって仮処分を存続させる理由はない。辞任によって、仮処分申請者は満足し、仮処分の主目的が達せられ、その必要がなくなった以上、副次的な目的のために仮処分の効力を存続させる理由はない。結局、職務執行停止中の取締役が辞任した場合は解任判決の確定の場合と同様、仮処分はその目的を達して消滅し、職務代行者は当然にその地位を喪失するものと解すべきである。

本件判旨第一点および第二点前段は、結論として前記大審院判例を踏襲し多数説の見解を採用したものであるが、しかし一方で、「仮処分の後、職務の執行を停止された取締役が辞任し後任の取締役が選任されたときは、右仮処分による職務執行停止はその対象を失い、代行者選任はその必要がなくなったものというべきである」と述べ、また、「後任の取締役は直接右仮処分の名宛人とされた者ではない」と述べていることは前記反対説への理解を示すものであるが、そのことの故に不徹底のそしりを免れない。すなわち、このような理解を持ちつつ、なお仮処分の意義を形式的に重視する態度には賛成できない。

前記反対説の石井説と山口説の相違は、仮処分の消滅の時点が、当該取締役の辞任の時か、後任取締役選任の時か、にあることは前述の通りであるが、辞任後、取締役の職務を行なう者が依然仮処分による職務代行者であるのか、あるいは一時取締役の職務を行なう仮取締役なのか、に関しても顕著である。思うに、会社の紛争が、当該取締役の辞任という形であれ、ともかく自律的解決の方向に向かおうとしているときに、仮処分がなお存続しているとして、裁判

所選任の職務代行者の権限を認めることは、かえって紛争解決を困難にし、正常な会社運営への回復を遅らせる恐れなしとしない。会社に関する国家的干渉は必要最少限度にとどめらるべきであるから、当該取締役の辞任により、仮処分は消滅し、従って職務代行者はその地位を失うと解すべきである。この場合、必要があれば（法律または定款に定める員数を欠くにいたった場合）商法第258条2項による仮取締役の選任を求め、会社の業務運営上の支障は回避すべきである。この仮取締役は後任取締役の就職によって当然その地位を喪失し職務代行者の場合のように後任取締役との権限の競合の問題は起こらない。

なお、この見解をとるとき、仮処分を逃れる目的で職務執行停止中の取締役が辞任し、その後の株主総会で再選されることが考えられるが、現行法上、解任の場合にすら再選を阻止できないのであるから、この場合もやむをえないことであろう。

二、判旨第二点中段および後段は、原審が従来を通説判例の見解、すなわち「会社の重要機関の整備は仮処分の趣旨内容と抵触しない」との見解に従いながらも、これを株主総会が後任取締役を選任する場合に限定し、同じく会社の機関であっても取締役会により代表取締役を選任することは仮処分の趣旨内容に抵触するから許されない、としたのを違法とし、後任取締役で構成される取締役会で代表取締役を選任することは、会社機関の整備であり、仮処分の趣旨内容に抵触しないと判示しており、この点、判例理論に進展があったというべきである。しかし判旨第三点において、代表取締役選任行為は有効であるとしながらも、被選任者は、職務代行者が存在する限り、取締役としての職務を執行できず、従って代表取締役としての権限も直ちに行使できないとしている点で、いわば「絵にかいた餅」のごとく解していることは、この種問題の根本的解決にはならない。たまたま本件では、代表取締役選任後18日、代表取締役就任登記後2日目において、仮処分申請が取り下げられているため、さしたる混乱はみられないようであるが、これが数ヶ月に及ぶとき、果たしてこれで良いのか大いに疑問である。けだし、仮代表取締役はすでにその地位を失っており、従って甲会社を代表し業務執行を行ないうる取締役が存在しないことになるからである。

（8・31，1971）