

新株発行等の無効の訴えと 議決権行使禁止の仮処分

村 田 敏 一*

目 次

- I はじめに
- II 議決権行使禁止の仮処分の類型と機能
- III 新株発行等差止めの仮処分と議決権行使禁止の仮処分
- IV 東京地裁商事部解説の変遷
- V 裁判例の分析
- VI 学説の検討——大隅健一郎博士の所論を中心に
- VII おわりに

I はじめに

新株発行等の無効の訴え（会社法828条1項2号・3号。なお以下では、「会社法」につき「法」と略すことがある）の無効の確定判決には、対世効は認められるものの遡及効は認められない（法838条、同839条）。このため、せっかく原告が新株発行等無効の確定判決を得たとしても、それまでの間は、無効訴訟の対象となっている新株発行等に基づく株主の議決権は株主総会で有効に行使可能なこととなり、支配権（多数派）の変動等により少数派に転落した取締役の解任等がなされてしまうことがある。そのため、新株発行等の無効の訴えを本案訴訟として、株主総会での議決権行使禁止の仮処分を申し立てる実務上の要請が強く生じることとなる。もっとも、議決権行使禁止の仮処分の申立てが認容されると、本案訴訟（新株発行等の無効

* むらた・としかず 立命館大学大学院法務研究科特任教授

の訴え)の確定の効果が将来効であるにもかかわらず、実質的には本案訴訟に遡及効を認めるに等しい効果が生じることとなる。この点に問題の核心がある。

直接的にこの問題を取り扱う公判裁判例(仮処分事案)はわずかであるものの、そこでは、議決権行使禁止の仮処分は認められており、少なくとも近時の裁判例は、本案訴訟が将来効であることを理由として、杓子定規に議決権行使禁止の仮処分を一律にはねつけるという態度は示していない。そうすると、保全手続である仮処分の要件としての、①被保全権利の疎明と、②保全の必要性の疎明がともに肯定されたとしても、なお申立てが認容されるにあたって、他の何らかの考慮要素が必要なのか、あるいは、①と②の判断そのものに際して、本案訴訟の確定の効果が将来効であることを踏まえた慎重な判断がなされているのか、がさしあたりの検討課題となる。そしてその検討に際しては、なぜ、新株発行等の無効の訴えの確定の効力は将来効とされているのかという実質的な理由にまで遡った検討が必須となろう。

本稿を執筆する機序となったのは、2022年10月に開催された日本私法学会第八五回大会シンポジウム(商法分野)『株式会社法における区分と規律』においてなされた報告者である山下徹哉教授との次のような質疑応答である¹⁾。

村田「著しく不公正な新株発行につき、当該株式が引受人の手元にとどまっている場合は、新株発行無効事由になるとの解釈論(いわゆる折衷説)を唱えておられます。……仮にそうした解釈をとるとしても、新株発行無効の訴えの確定の効力は将来効のため、判決の確定までの間に支配権等の

1) 『私法』第84号 日本私法学会(有斐閣・2023年)75頁。この質疑は、山下徹哉教授から、非上場公開会社については、差止めの機会があっても一定の条件のもとで、「不公正発行」を無効事由とするという提案がされたことを踏まえてなされたものである。なお、『私法』には収録はされていないが、山下教授からは、「(山下教授が)大杉謙一教授から、議決権行使禁止の仮処分を認めれば、実質的には、新株発行等無効の訴えに遡及効を認めているに等しいという指摘をうけた」ことが、紹介された。

既存事実が確定してしまい、救済にならないように思いますが、どのようにお考えになりますか。」

山下「……新株発行無効の効果は将来効なので、判決が確定するまでの間に様々な事実関係が既成事実化するのではないかというご質問です。これもそのとおりなのですが、その上でどうするかと言うと、ここでも仮処分に対応することになるのだらうと思います。例えば、議決権行使の禁止の仮処分というものが考えられます。そうすると、実体法上は無効の訴えの効力は将来効であるにもかかわらず、仮処分を用いると、実質上判決の将来効というものが潜脱されるという効果が生ずるともいえ、それでいいのかという疑問はもしかしたらあるかもしれません。ただ、新株発行差止めの仮処分は、本案と仮処分の内容が同じであり、満足の仮処分と呼ばれますが、これとは異なり、議決権行使禁止の仮処分は発行された新株の効力そのものに影響は及ばず、本案である新株発行無効の訴えの結論が出るまで暫定的に現状で凍結するための措置ですので、あまり問題はないようにも思われます。いずれにせよ、実体法と民事保全法との関係全体に関わる問題であるように思われます。」

以上、やや長く質疑内容の引用を行ったのは、そこにこの論点の核心が凝縮されているからにほかならない。

本稿では、最初に、議決権行使禁止の仮処分の類型と機能について確認したうえで（Ⅱ章）、新株発行等差止めの仮処分と議決権行使禁止の仮処分を比較する（Ⅲ章）。次に、東京地裁商事部（民事第8部）による解説の変遷を確認し（Ⅳ章）、公判裁判例の分析を行う（Ⅴ章）。そして、大隅健一郎博士の所論を中心に学説を検討する（Ⅵ章）。

Ⅱ 議決権行使禁止の仮処分の類型と機能

まず、議決権行使禁止の仮処分の一般的な性格について確認したい。議決権行使禁止の仮処分は、株式の帰属について争いがある場合等におい

て、株主総会の開催前に発令される仮の地位を定める仮処分（民事保全法 23条 2 項）であるものとされる²⁾³⁾。また、議決権行使禁止の仮処分は、会社に対して株主としての資格の存在を主張できるはずの株主名簿上の株主等を相手方（債務者）として、その株主資格を暫定的に否定し、相手方（債務者）の株主権の行使としての議決権行使の禁止を命ずる仮処分であるとされる⁴⁾。

議決権行使禁止の仮処分が利用される場面は、さまざまな観点からの分類が可能であるが、大別すると、①（株主名簿上の株主と実質的な株主であると主張する者との間で）株式の帰属に争いがある場合と、②（募集株式の発行の効力に争いがあるなど）株式の存否に争いがある場合に利用されるものとされる⁵⁾⁶⁾。この中で、②については、さらに、②－1 募集株式の発行又は自己株式の処分に法律的瑕疵があるためにその効力に争いがある場合と、②－2 募集株式の引受人が払込金額の払込みをしたか否かに争いがある場合の二類型に類別される⁷⁾。本稿で考察の対象とするのは、②－1 類型に関するものである。そこで、以下では、②－1 類型に絞って記述する

2) 西山渉＝渡部みどり＝山田悠貴「新・類型別会社訴訟 6 議決権行使禁止・許容の仮処分をめぐる諸問題」判例タイムズ1504号（2023年）5 頁。

3) 議決権行使禁止の仮処分と併せて、議決権行使許容の仮処分についても考察されることが多く、実務上も両者はいわば表裏の関係にあるが、本稿ではさしあたりは、議決権行使許容の仮処分については考察対象としない。

4) 西山ほか・前掲注 2) 5 頁。

5) 西山ほか・前掲注 2) 5 頁。

6) ①と②の類型以外に、③株式の帰属も株式の存否も争われていないものの、株主の議決権の存否について争いのある事例（種類株式における議決権の行使事由の存否や、相互保有規制等の適用に基づく議決権の存否に争いがある場合等）、④議決権の濫用を理由とした議決権行使禁止の仮処分という類型が存在することが指摘される（石井裕介「議決権行使禁止の仮処分」神田秀樹＝武井一浩編『ジュリスト増刊 実務に効く M & A ・組織再編判例精選』（有斐閣・2013年）98頁。④類型では、仮処分が認容されるためには、被保全権利の存在と強度の保全の必要性が必要となるものとされ、認容されるべき場合は非常に限定されるものとされるが、それを肯定した裁判例も存在する（東京地決昭和63年6月28日判例時報1277号106頁〔国際航業事件〕（石井・前掲注 6）100頁参照）。

7) 西山ほか・前掲注 2) 6 頁。

こととする（以下では、②－１類型について「本類型」という）。

本類型での議決権行使禁止の仮処分の本案訴訟は、新株発行等の無効の訴え（法828条1項2号・3号）又は新株発行等の不存在確認の訴え（法829条1号・2号）である⁸⁾。したがって、被保全権利は、上記の二類型の本案訴訟となる。当事者については、債務者は、本案訴訟の被告となる株式会社である⁹⁾。保全の必要性の要件は、民事保全法23条2項に基づき、「争いがある権利関係について債権者に生じる著しい損害又は急迫の危険を避けるためにこれを必要とするとき」をベースラインとするが、さらに踏み込んで、本案判決までの間に、株主でない者が議決権を行使したことにより、回復し難い損害を生じることを疎明する必要があるものとも説かれる¹⁰⁾。保全の必要性の要件については、本稿の次章以下で詳論する。

仮処分の申立ては、株主総会の招集通知が発せられた後、株主総会の開催期日まで間がない時期にされることがほとんどであるものとされる。これは、保全の必要性の存否につき、あくまで、具体的な株主総会への付議事項（たとえば、新株発行等により少数派に陥った取締役の解任議案）に即した判断がなされるためである。債権者にとっては、当該開催期日が到来すると、申立ての利益が失われることになり、またその一方で、債務者にとっては、仮処分命令が発令されると株主総会期日前にその仮処分を失効させることが日程的に事実上困難となり重大な損害を被る可能性があるため、裁判所は、非常に短期間で、被保全権利と保全の必要性について慎重な審

8) 西山ほか・前掲注 2) 7頁。なお、新株発行等の不存在確認の訴えを本案とする場合には、その訴訟の確定の効果が「遡及効」であることから、仮処分の本案訴訟の将来効との抵触という問題がそもそも生じない。

9) さらに株主として取り扱われている者を債務者とできるか否かについては争いがあるものとされるが、そうした者は本類型では本案訴訟の被告とはならず、その地位は会社を通じて確保されるため、債務者とはならないものと解するべきである（西山ほか・前掲注 2) 6頁参照）。

10) 西山ほか・前掲注 2) 8頁。もっとも、新株発行等の不存在確認の訴えを本案訴訟とする場合は格別、新株発行等の無効の訴えを本案とする場合は、その将来効としての性格から、「株主でない者が議決権を行使した」という説明には無理があるように思われる。

理を行うといういわば相反する要請を同時に達成することが求められるものと言える¹¹⁾。受任裁判官にとっては、「短期間の審理」かつ「慎重な審理」が必要な点で、大変な緊張を強いられるものと言えよう。こうした議決権行使禁止の仮処分（本類型）の性格を踏まえ、裁判実務においては、裁判所はその申立てがなされた場合には、早急に双方審尋期日を指定し、債務者に対する呼出しを行い、その主張を聴いた上で当該申立てについての判断を示すこととなるものとされる（民事保全法23条4項本文¹²⁾）。また、そうした仮処分の申立てが株主総会の開催期日の直前になされ、双方審尋期日の指定等を経ることができない場合には、被保全権利及び保全の必要性についての疎明が十分でないことが多い上、審尋期日を経ないことについて民事保全法23条4項ただし書の「その期日を経ることにより仮処分命令の申立ての目的を達することができない事情」の疎明も必要となるため、認容決定がされることは実際上はほとんどないものとされる¹³⁾。このように、仮処分という保全手続きにおける審理構造上のスケジュール的な制約から、——一般論としては——申立て認容のハードルは高いものと言えよう。短期間でかつ慎重な審理という審理構造上の要請は、実際には、被保全権利の疎明に当たり、少なくとも、本案訴訟である新株発行等の無効の訴えが明白に認容されるという強い心象形成がなされることが前提となるものといえる。裏を返せば、本案訴訟の請求認容に際して微妙な判断が求められるような事案では、実際問題として、短期間の審理での疎明は著しく困難なものとも言えよう。

Ⅲ 新株発行等差止めの仮処分と議決権行使禁止の仮処分

同じく新株発行等に関する仮処分としての、①新株発行等差止めの仮

11) 西山ほか・前掲注 2) 9 頁。

12) 西山ほか・前掲注 2) 9 頁。

13) 西山ほか・前掲注 2) 9 頁。

処分と、② 議決権行使禁止の仮処分とを比較してみよう。山下徹哉教授が指摘されるように、①は、満足の仮処分として本案と仮処分の内容が一致する一方で、②は、発行された新株の効力そのものに影響は及ばず、本案（新株発行等無効の訴え）の結論がでるまで暫定的に現状で凍結するための措置として柔軟にこれを認めるべきとの考え方も成り立ちうる¹⁴⁾。もっとも、株主総会における議決権の行使は株主にとって本源的な権利の一つであり、暫定的とはいえその行使の禁止には謙抑的な判断が求められようし、仮に、本案訴訟で無効の訴えが認容されなかった場合の混乱の発生を裁判官は強く意識するはずである¹⁵⁾。また、法的安定性の観点から見ても、①は、満足の仮処分とはいえ、未だ株式の効力が発生する前の仮処分であり、株式の流通による転得者の保護の問題は基本的に生じない。この点、②では、既に株式の効力は発生しており——別途、譲渡禁止の仮処分

14) 前掲注 1)『私法』76頁〔山下発言〕。

15) なお、議決権行使禁止の仮処分が発令された後に、本案訴訟においてこれと抵触する判決が確定した場合に株主総会決議の取消事由となるか否かについては、肯定説と否定説が対立する（西山ほか・前掲注 2）12頁を参照）。否定説は、双方審尋の上で適法な仮処分がなされた以上、その株主総会決議の効力が（遡及効として）事後的に覆ることは、会社をめぐる法律関係の安定という観点から問題があることを主な論拠とする。もし否定説に立てば、暫定的な議決権行使の禁止という当該仮処分の性格を逸脱することから筆者はこうした論拠には疑問を感じるが、ただし、肯定説に立つとしても株主総会決議の取消しの訴えの提訴期間の徒過の問題は残る。肯定説に立つ主な文献として、山口和男ほか著『商事非訟・保全事件の実務』（判例時報社・1991年）279頁、浜田道代＝久保利英明＝稲葉威雄編『専門訴訟講座（7）会社訴訟——訴訟・非訟・仮処分——』（民事法研究会・2013年）82頁、北村雅史「新株発行が無効である場合と当該新株発行について議決権行使の禁止を求める仮処分命令の可否」私法判例リマックス no. 46（2013年）89頁。一方で、否定説に立つ主な文献として、吉川大二郎『判例保全処分』（法律文化社・1961年）120頁、大隅健一郎＝今井宏『会社法論 中巻〔第三版〕』（有斐閣・1992年）80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・裁判実務体系（11）会社訴訟・商事仮処分・商事非訟』（青林書院・2001年）236頁。なお、株主総会決議の取消しの訴えの提訴期間の徒過の問題については、肯定説の立場から、提訴期間の起算日を本案訴訟の敗訴確定日とすべきとの解釈が唱えられているが（山口和男ほか注 15）280頁）、解釈論としては無理筋と言わざるを得ない。そうすると、肯定説に立つとしても、限りなく否定説に近接することとなろう。

が発令されない限り——公開会社では第三取得者保護の問題が生じうる。

①の仮処分も、裁判所が、新株発行等の公告・通知からその効力発生の間といった意味で短期間での審理・判断が迫られるという点では、②の仮処分と同様である。もっとも、一般的に言えば、裁判官としては、既に株式の効力が発生しているという点で、②の仮処分のほうが申立てを認めるに際して慎重な判断を行わざるを得ないものと言えよう。

そもそも、②の本案訴訟で株式発行等の無効が認容されるのはどのような場合かにつき、現在の判例法理の状況を確認しておきたい。②の仮処分の審尋で、裁判所が、本案訴訟の認容を強く心象形成しない限り、それが認容されることはないからである。最高裁判例が、新株発行等の無効を認めるのは、i. 募集事項の通知・公告を欠いた場合で、かつ通知・公告がされたとすれば差止事由がなかったという事情がない場合（最判平成9年1月28日民集51巻1号71頁）、ii. 新株発行の差止めの仮処分命令が発令されたのにそれに違反して新株発行が強行された場合（最判平成5年12月16日民集47巻10号5423頁）、iii. 非公開会社について、既存株主の割当てを受ける権利を無視し、株主総会特別決議を経由せずに新株発行がなされた場合（最判平成24年4月24日民集66巻6号2908頁）である¹⁶⁾。また、最高裁判例ではないものの、iv. 平成26年の会社法改正により、公開会社において支配株主の異動を伴う募集株式の発行等に関する規律が新設されたことに伴い、裁判例では、会社法206条の2第4項所定の株主総会の決議を経ないままなされた新株の発行手続には重大な法令違反があり、その瑕疵は新株発行等の無効原因となるものとされ（東京地判令和3年3月18日判例タイムズ1503号233頁）、この結論は学説においてもひろく支持されている。

以上の i ～ iv の本案訴訟における新株発行等無効事由を、②の仮処分との関係で検討してみよう。i については、そもそも募集事項の通知・公告が——実質的な場合も含めて——なされていないので、一般論としては、

16) i ～ iii のほか、授権株式数を超過した新株発行や、定款の定めのない種類の株式を発行した場合が無効事由となることはひろく承認されている。

②の仮処分を求める株主（当該株主という）としては、株主総会において議決権行使禁止の対象とされるべき新株発行等による株主を認識できないものと言える。また、仮に何らかの事情（内部告発等）で、当該株主が新株発行等の事実を認識したとしても、新株発行等の効力発生前であれば、①の仮処分の申立てによって対応することとなろう。もっとも、何らかの事情（会計帳簿の閲覧等）で当該株主が、新株発行等の効力発生後に支配権の異動を伴う新株発行等の事実をつかんだ場合には、その後の株主総会の議案次第では、②の仮処分を申し立てることはあり得よう。ただし、その場合においても、本案訴訟の提訴期間（株式の効力発生から、公開会社では6か月、非公開会社では1年）が徒過していれば、②の仮処分の申立てはできないこととなる。実際問題としては、本案訴訟の提訴期間が1年に延長されている非公開会社において、②の仮処分を活用する余地があるものと言える。iiについては、そもそも、①の仮処分命令が発令されており、かさねて、②の仮処分の申立てを行うことは一般的には想定されがたいようにも思われる。もっとも、仮処分命令を無視して新株発行等がなされ、その新株が無効とされても、その無効の効果は将来効に止まるため、事案の悪質性に鑑みて、②の仮処分を活用する余地は大きいものとも言える。iiiについては、非公開会社では本案訴訟である新株発行等の無効の訴えの提訴期間が株式発行から1年に——公開会社に比べて——延長されており、かつ、株主総会決議を経由していない場合には直ちに新株発行等が無効と判断されるため——換言すれば、無効事由の判断が比較的容易であるため——②の仮処分の活用する余地は大きいようにも思われる。もっとも、新株発行等の事実を多数派が提訴期間が徒過するまで秘匿したような悪質なケースでは、②の仮処分を使えないこととなる。ivについては、スケジュール的に①の仮処分の申立てが難しい場合でも、②の仮処分により新たな支配株主の議決権行使を暫定的に禁止する要請は高く、かつ、その実効性も大きい¹⁷⁾。

17) ただし、その場合、裁判所としては、本案訴訟で例外的に取締役会権限での新株発行等が認められる会社法206条の2第4項ただし書きの規律（「当該公開会社の財産の状況が」

Ⅳ 東京地裁商事部解説の変遷

東京地裁民事第八部（商事部）の裁判官メンバーは、会社訴訟・商事仮処分・商事非訟についての解説書（以下では、「東京地裁商事部解説」という）を逐次公刊し、実務に大きな影響を及ぼしてきた。そして、議決権行使禁止の仮処分（本類型）に関する東京地裁商事部解説には変遷が見られる。

- (1) 山口和男ほか（商事部研究会裁判官）著『商事非訟・保全事件の実務』（判例時報社・平成 3 年（1991年））270頁〔垣内正〕

要点は、以下のとおりである。

- i. 新株発行無効判決は確定しても遡及効がない。したがって、新株発行行為があり、新株引受人が発行価額の払込みをしている場合には、その新株発行に無効事由があるとしても、新株発行無効判決が確定するまではその者が新株主として扱われることになる。これを前提とする限り、新株発行無効判決の確定前に仮処分をもって新株主の議決権行使を禁止することは許されないといわざるを得ない。
- ii. しかし、授權資本の枠を超えた超過発行、定款に定めのない種類の株式発行、発行差止仮処分に違反してされた新株発行、通知・公告を欠いた新株発行等については、例外的に、新株発行無効判決の確定前であっても新株主の議決権行使を禁止すべき場合があると考えられる。
- iii. ただ、ii の例外的な場合であっても、新株発行無効判決の非遡及効を一般的に制限することはできず、また、株主の地位を認めつつ議決権だけは発生しないと解することも困難であるので、結局、新株主による議決権行使が権利濫用とみうるときにのみ議決権行使禁止の仮処分が許容されることになる。

↘著しく悪化している場合において、当該公開会社の事業の継続のため緊急の必要があるとき」の要件該当性につき、短期間での判断を求められるケースが生じうる。

以上の i ～ iii の判断枠組みの理解は難しい。i では、本案訴訟確定の将来効を強調して、議決権行使禁止の仮処分の不許容を強調し、ii では、i の原則にもかかわらず、例外的にその仮処分を許容すべき場合が列举される。しかも例外的とはいふものの、当時の判例法理で新株発行の無効事由として認められていた事由はすべて尽くされているように思われる¹⁸⁾。そして、iii では、再び、本案訴訟確定の将来効が強調されて、結論としては、ii の事由の中で、新株発行による株主の議決権の濫用と評価される場合に限定して、議決権行使禁止の仮処分が認容されるべきものとされる。そして、どのような場合が議決権行使の濫用に当たるかは何ら例示もされない¹⁹⁾。

(2) 東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅱ〔第三版〕』（判例タイムズ社・2006年）889頁

要点は、以下のとおりである。

- i. 新株発行等無効判決は確定しても遡及効がないことから、授權株数を超過する発行、定款に定めのない種類株式の発行、新株発行差止仮処分に違反してされた発行、通知・公告を欠いた発行の場合で、かつ新株主による議決権行使が権利濫用とみ得るときにのみ、この仮処分が許容されるとする見解もある（すなわち、東京地裁商事部解説(1)の見解）。
- ii. しかし、i の見解は妥当ではなく、この仮処分によって新株発行無

18) なお、例示されている無効事由には、本文記載の事由に加えて、額面株式の額面未満発行があるが、今日では法改正により当該事由は消滅している。また、通知・公告を欠くだけで（新株発行差止事由がなくとも）無効事由に当たるとの記述があり、そうすると、判例法理の採る立場より無効事由の要件が拡大しているようにも受け取れるが、その意図は不明である。

19) 議決権行使の濫用を理由として議決権行使禁止の仮処分を肯定した裁判例が存在していたことの影響があるのかも知れない（東京地決昭和63年6月28日判例時報1277号106頁〔国際航業事件〕）。

効の状態を作り出すのではなく、暫定的に議決権を行使できない状態を形成するにすぎないから、本案判決に遡及効がないことを理由に、この仮処分を否定すべきではない。

- iii. 本案訴訟である新株発行等の無効原因が制約されていることとの関係で仮処分命令が発令される場合も限定される。

2006年には、東京地裁商事部解説は、先行する(1)解説の見解を明示的に否定した。仮処分による議決権行使禁止の暫定性が強調され、本案判決の将来効を根拠とする仮処分の原則不許容の見解は否定された。もっとも、そもそも、新株発行等無効の訴えにおける無効事由が制約されていることへの言及も忘れない。

- (3) 西山渉＝渡辺みどり＝山田悠貴「新・類型別会社訴訟 6 議決権行使禁止・許容の仮処分をめぐる諸問題」判例タイムズ1504号 (2023年) 7 頁

現在、判例タイムズ誌に連載中の東京地裁商事部解説である。この解説のなかでは、もはや、本案訴訟（新株発行等無効の訴え）確定の効果としての将来効との関係に明示的に言及する記述は見られない。上述の東京地裁商事部解説(2)の見解を当然の前提としているものと考えられる。

V 裁判例の分析

新株発行無効の訴えを本案として、議決権行使禁止の仮処分命令の申立てを認容した公判裁判例としては、平成24年1月17日東京地裁民事8部決定（保全異議申立事件、原決定認可【確定】）がある（以下、「本決定」という）²⁰⁾。

20) 「全株式譲渡制限会社における第三者割当ての方法による新株発行が無効である場合と同社の株主ないし取締役が会社に対して当該新株に基づく議決権行使の禁止を求める仮処分命令の申立ての理由の有無（積極）」金融・商事判例1389号（2012年）60頁。本決定の評釈等としては、弥永真生「会社法判例速報 東京地決平成24年1月17日 新株発行と議決権行使禁止仮処分」ジュリスト1438号（2012年）2 頁、大塚和成「金融商事実務判例」

なお、それ以前に、新株発行無効の訴えを被保全権利とした議決権行使の禁止の仮処分と本案訴訟の提起の関係が争われた公判裁判例としては、名古屋地裁昭和59年6月22日判決がある²¹⁾。本決定が現れるまでは、本類型の仮処分は認容されない傾向にあったものと指摘される²²⁾²³⁾。

〔事実〕本決定事案の事実の概要は以下のとおりである。

債務者であるY株式会社（以下、「Y社」という）は、全株式譲渡制限会社（非公開会社）である。Y社は、平成23年3月31日、株式2万株の新株発行（以下、「本件新株発行」という）を行い、同社の発行済株式総数は4万株から6万株に増加した。本件新株発行に関しては、平成22年12月14日に、Y社の第36回定時株主総会が開催され（以下、「12月総会」という）、また、平成23年1月7日に同社の臨時株主総会が開催され（以下、「1月総会」という）、本件新株発行が委任状提出者を含めた全株主出席の下で、満場一致で承認可決された（以下、「本件決議」という）旨の記載がある同月17日

㋿紹介 新株発行等無効の訴えを本案訴訟とする議決権行使禁止の仮処分が認められた事例」銀行法務21. 740号（2012年）71頁、受川環大「本件判批」法学教室390号判例セレクト二〇一二〔Ⅱ〕（2012年）16頁、北村雅史・前掲注15）（2013年）86頁、岡本智英子「本件判批」法学研究87巻5号（2014年）71頁、尾城雅尚＝松村達紀「本件判批」金融法務事情1989号（2014年）16頁、玉井利幸「新株発行に無効事由がある場合における当該新株に基づく議決権行使を禁止する仮処分の可否」金融・商事判例1469号（2015年）2頁、南健悟「本件判解」別冊ジュリスト「会社法判例百選〔第4版〕」（2021年）214頁、がある。これらの中で、仮処分を認めた決定要旨の結論に反対する評釈等は見当たらない。

21) 「新株式の発行の不存在または無効請求権を被保全権利として求めた株主総会における議決権行使禁止の仮処分における本案訴訟は、右新株発行無効の訴えであるとした事例」判例タイムズ533号（1984年）246頁。なお、本判決の意義は、本案訴訟である新株発行無効の訴えの被告と議決権行使禁止の仮処分の債務者が異なっても、新株発行無効の訴えを本案として、議決権行使の禁止の仮処分を認めることはできると説示した点にある（弥永・前掲注20）3頁）。

22) 前掲注20）金融・商事判例1389号62頁。

23) 本決定は、会社法のもとで、議決権行使禁止の仮処分（本類型）が認められた最初の公判裁判例とされる（大塚・前掲注20）71頁）。もっとも、平成17年改正前商法の下では、仮処分が認められた事例（広島地決平成11年9月28日、広島地決平成11年11月24日。いずれも判例集未登載）が存在したものとされる（弥永・前掲注20）3頁）。

付けの株主総会議事録がある。

いずれも Y 社の株主である X¹ (債権者、Y 社の取締役)、X² (債権者) 及び X³ (債権者、Y 社の取締役) (X¹、X²、X³につき以下、「X¹ら」という。なお、X¹らは、Y 社株式を合計で 2 万 4400 株保有している) は、同年 10 月 12 日、会社法 303 条及び 305 条に基づき、Y 社の代表取締役に対し、同人の取締役からの解任と取締役 6 名の選任を平成 23 年 10 月期の定時株主総会 (以下、「本件総会」という) の目的事項とすること、X¹らが提出しようとする前記各議案の要領を株主に通知することを請求した。

X¹らは、本件新株発行は、12 月総会において決議されておらず、また、1 月総会が開催された事実はなく、本件決議は不存在であるから、本件新株発行は、株主総会決議を経ておらず無効であると主張して、平成 23 年 9 月 6 日に、本件新株発行につき、新株発行無効の訴えを本案訴訟として提起した。

また、X¹らは、前記の本案訴訟提起と同時に、本件総会において、本件新株発行に係る株式について議決権の行使を許してはならない旨の仮処分命令申立てをした (以下、「本件仮処分命令申立て」という)。

同年 11 月 29 日に、東京地方裁判所 (民事第 8 部) は、本件仮処分命令申立てを認容する旨の決定をした。

そこで、Y 社は、これを不服として保全異議を申し立て、原決定の取消しと本件仮処分命令申立ての却下を求めた。

〔決定要旨〕保全異議審 (東京地裁民事第 8 部) は次のように説示して原決定を認可した。

「1 被保全権利の存否 (1) 全株式譲渡制限会社が第三者割当ての方法により募集株式を発行する場合において、募集事項を決定する株主総会決議の不存在は、当該募集株式の発行の無効事由と解するのが相当である。(2) ア これを本件についてみると、一件記録及び審尋の全趣旨によれば、債務者が全株式譲渡制限会社であること、本件新株発行については、募集

事項を決定する株主総会決議が存在しないことが認められ、本件新株発行には無効事由があると認められる。イ……12月総会及び1月総会の各議事録によれば、12月総会において、本件新株発行に関する決議はされておらず、同総会を続行する旨の決議もされていないこと、1月総会は、12月総会の続行総会としてではなく、臨時株主総会として開催されたことが認められ、債務者の主張は、いずれも採用できない。ウそして、その他、上記アの認定判断を覆すに足りる疎明資料はない。(3)以上のとおり、本件新株発行は無効であると認められ、被保全権利の疎明はある。」

「2 保全の必要性 一件記録及び審尋の全趣旨によれば、平成23年10月期総会における決議事項には、債務者の経営権の所在に変動を生じさせる事項が含まれており、本案訴訟の確定を待っていては、その間に同総会において本件新株発行に係る株式の議決権が行使されることにより、債権者らに著しい損害が生じること、債権者らに生ずる著しい損害を避けるため、本件仮処分を必要とすることが認められ、保全の必要性の疎明もある。」

本決定の事案の特性につき、確認しておこう。①まずは、債務者であるY社が、非公開会社であるという点である。このため、本案訴訟である新株発行の無効の訴えの提訴期間は、新株の効力発生日を起算日として、公開会社の6か月に比べ、1年と長く設定されている。それだけ、被保全権利である本案訴訟の提訴機会は多いものと言える²⁴⁾。②また、本決定の時点（平成24年1月）は、非公開会社では、株主総会決議（特別決議）を欠くだけで、直ちに新株発行の無効事由となるという最高裁判例（最判平成24年4月24日民集66巻6号2908頁）が現れる直前であり、既に学説上もそうした解釈は確立していた時期である。債権者としては、被保全権利の疎

24) 本件では、仮に、Y社が公開会社であったとしても、本案訴訟は、平成23年9月6日に提起されており、平成23年3月31日の新株発行の効力発生日から、6か月間の提訴期間内に収まっている。しかし、かろうじて収まっているとも言える。

明に当たり、株主総会決議を欠くという事実のみを疎明すればよいこととなる。そして、その疎明は——例えば主要目的ルールと比較して——各段に容易い。③ さらに、本決定事案では、債権者は待ちの姿勢ではなく、能動的に保全の必要性の作出に動いている。X¹らは、定時株主総会の機会を機敏に捉えて、自らの株主提案権の行使として、取締役解任議案と取締役選任議案を提案している。つまり、債権者は、保全の必要性の要件充足に向けて、債務者まかせではなく自ら積極的に動いている²⁵⁾。④ また、本件新株発行の前には、債権者であるX¹らは、合計で2万4400株と、Y社の発行済株式総数(4万株)の過半を握っていた。それが、本件新株発行(2万株)により、マジョリティーの地位を失ったこととなる(6万分の2万4000)。裁判官をはじめ誰が見ても、本件新株発行が支配権争いに関係していることは見て取れよう。

このように本決定事案では、議決権行使禁止の仮処分が認められるに当たり、あらゆる条件が揃っているものと言えよう。そして、裏を返せば、このような全ての条件が揃う事案は、稀であるものとも言えよう。

VI 学説の検討——大隅健一郎博士の所論を中心に

学説にあつては、かつては、新株発行等の無効の訴えを本案とする議決権行使禁止の仮処分を認める説(以下、「肯定説」という)と、そのような仮処分を認めない説(以下、「否定説」という)の対立が見られたが、近年では、肯定説への収斂をみている。肯定説を早くに唱え、その後の実務に影響を与えたのは大隅健一郎博士である²⁶⁾。一方で、否定説に立つと

25) 債権者の代理人弁護士の、巧みな戦術と評価される。仮に、債権者が、株主提案権行使していなければ、債務者サイドは、保全の必要性の要件の充足に関連する議案を提出していなかった可能性が高い。

26) 大隅健一郎「株主権にもとづく仮処分」『吉川大二郎博士還暦記念 保全処分の体系〔下巻〕』(有斐閣・昭和41年)644頁。大隅博士は、この論文の中で、「それにしても、この種の仮処分はこれまで比較的研究されることのなかった分野であつて、おのずから独

まった論稿としては、長谷部茂吉氏のものが知られる²⁷⁾。

大隅博士の肯定説につき、以下にその要点を摘示してみよう。

i 新株発行の無効の訴えの係属中に会社が株主総会を招集する場合に、新株の議決権が行使されると、例えば業務執行につき不正の行為や法令定款違反行為のある取締役の解任が強引に否決されるなど、会社に著しい損害が生ずるおそれがある場合があり、そのような場合は、新株の株主の議決権を停止する仮処分の必要があることは否定できない。ii 新株発行が無効となっても判決の効力は遡及しないため、仮処分で議決権行使を停止することは許されないとする議論もありえる。iii しかし、新株発行の無効の判決に遡及効がないのは、単に法律関係の処理の単純化のための便宜に基づくものであり、将来効を理由に、仮処分の必要性がある場合に、これを否定するのは正当でない。

この所論の最大の意義は、新株発行の無効の訴えの確定の効果が将来効とされる理由が、法律関係の処理の単純化という法技術的な便宜にあることを確認する中で、議決権行使の禁止の仮処分（本類型）の意義を否定しない点にある。もっとも、将来効が法律関係の処理の単純化の要請によることが、なぜ、仮処分（本類型）の容認に帰結するのかについては、それ以上の踏み込んだ説明はなされていない。また、仮処分（本類型）の必要性が是認されるべき具体例としては、業務執行者の不正行為によるその解任決議の株主総会での否決例が取り上げられており、今日、主に議論の対象となっている新株発行による支配権の変動事例は念頭に置かれていないように見受けられる。

次に否定説に立つ長谷部氏の所論につき、以下で、その要点を見てみよう。

i. 議決権の行使停止または行使許容の仮処分は、会社の経営権の所在

↘断にわたらざるをえないところが少なくない。」と述べておられる（645頁）。

27) 長谷部茂吉「議決権の行使停止または行使許容の仮処分に対する疑問」『松田判事在职四十年記念 会社と訴訟（上）』（有斐閣・1968年）260頁。

が動く場合に、取締役の選任または解任を目的とする株主総会の開催に際して申請される。ii. そうした場合に、取締役の選任または解任の瑕疵を理由とする取締役の職務執行停止、代行者の選任の仮処分制度もあり、事前・事後の違いはあれ、共通の目的を有するため、重複して認めることには疑問もある。iii. 議決権の行使停止や許容の仮処分は、権利の終局的実現を図る仮処分であり、仮処分としての範囲を逸脱する。仮処分により形成された仮の議決権により会社の意思が終局的に決定されるからである。

この所論の特徴は、① 議決権行使の禁止の仮処分と、② 取締役の職務執行停止、代行者の選任の仮処分が、実質的には共通の目的を有することを強調し、前者の仮処分は権利の終局的実現を図る仮処分として不適切であり、後者の仮処分によることが妥当なものとする点にある。しばしば、議決権行使の禁止の仮処分の暫定性が説かれるが、現に、その株主総会での権利（議決権）行使は実質的には終局的に否定されているわけであり、その意味で、この点に関する指摘には傾聴すべき点があるように思われる。もっとも、①の仮処分と、②の仮処分が共通の目的を有するという所論の前提には疑問を抱かざるを得ない。②の仮処分は、取締役の実質的な不適任性を根拠とするものであり、無効事由を有する新株発行による不当な解任等から取締役を救済する①の仮処分とは、その目的を異にするからである。

その後の学説は、おしなべて肯定説を支持し、その根拠としては、大隅博士と同様に、新株発行の無効の訴えの確定の効果が将来効とされるのは、単に、法律関係の処理の単純化にあることが強調されてきた²⁸⁾。さてここで、再度、新株発行の無効の訴え認容確定の効果が将来効とされる理由を確認しておきたい。その目的は、法律関係を簡明にし、法律関係の錯

28) 竹中邦夫「議決権の行使を禁止する仮処分」竹下守夫＝藤田耕三編『裁判所実務大系第三巻 会社訴訟・会社更生法』（青林書院・1985年）129頁、中島弘雅「株式をめぐる仮処分」中野貞一郎ほか編『民事保全講座 第三巻』（法律文化社・1996年）、新谷勝『会社訴訟・仮処分の理論と実務〔第二版〕』（民事法研究会・2011年）ほか。

綜を避けるためと説かれ、より具体的には、新株発行の効力が遡及的に否定されると、新株の払込み、譲渡、剰余金の配当等の多数人間の多数行為がすべて無効となり解決困難な問題が生ずることとなりこれを避けるためであるとされる²⁹⁾。大隅博士の所論をさらに敷衍されたのは、北村雅史教授である。新株発行の無効の訴えの不遡及は、法律関係の安定と取引の安全確保の要請から便宜的に定められたものであり、形成判決であることから当然に導かれるものではなく、そうすると、新株発行の効力の争いにおいて議決権行使を禁止する必要性が高く、一方でそれにより法律関係の安定性を害するおそれがかなり小さいのであれば、新株発行無効の訴えを本案訴訟とする議決権行使禁止の仮処分を認めてよいこととなる³⁰⁾。また、新株発行の無効事由が明らかに認められる場合に、新株発行無効訴訟の進捗によって会社支配の帰趨が左右されることも不適切であるものとされ、これから行われる株主総会において議決権行使を禁止しても、既存の法律関係の安定や取引の安全を害することはないものとされる³¹⁾。要するに、法的安定性の確保と、不当な支配権の変動阻止の利益の比較衡量に問題の本質が見いだされることとなろう。

「新株発行の無効事由が明らかに認められる場合」に議決権行使禁止の仮処分が認められるべきという指摘は重要である。仮処分と抵触する本案判決がなされた場合に、株主総会決議の取消訴訟が——提訴期間の問題があり——実質的に機能しないことや、仮処分のスケジュール的制約から、本案訴訟での微妙な判断が生じうる事案では、現実問題として、この仮処分は認められるべきではない。また、仮に本案訴訟の係争中に株主配当がなされたとすれば、その効果は、新株発行の対象株主に生じるものと言わざるを得ない。その意味で、仮処分が認められたとしても、株主の権利の間で、不均衡な扱いが生じることとなるが、やむを得ないものと言える。

29) 松本烝治「商法改正要綱解説（五）」法学協会雑誌五〇巻一号（1932年）140頁。

30) 北村・前掲注15) 88頁。

31) 北村・前掲注15) 89頁。

VII おわりに

以上の検討からは、以下の結論が導かれる。新株発行等の無効の訴えの無効確定判決の効果が不遡及とされることから、ストレートに議決権行使禁止の仮処分の不許容を導くことは妥当ではない。その意味で、肯定説が支持される。新株発行等の無効の訴えの将来効は、法的な処理の簡便化の観点から規定されているものであり、絶対的な効果・意味はない。むしろ、新株発行の効力が否定されるという価値判断が——事後的に——なされるのであれば、少なくとも新株の株主総会における議決権行使は遡及的に否定されるべきことが筋と言える。その意味において、議決権行使禁止の仮処分の暫定性をあまり強調するべきではない。もっとも、保全手続きである仮処分の要件をすべて満たす必要はあり、スケジュール的な制約も大きい。裁判所としては、短期間の審尋により、本案（新株発行等の無効の訴え）判決と同等の立証・疎明レベルでの被保全利益（本案）認容の心証を得られたときにのみ、仮処分を認めることとなろう。その意味で、肯定説に立ちつつも、仮処分認容のハードルは相当に高いものと考えられる。