

Title	株式移転無効訴訟を本案とする商事仮処分について
Sub Title	Die gegen die Mangelhaftigkeit von Aktienübertragung gerichtete handelsrechtliche einstweilige Verfügung
Author	中島, 弘雅(Nakajima, Hiromasa)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.229- 242
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0229

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.

株式移転無効訴訟を本案とする 商事仮処分について

中 島 弘 雅

- I 株式移転の無効と救済手続
- II 取締役等の職務執行停止等仮処分発令の可否
- III 取締役等による議決権行使禁止仮処分発令の可否
- IV おわりに

I 株式移転の無効と救済手続

1 株式移転の意義と手続

平成9（1997）年の独占禁止法の改正によって持株会社制度（独禁9条4項1号参照）が解禁されたのを機に、平成11（1999）年の商法改正で導入され、現行会社法に引き継がれた制度として、株式交換と株式移転の制度がある¹⁾。株式交換は、株式会社が他の既存の株式会社との間で、完全子会社（正確には、株式交換完全子会社）となる会社の株式を親会社となる会社に移転して、完全親会社関係を形成するための手続である（会社2条31号）。他方、株式移転は、完全子会社となる会社のすべての株式を新設する完全親会社（正確には、株式

1) 株式交換と株式移転制度導入の背景・意義については、江頭憲治郎〈司会〉ほか「〈座談会〉株式交換・株式移転——制度の活用について」ジュリスト1168号（1999年）100頁〔原田晃治発言〕、前田庸『会社法入門〔第12版〕』（2009年、有斐閣）742頁、神田秀樹『会社法〔第12版〕』（2010年、弘文堂）342-344頁など参照。

移転設立完全親会社）に移転して、完全親会社を設立するための手続である（会社2条32号）。株式交換は、既存の子会社を完全子会社化するために利用され、株式移転は、企業グループを持株会社に統合するためなどに利用される。

1社または複数の株式会社が、自社を完全子会社とする完全親会社を設立するために株式移転をする場合には、株式移転計画（会社773条）を作成しなければならない（会社772条1項後段）、複数の会社が共同して株式移転をするときは、それらの会社は、共同して株式移転計画を作成しなければならない（会社772条2項）。そして、完全子会社は、株式移転計画の備置開始日から株式移転が効力を生ずる日（効力発生日）後6か月を経過する日までの間、株式移転計画の内容その他法務省令（会社法施行規則206条）で定める事項を記載・記録した書面または電磁的記録を、本店に備え置かなければならない（会社803条1項）。その上で、株式移転完全子会社では、株式移転の効力が生ずる日より前に、株主総会の特別決議によって、株式移転計画について承認を得なければならない（会社804条1項・3項・309条2項12号・3項3号・324条3項2号）。また、株主移転の場合には、他の組織再編行為が行われた場合と同様に、株式移転完全子会社の反対株主や一定の新株予約権者には、公正な価格での株式買取請求権が認められている（会社806条1項・808条1項3号）。もっとも、会社債権者の異議手続は、株式移転計画に従い交付される新株予約権が新株予約権付社債に付されたものである場合の当該社債権者（会社810条1項3号）を除き、行われぬ。完全子会社となる株主の構成が変わるだけで、会社債権者の地位には何ら変動はないからである²⁾。

株式移転を行う場合には、①株式移転計画の承認決議の日、②株主・新株予約権者に対する株式（新株予約権）買取請求権の通知・公告をした日から20日

2) 株式移転の手続については、江頭憲治郎『株式会社法〔第3版〕』（2009年、有斐閣）852頁以下、青竹正一『新会社法〔第3版〕』（2010年、信山社）562頁以下、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説』（2009年、有斐閣）497頁以下、三枝一雄＝南保勝美『新基本会社法Ⅱ』（2006年、中央経済社）321頁以下、柴田和史『会社法詳解』（2009年、商事法務）417頁以下など参照。

を経過した日、③債権者の異議手続（会社810条1項3号）を要するときは手続が終了した日、④当事会社が定めた日のいずれか遅い日から2週間以内に、株式移転設立完全親会社について、設立の登記をしなければならず（会社925条）、この設立の登記の日（＝完全親会社の成立の日）に、株式移転の効力が生ずる（会社774条・49条）。そして、この株式移転の効果として、完全親会社は、その成立の日に、完全子会社の発行済株式の全部を取得し（会社774条1項）、完全子会社の株主は、同じ日に、株式移転計画の定めに従い、完全親会社の株主や、社債権者、新株予約権者、新株予約権付社債権者となり、他方、完全子会社の新株予約権者は、完全親会社の新株予約権者となる（会社774条2項-4項）³⁾。

2 株式移転の無効

しかしながら、以上の株式移転の手続が違法に行われることもある。そこで、会社法は、かかる場合には、法的安定性確保の見地から、株式移転無効訴訟という形成訴訟によらなければ、その無効を主張できないことにしている（会社828条1項12号）。すなわち、株式移転の無効は、株式移転が効力を生じた日から6か月以内に、訴えをもってのみ主張することができるのである。

株式移転の無効原因は、重大な手続的瑕疵である。具体的には、①株式移転計画の内容が違法である、②株式移転計画等に関する書面の不備置・不実記載、③株式移転計画の承認決議に瑕疵がある、④株式（新株予約権）買取請求の手続が履行されていない、⑤法定の債権者の異議手続が履行されていない、⑥完全子会社の株主に対する対価の割当てが違法になされている、といった事由である⁴⁾。

株式移転無効訴訟を提起できるのは、株式移転が効力を生じた日において、各当事会社（完全子会社および完全親会社）の株主、取締役、執行役、監査役（監査役設置会社〔会社2条9号〕に限る）、清算人であった者または完全親会社の

3) 以上につき、江頭・前掲注2) 865頁参照。

4) 江頭・前掲注2) 868-869頁参照。また、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟〔第2版〕II』（2008年、判例タイムズ社）755-756頁も参照。

それらの者である（会社828条2項12号⁵⁾）。被告は、完全親会社となった会社および完全子会社となった会社の双方であり（会社834条12号）、固有必要的共同訴訟（民訴40条）である。

もともと、株式移転を無効とする判決は遡及効を有していない（会社839条）。そこで、株式移転無効判決が確定した場合、完全親会社(A)は、解散に準じて清算手続に入り（会社475条3号・478条4項・839条・937条3項7号）、完全親会社(A)が有する完全子会社(B)の株式は、株式移転無効判決確定時において株式移転に際し発行された完全親会社(A)の株式の株主である者に対して交付されることになる（会社844条1項）。この場合に、完全親会社(A)が株券発行会社であるときは、完全子会社(B)株式を交付するのと引換えに、旧完全親会社(A)株式に係る旧株券を返還することを請求できるが（会社844条1項）、完全親会社(A)が完全子会社(B)の株式をすでに他に移転してしまっているときは、その移転は有効と解されるから、金銭による処理になる⁶⁾。このように、株式移転無効確定判決が確定した場合に、完全親会社(A)が完全子会社(B)の株式を移転すべき相手方は、株式移転無効判決確定時の株主とされ、元々完全子会社(B)の株主であった者とは必ずしも一致しない場合が生じ得る⁷⁾。

5) 破産管財人および債権者については、株式交換についてのみ無効の訴えの提訴権が規定され（会社828条2項11号）、株式移転については規定がない（会社828条2項12号参照）。この点につき、江頭憲治郎教授は、株式移転無効の訴えについて債権者に提訴権が認められていないのは、株式交換の完全親会社における債権者の異議手続（会社799条1項3号）が違法な場合の提訴権のみを念頭に置いているからであると推測されるが、株式移転の場合でも、完全子会社の新株予約権者（一種の債権者）には、株式移転無効の訴えを提起する利益があるから、この者には、会社法828条2項11号を類推適用して、株式移転無効の訴えの提訴権を認めるべきであるとされる（江頭・前掲注2）871～872頁）。そのとおりであろう。同旨、大隅＝今井＝小林・前掲注2）502頁、神田・前掲注1）348頁。

6) 江頭・前掲注2）870頁、東京地方裁判所商事研究会編・前掲注4）『類型別会社訴訟〔第2版〕Ⅱ』759頁、江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法大系4〔組織再編・会社訴訟・会社非訟・解散・清算〕』（2008年、青林書院）415頁〔佐々木宗啓〕。

7) 東京地方裁判所商事研究会編・前掲注4）『類型別会社訴訟〔第2版〕Ⅱ』759頁、江頭＝門口編集代表・前掲注6）『会社法大系4〔組織再編・会社訴訟・会社非訟・解散・清算〕』415頁〔佐々木〕。

3 本稿の目的

株式移転の手續に重大な瑕疵がある場合には、以上のように、株式移転無効の訴えが認められているが、例えば、株式移転により完全親会社(A)の完全子会社となった会社(B)の元株主で、現在、完全親会社(A)の株主となっている甲（株式移転により完全設立親会社[A]の株主となった完全子会社[B]の元株主）が、株式移転手續の瑕疵（例えば、株式移転計画承認決議の瑕疵）を理由に株式移転無効訴訟を提起したとしても、それによって、株式移転計画により完全親会社(A)の取締役⁸⁾に就任した乙⁸⁾の職務執行が当然に停止するわけではない。そこで、①株式移転により完全親会社(A)の株主となった甲（完全子会社[B]の元株主）が、株式移転無効訴訟を提起する際に、同訴訟を本案として、完全親会社(A)の取締役に就任した乙について、職務執行停止・職務代行者選任の仮処分（以下では、単に「職務執行停止等仮処分」ということがある）を申し立てることができるかどうか、前記甲の実効的な救済という観点からは、大きな問題となる。

また、前述のように、株式移転無効判決が確定しても、その判決効が遡及しないこと（会社839条）から、その間に甲に回復困難な不利益が生じることも予想される。そこで、②甲が、前記株式移転無効訴訟を提起する際に、この訴訟を本案として、完全親会社(A)の取締役乙が職務の一環として行う具体的な行為、例えば、完全子会社(B)の株主総会において、Bの会社組織の基礎的変更にかかる特定の議案（例えば、合併契約承認決議）について、乙が賛成票を投じることを禁止する仮処分（議決権行使禁止の仮処分）を、取締役職務執行停止等仮処分の一環として申し立てることができるかどうかとも問題となる。

そこで、以下では、きわめて不十分にはあるが、株式移転無効訴訟を本案として、上記①②の2つの仮処分の発令が可能かどうかという点について、若

8) 株式移転においては、株式移転により設立する完全親会社（株式移転設立完全親会社〔会社773条1項1号〕）の定款の規定を株式移転計画に定めるとともに、同社の設立時取締役その他の役員等の氏名（名称）を定めなければならないとされている（会社773条1項1号2号-4号）。

干の検討を行うことにしたい。

II 取締役等の職務執行停止等仮処分発令の可否

1 取締役等の職務執行停止等仮処分の概要

株式会社の取締役等の職務執行停止・職務代行者選任の仮処分（職務執行停止等仮処分）は、現に株式会社の経営等に携わっている取締役等の職務執行を停止して、職務代行者を選任する仮処分である。後にも触れるように、株主総会における取締役の選任決議に瑕疵があったり取締役に解任事由がある場合には、取締役選任の株主総会決議の取消し、無効・不存在確認の訴え（会社830条・831条）や、取締役解任の訴え（会社854条）が提起されるが、認容判決が確定するまでの間、当該取締役がそのまま会社の経営に関与すると会社等に重大な損害が発生するおそれがあることを理由に、それらの各訴えを本案として、取締役等につき職務執行停止等の仮処分が申し立てられることが多い。しかし、他方で、この仮処分が発令されると、会社や職務を停止される取締役に与える影響はかない大きい。そのため、この種の仮処分が発令されるためには、被保全権利（ないし本案訴訟）および保全の必要性の疎明が相当高度になされなければならないと解されている⁹⁾。

ところで、平成2（1990）年改正前の商法旧270条は、取締役の選任決議の無効確認・取消訴訟や取締役解任訴訟が提起された場合に取締役職務執行停止・代行者選任の仮処分が発令される旨を定めていた。しかし、平成2年の民事保全法の施行に際して、商法旧270条は削除され、この種の仮処分も民事保全法23条2項所定の「仮の地位を定める仮処分」の一種であることが明確にされた¹⁰⁾。その民事保全法23条2項によると、「仮の地位を定める仮処分命令は、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る」と規定されている。従っ

9) 東京地方裁判所商事研究会編・前掲注4)『類型別会社訴訟〔第2版〕II』883頁参照。

て、この仮処分の一類型（一種）である取締役の職務執行停止等の仮処分についても、民事保全法下では、被保全権利（本案請求権）が観念でき、かつ、保全の必要性、すなわち仮処分債権者に生ずる著しい損害または急迫の危険を避けるために必要不可欠であることが明らかである限り、発令できることになる。

2 取締役等職務執行停止等仮処分の本案訴訟

しかし、問題は、株式移転無効訴訟が、取締役等職務執行停止等の仮処分の本案訴訟として適切かどうかという点である。確かに、商法旧270条は、取締役の職務執行停止等仮処分の本案訴訟として、取締役の選任決議の無効確認・取消訴訟と取締役解任訴訟を予定していた。しかし、それは、会社の取締役の選任決議や解任決議をめぐって訴えが提起された場合に、当該取締役につき職務執行停止等仮処分が申し立てられることが多いことから、それらの訴えが上記仮処分の典型的な本案訴訟として例示されていたにすぎず¹¹⁾、商法旧270条の掲げる訴え以外の訴えを本案訴訟として認めない趣旨ではなかった。もちろん、判例・学説上、取締役の職務執行停止等仮処分の本案訴訟として認められるものには、その性質上、取締役の地位に関係する訴え（例えば、取締役選任決議不存在確認訴訟、取締役会決議無効確認訴訟、取締役資格不存在確認訴訟）が多かった¹²⁾。しかし、例えば、大決昭和6年2月23日民集10巻82頁は、株式会社の設立無効の訴え（商旧428条・会社828条1項1号）を本案として、取締役の職務執行（具体的には、清算人による株金の取立てをなす職務執行）停止仮処分を

10) 新谷勝『会社仮処分』（1992年、中央経済社）61-62頁、新谷勝『会社訴訟・仮処分の理論と実務』（2007年、民事法研究会）197頁、竹下守夫＝藤田耕三編『民事保全法』（1997年、有斐閣）383頁〔福永有利〕、吉川義春「取締役職務執行停止・代行者選任の仮処分」中野貞一郎＝鈴木正裕＝原井龍一郎編『民事保全講座3』（1996年、法律文化社）342頁、竹下守夫＝藤田耕三編『注解民事保全法〔下巻〕』（1998年、青林書院）167頁〔一宮なほみ〕など参照。

11) このことにつき、竹下守夫＝藤田耕三編『注解民事保全法〔上巻〕』（1996年、青林書院）249頁〔橘勝治〕参照。

12) この点につき、新谷・前掲注10『会社仮処分』65頁以下、東京地裁商事研究会『商事非訟・保全事件の実務』（1991年、判例時報社）329頁以下参照。

認めている。この場合、会社設立無効の訴えが提起されたからといって、取締役の職務が停止されるわけではなく、また、設立無効判決が確定しても、既存の法律関係は影響を受けるわけではない（商旧138条・会社644条2号参照）。しかし、当該取締役が職務を遂行し続けることによって、仮処分債権者に著しい損害や急迫の危険が発生するおそれがあり、それを避けるためにはその者を職務遂行から排除することが必要不可欠であることから、取締役職務執行停止仮処分が認められたものであり、この結論は学説でも支持されている¹³⁾。このことは、取りも直さず、仮の地位を定める仮処分では、仮処分債権者に生ずる著しい損害や急迫の危険を避けるために必要不可欠である限り、被保全権利たる本案請求権に必ずしも含まれていない権能や作用を仮処分の具体的内容（処分）として命ずることができることを意味する¹⁴⁾。そして、かかる取扱いは、商法旧270条の廃止によって何ら変わらないだけでなく、かえって同条が廃止され、取締役等の職務執行停止等仮処分が民事保全法23条2項の「仮の地位を定める仮処分」の分類であることが明確になったことにより、取締役等の職務執行停止等仮処分の本案訴訟となり得る訴訟（本案請求権）の範囲は広がったといえる¹⁵⁾。

3 株式移転無効訴訟を本案とする取締役等の職務執行停止等仮処分発令の可否

では、株式移転により完全親会社(A)の株主となった甲が、株式移転無効訴訟を本案として、株式移転計画により就任した完全親会社(A)の取締役につき

13) 石井照久「判批」東京大学民事法研究会『判例民事法[昭和6年度]』（1920年、有斐閣）46頁、山口和男編『会社訴訟非訟の実務〔3訂版〕』（1991年、新日本法規出版）538頁、同編『会社訴訟非訟の実務〔新版〕』（2001年、新日本法規出版）396頁、新谷・前掲注10『会社仮処分』72頁、新谷・前掲注10『会社訴訟・仮処分の理論と実務』200頁、本間健裕「取締役らの職務執行停止・代行者選任の仮処分」門口正人編『〔新・裁判実務大系11〕会社訴訟・商事仮処分・商事非訟』（2001年、青林書院）241頁など。

14) このことにつき、竹下＝藤田編・前掲注11『注解民事保全法[上巻]』259-260頁〔藤田耕三〕、原井龍一郎＝河合伸一編『実務民事保全法』（1991年、商事法務研究会）164頁参照。

15) 新谷・前掲注10『会社仮処分』51頁。

職務執行停止等仮処分を申し立ててきたときに、裁判所はこの仮処分を発令できるか。

確かに、甲が株式移転無効訴訟を提起したからといって、株式移転計画により就任した完全親会社(A)の取締役乙の職務執行が当然に停止するわけではなく、また、株式移転無効判決が確定したとしても、株式移転計画自体が遡って無効となるわけではない。しかし、株式移転計画により就任した完全親会社(A)の取締役乙がそのまま株式移転計画に従って職務を遂行し続けることにより、仮処分債権者たる甲(株式移転により完全親会社[A]の株主となった完全子会社[B]の旧株主)に、回復困難な大きな損害や急迫の危険が生じるおそれがあるという点を考慮すると、会社の設立無効の訴えの場合と同様に、完全親会社(A)の取締役乙についての職務執行停止等の仮処分は認められるべきである。これは、ちょうど、新株発行手続に瑕疵があることを理由として、新株発行後に新株発行無効の訴え(会社828条1項2号)が提起されたからといって、発行された新株について議決権行使が妨げられるわけではなく、しかも、新株発行無効判決が確定しても、新株は将来に向かって無効となるにとどまり、遡及効を有するわけではない(会社839条)が、仮処分債権者(株主)に生ずる著しい損害または急迫の危険を回避するために、新株発行無効の訴えを本案として、「仮の地位を定める仮処分」(民保23条2項)の一類型としての新株主の議決権行使禁止の仮処分が一般に認められている¹⁶⁾のと同じである。従って、株式移転により完全親会社(A)の株主となった甲(完全子会社[B]の元株主)が、完全子会社

16) 判例・通説である。神戸地判昭和31年11月1日下民集7巻2号185頁、鴻常夫『商法研究ノートⅠ』(1965年、日本評論社)225頁、清水湛「株主議決権行使停止の仮処分の効力の及ぶ範囲」商事法務300号(1963年)13頁、大隅健一郎「株主権に基づく仮処分」吉川大二郎博士還暦記念『保全処分の体系(下)』(1966年、法律文化社)658頁、鈴木忠一＝三ヶ月章編集『注釈民事執行法(7)』(1984年、第一法規)24頁〔飯塚重男〕、山口編・前掲注13)『会社訴訟非訟の実務〔3訂版)』233頁、新谷・前掲注10)『会社仮処分』210頁、新谷・前掲注10)『会社訴訟・仮処分の理論と実務』136頁、東京地裁商事研究会・前掲注12)『商事非訟・保全事件の実務』264頁、中島弘雅「株式をめぐる仮処分」中野＝鈴木＝原井編・前掲注10)『民事保全講座3』291-292頁、東京地方裁判所商事研究会編・前掲注4)『類型別会社訴訟〔第2版)Ⅱ』900頁など。

となった旧会社(B)における株式移転計画の承認（株主総会）決議に瑕疵があることを理由に株式移転無効訴訟を提起する際に、この訴訟を本案として、株式移転計画により完全親会社(A)の取締役役に就任した乙について職務執行停止等の仮処分を申し立ててきた場合に、裁判所がこの仮処分を発令することは、民事保全法23条2項の解釈として可能であると解される。

Ⅲ 取締役等による議決権行使禁止仮処分発令の可否

次に、株式移転により完全親会社(A)の株主となった甲（完全子会社(B)の元株主）が、株式移転無効訴訟を提起する際に、この訴訟を本案として、完全親会社(A)の取締役乙が職務の一環として行う具体的な行為、例えば、完全子会社(B)の株主総会において、Bの会社組織の基礎的変更にかかる特定の議案（例えば、合併契約承認決議）につき、乙が賛成票を投じることを禁止する仮処分（議決権行使禁止の仮処分）を、取締役等の職務執行停止等の仮処分の一環として、求めることができるかどうかという問題の検討に移る。

民事保全法24条は、仮処分の申立てを受けた裁判所が発令できる仮処分の内容につき、「裁判所は、仮処分命令の申立ての目的を達するため、債務者に対し一定の行為を命じ、若しくは禁止し、若しくは給付を命じ、又は保管人に目的物を保管させる処分その他の必要な処分をすることができる」と、裁判所が、仮処分命令の内容を自由裁量で決めることができる旨を明らかにしている¹⁷⁾。もちろん、取締役等に対して職務執行停止等を命じる場合には、例えば、「1 本案判決が確定に至るまで、債務者会社の代表取締役兼取締役A、取締役B、同C、監査役Dの各職務の執行を停止する。2 前記職務執行停止期間中、代表取締役、取締役および監査役の各職務を行わせるため、裁判所が選任する者をそれぞれ職務代行者に選任する。」といった主文が用いられるのが一般的で

17) このことにつき、竹下＝藤田編・前掲注11)『注解民事保全法〔上巻〕』254頁〔藤田〕、松浦馨＝三宅弘人編『基本法コンメンタール民事保全法』（1993年、日本評論社）136頁〔田近年則〕参照。

あろう¹⁸⁾。

しかし、取締役等職務執行停止等仮処分を含む「仮の地位を定める仮処分」は、争いのある権利関係について、暫定的に権利関係を形成して、仮処分債権者に生じる現在の危険や不安を除去・防止するために認められるものである¹⁹⁾。従って、この種の仮処分が許容されるためには、何よりも、当該仮処分によって仮処分債権者の現在の危険・不安が除去されるということが最も重要である。そうだとすると、裁判所が取締役等の職務執行停止等仮処分を発令する場合にも、できるだけ抽象的な内容の命令を避け、むしろ、職務の執行停止を申し立てられた取締役が具体的に進めようとしている個々の行為を端的に禁止するほうが、仮処分債権者に生ずる現在の危険や不安を除去するという「仮の地位を定める仮処分」の制度目的に適うと考えられる。

ところで、わが国では、株主総会決議の効力を争う訴え（決議取消し、決議無効・不存在確認の各訴え）が提起される場合に、その訴えを本案として、併せて、株主総会決議の効力停止仮処分が発令されることがあり²⁰⁾、これを支持する学説²¹⁾もある。これに対し、わが国の株主総会決議の効力を争う訴訟制度の母国であるドイツには、株主総会決議の効力停止仮処分を認める判例・学説はなく、株主総会決議の効力を争う訴訟を本案として申し立てられる仮処分は、例えば、株主総会決議の実行行為を直接禁止する仮処分や商業登記簿への登記申請を禁止する仮処分など、決議の存在を前提に進められる具体的な行為

18) この点につき、新谷・前掲注10)『会社訴訟・仮処分の理論と実務』213頁参照。

19) このことにつき、兼子一『増補強制執行法』（1974年、酒井書店）299頁・322頁、菊井維大＝村松俊夫＝西山俊彦『三訂版仮差押・仮処分〔現代実務法律講座〕』（1982年、青林書院）207頁、西山俊彦『新版保全処分概論』（1985年、一粒社）4頁。

20) 甲府地判昭和35年6月28日判時237号30頁。

21) 菊井ほか・前掲注19) 341-342頁。定款変更決議につき、大隅・前掲注16) 665頁、宮崎富哉＝中野貞一郎編『仮差押・仮処分の基礎』（1977年、青林書院）89頁〔中野貞一郎〕など。会社合併承認決議につき、大隅・前掲注16) 665頁、新堂幸司「仮処分」『経営法学全集(19)経営訴訟』（1966年、ダイヤモンド社）151頁（同『権利実効法の基礎』〔2001年、有斐閣〕60頁）など。

の禁止を端的に命ずる仮処分限定されている²²⁾。ドイツにおけるかかる取扱いは、株主総会決議の内容が執行を要する場合についてはもちろんのこと、決議の内容が執行を伴わないで効力を生ずる場合についても、それらの決議内容の実現のために取締役等による何らかの実行行為が必要とされる限り、決議の効力それ自体を停止する仮処分を発令してもあまり実益はなく、むしろ、そのような場合には、取締役等が決議の執行として行う行為（決議が執行を要する場合）や、会社が決議の有効な存在を前提に進める具体的な行為（決議が執行を要しない場合）を停止ないし禁止する仮処分を求めるべきであり、また、そのほうが、仮処分債権者の現在の危険や不安を除去するという「仮の地位を定める仮処分」の制度目的に沿うものであるとの考え方²³⁾に通ずるものである。そして、実は、先に紹介した前掲大決昭和6年2月23日の事案も、会社設立無効訴訟を本案として職務執行停止仮処分を認めた事例とされているが、裁判所が仮処分債務者たる清算人に命じた具体的な処分の内容は、清算人が株金の取立てをなすことを禁ずるものであった。

このようにみえてくると、株式移転により完全親会社(A)の株主となった甲（株式移転により完全子会社となった会社[B]の旧株主で、株式移転により完全親会社[A]の株主となった者）が、旧会社(B)における株式移転計画の承認（株主総会）決議に瑕疵があることを理由に株式移転無効の訴えを提起する際に、この訴訟を本案として、完全親会社(A)の取締役乙についての職務執行停止等の仮処分を求めるとともに、完全親会社(A)の取締役乙がその職務の一環として行う具体的な行為、具体的には、完全子会社(B)の株主総会において、仮処分債権者

22) この点については、中島弘雅「西ドイツにおける会社仮処分」竜喜喜助先生還暦記念『紛争処理と正義』（1988年、有斐閣出版サービス）253頁参照。

23) このことにつき、中島弘雅「株主総会をめぐる仮処分」中野＝鈴木＝原井編・前掲注10)『民事保全講座3』331頁参照。ちなみに、会社訴訟の専門部たる東京地裁民事第8部の裁判官・書記官が同部での経験を踏まえて執筆されたとされる、東京地裁商事研究会・前掲注12)『商事非訟・保全事件の実務』（1991年）、および東京地方裁判所商事研究会編・前掲注4)『類型別会社訴訟(第2版)Ⅱ』をひもとく限りでは、「商事仮処分」の箇所に「株主総会決議の効力停止仮処分」に関する記述はない。

甲に決定的な影響を及ぼすおそれのある同社(B)の会社組織の基本的変更にかかる特定の議案(例えば、合併契約承認決議)について、賛成票を投ずることを禁止する仮処分(議決権行使禁止の仮処分)を、取締役等の職務執行停止等の仮処分の一環として求めることは、民事保全法23条2項・24条の解釈としては、むしろ推奨されこそすれ、決して許されないものではないと解される。かえって、具体的な禁止行為を特定して発令する仮処分のほうが、取締役等の職務執行を一般的に停止(禁止)する仮処分よりも、仮処分債権者甲に損害を与える行為を効果的に阻止することができる。ここに試論として提案しておきたいと思う。

IV おわりに

筆者は、かつて、株式会社の株主総会における合併承認決議に瑕疵がある場合に、株主総会決議の効力を争う訴訟を本案として、株主総会決議の効力停止仮処分を求める実益があるか、という問題について論じた際に、この種の仮処分の性質(=仮の地位を定める仮処分)を考慮すると、仮処分が許容されるためには、それによって仮処分債権者の現在の危険・不安が除去されることが前提となるが、会社合併承認決議の場合には、仮に合併承認決議の効力だけが停止されたとしても、それによって代表取締役等が仮処分に違反して進めようとする具体的な合併手続(例えば、財産および株主関連書類の授受、合併の登記など)まで同時に差し止められるわけではないから、仮処分債権者の現在の危険・不安の除去という観点からは、この場合には、むしろ、端的に、決議の執行行為である具体的な合併手続の停止ないし禁止を命じる仮処分を求めるべきであって、合併承認決議の効力停止仮処分を求めるべきではないと述べたことがある²⁴⁾。本稿で検討したのは、①株式移転により完全親会社(A)の株主となった甲(完全子会社(B)の元株主)が、株式移転無効訴訟を本案として、完全親会社

24) 中島・前掲注23)「株主総会をめぐる仮処分」中野=鈴木=原井編『民事保全講座3』330-331頁。

(A)の取締役乙につき、職務執行停止等仮処分を申し立てることができるかという問題と、②同じく甲が、完全親会社(A)の取締役乙が、完全子会社(B)の株主総会において、Bの会社組織の基礎的変更にかかる特定の議案（例えば、合併契約承認決議）について賛成票を投じることを禁止する仮処分（議決権行使禁止の仮処分）を、①の職務執行停止等の仮処分の一環として、申し立てることができるかという問題であるが、ここでも、それらの仮処分が「仮の地位を定める仮処分」の性質を有しているという点を考慮すると、裁判所は、それらの仮処分を発令できると解すべきであるとの結論に至った。

そういった意味で、本稿は、平成9（1997）年の商法改正によってわが国に導入された株式移転の手續に瑕疵がある場合に、株式移転無効訴訟を本案として、どのような内容の商事仮処分を発令すべきかという問題につき、前稿で明らかにした筆者の基本的なスタンスからこれを検討したにすぎない未熟な小稿であるが、今春めでたく、慶應義塾大学法科大学院を定年退職される豊泉貫太郎先生と、Robert McIlroy先生に本稿を捧げ、両先生の今後のご健勝とご活躍をお祈りする次第である。

（2011年1月15日稿）