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

Title	〔商法五四四〕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(東京地裁平成二四年一月一七日決定)
Sub Title	
Author	岡本, 智英子(Okamoto, Chieko) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2014
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.5 (2014. 5) ,p.69- 81
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=AN00224504-20140528-0069

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　五四四〕 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

（東京地裁平成二四年一月一七日決定
平成二三年(モ)第四〇〇五八号保全異議申立事件
金融・商事判例一三八九号六〇頁
【原決定認可（確定）】）

〔判示事項〕

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（会社法一九九条一項、二項）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り、無効である場合は被保全権利の疎明がある。

新株発行後の株主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、本案訴訟の判決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がある。

〔参照条文〕

会社法一九九条・八三九条、民事保全法二三条

〔事　実〕

債務者Yは、建物管理の代行及び派遣業等を目的とする株式会社であり、株式譲渡制限会社である。債権者X_1 X_2 X_3は、いずれもYの株主であり、X_1は少なくとも一万一四〇〇株、X_2は六〇〇〇株、X_3は七〇〇〇株を保有している。X_1とX_3は、Yの取締役でもある。

平成二二年一二月一四日、Yの第三六回定時株主総会

（以下「一二月総会」という。）が開催された。また、Yについて、委任状提出者を含む九名の株主が出席し（出席株主の有する議決権数四万個）、第三者割当ての方法による普通株式二万株の発行を行うこと（本件新株発行）について満場一致で承認可決（以下「本件決議」という。）されたという内容が記載された平成二三年一月一七日付けの臨時株主総会議事録が作成されている（以下、同議事録に表示された株主総会を「一月総会」という。）。Yは、平成二三年三月三一日、本件新株発行を行い、Yの発行済株式の総数は四万株から六万株に増加した。

Xらは、平成二三年九月六日、本件新株発行につき、新株発行無効の訴え（本案訴訟）を提起した。また、Xらは、平成二三年一〇月一二日、会社法三〇三条及び三〇五条に基づき、Yの代表取締役に対し、同人の取締役からの解任、取締役六名及び監査役二名の各選任を平成二三年一〇月期総会の目的とすること、Xらが提出しようとする上記各議案の要領を株主に通知することを請求した。平成二三年一〇月期総会は、開催されていない。

Xらは、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、平成二三年一〇月期総会において、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（以下「本件仮処分命令申立て」という。）をしたところ、東京地方裁判所は、Xらの本件仮処分命令申立てを認容する旨の仮処分決定をした（東京地決平成二三年一一月二九日（判例集未登載））。

Y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。

〔判　旨〕原決定認可（確定）

一　被保全権利の存否

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（会社法一九九条一項、二項）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。

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、Y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。

……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。

二　保全の必要性

一件記録及び審尋の全趣旨によれば、平成二三年一〇月期総会における決議事項には、Y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、本案訴訟の判決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、Xらに著しい損害が生じること、X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。

〔研　究〕結論賛成

一　本件は、公開会社でない会社において、新株発行無効判決の確定前に、新株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認容する旨の仮処分決定がなされ、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事案である。新株発行無効の訴えの認容判決が確定しても遡及効がない（会社法八三九条）。したがって、その新株発行に無効事由があるとしても、新株発行無効の訴えの認容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となる。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の行使を禁止することはできるのかどうかが問題となる。株主の議決権行使の禁止の仮処分は仮の地位を求める仮処分命令であり、仮の地位を求める仮処分命令は、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にこれを必要とするときに発することができる（民事保全法二三条二項）。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において、争いがある権利関係（被保全権利）は新株発行無効請求権であるが、それがあるのかどうか、ある場合には保全の必要性についてどう判断すればよいのかが初めて問題となった事例である。

議決権行使禁止の仮処分については、株式の帰属が争われる場合、株式の存在が争われる場合に加え、議決権の濫用を理由とした場合も現れている（いわゆる国際航業事件に関する東京地決昭和六三年六月二日判例時報一二七七号（一九八八年）一〇六頁）。株主の議決権行使に関する仮処分には、仮処分の許容性、仮処分債務者適格、定足数の計算、事後における本案敗訴等と決議の効力が問題となるが、これらの検討に際しては仮処分の態様並びに場面によって差異がある（松浦馨「株主の議決権行使に関する仮処分」ジュリスト増刊『商法の争点（第三版）』（有斐閣、一九九三年）一一六頁（松浦①））。本件は、新株発行の効力が争

われ、株式の存在そのものが争われている場合であるので、この場合に絞って、前述についての検討を行う。本判決は、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は可能であることを前提として、非保全権利の存否と保全の必要性について判示しているが、この二つの問題は、前述の問題と密接に関連しているので、本稿では、まず、新株発行無効の訴えを本案訴訟とする議決権仮処分は可能か否かとそれに付随する問題を考察した上で、非保全権利の存否と保全の必要性について検討を行う。

二　まず、新株発行の無効判決の確定前において、当該新株発行に係る株式について議決権行使禁止の仮処分が認められるかどうかが問題となる。否定説は、新株発行無効判決は確定しても遡及効がないので（会社法八三九条）、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とを前提とする限り、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する（垣内正「議決権行使禁止の仮処分申請事件」山口和男ほか『商事非訟・保全事件の実務』（判例時報社、一九九一年）二七〇頁。但し、授権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、新株主による議決権行使が権利濫用とみうるときのみ議決権行使禁止の仮処分が許容されるとする（同・二七一頁））。

実務上は一概にかかる仮処分を否定する取扱いはしておらず（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・裁判実務大系第一一巻会社訴訟・商事仮処分・商事非訟』（青林書院、二〇〇一年）二三三頁）、判例は以下のとおり肯定している。①神戸地判昭和三一年二月一日（下級裁判所民事裁判例集七巻二号（一九五六年）一八五頁）は、株主総会決議取消ないし不存在確認訴訟を本案訴訟とする取締役の職務執行停止、代行者選任の仮処分訴訟であるが、すでに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がなされている事例であり、「新株発行を無効とする確定判決は、将来に向かってのみ新株を無効とするものであるところ、右仮処分は、右判決確定以前に新株そのものから仮に議決権を奪うことによってつまりその限度において、右新株の無効（いわば一部無効）の状態ないし地位を暫定的に実現しているものである。」と判示している。②東京高判昭和四三年九月二〇日（東京高等裁判所（民事）判決時報

一九巻九号（一九六八年）一八七頁）は、「新株募集の取締役会の決議不存在確認を本案訴訟とする議決権行使禁止の仮処分を求めたことに対し、その発行に関する決議が本案訴訟において不存在と確定されても、別に新株発行無効の訴えをしないかぎり、新株の発行を無効とするに由ないものといわなければならない。」とし、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前提としているようである。③名古屋地判昭和五九年六月二二日（判例タイムズ五三三号（一九八四年）一四六頁）は、既存株主が新株主に対し会社の株主総会における新株主の議決権行使禁止の仮処分決定を得た後に、右決定に対し本案訴訟の起訴命令がなされ、既存株主がこれに応じて会社を相手とする新株発行不存在および無効確認の訴えを提起したが、新株主が右訴えは本件仮処分の本案訴訟にあたらないとして、本件仮処分の取消を求めたものであるが、「本件仮処分は新株発行不存在確認ないし無効遡及権を被保全権利とし、新株主名義の新株式の効力がないことを前提とした議決権行使禁止の仮処分であることは明らかであり、新株の発行に無効原因があるとしてこの場合、本案訴訟で新株主名義の株式の効力を争うには、商法所定の新株発行無効の訴えによらねばならず、本案訴訟の被告と仮処分の債務者が異なることになっても、右訴えをもって本件仮処分の本案訴訟と解するのが相当である。」とし、新株主の申立てを棄却した判決である。④東京地決平成二三年一一月二九日（判例集未登載）は、本件の原決定である議決権行使禁止仮処分であるが、債権者らの仮処分命令申立てを認容する旨の仮処分決定を行っている（金融・商事判例一三八九号（二〇一二年）六三頁）。⑤本件である。会社法の下で、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た公表裁判例として初めてのものである（大塚和成「本件判批」銀行法務21七四〇号（二〇一二年）七一頁、弥永真生「本件判批」ジュリスト一四三八号（二〇一二年）三頁、受川環大「本件判批」法学教室三九〇号判例セレクト二〇一二［Ⅱ］（二〇一二年）一六頁）。

判例同様、肯定説は、この仮処分は非訟事件的あるいは会社行政的性格の濃いものとしてその面をかなり強く考えて仮処分を認めることは可能であり（鴻常夫『商法研究ノートⅠ』（日本評論社、一九六五年）二二五頁）、新株発行無効の訴えに遡及効が認められないのは、単に法律関係の処理の単純化のための便宜に基づくのであって、そのことのゆえに仮処分の必要性が存するに拘らず、これを否定するのは正当ではないとする（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〕』（法律文化社、一九六六年）六五八頁、新堂幸司「仮処分」三ケ月章・新堂幸司・北沢正啓・喜多川篤典『経営訴訟　経営法学全集一九巻』（ダイヤモンド社、一九六六年）一四〇頁、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『裁判所実務大系第三巻会社訴訟・会社更生法』（青林書院、一九八五年）一二九頁、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、一九九六年）二九二頁、野村秀敏『民事保全法研究』（弘文堂、二〇〇一年）二〇五頁、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、二〇一一年）一八三頁、飯畑勝之＝阿部弘＝布目貴士「議決権行使禁止の仮処分」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、二〇一一年）八八九頁、北村雅史「本件判批」私法判例リマークス四六号（二〇一三年）八九頁）。

次に、仮処分債務者適格の問題である。仮処分の債権者は、本案訴訟である新株発行無効の訴えの原告適格者たる株主、取締役又は清算人（監査役設置会社にあっては株主、取締役、監査役又は清算人、委員会設置会社にあっては株主、取締役、執行役又は清算人）（会社法八二八条二項二号）であるが、新株の株主を債務者としてもよいかが問題となる。この場合の仮処分は一体として取り扱われるべきものであり（鴻・前掲・二二五頁）、単に特定の株主について議決権の行使を停止するだけのものではなくして、無効の訴えの対象となっている新株の全部につき議決権そのものを剝奪し、その限度において新株の無効の状態を暫定的に実現するものにほかならないからとして、仮処分債務者については会社のみとする説（鴻・前掲・二二五頁、大隅・前掲・六五九頁、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」鈴木忠一編『会社と訴訟（上）松田判事在職四十年記念』（有斐閣、一九六八年）二六七頁、野村・前掲・二一三頁、新谷・前掲・一八四頁）、新株主のみを債務者としてもよいとする説（清水湛「株主議決権行使停止の仮処分の効力の及び範囲」商事法務三〇〇号（一九六三年）一四頁）、会社に加え、新株発行無効の訴えが対世的効力を有することから本案訴訟の判決の効力の及ぶ第三者たる新株主も債務者としてもよいとする説（竹中・前掲・一二九頁、中島・前掲・二九三頁）に分かれている。実務上は会社と新株主の双方を債務者（又は第三債務者）として、会社に対しては議決権行使不許容の、新株主に対しては議決権行使停止の仮処分をして

おり（前掲・清水・一四頁）、前述の③判決は、新株発行無効の訴えの被告は会社、議決権行使禁止の仮処分の債務者が新株主であっても、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を認めることはできるとする。本件は、この点については問題としておらず、どの立場に立っているのかは不明であるが、仮処分の債務者は会社だけであり、本案訴訟の被告と仮処分の債務者は一致している。

議決権行使禁止の仮処分により議決権行使を停止された新株の数は、定足数の計算に際して、判決確定まで新株自体から議決権を奪うものであるから、発行済株式の総数に算入すべきでないと解されている（③判決、鴻・前掲・二二五頁、竹中・前掲・一三〇頁、垣内・前掲・二七八頁、野村・前掲・二一三頁、新谷・前掲・一八四頁）。

議決権行使許容の仮処分命令に従って議決権行使がされ決議がなされたが、本案訴訟である新株発行無効の訴えを棄却する判決が確定した場合、当該株主総会の決議取消事由になるかどうかについては、決議の当時仮処分は有効であったのだから、法律関係の安定を図るためにも取消事由とならないとする説（大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第三版〕』（有斐閣、一九九二年）八〇頁、西原寛一＝大隅健一郎＝鈴木竹雄＝大森忠夫『株主総会』（有斐閣、一九五八年）六七頁～七〇頁（大隅・大森発言・西原各発言）、吉川大二郎『判例保全処分』（法律文化社、一九六一年）一二〇頁、井関浩「株主たる地位（株券）の帰属をめぐる紛争の際の保全処分」西山俊彦＝林屋礼二編『仮差押・仮処分〔実務法律体系第八巻〕』（青林書院新社、一九七二年）五二九頁、今井宏「議決権行使禁止の仮処分―東京地裁昭和六三・六・二八決定（国際航業事件）を中心に―」姫路法学第二号（一九八九年）六五頁、長谷部幸弥・前掲・二三六頁、西村英樹＝馬渡直史「株主総会決議取消し、不存在確認、無効確認の訴え」東京地方裁判所研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕』（判例タイムズ社、二〇一一年）四四三頁）がある。これに対して決議により選任された取締役を排除するためには取締役解任の決議によることを要するなど困難をともない、債権者・債務者をできるだけ公平に取り扱うよう解釈すべきであるとの要請に反するという批判があり（今井・前掲・六五頁）、仮処分の仮定性からできるだけ原状回復の可能性を確保する解釈が要求されることや、債権者の受ける利益・不利益と債務者の受けるそれとができるだけ均衡するような解釈が望まれることから（松浦馨「株主の議決権行使に関する仮処分」

北沢正啓編『判例と学説5・商法Ⅰ（会社）』（日本評論社、一九七七年）一七八頁（松浦②）、出訴期間の起算日を判決確定日として取消事由となるとする説（西原他・前掲・七〇頁（鈴木発言）、松浦②・前掲・一七八頁、長谷部茂吉・前掲・二六五頁、垣内・前掲・二七九頁、中島・前掲・二九九頁、野村・前掲・二一三頁、北村・前掲・八九頁）と、取消事由になると解した上で出訴期間の三ヶ月以内に提訴しておくべきとする説（新谷・前掲・二〇〇頁）がある。

三　保全命令の申立ては、その趣旨並びに保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性を明らかにして、これをしなければならず（民事保全法一三条一項）、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（同法同条二項）。

まず、被保全権利の存否であるが、本件は新株発行無効の訴えを本案訴訟として議決権行使禁止の仮処分であり、非保全権利は新株発行無効請求権である（③判決、垣内・前掲・二七〇頁、飯畑＝阿部＝布目・前掲・八八九頁）。新株発行の無効事由については制約されていることから、仮処分が発令される場合も限定される（新谷・前掲・一八三頁）。本件で問題となるのは、公開会社でない会社において、株主総会の特別決議を経ないで行われた新株発行の効力である。判例（①横浜地判平成二一年一〇月一六日（判例時報二〇九二号（二〇一〇年）一四八頁）、②東京高判平成二二年六月二九日（金融・商事判例一三六〇号（二〇一一年）一六頁：①の控訴審）、③東京地決平成二四年一月一七日（金融・商事判例一三八九号（二〇一二年）六〇頁）、④東京地判平成二四年四月二七日（LEX/DB文献番号25492591：判例集未登載）、⑤最判平成二四年四月二四日（最高裁判所民事判例集六六巻六号（二〇一二年）二九〇八頁）においても、学説（吉本健一「新株発行・自己株式の処分の無効事由・不存在事由」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）八七頁、宮島司『新会社法エッセンス〔第三版補正版〕』（弘文堂、二〇一〇年）二八二頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第四版〕』（有斐閣、二〇一一年）七一四頁、神田秀樹『会社法〔第一四版〕』（弘文堂、二〇一二年）一三八頁、弥永真生『リーガルマインド会社法〔第一三版〕』（有斐閣、二〇一二年）三〇〇頁）においても無効である。

⑤判決は初めての最高裁判決であるが、「公開会社でない株式会社（以下、「非公開会社」という。）については、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには、

取締役（取締役会設置会社にあっては、取締役会）に委任した場合を除き、株主総会の特別決議によって募集事項を決定することを要し（会社法一九九条）、また、株式発行無効の訴えの提訴期間も、公開会社の場合は六箇月であるのに対し、非公開会社の場合には一年とされている（同法八二八条一項二号）。これらの点に鑑みれば、非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である。」と判示した。

本件においては、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ので、被保全権利の疎明があるとする。

次に、保全の必要性の判断についてである。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（民事保全法二三条二項）。本案判決までの間に非株主が議決権を行使することにより回復しがたい損害を生じることの疎明が必要であり、決議事項の内容の如何が重要である（長谷部幸弥・前掲・二三四頁、飯畑＝阿部＝布目・前掲・八九一頁）。会社の経営権に変動を生じさせる場合（取締役の選任、解任等）、会社の経営に重大な影響を与える場合（事業譲渡、合併、解散等）には、原則として保全の必要性があると考えられるが、その他の場合には、保全の必要性は原則として認められない（垣内・前掲・二七三頁、長谷部幸弥・前掲・二三四頁、飯畑＝阿部＝布目・前掲・八九一頁）。争いとなっている議決権の行使如何によって会社の経営権の所在が動くおそれのないときは保全の必要性がないともいえる（竹中・前掲・一二九頁）。

本件は、決議事項には経営権の所在に変動を生じさせる事項が含まれており、議決権の行使により債権者らに著しい損害が生じること、債権者らに生じ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としており、前述の学説と同じ立場である。

新株発行無効の訴えを本案訴訟とする議決権仮処分の許容性を認める立場に立つとしても、二で検討した問題に加えて、被保全権利の存否と保全性の必要性を厳重に解し、効果を弱く解すれば、実質上不許可説に限りなく近づくことになる（松浦・前掲②・一六八頁）。この点を含めて、以下、検討を行う。

四　本件の被保全権利は新株発行無効訴権である。新株発行行為の効力は新株発行無効の訴え（会社法八二八条一項二号）と新株発行不存在確認の訴え（同法八二九条二号）においてのみ争うことができる。新株発行行為は、社団法的な一つの法律行為であり、認容判決の効力は第三者にも及び（会社法八三八条）、将来に向かってその効力を失う（同法八三九条）。無効確定の効力が当事者間においてのみ生ずるものとするとその法律関係は錯綜して解決することが得ないものがあると同時に、新株発行行為が初めより効力がないものとすると、新株の払込、その譲渡、これに対する利益の配当等の多数人間の多数行為は皆無効となって、解決できない問題が生ずるから、無効判決の効力を対世的かつ非遡及的とする必要があるのである（松本烝治「商法改正要綱解説（五）」法学協会雑誌五〇巻一号（一九三二年）一四〇頁）。法律関係を簡明にし（松本・前掲・一四二頁）、法律関係の錯綜を避けるためである（司法省民事局編『商法中改正法律案理由書（総則会社）』（一九三七年、清水書店）二〇九頁）。

新株発行無効の訴えの提起から裁判によって当事者間の権利義務関係が確定されるまでには、相当の時間がかかり、訴訟過程中、不安定な状態におかれることになり、訴訟で主張された権利が判決の確定によって認められるまでの間、現在の紛争関係から判決確定後の権利関係へのいわば橋渡しとして、紛争当事者間に一定の法律関係を形成・設定するものとして仮処分という制度がある（新堂・前掲・九七頁）。無効の認容判決が出されるまでは、新株発行の効力は有効だからといって議決権を行使すると、新株発行が無効になった場合、その株主総会で取締役の選任決議が行われ経営権の移動があった場合には再度やり直さなければならないことになるので、議決権を行使させないという仮処分が必要な場面もある。よって、新株発行無効の訴えを本案訴訟とする議決権禁止の仮処分の許容性は認めるべきである。本案訴訟が敗訴となった場合に決議取消しを認めないと、債権者の権利を認めすぎることになるが、決議取消しを認めると、結局は法律関係が錯綜することとなり、法律関係が錯綜しないようにするために無効判決の効力を不

遡及とした意味が消えてしまうことになる。また、決議取消しを認めるとすると決議取消しの訴えの出訴期間である三ヶ月を過ぎている可能性が高いので、出訴期間の起算日を判決確定日とすべきであるという方向へ向かうことになるが、そもそも法律関係の早期安定のために出訴期間を三ヶ月と限定している（会社法八三一条）意味がなくなるので、出訴期間の三ヶ月以内に提訴しておくべきである。仮処分の許容性は認めるが、被保全権利の存否と保全の必要性の疎明は厳格であるべきである。まず、明らかに新株発行が無効である場合にのみ被保全権利を認めるべきである。三の⑤判決は、「非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続に重大な法令違反があり、この瑕疵は株式発行の無効原因となると解するのが相当である。」とするが、株主総会の特別決議を経ないままという状況には、株主総会の特別決議の不存在の場合と瑕疵がある場合の二つが考えられる。新株発行決議が不存在といっても、新株発行の効力発生後変更登記を行う際には株主総会決議議事録は必要となるので、議事録は存在することとなり、新株発行決議の不存在については法的評価とならざるを得ない。事実関係から虚偽の議事録であることが明らかである場合にのみ被保全権利を認めるべきである。株主総会決議に瑕疵がある場合には本案訴訟が敗訴となる可能性もあるので明らかに瑕疵がある場合にのみ被保全権利を認めるべきである。次に、保全の必要性の疎明については、決議の内容が会社の経営権に変動を生じさせる場合あるいは会社の経営に重大な影響を与える場合に、これらの決議の結果に影響を及ぼす場合にのみ保全の必要性を認めるべきである。

新株発行無効の訴えを本案訴訟とする議決権禁止の仮処分とは、会社が行った新株発行行為というひとつの法律行為の無効により、特定の株主の議決権の行使の禁止を求めるのではなく、新株主全員の議決権の行使の禁止を求めることであるので、仮処分の債務者は新株主ではなく会社となる。集団関係の画一的な取扱いを目的として、元来新株発行無効判決の効力は第三者に及ぶとされているが、右の仮処分の場合にも妥当するのが相当であるから、仮処分命令が会社のみを仮処分の債務者としていても、すべての新株式名義人を拘束する、と解すべきである（新株式の名義人は、会社に対する新株発行無効の訴えについて会社側に共同訴訟的補助参加をすることができる）（新堂・前掲・一四〇頁）。

会社法では、取締役会設置会社ではない株式会社の場合、株主総会招集通知に記載された事項以外の事項も決議できるため、保全の必要性は、株主総会招集通知に記載された目的事項以外の事情をも考慮して疎明することになり（北村・前掲・八九頁）、保全の必要性の疎明が穏やかになってしまう可能性があるが、その際は明らかに決議の結果に影響を及ぼす場合にのみ限定すべきである。

五　新株発行無効の訴えを本案訴訟とする議決権禁止の仮処分を許容すべきであるが、被保全権利の存否と保全の必要性の疎明については厳格に解釈すべきであるという立場を前提として、本件について検討を行う。

事実によると一二月総会において本件新株決議は行われておらず、一月総会の臨時株主総会の議事録はあるが、その議事録によると議決権数四万個の株主（委任状提出者を含む九名）が出席し、第三者割当ての方法による普通株式二万株の発行を満場一致で承認可決したとある。また、本件新株発行の結果、Ｙの発行済株式の総数は四万株から六万株に増加したとあるので、一月総会の議事録にある出席株主の有する議決権数四万個は、Ｙの発行済株式総数であり、本案訴訟の原告であり仮処分の債権者であるＸも本件新株発行に賛成したこととなる。本件新株発行に賛成をして、本件新株発行の無効の訴えを提訴することは考えにくいことであるので、一月総会の議事録は虚偽である可能性が高い。一月総会は臨時株主総会として開催されたことが認められるとしている点については詳細が定かではないが、結論としては、募集事項を決定する株主総会決議（会社法一九九条一項、二項）の不存在であるとしているので、そのとおりであり問題はない。本判決の判示どおり、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、本件新株発行は無効であると認められ、被保全権利はある。

次に、保全の必要性についてである。Ｘらは発行済株式数四万株のうち二万七〇〇〇株を保有していたが、本件新株発行により、持株比率が過半数を切ることになる。本件新株発行の無効の訴えを提起し、平成二三年一〇月期総会の目的として、Ｙの代表取締役に対し取締役からの解任、取締役六名及び監査役二名の選任について株主提案を行っていることからすると、経営権の支配を争っている状況であると考えられる。第三者割当増資の割当先が事実からは明らかではないが、割当先がＸらとＹの支配について争っている側であるとすると、平成二三年一〇月総会において株主提案である取締役の解任決議と取締役及び監査役の選

任決議について、新株の株主が議決権を行使すると、成立しないこととなり、Xらは著しい損害を受けることとなる。決議内容が会社の経営権に変動を生じさせる場合であり、決議の結果に影響を及ぼす場合であるので、本件仮処分を必要とし、保全の必要性の疎明もある。

よって、仮処分の原決定の取消しと本件仮処分命令申立ての却下を認めず、原決定を認可するとした結論に賛成である。

岡本智英子