



株主総会開催・決議に関する仮処分

八田, 卓也

(Citation)

会社裁判にかかる理論の到達点:33-60

(Issue Date)

2014-05

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004088>





2

株主総会開催・決議に関する仮処分

神戸大学教授 八田 卓也

● I 序

本稿では、株主総会決議に関連する仮処分として株主総会開催禁止の仮処分、決議禁止の仮処分、株主総会決議の効力停止仮処分、執行停止の仮処分を扱う。Ⅱにて株主総会開催禁止の仮処分、決議禁止の仮処分を論じた後、Ⅲにて株主総会決議の効力停止仮処分、執行停止の仮処分を論じる。

● II 総会開催禁止の仮処分・総会決議禁止の仮処分

1 本案訴訟・被保全権利

(1) 主張されている見解

総会開催禁止の仮処分・総会決議禁止の仮処分としては、②招集無権限者による招集^(注1)の場合（以下、②と表す）と、②以外の場合（以下、①と表す）

(注1) 【1】そもそも代表取締役その他招集権限ある取締役による招集手続がないとき、
【2】少数株主が招集につき裁判所の許可を得たのに、会社が許可事項と同一または相抵触する決議事項について別の株主総会を招集したとき、【3】少数株主が裁判所の許可を得て株主総会を招集するに当たり、許可事項以外の事項を決議事項として挙げている場合、【4】代表取締役の職務執行を停止されている者が株主総会を招集したとき、がある。会社訴訟非訟の実務317頁以下。

がある。

①の場合については、【本案訴訟＝違法行為差止請求訴訟；被保全権利＝会社の取締役・執行役に対する違法行為差止請求権（会社360条等）^(注2)】であるとする見解が、学説上は通説である^(注3)。しかし、実務上は、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えが本案訴訟となる、と考える立場が有力のようである^{(注4)(注5)}。その場合の被保全権利については、決議の瑕疵とする見解^(注6)

(注2) 株主等が原告・仮処分債権者となる場合は、訴訟担当としてこれを行行使する（株主の対取締役につき、会社法360条、株主の対執行役につき、同法422条。監査役の対取締役につき、同法385条、監査委員の対執行役につき、同法407条）。坂井芳雄「新株発行の差止および取締役に対する行為の差止の仮処分」村松俊夫裁判官還暦記念論文集刊行会編・村松俊夫裁判官還暦記念論文集・仮処分の研究(下)（日本評論社、1966）223頁、北沢正啓・株式会社法研究(1)〔有斐閣、1976〕317頁、会社法コンメ(8)141頁〔岩原紳作〕。しかし、これが株主の権利であることを前提とする文献も多い（米津稜威雄「株主総会開催停止仮処分」裁判実務大系(3)113頁、大隅健一郎「株主権にもとづく仮処分」同・商法の諸問題〔有信堂、1971〕240頁、鈴木忠一＝三ヶ月章編・注解民事執行法(7)〔第一法規、1984〕37頁〔飯塚重男〕、中島弘雅「株主総会をめぐる仮処分」中野貞一郎ほか編・民事保全講座(3)〔法律文化社、1996〕318頁）。

被保全権利が会社→取締役という権利となる点で、会社が債務者となる新株発行差止め仮処分と対極をなす。坂井・前掲226頁。

(注3) この場合の仮処分を不適法とする見解として、菊井維大ほか編・現代実務法律講座 仮差押・仮処分〔3訂版〕（青林書院、1987）339頁以下、宮脇幸彦「株主総会開催停止の仮処分」村松俊夫裁判官還暦記念論文集刊行会編・前掲（注2）190頁以下、三ヶ月章ほか・経営法学全集(9)経営訴訟（ダイヤモンド社、1966）154頁〔新堂幸司〕。宮脇・前掲（注3）192頁以下は、被保全権利となる実体法上の権利が存在しないことをその理由とする。

(注4) 研究会での大阪地裁商事部の判事による指摘に負う。米津・前掲（注2）117頁以下は、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えが、本案訴訟となる余地を認める。また、これらの訴えが本案訴訟となるという前提で、それを理由として総会開催禁止の仮処分等は不適法であるという理屈を展開する下級審裁判例がある。東京高判昭和38・5・29判時342号16頁、大阪高判昭和38・6・20高民集16巻4号270頁、東京高判昭和62・12・23判タ685号253頁。

と法律および定款に従った業務運営を求める権利とする見解^(注7)とが主張されている。法律および定款に従った業務運営を求める権利というのは抽象的であり、すべての決議の効力を争う訴訟に共通してしまうので、特定の具体的な決議の瑕疵を前提とする仮処分の被保全権利として観念するには不適切であるように思われる。被保全権利は、決議の瑕疵と捉えるか、もしくは当該具体的瑕疵の存在を前提に決議の是正を求めることができる地位、と構成するのが穏当であろう。

②の場合については、【1】【3】【4】の場合については、【本案訴訟＝違法行為差止請求訴訟；被保全権利＝会社の招集者^(注8)に対する違法行為差止請求権（会社法360条等の類推か？）】と構成するのが、学説上は通説のようである^(注9)。【2】の場合については、【本案訴訟＝妨害排除請求訴訟；被保全権利＝招集権限ある少数株主の会社に対する妨害排除請求権】とする見解が主張されているが^(注10)、【本案訴訟＝違法行為差止請求訴訟；被保全権利＝会社の取締役・執行役に対する違法行為差止請求権（会社360条等）】と構成する余地もあると思われる。これに対し、上記実務上の有力説によれば、いずれについても、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えが本案訴訟だと考えることになろう。

(注5) このほか、新谷・会社仮処分178頁以下は、株主の会社または招集者に対する妨害排除請求権として構成する。

(注6) 三ヶ月ほか・前掲（注3）152頁〔新堂〕。

(注7) 中島・前掲（注2）333頁。

(注8) 取締役・執行役のほか、少数株主、非取締役・非執行役の場合があり得る。

(注9) 三ヶ月ほか・前掲（注3）153頁〔新堂〕。ただし、妨害排除請求権と構成し、根拠条文は挙げない。

大隅・前掲（注2）241頁、鈴木＝三ヶ月編・前掲（注2）36頁以下〔飯塚〕は、平成17年改正前商法272条の精神を推求してこの場合の株主の招集者に対する差止請求権を認めることができるという。しかし、これは、同条の請求権が株主の請求権であるという前提に立った理解のようである。前掲（注2）参照。

(注10) 三ヶ月ほか・前掲（注3）153頁〔新堂〕、宮脇・前掲（注3）188頁。

(2) 若干の整理

決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えを本案訴訟と構成する考え方は、仮処分が目的を達成すれば、決議がなされない以上、本案訴訟が提起される前提が形成されなくなるため、これらを本案訴訟と構成するのは自己矛盾であり仮処分が本案の目的を超えることになる、という理由で、学説はこれを排斥している^(注11)。

他方で、株主が総会開催禁止の仮処分や総会決議禁止の仮処分を求める場合、その理由は、決議取消事由・無効事由・不存在事由であると考えられ（決議がされた場合には、それが取消し・無効・不存在の瑕疵を帯びることを前提に、事後的な解決でなく、予防的解決を望む、というのが仮処分債権者の意図であると考えられる。逆にそうならない場合に総会開催や決議を禁止する理由は考えられない）、この観点からは、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えが本案訴訟だと考えるのが素直であり、会社の招集者に対する違法行為差止請求権を觀念して、これを被保全権利だとするのは、多分に技巧的なにおいがある。特にこれは、②【1】【3】の場合につき、これを会社法360条等の類推により認めようとする場合に顕著になる。この場合の招集者は、取締役と同視すべきような地位にあるといえるか疑問だからである。

しかし、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えが本案訴訟だとする見解は、学説の指摘する上記問題を克服できないように思われる。被保全権利を軸に考えた場合、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えが本案訴訟だとした場合の総会開催禁止の仮処分・総会決議禁止の仮処分の被保全権利は、上述の通り、決議の瑕疵か、もしくは当該具体的瑕疵の存在を前提に決議の是正を求めることができる地位と捉えるべきことになろう。いずれにせよ、決議の存在が前提となる。総会開催禁止の仮処分・総会決議禁止の仮処分が求められる時点では、決議が存在しておらず、したがって被保全権利が存在

(注11) 中島・前掲(注2)310頁、三ヶ月ほか・前掲(注3)154頁[新堂]、大隅・前掲(注2)240頁ほか。

していないといわざるを得ない。被保全権利が不存在であるのであれば、仮処分命令を出すことはできない^(注12)。本案訴訟は違法行為差止請求訴訟だと構成せざるを得ないように思われる^(注13)。

なお、㊦【2】の場合に、会社取締役等が別の株主総会を招集することが、当初の株主総会にとっての妨害になるかどうか、疑問がある。定款で取締役の定員を10名としている株式会社の少数株主Xが株主総会（以下、「A株主総会」という）を開いて取締役としてP1からP10の選任をしたいと考えており（以下、この決議を「A決議」という）、会社代表取締役が別に株主総会（以下、「B株主総会」という）を開いて取締役としてQ1からQ10の選任をしたいと考えている（以下、この決議を「B決議」という）とする。A決議・B決議は互いに矛盾するので、共に成立した場合に、双方とも有効だとすることはできない。おそらく、成立時の先後により優劣を判断することになる。そうだとすると、会社代表取締役がA株主総会よりも早い日程でB株主総会を開くことは、A株主総会およびA決議の妨害になるようにも思われる。しかし、A株主総会でP1からP10を取締役に選任する決議が成立するとは限らないのであり、B株主総会がA株主総会を妨害しているといえるかは、必ずしも明らかでない。少数株主Xは、B株主総会に乗り込んでB決議を否決に持ち込むことができるのであり、むしろ、そうするのが本筋だともいえる。だとすると、㊦【2】の場合に、少数株主による会社に対する妨害排除請求権や、会社の取締役に対する違法行為差止請求権の発生を認めるべきでないという見解も成り立ち得る^(注14)。

(注12) 本案訴訟を決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えとしつつ、決議の存在を前提としない形で被保全権利を構成できるとすれば、問題は克服できるが、本稿ではそれは不可能だと考える。後述する回顧的・間接的救済方法と展望的・直接的救済方法との不自然な接続〔→Ⅲ1(2)〕が、ここでも行われてしまっているのではなからうか。

(注13) ただし、次の2以下の考察では、本案訴訟を決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えだと構成した場合にどうなるかについても検討する。

(注14) 以上につき、研究会における大阪地裁商事部判事の指摘に負う。

2 当事者

(1) 本案訴訟を、違法行為差止請求訴訟だと解した場合

本案訴訟を違法行為差止請求訴訟と解する学説上の定説的立場からは、以下のような見解が主張されている。

まず、①の場合につき、仮処分債権者に、会社、株主、監査役、監査委員がなることができることについては、争いがない。そのほか、取締役が仮処分債権者になることができるかどうかについて議論がある^(注15)。会社は、自己の権利の行使として仮処分債権者適格が認められるであろう（職務代行者等を代表者とすることになるか）。株主・監査役・監査委員は、一種の訴訟担当として、適格が認められよう。取締役については、認めるとすれば訴訟担当と構成することになるが、その根拠条文が問題となる（ほか、本案訴訟レベルでの訴訟担当を一般的に認めないと議論として整合しないことになる）。

仮処分債務者については^(注16)、議論が分かれ、①【招集者のみ】とする見解^(注17)、②【取締役+会社】とする見解^(注18)、③【会社のみ】とする見解^(注19)、④【総会開催禁止の仮処分につき、会社+取締役；決議禁止の仮処分につき、会社】とする見解^(注20)が主張されている。ここでの議論の焦点は、会社を仮処分債務者として取り込むべきかであると考えられる^(注21)。そして、ここで

(注15) 否定説が通説。しかし、認めるべきとする見解もある。中島・前掲（注2）318頁。

もつとも、固有の差止請求権を認めるべきだという趣旨なのか、会社の権利の代位行使を認めるべきだという趣旨なのかは定かではない。

(注16) 係争物に関する仮処分の債務者は本案訴訟の被告に限られるが、仮の地位を定める仮処分の債務者は、本案訴訟の被告である必要はないとされる。坂井・前掲（注2）221頁、新谷・会社仮処分182頁、中島・前掲（注2）334頁、長谷部幸弥「株主総会をめぐる仮処分」新・裁判実務大系(11)230頁。

(注17) 中島・前掲（注2）319頁。明示的に会社が債務者となることを否定する。

(注18) 大隅・前掲（注2）244頁。

(注19) 菊井ほか・前掲（注3）339頁。

(注20) 新谷・会社仮処分182頁。

の議論は、会社に仮処分の効力を及ぼせるか、という形で、仮処分違反の決議の効力を無効とするかしないか、という議論と連関する側面があるように思われる（無効としない見解は、会社に仮処分の効力を及ぼす必要なしとして、債務者として取り込む必要なし^(注22)と考えるのに対し、無効とする見解は、会社に仮処分の効力を及ぼす必要ありとして、債務者として取り込む必要ありと考える^(注23)、という具合である）。

考えるに、まず、会社が仮処分債権者になる場合は、仮処分債務者にはなれないと考えられる。また、その他の場合も、仮処分の効力は仮処分債権者の被担当者として会社（会社と招集取締役・執行役の間）に及ぶ（民保46条・民執23条1項）と考えられ^(注24)、だとすると、会社に仮処分の効力を及ぼすために会社を債務者に据える必要はないようにも思われるほか、会社を仮処分債務者とする説に対しては、被保全権利の権利主体を仮処分債務者に据えることができるのか、という疑問が生じる。反面、仮処分が会社に損害を及ぼすおそれがあることに鑑みれば、会社に手続に関与する機会を与える必要があるとの視点が浮かび上がるほか、担保提供の担保額を会社の損害を基準に算定するのであれば^(注25)、会社を仮処分債務者として取り込む必要がある。

②の場合については、うち【1】・【3】・【4】の場合および、【2】について【被保全権利＝会社の取締役・執行役に対する違法行為差止請求権】と構成した場合には、①の場合と同様の議論が妥当する。【2】について【被保全権利＝招集権限ある少数株主の会社に対する妨害排除請求権】と構成した場

(注21) 会社を債務者としないような開催禁止・決議禁止の仮処分が可能か、実効性があるか疑問とする見解がある。新谷・会社仮処分191頁。

(注22) 例：中島・前掲（注2）319頁。

(注23) 例：新谷・会社仮処分191頁。

(注24) 米津・前掲（注2）119頁。

(注25) 三ヶ月ほか・前掲（注3）155頁〔新堂〕、新谷・会社仮処分185頁、菊井ほか・前掲（注3）340頁が想定する、担保提供の根拠となる仮処分による損害は、会社の損害であると考えられる。

合には、仮処分債権者は招集権限ある少数株主ということになると思われる。これに対し、仮処分債務者は会社だということになろう。その場合、実際の招集者を絡めないでよいか、絡める必要があるとしても会社代表者として出てくるからよいということになるのか、吟味する必要があるであろう。

(2) 本案訴訟を、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えだと解した場合
決議取消しの訴えの原告適格を有するのは株主・取締役・監査役・執行役であるので^(注26)、決議取消事由となる事実を理由に仮処分が求められている場合には、これらが仮処分債権者適格を有するということになろう。それに対し、決議無効・決議不存在確認の訴えについては、原告適格に制限はないとされているので^(注27)、仮処分の理由として決議無効事由・不存在事由が主張される場合には、仮処分債権者適格も無制限となろう。仮処分債務者適格は、本案訴訟の被告適格に依存するが、これを会社とする立法者および商法上の通説^(注28)に従う限りは、会社だということになろう。

もっとも、仮処分債権者・債務者の適格は本案訴訟の当事者適格による拘束を受けないという前提に立つことができるのであれば、仮処分債権者・債務者の適格は、仮処分の効果との関係で定めるのがむしろ理に適っているようにも思われる。この観点からは、後述のように、仮処分の効果を権限剥奪と構成するのであれば、これは、会社と招集者の間の関係に影響を及ぼすものであるので、両者を仮処分債務者とするのが素直であるように思われる。

3 保全の必要性

(1) 本案訴訟を、違法行為差止請求訴訟だと解した場合

違法行為差止請求権が被保全権利になるという前提で、保全の必要性については、以下のような見解が主張されている。①被保全権利（差止請求権等）

(注26) 江頭347頁。

(注27) 江頭353頁。

(注28) 江頭347頁・353頁。

が存在すれば保全の必要性は当然に認められる^(注29)、②被保全権利の要件のうち「会社に著しい／回復すべからざる損害を生じるおそれがあること」（以下、「損害要件」という）は、事実上保全の必要性の判断と重複する^(注30)。

しかし、会社法360条の損害要件は、会社の権利を株主が行使するための要件として設けられている（会社が権利行使する場合には不要の要件である）こと^(注31)に鑑みれば、以下のように考えるべきではないか。

すなわち、【被保全権利】の成立要件としては、損害要件は不要である。それに加え、以下が必要となる。

- ① 仮処分の要件としての、保全の必要性としての「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」の必要性
- ② 訴訟担当の要件としての損害要件

株主・監査役・監査委員の固有の利益を要求することが訴訟担当の性質上

(注29) 三ヶ月ほか・前掲（注3）158頁〔新堂〕。保全をしないと現実には差止請求権の実現は無理だから、というのがその理由である。

会社訴訟非訟の実務318頁は、違法な決議が後に取消し・無効確認・不存在確認の対象となることが保全の必要性を否定する理由になるかのような文言に読める。宮脇・前掲（注3）188頁、大隅・前掲（注2）241頁、三ヶ月ほか・前掲（注3）153頁〔新堂〕、新谷・会社仮処分179頁以下も、招集権限を有しない者による招集の場合、総会が開催され決議がされても、その決議は不存ないし無効になるから保全の必要性は存在しないように思われるが、外観上一見有効に見える決議が存在することによる混乱等を防止するために、保全の必要性が認められるべきだという。

この点、違法な決議がされてしまえば被保全権利である差止請求権は満足されなかったことになるので、決議の事後的不存在確認等の可能性が被保全権利の保全の必要性を否定する理由にはならないと考えられる。しかし、民事保全法23条2項にいう仮処分の必要性は、被保全権利の保全の必要性というよりは、被保全権利を暫定的に満足させることの必要性だと捉えれば、事後的解決の可能性は、仮処分の保全の必要性の判断に影響してしかるべきである。

(注30) 長谷部・前掲（注16）231頁。回復すべからざる損害を生じるおそれがある場合には保全の必要性が認められるとする新谷・会社仮処分184頁も趣旨は同旨か。

(注31) 坂井・前掲（注2）225頁。

妥当でないとすれば、①は常に被担当方で判断するべきである。そして、①を被担当者（会社）で判断するとすれば、①②は実質的には重なる余地がある。しかし、両者は理論的には別物である。①は差止めが実現されないことの不当性を基礎付ける会社に生じる損害であるのに対し、②は、濫用防止のための担当者による行使の要件だからである。

また、このような仮処分は影響が大きいので^(注32)、みだりに認められるべきでないとされており^(注33)、それをどこで絞るかが問題となる。具体的には、被保全権利・保全の必要性（義務違反ないし違法性の明白性）の疎明の程度を挙げることでやるか^(注34)、損害要件でやるか^(注35)、が議論されている。考えるに、これが仮処分を出すことの正当性の問題であるとすれば、それは、保全の必要性の判断で行うべきである。しかし、それは、義務違反・違法性の明白性とは異別の考慮だと考えられる（義務違反・違法性の明白性というよりは、当該被保全権利が実現されないことにより会社に生じる損害というべき）。

(2) 本案訴訟を、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えだと解した場合
決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えが本案訴訟だと考える立場に立てば、決議の瑕疵が被保全権利の内容を構成するので、保全の必要性を基礎付ける「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」の必要性は、取消事由等の存在に加え、事後的に決議取消等の訴えで問題を解決するのではなく、決議自体をさせないことを基礎付ける事由、と位置付けるべきことになろう。

(注32) 一旦仮処分が発令されてしまうと総会期日までに異議でこれを取り消すことが事実上不可能であるため、特に、その時に決議をしないとまずいというような決議内容の場合などには、会社に重大な損害を及ぼすおそれがあるとされる。三ヶ月ほか・前掲(注3) 155頁 [新堂]、会社訴訟非訟の実務318頁、新谷・会社仮処分183頁。

(注33) 菊井ほか・前掲(注3) 341頁、会社訴訟非訟の実務316頁、大隅・前掲(注2) 242頁。

(注34) 東京地決平成16・6・23金判1213号61頁。土田亮「判批」ジュリ1342号(2007) 183頁はこれを支持。

(注35) 会社法コンメ(8)143頁 [岩原] 参照。

4 仮処分違反の決議の効力^(注36)

これについて、仮処分の内容・効果をどのように考えるか、により議論が分かれている^(注37)。仮処分の内容を不作為義務の設定と解する立場は、仮処分違反の決議も有効だとする^(注38)。これに対し、仮処分の内容・効果を権限剥奪と解する立場からは、仮処分違反の決議は無効もしくは不存在だとされる^{(注39)(注40)}。このほか、仮処分の内容・効果は不作為義務の設定だとしつつ、仮処分違反が手続の違法を導き、決議取消事由になるとする見解もある^(注41)。

このほか、原則として決議は有効になるという見解を前提に、処分禁止の登記をすればその財産との関係では第三者は権利取得を対抗できない、とする見解と、会社法360条の差止請求権を被保全権利とする仮処分は仮の地位を定める仮処分である以上、そのような仮処分を登記簿に記入することはで

(注36) 不存在事由が存在する場合には、決議がされても不存在となるので、問題は無効事由・取消事由が存在する場合のみである、とする問題の立て方をする文献が多い。宮脇・前掲(注3)196頁。しかし、不存在事由を理由とした決議禁止等の仮処分が出された場合であっても、実際には不存在事由がなかった、ということはあるので、不存在事由を理由とする仮処分についても、仮処分違反の決議の効力を論じる実益はあると思われる。

(注37) 議論は、本案訴訟を違法行為差止訴訟だと解する見解を前提になされているが、決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えを本案訴訟だとする立場に立っても、同じ議論が成立し得よう。

(注38) 竹下守夫「判批」ジュリ201号(1960)70頁、北沢・前掲(注2)318頁、鈴木=三ヶ月編・前掲(注2)38頁[飯塚]、坂井・前掲(注2)228頁、江頭468-469頁。下級審裁判例として、東京高判昭和62・12・23判タ685号253頁。

(注39) 米津・前掲(注2)119頁、宮脇・前掲(注3)197頁、大隅・前掲(注2)243頁、新谷・会社仮処分190頁。下級審裁判例として、東京地判昭和36・11・17下民集12巻11号2754頁。

(注40) 招集無権限の場合にのみ権限剥奪効を認め、仮処分違反の総会開催は不存在の瑕疵を帯びるとする見解として、三ヶ月ほか・前掲(注3)156頁[新堂]。

(注41) 中島・前掲(注2)321頁以下。

きないとする見解^(注42)が主張されており、これを受け、問題は会社法360条の差止請求権を被保全権利とする仮処分として係争物に関する仮処分ができるかどうかだという整理が近時なされている^(注43)。

しかし、そもそも決議有効説は、被保全権利が違法行為差止請求権であることを前提に、これが不作為義務を課すものにすぎず、その執行方法としても間接強制およびその違反の場合に対する民法414条3項・旧民事訴訟法733条1項（現民執171条1項）の代替執行があるだけである以上、権限剥奪は、被保全権利の内容を超えるものであること、を理由とする^(注44)。

けれども、民法414条3項の「将来のため適当な処分をすること」の内容として権限剥奪をすることは考えられるのではなかろうか。同項の条文の文言上は、この条文の適用は違反があった場合に限られていないからである。であるとすれば、仮処分の効果として権限剥奪を認めることも、不可能ではないように思われる。

このほか、本案訴訟を決議取消等の訴えだと構成する見解に立てば、仮処分の効果として権限剥奪を認めても、被保全権利の内容を越えたことにはならないであろう。

(注42) 江頭468頁注15。

(注43) 会社法コンメ(8)145頁〔岩原〕。係争物に関する仮処分はできないとする見解として、坂井・前掲（注2）227頁以下、差し止めるべき行為の性質により、係争物に関する仮処分のこともあるし、仮の地位を定める仮処分のこともある、とする見解として、三ヶ月ほか・前掲（注3）218頁〔北沢正啓〕。

(注44) 竹下・前掲（注38）70頁。

● III 総会決議の効力停止・執行禁止の仮処分

1 決議の効力停止の仮処分と執行禁止の仮処分との棲み分け

(1) これまでの議論

株主総会決議の効力停止の仮処分および、執行禁止の仮処分^(注45)については、まず、両者をどのように使い分けるか、という点で議論がある。

これまでの議論の概要は、以下の通りである。すなわち、問題の決議が執行を要するかどうかで区別し、【1】執行を要する場合^(注46)には執行禁止の仮処分を用いるべきであり、【2】執行を要しない場合には決議の効力停止の仮処分を用いるべきである、というのである。

ただし、【1】の決議が執行を要する場合についても、決議の効力がその後の執行行為の有効性の要件となる以上、効力停止の仮処分も可能であるという少数説が主張されている^(注47)。これに対しては、決議の効力だけを停止してもその後の執行行為を差し止めることはできない以上、仮処分債権者の現在の危険・不安の除去に寄与しないので、【1】の場合には効力停止の仮処分は不適法であるという批判がある^(注48)。

(注45) 執行停止の仮処分という言い方がなされることもあるが、本稿では執行禁止（または執行行為禁止）の仮処分という用語で統一する。

(注46) 具体例としては、①平成17年改正前商法下の吸収合併、平成17年改正前商法下および会社法下の新設合併（いずれも、合併の効力が生じるには登記が必要である。平成17年改正前商法下の吸収合併および新設合併につき、平成17年改正前商法416条1項・102条。会社法下の新設合併につき、会社法754条1項・49条）、②取締役の報酬決定（現実の報酬支払行為を執行行為と捉えることができる）、③解散（会社の法人格の消滅が解散決議の目的であるとすれば、解散後の清算手続を執行行為と捉えることができる）、④資本金の額の減少（資本金の額の減少の効果が生じるのは、効力発生日として定められた日か、債権者異議手続の終了時だとされているので〔会社449条6項〕、減資決議の執行行為として債権者異議手続の履践が必要となる）が挙げられる。

また、【2】の決議が執行を要しない場合については、決議内容の実現のために代表取締役等による何らかの実行行為が必要となる場合(⑤)が通常であり^(注49)、その場合には、仮処分債権者の現在の危険・不安を除去するには会社が決議の存在を前提に進める具体的な行為を禁止する仮処分を求めるべきであり、決議の効力停止の仮処分には実効性がなく不適法である、とする見解が主張されている^(注50)。この見解は、決議の効力停止の仮処分は、実行行為を必要としない自己完結型決議(⑥)でのみ意味を持つという^(注51)。

以上を簡単にまとめるとするならば、決議の効力停止仮処分よりも、決議の執行禁止の仮処分・決議の実行行為の禁止の仮処分を志向する方向に議論が動いているように感じられる。そして、その背景にあるのは、谷口安平教授が指摘された、決議を攻撃する救済方法の間接性・回顧性である^(注52)。回顧性とは、すでに行われた決議に着目するという点を指している^(注53)。間接性とは、「殆どどの決議は〔取締役の〕責任解除決議のように自己完結的なもの

(注47) 大隅・前掲(注2)245頁。(注46)①の合併の場合にも、「合併手続執行停止の仮処分」(被引用文献の用語法に従う)が正常な道であるが、それに代えて合併決議効力停止仮処分を申し立てることもできるという。合併決議の効力発生を前提として以後の合併手続は進むのであるから、合併決議の効力が停止されればその後の合併手続も止まるという。三ヶ月ほか・前掲(注3)151-152頁[新堂]も、合併決議の効力停止の仮処分を認める(合併決議の執行禁止の仮処分と並列で出すことを想定しているように読める)。

(注48) 中島・前掲(注2)331頁。

(注49) 具体例として、会社の目的等の定款変更決議が挙げられている。その具体的な実行行為としては、定款変更登記や、変更後の定款に基づく会社による新たな営業行為があるとされている。中島・前掲(注2)329頁。

(注50) 中川善之助=兼子一監修・西山俊彦=林屋礼二編・仮差押・仮処分(青林書院、1972)544頁[広田富男]、中島・前掲(注2)329頁以下。前者の趣旨を、後者がより具体的に敷衍したという関係に立つ。

(注51) 中島・前掲(注2)332頁。例として、取締役の責任免除を挙げる。

(注52) 中島・前掲(注2)337頁注70以下に、谷口教授の議論が、中島教授の立論に影響を与えた旨が明記されている。

でなく、その内容が取締役の手によって段階的に実施されることを必要とする」(〔 〕内は引用者)^(注54)、という理解を前提に、決議の効力自体を云々してもそれは「経営者に対する勧告的効果」しか持たず、「現実問題として経営者側がかかる判決を尊重して自発的に全体の計画を止めるのでなければ、株主は差止請求など第二の救済手段に訴え、あるいはその計画が事実上完成されてしまった場合には原状回復のための手段がとられねばならない」^(注55)ことを指している。

決議が執行行為・実行行為を必要とする限り、実際の執行行為・実行行為を禁止する仮処分が妥当だというのは、直感的には理解しやすい。(注46)②の取締役の報酬決定決議を例にとれば、決議の効力を争っている最中に報酬が支払われてしまえば、その分の報酬については、決議取消判決等の確定を得たとしても、支払を受けた取締役から不当利得で取り返す必要が生じ、問題の解決が極めて迂遠になってしまうところ、報酬の支払を差し止めておけば、かかる事態を回避することができると考えられるからである。

(2) 若干の交通整理

(A) 総論

しかし、本稿は、以上のような理論的バックボーンの下に執行行為禁止・実行行為禁止の仮処分を効力停止の仮処分より優先する考えには、疑問を感じている。

谷口安平教授による、決議を攻撃する救済方法の間接性・回顧性の指摘には、確かに刮目すべきである。しかし、決議を攻撃する救済方法の間接性を前提とするのであれば、かかる救済方法を本案とする仮処分として決議の執行禁止・実行行為を禁止する(すなわち、かかる救済方法が実現するまで決議の

(注53) 谷口安平・多数当事者訴訟・会社訴訟(信山社、2013〔初出・1967〕)128頁。「展望性」が対置される概念であり、アメリカ法のインジャンクションは、展望的な救済方法である。谷口・前掲127頁以下。

(注54) 谷口・前掲(注53)124頁。

(注55) 谷口・前掲(注53)124頁。「直接性」が対置される概念である。

執行行為・実行行為を暫定的に禁止する)、というのは、無意味に帰さないだろうか。決議を攻撃する救済方法そのものが「間接的」である以上、かかる救済方法が奏功しても、それを無視して代表取締役等が執行行為・実行行為を行うことを封じることができないからである。

具体的には、例えば、(注46)②の取締役の報酬決定決議についていえば、たとえ当該決議の取消判決等が確定するまで現実の報酬支払行為を差し止めておいたとしても、当該決議の取消判決等の確定によりかかる暫定的差し止めが解除されてしまえば、会社が報酬を現実に支払ってしまうことは封じられなくなってしまうのではないと思われる。そして報酬が現実に支払われてしまえば、不当利得返還請求等の原状回復手段が結局必要になってしまう。

⑤の具体例である会社の目的についての定款変更を例にとれば、定款変更決議の取消判決の確定等を得たとしても、会社がそれを無視して定款変更を前提とした新たな営業行為を行ってしまったら、その効果の会社への帰属は阻止できない。それを阻止するためには、決議を攻撃する救済方法とは別の、会社法360条の差止請求権を行使する必要がある。別の言い方をすれば、定款変更決議の瑕疵を争う訴訟を本案訴訟とする仮処分として同条の要件を満たさないままに新たな営業行為を禁止することは許されないように思われる^(注56)。すなわち、当該営業行為禁止の仮処分は、同条の差止請求権を被保全権利とする仮処分として(のみ)可能になると解する余地があると思われる、その場合には結局その前提として定款変更決議の効力停止が必要になる。

あるいは、決議を攻撃する救済方法を本案とする決議執行行為・実行行為禁止の仮処分の実効性を主張する論者は、決議の効果が確定的に覆滅されれば代表取締役等がかかる確定判決に従うことが期待できる、と考えているのかもしれない。であるとすれば、決議の効果を暫定的に覆滅(停止)させる処分に代表取締役等が従うことはなぜ期待できないのか、その違いを明らかに

(注56) 定款変更をしないまま(旧定款では目的外とされる)新たな営業行為を行うのと、定款変更をした上で当該営業行為を行うのとで、差し止めの条件が変わるのはおかしいと思われるからである。

する必要があるのではなからうか。

この問題を理論的に考えた場合、谷口安平教授の理論に依拠すれば、決議を攻撃する救済方法を本案とする仮処分として決議の執行行為・実行行為を禁止する、というのは、回顧的・間接的救済方法に、展望的・直接的救済方法を接ぎ木してしまっている点に問題があるのではなからうか。決議を攻撃する救済方法が回顧的・間接的であるというのはその通りだと思われ、したがって、直接的・展望的救済方法が必要であることにも異存はないが、かかる直接的・展望的救済方法を、間接的・回顧的救済方法のための「仮処分」として用意することが、問題の適切な解決になるか、疑わしい。立法論に帰着する可能性があるが、直接的・展望的救済方法を【本案+仮処分】として自己完結させるのが妥当であるように思われる^(注57)。

(B) 執行禁止・実行行為禁止の仮処分の適法性を前提とした考察

もっとも、決議を攻撃する救済方法について決着されるまでは、代表取締役等は執行行為等が禁止されない限りそれを実行してしまうが、決着され、決議の効果の覆滅で事件が確定すれば、それに従うことが期待できる、という議論は直感的には理解できなくはない。そのように考えれば、決議の瑕疵を争う訴訟を本案とする仮処分としてのみ、決議の執行行為等を禁止することにも、意味はあることになろう。その前提で、効力停止の仮処分と、執行行為・実行行為禁止の仮処分の棲み分けについて考察した場合には、以下のよういふことができようか。

決議の執行行為・実行行為が観念できる場合には、原則として、これらの禁止の仮処分していくのが適切である。執行行為・実行行為の禁止仮処分であれば、その仮処分の執行として間接強制をかけることができ^(注58)、当該行為の抑止の実現可能性が高まるのに対し、決議の効力停止仮処分では執行行為そのものを止めることはできないからである。しかし、例えば、(注46)②の取

(注57) この点、会社法360条の差止請求権が手がかりとなりそうであるが、谷口安平教授が指摘されているとおり(谷口・前掲(注53)128頁)、会社の権利の代位構成となっている点に、限界がありそうである。

取締役の報酬決定決議についていえば、決議の効力が発生すれば、取締役は決定された額の報酬支払請求権を取得する以上、執行行為禁止の仮処分のみでは、会社による報酬の支払行為は差し止められても、取締役の側からする相殺や強制執行が封じられないようにも思われる。これらの行為を封じるには、決議の効力自体を停止する必要がある。したがって、執行行為が観念できる場合にも、執行禁止の仮処分に加えて、決議の効力停止の仮処分を申し立てる実益がある場合は否定できないように思われる。

(C) 合併承認決議

決議を攻撃する救済方法の間接性が際立って現れるのが、合併承認決議である。

(a) 吸収合併 まず、吸収合併については、平成17年改正前商法下では合併の登記が合併の効力発生の要件とされていたが、会社法では、合併の効力は合併契約で効力発生日とされた日に発生し、登記は合併の効力発生の要件ではない。吸収合併の登記は、消滅会社の解散との関係では第三者一般の対抗要件であり(会社750条2項)、その他との関係では善意の第三者に対する対抗要件だと考えられる(会社908条1項)。したがって、合併承認株主総会決議後の合併の一連の手続(反対株主への対応、債権者保護手続の履践、消滅会社の財産等の存続会社への移転等の事実上の行為、合併の登記等)を差し止めたとしても、合併の効力が発生することは妨げられない。その結果、消滅会社に属していた不動産を存続会社が有効に処分することや^(注59)、消滅会社の債権者が存続会社の財産に対して強制執行をかけるという事態を防ぐことができない^(注60)。一部の手続(反対株主への対応、債権者保護手続の履践等)の不実行

(注58) 通説・判例によれば、不作為義務違反発生前の予防的な間接強制決定も、一定の要件の下で可能であるとされる。中西正ほか・民事執行・民事保全法(有斐閣, 2010) 253頁[中島弘雅]ほか、最決平成17・12・9民集59巻10号2889頁。

(注59) もっとも、消滅会社の解散登記がない以上、このような事態が生じても、消滅会社が同一不動産の処分行為をすれば、対抗関係でこちらの処分行為の効力のほうが優先するので、現実には、存続会社から不動産を購入する者は現れないかもしれない。

が合併無効事由になるに止まる（提訴期限までに合併無効の訴えが提起されなければその瑕疵は洗い流される）。すなわち、吸収合併においては、合併の実行行為^(注61)の禁止では、合併の効果発生を阻止することはできない。ただし、会社法は、略式吸収合併の場合について一定の要件の下に株主に合併差止請求権を認めており（会社784条2項・796条2項）、吸収合併との関係でも、合併の実行行為の禁止の仮処分が可能であるという立場をとっている。したがって、合併の実行行為の禁止の仮処分が現行法上不可能であると解することはできない。ただ、合併の効果発生を阻止することができないというに止まる（実際、登記や財産の移転行為等を差し止めることは、合併の効果が事実上発生していないかのような状況を実現するには、ある程度有効であろうか）。

もっとも、合併の効果発生を阻止するのに合併承認決議の効力停止の仮処分を求めればよいかという点、そういうわけにもいかない。なぜなら、合併無効の訴えが形成訴訟だと理解されている以上、合併承認決議に瑕疵があっても、その瑕疵が「合併無効の訴え」で適時に主張されなければ、合併の効力が生じその効果を覆すことができなくなってしまうからである^(注62)。すなわち、合併承認決議の効力を停止しても、実は合併の効果の発生は妨げられない。この点に、決議を攻撃する救済方法の間接性が如実に現れている^(注63)。合併の効果を妨げようというのであれば、合併無効の訴えを本案として、合併自体の効力停止の仮処分を申し立てる必要がある^(注64)。

(b) 新設合併 以上の話は直接的には現行会社法下の吸収合併についてのみ当てはまる。登記により効果が発生する新設合併の場合においては、合併登記という執行行為を禁止すれば、合併の効果の発生は阻止できると思われるので、合併自体の効力停止の仮処分を申し立てる必要はない。しかし、この場合でも、執行行為禁止の仮処分の本案訴訟を合併承認決議の取消等の訴えとするべきか、合併無効の訴えとするべきかという問題がある。合併承

(注60) もっとも、この場合は、存続会社における合併承認決議の瑕疵が問題となる。

(注61) 登記が合併の効力発生要件ではないことに鑑み、ここでは、合併の執行行為ではなく、実行行為と呼ぶ。

認決議取消等の判決が確定しても、合併の効力発生を妨げることができないことはここでも同様である以上、執行行為禁止の仮処分を合併承認決議の取消等の訴えを本案として行うというのは論理矛盾を犯しているように感じられる。しかし、執行行為たる合併登記が行われないうり合併の効力が発生せず、合併無効の訴えが提起できないとすれば、合併無効の訴えを本案訴訟とすることもできない。結局、合併登記という執行行為の禁止の仮処分の本案訴訟は合併承認決議の取消等の訴えだと解さざるを得ないことになろうか。なお、新設合併の場合にも合併の効力停止の仮処分を観念することはでき、こちらの本案訴訟は、合併無効の訴えだというべきであろう^(注65)。

(注62) ただし、以上は、合併承認決議取消しの訴えと合併無効の訴えとの関係についてのいわゆる吸収説を前提とする。吸収説につき、会社法大系4(3)392頁〔佐々木宗啓〕参照。なお、吸収説においても、合併の効力発生前は、決議取消しの訴えを提起すべきとされるが、合併効力発生前に決議取消しの訴えの認容判決が確定しても、それにより合併の効果の発生が防げるのではなく、そのようにして達成された合併承認決議の効果覆滅を合併無効の訴えで主張し、認容判決を得てはじめて合併の無効を導けるというべきであろう。合併効力発生前に合併承認決議取消しの訴えを提起する意味は、決議の取消事由の主張期間が決議後3か月であるという理解を前提に、決議取消しの訴えの提訴期限徒過により取消事由が主張できなくなることを防ぐ点にあると見るべきである。したがって、合併承認決議の取消事由の主張期間が合併の効力発生から6か月であると解する立場によれば、合併の効力発生前に合併承認決議取消しの訴えを提起する意味はなくなると思われる。

なお、併存説(江頭350-351頁注7)は、やはり合併無効の訴えの形成訴訟性と相容れないように思われる。

(注63) (注46)②の取締役の報酬決定であれば、決議取消確定判決を無視して取締役報酬を支払ってしまったとしてもその瑕疵は消えず、結局原状回復義務等が生じるが、合併承認決議の場合、決議取消確定判決を無視して合併手続を貫けば、瑕疵は洗い流されてしまうのである。

(注64) ただし、このような仮処分が、合併の効力発生を阻止する法的効果を有することができるのかどうか疑問があることにつき、後述5(1)参照。

(D) 小括

以上を簡単に整理するに、①決議の瑕疵を争う訴訟を本案とする決議執行行為・実行行為禁止の仮処分には疑問もあるが、一応その適法性を前提として考察することは不可能ではない、②その前提で出発しても、(自己完結型の決議はもちろん、執行行為・実行行為を要する決議においても)決議の効力停止の仮処分には、固有の意義が認められ得る、③合併については、特殊な考慮が必要である、といった点にまとめることができようか。

2 本案訴訟・被保全権利

(1) 本案訴訟

決議の効力停止の仮処分、決議の執行禁止の仮処分ともに、本案訴訟は、効力停止・執行禁止が求められている決議の取消訴訟、無効確認訴訟または、不存在確認訴訟であると考えられている^(注66)。原則その通りであろうが、上述1(2)の通り、吸収合併の合併承認決議の瑕疵が主張される場合については、本案訴訟は、合併無効の訴えと理解するべきではないかと思われる。このほか、新設合併の合併承認決議の瑕疵・資本金の額の減少の株主総会決議の瑕疵が主張される場合について問題があることも上述した。

(2) 被保全権利

対応する被保全権利については、これを決議の瑕疵であるとする見解^(注67)と法律および定款に従った業務運営を求める権利であるとする見解^(注68)が主

(注65) 同旨は、資本金の額の減少のための株主総会決議の瑕疵を理由に資本金の額の減少の無効が主張される場合にも当てはまると考えられる。資本金の額の減少を実現するには、債権者異議手続を経る必要があり、その差止めの仮処分を観念できるが、資本金の額の減少の無効は、資本金の額の減少の無効の訴えによって主張する必要があるからである(会社828条1項5号)。

(注66) 中島・前掲(注2)333頁。

(注67) 三ヶ月ほか・前掲(注3)152頁[新堂]。

(注68) 中島・前掲(注2)333頁。

張されており、前者を軸に、決議の瑕疵と捉えるか、もしくは当該具体的瑕疵の存在を前提に決議の是正を求めることができる地位、と構成するべきであることにつき、上述Ⅱ1(1)を参照していただきたい。

また、吸収合併の合併承認決議の瑕疵が主張される場合については、当該具体的瑕疵の存在を前提に合併無効判決を求めることができる地位、と構成すべきであろう。新設合併の合併承認決議の瑕疵・資本金の額の減少の株主総会決議の瑕疵が主張される場合についても、これが合併の効力停止の仮処分、資本金の額の減少の効力停止の仮処分として申し立てられる場合には、同様である。

3 当事者

仮処分手続の当事者については、本案訴訟の原告・被告^(注69)とする見解が主張されているほか、(執行行為・実行行為禁止仮処分を前提に)仮処分債務者について、会社および決議内容の実現に直接携わる者(例：解散決議の場合清算人)とするべきであるとする見解^(注70)が主張されている。

後者の見解が妥当であるように思われ、整理すれば、①仮処分債権者は、決議の効力停止の仮処分・決議の執行行為禁止の仮処分・決議の実行行為禁止の仮処分のいずれにおいても、本案訴訟の原告たるべきものである、②仮処分債務者は、①決議の効力停止の仮処分においては、本案訴訟の被告たるべきものである、②執行行為仮処分・実行行為禁止仮処分においては、会社および決議内容の実現に直接携わる者(例：解散決議の場合清算人)とするべきである、ということになる。

(注69) 大隅・前掲(注2)244-245頁、中川=兼子監修・西山=林屋編・前掲(注50)544頁[広田]。

(注70) 中島・前掲(注2)335頁。

4 保全の必要性

保全の必要性については、効力停止の仮処分・執行禁止の仮処分・実行行為禁止の仮処分のいずれについても、一般的な議論が妥当するほか、その効果の重大性に鑑み慎重な判断が必要だという指摘、反面、執行禁止の仮処分・実行行為禁止の仮処分につき、決議の瑕疵を争う訴訟の実効性を担保する重要な救済手段である、という指摘がある^(注71)。これに特に付け加えることには思い至らない。

5 仮処分の効力

(1) 効力停止の仮処分

以上の記述は、決議の効力を停止する仮処分が、決議の効力の暫定的な（決議の瑕疵を争う訴訟が落着くまでの）不発生という効果を発生させる、ということ为前提としてきた。

しかし、効力停止の仮処分が、決議の効力不発生という効果を有するといえるかどうかには、疑問の余地がある。決議の効力不発生は、仮処分債権者・仮処分債務者以外の第三者に対する効力を伴う。しかし、かかる対第三者効の根拠となる明文の規定を欠くからである。

まず、本案が取消訴訟の場合には、決議の効力停止効は、①仮処分債権者が会社に対して決議の効力の不発生を主張できるようにすること、および、②第三者との関係でも決議の効力を生じさせないことを内容とすると思われる。このうち①は形成力に等しいので民事保全法による民事訴訟法の準用により正当化できるかもしれないが、②は第三者との関係で決議の瑕疵を争う訴訟が落着くまでは決議は効力を有しない、という効果を内容とする。また、本案が無効確認訴訟・不存在確認訴訟の場合には、決議の効力停止効は、上記の②のみを内容とする。この②は対第三者効を内容とするものであり、

(注71) 中島・前掲（注2）334頁。

民事訴訟法の一般的理解からすれば、条文上の根拠がない限り認められない、という議論も十分に成り立つ余地があるように思われる。

上述1(2)の通り、(少なくとも吸収合併については)合併承認決議に瑕疵がある場合、合併の効果不発生を望むのであれば合併無効の訴えを本案として合併の効力停止の仮処分を申し立てる必要があると思われるが、合併の効力停止の仮処分が、合併の効力の一時的不発生という効果を本当に導けるのかには、疑問の向きも多かろう。筆者は、これは合併の効力停止の仮処分だから生じる問題ではなく、対第三者効を効力にもつ仮処分一般の問題だと考える。

これに対しては、本案訴訟がかかる対世効を有することにより正当化する^(注72)という方向が考えられないではないが、それでよいか、吟味が必要である。

(2) 執行行為禁止の仮処分・実行行為禁止の仮処分

(A) 不作為の命令としての執行行為禁止・実行行為禁止の仮処分の執行

執行行為禁止の仮処分・実行行為禁止の仮処分については、仮処分命令は不作為の命令を内容としており、それに執行力が生じることには疑いがない。その執行方法としては、上述の通り、間接強制が考えられる。

(B) 禁止命令違反の行為の評価

執行行為禁止仮処分・実行行為禁止仮処分違反の行為が行われてしまった場合はどうなるか。合併手続禁止の仮処分について、仮処分の違反は合併無効事由になるとする見解がある^(注73)。

この点については、問題となる決議ごとに考察をする必要があるように思われる。なお、禁止命令違反の効果が対第三者効を前提とする場合、執行行為・実行行為禁止仮処分の執行のうちの将来のための適当な処分(民414条4

(注72) 竹下守夫=藤田耕三編・注解民事保全法(下)(青林書院、1998)174頁[一宮なほみ]、三ヶ月ほか・前掲(注3)150頁[新堂]参照。

(注73) 中島・前掲(注2)336頁。その結果生じ得る法的不安定性を回避するため、仮処分がなされた旨の公告(平17改正前商105条4項類推)と登記(平17改正前商108条類推)をするべきであるという。

項)として、当該行為を行う権限を剥奪する、という執行処分が可能であれば、かかる仮処分執行の形で、これを実現する余地があると思われる。

(a) 吸収合併の場合 吸収合併については、略式吸収合併の場合につき、一定の要件の下に株主の合併差止請求権が認められている(消滅会社につき会社法784条2項、存続会社につき会社法796条2項)。この差止請求権に基づく仮処分は、募集株式発行等の差止めの仮処分に準じるものと理解されており^(注74)、募集株式発行等の差止めの仮処分については、仮処分違反は新株発行等の無効の訴えの原因になるというのが判例である^(注75)。したがって、判例の立場に従えば、略式合併の差止仮処分違反は、合併無効事由を構成すると考えられる^(注76)。会社法784条2項・796条2項の差止請求権は、合併承認株主総会決議が省略される場合の株主保護を補う点に主眼があるということであるから、判例理論を前提とする限りは、合併承認決議の瑕疵を争う訴訟を本案とする仮処分の違反も、同じく合併無効事由になるという理解が素直であろうか。

しかし、募集株式発行等の差止めの仮処分違反が新株発行等の無効の訴えの原因になるという判例理論に対しては、仮処分の第三者効を認めがたいことを理由に学説上は否定説も根強い^(注77)。また、略式合併の差止請求権が具体的にいかなる会社の行為を求めるものであるのか、よくわからないところがある。合併承認決議後の合併に向けた一連の手続を行わないということであれば、それは合併の効力発生自体を阻止できるわけではない。合併の効力が発生しないように相手先の会社と再交渉をする等の作為義務を課すものであるとしても再交渉等が奏功するとは限らない。また、債権者保護手続の履践等、その不実施が合併無効事由を構成するものについては、その不作為義務を課すことによりかえって紛争が複雑化するようにも思われる。仮処分違

(注74) 江頭819頁。

(注75) 最判平成5・12・16民集47巻10号5423頁。

(注76) 江頭820頁。

(注77) 坂井・前掲(注2)222頁以下、三ヶ月ほか・前掲(注3)142頁[新堂]ほか。

反を独立の合併無効事由とすることは、そうすることにより代表取締役等の仮処分遵守のインセンティブを高めることを目的としていると考えられるが、ことこの局面では代表取締役等による仮処分の遵守が合併の効力発生を阻止にはつながらず、かえって合併無効事由を増やしてしまうだけで終わってしまうこともあることに鑑みれば、吸収合併の実行行為禁止の仮処分違反を合併無効事由とするのは妥当でないように思われる。

なお、吸収合併の登記は、略式合併の差止請求の対象として適当であるように思われるが、吸収合併の登記は吸収合併の効力発生とは無関係である以上、仮処分違反の吸収合併の登記が合併無効事由を構成するとは考えられないように思われる。

(a) 新設合併の場合 新設合併では、登記が合併の効力発生要件である。したがって、合併の執行行為のうち、特に合併登記については、禁止の仮処分をかけこれを遵守させることは、合併の効力発生を阻止するという効果を導くことができる。したがって(a)の吸収合併の場合と異なり執行行為（特に合併登記）禁止仮処分違反を合併無効事由とすることには、意味がある。したがって、新設合併の場合には、合併の登記を禁止する仮処分に違反して一連の合併手続が履践されて合併登記がなされた場合には、前掲・最判平成5・12・16の扱いを合併無効の訴えに類推してこれを合併無効事由とするという立場もとり得よう。なお、この場合、法的安定性の保護は合併無効の訴えの仕組み（形成訴訟であること、遡及効を持たないこと）によって図られるので、仮処分を登記する等により取引の安全保護を図る必要はない。

しかし、仮処分違反を合併無効事由とすることは、仮処分の対第三者効を伴う。執行行為・実行行為禁止との関係でこれを正当化するとすれば、上述の通り、当該行為についての権限剥奪という形をとる必要があると思われる。しかし、商業登記法は、無権限者による登記申請があった場合には申請の却下事由になるとしているが（商登24条4号）、一旦申請に基づく登記があった場合には、それが無権限者によるものであることは登記の抹消事由とはしておらず、登記事項につき無効原因がある場合にのみ抹消することとしている

(商登134条1項1号・2号^(注78))。

仮処分違反の登記を独立の合併無効事由とすることは、この基本的な考え方と相容れないように思われる。

(b) 取締役の報酬決定 報酬決定決議との関係では、取締役への具体的報酬支払行為を禁止する仮処分に違反して報酬が支払われてしまった場合の当該支払行為の効力が問題となる。これについては、報酬支払禁止仮処分により代表取締役から報酬支払権限が剥奪され、報酬支払行為が無権限者によるものとして無効になる、という構成が不可能ではないように思われる。そうすると、会社には支払を受けた取締役に対する不当利得による返還請求権が帰属する。報酬決定決議が有効なものであれば、支払を受けた取締役には会社に対する報酬請求権が帰属し、取締役はこの請求権を自働債権とする相殺が可能であるので、会社による支払を不当利得債権化することは無意味であるとの批判があるかもしれないが、直後に会社が倒産してこの相殺が危機時期によるものとして無効になる場合には、意味があると思われる。

(c) 解散 解散決議との関係では、清算手続禁止の仮処分に違反して清算手続が実行された場合の清算行為の効力が問題となる。これについても、仮処分により清算人から会社財産の処分権限等が剥奪されると構成できるとすれば、仮処分違反の清算行為の無効を導くことができると思われる。会社法908条2項等による善意者保護の規律は必要になる。

(d) 資本金の額の減少 資本金の額の減少の株主総会決議との関係では、債権者保護手続履践禁止の仮処分に違反して債権者保護手続が行われた場合の当該債権者保護手続の効力が問題となるものと思われる。一方で(b)(c)と同様、債権者保護手続を行う権限の剥奪と構成して、その無効を導く余地があると思われる反面、債権者保護手続としては誰が行うかよりもその手続が踏まれたことが大事であるようにも思われ、であるとなれば、仮処分違反の債

(注78) かつ、その無効原因が訴えをもってのみ主張することができる場合には当該無効原因を理由とする登記の抹消を認めず、無効判決の確定による職権囑託登記に一本化する扱いである。

権者保護手続を無効とすべきではないという立場もとり得るように思われる（後者の立場に立った場合、資本の額の減少の効果不発生を導きたいと考えるのであれば、上述の通り、望む通りの効果が得られるかどうかは別として、資本の額の減少無効の訴えを本案として資本の額の減少の効力停止の仮処分を申し立てるべきであろう）。

(e) 会社の目的を変更する定款変更決議　ここで問題となるのは、定款変更決議の効力を争う訴訟を本案として、定款変更を前提とした新たな営業行為を禁止する仮処分命令が出されたのに対して、これに違反して新たな営業行為が行われた場合のその効果である。

かかる仮処分命令を出すことが許されるのであれば、会社を代表して新たな営業行為を行う権限の剥奪を通じて、新たな営業行為の無効を導く余地があると思われる（善意の第三者保護がなされるべきことは当然である）。

しかし、上述1(2)の通り本稿は、定款変更決議の効力を争う訴訟を本案として、定款変更を前提とした新たな営業行為を禁止する仮処分命令を出すことが許されるかどうかにつき疑問を抱いている。