【判例研究】 関西学院大学商法研究会

勧告的決議に対する無効確認の訴え

（東京地判平成二六年一一月二〇日金判一四五七号五二頁）

古川朋雄

一・事実の概要

Y社は、情報処理サービス及びコンピュータ・システムの管理運営代行業等を営む取締役会設置会社である。Y社は、その普通株式をJASDAQスタンダード市場に上場しており、最大の取引先であるA社が発行済株式総数の約四七％を保有している。投資運用会社であるX_1社は、平成二〇年八月以降、Y社が発行する株式の買付けを行い、X_1社の運用するファンドの受託者であるX_2社の購入分を併せて、平成二二年一二月一七日までに合計四二〇万七四〇〇株（保有割合二五・九七％）を保有するに至った。

平成二二年一二月二七日、Y社取締役会は、Y社の株式の買収が行われる際に、Y社の企業価値・株主共同の利益に反する買付けを抑止するとともに、株主の判断に必要な情報や時間を確保すること等を目的として、大規模買付ルールの導入を決議した[1]。そして平成二三年六月一〇日、Y社株主総会は、出席した株主の過半数の賛成（約六八・五九％）をもって、上記の大規模買付ルールを一部変更の上で更新する旨を可決した。

変更後の大規模買付ルール（以下、「本件大規模買付ルール」という。）の内容は次の通りである。

ⅰ）買付者自身を含む株主グループのY社における議決権割合を二八％以上とすることを目的とする買付行為等を行おうとする者（以下「大規模買付者」という）は、当該買付けを開始する前に、Y社に対し、大規模買付者の名称や大規模買付行為の目的の概要等を明示し、本件大規模買付ルールの遵守を約した法的拘束力のある書面（以下「意向表明書」という。）を提出する。

ⅱ）Y社取締役会は、意向表明書の受領後一〇営業日以内に、大規模買付者に対し、Y社の取締役会が当該大規模買付行為の内容を検討するために必要と考える情報のリストを交付する。

勧告的決議に対する無効確認の訴え

iii）Y社取締役会は、必要情報の提供を受けた日から六〇営業日以内の分析検討期間に、外部専門家の助言を受けるなどしながら、必要情報の分析・検討を行い、意見を取りまとめて公表する。

iv）Y社取締役会は、大規模買付者が本件大規模買付ルールを遵守しなかった場合や、当該買付けがY社の企業価値ひいては株主共同の利益に対する明白な侵害をもたらすおそれがある場合には、対抗措置を発動することがある（この対抗措置は差別的な新株予約権の無償割当てを含むが、具体的な内容は明定されていない。）。

v）Y社取締役会は、対抗措置の発動について判断する場合、その判断の公正性を確保するため、事前に、Y社の業務執行を行う経営陣から独立した者のみから構成される特別委員会に対して対抗措置の発動の是非等について諮問する。Y社の取締役会は、特別委員会による勧告をY社株主に開示した上で、当該勧告を最大限尊重して、対抗措置の発動に関して決議を行う。

vi）特別委員会が対抗措置の発動に関してあらかじめ株主総会の承認を得るべき旨の留保を付した場合、または、大規模買付行為によるY社の企業価値ひいては株主共同の利益に対する侵害が認められるかが問題となり、かつ、Y社の取締役会が善管注意義務に照らしY社株主の意思を確認することが適切と判断する場合、Y社の取締役会は、株主総会を招集して対抗措置の発動その他当該大規模買付行為に関するY社株主の意思を確認することができる。Y社の取締役会は、株主総会を開催する場合には、株主総会の決議に従い対抗措置の発動等に関する決議を行う。

X1社は、平成二三年九月六日付けでY社に対し、X1社の議決権割合を最大三三％とするY社株式の買付けを行う可能性があること等を記載した意向表明書を提出し、平成二四年二月二〇日までにY社が求めた必要情報を提供した。そこでY社取締役会は、X1社による株式の買付けがY社の企業価値又は株主共同の利益に対して与える影響と、当該買付けに反対しこれを中止することを求める議案を株主総会に提出することの是非について、外部の専門家三名によって構成された特別委員会に諮問した。

特別委員会は、同年五月一五日、Y社の取締役会に対し、X1社による買付けは、Y社の企業価値又は株主共同の利益に軽微でない悪影響を与える可能性があること、Y社の取締役会において当該買付けに反対しその中止を求める議案

を株主総会に提出して、株主の意思を確認することが相当であること、X1社に対し、株式買付けの概要と実施理由を直接株主に説明するための機会を与えるべきこと、X1社およびA社を除くY社株主のうち過半数の株式を有する株主が当該議案に賛成した場合には、X1社は株主総会の決議の結果を厳に尊重し、直ちにY社株式の買増しを中止すべきであることを勧告した。

そこでY社取締役会は、同日、X1社に対し株式の買付けの中止を要請すること（以下「本件中止要請」という。）について、Y社株主の承認を求める旨の議案を株主総会に提出することを決議した。同年六月一二日に開催されたY社株主総会では、X1社及びA社を除く出席株主の約八八・五四％の賛成によって本件中止要請を承認する旨が決議され（以下、「本件決議」という）、Y社はその場でX1社に対して買付けの中止要請を行った。

これに対してX1社およびX2社（以下、あわせて「X1ら」という。）は、Y社に対して本件決議の内容が法令に違反すると主張し、会社法八三〇条二項に基づく無効確認訴訟を提起した。

二・判旨：訴え却下（確定）。

裁判所は以下のように述べて、本件決議には無効確認の利益がないと判断した（なお、本件では無効事由の有無も争点となっているが、この点については判断していない）。

「株主総会の権限外の事項について決議がされた場合であっても、意思決定機関としての株主総会の決議が効力を生じたかどうかを確定することを求める訴えを許容する実益が存する場合があることは否定しがたく、この点について、株主総会の決議が上記の事項についてされたか否かのみをもって、確認の利益の有無を判断することは相当とは解されない。」

「株主総会決議無効確認の訴えは、その沿革をたどると、通常の確認の訴えとして民事訴訟法の一般原則に服すると解されており、ただ判決に対世的効力がなく法的混乱を招くおそれがあったことから、この判決に対世的効力を付与するとともに、管轄や弁論及び裁判の併合等に関する規定を準用することとしたことをも勘案すると、株主総会決議無効確認の訴えに関し、確認の利益が認められるためには…決議の法的効力を確定することが、当該決議から派生し

た現在の法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位ないし利益が害される危険を除去するために必要かつ適切であることが必要であると解するのが相当である。」

「前記前提事実によれば、本件決議は、Y社が、本件中止要請を行うことを承認するものにすぎず、対抗措置を発動すること自体を承認するものではないことが認められるから、本件決議によって、Y社による対抗措置の発動が直接的に容易になっているということはできない。また…多数のY社株主が、本件株主総会において、X[1]社の大規模買付行為は、Y社の企業価値又は株主共同の利益に対して悪影響を与える可能性があるとの判断を表明したとの事実を直ちに認めることも困難であるから、本件決議によって、Y社による対抗措置の発動が間接的に容易になっているということも困難である。仮に、本件決議によってY社による対抗措置の発動が何らかの意味で容易になっているとみる余地があるとしても、それは、多数のY社株主が本件中止要請をすることについて承認を求める旨の議案に賛成した（多数のY社株主が特定の株主意思を表明した）との客観的事実に基づくものであって、当該客観的事実は、本件決議の効力がないことを確認したとしても、何らの影響を受けることがない。」

「大規模買付行為に対する対抗措置を発動するために、大規模買付者に対し大規模買付行為を中止するよう要請することを承認する決議が先行していることは、変更後の本件大規模買付ルール上も法令上も必要ではないと解されるから、Y社の取締役会が大規模買付行為に対する対抗措置の発動を行わない旨の決議を行い又はY社の株主総会において大規模買付行為に対する対抗措置の発動に係る議案が否決されていない状況の下で、Xらが大規模買付行為を開始した場合、本件決議の法的効力の有無にかかわらず、Y社は対抗措置を発動する可能性があることになる。」

「以上のとおり、多数のY社株主が本件中止要請をすることについて承認を求める旨の議案に賛成した本件決議の無効確認を求める本件においては、本件決議の法的効力がないことを確定したとしても、Y社が対抗措置を発動する可能性は消滅しないし、その可能性が減少するものでもないから、Y社株式の買増しが妨げられているという状況を除去することはできない。したがって、多数のY社株主が株主意思を表明したにとどまる本件決議の無効確認を求める訴えは、本件決議の法的効力を確定することが、当該決議から派生した現在の法律上の紛争を解決し、Xらの法律上の地位ないし利益が害される危険を除去するために必要

かつ適切であるとはいえないから、確認の利益を欠くものというべきである（なお、本件大規模買付ルールにおいては…現段階では、これらの対抗措置の必要性や相当性を的確に判断することはできず、いわゆる紛争の成熟性を欠くから、本件決議の効力に関する疑義が前提となって、本件決議から派生した各種の法律関係につき現在紛争が存在し、本件決議の法的効力を確定することが、原告らとY社との間の紛争を解決し、原告らの法律上の地位ないし利益が害される危険を除去するために必要かつ適切であるともいえないことになる。）。」

三・検　討

(1)　本判決の意義

本件は、いわゆる勧告的決議に対する無効確認の訴えの可否が争われた数少ない事例である。本判決は、勧告的決議も無効確認の訴えの対象となる余地があること、無効確認の利益の有無を判断するにあたっては個別具体的に検討を行うべきことを示した点が注目される。また、確認の利益に関する考慮要素については、従来の判例・通説に沿った判断がなされている。

本件決議は株式買付けの中止要請を承認するものである勧告的決議に対する無効確認の訴え

が、本判決の判示は、買収防衛策の導入や発動を承認する勧告的決議にも広く及ぶと考えられる。

(2)　本件決議の法的位置づけ

本件決議は、X_1社に対してY社株式の大規模買付を中止するよう要請することを承認したものである。しかし、このような場合にあらかじめ株主総会の承認を受けることを、法令やY社の定款が要求するわけではなく、また、本件大規模買付ルールが、買付者に対する中止要請や防衛策の発動を行うにあたっての前提条件とするわけでもない。では、本件決議は本件の一連の手続きの中でどのような意味合いを持つものといえるか。

取締役会設置会社における株主総会の権限は、法令または定款に定める事項に限定される（会社法二九五条二項）。しかし買収防衛策の導入が問題となる場面においては、実務上、いわゆる事前警告型買収防衛策の導入や発動に先だって株主総会の決議を受けることが多く、この場合に取締役会は当該決議の結果を尊重して判断を行う(2)。このような実務が普及した背景としては、株主総会決議は買収防衛策に対する株主の意思確認の方法として有効と考えられること(3)、裁判例(4)や買収防衛指針等(5)も、買収防衛策の相当性判断

において株主の判断を重視しているように解しうること等が挙げられる。

このような場合に総会決議にいたる手順としては、大きく分けて、(a)あらかじめ定款変更によって防衛策の導入や発動の承認を株主総会の決議事項とする場合と、(b)定款変更による総会決議事項の拡大をせずに、防衛策の導入や発動に関する議案を直接株主総会に付議する場合がある。このうち(b)の決議は、株主総会の権限外の事項に関する決議であると位置付けられることから、会社法上の総会決議としての意味を持たず、当事者に対する法的拘束力もない[6]。このような決議は「勧告的決議」と呼ばれる[7]。

本件決議は買収防衛策の導入や発動を承認したものではないものの、本件中止要請の承認はY社における株主総会決議事項ではないことから、本件決議は勧告的決議にあたる[8]。すなわち本件決議は、単に株主総会の場を利用して集約したY社株主の多数の意見を表すものに過ぎず、Y社の株主総会が法定の権限に基づいて本件中止要請を承認したことを意味するわけではない。

(3)　勧告的決議に対する無効確認の訴えの可否

それでは、本件決議は株主総会決議の無効確認の訴えの対象となりうるのか。

この点については、そもそも勧告的決議は会社法上の株主総会決議にはあたらず、無効確認の対象にはならないと考えることもできる。また本件では、Y社も本件決議に法的な効力があるとは主張しておらず、当事者間に決議の効力の有無に関する争いは存在しない。ゆえに本件では法律上の争訟（裁三条一項）が存在しないとして、裁判所が判断をしないことも可能であったとも指摘される[9]。

しかし本判決は、「株主総会の権限外の事項について決議がされた場合であっても、意思決定機関としての株主総会の決議が効力を生じたかどうかを確定することを求める訴えを許容する実益が存する場合がある」として、本件決議に対しても無効確認の訴えの提起が認められる余地がある旨を示した。

過去の裁判例にも、防衛策に関する事案ではないが、株主総会の権限外の事項についてなされた決議に対して、同様の判断がなされたものがある。

東京地判昭和二七年三月二八日[10]は、役員の責任追及訴訟の提訴請求の否決等に関する決議に対して無効確認の訴えが提起された事案について、「株主総会の決議は、それが決議の際株主全員の間に法律上の効力のないものとの了解

があつてなされた場合であつても後日役員がその決議を有効であるとして自己の行為の免責を主張する等の余地があるときは、その無効を確認する利益がないとはいえない。」と判示した。これは、勧告的決議に法的効力があることを前提とした行為が問題となった場合に、その根拠を否定することで紛争解決に導くことがありうることを指摘するものといえる。

また、最二小判昭和五九年三月二三日[11]は、有限会社の社員総会で行われた定款変更決議に対して決議不存在確認の訴えが提起された事案について、「定款変更決議がその決議の内容となっている事項の変更そのものについて格別の法的効力を有しないものであっても、定款変更そのものの決議に疑義が存するときは、その決議を推測させる記載のある定款が存在することにより右決議の効力ないしそれから派生する法律関係について種々の紛争が生ずるおそれがあ」るとして、決議不存在確認の訴えの提起を認めた。これは、そもそも株主による意思形成がなされていない事案について、決議の存否を明らかにすることで、関係者の誤解や混乱を解消しうると考えるものであろう。

本判決は、勧告的決議であるというだけで訴えの可否を判断すべきでないとした点で、これらの裁判例と同様の立場に立つものであるが、本件では、勧告的決議が存在することや決議に法的効力がないことについて当事者間に争いはない。それでは、本判決のいう実益とは何を意味するのであろうか。この点につき本判決は、本件決議がY社の対抗措置の発動を容易にする効果をもたらす場合には、無効確認の訴えを提起する実益が認められる場合があると考えるようである。たしかに、買収防衛策の導入等に際して、内規などにより勧告的決議による承認が必須の条件とされている場合などにおいては、勧告的決議の有効性を争うことで手続を止めることも可能かもしれない。

しかし、無効確認の訴えにこのような効果を期待できる状況はかなり限定されるように思われる。本判決も示すように、無効確認の訴えは株主総会の決議に法的効力がないことを確認するための制度であり、株主総会の場において審議がなされ多数の株主の意思が示されたという事実まで否定するものではない。そして実務における勧告的決議の意義は、取締役会が自身の判断の正当性を株主の多数の賛同を得ているという事実に求める点にあり[12]、これは当該決議の法的効力に依拠するものではない。このように考えると、手続的瑕疵などによって多数の株主による意思形成の事実そのものが否定されるような場合は格別[13]、勧告的決議

が有効に存在している場合には、その決議に法的効力がないことを確認しても当事者間の紛争解決にはつながらないのではないだろうか。

(4)　本件決議に対する無効確認の利益

本判決は最一小判昭和四七年一一月九日[14]を引用し、「確認の訴えにおける確認の利益は、判決をもって法律関係の存否を確定することが、その法律関係に関する法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位ないし利益が害される危険を除去するために必要かつ適切である場合に認められると解するのが相当である」との一般論を述べる。この判示は、総会決議に関する無効確認の利益について、個別具体的に検討する必要性を示したものと理解できる。学説には、株主総会決議の無効確認の訴えについて、株主であれば類型的に確認の利益が認められるとする見解[15]もあるが、通説は個別の検討が必要と解しており[16]、本判決も通説と同様の立場を示したものといえる。

そのうえで本判決は、株主総会決議の無効確認の訴えを通常の確認の訴えと同様に解し、民事訴訟法の一般原則に基づいて確認の利益の有無を判断した。この点も従来の判例・通説に沿ったものである[17]。

確認の利益の要件は民事訴訟法上、次の三点に分けて説明される[18]。すなわち、①当事者間の紛争解決の方法として、確認の訴えを選択したことが適切か（手段選択の適否）、②確認訴訟によって解決する必要のある紛争が存在するか（即時確定の現実的必要）、③確認対象として選んだ訴訟物が、当該紛争の解決にとって有効・適切か（確認対象の適否）である。

このうち、本件では特に②③に着目して検討がなされている[19]。

②についてXらは、本件決議によって、対抗措置として新株予約権の無償割当て等が行われるおそれがあり、またY社の他の株主がXらによる株式の買増しは禁止されていると誤解するおそれがあるとして、自身の権利や法的地位に現実的な危険・不安が存在すると主張する。しかし本判決は、本件大規模買付ルールにおいて対抗措置の具体的な内容が明定されていないことから、現段階ではこれらの対抗措置の必要性や相当性を的確に判断することはできず、紛争の成熟性を欠くとして、即時確定の必要性を否定した。民事訴訟法上、確認の利益の判断の基礎となる原告の法的地位は、法的保護に値するほどに具体的・現実的なものでなければならないとされていることから[20]、防衛策の種類も

特定されていない本件ではこの結論は妥当である。[21]

また、③についてXらは、会社法八三〇条二項で株主総会決議を無効確認の訴えの対象とすることが認められていること、実質的にも本件決議は対抗措置の発動の脅威を背景に、XらによるY社株式の買増しに関する投資判断を妨げて投資収益の機会を失わせようとするものであるから、その効力を確認することは紛争の抜本的解決に資すると主張する。これに対して本判決は、買収防衛策の発動を承認したものではない本件決議によって、Y社による対抗措置の発動が直接的に容易になるとはいえないこと、仮に対抗措置の発動が何らかの意味で容易になるとしても、それは多数のY社株主が本件中止要請に賛成したとの客観的事実に基づくものであること、そして本件決議に法的効力がないことを確定しても、Y社が対抗措置を発動する可能性が消滅・減少するものではないことから、本件決議の法的効力の確定はXらの法律上の地位ないし利益が害される危険を除去するために必要かつ適切であるとはいえないとした。

この判示は本件に限らず、買収防衛策に関する勧告的決議一般に当てはまるように思われる。本判決のように、勧告的決議が取締役会の判断に与える事実上の影響は無効確認を経ても変化しないと理解するのであれば、本件決議のような場合に限らず、買収防衛策の導入や発動を承認する勧告的決議についても、確認の利益が否定されるように思われる。[22]

もっとも、前述のように、そもそも勧告的決議に対する無効確認の訴えが紛争の解決手段として有効かという点には疑問がある（①との関係）。一般に株主総会の権限外の事項について決議したことは無効事由となると解されることから、[23]確認の利益が認められれば、当該決議の無効が認められる可能性は高い。しかし株主総会決議の無効確認の訴えは、問題となった株主総会の決議に法的効力がないことを確認するための制度であり、株主総会において審議がなされ株主の多数の意思が示されたという事実までなかったことにできるわけではない。そうすると本件では、仮にXらが勝訴したとしても、Y社株主の多数が本件中止要請に賛成したという事実は残り、元々Y社は本件決議の法的効力を争っていないのであるから、結局のところ、無効判決を受けても状況は変化しないように思われる。[24]

発動される買収防衛策の種類が特定されている場合には、他の手段[25]によって原告の利益を確保することも可能である。そのような場合に、紛争解決の手段としてあえて無効確認の訴えを選択すべき理由はあまりないのではないだろう

勧告的決議に対する無効確認の訴え

か。

（1）なお、導入された大規模買付ルールの有効期間は直近に開催される株主総会の終結時までであり、当該株主総会において同ルールの更新の可否を議題とすることとされた。

（2）なお、本件大規模公開買付ルールでも、特別委員会の勧告を受けて株主総会決議を行う場合、Y社の取締役会は、株主総会の決議に従う旨の規定がある。1、のvi）参照。

（3）当初、企業年金連合会は議決権行使ガイドライン（平成二二年に廃止）において、株主の承認を得ずに事前警告型買収防衛策を導入した場合には、原則として取締役選任議案に反対する旨を示していた。三菱UFJ信託銀行証券代行部編『買収防衛策の導入傾向と事例分析』商事法務（二〇一一年）一九頁。一方、基準日以降に株主が大幅に変動する可能性から、勧告的決議の意思確認方法としての意義を疑問視する見解もある。森本滋ほか「〈座談会〉会社法への実務対応に伴う問題点の検討―全面適用下の株主総会で提起された問題を中心に―」商事一八〇七号二六―二七頁（二〇〇七年）［相澤哲発言］。

（4）たとえばニッポン放送事件における高裁決定（東京高決平成一七年三月二三日判時一八九九号五六頁）には、基礎として会社の支配権の帰趨は株主が決めるべきであるというポリシーがあると指摘される。田中亘『企業買収と防衛策』商事法務（二〇一二年）二〇九頁。またブルドッグソース事件の最高裁決定（最二小決平成一九年八月七日民集六一巻五号二二一五頁）も、買収防衛策について株主の承認をうけることを肯定的に捉えていると考えられる。同旨、奥島孝康＝落合誠一＝浜田道代編『新基本法コンメンタール　会社法二』日本評論社（二〇一〇年）八頁［後藤元］。

（5）経済産業省＝法務省「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」三頁（別冊商事法務二八七号一二三頁）は、買収防衛策は株主の合理的な意思に依拠すべきとする。

（6）周劍龍「本件判批」金判一四七四号五頁（二〇一五年）。なお森本ほか・前掲注（3）二六頁では、勧告的決議は単なるアンケート調査［相澤哲発言］や気休めのもの［森本滋発言］と表現される。

（7）平成二二年六月の株主総会において、買収防衛策の導入または継続を決議した上場会社一四九社のうち、(b)の方法を選択したのは八六社であった。三菱UFJ信託銀行証券代行部・前掲注（2）一九―二〇頁。もっとも、勧告的決議は株主総会の混乱をもたらすおそれがあり、実務上は(a)の方法を採るのが望ましいとされる。岩原紳作編『会社法コンメンタール（七）』商事法務（二〇一三年）四二頁［松井秀征］、酒巻俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法（四）』中央経済社（二〇〇八年）三七頁［前田重行］。

（8）本件では、Y社自身が訴訟においてその旨を主張している。

（9）弥永真生「本件判批」ジュリ一四八四号一二五頁（二〇一五年）。

（10）下民三巻三号四二八頁。

（11）判時一一一号一三九頁。本件では、有限会社における社員以外への持分譲渡と取締役・監査役の選任についてそれぞれ決議を行うとともに、定款変更の特別決議が行われた。なお本件では、定款変更決議に対する不存在確認の訴えと並行して、持分譲渡の承認決議と役員の選任決議についても不存在確認の訴えが提起されている。

（12）この点につき、一般的に、買収防衛策の導入や発動に際して

勧告的決議を得ておくことで、裁判所がその買収防衛策が適法であると判断する可能性があることが指摘される。松尾健一「本件判批」判例セレクト二〇一五年［Ⅱ］一九頁（二〇一六年）。もっともこの点については、株主総会の権限外の事項は原則として取締役会が責任を持って処理すべきであり、勧告的決議に取締役の免責を導く効果があるわけではないとの批判もある。森本ほか・前掲注（3）一二七頁［森本滋発言］。

（13）このような場合には、取消しの訴えや不存在確認の訴えによって、当該決議の事実的影響力を否定することが可能となろう。同旨、白井正和「本件判批」ジュリ一四九二号一〇四頁。

（14）民集二六巻九号一五一三頁など。

（15）新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』有斐閣（一九九八年）六九頁［福永有利］、弥永真生「本件判批」ジュリ一四七七号三頁（二〇一五年）。

（16）大隅健一郎＝今井宏『新版会社法論 中巻1』有斐閣（一九八六年）一二四頁注（1）。

（17）大隅＝今井・前掲注（16）一二三頁、上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法（5）』有斐閣（一九八六年）三八五頁［小島孝］。

（18）新堂＝福永・前掲注（15）六五頁［福永有利］。なおこの他に④紛争の解決を図るのに有効な被告を選んでいるか（被告選択の適否）を追加するものもある。新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』弘文堂（二〇一一年）二七〇頁など。

（19）なお、本件において②③のいずれが結論に大きく影響したかについては評価が分かれる。弥永・前掲注（9）一二六頁は③が、周・前掲注（6）六頁は②が決め手であると述べる。

（20）新堂＝福永・前掲注（15）六八頁［福永有利］。

（21）もっとも（確認の利益とは関係がないが）本件決議の段階で買収防衛策の種類を特定していないという点は、買収防衛指針の示す事前開示の原則との関係では問題となりえよう。

（22）この点について弥永・前掲注（9）一二六頁は、事実上の不利益が生じる場合にも訴えの利益を認めたと解される過去の裁判例（注7に挙げた昭和五九年の最高裁判決など）を挙げ、本判決は割り切りすぎていると述べる。

（23）鮫島真男『会社訴訟の理論と実際』財政経済弘報社（一九六九年）一一一頁、上柳＝鴻＝竹内・前掲注（17）三八五頁［小島孝］。また、東京地判昭和一七年三月二八日下民三巻三号四二八頁。

（24）この点については、Xらは本判決後に関係会社を通じてY社に対する公開買付けを開始していることから、本件では決議に株式の買い増しを禁止する法的効力がなく、買収防衛策の発動を後押しする効果もないことを確認できれば十分であったとも分析される。弥永・前掲注（9）一二六頁。

（25）例えば、差別的行使条件を定めた新株予約権の発行に対しては、発行の差止めや無効確認の訴えが考えられる。

（本稿は、科学研究費 若手研究（B）（研究課題番号：15K16957）の助成を受けた研究成果の一部である）