

司法試験

司法試験論文過去問の事例処理
～重要事項完成講座テキストサンプル～
【改訂版】

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001212 150262

LL15026

無料公開講座

会社法～株式発行の効力等

今回の無料公開講座は、下記の題材を用いて、司法試験の論文式試験で頻出の株式発行の効力等について学習することにします。

記

題材：平成26年度司法試験 論文式試験 商法・設問1

平成27年9月11日（金）

LEC専任講師 矢島純一

- ・このテキストは、「重要事項完成講座」の「知識編」のサンプルテキストです。重要事項については、重要度が高い順に「●」、「◆」、「▲」の記号を付しています。最低でも「●」と「◆」をしっかりとおさえれば、なんとか論文試験で合格答案を作れるようになるはずです。

また、このレジュメとは別レジュメとして配布する平成26年度司法試験の論文式試験に関するものは、「重要事項完成講座」の「論文過去問徹底分析編」のサンプルテキストになります。

7 募集株式の発行無効の訴えの無効事由 ～事後の救済手段

(1) 意義

→ここでは募集株式の発行の瑕疵を争う事後的手段である募集株式発行無効の訴え（828 I ②）について説明する。自己株式の処分も募集株式の発行と同様の規制がなされているため（199），募集株式発行無効の訴えの議論は自己株式の処分の無効の訴え（828 I ③）にもあてはまる。なお，募集株式の発行無効の訴えを新株発行無効の訴えということもある。●

関連問題：H19 司法論文民事系第1問設問1

関連問題：H23 司法論文民事系第2問 設問③

自己株式の処分の無効の訴えの無効事由

関連問題：H25 司法論文民事系第2問 設問3後段

新株発行無効の訴えの無効事由

関連問題：H27 司法論文民事系第2問設問3

非公開会社における新株発行無効の訴えの無効事由

- ・募集株式発行（新株発行）の無効や自己株式の処分の無効については，募集株式の発行無効の訴えによってのみ無効を主張できる（828 I ②，同③）。●

- ・ **原告適格**は、株主等（株主，取締役，清算人，監査役設置会社における監査役，指名委員会等設置会社における執行役）にある（828Ⅱ②）。なお、「株主等」の意味は 828Ⅱ①に規定されている。▲

- ・ **出訴期間**は、公開会社では、効力発生日から 6か月以内，非公開会社では 1年以内である（828Ⅰ②）。◆

関連問題 H26 司法論文 民事系第2問 設問1

問題文から出訴期間が経過していることを
読み取る必要があった事案

（会社の組織に関する行為の無効の訴え）

828 条 次の各号に掲げる行為の無効は、当該各号に定める期間に、訴えをもつてのみ主張することができる。

- 一 会社の設立 会社の成立の日から **2年以内**
- 二 株式会社の成立後における株式の発行 株式の発行の効力が生じた日から **6箇月以内**（公開会社でない株式会社にあつては、株式の発行の効力が生じた日から **1年以内**）
- 三 自己株式の処分 自己株式の処分の効力が生じた日から **6箇月以内**（公開会社でない株式会社にあつては、自己株式の処分の効力が生じた日から **1年以内**）

以下略

2 次の各号に掲げる行為の無効の訴えは、当該各号に定める者に限り、提起することができる。

- 一 前項第1号に掲げる行為 設立する株式会社の **株主等**（株主，取締役又は清算人（監査役設置会社にあつては株主，取締役，監査役又は清算人，指名委員会等設置会社にあつては株主，取締役，執行役又は清算人）をいう。以下この節において同じ。）又は設立する持分会社の社員等（社員又は清算人をいう。以下この項において同じ。）
- 二 前項第2号に掲げる行為 当該株式会社の **株主等**
- 三 前項第3号に掲げる行為 当該株式会社の **株主等**

以下略

(2) 募集株式発行無効の訴えの無効事由

ア 無効事由の意義

→募集株式の発行無効の訴えの無効事由は明文で規定されていないので解釈により決することになる。募集株式の発行差止請求の場面とは異なり、発行された募集株式の効力を否定しようとする募集株式の発行無効の訴えの場面では発行された募集株式に関して利害関係を有するに至った者の法的安定要求に配慮する必要がある。そこで、募集株式の発行に軽微な瑕疵があるにとどまらず、重大な瑕疵（重大な法令・定款違反）があるときに限り、新株発行無効の訴えの無効事由になると解されている。●

注：「重大な瑕疵」は「重大な法令・定款違反」と表現してもかまわない。ここでは無効事由を限定的に解釈しなければならないという視点を論証に表現することが重要である。●

* 短い論証例

募集株式の発行無効の訴えの無効事由は法定されていないので解釈によるところ、株式の譲受人の取引の安全や会社の資金調達が無効とされることで会社の事業遂行に与える影響に配慮して、募集株式の発行に重大な瑕疵があるといえる場合に限って無効事由になると考える。

* さらに短い論証例

募集株式の発行無効の訴えの無効事由は法定されていないので解釈によるところ、株式の譲受人の取引の安全に配慮して、募集株式の発行に重大な瑕疵があるといえる場合に限って無効事由になると解する。

イ 無効事由に当たらない具体例

(ア) 無効事由にあたらぬ例～その1（公開会社・役員決議なし）

- ・ 公開会社において募集株式を発行する権限がある代表取締役が、有効な取締役会決議（201 I）を欠いたまま募集株式を発行した場合であっても、取締役会の決議は会社内部の意思決定であつて、株式取得者はその決議の存否を容易に知ることができないため、株式の譲渡により株式が転々流通することが予定されている公開会社の株式取得者の取引の安全に配慮すべきである。このようなことから、公開会社において取締役会の決議を経ずになされた募集株式の発行は新株発行無効の訴えの無効事由にならないと解される。●

- ・ 上記と同旨の判例がある（後掲**最判昭 36. 3. 31**）。

●最判昭 36.3.31 取締役会決議を欠く募集株式の発行

〔判旨〕

原判決が本件に関し、昭和二五年法律第一六七号によつて改正された商法の解釈として、株式会社の新株発行に関し、いやしくも対外的に会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとえ右新株の発行について有効な取締役会の決議がなくとも、右新株の発行は有効なものと解すべきであるとした判示は、すべて正当である。そして原判決が右判断の理由として、改正商法（株式会社法）はいわゆる授権資本制を採用し、会社成立後の株式の発行を定款変更の一場合とせず、その発行権限を取締役に委ねており、新株発行の効力発生のためには、発行決定株式総数の引受及び払込を必要とせず、払込期日までに引受及び払込のあつた部分だけで有効に新株の発行をなし得るものとしている（第二八〇条の九）等の点から考えると、改正法にあつては、新株の発行は株式会社の組織に関することとはいえ、むしろこれを会社の業務執行に準ずるものとして取扱つているものと解するのが相当であることをあげていることもすべて首肯し得るところである。なお、取締役会の決議は会社内部の意思決定であつて、株式申込人には右決議の存否は容易に知り得べからざるものであることも、又右判断を支持すべき一事由としてあげることができる。

(4) 無効事由にあたらぬ例～その2（公開会社・特別決議なし）

- ・ 公開会社において特別決議を経ずになされた株主以外の者に対する有利発行であっても、会社の内部的要件にすぎない特別決議（199Ⅲ，201Ⅰ，309Ⅱ⑤）の有無で募集株式発行の効力が決せられると、株式が譲渡により転々流通することが予定されている公開会社における株式取得者の取引の安全を害する。このようなことから、特別決議を欠く有利発行でも新株発行無効の訴えの無効事由にならないと解される。●
- ・ 同旨の判例がある（後掲**最判昭 46.7.16**，後掲**最判昭 40.10.8**）。
- ・ 後掲昭和40年判決の判旨の理由（「けだし」以下の部分）は論文試験の**論証の理由部分**として使いやすく，後掲昭和46年判決の判旨の上から3行目までは**論証の結論部分**に使いやすい。論証例を上記判例の後に掲載した。

●最判昭 40.10.8

株主総会の特別決議を欠く代表取締役による募集株式の有利発行

〔判旨〕

新株引受権を株主以外の者に付与〔募集株式の株主割当て以外の割当て〕することについては株主総会の特別決議を要するのであるが、既に取り締役会の決定に基づき対外的に会社の代表権限を有する取締役が当該新株を発行したものであるかぎり、右第三者引受についての株主総会の特別決議がなされなかったことは、新株発行無効の原因となるものではないと解すべきである。ただし、新株の発行は、元来株式会社組織に関するものではあるが、授權資本制度を採用する現行商法が新株発行の権限を取締役会に委ねており、ただ株主以外の者に新株引受権を与える場合には、株式の額面無額面の別、種類、数及び最低発行価額について株主総会の特別決議を要するに過ぎないものとしている点等にかんがみるときは、新株発行は、むしろ、会社の業務執行に準ずるものとして、取り扱っているものと解するのを相当とすべく、右株主総会の特別決議の要件も、取締役会の権限行使についての内部的要件であって、取締役会の決議に基づき代表権を有する取締役により既に発行された新株の効力については、会社内部の手續の欠缺を理由にその効力を否定するよりは右新株の取得者および会社債権者の保護等の外部取引の安全に重点を置いてこれを決するのが妥当であり、従って新株発行につき株主総会の決議のなかった欠缺があっても、これをもって新株の発行を無効とすべきではなく、取締役の責任問題等として処理するのが相当であるからである。このことは、既に当裁判所判例の趣旨とするとところである（当裁判所昭和三二年（オ）第七九号同三六年三月三十一日第二小法廷判決判例集第一五卷六四五頁）。

●最判昭 46.7.16

株主総会の特別決議を欠く代表取締役による募集株式の有利発行

〔判旨〕

株式会社の代表取締役が新株を発行した場合には、右新株が、株主総会の特別決議を経ることなく、株主以外の者に対して特に有利な発行価額をもって発行されたものであっても、その瑕疵は、新株発行無効の原因とはならないものと解すべきである。このことは当裁判所の判例（最高裁判所昭和三九年（オ）第一〇六二号、同四〇年一〇月八日第二小法廷判決、民集一九卷七号一七四五頁参照）の趣旨に徴して明らかである。

〔論証例〕 公開会社における特別決議を経ない有利発行の効力

～昭和40年判決と46年判決を参考にした論証例
株主総会の特別決議の要件も、取締役会の権限行使についての内部的要件であって、取締役会の決議に基づき代表権を有する取締役に
より既に発行された新株の効力については、会社内部の手続の欠缺
を理由にその効力を否定するよりは新株の取得者等の外部取引の
安全に重点を置いてこれを決するのが妥当である。このようなこと
から、新株発行につき株主総会の決議のなかった欠缺があっても、
これをもって新株の発行を無効とすべきではなく、取締役の責任問
題等として処理するのが相当である。したがって、株式会社の代表
取締役が新株を発行した場合には、新株が株主総会の特別決議を経
ることなく、株主以外の者に対して特に有利な発行価額をもって発
行されたものであっても、その瑕疵は新株発行無効の訴えの無効原因
にはならないものと考える。

〔論証例〕 公開会社における特別決議を経ない有利発行の効力

ショート版

公開会社において株主総会の特別決議を経ずに募集株式を第三者に
有利発行をした場合であっても、公開会社では株式が転々流通する
ことが予定されており、非公開会社と比べて株式の流通の安全を確
保する必要性が特に大きいことから、そのような募集株式の発行も
有効であり、新株発行無効の訴えの無効事由に当たらないと考える。

(ウ) **無効事由にあたらぬ例～その3（公開会社・不公正発行）**

- ・ 代表取締役が、取締役会の決議を経ずに、著しく不公正な方法により新株を発行（不公正発行）した事例において、新株発行は、株式会社の組織に関するものであるとはいえ、会社の業務執行に準じて取り扱われるものであり、会社を代表して業務執行をする権限のある取締役が新株を発行した以上、たとえ新株発行に関する有効な取締役会の決議がなくても新株の発行が有効であるとして、新株発行無効の訴えの無効事由を認めなかった判例がある（最判平 6.7.14）。◆

関連問題：H25 司法論文民事系第2問 設問3 後段

出題の趣旨に掲載された参考判例

- ・ 平成6年判決は、取締役会の決議を経ずに、著しく不公正な方法により発行された新株の効力につきはじめて判断した最高裁判決である。この議論は、株式譲渡の制限ない公開会社において妥当すると解されている。**不公正発行**は、株式発行前であれば210条2号の募集株式発行差止請求権により差し止めることができるが、株式が一度発行されてしまうと、公開会社において株式流通にかかる取引の安全が重視されて、新株発行無効の訴えの無効事由にはならないと考えておくとよい。◆

* 最判平 6.7.14

著しく不公正な方法により発行された新株と新株発行無効の訴えの無効事由

[判旨]

新株発行は、株式会社の組織に関するものであるとはいえ、会社の業務執行に準じて取り扱われるものであるから、右であることは、当裁判所の判例（最高裁昭和三二年（オ）第七九号同三六年三月三十一日第二小法廷判決・民集一五卷三号六四五頁）の示すところである。この理は、新株が著しく不公正な方法により発行された場合であっても、異なるところがないものというべきである。また、発行された新株がその会社の取締役の地位にある者によって引き受けられ、その者が現に保有していること、あるいは新株を発行した会社が小規模で閉鎖的な会社であることなど、原判示の事情は、右の結論に影響を及ぼすものではない。ただし、新株の発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性があることにかんがみれば、その効力を画一的に判断する必要がある、右のような事情の有無によってこれを個々の事案ごとに判断することは相当でないからである。

ウ 無効事由に当たる具体例

(ア) 無効事由～その1

- ・ 定款に規定した発行可能株式総数を超える発行（113 参照）
- ・ 定款に定めのない種類株式の発行（108Ⅱ 参照）

(イ) 無効事由～その2（公開会社・通知公告なし・差止事由あり）

- ・ 判例は、公開会社における募集事項の株主に対する通知又は公告（201Ⅲ，同Ⅳ）を欠いた募集株式の発行は株主の差止請求権を行使する機会を失わせることになることにかんがみて，仮に差止請求がなされていたとしたら差止めが認められなかったといえる場合でない限り新株発行無効の訴えの無効事由となるとしている（後掲**最判平 9.1.28**）。◆

補足すると，公開会社においては，原則として取締役会の決議だけで募集株式を発行できるので（201Ⅰ），取締役会の決議で募集株式を発行する場合の株主に対する通知・公告（201Ⅲ，同Ⅳ）の制度は，株主の権利保護にとってとても重要なものとなる。この通知・公告の重要性にかんがみると，この通知・公告を欠く瑕疵があれば当然に無効事由と認めてもよさそうであるが，**一方で**，発行された株式に関する法定安要求にも配慮し，仮に，通知・公告をきっかけに差止め請求をしたとしても，その差止めが認められないような場合にまで発行された株式を無効とする必要はないとの価値判断がはたらく。平成9年判例はこのような価値判断をあらわしたものと考えられる。

* 最判平 9.1.28 募集事項の通知又は公告を欠いた募集株式の発行

〔判旨〕

原審の適法に確定したところによれば、上告会社の昭和六三年六月の新株発行については、(一) 新株発行に関する事項について商法二八〇条ノ三ノ二〔会社法201Ⅲ，同Ⅳ〕に定める公告又は通知がされておらず，(二) 新株発行を決議した取締役会について，取締役Dに招集の通知（同法二五九条ノ二）がされておらず，(三) 代表取締役Aが来る株主総会における自己の支配権を確立するためにしたものであると認められ，(四) 新株を引き受けた者が真実の出資をしたとはいえず，資本の実質的な充実を欠いているというのである。

原判決は，このうち(三)及び(四)の点を理由として右新株発行を無効としたが，原審のこの判断は是認することができない。ただし，会社を代表する権限のある取締役によって行われた新株発行は，それが著しく不公正な方法によってされたものであっても有効であるから（最高裁平成二年（オ）第三九一号同六年七月一四日第一小法廷判決・裁判集民事一七二七号七七一頁参照），右(三)の点は新株発行の無効原因とならず，また，いわゆる見せ金による払込みがされた場合など新株の引受けがあったとはいえない場合であっても，取締役が共同してこれを引き受けたものとみなされるから（同法二八〇条ノ一三第一項）〔旧商法の引受担保責任・平成26年改正会社法の出資を仮装した場合の金銭の支払責任に類似〕，新株発行が無効となるものではなく（最高裁昭和二七年（オ）第七九七号同三〇年四月一九日第三小法廷判決・民集九卷五号五一頁参照），右(四)の点も新株発行の無効原因とならないからである。

しかしながら，新株発行に関する事項の公示（同法二八〇条ノ三ノ二〔会社法201Ⅲ，同Ⅳ〕に定める公告又は通知）は，株主が新株発行差止請求権（同法二八〇条ノ一〇）〔現会社法210条〕を行使する機会を保障することを目的として会社に義務付けられたものであるから（最高裁平成元年（オ）第六六六号同五年一月一六日第一小法廷判決・民集四七卷一〇号五四二三頁参照），新株発行に関する事項の公示を欠くことは，新株発行差止請求をしたとしても差止め事由がないためにこれが許容されないと認められる場合でない限り，新株発行の無効原因となると解するのが相当であり，右(三)及び(四)の点に照らせば，本件において新株発行差止請求の事由がないとはいえないから，結局，本件の新株発行には，右(一)の点で無効原因があるといわなければならない。

したがって，本件の新株発行を無効とすべきものとした原判決は，結論において是認することができる。論旨は，原判決の結論に影響のない事項についての違法をいうものにすぎず，採用することができない。

(ウ) 無効事由～その3（差止めの仮処分違反）

- ・ 差止めの仮処分命令に違反してなされた発行（前掲最判平5.12.16）。
- ・ 判例は、募集株式の発行差止めの仮処分命令に違反して募集株式の発行がなされた場合、それを募集株式の発行無効の訴えの無効事由としないと、差止請求権の実効性を担保しようとした法の趣旨が没却されるとして、募集株式の発行差止めの仮処分命令に違反して募集株式の発行がなされたことを募集株式の発行無効の訴えの（828 I ②）無効事由になるとしている（前掲最判平5.12.16）。●

補足すると、裁判所の決定（仮処分命令）に逆らった瑕疵は非常に重大であるとの価値判断をあらわした判例といえよう。

(エ) 無効事由～その4（非公開会社・特別決議なし）

- ・ 非公開会社において株主総会の特別決議を経ずになされた株式の発行（199Ⅱ，309Ⅱ⑤）（後掲**最判平 24.4.24**）。●

・ **非公開会社における新株の発行** ●

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，この瑕疵は株式発行無効の訴えの無効原因になるとするのが判例である（後掲**最判平 24.4.24**）。

関連問題：H27 司法論文民事系第2問設問3

- ・ 平成24年判例の判旨は，上記の結論を導く理由として，①非公開会社においては募集事項の決定は取締役会の権限とはされておらず，株主割当て以外の方法により募集株式を発行するには取締役（取締役会設置会社の場合は取締役会）に委任をした場合を除き，株主総会の特別決議が要求されること（199Ⅱ，309Ⅱ⑤），及び，②新株発行無効の訴えの提訴期間が，公開会社の場合は6か月間しかないのに対して，非公開会社の場合は1年間とされていることを挙げている。②の点については，非公開会社の場合，新株発行の効力を争える期間が公開会社の場合と比べて長く，その期間が長い以上，重大な瑕疵がある新株発行は無効としやすいと考えられることが考慮されているものと思われる。●

- ・本判例との**比較**で、**公開会社**については、株主総会の**特別決議**が必要となる募集株式の有利発行がその決議を**経ず**になされた場合でも、その瑕疵は募集株式発行無効の訴えの**無効原因**とはならないとした判例をおさえておきたい（**最判昭 46.7.16**）。

これら2つの判例の違いは、①**公開会社**では株式の譲渡を会社の承認なしに自由になしうるため**株式の流通に関する取引の安全**を保護する必要性が高く募集株式の発行を無効としにくいものに対して、**非公開会社**ではそのような取引の安全の保護の要請が**低い**ので株式発行を無効としても不都合がないことや、②**非公開会社**では株主たる社員の個性が重視されるため、**株主の持株比率に対する利益**が公開会社のそれと比べて大きく、必要とされる株主総会の特別決議を経ない募集株式の発行を無効とする要請が強いことなど、公開会社と非公開会社の性質の違いから説明することができる。●

- ・**新株予約権の行使条件の設定の委任を受けた取締役会による行使条件の設定後の行使条件変更の可否と株式発行無効の訴えの無効事由** ▲

非公開会社において特別決議を経ずになされた新株発行に新株発行無効の訴えの無効事由を肯定した前記平成24年判例は、**非公開会社において新株予約権の行使条件を株主総会決議によらず取締役会決議だけで変更してその変更された条件により新株予約権が行使されて発行された株式の効力が争われた事案**のものであった。平成24年判例の事実の概要は次のとおりである。

非公開会社（全株式譲渡制限会社）である上告人会社において、**経営陣の意欲や士気の高揚を目的として、ストック・オプション〔取締役のインセンティブ報酬の一種〕を付与**するために新株予約権を無償発行（238Ⅲ①）する旨の株主総会の**特別決議**がなされ（238Ⅱ，309Ⅱ⑥）、その決議で、新株予約権の行使条件とし

て、その行使時に取締役であること等を定めたが、その他の行使条件については取締役会に委任した。その委任を受けた取締役会は、新株予約権の行使条件として、株式が店頭売買有価証券として日本証券業協会に登録された後又は日本国内の証券取引所に上場された後6箇月が経過するまで本件新株予約権を行使することができないとの条件（「上場条件」）を定めた。ところが、その後、株式上場が困難となったことから、取締役会において上場条件を撤廃する旨の決議（「本件変更決議」）をした。そして、Y社の取締役Aらが、変更後の行使条件に従い新株予約権を行使したところ、Y社は、Aらに対して、普通株式合計2万6000株を発行した（「本件株式発行」）。そこで、被上告人であるY社の監査役Xが、本件株式発行の無効の訴えを提起して本件株式発行が無効であると主張した（828 I ②）。

最高裁は、結論として、本件株式発行に無効原因があることを肯定した。**判旨は大きく3つの部分**から構成されている。理解を助けるために判旨に明示されていないことを補足しつつ3つの部分を挙げると次のとおりになる。

【①】公開会社が原則として取締役会決議で新株予約権の発行を決定できる（240 I）のに対して、非公開会社では株主総会決議の特別決議により決定しなければならないところ（238 II, 309 II ⑥）、株主総会の特別決議により新株予約権の行使の条件の設定を委任された取締役会が新株予約権の行使条件を定めることはできても、その委任に基づき1度設定した行使条件については、取締役会の決議でその細目を変更することはできても、重要部分を変更することは許されず、本件変更決議のうち上場条件を撤廃した部分は重要部分の変更として無効であり、本件新株予約権の行使が当初定められた行使条件に違反するものであると判示する部分。

【②】非公開会社においては株主総会の特別決議を経ないまま

株主割当以外の方法による募集株式の発行がされた場合，株主割当以外の株式発行に原則として株主総会の特別決議が要求され（199Ⅱ，309Ⅱ⑤），新株発行無効の訴えの提訴期間が公開会社の場合と比べて長い（828Ⅰ②）などの非公開会社の性質上，会社の支配権に関わる持株比率の維持にかかる既存株主の利益を重視し，その発行手続に重大な法令違反があり新株発行無効の訴えの無効原因になるとの一般論を示した部分。

【③】非公開会社において株主割当以外の方法により発行した新株予約権については，株主総会（株主総会の委任を受けた取締役会・239Ⅰ参照）で付された新株予約権の重要な内容を構成する行使条件に違反してなされた新株予約権の行使により新株が発行されると，既存株主の持株比率がその意思に反して影響を受ける点で株主総会の決議がないまま新株発行が発行されたのと異なるから，上記新株予約権の行使による株式発行には無効原因があると判示した部分。

関連問題：H27 司法論文民事系第2問設問3

- ・上記〔①〕の部分の補足

非公開会社では，公開会社においては原則として取締役会決議で新株予約権の発行を決定（募集事項を決定）できる（240Ⅰ）のと異なり，株主総会決議の特別決議（238Ⅱ，309Ⅱ⑥）により決定しなければならないことから，株主総会で決めた新株予約権の行使条件を取締役会決議だけで変更することには大きな問題があるといえる。

非公開会社では，新株予約権の行使条件の変更は，新株予約権の内容を定める点で募集事項の決定と同じなので，非公開会社において新株予約権の募集事項の決定に要する株主総会特別決議（238Ⅱ，309Ⅱ⑥）によるべきであり，取締役会決議のみで行使条件を変更しても無効と解すべきである。そして，その変更後の

無効な行使条件に基づき新株予約権を行使して募集株式の発行がなされても、その募集株式の発行は、実質的に株主総会の特別決議を欠くものとして無効になると説明することができよう。

・平成24判例のあてはめ部分の判示 ▲

平成24年判例は、前記判断枠組みを前提に、次のとおりのあてはめをして、本件新株発行に新株発行無効の訴えの無効原因があることを肯定した。「上場条件は、本件総会決議による委任を受けた取締役会の決議に基づき本件総会決議の趣旨に沿って定められた行使条件であるから、株主総会によって付された行使条件であるとみることができる。また、本件新株予約権が経営陣の意欲や士気の高揚を目的として発行されたことからすると、上場条件はその目的を実現するための動機付けとなるものとして、本件新株予約権の重要な内容を構成していることも明らかである。したがって、上場条件に反する本件新株予約権の行使による本件株式発行には、無効原因がある。」

関連問題：H27 司法論文民事系第2問設問3

●最判平 24.4.24 非公開会社における特別決議を欠く株式発行

～非公開会社における特別決議を欠く新株予約権の行使条件の変更の効力と
変更後の行使条件による新株予約権の行使による新株発行の効力

〔事案〕

- 1 本件は、上告人（Y＝非公開会社）の監査役である被上告人（X）が、上告人の取締役であった上告補助参加人（以下、単に「補助参加人」という。）らによる新株予約権の行使は、行使条件を変更する取締役会決議が無効であるにもかかわらずそれに従ってされたものであって、当初定められた行使条件に反するものであるから、上記新株予約権の行使による株式の発行は無効であると主張して、主的に会社法 828 条 1 項 2 号に基づいて上記株式の発行を無効とすることを求め、予備的に上記株式の発行は当然に無効であるとしてその確認を求める事案である。
- 2 原審の適法に確定した**事実関係**の概要は、次のとおりである。
 - (1) 上告人（Y）は、信用保証業務等を目的として昭和 56 年に設立された株式会社であり、発行する株式の全部について、譲渡により取得するためには取締役会の承認を受けなければならない旨の定款の定めを設けている。
 - (2) 上告人（Y）は、経営陣の意欲や士気の高揚を目的として、ストックオプションを付与することとし、平成 15 年 6 月 24 日、その株主総会において、以下のとおり、平成 17 年法律第 87 号による改正前の商法（以下「旧商法」という。）280 条ノ 20、280 条ノ 21 及び 280 条ノ 27 の規定により、新株予約権（以下「本件新株予約権」という。）を発行する旨の特別決議（以下「本件総会決議」という。）がされた。
 - ア 新株予約権の目的である株式の種類及び数（＝普通株式 6 万株）
 - イ 発行する新株予約権の総数（＝6 万個）
 - ウ 新株予約権の割当てを受ける者（＝平成 15 年 6 月 25 日及び新株予約権の発行日の各時点において上告人の取締役である者）
 - エ 新株予約権の発行価額（＝無償）
 - オ 新株予約権の発行日（＝平成 15 年 8 月 25 日）
 - カ 新株予約権の行使に際して払込みをすべき額（＝新株予約権 1 個当たり 750 円）
 - キ 新株予約権の行使期間（＝平成 16 年 6 月 19 日から平成 25 年 6 月 24 日まで）
 - ク **新株予約権の行使条件**
 - ① 新株予約権の行使時に上告人の取締役であること
 - ② その他の行使条件は、取締役会の決議に基づき、上告人（Y）と割当てを受ける取締役との間で締結する新株予約権の割当てに係る契約で定めるところによる（以下、本件総会決議による上記の委任を「本件委任」という。）。
 - (3) 上告人の取締役会において、平成 15 年 8 月 1 日、補助参加人 A に対し 4 万個、同 C に対し 1 万個、同 B に対し 1 万個の本件新株予約権を割り当てる旨の決議がされた。そして、同月、上告人と補助参加人らは、上記決議に基づき、**本件新株予約権の行使条件**として、上告人の株式が店頭売買有価証券として日

本証券業協会に登録された後又は日本国内の証券取引所に上場された後6箇月が経過するまで本件新株予約権を行使することができないとの条件（以下「**上場条件**」という。）を定めるなどして、新株予約権の割当てに係る各契約を締結し、上告人は、本件新株予約権を発行した。

- (4) 上告人は、平成17年10月頃から補助参加人Aが收受したりベート等をめぐって税務調査を受けるようになり、税務当局から重加算税を賦課する可能性があることを指摘され、株式を公開することが困難な状況となった。
 - (5) 上告人の取締役会において、平成18年6月19日、本件新株予約権の行使条件としての上場条件を撤廃するなどの決議（以下「**本件変更決議**」という。）がされ、同日、上告人と補助参加人らは、上記各契約の内容を本件変更決議に沿って変更する旨の各契約を締結した。
 - (6) 補助参加人らは、平成18年6月から同年8月までの間に、本件新株予約権を行使し、上告人は、これに応じて、補助参加人らに対し、合計2万6000株の普通株式を発行した（以下、この発行を「**本件株式発行**」という。）。
 - (7) 上告人の株式は、店頭売買有価証券として日本証券業協会に登録されたことはなく、また、日本国内の証券取引所に上場されたこともない。
- 3 原審は、上記事実関係の下において、**取締役会**には、所定の手続を経て新株予約権が発行された後において、行使条件を新たに設定し、又は変更する**権限はない**から、本件変更決議に上場条件を撤廃するなどの効力はなく、本件変更決議による行使条件の変更を前提とする本件株式発行は無効であるとして、被上告人の主位的請求を認容すべきものと判断した。
- 4 所論〔上告理由〕は、本件総会決議による本件委任は、本件新株予約権の発行後に上場条件を取締役会決議によって撤廃することも委任の範囲内のこととして許容するものであるから、本件変更決議は有効であり、本件株式発行に無効原因はないというのである。

〔判旨〕

- 1 まず、**本件変更決議の効力**について検討する。

旧商法280条ノ21第1項〔現会社法238条2項、3項1号〕は、株主以外の者に対し特に有利な条件をもって新株予約権を発行する場合には、同項所定の事項につき株主総会の特別決議を要する旨を定めるが、同項に基づく特別決議によって新株予約権の行使条件の定めを取締役会に委任することは許容されると解されるところ、株主総会は、当該会社の経営状態や社会経済状況等の株主総会当時の諸事情を踏まえて新株予約権の発行を決議するのであるから、行使条件の定めについての委任も、別途明示の委任がない限り、株主総会当時の諸事情の下における適切な行使条件を定めることを委任する趣旨のものであり、一旦定められた行使条件を新株予約権の発行後に適宜実質的に変更することまで委任する趣旨のものであるとは解されない。また、上記委任に基づき定められた行使条件を付して新株予約権が発行された後に、取締役会の決議によって行使条件を変更し、これに沿って新株予約権を割り当てる契約の内容を変更することは、その変更が新株予約権の内容の実質的な変更に至らない行使条

件の細目的な変更にとどまるものでない限り、新たに新株予約権を発行したものというに等しく、それは新株予約権を発行するにはその都度株主総会の決議を要するものとした旧商法280条ノ21第1項の趣旨にも反するものというべきである。そうであれば、取締役会が旧商法280条ノ21第1項に基づく株主総会決議による委任を受けて新株予約権の行使条件を定めた場合に、新株予約権の発行後に上記行使条件を変更することができる旨の明示の委任がされているのであれば格別、そのような委任がないときは、当該新株予約権の発行後に上記行使条件を取締役会決議によって変更することは原則として許されず、これを**変更する取締役会決議**は、上記株主総会決議による委任に基づき定められた新株予約権の行使条件の細目的な変更をするにとどまるものであるときを除き、**無効**と解するのが相当である。

これを本件についてみると、前記事実関係によれば、本件総会決議による本件委任を受けた取締役会決議に基づき、上場条件をその行使条件と定めて本件新株予約権が発行されたものとみるべきところ、本件総会決議において、取締役会決議により一旦定められた行使条件を変更することができる旨の明示的な委任がされたこととはうかがわれぬ。そして、上場条件の撤廃が行使条件の細目的な変更にあたるとみる余地はないから、本件変更決議のうち上場条件を撤廃する部分は無効というべきである。

- 2 以上のように、本件変更決議のうちの上場条件を撤廃する部分が無効である以上、本件変更決議に従い上場条件が撤廃されたものとしてされた補助参加人らによる本件新株予約権の行使は、当初定められた行使条件に反するものである。そこで、**行使条件に反した新株予約権の行使による株式発行の効力について検討する。**

会社法上、公開会社（同法2条5号所定の公開会社をいう。以下同じ。）については、募集株式の発行は資金調達の一環として取締役会による業務執行に準ずるものとして位置付けられ、発行可能株式総数の範囲内で、原則として取締役会において募集事項を決定して募集株式が発行される（同法201条1項、199条）のに対し、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、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、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つては、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（同法199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6箇月であるのに対し、非公開会社の場合には1年とされている（同法828条1項2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。

所論引用の判例（最高裁昭和32年（オ）第79号同36年3月31日第二小法廷判決・民集15巻3号645頁，最高裁平成2年（オ）第391号同6年7月14日第一小法廷判決・裁判集民事172号771頁）は，事案を異にし，本件に適切でない。

そして，非公開会社が株主割当て以外の方法により発行した新株予約権に株主総会によって行使条件が付された場合に，この行使条件が当該新株予約権を発行した趣旨に照らして当該新株予約権の重要な内容を構成しているときは，上記行使条件に反した新株予約権の行使による株式の発行は，これにより既存株主の持株比率がその意思に反して影響を受けることになる点において，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と異なるところはないから，上記の新株予約権の行使による株式の発行には，無効原因があると解するのが相当である。

これを本件についてみると，本件総会決議の意味するところは，本件総会決議の趣旨に沿うものである限り，取締役会決議に基づき定められる行使条件をもって，本件総会決議に基づくものとして本件新株予約権の内容を具体的に確定させることにあると解されるところ，上場条件は，本件総会決議による委任を受けた取締役会の決議に基づき本件総会決議の趣旨に沿って定められた行使条件であるから，株主総会によって付された行使条件であるとみることができる。また，本件新株予約権が経営陣の意欲や士気の高揚を目的として発行されたことからすると，上場条件はその目的を実現するための動機付けとなるものとして，本件新株予約権の重要な内容を構成していることも明らかである。したがって，上場条件に反する本件新株予約権の行使による本件株式発行には，無効原因がある。

- 3 以上によれば，会社法828条1項2号に基づき本件株式発行を無効とした原審の判断は，結論において是認することができる。論旨は採用することができない。

エ 無効判決の効果

→募集株式の発行無効の訴えの請求認容判決すなわち無効判決が確定すると、募集株式の発行の効力が失われる。無効判決はその確定により無効の効果が生じる形成判決である。発行無効の確定判決は、法律関係の画一的処理の要請から、第三者効（対世効）があるが（838）、法的安定要求にある程度配慮する必要があるため、遡及効がなく、将来効のみ有する（839）。そのため、当該株式について既になされた剰余金の配当や議決権の行使は影響を受けない。●

（認容判決の効力が及ぶ者の範囲）

838 条 会社の組織に関する訴えに係る請求を認容する確定判決は、第三者に対してもその効力を有する。

（無効又は取消しの判決の効力）

839 条 会社の組織に関する訴え（第 834 条第 1 号から第 12 号まで、第 18 号及び 19 号に掲げる訴えに限る。）に係る請求を認容する判決が確定したときは、当該判決において無効とされ、又は取り消された行為（当該行為によって会社が設立された場合にあつては当該設立を含み、当該行為に際して株式又は新株予約権が交付された場合にあつては当該株式又は新株予約権を含む。）は、将来に向かつてその効力を失う。

* 無効判決確定後の法律関係 ◆

840条は株式発行無効の判決が確定した後の**法律関係**を規定している。すなわち、無効判決が確定すると、会社は、判決確定時における当該株式の株主に対して、原則として払込金額に相当する金銭を支払うことになる。また、会社は、現物出資をした株主に対しては、給付時における現物出資財産の価額に相当する金銭を支払うことになる(840 I 前段)。この規定は、無効とされたことで発生する会社の不当利得返還義務の範囲から払込金の利息や遅延損害金、現物出資を受けた財産そのもの等を除外して、会社財産に与える悪影響を小さくするものである。**不当利得返還義務の範囲を制限**する点で、不当利得の特則的な規定であるといえる。

上記の場合において、当該株式会社が株券発行会社であるときは、当該株式会社は、当該株主に対し、当該金銭の支払いをするのと引換えに、効力を失った株式に係る株券の返還請求ができる(840 I 後段)。

(新株発行の無効判決の効力)

840条 新株発行の無効の訴えに係る請求を認容する判決が確定したときは、当該株式会社は、当該判決の確定時における当該株式に係る株主に対し、払込みを受けた金額又は給付を受けた財産の給付の時における価額に相当する金銭を支払わなければならない。この場合において、当該株式会社が株券発行会社であるときは、当該株式会社は、当該株主に対し、当該金銭の支払をするのと引換えに、当該株式に係る旧株券(前条の規定により効力を失った株式に係る株券をいう。以下この節において同じ。)を返還することを請求することができる。

2項以下略

* H23 司法論文民事系第2問 設問②

会社が取得した自己株式を処分した場合における自己株式の処分の効力を検討させる問題が出題された。本問では自己株式の処分に手続違反があったことが疑われ、さらに、会社が他から取得してその後処分した自己株式はその取得が無効となることが考えられる事情があった。そこで自己株式の処分が無効となるかを検討することになる。自己株式の処分の無効は、自己株式の処分無効の訴えによってのみ主張でき（828 I ③）、同訴えの無効事由が認められるためには自己株式の処分に重大な瑕疵があるといえることが必要である。

公開会社である甲社は甲社の自己株式を市場価格の80%の価格で乙社に処分することにしたため自己株式の有利処分として株主総会の特別決議にかけた。ところが、この株主総会において314条が要求する取締役の説明義務が尽くされたといえるかが疑わしい事情があったため、これが株主総会の決議取消しの訴えの取消事由となる決議の方法の法令違反（828 I ①）にあたるかどうかを判断する前提として、314条の説明義務違反があったかどうかを検討することが必要となる。仮に、決議の取消事由に当たるとすれば、自己株式の処分にかかる瑕疵の程度は決して小さくないことになる。

また、この株主総会において、自己株式の処分の相手方となる株式の譲受人が当該承認決議で議決権を行使しているところ、この瑕疵は株主総会の決議取消しの訴えの取消事由との関係でいえば、特別利害関係人の議決権行使により著しく不当な決議がなされたものといえる可能性がある（828 I ③）。仮に、決議の取消事由に当たるとすれば、自己株式の処分にかかる瑕疵の程度は決して小さくないことになるので、特別利害関係人の議決権行使により著しく不当な決議がなされたといえるかどうかを検討することが必要となる。

これら2つの手続違反の問題に加えて、本問では、設問①前段との関連において本件自己株式処分の対象となった自己株式がそもそも有効に取得されたものとはいえないといった瑕疵との関係についても、同様に、無効原因となるかどうかを検討することが期待されていた。

なお、試験委員の**採点実感**に記載されていた以下の点が特に参考になる。「説明義務違反や特別利害関係人による議決権行使が株主総会決議取消事由となる

ことと自己株式処分無効の訴えとの関係を論じた答案は「残念ながら」少なかった。さらに、株主総会の特別決議を欠く新株の有利発行は有効であると判示した著名な最高裁昭和46年7月16日第二小法廷判決（判例時報641号97頁）の考え方との関係について論じた答案は「残念ながら」更に少なかった。他方で、設問①前段との関連で本件自己株式処分の対象となった自己株式がそもそも有効に取得されたものではないという問題点との関係を論理的に記述した答案は高く評価したが、そのような答案も、ごく僅かであるが、見られた。（採点実感の一部抜粋）」

この点、自己株式の有利処分に要求される株主総会の特別決議において、株主総会決議取消事由となる瑕疵が2つもある場合は、自己株式の処分の瑕疵の程度は小さくないものといえる。一方で、最判昭46.7.16が公開会社において株主総会の特別決議を欠く新株の有利発行を有効としており、自己株式の処分は新株の発行と同様に考えられることから、仮に必要な特別決議を欠いたとしても自己株式の処分は有効となりうるため、特別決議における上記2つの瑕疵は自己株式の処分を無効にするほどのものではないと考えることも可能である。

もっとも、設問①前段との関連で本件自己株式処分の対象となった自己株式がそもそも有効に取得されたものではないと考えると、処分の対象となる自己株式はそもそもなかったことになるので、自己株式の処分の瑕疵の程度は重大なものと評価することは可能である。さらに、前述した株主総会決議に2つの取消事由があったことを合わせ考えると、自己株式の処分の瑕疵の程度はさらに重大なものといやすくなる。

上記のように説明すると、**最判昭46.7.16**が公開会社において株主総会の特別決議を欠く新株の有利発行を有効とした判例があることを前提としても、本問では自己株式の処分に重大な瑕疵があり自己株式の処分無効の訴えの無効事由が認められるとの結論も十分にありえる。

8 新株発行の不存在確認の訴え

(1) 意義

→新株発行の不存在確認の訴え（829）においては、何をもって不存在というのかについては定説がない。例えば、新株発行に必要な手続きや出資の払込みが全くなされず、ただ新株の発行の変更登記のみ存在する場合のように、新株発行の実体が存在しない場合は、新株発行が不存在であるものとして新株発行等の不存在確認の訴えの対象となるとする見解や、新株発行手続の著しい瑕疵がある場合を新株発行の不存在というとする見解などがある。◆

関連問題 H26 司法論文 民事系第2問 設問1

（新株発行等の不存在の確認の訴え）

829 条 次に掲げる行為については、当該行為が存在しないことの確認を、訴えをもって請求することができる。

- 一 株式会社の成立後における株式の発行
- 二 自己株式の処分
- 三 新株予約権の発行

- ・新株発行不存在確認の訴えは、形成訴訟ではなく確認訴訟である点、出訴期間の制限がない点で新株発行無効の訴えと異なる。また、新株発行不存在確認の訴えは明文上、原告適格に制限はなく、確認の利益が認められれば原告適格が肯定される。◆
- ・新株発行が不存在の場合は、新株発行無効の訴えによらずに、訴訟外においてもいつでも誰でもその不存在を主張できる。もっとも、募集株式の発行の実体がないのに発行済株式総数を増加させる変更登記をした場合、その登記を元に戻すためには、対世効のある新

株発行の不存在確認の訴えの請求認容判決（確認判決）を得ておくと法務局での登記申請が円滑にできて手続が容易になる。

* 関連問題 **H26 司法論文 民事系第2問 設問1**

非公開会社において、株主総会で取締役にも選任されておらず、かつ取締役会で代表取締役にも選定されていないが登記簿上は代表者となっているEが、非公開会社で募集株式を発行するには株主総会の特別決議が必要であるにもかかわらず、その決議を経ずに、現物出資により自己に募集株式400株を割り当てることにして発行済株式総数を500株から900株に変更する旨の登記を勝手にした場合における募集株式の発行の効力等を検討させる問題が出題された。

問題文の添付資料である全部事項証明書をみると、募集株式の発行がなされたのが、平成24年6月10日（登記の日は同月20日）であり、募集株式の効力を争う時点が平成26年4月の時点であるため、募集株式発行無効の訴えの出訴期間を経過していることに注意を要する問題であった（828 I ②）。このような場合は、出訴期間の制限がない新株発行の不存在確認の訴え（829①）における新株発行の不存在が認められるかどうかを検討することになる。

* **H26 司法論文 民事系第2問 設問1（出題の趣旨の抜粋）**

設問1では、新株発行の無効の訴えの提訴期間を経過した後の時点において、瑕疵のある募集株式の発行の効力を争う方法とその法律関係を、事案に即して論ずることが求められる。

(2) 不存在確認の請求認容判決確定後の法律関係

→新株発行不存在確認の訴えの請求認容判決が確定した場合における法律関係については、新株発行無効の訴えのところで説明した840条のような規定がないが、840条を類推して原状回復の範囲を限定する立場と、民法の不当利得についての規律の適用による解決を図る立場とがある。▲

関連問題 H26 司法論文 民事系第2問 設問1

* H26 司法論文 民事系第2問 設問1 (出題の趣旨の抜粋)

本件株式発行の効力について、新株発行不存在確認の訴えを認容する判決が確定した場合の法律関係としては、現物出資財産の返還を含めた原状回復の在り方が問題となるが、新株発行無効の訴え(会社法第839条)と異なり、新株発行不存在確認の訴えについては、遡及効を否定する規定がない。そこで、本問では、現物出資財産に不動産としての収益が生じているため、新株発行無効の訴えについての同法第840条を類推して原状回復の範囲を限定する立場と、新株発行無効の訴えとは異なり、不当利得についての規律(民法第703条、第189条等)の適用による解決を図る立場のいずれかによることが検討されるべきである。

サンプルテキスト

商法 I 目次

(1) 意義	217
(2) 募集株式発行無効の訴えの無効事由	219
ア 無効事由の意義	219
イ 無効事由に当たらない具体例	220
(ア) 無効事由にあたらない例～その 1 (公開会社・役会決議なし)	220
(イ) 無効事由にあたらない例～その 2 (公開会社・特別決議なし)	221
(イ) 無効事由にあたらない例～その 3 (公開会社・不公正発行)	224
ウ 無効事由に当たる具体例	226
(ア) 無効事由～その 1	226
(イ) 無効事由～その 2 (公開会社・通知公告なし・差止事由あり)	226
(ウ) 無効事由～その 3 (差止めの仮処分違反)	228
(エ) 無効事由～その 4 (非公開会社・特別決議なし)	229
エ 無効判決の効果	238
* 無効判決確定後の法律関係	239
8 新株発行の不存在確認の訴え	242
(1) 意義	242
(2) 不存在確認の請求認容判決確定後の法律関係	244

サンプルテキスト

商法 I 判例索引

最判昭 36.3.31	220	最判平 5.12.16	228
最判昭 40.10.8	222	最判平 6.7.14	224, 225
最判昭 46.7.16	221, 222, 230, 241	最判平 9.1.28	226, 227
		最判平 24.4.24	229, 234

〔仕切り紙〕

〔仕切り紙〕

2 株主総会の招集

→ 定時株主総会は、毎事業年度の終了後の一定の時期に招集しなければならない（296 I）。また、必要がある場合は、いつでも臨時株主総会を招集することができる（296 II）。株主総会は、会社の出資者である株主が会社の意思決定に関与する重要な機会なので、株主に対して、株主総会の出席と議決権行使のための準備の機会を保障する必要がある。このようなことから、法は、株主総会の招集手続について厳格な規定を置いている。●

- ・ 種類株式発行会社の種類株主総会は、種類株主間の利益を調整するための制度であり、本来の株主総会とは制度趣旨が異なるが、便宜上、種類株主総会ではない通常の株主総会の関する規定が準用されている。
- ・ 招集手続の法令又は定款違反は、株主総会決議取消しの訴えの取消事由となる（831 I ①）。●
- ・ 株主総会は、原則として取締役が招集する（296 III）。

（株主総会の招集）

296 条 定時株主総会は、毎事業年度の終了後一定の時期に招集しなければならない。

2 項 株主総会は、必要がある場合には、いつでも、招集することができる。

3 項 株主総会は、次条第 4 項の規定により招集する場合を除き、取締役が招集する。

- ・取締役会非設置会社では、取締役は、株主総会を招集する場合には、株主総会の日時場所、株主総会の目的事項があるときはその事項（議題）等を決定しなければならない（298 I）。
- ・**取締役会設置会社**では、招集にあたっては取締役会決議により株主総会の日時場所、株主総会の目的事項があるときはその事項（議題）等を決定しなければならない（298IV），その決定があったときは代表取締役がその決定の執行として株主総会を招集するのが一般的である。なお、取締役会設置会社の株主総会においては、原則として、株主総会の目的事項（議題）以外の事項を議決できない（309 V 本文）。●

（株主総会の招集の決定）

- 298 条** 取締役（前条第 4 項の規定により株主が株主総会を招集する場合にあつては、当該株主。次項本文及び次条から第 302 条までにおいて同じ。）は、株主総会を招集する場合には、次に掲げる事項を定めなければならない。
- 一 株主総会の日時及び場所
 - 二 株主総会の目的である事項があるときは、当該事項
 - 三 株主総会に出席しない株主が書面によって議決権を行使することができることとするときは、その旨
 - 四 株主総会に出席しない株主が電磁的方法によって議決権を行使することができることとするときは、その旨
 - 五 前各号に掲げるもののほか、法務省令で定める事項
- 2 項 取締役は、株主（株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主を除く。次条から第 302 条までにおいて同じ。）の数が 1000 人以上である場合には、前項第 3 号に掲げる事項を定めなければならない。ただし、当該株式会社が金融商品取引法第 2 条第 16 項に規定する金融商品取引所に上場されている株式を発行している株式会社であつて法務省令で定めるものである場合は、この限りでない。
- 3 項 取締役会設置会社における前項の規定の適用については、同項中「株主総会において決議をすることができる事項」とあるのは、「前項第 2 号に掲げる事項」とする。
- 4 項 取締役会設置会社においては、前条第 4 項の規定により株主が株主総会を招集するときを除き、第 1 項各号に掲げる事項の決定は、取締役会の決議によらなければならない。

* 株主による招集の請求 ▲

上記の例外として、一定数以上の株式を保有する株主（総株主の議決権の100分の3以上、公開会社では原則として6か月間以上の保有期間が必要）は、取締役に対して、株主総会の目的である事項及び招集の理由を示して株主総会の招集を請求することができ（297I）、その請求に対して遅滞なく招集の手続が行われないうちや、その請求の日から8週間以内の日を株主総会の日とする株主総会の招集通知が発せられない場合は、株主は、裁判所の許可を得て、株主総会を自ら招集することができる（297IV）。

（株主による招集の請求）

- 297条** 総株主の議決権の100分の3（これを下回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上の議決権を6箇月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間）前から引き続き有する株主は、取締役に対し、株主総会の目的である事項（当該株主が議決権を行使することができる事項に限る。）及び招集の理由を示して、株主総会の招集を請求することができる。
- 2項 公開会社でない株式会社における前項の規定の適用については、同項中「6箇月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間）前から引き続き有する」とあるのは、「有する」とする。
- 3項 第1項の株主総会の目的である事項について議決権を行使することができない株主が有する議決権の数は、同項の総株主の議決権の数に算入しない。
- 4項 次に掲げる場合には、第1項の規定による請求をした株主は、裁判所の許可を得て、株主総会を招集することができる。
- 一 第1項の規定による請求の後遅滞なく招集の手続が行われない場合
 - 二 第1項の規定による請求があつた日から8週間（これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間）以内の日を株主総会の日とする株主総会の招集の通知が発せられない場合

* 株主総会の招集通知 ●

公開会社では招集通知は総会の2週間前までに発送しなければならない。非公開会社では1週間前までに発送すれば足りる(299 I)。非公開会社が取締役会設置会社でない場合は、その期間を定款で短縮することもできる(299 I かつこ書)。このような招集手続は、株主に対して株主総会に出席する機会や、議事及び議決に参加する準備の機会を与えるという重要な意義を有する。

(株主総会の招集の通知)

- 299 条** 株主総会を招集するには、取締役は、株主総会の日の2週間(前条第1項第3号又は第4号に掲げる事項を定めたときを除き、公開会社でない株式会社にあっては、1週間(当該株式会社が取締役会設置会社以外の株式会社である場合において、これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間))前までに、株主に対してその通知を発送しなければならない。
- 2 項 次に掲げる場合には、前項の通知は、書面でしなければならない。
- 一 前条第1項第3号又は第4号に掲げる事項を定めた場合
 - 二 株式会社が取締役会設置会社である場合
- 3 項 取締役は、前項の書面による通知の発出に代えて、政令で定めるところにより、株主の承諾を得て、電磁的方法により通知を発することができる。この場合において、当該取締役は、同項の書面による通知を發したものとみなす。
- 4 項 前2項の通知には、前条第1項各号に掲げる事項を記載し、又は記録しなければならない。

*** 株主参考書類 ▲**

会社は、書面による議決権の行使や電磁的方法による議決権行使を認めた場合は、株主総会招集通知に際して、株主に対して、議決権行使のために参考となる資料「株主参考書類」を交付しなければならない（301 I，302 I）。

注：株主参考書類の書式は **H23 司法論文民事系第 2 問**

の問題文の添付資料を参照

（株主総会参考書類及び議決権行使書面の交付等）

301 条 取締役は、第 298 条第 1 項第 3 号〔書面による議決権行使〕に掲げる事項を定めた場合には、第 299 条第 1 項の通知に際して、法務省令で定めるところにより、株主に対し、議決権の行使について参考となるべき事項を記載した書類（以下この款において「**株主総会参考書類**」という。）及び株主が議決権を行使するための書面（以下この款において「議決権行使書面」という。）を交付しなければならない。

略

302 条 取締役は、第 298 条第 1 項第 4 号〔電磁的方法による議決権行使〕に掲げる事項を定めた場合には、第 299 条第 1 項の通知に際して、法務省令で定めるところにより、株主に対し、株主総会参考書類を交付しなければならない。

略

* 招集手続の省略 ▲

株主全員の同意がある場合は、株主の利益が害されるおそれがないので、招集手続を省略して株主総会を開催できる（300 本文）。

- ・なお、300 条本文の株主全員の同意がある場合は、株主全員の同意と出席を適法要件とする後掲昭和60年判決（**最判昭 60. 12. 20**）と異なり、株主全員の出席がなくても株主総会の招集手続に瑕疵はないことになる。

（招集手続の省略）

300 条 前条の規定にかかわらず、株主総会は、株主の全員の同意があるときは、招集の手続を経ることなく開催することができる。ただし、第 298 条第 1 項第 3 号〔書面による議決権行使〕又は第 4 号〔電磁的方法による議決権行使〕に掲げる事項を定めた場合は、この限りでない。

- ・ただし、書面による議決権行使又は電磁的方法による議決権行使を認めた総会では、招集通知に際して議決権行使書面（前者の場合に限る）や株主参考書類を交付しなければならないため（301 I，302 II），300 条の同意の規定は、適用されない（300 但書）。
- ・平成17年制定の会社法が300 条本文において株主全員の同意による招集手続の省略を規定したことから、全員出席総会を肯定する昭和60年判決の存在意義はなくなっただのではないかとも思えるが、書面による議決権行使を定めた場合は300 条本文による招集手続の省略はできなくなる（300 但書）、書面による議決権行使ができる旨定めたものの、株主全員が書面による議決権行使ができることを知らずに株主総会に出席して総会の開催に同意することもありうるので、昭和60年判決は現在もなお存在意義があるとの指摘がなされている。

* いちにんがいしや 一人会社と招集手続の要否 ◆

適法な株主総会の招集手続を欠いても，株主が1人しかいない一人会社においては，その1人の株主が出席すれば，法が厳格に規定する招集手続を要求する必要性が低いため，株主総会は適法に成立する。判例も「いわゆる一人会社の場合には，その一人の株主が出席すればそれで株主総会は成立し，招集の手続を要しないとする原審の判断は，正当として是認することができる。」としている（**最判昭46.6.24**）。

* 招集手続の瑕疵と全員出席総会 ◆

判例は、適法な招集手続を欠いても、株主全員が株主総会の開催に同意して出席した場合は（全員出席総会）、株主に準備と出席の機会を与えるという招集手続が要求される趣旨は実質的には害されないので、その総会でなされた決議は有効に成立し適法であるとして全員出席総会による招集手続の瑕疵の治癒を認めている（**最判昭60.12.20**）。

関連問題：H26 司法論文民事系第2問設問1

* 最判昭 60.12.20

〔判旨〕

旧商法が、二三条以下の規定により、株主総会を招集するためには招集権者による招集の手続を経ることが必要であるとしている趣旨は、全株主に対し、会議体としての機関である株主総会の開催と会議の目的たる事項を知らせることによって、これに対する出席の機会を与えるとともにその議事及び議決に参加するための準備の機会を与えることを目的とするものであるから、招集権者による株主総会の招集の手続を欠く場合であっても、株主全員がその開催に同意して出席したいわゆる全員出席総会において、株主総会の権限に属する事項につき決議をしたときには、右決議は有効に成立するものというべきであり（最高裁昭和四三年（オ）第八二六号同四六年六月二四日第一小法廷判決・民集二五卷四号五九六頁参照）、また、株主の作成にかかる委任状に基づいて選任された代理人が出席することにより株主全員が出席したこととなる右総会において決議がされたときには、右株主が会議の目的たる事項を了知して委任状を作成したものであり、かつ、当該決議が右会議の目的たる事項の範囲内のものである限り、右決議は、有効に成立するものと解すべきである。

* 株主総会の招集手続等に関する検査役 ▲

株主総会の招集手続及び決議の方法の適法性担保のための制度として株主総会の招集手続等に関する検査役の制度が置かれている(306)。すなわち、株式会社又は総株主の議決権の100分の1(これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合)以上の議決権を有する株主は、株主総会に係る招集の手続及び決議の方法を調査させるため、当該株主総会に先立ち、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる。

検査役の選任の申立てがあった場合には、裁判所は、これを不適法として却下する場合を除き、検査役を選任しなければならない。検査役は、必要な調査を行い、当該調査の結果を記載・記録した書面又は電磁的記録を裁判所に提供して報告をしなければならない。

(株主総会の招集手続等に関する検査役の選任)

306 条 株式会社又は総株主(株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主を除く。)の議決権の100分の1(これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合)以上の議決権を有する株主は、株主総会に係る招集の手続及び決議の方法を調査させるため、当該株主総会に先立ち、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる。

2 項 公開会社である取締役会設置会社における前項の規定の適用については、同項中「株主総会において決議をすることができる事項」とあるのは「第298条第1項第2号に掲げる事項」と、「有する」とあるのは「6箇月(これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間)前から引き続き有する」とし、公開会社でない取締役会設置会社における同項の規定の適用については、同項中「株主総会において決議をすることができる事項」とあるのは、「第298条第1項第2号に掲げる事項」とする。

略

5 項 第3項の検査役は、必要な調査を行い、当該調査の結果を記載し、又は記録した書面又は電磁的記録(法務省令で定めるものに限る。)を裁判所に提供して報告をしなければならない。

略

* 株主総会決議の省略 ▲

取締役又は株主が株主総会の目的である事項（議題）について提案をした場合において、当該提案につき議決権を行使できる株主の全員が書面又は電磁的記録により同意の意思表示をしたときは、当該提案を可決する旨の株主総会の決議があったものとみなされる（319 I）。これは株主総会の決議そのものを省略することを認めるものである。

（株主総会の決議の省略）

- 319 条** 取締役又は株主が株主総会の目的である事項について提案をした場合において、当該提案につき株主（当該事項について議決権を行使することができるものに限る。）の全員が書面又は電磁的記録により同意の意思表示をしたときは、当該提案を可決する旨の株主総会の決議があったものとみなす。
- 2 項 株式会社は、前項の規定により株主総会の決議があったものとみなされた日から十年間、同項の書面又は電磁的記録をその本店に備え置かなければならない。
- 3 項 株主及び債権者は、株式会社の営業時間内は、いつでも、次に掲げる請求をすることができる。
- 一 前項の書面の閲覧又は謄写の請求
 - 二 前項の電磁的記録に記録された事項を法務省令で定める方法により表示したものの閲覧又は謄写の請求
- 4 項 株式会社の親会社社員は、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、第二項の書面又は電磁的記録について前項各号に掲げる請求をすることができる。
- 5 項 第一項の規定により定時株主総会の目的である事項のすべてについての提案を可決する旨の株主総会の決議があったものとみなされた場合には、その時に当該定時株主総会が終結したものとみなす。

サンプルテキスト

商法Ⅱ 目次

2 株主総会の招集	8
* 株主による招集の請求	10
* 株主総会の招集通知	11
* 株主参考書類	12
* 招集手続の省略	13
* 一人会社と招集手続の要否	14
* 招集手続の瑕疵と全員出席総会	15
* 株主総会の招集手続等に関する検査役	16
* 株主総会決議の省略	17

サンプルテキスト

商法Ⅱ 判例索引

最判昭 46.6.24	14
最判昭 60.12.20	13, 15

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LL15026