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

Title	改正株式會社法の解釋上の諸問題
Sub Title	Interpretative problems in the new corporation act
Author	津田, 利治(Tsuda, Toshiharu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1951
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.24, No.6 (1951. 6) ,p.44- 64
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19510615-0044

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.

資料

改正株式會社法の解釋上の諸問題

津田利治

慶応義塾大学商法研究会が改正株式会社法について共同研究を続けていることは、本誌前々号の拙稿に記したが、恰もその時に当って、日本私法学会の商法部会では、本年春の第六回大会に際して、「改正株式会社法の解釈上の諸問題」を討議することになったので、その討論の基礎とするために、問題点を各会員から広く募集するという通知に接した。そこで筆者も取り敢えず後記〔第一〕のような四十四の問題点を選んで、日本私法学会に提出したが、之等の問題点は何れも前記商法研究会に於て今日までに問題とされた多数の論点のうちから、特に改正法上新に生じた問題点であって、解釈上重要と思われ、且つ学会の討論の対象として適当であると思われるものを選び出して見たのである。学会討議の時間が四月三十日午前九時から午後四時まで、昼食時間を含んで七時間しか予定されていないので、この点からも余り多くの問題を提出して見ても無意味であると思い、大体討論時間と睨み合せて、分量を切りつめたので、相当重要と思われる問題であっても、割愛せざるを得なかったものが少くない。

日本私法学会では、かくして各会員から提出された問題を取捨選択、整理して、合計三十九問題とし、東大教授鈴木竹雄、石井照久両氏の「商法部会報告資料」という形式で、予め会員に配布した。この報告資料も、〔第二〕として後に掲載して置く。この資料の原文には説明は、ついていないが、読者の便宜のため、筆者の註を末尾に附けて置く。

商法部会は予定通り四月三十日開会されたけれども、問題の分量と重要性とから、特に予定の討議時間を延長して、翌五月一日の午前中をも之に充てることとし、之によって報告資料にある諸問題につき大体一と通り討議を済ませることができた。その討議の内容については、速記を整理した上、何等かの形で近日中に公刊されることになっているから、詳細はその方に譲りたいが従来になく多数の参加者が終始互に活潑な議論の応酬を繰り返えし、学会として最高の収穫を得たものと信ぜられる。

〔第一〕 改正株式会社法の解釈上の諸問題

慶応義塾大学　津田利治

一　株式の種類及び形態について

1　額面株式と無額面株式とは、どの程度まで差別扱いが許されるか

株主平等の原則から言って、商法上特に規定のない限り、額面株式と無額面株式との間に、不平等な取扱いをすることは許されないものと解すべく、殊に商法は、この両者を「株式の種類」という中

には含ましめなかったので、数種の株式相互間に認められるような差別扱い（改二二二条三項、二二二条ノ二、二四二条など）は額面株式、無額面株式の間では許されないであろうが、然しこの両者は、その最低発行価額が限定されるか否か、或は資本並びに資本準備金に於ける取扱いがどうなるかというような、商法上明白に規定されている点だけが異り得るのであって、その他の点に於ては、両者全く差別がないし、差別をつけることもできないであろうか。例えば㈠額面株式と無額面株式とを同時に発行する場合に、その発行価額を異にすること（改一六六条一項四、六、七号、二九三条ノ二、二項。之に反し改一六八条ノ二、二号、二八〇条ノ三は均一価額を前提としているようである）、㈡無額面株式に限り無記名株式とすること（改二二七条）、㈢無額面株式だけを分割すること（改二九三条ノ四）などは許されないであろうか。更に㈣額面株式を有する株主に限り、新株引受権を与えること（改一六六条一項五号）、㈤資本減少に当り、無額面株式だけを消却又は併合すること（改三七六条）なども、やはり額面、無額面の区別が、株式種類に該当しないということで、否定されなければならないであろうか（改二二二条三項参照）。㈥額面株式を無額面株式に、或は無額面株式を額面株式に変更することは許されるか。許されるとすればその方法如何。㈦株式を併合する場合には、額面株式は額面株式と、無額面株式は無額面株式とでなければ併合することができないか。或は両者は株式として同格であるとすれば、互に自由に（例えば三株を併合して一株にする場合に、額面二株と無額面一株というように、予め画一的に併合割合を指定するか、或は之を指定せず株主の選択によって、額面だけ三株でもよければ、額面無額面合せて三株でもよい、というように）併合できるか。併合の結果、額面株式が無額面株式になることも可能か。

2　無額面株式の最低発行価額につき制限があるか

無額面株式の発行価額については、直接その最低限を定めた規定はないが（改二〇二条三項）、然し常に何程かの発行価額のあることは、商法の予定している所である（改一六六条一項七号、一六八条ノ二、一七五条、一七七条、二八〇条ノ二、二八〇条ノ六、二八〇条ノ七、二八四條ノ二、など）。して見れば、全く無償で之を発行することは許されないと解すべきであろうか。又は単に名目的な発行価額（例えば一株五円、或は更に極端に、一万株につき一円）でも、兎も角、価額が有りさえすればよいのであろうか。もし無償発行（又は名目的な低価額発行）が許され、且つ額面株式との差額発行が許されるとすれば、株式市価が券面額を下廻っており、而も無額面株式は余り多数に発行したくないという場合に、両者抱き合せで――例えば券面額で発行する額面株式五株に対し、無償で発行する無額面株式一株の割合で――割当て発行することによって、その目的を達し得る。又例えば実際上殆ど利益配当を受ける見込のないような後配株を無額面株として、之を無償発行し、総会に於ける議決権を掌握せしめることなども可能となる。無論之を濫用すれば、新株発行差止の請求の対象とはなるであろうが（改二八〇条ノ一〇）、外国立法例に見られる多数議決権株の制度と同様の目的を達するため、現在の株主に無償の無額面株を多数に保有せしめて置くことなどは、どうであろうか。

3　転換株式の転換と、資本及び準備金との関連如何

商法は転換株式の発行価額は、転換に因りて発行する株式の発行価額たるものとしているから（改二二二条ノ二）、株式を転換しても資本及び資本準備金の合計額が之によって変動することはない（改

二八四条ノ二、二八八条ノ二)。然し転換株式の発行価額のうち、資本に組入れた部分と、資本準備金に組入れた部分とは、転換後もそのままの額を維持しなければならないのであろうか。若し左様ならば、例えば一株五百円で発行された無額面優先株の転換株式につき、その発行価額中、四百円を資本に組入れ、残り百円を資本準備金として積立てる場合には、之を五百円の額面通常株に転換することは許されないので(改二八四条ノ二、一項、二八八条ノ二、一号)、かかる内容の転換株式は始めから発行することができないわけである。然しこの場合、資本準備金に積立てた金額を転換に際して資本に振替えることが許されるならば、右のような転換株式の発行は可能である。一方準備金の資本組入は、取締役会の決議に依ることになっているので(改二九三条ノ三)、株主の転換請求によって、その都度当然に——従って又非常に小刻みに——準備金が資本に組入れられることは認められるか否か疑問である(改二二二条ノ六)。又若し之が認められるとすれば、無額面優先株から、無額面通常株に転換するに際しても——この場合には発行価額の限度内では金額に制限なく——資本準備金から資本えの振替が許されてよい。更に又転換株式の発行に際して資本準備金に組入れた額を超過して、転換に際し、利益準備金又は任意準備金などから資本に振替えるというようなことは、全く考慮の余地はないであろうか。

反対に、転換によって資本から準備金の方へ振替えることは、資本減少になるので、許されないと解すべきことは、ほぼ問題なきが如くである。仮に之を許すとすれば、転換株式の発行に際して、予め条件附資本減少として、債権者保護の手続を履践せしめることにするほかないのであって、それほどまでにして、この種の転換株式の発行を認める実益もないように見える。

4　株式転換の割合は、常に一株対一株たることを要するか、或はその比率は自由に定め得るか

現行法上は、常に一株対一株の転換のみを予想し、転換によって株式数に増減を生ずることはないように思われる(現三六〇条、なお現三六六条一項二号参照)。然るに改正法は転換株式についても、「転換ノ条件」なるものを規定しているので(改二二二条ノ四、二号)、現行法上は、転換社債についてのみ「転換ノ条件」なる規定がある。現三六〇条、三六四条二項)、その中には転換比率を予想している如くである。もし左様ならば、その転換比率は自由に定め得るであろうか。転換に因って発行する株式が、額面株式である場合に、資本金額との関係に於て問題となる。即ち例えば額面株式の券面額は五百円であり、無額面優先株の発行価額中、資本に組入れる金額が一株四百円であるという場合に於て、後者を前者に転換するについては(一)転換比率は常に一対一であることを要するとすれば、右の転換株式は発行することを許されないわけであり、(二)その比率は必ずしも一対一たることを要しないとしても、この種の転換株式の発行を可能ならしめるためには、転換比率を旧五株対新四株の割合に定めるほかないのであって、何れにしても、転換比率の定は、自由ではないと解すべきであろうか。もし転換比率が右のように自働的に定まるものとすれば、「転換ノ条件」というのは、このほかに何があるであろうか。

5　無議決権株式について、一定の少数株主権をも奪い得る旨の規定(現二四二条一項後段)を削除したのは、如何なる意味か

定款を以てしても、之を奪い得ない主旨であるか、或は定款に定めるまでもなく、無議決権株主には、当然にかかる少数株主権は与えられない主旨であるか。又総会に於ける議決権を前提とするよう

なその他の権利（例えば株式買取請求権、改二四五条ノ二、四〇八条ノ二、累積投票請求権、改二五六条ノ三、四、など）については如何。かかる権利は無議決権株主は当然有しないか、当然有するか、或は定款を以て之を奪い得るか。改正法に、総株主の同意（改二六六条四項、一九六条、二八〇条、なお有六四条）、発行済株式総数の三分の二（改二六四条二項、二六六条五項）、同じく十分の一（改二九三条ノ六、二九四条、四〇六条ノ二）、同じく百分の三（改二三七条、二五七条三項、三八一条、四二六条、など）などという場合に、無議決権株式又はその株主を含めて計算するものであるか。又無議決権株主が優先配当を受けないために、議決権を有する場合（改二四二条一項但書）には、之等の点について、何か変更があるか。

二　株式の譲渡について

6　当事者の意思表示のみに因る記名株式譲渡の効力如何

改正法は、記名株式譲渡の方式として、二種の方法を規定しているが（改二〇五条一項）、それは譲渡方式としては、これ以外の方法を認めない主旨であるか。㈠当事者の意思表示のみに因る譲渡、その他商法所定の方式に依らない譲渡は、当事者間に於ても全然その効力は認められないか。会社が承認しても之を有効ならしめ得ないか。㈡改正法は、株券の発行前に為したる株式の譲渡について規定するけれども（改二〇四条二項）、この場合、会社に対し其の効力を生じないにしても、少くとも当事者間に於ては有効と認めらるべき譲渡たるがためには、如何なる方式によるものであるか。権利株譲渡（改一九〇条、二八〇条ノ一四）の方式如何の問題とは区別して考察せらるべきであるか。㈢改正法は、譲渡証書につき、記名式のものと、白地式のものとを認めているが（改二〇六条三項）、指図式又は無記名式（持参人払式）の譲渡証書の効力は認められないであろうか。㈣白紙委任状附記名株式譲渡の商慣習は、改正法施行と同時にその効力を失うものであるか。

7　会社は定款を以て、記名株式の流通形式を、株券裏書又は譲渡証書の何れか一方によるもののみに限定し、或はその裏書又は証書の方式を指定することができるか

現行法にある裏書禁止の規定（現二〇五条一項但書）が削除されたので（改二〇五条一項）、改正法上は、定款の定に依るも裏書禁止は許されないと解すべきが如くであるが、譲渡そのものの禁止又は制限のように、積極的にはその禁止を規定していない（現、改二〇四条一項）。故に実質的に株式の譲渡を禁止又は制限しない限り、譲渡方式の制限は、或る程度許されると解釈する余地もあるように見える（例えば、裏書は必ず株券の裏書欄に之を記載すること、補箋による裏書を禁ずること、裏書人の捺印を要すること、譲渡証書は所定の雛型によるべきこと、など）。

なお右と反対に、定款を以て、改二〇五条一項所定の譲渡方式を緩和拡張し、又はそれとは別種の譲渡方式を追加規定することができるであろうか。

8　譲渡証書の署名者として、株券に「株主トシテ表示セラレタル者」（改二〇五条一項）とは何人を指すか

㈠株券の表面に記載された、その株券最初の株主名義人の意味か（アメリカ式に、株券が名義書換の都度、新券と交換されることを前提とするならば、この意味に解するのが適当か）、㈡その株式につき、株式取得者として最後に名義書換を為した者として、株券に記載されている者の意味か（株券が名義書換の都度、新券と交換されないことを前提とするならば、この意味に解するのが適当か）、㈢或は名義書換後、株券の裏書譲渡ある場合には、その最後の裏書の被

裏書人、最後の裏書が白地式又は持参人払式であるときは、何人でも差しつかえない意味か（之は改二〇五条の辞句には一番近い）。もし㈢の解釈が正しいとすれば、反対に譲渡証書による譲受人が、名義書換を為さず、自ら裏書人として株券に裏書を為し得るか。この場合に譲渡証書と裏書とが連続すれば、裏書の連続、並びに所持人の資格証明力は肯定されるか（改二〇五条二項、三項）。譲渡証書による譲受人が、裏書を為す代りに、更に自ら署名した譲渡証書によって、その株式を譲渡することができるか（譲渡証書の連続）。

9　名義書換の手続として、株券の書換をなす必要はないか

株券の記名式裏書以外の原因による記名株式の移転について問題となるが、改正法二〇六条は、対抗要件としての規定であるためか、株主名簿の書換についてのみ規定し、株券の書換については規定を設けていない（現二〇六条二項参照）。然し名義書換の手続として見るときは、株券の書換は必然的に要求されるものと思われる（なお、改四九八条一一号参照）。そこで会社対株式取得者間の権利義務の関係として見るとき、株券の書換は如何に理解せらるべきであるか（会社は、株券の名義書換をなした上でなければ、株主名簿の名義書換に応じない、と主張し得るか。株主名簿の書換には応じなければならないけれども、株券の名義を書換える義務はないといえるか。株式取得者は、株主名簿の書換のみを請求し、株券の名義書換をなすことを拒絶し得るか。など）。

10　株主名簿及び社債原簿の複本は、名義書換代理人が之を備付けたると同一の効力を以て、会社自ら之を備付け、利用することを得ないか

名義書換代理人につき、複本による名義書換を認めるならば（改二〇六条二項）、会社自ら書換事務を行う場合にも、複本の利用を許して差しつかえないように見える。然るに法律の規定は、会社自らは複本による書換をなすことを予想していないが、之はそれを禁ずる意味であろうか。

三　新株引受権について

11　新株引受権に関する定款の定は、その引受権の内容を直接に確定することを要するか

この点につき改正法は、設立の際の授権資本（未発行株式）については、新株引受権……「ニ関スル事項」なる文句を用い（改一六六条一項五号）、定款変更による増加授権資本については、新株引受権を「与ヘ、制限シ又ハ排除スル旨」なる文句を用いている（改三四七条二項）。前者によれば、必ずしも定款に於て、直接に引受権の内容を確定する必要なく、単に之を確定し得べき程度の記載で足るが如くであるが、後者によれば、定款に於て直接に、その有無制限を確定しなければならない――但し制限については、単に「制限する」と記載しただけでは意味を為さないから、制限の仕方を記載せしめるものと考えられるが、そうなれば、その仕方は直接に定款で確定して置く必要があるか否か疑問が残る――如くである。この両者は特に意味があって、その表現を変えたのであろうか。

定款に於て、直接その内容を確定する必要はないと解した場合に、それならば定款を以てその確定を㈠株主総会、㈡取締役会、㈢個々の取締役、又は㈣第三者、などに委任することが許されるであろうか。又その確定を委任するについては、未発行株式の総数につき一様に引受権の有無制限を予め確定せしめなければならないか、又は具体的に新株を発行する際に、その時の発行株式について、発行の都度定めしめてもよいか。

12　株主の新株引受権の制限としては、如何なる方法が許されるか

抽象的には、株主平等の原則に反しないか否かによって、大部分その許否がきまると思われるが、例えば㈠端株については引受権なきものとする、㈡設立に際して発行する株式についてのみ、その株主に新株引受権を与える、㈢額面株式に対しては、額面新株の引受権を、無額面株式に対しては、無額面新株の引受権を与える、㈣新株総数の八〇％以内に於て、発行の都度取締役会の定める数だけの引受権を与える、というような制限は許されるであろうか。

13　新株引受権を与えらるべき第三者は、特定人たる事を要するか

法文には「特定ノ第三者」なる文句を用いてあるので（改一六六条一項五号、三四七条二項）、その引受権者は特定人、殊に定款作成又は定款変更の時に於て、特定せる人たることを要し、不特定人や後に特定すべき者を含まないように見える。然らば㈠新株発行の時の取締役、㈡会社従業員中、取締役会の指定する者、㈢会社の縁故者、得意先、などに新株引受権を与えるという定款の定は、無効であろうか。或は初めから特定していた者でなければ、その他の第三者に引受権を与えるには、必ずしも定款の定によることを要しないと解すべきであろうか。

四　株式買取請求権について

14　総会に於て議決権を行使することを得ない株主は、株式買取請求権を与えられないか

商法の規定によれば、株主が会社に対し、自己の有する株式の買取を請求し得るがためには、総会に於て一定の議案に反対したることを要件としているが（改二四五条ノ二、四〇八条ノ二）、その反対するというのは、単に総会の議事進行中に、反対の意見を発表するを以て足るのか、或は表決の際に、反対投票を為すことを意味するのか。恐らく後者が正しいと思われるが、然らば、その決議に付特別の利害関係を有するために、議決権の行使を禁ぜられた株主（改二三九条五項、例えばカルテル協定の解約――改二四五条一項二号――が議案となった場合の、その協定の相手方など）は買取請求をなすことを得ない結果となるか。又無議決権株主の如きも、少くとも優先配当を最近の決算期に於て受けた限りは（改二四二条一項但書）、買取請求をなす機会は与えられないのであろうか。

15　買取請求の目的たる株式の範囲如何

この点については、改正法は「自己ノ有スル株式」といっているだけであるが（改二四五条ノ二、四〇八条ノ二）、それは㈠自己の持株全部の買取を請求することを要する意味であるか、或は例えば、持株中優先株については値下りの虞が少いものとして之を除外し、通常株だけの買取を請求するというようなことはできないか、㈡持株中に無議決権株あるときは、之を含めて買取の請求をなすべきか、㈢何時を標準としてその持株をきめるか〔㈠会社に対し、反対の意思を通知する書面を発信した時か、㈡その通知が会社に到達した時か、㈢総会の決議が成立した時か、㈣買取請求の書面を会社に提出した時か、㈤株主名簿の閉鎖又は基準日を定めている場合には（改二二四条ノ二）その後に取得（又は名義書換）した株式であるというだけで、買取請求の目的から除外されるか、など〕。

16　買取請求の目的たる株式を第三者に譲渡した場合の効果如何

株主が会社に対し、その持株の買取を請求し得るというだけでは、その株式の譲渡性が失われるものではないし、又（少くとも現実に買取請求を為すまでは）株主は会社に対し、之を第三者に譲渡せざる旨の債務を負うものとも考えられないが、もし之を第三者に譲渡した場合にはその譲受人はその株式に関する買取請求権をも当然取得することになるのか。或は当然取得するのではないとしても、買

取請求権譲渡の特約（或は、之と共に会社に対する通知）を為すことによって、之を取得することができるか。又その反面、元の株主は、その株式譲渡によって、買取請求権を当然失うか、或は買取請求権は喪失しないで、従ってその株式を再び取得すれば、その買取を会社に請求することを妨げないか。持株の一部を第三者に譲渡した場合に、持株全部について、買取請求権を失うか。

17　買取の目的たる株式の「公正ナル価格」は何時を標準にして決定するか

この点についても法律に直接規定がないので疑問を生ずるが、㈠総会の決議成立の時か、㈡買取請求の書面を会社に提出した時か、㈢代価の支払を為すべき日、即ち総会の決議の日より九十日後に当る日か、㈣裁判所が価格決定を為す時か。

18　株式買取の履行に関する改正法二四五条ノ三、五項の規定は、賣買並びに権利移転に関する一般規定の適用を排除する主旨であるか

同項に「株券ト引換ニ」というのは、株主側に於て、その株式を会社に移転するため、必要な一切の行為を完了したことを意味するのか（殊に裏書又は譲渡証書の交付）、或は文字通り単に株券を引渡せばよいのか。又同項後段に「代金ノ支払ノ時ニ」というのは、株券の引渡があったか否かを問わず、又株式移転の手続、殊に名義書換があったか否かを問わず、代金支払（若くは供託）の時を以て、株式移転の時とする主旨であるか。

19　株主の株式買取請求の効力を失わしむべき、会社の行為の中止（改二四五条ノ四）とは、如何なる事実をいうか

㈠後の総会に於て、前の総会の決議を取消し、又は撤回したことをいうのか、㈡取締役会又は代表取締役が、総会の決議あるにも拘らず、之を実行しないことをいうのか、㈢実行に着手した後であっても、中止といえる場合があるか（原状に回復したこと、或は原状回復の請求権あること、など）、㈣中止するについて会社が手附の抛棄、違約金の支払その他相当の出捐をなす場合でも、買取請求は失効するか、㈤行為の相手方が中止した場合、相手方に実行の意思なきため、事実上中止せざるを得ない場合、会社が行為を中止すべく相手方と折衝、奔走している場合、などにも買取請求を拒み得るか。

会社が何時までに、その行為を中止すれば、買取請求を失効せしめるか「㈠決議の日より九十日内か（改二四五條ノ四、後段）、㈡代金支払の時か（改二四五条ノ三、五項）、㈢その後でもよいか、など」

五　株主総会について

20　定款を以て総会の権限に属せしめ得べき事項の範囲如何

この点については、特に取締役会の権限との関係が問題である。取締役会の法定の権限とされている事項のうちには、定款を以て総会の権限に移譲し得べき旨を、特に明規する場合（例えば改二八〇条ノ二）と、別段その点について明文の規定のない場合とがある。後者のうち、必ずしもその全部が、権限移譲を禁ずる主旨でないことは、ほぼ明らかであるが（例えば改二九六条）、然し疑問の存するものも少くない（例えば改二六一条一項、二項、二六五条、二九三条ノ三、など）。殊に会社の業務執行に関する決定の権限（改二六〇条）を、一般的に株主総会に属せしめることは許されるか否か、そこに限界があるとすれば、その限界は如何。

21　商法にも定款にも特別の規定がなくても、株主総会の権限に属するものと解釈すべき事項はないか

改正法二三〇条ノ二は、かかる事項の存在を否定するものの如くであるが、例えば㈠改正法二二二条三項の「格別ノ定」などは、総

会の決議を以てするほかないのではないか、㈡総会の選任した検査役（改二三七条三項、二三八条）の解任は、総会の決議を以てすれば可能であるし、その他の方法では不可能らしく見える、㈢準備金及利益又は利息の配当以外の目的に、利益金を処分すること（改二八八条、任意準備金の積立、役員の賞与、慰労金、退職金の支払、など）も総会の決議を以てすべき性質であると思われる、㈣社長、副社長、専務取締役、常務取締役その他会社を代表する権限を有するものと認むべき名称は、株主総会によって附与された場合でも、会社はその取締役の為した行為につき、善意の第三者に対し、その責に任ずべきものと思われる（改二六二条）。その他にも疑問の場合があると思われるが、之等は改二三〇条ノ二との関係で、如何に解すべきであろうか。

六　取締役について

22　取締役は株主たること以外の点について、その資格を制限することを得るか

改正法二五四条二項は、取締役の資格制限を全面的に禁止したものであるか、或は特に「株主たること」という資格制限だけを禁止したものであるか。定款を以て取締役につき、国籍、年令、住所、職業、経歴などによる資格制限を定めることは許されないであろうか。

23　取締役につき、その法定の義務以外に、株券供託義務その他の義務を負わしめることができるか

取締役の資格を株主に限ることはできないにしても、遇々株主が取締役に選任された場合には、その持株の全部又は一部につき、株券を監査役に供託すべき旨、定款に規定することはできないか。現在の会社定款中に、株券供託の規定がある場合に、その規定は新法施行と共に当然その効力を失うか。又身元保証その他の担保を供する義務なども、定款を以て取締役に負わしめることは許されないであろうか。

24　定款を以て「二人以上の取締役を選任するときは、株主の請求を待たず、常に累積投票による」べき旨を定めることができるか

25　取締役の選任以外の事項（例えば監査役又は清算人の選任など）についても、定款を以て、累積投票に依るべき旨を定めることができるか

26　累積投票の請求は、之を撤回することができるか。できるとすれば、何時までに撤回すればよいか（会日の五日前、会日の前日、開会前、表決前など）。累積投票の請求者が同意又は欠席した場合には、累積投票に依らないでよいか

27　累積投票に依る同点者の取扱方はどうなるか。当選者が取締役就任を拒絶した場合に、次点者の繰上当選は認められるか

28　商法所定の累積投票の方法（改二五六条ノ三、二項）は、定款を以て之を変更することができるか

以上数問は累積投票に関連するものであるが、商法の規定が簡略であるために、このほかにも種々の選挙技術的な疑問が少くないようである。

29　取締役が会社に対して損害賠償の責任を負う原因として、「法令ニ違反スル行為」を為したるとき、というのは、現行法に於ける「其ノ任務ヲ怠リタルトキ」というのと、同一意味に解してよいか

商法二六六条一項の改正は、取締役の責任を具体的に明確化するために行われたものとすれば、之によって現行法上の取締役の責任を軽減したり縮少したりする意味は持っていないものと解すべきで

あろう。然るに現行法では一般的に取締役の任務懈怠につき、連帯の損害賠償責任を規定するのに対し、改正法では数個の場合を列挙してその責任を規定するに止まるから、その列挙に洩れた任務懈怠については、商法上別段の責任を負わないことになり、単に民法上、一般の債務不履行として、必ずしも連帯の責任を認め得ないことになりそうである。或は改正法二六六条一項五号に「法令又ハ定款ニ違反スル行為」というのが、現行法の「其ノ任務ヲ怠リタル」という場合を全部包括し得るとし、民法第六四四条や改正法二五四条ノ二の規定は、正に「法令」の規定に外ならないと解すれば、この場合は妥当な結果を得られるかも知れない。然し現行法の二六六条では、取締役の任務懈怠と法令違反とを区別し、前者をその一項に、後者を二項に規定しているから、この両者は別個の観念であって、任務懈怠は法令違反を含んだ一層広い観念であること明らかである。その同じ用語を採って、同じ条文の改正規定としたのであるから、その用語の意義は改正法上も変更がないと見るのが自然らしく見える。改正法上「法令」なる語は、他の箇所にも相当多数に現われているが（例えば改二五四条ノ二、二五七条三項、二七二条、二八〇条ノ一〇、二九四条、など）、その「法令」という中に、民法六四四条や改二五四条ノ二の規定などを含ましめるのは無理であると思われる（特に改二五四条ノ二、二九四条）。又改正法は他方に於て、発起人、監査役、或は合名会社の清算人などの責任については、「其ノ任務ヲ怠リタルトキ」という表現を用いているので（改一九三条、二七七条、一三四条ノ二）、会社機関構成員等の責任に関して、任務懈怠と法令違反との用語の対立は、改正法上も依然として存在するわけである。かかる情況の下に於て、改二六六条に「法令」というのだけが、特殊の用法を持つていて、一般の任務懈怠と同一或は之より広い意味をもつものであると解してよいであろうか。

30　違法配当に関する取締役の責任と、株主の違法配当返還義務との関係如何

改正法は、違法配当に関する取締役の責任について、違法な利益配当を為すべき旨の議案を総会に提出したことを条件としているが（改二六六条一項一号）、それは㈠現実になされた利益配当なるものが実質的に違法であっても、取締役提出の議案そのものに違法配当を含んでいなければ（例えば、総会に於ける原案修正の決議によって違法となった場合など）、取締役には格別の責任はない、という意味であるか、㈡違法配当議案の提出ということは、単に改二六六条一項本文に於ける特別な責任額を導き出すために過ぎないのであり、従って提出議案に違法の点がなくても、或は議案提出には干与しない（若しくは反対した）取締役であっても、現実に為された配当が違法であるならば、同項五号によって、会社の蒙った損害を賠償する責任がある、と解すべきであるか。何れにしても総会提出の議案の内容如何及びその提出に干与したか否かによって取締役の責任の有無又は範囲を区別しなければならない、と解してよいのであろうか。

右の違法配当に関する責任に基いて、弁済を為した取締役の、配当受領者に対する求償権については、その悪意を要件としているけれども（改二六六条ノ二）、㈠ここに悪意というのは配当が実質的に違法であることに関するのか、取締役の議案提出に関するのか、㈡善意の株主に対しては、民法の一般原則によっても求償し得ない意味であるか、㈢善意の株主は、取締役の求償に応ずる義務がないと共に、会社に対する違法配当返還義務もないと解し得るか（配当受領の時から返還義務がないのか、取締役の会社に対する弁済によっ

てその義務を免れるのか)。

会社債権者の改二九〇条二項に基く違法配当返還請求権は、㈠改二六六条による取締役の責任についても、之を行い得るか、㈡善意の株主に対しても、之を行い得るか。

31 改正法二六六条一項二号及び四号の行為は、それが適法に為された場合にも、取締役の責任を生ずるか。その責任は、その行為の適法不適法に拘らず、同条五項の規定に従つて、之を免除することができるか

法規の明文上は、一項三号の文面との対照からいっても、この場合には適法行為についても責任を負わしめる主旨であること、ほぼ明らかであるが、適法の行為について、法律上当然に、当路者の職務上の責任を課することは、異例であるため、一応の疑を免れない。

32 改正法二六六条二項の規定は、取締役会の権限外の行為についても適用されるか

特に、例えば取締役の競争行為は、株主総会の認許を要する事項であるが(改二六四条)、取締役会が取締役の競争行為に認許を与えるというような、法律行為的には無意味な行為を為した場合にも、その取締役会の決議に賛成した取締役は、その競争行為を総会の認許なくして為したものと看做される、という風になるのであろうか。

33 改正法二六六条ノ三、後段の規定による取締役の責任は、会社に対する任務懈怠を前提とするか

この規定は、㈠前段の規定が適用される場合の一例として、特別の場合につき、之を明確にしたに過ぎないものか(任務懈怠並びに悪意、重過失は後段の場合にも必要とするか)、㈡「虚偽」の記載又は登記・公告などというのは、悪意の場合だけに限定し、重過失を問題としない意味であるか(悪意の任務懈怠についてのみ責に任ずるか)、㈢悪意、重過失の有無を問わず、虚偽の記載などの事実のみを以て、責任を生ぜしめる意味であるか(虚偽の記載、即ち客観的に見て事実と相違する記載と見て、そのことは直ちに当然任務懈怠と看做す意味か)、㈣或は又、会社に対する任務懈怠の点をも度外視する意味であるか(直接第三者の利益を侵害する不法行為的責任であるか)。

又賠償すべき損害は、㈠会社が損害を受けたことを前提とし、その影響によって第三者に及ぼした損害たることを要するか(「第三者ニ対シテモ亦」というのは、後段の場合にも当てはまるか)、㈡会社に損害を与えたか否かを問わず(会社に対して責任があるか否かを問わず)第三者の独立した損害をも含むか。

34 改正法二六六条ノ三、二項が、二六六条二項を準用した結果は悪意又は重過失の点についても看做されるか

この場合単に行為を為したるものと看做しただけでは、意味をなさないので、悪意重過失まで擬制されなければならないかと思われるが、結果から見て、それはやや苛酷であるし、且つ法文の辞句の上からも無理があるので、疑義を免れない。

35 取締役の責任を追及する株主の代表訴訟に於て、㈠会社が参加したときは、原告たる株主は訴訟から脱退するか、㈡会社が参加した後に、他の株主が更に参加することができるか、㈢勝訴の株主は、その判決の執行もなし得るか、㈣株主が勝訴判決を得た場合に、会社又は他の株主が之を執行することができるか、㈤訴訟の告知を受けた会社も、参加をしない限り、改正法二六六条ノ三による再審の訴を提起することができるか、㈥代表訴訟に於て為された不当な和解、請求の抛棄に対する救済方法如何

代表訴訟に関する諸多の疑義は、代表訴訟制度の基本的事項につ

いての、訴訟法学の方面からする究明が先行しなければ、解決し得ないように思われる。代表訴訟の権利は、訴訟上の法定代理か、重畳的訴訟実施権か、その参加は補助参加か、共同訴訟参加か、その再審の訴は、民事訴訟上の既存の再審の訴と如何なる関係にあるか、など。

七　取締役会及び代表取締役について

36　取締役会の権限の法定の範囲如何

37　代表取締役の業務執行に関する法定の権限の有無及び範囲如何

38　その他の取締役の業務執行又は代表に関する法定の権限の有無及び範囲如何

一般原則としては、取締役会は、会社の業務執行につき決定の権限を有する旨、規定されているけれども（改二六〇条）、このほかに個々の事項について、特に取締役会に於て決定すべき旨を定めた場合がある（改二三一条、二五九条但書、二六一条、二六一条ノ二、二六五条、二八〇条ノ二、二九三条ノ三、二九三条ノ四、二九六条、など）。後者については解釈上問題ないとしても、それ以外の事項につきどの程度まで、取締役会は業務執行に関与すべきであるか。現行法上会社の業務執行という言葉は、会社の目的遂行のため生ずべき一切の事務を細大もらさず包括するものと解すべきであるし（現七〇条、一五一条、二六〇条、有二六条、なお民六七〇条）、この用法は他の場合に於ては、改正法上も変更なきものと見なければならないように思われる。ただ取締役会の場合には実際問題としては、日常些末の事務についてまで、一々取締役会の決議の下に処理して行かねばならないのは不便であるし、アメリカの会社に於ける board of directors に倣ったとするならば、取締役会は会社事業の基本方針を決定するに止まり、日常の具体的な事務について一々取締役会が決裁して行くことはしない、と解すべきであろうか。又この解釈を維持するに足る成法上の根拠があるか。

取締役会が一般的業務執行機関とされた以上は、その構成員たる個々の取締役は、それ自身、業務執行の権限なきものと考えられるが、改正法の規定によれば、会社の業務執行に属する事項でありながら、個々の取締役の職務なるが如くに規定されている場合が、相当たくさんある〔例えば、改五八条一項三号、一八四条一項、二項（二九四条三項）、一八九条、二三七条一項、二三八条、二六三条、二七四条、二七五条、二八〇条ノ六、二八〇条ノ一一、二八一条以下、二九三条ノ二、六項、二九三条ノ五、二九三条ノ七、三〇一条二項、三〇三条、三九〇条、三九一条二項、三九七条二項、など〕。これ等のうちの或るものは、会社の行為として、外部の第三者に対する関係に於ては、代表取締役でなければ為し得ないものを含んでいると共に、会社内部関係に於て観察するときは、性質上取締役会の権限に属すべきものではないかと思われるものが少くない。殊に例えば決算書類の作成、総会への提出などは、外国立法例に徴して見ても、正に取締役会の責任に於て行わるべき事務であるように思われる。これ等の場合でも、改正法の文字通り、個々の取締役の行うべき事務と見て差しつかえないであろうか。もし左様に見るならば、個々の取締役と取締役会との間の業務執行に関する権限の分界線は、どこにあると解すべきであろうか。

改正法は、代表権限を賦与されていない取締役が、社長、副社長、専務取締役、常務取締役などの名称を附せられる場合のあることを予期しているが（改二六二条）、かかる名称を附せられた取締役は、如何なる点で、その他の取締役と職務上の差異があるものと考えられているのであるか。

改正法は、代表取締役については、その代表権限についてのみ、直接規定を設けているが（改二六一条三項）、その業務執行の権限については、何も規定していない。代表取締役には業務執行の権限はないものと解すべきであるか（法文の辞句には近いが、実際上極めて不便である）、会社を代表して為す行為の範囲に於て業務執行の権限をも有するものと解すべきであるか、或は取締役会の決議に反せざる範囲に於て、一切の業務執行を為す権限を有するものと解すべきか（この解釈ならば実際上は最も便宜であるし、アメリカの会社に於ける officers の制度に倣ったとするならば、この様に解釈すべきように思われるが、改正法の辞句からは距離が遠いようである）。

39　取締役会の法定の権限は、その全部又は一部を、他の機関に移譲することができるか

定款を以て、その権限の或るものを、株主総会に移譲し得ることは、改正法の予定する所であるが（改二三〇条ノ二、二八〇条ノ二、など）、そのほかに、取締役会の下部機関の方にも移譲し得べきものがあるであろうか。例えば、会社の常務に関する決定の権限を、一般的に代表取締役に移譲したり、或は常務会といったような、取締役の一部（又はその他の者を加えて）から成る任意機関を設けて、業務執行の一部を、一般的に行わしめることなどは差しつかえないか。若し差しつかえないとすれば、その権限移譲を為し得る限度（例えば業務執行の全部を代表取締役の単独執行権に移し、取締役会を廃止したり、或は実質的に無用ならしめることまでできるか）、及びその方法（定款を以て定めることを要するか、取締役会自身の決議を以て定め得るか）如何。

40　取締役会の決議につき、代理人又は書面による表決、電話による表決、或は持廻り決議などは許されるか。許されるとすれば定款を以て之を定めておくことを要するか

改正法の辞句の上からは、否定的に解すべきが如くであるが、実際上の便宜からいえば、之を認める必要があるようである。

八　会社の計算について

41　準備金の資本組入は、任意準備金についても之を行い得るか

之は一般に、改正法上「準備金」なる語が任意準備金をも含む意味であるか否かの問題であるが、改二八九条には、特に「前二条ノ準備金」と規定して、法定準備金なることを明示しているが、改二九〇条、二九三条ノ三、二九三条ノ五、二項、などは単に「準備金」と規定したのみで、法定準備金たることを明示していない。

42　発行済株式総数の減少は――定款の規定に基き株主に配当すべき利益を以て消却する場合を除いては――必ず資本減少となるか

配当すべき利益を以てする株式消却により資本減少となるか否かは、従来争のあるところであり、改正法上は、資本と株式との必然的関連が断たれた結果、消極説に有利になったようであるが、然らば、その他の場合でも、資本に影響を与えないで、株式数を減少することはできそうに思われる。現に株式分割の場合には、株式数が増加しても、資本金額には影響がないものと解すべきであろうから、その反対に、株式の併合によって株式数が減少しても、必ずしも資本を減少する必要はないのではあるまいか。但し改正法が、株式併合に関する規定を資本減少の部分に規定しているのは（改三七七条以下）、株式併合と資本減少との必然的関係を前提としているものであろうか。之に反し株式分割は会社の計算の部分に規定しているので（改二九三条ノ四）、株式分割と株式併合とは、改正法上必ずしも同性質の反対現象とは見ていないようである。なお右に関連して、

株式数をそのままにしておいて、資本金額だけを減少することは許されないであろうか（資本増加の方は、準備金の資本組入によって可能である、改二九三条ノ三、一項）。

43　額面株式を分割するときは、その券面額も分割されるか

額面株式を併合しても、その券面額はその割合で増加するものではないが（その割合で増加したのでは、資本減少のために株式を併合することは無意味である）、その反対に、株式を分割するときはその割合で券面額を切下げなければならないであろうか。或は分割の結果、券面額の総計が資本の額を超過しない限度で、分割後の券面額は、自由に定め得ると解し得るか（但し改二〇二条二項）。

44　株式の発行価額は、その引受価額と同一であるか

株式の発行価額は、発起人又は取締役会に於て決定することになっており（改一六八条ノ二、二八〇条ノ二）、それは株式申込証の記載要件となっているが（改一七五条二項八号、二八〇条ノ六、三号）、それとは別に、株式申込人は、申込証に引受価額を記載することになっている（改一七五条三項三号、二八〇条ノ一四）。一方払込については、「発行価額ノ全額」となっているにも拘らず（改一七〇条、一七七条、二八〇条ノ七）、株主の責任の限度については、引受価額を基準にしている（改二〇〇条一項）。又会社の資本に組入れられるものは「無額面株式ノ発行価額ノ総額」云々（改二八四条ノ二）、資本準備金も「発行価額中資本ニ組入レザル額」（改二八八条ノ二、二号）となっている。そこで、引受価額と発行価額との間に、用語上如何なる使い分けがあるのであろうか。

〔第二〕　商法部会報告資料

改正株式会社法の解釈上の諸問題

鈴木竹雄・石井照久

設　立

一、定款を以て株主の新株引受権の附与を取締役会に委任しうるか（一六六①㊄）註(1)

二、定款を以て特定の第三者に対する新株引受権の附与を取締役会に委任しうるか（一六六①㊄）註(2)

三、端株について株主の新株引受権を無視しうるか（一六六①㊄、二八〇ノ四）註(3)

四、設立の際の株式発行条件は均等でなければならないか（一六八ノ二、二八〇ノ三）註(4)

五、発起人の資本充実責任の発生時期は何時か（一九二）註(5)

株　式

一、株式譲渡制限契約の効力如何（二〇四②）註(6)

二、当事者の意思表示のみに因る記名株式譲渡の効力如何（二〇五①）註(7)

三、譲渡証書の署名者として株券に「株主トシテ表示セラレタル者」とは何人を指すか（二〇五①）註(8)

四、名義書換の手続として、株券の名義書換をなす必要はあるか（二〇六①）註(9)

五、株式消却（償還株式を含む）、株式併合の結果減少する株式数だけ新株を再発行することは許されるか（二一二、二二二、三七七）註(10)

六、転換株式転換により、資本を減少することは出来るか（二二二ノ三）註(11)

七、転換株式転換後、もとの転換株式数だけその株式を再発行することは許されるか（二二二ノ六）註(12)

八、定款を以て、一株券を発行しない旨を定めうるか（二二六）註(13)

株主総会

一、定款を以て総会の権限に属せしめうべき事項の範囲如何（二三〇ノ二）註(14)

二、株主総会の決議について可否同数のとき議長の決するところによるとする定款の規定の効力如何（二三九）註(15)

三、六月前より引続き株式を有する株主の意義如何（二三七等）註(16)

四、議決権なき株主の議決権復活の時期如何（二四二）註(17)

取締役会

一、最初の取締役の任期は何時から始まるか（二五六②）註(18)

二、定款で取締役選任決議の定足数を定めないとき、その定足数はどうなるか（二五六ノ二）註(19)

三、累積投票の結果当選者の数が選任すべき取締役の数に足りない場合どうするか（二五六ノ三）註(20)

四、取締役会の権限の全部又は一部を他の機関（例えば取締役の委員会）に委任できるか（二六〇）註(21)

五、瑕疵ある取締役会の決議の効果如何（二六〇ノ二）註(22)

六、会社の目的の範囲外の行為の効力如何（二六一③、五八、二七二参照）註(23)

七、取締役の競業認許は事後でよいか（二六四）註(24)

八、代表訴訟の原因たる法律事実は何か、差止請求もこれに入るか（二六七）註(25)

九、代表訴訟の参加の性質如何（二六八）註(26)

十、株主の請求により会社が取締役の責任追及の訴を提起して、敗訴したときの請求株主の会社取締役に対する責任如何（二六八ノ二）註(27)

監査役

一、監査役の監査と公認会計士による監査（証取一九三ノ二）との関係如何註(28)

二、監査役が取締役・使用人を兼任した場合の効果如何（二七六(2)）

新株発行

一、新株発行価額と引受価額とは異りうるか。異るとすればその差額の経理上の取扱如何（二八〇ノ二、二八〇ノ一四、一七五③、二八四ノ二）註(30)

二、検査役による検査を要しない現物出資の範囲如何（二八〇ノ八）註(31)

三、資本増加の効力発生時期は払込期日か登記の時か（二八〇ノ九）註(32)

四、新株発行無効の訴の原因如何（二八〇ノ一五）註(33)

計算

一、資本の減少により資本総額を券面額以下となしうるか（二八四ノ二）註(34)

二、定款を以て配当請求権について、配当決議の時を始期とする除斥期間を定めうるか（二九〇、利益配当支払法参照）註(35)

三、建設利息配当に関する定款の定めにおいて、一定の株式を特定していない場合の効果如何（二九一）註(36)

四、端株の生ずる準備金の資本組入による新株発行、株式分割は可能か（二九三ノ三、二九三ノ四）註(37)

五、株式買取請求権行使のために書類閲覧を求めうるか（二九三ノ六）註(38)

六、資本準備金となるべき評価益の範囲如何（二八八ノ二㊀）註(39)

註(1) 改正法は株主に新株引受権があるともないとも言っていない。そのことについては定款で何れとも全く自由に定めしめることにしている(改一六六条一項五号、三四七条二項)。そこで(一)定款は全く之を与えないことすらできるのであるから、之を与えるに

ついても、何も定款で直接内容を確定して置く必要はなく、何等かの方法或は条件を以て与えられる場合もあるという定め方も、之を無効と解すべきではないと見るべきか、(二)株主の新株引受権なるものは、本来取締役会の新株割当自由を拘束し、取締役会は引受権者にはその引受権の内容に従つて、優先的に新株割当をしなければならないという点で意味があるのであるから、新株引受権の附与を全く取締役会の一存に委すということは無意味である。即ち定款に於て新株引受権を全く否定した場合にも、取締役会が株主に対し新株を優先的に割当てるということは、割当自由の原則から当然許されることである。従つて、新株引受権の附与を取締役会に一任する定款の規定は、無効ではないとしても、それは新株引受権の「無」を規定したものに外ならない、と見るべきか、(三)新株引受権に関する事項は、定款の絶対的必要事項であつて、定款を以てする以外の方法によつては之を定めることは許されないものと解すべく、従つて新株引受権の附与を取締役会その他に委任することは許されない、と見るべきか（前掲11、12番の問題参照）。なお取締役会の定めるいわゆる新株引受権が商法上の新株引受権に該当するか否かは、改二八〇条ノ三、但書の規定を適用し得るか否かの点で、重大な実益がある。

註(2) 前問と略々同様の関係が見られるが、ただ第三者の新株引受権は、株主の場合と異つて、定款の規定を設けることによつて、直ちにその権利が発生するのではなくて、定款の規定に基き、会社（代表取締役）が当該第三者との間に新株引受に関する契約を締結することによつて始めて発生するものと解すべきであろう。従つて「特定ノ第三者」並びに之に与えられる新株引受権の内容も、株主のそれとはちがつて、多少会社と第三者との間の折衝の余地が残されていてもよいのではないか。定款の規定は株主をして利害の判断を為し得る程度の大綱を定め、具体的な点は取締役会に委任することは許されると解すべきであろうか（改二四五条第二項参照）。ただ実際問題として、会社従業員、会社縁故者などを新株引受権者とし、新株発行の都度、その割当を受くべき従業員又は縁故者を具体的に取締役会をして指定せしめるという主旨の定款の規定が果して右の基準に適合するか否か（前掲13番の問題参照）。

註(3) 新株引受権を有する株主は、その持株数に応じて新株の割当を受けるものとすれば、発行済株式数と、株主に割当てらるべき新株の総数とが同一である場合並びに後者が前者の整数倍である場合を除いては、常に端株の割当が生ずる訳であるが、改正法はこの端株の処置について別段の規定を設けていない。或は減資のためにする株式併合について生ずる端株の処置に関する規定（改三七九条）に準じて競売すべきかとも考えられるが、新株引受権は必ずしもその引受によつて株主が獲得し得べき財産的利益（プレミアム）を目的とするものではなく、むしろ株主が会社企業に対して持つている持分の割合を減少しないようにという目的のために認められる権利であるとすれば、単に端株売得金の分配に与つただけではその目的を達し得ない。又仮に売得金分配によつて決済することが許されるとしてもその結果は極めて僅少な金額の分配のために複雑な手数を必要とすることになる（競売代金中から株式発行価額を控除した額を、端株の割合に応じて分配することになる）。故に実際問題としては、一層のこと、端株切棄てができれば好都合であるが、(一)株主平等の原則からいつて、それが許されるであろうか、(二)許されるとして、それは予め定款を以てそ

の旨定めて置くことを要するか、定款に定がなくても取締役会の一存で之を無視し得るか、㈢一株未満の端株のみならず、例えば十株未満又は百株未満の端株をも無視し得るか。㈣株主の持株につき十株又は百株未満の株式に対しては、新株引受権を与えない旨を定め得るか（前掲12番の問題参照）。

註(4) 新株発行については発行条件均等の規定が定められているのに、設立に際してはかかる規定がないために生ずる疑問である。均等条件の要求は、新株発行についてのみ存在する特別のものであるか、又は一般に株式発行は均等条件を要求されるか。

註(5) この問題は、現行法上に於ても存在する問題であるが、ただ改正法上は、引受なき株式については、発起人の共同引受が擬制されるので、現行法に於ける如く引受義務を負わされたのとは多少関係が異る点がある。即ち引受義務の場合には、その権利者たる会社が成立しなければ、義務を負うべき相手方がないので、その発生時期も会社成立の時と解するのが自然のようである。然し引受が擬制される場合には一般の株式引受が行われる時に発起人も引受を為したものと解して差しつかえはないわけである。然し果して改一九二条一項は、会社成立前の引受を擬制したものであろうか。仮りにそうだとすれば、その看做される引受の時期は何時であろうか（一般の割当完了の時、払込請求の時、払込期日、未払引受人に対する失権手続の時、失権株式再募集を完了した時、創立総会招集の時、その終結の時、など）。

註(6) 株式の譲渡性を物権的に奪つてしまうことは「定款ノ定ニ依ルモ」許されないことになつたので、定款以外のいかなる方法によるも不可能であると解すべきが如くであるが、ただ債権的に株式を譲渡すべからざること、又は譲渡につき一定の制限を受くべきことを義務づけることも許されないであろうか。例えば会社従業員の持株について、その譲渡又は質入などをなすについては、会社の承認を受くべきこと、先ず会社に売渡の申出を為し、会社が之を買受けない場合に始めて、第三者に譲渡して差しつかえないことなどの特約を締結したときは、かかる特約は有効であろうか。更に改正法は、担保の目的のために株式を譲渡した場合に、その譲受人（債権者）が、その株式を担保の目的以外には処分せざることを、譲渡人（債務者）に約束することまで禁止するものであろうか。家族的な株式会社に於て、株主相互間に、その株式処分に関する何等かの制限を約束することなどはどうであろうか。

註(7) （前掲6番の問題と同一）。

註(8) （前掲8番の問題と同一）。

註(9) （前掲9番の問題と同主旨）。

註(10) 授権資本の枠は、それが一回行使されてしまえば、消滅するものであるか、或はその枠内で一旦発行された株式が、何等かの原因で消滅すれば（消却、併合、転換など）、原状に復活して枠が拡がつて来るものであるか。授権資本の枠なるものは、会社が現に発行している株式総数を押える枠であるか、或は会社が過去に於て幾何の株式数を発行したかという点を押える枠であるか。前の意味ならば一旦発行したけれども後に消滅した株式数は算入されないし、後の意味ならば、之も算入されて来る。アメリカに於ける授権資本の観念からすれば、その枠は州長官の免許を得た枠であつて、いわば会社に附与された既得権的の意味もあるから、現在に於ける社外発行株式数が之で押えられるだけで、一旦発行したけれども後に回収してしまつた株式の数は算入されないと解すべき根拠があるようであるが、我国の授権資本は、株主総会の

特別決議なくして、取締役会の判断で発行し得べき株式数というに過ぎないから、株主総会と取締役会との権限の権衡という点を考えても、必ずしもアメリカ風に解釈すべき根拠はないのではないか。

註(11) (前掲3番の問題参照)。前掲3番では、主として資本増加の方を問題としたのであるが、資本減少についても同様の意味で問題となる。ただ㈠資本増加は、資本準備金の資本組入ということで、取締役会の決議事項であるが、資本減少は株主総会の特別決議事項となつている点(改二九三条ノ三、三七五条)、及び㈡資本減少についこは、特に会社債権者保護の点が考慮されなければならないこと、に於て両者の相違がある。殊に債権者保護の手続を省略することは許され得ないとして、それを何時行うべきかの問題が附加される。

註(12) 之は前々問(株式第五問)と同主旨で問題となるが、仮に転換によつて、授権の枠が回復するとして、再び発行することのできる株式は、前と同一の転換株式であるか、或は転換請求権のない優先株であるか。即ち前に発行した転換株式の転換によつて、留保されていた新株の枠(改二二二条ノ二、二項)は既に満たされているから、再度転換の余地がないのではないか。

註(13) この点は、現行法上でも、会社が定款を以て株式譲渡の制限を定めていない限り、――或は之を定めていても――同じ問題があるのであつて、特に改正法によつて新に起る問題ではない。然し改正法は譲渡制限を全く禁止したので、特に重要性を加えたことは事実である。即ち株券の種類を限定することによつて、実質的に譲渡を制限する結果を生ずるからである。

註(14) (前掲20番の問題と同一)。

註(15) この問題は、改正法上新に生じた疑問ではなく、現行法に於ても存在する問題である。何故にここに採り上げられたかを疑う。

註(16) 改二三七条、二五七条三項、三八一条、四二六条、四五二条、などに「六月前ヨリ引続キ発行済株式ノ総数ノ百分ノ三以上ニ当ル株式ヲ有スル株主」という文句がある。この場合、之等の規定による少数株主権を行使する株主の資格として「六月前ヨリ引続キ」というのは、㈠その六月のどの時点を取つて見ても常に百分の三以上の株主であつたことを要する意味か、㈡六月の期間内の何れか任意の一時点に於て百分の三以上の株主であれば、他の時点に於ては、持株百分の三に達しないでもよいのか、㈢権利行使の時に百分の三あることを要し、且つ之を以て足るのか。

註(17) この点は、改正法律案要綱では可なり不明確であつたが(要綱第十八)、改正法では、決議の時を標準とすべきことが、明示された。然しそれでも、その当該決議(優先権を満足しない配当決議)そのものについて、議決権が与えられるか否か、或は個々の決議を単位としないで、当該総会全体につき議決権の有無が定められるのか、多少疑問の余地がないではない。

註(18) この問題は、現行法上に於ても同様に存在するが、改正法上は初代取締役の任期が僅か一カ年を超えることを得ないとされたため、特に重要性を加えたということは言えるであろう。即ちその任期の起算点は、㈠発起人又は創立総会による選任決議の時(改一七〇条、一八三条)、㈡就任承諾の時、㈢取締役として会社成立前の最初の職務に着手した時(改一八四条)、会社成立の時、即ち設立登記の時(改五七条)、などが考えられる。尤もその何れの時点をとるにしても、会社設立手続が渋滞なく進行すれば、実際上の結果には大した影響はなく、近々二週間内外の開きができるに

過ぎず（改一八八条）、殊に定款を以て任期伸長の規定を設けている場合には（改二五六条三項）、何れにしても結果は同一になる可能性が多いのであるが、例えば創立総会は終結したけれども、官庁の許可その他の手続が遅延して、設立登記に必要な書類が完備し得ないというようなことは間々起り得ることであつて、そのために会社の成立が予想外に遅延することは少くない（改六一条、非訟一五〇条ノ二、一八七条二項）。従つて、創立総会に於ける選任決議などを取締役任期の起算点とすれば、極端な場合には、会社成立前に任期が満了してしまうことも考え得る。而もかかる場合には、創立総会は既に終結してしまつて、之を再開することができるか否か疑問であり、固より会社成立前のこと故、株主総会を招集することはできず、従つて、取締役の後任者を選任する方法がないのではないか。又そこまで行かないでも、会社の成立するまでに、半年も十カ月も経過して、そのために第一回の決算期が到来する前に、取締役の任期が満了してしまい（この場合には、改二五六条三項による任期伸長はできない）、従つて会社は成立後間もなく取締役選任のための臨時総会を開かねばならないことになるであろう。

註(19) 恐らくは、改二三九条一項の規定により、定款を以て何等の除外例なしに、総会の定足数を撤廃した場合の問題であると思われるが、かかる定款の定は㈠全部無効か、㈡商法の強行規定に抵触する限度で一部無効とし、殊に改二五六条ノ二の場合には、法定の最低限として、発行済株式総数の三分の一の定足数を定めたものと見るべきか、㈢或は同様に一部無効であるが、この場合には、定款に別段の定なきものとし、改二三九条一項の原則に戻つて、発行済株式総数の過半数を以て定足数とするものと解すべきか。

註(20) 例えば三名の取締役を累積投票によつて選任すべき場合にその投票が二名の候補者に偏つて集中し、三人目の者には一票も投ぜられなかつたような場合である。この場合に㈠累積投票は全部無効であつて、初めからやり直し、再度累積投票を行うべきか、㈡累積投票による選任は無効であるけれども、累積投票そのものは適法に完了したのであるから、通常決議を以て全員の選任をやり直すべきか、㈢累積投票による選任は有効とし、ただ不足の員数についてだけ、更に選任の決議（不足二人以上のとき、更に累積投票によるべきか否か）を為せばよいか、㈣その不足員数については取締役を選任しないで、欠員のまゝ置くべきか（その結果、取締役の員数が法定又は定款所定の最低員数に満たない場合は如何にすべきか）。

註(21) （前掲39番の問題と同主旨）。

註(22) 株主総会の決議の瑕疵については、決議取消の訴、無効確認の訴などの規定を設けているが（改二四七条、二五二条）、取締役会の決議の瑕疵については、特にかかる規定はない。そこで総会の決議ならば、取消の訴の事由たるようなことが、取締役会の決議について存するときは、その決議の効力に如何なる影響を与えるか。

註(23) 「会社ノ目的ノ範囲内ニ在ラザル行為」という辞句は、既に現行法（改正法も同じ）七二条に用いられていて、その意味について、は学説上争のある所であるが、その同じ辞句が改正法二七二条にも新に設けられたため、問題の重要性を増して来た。㈠右両規定に於ける同一用語は同一意味に解し得るか否か。㈡「目的ノ範囲」は会社の権利能力の限界を劃するか、行為能力若くは代表機関の

権限の限界を劃するか、(三)英米法上の ultra vires の法理の影響を認め得るか。

註(24)　この問題も現行法の下に於て、既に存在するものであるが、改正法は特に総会に於ける認許の要件を厳重にし（改二六四条一項、二項）、且つその違反取引による取締役の責任の免除を困難ならしめているから（改二六六条一項三号、同条四項）、疑問を新にしたものと思われる。殊に改正法は現行法と異つて、他の会社の無限責任社員又は取締役となることについて、総会の認許を要求していないため、他の会社の無限責任社員、取締役となることそれ自体は制限を受けないが、その無限責任社員又は取締役として他の会社のため、会社の営業の部類に属する取引を為すには、一一個別的に総会の認許を要するが如くである。改正法上何等かの方法又は範囲で予め包括的な認許を得るということは許されないであろうか。

註(25)　改二六七条に「取締役ノ責任ヲ追及スル訴」というのは、改二六六条に基く給付の訴に限る意味であるか、或は会社と取締役との間のその他の債権関係（殊に会社より取締役に対する貸付金、その他会社と取締役との間の取引に基く会社の債権、改二六五条）に基く給付の訴をも含むか、或は之等の権利関係に基く確認の訴をも含むか、更に一層広く、会社から取締役に対して提起すべき凡ゆる訴を包含するか（現二六七条、二六八条参照）。なお、この訴の範囲を余りに広く解すると管轄の点で不都合を来す虞れはないであろうか（改二六八条一項）。

（前掲35番の問題参照）。

註(26)　株主が自ら訴を提起した場合については、改二六八条ノ二の規定があるが、会社が株主の請求により訴を提起した場合については、特別の規定がない。その訴に於て会社が勝訴となれば問題はないが、会社が敗訴した場合、その請求を為した株主は、一般不法行為の原則に従つて、会社及び被告取締役に対し損害賠償の責任あるものと見てよいであろうか。或は改二六八条ノ二、二項との権衡上、少くとも会社に対しては、株主悪意の場合のみに責任を負わしむべきか。又は斯る訴を提起することは――たとえ株主の請求によるものとはいえ――会社自身にも過失があるものとし、従つて会社に対する責任は認めないでもよいであろうか。

註(27)　この点は現行法の下でも起りうる問題であるが、改正法上監査役の地位の変化と共に特に立法論的な疑問を強くする。即ち監査役による監査と公認会計士による監査とは、自らその監査の立場を異にし、各独立して各職務上の立場に応じた監査が行われなければならないことは、略〻疑問の余地がないようであるが、実際問題としては同一内容のことを重複して行わねばならないことになつて、何れか一方は駄足の観がある。立法論としては、証取法一九三条ノ二の適用ある会社については、監査役による監査を廃止して、公認会計士による監査のみを命ずることとし、或は、公認会計士と監査役との兼任の途を開くことなどが考慮されてもよいかと思われる。我国監査役制度の運命について、一つの示唆を与えている点とも見られないことはない。

註(28)　この点も――支配人以外の使用人にまで適用範囲が拡大されたことを除けば――現行法の下でも同じ問題がある。(一)改二七六条所定の地位にある者を監査役に選任することは、(イ)当然無効（総会の決議無効）であるか、(ロ)或は他の地位を辞任その他により失わなければ、就任できないだけであるか、(ハ)そのまま就任したなら、他の地位を辞任する義務を負うに止まるか、(二)監査役就任に

よつて、当然他の地位を失うか。又(ニ)監査役就任後に、改二七六条所定の地位に新任されるのは、(イ)後者が当然無効であるか、(ロ)他の地位に就任することにより、当然監査役の職を失うか、(ハ)監査役辞任の義務を負うに止まるか、など。

註(30) (前掲44番の問題参照)。

註(31) 改二八〇条ノ八、一項但書の適用範囲の問題であるが、数人の現物出資者がある場合又は一人で同時に数種の現物出資を為す者がある場合に於て、「其ノ者ニ対シテ与フル株式ノ数」というのは、一回の新株発行に於ける現物出資の総額についていうのか、現物出資者各一人一人についていうのか、出資の目的たる財産の種類毎についていうのか。

註(32) 増資発効時期に関する現三五八条の規定が廃止され、その代りに、払込期日を以て、新株引受人が株主となる時期とする規定を新設したので(改二八〇条ノ九)、増資発効時期も、この払込期日であると解するのが自然らしく見えるが、改正法の下に於てもなお増資登記の時を以てその発効時期とする見解もあり得る。

註(33) 新株発行無効の訴は、現行法上の増資無効の訴に相当するものであるが、現行法の増資手続と、改正法の新株発行手続とは、多少趣を異にするため、その無効の訴の事由も自ら異つて来るものと思われる。取締役会の決議なくして、若は取締役会の無効の決議に基いて為された新株発行、取締役会の決議を超過し、その他決議の内容に合致しない新株発行、新株引受権者の引受権を無視して為なれた新株発行(改二八〇条ノ四)、株主の発行差止請求を無視して為された新株発行(改二八〇条ノ一〇)、など。又授権資本の枠を超過する新株発行、定款の定と異る種類の新株発行、不均等な条件を以てする新株の発行などは、取締役会の決議の無効の問題ともなるし、そうでなくても、独立した新株発行無効の問題ともなるであろう。なお個々の新株の引受について存する無効又は取消の事由は、必ずしも直ちに新株発行無効の訴の事由とはならないであろうが(改二八〇条ノ一三、現三五六条)、そのため引受なき株式が非常に多数であつて、増資の目的を達することができないといつた程度である場合に、増資無効の事由たり得るか否か、即ち改二八〇条ノ九、二八〇条ノ一三、等の規定があるため、現行法の下に於けるこの点についての判例の見解が改正法上も維持し得るか否か、多少疑問であろう。

註(34) 改正法上は、資本と株式との必然的関連が失われて、資本が株金総額を超過する場合のあることは、準備金の資本組入の規定(改二九三条ノ三、一項)の規定するところであり、前述の株式の利益消却の場合にも、この現象が認められる。然し反対に、資本が株金総額を下廻ることは、果して改正法上許されることであろうか。改三七六条一項は、資本減少には必ず「減少ノ方法」が定められることを規定しているが、之は減資が常に発行済株式数の減少又は額面株式の券面額の減少を伴うものであることを前提としているからではなかろうか。然し一面から見て、無額面株式制を採用した以上、額面株式の券面額についても、単にその発行に際して払込まれた金額であるという、沿革的な事実を表示するに止まるものとすれば、資本と株式との関連はもつと自由に考えてよく、改三七六条の規定も、株式数や券面額には手を触れないで減資をするということも、之又「減少ノ方法」の一態様に外ならない、といえるのではないか。

註(35) この問題も、現行法の下に於て既に存在するものであつて、今回の商法改正とは何等の関係はない。会社の配当する利益又は

利息の支払に関する法律（昭和二十三年法律第六十四号）によつて、配当金支払債務が株主住所えの持参債務となつたので、会社が配当の決議を為したまま、株主住所に於ける弁済の提供もしないでいる間に、定款の除斥期間が進行するというような定めが許されるか否か。

註(36) 改正法は、建設利息の配当につき「一定ノ株式ニ付」という要件を新に附加したので、この辞句の解釈が問題となる。一定の株式というのは、会社が数種の株式を発行する場合の株式種類を指定することをいうのか、或はその他の点で株式を区別して、利息配当を為す株式と為さざる株式とを作る意味であるか（改二二二条一項との関係如何）、或は会社の発行する株式の総数に対する分量的割合をいうのか（例えば、その五〇％）、など。それから本問にある如く、もし定款がその一定の株式を定めなければ、利息配当の定が全体として無効となるのか、或は総株式に対して利息配当をすべきものとなるのか、という疑問が続くのである。

註(37) この場合、端株という意味が二た通り考えられる。一つは、各株主について見た場合に生ずる端株であつて、かかる端株を生ずる株主が一人でもおつては、準備金の資本組入による新株発行も、株式分割もできないのでは、株主の多い会社では実際上、極めて偶然の場合を除いては、実行不可能となるであろう。所が改正法は、かように当然予想しなければならない端株の処置について、何等の規定を設けていないので、その生じた端株を如何に処置するかが問題であろう（改三七九条参照）。又もう一つの場合は、新株発行又は株式分割が全体として端株を生ずる場合であつて、例えば、会社の発行済株式の総数一万株のところ、その三株を分割して五株とするという如き分割方法に於ては 10,000÷3 が整除し得ないため、最後の旧一株がどうしても端株になる訳である。かような結果となる新株発行や株式分割は、恐らくは許されないと解すべきであろうか。

註(38) 書類閲覧請求権が、いわゆる共益権であるか、自益権であるか、については、現行法上も多少争のある所であるが、改正法は特に二九三条ノ六の場合には、之を少数株主権としたために、同条の閲覧権だけは、共益権的色彩が強くなつたようである（改二六三条二項、二八二条二項参照）。然るに株式買取請求権は純然たる自益権たること、ほぼ疑ないので、かかる自益権行使の目的のために、その前提として共益権を利用することは、権利の濫用となる疑がある。然し、一方に於て、かかる事由は、閲覧拒絶事由の列挙のうち、直接にはどれにも該当しない（改二九三条ノ七）。或は改二九三条ノ六の書類閲覧請求権は、少数株主権であつても、自益権たるもの、或は少くとも自益権たる性質と共益権たる性質とを兼有するものと解する余地はないか。

註(39) 会社財産の評価替が、如何なる場合に許されるか、固定財産と流動財産とでは、評価替について、条件を異にするか（改三四条二項、二八五条参照）、資本準備金に積立てるべき評価益も、財産種類その他により差異があるか、評価損の方が多額である場合に、之を塡補するため資本準備金を減少することは許されるか。