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

Title	〔商法 一六四〕小規模、閉鎖的会社の代表取締役が有効な取締役会決議に基づかないでなした新株発行の効力等
Sub Title	
Author	宮島, 司(Miyajima, Tsukasa) 商法研究会(Shoho Kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.12 (1976. 12) ,p.98- 104
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19761215-0098

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

〔商法　一六四〕小規模、閉鎖的会社の代表取締役が有効な取締役会決議に基づかないでなした新株発行の効力等

（大分地裁昭和四七年三月三〇日判決　昭和四五年(ワ)六三四号株主総会決議無効確認等請求事件　判例時報六六五号九〇頁）

〔判示事項〕

一、全株主七名中の一名で、発行済株式の四分の一強を有する株主に招集通知をなさず、その者の出席のないまま開かれた総会の決議は不存在である。

二、有効な取締役会決議に基づかないでなした代表取締役の新株発行は、株式取引の安全を害さない特別の事情あるときは無効である。

〔参照条文〕

一、商法二四七条、二五二条

二、商法二八〇条ノ一五

〔事実〕

被告Y会社は昭和三五年一一月一五日に設立され、一般乗用旅客自動車運送を業とする株式会社であり、原告Xは昭和四二年一〇月三一日の同会社の株主総会で、訴外A（Xの妹）、訴外B（Xの父）と共に取締役に選任され、同日開催の取締役会においてAと共に代表取締役に選任された者である。

昭和四四年九月一二日、XはAに相談することなくY会社の新株を四一〇〇株発行し、そのうち二一〇〇株を自ら引受けたがAには引受けさせなかつた。この事情を知つたAは訴外C（Xの姉）宅にXを呼び、C、訴外D（Xの妹）、訴外E（Xの弟）と共に、Xに対し、取締役を辞任してその経営より退き、右引受新株二一〇〇株をAに譲渡するよう強く求めたが、Xはこれを承諾せず双方は言い争いのまま別れた。この時における各人の持株数は、X二一〇〇株、A二五〇〇株、B二〇〇〇株、D二〇〇株、E五〇〇株、訴外F三〇〇株、訴外G五〇〇株である。

昭和四四年一〇月一五日、Y会社は同会社の二一〇〇株の株主で

あるXに対し開催通知をなさないまま定時株主総会を開催し、A、E、Gを取締役に、Dを監査役に選任する決議をなし、また右の登記もなした（代表取締役にはAを選任）。

そして、翌昭和四五年四月一五日、A、E、Gは取締役会を開き、二九〇〇株の新株発行決議をなし、この決議に基づいてY会社は同年五月五日新株二九〇〇株を発行した。A二〇〇〇株、訴外H（Aの息子）四〇〇株、訴外I（Aに重用されている従業員）五〇〇株がそのうちわけである。

こうしたAの新株発行に対し、Xは二つの訴を提起した。第一の訴は、発行済株式数八一〇〇株、株主七名のうち二一〇〇株を有するXに開催通知のなされなかつた株主総会の決議は無効である。第二の訴はA、E、Gを選任した右の総会は無効であるから、したがつてその取締役会決議は取締役でないものがなしたものであるから不存在であり、これに基づいてなされた新株発行は無効である。

これに対してY会社は、第一の訴については、昭和四四年一〇月一五日総会の同日にXも同席して行なわれた親族全員の集まり（ここでは取締役選任もなく、決算書類の承認もなく、株主でないものも集合していた）をもつて、全員出席総会であるから有効である旨主張し、第二の訴については、新株発行の取締役会決議がたとえ無効であつても、代表取締役であるAが新株を発行したのであるから有効であると主張して争つた。

〔判旨〕　請求認容。

判示事項第一点について。「前記株主総会決議は、全株主七人のうちの一人であり、発行済株式の四分の一以上の株式を有する原告に開催通知をせずに、またその出席もないままで開かれた株主総会でなされたものであるから法律上不存在というべきであり、登記簿に記載され外見上拘束力を持つように見える右決議の効力を有しないことの確定を求める本件株主総会決議無効確認請求は理由がある。」

判示事項第二点について。「新株を代表取締役が発行した場合、それが有効な取締役会決議にもとづかないことは一般的には新株発行無効の訴の理由にはならないが、例外的に発行新株数が少なく、引受人が右代表取締役と特殊の関係にある少数者に限られ、その新株が特に発行後六月以内に譲渡されておらず、会社が小資本で少数の株主により構成されている等、新株発行を無効としても株式取引の安全を害さない特別の事情のある場合は、有効な取締役会の新株発行決議のないことは新株発行無効の訴の理由となるものと解すべきである。

これを本件にみると、発行された新株は二九〇〇株であること、これをAが二〇〇〇株、Hが四〇〇株、Iが五〇〇株を引き受け、他に引受者はいないこと、Aは自ら代表取締役として右の新株を発行した者、HはAの未成年の子で同女が単独で親権を行使している者、IはAに重用されているYの従業員であること、右三名は右の引受新株を現在に至るまで他に譲渡していないこと。右新株発行直前にはYの資本金は八一〇万円で、その株主は七名でそのうちGを除いてはAより見て兄弟姉、親子の関係にある親族であることが認

められ、この認定に反する証拠はない。

右のような事情の下では本件新株発行を無効としても取引の安全を害しない特別の事情があると解せられるから、本件新株発行には無効原因があるというべきである。

もつとも代表取締役が新株を発行した以上、これについて有効な取締役会決議がなくとも右新株発行は有効であるとする最高裁判例（第二小法廷判昭三六・三・三一民集一五・三・六四五）があるが、この事件は同二九年に資本金二〇〇〇万円の当時としては小さくない資本を有する会社が四〇万株という多数の新株を発行して倍額増資をした事案であるから、特殊な事案の本件においては右新株発行を有効と解することはできない。」

〔評釈〕

本件における中心は、資本金八一〇万円、株主七名という小規模、閉鎖的、同族的な株式会社において、その支配権争奪のため取締役選任、新株発行という手段が用いられた場合、その効力如何という点である。

このような株式会社内部における支配権争奪の典型的な形態として判例に現われる事例は、ほとんどが総会決議（特に取締役選任）をめぐる争いであるか、新株発行をめぐる争いであり、本件がこの両者を含んだ事例である点で注目に価いする。

また、本件判旨第一点、第二点共に、従来の判例とは異なつた態度を示したものであり、特に、新株発行に関する第二点では、小規模、閉鎖的、同族的株式会社であることを特殊な事情ありと判断し、従来の判例の態度を前進させたことは極めて重大である。

一、総会決議無効確認の訴について

判旨第一点については、本件のように株主七名中の一人であり、発行済株式総数の四分の一強を有する株主に対して総会招集通知をしなかつたことが、商法二四七条の決議取消事由にあたるのか、それとも不存在事由にあたるのかが中心問題である（請求が無効確認である点は後述）。

ところで、判例、学説上、総会決議の瑕疵特に招集通知の欠缺について問題とされるのは、取消事由にあたるか、不存在事由にあたるかということで、一般的には、一部の株主に対する招集通知もれは取消事由にすぎず、著しい招集通知もれは不存在事由にあたると解されている。しかし、その判断は極めて不明確であり、結局のところ個々具体的場合にしたがって、手続的瑕疵が著しく、そのため決議が法律上存在すると認められないかどうかで判断するしかない（前田庸「いわゆる決議不存在確認の訴」実務民事訴訟法講座五巻三〇頁）。判例の集積をみてみると、一応二つのタイプに分類することができる。一つは、招集通知の欠缺が発行済株式総数あるいは株主総数の何割にあたるかという客観的基準のみにより、取消事由か不存在事由かを判断するものであり、他の一つはこの客観的基準のほかに、招集通知を受けた者また受けなかつた者がどのような者であつたか、あるいは故意に招集通知を欠いたかなどの主観的事情等をも考慮するものである。前者の例としては、発行済株式総数二〇〇〇〇株（二〇〇〇株が七名、六〇〇〇株が一名）のうち二〇〇〇株の株主一

名のみに招集通知をした場合（東京地判昭和二九年二月一九日下民五巻一号一九三頁）、株主一〇名のうち八名に通知がない場合（高松高判昭和四〇年一〇月二日高民一八巻六号四七六頁）等は不存在とされているが、発行済株式数三〇〇〇株のうち六〇〇株の株主についてのみ通知がなされなかつた場合には取消事由にすぎないとしている（大分地判昭和四〇年一月二九日判例時報四〇三号四三頁）。また後者の例としては、株主数九名（五〇〇〇株）のうち六名（二一〇〇株）に通知せず、代表取締役とその実子二人の三名だけでした決議を不存在としたもの（最判昭和三二年一〇月三日民集一二巻一四号三〇五三頁）や、招集者側における反対派閉め出しの主観的意図を推認させる要素をも考慮して不存在としたものなどがある（松山地今治支判昭和四三年二月二三日判例時報五一四号七八頁）。

このような判例の集積から本件をみてみると、判旨が純粋に株主数（一名で七分の一）、発行済株式数（四分の一）に対する欠缺の割合からのみ—客観的基準のみ—不存在事由にあたるとしているのであれば判例の大勢に反するものといえよう。ただ、判旨第一点のみならず、第二点をも含めて全体として本判決をみる限り、主観的事情等をも考慮していると解せないわけではないが、この点は判旨第一点において明らかにすべきであつたと思う。

また、本件の場合、総会決議は昭和四四年一〇月一五日、新株発行の取締役会決議は昭和四五年四月一五日ということから、取消の提訴期間（商二四八条）を徒過しているため、原告側はあえて決議無効として訴え、裁判所も支配権をめぐる紛争であることを考慮して、また取締役会決議の無効を理由に第二の請求を認容するための前提として、あえて不存在事由にあたると判断したのではないかと善意に解することもできよう。

そこで、関連して問題となるのは、瑕疵が取消事由にすぎない場合にも、本件のように総会決議無効確認の訴という形で請求しうるかということである（ただ本件の場合、三ヶ月の提訴期間を徒過しているので問題とならない）。この点は、取消の訴、無効確認の訴、不存在確認の訴の性質、あるいは各訴の原因たる事由等の限界の曖昧さから、大いに見解の分れるところであるが、訴訟物がこの三種の訴では異なるとする通説の立場からは請求棄却を免れない（訴訟物の決定は裁判所の職責であるとして、このような場合に救済を求める見解もある。兼子一「民事訴訟法体系」一六六頁、石渡哲「判例批評」本誌四七巻六号七三頁）。

しかし、これに対しては最近有力な見解が現われ、三種の訴とも「効力否定」の宣言という点では訴訟物が一個である。そしてこのように解せば、取消原因、無効原因、不存在原因の限界の不明確さが除去され、当事者も裁判所もその選択、位置づけに迷うことなく決議に瑕疵ある場合には、いずれを選択して請求してもかまわないとするなど原告の立場を保護しようとの努力が試みられている（坂井芳雄「株主総会の決議を目的とする訴の性質」会社と訴訟上巻（松田判事在職四〇年記念）二七六頁以下、霜島甲一「総会決議の取消・無効を主張する訴訟物」実務民事訴訟法講座五巻三頁以下）。

判例の立場は必ずしも右の一元論に拠つているとは言いきれない

が、決議不存在事由にあたる場合に決議取消の訴が提起されたときは、不存在事由は手続上に瑕疵がある場合であつて、当然取消原因にも該当すると考えられるから、取消の要件が満たされているかぎり、取消の訴を認容することが可能（大坂地判昭和二七年一一月一〇日下民三巻一一号一五九〇頁）とし、あるいは取消事由に該当する場合に、無効確認の訴が提起されたときは予備的に取消請求を含むから取消判決をすべきである（広島高岡山支判昭和四二年一二月二二日高民二〇巻六号五五六頁）とし、さらには、不存在と評価される場合においても、その効力のないことの対世的確定を求める訴の必要性は決議の内容の違法の場合と何ら異ならない（最判昭和三八年八月八日民集一七巻六号五頁）とするなど、取消の訴、無効確認の訴、不存在確認の訴の間の相互の壁を乗りこえようとの傾向がみられる。

そして、こうした考え方は、本件において原告Xは決議無効確認訴訟を提起したのに対して、裁判所は決議の不存在を根拠として決議無効確認の請求を認容したところにも現われている（このような例を挙げるものとして、大隅健一郎―今井宏「株主総会」総合判例研究叢書五巻二五一頁）。こうした現象も、結局のところ、決議不存在確認の訴も無効確認の訴と同様、総会決議の効力の発生しなかつたことの確認を求める訴にほかならない（福岡高判昭和三〇年一〇月一二日高民八巻七号五三五頁）との趣旨から出たものとみることができるのであつて、判例の理論的基礎は必ずしも明らかではないが、その方向は一元論と同一といえよう。判例の中にはこうした傾向にないものが相当数あるが（大阪地判昭和三八年三月一四日下民一四巻三号三八四頁等）、本件について言えば、従来の判例に反してまでも第二の訴を認容する前提として、取消事由にあたるものをあえて不存在としたり、また、不存在を根拠に無効確認をするなど、この三者の間の緻密な区分などはもはや必要としないようである。

有力学説（一元論）の内容的検討は他日に譲る他ないが、判例の流れをみるとき、その方向には賛同しうるものである。

二、新株発行無効の訴について

ここにおける問題は、取締役でない者が集つてなした取締役会決議、そしてこれに基づいてなした代表取締役の新株発行の効力如何である。

この点は、有効な取締役会決議に基づかず代表取締役がなした行為の効力として、一般的な問題（総会招集、営業譲渡、事後設立、取締役会社間の取引、社債発行）としても判例、学説上大いに争いのあるところであつて、その一場面として新株発行についても問題とされる。

学説は、授権資本制をとる現行法上、新株発行は会社の業務執行に準ずる行為としてとらえられていること、また新株発行に関する取締役会決議は会社の内部的意思決定にとどまり、株式申込人にとつてその決議の存否は分らないこと等を理由として有効説をとるもの（石井照久「会社法下」六三頁、伊沢孝平「新株発行の手続」株式会社法講座四巻一二三〇頁）と、新株発行は会社の人的物的組織そのものを拡大する組織法上の行為で旧法上の増資にかわるものであり、単なる業務執行行為ではなく、また無効原因と解してもこの訴の制度は提訴期間、提訴権者（商二八〇条の一五第一項、第二項）を限定し、か

つ判決の効力も将来に向つてのみ生ずる（商二八〇条の一七）ものとしているから取引の安全を害することはない等を理由とする無効説（大隅・大森「逐条改正会社法解説」三四〇頁、野津務「代表取締役」株式会社法講座三巻一一〇七頁註七、その他判例批評として、田中誠二・青山法学四巻一号七九頁、服部栄三・民商法四五巻四号五五七頁、清水新・財政経済弘報六〇二号）とが鋭く対立している。

これに対して判例は一貫して有効説をとつている（大阪地判昭和二八年六月一九日下民四巻六号八八六頁、最判昭和三六年三月三一日民集一五巻三号六四五頁、この昭和三六年最判の第一審東京地判昭和三一年二月二〇日下民七巻二号三八九頁、控訴審の東京高判昭和三一年一一月一六日高民九巻一〇六号六三七頁）。

そして最近では、有効説に立脚しながらも「特別の事情」を考慮し、これある場合には取引安全を考慮する必要がないから無効として差支えないとする有力説も登場している（鈴木竹雄「新版会社法」二二一頁、同「商法研究 Ⅲ」二三三頁、本件判例批評として、田中啓一・ジュリスト五八五号一四六頁）。

本件判旨はこの有力説に従つたもので、事実を詳細に分析したのち、小規模、閉鎖的、同族的会社であることを、この「特別の事情」にあたるものと判断した。小規模、閉鎖的、同族的会社に対し、一般の会社に対するのとは異なつた配慮をもつて判示した点では極めて注目に価いするものであり、先例的価値は大きいものといえよう。

このような判例の態度に私見としては賛同を惜しむものではないが、本件のような新株発行に関しては新株発行の性質自体からも、また代表取締役と取締役会の権限分配の関係という点からも、どうしても本件判旨、有力説の立脚地たる有効説には賛同しえない。

まず、新株発行の性質自体からみた場合、会社法上新株発行がどのような効果をもたらすかという点から、①資本の増加をもたらし、②新株引受人を社員たらしめることである。①については、会社法全体から資本増加をみてみると、資本充実の原則—債権者保護という会社法上極めて重大な意義を有する点に関係し、したがつて社債発行やその他一般の取引行為と同視することはできない（しかも社債発行は償還により、通常の取引は履行により法律関係が消滅するのに対し、新株発行は会社の存続する限りその効果は消滅しない）。②については、新株引受人は株主となるが、そこで極めて重大なことは議決権を通じて、会社の支配、運営につくということである。会社の支配、運営について、新株がどのような条件で誰に対して発行されるかは重大な問題であり、しかもそこには代表取締役の恣意が入り込む危険性が大きい。このようにして取締役会のチェックが不可欠となるのである（服部前掲批評五六一頁）。

次に会社法上の新株発行の位置づけという点から新株発行の性質をみてみると、改正前においては株主総会決議事項であつたが、現行法上は取締役会決議事項となつている点に注目すべきである。新株発行の権限を資金調達の機動化のため、総会決議事項から取締役会決議事項へ移行させたわけであるが、これは総会から取締役会へ引きおろしはしたものの、決してそれ以下に引きおろしたものと解してはならない。有効説をとるものは、これをさらに代表取締役の段階にまで引きおろすという飛躍した論理を用いるものであり、新

株発行の重大性を正当に把握しないものである（清水前掲批評六頁）。

そしてこのことが、有効説に賛同しえない理由として、代表取締役と取締役会の権限分配の関係として先に掲げたところとも大いに関係してくるのである。新株発行をもつて単なる業務執行ではなく会社の組織上の行為であると考える私見からは、会社の法律行為に際しては代表取締役は取締役会の決定（内部的意思決定）に拘束されながらも自らその意思決定をなし、会社のためにすることを示して法律行為をなすとする通常の業務執行の際における理解では納得しえない。

新株発行についての上述のような重大性からみるとき、取締役会決議と代表取締役の実行行為とがあい合してはじめて決議が目的とする効果を発しうると解すべきである。この点は、新株発行手続がその根幹となる重要内容は新株発行決議で決められ（商二八〇条ノ二第一項）、これを基礎として株式引受人の募集、引受、払込など一連の手続が代表取締役により実行されることからも明らかである。これをより詳細に言えば、種々の決議のうち、新株発行の取締役会決議は決議のみによつては直ちにその効果を発生することはできず、その決議の目的を遂行すべき代表取締役の行為を必要とする。しかも代表取締役の実行行為の基礎には取締役会決議という不可欠の意思表示が存するのである。（この点、高鳥教授は「新株発行を一種の法律行為と考えた場合、不可欠な意思表示は取締役会の新株発行決議をおいて他には見当らない。これに対して、新株発行の際の代表取締役の代表行為は、新株発行に必要な他の法律事実の形成に向つてなされる手続である。」と一層明確にしておられる。「会社法の諸問題」三〇〇頁。）。

このようにして、取締役会決議なく代表取締役がなした新株発行は、その新株発行の性質からも、また新株発行についての代表取締役、取締役会間の権限分配の関係という点からも、どうしても有効とは解しえないものである。

宮島　司

〔最高裁民訴事例研究　一四一〕

昭和五〇年5（最高裁民集二九巻十号一五三七頁）

物上保証人に対する抵当権実行による競売開始決定が、債務者に告知された場合と被担保債権の消滅時効の中断

所有権移転登記抹消登記手続請求事件（昭和五〇・二・二一・第二小法廷判決）

債務者（訴外）Aが、債権者（訴外）Bから金百万円を昭和三二年四月二六日に借り受けた際X（原告・上告人）は、本件物件に対し、債務者Aの債務の担保のために抵当権を設定した。この債権は、昭和三三年九月十六日に履行期が到来したが、弁済がないので債権者Bは、昭和三四