

Title	〔商法五六九〕非公開会社における株主総会決議を欠く新株発行は無効原因に該当するが、特段の事情として既存株主のすべてが持株比率の減少を了承していたことを認め、新株発行は無効としないとした事例(大阪高判平成二五年四月一二日)
Sub Title	
Author	鈴木, 千佳子(Suzuki, Chikako) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2016
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.89, No.10 (2016. 10) ,p.43- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20161028-0043">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20161028-0043</a>

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 五六九〕

非公開会社における株主総会決議を欠く新株発行は無効原因に該当するが、特段の事情として既存株主のすべてが持株比率の減少を了承していたことを認め、新株発行は無効とならないとした事例

大阪高判平成二五年四月二二日金判一四五四号四七頁、平成二四年(ホ)第一九四六号新株発行不存在確認等請求控訴事件、原判決変更(上告・上告受理申立後、最三決平成二五年一月一〇日)により上告棄却(平成二五年(ホ)第一〇九四号)、上告不受理(平成二五年(受)第一三三四号)

#### 〔判示事項〕

会社法においては、株式譲渡制限会社と公開会社を明確に区別し、株式譲渡制限会社が新株を発行する際には株主総会の特別決議を必要とし、公開会社よりも新株発行手続をより厳格にしている。これは株式譲渡制限会社において、新株発行が既存株主の持株比率を変動させることから、既存株主の持株比率の維持をできる限り保護することにある。株主総会の決議を経ずに新株が発行されたことは、当該新株発行時点において、既存株主が持株比率の減少を了承し

ていたなど特段の事情がない限り、無効原因に該当するものと解することが相当である。本件新株発行については、本件新株発行決議は不存在であるものの、既存株主がすべて本件新株発行時点において、本件新株発行による持株比率の減少を了承していたと認められるから、新株発行の無効原因にはならないと解するのが相当である。

#### 〔参照条文〕

会社法一九九条、八二八条一項二号

〔事実〕

平成二二年六月八日、X（原告、被控訴人）は一〇〇％出資して甲会社を設立し、同人がその代表取締役就任した。平成一八年夏ごろ、甲会社などが設立した協会においてXが三〇〇〇万円の資金を個人的に流用したのでないかという疑惑が発覚し、甲会社の取引先であった会社が甲会社およびXとの取引を停止するおそれが生じたため、Xは、平成一八年一〇月六日、甲会社の製造する製品の販売を主な事業内容とするY株式会社（被告、控訴人）を、資本金一〇〇〇万円で設立し、発行株式数は二〇〇株で、Xが六〇株、Aが八〇株、Bが六〇株保有し（一株五万円）、代表取締役はA、取締役はX、C（甲会社の取締役の一人）が就任した。Y会社は、株式譲渡制限会社（非公開会社）で、かつ、取締役会設置会社であり、定款には取締役会を招集するのは社長（代表取締役）である旨の定めがある。

平成二〇年四月中旬ごろ、乙会社の代表取締役Dは、Cの紹介で初めてXに会い、Xから紙製型枠事業の話聞き、将来性がある事業だと感じた。Xは、平成二〇年六月ごろ、Cを通じてDに対し、甲会社の経営が厳しいため、Xが保有していた甲会社株式のうち二〇％（四〇株）を二〇〇万

円で買い取ってもらうよう依頼し、Dはこれに応じることにし、同年八月にXから甲会社の株式四〇株を買い受け、現金二〇〇万円をXの個人口座に送金した。同年六月末ごろ、DはXから、Y会社の業績が伸び、将来は上場も期待できるので出資してほしいと頼まれ、数日後、DはXおよびCと面談し、Y会社に四〇〇〇万円を出資することに決まった。Xはその場でAに電話し、Dに大口で出資してもらうことなどを伝え、Dも従前からAと知合いであったため後日DもAに直接連絡を取り、Aの承諾を得た。Xは、同年九月初めころDを株主Bに紹介し、同月五日にDを株主Eに紹介し、この場ではDによる四〇〇〇万円の出資、および、その四〇〇〇万円を用いての事業展開などが、その場に居合わせた者を交えて話し合われた。

Y会社の設立当初から資金を提供してきたAは、同年秋ころからY会社への資金提供を断るようになり、遅くとも平成二二年一月一三日までに代表取締役を辞任し、後任としてCが就任し、同日、取締役もXからEに変更された。乙会社はY会社に対し出資金として、同年三月五日に五〇〇万円、四月二日に二〇〇〇万円を送金し、D個人も同日一〇〇万円を送金し、Y会社はこれらをいずれも預り金として処理した。乙会社とY会社は、上記出資金の株式化

がなかなか実行されないため、平成二二年三月上記振込送金（合計二五〇〇万円）のうち二〇〇〇万円について乙会社がY会社に対し平成二一年四月に貸し付け、Y会社が平成二二年九月から毎月八〇万円ずつ返済する旨の公正証書を作成した。

平成二二年六月、Xは甲会社の経理を担当していたCに対し、甲会社の銀行口座から不正に出金したと称して追及し、Xは同月二七日ころ、Cに対して、同年七月二日にY会社の株主総会を招集し、不正出金を問題にするなどと告げた。

同年六月三〇日、Y会社の臨時株主総会が開催され、募集株式の数は五〇〇株、振込金額は一株につき五万円、Y会社と乙会社との間における平成二二年六月三〇日付債務承認弁済契約書に基づく金銭債権二五〇〇万円全部を現物出資し、払込期日は同年七月四日で、乙会社に五〇〇株を割り当てる旨の本件新株発行の株主総会決議がなされた旨の議事録が存在し、同年七月四日付でY会社の発行済株式総数が三〇〇株から八〇〇株に増えた旨の登記がなされた。当時の株主構成はA八〇株（二七%）、小点数以下四捨五入、以下同様）、X六〇株（二〇%）、B六〇株（二〇%）、F六〇株（二〇%）、E四〇株（一三%）であった。

本件株主総会当日、少なくとも、X、A、E、Bに対する株主総会招集通知はされておらず、さらに、同人らは同日株主総会の開催場所とされる、Y会社の本店事務所にはいなかった。

同年七月二日に、Y会社の取締役会が大阪市内で開催され、Cを代表取締役から解職する旨の決議がなされ、同日臨時株主総会が開催され、Cを取締役から解任する旨の決議がなされたとの取締役会・臨時株主総会議事録が存在する（ただし、本判決は、この代表取締役解職決議は手続に重大な瑕疵があり無効であり、加えて臨時株主総会決議も招集手続の瑕疵の程度が大きいため決議は不存在であると判断している）。

同年七月四日、Cは株主に対し、取締役会決議をせずに、株主総会を同月八日に開催する旨の招集通知を發した。この株主総会には、X、乙会社、E、Fが出席し、乙会社も株主として議決権行使し、Y会社の定款の変更に関する決議と、A、Eを取締役から、Gを監査役から解任し、さらに、H、Iを取締役に、Jを監査役に選任する旨の決議がなされた。

そこで、Xは、主位的請求として、本件新株発行が存在しないことの確認を求め、予備的請求として、本件新株發

行を無効とすることを求めるとともに、七月八日開催の株主総会における定款変更、役員解任および選任に係る決議の取消しを求めて、訴えを提起した。原審（大阪地判平成二四年五月三〇日金判一四五四号五頁）は、主位的請求を棄却し、新株発行を無効とする旨の予備的請求を認容し、その余の請求を棄却した。Y 会社は、原判決中 Y の敗訴部分の取消しと本件新株発行を無効とする旨の請求を棄却する判決を求めて控訴した。X は、原判決に対して控訴も付帯控訴もしなかったため、控訴審では、本件新株発行を無効とする旨の請求の当否のみが審判の対象とされた。

〔判旨〕

原判決中 Y の敗訴部分取消し。新株発行無効請求を棄却。「会社法においては、株式譲渡制限会社と公開会社を明確に区別し、株式譲渡制限会社が新株を発行する際には株主総会特別決議を必要とし、公開会社よりも新株発行手続をより厳格にしている。これは株式譲渡制限会社において、新株発行が既存株主の持株比率を変動させることから、既存株主の持株比率の維持をできる限り保護することにある。そして、株式譲渡制限会社において新株を発行する場合、株主に対して新株の募集事項を通知又は公告することが不

要とされているから、既存株主には、会社に対し、新株発行についての株主総会以外に新株発行を阻止する機会が十分に保障されていない。

b そうだとすれば、株主総会の決議を経ずに新株が発行されたことは、当該新株発行時点において、既存株主が持株比率の減少を了承していたなど特段の事情がない限り、無効原因に該当するものと解することが相当である。」

「次いで、上記既存の株主が持株比率の減少を了承していたなどの、特段の事情の存否について検討する。……

まず、X は、前記 1 (2) 認定のとおり、自ら D に Y 会社に対する出資を勧誘し、D との間で、D から四〇〇〇万円程度の出資を受けることを合意していたのであるから、本件新株発行時点においても、その一部である本件新株発行による持株比率の減少を了承していたものと推認できる。

また、A、B および E についても、前記 1 (2) アの事実によれば、X を介して、あるいは D との直接の面談等により、D が Y 会社に対し四〇〇〇万円程度の出資をすることを知っており、本件新株発行時点においても、五〇〇株程度の新株（二五〇〇万円程度の出資金に見合う株式）を取得することを承諾していたと推認できる。

なお、この点、前記認定のとおり、X は、六月三〇日株

主総会に先立って、A、B、Eと諮ってCを代表取締役から解任しようと考えていたことは事実であるが、不正を働いたことを理由にCを解任すること、Y会社において既定路線であった新株発行を取り止めることは必ずしも直結するものではないから、前記推認を覆して、既存株主であるX、A、B及びEらが本件新株発行時点において、本件新株発行や自らの持株比率の減少に反対していたとまで認めるのは困難である。」

「以上のとおり、X、A、B、Eらは、一旦は本件新株発行を含むDないし乙会社の四〇〇〇万円程度の出資を了解し、現実に、Dないし乙会社によりその出資金がY会社に入金されて本件新株発行がされたにもかかわらず、その後、言を左右にして前言を覆すという信義に悖る言動をしているのであって、本件新株発行については、本件新株発行決議は不存ではあるものの、既存株主が全て新株発行時点において、本件新株発行による持株比率の減少を了承していたと認められるから、新株発行の無効原因とはならないと解するのが相当である。」

## 〔研究〕

本判決の理論構成ならびに結論に反対。

一 会社法は、新株発行を行うに際して、株主割当て、第三者割当、有利発行などにかかわらずすべての場合に、原則としてその募集事項を株主総会特別決議によって決定しなければならぬとしているが（会社法一九九条二項、三〇九条二項五号）、公開会社では、有利発行の場合を除き、これを取締役会によって決する（会社法二〇一条一項）。これらの決議を欠いた場合に新株発行の効力はどのように解されるのかについては、会社法制定以前の商法下においても、問題とされてきた。最高裁は、取締役会決議がなく新株発行が行われた場合について、新株発行を取締役会決議によって決定されるという点で業務執行に準ずる行為であり、また、取引の安全を守らなければならないという理由で新株発行を有効とし（最判昭和三十六年三月三十一日民集一五卷三号六四五頁）、さらに、株主総会決議を経ずに第三者に有利な価額で新株を発行した場合についても同様の理由を用いて新株発行を有効と解した（最判昭和四〇年一月八日民集一九卷七号一七四五頁、最判昭和四十六年七月一六日判時六四一号九七頁）。

新株発行の無効は、新株発行に関する問題の中でも最も議論が多い論点であるが、株式取引の安全を無視できないことから、新株発行の無効原因を解釈上狭める傾向がみら

れる（吉本健一『新株発行のメカニズムと法規制』（中央経済社、二〇〇七年）三七頁）。すなわち、発行可能株式総数を超えて新株が発行された場合、定款に定められていない種類の株式を発行した場合などの重要な違反があった場合新株発行は無効であり、また、既存株主の新株発行の差止めを奪うことになってしまいうため、新株発行事項の通知・公告（会社法二〇一条三項・四項）を欠いた場合、新株発行の差止の仮処分を無視して新株発行が行われた場合を無効と解する点については、判例・学説ともに一致をみているが、それらは極めて特殊な事態である。

本判決は下級審判例ながら、会社法制定後の新規定に関して下された同様の問題に関する判例に続く、重要な先例として注目すべき判決であり、また、さらに、これまでの判例の中で特段の事情（事由）の存在を考慮に入れるべきことが認識されていたにもかかわらず、具体的にどのような場合がそれに該当するかは明らかでなかったところ、株主全員の同意を特段の事情としたことが注目される。

以下、非公開会社における株主総会決議欠缺が新株発行の無効原因となるか否かについて平成一七年の会社法の制定前と後の議論を整理し（二、三）、株主全員の同意を特段の事情と解することができるか、また、本判決の結論は妥

当であるか（四）について、順次検討を行いたい。

二 昭和二五年改正前商法においては、増資に関して、株主総会の決議によって定款の絶対的記載事項である資本の記載を変更するという手続をする必要があった（昭和二五年改正前商法一六六条一項三号、三四二条、三四三条、三四八条）。しかし、昭和二五年商法改正において授權資本制度が導入されると、資金調達機動性を図るため、取締役会決議で新株発行を決定することが可能になり（昭和二五年改正商法二八〇条ノ二）、定款の絶対的記載事項として新株引受権に関する事項を定めることを要するとして（同法一六六条一項五号）。そしてその後、昭和三〇年にはその規定を削除し、さらに、定款に別段の定めがない場合には株主には新株引受権は付与されず、第三者に新株引受権を付与する場合には株主総会の特別決議を要するとの改正（昭和三〇年改正商法二八〇条ノ二第二項）を経て、昭和四一年に、既存株主の経済的利益が棄損されないように、第三者に特に有利な発行価額で新株を発行する場合のみ株主総会特別決議を要することに改められた（昭和四一年改正商法二八〇条ノ二第二項）。取締役会決議を欠いた新株発行の効力については、有効説、無効説、折衷説があり、

有効説は授權資本制度の導入に従い取締役会決議に決定が委ねられたことよつて、新株発行は業務執行に準ずる行為であり、新株発行を取引的な行為に近い現象として構成していることを理由に、取締役会決議を内部的な意思決定に過ぎないとして、これを欠いた場合も新株発行の効力は有効であると解釈していた(伊沢孝平「新株発行の手続」『株式会社法講座第四卷』(有斐閣、一九五七年)一二三頁、加藤勝郎「判批」ジュリ一七七号七四頁、石井照久『会社法下巻』(勁草書房、一九六七年)六三頁、松田二郎『会社法概論』(岩波書店、一九六八年)二八七頁、大森忠夫Ⅱ矢沢惇編集代表『注釈会社法』(有斐閣、一九六八年)二二六頁「山崎悠基」、西原寛一『会社法』(岩波書店、一九六九年)一五八頁)。これに対して、無効説は、新株発行は会社の人的組織の拡大であるから、単なる取引上の行為とは区別するべきであり、取締役会決議を昭和二五年改正前の増資決議に相当する手続と解し、いわゆる取引安全の保護の観点については、新株発行無効の訴えの提起期間が制限され(平成一七年改正前商法二八〇条ノ一五第一項「会社法八二八条一項二号」、新株発行を無効する判決があった場合でも新株発行を遡及的に無効としない(平成一七年改正前商法二八〇条ノ一七「会社法八三九

条)という特別な配慮をしているのであるから、新株発行は無効であると主張していた(田中誠二「三全訂会社法詳論下巻」(勁草書房、一九九四年)一〇〇九頁、大隅健一郎Ⅱ今井宏『会社法論中卷(第三版)』(有斐閣、一九九二年)六六四頁、清水新「判批」財経六〇二号六頁、高鳥正夫『会社法(改訂版)』(慶應通信、一九八三年)二四九頁、阪埜光男「判批」ひろば三五卷五号七八頁)。さらに、折衷説は、原則として有効説の立場をとるが、当初の引受人または悪意の譲受人のもとに新株がとどまっている限りでは、取引の安全を考慮する必要がないため新株の無効を主張できるとした(鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫『会社法(第三版)』(有斐閣、一九九四年)四二八頁、北沢正啓『会社法(第六版)』(青林書院、二〇〇一年)五四二頁)。多数説は有効説であり、前述の最高裁昭和三六年判決をはじめとして多くの判決がそれに追従したが、下級審判決において、小規模で閉鎖的な(譲渡制限)会社においては、取引の安全を考慮する必要がないため、新株発行を無効と解することができるとを認めていた(大分地判昭和四七年三月三〇日判時六六五号九〇頁、名古屋地判昭和五〇年六月一日下民二六卷五〇八号四七九頁、浦和地判昭和五九年七月二三日判夕五三三三三号二四三頁、大阪高判平成三年九月二〇



日判時一四一〇号一〇頁等)。

このような流れを受けて、平成二年改正商法は、譲渡制限会社においてはその他の会社に比して既存株主の持分比率を維持することが重要であるとの判断のもと、二八〇条ノ五ノ二を新設し、譲渡制限会社において、株主に新株引受権を法定し、株主割当以外の方法で新株発行を行おうとする場合には株主総会の特別決議を要する旨を定めた。このことから、譲渡制限会社において特別決議を経ずに新株発行を行った場合には、それは株主に与えられた新株引受権を一般的に無視して行われた新株発行ということで無効原因になりうるという解釈が可能なのではないかとの指摘がされていた(なお、譲渡制限会社において割当通知をせずに特定株主の新株引受権を無視して行われた新株発行の事例で、東京高裁平成六年二月二四日判決(金判九五六号二〇頁)および東京高裁平成一二年八月七日判決(判タ一〇四二号二三四頁)は、譲渡制限会社の特殊事情を考慮して新株発行を無効と解したのに対し、最高裁平成六年七月一四日判決(判時一五一二号一七八頁)は、新株発行が著しく不正な方法によって行われた場合について譲渡制限会社をそれ以外の株式会社と区別せずに、新株発行を有効と解していた。

三 会社法も平成一七年改正前商法の規定の精神を受け継ぐこととなり、公開会社では、譲渡制限会社以外の会社における手続と授権資本制度を引き継ぎ、有利発行以外では取締役会決議で新株発行を決定できることとした(会社法二〇一条一項)。したがって、公開会社における同問題については、平成一七年改正商法下の議論がそのまま会社法でも当てはまる。

しかし、非公開会社が新株発行を決定する際に株主総会特別決議を欠いた場合その効力はどうかについては、改めて考えなければならない。

この点については、以下の二つの判例が非公開会社における新株発行の特殊性について詳しく触れている点を参考にすることができる。

まず、横浜地裁平成二一年一〇月一六日判決(判時二〇九二号一四八頁)は、①会社法上、株式譲渡制限会社においては、公開会社とは異なり、新株発行の訴えの出訴期間が新株発行の効力が生じた日から一年以内と伸長されているが、これは、株式譲渡制限会社において株主総会が開催されずに新株が発行された場合は実際に株主総会が開催されるまでは株主が新株発行の事実を知る機会が乏しく、新

株発行の事実を知らないままに出訴期間を経過してしまふことが起こりうるため、株主総会が年一回開催されなければならぬことを踏まえて出訴期間を一年に伸長したものであること、②会社法において、株式譲渡制限会社と公開会社を明確に区別し、株式譲渡制限会社について、既存株主の利益保護にも配慮されていること、③株式譲渡制限会社においては、発行された新株が転々流通する頻度は必ずしも高くはないと思われること、④株式譲渡制限会社の場合は、公開会社の場合と異なり、株主に対して新株の募集事項を通知または公告しなければならないという規定がなく、株主総会以外に、株主が新株発行をやめることを請求する機会が十分に保障されていないこと、を挙げて、非公開会社においては既存株主の保護を図るべく、特段の事情がない限りにおいて、株主総会の特別決議を経ずに新株発行がされた場合の新株発行は無効であるとしている。

また、最高裁は、新株予約権発行に関する事例で、かつ、平成一七年改正前の商法の適用が問題となったケースにおいて、公開会社と非公開会社の募集株式の発行手続の差異、前掲の横浜地裁平成二一年一〇月一六日判決の指摘する①のポイントに言及した後、「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」と判示している（最判平成二四年四月二四日民集六六卷六号二九〇八頁）。

ちなみに、前掲横浜地裁判決は、新株発行の性質を業務執行に準ずる行為とし、このことからすると「その瑕疵（筆者注…株主総会の特別決議を経なかったこと）は新株発行の無効原因とはならないとも考えられる」としながらも、非公開会社にみられる新株発行の特殊性に言及して、これと異なる結論を導き出そうとした。しかし、現行法では、非公開会社において新株発行の決定は株主総会の特別決議を要するのであるから、これまでのように新株発行の法的性質を業務執行に準ずる行為と解することを固守しながらも、公開会社の場合と異なる結論に至ろうとするならば、そもそもその出発点において理論的なねじれが生じてしまっている。

本判決も、譲渡制限会社における既存株主の持株比率の

維持を保護するという規定の目的と前掲横浜地裁判決の④のポイントに触れて、新株発行無効原因となると解している。

学説も、この問題に関しては、株主総会特別決議は重大な法令違反にあたり、これを欠くことが新株発行無効の訴えの無効原因と解するべきであるとの点についてはおおよそ一致をみており、その理由として、非公開会社の公開会社に対する特殊性として、既存株主の支配的利益の保護の必要性を指摘するが、これに加えての理由づけとして強調すべきポイントは、大別すると以下の二つに分かれる。第一の学説は、前掲横浜地裁判決①のポイントと同様の点（平成一七年改正で非公開会社の新株発行無効の訴えの提訴期間を半年から一年と延長した理由として、立案担当官が「特に株式譲渡制限会社において株主総会が開催されず新株発行がされた場合には、次の定時総会の開催までは株主がその事実を知る機会がほとんどなく、その結果、株主が当該新株発行の事実を知らないまま六カ月の提訴期間を徒過してしまふ」という問題点が指摘されていた）ことを挙げたこと（相澤哲・葉玉匡美・湯川毅「外国会社・雑則」『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事二九五号二二二頁）を重視する（江頭憲治郎『株式会社法（第

六版）（有斐閣、二〇一五年）七七〇―七七二頁、川島いづみ「判批」金判一三六八号五頁、中村信夫「判批」金判一四六七号六頁）。それに対して第二の学説は本判決ならびに横浜地裁判決が掲げる④のポイント（平成一七年改正前においては有利発行の場合を例外としてそのほかの場合は株主に対して新株発行の通知・公告をすることが義務づけられていたのに対して（平成一七年改正前商法二八〇条ノ三ノ二、二八〇条ノ三ノ三第一項）、会社法においては、公開会社の場合のみ公示義務が課されている（会社法二〇一条三項・四項）ため、非公開会社の場合は株主総会が開催されないと既存株主が新株発行の差止めをする機会を事実上奪われることになることに注目する（吉本健一『会社法（二版）』（中央経済社、二〇一五年）三〇三頁、近藤光男『最新会社法（第八版）』（中央経済社、二〇一五年）一三四―一三五頁、弥永真生「判批」ジュリ一四二七号一六四頁、高橋英治「判批」商事二〇〇一六三頁、洲崎博史「判批」リマークス二〇一一年「下」八九頁、潘阿憲「判批」ジュリ一四八七号八五頁）。第二の学説が重視する点は、これまでも通知・公告を欠いたことが新株発行の無効原因と解してきた通説・判例（最判平成九年一月二八日民集五一卷一七頁）の延長線上に位置づけることでもでき

るであろう。しかし、非公開会社が新株発行を行う場合に法制度上既存株主が通知・公告を受ける機会を持たない中で、新株発行を差止めることができないという不備があることは確かであるが、株主総会決議は新株発行の差止めの機会を保障するための制度ではなく、差止制度との関連で問題を考える必要はないように思われる（同旨・来住野究「判批」明学九三号一九七頁）。

本来の新株発行の性質は、人的物的な組織拡大を目指す行為であり、公開会社における取締役会決議、非公開会社における株主総会特別決議による区別なく、どちらの決定にもこれらの決議は重要な意義を有していると考ええる。したがって、公開会社においても、取締役会決議を欠く新株発行は無効と解するべきであり（鈴木千佳子「取締役会決議を欠く新株発行の効力をめぐる諸問題」法研六六卷二二号一八五頁）、新株発行における取締役会決議ないし株主総会特別決議は、新株発行という会社の法律行為の意思決定として重要であるため、公開会社・非公開会社の区別なくこれらを欠くことは新株発行の無効事由となると考えるべきである（宮島司『会社法エッセンス（第四版補正版）』（弘文堂、二〇一五年）三三三頁（同「判批」『会社法判例百選（第二版）』五五頁は、同じ理論的理由づけの下、株

主総会特別決議を欠いた有利発行についても無効説をとる）、山本爲三郎『会社法の考え方（第九版）』（八千代出版、二〇一五年）二六九頁、来住野・前掲二〇〇一―二〇一頁、同・「判批」明学九九号「判批」一二九―一三〇頁）。本判決が指摘する、非公開会社の既存株主の持分利益を維持することが重要であるとの点にはもちろん賛同しうが、公開会社における新株発行の場合にはこれを有効と解しながら、非公開会社の場合にはこれと異なった理由づけを示す必要があるため、判例と多くの学説はそれを強調して示さなければならぬが、そもそも新株発行の法的性質と既存株主の持分利益維持の重要性は、公開会社・非公開会社の相違から導かれることではなく、一貫して無効説の立場を採るべきであると考ええる。

四 前掲横浜地裁判決は、株主総会特別決議を欠く新株発行について、非公開会社の特殊性について詳細に説明した後これを欠くことは新株発行無効原因となると判示するにあたり、「特段の事情のない限り」と「特段の事情」にあえて言及し、被告会社の単独株主が新株発行について承諾をしていたか否かについて詳細な認定を行っているため、単独株主の承諾を「特段の事情」と位置づけていると考え

られる(弥永・前掲一六四頁)。この点について学説は、非公開会社における手続は既存株主の持分比率の維持を保障することが目的であるから、株主の承諾があれば新株発行を無効とする必要がないとして判決に賛同する見解が一般的であった(山本爲三郎・「判批」法研八五巻三号一一頁、川島・前掲六頁。高橋・前掲六三頁は、単独株主の株主総会の決議と同一視できる株主全員の同意と同一視できるため、民法一一三条一項の追認があつたものとして新株発行が有効と解する)。

しかしながら、本件の場合平成二一年横浜判決とは異なり複数の株主がいるため、すべての株主の同意(承諾)が必要となる。

「会社法三一九条の元の規定である平成一七年改正前商法二五三条が平成一四年商法改正で新設される以前においても、総株主の同意があれば総会決議に代替することができる」との判断が下級審においてしばしば見られ(大阪地判昭和六三年三月三〇日判時一三一三号一五一頁、大阪高判平成元年一二月二一日判時一三五二号一四三頁等)、有限会社法四二条のような規定は会社法には存在しないが、これは商法が株式会社において総株主が同意する場合を一般的に想定していなかったからにすぎず、同様の方法を株主総

会について認めても差し支えないと強く主張されていた(北沢正啓「招集手続・総会開催の省略」ジュリ増刊『商法の争点I』一二七頁)。言うまでもなく、この規定はこの有限会社法四二条を参考にして新設されたものであり、取締役また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、当該事項について議決権行使をすることができる株主全員の同意の意思表示が書面または電磁的方法によってなされた場合、それを、当該提案を可決する株主総会の決議があつたものとみなすとしている。「会議体の構成および議案の審議のプロセスを省略するだけではなく、そのような例外的な決議方法をとることに ついての事前の同意を得ることを省略して、直接決議事項についての議案に関して総株主の同意を得て、決議の成立を図る制度」あるいは見方を変えれば、「議案についての書面等による同意のなかに、その前提としての書面等による決議方法を採用することについての黙示の同意も含まれている」と解することも可能であろう。(江頭Ⅱ森本編集代表『会社法コンメンタール7』(商事法務、二〇一三年)三一頁「前田重行」と説明されるように、これはあくまでも通常の決議の延長線上で特殊の形態を法が承認したものであると考えられる。

また、株主全員の同意があつたとしても、会社法三一九条の形式を満たしていない場合、これを株主総会決議とは同一視することはできないであろう。そうであるならば、このような形式を踏まえた株主の同意がなければ、当該事例のような場合に「特段の事情」はないのかという点が問題となるが、たとえば、東京地裁平成二五年八月五日判決（金判一四三七号五四頁）は、株主総会の特別決議を経ないで役員報酬が支払われた場合でも、株主総会決議に代わる全株主の同意があつた場合に、当該役員報酬の支払いを有効と判断しているが、それらの評釈においても、株主全員の同意をもって総会決議に代えることについて、学説は概ね承認している（弥永「判批」ジュリ一四六三号三頁、藤原俊夫「判批」法七増（新・判例解説 Watch）一五号一三〇頁など）。この考え方を取れば当然、「会社法三一九条は全員の同意による株主総会の決議成立の十分要件を定めるものであつて、実際に書面によらない全員の同意がある場合にこれに株主総会決議としての評価を与えることを禁ずるものと解する必要はない」が、株主全員の同意を決議と同視する以上株主総会の議決権行使におけるのと同等の認識が必要で、同意についても明示的かつ積極的なものであることを要しなればならないと考えるべきであろう。

（伊藤雄司「判批」ジュリ一四七六号九四頁参照）。他方、会社法三一九条によらない決議の擬制については疑問であるとして、株主全員の同意があれば規定のお手盛り防止という規定の趣旨が果たされているため株主総会決議を不要と解すべきであるとする見解もある（北村雅史「判批」法教三八〇号一二四―一二五頁。加藤修「判批」法研八八巻九号七八頁、福島洋尚「判批」金判一四四五号六頁も同旨）。

結論としては、株主全員の同意があれば、株主の利益を保護するという規定の趣旨は貫徹されているから総会決議はなくても構わないと解することができる。しかし、株主の利益を十分に保護するためには、株主の判断に十分な情報（たとえば、発行株式数、発行金額など）が会社から開示され、それに対する株主の明確な同意が必要であると考えられる。本件の場合、少なくともX以外の株主における新株発行に関する同意は、新株発行の結果どのような状況が生ずるかということについての十分な説明は行われておらず、しかもその同意があつたとされる時期と実際新株発行が行われた時期との間にはかなり隔たりがあり、その間背景事情も異なっていたのであるから、この事実認定には問題があると言わなければならない。本判決が「新株発行

時点の既存株主の持株比率減少の了承を要する」としている以上、新株発行の時点において真に株主の了承を得られているかを明らかにするべきであった。新株発行当時の会社内部の対立にも触れて、このような状況においては株主全員の同意があったとは考えられないとする原審の判断（金判一四五四号五九頁）の方が、適切である。また、株主総会を開催しても決議がスムーズに行われるかどうか疑いがあるからこそ、株主総会は適法に開催されなかったのであるから、本判決が株主全員の同意があったとその意思を推断したことには、大いに疑問が残ると言わざるを得ない（同様の指摘をするものとして、中村・前掲七頁、得津晶「判批」リマックス二〇一五年「下」一〇七頁、潘・前掲八六頁、来住野・前掲明学九九号一三〇一―一三一頁）。

鈴木千佳子