

弁護士法人STORIA
弁護士 菱田 昌義

略説会社法
CORPORATE LAW ESSENCE

目次

01 機関設計入門 … 1頁

機関設計、公開会社と非公開会社、大会社と非大会社、機関相互の関係、社外取締役・監査等委員会設置会社

02 株主総会総論 … 8頁

株主提案権、議題と議案、濫用的な株主提案、議事整理権・説明義務、議決権行使、利益供与

03 株主総会決議の瑕疵 … 20頁

株主総会決議取消しの訴え、株主総会決議無効確認の訴え、株主総会決議不存在確認の訴え、株主総会決議における特別利害関係人、裁量棄却

04 取締役会決議 … 32頁

業務執行の決定と業務の執行、重要な財産の処分、多額の借財

05 取締役会決議の瑕疵 … 36頁

特別の利害関係を有する取締役、取締役会決議を欠く行為の効力（心裡留保類似説）

06 役員等の会社に対する責任 … 39頁

会社法 423 条、善管注意義務違反、法令違反、監視義務違反、忠実義務違反、経営判断の原則、一元説と二元説

07 略説不法行為法総論 … 47頁

民法 709 条、権利侵害、故意過失、損害、因果関係

08 競業取引規制 … 55頁

会社法 356 条、競業取引、自己又は第三者のために（計算説）、会社の機会の奪取、従業員の引き抜き、退職後の競業行為制限

09 利益相反取引規制 … 59頁

会社法 356 条、直接取引、間接取引、承認を受けない取引の効力（相対的無効説）

10 報酬規制 … 63頁

会社法 361 条、俸給についての株主総会の決議方法（総額枠決定方式）、退職慰労金、報酬の減額・無報酬化の可否、退職慰労金の不支給決議

11 役員等の第三者に対する責任 … 67頁

会社法 429 条、法定責任説、直接損害と間接損害、事実上の代表取締役、名目的取締役

12 法人格否認の法理・会社法 350 条 … 74頁

法人格否認の法理（形骸化・濫用）、会社法 350 条

13 会社業務の適正確保の制度 … 78頁

違法行為の差止め請求権（会社法 360 条・385 条）、株主代表訴訟（会社法 847 条）、持株会社と特定責任追及の訴え（多重代表訴訟）

14 有利発行と第三者責任 … 85頁

有利発行、取引相場のない会社、「特に有利な金額」の意味、有利発行と第三者責任

15 新株発行の差止め・無効の訴え … 91頁

募集株式の発行の差止め（会社法 210 条）、新株発行無効の訴え（会社法 828 条 1 項 2 号）、主要目的ルール、新株発行不存在確認の訴え（828 条）

16 事業譲渡 … 105頁

事業譲渡と重要な財産の処分の違い、「一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産の譲渡」の意味、競業禁止義務

17 会計帳簿の閲覧請求 … 110頁

会計帳簿、計算書類、会計帳簿閲覧請求権、会社法 433 条 2 項 3 号「請求者が実質的に競争関係にある事業を営み又はこれに従事」の意味、検査役選任

本レジュメを読む前に

1 | はじめに

本レジュメは、伊藤靖史ほか「リーガル・クエスト会社法<第二版>」（有斐閣・2011年。以下「LQ」といいます。）の副読用として、2012年に作成したものを基礎としています。本レジュメでは随所にLQへのリファラーを設けていますので、まずLQの該当箇所を一読した後で、本レジュメを読むことをおすすめします。また、本レジュメの脚注には、発展的論点と私見（菱田昌義）を書いています。しかし、**司法試験論文試験（商法）については、会社法の基本的な仕組み・条文引用・制度趣旨の理解が何よりも重要だ**と思います。レジュメ本文を理解した上で、余力のある方のみ脚注も見てみてください。

なお、2017年度の講義開始にあたり、①平成26年会社法改正、②最新判例、③最新の基本書類を反映した上で、若干の論点の追加を行いました。しかし、学説の動向、論文の研究、判例の分析が十分出来ているとはいえません。**最新かつ正確な議論については、適宜、基本書等を利用してください。**

2 | 司法試験論文試験（商法）の考え方

(1) 前提

- 機関設計（公開会社か否か、大会社か否かを含む。）、役員構成をチェック
- 持株比率・株主構成をチェック（場合によっては当事者関係図作成）
- 配点をチェック
- 条文の引用、制度趣旨の記載、規範設定と丁寧なあてはめ

(2) 主な留意点

ア 効力発生日（行為日）前に関する出題

- 新株発行の差止め、株主又は監査役による取締役の違法行為の差止め等を検討する。
- この場合には、仮処分について言及するのが望ましい。

イ 効力発生日（行為日）後に関する出題

Ⓐ 新株発行の無効の訴え、株主総会決議の取消しの訴え等

- 取消事由・無効事由・不存在事由を区別する。
- 形成訴訟かどうか（出訴期間、原告適格、訴えの利益）をチェックする。

Ⓑ 取引（重要な財産の処分、多額の借財等）の効力が問われる場合

- 要件該当性について考慮要素を挙げつつ認定する。
- 心裡留保類似説（重要な財産の処分）や相対的無効説（利益相反取引）等の記載をするときは、主観的要件（悪意・故意・重過失）の対象について意識して認定する。

Ⓒ 役員の実行責任に関する出題（会社法423条、429条）

- 本レジュメの423条、不法行為法を読む。
- 損害は、具体的な金額まで意識する。
- 役員が複数いる場合には、任務懈怠の根拠や損害額等が異なることが多いのでよく検討する。

3 | 略語表

(1) 基本書・体系書

| | |
|----|--------------------------------------|
| LQ | 伊藤靖史ほか「リーガル・クエスト会社法<第3版>」(有斐閣・2015年) |
| 江頭 | 江頭憲治郎「株式会社法<第6版>」(有斐閣・2015年) |
| 田中 | 田中亘「会社法」(東京大学出版会・2016年) |

(2) 判例集

| | |
|------|--------------------------------------|
| 百選 | 会社法判例百選(第3版・有斐閣・2016年) |
| 旧百選 | 会社法判例百選(初版・有斐閣・2005年)(第2版・有斐閣・2012年) |
| 重判 | 重要判例解説 |
| 新判例 | 弥永真生「会社法 新判例50」(有斐閣・2011年) |
| セレクト | 判例セレクト・法学教室3月号付録(2009、2010、2011年) |

(3) 問題集

| | |
|----|-------------------------------------|
| 事例 | 伊藤靖史ほか「事例で考える会社法」(有斐閣・2011年) |
| LP | 黒沼悦郎編「Law Practice 商法」(商事法務・2011年) |
| LS | 中村信男編「ロースクール演習会社法<第三版>」(法学書院・2010年) |

(4) その他

| | |
|-------|--|
| 施行5年 | 岩原紳作ほか「会社法施行5年・理論と実務の現状と課題」(有斐閣・2011年) |
| 教材 | 北村雅史ほか「会社法事例演習教材<第二版>」(有斐閣・2012年) |
| 争点 | 浜田道代ほか編「会社法の争点」(有斐閣・2009年) |
| コンメ | 江頭憲治郎ほか編「会社法コンメンタール」(商事法務・2008年～) |
| 基本コンメ | 奥島孝康ほか編「新基本法コンメンタール」(日本評論社・2009年～) |

4 | 注意事項

本レジュメにおいて、解釈に争いのある点については、▽を記してあります(▽有効説、▽無効説)。また、判例・通説が存在する場合には、少数説について言及しない場合があります。

【例：報酬規制】

1 | 法361条の趣旨

▽お手盛り防止・政策説

報酬等の決定は～取締役同士の馴れ合いによって報酬額をつり上げる弊害(お手盛り)が生じうる。

→ レジュメにおいては、▽お手盛り防止説のみ引用しています。報酬等の決定を株主総会の権限とする見解(▽株主総会説)もありますが、言及していません。

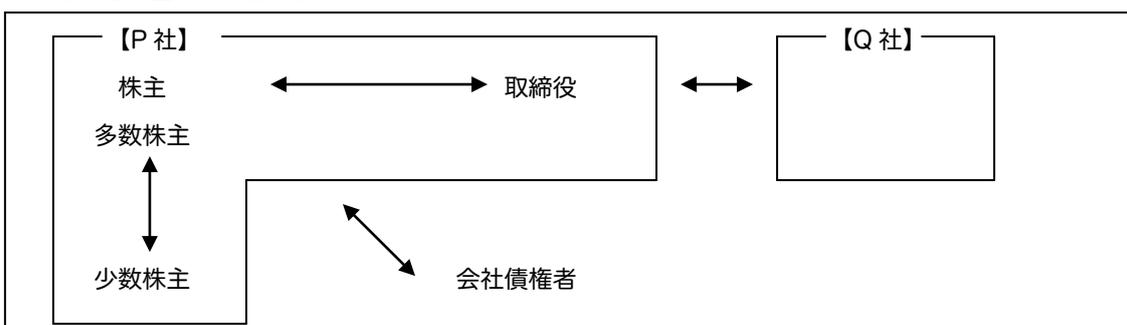
会社法のはじまりに

1 | 株式会社の最たる特徴¹

【事例】P株式会社の代表取締役Aは新製品を開発するための資金10億円を得たいと考えた。
 方法① 評価額10億円の遊休地を処分する方法（→会社法362IV①「重要な財産の処分」）
 方法② 銀行から10億円を借り入れる方法（→362IV②「多額の借財」）
 方法③ 新株100万個を1株1000円で発行する方法（→199条「募集株式の発行等」）

- 方法① 会社は身を削って10億円を得た（プラスマイナスゼロ）
- 方法② 会社は10億円の債務を負った（プラスマイナスゼロ）
- 方法③ 会社はこの手段で得た資金について返還義務を負わない（プラスしかない!?²）

2 | 様々な対立軸・利益状況



【参考文献】柴田和史「類型別中小企業のための会社法」（三省堂・2012年）・はしがき
 「資本金の額だけで考えるとき、資本金100万円の株式会社と資本金10億円の大規模な株式会社の比率は、メダカ（3cm）と鯨（30m）の比率に等しくなる。会社法を解説する書物は数多く出版されているが、そのほとんどは、大規模な株式会社（上の例の鯨）を中心に解説している。小規模な株式会社（上の例のメダカ）については、そのところどころで例外的に解説する程度である。」

会社法は、テレビCM等で馴染みのある上場企業から地元で活躍する町工場まで、広く規定している。百選を読む場合も、それがどのような会社かをイメージする必要がある（コンメVII・対談9頁参照）。

- ・大企業のもの（新株予約権差止めに関する東京高決平成17/3/23「ニッポン放送事件」・百選99事件）
- ・中小企業のもの（株式の準共有に関する最判平成27/2/19・百選12事件）

¹ その他、出資者の有限責任、法人格の取得による効果（財産分離機能）、税務上のメリット（所得税と法人税の差）等がある。

² 上場リスクとして、①金商法等での規制強化、②株価を意識した経営（短期的な利益追求を求められる可能性）、③種々の株主の出現、④買収リスク等がある。特に、買収リスクを重視し、近時、買収防衛策の一環として上場しない会社や、株式を非公開化する会社も多い（いわゆるゴーイングプライベート。少し古い事例であるが、株式会社ワールド（ブランド：タケオキクチ、INDIVI、OPAQUE等多数）は、2005年、2200億円規模のMBOによるTOBを実施し、株式を非公開化した（上場企業によるMBOは日本では初めてである）。この目的は、①買収防衛策、②株価という短期的視点ではなく長期的視点で経営を行うためと説明された）。

3 | ひとつの答案の書き方

| | |
|--|--|
| <p>【設問】</p> | <p>P社は公開会社であり、平成29年1月1日時点での総資産は300億円である。P社の商業登記によると、代表取締役としてAが、取締役としてB・Cが就任している。</p> |
| <p>ある日、新製品を開発するための資金を得たいと考えたAは、P社の保有する不動産を売却して、資金を調達することにした。そこで、Aは本件土地の売却につき、他の取締役に諮らずに、1億円でVに売却した。この売買契約は有効か。なお、本件不動産はA社の新工場建設用地として確保されたものであるが、その計画が頓挫したため現在は遊休地となっており、市場価値は1億円とする。</p> | |
| <p>【ひとつの考え方】</p> | |
| <p>1 A社は公開会社であり、取締役会設置会社であるところ（327条1項1号）、A社代表取締役Pは、何ら取締役会の承認を得ることなく本件売買契約を締結している。この取引は有効か。本件売買契約が「重要な財産の処分」にあたり（362条4項1号）、取締役会の承認が必要でなかったかが問題となる。</p> | <p>【問題提起】 問題提起は具体的に。 条文は丁寧に引用する。</p> |
| <p>2 会社法は、取締役会設置会社において、会社が「重要な財産の処分」をする際には取締役会の承認を要求する（362条4項1号）。これは、会社の業務・財産に重大な影響を及ぼす事項について、取締役に慎重に判断させることにより、代表取締役等の独断専行を抑制するためである。</p> | <p>【趣旨規範】 制度の仕組み。 条文引用と解釈。 理由付けをする。</p> |
| <p>それでは、本件売買契約は、「重要な財産の処分」にあたるか。①当該財産の価額、②保有目的、③処分行為の態様、④従来の取り扱い等を勘案して判断する。</p> | <p>フリーハンドのあてはめにならないように、規範と考慮要素を提示する（百選63事件）。</p> |
| <p>3 本件についてこれをみるに、たしかに本件売買契約は日常的になされてきたものではないため、この点からは取締役会による慎重な意思決定が必要であるとも思える。しかしながら、本件土地は遊休地となっており、売却したとしても現在の会社経営に与える影響は大きくない。また、売却代金も1億円であり、市場価格と同じであり適正である。本件土地が会社財産に対して占める割合も0.5%に過ぎない。以上より、本件売買は、「重要な財産の処分」にあたらないため、取締役会の承認は不要である。</p> | <p>【あてはめ】 生の事実を拾う ↓ その事実がどういう意味を持つのか評価する</p> |
| <p>4 本件売買契約の過程には何らの瑕疵もないため、本件売買契約は有効である。</p> | <p>【結論】 問題文と対応させる</p> |

機関設計入門

1 | 機関設計入門（大会社と非大会社・公開会社と非公開会社） LQ136 頁，田中 145 頁

| | 非公開会社 | 公開会社 |
|----------------------|----------------------|----------------------|
| 非 大 会 社 | グループA | グループC |
| | 01 取締役 | 16 取締役会+監査役 |
| | 02 取締役+監査役 | 17 取締役会+監査役会 |
| | 03 取締役+監査役+会計監査人 | 18 取締役会+監査役+会計監査人 |
| | 04 取締役会+会計参与 | 19 取締役会+監査役会+会計監査人 |
| | 05 取締役会+監査役 | 20 取締役会+三委員会+会計監査人 |
| | 06 取締役会+監査役会 | 21 取締役会+監査等委員会+会計監査人 |
| | 07 取締役会+監査役+会計監査人 | |
| | 08 取締役会+監査役会+会計監査人 | |
| | 09 取締役会+三委員会+会計監査人 | |
| 10 取締役会+監査等委員会+会計監査人 | | |
| 大 会 社 | グループB | グループD |
| | 11 取締役+監査役+会計監査人 | 22 取締役会+監査役会+会計監査人 |
| | 12 取締役会+監査役+会計監査人 | 23 取締役会+三委員会+会計監査人 |
| | 13 取締役会+監査役会+会計監査人 | 24 取締役会+監査等委員会+会計監査人 |
| | 14 取締役会+三委員会+会計監査人 | |
| | 15 取締役会+監査等委員会+会計監査人 | |

※ 非取締役会設置会社において、株主総会は「万能の機関」である（LQ145 頁 Column4-3）

(1) はじめに

上記図から、発展学習的な「三委員会設置会社」と「監査等委員会設置会社」を除いて考える。

すると、非公開かつ非大会社では、8種類の機関設計が可能である。他方、公開かつ大会社では、1種類の機関設計しかできない。このように、非公開かつ非大会社には、機関設計の自由を認めている反面、公開かつ大会社には機関設計の自由を認めていないことがわかる（強い規制を設けている。）。

(2) 各グループの特徴 LQ137 頁

グループAは、多くの中小企業が該当する。

グループBは、一部の大企業（ロッテ・サントリー・ミツカン等）が該当する³。

グループCは、新規上場企業の一部や、非公開とする定款規定を失念している中小企業が該当する。

グループDは、多くの上場企業が該当する（なお、上場会社 ≠ 公開会社である点は要注意）。

³ これらの大企業は、株式発行に頼らなくても、金融機関からの借入れや社債発行等で資金調達が可能である。なお、2013年7月、サントリー食品インターナショナルが上場した点は記憶に新しい。もっとも、持株会社であるサントリーHD自体は非上場である。

(3) 大会社と非大会社（2条6号） LQ139, 23, 181 頁 Column4-15

- 大会社＝①貸借対照表に資本金として計上した額が5億円以上,
②貸借対照表の負債の部に計上した額の合計額が200億円以上の会社



資本金や負債が多いということは、それだけ利害関係人が多いということである。このような会社で、ひとたび粉飾決算が行われたら、多くの利害関係人に不利益が生じる。そこで、会社法は、大会社と非大会社とを区別し、大会社にはより強力な規制を課す。

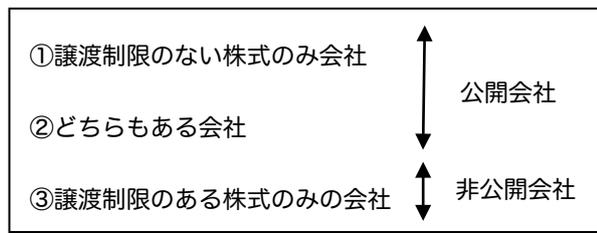
規制の例：会計監査人の設置義務（328）、内部統制システムの決議を行う義務（362V）

(4) 公開会社と非公開会社（2条5号） LQ138, 23 頁

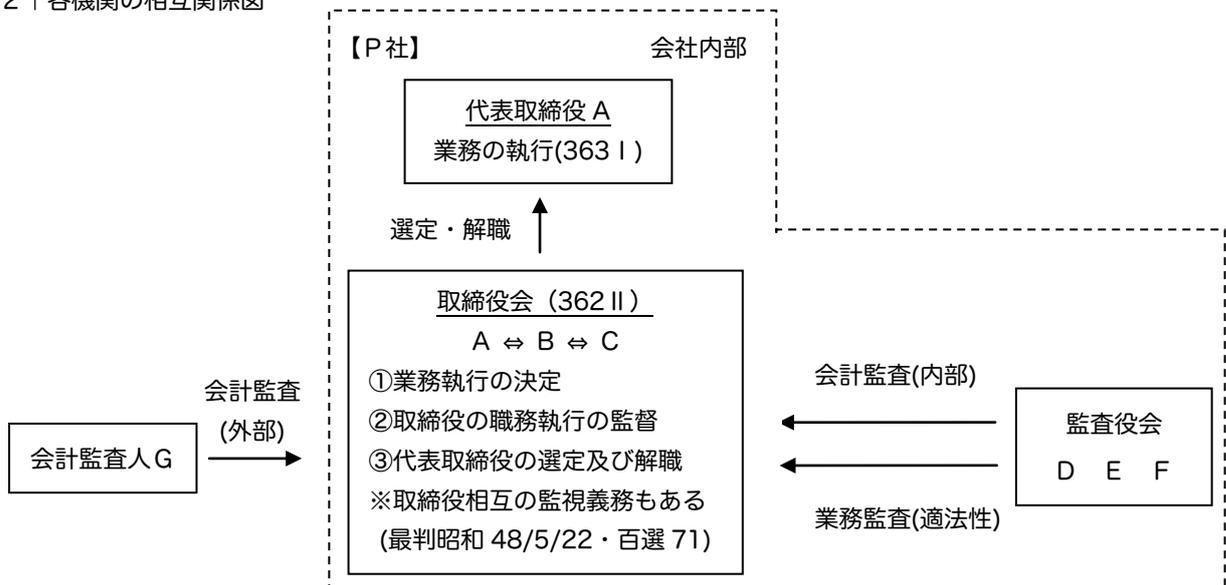
- 公開会社＝その発行する全部又は一部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について株式会社承認を要する旨の定款の定めを設けていない株式会社



株式の譲渡を通じ株主が頻繁に交代することが予定され、個々の株主が業務執行者を十分に監視することが期待しにくいいため、業務執行を監視するために取締役会設置が義務付けられている（327I①）。



2 | 各機関の相互関係図



※ 会計監査人に就く主な監査法人として、新日本、トーマツ、あずさ、あらた等がある。
会計監査人は、外部者であるため「役員」ではない（329条参照。「役員等」ではある＝423条）。

【会社法改正】 社外取締役・社外監査役 田中 212 以下, 頁商事法務 1975 号 11 頁 (岩原伸作)

1 | 社外取締役・社外監査役要件の厳格化 (改正法 2 条 1 5 号 1 6 号)

今までは, たとえば, 会社関係者 (取締役・執行役・支配人等) の配偶者や 2 親等以内の親族も社外取締役として扱われていた (なお, 改正法 2 条 1 5 号ホ参照)。しかし, このような者が, 社外取締役に期待される①経営全般の監督や②利益相反の監督を十分に果たせるかには疑問がある。そこで, 社外取締役や社外監査役の要件を厳格化することにしたのである (詳しくは, 田中 212 頁, LQ178 頁 Column4-13 等を参照)。

2 | 社外取締役を置かない場合の説明義務 (改正法 327 条の 2) 法教 402 号 4 頁 (尾崎)

【改正法 327 条の 2 (社外取締役を置いていない場合の理由の開示)】

「事業年度の末日において監査役会設置会社 (公開会社であり, かつ, 大会社であるものに限る。) ~ が社外取締役を置いていない場合には, 取締役は, 当該事業年度に関する定時株主総会において, 社外取締役を置くことが相当でない理由を説明しなければならない」

会社法上, 説明義務として①314 条や, ②特定の事項が議題となった場合に課される特別の説明義務 (法 199 条 3 項等) があるが, ③改正法 327 条の 2 は, 株主総会の場での質問の有無や, 議題の提出の有無にかかわらず, 株主総会の場で「社外取締役を置くことが相当でない理由」を説明しなければならないとする点で, 上記①②といった従来の説明義務とは異なる。

「相当でない理由」を説明することは非常に難しく, 該当会社に対して, 少なくとも 1 人の社外取締役を置くことを強く要請した規定となっている (いわゆる「コンプライ・オア・エクスプレインルール」)。例えば, 「社外監査役を 2 人置いていることは, 社外取締役を置かないことの理由にはならない」との指摘がある。商事法務 2021 号 90 頁以下, 田中 216 頁以下参照)。

【会社法改正】 監査等委員会設置会社 LQ211 頁, 商事法務 1975 号 4 頁 (岩原伸作), 田中 296 頁

1 | 導入の背景

改正前会社法における委員会設置会社は, ①監査委員会のみならず②指名委員会や③報酬委員会といった委員会を設置しなければならず, 取締役の指名や報酬の決定を部外者である社外取締役に委ねることに抵抗があったためであろうか, あまり浸透していない (なお, 平成 14 年に導入された委員会委員会設置会社を選択している上場会社は, 平成 25 年 9 月時点で, 日立, ソニー, 大和証券等わずか 57 社に過ぎなかった (約 2%)。他方, 田中 298 頁によると「平成 28 年 3 月 13 日現在, 東京証券取引所 (東証) に上場する監査等委員会設置会社は 256 社」とのことである。)

そこで, 平成 26 年改正で, いわば監査役会設置会社と委員会設置会社 (=指名委員会等設置会社) との中間的な株式会社形態として, 監査等委員会という制度を導入した。

2 | 監査等委員会の構成と権限 田中 296 頁

監査等委員は, 3 人以上で, その過半数は社外取締役でなければならない (改正法 331 条 6 項)。また, 内部統制システムの整備の決定 (改正法 399 条の 13 第 1 項 1 号ロハ, 2 項) 及び会計監査人の設置が必須である (改正法 327 条 5 項)。監査等委員会の権限としては, ①取締役の職務の執行を監査する (改正法 399 条の 2 第 3 項 1 号), ②取締役の人事や報酬について意見陳述権 (同項 3 号) 等がある (監査のみが役割でないため, 「監査等」委員会と呼称される。)

2 | 濫用的な株主提案 田中 164 頁コラム 4-12

【問題意識】 株主提案権の濫用

平成 24 年 6 月 27 日実施の「野村ホールディングス株式会社」の定時株主総会において、濫用的と評価されかねない株主提案権の行使があった。下記は、実際に提案された議案である（文言ママ！）。

【提案内容】

「オフィス内の便器はすべて和式とし、足腰を鍛練し、株価四桁を目指して日々ふんばる旨定款に明記する」

「取締役の社内での呼称は「クリスタル役」と～旨定款に定める」

「日本国内における略称は『YHD』と表記し～自己紹介をする際に必ず『野菜、ヘルシー、ダイエットと覚えてください』と前置きすることとし、その旨を定款に定める」

会社法は、①1/100 または 300 個以上を、②6 ヶ月以上（公開会社の場合）有する株主が、③8 週間前までに請求することで、議案の要領を招集通知に記載することを認めている（法 305 条。もちろんこの費用は会社の負担である）。そして、上記事例のように、近時濫用される場合が目につく。この原因は、

- ① 300 個以上という緩やかな持株要件を課していること、
- ② 一人あたりが提案できる個数に限定がないこと、
- ③ 定款変更（466 条）を併せて目的とすればどのような事項も提案の対象になること（＝取締役会設置会社では、株主総会の決議事項は限定されている（295 条 2 項）。しかし、提案したい事項を総会の決議事項とする旨の定款変更とセットにすれば、提案できる事項は広がる）、
- ④ 提案者の総会出席義務がないこと 等が指摘されている。

【裁判例】 東京高判平成 24/5/31・百選 31 事件「HOYA 事件」 コンメVII・112 頁参照

判旨「株主提案権といえども、これを濫用することが許されないことは当然であって、その行使が、主として当該株主の私怨を晴らし、あるいは特定の個人や会社を困惑させるなど、正当な株主提案の行使とは認められないような目的に出たものである場合には、株主提案権の行使が権利の濫用として許されない場合がある」「定款にどのような規定を設けるかは基本的には株主自治に委ねられる」「株主提案権は、共益権の 1 つとして少数株主に認められた権利であるから、株主提案に係る議題、議案の数や提案理由の内容、長さによっては、会社又は株主に著しい損害を与えるような権利行使として権利濫用に該当する場合があります」と解される。」

株主提案権は、重要な共益権の 1 つであること、定款自治があることから、十分に尊重される必要がある。しかし、濫用的な行使が許されないのは当然であり、①目的／意図（主観的要件）、②内容／長さ／数（客観的要件）を考慮し、会社又は他の株主に著しい損害を与える場合には権利濫用になる³。

³ 私見：この論点については、法改正が検討されており（平成 29 年 10 月時点。商事法務・会社法研究会第 6 回資料参照）、また裁判例の蓄積も十分でない。そのため、司法試験における「規範」としては上記内容で検討するのが穏当だろう。大切なことは、例えば、提案数のみ、内容のみなど 1 点だけに着目して判断したりせず、複合的な観点からの判断をすることである。また、上記裁判例（百選 31 事件）は、同一株主からの提案をまとめて濫用か否かを判断している訳ではなく、各提案を区別して判断している点も参考にしたい。

株主総会 2：議事運営をめぐる諸問題（議事整理権・説明義務）

1 | 議事整理権 LQ148 頁, 最判平成 8/11/12・百選 A8 事件,

(1) 議長の選任

議長が誰であるかは、通常は定款⁴で定められている（例：「株式会社の議長は、社長がこれに当たる。社長に事故があるときは、予め取締役会の定める順序により、他の取締役がこれに代わる」）。定款になければ、株主総会普通決議による（最判昭和 48/8/7。ただし、有限会社の事例）。

(2) 議事整理権の行使 最判平成 8/11/12「四国電力事件」・百選A8 事件⁵, LQ149 頁

議長は、株主総会の議事を公正かつ円滑に指揮運営し、合理的な時間内に株主の総意を確定する職責を負い、そのために善管注意義務（民法 656, 644 条）を尽くさなければならない。

【参考問題】東京地判平成 20/6/25 参照・ジュリ 1408 号 174 頁（得津晶解説参照）

事例：株主総会開始に先立ち、議長⁶Uは株主Tが議場に①ビデオカメラおよび②マイクを持ち込もうとしていたため、これを一時的に預かった。このようなUの行為は適法か。

回答（ひとつの考え方）

1 議長は、株主総会の議事を公正かつ円滑に指揮運営し、合理的な時間内に株主の総意を確定する職責を負っている（法 315 条）。この職責を全うするため、議長には他の株主が有する議決権 やその前提となる質疑応答を行う機会が保障されるように務める義務があり、質疑への侵害や信用毀損等のおそれがある場合には、議事整理権の一内容として、株主の行為を規制することも許される。

具体的に議事整理権の行使として適法であるかは、①質疑への侵害等のおそれと、②株主の行為の必要性（権利の侵害とならないか）を衡量して判断する。

2(1) カメラについては、恣意的に撮影がされると、他の株主のプライバシーを侵害し、自由な質問を萎縮されるおそれがある（上記①）。他方で、株式総会の内容について保全する必要があるのであれば、総会検査役を選任し（306 条）、あるいは後日議事録を確認（318 条 1 項）することで対応が可能である（上記②）。したがって、カメラの持込みを規制することは適法である。

(2) マイクについては、不規則発言に用いられるおそれがある。不規則発言がなされれば、他の株主が威迫され総会が攪乱されうる（上記①）。そして、本文の事情からは明らかではないものの、株主が発言する場合には会社が用意するマイクが貸与されるのが通例であり、この観点からも持込みを認める必要性は低い（上記②）。したがって、マイクの持込みについても規制することは適法である。

⁴ 少数株主が裁判所の許可を得て招集した株主総会においては（297 条 4 項）、定款の定めは適用されず、改めて、株主総会で議長を選任する必要がある。なぜなら、このような少数株主による株主総会の開催は、社長の意向に反することが多く、この場合にも社長が議長を努めると議事運営の公正さが典型的に疑われるからである（久保田光昭・基本コンメ II 49 頁参照。東京高決平成 24/6/28）。

⁵ 本判例のいう「合理的な理由のない限り同一の取扱いをすべき」との判旨が持つ意味については争いがある。一つの考え方としては、株主平等原則には、①持ち株比率比例原則、および②頭数平等原則の双方が含まれており、本判旨は頭数平等原則を示したものとする理解がある（▽同質説）。また▽異質説にたつ見解として、森本滋「会社法の下における株主平等原則」商事法務 1825 号 4 頁以下参照。

⁶ 厳密には、株主総会実施前であるため「議長」の権限は想定できない。そこで、議事整理権は、本来的には会社に属するところ、開会中は会社が議事整理権を議長に委任していると考え、株主総会開会前は会社が行使するとの見解がある（ガバナンス精選・20 頁）。

2 | 取締役⁷等の説明義務 (314条) LQ149頁, コンメVII242頁

(1) そもそも説明義務が発生しているか否か

【裁判例】東京高判昭和61/2/19・百選37

判旨：「商法237条の3第1項の規定する取締役等の説明義務は総会において説明を求められて始めて生ずるものであることは右規定の文言から明らかであり、右規定の上からは、予め会社に質問状を提出しても、総会で質問をしない限り、取締役等がこれについて説明をしなければならないものではない。ただ、総会の運営を円滑に行うため、予め質問状の提出があつたものについて、総会で改めて質問をまつことなく説明することは総会の運営方法の当否の問題として会社に委ねられているところというべきである。そしてまた、説明の方法について商法は特に規定を設けていないのであつて、要は前記条項の趣旨に照らし、株主が会議の目的事項を合理的に判断するのに客観的に必要な範囲の説明であれば足りるのであり、一括説明が直ちに違法となるものではない。更に、たとひ一括説明によつては右必要な範囲に不十分な点があつたとすれば、それを補充する説明を求めれば足りることである」

発生根拠 = 会議体の一般原則（決議には討論が期待され、討論には必然的に質疑応答を含むから）

発生時期 = ①上記発生根拠+②314条の文言「株主総会において～」より、株主総会の現場において株主から説明を求められてはじめて発生する。したがって、事前に質問状が送付されても、総会の場で具体的な質問がない限り説明義務は発生しない⁸。

(2) 発生しているとして説明拒否ができるか

①314条但書（目的に関しない or 株主共同の利益を害する）の場合

②法務省令で定める場合（規則71条⁹）

(3) 発生しているとして説明はどの程度必要か LQ149頁

▽平均的な株主が議題を合理的に判断するのに客観的に必要な範囲での説明（平均的株主基準¹⁰）

質問株主以外にも多数の株主が存在することを考えると、質問内容や質問株主の性質に応じて回答すべき水準が変わると考えるべきではない。

(4) 説明義務違反の効果¹¹ コンメVII267頁, 田中181頁

▽説明義務違反それ自体が決議方法の法令違反を構成（831条1項1号）

⁷ 株主提案についての説明義務については、株主提案権を行使した株主といえども、これを説明する義務を負うものではない。なぜなら、提案株主は、職務として議案の提案をするものではないからである（コンメVII257頁（松井秀征）参照）。

⁸ 事前に質問することの意味は、規則71条1号イ「当該株主が株主総会の日より相当の期間前に当該事項を株式会社に対して通知した場合」を適用し、その場で役員らに回答をさせられる点にある。

⁹ 規則71条は、①説明をするために調査をすることが必要な場合、②株式会社その他の者の権利を侵害する場合、③実質的に同一の質問を繰り返した場合、④その他正当な理由がある場合を定める。

¹⁰ 東京地判平成16/5/13は「当該質問株主が平均的株主よりも多くの知識ないし判断資料を有していると認められるときには、そのことを前提として、説明義務の内容を判断することも許される」とする。この点につき、得津晶・ジュリ1312号164頁は「平均的株主基準は説明に納得しない株主・ごねる株主に対しての説明義務を否定するためだけの論理であり、本件のように株主の知識・能力が高い場合を想定していなかった。～他の株主は理解できなければ、平均的株主基準まで再度説明を求めることができる」とする。

¹¹ 報告事項について説明義務違反があっても決議取消の問題とはなり得ない（福岡地判平成3/5/14）。

3 | 議事整理権に関する近時の裁判例 田中 181 頁参照

【裁判例】東京地判平成 28/12/15 「フジ・メディア・ホールディングス事件」

事案： 本件は、Y社の株主であるXらが、Y社に対し、平成26年6月27日開催のY社第73回定時株主総会における取締役の選任や役員賞与に関する決議につき（以下「本件各決議」という。）、① Y社は、その子会社であるZ（株式会社フジテレビジョン）の従業員である「従業員株主」に質問をさせ、従業員株主以外の一般株主の質問時間を剥奪し、一般株主の質問権ひいては株主権を侵害した等主張し、本件各決議の方法が著しく不公正でありまたは法令に違反するものであったことを理由に、同法831条1項1号に基づき、本件各決議の取消し等を求めた事案である。

判旨：「現場で本件株主総会を統括する地位にあるQ総務部長（Y社勤務）が、リハーサルに出席して質問をする株主役を務めた従業員株主に対し、本件株主総会への出席及び質問を依頼し、実際に、本件株主総会において、8人の従業員株主が会社に対して質問をしたことは、その人数及び質問した全株主数に占める従業員株主の割合（5割。注：全質問16名中8名が従業員株主であった。）に加え、リハーサル時と同旨ないし類似の質問が相当程度促される状況にあったことに徴し、上場会社である被告の株主総会としては適切な議事運営方法といえるか疑問なしとしないものの、他方で、①本件株主総会においては、一般株主からの質疑応答のためにも相応の時間を充てたこと（注：約53分）、②一般株主の質問内容の多くは、質疑応答の時間が経過するに従い、本件株主総会の決議事項又は報告事項と関連性を有するとはいえない事項に関するものが続くようになっていたこと、③質疑打ちりの直前の時点において質問等を求めて挙手をしていた一般株主の数は、出席株主の数に比して多いとはいえないこと、④従業員株主のした質問が、一般株主が決議事項又は報告事項に関する質問をする誘引となっているとの側面をもおよそ否定することはできないことからすれば、被告において、質疑の打ちりに際し、一般株主の質問権又は株主権を不当に制限したものとまで断ずることはできない。したがって、原告らが主張するヤラセの質問の点を捉えて、本件各決議の方法が著しく不公正であると断ずることはできない。」 ※なお、本裁判例では、説明義務違反についても争点となった。

私見：議事整理権の問題であることを指摘した上で、上記裁判例のように上記①～④の事情を丁寧に拾い挙げるのが重要です。なお、司法試験的には、結論はどちらでも構いません。

株主総会 3：議決権行使と決議をめぐる諸問題

1 | 議決権の行使方法の概論 LQ153 頁

(1) 様々な議決権行使方法が認められる背景・近時の問題点

ア 株主側の事情

LQ153 頁「株主総会に出席することのできない株主に対して、議決権行使の機会を保障する趣旨」

- ・集中日（→LQ142 頁 Column4-2）
- ・株主数が多い会社では、株主が地理的に分散している

イ 会社側の事情

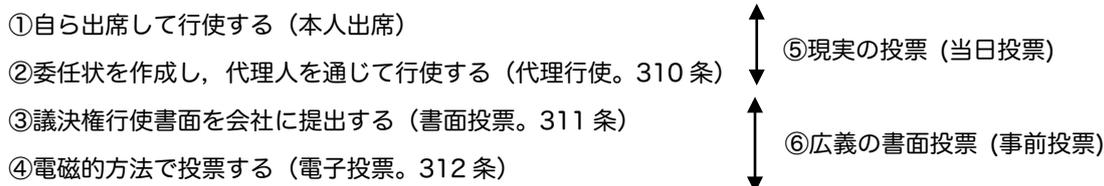
- ・決議における定足数を確保。特に役員選任や特別決議では定足数を排除できない（341, 309 II）。
- ・機関投資家の増加等（→LQ157 頁 Column4-6）

ウ 委任状勧誘の重要性¹² LQ147 頁Column4-4

- ・会社の支配権に争いがある場合、委任状勧誘+株主提案権を組み合わせて買収者が支配権を獲得しようとする。他方で会社側もそれに対峙する必要がある=委任状勧誘合戦（プロキシ・ファイト）
- ・書面投票では修正動議に対応できない。委任状を用いれば、委任の趣旨に反しない限り動議への対応が可能となる。

(2) 重複行使の優劣 争点 51, コンメVII210 頁以下, 田中 171 頁

【図】各議決権行使方法の関係



【⑥の後、⑤がされた場合】

- ③や④はいずれも株主総会に出席しない株主が議決権を行使することができる制度である（298 I）。
- 現実の投票が、出席しない場合を想定した③④に優先する。

【⑥が重複した場合¹³】

- 時間的な前後で区別し、後でなされた議決権行使を有効として扱う。
- 到着の先後が不明であれば、双方ともに無効として扱う。

【②(委任状提出)の後、①がされた場合】

- 代理権授与は撤回されたのであり、①を有効とする。

¹² 議決権行使の諸問題が複雑に絡みあった近時の重要判例として東京地判平成 19/12/6「モリテックス事件」・百選 34 事件があげられる。さしあたり、田中亘・「会社法施行 5 年（有斐閣・2011 年）」9 頁、同ジュリ 1365 号 134 頁参照。

¹³ 会社は書面投票が重複した場合の効力を招集事項として定めることができる（会社規則 63 条③へ（1）、同④口。コンメVII・210 頁）

2 | 代理行使に関する諸問題

(1) 委任の趣旨に反する代理人の議決権行使の効力 争点 50IV2, コンメVII193 頁

▽有効説

委任状の記載は単に委任者と受任者との間の内部的な指示の關係にすぎない。

▽無効説（無権代理説・通説）

議決権行使の代理は、任意代理の一種であり、その権限の範囲は代理権授与行為（委任契約）によって定まる。委任の趣旨¹⁴に反する権限外の行為は、原則として無効である。

(2) 代理人資格の制限の可否¹⁵ LQ154 頁, 田中 174 頁

【判例】 最判昭和 43/11/1・百選 32 事件・法教 381 号 95 頁

問題点：「株主は、代理人をもって議決権を行使することを得。ただし、代理人は当会社の株主に限るものとする」との定款規定は、会社法 310 条 1 項前段「株主は、代理人によってその議決権を行使することができる」に反し無効ではないか（法 29 条参照＝法律に反する定款は記載できない）。

判旨：「所論は、議決権行使の代理人を株主にかぎる旨の定款の規定は、商法二二九条三項に違反して無効である旨主張する。しかし、同条項は、議決権を行使する代理人の資格を制限すべき合理的な理由がある場合に、定款の規定により、相当と認められる程度の制限を加えることまでも禁止したものと解されず、右代理人は株主にかぎる旨の所論上告会社の定款の規定は、株主総会が、株主以外の第三者によつて攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨にでたものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限といふことができるから、右商法二二九条三項に反することなく、有効であると解するのが相当である。論旨は、右と異なる見解に立つて、原審の判断を攻撃するものであつて、採用できない。」

▽無効説 百選 32 事件解説

▽有効説

▽制限的有効説

議決権代理行使の代理人資格を株主に限定する定款規定は原則として有効ではある（最判昭和 43/11/1・百選 32 事件）。

しかし、議決権の代理行使を認めないとすれば、議決権の行使の機会を実質的に奪うことになるという不合理な結果が生ずる特段の事由がある場合（攪乱防止の目的に反しない場合）には、議決権の代理行使人を株主に限定する定款の効力はこれには及ばず、会社は株主の選任した代理人の議決権行使を拒みえない（最判昭和 51/12/24・百選 37 事件）。

¹⁴ 何が「委任の趣旨」かは、困難な問題である。①委任状に賛否の記載がある場合には、その指示は具体的であり、賛否の指示に反する議決権行使は無権代理となる。他方で、②白紙委任の場合には、この確定につき困難が伴う。東京地判平成 19/12/6「モリテックス事件」は、会社提案と株主提案とが両立しないことを踏まえて、「白紙委任との記載にかかわらず、本件委任状によって、本件会社提案については賛成しない趣旨で、X には対して議決権行使の代理権の授与を行ったと解するのが相当である」と判示した。

¹⁵ 2011 年の時点で上場会社の 95.8%が、代理行使人の資格を株主に限定する定款を設けている（商事法務 1949 号・79 頁以下）

【判例】最判昭和 51/12/24・百選 37 事件, LQ154 頁 Case4-5

判旨：「原審が適法に確定したところによれば、被上告会社の定款には、「株主又はその法定代理人は、他の出席株主を代理人としてその議決権を行使することができる。」旨の規定があり、被上告会社の本件株主総会において、株主である新潟県、直江津市、日本通運株式会社とその職員又は従業員に議決権を代理行使させたが、これらの使用人は、地方公共団体又は会社という組織のなかの一員として上司の命令に服する義務を負い、議決権の代理行使に当たって法人である右株主の代表者の意図に反するような行動をすることはできないようになってきているというのである。このように、株式会社が定款をもって株主総会における議決権行使の代理人の資格を当該会社の株主に限る旨定めた場合において、当該会社の株主である県、市、株式会社がその職員又は従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させても、原審認定のような事実関係の下においては、右定款の規定に反しないと解するのが相当である。けだし、右のような定款の規定は、株主総会が株主以外の第三者によつて攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨に出たものであり、株主である県、市、株式会社がその職員又は従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させても、特段の事情のない限り、株主総会が攪乱され会社の利益が害されるおそれはなく、かえつて、右のような職員又は従業員による議決権の代理行使を認めないとすれば、株主としての意見を株主総会の決議の上に十分に反映することができず、事実上議決権行使の機会を奪うに等しく、不当な結果をもたらすからである。論旨は、これと異なる前提に立つて原判決を論難するものであつて、採用することができない。」

このように、株主である会社の従業員や、株主である地方公共団体の職員は、このような定款規定にかかわらず、自身が株主でなくても議決権を代理行使することができる。

これを拒んで行った決議は、総会が攪乱され会社の利益が害されるおそれがないのに、株主の「議決権行使の機会を事実上奪ってされたものと認められるから、その決議の方法は著しく不公正¹⁶であったという外ない¹⁷」（東京地判昭和 61/3/31 参照）。

3 | 決議の成立

【参考文献】田中亘「会社法」（初版・東京大学出版会・2016年）184頁

「決議をどのような方法で行うかについては、会社法に特別な規定はなく、定款に定めがあればそれにより、定めがないときは、議案について賛否を判定できる方法である限り、議長が合理的裁量によって決してよい（東京地判平成 14/2/21。挙手による採決を適法と認めた）。上場会社では、書面により行使された議決権だけで、可決に必要な賛成票が得られることが多いため、総会議場での採決は、拍手や発声で済ませることが通常である。もっとも、議案への賛否が拮抗しているときは、投票による採決が必要となろう」

¹⁶ 他方で、「本来認めるべき非株主による議決権の代理行使を会社が認めずに決議をなした場合、かかる決議は会社法 310 条 1 項違反（法令違反）として取消事由を有する。この場合、議決権の代理行使を認めなかったことは決議の方法にかかる手続き上の瑕疵であるから、裁判所による裁量棄却の余地がある」と説明する見解もある（法教 381 号 97 頁・高橋英治）。

¹⁷ その他、同族的な小規模会社において、株主でない者が高血圧で難聴の母の代理人として議決権を行使することを議長が認めたことは、会社定款規定に違反した事にはならないとした裁判例がある（大阪高判昭和 41/8/8）。

補遺：利益供与

LQ159 頁 Column4-7, 田中 90 頁

1 | 法 120 条の趣旨・要件

基本コンメ II 241 頁

【法 120 条】（株主の権利の行使に関する利益の供与）

1 項 「株式会社は、何人に対しても、株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与（当該株式会社又はその子会社の計算においてするものに限る。以下この条において同じ。）をしてはならない。」

2 項 「株式会社が特定の株主に対して無償で財産上の利益の供与をしたときは、当該株式会社は、株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与をしたものと推定する。株式会社が特定の株主に対して有償で財産上の利益の供与をした場合において、当該株式会社又はその子会社の受けた利益が当該財産上の利益に比して著しく少ないときも、同様とする。」

3 項 「株式会社が第一項の規定に違反して財産上の利益の供与をしたときは、当該利益の供与を受けた者は、これを当該株式会社又はその子会社に返還しなければならない。この場合において、当該利益の供与を受けた者は、当該株式会社又はその子会社に対して当該利益と引換えに給付をしたものがあるときは、その返還を受けることができる。」

4 項 「株式会社が第一項の規定に違反して財産上の利益の供与をしたときは、当該利益の供与をすることに関与した取締役（委員会設置会社にあつては、執行役を含む。以下この項において同じ。）として法務省令で定める者（賛成した者＝会社法施行規則 21 条 2 号イ。積極的に賛成しなかった場合には 369 条 5 項）は、当該株式会社に対して、連帯して、供与した利益の価額に相当する額を支払う義務を負う。ただし、その者（当該利益の供与をした取締役を除く。）がその職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明した場合は、この限りでない。

5 項 「前項の義務は、総株主の同意がなければ、免除することができない」

(1) 趣旨 田中 91 頁, 後述 3 | モリテックス事件も参照

利益供与規制は、上場会社における「総会屋」への利益供与の根絶を目的として導入された。しかし、規制の対象を総会屋に限定していないことから明らかなように、規制の趣旨は、総会屋の排除に限らず、広く会社運営の健全性ないし公正を確保することにある。

(2) 要件

①主体 = 当該株式会社又はその子会社の「計算において」¹⁸なされたのであれば、いかなる者によって行われたか、いかなる名義によって行われたかは問題とならない。

②「何人に対しても」 = 株主に限られない。

③「財産上の利益の供与」

④「株主の権利の行使に関し」 = 後述 2 | 蛇の目ミシン事件。

⑤権利の行使に影響を与える認識 = この要件を必要とするのが一般的であるが、相手方がそのことを認識する必要まではない。

¹⁸ 「計算において」とは、比喩的にいえば、「誰の財布からお金が出たか（どの会社の財産から支出されたか）」ということである。

2 | 蛇の目ミシン事件 田中 91 頁

【判例】最判平成 18/4/10 「ジャノメミシン事件」・百選 14 事件

判旨：「株式の譲渡は株主たる地位の移転であり、それ自体は「株主ノ権利ノ行使」とはいえないから、会社が、株式を譲渡することの対価として何人かに利益を供与しても、当然には商法 294 条ノ 2 第 1 項が禁止する利益供与には当たらない。しかしながら、会社から見て好ましくないと判断される株主が議決権等の株主の権利を行使することを回避する目的で、当該株主から株式を譲り受けるための対価を何人かに供与する行為は、上記規定にいう「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」利益を供与する行為というべきである。前記事実関係によれば、B社は、Aが保有していた大量のB社株を暴力団の関連会社に売却したというAの言を信じ、暴力団関係者がB社の大株主としてB社の経営等に干渉する事態となることを恐れ、これを回避する目的で、上記会社から株式の買戻しを受けるため、約300億円というおよそ正当化できない巨額の金員を、う回融資の形式を取ってAに供与したというのであるから、B社のした上記利益の供与は、商法 294 条ノ 2 第 1 項にいう「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」されたものであるというべきである。」

↑
原則を
確認する
↓

↑
例外
↓

要件④「株主の権利の行使に関し」

株主の権利の行使に影響を与える趣旨でという意味である。株主の権利には、株主の権利（株主権）として法律上認められているもののすべてを含む（自益権・共益権を問わない）。

行使・不行使・行使態様・方法等が広く問題となり、株付け（株式の買い付けを断念させること）も「関し」にあたりうる。

それでは、株式の譲渡の対価として金銭を授受する行為は該当するか。

↓

▽第一説（否定説）¹⁹

株式の譲渡は株主の地位の移転にすぎず、株主の権利の行使には当たらない。

▽第二説（肯定説）

現に株主である者にその持株を手放させるのは株付け行為の裏面であり、議決権を始め株主のあらゆる権利の行使の機会をなくす点で共通であるから、このような場合も、株主の権利の行使になされたものである。

▽第三説（原則否定説。上記最判）

株式の譲渡は原則として株主の権利行使に当たらないが、会社から見て好ましくないと判断される株主が議決権等の株主の権利を行使することを回避する目的があれば、例外的に利益供与に当たる。

¹⁹ 学説のネーミングは調査官解説に拠る（曹時 H18 年上 492 頁）。

3 | モリテックス事件 特にジュリ 1365 号 134 頁 (田中亘), リマ 38 号 91 頁 (近藤光男)

(1) 規範レベル

| | |
|--|--|
| <p>【判例】 東京地判平成 19/12/6 「モリテックス事件」・百選 34 事件</p> <p>判旨：「争点 2 (議決権行使株主に対する Q u o カード送付の違法性) について</p> <p>(1) 株主の権利行使に関する利益供与の要件会社法 120 条 1 項は、「株式会社は、何人に対しても、株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与 (当該株式会社又はその子会社の計算においてするものに限る。…) をしてはならない。」と規定している。同項の趣旨は、取締役は、会社の所有者たる株主の信任に基づいてその運営にあたる執行機関であるところ、その取締役が、会社の負担において、株主の権利の行使に影響を及ぼす趣旨で利益供与を行うことを許容することは、会社法の基本的な仕組に反し、会社財産の浪費をもたらすおそれがあるため、これを防止することにある。そうであれば、株主の権利の行使 に関して行われる財産上の利益の供与は、原則としてすべて禁止されるのであるが、上記の趣旨に照らし、当該利益が、①株主の権利行使に影響を及ぼすおそれのない正当な目的に基づき供与される場合であって、かつ、②個々の株主に供与される額が社会通念上許容される範囲のものであり、株主全体に供与される総額も会社の財産的基礎に影響を及ぼすものでないときは、例外的に違法性を有しないものとして許容される場合があると解すべきである。」</p> | <p>条文から</p> <p>趣旨を説明</p> <p>原則と例外 規範</p> |
|--|--|

【参考文献】 ジュリ 1365 号 134 頁 (田中亘)

「議決権行使を条件にして、QUO カード等の少額の金品を贈呈する行為は、近時、相当数の会社が行なっているようであるが、議決権行使を条件にして利益を供与している以上、形式的には 120 条 1 項の要件に該当すると言わざるをえない」

そもそも会社が委任状を集める理由の一つには、決議における定足数を確保する必要性がある (特に役員選任や特別決議では定足数を排除できない。341・309II)

しかしながら、株主の合理的無関心 (→LQ440 頁) ゆえに、定足数を満たさない場合がある。

QUO カード等の少額の金品を贈呈する行為を形式的に利益供与とする価値判断には疑問がある。



そこで例外的に

①株主の権利行使に影響を及ぼすおそれのない正当な目的に基づき供与される場合であって、

かつ、

②個々の株主に供与される額が社会通念上許容される範囲のものであり、株主全体に供与される総額も会社の財産的基礎に影響を及ぼすものでないとき

には違法性が阻却される。仮に、違法性が阻却されない場合には、利益供与の上成立した株主総会決議には取消事由 (決議方法の法令違反) となる。

(2) あてはめレベル

判旨：「本件において株主に対して供与された利益の額について検討すると、個々の株主に対して供与されたQ u oカードの金額は5 0 0円であり、一応、社会通念上許容される範囲のものともみることができる。また、株主全体に供与されたQ u oカードの総額は4 5 2万1 9 9 0円であるところ（前記第2の1（1 0））、経常利益~総資産~純資産~中間配当及び期末配当の総額~と比較すれば、上記の総額は会社の財産的基礎に影響を及ぼすとまではいえない。」

「~被告が議決権を有する全株主に送付した本件はがきには、「議決権を行使（委任状による行使を含む）」した株主には、Q u oカードを贈呈する旨を記載しつつも、「【重要】」とした上で、「是非とも、会社提案にご賛同のうえ、議決権を行使して頂きたくお願い申し上げます。」と記載し、Q u oカードの贈呈の記載と重要事項の記載に、それぞれ下線と傍点を施して、相互の関連を印象付ける記載がされていることが認められる。また、弁論の全趣旨によれば、被告は、昨年の定時株主総会まではQ u oカードの提供等、議決権の行使を条件とした利益の提供は行っておらず、原告との間で株主の賛成票の獲得を巡って対立関係が生じた本件株主総会において初めて行ったものであることが認められる。さらに、株主による議決権行使の状況を見ると、本件株主総会における議決権行使比率は8 1 . 6 2 %で例年に比較して約3 0パーセントの増加となっていること、白紙で返送された議決権行使書は本件会社提案に賛成したものとして取り扱われるところ、白紙で被告に議決権行使書を返送した株主数は1 3 4 9名（議決権数1万4 5 4 5個）に及ぶこと、被告に返送された議決権行使書の中にはQ u oカードを要求する旨の記載のあるものが存在することの各事実が認められ、Q u oカードの提供が株主による議決権行使に少なからぬ影響を及ぼしたことが窺われる。そうであれば、Q u oカードの提供を伴う議決権行使の勧誘が、一面において、株主による議決権行使を促すことを目的とするものであったことは否定されないとしても、本件は、原告ら及び被告の双方から取締役及び監査役の選任に関する議案が提出され、双方が株主の賛成票の獲得を巡って対立関係にある事案であること及び上記の各事実を考慮すると、本件贈呈は、本件会社提案へ賛成する議決権行使の獲得をも目的としたものであると推認することができ、この推認を覆すに足りる証拠はない。

「小括以上によれば、本件贈呈は、その額においては、社会通念上相当な範囲に止まり、また、会社の財産的基礎に影響を及ぼすとまではいえないと一応いうことができるものの、本件会社提案に賛成する議決権行使の獲得をも目的としたものであって、株主の権利行使に影響を及ぼすおそれのない正当な目的によるものということとはできないから、例外的に違法性を有しないものとして許容される場合に該当するとは解し得ず、結論として、本件贈呈は、会社法1 2 0条1項の禁止する利益供与に該当するというべきである。そうであれば、本件株主総会における本件各決議は、会社法1 2 0条1項の禁止する利益供与を受けた議決権行使により可決されたものであって、その方法が法令に違反したものといわざるを得ず、取消しを免れない。また、株主の権利行使に関する利益供与禁止違反の事実は重大であって、本件贈呈が株主による議決権行使に少なからぬ影響を及ぼしたことが窺われることは上記判示のとおりであるから、会社法8 3 1条2項により請求を棄却することもできない。」

私見：論文試験においては、このような「あてはめ」が重要であると考えます。すなわち、「あてはめ」を見て事案を想起できるような「あてはめ」が良い「あてはめ」だと思います。

株主総会決議の瑕疵

| | |
|--|---------------------------------------|
| <p>【株主総会決議取消しの訴え (831 条・形成訴訟)】 LQ162 頁, 江頭 364 頁 = 相対的に軽微な手続的・内容的瑕疵を指す。</p> | |
| <p>①招集手続の法令・定款違反 (1 号前段) 一部の株主への招集通知漏れ, 招集通知の不備, 通知期間の不足 定時株主総会における計算書類の不備置 (東京高判昭和 48/10/30)</p> <p>②決議の方法の法令・定款違反 (1 号前段) 説明義務違反, 定足数を欠く決議, 議決権行使の妨害, 目的外事項の決議 利益供与, 出席議決権の算入不足(後 2 者は, いずれも東京地判 19/12/6・百選 34)</p> <p>③招集手続・決議方法の著しく不公正 (1 号後段) 出席困難な場所・時刻に開催した場合 不公正な議事運営・従業員株主の協力を得た議事進行 (否定例として=最判平成 8/11/12「四国電力事件」・百選 A8 事件)</p> <p>④決議内容が定款に違反 (2 号)</p> <p>⑤特別利害関係を有する者の行使により著しく不当な決議がされたとき (3 号) 他の株主と共通しない特殊な利益を獲得し, もしくは不利益を免れる株主 (LQ164 頁)</p> | <p>↑ 裁量棄却が可能 ↓ 一号前段のみ</p> |
| <p>【株主総会決議無効確認の訴え (830 条・確認訴訟)】 LQ167 頁, 江頭 372 頁 = 決議内容の法令違反 (相対的に重大な内容的瑕疵) を指す。</p> | |
| <p>①欠格事由のある者を役員に選任する決議 (331 条 1 項, 335 条 1 項)</p> <p>②違法な内容の計算書類の承認決議 (438 条 2 項)</p> <p>③株主平等原則に違反する決議 (109 条)</p> | 等 |
| <p>【株主総会決議不存在確認の訴え (830 条・確認訴訟)】 LQ168 頁, 江頭 373 頁 = 決議がおよそ物理的に存在しない場合はもとより, 相対的に重大な手続的瑕疵を指す。</p> | |
| <p>①代表取締役ではない取締役が取締役会決議なしに総会を招集 (最判昭和 45/8/20)</p> <p>②親族にのみ口頭で招集通知に類するものが発せられた (杜撰な招集通知。最判昭和 33/10/3)</p> <p>③招集通知が 9 人中 6 人 (5000 株中 2100 株) に発されなかった (最判昭和 33/10/3)</p> <p>④一部の株主が勝手に会合して決議した場合 (東京地判昭和 30/7/8)</p> | 等 |

会社法は株主総会決議の争い方を, 瑕疵の性質により 3 種類に区別し規定している。

瑕疵の性質により争い方を区別する実益は, 【形成訴訟と確認訴訟の差異】にある。

| | 性質 | 提訴権者 | 提訴期間 | 対世効 | 遡求効 |
|--------|------|------|------|-----|---------------|
| 取消し | 形成訴訟 | 株主等 | 3 ヶ月 | あり | あり (さかのぼって無効) |
| 無効・不存在 | 確認訴訟 | 限定なし | なし | あり | あり (そもそも無効) |

形成訴訟と確認訴訟

高橋宏志「重点講義民事訴訟法上<第二版補訂版>」(有斐閣・2013年)・71頁以下参照

1 | 形成訴訟¹と確認訴訟²の区別

(1) 形成訴訟の特徴(株主総会決議の取消しの訴えを例に)

特徴1: 訴えの利益は原則として肯定される。 → 【判例1】【判例2】【判例3】【判例4】【判例5】

特徴2: 原告適格を株主等に限定(831条本文)。 → 【判例6】

特徴3: 決議の日から3ヶ月以内に提訴する必要(831条本文)。 → 【判例7】【判例8】【判例9】

特徴4: その株主総会決議を取消すとの形成判決があるまでは、何人もその決議が有効であると前提にせざるを得ない(訴外の主張不可。他方、確認訴訟では可能)。

(2) 具体的検討 高橋(上)72頁, 岩原紳作・ジュリ947号122頁(新株発行無効の訴えの場合)

【事例】平成29年6月の定時株主総会で、株主Xを取締役にする旨の決議(決議①)、Xの報酬を年額1000万円にする旨の決議(決議②)が成立した。その後、同年9月になって、臨時株主総会が消臭され、Xを取締役から解任する旨の決議が成立した(決議③)。

小問1 Xは決議③に取消事由(ex 説明義務違反, 招集通知漏れ)があると考えている。Xは解任が不当だと主張して報酬請求訴訟(給付訴訟)のみを提起できるか。

小問2 Xは決議③に無効・不存在事由(ex 代表取締役ではない者が招集した株主総会)があると考えている。Xは解任が不当だと主張して報酬請求訴訟(給付訴訟)のみを提起できるか。

小問3 Xは翌年4月に決議③に取消事由があるとして、株主総会決議取消しの訴えを提起しようとした。この訴えは、訴訟要件を満たすか。

小問1=Xが報酬請求訴訟を提起する場合、請求の理由として、株主総会決議が取り消されるべきもので効力を有しないことを主張・立証する必要がある。しかし、決議③に取消事由があるに過ぎない場合、株主総会決議取消しの訴えは「形成訴訟」であるがゆえ、Xは決議③の株主総会決議が判決で取り消されるまではその有効性を前提とせざるを得ない。したがって、自らの請求を基礎づけられない(前記特徴4)。

小問2=取締役は、決議③に無効・不存在事由があると主張して報酬請求訴訟のみ提起することが可能である。

小問3=取消しの訴えの提訴期間は3ヶ月であるところ、その期間を経過しているため、原則として訴えを提起することはできない(前記特徴3。例外として【判例7】【判例8】【判例9】等参照)。他方、無効・不存在の確認訴訟には提訴期間の制限がない。

¹ 形成訴訟とは、原告が一定の法律要件に基づく権利関係の変動(権利の発生・消滅・変更)を主張し、裁判所に対して、その変動を宣言する判決(形成判決)を求める訴えをいう。

² 確認訴訟とは、原告が特定の権利関係の存在又は不存在を主張し、裁判所に対して、それを確認する判決(確認判決)を求める訴えをいう。

2 | 参考文献

(1) まとめ LQ162, 167 頁参照

【参考文献】伊藤靖史ほか著「リーガルクエスト会社法<第3版>」(有斐閣・2015)・162 頁
 「株主総会決議に至るまでの手続き、または決議の内容そのものに瑕疵がある場合、その決議は否定されるべきである。しかし、瑕疵があるとはいえ、決議が成立したとの外観が形成された場合、これを前提として会社の利害関係者に法律関係が構築されていくのも事実である。それにもかかわらず、事後的にその効力を一般原則に従って争わせた場合、訴えの利益ある限り誰でもいつでも無効を主張できるし、訴訟の結果は当事者しか拘束しないなど、法的安定性を害する可能性は高い。」

- 軽微な瑕疵は形成訴訟とし、原告適格・提訴期間等を限定する。
- 重大な瑕疵は確認訴訟としつつも、民訴の一般原則とは異なり、対世効を与える。

(2) 特徴④ (他の権利関係を対象とする訴えにおいて前提問題として主張できない) の補足説明

【参考文献】高橋宏志「重点講義民事訴訟法上<第二版補訂版>」(有斐閣・2013年)・71 頁
 「何をもって形成の訴えのメルクマールと考えるか。今日では、形成判決の確定のない限り当該法律関係の変動を何人も主張することができない、という点に求めることに落ち着いている。株主総会決議取消しの訴えを例にとると、その決議を取り消すとの形成判決があるまでは何人もその決議が有効であることを前提とせざるを得ず、取り消されるべきであり、無効だと主張することができない。たとえば取締役解任の決議を取り消す判決があるまでは、その解任決議には取消事由が付着しているので決議は取り消されるべきであり自分は解任されていない(だから取締役としての報酬を支払え)と主張することができない(報酬の支払いの給付訴訟を提起しても、請求を基礎づけることができないから直ちに請求棄却となる。)。決議取消しの形成判決があってはじめて、そのように主張することができ別訴を理由付けることができる。これに対して、取締役解任の決議が「不存在」であれば、このような制約はなく、決議不存在「確認」の判決がなくとも、選任決議はないと主張立証して取締役としての報酬を請求する訴えで勝訴することができる」

訴えの利益・原告適格・提訴期間

1 | 訴えの利益

(1) 訴えの利益①「役員が退任した場合と訴えの利益」 LQ166 頁

【判例1】最判昭和45/4/2・百選38事件

事案：Xは、Y社の株主であり、またY社の創立以来の取締役でもあった。ところが、S40/5/28の定時株主総会において、Xは取締役に再選されず、Aほか6名が取締役として選任された。本件決議に取消事由があるとするXは、本件決議の取消しの訴えを提起した。その後、S42/5/21に開催された定時株主総会において、任期満了により終任した上記Aら6名の再任決議が可決された。

判旨：「形成の訴は、法律の規定する要件を充たすかぎり、訴の利益の存するものが通常であるけれども、その後の事情の変化により、その利益を欠くに至る場合がある（最判昭和37/1/19）。しかして、株主総会決議取消の訴は形成の訴であるが、役員選任の総会決議取消の訴が係属中、その決議に基づいて選任された取締役ら役員がすべて任期満了により退任し、その後の株主総会の決議によつて取締役ら役員が新たに選任され、その結果、取消を求める選任決議に基づく取締役ら役員がもはや現存しなくなつたときは、右の場合に該当するものとして、特別の事情³のないかぎり、決議取消の訴は実益なきに帰し、訴の利益を欠くに至るものと解するを相当とする。」

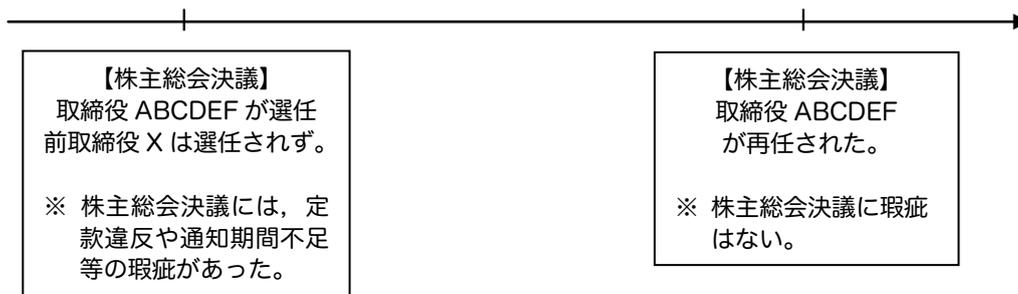
↑ 原則と例外

↑ 本件が
例外にあたる

↑ 例外の例外

S40/5/28

S42/5/21



³ 「特別の事情」の存在を否定する裁判例が多い（東京高判昭和57/10/4、京都地判平成1/4/20等）。なお、本判例の示す「特別の事情」論については、①株主総会決議の取消しの訴えが個人的利益のためのものではなく企業自体の利益のためであることを強調し、かつ②原告に特別の事情の立証を要求している点に批判が多い。

また、本判例に対する批判も多い（百選38事件・野田博解説参照）。LQ166頁も「ただし、ある役員選任決議が取り消されてその判決効が訴求し、従前の機関決定に瑕疵が連鎖しうると考えると、この最高裁の判断には議論の余地がある」とする。

(2) 訴えの利益②「計算書類承認決議取消しの訴え」 LQ167 頁

【判例2】最判昭和 58/6/7・百選 39 事件

事案：第 42 期の定時株主総会において計算書類等が承認されたところ、同決議について手続上の瑕疵があるとして、「第 42 期営業報告書、貸借対照表、曽根期計算書、利益金処分案を原案どおり承認する」旨の決議の取消しの訴えが提起された。この場合、第 43 期以降の株主総会において計算書類等が承認されたという事情は訴えの利益を否定する事情となるか。

判旨：「しかして、被上告人らの上告人に対する本訴請求は、昭和 45 年 11 月 28 日に開催された上告会社の第 42 回定時株主総会における「昭和 45 年 4 月 1 日より同年 9 月 30 日に至る第 42 期営業報告書、貸借対照表、損益計算書、利益金処分案を原案どおり承認する」旨の本件決議について、その手続に瑕疵があることを理由として取消を求めるものであるところ、その勝訴の判決が確定すれば、右決議は初めに遡つて無効となる結果、営業報告書等の計算書類については総会における承認を欠くことになり、また、右決議に基づく利益処分もその効力を有しないことになつて、法律上再決議が必要となるものというべきであるから、その後右議案につき再決議がされたなどの特別の事情がない限り、右決議取消を求める訴えの利益が失われることはないものと解するのが相当である。」「株主総会における計算書類等の承認決議がその手続に法令違反等があるとして取消されたときは、たとえ計算書類等の内容に違法、不当がない場合であつても、右決議は既往に遡つて無効となり、右計算書類等は未確定となるから、それを前提とする次期以降の計算書類等の記載内容も不確定なものになると解さざるをえず、したがつて、上告会社としては、あらためて取消された期の計算書類等の承認決議を行わなければならないことになるから、所論のような事情をもつて右特別の事情があるということとはできない～訴えの利益を欠くに至つたものと解することはできない。」

※ なお、商法下では、事業報告は「営業報告書」として計算書類の 1 つと取り扱われており株主総会の承認が必要であった（商法 281 条等参照）。しかし、現行法（会社法 438 条 2 項）では、事業報告は、報告事項であり決議事項ではない。報告事項について瑕疵があつても、決議取消の問題とはなり得ない（福岡地判平成 3/5/14）。

上記のとおり、「右計算書類等は未確定となるから、それを前提とする次期以降の計算書類等の記載内容も不確定なものになる」とする（後述する「瑕疵の連鎖」を肯定している）。

↓

この部分は、「後続年度の各計算書類が連鎖的にすべて違法、無効となるのではなく、先行年度の計算書類が未確定となったことに関連する範囲で後続年度の計算書類が不確定となり、それを完全に適法なものとするためには、改めて問題の事業年度に係る計算書類等の承認決議をする必要があるという趣旨であると解されている（塩崎勤・最判解民事篇昭和 58 年度 225 頁）」との意味である（百選 39 解説参照）。

(3) 訴えの利益③「瑕疵の連鎖」 田中 198 頁, LQ168 頁

【判例 3】最判平成 2/4/17・百選 41 事件

事案：

- ①S49/06/30 取締役 X A B C (代表取締役 X)。そして X が自身が辞任したと虚偽届け。
- ②S49/07/01 D を取締役に選任する株主総会決議 (形式上=ABCD。実質上=XABC)
- ③S49/07/01 それに続く A を代表取締役とする取締役会決議 (形式上=代取 A。実質上=代取 X)
- ④S49/12/25 X A B C の任期満了=取締役権利義務者になる。
- ⑤S60/01/30 形式上の代表取締役 A が招集した取締役会で X A C 出席のもと, X を代表取締役から解任し A を代表取締役に選任する。

上記②が不存在である以上, その後の③④⑤…も連鎖的に不存在になるか。

判旨：「取締役を選任する旨の株主総会の決議が存在するものとはいえない場合においては, 当該取締役によって構成される取締役会は正当な取締役会とはいえず, かつ, その取締役会で選任された代表取締役も正当に選任されたものではなく (ちなみに, 本件においては, A を代表取締役に選任する旨の昭和四十九年七月一日付の上告人の取締役会の決議自体存在しないことは, 原審が確定しているところである。), 株主総会召集権限を有しないから, このような取締役会の招集決定に基づき, このような代表取締役が招集した株主総会において新たに取締役を選任する旨の決議がされたとしても, その決議は, いわゆる全員出席総会においてされたなど特段の事情がない限り (最高裁昭和 60/12/20), 法律上存在しないものといわざるを得ない。したがって, この瑕疵が継続する限り, 以後の株主総会において新たに取締役を選任することはできないものと解される。」

この瑕疵の連鎖を遮断する方法としては,

- ①不存在の瑕疵における「特段の事情」を柔軟に解釈していく (江頭 374 注 1, 田中 198 頁も参照)
- ②権利義務取締役が, その後の手続を適切に行う

対外関係において法的安定性を図る方法としては,

- ③不実登記 (908 II) や表見法理 (民法 109・110, 会社 354) を適用する 方法がある。

c f 取締役権利義務者 (346 条) LQ172 頁

【条文】会社法 346 条 (役員等に欠員を生じた場合の措置)

1 項「役員が欠けた場合又はこの法律若しくは定款で定めた役員の数に欠けた場合には, 任期の満了又は辞任により退任した役員は, 新たに選任された役員 (次項の一時役員職務を行うべき者を含む。) が就任するまで, なお役員としての権利義務を有する。」

制度趣旨 = 役員が欠けた場合, 会社は遅延なく後任の役員を補充する必要があるところ (会社法 97 6 条 2 2 号参照), 補充手続には時間を要する。そこで, 役員不在となり, 会社の各機関の機能が不全にならないようにするため, 本条が設けられている⁴。

⁴ なお, 退任を理由とする権利義務取締役については, 退任後長期間が経過した場合には, 監視義務違反について重過失がないとして 429 条責任を否定した裁判例がある (東京高判昭和 63/5/31。退任後 7 年以上が経過している等の事情)。コンメ IX・405 頁参照。

(4) 訴えの利益④「条件付決議と取消訴訟の帰趨」 法教 336 号 151 頁, LQ166 頁

【判例 4】最判平成 4/10/29

事案：X は、Y 社の株主総会における役員の退職慰労金に関する決議（第一決議）には、「総額」を明示しない点で瑕疵があるとして、決議の取消しを求める訴えを提起し、第一審は同決議を取り消す旨の判決を言い渡した。控訴審係属後、Y 社株主総会は、「第一決議の取消しが確定したときには、この第二決議がさかのぼって効力を生ずるとの条件付き」の第一決議と同一議案を可決した（第二決議。総額は明示されていた）。

判旨：「そうすると、本件においては、仮に第一の決議に取消事由があるとしてこれを取消したとしても、その判決の確定により、第二の決議が第一の決議に代わってその効力を生ずることになるのであるから、第一の決議の取消しを求める実益はなく、記録を検討しても、他に本件訴えにつき訴えの利益を肯定すべき特別の事情があるものとは認められない。」

株主総会取消の訴えが係属している場合、仮に会社が敗訴すれば総会決議は遡及的に無効となる。

そこで、会社は将来的にどのような判決がなされるかにかかわらず、本件決議を法的に安定させたい。

第一決議と同内容で、かつ「第一決議が取り消された場合には遡求するとの条件付き」の第二決議が可決されると、①会社勝訴の場合には第一決議がそのまま維持され、②会社敗訴の場合には第二決議がさかのぼって効力を生じる。よって、訴えの利益がなくなるものとして却下される。

(5) 訴えの利益⑤「否認決議の取消し」 江頭 369 頁注 6

【判例 5】最判平成 28/3/4 「HOYA 事件」・H28 重判商法 3 事件

判旨：「このような規定（注：831 条、834 条～839 条）は、株主総会等の決議によって、新たな法律関係が生ずることを前提とするものである。しかるところ、一般に、ある議案を否決する株主総会等の決議によって新たな法律関係が生ずることはないし、当該決議を取り消すことによって新たな法律関係が生ずるものでもないから、ある議案を否決する株主総会等の決議の取消しを請求する訴えは不適法であると解するのが相当である。このことは、当該議案が役員を解任する旨のものであった場合でも異なるものではない。」

原審「被控訴人らの上記主張によって本件訴えに係る訴えの利益を基礎付けることはできない～」

▽訴えの利益肯定説

否決決議が取り消されると今後三年以内の同一理由での再提案が可能となり（304 条但）、新たな法律関係の展開が予定されている。

▽訴えの利益否定説（上記【判例 5】）

①承認決議と異なり、決議が登記されることも、有効を前提として法律関係が展開されることがない。

②（304 条但について）実際に再提案をしてこの再提案を会社が拒否したときに争えば足りる⁵。

⁵ つまり「会社が再提案を拒否した際に再提案者が否決決議に手続的瑕疵が存したことを証明すれば、法 304、305 条 4 項の適用はないと解すべき」とうことである（江頭 369 頁）。

また、法 304 条は「実質的同一性」を要求している。例えば「100 円/1 株を配当する」との議案が否決されたとしても、今年度と次年度の財務状況は異なるから同一議案ではないと評価されるため、実際上「再提案拒絶」の問題は生じにくい。

2 | 原告適格

【判例6】最判昭和 42/9/28・百選 36 事件, LQ168 頁

事案：本件株主総会には A への招集通知を欠くという招集手続きの瑕疵があった。自らは適法に招集通知を受けた株主 X は、かかる A への違法を決議取消しの訴えで争うか。

判旨：「株主は自己に対する株主総会招集手続きに瑕疵がなくとも、他の株主に対する招集手続きに瑕疵のある場合には、決議取消の訴を提起し得るのであるから、被上告人が株主たる柳原らに対する招集手続きの瑕疵を理由として本件決議取消の訴を提起したのは正当であり、何等所論の違法はない。」

【会社法改正】原告適格の拡張（改正会社法 831 条 1 項）

全部取得条項付種類株式等（→LQ385 頁 Column9-10, LQ84 頁 Column3-6 等）の仕組みを用いて、株主総会決議により株主の地位を奪われた者（締め出し、スクイズ・アウト）は、もはや株主ではないため、改正前会社法 831 条を文言通り解釈するならば、原告適格を満たさないことになりそうである。しかし、裁判例は、当該決議が取消されれば株主の地位を回復する可能性を有する以上、831 条 1 項との関係では、株主として扱い原告適格を認めてもよいという立場を示してきた（東京高判平成 22/7/7 「日本高速物流事件」・セレクト 2010 商法 3 事件, LQ<第 2 版>156 頁）。

そこで、改正法 831 条 1 項は、このような者にも原告適格を認める立場を明確にした。

(1) 原告適格

株主等（831 条 1 項本文→828 条 2 項 1 号）に限定される。これは、当該訴えを提起することについて、強い利害を有しているものにのみこれを認める趣旨として理解できる（LQ157 頁）。

ア 議決権のない株主の原告適格

▽否定説（通説）

江頭 366 頁「決議取消訴権は議決権があることを前提とする共益権であるとの理由で、議決権のない株主には提訴資格を否定するのが通説である。しかし～（▽江頭説）～」

イ 解任された（株主ではない）取締役等の原告適格

この場合、解任決議が取消されると、解任された取締役は「なお役員としての権利義務を有する」とされる（346 I）。そして、その者も「取締役」に含む（831 I 後段, 828 II ①）以上、原告適格は肯定される。

(2) 他の株主に関する瑕疵（上記【判例6】⁶） LQ168 頁, 江頭 366 注 2

▽肯定説（他の株主に関する瑕疵の主張を認める）

①この訴訟は、法令・定款を遵守した会社運営を求める訴訟（≒ 株主は一般に公正な総会決議の成立に利害をもつ）である。

②831 条は何ら限定することなく「株主」一般に決議取消しの訴権を与えており、また決議時に株主であったことを要するわけでもない。

⁶ なお、「招集通知を受けなかった株主がその瑕疵を承認する等自己が招集通知を受けることにつき有する利益を事後的にせよ放棄したとみとめられる場合には、その瑕疵の治癒を認め、もはや何人もそれを争い得ないと解すべきである」との指摘がある（百選<第 2 版>38 事件解説参照）。

3 | 提訴期間

(1) 提訴期間①「決議取消しの訴えと取消事由の追加」 LQ154, 165 頁

【判例 7】 最判昭和 51/12/24・百選 37 事件

事案：S43/5/24 の株主総会において、定款変更の株主総会決議がされた。この決議について、株主 X は 3 ヶ月以内に株主総会決議取消しの訴えを提起した（瑕疵：定款が認めていない者が代理人として出席したこと）。そして S43/12 になって主張を追加した（追加した瑕疵：招集通知漏れ）。

判旨：「株主総会決議取消しの訴えを提起した後、法 831 条 1 項所定の期間経過後に新たな取消事由を追加主張することは許されないと解するのが相当である。ただし、取消しを求められた決議は、たとえ瑕疵があるとしても、取り消されるまでは一応有効のものとして取り扱われ、会社の業務は右決議を基礎に執行されるのであつて、その意味で、右規定は、①瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるためその取消しの訴えを提起することができる期間を決議の日から三カ月と制限するものであり、また、②新たな取消事由の追加主張を時機に遅れない限り無制限に許すとすれば、会社は当該決議が取り消されるのか否かについて予測を立てることが困難となり、決議の執行が不安定になるといわざるを得ないのであつて、そのため、瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるという右規定の趣旨は没却されてしまうことを考えると、右所定の期間は、決議の瑕疵の主張を制限したものと解すべきであるからである。」

【裁判例 8】 東京地判平成 22/9/6 「インターネットナンバー事件」。なお、LQ385 頁参照

判旨：「株主総会決議取消の訴えは、決議の日から 3 か月以内に提起しなければならず（会社法 831 条 1 項）、同期間経過後に新たな取消事由を追加主張することは許されない（最判昭和 51/12/24）。もっとも、提訴期間の経過前から既に主張している取消原因事実の範囲内では、当初の取消原因以外の原因を追加主張することは上記最高裁判例に抵触しないと解される。」

*この事件は、スクイズアウトにより株主の地位を奪われた者の原告適格を肯定した点でも重要。

▽追加可能説

取消事由の追加は、単なる攻撃防御方法の追加にすぎない。

▽追加不可能説 判例

①831 Ⅰ 柱は、瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるためその取消しの訴えを提起することができる期間を決議の日から 3 ヶ月と制限する。

②新たな取消事由の追加主張を時機に後れない限り無制限に許すとすれば、当該決議が取り消されるのか否かについての予測（3 ヶ月経過時点での訴訟状態をもつての予測）を立てることが困難になる

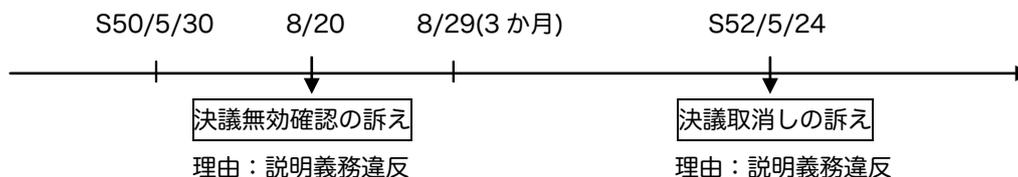
↓

しかし、上記【裁判例 8】のとおり、3 か月以内に主張している取消原因事実を広く解することで、一定の範囲で追加主張を認めている。

(2) 提訴期間②「決議無効確認の訴えと決議取消しの訴え」 LQ166 頁

【判例 9】最判昭和 54/11/16・百選 43 事件 ※取消事由は便宜上，説明義務違反に改変している。

事案：S50/5/30 に定時株主総会で計算書類が承認されたが，そこには瑕疵があった。そこで，株主Xは 8/20 に①株主総会決議無効確認の訴えを提起した。その後，S52/5/24 に②株主総会決議の取消しの訴えを予備的請求として追加した⁷。



判旨：「商法が株主総会決議取消の訴と同無効確認の訴とを区別して規定しているのは，右決議の取消原因とされる手続上の瑕疵がその無効原因とされる内容上の瑕疵に比してその程度が比較的軽い点に着目し，会社関係における法的安定要請の見地からこれを主張しうる原告適格を限定するとともに提訴期間を制限したことによるものであつて，もともと，株主総会決議の取消原因と無効原因とでは，その決議の効力を否定すべき原因となる点においてその間に差異があるためではない。このような法の趣旨に照らすと，株主総会決議の無効確認を求める訴において決議無効原因として主張された瑕疵が決議取消原因に該当しており，しかも，決議取消訴訟の原告適格，提訴期間等の要件をみたしているときは，たとえ決議取消の主張が提訴期間経過後になされたとしても，なお決議無効確認訴訟提起時から提起されていたものと同様に扱うのを相当とし，本件取消訴訟は提訴期間遵守の点において欠けるところはない。」

決議取消しの訴え，決議無効確認の訴え，決議不存在確認の訴えの区別は，相対的である。

| | 内容的瑕疵 | 手続的瑕疵 |
|-------|-----------------------|------------|
| 瑕疵が軽微 | 決議取消しの訴え ⁸ | |
| 瑕疵が重大 | 決議無効確認の訴え | 決議不存在確認の訴え |

↓

例えば，招集通知が 9 人中 6 人（5000 株中 2100 株）に発されなかった場合，この瑕疵は決議不存在事由とされている（最判昭和 33/10/3）。他方，一部の株主への招集通知漏れは，取消事由である。しかし，どのくらいの招集通知漏れがあれば不存在となるのかは，判然としないのである⁹。

判示「株主総会決議の取消原因と無効原因とでは，その決議の効力を否定すべき原因となる点においてその間に差異があるためではない」との部分も，瑕疵の相対性を意識して理解する必要がある。

⁷ 当然ながら，X が 8/30 以降に無効確認の訴えを提起していた場合には，決議があった日から 3 ヶ月を経過しているため，その後に決議取消しの訴えを追加することはできない。

⁸ 内容的瑕疵が取消事由となるのは，①内容が定款違反の場合，②特別利害関係人が議決権行使したことで著しく不当な決議が成立した場合に限られる。

⁹ この点について「招集通知漏れが著しい場合は，決議取消事由との限界が明確でなくなるため，不存在というためには，総株主の議決権数および総株主の半数以上に通知漏れがあることが必要であると解するべきである」との指摘がある（コンメVII・81 頁・青竹正一）。他方，招集通知が全く無いが，これと同視できる場合には不存在となるという見解もある（注釈会社法(4)・187 頁）。

私見としては，明確性は重視されるべきであるから，原則として前者の見解を指示しつつ，議題（普通決議，特別決議，特殊決議のいずれか）と定款内容（要件が緩和されているか否か）を考慮して修正を加えるのが妥当であると考えている。

4 | 株主総会決議の瑕疵に関する近時の裁判例 田中 190 頁

【裁判例】東京地判平成 27 年 10 月 28 日

事案：P 社は、平成 25 年 6 月 19 日、本件決議 1（第 3 5 期決算承認の件）、本件決議 2（注：取締役選任の件）及び本件決議 3（注：監査役選任の件）を目的とする定時株主総会を開催した。ところが、招集通知に際して提供されるべき計算書類の一部である個別注記表、事業報告が欠けており、計算書類の附属明細書の閲覧、謄本の交付要求が拒絶され、法定備置書類の備置きの不備があるとの瑕疵があった。

判旨「(上記瑕疵を認定。そして、裁量棄却について) そうすると、本件決議 1 に関する瑕疵は重大であるから、決議への影響の有無を論ずるまでもなく取り消されるべきである。

しかしながら、株主総会決議取消訴訟において、決議取消原因となる瑕疵は、当該瑕疵が目的となっている決議に及ぶことによって当該決議が取り消されるのであるから、取消しが求められている決議と関連するものに限られるべきであるところ、上記の招集手続の瑕疵は、本件決議 2 及び本件決議 3 に関連するものとはいえないから、本件決議 2（注：取締役選任の件）及び本件決議 3（注：監査役選任の件）との関係では決議取消事由とならない。」

→ 田中 190 頁は「たとえば、ある議題についての株主の提案（304 条）を無視して、招集権者の提案した議案（原案）を可決した場合、当該決議は取り消されるが、同一総会における他の議題については決議は取消しの対象とならない。これに対し、株主による議題の提案（303 条）を無視した場合、その議題について何も議決はされていないため、当該決議を取り消すことはできない。後者の場合、株主としては、取締役等の役員や会社に対して損害賠償請求をしたり（429 条・350 条～）、役員の解任を求めたりする（854 条）ほかない。」とする。

5 | 株主総会決議における特別利害関係人¹⁰ (831 I ③) LQ164 頁 (松井秀征)、江頭 365 頁

【参考文献】高橋美加ほか「会社法」(弘文堂・2016 年)・138 頁

「過去に決議を取り消した裁判例としては、株主でもある取締役が株主総会の議決に参加することによって当該取締役の責任を免除する旨の不当な内容の決議が成立した場合（大阪高判平成 11/3/26）、死亡した取締役の相続人である株主が議決に参加することによって、当該死亡取締役に対する弔慰金支給決議が不当な内容で成立した場合（浦和地判平成 12/8/18）などがある。もっとも、採決の結果から見て当該特別利害関係人が議決権を行使しなくても当該決議が成立したということであれば『議決権行使の結果可決した』とはいえないから、取消しの対象とはならない。」

- ・特別利害関係人とは、「問題となる議案の成立によりほかの株主と共通しない特殊な利益を獲得し、もしくは不利益を免れる株主」を指す（LQ164 頁（松井秀征）の定義）。
 - ・このような特別な利害関係を有する株主による議決権行使は、原則として認められる¹¹。
- しかし、その行使によって「著しく不当」な決議¹²がされたときには取消事由となる。

¹⁰ 法 369 条の「特別の利害関係を有する取締役」と区別することが重要である。この場合には、そもそも決議に加わることができない。

¹¹ 会社が自己株式を取得する一定の場合には、自己株式取得を承認する株主総会決議において、取得の相手方となる株主は議決権を行使することができない（140 III, 160 IV, 175 II）。

¹² 特別利害関係人の例として、「A 社は B 社（A 社の株主）と合併するために株主総会を開いたところ、A の合併承認総会において B 社は議決権を行使して、A 社に著しく不利な合併条件の承認決議を成立させた場合」がある。この場合、B 社は、A 社の他の株主と共通しない特別の利益（B 社のみが享受できる利益）を得るため「特別利害関係人」あたるとは争いが無い。

6 | 裁量棄却 (831 II) LQ164 頁, 江頭 371 頁

【裁判例】 最判昭和 46/3/18・百選 40 事件

判旨：「株主総会招集の手続またはその決議の方法に性質、程度等から見て重大な瑕疵がある場合には、その瑕疵が決議の結果に影響を及ぼさないと認められるようなときでも、裁判所は、決議取消の請求を認容すべきであつて、これを棄却することは許されないものと解するのが相当である。けだし、株主総会招集の手続またはその決議の方法に重大な瑕疵がある場合にまで、単にその瑕疵が決議の結果に影響を及ぼさないと理由のみをもつて、決議取消の請求を棄却し、その決議をなお有効なものとして存続せしめることは、株主総会招集の手続またはその決議の方法を厳格に規制して株主総会の適正な運営を確保し、もつて、株主および会社の利益を保護しようとしている商法の規定の趣旨を没却することになるからである。」

軽微な瑕疵にすぎない場合にも常に取り消されるとすると、法的安定性を著しく害する。

そこで、①法 831 条 1 項 1 号前段に該当する瑕疵については、②違反する事実が重大ではなく、かつ③決議に影響を及ぼさない場合に限り、裁判所は請求を棄却することができる (831 条 2 項)。

↓

要件①法 831 条 1 項 1 号前段に該当する瑕疵¹³であること

要件②違反する事実が重大ではないこと

違反した瑕疵の制度趣旨を考慮して、その違反が重大か否かを判断する¹⁴。

要件③決議に影響を及ぼさないこと 百選 40 事件 (岩原紳作解説) も参照

・通知漏れ・招集通知期間の不足・説明義務違反等

→ 瑕疵の性格上、決議の結果に影響がなかったことの立証が不可能であるため、要件③を満たさない方向に働く事情である。

・無効な委任状による議決権行使、株主でない者による議決権の行使等

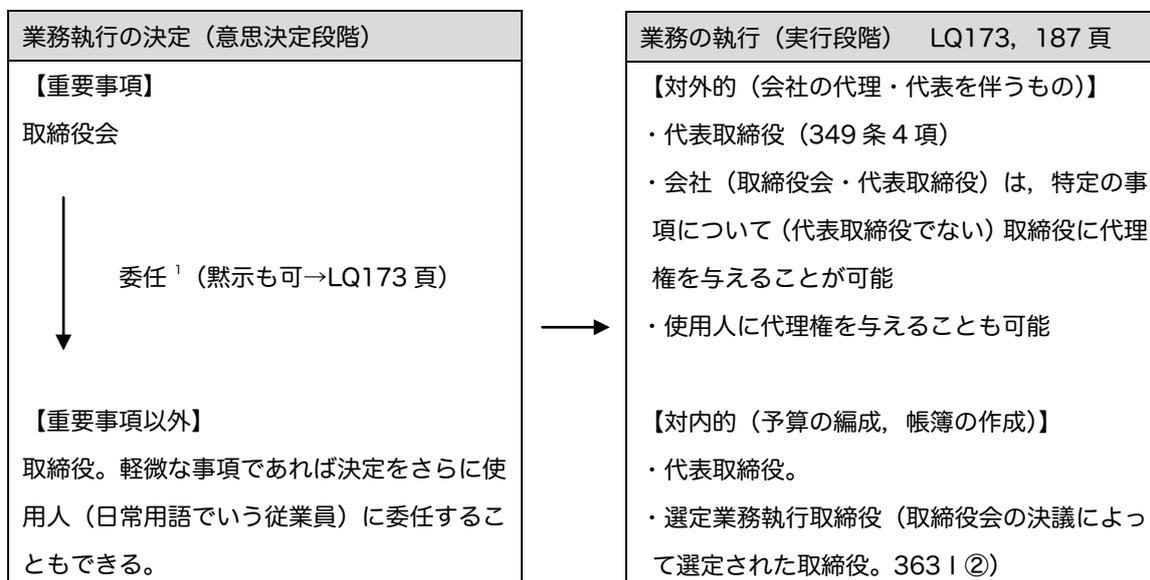
→ 票数の数え間違えと同視でき、決議への影響が判定可能である。

¹³ 1号後段「著しく不公正」・3号「著しく不当」と評価しながら、裁量棄却が認められることは評価矛盾であるため、裁量棄却の対象とはならない。また、2号は、会社自ら、そのような内容の決議ができないと定款で規定した以上、裁量棄却の対象とはならない。

¹⁴ 最判平成 7/3/9 は、「招集通知に営業譲渡の要領の記載がない場合において、その趣旨は、議案に反対の株主が株式買取請求をすることができるようにするためであるから、その記載を欠いた違法が重要でないとはいえない」旨述べる。

取締役会総論

1 | 業務執行と業務執行の決定 LQ173 頁以下を図式化, 江頭 408 頁



2 | 業務執行の決定（慎重な意思決定と迅速な意思決定）

(1) 前提

公開会社は、取締役会の設置が強制されている（327 条 1 項 1 号）。

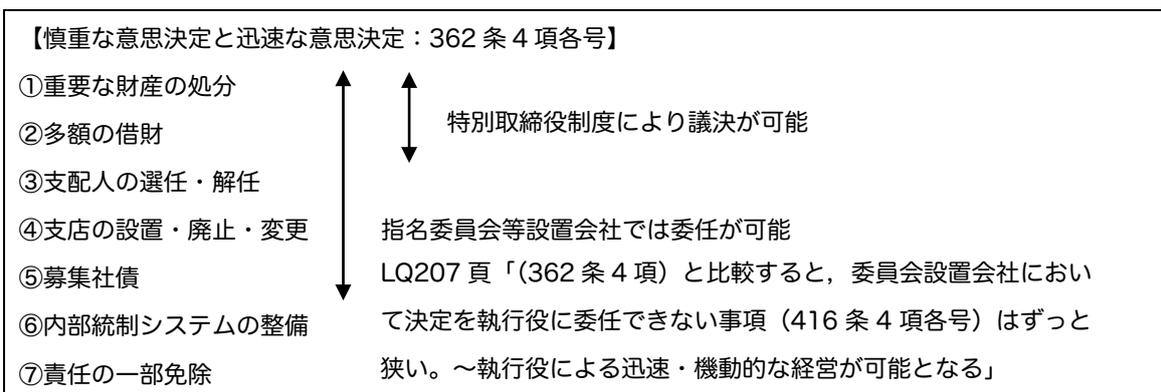
そして、取締役会設置会社にあつては、株主総会の権限が制約され（295 条 2 項）、経営事項の意思決定について取締役に委ねられている（取締役会設置会社では、株主総会は「万能の機関」ではない点に注意を要する。なお、LQ145 頁 Column4-3, 214 頁参照）。

(2) 慎重な意思決定 LQ170 頁, 江頭 408 頁

業務執行事項の中でも重要な事項については取締役会で必ず決定しなければならず、委任ができない。法 362IV（LQ170 頁）の他には、139 I（譲渡の承認=LQ96 頁）、183 II（株式の分割=LQ125 頁。他方で併合は株主総会特別決議が必要）、201 I（募集事項の決定=LQ310 頁）、298IV（株主総会の招集の決定=LQ144 頁）、365 I（競業取引等の承認=LQ224 頁）、436 III（計算書類の承認=LQ267 頁）、454 V（剰余金の配当。LQ280 頁）等がある。

¹ この点について「会社事業の通常の経過から生ずる事項（日常の業務）の決定は、取締役会が招集に応じて会合する機関に過ぎないことから、代表取締役（少なくともその一人）に当然に委任されていると推定すべきである」との指摘がある（江頭 409 頁）。

(3) 迅速な意思決定



ア 慎重な意思決定が要求される事項以外

このような事項については、取締役委任することができる(362IV本文)。

イ 特別取締役による取締役会決議 LQ186頁

あらかじめ選定された3人以上の取締役(特別取締役)により、362条4項1号2号について決定することができる(373条1項2項)。

3 | 業務の執行 LQ174, 186頁

(1) 代表権が制限される場合²

①会社の意思にかかわらず法令の定めにより制限されている場合(362IV)

②会社が自主的に代表権を制限する場合(内規等)

なお、表見代表取締役については最判昭和52/10/14・百選48事件がある。

(2) ①の例：取締役会決議を欠く重要な財産の処分の場合(詳細は後述)

▽心裡留保説・判例(最判昭和40/9/22・百選64事件)

▽代表権制限説(349条5項適用)

(3) ②の例：内規に違反する場合 LQ186事例(1)参照

取締役会設置会社であるA社の内規では、「手形を振出す場合には取締役会の承認がある」旨の定めがあった。にもかかわらず、代表取締役Pは取締役会の承認を得ずに手形を振出した。

↓

善意の第三者に対抗することができない(349条5項)無過失が要求されないのは、外部からは容易にうかがい知ることのできない内部的制限であり、相手方に調査義務を課すことはできない。

² これら①②の区別につき、コンメVII18頁以下参照。

取締役会による業務執行の決定

1 | 制度趣旨 LQ173, 180 頁

【判例】 最判平成 21/4/17・重判 H21 商法 2・セレクト 2009 商法 4

「同項（会社法 362 条 4 項）が、重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めたのは、代表取締役への権限の集中を抑制し、取締役相互の協議による結論に沿った業務の執行を確保することによって会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものと解される」

制度趣旨をより平易に表現すると、「会社法 362 条 4 項は、会社の業務・財産に重大な影響を及ぼす事項について、取締役会に慎重に判断させることにより、代表取締役等の独断専行を抑制するために、取締役会の専決事項を定めている」ともいえる（法教 322 号 162 頁（北村雅史解説））。

2 | 362 条 4 項各号該当性の判断基準

(1) 重要な財産の処分及び譲受け LQ180 頁, 田中 219 頁, 江頭 409 頁注 2

【判例】 最判平成 6/1/20・百選 63 事件

「重要な財産の処分に該当するかどうかは、①当該財産の価額、②その会社の総資産に占める割合、③当該財産の保有目的、④処分行為の態様、および⑤会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解する」

①当該財産の価額

②総資産に占める割合 … 会社の貸借対照表上の総資産額の 1%が一応の基準になるが、本判決は、1.6%という数値を決定的なものとは見ていない（百選 63 解説）。すなわち、①～⑤というのは考慮「要素」に過ぎず「要件」ではないのである。

③当該財産の保有目的 … 例：遊休財産、投機目的…

④処分行為の態様 … 例：贈与、賃貸、売買…

⑤従来の取扱い … 例：日常的取引、少額のものでも取締役会がその可否を決してきた慣例…

本号「重要な財産の処分」にいう「処分」には、売却だけでなく、出資、貸与、担保の提供、債権の放棄、債務の免除等も含まれる（龍田 112 頁, コンメVII224 頁等参照）。

(2) 多額の借財 江頭 409 頁注 3

【参考文献】 法教 322 号 162 頁（北村雅史解説）

「多額性の具体的な判断要因は、①借財の額とその会社の資本金・総資産・負債合計に占める割合、②借財の目的、③（保証の場合には）主たる債務者の弁済能力などである（東京地判平成 10/6/29）」

本号にいう借財には、銀行融資等の借入れはもちろん、約束手形の振出し、為替手形の引受け、債務保証³、保証予約、デリバティブ取引等も含まれる（江頭 409 頁注 3）。

³ なお、保証については、借入れと異なり会社に金銭が入るわけではないから、借入れよりも金額が小さくても多額の借財と認定されやすいといえる（前掲・北村）。

(3) その他重要な業務執行（362条4項柱書） LQ180頁参照

【参考文献】 落合誠一・商事法務コンメンタールⅧ222頁

「本条4項1号から7号に定める事項は、限定的列举ではなく、例示的列举であるから、例えば、年間事業計画の決定、年間予算の設定・変更、主力製品の決定・変更、年間新規採用予定人員の決定等のようなこれら事項と同程度の重要性があると判断される業務執行事項の決定は、代表取締役、経営会議等の下部機関に委ねることはできない」

【参考文献】 弥永真生「リーガルマインド会社法<第十二版>」（有斐閣・2009年）155頁

「また、明文の規定はないが、取締役会の決議事項であると解されるものとしては、事業の譲渡など467条1項所定の契約の内容の決定、合併契約、株式交換契約、吸収合併契約、新設分割計画、株式移転計画の内容の決定などがある。」

会社法362条4項の趣旨（先述11）に照らすと、各号列举事由のみならず、趣旨が妥当する範囲で、362条4項柱書「その他の重要な業務執行の決定」に該当する⁴。

⁴ 平成20年司法試験において「多額の借財」が問題となったものの、取引の金額以外に「あてはめ」に使えそうな事実は少なかった。そこで、近時の裁判例である東京地判平成24/2/21・判時2162号120頁が、いかに「多額の借財」を当てはめているか確認しておく。

【事案】：都市銀行Xは、有線テレビ放送を行うY株式会社に対し2億円を貸付けたところ、①主的にこの貸金残金の支払を請求、②予備的にこの本件貸付けが無効である場合に備え不当利得の返還を請求した。

【判旨】：「同号所定の「多額の借財」に該当するかどうかは、当該借財の額、その会社の総資産及び経常利益等に占める割合、当該借財の目的及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきである。」「本件契約に係る借財の額は2億円であるから、この額は、当時の被告の資本金の約17.9%、資産の約5.7%、経常利益の約33.3倍に相当することになり、また、分割弁済の負担も、元金だけで年額6664万円に上り、これに支払利息を含めると、年間売上げのほぼ10%に相当する程度の金額となる。このような点だけから考えても、本件契約に係る借財は、被告の財務、経営への影響が極めて大きいものといえることができる。なお、原告は、平成17年9月30日時点で被告の借入金14億7000万円に上っており2億円の借財はその7分の1に満たないことを、「多額の借財」に当たらない根拠として主張するが、従前の借入金が増大であれば、むしろ、更に借り入れることにより会社の負担が過重になると考えられるのであって、借入金額が上記のように多額であったことは、「多額の借財」該当性を否定する方向で考慮すべき事情とはいえない。次に、上記借財の目的であるが、上記認定事実（第一の一（7）、（8）等）によれば、甲野物産に対する運転資金の転貸融資にあったことは明らかである。そうすると、この借財は、被告自身の売上げに直接貢献するような性格のものではなく、また、甲野物産から確実な担保を徴求した形跡もないから、甲野物産の経営状況いかんによっては原告への支払に窮する結果となりかねないリスクの高い借財といえることができる（実際にもそのようなリスクが顕在化する結果になった。）。以上の認定判断を総合すれば、本件契約に基づく借財は、取締役会の承認決議が必要な「多額の借財」に当たると解するのが相当である。」

取締役会決議の瑕疵

1 | 取締役会決議の瑕疵 LQ185 頁, 田中 224 頁

(1) 瑕疵の例

株主総会決議の場合と異なり、取締役会については瑕疵ある決議の効力につき特別の規定はない。

そのため、私法の一般原則に従い、手続的瑕疵であっても内容的瑕疵であっても、原則として当該決議は無効のものである。そして、その瑕疵について、無効・不存在確認訴訟をすることも、他の訴訟の理由として決議の無効を主張することもできる。瑕疵の具体例としては、

- ① 取締役の一部への招集通知を欠く場合（最判昭和 44/12/2・百選 65 事件）
- ② 特別利害関係人の関与（369 II）
- ③ 招集権者以外の取締役による招集、招集通知期間の不足
- ④ 取締役ではないものの議決参加による決議の成立、定足数不足 等がある。

(2) 招集手続の瑕疵と「特段の事情」

【判例】最判昭和 44/12/2・百選 65 事件。なお、最判平成 2/4/17・百選 41 事件も参照。
 判旨：「取締役会の開催にあたり、取締役の一部の者に対する招集通知を欠くことにより、その招集手続に瑕疵があるときは、特段の事情のないかぎり、右瑕疵のある招集手続に基づいて開かれた取締役会の決議は無効になると解すべきであるが、この場合においても、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、右の瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解するのが相当である（最判昭和 39/8/28）」

上記判例後に「特段の事情¹」として下級審・学説が認めた例として下記がある（百選 65 事件解説参照）。

- ① ある取締役に招集通知を欠いたが、その者が異議なく取締役会に参加した場合
- ② 取締役会に出席せず会社運営を他の取締役に一任していた名目取締役に対して通知を欠いた場合（東京高判昭和 48/7/6）
- ③ 既に辞表を提出して取締役としての職務を取っていない取締役に対して通知を欠いた場合（東京高判昭和 49/9/30）
- ④ 通知を受けなかった取締役が決議の趣旨と同一のことを常々発言していた場合
- ⑤ 少数派に属する取締役に対して通知を欠いたが、その取締役は、会社において影響力をそれほど有しておらず、その取締役がかねがね言動を共にしていた少数派の中心人物は取締役会に出席しており、その取締役会の決議は圧倒的多数をもって行われた場合²（高松地判昭和 55/4/24）

¹ 上記判例の立場をとっても「取締役会の決議が物理的に存在しない場合や、手続的瑕疵が著しいため、法律上取締役会の決議が存在したと評価できない場合は、たとえ多数取締役の意思が明確であったとしても、取締役会決議の効力を認める余地はない（東京地判平成 23/1/7）」といえる（田中 226 頁）。

² しかし、株主総会決議取消訴訟における裁量棄却（831 条 2 項）の議論と同様、「多数派の意思が確定していたというだけで、重大な手続違反のある決議を有効とすることには疑問がある」との強い批判がある（江頭 420 注 20。田中 226 頁コラム 4-38 も参照）。

2 | 特別の利害関係を有する取締役

(1) 特別の利害関係の意味 LQ183 頁, 江頭 416 頁注 15

【参考文献】会社法コンメンタールⅦ・292 頁（森本滋）

「特別の利害関係とは、特定の取締役が、当該決議について、会社に対する忠実義務を誠実に履行することが定型的に困難と認められる個人的利害関係ないしは会社外の利害関係を意味する」

取締役は会社のため忠実に職務を執行すべき義務（355 条）を負っているところ、会社の利益と衝突する個人的な利害関係を有し、忠実義務違反のおそれがある場合には、公正な権利行使を期待できないため、「議決に加わることができない³」（369 条 2 項）とされている。

▽審議参加肯定説

▽審議参加否定説（通説）⁴

決議に先立つ審議においても、特別利害関係人が影響力を行使することは適切ではないから、退席を要求されれば指示に従わなければならない。

(2) 代表取締役の解任決議 LQ184 頁, 江頭 416 頁注 15, 田中 223 頁

【判例】最判昭和 44/3/28・百選 66 事件

判旨「けだし、代表取締役は、会社の業務を執行・主宰し、かつ会社を代表する権限を有するものであつて（商法二六一一条三項・七八条）、会社の経営、支配に大きな権限と影響力を有し、したがつて、本人の意志に反してこれを代表取締役の地位から排除することの当否が論ぜられる場合においては、当該代表取締役に対し、一切の私心を去つて、会社に対して負担する忠実義務（商法二五四条三項・二五四条ノニ参照）に従い公正に議決権を行使することは必ずしも期待しがたく、かえつて、自己個人の利益を図つて行動することすらあり得るのである。それゆえ、かかる忠実義務違反を予防し、取締役会の決議の公正を担保するため、個人として重大な利害関係を有する者として、当該取締役の議決権の行使を禁止するのが相当だからである。」

▽特別利害関係人該当説 最判昭和 44/3/28・百選 66 事件

代表取締役の解職が議題となっている場合、当該代表取締役は自己の保身を図りたいと考えるのが通常であり、会社のために議決権を行使することは期待できない。なお、選任決議には参加できる。

▽特別利害関係人非該当説

自らを適任者であると自己に票を投じることは、忠実義務遂行の一環である。

³ 他方、株主総会決議における特別の利害関係を有する株主の場合には原則として議決権を行使することができる（831 条 1 項 3 号）。株主の議決権は、株主としての個人的利益のために与えられているからである。

⁴ ここでの学説の対立は、①特別利害関係人を議長にすることができるかという問題、②特別利害関係人に意見を述べる機会を与えなかったことが瑕疵にあたるかという問題、③その者への招集通知の欠缺が「特段の事情」（最判昭和 44/12/2・百選 65 事件）に当たるかという問題に影響する。

取締役会決議を欠く行為の効力 LQ189 頁

1 | 取締役会決議を欠く行為の効力

▽心裡留保説・判例⁵（最判昭和 40/9/22・百選 64 事件）

原則有効である。ただし、相手方が①重要な財産の処分にあたるにもかかわらず、②決議を経ていないことを知りまたは知り得たときは無効である（悪意・有過失）。

理由①「代表取締役が、取締役会の決議を経てすることを要する対外的な個々の取引行為を、右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は、内部的意思決定を欠くにとどまるから、原則として有効であって…」（百選 64 事件判旨）」

批判①下記図の通り、▽判例の見解に立つと相手方が保護される場合が限定される点にある（○が少ない）。すなわち、悪意・有過失の対象は、「重要な財産の処分にあたるにもかかわらず、取締役会決議を欠くこと」であるところ（江頭青 427 注 4 参照）、そもそも、「重要な財産の処分」に該当するか否かを会社の外部の人間が認定することには相当な困難が伴う（先述 2 | i のような考慮要素にあてはめなければならない！）。

にもかかわらず、無過失の場合にしか保護されない＝調査義務が重い点に批判がある。

②心裡留保という構成そのものが不明瞭である。

○＝契約は有効（相手方は保護される）×＝契約は無効（相手方は保護されない）

| | 悪意 | 善意 | | | 備考 |
|---------|----|-----|-----|-----|-------------|
| | | 重過失 | 軽過失 | 無過失 | |
| ▽判例 | × | × | × | ○ | |
| ▽江頭 | × | × | ○ | ○ | 江頭 427 頁注 4 |
| ▽代表権制限説 | × | ○ | ○ | ○ | 349 条 5 項 |

2 | 無効の主張権者 LQ190 頁

▽当該会社のみ主張することができる 最判平成 21/4/17・重判 H21 商法 2

法 362 条 4 項の趣旨⁶からすれば、「無効は、原則として会社のみが主張ことができ、会社以外のものは、当該会社の取締役会が上記無効を主張する旨の決議をしているなどの特段の事情がない限り、これを主張することはできない」（上記平成 21 年判決）。

⁵ 同最判の調査官解説は、同判決が民法 93 条本文およびただし書の法理に準拠しているとしつつ、心裡留保は、意思と表示が不一致で、そのことを表意者が知っている場合であるが、代表取締役の専断的行為の場合は、取締役会決議（意思決定）が存在せず、かつ代表取締役（表意者）が取締役会決議の存否を知ると否を問わないから、民法 93 条を直接適用できず、類推適用することになるとする。この点につき、法教 368 号 116 頁以下参照。

⁶ 例えば、改正前民法における錯誤は「無効」とされていたところ（改正前民法 95 条）、錯誤が表意者保護の制度であるという趣旨から解釈して、錯誤を主張できるのは表意者に限られるとの判例が確立していた（最判昭和 40/9/10。いわゆる取消的無効。なお、改正民法では、錯誤の効果は「取消し」とされた。）。このように、制度の趣旨から、無効の主張権者を限定することは一般的である。会社法で同様の思考をするものとして、最判昭和 48/12/11（利益相反に関する取締役からの無効の主張に関する裁判例）ご参照。

役員等の会社に対する責任（423条）とは

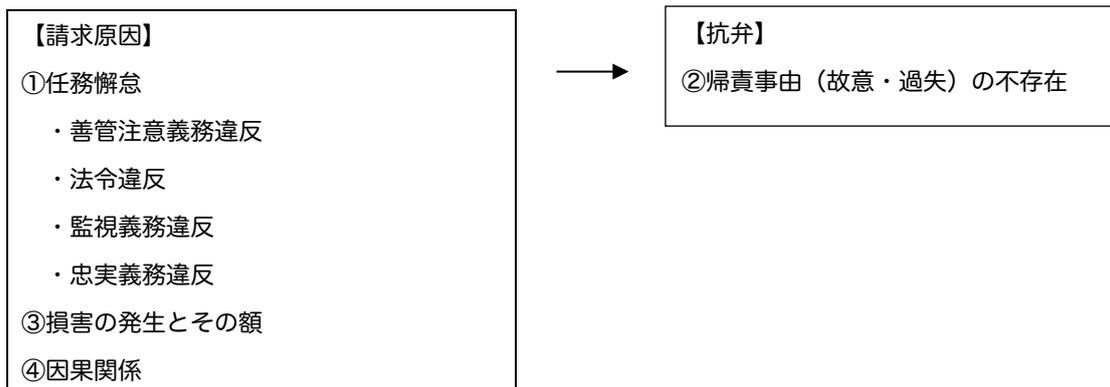
1 | 423条1項の趣旨・要件事実 コンメIX・231頁以下

【参考文献】会社法コンメンタールIX・222頁（森本滋解説）

「善管注意義務違反に違反した役員等は会社に対して債務不履行責任を負う（民法415）。～会社法は、会社の健全な運営のため役員等が果たすべき役割の重要性にかんがみ、個別規定において役員等の任務を法定し、善管注意義務は特約で軽減することはできないことを前提に、本条1項において、役員等の委任事務処理に係る善管注意義務違反による責任を厳格な法定責任である任務懈怠責任として統一的に規制するのである（最判平成20年1月28日。責任の連帯性、免除・軽減の制約等）。」

423条責任が認められるためには、①任務懈怠¹（善管注意義務違反、法令違反、監視義務違反、忠実義務違反²）、②帰責事由（故意過失）③損害の発生とその額、④因果関係の各要件を充足する必要がある。

これを要件事実即して考えてみる。423条の性質は債務不履行責任であるため³、伝統的な民法理論を前提とする限り、原告は、①③④について主張立証しなければならない。それに対して、被告が、②帰責事由の不存在についての抗弁を出すことになる⁴。



¹ 任務懈怠の内容をこのように理解する文献として、森本滋「会社法・商行為法手形法講義<第2版>」97頁、コンメIX・231頁(森本解説)参照。なお、上記【請求原因】【抗弁】の表は、いずれも後述する【任務懈怠における法令違反の位置づけ】との文脈での▽二元説Aに立った説明である。

² 善管注意義務と忠実義務の関係：取締役は、会社との委任契約に基づき善管注意義務を負う（法330条、民法644条）。また、取締役は忠実義務を負う（法355条）。そして、善管注意義務と忠実義務とは同一内容とされている（最判昭和45/6/24・百選2事件。田中254頁）。しかし、上記の最高裁を前提としても、なお、用語法としての「善管注意義務」と「忠実義務」とは別物とされる。すなわち、忠実義務とは、善管注意義務違反のうち、利益衝突が問題となる場面を指す（競業取引・利益相反取引・報酬等。「等」の意味につき、LQ218頁）。

³ なお、債務不履行と同様に解するため、「違法性の不存在」も抗弁になる（例えば、同時履行の抗弁権など）。しかし、本条では実際に想定し難いし、そもそもこの抗弁が成り立つか自体について議論がある。

⁴ 私見：論文試験においては必ずしも、要件事実を意識した論述をすることが求められていないよう思える。その場合には、①②③④を順次検討していけばいい。

後述する通説的理解である▽二元説Aと▽一元説Bを前提にすると、423条における「過失」の論証は次のとおりとなる。すなわち、善管注意義務違反を理由として任務懈怠を認定する場合には、②過失の認定と①善管注意義務違反の認定とは重なるから、過失の部分では、その旨を一言指摘すれば足りる。他方、法令違反を理由として任務懈怠を認定する場合には、法令違反はただちに任務懈怠と評価されるため、過失については、丁寧に認定（あてはめ）をする必要が生じる。

2 | 善管注意義務違反 LQ230 頁, 中田裕康「債権総論<第三版>」31 頁以下

【参考文献】法教 340 号 164 頁 (松井秀征) 参照

事例：A 社は青果物の卸売販売業を営む非取締役会設置会社であり、会社を代表する取締役は Y である。また B 社は、青果物の小売販売業を営む非取締役会設置会社であって、A 社の完全子会社である。B 社は近隣に開店した大型量販店の影響を受けて、業績が低迷していた。そこで Y は B 社のテコ入れをしてその事業を回復軌道に乗せるか、あるいは B 社を解散・清算するかを検討していた。Y は、他の取締役とも協議を重ね、結局、テコ入れのために B 社に 1 億円を貸し付けることとした。しかし、B 社の業績は好転しないまま特別清算手続きに入ったため、1 億円の資金は回収不能となった。A 社株主 X は、上記貸付けについて Y に対して、いかなる責任追及をしようか。

解説「しかし善管注意義務というのは、それ自体、白地の義務であって、個別事案における具体的な局面でどのような義務違反があったかを検討せねばならない。したがって、X としては、以上の請求において、B 社に対する貸付けが具体的にどのような義務に違反したかを主張・立証すべきことになる。本設問の事実関係を前提とした場合、最低限、次のような点を具体的に主張・立証することになる。すなわち、大型量販店の影響ゆえに業績の低迷していた B 会社に対して、1 億円もの多額の貸付けをすべきではなかったにもかかわらず(具体的な義務の内容)、その貸付けを行った点で(具体的な義務違反行為)、善管注意義務違反がある、というものである」

(1) 結果債務とは

例えば、売買契約に基づく自動車の引渡義務は結果債務である。

→ 結果債務の不履行を認定するには、ただ債務が履行されていない点だけを示せばよい。

(2) 手段債務とは

例えば、医師が診療契約(準委任契約)に基づいて患者に対して負っている債務は、「病気を完治する」という結果実現を保証する債務(結果債務)ではなく、「病気の完治に向け最善を尽くす」という手段に関する債務(手段債務)である。

→ 手段債務の不履行を認定するには、「最善を尽くす」とは一体どのようなことを示す必要がある。

(3) 善管注意義務とは 江頭 466 頁注 4 参照, 田中 255 頁

取締役は、株主の利益を最大化する善管注意義務を負っている(330 条。田中 255 頁は、「株主利益最大化の原則」と呼ぶ⁵⁾。この善管注意義務は、「株主の利益を最大化する」という結果実現を目的とした債務ではなく、「株主の利益を最大化するよう最善を尽くす」という手段に着目した債務である。そこで、善管注意義務の不履行を認定するには、上記【参考文献】のように、①具体的な義務の内容と②具体的な義務違反行為を記載する必要がある⁶⁾。

⁵⁾ 株主利益最大化の原則の例外として、田中 255 頁以下参照。同書では、長期的利益を考慮する必要性を説くほか、①会社利益が最大化できるとしても法令違反は許されないこと、②会社債権者の犠牲の下に過度にリスクな投資をすること等を例外事由とする。

⁶⁾ なお、「取締役が会社に対して負担することとなる事務処理義務の中でこれまで手段債務とされてきたものの中に「結果保証」(結果実現保証のされたもの)が含まれていないかどうかは、会社法学においてなお検討を要するのではないかと指摘がある(潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」同志社大学日本会社法制研究センター編『日本会社法制への提言』154 頁注 14 参照)。

3 | 法令違反⁷ LQ236 頁, 田中 261 頁

【判例】 最判平成 12/7/7 「野村証券損失補填事件」・百選 49 事件

判旨：「民法 644 条，会社法 355 条の規定（以下，併せて「一般規定」という。）及びこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定が，本規定にいう「法令」に含まれることは明らかであるが，さらに，商法その他の法令中の，会社を名あて人とし，会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれるものと解するのが相当である。けだし，会社が法令を遵守すべきことは当然であるところ，取締役が，会社の業務執行を決定し，その執行に当たる立場にあるものであることからすれば，会社をして法令に違反させることのないようにするため，その職務遂行に際して会社を名あて人とする右の規定を遵守することもまた，取締役の会社に対する職務上の義務に属するというべきだからである。」

▽非限定説を採用した。

「そして，独占禁止法一九条の規定は，同法一条所定の目的達成のため，事業者に対して不公正な取引方法を用いることを禁止するものであって，事業者たる会社がその業務を行うに際して遵守すべき規定にほかならないから，本規定にいう法令に含まれることが明らかである。」

「しかしながら，株式会社の取締役が，法令又は定款に違反する行為をしたとして，本規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには，右違反行為につき取締役に故意又は過失があることを要する」

▽二元説 A を採用した。

取締役・執行役は，職務を行う際には，「法令」を遵守しなければならない（355 条，419 条 2 項）。
 それでは，「法令」にはいかなるものが含まれるか。

▽限定説

「法令」とは，会社や株主の利益を保護するために置かれた規定・公序規定に限定される。
 この見解からは，「法令」に含まれない規定の違反は善管注意義務違反の問題となる。

▽非限定説（判例）⁸

「法令」とは，上記に限らず，会社が事業を行う際に遵守すべき法令が全て含まれる（外国法も含む⁹）。
 あらゆる法令を遵守して経営を行うことが，取締役を選任する株主の合理的な意思だからである（神田 253 頁注 2。LQ237 頁 Column4-37 参照。）。

⁷ 定款違反行為も任務懈怠になりうる。すなわち，取締役が会社の定款目的（27 条 1 号）の範囲を超える行為をした場合である。しかし，判例は，定款の目的事項を広く解している。最判昭和 27/2/15・百選 1 事件では「仮りに定款に記載された目的自体に包含されない行為であっても目的遂行に必要な行為は，また，社団の目的の範囲に属するものと解すべきであり，その目的遂行に必要なりや否やは，問題となっている行為が，会社の定款記載の目的に現実に必要なかどうかの基準によるべきではなくして定款の記載自体から観察して，客観的に抽象的に必要であり得べきかどうかの基準に従って決すべき」としており，現状，取締役の行為が，定款の目的外の行為と認定される余地はほとんどない（田中 33 頁参照）。

⁸ 両説の対立は，主張立証責任の所在に関するものであり，取締役にどこまで厳格な法令遵守義務を負わせるべきかどうかの判断は，両説の対立と関係ないとの主張がある（田中亘「利益相反取引と取締役の責任(下)」商事法務 1764 号 8 頁。コンメIX・251 頁も参照）。

⁹ 大阪地判平成 12/9/20（百選初版 60 事件）は「取締役に与えられた広い裁量も，外国法令を含む法令に違反しない限りにおいてのものであり，取締役に対し，外国法令を含む法令に違反するか否かの裁量が与えられているものではない」旨を述べる。

4 | 監視義務違反 LQ233 頁, コンメVIII218 頁, コンメIX254 頁

【判例】最判昭和 48/5/22・百選 71 事件

判旨：「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから（※362 条 2 項），取締役会を構成する取締役は，会社に対し，取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず，代表取締役の業務執行一般につき，これを監視し，必要があれば，取締役会を自ら招集し，あるいは招集することを求め（※366 条），取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである。」

【参考文献】田中亘「会社法」（東京大学出版会・2016 年）264 頁

「取締役が監視義務を負うといっても，各取締役が，会社の業務を逐一監視することまでが求められるわけではない。通常，会社の業務は，業務執行取締役や使用人の間で分担されている。その場合，各取締役は，他の取締役または使用人が担当する業務については，その内容につき疑念を差し挟むべき特段の事情がない限り，適正に行われていると信頼することが許され，仮に当該他の取締役または使用人が任務懈怠をしたとしても監視義務違反の責任を負わない（大阪地判平成 12/9/20～）。これを信頼の原則または信頼の権利という。」

(1) 監視義務と監督義務

会社法において，「業務執行の決定」と「業務の執行」とは区別されている（362，363 条）。

「業務執行の決定」をおこなった取締役会としては，取締役会で決定したことが適切に執行されているか，その執行を行う代表取締役・業務執行取締役による「業務の執行」を監督する必要がある（362 条 2 項 2 号。監督義務）。そして，取締役会を構成する各取締役は，取締役会の持つ監督機能を実質化するために，監視義務を負うと解されている。

(2) 監視義務違反

取締役がすべき監視行為（調査・是正）をしなかったこと（不作為）を義務違反として認定する¹⁰。

5 | 忠実義務違反（競業取引規制・利益相反取引規制・報酬規制等）

詳細は，忠実義務違反の各論で扱う。なお，423 条責任を論じる際は，下記について注意を要する。

①競業取引規制違反 → 損害が推定（423 条 2 項）

②利益相反取引規制違反 → 任務懈怠が推定（423 条 3 項。なお，428 条 1 項も重要）

¹⁰ 私見：取締役は他の取締役を監督し，その業務執行が違法・不当の疑いがあれば調査・是正する必要がある。論文試験においては，問題行為を指摘した上，①取締役・使用人に対し報告・説明を求める，②取締役会を招集する（366 条），③監査役等に報告する（357 条），④社内・社外の専門家からの意見聴取や第三者委員会を設置する等の調査・是正のための具体的な行為をする必要があったこと等を認定し，にもかかわらずそのような行為をしていないことを論証することにより，監視義務違反が認定できるよう思われる（以上につき，コンメVIII218 頁・商事法務 1971 号 34 頁，田中 265 頁を参照。）。

特に重要なことは，監視義務は「結果責任ではない」ということである。あくまで過失責任であることから，たとえば取締役が取締役就任前にあった不正についてはより慎重に認定されることになる（東京地方裁判所商事研究会「類型別会社訴訟Ⅰ〈第三版〉」250 頁 Q84，85）。さらに，監視義務違反と結果との間に因果関係がないとされることもある（LQ234 頁 Column4-35，江頭 507 頁注 6）。

なお，監査役の任務懈怠責任（大阪高裁平成 27 年 5 月 21 日・百選 A29 事件）については，監査役の箇所でも説明する。

経営判断原則

1 | 経営判断原則 LQ232 頁, コンメIX・239 頁以下 (森本滋), 江頭 464 注 3, 田中 259 頁

経営上の判断は専門的・政策的な能力を必要とする事項であり, 役員に広い裁量が認められるところ, 常に一定のリスクを生じる可能性を含む。にもかかわらず, 後知恵的に任務懈怠責任を問うとなると, 経営が萎縮し会社の発展が阻害され, ひいては株主全体の期待に反する¹¹。そこで, 一定の場合=下記規範には任務懈怠とはならないと解する (経営判断原則)。

【裁判例が一般的に採用してきた規範】

百選 50 事件解説から引用

①当時の状況に照らして, 前提となった事実の収集・調査・分析に不注意な点がなかったか (過程)

②意思決定の過程・内容において通常の企業経営者として著しく不合理なところがなかったか (内容)

このように, 裁判例や学説の有力説は, 「意思決定過程」と「意思決定内容」とを区別し, 「意思決定過程」については「意思決定内容」よりも厳格な審査基準¹²にかからしめてきた。

2 | アパマンショップHD株主代表訴訟事件¹³

【判例】最判平成 22/7/15 「アパマンショップ HD 株主代表訴訟事件」・百選 50 事件

判旨: 「本件取引は, A を B に合併し不動産賃貸管理の事業を担わせるという参加人のグループの事業再編計画の一環として, A を参加人の完全子会社とする目的で行われたものであるところ, このような事業再編計画の策定は, 完全子会社とすることのメリットの評価を含め, 将来予測にわたる経営上の専門的判断にゆだねられていると解される。そして, この場合における株式取得の方法や価格についても, 取締役において, 株式の評価額のほか, 取得の必要性, 参加人の財務上の負担, 株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定することができ, その決定の過程, 内容に著しく不合理な点がない限り, 取締役としての善管注意義務に違反するものではないと解すべきである。」

【裁判例】東京高判 20/10/29 (上記最判の原審)

判旨 「①調査及び検討について特に不注意な点がなく, ②その意思決定の過程及び内容がその業界における通常の経営者の経営上の判断として特に不合理又は不適切な点がなかったことが必要である」

¹¹ 私見: 経営判断の原則の理由付けの一つとして, 裁判所の審査能力の限界を掲げる見解がある。しかし, 民事再生法・会社更生法において, 裁判所は「再生 (更生) の見込み」を判断しなければならない。これは, 裁判所による経営判断にほかならないのではないか。

¹² ただし, 内容面と過程面とで審査基準の厳格性を区別しない裁判例も多い。類型別会社訴訟 I <第三版>・239 頁も参照。

¹³ アパマン最高裁の判断基準の読み方は, ▽従来の下級審と同様の基準を採用したと解する見解, ▽判断の過程と内容の合理性のみを審査の対象としたと解する見解等さまざまなものがある。

田中は, 「その判断の過程, 内容に著しく不合理な点がない限り, 取締役としての善管注意義務違反に違反するものではないと解すべき~なお, 『著しく不合理』かどうかの審査は, 経営判断がされた当時における, 当該会社の属する業界の通常の経営者の有すべき知見・経験を基準に, これを著しく下回っているかどうかによって判断すべきであり, その後に得られた知見に基づく (後知恵の) 審査をしてはならない」とする (田中 259 頁)。そして, 内容面と過程面を区別し審査基準を変える見解について, 「経営判断に際してどれだけの情報を集め, どれだけの検討をすべきかということもまた, 経営判断であって, 内容面と過程面いずれについても「著しく不合理」かどうかの審査をすべきとする (田中 260 頁コラム 4-51)。

私見: いかなる見解をとるにせよ, 論文試験では, 過程と内容をしっかり区別した規範を定立し, あてはめを充実させましょう。

3 | 経営判断原則の射程外¹⁴ LQ232 頁, コンメIX・248 頁 (森本滋解説), 田中 261 頁

(1) 忠実義務違反 (広義の利益相反行為)

理由①広い裁量を認めるには, 取締役が会社の利益のため誠実に行動していることが前提となる (争点 76)

②会社の利益を優先させることが取締役の義務になる (事例 161 頁)

(2) 監視義務違反 (取締役の不作为が問題となる場合。なお, 内部統制システム構築の局面は射程内)

理由①具体的な判断を下していなければ, 尊重すべき裁量的判断がない (争点 76)

②経営上の決定と異なり, 積極的なリスクテイクが要求されるわけではない (事例 161 頁)

(3) 故意の法令・内規違反行為

理由①法令違反については裁判所の判断になじむ (争点 76)

②取締役の裁量権は, 法令を遵守することが前提だから (落合・法教 319 号 57 頁)

③法令違反行為ををするという裁量は取締役に認められていない (北村・法教 323 号 172 頁)

【事例】

事例で考える (初版) 151 頁以下 (第 8 問設問 3) より

甲社取締役 Y は, 乙社の損失 3.6 億円を補填した (損失補填)。かかる損失補填が独禁法違反になる可能性につき Y は認識しつつも, 顧問弁護士からの助言から, 法令違反と評価される可能性が 3 割程度であり, 仮にそう評価された場合の制裁は大きくないことを知った。そこで, Y は甲社・乙社の利益を図るべく損失補填を行った。



経営上の決定が, 必ず, あるいは, ほぼ確実に法令に違反することを認識しながら, あえて法令違反行為に出たような場合には経営判断原則の適用はないものの, 【事例】のような場合, まさに経営判断に他ならないとして▽経営判断原則の適用を認める見解もある (事例 166 頁以下 (伊藤靖史)¹⁵)。

(4) 過失の法令・内規違反行為¹⁶ 法教 323 号 172 頁 (北村雅史)

当該行為が法令違反であることを知らず, 且つそのことにつき過失がない場合には経営判断原則の適用ができるとする裁判例がある (東京地判平成 10/5/14, 名古屋地判平成 13/10/25)。

¹⁴ 経営判断原則は 429 条にも適用できるという理解が一般的である (コンメIX・366 頁, 争点 76 III 参照)。なお, この点については近時議論がある (近藤光男編「判例法理経営判断原則」(中央経済社・2012 年)・15 頁 (近藤光男) 等参照)。

私見: 従業員の業務執行の判断といった内部的事情と, 会社外の第三者の損害とは直接の関係がないため, 経営判断原則の適用を認め従業員の責任を免れさせることには違和感があるかもしれない。しかし, ①429 条の法的性質を法定責任と理解し, ②不法行為責任との競合を認める判例の理解 (最判昭和 44 年 11 月 26 日) を前提にすると, 経営判断原則を適用しても直ちに不合理だとはいえない。

¹⁵ 詳しくは, 田中亘「利益相反取引と取締役の責任 (下)」・商事法務 1764 号参照。

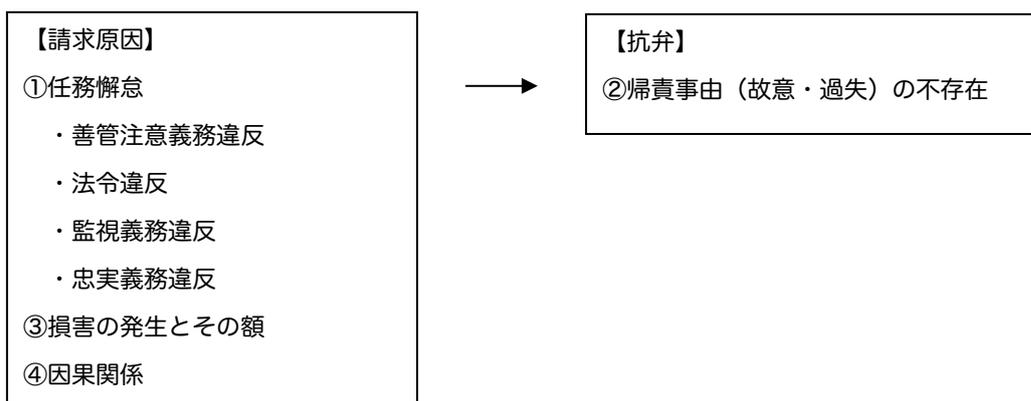
¹⁶ LQ232 頁は「いずれにしても, 故意の法令違反行為や取締役と会社の利益衝突が問題になる場合には, 経営判断原則が適用されないと考えられている」とあるように, 慎重に「故意の」と限定づけている。

私見: しかし, そもそも法令違反につき過失 (法令違反についての調査義務違反) か故意かを問うこと自体, 経営判断原則, 特に意思決定過程の合理性を審査している気がしてならない。

補遺：2つの「一元説と二元説」

1 | はじめに

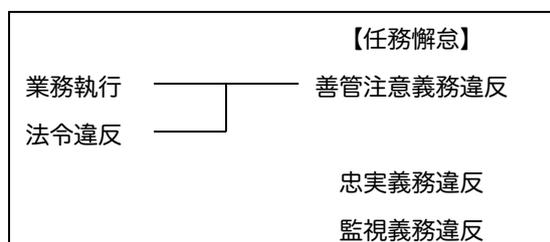
法 423 条の論点のうち、【論点 1：任務懈怠と過失との関係】および【論点 2：任務懈怠における法令違反の位置づけ】の 2 つの論点で、それぞれ「一元説」・「二元説」というネーミングが用いられる。しかし、意味内容が異なるため、これらを整理して理解しておく必要がある。



2 | 【論点 1：①任務懈怠における法令違反の位置づけ】

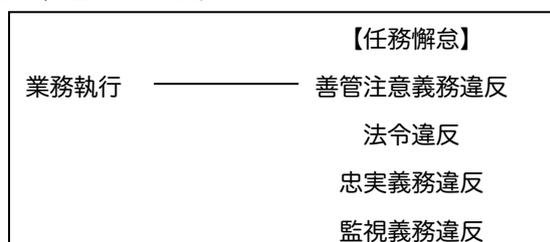
▽一元説 A（森本，潮見）

法令違反をしないよう注意すべき義務が取締役にはある。かかる善管注意義務違反を原告（会社・株主）が主張立証すれば任務懈怠要件は満たされる。仮に、論点 2 における一元説 B を前提とすると、被告（役員）は②を証明する余地はほぼないことになる。



▽二元説 A（立案担当者，最判 H12/7/7・百選 51 事件，田中 273 頁）

具体的な法令違反はそれだけで任務懈怠と評価される。かかる義務違反を原告（株主・会社）が主張立証すれば、任務懈怠要件は満たされる。被告（役員）は②帰責事由の不存在について主張立証しなければ責任は免れえない。



3 | 【論点2：①任務懈怠と②過失との関係】 法教321号46頁（落合）

▽一元説 B 江頭466頁注4, LQ235頁

①任務懈怠（善管注意義務違反）＝善管注意義務を尽くして職務を執行すべきであったのにしなかった

②過失＝結果発生を予見・防止すべき具体的な行為義務違反（▽客観説）

↓

善管注意義務違反の場合、①任務懈怠と②過失の判断は重なりあうため、原告（会社・株主）の側で①任務懈怠の立証に成功すれば、被告が②過失の要件を充足しないことを立証する余地は殆ど無い。

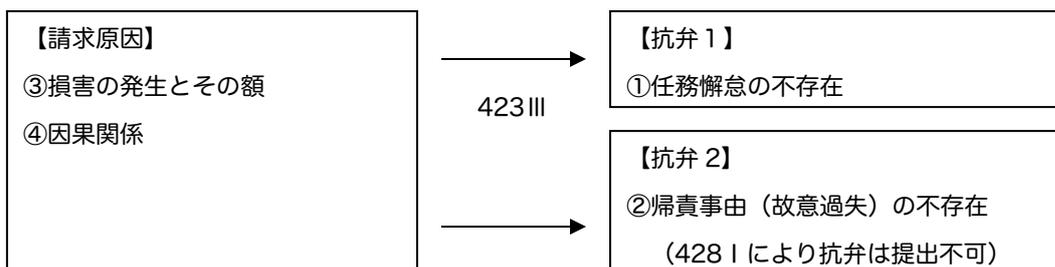
他方で、二元説 A に立つと、法令違反＝任務懈怠と評価されるため、①法令違反と②故意過失とが重なりあうとはいえない。したがって、この場合には、原告が①任務懈怠の立証に成功した場合であっても、被告は②故意・過失の要件が充足しないとの抗弁で争いうる。

このことを指して、LQ218頁 Column4-31（第2版）は「本文に述べたように（法令違反行為の場合を除き）任務懈怠の有無の判断と過失の有無の判断は、内容が重なる」と評する。

【一元説 B の持つ問題点】

423Ⅲは、一定の場合に任務懈怠を推定する。すなわち、①の立証責任を転換し、①を抗弁にする。

428Ⅰは、取締役の無過失責任を定める。



役員が抗弁として423Ⅲによる任務懈怠の推定を覆すと（上記【抗弁1】）、▽一元説 B を前提とすれば②無過失も主張したこととなるはずである（上記【抗弁2】）。しかし、このことは428Ⅰに反する。このように、423Ⅲと428Ⅰの関係をうまく説明できないのが一元説 B の欠点である。

▽二元説 B（立案担当者）

①任務懈怠＝違法性の要件（客観的要件）

②帰責事由＝帰責性の要件（主観的要件）

→ この見解は、423Ⅲと428Ⅰとの関係を上手く説明できるが、そもそもの任務懈怠の理解に難がある（前掲・落合）。このことを指して、LQ218頁 Column4-31（第2版）は「立案担当者は、これが、任務懈怠と過失とを一元的に把握する立場と異なるとするが、何が具体的に異なるかは明らかではない」＝任務懈怠の理解に難があるとする。（私見：なお▽二元説 B を用いて、経営判断原則を適用する場合、①任務懈怠②帰責事由それぞれの事情を拾い上げることとなると思われる。）。

略説不法行為法（総論）～会社法 423 条をより理解するため～

1 | 参照文献略語表

- 内田 内田貴「民法Ⅱ 債権各論」（東京大学出版会・2011年）
 窪田 窪田充見「不法行為法」（有斐閣・2007年）
 潮見 潮見佳男「基本講義 債権各論Ⅱ不法行為法<第二版増補版>」（新世社・2016年）
 潮見Ⅰ 潮見佳男「不法行為法Ⅰ<第二版>」（信山社・2009年）
 潮見Ⅱ 潮見佳男「不法行為法Ⅱ<第二版>」（信山社・2011年）
 山本 山本敬三「民法講義ノートⅣ 債権各論（下）2011」（非売品）
 平井 平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」（弘文堂・1992年）

2 | はじめに

不法行為法（特に要件論）は議論が極めて錯綜¹しており、短時間で、この議論を正確に理解することはなかなか難しいものがあります。したがって、論文式試験においては、司法研修所の見解²を基礎に、細かな議論に深入りしない答案を書くことが個人的には穏当と考えます。そして、必ず、窪田 460 頁「コラム：不法行為法の答案の書き方」および 451 頁「訴訟における不法行為」を読んでください。また、

- ・潮見佳男「損害賠償法の今日的課題」司法研修所論集 119 号 51 頁
- ・窪田充見「損害賠償法の今日的課題-損害概念と損害額算定をめぐる問題を中心に-」同 120 号 1 頁
- ・現代不法行為法研究会「別冊 NBL No.155 不法行為法の立法的課題」（2015 年・商事法務）

が近時の問題をわかりやすく説明していますので、機会があれば一読してみてください。

3 | 不法行為の要件事実

▽司法研修所（紛争型別 51 頁） …

- ①：権利侵害
- ②：①についての故意・過失
- ③：損害の発生とその数額
- ④：加害行為と損害との因果関係

不法行為法の基本書を少しでも読んだことがある方は、「違法性」や「保護範囲」等のキーワードを目にしたことがあると思います。しかしながら、上記の司法研修所の要件にはこれらの単語は現れていません。それでは、「違法性」や「保護範囲」とはいったい何なのでしょう。

以下では、まず②故意・過失について説明したあと、③損害の発生とその数額・④因果関係を説明し、最後に①権利侵害を説明することにします。

¹ 前田達明『『新注釈民法（15）債権（8）』を読んで』（書齋の窓 653 号・有斐閣）参照。

² より詳細な要件事実論については、「新注釈民法（15）債権（8）」の「一般不法行為の要件事実（竹内努判事執筆部分）」参照。

故意・過失

窪田37頁, 潮見25頁

1 | なぜ故意・過失が必要か

わが国の不法行為制度が「過失責任の原則」を採用しているからである。

過失責任の原則は、行動の自由という自由権を「制約」と同時に「保障」するものである。

2 | 故意 窪田38頁, 潮見26頁, 潮見 | 259頁以下

故意とは「結果発生を認識し、かつ、認容すること」をいう（窪田40頁）。

故意でも過失でも不法行為責任は成立する³ため、「故意」について刑法のような議論が少ない⁴。

3 | 過失⁵ 潮見 27 頁, 潮見 | 266 頁

(1) そもそも過失とは何か

▽予見義務違反説（主観説。旧通説）

過失とは予見義務違反（予見しなければならぬのにしなかった、緊張の欠如）を指す。

▽行為義務違反説（結果回避義務違反説・客観説⁶。通説）

過失とは、結果発生の予見可能性がありながら、結果の発生を回避するために必要とされる措置を講じなかったことをさす。

【参考文献】 潮見佳男「不法行為法Ⅰ<第二版>」（信山社・2009年）266頁

「過失とは意思緊張を欠いたという不注意な心理状態なのか、それとも適切な行動パターンからの逸脱なのかという点に関する。前者は内的注意・不注意の問題であり、後者は外的注意・不注意の問題である。～前者の観点から過失理解をするのが主観的過失論であり、後者の観点から過失理解をするのが客観的過失論である」

【参考文献】 前田陽一「債権各論Ⅱ不法行為法<第2版>」（弘文堂・2010年）17頁

「以上のように、過失は「(予見義務に裏付けられた) 予見可能性を前提とした結果回避義務」に違反したことで、と定式化されている。学校のクラブ活動中の落雷事故と引率教諭の注意義務に関する最近の最高裁判決（最判平成18年3月13日）の判断をこの定式に即した形に再構築すればこうなる。①事故当時の平均的なスポーツ指導者において落雷事故発生の危険性に関する認識が薄かったとしても、落雷事故を予防するための注意に関する文献上の記載が事故当時多数存在した以上、落雷時この発生について予見すべき義務があり、予見することが可能であった。②したがって、その予見に基づいて事故の発生を未然に防止する措置をとり、クラブ活動中の生徒を保護すべき義務があった。」

³ 刑法学において、例えば人が死んだ場合、それが故意か過失か（殺人罪か過失致死罪か）は非常に重要な問題である。

⁴ ただし、債権侵害のうち一定の場合（給付侵害等）には、故意でなければ不法行為は成立しないとする見解が伝統的通説である。また、慰謝料についても、故意不法行為のほうが高くなりうる。過失相殺についても、故意不法行為である点は考慮されうる。さらに、故意不法行為は過失不法行為より賠償範囲が広いという見解（平井宜雄）に立つと、当然ながら故意と過失には重大な差異が生じる。詳しくは、潮見 | 263 頁以下、窪田 40 頁参照。

⁵ なぜ、過失の文脈で「責任能力」を記述しないのか理解すること。窪田 162 頁等参照。

⁶ ▽主観説から▽客観説への変遷を「主観的過失から客観的過失へ」や「過失の客観化」と呼ぶ。

(2) 過失の判断基準 窪田 50 頁, 潮見 30 頁

過失は、行為時において、合理人・標準人を基準として判断する（抽象的過失）。

民法での過失とは、特に断りのない限り抽象的過失（ただし、職業地位地域性経験などのカテゴリーにより相対化されたもの）を指す⁷。

(3) 過失の前提となる行為義務を決定するある考え方（思考方法） 窪田 55 頁, 潮見 34 頁

▽ハンドの公式（ $C < A \times B$ で導く）

Ⓐ被侵害利益の重大さ

Ⓑ結果発生 of 蓋然性

Ⓒ行為義務を課すことにより犠牲にされる利益（十分な予防措置をとることによる負担）

上記ⒶⒷが大きいほど結果回避の行為義務⁸が要請され、Ⓒが大きいほど行為義務は否定されうる。

| 行為義務の設定により被害者が得られる効用 | | 行為義務の設定により失われる効用 | |
|---------------------------|------------------|-----------------------|-----------------|
| Ⓐ被侵害利益の重大さ × Ⓑ結果発生 of 蓋然性 | | Ⓒ行為義務を課すことにより犠牲にされる利益 | |
| ①生命・身体・自由 | ①それ自体危険な行為 | ①加害者の不利益 | ①回避コスト |
| ②所有権その他物権 | ②危険の創出・継続・支配管理行為 | ②被害者の不利益 | ②加害者の行為・活動からの受益 |
| ③債権 | | ③社会の不利益 | ③加害者の行為の社会的有用性 |
| ④その他の利益 | | | |

山本 89 頁より

4 | 法人の過失 窪田 69 頁

法人に対し不法行為責任を追求する方法には、①使用者責任の追及のほか、②企業自体の不法行為責任の追及等が考えられる。

▽予見義務違反説（主観説）

心理状態を観念できない企業に対して709条は使えない。

▽行為義務違反説（結果回避義務違反, 客観説）

①心理状態は問題でなく、結果回避に向けた行為を観念できるかが問題。709条は使える。

②被害者側の立証負担の軽減できる（加害被用者特定の不要）。

③被用者の選任監督のみならず、業務執行形態の見直しなどへのインセンティブになる。

5 | 過失の立証

原則として、被害者が、加害者の行為態様が過失と評価されることを主張立証する必要がある⁹。

①被告が一定の行為義務を負っていたこと（行為義務の存在）

②被告がその行為義務に反する行為をとった事実（行為義務違反の存在）

⁷ 具体的過失（問題となる当該の者を基準）の例として、無償寄託（民法 659 条「自己の財産と同一の注意」）がある。

⁸ なお予見可能性は行為義務に内包されている。この点について、窪田 61 参照。

⁹ 証明責任が転換される場合として、民法 714 I 但, 同 715 I 但, 同 717 I 但, 同 718 I 但, 自賠法 3 但, 特許 103 等がある。

損害の発生とその額・因果関係

窪田 147 頁, 潮見 41・59 頁

1 | 従来通説（損害論における損害差額説＋因果関係論における相当因果関係説）

(1) 差額説の説明

損害とは、不法行為がなかったとした場合に原告が置かれていたであろう仮定上の財産状態と、不法行為があった結果として原告が置かれている現実の財産状態との差額である（▽差額説）。

そして、損害も不法行為に基づく損害賠償請求の成立要件の1つであり、損害賠償を請求する者は損害の発生的事实だけでなく、損害の数额をも立証すべき責任を負う。

(2) 金銭的マイナス額（損害＝差額）を把握する方法

ある不利益から生じた損害を「全部まとめて何円！」と評価することは、およそ不可能である。

そこで一般に、「個別損害項目積上げ方式」による具体的損害計算を用いる。



損害＝財産的損害（積極的損害＋消極的損害）＋非財産的損害

- ・ 積極的損害＝被害者が有している財産を失ったという損害
- ・ 消極的損害＝被害者が将来得ることができたであろう利益を得られなかったという損害

【個別損害項目積上げ方式のイメージ】

＋ 損害がなかった場合

- ・ 物損（車の破損、服が破れた等）
- ・ 人損（休業損害、逸失利益等）
- ・ 慰謝料

－ 損害があった場合

【参考文献】窪田充見「不法行為法」（有斐閣・2007年）・154頁

「財産的損害の中にも、いわば「財布からお金が出ていってしまう」というタイプの損害と、「財布に入ってくるはずだったお金が入ってこない」というタイプの損害がある。前者を「積極損害」と呼び、後者を「消極損害」と呼ぶ。たとえば、治療費や入院費というのは、前者の典型例として挙げることができる。他方、損害賠償のはなしをしていると頻繁に出てくる逸失利益という言葉は、得られるはずだった利益の喪失を意味し、後者の典型例である。比喩的に表現すれば、前者は領収書のある損害であり、後者は領収書がその性質上あり得ない損害（領収書のない損害）だということになる。」

(3) ▽相当因果関係説

損害＝不法行為がなかったとした場合の財産状態と、不法行為の結果として存在する財産状態の差額

↓しかしながら

この場合の因果関係を、条件関係（あればこれなし）と解すると、責任範囲の拡大をもたらす。

そこで、因果の無限の連鎖のうち、法的に意味のある部分のみを取り出し、それ以外には因果関係は存在しないとすることで、帰責範囲を合理的に限定する（相当因果関係説）。

この見解は、債務不履行に関する民法416条が相当因果関係を定めていると解し、416条は損害賠償の一般論を定めた規定である以上、不法行為にも同条が類推適用される。

2 | 平井説（損害論における損害事実説＋因果関係論における保護範囲説） 平井109頁

(1) 差額説・相当因果関係説への批判 窪田305参照。

①完全賠償主義と因果関係の論理（ドイツ）⇔ 416条における制限賠償主義（日本）

②416条（通常性の基準）は契約者間の契約時点でのリスク分配基準である

(2) 損害論における損害事実説＋因果関係論における保護範囲説

①損害事実（事実認定の問題）

自動車が壊れた、人が負傷した、人が死亡したなどの事実そのもの。

②事実的因果関係

加害行為と損害＝事実との間の「あれなければこれなし」（事実的因果関係説）。

③保護範囲

賠償されるべき損害（事実）の範囲は不利益転嫁を正当化する根拠（違反された行為義務）の保護範囲で定まる。不利益について行為義務違反（過失）があったと評価できるか否かが問題となる（過失一元論）。

④損害の金銭的評価

賠償されるべき損害の金銭評価は裁判官の裁量的判断である。

3 | ▽規範目的説・危険性関連説（潮見）

-省略-

【コメント】

1 司法研修所の見解（本レジュメ2頁目）は「損害の発生」のみならず「その額」まで要件事実として要求しています。これは、損害差額説を前提とすると自明の理です。

他方で、平井博士のような損害事実説を採用すると、請求者は、損害の発生そのものを指摘すればよく、その損害がはたして金銭的にいくらと評価されるかは裁判官の評価（自由心証）の問題になりますから、要件事実に「その額」は関係ないことになります。

2 なお、民事訴訟法248条も参照してみてください。同条文は、損害が生じたことは認められるものの、損害の性質上その額の立証が極めて困難な場合に、裁判所が相当な損害額を認定することができることを示した条文です。

同条の理解として、▽証明度軽減説や▽裁量評価説があることは周知のとおりです。そして、損害額の認定は本来的に裁判官の裁量的評価の問題だと考える平井博士は▽裁量評価説と親和的な見解を示しています（平井宜雄「民事訴訟法248条に関する実体法学的考察」『現代企業法学の研究』（2001年・信山社）455頁参照）。

権利侵害 潮見 15 頁, 窪田 80 頁

1 | はじめに

【民法709条（2004年改正前）】

「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」

旧709条「権利」¹⁰ → 現709条「権利又は法律上保護される利益」と変更された。

しかし、これは従来の判例・学説の通説的見解を明文化したものにすぎない。

2 | 違法性概念の登場

【判例】大判大正3/7/4「桃中軒雲右衛門事件」¹¹ 窪田82頁・潮見16頁

事案：レコード会社Xは、桃中軒雲右衛門という著名な浪曲師のレコードを制作したところ、Yが、無断で複製販売した。そこで、レコード会社XがYに対し、損害賠償を求めた。

結論：浪曲のような歌うたびに言い回しが変わる瞬間芸に「著作権」は成立しないため、権利侵害はない。

ポイント：①709条の「権利」は、それを権利と認定する法律があるか否かで決まる。

②浪曲のような瞬間芸は、著作権法上の音楽的著作物といえない（著作権なし）。

= 不法行為責任が成立するには、すでに権利として確立している利益の侵害が必要

↓ このように権利侵害要件を厳格に解する「桃中軒雲右衛門事件」の立場は、

↓ 「大学湯事件」で覆される。

【判例】大判大正14/11/28「大学湯事件」

事案：「大学湯」という営業表示を使って風呂屋を営業していたYが、Xに銭湯の建物を賃貸するとともに「大学湯」という「老舗」を売却した。そして、この建物の賃貸借契約がXY間で合意解除された後、Yは同じ建物をDに賃貸し、Dに「大学湯」の名前で営業をさせていた。そこでXが、YとDに対し、損害賠償を求めて提訴した。

判旨：「～侵害の対象は売買の目的物たる所有物若し老舗そのものに非ず得へかりし利益即是なり斯る利益は吾人の法律観念上不法行為に基く損害賠償請求権を認むることに依りて之を保護する必要あるものなり～」

ポイント：①権利侵害要件を緩やかに解した。

②民法にはない「法規違反の行為」という要件の追加

¹⁰ 民法起草者の意図としては、被害者が何らかの不利益を被っても、それが「権利侵害行為」にあたるといえる程度の場合に限定しておかなければ、不法行為責任が拡張されるというものであった（消極的な意図に過ぎなかったといわれている）。

¹¹ 私見：たとえば、最判平成23年12月8日・著作百選117事件があります。この判決は、本件北朝鮮映画が著作権法6条3号所定の著作物には当たらないとしつつ、「(不法行為の成否について) 同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である」と判示しました。なお、原審（知財高裁平成20年12月24日・著作百選（第4版）113事件）は、我が国の著作権法上、当該北朝鮮の映画は保護されなくても、不法行為法上の保護には値すると端的に示しています。これらの判例、特に原審の見解は、民法709条が「桃中軒雲右衛門事件」のような厳格な権利概念を採用していないことの証左といえます。

2 | 伝統的見解の理解と違法性要件不要論

(1) 伝統的見解の理解

▽違法性徴表説（末川博）

「権利侵害」＝「違法性の徴表」である。だとすれば、ここで重要なものは徴表された「権利侵害」ではなく「違法性」である。この見解は、大学湯事件の「①権利侵害要件の緩和」「②法規違反の追加」を整合的に説明する。

↓ そして違法性はどのように判断されるかを説明したのが、

▽相関関係説（我妻栄。旧通説）

違法性の有無は、「被侵害利益」と「侵害行為の態様」の相関において判断するべきである。

①被侵害利益が、法的保護を強く要求するものである場合には、侵害行為の態様がそれほど不相当でなくても違法と評価される。例：所有権侵害、生命侵害などが極値（権利侵害＝違法）

②被侵害利益の法的保護要請が比較的弱いものである場合には、侵害行為の態様の不相当さが要求される。例：営業上の利益、貞操、名誉、プライバシーなど

∥つまり、

【伝統的見解（▽予見義務違反説＋▽相関関係説）】

- ・ 主観的要件としての有責性：心理主義的・抽象的過失（▽主観説・予見義務違反説）
- ・ 客観的要件としての違法性：客観的な行為態様×被侵害利益 を不法行為の要件と理解する。

【参考文献】 窪田充見「不法行為法」（有斐閣・2007年）87頁

「伝統的見解は、以上に見たとおり、709条の権利侵害を違法性と読み替える。一方、すでに言及した通り、過失については、心理状態であると理解する立場をとっていた。これによって、不法行為は、心理的な状態に焦点を当てた主観的要件である過失と客観的な態様に焦点を当てた客観的要件である違法性によって支えられるという見解が確立した」

(2) 違法性要件不要論 潮見19頁、窪田90頁

しかし、上述のように過失を主観的要件（▽予見義務違反説）ではなく、客観的要件（▽行為義務違反説）と捉える見解が主流になると、過失と違法性との判断が重なるとの問題意識が生じた。

↓そこで、

▽過失一元論（「過失」と「違法性」の一元化）

伝統的見解のいう「違法性」要件を否定し、「過失」要件に統合する考え方である¹²。

①違法性における行為態様評価との重複¹³。

②裁判例の現実として「違法性概念」を用いていない裁判例が数多く存在¹⁴する。

¹² なお、近時は、不法行為法における②ないし権利追求機能を重視し、権利侵害要件を再評価する見解もある。権利侵害要件再評価論につき、潮見1、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権利論の視点から—」等参照。

¹³ 補足：上記▽相関関係説と▽ハンドの公式（3頁）の考慮要素を比較してみると、類似することに注目しましょう。

¹⁴ 私見：裁判例においては、現在でも「被告のした～という行為は違法というべきである」等の表現が用いられる。しかし、これは、違法性論における違法概念とは異なると考えられる。ここでは「違法」という言葉を、日常用語に近い意味で用いているよう思われる。

4 | 権利ないし利益の要保護性

(1) はじめに

以上のとおり、▽違法性＝相関関係説（かつての通説）、▽過失一元論（ハンドの公式）、▽一定の場合に「権利」侵害という要件をたてる有用性を認める見解がある。しかし、いずれであっても、実際の判断において、発生した結果が法的保護に値するか否かを判断しなければならない点は共通する。

(2) 物権

侵害の形態：所有目的物の滅失・毀損，不法占拠，他人物の処分（第三者保護）など

要保護性：原則として，侵害の事実のみにより要保護性が肯定される

(3) 担保物権

侵害の形態：滅失・毀損による担保価値減少行為，目的物の占有による執行妨害など

要保護性：抵当権に関していえば，その内容は優先弁済権だから，これを害するものでなければ抵当権侵害の要保護性があるとはいえない。

(4) 債権侵害 窪田99頁

▽不法行為責任否定論

債権とは，「特定のものに対して特定の行為を請求する権利」であり，その権利を侵害できるのはその権利に対応した義務を負担している債務者のみである。

▽肯定論

①債権といえども「権利」である以上は不可侵性がある。第三者の侵害に対しては不法行為による保護を与えるべきである

②しかし，物権とは異なり，その内容が公示されないものであり，侵害行為者はその侵害について知らない場合がある。

③契約が自由競争の範囲内であれば，侵害行為は正当化される

↓

以上①②③等を勘案し，従来の通説は，故意を要件とするなど不法行為成立の要件を修正しながらも責任を肯定していく。

(5) その他

営業上の利益，生命・身体健康，名誉・プライバシー等がある。

競業取引規制

1 | 条文・趣旨 LQ223 頁, 江頭 433 頁, 田中 237 頁

【条文】法 356 条 1 項本文・1 号（競業及び利益相反取引の制限）

「取締役は、次に掲げる場合には、株主総会において、当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けなければならない。

①取締役が自己又は第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするとき

規制の趣旨＝取締役により会社のノウハウや顧客情報が利用され会社に損害が生じるおそれがある。

2 | 競業取引の要件

要件①取締役

要件②自己又は第三者の「ために」 江頭 434 頁注 2

▽計算説¹（自己又は第三者の計算）

競業取引規制の効果は取締役・第三者の得た利益の額を会社の損害と推定（423 条 2 項）できるところにあるから、実質的利益が誰に帰属するかで判断するべきである。

LQ224 頁「いずれにしても、競業取引として規制されるのは取引であるから、Case4-14①は、取締役AがY会社を代表してその事業における取引をしない限り²、規制の対象にはならない」

要件③会社の事業の部類に属する取引

＝会社が実際に行なっている取引と、目的物と市場（地域・流通段階等）が競合する取引をいう。

会社が現に行なっていないくても、進出のために準備を進めている事業については規制の対象となる³。

3 | 重要な事実の開示と取締役会（非取締役会設置会社では株主総会）の承認

(1) 重要な事実の開示と承認 LQ221 頁（利益相反）、コンメVII73 頁、田中 239 頁

承認の前提となる重要事実の開示は、取締役会（株主総会）が承認すべきか否かを判断するための資料を提供するために行われる。

重要事実の開示があったか否かも、この見地から、①取引の相手方、②取引の種類、③目的物・数量・価格、④履行期、⑤取引の期間などを総合し、判断のために十分な事実が開示されたかで決する。

(2) 事後の報告 LQ221 頁（利益相反）

競業取引をした取締役は、取引の後遅延なく、重要な事実を取締役に報告する義務がある（365 II）。

これにより、会社は取締役の損害賠償責任を追及するかどうかを判断できる。

¹ 比喩的にいえば、▽計算説とは「誰の財布からお金が出たか（どの会社の財産から支出されたか）」ということである。他方、利益相反取引における▽名義説は、「誰の名前で契約書に記名押印をしたか（取引をしたか）」である。なお、田中 238 頁コラム 4-43 も参照。

² 対外的に業務の執行をするのは、原則として、代表取締役である（349IV, LQ173 頁）。そのため、意思決定機関の構成員である取締役に就任しているのみでは、「取引をした」とは評価できない。LQ224 頁はこの意味である。

³ 東京地判昭和 56/3/26・百選 55 事件参照。進出計画に具体性・確実性があるか等が考慮要素になる。

4 | 承認を受けなかった競業取引の効力と取締役の責任 LQ225 頁

(1) 承認を受けなかった競業取引の効力

取締役会の承認を受けずに競業取引が行われた場合であっても、その取引は無効とはならない。
競業取引は会社以外の者と取締役との取引であり、これが無効でも会社にとっては救済にならない⁴。

(2) 取締役の責任

承認を得ない競業取引については、423条2項の適用がされる。
なお、損害額の認定につき、名古屋高判平成20/4/17・百選55事件解説参照、および事例で考える201頁以下参照。名古屋高判は「取締役および取締役の親族が競業会社から得た役員報酬の額の一部を取締役が得た利益の額としている点」に特徴がある。

5 | 承認を受けた競業取引の効力と取締役の責任 LQ225 頁, 江頭 436 頁

LQ225 頁「競業取引が行われ、それによって会社に損害が生じた場合、取締役会の承認を受けたかどうかに関わりなく～会社に対して損害賠償責任を負うことがある」

↓

それでは「承認」を得ることの意味は？

- ・承認を得ていなければ423条2項が適用される。
- ・承認を得ていない事自体が会社法違反（法令違反）となりうる。

6 | 名古屋高判平成20/4/17

【参考判例】名古屋高判平成20/4/17・新判例30事件、百選55事件解説参照

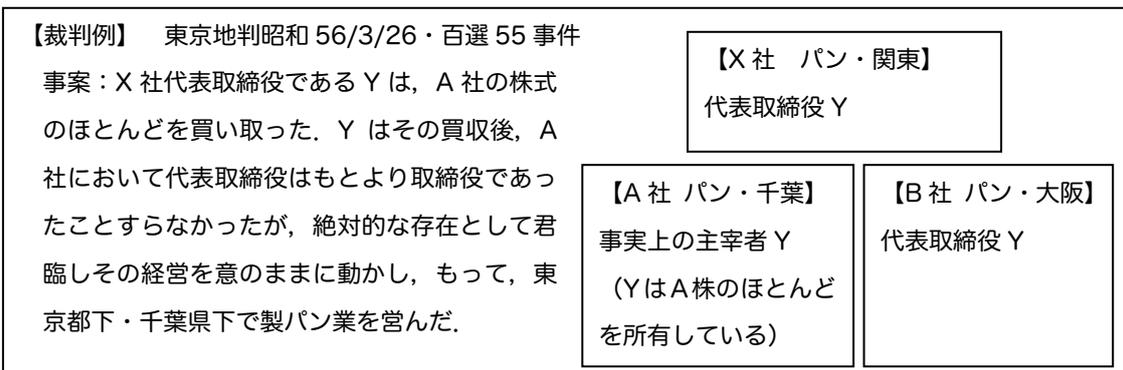
事案：Y1は、貸コンテナ業を営むX社の代表取締役である。Y1の家族が出資して貸コンテナ行を目的とするY2有限会社が設立され、取締役にはY1の長女等の親族が就任した。

判旨：「Y2社の貸コンテナ業は、Y1がいなければ成り立たない～」「Y2社においては、貸コンテナ事業で重要な土地の賃貸借契約をY1が担当し、土地の貸主の紹介、貸コンテナの設置作業、仲介及び集金等についてはX社が利用してきたのと同じ業者を利用していること」「Y2社の事務所はY1の自宅であり～」「Y2社に出資し業務に従事しているのがY1の家族であることからすれば、Y1はY2社を事実上主催」していたのであり「競業避止義務に違反したというべきである」

「Y1が競業避止義務違反によって得た利益は、役員報酬又は給与手当が役務の対価又は労務の対価であり、Y2においてY1が資金調達、信用及び営業について中心的役割を果たしていることに鑑みれば、Y1及びその家族の報酬の合計額の5割とするのが相当である。」

⁴ 私見：例えば、不動産会社X社の代表取締役Aが、Y社を代表して不動産業を競業していたとする。Y社と消費者との間の競業取引(日々の不動産の売買や賃貸)を無効にしたとしても、X社としては何の意味もない。消費者がX社と再び取引をすることは限らないし、第三者である消費者に不測の損害を与える訳にもいかないからである(さらにいうと、パン販売の競業の場合を想起すると、Y社と個々の消費者とのパンの売買など無効にして意味があるのだろうか)。そのため、(2)のとおり、金銭解決をするのである。

7 | 東京地判昭和 56/3/26 「山崎製パン事件」・百選 55 事件



(1) 事実上の主催者 (②「第三者のために」)

判旨は、Y は A 社の事実上の主宰者として、第三者である A 社のために、X 社の事業の部類に属する取引 (製パン業・千葉県) を行ったとした。

つまり、A 社は形式的には A 社代表取締役によって取引を行っているが、それを実質的には Y が実行していたと解するのである。

(2) 委任の本旨 LQ223 頁

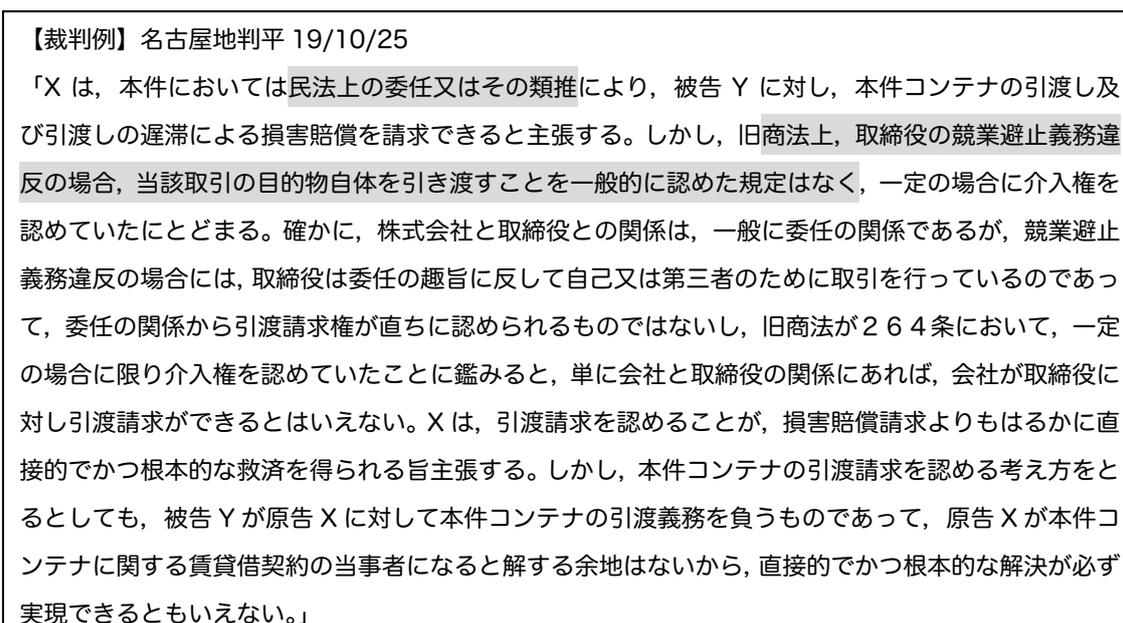
判旨は、X 社は、委任またはその類推により Y が持つ A 社株の移転を求めることができるとした。

すなわち、会社がある取締役に業務執行に関する一切の決定を委任したとみられる場合 (ワンマン社長等。なおここにいう「委任」は法 330 条の任用契約とは異なる) に、当該取締役が会社の事業にとって有益な財産を自己のために取得したとき、受任者の受取物等引渡義務に関する民法 646 条を適用しないし類推適用して、会社は取締役に對してその財産の引渡しを請求できるとした。

↓

ただし、この委任構成には批判が強い (百選 55 事件解説参照)。

名古屋高判平成 20/4/17 の原審：名古屋地判平成 19/10/25 も、コンテナの引渡請求を否定する。



8 | 競業取引の周辺

(1) 会社の機会の奪取 LQ225 頁, 江頭 437 頁注 6, コンメVIII71 頁

会社の事業の部類に該当しない取引（実際に行っていない・準備もしていない新規事業）は、本条の規制外である。しかしながら、忠実義務の一類型として、一定の場合には、会社を知っていれば行ったであろう蓋然性が高い取引についてはその機会を提供すべき義務を負う（会社の機会の奪取）。具体的には①会社の規模、②閉鎖性、③取締役の会社内での地位を勘案して、当該取引が「会社の機会」か否かを判断する。

【参考文献】 商事法務コンメンタールVII・71 頁（北村雅史）

「従来の議論を前提にすると、(i) 取締役がその職務遂行に関連して知り得た取引の機会、(ii) 会社がその事業の維持便益のために探し求めている取引の機会、(iii) 会社の情報または人的物的施設を用いて取締役が入手しうようになった取引の機会が、会社の機会とされる。もっともこれは、会社の規模・閉鎖性・取締役の会社内の地位等によって変わり得るものといわなければならない」

(2) 取締役在任中⁵の従業員の引抜き LQ225 頁, 東京高判平成元/10/26・百選A16⁶

取締役により従業員を引き抜かれ、会社は休止状態に陥った。任務懈怠責任を問えないか。

この点、取締役は忠実義務の内容として、会社の事業を円滑に運営すべき義務を負うところ、

▽厳格説（当然説） 百選 A16 事件・法教 388 号（北村雅史）

引抜きはまさに会社と役員との競争の場面であり、退職勧誘をすれば当然に忠実義務違反となる。

引きぬかれた人数や人材の重要性等は「損害額」の算定要素にすぎない。

▽不当勧誘説（不当性考慮説） 江頭 437 頁

取締役が退社に至る経緯は様々であり、それらを一律に捨象し忠実義務違反とすることは出来ない。

そこで、①勧誘方法の不当、②人数・役割、③取締役が退任に至った事情、④従業員の待遇、⑤

取締役と従業員の間接関係を勘案して、不当な態様の勧誘であれば義務違反となる。

(3) 退職後の競業行為制限（競業禁止特約）⁷ 江頭 438 頁, コンメVIII72 頁

356 条 1 項 1 号は「取締役」としており、退職後の競業については射程外である。

もっとも、私的自治原則ゆえ競業行為を制限する特約を設けること自体は可能である。

しかし、職業選択の自由を保障する必要があるから、あまりに広範な特約は公序良俗違反となる。

具体的には、①競業禁止期間の長短、②禁止の場所的範囲・対象職種、③代償措置の有無等を勘案して判断する。

⁵ 引きぬき自体が取締役退任後に行われたとしても、在任中に計画し実行に移しつつあったという一連の行為をもって忠実義務違反を認定した裁判例として、前橋地判平成 7/3/14・判例講義 88 事件（北村雅史解説）参照。

⁶ 近時の裁判例として、東京地判平成 22/7/7・ジュリ 1441 号 119 頁（久保大作解説）参照。また、▽厳格説・▽不当勧誘説のネーミングは北村雅史解説に依る（法教 388 号）。なお、演習問題として、法教 339 号（松井）、LP180 頁がある。

⁷ 労働法の裁判例であるが、奈良地判昭和 45/10/23「フォセコジャパンリミテッド事件」労働法百選 84 事件も参照。同事件は、①二年間と短い期間、②金属製造という狭い業界、③技術的秘蔵でありやむを得ないことを勘案して、競業禁止特約は有効であると判示した（ただし、従業員と役員とを同列に論じることができるかについては全くの別論である。）。また、競業禁止特約を締結していない退職従業員が行う競業行為が不法行為に当たらないとされた事例として、最判平成 22/3/25・セレクト 2010 民法 7 事件参照。

利益相反取引規制

1 | 利益相反取引・承認を要しない利益相反取引 LQ220 頁, 田中 239 頁

(1) 利益相反取引

会社と取締役の利益が相反する場合、取締役が私心を去って会社の利益のために自己を犠牲にすることを常に期待することが困難であり、会社が害されるおそれがある。そこで、利益相反取引（直接取引・間接取引）については、取締役会（非取締役会設置会社では株主総会）の承認が必要とされる。

(2) 承認を要しない利益相反取引 LQ221 頁 Column4-30, 田中 242 頁

①会社の利益が害されるおそれのない行為

- ・ 会社が取締役から無利息・無担保で貸付けを受けること（最判昭和 38/12/6）
- ・ 債務の履行、普通取引約款に基づく取引等

②利益相反取引の規制は会社ひいては株主の利益を保護するためのものであるから

- ・ 会社の一人株主との取引（最判昭和 45/8/20）
- ・ 株主全員の合意がある場合（最判昭和 49/9/26・百選 56 事件）

(3) 承認・事後の報告 LQ221 頁

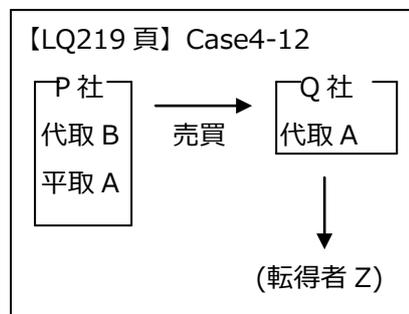
競業避止義務違反の項を参照。

2 | 直接取引 LQ219 頁, 江頭 440 頁, 田中 240 頁は▽計算説

直接取引＝「取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき」（356 条 1 項 2 号）



ここでの「ために」とは、取引の法律上の当事者がいずれか（▽名義説）という見地から判断される（競業取引が▽計算説であることと区別すること）。

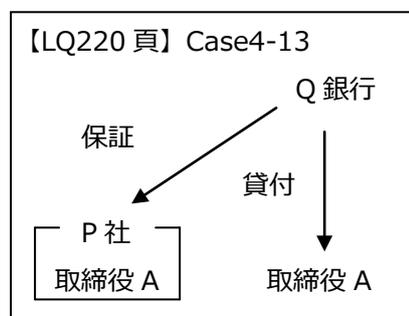


3 | 間接取引 LQ220 頁, 江頭 441 頁

間接取引＝「株式会社が取締役の債務を保証することその他取締役以外の者との間において株式会社と当該取締役との利益が相反する取引をしようとするとき」（356 条 1 項 3 号）



間接取引は程度の大小を問わなければ無限にあり得る。そこで、線引が必要となるが、取引の効力に影響をおよぼすことから基準の明確性が要求される。この点、LQ220 頁は「通説は、会社と第三者の間の取引であって、外形的・客観的に会社の犠牲で取締役に利益が生じる形の行為が規制の対象になるとする」と述べる。



4 | 承認¹を受けない取引の効力 LQ222 頁, 江頭 443 頁

(1) 相対的無効説

【判例】最判昭和 46/10/13・百選 57 事件、法教 382 号 85 頁以下

判旨：「手形が本来不特定多数人の間を転々流通する性質を有するものであることにかんがみれば、取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから、会社がその取締役宛てて約束手形を振り出した場合においては、会社は、当該取締役に対しては、取締役会の承認を受けなかつたことを理由として、その手形の振出の無効を主張することができるが、いつたんその手形が第三者に裏書譲渡されたときは、その第三者に対しては、その手形の振出につき取締役会の承認を受けなかつたことのほか、当該手形は会社からその取締役宛てて振り出されたものであり、かつ、その振出につき取締役会の承認がなかつたことについて右の第三者が悪意であつたことを主張し、立証するのなければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れえないものと解するのを相当とする」

▽相対的無効説 最判昭和 43/12/25・百選 58, 最判昭和 46/10/13・百選 57

取締役会の承認を得ないでした利益相反取引の効力は、民法 108 条違反の場合と同様に一種の無権代理人の行為として無効である。しかしながら、取引の安全の見地から、第三者の悪意・重過失²を会社が主張立証しなければならない。

↓

つまり、▽相対的無効説からは、

- ①直接取引の相手方＝無効
- ②直接取引の転得者＝悪意・重過失の場合のみ無効³
- ③間接取引の相手方＝悪意・重過失の場合のみ無効

↓

【対象】

- ①利益相反取引であること
- ②取締役会の承認がないこと

(2) 無効の主張権者 LQ222 頁, 江頭 444 頁注 8

利益相反取引規制は会社の利益を保護するためのものであるから、相手方の側から取引の無効を主張することは出来ない（最判昭和 48/12/11）。

(3) 承認を得ない利益相反取引と任務懈怠 田中 243, 274 頁

任務懈怠が推定される（423 条 3 項, 428 条 1 項）。

¹ コンメ VIII 79 頁（北村雅史）が「直接取引が同時に会社にとって重要な財産の譲渡・譲受けや多額の借財にあたる時、取締役会設置会社では、利益相反取引の承認と重要な財産の処分等のための取締役会決議が必要になる」とする（事例演習教材・演習 2 および、弥永真生「演習会社法<第二版>」（有斐閣・2010 年）89 頁も参照のこと）。

² 百選 57・58 事件ともに「悪意」としている。にもかかわらず、重過失のある第三者は保護されないとする見解があり、これは学説の多数説でもある（LQ222 頁）。この見解の背後には、①百選 57 事件の大隅健一郎補足意見（「当該手形の振出につき取締役会の承認を受けなかつたことのほか、その第三者の悪意（悪意のほか重過失を含む趣旨と考える）をも主張し、立証するのなければ、その振出の無効を主張して手形上の責任を免れえない」）や②裁判例（東京地判昭和 48/6/25 「純然たる個人間の取引ではないため、この程度の注意義務（重過失）を課しても酷ではない」）がある。詳しくは、法教 382 号 90 頁。

³ LQ222 頁「会社が取締役に譲り渡した財産の転得者等にも、同様に妥当する」とはこの意味である。たしかに、百選 57 事件は手形が転々流通するものであり高度の取引安全が要求されることを理由にしているとも思えるが、手形行為以外の直接取引についても取引の安全は図られる必要が有ることから、学説の多数は本文②の場合も悪意・重過失を要求する。

補遺：直接取引と間接取引の類型

以下は、コンメVIII77 頁以下および江頭 413 頁を基礎に作成しています。略語「LL」は「Last Line」を意味し、下から〇〇行目を指します。

1 | 直接取引

| | |
|---|--|
| <p>【Case1〇】 コンメ 77 頁 LL2 行目</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block; margin-right: 20px;"> <p>【P 社】 代表取締役 B 取締役 A</p> </div> <p>—————</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;"> <p>A</p> </div> | <p>「会社を代表する取締役が、取引の相手方である取締役でない場合でも、本条 1 項 2 号の規制対象となる。会社の業務執行に関与する取締役との間の取引であり、また取締役間での結託の危険があるからである」</p> |
| <p>【Case2×】 コンメ 78 頁 LL2 行目</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block; margin-right: 20px;"> <p>【P 社 = A が株式の 100%を有する】 代表取締役 A</p> </div> <p>——</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;"> <p>A</p> </div> | <p>「取締役とその者が全株式を有している会社との取引については、取締役と会社間に利益相反関係がないので本条 1 項 2 号の適用はない（最判昭和 45/8/20）」</p> |
| <p>【Case3×】 コンメ 81 頁 (I) L1 行目 (なお、江頭 440 頁注 2 参照)</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block; margin-right: 20px;"> <p>【P 社】 代表取締役 A</p> </div> <p>—</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;"> <p>【Q 社】 代表取締役 B 取締役 A</p> </div> | <p>「P 社と Q 社間の取引で P 社の取締役 A が Q 社の取締役を兼ねていても、Q 社を代理・代表する者が A でなければ、P 社において株主総会・取締役会の承認は不要である（通説）。A が Q 社の代表取締役であっても、Q 社に他の代表取締役がいてその者が Q 社を代表して当該取引を行う場合も同様である」「A が Q 社を代表すべき法的地位にないが、事実上 Q 社の経営を支配している場合は、A を Q 社の事実上の主宰者と見て、直接取引規制を適用する余地はある（大阪高判平成 2/7/18）」</p> |
| <p>【Case4〇】 コンメ 81 頁 LL4 行目</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block; margin-right: 20px;"> <p>【親会社 P 社】 取締役 A</p> </div> <p>——</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;"> <p>【子会社 Q 社】 代表取締役 A</p> </div> | <p>「親会社の取締役が子会社を代表して親会社と取引する場合にも本条の直接取引規制の対象となる。子会社に、当該親会社以外の株主が存するとき、親会社の利益と子会社の利益が衝突する可能性があるからである。もっとも、親会社が子会社の発行済株式総数の 100%を保有する場合は、親子会社間に利害の対立がないといえるので、いずれの会社においても本条の適用はないと解されている（大阪地判昭和 58/5/11）」</p> |

2 | 間接取引

【Case5】 コメ 82 頁 LL7 行目

【P社】
取締役 A

—

【Q社=Aが株式の
100%を有する】
代表取締役 B

「会社が、取締役が全株式を有する他の会社と取引を行う場合には、上述のようにこれを直接取引と解する見解があるが、少なくとも間接取引に該当することについてはそれほど争いはなからう。取締役が家族等の持株を合わせて実質的に全株を保有する他の会社との取引も同様である。しかし、持株比率がそれを下回ったばあいはどうであろうか。持株比率が小さくても利益相反状況が存在することは否定できないが、基準の明確性の観点から、発行済株式総数の過半数又は議決権総数の過半数を取締役が有している他の会社との取引は、規制対象に含めるべきである（龍田 79 頁。前田雅弘 308 頁はこれを直接取引に含める）。会社が取締役の配偶者や未成年の子と取引を行う場合にも、本条 1 項 3 号の間接取引と解してよいかについても見解が分かれる。規制範囲の明確性の観点から否定説が多いが（森本 245 頁）、配偶者や未成年の子は経済的に一体となっている場合が多いことからこれも間接取引に含める見解も有力である」

【Case6】 コメ 83 頁 L 8 行目

「会社が、取締役が全株式を有する他の会社の債務を保証する場合も、本条の間接取引と解してよい（名古屋地判昭和 58/2/18）。取締役が株式の過半数を保有する他の会社の債務を保証するような場合は見解が分かれ得るが、上に述べたところ（注：Case 5）と同じく、規制に含めるべきである」

【Case7】 コメ 83 頁 LL15 行目

【P社】
取締役 A

| 保証

【Q社】
代表取締役 A

【銀行】

/ 主債務

「P社の取締役 A が Q の社の代表取締役を兼ねている場合、P社が Q 社の債務を保証する場合を間接取引として規制範囲に含めるのが通説である。P社を A が代表して保証契約を締結した場合は利益相反の危険性がより大きくなるが（最判昭和 45/4/23）、代表取締役の地位の重要性にかんがみると、P社を A 以外の者が代表しても、規制対象となると解すべきである。直接取引とのバランスを考慮して、A が Q 社を代表して主たる債務を負担したことを要件とすべきとの見解がある。しかし、P社による債務保証から生じる利益衝突の危険は、その債務を Q 社がどのように負担することになったかにはそれほどかわらないので、そのように限定する必要はなからう。P社の取締役が Q 社の代表権のない取締役や監査役などを兼ねるにすぎないときは、P社による Q 社の債務の保証には本条の規制は及ばない（東京地判平成 10/6/29）。そのような兼任関係だけでは会社と取締役との利益衝突の危険性が典型的に存するとはいえず、また直接取引とのバランスからしても、このような取引を利益相反取引の規制対象とすることは妥当ではない」

報酬規制

LQ226 頁, 争点 72・73。ストック・オプションについては争点 43 は必読

1 | 条文・趣旨 LQ226 頁, 江頭 445 頁, 田中 245 頁

【条文】法 361 条 1 項（取締役の報酬等）

「取締役の報酬，賞与その他の職務執行の対価として¹株式会社から受ける財産上の利益（以下この章において「報酬等」という。）についての次に掲げる事項は，定款に当該事項を定めていないときは，株主総会の決議によって定める。

- 一 報酬等のうち額が確定しているものについては，その額
- 二 報酬等のうち額が確定していないものについては，その具体的な算定方法
- 三 報酬等のうち金銭でないものについては，その具体的な内容

▽お手盛り防止・政策説²

報酬等の決定は，株式会社と取締役との間の任用契約によって決まるところ，報酬等の決定を任用契約に委ねた場合，取締役同士の馴れ合いによって報酬額をつり上げる弊害（お手盛り）が生じうる。法 361 条は，このことを防ぐためのものである。

2 | 報酬等の種類と決定方法 LQ226 頁, 江頭 445 頁

(1) 俸給についての株主総会の決議方法

俸給は報酬（1 号）にあたり，株主総会の承認が必要であるところ，この承認については，いわゆる「総額枠決定方式」でよいとするのが判例（最判昭和 60/3/26）・通説である。

理由① 総額として上限を決定しておけばお手盛りの危険は防ぎうる。

② 個人別の報酬額を明らかにしたくないという取締役のプライバシーへ配慮する必要

↓

そして，株主総会決議で取締役会に報酬決定が一任された場合，本則通り（脚注 2 参照），取締役会の多数決³によって具体的な報酬配分が決まる（369 条 1 項）。

さらに，取締役会から代表取締役に決定権を再一任できるか争いがある。

▽肯定説 判例・実務・多数説

お手盛り防止の目的はすでに果たしている。個人別の報酬が明らかになるのを避ける必要性。

▽否定説

取締役会は，代表取締役の監督をするところ（362 II），その趣旨に反する。

¹ 弔慰金や見舞金についても「職務執行の対価」といえるか否かで報酬規制に服するか決まる（なお、江頭 422 注 3）。

² この見解は、取締役の選任権と任用条件の決定とを区別することを前提とする。すなわち、誰を取締役にするかという選任権は株主総会にあるが（329 条）、任用条件（報酬・勤務時間・休暇等）を決定するのは取締役会であると理解している。その上で、報酬についてのみ、お手盛りの観点から株主総会の権限とするのである。なお、報酬決定は本来的に株主総会の権限とする見解もある。

³ この際、各取締役は特別利害関係人にはあたらぬとされる。報酬総額が総会決議によって定められている以上、各取締役にどのよう報酬が配分されようとも、会社と取締役との間の利害対立は解消しているからである（コンメ VIII 166 頁、類型別 I 98 頁）。

(2) 退職慰労金についての株主総会の決議方法 LQ227 頁, 江頭 432 頁, 田中 247 頁

【判例】最判昭和 39/12/11・百選 61・判例講義 73 事件

判旨：「株式会社の役員に対する退職慰労金は、その在職中における職務執行の対価として支給されるものである限り、商法二八〇条、同二六九条にいう報酬に含まれるものと解すべく、これにつき定款にその額の定めがない限り株主総会の決議をもつてこれを定むべきものであり、無条件に取締役会の決定に一任することは許されないこと所論のとおりであるが、被上告会社の前記退職慰労金支給決議は、その金額、支給期日、支給方法を無条件に取締役会の決定に一任した趣旨でなく、前記の如き一定の基準に従うべき趣旨であること前示のとおりである以上、株主総会においてその金額等に関する一定の枠が決定されたものというべきであるから、これをもつて同条の趣旨に反し無効の決議であるということとはできない。」

退職慰労金（退職慰労年金）も、在職中における職務執行の対価として支給される⁴ものであるため、報酬（1号⁵）にあたる（報酬の後払的性格）。



株主総会決議については、判例・通説は、「総額枠決定方式」ではなく、支給総額の上限も明示せずに、単に一定の支給基準に従い退職慰労金を支払うこととし、具体的な支給額・支給期日及び支給方法は取締役会に一任する旨の決議をすることも認めている。

理由①退任取締役は支給決定に参加しないので、通常の報酬等よりも規制を緩和することに合理性がないとはいえない（江頭 459 頁注 26）

②個人別の支給額を明らかにしたくないという心情も理解しうる



この方式による場合、一般に下記①②いずれも満たす必要があるとされる。

①一定の支給基準が存在し、その内容が法の趣旨に合致すること

②株主の推知可能性があること（会社規則 82 II。法 301 I 参照）

(3) ストック・オプション（省略） LQ227 頁, とくに争点 43（伊藤靖史）は必読

(4) 使用人兼取締役の使用人分の給与 江頭 449 頁注 5, LQ227 頁, 争点 72 III 1(2)

使用人分給与については、会社法 361 条は適用されない（最判昭和 60/3/26・判例講義 71 事件⁶）。

⁴ 判旨「職務執行の対価として支給されるものである限り」の文言からは、功勞報償と職務執行の対価を区別しうる場合があるともおもえる。しかしながら、功勞報償も職務執行の対価の一態様にほかならないから、これを報酬規制から除外するのは不合理であるとして、退職慰労金は一般的に報酬にあたるとする理解が支配的である（コンメVII171 頁。および法教 328 号 129 頁（北村雅史演習）

⁵ 一定の支給基準に確定した数値を当てはめれば支給額の上限が定まることから、婉曲的ではあるが支給する「額」を定めていると認めてよいというのが従来の判例の立場であり、これに従うと 2 号ではなく 1 号となる（コンメVII171 頁）。

⁶ 同最判は、①使用人として受ける給与の体系が明確に確立されている場合において、②別に使用人として給与を受けることを予定しつつ、取締役として受ける報酬額のみを株主総会で決議することとしても、取締役としての実質的な意味における報酬が過多でないかどうかについて株主総会がその監視機能を十分に果たせなくなるとは考えられないことを理由とする。

なお、使用人分給与が報酬規制に服さないとしても、利益相反取引の規制には服する（コンメVII79・161 頁）。ただし、取締役会設置会社において、取締役会の承認のある給与体系に基づいて支給される場合には、個別の承認は不要である。

3 | 株主総会決議があった場合に生じる問題

(1) 報酬の減額・無報酬化の可否 LQ229 頁, 江頭 450 頁, 田中 251 頁

【判例（俸給）】最判平成 4/12/18・百選 62・判例講義 72 事件

判旨：「株式会社において、定款又は株主総会の決議（株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。）によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではないと解するのが相当である。この理は、取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に右株主総会決議がされた場合であっても異なる。」

【判例（退職慰労(年)金)】最判平成 22/3/16・重判 H22 年商法 3・判例講義 74 事件

要旨：内規の廃止による取締役の退職慰労年金不支給につき、「本件内規の廃止の効力を既に退任した取締役に及ぼすことは許されず、その同意なく上記退職慰労年金債権を失わせることはできないと解するのが相当である」とした。

減額・無報酬化については、契約の拘束力を理由に、同意・黙示の同意がない限り⁷認められない⁸。もっとも、取締役の報酬が役職に応じて定められ、それが慣行又は内規となっている会社においては、役職の変更に伴う報酬の減額は特約ないし黙示の同意を理由に許容されうる（判講 72 参照）。

(2) 退職慰労金の不支給決議 法教 328 号 129 頁（北村雅史）

退職慰労金贈呈に関する株主総会決議があったにもかかわらず、取締役会が具体的な支給決定をしない場合、どのようにして処理されるか。

↓

上記平成 4 年最判を前提とする限り、取締役会決議がない以上、会社に対して退職慰労金の支払請求をすることは出来ない。

もっとも、株主総会から退職慰労金の支給に関する決定を一任された取締役会は、支給基準に基づき金額・支給方法等の決定をすべき義務を負う（355 条。「株主総会の決議を遵守」）

この点を任務懈怠として構成し、退任取締役は取締役に対し 429 条の責任を追及しうる⁹。

⁷ 同意がない場合にも減額・不支給が許されるかについては、江頭 423 頁注 8、百選 62 事件解説等参照。

⁸ 私見：同意・黙示の同意があるか否かは慎重に判断すべきである。たとえば、労働法上の議論として、労働者が賃金債権を放棄ないし合意相殺する場合には、賃金が重要な生活原資でありかつ経験則上安易に放棄することはあまりないことに照らすと、「労働者の自由意思は慎重に認定され、労働者が合意に至った経緯や同意の態様（使用者による強要の有無）、相殺が労働者の利益になるかなどを総合して自由意思の有無が判定される」との問題意識がある（以上につき、土田道夫「労働法概説く第二版」(弘文堂・2012 年) 93 頁等参照)。労働者と役員とを直ちに同列に論じることはできないが、自由意思を慎重に認定するという発想自体は、あてはめ段階（事実認定段階）で十分に考慮しうる。また、取締役は役職にかかわらず厳格な責任を負うので、無報酬とすることについて黙示の同意を認定するには慎重であるべきとの指摘がある（類型別 I 103 頁）。

⁹ ▽429 条構成のみならず、法教 328 号 129 頁にある▽基本慰労金額部分については株主総会決議の時点で発生する構成、▽不法行為構成がある。また、退職慰労金が報酬の後払的性格有する点を強調し、後述の▽不当利得等で救済する余地もありうる。

4 | 株主総会決議がなかった場合に生じる問題

法教 380 号 122 頁（北村雅史）参照

(1) 不支給の事例（株主総会決議がなかった場合における退職慰労金の不支給）

【事例】閉鎖的な株式会社 P 社には、取締役 A・B・X の三名がいる。20 年間 X は P 社の取締役であったが、ワンマン経営者 A と仲違いしたため退任することになり、X は退職慰労金を請求した。しかし、P 社および取締役 A・B は株主総会決議がないことを理由にこれを拒んだ。

①全株主が同意している場合

株主総会決議があるのと同視して支給を認めうる。ただし【事例】においてはこのような事情はない。

②全株主の同意がない場合

▽原則有償説

会社と取締役の間の認容契約が有償である旨の黙示の特約があることを前提に、報酬を請求できる。

しかし、裁判所が証拠に基づいて取締役の能力に評価を加えて報酬額を算定することは、会社法の予定するところではないとの批判がある。

▽不当利得説

会社が取締役の役務の提供を適正な対価の支払いなしに受けていることは不当利得である。

▽不法行為説

代表取締役が特定の取締役の報酬の支給について株主総会に付議しないことが、代表取締役の不法行為であるとして、会社が、報酬を支給されなかった取締役に対し損害賠償責任を負う（350 条）

▽信義則説

(2) 支払済の事例（株主総会決議がなかった場合における支払済報酬の返還請求） 江頭 460 頁注 27

【判例】最判平成 15/2/21・百選 A17・判例講義 75 事件・法教 380 号 122 頁
 判旨：「株式会社の取締役については、定款又は株主総会の決議によって報酬の金額が定められなければ、具体的な報酬請求権は発生せず、取締役が会社に対して報酬を請求することはできないというべきである。ただし、商法 269 条は、取締役の報酬額について、取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止するために、これを定款又は株主総会の決議で定めることとし、株主の自主的な判断にゆだねているからである。そうすると、本件取締役の報酬については、報酬額を定めた定款の規定又は株主総会の決議がなく、株主総会の決議に代わる全株主の同意もなかった（菱田注：全株主の同意があれば結論が変わると反対解釈できる）のであるから、その額が社会通念上相当な額であるか否かにかかわらず～報酬請求権を有するものということとはできない。」

【判例】最判平成 21/12/18・百選 A18 事件
 要旨：退職慰労金を支給する旨の株主総会の決議等は存在せず、上告人が本件金員の支給を受けたことは、法律上の原因を欠き不当利得になるとした上で、発行済株式総数の 99%以上を保有する会社代表者が当該支給を黙認していると評価でき、また退任取締役が従前退職慰労金を支給された取締役と同等以上の業績を上げてきたこと、返還請求まで約 1 年経過したこと等の事情があるとするれば、会社が退職慰労金相当額の返還を請求することは、信義則に反し権利の濫用として許されない（菱田注：報酬の不当利得返還請求の事案につき、会社が取締役の役務の提供を適正な対価の支払いなしに受けている不当利得と報酬の不当利得とを相殺することで救済する見解がある）。

役員等の第三者に対する責任（429条）とは

1 | 条文・要件総論 LQ249 頁, 田中 350 頁

(1) 要件のまとめ

①役員等

②任務懈怠 …………… 直接損害事例 → 債務超過またはそれに近い状態にある場合には、会社債権者の損害拡大を阻止するため、取締役には会社の状況を把握し、再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務を負う。

間接損害事例 → 423条の場合と同様。

③悪意・重過失 …………… 任務懈怠についての悪意・重過失で足りる。

④「第三者に生じ …………… 損害には、直接損害・間接損害の両者を含む。

た損害」の発生
とその額

第三者には、直接損害の場合には株主を含むが、間接損害の場合には株主を含まない。

⑤因果関係 …………… 直接損害＝任務懈怠と第三者の損害との因果関係

間接損害＝任務懈怠と会社の損害との因果関係＋会社の損害と第三者の損害の因果関係が必要

(2) 責任の性質¹

▽法定責任説 最判昭和 44/11/26・百選 70 事件

第三者保護のための特別の法定責任である³。①株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、②しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであるから、第三者を保護する必要があることを理由とする。

| | 悪意・重過失の対象 | 損害の範囲 | 一般不法行為との競合 |
|--------------------|------------|---------|------------|
| 法定責任説 ² | 任務懈怠 | 両損害包含説 | 肯定（両債務競合説） |
| 特殊不法行為責任説 | 自己に対する権利侵害 | 直接損害限定説 | 否定 |

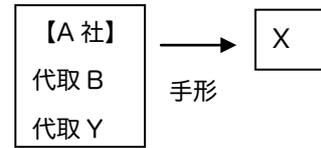
¹ 最判昭和 44/11/26・百選 70 事件への強力な批判と法 429 条の存在意義について、田中 351 頁コラム 4-79 参照。

² 上記表に記載された事項以外の▽法定責任説の特徴として、①時効期間（法定責任であるため一般の債権と同様 10 年の消滅時効にかかる。最判昭和 49/12/17）、②履行遅滞に陥る時期（429 条の債権は履行の請求を受けた時に遅滞に陥る。最判平成 1/9/21。なお、通常不法行為債権は損害の発生時に遅滞に陥ることにつき、最判昭和 37/9/4 参照）、③遅延損害金（民法所定の年 5 分である。最判平成 1/9/21）、④過失相殺（民法 722 条 2 項を直接適用できないが類推適用は可能である。最判昭和 59/10/4）等がある。以上につき、江頭 508 頁（ハ）参照。

³ 429 条 2 項（不実の情報開示に対する責任）についても、規定文言が「～前項と同様とする」としていることから、1 項と同じく第三者保護のため不法行為責任とは別個に会社法が定めた特別の法定責任である。この点につき、「論点体系 3」（第一法規・2011）・456 頁（江頭執筆）参照。

【判例】 最判昭和 44/11/26・百選 70 事件

事案：A 社代表取締役 B は、同社代表取締役 Y 名義で、鋼材資金の代金支払いのために約束手形を X に振出した（Y が A 社取締役になったのは、Y の信用を A 社が利用するため）。その後、手形不渡りとなり X は鋼材資金の回収ができなくなったため、Y を提訴した。



判旨：「もともと、会社と取締役とは委任の關係に立ち、取締役は、会社に対して受任者として善良な管理者の注意義務を負い（商法二五四条三項、民法六四四条）、また、忠実義務を負う（商法二五四条ノ二）ものとされているのであるから、取締役は、自己の任務を遂行するに当たり、会社との關係で右義務を遵守しなければならないことはいうまでもないことであるが、第三者との間ではかような關係にあるのではなく、取締役は、右義務に違反して第三者に損害を被らせたとしても、当然に損害賠償の義務を負うものではない。しかし、法は、①株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、②しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、これによつて第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果關係があるかぎり、会社がこれによつて損害を被つた結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被つた場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任すべきことを規定したのである。」

「以上のことは、取締役がその職務を行なうにつき故意または過失により直接第三者に損害を加えた場合に、一般不法行為の規定によつて、その損害を賠償する義務を負うことを妨げるものではないが、取締役の任務懈怠により損害を受けた第三者としては、その任務懈怠につき取締役の悪意または重大な過失を主張し立証しさえすれば、自己に対する加害につき故意または過失のあることを主張し立証するまでもなく、商法二六六条ノ三の規定により、取締役に対し損害の賠償を求めることができる」

「株式会社の代表取締役は、自己のほか、他の代表取締役が置かれている場合、他の代表取締役は定款および取締役会の決議に基づいて、また、専決事項についてはその意思決定に基づいて、業務の執行に当たるのであつて、定款に別段の定めがないかぎり、自己と他の代表取締役との間に直接指揮監督の關係はない。しかし、もともと、代表取締役は、対外的に会社を代表し、対内的に業務全般の執行を担当する職務権限を有する機関であるから、善良な管理者の注意をもつて会社のため忠実にその職務を執行し、ひろく会社業務の全般にわたつて意を用いるべき義務を負うものであることはいうまでもない。したがつて、少なくとも、代表取締役が、他の代表取締役その他の者に会社業務の一切を任せきりとし、その業務執行に何等意を用いることなく、ついにはそれらの者の不正行為ないし任務懈怠を看過するに至るような場合には、自らもまた悪意または重大な過失により任務を怠つたものと解するのが相当である」

後述
任務懈怠
参照

法定責
任説

両損害包
含説

両債務競
合説

悪意重
過失の
対象

代表取
締役 Y
の責任

3 | 要件各論：④損害の発生とその額・②任務懈怠

(1) 直接損害⁴

直接損害とは、役員等の任務懈怠行為によって第三者
が直接に損害を被った事例を言う。

↓

右図において、取締役の行為により会社自体に損害が生じているわけではない。

それでは、このような場合には、いったい何が（会社との関係で）任務懈怠にあたるのか。

▽会社の信用を傷つける点が任務懈怠にあたるとする見解（上柳）

▽会社が債務超過またはそれに近い状態にあり、第三者に損害を及ぼしかねない状況下においては、会社債権者の損害拡大を阻止するため、取締役には会社の状況を把握し、再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務が善管注意義務として課されており、この違反が会社に対する任務懈怠となる見解（吉原和志，江頭 505 頁等）

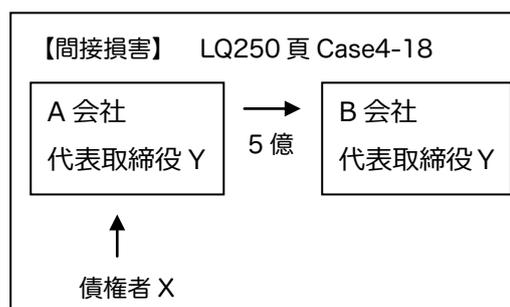


(2) 間接損害

間接損害とは、役員等の任務懈怠行為によって会社が損害を被り、その結果、第三者も損害を被った事例をいう。

↓

上記直接損害事例とは異なり、このような間接損害事例においては、会社が損害を被っているのだから、任務懈怠を認めることは容易である。



(3) 株主は「第三者に生じた損害」における「第三者」に含まれるか LQ252 頁，田中 354 頁

ア 直接損害⁵

この場合、会社の株主は「第三者」に含まれる。

イ 間接損害⁶

この場合、会社の株主は「第三者」に含まれない。

- ①株主が取締役に損害賠償請求できるとすると、株主が会社の損害賠償請求権という会社財産を分け取りすることになる（または取締役が株主と会社に対して二重に責任を負う事態が生ずる）。
- ②株主は代表訴訟によって会社の損害を回復すれば足りる。

⁴ 直接損害・間接損害の定義については「揺れ」が見られる。詳しくは、事例で考える会社法 7 頁（齊藤真紀執筆）参照。本レジュメ中の定義は LQ に基づくが、LQ の直接損害の定義は、「会社が損害を受けていないことを直接損害の要件にするか否か」につき深入りしていない。なお、江頭 505 頁は、「取締役の悪意・重過失により、会社に損害がなく、直接第三者が損害を被る場合」と定義する。

⁵ 例えば、剰余金の配当を行う際に持株数に応じた配当財産の割り当てをしない場合（454 III）、合併当事会社の取締役が悪意・重過失により同社の株主にとって不利な合併契約を締結する場合がある（以上につき、前掲注 1 論点体系 3・449 頁）。

⁶ 例えば、会社財産の減少による保有株式の価値の低下がある。なお、募集株式の有利発行が株主総会特別決議を欠いて行われたことにより既存株主の保有株式の価値の低下が生じた場合に、429 条 1 項の適用ができるとした裁判例がある（最判平成 9/9/9、大阪高判平成 11/6/17）。ここで裁判例と、間接損害には株主を含まない見解の整合性が問題となる。この点につき、LQ252 頁 Column4-42 および法教 386 号 70 頁（伊藤靖史コメント）、新堂＝山下編「会社法と商事法務」（商事法務・2008 年）143 頁。

4 | 要件各論：①役員等

(1) 名目的取締役（最判昭和 48/5/22・百選 71 事件） LQ253 頁，江頭 506 頁，田中 356 頁
 名目的とはいえ正規の選任手続きを経ている以上，「取締役」としての責任⁷を負う。

(2) 事実上の代表取締役 江頭 507 頁，田中 358 頁

【裁判例】名古屋地判平成 22/5/14・法セミ 685 号 119 頁

要旨「取締役ではないが，実質的な経営者として会社財産を管理し，代表取締役含めすべての役員，従業員が部下のような状況であり，従業員らも実質的な経営者と見ていた者は，事実上の（代表）取締役であって，本条 1 項が類推適用される。」

会社の業務執行をしていながら，正式に選任されていないことのみをもって責任を免れるのであれば，法の潜脱である。そこで，会社の業務の運営・執行について「取締役」に匹敵する権限を有し，これに準ずる活動をしていた場合には，本条 1 項が類推適用されると解する⁸。

(3) 登記簿上の取締役（選任決議を欠く場合・最判昭和 47/6/15・百選旧 79 事件） LQ254 頁

【条文】会社法 908 条 2 項（登記の効力）

「故意又は過失によって不実の事項を登記した者は，その事項が不実であることをもって善意の第三者に對抗することができない」

選任決議を欠いているため，たとえ就任登記がされていたとしても，法的には「取締役」ではない。しかし，「不実の登記がされた場合に信頼した者を保護する」という 908 条 2 項の趣旨からすれば，不実の登記作出に加功した場合には，その登記を申請した会社と同様，同条を類推適用出来る。その結果，自己が「取締役」でないことを「善意の第三者」對抗できず，429 条が直接適用できる。なお，役員要件を 908 II 類推適用で認めた上で，悪意・重過失要件で責任を否定する裁判例も多い。

(4) 登記簿上の取締役（退任後に退任登記未了の場合・最判昭和 62/4/16・百選 72 事件）

取締役と会社とは委任関係にあるところ，退任により取締役ではなくなったため「役員」ではない。しかし，上記(3)同様の思考から，登記申請権者である代表取締役に對し不実の登記を残存させることに明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情があるとき⁹は，908 II の類推適用が可能となる。その結果，自己が「取締役」でないことを「善意の第三者」對抗できず，429 条が直接適用できる。

⁷ 「名目的」なのであり実際に業務執行をしていないのであるから，ここで問題となるのは監視義務違反が主である。そして，裁判例が監視義務を否定するため採用してきた理論として，①そもそも監視義務が存在しないとするもの（札幌地判昭和 51/7/30）、②重過失がないとするもの（東京高判昭和 56/9/28）、③相当因果関係がないとするもの（→LQ253 頁参照）等がある。江頭 506 頁も参照。

なお，旧商法下では，株式会社には必ず 3 名以上の取締役が必要だった（旧商法 255 条。有限会社は取締役 1 名で可であった。現行法は 331 V で，取締役に 3 人以上の取締役が必要である。）。このことが，名目的取締役の問題の背景のひとつにあると言われている（LQ254 頁）。

⁸ 本条 1 項を類推適用するためには，帰責の基礎が必要であり，単に取締役又はこれに相応する呼称で呼ばれていただけでは足りない。

⁹ この点に関し，「単に退任取締役が不実の登記の残存を知りながら，または過失により知らずにこれを放置していたというだけでは「特段の事情」があるとはいえず，退任取締役は責任を負わない（最判昭和 63/1/26）。会社が登記申請を怠っている場合に，積極的にそれを是正することまで退任取締役に求めるのは酷いからである（田中 358 頁）。

補遺：429条1項「役員等」のまとめ

(○=肯定・積極 x=否定・消極 —=問わない)

| | 法的に取締役にあたるか | 登記の存在 | 業務執行 | 帰責原理 |
|-------------------------|---|--------------------------|---|--|
| 名目取締役 | ○ (適法な選任決議を経ている必要がある) | — (登記の有無を問わず取締役である) | x | 最判昭和 48/5/22・百選 71。 名目的とはいえ、正規の選任手続きを経ている以上、「取締役」である。 |
| 事実上の取締役 | x (適法な選任決議を経ないが、取締役として活動している場合) | — (詳しくは江頭 507 頁参照) | ○ | 東京地判平成 2/9/3・名古屋地判平成 22/5/14。 429 条 1 項を類推適用する。 |
| 登記簿上の取締役 (選任決議を欠く場合) | x (選任決議を欠いているため取締役と評価されない) | ○ | — (但し、会社の業務に関与していなかった者に責任を認められた裁判例は少数である。江頭 507 注 7 参照) | 最判昭和 47/6/15・百選旧 79 事件。役員等ではないものの、「不実の登記がされた場合に信頼した者を保護する」という 908 II の趣旨からすれば、不実の登記作出に加工した場合には同条を類推適用し、自己が「取締役」でないことを対抗できず、429 条責任を負う。 |
| 登記簿上の取締役 (退任後退任登記未了) | x (一時は法的な取締役であった。しかし、取締役と会社とは委任関係にあるところ、退任の意思表示により取締役ではなくなった) | ○ (退任登記がなく、従前の登記が残存している) | x (もし○であれば、事実上の取締役と同様に処理するとの見解がある。詳しくは、百選 72 解説参照) | 最判昭和 62/4/16・百選 72 事件。上記同様、不実の登記を残存させることに明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情があるときは、908 II の類推適用が可能となる。 東京地判平成 28/3/29・重判 H28 年 10 事件も参照 |

会社法429条2項

1 | 条文・趣旨 田中 358 頁, 江頭 508 頁, コンメIX408 頁, LQ254 頁

【条文】法429条2項

「次の各号に掲げる者が、当該各号に定める行為をしたときも、前項と同様とする。ただし、その者が当該行為をすることについて注意を怠らなかったことを証明したときは、この限りでない。

① 取締役及び執行役 次に掲げる行為

イ¹⁰ 株式～略～募集をする際に通知しなければならない重要な事項についての虚偽の通知又は当該募集のための当該株式会社の事業その他の事項に関する説明に用いた資料についての虚偽の記載若しくは記録

ロ¹¹ 計算書類及び事業報告並びにこれらの附属明細書並びに臨時計算書類に記載し、又は記録すべき重要な事項についての虚偽の記載又は記録

ハ 虚偽の登記

ニ 虚偽の公告（第440条第3項に規定する措置を含む。）

② 会計参与 ～略～

③ 監査役及び監査委員 監査報告¹²に記載し、又は記録すべき重要な事項についての虚偽の記載又は記録

④ 会計監査人 会計監査報告に記載し、又は記録すべき重要な事項についての虚偽の記載又は記録

(1) 法的性質・制度趣旨 江頭 508 頁

第三者（会社債権者・株主等）の直接損害（＝役員等の任務懈怠行為によって第三者が直接被った損害。LQ251 頁 Case4-19 参照）の一種であるが、情報開示の重要性及びその虚偽の場合の危険性から、1項とは異なり、過失責任とされ、かつ証明責任の転換がなされている。

(2) 要件事実（取締役の場合）

【請求原因】

- ①虚偽記載等の行為（2号イ～ニに記載のあるものに限る⁴。）
- ②第三者の損害とその額
- ③因果関係



【抗弁】

- ①当該取締役が虚偽記載等をするについて注意を怠らなかったこと

¹⁰ 法202Ⅳ, 203Ⅰ, 204Ⅲ, 241Ⅳ, 242Ⅰ, 243Ⅲ, 677Ⅰ, 678Ⅱ。

¹¹ 法435Ⅱ, 441Ⅰ。なお, 444Ⅰは含まない。

¹² 法381Ⅰ, 404Ⅱ。監査役は, ①業務監査（適法性監査に限定されると考えるのが一般的である。）②会計監査をした上で, 監査報告書を作成する。なお, 業務監査が適法性監査に限定されるのは, 第1に取締役会との権限区分, 第2に条文の文言上（382・384条）, 法令・定款違反および著しく不当な事項に限られること（著しく不当であれば, 善管注意義務違反であり, 違法性の問題になる。）、第3に取締役の業務執行への過度の介入防止が理由である（コンメⅧ・394頁）。

¹³ 限定列举である。列举されていない備置書面等に虚偽記載等があった場合には, 本条1項が適用されるにとどまる（コンメIX409頁）。なお, 立法論については, 江頭509頁注9も参照。

(3) 要件各論（取締役の場合）

要件①虚偽記載等の行為（2号イ～ニに記載のあるものに限る。）

行為 = 条文の文言から、行為をしたこと（行為の決定に関与したこと）が必要である。

虚偽 = 虚偽の記載のみならず、必要事項の不記載・不記録も含まれる。さらに、誤解を生じさせないために必要な事実の記載が欠けている場合も含む。

要件②第三者の損害と因果関係

【裁判例】名古屋高判昭和 58 年 7 月 1 日（四季報事件） 江頭 509 頁注 9, 田中 359 頁
判旨「本件についてみるに、控訴人（※第三者）は～略～, 東邦産業（※会社）の業績を調査して本件手形の経済的価値を判定するため会社四季報を閲読したにすぎないものであることは前認定から明らかであるところ、右によれば控訴人（※第三者）は会社と直接取引関係に入った者でないことはもちろん、有価証券を取得した者とはいつでも公開市場における株式、社債の取得者とは著しく趣を異にするというべきであるから、その被つたとする損害は前記規定による保護の範囲外にあると解するのが相当である。」

ポイント

- ・因果関係が認められるためには、第三者が直接に虚偽記載のある書面をみる必要はない。（虚偽記載のある計算書類をもとに金融機関が信用調査をした報告書を信用して取引をしたとしても、直ちには、因果関係は否定されない。）
- ・当該虚偽記載が重視されなかった場合には因果関係が否定される場合がある。
- ・虚偽記載を知っていた場合には、因果関係が否定される。
- ・上記裁判例については、会社法 429 条 2 項の規律が変わった平成 17 年商法改正前のものでもあり、批判が多い。例えば、「虚偽情報が種々の媒体を通じて拡散し第三者の損害を惹起することは当然取締役が予想すべき事態であるから、因果関係が認められる限り、手形割引業者等にも保護を否定すべき理由はない」（江頭 509 頁注 9）、「（計算書類に虚偽記載をすれば）それが企業情報誌等に掲載されて広い範囲の者がそれを信頼する可能性があることは、役員等としても予見してしかるべきである」（田中 359 頁コラム 4-23）。

要件③注意を怠らなかったこと コンメIX・412 頁

取締役 = 考慮要素としては、④相当の注意をしたが部下の違法行為を見抜けなかったこと、⑤専門家の意見に従ったこと、⑥同族会社の同族ではないこと、⑦役員報酬を受け取っていないこと等を勘案する（なお、⑥⑦に関する横浜地判平成 11 年 6 月 24 日は、注意を怠らないとはいえないと判断した。）。

監査役 = 監査役には、常勤監査役（390III）や社外監査役等それぞれの立場があり、会計財務に関する知識にも差異があるので、各人の立場・能力に応じて判断される。

法人格否認の法理

1 | 法人格否認の法理とその根拠 LQ301 頁, 田中 33 頁, コンメ I 90 頁 (後藤元)

株式会社は法人であり、株主とは別人格を有する。しかし、個別的事案において、この形式的独立性を貫くと衡平な解決が図れないことがある。

そこで、一定の場合（形骸化・濫用）には、当該事案に限り会社の法人格を否定する法理がある¹。



他方で、会社の存在を全面的に否定する制度として、

①設立無効の訴え（828 I ①）→LQ59 頁

②会社解散命令（824 I）・会社解散判決（833）・みなし解散制度（472 I）→LQ360 頁

(1) 法人格否認の法理の根拠

【判例】 最判昭和 44/2/27・百選 3 事件（後藤元解説。第 2 版森本滋解説）

判旨：「社団法人において法人とその構成員たる社員とが法律上別個の人格であることはいうまでもなく、このことは社員が一人である場合でも同様である。しかし、およそ法人格の付与は社会的に存在する団体についてその価値を評価してなされる立法政策によるものであつて、これを権利主体として表現せしめるに値すると認めるときに、法的技術に基づいて行なわれるものなのである。従つて、法人格が全くの形骸にすぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するために濫用されるが如き場合においては、法人格を認めることは、法人格なるものの本来の目的に照らして許すべからざるものというべきであり、法人格を否認すべきことが要請される」場合を生じるのである。」

↑
まず原則を示す

↓
形骸化
濫用

▽立法政策に求める見解（最判昭和 44/2/27・百選 3 事件）

法人格は立法政策により付与される擬制的なもので、それを認めるに値しない場合には否定しうる。

▽権利濫用（民法 1③）

▽法人制度（会社 3）に内在する公序に違反

等の説明がある。

(2) 法人格否認の法理の主張権者 江頭 43 頁

裁判例や学説の多数は、法人格否認の法理の目的は会社と取引をした相手方の保護にあるとして、会社側からの主張を否定する²。

¹ 最判昭和 49/9/26・百選 56 事件は「法人格を認めることがその本来の目的に照らして許されるべきでないときには法人格を否認することのできることは、当裁判所の判例〜とするところであるが、右法理の適用は慎重になされるべき」であるとしている。

² 制度趣旨から解釈して無効の主張権者を制限するものとして、利益相反取引の無効（最判昭和 48/12/11）や、取締役会決議を経ない重要な財産の処分（最判平成 21/4/17）がある。

2 | 形骸化事例 LQ302 頁 Case5-3, 江頭 44 頁

会社は法人であり（3 条）、会社自身が権利義務の独立した主体となるのが原則である。

しかしながら、法人格は立法政策により付与される擬制的なものであり、それを認めるに値しないような場合、すなわち法人格が形骸化している場合には法人格を否定しうる。

それでは、本件では法人格が形骸化しているといえるか。①手続の不順守、②業務の混同、③財産の混同などの諸徴表の積み重ねで法人格を認めるに値しないかを判断する。

【参考文献】 江頭憲治郎「株式会社法<第6版>」（有斐閣・2015年）・46頁

「裁判例の多くは、単に株主・親会社が会社・子会社を完全に支配しているだけでは法人格の形骸化といえず、①株主総会・取締役会の不開催、株券の違法な不発行等、②業務の混同（会社の存在が外形上認識困難である、または、株主と会社が同種事業を遂行する等）、③財産の混同（株主・会社による営業所の共同利用、または、両者の会計区分の欠如等）など、法人形式無視の諸徴表が積み重なって初めて、法人格の形骸化といえるとする」

3 | 濫用事例 LQ302 頁 Case5-4, 江頭 43 頁

①支配要件

別会社と旧会社とが実質的に同一であり、法人格が株主により意のままに道具として支配されていること。（事業目的・場所・従業員・役員・取引先等を考慮）

②目的要件

債務免脱の意図等の支配者に「違法又は不当の目的」があること。

*平成 26 年改正前会社法下においては、濫用的会社分割に対する救済策として法人格否認の法理が用いられていた点にも留意する必要がある（LQ<第 2 版>392 頁、福岡地判平成 22/1/14・私法判例リマークス 44 号 82 頁）。

4 | 法人格否認の効果 江頭 46 頁

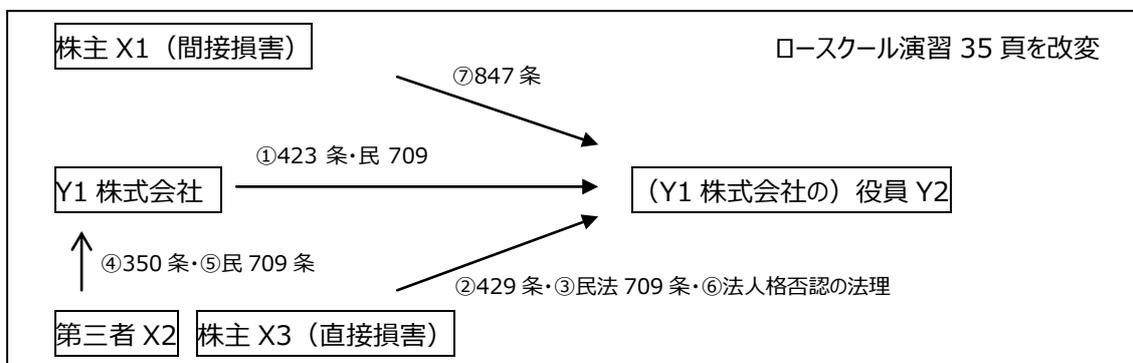
実定法上の効果として、

- ①会社の金銭債務の株主への拡張（有限責任の排除）
- ②株主・旧会社の金銭債務の新会社への拡張（強制執行免脱防止）
- ③和解契約・競業禁止義務等の特定債務の会社・株主間における拡張
- ④会社倒産手続きにおける株主の会社に対する債権の劣後的取扱い

*第三者異議の訴えについて法人格否認の法理の適用があったとした判例として、最判平成 17/7/15・百選 4 事件を参照。この判例は、会社法というよりむしろ民訴法で重要である。民訴法の立場からの評釈として、民事執行保全百選 17 事件および最判昭和 53/9/14・民訴百選 89 事件・民執百選 9 事件参照。

350,423,429 条,法人格否認の法理の相互関係

1 | イメージ図



①423 条（役員等の会社に対する責任）

②429 条（役員等の第三者に対する責任）

③709 条（不法行為責任）

最判昭和 44/11/26・百選 70 に照らすと、429 条責任と 709 条責任は競合する（両債務競合説）。

④350 条（会社の第三者に対する責任）

代表者が不法行為をした場合（上記③が認められる場合）において、代表者に対しての同不法行為債権の追及のみならず、会社に対して請求することをも認める（使用者責任と類似の発想）。

⑤709 条（不法行為責任）³

いわゆる法人過失論である。

⑥法人格否認の法理

第三者が会社に対して何らかの債権を有している場合において、会社の法人格を否認し、背後にいる役員等に同債権を行使することを認める。

⑦株主代表訴訟

間接損害を受けた株主は、Y2 が Y1 に対し損害を賠償（上記①）することで救済されることになる。

³ 詳しくは、窪田充見「不法行為法」（有斐閣・2007 年）71 頁、潮見佳男「不法行為法 I <第二版>」（信山社・2009 年）・309 頁以下参照。

2 | 350条責任の追及 LQ187頁, 25頁 Column1-12

【条文】 350条（代表者の行為についての損害賠償責任）

「株式会社は、代表取締役その他の代表者がその職務を行うについて第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。」

【参考文献】 商事法務コンメンタールⅦ・22頁（落合誠一）

「この責任の成立には、代表取締役その他の代表者がその職務を行うにつき民法 709 条の不法行為責任を負うことが必要であり（最判昭和 49/2/28）、会社は、代表者が不法行為責任を負うことによって初めて責任を負うことになるから、代表者の無資力の場合等を考えれば明らかとなり、第三者の保護をより図るための規定である（報償責任としての責任）」

要件①代表者その他の代表者の第三者に加えた損害

代表者の行為が、709 条に該当することを要する。なお、429 条の場合と異なり、故意・過失の対象は、「自己に対する加害」すなわち権利侵害についてである（最判昭和 44/11/26・百選 77 事件参照）。また、429 条責任は不法行為責任ではない（特別の法定責任）ことに照らすと、429 条責任が成立しても、当然には、この「代表者その他の代表者の第三者に加えた損害」要件を満たすことにはならない。

要件②「その職務を行うについて」

代表者の行為が外形からみてその職務に属すると認められる場合である（外形標準説）

3 | 各制度間の相互関係についての説明の補足

【参考文献】 森本滋「会社法・商行為法・手形法講義＜第二版＞」（成文堂・2011年）・290頁

「中小会社のオーナーである代表取締役の第三者に対する責任は、実質的には、中小会社のオーナー経営者に人的担保責任を負わせるもので、法人格否認の法理と相まって、閉鎖的小規模会社の債権者保護に大きな役割を演じている」

【参考文献】 高橋均「商法における判例法 -会社の対第三者責任-」・法教 384 号 24 頁

「会社法が規定する第三者に対する責任としては、429 条が着目される条文であるが、サラリーマン役員が多い我が国で、巨額の損害に対して支払う資力が必ずしも十分でないことも予想されること、及び会社の代表者の責任を重く見ているという点から、350 条は実務的にも重要な条文である」

【参考文献】 後藤元「最判昭和 44 年 2 月 27 日・判批」・百選 3 事件解説

「法人格否認の法理には、会社債務についての責任を株主に負わせることにより会社債権者を保護するという役割が期待されることが少なくない。ここでも問題となるのは、どのような場合に株主有限責任を否定すべきかということである。初期の下級審裁判例には、法定手続の不遵守、役員の兼務、業務・財産の混同、会社独自の従業員・資産の不存在等を理由に法人格の形骸化を肯定して支配株主等の責任を認めるものが多い（松山地宇和島支部昭和 47/3/7）。しかし～」

事前措置：違法行為の差止請求権（360・385条）

1 | 株主・監査役による違法行為の差止請求権（360条・385条） LQ248頁，田中348頁

(1) 株主による違法行為の差止請求権¹（360条）の趣旨・要件

【参考文献】商事法務コンメンタールⅦ・127頁（岩原紳作）

「取締役には法令・定款の遵守義務がある（355）。その義務に違反した場合、取締役はこれによって生じた損害を株式会社に対し賠償する責任を負うが（423Ⅰ）、賠償によっても会社に生じた損害を回復できない場合もあり得る。そこで、取締役は互いに監督（監視）義務を負っているとされ（最判昭和48/5/22・百選72事件）、取締役会設置会社においては取締役会が各取締役の監督義務を負い（362Ⅱ②③、363Ⅰ②）、監査役には法令・定款違反に対する業務監査権限（381・382・384）および差止権限があること等から（385。ただし、389Ⅰ参照）、これら会社機関による監督によって取締役の法令・定款違反行為を防止できることが望ましい（監査役設置会社および委員会設置会社以外の会社においては、このような場合に株主に取締役会招集権がある。367）。しかしそれが果たされない場合に備え（江頭496頁注13）、取締役が法令・定款遵守義務に違反する行為をし、またはこれらの行為をするおそれがある場合で、当該行為によって当該株式会社に著しい損害が生ずるおそれがあるときは、原則として6ヶ月前から引き続き株式を有する株主が、当該取締役に対し当該行為をやめることを請求することができる旨を定めたのが、本条である。本条の権利はあくまで取締役に行為の差止を請求する権利であり、取締役に対し積極的に一定の行為を行うことを請求できる権利ではない。」

制度趣旨 = 役員間の慣れ合いゆえの差止懈怠の危険防止（株主代表訴訟と同一）

要件 ①6ヶ月の持株要件（非公開会社では期間制限はない。360Ⅱ）

②目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為

→善管注意義務違反を含むと解するのが裁判例（東京高判平成11/3/25・百選<初版>67事件、東京地決平成16/6/23・百選60事件。なお、後者の裁判例は経営判断原則が本条にも適用されることを明らかにした）・通説である。

③回復することができない損害（非監査役設置会社では「著しい損害」²）

「回復することが出来ない損害」の例としては、取締役によって処分された財産を取り戻すことが出来ず、しかも、その取締役の賠償責任によってその損害が報われないような場合等であり、費用・手数等から考えて回復が相当困難な場合も含むとされている。

¹ なお、司法試験論文式試験（商法）においては、株主による取締役の行為の差止め等の場合、当該取締役に對しその行為の不作为を命ずる仮の地位仮処分（民事保全23条2項）を併せて検討すべきことが求められている場合が多い（法385条2項、平成24年司法試験採点実感参照）。また、違法行為差止仮処分請求を認めた東京地決平成20/11/26も参照。

² 監査役設置会社または三委員会設置会社以外の会社では「著しい損害が生ずるおそれ」というように要件が緩和されている。これは、監査役・監査委員は差止請求権を有しているが（385・407）、監査役・監査委員が存在しない場合には監督機能が働かないことから、株主がそれに代わる監督機能を果たすことを目的に、法385・407条と同様の「著しい損害が生ずるおそれ」という要件で差止請求を行えることとした。

(2) 監査役による違法行為の差止請求権（385条）の趣旨・要件

【参考文献】 商事法務コンメンタールⅦ・127頁（岩原紳作）

「監査役職務・権限は、取締役職務執行を監査することにある（381）。多数説の理解によれば、監査役職務の監査権限は、業務監査に関しては適法性監査のみが認められる。それを果たすために監査役には、取締役会への出席・意見陳述の権利および義務が認められ（383Ⅰ）、取締役が不正の行為をし、もしくは当該行為をするおそれがあると認めるとき、または、法令・定款に違反する事実もしくは著しく不当な事実があると認めるときは、遅延なく、その旨を取締役（取締役会設置会社においては取締役会）に報告することを義務付けられている（382）。その上で、取締役の法令・定款違反の行為により会社に著しい損害が生じるおそれがあるときに、監査役に当該行為の差止めを当該取締役に対し請求する権利を与えたのが、385条1項である。取締役・取締役会による監督義務（362Ⅱ②③、363Ⅰ②）、株主による取締役の行為の差止め（360）等と併せ、取締役の法令・定款違反行為を防止する機能を果たす。」

性質＝監査役義務である（法令定款を遵守するという取締役の会社に対する忠実義務を履行させる会社の請求権を、監査役が株式会社の機関として会社のために行使するもの）。

要件①目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為（善管注意義務違反を含む）

②著しい損害が生じるおそれ

2 | 210条と360条との差異 LQ323頁

360条は、会社に何らかの損害が生じることを要件としている。

募集株式発行に瑕疵がある場合、会社には資金が入ってくるだけであるから、損害が生じておらず、360条は使えない。そこで、株主の「個人的利益」を保護するために法210条が募集株式発行の差止めを規定するのである（この点で360条と210条との性格は異なる）。

↓

なお、210条の場合、360条と異なり、取締役・執行役の一般的な注意義務・忠実義務を定める規定（330・355・419②、民644）を含まないものと解されている。これは会社を名宛人とする法令の違反ではないからである。もっとも、そのような義務違反は、「著しく不公正」の判断要素となる。以上につき、逐条解説会社法（3）142頁（伊藤靖史）参照。

事後措置：株主代表訴訟（847条）

1 | 制度趣旨・責任追及の範囲 LQ242 頁, 江頭 484 頁, 争点 77, 田中 332 頁

(1) 代表訴訟の制度趣旨・機能と責任追及の範囲 LQ242 頁

制度趣旨 = 役員相互間の特殊な関係から会社による取締役の責任追及が行われないおそれがあるの
で、会社や株主の利益を保護するために株主に認めたもの（提訴懈怠の可能性）
そして、提訴懈怠の可能性をどの程度重視するかについて、▽限定債務説³と▽全債務説⁴の対立がある。

| 【▽限定債務説】 | 【▽全債務説】 |
|--|---|
| 重点：会社の責任追及の裁量を重視する。 | 重点：提訴懈怠の可能性を重視する。 |
| ↓ | ↓ |
| 対象：総株主の同意によってのみ免責が認められる会社法上の取締役の責任（および資本充実責任）に限定される。 | 対象：条文の文言に限定がないこと、提訴懈怠の可能性あることから、会社が役員等に有する一切の債務が対象となる。 |
| ↓ | ↓ |
| 時期：取締役の地位に基づいて負担したものに限定される。 | 時期：時期は問わない（しかし、役員にごく短期間在任しただけで、就任前に負った債務の全てが退任後も責任追及の対象となるのは不都合であることから、取締役の地位に基づいて負担したものに限定されるとの見解もある）。 |

(2) 手続きの概略 LQ243 頁

例えば、役員等が会社に対して任務懈怠責任（法 423 条）を負う場合、その責任追及については本来的には権利者である会社が行うべきである。

- ・ 監査役設置会社（2 条 9 号）では、監査役（386 条 1 項）
- ・ 監査役設置会社以外の会社では、代表取締役又は株主総会・取締役会が定めたもの（353, 364 条）

↓

株主は、まず、会社に対して提訴の請求を行うことになる（847 I・386 II ①等。後述 3 | 参照）。
提訴請求より 60 日以内に会社が提訴しない場合、株主は代表訴訟を提起できる（847 II。例外 V）
提訴しない場合、株主等から要求があれば、会社はその理由を通知する（不提訴理由通知。847 IV）

³ 限定債務説に立ったとしても、提訴懈怠の可能性を無視するわけではない。なお、限定債務説によると、52 I, 52 の 2 II, 53 I, 103 II, 120 IV, 213 の 3 I, 286 I, 286 の 3 I, 423, 462 I, 464 I, 465 I が含まれることになる（江頭 486 注 2）。

⁴ ▽全債務説への批判としては、①提訴懈怠は支配株主にも存在することや、②取引上の債務の履行を猶予するのが適当な場合にもそれが出来ないとの批判がある。他方、▽限定債務説への批判として①会社と役員とが取引をした際にかかる役員の債務が対象外となるとの批判がある（この批判に対する再反論として江頭 486 頁注 2）。責任追及に関する監査役の裁量につき江頭 527 頁注 6。

2 | 最判平成 21/3/10・百選 67 事件, LQ243 頁, 田中 334 頁

【判例】最判平成 21/3/10・百選 67 事件

判旨：「商法 267 条所定の株主代表訴訟の制度は、取締役が会社に対して責任を負う場合、役員相互間の特殊な関係から会社による取締役の責任追及が行われないおそれがあるので、会社や株主の利益を保護するため、会社が取締役の責任追及の訴えを提起しないときは、株主が同訴えを提起することができることとしたものと解される。そして、①会社が取締役の責任追及を怠るおそれがあるのは、取締役の地位に基づく責任が追及される場合に限られないこと、同法 266 条 1 項 3 号は、取締役が会社を代表して他の取締役に金銭を貸し付け、その弁済がされないときは、会社を代表した取締役が会社に対し連帯して責任を負う旨定めているところ、株主代表訴訟の対象が取締役の地位に基づく責任に限られるとすると、会社を代表した取締役の責任は株主代表訴訟の対象となるが、同取締役の責任よりも重いというべき貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は株主代表訴訟の対象とならないことになり、②均衡を欠くこと、取締役は、③このような会社との取引によって負担することになった債務（以下「取締役の会社に対する取引債務」という。）についても、会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されることなどにかんがみると、同法 267 条 1 項にいう「取締役ノ責任」には、取締役の地位に基づく責任のほか、取締役の会社に対する取引債務についての責任も含まれると解するのが相当である。

これを本件についてみると、原告の主位的請求は、A の取得した本件各土地の所有権に基づき、A への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであって、取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもないから、上記請求に係る訴えを却下した原審の判断は、結論において是認することができる

これに対し、原告の予備的請求は、本件各土地につき、A とその取締役である被告との間で締結された被告所有名義の借用契約の終了に基づき、A への真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであるから、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものということができる。そうすると、予備的請求に係る訴えは、株主代表訴訟として適法なものというべきである。これと異なる原審の判断には法令の解釈を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

本件最判は、上記①③⁵を理由に、「取締役の地位に基づく責任のほか、取締役の会社に対する取引債務についての責任も含まれる」として、少なくとも▽限定債務説に立たないことを明らかにした⁶。

⁵ ②の理由付けについては、商法 266 条 1 項 3 号に該当する会社法の条文が存しないため妥当しないとされる（2009/3/16 付伊藤靖史 blog より。もっとも、現行法でも、「金銭の貸付けを受けた取締役以外の取締役は代表訴訟による責任追及を受けるのに、当の貸付けを受けた取締役が代表訴訟による責任追及を受けないとい限定債務説の結論はいかにも均衡を欠く」との批判は妥当する。

⁶ 調査官解説は、本判決は▽取引債務包含説（限定債務説に加え、取締役が会社に対して負担するに至った取引上の債務も含まれるとの見解）を採用したものと推測されるとする（ジュリ 1421 号 97 頁）。すなわち、代表訴訟の性格や「取締役の責任」との文言、および上記注 3 で示した▽限定債務説の不当性に照らすと▽取引債務包含説が妥当であるとするのである。この見解からは、取引債務から外れる債務、すなわち「取締役が職務執行とは関係なく会社に対して行った不法行為に基づいて負うに至った債務などについては、取締役が取締役として追っている責任の範囲からは外れると解するのが自然である」ことになる。

3 | 提訴請求の相手方について 江頭 489 頁注 4

提訴請求は監査役設置会社では監査役に対してされなければならないところ (386 Ⅱ①), これを取締役に対してした場合どうなるかが問題となる。この点について, 農業協同組合についてのものであるが, 最判平成 21/3/31・百選 A19 事件は「農業協同組合 (≒代表取締役等) に対して送付した場合であっても, 監事 (≒監査役) において, 上記請求書の記載内容を正確に認識した上で当該理事 (≒取締役) に対する訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえるときには～ (監事≒監査役に送付されたものと) 同視することができ」と判旨した。

4 | 他の論点①: 責任追及等の訴え提起が「悪意」によるとき LQ246 頁・江頭 490 頁注 7

【条文】 847 条の 4 (株主による責任追及等の訴え)

2 項「株主等 (～) が責任追及等の訴えを提起したときは, 裁判所は, 被告の申立てにより, 当該株主等に対し, 相当の担保を立てるべきことを命ずることができる。」

3 項「被告が前項の申立てをするには, 責任追及等の訴えの提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない。」

【裁判例】 東京高決平成 7/2/20・百選 68 事件

判旨: 「商法 267 条 6 項が準用する同報 106 条 2 項の「悪意～」とは, 原告の請求が理由がなく、原告がそのことを知って訴えを提起した場合又は原告が株主代表訴訟の制度の趣旨を逸脱し、不当な目的をもって被告を害することを知りながら訴えを提起した場合をいうものと解するのが相当である。そして、株主代表訴訟の被告が右事実を疎明したときは、受訴裁判所は、その裁量によって定めた担保の提供を原告に命ずることができる。」

5 | 他の論点②: 原告適格

株主代表訴訟の制度は, 持株数を問わない単独株主権⁷である (847 条 1 項。ただし, 同項かつこ書のとおり, 単元未満株式の例外がある)。

そして, 株主は, 代表訴訟を提起した後も口頭弁論終結までは株主であり続けなければならない。

↓

そこで, 原告株主が自らの意思で株式を譲渡した場合には, 原告適格を喪失する。

他方で一定の場合, すなわち株式交換・株式移転 (851 条 1 号) や合併 (851 条 2 号) の結果として株主たる地位を喪失したとしても原告適格を喪失しない旨, 法 851 条は定めている。

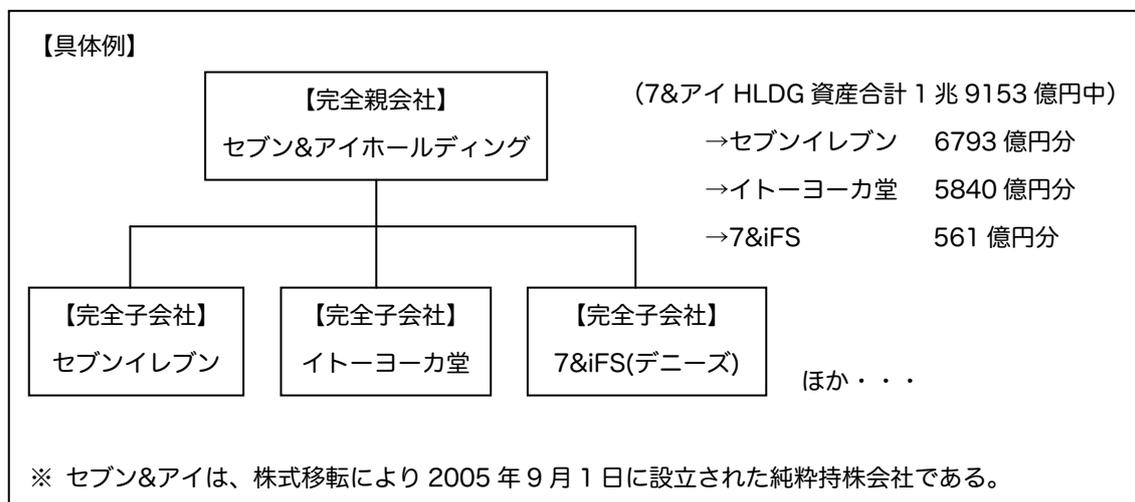
理由① 原告適格の維持を認めなければ株式移転等により代表訴訟逃れに利用されることになる。

② 株式移転等の場合には, 提訴株主と会社との間に実質的な投資関係が継続している。

⁷ もちろん完全無議決権株主 (→LQ81 頁(b)参照) であっても原告適格を有する。なぜなら, 「代表訴訟は, 株主総会の決議との関連で認められているものではなく, 会社の構成員であることによって株主に認められているものだから」である (上柳ほか新版注釈会社法 6・367 頁)。他方で, 株主総会決議の取消しの訴えの場合は, 同訴権は議決権があることを前提とする共益権であるとの理由で, 議決権のない株主には提訴資格を否定するのが通説である (江頭 366 注 2)。

補遺：持株会社と特定責任追及の訴え等（会社法改正）

1 | 持株会社⁸とは何か 江頭 8 頁注 12, LQ396 頁Column9-19



(1) 持株会社 (holding company) とは

持株会社 = 他の会社の株式を保有・支配することを通じて収益を挙げる会社をいう (LQ371 頁)⁹。

- ①事業持株会社 (本業を行う一方で、他の会社を支配する持株会社)
- ②純粋持株会社 (他の会社の支配を本業とする持株会社)

(2) 持株会社の活用されている理由

- ①戦略的なグループ経営ができる
- ②子会社においては、株主総会の招集手続・報告・決議を省略できるため (それぞれ 300, 320, 319 条), 機動的な意思決定ができる
- ③法人格が別であり、従業員の給与体系・組合の統合等が不要である
- ④合併は簿外債務を承継する危険があるのに対し、完全子会社化は株式の承継である 等がある。

(3) 親会社の子会社濫用への対応

- ①親会社の監査役や会計監査人についての兼任禁止規定 (335 ii・337 iii②),
- ②親会社の会計参与・監査役・会計監査人による子会社調査権 (374 iii・381 iii・396 iii),
- ③子会社による親会社株式の取得禁止 (135),
- ④議決権行使制限 (308 i) 等が考えられる。

⁸ 持分会社 (合名会社, 合資会社, 合同会社) とは異なる。

⁹ 持株会社とは、独占禁止法上の概念であり、総資産中に占める子会社株式の比重が 50%を超える会社をいうとされている (独禁 9 条 5 項 1 号)。この場合の子会社の範囲は、会社法と異なり、過半数議決権基準による (独禁 9 条 4 項)。

2 | 多重代表訴訟 江頭 498 頁, 田中 344 頁コラム 4-77, LQ247 頁

(1) 問題意識

【問題】事例演習教材 II-11-3 参照

A 社は持株会社であり、傘下には B 社（完全子会社）がある。ある日、B 社の取締役 Y が汚職事件を起こし、B 社に多額の損害が発生した。その結果、A 社は当分の間、B 社からの配当を期待できなくなった。A 社の株主 X は、Y の責任を追求できるか。

A 社

|

B 社（取締役 Y）

X は、A 社の株主であり、B 社の株主ではない。そのため、平成 26 年改正前会社法では、X は「Y の B 社に対する責任」を直接追求することはできなかった。なお、X の会社法上の救済策として、「A 社が B 社の株主として、B 社取締役 Y の責任追及をしない」という A 社の取締役の責任を追及することが考えられる。このように、親会社の株主となると、その持株会社の株主による経営関与は、持株会社の業務、すなわち子会社管理に限定されてしまう（株主権の縮減）。

↓平成 26 年会社法改正で

多重代表訴訟（親会社 A 社の株主 X が、子会社の役員等の責任を追求する訴訟）が創設された。

(2) 多重代表訴訟の概略（最終完全親会社等の株主による特定責任追及の訴え。847 条の 3）

①原告適格（誰が多重代表訴訟を提起できるのか）

- ・最終完全親会社等（当該株式の完全親会社等であって、その完全親会社等がないものをいう。なお、株式会社に限定され、株式会社以外の会社や外国法人は含まれない。）の株主
- ・最終完全親会社等における総株主の議決権の 100 分の 1 以上の議決権または発行済株式の 100 分の 1 以上の数の株式を 6 か月前から引き続き有すること（少数株主権）

②被告適格（どの会社の取締役に対して多重代表訴訟を提起できるのか）

子会社のうち、その株式価値が最終完全親会社の資産の 5 分の 1 を超える重要な子会社の役員等であること（特定責任。847 条の 3 第 4 項。なお、責任原因の発生時に 5 分の 1 要件を充足している必要がある）。

→ 前記では、7&アイ HLDG の株主（1%以上）は、7&iFS(デニーズ)の役員等の責任は追求できない。

3 | 旧株主による責任追及等の訴え 田中 347 頁

平成 26 年改正前会社法においては、株主が代表訴訟を提起した後、会社が合併等を行った結果、当該株主が株主でなくなってしまった場合であっても、代表訴訟はそのまま続行されるとされていた（改正前 851 条）。

平成 26 年の会社法改正によって、旧株主による責任追及等の訴えは拡張されることになった（詳しくは 847 条の 2 以下参照）。

有利発行とは

1 | 募集株式発行の種類 LQ307 頁 Column6-1

- 株主割当て = すべての株主にその持株割合に応じて株式を割当てる場合
 第三者割当て = 特定の第三者（既存株主でもよい）に対して株式を割り当てる場合
 公募 = 不特定の者に株式引受けの勧誘をしてこれを割り当てる場合

2 | 株主間の利益の移転 LQ307 頁 Case6-1, 数字でわかる 131 頁以下（松中）

【A 会社（価値 2000 万円・20 株発行 = 1 株 100 万円）】
 株主 P10 株 = 1000 万円 (1 株 100 万円) 株主 Q10 株 = 1000 万円 (1 株 100 万円)
 1 株 40 万円で 10 株を, PQ に各 5 株ずつ発行した場合, R に 10 株発行した場合, どうなるか。

- ① 既存株主である P・Q が 5 株ずつ引受け（株主割当て）
 会社の価値 = 2400 万円（2000 万円 + 400 万円）
 P15 株 = 1200 万円（1 株 80 万円）, Q15 株 = 1200 万円（1 株 80 万円）
- ② 新株主である R が 10 株すべて引受け（第三者割当て）
 会社の価値 = 2400 万円（2000 万円 + 400 万円）
 P10 株 = 800 万円（1 株 80 万円）, Q10 株 = 800 万円（1 株 80 万円）
 R10 株 = 800 万円（1 株 80 万円） → R は 400 万円の払込みで 800 万円の価値を取得する！

3 | 募集株式発行の決定機関 LQ310 頁

| | 公開会社 | 非公開会社 |
|-----------------|-------------------------------|----------------------------------|
| 通常の発行 | 取締役会（201 条 1 項） ^{※1} | 株主総会（199 条 2 項） ² |
| 有利発行（株主割当て） | 取締役会（202 条 3 項 3 号） | 株主総会（202 条 3 項 4 号） ³ |
| 有利発行（公募・第三者割当て） | 株主総会（201 条 1 項参照） | 株主総会（199 条 2 項） |

このように、非公開会社では、募集事項の決定を株主総会に委ねている。

理由① 株主の持株比率（支配的利益）確保の要請が強い

- ② 株主が他の株主から既発行株式を取得することにより持株比率を回復することは困難
 ③（有利発行の場合について）非公開会社では公正な価格の判定が困難であり、有利発行か否か判断が不明確なこと

¹ 平成 26 年会社法改正によって、支配権の異動を伴う場合には、公開会社の通常の発行であっても、一定の場合には株主総会の決議が必要になった（206 条の 2）。詳細については、田中 471 頁等参照。

² 法 200 条 1 項により、募集株式の上限及び払込金額の下限を定めれば、株主総会は、その特別決議によって募集事項の決定を取締役（取締役会設置会社にあつては取締役会）に委ねることができる。

³ 但し、取締役（取締役会設置会社にあつては取締役会）に委任が可能である（202 条 3 項 1 号 2 号）。

4 | 有利発行が問題となる典型的な場合とは

(1) 公開会社と非公開会社 LQ311 頁, 数字でわかる会社法 14 頁 (久保田安彦解説)

| 【公開会社】 | | 【非公開会社】 | |
|---------|----------------|---------|----------------|
| 有利な金額 | 100 →取締役会決議 | 有利な金額 | 100 →株主総会決議 |
| 特に有利な金額 | ?? →株主総会決議 | 特に有利な金額 | ?? →株主総会決議 |

※ここでは、100 を公正な価格とする。
 ※説明の便宜上「有利な金額」という言葉を使うが、これは会社法上の用語ではない。

このように、非公開会社では、特に有利な金額の発行（有利発行）であろうとなかろうと、株主総会決議を要する。そこで、有利発行か否かが問題となるのは、主として公開会社の場合である。

(2) 取引相場のある会社とない会社 田中 466 頁

その上で、公開会社といえども、すべての公開会社が上場しているわけではない（公開会社≠上場会社である。LQ23 頁。特に LQ19 頁 Column1-9 参照）。そのため、公開会社の中には、①上場しており取引相場のある会社と、②上場しておらず取引相場がない会社との2つがあることになる。



①上場しており取引相場のある会社 LQ313 頁以下

後述の「株価が高騰している場合」や「直近3ヶ月」云々はこの場合に生じる問題である。

②上場しておらず取引相場がない会社 LQ92 頁以下参照, 事例で考える 34 頁以下参照

この場合、当該会社の株式には取引相場がないのであるから、そもそも何が「公正な価格」か判断が困難である。取引相場のない株式の評価については、配当還元方式・純資産方式・DCF方式・類似業種比準方式等様々な方式がある⁴。

脚注で詳述するとおり、非上場会社における株価評価は容易ではなく、事後的に有利発行とされると、資金調達を過度に萎縮させる危険がある。そこで、「客観的資料に基づく一応合理的な算定方法」によって払込金額が決定されれば、有利発行にはあたらない(最判平成 27 年 2 月 19 日・百選 23 事件)。

⁴ 取引相場のない株式の評価が真に問題になるのは、①譲渡制限株式の売買価格を決定する場合(144条)や、②反対株主が株式買取請求権を行使する場合(117条・786条・798条)であり、③有利発行の場合(199条3項、212条)には、あまり問題にならないとの指摘がある。すなわち、「商事の訴訟事件である新株発行の不正をめぐる訴訟においては、会社の設定した新株発行価額が著しく不当な場合でなければ、公正な価額が厳密にはいくらであったかを明示しなくても裁判所は事件を処理できないわけではない」のである(江頭憲治郎「会社法の基本問題(取引相場のない株式の評価)」(有斐閣・2011年)131頁参照)。

また、最判平成 27 年 2 月 19 日・百選 23 事件も参照。同最判は、非上場会社の株価の算定方式には、DCF・配当還元等様々な評価手法があること、各評価方法の中でも、ある程度の幅のある判断要素が含まれていることが少なくないことを考慮して、「したがって、非上場会社が株主以外の者に新株を発行するに際し、客観的資料に基づく一応合理的な算定方法によって発行価額が決定されていたといえる場合には、その発行価額は、特別の事情のない限り、「特二有利ナル発行価額」には当たらないと解するのが相当である」とした。

なお、この問題を理解するには「ファイナンス」という分野の知識が必要となる。この分野の入門書として森生明「会社の値段」(ちくま新書・2006)や田中亘編「数字でわかる会社法」(有斐閣・2013年)14頁以下(久保田安彦解説)を参照。

5 | 上場会社における「特に有利な金額」の認定 LQ313 頁, コンメV14 頁

(1) 「特に有利な金額」の意味 (199 条 3 項)

特に有利な金額 = 株式の公正な価額に比べて特に低い金額をいう (東京地決平成 16/6/1 百選 22)。

(2) 判例の理解 田中 486 頁参照

【判例】 最判昭和 50/4/8

判旨「ところで、普通株式を発行し、その株式が証券取引所に上場されている株式会社が、額面普通株式を株主以外の第三者に対していわゆる時価発行をして有利な資本調達を企図する場合に、その発行価額をいかに定めるべきかは、本来は、新株主に旧株主と同等の資金的寄与を求めるべきものであり、この見地からする発行価額は旧株の時価と等しくなければならないのでつて、このようにすれば旧株主の利益を害することはないが、新株を消化し資本調達の目的を達成することの見地からは、原則として発行価額を右より多少引き下げる必要があり、この要請を全く無視することもできない。そこで、この場合における公正発行価額は、発行価額決定前の当該会社の株式価格、右株価の騰落習性、売買出来高の実績、会社の資産状態、収益状態、配当状況、発行済み株式数、新たに発行される株式数、株式市況の動向、これらから予測される新株の消化可能性等の諸事情を総合し、旧株主の利益と会社が有利な資本調達を実現するという利益との調和の中に求められるべきものである。」

(3) 私見 (ひとつの考え方) LQ314 頁参照, 特に田中 486 頁は必読

ア 公正な価格

【原則】

上場会社における株価 = 需要と供給が一致して形成された価格 = 公正な価格

そこで、払込金額を決定する直前 (取締役会決議前日) の価格が公正な価格になる。

【特殊な事例】

①発行会社に対する高値売りつけ目的で高騰している場合 → 払込金額の基準から廃除してよい

②買収による企業価値の増大を反映している場合 → 払込金額の基準から廃除することはできない

イ 特に低い金額

迅速な資金調達のためには、多少のディスカウントが必要である。

なお、日証協の自主ルール⁵では、「決議前日の市場価格に 0.9 を乗じた価格」を下限としている⁶。

⁵ 平成 22 年 4 月 1 日付日本証券業協会発表「第三者割当増資の取扱いに関する指針」は、「払込金額は、株式の発行に係る取締役会決議の直前日の価額 (直前日における売買がない場合は、当該直前日からさかのぼった直近日の価額) に 0.9 を乗じた額以上の価額であること。ただし、直近日又は直前日までの価額又は売買高の状況等を勘案し、当該決議の日から払込金額を決定するために適当な期間 (最長 6 か月) をさかのぼった日から当該決議の直前日までの間の平均の価額に 0.9 を乗じた額以上の価額とすることができる。」旨規定している。なお、同指針 2 項においては、直前日の価格を用いない場合には、「直前日の価格を勘案しない理由」及び「(その) 期間を採用した理由」を開示する旨規定している。

⁶ あくまで「下限」であり、払込金額が形式上自主ルールに則していたとしても、公正な払込み金額とは限らないとの指摘がある (阪瑛光生・商事法務 1194 号・2 頁)。

確認：役員等の第三者に対する責任

1 | 条文・要件総論 LQ249 頁

(1) 要件のまとめ

①役員等

②任務懈怠 …………… 直接損害事例 → 債務超過またはそれに近い状態にある場合には、会社債権者の損害拡大を阻止するため、取締役には会社の状況を把握し、再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務を負う。

間接損害事例 → 423 条の場合と同様。

③悪意・重過失 …………… 任務懈怠についての悪意・重過失で足りる。

④「第三者に生じ …………… 損害には、直接損害・間接損害の両者を含む。

た損害」の発生
とその額

第三者には、直接損害の場合には株主を含むが、間接損害の場合には株主を含まない。

⑤因果関係 …………… 直接損害＝任務懈怠と第三者の損害との因果関係

間接損害＝任務懈怠と会社の損害との因果関係＋会社の損害と第三者の損害の因果関係が必要

(2) 責任の性質

▽法定責任説 最判昭和 44/11/26・百選 70 事件

第三者保護のための特別の法定責任である。①株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、②しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであるから、第三者を保護する必要があることを理由とする。

(3) 株主は「第三者に生じた損害」における「第三者」に含まれるか LQ252 頁, 田中 354 頁

(1) 直接損害⁷

この場合、会社の株主は「第三者」に含まれる。

(2) 間接損害⁸

この場合、会社の株主は「第三者」に含まれない。

①株主が取締役に損害賠償請求できるとすると、株主が会社の損害賠償請求権という会社財産を分け取りすることになる（または取締役が株主と会社に対して二重に責任を負う事態が生ずる）。

②株主は代表訴訟によって会社の損害を回復すれば足りる。

⁷ 例えば、剰余金の配当を行う際に持株数に応じた配当財産の割り当てをしない場合（454Ⅲ）、合併当事会社の取締役が悪意・重過失により同社の株主にとって不利な合併契約を締結する場合がある（以上につき、前掲注 1 論点体系 3・449 頁）。

⁸ 例えば、会社財産の減少による保有株式の価値の低下がある。なお、募集株式の有利発行が株主総会特別決議を欠いて行われたことにより既存株主の保有株式の価値の低下が生じた場合に、429 条 1 項の適用ができるとした裁判例がある（最判平成 9/9/9、大阪高判平成 11/6/17）。ここで裁判例と、間接損害には株主を含まない見解の整合性が問題となる。この点につき、LQ252 頁 Column4-42 および法教 386 号 70 頁（伊藤靖史コメント）、新堂＝山下編「会社法と商事法務」（商事法務・2008 年）143 頁。

発展：有利発行と第三者責任

1 | 民事上の責任追及の重要性 田中 503 頁コラム 6-22

【参考文献】新堂＝山下編「会社法と商事法務」（商事法務・2008年）143頁（田中亘執筆）

「最高裁は、会社の代表取締役が法定の公示手段をとった上で新株発行を行なっている限り（最判平成9/1/28・百選27）、たとえそれが株主総会の特別決議を経ないでなされた有利発行であろうと（最判昭和46/7/16・百選24）、また著しく不公正な発行であろうと（最判平成6/7/14・百選102）、一度なされた新株発行を無効とはしないという立場を固持してきた。そのため、事前に新株発行を差し止める機会を逸した株主にとっては、取締役に対する責任追及が事実上唯一の救済手段となっていた」

①不公正な払込金額で株式を引き受けた者等の責任（212条1項1号2号）

取締役と通じて著しく不公正な払込金額⁹で株式を引き受けた場合には、既存株主の経済的損失を回復すべく、公正価額との差額を払い戻す責任を負う（1号）。

また、給付した現物出資財産の価額が募集事項において定められた価額に著しく不足する場合には、不足額が責任額となる（2号。無過失責任である）

②取締役等の現物出資にかかる財産価額填補責任（213条1項）

③有利発行を行った取締役の第三者に対する責任（429条）

2 | 有利発行を行った取締役の第三者に対する責任（429条責任）

(1) 問題状況・前提知識 前掲田中論文 153 頁以下、LQ252 頁 Column4-42

【設例】前掲田中論文 153 頁を改変

「1株の公正価額が1000円であり、発行済株式総数3万株の株式会社の取締役が、株主割当てではなく、かつ有利発行のための特別決議を得ることもなく、一株の払込金額500円で1万株の募集株式の発行をした（500万円の資金調達）。会社の企業価値は株式の時価総額で近似されたとすると、

・発行後の会社の企業価値 $1000円 \times 3万株 + 500円 \times 1万株 = 3500万円$

・発行後の一株あたりの公正価額 $3500万円 \div 4万株 = 875円$

・例えば従前より1000株を有していたAの資産は、 $1000株 \times 1000円 \rightarrow 1000株 \times 875円$ となる。」

→ この事例で既存株主は、会社役員に対して、429条の責任追及をできるか。

429条において、間接損害の場合、株主は「第三者」に含まれないと考えるのが一般的である。

理由①間接損害において、株主が取締役に損害賠償請求できるとすると、株主が会社の損害賠償請求権という会社財産を分取ることになる（又は取締役が株主と会社に対して二重責任を負ってしまう）

理由②間接損害においては、株主は代表訴訟によって会社の損害を回復すれば足りる。

⁹ 払込金額が著しく不公正であることにつき悪意であるだけでは足りない。また、著しく不公正な払込金額とは、「特に有利な金額」（199条3項）と同義とされる（基本コンメ1438頁）。なお、有利発行についての特別決議を経ている場合には、もはや本号の責任を負わないのが原則である（但し、虚偽の説明のもと、株主総会決議が経られた場合にはこの限りではない。江頭773頁注1）。

(2) 【設例】において株主が被った損害は、間接損害か直接損害か 前掲田中論文 153 頁以下参照

▽間接損害説 東京地判平成 24 年 3 月 15 日・重判 H24・商法 8 事件参照

違法な有利発行により会社は公正な払込金額と実際の払込金額の差額分の損害を被った。

【設例】において、会社は本来、1 株 1000 円で 1 万株発行すべきであったにもかかわらず、実際は 1 株 500 円で 1 万株を発行したため、その差額 1 万株×(1000 円-500 円)=500 万円が損害となる。

そして、株主の損害は、会社に損害が生じたことによる反射的な効果(間接損害)である。

▽直接損害説

【設例】において、会社は 500 万円の資金需要が生じたから募集株式の発行をしたのであり、それ以上の資金は必要ないはずである(したがって間接損害説にいう差額 500 万円の損害などは生じていない)。取締役は、500 万円の調達に際し、1 株 1000 円で 5000 株発行すべきであったことになり、これによると、いずれにせよ会社に損害は生じておらず、取締役の行為により株主は株式価値の希釈化という直接損害を被った。

(3) 株主の救済方法 前掲田中論文ほか、伊藤靖史・商事法務 1703 号 42 頁参照

▽間接損害説から

この見解からは、取締役は会社に対して任務懈怠に基づく 500 万円の損害賠償責任を負い(423 条)、株主は代表訴訟により、その責任を追及できることになる。そして、間接損害事例において株主は「第三者」に含まないと原則を維持¹⁰するのであれば 429 条責任を追及することはできない。

▽直接損害説から

上記の通り、募集株式の有利発行によって会社に損害は生じえないので、株主はもっぱら自己個人に対する損害賠償を請求すべきことになる(429 条による救済)。そして、原則を維持¹¹するのであれば、代表訴訟により取締役の対会社責任(423 条責任)を追及しても棄却されることになる。

(4) 裁判例の整理 田中 503 頁コラム 6-22

【参考文献】 前掲田中論文 171 頁

「以上のように、違法な有利発行に対しては、株主による直接請求を認める裁判例と、代表訴訟による請求を認める裁判例とが存在しており、その意味で裁判例の立場は分かれているとも解しうる。しかし見方を変えれば～裁判例はいずれの請求も排除していない(株主が選択した請求方法をそのまま認めている)、という解釈もできるように思われる」

¹⁰ 例外として、本件【設例】のような場合には、会社に損害を与えると同時に株主に対し直接に損害を与えていると考えることで、429 条の適用を認める見解もある(▽同時侵害説。龍田・商事法務 1425 号 35 頁)。

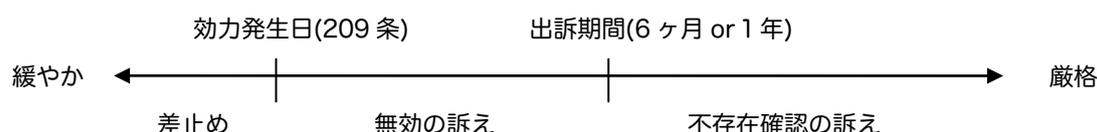
また、本件【設例】に限らず間接損害事例一般において、株主による直接請求を認める余地を残す立場もある(江頭 502 頁注 3)。すなわち、同書は、一般論としては、間接損害については株主は代表訴訟で責任を追及するべきであるが、「たとえば上場会社等については右の見解のようにいえるとしても、取締役と支配株主とが一体である閉鎖型のタイプの会社の場合、少数株主への加害の救済を代表訴訟に限ると、加害が繰り返され実効的な救済にならない例が多いから、株主の被る間接損害につきこの損害賠償請求を認める余地はある」とする。

¹¹ 支配権維持目的のために募集株式が発行された場合には、例外的に代表訴訟を認める見解もある(前掲田中論文・158 頁および注 43 に引用の文献参照)。

新株発行の差止め・無効の訴え

| | |
|---------------------------------------|---------------|
| 【募集株式の発行の差止め（210条）】 | LQ323頁，江頭761頁 |
| ①法令又は定款に違反する場合（210条1号）→LQ323頁(b) | |
| ②著しく不公正な方法により行われる場合（210条2号）→LQ324頁(c) | |

| | |
|--|---------------|
| 【新株発行無効の訴え（828条1項2号）】 | LQ327頁，江頭773頁 |
| 何が「無効事由」にあたるかを法は何ら規定しておらず，解釈に委ねられている。 | |
| すでに発行の効力が生じ一定の法律関係が形成されているため， 重大な法令・定款違反¹ に限られる。 | |
| (1) 無効原因となるものの例 | |
| ①定款所定の株式総数（113）を超える募集株式の発行 | |
| ②定款の定めのない種類の株式（108）の発行 | |
| ③定款に定められた株式の割当を受ける株主の権利を無視してなされた発行 | |
| ④募集株式の発行等の差止めに違反してなされた発行（最判平成5/12/16・百選101事件） | |
| ⑤非公開会社における株主総会決議を経ていない募集株式発行（最判平成24/4/24・百選29事件） | |
| (2) 場合によっては無効原因となるものの例 | |
| ⑥募集事項の通知・公告を欠く発行 | |
| 募集事項の通知・公告の趣旨から，「差止事由」がないかぎり「無効事由」にならない。 | |
| 最判平成9/1/28・百選27事件。 | |
| (3) 無効原因とならないものの例 | |
| ⑦取締役会決議・株主総会決議を欠く発行 | |
| 内部的意思決定を欠くにすぎず，また業務執行に準ずる行為であるため。 | |
| 最判昭和36/3/31（取締役会決議の欠缺），最判昭和46/7/16（株主総会決議の欠缺） | |
| ⑧著しく不公正な価格による発行（有利発行） | |
| 最判昭和46/7/16・百選24事件（なお，213条で民事責任を追及しうる。LQ325頁） | |
| ⑨著しく不公正な方法による発行 | |
| 最判平成6/7/14・百選102事件 | |



¹ 差止めと異なり，無効の訴えの場合は，既に新株が発行されており，①新株主の出現，②持株比率の変化・③出資の払込み等の影響が生じている（最判平成6/7/14・百選102事件参照）。そのため，無効の訴えは，差止めに比べ，厳格に判断される。例えば，無効事由の判断においては，差止めと異なり「法令又は定款に違反」するだけでは駄目で，その違反が「重大」でなければならない。また，「著しく不公正な方法による発行」は，差止め事由であるが，無効事由ではない。

事前措置：新株発行の差止め（法 210 条）

1 | 募集株式の発行等の差止め（210 条） LQ323 頁，江頭 761，766 頁（仮処分）

(1) 差止め²の根拠条文・要件

要件①各号のいずれかに該当すること（法令・定款違反 or 著しく不公正な方法）

②株主が不利益を受けるおそれ（210 条柱書）

2 | 「著しく不公正な方法」（2 号）の意味 LQ324 頁(c)，江頭 764 頁注 4，田中 489 頁

【裁判例】東京地決平成 1/7/25 「いなげや・忠実屋事件」・百選<初版>31 事件

判旨：「商法は，株主の新株引受権を排除し，割当自由の原則を認めているから，新株発行の目的に照らし第三者割当を必要とする場合には，授權資本制度のもとで取締役認められた経営権限の行使として，取締役の判断のもとに第三者割当をすることが許され，その結果，従来の株主の持株比率が低下しても，それをもってただちに不公正発行ということとはできない。しかし，①株式会社においてその支配権につき争いがある場合に，②従来の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され，③それが第三者に割り当てられる場合³，④その新株発行が特定の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものであるときは，その新株発行は不公正発行にあたるというべきであり，また，新株発行の主要な目的が右のところにあるとはいえない場合であっても，その新株発行により特定の株主の持株比率が著しく低下されることを認識しつつ新株発行がされた場合は，その新株発行を正当化させるだけの合理的な理由がない限り，その新株発行もまた不公正発行にあたるというべきである。」

※ 後述の東京高決平成 16/8/4 「ベルシステム 24 事件」の原審も上記①～④と同様の規範を用いる⁴。

(1) 主要目的のルール

著しく不公正な方法とは，不当な目的を達成する手段として株式を発行するような場合をいう。

そして，主要な目的が会社支配権の維持であれば，不当な目的といえると解する（主要目的のルール）。

なぜなら，会社法において，誰が取締役（経営者）となるべきかを決するのはあくまでも株主であつて（法 329 条 1 項，309 条 1 項），取締役自身ではないからである（権限分配秩序論）⁵。

² 差止めの実効性確保のために募集株式発行の差止め仮処分を申し立てることが通常である。この場合，①被保全債権の存在（争いのある権利関係）および②「著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とすること」（民保 23 Ⅱ）を疎明する（民保 13 Ⅱ。法教 334 号 124 頁（松井秀征）参照）。詳しくは，コンメ V・131 頁以下（洲崎解説）。

³ 平成 25 年度司法試験（商法）・第 3 問は，「第三者割当」ではなく「株主割当」を利用した場合に，不公正発行に当たるかが問題となった事例である（両者の区別につき，LQ307 頁 Column6-1）。一般論として，株主割当は，全ての株主に持株割合に応じて株式を割り当てるため，持株比率維持の機会は少なくとも確保されていることから，会社支配権維持を推認しない方向へ働く事情である。しかし，司法試験問題では，「A が自分たちのみ払い込める状況を作っていた」ため，実質的には特定の第三者（特定の株主）への割当にほかならないという事情があった（この点について，岩原紳作ほか「会社法施行 5 年・理論と実務の現状と課題」（有斐閣・2011 年）・82 頁注 6（大杉謙一解説）参照）。

⁴ 私見：LQ324 頁には「ありうる当該複数の目的や意図のうち，いずれが優先するか（主要な目的であるか）を検討する」との記載がある。しかし，これは，上記裁判例の①～④を無視しているのではなく，主要目的を認定するための考慮要素としていえると考えられる。

⁵ 例えるなら，内閣総理大臣を選ぶのは国会議員である（憲法 67 条）。内閣総理大臣が国会議員を選ぶなど考えられない。

(2) 資金調達目的の認定

【判例】東京高決平成 16/8/4 「ベルシステム 24 事件」・百選 98 事件、LQ324 頁 Case6-3
 判旨：「本件新株発行において、B をはじめとする Y 社 の現経営陣の一部が、X 社の持株比率を低下させて、自らの支配権を維持する意図を有していたとの疑いは容易に否定することができない。」 「本件事業計画のために本件新株発行による資金調達の必要性があり、本件事業計画にも合理性が認められる本件においては、仮に、本件新株発行に際し B をはじめとする Y 社の現経営陣の一部において、X 社の持株比率を低下させて、もって自らの支配権を維持する意図を有していたとしても、……支配権の維持が本件新株発行の唯一の動機であったとは認め難い上、その意図するところが会社の発展や業績の向上という正当な意図に優越するものであったとまでも認めることは難しく、結局、本件新株発行が商法 280 条ノ 10 所定の『著シク不公正ナル方法』による株式発行に当たるものということとはできない。」

【参考文献】商事法務コメンタールV・121 頁（洲崎博史解説）
 「主要な目的が何であるかは、外形的な諸事実から客観的に確定する他ない（大杉・大量 30 頁）。その確定にあたっては、①現在、会社支配権をめぐる争いがあるか、②当該発行等が会社支配権をめぐる争いに大きな影響を与えるか、会社の事業のために当該発行等が必要であるとする会社側の主張に説得力があるか、という観点を総合的かつ相関的に考察することになる。」

主要な目的が会社支配権の維持であるか否かを認定するにあたっては、下記のような要素を総合考慮⁶して判断することとなる。

資金調達目的の考慮要素

- ① 調達の必要性（資金用途の存在）、
 - ② 調達方法の相当性（ex 新株の相互発行の事例ではおよそ資金調達が出来ない）
 - ③ 計画の実体性・合理性（計画の変遷や他の計画の存在等。ex 支配権争後に計画が立ち上がったか）
- 等を勘案して判断する。

支配権維持目的の考慮要素 百選 98 事件解説

例えば、上記「ベルシステム 24 事件」においては、

- ① 発行済株式総数を超える大量の株式が発行され引受人が過半数株主となること
 - ② 株主総会の基準日後の新株主に総会での議決権行使を認めること
 - ③ 資金調達を含む事業計画策定が、株主からの何らかのアクションを契機に開始されたこと
- 等が指摘された。

⁶ 主要目的のルールについて、「その判断は支配権維持目的を推認させる各種の事実（評価根拠事実）と資金調達その他の正当な目的を推認させる各種の事実（評価障害事実）の総合判断であると考えられる」との指摘がある（以上につき、大杉謙一「本件判批」野村・中東編「M&A 判例の分析と展開」（経済法令研究会・2007 年）52 頁参照）。

また、資金調達以外の主要目的を認定した裁判例として東京高決平成 24/7/12・重判 H24 年商法 2 事件（日本版 ESOP＝従業員による株式所有計画）がある。本決定および原決定は「従業員のインセンティブ向上」を主要目的として認定した。

なお、新株予約権の場合の正当な目的につき LQ344 頁 Column6-7 参照。

(3) 主要目的ルールの例外 田中 671 頁

| | |
|--|---|
| <p>【裁判例】東京高決平成 17/3/23 「ニッポン放送事件」・百選 99 事件</p> <p>判旨：「取締役の選任・解任は株主総会の専決事項であり（254条1項，257条1項），取締役は株主の資本多数決によって選任される執行機関といわざるを得ないから，被選任者たる取締役に，選任者たる株主構成の変更を主要な目的とする新株等の発行をすることを一般的に許容することは，商法が機関権限の分配を定めた法意に明らかに反するものである～」</p> <p>「会社の経営支配権に現に争いが生じている場面において，株式の敵対的買収によって経営支配権を争う特定の株主の持株比率を低下させ，現経営者又はこれを支持し事実上の影響力を及ぼしている特定の株主の経営支配権を維持・確保することを主要な目的として新株予約権の発行がされた場合には，原則として，商法280条ノ39第4項が準用する280条ノ10にいう「著シク不公正ナル方法」による新株予約権の発行に該当するものと解するのが相当である。</p> <p>もっとも，経営支配権の維持・確保を主要な目的とする新株予約権発行が許されないのは，取締役は会社の所有者たる株主の信託に基礎を置くものであるから，株主全体の利益の保護という観点から新株予約権の発行を正当化する特段の事情がある場合には，例外的に，経営支配権の維持・確保を主要な目的とする発行も不公正発行に該当しないと解すべきである。～</p> <p>①グリーンメイラー、②焦土化経営、③資産流用目的、④高値売り抜け</p> <p>～の場合には、濫用目的をもって株式を取得した当該敵対的買収者は株主として保護するに値しないし、当該敵対的買収者を放置すれば他の株主の利益が損なわれることが明らかであるから、取締役会は、対抗手段として必要性や相当性が認められる限り、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする新株予約権の発行を行うことが正当なものとして許される」</p> | <p>↑【原則】</p> <p>根拠</p> <p>主要目的</p> <p>ルール</p> <p>↓</p> <p>↑【例外】</p> <p>四類型</p> <p>↓</p> |
|--|---|

上記【原則】にあるように、本決定の基礎には、権限分配秩序論があることは明らかである⁷。

その上で、「株主全体の利益の保護の見地」から、【原則】である主要目的ルールに対する【例外】として①②③④を認める⁸（詳しくは、LQ442 頁Column9-39 参照）。



しかし、「裁判所は、この例外をかなり狭く捉えている～本決定により示された、支配権争いの帰趨は原則として株主が決めるべきであるという考え方は、以後の裁判例の基調を形成しているといえる」と言われている（田中 672 頁）。

⁷ 田中亘「買収防衛策と判例の展開-ニッポン放送事件からの流れ-」ジュリ 1346 号 10 頁参照

⁸ ④高値売りぬけについては、「遊休資産を処分し株主に分配するという経済合理性のある行為までも否定しかねない点で問題がある」との批判がある（藤田友敬・商事法務 1745 号 4 頁以下）。また、前掲田中 9 頁は「むしろ本決定の真の意義は、支配権維持・確保目的の新株等の発行が適法となる余地を認めたことそれ自体よりは、その余地が極めて小さいものであることを明らかにした点にあるように思われる」と評価する。なお、田中 672 頁コラム 9-41 も参照。

(4) ブルドックスソース事件 田中 676 頁

【判例】最決平成 19/8/7「ブルドックスソース事件」・百選 100 事件

判旨：「株主平等の原則は、個々の株主の利益を保護するため、会社に対し、株主をその有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱うことを義務付けるものであるが、個々の株主の利益は、一般的には、会社の存立、発展なしには考えられないものであるから、①特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害されるおそれが生ずるなど、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合には（注：必要性要件）、②その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、これを直ちに同原則の趣旨に反するものということとはできない（注：相当性要件）。そして、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるところ、株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在しなかったり、虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべきである。」

ア 新株予約権の無償割当ての差止めの根拠条文 LQ343, 447 頁

会社法において、「新株予約権の差止め」については条文があるものの（247 条）、「新株予約権の無償割当ての差止め」については条文がない。これは、新株予約権の無償割当ての場合、「株式の数に応じて」割り当てられるため（278 条 2 項）一般に不都合が生じないと立法時考えられたことによる。しかし、ブルドックスソースのように割り当てられた新株予約権の内容いかんでは、持株比率等の実質的変動を及ぼすことになる。ここに法 247 条の類推の基礎があり、同条を類推適用できる。

イ 本判決における必要性・相当性基準⁹ LQ344 頁Column6-7, 百選 100 事件解説

①必要性要件

→ 支配権争いは、会社の利益の帰属主体である株主自身（＝株主総会）により判断されるべき。

②相当性要件

→ ・スティール・パートナーズ（SP）関係者も株主総会で意見を述べる機会が与えられていた。

・買収防衛策発動により不利益を受ける SP に、適正な対価が支払われた（SP 関係者が決定した公開買付価格に基づき 21 億円との対価が支払われており、これは本件新株予約権の価値に見合う）。

【参考文献】田中亘「会社法」（東京大学出版会・2016 年）491 頁

「平成 26 年改正により、公開会社が特定引受人の議決権比率を過半数にするような募集株式の発行等をする場合には、10 分の 1 以上の議決権を有する株主がそれに対して異議を述べたときは、株主総会の決議を要するものとされた（206 条の 2）。これにより、特定の第三者に明白は経営支配権を与えるような募集株式の発行等を取締役会限りで行うことは制限されることとなった。」

⁹ 本決定は、「主要目的ルール＋一定の場合には支配権維持を主要な目的とする新株予約権の発行であっても許される」という判断枠組みを採るものではないとされる（森富義明・曹時 62 巻 6 号 1568 頁注 20＝調査官解説）。なお、田中亘・商事法務 1809 号・1810 号、伊藤靖史・商事法務 1923 号 37 頁、中東正文・ジュリ 1346 号 17 頁等も参照。

3 | 株主が不利益を受けるおそれ LQ325 頁(d), 江頭 762 頁注 2

【裁判例】東京地決平成 20/6/23 「クオイツ対オープンループ事件」・重判 H20 商法 2 事件

事案：X 社は、Y 社の普通株式を 390 万 6000 株（持株比率 1.71%）保有する。他方、Y 社はその 100%子会社とあわせて、X 社の株式を 3 万 1254 株（持株比率 34.4%）保有しているが、名義書換は未了である。Y 社は、取締役間の経営権支配をめぐる対立が決定的となった状況下で、普通株式 2222 万 2000 株ずつを I と K に割り当てる旨の取締役会決議を成立させた（4:3 で可決）。これにより、従前、筆頭株主から第五順位まで①3.78%、②3.33%、③2.46%、④1.76%、⑤1.71%（X）だった持株比率が、①9.26%、②8.16%～⑦1.43%（X）へと変化することになる。そこで、X は 210 条に基づき差止めを求めた。

判旨：「会社法上、公開会社（会社法 2 条 5 号）においては、**授權資本制度**の下で（同法 37 条、113 条）、取締役会に認められた経営判断の行使として、第三者割当てによる募集株式の発行をすることができ（同法 201 条 1 項）、その結果、既存の株主の持分比率が低下しても、**それによって直ちに株主が不利益を受けるもの**ということとはできない。しかし、会社の支配権につき争いがあり、既存の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され、それが第三者に割り当てられる場合に、その新株の発行が既存の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものと認められ、**従前の株主構成と比較して、既存の株主に看過できない持分比率の低下があると認められるときは、当該株主は不利益を受けるものといえる。**」

「従前、第 5 順位であった X の持株比率が 1.71%から 1.43%に低下することは、Y の従前の株主構成と異なり、**事実上多数派を構成する株主が出現することから、X の影響力が著しく低下することにつながることは明らかであり、既存の株主である X にとって、従前の株主構成と比較して、看過できない持分比率の低下があるといえる。本件新株発行により、株主である X が不利益を受けるおそれがあると認められる。**」

株主が不利益を受けるおそれを認定するためには、

- ①経済的不利益（株価値下がり、配当の減少等）
- ②持株比率の低下（過半数を割るか、少数株主権を行使できるか、影響力の低下等）
- ③株主権の侵害（定款で定められた株主の株式割当てを受ける権利が無視される場合）

のいずれか又は複数を摘示すればよい。



なお、従前、この「株主が不利益を受けるおそれ」という要件が裁判例で問題となることは稀であった（法教 334 号 124 頁（松井秀征）参照）。そのような中で、上記【裁判例】はこの不利益要件についても「**事実上多数派を構成する株主が出現し、X の影響力が著しく低下する**」と認定し、丁寧に判断を行った。

事後措置①：民事上の責任追及 LQ325 頁, 江頭 776 頁

レジュメ「有利発行と第三者責任」の箇所を参照。

事後措置②：新株発行無効の訴え（法 828 条 1 項 2 号）

1 | 新株発行無効の訴え（828 条 1 項 2 号） LQ327 頁

【参考文献】「会社法重要判例をひもとく」法教 372 号 116 頁（北村雅史）

「新株発行の無効判決の効果は遡及しないので（839 条），新株発行が効力を生じた後，新株発行無効判決が確定するまでに，発行された株式に係る議決権の行使や剰余金の配当等は無効判決により影響を受けず，その間に行われた当該株式の譲渡も有効となる。しかしながら，無効判決は将来に向かって効力を生じる結果，当該株式を有する者は，原則として払込金額又は給付を受けた財産の給付時における価額に相当する金銭の支払と引換えに当該株式を失うことになる（840 条）。このように，新株発行の無効は，当該新株を取得した者や，新株発行により会社財産が増加したことを前提に会社と取引関係に入った者等に大きな影響を及ぼすため，学説・判例とも，新株発行の無効事由を制限的に解釈している」

会社法は，何が「無効事由」にあたるかを法は何ら規定しておらず，解釈に委ねられている。

すでに発行の効力が生じ一定の法律関係が形成されているため，重大な法令・定款違反に限られる。

↓

下記では，

- ・ 募集株式の発行等の差止め違反してなされた発行（最判平成 5/12/16・百選 101 事件）
- ・ 著しく不公正な方法による発行（最判平成 6/7/14・百選 102 事件）
- ・ 募集事項の通知・公告を欠く発行（最判平成 9/1/28・百選 27 事件）
- ・ 非公開会社における株主総会決議を経ていない募集株式発行（最判平成 24/4/24・百選 28 事件）

について検討する¹⁰。

¹⁰ 著しく不公正な価格による発行（有利発行。最判昭和 46/7/16・百選 24 事件）の場合には無効事由とならないと解される。なぜなら，①授権資本制度の趣旨からすれば，新株発行は業務執行に準ずるものであり，また②株主の経済的損害は，違法な新株発行を行った取締役の責任を追及することで回復することが可能であり（213 条等），会社外の第三者の利益を害してまで無効とすべきではないからである（詳しくは，百選 24 事件解説）。

2 | 募集株式の発行等の差止めに違反してなされた発行 LQ330 頁, 江頭 763・770 頁

【判例】 最判平成 5/12/16・百選 101 事件

判旨：「商法二八〇条ノ一〇に基づく新株発行差止請求訴訟を本案とする新株発行差止めの仮処分命令があるにもかかわらず、あえて右仮処分命令に違反して新株発行がされた場合には、右仮処分命令違反は、同法二八〇条ノ一五に規定する新株発行無効の訴えの無効原因となるものと解するのが相当である。ただし、同法二八〇条ノ一〇に規定する新株発行差止請求の制度は、会社が法令若しくは定款に違反し、又は著しく不正な方法によって新株を発行することにより従来の株主が不利益を受けるおそれがある場合に、右新株の発行を差止めることによって、株主の利益の保護を図る趣旨で設けられたものであり、同法二八〇条ノ三ノ二は、新株発行差止請求の制度の実効性を担保するため、払込期日の二週間前に新株の発行に関する事項を公告し、又は株主に通知することを会社に義務付け、もって株主に新株発行差止めの仮処分命令を得る機会を与えていると解されるのであるから、この仮処分命令に違反したことが新株発行の効力に影響がないとすれば、差止請求権を株主の権利として特に認め、しかも仮処分命令を得る機会を株主に与えることによって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てしまうことになるからである。」

差止の趣旨

通知の趣旨

結論

▽無効説（判例・通説）

募集株式の発行等の差止めに違反してなされた発行は無効である。

理由①無効と解しなければ、差止めの仮処分制度の実効性がなくなる。

②差止命令に違反した取締役の責任を見たとき、取締役が株主に対して負う損害賠償責任は差止命令がなくとも認められるので、命令違反の場合、募集株式発行等は無効としない限り差止命令を認めた意味がない。

3 | 著しく不正な方法による発行 LQ329 頁, 江頭 769・772 頁

| | |
|---|---|
| <p>【判例】 最判平成 6/7/14・百選 102 事件</p> <p>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、新株発行に関する有効な取締役会の決議がなくても、右新株の発行が有効であることは、当裁判所の判例（最判昭和 36/3/31）の示すところである。この理は、新株が著しく不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り、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。」</p> | <p>↑</p> <p>【判旨 1】</p> <p>↓</p> <p>↑</p> <p>【判旨 2】</p> <p>↓</p> <p>↑</p> <p>【理由】</p> <p>↓</p> |
|---|---|

(1) 上記【判旨 1】 最判昭和 36/3/31（取締役会決議を欠く発行の効力について）

本件に引用の最判昭和 36/3/31 は、取締役会決議を欠く発行の効力について「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ても、右新株の発行は有効なものと解すべき」と判旨した¹¹。

この理由としては、①「商法は新株の発行権限を取締役に委ねて（ていること等）～に照らすと、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っているものと解される」こと、②「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」ことが判旨されている。

(2) 上記【判旨 2】 取引の安全？について 江頭 769 頁注 2

仮に、無効事由とならないことを「発行株式についての取引の安全」のみに求めるならば、【判旨 2】のような「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」場合には無効事由になると解してよさそうである。しかし、【判例 2】はこのように理解していない。

これは、新株発行が無効となるかの判断の際には、「発行株式についての取引の安全」のみならず、いったん会社財産が増加したことを前提に会社と取引関係に入った「第三者（会社債権者等）の利益」をも重視するためである¹²。

そして、【判旨 2】部分を前提とすると、引受人・譲受人の善意悪意は一切問わないことになる。

¹¹ 重要：株主総会決議を欠く場合も同様に有効である（最判昭和 46/7/16）。ただし、非公開会社において株主総会決議を欠く場合には、後述最判平成 24/4/24 のように無効事由になりうる。LQ329 頁参照。

¹² 百選<第2版>101 事件解説（山下友信）は、「会社債権者を意識してのことであれば、会社債権者に新株発行の有効性についての信頼がそれほど高いとは思われず、理由として重視することは適当ではない」とする。これらにつき、法教 372 号 119 頁等参照

4 | 募集事項の通知・公告を欠く発行¹³ LQ330 頁, 江頭 7557,66 頁

【判例】最判平成 9/1/28・百選 28 事件・法教 372 号 116 頁

判旨：「原判決は、このうち③（※代表取締役が支配権維持目的で新株を発行したこと）及び④（※新株を引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こと）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。けだし、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（最判平成 6/7/14・百選 101 事件）、右③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 280 条ノ 13 第 1 項）、新株発行が無効となるものではなく（最判昭和 30/4/19）、右④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 280 条ノ 3 ノ 2 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 280 条ノ 10）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（最判平成 5/12/16・百選 100 事件）、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の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③及び④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①の点で無効原因があるといわなければならない。」

(1) 最判平成 5/12/16 と最判平成 6/7/14 の引用と本判決の立場

募集事項の通知・公告を欠く発行は、「差止事由」がないかぎり「無効事由」にならない（本判決）。なぜなら、通知・公告の趣旨は、株主に差止めを行う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（最判平成 5/12/16・百選 101 事件）、通知公告があったとしたら、差止めがされ得る場合、すなわち「差止事由」がある場合でなければならないのである。そして、先述のように著しく不公正な方法による発行は「無効事由」にならない（最判平成 6/7/14・百選 102 事件）が、「差止事由」にはなる。よって、本件では「無効事由」がある¹⁴。

(2) 非公開会社の場合

非公開会社においては、株主総会の招集通知及び株主総会での議案説明により株主に新株発行する旨および募集事項が伝えられるから、通知・公告は不要とされる。この場合、株主総会決議に取消事由があることが新株発行の無効事由になることになる¹⁵。

¹³ なお、平成 26 年会社法改正で創設された 206 条の 2 以下に違反する発行の効力につき、江頭 770 頁参照。同書は、支配株主の異動を伴う募集株式の割当ての通知・公告（206 条の 2）を欠く場合も、募集事項の通知・公告を欠く場合と同じと解している。

¹⁴ これらの判決群（平成 5 年、平成 6 年、平成 9 年判決）の関係については、「一般論としては、募集事項の公示を欠いていたため差止めの機会が保障されていなかったといえる場合には事後的な無効主張を認めるが、差止めの機会があったにもかかわらず、株主がその機会を逸した場合には事後的な無効主張を認めないという立場に立っているものと推測される」と説明されている（以上につき、商事法務コンメンタール V・136 頁（洲崎博史解説）。なお、平成 25 年司法試験も参照）。

¹⁵ そして、いわゆる吸収説・併存説のような問題状況が生じると考えられる（LQ428 頁 Column9-32. 法教 372 号 119 頁）。

5 | 非公開会社における株主総会決議を経ない募集株式発行

【判例】 最判平成 24/4/24・金判 1392 号 16 頁・百選 29 事件

判旨：「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 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 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」

* 本件判例は、新株予約権の行使条件の変更の可否等を論じた、東京地判平成 21/3/19・百選 30 事件の上級審である。特に、違法な行使条件の変更が新株発行無効の訴えの無効原因になるかにつき、第一審（公告または通知に関する規定が設けられていない点から無効事由とした）と最判（上記判旨）とで理由付けが異なる点に注意を要する。第一審は、最判平成 9/1/28・百選 28 事件との類似性により無効事由になると解したのである。

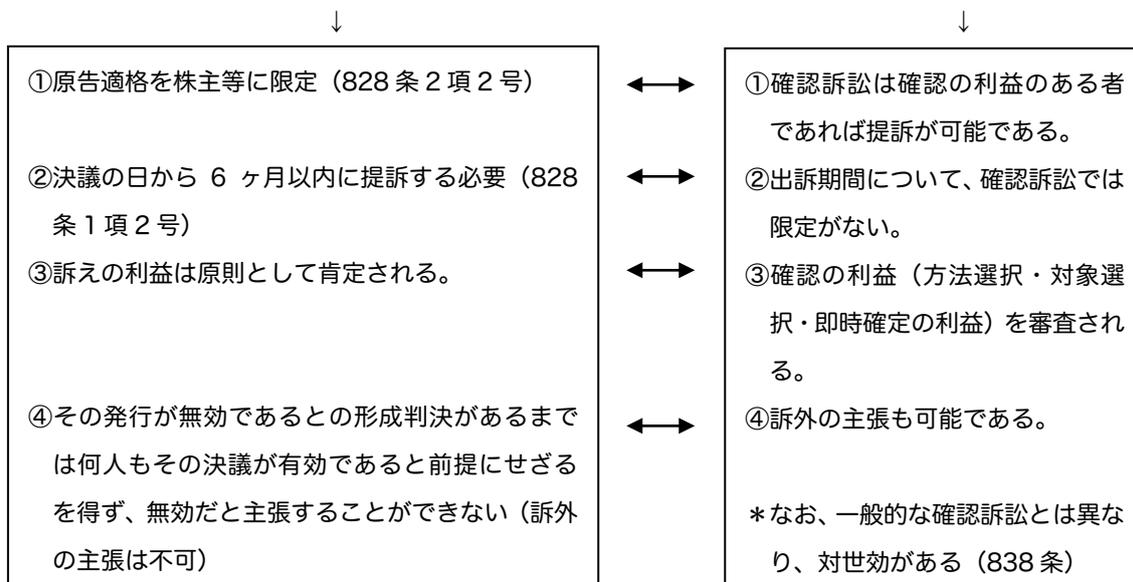
▽無効説 上記最判・LQ329 頁

- ①株主の持株比率の維持に対する期待を保護する必要性が高い
（株主総会の特別決議を要すること、無効の訴えの提訴期間が一年と伸長されていること）
- ②非公開会社においては、他の株主からの譲受けにより持株比率を回復することが困難
- ③譲渡制限株式は譲渡制限のない株式に比して譲渡性が低く、また、譲渡人は会社の承認が得られない場合には、株式買取の対価を受けることしかできないから、譲受人を保護する必要性は大きくない
- ④有効とすると、株主が非公開会社を選択した意思に反して、会社にとって好ましくないものが会社の運営に参入してしまう。

事後措置③：新株発行不存在確認の訴え（法 829 条）

1 | 形成訴訟と確認訴訟 LQ331 頁

新株発行無効の訴えは「形成訴訟」であり，他方で新株発行不存在確認の訴えは「確認訴訟」である¹⁶。



2 | 不存在事由 新基本コンメⅢ・374 頁，LQ331 頁

▽物理的に新株発行に該当する事実が全く存在しない場合

▽上記のみならず，物理的に新株発行に該当する事実が存在するような外観を呈していても，その手続的瑕疵・実体的瑕疵が著しいため不存在と評価される場合も含まれる（東京高判昭和 61/8/21）。

この裁判例は，新株発行が存在するかそれとも不存在であるかは，単に物理的な判断にとどまらず，一つの法的判断の側面を有するとしたのである。

3 | 平成 26 年度司法試験（商法）・第 1 問での考慮要素

(1) 不存在事由を肯定する事情¹⁷

- ①本件株式発行につき株主総会の特別決議を経ていないこと
- ②代表取締役・取締役ではない E が発行を行っていること

(2) 不存在事由を否定する事情

- ① E が現に賃貸用の建物を出資していること ※最判平成 6 年 7 月 14 日・百選 102 事件解説も参照。
- ②代表取締役 A が E について「副社長」の肩書で代表取締役として行動することを認めていること

¹⁶ その他，高橋宏志「重点講義民事訴訟法上<第 2 補訂版>」（有斐閣・2013 年）・71 頁以下等ご参照。なお，会社法における形成訴訟と確認訴訟との区別は，条文の見出しに「確認」の文言があるか否かで区別できる。

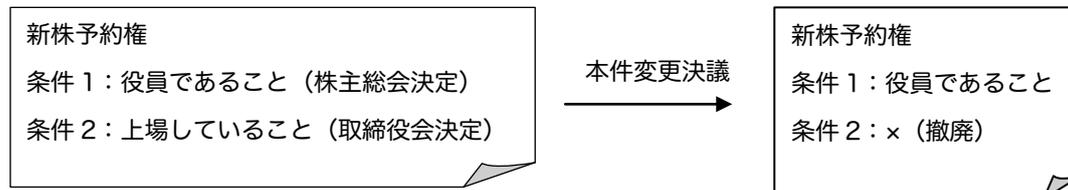
¹⁷ 不存在事由を肯定した場合には，E が出資した財産について，いかに処理するかの問題が生じる。この点につき，出題の趣旨参照。

発展：行使条件に違反する新株予約権の行使

1 | 問題状況

【設例】 Y社は取締役らにストック・オプションとして新株予約権を付与することとした。そこで、Y社株主総会決議により新株予約権発行の承認を受けるとともに、その際、本件新株予約権の行使条件として取締役条件を定め、その他の条件については取締役会に委任した。これを受けて、取締役会はいったん上場条件を定めながらも、のちに当該上場条件を撤廃する旨の決議（本件変更決議）を行った。

* 旧法においてストック・オプションは常に有利発行に該当し、特別決議を要した。



Q1 そもそも取締役会は委任事項を変更できるか。

Q2 できないのであれば、その行使条件に違反してなされた株式発行の効力はどうなるか。

2 | 行使条件についての取締役会への委任事項の変更の可否 田中 507, 509 頁

【判例】 最判平成 24/4/24・重判H24 商法 1 事件，百選 29 事件¹⁸

判旨：「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」

▽委任不可能説¹⁹

旧商法と異なり，会社法 239 条 1 項は，新株予約権の「内容」は取締役会に委任可能な事項に含まれない旨明記する。そして，行使条件は，同条の「内容」に当然あたるため，委任はできない²⁰。

▽委任可能説

239 条 1 項の趣旨は，新株予約権の発行により既存の株主がこうむる不利益の上限を株主総会で画す点にある（許容性）。そのため，行使条件の委任はできる。

¹⁸ 最高裁の評釈として，商事法務 1975 号 19 頁以下（判批：久保田安彦）。一審評釈として片木晴彦・判例時報 2075 号 198 頁，森本滋・私法判例リマックス 41 号 78 頁。演習問題として，川島いづみ・法教 350 号 130 頁。

¹⁹ なお，この見解を取った場合の回答例として，別冊法学セミナー「司法試験の問題と解説 2015」51 頁（大杉謙一解説）参照。

²⁰ 新株予約権の行使条件を定めた場合には，新株予約権の内容と並んで登記事項とされていることも（会社法 911 条 3 項 12 号），このような解釈を前提とする。

3 | 行使条件を取締役会が廃することの可否

▽委任の趣旨から（ありうる1つの考え方）

新株予約権は、その仕組み上、行使期間が長く設定され、一定の場合に条件を変更する必要性があることは否定できない。そこで、委任の趣旨を踏まえて変更の可否を決すべきである。

具体的には、①変更についての明示の委任²¹があり、かつ委任の趣旨に反しない場合にのみ許されるのであり、それ以外には、②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変更することはできない。

→例えば、平成27年度司法試験（商法）第3問においては、①変更についての明示の委任はない。

また、②委任の趣旨はインセンティブの付与であるところ、上場条件を撤廃することは新株予約権の目的それ自体の否定につながり許されない。よって、上場条件の撤廃は無効であり、本件新株予約権の行使は行使条件に反するものである。

4 | 行使条件に違反する新株予約権の行使の争い方²² LQ343頁, ジュリ1417号160頁

▽訴訟説・無効原因説（新株発行無効の訴えを提起すべき）

権利行使時点で、現実の払込みがすでになされているので、その場合も無効の対象となるとすると、発行された新株の法的安定性を害するおそれがあるので、その効力を画一的に処理する必要がある。

▽当然無効説 江頭801頁以下

①新株予約権の場合には、いつ権利が行使され株式が発行されたかを当事者以外のものが認識することは困難であるから、出訴期間の制限がある無効の訴えを提起することには問題がある。

②多数の新株予約権者がバラバラに権利を行使し、株式の発行等の効力がバラバラに発生するその一つ一つについて無効の訴えを提起することは煩に耐えない。

5 | 本件変更は新株発行無効の訴えの無効原因になるか

▽一審：最判平成9/1/28・百選27との類似性により無効

新株予約権の行使²³については、公告または通知に関する規定が設けられておらず、株主がこれを察知して新株発行を事前に差し止めることは事実上不可能に等しい。

▽最高裁：非公開会社における株主総会決議経ていない募集株式発行との類似性により無効

「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～無効原因があると解するのが相当である」

²¹ 「黙示の委任を許してしまうと、変更の委任があったかどうかの認定は困難となる」（久保田安彦・商事法務1976号18頁）。

²² 「発行」に無効原因がある場合と、「行使」に無効原因がある場合とは明確に区別しなければならない。例えば、譲渡制限株式を目的とする新株予約権が株主総会・種類株主総会の決議なしに発行され（238Ⅱ④、241Ⅲ④、243Ⅱ、322Ⅰ⑤）、それが行使された場合、ここには、「発行」についての無効原因しかない。この場合には、①新株発行無効の訴えの出訴期間（828条1項2号）が経過していないことに加え、②新株予約権の発行無効の訴えの出訴期間（同4号）内であることをも要する。以上につき、久保田安彦「新株予約権制度の効用と法的問題点」法セミ675号20頁以下参照。

²³ ちなみに、公開会社における新株予約権の「発行」の際には、通知・公告は必要である（240条2項3項）。そして発行の際に通知公告を欠けば、新株予約権「発行」の無効原因となりうる（なお、ここでも最判平成9/1/28・百選27は妥当すると考えられる）。

重要な財産の処分とは（確認）

1 | 重要な財産の処分（362条4項1号）

(1) 制度趣旨 LQ180頁

【判例】 最判平成21/4/17・重判H21商法2・セレクト2009商法4

「同項（会社法362条4項）が、重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めたのは、代表取締役への権限の集中を抑制し、取締役相互の協議による結論に沿った業務の執行を確保することによって会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものと解される」

制度趣旨をより平易に表現すると、「会社法362条4項は、会社の業務・財産に重大な影響を及ぼす事項について、取締役会に慎重に判断させることにより、代表取締役等の独断専行を抑制するために、取締役会の専決事項を定めている」ともいえる（法教322号162頁（北村雅史））。

(2) 重要な財産の処分¹及び譲受け該当性 LQ181頁，最判平成6/1/20・百選63事件

【判例】 最判平成6/1/20・百選63事件

「重要な財産の処分に該当するかどうかは、①当該財産の価額、②その会社の総資産に占める割合、③当該財産の保有目的、④処分行為の態様、および⑤会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解する」

①当該財産の価額

②総資産に占める割合・・・会社の貸借対照表上の総資産額の1%が一応の基準になるが、本判決は、1.6%という数値を決定的なものとは見ていない（百選64解説）。すなわち、①②③④⑤というのは考慮「要素」に過ぎず「要件」ではないのである。

③当該財産の保有目的・・・例：遊休財産、投機目的…

④処分行為の態様・・・例：贈与、賃貸…

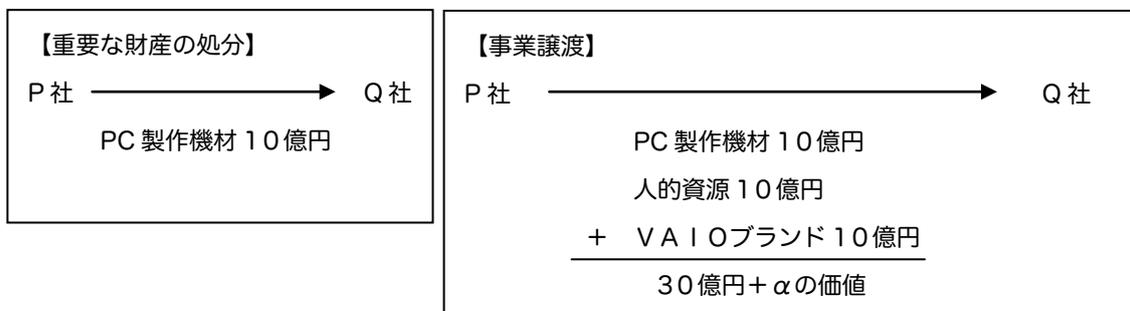
⑤従来の取扱い・・・例：日常的取引、少額のものでも取締役会がその可否を決してきた慣例…

¹ 本号「重要な財産の処分」にいう「処分」には、売却だけでなく、出資、貸与、担保の提供、債権の放棄、債務の免除等も含まれる（龍田112頁，前田465頁，コンメVII224頁等参照）。

事業譲渡とは

LQ432 頁, 江頭 949 頁, 田中 657 頁²

1 | 事業譲渡・重要な財産の処分の区別³



P 社が、①制作機材（10 億円）、②人的資源（10 億円）又は③V A I O ブランド（10 億円）を譲渡したとしても、その譲渡が別々になされる限り、それらは「重要な財産の処分」に過ぎない。しかし、これらがまとめて譲渡される場合（＝事業譲渡と評価される場合）には、単なる個々の財産の総和以上の価値（30 億円 + α）が移動する事になる。

この点で、事業譲渡は会社の統治構造・収益構造に重大な変更を生じさせる取引であることから、取締役会決議では足りず（362 条 4 項 1 号）、株主総会特別決議を要するのである（467 条 1 項）⁴。

2 | 事業譲渡についての判例の定義（事業譲渡の 3 要件）

【判例】 最判昭和 40/9/22・百選 85 事件・総則百選 18 事件（藤田友敬解説）

判旨：「商法 245 条 1 項 1 号によつて特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡とは、同法 24 条以下にいう営業の譲渡と同一意義であつて、営業そのものの全部または重要な一部を譲渡すること、詳言すれば、①一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部または重要な一部を譲渡し、これによつて、②譲渡会社はその財産によつて営んでいた営業的活動の全部または重要な一部を譲受人に受け継がせ、③譲渡会社はその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25 条に定める競争禁止義務を負う結果を伴うものをいうものと解するのが相当である。」

- ①一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産の譲渡
 - ②事業活動の承継
 - ③競争禁止義務の負担
- これらの要件のうち、①の意味、②③の要否について議論がある。

² 田中巨「競争禁止義務は事業の譲渡の要件か」東京大学法科大学院ローレビュー5号 286 頁以下。

³ なお、マスコミ報道では「ソニーが PC 事業を譲渡した」等、さも事業譲渡がされたかのような記載がある（上記でも説明の便宜のため、ソニーが事業譲渡をしたと仮定している。）。しかし、ソニーが実際にとったスキームは、ソニーの PC 事業を、別会社である VJ 株式会社（吸収分割後に V A I O 株式会社へと商号変更）に対して、会社分割（簡易分割）の方法で移転させるというものである（2014 年 7 月 1 日に吸収分割の効力発生）。「事業譲渡」と「会社分割」は、ともに、ある事業を別会社に移すという点で共通しているが、必要となる手続、効果、税務上の扱いについて大きな違いがある。この点については、LQ436 頁 Column9-36、田中 661 頁参照。

⁴ 私見：比喩的に表現するならば、事業譲渡とは、「超重要な財産の処分」である。なお、田中 657 頁も参照。

3 | 要件①：一定の営業目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産の譲渡

【参考文献】 田中亘・前掲「競業避止義務は事業の譲渡の要件か」310頁

「すでに学説上も指摘されているように、「有機的一体として機能する財産」とは、「よくわからない概念」であり、その言葉で想定される内容は、論者によって必ずしも同じではない。抽象的には、営業の目的のために組織化されているため、「それを構成する個々の財産の価値の総和よりも高い価値を有するもの」がそれに当たる、といわれている。この指摘を文字どおりとると、本判決（*最判昭和40/9/22）の事例のような、物的資産のみの譲渡であり、製造・販売等のノウハウや人的要素（得意先・仕入先あるいは従業員）の移転を何ら伴わないものであっても、「有機的一体として機能する財産」の譲渡といえる可能性があるろう。土地・建物と機械器具一式で構成される工場は、これを利用して事業をすれば、個々の財産をばらばらに売るよりも高い価値を生む可能性があるからである」

要件①の認定に際しては、問題文から財産の移転を摘示し、その移転が個々の財産の価値の総和よりも高い価値を有することを評価することが必要となる⁵（私見：すなわち、単にばらばらの財産の寄せ集めではないことを論証する（あてはめる）ことで「有機的一体」を認定したことになる。）。

4 | 要件②：事業活動の承継

▽必要説（判例）

事例214頁「②の要件なしに①のみで事業譲渡か否かを区別することは困難であり、法律の適用を明確化するためにはこの要件を必要と解すべきことになろう」

▽不要説

本条は、譲渡会社の株主保護が目的であり、したがって譲受会社が営業活動を継続するかどうかは、無関係な事柄である。この立場からは、何が事業の譲渡といえるかは、もっぱら有機的一体性という概念それ自体をどう解釈するかの問題となる。

5 | 要件③：競業避止義務の負担

▽必要説（判例？。なお、総則百選18事件の藤田友敬解説参照）

譲渡会社が、競業避止義務を負う場合にはそうでない場合と比べて譲渡会社の利益ひいてはその株主の利益が損なわれる危険が大きいから、競業避止義務の有無によって区別し、これを負う場合にのみ総会決議を求めることは合理的である。

▽不要説

競業避止義務は事業譲渡の要件ではなく効果である（さもなくばトートロジーに陥る）

競業避止義務は特約で排除できるところ、特約を結べば事業譲渡に当たらないとすることは、株主の利益保護から疑問。

⁵ ノウハウの移転は必要か：江頭950頁注1は、「(会社法21条以下とは異なり) 事業用財産に製造・販売等のノウハウが付随して移転されれば要件を満たし、従業員・得意先等の移転は必ずしも要件ではないと解すべきである」とする。この立場では、人的要素(従業員・得意先等)の移転は必ずしも要件とされない。なお、江頭は後述要件②③ともに不要とする見解に立っている点にも留意する必要がある。

6 | 株主総会特別決議による承認のない事業譲渡の効力 LQ435 頁 Column9-35

【判例】 最判昭和 61/9/11・百選 6 事件

判旨：「本件営業譲渡契約が譲渡の目的としたものは、原審の確定したところによると、たばこ製造機械・小型ディーゼルエンジンの製造販売を目的とする被上告会社の有する三工場のうち専ら小型ディーゼルエンジンの製造販売に当たっていた長岡工場の営業一切であるというのであるから、商法二四五条一項一号にいう営業の「重要ナル一部」に当たるものというべきである。そうすると、本件営業譲渡契約は、譲渡をした被上告会社が商法二四五条一項に基づき同法三四三条に定める株主総会の特別決議によってこれを承認する手続を経由しているものでなければ、無効であり、しかも、その無効は、原始定款に記載のない財産引受と同様、**広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、本件営業譲渡契約は何人との関係においても常に無効であると解すべきである。**しかるところ、原審の確定したところによると、本件営業譲渡契約については事前又は事後においても右の株主総会による承認の手続をしていないというのであるから、これによっても、本件営業譲渡契約は無効であるというべきである。そして、**営業譲渡が譲渡会社の株主総会による承認の手続をしないことによって無効である場合、譲渡会社、譲渡会社の株主・債権者等の会社の利害関係人のほか、譲受会社もまた右の無効を主張することができるものと解するのが相当である。**けだし、譲渡会社ないしその利害関係人のみが右の無効を主張することができ、譲受会社がこれを主張することができないとすると、譲受会社は、譲渡会社ないしその利害関係人が無効を主張するまで営業譲渡を有効なものと扱うことを余儀なくされるなど著しく不安定な立場におかれることになるからである。したがって、譲受会社である上告会社は、**特段の事情のない限り、本件営業譲渡契約について右の無効をいつでも主張することができるもの**

営業譲渡の認定

絶対的に無効である

主張権者

*本判決は、定款に記載のない財産引受の効力につき、会社成立後に株主総会の特別決議でこれを追認しても有効にはならないとした点でも重要である（→LQ52 頁）。

(1) 株主総会決議を欠く取引の効力 取締役会決議を欠く重要な財産の処分と比較せよ

▽相対的無効説 詳しくは、コンメXII60 頁以下

事業譲渡は上述①のみが要件であるとの見解に立つと、その判断は極めて不明確になる。

そこでこの見解に立つ論者のうち一部の者は、相対的無効説を採用し取引の安全を図る。

▽絶対的無効説 判例・通説・江頭 953 頁注 8

株主の利益保護の見地から、取引の相手方の善意悪意を問わず無効である。裏から表現すれば、「決議がない限り有効になることはない」ことになる。

(2) 無効の主張権者

取引の相手方の善意悪意を問わず無効である。そして、この無効は、相手方を著しく不安定な立場に置かないようにするため、相手方からも主張できる。

もっとも、譲渡後長期間を経過してはじめて当事者の一方が無効を主張するような場合には、信義則により当該主張が禁じられることはある。



上記の最判昭和 61/9/11・百選 6 事件は譲受人が無効を主張することが禁じられる「特段の事情」があるとした。

- ・無効の主張時期（契約後 20 年間を経てはじめて主張した）
- ・両会社の株主・会社債権者等の利害関係人が無効を問題にしたことが全くなかった

7 | 事業譲渡の要件についてのまとめ

○=必要 x=不要

| | ①有機的一体性 | ②事業の承継 | ③競業避止義務 |
|-----|-------------------------------|-----------|-----------|
| 最高裁 | ○ | ○と読むのが一般的 | ○と読むのが一般的 |
| 田中亘 | ○ | ○ | x |
| 江頭 | ○（ノウハウの移転があればたり、人的要素の移転までは不要） | x | x |

【参考文献】 山下眞弘「事業の重要な一部の譲渡と株主総会の特別決議」・争点 96

「譲渡に株主総会の承認を要する事業は、個別財産の単なる集合体ではなく、一定の事業目的のため組織化され有機的一体として機能する財産であり、社会的活力を有するものである。その中核をなすものは、財産的価値ある「事実関係」（伝統、得意先関係、仕入先関係、営業上の秘訣、経営の組織、地理的条件）であって、これにより事業はそれを構成する各個の財産の総和よりも高い価値を有することとなる。」

有機的一体性を広く「それを構成する個々の財産の価値の総和よりも高い価値を有するもの」とのみ捉えたのでは範囲が不明確になる。そこで、ノウハウや人的要素（得意先・仕入先あるいは従業員）の移転が必要とする見解が多い（【参考文献】参照）。

会計帳簿の閲覧請求

1 | 会計帳簿とは LQ258 頁, 田中 446 頁, 江頭 698 頁

【法 433 条 2 項】(会計帳簿の閲覧等の請求)

「(会計帳簿又はこれに関する資料閲覧の請求があったときは)、株式会社は、次のいずれかに該当すると認められる場合を除き、これを拒むことができない。

- ①当該請求を行う株主（請求者）がその権利の確保又は行使に関する調査以外の目的で請求を行ったとき。
- ②請求者が当該株式会社の業務の遂行を妨げ、株主の共同の利益を害する目的で請求を行ったとき。
- ③請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき～」

会計帳簿＝計算書類の作成の基礎となる帳簿（仕訳帳・日記帳・元帳・補助簿等）

これに関する資料＝会計帳簿作成にあたって直接の資料となり、その他会計帳簿を実質的に補充する書類¹



- ・ 会計帳簿閲覧請求権は少数株主権である。
- ・ 株主名簿や計算書類の閲覧請求権とは異なり、債権者は行使できない。

【コラム】計算書類との異同

計算書類とは、貸借対照表、損益計算書その他株式会社の財産及び損益の状況を示すために必要かつ適当なものとして法務省令で定めるものをいいます（435 条）。

例えば、株式会社を家計に置き換えて考えてみます。

計算書類のうち貸借対照表には、ある一時点での貯金（左図：現金）や住宅ローン（左図：長期借入金）の額しか記入しません。また、損益計算書には、年間の収入がいくらか、年間の原価（食費！？）や税金がいくらしか記載しません。これ以上に重要な情報、例えば、長期借入金が増減しているのであればその理由、原価（食費）が高いのであればその内訳（取引先）等を知るためには、会計帳簿（≒家計簿）をみる必要があります。

【貸借対照表】

| 資産の部 | | 負債の部 | |
|------|---------|-------|---------|
| 現金 | 1000 万円 | 長期借入金 | 4000 万円 |
| 商品 | 1500 万円 | 純資産の部 | |
| 土地 | 6000 万円 | 資本金 | 4500 万円 |
| 合計 | 8500 万円 | 合計 | 8500 万円 |

【損益計算書】

| | |
|-----|---------|
| 売上高 | 1000 万円 |
| 原価 | ▲400 万円 |
| 税金 | ▲300 万円 |
| 純利益 | 300 万円 |

¹ 法人税の確定申告書は、会計帳簿またはその作成の材料そのものではなく、会計帳簿に基づき、税法所定の調整を施して作成されるものであるため、閲覧等請求の対象には含まれないとされている（横浜地判平成 3/4/19・百選 A30 事件）。なお、433 条 1 項 1, 2 号の文言が、監査役の調査権限に関する 389 条 4 項 1 号 2 号と同一であるところ、同号から監査役はすべての書類を閲覧可能であることから、株主の閲覧対象を広く捉える見解がある（江頭 700 頁）。

2 | 法433条2項3号該当性

(1) 請求者が実質的に競争関係にある事業を営み又はこれに従事

【判例】東京地判平成19/9/20「楽天対TBS事件」・重判H19商法3

判旨：「会社法433条2項は、相手方会社が株主からの会計帳簿の閲覧等の請求を拒むことができる事由を揚げ、同項3号は、「請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき」と規定している。同項3号の趣旨は、**競業者等が会計帳簿及び書類の閲覧等により会社の秘密を探り、これを自己の競業に利用し、又は他の競業者に知らせることを許すと、会社に甚大な被害を生じさせるおそれがあるので、このような危険を未然に防止することにあると解される**ところ、**そのようなおそれは、単に請求者の事業と相手方会社の業務とが競争関係にある場合にとどまらず、請求者の親会社の事業が相手方会社の業務と競争関係にある場合にも生じ得るものである。**」「また、会社法433条2項3号の趣旨が上記のとおりであることからすれば、**近い将来において競争関係に立つ蓋然性が高い者からの請求も相手方会社に甚大な被害を生じさせるおそれがある点では、現に競争関係にある者からの請求と実質的に変わるところはない。**」

同号における「実質的に競争関係にある事業」の意味は、取締役の競業避止義務の対象である「株式会社の事業の部類に属する取引」(356I①)の意味と同一である(これが、旧法264条における多数説である。なお、北村雅史・法教376号116頁注12も同旨)。

(2) 競業に利用するという不正な意図(主観的要件)の要否

【判例】最判平成21/1/15・百選80事件、法教376号112頁(北村雅史)

判旨：「商法293条の7第2号(注：現433条2項3号)～は、①「会社ノ業務ノ運営若ハ株主共同ノ利益ヲ害スル為」などの主観的意図を要件とする同条1号と異なり、文言上、会計帳簿等の閲覧謄写によって知り得る事実を自己の競業に利用するためというような主観的意図の存在を要件としていない。そして、②一般に、上記のような主観的意図の立証は困難であること、③株主が閲覧謄写請求をした時点において上記のような意図を有していなかったとしても、同条2号の規定が前提とする競業関係が存在する以上、閲覧謄写によって得られた情報が将来において競業に利用される危険性は否定できないことなども勘案すれば、**同号は、会社の会計帳簿等の閲覧謄写を請求する株主が当該会社と競業をなす者であるなどの客観的事実が認められれば、会社は当該株主の具体的な意図を問わず一律にその閲覧謄写請求を拒絶できるとすることにより、会社に損害が及ぶ抽象的な危険を未然に防止しようとする趣旨の規定と解される。**したがって、～当該株主が当該会社と競業をなす者であるなどの客観的事実が認められれば足り、当該株主に会計帳簿等の閲覧謄写によって知り得る情報を自己の競業に利用するなどの主観的意図があることを要しないと解するのが相当である～」

▽主観的要件不要説

①文言、②主観的意図の立証困難、③心変わりの危険性から主観的要件は不要である。

3 | 会計帳簿閲覧請求時の持株要件（検査役選任（358条）に関する最決平成18年を参考に²⁾）

【判例】最決平成18/9/28・百選59事件・法教375号135頁（片木晴彦）

事案：株主が会社法358条に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の3/100以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の3/100未滿しか有しないものとなった。

判旨：「株式会社の株主が商法294条1項（会社法358条）に基づき裁判所に当該会社の検査役選任の申請をした時点で、当該株主が当該会社の総株主の議決権の100分の3以上を有していたとしても、その後、当該会社が新株を発行したことにより、当該株主が当該会社の総株主の議決権の100分の3未滿しか有しないものとなった場合には、当該会社が当該株主の上記申請を妨害する目的で新株を発行したなどの特段の事情のない限り、上記申請は、申請人の適格を欠くものとして不適法であり却下を免れないと解するのが相当である。」

(1) 検査役制度の趣旨 法教375号136頁（片木晴彦）

検査役制度は、取締役等の責任追及の訴え（847条）や取締役等の解任の訴え（854条）のような取締役等の責任を直接に追及する制度の前提として、会計帳簿の閲覧請求権（433条）等とともに株主による会社の検査ないし情報請求権の中核をなすものである（調査対象は会計帳簿に限定されない）。3/100という持株要件が規定されているのは、濫用的な行使の防止という政策目的にある。

(2) 上記【判例】の場合、持株要件を満たすと言えるか 田中350頁

▽最決平成18年³⁾（新説）

申請妨害目的での新株発行等といった特段の事情がない限り、申請人適格を欠く（上記判旨および本レジュメ脚注3参照）。

▽従来通説 コンメⅧ・112頁

申請時点では持株要件を満たしていたが、その後の新株発行のため当該要件を充足しなくなった場合には、申請人適格は失わない（もっとも、自ら手放した場合にはこの限りではない）。

持株要件の趣旨は、検査役選任請求権の濫用防止にあるところ、会社の新株発行によって、検査役選任請求が直ちに却下されるような濫用的なものに変化するわけではないからである（黒沼悦郎・金判1265号14頁）。

²⁾ 最決平成18年の射程は、調査官解説（ジュリ1336号108頁）によると「少数株主権の行使に関わる裁判一般にも影響を及ぼす余地がある」とされ、実務の立場からも、会計帳簿閲覧請求権の場面で同様の考え方が示唆されている（東京地方裁判所商事研究会編「類型別会社訴訟Ⅱ<第三版>」（判例タイムズ社・2011年）660頁）。

³⁾ 前掲調査官解説は、本最決の妥当性として、①商法294条1項の文理上、株式保有要件については申請人としての適格要件というべきものであり、裁判時に満たされていることをすると解するのが素直であること、②通説の考え方によれば、株主が申請時に株式保有要件を有している以上、当該株主は検査役選任の実体上の権利を有するに至っているはずであるのに、なぜ、その後当該株主が自ら株式を譲渡することにより株式保有要件を欠くに至った場合にその申請が却下されることになるのか、容易には説明しづらいと考えられること、③新株発行は、会社の財務行為の1つとして制度上予定されているものであり、これにより株主の持株割合が変動することは、株主において予期すべき事情であり、新株発行によって株式保有要件を欠くに至る株主が発生するとしても、そのことが当然に権利の濫用や信義則違反に当たるなどとは評価し難いと考えられること、④少数株主権が没却されるような事態はもちろん避けなければならないものであるが、そのような信義・公平の原則に反するような特段の事情が認められる場合については、例外的に救済する方策を執れば足りると考えられること等の諸般の事情を考慮した上で新説を採用したと説明する。