



同志社大学法科大学院  
Doshisha Law School

**2022年度前期日程**  
(2021年8月実施)

**入学試験問題の解説**

**商 法**

**その1**

(総括的なコメント)



これより、法学既修者入学試験問題のうち、商法の問題を解説します。

商法の解説は、次の3つの部分に分かれています。

- ・ 商法入試についての総括的コメント
- ・ 問（1）の解説
- ・ 問（2）（3）の解説

商法分野（主に会社法）の重要な法制度、法理についての知識と、簡単な事例問題の解き方を理解しているかを問うようにしています。具体的には、

1. 与えられた事実関係において生じている法律問題が何かを発見することができるか（**問題発見能力**）、
2. この問題に適用される**根拠条文**を正確に指摘することができるか（条文の位置を探せるか、条文を読みこなしているか）、
3. こうして特定された**重要条文の制度趣旨**を理解しているか、特に、判例により制度趣旨の説明が与えられているときは、判例の考え方を知っているか、
4. 条文の要件効果、条文解釈を補う**判例法理**があるときは、その判例法理を正確に再現することができるか、また、判例への批判が支持を集めているときは、判例法理の問題点を理解し、より適切な規範を、解釈により導くことができるか、
5. 以上の作業を経て導き出された法規範に対して、与えられた事実の中から、要件に対応する事実を指摘し、要件を満たしているか否かの当てはめをすることができるか（いわゆる**法適用の三段論法、法的三段論法**）、
6. 法的三段論法の結果得られた**法的結論（法律効果の発生不発生、請求などが認められるか否か）**を**明確に提示**することができるか

入学試験においては、前のページに挙げた6項目のうち、**第1の問題発見能力、第5の法的三段論法による検討**を経た、**事例問題の解答(第6)**については、必ず見るようにしています。

また、法学既修者として認定することができるか、という観点からは、会社法の膨大な条文の中から**重要条文に正しくたどり着くことができるか**、その文言を読み取ることができるか**(第2)**をみれば、商法の学修が進んでいるかどうかについて、ある程度わかります。

日頃の学修に際しても、六法を必ず引いて、会社法の条文を確認しながら基本書、判例集などを読み進めることが大切です。

- 判例については、会社法などの判例百選に掲載されたものが出題の中心となります。ただ、百選に掲載された判例の中には、やや高度な問題を扱う判例、使われる頻度の少ない制度についての判例もあり、百選に掲載された判例の全てに目が通っていることは求めています。
- その代わり、百選に掲載された判例のうち重要な判例については、その解説において言及されている判例に関する出題にまで及ぶ可能性があります。
- もちろん、判例はほとんどない事項であっても、制度運用上の重要条文、制度の特質を理解する上で重要な基本条文についても出題することがあります。

# 今回の出題についての総論的なコメント



- 商法の入学試験問題は、行政法と合わせて80分の試験時間で、各50点満点の試験を行います。今回の出題について、実質40分間で完全な解答を作成するのは、結構大変かも知れません。
- 時間が足りないときは、一部の問いに時間をかけるのではなく、要点を簡潔に答え、わかっている問題を解き残すことのないよう努めることが大切です。
  - 問（1）は、総会招集通知を誰に宛てて送付する必要があるかを出発点としつつ、譲渡制限株式の譲渡の効力（ここで判例の見解が問われます。）の判定を経て、会社が譲受人を株主として扱うことが許されるか否かについても論じることが期待されます。
  - 問（2）においては、非公開会社の募集株式発行のために必要な手続を考えて、株式発行無効事由にあたるかどうか、どのような事実に基づいて無効事由ありと判定するかが問われています。判例によれば、二つの法律構成があり得るのですが、少なくとも、総会決議による決定を欠くことが無効事由であることと、その根拠を論じることができれば良いでしょう。
  - 問（3）においては、募集株式の出資の払込が仮装される場合において、株式発行が無効となるか、不存在となるか、そのための判断枠組みはどのようなものかが問われています。
    - 出資の払込が仮装される、という事実だけであれば、平成26年改正法の下では、払込は無効であるとしても株式発行は有効と解するのが多数説ですが、無効説もあります。
    - 加えて、発行手続の瑕疵が著しいこと、不公正発行と考えられることを加味すれば、株式発行不存在と評価することもできそうではあります。ここまでの検討を時間内に終えるのは大変かも知れません。



同志社大学法科大学院  
Doshisha Law School

**2022年度**（2021年8月28日実施）  
**前期日程入学試験問題の解説**

**商法** その1

問（1）について



## [設例 1]

1. 甲株式会社（以下、「甲社」という。）は、京都市で工芸品の製造販売事業を営み、その発行する株式の譲渡については取締役会の承認を要する旨の定めがあり、種類株式を発行していない。
2. 甲社の発行済株式総数は1万株で、その株主名簿に記載された株主と保有株式数は、Aが3000株、Bが2000株、C・D・Eが各1000株、F・G・H・Iが各500株である。甲社は、20年前にAとBが創業した会社で、取締役会は、代表取締役社長A、専務取締役Bおよび取締役Cにより構成されている。
3. AとBは、協調して甲社の経営に当たり、甲社は順調な業績を上げてきたが、平成30年ころから、甲社の事業を拡張することに熱心なAと、これに批判的なBとの間で意見の対立が目立つようになってきている。Cは、Aを支持する態度を示している。AおよびB以外の株主もAを支持する者とBを支持する者とに分かれている。
4. Eは、株主間の対立に嫌気がさしてきたことから、平成31年3月1日に保有する甲社株式1000株全部をBに譲渡したが、EもBも、甲社に対し取締役会の承認を求める通知をしなかった。
5. 令和元年6月25日に甲社の定時株主総会を開催することとなり、甲社では招集手続をとることとなった。

問（1）（配点：15点）

EからBに対し譲渡された甲社株式については、甲社は誰に招集通知を発すべきかについて述べなさい。

# 問（1）の出題趣旨



- 問われているのは、EからBに対して譲渡された株式につき、甲社が誰に対して招集通知をなすべきか。
- この問いに答えるには、以下の問題に分解した上で、段階的に解答する必要がある。これらの問題点（論点）を適切に順次把握して、条文、判例に則した説明ができることが求められる。
  - 会社は、株主総会の招集通知を株主に対して送付することが必要であること（を定めた条文）を知っているか。
  - どのような要件を満たした者が、株主として総会招集通知を受けべき立場にあるか。つまり、株式が譲渡された場合に、譲受人が会社に対して株主であると主張し、株主として扱われるためには、どのような要件を満たすことが必要か。
  - 定款による株式譲渡制限の意味を理解し、会社に対して株式譲渡の効力が生じるために必要な要件を指摘することができるか。
  - 譲渡制限株式の譲渡承認が行われていない場合に、会社は譲渡人と譲受人のいずれを株主として扱うことができるか、または、いずれかを株主として扱う義務を負うか。
  - 以上を通して、招集通知を送付する際に、甲社の株主であるのはEとBのいずれであるか？



# 問（1）の解答のポイント



- 問われているのは、EからBに対して譲渡された甲社株式につき、甲社が誰に対して招集通知をなすべきか。
- 総会招集通知の送付先は、「株主に対して」（会社法299条1項）
- 甲社は、株式の譲渡には取締役会の承認を要する旨を定款に定めている。＝甲社株式は譲渡制限株式（107条1項1号）。甲社が株主総会の招集通知を送付する際に、甲社の株主として扱われるのは、株式譲渡人Eと譲受人Bのいずれか？
- 譲渡制限株式を譲渡するには、譲渡する旨の当事者間の合意に加えて、会社（取締役会）の承認が必要であり、譲渡の承認を得るためには、譲渡人（136条）または譲受人が（137条1項）会社に対して譲渡の承認を請求しなければならない。
- 会社は、136条または137条1項の承認をするには取締役会決議による必要がある（139条1項本文）。
  - 会社は、適法な取締役会決議によらずに譲渡を承認することはできず、
  - 136条または137条1項に基づく適法な譲渡承認がなければ、145条に基づき譲渡承認が擬制されることもない。
- 本問では、EもBも甲社に対して株式譲渡の承認を求めておらず（事実4）、譲渡を承認する取締役会決議も行われていない。
  - このような株式譲渡の効力は？ ⇒次のページ

## 問（１）の解答のポイント



- 本問では、EもBも甲社に対して株式譲渡の承認を求めておらず（事実4）、譲渡を承認する取締役会決議も行われていないので、EとBの間の譲渡契約があるにもかかわらず（当事者間の譲渡の効力は妨げられない）、甲社に対する関係では株式譲渡の効力は生じない（無効）と解するのが判例（相対的無効説）。
- 甲社との関係において株式譲渡が無効である以上、甲社の株主総会を招集する際には、甲社は譲渡人Eを株主として扱う義務がある。
  - 株主名簿の名義書換手続（133条）が行われていない場合であれば、株式譲渡の對抗要件（130条1項）が備わっていないに過ぎないので、会社の側から譲受人を株主と認めて株主権を行使させることができるかと解されているが、
  - 譲渡制限株式の譲渡承認がない段階では、会社との関係で株主の地位を得ていない譲受人を株主として扱うことは違法となる。
- 従って、EからBに対して譲渡された株式につき、甲社は、甲社との関係において引き続き株主の地位を有するEに対して招集通知を行う必要がある。

# 定款による株式の譲渡制限

- 譲渡制限株式の譲渡の効力：
  - 株式譲渡制限会社であっても、株券発行会社においては、当事者間の譲渡には、株券の交付が必要（当事者間の効力発生要件）。株券を交付すれば、譲渡当事者間では譲渡の効力は有効（以下の昭和48年最判）。
  - 株券が発行されていないときは、当事者間の譲渡は意思表示のみで成立し、当事者間で効力を生じる。
  - 株式譲渡制限会社において、株式譲渡の効力が会社に対して生じるためには、会社による承認が必要（107 I ④，種類株のときは108 I ④）。譲渡の承認がなされるまでは、譲渡制限株式の譲渡は、会社に対する関係では無効。
  - そのため、譲渡承認請求を経ないで、当事者間の譲渡合意のみに基づいて、株主名簿の名義書換を請求しても、名義書換請求は不適法となるから受理されない。
    - 取締役会など適法に承認する権限を有する機関が承認していない譲渡について、代表取締役が承認をする権限はない。代表取締役が譲渡を承認し、株主名簿の名義を書き換えたとしても、必要な承認決議がなければ、名義書換は違法であり、譲受人は対抗要件を備えない。
  - 最判昭和48年6月15日民集27巻6号700頁

「商法二〇四条一項但書は、株式の譲渡につき、定款をもつて取締役会の承認を要する旨定めることを妨げないと規定し、株式の譲渡性の制限を許しているが、その立法趣旨は、もつぱら会社にとつて好ましくない者が株主となることを防止することにあると解される。

そして、右のような譲渡制限の趣旨と、一方株式の譲渡が本来自由であるべきこととに鑑みると、定款に前述のような定めがある場合に取締役会の承認をえずになされた株式の譲渡は、会社に対する関係では効力を生じないが、譲渡当事者間においては有効であると解するのが相当である。」



同志社大学法科大学院  
Doshisha Law School

**2022年度** (2021年8月28日実施)  
**前期日程入学試験問題の解説**

**商法** その2

問(2)について



## [設例 2]

設例 1 の事実 5 に続いて、以下の事実 6～8 があった。

6. 結局、E は B の同意を得て B に対する甲社株式の譲渡の承認を得ることを断念し、E が甲社株式を保有し続けることとなった。
7. A と B の対立は続いたが、令和 2 年 1 月ころには、B を支持する株主が総議決権比率の 30% を超えそうな勢いとなってきたことから、A は、社長としての地位を確実なものとするために、A とその支持者である C に対して、A には 3000 株、C に 1000 株の募集株式を発行することとした（以下「本件株式発行」という。）。
8. A と C は、令和 2 年 5 月に、本件株式発行を、B その他の甲社関係者に知らせることなく、A と C の両名だけで行うこととし、払込金額の払込みをし、また新株発行の登記に必要な書類を整えて登記を行った。なお、払込金額は甲社の株式の評価額からは公正な金額といえるものであった。

問（2）（配点：20点）

この場合の本件株式発行の効力について述べなさい。

問（3）（配点：15点）

もし A および C が払込金額の払込みを全額仮装して本件株式発行が行われたとすれば、本件株式発行の効力は問（2）の場合と違いがあるかどうかについて述べなさい。

## 問（２）（３）の出題趣旨



- 問（２）は、非公開会社である甲社の株式発行無効事由としてどのようなものがあるかを想定しながら、本問において行われた株式発行手続に即して、その効力（無効または不存在）を検討されるもの。株式発行のためにどのような手続が必要かについての説明に及ぶことが求められる。
- 問（３）は、問（２）において指摘された手続規制違反に加えて出資の払込が仮装された場合に、株式発行の効力に違いがあるか否かを検討させるもの。
  - 株式発行の不存在につき、いわゆる株式発行が物理的に不存在である場合に加えて、物理的不存在と同等に評価され得る場合についても不存在とする見解、または、株式発行の事実を他の株主に対して隠蔽し続けた事実を重視して株式発行不存在を肯定する見解などがある。これらの立場からみて、本問の事案は株式発行不存在であるといえるか。
  - 特に、物理的不存在と同等と評価される場合を不存在と解する場合には、出資全額の払込が仮装された事実は、どのような意味を持つか。
  - また、株式発行に際して出資の払込が仮装された場合については、払込の効力が問題となり、これに続いて、株式発行の効力も問題とされる。平成26年改正法の下では、出資の払込が仮装された場合でも株式発行は無効にならないという有効説が有力である（平成26年改正法の下でも、株式発行無効と解する説もある）。これらの立場においても、株式発行不存在と評価されることは妨げないと言われるが、これらの論点の関係を理解しているか。

## 問（２）の解答のポイント



- 甲社は非公開会社であるから（事実１）、募集株式を発行するには、株主総会特別決議により募集事項を決定しなければならない（199条2項、309条2項5号）。
- 非公開会社においては、株主間の信頼関係が重視され、持株比率を維持する利益を保護する必要性が高いから、適法な株主総会決議を経ないで株式が発行されるときは、株式発行無効事由になると解するのが判例。株式発行無効訴訟の提起が必要。
  - また、募集株式発行につき必要とされる株主への通知または公告（201条3, 4項）を欠くときは、他に差止事由がない場合を除き、株主の差止の機会が奪われることになるから株式発行無効事由になると解されている。
  - 非公開会社においては、株主による差止の機会は、募集株式発行を決定するための総会招集通知により確保されることになるから、適法な総会招集通知を欠くことをもって、差止の機会が奪われたと考えることができそう。
- 本件株式発行はAとCだけで行われ、他の株主には知らされていないので、非公開会社において必要とされる株主総会決議による決定を欠いており、このこと自体が株式発行無効事由に当たる。
- また、他の株主に対して株式を発行することを知らせずに株式を発行するときは、差止の機会が奪われたことになるから、他に差止事由があれば、それらを合わせれば株式発行無効事由となる。
  - 適法な総会決議の承認を得ていないことが210条1号にいう手続の法令違反であるし、
  - Aの支配権維持を主要な目的とした株式発行は、210条2号の差止事由にも当たる。

# 非公開会社における募集株式発行

非公開会社における募集株式発行の注意点は、次の通り。

手続は199条、200条の定めるとおり。201条、206条の2の適用なし。

①募集事項の決定に際して、ほとんどの場合に株主総会特別決議が必要。また、引受人への割当、総数引受契約の締結に際して取締役会決議が必要（204条2項、205条2項）。

非公開会社において、募集事項の決定に株主総会特別決議を必要とする理由

- ・非公開会社では、その性質上（個々の株主の個性、株主相互の信頼関係を重視する）、会社の支配権に関わる持株比率維持にかかる既存株主の利益保護を重視する。株式発行による持株比率の変動は、会社の基礎的変動の一種と考える。

=業務執行事項であっても、株主の利益保護のため、株主の意思に基づく決定が必要。

⇒株主総会の意思に反する株式発行は、株式発行無効の訴えにより救済する。

②株主に対する通知・公告の手続（201条3、4項）なし

株主総会決議を必ず経る ⇒株式発行の有無、内容は、株主総会の招集通知によって、議決権を有するすべての株主が事前に知る機会がある。

- ・年1回、株主総会を開催する際に、株主の議決権行使の様子などから、株式発行の事実は判明するはず→株式発行無効訴訟の提訴期間は、非公開会社につき、効力発生日から1年とされる（828条1項2号括弧書）。



# 募集株式発行の無効訴訟

募集株式発行の効力を問われるときは、株式発行無効と不存在を区別せよ。  
(不存在については後述)

- 会社成立後における株式発行は、形成訴訟により無効判決を得ることにより無効とされ得る（828条1項2号）。
  - 828条1項2号の無効訴訟は、募集株式の発行に限られず、他の株式発行にも適用される。他方、自己株式処分の無効については、828条1項3号の規定がある。
  - 取得請求権付株式（167条2項4号）、取得条項付株式（170条2項4号）の取得対価として株式が交付された場合には、199条以下の募集株式発行規制の適用はないが、株式取得の効力と、対価としての株式交付の効力の両方を考える必要がある。そして、これらの場合に発行可能株式総数を超える株式を対価として交付するときは、株主の請求毎に株式が交付される167条の場合には、828条1項2号の適用に不適合のため同条の適用はないと解されており、他方、170条に基づく場合には、828条1項2号に基づく無効訴訟が必要と解されている。
  - このように、解釈上、無効訴訟によらなくても株式発行の無効を主張し得る場合がある、という議論が、個別の論点に関してなされることがある。しかし、基本書類では、新株予約権の行使による株式発行以外の場面では、このことに言及されていない。
- 無効訴訟の原告適格を有するのは、株主のほか、取締役、監査役、清算人を含み、条文上、これらの者を総称して「株主等」という（828条2項1号）。
  - 被告適格を有するのは、株式を発行した会社（834条2号）
- **株式発行無効訴訟の提訴期間**は、公開会社の場合には、株式発行の効力発生日から6か月以内である。非公開会社の場合には、定時総会以外に株主の変動を知る機会に乏しいため、その効力発生日から1年以内が提訴期間とされる（828条1項2号）。
  - この出訴期間の性質は除斥期間。

# 募集株式発行の無効事由

- 募集株式発行の無効事由は、判例法理によれば、公開会社と非公開会社のいずれかにより異なる。→次ページ以下
- 株式発行の無効は、その認容判決に将来効しかないとしても、取引の安全を害する可能性が高いので、譲渡性のある株式を発行する公開会社においては、その無効事由は、重大な瑕疵がある場合に限られる、といわれることが多い。しかし、「重大な法令違反」かどうかを問題とする判例は、平成24年最判など非公開会社の判例が中心。
- 瑕疵が重大か軽微かという観点を抽象的に強調するのは、判例法理を適切に説明しているとは言い難い。「重大な瑕疵」かどうかを一般的な規範であるかのように提示してしまうと、公開会社においても軽微とは言えない瑕疵（有利発行の場合の総会決議を欠くことなど）について、無効事由でないという結論を導くために、瑕疵が重大でないとする理由を論じる必要が生じる。
  - 判例を見る限り、公開会社では、差止の機会があるか、差止仮処分により株主の利益が守られたか、金銭賠償により適切な解決が与えられるか否か、という見地からの検討を行い、差止または金銭賠償では十分な救済が与えられない場合の瑕疵につき無効事由とすることが適当か否かを考える。瑕疵が重大かどうかは、取引の安全との比較衡量問題に過ぎない。
- 株主総会決議、取締役会決議の取消、無効と、株式発行の無効は要件が異なるので、必ず区別し、別の論点として論じる。
- 総会決議に取消事由があるときは、出訴期間内に、総会決議取消訴訟の提起が必要であるのが原則だが（831条1項柱書第1文）、
- 総会決議の瑕疵が株式発行無効事由に当たるときは、決議取消／決議無効確認／決議不存在確認訴訟ではなく、最初から株式発行無効訴訟を提起する。
- 決議取消訴訟のみを提起しても、株式発行の効力発生後には、総会決議を取り消しても株式をめぐる法律関係には影響がなく、訴えの利益を欠くために却下される。両方を提起した場合には、無効訴訟に併合される。無効訴訟の中で、無効事由として、総会決議の取消事由があり、それが株式発行無効事由に当たるとを、総会決議から3か月以内に主張する。

# 募集株式発行の無効事由—公開会社と非公開会社の対比

	公開会社	非公開会社
法律上必要な株主総会決議が不存在／無効	無効事由でない（判例）	無効事由である（判例）
発行を決定した取締役会決議が不存在／無効	無効事由でない（判例）	株主割当の決定がない場合は発行無効である。
無権限の平取締役が発行行為を行った場合	無効事由である （通説，東京高判昭和47・4・18高民25-2-182）	
不公正発行	無効事由でない（判例）→差止によるべき	
現物出資財産の過大評価	無効事由でない（通説）→金銭賠償によるべき	
不均衡な払込金額による株主割当		
出資の払込なく引受人が失権	出資の払込がなければ（引受人の失権），株式発行が不存在となることはあっても、無効事由でない。	
出資の払込の仮装	無効説もあるが，無効事由でないとする説が有力。	
定款上の発行可能株式数を超過する株式発行	無効事由である（通説）	
株主に対する通知／公告義務の違反	通知公告義務違反の他に差止事由があれば無効（判例）	株主割当の通知義務違反の場合に無効である。
差止仮処分命令の違反	無効事由である（判例）	
206条の2の定める手続の違反	無効説が有力	適用されない

# 公開会社における株式発行無効訴訟（無効を認めた裁判例）

株式発行の公示（通知・催告）義務違反は、他に差止事由があれば無効事由になる。

最判平成9・1・28民集51巻1号71頁

「上告会社の昭和六三年六月の新株発行については、（一）新株発行に関する事項について商法二八〇条ノ三ノ二に定める公告又は通知がされておらず、（二）新株発行を決議した取締役会について、取締役北形実（北）に招集の通知（同法二五九条ノ二）がされておらず、（三）代表取締役北形良作（北）が来る株主総会における自己の支配権を確立するためにしたものであると認められ、（四）新株を引受けた者が真実の出資をしたとはいえず、資本の実質的な充実を欠いているというのである。

原判決は、このうち（三）及び（四）の点を理由として右新株発行を無効としたが、原審のこの判断は是認することができない。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

（最高裁平成二年（オ）第三九一号同六年七月一四日第一小法廷判決・裁判集民事一七二七七一頁参照）、右（三）の点は新株発行の無効原因とならず、また、**いわゆる見せ金による払込みがされた場合など新株の引受けがあったとはいえない場合であっても、取締役が共同してこれを引き受けたものとみなされるから（同法二八〇条ノ一三第一項）、新株発行が無効となるものではなく**（最高裁昭和二七年（オ）第七九七号同三〇年四月一九日第三小法廷判決・民集九巻五号五一頁参照）、右（四）の点も新株発行の無効原因とならないからである。

しかしながら、**新株発行に関する事項の公示（同法二八〇条ノ三ノ二に定める公告又は通知）は、株主が新株発行差止請求権（同法二八〇条ノ一〇）を行使する機会を保障することを目的として会社に義務付けられたものであるから**（最高裁平成元年（オ）第六六六号同五年一月一六日第一小法廷判決・民集四七巻一〇号五四二三頁参照）、**新株発行に関する事項の公示を欠くことは、新株発行差止請求をしたとしても差止め的事由がないためにこれが許容されないと認められる場合でない限り、新株発行の無効原因となる**と解するのが相当であり、右（三）及び（四）の点に照らせば、本件において新株発行差止請求の事由がないとはいえないから、結局、本件の新株発行には、右（一）の点で無効原因がある…。」

# 非公開会社における株式発行無効訴訟（無効を認めた裁判例）

**最判平成10・7・17判時1653号143頁（通知公告義務違反＋不公正発行の差止事由。この判決も、会社法の下では、公開会社についての先例として意味がある。）**

「新株発行に関する事項の公示（商法二八〇条ノ三ノ二に定める公告又は通知）は、株主が新株発行差止請求権（同法二八〇条ノ一〇）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、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べきである（最高裁平成五年（オ）第三一七号同九年一月二八日第三小法廷判決・民集五一巻一号七一頁参照）。

これを本件についてみるに、…（一）鈴木勉は、本件新株発行について赤尾に他言しないように頼み、当時発行済株式の総数の過半数を所有していた上告人らに通知しないまま本件新株発行を行っているが、これは上告人らに秘匿して行ったものといわざるを得ないこと、（二）本件新株発行により、上告人らの持株は過半数を割り込むことになり、他方、鈴木勉の持株は過半数を上回ることになって、被上告人に対する支配関係が逆転すること、（三）本件新株発行が取締役会で決議されたのは、商法の一部を改正する法律（平成二年法律第六四号）の施行日である平成三年四月一日の直前の同年三月二九日であって、もし右施行日後に右決議がされていれば、株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨の定款の定めのある被上告人の株主である上告人らは新株引受権を有することになったはずであること（同法附則一四条、商法二八〇条ノ五ノ二）、（四）新株の払込期日は右決議の約二箇月も先である同年五月二三日と定められており、新株発行により増資されても、それが直ちに株式会社の運転資金を調達したことにはならず、被上告人が本件新株発行を決議した当時、その公示をしないで本件新株発行を急がねばならないほど資金を緊急に調達する必要があったとはいいい難いこと等の事情が存することが明らかである。右によれば、本件新株発行は「著シク不公正ナル方法」（同法二八〇条ノ一〇）によるものではないとは到底いえず、差止めの事由がないとは認められないから、前記の通知又は公告を欠く本件新株発行には、無効原因があるというべきである。」

## 非公開会社における株式発行無効訴訟（無効を認めた裁判例）

**非公開会社において適法な株主総会決議によらない株式発行は無効。**

**最判平成24・4・24民集66巻6号2908頁**

「会社法上、公開会社（同法2条5号所定の公開会社をいう。以下同じ。）については、募集株式の発行は資金調達の一環として取締役会による業務執行に準ずるものとして位置付けられ、発行可能株式総数の範囲内で、原則として取締役会において募集事項を決定して募集株式が発行される（同法201条1項、199条）のに対し、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）については、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには、取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に委任した場合を除き、株主総会の特別決議によって募集事項を決定することを要し（同法199条）、また、株式発行無効の訴えの提訴期間も、公開会社の場合は6箇月であるのに対し、非公開会社の場合には1年とされている（同法828条1項2号）。これらの点に鑑みれば、非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である。」

- 問（２）の段階では、199条2項に定める手続規制の違反があり、その手続的瑕疵は著しいと評価することができても、株式発行は甲社の代表取締役であるAが行っており、払込金額の払込みが行われていたから、判例によれば、株式発行不存在には該当しないことになる。
  - 他の株主に対して株式発行の事実を隠蔽し続けた事実があり、株式発行無効訴訟（828条）の提訴期間を徒過した事実があれば、株式発行不存在確認訴訟（829条1号）による救済を認める立場もある。しかし、本問では、株式発行無効訴訟の提訴期間を徒過した事実は与えられていない。
- これに対して、問（３）では、出資全額の払込が仮装されている場合における株式発行の効力が問われている。
- 出資の払込が仮装された場合には、その出資は払込としての効力を有しないと解するのが判例の立場であり、
- 平成26年改正法の下では、出資の払込が仮装された場合でも、引受人は失権せず（208条5項）、発行された株式は無効ではなく、払込を仮装した引受人は株主権を行使することができない（209条2項）と解するのが多数説である。
  - 26年改正法の下でも、引受人は失権するため株式発行は無効と解する説もある。
- 出資の払込が仮装されている場合には、株式発行手続が全く行われていないこと、発行行為を行った取締役Aの支配権維持を主要な目的とする不公正発行であることと併せ考えると、実体及び手続の瑕疵が著しく、株式発行不存在と評価することができる、という解釈が判例の立場と解される。

# 募集株式発行の無効と不存在

募集株式発行の無効と不存在は、次の点で異なる。

	株式発行の無効	株式発行の不存在
裁判外での主張	原則不可（無効になる事由によっては無効訴訟が不要とされ、当然に無効となる場合がある。画一的無効に馴染まない場合。 例：①新株予約権の行使による株式発行、②取得請求権付株式の取得対価として株式が新たに交付される場合。③出資の払込が仮装された場合につき、株式発行無効説を採る場合もこれにあたり得る）。  形成訴訟による必要あり。	裁判外の主張も可。 通常の確認訴訟
原告適格	株主等に法定されている（828条2項2号）。	確認の利益があれば可。
出訴期間	効力発生日から6か月以内（公開会社） 効力発生日から1年以内（非公開会社）	出訴期間の制限なし。
判決効	無効判決に対世効あり。 無効判決に遡及効なし。将来効のみ。	不存在確認判決に対世効あり。 不存在確認判決 = 当初より不存在。
原状回復	840条による。	840条の類推適用を肯定する説あり。



# 募集株式発行の不存在

## 募集株式発行の不存在には2種類あると考えるのが支配的な解釈

	物理的不存在	法的評価上の不存在 (物理的不存在と同等と評価される場合)
一般的 意義	株式発行の外形（登記，株主名簿の記載）はあるが，その実体（株式を発行したという実体的事実）が存在しない場合	株式発行の実体が全くないとまではいえませんが，法的瑕疵が著しいため，法的評価上は，物理的不存在と同等に評価できる場合
実体的 瑕疵	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ <b>発行行為者の権限</b>がなければ，会社に効果が帰属しない。→代表取締役の行為でなく，株式発行を決定する取締役会決議もないこと。</li> <li>・ （会社に対する）<b>出資の払込</b>がなければ，株式発行の原因関係が存在しない。→出資の払込がないこと。</li> <li>・ 以上の2つが揃うこと。</li> <li>・ 不法な動機によること（不公正発行）も実体的瑕疵に数えてよい。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 法的評価上の不存在とは，<b>左に示した2要件のうち一方を満たさない</b>が，手続的瑕疵が著しいために，全体としてみれば同等に評価できること。</li> <li>・ 発行行為者の無権限は，無効事由に過ぎない。</li> <li>・ 出資の払込はあるが，代表者の行為でなく（+手続的瑕疵が著しい），不公正発行でもあること。→次ページの高松高判。</li> </ul>
手続的 瑕疵	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 会社法の定める株式発行の手続（取締役会／株主総会の決議，株主への通知など）を全く無視していること。</li> <li>・ 株式発行を決定する株主総会決議が不存在であることは，株式発行不存在を直ちに導くものではない。→次ページ</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ 会社法の定める手続違反の瑕疵が著しいことは，この観点からは欠かせない。</li> <li>・ 他の株主に対する秘匿を強調するのは，田中巨。</li> </ul>

# 募集株式発行の無効と不存在

高松高判平成15年7月29日Lex-DB 2 5 4 7 0 8 7 5 : 株式発行不存在を認定

「Y社の取締役4名全員の出席の下、取締役会が開催され、新株3万株を発行する旨の決議がなされた旨の取締役会議事録が作成され、…上記新株をCが2万5000株、Dが5000株引き受ける旨の新株申込証、…払い込みを了した旨の株式払込金保管証明書が作成されており、…発行済株式総数が15万株から18万株に変更された旨の登記がなされた。

しかし、上記取締役会が開催されておらず、…株主に対する新株発行の通知もなく、上記各新株発行関係書類は、C及びDがAらの承諾を得ることなく作成したものであり、**A〔代表取締役〕は、上記変更登記がされたことも知らなかった…。**

「…本件各新株発行は、**代表権のないCがAに無断でした**ものであること、新株発行を決議したとされる**取締役会が開催された事実はない**こと、各株主に対し新株発行事項の**通知がされていない**こと、本件新株発行は、C夫婦が、Y社における自らの**支配権を確立しようとしてなした著しく不公正**なものというべきであることからすれば、**本件各新株発行は、物理的にはこれが存在するかのような外観を呈してはいるが、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在と評価すべき**ものである。」

- 取締役会が開催されたとの外形（事実  
に反する取締役会議事録の作成＝株式  
発行による資本金、発行済株式総数  
の変更登記に必要。915条1項、911条3  
項5号、9号、商業登記法56条1号、46  
条2項）
- 株式払込金保管証明書があるというこ  
とは、少なくとも一度は出資金が払い  
込まれた事実を示す。
- 取締役、監査役的全員が書面により同  
意していれば、定款規定があれば、  
370条に基づき取締役会決議の省略が  
認められることがあるが、それが認め  
られない。
- 行為者の無権限、株主に対する新株発  
行事項の通知がないことを認定し、代  
表取締役（＝発行行為者と対立する株  
主）に対する**意図的な秘匿**の事実は認  
定されていない。
- 一部株主による支配権の確立（事案と  
しては、現代表取締役からの支配権奪  
取）を目的とした、著しく不公正な発  
行であること

# 出資の払込の仮装

出資の払込の仮装とは、募集株式の引受人が出資金を会社に対して払込み、出資払込の外形は整っているが、実質的には、会社が出資金を取得したといえない場合をいう。

- 株式発行に対する出資の払込が仮装されると、実質的に出資金を会社が獲得していないにもかかわらず、株式発行により資本金増額の変更登記（911条3項5号、915条1、2項）が行われる。
  - 株式発行により、出資金の半額以上を資本金に組み入れる必要があるところ、払込金全額を資本金とすべき原則を定める445条1項、この原則を緩和し、払込金額の1/2を超えない額を資本金に計上せずに資本準備金に計上できることにつき同条2、3項。
- 出資の払込を仮装した場合、公正証書原本不実記載罪（刑法157条）を構成する。

• 出資の払込の仮装は、いくつかの行為の集まったもの。個々の行為に分解して考えることもできるが、**全体として、出資の履行がないとの法的評価**を与えることが特徴。

• 会社による株式発行の決定、引受人に対する割当	• 資金調達目的でなされるのが通例。資金調達目的がなく、現経営陣の支配権維持、強化、奪取目的でなされる不公正発行もあり、会社資産が備わった外形のみを整える株式発行行為もなされる。→会社財産の充実を害する。
• 引受人による出資の払込	• 引受人が借入金によって出資を払い込むとしても、引受人が自己の資産を借入の返済原資とするならば問題ない。
• 取締役による出資金の払戻し	• 会社の資金として用いるために出資金を払い戻すことにも問題はない。
• 払い戻された出資金を引受人に交付	• 引受人が取締役であれば直接取引に該当し、取締役以外の者に対して出資金を渡す場合も会社資産の不正流用。
• 引受人がこの資金により借入を返済	• 引受人が借入債務を返済する原資は通常問われない。原資が会社資金に見えるとき、これは会社資金とみてよいか？

## 募集株式発行の手続—出資の払込がないとき

- **払込期日に出資の払込がないときは、募集株式の引受人は、出資の履行をすることにより株主となる権利を失う（208条5項）。これを失権という。**
- **株主割当の場合には、株主は引受の申込（202条1項1号）をなせば、割当を受ける株式のうち引受を申し込んだ株式数につき株式引受契約が成立するところ、引受の申込日に引受の申込をしなければ、募集株式の割当を受ける権利を失う（204条4項）。**
  - 引受の申込日に引受を申し込んだが、出資の払込期日に出資を払い込まない場合に失権することは、208条5項の問題。
  - 株主引受に際して、引受の申込に際して申込証拠金を提供することが条件とされる場合に、申込証拠金を提供しないで申込をした場合には、引受の申込が無効とされるので、ここでの失権は204条4項の問題。
- 募集株式発行時に生じる失権は、設立時における株式発行の規律とは、一部異なっているので注意されたい。
  - 会社の設立に際して発起人が出資の払込をなさないときは、208条5項の規律とは異なり、発起人が出資の払込をなさない発起人に対して、2週間より先の払込期日を定めて、その払込をなすよう催告しなければならない（36条1項）。そして、催告時に定められた支払期日に出資を支払わないときは、その発起人は設立時発行株式の株主とならずに失権する（同条3項）。
  - 設立時募集株式の引受人（発起設立の際に募集された株式の引受人）は、208条5項の場合と同様に、払込期日に出資の払込をしなければ直ちに失権する（63条3項）。

## 出資の払込の仮装がなされた場合の株式発行の効力

- 平成26年改正法の立案担当者は、会社成立後になされた募集株式の発行につき、出資の払込が仮装された場合でも、株式発行無効の訴え（828条1項2号）の認容判決が確定しない限り、募集株式の発行は有効であることを前提として、出資の払込が仮装されるときは、既存株主（及び出資をなした引受人）から出資の払込を仮装した引受人に対して不当な価値の移転が生じることを問題とする（坂本三郎編著『一問一答平成26年改正会社法〔第2版〕』153頁）。
- この立場によれば、募集株式の発行に際して出資の払込が仮装された場合については、出資の履行期までに出資を履行しなかった株式引受人とは異なり、催告手続を経ずに当然に失権する旨の208条5項は適用されず（208条5項の守備範囲は、出資の払込がなされるまでに限られる。）、**株式は有効に発行された（株式発行有効説）**が、209条2項に基づき、出資を履行するまで株主権の行使ができない、と解することになる。

平成26年改正法の下でも、出資の払込の仮装がなされた場合には、**株式は無効（未成立）**と解する立場がある。

江頭・第7版112ページは、支払義務が履行されるまでの間は、支払義務を履行すれば株式を取得できる一種のコール・オプションが存在するのみで、株式は未成立と評価されると説く。

この説は、株式が有効に成立していると解すると、仮装払込の引受人以外の株主が、当該株式が善意無重過失の第三者に譲渡されることを防ぐために、処分禁止仮処分を得ることが困難になる、という懸念を示し、株式発効無効訴訟ではなく、株式発効不存在確認の訴えを本案とする仮処分を認めようとする（江頭憲治郎「会社法改正によって日本の会社は変わらない」法時86巻11号65頁、森本滋「平成26年会社法改正の理念と課題」法の支配176号62頁も参照）。

# 出資の払込が仮装された場合における引受人の権利

- 出資の払込が仮装された場合には、引受人は、213条の2第1項各号の責任を果たすまでの間、出資の履行を仮装した株式につき権利を行使することができない（209条2項）。
  - 本来履行されるべき出資が、外形的には一度履行されているが、その後の事情から出資の履行が仮装されていると評価される場合には、実質的には拋出されるべき財産が拋出されていないから、仮装された出資分につき持分権を有さず、権利行使を認めることは相当でない。
  - 会社に対する株主権（議決権、剰余金配当請求権、その他の少数株主権）を行使することができないことは当然として、株式の譲渡は妨げられない（3項を参照）。
  - 本項は、出資の払込が仮装された場合に、発行された株式の効力を有効と解する根拠規定（立案担当者は有効説を前提に規定を起草した。）と考えられている。
  - 出資の履行が仮装されても、株式発行の効力発生日に権利は成立しているが、その株式が引受人の下にある限り、213条の2に基づく責任が履行されるまで、権利が停止されている、という理解。無効説によるときは、当然のことを定めたものと読む。
- 出資の履行が仮装された株式の譲受人は、募集株式につき権利を行使することができるのを本則とし（209条3項本文）、
- 譲り受けた株式が出資の履行が仮装されたものであることにつき悪意または重過失のある譲受人は、保護する必要がないから、株式につき権利を行使することが許されない（3項但書）。
  - 譲受人は、引受人の有していた権利を承継取得する（無効説は、譲受人が権利を原始取得すると説明する。）。権利の停止を解除するための要件が、譲受人の善意無重過失。

以上で、商法の既修者入試問題の解説を終わります。  
最後までのご視聴ありがとうございました。