２０２７年度同志社大学大学院司法研究科
前期日程入学試験　商法問題の解説

１　出題の意図

会社法に関する事例を正しく読み解き、関係する条文を正しく指摘して、基本判例の正確な知識を基にして、法的三段論法に従い事例問題を解答する力を問うている。具体的には、定款に株式譲渡制限の定めを置く非公開会社において、株式譲渡及び募集株式発行の効力を判定させることを通じて、それらの効力要件の正しい理解に基づき、それらの行為の決定についての関係者の合意が、取締役会または株主総会の決議としての意味を持つか、適法な手続があったといえるかを考えさせ、さらに、株式発行については出資の払込が一部欠けることの評価を踏まえ、株式の譲受人または引受人が株主の地位を有するか否かを検討させる事例問題を出題した。

２　求められる解答のポイント

いずれの問いについても、まず、最低限の基礎学力として、譲渡制限株式の譲渡、または、募集株式発行の効力を判定する上で必要な検討手順、適用される条文を理解し、解答の骨格を正しく示すことができるかをみている。

次に、非公開会社である取締役会設置会社においては、株式譲渡の承認機関は取締役会であり、他方、第三者割当による募集株式発行の決定機関が株主総会であることを正しく理解し、譲渡承認または募集事項の決定を目的とする決議に至る手続が、取締役会として、または株主総会として適法に行われているかを検討させ、手続の瑕疵があるとしたときは、それが株式譲渡や株式発行の効力判定にどのようにつながるかを論じさせるもの。特に、解答上必要となるいくつかの判例を正しく理解しているかをみている。

最後に、募集株式発行の効力を問うた問（２）においては、引受人が代表取締役との間で引き受けた出資の半額のみを支払ったが､代表取締役が予定通りの株式数を発行した場合に、出資の払込の一部を欠くことになるか、それとも、募集株式が有利発行されたとみることになるかの評価が求められ、そうした評価を踏まえつつ、引受人は失権したか、株式発行の効力はどのように判定されるか、つまり、有効か、無効か、株式発行は不存在かについての各自の解答の論理力をみている（一般に説かれている解釈のいずれかに沿って論理的に検討されていればよく、特定の立場を採用することを求めるものではない)。

３　問（１）について

問（１）では、本件株式譲渡により、譲受人であるＥが甲社の株主となるかの検討が求められている。

（１）譲受人が株主となるための要件

甲社は、定款による株式譲渡の制限を定めた取締役会設置会社であるから（事実１)、Ｅが

甲社の株式となるためには、(ア) 譲渡人Aと譲受人Eの間における有効な権利移転（株券不発行会社においては、譲渡の合意に基づく権利移転）に加えて、(イ) 株式譲渡が甲社の取締役会により承認されることが必要であり（会社法１０７条２項１号イ、１３９条１項）適法な譲渡承認は会社に対する効力要件と解するのが判例（最判昭和４８年６月１５日民集２７巻６号７００頁）である。更に、その地位を甲社に対抗するためには、(ウ) 譲受人Eに関する記載事項を株主名簿に記載する必要がある（１３０条１項)。

本問では、(ア) につき特に問題はなく、(ウ) については譲渡が有効な場合につき付加的に述べれば足りるから、検討の中心は (イ) となる。

(２) 株式譲渡の適法な承認の有無

株式譲渡が適法に承認されたといえるためには、(ア) １３６条または１３７条に基づき適法な譲渡承認請求がなされ、(イ) 承認機関である取締役会がこれを承認しているか（１３９条１項)、または、(ウ) 承認不承認の通知（同条２項）を欠いたまま譲渡承認請求から２週間が経過した時に、１４５条１号に基づき譲渡承認が擬制されることが必要となる。

後述するように、譲渡人が甲社の代表取締役Aである本問では、譲渡承認擬制につき論じる必要性に乏しいため、ここで検討を要するのは、(ア) 譲渡承認請求の有無と適法性、(イ) 甲社取締役会による承認決議の有無と適法性となる。

ア　譲渡承認請求の有無と適法性

譲渡制限株式の譲渡の承認を求めるためには、１３６条に基づき株主（譲渡人）が請求するか、または１３７条に基づき譲受人が譲渡人と共同で（同条２項）請求する必要がある。

ここでは、譲渡人AがEを甲社株主に迎えることを発案し、他の取締役の合意を得ているという事実の評価が問題となる。事実を文字通りに読み、Eを甲社株主に迎えるというAの発案が、株式発行についての提案に過ぎず、株式譲渡によりEを株主とすることを含まないと理解するなら、譲渡承認請求も譲渡承認決議もない、と考えるのが自然である。

他方、Eを甲社株主に迎えるというAの発案が、Eを株主とする方法を広く含むと理解したならば、Aが他の取締役に対して、Eを株主とすることの合意を求めたことにより、１３６条に基づきAが株式譲渡人として甲社取締役会に承認請求をしたと解する可能性がある。

採点上は、株式譲渡につきAが承認を求めたといえるか否かの検討がないとしても、その欠落部分を補い合理的に読めば、一定の論理に沿って検討されていると読み取れるものは、検討上必要な論理の一部を欠いているが、全体としての論理性は、ある程度保たれた解答であると評価した。

ここで、譲渡人Aが本件株式譲渡につき承認を請求するためには、譲受人氏名（１３８条１号ロ）だけでなく譲渡株式数（同号イ）を明らかにしなければならず、他方、事実３では、Eを相応の持株比率を有する株主に迎えることにつき取締役が合意しているため、Aが譲渡株式数を明示していないことで譲渡承認請求が違法となるかの問題がある。

この問題については、条文の文言通りに解釈して、譲渡株式数を明示しなければ譲渡承認請求は違法となる（取締役会決議を通じて株主の持株比率維持の利益を守るという譲渡制限株式制度の趣旨が損なわれる、といった理解につながる）と解する答案と、相応の持株比率という一定の枠の中で、

持株比率の変動が承認されているから問題はないと解する立場の両方の解答がみられた。確立された解釈のない問題であることに鑑み、いずれの立場を採用する答案についても、法解釈として筋が通っていれば相応の加点をした。

なお、適法な譲渡承認請求がないと解するときは、承認決議の有無と効力の検討を論じることなく、直ちに、譲渡承認が行われていないからＥが甲社株主となる余地はない、と結ぶべきことになる。

イ　譲渡承認決議の手続上の適法性

多くの答案は、譲渡承認請求の問題には触れずに、譲渡承認決議の効力を検討していた。

（ア）譲渡承認決議を目的とする取締役会の開催、招集手続

設例では、取締役会を正規の招集手続を経て開催した事実はなく、取締役全員が、Ｅを相応の持株比率を有する株主に迎えることに合意し、監査役Ｅも異議を述べなかった(事実３)。ここで、合意されたＡの発案が、自らの株式譲渡承認請求に基づく株式譲渡の承認議案を含むと解するときは、譲渡承認決議の成立に至る手続の適法性が問題となる。

取締役会の決議が実質的に行われたと事実を理解するなら、３６８条２項に基づき取締役会の招集手続が省略されて適法な決議が行われた、または、取締役３名が合意した場には監査役が不在であったが、監査役が手続を含めて異議を述べていなければ、招集手続に法令違反があっても、決議の結果に影響を及ぼさない特段の事情があり（最判昭和４４年１２月２日民集２３巻１２号２３９６頁)、３６８条１項違反により決議は無効とはならない、と考えるのが素直であろう。

（イ）譲渡人Ａによる議決権行使

次に、Ｅを株主に迎えることにつき取締役３名が合意したとあるため、取締役会決議に際して譲渡人Ａが議決権を行使したことになる。譲渡制限株式の譲渡承認決議に際して、譲渡当事者は３６９条２項にいう特別利害関係取締役に当たると解するのが通説であるところ、特別利害関係取締役の賛成票を除いても決議の結果に影響を及ぼさないときは、取締役会決議は無効でないと解する判例(最判平成２８年１月２２日民集７０巻２号８４頁)によれば、Ａの賛成票を除いてもＢとＣが賛成しているから決議は無効とはいえない。

ウ　１４５条に基づく譲渡承認擬制の可能性

いくつかの答案は、１４５条１号に基づいて譲渡の承認が擬制されると論じていた。

１４５条１号の要件は、第一に、１３６条に基づく譲渡承認請求がなされたこと、次いで、請求日から２週間以内に承認不承認の通知を承認請求者に対して行わなかったこと、である。このうち譲渡承認請求がなされたか否かについては先に検討した。また、適法に譲渡が承認されたときは、通知の有無にかかわらず譲渡は承認されているから１４５条を適用する余地はない。

第二の要件については、取締役会決議の通知は甲社の代表取締役Ａがなすべきで、譲渡承認請求者もＡ自身であると理解するなら、通知対象となる決議内容につき改めての通知は不要と解される。譲渡人が代表取締役であるときに１４５条１号の適用が認められそうなのは、譲渡承認請求は適法になされたが取締役会決議がないため、通知の対象事実がない場合に限られる。この場合には、譲渡承認請求者であるＡは、通知対象の決議がないことにつき悪意であるから、１４５条１号による保護に値せず、同号に基づく譲渡承認擬制は認められない、という解釈が素直であると考えられるが、反対に、譲渡承認の手続が行われないままＡに対して代金を支払った譲受人の地位を保護するために、手続を欠くことにつき悪意とはいえないＥとの関係

で１４５条１号の適用を認めるべき、という解釈が示された答案は、論理が通っていると評価した。

（３）譲渡の効力その他の事項

ア　株式譲渡の効力

以上の検討より、本件株式譲渡が適法に承認された、（または、承認が擬制された）と解するときは、本件株式譲渡は甲社に対する関係で有効と結論づけられるべきである。

他方、本件株式譲渡に対する適法な譲渡承認請求がない、または、譲渡承認決議がなく、かつ１４５条の適用もないと解するときは、本件株式譲渡は無効と結論づけられるべきであり、この場合には、甲社は、当事者間の譲渡が有効でも、Ｅを株主と扱うことは許されない（前述の昭和４８年最判）。

イ　甲社に対する対抗要件

１３０条１項は、株式譲渡は株式取得者の氏名などを株主名簿に記載しなければ会社に対抗することができないと定める。譲渡による株式取得の場合には、株式取得者が譲渡人と共同して（１３３条２項）株主名簿の名義書換を請求しなければならず、名義書換がなければ対抗要件を備えることはできない。

本件株式譲渡の承認があれば、株主名簿の名義書換請求をなすという場面ではＥは株式取得者であることを主張することができ、適法な譲渡承認を経て適法な名義書換請求をすれば、Ｅは株主であることを甲社に対抗することもできる。

本問では対抗要件に関する事実を与えておらず、１３０条１項、１３３条の検討は必答事項ではない。

（４）結論について

以上の検討より、問（１）の解答は、次のいずれかとなる。

ア　適法な株式譲渡承認請求があるとの前提を置いた答案では、Ａの承認請求に基づき株式譲渡承認の取締役会議案が提出されたと理解するのが自然であり、これに全取締役が合意し、監査役が異議を唱えなかったことにより、３６８条２項に基づき取締役会招集通知の瑕疵は治癒されて会議が成立し、利害関係あるＡが議決権を行使したとしても、残り２名の取締役の賛成により適法な承認決議がなされたと考えて差し支えない。適法な承認決議がなされたと評価できるのであれば、Ｅは甲社との関係において株主の地位を取得する。

イ　適法な株式譲渡承認請求がなされていないとの前提を置いた答案では、Ａの発案に対して取締役３名が合意した内容に、本件株式譲渡の承認は含まれない。譲渡承認請求がなく、承認決議もないから、本件株式譲渡は甲社との関係で効力を生じない。Ｅは甲社に対して株主であることを主張することができない。

４　問（２）について

問（２）では、本件株式発行により、引受人であるＥが甲社の株主となるかの検討が求められている。株式発行が有効であるか否か、その効力を検討すべきことになる。

本件株式発行には、その募集事項が適法に決定されたか、引受人ＥがＡの決定した払込金額の半額のみを払い込んだにもかかわらず、Ａが決定した発行株式全部を発行してよいか、などの問題がある。以下、募集事項の決定手続と出資の払込の順に検討する。

（1）募集事項の決定について

ア　本件株式発行に必要な手続

甲社は、定款による株式譲渡制限を定める非公開会社であり、Ｅを引受人とする第三者割当増資を決定するためには、１９９条２項、３０９条２項５号に基づき株主総会特別決議により募集事項を決定する必要がある。

また、ＥはＡが決定した払込金額の総額の半額しか払い込んでいないところ、そのような払込に対してＡが予定した発行株式の全部を発行する行為は、甲社が半額のみの払込を受け入れて有利発行を行ったものと評価する可能性もある。

募集事項の決定から出資の払込までの過程で、ＡとＤの間に、払込金額の半額しか出資をしないことの合意ないし共通理解があったならともかく、そういった了解が存在したことを積極的に基礎づける事実を認めがたい本問の事案では、株式発行にかかる行為をしたＡに、有利発行の手続を取ることを求めるのは酷な印象ではある。そうではあっても、事案を見て有利発行であると評価され得るものとみるならば､募集事項を決定する総会決議を行う際に、Ａは１９９条３項に基づく有利発行の説明義務を履行する必要もあった。

上に述べたほかにも、非公開会社における第三者割当増資においては、総数引受契約につき取締役会の承認決議が必要となる（２０５条２項)。取締役Ａら３名の間でＥを引受人とすることにつき合意しているから、正式な手続によるものでないとしても、総数引受契約につき取締役会決議による承認はなされたとみることが可能である。このことは、本件株式発行の効力を否定する根拠にならず、解答に含める必要はない。

（ア）Ａら３名の合意は募集事項の決定か

Ａら３名の間には、Ｅに対して相応の持株比率を与える旨の合意が認められる。しかし、これは発行株式数、払込金額などの募集事項を含まず、また、非公開会社では、取締役会は第三者割当を行う募集事項の決定機関ではないから（２０１条１項の適用はない。)、監査役Ｅの異議がなく、３６８条２項に基づき手続の瑕疵が治癒され、取締役会決議として有効であるとしても、募集事項の適法な決定は存在しない。

株主に対する株主総会の招集手続が取られておらず、株主総会が開催されていないから、募集事項を決定する株主総会決議は不存在である。甲社株主であるＤはこの合意に参加していないから全員出席総会とみることもできず、３００条に基づき総会の招集手続が省略されたとみることも、３１９条に基づき総会決議が省略されたとみることもできない。

（イ）Ａらの合意は総会決議の瑕疵を治癒するか

Ａら３名の合意は、甲社の発行済株式総数の９割を保有する株主の合意であるから、株主総会決議による決定と同視し得るかも問題となる。しかし、非公開会社における募集株式発行の効力につき、大多数の株主の合意があれば、株主総会決議の瑕疵を治癒して株式発行を有効とする判例は見当たらない。株主全員が新株発行による持株比率の減少を了承していたため、株主総会決議は不存在でも株式発行無効事由ではないとした大阪高判平成２５年４月１２日金判１４５４号４７頁があるけれども、株主全員の了承を事実認定しているこの判例は、本問とは事案が異なる。

（ウ）募集事項のＡによる決定

本件株式発行の募集事項、特に、払込金額と発行株式数は、代表取締役Ａが、法律上の権限なく単独で決定したことになる。

イ　新株発行無効事由

（ア）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

判例（最判平成２４年4月２４日民集６６巻6号２９０８頁）によれば、非公開会社については，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のが制度趣旨であると理解し、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り行う募集株式の発行は手続に重大な法令違反があり，新株発行無効事由になると解される。

非公開会社である甲社が行った本件株式発行については、上に見たように募集事項を決定する株主総会決議は不存在であり、このことが直ちに新株発行無効事由になる（以上のうち、総会決議の瑕疵に関する事項を除いたものが、Ｄが訴訟上なすべき主張となる)。

（イ）差止の機会を欠く状況における差止事由のある株式発行

答案の中には、株主Ｄに対して株主総会の招集通知が行われず、Ｄは本件株式発行を知ることができずに差止の機会を奪われているから、他に差止事由がなく差止請求が認められない場合でない限り、本件株式発行は無効であると、論じるものが少なからず見られた。

この立場によるときは、株主に差止の機会を与えるための通知（非公開会社の場合には、募集事項の決定を議題とする総会招集通知に、その役割が求められる。）がないこと以外に差止事由があること（手続の法令違反または著しく不公正な発行であること、株主の不利益のおそれがあること）を論じる必要がある。結局、そこで最初に挙げるべきは、募集事項を決定する株主総会決議を欠くことが１９９条２項違反、になるから、１９９条２項違反を指摘して、それが無効事由に当たることを直接論じるよりも遠回りである。当てはめが適切になされていれば論理的に筋は通っているけれども、的確な解答とは言いがたい。

また、上の考え方の下での差止事由として、本件発行が不公正発行ではないかと論じた答案もある。本問の甲社において、現経営陣と株主Ｄの間に支配権をめぐる争いがあるとはいえず、甲社には事業資金の調達目的も認められるから、支配権維持を主要目的として本件株式発行が行われたとみるのは無理がある。そして、仮に的確に、不公正発行ではないとの結論を導いたとしても、手続の違法という差止事由があることを見落としていたなら、解答の結論に直結する論点を見落とした答案、という評価になる。

ウ　株式発行無効事由がある場合にＤが提起すべき訴訟

甲社株主であるＤは（８２８条２項２号)、本件株式発行には募集事項の決定につき総会決議を欠く違法があり、これが株式発行無効事由にあたると主張して、本件株式発行の効力発生日から１年以内に（８２８条１項２号括弧書）株式発行無効訴訟を提起する必要がある。

Ｄが株式発行無効訴訟を提起し、その認容判決が下されたときは、判決確定の日から将来に向かって本件株式発行は無効となる（８３９条、８３４条２号)。

（２）出資の払込を一部欠くこと

ア　引受人の失権

２０８条１項によれば、引受人は払込期日に払込金額の全額を払い込まなければならず、

同条５項によれば、引受人が出資の履行をしないときは株主となる権利を失う。引受人Ｅは払込金額の半額しか払い込んでおらず、全額の払込義務を履行していないから、２０８条５項に基づき失権し、株式発行は、その全部が不成立または不存在である（無効と解するなら、引受人が失権したことによる無効につき８２８条１項２号に基づく無効訴訟が必要か、という基本書に書かれていない問題に答える必要が出てくる。）、と解するのが、２０８条から素直に導かれる結論である。

イ　一部失権の可能性

少なくない答案が、払込金額の半額の払込があった事実を捉えて、発行予定の株式の半数のみ無効、または不存在であると結論づけていた。複数の引受人のうち一部の者が出資を払い込まない場合については、適法に払込を行った引受人との関係でのみ有効に株式が発行されたものと扱う、いわゆる打ち切り発行が会社法の下で認められている。しかし、引受人Ｅに対して発行された甲社株式の半数が無効ないし不存在であると解するときは、Ｅに与えられた株式のどの部分が無効であるかを特定することが困難であり、Ｅから株式の一部を承継取得した者との関係で取引の安全を著しく害する。一部払込の事案については、一部無効、一部不存在のいずれの解釈も、学説上支持されているとはいえない。答案の論理性に相応の評価を与えた。

ウ　出資の払込の仮装と捉える可能性

また、相応の数の答案は、Ｅは出資の一部の払込を仮装した（２１３条の２第１項第１号）と解し、本件株式発行に２０９条２項が適用される場合にあたり、この場合には引受人は引き続き出資の履行義務を負い続けるから株式発行は無効ではなく有効である、との結論を導いていた。

この解答が成り立つためには、出資の払込の半額のみ払い込まれた事実を指して、出資の払込が仮装されたと評価することが可能でなければならない。会社法は、出資の払込の仮装につき定義規定を置いていないところ、判例は、出資の払込の仮装の主要な類型である見せ金を、「当初から真実の株式の払込として会社資金を確保するの意図なく，一時的の借入金を以て単に払込の外形を整え，株式会社設立の手続後直ちに右払込金を払い戻してこれを借入先に返済する」場合と定式化する（最判昭和３８年１２月６日民集１７巻１２号１６３３頁）。ここにいう、会社資金を確保する意図の有無は、会社側の意図を想定した定式を与えており、会社と引受人が通じて払込の外形を整えたことを要求しているものと解される。この規範が、出資の払込の仮装の全ての場合に及ぶ唯一のものかどうかについては、議論の余地があり得るとしても、こうした判例を手がかりにするなどして、出資の払込の「仮装」の意義を明らかにすることなく、特に理由を述べることもなく、引受人Ｅが半額の払込をして、代表取締役に対して「出資を払込んだ」とのみ報告した事実を指して、出資の払込の仮装に当たると断定する当てはめは、強引であるとの印象を避けられない。

エ　新株発行の不存在を争うための訴訟

そして、失権を理由とする本件株式発行が不存在であるとの主張について、Ｄは訴訟を提起する必要はなく、裁判外でも、別訴においても、その不存在を主張することができる。

甲社の株主Ｄは、本件株式発行の不存在につき確認の利益を有すると考えられるから、新株発行不存在確認訴訟（８２９条１号）を提起して（８２８条のような出訴期間の制限に服さない）、その認容判決を得れば、第三者に対しても、それが不存在であるとの判決効を及ぼすことができる（８３８条）。