

会社法の規範定立

〈設立〉

【設立中の会社の法的性質】＊同一性説

【事例】：〈Bが、A株式会社の発起人として、会社設立中に、何ら定款に記載をせずに、不動産会社甲との間で、A社設立を停止条件として、事業用地の購入の売買契約を締結した。甲社が、本件土地を引き渡した場合に、甲社は、A社に対して代金を請求できるか〉
・株式会社は、定款の絶対的記載事項である、本店の所在地（27条3号）において、設立登記を行うことによって成立する（49条）。

したがって、株式会社Aは、本件売買契約締結時点において、設立していない以上、権利義務関係の主体となることは出来ず、発起人のした法律行為の効果は、成立後の会社に帰属しないとして、甲の請求は、認められないのではないか。

⇒設立中の会社と成立後の会社は、設立登記を経ていないために、法人格が付与されていない点に差異があるに過ぎず、実質的には同一である。

そして、設立後の会社が社団である以上、設立前の会社の性質は、権利能力なき社団として、実質的権利能力を觀念することが出来る。

したがって、①設立中の会社の実質的権利能力の範囲内であること、②発起人の権限の範囲内であることの要件を充たす、発起人の法律行為の効果は、設立後の会社に帰属すると解する。

この場合、②については、発起人は、設立中の会社の執行機関であるから、その権限の範囲は、設立中の会社の実質的権利能力と同様である。

・では、本件のBの行為は、開業準備行為であるが、これは①の要件を充たすか。

⇒会社の設立が目的である以上、会社の事業行為は、権限の範囲外である。

そして、事業行為と開業準備行為の区別は、事実上困難であることから、開業準備行為も、事業行為の1つと考え、権限の範囲外であると解する。

＊上記①で検討される、設立中の会社が行う可能性のある行為は、①設立を直接の目的とする行為、②設立費用（定款の認証の手数料等、会社に損害を与えるおそれがないものとして、法務省令で定めるものを除き、事実上、設立に必要な行為は、その他の設立費用として、必要な出費額は、変態設立事項として定款に記載する必要がある。28条4項。）、③財産引受け（発起人が会社のため、会社の成立を条件として、特定の財産を譲り受ける旨の契約。例えば、売買契約）、④開業準備行為を含む事業行為である。

＊④の要件における「開業準備行為を含む事業行為」は、②の設立費用、③の財産引受け以外の行為と考える（開業準備行為とは、成立後の会社の事業のための取引行為）。②と③

にあたる行為が問題となる場合は、下記規範参照のこと。

【設立費用と設立中の会社の権利能力】

【事例】：〈Bが、A株式会社の発起人として、会社設立中に、変態設立事項として、70万円の設立費用を定款に記載した。Bが、会社のために、Cとの間で40万円、その次に、Dとの間で60万円を支出する契約を行った場合、法律関係はどうか〉

・株式会社は、定款の絶対的記載事項である本店の所在地（27条3号）において、設立登記を行うことによって成立する（49条）。

したがって、株式会社Aは、本件売買契約締結時点において、設立していない以上、権利義務関係の主体となることは出来ず、発起人のした法律行為の効果は、成立後の会社に帰属しないとして、CとDの請求は、認められないのではないか。

⇒設立中の会社と成立後の会社は、設立登記を経ていないために、法人格が付与されていない点に差異があるに過ぎず、実質的には同一である。

そして、設立後の会社が社團である以上、設立前の会社の性質は、権利能力なき社團として、実質的権利能力を觀念することが出来る。

したがって、①設立中の会社の実質的権利能力の範囲内であること、②発起人の権限の範囲内であることの要件を充たす、発起人の法律行為の効果は、設立後の会社に帰属すると解する。

この場合、②については、発起人は、設立中の会社の執行機関であるから、その権限の範囲は、設立中の会社の実質的権利能力と同様である。

・では、本件のBの行為は、設立費用（28条4号）の出費行為であるが、これは①の要件を充たすか。

⇒設立費用（28条4号）は、会社の設立事務の執行のために、必要な費用の支出を意味するから、会社の設立目的のための支出である。

しかし、無制限に費用を引き出せるとすると、会社財産が浪費されるおそれがあるため、その上限額の定めを定款に記載することと、検査役の検査（33条）が求められる。

したがって、定款記載と検査役検査を前提に、行為の時系列に沿い、設立費用の額の範囲で成立した契約については、会社の実質的権利能力の範囲内であると解する。

そして、時系列が不明な場合は、債務の額に応じて按分した範囲が、会社の実質的権利能力の範囲内であると解する。

*設立費用の具体例は、設立事務所の賃借料や、事務員の雇用、株式の募集広告費などである。

*設立費用について、定款に記載された額の限度内において、発起人のした取引の効果は、成立後の会社に帰属し、相手方は、会社に対してのみ支払を請求出来る（発起人には請求出来ない）とするのが判例である。

【財産引受けと設立中の会社の権利能力】

【事例】：〈甲は、設立中の会社であるA社が使用予定の建物を、会社の成立を条件として、A社に 2,500 万円で売却する契約を締結した。しかし、A社成立後に、本件建物を引き渡したにもかかわらず、A社が支払を履行しないことを理由として、A社に履行を請求出来るか〉

・株式会社は、定款の絶対的記載事項である本店の所在地（27 条 3 号）において、設立登記を行うことによって成立する（49 条）。

したがって、A社は、本件売買契約締結時点において、設立していない以上、権利義務関係の主体となることは出来ず、発起人のした法律行為の効果は、成立後の会社に帰属しないとして、財産引受けの請求は、認められないのではないか。

⇒設立中の会社と成立後の会社は、設立登記を経ていないために、法人格が付与されていない点に差異があるに過ぎず、実質的には同一である。

そして、設立後の会社が社團である以上、設立前の会社の性質は、権利能力なき社團として、実質的権利能力を觀念することが出来る。

したがって、①設立中の会社の実質的権利能力の範囲内であること、②発起人の権限の範囲内であることの要件を充たす、発起人の法律行為の効果は、設立後の会社に帰属すると解する。

この場合、②については、発起人は、設立中の会社の執行機関であるから、その権限の範囲は、設立中の会社の実質的権利能力と同様である。

・では、本件のBの行為は、財産引受け（28 条 2 号）にあたる行為であるが、これは①の要件を充たすか。

⇒財産引受け（28 条 2 号）は、会社の設立目的のためになされる契約であるが、現物出資と同様に、金銭出資者との不公平、及び会社財産が毀損するおそれがあるため、定款への記載と、検査役の検査（33 条）が求められる。

したがって、定款記載と検査役検査がなければ、設立中の会社の実質的権利能力の範囲内とは言えないと解する。

* 成立後の会社に、効果帰属が及ばないとした場合、取引を行った発起人に対して、追認、及び無権代理人の責任追及（民法 117 条）を類推適用が出来ないか、問題となる。

⇒追認を認めると、変態設立事項における会社法の規定である定款記載、検査役検査制度を行う者がいなくなり、制度が空洞化するおそれがあるため、追認は認められない。

また、開業準備行為の相手方は、契約行為の当時、設立中の会社であることを知っていれば、議事録の確認を求めることにより、定款に記載のない財産引受けであることを確認出来るのであるから、原則として、善意無過失を要求する無権代理人の責任追及は、出来ないものと解する。

＊開業準備行為であっても追認出来ない。会社に請求出来るのは、変態設立事項、開業準備行為共通で、「設立後の会社が、取締役（会）で、新たに、同様の契約を締結する（同内容の別契約を締結する）」ことを決定した場合のみである。

＊財産引受けの典型例は、売買契約であり、定款には、目的財産及びその額、譲渡人の氏名を記載する。

＊この場合は、相対的無効ではなく、いずれの当事者も、契約の無効を主張出来る。

＊117条が類推適用となるのは、会社は設立中であり、代理行為の「本人」となる会社が、実在しないためである。取引の相手方が、そもそも設立中の会社であることについて、善意無過失（相手方が、設立後の会社と見せかける等）と言えるのであれば、民法117条の類推適用は認められる。

【発起人組合と事業行為】

【事例】：〈Yら7名は、石炭の販売などを目的とするA社の定款を作成し、設立の準備を始めたが、設立手続きが進行しない間に、Yら7名のうち、4名が共同して、A社名義で石炭売買の事業を営み、X社と石炭の売買契約を締結した。しかし、A社から、売買代金が支払われなかったことを理由に、X社がA社、及びYら7名を提訴した。認められるか。本件では、石炭の売買が、発起人組合の目的に含まれていた〉

・まず、A社に対する訴えを検討するに、本件では、発起人であるYら4名が、設立中の会社A名義で取引を行っているが、株式会社は、定款の絶対的記載事項である本店の所在地（27条3号）において、設立登記を行うことによって成立する（49条）。

A社は、未だ設立登記がなされておらず、A社に権利能力は認められない。そして、A社は設立中の会社であり、権利能力なき社団と解しても、Yらが行った売買契約は、事業行為であるため、設立中の会社の目的の範囲外であり、A社にその責任は及ばない。

次に、X社は、Yら7名に、損害賠償を求めているが、これは、認められるか。

⇒会社の設立過程では、発起人が複数の場合には、発起人間に、明示の合意が無くとも、発起人組合という、会社設立を目的とした、民法上の組合が成立するものと解する。

したがって、本件売買契約が、発起人組合の目的行為と解されるのであれば、売買に関わらなかった3名も含めて、損害賠償が認められることになる。

そして、発起人は、設立中の会社の執行機関であるから、その権限の範囲は、設立中の会社の実質的権利能力と同様であると解するため、事業行為は、目的の範囲外の行為であることが原則である。

しかし、本件では、X社との売買契約が、発起人組合の目的行為に含まれていたという、特別の事情が認められるため、X社の、Yら7名に対する損害賠償請求は、認められる。

＊発起人の権限の範囲が、設立中の会社の権利能力と同一と解する場合、設立中の会社に、

その効果が帰属する。しかし、本件の様に、例外的に、発起人の権限の範囲外であるが、発起人組合の目的の範囲内となる場合には、発起人組合が責任を負う。

【募集設立における引受人の仮装】

【事例】：〈P社の募集設立において、発起人はAとB、Cが引受人となった場合において、Cは、P社本店所在地の副市長であることから、表だってP社に出資するのは、不適當と考え、親族であるDから承諾を得て、D名義で500万円を出資し、割当を受けた。この場合、募集株主の引受人はCかDか〉

・本件では、Dが資金を出資しているが、Cが形式上、出資名義人となっている。この場合、引受人はCかDか。

⇒株式の引受、及び払込みについては、一般私法上の法律行為の場合と同じく、真に契約の当事者として申込をした者が、引受人としての権利を取得し、義務を負担すべきである。

したがって、他人の承諾を得て、その名義を用い、株式を引き受けた場合でも、実質上の引受人である名義借用者が、その株主となると解する。

*引受人の他人名義による株式の引受においては、実質説による（同意がない場合は、無権代理なので、民法117条の類推適用により、当然D）。

但し、発起人が仮装された場合は、会社法25条2項（発起人は、必ず1株以上引受する必要がある）との関係上、実質説によると、形式的な発起人が、25条2項の要件を充たさず、会社設立無効原因となってしまうので、形式説（形式的には、D名義となっている以上、名義貸与者のDを株主と考える。画一的処理による安定が理由）に立つことになる。

*上記の論理は、実質的に株式の権利を行使する際に問題となる。なぜなら、形式的には、名義貸与者を株主として、株主名簿に記載があり、出資もされるので、問題が表に出ないためである。

しかし、名義貸与者が、自らが株主と権利主張を始めたり、名義借用者が行使したい株主の権利について、名義貸与者が反対したり、名義貸与者が株主を第三者に売却したりした場合に、どちらが「実質的株主か」という問題が生じる。ここを解決するのが上記の論点である。

ただ、注意が必要なのは、実質説に立つ場合、名義借用者は、株主名簿に株主として記載されていないため、株式名簿への記載を、株券不発行会社につき、会社と第三者への対抗要件と考える通説からは、名義借用者の立場は、名義書換未了の株主と同じとなる（つまり、実質的には株主であるが、対会社に対して対抗要件を具備していない）。したがって、会社側が自ら危険を負担して、名義借用者を株主として取り扱うことは出来るが、名義借用者から、株主として、取り扱う様に求めることは出来ない。

この様に考えると、会社側が名義借用者の権利行使を許容しない場合、名義貸与者は無権利者、名義借用者は対抗要件を具備していないから、誰も株式の権利を会社に対して行

使出来なくなる。この様な取扱は、権利行使の空白を生み、株主平等原則に反するから、会社側は、名義借用者の権利行使を認めないのであれば、当初の名義人である名義貸与者に権利行使させる等の対応が必要となる。

【違法な設立が行われた場合の整理】

- ・会社設立の手続きに瑕疵がある等があった場合の手続きについて整理せよ。

- ・会社設立の手続きに瑕疵があった場合、会社設立無効の訴え（828 条 1 項 1 号）を提起出来る。これは、設立登記から、2 年以内に、株主等だけが提起出来る。

この訴えには、会社債権者は含まれておらず、会社債権者の保護は、発起人の第三者責任（53 条 2 項）によって、図られる。設立無効が確定すると、その判決は、対世効を持ち（838 条）、将来効である。

この場合、どの様な瑕疵が、無効事由になるかは、解釈に委ねられる。一般的には、設立無効の判決効力と、それによって得られる株主等の救済効果を比較し、株主等や、法律の安定が受ける不利益効果が大きいと思われる様な、重大な瑕疵に限ると考えられる。

例えば、発起人が、出資の履行を行わない場合、36 条 3 項により、設立会社の株主となる権利を失い、これにより、25 条 2 項に規定する、発起人が 1 株以上引受けなければならないことに違反することになる。この様な 25 条 2 項違反の場合は、無効原因とされる。また、原始定款違反も、無効事由になると解される。

- ・株式会社設立の時ににおける、現物出資財産等の価額が定款に定めた価額に著しく不足する場合は、会社法 52 条 1 項により、発起人、及び設立時取締役は、会社に対して連帯してその不足額を支払う義務を負う。

しかし、同条 2 項 1 号 2 号により、検査役の調査を経たとき（1 号）、または、当該発起人、設立時取締役が無過失を証明したとき（2 号）には、これらの者は免責されることになる（現物出資者、財産の譲渡人である発起人を除く）。募集設立の場合、103 条 1 項により、2 号の適用はないため、現物出資を行った発起人以外でも、募集設立の場合、1 号以外は免責されないことになる。

- ・会社法 52 条 1 項の不足額支払義務が生じる際に、現物出資にあたって、検査役調査がなされず、専門家による証明、鑑定評価（会社法 33 条 10 項 3 号）が行われた場合には、会社法 52 条 3 項により、証明、鑑定評価をした者も不足額支払義務を負う。しかし、注意を怠らなかったことを証明した場合には免責される。

- ・会社法 53 条 1 項により、発起人は、株式会社の設立について任務懈怠があるときは、当該株式会社に対して損害賠償責任を負う。

- ・発起人とは、発起人として定款に署名した者（会社法 26 条 1 項、27 条 5 号）のことをいうが、募集設立においては、株式募集の広告文書等、募集の広告、その他募集に関する書面に、創立委員などとして自己の氏名、および会社の設立を賛助する旨を記載することを承諾した者（疑似発起人）についても、発起人とみなす旨を定める（103 条 4 項）。

そのため、疑似発起人は、発起人と同様に、会社法 52 条～56 条、103 条 1 項 2 項の責任を負う。

・会社設立が、途中で断念される等、不成立に終わった場合、発起人が責任を負う（56 条）。この責任は、無過失責任で、設立までにかかった費用も、発起人負担である。

〈株式〉

【株主の権利の整理】

・株主の権利を整理し、概要を説明せよ。

・自益権：株主が、会社から経済的利益を受ける権利。剰余金の配当を受ける権利（105 条 1 項 1 号、453 条）が中心。また、残余財産の分配を受ける権利（105 条 1 項 2 号、502 条）も含まれる。会社は、自益権を制限する株式を、定款の定めによって発行出来るが、これら 2 つの権利を、一切与えないということは許されない。

・共益権：株主が会社の経営に参加し、あるいは会社の経営を監督、是正する権利。株主総会における議決権（295 条）が中心。

* 自益権は、単独株主権であるが、共益権には、単独株主権と少数株主権がある。

* 共益権の一般論として、①共益権の行使要件は、定款で緩和出来るが加重出来ない、②保有議決権、株式数の要件については、複数の株主が共同して権利行使すれば、各株主が有する議決権、株式数を合算することが出来る、③非公開会社では、多くの共益権について要求される「行使前 6 カ月間」の株式保有要件は課されない。

* 株主は、その有する株式を譲渡することが出来る（127 条）。これは、株主は、取得請求権付株式の株主や、株式買取請求権を行使出来る場合を除き、原則として、出資の返還を会社に請求出来ないため、投下資本の回収は、株式の譲渡による原則を定めたものである。

【株式優待制度と株主平等の原則】

【事例】：〈A 社は、株主総会において、出席株主に 500 円の商品券を贈呈した。株主総会に参加出来なかった甲は、この 500 円の商品券の贈呈は、株主総会に出席した株主だけを、有利に取り扱うものであるとして、株主平等原則に違反すると考えている。A 社のとった措置は、株主平等の原則に違反する措置といえるか〉

・A 社の対応は、株主平等原則（109 条 1 項）に違反するか。

⇒株主平等の原則とは、株主が、その株式の内容、数に応じて、平等に取り扱われる原則をいう。

しかし、形式的に、厳格な平等の取り扱いの要求は、会社自体の、より大きな必要合理的性がある場合には、譲歩を求められるものと解する。

したがって、①優越的な取り扱いが軽微であること、②社会的相当性を有すること、③

一定の目的を達成するために行われたものであることの要件を充たす場合には、株主平等の原則には違反しない。

*株主平等の原則に違反した行為は、違法であり、無効である。もっとも、不利益を受ける株主が同意している場合には、株主平等原則に違反しない。

【利益供与の禁止】

【事例】：〈甲社の取締役Xが、株主総会において、1個300円相当の粗品を、1,500個配布していたことを知った株主Aは、847条1項に基づき、取締役Xの責任追及等の訴えを提起する様に甲社に求めたが、60日を経過しても、甲社は、訴えの提起を行わなかった。そこで、Aは、甲社に代わって、Xに対して責任追及等の訴えを提起した（847条3項）。Aの請求は認められるか〉

・株主代表訴訟における、取締役Xに対する責任追及等の訴えは、取締役や役員が、Xに対して責任追及を行わない場合に、株主自らが、会社に代わって責任を追及する制度である。847条1項の発起人等の責任を追及する訴えは、その範囲について規定がないが、発起人等という、債務者を基準とすることからすれば、取締役の地位に基づく責任が入ることは明らかであるから、本件では、120条4項に定める、利益供与を行ったことに対する損害賠償責任が認められることが前提となる。そうすると、120条1項の要件である、①会社の計算における行為であること、②株主の権利行使に関する行為であること、③財産上の利益を供与することの要件を充たす必要がある。本件は、直接利益供与を行ったと考えられるXを対象とするから、120条4項但書は適用されない。

本件Xの行為は、会社財産から粗品費用を捻出している（①充足）。そして、株主総会に参加したという特定の株主は無償で配布しているので、120条2項により、株主の権利行使に関することであることは推定される（②充足）。

そして、株主に粗品という財産上の利益を供与した（③充足）以上、Xは、120条4項の責任を負い、Aの株主代表訴訟は認められるのではないか。

⇒会社法120条1項の趣旨は、取締役が、会社の負担において、株主の権利行使に影響を及ぼすことを目的として、利益供与を行うことは、会社法の基本的な仕組みに反し、会社財産の浪費をもたらすことから、これを防止することにある。

したがって、①株主の権利行使に影響を及ぼすおそれのない、正当な目的に基づく利益供与であること、②社会通念上収容される範囲の額であること、③会社の財産的基礎に影響を及ぼすものでないことという要件を充たす場合には、例外的に違法性を有さず、許容されると解する。

*120条1項の利益供与が成立するための要件は、①会社の計算における行為であること、②株主の権利行使に関する行為であること、③財産上の利益を供与することである。上記

規範は、形式的に 120 条 1 項の要件を充たす場合でも、利益供与とみなすことが適当でない場合（株主優待制度等）において、120 条 1 項の適用を排除する規範である。

*上記の 120 条 1 項の利益供与の成立要件を個別に検討する。まず、①の要件は、会社が経済的主体と言えるか否かの実態判断である（例えば、会社と相談せずに、取締役が勝手に利益供与と思われる行為をしても、その供与代金が会社から出ている等の実態があれば、この要件は成立する）。

次に、②の要件については、まず 120 条 2 項に推定規定（「特定の株主に関して、無償で財産上の利益を供与したとき」「特定の株主に関して、有償で財産上の利益を供与した場合に、会社や子会社が受けた利益が当該利益に比して著しく低いとき」には、株主の権利の行使に関し、利益供与がなされたと推定する）を確認する。

この推定規定が及ばない（例えば、相手方が株主でなかった等）場合に、この要件充足性をどの様に判断するか争いがあるが、多数説は、会社側に株主の権利行使に関して利益を供与する主観的認識があればよいとする（注意すべきは、認識している行為が、株主の権利行使に関する行為として、客観的に見て該当していることが前提。この判断自体は実態判断しかない。例えば、下記蛇の目ミシン判例参照）。この立場であれば、相手方が株主であるか否かは問題とならず、会社側で、「株主としての権利行使に関して行うものである」と認識していれば、この要件は充足する。

この要件の客観的充足性が争われた有名は判例として、蛇の目ミシン判決がある。これは、グリーンメーラーに大量に株式を取得された会社の取締役が、暴力団の関連会社に株を売却すると脅され、これを辞めてもらうためにグリーンメーラーに、融資名目の利益供与をしたという事件で、判例は、株式の譲渡は、株主たる地位の移転で、それ自体は「株主の権利の行使」とは言えない。しかし、会社から見て、好ましくないと判断される株主が、議決権等を行使することを回避する目的で、株式を譲受するための対価を供与することは、株主の権利の行使に関し、利益を供与する行為に該当するとした。

最後に、③の要件で問題となるのは、会社が給付の対価を得ている場合である。この場合、給付と対価が釣り合っていない場合には、その差額部分につき、財産上の利益の供与があったと考える。

*利益供与があった場合には、供与を受けた人は、会社に対して利益を返還しなければならない（120 条 3 項）。この責任も、株主代表訴訟の対象になりうる（これは、847 条 1 項で「利益の返還を求める訴え」として、条文上で認められている）。

また、利益供与に関与した取締役、執行役は、会社に対して責任を負う（120 条 4 項）。

*株主の権利行使に関する利益供与には、970 条により、刑事罰も予定されている。

【株式の譲渡の有効要件と対抗要件】

・株式の譲渡の有効要件と対抗要件を整理せよ。

	譲渡の有効要件	対抗要件
株券不発行会社 (振替制度は利用しない)	当事者間の合意	対会社、対第三者共通 ⇒株式名簿の名義書換え
株券発行会社	株券の譲渡	対会社:株式名簿の名義書換え 対第三者:株券の占有

＊株券不発行会社（振替制度利用）の一般形態では、株式の名義書換えは、振替制度における基準日に行われる総株主通知や、個別株主通知によって行われる。したがって、株主名簿の名義書換えが問題となるのは、株券不発行会社（振替制度を利用しない）と、株券発行会社である。

＊株券不発行会社において、相手が正当な権利者か否かを知るには、相手方に、株主名簿記載事項を記載した書面を提示してもらうことになる。

株主は、会社に対して当該書面の提供を請求出来る（122条1項）。

＊株券発行会社における譲渡の有効要件について、128条2項は、「株券発行前の株式譲渡は、会社に対しては効力を生じない」と規定する。

そこで、会社が不当に株券の発行を遅滞している場合が問題となるが、判例は、その場合には、株券がなくとも、その株式譲渡は、会社に対して効力を持つとする。

＊株券発行会社における対抗要件について、131条1項は、株券の占有者は、適法な権利者であると推定する規定を置く。また、善意取得もある（131条2項）。

【名義書換未了株主の権利行使】

【事例】：〈甲社は、取締役会設置会社、かつ株券発行会社である。Aは、甲社の株主である。Aは、甲社の定めた基準日前に、Bに対して、株券を譲渡したが、Bは、名義書換を怠っていた。この場合、Bが、対会社との関係で、株主として取扱いされるケースがあるか〉

・株主名簿に記載、又は記録が無い限り、株式会社に、株式の譲渡は対抗出来ない（130条1項、2項）ことから、Bは、甲会社に対して、株主であることを主張することが出来ないことが原則である。

しかし、会社側から、Bを株主として取扱うことは出来ないか。

⇒株主名簿とは、株主、及び株券に関する事項を明らかにするために作成される帳簿（121条）であり、会社と株主との間を、集团的、画一的に処理する会社の便宜のための制度に過ぎない。

そして、条文上「対抗することができない」と規定されていることから、譲渡制限株式で無い限り、会社側が、自らの危険において、株式の移転があったものとして取扱うこと

は、妨げられないと解する。

*株主名簿と異なり、譲渡制限株式が譲渡されたが、会社の譲渡承認が未了であった場合、当事者間の譲渡は有効であるが、会社が上記の様に、自らの危険において、譲渡があったとする取扱いをすることは、株主総会（取締役会設置会社は取締役会）の普通決議により譲渡承認を要すると規定した、139条1項の規定趣旨を没却するため許されず、会社は、譲渡人を株主として、扱わなくてはならない（但し、譲渡制限の定めは、もっぱら会社にとって好ましくない者が、株主となることを防止することを目的とする、株主保護の規定であるから、全株主の同意があれば、譲渡を有効として、譲受人を、株主として取り扱うことは許される）。

すなわち、上記の論点は、「当事者間で譲渡の合意がなされ、会社の譲渡承認も得た、又は得たのと同様に取り扱ったが、株主名簿の書換えを失念していた場合に、譲受人が、会社との関係で、株主であると主張出来るか」という話である。

*会社が、対抗要件を満たしていない者を株主として扱った場合において、もし、その者が本当の株主でなかった場合（規範における「自らの危険」）、無権利者を株主として扱ったとして、法律関係を処理する。

すなわち、株主でない者に配当を支払っても、債権の準占有者の要件である、善意無過失（無理と思われる）を除き、改めて、正当な株主に配当する必要があるし、株主総会の招集通知を送った場合には、総会決議の瑕疵として、取消の訴えの対象となりうる。

*株主名簿の名義書換の申請は、譲受人と株主名簿上の株主が、共同して行う（133条1項、2項）。但し、株券発行会社は、株券の提示をすれば、譲受人が、単独で行うことが出来る（133条2項、規則22条2項1号）。

*本事例は、基準日前の譲渡であるが、基準日後に株式の譲渡が行われた場合、譲受人を会社側が株主と扱うことは、124条4項但書の「基準日株主の権利を害する」ことになるため、許されない。

但し、合併の対価や、新株発行の場合には、前主がいないので、基準日後株主を、株主と取り扱っても、124条4項但書には反しない（この場合、既存株主の議決権割合の低下は、基準日株主の権利を害するとは解釈されないので注意）。

*会社が、一度自らの危険によって、株主として譲受人を株主として取扱い、配当したにもかかわらず、次の配当で、株主として取扱わないことは許されるか。この点については、株主名簿の確定的効力は、集団的法律関係を画一的に処理する会社の便宜のための制度に過ぎないのであるから、会社による株主認定につき、恣意的な運用を認めたものではないので、一度株主として取扱ったにもかかわらず、次に株主として取扱わないことは、特段の事情の無い限り、信義則に反し、許されない。

【会社側の名義書換不当拒絶の場合の株主の権利行使】

【事例】：〈甲社は、取締役会設置会社、かつ株券発行会社である。Aは、その甲社の株主である。Aは、甲社の定めた基準日前に、Bに対して、株券を譲渡した。Bは、株券を提示して、甲社に名義書換を求めたが、甲社は、本件株券に盗難届が出ていることを理由に、名義書換を拒絶した。この場合、Bは、甲社に対して、株主としての権利を主張出来るか〉

・株主名簿に記載、又は記録が無い限り、株式会社に株式の譲渡は対抗出来ない（130条1項、2項）ことから、Bは、甲会社に株主であることを対抗出来ないことが原則である。

しかし、Bは、本件甲社の名義書換拒絶は、不当拒絶にあたるとして、株主としての地位を主張することが出来ないか。

⇒株主名簿の書換えは、会社の義務である（121条）から、会社の名義書換拒絶が、不当拒絶にあたる場合、130条1項を理由に、株主の権利行使を制約することは、信義則（1条2項）に反し許されない。

したがって、この場合には、名義書換未了の株主であっても、公平性の観点から、会社に対して、適法に、権利行使を行えると解する。

・これを本件について見るに、甲社は、株券発行会社である。株券を占有する者は、株式についての権利を適法に有すると推定される（131条1項）から、会社側が、131条1項の権利推定を覆す、正当な理由をもって拒否した場合を除き、会社側の名義書換拒否は、不当拒絶にあたる。では、株券の盗難届が出ていたという事情による拒否は、正当な理由にあたるか。

⇒株券について、盗難届が出されていたとしても、株券の占有者は、善意取得（131条2項）した可能性がある以上、盗難届では、適法な権利者の推定は覆らず、盗難届は、株券占有者が無権利者である理由とはならないと解する。

・したがって、甲社の名義書換拒絶は、不当拒絶にあたるため、会社に対して、適法に、権利行使を行える。

*株券発行会社については、131条1項の占有者の適法な株式についての権利推定の規定が適用されるため、会社側が正当な拒否であることを主張、立証出来ないと、不当拒絶となる。

しかし、株券不発行会社の場合、131条1項の権利推定の規定は適用されないため、会社側が、譲受人が正当な株主と言えるか否かを調査し、それが疑わしいと言える事情を主張、立証出来るのであれば、名義書換に応じなくても、不当拒絶にあたらない。

つまり、株券発行会社か、不発行会社かによって、131条1項の適用有無が変わり、「不当拒絶かどうか」のハードルに違いが出るので注意のこと。

【名義書換未了の場合の株主間の関係】＊果実が有償な場合

【事例】：〈甲社は、取締役会設置会社、かつ株券発行会社である。Aは、その甲社の株

主である。Aは、甲社の定めた基準日前に、Bに対して、株券を譲渡したが、Bは、名義書換を怠っていた。甲社が、株式名簿に従い、Aに新株予約権を与える通知を行い、Aは新株の引受け、払込みをして、これを取得した。Bは、払込金額と引換えに、Aに、上記増資新株の引渡しを請求出来るか)

・Bの、Aに対する不当利得返還請求は認められるか。本件において、AはBに株式を譲渡している以上、AB間においては、Bが株主であるから、Aが新株の引渡を受けたことについて、Aの利得とBの損失、因果関係は肯定される。しかし、甲社がAを株主として取扱ったことは、130条1項の規定から適切である以上、Aが有償で甲社から受けた権利利益は、法律上の原因がないとは言えないのではないか。

⇒この点、株式譲渡後に、譲渡人が、有償で得た権利利益は、法律上の原因があり、譲受人による、不当利得による返還請求権は、認められないとの見解がある。

しかし、そもそもこれは、株式譲渡当事者間の問題である。そして、株式の売買は、将来の株式の権利行使を含めて価格を決定する以上、たとえ、有償で、譲渡人が権利利益を得たとしても、法律上の原因なく、不当利得による返還請求権が認められるべきであると解する。

*判例は、譲渡人が無償で得た果実については、不当利得についての返還を認めるが、有償で得た果実（今回だと、新株予約権を取得するのに、資金を捻出している）については、返還を認めていない。有償で得た果実についても、返還を認めるべきとする学説の有力説に沿った規範である。

*通常の配当等であれば、不当利得として、Bは、当然に、Aに対して返還を請求出来る。

【株主名簿の閲覧謄写請求】

【事例】：〈甲社の株主であり、甲社に敵対的買収を仕掛けたい乙社は、来たる株主総会に先立ち、甲社の株主に対し、委任状勧誘を行うことにした。そのため、甲社の株主を調査するため、甲社に対し、株主名簿の閲覧謄写請求を行うことにした。この場合の乙社の請求は認められるか〉

・乙社の株主名簿の閲覧謄写請求（125条2項）は認められるか。株主名簿の閲覧謄写請求は、単独株主権であるため、甲社の株主である乙社は、株式保有要件は問題ない。

この場合、委任状勧誘を行うという目的を、甲社は述べることになるが、これは、125条3項1号の「権利の確保、又は行使に関する調査以外の目的を有するもの」に該当するとして、甲社は、乙社の請求を拒めるか。

⇒自己が保有する株式数を増加させ、株主総会における発言権を強化することは、株主の権利の確保、又は行使の実効性を高めるための最も有力な方法といえる。

したがって、株主が、他の株主から株式を譲り受けることは、株主の権利の確保、又は行使と密接な関連を有するものといえ、これは、TOBの場合であっても異ならないから、

委任状勧誘の目的で、現在の株主を確認することも、株主の権利の確保、又は行使に関する調査に該当すると解する。

・したがって、甲社は、乙社の請求を拒むことは出来ない。

＊会計帳簿等の閲覧等の請求（433条1項）に対しては、相手方は、「請求者が実質的な競合関係にある事業を営み、又は従事する」ことを理由として、その請求を拒める（433条2項3号）が、株主名簿の閲覧謄写請求では、この様な規定がないことに注意が必要である。

＊株主名簿の閲覧謄写請求の要件は、①株主であること、②請求の理由を述べることである。理由をどの程度述べる必要があるかは、会計帳簿閲覧請求と同じ様に、「閲覧目的が具体的でないと、会社は、拒否事由の有無を判断出来ないため、請求の理由は、具体的でなくてはならない。

しかし、株主名簿の閲覧請求は、調査を主たる目的とするため、その理由を基礎付ける事実の客観的存在の立証までは、要しないと解する（一部文言等は改変）。」の規範で判断する。

【株券の成立時期】

【事例】：〈Xは、Y社の発起人の1人として、一定数の設立時発行株式を引受け、Y社の設立と共に、Y社の株主となった。Y社は、株券発行会社であったことから、Y社は、株券を作成し、Xに郵送したが、郵送の途中に、Aにより株券が盗まれた。Aが、善意の第三者であるBに、株券を売却した場合、株主は誰になるか〉

・株券の占有者は、真の権利者と推定され（131条1項）、Bは株券を善意取得した（131条2項）以上、Bが、株主となるのではないか。

⇒株券は、会社がこれを作成し、株主に交付してはじめて、法律上、株券として成立するものと解する。

・したがって、Xは、いまだ株券の交付を受けていない以上、本件においてAが窃取した株券は、未だ株券として成立していないため、それを善意取得したとしても、紙切れを取得したに過ぎないから、本件における株主はXである。

【株券発行前の株式の譲渡と会社の不相当な発行遅滞】

【事例】：〈株券発行前において、Y社の株主であるXは、株式をAに譲渡した。その後、全く株券が発行されないまま時が過ぎ、株主総会において、Y社は、Xを株主として取扱った。この場合、Aは、株主であることをY社に主張出来るか〉

・株券発行会社においては、株式の譲渡は、株券の交付しなければ、その効力は生じない（128条1項）と規定され、株券発行前の譲渡は、株券発行会社に対して効力が生じない（128条2項）と規定されている。

この点、株券発行前は、未だ株式は、株券に付着していないため、128条1項の適用は無

く、当事者間の意思表示によって、株式の譲渡は可能であるが、本件では、株券発行前に、株式を譲渡した以上、128条2項の適用により、会社に対しては、株式の譲渡を対抗出来ないのではないか。

⇒会社が不当に株券の発行を遅滞し、信義則に照らしても、株式譲渡の効力を否定するのを相当としない状況に至った場合は、株主は、意思表示のみにより、会社に対する関係でも、株式を譲渡することが出来ると解する。

【基準日制度】

- ・124条に定める基準日とは、どのような制度か。まとめよ。
 - ・ある権利行使について、一定の日の株主名簿上の株主を権利行使者として、定めることが出来る制度。その一定の日を「基準日」と呼ぶ。基準日を定める場合、名義書換を促すため、公告しなければならない（124条3項）。また、基準日は、権利行使日から3カ月以内でなくてはならない（124条2項）。
 - ・議決権は、基準日以降の株主となった者にも認めて良いが、既存株主の権利を害することは出来ない（124条4項）。
- この規定により、基準日後に発行された株主の議決権を認めることは出来る（既存株主の議決権の低下は、「既存株主の権利を害する」には、あたらないので注意）が、基準日後に譲渡された株主の議決権を認めることは出来ない（基準日の譲渡株主が持つ、議決権を否定することになり、「既存株主の権利を害する」ため）。

【株式の譲渡制限の基礎】

- ・株式の譲渡制限について、基礎的事項をまとめよ。
 - ・株式の譲渡制限の趣旨は、株主の個性が重要となる場合に、会社にとって好ましくない者が、株主となることを、防止出来る様にすることにある。
 - ・譲渡制限の方法は、「株式の内容」もしくは「種類株式」として定める（107条1項1号、108条1項4号）
 - ・譲渡の承認権者は、原則、株主総会の普通決議。取締役会設置会社では、取締役会（139条1項）。但し、定款で別段の定めを置くことができ、その場合には、取締役会設置会社でも、株主総会を承認機関としたり、代取を承認機関にしたりすることが出来る（139条1項但書）。
 - ・107条1項1号、108条1項4号にかかわらず、株式の譲渡制限については、登記する（911条3項7号）と共に、株券発行会社では株券にも記載する必要がある（216条3号）。登記がなければ、善意の株式譲受人に対して、譲渡制限の効果を対抗出来ない（908条1項）。登記はしたが、株券にその記載がなかった場合は、908条1項但書の「正当な事由により、その登記を知ることが出来なかった」ときにあたり、やはり、善意の株式譲受人に対して、譲渡制限の効果を対抗出来ない。

・譲渡しようとする株主（136条）、若しくは、株式譲渡を受けた譲受人は、譲渡人と共同（137条1項、2項）で、譲渡承認請求、及び買取先決定請求手続を求めることが出来る（譲渡制限株式の譲渡も、当事者間では有効に譲渡出来る）。尚、買取先決定請求はしなくとも良いし、しても良い。

・譲渡承認請求を受けた会社は、決定の可否の通知義務を負う（139条2項。尚、2週間以内に通知しないと承諾擬制。145条1号。145条は、譲渡承認請求から、一定の期間が経過した場合には、承認したとみなすことで、譲渡承認請求者の投下資本回収の機会を確保しようとした、譲渡承認請求者を保護するための規定である）。

・譲渡承認請求を否決した場合で、買取先決定請求手続がされている場合、会社は、自ら買い取る旨を通知するか、指定買取人を指定しなければならない（譲渡承認拒否から40日以内に、会社が買い取る旨を通知するか、若しくは、指定買取人が、承認拒否の日から10日以内に、請求者に通知しないと承諾擬制。145条2号）。

・会社が株式を買い取る場合は、株主総会の特別決議（140条2項、309条2項1号）。買取人を指定する場合は、取締役会設置会社では、取締役会で、それ以外の会社では、特別決議（140条5項、309条2項1号）。

・買い取る旨を通知した時点で売買契約が成立し、以後、譲渡承認請求を撤回することは出来ない（143条）。

・買い取る側が、「1株あたりの純資産額×買取株式数」の金額を供託し、その証拠書面を買取通知に添付する（141条2項。尚、添付しないと承認擬制。142条2項）。あとは、当事者間で売買価格について交渉を行う（144条1項）。交渉が不調な場合には、裁判所に価格決定の申立てが出来（144条2項）、期間内に申立てしないと、供託金額が売買価格となる。

【会社の承認無き譲渡制限株式の譲渡の効力】

【事例】：〈S社は、委員会設置会社でない取締役設置会社であるが、定款で、発行する全株式について、その譲渡につき、S社の承認を要する旨、規定している。ある日、S社の株主Aは、Bとの間でS社株式の売買契約を締結した。AがS社に譲渡の承認を求めたところ、S社の代表取締役Xがこれを承認した。しかし、株主名簿の記載はAのままとなっていた。後日、S社が決議した余剰金の配当を、Aは、株主名簿に基づき請求出来るか〉

・余剰金の配当を認める権利は、株主に帰属する（105条1項）と規定されているところ、Aは、BにS社の株式を売却している。しかし、本件株式は、S社の承認を要する譲渡制限付株式（107条1項1号）であり、その承認は、取締役会の決議（139条1項）を要することから、代表取締役Xの承認では、S社の承認を得たとは言えない。この様な、会社の承認を得ずに行われた譲渡制限付株式の譲渡の法律効果を、どの様に解すべきか。

⇒107条1項1号の立法趣旨は、もっぱら会社にとっ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。

そして、上記譲渡制限の趣旨と、株式の譲渡は、原則自由である（127 条）ことに鑑みれば、取締役会の承認を得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。

したがって、会社は、譲渡人を株主として取り扱う義務を負い、その反面として、譲渡人は、会社に対して、なお株主の地位を有する。

*会社に対して、なお株主としての地位を有する以上、譲渡人は、会社に対して、株主としての地位を主張することが出来る。

*当事者間の譲受は有効なので、株主割当は、株主たる資格に基づく一種の支分権として、特約の無い限り、株主移転と共に移転する。この場合、譲受人は、株主割当を受ける権利の価格相当分を、民法 703 条に基づく不当利得として請求出来る。

【一人会社の場合の譲渡制限の効力】

【事例】：〈定款で、株式の譲渡制限を定めるA社は、Bが 100%の株式を保有する取締役会設置会社である。Bは、A社の取締役会の承認（139 条 1 項）なくして、Cに、その株式を譲渡した。この場合、Bの譲渡行為は有効か〉

・Bの行った、Cに対する株式の譲渡について、株式に譲渡制限が付されている。株式に譲渡制限が付されている場合、譲渡承認が必要であるが、今回は、承認機関である、取締役会の承認を経していない以上、本件譲渡は、無効ではないか。

⇒107 条 1 項 1 号の立法趣旨は、もっぱら会社にとっ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。

したがって、一人会社の株主が、その保有する株式を譲渡するときは、他の株主の利益保護の必要性が無い以上、定款上の譲渡の承認機関による承認がなくても、その譲渡は、会社との関係でも有効であると解する。

このことは、一人会社以外の会社で、譲渡人以外の全株主が、譲渡に同意している場合も同様である。

【契約による譲渡制限の有効性】

【事例】：〈S社は、定款において、S社株式の譲受人は、S社の従業員に限る旨を定めている。そして、Tは、S社の株主によって構成されている持株会である。Tには、Tから株式の譲渡を受けた者が、従業員でなくなったとき、若しくは、従業員以外の第三者に、S社株式を譲渡した場合には、Tが株式を譲渡した価格と同額で、Tと、株式の譲渡を受けた者との間で、株式をTに譲渡する契約が成立したものとみなすとの特約が規定されていた。Aは、S社の従業員で、本件特約を認識の上で、第三者甲に株式を売却し、譲渡承認請求をS社に行ったが、S社取締役会はこれを否決し、Tの特約に基づき、TとAの譲渡契約が成立したものとみなして、本件株式の株式名簿をTに書き換えた。この結果、甲

には株主総会の通知が行かず、新たな取締役選任決議に参加出来なかった。甲がこのことを知ったのは、1カ月後であった。甲は、本件決議の効力を争うことが出来るか)

・甲が、S社の株主であれば、株主総会の招集手続、又は決議の方法に瑕疵があったとして、株主総会等の決議取消の訴え(831条1項1号)の提起が可能であるが、持株会Tの特約に従えば、株主は持株会Tとなり、甲は、S社の株主でない以上、訴訟における原告適格が認められないことになる。

この様な、持株会Tの特約は、有効と言えるか。契約による株式譲渡の制限は、不当に株式譲渡の自由を侵害するものとして、127条、あるいは民法90条違反とならないか。

⇒契約による株式の譲渡制限は、契約当事者間しか拘束力が及ばない以上、契約自由の原則により、原則的に認められるが、株主の投下資本回収の機会を著しく制約する場合には、127条、あるいは公序良俗違反(民法90条)となり、無効である。

そして、①株主が、自由な意思により契約を締結し、キャピタルに関する損益が発生しない制度であることを認識していたこと、②譲渡制限の内容に合理性があること、③相当程度の配当があり、投下資本の回収が図られていることの要件を充たす場合には、無効とはならないと解する。

*会社が、直接自己株式を取得する場合(本件は、このケースではない)には、156条が株主総会の普通決議を求める(特定の株主からなら、更に160条の規制を服する)ので、この点の手続違法の点も、別途検討を要する(規範は、下記、自己株式の取得を参照)。

*②については、非上場会社では、買取の都度、時価を算定することは難しいので、価格を固定することには、合理性があるとする事で、一般的に肯定出来る。

【自己株式の取得手続きのまとめ】

〈前提〉：自己株式は、155条各号に規定する事由があった場合にのみ、会社は自己株式を取得出来る。しかし、155条3号の規定により、156条以下の、株主との合意による有償取得の手続きを踏めば、自己株式を取得する目的に制限は無くなる。以下は、155条3号の規定による取得について、整理する。

尚、3号以外の取得の場合は、156条2項の規定により、156条以下の手続を踏む必要はない。

・すべての株主に、売却の機会を与える相対取引の場合(原則)

・株主総会決議の普通決議により、あらかじめ、株式の取得に関する事項(1号~3号)を定める(156条1項)。尚、配当を取締役会で決定出来る会社(会計監査人設置会社)、子会社からの株式の取得の場合(163条)、及び165条2項の条件を定款に定め、市場取引、又は公開買付の方法で、株式を取得する場合では、取締役会で決議可能(459条1項1号)。

・上記の株主総会決議の授権の範囲内で、取得の都度、具体的な取得条件を、取締役(会)が決定(157条1項)。

・157条1項各号で決定した、具体的な取得条件を、株主へ通知（158条1項。公開会社は公告でも可）。

・通知を受けた株主の譲渡の申込み（159条1項。申込期日に会社の承諾が擬制され、契約が成立する。また、買取数を超える申し込みがあった場合、按分比例で平等に取得する）。

・特定の株主から取得しようとする場合

・156条1項第1号～3号の株式の取得に関する事項に加えて、特定の株主にのみ、158条1項の取得通知を行う旨を、株主総会の特別決議で決議しなくてはならない（160条1項、309条2項2号）。この場合、株式を売却する特定の株主は、議決権を行使出来ない（160条4項）

・この場合、他の株主は、自分も「特定の株主」に入れる様に請求出来（160条3項。売主追加請求権）、160条1項の特別決議を行う前の一定期間までに、この請求が出来ることを、会社は、株主に通知しなければならない（160条2項）。

しかし、160条3項の売主追加請求権は、定款で排除でき（164条1項）、市場価格のある株式で、市場価格以下での買取の場合（161条）、及び非公開会社における、株式の一般承継人からの取得の場合にも、売主追加請求権は行使出来ない。

・157条以下の手続きは、すべての株主に、売却の機会を与える相対取引の場合と同様となる。

・市場取引等による取得

・株式市場で、自己の株式を取得する場合、又は公開買付による場合には、156条1項の株主総会の普通決議だけすればよく、157条以下の手続きは不要。その後は、取締役（会）が、随時に取得すればよい（165条1項）。

・取締役会設置会社で、「市場取引等により、当該株式会社の株式を取得することを取締役会の決議で定める」旨を定款に定めた場合、156条1項の株主総会の普通決議を、取締役会決議によって、代えることが出来る（165条2項、3項）。

【従業員持株会の特約による会社の自己株式の取得と156条1項違反】

【事例】：〈S社は、定款において、S社株式の譲受人は、S社の従業員に限る旨を定めている。そして、Tは、S社の株主によって構成されている持株会である。Tには、Tから株式の譲渡を受けた者が、従業員でなくなったとき、若しくは、従業員以外の第三者に、S社株式を譲渡した場合には、Tが株式を譲渡した価格と同額で、S社と、株式の譲渡を受けた者との間で、株式をS社に譲渡する契約が成立したものとみなすとの特約が規定されていた。S社従業員で、従業員持株会制度を利用していた甲は、1株5万円で、S社株式を取得したが、現在、S社の業績は良好で、1株100万円にまで上昇している。S社は、甲の退職を理由に、甲に対して1株5万円で株式の引渡を求めた。認められるか〉

・会社法156条1項は、株式会社が、株主との合意により、株式を有償取得するには、株主総会の普通決議を要すると規定する。

本件では、156条1項1号～3号の条件について、株主総会で決議していない。また、特定株主からの取得にあたるため、156条1項の1号～3号に加えて、特定の株主にのみ、158条1項の取得通知を行う旨を、株主総会の特別決議で決議しなくてはならない(160条1項、309条2項2号)。

加えて、160条1項の特別決議を行う前の一定期間までに、株主に対し、160条3項に規定する、特定の株主に、自己も加えたものを総会決議の議案とする請求権が行使出来ることを、定款で排除する場合(160条4項)、市場価格のある株式で、市場価格以下での買取の場合(161条)、及び非公開会社における、株式の一般承継人からの取得の場合(162条)を除いて、会社は、株主に通知しなければならない(160条2項)。

本件では、自己株式の取得について、これらも必要な手続を行っていない点に、違法があるのではないか。

⇒この点、株主総会決議を経ていない以上、会社が、株式について、有償で引渡を求めることは、156条1項違反であるから、特約による合意は無効である。

しかし、156条1項の立法趣旨は、自己株式の取得は、剰余金の配当と同様、分配可能額の範囲で、会社財産を株主に交付する行為であるため、株主総会決議を求めることで、会社財産の安全を確保する点にある。

したがって、156条1項によって保護されるべき者は、会社、会社債権者、一般株主等であって、譲渡人ではないから、無効の主張は、譲渡人を保護すべき特段の事情がない限り、会社側にのみ認められ、譲渡人から無効を主張することは、許されないと解する。

*この場合、従業員側からは、別途、契約による株式譲渡の制限は、不当に株式譲渡の自由を侵害するものとして、127条、あるいは民法90条違反が主張されることが考えられる。

これについては、「契約による譲渡制限による有効性」の規範で処理を検討する。

【株式の準共有における権利行使者の決定】

【事例】：〈甲株式会社は、全株式をAが有していたが、遺言を残さずに亡くなった。Aには、B・C・Dと3人の子がいるが、B+DとCと分かれて後継者争いをしており、遺産分割協議は進んでいない。BとDは、甲社株式は準共有状態にあるため、権利行使者を過半数で決定できるとして、Bを権利行使者と定めた上で株主総会を開き、Bを取締役に選任した。これに対し、Cは、「決定は全員一致で行われるべきだ」として、株主総会決議取消の訴えを提起した。Cの訴えは認められるか〉

・Cの株主総会決議取消の訴えは、認められるか。Aの死亡により、ABCの相続人間で、株式は準共有(民法898条)となっている。この場合、権利行使者を定めて、会社へ通知しなければ、権利行使出来ない(106条)と規定するが、Bは、権利行使者と言えるか。権利行使者の決定方法について、明文の規定がないため問題となる。

⇒この点、準共有者全員の合意によって、権利行使者を決定すべきとの見解があるが、準

共有者全員の合意を要するとすると、1人でも反対すれば、全員の権利行使が制限されてしまい、不合理であるだけでなく、会社の意思決定にも支障をきたすおそれがある。

そして、民法252条本文は、共有物の管理行為については、持分価格の過半数により決すると規定することから、当該議決権の行使をもって直ちに株式を処分し、又は株式の内容を変更するなどの特段の事情が無い限り、管理行為として、準共有者の持分の価格の過半数により、決することが出来るものと解する。

*権利行使者が確定した場合、権利行使者は自らの判断により、権利行使することができる。逆に、権利行使者の指定が無い限り、準共有者は、誰も株主の権利を行使出来ない。

【106条但書の適用】

・106条但書は、権利行使者を指定していなくとも、会社が同意すれば、共有株式について、株主が、権利行使可能であることを定める。

したがって、権利行使者が定められていない場合でも、会社側から、共有株式の株主を、株主として取扱うことは、何ら問題無いのではないか。

⇒106条但書の規定は、民法の規定に従い、共有株主間で権利行使の方法を決定されている場合において、権利行使者の指定、通知がなくとも、会社の同意があれば、適法な権利行使と認める規定であると解する。

*この場合、会社側の合意とは、代取の了承や株主総会における議長の承諾等を指す。

【準共有株式と原告適格】

【事例】：〈Y社の100%株主である甲が死亡し、妻Aと、兄弟姉妹Bが相続人となり準共有となっている。甲の死亡後、Y社の代取であるBは、臨時株主総会を開き、Bの子Cを取締役に就任する決議を行った。この総会は、適法な招集手続きがとられておらず、開催も怪しいものであった。Aは、株主総会決議不存在確認の訴えを提起し、Cの取締役就任の無効を主張出来るか〉

・Aは、手続的瑕疵が著しく、決議があったとは評価出来ない決議の不存在事由があることを理由に、株主総会決議不存在確認の訴え（830条1項）を提起したい。しかし、Aの有する株式は、準共有であり、106条に定める権利行使者の指定通知も行っていないことから、Aの訴えは、原告適格を欠き、却下されることになるのではないか。

⇒106条に規定する「当該株式としての権利」は、会社に対する株主のすべての権利と解するため、106条に定める権利行使者としての指定を受け、会社に通知しなければ、原告適格は認められないことが原則である。

しかし、権利行使者の指定、通知が無いことを理由に、会社が権利行使を拒否することが、信義則に反する様な特段の事情がある場合には、権利行使者の通知前であっても、株

式の共有者に、原告適格が認められると解する。

*判例は、発行済株式の全部が準共有株式で、権利行使者の指定がないにもかかわらず、株主総会決議があるとして、取締役就任登記がされたケースにおいて、権利行使者が誰もいないはずなのに、株主総会を開催出来るのはおかしいとして、株主の利益を守れる様にするために、特段の事情を認めている。

そうすると、準共有株式がないと、そもそも株主総会が開催出来ないのに、開催と決議を前提とした法律行為がなされているときに、特段の事情が認められると考えられる。

【株式の分割と無償割当て】

・株式の分割（183条1項）と無償割当て（185条）の違いを整理せよ。

	株式分割	株式無償割当て
決議	株主総会の普通決議 取締役会設置会社では取締役会	株主総会の普通決議 取締役会設置会社では取締役会
手続	分割割合、基準日、効力発生日等 183条2項各号の事項を定める	割当株式数、株式の種類、効力発 生日等 186条の事項を定める
会社の自己 株式	分割される →会社の自己株式の数も増える	分割されない →会社の自己株式の数は増えない
会社の発行 可能株式総 数との関係	分割により増加する限度で、株主総 会の特別決議を経ずに、発行可能 株式総数を増加出来る(184条2項)	株主総会の特別決議により、定款 変更
単数処理	235条により金銭処理	234条により金銭処理
基準日	必要	不要

*株式の分割は、下記の株式の併合と異なり、株主の地位を失う株主はいない点で、株主の利害に与える影響は、相対的に小さいため、株主総会の普通決議でよい。また、発行済株式総数が増えるだけなので、4倍ルールを気にする必要もない。

株主保護の要請が小さいため、分割の効力発生日の2週間前までの公告する必要があるが、その他の株主保護規定はない。

*株式の分割と株式の無償割当ては、その経済的実質を同じくするため、上記の表に沿って、違いを意識しておくといよい。

【株式の併合とキャッシュアウト】

・株式の併合（180 条）は、今後、少数株主の締出し（キャッシュアウト）に利用される可能性があると指摘される。株式併合の制度をまとめ、その理由を説明せよ。

《 手 続 》

・株式を併合するには、その都度、株主総会の特別決議（180 条 2 項、309 条 2 項 4 号）により、併合の割合や効力発生日等を定める。また、併合する理由を、当該株主総会において、取締役は説明する必要がある（180 条 4 項）。株式の併合は、単数未満の株主を発生させ、その株主の地位を奪う結果となり、株主の利害に重大な影響を与えるので、特別決議が要求される。

・公開会社では、4 倍ルールある（180 条 3 項）ため、必要であれば、併せて発行可能株式総数の定款変更決議を行う（発行可能株式総数は、併合後の株式総数の 4 倍以下でないといけない。例えば、発行可能株式総数が 1 万株、既存発行株が 3 千株で、2 株を 1 株にする場合、株式併合後は 1,500 株なので、発行可能株式総数を 6 千株以下にしないといけない）。尚、非公開会社では、4 倍ルールは存在しない。

《 株 主 の 保 護 》

・効力発生日の 2 週間前までに、株主に、株式の併合に関する株主総会の決議事項を通知、公告しなくてはならない（181 条 1 項、2 項）。

・効力発生日を基準とする、事前、事後の株式の併合を行う会社の書面等の備置き（182 条の 2 第 1 項、182 条の 6 第 1 項）。いわゆる事前開示と事後開示。

・法令、又は定款違反があり、株主が不利益を受けるおそれがある場合の併合についての差止請求権（182 条の 3）。ここでの注意は、現在の会社法のキャッシュアウトは、①株式の併合、②全部取得条項付種類株式、③特別支配株主の株式売渡請求の 3 つが考えられ、それぞれに差止請求が法定されているが、③は、価格の不公正は明文で差止事由とされているが、①と②は、価格の不公正は差止事由とならないと考えられている（一応、①と②は、株主総会で価格が決まるので、その価格は妥当であろうと考えられる）ことである。①の場合は、反対株主の株式買取請求権を行使（182 条の 4）し、その中で、182 条の 5 に規定する価格協議、及び裁判所への価格申立てで争うことになる。②の場合、①の反対株主の株式買取請求権と同様の手続を踏むことを条件に、裁判所に価格決定の申立てをする（172 条）。③の場合は、差止請求と価格決定の申立て（②と同じ内容）の 2 つが可能である。

・反対株主（＝株主総会に先立って株式併合に反対する旨を会社へ通知し、かつ、株主総会で反対した株主）は、会社に対し、株式併合の効力発生日の 20 日前の日から効力発生日の前日までの間に限り、株式を公正な価格で買い取ることを請求することが出来る、株式買取請求権の定め（182 条の 4 第 1 項）。

・株式買取請求権が行使された場合で、価格の協議が調った場合には、効力発生日から 60 日以内に、株主に、会社は価格を支払い、協議が調わない場合には、その期間の満了後、30 日以内に、株主、又は株式会社は、裁判所に対し、価格決定の申立てが出来る（182 条

の5第1項、2項。いわゆる価格決定申立権)。

裁判所が決める価格については、組織再編のナカリセバ価格の規範が妥当すると考えられる(以下、これはキャッシュアウトの場合にすべて妥当する。但し、キャッシュアウトの場合、価格決定の基準日を「取得日」とするのが判例で、組織再編が基準日を「請求日」としている点に相違があるので注意)。

＊〈キャッシュアウトの利用〉

・Aが79%、Bが9%、Cが9%、Dが3%の株式を保有している場合、Aは10%を1株とすることで、BCDEを端数株式とし、金銭により追い出しが可能となる。この場合、端数となる、 $9\%+9\%+9\%+3\%=21\%$ 分が一括して金銭処理される。そして、端数は切り捨てとなるので、20%分の2株が売却され、その金額を、21%の保持者で按分して分けることになる。

売却方法は、競売により売却(235条1項)する。この原則方法では、売却した2株分の株主が、新たに発生してしまう(必ず会社が購入できるとは限らない)ので、裁判所の許可を経て、競売以外の方法で売却する例外措置(235条2項、234条2項)で対応する。

【全部取得条項付種類株式とキャッシュアウト】

【事例】：〈製薬会社である甲社、及び健康食品の製造、販売を行う乙社は、共に上場会社である。甲社は、公開買付けの方法により、乙社の発行済株式10万株のうち、7万株を取得した。残り3万株は、約800名の株主によって保有され、その中で、Xが、最も多数の9,000株を保有していた。甲社は、全部取得条項付種類株式を利用し、次の方法で、乙社の残存少数株主を全員締め出し、乙社を完全子会社することにした。①乙社において、既存株式(クラスAとする)と、異なる内容の種類株式(クラスBとする)を新たに設ける株主総会決議を行う、②クラスA株式を、全部取得条項付種類株式とする旨の定款の定めを設ける株主総会決議、種類株主総会決議を行う、③全部取得条項に基づき、クラスA株式を、乙社が取得する旨の株主総会決議を行う。その際、取得対価として、クラスA株式1万株に対して、クラスB株式を1株交付する。この様な手続の中で、甲社が、乙社を完全子会社化した場合、Xには、どの様な救済が与えられるか。まとめよ。一連の手続きは、すべて適法に行われたものとする〉

・本件では、①の手続により、乙社は種類株式発行会社となる。そして、クラスA株式を、全部取得条項付株式(108条1項7号)とすることにより、株主総会の特別決議により、乙社は、クラスA株式をすべて取得出来るようになる。

そして、その対価は、クラスA株式1万株に対して、クラスB株式1株であるから、甲社はクラスB株式を7株取得し、残りの株主は、全員クラスA株式を1万株持たないので、クラスB株式を取得出来ず、金銭処理となる(234条1項2号により、端数の合計を競売して、持ち株比率に応じて案分する。1株に満たない端数は切り捨て。尚、234条2項の任

意売却も可)。

これにより、甲社以外の少数株主は、クラスB株式を保有出来ず、乙社から締め出されることになる。

そこで、この手続に不満を持つXの救済が問題となるが、会社法は、株式の併合、及び全部取得条項付種類株式の全部取得がなされた後について、その効力を争う特別の定めを置いていない(特別支配株主の株式等売渡請求は、846条の2に取得無効の訴えが法定されている)。しかし、共に差止請求は認められる。したがって、効力発生前であれば、差止請求で争う。しかし、差止請求では、価格の不公正は差止事由とならないので注意。

そのため、総会決議後は、全部取得条項付種類株式にするための手続である、①種類株式発行会社になるための定款変更、②全部取得条項付種類株式を取得する株主総会の特別決議(171条1項、309条2項3号)、取得の対価に関する決定や理由説明(171条1項1号、2号、2項、3項)に瑕疵が無かったかを検討し、その違反を830条、及び831条で争うことになる(対価が著しく不公正な価格で決定された場合、831条1項3号に該当する決議として、取消事由となると解されている)。

しかし、本件では、一連の手続は、すべて適法に行われたため、株主総会決議の手続瑕疵を争うことは出来ない。

・次に、171条で定めた対価等に不満がある場合の対処はどうすべきか。価格の不公正は、差止事由とならないので、価格決定の申立て(172条1項。総会に先立って反対を通知し、かつ総会で実際に反対した上で、公正な価格での買取を裁判所に申し立てをする)をして、価格の妥当性を争うことになる。価格決定の申立てをしていなかったときは、株主総会で決議された金銭が、著しく不公正であるとして、831条1項3号で、総会決議取消の訴えで争うことになる。

尚、会社が上場会社である場合、株主が、個別株主通知を受けていなかった場合、裁判所の価格決定審理において、会社側が、申立人が株主であることを争った場合には、審理の終結までに、個別株主通知を受ける必要があるとするのが判例である。ただ、クラスA株式が、甲社に全部取得され、クラスA株式が上場廃止となった場合、それ以後、個別株主通知は出来ないので、実質的には、甲社が株式を取得するまでに、個別株主通知を受ける必要がある。

【特別支配株主の株式等売渡請求によるキャッシュアウト】

【事例】：〈製薬会社である甲社、及び健康食品の製造、販売を行う乙社は、共に上場会社である。甲社は、公開買付けの方法により、乙社の発行済株式10万株のうち、9万株を取得した。残り1万株は、約800名の株主によって保有され、その中で、Xが、最も多数の9,000株を保有していた。甲社は、特別支配株主に該当することを理由に、その他株主に対し、特別支配株主の株主等売渡請求を行った。甲社が、乙社を完全子会社化した場合、Xには、どのような救済が与えられるか。まとめよ。一連の手続きは、すべて適法に行われた

ものとする〉

・甲社は、乙社の議決権株式の 9/10 以上を保有しているので、特別支配株主の株主等売渡請求（179 条 1 項）を行使することが出来る。

この場合、179 条の 2 第 1 項に規定する、売渡請求の方法を定め、その内容を対象会社へに通知（179 条の 3 第 1 項）する。対象会社は、取締役会で、承認の有無を決定（179 条の 3 第 3 項）し、当該決定の内容を、特別支配株主に通知する必要（179 条の 3 第 4 項）がある。また、対象会社は、株式等売渡請求に関する書面等を備置きしなければならない（179 条の 5 第 1 項）。

179 条の 4 第 1 項により、対象会社は、特別支配株主からの株式等売渡請求の通知を受け、これを承認したときは、取得日の 20 日前までに、179 条の 4 第 1 項規定の内容を、株主に通知する必要がある（対象会社が通知するものなので注意！！）。

そして、①売渡株主が法令に違反する場合、②対象会社が通知、公告や事前開示の規定に違反した場合、③売渡の対価や、その割当てに関する事項が、著しく不当な場合、株主は、179 条の 7 第 1 項に基づき、売渡株式等の取得をやめることの請求（差止請求）が出来るが、本件では、手続関連は、すべて適法に行われているため、価格が著しく不公正でない限り、この点の救済を求めることは出来ない。

尚、株式の併合や、全部取得条項付種類株式の差止めと異なり、価格の不当性が、差止事由となるのは、株主総会決議を、特別支配株主の株主等売渡請求は経ないためである。

次に、179 条の 8 第 1 項に基づき、取得日の 20 日前の日から、取得日の前日までの間に、裁判所に対し、価格決定の申し立てをすることが出来る。これは、全部取得条項付種類株式の規定と同様である。

売渡手続がすべて完了したときは、もはや差止請求は出来ないため、846 条の 2 に基づく売渡株式等の取得無効の訴えが考えられる。全部取得条項付種類株式や、株式の併合の場合と異なり、こちらは事後救済の規定が別途用意されている。

【特別支配株主の株式等売渡請求と売渡株式等の取得無効の訴え】

・会社法は、846 条の 2 の規定により、特別支配株主の株主等売渡請求により、特別支配株主が、株式を取得した日から 6 カ月以内（公開会社にあつては 1 年以内）に、売渡株主であつた者や、対象会社の取締役等に、無効の訴えを認める（判決の効果は、将来効、かつ対世効）。

この場合、取得対価の不当性は、無効原因となるか。

⇒株式の売渡等請求の無効は、多数の株主に影響を与えるものであるから、無効事由は、売渡等請求による取得手続のうち、重大な法令、及び定款違反に限るべきである。

そして、対価の不当性については、179 条の 8 第 1 項が、価格決定の申し立てを規定していること、及び 179 条の 7 第 1 項 3 号が、特に対価の不当性を差止事由として法定していることを鑑みると、法は、出来る限り、効力発生前の解決を想定していると言える。

したがって、株主が、これらの行為を行う機会が無かったと言える場合に限って、価格の不公正も重大な法令、及び定款違反となると解する。

＊重大な瑕疵には、特別支配株主の 9/10 以上の議決権要件不足や、対象会社の取締役会決議の承認を欠く場合等が該当する。

【キャッシュアウトのまとめ】

・株式の併合、全部取得条項付種類株式、特別支配株主の株式等売渡請求の 3 つの場合のキャッシュアウトの手続きをまとめよ。

		株式等売渡請求	全部取得条項付種類株式	株式併合
必要な議決権割合		9 割（自ら及び完全子会社等を合算）	3 分の 2（特別決議）	3 分の 2（特別決議）
対象会社における株主総会の要否		不要（取締役会）	必要	必要
対象会社による端数処理手続の要否		不要	必要	必要
対象会社における情報開示手続		事前／事後	事前／事後	事前／事後
少数株主等の保護手続	株式買取請求権・価格決定申立権	価格決定申立	価格決定申立	株式買取請求
	差止請求	あり	あり	あり
	株主総会決議取消訴訟	なし（取締役会）	あり	あり
	無効訴訟	あり（846 条の 2）	なし	なし
対象となる証券		株式、新株予約権、新株予約権付社債	株式のみ	株式のみ

【単元株制度のまとめ】

- ・単元株制度（188 条 1 項）をまとめよ。
 - ・一定数の株式を 1 単元とし、1 単元に 1 議決権を付与する制度
 - ・単元株式数は、定款で定める。したがって、変更には株式総会の特別決議が必要（但し、単元株の減少、廃止、株式分割と同時に行う場合には、株主総会決議によらずに可能）
 - ・単元株式数は、種類株式毎に定める
 - ・単元未満株式の解消手段として、会社に引き取ってもらう株式買取請求権（192 条 1 項。絶対保障権利）と、会社から単元株となる様に株式を譲ってもらう株式売渡請求権（194 条 1 項。定款に定めた場合のみ可能）がある。

【種類株式の内容、種類のまとめ】

・種類株式は、発行する株式は1種類で、その株式に特殊な内容を定める場合（107条）と、権利内容の異なる複数の種類の株式を発行する場合（108条）がある。まとめよ。

	株式全部の内容として	株式の種類として
会社財産の分配に関して	なし	①②優先株・劣後株など
株主と会社の株式移転に関して	②取得請求権付株式 ③取得条項付株式	⑤取得請求権付株式 ⑥取得条項付株式 ⑦全部取得条項付株式
株式の譲渡に関して	①譲渡制限株式	④譲渡制限株式
会社の運営に関して	なし	③議決権制限株式 ⑧拒否権付株式 ⑨役員選任権付株式

*107条については、内容に関する法定事項について定款に定める必要があり（107条2項）、株式の内容を登記しなければならない（911条3項7号）。

*108条については、内容に関する法定事項、及び発行可能種類株式総数を、定款に定める必要があり（108条2項）、種類株式の内容を登記しなければならない（911条3項7号）。

【募集株式の発行等の募集事項の決定における基礎知識】

・募集株式の発行等（新株の発行＋自己株式の処分。199条以下）における、募集株式の割当方法には、次の3つがある。

- ・株主割当：株主全員に、持株割合に応じて割当を受ける権利を与える
- ・第三者割当：特定の人（既存株主でもよい）に、まとめて株式を割当する
- ・公募：株式を引き受けてくれる人を広く募集する

・この中で、株主割当が行われる場合には、発行価格がいくら妥当でない不公正な金額でも、株式価値の低下分、株数が増えるので、既存株主に不利益は生じない。しかし、第三者割当、及び増資が行われる場合には、たとえ発行価格が公正でも、既存株主の持株比率が希釈化するし、不公正価格発行であれば、持株比率だけでなく、既存株主から、株式の発行を受ける者への利益移転も起こる。

・募集株式の発行等を行うためには、まず、募集の都度、募集事項を決定しなくてはならない（199条1項。尚、株主割当の場合は、加えて202条1項1号と2号に関する事項も定める。株主割当は、既存株主に影響を与えないので、202条5項で、199条2項から4項、201条、202条の規定が、適用除外となっている。主なものは199条3項の有利発行や、201条1項の公開

会社の特則等。株主割当の場合の決定機関は、202条3項の会社区分に応じて決定されるため、取締役（会）決議の場合もあれば、株主総会の特別決議の場合もある）。

この決定機関の原則は、株主総会で特別決議（199条2項、309条2項5号）。但し、公開会社であれば、取締役会決議（201条1項）となる。取締役会決議による場合、取締役会によって決議事項を定めた日から2週間前までに、株主に対し、当該募集事項を通知する必要があり、公告に替えることも可能（201条3項、4項）。

- ・公開会社であっても、199条3項に定める「有利発行」にあたれば、募集事項の決定は、やはり株主総会決議が必要となり、その場合、有利発行を必要とする理由を、株主総会決議で説明しなくてはならない。

- ・公開会社において、募集株式の発行によって、議決権の過半数を保有する株主を生み出す様な場合、その株式の引受人がどのような者か（氏名や住所など）について、他の株主に通知、公告が必要であり（206条の2第1項）、議決権の1/10以上の株主が異議を述べた場合、株主総会決議が必要となる（206条の2第4項）。

- ・発行可能株式総数の規制として、いわゆる4倍ルール（113条3項）がある。これにより、公開会社においては、既存株主は、悪くても支配比率の1/4以下まで希釈されることはない。尚、非公開会社には、4倍ルールは適用されない、株式の併合の場合の180条3項も参照。

【募集株式への申込と割当の基礎知識】

- ・まず、会社から申込者へ情報開示を行う（募集事項の通知。203条1項）。そして、申込を希望する申込者は、申込書を提出する（203条2項）。

- ・会社は、申込者の中から、割当を受ける者、及びその数を決定する（割当における引受人の決定）。この場合、会社は割当者を任意に決めてよく、割当数も、申込数より少なくてもよい、いわゆる「割当自由の原則」が妥当する（但し、あまりに恣意的で不公正な割当が、210条2号の「著しく不公正」と評価されることもあるので注意）。

- ・引受人は、払込期日、期間に払込みを行う（208条1項）。尚、払込債務と会社債権との相殺は不可（208条3項）。

- ・払込みは、現物出資でも可能で、その場合、207条の規定に服する。

- ・引受人は、払込期日に出資の履行を行うと、当該期日に株主となる（209条1号）。また、払込期間が定められた場合には、当該履行を行った日に株主となる（209条2号）。

【新株予約権の発行の基礎知識】

- ・新株予約権の発行手続は、おおそ募集株式の発行手続に類似するが、いくつか特徴的な点があるため、その点についてまとめよ。

- ・新株予約権は、ストックオプションとして発行されることがある。この場合、ストックオプションは報酬なので、361条1項の取締役の報酬規制を受ける（もちろん、従業員に対するストックオプションの場合は、この点は問題とならない）。この場合、361条1項の

1号と3号について、総会の特別決議が必要で、1号の事項として、新株予約権の公正な価格の最高限度額が決議され、3号の事項として、新株予約権の概要が決議される。もちろん、これとは別に、新株予約権の発行手続を踏まなければならない。

- ・新株予約権を発行する場合、原則として株主総会の特別決議（238条2項、309条2項6号）を要するが、公開会社の場合は、取締役会決議（240条1項）。しかし、238条3項2号で、有利発行にあたる場合、公開会社であっても、株主総会の特別決議を要する（238条2項、240条1項）。その算定方法の1つとして、ブラックショールズモデル等がある。

- ・ストックオプションの場合、ストックオプションは、報酬の性質を有するため、取締役には、無償で発行される（238条1項2号、238条3項1号）ことが多い。この場合の有利発行の判断は、取締役の報酬として発行された新株予約権の価値と、ブラックショールズモデル等で算出される理論値との比較により、有利発行の有無が検討される。

- ・新株予約権の行使期間が、新株予約権の内容となっており（236条1項4号）、新株予約権の内容は、新株予約権の募集事項（238条1項1号）なので、行使期間の異なる新株予約権を同時期に募集した場合、238条5項の「募集事項は、募集ごとに均等に定める」との規定に違反しないか問題となるが、新株予約権の行使期間が異なれば、新株予約権の価値が異なるのであるから、同時期の募集であっても、違う内容を定めて、別個のものとして決議していれば、「募集ごと」と言える。

- ・ストックオプションの意義としては、株価上昇のインセンティブを与える点にある。それにもかかわらず、譲渡制限がなく譲渡が自由であるとする、何ら関係のないものが新株予約権を取得することになり、ストックオプションとしての新株予約権の意義が失われる。そこで、ストックオプションとして発行する場合、新株予約権に譲渡制限を付けるのが一般的である。この場合、株式の譲渡制限とは異なり、特に定款の定めを要せず、新株予約権の内容として定めれば足りる（236条1項6号）。その理由は、そもそも新株予約権は株式そのものではなく、新株予約権を行使しなければ株主とはならない。そうすると、新株予約権に譲渡制限がついているか否かは、株主の利益に直接は関係しない。そして、定款とは、株主の権利義務に関するものを定めるところである。したがって、定款の定めは不要である。なお、定款の閲覧謄写請求権が行使できるのは、（会社成立後は）「その株主及び債権者」と規定されており、新株予約権者は含まれていない（31条2項参照）。

- ・ストックオプションによって、新株予約権を発行した目的が、株価上昇のインセンティブにあるとすると、退職した従業員には、このようなインセンティブはなくなることが推定される。したがって、特に退職の場合、新株予約権は行使されないようにした方がよい。方法としては、新株予約権の内容として、取得条項を付けることが考えられる（236条1項7号）。このとき、会社は取得の対価を支払う必要はない。なぜなら、取得条項が付いていることは、新株予約権の価値に反映されていると考えることができるため、新株予約権取得者は、あらかじめこれを想定して取得することが想定されるからである。

【新株予約権と上場条件の撤廃】

【事例】：〈甲社は、発行株式が1種類であり、その株式すべてに対して、譲渡制限を付している。甲社の業績と株主の利益向上に対する経営陣の意欲や、士気の高揚を目的として、3年以内に上場することを目的として、ストックオプション制度を導入する方針を決め、定時株主総会で、新株予約権を発行する旨を、総会で決議した（招集通知等は、すべて適法である）。その際、新株予約権の行使条件は、取締役会に一任する旨が決議され、甲社取締役会で「上場後、6カ月間は、新株予約権を行使出来ない」という、上場条件が付された。新株予約権に関する必要な登記手続きも行われた。しかし、甲社の業績が芳しくなく、上場の見通しが立たなくなったことから、甲社の取締役会は、上場条件を取締役会で撤廃した。その後、A取締役は、行使価格を、全額甲社に払い込み、本件新株予約権を行使し、Aらに、甲社の普通株式が発行された。甲社の株主Xは、本件株式発行の効力を、否定出来るか〉

・Xの請求を検討にあたり、まず、本件の株式発行にかかる一連の手續に、瑕疵があるかを確認する。

甲社の発行株式は、普通株式1種類であり、そのすべてに譲渡制限を付している（107条1項1号）ため、2条5号に規定する公開会社でなく、非公開会社である。

したがって、240条1項の規定は適用されず、募集事項は、取締役会ではなく、株主総会の特別決議が必要である（238条2項、309条2項6号）。

本件では、必要な募集事項を、株主総会の特別決議で決定しているため、この点に瑕疵は無い。

次に、238条1項各号は、新株予約権の行使条件について、何ら規定を置いていないため、そもそも行使条件を付すことが出来るか問題となるが、911条3項12号ハは、行使条件を付すことが出来ることが前提の規定であるため、行使条件は、238条1項1号の「募集新株予約権の内容」に含まれ、募集事項として、行使条件を付すことは認められる。

では、行使条件の内容を、取締役会決議で決定したことは問題ないか。この点、239条は、1号から3号の規定を株主総会で定めた場合に、取締役会に委任出来ると規定するところ、1号は、「募集新株予約権の内容」と規定する。しかし、236条1項各号は、「新株予約権の内容」について規定するが、ここには、行使条件は含まれていない。

そうすると、238条1項1号の「募集新株予約権の内容」と異なり、239条1項1号の「募集新株予約権の内容」には、行使条件は含まれないのではないか。

⇒行使条件は、新株予約権の内容に他ならず、236条1項各号に規定がないからと言って、行使条件が新株予約権の内容にならないとすると、実務上も、詳細な行使条件の通知が必要となる等、障害となる。

したがって、239条1項1号の「募集新株予約権の内容」は、236条1項各号とは、異なる内容を定めた規定であり、239条1項1号の「募集新株予約権の内容」には、238条1項1号と同様、行使条件が含まれると解する。

この検討から、行使条件を取締役会に一任する旨を、株主総会で決議しているので、行使条件を取締役会に委任したことも、問題とならない。

続いて、取締役会で、上場条件を撤廃することが出来るか。この点、上場条件も、行使条件に他ならない。行使条件が、239条1項1号の「募集新株予約権の内容」となっている以上、行使条件を取締役会に一任する旨を、株主総会で決議しているので、上場条件を取締役会で決定しても、何ら問題ないのではないか。

⇒239条1項の委任規定の趣旨は、株主総会当時の諸事情のもとにおける、適切な行使条件の定めを委任出来ることにあり、一旦定められた行使条件を、新株予約権の発行後に、適宜実質的に変更することまで、委任するものではない。

したがって、変更できる旨の明示の委任がある場合、もしくは行使条件の細目的変更にとどまる場合を除き、新株予約権発行後に、行使条件を取締役会で変更することは、許されないと解する。

本件では、「一任する」との文言が使われているため、これが明示の委任であったかが問題となるが、3年後の上場を目指して、経営陣の意欲を高めるために、本件新株予約権は発行されたのであるから、委任内容は、その条件に合うものが委任されたと解すべきである。そうすると、上場条件の撤廃は、その趣旨に反するため、当初から委任があったと解することは出来ない。

以上の検討から、上場条件の撤廃を、取締役会決議で行ったことは、違法である。

*この次の検討として、既に募集株式が発行されていることから、828条1項2号の新株発行無効の訴えが認められるかが、争点となる。この点の判断基準は、非公開会社における新株発行等無効の訴えの基準で処理する。そうすると、本件では、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、募集株式が発行されているので、重大な法令違反として、無効原因となる。

【募集株式の発行における出資の仮装】

【事例】：〈甲株式会社の支配株主であり、代表取締役であるAは、甲社の自己資本増強の資金がないことから、B銀行から資金を借り入れたうえで、これを株式の払込としてC銀行の所定の口座に払い込んだ。払込期日経過後、C銀行から甲社に資金が入り、その資金を甲社から借り受けたAは、これを以てB銀行に返済した。(甲社の資本金と、Aへの貸付金が増えた形) この一連の流れのなかで行われた払込みは、有効か〉

・Aの、一連の行為による甲社の資本増強策は有効か。形式的には、甲社の資本金は増加しているが、すべてAへの貸付金となっている。Aに返済意思が無い場合には、甲社に資金が残らない以上、この様な資本増強策を、株式の払込み(208条1項)と認めて良いか問題となる。

⇒当初から、真実の株式の払込みとして、会社に資金を確保させる意図はなく、単に、株

式の払込みの外形を整えただけの行為である場合には、払込の仮装にあたり、株式としての払込みの効力を有しないと解する。

＊返済の期間や、借入目的等から、払込の仮装にあたるか否かを実質判断する。

＊募集株式において出資の仮装があった場合、213条の2で、引受人の責任規定が置かれる（213条の3は、引受人の出資の仮装に取締役が関与した場合の取締役責任）。

尚、この出資の仮装は、会社設立時にも問題となり、設立時の引受人の責任は102条の2、発起人は、52条の2第1項に規定する責任を負う（出資の履行を仮装することに関与した発起人、又は設立時取締役も同様の責任を負う。52条の2第2項、施行規則7条の2。尚、52条の2第1項に規定する、発起人自身が出資の仮装を行った場合には、唯一、免責規定が無い点に注意）。

＊この株式の議決権を、Aは行使出来るか。また、事情を知らない第三者であるDに譲渡した場合については争いがある。条文は、次の通り規定する。

209条2項、213条の2の規定：出資の履行を仮装した場合、株式の引受人は、仮装した額の支払い義務を負い、その支払いがなければ、株主としての権利を行使出来ない。

→この条文の規定から、仮装出資であっても、支払義務を果たせば、株主としての権利を行使出来るため、当然無効ではない。この場合、外形上の払込みがあるため、208条5項の失権規定は適用されず、責任が履行されるまで、Aは株主権を行使出来ないと考えべき。

但し、当該株式を譲り受けた善意無重過失の第三者であるDは、権利行使可能（209条3項）である（設立の場合における発起人は、52条の2第4項、5項に同様の規定が置かれ、引受人は、102条3項、4項に同様の規定が置かれている）。

【株主の新株発行の訴えの整理】

・株主の新株発行における訴えを整理せよ。

発行前の訴え

・まず、新株の発行であれば、新株発行の差止めの請求をする（会社法210条）。この場合、「法令、又は定款違反」（1号）と、「著しく不公正な方法」（2号）に該当する場合に認められる。

次に、新株予約権の発行であれば、新株予約権発行の差止めの請求をする（会社法247条）。

この場合も、「法令、又は定款違反」（1号）と、「著しく不公正な方法」（2号）に該当する場合に認められる。

通常は、新株予約権の場合であれ、新株の場合であれ、発行される前に、仮処分申請という手続きにより、裁判所の差止め決定を獲得するという方法がとられる。

株式会社は、特に有利な価格にて新株を発行しようとする場合には、株主総会にてそのような有利な価格にて発行しようとする理由を説明しなければならないとされている（会社法199条3項）。もし、株主総会で、この説明がなされないまま、新株発行がなされた場合

には、「法令違反」として差止めが認められることになる（会社法210条1号）。

発行後の訴え

新株が発行されてしまっていた場合、新株発行無効の訴え（会社法 828 条 1 項 2 号、3 号。2 号が株式の発行、3 号が自己株式の処分）、あるいは、新株発行不存在確認の訴え（会社法 829 条 1 号、2 号。株主総会決議不存在確認の訴えの様なもので、瑕疵が著しく、形式的にも株式の発行が実体として存在しない場合に認められる。828 条と両立せず、通常は 828 条で争う。この様に解される理由は、829 条の訴えには、出訴期間がない。つまり、時の経過によっても瑕疵が治癒しないということは、そもそも新株発行の自体がなかったという位に、瑕疵が著しい場合を、「不存在」と法は考えていると解釈出来る点にある）を提起することになる。

828 条の新株発行無効の訴えには、提訴期間が定められているので、新株予約権が発行済みの場合にも、新株発行の場合と同様に、無効確認（828 条 1 項 4 号）、あるいは、発行不存在確認の訴訟（829 条 3 号）を提起することになる。尚、この場合、認容判決は対世効を持つ（838 条）。

【募集株式の発行における有利発行】＊市場価格がある場合

・株主割当以外の方法により、募集株式が発行される場合、株式の募集価格によっては有利発行となる可能性がある。有利発行にあたり、公開会社でも株主総会の特別決議が必要となり（199条3項、309条2項5号）、募集を必要とする理由を説明する必要があるが、有利発行の基準は、どの様に考えるべきか。上場会社の場合について整理せよ。

⇒払込価格が、特に有利な価格に該当するか否かは、当該株式の公正な価格を基準として、著しく低い金額で発行されているか否かによって、判断されるものと解する。

この場合、公正な金額とは、市場価格がある株式については、市場価格を意味するが、募集株式の決定時点で時価を払込金額にしても、払込期日までに株価が下がれば、応募する投資家はなくなるため、数%のディスカウント発行を行うことは問題無いと解する。

また、目的が不相当な株式の買占めという異常な投機があり、高価格が形成されている場合には、その価格を排除した価格が、公正な価格となるものと解する。

＊有利発行で無い場合、公開会社においては、取締役会で募集発行が出来る（201条1項）。しかし、有利発行にあたる場合、公開会社であっても、株主総会の特別決議が必要となる（201条1項の「199条3項に規定する場合を除き」）。

したがって、有利発行であると認定されれば、会社が有利発行で無いと考え、取締役会決議で募集株式を発行した場合、株主総会の特別決議が無かったことが、手続上の瑕疵に該当するとして、募集株式発行前であれば、210条（募集株式の発行等をやめることの請求）で争うことが出来る。

※210条1号の「株式の発行、又は自己株式の処分の法令、定款違反」とは、募集株式の発行に際して遵守すべき具体的な法令、定款違反を意味する。したがって、取締役の善管注意義務違反（330条、民644条）は含まれない。

【募集株式の発行における有利発行】※市場価格が無い場合

・株主割当以外の方法により、募集株式が発行される場合、株式の募集価格によっては有利発行となる可能性がある。有利発行にあたり、公開会社でも株主総会の特別決議が必要となり（199条3項、309条2項5号）、募集を必要とする理由を説明する必要があるが、有利発行の基準は、どの様に考えるべきか。非上場会社の場合について整理せよ。

⇒払込価格が、特に有利な価格に該当するか否かは、当該株式の公正な価格を基準として、著しく低い金額で発行されているか否かによって、判断されるものと解する。

しかし、市場価格が無い場合、類似業種比準価額方式や、配当還元方式、純資産価額方式等、複数の価格算定方法が存在し、明確な基準が存在しない。

画一的な算定方法が無い以上、客観的資料に基づいて、一応合理的な算定方法によって、株式価値を算定した場合には、それは公正な発行価格になると解する。

【新株予約権無償割当てと株主平等の原則】

【事例】：〈敵対的買収に対する防衛策として、X社は、株主に対して、新株予約権の無償割当を行う旨の決議をした。買収しようとしたY社も、X社の株主であったことから、X社は、「本件新株予約権は、Y社及びその関係者は、非適格者として、新株予約権を行使出来ない」という差別的要件を設け、Y社に割当される新株予約権は、X社が取得するという条項を設けることで、Y社に金銭的な影響が生じない様な配慮がなされた。Y社は、本件新株予約権の無償割当を差止することが出来るか。247条1号に限定して論ぜよ〉

・本件の新株予約権の無償割当は、Y社とその関係者のみを差別的に取り扱う点で、109条の株主平等原則に反しないか。本件の差別的取扱条項は、新株予約権者の間で、差別的な取扱をするものであり、株主平等原則の適用は、受けないのでないか。

⇒株主は、株主の資格に基づき、新株予約権の無償割当を受けること（277条）、及び278条2項は、株主に割当される新株予約権の内容は、同一であることを前提としていることから、株主平等原則の趣旨は、新株予約権の無償割当にも及ぶものと解する。

・では、本件差別的条項は、株主平等原則に反するものであり、募集新株予約権の発行が、法令に反すると考えてよいのか。

⇒特定の株主を差別的に取り扱ったとしても、①特定の株主が、会社の支配権を取得することで、会社の企業価値が棄損され、会社の利益、ひいては株主の共同利益が害されるおそれがあること、②①を防止するために、差別的取扱いをしたこと、③当該差別的取扱いが、衡平の理念に反さず、相当性を有することの要件を充たす場合には、形式的な、厳格な平

等の取り扱いの要求よりも、会社自体の、より大きな必要的合理性があると言えるから、株主平等原則に反しないと解する。

【不公正な新株発行をやめることの請求（主要目的ルール）】＊募集株式の発行前

・会社法210条2号は、株主が不利益を受けるおそれがあることを前提に、「株式の発行、又は自己株式の処分が、著しく不公正な方法により行われる場合」に、株主に、募集株式の発行をやめることの請求を認める。

では、著しく不公正な方法により行われる場合とは、どのような場合をいうのか。その判断基準を示せ。

⇒「著しく不公正な方法により行われる場合」とは、不当な目的を達成する手段として、募集株式の発行が行われる場合を意味する。

そして、不当な目的を達成する手段であったか否かは、支配権維持の意図を推認させる事実と、資金調達等、正当な目的を推認する事実との総合判断により、主要な目的がいずれにあるかによって決すべきと解する。

＊210条1号は、募集株式の発行が法令に違反する場合の規定であり、特段条文の解釈は問題とならない。また、1号2号の共通の要件として、「株主が不利益を受けるおそれがあること」も必要である。

＊ニッポン放送事件の様な敵対的買収事案は、主要目的が支配権維持であっても、株主全体の利益を考慮し、対抗策の必要性や相当性が肯定出来る場合には、特段の事情があるとして、これをなお、不公正としないとするので、注意。

＊募集株式発行後の訴えである828条1項2号、3号は、株式引受人や転得者の保護から、不公正発行や有利発行であっても、無効、不存在原因とせず、かなり狭く請求を認めているにとどまる。

具体的には、210条の差止めを行うための、判断の機会が無かった場合には、重大な違法があったとして無効事由となるとしている。

＊主要目的ルールのあてはめは、支配権維持目的を基礎付ける事実として、①会社に支配権争いが存在したこと、②新株発行が支配権争いに影響を与えるものであること、③その他の事情の順に考慮すると良い。一方、資金調達目的を基礎付ける事実として、①会社に資金調達を必要とする事業計画があること、②新株発行は、その事業を遂行するために行われるものであること、③その他の事情の順に考慮すると良い。

【募集新株予約権の不公正発行】＊募集新株予約権の発行前

・会社法247条2号は、株主が不利益を受けるおそれがあることを前提に、「新株予約権の発行が、著しく不公正な方法により行われる場合」に、株主に、新株予約権の発行をやめることの請求を認める。

では、著しく不公正な方法により行われる場合とは、どのような場合をいうのか。その判断基準を示せ。

⇒「著しく不公正な方法により行われる場合」とは、不当な目的を達成する手段として、新株予約権の発行が行われる場合を意味する。

しかし、新株予約権の発行目的は、インセンティブ報酬や、企業提携の目的等、資金調達以外の事業上の必要が伴っていることが多く、多様である。

したがって、①新株予約権の発行目的が、会社の事業遂行上必要であるか否か、②その目的達成のために、相当な方法で発行されているか否か、③その発行自体の目的の正当性、不当性を総合判断して決するものと解する。

＊募集新株予約権の発行と、募集株式の発行の規定は、概ね一致する（もちろん、募集新株予約権の発行手続においては、割当までの手続きが完了すると、払い込みを待たず、割当日に、新株予約権者となる等、異なる点もあるので注意）。

この場合も、募集株式の発行と異なる点で、210条2号と247条2号の規定ぶりは、同様であるが、募集株式の発行と異なり、募集新株予約権の発行目的は、多様であるため、「著しく不公正か否か」を主要目的ルールで判断せず、総合判断するものである。

【既に新株発行があった場合の無効の訴えの可否】＊公開会社の場合

・新株発行、自己株式の処分、ないし新株予約権の発行が、既にされた場合、会社法828条1項2号、3号、4号を根拠に、新株発行等が無効であることを争うことになるが、どのような瑕疵があった場合に、無効事由といえるのか。公開会社の場合について述べよ。

⇒公開会社における募集株式の発行等は、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ため、無効事由は、重大な法令、及び定款違反に限るべきである。

そして、募集株式の発行等には、210条に、差止請求が法定されていることから、法は、出来る限り、差止請求による解決を想定しているといえる。

したがって、株主が、瑕疵について、差止請求によって争う機会が無かったと言える場合に限って、重大な法令、定款違反となり、無効事由となると解する。

＊公開会社においては、取引の安全を考慮し、内部的意思決定を欠く場合（取締役会決議を欠き、代表取締役が勝手に新株を発行した事例において、判例は、代表権のある者が新株発行を行った以上、内部的意思決定を欠いても、重大な法令、及び定款違反にあたらないとする。

また、有利発行に当たる場合で、株主総会特別決議を欠き、代表権のある者が新株発行を勝手に行った場合も、重大な法令、及び定款違反にあたらないとする（つまり、上記2つの瑕疵があっても、差止め争う機会があったということ。この瑕疵とは別に、通知、公

告を欠く瑕疵があり、それにより差止め請求の機会が無かったと言えれば、その点の瑕疵を理由に、無効事由となる)。

*201条3項4項が規定する、公開会社における2週間前までの、株主に対する募集事項の通知、公告は、株主に、差止の機会を与える、新株発行差止請求を実質的に担保するための規定である(公開会社の場合、取締役会で募集事項が決定されるため、株主は、この通知、公告がないと、新株発行を知ることが出来ない)。

この規定は、公開会社の場合にのみ適用される条文なので注意(非公開会社では、募集事項は、株主総会で決議されるから、株主総会の開催の通知が、299条1項により送られるため、この様な通知、公告が不要となる)。

*206条の2第1項は、公開会社において、特定の株主に、募集株式を発行したことにより、その引受数が、議決権の1/2を超えた場合には、別途、株主に通知、公告を行う必要があると定める。

この場合、通知、公告の日から2週間以内に、総株主の議決権の10%以上を保有する株主(累積で良い。303条の株主提案権等と同様)が、反対通知をした場合には、株主総会決議を経る必要がある(206条の2第4項。但し、但書により、会社の財務内容が著しく悪化している場合で、会社の事業の継続のために、緊急の必要がある場合は、請求があっても株主総会を開催しなくてよい)。

201条3項4項が行われていても、募集事項では、206条の2第1項に該当するか否かは、株主には分からないので、206条の2第1項の通知、公告を欠いた場合には、重大な法令、及び定款違反として、無効事由になると考えられる。

【既に新株発行があった場合の無効の訴えの可否】*非公開会社の場合

・新株発行、自己株式の処分、ないし新株予約権の発行が、既にされた場合、会社法828条1項2号、3号、4号を根拠に、新株発行等が無効であることを争うことになるが、どのような瑕疵があった場合に、無効事由といえるのか。非公開会社の場合について述べよ。

⇒非公開会社における募集株式の発行等は、公開会社と異なり、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に強い関心がある。

したがって、持株比率の維持にかかる、既存株主の利益の保護に反する株式の発行があれば、無効事由になると解する。

具体的には、株主総会の特別決議を経ないまま、株主割当以外の方法によって、募集株式が発行された場合等、会社の内部的意思決定を欠いた場合に、無効事由に該当すると解する。

*公開会社においては、募集株式等の発行があった場合には、多数のステークホルダーが発生するから、無効とすると、新株主や第三者への影響が大きいことから、重大な法令、定款違反に無効事由を限るべきであるが、非公開会社の場合、株式が当初の引受人にとど

まっていることが多く、取引安全の考慮が低いこと、及び会社の閉鎖性から、持株比率に高い関心があり、従前の支配株主が、非支配株主に転落した場合には、株式を買増す等により、持株比率を回復することが、事実上不可能であるため、救済の可能性が高い。

そこで、無効事由を公開会社より広く解し、内部的意思決定に問題がある（つまり、新しい持株比率となることが、ちゃんとした意思に基づきなされたものでなかった）場合に、無効事由となる。

【不公正な払込金額であった場合の引受人と取締役の責任】

【事例】：〈A株式会社の代表取締役であったZは、知人のYに対して、発行済み株式総数の半分に当たる 10,000 株の新株を発行した。A社の株式の価値は、本来 1 株当たり 7,000 円であったが、本件新株発行においては、1 株当たり 1,500 円で発行された。A社の株主Xは、本件発行が有利発行であるのに、適法な株主総会を経ていないと非難し、損害賠償の道を模索している。本件新株発行の効力が、すでに生じていることを前提として、YおよびZに、何らかの責任追及が可能か〉

・まず、引受人Yに対する責任追及は可能か。

⇒引受人は、212 条 1 項により、取締役と通じて、著しく不公正な払込金額で、募集株式を引受けた場合には、公正な価格との差額を払込む責任を負う。

また、212 条 2 項により、現物出資財産の価格が、募集決定の価格に比べて著しく不足する場合には、その不足額を払込む責任を負う。この場合の責任は、無過失責任であるが、善意無重過失の場合であれば、引受けを取消することができる。

・次に、取締役Zへの責任追及が可能か

⇒この点、会社にとって資金調達が出来ていることから、会社に損失は無いとして、423 条に規定する、取締役への損害賠償請求を否定する見解がある。

しかし、適正価格で発行されていれば、適正額の資金調達が可能であったにもかかわらず、不公正な価格であったために、不公正価格での資金調達しか出来なかったのであるから、適正価格と不公正価格との差額について、損失が発生していると言える」と解する。

〈計算〉

【決算手続きの整理】

・株式会社は、その組織形態によって、監査役の監査、及び会計監査人の監査を受ける内容が異なる。整理せよ。

	会計監査(計算書類)	会計監査(事業報告)	計算書類の確定
取締役のみ	×	×	株主総会の承認
会計限定監査役 (+取締役会)	監査役監査 (+取締役会の承認)	×	株主総会の承認
監査役+取締役会	監査役監査 →取締役会の承認	監査役監査 →取締役会の承認	株主総会の承認
会計監査役+監査役 +取締役会	会計監査人の監査 →監査人監査 →取締役会の承認	監査人監査 →取締役会の承認	株主総会の承認 (一定の条件を 満たせば、取締 役会の承認で確 定。439 条)

*一定の条件とは、無限定適正意見、監査報告の結果が相当、監査を受けること

*計算書類の確定により、最終事業年度(2条24号)が確定する。

【会計帳簿の開示請求における理由】

・会計帳簿の開覧請求(433条1項)は、総株主の議決権の3/100を有する株主が、請求出来る少数株主権であるが、当該請求の理由を明らかにする必要があると規定されている。

この場合、理由とは、どの程度明らかにすればよいのか。

⇒開覧目的が具体的でないと、会社は、拒否事由の有無を判断出来ず、どの帳簿を開覧させれば良いのか判断がつかないため、請求の理由は、具体的でなくてはならない。

しかし、会計帳簿の開覧請求は、調査を主たる目的とするため、その理由を基礎付ける事実の客観的存在の立証までは、要しないと解する。

*会計帳簿開覧(謄写)請求が認められるための要件は、①議決権、又は発行済株式の3/100を保有する株主であること、②当該請求の理由を明らかにすることである。

【競争関係にある者による会計帳簿閲覧請求】

【事例】：〈Aは、1年前から、会社法上の大会社である甲株式会社の4%の株式を保有する株主である。ある年、取締役解任に関する株主提案が出され、臨時株主総会が開かれることになった。その株主総会に、Aは、出席しなかったが、粗品が配られた事実を知り、粗品を配る行為は違法であり、甲社の取締役の責任を追及したいと考えた。Aは、配布された粗品の価格や、配布によってBSやPLに与えた影響を調査するため、甲社に会計帳簿の閲覧を請求した。Aは、甲社と事実上の競合関係にある乙社の70%の株式を保有していることを理由に、甲社は、Aの請求を拒むことが出来るか〉

・Aは、甲社の3%以上の株式を有し、取締役の責任を追及するという理由も適切なので、会計帳簿閲覧請求（433条1項）を成し得るが、甲社が、Aが「実質的に競争関係にある事業を営む」（433条2項3号）、乙社の大株主であることを理由に、Aの会計帳簿閲覧請求権を拒否することは、認められるか。

Aの請求意図は、甲社の株主としての権利請求であり、何ら乙社のために利用しようと考えていた訳ではないことから、433条2項3号の要件は、主観的意図を含めて検討すべきか問題となる。

⇒433条2項3号の規定の趣旨は、会計帳簿の閲覧は、会社の業務を阻害する危険や、営業秘密の漏えいの危険が伴うため、会社と競合関係に立つ株主からの請求を拒否することで、会社に危害が及ぶ抽象的危険を、未然に防止することにある。

また、433条2項3号は、文言上、請求株主の主観的意図の存在を要件としていない。

したがって、請求株主が、当該会社と実質的に競合関係にある客観的事実があれば足り、主観的意図は、問題とならないと解する。

・したがって、本件のAは、客観的に競合他社の大株主である以上、会計帳簿の閲覧請求をすることは出来ない。

＊その他、「請求者が、親会社と一体的に、事業を営んでいるときに、当該親会社が、競合関係に立っている場合も含む」とする判例がある。

【将来の競合関係と会計帳簿閲覧請求】

・将来的に、競合関係となる可能性のある蓋然性が高い企業が、株主である場合、433条2項3号を理由に、会社は会計帳簿閲覧請求を断ることが出来るか。

⇒433条2項3号の規定の趣旨は、会計帳簿の閲覧は、会社の業務を阻害する危険や、営業秘密の漏えいの危険が伴うため、会社と競合関係に立つ株主からの請求を拒否することで、会社に危害が及ぶ抽象的危険を、未然に防止することにある。

したがって、現時点で競合関係になくとも、将来、競合関係となることが明らかな場合には、会社の業務阻害、営業秘密の漏えいに対する、抽象的危険の発生が認められるから、将来、競合関係となる蓋然性が高い場合にも、競合関係にあるとして、会社は、会計帳簿

の閲覧請求を拒むことが出来ると解する。

【連結計算書類のまとめ】

- ・連結計算書類は、どのような場合に作成義務があるか。まとめよ。
 - ・会計監査人設置会社は、任意作成可能（444 条 1 項）
 - ・大会社であり、かつ金商法 24 条 1 項により、有価証券報告書提出義務のある会社は、作成義務あり。

【財源規制の基礎】

・財源規制とは、株主への財産分配によって、会社財産が過度に減少しない様に、財源を規制する制度である。主に、BSの、純資産の部の会計情報を利用して、分配の限度額が算定される。分配可能額の算定にあたって必要となる、純資産の部の項目を整理せよ。

	株主への分配は出来ない		原則として 株主への分配可能
移算の手続が・・・	より厳格	やや緩い	
元は、株主の出資	資本金	資本準備金	その他資本剰余金
元は、ビジネス損益	-	利益準備金	その他利益準備金

*株主からの出資は、原則として、分配禁止の項目に計上するが、一定の手続きを経ることによって、分配可能な項目に移算出来る。

*ビジネスからの利益は、原則として、分配可能な項目に計上されるが、債権者保護のため、一定額を、分配禁止項目に移す必要がある。

【資本金関係項目間の移動のまとめ】

- ・資本金関係項目間の移動について、まとめよ。
 - ・出資は、すべて資本金勘定に繰入することが原則。例外として、出資額の半額までを、資本準備金とすることが出来る（445 条 2 項、3 項）。つまり、株主からの出資は、原則として配当出来ない。
 - ・資本金を減らすためには、株主総会の特別決議（447 条 1 項、309 条 2 項 9 号）が必要。→これにより、資本金は、資本準備金か、その他資本剰余金に移される。資本準備金は、欠損金の填補（剰余金がマイナスになること）と、資本金への組入れしか利用できないので、配当したい場合は、その他資本剰余金に移すことになる。
 - ・資本準備金を減らすためには、株主総会普通決議（448 条 1 項）でよい。ここは、資本金との厳格性の相違と考える。
 - ・減少させる準備金を、すべて資本金に移す以外は、債権者は、異議を述べる事が出来る（449 条 1 項）。資本金が配当される分、会社の内部留保が減少し、債権者の回収可能性を狭めるため。

- ・資本金減少の効果は、効力発生日として定めた日に生じる（449 条 6 項）
- ・資本剰余金を、資本準備金、資本金に繰り入れるときは、株主総会の普通決議（450 条 1 項 2 項、451 条 1 項 2 項）

【利益金関係項目間の移動のまとめ】

- ・利益金関係項目間の移動について、まとめよ。
 - ・P L による当期純利益が、その他利益剰余金に蓄積（会社計算 29 条 1 項 2 項）。
 - ・準備金から剰余金への移動、及び剰余金から準備金への移動は、資本金の場合と同様の規制に服する。

【分配可能額の計算】

- ・分配可能額の計算について、まとめよ。
- ・剰余金とは、その他資本剰余金＋その他利益剰余金であり、461 条 2 項所定の加減、及び控除（自己株式）したものが、分配可能額である。

つまり、分配可能額＝その他利益剰余金＋その他資本剰余金－自己株式で計算される。

このルールは、次の理由により、導かれる。

《分配を考える上での大原則》

配当は、会社が稼いだお金から行うのが大原則。逆を言えば、株主との取引で生じたお金からは配当してはいけない。

『配当してはいけないもの』

①資本金

（内容）：株式発行の払込金

（理由）：株主との取引から生じたお金そのものだから、大原則から配当不可。

②資本準備金

（内容）：株式発行の払込金

（理由）：資本準備金は、株主からの払込金のうち、1/2 を準備金にできるという会社法 445 条 2 項、3 項に基づき計上されるもの。

資本金と区分は異なるが、株主との取引から生じたお金そのものであることに変わりはないので、大原則から配当不可。

③利益準備金

（内容）：配当するときに、配当額の 1/10 を積み立てたお金

（理由）：利益準備金は、配当額の 1/10 を積立てなくてはならないという、会社法 445 条 4 項の規定により積み立てたもの。この規定は、会社には利益があるからって無限に配当出来るとすると、内部留保が無くなり、会社債権者の利益を害するため、会社債権者のために、強制積立させるもの。

なので、債権者のために積み立てたお金であるから、それを配当出来るとすると、規定が無意味になるから、配当不可。

以上、①資本金、②資本準備金、③利益準備金が、「分配可能額に考慮しない項目」。分配可能額の計算においては、これらは無視！！

『配当出来るもの』

①その他利益剰余金

（内容）：会社が稼いだお金の累積

（理由）：会社が稼いだ利益だから、大原則により配当可。

②その他資本剰余金

（内容）：増資、減資、自社株式の取得や処分など、事業とは関係のない、資本取引によって発生した剰余金

（理由）：株主が払い込んだお金は、大原則から、配当不可。昔は、そうだった。しかし、株主が払い込んだ資金の一部も、配当したいニーズが高まり、その他資本剰余金は、配当可能というルールに変更された。

つまり、唯一の原則に対する例外規定である。

資本取引の損益は、この項目に計上され、それとは別に、株主が払い込んだ金額である資本金、又は資本準備金を、配当するためには、その他資本準備金に移す必要があるが、これには、株主総会決議が必要である。

以上、①その他利益剰余金（利益そのもの）と、②その他資本剰余金（必要性から）は、配当可能である。

『自己株式を控除する理由』

自己株式

（内容）：会社の持っている自己株式の額

（理由）：自己株式の取得は、株主から株をもらい、お金を払うというもの。つまり、新株発行の逆のことをしている。

すでに株主に払い戻した（配当した）お金なので、それは、分配可能額から控除しようというのが、自己株式を分配可能額から控除する趣旨。つまり、既に配当した額だから引かないといけない。まとめると、分配可能額＝その他利益剰余金（利益そのもの）＋その他資本剰余金（必要性から）－自己株式（すでに配当済みといえる）となる。

【剰余金の配当のまとめ】

・配当は、剰余金から行うが、配当内容の決定方法について、まとめよ。

・454条1項に規定する、配当の内容について、株主総会の普通決議で決定（但し、配当財産が、金銭以外の財産で、かつ株主に金銭分配請求権を与えないとする場合は、特別決議による）。

・459条の条件を満たす会社であれば、取締役会限りでの決定が可能。また、取締役会設置会社では、1事業年度に、1回だけ、取締役会限りで、金銭配当可能（454条5項）

【分配可能額を超える配当についての責任のまとめ】

・462条以下の規定について、まとめよ。

・提訴権者：被害を受けた会社。但し、株主に対しては、会社債権者は、直接、自分に支払えと請求出来る（463条2項）。

・責任を負う主体：①金銭等の交付を受けた株主、②業務執行者として、法務省令に定める者、③取締役会、及び株主総会決議時点で、配当額が、分配可能額を超えていた場合の、当該提案をした取締役である（462条1項。株主総会の提案取締役は、会社規則160条3号で、議案を株主総会に提出する取締役会決議に賛成した者が含まれるので注意）。本来は、分配を受けた金銭を返還する①の責任であるが、②と③の者にも「分配可能額を超えた配当を行った」責任を取らせる形態。

・責任の額：「連帯して」（株主同士は、連帯責任を負わない）、「交付を受けた金銭等の帳簿価額」（株主は自分が受け取った額、その他の者は、配当額全体。但し、そのたの者については、分配可能額を限度に、総株主の同意により免除できる。462条3項）

・求償権の制限：②と③の者が、金銭の支払いをした場合、①の者に求償出来ることが原則（本来は、分配を受けた①の株主の責任だから）。しかし、株主は、善意であれば、その他の者が会社に対して損害を賠償しても、求償されることはない（その他の者と、株主は「連帯債務」を負うので、本来は求償権が発生するが、善意の株主を保護するもの。463条1項）。

・過失の有無：株主は無過失責任、その他の者は過失責任（462条2項で、免責のためには、自ら主張、立証が必要）。株主が財源規制であることにつき、善意で分配可能額を超える配当を受け取った場合でも、株主は462条1項の責任を負うかについて議論があるが、462条1項が、善意悪意を明文で区別していないこと、及び適法な業務執行がなされていれば、本来受けることの出来なかった利得を株主は得ているのだから、会社債権者の利益を犠牲にしてまで、株主を保護する必要な無いと考えられる。したがって、株主が善意であっても保護されない。

【BS、PLを問題とした具体的事例】

【事例】：〈乙社は、公開会社で上場していない、発行済株式総数10,000株の会社（純資産額10億円）である。甲社は、乙社の70%である7,000株を保有し、乙社残りの30%は、乙社の代取Aが2,700株、Aの妻Bが300株を保有している。甲社と乙社は、甲社代取E、乙

社代取Aの間のみで、甲社が乙社を吸収合併する契約を結んだ。その際、Bが推薦したコンサルタントCが、乙社のBSの純資産額1億円を元に、1株当たりの株式価値を算定することを提案し、 $1\text{億} \div 1\text{万} = 1\text{万円}$ を、1株の価値とすることに合意した。その後、法律上必要となるすべての手続きを経て、合併の効力が生じた後、乙社の粉飾決算が判明した。その内容は、直近のPLの当期純利益の記載内容は、1,000万円の利益であったが、本当は、4,000万円の純損失であるというものであった。この粉飾決算は、BとCが共謀して行われたものである。甲社の発行済株式の10%を有するDは、本件合併により、甲社に損害が生じたとして、甲社の代取Eに対する損害賠償責任を追及しようと考えている。認められるか。Eは、本件粉飾決算には、一切関知しておらず、責任はないはずだと主張している。・本件のDは、Eの行為によって、甲社に損害が生じたとして、423条1項の責任を、Eに追及することが考えられる。

役員等が負う、会社への損害賠償責任が認められるためには、①役員等であること、②任務懈怠があること、③会社の損失の発生、④②と③の因果関係が必要である。

本件において、Eは代取であり、本件合併契約は、純資産を1億円として計算されているが、実際には、5,000万円であったのであるから、乙社の1株価値は、同様の計算によると5,000円であり、1株あたり5,000円、つまり1,500万円の損失が発生している（①、③、④充足）。

では、Eに任務懈怠があったと言えるか。以下、検討する。

まず、手続面において見るに、吸収合併を行う場合、存続会社は、株主総会の特別決議（795条1項、309条2項12号）による必要がある。本件では、代取間で合併契約を結んでいることから、この点が問題となるが、略式合併（796条1項）、及び簡易合併（796条2項）に該当すれば、この決議は必要でなくなる。

略式合併については、消滅会社等が、特別支配会社（468条1項）に該当することが必要であるが、甲社は、乙社の70%の株式を有するにとどまり、90%以上の株式を保有していないので、略式合併によることは出来ない。

次に、簡易合併について見るに、本件の合併対価は現金なので、796条2項1号ハが適用される。本件において、合併対価として現金と交換となる株式の対象は、BとCの株式3,000株であるから、その対価は3,000万円となる。

そして、甲社の純資産額10億円の1/5以下であることから、簡易合併の対象となる。

したがって、この点における手続の瑕疵はない。

続いて、本件粉飾決算に気付かず、乙社との合併契約を締結した点に、取締役との善管注意義務違反（330条、民法644条）は認められないか。

この点、乙社は、甲社の子会社であり、親会社の取締役であるEは、子会社の財務状況を適切に把握することが求められている。そして、合併の様な重要な契約を締結し、金額が財務諸表を前提に算出されている場合、特にその点の把握が求められるにもかかわらず、Eは、財務状況を把握していない。また、合併の相手方が推薦したコンサルタントを疑い

もせずに登用している。

この様に考えると、Eには、善管注意義務違反があるため、法令に違反した点に任務懈怠がある（②充足）。

したがって、Dの請求は認められる。

【財源規制違反の自己株式の取得は有効か無効か】

【事例】：〈取締役会設置会社、かつ監査役設置会社であり、上場会社である甲社は、株主総会決議による授権に基づき、1株あたり5万円で、2万株（取得総額10億円）の自己株式を取得した。甲社株主であるAは、この公開買付に応じ、甲社に200株を売りつけ、甲社から1,000万円を得た。しかし、その後、甲社の貸借対照表には、架空の剰余金を経常されており、分配可能額は6億円であることが分かった。甲社は、Aに対して、どのような請求が出来るか。A側の反論も想定しつつ、論ぜよ〉

・462条1項柱書は、461条1項の規定に違反して、株式会社が同項各号の行為をした場合、①当該行為により金銭等の交付を受けた者、②当該行為に関する職務を行った業務執行者、③当該行為が各号に掲げる場合である場合に、各号に定める者は、当該株式会社に対し、連帯して、当該金銭等の交付を受けた者が交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払う義務を負うと規定する。

本件の自己株式の取得は、株式市場で、自己の株式を取得する場合、又は公開買付による場合にあたため、165条1項に基づき、自己株式の取得が行われているので、461条1項2号に該当し、分配規制を受ける。そして、Aは、①に該当するので、甲社は、Aに対し、交付を受けた1,000万円の返還を求めることが出来る。

しかし、A側から、「株式返還を受けるまでは、金銭を返さない」との抗弁を受けた場合、会社は、株式の返還に応じなければならないか。

⇒この点、463条1項が、「その効力を生じた日」と規定することから、財源規制違反の配当も有効との見解があるが、財源規制違反は、刑事罰の対象になるような重大な法令違反であるから(963条5項2号)、財源規制に違反した自己株式の取得は、無効と解するべきである。

そして、462条1項の支払義務の規定は、民法の不当利得制度の特則であり、会社債権者保護の観点から、政策的に、同履行の抗弁権の適用を排除しているものと解する。

・したがって、A側の抗弁は失当である。

*財源規制違反の配当が有効か無効かは、①配当が現物配当であった場合に、当該現物配当された物を、株主が保持出来るかが、まずは問題となる。上記の規範の通り、無効説に立つと、現物配当を受けた株主は、民法703条、704条の不当利得の規定により、当該現物を会社に返還する義務が生じる。

しかし、462条1項を、民法の不当利得の特則と考えることで、462条1項は、「金銭等

の帳簿価額に相当する金銭を支払う」と規定するので、現物の返還義務を負わないと解することが可能である。

＊次の問題として、配当を受けたのが会社の自己株の取得等による場合、②会社側や債権者から、462条1項や463条2項の金銭支払請求を受けた場合、自らが交付した株式との同時履行の抗弁権を主張出来るかという問題がある。本来、不当利得返還請求権は、同時履行の關係に立つ（民法 533 条類推適用）はずであるが、会社債権者保護の観点から、不当利得の特則を定めた 462 条 1 項は、政策的に、同時履行の抗弁権も排除していると考えられることになる。

＊A側から、甲社に自己株式の返還を求めることができるか。無効説によれば、Aは、不当利得返還請求権に基づき、甲社に対して、自己株式の返還を請求することが考えられる。

裁判例は、財源規制の立法趣旨が、主に資本維持、株主間の平等取扱い等にあることから、無効を主張できるのは会社だけで、相手方からの無効の主張を認める必要はないとする。

【不正経理と検査役の選任】

【事例】：〈甲社の総株主の議決権の3.1%の株式を保有する株主Xは、甲社の不正経理を疑い、調査のための検査役の選任を裁判所に申し立てた。しかし、申立て日から、決定までの間に、甲社が従前発行していた新株予約権が行使され、翌日の払い込みを受けて、甲社の株式が新たに発行された結果、Xの議決権は、2.9%に落ちてしまった。この場合でも、Xの検査役選任請求は認められるか〉

・358条1項は、会社の業務の執行に関し、不正行為、又は法令定款の重大な事実があると疑うに足る事情があるときは、裁判所に検査役の選任の申立てが出来ることを定める。そして、この権利は、議決権の3/100の少数株主権である。

本件では、申立て時には、この要件を充たしているが、検査役の選任決定までに、この要件をXは欠いている。

この場合でも、Xに申立てに関する原告適格は認められるか。

⇒検査役選任にかかる株式保有要件は、検査役選任の請求権を有するための要件であるから、当該会社が、当該株主の申立てを妨害する目的で、新株を発行したといった特段の事情が無い限り、裁判所の請求時のみならず、検査役選任の決定時においても、満たされている必要があると解する。

・本件では、会社側の妨害目的は、認められないので、原告適格を欠き、Xの申立ては、却下される。

〈組織再編〉

【組織再編の規定の基礎】

・会社法は、合併（2条27号、28号）、会社分割（2条29号、30号）、株式交換・株式移転（2条31号、32号）の3つの方法について定める。これら3つの意味をまとめよ。

・合併：合併には、既存会社を利用する吸収合併（2条27号）と、新設会社を設立する新設合併（2条28号）の2つの方法がある。吸収合併は、既存のA社を存続会社、B社を消滅会社とする場合に、B社のすべての権利義務をA社が承継し、合併対価をB社株主に支払う方法である。一方、新設合併は、A社とB社が合体し、両社の法人格を消滅させ、新設会社C社を立ち上げる方法である。C社から、A社とB社の株主に、合併対価が支払われる。

・会社分割：会社分割には、権利義務の一部を承継するのが既存会社である吸収分割（2条29号）と、新設会社を設立して、そこに権利義務の一部を承継させる新設分割（2条30号）の2つの方法がある。会社分割は、組織再編行為であり、事業譲渡（467条以下）は取引行為であるため、2つの手続は異なるものである。主要な違いは後述する。

・株式交換・株式移転：既存会社が完全親会社となる様に、別の既存会社を完全子会社化する株式交換（2条31号）と、新設する会社が完全親会社となる様に、既存会社を完全子会社化する株式移転（2条32号）の2つがある。株式交換はグループ化、株式移転はHD会社を作るイメージ。

【会社分割と事業譲渡の相違】

・会社分割は組織再編行為であり、事業譲渡は取引行為である。特に、吸収分割と事業譲渡は類似しているが、両者の主要な相違点をまとめよ。

【主な相違点】

	会社分割	事業譲渡
契約関係	包括承継	個別承継
債権者保護	原則必要	個別同意
簿外債務の引き継ぎリスク	あり	なし
許認可	包括承継	再取得が必要
従業員	包括承継	個別同意

＊事業譲渡（営業譲渡）とは、売り手が有する資産及び負債を個別に買い手に譲渡する方法。会社法における組織再編行為に該当しないことから、合併や会社分割等の組織再編行為と比べ、以下の特徴を有する。

・債権者保護

→譲渡に際しては、会社分割等で必要となる債権者保護手続きは不要であるが、債権者の個別同意が必要なことから手続き自体は一般に煩雑となる。

・許認可

→譲渡対象の事業に許認可が必要な場合には、新たに取得が必要となる。

- ・ 簿外債務

→契約書に明示されない債務については、買い手は承継する義務を負わない。 買い手が売り手の債務状況を十分に調査できないケースにおいては、事業譲渡の手法を用いることが簿外債務の承継という観点からは大きなメリットとなる。

- ・ 従業員

→事業に従事する労働者と個別交渉が必要となる。

*会社分割とは、会社の事業の全部又は一部を他の会社に包括的に承継させる組織再編行為。 会社法上の組織再編行為に該当することから、債権者保護手続きは必要となるものの事業に関連する債権・債務を包括的に新会社、又は既存の会社へ承継が可能となる。

【組織再編手続総説】

・ 組織再編を行う場合、どのような手続きを踏むか。その大きな流れをまとめよ。

- ・ ①組織再編契約の締結
- ・ ②情報開示の開始
- ・ ③株主総会決議による承認
- ・ ④株式買取請求、新株予約権者保護の手続
- ・ ⑤債権者保護手続
- ・ ⑥組織再編の効力発生

*組織再編行為とは、どのような組織再編を行うかを決定した上で、株主や債権者の利益を保護するための手続を行うこと。これらの手続は、同時並行的に進めることも可能である。この流れは、組織再編の3形態すべてに妥当する。

【合併の手続】

・ 合併（吸収合併、新設合併）の手続についてまとめよ。

- ・ ①の組織再編契約の締結について

→関係する当事者間で、契約を締結する（748条）。合併契約に定める内容は、吸収合併では749条、新設合併では753条。定めるべき内容が定められていない場合、無効原因となるとするのが判例。

合併の対価は、吸収合併では749条2項、新設合併では、753条8項。その対価は、存続会社や新設会社の株式に限られない（但し、新設合併の場合は、設立会社が発行する株式の他は、設立会社等が発行する社債、新株予約権に限られる）。

- ・ ②事前の開示について *ここは、3形態共通！！

→782 条、794 条、803 条。各手続の開始を基準とする一定の日から、効力発生日後 6 カ月まで、契約書等を備置・開示。そして、株主や債権者は、それらを閲覧・謄写できる（各条 2 項）。

・③株主総会決議による承認

→以下の図参照。

【合併の際の株主総会の要否】* 総会決議は、すべて309条12号により、特別決議		
	吸収合併	新設合併
消滅株式会社	原則＝783条1項。 （株主総会決議） 例外＝784条1項の略式合併 * 定義は468条1項。 * この場合、異議申立て不可。	原則＝804条1項。 （株主総会決議） 例外＝なし
存続（新設）株式会社	原則＝795条1項 （株主総会決議） * 債務超過の会社との合併の場合、同条2項により、説明義務 例外 ①略式合併の場合（796条1項） * この場合、異議申立て不可。 ②簡易合併の場合（796条2項） * 異議申立て可（796条3項）。	手続なし

*略式合併では、合併の相手方が特別支配会社なので、合併議案が否定されることはまずないので、決議の省略を認める。

*簡易合併では、存続会社から、消滅会社株主に交付する合併対価が、純資産の 1/5 以下なので、存続会社にとって大きな影響を与えないため、決議の省略を認める。しかし、影響が大きい場合もあるので、異議申立てを認め、その場合には、決議が必要となる。

・④反対株主による株式買取請求権

→反対株主による株式買取請求権については、組織再編の 3 形態ですべて、「反対株主が株主買取請求権を行使出来る場合」の手続は共通している。しかし、「そもそも反対株主が株式買取請求権を行使出来ない場合」が、どの様な場合かが、3 形態によって異なる。

そこで、ここでは、2 つに場合分けして説明を加える。

①：「そもそも反対株主が株式買取請求権を行使出来ない場合」：下図参照。

【そもそも反対株主が、株式買取請求権を行使出来ない場合】		
	吸収合併	新設合併
消滅株式会社	なし(785条1項参照)	なし(806条1項参照)
存続(新設)株式会社	簡易合併により、決議が省略される場合(797条1項但書) * 影響が軽微だから	なし

* 反対株主の定義は、785 条参照。ただ、株主総会で反対した株主は含まれない。具体的には、株主総会決議が必要な場合は、i) 総会に先立って反対する旨を会社に通知し、かつ総会場で反対した株主、ii) 議決権を行使出来ない株主であり、株主総会決議を要しない場合は、特別支配会社を除く、すべての株主である。

②：「反対株主が株主買取請求権を行使出来る場合」の手続（3 形態共通手続）

→まず、会社から株主への通知、公告（785 条 3 項 4 項、797 条 3 項 4 項、806 条 3 項 4 項）。次に、株主から会社へ、買取を請求する（785 条 5 項、797 条 5 項、806 条 5 項）。

その請求の時期は、吸収合併の場合、効力発生日の 20 日前から、効力発生日の前日。新設合併消滅会社の場合、通知公告の日から 20 日以内。買取に係る株式の数を明らかにして行う（株券発行会社の場合、株券の提出、振替法適用会社では、個別株主通知が必要）。

続いて、買取価格は、「公正な価格」（797 条 1 項）。まずは、会社と株主とが協議し（798 条 2 項参照）、協議が整わないときは、裁判所に価格決定の申立てが出来る。

裁判所が価格を決定する場合、買取請求がされた日を基準として、株式移転や新設分割の様に、シナジーが発生しない組織再編では、「ナカリセバ価格」（組織再編がなかったとした場合の価格）、シナジーが発生するなら、シナジーを適正に分配した額とするのが判例。この論点は、下記の規範参照。

・⑤債権者保護手続

→消滅株式会社、存続（新設）株式会社のすべての債権者に、異議申立てを認める（789 条 1 項 1 号、810 条 1 項 1 号）。

その手順は、次の通り。

まず、会社から債権者への告知（官報による公告＋知れている債権者への各別の催告が原則。789 条 2 項、799 条 2 項、810 条 2 項。例外として、官報による公告＋定款で定めた公告方法でも可。各条 3 項）。

次に、会社が異議申述期間（1 か月以上であることを要する）として、設定した期間内（各条 2 項 4 号）に、債権者は異議を述べる。異議を述べないと、合併を承認したものとみなされ（各条 4 項）、異議を述べたら、会社は弁済、担保提供、信託の措置をとる必要がある（各条 5 項）。ただし、合併しても、債権者を害するおそれがなければ、これらの措置をとる必要はない。

合併までに、債権者保護手続が完了していない場合は、吸収合併の場合、合併の効力が生じず（750 条 6 項）、新設合併の場合、新設会社の設立登記ができない。

- ・ ⑥効力の発生

→吸収合併の場合、吸収合併契約により、効力発生日と定められた日に、権利義務が移転（750 条 1 項）。但し、消滅会社の解散は、吸収合併登記がされるまでは、第三者に対抗できない（750 条 2 項）。

新設合併の場合は、新設合併会社が成立した日（754 条 1 項）。つまり、設立登記の日である（49 条）。

【会社分割の手続】

- ・ 会社分割（吸収分割、新設分割）の手続についてまとめよ。

- ・ ①の組織再編契約の締結について

→吸収分割は、2 社以上で行うため、「契約」を締結する（757 条）。しかし、新設分割は、1 社で行うこともあるため、「計画」となっている（762 条）。吸収分割契約に定める内容は、758 条、新設分割計画では 763 条。

吸収分割の際の分割対価も、吸収合併と同様に、柔軟化されている（758 条 4 項）。但し、新設分割の場合は、設立会社が発行する株式の他は、設立会社等が発行する社債、新株予約権に限られる

- ・ ②事前の開示

→合併と同様。合併手続参照のこと。

- ・ ③株主総会決議による承認

→以下の図参照。

【会社分割の際の株主総会の要否】* 総会決議は、すべて309条12号により、特別決議

	吸収分割	新設分割
分割株式会社	原則＝783条1項 (株主総会決議) 例外 ①784条1項の略式合併 ②784条2項の簡易合併 * 共に、異議申立て不可	原則＝804条1項 (株主総会決議) 例外 805条の簡易合併 * 異議申立て不可
承継(新設)株式会社	原則＝795条1項 (株主総会決議) * 承継する会社が債務超過である 場合、同条2項により、説明義務 例外 ①796条1項の略式合併 * この場合、異議申立て不可 ②796条2項の簡易合併 * 異議申立て可(796条3項)	手続なし

* 注意すべきは、分割会社の例外である。784条2項と805条の場合の簡易分割は、「承継させる資産の合計額が、分割会社の総資産の1/5以下」となっており、「純資産」でなく、「総資産」となっていることに注意!! また、異議申立ては出来ない。

この点は、合併や会社分割で適用される存続、承継会社の796条2項が、「純資産」及び「異議申立て可」としている点と比較のこと。

・④反対株主による株式買取請求権

→株式買取請求権が行使出来る場合の手続は、合併と同様のため、そちらを参照。ここでは、反対株主が、株式買取請求権を行使出来ない場合を整理する。下図参照。

【反対株主が、株式買取請求権を行使出来ない場合】

	吸収分割	新設分割
分割株式会社	簡易分割により、決議が省略される 場合(785条1項2号) * 影響が軽微だから	簡易分割により、決議が省略される 場合(806条1項2号) * 影響が軽微だから
承継(新設)株式会社	簡易分割により、決議が省略される 場合(797条1項但書) * 影響が軽微だから	なし

・⑤債権者保護手続

→会社分割では、吸収分割契約、ないし新設分割計画の定めに従って、分割会社の権利義務の全部、又は一部が承継会社、ないし新設会社に移転するため、経営不振の会社が優良資産のみを移転する等することで、会社債権者の不利益に利用される可能性が高い。そこで、会社分割では、特に債権者保護を図る必要があるため、一部特別な手続が法定されて

いる。まず、合併と異なり、すべての債権者が、異議申立て出来る訳ではないので、まず、異議申立てが可能な債権者について整理する。下図参照。

【誰が異議申立てをすることが出来るか】

		吸収分割	新設分割
分割会社の債権者	引き続き、分割会社に請求可能な債権者(A)	異議申立て不可(789条1項2号)	異議申立て不可(810条1項2号)
	承継(新設)会社に、債権が移転する債権者(B)	異議申立て可(789条1項2号)	異議申立て可(810条1項3号)
承継(新設)株式会社の債権者(C)		異議申立て可(799条1項2号)	なし

* 上記図において、なぜAの債権者は、異議申立てが出来ないのか。理由を、吸収分割を例に考える。X社を分割会社、Y社を承継会社として、X社のある事業部門を、Y社に吸収分割させるとする。X社の債権者は、Y社から、合併対価が入ってくるので、同価値を手にいれており、財務内容は変わらない。したがって、債権者は、異議申立てが出来ない。

一方、Xの事業部門にお金を貸していた債権者は、新たにY社に債権者が変更されるので、異議申立てが出来る。既存のY社の債権者は、形式的には、支払った対価分のXの事業部門を手に入れているが、新たに、金銭ではなく、X社の事業リスクを引き受ける形となるので、債権者は異議申立てが出来る。

* 合併対価が著しく不相当な場合、分割会社の債権者は、異議申立てが制度上出来ないことを利用し、上記のAに該当する様な形の詐害的会社分割が勃発した（つまり、有料資産を別会社に承継させ、めぼしい対価を得ない形で会社分割する。そうすると、債権者はAに該当し、かつ価格の不公正を理由に異議申立て出来ないので、債権者は取れる打開策がない）そこで、この場合には、①詐害行為取消権により、債権の保全に必要な範囲で、権利の承継の効力を否定する、②法人格否認の法理によって、承継（新設）会社に請求する等を検討する（会社分割をはじめとする、会社法上の組織再編行為は、「財産を目的とする」法律行為であるが、通常の債権契約と異なり、法の定める一連の手続が履践されると、法の予定する効力が発生する、特殊の組織法上の効力であるため、そもそも詐害行為取消権の対象となるかが問題となる。この点、判例は、①2条30号の新設分割の定義から、財産権を目的とする法律行為の性質が認められること、②明文で否定する規定が無いこと、③新設分割で、分割会社に残る債権者には、保護手続が無いため、一定の場合に保護を図る必要があること、④詐害行為取消権の行使を認め、新設分割を取消したとしても、新設会社の設立の効力に影響は無いから、新設分割無効の訴えの制度の存在は、詐害行為を認めないことの理由とならないという、4つの理由を述べ、詐害行為取消権の行使を肯定する）。

尚、①と②の方法とな別に、明文で会社分割が、分割会社の債権者を害することを知って行われた場合には、Aの債権者は、分割・承継会社に対し、承継財産の価額の範囲で履行請求出来る（759条4項、764条4項）。但し、承継会社が善意の時は、請求出来ない。
*続いて、その手順について検討する。基本的には、合併と同様であるが、異なる点について列記する。

まず、会社から債権者への告知について、2つの相違点がある。①分割会社に対する不法行為債権者に対しては、各別の催告を省略することが出来ない（789条3項カッコ書、810条3項カッコ書）、②仮に、不法行為債務を分割会社から、承継会社に移転する様に定めていたとしても、各別の催告をしていない限り、分割会社に引き続き請求することが出来る（759条2項、766条2項）の2つである。

次に、異議を述べない場合、分割を承認したものとみなされ、分割無効の訴えの原告適格がないことは同様であるが、その条文が、828条2項9号、10号となる。

また、分割まで債権者保護手続が終わっていない場合、吸収分割の場合、分割の効力が生じないことは同様であるが、その条文は、759条10項となる。

- ・ ⑥効力の発生

→吸収分割の場合、吸収分割契約により、効力発生日と定められた日に、権利義務が移転（759条1項）。新設分割の場合は、新設分割会社が成立した日（766条1項）。つまり、設立登記の日である（49条）。

【株式交換、株式移転の手続】

- ・ 株式交換、株式移転の手続についてまとめよ。

- ・ ①の組織再編契約の締結について

→株式交換は、2社以上で行うため、「契約」を締結する（767条）。しかし、株式移転は、1社で行うこともあるため、「計画」となっている（772条）。株式交換契約に定める内容は、768条、株式移転計画では773条。

株式交換の際の分割対価も、吸収合併と同様に、柔軟化されている（768条1項2号）。

- ・ ②事前の開示

→合併と同様。合併手続参照のこと。

- ・ ③株主総会決議による承認

→合併と同様。合併の図参照。

- ・ ④反対株主による株式買取請求権

→そもそも反対株主が株式買取請求権を行使出来ない場合も、行使出来る場合も、合併と同様。合併の手続参照。

- ・ ⑤債権者保護手続

→まず、合併や会社分割と異なり、原則として、債権者は異議を申立てすることが出来ず、例外的に、認められるに過ぎない。下図参照。

【誰が異議申立てをすることが出来るか】

	株式交換	株式移転
完全子会社側	株式交換契約新株予約権が付された新株予約権付社債の社債権者 (789条1項3号)	株式交換契約新株予約権が付された新株予約権付社債の社債権者 (789条1項3号)
完全親会社側	株式交換対価が、株式でないものを含む場合、つまり財産の流失が生じる場合にのみ、すべての債権者(799条1項3号)	なし

次に、異議申立ての手順は、合併と同様である。但し、異議を述べない場合、交換、移転を承認したものとみなされ、交換、移転無効の訴えの原告適格がないことは同様であるが、その条文が、828条2項11号、12号となる。

また、交換、移転まで債権者保護手続が終わっていない場合、株式交換の場合、交換の効力が生じないことは同様であるが、その条文は、769条5項となる。

・⑥効力の発生

→株式交換の場合、株式交換契約により、効力発生日と定められた日に、権利義務が移転(750条1項)。株式移転の場合は、新設会社が成立した日(754条1項)。つまり、設立登記の日である(49条)。

【株式買取請求における公正な価格】

・組織再編が行われる場合、その組織再編に反対する株主が、会社の間接保有から脱退することを保障するため、会社が採用する組織再編行為に対応して、株式買取請求権が規定されている(785条、797条、806条)。

この場合、公正な価格は、まずは当事者間で協議されるが、この協議が整わない場合、裁判所に対して、価格決定の申立てがされることになるが、裁判所は、どの様に公正な価格を決定すべきか。

⇒まず、「いつの時点」における株式の公正な価格を決定すべきか問題となるが、株式買取請求をした時点で、売買契約が成立したのと同様の法律関係が生じるから、その基準日は、請求日である。

そして、会社法が、単に「公正な価格」と規定するのは、シナジー等の発生により、企業価値が増加した場合には、その増加分の分配も請求者に保障する趣旨であるから、この場合には、増加分を含めた価格が公正な価格となると解する。

また、シナジー等が無く、企業価値が低下する場合には、組織再編がなかったならば、当該株式が有していたであろうナカリセバ価格が、公平な価格となると解する。

＊判例は、基準日について、全部取得条項付種類株式によるキャッシュアウトにおける株式買取請求については、取得日（171条1項3号、173条1項）としている。これは、取得決議により、既に取得日に株式が取得されることが確定しているから、取得決定の申立て（172条1項）により、新たに売買契約が成立したのと同様の法律関係が生じる訳でないからである。

＊キャッシュアウトにおける株式買取請求についても、基本的に上記の理論が妥当する。

【組織再編の差止めの整理】

・組織再編が法令、又は定款に違反する場合で、株主が不利益を受けるおそれがある場合には、株主は、会社に対し、組織再編行為の差止めを請求出来る（784条の2第1号、769条の2第1号、805条の2）。但し、簡易手続で行われる場合は、株主への影響は軽微なので、この請求権は発生しない。

ここでの注意は、略式（特別支配会社の場合）手続の場合には、対価が著しく不当である場合も、差止請求事由となっていることである（これは、キャッシュアウトにおいて、株式の併合や、全部取得条項付種類株式の差止めと異なり、特別支配会社の少数株主の売渡請求において、197条の7第1項が、明示的に価格の不当性を差止め事由としていることと同様）。

これは、略式以外は、株主総会で、原則価格決定される以上、反対株主の株主買取請求の中で、価格は争わせることが妥当と考えられたためである（簡易手続の場合も、株主総会は免除されるが、帳簿上の承継資産額より、承継負債額が大きい「差損」が生じる場合や、非公開会社に対価として譲渡制限株式を交付するとき、反対株主が一定数いる場合等、簡易手続の条件を充たしても、株主総会を開く必要があるケースが法定されている）。

そして、親子間の組織再編において、当事者の一方が、株主総会で議決権を行使し、それによって決定された価格が著しく不公正であった場合には、特別利害関係人の議決権行使により、著しく不当な決議がされたとして、株主総会の取消事由（831条1項3号）となる。

【組織再編の効力を争う方法】

・組織再編の効力を争うには、組織再編の差止めと、組織再編行為の無効の訴えの2つがある。そして組織再編の差止めには、2つの差止め事由がある。

・組織再編の差止め

①：手続が、法令、定款に違反する場合（全場面共通。784条の2第1号、796条の2第1号、805条の2）。但し、各条但書により、簡易手続は、会社への影響が軽微のため、差止めの対象とならない。

ここでの「手続が、法令、定款に違反する場合」には、取締役の善管注意義務、忠実義務違反は含まれないため、対価の不当性を、差止事由とすることは出来ない（但し、略式

手続の場合には、784 条の 2 第 2 号、796 条の 2 第 2 号に規定があるため、対価の不当性も差止事由となる）。

これは、対価の不当性は、反対株主の株式買取請求で争わせ、組織再編自体を、対価の不当性を理由に止めない趣旨である。

どうしても、合併を株主が対価の不当性を理由に差止めしたい場合、一般に、360 条の株主による取締役の行為の差止めによる。しかし、ここで注意する必要があるのは、360 条の「会社に著しい損害が生じるおそれ」という要件である。例えば、吸収合併において、存続会社から消滅会社の株式に対して支払われる合併対価が、現金や社債の場合は、現実の財産の流出が認められるので、この要件を充たすが、存続会社の株式を交付する場合、たとえ不公正な合併比率でも、会社自体には、財産の棄損なく、損害を認定出来ないからである。

②：略式手続で、対価が不相当であるとき（784 条の 2 第 2 号、796 条の 2 第 2 号）

・ 組織再編の無効の訴え（828 条 1 項 7 号から 12 号）

効力発生から、6 か月以内に、訴えをもってのみ主張可能。その無効原因は、条文に規定がないので、ここも、解釈によって定められる。

例えば、7 号の吸収合併の無効を争う場合であれば、合併契約の内容が違法である、合併契約等書面の不揭示、合併を承認する株主総会の不存在、株式買取請求や債権者異議手続が執られなかった等の重大な法令定款違反が該当する。