

商事判例研究

九州大学産業法研究会

西山, 芳喜

植村, 啓治郎

<https://doi.org/10.15017/1675>

出版情報 : 法政研究. 41 (1/2), pp.144-157, 1974-09-30. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

判例研究

商事判例研究

九州大学産業法研究会

共通の代表取締役を有する会社

間の物上保証と商法二六五条

昭和四八年六月二五日東京地裁判決（昭和四六年（ワ）七〇八三号請求異議事件）週刊金

融商事判例三九〇号一五頁

〔事実〕訴外甲乙両株式会社の代表取締役を兼ねていた訴外Aは、甲会社の被告Y（信用倉庫）に対する債務についてこれを保証するため、乙会社を代表して同社所有の建物に対し、昭和三七年二月二四日および昭和三八年六月二四日の二回にわたりYのために極度額合計一、九〇〇万円の根抵当権設定契約を締結した。その際、その衝に当ったY金庫職員訴外Bが、Aに対し、右担保提供について乙会社の取締役会の承認を得ているか否かを確かめたところ、Aは承認を得た旨確答したのでBはその言を信じた。そこで右契約が成立し、同契約に基づき甲会社に対し金二、〇〇〇万円が貸与された。その際、右金員のうちから、乙会社が昭和三五年一二月にYより借り受けていた債務金二五〇万円がYに支払われ、その債務に関する根抵当権設定登記が抹消された。Yは、本件取引における二度にわたる根抵

当権設定登記申請の際、乙会社の取締役会の承認書の添付が必要であることを知らなかったためこれを提出しなかったが、登記官より提出の要求がなされず、そのまま受理され、登記手続を完了した。その後、甲会社の債務が弁済されなかったため、この抵当権は実行され、Yが競落して本件建物の所有権移転登記を完了した。本件は、右根抵当権設定以前より乙会社から本件建物を賃借していた原告Xが、東京地裁においてYとの間で合意した本件建物の賃貸借契約解除・建物明渡に関する調停調書に対する請求異議の訴である。Xは、Yが商法二六五条、不動産登記法三五条により本件建物の所有権を取得して、右調停の合意には意思表示の要素に錯誤があり無効であり、したがって、右調停調書も無効となると主張した。

〔判旨〕原告の請求棄却

第一点 「甲乙両会社の代表取締役が、甲会社の債務につき、乙会社を代表して根抵当契約をする場合も、甲会社の利益にして乙会社に不利益を及ぼす行為であって、（商法二六五条）にいう取締が第三者のためにする取引に当るものというべきである。」

第二点 「取締役が、同条に違反して取締役会の承認を受けないでした行為は、無権代理行為として当該株式会社に効力が及ぶことがないのであるが、本件根抵当契約の如き、いわゆる直接取引に当たらない場合にあっては、株式会社は相手方に対して、その取引につき取締役会の承認を受けなかったことのほ

か、相手方の悪意を主張立証して初めて、その無効を主張することができる。」

第三点 「株式会社利益よりも第三者の保護を優先させる場合があるとすれば、右保護される第三者とは、善意のものすべてを指すものではなく、善意であっても取締役会の承認のないことを知らなかったことについて重大な過失のある者を除外するのが相当である。」

第四点 「株式会社財産上の権利者は、株式会社と同一の立場において、右第三者の悪意又は重大なる過失を主張立証しない限り、その無効を主張することができないものと解する。」

第五点 「本件取引は、不動産登記法三五条一項四号に該当し、「承認を証する書面が必要であるにも拘わらずこれを提出しない登記申請が受理され登記されてしまったときは、直ちにその登記を無効と解するのは相当でなくその登記の効力はその取引の実体的な効力の有無を基準として判断するのが相当である。」

結論として、「被告は、取締役会の承認のないことにつき善意でありかつこの点について重大なる過失なく、(中略)右取引は実体的に有効なる取引」となり、「本件各根抵当権設定登記は有効であり、右根抵当権の実行において本件不動産を競落した被告は、その取得した所有権をもって原告に対抗できる。」したがって、「原告の本訴請求は失当であるからこれを棄

却」と判決した。

〔研究〕判旨の結論には賛成であるが、理由には賛成し難い。

一 本件の問題は、甲乙両会社の代表取締役を兼ねている者が、甲会社の債務を担保するために乙会社を代表して乙会社所有の不動産をもって債権者と締結する根抵当権設定契約が、商法二六五条所定の取締役会の承認を必要とする取引に該当するか否か、および同条違反の取引の効力に関するものである。さらに、本件では、第三者による本件取引の無効の主張がなされているので、その可否も問題となる。仮りにその第三者が、本件取引が商法二六五条に違反していることにつき悪意(重過失を含む)である場合には右事実の援用を認める必要がなく、本件調停の合意について要素の錯誤を主張し得なくなる(民九五一条但書)。

また、不動産登記法上の問題として、本件登記申請手続上の瑕疵と登記の効力との関係に言及する必要がある。

二 本件根抵当権設定契約に関する商法二六五条の適用の有無について検討する。

同条の取締役会の承認を必要とする取引の範囲につき判例・学説は共に、同条の立法趣旨に照らして弾力的に解している。すなわち、会社・取締役間の取引であっても実質的にみて会社に不利益を与えない取引は、取締役会の承認を必要としない(例えば、会社に対する私財の提供行為の事案)であり、反対に、会社・第三者間の取引であっても実質的にみて会社と取締役との利害が対立する取引(間接取引)は、取締役会

の承認を必要とする」と解するのが最近の通説である（反対説、松田三三）。殊に後者については、同条を拡大して適用した場合の取引の安全を考慮して、その範囲の制限が必要となる。本件取引につき、この間接取引に該当し、同条の適用範囲に入るかどうかが問題となる。この間接取引の範囲について、大審院は、取締役個人の債務を会社が引き受けこれを消費貸借に更改する契約をその取締役が会社を代表して為した事案（大判昭和六・五・七七）および取締役個人の債務につき債権者に対して会社が債務引受を約諾した事案（大判昭和九・二・二八全集）において、同条に該当する商法（旧）一七六条の適用を認めていた。最高裁昭和四三年二月二五日の大法廷判決も、戦後の下級審判例の成果に従い、取締役個人の債務につきその取締役が会社を代表して債権者に対し債務引受を為した事案において、この間接取引包含説の立場をとった（民集三二卷一三三頁三五二頁。田中（誠）「商法第二六五条についての最近の最高裁大法廷判決の問題点」商事法務四七七八号二頁。民商六一卷五号八四八頁。菅原評釈。法協八七卷六号）。しかし、判例は従来から、この間接取引の範囲を制限し、その取引が、「実質からみて会社と取締役またはその代表、代理する第三者との間の取引と同視しうべき場合に限る」（東京地判昭和三八・一・三〇下級民集一四卷一四二頁。東京地判昭和三八・一・三〇下級民集一四卷一四二頁。東京地判昭和三八・一・三〇下級民集一四卷一四二頁）という考えを一貫している。すなわち、間接取引を「取締役個人のためにする取引」と「取締役が代理・代表する第三者のためにする取引」に限定し、かつ、取引の内容についても保証・連帯保証・物上保証・連帯債務・債務引受などの信用供与行為に限定して解釈している。けだし、取締役個人ないし取締役が代理・代表する第三者

が、会社の与信行為によって金融を得るのであり、会社自体から金融を受けるのと同じ視すべきであるからである（名古屋高判昭和三五・一・一三参照）。本件判旨第一点は、取締役が代表する第三者会社のためにする間接取引として、同条の適用を認めている。この種の事案についての判例には、甲乙両会社の代表取締役を兼ねている者が、甲会社の債務を担保するために乙会社を代表して、(1)保証した事案（大阪高判昭和四〇・一〇・一九高裁民集一八卷六号五〇五七六頁大西評釈。その上告審、最判昭和四五・四・二三判時五九二号八八頁。民商六三卷六号九三三頁布村評釈。判評一四二号一八頁北沢評釈。）、(2)連帯保証した事案（大阪地判昭和四一・一・二二）、(3)乙会社所有の不動産に抵当権を設定した事案（前掲東京地判昭和三八・一・三〇）、(4)債務引受をした事案（東京地判昭和三八・九・一二下級民集一二卷九号三二二六頁。ジュリ三三二八号一三七頁評釈。および、東京地判昭和三七・六・一九判タ二三六号五六頁）等があり、同条の適用を認めている。さらに、会社代表取締役が妻の債務を会社を代表して保証した事案（東京高判昭和四八・四・二六判時七〇八号八八頁）や甲会社代表取締役が将来乙会社の代表取締役就任が予定されている地位（支配人）を利用し、乙会社を代理して甲会社の債務支払のために手形を振り出した事案（東京高判昭和四三・五・一六判時五二九号七二頁。三三七）等の場合にも同条を適用しているのは、その拡大の傾向を示すものである。最近の学説の多くも、間接取引への同条の適用拡大に、積極的に賛成している（菅原「取締役・会社間の取引」判例展望法学教室六号三七頁。石井・商判研昭和二七年二二事件評釈。服部・判例評論九二号四〇頁。大阪谷「取締役の自己取引と手形行為」商法演習二一四頁。戸塚「取締役の忠実義務」ジュリ三八七号）。

本件における二回の根抵当権設定契約に関し、甲乙両会社の代表取締役が同一人であることから、取引の相手方Yは、当該

取引が甲会社に利益をもたらさし乙会社に不利益な取引であることを知りうるし、乙会社の行為と自己の行為とが同時になされたことから、同条の適用があることを知りうるばかりでなく、乙会社の取締役会の承認の有無を調査する機会が確保されていたものといえる。また、第一回取引と第二回取引との間に時間的間隙があるが、第二回取引は、第一回取引と同一の目的をもち、同一の不動産を対象とするものであるから、本件取引については、第一回取引を基準として評価することができ、したがって、甲会社の債務負担行為も、乙会社の保証行為と同時になされたものと考えることができ、それゆえ、本件取引は、取締役が、自己が代表する「第三者ノ為ニ」会社となす直接取引の場合と同一視することができ、内容的にも第三者たる甲会社に利益をもたらさし乙会社に不利益な取引であることが「定型的」に明らかである（田代「親子会社の法律」一六四頁。波谷・前掲評釈九二頁参照）。このように取締役または取締役が代理・代表する第三者およびこれに準ずる第三者が、定型的に利益を受けるような取引に限定して同条を適用することは、相手方に予期しない不利益を及ぼさず取引の安全に資することにもなる。

したがって、本件判旨第一点が、前記最高裁判決を引用しつつ（最判昭和四三・一二・二五大法廷）同条の適用を認めたのは妥当である。

三 本件根抵当権設定契約の効力について検討する。
商法二六五条違反の取引の効力について、大審院は、はじめ

会社が取り消し得るものと解していた（大判明治三七・六・二一民録一〇九五六頁・同明治三八・二・七民録一一一頁）が、その後、当然無効に変わり（大判明治四二・二・二二民録一三五五頁）が、その後、当然無効に変わり（三民録一五九二六頁）、大正八年以後は、無権代理行為に準じて取締役会の追認のない限り無効とする立場が、主流となっていた（大判大正八・四・二一民録三五〇三三三三頁）。ここでいう無効は、行為の当事者間のみに限定されず、第三者に対しても一般的に無効である（民一三三一条一項。我妻）から、善意の第三者の保護が問題となる。すなわち、取引の目的が動産であれば、善意の第三者は、即時取得の規定（民一九）の保護を受けるし、手形・小切手・株券および金銭その他の物または有価証券の給付を目的とする有価証券等の取引についても善意取得の規定（手一六条三項、小二）により取引の安全の保護が考

えられるが、本件のような不動産の取引については、善意者保護は、解釈に委ねられている。下級審判例には、有効説をとるものもある（大阪高判昭和三四・九・一六下級民集一〇卷九号）が、本件のような間接取引について、前記最高裁判決は、「取引の安全の見地より、善意の第三者を保護する必要があるから」という政策的理由に基づき、「会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかったことのほか、相手方である第三者が悪意（その旨を知っていること）であることを主張し、立証し初めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得る」との一種の相対的無効説を採用した。その後最高裁は、直接取引のうち手形行為についても同様の立場をとっており（最判昭和四六・一〇・六四六号三頁。西原「商法二六五条と手形行為」金融法務六三六号五八頁。田中）、「誠一商法第二六五条についての相対的無効説と有効説」商事法務五九三二頁）、下級

審判例のうちには、直接取引についてもこの立場を採用しているものもある（大阪高判昭和四五・八・二九判時六二七号八五頁、）。本件判旨第二点もこの判例の態度を承継している。

学説としては、会社の利益保護を重視し無効とするが、事後の追認を認める無効説（小町谷・商法講義卷一・二九六頁、）、取引の安全保護を重視し完全に有効とするが、取引の相手方に対しては会社は一般悪意の抗弁または権利濫用の法理により、その義務を免れうるとする有効説（田中（誠）「取締役と会社との取引の効力について」商法一三三頁、西原・会社法二〇四頁、大塚一）、「取締役と会社との取引の効力について」商法一三三頁、西原・会社法二〇四頁、大塚一）、および、折衷説として、無効であるが、善意の第三者に対してその無効を主張し得ないとする相対的無効説（鈴木「株式会社と取引の安全」会社と訴訟下）に分かれている。

有効説では、会社の利益保護に欠け同条の存在意義を失うことになり、相対的無効説では、その理論的根拠に疑問が生じる。すなわち、相対的無効の概念の理論的根拠とされる会社更生法五五条の規定は、管財人の公的性格に対する善意者の信頼を重視して定められたものであり、商取引の相手方およびその第三取得者の善意を同様に強く保護する当然の根拠となるとはいえないと解する（大隅「法人の手形行為」手形法講座二卷二二九頁、渋谷）。前掲評釈九六頁参照。反対、鈴木・前掲二二三四頁。）。商法二六五条は、会社の利益保護を主たる目的とし、取締役の職務権限行使の誠実・公正を確保する規定であり、その適用範囲を「定型的」取引に限定して解する以上、それ以上に取引の安全を考慮する必要はなく、取引の安全については、善意取得等の規定によって個別的に解決すれば足りると解する。また、取締

役責任は、同条の取締役会の承認の有無にかかわらず生じるものであり（對会社責任として、商二六六条一項四号・五号および民七〇三条、對第三者責任として、商二六六条ノ三）、同条を単に会社内部の手續上の規定として考えることはできない。それゆえ、同条違反の取引を無効と解し、無権代理行為の無効と同様に事後の追認を認める立場が妥当である。したがって、本件のように不動産に関する取引であっても、不動産が会社にとって重要な財産であることを考えれば、会社にその取り戻しを認めるべきであり、事後の追認の機会を不動産登記法等の規定の解積によって確保すれば足りると解する。したがって、以上の理由により本件判旨第二点には賛成できない（米津・本件評釈・週金商判四無効説の立場を）。○五号二頁は、従来の相対的

しかし、本件取引は、つぎに述べる理由により有効な取引となる。すなわち、Yから甲会社に貸与された金員のうちから、乙会社のYに対する本件「債務金」がYに支払われ、その債務に関する本件建物（この点、判決からは必ずしも明らかではない）の根抵当権設定登記が抹消された事実によると、この乙会社の行為（実際には、代表取締役Aの行為であろうが）は、本件取引の有効を前提とするものであり、結果的に乙会社が得た利得より蒙った損害の方が大きいとしても、乙会社がYに対して本件取引の無効を主張することは、信義・誠実に反し権利の濫用となる。この理論構成としては、乙会社の右金員の流用による自社債務の弁済をもって、「黙示の追認」（川島・民法総則）と構成するのが簡明であろう。

したがって、本件根抵当権設定契約は、契約時に遡って有効となるものと解する。

判旨第三点につき、無効説からは問題とならないが、本件判旨のように取引の安全を重視する立場では当然の結論である。本件において、乙会社の取締役会の承認の有無につきYがその承認を証明する書類（承認賛成の取締役各員の署名捺印のある取締役会議事録、田中（誠）会社法研究三〇一頁）を確認せずAの口頭による説明のみによって信頼したことは、Yの側の過失の程度を判断するものであり、乙会社の不法行為責任は別として、本件取引の効力には影響を与えず、乙会社は、その無効を主張し得たはずである。本件判旨も前記大法院判決と同様に、民法九三条を類推し過失を問題としたものと思われる（・渋谷掲評釈九。六頁参照）。

四 本件は、本件建物に賃貸借関係を設定していたXが、Yに対して本件取引の無効を主張している点が特殊である。第三者が、商法二六五条違反の取引の無効の事実を援用する場合には、あらかじめ当該会社に対して右事実を主張する必要があるという説（本問・注釈会社法四巻四三五頁参照）もあるが、当該取引の対象たる不動産の物権変動によって自己の賃借権の存立が脅かされる者は、当該取引の瑕疵を主張する正当な利益を有しており、直接に取引の相手方に対して右事実の援用できると解すべきである。

したがって、判旨第四点が、「会社と同一の立場において」その主張を認めるのは妥当である。しかし、商法二六五条が、会社の利益保護を主たる目的とする会社法上の規定であること

から、第三者に会社とは別個の立場から当該取引の無効の主張を許すべきではなく、本件のように乙会社が、本件取引の無効を主張し得ない以上、第三者もこれに従うものと解する。その意味において、本件判旨のいう「会社と同一の立場」（本件判決文、前掲書一八頁）という表現は適切である。

この問題に関連して、Xの悪意・重過失（本件取引が、商法二六五条に違反し、無効な取引であった）について検討する。第一に、Xが、悪意の第三者であれば、本件取引の無効の事実の援用を認める必要がなく、その援用を認めないことが会社の利益保護に役立つからであり、第二に、Xが、Yとの間の調停の合意につき要素の錯誤を主張しているからである。調停は、裁判上の和解と同一の効果をもつ訴訟行為（民調二六条）であるが、合意に基づくことから私法行為としての性質を失っていない。和解の場合と同様に錯誤の規定の適用を受けるものと解されている（小山「調停法・仲裁法」四六頁、敢「和解と和解」民訴法三三頁）。すなわち、争いの対象となった事項（本件では、本件物の解除事項）ではなく、その前提ないし基礎として両当事者が予定した事項（本件では、本件取引にもつき本件建物の所有権をYが取得していること）に錯誤があるときは、民法六九六条の適用はなく、錯誤による調停の無効が問題となる。本件取引にもとづくYの本件建物所有権取得の有無につき、Xにその法律的判断を求めることは困難であり、Xの錯誤につき重過失を認めることはできず、また第一点にいう悪意も本件認定事実からは明らかではないからである。したがって、

結果的には、Yは本件建物の所有権を取得していたものといえるが、本件判決が、Xの請求に応じて審理判断したことは妥当である。

つぎに、本件根抵当権設定登記申請上の瑕疵について検討する。本件根抵当権設定契約は、商法二六五条により乙会社の取締役会の承認を必要とする取引であり、その登記申請の際に、不動産登記法三五条一項四号によりその承認を証明する書類（承認書）の添付を必要と解するのは、理論上および実務上一致している（（判代）「不動産登記法」四九頁。法務省民事局長回答昭和三九・七・五民事甲一三五五号先例集下二二四頁。）。しかし、本件登記申請の際に、登記官の過誤により右承認書の添付の無いまま受理され、登記簿に記載されるに至ったことから、本件登記の効力が問題となった。このように登記申請手続に関する瑕疵につき通説・判例（（例えば、大判大正五・二二））は、事実上登記がなされてしまったからは当該登記の有効無効は、主として実体的効力の有無によって決すべきであり、手続的瑕疵のみを理由に無効と解すべきではないとしている。本件判旨第五点は、これに従ったものであり妥当な解釈と言える。

なお、本件は目下控訴中である。

（西山 芳喜）

一 平取締役が代表取締役名を冒用してなした新株発行の効力

二 新株発行事項に関する通知・公告の欠缺と新株発行の効力

東京高裁昭和四七年四月一八日判決（（昭和四六年（未）一八三八号）高裁民集二五卷二号一八二頁）

〔事実〕原告X（寺門達次）は、昭和四二年四月二〇日訴外A（西村照）らと被告Y会社（日本ビル管理株式会社）を設立し、その代表取締役に就任し、Aは取締役に就任した。昭和四四年二月ごろ、Y会社で増資の必要が生じたのでXが資金調達をして増資をすることになったが、Xが病気で倒れたために資金の調達ができなくなった。そこで、平取締役Aは、昭和四四年三月一五日ころ、Y会社の代表取締役Xには無断で、Xの名義を冒用して（Aは日頃からY会社の代表者印を預っていた）、払込期日を昭和四四年三月三〇日とする発行価額五〇〇円の額面株式一、〇〇〇株を発行した。この新株のうち、四〇〇株をA（新株を発行した平取締役）、二〇〇株ずつをB（Aの弟）およびC（Aの友人）、一〇〇株ずつをD（Y会社の従業員）およびE（Aの子）が引受け、これらの株式についてそれぞれの名義で払込がなされた。もっとも、Bの払込金一〇万円のうち五万円は、Bが一時借入金名義でY会社の資金のうちから流用したが、その後一、二カ月のうちに返済した（したがって、本件ではこの点の瑕疵は治癒されたと解されている）。その変更

登記もなされていた。この新株発行の結果、Y会社の実権はAに握られ、Xが退院したときは、Xは代表取締役を解任され、Y会社に勤務することも不可能であった。そこでXは新株発行無効の訴を提起した。

控訴審の本判決では事実関係が必ずしも明確でないが（原審の裁判和四六・六一四判決は判例集に掲載されていない。本稿では、事実関係について、本件判批、田中（誠）・週刊金融商事判例三五五号二頁を参照して補足した。）本件の新株発行手続には、(1)取締役会の決議を經ていない、(2)代表取締役の名義を冒用して平取締役が発行したものであって代権限ある取締役がなしたものではない、(3)新株発行事項の公告も株主に対する通知もなされていない、の三点に瑕疵があった。原審は、(3)の点について商法二八〇条ノ三ノ二の規定に違反して新株発行は無効であるとして、Xの請求を認容した。これに対して、Xに対しては増資について事前に相談をしたので、Xは事情を知っている、また、当時病氣療養中であつたため通知をしなかったことに相当の理由がある、また、Y会社の実質的株主はXおよびAであつて他の株主（本件増資当時の株主はX・Aのほか、F・G・H・I・Jであつた）は名義上のものにすぎないから、これらの者に対して通知・公告を欠いたとしてもXの新株引受権を害したことになるから本件新株の発行は無効でない、として控訴したのが本件である。

〔判旨〕 控訴棄却

一 「新株発行について、新株発行に関する取締役会の議決……なるものは会社の内部意思決定に止まるから取引安全の見

地を考慮すれば、その議決の欠缺という違法の故をもって新株発行を直ちに無効ならしめることは相当でない（最高裁判所昭和三十三年三月三十一日判決民集一五卷三頁六四五頁）。

但し、このことはあくまでも外部的には会社を代表する正当な権限を有する者によってその新株発行の手続が会社の行為として適法に履踐されたことを前提とする。しかるに……本件新株発行手続は、Y会社の代表取締役であつたXには無断で同名義を冒用した平取締役のAによって履踐されたのであるから、外部に対する関係で有効な新株発行が履踐されているとはいえないのであつて、この点において既に本件新株発行はこれを無効であると断ぜざるを得ない。」

二 「のみならず本件新株発行について新株発行事項の公告または株主に対する通知がなされていない……、この欠缺もまた本件の新株発行を無効ならしめるものである。けだしこの通知公告を欠くときは株主の新株発行差止請求権を不当に奪うことになるからである。……たとえ名義上の株主にすぎないものであつても、いやしくも法律上株主の地位にある者の法律上の権利はこれを全く無視することはできないし、またたとえ新株発行の公告または通知は事前にその発行事項を承知していた株主に対してはその必要性がないと解し得るとしても、そのためにはその株主において、予め商法二八〇条ノ三ノ二に定める各公示事項について具体的に承知せしめられていることを要し、単に抽象的にその増資の必要性ないし計画について知らされて

いたというだけでは公告または通知の欠缺を正当ならしめる理由としては不充分であると解すべきところ、……Xは本件新株発行について予め或る程度抽象的にはY会社の増資の必要性ないし計画について知らされていたところがある事実はこれを認めることができるけれども、それ以上に前記法条の公示事項について具体的に、すなわち新株発行の種類発行数等について具体的に知らしめられていた事実はこれを認めるに足りないところである。そうであるとすれば本件新株発行に関する公告または通知の欠缺を正当化せしめるものとしてY会社の主張するところはこれを採用することはできない。」

〔研究〕 判旨の結論には賛成であるが、その理論には疑問がある。

一 本件は、小規模の閉鎖会社における支配権の争奪をめぐる事件である。事実関係の詳細が明らかでないが、事実のところに掲げた三つの点に新株発行手続の瑕疵があり、これをめぐって新株発行の効力が争われたようである。判旨は(2)と(3)の瑕疵を事由に本件新株発行を無効と判断している。判旨二は、(3)の瑕疵について商法二八〇条ノ三ノ二に違反し無効であるとしたもので、本判決の主要な理由となっており、この点は、学説の議論の対立している同条についての実質的に最初の判決であって注目される。判旨一は、(2)の瑕疵について新株発行を無効としたものであるが、その理由は明らかでない。しかし、代表取締役によってなされたものでなく、表見代表取締役によっ

てなされたものでもないので、当然無効(不存在)と解されるものではなかったか、新株発行無効の訴における無効原因との関係で問題のあるところである。判決全体についてみると、判旨では(2)と(3)を並べて無効の原因としているが、判旨一に関する理論いかんでは論理的一貫性を欠くのではないかとの疑問が残る。判旨一のうち、(1)の瑕疵についてのべられた部分は、本判決では傍論であるが、(2)の瑕疵とも関連があるので簡単にふれることにする。以下、(1)、(2)、(3)の瑕疵について順を追って検討する。

二 判旨一の(1)の瑕疵に関する点は、無効原因にならないとする通説の立場をとっているため、新株発行を無効と解する本判決ではこの点の判断は傍論にすぎない。通説の立場にたつ限りふれる必要もなかったと思われる。通説(鈴木・新株発行法二〇五頁、「新株発行の手続」株式会社法講座四巻二二三頁、山崎・会社法下六三頁、伊沢五頁、前田・新株発行百選一七三頁、拙稿・商法の判例三版一〇〇頁など)「取引の安全とを比較考量すると、取引の安全を重視して対外的な新株発行の効力を認めるべきかもしれない。」

しかし、取引の安全を考慮する必要がある場合にも新株発行の効力を認める必要があるかについては一考すべき点が残っている。最近、学説でも原則として有効と解するが取締役会の決議がないことを知りながら新株の引受をしたものに對しては無効を主張できると解する折衷説が有力に主張されている(鈴木「新株発行の差止と無効」商法研 究三三三頁以下)。判例でも、下級審の判決ではあるが注目すべき判決が現れた(大分地判昭和四七・三・三三。この判決は、例外的に発

行株数が少く(二九〇〇株)、引受人が代表取締役と特殊の關係にある少数者に限られ(未成年の子、従業員)、その新株が特に発行後六月以内に譲渡されておらず、会社が小資本で少数の株主によって構成されている(新株発行前の資本金八一〇万円株主数七名)など新株を無効としても取引の安全を害しない特別の事情がある場合には、新株の発行は無効になるとしている。本件も、大分地裁の事案とほぼ同一の事案であって、例外的に「特別の事情がある場合」に当たるといえよう。

私見は、この問題について原則的には有効と解する立場をとっているが(拙稿・前掲九八頁)、いわゆる高度の株式会社と低度の株式会社との区別が存在する現状のもとで、主に高度の株式会社を対象としていると考えられる現行法の解釈としては、株主の信頼關係が基礎となつている低度の株式会社(小規模の閉鎖会社)では、会社ないし株主の利益と第三者の利益を比較考量しても必ずしも取引安全保護を優先する必要はなく、前掲大分地判のように特別の事情の存在を前提として取締役会の決議の欠缺は新株発行の無効原因となると解する。したがって、もしこのような立場にたつとすれば、本判決では(2)、(3)の瑕疵を考慮するまでもなく、特別の事情の存在を立証し、(1)の瑕疵を無効原因として新株の発行の無効を認めることもできたであろう。なお、無効説(田中(誠)・会社法詳論上五八七頁、服部・民商法雑誌四五巻四号五五七頁など)にたつても同様の結果となる。

三 判旨一の(2)の瑕疵に関する点すなわち代表取締役の名義

を冒用した平取締役によって発行された場合の新株発行の効力はどうなるか。新株発行に関して、取締役会の決議もなく、代表取締役の決議もとれない場合についての判例はなく、学説でもこのような場合を直接問題としたものは見当たらない。本判旨では「外部に対する関係で有効な新株発行手続が履まれているとはいえないのであって、……本件新株発行はこれを無効と断ぜざるを得ない。」といっているが、その「無効」が一般原則における無効(不存在)を意味するのか、新株発行無効の訴における無効(無効原因)を意味するのか詳細は明らかでない。

新株発行無効の訴については、(1)新株が会社を代表する権限ある者によって発行されたことを要する説(松田・会社法概論二八七頁、鈴木(忠)「新株発行をめぐる訴訟とその問題点」商事法務研究二二二号、飯島・会社訴訟の理論と実際、山崎・前掲三二五頁)と(2)新株の発行と認めるものが外形的に存在すること(北沢「会社訴訟」経営法四一〇頁)、あるいは基本的には新株発行の実体が存在するかまたは新株発行行為が外形上存在するという法的評価があること(菱田「新株発行と瑕疵」石井道徳商事法の諸問題)を要すると解して代表権限ある者によって発行されたことを要件としない説とがある。(1)の説によれば、会社を代表する権限のない者(たとえば平取締役)が新株名義の株券を発行したときは株券の偽造であつて新株発行の無効を問題とすべきでなく、誰でも、何時でもいかなる方法でも不存在を主張でき、必要があれば新株発行不存在確認の訴にすることができ、これに対して、(1)の説によれば、(2)の瑕疵も権限なき者の新株発行という点では、取締役会の決議がない場合と同様に考

えられ、無権限者による新株発行の場合も新株発行の無効原因の一つとなり、発行行為の外形的事実（たとえば株式の割当、株券の発行、新株発行の登記）および新株発行の実体（たとえば払込にともなう財産の増加）があれば、その無効を主張するために新株発行無効の訴によらなければならないと解されるであろう。

判旨はどちらの説によっているか明らかでない。「但し、このことはあくまで会社を代表する正当な権限を有する者によってその新株発行の手続が会社の行為として適法に履践されたことを前提とする」といい、「この点において既に……」といって(1)の瑕疵と(2)の瑕疵とを明確に区別しているところからは、(1)の説に従っているようにも理解できるが、そうであるとすれば、(2)の瑕疵の点では不存在になるわけで当初に遡って新株の発行はなかったことになり、判決の確定によってその時から無効になる(3)の瑕疵の問題をあらためて論ずる必要はなかったわけである(3)の点を論じた判旨^二は傍論ということになる。すなわち(2)の点だけで本件の場合には新株不存在確認の訴によるべき場合ということになり、新株の発行無効（正確にはその訴における無効原因）を問題にするにあたらぬ。この点で論理の一貫性を欠くという批評を免れないであろう。本判決で、A、B、Cらの引受けた株数およびその払込に関する事実をのべている点を総合すると、新株発行行為の存在を前提として(1)の説をとっていると解すべきであろう。そうであるとすれば、(1)、

(2)、(3)の手続の瑕疵のうちいずれかの無効原因で本件新株発行が無効であるという判断をすればよく、(3)の点をとり上げて無効であるとした判旨の態度は妥当であろう。ただ、前述(1)の点で折衷説または無効説をとれば、(1)の点で無効になるため(2)、(3)は論ずる必要はなかったわけである。また、(1)の点で有効説をとったとしても（代表取締役の発行行為もなかった場合に取締役会の決議の欠缺だけを独立して無効原因でないといえるかの問題は残る）、新株発行行為の実体または外形的事実があったこと（不存在の場合に当たらないこと）のみを立証すれば、(2)の点で無効になるため(3)の点は論ずる必要はなかったわけであり、本件の場合にも、(3)を主な理由とするのであれば、(2)は論ずる必要はなかったわけである。

最近、本件に類似した事案で、株主総会の決議について、代表取締役以外の取締役が取締役会の決議を経ないで招集した株主総会の決議は不存在であるとした最高裁判決（昭和四五・一〇〇・二七九）があるが、この理論は新株の発行については妥当せず、新株発行無効の訴制度との関係で新株発行は無効の問題として取扱うべきである。株主総会決議取消の訴と新株発行無効の訴とは同じ会社法上の訴であっても性質を異にし、むしろ合併無効の訴および設立無効の訴に類似する（^{菱田・前掲}四二頁）。したがって、新株発行行為の実体があれば、事実上の会社と同様に、無効の判決が確定しない限り、その新株発行は一応有効なものとして存続することになり、六ヶ月の提訴期間を無効が確定することな

く経過すれば、その株式の効力を否定できないことの消極的効果として有効になると考える。これは、流通性を有する株式につき、新株発行の法律関係の画一的処理、法的安定性の確保ないし取引安全の保護の要請から設けられた新株発行無効の訴制度の当然の効果である。(四)の説にたつてこのように解すると、株式引受人からみて新株発行が権限ある代表取締役によってなされたものか否かの判断が困難であるという実際上の問題が解決され、有効な株式と認めて取得した株券が長期間たつて新株発行が不存在に確定したことにより偽造となり、法的安定性や取引の安全を害する結果を避けることができる。以上の理由で新株発行を不存在でなく無効とした判旨一(2)の点についての判断に賛成である。

四 本判決の主な理由は、原審と同様に判旨の二すなわち新株発行の公示または株主に対する通知の欠缺(3)の点についての瑕疵)が新株発行の無効原因となるとした点にある。新株発行の公示・通知(商法二八〇)は、昭和四一年の商法改正によってはじめに要求されることになったものであるため、この点にふれた判例としては二つ目の判例である。最初の判例(東京地判昭和四四号四二四頁)は、本件判旨と同様、公告または通知の欠缺は新株発行の無効原因になるとしているが、特に理由を示していない。本判旨の第一の意義はその理由として明確に示し、公告または通知の欠缺は株主の新株差止請求権を不当に奪うことなることを挙げている点にある。第二の意義は、公示または通知の

程度につき、株主に対して単に抽象的にその増資の必要性ないし計画について知らされていたというだけでは不充分で、その株主があらかじめ二八〇条ノ三ノ二所定の公示事項について具体的に知らされていることを要するとした点にある。第二の意義の点は株主が公示事項について知らされていたのであれば、公告または通知がなくても、新株発行の無効を生じない旨を暗示しているようにもとられるが、本判決後に出された三つ目の判例(大阪地判昭和四八・一一・二二)では、公告または通知を全く欠いた新株発行は無効になると解すべきであるとしながら、公告または通知があつたかどうかは商法二八〇条ノ三ノ二の立法趣旨にのつとつて実質的に判断すべきであり、株主総会の特別決議の通知書を株主に送付することにより通知をしたものと解するのが相当で、その通知に多少不備があるとしてもそれだけでは新株発行を無効とする事由にならないとして、この点をさらに明確にさせている。これらの点についての最高裁判例は出されていない。

本件自体の問題点をみると、まず、新株発行が商法二八〇条ノ三ノ二の公告または通知を要求される場合であるか否かについては、判旨では全くふれられておらず公告または通知を要求する場合であることを前提にしているようである。例外的に公告または通知を要しない場合として、株主に新株引受権を与えた株式、第三者に対して特に有利な発行価額の発行で株主総会の特別決議のあつた株式、端数株または失権株の処理のための

株式の発行である場合があるが(商法二八〇条ノ三ノ三、II)、判旨では株主以外の者に対して発行されること、端数株または失権株の処理でないことは明らかであり、また、特に有利な発行価額であるか否かは不明であるが株主総会の特別決議がなかったことも明らかである。したがって、公告または通知を要する場合であることは明らかであり、この点の取扱いは正当である。

つきに、商法二八〇条ノ三ノ二の公示または通知の欠缺が新株発行の無効原因になるとした点については、学説は対立している。無効説は、同条が設けられた立法趣旨が、新株発行が行なわれることをあらかじめ株主に知らせ、それによって新株発行差止請求権を行使する機会を与えて株主の利益を保護するためにあることに鑑み、公告または通知をせずに新株が発行されると株主の新株差止請求権(商法二八〇)を不当に奪うことになるから、新株発行の無効原因になると解すべきであるとする(田中(誠)・前掲五六二頁、味村・改正株式(会社法一八二頁、山崎・前掲二二二頁など)。本旨と同一の立場である。これに対し、有効説は新株発行差止の仮処分または判決に違反しても新株発行の無効原因にならないとの立場から、公告または通知せずに株主に新株発行の差止の機会を与えなくとも、取締役の損害賠償責任を生ずるだけで新株発行の無効原因にはならないとし、かつ取引の安全をたてまえる以上無効にならないと解すべきであるとする(河本・現代会社(社法二一七頁)。折衷説は、公告または通知を欠いでなされた新株の発行は常に無効原因となるわけではなく、公告または通知がなされても差止にならなかったであ

らうことを会社が立証した場合には無効原因にならないと解すべきであるとする(鈴木・前掲(三五五頁)。取引の安全を書しないこと、新株発行無効原因を増加させないことなどについて有効説、折衷説は傾聴すべき点も多いが、それにもかかわらず株主に差止請求の機会を保障し、株主の利益を保護することによって新株発行の際に生じる弊害を防止するという立法趣旨を生かし、かつ差止の制度を無意味なものにしないためおよび会社が公示または通知を怠ることを防ぐためにも公示または通知の欠缺は無効原因と解すべきであろう。その意味で判旨の立場は妥当である。

また、公示または通知は他の無効原因(たとえば代表権の存否や取締役会の決議の有無)に較べ形式的客観的であって立証が比較的容易であることが一連の新株発行手続にいくつかの無効原因がある場合、そのうち一つを認定して無効の判決をするに当って便利である。判旨も、このためにこの点に重点をおいたものと考えられ、その意味でも判旨の方向は是認できる。

さらに、単に抽象的にその増資の必要性ないし計画について知らされていればよいとする主張に対して、商法二八〇条ノ三ノ二に定める各公示事項について具体的に承知されていることを要するとした点も、判旨は妥当である。ただし、公示または通知が株主に差止請求を保障するためのものであるから差止請求権を行使すべきか否か判断しうる程度に公示事項全部について具体的に事実を明確にすることが必要であるからである(判中(誠)・前掲(四五頁)。

なお、実質的株主でなく名義上の株主であるにすぎないものにも通知を要するとしたのも妥当であるのはもちろんである。

五 以上のように、判旨の理論におおむね賛成である。ただ、判旨一の代表取締役の適法な発行行為がない場合に、これを無効原因の一つと考えて新株発行無効の訴の対象とするか否かは判旨の理論に影響を及ぼす重要な問題であるのでその立場を明らかにする必要があるであろう。また、本件と同じ事案において、もし会社がことさらに公告のみをしていたら判旨はどうかになっていたであろうか、公告または通知の欠缺を事由に新株発行を無効とすることはできなかったであろうし、株主は場合によって公告を見落すこともあって、結果としては救済の道が閉ざれるおそれがあるであろう(酒巻「閉鎖的株式会社と新株発行」「行」商事法務六一三号六頁)。これらは閉鎖会社の特殊な問題であるが、立法論としては閉鎖会社の場合には株主に対する通知を要求すべきであろう。

七
(植村 啓治郎)