

第0部 もくじ

最高裁 → 最

高裁 → 東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松

第0部	もくじ	1
第1部	商法	7
第1編	会社法	7
第1章	会社法総論	7
第1節	会社の概念	7
第1款	会社の意義と種類	7
第2款	会社法上の主要な用語の定義等	11
第2章	総則・登記	12
第1節	総則・登記	12
第1款	会社の商号	12
第2款	会社の使用人	14
第3款	会社の代理商	15
第4款	事業譲渡	15
第5款	会社の登記	16
第3章	株式会社の特徴と株式	17
第1節	株式・株主	17
第1款	株式	17
第2款	株主平等原則	20
第3款	株主の地位	21
第4款	株主の権利の行使に関する利益の供与	23
第5款	株式の単位	25
第6款	株式の内容および種類	28
第7款	株式の譲渡・株主名簿	32
第8款	自己株式の取得	45
第2節	資金調達	49
第1款	株式会社の資金調達手段	49
第2款	新株発行	50
第3款	新株発行の手続－募集事項（§199～202）	51
第4款	新株発行の手続－割当て・出資履行等（§203-209）	53
第5款	新株発行の手続－株式発行の瑕疵	55
第6款	新株予約権	62

第7款	社債.....	70
第8款	新株予約権付社債.....	73
第4章	株式会社の機関.....	74
第1節	総論.....	74
第1款	総論.....	74
第2節	株主総会.....	76
第1款	株主総会の意義・権限.....	76
第2款	株主総会の招集・運営.....	77
第3款	議決権の行使.....	82
第4款	株主総会決議の種類.....	84
第5款	株主総会決議の瑕疵.....	86
第6款	種類株主総会.....	92
第3節	取締役・取締役会.....	94
第1款	取締役会設置会社と非取締役会設置会社.....	94
第2款	取締役の選任・終任等.....	95
第3款	取締役の種類等.....	99
第4款	非取締役会設置会社における取締役.....	99
第5款	取締役会設置会社における取締役会・取締役.....	100
第6款	特別取締役.....	105
第7款	代表取締役.....	106
第8款	表見代表取締役.....	107
第4節	取締役と会社の関係.....	109
第1款	取締役の義務（善管注意義務・忠実義務）.....	109
第2款	利益相反取引.....	111
第3款	競業取引.....	116
第4款	報酬規制.....	119
第5款	取締役の責任.....	121
第6款	株主による違法行為の差止権.....	131
第5節	会計参与.....	132
第1款	総説.....	132
第2款	選任・終任等.....	132
第6節	監査役.....	134
第1款	総論.....	134
第2款	選任・終任等.....	136
第3款	監査役設置会社.....	137
第4款	監査役会設置会社.....	138

第5款	責任.....	138
第7節	会計監査人.....	139
第1款	総説.....	139
第2款	選任・終任.....	140
第8節	委員会設置会社.....	141
第1款	委員会設置会社の意義.....	141
第2款	委員会設置会社における取締役・取締役会.....	142
第3款	委員会の権限・構成・運営.....	143
第4款	執行役.....	145
第5章	株式会社の計算.....	146
第1節	計算.....	146
第1款	総説.....	146
第2款	会計帳簿とその作成.....	147
第3款	計算書類等の概念.....	150
第4款	各事業年度に係る計算書類の確定手続（決算手続）.....	152
第5款	資本金および準備金.....	154
第6款	剰余金の配当および剰余金の処分.....	157
第6章	会社の設立・定款変更.....	160
第1節	会社の設立.....	160
第1款	総説.....	160
第2款	発起設立.....	161
第3款	募集設立.....	164
第4款	出資の履行.....	166
第5款	変態設立事項.....	168
第6款	設立中の会社・発起人組合.....	171
第7款	設立の無効.....	173
第8款	事後設立.....	173
第2節	定款変更.....	174
第1款	定款変更.....	174
第7章	事業譲渡・組織再編・解散・清算.....	175
第1節	組織再編総則.....	175
第1款	総則.....	175
第2款	組織変更.....	175
第2節	合併.....	175
第1款	合併の意義.....	175
第2款	吸収合併.....	175

第3款	新設合併	175
第4款	合併の無効	175
第3節	会社分割	175
第1款	会社分割の意義	175
第2款	吸収分割	175
第3款	新設分割	175
第4款	会社分割の無効	175
第4節	株式交換・株式移転	176
第1款	株式交換・株式移転の意義	176
第2款	株式交換	176
第3款	株式移転	176
第4款	株式交換・株式移転の無効	176
第5節	事業譲渡	176
第1款	事業譲渡等	176
第6節	株式会社の解散・清算	177
第1款	解散	177
第2款	清算	179
第8章	持分会社	181
第1節	持分会社	181
第1款	総論	181
第2款	設立	181
第3款	社員の責任	182
第4款	会社の運営	183
第5款	社員の変動	183
第6款	計算	186
第7款	定款変更・解散	186
第2編	商法総則・商行為法	188
第1章	商法総則	188
第1節	商法総則	188
第1款	総論	188
第2款	商人	188
第3款	商業登記	188
第4款	商号	188
第5款	商業帳簿	188
第6款	商業使用人	188
第7款	代理商	188

第8款	營業讓渡	188
第2章	商行為	188
第1節	總則	188
第1款	商行為	188
第2款	約款	188
第3款	商行為の代理・委任	188
第4款	商人の行為・商行為の営利性	188
第5款	商事債権に関する固有の規律	188
第6款	商人間の契約の申込み等	188
第2節	商事売買	188
第1款	商事売買	188
第3節	交互計算	189
第1款	交互計算	189
第4節	匿名組合	189
第1款	匿名組合	189
第5節	仲立人	189
第1款	仲立人	189
第6節	問屋	189
第1款	問屋	189
第7節	運送営業	189
第1款	運送人の意義	189
第2款	物品運送	189
第3款	貨物引換証	189
第4款	旅客運送	189
第8節	倉庫営業	189
第1款	倉庫営業	189
第9節	場屋営業	189
第1款	場屋営業	189
第10節	有価証券（商 517-519）	190
第1款	有価証券	190
第3編	手形法・小切手法	192
第1章	総論	192
第1節	総論	192
第1款	手形・小切手の意義・機能	192
第2款	手形・小切手と原因関係	193
第2章	約束手形	196

第1節	振出と約束手形要件.....	196
第1款	振出.....	196
第2款	約束手形要件.....	196
第3款	必要的記載事項.....	196
第4款	任意的記載事項.....	199
第5款	白地手形.....	200
第2節	手形行為.....	205
第1款	総論.....	205
第2款	手形理論.....	207
第3款	手形行為と意思表示.....	208
第4款	手形行為と代理.....	210
第5款	手形の偽造・変造.....	214
第3節	手形の流通.....	218
第1款	手形の譲渡方法.....	218
第2款	裏書の効力.....	219
第3款	特殊の裏書.....	222
第4款	善意取得.....	225
第5款	手形抗弁.....	228
第4節	手形の取立と支払.....	238
第1款	手形保証.....	238
第2款	手形の取立.....	239
第3款	手形の支払と遡求.....	240
第4款	除権決定.....	242
第5款	手形の支払猶予と書替.....	242
第6款	手形の時効.....	243
第7款	利得償還請求権.....	245
第3章	為替手形・小切手.....	248
第1節	為替手形.....	248
第1款	総論.....	248
第2節	小切手.....	250
第1款	総論.....	250
第2款	振出・流通・支払.....	250
第3款	静的安全の保護.....	252

第1部 商法

第1編 会社法

第1章 会社法総論

第1節 会社の概念

第1款 会社の意義と種類

1. 法人性：会社(§2:1)は法人である(§3) → 権利関係が簡明になる
 - ・ 準則主義で認められる（法定の要件を満たせば免許等を問題とせず付与される ⇔ 免許主義）

§3 会社は、法人とする

- ・ 法人格否認の法理：特定の事案限りで法人に認められる属性を否定する法理

* 要件：法人格が全くの形骸にすぎない or 法人格の濫用

【最判昭 44.2.27 民集 23-2-511】 法人格否認の法理[S43 才 877]

個人会社に建物を賃貸していた家主が、代表取締役を相手取って建物明渡請求訴訟をして明渡の和解が成立したのに、明渡さないため、会社宛に建物明渡請求を提起したもの。建物明渡請求→認容/棄却/棄却

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

この点に関し、株式会社については、特に次の場合が考慮されなければならないのである。思うに、株式会社は準則主義によつて容易に設立され得、かつ、いわゆる一人会社すら可能であるため、株式会社形態がいわば単なる藁人形に過ぎず、会社即個人であり、個人即会社であつて、その実質が全く個人企業と認められるが如き場合を生じるのであつて、このような場合、これと取引する相手方としては、その取引がはたして会社としてなされたか、または個人としてなされたか判然しないことすら多く、相手方の保護を必要とするのである。ここにおいて次のことが認められる。すなわち、このような場合、会社という法的形態の背後に存在する実体たる個人に迫る必要を生じるときは、会社名義でなされた取引であつても、相手方は会社という法人格を否認して恰も法人格のないと同様、その取引をば背後者たる個人の行為であると認めて、その責任を追求することを得、そして、また、個人名義でなされた行為であつても、相手方は敢て商法五〇四条を俟つまでもなく、直ちにその行為を会社の行為であると認め得る……けだし、このように解しなければ、個人が株式会社形態を利用することによつて、いわれなく相手方の利益が害される虞があるからである」「もつとも、訴訟法上の既判力については別個の考察を要し、岸が店舗を明渡すべき旨の判決を受けたとしても、その判決の効力は上告会社には及ばない」

【最判昭 53.9.14 判時 906-88】 法人格否認の法理（執行文付与）[S50 才 745]

執行文付与請求→認容/破棄差戻し/（給付請求に訴えを交換的変更し）認容

執行免脱目的で新会社を設立したため、原告が旧会社宛の確定判決に新会社宛の執行文付与を求めたもの。

「上告会社の設立が訴外会社の債務の支払を免れる意図の下にされたものであり、法人格の濫用と認められる場合には、いわゆる法人格否認の法理により被告人は自己と訴外会社間の前記確定判決の内容である損害賠償請求を上告会社に対しすることができる……この場合においても、権利関係の公権的な確定及びその迅速確実な実現をはかるために手続の明確、安定を重んずる訴訟手続ないし強制執行手続においては、その手続の性格上訴外会社に対する判決の既判力及び執行力の範囲を上告会社にまで拡張することは許されない…（最判昭 44.2.27）」

【最判平 17.7.15 民集 59-6-1742】 法人格否認の法理（第三者異議の原告）[H16 受 1611]

(動産を差し押さえられたゴルフ場経営会社と事実上同じ会社による) 第三者異議→棄却/棄却

(最判昭 44.2.27 等を引用し)「第三者異議の訴えは、債務名義の執行力が原告に及ばないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものではなく、執行債務者に対して適法に開始された強制執行の目的物について原告が所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有するなど強制執行による侵害を受忍すべき地位にないことを異議事由として強制執行の排除を求めるもの……第三者異議の訴えについて、法人格否認の法理の適用を排除すべき理由はなく、原告の法人格が執行債務者に対する強制執行を回避するために濫用されている場合には、原告は、執行債務者と別個の法人格であることを主張して強制執行の不許を求めることは許されない」「A社は自己に対する強制執行を回避するために上告人の法人格を濫用しているというのであるから、法人格否認の法理が適用され、本件第三者異議訴訟において、上告人はA社と別個の法人格であることを主張して上記1(4)の各強制執行の不許を求めることは許されない」

・ 会社の権利能力の制限：自然人に比べて制限される

* 性質による制限：生命・身体・親族等に関する権利義務の主体たりえない

* 法令による制限：法令による特別な制限に服する

* 目的による制限：定款所定の目的によって制限される(民 34, §27:1,576-1:1)

←民法改正前は旧民 43 類推だが、適用否定説もあった(∴取引の安全を重視すべき)

民§34 法人は、法令の規定に従い、定款その他の基本約款で定められた目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う

・ 事業の遂行のため必要な行為なら定款所定の目的に広く含むと解釈されている

【最判昭 27.2.15 民集 6-2-77】定款の目的と権利能力(合資会社)[S24 才 64]

不動産の利殖を目的とする会社が建物を売却し、買主から会社への建物明渡訴訟→棄却/破棄差戻し

不動産売却も利殖に含まれうる、としたうえで「仮りに定款に記載された目的自体に包含されない行為であつても目的遂行に必要な行為は、また、社団の目的の範囲に属するものと解すべきであり、その目的遂行に必要なりや否やは、問題となつている行為が、会社の定款記載の目的に現実に必要であるかどうかの基準によるべきではなくして定款の記載自体から観察して、客観的に抽象的に必要であり得べきかどうかの基準に従つて決すべき」

「けだし、当該行為がその社団にとつて、目的遂行上、現実に必要であるかどうかということのごときは社団内部の事情で第三者としては、到底これを適確に知ることはできないのであつて、かかる事情を調査した上でなければ、第三者は安じて社団と取引をすることができないとするならば到底取引の安全を図ることはできないからである」「しかして、本件建物の売却もこれを抽象的に客観的に観察すればまた、同社団の定款所定の目的たる財産の保存、運用、利殖のために必要たり得る行為であることは云うまでもないのであるから原判決が前記の理由により本件建物の売却を以て同社団の目的の範囲外にありとしこれを前提として同社団は本件建物を上告人に売却する権能はないものとしたのはあやまり」

【最判昭 45.6.24 民集 24-6-625】八幡製鉄所政治献金事件[S41 才 444]

取締役責任追及請求→棄却/棄却

「会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有するわけであるが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに包含されるものと解するのを相当とする。そして必要なりや否やは、当該行為が目的遂行上現実に必要であつたかどうかをもつてこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならないのである(最判昭 27.2.15、最判昭 30.11.29 参照)。」「会社は、一定の営利事業を営むことを本来の目的とするものであるから、会社の活動の重点が、定款所定の目的を遂行するうえに直接必要な行為に存することはいうまでもないところである。しかし、会社は、他面において、自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他(以下社会等という。)の構成単位たる社会的実在なのであるから、それとしての社

会的作用を負担せざるを得ないのであつて、ある行為が一見定款所定の目的とかかわりがないものであるとしても、会社に、社会通念上、期待ないし要請されるものであるかぎり、その期待ないし要請にこたえることは、会社の当然になしうるところ……会社にとつても、一般に、かかる社会的作用に属する活動をすることは、無益無用のことではなく、企業体としての円滑な発展を図るうえに相当の価値と効果を認めることもできるのであるから、その意味において、これらの行為もまた、間接ではあつても、目的遂行のうえに必要なものであるとするを妨げない。災害救援資金の寄附、地域社会への財産上の奉仕、各種福祉事業への資金面での協力などはまさにその適例であろう。会社が、その社会的役割を果たすために相当な程度のかかる出捐をすることは、社会通念上、会社としてむしろ当然のことに属するわけであるから、毫も、株主その他の会社の構成員の予測に反するものではなく……これらの行為が会社の権利能力の範囲内にあると解しても、なんら株主等の利益を害するおそれはない」[要するに、会社による政治資金の寄附は、客観的、抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとするに妨げない] (松田意見、入江・長部・岩田同調) 私人と会社では献金の自由は同じでない。具体的に妥当な範囲とすべき。(大隅意見)公益法人は別とし、営利法人は取引安全を重視し定款所定の目的の範囲に限定すべきでない。但し、通常取引と異なり、寄付等は濫費抑制を重視すべきで、「諸般の事情を考慮し具体的に観察して」判断すべき

- ・ 会社の住所：本店所在地(§4)
- 2. 会社の営利法人性
 - ・ 営利法人概念における営利性：対外的活動によって得た利益を構成員に分配（構成員の利益）
 - 得た利益を出資者たる構成員に分配する（剰余金配当 and/or 残余財産の分配）
 - ←両方を認めない定款は無効(§105-2)
 - 相互保険会社・協同組合は対外的活動がないため除かれる
 - ・ 商人概念における営利性：利益を得ることを目的に対外的活動をする（主体の利益）
 - 会社は商人なので、こちらの営利性も必要
- 3. 会社の社団性：会社は社団である（改正前商法・有限会社法には規定あり → 削除）
 - ・ 社団：団体と構成員の社員関係により、団体を介して間接に結合する団体
 - ⇔組合のような構成員相互の契約ではない
 - * 団体の財産は団体のもので、構成員は観念的に持分を有するのみ
 - * 一人会社：合資会社以外は一人でもよい → いつでも社員が複数になれるから潜在的に社団
- 4. 会社の種類：2つの類型（株式／持分）、4つの種類（株式／合名／合資／合同）
 - ←改正前は株式／有限／合名／合資の4種類だった
 - §2:1 会社 株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社をいう
 - ・ 株式会社：間接有限責任(§104)を負う株主のみから構成される
 - ・ 合名会社(§576-2)：社員全員が無限責任社員。
 - ・ 合資会社(§576-3)：無限責任社員と有限責任社員が混在。
 - ・ 合同会社(§576-4)：社員全員が有限責任社員。全額出資規制だが、設立時に失権規定なし
 - * 特別法上の会社：会社法の他に特別法の適用を受ける会社(銀行法等)
 - ・ 特殊会社：特別法上の会社のうち、適用法が特定会社のためにあるもの(NTT 等)
- 5. 会社の商人性：旧商法では商人とみなす規定があつたが、会社法で削除後も商人である
 - ∴会社は商行為を事業としてするから(§5)、商4の商行為をすることを業とするにあたる

§5 会社（外国会社を含む……）がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする
商 4-1 この法律において「商人」とは、自己の名をもって商行為をすることを業とする者をいう
商 503-2 商人の行為は、その営業のためにするものと推定する
商 503-1 商人がその営業のためにする行為は、商行為とする

【最判平 20.2.22】会社と商行為[H19 受 528:民集 62-2-576]

(本)所有権移転登記抹消登記手続等請求(反)貸金請求→(本)一部認容(反)棄却→双方控訴(本)棄却(反)変更・一部認容→原告上告：破棄差戻し（反訴：原告は商事債権として 5 年の消滅時効を援用。被告代取は商工会理事長で、理事の原告に「男らしくバンと貸してやるつもりで」貸したもののゆえ、原審は商事債権としなかった）
「会社の行為は商行為と推定され、これを争う者において当該行為が当該会社の事業のためにするものでないこと、すなわち当該会社の事業と無関係であることの主張立証責任を負う……なぜなら、会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とされているので（会社法 5 条）、会社は、自己の名をもって商行為をすることを業とする者として、商法上の商人に該当し（商法 4 条 1 項）、その行為は、その事業のためにするものと推定されるからである（商法 5 0 3 条 2 項。同項にいう「営業」は、会社については「事業」と同義と解される。）」※提訴は H14、控訴審第一回口頭弁論(H17.11.1)に時効を援用した

第2款 会社法上の主要な用語の定義等

1. 子会社(§2:3)と親会社(§2:4)：議決権過半数など経営を支配する関係。実際は則§3-3で規定
 - ・ 1号：(子会社等を含めて) 議決権の 50/100 超を有する場合
 - ・ 2号：同様に議決権 40/100 超かつ、
 - * イ：同一内容の議決権行使をすると認められる/同意している議決権を加えると 50/100 超
 - * ロ：取締役会等にける構成員の 50/100 超を自己の(元)役員・執行社員・使用人で占める
 - * ハ：重要な財務及び事業の方針の決定を支配する契約等の存在
 - * ニ：資金調達額の総額のうち、自己(+緊密な関係のある者)の融資が 50/100 超
 - * ホ：財務及び事業の方針の決定を支配していることが推測される事実の存在
 - ・ 3号：2号のイ該当かつロ~ホのいずれかに該当

[§2:3 子会社](#) 会社がその総株主の議決権の過半数を有する株式会社その他の当該会社がその経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう

[§2:4 親会社](#) 株式会社を子会社とする会社その他の当該株式会社の経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう

2. 公開会社(§2:5)：株式の全部/一部が譲渡制限株式でない会社(全部譲渡制限以外は公開会社)
※発行済株式とされていないため、非譲渡制限株式が未発行でも発行可能なら公開会社

[§2:5 公開会社](#) その発行する全部又は一部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設けていない株式会社をいう

3. 大会社(§2:6)：(最終事業年度の貸借対照表で) 資本金 5 億円以上または負債 200 億円以上

[§2:6 大会社](#) 次に掲げる要件のいずれかに該当する株式会社をいう。

イ 最終事業年度に係る貸借対照表(第四百三十九条前段に規定する場合にあっては、同条の規定により定時株主総会に報告された貸借対照表をいい、株式会社の成立後最初の定時株主総会までの間においては、第四百三十五条第一項の貸借対照表をいう。ロにおいて同じ。)に資本金として計上した額が五億円以上であること。

ロ 最終事業年度に係る貸借対照表の負債の部に計上した額の合計額が二百億円以上であること。

4. 公告方法(§2:33)：株主・株式質権者・新株予約権者・社債権者への公告方法
 - ・ 官報掲載、時事日刊新聞紙掲載、電子公告のいずれかを定款で定める(§939-1)

* 外国会社も同様(#2)、定めないと官報掲載となる(#4)

* 電子公告の場合電子公告の旨定めれば足りる(URL までは記載不要:#3)

[§2:33 公告方法](#) 会社(外国会社を含む。)が公告(この法律又は他の法律の規定により官報に掲載する方法によりしなければならないものとされているものを除く。)をする方法をいう

[§2:34 電子公告](#) 公告方法のうち、電磁的方法により不特定多数の者が公告すべき内容である情報の提供を受けることができる状態に置く措置であって法務省令で定めるものをとる方法をいう

5. 定款の効力

- ・ 法定事項：必要的、会社法の要請に反しない限り有効(§27 など)
- ・ 明文で許容する事項：任意的(記載しないと法定の原則通り)、基本的に有効(§295-2)
- ・ 会社法が何ら定めない事項：定めてもよく、会社法の理念に反しない限り有効

第2章 総則・登記

第1節 総則・登記

第1款 会社の商号

1. 商号(§6)

- ・ 意義：商人がその営業上自己を表示するために用いる名称のこと

[§6-1](#) 会社は、その名称を商号とする

2. 商号単一の原則：商号の選定は本来は自由(商号選定自由主義)だが、1個に制限するもの

：複数の商号を用いて取引先を混乱させ、又は他人の商号選定の自由を不当に侵害する

- ・ 個人商人：同一の営業について1個の商号しか用いることができない(異なる営業なら可能)
- ・ 会社：単一の会社に付いて商号は1つ ；§6-1→名称が複数ある法人はありえない

3. 商号選定自由主義

- ・ 意義：慣習上各自がその屋号を商号として用いてきたなど、商号の選定が自由であったことや、商号選定自由主義を制約すると商人の活動が制約されることから、商号の選定は原則として自由
- ・ 例外：会社法§6-2,3,§7,§8 で不正な商号選定を禁止する (同旨：商法 12)

[§6-2](#) 会社は、株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社の種類に従い、それぞれその商号中に株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社という文字を用いなければならない。

[§6-3](#) 会社は、その商号中に、他の種類の会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない

[§7](#) 会社でない者は、その名称又は商号中に、会社であると誤認されるおそれのある文字を用いてはならない

[§8-1](#) 何人も、不正の目的をもって、他の会社であると誤認されるおそれのある名称又は商号を使用してはならない【被侵害者の侵害停止・予防請求権】

* 不正競争防止法 2-1:1,2

→需要者に広く認識されている他人の商号を用いてその営業と混同を生じさせる行為、他人の著名な商号の使用・使用した商品の譲渡等の禁止 ※差止請求(§3)、損害請求(§4)、信用回復の措置(§14)

4. 名板貸人の責任(§9)

[§9](#) 自己の商号を使用して事業又は営業を行うことを他人に許諾した会社は、当該会社が当該事業を行うものと誤認して当該他人と取引をした者に対し、当該他人と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う

- ・ 趣旨：営業主体を示す名称たる商号につき、自分の商号を使用して事業または営業を行うことを他人に許諾した場合、それを信用してその他人と取引した者は取引相手＝許諾者であると認識してもやむを得ない → 取引の相手方の保護のため、名板貸人への責任追及を認める
- ・ 要件：商号使用許諾 + 第三者の誤認 + 取引によって生じた債務であること

【最判昭 43.6.13 民集 22-6-1171】 特段の事情のない限り、同種の営業である必要がある

【最判昭 41.1.27 民集 20-1-111】 過失による誤認でも責任を負うが、重過失なら免責

【最判平 7.11.30 民集 49-9-2972】 名板貸人の責任の類推適用[H4 才 1119]

要旨「甲の経営するスーパーマーケットの店舗の外部には、甲の商標を表示した大きな看板が掲げられ、テナントである乙の店名は表示されておらず、乙の出店している屋上への階段の登り口に設置された屋上案内板や右階段の踊り場の壁には「ペットショップ」とだけ表示され、その営業主体が甲又は乙のいずれであるかが明らかにされていないなど判示の事実関係の下においては、乙の売場では、甲の売場と異なった販売方式が採られ、従業員の制服、レシート、包装紙等も甲とは異なったものが使用され、乙のテナント名を書いた看板が取り付けられ

ており、右店舗内の数箇所に設けられた館内表示板にはテナント名も記載されていたなど判示の事情が存するとしても、一般の買物客が乙の経営するペットショップの営業主体は甲であると誤認するのやむを得ないような外観が存在したというべきであって、右外観を作出し又はその作出に関与した甲は、商法23条の類推適用により、買物客と乙との取引に関して名板貸人と同様の責任を負う」(損賠請求→棄却/破棄差戻し)

【最判昭 52.12.23 民集 31-7-1570】 不法行為損賠償債務(事故)につき名板貸人の責任を否定

【最判昭 58.1.25 判時 1072-144】 取引行為の外形を持つ不法行為(詐欺)につき責任肯定

「商法二三条の趣旨とするところは、第三者が名義貸与者を真実の営業主であると誤認して名義貸与を受けた者との間で取引をし場合に、名義貸与者が営業主であるとの外観を信頼した第三者を保護し、もつて取引の安全を期するというところにあるというべきであるから、名義貸与を受けた者がした取引行為の外形をもつ不法行為により負担することになった損害賠償債務も、前記法条にいう「其ノ取引ニ因リテ生ジタル債務」に含まれる」

- ・ 効果：当該他人と連帯して、当該取引によって生じた債務を弁済する責任を負う

第2款 会社の使用人

1. 支配人(§10)：会社の使用人のうちで、会社の本店又は支店の事業の主任者である者

§10 会社は、支配人を選任し、その本店又は支店において、その事業を行わせることができる

- ・ 使用人の範囲：会社の指揮命令に服する者。取締役等の役員は含まない

- ・ 権限(§11)

* 包括的代理権(#1) ← 代理権の制限は善意の第三者に対抗不可(#3)

§11-1 支配人は、会社に代わってその事業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する

* 使用人選解任権(#2)

- ・ 競業禁止等(§12)：会社の許可のない競業・兼業等の禁止(#1)、競業での損害推定(#2)
- ・ 登記事項(§918)：選任・代理権消滅 ∴ 包括的代理権で影響が大きいため

2. 表見支配人(§13) ∴ 支配人のような肩書を信頼して取引をした相手方の保護

§13 会社の本店又は支店の事業の主任者であることを示す名称を付した使用人は、当該本店又は支店の事業に関し、一切の裁判外の行為をする権限を有するものとみなす。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない

- ・ 要件：本店・支店の事業主任者を示す名称を付すこと ← 相手方悪意

【最判昭 37.5.1 民集 16-5-1031】 営業所たる実質を備えない支社長は表見支配人でない

【最判昭 39.3.10 民集 18-3-458】 独自の営業活動ができれば出張所長も表見支配人

【最判昭 59.3.29 判時 1135-125】 相手方は取引の直接の相手方に限る

- ・ 効果：包括的代理権だが、裁判外に限る

3. ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人(§14)

§14-1 事業に関するある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人は、当該事項に関する一切の裁判外の行為をする権限を有する

#2 前項に規定する使用人の代理権に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない

【最判昭 51.6.30 判時 836-105】 銀行の本店審査部付調査役の権限

貸付金の回収を担当していたが、損害担保契約締結・債務免除の代理権はないとされた

【最判平 2.2.22 集民 159-169】 相手方が主張・立証責任と相手方の過失

主張・立証責任：ある事項の受任者であること+当該行為が客観的に見てその事項の範囲内でよい（代理権授与の事実の立証は不要）、善意の第三者は軽過失を含み、重過失を含まない

4. 物品の販売等を目的とする店舗の使用人(§15)

§15 物品の販売等（販売、賃貸その他これらに類する行為をいう。以下この条において同じ。）を目的とする店舗の使用人は、その店舗に在る物品の販売等をする権限を有するものとみなす。ただし、相手方が悪意であったときは、この限りでない

第3款 会社の代理商

1. 代理商(§16)：会社のためにその平常の事業の部類に属する取引の代理又は媒介をする者で、その会社の使用人でないもの
 - ・ 例：損保代理店など。代理店の名称を付していなくても代理商の場合がある
 - ・ §16 代理商（会社のためにその平常の事業の部類に属する取引の代理又は媒介をする者で、その会社の使用人でないものをいう。以下この節において同じ。）は、取引の代理又は媒介をしたときは、遅滞なく、会社に対して、その旨の通知を発しなければならない
 - ・ 仲介の方法
 - * 媒介：売主・買主に契約を成立させるため、仲介者が媒介(事実行為)をする
 - * 代理：仲介者が売主を代理(法律行為)して、買主と契約を成立させる
 - * 取次ぎ：仲介者が買主と契約するが、売主に効果を帰属させる(第三者のためにする契約)
2. 規定：競業避止義務(§17)、通知受領権限(§18)、会社との契約の解除(§19)、留置権(§20)

第4款 事業譲渡

- 1.

第5款 会社の登記

1. 登記通則(§907)、登記義務(§909) ← 登記懈怠は過料(§976:1)
2. 登記の効力(§908)

§908-1 この法律の規定により登記すべき事項は、登記の後でなければ、これをもって善意の第三者に対抗することができない。登記の後であっても、第三者が正当な事由によってその登記があることを知らなかったときは、同様とする

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

・原則

* 1項前段：(登記の公示力)

- ・登記の消極的公示力(登記前)：登記事項は、登記前は善意の第三者には対抗できない
- ・登記の積極的公示力(登記後)：登記事項は、登記後は善意の第三者にも対抗できる

* 1項後段(登記の積極的公示力の修正)

- ・正当な事由によって登記をしなかった第三者には対抗できない
←正当な事由：交通途絶・登記簿滅失等、狭く解されている

* 2項(不実の登記)：不実の登記を善意の第三者に対抗できない

←登記者の故意・過失が必要

※第三者が登記を確認した必要があるかは争いがある(判例は特に必要としていない)

【最判昭 55.9.11 民集 34-5-717】2項の適用の要件(否定)

第三者が上告人代表取締役就任の不実の登記をして被上告人に財産を売り渡したも(所有権確認等)

原則：不実の登記が登記申請権者の申請に基づいてなされたものであること

例外：登記申請権者が当該登記の実現に加功したか、存在を知りつつ是正せず放置するなど、登記申請権者の申請に基づく登記と同視するのを相当するような特段の事情がある場合

【最判昭 47.6.15 民集 26-5-984】不実の取締役就任登記を承諾した場合(類推適用肯定)

・外観信頼保護規定と#1の関係：外観信頼保護規定の適用を妨げない

* 例：表見支配人(§13)、表見代表取締役(§354)、表見代表執行役(§421)、民法 112 等

* 学説

- ・外観信頼保護規定が適用される場合は「正当の事由」にあたる
- ・外観信頼保護規定が適用される場合は#1の登記後の悪意擬制効を否定する
- ・外観信頼保護規定は登記事項以外に限定する(登記事項ではない、みれば分かる事項も含む)

* 判例

【最判昭 49.3.22 民集 28-2-368】代表取締役退任等登記後は民 112 の(類推)適用を否定

【最判昭 52.12.23 判時 880-78】同登記が閲覧可能になって1月経過後で正当事由を否定

【最判昭 35.4.14 民集 14-5-833】選任後未登記の代取による手形振出(責任を負うのは会社)

【最判昭 29.10.15 民集 8-10-1898】第三者相互間に登記の§908[旧商法 12]は不適用

【最判昭 43.11.1 民集 22-12-2402】民訴上の会社代表権を定めるのに旧商法 12 は不適用

第3章 株式会社の特徴と株式

第1節 株式・株主

第1款 株式

1. 意義：株式会社の出資者である社員（株主）の地位を細分化し、均等な割合的単位にしたもの
・個性のない多数の者が株式会社に参加できるようにするため
→わずかな投資資金でも株主になりうる、株式譲渡で投下資本回収が容易
会社からの通知・支払が容易
- ・株式の均一性
→誰が株主でも1株の価値は同じ（持分均一主義 ⇔ 持分会社は持分単一主義）
→1人で数株を所有するとその株式数だけ株主の地位を有する
- ・株式の不可分性
→株式を1株未満に細分化することは許されない（共有はOK）
2. 株式と資本金
・原則：払込み・給付額がそのまま資本金の額となる(§445-1)
・例外：2分の1以下を資本準備金に計上可(§445-2,2)、資本金の増減も可能(§447,450)
3. 株式の法的性質：株主の会社に対する社員の地位を細分化したもの
・株主としての地位に基づく諸権利を個別に処分することはできない
・具体的に発生した配当金支払請求権は通常の債権ゆえ独立して処分可能
→剰余金配当請求権は差押え不可だが、剰余金配当決議後の具体的な支払請求権は差押え可能
【大阪高決昭 58.10.27 高民 36-3-250】 共益権のみの信託の可否(否定)[S58 ラ 321]
「抗告人の従業員は、従業員持株制度によつて株式を取得することができるものの、株式信託契約を締結しない者は株式を取得できないから、株式を取得するためには株式信託契約を強制され、株主として契約を締結するかどうかを選択する自由はなく、又、信託期間は株主たる地位を喪失する時までというのであるから、契約の解除も認められていない。したがつて、抗告人の株主は、信託契約の受託者による議決権の行使はあつても、自己が株主として議決権の行使をする道はないこととなる。そして、株式信託制度が抗告人関与のもとに創設されたことは記録上明らかであり、右信託契約は、株主の議決権を含む共益権の自由な行使を阻止するためのものというほかになく、委託者の利益保護に著しく欠け、会社法の精神に照らして無効と解すべき……株式配当請求権、残余財産分配請求権は委託者に帰属するとされ、信託の対象から除外されているが、共益権のみの信託は許されないものと解されるから、その点からも右信託契約は無効」（検査役選任決定に対する抗告・棄却）
4. 株式の共有：可能だが、権利行使者1人を定めて会社に通知する必要がある(§106,126-3,4)
←会社の事務処理の便宜のためなので、会社から行使を認めるのは可能(§106 但書)
§106 株式が二以上の者の共有に属するときは、共有者は、当該株式についての権利を行使する者一人を定め、株式会社に対し、その者の氏名又は名称を通知しなければ、当該株式についての権利を行使することができない。ただし、株式会社が当該権利を行使することに同意した場合は、この限りでない
§126 株式が二以上の者の共有に属するときは、共有者は、株式会社が株主に対してする通知又は催告を受領する者一人を定め、当該株式会社に対し、その者の氏名又は名称を通知しなければならない。この場合においては、その者を株主とみなして、前二項の規定を適用する
#4 前項の規定による共有者の通知がない場合には、株式会社が株式の共有者に対してする通知又は催告は、そのうちの一人に対してすれば足りる

- ・ 共有者間の意思決定：持分の価格に従って過半数で決める

【最判平 9.1.28 金判 1019-20】 共有株式の権利行使者の指定方法(有限会社)[H5 才 1939]

持分 100%の被相続人の死亡後、妻(1/2)、3子(1/5,1/5,1/10)が相続したが、1/10 を相続した子の法定代理人が権利行使者を指定するための協議に応じないため、妻と 1/5 の 2子で提訴したもの。

「有限会社の持分を相続により準共有するに至った共同相続人が、準共有社員としての地位に基づいて社員総会の決議不存在確認の訴えを提起するには、有限会社法二二条、商法二〇三条二項により、社員の権利を行使すべき者（以下「権利行使者」という）としての指定を受け、その旨を会社に通知することを要するのであり、この権利行使者の指定及び通知を欠くときは、特段の事情がない限り、右の訴えについて原告適格を有しない…（最判平 2.12.4 参照）。そして、この場合に、持分の準共有者間において権利行使者を定めるに当たっては、持分の価格に従いその過半数をもってこれを決することができる……けだし、準共有者の全員が一致しなければ権利行使者を指定することができないとすると、準共有者のうちの一人でも反対すれば全員の社員権の行使が不可能となるのみならず、会社の運営にも支障を来すおそれがあり、会社の事務処理の便宜を考慮して設けられた右規定の趣旨にも反する結果となるからである」（社員総会決議不存在確認→却下→棄却→棄却）

【大阪高判平 20.11.28 金商 1345-38】 権利行使者の指定が権利濫用とされたもの

創業者 E が死亡し、妻 F 1/2、子 X1,X2,A,B 各 1/8 で相続後、妻が死亡したが、X1,X2 1/2 ずつの相続分指定の遺言をしていたため、創設者の株 9700 株が X1,X2 各 3/8、A,B 各 1/8、妻の 2500 株が X1,X2 各 1/2 の準共有となったもの。代取は A で、B はその妻・取締役(A は養子)。AB の子 CD をあわせ、計 14800 株を有していたが、X1,X2 の計 3000 株に、EF の 12200 株について権利行使者を指定すると、15200 株で過半数となる。総会の取締役選任議案等で、議長の A は実質的な協議を経ない X らの権利行使者指定を無効とし、会社提案可決を宣言、X らはこれを無効とし、(主)各議案の可決・否決の確認、(予)決議取消しを請求：(主)却下(予)認容→(主)附帯控訴棄却[過去の事実ゆえ確認の利益なし](予)控訴認容・取消棄却

「こうした共同相続人による株式の準共有状態は、共同相続人間において遺産分割協議や家庭裁判所での調停が成立するまでの、あるいはこれが成立しない場合でも早晩なされる遺産分割審判が確定するまでの、一時的ないし暫定的状態にすぎないのであるから、その間における権利行使者の指定及びこれに基づく議決権の行使には、会社の事務処理の便宜を考慮して設けられた制度の趣旨を濫用あるいは悪用するものであってはならないというべきである。そうとすれば、共同相続人間の権利行使者の指定は、最終的には準共有持分に従ってその過半数で決るとしても、上記のとおり準共有が暫定的状態であることにかんがみ、またその間における議決権行使の性質上、共同相続人間で事前に議案内容の重要度に応じしかるべき協議をすることが必要であって、この協議を全く行わずに権利行使者を指定するなど、共同相続人が権利行使の手続の過程でその権利を濫用した場合には、当該権利行使者の指定ないし議決権の行使は権利の濫用として許されない」「X らは、平成一八年の太郎と花子の死亡を契機として本件株式が準共有の状態となり、これが遺産分割が終了するまでの暫定的な事態にもかかわらず、この間に限り、前記のとおり、被控訴人らにおいてわずか四〇〇株の差で過半数を占めることとなることを奇貨とし、控訴人の経営を混乱に陥れることを意図し、本件抗告審決定で問題点を指摘されたにもかかわらず、権利行使者の指定について共同相続人間で真摯に協議する意思を持つことなく、単に形式的に協議をしているかのような体裁を整えただけで、実質的には全く協議をしていないまま、いわば問答無用的に権利行使者を指定した……そうとすれば、仮に一連の経緯のなかで、X らと A、B との間で協議が一応されたとみる余地があるとしても、前記認定事実によれば、被控訴人らの本件株式についての権利行使者を被控訴人 X1 とする指定は、法の定める手続を無視すると同様な行為と評価せざるを得ず、もはや権利の濫用であって、許されない」

【最判昭 53.4.14 民集 32-3-601】 権利行使者は自己の判断で議決権を行使できる

- ・ 共有株主の権利行使（例外的に会社への通知なく権利行使が認められた例）

【最判平 2.12.4 民集 44-9-1165】 相続による株主の共有[H1 才 573]

S57.3.24 上告会社 Y の株式全部 7000 株を有する訴外 A 死亡→妻と子の X,B,Z らが相続

S60.2.23 妻死亡→X ら 6 名が共同相続

S60.3.11 2.24 株主総会で B と他 2 名が取締役、Z を監査役との選任決議があったとして登記

X の株主総会決議不存在確認請求に対して、Y は権利行使者の通知がないと主張した(認容/棄却/棄却)

「株式を相続により準共有するに至った共同相続人は、商法二〇三条二項の定めるところに従い、右株式につき「株主ノ権利ヲ行使スベキ者一人」(以下「権利行使者」という。)を定めて会社に通知し、この権利行使者において株主権を行使することを要するところ(最判昭 45.1.22 参照)、右共同相続人が準共有株主としての地位に基づいて株主総会の決議不存在確認の訴えを提起する場合も、右と理を異にするものではないから、権利行使者としての指定を受けてその旨を会社に通知していないときは、特段の事情がない限り、原告適格を有しない」

「株式を準共有する共同相続人間において権利行使者の指定及び会社に対する通知を欠く場合であっても、右株式が会社の発行済株式の全部に相当し、共同相続人のうちの一人を取締役に選任する旨の株主総会決議がされたとしてその旨登記されている本件のようなときは、前述の特段の事情が存在し、他の共同相続人は、右決議の不存在確認の訴えにつき原告適格を有する……けだし、商法二〇三条二項は、会社と株主との関係において会社の事務処理の便宜を考慮した規定であるところ、本件に見られるような場合には、会社は、本来、右訴訟において、発行済株式の全部を準共有する共同相続人により権利行使者の指定及び会社に対する通知が履践されたことを前提として株主総会の開催及びその総会における決議の成立を主張・立証すべき立場にあり、それにもかかわらず、他方、右手続の欠缺を主張して、訴えを提起した当該共同相続人の原告適格を争うということは、右株主総会の瑕疵を自認し、また、本案における自己の立場を否定するものにほかならず、右規定の趣旨を同一訴訟手続内で恣意的に使い分けるものとして、訴訟上の防御権を濫用し著しく信義則に反して許されないからである」

【最判平 2.12.4 民集 44-9-1165】株主総会決議不存在確認の訴えの原告適格

【最判平 3.2.19 判時 1389-140】合併無効の訴えの原告適格

- ・ §106 但書は会社法で新設され、通知なく会社から権利行使を認めることが可能になった

【最判平 11.12.14 判時 1699-156】会社から議決権行使を認めることはできない(旧商法)

第2款 株主平等原則

1. 意義：株主は、株主としての資格に基づく法律関係については、その有する株式の数に応じて平等な取り扱いを受けるべきである
2. 内容：株式の内容は原則として同一、株式の内容が同一である限り同一の取扱がなされるべき
∴正義・衡平の理念から団体に共通だが、株式会社では株主平等原則となる
←株主と会社の法律関係や株式譲渡を合理的に処理できず、出資も困難になるから
[§109-1](#) 株式会社は、株主を、その有する株式の内容及び数に応じて、平等に取り扱わなければならない
3. 非公開会社における株主ごとの異なる取扱い(§109-2,3)
 - ・対象：§105-1 所定事項(剰余金配当、残余財産分配、株主総会議決権)
∴株主の個性が重視される会社では定款自治によって株主の属性に応じた取扱を認めるもの
 - ・議決要件：総株主の半数以上+総株主の議決権の4分の3以上の多数(§309-4)
 - ・種類株式とみなされるため、法定種類株主総会(§322)が適用される(#3)
[§109-2](#) 前項の規定にかかわらず、公開会社でない株式会社は、[第百五条第一項各号に掲げる権利に関する事項](#)について、株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることができる
[#3](#) 前項の規定による定款の定めがある場合には、同項の株主が有する株式を同項の権利に関する事項について内容の異なる種類の株式とみなして、この編及び第五編の規定を適用する
4. 株主平等原則違反の行為の効力：無効（会社の善意・悪意によらない）
【最判昭 45.11.24 民集 24-12-1963】株主平等原則[S45 才 642]
S38.11.1 XがYの発行済株式の3/100を保有し(206.5千株/6000千株保有)、
YはXに月8万、中元・歳末に5万円を払うことを約した
←S38.9期に無配となり(S38.3期の配当は12%)、大株主の了解を得る際Xがゴネて月10万、中元・歳末5万を要求し、払わないと総会で反対し、少数株主権を行使すると主張したもの。
「本件贈与契約が締結されるにあたり、上告人が当初要求した月額金10万円は、昭和三八年三月の決算期（被上告会社において無配決算となる直前の有配の決算期）における上告人およびその家族所有の株式206,500株についての、利益配当率一割二分、一株につき金六円の割合で計算した配当金年額金1,239,000円の一か月分金103,250円に見合うものであり、この金額を基礎として本件贈与契約が締結されるに至ったものであり、本件贈与契約は無配による上告人の投資上の損失を填補する意味を有するものである旨、そして、本件贈与契約は右のように株主中上告人のみを特別に有利に待遇し、利益を与えるものであるから、株主平等の原則に違反し、商法二九三条本文の規定の趣旨に徴して無効である」（贈与義務履行請求→棄却/棄却/棄却）
※会社法では権利行使に関する利益供与(§120)が新設されたため、こちらで違法となる事案
5. 株主優待制度
 - ・適法説：軽微ゆえ実質的に平等原則に反しない（←内容によっては軽微でない）、会社のサービスであるから平等原則に反しない（←配当規制外で会社の利益が流出している、換金可能）
 - ・違法説：株主平等原則の例外は法定の場合に限られる
∴現物配当の脱法にあたる、株主間で比例的でない

第3款 株主の地位

1. 株主の義務：株主有限責任(§104)

[§104 株主の責任は、その有する株式の引受価額を限度とする](#)

2. 株主の権利(§105 等)

- ・ 自益権：会社から直接経済的な利益を受けることを目的とする権利

例：剰余金配当請求権(§105-1:1)、残余財産分配請求権(§105-1:2)、株式買取請求権等

* 剰余金配当請求権・残余財産分配請求権の全部を与えない旨の定款の定めは無効(§105-2)

：株式会社は事業を行って得た収益を株主に分配することを予定しなければならないから

- ・ 共益権：会社の経営に参加することを目的とする権利

例：株主総会議決権(§105-1:3)、株主総会決議取消訴権、取締役等の違法行為差止請求権等

- ・ 差異：共益権は他の株主の利益に影響するため、自益権より制約が認められやすい

- ・ 法的性質 → 判例・通説は株式社員権説をとる

* 株式社員権説：株式は社員の地位であって、株式の譲渡とともに自益・共益権が移転する

* 社員権否定説：共益権は株主が会社の機関の資格で有する権限で、株式の内容は自益権のみ

* 株式債権説：株式は剰余金配当請求権等の債権自体。共益権は一種の一身専属的人格権

* 株式会社財団説：株式は剰余金配当・残余財産分配請求権からなる純粋な債権

→その他の自益権・共益権は株主保護のため法が与えた権利であって譲渡性はない

[【最大判昭 45.7.15 民集 24-7-804】株式の相続と訴訟の承継\[S42 才 1466\]](#)

(有限会社)会社解散、社員総会議決取消等請求 → 原告死亡・遺産分割で原告の出資持分を全部承継した X が訴訟承継 → 一審：会社解散請求権等は共益権で社員の一身専属権ゆえ訴訟は当然終了/棄却/破棄差戻し

「有限会社における社員の持分は、株式会社における株式と同様、社員が社員たる資格において会社に対して有する法律上の地位（いわゆる社員権）を意味し、社員は、かかる社員たる地位に基づいて、会社に対し利益配当請求権（有限会社法四四条）、残余財産分配請求権（同法七三条）などのいわゆる自益権と本件におけるような会社解散請求権（同法七一条ノ二）、社員総会議決取消請求権（同法四一条、商法二四七条）、同無効確認請求権（有限会社法四一条、商法二五二条）などのいわゆる共益権とを有するのであるが、会社の営利法人たる性質にかんがみれば、これらの権利は、自益権たると共益権たるとを問わず、いずれも直接間接社員自身の経済的利益のために与えられ、その利益のために行使しうべきものと解さなければならない。このことは、社員が直接会社から財産的利益を受けることを内容とする自益権については疑いがないが、社員が会社の経営に関与し、不当な経営を防止またはこれにつき救済を求めることを内容とする共益権についても、異なるところはない。ただし、共益権も、帰するところ、自益権の価値の実現を保障するために認められたものにほかならないのであつて、その権利の性質上権利行使の結果が直接会社および社員の利益に影響を及ぼすためその行使につき一定の制約が存することは看過しがたいにしても、本来それが社員自身の利益のために与えられたものであることは否定することができないからである……このような共益権の性質に照らせば、それは自益権と密接不可分の関係において全体として社員の法律上の地位としての持分に包含され、したがつて、持分の移転が認められる以上（有限会社法一九条）、共益権もまたこれによつて移転するものと解するのが相当であり、共益権をもつて社員の一身専属的な権利であるとし、譲渡または相続の対象となりえないと解するいわれはない……本件における会社解散請求権、社員総会議決取消請求権、同無効確認請求権のごときも、持分の譲渡または相続により譲受人または相続人に移転するものと認められる。その理は、本件におけるように、社員が社員たる資格に基づいて会社解散の訴、社員総会議決の取消または無効確認の訴を提起したのち持分の譲渡または相続が行なわれた場合においても、異

なるところはない」「社員が右のような訴を提起したのちその持分を譲渡した場合には、譲受人は会社解散請求権、社員総会決議取消請求権および同無効確認請求権のごときは取得するけれども、譲渡人の訴訟上における原告たる地位までも承継するものとはいえない。これに反して、相続の場合においては、相続人は被相続人の法律上の地位を包括的に承継するのであるから、持分の取得により社員たる地位にともなう前記のごとき諸権利はもとより、被相続人の提起した訴訟の原告たる地位をも承継し、その訴訟手続を受け継ぐことになるのである。もし、原告たる被相続人の死亡により同人の提起した訴訟が当然に終了するものとするならば、本件の社員総会決議取消の訴におけるように提訴期間の定め（有限会社法四一条、商法二四八条一項）がある場合において、被相続人の死亡当時すでにその提訴期間を経過しているときは、相続人は新たに訴を提起することができず、原告たる被相続人の死亡なる偶然の事情により、社員がすでに着手していた社員総会決議のかしの是正の途が閉ざされるという不合理な結果となるのを免れない」

（松田反対、岩田同調）共益権は財産権ではないことをドイツ法及び代位行使の可否から論じて反対。

3. 単独株主権と少数株主権

- ・ 単独株主権：1株の株主でも行使できる権利
 - 自益権及び共益権のうち総会議決権等、設立無効の訴権等
- ・ 少数株主権：議決権数・株式数で一定の要件を満たせば行使できる権利
 - 提案権、帳簿閲覧権、総会招集権、解散判決請求権等

4. 固有権：株主総会の多数決によって奪うことのできない権利、学説上の概念だが使われない

5. 所在不明株主の扱い

- ・ 株主・登録質権者への通知・催告が5年以上継続して到達しないと、以後省略可(§196-1)
- ・ 通知催告省略可能(§196-1or§294-2:無記名式新株予約権証券)かつ5年間剰余金配当不受領
 - 会社はその株式を競売等して代金を株主に交付できるようにしておけば足りる(§197-1)
 - ← 公告及び株主・登録質権者へ各別の催告を事前にする必要がある(§198)

第4款 株主の権利の行使に関する利益の供与

1. 株主の権利行使に関する利益供与の禁止(§120-1)

∴企業経営の健全性確保、会社財産の浪費防止

※H26 改正：適格旧株主(株式交換等の場合)、最終完全親会社等の株主を含める

§120-1 株式会社は、何人に対しても、株主の権利、当該株式会社に係る適格旧株主（第八百四十七条の二第九項に規定する適格旧株主をいう。）の権利又は当該株式会社の最終完全親会社等（第八百四十七条の三第一項に規定する最終完全親会社等をいう。）の株主の権利の行使に関し、財産上の利益の供与（当該株式会社又はその子会社の計算においてするものに限る。以下この条において同じ。）をしてはならない

2. 利益供与の例

【最判平 18.4.10 民集 60-4-1273】利益供与(蛇の目ミシン株主代表訴訟)[H15 受 1154]

損賠請求→取締役ら棄却→棄却（過失がない）→破棄差戻し→差戻控訴：一部認容→棄却・不受理

暴力団に株式を譲渡したとする仕手筋に対して三百億円を返還の見込みなく迂回融資したもの

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

【東京地判平 19.12.6 金判 1281.37】利益供与[H19 ワ 16363]

モリテックス株主総会決議(取締役・監査役選任決議)取消請求訴訟→決議取消/控訴後和解

「株主の権利の行使に関して行われる財産上の利益の供与は、原則としてすべて禁止されるのであるが、上記の趣旨に照らし、当該利益が、株主の権利行使に影響を及ぼすおそれのない正当な目的に基づき供与される場合であって、かつ、個々の株主に供与される額が社会通念上許容される範囲のものであり、株主全体に供与される総額も会社の財産的基礎に影響を及ぼすものでないときには、例外的に違法性を有しないものとして許容される場合がある」議決権行使すると Quo カード贈呈を知らせる案内で会社提案への賛同を関連付ける表現があり、贈呈は初めてで、議決権行使比率が約3割増え、特に会社提案賛成扱いの白紙委任状がかなり多いから、「Quo カードの提供が株主による議決権行使に少なからぬ影響を及ぼした……Quo カードの提供を伴う議決権行使の勧誘が、一面において、株主による議決権行使を促すことを目的とするものであったことは否定されないとしても、本件は、原告ら及び被告の双方から取締役及び監査役の選任に関する議案が提出され、双方が株主の賛成票の獲得を巡って対立関係にある事案であること及び上記の各事実を考慮すると、本件贈呈は、本件会社提案へ賛成する議決権行使の獲得をも目的としたものであると推認することができ、この推認を覆すに足りる証拠はない……以上によれば、本件贈呈は、その額においては、社会通念上相当な範囲に止まり、また、会社の財産的基礎に影響を及ぼすとははいえないと一応いえることができるものの、本件会社提案に賛成する議決権行使の獲得をも目的としたものであって、株主の権利行使に影響を及ぼすおそれのない正当な目的によるものということではできないから、例外的に違法性を有しないものとして許容される場合に該当するとは解し得ず、結論として、本件贈呈は、会社法120条1項の禁止する利益供与に該当するというべき」

3. 利益供与がなされた場合の民事・刑事責任

- ・ 民事責任 → 株主代表訴訟可能 ∴取締役は自らが関与するか、元同僚ゆえかばう可能性がある

- * 利益供与を受けた者：会社等に利益を返還、引換給付があれば返還してもらえる(§120-3)
- * 関与した取締役(+執行役,則 21)：連帯して利益相当額を支払う(§120-4)
- ・ 供与をした取締役等以外は無過失を証明すれば免責(#4 但)、免除は総株主同意(#5)
- ・ 任務懈怠によって看過した監査役も連帯責任(§423,430)
- * 推定規定(§120-2)により、受供与者・取締役等が利益供与でない証明をする必要がある
∴「株主の権利の行使に関し」てなされたことの証明が困難ゆえ

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

- ・ 刑事責任：供与者、受供与者、供与要求者につき懲役・罰金・同併科(§970)

第5款 株式の単位

1. 株式消却(§178)

- ・保有する自己株式を消却する場合：取締役会で消却する自己株式の数を決めれば足りる
 - * 商法下：資本減少、定款に基づき配当可能利益による消却（→自己株式取得後消却）

2. 株式の併合(§180~182)

- ・意義：数個の株式を合わせてそれよりも少数の株式とすること
- ・手続：手続は厳重 ∴少数株主は株主の地位を失う
 - * 株主総会決議(§180-2,3) ← 特別決議(§309-2:4)
 - ・併合の割合・効力発生日・種類株式の場合は種類・発行可能株式総数[2014 改正]を定める
 - ・取締役は株式の併合が必要な理由を説明しなければならない
 - * 株主に対する通知(§181)
 - ・効力発生日 2 週間前までに株主と登録株式質権者に決議で決めた事項を通知 or 公告する
 - * 効力発生(§182)：効力発生日に株式数に§180-3:2 の割合を掛けた株式の株主になる
 - 発行済株式総数が減少、自己株式も減少、発行可能株式総数も変更[2014 改正]
 - * 事前・事後の書面の備置き等(§182/2,6) [2014 改正]
 - * やめることの請求(§182/3)、反対株主の株式買取請求(§182/4,5) [2014 改正]
- ・株券提出手続（株券が発行されている場合）
 - * 効力発生日に株券は無効(§219-3)→公告・通知して提出させる(#1,2,§220)
 - * 効力発生日後、遅滞なく株券を発行しなければならない(§215-2)
- ・端数処理(§235)：端数の合計数に相当する数の株式を競売して、端数に応じて代金を交付する
 - * 市場価格があれば市場価格で、なくても裁判所の許可によって競売以外で売却可能(§234-2)

3. 株式分割

- ・意義：同一の種類の株式について一定の割合で一律にその数を増加させること
 - 新株が無償で既存株主に発行されるのと同様の効果を生じる
- ・手続
 - * 取締役会(取締役会未設置なら株主総会)決議 (§183-2)：その都度必要
 - ・株式の分割により増加する株式の総数の株式の分割前の発行済【種類】株式の総数に対する割合及び当該株式の分割に係る基準日、効力発生日、種類株式発行会社ではその種類
 - * 効力発生(§184-1)：基準日の株主は効力発生日に所有株式に割合を掛けた株式を取得する
 - 自己株式も増加する、発行可能株式総数は当然には増えない
 - ・定款変更の特則（株式の分割と同時なら株主総会決議を省略できる場合）
 - 種類株式発行会社以外は、分割の割合に応じて発行可能株式総数増加可(§184-2)
 - ∴株主の持分比率に変化がなく、利益を害しないから
 - ・単元株制度の導入・増加(§191)：株式数÷単元株式数が分割前≤分割後となる範囲で可能
- ・株券提出手続はない ∴増えるだけだから
- ・端数処理(§235,234)：株式の併合と同じく、競売等をして代金を交付する

4. 株式の無償割当て

- ・ 意義：株主に対し無償で(新たな払込みをさせないで)株式の割り当てをすること(§185)
→新株の割当て又は自己株式の交付。別の種類株式を割り当ててもよい
 - * 株式分割と異なり、新株の発行(§828-1:2)の扱い、自己株式は割当て対象外(§186-2)
- ・ 手続
 - * 取締役会(株主総会)決議(§186-1,3)：決議機関は定款修正可能
 - ・ 割当て株式数又は算定方法、効力発生日、種類株式発行会社ではその種類
←基準日は不要だが、定めてもよい
 - * 効力発生(§187-1)：効力発生日に割当てを受けた株主は割当て株式の株主になる
 - * 株主・登録質権者への通知(§187-2)：効力発生日後、割り当てた株式数を遅滞なく通知

5. 単元株 ← H13 改正前の単位株制度から移行

- ・ 意義：株式の一定数をまとめたものを1単元とし、議決権を1単元に1個とする制度(§188-1)
 - * 上限あり(1000株か発行済株式の1/200:#2,則34)、種類株式ごとに設定(#3)
§188-1 株式会社は、その発行する株式について、一定の数の株式をもって株主が株主総会又は種類株主総会において一個の議決権を行使することができる一単元の株式とする旨を定款で定めることができる
∴出資単位が小さい場合、1株主まで議決権を認めるのは事務手続上も不合理
- ・ 単元株の強化：設定手続・変更手続(単元株式数を増やす場合)
 - * 定款変更による(§188-1)：株主総会の特別決議(§466,309-2:11)
 - ・ 取締役による理由の開示義務(§190)、株式分割と同時の場合の特則(§191)
- ・ 単元株の緩和：変更手続(単元株式数を減らす場合)・廃止手続
 - * 取締役会決議(取締役の決定)で可能(§195-1) →株主へ通知・公告する(#2,3)
- ・ 単元未満株式の扱い(§189)
 - * 単元未満株主は議決権を行使できない(#1)、議決権を前提しない権利は原則として保有
 - * 単元未満株主の権利制限(#2)、単元未満株式の株券不発行(#3)：定款で定めることが可能
 - ・ 制限できない権利：全部取得条項付種類株式の取得対価の受交付権、取得条項付株式の取得対価の受交付権、株式無償割当てを受ける権利、単元未満株式の買取請求権、残余財産分配請求権、則35所定事項(定款閲覧請求権、合併等の場合の金銭等受交付権など)
- ・ 単元未満株主の買取請求権(§192)：いつでも可能だが、撤回制限あり(§192-3)
 - * 手続(§193)：価格は市場価格、なければ協議による → 裁判所に価格の決定の申立て可
→申立てないと純資産額が基準 → いずれの場合も代金支払時に効力が発生する
- ・ 単元未満株主の売渡請求権(§194)：定款で定めた場合のみ。手続は買取請求権と同様

6. 特別支配株主の株式等売渡請求(§179~179/10)

- ・ 特別支配株主(§179-1)：議決権の90%以上を有する者
- ・ 株式等売渡請求(§179-1)：他の株主に、株式を全部売り渡すよう請求できる
 - * 売渡株式等の取得をやめることの請求(§179/7)
 - * 売買価格の決定の申立て(§179/8)

* 売渡株式等の取得の取得の無効の訴え(§846/2~9)

第6款 株式の内容および種類

1. 株式の内容と種類

- ・株式の内容と登記(§911-3:7)：株式の内容は登記事項となる

[§911-3:7 発行する株式の内容 \(種類株式発行会社にとっては、発行可能種類株式総数及び発行する各種類の株式の内容\)](#)

- ・普通株式

* 会社が§107,108 に基づく定款の定めを何も置かない場合に会社法により定める株式

<発行する全ての株式の内容として定められるもの(§107)>

→それぞれ必要事項を定款に記載しなければならない(#2)

2. 譲渡制限株式(#1:1,§2:17)：譲渡による当該株式の取得について会社の承認を要するもの

- ・目的：会社の閉鎖性を維持するため

- ・発行後の譲渡制限新設：特殊決議(§309-3:1)、反対株主の買取請求権(§116-1:1)

⇔種類株式の譲渡制限新設：定款変更手続+対象の種類株主総会の特殊決議(§324-3:1)

反対株主の買取請求権(§116-1:2)、新株予約権買取請求権(§118-1:2)

3. 取得請求権付株式(#1:2,§2:18)：株主が会社に対してその取得を請求できるもの

→取得対価(社債、新株予約権、新株予約権付社債、その他の財産)、請求期間を記載

- ・目的：償還や社債への転換を可能にすることで会社の資金調達方法を多様化する

- ・発行後の取得請求権新設：定款変更手続だけでよい。株主に利益になる

- ・請求：§166 によるが、分配可能額規制に抵触すると請求できない(#1 但)

→請求の日に効力が生じ、株式は会社へ、株主は規定によって社債権者等になる(§167)

4. 取得条項付株式(#1:3,§2:19)：会社が一定の事由が生じたことを条件に取得できるもの

→事由(別に定める日の到来も可)、一部取得の場合はその一部の決定方法、取得対価を記載

- ・取得事由が別に定める日の場合(§168-1)：取締役会(株主総会)で日を定める

→決定機関は定款変更可、執行役への委任も可能(§416-4)

- ・目的：会社による強制償還・強制転換を可能にし、資金調達方法を多様化する

- ・発行後の取得条項新設・変更：定款変更手続+総株主同意(§110)

⇔種類株式の取得条項新設：定款変更手続+対象の種類株主の総株主同意(§111-1)

- ・取得の方法

* 所定日の2週間前又は取得事由発生後遅滞なく、株主等へ通知、公告(§168-2,3,§170-3,4)

* 一部取得なら取締役会(株主総会)で取得する株式を決めて、対象株主へ通知、公告(§169)

←株主平等原則より、按分比例か抽選とすべき、との説がある

* 効力発生日(§170-1)：取得事由発生日、一部取得なら発生日か通知、公告2週間後の遅い方

→株式は会社へ、株主は規定によって社債権者等になる(#2)

→分配可能額規制に反する場合は会社は株式、株主は社債等をいずれも取得できない(#5)

* 株券の提出公告・通知をする(§219-1:4)

<異なる種類の株式(§108)>

→それぞれ必要事項を定款に記載しなければならない(#2)

但し、定款は要綱にとどめ、その種類の株式の最初の発行までに株主総会・取締役会で定めるようにしてもよい(#3,則 20)

5. 剰余金の配当についての種類株式(#1:1)

→配当財産の価額の決定方法、配当条件その他剰余金の配当に関する取扱いの内容を記載

- ・配当優先株式：剰余金の配当につき、他の種類株式より優先的に配当を受けられるもの
 - * 参加的優先株式：優先配当後の残余の配当につき、普通株式とともに再度配当されるもの
 - ⇨非参加的優先株式：配当は優先配当のみのもの
 - * 累積的優先株式：配当額が定款所定の優先配当金額未満の場合、未払い優先配当金額が繰り越されて次期以降に優先的に支払われるもの
 - ⇨非累積的優先株式：未払いとなっても次期以降に支払われることのないもの

- ・配当劣後株式（後配株式）：他の種類の株式より劣後的な地位が与えられるもの
 - ∴業績不振の場合に配当優先株、利益が多いと劣後株を用いて資金調達を容易にする
 - 優先株かつ議決権制限株式にすると社債に近い存在となる

- ・トラッキング・ストック：特定の完全子会社・事業部門の業績のみに価値が連動する株式
 - ・当該子会社からの剰余金配当額と同額を剰余金として配当する形式をとる
 - ∴子会社への議決権を与えずに子会社の価値を株式市場に顕在化させられる

6. 残余財産の分配についての種類株式(#1:2)

→交付残余財産の価額の決定方法、種類その他残余財産の分配に関する取扱いの内容を記載

- ・残余財産分配優先株：残余財産の分配につき他の種類株式より優先的に分配されるもの

7. 議決権制限株式(#1:3)

→議決権行使可能事項、行使条件を定める場合はその条件を記載

- ・意義：株主総会の全部又は一部の事項について議決権を行使できない株式
 - 議決権があるか、ないかのみで、議決権が半分、などの決め方はできない
 - (議決権の重みづけを変えるには、種類ごとに単元株式数を変えればよい)
 - ※種類株主総会においては議決権がある
- ・目的：配当は期待するが議決権行使に関心のない株主のニーズに応える、完全無議決権株式とすれば招集通知などの費用を節約できる
- ・公開会社での割合制限(§115)：議決権制限株式が発行済株式の2分の1を超えた場合
 - 会社は直ちに議決権制限株式が発行済株式の2分の1以下にするため必要な措置を講じる
 - ∴経営者が少額の出資で会社を支配するのを防ぐため
 - *ただちに無効ではないが、正当な理由なく必要な措置を取らないと議決権制限が無効になる

8. 譲渡制限株式(#1:4)：2 参照

9. 取得請求権付株式(#1:5)：3 参照、相違点のみ

- ・取得対価として他の種類の株式を交付可能、その場合は分配可能額規制がかからない

10. 取得条項付株式(#1:6) : 4 参照、相違点のみ

- ・取得対価として他の種類の株式を交付可能、その場合は分配可能額規制がかからない

11. 全部取得条項付種類株式(#1:7)

→取得対価の価額の決定方法、決議に条件を定める場合はその条件を記載

- ・意義 : 株主総会の特別決議によってその全部を会社が取得できるもの
∴私的整理のため、債務超過を条件として 100%減資のために取得できるようにする、
MBOで公開買付けに応じなかった株主の株式を強制買収するために用いる
※実際は不都合な株主のキャッシュアウトに使われている
→ H26 改正で書面の備置き・閲覧、差止め請求を認める
- ・発行後の全部取得条項新設 : 定款変更手続 + 種類株主総会の特別決議(§111-2,324-2:1)、
反対株主の買取請求権(§116-1:2)、新株予約権買取請求権(§118-1:2)
※種類株主総会決議必須 ∴種類株式でない、全部取得で株主がいなくなるから
※取得条項新設の総株主同意より緩い ∴買取請求権や裁判所への価格決定申立てがあるから
- ・取得手続

* 株主総会の特別決議(§171,309-2:3)

- ・取得対価(なくてもよい、株式、新株予約権、社債、新株予約権付社債、その他の財産)、
その割当てに関する事項(有する対象株式数に応じる:#2)、(会社による株式の)取得日(#1)
←株式以外の取得対価は分配可能額規制(§461-1:4)

・取締役の全部取得を必要とする理由の開示義務(#3)

* 事前及び事後の書面等の備置き及び閲覧等(§171/2,173/2) [2014 改正]

* 全部取得条項付種類株式の取得をやめることの請求(§171/3) [2014 改正]

§171/3 §171-1 の規定による全部取得条項付種類株式の取得が法令又は定款に違反する場合において、株主が不利益を受けるおそれがあるときは、株主は、株式会社に対し、当該全部取得条項付種類株式の取得をやめることを請求することができる

* 裁判所に対する価格の決定の申立て(§172)

- ・反対株主・議決権のない株主のみ、取得前日まで[2014 改正]

【最判平 22.12.7 民集 64-8-2003】個別株主通知と少数株主権の行使[後掲 H22 許 9]

「会社法 172-1 所定の価格決定申立権は、その申立期間内である限り、各株主ごとの個別的な権利行使が予定されているものであって、専ら一定の日(基準日)に株主名簿に記載又は記録されている株主をその権利を行使することができる者と定め、これらの者による一斉の権利行使を予定する同法 124-1 に規定する権利とは著しく異なるものであるから、上記価格決定申立権が社債等振替法 154-1,147-4 所定の「少数株主権等」に該当する」「振替株式についての会社法 172-1 に基づく価格の決定の申立てを受けた会社が、裁判所における株式価格決定申立て事件の審理において、申立人が株主であることを争った場合には、その審理終結までの間に個別株主通知がされることを要する」

【最決平 21.5.29 金商 1326-35】レックス・ホールディングス株式取得価格決定申立事件

株式取得価格決定申立 : 認容→変更 6 箇月間の市場株価単純平均 + 20%加算に増額→会社の特別抗告棄却・許可抗告棄却(控訴審の決定は裁量の範囲内)

(田原補足)株式買取請求権の規定同様、取得日における「公正な価格」とすべきで、「その決定は、取得価格決

定の制度の趣旨を踏まえた上での裁判所の合理的な裁量によってされるべきものである。すなわち、取得価格決定の制度が、経営者による企業買収（MBO）に伴いその保有株式を強制的に取得されることになる反対株主等の有する経済的価値を補償するものであることにかんがみれば、取得価格は、〔1〕MBOが行われなかったならば株主が享受し得る価値と、〔2〕MBOの実施によって増大が期待される価値のうち株主が享受してしかるべき部分とを、合算して算定すべきもの」

* 効力発生(§173)：取得日に会社が株式を取得し、株主は取得対価があればその株主等になる

12. 拒否権付種類株式(#1:8)

→当該種類株主総会の決議を要する事項、決議を必要とする条件を定める場合はその条件を記載

- ・ 意義：ある事項につき株主総会・取締役会等の決議の他、その種類株主総会の決議を要するもの
- ・ 効果：当該種類株主総会の決議がないと無効(§84,323)、議決権行使可能株主不在なら省略

13. 取締役・監査役の選任権付種類株式(#1:9)

→選任定数、他の種類株主と共同選任ならその定め、変更条件があればその条件等を記載

- ・ 意義：種類株主総会(共同も可)で取締役又は監査役を選任できるもの
∵JVでの取締役・監査役の選任についての株主間の合意を法定したもの
- * 国策会社で用いられることもある（国が選任権付種類株式を保有する）
- ・ 効果(§347)：通常の株主総会は取締役・監査役を選任しない
* 種類株主総会での選任手続は同様、解任手続は選任した種類株主総会である
→定款修正・選任種類株主総会の議決権行使可能株主不在の場合は全体の株主総会で解任
- * みなし廃止(§112)：法律・定款所定の取締役／監査役の員数を欠き、当該員数に足りる数の取締役／監査役を選任できない場合は、§108-2:9の定款事項は廃止されたものとみなす
- ・ 条件：委員会設置会社及び公開会社は不可(#1但)
∵委：取締役選任議案の内容を決定するのは指名委員会のため(§404-1)、監査役はない
公：経営者による濫用の危険があるため、譲渡自由だと選任権を特に与えた趣旨が失われる
- * 委員会設置会社・公開会社になると取締役の任期は効力発生時に満了する(§332-4)

第7款 株式の譲渡・株主名簿

1. 株券

- ・株券：株式を表章する有価証券。H16改正前は発行義務、例外的に株券不所持制度

- ＊特徴：無記名証券、非設権証券、要式証券(§216)

- ∴株主の会社に対する権利の明確化、投下資本回収のための株式譲渡を容易にする

- H16改正で株券不発行制度新設：定款で定めると株券を不発行にできる

- ∴上場会社等：振替制度へ移行して株式の高度の流通性を確保

- 中小会社等：株式の市場での流通性を高める必要がない

- 会社法で株券不発行を原則とする：定款で定めると株券を発行できる(§214)

- ※種類株式発行会社では、全部につき発行するか、全部につき発行しないかのどちらか

- §214 株式会社は、その株式（種類株式発行会社にあつては、全部の種類株式）に係る株券を発行する旨を定款で定めることができる

- ・株券の発行

- ＊発行時期：株式発行日後、遅滞なく発行しなければならない(§215-1)、非公開会社は請求を待って発行してもよい(#4)

- ＊記載事項(§216)：本質的事項以外は欠けても無効でなく、事実と異なる記載があつても記載通りの効力は生じない（→取締役は損賠償責任:§423,429、過料：§976:15）

- ・複数個株式を表章する株券：10個の株式を表章する株券なども発行可能(§216:2)

- 但し、請求があれば1株券は必ず発行しなければならない。

- ＊有価証券としての株券の効力発生時期：交付時 ∴非設権証券ゆえ交付時で問題ない

- 【最判昭 40.11.16 民集 19-8-1970】株券の効力発生時期[S39 才 1410]

- 株主へ交付前の株券を第三者が差押え、交付前の株券を差し押さえられた株主が株主権存在確認請求をしたもの
商法 226 条「にいう株券の発行とは、会社が商法二二五条所定の形式を具備した文書を株主に交付することをいい、株主に交付したとき初めて該文書が株券となるものと解すべきである。したがつて、たとえ会社が前記文書を作成しても、これを株主に交付しない間は、株券たる効力を有しない」（株主権存在確認→認容／棄却）

- ・株券の偽造：偽造の株券は善意の第三者が取得しても株主にはなれない

- ・株券の盗難：盗難株券を買戻した証券会社は顧客に買戻し代金を損賠償請求できる

- 【大阪高判平 12.7.31 判時 1746-94】同旨

- ・株券不所持制度(§217)：株主の申出により株主が株券を所持しないようにするもの

- 株主名簿に記載(#3)、株券発行不可となり(#4)、発行済なら無効(#5)、再発行請求可(#6)

- ・株券失効制度：公示催告・除権判決ではなく、株券喪失登録による(§221～233)

- ＊株券喪失者が、株券喪失登録簿へ記載・記録を請求する（株券喪失登録：§223）

- 名義人が別なら通知し(§224-1)、備え置き一般に閲覧させる(§231)

- 登録中は名義書換えと議決権行使不可(登録者＝名義人なら議決権行使は可能：§230)

- 株券所持人は株券を提出して登録抹消を請求でき、その場合登録者に通知される(§225)

- 2週間で喪失登録が抹消される（→争う場合は当事者間で民事訴訟）

- 喪失登録後一年で株券は失効し、登録者が株券を再発行してもらえる(§228)

2. 株式の譲渡

- ・ 意義：株式会社の出資者たる社員の地位を移転すること（→自益権・共益権も移転）
 - * 株式の移転：株式の譲渡以外に、相続・合併による一般承継でも移転する
- ・ 株式譲渡の自由(§127)：原則として株式譲渡は自由 ← 法律・定款・契約で制限あり
 - ∴会社の解散・剰余金分配等を除き、投下資本回収の方法が株式譲渡しかないから
 - ⇒持分会社では出資の払戻し(§624)、退社に伴う持分の払戻し(§606,611)が可能
- ・ 株式譲渡の方法 ∴有価証券たる株券発行により有価証券法理が適用されるため異なる
 - * 株券不発行会社：当事者間の意思表示による(規定がないから、振替株式は別途規定あり)
 - ・ 対抗要件(§130-1)：株式会社その他の第三者に対して、株式名簿への記載を要する
 - * 株券発行会社(§128-1)：株券を交付することで行う
 - 権利移転の要件で対抗要件ではない ※対抗要件とする説がある
 - ・ 対抗要件(§130)：株式会社に対しては株主名簿への記載、他の第三者へは株券交付で足る
 - ・ 株券の占有者の権利推定(§131-1)、善意取得(#2)
 - ・ 株券未発行又は不所持の場合：発行を受けて交付すべき(§128-2)

§127 株主は、その有する株式を譲渡することができる

§128-1 株券発行会社の株式の譲渡は、当該株式に係る株券を交付しなければ、その効力を生じない。ただし、自己株式の処分による株式の譲渡については、この限りでない

#2 株券の発行前にした譲渡は、株券発行会社に対し、その効力を生じない

§131-1 株券の占有者は、当該株券に係る株式についての権利を適法に有するものと推定する

#2 株券の交付を受けた者は、当該株券に係る株式についての権利を取得する。ただし、その者に悪意又は重大な過失があるときは、この限りでない

3. 株式の譲渡への制限（法律によるもの）

- ・ 時期による制限
 - * 権利株（会社設立前・新株発行前の株式引受人の地位）の譲渡 → 払込前の発起人(§35), 払込後の発起人(§50-2), 払込前の引受人(§63-2), 新株発行(§208-4)
 - * 株券発行前の株式の譲渡(§128-2)
 - 当事者間では有効だが、会社に対抗できない ∴株券は会社との法律関係を明確にするため
 - ・ いずれも会社の事務処理のためであるから、会社が譲渡の効力を認めることは許される
 - ・ 株券発行を不当に遅滞すると、株券発行前でも譲渡可能
 - ←非公開会社の§215-4(請求までは株券を発行しなくてよい)の場合は、請求後に限る
 - ←信義則違反というには、譲渡の効力を否定することで譲渡時の代取が利益を得る、会社が株券を発行しないよう要請していたなどの事情が必要であるとする説がある
 - ←合理的時期説(単に株券発行に要する合理的期間(数か月)経過後は意思表示で譲渡可能)

【最大判昭 47.11.8 民集 26-9-1489】株券発行前の株式譲渡[S39 才 883]

S24.2.5 被告会社が株式会社に組織変更したが、株券は全く発行されず（発行済株式 20000 株）

S28.5 原告(100 株)が一番共同被告 A(代取)から所有全株 16000 株を譲受け

→会社は承認し株主台帳に記録

S28.6.25 被告会社が株券発行、原告が原始株主として 16000 株の分も発行

S31.9.16 Aが自宅で株主総会を開き、役員選任決議等を行う(Aが16000株、原告100株として計算)
この株主総会の決議無効確認等の請求→棄却(株式譲渡は無効)／破棄自判(認容)

「おもに、本件株式譲渡が行なわれた当時の商法の規定によれば、株式の譲渡は、絶対的に自由で、定款によつてもこれを禁止または制限することができないものとされ(昭和四一年法律第八三号による改正前の二〇四条一項)、また、記名株式の譲渡は、株券の裏書によるかまたは株券および所定の譲渡証書の交付により、これをすべきものとされていた(右改正前の二〇五条一項)。右改正法においては、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を定めることができることとしたとはいえ、いぜん、原則として、株式譲渡の自由を認め(現行の二〇四条一項本文)、その譲渡は株券の交付によりすべきものとする(同じく二〇五条一項)とともに、右改正前と同様、株券の発行前にした株式の譲渡は会社に対しその効力を生じない旨を定めているのである(二〇四条二項)。これによつてみれば、右改正の前後を通じて、同法の趣旨とするところは、株式の譲渡は、自由ではあるが、それは、株券の発行を前提とし、これをまつて行なわれるべきものとするにあるものと解せられ、同法が、株式会社はその成立後または新株の払込期日後遅滞なく株券を発行すべきものとしている(二二六条一項、但し、前記改正法により設けられた二二六条ノ二の場合を除く。)のも、右の趣旨に則つたものといふことができる。したがつて、もし、株式会社が株券の発行を遅滞することにより、事実上、株式譲渡の自由を奪う結果になるとすれば、それは、同法の右趣旨にもとるのみならず、信義則上も容認できないところといわなければならない……以上述べたところから商法二〇四条二項の法意を考えると、それは、株式会社が株券を遅滞なく発行することを前提とし、その発行が円滑かつ正確に行なわれるようにするために、会社に対する関係において株券発行前における株式譲渡の効力を否定する趣旨と解すべきであつて、右の前提を欠く場合についてまで、一律に株券発行前の株式譲渡の効力を否定することは、かえつて、右立法の趣旨にもとるものといわなければならない。もつとも、安易に右規定の適用を否定することは、株主の地位に関する法律関係を不明確かつ不安定ならしめるおそれがあるから、これを慎むべきであるが、少なくとも、会社が右規定の趣旨に反して株券の発行を不当に遅滞し、信義則に照らしても株式譲渡の効力を否定するを相当としない状況に立ちいたつた場合においては、株主は、意思表示のみによつて有効に株式を譲渡でき、会社は、もはや、株券発行前であることを理由としてその効力を否定することができず、譲受人を株主として遇しなければならない」4年余の放置は不当な遅滞であるとして、決議の取消・無効確認を認容した。但し、当時は請求なくして株券発行が必要であつた

・子会社による親会社株式の取得の制限(§135)

* 子会社による親会社株式は原則禁止(#1)、違反すると過料(§976:10)

∴子会社を通じて親会社株式を取得させ、自己株式取得規制を潜脱しうるから
(かつ、別法人なので、財源規制を設けることも技術的に困難)

* 例外

・ 承継がやむを得ない場合(#2)：事業全部の譲受・合併・分割による承継、その他(則23)

→「相当の時期に」親会社株式を処分しなければならない(#3)

・ 吸収合併・吸収分割・株式交換の株主等に存続会社等の親会社株式を交付する場合(§800)

→中止にならない限り、効力発生日まで親会社株式を保有してよい(#2)

* 子会社が保有する親会社株式の扱い

・ 議決権は行使できない(§308-1 括弧書、則67)、議決権を前提とする他の共益権も不可

⇔自益権は認められる(配当請求権等) ∴親会社以外の子会社の株主や債権者の利益保護

・ 親会社が取得してもよい(取締役会／株主総会で決定：§155:3,156-1,163)

・ 独禁法(§9~11,14)・外為法(§27:外資規制)による制限

4. 株式の譲渡への制限(定款によるもの)

- ・ 全部／一部の株式につき会社の承認を必要とすることができる(§107-1:1,108-1:1)
 - ∴同族会社など株主の個性が問題となる場合に、会社の閉鎖性を維持するため
 - 主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 + 持分比率に重大な関心あり
 - 【最判昭 48.6.15 民集 27-6-700】譲渡制限の意義[後掲 S47 才 91]
 - 「商法二〇四条一項但書は……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」
 - * 全株式譲渡制限：譲渡制限の旨・みなし承認の修正があればその旨を定款に規定(§107-2:1)
 - * 一部株式譲渡制限：当該株式についての譲渡制限・みなし承認修正を定款に規定(§108-2:4)
- 登記事項(§911-3:7、商登 62)、株券記載も必要(§216:3)
 - 怠ると善意の第三者に対抗できない(§908-1/解釈)
 - そのため、譲渡制限を設ける場合は株券提出手続をとる(§219,220)
- ・ 譲渡制限の態様：株式の譲渡による取得に株式会社の承認が必要となる
 - * 承認対象：他人に譲り渡す場合（相続等の一般承継では承認不要）
 - ←定款で定めると会社は相続人等に対する売渡請求が可能(§174~177) ∴閉鎖性維持
 - * 承認機関：取締役会設置会社は取締役会、非設置なら株主総会、定款修正可(§139-1)
 - ・ 定款修正の例：株主総会や当該種類株主総会の承認とする、代表取締役にする、など
 - ←執行役にはできない(§416-4:1 で禁止)
 - ・ 定款修正可とはいえ、公開会社で株主総会を承認機関とするのは無益
 - ∴公開会社では招集期間が 2 週間(§299-1,300：省略は総株主同意)→自動的にみなし承認
 - ・ 定款修正ではなく、取締役会から代取に譲渡承認の決定を委任することも可能
 - ←ただし一任は趣旨に反するから、基準を取締役会が定め、具体的処理のみを委ねるべき
 - ・ 譲渡当事者の取締役：承認決議について特別利害関係人(§369-2)にあたる
 - * 株主資格を特定の者に限る譲渡制限：違法。現株主への譲渡は承認不要とするのはOK
 - ←例外：日刊新聞紙の発行を目的とする株式会社の株式の譲渡の制限等に関する法律
- 同法§1 一定の題号を用い時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙の発行を目的とする株式会社にあつては、定款をもつて、株式の譲受人を、その株式会社の事業に関係のある者に限ることができる。この場合には、株主が株式会社の事業に関係のない者であることとなつたときは、その株式を株式会社の事業に関係のある者に譲渡しなければならない旨をあわせて定めることができる
- * 一人会社における株式譲渡：承認がなくても会社に対して有効
 - 【最判平 5.3.30 民集 47-4-3439】一人株主と譲渡制限株式譲渡の効力[H1 才 1006]
 - 「上告人の全株式二万株を保有していた堀は、このうち 1.2 万株を被上告人早水司に、3 千株を同佐野に譲渡したが、右各譲渡については、上告人の定款所定の取締役会の承認はなかった……商法二〇四条一項ただし書が、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を定めることを妨げないと規定している趣旨は、専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し、もつて譲渡人以外の株主の利益を保護することにあると解される（最判昭 48.6.15 参照）から、本件のようないわゆる一人会社の株主がその保有する株式を他に譲渡した場合には、定款所定の取締役会の承認がなくとも、その譲渡は、会社に対する関係においても有効」
- ・ 株式譲渡等投下資本回収の方法
 - * 定款によるみなし承認(§107-2:1 口、108-2:4)：取得者の属性によるものも可能

←譲渡株主の属性による定めが株主平等原則違反なら無効(従業員株主以外は不要など)

* 株主からの承認請求(§136)、株式取得者からの承認請求(§137)

※基本は株主からで、§137は主に競売の場合に用いられる

・請求方法(§138)：不承認なら買い取るように請求できる(：1八、：2八)

→会社による承認するか否かの決定とその請求者への通知(§139)

→買取請求があれば、会社又は指定買取人による買い取りを行う(§140)

→会社による買取りの通知(§141-1)：40日以内、これがないとみなし承認

→指定買取人による通知(§142-1)：10日以内、これを過ぎると無効？

→みなし承認(§145)：2週間以内に通知しない場合

・株式会社による買取り(§140-1~3,141)：株主総会の特別決議(§140-2,309-2:1)

∴自己株式の取得にあたるから。請求株主は議決権を行使できない(§140-3)

→買取株式数に応じた純資産額供託(純資産額の算定：則25)

→請求者に通知→1週以内に請求者が株券供託・通知

※供託証書付で通知すると株式の売買契約が成立する(形成権)

※株券供託を懈怠すると売買契約を解除できる(§141-4)

・指定買取人による買取り(§140-4,5,142)：取締役会等で決定、一部の買取でもよい

→供託→通知(売買契約成立)→株券供託・通知、懈怠で売買契約解除可能

・譲渡等承認請求の撤回(§143)：会社買取通知(§141-1)、指定買取人の通知(§142-1)後は

会社又は指定買取人の承諾なく撤回できない ∴既に買取側は資金を供託済み

【最決平 15.2.27 民集 57-2-202】 指定買取人の買取通知前は撤回可能

・売買価格の決定(§144)：協議によるが、20日以内に一方の申立てがあれば裁判所が決める

* みなし承認(§145)：買取請求に2週間通知なし、否認通知後40日以内に会社買取通知なし、

会社・指定買取人の通知時に代金供託証書を不交付(則26:1,2)、売買契約の解除(則26:3)

・会社の承認がない譲渡制限株式の譲渡の効力：当事者間では有効、会社には無効

∴§137は譲受人からの承認請求を認めていること的前提

→会社は譲渡人を株主として取り扱う義務がある、なお譲渡担保の場合も譲渡に含まれる

【最判昭 48.6.15 民集 27-6-700】 譲渡制限に違反した株式譲渡担保の効力[S47オ91]

S42.11 Xらの経営するA会社が資金難から材料が入手できなくなり、X1は仕入先のY会社に387,500株の株券を渡した(原告らは682,614株保有)。しかし、Yは原木を供給しなかった。

→交付は原因が無く、譲渡担保としても取締役会の承認がないから無効と主張

「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、もつば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……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を鑑みると、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ざり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……株式を譲渡担保に供することは、商法二〇四条一項にいう株式の譲渡にあたると解すべきであるから、叙上の場合と同様、株式の譲渡につき定款による制限のある場合に、株式が譲渡担保に供されることにつき取締役会の承認をえていなくとも、当事者間では、有効なものとして、株式の権利移転の効力を生ずる」(株式譲渡担保契約無効確認請求→棄却/棄却/棄却)

【最判昭 63.3.15 金判 749-3】競売による譲渡制限株式の取得[S61 才 965]

Xの株式が競売され、Aが競落したが、Yに譲渡承認請求をしておらず、Xが株主として記載されているのに、YがXは株主ではないと主張し株主権行使を拒絶した（株主地位確認等→棄却／破棄自判・認容）

「商法二〇四条一項但し書に基づき定款に株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨の譲渡制限の定めがおかれている場合に、取締役会の承認をえないでされた株式の譲渡は、譲渡の当事者間においては有効であるが、会社に対する関係では効力を生じないと解すべきであるから（最判昭 48.6.15）、会社は、右譲渡人を株主として取り扱う義務があるものというべきであり、その反面として、譲渡人は、会社に対してはなお株主の地位を有する」「譲渡が競売手続によってされた場合の効力については、商法は特別の規定をおいていないし、会社の利益を保護するため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しようとする同法二〇四条一項但し書の立法趣旨に照らすと、右の場合における譲渡の効力について、任意譲渡の場合と別異に解すべき実質的理由もないから、譲渡が競売手続によってされた場合の効力についても、前記と同様に解すべき」

5. 株式の譲渡への制限（契約によるもの）

- ・ 会社を当事者とししない契約による譲渡制限は当事者間で有効(判例)

←合意による譲渡制限は本当によいか(特に、譲渡先の指定は合意であっても許されるか)

←公正な価格で買い取っているか(特に内部留保をため込んでいる場合は券面額では不十分)

⇒契約当事者ではなく、制限の内容等を実質的に判断すべき(有力)

例えば、従業員持株会でも干渉されていたら許されないとすべき

- * 株券発行会社で当事者が契約に反して売却し、譲受人が株券を提示して名義書き換えを求めれば拒みえない → 実行性を持たせるには株券を預託させるなどするほかない

【最判平 7.4.25 集民 175-91】従業員持株制度での強制売却[H3 才 1332]

「(一) 被上告会社は、その定款によって株式の譲渡制限を規定している株式会社であるところ、昭和四三年ころ、従業員に被上告会社の株式を取得させることにより、従業員の財産形成とともに、会社との一体感を強めてその発展に寄与させることを目的として、いわゆる従業員持株制度を導入した、(二) 上告人らは、いずれも被上告会社の従業員であったが、昭和四三年ころから昭和四四年七月三日にかけて、右制度の趣旨、内容を了解した上で被上告会社の株式を額面額で取得し、その際、被上告会社との間で、退職に際しては、同制度に基づいて取得した株式を額面額で取締役会の指定する者に譲渡する旨の合意（以下「本件合意」という。）をした、(三) 昭和六一年五月三日、被上告会社の全従業員約四〇名中営業担当の二三名の従業員のうち、上告人らを含む一二名が退職したが、被上告会社は、右の一斉退職等に伴う混乱等のため、取締役会において、上告人らの有する株式の譲受人を直ちには指定せず、昭和六三年七月一日に譲受人としてHを指定し、同人は、買受けの意思を明らかにした上、同月二〇日から二二日にかけてその代金額を供託した、(四) 被上告会社は、昭和四三年度以降、当初はおおむね一五ないし三〇パーセント、昭和五六年度から昭和六〇年度は八パーセントの割合による株式配当を行っていた（昭和六一年度は株式配当をしていないが、これは右の一斉退職等に伴って営業上壊滅的な打撃を受けたためである。）」「右事実関係及び原審の説示するところに照らせば、本件合意は、商法二〇四条一項に違反するものではなく、公序良俗にも反しないから有効であり、被上告会社の取締役会が、本件合意に基づく譲受人としてHを指定し、同人が買受けの意思を明らかにしたことにより、上告人らは被上告会社の株式を喪失したとして、株券の発行を求める上告人らの請求を棄却すべき」（株券発行請求→棄却／棄却／棄却）

【最判平 21.2.17 判時 2038-144】新聞社での社員持株制度[H20 受 1207]

「被上告会社は、日刊新聞の発行を目的とする株式会社であって、定款で株式の譲渡制限を規定するとともに、日刊新聞法1条に基づき、Y1株式の譲受人を同社の事業に関係ある者に限ると規定し、Y1株式の保有資格を原則として現役の従業員等に限定する社員株主制度を採用しているものである。被上告人Y2における本件株式

譲渡ルールは、被上告会社が上記社員株主制度を維持することを前提に、これにより譲渡制限を受けるY1株式を被上告人Y2を通じて円滑に現役の従業員等に承継させるため、株主が個人的理由によりY1株式を売却する必要が生じたときなどには被上告人Y2が額面額でこれを買戻すこととしたものであって、その内容に合理性がないとはいえない。また、被上告会社は非公開会社であるから、もともとY1株式には市場性がなく、本件株式譲渡ルールは、株主である従業員等が被上告人Y2にY1株式を譲渡する際の価格のみならず、従業員等が被上告人Y2からY1株式を取得する際の価格も額面額とするものであったから、本件株式譲渡ルールに従いY1株式を取得しようとする者としては、将来の譲渡価格が取得価格を下回ることによる損失を被るおそれもない反面、およそ将来の譲渡益を期待し得る状況にもなかったといえる。そして、上告人X2は、上記のような本件株式譲渡ルールの内容を認識した上、自由意思により被上告人Y2から額面額で本件株式を買受け、本件株式譲渡ルールに従う旨の本件合意をしたものであって、被上告会社の従業員等がY1株式を取得することを事実上強制されていたというような事情はうかがわれない。さらに、被上告会社が、多額の利益を計上しながら特段の事情もないのに一切配当を行うことなくこれをすべて会社内部に留保していたというような事情も見当たらない。以上によれば、本件株式譲渡ルールに従う旨の本件合意は、会社法107条及び127条の規定に反するものではなく、公序良俗にも反しないから有効というべきである」

6. 株式の担保差入れ(§146～154)：譲渡担保も可(引渡のみ／名義書換えもする場合)

- ・ 株券発行会社
 - * 略式質：株券交付で効力を生じ(§146-2)、占有継続が対抗要件(§147-2,3)
 - * 登録質：略式質の要件に加え、質権者の氏名/名称・住所を株主名簿に登録する(§148)
- ・ 株券不発行会社
 - * 登録質：質権者の氏名/名称・住所の株主名簿登録が会社等第三者への対抗要件(§147-1)
- ・ 質権の効果
 - * 物上代位(§151)：配当や合併対価等に及ぶ
 - ・ 株式の併合・分割、取得条項付株式の取得等で、代価の株式は登録質権者に引渡される(§153)
 - ・ 登録質権者は金銭を受領して弁済に充て、履行期末到来なら供託させられる(§154)
- ・ 譲渡制限株式の質入れ：質権設定自体は勝手にできるが、実行時に会社の承認が必要

第8款 株主名簿

1. 株式名簿制度

- ・ 意義：多数の絶えず変動しうる株主に対する会社の通知や株主の権利行使の円滑化
 - * 株券不発行かつ振替制度不適用の場合は、第三者との関係の規律も含む
- 株式譲渡の会社に対する対抗要件、株券不発行では第三者対抗要件(§130-1,2)
- ・ 記載事項(§121)：株主の氏名/名称・住所、株式数(と種類)、株式取得日、株券番号
 - * 株主は自分についての株主名簿の記載事項を証明した書面の交付を請求できる(§122)
- ・ 株主名簿の備置き・閲覧等
 - * 本店（株主名簿管理人がいる場合はその営業所）に株主名簿を備え置く(§125-1)
 - ←株主名簿管理人を置く場合は、定款で定め、事務を委託する(§123)
 - * 株主・債権者による閲覧・謄写の請求(§125-2)：請求理由の明示を要する
 - ・ 会社は原則として拒めない(#3)：不当目的による請求は拒んでよい
 - ・ 親会社社員は権利行使のため必要なら、裁判所の許可を得て閲覧等を請求可能(#4,5)

#3 株式会社は、前項の請求があったときは、次のいずれかに該当する場合を除き、これを拒むことができない

一 当該請求を行う株主又は債権者（以下この項において「請求者」という。）がその権利の確保又は行使に関する調査以外の目的で請求を行ったとき

二 請求者が当該株式会社の業務の遂行を妨げ、又は株主の共同の利益を害する目的で請求を行ったとき

三 請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき

四 請求者が株主名簿の閲覧又は謄写によって知り得た事実を利益を得て第三者に通報するため請求を行ったとき

五 請求者が、過去二年以内において、株主名簿の閲覧又は謄写によって知り得た事実を利益を得て第三者に通報したことがあるものであるとき

【最決平 22.9.14 資料版商事法務 321-58】フタバ産業株主名簿謄写仮処分命令申立事件

要旨「金融商品取引法で認められている損害賠償請求権は、虚偽記載のある有価証券報告書等重要書類の記載を信じて有価証券を取得した投資家を保護するために認められた権利であって、株主の株主名簿閲覧等請求権は、株主を保護するために、株主として有する権利を適切に行使するために認められたものであるから、金融商品取引法の損害賠償請求権を行使するための調査は、会社法 1 2 5 条 3 項 1 号の「株主の権利の確保又は行使に関する調査」には該当しないとする原審の判断は、正当である」

* 3号該当でも、請求者が不当目的の不存在を立証すれば会社は拒絶不可(立証責任転換規定)

【東京高決平 20.6.12 金商 1295-12】【東京地判平 22.7.20 金商 1348-4】同旨

(高決)「同法は、一般的かつ広範に株主名簿閲覧謄写請求権を付与しているところ、これを株主についていえば、同法が上記のとおり株主に対して株主名簿閲覧謄写請求権を付与している趣旨は、これにより株主の権利の確保又は行使を保障すると共に、株主による株主名簿閲覧謄写請求権の行使を通じて株式会社の機関を監視し株式会社の利益を保護することを目的とするにある」会社法 125-3「は、株主からされた株主名簿の閲覧又は謄写の請求が、不当な意図・目的によるものであるなど、その権利を濫用するものと認められる場合に限定して、株式会社がその請求を拒絶することができることとし、その拒絶事由を類型ごとに明確にすることを目的とする規定であり、もとより、株主の権利の確保又は行使を保障すると共に、株主による株主名簿閲覧謄写請求権の行使を通じて株式会社の機関を監視し株式会社の利益を保護することを目的とする株主名簿閲覧謄写請求制度の前記の目的を否定しあるいは制限する趣旨のものではない」「株主（請求者）が上記のいずれか【= 1・2号該当】に該当することを株式会社が証明することは必ずしも容易なことではないことにかんがみ、株式会社の業務

と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事する株主が同条二項の請求を行う場合には、当該株式会社の犠牲において専ら自己の利益を図る目的でこれを行っているとして推定することに一定の合理性を肯定することができることを併せ考慮して、同項一号及び二号の特則として同項三号が設けられたと考えられるのであり、これによれば、同項三号は、請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるときには、株主（請求者）がその権利の確保又は行使に関する調査の目的で請求を行ったことを証明しない限り（このことが証明されれば、同項一号及び二号のいずれにも該当しないと評価することができる。）、株式会社は同条二項の請求を拒むことができることとしたものであり、株式会社が当該請求を拒むことができる場合に該当することを証明すべき責任を上記のとおり転換することを定める旨の規定である」

- ・ 基準日：議決権行使などは、ほんらいその日の株主だが、基準日で確定させて明確化するもの
 - ←H16 改正前は株主名簿の閉鎖制度があった
 - * 基準日株主が行使できる、基準日から3月以内の権利の内容を定める(§124-2)
 - 基準日の2週間前までに公告する(定款に基準日等が書いてあれば公告不要：§124-3)
 - ・ 登録質権者も同様(#5)

§124-2 基準日を定める場合には、株式会社は、基準日株主が行使することができる権利（基準日から三箇月以内に行行使するものに限る。）の内容を定めなければならない

- * (種類)株主総会議決権について、基準日後の新株主に会社が議決権を認めるのは可能(#4)
- §124-4 基準日株主が行使することができる権利が株主総会又は種類株主総会における議決権である場合には、株式会社は、当該基準日後に株式を取得した者の全部又は一部を当該権利を行使することができる者と定めることができる。ただし、当該株式の基準日株主の権利を害することができない

2. 株主名簿の名義書換え

- ・ 株券発行会社：株主名簿の名義書換えが会社への対抗要件(§130-1,2)
 - * 株券を呈示すれば会社は反証できない限り、名義書替えをする義務がある(§131-1,133-1,2)
 - ←株式取得者と譲渡人の共同申請だが、株券を呈示すれば取得者単独で足りる(則 22-2:1)
 - 【最判昭 60.3.7 民集 39-2-107】株券提出手続終了後の名義書換請求の肯定例[S57 才 1383]**
「株式会社がその設立後に定款を変更して株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨の定めを設けるとの決議をした場合には、右の定めが株券の必要的記載事項とされているため、その記載のない旧株券を回収してこれを記載した新株券を発行する必要があるため、商法三五〇条一項は、会社において、一定の株券提出期間を定め、右期間内に旧株券を会社に提出すべき旨及び提出されない株券は無効となる旨の公告及び株主等に対する通知をしなければならないものとしているのであつて、旧株券は、株券提出期間が経過したのちは株券としては無効のものとなる……しかしながら、株券提出期間内に旧株券を提出しなかつた株主も株主たる地位を失うものではなく、このことは、株券提出期間満了前に、したがつて株式譲渡制限の定款変更の効力発生前に（同法三五〇条二項参照）旧株券の交付を受けて株式を譲り受け、株主の地位を取得していたが、いまだ株主名簿上の名義書換を受けていなかった者についても異なることはない……この名義書換との関係においては、会社は、これを請求する株主が株主名簿に記載されていないことを理由に株主であることを否定して名義書換を拒否することはできないから、株券提出期間経過前に株主となつていた者は、右期間を徒過したためその所持する旧株券が株券としては無効となつたのちであつても、会社に対し、旧株券を呈示し、株券提出期間経過前に右旧株券の交付を受けて株式を譲り受けたことを証明して、名義書換を請求することができる」(株式名義書換請求→認容/棄却)
 - * 会社への権利行使に株券提出が必要な場合は、名義書替えを経ずに権利行使できる
 - 【最判昭 52.11.8 民集 31-6-847】異議催告公告の請求(会社 220)につき肯定**
- ・ 株券不発行会社：株主名簿の名義書換えは会社その他第三者への対抗要件(§130-1)

- * 原則、名簿上の株主と株式取得者が共同請求する(§133-1,2,則 22-1:単独申請可能な場合)
- ・ 特殊な名義書換え
 - * 請求によらない名義書換え(§132) : 株式発行、自己株式取得・処分、株式の併合・分割
 - * 譲渡制限株式の場合(§134) : 承認があるか、指定買取人・一般承継でない請求不可
- ・ 名義書換えの効力
 - * 株主名簿の確定的効力
 - 株式取得者は株主であることを会社に対抗可能
 - 会社は名義人を株主として取り扱えば足りる(原則、株主と取り扱う義務が生じる)
 - * 株主名簿の免責的効力(名義書換えが株券占有、振替口座簿の記載・記録による場合)
 - 権利推定効から、会社は悪意・重過失がない限り、名義人を株主として扱えば免責
 - ←株券不発行・振替制度不適用なら、免責的効力はない
 - * 通知・催告に関する免責
 - 会社は通知・催告を株式名簿記載の株主の住所宛に発すれば足りる(§126-1)
 - 通常到達すべきときに到達したものとみなされる(#2)、株式の共有等(#3~5)
 - * 例外など
 - ・ 名義人が実は無権利者であった場合は、会社は株主として扱わなくてよい
 - ・ 名義書換え前の株主を株主として取り扱うことは許される(但し、無権利者のリスクは会社)
 - ←書換え前・後の両方の権利行使を否認するのは許されない(株主がいなくなる)
 - ←単に会社にとって都合のいい方に権利行使させるなど恣意的だと株主平等原則違反

【最判昭 30.10.20 民集 9-11-1657】名簿書換え前譲受人への株主総会招集通知[S28 才 1430]

「商法二〇六条一項によれば、記名株式の移転は、取得者の氏名及び住所を株主名簿に記載しなければ会社には対抗できないが、会社からは右移転のあつたことを主張することは妨げない法意と解する……従つて、本件においては、訴外遠藤安一郎が訴外菅野与一の被上告会社の株式一〇株を譲り受けたことについて、株主名簿に記載してないことは所論のとおりであるが、それは右譲渡をもつて被上告会社に対抗し得ないというに止まり、会社側においては、株主名簿の書換が何らかの都合でおくれている、右株式の譲渡を認めて譲受人遠藤を株主として取り扱うことを妨げるものではない。そして仮に所論のとおり、会社が遠藤を株主名簿の記載により五〇〇株の株主と認めてこれに株主総会招集の通知を発したものであるとしても、原審は、証拠により、遠藤が昭和一八年一月一日菅野から被上告会社の株式一〇株を譲り受け、その頃被上告会社に名義書換を請求したことを認定しているのであるから、被上告会社が、遠藤を、その所有株数を何程と認めたかは別として、株主と認めてこれに株主総会招集の通知を発したこと及びこれに基き同人が株主総会に出頭したこと自体は、結局において違法ということとはできない」(株主総会決議取消請求→棄却/棄却)

- ・ 会社が名義書換請求を不当に遅延・拒絶すると、会社は株主として扱わなければならない
 - 故意だと、過料を科される場合もある(§976:7)

【最判昭 41.7.28 民集 20-6-1251】名義書換未了と株式譲渡人の地位[S39 才 48]

S34.12.2 被告会社取締役会で S35.2.29pm5:00 の株主名簿記載株主に 1 株宛 2 新株を割り当てる旨決定
 S35.1.28 原告は旧株式 500 株を訴外 A に譲渡、A は 2.16 に株式名義書き換えを請求
 S35.4.25 被告会社の過失で書換えが行われず、原告に 1000 株の新株割当て通知、原告は申込み・払込み
 「思うに、正当の事由なくして株式の名義書換請求を拒絶した会社は、その書換のないことを理由としてその譲

渡を否認し得ないのであり（大判昭 3.7.6 参照）、従つて、このような場合には、会社は株式譲受人を株主として取り扱うことを要し、株主名簿上に株主として記載されている譲渡人を株主として取り扱うことを得ない。そして、この理は会社が過失により株式譲受人から名義書換請求があつたのにかかわらず、その書換をしなかつたときにおいても、同様である」「訴外 A は上告人から譲り受けた株式につき、前記基準日以前に適法に名義書換請求をしたのにかかわらず、被上告会社は過失によつてその書換をしなかつたというのであるから、右株式について名義書換がなされていないけれども、被上告会社は右訴外人を株主として取り扱うことを要し、譲渡人たる上告人を株主として取扱い得ないことは明らかなるところであり、従つて、右基準日に株主であつたことを前提として新株式の交付を求める上告人の本訴請求を排斥した原審の判断は正当」（株式引渡請求→棄却／棄却）

【最判昭 42.9.28 民集 21-7-1970】譲受人の名義書換えの妨害とその地位[S41 才 664]

「譲渡人の捺印のみで記名を欠く裏書により記名株式の譲渡を受けた者が、記名を補充せず、会社に対して株主名簿の名義書換請求をしても、会社はこれに応ずる義務はない。しかし……上告会社は、被上告人らの名義書換の請求に応じてその株券を預りながら、訴外荒川三治（上告会社の代表取締役）と被上告人並びに訴外柳原安造らとの紛争について、荒川の立場を有利にするため名義書換をせず、株券の返還もせず、被上告人らが記名の補充することを妨げているというのであり……右のような事実関係のもとにおいては、上告会社が右記名の欠缺を主張することは、自ら違法に阻止妨害している記名補充権の行使を求めることにより、被上告人または柳原らに不能を強い、誠実に書換をなすべき自己の義務に反するから、右記名の欠缺を主張して株式の名義書換の請求を拒否できない旨の原審の判断は正当」（株主総会決議取消請求→認容／棄却／棄却）

- ・失念株：株式の譲受人が名義書換えの請求を失念している場合(故意の放置も含む)

* 失念中に株主に新株が発行されると、譲受人に対しても譲渡人は株式取得を対抗できる

←会社との関係と、譲渡当事者間の関係を混同しており、不当(学説)

【最判昭 35.9.15 民集 14-11-2146】失念株[S28 才 751]

名義書替えを失念していたため、名義人が新株を引受・払込んで取得したもの。譲受人が名義人に株券引渡を請求→棄却／棄却

「ここに【基準日】現在の株主というは、その日時において実質上株主であるか否かを問わず会社が法的な立場において株主として所遇することのできる者、すなわち株主名簿に登録されていて会社に対抗できる株主という意味であることは疑を容れないところであるから、前示のように上告人先代において前示譲受株式について会社に右日時までに名義書替手続をすることを失念し遂にこれをしていながつたという以上は同人において右株式につき新株引受権を取得するに至らなかつたものであること言をまたないところであり、そして一方前示のとおり右日に株主名簿に登録されていて右新株を引受け払込を了したという被上告人らはそれぞれ自己の権利として本件株式を取得したものと認めざるを得ない。しかして右のような新株引受権はいわゆる株主の固有権に属するものではなく、前示商法の規定に基き株主総会の決議によつて発生する具体的権利に外ならざる具体的な権利をどのような方法で株主に与えるやは前示商法の規定がある以上株主総会の任意に決定できるところであるから、その権利の帰属者を前示のように一定日時において株主名簿に登録されている株主と限定することは毫も差支なく会社の処置として固より適法であり、かかる適法な処置があつた以上は上告人ら先代の被上告人らとの間に本件株式について前示のような譲渡行為があつて、被上告人らから上告人先代に対しいわゆる株主権が移転されたからといつて、前示新株引受権もこれに随伴して移転したものと解すべきではない」

* 対価なく得た新株や配当金は不当利得となる

【最判昭 37.4.20 民集 16-4-860】失念株譲渡人に対する不当利得返還請求[S32 才 628]

「刑事判決において「経済関係罰則ノ整備ニ関スル法律」四条により株券が没収されたときは、没収の効力は右株券に表彰される株主権に及ぶ……本件のように、没収の目的である株券が押収されて検察官に保管されている場合には、没収の判決の確定と同時に没収の効力、換言すれば、株式の国庫帰属の効力（但し、少くとも没収の

言渡を受けた者と国との関係においてである)を生じ」る「本件株券没収の判決確定と同時に、少くとも上告人と被上告人との関係においては、右株券に表彰される株主権は被上告人に移転すると解すべきであるから、上告人が、右判決確定後本件株式につき被上告人に名義書換がなされるまでの間に、株主名簿上の株主として交付を受けた本件利益配当金及び無償交付の新株(またはその売得金)を不当利得として被上告人に返還すべき義務のあることは明らか」(国から被告人への没収後に被告人が交付された株式引渡等請求→認容/棄却)

【最判平 19.3.8 民集 61-2-479】株式分割と新株引受け[H17 受 1996]

原告が被告から株式を譲り受けたが、名義書換えをしなかったため、5倍の株式分割で増えた分を被告が受取り、配当金を得た上、売却代金を得たため、原告が配当金と売却代金の不当利得返還請求をし、認容したもの→認容/変更(売却代金ではなく口頭弁論終結時の市場価格)/変更(売却代金)：判示は売却代金か否かについて

3. 振替決済制度(社債、株式等の振替に関する法律) ←上場株式はすべて振替株式

- ・振替株式の意義(振 128-1)：株券不発行会社の株式で振替機関が取り扱うもの(一部種類も可)

∴株式の譲渡が多数・頻繁となると株券の引渡しが煩雑ゆえ、電子化したもの

H16 改正で保管振替制度から振替株式制度への移行を決定(H21.1 施行)

振 128-1 株券を発行する旨の定款の定めがない会社の株式(譲渡制限株式を除く。)で振替機関が取り扱うもの(以下「振替株式」という。)についての権利の帰属は、この章の規定による振替口座簿の記載又は記録により定まるものとする

- ・振替機関—口座管理機関—加入者の構造で、振替口座簿の記録・記載によって権利を定める
→口座への記載に株券の占有と同様の効果が与えられる

※振替機関は(株)証券保管振替機構、口座管理機関は証券会社

*譲渡：口座の保有欄に記載しないと効力を生じない(振 140)

- ・手続(振 132)譲渡人が振替機関等に単独で申請(減少の記載)

→譲受人の振替機関等に通知され、口座に増加の記載がされる

*質入れも効力発生要件(振 141)、加入者の権利推定(振 143)

*善意取得(振 144)：但し、振替株式総数>振替株式発行総数となるおそれがある

→超過記録があると、振替機関・口座振替機関は消却義務を負う(振 145,146)

→超過が解消するまでは、会社との関係では按分比例で株主権を有する(振 147,148)

→それによる株主の損害は賠償しなければならない(振 147-2,148-2)

- ・会社に対する権利行使：振替機関等から通知されないと会社は誰が株主かわからない

*総株主通知(振 151)：基準日等における通知、その日の全株主の名等を通知する

→これに基づき会社は株主名簿を書き換える(振 152)：この時点で§130の書換えになる

- ・質権者は申出があればその旨が通知されるのみ(振 151-3)

→記録だけが略式質、通知を申し出ると登録質になる

・原則は年2回(振 151-1:1号による基準日、4号による6月経過時)

*個別株主通知(振 154)：少数株主権等を行使するためにするもの(実務上は1週間程度)

→加入者の申出により振替機関が通知→令所定日数以内(4週間)は少数株主権等を行使可能

←少数株主権等(定義：振 147-4)の行使は§130-1 排除=総株主通知なく行使可能(#1)

振 147-4 抄 …株主の権利(会社法§124-1に規定する権利を除く…§154において「少数株主権等」という。)

*特則等

- ・会社による一定の日の株主についての通知事項の通知請求(振 151-8)
 - ・超過記録の場合、議決権は按分され1未満の議決権も認められる(振 153)
- * 全部取得条項付種類株式の取得に係る価格決定の申立て：少数株主権にあたる
→個別株主通知は必要だが、審理終結までにすれば足りる

【最判平 22.12.7 民集 64-8-2003】個別株主通知と少数株主権の行使[H22 許 9]

株式価格決定申立て→却下→抗告：取消→許可抗告：破棄自判（抗告棄却）

振替株式につき、全部取得条項付種類株式の取得にかかる裁判所に対する価格決定の申立てがあり、会社が申立人が株主であることを争ったもの → 個別株主通知は必要か(なお、申立人は申立て後に個別株主通知をしようとしたが、上場廃止のためできなかった)

「会社法 172-1 所定の価格決定申立権は、その申立期間内である限り、各株主ごとの個別的な権利行使が予定されているものであって、専ら一定の日（基準日）に株主名簿に記載又は記録されている株主をその権利を行使することができる者と定め、これらの者による一斉の権利行使を予定する同法 124-1 に規定する権利とは著しく異なるものであるから、上記価格決定申立権が社債等振替法 154-1,147-4 所定の「少数株主権等」に該当する」「振 154 が、振替株式についての少数株主権等の行使については、株主名簿の記載又は記録を株式の譲渡の対抗要件と定める会社法 130-1 の規定を適用せず、個別株主通知がされることを要するとした趣旨は、株主名簿の名義書換は総株主通知を受けた場合に行われるものの、総株主通知は原則として年 2 回しか行われないため（振 151,152）、総株主通知がされる間に振替株式を取得した者が、株主名簿の記載又は記録にかかわらず、個別株主通知により少数株主権等を行使することを可能にすることにある……総株主通知と異なり、個別株主通知において、振替口座簿に増加又は減少の記載又は記録がされた日等が通知事項とされているのは（振 154-3:1,129-3:6）、少数株主権等の行使を受けた会社が、振替株式の譲渡の効力発生要件（振 140）とされている振替口座簿の上記記載又は記録によって、当該株主が少数株主権等行使の要件を充たすものであるか否かを判断することができるようにするためであるから、上記会社にとって、総株主通知とは別に個別株主通知を受ける必要があることは明らか……同じ会社の振替株式であっても、株価の騰落等に伴ってその売買が短期間のうちに頻りに繰り返されることは決してまれではないことにかんがみると、複数の総株主通知においてある者が各基準日の株主であると記載されていたということから、その者が上記各基準日の間も当該振替株式を継続的に保有していたことまで当然に推認されるものではないから、ある総株主通知と次の総株主通知との間に少数株主権等が行使されたからといって、これらの総株主通知をもって個別株主通知に代替させることは、社債等振替法のおよそ予定しないところというべき」「個別株主通知は、社債等振替法上、少数株主権等の行使の場面において株主名簿に代わるものとして位置付けられており（振 154-1）、少数株主権等を行行使する際に自己が株主であることを会社に対抗するための要件であると解される。そうすると、会社が裁判所における株式価格決定申立て事件の審理において申立人が株主であることを争った場合、その審理終結までの間に個別株主通知がされることを要し、かつ、これをもって足りるというべきであるから、振替株式を有する株主による上記価格決定申立権の行使に個別株主通知がされることを要すると解しても、上記株主に著しい負担を課すことにはならない。以上によれば、振替株式についての会社法 172-1 に基づく価格の決定の申立てを受けた会社が、裁判所における株式価格決定申立て事件の審理において、申立人が株主であることを争った場合には、その審理終結までの間に個別株主通知がされることを要する」

第9款 自己株式の取得

1. 自己株式：株式会社が有する自己の株式をいう(§113-4)

§113-4(発行可能株式総数)略 …発行済株式 (自己株式 (株式会社が有する自己の株式をいう。以下同じ。)) …

- ・ 自己株式の取得:会社が自社の発行した株式を取得すること ← 厳密には取得後自己株式になる
←H13.6 改正まで原則禁止、改正後は財源規制等はあるが原則可能
∴会社債権者保護 (実質上、出資の払戻しになり、会社の財産的基盤を損なう)
←取得にあたっての財源規制
- ∴株主間の公平の確保(方法・価格によっては株主間に不平等)
←取得手続における規制
- ∴不公正な株式取引の禁止(相場操縦やインサイダー取引に利用されうる)
←金融商品取引法の規制：開示規制(§24/6,27/22/2)と不正取引規制(§162/2,166)
- ∴会社支配権をめぐる不公正取引の禁止(現経営者の地位保全のための利用のおそれ)
←経営者支配に対する一般的な規制、自己株式の議決権の否定(§308-2)
- ・ 会社法でも禁止されている自己株式取得
 - * 議決権のある株式の全部の取得：1株は社外に議決権のある株式が必要
 - * 自己株式の質受け：H13.6で自由化。但し取得規制の脱法なら禁止
 - * 子会社による親会社株式取得の規制：原則禁止のまま(§135)
∴財源規制が法技術的に困難、取得自体は自己株式取得同様解禁論がある

2. 自己株式の取得許容事由(§155,則 27)：株主との合意に基づく取得は§155:3 該当

§155 株式会社は、次に掲げる場合に限り、当該株式会社の株式を取得することができる

- 1.取得条項付株式の取得/2.譲渡制限株式の取得(譲渡不承認)/3.株主総会決議等に基づく取得(§156-1)
- 4.取得請求権株式の取得/5.全部取得条項付株式の取得/6.譲渡制限株式の相続人等に対する売渡請求
- 7.単元未満株式の買取り/8.所在不明株主の株式の買取り/9.端株(端数処理手続における買取り)
- 10.事業全部の譲受に伴う取得/11.(吸収)合併消滅会社からの承継/12.吸収分割会社からの承継
- 13.則 27 所定の場合(無償取得/他社から配当・残余財産分配として交付/他社の組織変更・合併・株式交換・取得条項付株式取得・全部取得条項付株式取得の対価として交付/他社の新株予約権が定めにより取得される対価として交付/反対株主の株式買取請求(§116-5,469-5,785-5,797-5,806-5)/会社以外の法人との合併による承継/会社以外の法人からの事業全部の譲受/その権利の実行に当たり目的を達成するために当該株式会社の株式を取得することが必要かつ不可欠である場合)

3. 株主との合意による取得：授權決議→取得決定の順に行う。§156,160,165 の3通り

- ・ すべての株主に譲渡の勧誘をして行う取得(ミニ公開買付け：§156~159)
 - * 授權決議(§156-1)：株主総会の普通決議でよい
←剰余金分配が取締役会権限の会社では取締役会で決定可(§459-1:1)←§160の場合を除く
 - ・ 臨時総会決議でも可 ∴配当は年に複数回してもよい
 - ・ 決議事項：取得する株式の(種類と)数・対価の内容と総額・取得可能期間(1年以内)
 - * 取得価格等の決定(§157)：取締役会設置会社は取締役会決議(#2)、非設置は規定なし
 - ・ 取得株式の(種類と)数、対価の内容・数額/算定方法、対価の総額、譲渡しの申込みの期日
←その都度定め、決定ごとに均等(#1,3)

- ・株主に通知(対象外の種類株主は不要)、公開会社では公告で足りる(§158)
- * 譲渡しの申込み(§159) : 期日に株主の申込みがあると会社はみなし承諾(#1)→取得
- ・ 申込総数 > 取得総数なら按分した数(1未満切り捨て)のみみなし承諾(#2)→取得
- ・ 特定の株主からの取得(§160~164) ←株主間の機会の平等に反するため、手続が慎重
- * 授権決議(§156-1) : 特別決議(§309-2:2)、§160-1 所定事項も定める
 - §160-2,3 の手続を踏む場合を「株主との合意による相対取引」という
- ・ 株主への通知を特定の株主に対して行う旨を定める(§160-1)
 - ←株主は自分も特定の株主に加えたのを議案とするよう請求可(#3,則 29:原則 5日前まで)
 - ←この請求が可能なることを株主に通知必要(#2,則 28 原則 2週間前まで)
- ・ 特定の株主は議決権行使不可(#4)、§158 の通知はこの特定株主だけにする(#5)
- * §160-2,3(売主追加請求権)不適用の場合
 - ・ 市場価格以下の価格 (§161) : 他株主はいつでも売却でき、経済的損害もない
 - ・ 相続等一般承継で取得した株式の取得(§162) : 非公開会社の閉鎖性の維持
 - ←公開会社・一般承継人が議決権を行使した後は適用される
 - ※相続人等に対する売渡請求(§174-177)は譲渡制限株式なら公開会社でも可能
 - ・ 定款による排除(§164) : 株式発行後の定款変更には、対象株主全員の同意が必要(#2)
 - ・ 銀行等保有株式取得機構からの取得(銀行株式保有制限法§40 : 他に§309-2:2 も排除)
- * 子会社からの株式の取得(§163) : 手続が簡略化される : 子会社の親会社株式保有の早期解消
 - ・ §157~160 は不適用、取締役会設置会社では取締役会決議で授権決議(§156-1)できる
- ・ 市場取引等による株式の取得(§165)
 - * 手続の簡略化 : 授権決議は定款で取締役会決議に変更可、§459-1:1 による修正も可
 - §165-1 §157 から§160 までの規定は、株式会社が市場において行う取引又は金融商品取引法§27/2-6 に規定する公開買付けの方法【=市場取引等】により当該株式会社の株式を取得する場合には、適用しない
 - #2 取締役会設置会社は、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によって定めることができる旨を定款で定めることができる【→#3 : 授権決議が取締役会で可能になる】
- ・ 手続規制違反の自己株式取得の効果
 - * 従来判例 : 無効
 - ・ 無効の主張は会社側しかできない(:会社保護のための規制だから)
 - ←限定すべきでない : 有力(:会社の違法取得禁止)
 - ・ 譲渡人善意なら会社は無効を主張できない
 - 【東京高判平 1.2.27 判時 1309-137】 株式譲渡人は無効主張できない
 - 【最判平 5.7.15 判時 1519-116】 持分譲渡人は無効主張できない(有限会社)
 - 要旨「有限会社の自己持分の取得禁止規定違反による取得の無効は、これを譲渡人から主張することができない」
 - 【最判昭 43.9.5 民集 22-9-1846】 自己株式の質受は原則無効
 - * 刑事罰 : 会社財産を危うくする罪(§963-5:1)
 - ・ 取締役らが不正に自己株式を取得 : 5年以下懲役・500万円以下罰金・同併科
 - §963-5:1 何人の名義をもってするかを問わず、株式会社の計算において不正にその株式を取得したとき

* 損害を会社に与えると役員等の会社に対する損害責任を生じる(§423)

【大阪地判平 15.3.5 判時 1833-146】 損害は取得価額と取得時の時価の差額(未処分の例)

【最判平 5.9.9 民集 47-7-4814】 子会社による親会社株式の取得[H1 才 1400]

三井鉱山株高値買戻損害賠償訴訟：取締役責任追及(取締役に対する会社への 1 億円損害請求)→被告 6 名(代取ら) 1 億円認容、他被告棄却→被告控訴棄却→上告棄却

S50.12.3 親会社(全株所有)三井鉱山(株)が子会社三井三池開発(株)に戸栗亨から三井鉱山の 1550 万株を言い値で買取り、三井鉱山関連会社にそれより安値で売り渡すよう指示

S50.12.25 指示通り戸栗から 82.15 億円で本件株式の売買契約を締結、株券の引渡しを受ける
→S51.11.30 までに代金全額を支払う

S51.1~3 月 本件株式を複数の三池鉱山関連会社に 46 億 6340 万円で売渡す

○完全子会社が親会社の株式を取得することは自己株式の取得にあたるか(商 210→現§155)

「甲株式会社が同社のすべての発行済み株式を有する乙株式会社の株式を取得することは、商法(昭和三十六年法律第七四号による改正前のもの)二一〇条に定める除外事由のある場合又はそれが無償によるものであるなど特段の事情のある場合を除き、同条により許されないものと解すべきである。けだし、このような甲株式会社による乙株式会社の株式の取得は、乙株式会社が自社の株式を取得する場合と同様の弊害を生じるおそれがある上、このような株式の取得を禁止しないと、同条の規制が右の関係にある甲株式会社を利用することにより潜脱されるおそれがあるからである」

○無効な株式売買で完全子会社に生じた損害がそのまま親会社に生じた損害になるか

「以上の事実関係によれば、三池開発の資産は、本件株式の買入価格 82 億 1500 万円と売渡価格 46 億 6340 万円との差額に相当する 35 億 5160 万円減少しているのであるから、他に特段の主張立証のない本件においては、三池開発の全株式を有する三井鉱山は同額に相当する資産の減少を来しこれと同額の損害を受けたものというべきである。また、三井鉱山の受けた右損害と三池開発が本件株式を取得したこととの間に相当因果関係があることも明らかである。したがって、本件株式の取得により三井鉱山が 35 億 5160 万円の損害を受けたとする原審の判断は、結論において是認することができる」

4. 財源規制：原則として、取得対価は分配可能額を超えてはならない

・ 剰余金の配当等に関する責任—配当等の制限による規制(§461)

* 取得対価の帳簿価額の総額は(効力発生日の)分配可能額以下に限る(#1)

・ 分配可能額 = 剰余金 + 利益等 - 自己株式の帳簿価額・損失等(#2)

・ 自己株式取得の種類に応じた規制根拠

* §461 によるもの → 業務執行者等が填補責任を負う(§462) ∴取締役の判断が大きい

2.譲渡制限株式の取得(譲渡不承認)/3.株主総会決議等に基づく取得(§156-1)/5.全部取得条項付株式の取得

6.譲渡制限株式の相続人等に対する売渡請求/8.所在不明株主の株式の買取り/9.端株の買取り

* 個別の取得手続中の規制によるもの ∴予め要件が規定/株主が請求するため

1.取得条項付株式の取得【§170-5=効力不発生】/4.取得請求権株式の取得【§166-1 但=取得請求不可】

* 規制がされていないもの：§116-5の反対株主の株式買取請求のみ§464で填補責任あり

・ その他の大半は財源規制が不要なもの

7.単元未満株式の買取り/10.事業全部の譲受に伴う取得/11.(吸収)合併消滅会社からの承継

12.吸収分割会社からの承継/13.則 27 所定の場合(無償取得/他社から配当・残余財産分配として交付/他社の組織変更・合併・株式交換・取得条項付株式取得・全部取得条項付株式取得の対価として交付/他社の新株予約権が定めにより取得される対価として交付/反対株主の株式買取請求(§116-5,469-5,785-5,797-5,806-5)

／会社以外の法人との合併による承継／会社以外の法人からの事業全部の譲受／その権利の実行に当たり目的を達成するために当該株式会社の株式を取得することが必要かつ不可欠である場合)

- ・ §461 による財源規制に違反した自己株式取得の効果
 - * 無効 : 法令違反だから (←有効説もある : 取締役が填補責任を負うから)
 - * 剰余金の配当等に関する責任 (§462) : 帳簿価額に相当する金銭を連帯して支払う
 - ・ 当該行為により金銭等の交付を受けた者 (= 自己株式を譲渡した株主) (§462-1 柱書)
←会社債権者は直接自己に払うよう請求可 (§463-2、但し自己の債権額が上限)
 - ・ 業務執行者・議案提案取締役 (§462-1 柱書・各号)
←無過失証明で免責 (#2)、免除禁止・当時の分配可能額までなら総株主同意で免責 (#3)
→分配可能額超過につき善意の株主への求償は制限される (応じる義務がない、§463-1)
 - ・ 反対株主の買取請求に応じた業務執行者の責任 (§464) : 分配規制額超過額のみを支払責任
 - * 対象 : §116-1 の反対株主の株式買取請求のみ
←無過失証明で免責 (#1 但書)、免除は総株主同意 (#2)
 - ・ 期末に欠損が生じた場合の責任 (§465) → 期末に欠損が生じそうなら自己株式取得は禁止
 - * 対象 : §461, 166-1 但, 170-5 で分配可能額規制がされているもの
 - * 効果 : 当該職務を行った業務執行者は超過額を支払う義務を負う
←無過失証明で免責 (#1 但書)、免除は総株主同意 (#2)

5. 自己株式の保有

- ・ 保有は無期限
- ・ 共益権 : 議決権はなく (§308-2)、他の共益権もない (解釈)
- ・ 自益権 : 剰余金配当 (§453) ・ 残余財産分配請求権 (§504-3 括弧書) はない
 - * 募集新株・新株予約権の株主割当は受けられない (§202-2, 241-2, 186-2, 278-2)
 - * 取得条項付株式や全部取得条項付株式の取得時の取得対価もない (§170-2, 171-2)
 - * 株式併合・株式分割は受ける権利がある (§182, 184-1)
- ・ 計算 : 純資産の部の控除項目 (計算規則 76-2:5) → 資産性がなく、分配可能額に含まれない
- ・ 消却 (§178) ・ 処分 (§199 以下) 可能だが、後者は新株発行同様の規整あり

第2節 資金調達

第1款 株式会社の資金調達手段

1. 内部資金と外部資金

* 多くは契約である。但し、(出資を伴う) 設立は合同行為である

- ・ 内部資金：利益の内部留保、減価償却費。儲からないと増えない。
- ・ 借入れ、企業間信用：手間がかからないが、コストは高い
- ・ 株式発行・社債発行：銀行借入れより安上がり・広く多数の者から巨額の資金調達が可能
 - ← 株式・社債の有価証券化 ∵ 多数の者から資金調達をするから
 - ← 資金提供者間の利害の合理的調整 (株主・社債者・銀行・既存株主等との内部・相互調整)
- ・ 社債：会社の債務ゆえ、元本の償還と利息の支払いが必要。社債管理者制度や社債権者集会制度がある。元利金の支払いの内容はその都度決められる。倒産しない限り返済・利息がある
- ・ 株式：債務ではないが、配当額決定など経営参加権・経営監督権がある。払込金額の規制等新株発行規制がある。出資金返還義務は原則としてなく、倒産すると紙切れだが高配当もありうる。
 - * 株主の責任は間接有限責任 (§104: 株式引受価額が限度、実際は出資金を返還されないだけ)、

2. 金融商品取引法

- ・ 投資者の保護のため、重要事項開示の強制・株式や社債の不正取引の禁止をするもの

第2款 新株発行

1. 授権株式制度：定款に定める発行可能株式総数の範囲内で、取締役会決議等で適宜株式を発行できるようにするもの（§37）。ただし、総数の1/4は発行済みである必要があり、それに反する定款変更はできない（§37-3,113-3。非公開会社は無限定）
 - ∴発行のつど株式総会を開くと、時間がかかってしまうが、無限定では濫用のおそれがあるから例外）既存株主に不利益（払込金額が有利）な場合は株主総会必要（§199-3,200-1,201-1）。
 - 非公開会社では株主割当てを除き常に株主総会必要（§201-1）←特別決議である（309-2）
- ・発行済み株式総数が減少した場合（株式の消却など）→既存株主の持分比率低下の限度を定めるものと解すると発行可能株式総数は減少せず、再度発行できる
 - 【最判昭 37.3.8】授権株式数の増加を定める条件付決議も認められる
 - 授権株式数が増加するときの発行可能株式総数を基準に4倍までとするから、発行可能株式総数が現実に発行済となったときに効力を生ずるという条件は認められる。
2. 会社法の規制：募集株式の発行等（2章8節1款、§199-213）
 - ・新株発行と自己株式の処分を募集株式（申込をした者に割当てる株式）の発行等でまとめて規制
 - ∴いずれも、社外株式数を増大させ、資金を調達する点では同じだから。
3. 特殊の新株発行：通常の新株発行以外の新株発行をいう
 - 例）取得請求権種類株式・取得条項付種類株式の取得で新株を対価とする場合、株式分割、株式無償割当て、新株予約権の行使、吸収合併・吸収分割・株式交換等
 - 既存株主の保護が既になされており、新たな金銭等の出資がない場合が多い。
4. 新株発行の方法
 - ・株主割当て：新株を既存の株主に発行する場合。§202でゆるい規制で実行可能
 - 既存株主にその持株割合に応じて発行すると、持分比率の低下も経済的損失も被らない
 - ∴払込額だけ株の経済的価値の総額が増えるから。公募・第三者割当てでは持分比率が低下し（持分の希薄化・希釈化）、公正な価格でない限り株の経済的価値が低下する。
 - ・公募：新株を不特定多数の者の引受けを募って発行する場合
 - ・第三者割当て：新株を特定の者（通常1名）に発行する場合→§205総株引受けによる
 - ・手続：募集事項の決定・公示→申込み→割当て→引受け→出資の履行→効力発生

第3款 新株発行の手続－募集事項 (§199～202)

1. 募集事項の内容 (§199-1)

- ・募集株式の数・払込金額又は算定方法(公開会社では公正な価額による払込みを実現するために適当な払込金額の決定の方法でよい: §201-2)・出資の目的が財産以外のときはその財産の内容・価額・払込等の期日又は期間・新株発行では増加する資本金・資本準備金の定め
←募集ごとに均等でなければならない (§199-5)

2. 募集事項の決定方法＝非公開会社の場合

- ・株式総会の特別決議が必要、有利発行の場合は取締役の説明義務 (§199-2,3、309-2-5)
 - * 株主割当てが原則で、持分比率の低下や経済的損失を与える場合は特別決議が必要
∴非公開会社では、株主構成が重要なため全株式に譲渡制限をかけている
←旧商法では「株式譲渡制限会社での株主の新株引受権」といった
 - 種類株主総会の特別決議を要する場合 (§199-4)
 - ・種類株式発行会社で譲渡制限株式を発行する場合(公開会社でも省略不可)
 - 取締役又は取締役会に委任できる場合 (§200)
 - ・事前に株主総会(+種類株主総会)の特別決議を得ていること (§200, 309-2-5)
←有効期間1年、募集株式数の上限・払込金額の下限も決定、総会時の有利発行の説明義務
- ・特別決議を経ないと、有利発行では無効事由でないが、第三者割当てでは無効事由となる
【横浜地判平 21.10.16】会社法でも特別決議を経ない株主割当て以外の新株発行は無効

3. 公開会社の場合の例外 (§201)

- ・取締役会の決議でよい(#1) ∴公開会社では持分比率低下は定款の発行可能株式総数で制限
→業務執行に準じる位置づけ(組織法上の行為だが、機動的資金調達の方が優先される)
 - * 委員会設置会社では執行役に委任可能 (§416-4)
- 例外)有利発行の場合は株主総会の決議が必要。種類株主総会も省略不可。
- ・株主に対する募集事項の通知又は公告又は金商法の届出が必要(#3,4,5)
∴既存株主の差止めの機会を保障するため(非公開会社では総会決議が必要なので通知不要)

4. 株主割当ての場合 (§202)

- ・特徴: 手続が簡便で株主に持分比率の低下も経済的価値の低下ももたらさない
←但し、引受が困難なほど不当な払込額を設定すると著しく不公正になりうる
- ・募集事項のほか、株主が募集株式の割当てを受ける権利を与える旨と申込の期日を定める(#1)
- ・割り当てられる株式は所有する株式の数に応じるが、端数は切り捨て(#2)
- ・決定機関: 定款の定めがあるか公開会社では取締役(会)、それ以外は株主総会の特別決議(#3)
→一部の種類株主に損害を及ぼす恐れがあれば、種類株主総会の特別決議が必要 (§322-1:4)
→定款で排除可能 (§322-2)だが、反対株主の株式買取請求権が生じる (§116-1:3-二)
- ・株主に対する通知義務(募集事項、募集株式の数、期日。#4)
- ・有利発行の説明義務、種類株主総会の決議、取締役会への委任・公開会社の特例は不適用(#5)

5. 有利発行の基準

【最判昭 50.4.8】 有利発行の差額返還請求（横河電気） [27000380]

引受人への株主代位請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

35/8/24 取締役会：新株 1690 万株発行、うち 150 万株公募

36/1/9 証券会社 2 社の引受け決議（各 75 万株×320 円、ただし手数料 9 円支払い）

※前日の終値は 365 円、37/2/14 にはその 2 倍以上に急騰。

※前日・前一週間、前一カ月の終値平均の平均から配当差を引いた 355.74 円から、急騰後急落することが多いこと、少し安くないと新株を引き受けるメリットがなく消化しないことから 320 円としたもの（証券会社提案）

「普通株式を発行し、その株式が証券取引所に上場されている株式会社が、額面普通株式を株主以外の第三者に対していわゆる時価発行をして有利な資本調達を企図する場合に、その発行価額をいかに定めるべきかは、本来は、新株主に旧株主と同等の資本的寄与を求めるべきものであり、この見地からする発行価額は旧株の時価と等しくなければならないのであつて、このようにすれば旧株主の利益を害することはないが、新株を消化し資本調達の目的を達成することの見地からは、原則として発行価額を右より多少引き下げる必要があり、この要請を全く無視することもできない。そこで、この場合における公正発行価額は、発行価額決定前の当該会社の株式価格、右株価の騰落習性、売買出来高の実績、会社の資産状態、収益状態、配当状況、発行済み株式数、新たに発行される株式数、株式市況の動向、これらから予測される新株の消化可能性等の諸事情を総合し、旧株主の利益と会社が有利な資本調達を実現するという利益との調和の中に求められるべきものである」「客観的な資料に基づいて前記考慮要因が斟酌されているとみることができ、そこにおいてとられている算定方法は前記公正発行価額の趣旨に照らし一応合理的であるというを妨げず、かつ、その意見に従い取締役会において決定された右価額は、決定直前の株価に近接しているといふことができる。このような場合、右の価額は、特別の事情がないかぎり、商法二八〇条ノ一に定める「著しく不公正ナル発行価額」にあたるものではないと解する」

【東京高判昭 46.1.28】 公正な発行価額から 1 割程度低いだけでは特に有利とはいえない

【東京地決平 1.7.25】 一時的に株価が高騰しているときは一定期間の平均値等を基準とする

【東京地決平 16.6.1】 宮入パルプ事件 [28092261]

新株発行差止め仮処分→一審：認容

発行株数 2400 万、うち発行済 1630 万、債権者持分約 600 万（4 者）

4/27 債権者が 6 月の株主総会での取締役 5 名、監査役 1 名の選任の株主提案書送付

5/18 取締役会：第三者割当(770 万株×393 円)、6/3 払込、基準日 6/4 → 5/19 新聞に新株発行公告

←類似業種算定法 252.25 円、絶対評価基準 338 円、3/31 まで 6 カ月平均 589 円の平均

（このあと、株価が急騰しており、直近 6 箇月平均の 90%は 650 円）

高騰が債権者らの株式取得による部分があるが、「債権者らは債務者への経営参加や技術提携の要望を有しており、債務者に対する企業買収を目的として長期的に保有するために株式を取得したものであることが窺われ、本件全証拠を精査しても、債権者らが不当な肩代わりや投機的な取引を目的として株式を取得したものと認めるに足りる資料はない」し、平 16 に入って以降 500 円以上で推移しているから、「債務者株式の株価の上昇が一時的な現象に止まると認めることはできない」から「本件において、公正な発行価額を決定するに当たって、本件新株発行決議の直前日である平成 16 年 5 月 17 日の株価、又は本件新株発行決議以前の相当期間内における株価を排除すべき理由」はなく「本件発行価額 393 円は、公正な発行価額より特に低い価額すなわち「特二有利ナル発行価額」といわざるを」えず、特別決議がないから違法。

【東京高判昭 48.7.27】 提携目的の場合、提携による効果が株価に反映される前の株価でよい（ソニー・アイワ事件）

第4款 新株発行の手続－割当て・出資履行等（§203-209）

1. 申込み（§203）

- ・ 株式会社は引受けの申込みをしようとする者に対し一定の事項を通知する（#1）
←金商法の目論見書等を交付すれば省略可（#4）
- ・ 申込者は株式会社に氏名・名称及び住所・引き受けようとする株式の数を書面で通知する（#2）
←電磁的方法でも可（#3）、1項の通知事項に変更があったときの会社の通知義務（#5）、会社から申込者への通知・催告の際の住所の利用（#6,7）
- ・ 大規模な会社では、払込金額と同額の申込証拠金を添えるのが実務

【最判昭 45.11.12】 利息を付さない申込証拠金の定めは有効[27000674]

「現行法上は、株主は法律上当然には新株引受権を有していないのであるから……新株引受権の付与、新株発行条件の決定等は、原則として取締役会の決議に委ねられている……会社が、取締役会の決議により株主に新株引受権を付与するにあたり、その新株引受権の行使に条件を付することは、その条件が不法ないし不合理なものではなく、かつ、それが法定の期間内に各株主に通知されるかぎり、許される」新株発行の際に払込期日前に失権株を確定させるため「必要最少限度の期間を見込み、払込期日より若干前の日を申込期間の末日と定め、株主がその新株引受権を行使する条件として、株式申込の際に払込金額と同額の申込証拠金を添えることを要求することは、実際上その必要があるばかりでなく、それ自体不当ないし不合理なものということとはできない……これに利息をつけないとすることも、その期間が右のように短いものであるかぎりは、利息をめぐる事務処理に伴う著しい煩を避ける方法として、必ずしも不当なものとはいえず、かつ、その定めが各株主に通知されている以上、株主はその趣旨を了知したうえで株式の申込および申込証拠金の払込をするものと認められるから、これを違法とすることはできない。したがって、右のいずれの措置も法律上許される」

2. 割当て（§204）

- ・ 申込者のうちから、割当てを受ける者・割当て数を決められる（#1）
←割当自由の原則がある（解釈）が、支配権の維持を図るなどすると不公正な方法になりうる
←譲渡制限株式の場合、株主総会特別決議または取締役会で決定する（定款で排除可能、#2）
- ・ 払込期日の前日までの通知義務（#3）、株主割当てで申込まない株主の失権（#4）

3. 総株引受け（§205）→ §203,204 は適用されない（#1）

- ・ 募集株式を引き受けようとする者がその総数の引受けを行う契約を締結する場合
- ・ 譲渡制限株式の場合、契約は取締役会の承認（非設置は株主総会の特別決議）が必要（#2）

4. 引受け（§206）

- ・ 割り当てられた株式（総株引受けなら引受けた数）について、申込人は株式引受人となる

5. 支配株主の異動を伴う場合の特則（§206/2）

- ・ 引受人が株主となると、支配株主（議決権 50%超）となる場合 ※株主割当（§202）等を除く
* 株主に対し特定引受人の氏名等を通知・公告する（#1,2 ← 例外：#3）
* 10%超の株主が反対すれば、株主総会の承認決議が必要（#4、変形普通決議=#5）

6. 現物出資（§207）

- ・ 検査役の必要的選任と価額が不当な場合の裁判所の変更決定とそれの場合の処理（#1-8）
←適用除外（#9-10,1-2号：量的軽微、3-4号：市場価格・価額証明、5号：会社の金銭債務）
←会社の金銭債務の新株への転換をデット・エクイティ・スワップという（主に再建目的）

※デット・エクイティ・スワップ：債権株式交換(Debt-Equity-Swap)

7. 出資の履行 (§208)

- ・ 引受人は募集事項所定の期日又は期間内に、会社の定める銀行等払込の取扱いの場所で払込金額の全額を払い込まなければならない(#1)。現物出資では全部を給付しなければならない(#2)
←引受人は払込・給付は会社に対する債権と相殺できない(#3)

※会社からの相殺は可能。現物出資の規制の下、デット・エクイティ・スワップでなら可能
←出資の履行をしないと失権する(#5)

- ・ 権利株（出資の履行で募集株式の株主となる権利）の譲渡：株式会社に対抗できない（#4）

8. 株主となる時期 (§209)

- ・ 募集事項の規定が払込期日の場合は当該期日、期間の場合は出資の履行をした日

※自己株式の処分の場合の株券交付の特則(§128-1 但書,129)

→株券を交付しなくても効力発生、遅滞なき株券交付義務（非公開会社は引受人の請求必要）

- ・ 仮装履行の場合の処理(#2,3)：株主の権利を行使できないだけ

#2 募集株式の引受人は、第二百十三条の二第一項各号に掲げる場合には、当該各号に定める支払若しくは給付又は第二百十三条の三第一項の規定による支払がされた後でなければ、出資の履行を仮装した募集株式について、株主の権利を行使することができない

#3 前項の募集株式を譲り受けた者は、当該募集株式についての株主の権利を行使することができる。ただし、その者に悪意又は重大な過失があるときは、この限りでない

* 出資の履行を仮装した募集株式の引受人の責任(§213/2)

* 出資の履行を仮装した場合の取締役等の責任(§213/3)

9. 登記：2週間以内に資本金・発行済株式総数の変更登記を要する(§915,911-3:5,9)

10. 無効・取消しの制限 (§211)

- ・ #1：引受けの申込み・割当て・総株引受けの意思表示

→適用除外：民法 93 条但書・94 条 1 項（心裡留保・虚偽表示で無効となる場合）の不適用

- ・ #2：株主になって1年経過後又は株式について権利を行使した募集株式の引受人

→適用除外：錯誤・詐欺・脅迫の主張禁止

第5款 新株発行の手続－株式発行の瑕疵

1. 新株発行効力発生前の措置：募集株式の発行の差止め(§210)

∵効力発生前は瑕疵があれば広く差止めを認めても不都合がないため

- ・要件①：新株発行・自己株式処分が法令・定款違反又は著しく不公正な方法により行われる場合
例：資金調達が必要なのに取締役が特定者に多数の新株を割り当てる場合（公正な価格でも対象）
- ・要件②：株主が不利益を受けるおそれがあること（持分比率低下 or 経済的価値の低下）
 - * 訴訟でも可能。その場合、発行差し止めの仮処分も可能（民事保全 23-2）
 - ・仮処分だけで実質的に目的を達するため、満足的仮処分といい、審尋を要する(民執§23-2,4)
 - ・仮処分での被保全権利は§210に基づく新株発行差止請求権
- ・基準：主要目的ルール…支配権維持が主要な目的 or 特定株主の持ち株比率の著しい低下を認識しつつ、それを正当化するだけの合理的な理由がない場合→不公正発行
 - * 不利益の判定：看過できない持分比率低下でもよい。比率自体は小さくなくても、多数派株主の出現で影響力の低下が著しい場合は不利益といいうる
 - * 正当化する合理的理由：会社発展のための提携に必要ななど

【東京地決平 1.7.25】新株発行差止め仮処分認容（忠実屋） [27804701]

忠実屋といないげやが買収に対抗して相互に有利な価格で新株発行をしたもの。法令違背かつ不公正とされた。

「株式会社においてその支配権につき争いがある場合に、従来の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され、それが第三者に割り当てられる場合、その新株発行が特定の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものであるときは、その新株発行は不公正発行にあたるというべきであり、また、新株発行の主要な目的が右のところにあるとはいえない場合であっても、その新株発行により特定の株主の持株比率が著しく低下されることを認識しつつ新株発行がされた場合は、その新株発行を正当化させるだけの合理的な理由がない限り、その新株発行もまた不公正発行にあたるというべきである」

【東京地決平 20.6.23】新株発行差止仮処分認容（株式会社クオッツ） [28141639]

19.4.23 取締役会：マカオ投資資金調達のため、無担保転換社債型新株予約権付社債を発行

19.5.10 この日までに NEP が 45 億円を払込（社債 1 億×45 本、繰り上げ償還、新株予約権付 35 円）

19.6.1 45 億円のうち費用を除き、40 億をマカオ投資に、残 1.6 億を運転資金に充当した

19.7 中旬 までに NEP が 5 億円分を普通株式に転換→モルガンスタンレーの名義で 8,614 千株所有

19.9 社債繰上償還事由の発生（普通株式売買高が連続 5 営業日 1,000 万円を下回る）

19.12.4 NEP が 30 億円の償還を請求

19.12.25 取締役会：D,E,F,G 取締役の要求で B 代表取締役辞任→E 取締役が代表に

20.2.25 取締役会：A,B,C,D 取締役の解任決議で代表を E→D へ、E,F,G に取締役辞任勧告決議

～20.3.21 NEP が債権者株式 21,127 株を仮差押え、A,B,C の辞任、E,F,G の常勤化、30 億円の返済計画

20.3.28 債務者が返済計画通知、20 億円の第三者割当を表明

20.4.11 NEP が 30 億円の償還期日を 4.30 まで延期→4.30 償還について話し合うが内容で紛争

20.5.8 NEP が社債償還請求を東京地裁に提起、DEFG と返済計画を交渉するが決裂

20.5.20 NEP が社債の残 10 億円の繰上償還(8/14)を請求、5/21-22 返済計画についての債務者提案 NEP 拒絶

20.5.23 取締役会：6.27 に株主総会、EFG 解任、I 選任を提案予定、新株引受先に議決権付与を予定

20.6.9 取締役会：代表 D 辞任→A へ、新株発行承認（ABCD 賛成、4444.4 万株×9 円、2 社へ 50%ずつ）

発行済株式 2 億 2803 万 6156 株ゆえ筆頭株主が 3.78%なのに、この 2 社が 9.26%、8.16%を占めてしまう
債務者は 1.71%で 5 位だが、1.43%で 7 位に転落する（総会出席率は議決権ベースで 41%）

20.6.13 社債償還請求訴訟の第1回口頭弁論：債務者は償還期日来を主張

不公正：支配権争いが決定的で、株主構成、株主総会出席率からして多数派を構成できる→「債務者の本件新株発行は、会社の支配権につき争いがある状況下で、既存の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され、それが第三者に割り当てられる場合であって、かつ、それが、成否の見通しが必ずしもつかない反対派取締役の解任が議案となっている株主総会の直前に行われ、しかも、予め反対派取締役を解任する旨の会社提案に賛成することを表明している割当先に会社法124条4項に基づき議決権を付与することを予定しているというのであるから、他にこれを合理化できる特段の事情がない限り、本件新株発行は、既存の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものであると推認」でき「債務者において資金調達の一般的な必要性があったことは否定できないものの、これを合理化できる特段の事情の存在までは認められず、本件新株発行は、既存の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものであると認めるのが相当」ゆえ「本件新株発行は著しく不公正な方法によるもの」

不利益：「会社法上、公開会社（会社法2条5号）においては、授權資本制度の下で（同法37条、113条）、取締役会に認められた経営判断の行使として、第三者割当てによる募集株式の発行をすることができ（同法201条1項）、その結果、既存の株主の持分比率が低下しても、それによって直ちに株主が不利益を受けるものということとはできない。しかし、会社の支配権につき争いがあり、既存の株主の持株比率に重大な影響を及ぼすような数の新株が発行され、それが第三者に割り当てられる場合に、その新株の発行が既存の株主の持株比率を低下させ現経営者の支配権を維持することを主要な目的としてされたものと認められ、従前の株主構成と比較して、既存の株主に看過できない持分比率の低下があると認められるときは、当該株主は不利益を受けるものといえる」割合の低下それ自体は一般的には大きくないが「債務者の従前の株主構成と異なり、事実上多数派を構成する株主が出現することから、債権者の影響力が著しく低下することにつながることは明らか……既存の株主である債権者にとって、従前の株主構成と比較して、看過できない持分比率の低下がある……本件新株発行により、株主である債権者が不利益を受けるおそれがある」債権者は債務者が株の34.40%を有し、名義を書き換えれば議決権を行使できないが「本件総会において議決権を行使できないとしても……本件新株発行により、既存の株主である債権者にとって、看過できない持分比率の低下があるのであり、さらに、会社の支配権が争われている中で、現時点において本件新株発行を差し止めておかなければ、債権者の反対する経営者による会社の支配権が確立されてしまい、債権者が議決権を将来行使しうる状態になったとしても、前記のような影響力の低下をその時点において是正することは著しく困難となる」から不利益を生じる

・ 差し止め却下

【大阪地決平 2.7.12】新株発行禁止仮処分却下[27807522]

「本件新株の発行は、被申請人の具体的な資金調達の必要に基づくものであり、その決定過程も特に不自然、不合理ではないというべきである。ただ、被申請人と相生産業との間の業務提携の具体的な内容、その将来性、それに対する経営判断等については、不明の部分もあるが、それらは、発行価格が公正なものである以上、原則として被申請人の取締役会の判断に委ねられているものというべきである」

【東京地決平 16.7.30】【東京高決平 16.8.4】ベルシステム事件（却下）[28092266-7]

1/15,1/30（臨時）取締役会：この直前に債権者代表者から経営に付いて申入れ

5/28 31 までに将来の成長戦略の提示を求める

6/3 過半数の役員派遣を伝える→6/4,22,7/2にも同様の折衝

7/16 取締役会の通知到着。重要事情計画について詳細問い合わせるも返答なし

7/20 債務者取締役会：520万株×20,050円(50%資本準備金)、第三者割当、期日8/5の新株発行決議

←株数は発行済み株式の106.2%、債権者は39.2→19.0%に持分比率が低下

←これはソフトバンクとの提携のためで、そのために1280億円が必要だった

一審「本件新株発行の検討に先立ち、債務者代表者らが自らの支配権維持の意図を有していたこと、本件業務提

携に係る事業計画がこのような意図に起因したものであることは否定できないものの、本件業務提携に係る事業が約1280億円の規模で実行されつつあり、本件新株発行によりそのうち約1030億円が調達され、当該事業のために現実に投資される予定であること、事業計画には一応の合理性が認められ、債務者には相当額の営業利益増が見込まれていることを考慮すると、少なくとも本件新株発行の決議時点において、本件新株発行が債務者の現経営陣の支配権維持を主要な目的とするものであったこと、すなわち、本件新株発行がそのような不当な目的を達成する手段として利用されたものであると一応認めることはできない

高裁：事業計画はSBから提案されていること、営業利益増や企業価値増大の見込みがあることから事業計画の合理性を認め「本件事業計画のために本件新株発行による資金調達の必要性があり、本件事業計画にも合理性が認められる本件においては、仮に、本件新株発行に際し相手方代表者をはじめとする相手方の現経営陣の一部において、原告人の持株比率を低下させて、もって自らの支配権を維持する意図を有していたとしても、また、前記記載の各事実を考慮しても、支配権の維持が本件新株発行の唯一の動機であったとは認め難い上、その意図するところが会社の発展や業績の向上という正当な意図に優越するものであったとまでも認めることは難しく、結局、本件新株発行が商法280条ノ10所定の「著しく不公正ナル方法」による株式発行に当たるものということとはできない」

2. 新株発行効力発生後の措置①：新株発行・自己株式処分の無効の訴え(§828:2,3、形成訴訟)

∴法律関係の安定の要請から、訴え以外での無効主張を禁じ、対世効・将来効を認めたもの

- ・出訴期間：効力発生日から6箇月（非公開会社は1年）以内

【最判平6.7.18】出訴期間経過後は新たな無効事由を追加主張できない

- ・原告適格：当該株式会社の株主等（取締役、清算人、監査役、執行役）
- ・被告：新株発行・自己株式の処分をした株式会社(§834:2,3)
- ・効果：対世効(§838)、遡及効の否定(§839)。当該株主に払込金額/現物出資相当額の金銭を支払い、株券発行会社では株券の引換返還請求権がある(§840-1,841-1、2,3:判決確定後6箇月以内の会社・株主の申立てによる金額の増減、4-6:質権の扱い、841-2→840-2~6 準用)
※資本金・資本準備金は当然には減少しない（株主総会で資本金減少の決議が必要）
- ・無効理由：授權株式数超過、定款に定めのない種類株式、差止め仮処分無視など重大な瑕疵
∴新株発行後に無効を認めると、株式流通（→株式取得者）・資本金減少（→会社債権者）で取引の安全を害するから、無効事由は狭い

→取締役会の決議を経ない発行、株主総会の特別決議を経ない有利発行は無効事由とならない

←新株が引受人の手元にあるなら新株発行無効を広く認めてよいのでは？

* 認容された例

- ・仮装払込みで特別事情があるとき(∴旧商法の取締役引受けみなし規定を会社法は削除)

←§209-2,3 新設で無理？[2014 改正]

- ・差止め仮処分違反、通知の公告を欠きかつ差止め事由あり、非公開会社で特別決議を欠く

【最判昭36.3.31】新株発行無効確認棄却（取締役会決議を欠く新株発行）[27002323]

新株発行無効確認請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却（ズノー光学工業株式会社）

29.4.21 取締役会(招集通知なし、8名中4名出席とされている)：40万株×50円の決議がされたことになっているが、実は虚偽（取締役会開催自体うそ）→29.5.1 払込期日

「株式会社の新株発行に関し、いやしくも対外的に会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとえ右新株の発行について有効な取締役会の決議がなくとも、右新株の発行は有効」その理由は「改正商法（株

式会社法)はいわゆる授權資本制を採用し、会社成立後の株式の発行を定款変更の一場合とせず、その発行権限を取締役に委ねており、新株発行の効力発生のためには、発行決定株式総数の引受及び払込を必要とせず、払込期日までに引受及び払込のあつた部分だけで有効に新株の発行をなし得るものとしている(第二八〇条の九)等の点から考えると、改正法にあつては、新株の発行は株式会社の組織に関することとはいえ、むしろこれを会社の業務執行に準ずるものとして取扱つている……なお、取締役会の決議は会社内部の意思決定であつて、株式申込人には右決議の存否は容易に知り得べからざるものであることも、又右判断を支持すべき事由]

【最判昭 46.7.16】新株発行無効確認棄却(株主総会を欠く有利発行) [27411397]

新株発行無効確認請求→一審:棄却→控訴棄却→上告棄却(東急不動産株式会社)「株式会社の代表取締役が新株を発行した場合には、右新株が、株主総会の特別決議を経ることなく、株主以外の者に対して特に有利な発行価額をもって発行されたものであつても、その瑕疵は、新株発行無効の原因とはならない」

【最判平 6.7.14】新株発行無効確認等棄却(著しく不公正な方法) [27824761]

取締役会決議・新株発行無効確認→一審:取決却下、新株認容→被告控訴棄却→被告上告:破棄自判(請求棄却)

61.9.16 取締役会:原告(創業者)に代えてAへ代表取締役選任

61.11.14 取締役会:原告への通知を欠いたまま新株発行決議(Aが全部引受け、同調者と併せ支配権獲得)

「新株発行は、株式会社の組織に関するものであるとはいえ、会社の業務執行に準じて取り扱われるものであるから、右会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとい、新株発行に関する有効な取締役会の決議がなくても、右新株の発行が有効であることは、当裁判所の判例(最高裁昭和三二年(オ)第七九号同三六年三月三十一日第二小法廷判決・民集一五巻三号六四五頁)の示すところである。この理は、新株が著しく不公正な方法により発行された場合であつても、異なるところがないものというべきである。また、発行された新株がその会社の取締役の地位にある者によって引き受けられ、その者が現に保有していること、あるいは新株を発行した会社が小規模で閉鎖的な会社であることなど、原判示の事情は、右の結論に影響を及ぼすものではない。けだし、新株の発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性があることにかんがみれば、その効力を画一的に判断する必要があり、右のような事情の有無によってこれを個々の事案ごとに判断することは相当でない」

【東京高判平 19.3.29】新株発行無効確認棄却(著しく不公正な方法) [28131099]

新株発行無効確認請求→一審:棄却→控訴棄却→上告受理申立て(おそらく不受理)

原告80%、被告代表取締役関係20%だったのに、新株発行で原告が50%を下回ったもの。対価も譲渡する意味の薄い不動産の譲渡代金として引受人に戻っていた。原告は外国人で、日本に拠点がないから官報公告は事実上通知義務を欠くと主張した。

「新株発行が株主との関係だけでなく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のは多数の株式譲受人が生じる公開会社に限られるものではなく、多かれ少なかれ、控訴人がいう小規模閉鎖会社にもその可能性があることは否定できないから、新株発行の効力は、小規模閉鎖会社を含めた全ての会社において画一的に判断する必要があるというべき」官報公告も定款の定めを通りゆえ有効。

【東京地判平 19.7.19】新株発行無効確認認容(仮装払込・詐欺・錯誤) [LLI06233126]

新株発行無効確認請求→一審:認容(大正生命保険株式会社)

新株発行が事実上資金流出で、当時の代表取締役Aらが詐欺罪で逮捕、有罪確定。金融庁長官から業務停止命令が出され、指定された保険管理人(のち清算人)が無効確認請求したもの。

仮装払込・詐欺(会社資金をAのペーパーカンパニーの社債代金として振り込み、それを払い込んだもの)、Aとその投資会社は破産宣告を受けており、引受け責任を果たせないこと、また株式処分禁止仮処分、占有移転禁止仮処分がなされていた→仮装払込、詐欺、錯誤があつても、取締役がこれを引き受けるからそれだけで無効にはならないが、「仮装払込み、詐欺、錯誤があつても、新株発行を有効であるとする立場の基礎には、いったん新株が発行されれば、発行された株式の取引の安全を考慮する必要があり、また、上記(1)のとおり、取

締役の引受責任がある以上、会社の資本充実が図られるはずであるという利益衡量が働いているものと思われる。そうだとすると、新株が処分禁止の仮処分等により市場に流通しておらず取引の安全を考慮する必要がない事情が存在する場合、取締役の引受責任がおよそ機能する状況ではなく会社の資本充実が図られる蓋然性がない事情が存在する場合、新株発行が大量で、仮装払込み、詐欺、錯誤の事情がある株式が既存株式等に比較して大量である等の「特別の事情」が存在するときには、これらの事情をも加味して、例外的に当該新株発行は無効

→新株発行事項の通知・公告を欠く場合は無効事由（差止めの機会を奪われるから）

【最判平 9.1.28】新株発行無効請求認容（通知・公告を欠き、差止め事由あり） [28020335]

新株発行不存在確認・無効請求→一審：不存在棄却、無効認容→双方控訴：不存在確認・無効確認→原告上告：破棄自判（不存在却下） [後掲 28020334]+被告上告：棄却（無効確認）

甲原告方：代表取締役・甲原告(北形良作=X)270株

甲被告方：X弟実、X妹野村外志子、外志子の子・甲被告・乙原告(野村敏=Y)200株

立場不明：X父三次郎、徳川弘、ほか5名（合計11名が株主）

51.6 1200株：乙原告・代表取締役(敏)270株、甲原告(良作)200株など10人

54.7.5 株主総会(授權資本4800株に変更)→9取締役会（新株発行決定）

54.7.19 1200株新株発行：株主に新株引受権を与える(1:1)（←不存在確認）

→Y主張では、Y600株、父・弟に各200株、Xと徳川弘に各100株、Xは払込みは見せ金と主張

57.4 原告の父死亡（株主、実際の経営者）

<甲事件提起>→63.5.23 新株発行の取締役会があったらしい（→取締役の実は通知がなかった）

63.6.16 2400株新株発行（←無効確認）：900株をX、1500株を訴外Zへ。新株発行の公示・通知を欠く+支配権確立のため著しく不正+見せ金で資本の充実を欠く（払込6.15）

6.25 400万円引き出し、7.11 450万円引き出し→X支持従業員への賞与

7.15 1500万円引き出し→Z経営会社への貸付金

「(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、取締役北形実に招集の通知がされておらず、(三) 代表取締役北形良作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」→高裁が(三)(四)から無効としたのは誤り。仮払込で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、新株発行が無効とはならない。しかし「新株発行に関する事項の公示（同法280/3/2に定める公告又は通知）は、株主が新株発行差止請求権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」

【最判平 5.12.16】新株発行無効確認認容(発行差止め仮処分違反)[27816961]

①新株発行差止請求+②(主位)新株発行差止め請求(予備)無効確認→一審：①②主棄却②予却下→控訴：①②主却下、②予無効確認→被告上告棄却（明星自動車株式会社）

59.8.23 取締役会：新株発行→1万株×3907円、申込み9/13-払込9/14、第三者割当（明星観光サービス）

59.9.12 新株発行差止め仮処分命令

9.13 仮処分命令に異議申立て、新株発行を予定通り実施し、払込を受ける

9.20 原告が新株発行差止請求の訴え提起（②主）：反対株主の持株比率低下が目的、違法かつ著しく不正

60.10.31 ②主の口頭弁論期日で被告が新株発行が実施されたから訴えの利益がないと主張

60.12.2 予備的請求で無効確認請求を追加（仮処分命令違反を理由に追加）

「本件新株発行に対する差止請求の訴えは、被上告人北村豊蔵が本件仮処分命令を得た後、新株発行がされるこ

とにより持株比率の減少等の不利益を受けるとする被上告人らによって、本件新株発行を阻止する目的の下に提起されたものであって、被上告人らは、右訴えの提起により、万一右仮処分命令に違反して新株が発行された場合には右新株発行の効力を争い、仮処分命令違反をその理由とする意思をも表明していると認められるから、本件で変更された新株発行無効の訴えについては、新株発行差止請求の訴え提起の時に提起されたものと同視することができる特段の事情が存する」「新株発行差止請求訴訟を本案とする新株発行差止めの仮処分命令があるにもかかわらず、あえて右仮処分命令に違反して新株発行がされた場合には、右仮処分命令違反は、同法二八〇条ノ一五に規定する新株発行無効の訴えの無効原因となる」……新株発行差止請求の制度は、会社が法令若しくは定款に違反し、又は著しく不公正な方法によって新株を発行することにより従来の株主が不利益を受けるおそれがある場合に、右新株の発行を差し止めることによって、株主の利益の保護を図る趣旨で設けられたものであり…

(新株発行差止請求の制度の実効性を担保するために会社に株主への通知・公告を義務付け) …株主に新株発行差止めの仮処分命令を得る機会を与えていると解されるのであるから、この仮処分命令に違反したことが新株発行の効力に影響がないとすれば、差止請求権を株主の権利として特に認め、しかも仮処分命令を得る機会を株主に与えることによって差止請求権の実効性を担保しようとした法の趣旨が没却されてしまう」

(味村補足、大白同調) 差止めと無効確認の要件の違いは発行の前後によるもので、違いはそこだけだから同一性が認められる。反対意見は他人への招集通知不着を無効主張できることと矛盾する

(三好反対、大堀同調) 差止め請求は対世効がないし形成訴訟でもないから、株主の共益権たる無効確認とは別。仮処分は被告への不作為義務を課すに過ぎないから、対世効を有する無効確認の事由にはならない。ゆえに却下。

3. 新株発行効力発生後の措置②：株式発行・自己株式の処分の不存在確認の訴え (§829:1,2)

∴実体がないほど瑕疵が大きいような場合の主張は自由だが、法的安定性のため訴えを認めた

- ・ 出訴期間：規定なし (= 無制限。訴えによらず主張することもできる)
- ・ 原告適格：特に規定がない (確認の利益があれば誰でもよい)
- ・ 被告：新株発行・自己株式の処分をした株式会社 (§834:13,14)
- ・ 効果：対世効 (§838) だが、遡及効はある (←そもそも不存在だから)
- ・ 要件：新株発行の実体がないのに、その旨の登記がされているような場合

【最判平 9.1.28】改正前商法で解釈により不存在確認の訴えを認めたもの [28020334]

新株発行不存在確認・無効請求→一審：不存在棄却、無効認容→控訴：不存在確認・無効確認→上告：破棄自判 (不存在却下) + 被告上告：棄却 (無効確認) [前掲 28020335]

「新株発行が無効であるにとどまらず、新株発行の実体が存在しないというべき場合であっても、新株発行の登記がされているなど何らかの外観があるために、新株発行の不存在を主張する者が訴訟によってその旨の確認を得る必要のある事態が生じ得ることは否定することができない……新株発行の不存在についても、新株発行に無効原因がある場合と同様に、対世効のある判決をもってこれを確定する必要がある……商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地があり、この場合、新株発行無効の訴えに対比して出訴期間、原告適格等の訴訟要件が問題となるが、この訴えは少なくとも、新株発行無効の訴えと同様に、会社を被告としてのみ提起することが許されるもの」→被告が引受人ゆえ不違法で却下

【最判平 15.3.27】(改正前商法) 不存在確認の訴えに出訴期間の制限はない [H12 受 469]

新株発行不存在確認→一審：棄却→控訴：破棄自判(却下)→上告：破棄差戻し→差戻控訴：破棄自判 (確認)
発行済 15 万株：代表取締役 A 88 千、長男取締役 C 56.5 千、長女取締役 B 4.5 千、D 父 E 1 千

1.8.12 新株発行(3 万@100 : C 25 千、C 妻 D 5 千)→1.8.30 変更登記 ←不存在確認請求

2.9.30 新株発行(7 万@100 : C 50 千、D 20 千)→2.11.8 変更登記 ←不存在確認請求 ※取締役会決議なし

3.10.28 B 代表取締役選任

4.11.12 訴え提起 (原告は A。一審途中で死亡し C,D が承継)

「新株発行無効の訴えの出訴期間に関する規定については、これを類推適用すべきでなく、新株発行不存在確認の訴えに出訴期間の制限はないものと解するのが相当である。新株発行不存在確認の訴えは、新株発行に瑕疵があるためにこれを無効とすることを求める新株発行無効の訴えと異なり、外観にかかわらず新株発行の実体が存しない場合にその不存在の確認を求めるものであるが、新株発行の不存在はこれを前提とする訴訟においていつでも主張することができるから、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間を制限しても、同期間の経過により新株発行の存否が終局的に確定することにはならないのであり、新株発行の効力を早期に確定させるために設けられた出訴期間に関する規定を類推適用する合理的な根拠を欠くというべきだからである」

→差戻し控訴審：Cの独断による増資であること、Aが新株発行を知ってすぐ争うと明言していること、それまでA,C等分で増資していたのに反すること、入院時の経過から支配権確立のためであると認められること、経営権を委ねたとまではいえないことなどを総合して不存在確認を認容。

4. 取締役・株主引受人等の差額填補責任（§847-1：引受人宛は株主代表訴訟の対象となる）

- ・ 取締役と通謀して著しく不公正な金額で引き上げた場合

→引受人に払込金額と公正な価額の差額填補責任(§212-1:1)

- ・ 現物出資財産の価額が募集事項で定めた価額に著しく不足する場合

→引受人に不足額の差額填補責任(§212-1:2)

←著しく不足するのに善意・無重過失なら引受けの申込み・総株引受けを取消し可能(#2)

←取締役・証明者も責任を認められる場合は連帯債務となる(§213-4)

→引受人の募集を担当・関与した業務執行取締役、株主総会・取締役決議があったときは提案した取締役にも差額填補責任(§213-1、則 44-46)

←検査役の調査を受けるか、無過失を証明すれば責任を免れる(§213-2)

→現物出資の価額の証明者。無過失を証明すれば免責(§213-3,207-9:4)

【最判昭 50.4.8】有利発行の差額返還請求（横河電気） [前掲 27000380]

買取引受けをした証券会社も引受人にあたることを前提として判決。

【大阪地判平 2.2.28】株主割当増資で取締役の引受けは有利発行ではないとしたもの

失権株を取締役が引受け後、従業員持株に関する内規に従って従業員へ分配していた例。株主への直接の損害はなく、特別決議相当の株主が同意しているとみなせるため、時価が払込金額を大幅に上回るが有利発行ではなく、損害賠償責任を負わせなかったもの。

第6款 新株予約権

1. 新株予約権：行使すると当該株式会社の株式の交付を受けることができる権利(§2:21)
 - ・ 平 13.11 改正で導入：従前はストックオプションや転換社債・新株引受権付社債に限定
 - ・ 通常は所定の行使期間内に所定の行使価額の払込をすることで行うが、払込不要の場合もある
 - ・ 実際の目的：インセンティブ報酬、資金調達、株主優待、買収防衛策
2. 内容(§236)
 - ・ 株式の(種類と)数/算定方法、行使価額/算定方法(行使価額無償は認めない)、金銭以外の財産を出資する場合にその旨・内容・価額、行使期間(期間の定めは必要だが、期間の長短に制約はない)、資本金・資本準備金増加額、譲渡制限する場合はその旨、取得条項付の場合はその内容、合併等の際に存続会社等の新株予約権を交付する場合はその旨・条件、交付する株式の端数切り捨ての場合はその旨、新株予約権証券発行時はその旨、証券の記名・無記名の転換請求を全部 or 一部認めない場合はその旨
 - * 行使条件の定め：登記事項(§911-3:12 八)のため、行使条件の定めは有効と解される
 - ・ 共有者は権利行使をする者を1人定めて会社に通知しないと行使できない(§237)
3. 募集事項(§238-241)：募集新株予約権の場合(§238)
 - ・ 事項：内容・数、予約権の対価の払込金額(無償発行ならその旨、払込金額/算定方法)、割当日、払込期日を定める場合は期日、新株予約権付社債の場合は676条所定事項等(#1)
 - ←募集ごとに均等でなければならない(#5)
 - * 無償発行の意義：純粋に無償 or 払込がない場合(ストックオプション等労務の対価)
 - ・ 機関：株主総会の特別決議(#2, §309-2:6)、有利発行の場合の説明義務(#3)
 - 譲渡制限株式の場合：種類株主総会の特別決議(#4, §324-2:3)、定款排除可能
 - ・ 委任(§239)、公開会社の特則(§240)、株主割当ての場合(§241)は新株発行と同様
4. 申込み・割当て・全部引受け・特定引受人の通知等(§242, 243, 244, 244/2)は新株発行と同様
5. 募集新株予約権に係る払込み(§246)
 - ・ 行使期間の前日(募集事項に払込期日の定めがあればその期日)までに、会社の定める銀行等払込の取扱いの場所で払込金額の全額を払い込まなければならない(#1)
 - * 会社の承諾があれば、金銭以外の財産給付・債権相殺も認められる(#2)
 - ・ 最初から現物給付によって新株予約権を発行するとしても違法ではない(解釈)
 - * 無償発行を除き、払込期日までに全額の払込をしないと新株予約権を行使できない(#3)
 - ・ 払いこまないと行使できなくなるので新株予約権は消滅する(§287)
 - * 新株予約権者となる日(§245)：割当日 ∴ 払込なくても行使できないだけだから
6. 有利発行
 - ・ 新株予約権自体の価値を測定し、それにより有利発行かを判断する
 - * 特に有利な条件：無償発行で、それが有利な場合
 - ← 単に無償だけでは有利発行でない ∴ ストックオプションがすべて有利発行になる
 - * 特に有利な金額：有償発行で、払込金額が有利な場合

- ・ 測定方法：オプションの価値を測定する二項モデル、ブラック・ショールズ・モデルを用いる
←現在の株価、オプションの権利行使価額、行使期間、無リスク金利、ボラティリティが指標
 - ・ インセンティブ報酬 → 原則として有利発行にならない（会社法施行後）
∴費用計上が義務付けられるから（→有利発行ではなく報酬等。定款又は株主総会普通決議）
→有償なら報酬債権と相殺、無償なら労務への対価か将来の報酬減額(§361の規制はある)
7. 新株予約権の無償割当て ※「割当て」であって正確には「発行」ではない
- ・ 株主(種類株式発行会社ではある種類の種類株主も可)に無償割当て可能(§277)
 - ・ 事項(§278-1)：内容・数/算定方法、新株予約権付社債の場合の社債について、効力発生日、種類株式発行会社では対象となる株式の種類
 - * 自己株式に割り当てることはできない(§278-2)
 - * 取締役会設置会社では取締役会、未設置会社は株主総会の普通決議(§278-3)
 - ・ 通常は株主の持分比率低下・株式の経済的価値低下をもたらさないの、規制が緩やか
 - ・ 効力発生日(§279-1)、行使期間初日の2週間前までの株主への通知義務(§279-2)
 - * 通知は行使権保障のための通知である → 割当て実施の通知 = 差止めのための通知ではない
8. 新株予約権の行使
- ・ 内容・数・行使日を明らかにして行うほか、証券発行の場合は提出義務がある(§280-1~5)
 - * 自己新株予約権は行使できない(§280-6)
 - ・ 行使日に払込金額の全額を払い込み、現物出資なら給付・不足額を払い込む(§281-1,2)
 - * 新株予約権者は、払込を会社に対する債権と相殺できない(§281-3)
 - * 現物出資（検査役選任、同適用除外：§284）
 - ・ 株主となる時期：行使日(§282)
 - ・ 仮想払込の処理：新株予約権発行時・行使時の仮想払込・仮想給付について
→株主権利行使禁止等(§282-2,3)、新株予約権者の責任(§286/2)、取締役等の責任(§286/3)
 - ・ 端数処理：市場価格あるいは1株あたり純資産額に端数を掛けた額の金銭を会社が交付(§283)
9. その他の規定
- ・ 新株予約権原簿(§249-253,272/2)
 - ・ 新株予約権の譲渡(§254-261)・譲渡制限(§262-266)
 - ・ 新株予約権の質入れ(§267-272)
 - ・ 会社による取得条項付新株予約権の取得(§273-275)・消却(§276)
 - * 資本金が変動するわけではないので、それ以外で取得してもよく、消却も自由
 - ・ 新株予約権の消滅(行使ができなくなったとき：§287)
 - ・ 新株予約権証券(§288-291)、新株予約権付社債券(§292)、その提出(§293-294)
 - ・ 登記(§911-3:12,915)
 - ・ 新株予約権の買取請求権(§777 組織変更,787 吸収合併消滅会社等,808 新設合併消滅会社等)
10. 新株予約権発行の瑕疵
- ・ 発行前の措置：募集新株予約権の発行の差止め(§247)

- * 要件①：新株予約権発行が法令・定款違反又は著しく不公正な方法により行われる場合
- * 要件②：株主が不利益を受けるおそれがあること
- * 判断枠組み（募集株式発行と異なって、資金調達必要性は不要：解釈）
 - ・ 原則：経営支配権維持目的 →（資金調達の必要性によらず）不公正
 - ・ 例外：株主全体の利益保護のための特段の事情がある → 不公正ではない
- * 新株予約権無償割当てへの類推適用
 - ・ §247 は第2節にあり、無償割当ては第6節にある → 直接適用はできない趣旨
 - ∴ 新株予約権無償割当ては、ほんらい株主の地位に実質的変動をもたらさないもの
 - ・ 条件：株主の地位に実質的変動をもたらす場合（持分比率低下や株式の経済的価値下落など）
 - ・ 新株予約権にも§109-1の株主平等原則の趣旨は及ぶ（株式と異なって債権だから）

【最決平 19.8.7】ブルドッグソース事件[H19 許 30:民集 61-5-2215]

新株予約権無償割当て仮差止め請求→一審：却下→抗告：棄却→許可特別抗告：棄却

5/18 投資ファンド（抗告人）が有限責任会社を通じて株式公開買付けを開始

5/25 B S社が抗告人への質問事項を記載した意見表明報告書を関東財務局長に提出

6/1 B S社が対質問回答報告書を同局長に提出→経営計画・投下資本回収方法の具体的記載なし

6/7 公開買付けは企業価値を棄損し、その利益ひいては株主の共同の利益を害する→取締役会の反対決議

→株主総会で定款変更議案・新株予約権無償割当議案の付議を決定

6/13 抗告人が新株予約権無償割当差止め仮処分申請

6/24 定時株主総会で出席株主の議決権の約 88.7%、議決権総数の約 83.4%の賛成で可決

内容：基準日 7/10→割当日 7/11、1株に3個割当、1個は行使価額 1円で1株、期間は 9/1-30の間

取締役会で抗告人関係者の新株予約権を 396 円で譲り受けることを決議

6/28 仮処分申請却下→7/9 東京高裁抗告棄却→8/7 最高裁許可特別抗告棄却

ブルドッグソースに対する抗告人による公開買付けがあり（抗告人は 19,018,565 株のうち 10.25%を取得し、買付価格は当初 1584 円を 1700 円に引き上げ）、企業防衛のため全株主に 1株あたり 3株の新株予約権を付与し、抗告人関係者は非適格者としてその行使を禁じたもの。一審が新株予約権無償割当てへの 247 条の類推適用による差止め請求を肯定し、最高裁もこれを容認

原々審は「株主に対して新株予約権の無償割当てをする場合においても、当該無償割当てが株主の地位に実質的変動を及ぼすときには、法 247 条の規定が類推適用され、株主平等の原則の趣旨が及ぶとした」→肯定

「法 109 条 1 項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶ」「特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるか否かについては、最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものであるところ、株主総会の手続が適正を欠くものであったとか、判断の前提とされた事実が実際には存在しなかったり、虚偽であったなど、判断の正当性を失わせるような重大な瑕疵が存在しない限り、当該判断が尊重されるべき」本件は議決権の約 83.4%で可決されており、「本件総会の手続に適正を欠く点があったとはいえ、また、上記判断は、抗告人関係者において、発行済株式のすべてを取得することを目的としているにもかかわらず、相手方の経営を行う予定はないとして経営支配権取得後の経営方針を明示せず、投下資本の回収方針についても明らかにしなかったことなどによるものであることがうかがわれるのであるから、当該判断に、その正当性を失わせるような重大な瑕疵は認められない」抗告人関係者は、抗告人の買付価格の 4 分の 1 の額を新株予約権の対価として得られるから、相当性を欠くものではなく、法令に違反しない。

本件のため定款変更したのは予見可能性の点からよくないが、それだけで不公正とは言えず、「株主に割り当て

られる新株予約権の内容に差別のある新株予約権無償割当てが、会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく、専ら経営を担当している取締役等又はこれを支持する特定の株主の経営支配権を維持するためのものである場合には、その新株予約権無償割当ては原則として著しく不公正な方法によるものと解すべきであるが、本件新株予約権無償割当てが、そのような場合に該当しない」ので、著しく不公正でもない。

- ・発行後の措置①：新株予約権発行の無効の訴え(§828:4、形成訴訟)
 - * 出訴期間：効力発生日から 6 箇月（非公開会社は 1 年）以内
 - * 原告適格：当該株式会社の株主等（取締役、清算人、監査役、執行役）、新株予約権者
 - * 被告：新株予約権の発行をした株式会社(§834:4)
 - * 効果：対世効(§838)、遡及効の否定(§839)。当該株主に払込金額/給付時の現物出資相当額の金銭を支払い、証券発行時はその引換返還請求権がある(§842-1、#2→§840-2,3:判決確定後 6 箇月以内の会社・株主の申立てによる金額の増減、#2→§840-4-6:質権の扱い)
 - * 無効理由：重大な瑕疵
- ・発行後の措置②：新株予約権発行の不存在確認の訴え（§829:3）
 - * 出訴期間：規定なし（＝無制限。訴えによらず主張することもできる）
 - * 原告適格：特に規定がない（確認の利益があれば誰でもよい）
 - * 被告：新株予約権の発行をした株式会社(§834:15)
 - * 効果：対世効(§838)だが、遡及効はある（←そもそも不存在だから）
 - * 要件：新株予約権発行の実体がないのに、その旨の登記がされているような場合
- ・取締役・行使新株予約権者等の差額填補責任（§285-286）：無償発行の場合も含む
- ・差止め仮処分認容

【東京高決平 17.3.23】ライブドア-ニッポン放送新株予約権発行差止仮処分事件[28100561]

新株予約権発行差止仮処分→一審：認容→抗告棄却（確定）

- 1.17 フジテレビが債務者の経営権獲得のため全株取得めざし公開買付け開始（1.18-2.21 下限 50%@¥5950）
債務者は賛同し、12.39%（筆頭ではない）→36.47%へ
- 2.8 債権者が東証の立会外取引で 5.4%→35.0%。意向表明書で他株主へ普通株式全部取得の希望を表明
- 2.9 フジテレビ表取締役が債権者との業務提携の方針を否定（意向表明書で業務提携の希望が出ていた）
- 2.10 フジテレビが買付条件変更(下限は既保有分含め 25%、単価同じ、期間は 3.2 まで、買付目的変更)
- 2.16 債権者が買付条件変更を含め、公開買付けに賛同を決議。金融庁が債権者の買付は違法でないコメント
- 2.17 フジテレビが債務者が債権者の子会社になった場合の取引中止を通告
- 2.18 買付条件変更公告
- 2.21 債権者がこの日までに持株比率 37.85%（→こののち 3.7 には 42.23%まで上昇）
- 2.23 債務者取締役会決議：フジテレビに新株予約権発行(フジテレビ兼務の取締役 4 名を除く 15 名全員一致)
4720 個×1 万株（希薄化率 143.9%）行使価額 6750 円（2.22 終値）ボラティリティ 26.1%（65 日間
ヒストリカルボラティリティ）、無リスク金利 0.099%、配当利回り 0.089%、借株レート 5.0%
→発行価額 336 万 2731 円（証券会社が行った三項ツリーモデルによる計算）
債務者がプレスリリースで債権者の買付によらずフジテレビの子会社になるために行うと表明
- 2.24 フジテレビが公開買付け終了後に新株予約権の引受け・行使を検討すると表明
公開買付けの条件変更（期間を 3.7 までに）
- 2.25 (株)産業計新聞社代表取締役：債務者が債権者の子会社になった場合の取引中止表明（3.1 取締役会商人）

「会社の経営支配権に現に争いが生じている場面において、株式の敵対的買収によって経営支配権を争う特定の株主の持株比率を低下させ、現経営者又はこれを支持し事実上の影響力を及ぼしている特定の株主の経営支配権を維持・確保することを主要な目的として新株予約権の発行がされた場合には、原則として、商法280条ノ39第4項が準用する280条ノ10にいう「著しく不公正ナル方法」による新株予約権の発行に該当する」

(1) 取締役を選ぶ株主の構成を取締役が変えるのは商法の法意に反し、誰の経営方針がいいかは資本多数決によるべき「現経営者が自己の信じる事業構成の方針を維持するために、株主構成を変更すること自体を主要な目的として新株等を発行することは原則として許されない」(2) 支配権争奪の場面で取締役の判断が公平か疑わしい(3) 好ましくない株主がいやなら譲渡制限すべきで、投資家の予測可能性を損ねるから。

「もっとも、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする新株予約権発行が許されないのは、取締役は会社の所有者たる株主の信認に基礎を置くものであるから、株主全体の利益の保護という観点から新株予約権の発行を正当化する特段の事情がある場合には、例外的に、経営支配権の維持・確保を主要な目的とする発行も不公正発行に該当しない」→例：グリーンメイラー（株価吊り上げ目的のみ）、焦土化経営、資産流用目的、資産売却等で株価を一時的に吊り上げて高配当するかそれによる高株価で売り抜ける目的→「現に経営支配権争いが生じている場面において、経営支配権の維持・確保を目的とした新株予約権の発行がされた場合には、原則として、不公正な発行として差止請求が認められるべき……株主全体の利益保護の観点から当該新株予約権発行を正当化する特段の事情があること、具体的には、敵対的買収者が真摯に合理的な経営を目指すものではなく、敵対的買収者による支配権取得が会社に回復し難い損害をもたらす事情があることを会社が疎明、立証した場合には、会社の経営支配権の帰属に影響を及ぼすような新株予約権の発行を差止めることはできない」

判断：債権者の買収への対抗策であること・規模からして経営支配権確保目的は明白で、資金調達は口実。「本件新株予約権の発行は、債務者の取締役が自己又は第三者の個人的利益を図るために行ったものでないとはいえるものの、会社の経営支配権に現に争いが生じている場面において、株式の敵対的買収を行って経営支配権を争う債権者等の持株比率を低下させ、現経営者を支持し事実上の影響力を及ぼしている特定の株主であるフジテレビによる債務者の経営支配権を確保することを主要な目的として行われたものであるから、上記2のとおりこれを正当化する特段の事情がない限り、原則として著しく不公正な方法によるもので、株主一般の利益を害する」
「債権者が上記のような債務者の事業や資産を食い物にするような目的で株式の敵対的買収を行っている」との証拠はない、フジサンケイグループに残った方がいいかどうかは裁判所は判断せず、主張自体失当、株主としての不利益「平成17年3月24日に発行され、翌25日から行使請求期間となる本件新株予約権がすべて行使された場合、債権者等による債権者株式の保有割合は約42%から約17%に減少することからすると、債権者が本件新株予約権の発行によって著しい不利益ないし損害を被るおそれがあることが明らかである」
保全の必要性「債務者の本件新株予約権の発行によって債権者が著しい損害を被るおそれがあることは、前記7に判示したとおりであるから、保全の必要性も認めることができる」

【東京高決平 17.6.15】ニレコ新株予約権発行差止仮処分事件[28101111]

新株予約権発行差止仮処分→一審：認容→債権者保全異議：原決定認可→抗告棄却（確定）

債権者：ケイマン諸島の有限責任会社 2.85%

3.14 債務者取締役会：3.31 時点の株主名簿の株主に1株あたり2個の新株予約権を付与（無償、1個1株）
発行日 6.16、行使価額 1円、行使期間 17.6.16-20.6.16、20%以上保有者を取締役会公表後行使可能無償消却条項、譲渡制限付（譲渡は承認しない=随伴性がない）
<実質は会社法の新株予約権無償割当て（旧商法下）>

6.1 東京地裁仮処分決定→6.9 仮処分認可決定→

この新株予約権により株式の価値が3分の1に希釈される可能性があるから、株価の値下がりリスクとそれによる債権者株式の下げ圧力を生み「上記のような不安定要因を抱えた債務者株式（その上、本件新株予約権がその適切な対価を払い込むことなく無償交付されるため、その価値に相当する分だけ価値が低下している。）は投資

対象としての魅力に欠ける、買い意欲をそそられない株式となり、購入を手控える傾向が高まるものと考えられ、その結果、当該株式の株価が長期にわたって低迷する可能性の高いことが想定されるところである。そして、そのことは、新株予約権を取得した既存株主にとっても、株価値下がりの危険のほか、長期にわたってキャピタルゲインを獲得する機会を失うという危険を負担するものであり、このような不利益は、本件新株予約権の発行がなければ生じ得なかったであろう不測の損害というべき……債権者を含む既存株主……としても、本件新株予約権の譲渡が禁止されているため、敵対的買収者が出現して新株が発行されない限りは、新株予約権を譲渡することにより、上記のような株価低迷に対する損失をてん補する手立てはないから、既存株主が被る上記のような損害を否定することはできない。このような損害は、敵対的買収者以外の一般投資家である既存株主が受忍しなければならない損害であるということではできない」東証等が一般株主への損害を指摘し「債務者としては、本件新株予約権の発行手続に入るに先立ち、損害発生の可能性やそれを上回るプレミアムの発生等について、十分に検討してしかるべきであると考えられるが、そのような検討ないしその結果についての何らの言及も疎明もない」「本件新株予約権の発行は、既存株主に受忍させるべきでない損害が生じるおそれがあるから、著しく不公正な方法によるものというべきであり、しかも、上記のとおり債権者が本件新株予約権の発行によって不利益を受けるおそれがあることも明らかである」

保全の必要性「本件新株予約権が発行されれば……既存株主にとっては、本件新株予約権の発行がなければ生じなかったであろう不測の損害を被るものといえるから、既存株主の一人である債権者が、事前に本件新株予約権の発行を差し止めることにつき保全の現実の必要性を有することは明らか」事後の損害で足りると主張するが「当該差止めを求める新株予約権が発行されてしまうと、その差止めを求める訴えは不適法となり、新株予約権発行差止請求権を行使する余地がなくなるところ、本案訴訟で差止めを求めるのでは、通常その時機を失ってしまうことになり、実体上認められた請求権が画餅に帰することになる。このような本件差止請求権の性質からいって、債務者主張のような事後の損害賠償の余地があっても、保全の必要性を肯定するのが相当」

【東京地決平 18.6.30】サンテレホン募集新株予約権発行差止仮処分事件[28111690]

ダルトン LCC(A)27.33%と JMBO(B)13.80%が債権者

16.4.21 債権者 A から債務者代表取締役への持株会社化提案拒否

17.8.4 債務者から A に買い増ししないよう要請・了承

17.10.6 A から債務者への提案 12 項目すべて拒否、9 日から買い増し開始

→A,B と債務者で株式買取交渉をするも不成立

18.6.6 4 月ごろの業務提携の検討依頼を債務者が拒否

18.6.16 取締役会：新株予約権発行(336 個@9.1 万×1 万株@997 だが毎月終値平均の 93%に修正)

行使期間 18.7.4-20.7.3、取得条項・譲渡制限付、割当・申込・払込期日 18.7.3

有利発行か：適正な発行価額の債権者主張は 154~210 万円（取得条項考慮せず）。取得条項をただちに行使すると想定した 9.1 万円弱の試算結果はただちに行使する可能性が高くないとして採用せず、「9 万 1 0 0 0 円を払込金額とした本件募集新株予約権の発行は、公正なオプション価額よりも特に低い払込金額によってされたということができ、有利発行となると一応認めることができる」、不利益、保全の必要性も認めて仮処分決定。

・差止め仮処分却下

【最決平 19.8.7】ブルドッグソース株主総会決議禁止等仮処分命令事件最判[前掲 28131919]

【高知地決平 16.7.8】イチヤ新株予約権発行差止保全異議事件[28100359]

新株発行差止仮処分→仮処分決定→保全異議：決定取消し・仮処分申請却下→抗告棄却→特別抗告取下げ

16.5.1 総会案内・議決権行使書送付のお願い送付（送付するとクオカード 1000 円贈呈）

16.5.12 株主総会：第三者割当による新株予約権有利発行の特別決議、株式移転完全親会社設立の特別決議

15 万個(@200)×1000 株@2.5 万が行使日前日の終値の 0.9 倍の低い方

申込期日 16.5.31-6.1、払込期日 6.2、行使期間 6.3-18.7.31、株式交換・移転時の承継の定め

取締役会：債権者保有既発行新株予約権 119,720 個の無償消却決議（完全子会社化の償却事由該当）

16.6.1 債権者申立てにより差止め仮処分

○株主総会の成立→有効

株主名簿閲覧拒否：具体的な閲覧事由を求めてもただちに違法ではない

株主への利益誘導：クオカード送付の案内は「全ての株主に対して一律に申入れされており、議決事項の賛否を求めるなど一方当事者の利益に偏するものともなっていないから、取締役の個人責任が生じる可能性はさておき、本件総会の決議自体が違法とすべき事情とまではならない」

委任状の偽造、違法な議事進行、株主権の侵害等：いずれも証拠なく、違法な議事進行も認められない。

○著しく不公正な方法

債権者関係者が有力な株主層であり、結果的に株主名簿を閲覧できず、債務者が積極的に定足数を確保したこと、資金調達を新株発行でなく新株予約権としたこと、全部行使されると発行済株式数を上回ること、債権者の新株発行権を無償消却していることから「債務者の代表者であるAらが債権者の排除ないし支配力減殺を主要な目的として、本件新株予約権の発行に及んだという見方も強ち否定できない」

しかし、業績悪化、調達資金の用途が具体的に決定していること、債務者が債権者に新株予約権行使を懇願していることなどから「本件新株予約権の発行には資金調達が重要な位置を占めていると見ることができる……目的が資金調達にある以上、特段の事情がない限り、新株予約権の発行という手法を捉えて不公正な方法と推認するのは妥当ではなく、この点は取締役会の経営判断を尊重すべき」また、新株予約権の償却は条件を満たしており

「償却によって出捐相当額を直接的に奪われるといった経済的打撃を被るものでもないから、新株予約権償却自体も違法と認めるに足る証拠はなく、既発の新株予約権を償却したことをもって本件新株予約権の発行が不公正と判断することもできない……仮に発行済みの新株予約権の償却については別途の議論をする余地があったとしても、本件新株予約権の発行が著しく不公正な方法に該当すると認めるべき事情が疎明されたとは言えない」

「債務者は、公開会社であり、もともと多かれ少なかれ支配権の増減は避けられないこと、関係者を除外した債権者自身の株式保有率は全体の2パーセントに過ぎず、5月末時点では1パーセントを割っていること、既存の株主はすべて同等に保有率を希釈化されること、債権者自身が参加した本件総会において特別決議が成立していることも勘案すれば、会社の支配権確保を企図した行為である可能性を払拭できないとしても、これを主たる目的としているとまでは認められず、むしろ資金調達の目的が存在していると認められることに鑑み、本件新株予約権の発行が著しく不公正な方法によるものとはいえない」

・新株予約権の行使による新株発行の無効認容

* 行使条件の設定を取締役に委任した場合に、その変更をすることは可能か

→細目的変更を除き許されない（会社法では行使条件設定の委任も認められない）

* 行使条件違反の新株予約権行使による新株発行は無効か

→行使条件違反が重要な違反で株主に重大な不利益が生じる場合には無効となる

【最判平 24.4.24】全国保証株式会社新株発行無効請求事件（非公開会社）[25444482]

非公開会社の監査役による新株発行無効請求→一審：無効確認→控訴棄却→上告棄却

15.6.24 株主総会特別決議：取締役にストックオプションとして新株予約権付与（無償 6 万個×1 株@750）

発行日 15.8.25、行使期間 16.6.19-25.6.24、行使条件：取締役であること、詳細は取締役会決議

15.8.11 取締役会：代表取締役 A に 4 万個、B,C に各 1 万個割当：行使条件は上場等の 6 箇月経過以後

17.10 A がリポートを受け取って税務調査を受け、重加算税を受ける見込みとなって上場等が困難に

18.6.19 条件変更（上場条件の撤廃）を決議 → 7.3 A 辞任 → 7.10 B,C 辞任 → 8 月までに 2.6 万株発行

「株主以外の者に対し特に有利な条件をもって新株予約権を発行する場合には、同項所定の事項につき株主総会の特別決議を要する……が、同項に基づく特別決議によって新株予約権の行使条件の定めを取締役に委任する

ことは許容される……株主総会は、当該会社の経営状態や社会経済状況等の株主総会当時の諸事情を踏まえて新株予約権の発行を決議するのであるから、行使条件の定めについての委任も、別途明示の委任がない限り、株主総会当時の諸事情の下における適切な行使条件を定めることを委任する趣旨のものであり、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趣旨のものであるとは解されない。また、上記委任に基づき定められた行使条件を付して新株予約権が発行された後に、取締役会の決議によって行使条件を変更し、これに沿って新株予約権を割り当てる契約の内容を変更することは、その変更が新株予約権の内容の実質的な変更に至らない行使条件の細目的な変更にとどまるものでない限り、新たに新株予約権を発行したものと等しく、それは新株予約権を発行するにはその都度株主総会の決議を要するものとした旧商法280条ノ21第1項の趣旨にも反する……取締役会が……株主総会決議による委任を受けて新株予約権の行使条件を定めた場合に、新株予約権の発行後に上記行使条件を変更することができる旨の明示の委任がされているのであれば格別、そのような委任がないときは、当該新株予約権の発行後に上記行使条件を取締役会決議によって変更することは原則として許されず、これを変更する取締役会決議は、上記株主総会決議による委任に基づき定められた新株予約権の行使条件の細目的な変更をするにとどまるものであるときを除き、無効」→本件でも無効

「会社法上、公開会社については、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のに対し、公開会社でない株式会社については……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……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、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……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」

「非公開会社が株主割当て以外の方法により発行した新株予約権に株主総会によって行使条件が付された場合に、この行使条件が当該新株予約権を発行した趣旨に照らして当該新株予約権の重要な内容を構成しているときは、上記行使条件に反した新株予約権の行使による株式の発行は、これにより既存株主の持株比率がその意思に反して影響を受けることになる点において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合と異なるところはないから、上記の新株予約権の行使による株式の発行には、無効原因がある」→新株予約権は経営陣の動機づけだから、上場条件は重要な内容で、本件は無効

(寺田補足・大谷同調) 公開会社と非公開会社で重視するところが異なるし会社法制定の趣旨とも一致(委任は禁止された)。

第7款 社債

1. 社債：公衆に対する起債で生じた対会社の多数に分割された債権で有価証券が発行されるもの
§2:23 社債 この法律の規定により会社が行う割当てにより発生する当該会社を債務者とする金銭債権であつて、第 676 条各号に掲げる事項についての定めに従い償還されるものをいう
→有価証券化が可能、対公衆起債（集団性）、社債権者の保護・集団的取扱に特徴
※§2:1 は「会社」に外国会社を含まないため、外国会社は日本の会社法に基づく社債を発行できない
 - ・担保付社債：物上担保を付した社債
→担保付社債信託法による規制
* 個別に物上担保権を行使できないため、受託会社が信託契約により担保権を管理・実行する
 - ・振替社債：短期社債(社債法 66:1)、発行決定で振替法の適用を定めた社債(同 66:2)
→社債、株式等の振替に関する法律による規制
* 特徴：①券面不発行、②譲渡・質入れは口座管理機関・振替機関が管理する口座で社債の金額の増額の記載・記録によって効力を発する、③善意取得で社債総額を超えた場合の処理（発行会社との関係では按分比例、口座振替機関・振替機関の社債消却義務+ 損賠）、④社債権者の権利行使は証明書の交付を受け供託して行使する
振替法 66:1 次に掲げる要件のすべてに該当する社債（第八十三条において「短期社債」という。）
イ 各社債の金額が一億円を下回らないこと。
ロ 元本の償還について、社債の総額の払込みのあった日から一年未満の日とする確定期限の定めがあり、かつ、分割払の定めがないこと。
ハ 利息の支払期限を、ロの元本の償還期限と同じ日とする旨の定めがあること。
ニ 担保付社債信託法（明治三十八年法律第五十二号）の規定により担保が付されるものでないこと
2. 募集社債の発行①募集事項の決定(§676)
 - ・決定機関：規定なし → 取締役会(§362-4:4 で取締役への委任禁止)、執行役への委任可能
→ただし、決議を欠いても社債自体の効力には影響がない
 - ・内容：募集社債の総額、各社債の金額、利率、償還方法・期限（会社解散時にすると永久債）、利息支払方法・期限、社債券発行・社債券の転換禁止・社債権者集会決議なき社債管理者の訴訟行為等可能の場合はそれぞれその旨、払込金額／その最低金額／算定方法、払込期日、全部割当不可なら募集社債全部発行中止をする場合はその旨・判断日、法務省令規定事項（分割払込、合同社債、現物給付、社債管理者に法定外権限を付与、社債管理者辞任事由、信託社債）
※売出發行：一定期間を定めて公衆に個別に社債を売り出す方法。可能だが、特別法で対象限定
→長期信用銀行債(長期信用銀行法 11-2)などの金融債に限定
 3. 募集社債の発行②申込み、割当て、引受け
 - ・申込み(§677)、割当て(§678)、総額引受け(§679)は新株発行同様
 - ・割当てがあると社債権者となる(§680)
※総額引受けは金商法 36/4-2,2-6,8:6,33-1 により証券会社に限定される
 4. 社債券の発行（募集事項で定めた場合のみ）
 - ・社債発行日以後遅滞なく社債券を発行しなければならない(§696)

- ・社債券の記載事項：商号、社債の金額・種類。利札を付することができる(§697)
 - ・記名式・無記名式の転換(§698)、喪失後の処理(§699)、利札欠落時の償還(§700)
5. 社債権者の権利
- ・償還を受け、利息の支払いを受ける権利
 - * 償還金額：券面額が原則だが、券面額と異なってもよい
 - * 償還期限：通常は据置期間後の一定期日までに随時償還か定期的に抽選で償還する
 - * 時効：本来は商事債権で5年だが、償還請求権は10年、利息請求権は5年(§701)
 - ※買入消却：会社は自己の債権を取得・消滅させられる（市場価格が下落している場合など）
 - ・譲渡の効力要件・対抗要件(§687,688)
 - * 社債券不発行：社債原簿記載（記録）が会社・第三者対抗要件
 - * 記名式社債券発行：交付が効力要件・第三者対抗要件、社債原簿記載が会社対抗要件
 - * 無記名式社債券発行：交付が効力要件・会社・第三者対抗要件
 - ※社債券占有者は権利を適法に有すると推定、善意取得(§689)
 - 社債券を呈示すれば、原簿の書換えも認められる(則 168-2)
6. 社債管理者制度(§702-714)
- ・設置強制：社債管理者を定め、弁済受領・債権保全その他の社債管理の委託義務(§702)
 - ∴社債権者個々の利益は通常大きくない→交渉能力が乏しく、自ら社債を管理するのが困難
 - * 例外：各社債の金額が1億円以上、総額÷各社債金額の最低額<50 ∴社債権者個々が有力
 - ・資格：銀行、信託会社等(§703) ←証券会社は不可(金商法 36/4-1)
 - ・義務：社債管理にあたっての公平誠実義務、善管注意義務(§704)…契約上の義務ではない
 - ∴社債管理者は発行会社と委託関係だが、社債権者とは直接法的関係がないから
 - ・権限：行為時に個別の社債権者の表示不要(§708)
 - * 弁済受領・債権保全に必要な一切の裁判上・裁判外の行為の権限(§705-1)
 - 弁済受領時の社債権者の償還・利息支払い請求権等(§705-2,3,4)
 - * 社債権者集会決議必要：支払猶予・責任免除等、訴訟行為・破産手続等(§706-1,2,3)
 - このために必要なら会社の業務・財産状況の調査可能(§706-4、裁判所の許可必要)
 - * 社債権者集会召集・出席・意見陳述(§717-2,729-1)、同決議執行(§737-1)
 - 不公正行為取消しの訴え(§865)、合併等での債権者異議手続での異議(§740-2)
 - ・損賠償責任(§710)：違法・決議違反(#1)、支払停止3月前以後に優先弁済を受けた場合等(#2)
 - ←後者は誠実義務に反しないこと又は損害と当該行為の無関係を証明すれば免責(#2但)
 - …証明責任の転換
 - ∴社債管理者は発行会社と委託関係だが、社債権者とは直接法的関係がないから法定責任
 - ・辞任(§711)：会社+社債権者集会の同意、委任契約所定事由、裁判所の許可のいずれか)
 - ・その他：利益相反の場合の特別代理人(§707)、二以上の社債管理者がある場合の特則(§709)、契約所定事由による辞任後の責任(§712)、解任(§713)、社債管理者の事務の承継(§714)
7. 社債権者集会(§715-742)

- ・趣旨：社債権者の利害に重大な関係がある事項につき社債権者の総意を決定するための集会
 ：社債権者の利益保護、多数決による意思決定を認めるため（←社債権者の公衆性）
 - ・構成：社債の種類ごとに構成する(§715)
 - ・機能：法定事項・社債権者の利害関係事項について決議できる(§716)
 - * 普通決議(§724-1)：過半数
 - ・定期の利息支払・一部償還を怠った場合の期限の利益の喪失(§739)
 - ・債権者異議手続での異議(§740-1) ← 社債管理者は社債権者のために異議が可能(#2,3)
 - * 特別決議(§724-2)：議決権総額の 1/5 以上かつ出席議決権者の総額の 2/3 以上
 - ・社債全部の支払猶予・訴訟行為等、それに関する事項(§706-1)
 - ・代表社債権者の選任(§736)：社債総額の 0.1%以上所有者、決議事項につき決定委任可
 - ・決議執行者の選任(§737-1 但)：通常は①社債管理者②代表者債権者が行うが別に選任可
 - ・代表社債権者・決議執行者の解任(§738)
 - ※招集の決定で目的とした事項以外は議決不可能
 - ・招集権：会社又は社債管理者又は社債総額の 1/10 以上を有する社債権者の請求(§717,718)
 - ・招集の決定・通知(§719,720)：2 週間前までに通知、無記名式があれば 3 週間前までに公告
 - ※社債権者集会参考書類及び議決権行使書面の交付等(§721,722)
 - ・議決方法：有する未償還社債の合計額に応じる。会社の自己社債は議決権なし(§723)
 - ※代理行使(§725)、書面行使(§726)、電磁的方法による行使(§727)、不統一行使(§728)
 - ・議決後の認可：招集者が 1 週間以内に裁判所に認可を申立てる(§732)
 - 認可されれば有効、全社債権者に効力(§734)、認可・不認可を会社は公告(§735)
 - ←不認可(§733)：手続違反、決議が不正に成立・著しく不公正、社債権者一般の利益に相反
 - ・その他：代表者・社債管理者の出席等(§729)、延期・続行決議(§730)、議事録(§731)、費用(§742、会社負担)
8. その他の規定
- ・社債原簿(§681-685,690,691,695/2)
 - ・共有者による権利行使(§686)
 - ・社債の質入れ(§692-695)
 - ・社債管理者・代表社債権者・決議執行者の報酬等は裁判所の許可があれば会社負担(§741)

第8款 新株予約権付社債

1. 新株予約権を付した社債をいう(§2:22)
 - ・ 社債権者に新株予約権も付与し、業績が悪いと安定した社債、好調なら株主になれる
→「社債の堅実性と株主の投機性を併有する」：その分だけ利息は低めで済む
2. 新株予約権付社債への規整：新株予約権と社債の両方が適用されるが特則あり
 - ※ 厳しい規律に合わせるため、新株予約権の規定が優先されることが多い
 - ・ §236-2：新株予約権は社債の金額ごとに均等に定める
 - ・ §254-2,3,267-2,3：新株予約権・社債のみの譲渡・質入れは他方が消滅するまで不可能
 - ・ 発行手続：募集新株予約権の発行手続により、募集社債の手続は不適用(§248)
 - ・ 有利発行：新株予約権につき有利発行なら特別決議が必要になる(§238,239,240,309-2:6)
→特別決議を欠く場合などは新株予約権の差止め請求・無効の訴えの対象となる

第4章 株式会社の機関

第1節 総論

第1款 総論

1. 会社の機関：法人たる会社の意思や行為をする自然人または会議体
2. 株式会社における機関設計
 - ・株主総会・取締役：必置(§295-1 は株主総会の存在を前提する、§326-1)
 - ・取締役会・会計参与・取締役・取締役会・会計監査人・委員会：任意(§326-2)
→機関設計は定款で定め、登記を要する(§911-3:15~22)
 - ・形態による設置強制・設置禁止
 - * 公開会社 → 必要：取締役会(§327-1:1)
∴頻繁な株主変動が予期され、株主による会社経営への継続的・積極的関与が期待しにくく、
会社の業務に関する意思決定・業務執行者の監視・監督を株主に代わってする機関が必要
 - * 取締役会設置会社
 - ・公開会社 → 必要：監査役 or 委員会(§327-2 本文)
 - ・非公開会社 → 必要：監査役 or 委員会 or 会計参与(§327-2 本文・但書)
←監査役会及び会計監査人がない場合、監査役の権限を会計監査に限定可能(§389-1)
 - ∴株主総会の権限制約(§295-2)で、株主の業務執行監督が困難なので、監査役会等が必要
 - * 監査役会 → 必要：取締役会(§327-1:2)
∴常勤/社外監査役を置く必要があるのに、取締役会を欠く簡素な形態の採用は想定し難い
 - * 会計監査人 → 必要：監査役 or 委員会(§327-3)
∴計算書類の適正さを図る独立的専門職たる会計監査人制度を有効に機能させるため、
監査役の監査によって会計監査人の経営陣からの独立性を担保する必要があるから
 - * 委員会 → 必要：取締役会(§327-1:3)・会計監査人(§327-5)、禁止：監査役(§327-4)
∴三委員会の構成及びその権限行使が取締役会の存在を前提している
 - * 大会社
 - ・公開会社・非公開会社とも → 必要：会計監査人(§328-1,2,§327-5 で委員会→会計監査人)
∴金商法による財務諸表の会計監査制度が強制されているから
 - ・公開会社のみ → 必要：監査役会 or 委員会(§328-1)
∴一般に株主が多数かつ頻繁に変動するため、株主による会社経営への監視が及びにくく、
業務執行及び会計に関する監督が重要になるため
 - ・検査役：法定の事項を調査するために、臨時に選任される機関
→会社との関係は準委任関係(民法の委任の規定が適用)
 - * 株主総会が選任するもの
 - ・創立総会：設立事項の調査(§94-1)
 - ・株主総会・種類株主総会：(種類)株主総会に提出された資料等の調査者(§316-1,325)
 - ・少数株主の招集した(種類)株主総会：会社の業務及び財産の状況の調査者(§316-2,325)

* 裁判所が選任するもの：報酬決定権と解任権は裁判所にある

- ・ 定款の記載又は記録事項に関する検査役(§33)：発起人、変態設立事項のある場合
- ・ 現物出資の検査役(§207:募集株式、§284:新株予約権の行使)：会社、現物出資の場合
- ・ 株主総会の招集手続等に関する検査役(§306:総会検査役)：会社 or 議決権 1%株主
：紛糾が予想される場合に、委任状の取扱など手続・運営方法の証拠を保全するため
→必要な調査をして裁判所に報告(#5)、会社と請求株主にも提供(#7)
→裁判所は必要なら株主総会招集や株主への調査結果通知を命令する(§307-1)

§306-1 株式会社又は総株主(株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主を除く。)の議決権の百分の一(これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合)以上の議決権を有する株主は、株主総会に係る招集の手続及び決議の方法を調査させるため、当該株主総会に先立ち、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる【#2：取締役会設置会社の特則】

- ・ 種類株主総会の招集手続等に関する検査役(§325 → §306)
- ・ 業務の執行に関する検査役(§358)：3%以上株主、会社の業務執行に関する不正等の嫌疑
→子会社も含め(#4)、必要な調査をして裁判所に報告(#5)、会社と請求株主にも提供(#7)
※調査対象は会計帳簿等に限定されない(cf. §433の株主の会計帳簿閲覧・謄写請求権)
→裁判所は必要なら株主総会招集や株主への調査結果通知を命令する(§359-1)

§358-1 株式会社の業務の執行に関し、不正の行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事実があることを疑うに足りる事由があるときは、次に掲げる株主は、当該株式会社の業務及び財産の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる【1号：議決権3%以上、2号：持株比率3%以上】

【最決平 18.9.28 民集 60-7-2634】検査役選任[H18 許 12]

検査役選任決定申請→却下→抗告：取消差戻し→許可抗告：破棄差戻し（申請時点では議決権の約3.2%だったが、既発行の新株予約権付社債の行使による新株発行で議決権が約2.97%になったもの）

「株式会社の株主が商法294条1項に基づき裁判所に当該会社の検査役選任の申請をした時点で、当該株主が当該会社の総株主の議決権の100分の3以上を有していたとしても、その後、当該会社が新株を発行したことにより、当該株主が当該会社の総株主の議決権の100分の3未満しか有しないものとなった場合には、当該会社が当該株主の上記申請を妨害する目的で新株を発行したなどの特段の事情のない限り、上記申請は、申請人の適格を欠くものとして不適法であり却下を免れない」

第2節 株主総会

第1款 株主総会の意義・権限

1. 意義：株主を構成員とする会議体で、決議により会社の基本的意思決定をする機関
←「最高の」意思決定機関とはいえない：取締役会設置会社では株主総会は権限の制約がある
2. 権限(§295)：会社の意思決定

- ・取締役会のない会社における権限(#1)：会社の意思決定の一切の事項

§295-1 株主総会は、この法律に規定する事項及び株式会社の組織、運営、管理その他株式会社に関する一切の事項について決議をすることができる

- ・取締役会設置会社における権限(#2,3)：会社法・定款所定の事項のみ、法定事項は除外不可

§296-2 前項の規定にかかわらず、取締役会設置会社においては、株主総会は、この法律に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議をすることができる

#3 この法律の規定により株主総会の決議を必要とする事項について、取締役、執行役、取締役会その他の株主総会以外の機関が決定することができることを内容とする定款の定めは、その効力を有しない

* 法定事項の例

- ・取締役・監査役などの機関の選解任(§329,339 など)
- ・会社の基礎的変更(資本金減少、定款変更、事業譲渡等、解散等：§447,466,467 など)

* 株主総会の目的である事項以外の事項についての決議：原則禁止(§309-5)

§309-5 取締役会設置会社においては、株主総会は、§298-1:2 に掲げる事項以外の事項については、決議をすることができない。ただし、§316-1 若しくは#2 に規定する者の選任【総会で選任する検査役】又は§398-2 の会計監査人の出席を求めると【定時株主総会への会計監査人の出席請求決議】については、この限りでない

- ・例外：検査役の選任(§316-1,2)、会計監査人出席請求(§398-2)、延期・続行(§317)、
議事進行に係る決議(議長不信任動議に対する決議など)
- ・違反した決議は決議取消事由となる

【最判昭 31.11.15 民集 10-11-1423】 目的事項以外の決議をすると決議取消事由

第2款 株主総会の招集・運営

1. 招集手続の目的：全株主に、株主総会の開催・会議の目的を知らせ、出席の機会と議事・議決に参加するための準備の機会を与えること → 株主の利益のためにある
 - ・ 招集手続の瑕疵 → 株主総会決議取消しの訴えの対象となる(§831-1:1)
 - 【最判昭 45.8.20 判時 607-79】取締役会設置会社の取締役が招集した総会[S44 才 276]
 - 株主総会決議(取締役選任)不存在確認請求→認容/取消棄却/破棄自判(控訴棄却 9)
 - 「株主総会の選出は、原則として、代表取締役が取締役会の決議に基づいて行なわなければならないものであるところ、前記総会が被上告会社の代表取締役以外の取締役である土谷太郎によって招集されたものであることは前述のとおりであり、しかも、前記認定の事実によれば、右総会は取締役会の決議を経ることなしに同取締役の専断によって招集されたものと推認される。してみれば、右総会は招集権限のない者により招集されたものであって、法律上の意義における株主総会ということはず、そこで決議がなされたとしても、株主総会の決議があったものと解することはできない。したがって、右決議の無効確認を求める上告人の本訴請求は理由がある」(松田意見) 最判昭 45.7.9 の意見を引用(不存在確認請求は形成の訴えで審理方法が異なる)
2. 招集時期(§296-1,2)
 - ・ 定時株主総会：決算期ごとに定時(毎事業年度の終了後一定の時期:§296-1)
 - * 権利行使に基準日がある場合は、基準日から3カ月以内(§124-2)
 - ・ 臨時株主総会：必要がある場合はいつでもよい(§296-2)
3. 招集権者(§296-3,297,298-4)
 - ・ 取締役会のない会社：取締役が招集する(§296-3)、複数なら過半数で決定(§348-2)
 - ・ 取締役会設置会社：取締役会で決定し(§298-4)、代表取締役/執行役が執行
 - * 委員会設置会社では招集事項決定の執行役への委任は禁止(§416-4:4)
 - ・ 株主による招集の請求(§297)
 - * 株主は(議決権 3%、公開会社では6月継続)、(代表)取締役に招集を請求可能(#1,2)
 - * 無視されると裁判所の許可を得て、当該株主が招集できる(#4)
 - §297-1 総株主の議決権の百分の三^[定款緩和可]以上の議決権を六箇月^[定款緩和可]前から引き続き有する株主は、取締役に對し、株主総会の目的である事項(当該株主が議決権を行使することができる事項に限る。)及び招集の理由を示して、株主総会の招集を請求することができる
 - #4 次に掲げる場合には、#1の規定による請求をした株主は、裁判所の許可を得て、株主総会を招集することができる【1号:遅滞なく招集手続がされない、2号:請求日から8週間以内の日の総会の招集通知がされない】
- ・ 裁判所による招集：検査役の報告に基づく招集(§307,359)
4. 株主総会の招集の決定(§298)：総会の招集者(取締役(会)か§297の株主)が定める
 - ・ 決定すべき事項：株主総会の日時・場所、株主総会の目的である事項があればその事項(議題)、書面・電磁的方法による議決権行使を認める場合はその旨、法務省令所定事項
 - * 招集地(#1:1)：どこでもよいが、株主に著しく不便な場所は決議取消事由(解釈)
 - 著しく離れた場所の場合、原則として招集事項でその理由が必要(#1:5,則 63:2)
 - * 議題(#1:2)：取締役会設置会社では必須かつ権限が限定(§299-4,309-5)
 - ・ 取締役選任決議の記載方法：議題は「取締役選任の件」となる
 - 議案は個々の候補者ごと、株主総会参考書類に氏名・生年月日・略歴などを記載(則 74-1)

- * 書面投票制度(#1:3) : 議決権を一部でも行使できる株主が 1000 人以上なら、必要(#2)
←上場会社が金商法に基づき全員に委任状勧誘する場合は不要(#2 但書、則 64)
- * 電磁的投票制度(#1:4)
- * その他の事項(#1:5) : 則 63 に規定、1~4 号の詳細や一部の重要議案についての概要など
- ・ 書面投票制度(§301,311)
 - * 招集通知の際に、株主総会参考書類と議決権行使書面を交付する(§301)
 - ・ 議決権行使書面(則 66) : 賛否記入欄や株主名・議決権の数などの記載を要する
 - * 行使方法(§311) : 必要事項を記載後、会社に提出して行使(#1)
 - ・ 締切 : 総会の直前営業日の営業時間終了時(則 69)、当日到着分を受け付けるかは任意
 - ・ 効果 : 出席議決権に算入(#2)、総会に出席すると効力を失う
 - ・ 保存 : 書面は 3 カ月本店に備え置き、株主は閲覧・謄写請求可能(#3,4)
- ・ 電磁的投票制度(§302,312)
 - * 招集通知の際に、株主参考書類を交付、議決権行使書面相当を電磁的方法で提供(§302)
 - * 行使方法(§312) : 書面投票制度にほぼ同じ(締切:則 70、効果:#3、保存:#4,5)
 - ・ 書面投票と併用し、両方の投票が到着すると、後の方を優先する(解釈、則 63:4 で規定可)

5. 招集通知(§299)

- ・ 招集者から株主に対し通知する(#1) : 原則 2 週間前まで
§299-1 株主総会を招集するには、取締役は、株主総会の日の二週間（前条第一項第三号又は第四号に掲げる事項を定めたときを除き、公開会社でない株式会社にあつては、一週間（当該株式会社が取締役会設置会社以外の株式会社である場合において、これを下回る期間を定款で定めた場合にあつては、その期間））前までに、株主に対してその通知を発しなければならない
 - * 招集期間の短縮 : 非公開会社では 1 週間、取締役会設置会社以外は定款でさらに短縮可能
 ∴人的結合が濃密で、株主がすぐ集まれるほど短くてよい
 - ・ 書面投票制度・電磁的投票制度を採用すると短縮できない
 - * 方式 : 原則として書面(#2)又は電磁的方法(#3 : 株主の承諾が必要) cf.株主への通知(§126)
 →通知内容 : §298-1 所定事項を記載・記録する(#4)
 - ・ 電話や口頭で足りる場合 : 取締役会がなく、書面・電磁的投票も不可の場合(#2 反対)
 →通知内容 : 日時・場所を示して総会開催を知らせれば足りる
 - * 提供書類
 - ・ 書面投票・電子投票採用 : 株主総会参考書類・議決権行使書面/電磁的手段(§301,302)
 →参考書類の記載内容(則 73:議案、議案の内容等)、修正はウェブのみで可能(則 65-3)
 - ・ 取締役会設置会社(§437) : 計算書類・事業報告(+ 監査報告、会計監査報告)
 - ・ 上場株式で議決権代理行使を勧誘するとき(金商法 194) : 参考書類・賛否明記可な委任状等
 ※定款の定めで、計算書類の一部などはウェブ開示可能(則 94,133-3~5,計算 133,134)
- ・ 招集手続の省略(§300) : 株主全員の同意が条件、種類株主総会へ準用(§325)
 →招集通知(§299)と計算書類・事業報告の提供(§437)を省略可、招集決定(§298)は必要
- * 書面・電磁的投票制度を認めた場合は省略不可(但書)

§300 前条の規定にかかわらず、株主総会は、株主の全員の同意があるときは、招集の手続を経ることなく開催することができる。ただし、§298-1:3/4 に掲げる事項を定めた場合は、この限りでない

* 全員出席総会：H14 改正前も、株主全員が開催に同意出席すれば招集は不要とされた

∴ 招集通知は株主の総会出席・準備の時間確保が目的だが、株主が同意するなら不要

← 株主がいても、取締役や監査役がいなくて株主総会と言えるのか？

← 株主が全員いるのに無効と言うのは行きすぎではないか → 取消事由になる[江頭]

【最判昭 60.12.20 民集 39-8-1869】 全員出席総会の効力[S58 才 1567]

「商法が……株主総会を招集するためには招集権者による招集の手続を経ることが必要であるとしている趣旨は、全株主に対し、会議体としての機関である株主総会の開催と会議の目的たる事項を知らせることによつて、これに対する出席の機会を与えるとともにその議事及び議決に参加するための準備の機会を与えることを目的とするものであるから、招集権者による株主総会の招集の手続を欠く場合であつても、株主全員がその開催に同意して出席したいいわゆる全員出席総会において、株主総会の権限に属する事項につき決議をしたときには、右決議は有効に成立するものというべきであり（最判昭 46.6.24 参照）、また、株主の作成にかかる委任状に基づいて選任された代理人が出席することにより株主全員が出席したこととなる右総会において決議がされたときには、右株主が会議の目的たる事項を了知して委任状を作成したものであり、かつ、当該決議が右会議の目的たる事項の範囲内のものである限り、右決議は、有効に成立する」（敷金返還請求→認容／棄却）

【最判昭 46.6.24 民集 25-4-596】 一人会社の株主総会[S43 才 826]

「いわゆる一人会社の場合には、その一人の株主が出席すればそれで株主総会は成立し、招集の手続を要しない」

6. 株主の提案権

・ 議題提案権(§303)：取締役が招集する総会で、少数株主に議題の提案権を認めるもの

→ 少数株主による総会招集制度の簡易版・無視されても決議がないので決議取消は不可能

* 取締役会設置会社(#2)：議決権 1%or300 個・6 月継続株主のみ、8 週間前まで

← 非公開会社の場合は 6 月持株要件不要(#3)、取締役会がない場合は条件なし、いつでも

・ 「いつまで」保有している必要があるか：基準日までで足りる ← 総会終結まで必要[江頭]

§303-1 株主は、取締役に対し、一定の事項（当該株主が議決権を行使することができる事項に限る。次項において同じ。）を株主総会の目的とすることを請求することができる

・ 議案提出権(§304)：株主総会で議案を提出する権利、株主なら誰でもできる

→ 会議体の一般原則の明文化に過ぎない、議案の内容・過去の決議結果により制限あり

§304 株主は、株主総会において、株主総会の目的である事項^{【議決権行使可能事項のみ】}につき議案を提出することができる。ただし、当該議案が法令若しくは定款に違反する場合又は実質的に同一の議案につき株主総会において総株主…の議決権の十分の一^{【定款緩和可】}以上の賛成を得られなかった日から三年を経過していない場合は、この限りでない

・ 議案の要領の通知請求権(§305)：他の株主に通知させるもの、8 週間前まで

* 議案の内容・過去の決議結果による制限あり(#4)

* 取締役会設置会社(#1 但)：議決権 1%or300 個・6 月継続株主のみ

← 非公開会社の場合は 6 月持株要件不要(#2)、取締役会がない場合は条件なし

7. 委任状勧誘

・ 会社や株主は他の株主に「議決権代理行使に関する委任状」(§310 後段)の送付ができる

§310 株主は、代理人によってその議決権を行使することができる。この場合においては、当該株主又は代理人

は、代理権を証明する書面を株式会社に提出しなければならない

- ・ 会社が委任状勧誘し、受け取った委任状を無視した場合：債務不履行責任しか生じない
→ 株主総会の決議の瑕疵とはならない(解釈)
 - * 例：委任状があるのに出席数に不算入、特定議案に反対と記載されたのに賛成で処理など
- ・ 金商法 194：上場株式の委任状勧誘では、被勧誘者が賛否を明記可能な委任状用紙を用いる
(上場株式の議決権の代理行使の勧誘に関する内閣府令 43 条)

8. 総会の運営

- ・ 一般的な流れ：議長の資格審査・定足数充足確認→開会宣言(成立)→報告事項の報告・質疑
→審議事項の趣旨説明・質疑→決議
- ・ 議事の方法：定款・慣習による
 - * 議長の権限(§315)：秩序維持と議事整理が任務、秩序を乱す者の退場命令可能
 - ・ 議長は通常は定款で規定(少数株主招集総会では別に定めてよい)。なければ総会で選任
 - * 延期・続行の決議(§317)：招集通知記載事項ではないが、認められる
→ 延会等も含め 1 つの総会。普通決議で足り、日時場所も一緒に決めれば別途通知不要
 - ・ 延期：議事に入らないで総会を延期すること(後で開催する総会を延会という)
 - ・ 続行：議事に入ったが審議が終わらないので後日継続すること(〃 継続会という)
 - * 議事録の作成(§318)：書面又は電磁的方法、内容は則 72 に規定
 - ・ 議事録は証拠のために作成される → 決議の効力には関係がない
 - ・ 本店 10 年、支店 5 年の備え置き(#2,3)、株主・債権者の閲覧・謄写請求権(#4)
 - ・ 親会社社員の閲覧・謄写請求権(#5・裁判所の許可が必要)
- ・ 取締役等の説明義務(§314)：取締役らの説明義務 → これらの者は出席義務がある
∴ 株主の質問・意見陳述権は当然ゆえ、拒絶事由と説明回避に備えた事前通知を定めた規定
[§314 本文](#) 取締役、会計参与、監査役及び執行役は、株主総会において、株主から特定の事項について説明を求められた場合には、当該事項について必要な説明をしなければならない
 - * 取締役の積極的説明義務：§314 は消極的説明義務だが、議題・議案の賛否判断資料として、
取締役は必要な範囲で説明義務を負う → 質問前の説明、事前質問への一括回答も可能
 - * 説明義務の程度：平均的な株主が合理的な判断をするのに必要な情報が提供されればよい
 - ・ 客観的にその程度に達していないのに打ち切って採決すると、説明義務違反
→ 総会決議取消事由(§831-1:1)、正当な理由なく説明を怠ると過料(§976:9)
 - * 説明拒絶事由(§314 但書)
 - ・ 総会の議題に無関係、株主共同の利益を著しく害する場合のほか、則 71 所定の場合
 - ・ 則 71：調査が必要、会社その他の者の権利侵害、実質的に同一事項、その他正当な理由
← 調査が必要でも、相当の期間前に当該事項を通知しておけば説明回避不可(則 71:1 イ)
- ・ 運営上の諸問題

【最判平 8.11.12 判時 1598-152】四国電力社員株主差別的取扱損賠請求事件[H5 才 1747]

「株式会社は、同じ株主総会に出席する株主に対しては合理的な理由のない限り、同一の取扱いをすべき」原発
反対派の議事進行妨害のおそれがあったとしても「被上告会社が従業員株主らを他の株主よりも先に会場に入場させて

株主席の前方に着席させる措置を採ることの合理的な理由に当たるものと解することはできず、被上告会社の右措置は、適切なものではなかった」が、原告は会場の中央部付近に着席し、議長の指名を受けて動議を提出したから、「具体的に株主の権利の行使を妨げられたということとはできず」権利侵害がない(損賠請求→棄却)

第3款 議決権の行使

1. 1株1議決権の原則(§308-1 本文)と例外

§308-1 株主(株式会社がその総株主の議決権の四分の一以上を有することその他の事由を通じて株式会社がその経営を実質的に支配することが可能な関係にあるものとして法務省令で定める株主を除く。)は、株主総会において、その有する株式一株につき一個の議決権を有する。ただし、単元株式数を定款で定めている場合には、一単元の株式につき一個の議決権を有する【#2:自己株式に議決権はない】

・議決権がないもの、議決権がない場合

- * 自己株式(§308-2) ∴取締役により議決権行使が歪曲化される
- * 相互保有株式の規制(§308-1 本文括弧書,則 67)
- * 譲渡制限株式の買取りの決定における譲渡等承認請求者(§140-1~3)
- * 特定の株主からの自己株式取得における特定の株主(§160-4)
- * 相続人等に対する売渡請求の決定における株式保有者(§175-2)

・特殊な議決権

- * 単元株式(§308-1 但書) : 1 単元株式につき 1 個、単元未満株式は議決権なし
- * 議決権制限株式(§108-1:3) : 制限された事項については議決権を行使できない
∴株式の持合による相互の経営者の地位の永続化などの議決権行使の歪曲化の弊害の除去
- * 非公開会社の特例(§109-2) : 議決権について株主ごとに異なる取扱いを定款で定めた場合

2. 共有株式の議決権行使 → 3章1節1款

3. 議決権の行使方法

- ・原則 : 株主総会に株主自身が出席して行使する
- ・例外 : 代理行使、書面投票制度、電磁的投票制度
 - * 議決権拘束契約 : 契約で議決権の行使方向を定めること。有効である
←但し、違反した議決権行使は、債務不履行にとどまり、議決権の行使としては有効
- ・議決権行使に関する贈収賄(§968)・利益供与(§970) : 刑事罰が科される

4. 議決権の代理行使(§310) : 代理人によって議決権を行使すること(#1 前段)

- ・要件 : 株主か代理人が委任状(代理権を証明する書面)を会社に提出すること(#1 後段)
→株主総会ごと(#2)、電磁的方法も可(#3,4)、代理人の人数制限も可(#5)

委任状は備え置きを要し、株主は閲覧・謄写請求可(#6,7)

§310-1 株主は、代理人によってその議決権を行使することができる。この場合においては、当該株主又は代理人は、代理権を証明する書面を株式会社に提出しなければならない

- * 代理人を株主に限る旨の定款の定め : 第三者による攪乱防止目的で適法(判例)・無効説あり
- ・株主が弁護士を代理人とすることは可能か : 認めない合理的根拠はない/拒否してよい

【最判昭 43.11.1 民集 22-12-2402】議決権の代理行使[S40 才 1206]

株主 : 関口伊三郎 4500,関口リノ 2000,関口喜美子 1500,関口フジ,愛子,尚子,ハナ(原告)各 500

S24.11.28 被告会社解散、伊三郎が清算人に就職、清算をせずにその妻子が財産を私的流用

S32.7.7 Y 社臨時株主総会(フジ(尚子代理人兼)500+500、愛子(喜美子後見人の代理人兼)500+1500、原告(リノ代理人兼)500+2000、伊三郎妻ら 6 名は株主ではないので追い払われた) :
伊三郎を解任し、愛子を清算人に選任→7.8 に登記完了(無効確認の訴えは伊三郎側敗訴確定)

同日、伊三郎妻ら6名が株主総会をし、伊三郎の子繁雄を被告会社の清算人に選任したと主張
※ここで、伊三郎妻はY社株主ではなく、定款により代理人となれない、と原告が主張した
商法 239-3「は、議決権を行使する代理人の資格を制限すべき合理的な理由がある場合に、定款の規定により、相当と認められる程度の制限を加えることまでも禁止したものは解されず、右代理人は株主にかぎる旨の所論
上告会社の定款の規定は、株主総会が、株主以外の第三者によつて攪乱されることを防止し、会社の利益を保護
する趣旨にでたものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限といふことができるから、右商法二三九条
三項に反することなく、有効である」(株主総会決議(1)不存在確認(2)無効確認(3)取消請求→取消認容

- ・株主が法人の場合、株主ではないその職員・従業員に代理行使させるのは可能

【最判昭 51.12.24 民集 30-11-107】議決権の代理行使[S48 才 794]

定款変更決議(全株式の譲渡制限条項の新設)・計算書類等承認・監査役選任の株主総会決議取消請求

S43.5.24 定時株主総会：新潟県・直江津市・日本通運(株)はそれぞれその職員を代理人とした

←定款に代理人は株主に限る旨の定めがあった

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

5. 議決権の不統一行使(§313)：株式の信託を受けている場合などには合理的

- ・「他人のために株式を有する者」(信託や譲渡後名義書換未了)を除き、会社は拒否できる(#3)
→取締役会設置会社では総会3日前までにその旨と理由を通知(#2)：会社の事務処理の便宜
§313-1 株主は、その有する議決権を統一しないで行使することができる

第4款 株主総会決議の種類

1. 決議の種類(§309)：多数決だが、要件が異なる

- ・普通決議(#1)：定足数は議決権過半数(定款修正無制限)、決議要件は出席議決権の過半数
 - * 役員選解任決議(§341)：定款での定足数軽減は1/3まで、決議要件の厳格化が可能
 - * 対象：2～4項所定の場合を除く決議

§309-1 株主総会の決議は、定款に別段の定めがある場合を除き、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う

- ・特別決議(#2)：定足数は議決権過半数、決議要件は出席議決権の2/3以上の多数
 - * 定款修正：定足数は1/3以上、決議要件は厳格化可能、賛成株主数等の要件追加も可能
 - * 対象：基礎的変更や株主に重大な利害関係のある決議

§309-2 前項の規定にかかわらず、次に掲げる株主総会の決議は、当該株主総会において議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（三分の一以上の割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の三分の二（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上に当たる多数をもって行わなければならない。この場合においては、当該決議の要件に加えて、一定の数以上の株主の賛成を要する旨その他の要件を定款で定めることを妨げない

- ・特殊決議①(#3)：決議要件は議決権行使可能株主の半数以上 + 全議決権の2/3以上の多数
 - * 定款修正：株主数・議決権数とも厳格化のみ可能
 - * 対象：定款変更や合併対価等で新たに譲渡制限がかかる場合(もともと種類株式未発行)

§309-3 前二項の規定にかかわらず、次に掲げる株主総会（種類株式発行会社の株主総会を除く。）の決議は、当該株主総会において議決権を行使することができる株主の半数以上^[定款厳格化可]であつて、当該株主の議決権の三分の二^[定款厳格化可]以上に当たる多数をもって行わなければならない

- ・特殊決議②(#4)：決議要件は総株主の半数以上 + 議決権の3/4以上の多数
 - * 定款修正：株主数・議決権数とも厳格化のみ可能
 - * 対象：非公開会社で株主ごとに異なる権利内容を設ける定款変更(§109-2)

§309-4 前三項の規定にかかわらず、§109-2の規定による定款の定めについての定款の変更（当該定款の定めを廃止するものを除く。）を行う株主総会の決議は、総株主の半数以上^[定款厳格化可]であつて、総株主の議決権の四分の三^[定款厳格化可]以上に当たる多数をもって行わなければならない

2. 決議の方法

- ・表決の方法：規定はない、定款で定めない限り、慣習による
→議案への賛成議決権数が決議に必要な数に達したことが明白になった時点で成立
←賛否明確でない場合は計数を要する(§304,305-4は正確な計数を前提している)

【最判昭42.7.25民集21-6-1669】表決の方法[S40才821]

「株主総会における議事の方式については、法律に特別の規定がないから、定款に別段の定めをしていないかぎり、総会の討議の過程を通じて、その最終段階にいたつて、議案に対する各株主の確定的な賛否の態度がおのずから明らかとなつて、その議案に対する賛成の議決権数がその総会の決議に必要な議決権数に達したことが明白になつた以上、その時において表決が成立したものと解するのが相当であり、したがつて、議長が改めてその議案について株主に対し挙手・起立・投票など採決のしるしをとらなかつたとしても、その総会の決議が成立しないということはいえない」（株主総会決議無効確認→棄却／棄却）

- ・株主総会の決議の省略(§319)：議決権行使可能な株主全員が書面等で同意 → みなし決議(#1)

→議題に関する全提案がみなし決議されると、総会が終結したとみなす(開催を省略可:#5)

∴合併会社など閉鎖的な会社で手続の簡素化を図るため

§319-1 取締役又は株主が株主総会の目的である事項について提案をした場合において、当該提案につき株主(当該事項について議決権を行使することができるものに限る。)の全員が書面又は電磁的記録により同意の意思表示をしたときは、当該提案を可決する旨の株主総会の決議があったものとみなす

* 同意書面・電磁的記録の保存(10年,#2)、株主・債権者・親会社社員の閲覧・謄写権(#3,4)

* 総会の報告事項も通知+全株主の同意で、報告があったとみなす(§320) → 総会開催省略

3. 多数決の限界

- ・ 強行法規違反の決議、株主平等原則違反・固有権を侵害する決議はできない
- ・ 定款違反、(特別利害関係者の議決権行使による)著しく不当な決議は取消事由(§831-1:2,3)
- ・ 多数決の修正：反対株主の株式買取請求権、累積投票(§342)、取締役等の解任権

第5款 株主総会決議の瑕疵

1. 決議の瑕疵

- ∴決議の効力が会社・株主・取締役など多数者の利害に影響するから、法的安定性の保護が必要
→法律関係の画一的確定のため、訴えによって効力を確定すべき
→出訴権者等制限、対世効(有効として法律関係が積み重ねられるから)
※特に取消しの訴えは手続など瑕疵が重大でないため、決議の法的安定性を重視

- ・方法の選択：取消し・不存在は主に手続の瑕疵、無効は内容の違法が主な攻撃対象となる
 - *取消しは比較的瑕疵が軽い場合 → 訴えでしか主張できない、形成訴訟
 - *無効・不存在は瑕疵が重大な場合 → 判決前にも無効を主張可能、確認訴訟

2. 決議の瑕疵① – 決議取消しの訴え(§831)

§831-1 次の各号に掲げる場合には、株主等（当該各号の株主総会等が創立総会又は種類創立総会である場合にあっては、株主等、設立時株主、設立時取締役又は設立時監査役）は、株主総会等の決議の日から三箇月以内に、訴えをもって当該決議の取消しを請求することができる。当該決議の取消しにより取締役、監査役又は清算人（当該決議が株主総会又は種類株主総会の決議である場合にあっては§346-1（§479-4において準用する場合を含む。）の規定により取締役、監査役又は清算人としての権利義務を有する者を含み、当該決議が創立総会又は種類創立総会の決議である場合にあっては設立時取締役又は設立時監査役を含む。）となる者も、同様とする

§828-2:1 抜粋 …株主等（株主、取締役又は清算人（監査役設置会社にあつては株主、取締役、監査役又は清算人、委員会設置会社にあつては株主、取締役、執行役又は清算人）をいう）…

- ・原告適格：株主等(株主、取締役・監査役・執行役、清算人)

←監査役は権限が会計のみの場合を除く(§2:9の監査役設置会社の定義から外れるから)

- *株主の原告適格：他人の手続の瑕疵だけが理由でよく、株主の地位を奪われた場合も含む
∴会社の適法な運営の確保を目的とする制度だから

【最判昭 42.9.28 民集 21-7-1970】 提訴権者たる株主[S41 才 664]

「株主は自己に対する株主総会招集手続に瑕疵がなくとも、他の株主に対する招集手続に瑕疵のある場合には、決議取消の訴を提起し得るのであるから、被上告人が株主たる柳原らに対する招集手続の瑕疵を理由として本件決議取消の訴を提起したのは正当」（株主総会決議取消請求→認容/棄却/棄却）

【東京高判平 22.7.7 金判 1347-18】 日本高速物流株主総会決議取消請求事件[H21 ネ 5903]

要旨「株主総会決議により株主の地位を奪われた株主が、当該決議の取消訴訟を提起した場合、当該決議が取り消されない限り、その者は株主としての地位を有しないことになるが、これは決議の効力を否定する取消訴訟を形成訴訟として構成したという法技術の結果にすぎず、決議が取り消されれば株主の地位を回復する可能性を有しているから、会社法831条1項との関係では、その者を株主として扱ってよく、右株主は当該決議の取消訴訟の原告適格を有する」（株主総会決議取消請求、訴えの利益なしで却下）

- *提訴後の訴訟承継：相続等の包括承継では認められるが、譲渡では認められない

【最大判昭 45.7.15 民集 24-7-804】 株式の相続と訴訟の承継[前掲 S42 才 1466]

(有限会社)会社解散、社員総会決議取消等請求 → 原告死亡・遺産分割で原告の出資持分を全部承継したXが訴訟承継 → 一審：会社解散請求権等は共益権で社員の一身専属権ゆえ訴訟は当然終了/棄却/破棄差戻し

「社員が右のような訴を提起したのちその持分を譲渡した場合には、譲受人は会社解散請求権、社員総会決議取消請求権および同無効確認請求権のごときは取得するけれども、譲渡人の訴訟上における原告たる地位までも承継するものとはいえない。これに反して、相続の場合においては、相続人は被相続人の法律上の地位を包括的に承継するのであるから、持分の取得により社員たる地位にともなう前記のごとき諸権利はもとより、被相続人の

提起した訴訟の原告たる地位をも承継し、その訴訟手続を受け継ぐことになる」

- ・ 被告適格：株式会社(§834:17)

【最判昭 36.11.24 民集 15-10-2583】会社以外の被告側共同訴訟人としての参加[S34 才 250]
株主総会決議取消訴訟で、被告会社共同訴訟人として上告人(対象決議に基づく代取)が訴訟参加の申出(民訴75)をしたもの。「第三者が同条の規定により訴訟に参加することが許されるためには、当該訴訟の目的が当事者の一方および第三者について合一にのみ確定すべき場合であることのほか、当該訴訟の当事者となりうる適格を有することが要件となつてゐることは、同条の法意に徴し、明らかである。すなわち、上告人の本件参加の申出が許されるためには、上告人は本件訴訟の被告となりうる適格を有しなければならない……ところが、本件訴訟の被告となりうる者は、その性質上、被上告人会社に限られる……から、上告人が本件訴訟の被告となる適格を有しないことは自明の理である。したがつて、上告人の本件参加の申出は許されない」

- ・ 出訴期間：株主総会等の決議の日から3カ月以内(#1)

【最判昭 51.12.24 民集 30-11-1076】提訴期間経過後の追加主張[前掲 S48 才 794]

「株主総会決議取消しの訴えを提起した後、商 248-1 所定の期間経過後に新たな取消事由を追加主張することは許されない……けだし、取消しを求められた決議は、たとえ瑕疵があるとしても、取り消されるまでは一応有効のものとして取り扱われ、会社の業務は右決議を基礎に執行されるのであつて、その意味で、右規定は、瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるためその取消しの訴えを提起することができる期間を決議の日から三カ月と制限するものであり、また、新たな取消事由の追加主張を時機に遅れない限り無制限に許すとすれば、会社は当該決議が取り消されるのか否かについて予測を立てることが困難となり、決議の執行が不安定になるといわざるを得ないのであつて、そのため、瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるという右規定の趣旨は没却されてしまうことを考えると、右所定の期間は、決議の瑕疵の主張を制限したものと解すべきであるからである」
(原告上告棄却、代理人の議決権行使を認めなかったのは違法との主張を追加したもの)

【最判昭 54.11.16 民集 33-7-709】決議取消しの訴えの提訴期間[S54 才 410]

(主)株主総会決議無効確認(予)同取消請求→(主)棄却(予)却下→(主)棄却(予)破棄差戻し→被告上告棄却
監査を経ていないとして決議無効確認を提起したが(取消しの訴えの提訴期間内)、瑕疵は無効事由ではなかったため、一番で提訴期間経過後に取消請求を予備的に追加したもの。

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

- ・ その他手続規定：専属管轄は会社本店所在地の地裁(§835-1)、担保提供命令(§836：原告が取締役等でなく、悪意であることを疎明した場合)、弁論等の必要的併合(§837)

- ・ 取消事由

①手続の瑕疵(#1:1)：違法・定款違反(→裁量棄却が可能：#2)か著しく不公正

・ 例：招集手続漏れ、招集通知の記載・添付書類不備、招集通知期間不足、取締役会決議なき招集、説明義務違反、定足数不足、非株主の決議参加、多数決の要件不足等

#1:1 株主総会等の招集の手続又は決議の方法が法令若しくは定款に違反し、又は著しく不公正なとき

②内容が定款違反(#1:2)：定款所定の員数を超える取締役の選任など

#1:2 株主総会等の決議の内容が定款に違反するとき

③特別利害関係人の議決権行使によって内容が著しく不公正(#1:3) ← あまり認められない

#1:3 株主総会等の決議について特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって、著しく不当な決議がされたとき

【浦和地判平 12.8.18 金判 1125-52】 著しく不公正な決議の例[H8 フ 548]

H8.2.10 株主総会：前代取(故人)に弔慰金・退職金の支給額・支給承認決議 ← 原告ら差止め仮処分

H8.7.1 再度総会を開き、支給額を減額して決議 ← 原告ら事前に差止め仮処分

→財源は被告の重要財産である借地権を売却した代価(→営業は継続不能に)、実際に支給されるのは前代取の相続人で、相続人らが株主として議決権を行使していた。

「原告らは、本件支給決議は、その議決権行使の対象となった株式の問題とは別に、内容的にも、特別の利害関係を有する康重ら三名が決議に加わった著しく不当な決議であると主張するが、本件支給決議は、前代表取締役に対する弔慰金及び退職金の支給に係る決議であるとはいえ、当該前代表取締役が死亡して、実際に支給を受けるのは、その相続人である康重ら三名であるのであるから、当該決議が康重ら三名にとって特別の利害関係を有する決議であったことはいうまでもない……本件支給決議は、本件増資登記を経て、本件借地権の売却、平成八年総会における解散決議といった一連の事実経過から、原告らを排斥して、本件借地権を売却して被告の営業を廃止することとし、その残余財産となるべき売却代金を株主である原告らに分配することなく、康重ら三名で取得するための便法として行われたものというほかはないのであって、著しく不公正な決議であることは論を待たない」「前認定・説示したところによれば、本件支給決議は、特別の利害関係を有する康重ら三名が加わって行われた決議で、著しく不当な決議であるといわなければならないから、原告らの主張するその余の取消事由の当否について言及するまでもなく、取り消されるべきものである」

・ 訴えの利益：原則は法定の要件が満たされれば訴えの利益が存在する ∴ 形成訴訟だから

* 例外：役員選任決議で全員退任、新株発行決議で新株発行がされてしまう

【最判昭 45.4.2 民集 24-4-223】 役員選任決議取消の訴え[S44 才 1112]

株主総会決議(取締役選任)取消請求(他は省略)→認容/変更(却下)/棄却

「形成の訴は、法律の規定する要件を充たすかぎり、訴の利益の存するのが通常であるけれども、その後の事情の変化により、その利益を欠くに至る場合がある(最判昭 37.1.19 参照)。しかして、株主総会決議取消の訴は形成の訴であるが、役員選任の総会決議取消の訴が係属中、その決議に基づいて選任された取締役ら役員がすべて任期満了により退任し、その後の株主総会の決議によつて取締役ら役員が新たに選任され、その結果、取消を求める選任決議に基づく取締役ら役員がもはや現存しなくなつたときは、右の場合に該当するものとして、特別の事情のないかぎり、決議取消の訴は実益なきに帰し、訴の利益を欠くに至る」上告人は「取消し得べき決議に基づいて選任された取締役の在任中の行為について会社の受けた損害を回復するためには、今なお当該決議取消の利益がある」と主張し、それは会社の利益のために取消しの訴えをするという意味で、取消しの訴えは原告の個人的利益だけでなく会社の利益のためにするものだが、上告人は「本件取消の訴が会社のためにすることについて何等の立証をしない以上、本件について特別事情を認めるに由なく」訴えの利益を欠く。

【東京高判昭 60.10.30 判時 1173-140】 役員報酬返還を求める場合は特別の事情あり(存続)

【最判昭 37.1.19 民集 19-1-76】 新株引受権を与える決議の取消訴訟中新株発行(消滅)

【最判昭 58.6.7 民集 37-5-517】 計算書類承認決議取消の訴え[S55 才 17]

「株主総会決議取消の訴えのような形成の訴えは、法律に規定のある場合に限つて許される訴えであるから、法律の規定する要件を充たす場合には訴えの利益の存するのが通常であるけれども、その後の事情の変化により右

利益を喪失するに至る場合のあることは否定しえないところである。しかして、被上告人らの上告人に対する本訴請求は、昭45.11.28に開催された上告会社の第42回定時株主総会における「昭45.4.1より同年9.30に至る第四二期営業報告書、貸借対照表、損益計算書、利益金処分案を原案どおり承認する」旨の本件決議について、その手続に瑕疵があることを理由として取消を求めるものであるところ、その勝訴の判決が確定すれば、右決議は初めに遡つて無効となる結果、営業報告書等の計算書類については総会における承認を欠くことになり、また、右決議に基づく利益処分もその効力を有しないことになつて、法律上再決議が必要となるものというべきであるから、その後右議案につき再決議がされたなどの特別の事情がない限り、右決議取消を求める訴えの利益が失われることはない」被告は、43～54期定時株主総会で決算承認されているので、訴えの利益を欠くと主張したが、「株主総会における計算書類等の承認決議がその手続に法令違反等があるとして取消されたときは、たとえ計算書類等の内容に違法、不当がない場合であつても、右決議は既往に遡つて無効となり、右計算書類等は未確定となるから、それを前提とする次期以降の計算書類等の記載内容も不確定なものになると解さざるをえず、したがつて、上告会社としては、あらためて取消された期の計算書類等の承認決議を行わなければならないことになるから、所論のような事情をもつて右特別の事情があるということとはできない」。水俣病補償積立金等の増額動議無視が取消事由で、これはその後実現されたが、「被上告人らの上告人に対する本訴請求は、株主の入場制限及び修正動議無視という株主総会決議の手続的瑕疵を主張してその効力の否認を求めるものであるから、右修正動議の内容が後日実現されたということがあつても、そのことをもつて右特別の事情と認めるに足りず、他に右特別の事情を認めるに足る事実関係のない本件においては、訴えの利益を欠くに至つたものと解することはできない」（チッソ株主総会決議取消請求事件→認容／棄却／棄却）

【最判平 4.10.29 民集 46-7-2580】再決議[H1 才 605]

S62.3.30 68 回定時株主総会：退任取締役・監査役への退職慰労金贈呈決議

→上告人ら取消訴訟提起、一審認容判決→被告控訴：取消却下→原告上告：棄却【本件】

S63.3.30 69 回定時株主総会：同一議案可決(退職慰労金総額明示あり) → 取消訴訟等なく確定

←支給時期 S62.3.31、第一決議取消時に遡及して発効するもの

「本件においては、仮に第一の決議に取消事由があるとしてこれを取消したとしても、その判決の確定により、第二の決議が第一の決議に代わつてその効力を生ずることになるのであるから、第一の決議の取消しを求める実益はなく、記録を検討しても、他に本件訴えにつき訴えの利益を肯定すべき特別の事情があるものとは認められない。論旨はまた、取締役等に対する過料の制裁を求める上で第一の決議の取消しを求める必要があることを理由に本件訴えにつき訴えの利益があるとも主張するが、右の制裁を求める上で第一の決議の取消しは法律上必要でなく、単なる立証上の便宜を図る必要性をもって訴えの利益があるものとするとはできない」

- ・ 裁判所の裁量棄却(§831-2)：瑕疵が重大でなく、改めてやり直させるまでもない場合

※瑕疵が重大でない：わずかな裁決時の集計ミスなどに限る。1人への招集忘れも重大な瑕疵
#2 前項の訴えの提起があつた場合において、株主総会等の招集の手続又は決議の方法が法令又は定款に違反するときであっても、裁判所は、その違反する事実が重大でなく、かつ、決議に影響を及ぼさないものであると認めるときは、同項の規定による請求を棄却することができる

【最判平 5.9.9 判時 1477-140】招集地違反(64%出席・10年以上異議なしでも裁量棄却否定)

【東京地判昭 60.3.26 金判 732-26】計算書類等承認(監査が容易だった監査役の請求、肯定)

【最判平 7.3.9 判時 1529-153】議案の要領無記載(営業の重要な一部の譲渡、否定)

- ・ 判決の効果

* 対世効(§838)：認容確定判決のみ、棄却・却下判決はなし(実際は出訴期間で提訴不可)

* 原告敗訴の場合の損賠償責任(§846)：原告に悪意・重過失があつた場合に被告に対して負う

* 遡及効：§839の対象でないため、効力は遡及する(決議時点に遡つて無効：通説)

- ・ 剰余金配当や定款変更・取締役選任等 → 無効
- ・ 売買や賃借契約等(定款で総会決議が必要としている場合) → 有効でいい(解釈)
- ・ 決議に基づいて選任された代表取締役のした行為
→ §908-2(登記の効力), 354(表見代表取締役)で善意の相手方は保護する
- ・ 当該代取が招集した総会の決議(後行決議) → 取消事由にとどまる/無効

【東京高判昭 59.6.28 判時 1124-210】 後行決議の無効確認を棄却した例[S57 ネ 1933]

「杉本を控訴人の取締役に選任した昭 55.6.12 の株主総会は、法律上存在したとは認められないとはいえ、発行済株式総数 17 万株のうち、合計 12.85 万株を有する東芝鋼管及び三井物産に口頭による通知がなされ、右両者が出席して開かれたもの……であり、杉本は、その後に開かれた控訴人の取締役会で代表取締役に選任され、その旨の登記もなされており、しかも……杉本が控訴人の代表取締役として招集した昭 55.6.30 の株主総会については、被控訴人らを含むすべての株主に対し、会議の目的が…【資本金減少・その方法として株式併合をする】…ことを明らかにし、遅くともその会日の二週間前にこれを発していること、右株主総会当日における五、六の決議が法の定める決議要件等を充たして行われていること及び右各決議の後、控訴会社は株主総会を開き、一億円の増資を決議し、その払込みを終えてその旨の登記をし、他方前記五、六の各決議に基づく資本の減少、株式の併合手続を進めたことが認められ……これらの事情に、資本減少、株式併合の決議は、これがなされると、右決議に基づき法律関係が進展していく性格のものであり、現に控訴人では、五、六の各決議の有効を前提に、新たに増資等が行われていること及び株主は第三者に近い立場を有することを併せ考えるときは、商法の基本にある外観法理、換言すれば、外観を基礎として諸般の法律関係が進展していく場合における法的安定の要請から、本件のような場合には、その株主総会における五、六の各決議、従つてこれに基づきなされた本件資本減少、株式併合は、右株主総会の招集手続に瑕疵があつても、なお有効と認めるのが相当」(選任決議不存在確認認容、資本減少決議の無効確認棄却)

3. 決議の瑕疵② – 決議不存在確認の訴え (§830-1)

§830-1 株主総会若しくは種類株主総会又は創立総会若しくは種類創立総会【=株主総会等】の決議については、決議が存在しないことの確認を、訴えをもって請求することができる

- ・ 要件：原告適格・出訴期間は制限なし、被告は会社 (§834:16)
- ・ 意義：本来は自由に主張できるが、法律関係の画一的確定のため確認訴訟が認められている
※確認訴訟であるから、不存在の主張は訴訟外で自由にできる
- ・ 事由：外形的に決議が存在しない or 手続的瑕疵が著しく総会決議と法的に評価できない

【最判昭 33.10.3 民集 12-14-3053】 大部分の株主に通知がされなかった場合[S31 オ 396]

「総会当時における上告会社の株主は……被上告人、真砂、植村、田辺、中西、中田、上告会社代表取締役西島弥太郎、西島益男、坂本の九名(総株式数五千株)であること、しかるに右総会については被上告人以下六名(その持株二千百株)に対しては招集の通知が全然なされなかつたこと、西島益男及び坂本に対したとえ招集の通知があつたとしても、それは単なる口頭の招集にすぎず、しかも右西島益男及び坂本の両名はいずれも西島弥太郎の妻子であることを認定し、所論株主総会の決議は、なんら法律所定の手続によらず単に親子三名によつてなされたことが明白であるから、これをもつて株主総会が成立し、その決議があつたものといえない旨判示しているのであつて、原審のこの判断は相当」(決議不存在確認請求→認容/棄却/棄却)

【最判平 2.4.17 民集 44-3-526】 株主総会決議の不存在[S60 オ 1529]

地位確認(取締役・代取)・決議不存在確認・地位不存在確認(訴外 2 名の取締役・代取の地位)→認容→棄却→一部破棄差戻し(代取の地位確認・地位不存在確認)、他棄却

S49.6.30 Y 社の取締役 X(代取), A, B, C、株主は X, A が各 2000 株の計 4000 株

S49.7.1 臨時株主総会：X 辞任、D 取締役就任、取締役会で A 代取就任として、7.5 登記
S59.1.31 A,C,D 取締役就任、A 代取就任として、登記(S53.5.25,56.1.31 にも取締役選任登記)
S60.1.30 X が 1.24 に招集した取締役会開催、X,A,C が集まり、X 代取解任、A が代取就任

「昭 49.7.1 付けの株主総会における簡美恵を取締役に選任する旨の決議が存在するものとはいえないことは前記のとおりであるところ、このように取締役を選任する旨の株主総会の決議が存在するものとはいえない場合においては、当該取締役によって構成される取締役会は正当な取締役会とはいえず、かつ、その取締役会で選任された代表取締役も正当に選任されたものではなく（ちなみに、本件においては、簡東緒を代表取締役に選任する旨の昭和四十九年七月一日付けの上告人の取締役会の決議自体存在しないことは、原審が確定しているところである。）、株主総会の招集権限を有しないから、このような取締役会の招集決定に基づき、このような代表取締役が招集した株主総会において新たに取締役に選任する旨の決議がされたとしても、その決議は、いわゆる全員出席総会においてされたなど特段の事情がない限り（最判昭 60.12.20 参照）、法律上存在しないものといわざるを得ない。したがって、この瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において新たに取締役に選任することはできないものと解される。そして、本件においては、このような特段の事情についての主張立証はない」→最判昭 44.12.2 を引用し、決議に影響がないため例外的に S60.1.30 の取締役会決議が有効となるか審理のため差戻し

【最判平 11.3.25 民集 53-3-580】株主総会の不存在[H10 才 1183]

第 1(S59.5.12),2(S60.5.11),3(S60.10.19),4(S61.5.10),5(S63.5.15),6(H2.3.31),7(H4.5.30),8(6.5.29) 決議の不存在確認(2,3 以外は役員選任決議、1 の役員選任決議は議案上程がなく、議長一任ゆえ不存在と主張)→1,2,4-7 却下、3,8 棄却→変更：1,2,4-8 却下、3 と追加請求(9(H8.6.23)決議不存在確認)棄却→棄却
原審認定の実際の選任決議は、1→4→5→H1.5.28→H3.5.31→H5.5.30→8→9、6,7 は登記簿上だけで、実際はされていない。

「取締役及び監査役を選任する株主総会決議が存在しないことの確認を求める訴訟の係属中に、後の株主総会決議が適法に行われ、新たに取締役等が選任されたときは、特別の事情のない限り、先の株主総会決議の不存在確認を求める訴えの利益は消滅する」「取締役を選任する先の株主総会の決議が存在するものとはいえない場合においては、その総会で選任されたと称する取締役によって構成される取締役会の招集決定に基づき右取締役会で選任された代表取締役が招集した後の株主総会において新たに取締役に選任する決議がされたとしても、その決議は、いわゆる全員出席総会においてされたなどの特段の事情がない限り、法律上存在しないものといわざるを得ず、この瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において新たに取締役に選任することはできないこととなる（最判平 2.4.17）。右は、後にされた決議が監査役を選任するものであっても、同様である」「そうすると、右のような事情の下で瑕疵が継続すると主張されている場合においては、後行決議の存否を決するためには先行決議の存否が先決問題となり、その判断をすることが不可欠である。先行決議と後行決議がこのような関係にある場合において、先行決議の不存在確認を求める訴えに後行決議の不存在確認を求める訴えが併合されているときは、後者について確認の利益があることはもとより、前者についても、民訴法一四五条一項の法意に照らし、当然に確認の利益が存するものとして、決議の存否の判断に既判力を及ぼし、紛争の根源を絶つことができるものと解すべきである」→1,4,5,8 も先決関係として(+8 の監査役部分は後任選任の主張立証がない)訴えの利益あり、だが理由がなく棄却なので、不利益変更禁止でそのまま。6,7 は先決関係でなく、登記閉鎖後なので利益なし

4. 決議の瑕疵③ – 決議無効確認の訴え(§830-2)

§830-2 株主総会等の決議については、決議の内容が法令に違反することを理由として、決議が無効であることの確認を、訴えをもって請求することができる

- ・要件・意義：不存在確認に同じ
- ・事由：決議の内容が法令違反

第6款 種類株主総会

1. 意義：数種の株式を発行すると、異なる種類の株主間での権利調整が必要になるから
 - ・ 種類の判断：実質的に判断する。同じ優先株式でも、内容が違えば別の種類とする
 - ・ 手続等は株主総会の手続を準用(§325 → §295-3,296-3,297~308,310-320)

2. 権限(§321)

§321 種類株主総会は、この法律に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議をすることができる

3. 法定種類株主総会

- ・ [特]ある種類の種類株主に損害を及ぼすおそれがある場合の種類株主総会(§322-1)
 - * 議決権を行使可能な種類株主がいないと不要(#1 但書)
 - * 種類株式の内容として定款排除可能(#2) → #1 の種類株主総会は不要(#3 本文)
 - ←単元株変更以外の定款変更は排除不可(#3 但書)
 - ←発行後に定款変更して排除するには当該種類株主全員の同意が必要(#4)
 - ※定款排除した場合、対象行為を行う際に(反対できないので)株式買取請求権が発生する(§116-1:3→①(単元株式数変更のみ)②-⑥、§785-2:1 口,785-2:1 口,806-2:2→⑦-⑬)
 - ・ ①-⑬の一部のみの排除は可能か：一括排除のみ(多数)、一部の排除も可能[神田]
 - ・ 「損害を及ぼすおそれ」：外形的・客観的に、当該行為が種類株主に損害を及ぼすおそれの有無
 - ・ §322-1 類推適用の可否：できない ∴必要なら§323 により定款で設ければ足りる
 - 優先株式の優先配当金減額を種類株主総会の多数決でできるか：できない[神田]
- §322-1 種類株式発行会社が次に掲げる行為をする場合において、ある種類の株式の種類株主に損害を及ぼすおそれがあるときは、当該行為は、当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会（当該種類株主に係る株式の種類が二以上ある場合にあっては、当該二以上の株式の種類別に区分された種類株主を構成員とする各種類株主総会。以下この条において同じ。）の決議がなければ、その効力を生じない。ただし、当該種類株主総会において議決権を行使することができる種類株主が存しない場合は、この限りでない
- ①定款変更：株式の種類を追加、株式の内容の変更、発行可能株式総数又は発行可能種類株式総数の増加
 - ←§111-1(取得条項新設時の総種類株主同意)、§111-2(譲渡制限・全部取得条項新設時の種類株主総会)
 - ②株式の併合・株式の分割 ③株式無償割当て(§185) ④新株発行(§202-1 株主割当ての引受人募集)
 - ⑤新株予約権発行(§241-1 株主割当ての引受人募集) ⑥新株予約権無償割当て(§277) ⑦合併 ⑧吸収分割
 - ⑨吸収分割による他の会社とその事業に関して有する権利義務の全部又は一部の承継 ⑩新設分割
 - ⑪株式交換 ⑫株式交換による他の株式会社の発行済株式全部の取得 ⑬株式移転
- ・ [殊]種類株式に、譲渡制限を新設する定款変更(§111-2)
 - ・ [特]種類株式に、全部取得条項を新設する定款変更(§111-2)
 - ・ [特]譲渡制限種類株式の募集新株発行(§199-4,200-4) ← 定款排除可能
 - ・ [特]譲渡制限種類株式を目的とする新株予約権の募集(§238-4,239-4) ← 定款排除可能
 - ・ [普(選任)/特(解任)]選解任種類株式における取締役・監査役の選任・解任(§347)
 - ・ 合併対価が譲渡制限株式の場合の合併契約等の承認
 - * [特]§795-4 存続会社 ← §199-4 の定款排除で排除
 - * [殊]§783-3：吸収合併消滅会社等、§804-3：新設合併消滅会社等

4. 定款による種類株主総会(§323)：拒否権付種類株式を発行した場合

- ・対象とできる事項：株主総会決議事項(取締役会・清算人会決議事項も含む)
 - * 定款で設けるものなので、決議要件の加重や必要期間の制限などの条件付与も定款で可能
 - * 対象事項は定款で定める(§108-1:8,2:8)
 - ←何でもいいわけではなく、当該種類株主の利害に密接な関係がある事項のみ(解釈)
- ・例：譲渡制限種類株式の当該譲渡・取得の承認、トラッキング・ストック連動対象子会社の役員選解任権など
- ・設立時にも必要なら、種類創立総会で決議する(§84)

§323 種類株式発行会社において、ある種類の株式の内容として、株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会又は取締役会、§478-6に規定する清算人会設置会社にあつては株主総会又は清算人会）において決議すべき事項について、当該決議のほか、当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議があることを必要とする旨の定めがあるときは、当該事項は、その定款の定めに従い、株主総会、取締役会又は清算会の決議のほか、当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議がなければ、その効力を生じない。ただし、当該種類株主総会において議決権を行使することができる種類株主が存しない場合は、この限りでない

5. 決議方法(§324)

- ・普通決議(#1)：定足数は議決権過半数(定款修正無制限)、決議要件は出席議決権の過半数
 - * 役員選解任決議(§341)：定款での定足数軽減は1/3まで、決議要件の厳格化が可能
 - * 対象：選解任種類株式での選任、定款による種類株主総会
- ・特別決議(#2)：定足数は議決権過半数、決議要件は出席議決権の2/3以上の多数
 - * 定款修正：定足数は1/3以上、決議要件は厳格化可能、賛成株主数等の要件追加も可能
 - * 対象：選解任種類株式での選任と特殊決議を除く、すべての法定種類株主総会
- ・特殊決議(#3)：決議要件は議決権行使可能株主の半数以上 + 全議決権の2/3以上の多数
 - * 定款修正：株主数・議決権数とも厳格化のみ可能
 - * 対象：定款変更や合併対価等で新たに譲渡制限がかかる場合()

第3節 取締役・取締役会

第1款 取締役会設置会社と非取締役会設置会社

1. 権限分配

・取締役会設置会社

- * 取締役：全員で取締役会を構成し(§362-1)、そのメンバーにすぎない
→取締役会決議で業務執行取締役に選定されれば業務を執行する(§363-1:2)
- * 取締役会の職務権限
→会社の業務執行の決定、取締役の職務の執行の監督、代表取締役の選定・解職(§362-2,3)
- * 代表取締役の職務権限
→業務執行(§363-1:1)、会社を代表して業務を執行できる(§349-1,4)
- * 株主総会の権限：法定及び定款所定事項のみ(§295-2)

・委員会設置会社 → 監督と執行の分離

- * 取締役：原則として業務執行ができない(§415)
- * 取締役の職務権限：経営の基本方針の決定等と執行役の職務の執行の監督
- * 執行役：業務の執行にあたる

・非取締役会設置会社

- * 取締役：各自が業務を執行し、複数なら過半数で決定(§348-1,2)、各自代表(§349-2)
- * 代表取締役その他会社を代表する者：定めるのは任意で、定めるとその者が代表(§349-1,3)
- * 株主総会の権限：会社に関する一切の事項(§295-1)

2. 業務執行と代表

- ・業務執行：機関の行為が会社の行為として認められるか → 対内的・対外的両方を含む
- ・代表：機関が会社の名前で第三者とした行為の効果が会社に帰属するか → 対外的行為のみ
 - * 各取締役もしくは代表取締役が代表する
 - ・株式会社と取締役との間の訴えにおける会社の代表
 - 監査役(委員)がいる場合は監査役(委員の誰か/取締役会指定者)がする(§386-1,408)
 - それ以外は、総会または取締役会で別に代表者を定めてよい(§353,364)

§353 §349-4の規定にかかわらず、株式会社が取締役(取締役であった者を含む。以下この条において同じ。)に対し、又は取締役が株式会社に対して訴えを提起する場合には、株主総会は、当該訴えについて株式会社を代表する者を定めることができる

§364 §353に規定する場合には、取締役会は、同条の規定による株主総会の定めがある場合を除き、同条の訴えについて取締役会設置会社を代表する者を定めることができる

- * 会社は代表者(代取以外も含む)が職務上第三者に加えた損害の賠償責任を負う(§350)

【最判昭 40.4.9 民集 19-3-632】代表者個人も責任を負う

第2款 取締役の選任・終任等

1. 役員選任の通則

- ・ 役員を選任(§329-1) : 株主総会決議による
 - * 対象 : 役員(取締役・会計参与・監査役)と会計監査人
 - ・ 役員については、欠け、又は員数を欠く場合に備えて補欠役員を選任可能(§329-2)
- ・ 株式会社と役員等の関係(§330) : 委任に関する規定に従う

2. 資格・員数・任期

- ・ 資格(§331-1~3)
 - * 法定の欠格者(#1) : 法人、成年被後見人・被保佐人、会社法や金商法・破産法等で有罪となつて執行後2年以内、その他の犯罪で禁錮以上の刑となつて執行未了の者(猶予中除く)
 - * 定款での資格制限 : 一般に可能、公開会社で株主に限定するのは不可(#2)
 - * 使用人兼務取締役(#3) : 一般に許されるが、委員会設置会社では禁止
 - * 競業他社の役員兼任の禁止(独禁法 13)
- ・ 員数 : 定款で最低数・最高数を定めてよいが、取締役会設置会社は3名以上(§331-4)
- ・ 任期(§332)
 - * 原則は2年だが、定款・総会決議で短縮可能(#1)

§332-1 取締役の任期は、選任後二年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする。ただし、定款又は株主総会の決議によって、その任期を短縮することを妨げない

- ・ 非公開会社(委員会設置会社を除く)の特則(#2) : 定款で10年まで伸長可能
 - ∴一般に所有と経営が一致しており、頻繁に信を問う必要がない
- ・ 委員会設置会社の特則(#3) : 原則1年、定款・総会決議で短縮可能
- ・ 会計監査人設置会社で定款で剰余金配当等の権限を取締役に与える場合(§459-1) : 1年
- * 終了事由(#4) : 特定の定款変更があると効力発生時に任期満了
- ・ 対象 : 委員会設置、委員会廃止、全部株式譲渡制限の廃止(委員会設置会社を除く)
 - ∴会社のあり方が大きく変わるから、新たな形態で選任し直すのが妥当

3. 選任

- ・ 選任決議(§341) : 総会の普通決議で足りるが、定足数の定款緩和は1/3以上まで
- ・ 累積投票(§342) : 少数派株主に対して、その持株数に応じて取締役選出の可能性を与える制度
← 5日前までの請求が必要、定款排除可能(通常は排除されている)

§342-1 株主総会の目的である事項が二人以上の取締役の選任である場合には、株主【取締役選任に議決権のある株主のみ】は、定款に別段の定めがあるときを除き、株式会社に対し、第三項から第五項までに規定するところにより取締役を選任すべきことを請求することができる【#2 : 請求は総会の5日前まで】

* 累積投票の方法(#3,4) : 取締役全員の選任を一括し、1株に選任すべき取締役の員数分の議決権を与えて、集中投票・分散投票は自由として投票が多かった順に選任する

#3 §308-1の規定にかかわらず、第一項の規定による請求があつた場合には、取締役の選任の決議については、株主は、その有する株式一株(単元株式数を定款で定めている場合にあっては、一単元の株式)につき、当該株主総会において選任する取締役の数と同数の議決権を有する。この場合においては、株主は、一人のみに投票し、

又は二人以上に投票して、その議決権を行使することができる

#4 前項の場合には、投票の最多数を得た者から順次取締役を選任されたものとする

- ・ 選任の効果：被選任者が承諾すれば取締役等の地位に就く(任用契約)、登記必要(§911-3:13)

4. 終任

- ・ 委任の規定による終了：辞任(民 651)、死亡・破産・後見開始(民 653)

【東京高判昭 59.11.13 判時 1138-147】辞任には辞任の意思表示が必要

* 会社の破産：取締役・監査役は当然には地位を失わない

∵民 653-2 では会社の破産も委任の終了事由にあたるが、会社組織に関する行為等が必要

←個人保証していた取締役は委任関係終了で退任する[近藤]

【最判平 16.6.10 民集 58-5-1178】会社破産と取締役の地位[H12 受 56]

保険金請求(破産会社と工場の火災保険契約していた保険会社が被告、原告は会社債権者で保険金に質権設定済み。工場火災は破産会社の破産時の代取による放火で被告は免責主張)→棄却→取消認容→破棄自判(控訴棄却)

「本件免責条項が、上記のとおり、保険契約者又は被保険者が法人である場合における免責の対象となる保険事故の招致をした者の範囲を明確かつ画一的に定めていること等にかんがみると、本件免責条項にいう「取締役」の意義については、文字どおり、取締役の地位にある者をいうものと解すべき……有限会社の破産宣告当時に取締役の地位にあった者は、破産宣告によっては取締役の地位を当然には失わず、社員総会の招集等の会社組織に係る行為等については、取締役としての権限を行使し得ると解されるから、上記「取締役」に該当する」

【最判平 21.4.17 判時 2044-74】役員選解任決議不存在確認請求の訴えの利益[H20 受 951]

「民法 653 条は、委任者が破産手続開始の決定を受けたことを委任の終了事由として規定するが、これは、破産手続開始により委任者が自らすることができなくなった財産の管理又は処分に関する行為は、受任者もまたこれを行うことができないため、委任者の財産に関する行為を内容とする通常の委任は目的を達し得ず終了することによるものと解される。会社が破産手続開始の決定を受けた場合、破産財団についての管理処分権限は破産管財人に帰属するが、役員の選任又は解任のような破産財団に関する管理処分権限と無関係な会社組織に係る行為等は、破産管財人の権限に属するものではなく、破産者たる会社が自ら行うことができる……同条の趣旨に照らし、会社につき破産手続開始の決定がされても直ちには会社と取締役又は監査役との委任関係は終了するものではないから、破産手続開始当時の取締役らは、破産手続開始によりその地位を当然には失わず、会社組織に係る行為等については取締役らとしての権限を行使し得る…(最判平 16.6.10 参照)……したがって、株式会社の取締役又は監査役の解任又は選任を内容とする株主総会決議不存在確認の訴えの係属中に当該株式会社が破産手続開始の決定を受けても、上記訴訟についての訴えの利益は当然には消滅しない」(株主総会決議(役員選解任)不存在確認請求→却下/破棄差戻し)

- ・ 解任(§339)：理由のいかんを問わず、いつでも役員・会計監査人は解任できる(#1)

* 機関：株主総会の普通決議、累積投票選出取締役のみ特別決議(§309-2:7)

* 役員らの保護：正当な理由がない場合は損賠請求できる(#2)

・ 正当な理由：職務遂行上の不正行為、法令・定款違反行為、心身の故障など

§339-1 役員及び会計監査人は、いつでも、株主総会の決議によって解任することができる

#2 前項の規定により解任された者は、その解任について正当な理由がある場合を除き、株式会社に対し、解任によって生じた損害の賠償を請求することができる

【最判昭 57.1.21 金判 644-8】取締役の解任(正当な理由肯定)[S56 才 974]

「Y 会社の代表取締役であった X は、昭和五二年九月ころ持病が悪化したので、Y の業務から退き療養に専念するため、その有していた Y の株式全部を Y の取締役新道虎男に譲渡し、新道と代表取締役の地位を交替した」(そ

して新道は、経営陣の一新を図るため同年 10/31 開催の臨時株主総会を招集し、右株主総会の決議により、Xを取締役から解任した、というのであり、右事実関係のもとにおいては、YによるXの取締役の解任につき商法257-1 但書にいう正当な理由がないとはいえない」(株主総会決議取消等請求→棄却/棄却)

* 役員解任の訴え(§854-1) : 総会で解任が拒否された場合の少数株主権

§854-1 役員^[取締役・監査役・会計参与]の職務の執行に関し不正の行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事実があったにもかかわらず、当該役員を解任する旨の議案が株主総会において否決されたとき又は当該役員を解任する旨の株主総会の決議が§323^[拒否権付株式の種類株主総会で決議なし]の規定によりその効力を生じないときは、次に掲げる株主は、当該株主総会の日から三十日以内に、訴えをもって当該役員解任を請求することができる

- ・原告 : 議決権 3%以上/発行済株式 3%以上・6月以上(公開会社のみ)の株主
 - ※自己株式や当該役員株式は除外して計算、役員選任権種類株主はその種類株式で計算
- ・被告(§855) : 当該株式会社と当該役員 ← 会社法で明文化

【最判平 10.3.27 民集 52-2-661】旧商法下で会社と役員を共同被告とするべき旨判示

- ・その他 : 出訴期間は総会後 30 日以内、管轄は本店所在地管轄地裁(§856)
 - ・任期満了、資格喪失(欠格者を選任した場合はそもそも無効)、会社の解散
5. 欠員の場合の措置

- ・法定・定款所定の役員員数を欠くと、後任者選任手続をしなければ過料(§976:22)
§976:22 取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人がこの法律又は定款で定めたその員数を欠くこととなった場合において、その選任^(一時会計監査人の職務を行うべき者の選任を含む。)の手続をすることを怠ったとき
- ・役員が欠けるか、員数を欠く場合 : 退任後も後任者終任まで役員権利義務を有する(§346-1)
§346-1 役員が欠けた場合又はこの法律若しくは定款で定めた役員員数が欠けた場合には、任期の満了又は辞任により退任した役員は、新たに選任された役員^(次項の一時役員職務を行うべき者を含む。)が就任するまで、なお役員としての権利義務を有する

【最判昭 43.12.24 民集 22-13-3334】退任後も役員権利義務を有する間は退任登記不可

【最判平 20.2.26 民集 62-2-638】退任後なので権利義務を有していても解任の訴えは不可

* 退任した役員に引き続き権利義務を有せしめるのが不適當な場合の措置(#2)

→利害関係人の申立てにより、一時役員(一時取締役等)を裁判所が選任する(裁量的)

→この場合の権限は役員に同じ(§352のような制約はない)

§346-2 前項に規定する場合において、裁判所は、必要があると認めるときは、利害関係人の申立てにより、一時役員職務を行うべき者を選任することができる

- ・会計監査人が欠るか、員数を欠く場合 : 監査役(会/委員会)が一時会計監査人を選任(義務的:#4)

6. 職務執行停止・職務代行者

- ・取締役等選任決議の無効確認・不存在確認・取消しの訴えが提起されても、職務執行は可能
←不適切なら、仮処分命令として(民保 23-2,24)、職務執行停止・職務代行者選任ができる
∴遡及的無効となって取締役としてした行為の効力に疑義が生じる

【最判昭 45.11.6 民集 24-12-1744】職務執行停止仮処分の効力[S40 才 834]

「職務執行停止代行者選任の仮処分決定は、その本案判決が確定したときは当然その効力を失うものと解すべきであるが、右仮処分により職務の執行を停止された取締役が辞任し、株主総会の決議によりあらたに後任の取締役が選任された場合、このことのみによつて、直ちに右仮処分決定が失効したり、右代行者の権限が消滅したりするものと解すべきではなく、右後任取締役の選任等により事情の変更があるとして仮処分決定を取り消す判決

があつてはじめて右のごとき効果が生ずるものというべき」(判決で取消することになっているから)「取締役の職務執行停止代行者選任の仮処分により取締役の職務代行者が選任されている場合には、右職務の執行を停止された取締役が辞任し、その後任の取締役が選任されたとしても、会社の取締役の職務は、原則として職務代行者が行なうべきものであつて、その限度において右後任取締役は職務の執行を制限される……」けだし、前記仮処分が、後任取締役の選任により当然失効するものでないことは前述のとおりであるところ、右仮処分は、職務の執行を停止した当該取締役の職務に関するかぎり、これを職務代行者に行なわせることとしているのであり、後任の取締役は直接右仮処分の名宛人とされた者ではないが、右仮処分の性質上、その効力が及び、したがつて職務代行者の権限を承認せざるをえないものであるからである。そして、もし後任取締役は、仮処分により職務の執行を停止された者でなく、取締役である以上取締役としての権限を行使できるのは当然であるとの見解のもとに、無制限の職務執行を認めるならば、職務代行者の職務執行と競合して、取締役会の決議等につき困難を生ずることを免れない……仮処分の後、職務の執行を停止された取締役が辞任し後任の取締役が選任された場合に、もし代表取締役が欠けているときは、これら取締役が構成する取締役会の決議をもつて代表取締役を定めることができる……けだし、会社を代表すべき取締役を後任取締役らが定めることは、何ら前記仮処分の趣旨、内容に抵触するものでないばかりでなく、実際上の見地から考えても、かような場合は、職務代行者が代表取締役を定めるよりも後任取締役がその意思によつて定めるべきものとするのが、商法が代表取締役の制度を設けた趣旨に合致することは明白であるからである→但し職務停止中の取締役が代取になった場合は職務を行えない

* 命令があると登記(§917)：対象は(代表)取締役、会計参与、監査役、委員、(代表)執行役

- ・ (代表)取締役の職務代行者の権限(§352)：原則常務に属する行為のみ

→それ以外は仮処分命令に別段の定めのない限り、裁判所の許可が必要

→違反すると無効、但し会社は善意の第三者に対抗できない

【最判昭 50.6.27 民集 29-6-879】 臨時総会の招集と会社の「常務」[S50 才 157]

「株式会社において、取締役の解任を目的とする臨時総会を招集することが、商法 271-1 にいう「会社ノ常務ニ属セザル行為」にあたる解すべきことは、当裁判所の判例の趣旨とするところであり(最判昭 39.5.21 参照)、このことは、右臨時総会の招集が、少数株主による招集の請求に基づくものであるときにおいても同様と解するのが相当である。けだし、会社の常務とは、当該会社として日常行われるべき通常の業務をいうのであり、取締役の解任を目的とする臨時総会の招集の如きは日常、通常の業務にあたらぬと解すべきであるところ、その招集行為の性質そのものは、それが少数株主の総会招集請求に基づく場合であつても、なんら影響を受けないと解すべきであるからである」(株主総会決議取消請求→認容/棄却)

第3款 取締役の種類等

1. 業務執行取締役と業務担当取締役：前者の一部が後者

- ・業務執行取締役(§2:15)：代表取締役、業務担当取締役など業務を執行した取締役
→その他は、代表取締役から委任された場合や取締役会がない会社の取締役

§2:15 社外取締役 株式会社の取締役であって、当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役（株式会社の§363-1 各号に掲げる取締役及び当該株式会社の業務を執行したその他の取締役をいう。以下同じ。）若しくは執行役又は支配人その他の使用人でなく、かつ、過去に当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人となつたことがないものをいう

- ・業務担当取締役(業務を執行する取締役:§363-1:2)

→取締役会設置会社の代取以外で、取締役会決議で業務を執行する取締役に選定されたもの

§363-1:2 代表取締役以外の取締役であって、取締役会の決議によって取締役会設置会社の業務を執行する取締役として選定されたもの

2. 社外取締役(§2:15)

- ・会社及びその子会社の業務執行取締役・執行役・使用人でなく、なつたこともない取締役

→特別取締役制度(§373)の導入に必要(1人以上)

→委員会設置会社の各委員会委員の過半数は社外取締役(§400-3)

第4款 非取締役会設置会社における取締役

1. 業務執行と代表

- ・各自が業務を執行し、業務の決定は複数なら過半数で決定、定款修正可能(§348-1,2)

* 取締役への委任ができないもの(§348-3)：定款修正でも取締役に委任できない

・支配人の選解任、支店の設置転廃、株主総会招集事項、内部統制、役員等の損賠責任の免除

・内部統制(#3:4)は大会社では決定が必須(#4)

- ・各取締役が単独で代表する(§349-1,2)

* 代表取締役その他会社を代表する者の選定(#3) → その者が会社を代表する

§349-3 株式会社（取締役会設置会社を除く。）は、定款、定款の定めに基づく取締役の互選又は株主総会の決議によって、取締役の中から代表取締役を定めることができる

#4 代表取締役は、株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する

#5 前項の権限に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない

2. 監督：株主総会が監督する

- ・取締役の報告義務(§357-1)、株主による取締役の行為の差止めの要件が緩やか(§360-1~3)

第5款 取締役会設置会社における取締役会・取締役

1. 取締役会の権限等(§362)

- ・ 構成(#1)：すべての取締役で構成する、取締役の員数は3名以上(§331-4)
- ・ 職務(#2)：①会社の業務執行の決定 ②取締役の職務の執行の監督 ③代表取締役の選定・解職

①会社の業務執行の決定

- ・ 法定事項及び取締役会の専決事項 (#4: 重要な業務執行)は代取等に委任不可

→主な法定事項：譲渡制限株式の譲渡承認等、自己株式取得、株式の消却などなど

→重要な業務執行：#4 各号列挙事由は例示なので、他にも重要な業務執行なら委任不可

∴重要な業務執行については慎重な判断が求められるから

#4 取締役会は、次に掲げる事項その他の重要な業務執行の決定を取締役に委任することができない

一 重要な財産の処分及び譲受け／二 多額の借財／三 支配人その他の重要な使用人の選任及び解任／四 支店その他の重要な組織の設置、変更及び廃止／五 §676:1 に掲げる事項その他の社債を引き受ける者の募集に関する重要な事項として法務省令【則 99】で定める事項／六 取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令【則 100】で定める体制の整備／七 §426-1の規定による定款の定めに基づく§423-1の責任の免除

- ・ 重要な財産の処分及び譲受け：処分には貸付・出資・担保提供・債務免除・寄付等も含みうる

【最判平 6.1.20 民集 48-1-1】重要な財産の処分[H5 才 595]

株主権確認請求(原告が被告にした株式譲渡につき代取が取締役会の決議なくしており、「重要な財産の処分」にあたり無効としてしたもの)→棄却/破棄差戻し

「商法 260-2:1 にいう重要な財産の処分に該当するかどうかは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべき……これを本件についてみるに、本件株式の帳簿価額は7800万円で、これは上告人の前記総資産四七億八六四〇万円余の約一・六パーセントに相当し、本件株式はその適正時価が把握し難くその代価いかによっては上告人の資産及び損益に著しい影響を与え得るものであり、しかも、本件株式の譲渡は上告人の営業のため通常行われる取引に属さないのであるから、これらの事情からすると、原判決の挙示する理由をもって、本件株式の譲渡は同号にいう重要な財産の処分に当たらないとすることはできない。さらに、本件株式は松北園の発行済み株式の七・五六パーセントに当たり、松北園は上告人の発行済み株式の一七・八六パーセントを有しているのであり……松北園は平 2.5.3 に開催された上告人の株主総会に出席した上取締役選任に関する動議を提出したことがうかがわれるのであるから、本件株式の譲渡は上告人と松北園との関係に影響を与え、上告人にとって相当な重要性を有するとみることもできる。また……本件株式譲渡の翌日である同年 1.19 に開催された上告人の取締役会において本件株式及び上告人の有する齊藤酒造株式会社の株式 400 株を杉本秀太郎に譲渡することの承認決議がされたことがうかがわれ……昭 63.6.15 に上告人の取締役会でされた上告人の有する株式の譲渡承認決議は株式会社長谷川商店の額面五〇円の株式 4000 株及び細田株式会社の額面五〇円の株式 13,500 株を対象とするものであることがうかがわれるのであり、上告人においてはその保有株式の譲渡については少額のもでも取締役会がその可否を決してきたものとみることもできる」→破棄差戻し

- ・ 多額の借財：当該借財の額・会社財産への割合・目的・会社での慣行を総合考慮し判断

- ・ 内部統制システム（リスク管理体制）の整備(内容は則 100)

→大会社の場合は#4:6(内部統制システム)を決定する必要がある(#5)

∴大会社では経営者が会社の末端まで監視するのが困難だから

→内容は事業報告記載事項(則 118:2)、監査役(会)の監査対象(則 129-1:5,130-2:2)

・取締役会決議を経ないで代表取締役がした行為の効力

【最判昭 40.9.22 民集 19-6-1656】 取締役会決議を経ない取引の効力[S36 才 1378]

原告・反訴被告・控訴人 A（林産会社）／被告・反訴原告・被控訴人 B（木材事業協同組合）

- 26-27 年 B) A が誤伐事件を起こし、木曾工場が経営難に陥る
- 28.12.28 B) A が木曾工場の重要製材器具を秋田県に移し、木曾工場は一時休業、甲は不用となる
- 30.09.05 A) A は B に対して土地建物甲を土地は市売材木置場として、建物は事務所として、それぞれ無償で使用させること、原告会社において求めるときは何時でも返還することの約定で貸し、B が使用を開始した
- B) 建物を事務所とする点と返還約定は否認
- 31.11.09 B) A の代表取締役 C の申出により、B は A から甲を含む不動産・動産乙を 580 万円で取得し、即日代金を支払った（八十二銀行から買い戻して高く売却したもの）。同日、A は甲の所有権も失った。A は否認。
- 12.24 A) A が B に土地建物甲の一週間以内の明渡しを請求する内容証明郵便を発する
- 26 A) 内容証明郵便が到達する
- 32.01.02 A) B は一週間が経過したのに土地建物甲を明渡さなかった

原告は土地建物(原告会社の唯一の工場)の使用貸借契約解除を理由に明渡請求をしたが、被告が買い受けたと主張したもの(特決を要する営業譲渡にあたるかどうかは大法廷へ、有機的一体として譲渡していないとして否定)建物土地明渡・所有権確認・移転登記手続請求・同反訴→被告所有権確認・売買契約確認→原告控訴棄却→棄却「株式会社の一定の業務執行に関する内部的意思決定をする権限が取締役に属する場合には、代表取締役は、取締役会の決議に従って、株式会社を代表して右業務執行に関する法律行為をすることを要する。しかし、代表取締役は、株式会社の業務に関し一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する点にかんがみれば、代表取締役が、取締役会の決議を経てすることを要する対外的な個々の取引行為を、右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であつて、ただ、相手方が右決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときに限つて、無効である」

【最判平 21.4.17 民集 63-4-535】 取締役会の承認を経ない重要な取引[H19 受 1219]

①X→Y2 約束手形金(2.16 億)請求、②Y1→X 不当利得(2.2 億)返還請求、③Y2→X の墓地使用权不存在確認請求→①手形判決取消・棄却②認容③認容→①棄却②取消棄却③取消棄却→②破棄差戻し③破棄自判(控訴棄却) Y2 は訴外 A が土地を出捐し墓地経営をしている財団法人で、A が墓地開発のため X から 4.6 億円を借入れ(利息制限法違反)、A→X に手形を振出し、その担保として A の有する Y2 の墓地使用权の多くを譲渡担保に供し、Y2 は X に使用权利証を交付、A は X に過払い金が生じていた状態で事実上倒産、A→Y1 に過払い金の不当利得返還請求権を債権譲渡した。A は他に見るべき資産がないのに代取の無断行為で取締役会決議を欠き、Y1 代取もそれを知っていた。

「会社法 362-4 は、同項 1 号に定める重要な財産の処分も含めて重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めているので、代表取締役が取締役会の決議を経ないで重要な業務執行をすることは許されないが、代表取締役は株式会社の業務に関して一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有することにかんがみれば、代表取締役が取締役会の決議を経ないでした重要な業務執行に該当する取引も、内部的な意思決定を欠くにすぎないから、原則として有効であり、取引の相手方が取締役会の決議を経ないことを知り又は知り得べかりしときに限り無効になる…（最判昭 40.9.22 参照）……同項が重要な業務執行についての決定を取締役会の決議事項と定めたのは、代表取締役への権限の集中を抑制し、取締役相互の協議による結論に沿った業務の執行を確保することによって会社の利益を保護しようとする趣旨に出たもの……この趣旨からすれば、株式会社の代表取締役が取締役会の決議を経ないで重要な業務執行に該当する取引をした場合、取締役会の決議を経ないことを理由とする同取引の無効は、原則として会社のみが主張することができ、会社以外の者は、当該会社の取締役

会が上記無効を主張する旨の決議をしているなどの特段の事情がない限り、これを主張することはできない」

- ②取締役の職務の執行の監督：法令・定款違反の有無に加え、会社経営上妥当かどうかも含む
→代取らの報告義務(§363-2)や代取・業務担当取締役の解任権(：3,§363-1:2)で実効性確保
 - ・各取締役の監視義務：他の取締役に対する監視義務（不正があると取締役会に報告する）
∴取締役の構成員だから(旧法) → 取締役の会社に対する善管注意義務による(会社法)
（取締役会がない会社もあるから）
 - ・監査役は構成員ではないが出席義務等(§383)、不正の報告義務がある(§382)

③代表取締役の選定・解職→ 選定は義務(#3)

- ・業務執行：代表取締役と業務担当取締役がする(§363-1)

* 3月に1回以上、取締役会に職務執行状況の報告義務がある(§363-2)

2. 取締役会の運営

- ・招集

* 招集権者(§366-1)：各取締役が原則、招集権者を定款・取締役会で決めればその取締役

- ・他の取締役の招集請求権(#2)→招集がないと自ら招集できる(#3:5日以内/開催日2週以内)
←特に要件はない

・監査役の招集請求権(§383-2~4)：他の取締役同様に招集請求→招集可能

←取締役の不正行為(のおそれ)、法令・定款違反、著しく不当な事実があること

§382 監査役は、取締役が不正の行為をし、若しくは当該行為をするおそれがあると認めるとき、又は法令若しくは定款に違反する事実若しくは著しく不当な事実があると認めるときは、遅滞なく、その旨を取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に報告しなければならない

§383-2 監査役は、前条に規定する場合において、必要があると認めるときは、取締役（第三百六十六条第一項ただし書に規定する場合にあつては、招集権者）に対し、取締役会の招集を請求することができる

* 株主による招集の請求(§367-1)：監査役(委員)不在の場合のみ

←目的の範囲外の行為その他法令・定款違反(のおそれ)があること

- ・応じないと自ら招集可(#3→§366-3)、請求株主は当該取締役会に出席・意見陳述可能(#4)

§367-1 取締役会設置会社（監査役設置会社及び委員会設置会社を除く。）の株主は、取締役が取締役会設置会社の目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為をし、又はこれらの行為をするおそれがあると認めるときは、取締役会の招集を請求することができる【#2：目的明示】

* 招集手続(§368)：1週間前(定款短縮可能)までに取締役(+監査役)に通知(#1)

- ・対象者全員の同意があれば省略できる(#2)→全員の同意で定めた定例会は通知不要
- ・通知の方法：口頭でもよく、議題を示す必要もない ∴もともと出席義務、臨機応変な対応要

- ・決議

§369-1 取締役会の決議は、議決に加わることができる取締役の過半数^[定款厳格化可]が出席し、その過半数^[定款厳格化可]をもって行う

* 議決権：1人1議決権 ∴取締役は個人的信頼に基づいて選任されるから

- ・他人に委任して議決権を代理行使することはできない(株主総会のような規定がないから)
- ・特別の利害関係を有する取締役(#2)：議決に加わることができない

⇔株主は事後是正 ∴忠実義務違反の予防 = 取締役の議決権は会社の利益のために行使すべき

§369-2 前項の決議について特別の利害関係を有する取締役は、議決に加わることができない

- 議決のみならず審議にも参加できず、議長としての権限も当然に喪失する
 - ←取締役会として釈明等ため在籍を許したとしても、当然に法令違反無効とはいえない
- 含む：譲渡制限株式譲渡承認、利益相反・競争取引承認、会社に対する責任の一部免除
- 含まない：代取選定決議(候補者)、取締役の報酬配分、業務執行の決定、取締役間の対立
- 争いあり：代取解任議案での代取(判例・多数 ← 反対有力)：取締役間の対立にすぎない)
- ※議決に加わった場合：無効だが、結論に影響がない特段の事由が認められれば有効
- 実際は反対に含めたために否決になった場合しか無効とならない

【最判昭 44.3.28 民集 23-3-645】 代表取締役の解職と特別利害関係[S43 才 728]

①X→Y 弁済供託金還付請求権確認・預金債権確認、②Y→Z 譲渡債権請求→①棄却②大半認容→X,Z 控訴①取消認容②取消棄却→Y 上告棄却

S24.11 ごろ X-Y が特約店契約、X は Y から原材料を買い入れ、製品を Y に一手に販売させた

S30.1.5 X 取締役会：Z,A,B,C 出席、代取 A 解任決議成立

←Z,B 賛成、A,C 反対、A は特別利害関係人ゆえ 2-1 で可決、1.13 登記

S30.2.19 A が取締役会招集、A 代取選任決議 ← Z に招集通知なく欠席：控訴審は無効認定

S30.4.28 A が X 代取名義で①事件の債権を Y に譲渡（さらに抵当権設定も行っている）

「代表取締役の解任に関する取締役会の決議については、当該代表取締役は、商法 260/2-2 により準用される同法 239-5 にいう特別の利害関係を有する者にあたる……けだし、代表取締役は、会社の業務を執行・主宰し、かつ会社を代表する権限を有するものであつて（商法 261-3,78）、会社の経営、支配に大きな権限と影響力を有し、したがつて、本人の意志に反してこれを代表取締役の地位から排除することの当否が論ぜられる場合においては、当該代表取締役に対し、一切の私心を去つて、会社に対して負担する忠実義務（商法 254-3,254/2 参照）に従い公正に議決権を行使することは必ずしも期待しがたく、かえつて、自己個人の利益を図つて行動することすらあり得るのである。それゆえ、かかる忠実義務違反を予防し、取締役会の決議の公正を担保するため、個人として重大な利害関係を有する者として、当該取締役の議決権の行使を禁止するのが相当だからである」

- * 定足数：議決に加わることができる取締役の過半数(§369-1)、定款厳格化のみ可
- ・ 現員に職務執行停止仮処分中の取締役は含まず、職務代行者を含む

【最判昭 41.8.26 民集 20-6-1289】 定足数は討議・議決の全過程で維持される必要がある

- * 決議要件：出席取締役の過半数(§369-1)、定款厳格化のみ可
- ・ 可否同数(は(議決に加わる)議長が決する旨の定款 → 議長に従う合意があれば適法[近藤ら])
- * 一人会社の特例：株主が 1 人の場合、決議が法定されていても不要となることがある

【最判昭 45.8.20 民集 24-9-1305】 利益相反取引の承認

【最判平 5.3.30 民集 47-4-3439】 譲渡制限株式の譲渡の承認

・ 取締役会決議の瑕疵

- * 特に訴えが用意されていないため、瑕疵があれば原則無効、誰でもいつでも主張できる
- ・ 瑕疵があっても結論に影響がない特段の事情があれば有効にしてよい(判例)
 - 特別利害関係人の議決への参加：結論に影響がないとして有効にできる場合が多い
 - 一部取締役への招集通知漏れ：賛否に差があれば結論に影響がないとしうる
 - ←会議場での個々人の出席・発言が大事だから、招集手続を欠くのは無効にすべき

- ・無効になると、それに基づく代取の行為は権限逸脱行為同様、善意第三者には対抗不可

【最判昭 44.12.2 民集 23-12-2396】取締役会決議の効力[S43 才 1144]

約束手形金請求→認容→Y:取消棄却→X:破棄差戻し

S35.3.10 Y 取締役会：X,Y 間金銭貸借及びその支払のため約束手形振出しを含む事務の A 一任を承認

←取締役 6 名中、B へ招集通知なし、B,C 欠席。A,D,E,F 賛成、B,C は数日以内に承認

※当時、A は Y 代取就任直後、B は名目的、実際は A とその側近 D,E,F で決めていた

S39.9.14 Y→X へ約束手形 2 通(100 万,80 万/満期 S39.10.13)：実際は先の手形の書替手形(16/8 枚目)

○招集通知省略「取締役会を招集するにあたり、取締役全員に対してその通知を発しなければならないことは、商法 259/2 の規定に徴して明らかであり、所論のように、たんに名目的に取締役の地位にあるにすぎない者に対しては右通知を発することを要しないと解すべき合理的根拠はないから、原判決に所論の違法はない」

○招集手続の瑕疵と効力「取締役会の開催にあたり、取締役の一部の者に対する招集通知を欠くことにより、その招集手続に瑕疵があるときは、特段の事情のないかぎり、右瑕疵のある招集手続に基づいて開かれた取締役会の決議は無効になると解すべきであるが、この場合においても、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、右の瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解するのが相当である（最判昭 39.8.28 参照）」

- ・取締役会の会議開催の省略

* 取締役会決議の省略(§370)：定款で書面による決議を認めてよい

- ・要件：定款記載 + 議案に取締役全員の同意 + 監査役が異議を述べない

←賛成> 反対(=持ち回り決議)では足りず、全員賛成でないといけない[龍田]

§370 取締役会設置会社は、取締役が取締役会の決議の目的である事項について提案をした場合において、当該提案につき取締役（当該事項について議決に加わることができるものに限る。）の全員が書面又は電磁的記録により同意の意思表示をしたとき（監査役設置会社にあつては、監査役が当該提案について異議を述べたときを除く。）は、当該提案を可決する旨の取締役会の決議があつたものとみなす旨を定款で定めることができる

【最判昭 44.11.27 民集 23-11-2301】H17 改正前商法では規定がなく書面決議等は不可

* 取締役会への報告の省略(§372)

- ・要件：役員・会計監査人・執行役が取締役(+ 監査役)全員に報告事項を通知すること(#1,3)
- ・3 月ごとの業務執行の報告(§363-2)は省略不可(#2) → 3 月に 1 回は会議が開催される

- ・取締役会議事録

* 議事録を作成し、出席取締役・監査役は署名/記名押印等する(§369-3,4)

- ・決議に参加した取締役は、議事録で異議をとどめないと賛成したと推定する(§369-5)

* 議事録等(決議省略にあたっての同意書面:§370 を含む)は 10 年間本店に備え置き(§371-1)

- ・株主の閲覧・謄写請求権(#2)

←監査役・委員会があると裁判所の許可が必要(#3)

←会社債権者・取締役会設置会社の親会社社員も裁判所の許可があれば可能(#4)

←会社・その親/子会社に著しい損害を及ぼすおそれがあると裁判所は許可できない(#6)

第6款 特別取締役

1. 特別取締役(§373)

- ・ 意義：取締役会メンバーの一部を特別取締役として選定し、迅速な意思決定を認めるもの
- ・ 対象：§362-4:1,2(重要な財産の処分・譲受、多額の借財)
- ・ 要件：取締役6名以上+社外取締役の存在(：監督強化のため)、委員会設置会社でないこと
- ・ 特別取締役：3名以上を選定、社外取締役を含む必要はない(←迅速に手続できなくなるから)
§373-1 §369-1 の規定にかかわらず、取締役会設置会社(委員会設置会社を除く。)が次に掲げる要件のいずれにも該当する場合には、取締役会は、§362-4:1,2に掲げる事項についての取締役会の決議については、あらかじめ選定した三人以上の取締役【=特別取締役】のうち、議決に加わることができるものの過半数^[定款厳格化可]が出席し、その過半数^[定款厳格化可]をもって行うことができる旨を定めることができる
【1号：取締役の数が六人以上であること、2号：取締役のうち一人以上が社外取締役であること】
- ・ 手続規定
 - * 対象議案の取締役会は特別取締役以外は出席不要(#2)
 - * 特別取締役の誰か(互選)が決議後遅滞なく、他の取締役に報告(#3)
 - * 招集権者以外の招集・決議の省略禁止(#4 → §366[#1本文除],367,369-1,370 適用除外)
 - * 監査役も出席するが、2人以上いるときは出席監査役を決めてよい(§383 但書)
 - * 導入に定款規定は不要だが(根拠条文がないから)、登記は必要(§911-3:21)

第7款 代表取締役

1. 意義・権限

- ・会社の業務執行機関(§363-1:1)

- ＊取締役会から委譲された範囲内で自ら意思決定できる

- ←日常的業務などは代取の専決に委譲されたを推定すべき(有力)

- ・会社を対外的に代表(§349-4)：包括性=会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為

- ＊不可制限的権限(§349-5)：代表権に制限を加えても、善意の第三者に対抗できない

- ∴代表権の範囲の明確化、対外的業務執行における取引の安全

- ※包括性・不可制限性は、代取のない会社の各取締役の代表権にもあてはまる(解釈)

- ＊権限濫用の場合は民 93 但書類推で善意無過失の第三者を保護(判例)

- ←§349-5 類推によって善意[+無重過失]であれば有過失でも相手方を保護すべき

【最判昭 38.9.5 民集 17-8-909】 代表取締役の権限濫用[S35 才 1388]

「株式会社の代表取締役が、自己の利益のため表面上会社の代表者として法律行為をなした場合において、相手方が右代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであつたときは、民法九三条但書の規定を類推し、右の法律行為はその効力を生じない」(登記抹消等請求→棄却/破棄差戻し、自己図利で建物を売却したもの)

- ＊権限踰越：法定の決議を欠く場合 → 決議を要求する趣旨と取引安全の要請の比較衡量

- ・募集株式や社債発行：画一的に効力を定めることを要する集团的・団体的行為 → 有効

- ・対外的な個々の取引(重要財産処分など)：原則有効、相手方が悪意有過失なら無効

- 根拠は民 93 類推と考えられる：真意不存在・本人の意思表示でないから類推

- ←§349-5 類推によって悪意・重過失なら無効主張を許すべき

- ←法定の決議ゆえ決議の有無の確認は当然であり、単なる有過失で無効としてもよい

【最判昭 40.9.22 民集 19-6-1656】 取締役会決議を経ない取引の効力[前掲 S36 才 1378]

建物土地明渡・所有権確認・移転登記手続請求・同反訴→被告所有権確認・売買契約確認→原告控訴棄却→棄却

「代表取締役は、株式会社の業務に関し一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する点にかんがみれば、代表取締役が、取締役会の決議を経ることを要する対外的な個々の取引行為を、右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であつて、ただ、相手方が右決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときに限つて、無効である」

2. 選定

- ・資格：取締役であること(§362-3,349-3)

- ・員数：複数でもよい → 複数の場合、各自代表となる

- ・手続：選任後は登記が必要(§911-3:14)

- ＊取締役会設置会社：取締役会が選任(§362-2:3,3)

- ＊非取締役会設置会社：定款、定款に基づく取締役互選・株主総会決議で選任(§349-3)

3. 終任：終任時も登記(§915-1)

- ・取締役の地位を失えば当然失職 → 取締役の任期が代取の任期となる

- ・代取をやめても取締役の地位は当然には失わない

- ・取締役会による解職(§362-2:3)：取締役は解任できないが、代表取締役の解職はできる

§362-2:3 代表取締役の選定及び解職

【最判昭 41.12.20 民集 2-10-2160】 代取解任決議は決議すれば本人告知なく効力発生

- ・ 代取が欠けるか欠員を生じた場合(§351-1)： 退任代取が継続して代取の権利義務を有する
→後任者(利害関係人の申立てで裁判所の任命する一時代表取締役を含む:#2)就任まで

第8款 表見代表取締役

1. 表見代表取締役(§354)： 代表取締役と誤解する名称を付した会社に責任を負わせるもの
∴登記簿を見れば代表権は明らかだが、ただの取締役には社長など代表権があると思われる名称を付す場合が少なくないから、相手方を保護するために設けた（外観法理）
 - ・ 制度趣旨から、§908-2(不実登記をした場合の善意第三者への対抗不能)に優先して適用
§354 株式会社は、代表取締役以外の取締役に社長、副社長その他株式会社を代表する権限を有するものと認められる名称を付した場合には、当該取締役がした行為について、善意の第三者に対してその責任を負う
2. 適用範囲

- ・ 名称：専務取締役や常務取締役は、H17 改正前商法 262 には明示されていたが、会社法で削除
 - * 外観法理ゆえ、具体的事情によって(類推)適用を認めるべき
←非取締役会設置会社では適用、設置会社では不適用 ← 外観法理に矛盾

- ・ 会社の帰責性
 - * 名称の付与は、名称の使用を他の取締役が黙認した場合を含む
【最判昭 42.4.28 民集 21-3-796】
 - * 取締役でない者に名称を付与した場合：類推適用で保護
【最判昭 35.10.14 民集 14-12-2499】 使用人に常務取締役の名称を付与 → 類推適用肯定
【浦和地判平 11.8.6 判時 1696-155】 従業員でもない者に専務取締役の名刺を許諾→類推否定
 - * 第三者の保護要件：善意無重過失
【最判昭 41.11.10 民集 20-9-1771】 第三者は善意で足り、無過失は要しない
【最判昭 52.10.14 民集 31-6-825】 表見代表取締役と第三者の過失[S52 才 106]

約束手形金請求→認容／破棄差戻し（被告の「専務取締役上本町営業所長」の名称を許諾されていた者が「上本町営業所専務取締役営業所長」名義で振出、被告は原告の重過失を主張したが原審はその点判断せず認容）
「商法二六二条に基づく会社の責任は、善意の第三者に対するものであつて、その第三者が善意である限り、たとえ過失がある場合においても、会社は同条の責任を免れえないものであるが（最判昭 41.11.10 参照）、同条は第三者の正当な信頼を保護しようとするものであるから、代表権の欠缺を知らないことにつき第三者に重大な過失があるときは、悪意の場合と同視し、会社はその責任を免れるものと解するのが相当」

- * 取引行為ではない訴訟行為への適用：適用されない ∴取引安全のための規定
【最判昭 45.12.15 民集 24-13-2072】 表見法理は不適用（旧商法） [S45 才 112]

他社に勤める赤の他人を勝手に代表取締役として登記したもの。
「民法一〇九条および商法二六二条(会社法 354)の規定は、いずれも取引の相手方を保護し、取引の安全を図るために設けられた規定であるから、取引行為と異なる訴訟手続において会社を代表する権限を有する者を定めるにあつては適用されない……この理は、同様に取引の相手方保護を図った規定である商法四二条一項が、その本文において表見支配人のした取引行為について一定の効果を認めながらも、その但書において表見支配人のし

た訴訟上の行為について右本文の規定の適用を除外していることから考えても明らか」

第4節 取締役と会社の関係

第1款 取締役の義務（善管注意義務・忠実義務）

1. 一般的な義務

- ・善管注意義務(§330 → 民 644)：監査役・会計参与・会計監査人・執行役(§402-3)も同じ
§330 株式会社と役員及び会計監査人との関係は、委任に関する規定に従う
- ・忠実義務(§355)：執行役に準用(§419-2)
 - * 同質説：善管注意義務を敷衍・明確化したもの＝善管注意義務と同じ(判例)
 - * 異質説：善管注意義務は注意の程度、忠実義務は地位濫用による自己・第三者図利禁止(有力)
→善管注意義務は過失の有無、忠実義務は目的によって無過失責任を負う

§355 取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない

【最判昭 45.6.24 民集 24-6-625】八幡製鉄所政治献金事件[S41 才 444]

「商法 254/2 の規定は、同法 254-3 民法 644 に定める善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるのであつて、所論のように、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、高度な義務を規定したものと解することができない……もし取締役が、その職務上の地位を利用し、自己または第三者の利益のために、政治資金を寄附した場合には、いうまでもなく忠実義務に反するわけであるが……会社が政治資金の寄附をなすことは、さきに説示したとおりであるから、そうである以上、取締役が会社の機関としてその衝にあたることは、特段の事情のないかぎり、これをもつて取締役たる地位を利用した、私益追求の行為だとすることのできないのはもちろんである……被告ららの忠実義務違反をいう論旨は前提を欠き、肯認することができない。いうまでもなく取締役が会社を代表して政治資金の寄附をなすにあつては、その会社の規模、経営実績その他社会的経済的地位および寄附の相手方など諸般の事情を考慮して、合理的な範囲内において、その金額等を決すべきであり、右の範囲を越え、不相応な寄附をなすがごときは取締役の忠実義務に違反するというべきであるが、原審の確定した事実に即して判断するとき、八幡製鉄株式会社の資本金その他所論の当時における純利益、株主配当金等の額を考慮にいれても、本件寄附が、右の合理的な範囲を越えたものとするとはできないのである」

2. 善管注意義務・忠実義務から導かれる取締役の具体的義務

- ・監視義務：他の代表取締役・取締役の行為の適法・適正を監視する義務
 - * 根拠
 - ・従来多数：取締役会の監督の一環としての義務
 - ・現在多数：取締役の善管注意義務・忠実義務の一環としての義務

【最判昭 48.5.22 民集 27-5-656】監視義務[S46 才 673]

A社が約束手形を乱発し、その所持人 X らが支払拒絶・A社倒産で手形金を受け取れず損害を受けたとして、A社発起人である Y らに対してした損害請求（原審は代取につき任務懈怠、他の取締役につき監視義務懈怠で認容、監査役は因果関係を否定し棄却→上告棄却）

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

【最判昭 55.3.18 判時 917-101】名目的取締役の監視義務[S53 才 369]

「株式会社の取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事項についてのみならず、代表取締役の業務執行の全般についてこれを監視し、必要があれば代表取締役に対し取締役会を招集することを求め、又は自らそれを招

集し、取締役会を通じて業務の執行が適正に行われるようにすべき職責を有するものである(最判昭 48.5.22)が、このことは、前記被上告人岸武につき原審が認定したような会社の内部的事情ないし経緯によっていわゆる社外重役として名目的に就任した取締役についても同様である」

- ・ リスク管理体制（内部統制システム）の構築義務
 - * 意義：会社の営む事業の規模・特性などに応じた内部統制システムの整備をすること
 - ∴一定以上の規模の会社では、取締役が会社の業務すべてを監視するのは不可能
 - * 根拠：取締役(会)の職務(§348-3:4,362-4:6,416-1:1 木,則 98,100,112)
 - 忠実義務の一部として構築義務がある
 - しっかりとした内部統制システムを作っていれば、信頼の原則を援用できる

第2款 利益相反取引

1. 意義：取締役と会社間の取引への規制

∴取締役が自己・第三者の利益を図って不当な契約をし、会社の利益を害することの防止
→定期的に会社より自己・第三者の利益を優先するおそれが認められ、忠実義務違反になりやすいものが挙げられている

2. 規制の方法

・非取締役会設置会社(§356-1)

* 事前規制：株主総会で承認を受ける → 民 108(自己取引・双方代理)が排除される

・取引の重要な事実の開示を要する ∴承認するか否かの判断の資料とするため

・包括的な承認：反復取引などでは可能だが、包括承認の判断を可能とする事実開示が必要

§356-1 取締役は、次に掲げる場合には、株主総会において、当該取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けなければならない

#2 民法 108 の規定は、前項の承認を受けた同項第二号の取引については、適用しない

・取締役会設置会社(§365)

* 事前規制：取締役会で承認を受ける(#1 で§356-1 の株主総会を取締役に読み替え)

* 事後規制：取締役会に取引の重要な事実を報告する義務を負う(#2)

→事前の承認がなくても、事後の報告を受けて承認(追認)するのは可能

§365-2 取締役会設置会社においては、第三百五十六条第一項各号の取引をした取締役は、当該取引後、遅滞なく、当該取引についての重要な事実を取締役に報告しなければならない

3. 規制対象となる取引

・直接取引(§356-1:2)

§356-1:2 取締役が自己又は第三者のために株式会社と取引をしようとするとき

* 自己又は第三者の「ために」：「名において」の意味

→権利義務の帰属で判断する ∴3号があるため、形式的に判断すれば足りる

・自己のために：取締役と会社（他の取締役が代表してよい）との取引

・第三者のために：取締役が他の会社を代表として会社と取引するなど

・間接取引(§356-1:3)

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

* 会社が取締役の債務を保証 ∴形式上は会社と債権者の取引だが、実質的に利益相反のおそれ

* 具体的な判断

・会社と当該取締役またはその代理・代表する者との間の実質的な利益相反の存在

・ただし、外形上明確な場合に限られる ∴利益相反取引にあたると無効ゆえ相手方を害する

→配偶者のための保障：対象となるか争いあり（愛人ならおそらく外見上不明確）

→取締役が株主の会社との取引は、持株比率のどこで線引きをするかあいまい

・対象の判断：裁量によって会社の利益を害するおそれがある行為に限られる

→普通取引約款による運送契約や預金契約、債務の履行、相殺、会社への贈与などは含まない

∴行為の性質上、裁量がなく会社の利益を害するおそれがない

* 株主全員の同意があれば取締役会の承認は不要 ∴会社＝株主の利益保護のための規定ゆえ

【最判昭 45.8.20 民集 24-9-1305】一人会社での株主取締役と利益相反取引[S43 才 335]

「本件売買契約締結当時、Xは株式会社の形態をとつているとはいえ、その営業は実質上、Yの個人経営のものにすぎないから、Xの利害得失は実質的にはYの利害得失となるものであり、その間に利害相反する関係はない。したがって、Yがその所有の本件土地を被告会社に売り渡すことについて、両者の間に実質的に利害相反の関係を生じるものではない……商法二六五条が、会社と取締役との間の同条所定の取引について取締役会の承認を要するものとしている趣旨は、取締役個人と株式会社との利害相反する場合において取締役個人の利益を図り、会社に不利益な行為が行なわれることを防止するにあるのであるから、会社と取締役間に商法二六五条所定の取引がなされた場合でも、前段説示のように、実質的に会社と当該取締役との間に利害相反する関係がないときには、同条所定の取締役会の承認は必要ない……Xとその取締役であつたYとの間になされた本件売買契約は、X取締役会の承認の有無によつてその効力が左右されるべきものではない」(X社から元一人株主Yへの所有権移転登記手続請求→認容/棄却)

【最判昭 49.9.26 民集 28-6-1306】株主全員の同意と利益相反取引[S47 才 1225]

会社解散請求→却下/棄却/棄却(A社から被告会社の株式9000株を譲り受けたXが(のち、Bに全部譲渡)、譲受当時Aの取締役であつたが、Aで取締役会の承認を経していないから、譲渡は無効(ゆえにBへの譲渡も無効と言いたらしい)と主張したもの)

「商法二六五条が取締役と会社との取引につき取締役会の承認を要する旨を定めている趣旨は、取締役がその地位を利用して会社と取引をし、自己又は第三者の利益をはかり、会社ひいて株主に不測の損害を蒙らせることを防止することにあると解されるところ……日本毛糸から原告人への株式の譲渡は、日本毛糸の実質上の株主の全員であるBら前記五名の合意によつてなされたものというのであるから、このように株主全員の合意がある以上、別に取締役会の承認を要しないことは、上述のように会社の利益保護を目的とする商法二六五条の立法趣旨に照らし当然であつて、右譲渡の効力を否定することは許されないものといわなければならない」

* 手形行為についても利益相反は適用される(但し、悪意でない限り対抗できない)

【最大判昭 46.10.13 民集 25-7-900】手形行為と利益相反行為[昭 42 才 1464]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

被告会社(原告人)→その取締役に振出し(融通手形)→原告(被告会社)に裏書譲渡された約束手形
取締役会の承認の必要性「およそ、約束手形の振出は、単に売買、消費貸借等の実質的取引の決済手段としてのみ行なわれるものではなく、簡易かつ有効な信用授受の手段としても行なわれ、また、約束手形の振出人は、その手形の振出により、原因関係における別個の新たな債務を負担し、しかも、その債務は、拳証責任の加重、抗弁の切断、不渡処分の危険等を伴うことにより、原因関係上の債務よりもいつそう厳格な支払義務であるから、会社がその取締役に宛てて約束手形を振り出す行為は、原則として、商法二六五条にいわゆる取引にあたり、会社はこれにつき取締役会の承認を受けることを要する」

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

→原告は取締役会の承認を欠くことにつき善意ゆえ、対抗できない

(大隅補足) 手形債務は原因債務より強力ゆえ、原因関係に承認があっても手形振出には承認がいる。小切手は承認不要(支払証券だから)、最大判昭 43.12.25(商 265 による無効は相手方の悪意・重過失を立証しないと認められない)の趣旨も引用すべきである。

(松本意見) 二段階説(中間説)。交付について商 265 適用し、善意の第三取得者は手 16-2 で保護すべき。(6 裁判官少数意見に対し)実務上「取締役会承認済代表取締役」とゴム印を押しているのもそれでいいじゃないか。

(岩田、村上、関根、藤林、岡原意見)(色川意見) 原因関係について承認があれば足りる(非該当説)

* このほか利益相反取引にあたる場合

【最判昭 46.12.23 判時 656-85】 取締役が代取である他社へ会社が約束手形を振出すこと

【最判昭 47.2.22 判時 662-81】 取締役が代取である他社のために為替手形を引受けること

【東京高判昭 48.4.26 高民 26-2-204】 取締役が妻の債務を個人で & 会社を代表して連帯保証

【東京高判昭 48.7.19 金法 703-30】 代取個人の買った土地の代金支払確保のため手形振出し

* 利益相反取引にあたらぬ場合

【大判大 9.2.20 民録 26-184】 債務の履行

【大判昭 13.9.28 民録 17-1895】 取締役の会社に対する負担なしの贈与

【最判昭 38.12.6 民集 17-12-1664】 取締役→会社の無利息・無担保の金銭貸付

【最判昭 39.1.28 民集 18-1-180】 手形金額を交付し会社から手形の裏書譲渡を受けること

【東京高決 31.3.5 高民 9-2-76】 競売手続における競落

【大阪高判昭 38.6.27 高民 16-4-280】 保証目的で会社振出手形の受取人として裏書

・ 人的適用範囲

* 代表取締役が同じ 2 社間で利益相反があれば、利益相反取引となる

【最判昭 45.4.23 民集 24-4-364】 代取が同じ 2 社間の保証と利益相反[S41 才 223]

「訴外 A 社および Y 会社の代表取締役を兼ねていた B は……当時 A が X に対し負担する……売掛残代金債務につき、Y を代表して、X のため保証をするに至った……このような事実関係のもとにおいては、右保証は、商法二六五条にいう取締役が第三者のためにする取引に当る……けだし、同条にいわゆる取引には、取締役と株式会社との間に直接成立すべき利益相反の行為のみならず、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なすがごとき、取締役個人の利益にして、会社に不利益を及ぼす行為も、取締役の自己のためにする取引としてこれに包含される……(最大判昭 43.12.25)、この趣旨に鑑みれば、甲乙両会社の代表取締役が、甲会社の債務につき、乙会社を代表して保証をなすが如き場合も、甲会社の利益にして、乙会社に不利益を及ぼす行為であつて、同条にいう取締役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からである」(保証債務履行請求→認容/取消棄却/破棄差戻し)

(松田意見)「私は、商法二六五条にいう「取引」とは、取締役またはその代理もしくは代表する第三者と会社との間に直接成立する取引で、利害の衝突を生ずべき債権契約のみを意味するものと解する」

【最判平 12.10.20 民集 54-8-2619】 代取が同じ 2 社間の不動産譲渡で同旨

* 第三者を介した関連会社への融資：原則該当しないが、適用回避目的であれば利益相反

【大阪地判平 14.1.30 判タ 1108-248】 同旨

4. 違反の効果

・ 効力：無効(民 108 により無権代理となるため)だが、追認可能

→取締役からの無効主張はできない ∵ 会社保護のための規定

* 第三者への対抗：第三者の悪意(未承認を知っていること)を会社が立証する必要がある

【最大判昭 43.12.25 民集 22-13-3511】 法令違反の利益相反取引の効力[S42 才 1327]

売掛代金請求→認容/変更(約 20%認容)/ (原告上告)破棄自判(残部も認容) : Y 取締役 A が、X に対する自己の債務について、Y を代表して債務引受けをしたもの

①「商法二六五条は、取締役個人と株式会社との利害相反する場合において、取締役個人の利益を図り、会社に不利益な行為が濫りに行なわれることを防止しようとする法意に外ならないのであるから、同条にいわゆる取引中には、取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反の行為のみならず、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けをなすが如き、取締役個人に利益にして、会社に不利益を及ぼす行為も、取締役の自己のためにする取引として、これに包含されるものと解すべき」(最判昭 39.3.24 判例変更)

②「取締役が右規定に違反して、取締役会の承認を受けることなく、右の如き行為をなしたときは、本来、その行為は無効と解すべきである。このことは、同条は、取締役会の承認を受けた場合においては、民法一〇八条の規定を適用しない旨規定している反対解釈として、その承認を受けなかった行為は、民法一〇八条違反の場合と同様に、一種の無権代理人の行為として無効となることを予定しているものと解すべきであるからである」「取締役と会社との間に直接成立すべき利益相反する取引にあつては、会社は、当該取締役に対して、取締役会の承認を受けなかつたことを理由として、その行為の無効を主張し得ることは、前述のとおり当然であるが、会社以外の第三者と取締役が会社を代表して自己のためにした取引については、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、会社は、その取引について取締役会の承認を受けなかつたことのほか、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、立証して始めて、その無効をその相手方である第三者に主張し得る」

(田中補足) ①で変説の言い訳 (大隅補足) ②補足説明(理由説明)

(横田・草鹿・下村・色川意見) 利益相反取引は規定通り厳格に解するべきで、本件はあたらす、当該取締役への損害請求によって会社を保護すべき

(松田意見) 「取締役またはその代理もしくは代表する第三者と会社間に直接成立する取引で、利害の衝突を生ずべき債権契約のみを意味する」

(松本意見) この会社は事実上 A の個人会社であるから、利害衝突を生じない以上問題ない

【最判昭 48.12.11 民集 27-11-152】 会社が有効と認めると取締役や第三者は無効主張不可

- ・ 取締役への制裁—取締役解任の正当な理由(§339-2)となる
- 5. 利益相反取引による損害(§423) : 承認の有無によらず生じる
 - ・ (関係した役員も含め)役員等の会社に対する損害責任(#1)が生じる → 但し過失責任
 - §423-1 取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人 (以下この節において「役員等」という。)は、その任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う
 - * 任務懈怠の推定(#3) → 取締役らが反証しないと損害責任が生じる
 - ∴ 経営判断として不適切という立証が困難なため
 - §423-3 §356-1 第二号又は第三号 (これらの規定を§419-2 において準用する場合を含む。)の取引によって株式会社に損害が生じたときは、次に掲げる取締役又は執行役は、その任務を怠ったものと推定する
 - 一 §356-1 (§419-2 において準用する場合を含む。)の取締役又は執行役
 - 二 株式会社が当該取引をすることを決定した取締役又は執行役
 - 三 当該取引に関する取締役会の承認の決議に賛成した取締役 (委員会設置会社においては、当該取引が委員会設置会社と取締役との間の取引又は委員会設置会社と取締役との利益が相反する取引である場合に限る。)
- ・ 当事者取締役の責任(§428) : 無過失を立証して免責を得ることができない = 無過失責任
 - ← 任務懈怠がなかったことを立証すれば免責されるべき[神田]
 - * 責任の一部免除や責任限定契約も認められない(#2)

§428-1 §356-1:2 ^{【§419-2 準用含む】} の取引（自己のためにした取引に限る。）をした取締役又は執行役の§423-1の責任は、任務を怠ったことが当該取締役又は執行役の責めに帰することができない事由によるものであることをもって免れることができない

#2 前三条の規定は、前項の責任については、適用しない【§425：責任の一部免除、§426：定款による責任の一部免除、§427：責任限定契約】

第3款 競業取引

1. 意義：取締役が会社と同種の事業をすること

∵会社の企業秘密を流用したり、会社の取引先を奪ったりするおそれがあるから

2. 規制の方法

- ・非取締役会設置会社(§356-1)：株主総会での承認 → 民 108 排除(#2)
- ・取締役会設置会社(§365)：取締役会で承認+取引後の取締役会への報告義務
 - * 追認も可能 ∵損害額の推定(§423-2)がされないだけで、大きな影響はないから

3. 規制対象となる取引

- ・競業取引(§356-1:1)

§356-1:1 取締役が自己又は第三者のために株式会社の事業の部類に属する取引をしようとするとき

* 自己又は第三者の「ために」の解釈

- ・経済的利益の帰属で判断する（「計算において」）：旧多数

∵競業取引規制の趣旨(会社の利益確保)から、経済的利益が会社に帰属するなら問題ない
利益相反の間接取引のような実質的評価がないため、ここで評価するしかない

- ・取引の権利義務の帰属で判断する（「名において」）：会社法で有力

∵会社の介入権の廃止、条文は“計算において”と“ために”を使い分けている

* 「会社の事業の部類」

- ・会社が実施に行う事業を基準に、会社の事業と競争関係が生じる事業

→定款記載でも、行う予定のない事業は除外/無記載でも具体的に準備中の事業は含みうる

→事業を行っていない地域での事業：展開予定があれば競業となりうる

* 「取引」：原材料の仕入れなどは含むが

←資金借り入れ・用地買収等は含まない(他の事業にも使えるから)

- ・対象の判断

* 同種の事業を目的とする他社の無限責任社員や取締役になること：あたらない

←代表取締役になるとアウト、独禁法 13 による兼任禁止には引っかかる

【東京地判昭 56.3.26 判時 1015-27】競業取引(山崎製パン事件)[S51 ワ 4464,S53 ワ 11599]

X(山崎製パン)→Y 宛①損害請求(50.7 億)②株券引渡(X 株券 355.5 万株、A 社(関西ヤマザキ)75.2 万株を配当と引換に)・損害請求(2.4 億)[①②択一]、参加人 Z が③X→Y 宛損害請求(2000 万)→②認容

Y は S23.6~51.3.29 まで X の代取、Z は X の株主。B 社を買収 (32 万株中、25.8 万株が Y、3.2 万株が X、3 万株が Y の妻) 後 (山崎製パン千葉工場に改名)・A 社を設立後 (9 万株中、Y5 万株、Y が一人株主・代取の C 社が 3.92 万株、その他 800 株)、X の人的物的資源を利用して営業を行った (従業員は X から出向、運転資金の保証、ブランド・技術も X のを利用、さらに X 市川工場の所管販売店を B 社の所管に移すなど) もの

「被告が千葉工場発足後原告会社への合併までの間原告会社の代表取締役であったこと、千葉工場が原告会社と同種の営業をするものであること、及び東京、千葉を含む関東一円が原告会社の市場であったことは、当事者間に争いがなく、被告が千葉工場発足以来原告会社への合併までの間千葉工場の事実上の主宰者として、これを経営してきたことは、先に認定したとおりである。被告の右行為は、第三者である千葉工場のために、原告会社の営業の部類に属する取引をしてきたことに外ならず、このことは、原告会社に対し、前記認定の技術指導料を支払ったことにより左右されるものではないから、原告会社に対する競業避止義務に違反することは明らかである」

大阪工場も失敗時のリスクは原告が出資しても同じ、成功すると Y が資産を増やせる状況で、すでに大阪工場進出は X の社内で準備されていたから、「被告が原告会社の代表取締役でありながら、大阪工場及び関西ヤマザキの代表取締役として、前記認定の期間これらの会社を経営したことは、第三者であるこれらの会社のために、原告会社の営業の部類に属する取引をしてきたことに外ならず、このことは、原告会社に対し、前記認定の大阪工場の資本金を被告側で調達し、また技術指導料を支払ったことにより左右されるものではないから、原告会社に対する競業避止義務に違反することは明らか」

「被告は、原告会社の代表取締役として、善良な管理者の注意をもって会社を有効適切に運営し、その職務を忠実に遂行しなければならない義務があるのに、原告会社の人的、物的、資金的資源を利用しながら、川口パンの株式のほとんどを自らが取得して、原告会社が千葉工場をその傘下に収めて、千葉県下の市場を強化する機会を奪い、原告会社の取締役会にはかることなく、また何らの対価も得ることなく、原告会社の販売店合計五〇八店を千葉工場に移管して、原告会社の市場を侵奪し、千葉工場の事実上の主宰者として、原告会社との競業行為を行ったこと、及び大阪工場を原告と全く資本関係のない会社として設立し、原告会社が自ら又は子会社により関西に進出する機会を奪い、大阪工場及び関西ヤマザキの代表取締役として、原告会社との競業行為を行ったことは、いずれも先に認定したとおりであって、これらの行為が、原告会社に対する取締役としての忠実義務、したがって善管注意義務に違背することは明らか」→委理事務の履行として株式引渡請求と配当の損賠を認容

4. 違反の効果

- ・効力：有効 ∴取締役と第三者の取引ゆえ、無効とすると第三者に影響が大きすぎる

5. 競業による損害(§423)

- ・(関係した役員も含め)役員等の会社に対する損賠責任(#1)が生じる → 但し過失責任
§423-1 取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人(以下この節において「役員等」という。)は、その任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う
* 損害額の推定(#2) → 未承認であれば取引によって得た利益の額を損害額と推定する
#2 取締役又は執行役が§356-1 (§419-2 において準用する場合を含む。以下この項において同じ。)の規定に違反して§356-1:1 の取引をしたときは、当該取引によって取締役、執行役又は第三者が得た利益の額は、前項の損害の額と推定する
* 任務懈怠の推定(#3)・当事者取締役の責任(§428) → 利益相反取引のみゆえ不適用

6. 取締役辞任後の競業 → 競業義務違反ではなく、取締役の忠実義務違反で損賠を肯定

【東京高判平 1.10.26 金判 835-23】退任取締役と従業員引抜(日本設備事件)[S63 ネ 1068]

①A&C 宛 5420 万②A 宛 218 万③B 宛 4720 万→A340 万認容、他棄却→双方控訴：変更(A192 万認容)
プログラマーやシステムエンジニアを派遣することを目的とする X 社の取締役 A が、在任中に、独立しようと考え、会社の従業員であるプログラマーらに、独立へ参加するよう勧誘し、後日、A が代表取締役として設立された新会社 C に彼らを引き抜いたもの。

「被控訴人のように、プログラマーあるいはシステムエンジニア等の人材を派遣することを目的とする会社においては、この種の人材は会社の重要な資産ともいふべきものであり、その確保、教育訓練等は、会社の主たる課題であることは明らかである。したがって、この種の業を目的とする株式会社の取締役が、右のような人材を自己の利益のためにその会社から離脱させるいわゆる引き抜き行為をすることは、会社に対する重大な忠実義務違反であって、同取締役は、商法第二五四条ノ三、第二六六条第一項第五号により、会社が被った損害につき賠償の責任を負うべき」→A は X の取締役会は形が化していたと主張したが、「福居の命ずるところが不当であるとするなら、取締役会の招集を求めるとして代表取締役の行動を監視すべきものであり、あるいはこれが効を奏しないのであれば、取締役を辞任するのが通常の方策であると認められるのであって、被控訴人がワンマン経営であったことをもって、取締役である控訴人の忠実義務違反を不問にすることはできない」

第4款 報酬規制

1. 報酬規制の目的：取締役の報酬額の決定をお手盛りの危険があるから

- ・規制の範囲：報酬・賞与のほか、職務執行の対価として会社から受ける財産上の利益すべて

2. 方法

- ・定款又は株主総会決議で定める(§361-1) ← 委員会設置会社では報酬委員会が決定(§404-3)

- * 一度定めれば、毎年決議し直す必要はない

- * 報酬額未確定・金銭でないものは、議案提出取締役が総会でその理由を説明する

- ∴ 額確定なら分かりやすいが、それ以外は株主が妥当かどうか判断する材料が必要

- * インセンティブ報酬としての新株予約権：3号のほか、上限額があれば1号・なければ2号

§361-1 取締役の報酬、賞与その他の職務執行の対価として株式会社から受ける財産上の利益【=4章中、報酬等】についての次に掲げる事項は、定款に当該事項を定めていないときは、株主総会の決議によって定める

一 報酬等のうち額が確定しているものについては、その額

二 報酬等のうち額が確定していないものについては、その具体的な算定方法

三 報酬等のうち金銭でないものについては、その具体的な内容

#2 前項第二号又は第三号に掲げる事項を定め、又はこれを改定する議案を株主総会に提出した取締役は、当該株主総会において、当該事項を相当とする理由を説明しなければならない

- * 全取締役の報酬総額の最高限度額を定めれば足りる(→分配は取締役会に委ねる)

- ∴ 個別とすると一人一人の報酬額が分かってしまうから

- ・ 使用人兼務取締役の報酬は別途明確であれば別枠でよい ← 含むべき(有力)

【最判昭 60.3.26 判時 1159-150】 報酬の定め方(総額・使用人兼務取締役)[S59 才 1100]

「商法二六九条の規定の趣旨は取締役の報酬額について取締役ないし取締役会によるいわゆるお手盛りの弊害を防止する点にあるから、株主総会の決議で取締役全員の報酬の総額を定め、その具体的な配分は取締役会の決定に委ねることができ、株主総会の決議で各取締役の報酬額を個別に定めることまでは必要ではなく、この理は、使用人兼務取締役が取締役として受ける報酬額の決定についても、少なくとも被告会社のように使用人として受ける給与の体系が明確に確立されており、かつ、使用人として受ける給与がそれによつて支給されている限り、同様である」「使用人として受ける給与の体系が明確に確立されている場合においては、使用人兼務取締役について、別に使用人として給与を受けることを予定しつつ、取締役として受ける報酬額のみを株主総会で決議することとしても、取締役としての実質的な意味における報酬が過多でないかどうかについて株主総会がその監視機能を十分に果たせなくなるとは考えられないから、右のような内容の本件株主総会決議が商法二六九条の脱法行為にあたるとはいえない」「代表取締役以外の通常取締役が当該会社の使用人を兼ねることが会社の機関の本質に反し許されないということもできない」(株主総会決議無効確認→棄却/棄却)

【最判昭 31.10.5 商事法務 51-13】 取締役会は具体的報酬分配を代取に一任できる

- * 定款・総会決議で報酬金額が定められなければ、具体的な報酬請求権は発生しない

【最判平 15.2.21 金法 1681-31】 同旨 (→取締役は報酬を会社に請求できない)

【最判平 17.2.15 判時 1890-143】 違法な報酬支払も、事後に総会決議をすれば有効となる

- * 取締役報酬の不支給決議で報酬請求権は失われない

【最判平 4.12.18 民集 46-9-3006】 取締役の報酬変更[H2 才 1259]

「株式会社において、定款又は株主総会の決議(株主総会において取締役報酬の総額を定め、取締役会において各取締役に対する配分を決議した場合を含む。)によって取締役の報酬額が具体的に定められた場合には、その

報酬額は、会社と取締役間の契約内容となり、契約当事者である会社と取締役の双方を拘束するから、その後株主総会が当該取締役の報酬につきこれを無報酬とする旨の決議をしたとしても、当該取締役は、これに同意しない限り、右報酬の請求権を失うものではない……この理は、取締役の職務内容に著しい変更があり、それを前提に右株主総会決議がされた場合であっても異なる（常勤から非常勤になって以降支給されなかった分の取締役報酬請求→棄却／破棄自判・認容）

- ・ 開示(則 121-3,124-6)：社内・社外取締役に区分して事業報告で開示する

3. 退職慰労金・弔慰金

- ・ 意義：職務執行の対価であって、報酬の後払い（→報酬等に含まれる）
- ・ 支給基準を明示・黙示に定めれば金額は決めなくてよい

∴退任取締役が1人だと金額が分かる + 報酬と違って退職者は少ないから

* 支給基準が明確で株主も推知できれば取締役会一任でよい(判例、なお則 82-2)

- ・ 則 82-2 但書の「適切な措置」：通常は本店で説明できればよい

→この説明もできないようであれば、基準の内容の無記載ゆえ一任決議は瑕疵を帯びる

則 82-2 …議案が一定の基準に従い退職慰労金の額を決定することを取締役、監査役その他の第三者に一任するものであるときは、株主総会参考書類には、当該一定の基準の内容を記載しなければならない。ただし、各株主が当該基準を知ることができるようにするための適切な措置を講じている場合は、この限りでない

【最判昭 39.12.11 民集 18-10-2143】退職慰労金[S38 才 120]

「従来 Y 社において退職した役員に対し慰労金を与えるには、その都度株主総会の議に付し、株主総会はその金額、時期、方法を取締役に一任し、取締役会は自由な判断によることなく、会社の業績はもちろん、退職役員の勤続年数、担当業務、功績の軽重等から割り出した一定の基準により慰労金を決定し、右決定方法は慣例となつていたのであるが、辞任した常任監査役高木吾平に対する退職慰労金に関する本件決議に当つては、右慣例によつてこれを定むべきことを黙示して右決議をなした……株式会社の役員に対する退職慰労金は、その在職中における職務執行の対価として支給されるものである限り、商法 280、同 269 にいう報酬に含まれるものと解すべく、これにつき定款にその額の定めがない限り株主総会の決議をもつてこれを定むべきものであり、無条件に取締役会の決定に一任することは許されない……が、被上告会社の前記退職慰労金支給決議は、その金額、支給期日、支給方法を無条件に取締役会の決定に一任した趣旨でなく、前記の如き一定の基準に従うべき趣旨である……以上、株主総会においてその金額等に関する一定の枠が決定されたものというべきであるから、これをもつて同条の趣旨に反し無効の決議であるということとはできない」（株主総会決議無効確認→棄却／棄却）

【最判昭 48.11.26 判時 722-94】退職慰労金[S48 才 679]

最判昭 39.12.11 を引用し、本件退職慰労金は報酬等にあたるが「従来被上告会社には、退任役員に対する退職慰労金の支給に関し、原判示の内規および慣行による一定の支給基準が確立されており、右支給基準は株主らにも推知さるべき状況にあり」「株主総会は、取締役会が本件退職慰労金の支給につき、右内規および慣行による基準にしたがって相当な金額等の決定をすべきことを黙示的に決議した」から適法

第5款 取締役の責任

1. 会社に対する任務懈怠責任(§423) ← 不法行為や債務不履行の損賠より加重される

§423-1 取締役、会計参与、監査役、執行役又は会計監査人（以下この節において「役員等」という。）は、その任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う

・要件：被告が役員、被告の任務懈怠、(被告の故意過失)、損害の発生と額、因果関係

・責任の主体：取締役・会計参与・監査役・執行役・会計監査人（=役員等）

* 任務懈怠行為一般：当該行為をした取締役が責任を負う

* 取締役会決議に基づく行為：賛成が任務懈怠行為なら責任を負う

←決議参加取締役等は議事録に異議をとどめないと賛成を推定される(§369-5)

・責任の内容：任務懈怠によって生じた損害の賠償責任を負う

* 意義：民法の一般原則以上に明確かつ厳格にしたもの(§430:連帯責任や§424:免除制限ゆえ)

∴役員は委任契約の内容のみならず、会社法等の法令の順守義務を伴うから、単なる債務不履行責任より加重されている

* 消滅時効：加重された債務不履行責任(商行為たる委任契約上の債務の変じたものではない)

【最判平 20.1.28 民集 62-1-128】消滅時効は10年(民 167-1 による)

* 責任を負う取締役等が複数いる場合：連帯責任となる(§430)

§430 役員等が株式会社又は第三者に生じた損害を賠償する責任を負う場合において、他の役員等も当該損害を賠償する責任を負うときは、これらの者は、連帯債務者とする

・推定規定・無過失責任

* 違法な競業取引(#2)：損害額の推定

* 利益相反取引(#3)：取締役・執行役につき任務懈怠の推定

* 違法な利益相反取引(§428-1)：自己のため直接取引をした取締役・執行役につき無過失責任

* 株主の権利行使に関する利益供与(§120-4 但書)

→関与した取締役・執行役：中間責任(無過失の立証責任は取締役)

→利益供与をした取締役・執行役：無過失責任(但書括弧書き)

§120-4 株式会社が第一項の規定に違反して財産上の利益の供与をしたときは、当該利益の供与をすることに関与した取締役^{【執行役を含む】}として法務省令で定める者は、当該株式会社に対して、連帯して、供与した利益の価額に相当する額を支払う義務を負う。ただし、その者（当該利益の供与をした取締役を除く。）がその職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明した場合は、この限りでない

* 分配可能額超過の剰余金分配(§462-1,2)：関与した取締役らにつき中間責任

2. 任務懈怠の意義

・任務懈怠と過失

* 一元説：任務懈怠は善管注意義務違反を意味し、任務懈怠の証明があれば無過失は立証不能

* 二元説：任務懈怠と過失は別の要件ゆえ、無過失立証可能(判例)

∴§428 は過失と任務懈怠を区別

【最判平 12.7.7 民集 54-6-1767】任務懈怠と過失(二元説)[後掲 H8 才 270]

「株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたとして、本規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意又は過失があることを要する…（最判昭 51.3.23 参照）」→損失

補てんを決定した時点で、公取委も独禁法 19 違反としておらず、故意・過失は存しないので棄却

- ・法令・定款違反：任務懈怠になる

【最判平 12.7.7 民集 54-6-1767】取締役の責任と法令[H8 才 270]

野村證券損失補填株主代表訴訟(東京放送に対する損失補填のうち、一億円請求)→棄却/棄却/棄却

「株式会社の取締役は、取締役会の構成員として会社の業務執行を決定し、あるいは代表取締役として業務の執行に当たるなどの職務を有するものであって、商法二六六条は、その職責の重要性にかんがみ、取締役が会社に対して負うべき責任の明確化と厳格化を図るものである。本規定は、右の趣旨に基づき、法令に違反する行為をした取締役はそれによって会社の被った損害を賠償する責めに任じる旨を定めるものであるところ、取締役を名あて人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める商法二五四条三項(民法六四四條)、商法二五四条ノ三の規定(以下、併せて「一般規定」という。)及びこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべき義務を個別的に定める規定が、本規定にいう「法令」に含まれることは明らかであるが、さらに、商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれる……けだし、会社が法令を遵守すべきことは当然であるところ、取締役が、会社の業務執行を決定し、その執行に当たる立場にあるものであることからすれば、会社をして法令に違反させることのないようにするため、その職務遂行に際して会社を名あて人とする右の規定を遵守することもまた、取締役の会社に対する職務上の義務に属するというべきだからである。したがって、取締役が右義務に違反し、会社をして右の規定に違反させることとなる行為をしたときには、取締役の右行為が一般規定の定める義務に違反することになるか否かを問うまでもなく、本規定にいう法令に違反する行為をしたときに該当する損失補てんは独禁法 19 違反ゆえ「被上告人らが本件損失補てんを決定し、実施した行為は、本規定にいう法令に違反する行為に当たる」

(河合補足) 原審の「法令」を限定する解釈への批判

- ・経営判断の原則：経営上の判断の結果、予想外に会社に損害を与えた場合の任務懈怠の判断
→取締役に裁量を与えられているから、すべて審査すると経営判断の萎縮を招く
 - * 対象：経営上の専門判断に委ねられているもの(積極的な経営判断)
 - * 審査：意思決定の過程に著しい不合理性がない+意思決定の内容に著しい不合理性がない

【最判平 22.7.15 判時 2091-90】アパマンショップHD株主代表訴訟[H21 受 183]

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

3. 役員等の責任の免除・軽減

- ・責任の全部免除(§424,120-5)：総株主の同意が必要(議決権のない株主も含む)
 - * 分配可能額違反の剰余金配当の場合の免除(§462-3)
→分配可能額の範囲内は総株主同意で免除できるが、超過部分は不可(∵会社債権者保護)
- ・責任の一部免除①—株主総会決議による事後の軽減(§425)
§425-1 前条の規定にかかわらず、§423-1 の責任は、当該役員等が職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、賠償の責任を負う額から次に掲げる額の合計額(§427-1 において「最低責任限度額」という。)

を控除して得た額を限度として、株主総会の決議によって免除することができる

- * 要件：当該役員等が職務を行うにつき善意無重過失であること
- * 手続：株主総会の特別決議(§309-2:8)
 - ・ 総会での開示事項(#2)：原因事実・賠償額、免除可能額の限度・根拠、免除理由・免除額
 - ・ 監査役(委員)全員の事前の同意(#3)：取締役(監査委員以外)・執行役の場合は必要
→主に重過失の有無を判断する
- * 免除可能額：最低責任限度額を超える部分
→取締役報酬等(退職慰労金等含む:則 113)の年額×係数(※)+有利な新株予約権(則 114)
※代取・代執は6、平取締役・執行役は4、社外取締役・会計参与・監査役・会計監査人は2
- * 雑則
 - ・ 責任軽減後の退職慰労金等(則 115)支給・新株予約権行使は株主総会普通決議が必要(#4)
 - ・ 責任軽減後は新株予約権証券は会社に預託、#4の承認決議後は返してもらえる(#5)
- ・ 責任の一部免除②一定款規定+取締役会決議による事後の軽減(§426)
§426-1 §424の規定にかかわらず、監査役設置会社 (取締役が二人以上ある場合に限る。) 又は委員会設置会社は、§423-1の責任について、当該役員等が職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がない場合において、責任の原因となった事実の内容、当該役員等の職務の執行の状況その他の事情を勘案して特に必要と認めるときは、前条第一項の規定により免除することができる額を限度として取締役(当該責任を負う取締役を除く。)の過半数の同意(取締役会設置会社にあつては、取締役会の決議)によって免除することができる旨を定款で定めることができる
 - * 要件：当該役員等が職務を行うにつき善意無重過失であること
 - * 対象会社：取締役2人以上かつ監査役 or 委員会設置会社
 - * 手続：定款の定め+取締役会決議(#1)+株主の異議申立て(#3~5)
 - ・ 取締役会決議：取締役会がない場合、責任を負う取締役を除く取締役の過半数同意
 - ・ 監査役(委員)全員の事前の同意(#2→§425-3)：定款変更と免除決議の両方に必要
←取締役(監査委員以外)・執行役が対象となる場合のみ
 - ・ 株主の異議申立て：(責任を負う役員等を除く)議決権3%以上の異議があると免除不可(#5)
←異議申出をするよう公告 or 株主通知(非公開会社は公告のみ)をする(1月以上、#3,4)
 - ・ 総会での開示事項(#2)：原因事実・賠償額、免除可能額の限度・根拠、免除理由・免除額
→主に重過失の有無を判断する
- * 免除可能額：最低責任限度額を超える部分
- * 雑則(#6→§425-4,5)：責任軽減後の退職慰労金・新株予約権行使・同証券の扱いを準用
- ・ 責任の一部免除③一定款規定+責任限定契約による事前の軽減(§427)
§427-1 §424の規定にかかわらず、株式会社は、社外取締役、会計参与、社外監査役又は会計監査人【=社外取締役等】の§423-1の責任について、当該社外取締役等が職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、定款で定めた額の範囲内であらかじめ株式会社が定めた額と最低責任限度額とのいずれか高い額を限度とする旨の契約を社外取締役等と締結することができる旨を定款で定めることができる
 - * 要件：職務を行うにつき善意無重過失であること
 - * 手続：定款の定め+会社と社外取締役等との契約+事後の総会への報告
 - ・ 社外取締役・会計参与・社外監査役・会計監査人のみが対象

- 社外取締役も会社・子会社の業務執行取締役等になったときは契約が失効する(#2)
- ・監査役(委員)全員の事前の同意(#3→§425-3)：社外取締役(監査委員除く)の定款変更のみ要
- ・事後の総会への報告(#4)：損害を受けたことを知ったあと、最初の株主総会に報告する
 - 原因事実・賠償額、免除可能額の限度・根拠、契約内容・締結理由、免除額
- * 雑則(#5→§425-4,5)：責任軽減後の退職慰労金・新株予約権行使・同証券の扱いを準用

4. 役員等の第三者に対する損賠償責任(§429)

§429-1 役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う

- ・要件①(#1)役員等が職務を行うについて悪意又は重過失があったとき = 会社に対する任務懈怠
 - ← 第三者への加害の故意過失は不要：この点が認められれば不法行為(民 709)も成立しうる
 - ← 会社に損賠償義務が生じる必要はない
- * 主な肯定例：監視義務懈怠（最大判昭 44.11.26）以外の例
- ・履行の見込みの少ない取引をした場合（資力がないのに手形を振出すなど）
 - 【最判昭 41.4.15 民集 20-4-660】放漫経営(軽率な判断で多額の投資をして破綻したもの)
- ・要件②(#2)一定の虚偽記載：第三者責任が生じ、中間責任

【最大判昭 44.11.26 民集 23-11-2150】第三者責任の法意[S39 才 1175]

A社に代取社長 Y(B友人らに頼まれて、なかば名前だけの社長になっていた)と代取専務 B が名おり、B が X から鋼材を買うため、B が振出人を代取 Y として約束手形を振出したが、A に資力はなく不渡りとなったもの
 「もともと、会社と取締役とは委任の関係に立ち、取締役は、会社に対して受任者として善良な管理者の注意義務を負い(商 254/3、民 644)、また、忠実義務を負う(商 254/2)ものとされているのであるから、取締役は、自己の任務を遂行するに当たり、会社との関係で右義務を遵守しなければならないことはいうまでもないことであるが、第三者との間ではかような関係にあるのではなく、取締役は、右義務に違反して第三者に損害を被らせたとしても、当然に損害賠償の義務を負うものではない。しかし、法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務に違反し、これによつて第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれによつて損害を被つた結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被つた場合であると問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである」以上のことは、取締役がその職務を行なうにつき故意または過失により直接第三者に損害を加えた場合に、一般不法行為の規定によつて、その損害を賠償する義務を負うことを妨げるものではないが、取締役の任務懈怠により損害を受けた第三者としては、その任務懈怠につき取締役の悪意または重大な過失を主張し立証しさえすれば、自己に対する加害につき故意または過失のあることを主張し立証するまでもなく、商法 266/3 の規定により、取締役に対し損害の賠償を求めることができるわけであり、また、同条の規定に基づいて第三者が取締役に対し損害の賠償を求めることができるのは、取締役の第三者への加害に対する故意または過失を前提として会社自体が民 44 の規定によつて第三者に対し損害の賠償義務を負う場合に限る必要もないわけである」

「株式会社の代表取締役は、自己のほかにも、他の代表取締役が置かれている場合、他の代表取締役は定款および取締役会の決議に基づいて、また、専決事項についてはその意思決定に基づいて、業務の執行に当たるのであつて、定款に別段の定めがないかぎり、自己と他の代表取締役との間に直接指揮監督の関係はない。しかし、もともと、代表取締役は、対外的に会社を代表し、対内的に業務全般の執行を担当する職務権限を有する機関であるから、善良な管理者の注意をもつて会社のため忠実にその職務を執行し、ひろく会社業務の全般にわたつて意を

用いるべき義務を負うものであることはいうまでもない。したがって、少なくとも、代表取締役が、他の代表取締役その他の者に会社業務の一切を任せきりとし、その業務執行に何等意を用いることなく、ついにはそれらの者の不正行為ないし任務懈怠を看過するに至るような場合には、自らもまた悪意または重大な過失により任務を怠つたものと解するのが相当」

(松田反対、田中・松田同調) ①悪意重過失は対第三者は認められる必要がある(任務懈怠ではない)。②709条の特則である(本規定は、軽過失での損害責任を免除するもの) ③直接損害のみが対象④直接行為した取締役以外は2項(当時の2項は行為した取締役以外の取締役への準用規定)の責任のみを負う

(岩田反対) ①第三者に対する悪意重過失が必要②対象は直接損害のみ

【最判昭 48.5.22 民集 27-5-656】平取締役も監視義務を怠れば損害義務[前掲 S46 才 673]

・効果：役員等個人が第三者に対して損害責任を負う

* 範囲：任務懈怠行為と相当因果関係の認められる損害

→中小企業が倒産した際に、取締役に対する債権回収に利用される

* 損害の種類

・直接損害：取締役の行為によって第三者が直接個人的に受けた損害(会社の損害を問わない)

・間接損害：第一次的には会社に損害が生じ、その結果、第二次的に第三者が受けた損害

* 損害の範囲

・両損害包含説：直接・間接両方が対象(判例・多数、一部は直接・間接の区別自体の不要説)

・直接損害限定説：直接損害につき民 709 は排除、間接損害は債権者代位・代表訴訟による

・間接損害限定説：直接損害は民 709 による、間接損害は会社の損害の立証を要する

←会社に損害がないなら任務懈怠なのか

←会社の信頼を害するから任務懈怠、再生・清算の検討義務が善管注意義務に含まれる

* 第三者の範囲：会社以外の者をいい、直接損害では株主も含むが、間接損害では除外が多数

・株主は含まれない(多数) ∴間接損害で会社に回復すべき損害を株主に分配することになる

・株主は含まれるが代表訴訟等が可能ならそちらを使うべき(少数)

【東京高判平 17.1.18 金商 1209-10】雪印食品株式会社事件[H16 ネ 3563]

「株式が証券取引所などに上場され公開取引がなされている公開会社である株式会社の業績が取締役の過失により悪化して株価が下落するなど、全株主が平等に不利益を受けた場合、株主が取締役に対しその責任を追及するためには、特段の事情のない限り、商法 267 条に定める会社に代位して会社に対し損害賠償をすることを求める株主代表訴訟を提起する方法によらなければならない、直接民法 709 条に基づき株主に対し損害賠償をすることを求める訴えを提起することはできない……その理由は、〔1〕上記の場合、会社が損害を回復すれば株主の損害も回復するという関係にあること、〔2〕仮に株主代表訴訟のほかにも個々の株主に対する直接の損害賠償請求ができるとすると、取締役は、会社及び株主に対し、二重の責任を負うことになりかねず、これを避けるため、取締役が株主に対し直接その損害を賠償することにより会社に対する責任が免責されるとすると、取締役が会社に対して負う法令違反等の責任を免れるためには総株主の同意を要すると定めている商法 266-5 と矛盾し、資本維持の原則にも反する上、会社債権者に劣後すべき株主が債権者に先んじて会社財産を取得する結果を招くことになるほか、株主相互間でも不平等を生ずることになることである。以上のことを考慮して、株式会社の取締役の株主に対する責任については、商法 266 が会社に対する責任として定め、その責任を実現させる方法として商法 267 が株主の代表訴訟等を規定したもの……その結果として、株主は、特段の事情のない限り、商法 266/3 や民法 709 により取締役に対し直接損害賠償請求することは認められない……株式が証券取引所に上場

されるなどして公開され多数の株主が市場で株式を売買している公開会社においては、株主は、特段の事情のない限り、いつでも自由に市場において株式を処分することができるので、取締役の過失により株式会社の業績が悪化して株価が下落しても、適時に売却することにより損失を回避ないし限定することができるから、株主に個別に取締役に対する損害賠償請求を認める必要も少ない。もっとも、株式が公開されていない閉鎖会社においては、株式を処分することは必ずしも容易ではなく、違法行為をした取締役と支配株主が同一ないし一体であるような場合には、実質上株主代表訴訟の遂行や勝訴判決の履行が困難であるなどその救済が期待できない場合も想定し得るから、このような場合には、前記の特段の事情があるものとして、株主は民法709条に基づき取締役に對し直接株価の下落による損害の賠償をすることもできる」 損賠請求→棄却→棄却(確定)

＊消滅時効・利率・過失相殺

【最判昭 49.12.17 民集 28-10-2059】民法 167-1 所定の 10 年の消滅時効に服する

【最判平 1.9.21 判時 1334-223】遅延損害金は民法所定の 5 %

【最判昭 59.10.4 判時 1143-143】過失相殺も可能(民 722 直接適用)

・役員等の範囲

＊不実の登記上の取締役：承諾があれば§908-2 類推で、§429-1 の責任を負う

∴就任登記は就任者の印鑑証明を要するので、不実の登記上の取締役に帰責性がある

【最判昭 47.6.15 民集 26-5-984】選任決議を欠く“取締役”と第三者責任[S44 才 531]

S41.7 A 社倒産 (X は A への債権 137.7 万円相当額を損害として受けた)

→A の創設以来の代取 Y (実際は娘婿 B を営業部長にして経営を任せていた)に損賠請求→認容/棄却/棄却

「上告人の取締役への就任は、右会社の創立総会または株主総会の決議に基づくものではなく、まったく名目上のものにすぎなかつた……このような場合においては、上告人が同会社の取締役として登記されていても、本来は、商法 266/3-1 にいう取締役には当たらない……けだし、同条項にいう取締役とは、創立総会または株主総会において選任された取締役をいうのであつて、そのような取締役でなければ、取締役としての権利を有し、義務を負うことがないからである」「商法一四条【=会社法 908-2】……にいう、「不実ノ事項ヲ登記シタル者」とは、当該登記を申請した商人（登記申請権者）をさす……が、その不実の登記事項が株式会社の取締役への就任であり、かつ、その就任の登記につき取締役とされた本人が承諾を与えたのであれば、同人もまた不実の登記の出現に加功したものである」というべく、したがつて、同人に対する関係においても、当該事項の登記を申請した商人に対する関係におけると同様、善意の第三者を保護する必要があるから、同条の規定を類推適用して、取締役として就任の登記をされた当該本人も、同人に故意または過失があるかぎり、当該登記事項の不実なことをもつて善意の第三者に対抗することができない」「原審の確定した事実関係のもとにおいては、上告人は被上告人に対し同法二六六条ノ三にいう取締役としての責任を免れ得ない」

(岩田反対) 商 266/3 は直接損害に限られる → 本件は間接損害ゆえ請求棄却とすべき

＊辞任登記未了：登記残存を明示的に承諾するなど特段の事情があれば責任を負う

∴辞任は会社自身しか登記できないので、原則として帰責性がない

【最判昭 62.4.16 金判 778-3】辞任登記未了の取締役と第三者責任[S58 才 678]

原告 X 社 (メッキ材料販売) が A 社 (メッキ製品製造) との取引での債権 3356 万 (S53.2.17 現在) を A 社倒産で失う損害を受けたとして、A 社取締役 CDE・監査役 F に訴求したもの。代金支払のため訴外 B 社 (代表者は A 社代取の妹夫) 振出の約束手形を裏書交付していたが、B 社は実体がなく、A が勝手に名義を使っていた。

S50.2 監査役 F 辞任→A 社は登記を放置

S50.8 末 宇野メッキ倒産

S50.9.13 債権者集会：BCD が辞任 (7.6 再新任・7.17 登記されたばかり) →A 社は登記を放置

清算せず、そのまま事業を継続することを決定

S51.10~53.1 XがAと取引をする。X関係者が約束手形で仕入れた材料の廉売による資金調達に協力

S53.3.28 ようやく辞任登記がされる

「株式会社の取締役を辞任した者は、辞任したにもかかわらずなお積極的に取締役として対外的又は内部的な行為をあえてした場合を除いては、辞任登記が未了であることによりその者が取締役であると信じて当該株式会社と取引した第三者に対しても、商法 266/3-1 前段に基づく損害賠償責任を負わない…（最判昭 37.8.28 参照）が、右の取締役を辞任した者が、登記申請権者である当該株式会社の代表者に対し、辞任登記を申請しないで不実の登記を残存させることにつき明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情が存在する場合には、右の取締役を辞任した者は、同法一四条の類推適用により、善意の第三者に対して当該株式会社の取締役でないことをもつて対抗することができない結果、同法 266/3-1 前段にいう取締役として所定の責任を免れることはできない」
→特段の事情の主張立証がないので棄却（損賠請求→一部認容(商 14 類肯定)／取消自判・棄却／棄却）

5. 株主代表訴訟(§847~853)

- ・ 意義：会社が役員等に対して§423-1 の責任等を追及しない場合に株主が使うもの

* 本来は監査役が会社を代表して取締役に損賠請求をする(§386-1)

→役員間の人間関係などから監査役が懈怠した場合に備えて設けられた

§386-1 §349-4、§353 及び§364 の規定にかかわらず、監査役設置会社が取締役に對し、又は取締役が監査役設置会社に対して訴えを提起する場合には、当該訴えについては、監査役が監査役設置会社を代表する

【#2：取締役の責任追及の訴え（§847-1、§849-3 の訴訟告知、§850-2 の和解の通知・催告）も監査役】

- ・ 対象

* 発起人・設立時取締役・設立時監査役・役員等・清算人の責任を追及する訴え(§423-1)

- ・ 対象範囲

→§423-1 など免除に総株主同意の必要な会社法上の取締役等の責任に限られる

→全債務説：取締役等が会社に対して負うすべての債務 ∴会社の訴訟懈怠のおそれと同じ

→判例：取引債務までが含まれる ∴馴合いになるおそれ

【最判平 21.3.10 民集 63-3-361】代表訴訟の対象(大阪観光株主代表訴訟)[H19 受 799]

株主代表訴訟(土地所有権移転登記手続請求)→棄却／取消却下／(主)棄却、(予)破棄差戻し

S26.7.31~35.9.7 訴外 B らが土地を売却し、Y(会社取締役、現代取)名義の登記がされた

※当時、会社代取は A、XY は A の子。X は会社を買ったものと主張。一番はその証明がないとして棄却

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

○主位的請求「Aの取得した本件各土地の所有権に基づき、Aへの真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであって、取締役の地位に基づく責任を追及するものでも、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものでもない」→却下は相当

○予備的請求「本件各土地につき、Aとその取締役である被上告人との間で締結された被上告人所有名義の借用契約の終了に基づき、Aへの真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を求めるものであるから、取締役の会社に対する取引債務についての責任を追及するものといえる。そうすると、予備的請求に係る訴えは、株主代表訴訟として適法なものといえるべきである」

* §120-3(違法な利益供与)の利益の返還を求める訴え

* §212-1,285-1(不公正な払込価額での株式・新株予約権引受)による差額支払を求める訴え

・原告適格：6月継続株主(公開会社:#1)・単に株主(非公開会社:#1,2)

←自己図利、第三者図利、会社加害目的なら不可(#1但書)

* 定款修正：保有期間短縮のほか、単元未満株主から原告適格を奪える

* 株主でなくなった場合：原則は原告適格を失うが、例外的に失わないことがある

・例外：株式交換・株式移転・合併で存続会社・完全親会社の株主になった場合(§851-1,則219)

→この存続会社・完全親会社が株式交換・移転、合併した場合も同じ(§851-2,3)

※完全親会社が株式の一部を手放してしまえば原告適格は失われる(解釈)

・手続

①会社に対する責任追及等の訴えの提起の請求(§847-1,則217)

§847-1 六箇月^{【定款短縮可】}前から引き続き株式を有する株主^(§189-2の定款の定めによりその権利を行使することができない単元未満株主を除く)は、株式会社に対し、書面その他の法務省令で定める方法により、発起人、設立時取締役、設立時監査役、役員等^(§423-1に規定する役員等をいう。以下この条において同じ。)若しくは清算人の責任を追及する訴え、§120-3の利益の返還を求める訴え又は§212-1若しくは§285-1の規定による支払を求める訴え【=責任追及等の訴え】の提起を請求することができる。ただし、責任追及等の訴えが当該株主若しくは第三者の不正な利益を図り又は当該株式会社に損害を加えることを目的とする場合は、この限りでない

②株主による提訴(§847-3)：①の請求から60日以内に会社が提訴しないとき

・提訴しない場合の理由の通知請求権(#4,則218)：請求株主・対象役員に認められる

§847-3 株式会社が第一項の規定による請求の日から六十日以内に責任追及等の訴えを提起しないときは、当該請求をした株主は、株式会社のために、責任追及等の訴えを提起することができる

#4 株式会社は、第一項の規定による請求の日から六十日以内に責任追及等の訴えを提起しない場合において、当該請求をした株主又は同項の発起人、設立時取締役、設立時監査役、役員等若しくは清算人から請求を受けたときは、当該請求をした者に対し、遅滞なく、責任追及等の訴えを提起しない理由を書面その他の法務省令で定める方法により通知しなければならない

* 例外：会社に回復することができない損害のおそれ → ①を省略していきなり提訴できる

§847-5 第一項及び第三項の規定にかかわらず、同項の期間の経過により株式会社に回復することができない損害が生ずるおそれがある場合には、第一項の株主は、株式会社のために、直ちに責任追及等の訴えを提起することができる。ただし、同項ただし書に規定する場合は、この限りでない

③提訴関係の手続

・訴額(§847-6)：財産上の請求でない請求=実際の請求額ではない ∴費用負担の軽減

・担保提供命令(§847-7)：被告に申立てにより裁判所の裁量 ∴不当な訴えの場合の損賠担保

→認められるには訴えが悪意によるものであることを疎明する必要がある(#8)

※この「悪意」= 不当目的又は不当訴訟

→不当目的：§847-1 但書で排除されているが、出訴されると担保提供命令の対象

※#1 但書は会社法で新設(東京高決平 7.2.20 当時はなかった)

→不当訴訟：§847-7,8 より担保提供命令の対象となる

例：主張自体失当、請求原因の立証見込みが低い、会社の抗弁の立証見込みが高い

←制度趣旨から、過失による不当訴訟は対象から除くべきとの説あり

【東京高決平 7.2.20 判タ 895-252】担保提供命令(過失不当訴訟は除外)[H6 ラ 840]

担保提供命令申立→一部認容(請求 3-1 で被告 CD につき 1,000 万円、請求 3-2 で被告 ABCD につき 1,000 万円)→被告 AB 控訴棄却、原告控訴：一部取消却下(被告 AB 関係)・他棄却、被告 CD 控訴：変更(被告 CD につき、請求 3-1,3-2,3-4 で各 1,000 万円)・他却下→却下【蛇の目ミシン株主代表訴訟担保提供命令申立事件】

「株主代表訴訟の訴えの提起についての担保提供命令の要件を定めた商法 267-6 が準用する同法 106-2 の「訴ノ提起ガ悪意ニ出デタルモノナルコト」とは、原告の請求が理由がなく、原告がそのことを知って訴えを提起した場合又は原告が株主代表訴訟の制度の趣旨を逸脱し、不当な目的をもって被告を害することを知りながら訴えを提起した場合をいう……株主代表訴訟の被告が右事実を疎明したときは、受訴裁判所は、その裁量によって定めた担保の提供を原告に命ずることができる……商法 106 の規定によって供されるべき担保は、不当訴訟による被告の損害賠償請求権を担保するものであるが、明らかに理由がない訴えや不当な目的に出た訴えを抑制する機能も併せ有する……すなわち、一般の訴えにはない担保提供の制度が株主代表訴訟に認められているのは、自己の利益を図るなど不当な目的のための手段としてこの訴訟が利用されやすく、また、そのような訴訟の提起によって、被告となる取締役や、被告にはならないもののその会社の経営に対しても、重大な影響を与えることになるので、そのような不当な訴訟を防ぐためである……このように、株主の監督是正権の行為として会社のために提起するという株主代表訴訟の本来の趣旨を逸脱した不当な目的に出た訴えを抑制することも、株主代表訴訟における担保提供の制度の趣旨であるから、右のような訴えの提起について担保提供を命ずべきであることは当然の事理である……右担保が不当訴訟による被告の損害賠償請求権の担保であることにかんがみれば、不当な目的に出た訴えだけではなく、請求に理由がないことを知りながらあえて訴えを提起するというような、裁判制度の趣旨に照らして著しく相当性を欠く場合にも担保提供を命ずることが相当……なお、訴えの提起が不当訴訟であるとして、その訴えの原告に損害賠償義務が認められるのは、故意による場合だけではなく過失による場合(重大な過失に限るかどうかはともかく)も含むと解されるが、原告が過失によって自己の請求に理由がないことを知らずに訴えを提起したことが疎明された場合にまで、担保提供を命ずることができると解することは、「悪意」という文言にそわないものであって、相当ではない……請求に理由がないことの疎明がある場合とは、原告が請求原因として主張する事実をもってしては請求を理由あらしめることができない場合(主張自体が失当である場合)、請求原因事実の立証の見込みが極めて少ないと認められる場合、又は、被告の抗弁が成立して請求が棄却される蓋然性が高い場合などがあげられる。そして、右の事情を認識しながら訴えを提起していると一応認められるならば、自己の請求が理由のないことを知って訴えを提起したものと推認することができる

○請求 3-1：被告 CD について本案請求に理由がなく、それを知りながら提訴した疎明がある

○請求 3-2：損害が生じており、被告 A(代取社長)、B(取会長)は関与した可能性は否定できない。被告 CD は担保提供時取締役ではなく、損害の主張も立証の見込みが少なく、請求に理由がないと知って提訴している

○請求 3-3：被告の主張は経営判断として最善というもので、本案で決着すべきで請求に理由がない疎明はない

○請求 3-4：担保不動産の売却で損害が生じた認められず、請求は理由がないと知って提訴している

・専属管轄(§848)：会社の本店所在地の管轄地裁

④訴訟告知と株主への通知(§849-3~5)

- ・原告株主は遅滞なく会社に訴訟告知する(#3)
- ・会社による公告 or 株主通知(#4,#5:非公開会社では通知に限る)
 - 責任追及の訴えを提起したとき、訴訟告知を受けたときに要する
 - ∴判決の効力が会社に及ぶため(民訴 115-1:2)、慣れ合い訴訟で会社に損害が及ぶおそれ
- ⑤訴訟参加(§849-1,2)
 - ・株主・会社は共同訴訟参加・補助参加できる(#1) → 民訴 42(補助参加の利益)は不要
 - §849-1 株主又は株式会社は、共同訴訟人として、又は当事者の一方を補助するため、責任追及等の訴えに係る訴訟に参加することができる。ただし、不当に訴訟手続を遅延させることとなるとき、又は裁判所に対し過大な事務負担を及ぼすこととなるときは、この限りでない
 - ・会社が取締役・執行役・清算人側で補助参加(#2)：監査役(委員)全員の同意が必要
- ・判決の効果等
 - * 判決の効果
 - ・勝訴・敗訴によらず会社に及ぶ(訴訟担当：民訴 115-1:2)
 - ・勝訴(一部勝訴を含む)時の費用等の請求(§852-1)：必要費用・弁護士報酬のうち相当額
 - §852-1 責任追及等の訴えを提起した株主が勝訴(一部勝訴を含む)した場合において、当該責任追及等の訴えに係る訴訟に関し、必要な費用(訴訟費用を除く。)を支出したとき又は弁護士若しくは弁護士法人に報酬を支払うべきときは、当該株式会社に対し、その費用の額の範囲内又はその報酬額の範囲内で相当と認められる額の支払を請求することができる
 - ・敗訴時の損賠責任(§852-2)：悪意でない限り損賠責任を負わない ∴勝っても儲からない
 - §852-2 責任追及等の訴えを提起した株主が敗訴した場合であっても、悪意があったときを除き、当該株主は、当該株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負わない
 - ・訴訟参加した株主の費用等の請求・損賠責任(§852-3 → #1,2)：上に同じ
 - * 再審(§853)：当事者のなれあい訴訟の判決には再審の訴え可能(#1)
 - §853-1 責任追及等の訴えが提起された場合において、原告及び被告が共謀して責任追及等の訴えに係る訴訟の目的である株式会社の権利を害する目的をもって判決をさせたときは、株式会社又は株主は、確定した終局判決に対し、再審の訴えをもって、不服を申し立てることができる【#2：§852(費用等の請求)準用】
 - * 和解(§850)
 - ・訴訟上の和解は可能だが、会社が和解の当事者でないとその承認が必要(#1→民訴 267 排除)
 - ・承認がない場合：裁判所は会社に通知し、2週間以内に異議を述べないとみなし承認(#2,3)
 - ・訴訟上の和解では総株主の同意なくして責任を免除できる(#4)
- ・2014 改正
 - * 旧株主による責任追及等の訴え(§847/2)：株式交換等で株主でなくなった旧株主によるもの
 - * 最終完全親会社等の株主による特定責任追及の訴え(§847/3)
 - ・資産の 1/5 超の子会社について、最終完全親会社の 1%株主が提起可能

第6款 株主による違法行為の差止権

1. 株主による取締役の行為の差止め(§360)・執行役の行為の差止め(§422)

- ・ 意義：事後の損害責任の追及だけでなく、損害の発生・拡大防止のため差止めも認められたもの
→§360,422 は直接には会社の利益保護(⇔§210,247 は株式発行等による株主の損害防止)
§360-1 六箇月^{【定款短縮可】}前から引き続き株式を有する株主は、取締役が株式会社の目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合において、当該行為によって当該株式会社に著しい損害が生ずるおそれがあるときは、当該取締役に対し、当該行為をやめることを請求することができる【#2:非公開会社で6月保有要件不要】
#3 監査役設置会社又は委員会設置会社における第一項の規定の適用については、同項中「著しい損害」とあるのは、「回復することができない損害」とする
- ・ 要件①取締役が法令・定款違反の行為をし、又はするおそれがあること
* 会社の目的の範囲外の行為：主観的に目的の範囲外の行為であれば対象になる(解釈)
- ・ 要件②会社の著しい損害（監査役・委員会設置会社では「回復することができない損害」）
∴ 監査役(委員)に差止請求権があり、第一義的にはこれが用いられるべき(§385,407)
- ・ 請求適格：6月継続株主(非公開会社では単に株主：#2)、定款で短縮・単元未満株主排除可
- ・ 行使方法：裁判外でもよいが、差止めの訴えも提起できる（+民保23-2の仮処分も可能）
→訴訟の場合、代表訴訟の提起が類推適用される(専属管轄・費用請求・訴訟参加等)
∴ 株主が会社のために行使するもので訴訟担当ゆえ、本質は代表訴訟に同じ
- ・ 効果：仮処分違反の第三者との取引は、民保法の規定のない限り、善意の第三者に対抗できない

第5節 会計参与

第1款 総説

1. 意義：取締役(執行役)と共同して、計算書類等を作成する者
⇔ 監査役や会計監査人は計算書類等の監査を役割とする
2. 権限等(§374)
 - ・ 計算書類等の作成(#1 前段,6)
 - ・ 会計参与報告作成義務(#1 後段,則 102)
[§374-1](#) 会計参与は、取締役と共同して、計算書類【Ref.§435-2】及びその附属明細書、臨時計算書類【Ref. §441-1】並びに連結計算書類【Ref:§444-1】を作成する。この場合において、会計参与は、法務省令で定めるところにより、会計参与報告を作成しなければならない【#6：委員会設置会社では取締役→執行役】
 - ・ 会計帳簿の閲覧等(#2,6)：取締役・執行役・使用人に対する会計に関する報告請求も可
 - ・ 調査権(#3)：子会社への会計に関する報告請求、会社・子会社の業務・財産状況の調査権
←正当な理由があれば子会社は報告・調査を拒める(#4)
 - ・ 職務を行うにつき、欠格事由(§333-3:2,3)該当者を使用できない(#5)
3. 義務等
 - ・ 善管注意義務(§330→民 644)
 - ・ 取締役・執行役の不正行為の報告義務(§375)→監査役(会/委員会)、なければ株主
 - ・ 取締役会への出席・意見陳述義務(§376-1)：計算書類等を承認する取締役会のみ
→取締役会招集者の会計参与への通知義務(#2)、招集手続省略時の同意(#3)
 - ・ 総会での意見陳述(§377)：取締役・執行役と意見が異なる場合、株主総会で意見陳述できる
 - ・ 会計参与による計算書類等の備置き等(§378)
→備置き(#1)、株主・債権者の閲覧・謄本等請求(#2)、親会社社員の閲覧等(#3:裁判所の許可)
4. 報酬・費用等
 - ・ 報酬(§379)：定款に定めがなければ総会で定める(#1)、分配(#2)、総会での意見陳述権(#3)
 - ・ 費用等の請求(§380)：職務執行に不要と証明しない限り、会社は費用前払い等を拒めない

第2款 選任・終任等

1. 資格・員数・任期
 - ・ 資格(§333)：公認会計士、監査法人、税理士、税理士法人(#1)
 - * 法人の場合は職務を行うべき者を選定し、会社に通知する(#2)
 - * 欠格事由(#3)：会社・子会社の役員・使用人等、業務停止処分中、税理士法上の業務停止
 - ・ 員数：規制はない
 - ・ 任期(§334-1)：取締役に同じ(2年、非公開会社10年、委員会設置会社1年)
 - * 終了事由(#2)：会計参与設置廃止の定款変更があると、効力発生時に任期満了
2. 選任・終任：基本的に取締役に同じ、相違点は以下の通り
 - ・ 選任決議(§341)：総会の普通決議で足りるが、定足数の定款緩和は1/3以上まで
 - ・ 株主総会での意見陳述権(選任・解任・辞任について：§345-1~3)

第6節 監査役

第1款 総論

1. 意義：取締役(+会計参与)の職務執行を監査する機関で、原則として範囲は業務監査全域
2. 設置義務
 - ・取締役会設置会社(§327-2 本文)←例外：委員会設置、非公開会社かつ会計参与設置
 - ・会計監査人設置会社(§377-3)←例外：委員会設置
3. 権限等(§381)
 - ・業務監査(#1 前段)：取締役(+会計参与)の職務執行の監査
 - §381-1 監査役は、取締役(会計参与設置会社にあつては、取締役及び会計参与)の職務の執行を監査する。この場合において、監査役は、法務省令で定めるところにより、監査報告を作成しなければならない
 - * 独任制：複数の監査役・監査役会があつても、各自が独立して監査権限を行使する
 - * 監査の内容：法令・定款違反、著しい不当性。取締役の個々の裁量的判断は含まない
 - ・適法性監査：業務執行の法令・定款違反の有無
 - ・妥当性監査：職務執行の妥当性。著しい不当性の有無は対象となる(Ref.§382)
 - ←善管注意義務違反の有無は監査するから、裁量判断も監査対象となるはず
 - * 監査の範囲：会計監査を含む業務全般
 - ※業務監査：会計監査以外の部分の監査をいう
 - ・監査報告作成義務(#1 後段,則 105,計算 122,127)
 - ・調査権(#2)：事業報告請求権、業務・財産状況調査権
 - #2 監査役は、いつでも、取締役及び会計参与並びに支配人その他の使用人に対して事業の報告を求め、又は監査役設置会社の業務及び財産の状況の調査をすることができる
 - ・子会社調査権(#3)：必要があれば事業報告・業務・財産状況調査可能
 - ←子会社は正当な理由があれば拒める(#4)
 - ・その他会社法の規定する権限(§343：監査役選任議案の同意、§344：会計監査人選任の同意等、§340：会計監査人の解任権、§385：差止め請求権)
 - ・非公開会社の特例(§389)：定款の定めによる監査範囲の限定
 - * 対象：非公開会社であつて、監査役会・会計監査人が設置されていないこと
 - * 内容：監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する
 - 監査報告・調査権・子会社調査権は会計関係事項に限定(#2,4~6)
 - 総会提出議案等の事前調査・報告義務は会計に関するものに限定(#3)
 - §381~386(義務等、差止請求・会社代表)の適用除外(#7)
 - 監査役設置会社に含まれなくなる(§2:9)
4. 義務等
 - ・善管注意義務(§330→民 644)
 - ・不正行為等の報告義務(§382)→取締役(会)
 - §382 監査役は、取締役が不正の行為をし、若しくは当該行為をするおそれがあると認めるとき、又は法令若しくは定款に違反する事実若しくは著しく不当な事実があると認めるときは、遅滞なく、その旨を取締役(取締役

会設置会社にあつては、取締役会) に報告しなければならない

- ・ 取締役会への出席・意見陳述義務(§383-1) : すべての取締役会に出席義務がある
 - ← 特別取締役制度による取締役会は、監査役の互選で定めた一部の出席で足りる(#1 但書)
 - * 取締役会の招集請求権・無視された場合の招集権がある(#2,3,4)
 - ・ 総会への報告義務等(§384,則 106) : 提出議案等の事前調査+法令違反等の報告義務
 - §384 監査役は、取締役が株主総会に提出しようとする議案、書類その他法務省令で定めるものを調査しなければならない。この場合において、法令若しくは定款に違反し、又は著しく不当な事項があると認めるときは、その調査の結果を株主総会に報告しなければならない
5. 差止請求・会社代表 : 会計限定監査役は除かれる
- ・ 取締役の行為の差止め(§385) : 仮処分命令の場合に担保は不要(#2)
 - §385-1 監査役は、取締役が監査役設置会社の目的の範囲外の行為その他法令若しくは定款に違反する行為をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合において、当該行為によって当該監査役設置会社に著しい損害が生ずるおそれがあるときは、当該取締役に対し、当該行為をやめることを請求することができる
 - ・ 監査役が会社を代表する場合(§386)
 - * 取締役と会社との訴訟、株式交換完全子会社・最終完全親会社の子会社の責任追及の訴え(#1)
 - * (代表訴訟の前段階としての)取締役の責任追及の訴えの提起の請求を受けること(#2:1)
 - * 株主代表訴訟の訴訟告知、和解に関する通知・催告を受けること(#2:2)
6. 報酬・費用等
- ・ 報酬(§387) : 定款に定めがなければ総会で定める(#1)、分配(#2)、総会での意見陳述権(#3)
 - ・ 費用等の請求(§388) : 職務執行に不要と証明しない限り、会社は費用前払い等を拒めない

第2款 選任・終任等

1. 資格・員数・任期

・資格(§335 → §331-1~2)

* 法定の欠格者：法人、成年被後見人・被保佐人、会社法や金商法・破産法等で有罪となって執行後2年以内、その他の犯罪で禁錮以上の刑となって執行未了の者(猶予中除く)

* 定款での資格制限：一般に可能、公開会社で株主に限定するのは不可

* 兼務禁止：会社・子会社の取締役・使用人、子会社の会計参与・執行役と兼務禁止(#2)

→選任され承諾すると、兼務する職を辞する義務を負う

→辞職しない場合は監査役の任務懈怠となる

【最判平 1.9.19 判時 1354-149】会社の顧問弁護士と監査役[S62 才 30]

会社の顧問弁護士を監査役に選任した株主総会決議の無効確認請求→棄却/棄却(使用人でない)/棄却(本件)

「株式会社の監査役は会社又は子会社の取締役又は支配人その他の使用人を兼ねることができないものとされているが(商法二七六条)、監査役に選任される者が兼任の禁止される従前の地位を辞任することは、株主総会の監査役選任決議の効力発生要件ではない……けだし、商法二七六条は監査役の欠格事由を定めたものではないと解すべきであるのみならず、監査役選任の効力は、株主総会における選任決議のみで生ずるものではなく、被選任者が就任を承諾することによって発生するものというべきであって、会社又は子会社の取締役又は支配人その他の使用人の地位にある者を監査役に選任する場合においても、その選任の効力が発生する時点までに取締役等の地位を辞任していれば、右兼任禁止規定に触れることにはならないからである……監査役に選任された者が就任を承諾したときは、監査役との兼任が禁止される従前の地位を辞任したものと解すべきであるが、仮に監査役就任を承諾した者が事実上従前の地位を辞さなかったとしても、そのことは、監査役の任務懈怠による責任(商法二七七条、二八〇条一項、二六六条ノ三第一項)の原因となりうるのは格別、総会の選任決議の効力に影響を及ぼすものではない……そうすると、奥村孝弁護士を監査役に選任する旨の本件総会決議は、会社の顧問弁護士が商法二七六条によって兼任の禁止される地位に当たると否とにかかわらず、有効である」

【最判昭 61.2.18 民集 40-1-32】監査役が会社の訴訟代理人となる可否(肯定)[S60 才 223]

「被上告人の訴訟代理人である奥村孝弁護士は、昭 58.5.30 被上告人の監査役に就任したことが認められる。しかし、監査役が会社又は子会社の取締役又は支配人その他の使用人を兼ねることを得ないとする商法二七六条の規定は、弁護士の資格を有する監査役が特定の訴訟事件につき会社から委任を受けてその訴訟代理人となることまでを禁止するものではない」

* 横滑り監査役(期の途中にある定時総会で取締役→監査役となる場合)による監査：有効

【最判昭 62.4.21 商事 1110-79】横滑り監査役[S61 才 1229]

株主総会決議(利益処分案承認決議)取消請求→棄却/棄却/棄却(S59.6.1-60.5.31 の監査対象期間中、6.1-8.29 まで取締役だった者が監査役となったため、監査適格を欠くと主張したもの)
控訴審(東京高判昭 61.6.26 判時 1200-154)「商 276 は、「監査役ハ会社又ハ子会社ノ取締役又ハ支配人其ノ他ノ使用人ヲ兼ヌルコトヲ得ズ」と規定するのみで、会社の取締役又は支配人その他の使用人を監査役に選任することを禁止しておらず、また、同 273 が監査役の任期と監査対象期間の一致を要求していないことからすれば、同法は、いわゆる自己監査が必ずしも望ましくない点に留意しつつ、なおかつこれを許容する趣旨である……営業年度の途中で招集された株主総会においてそれまで取締役であった者が退任して新に監査役に選任された場合には、その監査役は、自己が取締役であった期間についても自己を含む取締役全員の職務の執行を監査することとなるが、取締役であった者が立場を変えて心機一転監査役の立場で過去の取締役としての職務執行を事後監査することは可能であり、そのような要請をすることはなんら不可能を強いるものではなく(なお、実質的

に見ると、監査役に就任する直前までその会社の取締役であった者は、会社の最近の実情に通じているため、かえって外部から監査役に選任された者よりも有効な監査ができる長所をもつことも考えられる。)、取締役であった者を監査役に選任するかどうかは株主総会の判断に委ねるべき事項であって、株主総会において営業年度の途中で選任直前まで取締役の地位にあった者を監査役に選任したとしても、右選任が違法であるとはいえない」
上告審「原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、所論の点に関する原審の判断は是認することができ、その過程に所論の違法はない」

- ・ 員数(§335-3)：監査役会設置会社では3名以上かつ半数以上が社外監査役
[§2:16 社外監査役](#) 株式会社の監査役であって、過去に当該株式会社又はその子会社の取締役、会計参与【法人の場合の職務担当者を含む】若しくは執行役又は支配人その他の使用人となったことがないものをいう
- ・ 任期(§336)
 - * 原則は4年 (#1) ←定款短縮禁止 ∴独立性を保障するため
 - ・ 非公開会社の特則(#2)：定款で10年まで伸長可能
 - ・ 補欠監査役の特則(#3)：定款で退任した(本来の)監査役の任期満了までに変更可
 - * 終了事由(#4)：特定の定款変更があると効力発生時に任期満了
 - ・ 対象：監査役廃止、委員会設置、監査範囲限定廃止、全部株式譲渡制限の廃止
- 2. 選任・終任：基本的に取締役に同じ、相違点は以下の通り
 - ・ 選任決議(§341)：総会の普通決議で足りるが、定足数の定款緩和は1/3以上まで
 - ・ 監査役選任議案(§343-1~3)
 - * 総会提出前に監査役(複数:過半数 or 監査役会)の同意を要する(#1,3)
 - * 監査役(会)から取締役に監査役選任を議題とし、議案を提出するよう請求可能(#2,3)
 - ・ 株主総会での意見陳述権(選任・解任・辞任について：§345-1~3,4)
 - ・ 解任決議(§339)：常に株主総会の特別決議(§309-2:7)
←§341(定足数の定款緩和の限界)の適用なし(§343-4 ∴§341は普通決議を前提するから)

第3款 監査役設置会社

1. 意義(§2:9)：監査役がいなくても、会社法で設置が義務付けられている場合を含む
 - ・ 監査の範囲を会計に限定する定款の定めがある場合は除かれる
[§2:9 監査役設置会社](#) 監査役を置く株式会社（その監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがあるものを除く。）又はこの法律の規定により監査役を置かなければならない株式会社をいう
2. 異なる意義で用いられる場合
 - ・ 監査の範囲を会計に関するものに限定する定款の定めがある場合を含むものがある
→§38-2:2(設立時役員を選任)、388(監査役の費用等の請求)、495-1,497-1:2(貸借対照表等の監査等)、746(持分会社の組織変更計画)など組織変更関係、911-3:17(登記事項)
 - ・ さらに会計監査人設置会社を除く場合
→§436-1(計算書類等の監査等)など計算書類関係の部分

第4款 監査役会設置会社

1. 意義(§2:10)

[§2:10 監査役会設置会社](#) 監査役会を置く株式会社又はこの法律の規定により監査役会を置かなければならぬ株式会社をいう

- ・員数の特例(§335-3)：監査役は3名以上かつ半数以上が社外監査役(§2:16)

∴業務執行者に妨げられずに客観的に意見を言える監査役が必要だから

2. 設置義務：大会社かつ公開会社(§328-1) ← 例外：委員会設置

3. 監査役会の権限等(§390)

- ・構成(#1)：すべての監査役で組織する
- ・職務(#2)：監査報告の作成、常勤監査役の選定・解職、監査方針・職務執行関係事項の決定
← 監査方針・職務執行関係事項を決定しても、独任制を妨げることはできない(#2 柱書但書)
- ・常勤監査役の選定義務(#3)：常勤監査役はフルタイムの意味(解釈)
∴監査の実効性確保のため、常勤者が必要(全員非常勤だと形骸化しやすい)
- ・監査役の監査役会に対する職務執行報告義務(#4)
← 監査役会への報告の省略(§395)：監査役全員に通知すれば省略できる(取締役らも同じ)

4. 監査役会の運営

- ・招集(§391)：各監査役が招集する → 必要に応じて開催されるため、どの監査役も招集可能
- ・手続(§392)：原則1週間前だが、定款緩和(#1)・監査役全員の同意で手続を省略可能(#2)
* 議題等の提示不要 ∴監査に関する各種事項が適宜付議されるのは当然で、それが職務ゆえ
[§392-1 監査役会を招集するには、監査役は、監査役会の日の一週間](#) (これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間)前までに、各監査役に対してその通知を発しなければならない
- ・決議(§393)：監査役の過半数をもって行う(#1) ← 代理行使はできない
* 議事録の作成・署名等(#2,3)、議事録への異議をとどめない場合の賛成の推定(#4)
- ・議事録(§394)：10年間の備置き(#1)、株主・債権者・親会社社員の閲覧謄写請求(#2：裁判所の許可が必要)、裁判所の許可の基準(#4：会社・親/子会社に著しい損害を及ぼすおそれの有無)

第5款 責任

1. 役員等の損害賠償責任(§423,429)

- ・役員等に監査役も含まれるため、取締役同様に責任を負う
* 但し、免責等は緩やか → 特に社外監査役は役割分担に従って職務を果たせば足りる

第7節 会計監査人

第1款 総説

1. 意義：計算書類等の監査(会計監査)をする者
2. 設置義務
 - ・委員会設置会社(§327-5)
 - ・大会社(§328) ← 公開会社かつ委員会設置会社は除外されるが、§327-5 で必要的なので一緒
3. 権限等(§396)
 - ・計算書類等の監査(#1 前段)
 - ・会計監査報告(#1 後段,則 110,計算規則 126)
§396-1 会計監査人は、次章の定めるところにより、株式会社の計算書類^[§435-2]及びその附属明細書、臨時計算書類^[§441-1]並びに連結計算書類^[§444-1]を監査する。この場合において、会計監査人は、法務省令で定めるところにより、会計監査報告を作成しなければならない
 - ・会計帳簿の閲覧等(#2,6)：取締役等・使用人に対する会計に関する報告請求も可
 - ・調査権(#3)：子会社への会計に関する報告請求、会社・子会社の業務・財産状況の調査権
←正当な理由があれば子会社は報告・調査を拒める(#4)
 - ・職務を行うにつき、欠格事由(§337-3:1,2)該当者や会社役員・使用人等を使用できない(#5)
4. 義務等
 - ・善管注意義務(§330→民 644)
 - ・取締役・執行役の不正行為の報告義務(§397-1,3,4)→監査役(会/委員会)
※監査役(監査委員会の選定委員)は、会計監査人に対し監査に関する報告請求が可(§375-2,4)
 - ・総会での意見陳述(§398)：監査役(会/委員)と意見が異なる場合、総会に出席・意見陳述できる
←総会は会計監査人に出席を求める決議ができ、会計監査人に出席・意見陳述義務が生じる(#2)
5. 報酬
 - ・報酬(§399)：取締役が定めるが、監査役(の過半数/会/委員会)の同意が必要
∴あまり高すぎると、会計監査人に対する賄賂になりかねないから

第2款 選任・終任

1. 資格・員数・任期

- ・資格(§337)：公認会計士、監査法人(#1)
 - * 法人の場合は職務を行うべき者を選定し、会社に通知する(#2)
 - * 法定欠格事由：公認会計士法上の監査禁止、子会社等から監査業務以外で報酬受領等
- ・員数：規制はない
- ・任期(§338)：1年だが(#1)、特に決議がないとみなし再任(#2)
 - * 終了事由(#3)：会計監査人設置廃止の定款変更があると、効力発生時に任期満了

2. 選任・解任：基本的に取締役と同じ、相違点は以下の通り

- ・選任決議：総会の普通決議で足りる。定款緩和も無制限(§341は適用外)
- ・会計監査人の選任等に関する議案の内容の決定(§344)[2014改正]
 - * 選任・解任・不再任議案は、監査役(複数:過半数/監査役会)が決定する
- ・株主総会での意見陳述権(選任・解任・辞任について：§345-1~3,5)
- ・監査役(会)/監査委員会による解任(§340)
 - * 解任事由(#1)：職務上の義務違反・職務怠慢、非行、心身故障
 - * 手続：監査役(監査委員)全員の同意(#2) → 次の総会に報告(#3)
 - ∴ 解任事由がある場合に、速やかに解任できるようにするため

第8節 委員会設置会社

第1款 委員会設置会社の意義

1. 意義(§2:12) : 三委員会を置く会社のこと

§2:12 委員会設置会社 指名委員会、監査委員会及び報酬委員会 (以下「委員会」という。) を置く株式会社をいう

- ・ 会社の業務を執行と監督に分離し、執行は執行役、監督は委員会制度を設けた取締役会がする
→ 経営監督機能の強化と経営の効率化を図る

2. 特徴

- ・ 取締役会・会計監査人が必要的・監査役を置くことができない(§327-1:3,-4,5)
- ・ 社外取締役が各委員会の委員の過半数(§400-3) → 各委員会の強力な権限の前提
- ・ 業務執行機関の役割を担う執行役が必要的(§402-1)
- ・ 取締役は業務執行を行うことができない(§415) ∴ 監督と執行の分離の制度的保障
- ・ 執行役は取締役を兼ねることができる(§402-6)

3. 委員会設置会社の選択

- ・ 定款で選択可能(§326-2)、登記事項(§911-3:22)
- ・ 委員会設置が義務付けられることはない (採用は会社の任意)

第2款 委員会設置会社における取締役・取締役会

1. 取締役

- ・使用任兼任取締役の禁止(§331-3)：支配人その他の使用人との兼任は禁止
- ・任期が1年(§332-3)：監督権能に特化するため、毎年信任を受けさせるべき
- ・業務執行の禁止(§415)：執行役を兼務すれば執行役の資格で可能

§415 委員会設置会社の取締役は、この法律又はこの法律に基づく命令に別段の定めがある場合を除き、委員会設置会社の業務を執行することができない

2. 取締役会

- ・権限(§416-1)：①経営の基本方針等の業務執行の決定、②執行役等の職務執行の監督
→経営の基本方針等は決める義務があり(#2)、これらは取締役に委任できない(#3)

§416-1 委員会設置会社の取締役会は、§362の規定にかかわらず、次に掲げる職務を行う

一 次に掲げる事項その他委員会設置会社の業務執行の決定

イ 経営の基本方針

ロ 監査委員会の職務の執行のため必要なものとして法務省令で定める事項【則 112-1】

ハ 執行役が二人以上ある場合における執行役の職務の分掌及び指揮命令の関係その他の執行役相互の関係に関する事項

ニ 次条第二項の規定による取締役会の招集の請求を受ける取締役

ホ 執行役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備【則 112-2】

二 執行役等の職務の執行の監督

* 執行役への委任(#4)：決議で業務執行の決定を委任できるが、禁止されるものがある

→§362は排除されており、取締役会から取締役への委任より禁止対象は少ない

#4 委員会設置会社の取締役会は、その決議によって、委員会設置会社の業務執行の決定を執行役に委任することができる。ただし、次に掲げる事項については、この限りでない

1. 譲渡制限株式譲渡承認等(§136,137-1,140-4) / 2. 市場取引等による自己株式取得(§165-3→156-1)

3. 譲渡制限新株予約権譲渡承認等(§262,263-1) / 4. 株主総会の招集決定(§298-1)

5. 総会提出議案の内容決定(役員等選解任等を除く) / 6. 利益相反取引承認(§365-1→356-1,419-2)

7. 取締役会の招集(§366-1 但書) / 8. 委員の選定解職(§400-2,401-1) / 9. 執行役の選解任(§402-2,403-1)

10. 訴訟上の会社代表者の決定(§408-1:1) / 11. 代表執行役の選定解職(§420-1,2) / 12. 責任免除(§426-1)

13. 計算書類の承認等(§436-3,441-3,444-5) / 14. 中間配当(§454-5→#1) / 15. 事業譲渡の契約(§467-1)

16-20. 合併契約・吸収分割契約・新設分割計画・株式交換契約・株式移転計画の内容の決定

- ・運営(§417)

* 招集権者(#1)：定められた招集権者+委員会がその委員から選定した者

* 執行役による招集(#2)：§416-1:1 二の取締役に招集請求→無視されると招集できる

* 委員会の職務執行状況報告義務(#3)：委員会がその委員から選定された者(滞りなく)

* 執行役の職務執行状況報告義務(#4)：3カ月に1回以上、他の執行役の代理報告も可能

* 執行役の取締役会への出席・報告義務(#5)：取締役会の要求があったとき

第3款 委員会の権限・構成・運営

1. 委員会の構成等

- ・員数：各委員会は委員3名以上で組織する(§400-1)
- ・選定：委員は取締役から取締役会決議で選定(#2)
 - * 取締役が複数の委員会の委員を兼務することは可能(特に禁じられていないから)
 - * 各委員会の委員の過半数は社外取締役(#3)
 - ∴各委員会の監督機能の強化のため、業務執行機関からの独立性を確保する
 - * 監査委員の兼任禁止(#4)：会社執行役等との兼任不可 ∴監査する／される者の分離の強化
- #4 監査委員会の委員 (以下「監査委員」という。)は、委員会設置会社若しくはその子会社の執行役若しくは業務執行取締役又は委員会設置会社の子会社の会計参与 (会計参与が法人であるときは、その職務を行うべき社員) 若しくは支配人その他の使用人を兼ねることができない
- ・委員の終任：解職のほか、任期満了・辞任
 - * 解職：いつでも取締役会決議で解職可能(§401-1)
 - * 員数不足の場合(#2)：委員数が3名(定款増加可)を欠くと、次の委員就任まで権利義務存続
- §401-2 前条第一項に規定する各委員会の委員の員数 [定款増加可] が欠けた場合には、任期の満了又は辞任により退任した委員は、新たに選定された委員 [#3の職務代行者含む] が就任するまで、なお委員としての権利義務を有する
- * 裁判所による一時委員の職務を行うべき者の選任(申立て必要、#3,4)
- ・委員の費用等の請求(§404-4)：職務執行に不要と証明しないと会社は費用前払い等を拒めない

2. 委員会の権限(§404-1,2,3)

- ・指名委員会(#1)：総会に提出する取締役(+会計参与)の選解任議案の内容の決定
 - ∴監督機能を担う取締役の選任議案は、業務執行機関から独立して作成すべき
 - ※選解任そのものは総会の権限
 - §404-1 指名委員会は、株主総会に提出する取締役 [+会計参与] の選任及び解任に関する議案の内容を決定する
- ・監査委員会(#2)：執行役等の職務執行の監査・監査報告、会計監査人選解任議案の内容の決定
 - * 妥当性監査の権限も有しているほか、決算監査も監査役(会)に代わってする
 - * 監査委員会は実際には会社内の内部統制部門を通じて監査を行う
 - §416-1:1 木で内部統制システムの整備を義務付け
 - 常勤監査役相当の職は不要(内部統制部門が会社内にあるから)
 - #2 監査委員会は、次に掲げる職務を行う
 - 一 執行役等 [執行役・取締役・会計参与] の職務の執行の監査及び監査報告の作成
 - 二 株主総会に提出する会計監査人の選任及び解任並びに会計監査人を再任しないことに関する議案の内容の決定
- ・報酬委員会(#3)：執行役等の個別の報酬等の内容の決定
 - * 使用人兼務執行役の場合は、使用人としての報酬等の内容も決定する
 - * 株主総会や定款での報酬の決定は不要(§361,379の規定の排除)
 - #3 報酬委員会は、§361-1 並びに§379-1 及び#2の規定にかかわらず、執行役等の個人別の報酬等の内容を決定する。執行役が委員会設置会社の支配人その他の使用人を兼ねているときは、当該支配人その他の使用人の報酬等の内容についても、同様とする

3. 委員会の運営

- ・ 招集権者(§410) : その委員会の各委員
 - ・ 招集手続等(§411) : 1週間前までに通知(#1)、全員の同意で通知省略(#2)
 - * 委員会の要求があると、執行役等(執行役・取締役・会計参与)は委員会へ出席・説明義務(#3)
 - ・ 決議(§412) : 定足数は議決に加わることのできる委員の過半数、議決要件は出席の過半数(#1)
 - * 各委員会の決議を取締役会決議で覆すことはできない
 - * 特別の利害関係を有する委員の議決禁止(#2)、議事録の作成等(#3,4,5)
 - ・ 議事録の備置き等(§413) : 10年間、取締役・株主等の閲覧謄写権、裁判所の許可の要件
4. 監査委員会の選定する監査委員の権限等
- ・ 監査委員会による調査(§405) : 監査役と異なって、独任制とはいえない
 - * 調査権(#1) : 執行役・使用人に対する、職務執行の報告徴収、業務・財産状況の調査
 - * 子会社調査権(#2,3) : 子会社の調査も可能だが、正当理由で拒める
 - * 報告徴収・調査に関して監査委員会決議があれば、従う義務がある(#4)
 - ・ 会社と執行役・取締役との間の訴えでの会社代表等(§408)
5. 各監査委員の権限等 : 不正行為については監査委員会を待たず迅速に対応する必要があるため
- ・ 不正行為等の報告義務(§406) : 対象は取締役・執行役、報告先は取締役会
 - ・ 執行役等の行為の差止め(§407)
6. 報酬委員会の権限
- ・ 報酬の決定の方法(§409) : 方針を決める(#1)→方針に従って決める(#2)→定め方(#3)
- §409-1 報酬委員会は、執行役等の個人別の報酬等の内容に係る決定に関する方針を定めなければならない
- #2 報酬委員会は、第四百四条第三項の規定による決定をするには、前項の方針に従わなければならない
- 【#3 個人別に、:1 確定額は額、:2 不確定額は具体的な算定方法、:3 金銭以外は具体的内容を定める】

第4款 執行役

1. 員数・任期・資格(§402)

- ・員数：1人又は2人以上(#1)
- ・任期：1年以内(#7、定款短縮可)
- ・資格
 - * 法定の欠格者(#4 → 331-1)：法人、成年被後見人・被保佐人、会社法や金商法・破産法等で有罪&執行後2年以内、その他の犯罪で禁錮以上の刑となって執行未了の者(猶予中除く)
 - * 定款での資格制限(#5)：公開会社で株主に限定するのは不可=一般には可能(解釈)
 - * 使用人兼務執行役：特に禁止されていない(§404-3はむしろ前提にしている)
 - * 取締役との兼務(#6)：可能 ← 但し、監査委員は不可(§400-4)

∴兼務者により情報共有が容易、各委員会は社外取締役が過半数なので監督機能は果たせる

2. 選任・終任 → 取締役会による執行役の監督のため、取締役会が選解任する

- ・選任：取締役会決議で選任する(§402-2)
- ・終任：委任の規定による終了、解任、任期満了
 - * 解任(§403)：いつでも取締役会決議で解任可(#1)、正当な理由がないと損害請求(#2)
 - * 任期満了 ← 委員会設置会社でなくなると定款変更効力発生時に任期満了(§402-8)
- ・執行役の不足(#3→§401-2~4)：執行役の権利義務の存続、裁判所の職務代行者選任

3. 執行役の権限等

- ・会社と執行役との関係は、委任に関する規定に従う(§402-3)
- ・執行役の職務(§418)：①取締役会決議で委任された業務執行の決定、②会社の業務の執行
 - §418 執行役は、次に掲げる職務を行う
 - 一 §416-4の規定による取締役会の決議によって委任を受けた委員会設置会社の業務の執行の決定
 - 二 委員会設置会社の業務の執行
- ・執行役の報告義務(§419-1)：会社に著しい損害を及ぼすおそれ → 監査委員に報告(#1)
- ・取締役の規定の準用(§419-2)：§355(忠実義務)、356,365-2(競業取引等=取締役会承認要)
- ・取締役の規定の排除(§419-3)：§357(取締役の報告義務)を排除
- ・株主による執行役の行為の差止め(§422)：§360(取締役の場合)と同様

4. 代表執行役(§420)

- ・選定(#1)：取締役会が執行役から選定するが、執行役が1人なら自動的に選定される
 - §420-1 取締役会は、執行役の中から代表執行役を選定しなければならない。この場合において、執行役が一人のときは、その者が代表執行役に選定されたものとする
- ・解職(#2)：いつでも取締役会決議で解職できる
- ・準用(#3)：§349-4,5(代表取締役の代表権等)、§352(取締役職務代行者の権限)、§401-2~4(代表執行役(の員数)が欠けた場合の扱い)

5. 表見代表執行役(§421)

第5章 株式会社の計算

第1節 計算

第1款 総説

1. 計算に関する規制(§431~465)の趣旨

・ 目的

- ①株主と会社債権者への情報提供 → 真実を伝える会計(true & fair view)
- ②剰余金分配の規制(株主・債権者の利害調整)
 - ・ 真実を伝える意味と、株主にとっては業績評価利益がよい(金融資産の含み益を含む)
 - ・ 債権者には処分可能利益がよい(〃を含まない)

2. 会計の原則(§431)

§431 株式会社の会計は、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする

・ 意義：会計処理についての包括規定

∵ルールが膨大かつ頻繁な改正を要するため、立法技術上包括規定によった

・ 「一般に～慣行」：会計処理全般において従う規範

* 企業会計審議会が定めた企業会計原則は、これにあたりと推定される

・ 中小企業等では合わない場合もあるので、最終的には個別に裁判所が判断する

・ 計算規則も類似の規定あり(計算 3)

計算 3 この省令の用語の解釈及び規定の適用に関しては、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準その他の企業会計の慣行をしん酌しなければならない

* 「しん酌」：特別の事情がない限りは当該基準によらなければならない、という意味

第2款 会計帳簿とその作成

1. 会計帳簿

- ・ 意義：計算書類及びその附属明細書の作成の基礎となる帳簿のこと(誘導表、計算 59-3)
* 例：仕訳帳、総勘定元帳、現金出納帳などの補助簿

2. 会計帳簿の作成義務・保存義務(§432)

- ・ 作成義務(#1)：法務省令(計算規則)にしたがって適時・正確に作成する
§432-1 株式会社は、法務省令で定めるところにより、適時に、正確な会計帳簿を作成しなければならない
- ・ 保存義務(#2)：帳簿閉鎖から 10 年間、会計帳簿及びその事業に関する重要な資料

3. 会計帳簿の閲覧謄写権(§433)

・ 閲覧・謄写請求権(#1)

* 要件：議決権又は株式数 3%株主

* 対象：会計帳簿又はこれに関する資料(の書面・を表示したもの)の閲覧・謄写

・ 計算書類・附属明細書は個々の株主が閲覧可能ゆえ、それ以外の資料となる

→限定説：「会計帳簿」は計算書類・附属明細書の作成の基礎となる帳簿、

「これに関する資料」は会計帳簿作成の材料資料(伝票、受取証、契約書等)

※損益計算書、法人税確定申告書控・案は対象とならない

→法人税はごまかしていないだろう、ということで関心が強いらしい

→非限定説：§389-4,396-2(会計監査人の閲覧謄写権等)の「会計帳簿～資料」と同じ

※会社の会計に関する限り、一切の帳簿・資料が対象となる

→学説は非限定説が比較的多数 ∴株主の権利行使の手段ゆえできるだけ絞るべきでない

* 手続：請求理由を明らかにしてする ← 閲覧目的等を具体的に記載する必要がある

∴会社が拒絶事由に該当するか、閲覧対象の範囲を認識・判断できるようにするため

§433-1 総株主【無議決権株主を除く】の議決権の百分の三^{【定款緩和可】}以上の議決権を有する株主又は発行済株式(自己株式を除く。)の百分の三^{【定款緩和可】}以上の数の株式を有する株主は、株式会社の営業時間内は、いつでも、次に掲げる請求をすることができる。この場合においては、当該請求の理由を明らかにしてしなければならない

一 会計帳簿又はこれに関する資料が書面をもって作成されているときは、当該書面の閲覧又は謄写の請求【二 電磁的記録】

* 会社の拒絶事由(#2)：1~5号のいずれかに該当しないと拒めない

・ 3,4,5号は、2号の具体的例示

・ 1号：非公開会社で株価算定のための請求は該当せず(会社が買取る場合の価格交渉に必要)

#2 前項の請求があったときは、株式会社は、次のいずれかに該当すると認められる場合を除き、これを拒むことができない

一 当該請求を行う株主【=請求者】がその権利の確保又は行使に関する調査以外の目的で請求を行ったとき

二 請求者が当該株式会社の業務の遂行を妨げ、株主の共同の利益を害する目的で請求を行ったとき

三 請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するものであるとき

四 請求者が会計帳簿又はこれに関する資料の閲覧又は謄写によって知り得た事実を利益を得て第三者に通報するため請求したとき

五 請求者が、過去二年以内において、会計帳簿又はこれに関する資料の閲覧又は謄写によって知り得た事実を利益を得て第三者に通報したことがあるものであるとき

- ・親会社社員の閲覧謄写請求権(#3,4) : 裁判所の許可が必要、許可には#2 不該当が必要

【最判平 16.7.1 民集 58-5-1214】 会計帳簿閲覧謄写請求権[H15 受 1104]

X→Y₁₋₆(Y₁のみ有限会社、他は非公開会社)の①会計帳簿閲覧謄写請求②議事録閲覧謄写請求③計算書類等閲覧謄写交付請求→①棄却②認容③認容→双方控訴棄却→原告上告：破棄差戻し(閲覧対象範囲の審理のため)

H12.11.15 A 死亡。A の保有株式は Y₂ : 774,800(4.6%), Y₃ : 158,100(39.5%), Y₄ : 45(22.5%), Y₅ : 90.4(45%), Y₆ : 42(21%)、保有持分は Y₁ : 153,720(38.4%)であった
→法定相続人は X ら 4 名、準共有で、X の準共有持分は 4 分の 3

H13.2.4 ころ X→Y らに権利行使者として X を選定した旨の通知

○会計帳簿等閲覧謄写請求の理由として記載したもの

- [1]貸付けに係る調査 : Y_{1,2,5,6} が計約 500 億円の無担保融資をする C 社が Y₂ 代取 D に約 72 億の無担保融資をしたため「その財務状況が悪化し、本件貸付けの回収が不可能となるおそれが生じた」ため、監視監督が必要
- [2]株式等の時価算定 : 遺産分割協議・相続税支払いのための売却のため、株式等時価の適正な算定に必要
- [3]美術品取得の調査 : Y_{1,2} が有する簿価合計約 200 億円の美術品の取得により会社財産を著しく減少させる
- [4]株式譲渡の調査 : H12.12.11 に Y₁ が D に対してした C 社株式 73.5 万株の譲渡が不当な安値である

○請求の理由を基礎づける事実の立証を要するか

「商法及び有限会社法は、株主又は社員が会社に対し会計帳簿等の閲覧謄写を請求するための要件として、株式会社については総株主の議決権の 100 分の 3 以上、有限会社については総社員の議決権の 10 分の 1 以上を有することのほか、理由を付した書面をもって請求をすることを要求している(商 293/6-1,2 有限 44/2-1,46 本文)。そして、上記の請求の理由は、具体的に記載されなければならないが、上記の請求をするための要件として、その記載された請求の理由を基礎づける事実が客観的に存在することについての立証を要すると解すべき法的根拠はない」(原審 : [3][4]につき基礎づける事実が認めれないとして否定)

○請求の理由の記載の具体性

「上告人が、本件会計帳簿等の閲覧謄写請求をするに当たり、その理由として書面に記載した前記の理由〔1〕、〔3〕、〔4〕を、上記の具体的な記載とみることができると否かについて検討する」

理由〔1〕「同記載は、前記被上告人 4 社が C 社に対する多額の無担保融資である本件貸付けをしたことが、違法、不当であり、本件貸付けの時期、内容(貸付け条件、弁済期等)等を調査する必要があることをいうものと解されるから、前記被上告人 4 社の本件貸付けに係る会計帳簿等の閲覧謄写を請求する理由の記載として、その具体性に欠けるところはない」

理由〔3〕「同記載は、前記被上告人 2 社が多額の本件美術品を購入したことが、違法、不当であるとして、本件美術品の購入の時期、内容(代金、相手方等)等を調査する必要があることをいうものと解されるから、前記被上告人 2 社の本件美術品購入に係る会計帳簿等の閲覧謄写を請求する理由の記載として、その具体性に欠けるところはない」

理由〔4〕「同記載は、被上告人 Y₁ が D に対して 1 株 1 円という安値で本件株式譲渡をしたことが、違法、不当であるとして、同被上告人における本件株式譲渡に係る会計処理の内容及び譲渡された本件 C 社株の取得価格等を調査する必要があることをいうものと解されるから、被上告人 Y₁ の本件株式譲渡に係る会計処理及び譲渡された本件 C 社株の取得価格等に係る会計帳簿等の閲覧謄写を請求する理由の記載として、その具体性に欠けるところはない」「上記の各請求につき、第 1 号所定の拒絶事由に該当すると認めるべき相当の理由があると解すべき事情は存しない。また、A が本件貸付けに深く関与していたとしても、そのことをもって直ちに上告人の前記の理由〔1〕による本件会計帳簿等の閲覧謄写請求が信義則に違反するものということとはできない」

○理由〔2〕

具体性「遺産分割協議のためという点はともかくとして、理由〔2〕は、相続税支払のための売却に備え、上告人が相続により取得した本件株式等の時価を適正に算定するために、本件会計帳簿等の閲覧謄写をする必要があ

るという理由も掲げており、その具体性に欠けるところはない]

株価算定は理由となるか「商法及び有限会社法においては、株式の譲渡につき定款で取締役会の承認を要する旨を定めている株式会社の株主が株式を譲渡しようとするとき、又は有限会社の社員がその持分を社員以外の者に譲渡しようとするときには、当該株主又は社員は、会社に対し、所定の事項を記載した書面をもって特定の相手方に対する譲渡を承認すべきこと又はこれを承認しないときには他に譲渡の相手方を指定すべきことを請求するものとされ、この指定の請求がされた場合において、取締役会又は社員総会は、その譲渡を承認しないときは、他に譲渡の相手方を指定しなければならず、指定された者との間で売買価格についての協議が調わないときは、当事者は、裁判所に対して、売買価格の決定を請求することができるなど、株式又は持分の譲渡制限に伴う一連の手続が定められている（商 204/2,204/3,204/3/2,204/4,有限 19）。上記のとおり、株式の譲渡につき定款で制限を設けている株式会社又は有限会社において、株主又は社員が、その有する株式又は持分を他に譲渡し、その対価を得ようとする場合には、会社との関係で上記の手続を執ることが要求され、会社が指定した者との間での売買価格についての協議を行うこと等も定められているのであるが、当該株主又は社員において、上記の手続に適切に対処するためには、その有する株式又は持分の適正な価格を算定するのに必要な当該会社の資産状態等を示す会計帳簿等の閲覧等を行うことが不可欠というべきである」「したがって、株式の譲渡につき定款で制限を設けている株式会社又は有限会社において、その有する株式又は持分を他に譲渡しようとする株主又は社員が、上記の手続に適切に対処するため、上記株式等の適正な価格を算定する目的でした会計帳簿等の閲覧謄写請求は、特段の事情が存しない限り、株主等の権利の確保又は行使に関して調査をするために行われたものであって、第1号所定の拒絶事由に該当しない」

【最判平 2.11.8 判時 1372-131】 閲覧目的の具体性[S61 才 1453]

「本件閲覧請求が閲覧請求書に閲覧等の請求の理由を具体的に記載してされたものとはいえない」

（株主の会計の帳簿及び書類の閲覧等請求のための会社への提出書面に、「此度貴社が予定されている新株の発行その他会社財産が適正妥当に運用されているかどうかにつき、商法 293/6 の規定に基づき、貴社の会計帳簿及び書類の閲覧謄写をいたしたい」と記載されているにすぎなかったもの。帳簿閲覧請求→棄却/棄却）

【最判平 21.1.15 民集 63-1-1】 会計帳簿閲覧謄写請求権[H20 許 44]

親会社Aの株主X,Cの子会社Yに対する会計帳簿等閲覧謄写許可申請→Xにつき一部許可→Y即時抗告:変更(許可部分減・他却下)、X 附帯抗告:棄却→Y 許可抗告:棄却

Y:株式会社(5,000株はすべてA社所有)、目的は青果仲卸業務の受託等(現在は果実類を扱わない)

A:北部市場の仲卸業者、目的は青果の仲買業等(現在は専ら野菜類を取扱い、果実類取扱の予定なし)

B:北部市場の仲卸業者、目的は果物の仲卸業等(現在は専ら果実類を取扱い、野菜類取扱の予定なし)

X:Aの株主(5840株、3.6%)、Bの株式は保有せず

C:Aの株主(34320株、21.5%)、Bの株主(30%以上)・監査役、XはCの母

○§433-2:3(競業関係)には得た情報を利用する主観的意図を要するか

「商 293/7:2 は、会計帳簿等の閲覧謄写を請求する株主が会社と競業をなす者であること、会社と競業をなす会社の社員、株主、取締役又は執行役であることなどを閲覧謄写請求に対する会社の拒絶事由として規定するところ、同号は、「会社ノ業務ノ運営若ハ株主共同ノ利益ヲ害スル為」などの主観的意図を要件とする同条1号と異なり、文言上、会計帳簿等の閲覧謄写によって知り得る事実を自己の競業に利用するためというような主観的意図の存在を要件としていない。そして、一般に、上記のような主観的意図の立証は困難であること、株主が閲覧謄写請求をした時点において上記のような意図を有していなかったとしても、同条2号の規定が前提とする競業関係が存在する以上、閲覧謄写によって得られた情報が将来において競業に利用される危険性は否定できないことなども勘案すれば、同号は、会社の会計帳簿等の閲覧謄写を請求する株主が当該会社と競業をなす者であるなどの客観的事実が認められれば、会社は当該株主の具体的な意図を問わず一律にその閲覧謄写請求を拒絶できるとすることにより、会社に損害が及ぶ抽象的な危険を未然に防止しようとする趣旨の規定と解される」「会社

の会計帳簿等の閲覧謄写請求をした株主につき同号に規定する拒絶事由があるというためには、当該株主が当該会社と競業をなす者であるなどの客観的事実が認められれば足り、当該株主に会計帳簿等の閲覧謄写によって知り得る情報を自己の競業に利用するなどの主観的意図があることを要しない……同号に掲げる事由を不許可事由として規定する同法 293/8-2 についても、上記と同様に解すべきである」

○§433-2:3(競業関係)には競業関係が認められる者の母で共同で許可申請したものを含むか

「相手方は、B社の株主であり監査役でもあるCの母であって、Cと共に本件許可申請をしたものであるが、相手方とCは、いずれも原告人の親会社であるA社の総株主の議決権の100分の3以上を有する株主として、それぞれ各別に原告人の会計帳簿等の閲覧謄写請求をする資格を有するものである。したがって、同号に掲げる客観的事実の有無に関しては、相手方及びCの各許可申請につき各別にこれを判断すべきであって、相手方とCが親子であり同一の手続で本件会計帳簿等の閲覧謄写許可申請をしたということのみをもって、一方につき同号に掲げる不許可事由があれば当然に他方についても同一の不許可事由があるということとはできない」「相手方はB社の株主ではなく、B社の役員であるなどの事情もうかがわれなから、B社が原告人と競業をなす会社に当たるか否かを判断するまでもなく、相手方については同号に掲げる事由がないというべきである」

4. 会計帳簿の提出命令(§434)

§434 裁判所は、申立てにより又は職権で、訴訟の当事者に対し、会計帳簿の全部又は一部の提出を命ずることができる

5. 会計帳簿にかかる計算規則の規定

- ・ 資産の評価(計算 5) : 取得価額の原則記載(#1)、償却義務(#2)、時価を付すべき場合等(#3)、取立不能のおそれのある債権(#4)、債権の適正価格(#5)、時価の許される資産(#6)
- ・ 負債の評価(計算 6) : 債務額の原則記載(#1)、時価の許される負債(#2=引当金・社債等)

第3款 計算書類等の概念

1. 計算書類の意義

- ・ 計算書類 : 貸借対照表・損益計算書(§435-2)、株主資本等変動計算書・個別注記表(計算 59-1)
 - * 合同 : 貸借対照表(§617-2)、損益計算書・社員資本等変動計算書・個別注記表(計算 71-1:2)
 - * 合名・合資 : 貸借対照表(§617-2)、損益計算書以下は会社が定めた場合のみ(計算 71-1:1)
- §435-2 株式会社は、法務省令で定めるところにより、各事業年度に係る計算書類(貸借対照表、損益計算書その他株式会社の財産及び損益の状況を示すために必要かつ適当なものとして法務省令で定めるものをいう。以下この章において同じ。)及び事業報告並びにこれらの附属明細書を作成しなければならない
- 計算 59-1 法 435-2 に規定する法務省令で定めるものは、この編の規定に従い作成される株主資本等変動計算書及び個別注記表とする

- ・ 計算関係書類(計算 2-3:3) : 成立の日における貸借対照表、各事業年度に係る計算書類及びその附属明細書、臨時計算書類、連結計算書類の総称

2. 貸借対照表の作成方法(計算 72~86) → 会社の財政状態を明らかにする

- ・ 区分(計算 73) : 資産、負債、純資産
- ・ 資産の区分(計算 74) : 流動資産、固定資産、繰延資産
 - * 流動資産 : 現金、売掛金、売買目的有価証券、製品、原料、消耗品、未収収益など
 - * 固定資産 : 有形固定資産、無形固定資産(特許権等)、投資その他の資産(保有目的有価証券)
 - * 繰延資産 : 支出も役務受領も済んでいるが、次期以降の収益に貢献するもの

→ここに計上して、翌年度以降に漸次費用化することで、費用と収益を対応させる

- ・ 負債の区分(計算 75) : 流動負債(手形、買掛金等)、固定負債(社債、長期借入金、引当金等)
 - ・ 純資産の区分(計算 76) : 株主資本、評価・換算差額等(含み益/損のこと)、新株予約権
 - * 株主資本 : 資本金,新株式申込証拠金,資本剰余金,利益剰余金,自己株式,自己株式申込証拠金
 - ・ 資本剰余金 : 資本準備金、その他資本剰余金
 - ・ 利益剰余金 : 利益準備金、その他利益剰余金(=純利益金額の累積)
3. 損益計算書の作成方法(計算 87~94) → 会社の経営成績を明らかにする
- ・ 区分(計算 88) : 売上高、売上原価、販売費及び一般管理費、営業外収益/費用、特別利益/損失
 - ・ 用語の定義と表示義務(計算 89~92,94)
 - * 売上総損益金額(計算 89) = [売上高] - [売上原価]…売上総利益(損失)金額と表示、以下同じ
 - * 営業損益金額(計算 90) = [売上総損益金額] - [販売費及び一般管理費]
 - * 経常損益金額(計算 91) = [営業損益金額] + [営業外収益] - [営業外費用]
 - * 税引前当期純損益金額(計算 92) = [経常損益金額] + [特別利益] - [特別費用]
 - * 税等の表示(計算 93) : 法人税等、法人税等調整額、(法人税等更正等による)還付/納付税額
 - * 当期純損益金額(計算 94) = [税引前当期純損益金額] + [還付税額] - [法人税等]
- [法人税等調整額] - [納付税額]
4. 臨時計算書類(§441) : 事業年度途中(臨時決算日)までの中間決算(貸借対照表と損益計算書)
- ・ 意義 : 臨時決算日までの損益を、分配可能額に含めることができる(§461-2 等)
 - ・ 手続 : 通常の決算に同じ(#2~4)、
5. 連結計算書類(§444) : 企業集団全体の財産・損益を示すもの
- §444-1 会計監査人設置会社は、法務省令で定めるところにより、各事業年度に係る連結計算書類(当該会計監査人設置会社及びその子会社から成る企業集団の財産及び損益の状況を示すために必要かつ適当なものとして法務省令で定めるものをいう。以下同じ。)を作成することができる【#3 : 作成義務=大会社かつ金商法の有価証券報告書提出会社】
- ・ 内容 : 連結貸借対照表、連結損益計算書、連結株主資本等変動計算書、連結注記表(計算 61)

第4款 各事業年度に係る計算書類の確定手続（決算手続）

1. 概要：計算書類等の作成→監査→承認
2. 作成：会社の計算書類等作成保存義務(§435)
 - ・ 成立の日における作成義務(#1)：貸借対照表
 - ・ 各事業年度の作成義務(#2)：計算書類及び事業報告並びに附属明細書(電磁的記録可:#3)
 - ・ 保存義務(#4)：作成時から10年間、当該計算書類及び附属明細書
 - ・ 連結計算書類の作成(§444)
 - * 作成可能(#1)：会計監査人設置会社であること
 - * 作成義務(#3)：事業年度末日に大会社かつ金商法に基づく有価証券報告書提出会社
 - ・ 計算書類等の作成義務者：代表取締役(委員会設置会社：取締役会が選定した執行役)
←会計参与がいると、取締役(執行役)と共同して作成(但し、計算関係書類のみ)
3. 監査・取締役会の承認(§436)
 - ・ 監査機関・承認機関
 - * 会計監査人の監査：計算書類・その附属明細書(#2)
 - * 監査役(委員会)の監査：計算書類・事業報告・附属明細書(#1,2)
 - * 取締役会の承認：計算書類・事業報告・附属明細書(監査がある場合は、監査後,#3)
 - ・ 計算書類関係の監査報告：内容
 - * 監査役の監査報告(会計監査人:無,計算122)：内容は各号列挙のもの
計算122-1 1:監査役の監査の方法及びその内容 / 2:計算関係書類が当該株式会社の財産及び損益の状況を全ての重要な点において適正に表示しているかどうかについての意見 / 3:監査のため必要な調査ができなかったときは、その旨及びその理由 / 4:追記情報 / 5:監査報告を作成した日【←監査役会設置会社除く】
→監査役会の監査報告(計算123)：監査役監査報告に基づき監査役会で審議し作成(同内容)
←実際は多数決、内容が自らの監査報告と異なる監査役は意見を付記できる
 - * 監査役の監査報告(会計監査人:有,計算127)：内容は各号列挙のもの
計算127 1:監査役の監査の方法及びその内容 / 2:会計監査人の監査の方法又は結果を相当でない認めるときは、その旨及びその理由(計算130-3に規定する場合にあつては、会計監査報告を受領していない旨) / 3:重要な後発事象(会計監査報告の内容となっているものを除く。) / 4:会計監査人の職務の遂行が適正に実施されることを確保するための体制に関する事項 / 5:監査のため必要な調査ができなかったときは、その旨及びその理由 / 6:監査報告を作成した日【←監査役会設置会社除く】
→監査役会の監査報告(計算128)：会計監査人がいない場合と同じ
 - * 監査委員会の監査報告(計算129)：内容は監査役の監査報告と同じ
 - ・ 内容は監査委員会の決議で定め、意見と異なる監査委員は意見を付記できる
 - * 会計監査人の会計監査報告(計算126)
 - ・ 監査方法・内容、意見(又はそれが無い旨・理由)、追記情報、作成日
 - ・ 意見の種類(:2)：無限定適正意見、除外事項を付した限定的適正意見、不適正意見
 - ・ 計算書類関係の監査報告：手続
 - * 内容の通知

- ※特定取締役：特に定めない限り、計算関係書類作成に関する職務を行った取締役
- ※特定監査役：特に定めない限り、全監査役。監査委員会のときは任意の1名でよい
- ・監査役の監査報告(会計監査人:無,計算 124)：特定監査役→特定取締役
- ・監査役の監査報告(会計監査人:有,計算 132)：特定監査役→会計監査人&特定取締役
- ・会計監査人の会計監査報告(計算 130)：会計監査人→特定監査役&特定取締役
←会計監査人への計算関係書類提供時に、監査役に対しても提供する(計算 125)
- * 期限(計算 124,130,132)
 - ・計算書類全部受領4週後・附属明細書受領1週後・合意で定めた日のうち最も遅い日まで
←会計監査後の監査役監査のみ、会計監査報告受領日1週後・合意日のうち遅い日まで
 - ・通知時に監査を受けたものとするが、期限までに通知がなくても監査を受けたとみなす
- ・事業報告関係の監査報告
 - * 監査役(則 129)・監査役会(則 130)・監査委員会(則 131)の監査報告の内容
 - ・内容：監査方法・内容、意見、取締役・執行役の不正行為等、調査不十分・内部統制システムがあるが不相当であればその旨・理由、基本方針が含まれればその意見、作成日
←監査役の監査範囲限定の場合：事業報告監査権限がない旨の監査報告を作成(則 129-2)
 - ・内容決定にあたっての手續は計算書類の場合に同じ
 - * 通知の手續：会計監査人なしの場合の監査役の(計算書類の)監査報告に同じ(則 132)
- 4. 事前の開示(§437,計算 133)：定時株主総会招集通知に際し株主に提供する(直接開示)
 - ・対象：取締役会設置会社のみ、承認済みの計算書類・事業報告、監査報告・会計監査報告
⇔附属明細書は総会2週前から本支店に備え置き、閲覧等に供する(間接開示：§442)
- 5. 定時株主総会への提出・提供及び承認(§438)
 - ・対象：(取締役会 or 監査役があれば監査・承認済みの)計算書類及び事業報告(#1)
 - ・定時株主総会での手續：提出・提供(#1)・取締役の内容報告(#3) → 承認(#2)
 - ・計算書類等の承認の特則(§439)：会計監査人設置会社では要件を満たすと総会の承認が不要
○要件(計算 135)：①会計監査人の無限定適正意見、②監査報告で会計監査の方法・結果につき不相当意見がない、③不相当意見が付記されていない、④通知期限までに通知がない場合のみなし監査でない、⑤取締役会設置
- 6. 計算書類の公告(§440)：定時株主総会終結後遅滞なく公告する
 - ・対象(#1)：貸借対照表(+損益計算書:大会社)、官報/新聞公告なら貸借対照表の要旨のみ(#2)
 - ・貸借対照表の5年間ネット公開でも可(#3)、有価証券報告書提出会社(金商法)は適用除外(#4)
- 7. 臨時計算書類の手續(§441)
 - ・作成→(会計監査人監査)→(監査役監査)→(取締役会承認)→株主総会承認 or 特則での承認省略
- 8. 計算書類の備置き等(§442)
 - ・計算書類・事業報告・附属明細書：総会1週前(取締役会設置:2週)から本店5年、支店3年間
 - ・臨時計算書類：作成日から本店5年、支店3年間
 - ・閲覧及び謄本・抄本交付請求権：株主・債権者(#3)、裁判所の許可があれば親会社社員(#4)

第5款 資本金および準備金

1. 資本金・準備金の意義等(§445)

- ・ 資本金：会社債権者保護のため、株主の出資を一定金額以上会社財産として保有させる仕組み
 - * 原則：設立・新株発行で払込み・給付した額(#1)
 - ←1/2 までを資本準備金に回してよい(#2,3)
 - * 登記事項(§911-3:5)だが、定款記載事項ではない
 - * 資本金に関する諸原則
 - ・ 資本充実の原則：資本金の額に相当する財産が実際に会社に拠出されること
 - ←払込みや給付がなければ失権するので、必ずしもあてはまらない
 - ・ 資本維持の原則：配当規制で資本金(+準備金)以上の会社財産を維持させること(§446 等)
 - ・ 資本不変の原則：資本金の額は会社債権者保護手続を経なければ減少させられない(§449)
 - ・ 資本確定の原則：予定額相当の財産拠出がない限り、設立・増資(新株発行)は無効となる
 - ←払込のあった部分だけで設立・発行できるので、認められない
- ・ 準備金：法令の規定より貸借対照表の純資産の部に計上することを要する計算上の額
 - * 意義：業績不振でもすぐ資本の欠損にならないようにする緩衝材
 - * 資本金の額の 1/4 に達するまで、配当で減少する剰余金の額の 1/10 を積み立てる(#4)
 - * 登記不要、貸借対照表によって公示、法定準備金 = 資本準備金・利益準備金

2. 剰余金の意義(§446)

- ・ 最終事業年度末日： $A = [\text{その他資本剰余金}] + [\text{その他利益剰余金}]$ (:1, 計算 149)
- ・ 末日以後の調整： $[\text{剰余金}] = A + [\text{自己株式の処分益}] + [\text{資本金減少額}] + [\text{準備金減少額}] - [\text{消却自己株式の帳簿価額}] - [\text{剰余金配当額}(\text{配当財産額} + \text{交付金銭額})] - [\text{計算規則 150 所定額}]$

3. 資本金の変動

- ・ 増加(計算 25-1)
 - * 柱：株式の発行等(§445-1, 計算 2-1-1-1 款)、吸収合併・吸収分割・株式交換(計算 2-1-4 節)
 - * ①：準備金の資本組入れ(§448-1:2)：株主総会普通決議
 - * ②：剰余金の資本組入れ(§450)：株主総会普通決議
- ・ 減少(計算 25-2)：資本金の額の減少(§447) のみ可能
 - * 原則：株主総会特別決議(§309-2:9)と債権者異議手続(§449)が必要
 - ・ 総会決定事項(#1)：減少資本金額(うち準備金とする額), 効力発生日
 - ←特別決議：資本金を準備金(その他資本剰余金=分配可能)とするのは、実際には事業規模縮小など、会社の基礎に関わる事態("一部清算")を伴うことが多いから
 - * 例外①(§309-2:9 カッコ書)：普通決議で足りる場合(欠損填補をするとき)
 - ・ 要件：定時株主総会で決定 + 減少資本金額が欠損の額を超えないこと
 - ※ 欠損の額(則 68)：[0]と[0-分配可能額]のうち高い方(=マイナスの分配可能額)
 - ∴ 新たに分配可能額が生じない + 定時株主総会なら欠損額が正確に把握可能
 - ・ 欠損填補をしておく、利益が出たときにすぐ配当できる

- * 例外②(§447-3) : 取締役決定(取締役会決議)で足りる場合(資本金が減らないとき)
 - ・要件 : 株式の発行と同時に資本金の額を減少 + 資本金の額がトータルでは減らない
 - * 債権者異議手続(§449-1~5) : 公告 + 各別通知か(#2)、官報含む2種類での公告(#3)
 - ・債権者異議 → 弁済等が必要だが、当該債権者を害するおそれがなければ不要(#5)
 - * 効力発生(§449-6) : 効力発生日に生ずるが、債権者異議手続終了までは生じない
 - ・効力発生日到来まで効力発生日を変更可能(#7)、2週間以内に登記(§915-1,911-3:5)
- 【最判昭 42.2.17 判時 481-124】 変更登記は効力とは無関係(有限会社)
- 【大判昭 5.7.17 民集 9-868】 効力発生までは総会決議で資本金減少を撤回できる
- ・準備金としない資本金の行方 : その他資本剰余金となる(→分配可能額に含まれる)
- * 資本金の額の減少無効の訴え(§828-1:5) → 訴え以外では主張できない
 - ・原告(§828-2:5) : 株主等、破産管財人、資本減少を承認しなかった債権者
 - ・被告 = 当該株式会社(§834:5)、提訴期間 = 効力発生日から6カ月(§828-1:5)
 - ・効力 : 対世効(§838)、将来効(§839)
 - ・無効原因 : 法定されていない → 減少手続の瑕疵

例 : 総会決議に無効原因・取消原因がある、債権者異議手続が履行されていないなど

4. 資本準備金の変動

- ・ 増加(計算 26-1)
 - * 資本取引から発生するため、分配可能額とするのが適切でないため、資本準備金とするもの
 - ・ 柱 : 株式の発行等(§445-1, 計算 2-1-1-1 款)、吸収合併等(計算 2-1-4 節)
 - ・ 1 : 資本金の額の減少(§447-1:2) : 株主総会特別決議 + 債権者異議手続が原則
- * 将来の欠損発生時に取り崩して填補にあてるため、その他資本剰余金から積み立てるもの
 - ・ 柱 : 剰余金の配当時の積み立て(§445-4, 計算 2-1-1-2 款) : 配当額の 1/10 を積み立て
 - ・ 2 : 剰余金(その他資本剰余金)の資本準備金組入れ(§451-1:1) : 株主総会普通決議
- ・ 減少(計算 26-2) : 準備金の額の減少(§448)のみ可能
 - * 原則 : 株主総会普通決議 + 債権者異議手続 → “その他資本剰余金”が増える(計算 27-1:2)
 - ∵ 準備金減少(+資本金増加)によりさらに準備金の積み立てが必要になる、配当が困難になる
 - * 例外 : 株主総会普通決議のみで足りる場合
 - ・ 資本金への組入れ = 減少額全額を資本金とする場合(§449-1 括弧)
 - ・ 欠損填補目的 = 減少額が欠損の額(計算 151)を超えない + 定時株主総会で決定 (§449-1 但)

※効力発生、債権者異議手続は資本金減少と同じだが、無効の訴えはない(主張は自由)

5. 利益準備金の変動

- ・ 増加(計算 28-1)
 - * 剰余金の配当時の積み立て(§445-4, 計算 2-1-1-2 款)、吸収合併等(計算 2-1-4 節)
 - * 剰余金(その他利益剰余金)の資本準備金組入れ(§451-1:1) : 株主総会普通決議
- ・ 減少(計算 26-2) : 準備金の額の減少(§448)のみ可能(→“その他利益剰余金”が増える)
 - * 手続は資本準備金の減少と同じ

第6款 剰余金の配当および剰余金の処分

1. 剰余金の配当(§453)：株主に配当できる ← 会社債権者との利害調整が必要
∴残余財産の分配は解散を前提するから、定期的に利益等を配当することを認めるべき
§453 株式会社は、その株主（当該株式会社を除く。）に対し、剰余金の配当をすることができる
⇔剰余金の処分：資本金の増加(§450)・準備金の増加(§451)・任意積立金の積立等(§452)
→積立金は会社財産が流出しないので総会普通決議/取締役会決議(§459)で可能
- ・剰余金配当請求権：株式と分離して譲渡・差押え・転付命令可能なのは配当決議後のみ
 - * 抽象的剰余金配当請求権(譲渡等不可)：配当決議で配当財産等が具体化する前の請求権
 - * 具体的剰余金配当請求権(譲渡等可能)：配当決議で具体化したもの
2. 剰余金の配当手続(§454)
§454-1 株式会社は、前条の規定による剰余金の配当をしようとするときは、その都度、株主総会の決議によって、次に掲げる事項を定めなければならない
1: 配当財産の種類(当該株式会社の株式等を除く。)及び帳簿価額の総額 【2:割当て関係事項, 3:効力発生日】
- ・配当決議：総会普通決議(#1)
 - * 例外① = 特別決議(§309-2:10)：現物配当かつ金銭分配請求権がない場合
∴現物の方がいい株主以外では、換金方法の難易が株主によって異なる
 - * 例外② = 取締役会決議(#5)：中間配当(事業年度途中1回限り、金銭配当のみ、定款規定要)
 - * 例外③ = 取締役会決議(§459)：§459の定款の定めのある場合
- ・割当て方法：原則は株主間で平等(#3=株式の数に応じる→日割配当は禁止)
←剰余金配当についての種類株式があれば種類株式ごとに別異の定め可能(#2)
- ・現物配当(#4)：株主の金銭分配請求権・基準株式数未満の株主に割り当てない旨を定めてよい
 - * 金銭分配請求権の行使(§455)
 - ・会社→株主の通知(#1)：行使期間末日の20日前までにする
 - ・支払額(#2)：配当財産の価額相当額(市場価格、なければ会社の申立てで裁判所が定める)
 - * 基準株式数未満の株主への金銭支払(§456)：§455-2の例により株式の割合に応じて支払う
- ・配当のための要件
 - * 会社の純資産額が300万円未満だと配当禁止(§458)
 - * 配当額が分配可能額の範囲内であること(§461)
 - * 準備金の積み立て = 配当額の1/10、準備金が資本金の1/4となるまで(§445-4、計算22)
3. 配当金の支払(§457)：交付場所が日本国内にない場合は適用されない(#3)
 - ・交付の場所(#1)：株主名簿記載株主等の住所又は株主が通知した場所
 - ・交付の費用(#2)：会社負担。株主帰責事由で増加した分は株主負担
4. 分配特則規定(§459,460)：取締役会決議で剰余金配当等ができる場合
 - ・要件 (①は定款を定めるための要件、②は定款の規定の効力要件)
 - ①[会計監査人設置会社+取締役の任期1年+監査役会設置会社]or委員会設置会社(#1)
 - ②計算155の要件充足(無限定適正意見+不相当意見・付記意見がない+みなし監査でない)
 - ・内容：剰余金配当等の決定を、総会 or 取締役会とする(§459)か総会のみ(§460)とできる

- * 剰余金配当等を取締役会決議で決定できる旨の定款の定め(§459-1,3)
- * 剰余金配当等を株主総会決議で定めない旨の定款の定め(§460)
- ・ 効果：自己株式取得(§156-1,特定株主からの取得除く)、欠損填補の準備金減少(§448-1)、剰余金の処分(§452)、剰余金配当(§454-1,4:金銭支払請求権なき現物配当を除く)
→計算書類を承認する取締役会(§436-3)で決議することができる
- 5. 分配可能額規制(§461)
 - ・ 対象(#1)：自己株式取得(§138,156-1,157-1,173-1,176-1,197-3,234-4)、剰余金配当
※譲渡制限株式の買取請求(138)/自己株式取得(子会社からの取得と公開買付けの場合のみ:156,157)/全部取得条項(173)/相続人等への売渡請求(176)/所在不明株主の株式買取(197)/端株の買取り(234)
 - ・ 分配可能額(#2)
= [剰余金] + [(臨時計算書類承認時)当期純利益金額(計算 156)+処分した自己株式の対価]
- [自己株式の帳簿価額] - [最終事業年度末日後に処分した自己株式の対価]
- [(臨時計算書類承認時)当期純損失金額(計算 157)] - [計算 158 所定の額]
※計算 158：のれん等調整額、評価差額金、連結配当規制での調整、純資産額 300 万円確保のための調整など
 - ・ 分配可能額超過の剰余金配当の効力：無効[神田]・有効(有力) ※法定手続違反はもちろん無効
 - * 無効：法律違反だから。無効にしても他の規定の解釈により不都合はない
→自己株式取得であればどう処理するか：処分済なら対価交付？消却済なら新株発行？
 - * 有効：§461-1 に「効力を生ずる日」とあるから、有効を前提に責任追及を図るもの
→株式譲渡は有効で、§462 は代金支払について法的責任を定める規定となる
→(元)株主の同時履行の抗弁権が封じられるため、とりあえず代金を返金する必要がある
←自己株式取得であれば、代金を返したのに株式が返ってこないおそれがある
←「効力を生ずる日」は、適法であったなら効力を生じたはずの日のことをいう
- 6. 剰余金の配当等に関する責任(§462)：株主・業務執行者ら→会社への返還義務
 - ・ 責任の内容(#1)：交付を受けた金銭等の帳簿価額相当額の支払 ※超過額に限られない
→ 交付額や時価ではなく帳簿価額：交付時点の簿価を返せば債権者は害されない
 - ・ 責任を負う者(#1)：金銭の受交付者・業務執行者・総会/取締役会議案提案取締役(連帯責任)
←中間責任(#2)：業務執行者・議案提案取締役は無過失を証明すれば免責
←免除(#3)：業務執行者らの責任免除は原則禁止、分配可能額超過部分のみ総株主同意で可能
 - ・ 株主に対する求償権の制限(§463-1)：業務執行者ら→株主の求償の制限
 - * 要件：分配可能額規制に違反することにつき、善意の株主
 - * 効果：業務執行者らが金銭を支払った後、求償請求に応ずる義務を負わない
 - ・ 会社債権者による求償(§463-2)：株主→会社債権者へ支払う
 - * 効果：会社債権者は、返還額を直接自分に払うよう株主に請求できる(債権額が上限)
 - ・ 反対株主の株式買取請求権と分配可能額規制違反(§464)
 - * 要件：反対株主の株式買取請求権(§116-1)に応じたら、支払日の分配可能額を超過した場合
 - * 効果：職務を行った業務執行者は超過額のみ支払義務を負う(連帯責任:#1)
←中間責任(#1 但書:無過失証明で免責)、責任の免除には総株主同意が必要(#2)

7. 期末の欠損填補責任(§465)：適法に剰余金配当等をしたのち、期末に欠損を生じた場合
- ・ 効果：職務を行った業務執行者は超過額(・分配額の少ない方)のみ支払義務を負う(連帯責任)
←中間責任(#1 但書:無過失証明で免責)、責任の免除には総株主同意が必要(#2)
 - ・ 対象：§461-1 列挙のほか、取得請求権・取得条項付株式の取得も含む
←剰余金配当は、定時総会での配当、資本金・準備金取り崩しによる配当を除く(#1:10)

第6章 会社の設立・定款変更

第1節 会社の設立

第1款 総説

1. 設立の意義：株式会社という団体を形成し、法人となること
 - ・ 実体の形成：定款作成、株式発行事項の決定等、機関の決定、出資の履行等
 - ・ 法人格の取得：設立登記によって法人格を取得し(§3)、成立する (§911,49 準則主義)
§49 株式会社は、その本店の所在地において設立の登記をすることによって成立する
 - * 設立登記は次の日から2週間以内(§911)
 - ・ 発起設立(#1)：財産調査(§46-1)の終了日と発起人が定めた日の遅い方
 - ・ 募集設立(#2)：創立集会終結、種類創立総会の決議日(§84)など
 - ・ 登記事項(#3)：目的、商号、本支店所在地、資本金額等
 - * 設立登記の効果
 - ・ 株式会社の成立・法人格取得(§49)、発起人組合の解散
 - ・ 権利株が設立時発行株式となる(§50-1,102-2)→譲渡制限が解除される
 - ・ 出資履行発起人(§50-1)・設立時株主(§65-1,102-2)が株主になる
 - ・ 遅滞なく株券を発行しなければならない(株券発行会社たる公開会社のみ：§215-1)
 - ・ 発起人は引受た株式につき、引受けの錯誤無効や詐欺取消の主張をできない(§51-2,102-4)
2. 設立の種類
 - ・ 発起設立(§25-1:1)：発起人が設立時発行株式の全部を引き受ける場合
 - ・ 募集設立(§25-1:2)：発起人が一部を引き受け、他に引き受ける者の募集をする場合
§25-1 株式会社は、次に掲げるいずれかの方法により設立することができる
 - 一 次節から第八節までに規定するところにより、発起人が設立時発行株式（株式会社の設立に際して発行する株式をいう。以下同じ。）の全部を引き受ける方法
 - 二 次節、第三節、第三十九条及び第六節から第九節までに規定するところにより、発起人が設立時発行株式を引き受けるほか、設立時発行株式を引き受ける者の募集をする方法
 - #2 各発起人は、株式会社の設立に際し、設立時発行株式を一株以上引き受けなければならない
 - ・ その他の設立方法：新設合併・新設分割・株式移転

第2款 発起設立

1. 発起人(§26)：定款に発起人として署名又は記名押印した者(電子署名も可)、1名でもよい
∴設立時の会社の財産が確保されていることを発起人の厳格な責任で担保するため
 - ・ 資格：無制限。行為能力不要、法人も可能。但し、最低1株は引受ける必要がある(§25-2)
 - ・ 実質的企画者で署名しない者：発起人ではないが、疑似発起人となりうる(§103-2)
【大判昭7.6.29民集11-1257】発起人の意義[S6才1538]
「株式会社の発起人の意義に関しては……我商法の解釈としては定款作成に当り自ら署名し若くは代理人に依りて自己が発起人たることを明確に表示せる者のみを以て発起人と解する……故に仮令発起人たることを受諾し定款の作成其他設立手続に関する一切の代理を他人に委任したる者と雖も代理人に於て適当に処理せざりし結果現に作成されたる定款に其の者が発起人として表示されたることの認め難き以上は商法に所謂発起人として之を觀察し同人に対し直に商法所定の責任を負はしむるは正当ならず」
2. 設立手続①—定款の作成(2節)
 - ・ 定款：株式会社の組織と活動に関する根本規則（会社の自治的ルール）
 - ・ 定款の作成：発起人の署名・記名押印・電子署名(§26)+公証人の認証(§30)
 - ・ 定款の内容
 - * 絶対的記載事項：定款に必ず記載しなければならず、欠くと定款は無効になる
 - ・ 目的、商号、本店所在地、設立に際して出資される財産の価額/最低額、発起人(§27)
←定款認証時に必要、このうち、出資財産・発起人は登記事項ではない(§911-3)
 - ・ 発行可能株式総数(=授權株式数：§37) ← これだけは会社設立時までであればよい
∴失権で設立時発行株式総数が減少し、公開会社での4分の1ルール(§37-3)違反のおそれ
(認証時に定めていても、発起人全員の同意(§37-2)・創立総会(§96)で変更可能)
 - * 相対的記載事項(§29)：欠いても定款は有効だが、定款で定めないと効力を生じない事項
 - ・ 公告の方法(§939・911-3:28~30)：官報・日刊新聞紙・電子公告。無記載なら官報。
 - ・ 変態設立事項(§28)
 - * 任意的記載事項(§29)：その他の事項で会社法の規定に違反しないもの
∴定款以外で定めてもよいが、定款に定めた方が明確になり、内容変更手続が厳格となる
 - ・ 取締役の員数・株式総会の議長についての定めなど
 - ・ 定款の認証(§30)：認証後は原則として定款変更が不可能になる(#2)
→変更する場合は再度認証を受ければよい。設立後の定款変更では認証不要
∴定款の内容を明確にし、後日の紛争・不正行為を防止するため
 - ・ 定款の備置きと閲覧(§31)
 - * 設立前：発起人は発起人が定めた場所に備え置き、発起人は閲覧・謄写・抄本交付を請求可
 - ・ 募集設立の場合、設立時募集株式の引受人も閲覧・謄写・抄本交付請求ができる(§102-1)
 - * 設立後：会社は本店及び支店に備え置き、株主・債権者は閲覧・謄写・抄本交付を請求可
 - ・ 親会社社員は権利行使に必要ななら、裁判所の許可を得て、閲覧・謄写・抄本交付を請求可(#3)
3. 設立手続②—出資(3節)
 - ・ 株式発行事項の決定

* 定款事項：出資財産の価額・最低額は定款の絶対的記載事項

* 発起人全員の同意で決定(§32-1)：割当株式数、払い込む金銭の額、資本金等の額

§32-1 発起人は、株式会社の設立に際して次に掲げる事項（定款に定めがある事項を除く。）を定めようとするときは、その全員の同意を得なければならない

一 発起人が割当てを受ける設立時発行株式の数

二 前号の設立時発行株式と引換えに払い込む金銭の額

三 成立後の株式会社の資本金及び資本準備金の額に関する事項

* 発起人の多数決：その他の事項 ← 民 670 類推で 1 人 1 議決権とする

・株式の引受け(§25-1:1)：発起人が設立時発行株式の全部を引き受ける

・出資の履行(§34)

* 発起人は引受け後遅滞なく、全額を払込み、現物の全部を給付しなければならない(#1)

・発起人の全員の同意により登記等の第三者対抗要件の手続は成立後にできる(#1 但書)

・払込取扱場所：発起人が払込取扱機関（銀行・信託会社等）から定める(#2)

→発起設立では払込証明書面(商登 47-2:5)は預金口座の残高証明等でのよい

・権利株：会社成立前の株式引受人の地位

* 権利株の譲渡は成立後の株式会社に対抗できない(出資履行前は§35、履行後は§50-2)

・募集設立の場合、払込前は§63-2、払込後は規定なし（対抗可能）

・失権(§36)

* 出資の履行をしない発起人がいる場合は、他の発起人が失権予告付で履行を催告する(#1,2)

・通知された期日までに、出資の履行をしない発起人は出資履行で株主になる地位を失う(#3)

→残額で約款の出資価額・最低額を満たしていれば設立手続続行、不足なら引受人を募集

→発起人が失権で 1 株も取得できない場合は、設立無効事由となる(§25-2 違反)

4. 設立手続③－設立時役員等の選任(4 節)・設立時代表取締役等の選任(6 節)

・設立時役員等(下記四役)の選任：出資履行完了後遅滞なく、発起人が選任(§38)

・設立時取締役（設立に際して取締役となる者）の選任：すべての会社(#1)

←取締役会設置会社なら 3 人以上(§39-1)

・設立時会計参与：会計参与設置会社(#2:1)

・設立時監査役：監査役設置会社(§2:9 に反し、会計関係に限定する会社も含む)(#2:2)

←監査役会設置会社なら 3 人以上(§39-2)

・設立時会計監査人：会計監査人設置会社(#2:3)

* 定款で定めた場合は、出資履行完了時に選任されたものとみなす(#3)

* 資格条項の準用(§39-3→331-1、333-1,3、337-1,3)

* 選任方法(§40,41)：発起人の議決権(出資済み設立時発行株式 1 株 = 1 個)の過半数が原則

・設立時役員等の解任(§42~44)：議決権の過半数、設立時監査役のみ 3 分の 2

* 選任・解任の特則(§45)：拒否権付種類株式(§108-1:8)が設立時に発行される場合

・設立時代表取締役の選解任(§47)：取締役会設置会社、設立時取締役の過半数で選任・解任

・設立時委員の選解任(§48)：委員会設置会社、設立時委員・執行役・代表執行役、手続は同様

5. 設立手続④－設立時取締役による調査(5節)

・ 設立時取締役（+設立時監査役）による調査(§46)

* 調査事項(#1)

・ 検査役調査免除(§33-10)の現物出資財産等の価額が相当か、弁護士等の証明が相当か

・ 出資の履行が完了しているか、設立手続に法令・定款違反がないか

* 違反・不当があれば発起人に通知(#2) → 発起人が善処する

* 委員会設置会社の特則：設立時代表執行役に調査終了か発起人への通知内容を通知(#3)

6. 設立手続⑤－株式会社の成立(7節)

・ 成立：株式会社は本店所在地で設立の登記をすることによって成立する(§49)

第3款 募集設立

1. 設立手続①一定款の作成(2節)
2. 設立手続②一发起人による引受け(3節) : 設立時発行株式の一部を发起人が引き受ける
3. 設立手続③一募集(9節1款)
 - ・ 設立時発行株式を引き受ける者の募集(§57) : 发起人全員の同意による
 - * 募集事項の決定(§58) : 設立時募集株式の(種類+)数、払込金額、払込期日・期間等(#1)
 - ・ 发起人全員の同意による(#2)、条件は募集ごとに均等(#3)
 - ・ 募集株式の申込み・割当て(§59~61)
 - * 发起人による申込みをしようとする者に対する通知(§59-1)
 - ・ 出資未履行の发起人がいる場合、失権させてからでないと通知できない(#2)
 - * 引受けの申込み(§59-3) : 氏名・名称・住所、株式数を記載した書面を交付

【最判昭 42.11.17 民集 21-9-2448】 他人名義で申込み・払込みがあった場合[S42 才 231]

「他人の承諾を得てその名義を用い株式を引受けた場合においては、名義人すなわち名義貸与者ではなく、実質上の引受人すなわち名義借入者がその株主となる……けだし、商法第二〇一条【←会社法では削除】は第一項において、名義のいかんを問わず実質上の引受人が株式引受人の義務を負担するという当然の事理を規定し、第二項において、特に通謀者の連帯責任を規定したものと解され、単なる名義貸与者が株主たる権利を取得する趣旨を規定したものと解されないから、株式の引受および払込については、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、義務を負担するものと解すべきであるから」(名義貸与者から会社に対する株券引渡請求(新株発行)→棄却/棄却/棄却)

 - * 发起人が誰にいくら割り当てるかを定める(§60) ← 割当自由の原則が妥当
 - 割り当てられ数の設立時募集株式の引受人となる(§62:1)
 - * 総数引受契約(§61)があると、申込み・割当ては省略される(§59,60 不適用)
 - 引き受けた数の設立時募集株式の引受人となる(§62:2)- ・ 払込金額の払込み(§63) : 募集事項所定の払込期日・期間に払込取扱場所で全額を払い込む
 - * 権利株譲渡は成立後の会社に対抗不可(#2)、払いこまない場合は失権する(#3)
 - * 払込取扱金融機関に株式払込金保管証明書の交付を請求できる(§64-1)
 - 交付するとその記載が事実と異なる、仮装払込であることを成立後の会社に対抗不可(#2)
- 4. 設立手続④一創立総会(9節2款)
 - ・ 開催時期 : 払込期日・期間の末日のうち最も遅い以後、遅滞なく招集(§65-1)
 - ・ 招集の方法 : 发起人が日時場所・目的・議決権の書面/電磁的行使の可否を定める(§67)
 - 2週間前(非公開会社で書面行使不許なら1週間でもよい)までに通知(§68)、省略可(§69)
 - * 1回は必要だが、必要があればいつでも招集できる(§65-2)
 - ・ 決議方法 : 総議決数の過半数かつ出席者の議決権の3分の2以上の多数(§73-1)
 - ・ 特殊な決議方法 : 譲渡制限は特殊決議(#2)、取得条項付は全員同意(#3)
 - ・ 招集時の目的事項以外は定款変更・会社設立廃止を除いて決議不可(#4)
 - * 議決権の個数 : 設立時発行株式1株につき1個が原則(§72)
 - ・ 権限(§66) : 9節規定の事項、設立廃止、創立総会終結その他会社設立に関する事項の決議のみ

- * 設立に関する事項の報告(3 款、§87) : 検査役の調査報告書や弁護士等の証明書も提出
 - * 設立時取締役・会計参与・監査役・会計監査人の選解任(4 款、§88~92)
 - * 設立時取締役(+ 監査役)による調査(5 款、§93,94) → 創立総会に報告する
 - * 定款の変更(6 款 : §95~101)
 - ・ 調査の結果により変態設立事項を不当と認める場合は定款変更(§96)による
 - ・ 発起人の定款変更は払込期日・期間の初日以後禁止(§95)、反対株主の引受け取消し(§97)
5. 設立手続⑤ – 株式会社の成立(7 節) : 登記による

第4款 出資の履行

1. 出資の対象

- ・ 株式会社：金銭出資が原則、例外的に現物出資を認める(§28:1)
 - ・ 現物出資は不動産や特許権等の知的財産権で、労務や信用は不可
 - ・ 間接有限責任なので、実際に資本が形成される必要がある
- ・ 持分会社：金銭・現物・労務・信用のいずれかだが、有限責任社員は金銭等に限る
 - ・ 「金銭等」 = 金銭その他の財産(§151)、金銭以外は評価標準も必要（配当の基準等に使う）

2. 仮装払込み

- ・ 預合い：発起人が銀行等から借入れをし、それを預金に振り替えて払込みにあてるが、借入れを返済するまでは預金を引き出さないことを約束する行為
 - * 効果：無効(有効説あり)、§965 で発起人と相手方が罰される
 - 【最判昭 42.12.14 刑集 21-10-1369】 預合罪・ 応預合罪の成否[S41 あ 961]
 - 商法違反・ 公正証書原本不実記載・ 同行使→罰金 5,3 万円/棄却/破棄差戻し（増資での預合い）
 - 「形式的に帳簿上の操作をすることによつて容易に払込の仮装が行われうることにかんがみると、払込が実質的になされたか否かについてはきわめて慎重に審理することを要し、帳簿上の操作に惑わされるべきでないことはもちろんであるが、しかし、株式引受人の会社に対する債権が真実中存在し、かつ会社これを弁済する資力がある場合には、右弁護人主張のような態様の払込方法をとつたとしても、資本充実の原則に反するものではなく、株金払込仮装行為とはいえないから、商法四九一条の預合罪および応預合罪にあたらぬ」
- ・ 見せ金：発起人が払込取扱機関以外の者から借り入れた金銭を払込にあて、会社の成立後にそれを引きだして借入金の返済にあてること
 - * 効果：成立後の取締役の任務違反行為だが、計画的なので無効が多数説
 - 【最決平 3.2.28 刑集 45-2-77】 見せ金で公正証書原本不実記載罪を認める
- ・ 仮装払込の処理[2014 改正] → 原則として有効な株式と扱われる
 - * 発起設立の場合(§52/2)
 - §52/2-1 発起人は、次の各号に掲げる場合には、株式会社に対し、当該各号に定める行為をする義務を負う
 - 【一・二仮装した払込・ 給付の全額・ 全部の支払・ 給付
 - #2 前項各号に掲げる場合には、発起人がその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として法務省令で定める者は、株式会社に対し、当該各号に規定する支払をする義務を負う。ただし、その者（当該出資の履行を仮装したものを除く。）がその職務を行うについて注意を怠らなかつたことを証明した場合は、この限りでない【#3:連帯債務】
 - #4 発起人は、第一項各号に掲げる場合には、当該各号に定める支払若しくは給付又は第二項の規定による支払がされた後でなければ、出資の履行を仮装した設立時発行株式について、設立時株主（第六十五条第一項に規定する設立時株主をいう。次項において同じ。）及び株主の権利を行使することができない
 - #5 前項の設立時発行株式又はその株主となる権利を譲り受けた者は、当該設立時発行株式についての設立時株主及び株主の権利を行使することができる。ただし、その者に悪意又は重大な過失があるときは、この限りでない
 - * 募集設立の場合(§102-3,4,102/2,103-2,3)
 - §102-3 設立時募集株式の引受人は、第六十三条第一項の規定による払込みを仮装した場合には、次条第一項又は第百三条第二項の規定による支払がされた後でなければ、払込みを仮装した設立時発行株式について、設立時

株主及び株主の権利を行使することができない。

#4 前項の設立時発行株式又はその株主となる権利を譲り受けた者は、当該設立時発行株式についての設立時株主及び株主の権利を行使することができる。ただし、その者に悪意又は重大な過失があるときは、この限りでない。

§102/2-1 設立時募集株式の引受人は、前条第三項に規定する場合には、株式会社に対し、払込みを仮装した払込金額の全額の支払をする義務を負う【#2：免除は総株主同意、§103-2,3：§52/2-2,3 同旨+総株主同意】

3. 意思表示の瑕疵の主張制限

- ・ 発起設立・募集設立：引受けについて(§51、§25-1:2→§51)
 - ・ 心理留保(民 93 但)・虚偽表示(民 94-1)による無効の規定は適用されない(#1)
 - ・ 会社成立後、発起人は錯誤無効の主張・詐欺強迫取消しができない(#2)
- ・ 募集設立：引受け・割当て・総数引受契約(§102-3,4)
 - ・ 心理留保(民 93 但)・虚偽表示(民 94-1)による無効の規定は適用されない(#3)
 - ・ 会社成立・(種類)創立総会で議決権行使後は錯誤無効主張・詐欺強迫取消しができない(#4)

第5款 変態設立事項

1. 変態設立事項

- ・ 定款相対的記載事項(§28)・原則、検査役の調査必要(§33)・不当だと定款変更必要(§33-7,96)
∴ 発起人の権限濫用によって成立後の会社に多額の債務負担をもたらす、資本の空洞化を招く可能性がある → 株主・会社債権者の利益保護のため

2. 種類

- ・ 現物出資(§28:1)：金銭以外の財産で出資をする場合。但し、労務や信用は不可
∴ 過大評価があると他の株主との間で不公平を生じ、会社債権者を害する
 - * 定款記載事項：出資者・財産・その価額・割り当てる株式の(種類と)数
 - * 募集設立の引受人は現物出資できない(§63-1) ∴ §58-1:2 で払込金額を金銭に限定
- ・ 財産引受け(§28:2)：発起人が会社の成立を条件に、会社のために財産の譲り受けを約す場合
∴ 成立後の会社の資金の減少・価額が不当だと損失を被る、現物出資規制の潜脱にあたる
 - * 定款記載事項：財産・その価額・譲渡人の氏名名称 → この価額以上の債務を負わない
 - * 契約時点を会社成立後にすると、事後設立にあたる(§467-1:5)
 - * 不記載の場合は常に無効、事後設立の手続で追認することはできない（契約し直すべき）

【最判昭 28.12.3 民集 7-12-1299】定款に記載なき財産引受け(無効・追認不可)[S26 才 510]

「商法一六八条一項六号にいわゆる財産引受けは現物出資に関する規定をくぐる手段として利用せられる弊があつたので、これを防ぐため現物出資と同様な厳重な規定を設け、公証人の認証を受けた定款にこれを記載しないと財産引受けの効力を有しないものと定められたもの」会社の保護規定ゆえ会社のみ無効主張可能というのは誤りで「この無効の主張は、無効の当然の結果として当該財産引受け契約の何れの当事者も主張ができるものである【→売主が無効主張してよい】」「財産引受けが定款上無効なる場合と雖も、会社成立後に新に商法二四六条の特別決議の手続をふんで財産取得の契約を有効に結ぶことは可能であるが、原判決はかゝる新たな売買契約の成立を認めていない。単に会社側だけで無効な財産引受け契約を承認する特別決議をしても、所論のごとくこれによつて瑕疵が治癒され無効な財産引受け契約が有効となるものとは認めることができない」

【最判昭 61.9.11 判時 1215-125/金判 758-3】財産引受けと無効主張(信義則)[S56 才 1094]

S34.3.31 原告が被告会社発起人代表 A と営業譲渡契約を締結（会社設立時は新会社が権利義務を承継）
← 株主総会の承認を得ていなかった（容易だったが、必要なことを知らなかった）

S34.5.21 被告会社設立、営業承継したが原始定款に財産引受けの記載がなかった
← A が規制を知らなかっただけで、実質的に全株式を所有しており、容易だった

S34.6 被告会社が譲渡代金承認・分割弁済契約をし、S35.2 までに 264 万円(/1600 万)を支払う

S35.4 未払い譲渡代金の支払い 5 年猶予 → S42.9 事実上営業活動を停止 → 売掛金請求提訴

被告は原始定款への記載を欠く点、営業譲渡への総会承認を欠く点で無効を主張

○ 定款記載を欠く財産引受けの効力 → 無効

「本件営業譲渡契約は、その契約の実質的な目的及び内容等にかんがみるならば、増田が上告会社の発起人組合の代表者として設立中の上告会社のために会社の設立を停止条件としてした積極消極両財産を含む営業財産を取得する旨の契約で……商法一六八条一項六号の定める財産引受けに当たる……本件営業譲渡契約は、上告会社の原始定款に同号所定の事項が記載されているのでなければ、無効であり、しかも、同条項が無効と定めるのは、広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、本件営業譲渡契約は何人との関係においても常に無効であつて、設立後の上告会社が追認したとしても、あるいは上告会社が譲渡代金債務の一部

を履行し、譲り受けた目的物について使用若しくは消費、収益、処分又は権利の行使などしたとしても、これによって有効となりうるものではない」→「上告会社は、特段の事情のない限り」いつでも無効主張ができる

○総会承認を欠く営業譲渡 → 無効を譲受人も主張できる

株主総会の特別決議による承認を欠く営業譲渡の「無効は、原始定款に記載のない財産引受と同様、広く株主・債権者等の会社の利害関係人の保護を目的とするものであるから、本件営業譲渡契約は何人との関係においても常に無効である」この無効は「譲渡会社、譲渡会社の株主・債権者等の会社の利害関係人のほか、譲受会社もまた右の無効を主張することができる……けだし、譲渡会社ないしその利害関係人のみが右の無効を主張することができ、譲受会社がこれを主張することができないとすると、譲受会社は、譲渡会社ないしその利害関係人が無効を主張するまで営業譲渡を有効なものとする余儀なくされるなど著しく不安定な立場におかれることになるから」→「譲受会社である上告会社は、特段の事情のない限り」いつでも無効主張ができる

○特段の事情

「被上告会社は本件営業譲渡契約に基づく債務をすべて履行済みであり、他方上告会社は右の履行について苦情を申し出たことがなく、また、上告会社は、本件営業譲渡契約が有効であることを前提に、被上告会社に対し本件営業譲渡契約に基づく自己の債務を承認し、その履行として譲渡代金の一部を弁済し、かつ、譲り受けた製品・原材料等を販売又は消費し、しかも、上告会社は、原始定款に所定事項の記載がないことを理由とする無効事由については契約後約九年、株主総会の承認手続を経由していないことを理由とする無効事由については契約後約二〇年を経て、初めて主張するに至ったものであり、両会社の株主・債権者等の会社の利害関係人が右の理由に基づき本件営業譲渡契約が無効であるなどとして問題にしたことは全くなかった、というのであるから、上告会社が本件営業譲渡契約について商法一六八条一項六号又は二四五条一項一号の規定違反を理由にその無効を主張することは、法が本来予定した上告会社又は被上告会社の株主・債権者等の利害関係人の利益を保護するという意図に基づいたものとは認められず、右違反に藉口して、専ら、既に遅滞に陥った本件営業譲渡契約に基づく自己の残債務の履行を拒むためのものであると認められ、信義則に反し許されないものといわなければならない。したがって、上告会社が本件営業譲渡契約について商法の右各規定の違反を理由として無効を主張することは、これを許さない特段の事情がある」(売掛金請求→認容/棄却/棄却)

- ・ 発起人の報酬・特別利益(§28:3)：会社設立事務の執行の対価・発起人に人的に帰属する利益
∴発起人が事前に決めると不当に高額になり会社財産を減少するおそれがある
 - * 定款記載事項：報酬その他特別の利益・その発起人の氏名称
 - ・ 設立費用(§28:4)：発起人がその権限内の行為によって会社設立のために支出した費用
∴無制限に認めると成立後の会社の財産的基礎を危うくするおそれがある
 - * 定款記載事項：設立費用の金額を記載する
 - * 除外対象：定款の認証手数料、払込取扱機関の報酬、検査役報酬、登録免許税(則 5)→設立費用：設立事務所賃借料、事務員給与、印鑑作成費用、広告費、創立総会の費用等
 - * 発起人が未払いの場合
 - ・ 発起人の債務で、設立費用の限度で発起人が求償できる(有力) ∴会社の財産的基盤確保
 - ・ 会社成立後は会社の債務で、設立費用を超える部分は発起人に求償できる
 - ・ 発起人・会社が重疊的に債務を負担する + 設立費用の限度は会社への請求を求められる？
- 【大判昭 2.7.4 民集 6-428】定款所定額のみ会社の債務となり、超過部分は発起人の債務

3. 変態設立事項の調査(§33)

- ・ 原則：定款認証後、発起人が裁判所に検査役選任を請求(#1) → 裁判所が選任(#2)
→ 調査をし裁判所に報告(#4)・発起人へ提供(#6)

- ・ 変態設立事項不当の場合：裁判所による変更決定(#7 → 定款変更)
 - * 設立時取締役、出資者(現物出資)・譲渡人(財産引受け)は即時抗告可能(§872:4,870-1:3)
 - * 変更決定確定後1週間以内に発起人は引受けの意思表示を取消可能(#8)、
発起人全員の同意で、変更決定された事項の定めを廃止できる(#9 → 定款変更)
 - * 募集設立の場合、創立総会の定款変更(§96)によって変更可能
- 【最判昭 41.12.23 民集 20-10-2227】創立総会での変態成立事項の変更の範囲[S39 才 259]
 変態設立事項にかかる「嚴重な法の規制は、これらの事項が、発起人の濫用の対象となり、発起人その他の第三者の利益のために会社の財産的基礎が害される危険が多いため、会社資本の充実を期して会社債権者を保護し、併せて他の株主の利益が害されることを防止する目的に出たもの……されば、右一八五条一項による創立総会の変更権は、原始定款記載の変態設立事項が不当と認められる場合に、これを監督是正する立場から、かような事項を縮小または削除するためにのみ行使されるべきものであつて、創立総会で新たに変態設立事項に関する定めを追加し、あるいは既存の規定を拡張することは許されないものというべく、一八七条の規定する創立総会の定款変更権は、変態設立事項については及ばない」(建物所有権保存登記抹消請求→棄却/棄却)
- ・ 検査役の調査が省略できる場合(#10)：現物出資・財産引受けのみ
 - 設立時取締役(+監査役)が調査する(§46,93,94)
 - * 価額の総額が500万円以下(#10:1)
 - * 市場価格のある有価証券で、定款記載の価額が市場価格を超えない場合(#10:2)
 - * 弁護士(法人)・公認会計士・監査法人・税理士(法人)の証明がある場合(#10:3)
 - ・ 不動産の場合は不動産鑑定士の鑑定評価も必要、欠格条項(#11)

第6款 設立中の会社・発起人組合

1. 設立中の会社：登記によって会社が成立する前の会社の前身（権利能力なき社団）
 - ・ 設立登記前に発起人が会社設立のために取得・負担した権利義務：発起人に帰属する
→会社成立により(特に手続なく)設立中の法律関係がそのまま成立した会社の法律関係となる
→この説明のため、発起人の権利義務は実質的には「設立中の会社」に帰属するという
 - ・ 成立：定款作成+発起人による1株以上の引受けにより成立する
* 構成員は発起人と株式引受人、発起人は執行機関
 - ・ 性質：同一性説（設立中の会社と設立後の会社が同一の存在であると解する）
→設立中の法律関係は特別な移転手続なくして設立後の会社に移行する
2. 発起人組合：会社の設立過程での複数の発起人間の関係
 - ・ 設立中の会社とは別の、発起人間の関係。会社設立を目的とする組合契約
* 定款作成、株式引受、設立事務の執行等は発起人間の関係ではその履行にあたる
* 会社成立/不成立により目的事業の成功・成功不能として解散する(民 682)
3. 発起人の権限：発起人のした行為の効果が、どこまで設立中の会社に実質的に帰属するか
 - ・ 会社の設立を直接目的とする行為 → 当然権限内（定款作成、株式引受け関係、創立総会等）
 - ・ 会社の設立に必要な行為 → 一般に認められる（設立事務所の賃借、その職員の雇用等）
 - ・ 開業準備行為：争いあり（設立後すぐに事業を行えるよう仕入れや販売ルートを確立する等）
* 財産引受けとの関係：発起人は設立に必要な行為しかできず、財産引受けは必要ゆえ許容
→開業準備行為は追認ないし債務引受けが必要
←開業準備行為も発起人の権限で、財産引受けは濫用の危険が大きいため制限するもの

【最判昭 33.10.24 民集 12-14-3228】開業準備行為[S32 才 483]

S30.3.12 大映野球(株)が東洋精錬(株)取締役社長と称する被告と非公式試合開催の請負契約を締結

S30.3.21 トンボユニオンズとのとの非公式試合を開催 → 出場報酬金や交通費を支払わない

S30.9.12 東洋精錬(株)設立 → 契約時に東洋精錬(株)は存在せず、被告は債務を会社が負うべきと主張

→原審は民 117-1 類推で被告への請求を認容したが、同条は本人の実在及び追認可能性が前提と主張して上告
「上告人らは、かねて東洋整練株式会社の設立を計画発起し、昭 30.9.12 に至りその設立登記を了したものであるが、上告人は、昭和三〇年三月、未だその設立手続未了で設立の登記をしていない右会社の代表取締役として、被上告人との間に本件契約を締結した……本件契約は、会社の設立に関する行為といえないから、その効果は、設立後の会社に当然帰属すべきいわれはなく、結局、右契約は上告人が無権代理人としてなした行為に類似するものというべき……民法一一七条は、元来は実在する他人の代理人として契約した場合の規定であつて、本件の如く未だ存在しない会社の代表者として契約した上告人は、本来の無権代理人には当たらないけれども、同条はもつぱら、代理人であると信じてこれと契約した相手方を保護する趣旨に出たものであるから、これと類似の関係にある本件契約についても、同条の類推適用により、前記会社の代表者として契約した上告人がその責に任ずべき」（大映野球(株)から設立前に代取として契約した者への報酬金請求→認容/棄却/棄却）

【最判昭 42.9.26 民集 21-7-1870】設立中の会社の行為の追認の可否(否定)[S38 才 147]

「財産引受けは、現物出資に関する規定の潜脱行為として利用される弊があるので、商法は、現物出資と同様、これを原始定款に記載し、かつ、嚴重な法定の手続を経ることを要するものとし、かかる法定の要件を充たした場合にのみその効力を生ずるものとした……右の法意に徴すれば、成立後の会社が追認したからといって、法定の要件を欠く無効な財産引受けが有効となるものと解することはできない」（自動車譲渡代金請求→棄却/破産差戻）

- ・ 事業行為：会社の成立前に会社の事業に関する行為をすること → 不許(§979-1 で過料)
 * 発起人で合意し発起人組合として事業をした場合は、発起人全員が組合員として責任を負う
 【最判昭 35.12.9 民集 14-13-2994】 発起人組合[昭 31 才 859]

S27.8.10 上告人7名が中外石炭(株)の定款を作成し設立準備を開始(→結局不成立)

S27.10.2 上告人らは「中外石炭(株)」の商号で石炭売買の事業を営み、被上告人から石炭を買い入れる
 →引渡したが転売先の手形が不渡りになった(売掛代金請求→棄却/取消認容/棄却・反対1あり)

「本件石炭売買取引の実際にあつたのが上告人A、同B、同C、同Dの四名にすぎないことは当事者間に争いのないところ……右売買の法律上の効果は本件組合員たる上告人ら七名全員について生じたものと判断した趣旨と解すべきであり、右判断は正当……何故ならば、組合契約その他により業務執行組合員が定められている場合は格別、そうでないかぎり、対外的には組合員の過半数において組合を代理する権限を有する……からである」

4. 設立に関する責任

- ・ 現物出資・財産引受けの不足額填補責任(§52)：発起人・設立時取締役の連帯責任
 ←検査役の調査を経た場合は免責(#2:1)、無過失でも免責(#2:2、発起設立のみ-§103-1)
 免除は総株主同意(§55)
 ←§33-10:3の証明者も連帯責任を負うが、無過失なら免除(#3)
- ・ 任務懈怠責任(§53)：懈怠・悪意・重過失の発起人・設立時取締役・監査役全員の連帯責任(§54)
 * 対会社：設立についての任務懈怠による損害の賠償責任(#1) ←免除は総株主同意(§55)
 * 対第三者：悪意又は重過失があるときがあるときは第三者に対しても損賠責任を負う(#2)
- ・ 疑似発起人(§103-2)：発起人ではないが株式募集に関する文書等に賛助者等として自分の前を掲げることを承諾した者に、発起人と同様の責任を負わせるもの
- ・ 民事責任の実現：株主代表訴訟(§847：責任追及の訴えの請求 → 株主による提訴)が可能
- ・ 株式会社不成立の場合の責任(§57)：設立の登記まで至らなかった場合の責任
 →発起人が設立に必要な行為に連帯責任を負い、設立費用はすべて発起人が負担する

第7款 設立の無効

1. 設立無効の訴え

- ・ 意義：設立登記で形式上は会社が成立するため、法定安定性の見地から無効主張を限定した
 - ・ 出訴期間(§828-1:1)：会社の成立から2年間
 - ・ 原告適格(§828-2:1)：株主等(株主,取締役,監査役,執行役,清算人)・社員等(社員,清算人)
 - ・ 被告(§834-1)：設立する会社
 - ・ 専属管轄(§835-1)：被告会社の本店所在地を管轄する地裁の管轄に専属
 - ・ 無効事由：法定なし → 設立手続の重大な法令違反だが、解釈による
 - ・ 定款の絶対的記載事項の欠缺・その記載が違法、定款の認証を欠く
 - ・ 設立時発行株式を引き受けない発起人の存在、株式発行事項に発起人全員の同意を欠く
 - ・ 創立総会が適法に開催されていない
 - ・ 設立時に出資される財産の価額に相当する出資がされていない ← §52/2 新設で排除か
→旧商法下：①重大な欠缺なら無効事由、②瑕疵の程度によらず無効事由だが填補後は有効
 - ・ 設立登記が無効
 - * 裁量棄却の可否：軽微・治癒の場合は認められる、§831-2(決議取消での裁量棄却)の法意
 - ・ 無効判決の効力：対世効(§838)、将来効のみ(§839 → 清算手続:§475:2)
∴ 遡及的無効だと、債権者や債務者・株主等との法律関係に多大な混乱を生じるから
2. 会社の不存在：会社の実体がないほど瑕疵が大きい場合 → 誰でもいつでも不存在の主張可能
- ・ 例：設立登記なく会社として活動している、設立登記のみで設立手続が踏まれていないなど

第8款 事後設立

1. 事後設立(§467-1:5)：財産引受けの潜脱を防ぐため

- ・ 発起・募集設立で設立された会社が、純資産額の20%以上の価額の財産を取得する場合
 - * 対象資産：会社成立前から存在する財産かつその事業のため継続して利用するもの
 - * 手続：株主総会の特別決議(事業譲渡と同様の扱い、§309-2:11)

§467-1:5 当該株式会社の成立後二年以内におけるその成立前から存在する財産であってその事業のために継続して使用するものの取得。ただし、イに掲げる額のロに掲げる額に対する割合が五分の一（これを下回る割合を当該株式会社の定款で定めた場合にあっては、その割合）を超えない場合を除く

イ 当該財産の対価として交付する財産の帳簿価額の合計額

ロ 当該株式会社の純資産額として法務省令で定める方法により算定される額

第2節 定款変更

第1款 定款変更

1. 会社成立前の定款変更

- ・ 発起設立：認証後は原則として変更禁止(§30-2)、例外的に変態設立事項の裁判所の変更決定(§33-7,9)、発行可能株式総数の定めの新設・変更(§37-1,2)は可能
- ・ 募集設立：発起人の定款変更は払込期日・期間の初日以後禁止(§95)、それ以後は創立総会による(§96)、定款記載事項(§28)の変更時には反対株主の引受け取消しが可能(§97)
 - * 発行可能株式総数の定めがない場合は創立総会で新設しなければならない(§98)

2. 会社成立後の定款変更(§466)：特別決議による(§309-2:11)

§466 株式会社は、その成立後、株主総会の決議によって、定款を変更することができる

- ・ 効力：株主総会決議で当然に効力を生じる → 定款の書面書換えや登記は効力には無関係
- ・ 種類株主総会の承認(§322-1:1)：特別決議による(§324-2:4)
 - * 対象の定款変更で種類株主に損害を及ぼすおそれがあるとき
 - ・ 対象：株式の種類追加、株式の内容の変更、発行可能(種類)株式総数の増加
- ・ 発行可能株式総数に関する定款変更(§113)
 - * 定めを廃止できず(#1)、増加は公開会社では発行済株式総数の4倍まで(#3)

∴公開会社での新株発行は原則として取締役会の決議限りで可能だから

§113-1 株式会社は、定款を変更して発行可能株式総数についての定めを廃止することができない

#2 定款を変更して発行可能株式総数を減少するときは、変更後の発行可能株式総数は、当該定款の変更が効力を生じた時における発行済株式の総数を下ることができない

#3 定款を変更して発行可能株式総数を増加する場合には、変更後の発行可能株式総数は、当該定款の変更が効力を生じた時における発行済株式の総数の四倍を超えることができない。ただし、株式会社が公開会社でない場合は、この限りでない

#4 新株予約権【行使期間未到来を除く】の新株予約権者が§282の規定により取得することとなる株式の数は、発行可能株式総数から発行済株式（自己株式を除く。）の総数を控除して得た数を超えてはならない

- ・ 例外①取締役会決議等による定款変更
 - * 株式分割に伴う発行可能株式総数の増加(§184-2)
 - * 単元株式数の減少・定め廃止(§195)
- ・ 例外②法律によるみなし廃止
 - * 取締役・監査役選任権ある種類株主総会が役員を選任できず、役員が不足する場合(§112)

第7章 事業譲渡・組織再編・解散・清算

第1節 組織再編総則

第1款 総則

1.

第2款 組織変更

1.

第2節 合併

第1款 合併の意義

1.

第2款 吸収合併

1. 吸収合併契約
2. 吸収合併契約の承認決議
3. 反対株主の株式買取請求権
4. 債権者異議手続
5. 合併の効力発生・開示・登記
6. 簡易合併・略式合併

第3款 新設合併

1.

第4款 合併の無効

1.

第3節 会社分割

第1款 会社分割の意義

1.

第2款 吸収分割

1. 吸収分割契約
2. 吸収分割契約の承認決議
3. 反対株主の株式買取請求権
4. 債権者異議手続
5. 会社分割の効力発生・開示・登記
6. 簡易分割・略式分割

第3款 新設分割

1.

第4款 会社分割の無効

1.

第4節 株式交換・株式移転

第1款 株式交換・株式移転の意義

1.

第2款 株式交換

1. 株式交換契約
2. 株式交換契約の承認決議
3. 反対株主の株式買取請求権
4. 債権者異議手続
5. 株式交換の効力発生・開示・登記
6. 簡易株式交換・略式株式交換

第3款 株式移転

1.

第4款 株式交換・株式移転の無効

第5節 事業譲渡

第1款 事業譲渡等

1.

第6節 株式会社の解散・清算

第1款 解散

1. 意義：会社の法人格の消滅をもたらす原因となる事実のこと
 - ・ 但し、合併を除いて清算手続に入るので、ただちに消滅するわけではない
2. 解散事由

- ・ 法定解散事由(§471)

§471 株式会社は、次に掲げる事由によって解散する

- 一 定款で定めた存続期間の満了 / 二 定款で定めた解散の事由の発生
- 三 株主総会の決議 / 四 合併（合併により当該株式会社が消滅する場合に限る。）
- 五 破産手続開始の決定 / 六 §824-1 又は§833-1 の規定による解散を命ずる裁判

* 3号：解散決議 → 特別決議(§309-2:11) ※事業を全部譲渡しても当然には解散しない

* 6号①：解散命令(§824-1)：非訟事件手続による(ほとんど使われない)

§824-1 裁判所は、次に掲げる場合において、公益を確保するため会社の存立を許すことができないと認めるときは、法務大臣又は株主、社員、債権者その他の利害関係人の申立てにより、会社の解散を命ずることができる

- 一 会社の設立が不法な目的に基づいてされたとき
- 二 会社が正当な理由がないのにその成立の日から一年以内にその事業を開始せず、又は引き続き一年以上その事業を休止したとき
- 三 業務執行取締役、執行役又は業務を執行する社員が、法令若しくは定款で定める会社の権限を逸脱し若しくは濫用する行為又は刑罰法令に触れる行為をした場合において、法務大臣から書面による警告を受けたにもかかわらず、なお継続的に又は反覆して当該行為をしたとき

* 6号②：解散判決(§833-1)：少数株主権(株式数 or 議決権 10%)

§833 次に掲げる場合において、やむを得ない事由があるときは、総株主^{【無議決権株式を除く】}の議決権の十分の一^{【定款緩和可】}以上の議決権を有する株主又は発行済株式^(自己株式を除く。)の十分の一^{【定款緩和可】}以上の数の株式を有する株主は、訴えをもって株式会社の解散を請求することができる

- 一 株式会社が業務の執行において著しく困難な状況に至り、当該株式会社に回復することができない損害が生じ、又は生ずるおそれがあるとき
- 二 株式会社の財産の管理又は処分が著しく失当で、当該株式会社の存立を危うくするとき

- ・ 1号：株主・取締役の激しい対立で会社の意思決定ができないような場合

- ・ 2号：財産管理がずさんなのに、株主間の対立で役員改選や解散決議もできないような場合

- ・ 特殊な解散事由：事業の免許の取り消し(銀行法 40、保険業法 152-3:2 等)

- ・ 休眠会社のみなし解散(§472)

- * 休眠会社：12年間登記がされていない株式会社のこと

- * みなし解散：官報公告より2カ月以内に届出か登記がないと解散したとみなされる

§472-1 休眠会社（株式会社であって、当該株式会社に関する登記が最後にあった日から十二年を経過したものをいう。以下この条において同じ。）は、法務大臣が休眠会社に対し二箇月以内に法務省令で定めるところによりその本店の所在地を管轄する登記所に事業を廃止していない旨の届出をすべき旨を官報に公告した場合において、その届出をしないときは、その二箇月の期間の満了の時に、解散したものとみなす。ただし、当該期間内に当該休眠会社に関する登記がされたときは、この限りでない【#2 公告時の登記所による会社への通知義務】

3. 解散の効果：合併・破産の場合を除いて、清算手続に進む(§475:1)

- ・ 株式会社の継続(§473) : 総会決議で解散をやめて普通の会社に戻るもの
 - * 要件 : 定款 or 解散決議 or みなし解散による解散であること
 - + 清算終了前・みなし解散後3年以内 + 特別決議(§309-2:11)
- ・ 解散株式会社(解散した株式会社)の合併等の制限(§474)
 - §474 株式会社が解散した場合には、当該株式会社は、次に掲げる行為をすることができない
 - 一 合併(合併により当該株式会社が存続する場合に限る。)
 - 二 吸収分割による他の会社とその事業に関して有する権利義務の全部又は一部の承継

第2款 清算

1. 意義：解散に続いて法律関係の後始末をする手続
→現務の結了、債権債務の取立て・弁済、残余財産の分配を行う、結了により法人格消滅
2. 清算開始原因(§475)：解散・設立無効判決・株式移転無効判決
§475 株式会社は、次に掲げる場合には、この章の定めるところにより、清算をしなければならない
 - 一 解散した場合（§471:4 に掲げる事由によって解散した場合及び破産手続開始の決定により解散した場合であつて当該破産手続が終了していない場合を除く。）
 - 二 設立の無効の訴えに係る請求を認容する判決が確定した場合
 - 三 株式移転の無効の訴えに係る請求を認容する判決が確定した場合
3. 清算株式会社(§476)
 - ・ 意義：清算開始原因の発生により清算をする株式会社のこと
 - ・ 権能：存続するが、清算の目的の範囲内に限られる → 営業取引の権利能力はない§476 前条の規定により清算をする株式会社（以下「清算株式会社」という。）は、清算の目的の範囲内において、清算が結了するまではなお存続するものとみなす
4. 清算株式会社の機関
 - ・ 株主総会・清算人(§477-1)のほか、定款により清算人会・監査役・監査役会(§477-2)
 - ・ 清算人
 - * 1人ないし2人以上必置(§477-1)
 - * 選任：定款・株主総会決議で選任しない場合は取締役(§478-1)
 - ・ いなければ裁判所が選任(#2)、解散判決・解散命令なら裁判所が選任(#3)
 - * 解任(§479)：裁判所選任以外は普通決議 / 3%株主の申立て + 重要な事由で裁判所が解任
 - * 職務(§481)：現務の結了、債権の取立て及び債務の弁済、残余財産の分配
 - * 権限等は取締役にはほぼ同じ(§491による準用)
 - ・ 清算人会：清算人が3人以上必要(§478-6→331-4)、代表清算人必置(§489-3)
 - * 権限等は取締役会にはほぼ同じ(§491による準用)
 - ・ 監査役(会)：監査役会を置くと清算人会必置(§477-3)
 - * 清算開始時点で公開会社 or 大会社であった場合は監査役必置(#4)
 - ←委員会設置会社だった場合は監査委員が監査役になる(#5)
5. 清算株式会社の債務の弁済：通常清算(§475~509、裁判所の監督に服さないもの)の場合
 - ①現務の結了：継続中の事務の完結、取引関係の完結
 - ②債権の取立て及び金銭以外の財産の換価 → 債務の弁済
 - ・ 債務の弁済後でなければ、原則として残余財産の分配ができない(§502)
 - ③残余財産の分配：原則として、持株数に比例して分配する(§504~506、特に504-3)
 - ・ 現物分配の場合：金銭分配請求権を必ず付与する必要がある(§505-1)
 - ∴ 剰余金配当より金額が大きく、換金の困難さが一層大きいから
6. 清算事務の終了(§507)
 - ・ 決算報告の作成（→清算人会の承認）→株主総会の承認：清算人の任務懈怠責任は原則免除

→総会承認から2週間以内の清算終了登記(§929:1) : 但し、効力要件ではなく公示

7. 特別清算手続(§510~574,879~902) : 主に債務超過の場合

§510 裁判所は、清算株式会社に次に掲げる事由があると認めるときは、第五百十四条の規定に基づき、申立てにより、当該清算株式会社に對し特別清算の開始を命ずる

一 清算の遂行に著しい支障を来すべき事情があること

二 債務超過 (清算株式会社の財産がその債務を完済するのに足りない状態をいう。次条第二項において同じ。) の疑いがあること

- ・ 実質的意義 : 債務超過状態の株式会社の適正・簡易な清算手続(破産によらない倒産処理)
- ・ 特徴 : 裁判所の監督の下で行われる
 - * 清算人の権限の制約、一定の財産処分行為等につき裁判所の許可が必要(§535,536)
 - * 債務の弁済は原則として按分比例(§537)
 - * 債権者集会の多数決による協定ができるが、裁判所の認可が必要(§563~572)
 - * 職権で破産手続開始決定ができる(§574-1)

第8章 持分会社

第1節 持分会社

第1款 総論

1. 持分会社の種類

- ・ 合名会社：社員全員が無限責任社員(§576-2)
- ・ 合資会社：社員に無限責任社員・有限責任社員双方がいる(§576-3)
- ・ 合同会社：社員全員が有限責任社員(§576-4)

2. 持分会社の特徴

- ・ 株式会社との共通点：ともに会社であり、法人である
- ・ 機関設計：内部関係における定款自治が広く認められる（社員間・会社と社員間）
 - ⇨株：株式は§108 所定の種類しか設定できない
 - * 取締役等の設置は任意、議決権は社員1人1議決権
 - * 意思決定は社員の過半数（重要事項は総社員の同意）で決定（同意は会議でなくてもよい）
 - ⇨株：株主たる地位と会社の意思決定・業務執行機関は切り離されている
- ・ 社員の責任は無責任（合名会社・合資会社の無限責任社員）⇨株：間接有限責任
- ・ 投下資本の回収方法
 - * 持分譲渡：原則として他の社員全員の同意が必要 ⇨ 株：自由譲渡が原則 ∴社員の個性重視
 - * 出資の払戻し・退社による持分の払戻しが比較的容易 ⇨ 株式会社では原則禁止

3. 社員たる資格：法人でもよい ∴会社法制定時に廃止(旧商 55)、§576-1:4・§598 等の存在

第2款 設立

1. 設立方法(§575,576)：社員になろうとする者が定款を作成し、全員が署名・記名押印する

→設立登記によって成立する(§579,912-914)

- * 名称等のほか、合資会社では有限/無限責任・出資状況、合同会社では資本金額も登記必要
- ・ 出資の目的：金銭・現物・労務・信用のいずれかだが、有限責任社員は金銭等に限る
- ※「金銭等」= 金銭その他の財産(§151)、金銭以外は評価標準も必要（配当の基準等に使う）
- * 合同会社の特則(§578)：原則として設立登記前に出資の履行義務

←但し、失権規定(株：§36-3)はないため、社員にはなれる

→§580-2 の未履行分の責任を負うのはこの場合のみ(途中加入は履行が社員となる条件)

§575-1 合名会社、合資会社又は合同会社（以下「持分会社」と総称する。）を設立するには、その社員になろうとする者が定款を作成し、その全員がこれに署名し、又は記名押印しなければならない

§576-1 持分会社の定款には、次に掲げる事項を記載し、又は記録しなければならない

一 目的/二 商号/三 本店の所在地/四 社員の氏名又は名称及び住所/五 社員が無責任社員又は有限責任社員のいずれであるかの別/六 社員の出資の目的（有限責任社員にあつては、金銭等に限る。）及びその価額又は評価の標準

§578 設立しようとする持分会社が合同会社である場合には、当該合同会社の社員になろうとする者は、定款の作成後、合同会社の設立の登記をする時までに、その出資に係る金銭の全額を払い込み、又はその出資に係る金銭以外の財産の全部を給付しなければならない。ただし、合同会社の社員になろうとする者全員の同意があるときは、登記、登録その他権利の設定又は移転を第三者に対抗するために必要な行為は、合同会社の成立後にする

ことを妨げない

2. 設立の瑕疵

- ・ 設立無効の訴え(§828-1:1) : 株式会社同様に利用可能、設立から2年以内(§828-1:1)
←取引の安全を害するため、訴えによってのみ主張できるようにした
 - * 当事者 : 提訴権者は社員・清算人(§828-2:2)、被告は設立する会社(§834:1)
 - * 効果 : 対世効(§838)、将来効(§839)→清算手続に入る(§644:2)
 - ・ 特則 : 他の社員全員の同意で、無効原因のある社員を退社させて会社を存続可能(§845)
 - * 原因 : 規定なし、定款絶対記載事項不備、設立行為者の1名の意味無能力や錯誤等も可
 - ・ 設立取消しの訴え(§832) : 持分会社成立から2年以内に限る
←株式会社にはない。主観的瑕疵による取消しの有無を画一的に確定するため。
 - * 1号原因 : 設立に係る意思表示が民法等により取り消しうるとき
 - ・ 当事者 : 提訴権者は当該社員、被告は会社(§834:18)
 - * 2号原因 : 社員がその債権者を害すると知って設立したとき
 - ・ 当事者 : 提訴権者は当該債権者、被告は会社と当該社員(§834:19)
 - * 効果 : 対世効(§838)、将来効(§839)→清算手続に入る(§644:3)
 - ・ 特則 : 他の社員全員の同意で、無効原因のある社員を退社させて会社を存続可能(§845)
- §832:1 社員が民法その他の法律の規定により設立に係る意思表示を取り消すことができるとき 当該社員
:2 社員がその債権者を害することを知って持分会社を設立したとき 当該債権者

第3款 社員の責任

1. 無限責任社員の責任

- ・ 会社債権者に対して、連帯して無限の責任を負う(§580-1 柱書)
 - * 従属性(§581) : 会社の債務が消滅すれば免責、債務があっても会社の抗弁等を利用可能
→会社が主張できる抗弁は対抗可能、会社に相殺・取消・解除権があれば履行拒絶可能
 - * 二次性(§580) : 会社の財産から弁済できない場合のみ責任を負う(債務超過・執行不奏功)
 - ・ 執行不奏功の場合、会社の資力+強制執行容易を証明すれば免責される(§580-1:2 括弧)
- ・ 弁済後の求償 : 会社への法定代位(民 500)、連帯債務者への求償権(民 442)

2. 有限責任社員の責任

- ・ 無限責任社員と同様だが、未履行の出資の価額の限度で責任を負う(§580-2)
 - * 利益額を超過して配当を受けた場合、超過分も合算される(§623-2)
- §580-2 有限責任社員は、その出資の価額（既に持分会社に対し履行した出資の価額を除く。）を限度として、持分会社の債務を弁済する責任を負う

3. 社員の責任の特則(§583)

- ・ 有限→無限(#1) : 無限責任社員になる前の債務も無限責任を負う
- ・ 合資会社の有限責任社員が出資の価額を減少(#2) : 登記前の債務には従前の限度で責任を負う
- ・ 無限→有限(#3) : 登記前の債務には無限責任を負う
- ・ 無限責任の期間(#4) : #2,3の責任は、登記後2年以内に請求・請求予告がない分は免責

4. 誤認行為の責任(§588,589) : 誤認に基づいて会社と取引した者に対し責任を負わせる

- ・有限社員が無限と又は責任の限度を誤認させると、無限／誤認させた限度の責任を負う(§588)
- ・社員以外が無限又は有限社員と誤認させると、無限／有限責任を負う(§589)

第4款 会社の運営

1. 業務執行

- ・原則：どの社員も業務執行の権利を有し、義務を負う(§590-1)
 - * 業務は社員の過半数で決定(#2)、常務は他の社員が異議を述べない限り単独で可能(#3)
 - * 形態は組合に近く、非公開会社との最大の相違点
- ・業務執行社員(§591)：定款で定める(§590-1,591-1)
 - * 2人以上いるとき：業務は業務執行社員の過半数／常務は異議なければ単独(§591-1)
 - ・例外：支配人の選解任は総社員の過半数(#2)、業務執行社員退社による失効(#3)、
辞任・解任は正当理由が必要(#4,5) → いずれも定款で変更可能(#2 但書,#6)
 - * 業務執行社員でない社員の業務・財産状況調査権(§592)
 - ←定款でも事業年度終了時・重要事由の場合の調査権は制限できない(#2)
 - * 法人が業務執行社員の場合の特則(§598)：職務を行う者を選任して他の社員に通知する
§598-1 法人が業務を執行する社員である場合には、当該法人は、当該業務を執行する社員の職務を行うべき者を選任し、その者の氏名及び住所を他の社員に通知しなければならない

2. 代表権

- ・原則：業務執行社員に代表権がある(§599-1)
 - * 例外：定款/定款所定の社員の互選で業務執行社員から代表社員を選任できる(#1 但書,#3)
 - * 複数の場合：各自が代表する(#2)
- ・権限：業務に関する一切の裁判上／裁判外の権限(#4)、制限は善意の第三者に対抗不可(#5)
- ・登記：代表社員は登記事項(§912:6 等、但し、社員全員が代表社員なら登記不要)

3. 業務執行社員と会社の関係

- ・義務(§593)：善管注意義務・忠実義務(#1,2)、報告義務・委任の準用は定款排除可(#3~5)
- ・競業禁止(§594)：他の社員全員の同意が必要・定款自治(#1)、損害推定(#2)
 - ⇔株：1号は株主総会の承認で足り(§356-1:1)、2号は該当規制がない
 - §594-1:1 自己又は第三者のために持分会社の事業の部類に属する取引をすること
:2 持分会社の事業と同種の事業を目的とする会社の取締役、執行役又は業務を執行する社員となること
- ・利益相反取引の制限(§595)：他の社員の過半数の承認が必要・定款自治(#1)
 - 自己契約又は双方代理(:1)、債務保証等の利益相反(:2)
- ・損賠義務(§596,597,600)：業執社員→会社、代表社員・悪意重過失の有限社員→第三者
- ・会社と社員との間の訴訟における代表(§601)：他の社員の過半数で定めることが可能

4. 業務執行権・代表権の消滅の訴え(§860)

- ・手続：対象社員以外の社員の過半数の議決 → 消滅の訴え（被告は対象業務執行社員:§861:2)
- ・要件：除名要件のいずれかに該当、業務執行・代表に著しく不適任

第5款 社員の変動

1. 持分譲渡(§585)：譲渡それ自体は当事者間の契約で足りるが、会社に対抗できない

- ・ 原則：契約＋他の社員全員の承諾が必要(#1)、例外含め定款変更可(#4)
 - * 例外：業務執行社員でない有限責任社員は業務執行社員全員の承諾で足りる(#2)
 - 定款変更だが、総社員の同意は不要(#3)
 - * 全部譲渡者の責任(§586)：登記前の債務に従前の責任、但し2年で失効
 - 登記が持分譲渡の第三者対抗要件
 - * 会社による自己の持分取得(§587)：禁止。取得すると消滅する
- 2. 加入手続(§604)
 - ・ 手続：加入しようとする者と会社の契約(#1)
 - * 発効時：定款変更時 → 加入には総社員の同意が必要(#2,§637)
 - * 合同会社の特則：定款変更時点で出資未履行なら、払込・給付時点で社員となる(#3)
 - * 責任：加入前の債務も弁済する責任を負う(§605)
- 3. 退社手続
 - ・ 任意退社(§606)：他の社員の意思によらず退社するもの
 - * 要件(定款排除可)：存続期間不定または終身存続の場合、6月前予告で事業年度末(#1,#2)
 - * 要件(強行規定)：やむを得ない事由がある場合 → いつでもよい(#3)
 - ・ 法定退社(§607)
 - * 強行規定：定款所定事由発生(#1:1)、総社員同意(:2)、死亡(:3)、合併消滅(:4)、除名(:8)
 - * 任意規定：破産手続開始決定(:5)、解散(:6)、後見開始(:7)
 - ・ 相続・合併の特則：定款で相続・合併による持分承継を規定可能(§608)

※複数社員同時退社の場合の「総社員の同意」はどの範囲か

【最判昭 40.11.11】 総社員の同意[S38 才 224:民集 19-8-1953]

被告らが係争不動産を現物出資して合資会社を設立したが、(多分名義を売って)同時退社後、合併・組織変更を経た原告株式会社が、同時退社社員間で同意がなかったので退社は無効として、現物出資の履行を求め、係争不動産の所有権移転登記を請求→棄却(退社有効)/破棄差戻し

原判決は「合資会社の社員数人が同時に退社する場合においては、残留する総社員の同意があれば足り、退社員相互間の同意までは要しないとの見解をもつて右熊次郎ら三名の退社を有効としているが、退社申出をした社員も退社の効力を生ずるまでは社員たるの地位にあるのであるから、定款をもつて、総社員の同意に代え、社員の過半数の同意によつて退社できる旨規定したような場合を除き、数人が同時に退社の申出をした場合においても、その退社には各退社申出者自身を除く他のすべての社員の同意を要し、すなわち総社員の同意を要するものと解することが、組合的結合である合資会社の本質に合致するものというべきであり、また、退社後も会社債務について一定の責任（商法一四七条、九三条参照）を負わねばならない各退社員としては、自己と同時に退社する者が誰であるか、逆にいえばいかなる者が残留して、会社の企業維持経営に当たることになるかについて、具体的な利害関係を有するから、同時退社の申出者相互間に同意権が留保されていると解することが前記条規の法意に合するものといわねばならない。従つて、原判決の前示法令解釈適用は誤り」

 - * 除名(:8, §859)：強制的に社員の地位の地位を奪うもの ∴社員間の信頼関係が重要
 - ・ 手続：対象社員以外の社員の過半数の決議＋除名の訴えが必要
 - ・ 要件：出資義務不履行、競業禁止義務違反、業務執行・代表上の不正行為等、その他

§859 持分会社の社員について次に掲げる事由があるときは、当該持分会社は、対象社員以外の社員の過半数の

決議に基づき、訴えをもって対象社員の除名を請求することができる

一 出資の義務を履行しないこと

二 §594-1 (§598-2 において準用する場合を含む。)の規定に違反したこと【競業避止義務違反】

三 業務を執行するに当たって不正の行為をし、又は業務を執行する権利がないのに業務の執行に関与したこと

四 持分会社を代表するに当たって不正の行為をし、又は代表権がないのに持分会社を代表して行為をしたこと

五 前各号に掲げるもののほか、重要な義務を尽くさないこと

- ・ 持分の差押え(§609)：社員の債権者が持分を差押えた債権者の予告により、年度末で退社する
* 社員が弁済・相当の担保の提供をすると予告は失効する(#2)

【最判昭 49.12.20】持分の差押え[S47 才 496:判時 768-101]

原告会社の代表社員Aの代表権をめぐる争い(訴訟要件)。Aは持分の差押えにより前の代表社員を退社させて自ら代表社員となっていたが、退社が無効ならその社員の同意がないため代表権欠缺

前代表社員は差押えにつき強制執行停止決定、さらに担保供託もしているところ、「商法九一条一項により社員の持分を差し押えた債権者のなす強制退社予告の効力は、右差押えに対する強制執行停止決定によって左右されるものとはいえず、また、同条二項所定の強制退社予告の効力を失わせる相当の担保を供したときは、差押債権者との間で、担保物件を設定し、又は保証契約を締結した場合をいい、差押債権者の承諾を伴わない担保物権設定又は保証契約締結の単なる申込みは、右担保の供与にはあたらない」が「持分を差し押えられた社員が債務を弁済すれば退社予告の効力を失うことは、同条項の明らかに定めるところであり、したがって正策が昭和三四年一月二八日本件差押えにかかる債務についてした所論の供託が弁済供託としての効力を有するときは、退社予告はその効力を失い、ひいては道男の被上告会社代表社員としての資格が否定される結果ともなるのであるから、原審としては、右の点につき当事者に対して主張立証をうながすなど審理を尽くすべきであったにもかかわらず、原判決が、単に被上告会社の商業登記簿謄本のみによって、当事者間に争いのある道男の代表権限をたやすく認めたことには、審理不尽の違法がある」(家賃金請求→認容/破棄差戻し)

- ・ 解散後の持分会社の継続に同意しなかった社員の退社(§642-2)
- ・ 持分会社設立無効・取消し時の他の社員による継続に伴う当該社員の退社(§845)

4. 退社の効果 (いずれの退社方法でも生ずる)

- ・ 定款のみなし変更(§610)：退社社員に係る定款の定めを廃止する定款変更をしたとみなす
- ・ 持分の払戻し(§611)：原則として払戻しを受けるが、相続・合併の特則の場合は除く(#1)
* 計算の方法：退社時の持分会社の財産状況に応じる(#2)、金銭払戻し可能(#3)など
* 出資義務未履行のまま退社すると持分払戻し請求権は成立しない

【最判昭 62.1.22】出資義務の未履行と持分の払戻し[S58 才 1562:判時 1223-136]

有限責任社員が定款・登記簿上金銭出資を履行済みとなっているが、実際は未履行で、履行期の定めも請求もないまま退社し、持分払戻しを請求したもの(合資会社退社による持分払戻し請求・附帯請求→棄却/棄却)

「合資会社の社員の金銭出資義務は、定款又は総社員の同意によりその履行期が定められていないときは、会社の請求によりはじめてその履行期が到来し、特定額の給付を目的とする金銭債務として具体化されるものというべきであり、かかる金銭債務となる前の出資義務は社員たる地位と終始すべきものであって、社員が退社して社員たる地位を喪失するときは、出資義務も消滅するに至るといふべきであるから、右退社員の出資会社に対する持分払戻し請求権は成立しないと解すべきである (大判昭 16.5.21 参照)」

- ・ 退社した社員の責任(§612)：登記前の債務に従前の責任を負うが、原則2年以内
- ・ 商号変更の請求(§613)：商号に自分の氏・氏名・名称があると使用をやめるよう請求可能

第6款 計算

1. 出資：すべての社員が出資義務を負うが、設立段階での履行は不要(合同会社を除く：§578)
2. 利益の配当(§621)：社員は利益の配当を請求可(#1)、利益の配当方法等を定款で規定可(#2)
 - ・ 事業年度ごとの計算書類を作るため(§617-2)、そこで生じた利益を配当するもの
→有限責任社員に超過配当すると、超過分の返還義務・有限責任が増加(§623)
3. 損益分配(§622)：割合は定款で規定、なければ出資の価額に応じる(#1)、損益共通の推定(#2)
 - ・ 会社に生じた損益に基づき、持分の増減を生じさせるもの
 - * 利益の分配：定款の定め(§621-2)で利益を会社に留保すると持分が増える
 - * 損失の分配：持分が減るが、追加出資・現実の填補は不要 → 債権者が無限責任社員に請求
4. 出資の払戻し(§624)：履行済みの出資を払い戻してもらうもの
[§624-1](#) 社員は、持分会社に対し、既に出資として払込み又は給付をした金銭等の払戻し（以下この編において「出資の払戻し」という。）を請求することができる。この場合において、当該金銭等が金銭以外の財産であるときは、当該財産の価額に相当する金銭の払戻しを請求することを妨げない
5. 合同会社における規制：無限責任社員がいないため、特有の規律がある
 - ・ 会社債権者による計算書類の閲覧権(§625)
 - ・ 資本金減少の特則：払戻し目的の減少も可(§626)、債権者異議手続(§627)
 - ・ 利益配当の特則：超過配当の禁止(§628)、超過配当時の業務執行社員等の責任(§629-631)
 - ・ 出資払戻しの特則
 - * 定款変更により出資価額を減少させないと出資の払戻しは不可(§632-1)
 - * 出資払戻額 > 剰余金額 or 出資価額減少額なら、出資の払戻しは不可(§632-2)
 - * 超過払戻しの業務執行社員の責任(§633)、社員への求償権の制限(§634)
 - ・ 持分払戻しの特則：債権者異議(§635:持分払戻額 > 剰余金額)、業務執行社員の責任(§636)

第7款 定款変更・解散

1. 定款変更(§637)：総社員の同意による（定款変更可）
 - ∵定款は会社の根本規則であり、持分会社は社員の個性を重視するため全員の同意が必要
→定款で過半数等にするのは、定款で定める際に総社員の同意があるからよい
 - ・ 持分会社間での会社の種類の変更(§638)：定款変更で可能（→§637:総社員同意）
 - * 合資会社の社員退社による定款のみなし変更でも変更しうる(§639)
 - * 合同会社になる場合の出資履行義務(§640)：§638 は履行後発効、§639 は1月以内に履行
2. 解散(§641)：定款（存続期間満了・解散事由発生）、総社員同意、社員欠缺、合併消滅、破産手続開始決定(←債務超過でなく支払不能)、解散命令(§824-1)・解散判決(§833-2)
 - ・ 継続：定款・総社員同意の場合は清算決了まで存続可能(同意しない社員は退社する：§642)
3. 清算
 - ・ 法定清算(§644)：解散、設立無効判決、設立取消し判決
 - * 株式会社の通常清算に相当する手続
 - ・ 任意清算(§668)：合資・合名のみ、定款・総社員同意で法定清算と異なる方法での清算可能
 - * 債務の弁済手続きをとらずに、社員に会社財産を分配するため、債権者異議手続あり(§670)

- ・ 社員の責任の消滅時効(§673) : 解散登記後5年以内に請求(予告)がないと免責

第2編 商法総則・商行為法

第1章 商法総則

第1節 商法総則

第1款 総論

1.

第2款 商人

1.

第3款 商業登記

1.

第4款 商号

1.

第5款 商業帳簿

1.

第6款 商業使用人

1.

第7款 代理商

1.

第8款 営業譲渡

1.

第2章 商行為

第1節 総則

第1款 商行為

1.

第2款 約款

1.

第3款 商行為の代理・委任

1.

第4款 商人の行為・商行為の営利性

1.

第5款 商事債権に関する固有の規律

1.

第6款 商人間の契約の申込み等

1.

第2節 商事売買

第1款 商事売買

1.

第3節 交互計算

第1款 交互計算

1.

第4節 匿名組合

第1款 匿名組合

1.

第5節 仲立人

第1款 仲立人

1.

第6節 問屋

第1款 問屋

1.

第7節 運送營業

第1款 運送人の意義

1.

第2款 物品運送

1.

第3款 貨物引換証

1.

第4款 旅客運送

1.

第8節 倉庫營業

第1款 倉庫營業

1.

第9節 場屋營業

第1款 場屋營業

1. あ

第10節 有価証券（商 517-519）

第1款 有価証券

1. 有価証券とそれ以外の区別

- ・ 意義：財産的価値ある私権を表章する証券で、権利の移転・行使に証券の所持を必要とするもの
：権利の移転を会社に対抗するため証券を必要とする株券を定義に含むため
→会社法で株券不発行が原則となったため、権利の行使に証券の所持が必要で足りる
- ・ 効果：実体的権利を立証せずに所持人が権利を行使可能、権利移転に証券が必要
例：手形・小切手・株券・社債券・新株予約権証券・貨物引換証・倉庫証券・船荷証券等
- ・ 証拠証券（契約証書、金銭借用証書、受領証等）：法律関係の存否・内容の紛争に備えて発行
- ・ 免責証券（手荷物預り証、下足札等）：権利者の識別が困難な場合に履行責任を免責するもの
- ・ 金券（収入印紙、郵便切手）・紙幣：その物自体に価値があるもの

2. 有価証券の種類

- ・ 権利者の指定方法
 - * 記名証券：裏書禁止の手形・貨物引換証等、記名式小切手
 - * 指図証券：裏書禁止のない手形・貨物引換証等、記名式・指図式小切手
 - * 無記名証券：持参人払式小切手、株券（譲渡のみ）
- ・ 証券の属性
 - * (非)文言証券：権利の内容が証券上の記載によって決定されるか（→流通性）
 - * 無因証券・要因証券：原因たる法律関係の有無・消長に証券上の権利が影響されるか
 - * (非)設権証券：証券の作成によって証券に表彰された権利が初めて発生するか
 - * 厳格な・緩やかな要式証券：法定の記載事項が欠けると無効になるか、重要部分で足るか
 - * (非)受戻証券：証券と引き換えでなければ債務履行をしなくてよいか
 - * (非)呈示証券：権利行使に手形呈示が必要か→手形呈示まで履行遅滞にならない(商 517)
- ・ 手形・小切手：最も完全な有価証券：権利の発生・行使・移転・消滅がすべて証券と関連
→特徴：債権的有価証券（金銭債権であって物権的効力がない）、厳格な要式証券性、設権証券性、呈示証券性、受戻証券性、文言証券性、無因証券性

3. 有価証券の譲渡方法と善意取得

- ・ 譲渡方法：商 519-1→手形 12~14,小切手 5-2,19
 - * 記名証券：指名債権譲渡(民 467)+証券の交付
 - * 指図証券：裏書によって譲渡 → 裏書が連続する証券所持人は適法な所持人と推定
 - * 無記名証券：証券の交付のみで譲渡可能 → 証券の所持人が権利行使可能
- ・ 金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする有価証券：善意取得可能(商 519→小切手 21)
※善意無重過失で足りる、盗品・遺失物の例外がない(⇔民 192-194)
→その他の有価証券にも類推適用。なお、手形・小切手・社債券(会社 689-2)は同様の規定
例外：株券(会社 131-2)、新株予約権証券・新株予約権付社債(会社 258-2,4)

4. 有価証券（指図・無記名債権）の行使方法

- ・ 弁済：債務者の現在の営業所で行う = 取立債務(商 516-2) ← 持参債務の原則の例外
 - ・ 履行遅滞：履行期の定めがあっても、証券呈示があるまで履行遅滞にならない(商 517)
5. 有価証券の喪失と公示催告手続(非訟 114-117)
- ・ 金銭その他の物又は有価証券の給付を目的とする有価証券の喪失 + 公示催告の申立て
→ 公示催告人の供託請求権・担保提供による履行請求権(商 518)
∴ 公示催告手続には時間がかかるから (官報掲載後最低 2 カ月)
- 特則：預証券・質入証券(商 605)、倉荷証券(商 627-2)
- 公示催告手続なしで担保提供による証券の再発行請求権
∴ 対象が金銭ではない → 荷物等は腐ることがあるので、急ぐ必要がある

第3編 手形法・小切手法

第1章 総論

第1節 総論

第1款 手形・小切手の意義・機能

1. 手形・小切手の意義

- ・支払手段：現金授受を省くことによる煩雑さ・紛失の危険回避 → 手形・小切手とも
- ・信用利用手段：代金の延べ払い（企業間信用） → 手形のみ

2. 手形・小切手の種類と債務者

- ・約束手形：振出人が受取人・所持人に対して一定金額の支払を約する旨を記載した証券
 - * 支払約束、振出人と受取人（所持人）の二当事者
 - * 主たる手形債務者（振出人）と従たる手形債務者（裏書人）
- ・為替手形：振出人が支払人宛に受取人・所持人に一定金額を支払うよう委託する旨の証券
 - * 支払委託、振出人と受取人（所持人）、支払人（引受人）の三当事者
 - * 支払人の引受けを条件とする金銭債権+引受拒絶・支払拒絶の場合の振出人への遡求権を表章
 - ※引受け：為替手形の支払人がなす手形金の支払債務を負担する手形行為
 - （引受けると）主たる手形債務者：支払人、従たる手形債務者：振出人・裏書人
- ・小切手：振出人が支払人たる銀行宛に所持人に一定金額を支払うよう委託する旨の証券
 - * 支払委託、振出人と受取人（所持人）、支払人（引受人）の三当事者
 - * 支払人による支払の期待利益を受ける資格と支払拒絶の場合の振出人への遡求権を表章
 - 引受けは不要。主たる小切手債務者は観念しない

3. 手形小切手と銀行取引との結合

- ・当座勘定取引契約
 - 銀行が顧客が振出し又は引受けた手形小切手につき、当座預金を支払資金として支払うもの
 - ∴支払担当者・支払人は銀行でないと信用がなく無価値 → 振出すための口座が当座預金口座
 - * 小切手契約：顧客が債務負担した手形小切手を口座から支払う事務処理の準委任契約
 - * 消費寄託契約：その支払資金たる当座預金の預け入れに関する契約又はその予約
 - ※当座預金が不足すると不渡り、振出し・引受けは銀行に対する個別の支払いの指図となる
- ・手形交換制度
 - * 受け取った手形を取引銀行（取立銀行）の当座預金口座に預け入れ、銀行に取立を依頼
 - 取立銀行は手形交換所を経由して支払銀行から手形金額を取立て、当座預金に入金する
 - * 手形交換所：現金の授受はなく、日本銀行の口座での振替えで手形金決済を行う
 - * 預金通貨機構：手形交換により現金通貨の発行量を上回る経済活動を可能にするシステム
 - ∴手形の振出し・決済に現金の授受がなく、当座預金は原則手形小切手でしか引き出せない
 - 銀行の手形貸付・手形割引による資金は通常、当座預金に振り込まれる
 - 当座預金を「預金通貨」と呼ぶ

* 信用純化のための制度 ①統一手形・小切手用紙

②手形交換制度（不渡手形→当座取引・貸付取引の停止）

4. 信用利用の手段としての手形（銀行による貸付取引の種類）

- ・ 証書貸付：貸付にあたり借用証書を取るもの
 - ・ 手形貸付：貸付にあたり借主に約束手形を振り出させるもの（主に短期貸付）
→例外的に貸付証書も用いる場合もある、金銭消費貸借の債権と手形債権を銀行は有する
 - ・ 手形割引：満期日以前に金融機関に手形を裏書譲渡し現金化すること（手形の売買の一種）
→満期日までの利息と費用が差し引かれるので割引
- * 不渡になると裏書人への遡求権ではなく、銀行取引約定書による買戻請求権を行使する

【最判昭 48.4.12】手形割引の本質は手形の売買[昭 46 才 111]

A振出の商業手形につき、受取人Bから現金化を依頼された被告人Yが割引料を差引き裏書譲渡を受けたもの。手形授受は「手形自体の価値に重点を置き」「手形以外に借用証書の交付や担保の提供」がなかった本件で、「本件各約束手形の授受はいわゆる手形の割引として手形の売買たる実質を有し、前記金員の交付は手形の売買代金の授受にあたるものであつて、これについては利息制限法の適用がない」（YからA,Bらへの約束手形金請求）

5. 手形の目的と種類

- ・ 商業手形：商取引の決済のために用いられる手形のこと
→信用力が高い、銀行に預けておけば支払呈示日に自動的に決済してくれる（=自動決済力）
- ・ 融通手形：商取引がなく、受取人に振出人の信用を供与する目的で用いられる手形のこと
→受取人は割引いてもらい、満期までに買戻すか手形金額を振出し人に支払う

第2款 手形・小切手と原因関係

1. 手形小切手関係

- ・ 手形小切手関係：振出人と受取人の間など、手形に関する法律関係のこと
 - ・ 手形小切手の実質関係：手形小切手関係の外にある実質的な法律関係で密接な関係にあるもの
- * 原因関係：手形小切手行為の目的たる原因となっている実質関係のこと
- 例：借入金債務の弁済、買掛金債務の支払い、手形の書替え、手形貸付・割引、融通手形等
- * 資金関係：為替手形・小切手の支払人・振出人の間の実質関係

要件①振出人が支払人の下に処分可能資金を有すること

②為替手形の振り出しにより処分できる旨の明示又は黙示の契約の存在

効果：日本法では手形小切手関係の効力に影響を及ぼさない（独法。仏法は影響あり）

例：事前の現金交付、支払人に対する売掛金債権、当座勘定取引契約

* 準資金関係：為替手形の引受人・約束手形の振出人と支払担当者の実質関係

→他に、手形保証人と被保証人、参加支払人と被参加人。資金関係に準じる

2. 手形小切手関係と原因関係

- ・ 手形の無因性：手形関係は原因関係から切り離され、分離されている
→手形の振り出しは既存の債務関係を表象するのではなく、新たな債務を成立させるもの
 - ・ 手形関係→原因関係への影響
- * 既存債務の消長：既存債務の消滅又は併存は当事者の意思が基準

・「支払に代えて」：既存債務消滅（代物弁済として手形を提供）

・広義の「支払(確保)のために」：既存債務併存

【大判大 7.10.29】 既存債務の消長は当事者の意思を基準に決めるべき

【最判昭 45.10.22】 当事者の意思が不明な場合は並存するものと推定すべき

∴手形が必ず支払を受けられるとは限らないから、既存債務が消滅しないと推定すべき

* 既存債権と手形債権の行使の順序（広義の「支払のために」の場合）

・狭義の「支払のために」：手形債権を先に行使すべき

・「担保のために」：どちらを先に行使してもよい

※判断基準

・手形債務者≠債務者 → 「支払のために」 ∴債務者にとって有利、放置すると債務者に損失

例：第三者振出し・引受けの手形の裏書譲渡、第三者に引受け済みの為替手形、小切手

・手形債務者=債務者 → 「担保のために」 ∴自分で払うから債務者にとってどちらも一緒

←実際は支払担当者たる銀行に資金を用意しており、「支払のために」と解する

【最判昭 23.10.14】 債務者自身が手形上の唯一の義務者の場合は担保と解すべき[昭 23 才 12]

貸金債権と照応する3件の手形を発行したが特例法により手形金の請求できなくなり貸金請求した。支払場所は債権者宅、代物弁済ではないことが認められた。貸金請求を控訴審が認め、上告棄却。

「そしてかように手形がその原因関係たる債務の支払確保のため振出された場合に、当事者間に特約その他別段の意思表示がなく債務者自身が手形上の唯一の義務者であつて他に手形上の義務者がいない場合においては、手形は担保を供与する趣旨の下に授受せられたものと推定するを相当とすべく、従つて債務者は手形上の権利の先行使を求めることはできないものと解するのを相当とする。すなわち、債権者は両債権の中いずれを先に任意に選択行使するも差支えないものと言わねばならない」

* 既存債務の行使：手形の交付が必要（但し、同時履行の抗弁権とは異なり、履行遅滞に陥る）

∴二重払いの危険、受戻証券性、遡求権が行使困難（→これらがなければ返還不要？）

【最判昭 33.6.3】 原因債権の行使であっても手形小切手を交付する必要がある

【最判昭 40.8.24】 原因関係の履行期を徒過すると手形返還前でも原因債権の履行遅滞に陥る

* 手形行為と原因債権の時効

【最判昭 62.10.16】 手形訴訟の提起により原因債権の時効は中断する[昭 60 才 965]

S48.5.10 原告が被告から社宅新築の空調・衛生設備工事を請け負う（代金 1590 万円）

S49.1.14 完成して引渡、被告は 1170 万円支払、約束手形振出（160 万円、満期 S49.5.15）

工事の瑕疵を理由に残代金支払拒絶、手形も満期に支払拒絶

S49.6.4 原告が手形訴訟提起→S49.8.7 仮執行宣言付手形判決

→被告異議申し立て、原告が残額 260 万円の請求訴訟を提起し併合

→被告：瑕疵修補に代わる損賠請求権・約定違約金を反対債権に相殺等を主張

S56.3.25 一番：手形金 134 万円認容（26 万円損賠相殺）、請負残代金 260 万円認容

→被告控訴：原因債権の消滅時効（3 年）の完成による手形金支払拒絶をを追加主張

S60.4.30 控訴審：手形金請求控訴棄却、請負残代金 220 万円認容（免責的債務引受けの抗弁認容）

「債務の支払のために手形が授受された当事者間において債権者のする手形金請求の訴えの提起は、原因債権の消滅時効を中断する効力を有するものと解するのが相当である。けだし、かかる手形授受の当事者間においては、手形債権は、原因債権と法律上別個の債権ではあつても、経済的には同一の給付を目的とし、原因債権の支払の

手段として機能しこれと併存するものにすぎず、債権者の手形金請求の訴えは、原因債権の履行請求に先立ちその手段として提起されるのが通例であり、また、原因債権の時効消滅は右訴訟において債務者の人的抗弁事由となるところ（最判昭 43.12.12）、右訴えの提起後も原因債権の消滅時効が進行しこれが完成するものとするれば、債権者としては、原因債権の支払手段としての手形債権の履行請求をしていながら、右時効完成の結果を回避しようとする、更に原因債権についても訴えを提起するなどして別途に時効中断の措置を講ずることを余儀なくされるため、債権者の通常の期待に著しく反する結果となり（最判昭 53.1.23）、他方、債務者は、右訴訟係属中に完成した消滅時効を援用して手形債務の支払を免れることになって、不合理な結果を生じ、ひいては簡易な金員の決済を目的とする手形制度の意義をも損なう結果を将来するものというべきであり、以上の諸点を考慮すれば、前記当事者間における手形金請求の訴えの提起は、時効中断の関係においては、原因債権自体に基づく裁判上の請求に準ずるものとして中断の効力を有するものと解する」

（島谷意見）原因債権の消滅時効は人的抗弁事由にならないから、原因債権の時効を論じるまでもない。別個の債権で、弁済等で債権者は満足を得ていない以上、原因債権が弁済された場合と同様には扱えない。

・原因関係→手形関係への影響：解釈により無因性が通説

* 手形の無因性の4つの意味

- ・当事者間でも、原因関係の瑕疵は手形上の権利発生に影響せず、抗弁として取り扱われる
- ・人的抗弁の主張制限により、手形の第三取得者が取得する権利の性質
- ・原因関係（原因債権）から手形関係（手形債権）が分離独立している
- ・手形上の権利や手形行為が有する性格（人的抗弁の主張制限や原因関係からの独立）

* 無因性の下での原因関係の影響

- ・原因関係に基づく抗弁の対抗は直接の当事者間に限られる
→抗弁権：請求権を肯定しつつ、その主張を制限＝無効等の主張立証責任は手形債務者

【最判昭 43.12.12】原因債権の時効消滅は手形の人的抗弁事由となる

- ・利得償還請求権：手形債務を免れた債務者（時効等）が原因関係で得た対価の償還請求権
→所持人から振出人・裏書人・引受人に受けた利益の限度で請求可能（手 85、小 72）
∴当事者間の利害の衡平

第2章 約束手形

第1節 振出と約束手形要件

第1款 振出

1. 手形の振出：振出人が手形要件その他を記載して署名し、受取人に交付する行為
 - ・約束手形では、振出人が手形金額の満期日における支払を約束する行為

第2款 約束手形要件

1. 約束手形要件（＝必要的記載事項）
 - ・書面行為性：手形小切手行為は手形小切手上に法定の要件を満たす記載がなされることで成立
∴手形上の記載内容がその権利義務を規定するため、厳格な要式行為性が要求される
 - ・客観解釈の原則：手形上の記載の意味内容の解釈は、客観的基準でなされる必要がある
→手形取得者に通常要求される理解力に対応した明瞭性を文言的に有していること
※明瞭性＝当該手形行為者が記載したこと＋当該事項が記載されていること＋記載事項の内容
 - ・必要的記載事項：これを欠くと手形行為が有効に成立しないもの(§76-1)＝手形要件
※みなし規定で救済される項目もある(§76-2～4)
 - ・任意的記載事項：有益・無益的記載事項のこと。形式的に有効な手形の存在を前提する
 - ・有益的記載事項：手形権利義務関係の法定の内容を補充・変更する効力を有する
 - ・無益的記載事項：手形上効力はなく、「記載せざるもの」とみなされる
 - ・有害的記載事項：記載自体無効であり、さらに手形自体無効となる
※基本手形＝振出により作成された（元の）手形のこと

第3款 必要的記載事項

1. 約束手形文句(§75:1)：統一手形用紙では印刷済み
 - ・標題の「約束手形」ではなく、金額下の支払文句中の「約束手形」の表示をいう（通説）
§75:1 証券ノ文言中ニ其ノ証券ノ作成ニ用フル語ヲ以テ記載スル約束手形ナルコトヲ示ス文字
2. 手形金額(§75:2 前段)
 - ・要件：金額の一定性（100～200万円は不可）、
 - ・複記（欄外にも記入）で異なる金額の場合：文字と数字は文字優先、同種は最小金額(§6)
※数字は全部がアラビア数字の場合（「100万円」は文字）

【最判昭 61.7.10】手形金額の重複記載の処理[昭 57 才 1175]

約束手形金請求(100万円)→一審：100円→控訴：100万円→上告：破棄自判(控訴棄却)

手形の金額欄が「壹百円」、その右上段に「¥1,000,000-」と記載され、100円の収入印紙が貼付されている事案で、原審は§6-1につき漢数字も数字で、一方が明白に誤記なら§6-2は不適用とした(¥100なら印紙不要)
§6-1「壹百円」という記載は、手形法六条一項にいう「金額ヲ文字ヲ以テ記載シタル場合」に当たる……同条項において文字による記載を数字による記載に比し重視しているのは、前者が後者よりも慎重にされ、かつ、変造も困難であるからである……「壹百円」という記載は右のような文字による記載の趣旨に適った記載方法であるといえる……このような記載が文字による記載に当たるものと解しないと、仮名文字による記載が現実的でないことに鑑み、同条項の対象とする文字による記載がありえないことに帰し、不合理]

「本件手形上に記載された手形金額については、同条項を適用して右金額を一〇〇円と解する……同条項は、最も単純明快であるべき手形金額につき重複記載がされ、これらに差異がある場合について、手形そのものが無効

となることを防ぐとともに、右記載の差異に関する取扱いを法定し、もつて手形取引の安全性・迅速性を確保するために設けられた強行規定であり、その趣旨は、手形上の関係については手形の性質に鑑み文字で記載された金額により形式的に割り切った画一的な処理をさせ、実質関係については手形外の関係として処理させることとしたもの……一〇〇円という小額の手形が振出されることが当時の貨幣価値からしてほとんどありえないこと及び本件手形に貼付された収入印紙が一〇〇円であることを理由として、本件手形における文字による金額記載を、経験則によつて、算用数字により記載された一〇〇万円の明白な誤記であると目することは、手形の各所持人に対し流通中の手形について右のような判断を要求することになるが、かかる解釈は、その判定基準があいまいであるため、手形取引に要請される安全性・迅速性を害し、いたずらに一般取引界を混乱させるおそれがある」(谷口反対) 漢数字は文字であるが、§6 は解釈規定で、誤記が明白なら数字を優先してよい。「手形面上の記載自体を解釈するについては、一般の社会通念、慣習等に従つて記載の意味内容を合理的に判断」してよい。

3. 単純なる支払約束文句(§75:2 後段)

- ・「単純なる」=支払約束の効力を手形外の実事にかからしめないこと ∴手形の流通性確保

4. 満期(§75:3)

- ・手形上に記載された手形金額の支払のあるべき日。定め方は4通り(§33)

※実際に支払われるべき日(支払を為すべき日)とは異なりうる(例:満期が法定休日)

①一覽払:手形所持人が支払請求のために手形を呈示した日を満期とするもの

※満期の記載がない場合は一覽払(§76-2) ← 白地補充権がある場合は白地手形とする

【大判昭 11.6.12】【大判昭 18.4.21】統一手形用紙支払期日欄未記入は満期白地手形と扱う

②一覽後定期払:一覽のための手形呈示日から手形の記載期間を経過した日を満期とするもの

③日附後定期払:振出日付から一定期間を経過した日を満期とするもの

※§72,73 で初日不算入、満期が法定休日の場合はそれを翌取引日とすることを定める

④確定日払:特定の日を満期とするもの。存在しない暦日は合理的解釈で末日扱い

※振出日より前の日が満期の場合、外観解釈の原則より一般に無効

【最判昭 44.3.4】2月29日満期の手形は2月末日満期の有効な手形

【最判平 9.2.27】振出日より満期日が後の手形は無効[後掲 平 6 才 363]

振出日空欄(h3.10.24)、満期 h3.11.22 の手形を各々h3.11.25(譲渡日)、h4.6.22 に変造し裏書譲渡した例

5. 支払地(§75:4)

- ・満期において支払をなすべき地のこと(⇔支払場所はその中のより狭い限定された場所、§4)

※実在しない地の場合は権利行使できないため無効

※欠けていても振出地があればそれを支払地とみなす(§76-3)

- ・効力は満期の場合のみ。満期前・支払呈示期間経過後には及ばない(通説) ⇔判例は肯定

→振出人に対する請求:商 516-2 より振出人の営業所・住所が履行場所となる

支払地内非制限説:支払地内外を問わず主たる債務者の営業所・住所が履行場所(通説)

支払地内制限説:支払地内にある主たる債務者の営業所・住所が履行場所(判例)

【最大判昭 42.11.8】呈示期間後の呈示に支払地内制限説を採る[昭 38 才 1240]

為替手形金請求→一審:請求棄却→控訴:破棄自判(手形金額+S36.1.12~利息認容)上告:破棄自判(S36.1.12~3.10の遅延利息を棄却)

S35.10.7 為替手形振出し:支払人被告、満期 S36.1.7、支払地・支払場所の定めあり(振出地と異なる)

原告裏書譲渡を受ける→住友銀行に取立委任目的で裏書譲渡→神戸銀行に取立委任裏書

S36.1.11 神戸銀行が支払場所で支払呈示したが拒絶された

S36.3.10 支払命令正本送達日

「支払場所の記載はその手形の支払呈示期間内における支払についてのみ効力を有するのであつて、支払呈示期間経過後は支払場所の記載のある手形も、本則に立ちかえり、支払地内における手形の主たる債務者の営業所または住所において支払わらるべきであり、したがつて支払の呈示もその場所で手形の主たる債務者に対してなすことを要し、支払場所に呈示しても適法な支払の呈示とは認められず、手形債務者を遅滞に附する効力を有しない」

「手形に支払場所の記載がある場合には、手形の主たる債務者は、支払呈示期間中、支払場所に支払に必要な資金を準備しておかなければならないのが当然であるが、もし支払呈示期間経過後もその手形の支払が支払場所になさるべきであるとするならば、手形債務者としては、手形上の権利が時効にかかるまでは、何時現われるかわからない手形所持人の支払の呈示にそなえて、常に支払場所に右の資金を保持していることを要することになつて、不当にその資金の活用を阻害される結果となるし、さりとて右の資金を保持しなければ、自己の知らない間に履行遅滞に陥るといふ甚だ酷な結果となるのを免れないからである。この場合、手形債務者は手形金額を供託しその債務を免れる途がないではないが、しかし手形金額の供託は、手形債務者の資金の活用を阻害して取引の実情にそわない点では、支払呈示期間経過後も支払場所に支払に必要な資金を保持させるのと異なるところはない。もつとも、叙上の見解によれば、手形所持人が支払呈示期間経過後に支払の呈示をする場合に多少の不便を生ずることは否定できないが、それは支払呈示期間を徒過した手形所持人として当然忍ぶべき不利益といわざるをえない。また、手形はいわゆる文言証券で、手形債務者は証券記載どおりの責任を負うべきものと解せられるが、手形がこのような文言証券と解せられるのは、ひつきよう、健全な手形取引の確保をはかる必要に基づくのであつて、その必要を超えてまでも手形の文言証券性を云為することはその本来の趣旨を逸脱するものといふほかなく、支払地のごとき手形要件は別として、支払場所のように主として手形債務者の支払の便宜を顧慮して認められた記載事項については、これを上述のように制限的に解しても、それが手形取引から見て合理的と認められるかぎり、手形が文言証券であることと格別背馳するものとはいえない」

（奥野反対、田中同調）文言証券ゆえ当然支払場所に拘束される（所持人の正当な期待）。供託すればよく、どのみち営業所に資金を用意しないといけないから運用はできない。支払場所が無効なら支払地も無効になるはず。

（松田反対）文言証券性に背反、支払呈示期間経過とともに無効になるのが支払場所だけというのはおかしい、支払呈示期間後がダメなら前もダメなはずだが、期間前に支払場所での呈示を求める場合が規定されている。統一手形法だから、他国と解釈をそろえるべきだが、ドイツは支払場所を有効としている。

（岩田反対）支払場所を有効とするのが合理的。

- ・ 一定性：重疊的記載・選択的記載は認められない（通説）←選択的記載は許されるべきでは
【大判明 34.10.24】最小独立行政区画たる地域を意味する（市町村・特別区をいう）

6. 受取人(§75:5)

- ・ 支払を受け、又は支払を受ける者を裏書により指図すべき者
- ・ 自己指図手形（受取人＝振出人）は無効。為替手形では認められる(§3-1)

7. 振出地(§75:6)

- ・ 手形が振り出された地。振出人の住所とみなす(§76-3)、記載は最小独立行政区画でよい
- ・ 統一手形用紙では振出人の住所と兼ねて記載
- ・ 振出地の記載がない場合、振出人の名称に附記した地（肩書地）を振出地とみなす(§76-4)

8. 振出日(§75:6)

- ・ 手形が振り出された日として記載されている日

←実際に振り出された日を意味せず、実際に振出した日を記載しなくてもよい

- ・日付後定期払手形では満期日の確定に必要 ⇔ 確定日払では無関係

←確定日払の場合は振出日は必要的記載事項ではないとする説もあるが法の明文に反する

【最判昭 41.10.13】 振出日白地の手形の効力[昭 39 才 960]

被裏書人が振出日白地の手形を白地のまま満期に提示したもの（約束手形金請求）

「確定日払の約束手形においては、振出日の記載は手形上の権利の内容の確定のために必要でないから、その記載のない手形もこれを無効と解すべきでない旨主張するが、手形法七五条、七六条は、約束手形において振出日の記載を必要とするものとし、手形要件の記載を欠くものを約束手形としての効力を有しないものと定めるにあたり、確定日払の手形であるかどうかによつて異なる取扱いをしていないのであつて、画一的取扱いにより取引の安全を保持すべき手形の制度としては、特段の理由のないかぎり法の明文がないのに例外的取扱いを許すような解釈をすべきではない」

【最判昭 58.3.31】 振出日白地の手形の効力[昭 57 才 1426]

手形 75,76 条は「約束手形において振出日の記載を必要とするものとし、手形要件の記載を欠くものを約束手形としての効力を有しないものと定めるにあたり、確定日払の手形であるかどうかによつて異なる取扱いをしていないのであるから、確定日払の約束手形であっても振出日の記載を欠くものは約束手形の効力を有しない」

【最判昭 61.11.7】 振出日白地の小切手の効力[昭 61 才 126]

「小切手法一条五号、二条一項は、小切手の振出日を小切手要件と定め、その記載を欠くものは小切手としての効力を有しないものとしており、厳格な要式証券たる小切手においては、画一的取扱いにより取引の安全を保持すべきことが要請されているから、振出日白地の持参人払式小切手による支払のための呈示はその効力がなく、したがって、振出人等に対する遡求権の行使もできない」

9. 振出人の署名(§75:7)

- ・約束手形振出人が自らの意思に基づいて自署することが必要、記名押印でもよい(§82)

第4款 任意的記載事項

1. 法定の有益記載事項(§77-1,2 による為替手形の規定の準用)

- ・利息文句(§5)：一覽払・一覽後定期払手形のみ(#1)。利率の表示が必要(#2)
- ・第三者方払文句(§4)：第三者の住所で支払うため、場所を指定する（支払場所の記載）
※当該場所に自分も行って支払う趣旨も、第三者に払ってもらふ趣旨もよい(→支払担当者)
→記載した支払地の場所の中にある特定された地。統一手形用紙絵は取引銀行店舗名が印刷
- ・裏書禁止文句(§11-2)：「指図禁止」「裏書禁止」等の表示をすると、裏書譲渡できない
→指名債権譲渡の形式で行うため、人的抗弁が切断されないが、流通性は損なわれる
【最判昭 56.10.1】 受取人の氏名に続けて「限り」と記載すると裏書禁止文句となる
【最判昭 53.4.24】 印刷済みの指図文句と手書きの指図禁止文句が併存すれば裏書禁止手形
統一手形用紙の指図文句を消さずに指図禁止文句を書き込んだもの。特段の事情がない限り裏書禁止手形とした。
- ・振出人の肩書地(§76-4)、住所地(§76-3)

2. その他の有益記載事項

- ・為替手形振出人・裏書人の担保責任を一部に制限する旨の記載
∴振出人の引受無担保文句(§9-2)、裏書人の引受・支払無担保文句(§15)が認められている
→担保責任の全部排除ができるなら、一部排除も可能と解される

- ・ 振出人が一部の裏書性を奪う旨の記載 ※裏書の相手方の制限・期間を限っての裏書禁止
∴指図禁止文句が許される以上、その一部を禁止するのも認められる
- ・ 約束手形振出人の拒絶証書作成免除文句
∴為替手形振出人の拒絶証書免除文句は遡求義務者かつ手形作成者であるから(§46-1,3)
→約束手形振出人は主たる手形債務者かつ手形作成者である

3. 法定の無益的記載事項

- ・ 利息文句(§5)：確定日払・日付後定期払手形の場合(#1)、又は利率表示がない場合(#2)
- ・ 為替手形振出人の支払無担保文句(§9-2)

【大連判第 14.5.20】法定利息以外の遅延金を支払うべき旨の記載

「手形所持人ハ手形債務者カ所持人ニ対シ法定利息以外ノ損害金ヲ支払フヘキ旨ヲ記載シタル手形ヲ取得スルモ当然右損害金ノ支払ヲ請求スル権利ヲ有セサルモノトス」

4. その他の無益的記載事項

- ・ 記載しなくても手形法の規定上当然に認められる事項（指図文句・引換文句など）
- ・ 記載されても本来的に効力のない事項
※資金文句・委託手形文句(§3-3)・支払指図に付加される通知文句→振出人と支払人の間のみ
※対価文句・担保手形文句（担保手形である旨の文句）→振出人と受取人との間のみ

5. 有害的記載事項

- ・ 分割払い、法定以外の満期の記載(§77-1:2→33-2)
- ・ 手形金の支払について、条件付与や反対給付にかからせる記載

第5款 白地手形

1. 白地手形：記載事項の一部を振出し後に手形所持人に記載させるため、記入せずにおく手形
←本来無効手形だが、白地手形であれば完成前でも完成手形と一定程度同視される(§10)
例：手形金額（金融目的、継続的供給取引）、満期（将来債務の担保）は危険性が高い
よく用いられるのは受取人白地（←割引先を記入）・振出日白地の確定日払
∴手形期間（=手形サイト、振出日～満期日）が長いと割引で信用性に疑問がもたれるから
・ 有益的記載事項の未記入：有効なので、準白地手形という
2. 白地手形の特則(§10)
 - ・ 効果：白地手形の補充権の濫用の抗弁の制限 ※17条(人的抗弁の制限)の特則
 - ・ 意義
 - * 白地手形の存在の認容
 - * 白地手形が未完成でも手形法的流通方法で移転される可能性を認め、流通保護を規定
3. 白地補充権
 - ・ 発生：白地手形発行者と相手方との間の手形外の契約で（相手方／将来の所持人に）授与される
 - ・ 流通：手形法的流通方法により、白地手形に付着して、手形とともに流通する（判例）
→白地補充権留保の白地手形譲渡は当事者間の明示の合意がない限り認められない（≠主観説）

【最判昭 36.11.24】白地補充権の流通[昭 33 才 843]

「白地小切手の……補充権は白地小切手に附着して当然に小切手の移転に随伴するものである」

【最判昭 31.7.20】 白地補充権者を限定する約束に反しても補充は有効[昭 29 才 220]

会社常務が金融依頼目的で金額・満期・振出年月日・受取人白地の約束手形を作成し、金融する人が具体的に決まったら同社の監査役が記入する旨約して交付したが、約旨に反して補充され、請求されたもの。

「手形の交付を受ける手形振出の相手方その他の他人に対して、手形の白地要件の補充権を与えたものでない点において、通常の白地手形の振出とは異なること論旨指摘のとおりであるけれども（かかる手形の振出をも、白地手形の振出を以て呼称することの当否はしばらく措き）振出人たる上告会社においては、他日約旨に従つて手形要件の補充された場合にその文言に従つて振出人として手形上の責任を負担する意思をもつて本件手形に記名捺印したものであることは明らかであり、又、本件手形が金融依頼の目的をもつて木村秀則に交付されたことは、前示のとおりであつて、本件手形は振出人の意思にもとずいて流通におかれたものと解すべきであるから、振出人たる上告会社は、たとえ、手形の白地要件が上告会社と木村秀則との約旨に反し、手形転々の途上において右約旨と異なる補充がせられたとしても、手形の所持人が悪意又は重大な過失で手形を取得したものでない限り、その違約の故を以て所持人に対抗することのできないことは、手形法七七条二項一〇条の法意に照し、明らか」

4. 白地手形と認められるための要件（無効手形と区別する要件）

- ・ 少なくとも1人の白地手形行為者の署名があること（白地振出し）
 - 白地裏書（裏書人の署名しかない）、白地保証（手形保証人の署名しかない）も可
 - 権利能力・行為能力・代理権の有無は白地手形行為をした時点を基準に評価（通説）
- ・ 全部または一部のいずれかの手形要件が白地であること
- ・ 白地補充権の授与があること（判例は主観説ではない ∴ 補充権は手形に付着して移転する）
 - * 主観説：白地手形行為者の白地補充させる意思の有無。白地補充権は手形外の合意で発生
 - ← 補充権なく白地補充された手形を取得する第三者の保護に欠ける
 - ← 権利外観法理で保護すればよい（§10 類推）
 - * 客観説：外観上署名者が補充を予定して署名したと認められるか。
 - 白地手形となりうる証券に署名すれば白地補充権の授与とする
 - ← 行為者意思を無視、白紙に署名しただけで白地手形になりうる、補充権の内容が無限定

5. 白地手形の本質

- ・ 手形としての有効性：未補充の間は未完成の手形で無効。支払呈示しても無効
 - * 客観説：条件付（白地補充）権利であり、同時に白地補充権も表章する証券
 - * 主観説：条件付権利であり、白地補充権は白地手形に付着して流通され§10で保護される

6. 白地手形の流通：流通面では完成手形と同視される

- ・ 譲渡：白地未補充のまま裏書譲渡、受取人白地の場合は交付譲渡可能
 - 善意での取得者には善意取得(§16-2)、人的抗弁の制限(§17)の保護が与えられる
- ・ 不当補充の場合(§10)
 - * 原則：受取人が不当補充した後に取得した所持人の保護規定
 - ・ 本則：白地補充権濫用の不当補充はその違反を所持人に対抗できない(§10 本文)
 - ・ 例外：所持人が悪意重過失で取得した場合は対抗できる(§10 但書)
 - ∴ 権利外観法理、白地手形の流通性の保護（← 白地手形発行に不当補充の可能性は伴う）
 - 特徴：手形債務の成立に関する抗弁で唯一規定があるもの、抗弁制限規定ゆえ§17の特則
 - * 類推適用：未補充白地手形の取得者が、信頼した補充権の範囲で補充した場合

【最判昭 36.11.24】 取得者の白地補充への§10 類推適用 [昭 33 才 843]

受取人から振出日白地の小切手を交付された原告が約4年後に白地補充して支払呈示したが拒絶されたもの
小切手法 13 条の白地補充権濫用の抗弁の制限は「既に補充権の行使によつて完成された小切手を善意で、かつ重過失なくして取得した所持人の場合に適用されるのみならず、善意でかつ重過失なくして白地小切手を取得した所持人が自ら予めなされた合意と異なる補充をした場合にも適用あるもの……けだし、同法一三条の法意は、小切手の流通を円滑にし、善意で、かつ重過失なき所持人を保護することを主意とするものであるからである」

- ・ 取得者による補充権の範囲についての信頼の範囲と調査義務 (§10 類推適用の条件)

* 受取人・受取地白地、確定日払い手形の振出日白地：無制限と推定、調査義務なし

【最判昭 36.11.24】 振出日白地の小切手の白地補充権に調査義務なし[前掲昭 33 才 843]

【最判昭 41.11.10】 受取人白地の約束手形の白地補充権に調査義務なし[昭 41 才 407]

§77-2,10 は「既に合意と異なる補充のされている手形を悪意又は重大な過失なくして取得した所持人に対する場合のみならず、悪意又は重大な過失なくして白地手形を取得した上、予めなされている合意と異なる補充を自らした所持人に対する場合にも、適用あるもの」

* 満期白地・金額白地：受取人から不伝達・不相当な内容の伝達の場合は調査義務あり

【広島高判昭 47.5.1】 金額白地の手形で補充権の存否内容を振出人に照会しないと原則重過失

7. 白地手形の権利行使

- ・ 白地手形のままでの支払呈示：無効、裏書人への遡求権も保全できない

【最判昭 33.3.7】 受取人白地の為替手形の支払呈示は無効[昭 31 才 529]

「いわゆる白地手形は、後日手形要件の記載が補充されてはじめて完全な手形となるにとどまり、その補充があるまでは未完成の手形にすぎないのであるから、それによつて手形上の権利を行使してもその効力を生ずるものではないし、また後日要件の記載が補充されても、署名者が手形上の責任を負うに至るのは補充の時からであつて、白地手形行為の時まで遡るものではないと解すべきである。したがつて、本件為替手形につき受取人（指図人）欄の白地の儘なされた支払のための呈示は無効であり、その呈示期間経過後になされた補充によつて右呈示が遡つて有効になるいわれはない」（為替手形金請求→認容/取消棄却/棄却）

【最判昭 41.6.16】 受取人白地の約束手形の支払呈示は無効[昭 41 才 329]

「いわゆる白地手形は、後日手形要件の記載が補充されてはじめて完全な手形となるものであつて、その補充があるまでは未完成の手形に過ぎないから、それによつて手形上の権利を行使するに由ないものである」（控訴審口頭弁論終了までに受取人欄が補充されなかったもの。約束手形金請求→認容/取消棄却/棄却）

【最判昭 43.10.8】 受取人白地の約束手形の支払呈示は無効[昭 43 才 679]

「白地手形はその補充があるまでは未完成の手形に過ぎないから、それによつて手形上の権利を行使するに由ないものであるし、白地手形による支払のための呈示は無効であり、その呈示期間経過後の補充により右呈示が遡つて有効になるものでない……（最判昭 33.3.7、最判昭 41.6.16 参照）。右につき、受取人欄白地の手形を別異に解することはできない」（約束手形金請求→棄却/棄却）

【最判昭 58.3.31】 振出日白地の約束手形の支払呈示は無効[前掲 昭 57 才 1426]

【最判昭 41.10.13】 【最判昭 61.11.7】 白地手形の支払呈示では遡求権を保全できない[前掲]

- ・ 白地手形の支払：銀行は白地手形に対しては支払わないのが原則

* 手形交換所規則・銀行の当座勘定規定による修正（確定日払手形・小切手のみ）

→受取人・振出日の記載がなくても白地のまま交換決済される

※但し、不渡となつても遡求権は保全できない（手形法上は無効な呈示だから）

【最判昭 55.10.14】 振出日白地手形で取立委任を受けた銀行の白地補充義務・促す義務を否定

- ・ 白地手形による訴え提起：提起はできるが口頭弁論終結までに補充が必要
→ 敗訴後に補充して手形金請求をすることは許されない（【最判昭 57.3.30】）
→ 白地のままでも提訴時点で時効中断となる（積極説）
 - ・ 積極説：白地手形には潜在的／条件付権利が表章され、補充後の権利と一定の同一性がある
 - ・ 消極説：白地補充により補充前にさかのぼって手形上の権利が存在するわけではない

【最判昭 57.3.30】 白地手形は口頭弁論終結時までに補充されないと当然に棄却される

【最大判昭 41.11.2】 受取人白地のまま時効中断の措置を講じ得る[昭 38 才 1301]

受取人白地手形の所持人が、受取人白地のまま手形金請求訴訟を提起し、その後(満期から3年経過後)に白地を補充して完成したもの → 手形金請求を認容(大判昭 8.5.26 の判例変更)

「手形法七七条、七〇条、七八条は、満期の記載のある約束手形の所持人の振出人に対する権利は、満期の日から三年をもつて時効により消滅する旨規定しているから、本件のような受取人白地の手形についても、白地部分である受取人の補充がなくとも、未完成手形のままの状態でも前示時効は進行することとなる。このように、一方で、未完成手形のままの状態、手形上の権利について、時効が進行するものとすれば、このこととの比較均衡からいつて、他方で、白地手形の所持人は、白地部分である受取人の補充をすることなく、未完成手形のままの状態、右時効の進行に対応し、法律の定めるところにより、時効の進行を中断するための措置をとり得べきものと解するのが相当である。もつとも、白地手形の所持人は、何時でも、白地部分を補充して、手形上の権利を行使し、もつて、時効の進行を中断することができるのであるが、白地手形の経済的機能を考え、その円滑な流通を妨げないようにする見地からいつて、時効中断の目的のみのために、早期に白地の補充を強制する結果となることは妥当とはいいがたく、また、白地手形のままの状態、進行しつつある時効について、特にその中断の途を閉ざすべき合理的根拠は見出しがたい。したがつて、本件のように受取人の名称を適法に補充することにより自ら手形上の権利者となり得べき白地手形の所持人は、その間の時効の進行を中断することによつて、将来右受取人の補充により行使し得る手形上の権利を保有し得る」

(奥野補足、入江同調) 受取人白地手形は条件付権利である(反対意見への反論)

(松田反対、岩田同調) 白地を補充しない限り権利は存在しないから訴訟提起できない。将来の給付の訴えも可能になるはずだし、金額白地手形ではどうするのか。時効まで時間は長く、補充して請求できるはず。

8. 白地補充権の行使

- ・ 白地補充権の行使時期の合意：期間内に行使すべきだが、§10 による保護はありうる
 - * 満期の記載ある手形では、遡求権保護のために支払呈示期間内に補充・呈示する必要
 - ・ 白地補充権の消滅時効
 - * 満期の記載がある場合：手形債務の消滅時効(満期後3年)に伴って消滅
- 【最大判昭 45.11.11】 白地補充権は別個の消滅時効にかからない(振出日白地の約束手形)
- (松田反対・岩田同調)(大隅反対) 振出日白地のまま訴えを提起すると時効中断となるとしたのは誤り
- * 満期の記載がない場合：3,5,20年説があるが判例は5年
 - ・ 20年説：白地補充権は形成権であるから、民 167-2 による
 - ・ 5年説：絶対的商行為(商 501:4)の手形行為に準じ商事消滅時効(商 522)による(判例)
 - ※判例は「準用」というが、補充権授与は手形行為そのものではないので、類推適用
 - ・ 3年説：所持人はいつでも補充・請求できるから満期到来手形と同様に扱う(§70、多数)
→ 起算点：振出交付のとき ← 満期は1～2年後の日という合意があればどうするのか

→起算点：補充・権利行使が当事者間の実質関係上で法律的に可能になったとき（判例）

【札幌高判昭 44.8.13】【大阪地判平 1.11.30】白地補充権時効消滅の抗弁に§10 を類推適用

【最判昭 36.11.24】振出日白地小切手の白地補充権の時効は5年[前掲 昭 33 才 843]

S25.9.9 原告が訴外Aから貸金 80 万の支払保証として本件小切手（振出日白地）を受領

この小切手は被告が見せ小切手として訴外Aに交付したものであった

S29.8.11 原告が振出日 8.9 として支払呈示したが拒絶された → 小切手請求の訴え

被告は白地補充権は小切手の請求権と同様 6 月か 1 年で時効消滅すると主張

「白地小切手の補充権は小切手要件の欠缺を補充して完全な小切手を形成する権利であること、補充権は白地小切手に附着して当然に小切手の移転に随伴するものであること等にかんがみれば、補充権授与の行為は本来の手形行為ではないけれども商法五〇一条四号所定の「手形に関する行為」に準ずるものと解して妨げなく、また白地小切手の補充は、小切手金請求の債権発生の要件を為すものであり、さらに小切手法が小切手上的の権利に関し特に短期時効の制度を設けていること等を勘案すれば、白地小切手の補充権の消滅時効については商法五二二条の「商行為二因リテ生シタル債権」の規定を準用するのが相当……従つて……白地小切手の補充権はこれを行使し得べきときから、五年の経過によつて、時効により、消滅する」（小切手金請求事件）

【最判昭 44.2.20】満期白地約束手形の白地補充権の時効は5年

S29.2 ごろ 被告ら→原告約束手形振出し（振出日・満期白地）

S41.8 ごろ 原告が振出日 S38.5.6、満期 S38.12.20 と補充し約束手形金請求訴訟提起

→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告棄却

「満期白地の手形の補充権の消滅時効については、商法五二二条の規定が準用され、右補充権は、これを行使しうべきときから五年の経過によつて、時効により消滅する…（最判昭 36.11.24 参照）」

（大隅意見）白地補充権の消滅時効は3年とすべき、最判昭 36.11.24 が5年とした理由の①手形に関する行為に準じる、②手形金請求の債権発生の要件、③手形法が短期時効を設けていることは、いずれも白地補充権が商事消滅時効の対象になりつつも、個別法たる手形法の3年時効にかからせるべき理由になるから。

【最判平 5.7.20】白地手形の満期のみ補充した場合の白地補充権の時効[平 3 才 1715]

S59.7.20 頃 被告→原告約束手形振出し（振出日・受取人白地、満期 S59.9.20）

S59.9.20 頃 原告・被告の合意により満期の記載を抹消し満期白地の手形とする

H1.6 初め頃 原告が満期を H1.9.1 と補充

H1.9.5 頃 原告が振出日 S59.7.20、受取人原告と補充 → 手形訴訟提起→手形判決：請求認容→被告異議

→一審：手形判決認可→被告控訴：取消自判（請求棄却）→原告上告：破棄差戻し

「手形が満期及びその他の手形要件を白地として振り出された場合であっても、その後満期が補充されたときは、右手形は満期の記載された手形となるから、右手形のその他の手形要件の白地補充権は、手形上の権利と別個独立に時効によって消滅することなく、手形上の権利が消滅しない限りこれを行使することができる（最大判昭 45.11.11 参照）」

第2節 手形行為

第1款 総論

1. 手形行為：手形に関して行われる法律行為

- ・種類：振出し、裏書、保証の3種（為替手形では引受け、参加引受けも含め5種）

※小切手行為：振出し、裏書、保証、支払保証の4種

※振出しを基本的手形行為、その他を付随的手形行為という

- ・特徴

* 書面性：手形行為は手形証券上に記載されることのみによって成立

* 要式性：手形行為は一定の法定の要件を満たしていなければ無効（厳格な要式行為性）

* 文言性：手形行為は専ら手形証券上の記載内容により内容が定まり、記載外は抗弁事由

* 無因性：手形行為は原因関係に関わりなく有効に成立する、無効・不存在は抗弁事由

* 独立性：手形行為は他の手形行為が実質的に有効か否かによらず独立して効力を有する(§7)

∴当然説：手形行為は本来的に別個独立の文言的行為ゆえ当然の結果

∴政策説：手形行為には前後関係があるが流通の円滑化のため政策的に効力を認めた

- ・条件：先行する手形行為が形式上有効

※手形取得者の善意：当然説は悪意者も可能、政策説は悪意者は不可とする立場に親和的

→通説・判例は悪意者も保護（←判例は裏書人が悪意で署名しているから異なるとする見解あり）

【最判昭 33.3.20】裏書と手形行為独立の原則[昭 32 才 926]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却（原告松下、被告大谷）

振出人が会社代表権のないただの取締役→受取→被告→裏書譲渡→原告

S31.4.10 被告が原告に約束手形を振出人を通じて白地式裏書譲渡し、原告が自己の名称を補充した
（20万円、振出人A社取締役社長進藤、受取人被告、満期 S31.5.28、支払拒絶証書不要）

※A社から割引を求められた原告が被告の裏書があれば受けるとして裏書を得たもの

S31.4.20 原告→神奈川県砂利商工協同組合に裏書譲渡

S31.4.24 神奈川県砂利商工協組→(株)第一銀行へ譲渡、満期に提示したが支払拒絶

→手形金額を支払って協組→原告へ受戻し→被告に訴求権行使

控訴審で、原告は被告の裏書が偽造であると知りつつ進藤から手形交付を受け、A社の代表者が別人であることも知っていたと主張したが、前者は事実を認めず、後者は裏書人の責任に無関係として控訴棄却

「原審の認定した事実関係の下においては、上告人は本件手形の真正な裏書人であるというのであるから、被告人が所論のように本件手形振出人の代表者名義が真実に反することを知っていたとしても、上告人の裏書人としての手形上の責任は何ら消長を来たさないものというべきである」

- ・手形行為の解釈：手形行為の文言性から導かれる

* 外観解釈の原則：手形行為が要件を充足しているか否かは手形上の記載のみから判断すべき

* 客観解釈の原則：手形上の記載の意味内容の解釈は専ら手形上の記載のみから判断すべき

→手形外の事実・証拠によって記載内容の意味を変更・補充してはならない

→記載の意味を社会通念（一般取引観念・社会的慣習）に従って確定させること

【大判大 15.12.16】手形行為の客観解釈の原則を認める

2. 手形行為の成立

- ・署名：すべての手形行為について共通的に要求される、不可欠な成立要件
←自署のほか、記名捺印も含む(手 82,小 67)
- ・署名で表示する行為者の名称は、戸籍簿・登記簿上の氏名・商号でなくてもよい
←他人の名義を自分自身を表示するために使用した場合：平常取引上用いていれば認められる
←一回限りでも所持人が夫の行為と証明すれば署名した以上責任を追及してよいのでは
※夫が取引停止になり妻の名義を使用した場合など

【最判昭 43.12.12】多数回他人の名義を使用し手形を振出した者の責任[昭 42 ネ 2941]

約束手形金請求事件→一審：認容→控訴棄却→上告棄却（盛信死亡後の妻らに対する請求）

「訴外浅沼盛信は、同人を代表取締役とする浅沼製菓株式会社の手形取引停止処分を受けたので、おそくとも昭和四一年三月から北海道拓殖銀行亀戸支店に実兄浅沼定雄名義の当座取引口座を設け、同年九月死亡するまで多数回にわたり定雄名義で手形を振出し、本件約束手形はその一通であり、一方、右定雄はいわゆる失対人夫で経済的な信用や実績のある者ではない……このような事実関係のもとにおいては、訴外浅沼盛信は、自己を表示する名称として定雄名義を使用したものと認めることができるから、その名義を用いた手形署名は盛信自身の署名とみるべきであり……盛信は、本件約束手形の振出人として、その手形金支払の義務を負う」

- ・記名捺印：押印があっても本人が名称を筆記していれば自署にあたる
 - * 機関方式の手形行為：代理・代行権限を与えられた者が本人に代わって記名押印する方式
 - * 代理方式による手形行為：代理人であることと顕名をして代理人が署名・記名押印する方式
 - * 理論上：本人の印章として用いられる限り、どんな印象でも問題ない
 - * 実務上：当座預金口座のある銀行に届出である印鑑を用いる必要がある（→銀行の免責）
→銀行届出印以外の印章で捺印：約束手形としては有効、銀行が支払うと過失となりうる

【最判昭 58.4.7】契約締結時に用いた実印を照合して支払った場合[昭 56 才 57]

預金債権請求→一審：棄却→控訴：変更・一部認容→上告：破棄差戻し（過失相殺の割合が低い）

当座勘定取引用の届出印があるのに、契約締結・届出印の届出に用いられた実印が押捺された偽造手形・小切手4通（経理担当者が偽造した）のうち2通を実印と照合し支払ったもの。

「本件当座勘定取引契約においては、少なくとも日常的な手形、小切手の取引は本件取引印のみで行う趣旨であつたといえることができるから、上告人が、たとえ本件実印が押捺されているとはいえ、本件取引印の押捺されていない偽造にかかる本件手形、小切手の支払をしたことは、本件当座勘定取引契約に基づいて被上告人に対して負担する前記債務の不履行にあたり、しかも、右支払に際して被上告人に対しとくに支払委託の意思を照会していない以上、右債務の不履行について過失のあることを免れえないものといわなければならない」

- ・会社その他法人の署名方式：法人のためにする旨を示して自然人たる代表者が署名・記名捺印
 - * 法人の表示
 - * 代表機関の表示：方式に特段の定めはなく、法人のためにする旨が認められれば足りる

【最判昭 47.2.10】「合資会社安心荘 斉藤シズ工」は個人とも法人とも解し得る[後掲]

- * 代表者の署名又は記名捺印：経理部長等に権限を委譲しておく場合は「代理」による
→会社からの手形振出の代理権限付与+担当者の記名判・印鑑を事前に銀行に届出ればよい

【最判昭 41.9.13】法人の署名方式[昭 39 才 1379]

約束手形金請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「手形を裏書によつて譲り渡す場合には、裏書人が当該手形に署名することを要することは同条の規定により明らかであるが、その裏書人が会社その他の法人である場合には、当該法人の代表機関が法人のためにすることを

明らかにして自己の署名をすることを要する……けだし、法人はその機関たる地位にある自然人と別個の人格を有するが、代理の場合と異なり、機関の法律行為を離れて別に法人の法律行為があるわけではなく、法人が裏書人である場合における法人の署名とはその機関の地位にある自然人の署名をいう……本件約束手形の第一裏書欄には、裏書人の表示として、福知山市京町二番地福知山不動産株式会社と記載され、右会社印および代表者印が押捺されているだけで、その代表者の自署または記名捺印がないというのであるから、右裏書欄に被上告会社の署名があるということができず、右裏書は被上告会社の裏書としての効力を生じない旨の原審の判断は正当」

第2款 手形理論

1. 問題の所在：手形の交付欠缺（保管中の盗難等）の場合に手形行為は成立するか
→善意の手形取得者に対して交付欠缺の抗弁を対抗できるか（物的抗弁→近時：人的抗弁）
→統一的説明は無理：振出しは契約、為替手形の引受けは単独行為など、そもそも別種
2. 契約説：手形行為の成立には署名者と相手方との交付契約による手形授受が必要
→交付欠缺の抗弁を善意の手形取得者に対抗できる
∴手形振出しは契約に基づく債務負担であるとする
3. 単独行為説
 - ・発行説：相手方への手形の任意交付により手形債務は成立し、相手方の承諾は不要
→交付欠缺の抗弁を善意の手形取得者に対抗できる ∴交付がないので未成立
 - ・創造説：手形行為は手形署名だけで完成し、相手方すら不要
→交付欠缺の抗弁を善意の手形取得者に対抗できない ∴既に手形債権は成立している
←手形行為成立時の手形債権者は誰なのか、手形発行を止めて保持しても表示行為は有効か
 - ・二段階説：創造説に基づき、署名した時点では振出人自身が債権者
+手形証券の交付により手形上の権利が移転されるが、これは振出人と受取人の交付契約
→交付欠缺の抗弁を善意の手形取得者に対抗できない ∴既に手形債権は成立している
←手形行為を二分してよいのか、自分自身が債権者であるのは不自然
4. 権利外観理論：契約説・発行説に立ちつつ、権利外観理論により善意取得者を保護する
 - * 帰責事由：証券を作成・署名し手形債務を有効に負担したという外観を作出したから
∴振出人以外の手中にある手形は振出人が有効に手形債務を負った可能性が極めて高い
→この信頼を保護することにより、手形の流通性は高まる
 - * 適用要件：署名者の帰責性の存在 + 手形取得者の信頼（=善意、立証責任は署名者）
 - * 法的根拠：§16-2(裏書連続手形所持人の権利) / §10(白地手形の補充権濫用)の類推適用
5. 判例：「流通に置く意思での署名又は記名押印」により帰責される（理論的立場不明）
→「流通に置く意思」=債務負担意思として、それがあつた場合に帰責する

【大判明 44.12.25】 契約説

要旨「手形上ノ権利ハ証券ト離レテ成立スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ手形ノ裏書譲渡ヲ為スニ裏書人カ譲渡ノ意思ヲ以テ裏書記載ヲ為スコトヲ要スルハ勿論尚ホ譲渡ノ意思ヲ以テ手形ヲ他人ニ交付スルコトヲ要スル」

【大判昭 10.12.24】 発行説

要旨「振出人甲カ丙ノ裏書ヲ得テ手形ヲ持参シタルトキハ改メテ調印ノ上交付スヘシトノ約定ノ下ニ乙カ該手形裏書欄ニ署名シ之ヲ甲ニ交付シタルトキハ法律上手形ハ已ニ流通ニ置カレタルモノト認ムヘキモノトス」

【最判昭 46.11.16】 署名後意思によらずに流通した手形と署名者の責任[昭 41 才 568]

約束手形金請求（被告会社ら3名+受取人Z）→一審：被告会社ら宛棄却、Z宛認容

→控訴：取消・被告全員宛認容→上告棄却

S37.5.25 被告会社が代表取締役・専務取締役と共同で約束手形を作成（訴外会社への支払用）

経理係事務員の机の上に置いておいたところ、事務員が外出中盗取された

S37.7 ごろ 一審相被告Zが知人から手形割引を依頼され、自分の商号を受取人欄に記載し原告に裏書譲渡

S37.8.26 満期日。支払呈示したところ拒絶された

「手形の流通証券としての特質にかんがみれば、流通におく意思で約束手形に振出人としての署名または記名押印をした者は、たまたま右手形が盗難・紛失等のため、その者の意思によらずに流通におかれた場合でも、連続した裏書のある右手形の所持人に対しては、悪意または重大な過失によつて同人がこれを取得したことを主張・立証しないかぎり、振出人としての手形債務を負う」

（松本意見）署名又は記名押印した時点で手形行為が完成するから、交付は不要（創造説）

【最判昭56.2.19】「流通に置く意思」の判断[昭54才452]

金融業者Bから担保を要求されたAが被告（上告人）に手形の振出しを依頼し、被告はBが流通に置かない旨の約束をするが確認するまで交付しないことにしていたものの、Aが勝手にBに交付し、流通したものを。

「右事実関係を照らせば、上告人は流通におく意思で本件手形に振出人として記名捺印をしたものというべきであるから、右手形のBに対する現実の交付が上告人の意思に基づくものであつたかどうかにかかわらず、上告人は、連続した裏書のある右手形の所持人に対しては、同人が悪意又は重大な過失によつてこれを取得したことを主張・立証しない限り、振出人としての責任を免れ得ない」（請求認容）

【大阪地判昭47.12.18】捺印後使用目的もなく保存中盗取→「流通に置く意思」否定

「被告は他の用途に使用する目的で入手した手形用紙の振出人欄に捺印のみしたもののうち、不要となった分を、他に流通におく目的もなく書類箱に保管して盗取されたものであるから、被告が本件約束手形を振出したとはいえない」「手形振出には流通におく意思と少なくともこれによる記名押印が必要であつて（手形法八二条、一条八号、七五条七号）、流通におく意思を欠く場合や、単に記名または捺印のみをなしたにすぎないときには手形振出行為は成立しない……もっとも、記名はその代替可能な性質から他人にその代行業を委ねることもでき、流通におく意思で手形に捺印のみをし、記名その他の手形記載事項全部を空白とした場合でも、これを記名の代行業を委託する意思で他人に交付した場合には、その受託者において記名をなしたときに手形振出行為が完成する……前認定のとおり、本件約束手形は、被告が捺印したものであるけれども、被告においてこれを流通におく意思があつたとは認められないばかりか、被告が記名をしたものでもなく、記名の代行業権を他人に付与する意思で本件手形を受託者に交付したものでないことが明らかであるから、被告が本件約束手形の白地振出をなしたものとはいえない」

【宮崎高支判昭48.10.3】記名押印後廃棄のため保存中盗取→「流通に置く意思」否定

約束手形に記名押印したが現金で支払ったため廃棄するため保管中に盗取されたもの。

「被控訴人としては、本件手形の用紙に記名押印等はなしたものの、予定していた金額の記入もしないまま、これを廃棄する意図で保管していたに過ぎないのであるから、結局本件手形を約束手形として流通におく意思はなかったものと認めるべく、そうだとすれば、被控訴人において本件手形を振り出したものとはいえない」

第3款 手形行為と意思表示

1. 手形行為は法律行為である以上、意思表示により構成され、意思表示が有効である必要がある
→手形権利・意思・行為能力を有する+意思表示につき意思の欠缺・瑕疵がない、が原則
2. 手形行為と権利能力・意思能力・行為能力：物的抗弁となる（流通より本人保護優先）
 - ・手形権利能力=民法上の権利能力：手形上の権利義務の主体たりうる能力
 - 法人はその目的たる事業にかかわらず権利能力を有し、目的の範囲外でも人的抗弁

【最判昭 44.11.4】 権利能力なき社団・財団も手形権利能力がある

- ・ 手形意思能力 = 民法上の意思能力：手形行為における意思表示する能力

【東京地判平 10.3.19】 意思無能力者は手形債務を負担しない

- ・ 手形行為能力 = 民法上の行為能力：手形行為を単独で有効に行うことができる能力
→無担保裏書は重要な財産の得喪を目的とする行為(民 13-1:3)、振出・裏書は借財保証(同:2)

【大判明 39.5.17】 保佐人の同意なき被保佐人の手形行為は取消し得る

3. 手形上の意思表示に関する意思の欠缺・瑕疵

- ・ 学説：民法の一般原則をそのまま適用すると、善意の手形取得者の保護に欠ける

* 個別的修正説：民法の一般原則を修正して適用すべき

→虚偽表示・詐欺：そのまま（善意の第三者に対抗できないから）

→心裡留保・錯誤・強迫：第三者に対抗できないと修正(94-2 類推/同/96-3 類推)

* 全面適用排除説：民法の一般原則は適用されない

- ・ 形式的行為説：手形であると認識し、又は認識すべくして署名すれば成立する

→意思表示の欠缺・瑕疵は人的抗弁事由にとどまる ∵手形行為の書面性・文言性・形式性

- ・ 権利外観理論による一般的修正説：意思表示の瑕疵は善意の第三者には対抗できない

∵手形であると認識し又は認識すべくして署名し、有効な手形行為成立の外観を作出した

→意思表示の瑕疵は人的抗弁事由にとどまる

* 全面適用説、二段階創造説により権利移転行為に善意取得を適用する説

- ・ 判例：意思欠缺でも有効とするが、微妙な事例ではある

→錯誤無効は人的抗弁として扱う = 裏書は有効だが、人的抗弁としてなら対抗可能

【最判昭 54.9.6】 手形金額に錯誤がある裏書[昭 53 才 1281]

約束手形金請求→手形訴訟：150 万円支払命令→一番：取消・棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

S49.4.10 本件手形振出（振出人 A、受取人 B、満期 S49.7.30、金額“¥1,500,000”）

その後、B→白地、被告→C→原告→取立委任銀行と裏書譲渡され、満期に支払呈示したが拒絶
被告は金額を 150 万円と誤信したので裏書は錯誤無効と主張

「手形の裏書は、裏書人が手形であることを認識してその裏書人欄に署名又は記名捺印した以上、裏書としては有効に成立するのであつて、裏書人は、錯誤その他の事情によつて手形債務負担の具体的な意思がなかつた場合でも、手形の記載内容に応じた償還義務の負担を免れることはできないが、右手形債務負担の意思がないことを知つて手形を取得した悪意の取得者に対する関係においては、裏書人は人的抗弁として償還義務の履行を拒むことができる」
「被告人が金額一五〇万円の本件手形を金額一五〇万円の手形と誤信して裏書したものであるとすれば、被告人には、本件手形金のうち一五〇万円を超える部分については手形債務負担の意思がなかつたとしても、一五〇万円以下の部分については必ずしも手形債務負担の意思がなかつたとはいえず、しかも、本来金銭債務はその性質上可分なものであるから、少なくとも裏書に伴う債務負担に関する限り、本件手形の裏書についての被告人の錯誤は、本件手形金のうち一五〇万円を超える部分についてのみ存し、その余の部分については錯誤はなかつたものと解する余地があり、そうとすれば、特段の事情のない限り、被告人が悪意の取得者に対する関係で錯誤を理由にして本件手形金の償還義務の履行を拒むことができるのは、本件手形金のうち一五〇万円を超える部分についてだけであつて、その全部についてではないものといわなければならない（手形の一部裏書を禁止した手形法一二条二項の規定は、上記の解釈を妨げるものではない。）」→破棄差戻し

第4款 手形行為と代理

1. 代理方式による手形行為の要件

- ・ 形式的要件：代理関係の表示+代理人が自分の署名又は記名捺印すること

【大判明 40.3.27】代理・代表を明記せずとも本人のためにすることが認識しうる程度でよい

【最判昭 47.2.10】手形所持人に有利な解釈[昭 46 才 209]

約束手形金請求→手形判決：認容→一審：認可→控訴棄却→上告棄却

「法人の代表者が法人を代表して手形を振り出す場合には、手形に法人のためにする旨を表示して代表者自ら署名しなければならないが、手形上の表示から、その手形の振出が法人のためにされたものか、代表者個人のためにされたものか判定しがたい場合においても、手形の文言証券たる性質上、そのいずれであるかを手形外の証拠によつて決することは許されない。そして、手形の記載のみでは、その記載が法人のためにする旨の表示であるとも、また、代表者個人のためにする表示であるとも解しうる場合の生ずることを免れないが、このような場合には、手形取引の安全を保護するために、手形所持人は、法人および代表者個人のいずれに対しても手形金の請求をすることができ、請求を受けた者は、その振出が真実いずれの趣旨でなされたかを知っていた直接の相手方に対しては、その旨の人的抗弁を主張しうる」「振出人欄には、ゴム印の押捺によつて、「熊本市草葉町4-7、合資会社安心荘、斉藤シズ工」と表示され、「斉藤シズ工」の名下に斉藤と刻した印章が押捺されていて、「安心荘」の部分が他の部分に比較してやや大きく顕出されているというのであるが、右の表示をもつては、本件手形の振出人は上告人であるとも斉藤シズ工個人であるとも解釈できるものといわざるをえない」→所持人が上告人（合資会社）宛に訴求する以上は上告人が振出人の責任を負うべき。

- ・ 実質的要件：代理権・代表権（本人のために手形行為をなす権限）があること

＊利益相反取引規制：会社 356-1:2,365 は適用されるが、第三者には悪意の場合のみ対抗可能

・ 適用の有無：手形行為は利益相反取引規制に該当する(判例)⇔非該当(最大判少数意見)

・ 相対的無効：有効ではないが（無効だが）、善意者に対しては免責されない

【最大判昭 46.10.13 民集 25-7-900】利益相反行為と手形行為[昭 42 才 1464]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

被告会社（上告人）→その取締役振出し（融通手形）→原告（被上告人）に裏書譲渡された約束手形
取締役会の承認の必要性「およそ、約束手形の振出は、単に売買、消費貸借等の実質的取引の決済手段としてのみ行なわれるものではなく、簡易かつ有効な信用授受の手段としても行なわれ、また、約束手形の振出人は、その手形の振出により、原因関係における別個の新たな債務を負担し、しかも、その債務は、挙証責任の加重、抗弁の切断、不渡処分の危険等を伴うことにより、原因関係上の債務よりもいっそう厳格な支払義務であるから、会社がその取締役宛てて約束手形を振り出す行為は、原則として、商法二六五条にいわゆる取引にあたり、会社はこれにつき取締役会の承認を受けることを要する」

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

→原告は取締役会の承認を欠くことにつき善意ゆえ、対抗できない

（大隅補足）手形債務は原因債務より強力ゆえ、原因関係に承認があっても手形振出には承認がいる。小切手は承認不要（支払証券だから）、最大判昭 43.12.25（商 265 による無効は相手方の悪意・重過失を立証しないと

認められない)の趣旨も引用すべきである。

(松本意見)二段階説(中間説)。交付について商265適用し、善意の第三取得者は手16-2で保護すべき。(6裁判官少数意見に対し)実務上「取締役会承認済代表取締役」とゴム印を押しているのものでそれでいいじゃないか。

(岩田、村上、関根、藤林、岡原意見)(色川意見)原因関係について承認があれば足りる(非該当説)

* 自己契約・双方代理：民108が適用されるが、第三者には悪意の場合のみ対抗可能

【最判昭47.4.4】双方代理と手形行為[昭43才813]

約束手形金請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し(他にも違法あり)

「沢博士は、特段の事情のないかぎり、被上告会社の副支配人たる地位において被上告会社を代理して、みずから代表者の地位にある日邦開発に対し本件手形を振り出したものであるから、その手形行為は、商法二六五条所定の場合には当たらないが、民法一〇八条本文所定の双方代理行為に当たる……同条に違反してなされた代理行為は、本人による事前の承認または追認を得ないかぎり、無権代理行為として無効であるから、手形振出行為が双方代理となる場合においても、本人は、当該行為の相手方に対しては右手形の振出の無効を主張することができるが、商法二六五条の解釈適用に関する前記大法廷判決が述べるように、手形が本来不特定多数人の間を転々流通する性質を有するものであることにかんがみれば、右手形が相手方から第三者に裏書譲渡されたときは、その第三者に対しては、その手形が双方代理行為によつて振り出されたものであることにつき第三者が悪意であつたことを主張し立証するものでなければ、本人はその振出の無効を主張し手形上の責任を免れることはできない」→悪意の有無の審理をしておらず、取締役会の承認を欠く点を含め破棄差戻し

(関根意見)約束手形の振り出しは債務の履行にあたるから、双方代理の禁止はあたらない

2. 代理・代表権限の濫用：代理人・代表者が自己又は第三者図利目的で権限内の行為を行う場合

・直接の相手方：心裡留保により悪意又は有過失の場合は無効

・善意の第三取得者の保護：心裡留保無効は人的抗弁、§17但書より所持者悪意なら対抗可

→相対的無効：無効だが、善意第三者には対抗できない

←無効が手形譲渡で有効になるのと同じで不当、権限濫用でも手形行為は有効とすべき

→悪意の相手方の本人に対する権利行使は権利濫用か信義則違反とすべき(権利濫用説)

∴代理権・代表権の濫用は、自己・第三者図利目的のような内心でなく外形的に評価すべき

【最判昭44.4.3】代理権限濫用と手形行為[昭42才602]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却(被告は奈良県内の農協)

S39.8.15 被告が手形振出(受取人：武岡、金額68.2万、満期S39.11.10)→訴外A→原告へ裏書譲渡
但し、手形振出が動機の点で権限濫用であった

満期 原告支払呈示拒絶

「法人の行為が当該法人の目的の範囲内に属するかどうかは、上告組合のように営利を目的としない法人にあつても、その行為が法人としての活動上必要な行為でありうるかどうかを客観的、抽象的に観察して判断すべきものであるから、法人のした手形行為についてこれを決する場合においては、その原因関係をも含めて判断すべきものではなく、手形行為自体を標準として判断すべき……上告組合は、その活動のため現に金銭取引を営んでいるというのであるから、右金銭取引の手段である手形行為をすることも当然に上告組合の目的の範囲内に属する……上告組合を代理して組合長の代表名義で本件手形を振り出した田合又一は、当時、上告組合の参事の地位にあつたというのであるが、農業協同組合の参事は、自己の属する組合の主たる事務所または従たる事務所における組合の事業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有するのであるから(農業協同組合法四二条三項、商法三八条一項)、同人が本件手形を振り出した際、その振出の動機に原審の確定したような事情があつて、自己または第三者等上告組合以外の者の利益を図る目的を有していたとしても、それは、同人の有する上告組合に対する参事としての代理権限を濫用したにすぎず、右振出行為はなおその代理権の範囲内の行為である

というべきであるから、本件手形は偽造手形ではないといわなければならない」

「本件手形の受取人で、第一裏書人である武岡郁夫が田合の本件手形振出行為に事実上関与し、その振出が上告組合以外の者の利益を図るためになされたものであることを知っていた……から、上告組合は、同人に対しては民法九三条但書の規定を類推し、右の事実を主張、立証して手形振出人としての責を免れ得る……が、本件のように、代理権を濫用して振り出された手形であることを知り、または知り得べかりし状態のもとに手形を取得した者が、さらにこれを第三者に裏書譲渡した場合においては、手形の流通証券としての特質にかんがみ、本人は、右知情の事実をもつて絶対的に右第三者に対抗しうるものと解すべきではなく、手形法一七条但書の規定に則り、手形所持人の悪意を立証してのみその責を免れ得る」

(松田補足) 手形の流通性に鑑み、民法の規定は手形法的に修正して解釈される必要がある

(大隅意見) 手形行為は有効だが、悪意の相手方の権利行使は権利濫用ないし信義則違反で許されない

3. 手形行為における無権代理：手形行為をした代理人が無権代理人だった場合

・原則：本人に手形上の責任はない（物的抗弁）→ 無権代理人が義務を負う (§8)

・内容：法定担保責任、善意の手形所持人が保護される（重過失でも可）

* 本人が負担したはずの手形上の責任を負う

・所持人に対し本人が対抗しえた抗弁、無権代理人が対抗し得る抗弁は共に対抗できる

・責任履行後は受戻して再遡求権や振出人への権利行使可

→前の手形債務者は、本人に対抗しえた抗弁・無権代理人に対抗し得る抗弁を対抗できる

∴代理人が代理権なしに手形行為をしたために手形債務者の法的地位が損なわれるのは不当

* 表見代理が成立する場合も無権代理人の責任を追及できる（通説）

【最判昭 33.6.17】手形行為の無権代理人の責任[昭 31 才 629]

誤った会社名+代表取締役+辞任した代表取締役の名義で、新代表取締役が交代の登記前に約束手形を振出したもの。旧代表取締役はそれを承認していた。主位的に会社名が異なるため、辞任した代取個人が責任を負うべき、予備的に会社名が通称としても辞任後に振出したのは無権代理ゆえ責任を負うべきと主張した。

旧代取宛約束手形金請求→一審：認容（主位的請求認容）→控訴：取消し・請求棄却→上告：破棄差戻し

「表見代理は、善意の相手方を保護する制度であるから、表見代理が成立すると認められる場合であつても、この主張をすると否とは、相手方たる手形所持人の自由であり、所持人としては、表見代理を主張して本人の責任を問うことができるが、これを主張しないで、無権代理人に対し手形法八条の責任を問うこともできる……本件において……被告原告が訴外会社の代表取締役を辞任したことは、本件手形振出の当時まだ登記されていなかったためであるから、善意の上告人は、被告原告の取締役辞任の登記がないことを理由として、辞任の事実を否認し、訴外会社の手形振出人としての責任を問うことができるとともに、上告人としては、被告原告の代表取締役辞任の事実を主張し、手形法八条による被告原告の無権代理人としての責任を問うことを妨げるものではない」

・越権代理：§8 適用（同三文）、本人が権限を付与した範囲では本人も責任を負う

例：100万円までの振出し権限なのに500万円の手形振出→本人も100万円は責任を負う

・無権代理の追認(民 116)：手形行為も追認でき、行為時に訴求して有効になる

4. 手形行為における表見代理・表見代表

・表見代理で保護される範囲（第三者の範囲）

* 学説：第三者は相手方だけでなく、その後の手形取得者を含む

* 判例：第三者は直接の相手方 → 成立するとその後の手形取得者も保護（手形債権を承継）

∴本人とやり取りするのは直接の相手方のみゆえ、受取人についてしか110条は認めえない

【最判昭 36.12.12】手形行為の表見代理の第三者(取得者善意)[昭 32 才 620]

約束手形金請求→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告棄却

「約束手形が代理人によりその権限を超越して振出された場合、民法一一〇条によりこれを有効とするには、受取人が右代理人に振出の権限あるものと信ずべき正当の理由あるときに限るものであつて、かかる事由のないときは、縦令、その後の手形所持人が、右代理人にかかる権限あるものと信ずべき正当の理由を有して居つたものとしても、同条を適用して、右所持人に対し振出人をして手形上の責任を負担せしめ得ないものであることは、大審院判例（大判大 14.3.12=大 13 才 601）の示す所であつて、いま、これを改める要はない」

「被上告寺の経理部長山田ギ存の代理人であつた訴外小笠原秋水がその権限外であるにも拘らず、右経理部長の記名印章を冒用して本件約束手形を振出し、その受取人である訴外小島安吉が本件約束手形の交付を受けた当時、右小笠原秋水において何等正当の権限なくしてこれを作成交付したものであることを十分察知して居つたものである……本件約束手形の被裏書人である上告人が、仮に所論の如く、右小笠原秋水に、本件約束手形振出を代理する権限あるものと信ずべき正当の理由を有して居つたとしても、被上告寺は、上告人に対し本件約束手形上の責任を負担しない」

【最判昭 52.12.9】手形行為の表見代理の第三者(取得者悪意)[昭 52 才 487]

約束手形金請求→手形訴訟：支払命令→一審：棄却→控訴：取消・認可→上告：破棄差戻し

原審は「手形の所持人である上告人が沢木満に本件手形の振出権限があると信じたことについて正当の理由がないとして表見代理の成立を否定した」が誤りとして破棄差戻し

【最判昭 35.12.27】表見代理成立後の手形取得者[昭 30 才 286]

約束手形金請求：受取人への解任通知が遅れ、その間に前担当者が振出した約束手形につき、受取人に対し表見代理の成立を認め、その後の取得者による請求を認容したもの。

「約束手形の裏書譲渡があつたときは、その裏書によつて、手形から生じた一切の権利は、被裏書人に移転するものと解されるから、振出人が受取人に対し民法一一〇条、一一二条の適用により手形上の責任を免れ得ないときは、振出人は被裏書人に対しても、その手形につき振出人としての手形上の責任を免れ得ない」

- ・ 表見代表：表見支配人(会社 13)、表見代表取締役(会社 354,421)

* 保護範囲：実際には代表権を有しないことにつき善意・無重過失の手形取得者

【最判昭 52.10.14】表見代表の成立には所持人の無重過失が必要[昭 52 才 106]

約束手形金請求：「上告会社の取締役であつて同会社専務取締役上本町営業所長なる名称の使用を承認されていた苫野敬弥が、手形振出の権限がないのに、上告会社上本町営業所専務取締役営業所長名義をもつて振出した」場合で、原審は所持人の善意のみを確定し、被告会社が重過失を主張するのに判断せずに認容→破棄差戻し

「商法二六二条に基づく会社の責任は、善意の第三者に対するものであつて、その第三者が善意である限り、たとえ過失がある場合においても、会社は同条の責任を免れえないものであるが(最判昭 41.11.10=昭 41 才 777)、同条は第三者の正当な信頼を保護しようとするものであるから、代表権の欠缺を知らないことにつき第三者に重大な過失があるときは、悪意の場合と同視し、会社はその責任を免れる」

5. 機関方式の手形行為

- ・ 他人が自己の名をなんら手形上に表示せず、直接本人名義で記名捺印をする方式
 - * 固有の代行：他人が本人の指図に従つてその機関として行う場合（代行権限授与あり）
 - * 代理的代行：権限を与えられ、自己の決定に従つて手形行為をする場合
- ・ 有効性：外形上本人が記名捺印したのと同じで、内部的には有効な代理関係があるから有効

6. 手形行為についての名義使用許諾

- ・ 商号貸与：不渡手形を出して銀行取引停止処分を受けたため、商号を借りて振出すなど

→手形行為者が責任を負うのは当然として、商号貸与者も責任を負うべきではないか

・名板貸人の責任(商 14,会社 9)

* 事業・営業について商号使用を許諾した場合

→善意・無重過失で名義貸人と信頼した手形取得者に対し責任を負う

【最判昭 42.2.9】 事業・営業についての名義使用許諾と名板貸人の責任[昭 39 才 1172]

名板借人が振出した約束手形につき、原告が名板貸人に対し請求した。原審は請求一部認容→上告棄却。振出人に「自己の氏名および商号である双葉自動車修理工場こと林春雄名義の使用を黙示的に承認していた」場合、営業の廃止を一般に告知せず得意先含め周知徹底しなかった「上告人は、自己の営業を廃止したにせよ同訴外人のした取引行為について上告人をその営業者であると誤認した被上告人に対し、商法二三条の規定にもとづく責任を免れ得ない」「商法二三条は名板借人と取引行為をした第三者が名板貸人を営業主と誤認した場合において、右第三者をして右名板貸人に対し右取引の責任を追及することをえせしめ、右第三者の利益を保護するために設けられた規定であるから、右認定のごとく上告人が訴外大成武代の行為について商法二三条の責任を負うべき以上、上告人は、同訴外人が上告人の意思にもとづかずして上告人名義をもって振出した本件手形につき善意の第三者である被上告人に対しその支払の責に任ずべき」

【最判昭 55.7.15】 営業上商号を使用せず、手形行為にのみ使用しても名板貸人は責任を負う

事業・営業について商号使用の許諾があったのに、営業上は使用していなかった場合

* 手形行為に限定して商号使用を許諾した場合

→肯定説：事業・営業についての許諾は誤認のおそれが大きいからで、手形行為に限っても

それは同じだから(類推)適用すべき

→否定説(判例・有力)：手形行為のみでは事業を営むことについての許諾でなく不適用

※ただし、外観法理により善意の手形取得者には責任を負うべき

【最判昭 42.6.6】 手形行為に限った名義使用許諾と名義貸人の責任[昭 39 才 815]

為替手形金請求→控訴審：請求認容→上告：破棄差戻し

事実：「上告人は訴外会社に対し自己の商号、名称として使用していた「中村商店こと中村寿正」名義の使用を許諾したこと、右許諾は銀行との当座預金取引および手形行為上の名義使用についてなされたこと、訴外会社は右許諾に基づき本件各為替手形の引受人欄に右名義で記名押印をしたこと、被上告人は右各手形の正当な所持人であり、右名義人が引受人であると信頼したこと」から原審は名板貸人への請求を認容

「商法二三条にいう営業とは、事業を営むことをいい、単に手形行為をすることはこれに含まれない……前記許諾は訴外会社の営業である繊維製品販売業についてなされたものでないことが明らかであるのみならず、同条は、他人の氏名商号等を用いて営業をした者(営業主)が第三者との取引において債務を負担した場合において、その氏名、商号等の使用を許諾した者に対しても、営業主の右債務につき連帯責任を負担させることを定めたものと解されるところ、手形行為の本質にかんがみれば、ある者が氏名、商号等の使用を許諾した者の名義で手形上に記名押印しても、その者自身としての手形行為が成立する余地はなく、したがってその者は手形上の債務を負担することはなく、その名義人がその者と連帯して手形上の債務を負担することもありえないから、この点からみても、手形行為上自己の氏名商号等を使用することを許諾したにすぎない者については、同条は適用されない」

第5款 手形の偽造・変造

1. 手形の偽造

・他人の手形署名を偽って手形行為をし、他人が手形行為をしたかのような外観を作出すること

* 機関方式の偽造：他人から預かったり盗取したりした印象を利用する場合

* それ以外の偽造：他人の署名を真似る、印象を模造して記名押印する

2. 手形の被偽造者の責任

* 原則：なんら有効な手形行為をしていないから、責任を負わない

→ 機関方式の偽造では、表見代理の類推適用で善意の手形取得者を保護すべき

- ・ 使用人による偽造 → 手形上の責任がなくても、不法行為の使用者責任を問いうる(民 715)
- ・ 被偽造者による追認 → 第三者保護のため追認を認めても差し支えない

【最判昭 41.7.1】被偽造者による追認を認める

- ・ 機関方式による偽造

* 旧来：本人のためにする意思の有無で無権代理か偽造かを判断する

∴ 機関方式の手形行為も代理の一方式とする

【大判昭 8.9.28×2】無権代理とした例[昭 8 才 241]、偽造とした例[昭 8 才 646]

* 学説・新判例：書面行為性よりすべて偽造とすべき、第三者保護は表見代理で図るべき

← 手形取得者は代理権限ではなく、権限ある者が記名捺印した点を信頼している

【最判昭 43.12.24】手形偽造と民 110 類推[昭 41 才 1204]

貸金請求（約束手形の債務を準消費貸借としたその請求）→ 一審：棄却 → 控訴：取消・認容 → 上告棄却

「本人から手形振出の権限を付与されていない他人が、手形上に自己の名義を表示することなく、直接に本人名義の署名または記名捺印を手形上にあらわす方式（いわゆる機関方式）により手形を振り出した場合に、第三者において右他人が本人名義で手形を振り出す権限があると信ずるについて正当な理由があるときは、本人は、右他人のなした手形振出についてその責に任ずべき……機関方式による手形振出は、その形式においては、本人から手形振出の権限を付与されていない他人が本人の代理人としての資格を表示して自ら署名または記名捺印をする方式（いわゆる代理方式）による手形振出とは異なるけれども、右はいずれも無権限者による本人名義の手形振出である点において差異はないところ、無権限者によりいわゆる代理方式による手形振出がなされた場合には表見代理に関する規定の適用を肯定すべきものであるから、第三者の信頼を保護しようとする表見代理の制度の趣旨から実質的に考察すれば、無権限者が機関方式により手形を振出して本人名義の手形を偽造した場合においても、右表見代理に関する規定を類推適用し、代理方式による手形行為が無権限者によりなされた場合と同様の法律関係の成立を肯定するのが相当」「Aは、上告人から本件手形振出の権限を付与されていないのに、本件手形の振出人欄に直接に同上告人の名義を記載して本件手形を偽造したが、右は原判示の経緯（＝被上告人との関係でAの金融に保証したり、実印を託して代理権を与えたりしていた）によりAが上告人から付与された訴外新庄信用金庫に対する手形振出等の代理権の範囲を越えてしたものであり、かつ、被上告人は同訴外人に上告人名義で本件手形を振り出す権限があると信ずるについて正当な理由があつた……上告人は、民法一一〇条の類推適用により、本件手形について振出人としての責に任ずべきである」

3. 手形の偽造者の責任

- ・ 旧通説：「署名なければ責任なし」ゆえ偽造者本人は手形上の責任はなく不法行為責任のみ

- ・ 判例・有力：手形法 8 条(無権代理人の責任)類推適用で手形偽造者は手形上の責任を負う

∴ §8 は第三者保護の担保責任＝法定責任ゆえ「署名なければ責任なし」の例外

- ・ 偽造者行為説：自己を表示するため他人の名義を使用した偽造者自身の手形行為ゆえ責任あり

← 偽造者は他人に責任を負わせるつもりだから主観的意図に反する

【最判昭 49.6.28】手形偽造と手形法 8 条類推[昭 43 才 942]

約束手形金請求 → 一審：認容 → 控訴棄却 → 上告棄却

S39.11~40.1 被告が架空人たる「山田製作所代表山田照夫」名義で受取人被告の約束手形4通振出し

∴裏書譲渡する際、「第三者振出のいわゆる商業手形」に見せかけて高めるため

→白地式裏書で原告X1、X2に譲渡、1通はX2に白地式裏書譲渡後買戻し

※裏書交付の際、被告は「入沢商店が振出人から商取引の代金決済のためにこれを取得したものである旨説明し、被上告人らも、振出人と受取人とは別人であると考えて本件手形を取得した」

→満期日又はその翌日に支払呈示したが拒絶された

「上告人は、本件手形振出にあたり、架空人である「山田製作所代表山田照夫」名義を冒用したものであつて、偽造手形を振り出したものと認めるべきものであるところ、偽造手形を振り出した者は、手形法八条の類推適用により手形上の責任を負うべき……けだし、手形法八条による無権代理人の責任は、責任負担のための署名による責任ではなく、名義人本人が手形上の責任を負うかのように表示したことに対する担保責任であると解すべきところ、手形偽造の場合も、名義人本人の氏名を使用するについて何らの権限のない者が、あたかも名義人本人が手形上の責任を負うものであるかのように表示する点においては、無権代理人の場合とかわりはなく、したがつて、手形署名を作出した行為者の責任を論ずるにあたり、代理表示の有無によつて本質的な差異をきたすものではなく、代理表示をせず直接本人の署名を作出した偽造者に対しても、手形法八条の規定を類推適用して無権代理人と同様の手形上の担保責任を負わせて然るべき……このように解すると、手形の偽造署名者に対しては、不法行為による損害賠償請求という迂遠な方法によるまでもなく直接手形上の責任を追求し得るし、また、手形偽造者が本来の手形責任を負うべき債務者として追加されることによつて、善意の手形所持人は一層手厚く保護され、取引の安全に資することにもなる」

* 外観惹起に基づく責任ゆえ悪意の取得者に対しては§8 類推適用の責任を負わない

【最判昭 55.9.5】 悪意の手形取得者と偽造者の責任[昭 55 才 375]

抵当権設定登記等抹消登記手続請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

「偽造手形を振り出した者は、手形法八条の類推適用により手形上の責任を負うべきものであることは、当裁判所の判例とするところであるが（最判昭 49.6.28）、その趣旨は、善意の手形所持人を保護し、取引の安全に資するためにはほかならないものであるから、手形が偽造されたものであることを知つてこれを取得した所持人に対しては、手形法八条の規定を類推適用する余地なく、手形偽造者は、右所持人に対して手形上の責任を負わない」

4. 手形の変造

- ・ 無権限者により手形上の文言（記載内容）を変更すること（付加・変更・塗り潰し・削除等）

→手形の記載内容の変更にとどまる⇔偽造：手形署名を偽ること

- ・ 手形の抹消：変更により形式上有効な手形が存在しなくなるとき

→手形の要式証券性は成立要件ゆえ、既に発生した手形上の権利は消滅しない

※手形所持人が権利放棄の意思で手形の抹消をすると、手形上の権利も消滅する

- ・ 変造の効果(§69)：物的抗弁事由

→変造後の署名者は変造後の内容で、変造前の署名者は原文の内容で責任を負う

∴手形行為独立の原則、文言証券性はあくまで流通の保護のために限られるから

←善意の手形取得者の信頼保護のため、権利外観法理により変造後の文面で責任を負うべき

ただし、責任を負うのは算用数字で手書きしたり、余白を残すなど改ざんを容易にした場合

* 満期を遅らせる変造：変造前の署名者は変造前の満期が基準（消滅時効・遡求権保全）

- ・ 手形所持人・手形債務者間の支払猶予合意により満期記載を変更した場合

→合意していない手形当事者に対しては満期についての変造と扱うべき

【最判昭 55.11.27】満期の変造と変造前の署名者についての消滅時効[昭 55 才 801]

約束手形金請求→一審：棄却→控訴棄却→上告棄却

「上告人の被上告人に対する手形上の請求権の消滅時効は、変造前の満期である昭和五〇年一月三十一日から進行し昭和五三年一月三十一日の経過をもってその時効期間が満了したとした原審の判断は、正当」

【最判昭 50.8.29】満期の変造と変造前の裏書人への遡求権[昭 50 才 439]

「本件手形の満期は、被上告人が裏書した時には昭和四八年四月七日と記載されていたが、その後被上告人の同意を得ないで昭和四九年二月二日と訂正されたものである……右事実関係のもとにおいて、被上告人は訂正前の満期である昭和四八年四月七日に従って遡及権保全手続がとられることを条件に遡及義務を負うものというべく、右保全手続がとられていないことの明らかな本件において、上告人は被上告人に対して遡及権を行使することができないとした原審の判断は、正当」（上告棄却）

* 受取人の変造：変造後の受取人から形式上裏書が連続していれば足りる

【最判昭 49.12.24】受取人の変造と裏書の連続[昭 48 才 931]

手形に受取人を記載後保管中に盗取され、変造された受取人からは裏書が連続していたもの。

「手形法一六条一項にいう裏書の連続は、裏書の形式によりこれを判定すれば足り、約束手形の受取人欄の記載が変造された場合であつても、手形面上、変造後の受取人から現在の手形所持人へ順次連続した裏書の記載があるときは、右所持人は、振出人に対する関係においても、同法七七条一項一号、一六条一項により、右手形の適法な所持人と推定される……同法七七条一項七号、六九条によれば、変造前の約束手形署名者である振出人は、変造前の原文言に従つて責任を負うのであるが、右規定は、手形の文言が権限のない者によりほしいままに変更されても一旦有効に成立した手形債務の内容に影響を及ぼさない法理を明らかにしたものであるにすぎず、手形面上、原文言の記載が依然として現実に残存しているものとみなす趣旨ではないから、右規定のゆえをもつて、振出人に対する関係において裏書の連続を主張しえないと解することは相当でない。破棄差戻し。

5. 手形の変造者の責任

- ・ 自らが手形上に署名した場合：変造後の文言に従つて責任を負う
- ・ 自らは手形上に署名しない場合
 - * 旧通説：「署名なければ責任なし」の原則から手形上責任を負わない
 - * 判例・有力：§8 類推により手形上の責任を負わせるべき

【最判平 9.2.27】振出日より満期日が後の手形は無効[平 6 才 363]

約束手形金請求→手形訴訟：棄却→一審：認可→控訴：取消・認容→上告：破棄差戻し

振出日空欄(h3.10.24)、満期 h3.11.22 の手形 2 通につき、満期日に決済できず、新たに振出したが受取人が手形を返却せず、満期を h4.6.22 に変造し裏書譲渡した例(振出日は h3.11.25(譲渡日)と補充：補充者未確定)

「手形要件は、基本手形の成立要件として手形行為の内容を成すものであるところ、手形の文言証券としての性質上、手形要件の成否ないし適式性については、手形上の記載のみによって判断すべきものであり、その結果手形要件の記載がそれ自体として不能なものであるかあるいは各手形要件相互の関係において矛盾するものであることが明白な場合には、そのような手形は無効である……確定日払の約束手形における振出日についても、これを手形要件と解すべきものである以上(最判 41.10.13=昭 39 才 960)、満期の日として振出日より前の日が記載されている確定日払の約束手形は、手形要件の記載が相互に矛盾するものとして無効である……本件各手形は、満期が変造され、振出日が補充された結果、変造前の満期が振出日より前の日となるものであるから、たとえ補充された振出日を基準として変造前の満期による支払呈示期間内に支払呈示することが可能であったとしても、変造前の文言に従つて責任を負うべき振出人である上告人との関係においては、無効というべき」

第3節 手形の流通

第1款 手形の譲渡方法

1. 手形の譲渡方法：指名債権譲渡、相続、合併、包括遺贈、転付命令、競売 + 裏書譲渡
→裏書譲渡によれば人的抗弁を切断できる

【最判昭 49.2.28】指名債権譲渡の方法による手形上の権利の移転[28-1-121]

約束手形金請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告：破棄自判（控訴棄却）

手形(S44.11.1→S45.3.15:100万円)被告→中田角一振出し、富士宮信金へ裏書譲渡後返還→北海商事(有)へ割引により信金の被裏書人を抹消せず交付→菱光石油(株)へ割引交付→大邦石油(株)専務の原告へ割引交付→富士宮信金を抹消し、自らの仮名を記入、その名義で芝信金支店へ取立委任裏書→住友銀行支店取立委任裏書→日本勧業銀行取立委任裏書→満期支払拒絶→原告へ返還

「本件手形の第一裏書の被裏書人富士宮信用金庫より本件手形の返還を受けた中田から、割引によつて、順次本件手形上の権利を譲り受けた被上告人に至るまでの中田の後者は、いずれも裏書によつて本件手形を取得したのではなく、通常の指名債権譲渡の方法によつてこれを取得したものと解すべき……中田は、上告人との間で砂利、砂等の売買契約をし、その代金の前渡金の支払のため上告人から本件手形の振出交付を受けたもので、いつたん本件手形を富士宮信用金庫に裏書譲渡したのち、同信用金庫からこれが返還を受けているのであるが、右売買契約はその後合意解除された……中田は、上告人の有する右の原因関係に基づく抗弁の対抗を受けるものというべきであり、ひいて同人から通常の指名債権譲渡の方法により順次本件手形上の権利を譲り受けた被上告人に至るまでの中田の後者もまた、上告人の右抗弁の対抗を受けるものといわなければならない」

→原審は原告悪意の立証がないとして請求を認めたが誤りであつて、悪意かどうかは問わない

2. 裏書の要件(§12←77)：裏書人の署名（+裏書文句）（+被裏書人名）が必要
 - * 単純な裏書文句 ← 条件を付けると無条件とみなされる(#1)
 - * 一部の裏書は無効(#2) ∵ 1つの手形証券は1つの手形上の権利を表象するから分割不可
3. 裏書の法的性質
 - * 特殊な債権譲渡である(§14-1で一切の権利を移転するとあるから)
 - * 手形流通強化のため、手形抗弁の制限(§17)、善意取得(§16-2)が認められる
4. 裏書の方式：書面行為（裏書をなすこと）+ 交付（手形を任意に手放すこと）
 - * 記名式裏書：被裏書人欄が記入されている場合
 - * 白地式裏書：被裏書人名を記載しない裏書（持参人払とすると白地式裏書とみなす:§12-3）
 - ・ 簡略白地式裏書：裏書文句も省略し署名のみのもの。白地式裏書として有効
 - 手形の裏面か補箋にする = 表面は不可 ∵ 署名だけだと保証と区別できない
 - ・ 最後の裏書が白地式裏書の手形の占有者
 - 適法の所持人とみなされる(§16-1)
 - そのまま権利行使・譲渡、白地補充、白地式/記名式裏書譲渡のいずれも可能(§14-2)
 - 裏書による責任を負わずに他人に譲渡できる
5. 裏書禁止手形（指図禁止手形）：「指図禁止」の文言を記載した手形
 - ・ 譲渡方法：指名債権譲渡の方式による
 - ・ 効力：人的抗弁の切断が生じない

第2款 裏書の効力

1. 裏書の効力：権利移轉的効力・資格授与的効力・担保的効力の3つ
2. 権利移轉的効力：手形より生じる一切の権利を移轉する(§14-1)

* 対象：振出人への手形金請求権、裏書人への遡求権、手形保証人に対する権利等

←手形上の権利のみ。手形外の権利(質権・抵当権・手形外の保証債権等)は移轉しない(通説)

・手形外の保証債権は裏書の移轉的効力ではなく、保証債権の附従性により移轉する(判例)

【最判昭 45.4.21】手形の裏書と民事保証債務の移轉[昭 44 才 188]

保証債務履行請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

約束手形(S36.12.9-37.6.20/3,675,000)：関西製鉄(株)－振出→三立商事(株)→港陽金属(株)→原告-取立委任-貝塚信金：支払呈示延期要請を受け延期後 S38.2.12 に支払呈示→拒絶→原告へ返還

←被告に合併された千代田信組が振出日に受取人に本件手形を民事保証していたが、原審は振出人・受取人とも非組合員であることを原告も争わず(仮定的にその場合を述べただけ)、信組の業務の範囲外ゆえ無効、さらに有効でも保証債務は指名債権譲渡の方式で譲渡する必要があるとした。

①原告は組合員であると主張しているから、「争いのある事実を証拠によらないで認定した違法がある」

②「約束手形の振出人のために受取人との間でその手形金債務の支払について手形外の民事保証契約が締結された後、この約束手形が裏書譲渡された場合、右保証債権は、裏書自体の移轉的効力によつては、被裏書人に当然に移轉するとはいえない。しかし、一般に保証債権は、主たる債権を担保する目的上附従性を有し、主たる債権の移轉に随伴する性質をもつものであるから、主たる債権の移轉とともに移轉し、主たる債権の譲渡について對抗要件が具備された場合には、主たる債権を取得した者は、保証債権の譲渡につき別段の對抗要件たる手続を履践することなく、保証債務の履行を求めることができる…… (大判明 39.3.3,同 40.4.11,同 42.6.29,大判大 1.12.27,同 3.5.30,同 6.7.2 参照)。この理は、主たる債権の種類および債権譲渡の態様によつて別異に解すべきではないから、主たる債権が手形債権であり、債権譲渡が裏書による場合であつても同様であり、裏書によつて手形債権を取得した者は、民事保証債権につき別段の指名債権譲渡の手続を履践することなく、右保証債務の履行を求めることができる…… (なお、本件保証書の名宛人欄には、三立商事株式会社と記入されているが、これをもつて、本件保証債権について譲渡禁止の特約があつたものと即断することはできない。)」

3. 資格授与的効力

* 意義：被裏書人たる手形所持人に権利者としての形式的資格を付与する

・裏書連続により権利者と推定(権利推定)・善意取得(§16-1,2)、手形債務者の免責(§40-3)

・裏書の連続した手形を書証で提出すると、通常 16-1 の権利推定を主張するとみなされる

【最判昭 36.11.24】手形法 16-1「看做す」の意義と善意取得[昭 32 才 188]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

被告→A 宛振出→原告宛裏書譲渡の約束手形で、A が虚無人であつたもの。

「手形法一六条一項に「みなす」というのは、所論のごとく「推定する」との意味に解すべきであり、したがつて、上告人は被上告人が真実の権利者でないことを証明すれば、権利の行使を拒みうるのであるが、被上告人は、後に論旨第二点について判示のごとく、本件手形を同条二項により善意取得し、実質上の権利者となつたものと認めるべきであるから、上告人は、被上告人の権利の行使を拒みえない」「本件手形に受取人として記載されている山栄商事株式会社は、手形上の権利を取得したものであることは上告人の主張自体からあきらかであり、被上告人は、とりもなおさず、手形上の無権利者から本件手形を取得したものに該当するのである。そして、上告人は、被上告人の本件手形の取得が悪意又は重大な過失によるものであることを立証していないのであるから、被上告人は、手形法一六条二項により本件手形の実質上の権利者となつたものといわなければならない」

【最判昭 41.6.21】手形法 16-1 の推定を覆すための主張・立証[昭 40 才 293]

Y1,Y2 宛 3 通約束手形金請求→一審：一部認容(Y1 宛)→双方控訴：認容額減(原因債権が 179 万円余しかなかったため、その限度で認容)→被告上告棄却

手形(S33.1.11,210 万)Y1→Y2 振出→X 裏書譲渡：Y2 の記名捺印は Y1 の偽造

手形(S33.8.11,30 万)Y1→X 振出 ← いずれも貸金の支払手段であった

「手形法七十七条一項、同一六条一項により被上告人が本件手形の適法の所持人と推定されるのであるが、同条項による推定を覆すためには、上告人において、本件手形が有効な振出および裏書により被上告人の所持に帰したものでない所以を主張立証するだけでは足りず、さらに手形法一六条二項本文による手形上の権利の取得もないこと、すなわち、同条項但書により、手形取得者に右の点に関する悪意または重大な過失があつたことをも併せて主張立証しなければならない」が、被告は後半につき準備書面は作ったが陳述しておらず、その他主張していないから判断しなかった原審は正当。

【最大判昭 45.6.24 民集 24-6-712】裏書の連続のある手形による請求と権利推定の主張[]

約束手形金請求→一審：認容→控訴：取消・棄却(ある裏書が名義人の意思に基づいたものであるとの立証がないとして棄却)→上告：破棄差戻し

「手形法一六条一項(同法七十七条一項一号により約束手形に準用。以下同じ。)の適用を主張するには、連続した裏書の記載のある手形を所持する事実を主張することを要とするのが当裁判所の判例(最判昭 41.3.4)であるが、およそ手形上の権利を行使しようとする者は、その所持する手形の裏書の連続が欠けているような場合は格別、裏書が連続しているかぎり、その連続する裏書に基づき権利者となつていることを主張するのが当然であつて、この場合、立証が必ずしも容易でない実質的権利移転の事実をことさらに主張するものとは、通常考えられないところである。それゆえ、原告が、連続した裏書の記載のある手形を所持し、その手形に基づき手形金の請求をしている場合には、当然に、同法一六条一項の適用の主張があるものと解する……これにより被告がその防禦方法として同法一六条一項の推定を覆すに足りる事由を主張立証しなければならない立場におかれるとしても、原告の所持する手形に連続した裏書の記載があることは容易に知りうるところであるから、被告に格別の不意打を与え、その立場を不安定にするおそれがあるものとはいえない」

原審は「三浦咲夫名義の各裏書が同人以外の者によつて記名押印されたものであることが明らかであり、右各裏書の記載が右名義人の意思に基づいたものであることを認めるに足りる確証のない本訴においては、本件各約束手形に対する三浦咲夫の裏書は存在しなかつたものと認めざるを得ないと判示するにとどまり、同法一六条一項の適用について判断することなく、ただちに上告人の本訴請求を棄却」したが、「上告人は、右条項の適用により、本件各約束手形の権利者としての推定を受けるものと解すべきであつて、被上告人は、この推定を覆すためには、上告人が実質的無権利者であることを主張立証すべき立場にあるものといわなければならない」が、原審認定の事実では無権利者の立証は不十分で、上述の判示だけで偽造を認めたのなら経験則違背で違法

(松本反対)裏書による権利移転を立証するには、裏書による移転(§14-1)と裏書連続による推定(§16-1)を主張する方法があるが、攻撃防御方法も異なるから、暗黙の主張を認めるべきでなく、明示の主張が必要。

* 裏書の連続の認定：各裏書が適法性の外観を有し、外観上連続すること = 必要かつ十分

・実質的有効性は問わない(偽造や無権代理人による裏書があつてもよい)

・抹消された裏書は、記載なきものとして連続を判断する(§16-1)

【最判昭 49.12.24】受取人の変造と裏書の連続[前掲 昭 48 才 931]

約束手形金請求→一審：認容→控訴：取消・棄却→上告：破棄差戻し

手形に受取人を記載後保管中に盗取され、変造された受取人からは裏書が連続していたもの。2 通のうち

①受取人・第一裏書人：株式会社大都物産、被裏書人・第二裏書人：銭屋実業株式会社、被裏書人：東海実業株式会社(上告人)沼津支店

②受取人・第一裏書人：株式会社大都物産、被裏書人・第二裏書人：大高外美雄、被裏書人・第三裏書人：銭屋実業株式会社、被裏書人：東海実業株式会社(上告人)沼津支店

「手形法一条一項にいう裏書の連続は、裏書の形式によりこれを判定すれば足り、約束手形の受取人欄の記載が変造された場合であつても、手形面上、変造後の受取人から現在の手形所持人へ順次連続した裏書の記載があるときは、右所持人は、振出人に対する関係においても、同法七七条一項一号、一条一項により、右手形の適法な所持人と推定される……同法七七条一項七号、六九条によれば、変造前の約束手形署名者である振出人は、変造前の原文言に従つて責任を負うのであるが、右規定は、手形の文言が権限のない者によりほしいままに変更されても一旦有効に成立した手形債務の内容に影響を及ぼさない法理を明らかにしたものであるにすぎず、手形面上、原文言の記載が依然として現実に残存しているものとみなす趣旨ではないから、右規定のゆえをもつて、振出人に対する関係において裏書の連続を主張しえないと解することは相当でない。破棄差戻し。

・多少の異同は認められる

【大判昭 10.1.22】被裏書人と次の裏書人の表示の多少のずれはよい[27500672]

「裏書ノ連続アルカ為二八前ナル裏書ニ於ケル被裏書人ノ表示ト後ナル裏書ニ於ケル裏書人ノソレトカー字モ違ハス絶対ニ相同シキコトヲ必要トセス縦令其ノ間多少ノ出入アルモ主要ナル点ニ於テ異ルトコロ無ケレハ足ル其ノ何ヲ主要ナル点ト為スヤ八固ヨリ各場合ノ事実問題ナリ」(受取人が「静鉱業部 池野鉱業所」、第一裏書人が「池野鉱業所長 後藤房三」であったが、裏書が連続としたもの)

【名古屋高判昭 35.5.25】受取人「日田産林」と裏書人「日田山林」は連続

【京都地判昭 45.9.7】受取人「高田」と裏書人「高田鉄」は連続

【千葉地判昭 46.7.19】受取人「青柳酒店」と裏書人「株式会社青柳酒店」は連続

※個人の表示として連続を認めた例(会社名等は個人の職業等の表示に過ぎないとする)

【最判昭 30.9.30】受取人「愛媛無尽会社岡支店長」と裏書人「北宇和郡泉村岡善恵」は連続

「愛媛無尽会社岡支店長」なる記載は……必ずしも「個人たる岡善恵に右会社の支店長たる地位を冠したものととは到底解せられない」ものではなく、個人たる岡善恵に右会社の支店長たる職名を附記して、個人たる岡善恵を指称するものとも解し得られる……かように氏名に職名を付記してその個人を指称することは取引において、往々行われるところ……本件では、その第一裏書における裏書人は明らかに岡善恵個人名をもつて為されている……から、右第一裏書の記載と対照して、本件「愛媛無尽会社岡支店長」なる受取人の記載は他に特段なる事由のない限りむしろ個人たる岡善恵を指称する……本件手形は裏書の連続に欠くところはない(破棄差戻し)

【東京地判大 11.10.28】「F」→「南洋殖産株式会社F」

【京都地判昭 44.5.16】「G」→「三越通商株式会社専務取締役G」

【京都地判昭 44.7.1】「H」→「夏原アルミサッシュ製作所代表者H」

※法人の表示として連続を認めた例

【最判昭 29.6.8】「株式会社宇和島造船所」→「株式会社宇和島造船所東京出張所所長B」

【最判昭 27.11.25】「万代食品工業株式会社C」→「万代食品工業株式会社取締役社長C」

【東京地判昭 47.1.29】「有限会社栄華飯店」→「有限会社栄華飯店D」

【最判昭 56.7.17】「ミツワ商品株式会社」→「ミツワ商品株式会社E」

* 被裏書人欄の抹消と裏書の連続 → 白地式裏書とみるか、裏書そのものの抹消とみるか

- ・ 白地式裏書説(多数・判例)：あえて被裏書人欄のみ抹消していること、手形流通の保護
- ・ 権限考慮説(権限者による抹消は白地式裏書、他は抹消前の記名式裏書)、全部抹消説等あった

【最判昭 61.7.18】被裏書人の氏名だけの抹消[40-5-977]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

約束手形(S55.4.19→S55.10.28/800万円)(有)大神商事→正垣振出→第一裏書(正垣/正垣;抹消)→第二裏書(被告白井/被告白井;抹消)→第三裏書(亜細亜同志会;抹消/白地)→第四裏書(富士産商(株)/白地)→受取証(亜細亜同志会;抹消)→第五裏書(原告/原告)。なお、正垣は白井の義弟、大神商事の実質的経営者は被告白井。もともと井原→正垣への貸金の支払保証のため振出・裏書されたもの。なお、第一・第二被裏書人欄は原告代理人法律事務所事務員が勘違いで記入し、代理人の指摘で抹消したもの(コピーで立証されている)

「約束手形の裏書欄の記載事項のうち被裏書人欄の記載のみが抹消された場合、当該裏書は、手形法七七条一項一号において準用する同法一六条一項の裏書の連続の関係においては、所持人において右抹消が権限のある者によつてされたことを証明するまでもなく、白地式裏書となると解する……けだし、被裏書人欄の記載が抹消されたことにより、当該裏書は被裏書人の記載のみをないものとして白地式裏書となると解するのが合理的であり、かつ、取引通念に照らしても相当であり、ひいては手形の流通の保護にも資することになるからである」

* 外見上裏書の連続の中断する場合の救済

- ・ 中断部分に実質的な権利承継の立証をすればよい(裏書の断絶部分の証明で足りる：通説)
→裏書の連続の中断を架橋して権利を行使できる

∴§16-1は手形所持人に権利の実質的承継の証明を省かせ、権利行使を容易にするため
=裏書が実質を伴っていると推定する効力は裏書ごとに個々にはたらく

4. 担保的効力：裏書人は被裏書人以降の者に引受け・支払を担保し遡求義務を負う(§15-1,43)

* 裏書人の担保責任(§15-1)：通説は手形流通力の強化のために特に認めた法定責任とする

←裏書に担保責任を負う旨の意思表示を含むと解する(有力) ← 裏書の本質は債権譲渡

- ・ 無担保裏書(§15-1)：引受・支払の担保につき、反対の文言(無担保文句)を記載した裏書
→「無担保」「支払無担保」などの無担保文句により、担保責任を排除できる

※為替手形で「支払無担保」は当然に「引受無担保」も含むと解されている

- ・ 裏書禁止裏書(§15-2)：新たな裏書を禁じる文句(裏書禁止文句)を記載した裏書(禁転裏書)

通説[弥永]：被裏書人を除きその後の被裏書人には一切担保責任を負わない

有力[川村]：担保責任を負うが被裏書人への人的抗弁をその後の被裏書人にも対抗できる

∴裏書禁止裏書の目的は人的抗弁の切断を防ぐためだから

第3款 特殊の裏書

1. 特殊の裏書：無担保裏書・裏書禁止裏書・戻裏書・期限裏書・(隠れた)取立委任裏書・質入裏書

2. 戻裏書(§11-3)：引受人・振出人・裏書人・手形保証人ら手形債務者に対する裏書譲渡

* 遡求権行使：振出・先の裏書等と戻裏書の間裏書人への遡求はできない

* 人的抗弁の切断の例外：再取得の裏書人に対し振出人等の手形債務者は人的抗弁を対抗可能
←善意の裏書人を介在すると以後の取得者に人的抗弁は対抗できないのが原則

3. 期限後裏書(§20-1)：支払拒絶証書作成後 or 作成期間経過後の裏書

* 基準：真実の裏書の日。無記載なら経過前と推定(§20-2)、記載があればその日と一応推定

【最判昭 31.12.21】支払拒絶後でも証書作成前なら期限後裏書ではない[昭 30 才 533]

満期 S28.11.17 の手形で、満期日に支払拒絶があり、S28.11.19 付の裏書は拒絶証書作成の有無を問わず期限後裏書か(否定)。

上告理由は「要するに本件裏書は、支払拒絶後の裏書として手形法二〇条一項但書により前者に対する抗弁を対

抗し得る旨主張し原審の判断を非難するに帰する……単なる支払拒絶後の裏書は右但書前段に該当せず、仮りに拒絶証書作成後の裏書の主張としても、原判決引用の当裁判所判例の趣旨により」主張に理由がないのは明らか。

【最判昭 55.12.18】不渡でも証書作成期間経過前なら期限後裏書ではない[昭 54 才 271]

手形金請求→手形：認容→一番：取消・棄却→控訴：取消・手形判決認可→上告棄却

「約束手形の支払拒絶証書が作成される前であつて、しかもその作成期間の経過前にされた裏書は、たとえ不渡の符箋等により満期後の支払拒絶の事実が手形面上明らかになつた後にされたものでも、満期前の裏書と同一の効力を有する」（不渡付箋が貼付されて返還後、支払拒絶証書作成期間経過前になされた裏書）

- * 効果：指名債権譲渡の効力しか有しない → 権利移転的効力・資格授与的効力はある
⇒人的抗弁の切断・善意取得、担保的効力は認められない

【最判昭 37.9.7】期限前裏書で切断された人的抗弁は期限後の悪意の被裏書人に対抗できない

：期限前裏書によって既に切断された人的抗弁が復活するわけではないから当然（最判昭 57.9.30 同旨）

- ・ 満期後裏書(§20)：満期後、支払拒絶証書作成前かつ作成期間経過前になされた裏書
 - * 満期前の裏書と同一の効力を有する
- 4. 取立委任裏書(§18)：裏書人が被裏書人に手形債権行使の代理権を授与する意味
 - * 「回収ノ為」「取立ノ為」「代理ノ為」等単なる委任を示す文言を付した裏書
→公然の取立委任裏書（⇒取立目的の明文がないが委任の目的：隠れた取立委任裏書）
 - * 効果：資格授与的効力のみ認められる（ただし、裏書連続の評価では無視される）
 - ・ 一切の権利を行使できるが、代理のための裏書しかできない(#1)
 - ・ 手形債務者が対抗できる抗弁は、裏書人に対抗できる抗弁に限る(#2)
 - ・ 代理の為の委任裏書：委任者が死亡・制限行為能力者となっても委任は終了しない(#3)
- 5. 隠れた取立委任裏書：取立委任の目的なのに通常の譲渡裏書の形式による場合
 - ・ 法的性質
 - * 信託裏書説（手形債権取立のため、手形上の権利を信託的に被裏書人に譲渡する：通説）
→取立委任の合意は手形外の合意で当事者間の人的抗弁事由でしかない
 - * 資格授与説：被裏書人にその名をもって権利を行使する資格・権限が与えられるのみ
→手形上の権利はなお裏書人に残る ← 手形関係の形式性に反し不当

【最判昭 31.2.7】裏書の不連続と権利行使[昭 29 才 86]

約束手形金請求→一番：認容→控訴：控訴棄却→上告棄却

手形振出(S28.2.18→4.15/¥894,910)被告→(有)梅田家畜商会→3.10 白地式裏書/尾崎国男→3.16 原告譲受→4.8 裏書譲渡/三和銀行(隠れた取立委任裏書)→4.9 取立委任裏書/百五銀行→4.11 取立委任裏書/三重銀行→4.15 支払呈示・拒絶(三和→百五→三重は抹消済み)

「手形行為の効力は、原則として、当事者の具体的意思如何にかかわらず行為の外形に従つて解釈せらるべき……隠れたる取立委任裏書の場合にあつても、手形上の権利は、通常の裏書におけると同様裏書人から被裏書人に移転し、取立委任の合意は単に当事者間の人的抗弁事由となるに止まる……被上告人が三和銀行に対してなした前記裏書により、本件手形上の権利は被上告人から三和銀行に移転した……被上告人は、満期日における支払の拒絶後三和銀行から本件手形の返還を受けて現にこれを所持する……ところ、手形上の権利が裏書により一旦被裏書人に移転された場合でも、その後裏書人が被裏書人から当該手形の返還を受けるときは、さきの裏書を抹消すると否とにかかわらず、裏書人は再び手形上の権利を取得する……から、被上告人は、現に本件手形の権利者たる地位にある……もつとも、被上告人から三和銀行に対する裏書が本件手形における最後の裏書としてなお残

存する以上、被告人は、たとえその実質的権利を有しかつ手形を所持していても、裏書の連続を欠くため、本件手形上の権利につきいわゆる形式的資格あるものとする事はできない。しかしながら、右にいわゆる資格とは、手形法の下において、所持人が裏書の連続により権利者たるの外観を具えるときは、その実質的権利を証明しなくても手形上の権利を行使することができると共に、手形債務者もかかる所持人に支払をする限り、所持人がたとえ無権利者であつても債務を免れることができるものとせられ（手形法 16-1,40-3,77-1:1,3 参照）、もつて手形取引の敏活と安全とが企図されている関係においての手形権利者たることの外観をいうに外ならないのであるから、これなくしては手形上の権利の行使が絶対に許されないものと解すべきではない。かえつて、実質的権利者が資格を具備しない場合であつても、債務者に対し進んでその権利を証明するときは、その権利の行使はもとより適法であつて、債務者は、請求者が資格を欠くことを理由としてこれが履行を拒否することは許されない……被告人が本件手形につき実質的権利を有すること前記の如くである本件において、振出人たる被告に対して手形金の支払を求める被告の本訴請求の理由あることは、まことに明瞭」

・ 効力

* 信託裏書説

・ 裏書人に対する人的抗弁の対抗：形式上は悪意の抗弁が成立しない限り対抗できない

→目的は取立委任裏書であるから裏書人に対する抗弁を対抗できるとしてよい

∵被裏書人には人的抗弁切断の効力を享受すべき固有の経済的利益がないから

・ 被裏書人に対する人的抗弁の対抗

→隠れた委任裏書と主張する場合：対抗できない（∵自己矛盾だから）

→隠れた委任裏書と主張しない場合：対抗できる（←被裏書人が立証すれば対抗できない）

* 資格授与説：当然に裏書人に対して有する抗弁のみを対抗できる

【最判昭 39.10.16】 裏書人に対する人的抗弁の対抗(肯定)[昭 36 才 1270]

更正債権確定請求（融通手形で、訴外者から原告が隠れた取立委任裏書を得たもの）

「隠れた取立委任裏書がなされた場合においては、その裏書の当事者間では、手形上の権利は実質的には被裏書人に移転することなく依然裏書人に帰属するものと解されるから、手形債務者の側から裏書人に対して有する人的抗弁をもつて被裏書人に対抗した場合には、被裏書人において裏書による抗弁切断を主張できない」

・ 取立委任が解除された場合の扱い

* 信託裏書説：被裏書人が権利者であるが、手形債務者は権利濫用・信義則違反で拒みうる

* 資格授与説：被裏書人は無権限ゆえ、手形債務者は請求を拒める

・ 第三者の手形取得：被裏書人が取立委任目的に反して裏書譲渡した場合

* 信託裏書説：第三者は有効に取得するが、取立委任合意の人的抗弁を悪意の場合対抗される

* 資格授与説：無権利者の裏書だが、善意・無重過失の第三取得者は善意取得できる

6. 質入裏書(公然の質入裏書,§19-1)：手形上の権利の上に質権を設定する裏書

* 「担保ノ為」、「質入ノ為」など質権設定を示す文言を記載した裏書

* 効果：資格授与的効力・担保的効力が認められる

・ 一切の権利を行使できるが、裏書は代理のための裏書としての効力しか認められない(#1)

・ 権利移転的効力はない ∵優先弁済を得るために手形上の権利を行使できるだけ

・ 裏書人への人的抗弁は、悪意の場合を除き被裏書人に対抗できない(#2)

∵優先的弁済を得ると言う固有の経済的利益を有するから

- ・担保的効力は争いがあるが、優先弁済が目的ゆえ支払は重要で担保的効力を認めるべき
7. 隠れた質入裏書：質入目的で形式的には通常の譲渡裏書をなすもの
- 法的性質は隠れた取立委任裏書同様の対立がある
 - 効力は被裏書人に固有の経済的利益があるから形式通りでよく、特に対立は生じない

第4款 善意取得

1. 手形上の権利と手形所有権（＝手形に関する権利）
 - ・通常、手形上の権利の移転は、手形所有権の移転も伴う（但し手形証券自体は無価値）
 - +手形証券は目に見えない手形上の権利を表章する
 - 手形証券の占有は手形上の権利の保有・取得の事実上の基準とできる
 - 善意取得：手形所持の外観を信頼して手形を取得する場合、無権利者からでも保護してよい
2. 承継取得と原紙取得
 - ・承継取得の例：裏書・交付・指名債権譲渡・相続・合併など
 - ・原始取得の例：善意取得（即時取得：§16-2）
3. 手形の善意取得制度
 - ・目的：手形流通強化のため、裏書連続という形式的資格の外観を信頼した手形取得者の保護
 - ・意義：民 192 より要件を緩和 → 盗難・遺失の手形でも可能、軽過失でも可能
 - ・要件：手形法的取得・裏書の連続・（無権利者からの取得）・善意無重過失（←これだけ抗弁事由）
 - *手形法的取得：取得者が裏書又は引渡（交付）という手形法的流通方法で取得したこと
 - ・指名債権譲渡、期限後裏書、取立委任裏書ではダメ
 - *裏書の連続：手形取得者が、裏書の連続する譲渡人から譲渡を受けたこと
 - ・白地式裏書や形式上断絶の架橋は裏書の効力通り
 - *善意取得によって治癒される瑕疵の範囲：「無権利者からの取得」は要件か
 - ・制限説(従来通説[弥永])：無権利者からの取得の場合のみ治癒される
 - ∴「事由ノ何～占有ヲ失ヒタル者」は譲渡人以外で手形証券を失ったものをいう
 - 「所持人ガ前項～証明スル時」は裏書連続の譲渡人から取得し、かつ自分も裏書連続の意
 - 譲渡人が権利者だが制限行為能力・無権代理・裏書無効などの場合は善意取得できない
 - ・無制限説(近時有力[川村])：譲渡人無権利+裏書行為の無効・取消、裏書人違いにも及ぶ
 - ∴「事由ノ何～占有ヲ失ヒタル者」は意思表示の瑕疵・欠缺で失った譲渡人も含む
 - 「所持人ガ前項～証明スル時」は所持人が連続裏書の最後の被裏書人であることの意
 - ←最終被裏書人と所持人の同一性欠缺の場合を除き、権利外観法理等で保護できるし、
 - 同一性欠缺は要するに見ず知らずの他人から手形を受け取る以上、本人確認すべき
 - ←善意取得を認めつつ、善意無重過失の判断基準を調整すればよい
 - ・判例：昭 35,41 判例を無制限説とする解釈もあるが、そもそも§16-1 の裏書連続による権利推定の問題であって、善意取得の問題ではないとする見解が有力 → 判例はない

【最判昭 35.1.12】無権代理人による裏書と善意取得[昭 31 才 207]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

約束手形(S29.6.22-9.9/34.7万) サンベニヤ工業株式会社(被告)取締役社長国分寛：振出→山栄商事株式会社
名古屋出張所/山栄商事株式会社名古屋出張所取締役所長犬塚雅久→原告

この犬塚雅久は振出しの時期に名古屋で石炭売買の仲介人等をし、会社の代理又は代表権を自称して手形交付を受けたが、同社は福岡市に本店があって石炭売買等を営業し、犬塚勇という目下所在不明の取締役はいるが犬塚雅久はいなかった。被告は善意で手形を取得している。

「以上原判決の確定した事実によると、本件約束手形の裏書は形式的に連続しており、被上告会社は裏書譲渡により善意でこれを取得し(被上告会社の本件手形の取得に重大な過失のあったことについては主張も立証もない)現に所持しているのであるから、犬塚雅久と自称する者が山栄商事株式会社を代理または代表する権限を有しないに拘わらずその権限ある旨自称して、上告会社から本件手形の振出交付を受け次でこれを被上告会社に裏書譲渡した事実によつては、本件約束手形の所持人たる被上告会社からこれが振出人たる上告会社に対する手形上の権利行使に消長を来たすものでない」

【最判昭 41.6.21】手形法 16-1 の推定を覆すための主張・立証[前掲 昭 40 才 293]

Y1,Y2 宛 3 通約束手形金請求→一番：一部認容(Y1 宛)→双方控訴：認容額減(原因債権が 179 万円余しかなかったため、その限度で認容)→被告上告棄却(判示は、§16-1 の裏書連続による権限推定を覆すには振出・裏書の無効と善意取得していないことを共に主張立証する必要がある、というもの)

手形(S33.1.11,210万)Y1→Y2 振出→X 裏書譲渡：Y2 裏書の記名捺印は Y1 の偽造

* 善意・無重過失なき取得

・制限説

悪意：譲渡人が無権利者であることを知っていること

重過失：手形取引上通常必要な注意を著しく欠いたため、無権利者と知らず取得したこと

・無制限説

悪意：自己への手形譲渡に瑕疵があることを知っていること

重過失：手形取引上通常必要な注意を著しく欠いたため、瑕疵を知らずに取得したこと

→社会通念に照らし譲渡人の権利・権限に相当程度の不審があれば一定の調査義務を負う

・悪意・重過失の判断時：手形取得の時点(通説・判例)

【大判昭 2.4.2】悪意・重過失の判断時[大 15 才 1191]

要旨「先日附小切手取得者ノ善意又ハ悪意ハ事実上ノ取得当時ヲ以テ之ヲ定ム可キモノトス」(小切手金請求)

・重過失の判定：社会通念に照らして疑念を抱くべき相当の事由がある場合

－裏書連続手形の所持人は権利者と推定される → 原則として調査義務を負わない

－銀行等の金融機関でも注意義務は加重されない

※新聞の手形無効広告・盗難広告・公示催告の公告・除権決定の速報等を掲載する業界新聞・官報記載の公示催告の公示等を調査するなどの義務はない

【最判昭 47.11.10】受取人が金融機関であることと重過失の判断[昭 47 才 462]

「被上告人【←銀行】が訴外東洋無線から本件手形を取得するに際し、同訴外会社が本件手形を所持することにつき疑念を懐かせるような別段の事情は認められない……被上告人が金融機関であるとはいえ、右のような別段の事情が認められない場合においても、更に本件手形の振出人および第一裏書人である上告人らに対し照会をしなければならぬ取引上の義務はない」(第一裏書人白地裏書後保管中盗取、約束手形金請求・上告棄却)

－義務が認められうる場合：譲渡人と面識なし、譲渡人の入手経路に疑惑あり、譲渡人がその手形以外は無資力、譲渡人の職業等に照らし多額、手形上の記載が改ざんされているなど

※例：【大阪高判昭 44.6.28】第一裏書欄の裏書人の住所とその代表取締役の氏名の誤記、その名下に判読しにくい自体のきわめて粗末な彫の印判の印影が押捺されていた場合【東京地判昭 42.1.17】振出人名下の印影と貼付された収入印紙に押捺された印影が相違、必ずしも少額といえない手形の裏書人の住所の表示が「飯場」【東京地判昭 36.10.18】解雇した元従業員の持参した手形につき振出人と裏書人の信用照会のみで入手先を調査せず割引取得した場合【東京地判平 7.6.27】優良企業の手形を町の金融業者等に高率の割引料で割引いてもらった例（1000万円の盗難手形（振出人は上場企業に準じる優良企業）の第二・第四裏書人が個人、第二裏書人は肩書地に該当者なし、第三裏書人の裏書が抹消されており、原告代表者は第四裏書人から「パクリ手形かも」と聞き割引金が320万円でいいと聞きながら取得した場合）【東京地判平 11.5.27】【東京地判平 11.5.28】同様
【最判昭 52.6.20】手形の善意取得と重大な過失[昭 51 才 1041]

約束手形金請求→一審：認容→控訴：取消・請求棄却→上告棄却

「上告人が訴外野村平吉から本件手形を取得するに際し、同訴外人が本件各手形を所持することにつき疑念を懐いて然るべき事情が認められ……手形振出名義人又は支払担当銀行に照会するなどなんらかの方法で手形振出の真否につき調査をすべき注意義務があったにも拘らず、なんらの調査をしなかった上告人に重大な過失がある」

（控訴審「野村は被控訴人に対し御法川三雄名義の盗難の事故小切手（金額 115 万円）を交付した前歴があるのであるから、被控訴人としては、その直後に野村が右小切手の代替物として交付した本件手形二通についても一応その真否に疑念を抱くべきであり、とくに本件手形二通の振出人は、御法川工業株式会社（代表者御法川三雄）である（御法川という氏名はありふれたものではないから前記盗難小切手との関連が容易に想起されよう。）し、野村はタイル職人であって、本件手形二通の合計金額は 100 万円であることに徴すれば、通常人であれば、野村が本件手形二通を正当に振出を受けたものかどうか疑念を抱くのが当然……手形振出名義人または支払担当銀行に照会するなどなんらかの方法で真否を調査するのが常識……（現に被控訴人は前記小切手については、関口善清の示唆により、受領後間もなく調査をしている）……被控訴人は、前記の事情にありながら、かかる調査をなんらしなかったのは、特別の事情の認められない本件においては、通常人の有する注意義務を著しく怠ったものであり、重大な過失がある……被控訴人は当時六四歳で保険外務員をしており手形、小切手の実務に関して習熟しているとはいえないが、すでに野村から何回か手形等を授受している経験があることが認められるから、手形、小切手について全く無知であったものということとはできず、前記認定を左右するに当たらない」

・ 善意取得の効果

* 法文：手形返還義務を負わないだけ

* 実際：取得者は手形上の権利を取得し、従って原権利者は権利を喪失する

* 転得者の扱い：すでに善意取得が成立しているから、善意・悪意によらず承継取得できる

第5款 手形抗弁

1. 手形抗弁：手形金請求を受けた手形債務者が、支払拒絶の理由として主張できる一切の事由
⇨民法の債権譲渡：債務者は譲渡人に対抗できるすべての抗弁を対抗できる
 - ・手形抗弁制限の原則：手形流通の強化のため、抗弁の一部を譲受人に対抗できなくするもの
 - * 物的抗弁：譲受人に対しても制限されない抗弁
 - * 人的抗弁：譲受人に対して制限されうる抗弁(制限根拠：一般規定§17 のか, §10 など)
2. 人的抗弁制限の法的根拠
 - * 経済的理由：善意の手形取得者の保護による手形の流通促進
 - * 権利外観理論：手形に自ら署名し、抗弁を免れた完全な権利の外観を作りだしたから
 - 伝統説：抗弁は債権に付着して移転するが、善意者は抗弁の付着しない権利を取得する
 - * 無因性説：裏書譲渡で手形債権のみが移転し、悪意の取得者には特別に悪意の抗弁が成立
3. 人的抗弁切断の要件(§17)
 - ①本文→取得者が手形法的流通方法によって手形を取得すること
 - 指名債権譲渡等、期限後裏書、取立委任裏書、隠れた取立委任裏書では認められない
 - ②但書→取得者が善意で手形を取得したこと（抗弁を予期していたら保護する必要がない）
 - * 悪意の抗弁：債務者が悪意の取得者に直接対抗できる抗弁
 - 悪意取得者の場合、抗弁は手形債権に付着して移転されたことになる
 - ・ §17 但書「所持人ガ其ノ債務者ヲ害スルコトヲ知リテ」の意味
 - * 「債務者ヲ害スルコト」：制定の経緯→悪意は広すぎ、詐害的合意は狭すぎる
 - 抗弁の存在に加え、抗弁の切断による債務者の損害の認識も必要とした
 - * 単純認識説：通常は抗弁の存在の認識で足りるが、例外的に損害の認識を欠く場合がある
 - 取得時に存在する抗弁が、将来(満期までに)排除される可能性があるかどうか
 - ①まったく期待できない場合：「特別の事情」がないと抗弁の存在の認識だけで足りる
 - ②まったく不明な場合：満期時に抗弁が成立すると知る取得者が該当 ← 紛争になるのはこれ
 - ③消滅が期待できる場合：消滅すると信じるのに正当な理由があれば該当しない
 - ←批判：不明な場合は裁判官の判定に委ねる部分が大きく、対応しきれぬのか
 - * 河本フォーミュラ：取得者が取得時に、満期時点で債務者が取得者の直接の前者に抗弁を主張するのが確実であるとの認識を有していた場合をいう。抗弁の種類により分かれる
 - 判断時は取得時点 + 認識内容は抗弁主張が確実という認識が必要
 - ①単なる原因事実だけ認識の有無を判断するもの（→原因事実だけで主張を認識しうるもの）
 - ②原因事実+付加的事実の認識の有無を判断する者（→原因事実だけでは認識できないもの）
 - * 具体的適用
 - ・ 商業手形(A⇒B→C)で元の売買契約が原始的不能で、Cはその無効を熟知していた
 - [単] 売買契約上の瑕疵は排除が期待できないので、①にあたり抗弁事由存在の認識を主張立証すれば悪意の抗弁を対抗できる（また、特別な事情は不可能といえる）
 - [河] 売買契約上の瑕疵があれば前者に抗弁を主張するのは確実で、①にあたるから、

売買契約の履行不能の認識だけで悪意の抗弁が対抗される（反証はできない）

※いずれも、C 手形取得時点での無効主張、解除権行使の有無は無関係

- ・同様の場合で、B が商品を引渡さず、C は満期までに引渡さないだろうと認識していた
[単] 履行するかは不明ゆえ、②にあたり、C が B の不履行を予見していれば悪意の抗弁を対抗できる（取得時点で解除権未行使でも、満期までの行使の予見の有無による）
[河] 付加的事実（B が満期までに引渡さないことを予見しているか）が必要で②にあたり、未履行ゆえの抗弁を主張すると熟知しているか。解除権行使や、その成立の認識は不要
【大判昭 16.8.26】悪意の抗弁[昭 16 才 389]

要旨「手形ノ被裏書人カ其ノ取得当時売買代金内払ノ方法トシテ振出サレタル手形ナルコトヲ知リタルノミニテ八条令売買契約ノ解除セラルヘキ事情アル場合ニ於テモ債務者ヲ害スルコトヲ知リテ取得」したといえない

【最判昭 30.5.31】悪意の抗弁[昭 28 才 509]

約束手形金請求→一審：認容→控訴：取消・棄却→上告棄却

杉素材売買のいわば担保（現物引渡後、現金払いで手形返還を約していた。なお、裏書譲渡禁止特約もあった）として X⇒A へ振出され、Y へ裏書譲渡されたが、控訴審において Y は A から割引してもらわないと杉素材が仕入れできないからと割引を依頼されており、原因関係とその不履行を熟知していたと認定された。

「本件手形は Y が訴外 A に対する木材売買代金債務の支払確保のため、A に対し交付したものであるが、X は右売買が A の不履行により結局解消されるに至るべきことを熟知しながら、敢えて A より右手形の裏書譲渡を受けたという……右事実関係によれば、X の本件手形の取得は、手形法七七条一項、一七条但書の場合に該当する」

【最判平 7.7.14】取得時点で抗弁が成立するかまったく不明の場合[平 6 才 1719]

X→A,B,Y 宛約束手形金請求→手形判決：認容→一審：手形判決取消・棄却→控訴棄却→Y 宛上告：破棄差戻し

H3.10.2 A 社(B 代表)が C から 6000 万円借入れ(利息 2.5%、弁済期 H4.10.1)

約束手形振出 (A⇒Y(B の妻)→B→C、450 万円、満期 H4.7.1、H4.7.2~10.1 の利息分)

H3.11.28 C→X 裏書、X は手形が未発生利息の分であることを知っていた

H4.2.12 A が C に借入額全額を返済し、利息が発生しないことが確定

満期 支払呈示・拒絶

「手形所持人が、手形を取得する際に、当該手形が貸金債権の未発生利息の支払のために振り出されたものであることを知っていても、貸金債権の約定利息は時の経過により発生するのが通常であるから、貸金債権の元本が弁済期前に弁済され利息が発生しないであろうことを知っていたなど特段の事情がない限り、手形法一七条ただし書にいう「債務者ヲ害スルコトヲ知リテ手形ヲ取得シタルトキ」には当たらない……上告人が本件手形を取得するに当たり、それが未発生利息債権の支払のために振り出されたものであることを知っていたことのみから、前記悪意の抗弁を認めた原審の判断には、手形法一七条ただし書の解釈適用を誤った違法がある」

←貸金が弁済期前に返済されるのは例外的だから、これでよい

* 所持人の悪意の立証責任：債務者にある（通説）

* 重過失による不知：悪意の抗弁は成立しない。認識がない場合は、過失があってもダメ

【最判昭 35.10.25】悪意の抗弁と重過失[昭 33 才 762]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却（融通手形の抗弁の主張の可否）

「手形法一七条は、同法一六条二項が、その意に反して手形の所持を失った手形権利者と手形所得者との間の権利帰属を決するための規定であるのとは異り、手形債務者が自己の負担する手形債務につき人的抗弁をもつて対抗し得る場合を限定しようとする規定であり、手形流通の安全のためひろく善意の手形所持人を保護することを法意とする。したがって、右一七条は債務者を害することを知らないで手形の所持人となつた者については、重

大な過失があると否とを問わず、その前者に対する人的抗弁をもつて対抗し得ないものとした趣旨」

* 悪意の認定時期：手形の取得時

- ・ 抗弁の存在を知ってから手形の書替えを受けた場合：なお人的抗弁は対抗されない

【最判昭 35.2.11】 悪意の認定時期[昭 33 才 638]

為替手形の支払呈示禁止請求→一番：棄却→控訴棄却→上告棄却（旧手形取得時は善意だが、手形を書替えた際には悪意になっていたもの。手形の受取人が売買契約の商品引渡しを履行せず、工場を閉鎖し履行不能となった）
「手形の書替は通常旧手形の債務の支払を延長するためになされたものと解すべきであるところ、本件のように旧手形取得の際被告が原告の訴外会社に対する人的抗弁事由の存在を知っていたことが認められないから被告は書替後の新手形について悪意の取得者であるということとはできない」

4. 物的抗弁：特定又はすべての手形債務者がすべての手形所持人に対抗できる抗弁

- ・ 手形上の記載(形式)に基づく抗弁：手形の文言証券性、外観から認識が容易
 - ・ 必要的記載事項欠缺の抗弁(§2-2)、有害的記載事項の記載がある旨の抗弁
 - ・ 手形上明瞭な支払済み・免除・相殺の抗弁(§39-1)、一部支払の記載がある旨の抗弁(§39-3)
 - ・ 満期未到来の抗弁
- ・ 手形上の権利が有効に存在しない旨の抗弁：債務者の利益保護（→解釈で変動しうる）
 - ・ 意思能力欠缺の抗弁、制限行為能力に基づく取消の抗弁
 - ・ 無権代理による旨の抗弁(§8) ← 表見代理の可能性
 - ・ 偽造手形の抗弁、変造手形の抗弁(§69) ← 権利外観法理による帰責の可能性
 - ・ 権利保全手続欠缺の抗弁(§53:呈示期間徒過等、§60-1:参加支払、§68-3：謄本と原本裏書)
 - ・ 交付欠缺の抗弁(契約説・交付説に立つ場合) ← 権利外観法理による帰責の可能性
 - ・ 支払済みの抗弁(受戻なき支払) ← 権利外観法理による帰責の可能性
- ・ その他の物的抗弁
 - ・ 供託による手形債務消滅の抗弁(§42)
 - ・ 除権決定により手形が無効となった旨の抗弁(非訟 118-1)
 - ・ 時効による手形債務の消滅の抗弁(§70) ← 手形上の記載から明かか否かによらない

5. 人的抗弁

- ・ 意義：物的抗弁以外の手形抗弁はすべて人的抗弁になる（物的抗弁を先に考えるのが通例）
※人的抗弁の意義は事案により異なる(§17のみ or その他也含む)
 - * 広義の人的抗弁：制限されうる抗弁(§17 以外による制限も含む)
 - * 狭義の人的抗弁：§17 により制限されうる「前者二対スル人的関係二基ク抗弁」
= §17 に規定されない抗弁は絶対に対抗できるわけではない（例：§10 白地補充権濫用）
←ハーグ手形条約では、抗弁列挙は脱漏があるので現在の表現となった。
- ・ 原因関係に基づく抗弁：すべて§17 により制限される
 - ・ 原因関係の無効・不存在の抗弁、原因関係が取り消された旨の抗弁
 - ・ 対価欠缺の抗弁、割引金不交付の抗弁
- ・ 原因関係不法の抗弁：原因関係の法令違反・公序良俗違反をいう抗弁
 - ・ 原因関係が賭博に基づく債務である旨の抗弁

- ・ 利息制限法違反の高利の支払のための手形行為である旨の抗弁(利息制限 1-1)

【最判昭 46.4.9】 賭博による債務支払のための小切手交付[昭 46 才 134]

(主)小切手金請求(予)和解契約に基づく金銭支払請求→一番：棄却→控訴(主取下げ)棄却→上告棄却

小切手(100 万円、S44.3.15、持参人払)：被告→A→原告。Aが原告に賭碁で負けて負った 150 万円の債務支払のため、被告に頼んで借りうけたもの。その後 55 万円(即金 10 万、1 週後 45 万)の支払で和解した。

「上告人と被上告人との間で、上告人が訴外 A から交付を受けた被上告人振出にかかる本件小切手金の支払に関して和解契約が成立し、被上告人から上告人に対して金五五万円を支払う旨を約したが、右小切手は、賭博によつて A が負うことになつた金銭給付義務の履行のために、同人から上告人に交付されたものであつたというのである。してみれば、本来、上告人が被上告人に対して右小切手金の支払を求めることは、公序良俗に違反するものとして許されないとこととて、右和解上の金銭支払の約束も、實質上、その金額の限度で上告人をして賭博による金銭給付を得させることを目的とするものであることが明らかであるから、同じく、公序良俗違反の故をもつて、無効とされなければならない。このことは、右合意が、論旨のいう創設的なものとして、すなわち、小切手金支払債務の存否と無関係に金銭支払義務を負担すべきものとする趣旨でなされたものとしても、異なるところはない。右契約の實質に存する不法性は、当事者の合意によつて払拭しうるものではないからである」

- ・ 信託法 10(訴訟信託の禁止)に違反する裏書譲渡である旨の抗弁

→裏書自体が無効＝無権利者の抗弁になる(判例・多数)→善意取得の可能性あり

※物的抗弁なら善意取得の可能性もないので、物的抗弁にはあたらない(広義の人的抗弁)

→裏書自体は有効だが、信託 10 に照らして権利行使は許されない(少数)→狭義の人的抗弁

【最判昭 44.3.27】 原因関係不法の抗弁と裏書[昭 41 才 1338]

約束手形金請求→一番：棄却→控訴棄却→上告棄却

約束手形：Y1 農協(A 組合長理事)⇒Y2→白地 B：割引依頼だったが B は割引できず、Y2 に返還を求められたが返還せず、譲渡し、数人の手を経て C に交付後、X へ譲渡。裏書は Y2→C→X。実際は A が代取の会社の運営資金ねん出のため、同社専務の Y2 へ振出した権限濫用振出だったが、金融を得られなかったもの。原審は、C が X より代価を得ていない点などから、悪意の抗弁切断のための訴訟目的の裏書と認定した。

「訴外崔炳燮は、上告人に対し、訴訟行為をなさしめることを主たる目的として本件手形の裏書をした……右の裏書は取立委任のためになされたものにほかならず、本件手形は右崔炳燮から上告人に対していわゆる隠れた取立委任裏書のなされた手形である」「右のような裏書は、裏書人が自己の有する手形債権の取立のため、その手形上の権利を信託的に被裏書人に移転するものと解すべき…(最判昭 31.2.7 参照) ところ、信託法 1 条は訴訟行為をなさしめることを主たる目的として財産権の移転その他の処分をなすことを禁じ、これに違反する行為を無効とするのであるから、本件のように隠れた取立委任のための手形の裏書が訴訟行為をなさしめることを主たる目的としてなされた場合においては、たんに手形外における取立委任の合意がその効力を生じないのとどまらず、手形上の権利の移転行為である裏書自体もまたその効力を生じえない……上告人は、訴外崔のした裏書によつては手形上の権利を取得しえなかつたものというべきであり、被上告人らは上告人が手形上の権利を有しないことを主張して、その手形上の請求を拒絶することが許されることは明らかである」

(大隅意見) 隠れた取立委任裏書につき、多数意見の信託裏書説を批判し資格授与説をとる。財産権の移転にあらず信託でない疑いがあるが、それでも信託法 11 条(現 10 条)の類推適用で無効となるので結論は同じ。

- ・ 融通手形の抗弁・交換手形(書合手形・相落手形)の抗弁

* 融通手形の抗弁：被融通者による融通者への請求を融通手形であることを理由に拒みうる

①受取人による手形金請求には融通手形である旨の抗弁を対抗できる

【最判昭 46.2.23】 受取人による融通手形の手形金請求の可否[昭 45 才 980]

「本件三通の約束手形は、いずれも破産会社代表者富岡市郎の依頼を受けて、被上告人が破産会社の運転資金を融通する目的で振出したものであり、なんら被上告人と破産会社との間に対価関係があって振り出されたものではなく、被上告人は、このことをもって、破産宣告後破産会社から右約束手形を受け取り所持している破産管財人である上告人に対しても対抗することができる」(約束手形金請求：原審棄却→上告棄却)

②第三者からの手形金請求には融通手形であることを理由に拒めない

・融通手形と知っているだけで拒まれると、金融を得させるという目的が達しえない

生来的な人的抗弁説：融通手形の抗弁は譲受人に承継されない特殊な性格をもつ(従来通説)

・満期までの支払資金の供給約束を知っていた所持人にも対抗できない(←通常伴うから)

・何らの手形上の責任を負わせない特約を知っていた所持人

→判例は対抗可、学説は受取人の不履行まで知っていることを要求

【最判昭 34.7.14】融通手形の抗弁と第三者[昭 31 才 622]

約束手形金請求→一審：認容→控訴棄却→上告棄却

約束手形 2 通(10 万円・S27.8.26/S27.10.31、30 万円・S27.9.1/S27.11.7)：四国火薬(株)⇒村上秀美→S27.9.10 裏書：太陽物産(株)→白地裏書：愛媛相互銀→満期支払呈示・拒絶

「いわゆる融通手形なるものは、被融通者をして該手形を利用して金銭を得もしくは得たと同一の効果を受けさせるためのものであるから、該手形を振出したものは、被融通者から直接請求のあつた場合に当事者間の合意の趣旨にしたがい支払いを拒絶することができるのは格別、その手形が利用されて被融通者以外の人の手に渡り、その者が手形所持人として支払いを求めて来た場合には、手形振出人として手形上の責任を負わなければならないこと当然であり、融通手形であるの故をもつて、支払いを拒絶することはできない。しかも、このことは、手形振出人になら手形上の責任を負わせない等当事者間の特段の合意があり所持人がかかる合意の存在を知つて手形を取得したような場合は格別、その手形所持人が単に原判示のような融通手形であることを知つていたと否とにより異なるところはないのである。しからば、本件手形二通はいずれもいわゆる融通手形であることを認定し、右と同趣旨の理由で上告人の所論悪意の抗弁を排斥した原判決の判断は正当」

③受取人が当事者間の合意に違反している事実を知りつつ取得した所持人には対抗できる

例：満期前 or 満期前一定時期までの支払資金供給合意 + 資金不提供 or 不提供が確実な事実を知って取得

手形振出人は手形上の責任を負わない特約、手形利用期間の制限がある + 期間経過後であること(満期後等)

割引を受けられず返還義務があるのに返還していないこと、金融を得てのち受戻した手形の再度の譲渡

交換手形で一方が支払わないと他方も支払わない合意があるのに一方の支払拒絶を知って・予期して取得

無償で融通手形であると知って取得 など

【大判昭 9.11.9】署名者は責任を負わない特約を知って取得した所持人には対抗可能

【最判昭 42.4.27】交換手形と悪意の抗弁[昭 38 才 153]

約束手形金請求(5通)→一審：認容→控訴棄却→上告：3通破棄差戻し、2通上告棄却

満期を数日ずらして約束手形を交付しあつたもの(交換手形)。2通は一方が決済しており、払うべき。

「甲、乙両当事者が、相手方を受取人とし、交換的に同金額の約束手形を、その受取人に金融を得させるためのいわゆる融通手形として、振出し(いわゆる交換手形、或いは書合手形)、各自が振出した約束手形はそれぞれ振出人において支払をするが、もし乙が乙振出の約束手形の支払をしなければ、甲において甲振出の約束手形の支払をしない旨約定した場合、乙が乙振出の約束手形の支払をしなかつたときは、甲は、交換手形に関する右約定および乙振出の約束手形の不渡り、或いは、不渡りになるべきことを知りながら、甲振出の約束手形を取得した者に対し、いわゆる悪意の抗弁をもつて対抗することができる」→3通は一方が支払っておらず、所持人の善意・悪意を判断させるため破棄差戻し

* なぜ一定の付加的事情を知っていれば債務者は対抗できるのか

・ 融通手形の抗弁を生来的な人的抗弁とするもの → この抗弁は融通手形の抗弁ではない

①一定の付加的事情を知っていると、一般悪意の抗弁が成立する

←一般条項の利用はできるだけ避けるべき、生来説は裏書の本質(債権譲渡)に反する

※一般悪意の抗弁：所持人の権利行使が信義則違反・権利濫用として債務者が主張する抗弁

→広義の人的抗弁であるが、狭義には含まれない(§17ではなく、民90等によるから)

②別の人的抗弁が成立し、悪意の抗弁が認められる

←融通手形の抗弁以外の抗弁といえるのか、生来説は裏書の本質(債権譲渡)に反する

・ 融通手形の抗弁も裏書に伴って承継されているとの前提に立つもの(近時有力)

③融通手形の認識+付加的事情の認識により悪意の抗弁が成立する(←河本フォーミュラ②)

←河本フォーミュラによれば、被融通者が請求すれば確実に対抗される以上、②ではなく

①の場合にあたり、融通手形の認識があれば常に対抗されるのが理論的帰結である

・ 融通手形の抗弁は融通契約違反の抗弁とする(請求前は当事者間でも融通手形の抗弁がない)

④手形が融通目的に利用されれば、融通契約違反ではなく、対抗できる抗弁が存しない

←融通手形の抗弁の観念自体は自然ゆえ、そこを否定するのはどうか

・ 手形上の権利の成立に関する抗弁

・ 交付欠缺の抗弁(創造説・二段階説)

・ 意思表示の瑕疵(虚偽表示・錯誤・詐欺・脅迫)による手形行為の旨の抗弁

・ 手形面上記載なき支払・一部支払・免除・相殺・支払猶予の抗弁

・ 白地補充権の濫用の抗弁

※相殺の抗弁：相殺適状の認識だけでは抗弁を対抗できない

→相殺済み、裏書人破産、共謀の場合などは相殺の抗弁を対抗可能

・ 有効性の抗弁：手形債務の有効性に関する抗弁(新抗弁論による主張：近時有力)

・ 手形債務の存在・消滅に関する抗弁(交付欠缺、支払、相殺、意思表示の瑕疵等)をここに分類する → §16-2 または§10 類推によって制限されるとする

・ すべての手形債務者が特定の所持人に対抗できる人的抗弁

・ 人的抗弁は、手形債務者の誰でも主張できるものと、特定人しか主張できないものがある

→一般に、特定の債務者の人的抗弁を他の債務者は主張できない(人的抗弁の個別性の原則)

・ 誰でも主張できる人的抗弁：弁済受領能力欠缺の抗弁(所持人が破産者、手形債権差押済等)、裏書の連続が欠ける旨の抗弁(§16-1)、無権利の抗弁など

・ 無権利(者)の抗弁：所持人は権利者ではないとの抗弁(立証責任は債務者にある)

* 形式的資格はあるが、所持人が実質的に無権利者である旨の抗弁

・ 所持人が盗取・横領・拾得で手形を入手した場合

・ 支払受領資格を欠く場合、受領代理権を欠く場合

・ 最後の被裏書人と所持人の同一性を欠く場合

→善意取得(§16-2)により抗弁が制限されるので、広義の人的抗弁に含まれる

6. 善意の中間者の介在

- ・ 善意の取得者から、悪意者が裏書譲渡を受けた場合

→手形債務者は、人的抗弁を対抗できない。善意者からの期限後裏書でも同じ

【最判昭 37.5.1】 人的抗弁切断後の手形取得[昭 35 才 23]

約束手形金請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告棄却

約束手形(S27.5.19/7.17、200 万円)：小川一義 + 太道相互銀保証(支店長がしたが、代理権がなかった。S27.5.28 に日経新聞に手形保証行為の無効を公告した)⇒白地(預けただけ)：三晃繊維工業(株)→白地裏書：(株)小田栄吉商店～引渡：バヌーバー～引渡：西川信作(原告)

原審：支店長ゆえ表見支配人の成立を認めつつ、三晃繊維、小田栄吉商店とも代理権欠缺に善意と認め、公告によって重過失ともいえないとした。なお、三晃繊維は預けただけだが、小田栄吉商店はそれを知らないから善意取得しており、代理権欠缺も善意ゆえ以後の取得者に人的抗弁は対抗できない。

○支店長の権限：本件で問題になるのは表見支配人(商 42→現 24)ではなく、支店長という支払人の代理権への制限の対抗の問題(商 38-3→現 21-3)だが、小田栄吉商店が権利取得後は手形法の権利移転ゆえ適用されない。

○手形法「一七条但書は、手形債務者が手形所持人の前者に対し人的抗弁をもつて対抗しえた場合に、手形所持人が善意をもつて手形を取得したときは、これに対しても右人的抗弁をもつて対抗しうる旨の規定であつて、手形所持人の前者が善意であるため、手形債務者がこれに対し人的抗弁を対抗しえない場合においても、その前者の地位を承継した手形所持人に対しその悪意を云為して右人的抗弁の対抗を許すものと解すべきではない」

【最判昭 37.9.7】 期限前裏書で切断された人的抗弁は期限後の悪意の被裏書人に対抗できない

：期限前裏書によって既に切断された人的抗弁が復活するわけではないから当然 (最判昭 57.9.30 同旨)

- ・ 理論的根拠：善意者が譲受けた時点で、抗弁が除去された「きれいな権利」になっている
→悪意者が取得しても、抗弁が復活するものではない
- ・ 実質的根拠：善意取得者の保護のため、取得者の完全・迅速な権利の利用を保障すべき
→悪意者にも完全に有効に譲渡できるとすべき (善意の取得者保護の反射効)
- ・ 例外：悪意の後者が善意の中間者を傀儡として介在させたにすぎない場合 → 対抗できる

7. 戻裏書による再取得

- ・ 善意の取得者に裏書譲渡後、戻裏書で再取得した者に対し、手形債務者は人的抗弁を再対抗可
：所持人の権利行使を認めるのは不当、手形流通に影響なし (既に抗弁を対抗されるはずだった者への譲渡で、新たに手形を取得する者への譲渡を可能にならしめることにしか意義はない)

- ・ 理論的説明

- ・ 戻裏書で再取得者は以前の権利を再取得し、裏書前の地位を回復する ← 戻裏書も譲渡裏書
- ・ 人的抗弁の属人性：人的抗弁は権利者その人に付着する個人的なもの、再取得で当然復活する (おそらく判例) ← 裏書も債権譲渡だが、債権譲渡では抗弁は付着し移転するのと矛盾

【最判昭 40.4.9】 戻裏書と人的抗弁[昭 39 才 146]

約束手形金請求→一審：棄却→控訴：取消・認容→上告：破棄差戻し

約束手形：上告人⇒磯貝金属精錬(株)→(株)磯貝合金所→(株)第一銀行→→(株)磯貝合金所→川乱唯夫(原告)
被告は原因関係たる債権債務の消滅、その磯貝合金の悪意、磯貝合金→川乱は隠れた取立委任と主張。

原審は第一銀行が善意ゆえ対抗できないとした。

「手形の振出人が手形所持人に対して直接対抗し得べき事由を有する以上、その所持人が該手形を善意の第三者に裏書譲渡した後、戻裏書により再び所持人となつた場合といえども、その手形取得者は、その裏書譲渡以前に

すでに振出人から抗弁の対抗を受ける地位にあつたのであるから、当該手形がその後善意者を経て戻裏書により受け戻されたからといって、手形上の権利行使について、自己の裏書譲渡前の法的地位よりも有利な地位を取得すると解しなければならない理はない……振出人たる原告人は、戻裏書により再び所持人となつた機具合金に抗弁事由を対抗できるものといわねばならず、機具合金から被告原告人に対する裏書譲渡が隠れた取立委任によるものであるとすれば被告原告人に対してもこれを対抗しうることになるわけである（最判昭 39.10.16 参照）

・戻裏書と同視された事例

【最判昭 52.9.22】受取人の経営者による善意者介在後の取得[昭 50 才 766]

約束手形(商業手形、S45.7/S46.4.4)：栗本商事(株)⇒(株)摂津機械プレス製作所→三井銀行(手形貸付)→無担保裏書：原告 2 名(受取人倒産により原因関係が解除→手形不渡→連帯保証人たる原告 2 名が決済した)

原告らの手形受取の経緯、受取人会社は原告 X1「が主宰するワンマン会社ないしは同族会社であつて、訴外会社と原告人とは密接に経済的利害を共通にする……原告人 X2 は原告人 X1 の三女で、本件約束手形に関する限り原告人と実質上も経済上も一体とみることができる」、三井銀行は摂津機械から回収しようとしたが、振出人により三井銀行—摂津機械間の手形引渡禁止仮処分があつたため、原告らが弁済して手形を得たと言う「事実関係のもとにおいては、本件約束手形の三井銀行から原告人らへの裏書は、信義則上、三井銀行から訴外会社への戻裏書と同一に評価すべきであるとし、本件約束手形の振出人である被告原告人は、訴外会社に対抗することができる人的抗弁をもって、善意の三井銀行の介在にかかわらず、原告人らに対しても対抗することができる」

8. 人的抗弁の個別性：A⇒B→CでC→Aに請求、B－C間の原因関係が消滅した場合など

・後者の抗弁：自分より後の債務者が権利者に対して有する人的抗弁

・無因性に依拠した場合

→無因性により裏書行為自体は有効ゆえ、Cは手形上の権利を有する

→少数：C→Aの請求は認め、A→B→Cの不当利得返還請求権で調整 ∵Bの怠慢だから

→通判：AはCからの請求を拒みうる ∵結局一周するだけで不経済かつ無資力の危険

・後者の抗弁の援用は認めない（人的抗弁の個別性）

∵手形行為の独立性、人的抗弁は当事者間でしか意義がなく他人は主張できないとすべき

・権利移転有印因論に依拠した場合（手形行為で二段階説をとり、交付行為を有因行為とする）

→原因関係の無効等により手形上の権利はBに戻り、Cは無権利者となる

→無権利の抗弁によりAはCからの請求を拒みうる

←二段階説への批判、交付行為のみ有因行為というのは不自然

Cからの取得者は善意取得で保護することになり、§17の問題でなくなる

・判例の立場：後者の抗弁は援用できないが、Cの請求は権利濫用にあたる、として否定する

【最大判昭 43.12.25 民集 22-13-3511】手形金請求と権利の濫用[昭 38 才 330]

約束手形金請求→一審：認容→控訴：取消・棄却→上告棄却

約束手形：滝口(名)⇒日宝商事(株)→先川宅郎→藤井清介(債務の担保だが、現債務が電話加入権売渡担保の処分であつたのに、そのまま手形を返還せず振出人に請求した)

「自己の債権の支払確保のため、約束手形の裏書譲渡を受け、その所持人となつた者が、その後右債権の完済を受け、裏書の原因関係が消滅したときは、特別の事情のないかぎり爾後右手形を保持すべき何らの正当の権原を有しないことになり、手形上の権利を行使すべき実質的理由を失つたものである。然るに、偶々手形を返還せず手形が自己の手裡に存するのを奇貨として、自己の形式的権利を利用して振出人から手形金の支払を求めようとするが如きは、権利の濫用に該当し、振出人は、手形法七七条、一七条但書の趣旨に徴し、所持人に対し手形金

の支払を拒むことができる……右の法理に照らし、本件手形の振出人たる被告人は、前示事実関係の下においては、原告の本件手形金の支払請求を拒むことができる……から、裏書の原因が消滅したから手形上の権利が当然に裏書人に復帰する旨の原判決の判断は是認できないが、原判決は結局結論において正当]

(大隅補足) 原審は有因論に立つもので、是認できない。なお、この場合①振出人は支払ってもそれで免責され、重ねて払う必要はない、②BがCに一部弁済したら、Aは差額支払で足りる、③隠れた質入裏書でも同様である

(松田反対) 悪意の抗弁自体が権利濫用の手形法での表れであり、拒絶を認めるとCが手形を廃棄しようものならAはかえって不当利得を得る、権利濫用は既にした支払をも無効にするから支払拒絶を招き取引安全を害する、一部弁済のときの扱いが不明、一般条項への逃避だ。

(岩田反対) 松田同調、二重弁済をうける不当は、日宝商事・先川・藤井間で調整すべき問題

【最判昭 48.11.16】原因関係無効の事案で同旨

【最判昭 57.7.20】原因関係消滅(弁済)の事案で同旨

- ・手形保証と抗弁：手形保証人は、主たる債務者の援用できる人的抗弁を主張できるか

* 手形保証の独立性+人的抗弁の個別性→保証人は被保証者の人的抗弁によっては拒めない

← 保証人→被保証者→所持人に不当利得返還請求することになり、不経済・不当

→ 権利濫用で制限

【最判昭 30.9.22】請求に応じた保証人からの振出人への求償と人的抗弁[昭 29 才 660]

動産所有権確認等請求(手形保証についての譲渡担保目的物)→一審：棄却→控訴：取消認容→原告棄却

保証人が受取人からの請求に応じ、振出人に求償したが、振出人は受取人に人的抗弁を有したもので

「仮に原告が約束手形の振出人としてその受取人である訴外繊維貿易公団に対し、所論売買の無効を理由としてその売買代金支払のため振出された手形金支払の義務なき旨の人的抗弁権を有するとしても、手形保証人である被告は、手形保証という手形行為をすることによつて独立に手形上の債務を負担するに至るものであるから(手形の振出自体に方式上の瑕疵がない限り)、被保証人である原告が手形所持人である前記訴外公団に対する関係において有する前記人的抗弁を援用することは許されないとしたものである。そして、これは民法上の保証の理論と異なる手形保証独立の原理を示したものであつて、被告は前記人的抗弁を知る場合においてもこれを援用することを得ないとしたのは、もとより正当な見解である(手形法三二条二項)。」

【最判昭 45.3.31】手形保証と権利濫用の抗弁 [昭 44 才 1118]

約束手形金請求→一審：棄却→控訴棄却→原告棄却

約束手形(1100万)高知重工+保証：被告2名⇒野村貿易→原告小島バルブ(野村貿易発注の解体工事の不履行があった場合の損賠を担保するための振出し。工事は無事履行された)

「将来発生することあるべき債務の担保のために振り出され、振出人のために手形保証のなされた約束手形の受取人は、手形振出の右原因関係上の債務の不発生が確定したときは、特別の事情のないかぎり、爾後手形振出人に対してのみならず手形保証人に対しても手形上の権利を行使すべき実質的理由を失つたものである。しかるに、手形を返還せず手形が自己の手裡に存するのを奇貨として手形保証人から手形金の支払を求めようとするが如きは、信義誠実の原則に反して明らかに不当であり、権利の濫用に該当し、手形保証人は受取人に対し手形金の支払を拒むことができる……(最大判昭 43.12.25 参照。)……右受取人から裏書譲渡を受けた手形所持人につき手形法一七条但書の要件が存するときは、手形保証人は、右悪意の所持人に対し権利濫用の抗弁をもつて対抗することができる」→本件では対抗できる

- 9. 二重無権の抗弁：A→B→Cの裏書譲渡後、A B間 B C間とも原因関係が消滅した場合

- ・ C→Aの請求を認めると、A→B→Cの不当利得返還請求になるので請求を認めない

- ・ 根拠

- * 有因論：原因関係消滅により手形の権利者はAに復帰しており無権利の抗弁を対抗可
- * 無因性：Cは権利者だが、原因関係が二重に欠缺するが人的抗弁の制限・個別性で対抗不可
→判例は人的抗弁の切断を認めない：§17 但の趣旨(抗弁切断の利益を享受する地位にない)
※ AはBに対する原因関係消滅の抗弁をCにも対抗できる（後者の抗弁ではない）

【最判昭 45.7.16】 二重無権の抗弁[昭 45 才 16]

約束手形金請求→手形訴訟：認容→一審：認可→控訴：取消棄却→上告棄却(一致：松田・岩田・大隅も賛成)
約束手形①(28.8万、S41.8.22/S41.12.27)・約束手形②(14.4万、S41.8.19/S41.11.16)：(有)共栄商会→
光復物産(株)→白地:木下産業(株)→期限後・白地：原告。振出・第一裏書はいずれも30ダースの掃除機の代金
支払いのため。しかし、S42.2.9 売買契約合意解除、商品順次返還となったが、木下産業が手形を返還せず、
3.10に共栄・光復が交渉したが満期後日歩10銭の利息を要求され折り合わなかった。

「右のような事実関係のもとにおいては、被上告人は、手形振出の原因関係消滅の抗弁をもつて、受取人たる光復物産に対してのみでなく、同会社から右手形の裏書譲渡を受けた木下産業にも対抗し、手形債務の履行を拒むことができる……けだし、かかる原因関係に由来する抗弁は、本来、直接の相手方に対してのみ対抗しうるいわゆる人的抗弁たりうるにすぎないが、人的抗弁の切断を定めた法の趣旨は、手形取引の安全のために、手形取得者の利益を保護するにあると解すべきことにかんがみると、前記のように、自己に対する裏書の原因関係が消滅し、手形を裏書人に返還しなければならなくなっている木下産業のごとく、手形の支払を求める何らの経済的利益も有しないものと認められる手形所持人は、かかる抗弁切断の利益を享受しうべき地位にはないものというべきだからである」→同旨の原審は正当

第4節 手形の取立と支払

第1款 手形保証

1. 手形保証(§30,31)

- ・手形上の債務者の手形債務の全部又は一部を担保するため、手形上になす手形行為
- ・単独行為で、保証人が勝手に署名しても保証として有効(§30-2)

2. 手形保証（公然の手形保証）の方法(§31)

- ・手形又は補箋に「保証」等の文字+保証人が署名すること(#1,2)
- ・「保証」等の文字がなくても、手形表面に単に署名すると保証となる(#3)
- ・誰のためかの表示を要するが、ない場合は振出人とみなされる(#4)

3. 隠れた手形保証

- ・裏書をするると裏書人は手形債務者の債務を担保するから、保証目的で裏書をする事
→手形の文言証券性より、裏書として扱われ、保証目的は当事者間の人的抗弁事由にとどまる

4. 手形保証の効力(§32)

- ・手形保証の附従性
 - ・主たる債務者と同一の責任を負う(#1)
 - ・被保証債務の支払・免除・相殺・時効による消滅→保証債務も消滅
 - ・支払をした保証人は、被保証者に求償可能（他の手形債務者にも請求できる：#3）
- ・手形保証の独立性
 - * 手形行為独立の原則(#2)
 - = 被保証債務が無効であっても保証債務は有効(#2、方式の瑕疵による場合は無効)
 - * 合同責任(§47)
 - = 所持人は債務の順序に関わらず請求でき、被保証者より先に保証人に請求してもよい(#2)
 - 催告の抗弁や検索の抗弁も有しない

第2款 手形の取立

1. 取立ての方法

- ・所持人の取引銀行（取立銀行）に取立委任裏書で交付し、銀行は手形交換所で支払呈示し、支払銀行がその手形を持ち帰る方法による（→交換提示）

2. 支払呈示：取立債務(商 516-2)ゆえ、支払呈示が必要

・要件

* 支払呈示期間内であること

- ・確定日払、日付後定期払、一覽後定期払：支払をなすべき日+それにつぐ2取引日(§38-1)
←支払をなすべき日：満期日が原則だが、法定休日の場合は翌取引日(§72-1)

* 支払呈示をなすべき場所：支払場所（支払銀行）。手形交換所でも有効(§38-2)

・効果：付遅滞効+(裏書人等への)遡及権保全効

* 遡求権の保全（呈示期間徒過で裏書人その他の債務者への権利を失う：§77-1:4→53-1）
←振出人への権利は残る（§78-1・77-1:4→53-1、為替手形では引受人への権利）

* 主たる手形債務者を履行遅滞に陥らせる

・支払呈示時の利息：§48-1:2の法定利息(満期より6%、§28-2で引受人にも請求可)

・呈示期間徒過後の呈示：呈示時から履行遅滞、遅延利息は商事法定利率(6%,商 517,514)

3. 手形交換と不渡り

- ・手形交換所における手形交換：交換日（=満期）に交換・交換尻の決済（日銀での振替）

→決済後に持ち帰った手形小切手を手形債務者の口座から引き落とす

→残高が足りなくても、交換所では交換され、その後に「不渡り」になる

→交換日の夜に不渡手形が取立銀行に返還される

- ・不渡処分制度（手形交換所規則による自主規律）：6カ月に2回不渡手形を出すと取引停止処分

→2年間、参加銀行との当座勘定取引・貸付取引がすべて停止される

* 0号不渡事由：適法な支払呈示と認めない場合など（→不渡届は不要：不渡処分はない）

→形式不備、裏書不備、支払呈示期間経過後、期日未到来、除権決定等

* 第1号不渡事由：第1号不渡届提出（→顧客は異議申立てできない）

→資金不足・取引なし(当座取引がない場合)

* 第2号不渡事由：第2号不渡届提出（→顧客は異議申立てできる）

→契約不履行、詐欺、紛失、印鑑相違、偽造、金額欄記載方法相違、約定用紙相違など

4. 手形訴訟制度(民訴 350~366)、小切手訴訟制度(民訴 367→350-2~366)

- ・目的：手形・小切手金額の訴求につき、訴訟の敏速な処理のための特別な制度

・特徴

* 反訴禁止(§351) ∴訴訟の複雑化、遅延の防止

* 証拠調べの制限(§352：書証+限定的な当事者尋問のみ)

* 原告による通常訴訟への移行(§353)：原告はいつでも移行させられる

* 上訴の方法：異議の申立て(§357)、控訴は一般的訴訟要件を欠く却下にのみ可能(§356)

- * 異議申立て後の処理(§361,362) : 通常訴訟へ移行、認可判決が取消し自判判決となる
- * 無担保仮執行宣言(§259-2) : 職権で付するのが原則、例外的に担保を要求できる
- * 迅速な審理(民訴規則 214) : 原則として1期日で審理を完了する

第3款 手形の支払と遡求

1. 手形の支払

- ・ 受戻証券性(§39-1) : 支払にあたって手形への受取証明記載と交付を請求できる
§39-1 為替手形ノ支払人ハ支払ヲ為スニ当リ所持人ニ対シ手形ニ受取ヲ証スル記載ヲ為シテ之ヲ交付スベキコトヲ請求スルコトヲ得

- * 受戻さないでした支払の効力 : 有効。ただし、第三取得者には人的抗弁となる

【大判大 15.10.13】 支払後の手形の善意取得者に対し、支払済みの抗弁を対抗できない

- ・ 所持人は一部支払は拒めない(§39-2) ∴ 当事者の利益のための特則
 → 支払人は一部支払のある旨の記載を請求できる(§39-3) : 交付までは請求できない

2. 満期における支払

→ 迅速な支払のため、裏書の連続を確認すれば悪意・重過失ない限り免責される(§40-3)

- ・ 支払人の調査義務(二文) : 裏書の連続の調査義務はあるが、裏書人の署名の調査義務はない
 → 手形の方式適合、支払人自身の署名の真正、所持人までの裏書の連続の整否の調査で足りる
 ※ (重過失にあたらぬ限りで) 実質的な権利移転の有無は調査しなくてもよい

← 所持人の実質的権利を疑うべき合理的理由があれば支払延期し調査できるし、すべき

- ・ 善意無重過失の支払人の免責(一文) ∴ 支払人は支払を強制される立場にあるから保護の必要
 * 瑕疵の治癒 : 実質的無権利者に支払っても免責される (⇔ §16-1 は形式的資格のみ)

例 : 所持人と最終被裏書人の同一性の欠缺、所持人の受領能力欠缺、代理権欠缺なども治癒

- * 主観的保護要件(悪意・重過失)は§16-2 に比べて支払人に寛容

- ・ 悪意 : 所持人の無権利等の瑕疵を知り、かつそれを立証できる確実な手段を有すること
 + 故意に支払を拒まないこと → この場合のみ§40-3 の保護を受けられない(詐欺説)

- ・ 重過失 : 無権利者であることを証明して支払を拒まなかったことに重過失があること

(所持人の瑕疵は当該事情で支払人に容易に認識できた + 支払人が調査を怠った

+ 支払人が瑕疵を知っていれば自他すべての債務者のために危険なく支払を拒絶できた)

∴ 支払人は支払が強制されており、拒絶した場合の立証責任は支払人にあるから

⇔ §16-2 の場合、手形取得者は任意であり、無権利の立証責任は手形債務者にある

【最判昭 44.9.12】 重大な過失が認められた例[昭 43 才 827]

売掛代金請求 → 一審 : 認容 → 控訴棄却 → 上告棄却

被告が原告宛受取人白地手形を振出、原告代理人清水に交付したが、清水が自分の名を受取人欄に書きこんで取立銀行経由で支払呈示したもの。支払期日以前に、原告から被告に対し、清水が正当な事由なく手形を原告に交付しておらず、清水からの取立ての場合には善処してほしい旨の申入れが書面でなされていた。

「清水太蔵は本件約束手形の正当な所持人でないのに、勝手に白地の受取人欄を補充して自己を形式的資格者として満期に呈示したのであるが、上告人は、右呈示前である昭和三年六月一九日上告人に到達した書面により、被上告人から原判示のような申入を受けていたのであり、かつ、上告人は本件約束手形の受取人欄の被上告人名を抹消し、白地として清水太蔵に交付したのであるから、必要な調査をすれば、清水太蔵が右白地を同人名義に

補充して呈示しても、同人が権利者でないことを容易に知りうべきであり、かつ、その無権利者であることを証明すべき証拠方法をも確実に得ることができた……上告人が、何ら調査をすることがなく、慢然、委託銀行をして本件約束手形金を呈示者清水太蔵に支払わしめたことについては、少なくとも、手形法七七条一項三号によって約束手形に準用される同法四〇条三項にいう重大な過失がある」とする原判決は正当。「手形法四〇条三項によれば、満期において支払をする者は、悪意または重大な過失のあるかぎり、その責を免れることができないこととなるのであるから、かような意味において、右支払をする者は実質的な調査義務を負う」

3. 満期後の支払

- ・支払人は支払を強制された地位にある → 満期における支払と同様に扱う

4. 満期前の支払

- ・所持人の請求：支払人は拒みうる（弁済期にないから）
- ・支払人の請求：所持人は受領義務がない(§40-1)
- ・合意で支払う場合：支払人は自己の危険で支払う(§40-2)→§40-3の免責の効果は得られない
※戻裏書の場合：合意して満期前に支払うのと同様の状況になる
→§16-2(善意取得)の類推を認めるべきか：§40-2の趣旨に反するから認められない[川村]

5. 遡求（償還請求）

- ・適法な支払呈示をしたが支払を拒絶された場合に、担保責任を負う裏書人に請求するもの
※§47-1：裏書人は、振出人・引受人・保証人と合同責任を負う（不真正連帯債務）
* 跳躍的遡求(§47-2,4)：直接の前者以外に跳躍的に遡求すること
※同時に数人・全員に請求してもよく、請求後にその前者や後者に請求してもよい
* 再遡求権(§47-3)：遡求された裏書人等は、さらに前者に対して再遡求できる
* 遡求できる金額(§48-1)：手形金額(+記載利息)、満期後の利息(6%)、拒絶証書等の費用
* 再遡求できる金額(§49)：支払った総金額、その支払後の利息(6%)、支出した費用
* 償還権(§50-1)：遡求義務者が、遡求を受ける前に支払をして手形を受戻すこと
- ・要件
* 実質的要件(§43)
 - ・支払呈示期間内に適法な支払呈示をしたが全部・一部の支払を拒絶されたこと
- * 形式的要件
 - ・拒絶証書作成期間内に支払(引受:為替手形)拒絶証書が作成されること(§44-1,2)
←拒絶証書免除文句で免除されるが、支払呈示は必要。期間不遵守の立証責任は援用者(§46)
 - ・自己の裏書人と振出人に対して支払拒絶の事実を通知すること(§45-1、4取引日内)
→通知された裏書人は順次前の裏書人に通知する(同項)
→怠っても遡求権は失わないが、手形金額の範囲内で過失による損害賠償義務を負う(§45-6)
- ・満期前の遡求
 - * 為替手形：明文で認められている
→引受の拒絶、引受人の破産・支払停止・執行不奏功、引受呈示禁止手形の振出人破産(§43)
 - * 約束手形：§77-1:4「支払拒絶二因ル遡求」とあるが、為替手形同様認められる(通説判例)

第4款 除権決定

1. 手形を喪失・滅失した場合の手續：公示催告手續により除権決定を得る
 - ・滅失・喪失によっても手形上の権利は失わないが、呈示証券性ゆえ権利行使できなくなる
2. 公示催告事件(非訟 99~118のうち、特に 114~118)
 - ・申立権者：喪失手形の最後の所持人(非訟 114:1)
 - ・管轄裁判所：支払地を管轄する簡裁(非訟 115-1)
 - ・申立ての方式：手形の特定、盗難の事実等公示催告を申立てうる理由の疎明が必要(非訟 116)
 - ・公示催告決定・その公告：申立てが適法かつ理由があると認められたとき(非訟 101,102,117)
 - *公告日~権利を争う旨の申述の終期は2月以上(非訟 103)
 - ・除権決定・その公告：手形の無効宣言がされる(非訟 106,107,118-1)
3. 除権決定の効力
 - ・積極的効力：申立人は、義務負担者に対して手形上の権利を主張できる(非訟 118-2)
 - ←除権決定は申立人が実質的権利者である旨の認定をするものではない(形式的資格のみ)
 - ・消極的効力：手形による権利行使も善意取得もできなくなる(手形の券は無効となる)
 - ←除権決定前の善意取得者の実質的権利は消滅せず、公示催告中においては善意取得が可能

【最判平 13.1.25】除権決定前の善意取得者による手形金請求の可否[平 10 受 562]

約束手形：被告→一審被告A→盗取後裏書偽造：B→裏書：C→裏書：原告(善意取得)

「手形について除権判決【当時は必要的口頭弁論】の言渡しがあったとしても、これよりも前に当該手形を善意取得した者は、当該手形に表章された手形上の権利を失わない」「手形に関する除権判決の効果は、当該手形を無効とし、除権判決申立人に当該手形を所持するのと同一の地位を回復させるにとどまるものであって、上記申立人が実質上手形権利者であることを確定するものではない(最判昭 29.2.19 参照)。手形が善意取得されたときは、当該手形の従前の所持人は、その時点で手形上の権利を喪失するから、その後除権判決の言渡しを受けても、当該手形を所持するのと同一の地位を回復するにとどまり、手形上の権利までも回復するものではなく、手形上の権利は善意取得者に帰属する……加えて、手形に関する除権判決の前提となる公示催告手續における公告の現状からすれば、手形の公示催告手續において善意取得者が除権判決の言渡しまでに裁判所に対して権利の届出及び当該手形の提出をすることは實際上困難な場合が多く、除権判決の言渡しによって善意取得者が手形上の権利を失うとするのは手形の流通保護の要請を損なうおそれがある」(約束手形金請求、原審認容、上告棄却)

第5款 手形の支払猶予と書替

1. 支払猶予の特約
 - ・書替手形を交付する場合
 - ・手形上の満期の記載を変更する場合 → 全手形当事者の同意が必要。不足時は手形外の合意
 - ・手形外の合意が存在するだけの場合 → 特約の当事者間では有効
2. 手形の書替
 - ・意義：(旧手形債務の支払延期のため)満期を変更した新手形を交付すること
 - ・旧手形を回収した場合 → 新手形しか残らないから問題は生じない
 - ・旧手形を回収しなかった場合 → 旧手形での権利行使も可能。ただし、支払猶予の抗弁は対抗可

【最判昭 31.4.27】手形の書替後も旧手形により手形上の権利を行使可能[昭 29 才 802]

「本件手形が、昭和二五年一月一七日甲三号証の約束手形に書き替えられたことは、原判決の確定するところ

であるけれども、右手形書替の目的は本件手形の支払延期のためであり、本件手形は右新手形の見返り担保とする意味でこれを回収しなかつたものであることは、また、原判決の確定するところである。とすれば、右書替のために本件手形がその効力を喪うことのないことは原判決のとおり」(約束手形金請求、原審認容、上告棄却)

【最判昭 42.3.28】書替後支払時には、新旧両手形とも返還を請求できる[昭 39 才 860]

「約束手形が書替えられた場合でも、旧手形に基づく債務が消滅しないときは、手形の所持人は、新旧いずれの手形によっても手形上の権利を行使することができる」「約束手形の書替をした者が、新旧いずれか一方の手形による手形金請求を受けた場合には、右手形振出人は、新旧両手形をともに返還すべきことを請求することができるものと解せられるから、所論二重払いの危険は生じない」(約束手形金請求、原審認容、上告棄却)

【最判昭 54.10.12】新手形に支払をすれば旧手形に支払う必要はない[昭 53 才 1375]

約束手形金請求→原審認容→上告：破棄差戻し

「旧手形がこれを回収することなく新手形に書き替えられ、他に特段の事情もないため、右書替は単に手形債務の支払を延期するためにされたものと認めるべき場合において、右書替によって新旧両手形の所持人となった者は、新旧いずれの手形によっても手形上の権利を行使することができるわけであるが、いずれか一方の手形によって手形金の支払を受けたときには、もはや他方の手形によって重ねてその支払を受けることができないものとなることはいうまでもない」→原審は被告が書替手形の新手形を満期に支払ったと主張するから、原告(旧手形の取得者)が悪意なら請求は認められないのに、それは「支払猶予の人的抗弁を生ぜしめるにとどまり、旧手形の手形債務が書替により消滅又は免責されるものではない旨を判示」しただけであり、破棄差戻し。

第6款 手形の時効

1. 消滅時効期間(§70,77-1:8,78-1)

- ・振出人に対する手形債権(#1)：満期の日から3年
- ・遡求権(#2)：拒絶証書の日付・証書免除なら満期の日から1年
- ・再遡求権(#3)：受戻の日・その訴えを受けた日から6月

∴手形債務は手形債務者に厳格、手形は迅速な支払決済を目的とする → 迅速な結了が必要

2. 効力

- ・原則：ある手形債務が時効消滅しても、他の手形債務には影響しない(手形行為独立の原則)
- ・例外：主たる手形債務者の手形債務が時効消滅すると、遡求義務者の債務も時効消滅する

∴主たる手形債務の補充的性格、さらに遡求権を行使することができなくなるから

【最判昭 57.7.15】振出人の債務の時効消滅を裏書人が抗弁とすることの可否[昭 53 才 728]

約束手形金請求→手形訴訟：認容→一審：取消棄却→控訴：取消認可→上告棄却

約束手形(S46.8.5~8.29 満期、8 通計 2900 万円)：堀池⇒被告⇒原告(満期支払呈示・拒絶)

S47.11.27 被告は「自己において絶対に迷惑をかけず責任をもつて返済する旨の確認書を差し入れた」

S48.3.6 原告代理人に500万円支払、残2400万円の支払い義務を再確認、15日までの支払を約す

S48.3.30 本訴提起 → S50.9.26 一審で振出人の消滅時効を援用、一審訴訟でも引き延ばし戦術をとった

「約束手形の振出人の手形金支払義務につき消滅時効が完成した場合には、裏書人の償還義務もこれに伴って消滅すると解すべきであるが、前記のように、約束手形の裏書人自らが所持人に対して、自己の償還義務についてその時効期間経過後に消滅時効の利益の放棄ないし債務の承認をしたうえ、専ら自己に対する信頼に基づいて右手形を取得した所持人本人及びその代理人である弁護士に対して、再三にわたり、しかも右手形振出人の債務とは必ずしも関係なく自己固有の債務として右手形金の支払義務があることを認めるような態度を示し、同人らに確実にその履行がされるものとの期待を抱かせながら、のちに右態度をひるがえし、その信頼を裏切つて償還義務を履行しようとせず、やむなく右所持人より提起された手形金請求訴訟においても当該手形の裏書自体を否認

したりその他種々の主張を提出して引延しとみられる抗争をすることによりその審理に長期間を費やさせ、その間に所持人が専ら裏書人を信頼してその義務履行が確実にされるものと期待する余り振出人に対する手形金請求権についての消滅時効中断の措置を怠つたがために振出人の手形金支払義務が消滅したのに乗じ、これに伴つて自己の裏書人としての償還義務も当然消滅するに至つたとして右義務の履行を免れようとする所為にでるようなことは、著しく信義則に反し、許されない」「本件において上告人は、振出人堀池の手形金支払義務が時効により消滅し、同人に対する再遡求による失費回復の余地がなくなつたとしても、信義則に照らし、これを理由として被上告人に対する本件各手形の裏書人としての償還義務の履行を免れることはできない」

3. 時効の中断

・ 民法の規定による中断

* 裁判上の請求による中断

・ 手形を所持しない実質的権利者の請求：民訴 235 より訴え提起で足りるから有効

【最判昭 39.11.24】手形を所持しない者の裁判上の請求と時効の中断[18-9-1952]

Y 宛・国宛約束手形金請求→一審：Y 宛認容・国宛棄却→X 控訴棄却、Y 控訴：取消棄却→X 上告：Y 宛破棄自判(控訴棄却)、国宛棄却

約束手形(55 万円、S30.7.27/S30.9.27)訴外佐藤⇒訴外武田→Y→X

S30.12.25 秋田地検火災で手形焼失→S31.8.2 本訴提起→S32.3.20 公示催告申立→S32.11.30 除権決定
「手形権利者は自己の意思に基づかないで手形の所持を失つても手形上の権利を喪失するものではないから、手形権利者が手形を所持しないで手形債務者に対しその債務の履行につき裁判上の請求をなした場合も、右手形債権の時効中断の効力がある……もつとも、その裁判上の請求において、債権者が口頭弁論終結の時までに手形の所持を回復するかもしくはこれに代わるべき除権判決を得なければその請求を棄却すべき……が、その理由を手形の引換証券性(手形法三九条)に求めるものとするれば、このことを根拠として、元来権利者が権利の上に眠つていない事実の存在だけでその効果を認めるべき制度である時効中断の場合に、その考えを推し及ぼすことは誤りといわなければならない。なお、手形上の権利の時効中断のためにする請求に手形の呈示を要しないことは当裁判所の判例とするところであるから(催告につき、最大判昭 38.1.30 参照)、手形を所持しない手形権利者が手形の呈示をなしえないことを理由として右の請求につき時効中断の効力を否定することもまた理由がない」

・ 裏書の連続を欠く手形による訴求：実質的権利を証明すれば有効

【最判昭 57.4.1】裏書の連続を欠く手形による訴え提起と時効中断[昭 56 才 783]

「手形所持人は、たとえ手形が裏書の連続を欠くため形式的資格を有しなくても、実質的権利を証明するときは手形上の権利を行使することができることは、当裁判所の判例とするところであり(最判昭 31.2.7 参照)、被上告人の上告人に対する本訴提起の当時、本件各手形はその外観上被上告人への裏書の連続を欠いていたが、被上告人が実質上本件手形の権利者であることは、原判決の確定するところであるから、被上告人の右各手形をもってした本訴提起は、権利者による権利の行使として欠けることはなく、これにより右各手形債権の消滅時効の進行は中断の効力を生ずるものというべき」(約束手形金請求、原審認容、上告棄却)

・ 白地手形のままの訴え提起：時効中断の効果は認められる

【最大判昭 41.11.2】受取人白地のまま時効中断の措置を講じ得る[前掲 昭 38 才 1301]

受取人白地手形の所持人が、受取人白地のまま手形金請求訴訟を提起し、その後(満期から 3 年経過後)に白地を補充して完成したもの → 手形金請求を認容(大判昭 8.5.26 の判例変更)

「白地手形の所持人は、白地部分である受取人の補充をすることなく、未完成手形のままの状態で、右時効の進行に対応し、法律の定めるところにより、時効の進行を中断するための措置をとり得べき」(反対 2)

【最大判昭 45.11.11】白地補充権は別個の消滅時効にかからない(振出日白地の約束手形)

(松田反対・岩田同調)(大隅反対) 振出日白地のまま訴えを提起すると時効中断となるとしたのは誤り

* 裁判外の請求（催告）による中断

- ・ 手形の呈示：なくても有効（付遅滞効での呈示証券性とは区別される）
- ∴ 権利行使の意思が明白で十分、催告は予備的手段にすぎない、裁判上の請求も呈示不要
証拠を残すため内容証明郵便で催告するのに手形を呈示させるのは困難

【最大判昭 38.1.30】手形の呈示を伴わない催告と時効の中断[昭 35 才 533]

「手形法には第一章に時効に関する規定を設けているが、時効中断の事由について何等規定を設けていない。従つて手形に関する時効中断の事由については民法に譲つているものと解すべきところ、民法一四七条は時効中断の事由の一として請求を掲げている。元来消滅時効の制度は権利の上に眠れる者は保護されないとするところにあるのであるが、請求の一種である催告を時効中断の事由とした所以のものは、催告をした権利者は最早権利の上に眠れるものではなく、これにより権利行使の意思が客観的に表現されているが故に外ならない。そして催告による時効中断の効力は六ヶ月内に更に裁判上の請求その他の強力な時効中断の手段を採るに非ざれば時効中断の効力を生じない（民法一五三条）予備的な暫定的なものに過ぎないものである点をも考慮するときは、時効中断の事由としての催告は、債権者の当該債権についての催告の意思通知が債務者に到達するを以つて足り、必ずしもこれによつて債務者を遅滞の責に任せしめる効力を有するものと同一であることを要しない」「手形は流通証券であるから手形債権につき債務者を遅滞に付するための請求には手形の呈示を伴うことが必要であるが（商法五一七条、手形法三八条、七七条一項三号参照）、単に時効中断のための催告については、催告の意義が前記の如き趣旨のものである以上、必ずしも手形の呈示を伴う請求であることを必要としない……これを取引の実情から言つても単に手形の時効中断のための請求にまで常に債務者に手形を現実に呈示しなければならないとすることは必要以上に手形債権者に不便を強いるものであつて取引の実情に副わない……本件について……被告のなした催告は書留内容証明郵便を以つてなされ、その催告書中には本件手形の要件が逐一記載され、右手形を被告が現に所持していることが記載されているというのであるから、右催告は本件手形債権につき時効中断の効力がある」（大審院判例、最判昭 36.7.20 の判例変更）

・ 訴訟告知による中断(§86)

- * 訴え提起をされた場合に再遡求権（6月で消滅）の保全のための制度
- ・ 振出人に対しても有効か：無効（裏書人と為替手形の振出人にのみ有効）
- ∴ 短期の再遡求権消滅時効を中断するための規定、為替手形の引受人は除外されている

【最判昭 57.7.15】約束手形の振出人に対する訴訟告知[前掲 昭 53 才 728]

振出人への訴訟告知に時効中断効を認めた原審を批判する上告理由につき、「所論の点に関する原審の法令の解釈は正当とはいひ難い」としたが、結論は左右せず。

・ 時効中断の人的効力(§71)

- * 中断の事由が生じた債権者・債務者にしか効力を有しない
- 所持人が振出人に対し時効を中断しても、受戻した遡求義務者は援用できない

第7款 利得償還請求権

1. 利得償還請求権(§85)

- ・ 意義：手続欠缺や時効により手形上の権利が消滅した場合に、所持人から振出人・引受人・裏書人へ、受けたる利益の限度で償還を請求する権利
- ∴ 手形所持人が手形上の権利を失う機会が少なくなく、その場合の手形債務者との衡平確保
- ・ 性質：手形法上の権利であるが、手形上の権利ではないから、手形がなくても行使可能
- 手形上の権利の変形物(有力)、但し、手形上の権利との同一性の程度は別問題

【最判昭 34.6.9】 利得償還請求権の取得[昭 30 才 432]

銀行(支給人)宛利得償還請求(小切手)→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

銀行支店長が預金払い戻しに代えて振出した小切手を盗取され、呈示期間徒過により小切手上的の権利が消滅したものの。原審は、小切手上的の権利を行使しえたものでなければ利得償還請求権も行使できないとし、小切手を喪失し、除権決定も得ていなかった原告の請求を棄却した。

「小切手法七二条の規定するいわゆる利得償還請求権は、小切手の所持人が手続の欠缺もしくは時効により、本来正当に有していた小切手上的の権利を喪失した事実があるに拘わらず、他方同条に定める振出人その他の者が対価を得て利得している事態を衡平に合しないものとし、その間の衡平を図るため特に認められた権利であつて、小切手上的の権利と異なり小切手の所持をもつて権利取得の直接の理由とするものではない」

2. 要件

・ 権利者：手形上の権利の消滅時の手形権利者

・ 義務者：振出人・引受人・裏書人

・ 発生要件

＊ 手形上の権利の消滅時に、手形要件具備手形が存在し、手形上の権利が有効に存在した

＊ 手形上の権利が手続の欠缺または時効によって消滅したこと（判例は下の2つを含む）

・ 他のすべての手形債務者に対する手形上の権利が消滅していること

・ 他に民商法上の救済方法が存在しないこと

←手形債務独立の原則＋要件を限定すべきでないから、義務者について消滅すれば足りる[川村]

【最判昭 43.3.21】 利得償還請求権と原因債権[昭 40 才 995]

利得償還請求→一審：棄却→控訴棄却→上告：破棄差戻し

約束手形2通(S31.9.28/S31.11.29：20万円、S31.11.1/S32.1.8：19.86万)：被告⇒訴外A→原告

約束手形(S31.11.2/S32.1.15)：被告⇒訴外B→訴外C→原告

いずれも工事代金債務の支払のための手形で、被告は同債務の支払を免れた。なお、原告の被裏書は支払拒絶後。

「上告人の本件各手形上の権利は、その振出人である被上告人に対してはもとより、その裏書人である大倉鉄工所らに対しても、既に時効によつて消滅しており、しかも上告人は同人らに対してなんらの原因債権をも有しない……から、手形振出の基礎たる原因関係において被上告人に利得が生じているならば、上告人は被上告人に対し、同人の受けた利益の限度においてその償還を求め得る……前記事実によれば、被上告人は大倉鉄工所および広田に対して、同人らに対する請負代金債務の支払のために本件各手形を振出し、右大倉鉄工所らはこれを上告人に対しその額面に相当する金員を取得して裏書した後、上告人の本件手形上の権利がすべて時効により消滅した……から、上告人はもはや同人らに対し償還請求権を行使することはできず、ひいては本件手形の受取人である大倉鉄工所らが被上告人に対して有していた原因債権もまた消滅に帰し、振出人たる被上告人は本件手形振出の原因たる請負代金債務を免れることにより現実に利得をしたもの……被上告人の右利得は、上告人の有する手形上の権利の時効消滅により生じたものであつて、手形法八五条にいわゆる利得に当たる」

＊ 利得返還請求を受ける手形債務者が利得していること

・ 受けたる利益：手形債務者が実質関係において受けた利益をいう

【大判大 5.10.4】 既存債務の支払を免れた場合も含む

・ 手形上の権利の消滅以外の理由で得た利得は含まれない

・ 「支払に代えて」：原因関係における反対給付を受けていれば利得に含む

・ 「支払のために」：原因債権の時効消滅の場合、利得に含まれない

【最判昭 38.5.21】手形債務時効消滅→原因債務時効消滅の場合、利得に含まれない

【最判昭 40.4.13】原因債権時効消滅→手形債務時効消滅の場合、利得に含まれない

・裏書人存在時の扱い

→原因債務消滅の確定時期：受交付者が遡求義務を免れ対価を確定的に得たとき

→裏書人の得た対価と供した対価の差額：原則として利得にならない

→所持人が手形債権を時効消滅させた場合の原因債権の行使：原則許されない

∴自らの落ち度により有効な完全な手形を返還できないから

3. 手形の所持の必要性

- ・手形所持・除権決定を得ていなくても、利得償還請求権を取得する（通説・判例）

∴衡平を図るという制度目的、実質的権利者であることは変わらない

【最判昭 34.6.9】利得償還請求権と手形所持の必要性[前掲 昭 30 才 432]

「本来小切手の正当な所持人として小切手上的の権利を行使し得べかりし者が、たまたま小切手を盗取せられ、失権当時、小切手の現実の所持を有せず、もしくは逸早く除権判決を得ていながつたとしても、もしその間他の第三者においてその小切手上的の権利を取得するに至らず、被盜取者において依然実質上の権利者たることを失つていながつたものとすれば、振出人等に利得の存する限り、その間の衡平を図る必要がないものとは即断し得ない……もしかかる場合であるとすれば、右被盜取者が、失権当時、小切手の現実の所持を有せず、もしくは除権判決を得ていながつたとしても、その一事によつて直ちにその利得償還請求権の取得を否定し得ない」

- ・利得償還請求権の行使に手形所持・除権決定が必要か

* 必要説：手形上の権利の変形物であり、善意取得者がいるかもしれないから[有力]

* 不要説：善意取得者も請求しないなら保護不要、民 478 で債務者保護可能、指名債権では？

4. 消滅時効

- ・ 10 年説：手形行為等商行為によるものではないから、一般債権による(民 167-1)
- ・ 5 年説：手形上の権利と関連があるから、手形その他の商業証券に準ずる(商 501:4,522 類)
- ・ 3 年説／相手方により 3 年・ 1 年・ 6 月説：手形上の権利の短期消滅時効に合わせる(手 70 類)
- ・ 1 年説：利得償還請求権は補充的ゆえ遡求権に合わせる(手 70-2 類)

【最判昭 42.3.31】利得償還請求権の消滅時効（5 年）[昭 40 才 912]

利得金返還請求→一審：認容(10 年)→控訴棄却(10 年)→上告：破棄差戻し

「利得償還請求権は、手形上の権利が手続の欠缺あるいは短期の消滅時効によつて消滅するため、手形上の権利を失なつた手形債権者と利益を得た手形債務者の公平をはかるために認められたものであるから、手形上の権利自体ではないが、既存の法律関係が形式的に変更されるだけで、手形上の権利の変形と見るべきであり、手形上の権利が実質的に変更されて既存の法律関係とは全く別個な権利たる性質を有するに至るものというべきではない。したがつて、利得償還請求権は商法五〇一条四号にいう「手形二関スル行為」によつて生じた債権に準じて考うべく、これが消滅時効期間については、同法五二二条が類推適用され、五年と解するのが相当」「利得償還請求権の消滅時効は手形上の債権の消滅したときから進行をはじめると解すべき」

第3章 為替手形・小切手

第1節 為替手形

第1款 総論

1. 為替手形の意義

- ・ 支払委託証券：振出人が、支払人宛に、受取人又は所持人へ支払を委託するもの
- ・ 約束手形との相違：支払人の存在、振出人と支払人の資金関係という実質関係が加わる
主たる債務者は引受けをした支払人(不在の場合あり)、(参加)引受けも手形行為、複本もOK
- ・ 原本・複本・謄本：複本は為替・小切手(小48,49)のみ、謄本は為替・約束(§77-1)のみ
 - * 複本(§64)：振出人が正副の区別なく同一内容の数通の手形を振出すもの
 - ・ 「一通限」の表示のない限り、所持人は順次裏書人を遡及して複本交付を請求できる(#3)
 - ・ 複本の一通に支払えば足りる(§65-1)、二重引受け・分割譲渡の場合の特則(#1但,#2)
 - * 謄本(§67)：所持人の謄本作成権。原本の記載を全部写すと、原本同様裏書・保証可能
 - ・ 原本保持者を明記し、謄本所持人の請求により引渡す必要がある(§68)

2. 為替手形要件(§1)

- ・ 為替手形なる文字、単純なる支払委託文句
- ・ 支払人 ← 振出人自身でもよい(§3-2 = 自己宛手形)
- ・ 満期 ← 不記載は一覧払いとみなす(§2-2)
- ・ 支払地 ← 支払人に地名が付記されればそれが支払地かつ支払人住所とみなす(§2-3)
- ・ 受取人 ← 振出人自身でもよい(§3-1 = 自己指図手形・自己受手形)
- ・ 振出日・振出地 ← 振出人に附記した地名を振出地とみなす(§2-4)
- ・ 振出人の署名
 - * 委託手形(§3-3)：第三者が支払人に支払資金提供義務を負う手形
 - * 振出人・受取人・支払人の兼併：肯定(通説)・否定[川村]

【大判大 13.12.25】受取人と支払人の兼併(振出人は別人)を認める[民集 3-570]

3. 振出しの法的性質(為替手形に表章される権限)

- ・ 支払指図説(有力、独通説)：振出人は支払人に支払権限、所持人に支払受領権限を授与する
→ 支払委託を取消するには、手形を回収する必要がある
 - * 支払権限：支払人の名において、振出人の計算で支払をなす権限のこと
 - * 支払受領権限：受取人の名において、振出人の計算で支払をうける権限
- ・ 受取人に支払受領権限を授与するだけ → 支払委託取消しは支払人への通知で足り、回収不要

4. 為替手形の振出の効力 → 為替手形が成立する

- ・ 為替手形は、択一的金銭債権を表章する
→ 支払人の引受けを条件とする金銭債権/引受 or 支払拒絶時の振出人への償還請求権
- ・ 振出人の責任(§9)：引受け・支払いを担保(#1：法定責任 ∴ 手形の流通強化)
 - * 引受無担保は可能、支払無担保文句は無視(#2) ∴ 手形に責任を負う者がいなくなるから

5. 引受け：為替手形の支払人がする手形金額支払の債務を負担する手形行為

- * 正式引受(§25-1 2文) : 手形上に引受け文句を記載し支払人が署名すること
- * 略式引受(§25-1 3文) : 手形の表面に支払人が単に署名すること
- ・ 法的性質 : 単独行為(通説) → 呈示人に手形を返還すると成立(§29-1 で返還前は取消し可能)
 - ∴ 契約だと手形所持人等が意思無能力者のときに無効、一部引受けは支払人の一存でできる
- ・ 手続
 - * 引受呈示(§21) : 満期前日まで、所持人・単なる占有者は支払呈示できる
 - ・ 支払場所・支払担当者ではなく、支払人に対して、支払人の住所(営業所)です
 - ・ 引受呈示期間徒過の効果 : 支払人は引受け可能、拒絶されると遡求権を行使できない
 - ・ 引受呈示自由の原則 : してもしなくてもよい ← 振出人・裏書人は強制/禁止できる(§22)
 - ・ 一覧後定期払の場合(§23) : 1年以内の引受呈示必要、振出人は変更、裏書人は短縮可能
 - ・ 第二の呈示(§24) : 手形の引渡しを請求できないが、支払人は翌日の再呈示を請求できる
 - * 引受の単純性(§26-1) : 単純な引受しか認めない。一部引受は認められる
 - ・ 不単純引受(§26-2) : 満期変更など、引受拒絶の効果+支払人は記載通りの責任を負う
 - * 引受の撤回(§29) : 手形返還前は引受を抹消して撤回できるが、書面で引受通知すると不可
- ・ 参加引受(§56) : 引受呈示禁止でない為替手形に満期前遡求の原因が発生した場合に、参加引受人が遡求義務者たる被参加人のために引受をし遡求権行使を阻止するもの
 - * 予備支払人の記載(§55) : 指定があると、引受拒絶等の際に引受・支払を請求できる
 - * 参加支払(§59) : 満期・満期前に遡求権が生じた際に、義務者に代わって支払うもの

第2節 小切手

第1款 総論

1. 小切手の意義

- ・ 支払委託証券：振出人から支払人たる銀行への所持人に一定金額を支払うべき委託を記載
【最判昭 37.9.21】小切手による弁済の提供[民集 16-9-2041]

建物収去土地明渡請求本訴、所有権確認・代金引換移転登記反訴請求→本訴棄却、反訴認容／棄却／棄却

「原判決は、所論被告人が提供した本件不動産売買代金一七〇万円のうち九〇万円が振出人ならびに支払人を株式会社協和銀行大阪支店とする小切手であつて、かかる小切手は取引界において通常その支払が確実なものとして現金と同様に取り扱われているものであると認定している……このような場合には、特段の事情の主張立証なき本件においては、右小切手による提供をもつて債務の本旨に従つてなされた履行の提供と認めるのが相当」

2. 小切手と手形の異同：小切手は支払手段 ⇔ 手形は信用手段が主眼

- ・ 支払人の要件：原則として銀行に限る(§3)、違反した振出人は過料(§71)
 - * 支払資金があり、小切手契約がある銀行を支払人にする必要がある(§3)
 - ・ 過振り：残高より多額の small 切手を振出すこと (→当座貸越になる)
 - 銀行の立場：支払人であつて、手形のような支払担当者(支払人に代わる第三者)ではない
但し、引受制度がないため、振出人に小切手支払い義務を負うにとどまる
 - ・ 持参人払式も可能(§5-1:3) → 実務では安全のため線引き制度を利用(§37,38)
 - ・ 一覧払い以外禁止(§28-1)、支払呈示期間は振出から 10 日(§29-1)
 - ・ 引受禁止(§4)・支払人による裏書は無効(§15-3)：信用証券化の防止
→支払保証(§53)は可能、主たる債務者は存在しない
- #### 3. 先日付小切手：振出日を現実の交付日より後の日付にしたもの
- ∴支払資金がないときに使う ← 小切手の一覧払性に反するが、あえて有効とした
- ・ 記載の振出日前に支払呈示しても、呈示日に支払うべきものとされる(§28-2)

第2款 振出・流通・支払

1. 小切手要件(§1)

- ・ 小切手なる文字、単純な支払委託文句
- ・ 支払人 ← 銀行に限る(§3)
- ・ 支払地 ← 支払人に地名を付記すると支払地とみなされる(§2-2)、なければ振出地(§2-3)
- ・ 振出日・振出地 ← 振出地空欄なら振出人に附記した地名を振出地とみなす(§2-4)
- ・ 振出人の署名
 - * 受取人は不要：指図式・(指図禁止)記名式・持参人払式のいずれも可能(§5)
 - 選択無記名式(「～殿又は持参人へお支払下さい」)・受取人無記名は持参人払式扱い(§5-2)
 - ・ 自己指図小切手(受取人 = 振出人)・自己宛小切手(支払人 = 振出人)も可能(§6-1,3)
 - 預金小切手(預手)：銀行が自己を支払人にして振出すもの。信頼性が非常に高い
 - ・ 委託小切手(§6-2)：第三者の計算で振出すもの
 - * 収入印紙は不要：小切手は支払証券で通貨に代替するから

2. 小切手の振出し

- ・ 法的性質：為替手形同様争いがあるが、有力説は支払指図説
- ・ 効力：支払委託による支払権限・支払受領権限授与＋支払拒絶を停止条件とする遡求権を表章
* 支払無担保文句は記載なきものとみなす(§12)

3. 小切手の流通

- ・ 指図式：裏書譲渡できる(§14-1) ← 統一小切手用紙は持参人払式で、裏書欄はない
- ・ 指図禁止記名式：指名債権譲渡の方式のみでしか譲渡できない(§14-2)
- ・ 持参人払式・無記名式・選択無記名式：引渡だけで譲渡できる
→ 交付譲渡でも善意取得(§21)・抗弁制限(§22)あり、裏書すると担保的効力のみ発生(§20)
※ 持参人払での善意取得：所持人は所持していれば悪意重過失を除き返還しなくてよい(§21)

【最判昭 38.8.23】 呈示期間経過後の小切手譲渡と善意取得[S 35 才 1297:民集 17-6-851]

小切手金請求→棄却/棄却/棄却

盗難届のある小切手を訴外者より取得した原告が支払呈示したが呈示期間後＋盗難届で拒絶されたもの。

預手(持参人払い、振出日 S 28.11.14 を S28.12.14 に変造、原告取得は S28.12.12)

「小切手の文言が変造された場合において、変造前の署名者は原文言に従って責任を負うものであることは小切手法五〇条の明定するところであるから、被告人は本件小切手の変造前の文言、すなわち、昭和二八年一月一四日振出日附の小切手の振出人としての責任を負うものであるところ、小切手が呈示期間経過後引渡により譲渡された場合は、呈示期間経過後の裏書の場合と同様、指名債権譲渡の効力のみを有し、小切手の善意取得に関する小切手法二一条の適用がないと解するのが相当であつて、銀行振出の自己宛小切手についてもこれと別異に解すべき理由はなく、また、呈示期間に関する所論商慣習法の存在も認められないから、 原告人は、悪意または重大なる過失なくして本件小切手を取得したとしても、呈示期間経過後引渡によりこれを取得したのものとして、小切手法二一条により本件小切手上的権利を取得しうるものではない」

4. 小切手の支払

- ・ 支払呈示期間：振出日を起算日として 10 日以内(§29-1,4)、国外の場合は延長される(#2,3)
- ・ 支払呈示期間内の支払呈示：振出人・保証人遡求権を行使できる(§39)
- ・ 支払人の調査義務：裏書の整否のみ(§35)、持参人払式は所持で足りる
* 手 40-3 の免責規定がない ∴ 支払人はそもそも義務がないから
→ 悪意無重過失で支払った場合は手 40-3 類で免責される
- ・ 偽造小切手の支払い：払った場合の負担を振出人・支払人のいずれがするか
∴ 偽造小切手に§35 の適用がなく、したがって手 40-3 類もないから
 - ・ 振出人が本来的に損失を負担すべき ∴ 民 478 類推(準占有者への弁済)で弁済を有効とする
← 偽造小切手の所持人は債権の準占有者とはいえない
 - ・ 支払人だが委理事務処理費用(民 650-1)として振出人に求償可能(委理事務処理費用説)
∴ 小切手契約は銀行に最高の慎重さをもって準委任の事務にあたるまでしか要求しない
← 構成が面倒。偽造小切手を事務処理費用にしていいのか
 - ・ 支払人だが免責約款で振出人に転嫁(合理的な注意義務を果たした限りで)
∴ 銀行は大量の事務処理を必要とするため、仕方ない

5. 支払保証(§53,55)：支払人が最終の遡求債務を負担するもの(実際は預手を発行する)

→ 所持人の請求には支払呈示期間経過前の支払呈示と拒絶の証明が必要

6. 小切手の時効

- ・ 遡求権：呈示期間経過後 6 月 (§51-1)
- ・ 再遡求権：受戻・受訴から 6 月 (§51-2)
- ・ 支払保証人への小切手上的請求権：呈示期間経過後 1 年 (§58)

7. 利得償還請求権 (§72)：手続欠缺・時効で小切手上的権利が消滅したとき

- ・ 所持人が呈示期間内の支払呈示を怠ったときも成立するか
∴ 支払委託の取消しのない限り支払人は支払をしてよい (§32-2)
 - * 停止条件説：支払委託取消し・支払拒絶で適法な支払の可能性が消滅すると発生する
 - * 解除条件説：請求権が発生するが、有効な支払があれば請求権は消滅する
∴ 呈示期間徒過で支払指図は本来失効する + §32-2 は支払人の任意によるもの

第3款 静的安全の保護

1. 支払委託の取消し：呈示期間経過後にしか効力が生じない (§32-1)

∴ 小切手所持人の保護（支払手段としての信用保護のため）

→ 実際は喪失届等で支払を拒絶されうるし（喪失届があれば支払人悪意・重過失となりうる）

その場合も制裁はない（支払人は所持人に直接義務を負っていないから）

- * 支払人保護の意義：呈示期間経過前は取消しの有無を顧慮しなくて済む + §32-2
- * 支払委託の取消しの意義：小切手の盗難・喪失の際に公示催告・除権決定をしなくて済む
- * 支払呈示期間経過後の支払：支払委託の取消しがない限り、支払人は支払ってもよい (§32-2)

・ 法的性質

- * 支払指図撤回説 (= 支払指図説)：支払指図自体を撤回すること
 - ・ 支払指図を支払人に対しても、受取人に対しても撤回するもの
 - ・ 支払指図を支払人に対して撤回するだけで、受取人には効果は及ばない
- * 支払事務委託撤回説：小切手契約に対応する小切手関係外の支払指図を撤回するもの

2. 後日付小切手：振出日を現実の交付日より前の日付にし、呈示期間経過後にしたもの

∴ 静的安全の保護のため（善意取得不可・支払委託取消しもすぐ可能）⇔ §32-2 で支払可能

3. 線引小切手

- ・ 意義 (§37)：小切手の表面に二条の平行線を引いたもの (#2)、振出人・所持人ができる (#1)
 - * 一般線引：二本線の間にも何も記入しない、単に「銀行」等だけ記入したもの (#3-1 文)
 - 一般線引を特定線引に変更することは可能、特定を一般にするのはできない (#4)
 - * 特定線引：二本線の中に銀行名を記入したもの (#3-2 文)
- ※ 線引の抹消、特定線引の銀行名の抹消は抹消しなかったものとみなされる (#5)
 - 当座勘定規定で裏面に届出印を押捺すると（裏判）、線引を抹消したものとみなす
- ・ 効果 (§38) ∴ 持参人払式を盗難・紛失の場合の不正支払い防止
 - * 一般線引：銀行は自己の取引先か銀行にしか支払えない (#1)
 - * 特定線引：指定銀行は自己の取引先に、それ以外は指定銀行にしか支払えない (#2)
 - 複数あると原則として支払禁止 (#4)

- * 銀行は自己の取引先・銀行からのみ取得でき、それ以外から取立委任設けられない(#3)
- * 違反した支払・取得・取立委任は有効 → 支払人・銀行は小切手金額を上限に損賠償責任(#5)
 - ←この損賠償責任は無過失責任(通説)
- ※自己の取引先は、同一銀行の他の店舗の取引先も含む(銀行にとって身許が明らかだから)
- ・ 法的性質：支払受領資格の制限(有力)、法定の者のみへの支払義務を負担さず意思表示[川村]