

(判例研究)

同族かつ閉鎖的個人会社と株主総会の決議不存在事件

——代表取締役が取締役会の決議なしに招集した

株主総会においてなされた決議が不存在とされた事例——

〔大阪高判 平成三年九月二〇日 判例タイムズ七六七号二二四頁〕(控訴棄却・確定)

別 府 三 郎

〔事実の概要〕 XはY₁株式会社(以下Y₁会社という)の唯一の株主でありかつ代表取締役であった。ところがXの内縁の妻Y₂は、本件の不法な各株主総会決議を行って、XをY₁会社の取締役・代表取締役から排除した。Xの主張はY₂とY₁₁(Y₃以下のものは、XとY₂間の子供ら等)の現在の商業登記簿上の各員の職務執行停止、代行者専任仮処分を申請して、争ったものである。原審裁判所(大阪地裁昭和五五(モ)第七五五六号 平成元年二月八日判決)はこれを認容し、異議事件についても右仮処分を認可したのである。

控訴審では、以下のような主張が控訴人(Y₁会社)の代表取締役Y₂ら(以下同じY₂とY₁₁)から展開されて争われた事例である。

すなわち、①右各総会決議は適法に行われた。②右各総会決議のうち一部の決議は代表取締役Y₂の執行した本件各新株発行後の新株主らに参加して行った。したがって右新株発行前の株主構成(Xのみ)のいかんにかかわらずこれらの決

議は有効である。③本件各株主総会に取締役会の決議に基づかないで代表取締役 Y_2 が招集した瑕疵があるとしても、これは決議取消の訴によって取り消しうる瑕疵にとどまり、右各株主総会決議が不存在ないし無効とはいえない。④本件各新株発行は、取締役会の決議に基づかないでなされたものであるとしても、代表取締役である Y_2 が資金調達のために基づいて行ったものであるから有効であり、たとえこれが不公正な方法による発行にあたるとしても、旧株主は、新株の払込期日までに商法二八〇条の一〇に基づく差止の仮処分を得ない限り新株発行無効の訴を提起できない、等を主張していた。

〔判旨〕 控訴審判決は Y_1 会社の株主および取締役、代表取締役は一貫して X と Y_2 の二名のみであったことを前提として、 Y_2 らの主張に対して、以下の判示事項(一)、(二)、(三)のとおり判断し、しりぞけた。本件各株主総会決議は不存在であり、本件各新株発行は無効であるとし、 Y_2 らの控訴を棄却した。

判示事項(一) 代表取締役が、取締役会の決議を経ずに招集した株主総会の決議の効力は、特別の事情のない限り、同株主総会決議取消の訴によって取消されない限り有効であり、当然同決議が不存在になるものではないと解するのが相当である。そのわけは、代表取締役がその名において株主総会の招集手続を行った以上、株主やその他の第三者に対して、招集手続が適法にされたという信頼を生ぜしめているからである。

ところが、本件では、以下に述べる「特別の事情」が認められるのである。すなわち、① Y_1 会社の株主は X と Y_2 の二名のみである。② X は、当該取締役会は無効である旨 Y_2 に対して通知していた。③ Y_1 会社は典型的な同族会社であり、これまで一度も取締役会も株主総会も招集されることがなく、それらの議事録もない。④ Y_1 会社は、これまで株券を発行したことがない。⑤さらに、右各株主総会決議は、 Y_2 が Y_1 会社での自己の支配権を確立し X をその役員から排除することのみを目的としてされた。

さて、このような特別の事情がある場合には、前期のような株主や第三者の信頼の保護を考慮する必要は全くない。特

に Y_2 の株主総会招集の目的が不当なものであることを考えると、右株主総会決議は、取締役会の決議を経なかった点でその瑕疵が極めて大きいものであり、法律上は、株主総会決議取消しの訴による取消をまつまでもなく、不存在である。

判示事項(二) 代表取締役が新株を発行した場合、それが有効な取締役会決議に基づかないでされたとしても、それが対外的に代表権のある代表取締役の行為であることや株式取引の安全などを考慮したとき、原則的には、取締役会の決議を経ないことだけで新株発行無効の訴の理由にはならない。しかし、株式会社の新株発行は、会社の資金調達など業務執行的側面がある一方、本来的には会社の人的・物的基礎に変動をもたらす組織法上の性質を有する行為である点に着目したとき、当該新株発行が、専ら、後者の目的、すなわち組織上従来の株主の株式比率を相対的に低下させ、新株発行を行う代表取締役などによる会社支配のためにのみ行われた例外的な場合で、かつ、新株発行を無効としても株式取引の安全を害さない特別の事情のあるときには、従来の株主の利益を保護するためには、有効な取締役会の新株発行決議のないことは、新株発行無効の理由となると解するのが相当である。

そして、この視点にたつて、本件新株発行の効力を無効とすべき特別の事情の有無について考察すると、本件には、特別の事情があるとしなければならない。

すなわち、 Y_2 がした本件新株発行は、さし迫った資金調達の必要がなく、専ら Y_1 会社の支配権を獲得するため、人的・物的基礎に変動をもたらすことを狙ってされたものであって、本件新株の発行には、正常な株式会社の資金調達方法としての新株の発行行為と同視すべき事情はなく、また、引受人および譲受人が、悪意のものばかりであり、かつ、新株がこれらの者の手元にとどまっている以上、本件新株発行を無効としても、株式取引の安全を害しない特別な事情があると認められるから、本件新株発行には無効事由があるといふべきである。

判示事項(三) 新株発行の無効については、訴をもつてのみ主張でき(商法二八〇条の一五第一項)、かつその認容判決には遡及効がないから(商法二八〇条の一七第一項)、旧株主(X)は新株の払込期日までに差止の仮処分を得ない限り、

新株発行無効の訴を提起してもその目的を達成できない点につき、本件各新株発行では前記(一)、(二)のような特殊な事情のほか本件新株発行の意図、経緯、その方法、特に Y_2 が二回目の新株払込金一八〇〇万円のうち一五〇〇万円を他の引受人のため代払いをしていることなどの事情もあわせ考えると、本件新株が有効であると主張する右の期間中、実質的には全て Y_2 が右新株の株主であるといえる。仮に、そうでないとしても、新株引受人、譲受人ら(Y_3 、 Y_1)がいずれも新株発行の無効について悪意であつて、会社法の規定を潜脱する意図をもつて行動しているのである。

そうすると、 Y_2 や新株引受人、譲受人らの株主としての地位の保護をはかる必要は毛頭ないから、被控訴人 X は、新株発行差止の訴ないし仮処分によらずして、本件新株発行の時点からその無効を主張できるというべきである。

〔研究〕 判示事項(一)について検討すると、高裁段階の判例として新しい判断を下したものと史料でき、その判旨は妥当であると思う。

(1) 改正商法二五二条は、決議不存在確認の訴を、決議無効確認の訴とならんで規定しているが、どのような場合に総会決議が存在とされるであろうか。その決議不存在の自足完了的表現として「法律上存在しないと認められる決議が外形上存在するとき」という株式会社機関に関する改正試案(第一・四三)の立場を支持すると、これまでの判例・学説は、大別して、三つの類型に分けることができる。仮に①の類型、②の類型および③の類型三類型として区別する。

①の類型 これは総会開催の事実が全くないかまたはそのような決議が実際になされなかった場合、登記がなされている場合のように、その決議が存在することの外觀がある場合とする。

②の類型 これは事実上、総会または決議とみられるものは存在しているも、大部分の株主に対し招集手続が行われていない場合のように、決議の手続的瑕疵が著しい場合である。

③の類型 これは①の類型、②の類型と同じく決議不存在と認定されるのであるが、本件判旨のように、同族的・閉鎖

的個人会社の例ではあるが、「特別の事情」が存在する場合、当該総会決議の不存在が認定される場合の類型である。この③の類型に属すると思われる地裁段階の判例として、松山地裁今治支部判決昭和四三年二月二三日（判時五一四号七八頁）の判例を指摘できる。

また決議不存在に関する先例的意義を有する最高裁判例昭和三十一年一〇月三日（民集一二卷一四号三〇五三頁）の見解もある（蓮井良憲・森 淳二朗編全訂判例演習会社法七四頁参照）。

(2) いわゆる中小会社や同族会社では、株主総会も開催せず議事録だけを作成して必要な登記をすませたり、あるいは総会を開催してもその手続が杜撰な場合が少なくなく、このような会社では仲間割れが生じて経営権の奪い合いが起きると、決議不存在を主張して訴訟に及ぶことが多い（長谷部茂吉著裁判会社法一七九頁以下）。会社訴訟事件の中でも決議不存在確認におよぶ判例は多く、事実認定から、法解釈上の問題として、決議不存在を判断する場合、その判断基準として、どんな「特別の事情」を考慮に入れるかについて、必ずしも明確ではない。

従来の見解では、決議取消の訴と決議不存在の訴とは、同一線上の問題として捉えてきているが（新版注釈会社法(5)三九八頁以下など参照）、その判断基準も明確でなかった。本件判示事項(一)は、特別の事情のない限りとして、決議取消ではなく、決議不存在が解釈される場合があることを明示した判例として意義がある。結局本件判決は、最近の通説の一般論を是認した上で、①の類型、②の類型の判断以外に「特別の事情の存在」も考慮に入れて決議不存在を判断する第三の類型（③の類型）に属する新判断と解することができる。

(3) 古くから通説・判例は決議の絶対無効または不存在の確認を求める訴訟を認め（大判大正一〇・九・二八 民録二七輯一六四六頁、大判昭和七・二・一一 民集一一卷二〇七頁など）、最高裁も決議不存在確認の訴の適法性を認めていた（前掲最判昭和三三・一〇・三、最判昭和三八・八・八 民集一七卷六号八二三頁、同昭和四五・七・九 民集二四卷七号七五五頁）。①の類型として総会の開催事実が全くなく、または決議のなされた事実がないのに、議事録や登記簿に決

議がなされた旨の虚偽の記載・登記がなされているときは、決議はもちろん不存在である（大隅健一郎・今井宏著新版会社法論中巻一―二五頁以下参照）。

②の類型として、例えば代表取締役でない取締役が取締役会の決議なしに総会を招集し決議がなされた場合（最判昭和四五・八・二〇 判時六〇七号七九頁、札幌高判昭和五五・九・三〇 判夕四二七号一八〇頁）である。しかし、有力説にはつぎのような見解がある。すなわち代表取締役は取締役会の決議に従って招集手続をなす権限を有し、しかもそのなす招集手続が取締役会の決議によった否かは外部からは容易に知りえないことであるから、かかる総会の決議を不存在と解することは適当でなく、むしろ総会招集の手続が法令に違反するものとして、決議取消の訴（商法二四七条）に服せしめるのが適当であるとする見解である（大隅・今井 前掲書一五頁参照）。

その他決議不存在の場合の例示としては、懇談会なる名義で招集された集会における決議（神戸地判昭和一二・五・二八 法律新聞四一四九号五頁）、総会の招集が有効に撤回されたのに一部株主が集合して行った決議（東京地判昭和一一・一二・一八 法律新聞四一〇二号一七頁）、総会の継続会の会場が有効に変更されたのに、当初予定された会場に一部株主が集合して行った決議（東京地判昭和三〇・七・八 下民集六卷七号一三五三頁）、総会が有効に終了した後に一部株主が残留して行った決議（東京地判昭和一一・一・七 法律新聞四五〇〇号一頁）、正当な理由がないのに総会の会場を直前に変更し、株式総会の四七％を所有する株主が新会場に移ることを拒んでいるのに、その出席のないままなされた定款変更決議の不存在（大阪高判昭和五八・六・一四 判夕五〇九号二二六頁）の例を指摘できる。

問題は総会招集通知の通知もれの著しい場合である。最高裁判所によると、総株主数六、九八六人（総株式数一〇九万株）のうち株主五三人（持株数八六、二三九株）にのみ通知した場合（大判昭和一二・九・一七 法学六卷一五五三頁）、総株主数九人（総株式数五、〇〇〇株）のうち株主六人（持株数二、一〇〇株）に通知しなかった場合は（前掲最判昭和三三・一〇・三）は、決議不存在とする。その他下級審でも株主数八名（総株数二万株）のうち二千株の所有一名のみに

通知があった場合（東京地判昭和二九・二・一九 下民集五卷二号一九三頁）、株主数一〇名（総株式六〇〇株、各株主六〇株所有）のうち八名（四八〇株）に通知がない場合（高松高判昭和四〇・一〇・二二 高民集一八卷六号四七六頁）を決議不存在と認定している。

(4) 私見によると、本件判示では総会決議が不存在とされる「法解釈上の表現」に、「特別の事情」という新しい要素が内包されたと捉えて、(3)の類型と考えるのだが、すでに地裁段階においては先例があると思料している。

それは、発行済株式総数の半数（二千株）にあたる株式を有する株主の出席による決議の効力を不存在と認定した典型的同族会社の事例である（前掲松山地裁今治支部判決昭和四三・二・二三）。その判旨によると、議事録に記載されている当該総会の開催の事実はなく、単に議事録が作成されているにすぎないと認定した上で、いわゆる実質株主をせんざくして当該総会に残存株主（原告四名二千株）に対し招集通知なくまた同人らの出席もなく、他の一派の所有株式（二千株）だけで総会決議が行われた場合、発行済総株数（四千株）の半数を占める株主が出席したとしても、その総会は定数を欠き、また出席株主はすべて身内の者である事実を照らすとき、「当該総会の決議は単に招集手続上の瑕疵を理由にその取消を認め得るに止まらず、右瑕疵の程度からして総会は成立せず、したがって右総会においてなされた決議も存在しない」とする例である。いわゆる「特別事情の存在」を内包させていると解するのである。

学説は代表取締役が取締役会の決議を経ずに招集した総会の効力について、現在の主流は「決議取消原因説」である。一般論として代表取締役による総会の恣意的な開催や招集手続の専断を取締役会がチェックできるシステムからも、取消原因説が主流をなしている。さらに通説は、当該総会およびその決議を不存在と解するのは妥当でないとする根拠として、招集手続を執行する権限を有する代表取締役の行為があること、かつ代表取締役がその名において招集手続を行った以上、株主やその他の会社外の第三者に対して「総会の招集手続が適法になされたという一応の信頼」があることなどに求める。つまり一応適法に株主総会が招集されたという信頼感を株主や会社外の関係者に与えていることに、通説は当該総会の取

消原因説の根拠を展開しているのである。

しかるに、判示事項(一)は、以上のように考えられる一般論を承認した上で、当該「特別の事情」という新しい判断要素を、決議不存在に内包させた点に特色があり、意義があると思う。それは同族的・閉鎖的個人会社の例ではあるが、代表取締役が当該会社で自己の支配権を確立し、それまでの役員を排除することのみを目的として、当該総会の目的が不当なものと認定される特別の事情があり、かつ株主や会社外の者に前記のような信頼を生ぜしめているとはいえない場合、むしろ当該総会の決議不存在になるという解釈が判示されたことに意義があるだろう。

このような場合、決議は法律上何らの効力を有することなく、何人から何人に対しても何時でも決議の不存在を主張でき、またその主張方法にも制限はなく、抗弁によることを妨げず、必要があれば決議不存在確認の訴を提起できることになる。自足完了的な表現として捉えた「法律上存在しないと認められる決議が外形上存在するとき」という決議不存在の概念を、やや特殊ではあるが、従来の①の類型と②の類型とは区別した③の類型として充実させた高裁段階の判断と解することができるであろう。実はリーディングケースである前掲最高裁(昭和三三・一〇・三)の場合も、招集権者の側における反対派閉め出しといった主観的要素(招集権者の実子にのみ招集通知を出した)を考慮に入れて、つまり株主と株式数の割合以外の他の要素を考慮に入れて決議不存在の判断を下したのである。その意味では前掲最高裁は本件判示事項(一)のように「特別の事情」を不存在判断の要素に入れていたかどうか必ずしも明白でなかったのである。判示事項(一)はその空白部分を埋め合わせる表現の判示とも捉えることができる。

二 判示事項(二)について検討すると、高裁段階の判例としては見当たらない判断である。学説上では、いわゆる折衷説を支持する判例と捉えられる。

- (1) すなわち新株発行について有効な取締役会決議がないのに(商法二八〇条の二第一項)、代表取締役が新株を發行

した場合の効力について、最高裁、下級審および学説にそれぞれの見解がある（連井良憲・森淳二郎編全訂判例演習会社法一四四頁）。

(2) まず最高裁判例を見ると、新株発行について有効な取締役会決議がなくても、対外的に代表する権限のある代表取締役のした新株発行は有効であるとする（最判昭和三六・三・三一 民集一五卷三三六四五頁）。また代表取締役が株主総会の特別決議を経ないで第三者に対して「特に有利な発行価額」で新株を発行した場合でも有効であるとする（最判昭和四六・七・一六 判時六四一九七頁）。

(3) ところが、最近の下級審判例では、新株発行を無効としても「株式取引の安全」を書さない特別の事情がある場合には、取締役会の決議を欠くことは無効の訴の理由とする例（大分地判昭和四七・三・三〇 判時六六五九〇頁、名古屋地判昭和五〇・六・一〇 下民集二六卷五二八号四二九頁）が示され、さらに新株発行が「もっぱら人的物的基礎に變動をもたらす組織法上の行為」である場合には、有効な取締役会決議を欠くことは新株発行の無効原因となるとする判例（浦和地判昭和五七・七・二三 判夕五三三二四三頁）が示される傾向にあった。

(4) 学説は大別して、三説に分かれるが、近時は「折衷説」が有力な傾向である。

すなわち、有効説は、新株発行については代表取締役が会社を代表する権限をもち、取締役会決議は会社の内部的意思決定にすぎないとか（例えば松田二郎著会社法概論二八七頁）、あるいは現行法は新株発行を取引的行為に近い現象として構成しているので、会社内部の意思決定にすぎない取締役会決議の有無にかかわらず新株発行は有効であるとする見解（例えば西原寛一著会社法一六三頁）である。

無効説の見解は、授權資本制度をとる現行法のもとにあっても、新株の発行は会社の人的物的基礎を拡大する組織法上の行為であって、これを社債発行のごとき取引法上の行為と同視することはできなく、新株発行に関する取締役会の決議は新株発行の有効要件と解しなければならないと解する見解（大隅健一郎・今井宏著新版会社法論中Ⅱ六三八頁）である。

他方において最近の折衷説は有効説をとりつつ、例外的に新株を引受けた者が取締役会の決議のないことを知っていて（悪意）、かつその新株を他に譲渡していない場合には、取引の安全の顧慮を必要としないから、新株発行の無効の原因となると解する（鈴木竹雄著商法研究Ⅲ二三三頁、北沢正啓著新版会社法四九六頁など）。

以上のような判例・学説の傾向の中にあつて、本件の判示事項(二)の展開は、いわゆる折衷説を支持する高裁段階の判例といえるであろう。

換言すると、特に同族的・閉鎖的個人会社の場合、新株発行は資金調達のと共に、それ以外の目的のために、それが利用される場所に問題がある。例えば従業員に新株引受権を付与して大量の新株を発行し、安定株主工作に利用できるし、会社の親子関係ないし企業結合関係の形成ないし強化のためにそれを利用できる。このような資金調達の目的以外の新株発行の態様は、新株の発行が会社の人的基礎の拡大という組織法的側面を有していることを示すものだけに、問題があり、学説の無効説はこの点を指摘する。私見としては集団的な法律関係である新株発行の効力につき相対的な取り扱いを認めることに疑問がないが、本件判示のように、当該新株発行の効力を無効とすべき「特別の事情」を認定して、新株発行の無効の理由とする見解は支持されるものと解する。本件は正常な株式会社の資金調達方法としての新株発行行為と同視すべき事情はないし、また本件の引受人および譲受人は悪意のものばかりであり、かつ新株がこれらの者の手元にとどまっている以上、本件の当該新株発行を無効としても、株式取引の安全を害しない特別の事情があるとして、本件新株発行を無効にした判断として肯定できる。

その意味で同族的・閉鎖的個人会社の例ではあるが、高裁段階の新しい判断と史料される判例である。

三 判示事項(三)について検討すると、これは新株発行不存在の訴を再確認する高裁段階の判例と史料する。

(1) 新株発行の無効については、訴をもってのみ主張でき（商法二八〇条の一五第一項）、かつ認容判決には遡及効が

ないから（商法二八〇条の一七第一項）、旧株主は新株の払込期日までに差止の仮処分を得ない限り、新株発行の無効の訴を提起しても、その目的を達成できないと解される。当該事件では、前記判示事項(一)、(二)のような特殊な事情があるほか、本件新株が有効であるとする期間中、実質的には控訴人 Y_2 が全て新株の株主であり、仮にそうでないとしても、新株引受人・譲受人(Y_3 ・ Y_1)は、いずれも新株発行の無効につき事情を知る悪意者であり、会社法の規定を潜脱する意図をもって行動していると認定され、新株発行差止の訴や仮処分によらずに、新株発行の時点から、当該新株の発行は無効であると判断されている。

(2) ところで新株発行に法律的瑕疵があり、その効力が認められない場合でも、株式会社の法律関係の画一的確定、瑕疵の主張の可及的制限及び無効の遡及効阻止の必要があり、これに応ずるため新株無効の訴の制度が設けられている。これは新株発行を一体として無効とするものであり、その発行全体に通ずる瑕疵を無効原因とするものである。株主にとり無効訴権は共益権の一つであり、株主は会社の機関として監督是正権を行使するものでもある（東京地判昭和四五・三・一七 下民集二二卷三二四号四二四頁、浦和地判昭和五九・七・二三 判タ五三三三三二四三頁）。しかるに、法律観念としては、この新株発行の無効の訴は、一方では新株発行不存在の訴、他方では個別的新株引受無効の訴とも区別される（最判昭和三〇・四・一九 民集九卷五号五一頁、名古屋高判昭和三一・八・一八 高民集九卷八号四八三頁参照）。

(3) 判例は、新株発行の瑕疵が著しい場合、例えば新株発行の実体が全く存在せず、新株発行による変更登記があるにすぎないときは、新株発行の不存在と判断していた（福岡高判昭和三〇・一〇・一一 高民集八卷七号五三五頁）。さらに一般論として、新株発行の不存在とは、物理的に新株発行に該当する事実がまったく存在しない場合は勿論のこと、物理的には存在するような外観を呈しているも、実体的瑕疵が著しいため不存在と評価される場合をも含むという解釈が判示されていた（東京高判昭和六一・八・二二 判時一一〇八号一一三三頁）。これによると、会社の代表権限のない者が勝手に新株を発行しても、それは株券の偽造であって、それは新株発行の訴の場合ではなく、一般原則に従い、いつでも誰

でも、またどのような方法でも、その不存在を主張できるとする高裁判断がなされていることになる。

本件判決は、やや特殊とはいえ、従来の下級審判断をさらに踏み込んで既述のような判断を下した新しい判例の意義があるだろう。

学説では、新株発行の手続が全くなされず、新株発行の登記がなされているにすぎない場合には、当該新株発行は不存在として、新株発行無効の主張におけるような制限はないと解されている（鈴木竹雄・竹内昭夫著会社法（新版）（法律学全集）三九五頁など）。また新株発行の瑕疵の存在につき悪意の引受人のもとにとどまっている新株については、これを無効としてもさしつかえないと指摘されている（鈴木竹雄著商法研究Ⅲ三三四頁）。以上のように、判例・学説は新株発行の不存在を観念するのであるが、判示事項(三)の展開もこのような判例・学説にそう判断を下したものと思料される。

〔付記〕 本稿は第四五五回（平成四年十二月一九日）の産業法研究会（於・西南学院大学）において発表したものであるが、判示事項(一)はいわゆる同族的閉鎖会社の紛争事例の実務に役立つ見解として重要である。