

第5節 自己株式の取得・子会社による親会社株式の取得規制

1. 自己株式の取得

A

(1) 概要

自己株式の取得には、会社法上、複数の規制が設けられている。

自己株式取得の規制の主たる趣旨は、自己株式取得が出資の払戻しの実質を有することから要請される会社債権者保護と、投下資本回収における株主間の公平にある。

(2) 特定の株主からの合意による有償取得

江頭 247 頁、高橋ほか 420～422 頁

会社と特定の株主との合意による自己株式の有償取得については、厳格な手続規制が設けられている。

それは、①株主相互間の公平（＝㊦会社が一部の株主から時価を上回る価格で自己株式を取得することがあるとその一部の株主が利得する一方で他の株主が損失を被る〔株主間の利益移転〕、㊧資本回収機会の不平等）、②会社支配の公正（＝反対派株主（グリーン・メイラーを含む）からの自己株式取得により取締役が自己の会社支配を維持する等、会社経営を歪める手段に利用される）、③資本の維持（＝資本金・準備金を財源とする取得は、株主への出資払戻しと同様の結果を生じ会社債権者の利益を害する）、④証券市場の公正（＝相場操縦（金商法 159 条）・インサイダー取引（金商法 166 条）などに利用される）が害されるという弊害を生ずるおそれがあるからである。

以下では、手続規制について取り上げる。

ア. 株主総会の特別決議

(ア) 原則

・株主総会の特別決議により 156 条 1 項 1 号～3 号の事項を定めなければならない（156 条 1 項・160 条 1 項、309 条 2 項 2 号）。

➡当該特定の株主は、議決権行使できるものが自分以外にいない場合を除いて、株主総会において議決権を行使することができない（160 条 4 項本文）。¹⁾

(イ) 例外

子会社から自己株式を取得する場合には、取締役会設置会社では取締役会決議により自己株式を取得することができる（163 条）。

イ. 売主追加請求の通知

(ア) 原則

他の株主に対し、株主総会の 5 日前（定款で短縮可）までに、自己株式の取得議案に自分も売主として加えるように請求することができる旨を通知しなければならない（160 条 2 項・3 項、施行規則 29 条本文）。

(イ) 例外

①市場価格のある株式（ex. 上場株式）を市場価格以下で取得する場合（161 条、施行規則 30 条）。

¹⁾ 同条項違反の瑕疵については、株主総会の決議方法の法令違反（同項第 1 号）とみる見解と自己の株式の取得に関する手続違反の一つとみる見解とがあり得る（平成 23 年司法試験・採点実感）。

➡株主間の利益移転の危険が非常に小さいから、売主追加請求の通知は不要とされている。

高橋ほか 423 頁

②非公開会社が、株主の相続人その他の一般承継人から、当該一般承継人が議決権を行使する前に、自己株式を取得する場合（162 条）。

➡非公開会社で企業承継をスムーズに実現するために、会社が株式の相続人から相続株式を買い取りたいというニーズがある一方で、会社の自己株式取得財源に限りがあるためにそれほど多くの株式を取得できないケースが生じることへの特別の配慮によるものである。

高橋ほか 423 頁

③子会社から自己株式を取得する場合（163 条）。

④定款により 160 条 2 項・3 項を排除する定めをした場合（164 条 1 項）

〔論点 1〕 手続規制違反の自己株式取得の効力

A

手続規制違反の自己株式取得は、手続規制の趣旨を確保するため無効である。

もっとも、手続規制違反について相手方が善意・無重過失である場合には、取引安全を優先するために、会社は無効主張できないと解すべきである。²⁾

〔論点 2〕 手続規制違反の場合における無効主張権者

A

確かに、相手方（＝譲渡人）による無効主張の可否については、投機のために無効主張が悪用される（＝株価が値上がりした場合にだけ無効主張する）危険を理由に否定する見解もある。

しかし、相手方の無効主張の制限により確保される会社の利益は違法な自己株式取得により得られたものであるから法的保護に値しないし、自己株式取得の手続規制の目的を達するためにも、相手方による無効主張も認めるべきである。

高橋ほか 424～425 頁、江頭 258 頁

〔論点 3〕 違法な自己株式取得と自己株式処分の関係

A

自己株式処分の対象となった自己株式が有効に取得されたものではない点は、自己株式処分の無効原因となるか。

確かに、自己株式処分は、有効に取得されたものではない株式を対象とするものである点で、無効にするべきとも思える。

しかし、このように考えると、自己株式取得の相手方や転得者の取引安全が害されるから、自己株式取得の無効は自己株式処分の効力に波及しないと解すべきである。

平成 23 年司法試験・出題趣旨・採点実感

（3）分配可能額規制

「分配可能額」（461 条 1 項柱書）は、「剰余金の額」（446 条）を基礎として様々な金額を加減して計算される（461 条 2 項、計算規則 156～158 条）。

「剰余金の額」は、最終事業年度の末日における「その他資本剰余金」「その他利益剰余金」の額を基礎に、様々な金額を加減して計算される（446 条、計算規則 149 条・150 条）。

リークエ 285～287 頁

²⁾ 民法 93 条 1 項但書を類推適用し、原則：有効、例外：相手方が悪意又は有過失であるときは無効とする見解もある（高橋ほか 424 頁）。

〔論点 4〕 財源規制違反の自己株式取得の効力

有効説は、「効力を生じた日における」という 463 条 1 項の文言との整合性に加えて、無効説に立った場合における相手方からの同時履行の抗弁の主張を認めるべきではないということを理由とする。

すなわち、無効説に立った場合、会社と相手方との原状回復義務(民法 121 条の 2 第 1 項条)は同時履行の関係に立ち(民法 533 条類推)、仮に会社が取得した株式を処分しており現物返還ができない場合には株式の時価相当額の金銭返還を要することになるが、もし株価が処分価額よりも高騰していれば結果として会社財産が減少することになり会社債権者保護の趣旨に反するといえるのである。³⁾

しかし、財源規制違反の自己株式取得を承認する株主総会決議が「決議…内容」の「法令…違反」により無効である(830 条 2 項)にもかかわらず、同決議に基づく自己株式取得が有効であるのは不整合である。

また、462 条 1 項により同時履行の抗弁権が排除されていると解することもできる。⁴⁾

さらに、失念株の株式分割後に名義株主が当該株式を売却した事案における不当利得返還額(現: 価額償還の額)を売却代金相当額であるとした判例があるところ、この判例と同様に考えて会社の価額償還義務は自己株式処分価額相当額であると解するのであれば、仮に同時履行の抗弁権を認めたとしても不都合はない。⁵⁾

そこで、無効説によるべきである。

〔論点 5〕 違法な自己株式取得による会社の損害

自己株式取得に関する取締役の責任としては、①462 条 1 項に基づく責任、②465 条 1 項 2 号・3 号に基づく期末の欠損填補責任及び③423 条 1 項に基づく任務懈怠責任が考えられる。「損害」の範囲について争いがあるのは、③任務懈怠責任についてである。

自己株式の取得価額と取得時の時価との差額であると考え(時価差額説)と、時価以下での取得であった場合、その後に取得価額を下回る価額で自己株式を売却したために売却時の会社財産が取得時のそれを下回る状態に至ったとしても、責任追及が認められなくなり、役員等の責任制度の損害補填機能に照らし妥当でない。

そこで、取得価額と売却価額との差額が「損害」であると解すべきである

A

高橋ほか 408～411 頁、事例で考える 305～308 頁、リークエ 289～290 頁、事例演習 78～79 頁

事例演習 78～79 頁

リークエ 290 頁、高橋ほか 410 頁、
最判 H19.3.8・百 16

A

大阪地判 H15.3.5・百 21

³⁾ 有効説は、相手方は 462 条 1 項に基づき義務を履行した段階で、民法 422 条類推により会社に対し株式返還を請求できるようになると構成し、同時履行の抗弁権を認めない(高橋ほか 410 頁)。

⁴⁾ これについては、①株主の原状回復義務を認めつつ 462 条 1 項により同時履行の抗弁権が排除されているとする説明(リークエ 290 頁、高橋ほか 410 頁)と、②462 条 1 項は株主の原状回復義務の特則であり、株主は同条項に基づく金銭支払義務のみを負担し、民法 121 条の 2 第 1 項に基づく原状回復義務は負わないとする説明(事例で考える 309 頁)があるようである。

⁵⁾ 自己株式の時価が高騰することで取得価額・処分価額の双方を上回ったという事情がない事案では、最高裁平成 19 年判決の判例法理を用いるべきではない。仮にこの判例法理を使った場合、B が 25 億円の支払・返還義務を負う一方で、甲社は時価総額 20 億円を下回る 16 億円の返還義務を負うにとどまるということになり、自己株式取得の当事者間の公平を欠くからである。

(売却差額説)。⁶⁾

この見解に対しては、①自己株式の保有中に株式の時価が低下した場合には責任追及ができない、②取得後に株式の時価が上昇した場合には責任が減免されることになるという批判があるが(①・②は、役員等の責任制度の任務懈怠抑止機能からの批判である)、役員等の責任制度の損害補填機能からすれば、取得時と売却時を比較しての現実に生じた損害についてのみ賠償させれば足りるから、かかる批判は当たらないと考える。

(4) 自己株式の法的地位

- ・自己株式には、議決権がない(308条2項)。自己株式に議決権を認めると、代表取締役等の業務執行機関が自己株式について議決権を行使することになり、経営陣による会社支配に利用されるおそれがあるからである。
➡同じ理由から、議決権以外の共益権も認められない。
- ・自益権については、配当請求権(453条)、残余財産請求権(504条3項)、株式無償割当て(186条2項)・新株予約権無償割当て(278条2項)を受ける権利、株主割当てによる募集株式の発行(202条2項)・株主割当てによる新株予約権の発行(241条2項)において割当てを受ける権利が否定される。
➡株式の併合(180条)や株式の分割(183条)の効力は、自己株式にも当然に及ぶ。

田中 420 頁

2. 子会社による親会社株式の取得

子会社による親会社株式の取得は原則として禁止されている(135条)。

禁止の趣旨は、①子会社による親会社株式の取得を自由化すると、親会社が子会社に指示して自己の株式を取得させるという形で自己株式取得規制が容易に潜脱されること、②親会社から出資を受けている子会社が親会社株式を取得することは、実質的には親会社財産が親会社株主に分配されることに等しく、これが過度に行われることにより会社債権者の利益が害されるということにある(ex.親会社が子会社に1億円出資した直後に、子会社がその1億円を用いて親会社株式を取得する場合)。

例外的に子会社が取得した親会社株式は、⑦相当の時期に処分しなければならない(135条3項)。なお、迅速な処分を可能とするために、親会社が簡易な手続により買い取ることができる(163条)。

また、親会社の業務執行機関が子会社が取得した親会社株式に係る議決権を行使することにより親会社の支配関係が歪められることを防止するために、子会社が取得した親会社株式には、④議決権が認められない(308条1項-さらには、議決権を前提とする共益権[303条~305条等]も認められない)。他方で、それ以外の共益権・自益権は認められる。

なお、子会社による親会社株式の取得には、自己株式取得のような財源規制

B

田中 421 頁

高橋ほか 428 頁

⁶⁾ 判例(最判 H5.9.9・百 21)は、100%子会社による親会社株式の取得の事案について、100%子会社による親会社株式の取得は特段の事情のない限り自己株式取得規制に違反すると解した上で、100%子会社の損害は完全親会社の損害であるという理解の下で、親会社に売却差額相当額の損害を認めている。

はない。

[判例 1] 100%子会社による親会社株式の取得

B

最判 H5.9.9・百 21

事案：親会社 A は、吸収合併の計画をスムーズに進めるために、これに反対の意思を表明していた大株主 C (25.8%) の全株式を買い取ることを企図して、A 社の常務会において、100%子会社 D 社をして大株主 C の全株式を市場価格 (380~400 円/1 株) を超える 1 株 500 円で買い取らせ、それをグループ会社に売却し、その差額を D 社が負担するということを決定した。

上記決定に基づき、D 社は、大株主 C から A 社株式 1550 万株を 1 株 530 円 (合計 82 億 1500 万円) で買い取った上で、これをグループ会社に 1 株 300 円で売却し、これによって D 社には 35 億 5160 万円の売却差額損が生じた。

要点：①まず、本判決は、100%子会社による親会社株式の取得について、子会社による親会社株式の取得規制 (会社法 135 条) が設けられていなかった改正前商法下において、親会社自身による自己株式取得の場合と同様の弊害が生じること、及び自己株式取得規制の潜脱のおそれを理由として、無償取得であるなどの特段の事情がなければ自己株式取得規制 (改正前商法 210 条) に反し許されないとした。

②次に、本判決は、D 社の資産には売却差額相当額 (35 億 5160 万円) の減少が生じ、他に特段の主張立証がないことから、D 社の全株式を保有する A 社にも同額の資産減少が認められるとして、A 社について売却差額相当額の損害を認めるとともに、かかる A 社の損害と D 社による A 社株式取得との間の相当因果関係も肯定した。このように、100%子会社の損害については、特段の事情がない限り、これを親会社の損害と解してよいが、理論的には、子会社株式の評価損が親会社の損害となるというべきである。⁷⁾

③そして、取締役の法令違反の行為等により会社が損害を被ると同時に利益を受けている場合には、損益相殺があり得る。もっとも、役員等の責任制度は、損害補填機能のみならず、任務懈怠抑止機能もあるため、後者の機能ゆえに、損益相殺には制限がある。例えば、自己株式取得のように予防的見地から規制されたに過ぎない事項への違反行為については、会社に生ずべきより大きな損害を避けるために取締役がそれを行ったという場合には、損益相殺の余地があり得る。

東京地判 S61.5.29 参照

⁷⁾ この見解に対しては、親会社の役員に損害を賠償させても 100%子会社の債権者は保護されないとの批判があるが、①100%子会社の債権者が 100%子会社の損害を介して生じた間接損害について同社役員等に責任追及 (429 条 1 項) し得ることと、②100%子会社の損害が親会社の損害である場合に親会社役員等が親会社に対して 423 条 1 項の損害賠償責任を負うことは両立し得るのであるから、かかる批判は当たらない。

第2節. 株主総会

株主総会とは、議決権を有するすべての株主によって構成される株式会社の意思決定機関であり、これには、定時株主総会（296条1項）・臨時株主総会（2項）がある。

1. 株主総会における決議事項

非取締役会設置会社の株主総会は、会社法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することができる、万能の機関である（295条1項）。

取締役会設置会社の株主総会は、会社法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り、決議することができる（同条2項）。株主総会の管理・運営は、基本的に取締役会の責任で行われることが予定されているからである。¹⁾

〔論点 1〕 取締役会と並んで株主総会でも代表取締役の選定・解職を決議できるとする定款の定め

会社法上、取締役会設置会社の決議事項とされている代表取締役の選定・解職（362条2項3号）を株主総会でも決議できるとする「定款」の定め（295条2項）は有効か。

会社法上、株主総会で決議できるとされる「定款で定めた事項」の内容を制限する明文規定はないから、広く定款自治が認められている。

また、取締役会と並んで株主総会でも代表取締役の選定・解職を決議できるとする定款の定めであれば、取締役会が有する代表取締役の監督機能（362条2項3号）が奪われることにもならない。

そこで、このような定款の定めは有効であると解する。²⁾

〔論点 2〕 代表取締役の選定・解職を株主総会の専権事項とする定款の定め

会社法で取締役会設置会社の決議事項とされている代表取締役の選定・解職（362条2項3号）を株主総会の専権事項とする「定款」の定め（295条2項）は有効か。

会社法上、株主総会で決議できるとされる「定款で定めた事項」の内容を制限する明文規定はないから、広く定款自治が認められている。

また、取締役会は、選定・解職権限による代表取締役に対する直接的な監督機能（362条2項3号）を失うことになるものの、取締役会の決議の拘束力や差止請求を通じた間接的な監督機能は残るから、取締役会に監督機能を担わせている会社法の仕組みにも反しない。

そこで、このような定款の定めは有効であると解する。

A

A

最決 H29.2.21・H29 重判 6

A

¹⁾ 取締役会設置会社の株主総会では、原則として、招集権者が議題とすることを決定し、招集通知に記載された議題についてしか決議することができない（309条5項本文）（田中 186 頁）。これは、株主に対して準備の機会を与えることにより不意打ち的な決議を防止することを趣旨とする（高橋ほか 117 頁）。

²⁾ 本決定は、非公開会社における〔論点 1〕の定款の有効性について判断したものであるが、その射程は、公開会社における〔論点 1〕の定款の有効性と、非公開会社・公開会社双方の〔論点 2〕の定款の有効性にも及ぶと理解されている。

2. 株主総会の招集

(1) 招集権者

ア. 取締役による招集

株主総会の招集は、会社の包括的な業務執行権限を有する代表取締役（348条1項、363条1項1号）が、会社の業務執行の一つとして、取締役の決定（取締役会設置会社では、取締役会の決議）に従って（296条3項）行うのが原則である。この意味で、296条3項の「招集」とは「招集の決定」と意味すると解すべきである。

イ. 株主による招集請求及び招集

株主のうち、総株主の議決権の100分の3以上の議決権を6か月前から引き続き保有するものは、取締役に対して、議題と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（297条1項）。

招集請求をした株主は、招集請求の後遅滞なく招集の手続が行われない場合、又は招集請求があった日から8週間以内の日を株主総会の日とする株主総会の招集の通知が発せられない場合には、裁判所の許可を経て、自ら株主総会を招集することができる（297条4項）。

(2) 招集通知

株主総会を招集するときは、株主に対して招集通知を発しなければならない（299条1項）。この趣旨は、株主に出席の機会及び議事・議決の準備の機会を保障することにある。

ア. 招集通知の時期

- ・原則として、株主総会の日から2週間前までに発する必要がある（299条1項）。
- ・書面投票と電子投票のいずれも実施しない非公開会社では1週間前までに発すればよく（299条1項括弧書）、上記の非公開会社が非取締役会設置会社である場合には定款により1週間よりも短い期間を招集期間として定めることも可能である（同条項括弧書）。

イ. 招集通知の方法

- ・書面投票又は電子投票を実施する場合又は取締役会設置会社である場合には、招集通知は書面である必要がある（299条2項）。
➡株主の個別の承諾があれば、承諾をした株主に対しては、書面に代えて、電磁的方法により招集通知をすることができる（同条3項）。
- ・その他の会社では、招集通知の方法について法定されていないため、電話や口頭による方法でも構わない。

ウ. 招集通知において通知すべき事項

- ・書面による招集通知が義務付けられる場合には、その書面には298条1項各号に定める事項を記載する必要がある（299条4項）。
- ・書面投票又は電子投票を実施する場合には、招集通知とともに株主総会参考書類等も送付しなければならない（301条、302条）。

エ. 招集通知の省略

株主全員の同意がある場合には、書面投票又は電子投票を実施するとき

B

田中 160 頁

アは、対内的な業務執行・対外的な業務執行のうち、前者に属する（リクエ 174 頁、田中 206 頁）。

非公開会社では継続保有は不要（297条2項）。

最判 S60.12.20・百 30、高橋ほか 119 頁

高橋ほか 119 頁

高橋ほか 119 頁

を除き、招集通知を省略して株主総会を開催することができる（300条）。

〔論点1〕 代理人出席を含む全員出席総会の決議の効力

招集手続を欠いていても、株主全員がその開催に同意して出席した全員出席総会の場合であれば、株主総会決議が有効に成立するといえるか。

①株主全員がその開催に同意して出席した全員出席総会において、②株主総会の権限に属する事項につき決議したときには、招集手続を欠いていても決議が有効に成立すると解する。招集手続（299条）の趣旨は株主に出席の機会及び議事・議決の準備の機会を保障することにあるところ、①により出席の機会が確保され、②により株主全員が議事・議決の準備をする利益を放棄したと評価できるからである。³⁾

そして、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全員出席総会において決議がされた場合においても、①'株主が議題を了知して委任状を作成しており、かつ、②'当該決議が当該総会の議題の目的の範囲内のものである限り、決議は有効に成立すると解する。株主総会で何が決議されるのかを了知しつつ代理権を授与し、その了知していた範囲内の事項について決議がなされていることから、出席のみならず準備の機会の保障についても問題ないからである。

B

最判 S60.12.20・百 30

百 30 解説

高橋ほか 116 頁

（3）株主総会参考書類等の提供

ア. 原則

株主総会の招集に際して、取締役から株主に対して株主総会参考書類等（株主総会参考書類、議決権行使書面、計算書類・事業報告、連結決算書類）の全部又は一部を提供するべき場合がある（301条、302条、437条、444条6項）。株主総会参考書類等の提供は、原則として書面による。

R1 一問一答 11 頁、高橋ほか 126

頁

イ. 例外

（ア）個別の承諾に基づくインターネットによる提供

令和1年改正前においても、株主の個別の承諾を得ることにより、株主総会参考書類等を株主に対してインターネットを利用する方法により提供することができる（299条2項・3項、301条、302条1項・2項、437条、444条6項、施行規則133条2項、計算規則133条2項、計算規則134条1項）。

R1 一問一答 11～12 頁

もともと、上場会社では、株主の数が多いため、全ての株主から個別の承諾を得ることが困難であるから、（ア）はほとんど利用されていない。

（イ）ウェブ開示によるみなし提供制度

R1 一問一答 12 頁

令和1年改正前においても、株主の個別の承諾を要することなく、定款の定めにより、株主総会参考書類等に記載等すべき事項のうち一部の事項について、株主総会の招集通知を発出する時から当該株主総会の日

³⁾ 全員出席総会の法理は、元来は判例により形成されたものであるが、平成14年商法改正により、株主全員の同意により招集手続を省略できること（300条）、さらには、株主全員の書面による同意により株主総会自体の開催を省略すること（319条）が明文で認められることになった（田中157頁）。なお、書面投票制度・電子投票制度を定めた場合には、株主総会参考書類のみにより議決権を行使する株主に十分な考慮期間を与える趣旨から、招集手続の省略は認められていない（300条但書）。

から3カ月が経過するまでの間、継続してインターネット上のウェブサイトに掲載することにより、株主に対して提供したとみなす制度がある（施行規則94条1項、133条3項、計算規則133条4項、134条4項）。

もともと、株主総会参考書類等における議案など、ウェブ開示によるみなし提供制度を用いることができない事項もある。

（ウ）電子提供措置

（i）概要

- ・令和1年改正法により、定款で電子提供制度をとる旨を定めることにより、株主総会参考書類等の内容である情報について、自社のホームページ等のウェブサイトに掲載し、株主に対し当該ウェブサイトのアドレス等を株主総会の招集通知に記載等して通知すれば、株主に対して株主総会参考書類等を書面で提供しなくてもよいこととされた（325条の2以下）。
- ・電子提供措置をとる旨の定款の定めがある株式会社は、取締役会設置会社である場合、又は書面投票若しくは電子投票を実施する場合には、電子提供措置をとることを義務付けられる（325条の3第1項柱書）。⁴⁾

R1 一問一答 12 頁、高橋ほか 127 頁

招集通知を書面で送付するべき場合（299条2項各号）と合致する（高橋ほか 127 頁）。

（ii）電子提供措置をとるべき事項

- ・298条1項各号に掲げる事項（325条の3第1項1号）
- ・議決権行使書面に記載すべき事項（2号）
- ・株主総会参考書類の内容（3号）
- ・株主提案に係る議案の要領（4号）
- ・計算書類及び事業報告の内容（5号）
- ・連結計算書類の内容（6号）
- ・電子提供措置事項を修正した旨及び修正前の事項（7号）

R1 一問一答 18～21 頁

（iii）招集通知を発すべき時期

電子提供措置をとる場合、招集通知を発すべき時期は株主総会の2週間前までに統一される（325条の4第1項）。

高橋ほか 128 頁

（iv）書面交付請求

- ・インターネットを利用することが困難である株主の利益に配慮する趣旨から、株主は、株式会社に対して、電子提供措置事項を記載した書面の交付を請求することができるとされている（325条の5）。
- ・一度された書面交付請求は、その後の全ての株主総会について効力を有する（325条の5第1項）。個々の株主総会についてのみ効力を有するにとどまるのであれば、株主は臨時株主総会の招集決定がされたことを知った時には書面交付請求をすることができなくなり、株主に対し不意打ちとなるおそれがあるからである。

R1 一問一答 11 頁、32 頁、38 頁

⁴⁾ この場合、電子提供措置をとらずに、株主に対して株主総会参考書類等を書面により提供することは許されない。これに対し、株主総会参考書類等の内容である情報について電子提供措置をとるに加えて、株主に対して株主総会参考書類等を書面により提供することは許される（R1 一問一答 17 頁）。

3. 株主提案権

株主総会における議題や議案については、招集権者が決定し、これを株主総会に提案するのが原則である。この原則に従う場合、株主が議題や議案を提案するためには、自ら株主総会の招集請求（297 条）をして議題や議案を提案することになる。

もっとも、株主による株主総会の招集請求の要件は厳格である。そこで、会社法は、株主総会の招集権者でない株主にも議案や議案を提案する機会を与えるために、株主提案権（303 条～305 条）を定めている。⁵⁾

（1）議題提案権

議題提案権とは、株主が、取締役に対して、自らが議決権を行使することができる一定の事項を株主総会の議題とすることを請求する権利をいう（303 条 1 項）。⁶⁾

（2）議案提案権

議案提案権とは、株主が、株主総会において、株主総会の議題のうち自らが議決権を行使することができる事項について議案を提出する権利をいう（304 条本文）。

（3）議案要領通知請求権

議案要領通知請求権とは、株主が、取締役に対して、株主総会の日の 8 週間（定款で短縮可）前までに、株主総会の議題について自らが提出しようとする議案の要領を株主に通知すること（招集通知をする場合には、招集通知に記載又は記録すること）を請求する権利をいう（305 条 1 項本文）。⁷⁾

令和 1 年改正法は、一人の株主が膨大な量の議案を提出することにより株主総会の円滑な議事の進行が妨げられることを防止する趣旨で、取締役会設置会社の株主が議案要領通知請求権により同一の株主総会において提出することができる議案の数を 1 人当たり 10 個に制限した（305 条 4 項）。^{8) 9)}

B

高橋ほか 130 頁、田中 164～165 頁

R1 一問一答 49 頁、52 頁

⁵⁾ 議題とは、「株主総会の目的である事項」（298 条 1 項 2 号）という。議案とは、議題に関して、株主総会において具体的に決議に付す（株主の賛否を問う）事項をいう。例えば、「剰余金の配当の件」が議題であり、「1 株につき 500 円配当する」といったものが議案である（田中 161 頁）。

⁶⁾ 取締役会設置会社の株主総会では、原則として、招集権者が議題とすることを決定し、招集通知に記載された議題についてしか決議することができない（309 条 5 項本文）。したがって、取締役会設置会社の株主は、取締役の意思に反して剰余金の配当を実現したい場合には、議題提案権を行使して「剰余金の配当」を株主総会の議題としておく必要がある（高橋ほか 131 頁）。

⁷⁾ 例えば、定時株主総会において「1 株につき 500 円配当する」という議案について決議することを望む株主は、会社が剰余金の配当を定時株主総会の議題とすることを予測して、「1 株につき 500 円配当する」という議案について議案要領通知請求権を行使することが考えられる。もっとも、その予測に反して会社が剰余金の配当を定時株主総会の議題としなかった場合には、株主による議案要領通知請求権は空振りに終わってしまう。そこで、株主としては、「剰余金の配当の件」という議題についての議題提案権（303 条）と「1 株につき 500 円配当する」という議案についての議案要領通知請求権（305 条）の双方を行使するのが通常である（高橋ほか 131 頁）。

⁸⁾ 株主 X が他の株主 Y と共同して A、B、C、D、E 及び F という 6 個の議案を提出した場合、X も Y も、これら 6 個以外に提出することができ議案は 4 個までである（R1 一問一答 52 頁）。

⁹⁾ ⑦取締役が議案を提出する場合、④議題提案権（303 条）や議案提案権（304 条）により議題又は議案を提出する場合、及び⑨株主が自ら株主総会を招集した場合（この場合、取締役に対して議案の要領の通知を請求することがないため）は、305 条 4 項により提出可能な議案の数が制限されることはない（R1 一問一答 59 頁、57 頁、60 頁）。

よる取引を実現できる場合である。

②は、会社と利益相反関係にある取締役が会社を代表した他の取締役と結託することで、会社の利益の犠牲において自己が利益を得るという不公正な条件による取引を実現できる場合である。

【論点 2】 間接取引の成否の判断基準

「株式会社と当該取締役との利益が相反する」(356 条 1 項 3 号) かは、利益衝突の有無により判断される。

会社・第三者間の取引であって、外形的・客観的に会社の犠牲で取締役に利益が生じる形の行為が間接取引規制の対象になるとする見解もある。

しかし、「利益が相反する」については、会社の利益保護の見地から、取締役・会社間の実質的な利益衝突の有無により判断するべきである。

会社の承認を経ない間接取引の効力が相対的無効と解されるため、上記のように解しても、取引安全を不当に害することにならない。

そして、予防という観点から広く間接取引の成立を認めるべきとも思えるが、取引安全のために事前規制が及ぶ範囲を明確にする必要がある。

そこで、基本的には、直接取引と同程度の危険性があるかどうかを基準に間接取引の範囲を決すべきである。

場合である。

例えば、主債務者である取締役以外の取締役が会社を代表して保証契約を締結する場合である。

A

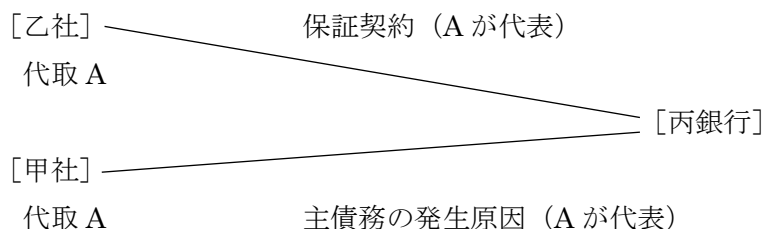
江頭 441 頁、リークエ 220 頁

弥永 203 頁、事例で考える 209 頁

高橋ほか 207 頁

【類型】

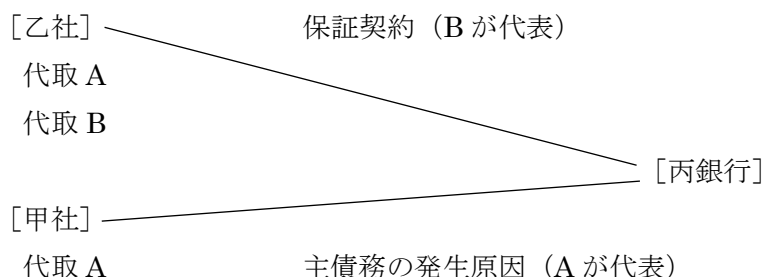
【 1 】 甲社と乙社の代表取締役を兼任する A が、乙社を代表して甲社の債務を保証する場合



甲社の代表取締役を兼任する乙社の取締役 A が甲社を代表して乙社と取引する直接取引の場合と同じくらい、A が自己が代表取締役を務める甲社の利益を図ろうとする危険性が大きいから、間接取引が成立する。

最判 S45.4.23

【 2 】 A が甲社と乙社の代表取締役を兼任している場合において、A 以外の代表取締役 B が乙社を代表して甲社の債務を保証するとき



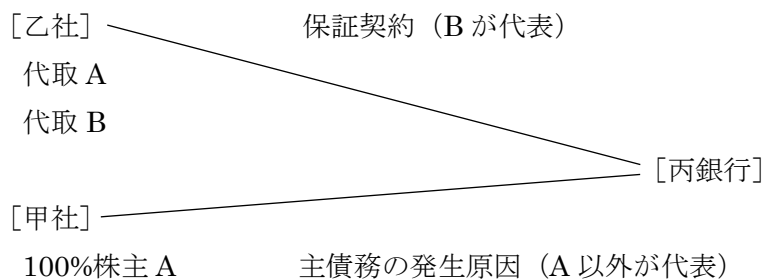
平成 20 年司法試験設問 1

仮に、乙社を代表して保証契約を締結したのが B ではなく A であった場合には、保証契約が間接取引に該当するという結論に異論がないとされている。この場合には、甲社の代表取締役を兼任している乙社の取締役 A が甲社を代表して乙社と取引する場合（＝誰が乙社を代表するかを問わず、直接取引に当たる）と同様、A が自己の利益と同じくらい甲社の利益を図ろうとする危険性があるため、これを間接取引に含めても間接取引の範囲が不明確になることにはならないからである。

これに対し、乙社の取締役 A が甲社（主債務者）の代表取締役を兼任している場合において、A 以外の取締役が乙社を代表して甲社の債務を保証するときについては、主債務者である甲社の代表取締役 A が取引に直接関与していないことを重視して間接取引を否定する見解もある。

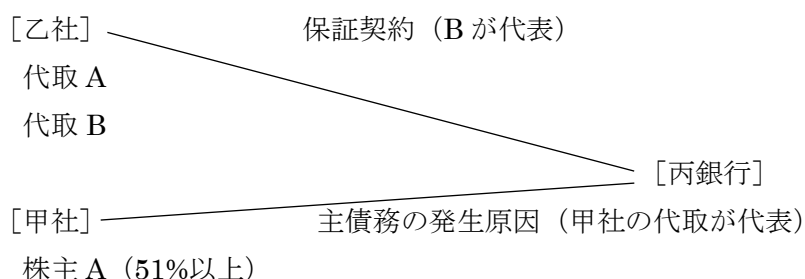
しかし、主債務が A が甲社を代表して丙銀行と締結した金銭消費貸借契約に基づく借入債務であること及び A が甲社の代表取締役であることから、A が自己の利益と同じくらい甲社の利益を図ろうとして、自己が代表取締役を兼任する乙社の代表取締役 B に対し同借入債務を保証するように働きかける危険があるとして、間接取引の成立を認める余地もある。

〔3〕 甲社の債務を保証する乙社の代表取締役 A が甲社の 100%株主である場合



A と甲社を同視することができ、乙社が取締役の債務を保証する場合と同程度の利益相反関係が A・乙社間に認められるから、乙社を誰が代表するかを問わず間接取引の成立が認められる。

〔4〕 甲社の債務を保証する乙社の代表取締役 A が甲社株式を 51%以上保有している場合



員会設置会社)が取締役等(取締役(監査等委員・監査委員を除く)、執行役及び清算人並びにこれらの者であったもの)の責任を追及する訴えを提起して和解をする場合と、④株主が取締役等の責任を追及する訴えを提起して、監査役設置会社等が共同訴訟人又は補助参加人として当該訴訟に参加して和解する場合には、監査役等(監査役設置会社:監査役、監査等委員会設置会社:監査等委員、指名委員会等設置会社:監査委員)全員の同意が必要である(849条の2)。⁴⁾ ⁵⁾

2. 多重代表訴訟等

B

(1) 多重代表訴訟

平成9年独禁法改正により純粋持株会社が解禁されたことに伴い、純粋持株会社の形態をとる会社が増加した。そして、純粋持株会社では、専ら子会社を通じて事業が行われているにもかかわらず、子会社の役員等に責任がある場合において親会社株主が株主代表訴訟を提起できないのでは、親会社株主の保護が十分ではない。他方で、親会社株主による子会社の役員等の責任についての株主代表訴訟については濫訴の懸念もある。

そこで、平成26年改正では、①最終完全親会社等の株主に限り、②少数株主権として、③重要な子会社における責任(=特定責任)に限定して多重代表訴訟が認められるに至った。

ア. 提訴適格

(ア) 総論

6ヵ月前(定款で短縮可)から引き続き株式会社の最終完全親会社等(=完全親子会社等関係の頂点に立つ会社)の総株主の議決権の100分の1以上(定款で引下げ可)の議決権を有する株主又は当該最終完全親会社等の発行済株式(自己株式を除く)の100分の1以上(定款で引下げ可)の数の株式を有する株主は、当該株式会社に対し、書面その他の法務省令で定める方法により、特定責任に係る責任追及等の訴え(=特定責任追及の訴え)の提起を請求することができる(847条の3第1項本文)。

「総株主」には、「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」は含まない(括弧書)。

なお、最終完全親会社等が非公開会社である場合、6ヵ月前からの継続保有要件は不要である(6項)。

(イ) 完全親会社等

①完全親会社(2項1号)

⁴⁾ ⑦の場合に、和解について監査役設置会社等を代表するのは、当該訴訟において当該監査役設置会社等を代表する監査役等であると解されている(386条1項1号、399条の7第1項2号、408条1項2号、491条)(R1一問一答228頁)。

④の場合に、和解について監査役設置会社等を代表するものについては、監査役等は一度当該訴えを提起しないことが相当であると判断しているため(847条3項)、取締役等と当該監査役設置会社等との利益相反の程度は原告として和解する場合ほどには類型的に強くないとの理由から、通常の業務執行と同様、代表取締役等であると解するのが有力である(R1一問一答228頁)。

⁵⁾ 849条の2は、取締役等の責任を追及する訴えにおける和解に関する規定であり、監査役の責任を追及する訴えには適用されない(R1一問一答231頁)。また、多重代表訴訟(847条の3)にも適用されない(R1一問一答232~233頁)。

②株式会社の発行済株式の全部を他の株式会社及びその完全子会社等（＝株式会社がその株式又は持分の全部を有する法人）又は他の株式会社の完全子会社等が有する場合における当該他の株式会社（完全親会社を除く）（2号）

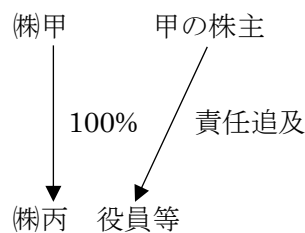
➡2号の他の株式会社及びその完全子会社等又は同号の他の株式会社の完全子会社等が他の法人の株式又は持分の全部を有する場合における当該他の法人は、当該他の株式会社の完全子会社等とみなされる（3項）

〔図〕 最終完全親会社等

最終完全親会社等とは、完全親子会社関係で結ばれた企業グループの頂点に立つ株式会社のことである。自社だけで子会社の株式を100%保有する場合（847条の3第1項1号）のみならず、自社が完全に支配している他社を通じて子会社の株式を100%保有する場合（2号）も含まれる。

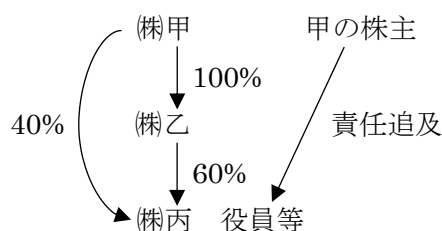
〔例1〕

甲社が自ら丙社の全株式を有することにより丙社の「完全親会社」に当たる場合（1号）



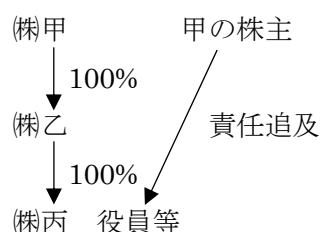
〔例2〕

甲社及び「その完全子会社等」（甲社がその株式又は持分の全部を有する法人）である乙社が丙社の全株式を有する場合（2号）



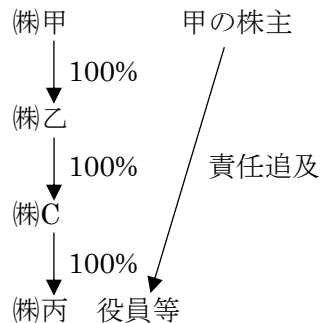
〔例3〕

甲社の「完全子会社等」である乙社が丙社の全株式を有する場合（2号）



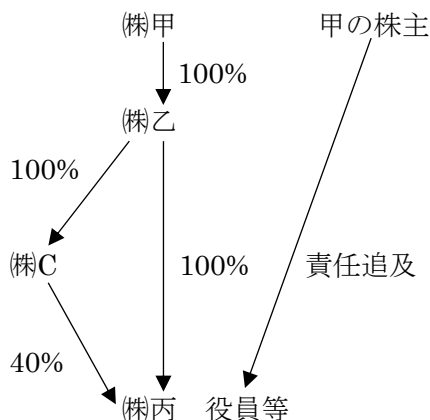
[例 4]

甲社の「完全子会社等」である乙社がその「株式…の全部を有する」C社が甲社の「完全子会社等」とみなされる（3項）ことにより、甲社の「完全子会社等」である乙社が丙社の全株式を有するとされる場合（2号）



[例 5]

甲社の「完全子会社等」である乙社がその「株式…の全部を有する」C社が甲社の「完全子会社等」とみなされる（3項）ことにより、甲社及び「その完全子会社等」である乙社が丙社の全株式を有するとされる場合（2号）



イ. 特定責任

当該株式会社の発起人等（＝発起人・設立時取締役・設立時監査役・清算人・役員等）の責任の原因となった事実が生じた日において最終完全親会社等及びその完全子会社等（3項により当該完全子会社等とみなされるものを含む）における当該株式会社の株式の帳簿価額が当該最終完全親会社等の総資産額として施行規則 218 条の 6 で定める方法により算定される額の 5 分の 1 を超える（定款で引下げ可）場合における当該発起人等の責任をいう（4項）。

最終完全親会社等が、発起人等の責任の原因となった事実が生じた日において最終完全親会社等であった株式会社をその完全子会社等としたものである場合には、4項の適用については、当該最終完全親会社等であった株式会社を同項の最終完全親会社等とみなす（5項）。

上記図でいうと、特定責任は、甲社にとって丙社が相当に大規模な子会社である場合に肯定される（高橋ほか 548 頁）。

手形法・小切手法

第1章 手形法

手形とは、財産的価値を有する私権を表章する証券であって、権利の発生・移転・行使のいずれについても証券が必要とされる完全有価証券である。

[手形法の理論体系]

A

D は、A から支払い拒絶された場合などには、C に対して遡求できる
(43 条・総まくり 220 頁・9)

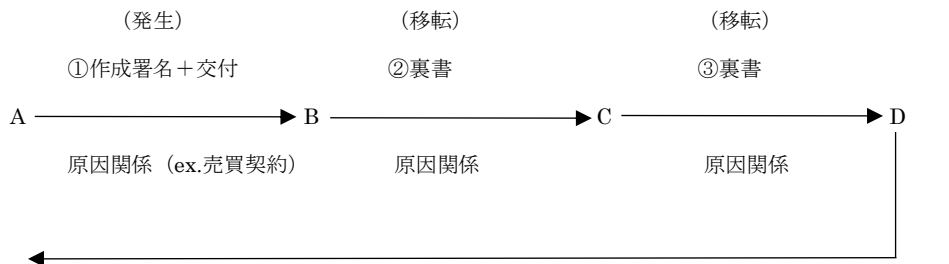
[E1~4] は抗弁の一例である。

総まくり 208 頁・1 (6)

総まくり 212 頁・5(1)イ(イ)・(2)イ
(ア)

総まくり 214 頁・6(2)

大判 T4.6.22、大判 S10.1.22



④手形金支払請求 [kg] ⑦裏書の連続のある手形の所持
⇒手形上の権利者と推定される (16 I)
から、①～③の主張立証は不要
④支払提示
⇒手形の呈示証券性 (38 I)

[E1] 原因関係の消滅等

AB 間売買の取消・無効・解除は、人的抗弁であるから、原則として B 以外の者である D に対抗できない (17 本文)。

[E2] 手形の受戻しとの同時履行

手形の受戻証券性から、手形の受戻しと引換えに支払う旨の同時履行の抗弁権を主張できる。

[E3] 物的抗弁

手形の偽造・変造、無権代理、交付欠缺（交付がない）などの物的抗弁は、D に対抗できる。

もっとも、手形の偽造・変造と無権代理に対しては表見代理の再抗弁（民 109、110、112）が、交付欠缺の抗弁に対しては権利外観法理の再抗弁が主張される可能性がある。

[E4] 裏書の瑕疵

裏書の連続のある手形の所持人が手形上の権利者と推定される (16 I) ため、A は、D からの請求に対して権利移転過程の瑕疵を問題とするのであれば、自ら、D が無権利者であること（A から D に至る間に無権利者が介在していた事実+D の善意取得(16 II)の不成立）を主張立証する必要がある。

[振出人欄] [受取人欄] [裏書人欄] [被裏書人欄] [裏書人欄] [被裏書人欄]

A	B	B	C	C	D
---	---	---	---	---	---

裏書の連続の有無（BC 裏書、C→D 裏書の有無）は、①手形の記載から形式的・外形的に判断し、手形の記載以外の事実関係は考慮しない。もっとも、②裏書人欄と直前の受取人欄・裏書人欄の記載の完全の一致までは不要であり、社会通念上同一人と認められることで足りる。

A

1. 手形の性質

(1) 無因証券性

手形上の法律関係は、手形振出の原因関係（手形振出の原因となった法律関係）から切り離されたものであるから、原因関係の有無・消長による影響を受けない。

ex. 売買代金支払のために振り出された約束手形は、原因関係に基づく売買代金債権とは別の手形金支払請求権を表章する。そのため、原因関係である売買契約の無効・取消・解除があっても、手形上の権利が消滅しない。

また、手形の所持人は、原因関係を立証することなく、訴訟上権利を実現することができる（もっとも、人的抗弁による例外あり）。

(2) 設権証券性

手形上の権利は、手形が作成されて初めて発生する。¹⁾

(3) 文言証券性

手形上の法律関係の内容は、手形の記載文言によって決定される。

(4) 要式証券性

手形は、その有効性として、手形法所定の一定事項の記載を備える必要がある。

手形の記載事項は、①必要的記載事項（75条1号～7号）、②任意的記載事項（ex.裏書禁止文句／11条2項）、③無益的記載事項、④有害的記載事項に分類される。

①を欠く手形は、一定の救済規定（76条2項、3項、4項）が適用されない限り、無効であり（76条1項）、その無効は誰に対しても主張できる（物的抗弁）。

④は、手形の本質に反する記載である。これには、免責文句（手形債務を負わない、手形金を支払わない）、反対給付を原因関係に係らせる文句（手形の単純性（75条2号後段）・無因性に反する）などがある。

(5) 呈示証券性

手形の呈示がない限り、債務者は弁済をしなくてよい（また、履行期が到来しても、遅滞の責任を負わない。）。

(6) 受戻証券性

債務者は手形と引換えでなければその手形上の義務を履行しなくてよい。

すなわち、手形の支払いをする者は、支払をなすにあたり、所持人に対し手形に受取りを証する記載をなして手形を交付すべきことを請求することができる（支払と受戻とが同時履行の関係にある）。

受戻しなき支払いによっても手形債務は消滅する。もっとも、受戻しなき手形が裏書により譲渡された場合には、手形上の権利が存在するかどうかのような外観に対する信頼を保護するために、善意・無重過失の第三取得者は権利外観法理により保護される。

大判 T15.10.13

¹⁾ ①では、手形要件の記載及び署名があれば足りる。②では、手形の作成・署名に加え、手形保管上の帰責性も必要である。前者だけで帰責性を認めるのは、本人に酷だからである（ex.作成・署名後の強盗被害）。

商法総則・商行為法

1. 商法総則・商行為法の適用範囲

A

(1) 商行為

商行為は、①基本的商行為と②附属的商行為（503条）に分類され、①は、絶対的商行為（501条）と営業的商行為（502条）に分類される。そして、営業的商行為と附属的商行為とは、相対的商行為と呼ばれる。

ア. 絶対的商行為

行為の客観的性質から強度の営利性があるものとして、それが営業としてなされるか否かに関わりなく、商行為となる行為をいう。

これについては、501条各号に列举されている。

イ. 営業的商行為

「営業としてする」場合に商行為とされる行為である。「営業としてする」とは、営利の目的をもって、反復継続して行うことを意味する。

これについては、502条各号で列举されている（限定列举）。

最判 S50.6.27・百 35

ウ. 附属的商行為

商人がその営業のためにする行為をいう（例えば、営業資金にあてるための借入れ）。

そして、「商人」（4条1項）の行為は、「その営業のためにする」ものと推定される（503条2項）から、その結果、附属的商行為の推定を受けることになる。

なお、疑似商人（4条2項）の行為にも503条が適用される。

(2) 商人

ア. 意義

商人は、①固有の商人（4条1項）、②疑似商人（4条2項）とがある。

①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。「自己の名をもって」とは、法律上、自己がその行為から生ずる権利義務の帰属主体となることをいう。また、「商行為」とは、会社以外にとっては、基本的商行為（絶対的商行為・営業的商行為）を意味する。さらに、「業とする」とは、営利の目的をもって同種の行為を反復的・継続的に行うことをいう。

イ. 商人資格の取得時期

(ア) 自然人

自然人について、営業の開始時に商人資格を取得できることに争いはない。問題は、基本的商行為を行う以前の開業準備の段階で商人資格を取得できるかである。

〔論点1〕商人資格の取得時期

A

まず、基本的商行為開始までは商人資格を取得できないとなると、実地上の不都合が生じる。そして、附属的商行為は商人資格の存在を前提としており、基本的商行為は附属的商行為の論理的前提であるが、これは基本的商行為が附属的商行為に時間的に先行することまで意味するものではないと考えることもできる。なぜならば、行為者の活動を全体として観察すれば、開業準備行為と基本的商行為との間に計画的な関連

性があり、開業準備行為も当該行為者の企業活動の一環として行われており、かつ、行為者及び相手方の合理的期待として商法が適用されるべき場合が開業準備段階でも存在するからである。そこで、開業準備段階でも商人資格を取得し得ると解する。

次に、開業準備段階のいつの時点で商人資格を取得できるかについてであるが、取引の相手方と行為者の利益との調和を図る観点からは、営業の意思を相手方が認識し、又はそれが客観的に認識可能となった時点で商人資格の取得が認められると解すべきである。

最判 S33.6.19・百 3

(イ) 法人

会社は、「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」が「商行為」とされ（会社法 5 条）、その結果、「自己の名をもって商行為をすることを業とする者」（商法 4 条 1 項）として「商人」に該当する。この意味で、会社は生まれながらの商人であるともいわれる（設立時に商人資格を取得する。）。

会社以外の法人は、自然人と同様に商人資格の取得時期を考えるべきである。

2. 商業登記

B

(1) 意義

商法、会社法その他の法律の規定により商業登記簿になす登記をいう。

商業登記により取引上重要な事項を公示することで、一般公衆（とりわけ取引の相手方）の調査の手間を相当程度軽減し、商取引の迅速性・安全性が確保される。

(2) 効力

まず、①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（9 条 1 項前段）。¹⁾

商業登記の消極的公示力

次に、登記事項について登記が存在する場合には、第三者の悪意が擬制され、その結果、第三者が「正当な事由」を証明しない限り、これを知らなかった「第三者」に対しても登記事項を対抗することができる（9 条 1 項後段）。ここでいう「正当な事由」とは、登記されている事項を知ろうとしても知り得ない客観的障害を意味する。

商業登記の積極的公示力

さらに、③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善意の第三者に対抗することができない（9 条 2 項）。これは、外観理論又は禁反言法理に基づき、不実登記に一種の公信力を認めたものである。「善意」については、外観理論から、登記を実際に見て信頼したこ

¹⁾ 本条は取引的不法行為にも適用される。

- ・「対抗することができない」とは、登記義務者から「第三者」に対して登記すべき事項を主張できないという意味である。したがって、「第三者」の側から登記すべき事項について主張することは認められる。
- ・「第三者」とは、登記事項について正当な利害関係を有する者をいう。
- ・「善意」とは、登記事項の存在を知らなかったことを意味し、過失（重過失を含む）の有無を問わない。その判断時期は、「第三者」が登記事項について法律上の利害関係を有するに至った取引の時である。