

商事判例研究

早稲田大学商法研究会

鳥山 恭一

五二 定款に株式の譲渡制限の定めがある会社において株式の譲渡につき承認請求がない場合と総会招集通知の発送

最高裁判所第三小法廷一九九七年（平成九年）九月九日判決（破棄差戻）

平成六年（明）第三六二号損害賠償請求事件

判例時報一六一八号一三八頁、判例タイムズ九五五号一四五頁、金融・商事判例一〇三六号一九頁

〔事実〕原審が確定した事実関係その他によると、本件の事案は以下のとおりである。

A社（明星自動車株式会社）は、一般乗用旅客事業（タクシー事業）および一般貸切旅客自動車運送事業（貸切バス事業）等を営む会社である。A社の定款には、株式の譲渡については取締役会の承認を必要とする旨の定めがあり、また、発行予定株式総数は一〇万株、一株の額面金額は五〇〇円と定められていた。

A社では現経営陣と旧経営陣との間に対立があり、現経営陣側株主は旧経営陣側株主の持株比率を低下させるために、新株発行を繰り返した。本件訴訟は、そうしてなされた新株発行について、旧経営陣側株主が現経営陣に損害賠償を請求

して提起したものである。原告（被控訴人・上告人）である X_1 ないし X_4 はすなわちいずれもA社の旧経営陣または旧経営陣側の株主であり、他方、被告（控訴人・被上告人）はいずれもA社の株主であると同時に取締役であり、そのうち Y_1 と Y_2 がA社の代表取締役である。

(一) 紛争の経緯

A社が設立されたのは一九五八年（昭和三十三年）二月であり、京都、滋賀の旧進駐軍の離職者がその自立更正を目的としてタクシー会社であるA社を設立した。設立の中心となったのは、関西駐留軍労働組合副委員長であった X_2 と、同会計監査であった X_1 である。

その後、一九六八年（昭和四十三年）五月に、 X_2 はA社の代表取締役を解任され、 X_1 が代表取締役に就任した。さらに、一九七五年（昭和五〇年）二月には、 X_1 が解任され、 Y_1 がA社の代表取締役に就任した。 Y_1 と Y_2 はこのようにして、創業の功労者である X_2 と X_1 を解任し、A社の代表取締役になった。こうして、旧経営陣側株主と現経営陣側株主の対立、抗争が始まった。

その後、 X_1 が所有していたA社の株式一万三〇八二株は京都地方裁判所において競売に付され、一九七八年（昭和五三年）八月四日にB社（エムケイ株式会社）によって競落され、B社に株券が交付された。

一九八一年（昭和五六年）頃には、A社株主の親睦団体のメンバーの間で、B社がA社の株式を取得しているといううわさが立った。そこで、B社による会社支配を恐れた親睦団体のメンバーは、会社への事前通知なしに保有株式を他に譲渡した場合には一定額の違約金を支払う旨の誓約書を取り交わした。

のちに(三)の(3)でみる本件新株発行の時点では、 X_1 はB社に勤務しており、 X_3 もB社に勤務していた。また、 X_4 は X_1 の弟である。 X_1 ないし X_4 の旧経営陣側株主と Y_1 ないし Y_2 の現経営陣との間にはA社の支配権をめぐる争いがあったが、旧経営陣側株主の背後には、貸切バス事業への進出を企図していたB社が存在していた。

(二) X_1 による株主の地位確認等請求訴訟の提起

X_1 が所有していたA社株式は(一)でみたように競売に付され、一九七八年（昭和五三年）八月四日にB社によって競落さ

れており、株券はB社に交付されていた。しかし、B社は競売によるA社株式の取得についてA社に承認請求をしなかった。そのため、A社の株主名簿にはなおX₁が一万三〇八二株を有する株主として記載されていた。そして、A社はこの競売の後、一九八四年（昭和五九年）六月二日に開催された同社の第二六期定時株主総会に至るまで、X₁に株主総会の招集通知を発送して株主総会におけるX₁の議決権行使を認めており、またこの間（ただし無配の第二六期を除く）、X₁に配当金を支払ってきた。

しかし、A社はその後、X₁がA社の株主であることを争い、一九八五年（昭和六〇年）六月二三日に開催された株主総会からX₁には招集通知を発送せず、X₁が株主権を行使することを拒絶した。そこで、X₁は、B社によるA社株式の取得は取締役会の承認を受けていないため、A社との関係では無効であると主張して、A社との関係ではX₁がなおA社の株式一万三〇八二株を有する株主であることの確認と、株主総会におけるX₁の株主権行使をA社が妨害することの禁止を求めて訴えを提起した。

(1) 第一審判決 X₁が一九八五年（昭和六〇年）に提起したこの訴えに対して、京都地方裁判所は一九八六年（昭和六一年）一月三十一日の判決（判時一一九八号一四七頁、判タ五九五号八五頁、金商七四二号三三頁）でつぎのように判示した。

「定款をもって株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨定められている場合に、取締役会の承認をえなく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。このことは、競売により株式を取得した者が会社に対し右取得の承認請求をすることなく放置している場合についても妥当する。……『譲渡当事者間においては有効である』ということの意味は、従前の株主において、競落人に対してはもとより会社に対しても、当該競落が株式の譲渡制限に反するの故をもって無効であるとし権利主張をすることを許さない、ということに外ならない。ただし、……従前の株主は、競落により株式の代金を取得し他方株券を競落人に交付してしまうのであるから、株主の権利を行使すべき実質的理由を失い、株主としての法的保護に値しない状態になる、からである。

ところで、右の判示によるならば、競落人が会社に対し株式取得の承認請求をすることなく放置しているときに、会社が従前の株主を競落を理由に株主として取り扱わないとすると、競落にかかる株式について権利を行使し利益を享受する

株主が一時不存在であるかの如き状態を呈するに至るけれども、このような状態は、株式の譲渡制限はないが競落人が会社に対し名義書換を請求することなく放置している場合にも生じうることであって、やむをえないものと考えられるから、競落人の承認請求懈怠の間は従前の株主が会社に対し競落の存在によって何ら影響を受けることなく権利を主張することができるといふ考えには左袒することができない。

そうしてみると、従前の株主である X_1 がA社に対し競落が株式の譲渡制限に反し無効である旨を主張することは許されない」として、京都地方裁判所は X_1 の請求を棄却した。

(2) 控訴審判決　みぎの判決に対して、 X_1 は控訴した。大阪高等裁判所は一九八六年（昭和六一年）五月三〇日の判決（金商七九四号五頁）で、 X_1 の株式をB社は通常の譲渡ではなく競売によって取得していることを強調しているが、第一審判決とはほぼ同一の内容を判示して X_1 の控訴を棄却した。

(3) 上告審判決　そこで、 X_1 は改めて、定款に株式の譲渡制限の定めがある会社では、取締役会の承認がない株式の譲渡は会社に対しては無効であり、そうである以上、会社に対する関係においては従前の株主が株主として取り扱われるべきことは当然であると主張して上告した。

この上告に対して、最高裁判所第三小法廷は一九八八年（昭和六三年）三月一五日の判決（裁判集民事一五三号五五三頁、判時一二七三三二四頁、判タ六六五号一四四頁、金商七九四号三頁）でつぎのように判示した。

「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（最一小判一九七三年（昭和四八年）六月一五日民集二七卷六号七〇〇頁を引用）、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ふべきであり、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ものといふべきである。そして、譲渡が競売手続き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である。」

こうして、最高裁判所第三小法廷は「A社も X_1 を株主として取り扱う義務があるものというべきである」として原判決を破棄したうえで自判し、 X_1 の請求をすべて認容して、 X_1 がA社の株主であることを確認するとともに、 X_1 の株主権行使をA社が妨害することを禁止した。

(三) 第三者割当によるA社の新株発行

A社の発行予定株式総数ははじめにみたように一〇万株であったが、発行済株式総数は一九八四年（昭和五九年）七月の時点で七万株であった。同月以降、つぎのような新株発行が計画された。

(1) C社とDに対する新株発行 YらA社の取締役は、一九八四年（昭和五九年）七月一六日に取締役会を開催し、発行価額一〇〇〇円で、C社（株式会社明星観光サービス）に二万四五〇〇株とDに五五〇〇株、合計三万株の株式を発行することを決定した。C社は Y_1 と Y_2 が代表取締役を兼任しており、 Y_1 と Y_2 の支配下にある会社であった。DはA社の常任顧問であり、 Y_1 と Y_2 の同調者であった。

Xら旧経営陣側株主はこの新株発行について、新株発行差止の仮処分を申請し、京都地方裁判所は一九八四年（昭和五九年）八月六日に仮処分を決定した。A社は、新株の発行価額が一株一〇〇〇円であるにもかかわらず株主総会の特別決議を経ないことから新株の発行をいま一度検討しなすこととし、C社とDの諒承を得て新株発行を取りやめることとした。そのため、払込期日までに新株の払込はなされなかった。

(2) C社に対する新株発行 その後、Yら取締役は、一九八四年（昭和五九年）八月二三日に取締役会を開催し、発行価額三九〇七円で、C社に対して一万株の株式を発行することを決定した。この新株発行についても X_2 は、新株発行差止の仮処分を申請し、京都地方裁判所は一九八四年（昭和五九年）九月二日に仮処分を決定した。しかし、A社はこの仮処分決定に違反してC社から発行価額全額の払込を受けた。また、A社はこの仮処分に対し異議の申立てと取消の申立てを行なった。本案である新株発行差止請求事件は(1)でみた新株発行についての差止請求事件と併合され、Xらは、(2)の新株発行がなされたという事実を知った後、(2)の新株発行に関する差止の訴えを新株発行無効の訴えに予備的追加的に変

更する旨を申し立てた。

その後、仮処分は取り消され（京都地判一九八六年（昭和六一年）二月二七日判時一一九九号一五五頁、判タ五九七号八六頁、金法一一四一号三六頁、金商七四三三三三六頁）、本案訴訟でも第一審判決は、新株発行の無効を求めるXらの予備的請求を棄却した（京都地判一九八七年（昭和六二年）一〇月一五日金商九四四号二三三頁）。しかし、本案訴訟の控訴審判決ではXらの請求が認められ、(2)の新株発行は無効とされており（大阪高判一九八八年（昭和六三年）二月二二日判時一二一一号一二八頁、判タ六九一号二二〇頁、金商九四四号一五五頁）、これに対する上告も棄却されている（最一小判一九九三年（平成五年）一一月一六日民集四七卷一〇号五四二三頁）。

(3) E社に対する新株発行（本件新株発行） A社はさらに一九八六年（昭和六一年）八月二〇日に、E社（株式会社ジャルフアイナンス）に対する第三者割当の方法で、普通株式二万株を、一株の発行価額一〇〇〇円で発行した。当時、Xら旧経営陣側株主はB社と通じてA社の乗っ取りをはかろうとしていたことが窺われたため、Yら取締役は乗っ取りへの対抗策としてこの新株発行を行なった。この新株発行は第三者に対し特に有利な発行価額でなざるものであったため、一九八六年（昭和六一年）八月一六日に開催されたA社の株主総会で、賛成四万五六三二株、反対二万〇五七一株で可決されている。ただし、この株主総会の招集通知もX₁には発送されておらず、X₁はこの総会に出席していない。

(四) 本件訴訟の提起

みぎの(三)の(3)でみた本件新株発行に関しても、X₂が新株発行差止の仮処分を申請したが、この申請は却下された。さらに、X₂は本件新株発行について新株発行無効の訴えを提起したが、請求は棄却され（京都地判一九八七年（昭和六二年）二月一七日金商七九四号二七頁）、その後、控訴棄却、上告棄却の判決があった。

そこで、X₁ないしX₄は、A社の取締役であるY₁ないしY₅には本件新株発行について任務懈怠があったと主張して、商法第二六六条ノ三、民法第七〇九条にもとづく損害賠償を請求して本件訴訟を提起した。

(1) Xら原告の主張 Xら旧経営陣側株主がYらA社の取締役に任務懈怠があったと主張する理由は、以下の二点である。

(ア) 本件新株発行は、現経営陣の会社支配権の確立を目的としたものであり、そのような支配目的による新株発行は、著しく不公正な方法によるもので、取締役としての任務懈怠ないし違法行為にあたる。

(イ) 本件新株発行は特に有利な発行価額で第三者に引き受けさせたものであり、そのため株主総会の特別決議があるが、X₁にはこの株主総会の招集通知がなく、取締役に任務懈怠ないし違法行為があることに変わりがない。

なお、本件新株発行について無効の請求を棄却する判決が確定している。しかし、この確定判決は、新株が発行された後は、新株の発行が著しく不公正な方法であったことは新株発行の無効原因に該当せず、あるいは、特段の事情がないかぎり新株発行無効の訴えの事由たりえないというにすぎず、本件新株発行が著しく不公正な方法によるものではないことを確定したものではない。したがって、新株発行の効力が無効ではないとしても、そのことは、取締役の任務懈怠ないし違法行為を否定するものではない。

さらに、Yら取締役の悪意・重過失に関しても、本件新株発行によりXら旧経営陣側株主に損害を与えることを、Yら取締役は知りまたは容易に知り得たのであるから、以上の任務懈怠についてYら取締役に悪意または重過失があると、Xら原告は主張した。

(2) Yら被告の主張 これに対して、被告であるYら取締役はつぎのように主張した。

(ア) 本件新株発行は、A社の財務の体質改善とE社との業務提携とを目的としたものである。X₂による本件新株発行に対する差止の仮処分申請も却下されており、この新株発行は取締役の正当な職務行為であって、これに違法はない。

(イ) 本件新株発行に関する株主総会の招集通知を発送する時点では、X₁が提起した株主の地位確認請求訴訟において、請求を棄却した第一審と控訴審の判決が出されており、これを覆す上告審判決はいまだ出されていない。Yら取締役はこの第一審および控訴審判決に従って、X₁を株主ではないものと扱い、株主総会の招集通知をX₁には発送しなかったものであり、この点に任務懈怠はない。

なお、本件新株発行に関しては、その無効請求を棄却した確定判決がある。この確定判決によって、本件新株発行は確定的に有効となり、本件新株発行が取締役の正当な職務行為であることが確定した。したがって、本件新株発行について

取締役の賠償責任を認める余地はない。

さらに、本件新株発行は、株主総会の特別決議と、 X_1 による株主の地位確認請求を棄却した第一審と控訴審の判決、および新株発行差止の仮処分申請を却下した決定という公的判断に従って行なったもので、 Y ら取締役に悪意・重過失はなかったと主張した。

(五) 第一審判決

X らの損害賠償の請求に対して、京都地方裁判所は一九九二年（平成四年）八月五日の判決（判時一四四〇号二二九頁、判タ八一九号一七二頁、金商九一八号二七頁）でつぎのように判示して X らの請求を認めた（請求一部認容―損害額の算定は X らの主張と異なる）。

(1) 支配目的の新株発行について 「取締役は、授權資本制の下において、会社の資金調達のための新株の発行と、その自由な割当ての権限を有する。しかし、誰が会社支配権を獲得すれば会社にとってより有益かについて、決定する権限を有しない。他方、株主は、会社役員を選、解任権を通じ、会社を支配することが許されている。したがって、会社の株主の間で支配権争奪がある場合に、取締役は厳に中立を守り、これに介入すべきではない。

とくに、取締役自身が株主である場合は、自己の利害関係と全く離れて、中立の立場から支配権の帰すを判断し得るとは、到底考えられない。このような場合は、いきおい、自派の支配権を永続するための新株発行をすることになり、取締役に忠実義務に違反する。

したがって、支配権の争奪への介入を主要な目的とする新株発行は、不公正な方法によって新株を発行するものである。これは、取締役の法令を遵守し、公正な方法に基づき新株を発行すべき義務に違反する任務懈怠ないし違法行為に当たると考える。

Y らは、前認定のとおり、 B 社による A 社の乗っ取りに対抗するために本件新株の発行をしたものといえる。しかし、乗っ取りの対抗措置といっても、基本的には前示の取締役の支配権争奪への介入であることに変わりがない。したがって、乗っ取りを企てる者が、会社を害する意図を有し、乗っ取りによって会社が壊滅させられることが明らかな場合等、特段

の事情がない限り、支配目的の新株発行は、なお、取締役の違法な任務懈怠行為に当たるといふべきである。」

(2) 有利発行について 「本件新株発行は、前認定のとおり有利発行に当たるが、形式上、株主総会の特別決議を経ている。しかし、Yらは、本件新株発行当時一万三、〇八二株の株主であつたX₁に、右株主総会の招集通知を殊更にしなかつた。もとより、X₁は反対派株主であつて、これが反対票に加われれば本件特別決議は否決される關係にあつた。とすれば、右特別決議は違法なものであつて、適法な特別決議を了すべき任務を怠つたものといふべきである。

Yらは、新株発行当時、X₁提起の株主の地位確認請求を棄却する一、二審判決があつたことをもつて、Yらに右任務懈怠はないと主張する。しかし、右一、二審判決は、その後、最高裁判決（上告審判決）により取消され、X₁が株主たる地位を有することが確認された。とすれば、Yらのこの点に関する悪意、重過失等の主観的容態は別として、客観的には、X₁に右株主総会の招集通知をし、新株の有利発行につき適法な特別決議を経るべき任務があり、Yらがこれを懈怠していたことは明らかである。」

(3) 新株発行の効力と取締役の賠償責任 なお、「新株発行無効事由の有無は、新株発行の効力を否定すべきかどうかという、新株をめぐる集団的法律關係の画一的処理や取引の安全に重点をおいて判定すべきものである。これに対し、取締役の任務懈怠の有無は、取締役がその職務を遂行するについて会社に対する任務の懈怠があつたか否かという取締役の義務と責任ないしその帰責事由が当面の問題であり、右の外部的な取引の安全等の要請は少ない。このように、両者は、自ずとその視点を異にする問題であつて、……新株発行が確定的に有効になつたとしても、取締役の任務懈怠による責任が排除されるものでもない（最判一九六五年（昭和四〇年）一〇月八日民集一九卷七号一七四五頁を引用）。

したがつて、新株発行無効の訴えを棄却した確定判決をもつて取締役の任務懈怠を否定するYらの主張は採用できない。」

(4) 悪意・重過失の存否 以上のように判示したうえで、「前示認定判断のとおり、Yらは、取締役として会社に対する前示任務懈怠につき、反対派のXらの株主の持ち株比率を低下させ、自派の支配権を維持確立する目的を持ち、又は反対派のX₁に敢えて特別決議のための株主総会招集通知をせず、適法な特別決議をしないまま本件新株の発行をしたもの

である。これをいずれもYらの支配目的の下に、しかも、特に有利な価額で、それが不公正なことを知りつつ行なったもので、この任務懈怠に悪意、重過失があることは明らかである」として、京都地方裁判所は、XらのYらに対する損害賠償の請求を認めた。

（六） 控訴審判決

Yらは控訴し、大阪高等裁判所は一九九三年（平成五年）十一月一八日の判決（金商一〇三六号二六頁）でつぎのように判示して、原判決中Yらの敗訴部分を取り消し、Xらの請求を棄却した。

（1） 支配目的の新株発行について 「取締役は、授權資本制の下においては、会社の資金調達のために新株の発行と、その自由な割当の権限を有するところ、その経営する会社が他の会社等に乗っ取られることが危惧される事態に遭遇した場合は、右取締役委任された権限の範囲内で対策を講ずるのも止むを得なく、このような場合に、何の対策も採らず、ただ手を拱いて成り行きに任すべきであるとするのは、現実的な会社経営の有り方として不自然で、妥当な解決とは言いがたいところである。前記認定事実によれば、XらはB社と共闘してA社の支配権の奪還を企図しようとしていたことが推察できるので、多数派株主兼取締役であるYらがこれに腐心して対抗策を講じようとしたことは止むを得ない成り行きであり、B社はA社の事業目的の一つである貸切バスへの進出を企図していたものであるから、将来同社に乗っ取り支配されると、A社の経営が不安定になって、その収益が減少し、経営の健全な発展が阻害されることが予測できないでもなかったこと、これに対する対策として、本件新株を発行し、A社の借入金に頼る割合が極めて多い不健全な財務体質を改善して、経営の安定を図る方法を講じたものであると推認できること、右危機的事態に遭遇しなければ、Yらの経営陣により同社の経営は一応安定していたことなどを総合勘案すると、Yらの本件新株発行の目的が不当であって、任務過怠ないし違法であると断ずることは困難である。」

（2） 有利発行について 「E社に対し有利な価額で本件新株を発行した点については、前記のとおり、A社の株主総会の特別決議を経ていること、もつとも、右総会については、一万三〇八二株の株主であるX₁への招集通知がなされていないが、当時、X₁の右持ち株はB社に競売で競落されていたところ、前記のとおり、X₁が提起した株主の地位確認請求訴

訟において右請求棄却の地裁、高裁の二判決が言い渡されていて、他にこれに反する司法判断は存在しなかったたので、右二判決に準拠して右招集通知がなされなかったものであることが推認でき、また、その後X₂が申請した本件新株発行差止め仮処分申請を却下する旨の決定もなされていたこと、なお、前記のとおり、本件新株発行後一年数か月経過した時期に右二判決に反する上告審判決の言渡しがあったが、右二判決の確定を待っているのは業務の迅速性、機動性が妨げられ、A社に不測の損害を生じせしめる結果になることを憂慮して、Y₁において右段階で本件新株発行に踏み切ったものであることが窺われるが、これが極めて不当な措置であると非難し難いことなどを斟酌すると、右招集通知がなされず、有利価額による本件新株発行がなされた点については、Y₁に故意又は重大な過失があったと認定することはできない。」

このように判示したうえで、「以上の次第であるから、Y₁らが取締役として故意又は重大な過失により任務過怠の違法行為をなしたことは認められない」として、大阪高等裁判所はX₁らの請求を棄却した。

(七) 上告理由

そこで、X₁らはつぎのように主張して上告した。

(1) 原判決による「X₁らはB社を通じてA社の乗っ取りを図ろうとしていたことが窺われた」等の認定は事実と反するし、原判決が引用する証拠からはそのような事実認定できない（上告理由二）。

(2) 授權資本制の下においては、新株の発行は取締役が委ねられているが、取締役はどのような目的の新株発行も自由になしうるというのではなく、もっぱらあるいは主として株式会社における自己の支配権の確立を目的として新株を発行することは許されず、かかる目的で新株を発行することは取締役としての任務違反となる。

そして、原判決が述べるように、Y₁らが乗っ取りの対抗措置として本件新株発行をしたものとすれば、まさに主としてY₁らのA社における支配権の確立を意図し目的となしたものとわざるをえず、Y₁らのなした本件新株発行は取締役としての任務に違反した違法なものであり、かつ任務違反につき故意又は重大な過失があった（上告理由三）。

(3) 原判決は、Y₁らがX₁に対し本件新株発行に関する株主総会の招集通知をしなかったことについて、X₁が提起した株主の地位確認請求訴訟における請求棄却判決の存在を指摘する。

しかし、そもそも「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、譲渡の当事者間では有効であるが、会社に対する関係では効力を生じない」とする一九七三年（昭和四八年）六月一日最高裁第二小法廷判決があり、かつ立法担当者も、「競売又は公売により株式を取得した者は、取締役会の承認がない限り会社に対して株主たることを主張することとはできないから、株主名簿上の株主が議決権を行使し、会社から配当を受ける」（味村治『改正株式会社法』（一九六七年、商事法務研究会）五五頁）としていたのであるから、Yら及び代理人弁護士は、X₁を株主として扱うべきことを容易に知っていた。また、X₁を株主として扱うべきことは判決により確定した。

加えて、Yらは、X₁に対してあえて招集通知をしなかったばかりか、X₁の株式に対しては誰にも招集通知をせず、誰をも株主として扱っていない。このような措置が商法上認められないことは明白であり（議決権なき株主を除いては招集通知をしなければならない——商二三二条）、右措置が違法であることはYら及び代理人弁護士において容易に知りえたところである。

したがって、YらがX₁に対し招集通知をしなかったことは、取締役の任務に違背するものであり、かつ故意又は重大な過失があったことは明らかである（上告理由四）。

【判旨】 最高裁判所第二小法廷はX₁らの上告に対しつぎのように判示して、原判決を破棄し、本件を大阪高等裁判所に差し戻した（以下の(1)ないし(4)の番号は筆者が便宜のために付した）。

(1) 「定款上株式の譲渡については取締役会の承認を要する旨の制限の付されている会社において株式の譲渡等がされた場合には、会社に対する関係でその効力の生じない限り、従前の株主が会社に対する関係ではなお株主としての地位を有し、会社はこの者を株主として取り扱う義務を負うのであるから（最一小判一九七三年（昭和四八年）六月一日民集二七卷六号七〇〇頁、最一小判一九八八年（昭和六三年）三月一日裁判集民事一五三三五頁を引用）、A社の取締役であるYらは、X₁を株主として取り扱い、本件株主総会の招集の通知を行う職務上の義務を負っていたものというべきである。」

(2)「そして、株主総会開催に当たり株主に招集の通知を行うことが必要とされるのは、会社の最高の意思決定機関である株主総会における公正な意思形成を保障するとの目的に出るものであるから、 X_1 に対する右通知の欠如は、すべての株主に対する関係において取締役である Y らの職務上の義務違反を構成するものというべきである（最一小判一九六七年（昭和四二年）九月二八日民集二二巻七号一九七〇頁を引用）」

(3)「本件株主総会の招集に先立って、前訴において X_1 の株主としての地位の確認請求を棄却すべきものとする控訴審判決が言い渡されていたが、右判決は、その確定を待つて、初めて実体法上の権利義務関係についての効力を生ずるのであって、確定に至るまでは、会社の負う前記義務に消長を来すことはない。また、仮に当時本件新株発行を早期に行う必要性が存在したとしても、株主に対する株主総会の招集の通知が会社の意思決定に関して有する意義が前記のとおりであることに照らし、取締役における事務処理上の便宜のいかんによって、右通知を行う義務が免除されることはあり得ない。してみると、これらの事情は、 Y らに職務上の義務違反がありこれにつき悪意又は重大な過失もあったとすることを妨げるものではないというべきである。」

(4)「なお、 X_2 が申し立てた本件新株発行差止めの仮処分事件の帰すうが、右判断を左右するものでないことは、いうまでもない。また、本件においては、本件株主総会における決議の取消しの訴えは提起されておらず、 X_2 が提起した本件新株発行の無効の訴えについては請求を棄却する判決が確定しているが、これらの事情によって、 Y らの前記義務違反の違法性ないし責任の存在が否定されるものでないことは、当裁判所の判例の趣旨に照らし、明らかである（最一小判一九六二年（昭和三七）一月一九日民集一六巻一七七六頁、最一小判一九六五年（昭和四〇）一〇月八日民集一九巻七号一七四五頁を引用）」

以上のように判示したうえで、「そうすると、 X_1 の前訴における株主としての地位の確認請求につき請求を棄却すべきものとする控訴審判決が言い渡されていたことなどをもって、本件新株発行に関し X_1 に対する本件株主総会の招集の通知を欠いたことについて、 Y らに悪意又は重大な過失による職務上の義務違反があったとは認められないとした原審の前記判断は、法令の解釈適用を誤ったものといわざるを得ず、この違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。

この点をいう論旨は理由があり、その余の論旨について検討するまでもなく、原判決は破棄を免れない」として、本判決は原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

〔研究〕 本件訴訟は以上のように、タクシー事業と貸切バス事業を営むA社が第三者割当の方法で行なった新株発行に関して、同社の株主が取締役の任務懈怠を主張して取締役に損害賠償を請求したものである。A社は定款に株式の譲渡制限の定めがある閉鎖的な会社であるが、旧経営陣であった株主と現経営陣である株主との間で対立があった。旧経営陣の背後には有力なタクシー会社であるB社があり、貸切バス事業への進出を企図していたB社は、A社の貸切バス事業部門に着目してA社の乗っ取りを計画していた。A社の現経営陣はそうしたB社による乗っ取りに対抗するために、第三者割当の方法で新株を発行した。

そのため、この新株発行について、旧経営陣側の株主（ X_1 ないし X_4 ）が、現経営陣側の株主（ Y_1 ないし Y_5 ）の取締役としての責任を追及して本件訴訟を提起した。Xら原告がYら被告取締役に本件の新株発行に関して任務懈怠があったと主張するのは、つぎの二点についてである（「事実」の四(1)を参照）。[一]Yら取締役は、その会社支配権を確立する目的で本件新株発行を行なった。[二]本件新株発行は第三者に対する有利発行にあたるため株主総会の特別決議を経ているが（商二八〇条ノ二第二項）、この株主総会の招集通知が原告の一人である X_1 になされなかった。

第一審判決は、Yら取締役の任務懈怠をみぎの二点のいずれについても認めて、Xらの損害賠償請求を認容（ただし損害額の算定はXらの主張とは異なる）した（「事実」の四を参照）。これに対して、控訴審判決は、反対に、Yら取締役の任務懈怠をみぎの二点のいずれについても否定して、Xらの損害賠償請求を棄却した（「事実」の六を参照）。最高裁判所の本判決は、[一]の点に関するYら取締役の任務懈怠については判断しないで、[二]の点についてYらの任務懈怠を否定した原審の判断には法令の解釈適用の誤りがあったとして原判決を破棄し、損害に関する当事

者の主張を明確にさせるなどさらに審理を尽くさせるために本件を原審に差し戻した。以下では、これらの二点について検討する。

1 新株発行の目的

株式会社は定款に定めた発行予定株式総数の範囲内であれば、取締役会の決議にもとづいて新株を発行することができる。一九六六年（昭和四一年）の改正以降は、第三者に引受権を付与して新株が発行される場合でも、それが「特二有リナル発行価額」による発行でなければ（商二八〇条ノ二第二項）、株主総会の特別決議は不要とされている。ただし、新株発行が「著シク不公正ナル方法」によってなされ、それによって株主が不利益を受けるおそれがある場合には、株主は会社に対し新株発行の差止を求めることができる（商二八〇条ノ一〇）。

株主間に会社支配をめぐる争いがある場合に会社が第三者割当の方法で行なう新株発行に関しては、そうした新株発行の「主要な目的」が会社の資金調達ではなく、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にある場合には、それは著しく不公正な方法による新株発行にあたり株主による差止請求が認められるとするのがこれまでの裁判例である（東京地決一九八九年（平成元年）七月二五日判時一三一七号二八頁、東京地決一九八九年（平成元年）九月五日判時一三三三三号四八頁など）。Yら現経営陣が一九八四年に計画したA社の二回の新株発行に関しても、旧経営陣側株主による新株発行差止の仮処分申請が認められている（「事実」(1)と(2)を参照）。しかし、一九八六年になされた本件の新株発行に関しては、理由は明らかではないが、株主総会の決議を経ていることが考慮されたのか、旧経営陣側株主による新株発行差止の仮処分申請は却下された。

こうして、差止の仮処分の対象とならずに本件の新株発行はなされ、新株発行無効の訴えも棄却されたため、旧経営陣側株主は本件訴訟を提起し、そこで、本件の新株発行はYら現経営陣の会社支配権を確立することを目的としており、そうした支配目的による新株発行は著しく不公正な方法によるものであり取締役の違法行為ないし任務

解怠にあたりと主張して（「事実」の四(1)(7)を参照）、Yら取締役の損害賠償責任を追及した。この点に関して、第一審判決は、株主間に会社支配権の争奪がある場合には「取締役は厳に中立を守り、これに介入すべきではない」とし、そうした会社支配権の争奪への介入を主要な目的とする新株発行は不正な方法によるものであり、取締役の「公正な方法に基づき新株を発行すべき義務」に違反するとして、この点に関するXら旧経営陣側株主の主張を認めている（「事実」の五(1)を参照）。

これに対して、控訴審判決は、会社が他の会社等に乗っ取られることが危惧される事態に遭遇した場合には、取締役は委任された権限の範囲内で対策を講ずるのも止むを得ず、XらがB社と共闘してA社の支配権の奪還を企図しようとしていたことが推察できる本件の事案では、「多数派株主兼取締役であるYらがこれに腐心して対抗策を講じようとしたことは止むを得ない成り行き」であるとして、Yらの本件新株発行は目的が不当であり、任務過怠ないし違法行為であると断ずることは困難であるとした（「事実」の六(1)を参照）。

しかし、本件の事案のように、取締役が同時に株主である場合に、取締役が株主として有するその会社支配権を維持しまたは確立する目的で、取締役としてのその権限を行使して新株を発行することは、やはり「委任ノ本旨」（商二五四条三項、民六四四条）に従った取締役の職務遂行であると解することはできない。それゆえ、Yら現経営陣の支配権を確立しまたは維持すること（乗っ取りの対抗措置）が本件新株発行の目的であったとする第一審と控訴審の事実認定を前提とするかぎり、本件の新株発行に関してそうした目的との関連でYら取締役の任務懈怠を否定した控訴審判決の判示には疑問があり、取締役の任務懈怠を認めた第一審判決がこの点では正当であると思われる⁽³⁾。

最高裁判所の本判決は以上の「一」の点については検討するまでもないとして判断せずに、つぎにみる「二」の点に関する控訴審判決の判断を理由にして、取締役の責任を否定した控訴審判決を破棄している。しかし、そうした「二」の点

に關する本判決の判斷にはつきにみるように疑問もあり、本件は、むしろ、新株發行の目的に關する「[1]の点についての職務違反を理由としてYら取締役の責任が認められるべき事案であつたと思われる。

2 株主名簿上の株主に対する総会招集通知の懈怠

第三者に対する本件の新株發行はその發行価額が一株一〇〇〇円であり、これは「特ニ有利ナル發行価額」にあつてゐた。そのため、A社は株主總會を招集しその特別決議によつて本件新株發行を決定している（商二八〇条ノ二第二項）。しかし、株主名簿上の株主であるX₁に対しては、Yら取締役はこの株主總會の招集通知を發送しなかつた。X₁が所有してゐた株式は一万三〇八二株であり、X₁が株主總會に出席し本件新株發行に關する決議において反対票を投じてゐたならば、この決議（特別決議）は成立しなかつたことになる（「事實」の(三)(3)を参照）。そこで、Xら旧経営陣側株主は、X₁に株主總會の招集通知を發送しなかつた点についてもYら取締役に任務懈怠があつたと主張した。

(1) 招集通知を發送しなかつた取締役の惡意・重過失　ただし、X₁が所有してゐたA社株式は、すでに一九七八年八月四日に競売に付されB社に競落されてゐた。しかし、A社の定款には株式を譲渡するには取締役会の承認が必要である旨の定め（商二〇四条一項但書）があり、B社は株式の取得についてA社に承認請求（商二〇四条ノ五）をしてゐなかつた。そのため、A社の株主名簿にはなおX₁の名義が残つていたのである。

YらA社の取締役もX₁の株式がB社に競落された後およそ六年間は、X₁をなお株主として扱つてきた。しかし、その後、X₁の背後にB社がいることを知つたYら取締役はX₁の株主權行使を拒絶したため、X₁はA社における株主の地位の確認を求めて訴えを提起した。この確認請求訴訟における一九八六年一月三十一日の第一審判決と同年五月三〇日の控訴審判決は、いずれもX₁の請求を棄却して、すでに株式を有していないX₁は会社に対して株主の地位を主張できないと判示した（「事實」(二)の(1)と(2)を参照）。すなわち、X₁の株主權行使を拒絶するというYらA社の取締

役がとつてきた措置を、第一審と控訴審の判決は是認したことになる。そこで、Yら取締役は本件新株発行に関して同年八月一六日に株主総会を開催した際にも、X₁には招集通知を発送しなかった点であると主張されている。

しかし、本件新株発行が一九八六年八月二〇日になされた後、最高裁判所は一九八八年三月一五日の判決で、X₁が提起した株主の地位の確認請求訴訟における控訴審判決を破棄し、A社はX₁を株主として扱うべき義務があると判示した（「事実」の（二）（3）を参照）。こうして、X₁のA社株主としての地位を確認する判決が確定したため、Xら旧経営陣側株主は、本件新株発行に関して株主総会を開催した際に招集通知をX₁に発送しなかった点にもYら取締役に任務懈怠があったと主張したのである。

（7）取締役の職務違反と故意・過失　　いふまでもなく、会社が取締役の職務違反を理由としてその取締役の損害賠償責任を追及するためには（少なくとも過失責任と解することに異論がない商法二六六条一項五号にもとづく責任に関しては）、取締役に職務違反の行為があるだけではなく、その職務違反について当該取締役に故意または過失があることが必要である。さらに、第三者が商法第二六六条ノ三第一項の規定にもとづいて取締役の損害賠償責任を追及するためには、取締役に職務違反の行為があるだけではなく、その職務違反について当該取締役に悪意または重過失があることが必要になる。X₁が提起した確認請求訴訟においてX₁の株主としての地位を確認する判決が確定した以上、Yら取締役はX₁を株主として扱うべき義務を負っていたことになり、それゆえ、X₁に招集通知を発送しないで本件新株発行に関する株主総会を開催したというYら取締役の行為は、取締役としての職務に違反していたことになる。したがって、この職務違反についてさらにYら取締役に悪意または重過失が認められれば、商法第二六六条ノ三第一項にもとづく責任をYら取締役は負うことになる。

本判決がいうように（「判旨」の（4）を参照）、本件新株発行に関しては、X₂による新株発行差止の仮処分申請が却下されており、X₂が提起した新株発行無効の訴えについても請求棄却の判決が確定しているのであるが、それらの

事実はいうまでもなくYら取締役の責任の有無に影響を与えない。本判決はまた、特定の株主に対する株主総会の招集通知の欠如は「すべての株主に対する関係において取締役であるYらの職務上の義務違反を構成する」と判断しているが〔判旨〕の(2)を参照)、取締役の会社に対する義務違反が問題とされる場合に、その義務違反がさらにいかなる株主との関係で義務違反を構成するかは問題となる余地はないものと思われる(丸山・後掲(注2)五七頁を参照)。

しかし、株主総会を開催した際にX₁に招集通知を発送しなかったというYら取締役の職務違反について、さらにYら取締役が悪意または重過失があったか否かの判断は、本件訴訟の第一審判決と控訴審判決とで異なっている。

(イ) 第一審・控訴審判決 すなわち、第一審判決は、まず、「Yらは、新株発行当時、X₁提起の株主の地位確認請求を棄却する一、二審判決があったことをもって、Yらに右任務懈怠はないと主張する。しかし、右一、二審判決は、その後、最高裁判決(上告審判決)により取消され、X₁が株主たる地位を有することが確認された」と指摘した。そのうえで、続けて、論旨は必ずしも明確ではないが、「とすれば、Yらのこの点に関する悪意、重過失等の主観的容態は別として、客観的には、X₁に右株主総会の招集通知をし、新株の有利発行につき適法な特別決議を経るべき任務があり、Yらがこれを懈怠していたことは明らかである」として〔事実〕の(五)(2)を参照)、結局、Yら取締役にはこの点についても「任務懈怠に悪意、重過失があることは明らかである」と判示している〔事実〕の(五)(4)を参照)。

これに対して、控訴審判決は、「X₁が提起した株主の地位確認請求訴訟において右請求棄却の地裁、高裁の二判決が言い渡されていて、他にこれに反する司法判断は存在しなかったので、右二判決に準拠して(X₁への)招集通知がなされなかったものであることが推認でき」とし、ほかに、X₂が申請した本件新株発行差止の仮処分申請が却下されており、また、「本件新株発行後一年数か月経過した時期に右二判決に反する上告審判決の言渡しがあつ

たが、右二判決の確定を待っているのは業務の迅速性、機動性が妨げられ、A社に不測の損害を生じせしめる結果になることを憂慮して、Yらにおいて右段階で本件新株発行に踏み切ったものであることが窺われるが、これが極めて不当な措置であると非難し難い」と指摘して、結局、「(X₁への)招集通知がなされず、有利価額による本件新株発行がなされた点については、Yらに故意又は重大な過失があったと認定することはできない」と判断している（「事実」の(六)(2)を参照）。

(ウ) 本判決（上告審判決） この点に関して、最高裁判所の本判決は、「X₁の株主としての地位の確認請求を棄却すべきものとする控訴審判決……は、その確定を待って、初めて実体法上の権利義務関係についての効力を生ずるのであって、確定に至るまでは、会社の負う（X₁に總會招集通知を送送すべき）義務に消長を来すことはない」とし、「また、仮に当時本件新株発行を早期に行う必要性が存在したとしても、……取締役における事務処理上の便宜のいかんによって、右通知を行う義務が免除されることはあり得ない」として、「してみると、これらの事情は、Yらに職務上の義務違反がありこれにつき悪意又は重大な過失もあったとすることを妨げるものではない」と判示している（「判旨」の(3)を参照）。

本判決がいうように、判決は確定をまつて実体法上の権利義務関係についての効力を生ずるのであり、それゆえ、X₁の株主の地位に関する確認請求訴訟において、第一審と控訴審がX₁の確認請求を棄却していても、Yら取締役役には、X₁に招集通知を送送すべき義務がなかったということにはならない。上告審判決がX₁の株主としての地位を確認した以上、X₁に招集通知を送送しないで株主總會を開催したYら取締役の行為がその職務に違反するものであったことは明らかである。

しかし、そうした職務違反について、さらにYら取締役に悪意または重過失があったと認められるかどうかに関しては、取締役がすでに言い渡されている第一審と控訴審の判決に従って行為した場合には、通常は、そうした取

締役に悪意または重過失は認められないのではないか。⁽⁴⁾ たしかに、本判決がいうように、そうした、 X_1 の株主としての地位を否定する第一審と控訴審の判決が言い渡されていたという事情は、 Y ら取締役、 X_1 に招集通知を送しなかったという職務違反について「悪意又は重大な過失もあったとすることを妨げるものではない」。たとえば、上告審において逆転判決が予想されたために、 Y ら取締役が、急遽、 X_1 に招集通知を送しないうで株主総会を開催したといった事情が認められる場合には、 Y ら取締役に悪意または重過失を認めることもできると思われる。しかし、そのような事情が認められないかぎり、通常は、すでに言い渡されている第一審と控訴審の判決に従った行為について取締役に悪意または重過失を認めることは難しいのではないか。 X_1 が提起した株主の地位の確認請求訴訟において上告審判決が言い渡されたのは、本件新株発行の約一年半後である。 Y ら取締役に、上告審判決が言い渡されるまで新株発行を控えるべき義務があったとは必ずしもいえないと思われる。

本判決はみぎにみたように判示したうえで、原判決に関して、「そうすると、 X_1 の前訴における株主としての地位の確認請求につき請求を棄却すべきものとする控訴審判決が言い渡されていたことなどをもって、本件新株発行に関し X_1 に対する本件株主総会の招集の通知を欠いたことについて、 Y らに悪意又は重大な過失による職務上の義務違反があったとは認められえないとした原審の前記判断は、法令の解釈適用を誤ったものといわざるを得ず、この違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである」として原判決を破棄している。本判決がいうように、 X_1 の株主としての地位を否定する控訴審判決が言い渡されていたという事情は、たしかに、みぎにもみたように、 Y ら取締役に、職務違反について「悪意又は重大な過失もあったとすることを妨げるものではない」。しかし、そうした控訴審判決が言い渡されていたという事情にもとづいて、 Y ら取締役に悪意または重大な過失はなかったと認定することもまたみぎにみたように妨げられてはいない。それゆえ、本判決が、 X_1 の株主としての地位を否定する控訴審判決が言い渡されていたという事情は、 Y ら取締役に「悪意又は重大な過失もあったとすることを妨げるも

のではない」という理由から、ただちに、そうした控訴審判決が言い渡されていたという事情などにもとづいて、Yら取締役の悪意または重大な過失は認定しなかった原判決には法令の解釈適用の誤りがあったとした点には疑問が残る。

(2) 取締役会の承認がない株式譲渡の効力 いずれにしても、X₁の株主としての地位を確認する判決が確定したため、X₁に招集通知を発送しないで株主総会を開催したYら取締役の行為が職務に違反したものであったことは明らかである。本判決も、このX₁の株主の地位を確認した一九八八年（昭和六三年）の最高裁判所判決を引用して、同様に、「A社の取締役であるYらは、X₁を株主として取り扱い、本件株主総会の招集の通知を行う職務上の義務を負っていた」と判示している（「判旨」の(1)を参照）。しかし、X₁が所有していたA社の株式は、実際には、すでに約八年前に競売に付され第三者に競落されているのである（「事実」の(一)を参照）。

(ア) 譲渡の当事者間における譲渡の効力 たしかに、A社の定款には、株式を譲渡するには取締役会の承認が必要である旨の定めがある。そして、X₁が所有していたA社の株式を競落によって取得したB社は、その取得について承認請求をA社に行なっていない。このように、株式の譲渡制限の定めが定款にあるにもかかわらず、株式の譲渡について取締役会の承認がない場合における、その譲渡の効力に関しては、周知のように学説の見解は対立している。

もっとも、従来から見解が対立していた点は、主として、取締役会の承認なしに株式が譲渡された場合における、譲渡の当事者間での譲渡の効力であり、周知のように、会社に対する関係だけでなく譲渡の当事者間でも譲渡を無効と解する立場（絶対説）と、会社に対する関係では無効であるが譲渡の当事者間では譲渡を有効と解する立場（相対説）とが主張されている。ただし、定款に株式の譲渡制限の定めがある場合でも、会社が株券を発行しなければならぬことに変わりはなく（商二二六条一項）、株式が株券の交付によって譲渡されることも変わりがな

(商二〇五条一項)。そして、多数説である相對説がいうように、一九六六年(昭和四十一年)の改正の際に株式の譲渡制限が認められた趣旨が、会社にとって好ましくない者が株主になることを阻止する点にある以上、取締役会の承認なしに株式が譲渡された場合でも、譲受人の会社に対する株主権の行使を否定すれば足り、譲渡の当事者間において譲渡を無効と解する必要があるものと思われる⁵⁾。

(イ) 会社との関係での譲渡の効力 判例法もみぎにみた相對説に立つことを明らかにして、「取締役会の承認をえずになされた株式の譲渡は、会社に対する関係では効力を生じないが、譲渡当事者間においては有効である」と解している(最二小判一九七三年(昭和四八年)六月一日民集二七卷六号七〇〇頁)。X₁が提起した株主の地位の確認請求訴訟でも、一九八八年(昭和六三年)の最高裁判所判決はこの一九七三年の判決を引用して相對説が判例法の立場であることを確認し、「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、会社は、右譲渡人を株主として取り扱う義務がある」として、X₁の株主の地位を確認した(「事実」の(二)(3)を参照)。

本判決も、これら一九七三年と一九八八年の最高裁判決を引用してこの点を同様に解し、「定款上株式の譲渡については取締役会の承認を要する旨の制限の付されている会社において株式の譲渡等がされた場合には、会社に対する関係でその効力の生じない限り、従前の株主が会社に対する関係ではなお株主としての地位を有し、会社はこの者を株主として取り扱う義務を負う」と判示している(「判旨」の(1)を参照)。そして、本判決は続けて、「A社の取締役であるYらは、X₁を株主として取り扱い、本件株主総会の招集の通知を行う職務上の義務を負っていた」とし、そのうえで、みぎの(1)でみたように、この職務上の義務の違反についてYら取締役の悪意または重過失を否定した原判決を破棄したのである。

このように相對説に立つて、取締役会の承認がない株式の譲渡は会社との関係では効力を生じないと解するかぎ

り、会社との関係では、なお譲渡人が株主の地位に立つと解すべきことになる。しかし、その結果、本件においてA社がなお株主として扱わなければならないX₁は、実際には、すでに約八年前にその株式を対価を得て手放している者である。X₁が提起した確認請求訴訟において、第一審と控訴審の判決がX₁の株主としての地位を否定したのも、そうしたX₁には株主権を行使すべき「実質的理由」がないことを根拠としていた（「事実」(1)と(2)を参照）。この株主の地位の確認請求事件に関してはすでに多くの見解が表明されており、ここでは、X₁の会社に対する権利行使を認めた最高裁判所の立場を支持する見解が多いとはいえ、他方で、そのような権利行使を否定した第一審判決と控訴審判決の結論を支持する見解も少なくない⁶⁾。

また、学説上、取締役会の承認がない株式の譲渡は当事者間では有効であるが会社との関係では無効であると解する相對説が多数説（味村治『改正商法逐条解説』商事法務研究三八五号（一九六六年）六頁、鈴木竹雄「資本自由化の制度的対策」商事法務研究四一五号（一九六七年）二頁以下、五頁などをはじめとして、たとえば、大隅健一郎『今井宏『会社法論』上巻「第三版」（一九九一年、有斐閣）四二六頁、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法』「第三版」（一九九四年、有斐閣）一五三頁）であるといえ、他方で、そうした譲渡は当事者間だけではなく会社に対する関係でも有効であり、ただし、定款に株式の譲渡制限の定めがある場合には、会社は株主名簿における譲受人への名義書換を拒むことができる⁷⁾と解する立場も、一九六六年（昭和四一年）の改正の当初から主張されている。

いうまでもなく、定款に株式の譲渡制限の定めがある会社でも、株式の譲受人が会社に対して株主権を行使するためには、取締役会による譲渡の承認を受けるだけではなく、さらに、株主名簿の名義書換を請求することが必要である（商二〇六条一項）。そして、判例・多数説がとる相對説が、当事者間では取締役会の承認がない株式の譲渡を有効なものと構成しながら、会社に対する関係では別異に解して、そうした譲渡を無効なものと構成する理由が、会社は譲受人からの名義書換の請求を拒むことができるということを説明しようとする点だけにあるのであれ

ば、端的に、株式の譲渡は取締役会の承認がなくても有効であり、株式の譲渡制限とは株主名簿における譲受人への名義書換に対する制限であると構成すれば足りるものと思われる⁽⁸⁾。まして、取締役会の承認がない株式譲渡の効力を相対的に捉えて、会社に対する関係では譲渡を無効なものと構成することから、会社は譲受人への名義書換を拒否できるということ以上の結論、たとえば、一九八八年の最高裁判所判決が判示し、本判決も同様に判示したように、会社は譲渡人をなお株主として扱うべき義務を負っているとする結論を導き出すべきとは思われない⁽⁹⁾。

(7) 株式の譲渡について承認請求がない場合の株主権行使 以上のように、定款に株式の譲渡制限の定めがある場合でも、取締役会の承認なしになされた株式の譲渡は有効であり、商法第二〇四条第一項但書が認めている株式の譲渡制限とは、株主名簿における譲受人への名義書換に対する制限であると解する場合には、すなわち、定款に株式の譲渡制限の定めがある会社は、取締役会の決議にもとづいて、株主名簿における譲受人への名義書換を拒むことができるものと構成することになる。それゆえ、取締役会による株式譲渡の承認とは、すなわち、譲受人への名義書換の承認であり、株式の譲渡について取締役会の承認を要する旨の定款の定めとは、すなわち、株式が譲渡される場合に、株主名簿上の譲受人への名義書換について、取締役会の承認を受けることを要求しているものと解すべきことになる。

ところで、株主名簿の記載の効力に関しては、周知のように、その記載に確定力を認めて、会社は名簿上の株主を株主として扱わなければならない、名義書換未了の株主による株主権の行使を会社は認めてはならないとする立場と、株主名簿の記載には確定力までは認めず、対抗力を認めるにとどめる立場とが対立している。判例法は後者の立場に立って、会社の側から、名義書換未了の株主による権利行使を認めることはできると解している（最一小判一九五五年（昭和三〇年）一〇月二〇日民集九卷一一号一六五七頁）。

それゆえ、以上のように、定款に株式の譲渡制限の定めがある場合でも、取締役会の承認なしになされた株式の

譲渡は有効であり、ただし、会社は取締役会の決議にもとづいて株主名簿における譲受人への名義書換を拒むことができるものと解したうえで、さらに、株主名簿の記載の効力に関しては、名簿の記載に確定力は認めないみぎの判例法の立場に従うならば、本件の事案のように、株式の譲受人から承認請求がない場合でも、譲渡人はすでに株主権を有していない以上、会社は譲渡人の無権利を立証してその株主権の行使を拒むことができるものと解されることになる。

他方、定款に株式の譲渡制限の定めがある場合には、代表取締役は、譲受人による株主権の行使を認めるためにはまず取締役会による承認を受けなければならない。ただし、取締役会の承認なしに、代表取締役が譲受人による株主権の行使を認めた場合でも、譲受人が権利者であるかぎり、その株主権の行使自体は有効なものと解される（その場合には、代表取締役は取締役会の承認を受けないで譲受人の権利行使を認めたことになり、取締役会の招集を怠った点について代表取締役は職務違反があったことになるが、そうした職務違反の事実、承認請求から二週間が経過したために取締役会の承認があったものとみなされる場合（商二〇四条ノ二第四項）にも同様に存在するものである）。

X₁が提起した株主の地位の確認請求訴訟において、株主名簿上の株主であるX₁による株主権の行使を会社が拒むことを認めた第一審判決と控訴審判決の結論に関しては、取締役会の承認なしに株式が譲渡された場合に、譲渡人と譲受人のいずれの権利行使を認めるかについて会社に裁量権が与えられることになり不当であると批判される場合が多い。しかし、会社は、名簿上の株主である譲渡人の無権利を立証しないかぎり譲渡人の権利行使を拒むことはできない。そして、たとえ名簿上の株主が無権利者であっても、会社が譲渡人の無権利を立証できない場合（かつ、立証手段の存在を知らないことについて会社に重過失がない場合）には、株主名簿の記載には免責力が認められるため、会社は名簿上の株主の権利行使を認めれば免責されることになる。しかし、反対に、会社が名簿上の株主である譲渡人の無権利を立証できる場合には、会社は譲渡人の権利行使を拒まなければならない、それにもかかわら

ず、会社が譲渡人の権利行使を認めても会社は免責されることはない。したがって、譲渡人を株主として扱うか否かに関しては、会社には裁量権はないものと解される。他方、譲受人の権利行使に関しては、いうまでもなく、株式の譲渡について取締役会の承認がなく、株主名簿上の名義が譲受人に書き換えられていない以上、会社は譲受人の権利行使を拒むことができる（商二〇六条一項）。そして、定款に株式の譲渡制限の定めがある場合には、代表取締役は譲受人の権利行使を認める際に、まず株式の譲渡について取締役会の承認を受けるべき職務を負っており、取締役会の承認がないかぎり、代表取締役は譲受人の権利行使を認めるべきではないと解される（たしかに、取締役会の承認を受けないで会社が譲受人の権利行使を認めた場合でも、みぎに述べたように、譲受人の権利行使それ自体は有効なものと解されるため、そのかぎりでは、譲受人の権利行使を認めるか否かに関して会社はいわば裁量権をもつことになるが、これは、株主名簿の記載に対抗力（商二〇六条一項）が認められていることの必然的な結果であると解される）。

また、こうして、会社が譲渡人の権利行使を拒んだうえで、譲受人の権利行使も拒否できるとすると、その株式について権利を行使できる者がいないことになり、権利の空白ともいえるべき状態が生ずることになる点が批判される場合も少なくない。しかし、会社は、譲受人からの承認請求があれば、二週間以内に株式の取得を承認するかあるいは買受人を指定すべき義務を負っている（商二〇四条ノ五、二〇四条ノ二第三項）。すなわち、権利の空白という状態は、譲受人が株式の取得について承認請求をしないために生じているのである。換言すれば、権利の空白という状態そのものが異状なのではなく、譲受人が株式の取得について会社に対し承認請求を行わずに放置しているという状態が異状（法制度が本来は予定していない状態）なのであると思われる。したがって、その場合に、権利の空白を回避するという理由で、会社は譲渡人を株主として扱う義務を負うものと解すべきとは思われない。すなわち、権利の空白という状態は、譲渡人を株主として扱うことを会社に義務づけることによって解消されるべきではなく、譲受人が株式の取得について会社に承認請求をすることによって解消されるべきであると思われる。

ただし、この点に関してはさらに、譲受人が承認請求をしないのは、譲渡人を介して株主権を行使する意思を有しているからであり、そうした譲受人の意思は尊重されるべきであると指摘される場合もある。しかし、定款に株式の譲渡制限の定めがある以上、取締役会の承認を受けていない譲受人による株主権の行使は、本来、会社がそれを拒むことができるものである。それゆえ、取締役会の承認を受けずに譲渡人を介して株主権を行使しようとする譲受人の意思が尊重されるべきであるとは思われない。

取締役会の承認がない株式の譲渡も当事者間では有効であると解してきた相對説は、そうした譲渡を当事者間でも無効なものと解する絶対説の論者から、譲渡を当事者間では有効なものと解すると、株式の譲渡人に対して譲受人が議決権の行使等について指示を与えることが可能になり、株式の譲渡制限の趣旨が失われることになる」と批判されてきた（大森忠夫ほか編『注釈会社法』三卷（一九六七年、有斐閣）九四頁「今井宏」、小町谷操三「菅原菊志」『商法講義』会社（2）（一九七一年、有斐閣）一八二頁を参照）。本件は、そのような指示がまさに現実に、株式の譲渡人（ X_1 ）に対して譲受人（本件では競落人であるB社）の側からなされていた事案である。そして、以上のように、取締役会の承認なしに株式が譲渡された場合には、会社は譲渡人の無権利を立証してその株主権の行使を拒むことができる」と解することによって、絶対説によるそうした批判を回避することができると思われる。また、以上のように解する立場に立てば、本件において、 X_1 に招集通知を發送しないで株主総会を開催したYら取締役の行為は、 X_1 の株式がすでにB社によって競落されていることが明白である以上、取締役の職務に違反した行為であるということではなく、Yら取締役の悪意または重過失を問題とするまでもなく、この点を理由にしてYら取締役の損害賠償責任が生ずる余地はないと解すべきことになる。

(1) 本件訴訟の第一審判決(京都地判一九九二年(平成四年)八月五日)に関して、つぎの評釈等がある。春田博・法学セミナー四六三号(一九九三年)五四頁、吉田直・金融・商事判例九二三号(一九九三年)四二頁以下、南川和範・法学新報一〇〇巻三・四号(一九九四年)三五九頁以下、長野益三・判例タイムズ八五二号(一九九四年)一九〇頁以下、後藤幸康・判例タイムズ八七五号(一九九五年)五二頁以下、松井秀征・ジュリスト一〇七五号(一九九五年)一七二頁以下、龍田節・商事法務一四二五号(一九九六年)三五頁以下。

(2) 本判決に関する研究として、丸山秀平・金融・商事判例一〇三九号(一九九八年)五四頁以下がある。

(3) 本件訴訟の第一審判決が、本件新株発行の目的との関係でYら取締役の任務懈怠を認めた点は、第一審判決に関する評釈等のうち、後藤・前掲(注1)五五頁、松井・前掲(注1)一七四頁、龍田・前掲(注1)三九頁で支持されており、反対に、吉田・前掲(注1)四八頁で批判されている。

(4) 本件訴訟の第一審判決が、X₁に招集通知を発送せずに株主総会を開催したというYら取締役の職務違反も悪意または重過失による任務懈怠にあたるとした点は、第一審判決に関する評釈等のうち、南川・前掲(注1)三七〇頁、後藤・前掲(注1)五六頁、松井・前掲(注1)一七四頁によって支持されている。反対に、吉田・前掲(注1)四九頁、龍田・前掲(注1)三九頁は、X₁が提起した株主の地位確認等請求訴訟における控訴審判決に従った取締役の行為を任務懈怠と認めることはできないとする。

(5) 周知のように、一九九〇年(平成二年)の改正によって、株式が競売または公売に付された場合だけでなく、任意に株式が譲渡された場合も含めて一般的に、株式の取得者の側から会社から株式取得の承認請求をすることが認められている(商二〇四条ノ五)。この一九九〇年の改正は、譲渡の当事者間において株式は有効に移転していることを前提にしているものと解される。ただし、この一九九〇年の改正の後も絶対説を支持する見解もある。小橋一郎『会社法』改訂版(一九九一年、成文堂)一一〇頁以下を参照。

(6) X₁が提起した株主の地位確認等請求訴訟に関しては、第一審判決に関する評釈等として、山田純子・商事法務一一九五号(一九八九年)六八頁以下、近藤龍司・法学研究(慶應義大)六六巻七号(一九九三年)一四二頁以下があり、上告審判決に関する評釈等として、小田原満知子・ジュリスト九二二号(一九八八年)六八頁、奥島孝康・法学セミナー四〇五号(一九八八年)一二二頁、中村建・金融・商事判例八〇四号(一九八八年)四二頁以下、川島いづみ・税経通信四三巻一三三号(一九八八年)二二二頁以下、上柳克郎・民商法雑誌九九巻四号(一九八九年)五五一頁以下、前嶋京子・法律のひろば四二巻三三三(一九八九年)四三頁以下、

下、加藤修・ジュリスト九三五号（一九八九年）九〇頁以下、吉川義春・判例タイムズ七〇六号（一九八九年）二〇八頁以下、加美和照・白門四一卷一一号（一九八九年）一五頁以下、米山毅一郎・大阪市大学学雑誌三七卷四号（一九九一年）一三五頁以下、平出慶道・会社判例百選（第五版）（一九九二年）三六頁以下、弥永真生・民事執行法判例百選（一九九四年）一三四頁以下がある。

このうち、X₁による株主権の行使を認めた上告審判決の結論は、山田・前掲七一頁、近藤・前掲一四六頁、奥島・前掲一二二頁、中村・前掲四六頁、前嶋・前掲四九頁、吉川・前掲二〇九頁、加美・前掲一七頁、米山・前掲五九七頁、平出・前掲三七頁、弥永・前掲一三五頁で支持されており、さらに、加美和照・法学教室一〇〇号（一九八九年）一四八頁（演習）、酒巻俊雄「株式の譲渡制限の機能と限界」『商法学における論争と省察（服部榮三先生古希記念）』（一九九〇年、商事法務研究会）四三七頁以下、四五〇頁、今井宏「譲渡制限違反の株式譲渡の効力」『商法の争点Ⅰ（一九九三年）』七四頁以下、七五頁、藤原俊雄「株式の譲渡制限制度の運用と問題点」判例タイムズ九一七号（一九九六年）四四頁以下、四六頁でも、この最高裁判所判決の結論が支持されている。

他方で、Xによる株主権の行使を否定した第一審判決と控訴審判決の結論を支持するのが、川島・前掲二三八頁であり、さらに、戸川成弘「取締役会の承認のない譲渡制限株式の譲渡と譲渡人の法的地位」青竹正一ほか編『現代企業と法』（一九九一年、名古屋大学出版会）三頁以下、一〇頁、安井威典「定款による株式譲渡制限制度の基本構造と取締役会の承認のない譲渡制限株式の譲渡の効力」法学研究（慶應義大）六六巻一号（一九九三年）二二七頁以下、二五〇頁、出口正義「定款による株式譲渡の制限」竹内昭夫編『特別議義商法』I（一九九五年、有斐閣）二九頁以下、三九頁、小野寺千世「定款による株式譲渡制限制度に関する一考察」私法六〇号（一九九八年）二五一頁以下、二五七頁でもやはり、そうした第一審判決と控訴審判決の結論が支持されている。

(7) すなわち、松田二郎『会社法概論』(一九六八年、岩波書店)では、まず、「定款による譲渡制限は、後述の如く譲渡そのものの制限ではなく、株式譲受人の会社に対する『資格』の取得を拒み得るに止まるものである」と指摘されており(二六一頁)、そして、「株式譲渡につき取締役会の承認を要する旨の定款は譲渡そのものの制限ではなく、その承認のない限り、会社は悪意のもの株式取得者(株券上に譲渡制限の記載があれば、「その株式の取得者は悪意あるものと認められ」とされている―引用者付記)に対して名義書換を適法に拒み得るに止まるものである。それは譲受人の会社に対する『株主たる資格』の取得を拒み得るに止まるものである。」

る。従つて、その承認は譲渡の効力要件ではなく、譲渡制限の記載ある株式について、取締役会の承認がなくなるとも譲渡そのものは有効であり、その取得者については商法第二〇五条第二項の適用がある」とされ、「会社の承認を得なかつた株式譲受人は、更にその株式を譲渡し得る」とされている（一七三ないし一七四頁）。川島・前掲（注6）二二七頁でも、この松田博士の見解が支持されている。

さらに、「会社との関係で株主権を認められない者が、会社に対し自己の名において、譲渡承認・先買権者指定請求権を行使できるとするのは背理ではなからうか」と指摘して相對説を批判し、株式譲渡を制限する定款規定の効力は会社に名義書換拒否権を付与することにあると解する山本爲三郎教授のつぎの論稿を参照。山本爲三郎「定款による株式譲渡制限制度の法的構造」『現代企業法の諸相（中村眞澄教授・金澤理教授還暦記念論文第一巻）』（一九九〇年、成文堂）一三五頁以下、同「会社の行う株式の譲渡制限について」法学研究（慶應義大）六六巻一号（一九九三年）一四三頁以下、同「取締役会の承認のない譲渡制限株式の譲渡の効力と譲渡人・譲受人の地位」判例タイムズ八〇八号（一九九三年）三六頁以下、同「定款による株式譲渡制限制度の法的構造」私法五六号（一九九四年）二二七頁以下、同「株主名簿制度効力論」法学研究（慶應義大）七〇巻二二号（一九九七年）二二五頁以下。安井・前掲（注6）二四一頁、近藤・前掲（注6）一四六頁でも、こうした山本教授の見解が支持されている。

(8) すでに、龍田節「譲渡制限株式の譲渡」法学論叢九四巻三・四号（一九七四年）八八頁以下、一一六頁において、「譲渡制限の付された株式について譲渡を承認することとは、譲受人が会社に対する関係で株主資格を取得してよいと会社が認めることである。取締役会による承認のない株式譲渡が会社に対する関係で無効だというのは、その場合に会社が適法に名義書換請求を拒否できることの別の表現にはかならない」と指摘されている。

(9) さらに、本文でつぎに述べるように、取締役会の承認なしに株式が譲渡された場合でも、譲渡の事実が会社にとって明白であり、すなわち会社が譲渡の事実を立証できる場合には、会社は譲渡人の株主権行使を認めても免責されることはなく（東京地判一九八九年（平成元年）六月二七日金商八三七号三五頁の事案を参照）、反対に、譲受人がたとえば株主総会に出席して議決権を行使しても、譲受人が権利者であるかぎり、株主総会の決議は有効に成立すると解される（最三小判一九九三年（平成五年）三月三〇日民集四七巻四号三四三九頁の事案を参照）。そのように解するならば、このように取締役会の承認なしに株式が譲渡された場合に、株式の譲渡が会社に対する関係でも効力を生じていたと解する理由として、譲渡人以外の株主全員がその譲渡を承認していたこと、または譲渡人が唯一の株主であったこと（すなわち一人会社の場合であったこと）をあげる必要はない（すなわち、譲渡

人以外の株主の全員がその譲渡を承認していたわけではない場合でも別異に解する必要はない）ものと思われる。

* 本判決に関しては、注（２）に掲げた丸山秀平教授の研究（金融・商事判例一〇三九号（一九九八年）五四頁以下）のほか、本稿脱稿後に接することができた、畠田公明・判例評論四七一号（一九九八年）五九頁以下、志谷匡史・ジュリスト一一三五号（一九九八年）九七頁以下、中村信男・判例タイムズ九七五号（一九九八年）一五二頁以下がある。