

# 平成 28 年予備試験 商法

## 問題文

〔設問 1〕と〔設問 2〕の配点の割合は、3 : 7)

次の文章を読んで、後記の〔設問 1〕及び〔設問 2〕に答えなさい。

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、平成 18 年 9 月に設立された株式会社であり、太陽光発電システムの販売・施工業を営んでいる。甲社の発行済株式の総数は 1000 株であり、そのうち A が 800 株、B が 200 株を有している。甲社は、設立以来、A と B を取締役とし、A を代表取締役としてきた。なお、甲社は、取締役会設置会社ではない。
2. A は、前妻と死別していたが、平成 20 年末に、甲社の経理事務員である C と再婚した。甲社は、ここ数年、乙株式会社（以下「乙社」という。）が新規に開発した太陽光パネルを主たる取扱商品とすることで、その業績を大きく伸ばしていた。ところが、平成 27 年 1 月 20 日、A は、心筋梗塞の発作を起こし、意識不明のまま病院に救急搬送され、そのまま入院することとなったが、甲社は、A の入院を取引先等に伏せていた。
3. 平成 27 年 1 月 25 日は、甲社が乙社から仕入れた太陽光パネルの代金 2000 万円の支払日であった。かねてより、A の指示に従って、手形を作成して取引先に交付することもあった C は、当該代金の支払のため、日頃から保管していた手形用紙及び甲社の代表者印等を独断で用いて、手形金額欄に 2000 万円、振出日欄に平成 27 年 1 月 25 日、満期欄に平成 28 年 4 月 25 日、受取人欄に乙社と記載するなど必要な事項を記載し、振出人欄に「甲株式会社代表取締役 A」の記名捺印をして、約束手形（以下「本件手形」という。）を作成し、集金に来た乙社の従業員に交付した。  
乙社は、平成 28 年 1 月 15 日、自社の原材料の仕入先である丙株式会社（以下「丙社」という。）に、その代金支払のために本件手形を裏書して譲渡した。
4. A は、意識を回復することのないまま、平成 28 年 1 月 18 日に死亡した。これにより、B が適法に甲社の代表権を有することとなったが、甲社の業績は、A の急死により、急速に悪化し始めた。  
B は、C と相談の上、丁株式会社（以下「丁社」という。）に甲社を吸収合併してもらうことによって窮地を脱しようと考え、丁社と交渉したところ、平成 28 年 4 月下旬には、丁社を吸収合併存続会社、甲社を吸収合併消滅会社とし、合併対価を丁社株式、効力発生日を同年 6 月 1 日とする吸収合併契約（以下「本件吸収合併契約」という。）を締結するに至った。
5. A には前妻との間に生まれた D 及び E の 2 人の子がおり、A の法定相続人は、C、D 及び E の 3 人である。A が遺言をせずに急死したため、A の遺産分割協議は紛糾した。そして、平成 28 年 4 月下旬頃には、C、D 及び E の 3 人は、何の合意にも達しないまま、互いに口もきかなくなっていた。

6. Bは、本件吸収合併契約について、C、D及びEの各人にそれぞれ詳しく説明し、賛否の意向を打診したところ、Cからは直ちに賛成の意向を示してもらったが、DとEからは賛成の意向を示してもらうことができなかった。
7. 甲社は、本件吸収合併契約の承認を得るために、平成28年5月15日に株主総会（以下「本件株主総会」という。）を開催した。Bは、甲社の代表者として、本件株主総会の招集通知をBとCのみに送付し、本件株主総会には、これを受領したBとCのみが出席した。A名義の株式について権利行使者の指定及び通知はされていなかったが、Cは、議決権行使に関する甲社の同意を得て、A名義の全株式につき賛成する旨の議決権行使をした。甲社は、B及びCの賛成の議決権行使により本件吸収合併契約の承認決議が成立したものとして、丁社との吸収合併の手続を進めている。なお、甲社の定款には、株主総会の定足数及び決議要件について、別段の定めはない。

〔設問1〕

丙社が本件手形の満期に適法な支払呈示をした場合に、甲社は、本件手形に係る手形金支払請求を拒むことができるか。

〔設問2〕

このような吸収合併が行われることに不服があるDが会社法に基づき採ることができる手段について、吸収合併の効力発生の前と後に分けて論じなさい。なお、これを論ずるに当たっては、本件株主総会の招集手続の瑕疵の有無についても、言及しなさい。

### 第1 設問1について

#### 1 「手形署名（記名捺印）の代行による手形行為の有効性」（出題趣旨）

手形法 82 条は、「本法ニ於テ署名トアルハ記名捺印ヲ含ム」と定めており、記名捺印の方法を許容している。また、本人に代わって他人が記名捺印の方式で署名を代行することは一般に認められている（特に、本問のような代行の方法を、代理的代行という。）。

しかし、本人による手形行為として有効となるためには、手形行為を行った者に権限がなければならない。

本問では、甲社の経理担当者である C が本件手形を作成し、振り出しているが、他人による手形行為として有効といえるか。

C は、「A の指示に従って、手形を作成して取引先に交付することもあった」とのことであるが、おそらく手形の振出権限までは与えられていなかったのではないかと思われる。

そのため、本件手形は、C が権限なく振り出していることになり、有効な手形行為とはいえない。

そして、本件手形は、自らはその手形について債務負担の意思のない C が、権限なく他人名義の手形行為をしたことによって作成されたものであるから、偽造手形ということになる。

#### 2 「被偽造者の手形債務の負担の有無」（出題趣旨）

(1) 偽造手形については、本人は責任を負わないのが原則である（手形 77 Ⅱ・7）。

しかし、判例は、「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ものと解するのが相当である。けだし、前記の場合、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り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であるからである。」と述べ、表見代理規定（民 110）の類推適用を肯定している（最判昭 43.12.24【手形小切手百選 13】、以下「昭和 43 年判決」という。）。

本問でも、表見代理規定（民 110）の類推適用の可否について検討すればよい。

- (2) もっとも、昭和 43 年判決は、Y・A・Bを共同振出人とし、受取人をXとする手形について、Aが権限なくしてYの実印を盗用して作成した偽造手形であるか否かが問題となった事案であり、原審は、①AがC信用金庫に約束手形を振り出して金融を受けた際、これにYが保証し、この手形の書換えの都度、YがAに実印を託し保証契約締結ないしは手形の振出しにつき代理権を与えていたものであること、②Aの本件手形の偽造行為が、C信用金庫に対する手形の書換えのために借り受けたYの実印を使用してなされたものであること、③Xは本件手形以前にも、Aに対しYの保証により手形貸付けの方法で金融をしたことがあること、④本件手形の振出し当時、YがAのC信用金庫に対する借金の保証をしていることを、Xが知っていたこと等の事実を認定し、Aの偽造行為は、AがYから与えられたC信用金庫に対する手形振出し等の代理権の範囲を超えてなされたものであり、Xには、Aに本件手形振出しの権限があると信ずるにつき正当な理由があったと認められるとしている（昭和 43 年判決は、「Aは、Yから本件手形振出し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Yの名義を記載して本件手形を偽造したが、右は原判示の経緯により……AがYから付与された……C信用金庫に対する手形振出し等の代理権の範囲を越えてしたものであり、かつ、XはAにY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ったというのであって、原審の挙示する証拠によれば、原審の右認定はこれを是認することができる。」として、これを是認）。

本問と昭和 43 年判決とは、「Xには、Aに本件手形振出しの権限があると信ずるにつき正当な理由があったと認められる」という点が決定的に異なる。

本問において、乙社（代表取締役）は、Cが本件手形を作成したのかどうかすら知らなかったはずであるから、Cに本件手形振出しの権限があると信ずるにつき正当な理由は認められない。

しかし、これは、偽造の事案一般について言えることであって、手形の偽造は第三者の面前で署名が行われない限り、行為者における代理権の存在に信頼すべき事情を通常見出し難く、表見代理の成立要件にかかる原則を強調すれば偽造手形の取得者はほとんど救済されないという不当な結果に陥ると指摘されている。

このように見た場合には、昭和 43 年判決の事案が例外的な事案であったとみることでもできる。

- (3) 一方で、まさにそのような偽造の事案にかかる最判昭 39.9.15【手形小切手百選 14】がある（以下「昭和 39 年判決」という。）。

これは、単純化すれば、A会社の従業員であるBが権限なく、A及びその代表社員Cの各記名印と印章を作成し、これを使用してAを振出人名義とする受取人白地の約束手形を作成し、同手形は真正にAによって発行されたものであると信用したXにこれを交付したというものである。

この事案について、昭和 39 年判決は、これを無権代理であると性質決定しつつ、「本件において、原判決が判示するところによれば、Xは『本件手形は真正にAが発行したものであると信用し』、『本件手形を善意で取得し』たというだけであって、Bが代理人たる権限に基づいて署名代理の方法で本件手形を振り出し

たと信じただかどうかは解明していないが、代理人がその権限を踰越して署名代理の方法で本人名義の手形を振り出した場合において、相手方が、本人が真正にこれを振り出したものと信ずるにつき正当の事由があるときは、民法 110 条の類推適用により、本人がその責に任ずべきものと解するのが相当である。」(傍点は担当者)と判示した。

判例は、無権代理と偽造の区別を本人のためにする意思(代理意思)の存否に求めていると評されることがあり、昭和 39 年判決はこれに従ったものであるとも解される。

無権代理であると性質決定しつつ、なぜ「類推適用」としたのかについては議論があるが、昭和 39 年判決の担当調査官は、本件手形が B の代理・代行によって振り出されたものであると X は認識せず、A 本人によって真正に振り出されたと思つたにすぎないのに、当該事実をもって代理権の存在への信頼にかかる正当な理由と同視すべき事由があると認定されたことによると解説している。

しかし、通説は、手形行為の書面行為性に照らし、代理の旨の表示を欠く他人名義での手形行為は代理ではなく機関方式による手形行為であって、それが無権限者により行われた場合は全て偽造に当たるとし、昭和 43 年判決もそのように認定している(もっとも、昭和 43 年判決の事案は、代理意思が存在しないともみ得る事案であった。)

そうすると、昭和 39 年判決を善解すれば(昭和 39 年判決の事案では、第 1 審より X が 109 条、110 条の適用を主張していたようであり、代理構成を前提として争われていたものと解される。昭和 39 年判決も、「論旨中本件……の手形が偽造のものであるとの事実を前提として原判決を論難する部分は、原判示に添わない主張であって、その前提において失当である。」と説示している。)、同判決の事案は、通説や昭和 43 年判決の立場からは偽造であると性質決定されることになり、その場合には、正当理由(善意無過失)は、「本人が真正にこれを振り出したものと信ずるにつき正当の事由」と解釈されることになる。

本問に即していえば、乙社(代表取締役)は、真実甲社代表取締役である A によって本件手形が振り出されたと信じるにつき「正当な理由」があれば、110 条の類推適用は認められることになる。

- (4) 乙社に表見代理規定の類推適用が認められる場合には、乙社が取得した手形上の権利を丙社が取得することになるから、甲社は、本件手形に係る手形金支払請求を拒むことができない。

一方で、乙社に表見代理規定の類推適用がない場合、丙社について、表見代理規定の適用があるか否かも問題となるが、表見代理規定によって保護される「第三者」には転得者は含まれないと解するのが判例である(最判昭 36.12.12【手形小切手百選 10】、ただし、直接の第三者と転得者との区別は実質的に行われる。)から、これは認められない。

## 第 2 設問 2 について

- 1 出題趣旨にもあるとおり、吸収合併の効力発生前においては株主総会決議取消しの訴え(831 I ①)、合併の差止請求(784 の 2)を、吸収合併の効力発生後においては合併無効の訴え(828 I ⑦)を検討することになる。

## 2 Dが株主としての権利を行使することの可否

※ そもそも論として、共同相続人が相続株式の権利を行使する前提として、相続による株式移転を会社に対抗するため、名義書換を要するのではないかという問題がある。しかし、130 条 1 項は、株式の「譲渡」に関する規定であること、相続は包括承継であることからすれば、名義書換は不要と解すべきであろう。

判例（最判平 2.12.4【会社法百選 10】、最判平 3.2.19、以下それぞれ「平成 2 年判決」「平成 3 年判決」という。）は、権利行使者の指定・通知をしていない者は、会社側に信義に反する行為が認められる「特段の事情」がない限り、原告適格を欠くとしている。

「特段の事情」について、判例が明確に定義しているわけではない。

平成 2 年判決は、準共有株式が「会社の発行済株式の全部に相当し、共同相続人のうちの 1 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、……特段の事情が存在」すると判示している。

また、平成 3 年判決は、「共同相続人の準共有に係る株式が双方又は一方の会社の発行済株式総数の過半数を占めているのに合併契約書の承認決議がされたことを前提として合併の登記がされている本件のようなときは、……特段の事情が存在」すると判示している。

その理由としては、「商法 203 条 2 項〔注：現 106 条、以下同じ。〕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。」（平成 2 年判決）、「商法 203 条 2 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、株式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、合併契約書を承認するための……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、同法 203 条 2 項の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。」（平成 3 年判決）と説明されている。

本問は、平成 3 年判決と類似の事案であり、「特段の事情」を認めてよいだろう（本問では、106 条違反がある点についても、決議の有効な成立を妨げる事情となり得る。）。

## 3 瑕疵の内容について

- (1) 生前のAの株式は、C、D及びEに相続され、遺産分割協議が済んでいないので、法定相続分に応じて、それぞれ2分の1、4分の1、4分の1ずつの準共有状態（民900①、898、264）となる（最判昭45.1.22など）。
- (2) 株式が共有されている場合には、共有者は、会社に対して、権利行使者を指定して通知する必要があるとされているが（106本文）、本問ではこれがなされていない（なお、判例は、権利行使者の指定は共有物の管理行為に当たるとして（民252本文）、持分の過半数をもって決定すべきであるとしている（最判平9.1.28【会社法百選11】））。

ただし、招集通知は、株式共有者のうちの1人に対してなせば足り（126Ⅲ、Ⅳ）、この点は違法とならないから、Cのみに招集通知を送っている点は瑕疵を構成しない。

- (3) 一方で、Cに議決権行使をさせた点は、106条本文に反する。

しかし、Cの議決権行使について、甲社の同意があるため、「株式会社が当該権利を行使することに同意した場合」（106ただし書）に当たり、適法とならないか。

この点について論じたのが、出題趣旨で指摘されている最判平27.2.19【会社法百選12】である。

最判平27.2.19【会社法百選12】は、「会社法106条本文は、『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1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。』と規定しているところ、これは、共有に属する株式の権利の行使の方法について、民法の共有に関する規定に対する『特別の定め』（同法264条ただし書）を設けたものと解される。その上で、会社法106条ただし書は、『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。』と規定しているのであって、これは、その文言に照らすと、株式会社が当該同意をした場合には、共有に属する株式についての権利の行使の方法に関する特別の定めである同条本文の規定の適用が排除されることを定めたものと解される。そうすると、共有に属する株式について会社法106条本文の規定に基づく指定及び通知を欠いたまま当該株式についての権利が行使された場合において、当該権利の行使が民法の共有に関する規定に従ったものではないときは、株式会社が同条ただし書の同意をしても、当該権利の行使は、適法となるものではないと解するのが相当である。

そして、共有に属する株式についての議決権の行使は、当該議決権の行使をもって直ちに株式を処分し、又は株式の内容を変更することになるなど特段の事情のない限り、株式の管理に関する行為として、民法252条本文により、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられるものと解するのが相当である。」として、会社の同意がある場合には、民法252条本文により、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決することを明らかにした。

本問では、Cは2分の1の持分しか有せず、過半数を有していないので、甲社がCを権利行使者として認めたとしても、権利行使は無効となる。

※ 「特段の事情」の内容について、同判決は、「当該議決権の行使をもって直ちに株式を処分し、又は株式の内容を変更することになるなど」と判示してい

るが、どのような場合がそれに当たるのかは明らかではない。ただ、いずれにしても、Cは単独で持分価格の過半数を有しないから、議決権の行使が保存行為にでも当たらない限り、結論に影響を与えない。

※ 持分の価格に従いその過半数により決せられるという場合に、過半数を有する者の意思に合致していれば足りるのか、あるいは、共有者間での協議（話し合い）を要するのかなどという問題も将来に残された課題であるとされているが、本問ではCは持分価格の過半数を有しないから、この点も結論に影響を与えない。

(4) Cの権利行使が無効となると、そもそも定足数を満たさない株主総会決議となり、瑕疵が生じる（以下「本件瑕疵」という。）。

#### 4 効力発生前について

(1) 株主総会決議取消しの訴えについて

本件瑕疵は、「決議の方法」の「法令」「違反」（831 I ①）に当たるため、取消事由に当たる。重大な瑕疵に当たるので、裁量棄却も認められない（831 II）。

(2) 合併の差止請求（784の2）について

ただし、株主総会決議に瑕疵があることが、「法令……に違反する場合」（同①）に当たるのかについては、それ自体が法令違反に当たるとする見解と、瑕疵があったとしても取消判決が確定するまでは株主総会決議が有効として取り扱われるため、法令違反に当たらないとする見解がある。

しかし、後者の見解をとった場合には、株主総会決議取消しの訴えを提起して、判決が確定するまでの間に合併の効力が生じてしまうから、実際には、この訴えと差止請求の双方を本案として、仮処分の申立てを行うことができるとする立場が有力である。

※ 出題趣旨には明記されていないが、360条に基づく差止めを認める見解もある。

甲社は、取締役会設置会社ではないから、非公開会社であり（327 I ①参照）、したがって、360条の差止請求に当たって、株主の保有期間要件は不要である（同II）。そのため、Dは、これを行行使することができる。

もっとも、本件吸収合併により、甲社に「著しい損害が生ずるおそれがある」か否かは明らかではない。

#### 5 効力発生後について

効力発生後は、合併無効の訴えによることになる。

無効事由は法定されていないが、法定安定性の要請から、重大な手続上の瑕疵がある場合に限られると解されている。

もっとも、決議取消事由の存在は、無効事由に当たると解されている。

なお、株主総会決議取消しの訴えとの関係では、無効の訴えの一本化されると考えるのが通説である（ただし、決議の日から3か月という主張期間の制限がかかる）。



〔出題の趣旨〕

本問は、他人による手形振出の効力、株式の共有者に対する会社からの通知、株式が共有されている場合における株主権の行使方法、株主総会の決議の瑕疵を争う訴え、合併の差止請求、合併無効の訴え等についての基本的な知識・理解等を問うものである。

解答に際しては、設問1については、手形署名（記名捺印）の代行による手形行為の有効性及び有効でないとした場合における被偽造者の手形債務の負担の有無を、設問2については、株主総会の招集通知についての会社法第126条第4項の規定の適用及び株式の共有者のうちの一人による議決権の行使につき会社が同意した場合（会社法第106条ただし書）に当該議決権の行使が適法とされるための要件（最高裁平成27年2月19日判決・民集69巻1号25頁参照）を前提に、吸収合併の効力発生前においては株主総会の決議の取消しの訴え（会社法第831条第1項第1号）の可否及び合併の差止請求（会社法第784条の2）の可否等を、吸収合併の効力発生後においては合併無効の訴え（会社法第828条第1項第7号）の可否等を、それぞれ事案に即して整合的に論述することが求められる。



## 模範答案

### 1 第1 設問1について

1 Cは、Aの指示に従って、手形を作成して取引先に交付することもあったが、手形の振出権限までは与えられていなかったと考えられる。

したがって、本件手形は、Cが権限なく、署名（記名捺印、手形法82条）の代行によって振り出したものであり、偽造手形である。

2 偽造手形については、本人たる甲社は責任を負わないのが原則である（手形法77条2項、7条）。

しかし、その方式は異なるものの、無権限者によって手形が振り出され、それに対する第三者の信頼を保護する必要がある点では、無権代理と異なるから、表見代理に関する規定が類推適用されると解する。

本問では、民法110条の類推適用が考えられるが、その際の「正当な理由」の対象は、真実甲社代表取締役であるAによって本件手形が振り出されたと信じていることである。偽造の場合、偽造者の署名が手形面上に現れないからである。

まず、Cは、甲社の経理事務員であるから、経理に関する「権限」（基本代理権）はあり、本件手形の振出しは、無権限で行われているから、「その権限外の行為」に当たる。また、乙社（代表取締役）は、特段の事情がない限り、真実甲社代表取締役であるAによって本件手形が振り出されたと信じているであろうから、「正当な理由」が認められる。

したがって、乙社は甲社に対して手形金支払請求をなし得る手形上の権利を取得し、丙社は裏書譲渡によってその権利を取得する。

3 表見代理において「第三者」は直接の相手方に限られるから丙社はこ

2 れに含まれないが、上記のとおり、乙社の手形上の権利を取得するから、甲社は、本件手形に係る手形金支払請求を拒むことができない。

### 第2 設問2について

1 Dが株主として訴訟上の手段を行使することの可否

(1) Aの株式は、C、D及びE（以下「Cら」という。）に相続され、各々2分の1、4分の1、4分の1ずつの準共有状態（民法900条1号、898条、264条）となる（以下「本件共有株式」という。）。この場合、共有者は、会社に対して権利行使者の指定及び通知をなす必要があるが（会社法（以下法令名省略）106条本文）、Cらは、これをしていない。

(2) Dが本件吸収合併契約の効力が生じることを防ぐためには、以下のような訴訟上の手段を用いる必要があるところ、これも会社に対する権利行使の一種であるから、権利行使者の指定・通知がない場合は、会社側に信義（民法1条2項）に反する行為が認められる特段の事情が認められない限り、訴訟上の手段を用いることはできない。

(3) 甲社の発行済株式総数は1000株であるから、800株の本件共有株式は、その過半数を占める。吸収合併契約の承認には特別決議が要求され（783条1項、309条2項12号）、特段の定款の定めのない甲社においては議決権の過半数が定足数であるから（309条2項柱書）、本件共有株式にかかる議決権行使が適法になされない限り、適法に成立しない決議がなされているにもかかわらず、甲社が権利行使者の指定及び通知がないことを理由に訴訟上の手段をとること

- 3 ができないと主張することは矛盾挙動に当たり、信義則に反する。
- (4) よって、特段の事情が認められ、Dは、訴訟上の手段を採り得る。
- 2 効力発生前について
- 効力発生前については、株主総会決議取消しの訴え（831条1項）、合併の差止請求（784条の2）が考えられる。
- (1) 株主総会決議取消しの訴えについて
- ア 上記のとおり、Cの議決権行使は106条本文に反するが、甲社の同意があるため、「株式会社が当該権利を行使することに同意した場合」（106条ただし書）に当たり、適法とならないか。
- 同条本文は、共有に属する株式の権利の行使方法について、民法の共有に関する規定に対する「特別の定め」（同法264条ただし書）を設けたものである。その上で、106条ただし書は、その文言に照らすと、株式会社が当該同意をした場合には、「特別の定め」である同条本文の適用が排除されることを定めたものである。そうすると、当該権利の行使が民法の共有に関する規定に従ったものでない場合は、株式会社が同条ただし書の同意をしても、当該権利の行使は、適法とならない。そして、特段の事情のない限り、議決権の行使は、株式の管理行為として、民法252条本文により、各共有者の持分の価格に従い、その過半数で決せられると解する。
- 特段の事情が認められない本問では、甲社が持分価格の過半数を有しないCを権利行使者として認めたとしても、権利行使は違法・無効である。
- 4 イ Cによる議決権行使が無効であると本件株主総会は定足数を欠くことになるため、承認決議には「決議の方法」の「法令」「違反」という瑕疵がある（以下「本件瑕疵」という。）。本件瑕疵は重大であって、裁量棄却（831条2項）の余地もない。なお、Cのみに招集通知を送っている点は瑕疵を構成しない（126条4項）。
- (2) 合併の差止請求（784条の2第1号）について
- 合併の効力が生じるとDは甲社の株主たる地位を失うことになるから、「株主が不利益を受けるおそれがある」。もっとも、本件瑕疵があったとしても、取消判決が確定しない限り、承認決議は有効に存続するから、直ちに「法令」「違反」が認められるわけではない。しかし、それを待っていては、合併の効力が生じてしまい、株主の権利保護に悖るから、上記訴えとそれが認容されることを条件とする本差止請求の双方を本案（被保全権利）として、合併差止めの仮処分を求めることができると解する（民事保全法23条2項）。
- 3 効力発生後について
- (1) この場合には、合併無効の訴え（828条1項7号）によって争うことが考えられる。
- (2) 無効原因については明文規定がないものの、取引の安全や法的安定性を図るべく、重要な手続上の瑕疵に限定されるべきである。
- 株主総会決議は、吸収合併における手続の重要部分をなすから、本件瑕疵は、重要な手続上の瑕疵に当たる。
- (3) したがって、上記訴えは認められる。 以上