

〈 論 説 〉

「株式発行の無効と不存在」

名古屋地裁平成28年9月30日判決を契機として

松井 英樹

1. はじめに

名古屋地裁平成28年9月30日判決⁽¹⁾は、新株発行無効の訴えが会社法所定の提訴期間を経過した後に提起された場合において、信義則上、同訴えを提起した株主が提訴期間を徒過して提起したとすることができない事実関係の下においては、同訴えの提起に提訴期間を徒過した違法はないと判示し、他方、新株発行不存在確認の請求については、会社の代表取締役が議長として新株発行総会決議および新株発行取締役会決議を行うなど新株発行に関与しており、新株発行に係る払込金額の払込および登記がされている判示の事実関係の下においては、新株発行の実体がないとは評価できず、新株発行が不存在であるとはいえない以上、その理由がないとしている⁽²⁾。

小規模閉鎖的な株式会社においては、その経営支配権をめぐる争いから、募集事項についての有効な株主総会決議を欠いたまま新株発行等が行われるケー

(1) 金融商事判例1509号38頁・判例時報2329号77頁（名古屋地方裁判所判決／平成26年（わ）第2256号新株初行無効等請求事件（甲事件）、平成26年（わ）第5435号株主総会決議取消等請求事件（乙事件）。以下「本判決」という。

(2) 本判決の評釈として、本村健ほか「判批」商事法務2129号（2017年）54頁、2132号58頁、鳥山恭一「判批」法学セミナー751号（2017年）119頁、松尾健一「判批」法学教室444号（2017年）156頁、吉本健一「判批」金商判1529号（2017年）2頁、徳本穰「判批」私法判例リマークス56号（2018上）106頁、田中亘「判批」ジュリスト1519号（2018年）110頁、齋藤真紀「判批」ジュリスト1518号（2018年）101頁、林孝宗「判批」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-051011506、大久保拓也「判批」判例評論709号（2018年）24頁、堀井拓也「判批」法学研究91巻7号（2018年）47頁がある。

スがあり、また新株発行無効の訴えの提起により当該発行の効力が否定されることを阻止するため、法定の提訴期間が経過するまで、経営陣が違法な新株発行が行われた事実を、対立している株主等に秘匿することにより救済の途を遮断するといった事態が懸念されている。

従来、このような事態において、新株発行無効の訴えに係る提訴期間が徒過した後は、同訴えを提起することはできないとの理解を前提に、会社支配権・株主権を侵害された株主の利益を救済するために、提訴期間・提訴権者の定めのない新株発行不存在確認の訴えを提起することができるとする見解が学説上、有力に展開されていた。

これに対して、本判決は、新株発行の不存在を明確に否定するのみならず、新株発行無効の訴えにおいて、法定の提訴期間を形式的に徒過している場合でも、一定の事実関係のもとでは訴訟要件を充足するものとしている点において注目に値する。そこで、本稿では、本判決の事実関係と判旨を確認したうえで、新株発行無効の訴えに係る提訴期間要件の充足についての法規範を検討するとともに、現在の会社法のもとにおける新株発行の不存在事由についての裁判例・学説を分析し、小規模閉鎖会社における支配権争いをもとに不公正・違法な手続で行われた新株発行の効力を否定するための訴訟手段の利用に関する検討を行うことを目的とする。

2. 名古屋地裁平成28年9月30日の事実概要

(1) Xは、Y会社の株式180株を保有する株主であり、また、産業廃棄物・一般廃棄物の中間処理場及び最終処理場の建設、運営及び管理等を目的とするZ株式会社の代表取締役を務める者である。

Y会社は、資本金を1000万円として平成9年7月7日に設立された、廃パチンコ台のリサイクル業を主要な業務とする非公開会社であり、取締役会設置会社（本件各決議前）である。Y1は、Y会社の代表取締役であり、Y2は、Y会社の取締役である。

(2) Y会社の設立時における発行済株式総数は、200株であり、その全部

を訴外 A が保有していたところ、そのうちの180株（以下「本件株式」という。）は、平成14年4月1日、X に名義変更された（以下「本件株式譲渡」という。）。そして、Y 会社の平成13年7月1日から平成14年6月30日までの事業年度分の確定申告書には、X の保有株式数180株、Y 1 の保有株式数20株時載されていたところ、平成21年3月31日、本件株式につき、X から Y 1 への名義変更（以下「本件株式移転」という。）がされた。

（3） X は、平成23年4月25日、X が Y 会社の株式180株（本件株式）を有する株主であることの確認等を Y 会社に対して求める訴訟を名古屋地方裁判所に提起した（以下「別件訴訟」という。）。これに対し、Y 会社は、本件株式は譲渡担保として X に移転され、かつ、その被担保債務は Y 会社により完済されたなどと主張して、X が本件株式を保有することを争った。

（4） 平成23年8月10日開催の Y 会社の臨時株主総会において、Y 会社の資本金額を600万円増額して1600万円とするため、募集株式の上限数を600株とし、募集株式の払込み最低金額を1万円とし、会社法199条1項に定める募集事項の決定については取締役会の決定に委任する旨の議案が承認可決された（この決議を以下「本件新株発行総会決議」という。）。同総会議事録には、株主の総数1名、出席株主数1名及び出席株主の議決権の数200個と記載されている。

（5） 名古屋地方裁判所は、平成24年3月14日、別件訴訟における X の請求を認容する判決（以下「別件訴訟地裁判決」という。）を言い渡した。Y 会社は、これを不服として控訴した。

（6） 平成24年5月10日開催の Y 会社の取締役会において、本件新株発行総会決議を踏まえ、普通株式600株を第三者割当ての方法により発行し、Y 1 にその全てを割り当てること、当該募集株式の払込金額を1株につき1万円とし、払込期日を同年6月4日とすること等が承認可決された（この決議を以下「本件新株発行取締役会決議」という。）。Y 1 は、普通株式600株の引受を申し込み、平成24年6月4日、Y 会社名義の預金口座に払込金額600万円を新り込んだ。Y 会社は、平成24年6月11日、本件新株発行を踏まえて、その発行済み

株式の総数を200株から800株に、資本金の額を1000万円から1600万円に変更する旨の登記手続を行った。

(7) 名古屋高等裁判所は、平成24年11月6日、Xの請求を認容した別件訴訟地裁判決は相当であるとして、控訴棄却の判決（以下「別件訴訟高裁判決」という。）を言い渡した。これを不服とするY会社は、上告提起及び上告受理申立てをしたが、最高裁判所は、平成25年7月19日、上告棄却及び上告不受理の決定（以下「別件訴訟最高裁決定」という。）をした。

(8) Xは、Y会社に対し、平成26年6月3日、甲事件として、本件新株発行の無効及び不存在確認の訴えを提起した。その主旨は、本件新株発行は、XのY会社に係る株主権の存否を巡るXとY会社との間の関連訴訟の係属中に、Y会社の従前の発行済株式総数200株のうち、180株を保有するXからY会社の会社支配権（経営権）を奪う目的で、本件新株発行のための株主総会の招集通知をXに対して行うことなく、Xが新株発行差止請求をする機会のないまま、秘密裏にXを騙して行われたものであり、しかも、その際、Y会社の代表者であるY1は、Xの名義を冒用してXからY1への株式譲渡証書等を作成したところ、Y1は、本件新株発行に至る一連の違法行為（任務懈怠又は不法行為）により、XのY会社に対する会社支配権を侵害し、また、Y会社の取締役としてY1の職務執行を監視すべきY2は、当該監視義務を怠ったばかりか、Y1の上記違法行為に追従したなどと主張するものであった。併せて、XはYらに対し、②民法709条または会社法429条1項（Y1およびY2）もしくは同法350条（Y会社）に基づき、連帯して、本件新株発行に至る一連の違法行為によりXが被った損害1億3825万円（Y1及びY2が平成23年1月から甲事件の訴え提起時までの約3年半の間にY会社から支払を受けた役員報酬相当額）のうち1億円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めるとともに、③訴えの追加的変更により、Y会社の発行済株式の総数は200株であり、Xはそのうち180株を有する株主であることの確認を求めた。

3 判旨

本判決の争点は多岐に及ぶが、本稿のテーマに関係する争点①「本件新株発行の無効の訴えの提訴期間」、争点②「本件新株発行の無効の訴えに係る無効事由の有無」、争点③「本件新株発行の不存在確認の訴えに係る不存在事由の有無」について、以下のように判示している⁽³⁾。本判決は、結論において、本件新株発行を無効とし、本件各決議のうち、定款変更決議のみを取り消したうえで、Xのその他の甲事件請求及び乙事件請求をいずれも棄却している。

争点①（本件新株発行の無効の訴えの提訴期間）に対する判断

「…Y1及びY会社は、遅くとも平成14年6月頃までには、本件株式譲渡合意をなし、これによりXが本件株式を保有するに至ったことを熟知しながら、平成21年1月頃以降、資金繰りに窮したため、風俗関係の営業をなす者が大株主である企業に対する融資を行わない政府系金融機関から融資を得るとともに、パチンコ台のリサイクル業の選定業者の推薦を受けるため、風俗営業（パチンコ・マージャン）の遊技場経営を業とするZの代表者であるXをY会社の株主から秘かに排斥しようと考え、…第12期（平成20年7月1日から平成21年6月30日）の確定申告書別表2「同族会社の判定に関する明細書」に発行済株式の総数200株、Y1の保有株式数200株と記載し、小牧税務署長に対し、本件株式譲渡が譲渡担保目的であり、被担保債権の消滅により本件株式の名義をY1に戻すものであるとの虚偽の説明をしたことが認められる。その上で、…Y1は、Xが本件株式を保有することを知りながら、Xに対して本件新株発行総会決議の招集通知等を行うことなく、Y1がY会社の全株式を保有するもの

(3) 他に、争点④（原告の被告らに対する損害賠償請求の可否）、争点⑤（甲事件における追加的訴えの変更の可否）、争点⑥（発行済株式の総数及び原告の保有株式数の確認に係る訴えの適法性の有無等）、争点⑦（本件各決議に係る不存在事由の有無）、争点⑧（本件各決議に係る取消しの訴えにおける訴えの利益の有無）、争点⑨（本件各決議に係る取消事由の有無）、争点⑩（乙事件提起の権利の濫用該当性）に整理されている。

として、当該決議を行った。しかも、Y1は、…平成21年1月、X及びXの実弟をY会社役員の地位から無断で排斥したほか、同年6月頃以降、Xに対し、Y会社の財務内容や営業成績の報告を行わず、第11期（平成19年7月1日から平成20年6月30日）以降の確定申告書の写しを交付せず、これにより、XがY会社の借入状況や株主構成その他の会社の内情を知ることが妨げられた。これらの諸事情を総合すると、Y会社の代表者であるY1は、XをY会社の株主から排斥する意図の下、Xに知られることなく本件新株発行を行うべく、Xがこれを察知する機会を失わせるための隠蔽工作を繰り返していたものと認められる。

また、Xは、本件新株発行の効力発生後である平成24年10月、別件訴訟の控訴審における和解交渉の際、Y会社から、本件新株発行の事実を告げられなかったのみならず、Y会社の発行済株式総数が200株であるとの記載のあるY会社の株式評価額の算定に関する報告書等を交付されており、このような状況の中で、Xが本件新株発行の事実を予想し、又は想定することは容易でなかったといえる。

そして、Y会社は、株式の譲渡制限をしている会社であるところ、本件新株発行により株式の発行を受けた者は、Y1だけであるから、本件新株発行につき、取引の安全を考慮する必要性がさほど高いとはいえない。また、Xは、本件新株発行の存在を知った平成25年10月3日から1年以内に本件新株発行の無効の訴えを提起しており、訴訟提起が不当に遅延したとはいえない。

以上のとおりの本件事実関係の下においては、信義則上、Xが本件新株発行の無効の訴えを所定の提訴期間を徒過して提起したとすることはできず、当該訴えは、適法であると解するのが相当である。

これに対し、Yらは、本件新株発行は登記済みであり、かつ、当該登記簿の閲覧等を妨げるような客観的障害は存在しないから、当該登記後において、Xは本件新株発行を知っていたものとみなされる（商法9条）旨主張する。しかし、…本件事実関係の下においては、商業登記の効力を理由に、本件新株発行の無効の訴えの適法性（提訴期間徒過）の有無に関する当裁判所…の判断を覆

すことはできないというべきである。

また、Yらは、本件新株発行がY会社のホームページに表示されるようにしたから、Xは、同ホームページを閲覧することにより本件新株発行を容易に知ることができた旨主張し、Y会社の資本金額を1600万円と表示する同ホームページ画面を印刷したものを証拠提出する。しかし、たとえ、そのような事実があったとしても、…当該事実によって、本件新株発行の無効の訴えの適法性（提訴期間徒過）の有無に関する当裁判所の前示…の判断を覆すことはできないというべきである。

以上により、本件新株発行の無効の訴えは、会社法上の提訴期間の制限との関係において適法に提起されたといえる。」

争点②（本件新株発行の無効の訴えに係る無効事由の有無）に対する判断

（1） 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（同法201条1項、199条）のに対し、非公開会社については、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、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、取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に委任した場合を除き、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（同法199条）、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か月であるのに対し、非公開会社の場合には1年とされている（同法828条1項2号括弧書）。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と解するのが相当である（最三小判平成24年4月24日民集66巻6号

2908頁)。

(2) これを本件についてみるに、…本件新株発行総会決議が行われた平成23年8月10日においても、Y会社の発行済株式数は200株であり、そのうち180株をXが、その余の20株をY1がそれぞれ保有していたものである。そうすると、本件新株発行総会決議は、Y会社の2人の株主のうちの1人であり、同社の発行済株式のうち9割の株式を保有していたXに対する本件新株発行に係る株主総会の招集通知がされることなく、Y1がY会社の全株式を保有するものとして行なわれたものであるから、その手続的瑕疵の著しさに照らして、本件新株発行に係る株主総会が法律上存在したとはいえない。

したがって、非公開会社であるY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ものであるから、この瑕疵は本件新株発行の無効原因になる。

争点③(本件新株発行の不存在確認の訴えに係る不存在事由の有無)に対する判断

(1) 新株発行の不存在確認の訴えは、新株発行の実体がないのに新株発行の登記がされているなどその外観が存する場合に肯定されるべきものと解するのが相当であり(最一小判平成15年3月27日民集57巻3号312頁参照)、新株発行が物理的には存在するような外観を呈する場合には、その手続的、実体的瑕疵が著しいからといって、その瑕疵が新株発行の不存在事由となるものではない。

(2) これを本件新株発行についてみるに、…Y会社の代表取締役であるY1が議長として本件新株発行総会決議及び本件新株発行取締役会決議を行うなど本件新株発行に関与しており、本件新株発行に係る払込金額の払込み及び登記がなされているから、新株発行の実体がないとは評価できず、本件新株発行が不存在であるとはいえない。(なお、新株発行不存在確認の訴えには提訴期間の制限がないこと(最一小判平成15年3月27日民集57巻3号312頁)等に照らせば、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過した場合の救済手段として、

新株発行不存在事由を広く解釈することは相当でないというべきである。）

（3） 以上により、本件新株発行に、不存在事由は認められない。

4. 新株発行の無効の訴えの提訴期間

（1） 総説

非公開会社における新株発行無効の訴えの提訴期間は、株式の発行の効力が生じた日から1年以内である（会社法828条1項2号括弧書）。平成17年改正による現行会社法のもとで非公開会社における提訴期間が伸長された趣旨について、株主総会が開かれずに新株が発行された場合には、現に株主総会が開催されるまでは株主が新株発行の事実を知る機会が乏しいことから、株主総会の開催が年に1回義務づけられていることとの関係で、株主の利益保護の観点から行われた改正であると説明されている⁽⁴⁾。また、非公開会社においては、必ずしも株主の異動が頻繁ではないことが多く、新株発行が無効とされてもそれによる弊害は大きくないと考えられることから、典型的に株主の保護をより重視すべきであるとも言われている⁽⁵⁾。

本件新株発行に係る募集株式の引受人Y1が払込期日に所定の払込みをした本件においては、株式の発行の効力が生じた日は、当該払込期日であり（会社法209条1号）、本件新株発行の無効の訴えの提訴期間は、同日から1年以内となる⁽⁶⁾。そこで、上記提訴期間を徒過した後に提起された本件新株発行の無効の訴えの効力が問題となる。

（2） 裁判例の状況

この点、最一小判平成5年12月16日民集47巻10号5423頁は、新株発行差止請求の訴えが新株発行無効の訴えにその出訴期間経過後に変更された場合であっても、右新株発行差止請求の訴えが、特殊比率の減少等の不利益を受けると主

（4） 相澤哲編『一問一答新・会社法』（商事法務・2005年）247頁。

（5） 相澤・前掲（4）247頁。

（6） 最高裁判所昭和52年（オ）第1332号同53年3月28日第三小法廷判決・裁判集民事123号307頁参照。

張する株主によって、新株発行を阻止する目的の下に新株発行差止めの仮処分命令を得た上で提起されたものであるなど判示の事実関係の下においては、仮処分命令違反を無効原因とする変更後の新株発行無効の訴えは、出訴期間の遵守に欠けるところがないとする。

この判示は、訴えの変更は、変更後の新請求については新たな訴えの提起にほかならないから、変更後の訴えにつき出訴期間の制限がある場合には、出訴期間の遵守の有無は、原則として、訴えの変更の時を基準としてこれを決すべきであるが、変更前後の請求の間に存する関係から、変更後の新請求に係る訴えを当初の訴えの提起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あるときは、出訴期間が遵守されたものとして取り扱うのが相当であるとする判決⁽⁷⁾を前提に、特段の事情についての判断を加えたものであると位置づけることができる。

他方、本判決の事案では、Y1によって本件新株発行が秘匿されていたこともあり、原告株主は、本件新株発行の効力発生日以前において当該発行を差止めるべき請求は行っておらず、訴えの変更に係る出訴期間の遵守の有無に関する前記昭和61年最判の事案とは異なり、新株発行無効の訴えの形式的な提訴期間を徒過した後に、はじめてその効力を争うために新株発行無効の訴えを提起されている。

このような場合について、従来の裁判例⁽⁸⁾は、新株発行の手續に瑕疵があつて無効となる場合であっても、その関係を長期間不安定の状態に置かないため、提訴期間についての定めが置かれており、一部の株主の株式発行の事実についての知・不知によって、もしくは知り得べかりし事情の存否によって、提訴期間の始期である「発行の日」を特別に解したり、期間を延長するような解釈は採り得ないとする⁽⁹⁾。

これに対して、本判決では、非公開会社において、原告株主を排斥する意図

(7) 最二小判昭和61年2月24日民集40巻1号69頁。

(8) 東京高判昭和61年8月21日判時1208号123頁。

(9) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅱ〔第3版〕』（判例タイムズ社・2011年）600頁。

の下、原告に知られることなく本件新株発行を行うべく、原告がこれを察知する機会を失わせるための隠蔽工作を繰り返していたものと認められる事情、および原告が本件新株発行の事実を予想し、又は想定することは容易でなかったといえる状況の下で、株式取引の安全を考慮する必要性がさほど高いとはいえ、また、原告が、新株発行の存在を知った日から1年以内に本件新株発行の無効の訴えを提起しており、訴訟提起が不当に遅延したとはいえない場合には、信義則上、本件新株発行の無効の訴えを所定の提訴期間を徒過して提起されたとするはできず、当該訴えは、適法であると解するのを相当としている。

また、東京地判平成16年3月31日⁽¹⁰⁾も、譲渡制限会社における株主以外の第三者に対する有利発行であるのに株主に対して通知も公告もなされておらず、かつ、登記の日も現実の払込、発行日より6か月を経過してなされているため、旧株主は、新株発行無効の訴えの提訴期間内に、新株発行の事実を全く知ることができなかった場合に本判決と同様の結論を採っている。すなわち、①新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過させるためにあえて登記を遅らせたとも推認でき、②株式の発行を受けた者は、当初の引受人のみであり、譲渡制限会社における取引安全を重視する必要性はそれほど高くなく、③新株発行無効の訴えは、新株発行の登記が経由されてから6か月以内に提訴されており、訴訟提起が不当に遅延していると評価することもできないといった事情を考慮して、原告による新株発行無効の訴えは、信義則上、提訴期間を徒過しているとはいえ、その訴えは適法であると解するのが相当であるとしている。

（3）学説の状況と本判決の位置づけ

このように会社訴訟において、裁判所の職権探知事項である訴訟要件としての提訴期間⁽¹¹⁾につき、被告会社に信義則による主張制限を課すことは慎重であるべきと主張されている⁽¹²⁾。新株発行無効の訴えでは、請求認容の確定判決は

(10) LLI / DB 判例秘書登載 L05931551。

対世効が認められ（会社法838条）、訴訟当事者以外の利害関係者にも効力が及ぶことから、種々の利害関係者の利益を適切に代表することが期待される会社に被告適格が限定されている（会社法834条）。そして、被告会社の背後には新株の保有者のみならず、他の株主や会社債権者などの利害関係者が存在することからすれば、本来二当事者における衡平の観点から妥当な解決を図るという信義則による解決になじまないとする立場である⁽¹³⁾。また、提訴期間その他の訴訟要件は裁判所の職権調査事項であるため、原告は、新株発行を隠蔽した被告会社取締役らには信義則違反を主張できても、裁判所に対し信義則違反を主張できる関係にはないゆえ、「信義則」は、提訴期間経過後の提訴を適法化する根拠にならないとも主張される⁽¹⁴⁾。

他方、訴訟要件は本案判決の要件であって、本案審理の要件ではなく、被告の側から訴訟要件の欠缺を主張して本案審理を拒むことはできず⁽¹⁵⁾、職権調査事項である訴訟要件については、資料収集についても職権探知主義が妥当するものの、任意管轄、訴えの利益、当事者適格に関する資料収集には弁論主義が妥当すると解するのが民事訴訟法上の通説であり⁽¹⁶⁾、訴訟要件の性質に応じた規律を構想すべきとする立場が有力である⁽¹⁷⁾。

この点に関して、提訴期間と同様に、訴訟要件として位置づけられている原告適格の有無について、最三小判平成2年12月4日民集44巻9号1165頁は、株

(11) 最一小判昭和35年9月22日民集14巻11号2282頁は、出訴期間経過後であるか否かは、職権調査事項であるから、原判決が相手方の本案前の抗弁の有無にかかわらずこれにつき判断を与えることは当然であるとする。

(12) 吉本健一「本件判批」金融商事判例1529号（2017年12月）5頁。笠原武朗「演習商法」法学教室444号（2017年9月）146～147頁も、このような法律構成に違和感を示している。

(13) 吉本・前掲（12）5頁。

(14) 鳥山恭一「本件判批」法学セミナー751号（2017年8月）119頁。

(15) 畑瑞穂「訴訟要件の審理・判断」ジュリスト増刊『民事訴訟法の争点』（有斐閣・2009年）98頁

(16) 兼子一『民事訴訟法体系』（酒井書店・1954年）205頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂・2008年）425頁等。

(17) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔補訂版〕』（有斐閣・2006年）7頁。

式の準共有者ではあるが、権利行使者としての指定・通知を欠いている者について、原告適格を有しないのが原則であるが、特段の事情がある場合には原告適格を認める判断を示している。

すなわち、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、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ものというべきである。ただし、商法203条2項(現行の会社法106条)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とされる。

また、最二小判平成10年6月12日民集52巻4号1087頁は、本来、法律関係の確定の要請から例外は認められないものとされてきた⁽¹⁸⁾除斥期間に関する民法724条後段(平成29年改正前)について、不法行為の被害者が不法行為の時から20年を経過する前6箇月内において右不法行為を原因として心神喪失の常況にあるのに法定代理人を有しなかった場合において、その後当該被害者が禁治産宣告を受け、後見人に就職した者がその時から6箇月内に右損害賠償請求権

(18) 最判平成元年12月21日民集43巻12号2209頁は、民法724条後段の20年の期間は被害者側の認識のいかんを問わず一定の時の経過によって法律関係を確定させるため請求権の存続期間を画一的に定めたものであり、不法行為によって発生した損害賠償請求権の除斥期間を定めたものと解するのが相当であると判示する。

を行使したなど特段の事情があるときは、民法158条の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないものと解するのが相当であるとする。

さらに、最三小判平成21年4月28日民集63巻4号853頁は、被害者を殺害した加害者が被害者の相続人において被害者の死亡の事実を知り得ない状況を殊更に作出し、そのために相続人はその事実を知ることができず、相続人が確定しないまま上記殺害の時から20年が経過した場合において、その後相続人が確定した時から6カ月内に相続人が上記殺害に係る不法行為に基づく損害賠償請求権を行使したなど特段の事情があるときは、民法160条の法意に照らし、同法724条後段の効果は生じないとしている。

このように、すでに判例が、本来、訴訟要件である原告適格、および法律関係の早期確定の要請に基づく除斥期間の判断について、「特段の事情」に基づく例外を認めてきていることに照らせば、本判決のように、Y社が本件新株発行を隠蔽していたこと、株主Xは、本件新株発行の事実を知った時から遅滞なく無効の訴えを提起していることを理由に、信義則上、提訴期間が徒過したとすることは許されないとした判旨に違和感はないという見方もあり得る⁽¹⁹⁾。

ただし、二当事者間の法律上の主張の可否に関わる「信義則」をもって、法定された提訴期間の形式的適用を修正するためには、当該会社訴訟における紛争の実態が、原告株主側と被告である会社ひいては会社の業務執行者との二当事者間のものにすぎないと評価されることが前提とされるべきである⁽²⁰⁾。したがって、本件のように、被告Y会社の株主には、原告Xと被告Y1の2名しかおらず、①他の利害関係を有する株主が存在しない場合であること、②非公開会社における新株発行をめぐる争いであり、株式譲渡制限が付されていることから新株をめぐる株式取引の安全に配慮する必要がないこと、③株式の払込みによる会社資産および資本金等の増加について直接的な利害関係を有する第三者が存在しないこと等、法律関係の安定性確保という、提訴期間要件の趣

(19) 田中亘「本件判旨」ジュリスト1519号（2018年5月）112頁参照。

(20) 齊藤真紀「本件判批」ジュリスト1518号（2018年）101頁参照。

旨・目的によって法的な保護を受けるべき利害関係者が存在しない場合であることが、本争点に関する本判決の射程範囲であるものと考えられる。

また、信義則を用いた解決を図る上では、この場合に株主側が提訴期間を遵守できなかった事情と、会社側の帰責事由とを総合的に勘案することが必要となろう。そこで、新株発行無効の訴えに提訴期間要件が定められていることにより法律関係の早期安定化を図ろうとしている法の趣旨に照らせば、提訴期間の起算点につき、株主側が新株発行の事実を知り得た時と解すべきであり、④株主が新株発行の事実を知り得た時から1年以内に提訴している場合であることも要求されるものと解される⁽²¹⁾。

5. 新株発行の不存在事由について

(1) 従来判例の立場

新株発行の不存在事由につき、従来裁判例において、①大阪高判昭和52年8月5日金判545号23頁は、「新株発行による変更登記があっても、権限のない者が新株発行を装うなど全くその実体がない場合である」と述べるのに対して、②東京高判昭和61年8月21日判時1208号123頁は、これに加えて「物理的には存在するような外観を呈していても、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在であると評価される場合も含む」と述べている。現行会社法上の新株発行不存在確認の訴えの対象となるのは、前者の「物理的不存在」に限定されるのか、それとも後者の「評価的不存在」をも含む⁽²²⁾と考えるべきかについて学説においても議論されている。

(21) 砂田太士「判批」法律のひろば41巻4号（1988年）71頁同旨。また、長浜洋一「判批」法律のひろば47巻7号（1994年）78頁、新谷勝「判批」金商判859号44頁は、新株発行無効の訴えの提訴期間の起算点を、例外的に、新株発行を知った時と解すべきとされる。

(22) 不存在事由の分類の呼称につき、庄子良男「判批」判タ975号（1998年）196頁は、「物理的不存在」と「法的不存在」と表現し、松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて（1）」立教法学58号（2001年）155頁では、「実体上の不存在」と「規範上（評価上）の不存在」と表現されている。ここでは、東京高判昭和61年8月21日の表記に従い、「物理的不存在」と「評価的不存在」と表記する。福島洋尚「判批」金商判1131号（2002年）65頁参照。

最判平成9年1月28日民集51巻1号40頁は、新株発行不存在確認の訴えが会社法上の制度として法定される以前の改正前商法下において、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。このような新株発行の不存在は、新株発行に関する瑕疵として無効原因以上のものであるということが出来るから、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としている。

また、最判平成15年3月27日民集57巻3号312頁は、前記最判平成9年判決を引用しながら、「新株発行の実体がないのに新株発行の登記がされているなどその外観が存する場合には…不実の外観を除去する必要があると認められるから…新株不存在確認の訴えを肯定すべきである」とする。

（２）最高裁判決の評価

このような最高裁判決の評価として、同判決は物理的不存在のみを認める趣旨であると捉える立場がある⁽²³⁾⁽²⁴⁾のに対して、不存在事由を明確に示しておらず、評価的不存在が含まれるかどうかにつき最高裁としての判断はいまだに示されていないと評する立場もあり⁽²⁵⁾、その評価が分かれている。

(23) 最高裁調査官解説では、同判決は物理的不存在のみを認める趣旨であるとされている。近藤崇晴「最高裁判所判例解説民事篇平成9年度（上）」（法曹会・2000年）35頁、松並重雄「判批」ジュリスト1254号（2003年）226頁、松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて（2・完）」立教法学71号（2006年）83頁注3。

(24) また、この点につき、久保田安彦『企業金融と会社法・資本市場規制』（有斐閣・2015年）187～188頁は、最高裁が不存在事由をどのように解しているのかは必ずしも明らかではないが、最判平成9年と平成15年の判旨を素直に読むと、不存在事由を株式発行の実体が存在しない場合（物理的不存在）に限定しているようにみえる。そして、実体がない場合というのを文字通りに理解すれば、募集株式発行等の手続がまったくなされていなくに出資の履行もなく、たんに登記があるにすぎない場合になりそうであるとされる。

新株発行の不存在は、新株発行に関する瑕疵として無効原因以上のものであるということができるとする判示からは、手続的・実体的瑕疵が著しいなどの事情があるために法的に不存在であると評価される場合（評価的不存在）を排除する趣旨ではないとみる余地はあるが、そもそも厳密な意味で法的評価を離れた株式発行の不存在はあり得ないことに留意する必要がある⁽²⁶⁾。また、一般的にみて、物理的不存在の典型とされている、新株発行に係る登記は行われているものの、会社を代表する権限のない者によって新株発行が行われている場合、もしくは形式的な出資の履行が全く見られない場合以外の不存在事由を認めるかどうか争点になっているものと思われる。言い換えれば、新株発行の手続に重大な法令違反が認められ、新株発行無効事由があるとされる場合⁽²⁷⁾において、さらに新株発行の事実を株主に秘匿するなどして、新株発行無効の訴えによる株主の救済が妨げられた場合に、これらの瑕疵を併せて新株発行の不存在事由を認めるべきかが問題となる。

（3）現行会社法の下での裁判例の分析

前記最判平成9年1月28日および最判平成15年3月27日を前提に、現行会社法の制定において、新株発行不存在確認の訴え（会社829条）が明文の規定により認められており、このような新しい法制度の下で、新株発行の不存在事由

(25) 中島弘雅「新株発行不存在確認訴訟に関する覚え書き—最高裁平成15年3月27日第1小法廷判決を契機として—」東京都立大学法学会雑誌44巻2号（2004年）76～77頁は、「最高裁平成9年判決は、あくまでも新株発行不存在確認の訴えを認めるべき一つの場合を例示したにとどまり、どのような場合に新株発行不存在確認の訴えが提起できるか、という要件について述べた判例と解することはできない。」として、「新株発行不存在には、物理的に新株発行に該当する事実がまったくない場合のほか、物理的には新株発行が存在するような外観を呈しているも、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在であると評価される場合も含まれる。」と解している。

(26) 福島洋尚「判批」判タ1143号（2004年）102頁、中東正文「判批」民商法雑誌130号3巻（2004年）567頁。

(27) 非公開会社における株主総会特別決議を経ないで株主割当て以外の方法によって行われた新株発行につき、最三小判平成24年4月24日民集66巻6号2908頁は、新株発行の無効原因があることを認めている。

につき、裁判例としてどのような判断がなされているかが注目される。この点、吉本健一教授の分析⁽²⁸⁾を参考にすれば、概ね以下のように裁判例を区分することができる。

便宜上、現行会社法の施行日（平成18年5月1日）以降に判決が言い渡された最近の裁判例を抽出すると、合計20件の裁判例の中で、新株発行不存在事由について言及しているものは7件あるが、そのすべてがいわゆる物理的不存在に限定する立場を採用している（①東京地判平成18年12月20日 LEX/DB L06135150、②東京地判平成19年2月26日 LLI/DB L06230855、③東京地判平成28年8月3日 LEX/DB25536505、④名古屋地判平成28年9月30日（本事件）、⑤東京地判平成28年11月22日 LEX/DB25538211、⑥東京地判平成28年11月29日 LEX/DB25538213、⑦東京地判平成29年9月8日2017WLJPCA09088011）。

また、前記20件中、新株発行不存在確認請求が認容された裁判例は9件あり、その内訳は、a. 代表権のない者によって新株発行が行われたケースが4件（⑧東京地判平成25年2月25日 LEX/DB25510794、⑨東京地判平成26年3月20日 LEX/DB25518359、⑩東京地判平成26年3月26日 LEX/DB25518363、前掲③判決）、b. 株式払込み・現物出資の給付が行われていないケースが3件（⑪東京地判平成19年12月19日 LLI/DB L06235708、⑫東京地判平成21年3月18日2009WLJPCA03188015、⑬東京地判平成26年3月19日 LEX/DB25518358）c. 仮装出資であると認定されたケースが2件（⑭東京地判平成25年2月25日 LEX/DB25510794、⑮東京地判平成29年9月8日2017WLJPCA09088011）ある。

これに対して、d. 支配権争奪目的で行われた違法な手続きに基づく新株発行であっても、代表取締役によって実行されているケースの11件では、いずれも新株発行不存在確認請求は棄却されている（前掲①、②、④、⑤、⑥判決、⑯東京地判平成21年3月9日2009WLJPCA03098006、⑰東京地判平成22年5月30日2010WLJPCA02238002、⑱大阪地判平成24年5月30日金判1454号55頁、⑲東

(28) 吉本健一「新株発行不存在の判断要素—最近の裁判例の分析—」神戸学院法学47巻2・3号151頁以下。

京地判平成28年9月28日LEX/DB25537012、㊶東京高判平成29年3月1日2017WLJPCA03016007、㊶東京地判平成29年3月27日2017WLJPCA03276008）。

このような裁判例⁽²⁹⁾の傾向をもとにすれば、新株発行の不存在が認められるケースは、典型的には、ア. 代表権のない者によって新株発行が行われると同時に、出資の履行が行われていない場合である。また、イ. 代表権のない者による新株発行であるが、出資の履行は行われている場合、もしくはウ. 代表取締役による新株発行であるが、出資の履行が行われていない場合、にも特段の事情がない限り新株発行の不存在が認められることになろう。これは、代表権のない者の行為であれば、外形的・形式的にみて会社自体の新株発行行為が認められないこと⁽³⁰⁾、また出資の履行が行われず、株式発行に関連する登記のみが行われている場合⁽³¹⁾にも、形式的実体としての新株発行は存在していないと評価することが前提とされているものであろう⁽³²⁾。

（４）不存在事由拡大の問題点

学説においては、新株発行不存在確認の訴えは、原則として、物理的不存在のみを原因として提起することができるかと解すべきとする物理的不存在限定説⁽³³⁾がある一方、最近では評価的不存在とされる場合も含むべきとする立場（評価的不存在包含説）も有力に主張されている⁽³⁴⁾。また、評価的不存在包含

(29) 東京地裁判決の大半は、民事第8部判決であり、新株発行の不存在事由を物理的不存在に限定する立場を明確にしているものと推測される。

(30) これに対して、江頭憲治郎＝中村直人編『論点大系会社法6』（第一法規・2012年）140頁〔品谷篤哉〕は、業務執行行為たる観点に立てば、代表権のない者による新株発行の場合、瑕疵を伴うのは事実だが、その者による行為は基本的に無権代理となるため、追認や表見代理により当該新株発行が有効となることもあり得る、とされる。

(31) 株主割当てによる株式発行の場合は、例外的に、出資の履行がなくても、株式分割もしくは株式無償割当ての場合に準じて、新株発行の不存在事由にはならないと解する余地がある。前掲㊶判決参照。

(32) 仮装出資が行われている場合については、形式的な出資があるとみるべきか、最初から計画された払込み仮装の一環であることを重視して新株発行の実体がないとみるべきかについては、他の瑕疵も含めた総合的な判断によって決すべきではないかと思われる。

説は、主に本稿のテーマである新株発行無効の訴えの提訴期間が徒過した場合における株主の救済を主眼に置いた主張であるということができる。

このような不存在事由を拡大すべきとする議論については、新株発行時点における手続的瑕疵の問題のみならず、発行後の業務執行者の態様を含めて著しい瑕疵と評価する点で、新株発行無効事由との区別が明確にならないのではないかという疑念を有する。また、法律関係の早期安定化の確保という要素を損なう懸念がある。そもそも新株発行の不存在は、何時でも誰でもどのような方法でも主張することができる⁽³³⁾。発行からかなりの年月が経った後に不存在が主張されることで紛争の蒸し返しとなるおそれもある。非公開会社の支配権をめぐる争いについては、結局のところ、当事者間で話し合いが持たれたり、金銭の授受により和解に至ったり、違法な手続による新株発行で確立した支配関係をもとに会社の運営が行われているという事実状態が一定程度尊重されている場合もあり得る。会社支配をめぐり紛争を繰り返していた当事者たちが、会

(33) 岡本智英子「判批」法と政治58巻2号(2007年)107頁、中東正文「判批」民商法雑誌130巻3号(2004年)182～183頁は、ここでいう物理的不存在とは、法定の新株発行手続も株式の払込みもまったくない場合を意味すると考えるべきであるとされる。また、江頭憲治郎＝門口正人編『会社法大系第4巻』(青林書院・2008年)301頁〔真鍋美穂子〕は、会社法下での解釈においても、新株発行不存在確認の訴えには提訴期間が定められておらず、新株発行後時間を経てから新株発行が不存在とされた場合には関係人に与える影響も大きくなることから、新株発行不存在事由については旧商法下における議論と同様に、限定的に解するべきであるとされる。さらに、小林量「判批」民商法雑誌117巻6号(1998年)75頁は、「手続的・実体的瑕疵が著しい場合も不存在に含める場合、どの程度の瑕疵が集積すれば手続上および実態上の瑕疵が著しい場合であるといえるのか、その限界はかなり微妙なものとはいえ、その点でそのように不存在事由を拡大的に解することは法的安定性という点では問題とはなりえよう。」とされる。

(34) 坂本延夫「判批」金商判765号(1987年)51頁、庄子良男「判批」判例タイムズ975号(1998年)197頁、岩原紳作「判批」ジュリスト947号(1989年)122頁、田村詩子「判批」判例タイムズ975号(1998年)190頁、瀬谷ゆり子「新株発行をめぐる紛争の解決と無効の訴えの問題点」判例タイムズ859号(1994年)67頁、中島弘雅「新株発行不存在確認訴訟に関する覚え書き—最高裁平成15年3月27日第1小法廷判決を契機として—」東京都立大学法学会雑誌44巻2号(2004年)76～77頁、松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて(2・完)」立教法学71号(2006年)45～47頁、吉本健一「本件判批」金商判1529号(2017年)5～6頁、久保田安彦「企業金融と会社法・資本市場規制」(有斐閣・2015年)191頁等。

社経営の第一線から退き、その後に事業承継等が行われた段階で、過去の新株発行につき不存在確認を求める訴訟が提起されれば、現在の会社運営に関わる利害関係者において多大な不利益が生じることを考えると、非公開会社においても、新株発行をめぐる、早期に法律関係の安定性を確保すべき要請はなお残っているというべきである。したがって、法的安定性確保の観点から、新株発行不存在事由を物理的不存在の場合に限定する本判決を含む裁判所の立場は、原則として是認できるものと評価したい⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾。

-
- (35) 現行の会社法においては、前掲平成9年および平成15年最高裁判決を基に、明文の規定で新株発行不存在確認の訴え（会社829条）が規定されている。会社法828条の規定する会社の組織に関する行為の無効（新株発行無効の訴えはこれに含まれる）は、「訴えをもつてのみ」主張することができるのとされているのに対して、新株発行不存在確認の訴えは、その主張方法が明文規定により制限されておらず、会社法829条に係る訴訟以外に、通常の確認訴訟により不存在を主張することはなお許されていると解するのが素直な見方ではないと思われる。松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて（2・完）」68～70頁においても、新株発行不存在の主張方法について新株発行不存在確認の訴えによっても、他の訴訟の前提問題としても主張することが許容されていると理解すべきとされる。
- (36) なお、本件のように、新株発行の事実が会社支配者によって秘匿された場合は是正手段として、新株発行不存在確認訴訟ではなく、新株発行無効訴訟を用いる立場を採れば、無効判決の確定後の処理として、株式払込金の返還について会社法840条2項に基づき、裁判所が会社財産の状況に照らした返還金額の増減を命ずることができるなど、きめ細かな利害調整を図り得る点においても優れているように思われる。
- (37) 岩原・前掲(34)122頁は、株主総会決議の不存在事由に関しては、手続権を害された側が決議取消の訴えの提訴期間を遵守し得なかった事情から、提訴期間の制限を課すことが妥当か否かという点を判断基準に据えており、新株発行の不存在事由についても同様の考え方を採るべきとされる。しかしながら、株主総会決議の手続的瑕疵に関する取消訴訟もしくは不存在確認訴訟においては、その請求を認容する確定判決の効果が遡及するものの、当該決議が最初から存在しなかったとしても、当該決議を前提として行われた業務執行者の行為（とくに対外的行為）に直接の影響が生じないような結論（各種の表見法理規定の適用・類推適用等）が採られる点において、両者の効果にそれほど大きな差は認められない。これに対して、新株発行の無効と不存在の間には、請求認容の確定判決の効果が遡及するか否かにつき、大きな差異が存し、また当該発行をめぐる新株取引に入った利害関係者、もしくは新株の払込みによる会社規模の増大に新たな利害を有する者が出現することを考えれば、株主総会決議の瑕疵に関する議論と同様の考えを採ることは躊躇を覚える。

6. 新株発行無効の遡及効について

非公開会社の支配権確保を目的とした違法な手続による新株発行が行われ、株主による無効訴訟の提起を妨げるため、当該発行の事実が秘匿された場合につき、本判決のように新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過して提起されたものと扱わず、当該新株発行を無効とする判決が確定した場合、その効果は遡及せず、将来に向かって効力を失う（将来効）のみである（会社法839条）。

そうすると、無効判決の確定前に、発行された新株についての議決権が行使され、会社支配関係に変動を生ずるような株主総会決議その他の業務執行行為が行われた場合に、株主はそれらの決議・行為の瑕疵を主張することができないという問題が生ずる。先に挙げた評価的不存在包含説を前提に、この場合を新株発行不存在事由と捉える立場では、不存在の効果は行為時に遡って及ぶため、発行後に行われた株主総会決議についても、場合によっては不存在事由が連鎖することになり、違法な発行による会社支配の企てから株主を救済することが可能となる⁽³⁸⁾。

本判決においても、新株発行無効の効果は遡及しないことを前提に、後続の株主総会決議の不存在という主張は認められなかった。ただし、本件の特殊性として、XがY会社の運転資金の貸付けを行うに当たり、Y1保有のY会社株式180株（全体の9割）を取得して、Y会社を傘下に収めたと考えたのに対して、Y1は、資金借入れに際して当該株式を譲渡担保に供したにすぎず、すでに借入れた資金を完済している以上は、Xとの関係を断ってY会社の政府系金融機関からの融資による同社の経営立て直しを図るために、本件発行に及んだものであり⁽³⁹⁾、当該180株の帰属を前提とした諸事情を勘案すれば、Xの主張を排斥した結論自体は妥当なものと評価できるであろう。

他方、一般的にみて、新株発行無効判決の確定については将来効しか認めら

(38) 徳本穰「本件判批」私法判例リマックス56号（2018年〈上〉）109頁、林孝宗「本件判批」新・判例解説 WatchNo. 5 LEX/DB 文献番号（25545200）140頁。

(39) 大久保拓也「判批」判例評論709号（2018年）24頁参照。

れないのが原則であるが、株式発行をめぐる法律関係の安定性を確保しようとする会社法839条の趣旨からすれば、提訴期間を徒過した無効訴訟の提起が認められるのは、先に検討したように法律関係の安定性を確保すべき必要性が乏しい場面であり、例外的に同条の適用を目的論的に排除し、遡及効を認める解釈も成り立ちうるのではないかと思われる⁽⁴⁰⁾。

7. 結びにかえて

非公開会社における支配権争いをもとに、違法な手続による株式発行が行われ、またその後、株主による新株発行無効の訴えの提起を阻止するため、当該発行の事実が秘匿されている場合における株主の救済として、本判決は、新株発行につき取引の安全を考慮する必要性がさほど高くないこと、また株主が新株発行の存在を知った日から1年以内に新株発行無効の訴えを提起している事実関係の下で、信義則上、当該訴えは提訴期間を徒過して提起されたものとすることはできず、適法であると結論づけている。

これまでの検討をもとに、このような場合、新株発行の効力発生日から1年と法定されている提訴期間を徒過している場合でも、①新株発行が専ら会社支配権の確保のために行われ、②株主が法定の提訴期間内に提訴できないような秘匿工作が施され、③新株が悪意の引受人の手中に留まっており、さらに④当該新株発行による会社資産の増加について直接的な利害関係を有する会社債権者等の第三者が存在しない場合には、⑤株主が当該新株発行の事実を知り得た日から1年以内に提起された新株発行無効の訴えは、信義則上、適法な訴えとなるものと解される。従来、新株発行不存在事由の拡大という方向で考えられてきた既存株主の利益救済は、新株発行無効の訴えの枠内で行われるべきものとする。また、同訴訟において新株発行を無効とする判決が確定した場合に

(40) 大阪高判平成3年9月20日判例タイムズ767号224頁は、新株引受人、譲受人がいずれも新株発行の無効について悪意であり、会社法の規定を潜脱する意図で行動している場合に、これらの者の株主としての地位の保護を図る必要は毛頭ないから、…新株発行の時点からその無効を主張できるといふべきとして、それ以降の株主総会決議が法律上不存在であると結論づけている。

は、必要に応じて、その効果が遡及し、株主は、当該発行後に行われた株主総会決議等の効力を争うことができるものと理解したい。

たしかに、このような理解は、新株発行無効の訴えの提訴期間を定めた会社法828条1項2項の文言解釈の観点から難点があり、本判決のように「信義則」を用いる等の解釈論が相応しいかについては若干の違和感が残る。他方、新株発行不存在事由の拡大による解決⁽⁴¹⁾についても、株式発行そのものの瑕疵としては、適法な株主総会決議を欠くのみであり、結局のところ、発行後の諸事情を考慮して不存在との評価を与える点に、新株発行無効事由との差異が見出しにくいのではないかという疑念を覚える。また、株式発行の不存在の認定により、遡及的な巻き戻しが行われるのが原則となる点においては、たとえ非公開会社に限っての話であるとしても、法律関係の安定性を損なうおそれが大きいことに配慮すれば、新株発行無効の訴えの枠内で解決を図るべきであろう。

また、最近の裁判例の傾向から見ても、新株発行の不存在については、法律関係の安定性を確保する見地から、代表権のない者による発行または出資の履行の形式が全く伴っていない場合に限定する事案処理が今後も続けられるものと予想される。

—まつい ひでき・東洋大学法学部教授—

(41) 新株発行不存在事由を評価的不存在にまで拡大することで、この場合の株主の救済を図ろうとする立場として、岩原・前掲(34)123頁では、原告となる株主側の提訴期間を遵守できなかった事情と、被告となる会社側の帰責事由とを総合的に考慮すべきであるとしうえて、①会社側が専ら支配権維持の目的で株式を発行していること、②提訴期間内に新株発行無効の訴えを提起できないよう工作されていること、③新株が代表取締役の支配下にある悪意者の手元に留まっていることを不存在の認定要素として挙げている(同122頁)。また、松井・前掲(23)も同様に、①著しく不正な方法による新株発行が行われていること、②新株発行が意図的に気づかれないようにされていること、そして③定時総会の不開催に見られるように、事後的な違法行為が行われていることを挙げている。さらに、田中・前掲(2)113頁も、①新株発行に重大な瑕疵があること、②そうした瑕疵ある発行を会社が意図的に行っていること、③株主に対し新株発行を秘匿していること、および④当該新株発行について取引の安全を考慮する必要性が小さいといった事情の蓄積により新株発行は不存在になるとしている。