

Title	〔商法 三七二〕 代表取締役が取締役会の決議を経ないでした取締役解任の株主総会決議が不存在とされた事例ならびに代表取締役が取締役会決議を経ないでした新株発行が無効とされた事例
Sub Title	
Author	鈴木, 千佳子(Suzuki, Chikako) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1997
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.70, No.8 (1997. 8) ,p.153- 164
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19970828-0153

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔商法 三七二〕

代表取締役が取締役会の決議を経ないでした取締役解任の株主総会決議が不存在とされた事例ならびに代表取締役が取締役会決議を経ないでした新株発行が無効とされた事例

大阪高判平成三年九月二〇日
平成元年(ホ)第三四六号仮処分異議控訴事件
判時一四一〇号一〇頁、判タ七六七号二三四頁

〔判示事項〕

- 一 代表取締役が取締役会の決議を経ないで招集した株主総会決議の効力は、特別事情のない限り、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。ところが本件には特別の事情が認められ、株主や第三者の信頼の保護を考慮する必要があると認められ、特にY₂の株主総会招集目的が、不当なものであることを併せ考えると、結局、右株主総会決議は、取締役会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、株主総会決議取消の訴による取消をまつまでもなく、不存在であるとするほかはない。
- 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

執行の側面がある一方、本来的には会社の人的・物的基礎に變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、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。

三 商法二八〇条ノ一七第一項は「新株発行ヲ無効トスル判決ヲ確定シタルトキハ新株ハ将来ニ向テ其ノ効力ヲ失フ」と規定しているから、本件新株発行に無効事由があるとしても、決議がなされた当時は有効な株式であり、これらの株式を保有する者らが株主総会に出席して決議に参加しておれば、右決議が有効なものになると解する余地がないではない。しかし、 Y_2 や新株引受人、譲受人らの株主としての保護を図る必要は毛頭ないから、 X は新株発行差止の訴え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。

〔参照条文〕

判示事項一について、商法二三一条、二四七条、二四八条、二五二条。判示事項二・三について、商法二八〇条ノ二、二八〇条ノ一五、二八〇条ノ一七。

〔事実〕

Y_2 （仮処分被申請人、控訴人）は終戦後父の営む旅館業の手伝いをしていた際、韓国人で現在の大韓民国から来日していた原告 X （仮処分申請人、被控訴人）と知り合い、 Y_2 の両親の反対を押し切って事実上の婚姻生活（内縁）を始め、子供四人をもうけた。 X は漁具類などの闇商売をしていたが、種々の危険をとめない事業は思うにまかせなかつたため、 Y_2 は X に相談の上、親戚の協力も得て、うどん・飯屋をはじめ、この仕事の内容も次第に広がり、 X も仕事に専従することになった。昭和二十九年二月、すでに営まれていた X と Y_2 の個人商店による利益により、資本金三〇万円（株式数六〇〇株）で Y_1 株式会社（仮処分被申請人、控訴人）が設立されたが、二人を除く他の発起人、また、設立当時の取締役・監査役は名義を借りたものに過ぎなかつた。設立当初から、二人は取締役兼代表取締役に就任し、そのように登記もなされている。 X が資金繰りや銀行に対する融資依頼など営業面全般を担当するほか、金銭出納、

小切手支払を行い、 Y_2 が従業員の人事・管理のほか、に經理全般を担当していた。当該会社は当初は兩名のみの共働きによる零細な個人商店の様相が濃かったが、二人の夫婦仲も円満で昼夜も惜しまず働き続けた結果、三二年頃から文具の注文（外交）販売で売上を伸ばし、四〇年からは貸ビル業へと発展していった。三七年六月一九日に一八〇〇株（資本金九〇万円）、三九年一月一日に七二〇〇株（資本金四八〇万円）の新株発行が行われた。また、四八年八月頃、名義上の取締役の退任により、後任の取締役に長男 Y_6 をあてたが、 Y_6 が米国へ留学することに決まっていたためその費用を取締役報酬で負担するたにたしたものであつて、 Y_6 も名義上の取締役である。 Y_1 会社は、五四年八月一七日まで株券を発行したことはなく、また株主名簿も作成されたことはなかったし、正式の株主総会および取締役会も一度も開催されたことはなく、重要な局面においては、二人が相談しながら経営に当たっていた。

四六年一〇月頃、 X は久しぶりに韓国へ帰国したが、この頃韓国に X の妻や子供がいることが Y_2 の知るところとなり、以後急速に二人の仲は悪くなり、仕事や家庭においても種々の対立を生むようになった。そして、五四年八月下旬頃から $X \cdot Y_2$ の対立は更に激しくなり、 Y_2 は同月一〇日

頃それまで X が本店社長室に保管していた会社の代表者印、銀行届出印、帳簿その他の書類などを X の断りなく持ち出し、 X を取締役及び代表取締役から排除しようと考え、翌一日 Y_1 会社の設立以来初めて取締役会招集通知を X に発送したが、その内容は X の代表取締役解任及び X の取締役解任などを決議事項とする株主総会開催の件を決議事項とするものであったため、 X はこれに怒り、右取締役会に出席しなかった。そこで Y_2 と Y_6 は、一五日、 X を代表取締役から解任すること及び X を取締役から解任することを決議事項とする株主総会を三〇日に開催することを決め、右内容の議事録を弁護士に記載してもらい、 X を代表取締役から解任する旨の登記を了するとともに、右株主総会の招集通知を X に発した。 X は同一五日 Y_2 に対し、右取締役会が無効である趣旨の通知をし、その後、 Y_2 に対し、同人が主催する取締役会及び株主総会が無効である旨通知し、また、同二三日、 Y_2 会社は自らを一人株主とする一人会社であるとして、招集通知をすることなく株主総会を開催し、自分を含む三人の取締役と一人の監査役の選任を決議した。同三〇日、前述の招集通知に従って株主総会が開催され、 X を取締役から解任し $Y_7 \cdot Y_8$ を取締役に選任する旨の決議が行われたとしてその旨の議事録を作成した。 X

は、新たに選任された取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分申し立てを行い、 Y_2 は、仮処分の対象となつてゐる取締役の全員の辞任と同一人の選任の登記を繰り返して、 X も対抗して仮処分の申し立てを繰り返した。

そして、更に Y_2 らは、同年一月二四日と二月七日に取締役会で新株発行を決議し、これにつきそれぞれ二月二一日（額面普通株式一万四〇〇株、一株の発行価額三五〇〇円）と五五年一月一日（額面普通株式一万八〇〇〇株、一株の発行価額一〇〇〇円）に発行し変更登記をなしたが、これらとともに公募の手續をとらず、 Y_2 自身と、その子供・両親など親しい者、全一二名を新株引受人として行われ、二回目の払込金一八〇〇万円のうち一五〇〇万円については、 Y_2 が知人から借り入れ、他の引受人の代払いをしている。そして、この新株発行の結果、 Y_2 らは昭和五五年一月六日に取締役・監査役の辞任と新たな選任をなしたとして議事録を作り、八日に登記を了した。また、二月二三日にも同様の手續が行われた。また同年三月一四日から一七日にかけて、このうちの一万七〇〇〇株が Y_2 の知人の紹介により Y_2 とは以前特に面識のないFほか六名に一株一〇〇〇円で譲渡されている。

そこで、 X は、五五年二月二三日の株主総会における選

任決議の不存在・無効の訴を本案とする、取締役・代表取締役・監査役の職務執行停止および職務代行者選任の仮処分を申請し、大阪地方裁判所は右仮処分をする旨の決定をした（大阪地裁昭和五五年三月二六日（ヨ）第八八一号仮処分決定）。これに Y らが異議申立を行い、それも退けられたので（大阪地裁平成元年二月八日昭和五五年（モ）第七五五六号）、控訴したのが本件である。原審では、 Y_1 会社は $X \cdot Y_2$ が互いに協力の結果発展したものであるため、民法七六二条二項の趣旨に鑑みれば、両者は全株式を共有で取得したというべきであり、その持株割合は民法二五〇条から各二分の一と解するのが相当とした上で、互いに自己に有利な取締役選任登記を勝手になし、相手方を非難・中傷する文書を Y_1 会社の取引先に送付するなど会社の業務の円滑な通行が著しく疎外され、このままでは Y_1 会社に回復したい損害を生じさせる恐れが大きいため、保全の必要性があると認めている。控訴審では、 Y_2 らは非保全利益の不存在と事情変更による仮処分の取消を新たに、また、昭和五四年八月三〇日の株主総会の有効性と本件新株発行の有効性を補足的に主張した。本判決は、基本的には原審判決を引用した上、それぞれの問題につき、より詳細な理由をつけ加えて論じている。

〔判旨〕

控訴棄却（確定）

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しの訴えによつて取り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、①Y₁会社の株主は、XとY₂の二名のみである。②また、Xは、前記の取締役会は無効である旨Y₂に対して通知した。③Y₁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たことがない。したがって、それらの議事録もない。④Y₁会社は、これまで一度も株券を発行したことがない。⑤さらに、右株主総会決議は、Y₂がY₁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、前記のよ

うな株主や第三者の信頼を保護する必要は、全くないし、特にY₂の株主総会招集目的が、不当なものであることを併せ考えると、結局、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えによる取消しをまつまでもなく、不存在であるとするほかはない。」

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ている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、会社の資本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、すなわち組織法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、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になるものと

解するのが相当である。

そこで、この視点にたつて、本件新株発行の効力を無効とする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が必要がなく、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つてされたものであつて、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、引受人及び譲受人が、前記のように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うべきである。」

三 「もつとも、商法二八〇条ノ一七第一項は、『新株発行ヲ無効トスル判決ガ確定シタルトキハ新株ハ将来ニ向テ其ノ効力ヲ失フ』と規定しているから、本件新株発行に無効事由があるとしても、昭和五五年一月六日の原判決別紙決議目録(三)の決議がなされた当時は有効な株式であり、したがつてこれらの株式を保有する者らが株主総会に出席して決議に参加しておれば、右の決議が有効なものになる

と解する余地がないではない。

また、新株発行の無効は、原則として新株発行差止の訴えによつてのみこれを主張し得るものであるから、右訴えの確定を待たずしてこれを主張することにも問題がないとはいえない。

しかし、前記認定した本件新株発行の意図、経緯、その方法特に Y_2 が二回目の新株の払込金一八〇〇万円のうち金一五〇〇万円をほかの引受人のために代払いをしていることなどの事情もあわせ考えると、本件新株発行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図る必要は毛頭ないから、 X は、新株発行差止の訴え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ふべきである。したがつて、昭和五四年八月三〇日以降に行われた Y_1 会社の株主総会決議は、いずれも法律上不存在であるという前記の結論は、形式上本件新株発行がされたことによつて、ならん左右されるものではない。」

〔研究〕

判旨一、三については、結論に反対。判旨二については、結論には賛成するものの、理論構成に疑問がある。

一 当該判決で問題になった株式会社は、個人企業から法人なりしたものであるが、株主は事実上の婚姻関係にあつた夫と妻の二人のみであり、この二人が取締役・代表取締役を兼ね、所有と経営の完全に一致した会社である。また、会社設立後も株主総会・取締役会を開いたことは一度もなく、また株券も発行したことがないというように、紛争発生以前においては、商法の規制をまったく無視した形で会社の経営が行われていたといえることができる。しかしながら、いったん紛争が起こると当事者は、商法の手続を意識し始め、取締役の解任を目的とした株主総会決議とその効力をめぐって双方の攻防が始まったといつてよい。すなわち、 Y_2 側が株主総会を開き X の解任と新たな取締役の選任を決議すると、 X はそれに対し、選任された取締役の職務執行停止を請求し、 Y_2 もまた、職務執行停止の対象となつた取締役の辞任と新たな選任をしてこれに対応することが、何度も繰り返された。当該判決は、以後詳説するように、判示事項二はこれまでの判例の中で一部認められてきていた、いわゆる折衷説を受け入れた結論をとるが、一と三に

おいては、これまでの判例・学説では認められていなかった場合に、事件の特殊性を考慮して、株主総会決議の不存在と、新株発行の発行時からの無効を認めただ点で、注目すべき点を多く含んでいる。しかし、例え、過去において商法に従わずに経営を続けてきた会社であるとはいへ、当該判決の解釈には論理的に飛躍をしているという印象を否めない。したがって、以下、判決の順序に従つて、まず、当該総会決議の瑕疵は決議取消の訴によるべきか、あるいは不存在確認の訴によるべきかの問題を、次に、取締役会決議を欠くことは新株発行の無効原因になるかを、そして最後に新株発行の無効を発行時に遡つて主張することができるかについて、検討を進めたい。

二 判決は、代表取締役が取締役会決議を経ずに招集した株主総会決議の効力は、原則として決議取消事由になるとしている。従来の判例（最判昭和四六・三・一八民集二五巻二号一八三頁、東京高判昭和三〇・七・一九下民六巻七号一四八八頁、佐賀地判昭和三四・二・一九下民一〇巻二号三二三頁、名古屋地判昭和五〇・六・一〇下民二六巻五〇八号四七九頁、大阪地判昭和五二・二・二金商五三九号五四頁、東京地判昭和二九・七・二下民五巻七号一〇〇九頁は、有効であり、取消原因とはならないとする。）、通説

もこのことを認めている。

それに対し、判例では、代表取締役あるいは招集権限を有する者の招集によらず株主総会が開催された場合を、決議不存在としている（最判昭和四五・八・二〇判時六〇七号七九頁、東京地判昭和二九・一二・二七判夕四四号五二頁。名古屋地判昭和四六・一二・二判時六五九号八八頁。

札幌高判昭和五五・九・三〇判夕四二七号一八〇頁。東京高判昭和六二・一〇・二八判時一二六〇号五四頁。なお、最判平成二・四・一七民集四四卷三号五二六頁は、その選任手続等に瑕疵がある代表取締役によって招集された総会決議を不存在とする。決議不存在とは、従来 of 通説・判例の理解では、総会開催の事実が全くないか、決議が事実上存在しない場合、あるいは、一応総会ないし決議と称するされるものは存在するが、その成立過程に著しい瑕疵があり、法律上決議不存在と評価すべき場合をいい、昭和五六年改正以前において商法二五二条が改正される以前から、これには決議不存在確認の訴を提起できると解していた（小島・新注会（五）三八四頁）。決議不存在確認の訴には、判決の効力に対世効を認めるか否か、または旧二五二条を類推できるか否かについて、議論があったが、決議無効確認の訴と並んで不存在の訴が規定されている現行法におい

ては、これらは問題なく認められている。

しかし、この決議の不存在は、誰でもいつでも主張を許されるのに対して、決議取消は訴によるべきであり、その提訴権者（株主、取締役、監査役）が限定されており、また、提訴期間（決議から三ヶ月以内）を徒過すると、その主張は認められなくなるため（商法二四七条一項、二四八条一項）、その主張方法に差異があり、それが利害関係人の利益に大きく関係することがありうる。後者は、総会決議はそれを基礎として社团的取引的關係が発展するため、その法的安定性を図る必要があると考えられるためである（大隅 II 今井・会社法論中巻（第三版）一一二頁）。問題は、商法に規定された手続の瑕疵により総会決議が取消の訴の対象となるか、不存在確認の訴の対象となるかであるが、その明確な基準を与えることは、非常に難しいと考えられている。例えば、招集通知の欠缺についても、すべての株主に招集通知がなされなかったものは決議不存在の問題となり、株主の一部に対する通知漏れに過ぎないものは決議取消の対象となることは判例・学説ともに認めるところであるが（前田（重）・新注会（五）四五頁）、このどちらにも含まれない通知漏れの場合、欠缺の程度を「著しい」と評価するか否かによりその結論は異なる（岩原・新

注会（五）三一八頁）。

しかし、当該判決は更に進んで、これが決議取消に当たるのは、代表取締役がその名において招集を行った以上、株主やその他第三者に対して、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が、本件では特別の事情により株主や第三者の信頼を保護する必要がないことと、株主総会招集目的が不当であることを理由に、決議を不存在であるとしている。この特別事情として、判決は、①Y会社の株主がY₂とXの二人のみであること、②Xは取締役会が無効である旨通知していたこと、③Y会社は同族会社で、これまで一度も取締役会も株主総会も開催したことがないこと、④Y会社は株券を発行したことがないこと、⑤株主総会決議はY₂がY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を目的としてなされたことを挙げ、これらすべての事情を勘案すると、当該株主総会決議をなすに至った経緯をも含めて株主総会決議の著しい瑕疵と評価して、決議を不存在と解するのを適当としている（この判断に賛成するものとして、伊藤（壽）・金商八八七号四四頁、別府・鹿児島大学法学論集二八巻二号一三四頁、難波・判夕八二一号一九二頁。この見解を一般化することについて疑問を呈するものとして、受川・税経通信四

八巻七号二六七頁、吉本・商事法務一三九七号六七頁）。

しかし、それらの経緯はどうあれ、決議の瑕疵は当該株主総会に関するもののみが判断の対象となり、それ以外の事情を持ち込むのは正当な判断とは言いがたい。

したがって、当該事例においても、判決が最初の部分で認めるように、代表取締役による招集であるため株主や第三者に適法な招集通知がなされたという信頼を一応生ぜしめていることから（前田（重）・前掲三五頁）、当該決議の瑕疵は著しい瑕疵とは考えられず、決議は取消の対象になると考えるが、この点を反対解釈し、この信頼を保護する必要がなければ瑕疵の程度は著しくなると評価することにつながる理由は強引であり、賛成することはできない。また、決議不存在と評価するための基準の一つを「商法が決議の手続の瑕疵の主張について設けている制約を排除するのが妥当であるかどうか」に求めるべきとの説も存するが（前田（庸）・実務民事訴訟講座（五）三〇頁、小島・前掲三九九頁）、これらの効果は、法律の適用の結果認められるものであって、結論からさかのぼって、本件決議を不存在と解することは、事例の内容により結論を恣意的なものとする恐れがある。決議が不存在か否かはそれが事実として（物理的に）不存在かあるいは不存在と同一

視できるほどにその手続の欠缺が著しいかどうかの法的な評価にかかわって考えると考える。また、Y₂の招集目的が不当であることも判決は指摘するのであるが、例えば総会解散後に一部の株主が集まって決議をなした場合には、他の株主排除の意図が推断されるが、その時決議が存在とされるのは、一部の株主の意図が問題となではなく、株主総会とみなされる集会自体の成立がないからであると考える（これに対し、前田（庸）・前掲三二頁以下、前田（重）・前掲四五頁は、招集者側の主観的事情を問題にする説があることを示唆する。）。

三 次に、判決は取締役会の決議を経ないで行った新株発行の効力について問題にしている。この点に関しては、学説は有効説、無効説、折衷説に大きく分かれる。有効説は、昭和二五年改正で授權資本制度が採用された結果、新株発行は業務執行に準ずる行為であると取り扱われるようになったと解し、また、取締役会決議は会社の内部の手続にすぎないから、取引の安全を保護すべきだとしているのに対し、無効説は、その組織法上の行為である性質を重視して、取締役会決議は昭和二五年改正前の増資決議に相当するものとして、これを欠く新株発行は当然無効であると考える。また、折衷説は、有効説に立ちながら、当初の引受人また

は悪意の譲受人のもとに新株がとどまっているかぎりでは新株の無効を主張し得るとして、いわゆる相対効を認める立場である。判例においては、最高裁昭和三六年三月三十一日判決（民集一五卷一四号六四五頁）の後、一貫して有効説が取られてきたが、下級審では発行会社の特別事情を考慮して、新株発行を無効とする判断もあり（大分地判昭和四七・三・三〇判時六六五号九〇頁、名古屋地判昭和五〇・六・一〇下民二六卷五二八号四七九頁、浦和地判昭和五九・七・二三判夕五三三三号二四三頁）、折衷説の影響が見られ、当該判決は、原則としては代表取締役が取締役会の決議を経ないで行った新株発行の効力に関して新株発行無効の訴の原因にはならないとしているが、特に取引の安全を害しない特別の事情が認められるとして新株発行を無効としてよいと判断しているのであって、折衷説を支持するものといえよう。

しかし私見は、新株発行は組織法上の行為であることを前提にすれば、取締役会決議を欠く新株発行は無効と考えるべきであるが（拙稿・法研六三卷四号一〇八頁以下）、取引安全の見地から譲受人が取締役会決議を欠くことを知らず、かつ、知らないことについて重過失がない場合には、会社は新株の譲受人に対して無効を主張することができな

いと考えているので（拙稿・法研六六卷二二号一八六頁）、判決は結論的には誤りではないが、理論構成にはなお賛成することができない。また、判決は、「従来の株主の株式比率を相対的に低下させ、会社支配の目的」のためにのみなされた新株発行であることも、合わせて新株発行無効原因になると考えているようであるが、「著しく不正な方法による新株発行」は新株発行差止の原因にはなっても、無効原因にはならないとするのが通説で、この点は考慮することはできない（同旨・受川・前掲二六八頁）。しかし、平成二年改正で譲渡制限会社の株主には、持株比率の維持と会社支配に関する利益の享受の重要性にかんがみ、法律上当然に新株引受権が法定されており（商法二八〇条ノ五ノ二）、この場合に新株引受権の無視による新株発行が行われた場合には、改正前の定款により付与された新株引受権を一般的に無視した発行が無効事由と考えられていたことから、同様に新株発行無効の訴の原因となることが考えられる。しかし、当該事例が問題になった時点では、新株引受権は会社が取締役会決議で付与できるものとしていた法制の下での事件であるので、不正な方法による新株発行は、新株発行の差止の対象とはなるが、無効原因としては考慮できないとすべきであつて、判決の解釈には混乱

があるように思われる。更に、新株の発行の無効主張は新株発行差止の訴とは無関係にすることが可能であるのに、「新株の発行の無効は、原則として新株発行差止め訴えによつてのみこれを主張し得るものであるから」としている点もまた誤りである。

四 昭和一三年改正において資本増加無効の訴が規定されるまでは、資本増加の無効は一般原則に従い、いつでも誰でも主張し得るものとされていた。しかし、設立無効に関する規定が増資の無効に類推されるべきことが主張されるに至り、新株主・会社債権者と会社間の法的安定や株式取引の安全を害する恐れがあるという理由によつて、昭和一三年改正では資本増加無効の訴が法制化された。設立無効の訴を模して作られた制度であるので、無効を主張し得るものの範囲を限定すること（株主・取締役・監査役）、主張の期間を制限すること（発行の日から六ヵ月）が踏襲され（商法二八〇条ノ一五）、また、解釈上も無効原因をできるだけ制限的に解すべきとされた。また、無効の判決の効力は、法律関係の画一的確定の要請により、既往にさかのぼらず将来にむけてのみ生ずることも（商法二八〇条ノ一七第一項）、両制度において共通する点である。

これに対し、新株発行の手続は全くなされず新株発行の

登記がなされているに過ぎない場合には、学説は新株発行不存在として、一般原則に従い訴によらず、いつでも誰でも主張することができる(近藤・新注会(七)三四一頁)、それを認めた判例もある(例えば、福岡高判昭和三〇・一〇・一二高民八卷七号五三五頁、東京高判昭和六一・八・二一判時一二〇八号一二三頁)。しかしながら、当該判決は、新株発行を不存在と考えているという点はどこにも伺われず(別府・前掲一三六頁以下は、新株発行不存在の訴を再確認する判例と評価するが、当該判決は新株発行の無効の主張を発行時にさかのぼって認める趣旨である。同旨・吉本・前掲六八頁)、新株発行無効原因になるとしながら、二八〇条ノ一七第一項の適用のみをはずすことは、論理的に一貫性を欠き、許すことができない。

五 当該事件は事実関係が非常に複雑であり、また、従来会社法の規定を遵守しないで経営を行ってきた経緯のある会社の事件であるが、当該判決は会社の実態および結論の妥当性を志向するあまり、従来の判例・学説と異なる解釈を示すものである。判決は X と Y_2 の持株を各々二分の一と認定し、 Y_2 側が行ってきた手続をすべて適法なものとは認めないという立場を貫くので、当該会社は事実上存在しているのに、活動を行おうとしても何一つ適法な意思決

定を行えないという事態は一向に解決しない。裁判所は、暗にこのような会社は会社自体が不存在であるというものかもしれない。つまり株主は裁判所に対し会社の解散を請求し(商法四〇六条ノ二)、会社を解体して株主がそれぞれの持分に対する残余財産の分配を受けるしか方法を取るしか途はなく、そのようにして会社に関する利害関係者の法律関係が解消することが適法な状態への回帰であるとするのではないだろうか。しかしながら、会社が存在し活動を続けてきたことは事実であって、このような会社を解散に導くことは安易な方法ではあるが、企業維持の見地からいっても好ましいものではない。したがって、当該事例の解決としてこれが最良の方法であるとは言えないと考える。また、これを先例として他の事例にも同様の解釈を持ち込むことについては、なおさらのことその必要性、可能性を見いだすことができない。上記で検討してきたように、従来の判例・学説が認めてきた原則は妥当であって、それに従って本件も解釈されるべきであったと考えられるから、結局、当該判決が導く結論にも賛成することはできない。

鈴木千佳子