

Title	〔商法四二二〕 新株発行不存在確認の訴えの出訴期間 (高松高裁平成一二年一月二〇日判決)
Sub Title	
Author	岡本, 智英子(Okamoto, Chieko) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2002
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.75, No.6 (2002. 6) ,p.117- 129
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=AN00224504-20020628-0117

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 四二二〕 新株発行不存在確認の訴えの出訴期間

（高松高裁平成二二年一月二〇日第二部判決
 平成二〇年（ホ）第三七号新株発行不存在確認請求控訴事件（上告）
 判タ二〇四二号二四〇頁）

〔判示事項〕

新株発行不存在確認の訴えは、明文の規定がないのに新株発行無効の訴えに準じて認められるものであり、しかも判決に対世効という強い効力があることを認めるものであるから、出訴期間についても新株発行無効の訴えに準ずるのが当然というべきである。

〔参照条文〕

商法二八〇条ノ一五第一項

〔事実〕

Y会社は、Aが中心となって昭和二五年一月二二日に設立された株式会社であって、設立後、順次、新株を発行して増資するとともに、発行する株式の総数も増加し、昭

和五七年七月当時、発行する株式の総数は六〇万株、発行済株式の総数は額面株式一五万株（一株の金額一〇〇円、資本の額一五〇〇万円）であった。Aは、Y会社の設立以来、その株主であり、かつ、代表取締役であった。

Y会社は、平成元年八月一二日の取締役会で、額面株式三万株の新株を発行し一般公募の方法により割り当てる、発行価額は一株一〇〇円とし払込期日を同月二九日とする旨決議し、Aの長男であるBが二万五〇〇〇株を、Bの妻であるCが五〇〇〇株をそれぞれ引き受けて右期日に払込を了したとして、発行済株式の総数が一五万株（資本の額が一五〇〇万円）から一八万株（同一一八〇〇万円）に変更された旨の登記を受けている（以下「元年の新株発行」と

いう。)

Y 会社は、平成二年九月三〇日の取締役会で、額面株式七万株の新株を発行し一般公募の方法により割り当てる、発行価額は一株一〇〇円とし払込期日を同年一月七日とする旨決議し、B が五万株を、C が二万株をそれぞれ引き受けて右期日に払込を了したとして、発行済株式の総数が一八万株（資本の額が一八〇〇万円）から二五万株（同二五〇〇万円）に変更された旨の登記を受けている（以下「二年の新株発行」という。）

A は「元年の新株発行」と「二年の新株発行」はいくつもの手続的・実体的瑕疵が併存しており法的評価において不存在とすべきであるとして、平成四年一月一日、右各新株発行の不存在の確認を求める訴えを提起したが、原審係属中の平成八年一〇月一日死亡し、相続人（子）である X₁（Y の取締役）X₂ が A の株式を相続して訴訟を承継した。

原審（徳島地判平成一〇年一〇月一日・判タ一〇四二号二四五頁）は、「新株発行についても、その瑕疵が著しい場合、例えば、新株発行の登記がなされているが、物理的に新株発行に該当する事実が全く存在しない場合とか、物理的に存在するような外観を呈している、その手続的、

実体的瑕疵が著しいため不存在として評価される場合には、新株発行不存在として、新株発行無効の主張（商法二八〇条の一五）におけるような制限なしに何時でも誰でもその不存在を主張することができる」と判示したうえで、まず、本件の新株発行では、払込期日に払込金が指定の銀行に支払われており、それにもつき変更登記がなされている事実などを認定して、「本件新株発行の事実が物理的に全く存在しないということではない」とした。さらに、A が昭和二五年に Y を設立し、その後、Y の経営は B に任せるようになっていたが、平成元年と平成二年に本件新株発行がなされた後、平成四年六月頃になって突然、B に対して本件新株発行について異議を申し立てた経緯を詳細に認定したうえで、Y では、本件の新株発行について現実に取締役会が開催されたことはなく、
「本件においては、これを著しい瑕疵とみることはできず、本件新株発行が不存在であると評価することはできない」として、X₁X₂ の請求を棄却した。

X₁X₂ はこれに対して、本件各新株発行は①代表取締役の不関与、②取締役会決議の不存在、③新株発行事項の通知の欠如、④新株発行条件の不正などの幾つもの手続的・実体的瑕疵が併存しており、これらを総合すれば、その瑕

疵の程度が極めて著しいから、本件各新株発行は、法的評価においては不存在といふべきであると主張し控訴した。

〔判旨〕

原判決取消・訴え却下

商法は、特別の訴えとして、新株発行無効の訴えを認め、その訴訟要件、判決の効力等を明文で規定している（商法二八〇条ノ一五以下）。これによれば、新株発行無効の訴えは、新株発行の日から六箇月内のみ（同条一項）、株主、取締役、監査役に限り（同条二項）、会社を被告として提起することのできる形成の訴えであり、新株発行を無効とする判決は第三者に対してもその効力を有するが（同法二八〇条ノ一六において準用する一〇九条一項）、新株は将来に向かってのみその効力を失う（同法二八〇条ノ一七第一項）のである。商法が、このように、出訴期間及び原告適格を制限するとともに（なお、被告適格に関する明文の規定はないが、判決に対世効を認める以上、当然、当該株式会社だけに被告適格があると解すべきである）、認容判決に対世効を認めるが遡及効は否定する特別の訴えを創設した趣旨は、新株発行が会社と取引関係にたつ影響を及ぼす可能性があるために、新株発行に無効原因がある場合であっても、その新株発行を前提として形成されていく

新たな法律関係をいつまでも覆し得ることとし、あるいは遡及して覆し得ることとするのは相当ではなく、また、認容判決の効力が訴訟当事者間においてのみ相対的に生ずるとするのも相当でないことから、新株発行に伴う法律関係を早期かつ画一的に確定することにあると解せられる。

商法は、右のとおり、瑕疵のある新株発行について、これを形成的に無効とする特別の訴えを創設しているが、本件のような新株発行不存在確認の訴えについては何ら規定していない。しかしながら、新株発行の無効というのは、論理的に、新株発行が存在していることが前提となるが、効力を論ずる以前に、そもそも新株は発行されていない、すなわち不存在であるにもかかわらず、新株発行の登記（商法一八八条三項、六七条、商業登記法八二条）がされているなど、あたかも新株発行がされているかのような何らかの外観が生じていることがあり得るのであって、このような外観がある場合には、新株発行の不存在を主張する者が、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その不存在の確認を得る必要があることを否定できないから、商法の明文の規定は欠いてはいるが、新株発行の不存在についても、新株発行無効の訴えに準じて、その旨の確認の訴えを肯定するのが相当である。そし

て、新株発行不存在確認の訴えは、明文の規定がないのに新株発行無効の訴えに準じて認められるものであり、しかも判決に対世効という強い効力があることを認めるものであるから、出訴期間についても新株発行無効の訴えに準ずるのが当然といふべきである（このように解しても、①新株発行不存在確認の訴えには、無効事由が存在するにすぎないのに、出訴期間が経過しているため、発行手続等の瑕疵が著しく不存在と評価すべきであるなどとして提起されるものが少なくないこと、②出訴期間経過後であっても、新株発行の存否が前提になる訴訟において、その不存在を主張できること（ただし、その訴訟の判決には対世効はない。）からして、不存在を主張する者の保護に欠けるわけではなく、かえって、出訴期間の制限がないとすれば、新株発行に伴う法律関係の安定が著しく損なわれるというべきである。）。したがって、本件訴えは、それ自体は肯認されるものではあるが、元年の新株発行の登記がされた日から三年余り後、二年の新株発行の登記がされた日から二年余り後の平成四年一月一二日に提起されたものであるから、出訴期間経過後の訴えとして不適当といふべきである。

なお、本件訴えが、対世効のある特別の訴えではなく通常の確認の訴えであるとしても、それは、過去の事実関係

ないし法律関係の確認を求めるものであり、このような訴えに確認の利益を認めるには、現在の権利関係又は法律関係を確認することが必ずしも紛争の直接かつ本格的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合であることを要するところ、新株発行の外観があつても、その実体が存在しないのであれば、これを主張する者は、新株発行の不存在を前提として、株主権の不存在確認の訴えを提起するなど、個別的な権利救済を図ることができるから、判決に対世効のない通常の確認の訴えとして新株発行の不存在を確認することが、紛争の直接かつ本格的な解決のため最も適切かつ必要であるとは認められず、したがって、通常の確認の訴えとしての新株発行不存在確認の訴えには、確認の利益がないといふべきである。

〔研究〕

訴え却下に反対である。

一 新株発行の効力を争う訴えとして、新株発行無効の訴えが商法二八〇条ノ一五以下に規定されている。新株発行無効の訴えに関しては無効原因の解釈をめぐり、判例・学説上多くの議論があることは周知のとおりであるが、新株発行の効力を争う訴えとして、規定がないにもかかわらず、新株発行不存在確認の訴えが提起されることがあり、新株

発行不存在確認の訴えそのものが否定されることはなかった(①大判大正一〇年九月二八日(大審院民事判決録二七号一六四六頁)、②東京地判昭和二八年六月一二日(下民集四卷六号八七〇頁)、③福岡高判昭和三〇年一月一二日(判時六六号二〇頁・第一審判例集不登載)、④大阪高判昭和五二年八月五日(金判五四五号二三頁・第一審神戸地判昭和四八年四月二五日は判例集不登載)、⑤最判昭和五三年三月二八日(金判五四五号二二頁・④の控訴審)、⑥東京高判昭和六一年八月二二日(判時一二〇八号一二三頁・第一審東京地判昭和六〇年八月二七日は判例集不登載)、⑦名古屋地判昭和六二年六月三〇日(金判九二二二九頁)、⑧名古屋高判昭和六三年三月三一日(金判九二二二九頁)・⑦の控訴審、⑨最判平成四年一〇月二九日(金判九二二二号一八頁・⑧の上告審)、⑩金沢地判平成三年二月二八日(民集五一卷一五五頁)、⑪名古屋高判金沢支部平成四年一〇月二六日(民集五一卷一五五頁・⑩の控訴審)、⑫最判平成九年一月二八日(民集五一卷一五五頁・⑪の上告審)、⑬本件の第一審、⑭本件、⑮浦和地判平成二二年八月一八日(判時一七三五号一三三頁)。学説の多くは、新株発行不存在の訴えを通常の確認の訴えとして理解していたため、一般原則により、いつでも、不存

在を主張することができるとする(鈴木竹雄||竹内昭夫『会社法(第三版)』(一九九四)四三〇頁注一〇、北沢正啓『会社法(第六版)』(二〇〇一)五五一頁、近藤弘二『新版注釈会社法(7)』(一九八七)三四一頁、菱田政宏『新株発行と瑕疵』『商事法の諸問題(石井照久先生追悼論文集)』(一九七四年)四一〇頁)。判例においては、平成九年の最高裁判決(⑫判決)以前の判例(③④⑤判決)は、民事訴訟法の一般原則に従って、何時でも誰でも、またいかなる方法によっても主張できるとしていた。本判決の第一審(⑬判決)は、平成九年の最高裁判決後のものであるが、新株発行無効の主張(商法二八〇条ノ一五)におけるような制限なしに、何時でも不存を主張することができる。判示している。

平成九年の最高裁判決(⑫判決)は、「商法は、このように新株発行無効の訴えを創設しているが、新株発行不存在確認の訴えについては何ら規定するところがない。しかしながら、新株発行が無効であるにとどまらず、新株発行の実体が存在しないというべきであっても、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できるから、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。したがって、商法の明文の規定は欠いているが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地があり、この場合、新株発行の訴えに対比して出訴期間、原告適格等の訴訟要件となるが、この訴えは少なくとも、新株発行の訴えと同様に、会社を被告としてのみ提起することが許されるものと解すべきである。」と判示し、新株発行が無効であるにとどまらず、新株発行の実体が存在しない場合には、会社を被告として、対世効を有する新株発行不存在確認の訴えを提起できるとを認めたのである。

また、同判決の補足意見では、「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し得ることとする必要があることは、法廷意見の説示するとおりで、商法の明文の規定は欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定すべきであると考える。」とし、「新株発行の訴えに関する規定を何処まで準用すべきかに

ついては、なお議論の余地がある」と留保しつつも、訴訟要件については、「明文の規定がないにもかかわらず、新株発行無効の訴えに準じてこれを認めるのであるから、被告適格の点だけでなく、出訴期間、原告適格等の訴訟要件を始め、出訴期間経過後の措置、判決の効力等についても、可能な限り新株発行無効の訴えに準ずべきことはむしろ当然であろう。」とし、特に出訴期間について、「商法が法的安定性の見地から新株発行無効の訴えについて出訴期間を設けた趣旨に鑑みれば、出訴期間の制限なしに、何時までも新株発行不存在確認の訴えを独立して提起し得るものとするには躊躇を覚える。」と表明している。また、「その反面、新株発行不存在確認の訴えを必要とする実情に照らせば、右の出訴期間の経過後においても、新株発行の不存在を前提として株主権の不存在確認を求め等の別訴を提起することを妨げる理由も見出し難い。そして、そのような判決が確定したときは、登記等の新株発行の外観を除去するための方途も同時に考慮されなければなるまい。」とし、この訴えの特殊性から出訴期間を限定する必要性があることを明らかにし（河野正憲「本件判批」私法判例リマックス二三号（二〇〇一）一二二頁）、出訴期間の制限は設けるが、別訴で先決問題として主張することは出訴期

間経過後でも許す、つまり形成の訴えではないという方向を示したのである（菱田雄郷「判批」法協一一五卷一二号（一九九八）一七三頁）。

規定がないにもかかわらず、対世効を有する訴えとして認められた新株発行不存在確認の訴えに関して、訴訟要件・判決の効力・不存在確認後の事後処理等について、新株発行無効の訴えに準ずるべきかどうかが問題となる。出訴期間は訴訟要件のひとつであるが、新株発行無効の訴えが出訴期間経過によって提起できなくなった場合に、新株発行不存在確認の訴えが提起されている現状からすると、出訴期間について新株発行無効の訴えに準ずるかどうかは大きな問題となる。本判決は出訴期間について新株発行無効の訴えに準ずるという立場をとった最初の高裁判決である。

二 本判決では、平成九年の最高裁の補足意見に沿って、訴えの出訴期間につき「新株発行不存在の訴えは、明文の規定がないのに新株発行無効の訴えに準じて認められるものであり、しかも判決に対世効という強い効力があることを認めるものであるから、出訴期間についても新株発行無効の訴えに準ずるのが当然というべきである」としている。

平成九年最高裁判決や本件のように、新株発行不存在確

認の訴えを新株発行無効の訴えに準ずる会社法上の特別の訴えとすると、請求を認容する判決に対世効を認める解釈を導くのは容易である（商法二八〇条ノ一六、一〇九条）。

しかし法人の内部紛争という意味で被告適格を会社とし、紛争の画一的確定の必要性から対世効を認める解釈が求められるとしても、不存在の場合にも提訴期間を設けることは、明文の規定なしに、日時の経過より無から有が生じる結果を導くことになり、遡及効を制限すると、場合によっては登記だけの新株発行の存在を不存在確定までとはいえず、認めることになってしまう（瀬谷ゆり子「判批」判タ九四八号（一九九七）一九〇頁）。対世効の根拠を商法二八〇条ノ一五に求めない説は、根拠条文を商法二五二条に求める。総会決議不存在確認の訴え（商法二五二条）と同様から、会社訴訟としての要請から商法一〇九条を準用して対世的効力を有すると解することができる（鳥山恭一「本件判批」判時一七五五号（二〇〇一）二二〇頁、瀬谷・前掲（一九一頁）。また、対世効は会社内部（組織）関係に関する画一的確定の必要から引き出される政策的要請であって、その達成のためには法律上の根拠を必要とし（商法一〇九条の準用ないしは類推適用）、これと当事者適格は切

り離して考えるべき事柄であるとする説もある(本間靖規「判批」法学教室二〇三号(一九九七)一〇五頁)。

本判決が出訴期間を限定する理由として、「①新株発行不存在確認の訴えには、無効事由が存在するにすぎないのに、出訴期間が経過しているため、発行手続等の瑕疵が著しく不存在と評価すべきであるなどとして提起されるものが少なくないこと、②出訴期間経過後であっても、新株発行の存否が前提になる訴訟において、その不存在を主張できること(ただし、その訴訟の判決には対世効はない。)からして、不存在を主張する者の保護に欠けるわけではなく、かえって、出訴期間の制限がないとすれば、新株発行に伴う法律関係の安定が著しく損なわれるというべきである。」を挙げている。出訴期間を限定する理由の①は、平成九年最高裁判決の法廷意見・補足意見を前提としており、不存在事由をどう考えるかという点と密接に関連し、②は平成九年最高裁判決の補足意見を前提としており、不存在の主張方法の問題に関連する。

判例・学説上論じられた不存在事由として、以下の(一)から(八)の場合がある。

(一) 本条(昭和二五年改正前三七一条)の適用のあるのは、たとえカシがあってもそのカシの治癒によって完全な

効力を有せしむるに適するだけの増資の実体を備うる場合に限るべきであって、たとえ増資の登記が為されて居つても、左様な実体のない場合(③判決)、(二)新株発行による変更登記があつても、権限のない者が新株の発行を装うなど全くその実体がない場合(④⑤判決)、(三)物理的に新株発行に該当する事実がまったく存在しない場合は勿論のこと、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み、その意味では新株発行が存在するかそれとも不存在であるかは、単に物理的な存否の判断に止まらず、一つの法的判断の側面を有する(⑥⑩⑪⑬判決)、

(四) 払込みを仮装したもの(⑧判決)、(五)新株発行の実体が存在しないというべきであっても、新株発行の登記がされているなど何らかの外観があり、無効原因以上のも(⑫判決)、(六)増資登記にもかかわらず、被告の主張する貸付金との相殺による払込みの事実もない場合(⑬判決)、(七)効力を論ずる以前に、そもそも新株は発行されていない、すなわち不存在であるにもかかわらず、新株発行の登記(商法一八八条三項、六七条、商業登記法八二条)がされているなど、あたかも新株発行がされているかのような何らかの外観が生じていることがあり得るのであ

つて、このような外観がある場合（本判決）、（八）かりに新株発行に実体が存在するとしても、手続権を害された利害関係者にとって新株発行無効の訴えに設けられた出訴期間、出訴権者、そして無効主張の方法の制限を課すことが妥当でないと判断できる事情がある場合（坂本延夫「判批」金判七六五号（一九八七）四二頁、岩原紳昨「判批」ジュリスト九四七号（一九八九）一一九頁、瀬谷ゆり子「新株発行の効力を争う訴えの再検討」西尾幸夫編『会社訴訟—その理論と実務の展開—』（一九九四）一〇四頁、反対は山本為三郎「新株発行の法的性質をめぐって」法学研究七〇巻一号（一九九七）一〇五頁）である。

新株発行の不存在にあたる場合として、新株発行の手続をまったく欠いており単に新株発行による変更の登記があるにすぎないような場合（一、二、四、六、七）は学説上も判例上も異論はないが、新株自体は外形的には存在しているが法的評価として不存在とされる場合（三、八）も含むのかどうか問題となる。

法的評価としての不存在を含むかどうかは、新株発行不存在を確認の訴えの機能をどう考えるかの違いである。理論的には、無効の訴えの瑕疵と不存在の場合の瑕疵は異なるけれども、新株発行無効の訴えで出訴期間の制限のため争

えなくなつた場合の対処法として新株発行不存在確認の訴えが担う（松嶋隆弘「本件判批」司法研究所紀要一二号（二〇〇〇）二二五頁、吉垣実「新株発行不存在確認の訴えについて—被告適格の検討を中心にして—」東海法学二三号（二〇〇〇）二六〇頁、瀬谷・前掲判批一九一頁、庄子良男「判批」判タ九七五頁（一九九八）一九八頁）と考

えると、不存在事由を拡大する必要が出てくるのである。本判決も、不存在の場合を、「効力を論ずる以前に、そもそも新株は発行されていない、すなわち不存在であるにもかかわらず、新株発行の登記（商法一八八条三項、六七条、商業登記法八二条）がされているなど、あたかも新株発行がされているかのような何らかの外観が生じていることがあり得るのであって、このような外観がある場合」としながらも、出訴期間を限定する理由①において、「新株発行不存在確認の訴えには、無効事由が存在するにすぎないのに、出訴期間が経過しているため、発行手続等の瑕疵が著しく不存在と評価すべきであるなどとして提起されるものが少なくないこと」を挙げている。新株発行無効の訴えの代替措置と見るべきではなく、新株発行不存在確認の訴えの必要性を、主として新株発行登記の是正に見るとすれば、この訴えを時間的に無制限に許容できないとする説もある

(河野・前掲一三三頁)。

本判決の出訴期間を限定する理由②は、出訴期間を制限することによる実際上の不都合を回避できるとしているが、これに対して、新株発行の存在を争う者が他の訴訟の前提問題としてその不存在を主張することが出訴期間の経過後も可能であることからすれば、出訴期間の経過を理由として認容判決に対世効のある新株発行不存在確認の訴えを制限することが、これを制限しない場合よりも法律関係の安定につながると思えるのか、さらに、そもそもこの場合の法律関係の安定が常に保護に値するといえるかについては、新株発行不存在確認の訴えが多くの場合閉鎖会社の支配権争いであるという紛争の実情を踏まえた検討が必要と思われる(佐茂剛「本件判批」判例タイムズ一〇六五号(二〇〇一)二二九頁)、新株発行の不存在は、他の訴えにおける前提問題として主張することも可能なのであるが、このような場合には対世効の問題となりえず、その結果、個々の利害関係者によって新株発行の存在・不存在が分かれる可能性も残るのであって、その際には法律関係をどう調整すべきかという問題があることは念頭においておく必要がある(松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて」(一)立教法学五八号(二〇〇一)一七六頁)、出

訴期間の制限を設けると、認容判決に対世効がある不存在確認の訴えを認めて画一的な法律関係の確定をはかろうとした趣旨は出訴期間内に訴えが提起された場合にしか達成されないことになり、出訴期間が経過した後はむしろ法的に不安定な状態が継続するものと思われる(鳥山・前掲二一九頁)という批判がある。これに対して新株発行不存在確認の訴えでは、出訴期間を設け、株主権不存在確認の訴えの前提問題としては出訴期間の前後と無関係に新株発行不存在確認の主張を許すという一見矛盾する立場は、前者については会社のみが被告であると解する以上出訴期間の問題とする他ないのであり、後者については個々の株主を被告として審理されるから出訴期間ではなく、彼自身の主観的態様を問題とすることができるとい趣旨であると見れば合理性を有するとして、本判決の出訴期間を限定する理由②を支持する説もある(菱田・前掲一七四頁)。

対世効のある特別の訴えではなく通常の確認の訴えとしてであれば、出訴期間等の訴訟要件について特別の制限はないのではないかという疑問(近藤崇晴「判批」ジュリス ト一一二二号(一九九七)一三六頁)に対して、「なお、本件訴えが、対世効のある特別の訴えではなく通常の確認の訴えであるとしても、それは、過去の事実関係ないし法

律関係の確認を求めるものであり、このような訴えに確認の利益を認めるには、現在の権利関係又は法律関係を確認することが必ずしも紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要と認められる場合であることを要するところ、新株発行の外観があつても、その実体が存在しないのであれば、これを主張する者は、新株発行の不存在を前提として、株主権の不存在確認の訴えを提起するなど、個別的な権利救済を図ることができるから、判決に対世効のない通常の確認の訴えとして新株発行の不存在を確認することが、紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要であるとは認められず、したがって、通常の確認の訴えとしての新株発行不存在確認の訴えには、確認の利益がないというべきである。」と判示している。

三 以上の検討をもとに、新株発行不存在の訴えの意義、性質、訴訟要件等について考察する。

新株発行不存在の確認の訴えは、そもそも新株発行無効の訴えの代替措置として提起され、明文の規定がないにもかかわらず判例上必要性が確認され、対世効を備えた訴えとして、最高裁で認められることになったものである。最高裁は対世効の根拠を商法二八〇条ノ一五に求めるため、訴訟要件等も商法二八〇条ノ一五に準ずるという見解にな

る。しかし、株主総会決議の不存在確認の訴えは、「実体法の根拠がないのに判決に対世効を認めるのは問題があるし、抹消登記の嘱託の面からも明文の規定があることが望ましい」(法務局民事局参事官室編『改正商法の概要』(一九八一年)三〇頁)との理由から、昭和五六年の改正で商法二五二条に規定されたことから考えると、新株発行不存在確認の訴えの対世効の根拠を商法二八〇条ノ一五に求めることにも、そもそも無理があるのではないだろうか。ましてや、総会決議について法定されているのは無効の訴えではなく無効確認の訴えであり、総会決議については無効確認の訴えを不存在確認の訴えに類推しただけであるが、それでも、実体法の根拠が必要として商法二五二条に明文化したのである。新株発行については形成の訴えである無効の訴えを確認の訴えである不存在確認の訴えの根拠にしているのである。株主総会決議の不存在確認の訴えをめぐる経緯から考えると、対世効を認めるのであれば、明文で規定するべきことになるのだろうか(鳥山・前掲二二三頁注(19))。新株発行不存在確認の訴えは対世効を有するが、一般原則による訴えと考えた場合には、商法二八〇条ノ一五に根拠を求める場合より、さらに曖昧になることは否めない。しかし不存在の場合には、主張する者・主

張する方法を限定することによって既成の事実を維持する必要はなく、寧ろ第三者の利益を保護すべきであるために、会社法上の特別の訴えではなく一般原則で解決できる場合であり、対世効を有するのは、会社内部の法律関係を画的に確定する必要があるからである。

商法上規定されている無効の訴えの代替措置として不存在確認の訴えを考えると、手続的・実体的瑕疵が著しい場合も不存在に含めることになり、不存在事由を拡大することは法的安定性に欠けることになる。明文の規定のない新株発行不存在の訴えにおいて、不存在事由を拡大するのはなく、商法上の特別の訴えとして形成力を持つ新株発行無効の訴えにおいて、これまで限定する方向で解釈されてきた無効原因を拡大すべきである。従って、私見においては、新株発行不存在確認の訴えを新株発行無効の訴えの代替措置であるという点から出発するのではなく、新株発行の瑕疵を争う訴えとして商法が規定しているのは新株発行無効の訴えであるという点から新株発行不存在確認の訴えを考察する。

新株発行行為とは、取締役会決議という意思表示を要素とし、公告又は通知、新株引受契約(割当と申込)、払込という法律事実の形成によって成立する法律行為である。

新株発行行為が一個の法律行為であるとすれば、一般の法律行為と同じように、成立・不成立(不存在)をまず考えなくてはならない。成立した場合は、有効、無効、あるいは取消しうる行為を考えなくてはならないが、無効については、民事訴訟法の一般原則に従わず、新株発行無効の訴えを準備しているのである。一方、新株発行行為において不成立(不存在)の場合には明文の規定がないということは、不成立(不存在)の場合には、一般原則に戻るということである。だから、一般原則に戻っても問題がない場合を不存在事由と考えるべきである。それは、新株発行が全く行われなかった場合であり、新株発行無効の訴えの出訴期間の六ヶ月を過ぎても治癒されない場合である。「不存在」と「無効」の本来の語義からすれば、いわば物理的な意味でも新株が発行されていない場合が「不存在」で、物理的な意味では新株が発行されているが瑕疵があるという場合には、存在を前提としてその効力が問題とされるというように区分けするのが素直な解釈ではないだろうか(近藤崇晴「判批」法曹時報四九卷一一号(一九九七)二九七頁)。物理的な意味でも新株が発行されていない場合とは、新株発行行為にかかる要件の全面的欠缺の場合であり、つまり、新株発行行為の不存在とは、取締役会決議、公告又

は通知、新株引受契約、払込のすべてがなく単に登記があるという場合である。本判決は出訴期間を制限する理由として無効原因であるにとどまるものが、多いことをあげているが、不存在事由と無効事由は重なる場合はなく、区別すべきである。純粹な不存在事由を絞り込み、無効原因と別々に規定すべきである。

四 以上のように新株発行不存在確認の訴えを理解した上で、本件を検討する。

まず、取締役会決議であるが、本件の場合には取締役会決議は作成されているが、現実に取締役会が開催されていないことが、第一審では争いのない事実として認定されている。これに対して、本判決では争いのない事実として、取締役会において決議をしたとあるので、取締役会決議はあったものとして評釈を加える。公告又は通知であるが、通知の欠如が控訴人から主張されているが、本判決では判断されていない。新株引受契約を行うのは代表取締役であるが、本件では代表取締役であるAではなく、Bが行い、引受はBとCが行っている。払込はある。新株発行行為が不存在であるのは、取締役会決議、公告又は払込、新株引受契約、払込のすべてがない場合と考えると、本件の場合には払込があるので、残りの要件があってもなくても不存在

とはいえない。

無効原因としてはどうか。取締役会の決議がない場合、株主への公告又は通知がない場合も無効原因になると考えるので、本件の場合には取締役会の決議も、公告又は通知もなかった可能性が高いので、無効原因になる可能性は高い。しかし、新株発行無効の訴えの出訴期間を過ぎている。

新株発行不存在の確認の訴えは出訴期間の制限はなく、いつでも主張できると考えるので、不存在にあたるかどうかを判断せず、出訴期間の経過を理由にして訴えを却下した本判決には反対である。不存在にあたるかどうかを判断し、本件の場合には不存在にあたらないので、請求を棄却すべきであったと考える。第一審においては、新株発行不存在確認の訴えはいつでも主張できると考えている点には賛成であり、不存在にあたるかどうかを判断し、本件新株発行は不存在であるとはいえないという結論にも賛成であるが、不存在事由に手続的、実体的瑕疵が著しい場合も含める点には反対である。

岡本 智英子