

論 説

新株発行の無効・不存在再論

岡 本 智 英 子

1. はじめに

会社法では、株式発行、自己株式の処分および新株予約権の発行の不存在確認の訴えについては、その手続や効力に関する明文の規定が置かれ（会社法829条）、具体的には、提訴期間の制限はなく、新株発行の無効の訴えとは異なり提訴権者を限定する規定はなく、確認の利益を有する者であれば誰でも原告適格を有し、被告は株式会社であり（会社法834条13号～15号）、担保提供命令（会社法836条）、判決の対世効（会社法838条）、原告が敗訴した場合の損害賠償責任（会社法846条）等に関する規定は適用されるが、形成訴訟ではないので、将来効（会社法839条）の規定は適用されないという規律が働く*1。請求を認容する判決が確定したときには、裁判所書記官は、職権で、遅滞なく、会社の本店の所在地を管轄する登記所にその登記を嘱託しなければならない（会社法937条1項1号ホ）。

平成15年10月22日に公表された「会社法制の現代化に関する要綱試案」*2には入っていなかった事項であるが、平成16年12月8日に決定・公表された「会社法制の現代化に関する要綱案」*3において、新株発行の不存在確認の訴えを明文化し、その判決に対世効を認めるものとし、自己株式の処分、新株予約権、新株予約権付社債等の発行の無効・不存在確認の訴えについても、規定を設けるものとされた。

規定がないにもかかわらず、判例上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（平成17年改正前商法280条ノ15）に準ずるべきかが問題となり、最判平成4年10月29日*⁴は、株主であると主張する者が提起した新株発行不存在確認の訴えは、その者が、株主でなく、当該新株発行につき他に格別の利害関係を有しないときは、訴えの利益を欠き、不適法であるとし、最判平成9年1月28日*⁵は、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ことを認め、最判平成15年3月27日*⁶は、新株発行不存在確認の訴えは、外観にかかわらず新株発行の実体が存しない場合にその新株発行の不存在の確認を求めるものであり、出訴期間については制限がないと判示し、会社法で明文化された新株発行等の不存在確認の訴えは、最高裁が認めてきたとおりの訴訟要件となった。不存在事由については、新株発行無効の訴えにおける無効事由とともに、議論が大きく分かれている。不存在事由を限定する判例と、広く解釈する判例が分かれていたのである*⁷が、前述の最高裁平成15年判決の差戻審判決である高松高判平成15年7月29日は、「本件新株発行は、代表権のないものが無断でしたものであること、新株発行を決議したとされる取締役会が開催された事実がないこと、各株主に対し新株発行事項の通知がされていないこと、本件新株発行は、自らの支配権を確立しようとしてなした著しく不公正なものというべきであることからすれば、物理的にはこれが存在するかのような概観を呈してはいるが、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在と評価すべきものである。」とし、Xの請求を認容し、Y社から上告及び上告受理申立てがなされたが、最判平成15年11月21日は、上告棄却・不受理決定をした*⁸。最高裁は、広く解釈する結論に達したのであろうか。

会社法においては、新株発行の効力発生後新株発行の効力を争う方法として二つの方法が認められたわけであるが、無効事由・不存在事由は、それぞれの訴えの機能と多いに結びついている。新株発行不存在確認の訴えは、そもそも新株発行無効の訴えの代替機能を果たすために提起されてきたものであり、それは、理念型としての株式会社の例外的な場面におけるものであるが、会社法においては、有限会社形態も包含しているため、新株発行の場面においても、

今までと異なった規制となっているため、今までの無効事由の議論、さらに不存在事由の議論を前提とすることはできない。

本稿では、会社法における新株発行の無効事由と不存在事由について検討する。まず、前述の平成15年の差戻審を検討し、次に、会社法における新株発行規制を外観し、その上で会社法における無効事由・不存在事由について考察する。

2. 最判平成15年3月27日差戻審判決の検討

(1) 事実の概要

Y会社は、Aが中心となって昭和25年11月21日に設立された株式会社であった。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57年7月当時、発行する株式の総数は60万株、発行済株式の総数は額面株式15万株（1株の金額100円、資本の額1500万円）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8月12日の取締役会で、額面株式3万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1株100円とし払込期日を同月29日とする旨決議し、Aの長男であるBが2万5000株を、Bの妻であるCが5000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15万株（資本の額が1500万円）から18万株（同1800万円）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2年9月30日の取締役会で、額面株式7万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1株100円とし払込期日を同年11月7日とする旨決議し、Bが5万株を、Cが2万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18万株（資本の額が1800万円）から25万株（同2500万円）に変更された旨の登記を受けている（以下「2年の新株発行」という。）

Aは「元年の新株発行」と「2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いうべきであるとして、平成4年11月12日、右各新株発行の不存在の確認を求める本件訴えを提起したが、原

審係属中の平成8年10月10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。

第一審(徳島地判平成10年10月13日)*⁹は、「新株発行についても、その瑕疵は著しい場合、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も、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280条の15)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」と解すべきである」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、それにもとづ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とはできない」とした。さらに、Aが昭和25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2年に本件新株発行がなされた後、平成4年6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とも、「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新株発行条件の不公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うべきであると主張し控訴した。

控訴審(高松高判平成12年1月20日)*¹⁰は、「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。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3年余り後、2年の新株発行の登記がされた日から2年余り後の

平成4年11月12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うべきである。」と判示し、第一審判決を取り消して、訴えを却下した。

これに対して、X₁X₂は、判決に影響を及ぼすことが明らかな重要事項について理由不備の違法があるとして、上告した。

上告審(最判平成15年3月27日)*¹¹では、次のような理由から、控訴審の判断は是認することが出来ないとして、Xに関する部分を破棄し、控訴審に差し戻した。

「新株発行不存在確認の訴えについては、商法に何ら規定がないが、新株発行の実体がないのに新株発行の登記がなされているなどその外観が存する場合には、新株発行が無効である場合と同様に、対世効のある判決をもって新株発行の不存在を確定し、不実の外観を除去する必要があると認められるから、商法280条ノ15以下に規定されている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(最高裁平成5年(オ)第316号同9年1月28日第三小法廷判決・民集51巻1号40頁参照)。そして、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新株発行不存在確認の訴えを認めるのであるから、同訴えについては、その性質に反しない限り新株発行無効の訴えに関する規定を類推適用するのが相当である。

しかし、新株発行無効の訴えの出訴期間に関する規定については、これを類推適用すべきでなく、新株発行不存在確認の訴えに出訴期間の制限はないものと解するのが相当である。新株発行不存在確認の訴えは、新株発行に瑕疵があるためにこれを無効とすることを求める新株発行無効の訴えと異なり、外観にかかわらず新株発行の実体が存しない場合にその不存在の確認を求めるものであるが、新株発行の不存在はこれを前提とする訴訟においていつでも主張することができるから、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間を制限しても、同期間の経過により新株発行の存否が終局的に確定することにはならないのであり、新株発行の効力を早期に確定させるために設けられた出訴期間に関する規定を類推適用する合理的な根拠を欠くというべきだからである。」

上告審の差戻審判決(高松高判平成15年7月29日)は、「本件新株発行は、代

表権のないBがAに無断でしたものであること、新株発行を決議したとされる取締役会が開催された事実がないこと、各株主に対し新株発行事項の通知がされていないこと、本件新株発行は、BC夫婦が、Y社における自らの支配権を確立しようとしてなした著しく不公正なものというべきであることからすれば、物理的にはこれが存在するような概観を呈してはいるが、その手続的、実体的瑕疵が著しいため不存在と評価すべきものである。」とし、Xの請求を認容し、Y社から上告及び上告受理申立てがなされたが、最判平成15年11月21日は、上告棄却・不受理決定をした*12。

(2) 検 討

第1審判決と差戻審判決は、不存在事由を「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」も含むとする考え方をとっているが、結論は逆である。差戻審判決では、本件新株発行は、代表権のないBがAに無断でしたものと認定しているが、第1審判決では、本件新株発行は、当時すでにY社の会社経営の実権を握っていたBが、代表取締役であるAから包括的な授権を受けて行ったものであり、仮に、そうでないとしても、Aが事前承認又は事後の黙示的追認をしていると認めるのが相当であるから、形式的に取締役会の決議がないことをもって著しい瑕疵があるということとはできないとしている。第1審判決は、Aが昭和25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2年に本件新株発行がなされた後、平成4年6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ているが、控訴審では認定しておらず、差戻審判決では、自己の支配権を確立したいがための発行であるとしている*13。

他にも不存在事由を広く解釈する考え方に立ちながらも、結論が逆になっている判決がある。金沢地判平成3年2月28日と名古屋高判金沢支部平成4年10月26日である*14。

不存在事由を広く解釈する考え方と対立する考え方として、新株発行が存在しない場合とは新株発行の登記が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する考え方がある。新株発行の手続きが全くされずに、新株発行の登記がされている場合とは、発行権限のある機関の決議、申込と割当もなく、払込みがない場合であるが、募集株式の変更登記を行う際には、取締役会議事録あるいは株主総会議事録（平成17年改正前商業登記法79条1項）、株式の申込及び引受けを証する書面（同法82条1号）、払込金保管証明書（同法同条4号）が添付書面^{*15}となるので、これらは必ず存在する。本登記のみが存在して新株発行が物理的に存在しないというのも、不存在についての法的評価なのではないか、権限のない者による新株発行で実体がないというのも、不存在についての法的評価なのではないかという指摘^{*16}があるが、その通りである。見せ金による払込みの仮装があった場合も、見せ金がどうかは法的評価にかかわる^{*17}。一応、議事録等があるから新株発行不存在とはいえないとすれば、不存在という場合はありえないことになる。厳密な意味で、法的評価を離れた新株発行の不存在はあり得ないのである^{*18}。不存在事由を限定する立場においても、無効事由たる新株発行の著しい瑕疵と新株発行の不存在には連続性があることは否定できない^{*19}のかもしれない。その意味で、最高裁平成9年判決の「無効原因以上」であり、最高裁平成15年判決の差戻審判決は、手続的瑕疵・実体的瑕疵が著しい場合も含むとしたのであろうか。

はたしてこの最高裁の結論は、会社法における、株式会社の成立後における株式の発行が存在しないことの確認の訴えの不存在事由として妥当な解釈なのであろうか。

次に会社法における新株発行規制の変更点を整理する。

3. 会社法における新株発行規制の変更点

新株発行行為の基本構造は、新株発行権限のある機関の決議を受けて、会社が株主の募集を行い、それに応じて株式の申込を為したる者に対して、発行権限のある機関が割当を行うことによって、新株引受契約が成立し、新株引受人に払込義務が生じ、払込を行うことにより、新株発行の効力が生じるのである。会社法においてもこの基本構造に変わりはないが、会社法においては有限会社

との規律の一本化を図り、公開会社(会社法2条5項)でない会社を基本に規定を組み立てていることから、規定の順序およびその内容において現行法から変更されている点がある*20。

公開会社以外の株式会社において、株主に募集株式の割当てを受ける権利を与えない場合は、募集事項*21の決定は株主総会の特別決議により行い(会社法199条2項)、また、募集株式の数の上限および払込金額の下限を株主総会の決議によって定めることにより、具体的な募集事項の決定を取締役・取締役会に委任することができる(同法200条)。公開会社以外の株式会社については、第三者割当てと有利発行の各株主総会決議を一本化することになったため、会社法では通知・公告は要しないこととなる。

公開会社において、株主に募集株式の割当てを受ける権利を与えない場合は、払込金額が特に有利な金額である場合を除いて取締役会において募集事項の決定を行うことができる(会社法201条1項)。有利発行の場合は、株主総会が決議機関となる(会社法199条2項)。公開会社において取締役会で募集事項を決定したときは、払込の期日*22の2週間前までに、募集事項の通知または公告をしなければならない(会社法201条3項、4項)*23。

株主に対して株式の割当てを受ける権利を与える場合には募集事項に加え、株主に募集株式の割当てを受ける権利を与える旨および株式の申込みの期日を定めなければならない(会社法202条1項)。公開会社以外の会社においては、当該事項は株主総会の決議により定めることとされているが(会社法202条3項4号)、当該事項を取締役会の決議(取締役会がある場合)または取締役の決定(取締役会がない場合)によって定める旨を定款に定めることができる(同法同条同項1号、2号)。公開会社においては、取締役会の決議によって定める(会社法202条3項3号)。募集事項を決定した後、株式会社は、株主に申込みをするか否かを判断する機会を与えるため、株主に対して当該事項を通知しなければならない(会社法202条4項)*24。

募集株式の引受人を定める手続きは、原則として申込みと割当てである*25。株式会社は、募集に応じて引受けの申込みをしようとする者に対して、一定の事項を通知しなければならない(会社法203条1項)が、会社法においては株式

申込証の用紙の制度は廃止された。株式会社は、申込者の中から割当てを受ける者を自由に定めることができるが、募集株式が譲渡制限株式会社である場合には、取締役会設置会社においては取締役会、取締役を設置していない会社においては株主総会の決議により、割当てを受けるものを定めなければならないが、定款で別段の定めを置くことができる(会社法204条1項, 2項)。

現物出資財産が株式会社に対する金銭債権である場合には、一定の要件の下に検査役の調査が不要となった(会社法207条9項5号)が、債権が架空のものであれば**既存株主に損害が生ずるので、債権の存在を証する書面が登記の添付書面とされる(商業登記法56条3項二)。

新株発行無効の訴えにおける提訴期間が、公開会社でない会社においては1年に延長されている(会社法828条1項2号, 3号)。公開会社でない会社においては募集株式を決定するのは株主総会であることを考慮すれば(会社法199条1項・2項), 新株発行・自己株式の処分の無効の訴えにおいて、株主に対し、当該株主総会の決議が欠けていることを主張する機会を保障するのが妥当であるといえるからである**。

4. 終わりに

新株発行無効の訴えが出訴期間経過によって提訴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、判例上認められ、ついに明文化されることとなった新株発行不存在確認の訴えの不存在事由を検討する際には、出訴期間の制限がないことが明文化されたことにより、今までの議論以上に、出訴期間経過に提起できなくなった場合に株主を保護するための訴えとして位置づけるのか、そうでない位置づけをするのが問題となる。

株主に株式の割当てを受ける権利を与える場合とそうでない場合、そして、それぞれ、公開会社と公開会社でない会社において、新株発行権限のある機関が異なる(会社法199条, 200条, 201条, 202条)。平成17年改正前商法における譲渡制限のある会社においても公開会社においても新株発行の効力は同じであるという最高裁判決**が出ているが、本来、新株発行行為の構造は同じであ

るので効力も同じであるはずである。新株発行行為の基本構造は、新株発行権限のある機関の決議を受けて、会社が株主の募集を行い、それに応じて株式の申込を為したる者に対して、発行権限のある機関が割当を行うことによって、新株引受契約が成立し、新株引受人に払込義務が生じ、払込を行うことにより、新株発行の効力が生じるのである。会社法における新株発行行為も同様である。判例は取締役会決議がない場合は有効とする^{*29}が、新株発行権限が株主総会にある会社において株主総会決議がなかった場合はどうなるのであろうか^{*30}。

新株発行の効力発生後新株発行の効力を争う方法として、会社法として二つの訴えが用意されることになったのである。出訴期間と原告が制約され、遡及効も否定された訴えと、いつでも誰でも訴えることができ、遡及効も否定されていない訴えである。前者の制約は、会社成立後発行される株式の効力は第三者によっても影響があるためすなわち取引の安全と早期への確定のためである。と、考えると、後者はいつでも効力を否定すること、あるいは、出訴期間を超えても有効にはできないものが不存在事由になると考えられる。そうすると、自ずから不存在事由は限定される。

不存在事由を広く解釈する考え方は、無効の訴えにおいて限定された出訴期間に提訴できなかった場合も含むという考えであろうが、会社法においては、公開会社でない株式会社にあつては新株発行無効の訴えの出訴期間が株式の発行の効力が生じた日から1年以内になったことにより（会社法828条1項2号かっこ書き）、保護される場面が多くなるであろう。株主総会においてあえて発行を隠していたような場合は、新株発行の手続きを遵守する気がない者について、規制秩序の維持という効果を与えることは実質的に不当だといわざるをえないので、新株発行無効の訴えの起算日に修正を加えて対応すべきである^{*31}。

平成17年改正前商法は、原則として理念型の大株式会社を対象に新株発行規制を行ってきたが、そのような法規制が妥当しない面において、新株発行不存在確認の訴えなるものが判例上認められてきたわけであるが、会社法においては、有限会社形態の会社も包含し、さらに、有限会社形態の会社に対する規制から条文は組み立てられている。そもそも法のあり方が違っているのだから、今までの無効事由を前提に考えることはできない。

発行権限のある機関の決議を前提として、新株引受契約が存在し、新株引受契約によって払込は生じるのであり、取締役会の決議、新株引受契約、払込がなければ、新株発行行為は効力を生じない。よって、新株発行行為の意思表示である発行権限のある機関の決議がない場合は無効である。また、授權資本制度が組み込まれることによる法定条件は、社団法人上の法律行為として無効にしないと救済されないものである。よって、有利発行の際に株主総会の特別決議がなかった場合、発行差止の仮処分違反して発行された場合、公告又は通知のいずれに瑕疵があった場合、不公正発行の場合には、新株発行行為は無効であると考えられる。

前述したように、不存在事由を検討する際に、厳密に言えば法的評価を離れた新株発行の不存在は現実にはありえず、無効と不存在が連続することになるが、無効と不存在は連続しないように解釈すべきである。不存在事由を広く解釈すること自体法的安定性に欠けるが、前述の不存在確認の訴えの判例にあるように、法的評価を加えれば結論が逆になることもあり、さらに法的安定性に欠けることになり、何よりも新株発行無効の訴えが何のために規律されているのか不明となる。

新株発行無効の訴えにおける無効事由は、本来無効になるべき事由を無効事由として認め、新株発行不存在確認の訴えにおける不存在事由は、限定すべきである。

*1 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法務295号(2006年)213頁

*2 別冊商事法務271号(2004年)105頁以下

*3 別冊商事法務288号(2005年)145頁(第2部第4 3(8)④)

*4 金融・商事判例921号(1993年)18頁

*5 民集51巻1号(1997年)40頁

*6 民集57巻3号(2003年)84頁

*7 判例においては、新株発行が存在しない場合とは、新株発行の実体が存在しないというべき場合とする判例(①東京地判昭和28年6月12日(下民集4巻6号(1953年)870頁)、②福岡高判昭和30年10月12日(判時66号(1956年)20頁:第1審判例集不登載)、③大阪高判昭和52年8月5日(金判545号(1978年)23頁:第1審神戸地

判昭和48年4月25日は判例集不登載), ④最判昭和53年3月28日(③の上告審: 金判545号(1978年)21頁, ⑤名古屋地判昭和62年6月30日(金判921号(1993年)29頁, ⑥高松高判平成12年1月20日(⑮の控訴審: 民集57巻3号(2003年)102頁), ⑦浦和地判平成12年8月18日(判時1735号(2001年)133頁: 控訴後和解成立)⑧東京地判平成13年12月12日(金法1656号(2002年)65頁), ⑨名古屋高判平成14年8月21日(判タ1139号(2004年)251頁 第1審は判例集未登載, 破棄目判)⑩東京高判平成15年1月30日(⑧の控訴審: 判時1824号(2003年)127頁, 上告棄却・不受理)と, 手続的・実体的瑕疵が著しい場合も含むとする判例(⑪東京高判昭和61年8月21日(判時1208号(1986年)123頁: 第1審東京地判昭和60年8月27日は判例集不登載), ⑫名古屋高判昭和63年3月31日(⑤の控訴審: 金判921号(1993年)23頁), ⑬金沢地判平成3年2月28日(民集51巻1号(1997年)51頁), ⑭名古屋高判金沢支部平成4年10月26日(⑬の控訴審: 民集51巻1号(1997年)60頁), ⑮徳島地判平成10年10月13日(民集57巻3号(2003年)97頁), ⑯神戸地判平成15年4月30日(判例集未登載, 田邊光政「新株発行不存在確認の訴え—二つの最高裁判決を契機として—」法学研究第31巻1・2号(2005年)106頁, ⑰高松高判平成15年7月29日(判例集未登載, 松並重雄「最高裁判所判例解説〔8〕平成15年3月27日」法曹時報58巻1号(2006年)354頁, 最判平成15年3月27日の差戻審判決), ⑱大阪高判平成16年1月29日(判例集未登載, 前掲⑯田邊・107頁)に分かれる。また, 無効原因以上とする判例(⑲最判平成9年1月28日(⑱の上告審: 民集51巻1号(1997年)40頁)もある。⑧と⑩は⑲判決を引用している。

*8 前掲注7⑰松並・同頁

*9 前掲注7⑮

*10 前掲注7⑥

*11 前掲注6

*12 前掲注7⑰松並・同頁

*13 新株発行無効の訴えが出訴期間内に提起できないように工作されている事実が認定できれば, 本件新株発行は不存在と評価される余地は十分あると考える判例評釈として, 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日第一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)82頁)。

*14 前掲注7の⑬判決と⑱判決である。⑬判決は, 手続的瑕疵や実体的瑕疵が著しい場合を「含む」という表現ではなく, 「例外的に」, その新株発行が不存在であることを主張することができるものと解するのが相当であるとし, 「株主総会も取締役会も開催されていないが, 一応議事録は作成されており, 払込もあるので, 全くこれに該当する事実がなかったものということとはできないとし, 本件新株発行は不存在であると評価できるほどの著しい手続的瑕疵があるとまでいうことができず, その他の手続的瑕疵を総合しても右新株発行が不存在であると評価できるほどの著しい手続的瑕疵があったものということとはできず, 新株発行の目的は, 被告の係争会社の支配権確立のためのものであったと断定することは困難であるので, 本件新株発

- 行は、これが不存在であるということにはできないことに帰する。」とし、法的評価は行っていない判断と思われるので、限定する立場に立っているとも考えられる。
- *15 会社法においては、募集株式の変更登記を行う際には、取締役会議事録あるいは株主総会議事録（商業登記法46条1項）、株式の申込みを証する書面（同法56条1項）、払込があったことを証する書面（同法同条2号）が添付書面となる。
 - *16 福島洋尚「判批」判例タイムズ1143号（2004年）102頁、中東正文「新株発行不存在確認の訴えの認められる場合と出訴期間」民商法雑誌130巻3号179頁
 - *17 北村雅史「判批」商事法務1737号（2005）55頁
 - *18 前掲注16・福島同頁
 - *19 前掲注16・福島同頁、前掲注17・北村同頁
 - *20 前掲注1・相澤51頁
 - *21 会社法においては、株式を発行する場合と自己株式を処分する場合の双方について、募集に応じて引受けの申込みをした者に対して割り当てる株式を「募集株式」とする。
 - *22 会社法では、払込みの期間を定めることも可能となり（会社法199条1項4号）、払込みの期間を定めた場合には、その初日の2週間前となる（同法201条3項）。
 - *23 募集事項について通知または公告すべき日の2週間前までに有価証券届出書の届出をしている場合その他の株主の保護に欠けるおそれがないものとして法務省令（会社法施行規則40条）で定める場合においては、この通知または公告は不要である（会社法201条5項）。
 - *24 会社法においては、一定の日における株主名簿上の株主を権利を行使すべき株主と定める場合は基準日制度によるものとして整理しているが、基準日を定めることが義務づけられているわけではなく、たとえば、株主の変動が少ない株式会社においては、基準日を定めずに手続を行うことも可能である（前掲注1・55頁）
 - *25 契約を締結する場合には、申込みと割当ての手続きを行わなくてよい（会社法205条）。
 - *26 債権が架空のものであれば、実体法上は、新株発行の無効または不存在事由となる（江頭憲治郎「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説（別冊商事法務288号（2005年）58頁））。
 - *27 前掲注1・相澤212頁
 - *28 最判平成6年7月14日（金判956号3頁）
 - *29 最判昭和36年3月31日（民集15巻3号645頁）
 - *30 無効であるとする学説として、田邊光政『新版会社法要説』（2006年、税務経理協会）130頁、宮島司『新会社法エッセンス〔第2版〕』（2006年、弘文堂）269頁、山本為三郎『会社法の考え方〔第5版〕』（2005年、八千代出版）、弥永真生『リーガルマインド会社法（第10版）』（2006年、有斐閣）355頁
 - *31 前掲注16・中東183頁