

論 説

新株発行の無効事由と不存在事由

岡 本 智 英 子

1. はじめに

昭和25年の改正において授權資本制度が採用され、株式会社の資金調達方法が大きく変わった。新株発行権限が取締役に帰属することになり、株主以外の者に新株を発行するとき、既存株主は支配的利益と財産的利益の両面において害されるおそれを生じることとなった。そのため、昭和30年の改正では株主以外の者に引受権を与えるには、株主総会の特別決議による承認を得なければならないものとした（商法280ノ2第2項）。しかし、昭和41年の改正では第三者に引受権を付与するか否かに関係なく、第三者に対し「特に有利なる発行価額」で発行する場合には株主総会の特別決議による承認を要することにした（商法280ノ2第1項8号）。第三者に対する新株発行によって既存株主が経済的不利益を蒙るのは、引受権付与の形式がとられるためではなく、実質的に株式の時価よりも低い価額で新株発行がなされることによるという考え方がとられたことにより、この時点において既存株主の支配的利益の保護は後退した。そこで資金調達という名目の下に、新株発行が支配争奪の手段に使われることが少なくない。

新株発行の効力を争う訴えとして、商法280条ノ15に規定のある新株発行無効の訴えがある。無効事由については規定されていないため、解釈に委ねられている。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¹。

いわゆる目的論的解釈によって、280条ノ15における新株発行の無効事由はきわめて限定的に解釈されている。ここでは、旧株主および会社の利益と取引

の安全のための法律関係の安定性という互いに相反する要請の調整点が問題になるわけであるから、目的論的解釈の宿命として、具体的にどのような事由を新株発行の無効事由としてとらえるべきかという点については、見解が細かく分かれることにならざるをえない²。

平成に入り、これまで問題となってきた無効事由に対する最高裁の判断が出揃ったが、判例においても学説においても、利益衡量による考え方が有力である。新株発行に瑕疵がある場合には、既存株主の利益の保護と取引の安全の保護の要請を比較衡量し、取引の安全を重視して、無効原因はできるだけ限定すべきであるという考え方である。

取締役会の決議を欠く新株発行について、最判昭和36年3月31日³が、初めてこの考え方を示し、取引の安全を、新株発行を有効とする根拠としている。有利発行に必要な株主総会の特別決議を欠く新株発行につき、最判昭和40年10月8日⁴は、昭和36年判決を引用し、同様の結論を導き出している。その後、この考え方を原則とし、取引の安全の確保が必要でない場合に限り、当該瑕疵は無効事由になるとする考え方⁵が、下級審判例にも多く見られるようになったが、最判平成6年7月14日⁶は著しく不公正な新株発行について、前述の昭和36年判決を引用し有効とした。

これに対し、新株発行事項に関する公示義務違反については、最判平成9年1月28日⁷、最判平成10年7月17日⁸は無効事由になるとする。また、新株発行差止の仮処分命令違反について、最判平成5年12月16日⁹は無効事由になるとする。

最判平成9年1月28日¹⁰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の訴えを提起できることを認めたのである¹¹。

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る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。」とする。

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であるが、最近、出訴期間について新株発行無効の訴えに準ずるといった立場をとった下級審判決¹²が登場している。

そもそも商法上、新株発行の効力を争う訴えとして規定されている会社法上の訴えがありながら、同じ訴訟要件の訴えを認めるとすると、機能上、どう違うのかが問題となる。前述の最高裁判決の補足意見のように、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の訴えを認めるのだから、可能な限り新株発行無効の訴えに準じて当然であると考えると、いかなる点で新株発行無効の訴えと区別されるのか、つまり、無効事由と不存在事由が問題となる。本稿においては、新株発行無効の訴えにおける無効事由と新株発行不存在確認の訴えにおける不存在事由について検討する。

2. 新株発行の無効事由

学説上争いのない無効事由として挙げられるのは、授權資本の枠を越える新株の発行¹³（商法166条1項3号）、定款に定めのない種類の株式の発行¹⁴（商法222条2項）、株主の新株引受権を無視した発行¹⁵（商法280条ノ5ノ2）のように、重大な法令・定款に違反した新株発行の場合である¹⁶。

以下、これまで問題となってきた無効事由を考察する。

取締役会決議がない新株発行の効力については、学説上、有効説¹⁷、無効説¹⁸、折衷説¹⁹が烈しく対立している。判例は6件あり、そのうち有効したものは2件（①昭和36年3月31日判決²⁰、②東京地裁昭和58年7月12日判決^{21、22}）、無効としたものは4件（③大分地裁昭和47年3月30日判決²³、④名古屋地裁昭和50年6月10日判決²⁴、⑤浦和地裁昭和59年7月23日判決²⁵、⑥大阪高裁平成3年9月20日判決²⁶）である。

①は、有効説をとり、「原判決が本判決に関し、昭和25年法律第167号によって改正された商法の解釈として株式会社の新株発行に関し、いやしくも対外的に会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとえ右新株の発行について有効な取締役会決議がなくとも、右新株の発行は有効なものとして解すべきであるとした判示は、すべて正当である。そして原判決が右判断の理由として、改正商法（株式会社法）はいわゆる授權資本制度を採用し、会社成立後の株式の発行を定款変更の一場合とせず、その発行権限を取締役に委ねており、新株発行の効力発生のためには、発行決定株式総数の引受及び払込を必要とせず、払込期日までに引受及び払込があった部分だけで有効に新株の発行をなし得るものとしている（280条ノ9）等の点から考えると、改正法にあっては、新株の発行は株式会社の組織に関することとはいえ、むしろこれを会社の業務執行に準ずるものとして取り扱っているものと解するのが相当であることをあげていることも首肯し得るところである。なお、取締役会の決議は会社内部の意思決定であって、株式申込人には右決議の存否は容易に知り得べからざるものであることも、また、右判断を支持すべき一事由としてあげることが

できる。」と判示した。

②から⑥までは、折衷説をとる判例である。取引の安全を考慮しない特別の事情を、③では具体的に資本金や発行された新株の数で判断し²⁷、④では本件新株発行はその発行株式数も少なく、引受人もすべて被告会社代表者とその親族に限られているという点で判断し、⑤においては、取引の安全を考慮する必要のない場合の理由として新株発行情況の組織法的な性質をあげている²⁸。⑥は、会社支配のためにのみ行われたことも含めている。②の被告会社も同一族が支配する同族会社であるが、本件新株発行は無効事由とはならないとする。②は、取引の安全の中に債権者も含める。

株主総会の特別決議を欠く第三者に対する有利発行の効力について、学説は有効説・無効説²⁹・折衷説³⁰が対立している。昭和41年改正法が新株発行情況の公示の規定をおいた結果、株主総会の決議がなくてもこの公示があれば無効事由にならないとする有効説³¹、また、有効説のうちには総会の特別決議がないことは無効事由にはならないが、取締役会の決議がないことは無効事由となるとする説³²、反対に取締役会の決議を欠く場合は有効、総会決議のない有利発行は無効とする説もある³³。

昭和30年改正後、授権資本制度のもとで初めて総会の特別決議を欠く新株発行の効力が問題となり、昭和30年の改正法の解釈を確定したのは最判昭和40年10月8日³⁴である。この判決は、買取引受が新株引受権の付与にあたるか否かについては判断しなかったが、前述の最判昭和36年3月31日を引用し、「新株の発行は、元来株式会社の組織に関するものではあるが授権資本制度を採用する現行商法が新株発行の権限を取締役に委ねており、ただ株主以外の者に新株引受権を与える場合には、株式の額面無額面の別、種類、数及び最低発行価額について株主総会の特別決議を要するに過ぎないものとしている点等がかんがみるときは、新株発行は、むしろ、会社の業務執行に準ずるものとして、取り扱っているものと解するのを相当とすべく、右株主総会の特別決議の要件も取締役会の権限行使についての内部的要件であって、取締役会の決議に基づき代表取締役を有する取締役に既に発行された新株の効力については、会社内部の手續の欠缺を理由にその効力を否定するよりは右新株の取得者および会社債

権者の保護等の外部取引の完全重点を置いてこれを決めるのが妥当であり、従って新株発行につき株主総会の決議になかった欠缺があっても、これをもって新株の発行を無効とすべきではなく、取締役の責任問題等として処理するのが相当であるからである。」と判示し、有効説をとった。そしてこの判例が、最判昭和46年7月16日³⁵、最判昭和48年4月6日³⁶、東京地判平成4年9月22日³⁷に受け継がれているのである。

商法280条ノ3ノ2所定の新株発行事項の公示を欠く新株発行の効力についても有効説・無効説・折衷説の対立がある。有効説は取引の安全ということを建て前にする以上、この場合も無効にはならないというほかはないとする³⁸。無効説は公示の規定は昭和41年改正において株主総会の決議を要する場合が有利発行の場合に限られたことの代償として新設されたもので、その趣旨は株主に差止請求権行使の実効性を保障し、特に抜き打ちの新株発行から株主の利益を保護するものであるから公示の欠缺は新株発行の無効事由にあたるとする³⁹。折衷説は原則として無効説に立ち、公示の義務は株主に差止請求の機会を与えるための手段にすぎないから、当該の新株発行自体に何らの瑕疵がなく、したがって、かりに株主が新株発行差止の請求をしたところで、それが認められない場合にも新株発行を無効とするのは行きすぎであり、会社が差止事由の存しなかったことを立証した場合には公示の欠缺は無効事由にあたらないとする⁴⁰。また、新株発行事項の公告又は通知という手続上の瑕疵のみでは新株発行は無効とならず、違法あるいは著しく不公正な新株発行であるかどうかという実質的な無効原因があってはじめて新株発行は無効になると解し、公告又は通知義務違反の無効事由の主張・立証は原告にあるとする説もある⁴¹。

判例は、無効説をとるものとして、①東京地判昭和45年3月17日⁴²、②東京高判昭和47年4月18日⁴³、③大阪地判昭和48年11月21日⁴⁴がある。④大阪高判昭和49年11月27日⁴⁵（③の控訴審）以後、折衷説がとられ、⑤名古屋地判昭和50年6月10日⁴⁶、⑥最判昭和52年10月11日⁴⁷（④の上告審）、⑦大阪高判昭和55年11月5日⁴⁸、⑧金沢地判平成3年2月8日⁴⁹、⑨東京地判平成元年9月26日⁵⁰、⑩名古屋高判平成4年10月26日⁵¹（⑧の控訴審）、⑪東京高判平成5年8月23日⁵²、⑫浦和地判平成6年8月26日⁵³がある。唯一有効説をとるのは、⑬東京

高判平成7年10月25日⁵⁴（⑫の控訴審）である。このような状況の中で、⑭最判平成9年1月28日⁵⁵（⑩の上告審）は、「新株発行に関する事項の公示（同法280条ノ3ノ2に定める公告または通知）は、株主が新株発行差止請求権を保障することを目的として会社に義務付けられたものであるから、（最高裁平成元年（オ）第666号同5年12月16日第一小法廷判決・民集47巻10号5423頁参照）、新株発行に関する事項の公示を欠くことは、新株発行差止請求をしたとしても差止めの事由がないためにこれが許容されないと認められる場合でない限り、新株発行の無効原因となると解するのが相当である」とした上で、代表取締役が株主総会における自己の支配権を確立するために新株発行を行ったこと、新株を引き受けた者が真実の出資をしたとはいえず、資本の実質的な充実を欠いていることの二点に照らすと、差止請求の事由がないとはいえないから、本件新株発行には無効原因があると判示した。これに続き、⑮最判平成10年7月17日⁵⁶（⑬の上告審）も折衷説をとった。

商法280条ノ2第2項における総会の招集通知およびその添付書類をもって新株発行事項の通知に代えることを認め（③④⑤）、また、新株発行の公示の不備を理由として新株発行の仮処分が争われた事案で、公示の不備は株主の新株発行の差止を著しく困難にさせたものではないとの理由から無効事由にはあたらないとする⁵⁷。

発行差止の仮処分に違反して発行された新株発行の効力についても争いがある。無効説は、差止の仮処分に違反してなされた新株の発行を有効であると解するときは株主に差止請求権を一つの権利として認めた法の趣旨が没却されることになるし、また、仮処分違反の新株発行を有効とすることは仮処分命令を無視する違反行為を容認する結果を招くことになって、裁判による法秩序の維持という司法制度の目的にも反することになるから、差止の仮処分に違反する新株の発行は無効であるとする⁵⁸。折衷説には、原則として無効であるが、差止の仮処分に理由がないことを会社が立証すれば無効を回避できるとする説⁵⁹、仮処分違反につき悪意の者に関してのみ無効とする説⁶⁰がある。有効説は新株発行の効力自体に影響がないと解すべきであり、そうでないと新株発行による法律関係の安定を著しく阻害する結果となるとする⁶¹。また仮処分違反という

それだけの事実で無効とすることには反対し、実質的な無効原因がなければ無効とできないとする説もある⁶⁵。判例は、①横浜地判昭和50年3月25日⁶⁶、②大阪高判昭和63年12月22日⁶⁶は無効説、③京都地判昭和62年10月15日（②の第1審）は有効説をとる。最判平成5年12月16日⁶⁶（②の上告審）は無効説をとるが、同判決の反対意見は有効説をとる。なお、③に先だって、新株が既に発行されたことを理由に本件差止仮処分を取り消した異議訴訟である京都地判昭和61年2月27日⁶⁶では、仮処分が取り消されても仮処分の事実がなくなるわけではなく、その事実は新株発行無効の訴えで考慮されうるので、仮処分の意義を不当に没却するおそれがないと判示している。

不正発行が無効事由になるかどうかについても、学説上、不正発行は無効事由とはならないとする有効説⁶⁷、不正発行は無効事由となるとする無効説⁶⁸、不正発行であることについて悪意の引受人または譲受人が新株を保有するかぎりでは不正発行も無効事由となるとする折衷説⁶⁹が対立している。判例では、有効説をとるものとして、①釧路地裁昭和38年2月26日判決⁷⁰がある。折衷説をとるものとして、②大阪地判昭和63年12月21日⁷¹、③大阪高判平成元年12月22日⁷²（②の控訴審）、④大阪高判平成3年9月20日⁷³、⑤神戸地判平成5年2月24日判決⁷⁴がある。⑥最判平成6年7月14日⁷⁵は、「新株発行は、株式会社の組織に関するものであるとはいえ、会社の業務執行に準じて取り扱われるものであるから、右会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとい、新株発行に関する有効な取締役会の決議がなくても、右新株発行が有効であることは、当裁判所の判例（最高裁昭和32年（オ）第79号同36年3月31日第二小法廷判決・民集15巻3号645頁）の示すところである。この理は、新株が著しく不公正な方法により発行された場合であっても、異なるところがないものというべきである。また、発行された新株がその会社の取締役の地位にある者によって引き受けられ、その者が現に保有していること、あるいは、新株を発行した会社が小規模で閉鎖的な会社であることなど、原判示の事情は、右結論に影響を及ぼすものでない。けだし、新株の発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性があることにかんがみれば、その効力を画一的に判断する必要があり、右のような事情の有無に

よってこれを個々の事案ごとに判断することは相当でないからである。そうすると、本件新株発行を無効と判断した原判決は商法280条ノ15の解釈適用を誤った違法があり、右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであることから、この点をいう論旨は理由がある。」と判示し、有効説をとることを明らかにしたのである。

3. 新株発行の不存在事由

判例・学説上論じられた不存在事由として、以下の場合がある。

①本条（昭和25年改正前371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え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っても、左様な実体のない場合⁷⁶、②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の発行を装うなど全くその実体がない場合⁷⁷、③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⁷⁸、④株式会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、取締役会の有効な決議がなくても新株発行は有効であるから、不存在にはあたらない⁷⁹、⑤払込を仮装したもの⁸⁰、⑥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、無効原因以上のもの⁸¹、⑦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188条3項、67条、商業登記法82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⁸²、⑧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の事実もない場合⁸³、⑨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⁸⁴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（①⑦）は、学説上も判例上も異論はない。権限のない者が新株を装っているか否かが問題となる場合（②と④）は、株式会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、取締役会の有効な決議がなくても新株発行は有効であるから、不存在にあたらないとし、昭和36年の最高裁判決がここにも影響している。権限のない者が新株を装っているか否か、払込があるかどうかかが問題となる場合（⑤⑧）は、裁判所の事実認定によって結論が逆となり⁸⁵、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（③）も、判断が逆になったものがある⁸⁶。無効原因以上のもの（⑥）が、無効原因を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、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の制限を課すことが妥当でないと判断できる場合を含むのかどうか、無効事由を含むのかどうかは、新株発行不存在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っ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⁸⁷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。

4. おわりに

新株発行無効の訴えにおいても、新株発行不存在の訴えにおいても、手続的瑕疵が一つの事案において重複している。利益衡量により一つ一つの事案を解決するためには大きな成果があるけれども、一つ一つの事案においてほんの少し事実が変わっていれば逆転するのではないかという事案が少からず見受けられる。取引の安全を根拠に有効無効を決する考え方は限界に来ているのではないか。既存株主を保護するため今まで度重なる改正が行われたが、既存株主を

救済するところまではいたっていない。支配的利益から既存株主を保護するためには、保護するために設けられた手続に瑕疵があればそれを無効にしなければ意味がない。これから先、既存株主の保護のために手続を加えようとも、新株発行無効の訴の現状が変わらない限り、既存株主は最終的に保護されない。

このように瑕疵のある新株発行の有効・無効の問題を既存株主の利益の保護と取引の安全の保護の要請を比較衡量することによって解決しようとした最初の判例は前述の最判昭和36年3月31日判決である。この判決は、取締役会の決議がない新株発行の効力を争うものであるが、株主総会の特別決議を欠く第三者に対する有利発行の効力が問題となった判決、著しく不公正な発行の効力が問題となった判決へと受け継がれたのである。無効事由となるのは、公示義務違反と新株発行差止仮処分違反の場合のみである。新株発行の差止と結びつく手続上の瑕疵のみを新株発行の無効事由と考えているのである。そして、下級審判決では、いわゆる小規模閉鎖会社の場合にはその点を考慮する判決が多く見受けられたが、最判平成6年7月14日では、そのような事情は一切考慮しないとし、新株発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性があるので、その効力を画一的に判断する必要があるとするのである。新株発行無効の訴えにおける判決の効力の点から考えると第三者に及ぶので（商法280条ノ16,109条準用）、債権者を含む第三者の利益を考慮しなければならないとなるが、新株発行自体に債権者は関与していないので、債権者の利益は考慮されていない。新株発行の無効原因を考える際に、債権者の利益を考慮するというのであれば、立法論として、会社債権者の新株発行無効の訴えへの関与、新株発行無効の訴え確定後の債権者の保護が必要になると考えられる⁸⁸。

内部対立のある会社において、気がつかないうちに新株発行がなされ出訴期間が経過してしまった場合には、既存株主の支配的利益は回復できない場合があり、そのような場合に新株発行不存在確認の訴えが提起されている。

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280条ノ15に求めるため、訴訟要件等も商法280条ノ15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、抹消登記の囑託の面からも明文の規定があることが望ましい⁸⁹」との理由から、昭和56年の改正で商法252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280条ノ15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252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、新株発行不存在確認の訴えについて対世効を認めるのであれば、明文で規定するべきということになるのだろうか⁹⁰。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280条ノ15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るが、会社内部の法律関係を画一的に確定する必要があるので、対世効を有するのである。

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。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されているのは、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べきである。

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（申込と割当）、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。商法上、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おり、一方、新株発行行為において不存在の場合には明文の規定がないということは、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6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¹⁾。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。そして、新株発行の無効事由は、前述の重大な法令・定款に違反した場合、取締役会の決議、有利発行の場合は株主総会の特別決議、公告又は通知のいずれかに瑕疵があった場合、発行差止の仮処分違反して発行された場合、不公正発行の場合である。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、無効事由と別々に規定すべきである。

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ではなく、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いる無効事由を拡大すべきである。

注

- 1 拙稿「新株発行の無効原因」中部女子短期大学紀要第28号（1999年）76頁以下
- 2 倉沢康一郎「新株発行の差止原因と無効原因」法学教室148号（1993年）51頁
- 3 民集15巻3号（1961年）645頁
- 4 民集19巻7号（1965年）1745頁
- 5 いわゆる折衷説の立場をとる判例である。
- 6 金融・商事判例956号（1995年）3頁
- 7 民集51巻1号（1997年）71頁

- 8 金融・商事判例1057号(1999年)15頁
- 9 民集47巻10号(1994年)5423頁
- 10 民集51巻1号(1997年)40頁 注7の事件と同一の原判決のうち昭和54年の新株発行に関するものである。
- 11 「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ところから、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が問題となるが、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。」と判示した。
- 12 高松高判平成12年1月20日判例タイムズ1042号(2000年)240頁、浦和地判平成12年8月18日判例時報1735号(2001年)133頁
- 13 大阪高判昭和35年7月29日下民集11巻7号(1960年)1606頁、東京地判昭和38年2月8日下民集14巻2号(1963年)178頁
- 14 大阪高判昭和35年7月29日下民集11巻7号(1960年)1606頁
- 15 東京高判平成6年2月24日金融・商事判例956号(1995年)20頁、東京高判平成12年8月7日判例タイムズ1042号(2000年)234頁
- 16 黒沼悦郎「新株発行無効の訴え」法学教室233号(2000年)27頁
- 17 鈴木竹雄＝石井照久『改正株式会社法解説』(1950年)249頁、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法』(1952年)343頁、伊沢孝平「新株発行の手續」株式会社法講座4巻(1956年)1231頁、鈴木忠一「新株発行をめぐる訴訟としての法律問題」商事法務232号(1962年)61頁、山崎悠基『注釈会社法(5)』(1968年)235頁、河本一郎『現代会社法(新訂第8版)』(1999年)267頁、吉本健一「新株発行による既存株主の法益とその救済」阪大法学149・150号(1989年)193頁
- 18 大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』(1951年)339頁、野津務「代表取締役」株式会社法講座3巻(1956年)1107頁注7、小関健二「新株発行無効の原因について」東洋法学25巻1号(1981年)73頁、永倉勲「新株発行無効論の一論点—会社法における『取引の安全』の優位論に対する疑問—」山口経済学雑誌24巻6号(1975年)663頁
- 19 鈴木竹雄『商法研究Ⅲ』(1971年)233頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法(第3版)』

(1994年) 428頁, 北沢正啓『会社法 (第6版)』(2001年) 540頁

- 20 前掲注(3)参照
- 21 判例時報1085号(1983年) 140頁
- 22 ②の判例と同じ会社が②と同じ新株発行に対して, 東京地判昭和56年3月5日(判タ443号144頁)において, 株主は会社のなした15000の新株発行(発行価額一株3000円)に有効な取締役会の決議に基づかずに行われたこと, 商法280条の2第2項の手続を経ずに株主以外の第三者に特に有利な発行価額でなされたこと, 著しく不公正な方法によって行われたこと, 商法280条の3の2による適法な通知または公告を経ることなくなされたことの四つの無効原因があるとして, 当該新株について処禁止, 議決権停止の仮処分を求め, また, この新株発行をなした会社の取締役解任の訴を本訴とする職務執行停止・代行者選任の仮処分を求めたが, 却下されている。
- 23 判例時報665号(1972年) 90頁
- 24 判例時報792号(1975年) 84頁
- 25 判例タイムズ533号(1984年) 243頁
- 26 判例タイムズ767号(1991年) 224頁(原審大阪地判平成元年2月8日)
- 27 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な事情がある場合は, 例外的に発行新株数が少なく, 引受人が代表取締役と特殊の関係にある少数者に限られ, その新株が特に発行後6月以内に譲渡されておらず, 会社が小資本で少数の株主により構成されている等であるとし, 本件のばあいは, 発行された新株は2900株であり, 引受人は代表取締役と特殊な関係にある2名と代表取締役であり, 譲渡もしておらず, 会社の資本金は810万円であり, その株主は7名であり, そのうちひとりを除いて, 親子関係にある親族であることが認められるので, 新株発行を無効としても取引の安全を害しない特別な事情があると解せられないとする。取引の安全を理由とする理論的根拠は述べられていないが, 取引の安全を強調する実質的な理由が以下のように述べられている。

「もっとも代表取締役が新株を発行した以上これについて有効な取締役会決議なくとも右新株発行は有効であるとする最高裁判例(第二小法廷昭和36・3・31民集15・3・645)があるが, この事件は同29年に資本金2000万円の当時としては小さくない資本を有する会社が40万株という多数の新株を発行して倍額増資をした事案であるから, 特殊な事案の本件においては右新株発行を有効と解することはできない。」
- 28 「本件新株発行は, これを被告の業務執行に準ずる行為とみるべき限りではなく, 被告会社の資本を増加させることにより, 同人の株主総会における議決権の比率を著しく高め, 原告その他の株主のそれを相対的に低下させるという結果をもたらすものであって, 専ら, 被告の人的・物的基礎に変動をもたらす組織法上の行為と目すべきであり, かかる性質を有する本件新株発行は, 有効な取締役会の決議を経ることを要し, これを欠く場合には無効と解すべきである」としている。本件新株発

行の性質として限定しているけれども、新株発行行為の性質というのはそれぞれの会社によって異なるものなのだろうか。

- 29 宮島司『会社法概説（第2版）』（2000年）368頁
- 30 鈴木・前掲注（19）233頁，鈴木＝竹内・前掲注（19）338頁
- 31 大隅健一郎「新株引受権を株主以外の者に付与することについて株主総会の特別議決を経ない新株発行の効力」民商法雑誌54巻5号（1966年）126頁，石山義衛「新株発行の差止（二）－新株発行無効をめぐる若干の疑問と試論－」日本法学42巻4号（1977年）119頁
- 32 服部栄三『会社法通論（第4版）』（1991年）157頁
- 33 大塚龍児「新株発行無効についての一考察」代行レポート69号（1984年）24頁
- 34 前掲注（4）参照
- 35 判例時報641号（1971年）97頁
- 36 金融法務事情683号（1973年）32頁
- 37 判例時報1464号（1993年）148頁
- 38 河本・前掲注（17）269頁
- 39 田中誠二『三全訂会社法詳論』（1974年）975頁，坂本延夫「公示義務を欠く新株発行の効力」高窪利一先生還暦記念『現代企業法の理論と実務』（1993年）238頁
- 40 鈴木・前掲注（19）235頁，鈴木＝竹内・前掲注（19）338頁
- 41 北沢・前掲注（19）544頁，前田庸『会社法入門（第7版）』（2000年）525頁
- 42 下民集21巻3.4号（1970年）424頁
- 43 高民集25巻2号（1972年）182頁
- 44 判例時報736号（1974年）92頁
- 45 判例時報770号（1975年）96頁
- 46 前掲注（24）参照
- 47 金融法務事情843号（1997年）22頁
- 48 判例タイムズ444号（1981年）146頁
- 49 民集51巻1号（1997年）51頁
- 50 判例時報1333号（1990年）156頁
- 51 民集51巻1号（1997年）60頁
- 52 金融法務事情1389号（1994年）32頁
- 53 金融・商事判例1011号（1997年）15頁
- 54 金融・商事判例1004号（1996年）11頁
- 55 前掲注（7）参照
- 56 前掲注（8）参照
- 57 前掲注（21）参照
- 58 鈴木＝竹内・前掲注（19）421頁
- 59 大隅健一郎＝今井宏『新版会社法論中巻Ⅱ』（1983年）630頁

- 60 新谷勝「新株発行の差止と仮処分」司法研修所論集57号（1976年）66頁
- 61 河本・前掲注（17）同頁
- 62 北沢・前掲注（19）544頁
- 63 下民集26巻1－4号（1975年）324頁
- 64 判例時報1311号（1989年）128頁
- 65 判例時報1490号（1994年）134頁
- 66 判例時報1199号（1986年）155頁
- 67 大隅＝今井・前掲（注59）637頁，森本滋「新株の発行と株主の地位」法学論叢104巻2号（1978年）18頁
- 68 北沢・前掲（19）544頁
- 69 鈴木・前掲注（19）324頁，州崎博史「不公正な新株発行とその規制（2・完）」民商法雑誌94巻6号（（1986年）36頁
- 70 商事法務273号（1963年）10頁
- 71 金融・商事判例956号（1995年）9頁
- 72 金融・商事判例956号（1995年）8頁
- 73 判例時報1410号（1992年）110頁
- 74 判例時報1462号（1993年）151頁
- 75 前掲注（6）参照
- 76 福岡高判昭和30年10月12日判例時報66号（1956年）20頁（第一審判例集不登載）
- 77 最判昭和53年3月28日金融・商事判例545号（1978年）21頁（控訴審大阪高判昭和52年8月5日同3頁，第一審神戸地判昭和48年4月25日は判例集不登載）
- 78 ①東京高判昭和61年8月21日判例時報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），②金沢地判平成3年2月28日民集51巻1号（1997年）51頁，③名古屋高判金沢支部平成4年10月26日民集51巻1号（1997年）60頁（金沢地判平成3年2月28日の控訴審），④徳島地判平成10年10月13日判例タイムズ1042号（2000年）245頁
- 79 名古屋地判昭和62年6月30日金融・商事判例921号（1993年）29頁
- 80 名古屋高判昭和63年3月31日金融・商事判例921号（1993年）23頁
- 81 前掲注（10）参照（名古屋高判金沢支部平成4年10月26日の上告審）
- 82 高松高判平成12年1月20日判例タイムズ1042号（2000年）240頁
- 83 浦和地判平成12年8月18日判例時報1735号（2001年）133頁
- 84 坂本延夫「判批」金融・商事判例判765号（1987年）42頁，岩原紳昨「判批」ジュリスト947号（1989年）119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－』（1994年）104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70巻1号（1997年）105頁
- 85 前掲注（80）の判例とその第一審（前掲注（79）の判例）
- 86 前掲注（78）の②と③の判例

- 87 松嶋隆弘「判批」司法研究所紀要12号（2000年）225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—」東海法学23号（2000年）
260頁，瀬谷ゆり子「判批」判例タイムズ948号（1997年）191頁，庄子良男「判批」
判例タイムズ975頁（1998年）198頁
- 88 前掲注（16）29頁
- 89 法務局民事局参事官室編『改正商法の概要』（1981年）30頁
- 90 鳥山「判批」判例時報1755号（2001年）223頁
- 91 近藤崇晴「判批」法曹時報49巻11号（1997年）297頁