

判例研究

〔商法 四四九〕

新株発行不存在確認の訴えにおける新株発行の実体の有無

〔判示事項〕

本件新株発行は手続上重大な瑕疵を有しているものであるが、控訴人会社の大半の株式を有する一族が跡継ぎである長男が経営を行うことを了解していたこと、長男が登記簿上の代表取締役が行った新株発行に関してその内容を同意して変更登記申請を自ら行って追認していること、新株引受人が払込金を実際に払込取扱銀行に払込み、控訴人会社の資本充実に欠けることがないこと等が認められるから、このような場合、本件新株発行は実体が存在していると評価することができる。

〔参照条文〕

商法二八〇条ノ一五第一項、二八〇条ノ二、二八〇条ノ

（名古屋高判平成一四年八月二日
平一三（ネ）第九七〇号新株発行不存在確認等請求控訴事件
判例タイムズ一三九号二五一頁）

三ノ二、二八〇条ノ五ノ二。

〔事実〕

Xら（原告、被控訴人。X₂はX₁の妻、X₃はX₁の実母。）およびBは昭和三四、五年ころ、乙川組の屋号で土木建設業を興し、昭和五三年三月二日Y₁会社（被告、控訴人）を資本金三〇〇万円で設立した。その出資者の大半は乙川家の一族で、他の出資者は知人や当時の従業員であった。AはBの長男であり、二〇歳ころからBを手伝い、法人化後しばらくしてからY₁会社の代表取締役としてBとともに経営に当たるようになった。XらはY₁会社の設立時からの株主であったが、A以外のXら乙川家の株主はY₁会社の日常業務に全く関与しておらず、株主総会や取締役会が開かれ

たことはなく、取締役等役員選出の登記等に関する必要書類についてはBおよび代表取締役であったAの指示に基づき、司法書士が株主総会議事録を形式的に作成していた。

Y₁会社は昭和五六年に経営が著しく悪化し、建設業を維持するのが困難となった。そこで、Aは昭和五九年ころから廃棄物処理業に業種転換を図った。昭和六〇年八月九日、Y₁会社の作業現場で子供の死亡事故が発生し、Aが刑事責任を問われ、昭和六二年八月三一日から昭和六三年一〇月二〇日の間、服役した。Aは服役直前に訴外Zに対し、知多市内の廃棄物の廃棄場所を提供したことから面識ができ、出所後の昭和六三年一月二日ころからY₁会社の経営について協力関係に入ることとなった。平成二年二月三日、Bが死亡。平成二年一月二月、訴外Zは登記簿上Y₁会社の取締役に就任し、平成三年三月、Y₁会社の商号を「株式会社〇〇」に変更するとともに代表取締役役に就任したことになるが、取締役選任のための株主総会や代表取締役選任のための取締役会は開催されたことはなく、すべてAと訴外Zの二人の話しあいだけに基づいて行われていた。その後、平成五年四月、訴外ZはAの同意のもとに実子のY₂(被告、控訴人)をY₁会社の代表取締役として登記したが、実際には、訴外ZがY₁会社の経営を行っており、Y₂の取締

役および代表取締役の選任について、株主総会や取締役会が開催されたことはなかった。また、株主であるXら乙川家の一族は、Y₁会社の経営に関心はなく、AやZ・Y₂親子にその経営を委ねていた。

Y₁会社の資本金は三〇〇万円であったが、平成二年改正商法の最低資本金制度導入により増資して資本金を一〇〇〇万円にしなければ株式会社以外の会社に組織変更するか、それを放置すると解散にならざるをえないという状況にあったが、みなし解散の期限が迫ったため、Y₂は平成七年一〇月二六日、Y₁会社の新株発行により資本金を七〇〇万円増額することとして、自ら同額を払込取扱銀行に払込み、AはY₂に依頼され、同年一月八日、自ら法務局へ登記書類を持参して、資本の額および発行済株式の総数の変更登記申請をした。

Xらはその新株発行に重大な瑕疵があり、法的評価においては新株が不存在であるとして、Y₁会社に対して、新株発行不存在確認を求めるとともに、新株一四〇〇〇株を引き受けたとするY₂に対し、株主権不存在の確認を求めた。

原審は本件新株発行は不存在であるとして、Xらの請求を認容したが、それに対して、Yらが控訴した。

Yらは本案前に、一、本件新株発行確認の訴えは出訴期

間を経過しており訴が不法であること、二、Xらは実質的に株主としての資格がなく、訴えの当事者適格を有しないこと、三、Xらの訴えの利益が欠けていること、四、Xらの訴えは信義則・禁反言に違反しており、訴権を濫用していることを主張し、Xらは本案の主張として、新株発行の不存在を主張した。

〔判旨〕

破棄自判。

「以上の事実によれば、本件新株発行手続は、適法な株主総会及び取締役会の議決を経たものではなく、また、新株発行事項の公示、通知がなされておらず、Y₂がY₁会社の代表取締役として登記されているものの適法な選任手続を経していない点において、手続上重大な瑕疵を有しているものではあるが、他方、Y₁会社は、乙川家一族が大半の株式を所有し、その経営を乙川家の跡継ぎである亡Bの長男Aが行うことを了解していたこと、その後Aから訴外Z、Y₂へと経営を委任し、Aは、Y₂らが登記簿上代表取締役となることを了解していたこと、Y₂らが適法な選任手続を経ないで代表取締役になっているため、法的にはAがY₁会社の代表取締役であるというべきであるところ、Aは、本件新株

発行に関してその内容を同意して株式数、資本の額の変更登記申請を自ら行つて、登記簿上の代表取締役であるY₂の行為を追認し、その旨の登記をなしていること、新株の引受人であるY₂は、株式払込金七〇〇万円を実際に払込取扱銀行に払込み、Y₁会社の資本充実に欠けることはないことが認められるから、このような場合、本件新株発行は実体は存在していると評価することができる。」

〔研究〕

判旨結論に賛成。

一 新株発行の効力を争う手段として、商法二八〇条ノ一五は新株発行無効の訴えを規定している。かつて、法はこれについて特別の規定をおかず、法律行為の無効は誰でもいつでもどのような方法によっても争うことができるという一般原則に従っていたが、法的安定性の要請をいれて、設立無効の訴えにならない、昭和一三年に資本増加無効の訴えが新設され、これが昭和二五年改正により新株発行無効の訴えと名称を変えたが、規定内容にほとんど変化はない（近藤・新注会（7）三三九頁以下）。新株発行無効の訴えは商法上の特別の訴えであり、その提訴権者および提訴期間に制限があり（商法二八〇条ノ一五）、また、判決の効

力も対世効を認められ(商法二八〇条ノ一六、一〇九条)、法律関係の安定性を損なわないように新株発行の効力は既往に遡らず将来に向けて失われるとされている(商法二八〇条ノ一七、二八〇条ノ一八)。このようなことから、当該訴の性質は形成の訴えであるとされている。これに対して、新株発行の瑕疵が著しい場合には、訴えによらず、だれでもいつでも不存在を主張することができることについてはおそらく判例上また学説上も一致をみているように思われる。しかしながら、どのような場合を不存在とし、無効と区別するのかについては明確な基準は示されるにいたっていないし、新株発行の不存在を争う訴えに関しても、訴え自体は許されても、株主総会決議不存在確認の訴えのような明文の規定(商法二五二条)があるわけではないから、訴訟要件、判決の効力等もはっきりしておらず、また、新株発行無効の訴えに関する規定をどこまで類推できるのかについても定説はないといつてよい。

平成二年の商法改正によって最低資本金制度が導入され(商法一六八条ノ四、有限会社においては既に有限会社法九条で最低資本金制度は採用されていたが、最低資本金額の引上げがなされた)、改正法施行期日後に設立する株式会社・有限会社は少なくともこれだけの資本がなければ設

立を認めないし、また、これ以前から存在する会社も施行日から五年以内に増資してこれを満たさないと、法務大臣が広告をなした日から二月以内に合名会社・合資会社に組織変更しないものは解散したものとなす(ただし、さらに三年間は株主総会特別決議により会社を継続することが可能とされていた。平成二年改正商法附則五条、六条、一八条、一九条)として、それまで特に規定がなされず野放しになっていた株式会社規模を一定以上のものに限定するという試みを行った。本件は、いわゆる小規模閉鎖株式会社である当該会社が、このみなし解散を避けるために行った新株発行が不存在であるか否かが争われた事例である。しかし、このような会社ではしばしば同様な状況が存在するのと同様に、当該会社でも、通常から株主総会および取締役会などの開催はなく、必要に応じて議事録を作成し、変更登記を行うばかりで、商法が要求している手続に基づいた運営はまったく行われていなかった。また、経営についても、創業者の長男が長年株主の信頼を得てほとんど一人で経営に勤しんできた会社である。したがって、もともと、新株発行の存在や効力を争う以前に、取締役・代表取締役の地位さえも問題となりそうである。本件では、株主の大半から会社の経営を了承されていた代表取締役が単に

登録簿上代表取締役とされている者によって行われた新株発行の内容を同意し、また新株発行に関する変更登記を自ら行って登録簿上の取締役の行為を追認したこと、および株式払込金は払い込まれ資本充実に欠けることがないことなどによって、新株発行が存在するものと認められており、裁判所として新株発行の存在が認められる要素を具体的に提示しているところに先例的な意義が見出せる。しかし、そもそも、前述したように新株発行の不存在という概念はまだ明確化されてはおらず、商法二八〇条ノ一五第一項の類推適用があるかについても学説上対立があるため、検討が必要であると思われる。

そこで、本訴訟を認めるためには新株発行不存在確認の訴えの出訴期間について新株発行無効の訴の規定の類推適用を否定しなければならず、本判決も本案前の控訴人の主張に対してその結論をとっているために、まず前提としてこの点に触れ(二)、次に、本判決の主要点である、新株発行の不存在とはどのような場合をいうのかを考察し(三)、最後に、その考え方が本件にも適合するのか(四)を考えたい。

二 まず、出訴期間についての類推適用の可否であるが、この点には積極・消極両説がありうるとされている(吉戒

修一・「新株発行不存在確認の訴えの性質・被告適格」

新・裁判実務体系11一五五頁)。すなわち、商法二八〇条ノ一五第一項の趣旨が新株発行に伴う法律関係の早期確定であるとする、新株発行不存在確認の訴えの場合にもこの要請が必要であると解すると類推を認めることとなるし、それに対し、訴えの性質が確認の訴えであること、同種の確認の訴えとして規定されている株主総会決議不存在の訴えでも出訴期間が限定されていないことなどから類推は認められないという結論になる。当該判決の控訴人らの本案前の主張についての判断中でも引用されている平成九年一月二八日最高裁判決(民集五一巻一四〇頁)では、「商法が、このように出訴期間および原告適格の制限があるとともに、認容判決に対世効がある一方で遡及効はない特別の訴えを創設した趣旨は、新株発行は、会社と取引関係にた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も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される。」と新株発行無効の訴えのおかれている目的について論じた後、新株発行不存在の訴えについて、「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場合であつても、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。」と新株発行不存在確認の訴えが認められることを明らかにした上で、新株発行無効の訴えと同様、新株発行不存在確認の訴えについても会社を被告としてのみ提起することが許されると判決した。しかし、この判決で可部恒雄、千種秀雄両裁判官は「その場合、明文の規定がないにもかかわらず、新株発行不存在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。したがって、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。」との補足意見を述べられ、類推の限度については議論の余地があるとした。その後、平成二十一年一月二〇日高松高裁判決（民集五七巻三三三〇頁）はこの補足意見の趣旨を認めて、「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性が著しく損なわれる」という点を強調して、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であるとしたのに対し（浦和地判平成十二年八月一八日判時一七三五号一三三頁も、原則としてこの考えかたを踏襲しながら、会社が継続する予定がないため、いわば例外的に、出訴期間の制限なく訴えを提起できるケースであるとした判決である。）、当該判決は出訴期間の制限なしと判決し、判例の見解に対立が生じていた。しかし、上述の高松高裁判決に対する上告がなされた最高裁平成一五年三月二七日判決（民集五七巻三三三一二頁）では、「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在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す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」と結論づけた。この考えは妥当であり、当該判決の結論も認められるべきであると考える（本件評釈である、鳥山・法セミ五七九号一〇八頁も同旨）。

三次に、どのような場合に新株発行が不存在といえるかであるが、従来の学説では、一般論として「たとえば新株発行の手続全くなされず、新株の発行の登記がされているにすぎない場合」を挙げていた（近藤・前掲書三四一頁、山崎・注会（五）二二五頁）。すなわち、新株発行の外形上の不存在とでもいうような場合である。これに対し、東京高判昭和六一年八月二一日（判時一二〇八号一二三頁）においては、「新株発行の不存在とは、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、その意味では新株が存在するかそれとも不存在であるかは、単に物理的な判断に止まらず、一つの法的判断の側面を有することは所論のとおりである。」とする。結論として、二で検討したように、新株発行無効の訴えの規定を新株発行無効の訴えに幅広く準用する限り、新株発行の無効と不存在はその扱いにおいてあまり差異はなく、したがって、その区別の必要性も少ないといえるが、たとえば、不存在を確認する訴えにおいては出訴期間の制限はないとすると、新株発行の無効の場合には争うことができなくなつたものを、不存在であるとするならば何時までも訴えることができることとなる。前田庸教授は株主総会決議不存在の訴えについて、以下のような見解を示される。「商法が決議の手続的瑕疵の主張につきこのような制約を設けたのは、この場合の瑕疵の性質は比較的軽微であり、また時がたつと違反の判定が困難になり、さらに手続的瑕疵は議決権を有する者が了承すれば治癒されると考えられるからだと思われる。……決議の手続的瑕疵が重大で、商法が決議の取消原因として予想しているものを超えるときは、商法が設けている前述のような制約を排除して、瑕疵の主張

を認める必要がある。」(「いわゆる決議不存在確認の訴」実務民事訴訟講座 530 頁)。また、岩原紳作教授は、既述の昭和六一年八月二日の東京高裁判決の評釈において「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えなかった事情から、提訴期間の制限を課することが妥当か否かを判断すべき」と前田教授の見解に賛意を示された後、このような考え方を新株発行不存在の認定にも応用できるとされ、経営者側がもっぱら会社の支配権を握るために新株発行を行い、違法または不当な新株発行手続を行うことにより提訴期間内に新株発行無効の訴えを提起できないようにわざと株主の目にふれない公告方法を用いるなどして工作した疑いがあり、新株発行が無効または不存在であるとされても新株が当初の引受人の下にとどまっていって善意の第三者が害される問題は全く生じないことを理由に、新株発行の効力を遡及的に否定しても問題がないとし、新株発行不存在であるとしてもよかったのではないかと考えられる(ジュリスト九四七号一二二頁以下)。また、同判決の評釈評釈において、坂本延夫教授が個々の手続を個別的に評価するのではなくて、全体を一体性があるものとしてとらえると、「支配権確立という目的達成のために故意に作られた重大なる瑕疵」であるから法的评价としては不

存在とすべきではないかと言われる(金商七六五号四七頁)のも同様な視点からであると解されよう。これらの説に対して、山本爲三郎教授は、不存在と無効の区別の基準が「不明確で、新株発行の法律関係の安定の観点から問題が残る」(「新株発行の法的性質をめぐって」法研七〇巻一 号一〇五頁)と批判される。山本教授も指摘されるように、新株発行の存在の有無を法的评价によって行うとすることは手続違反の程度を測ることにつながり、判断を行う者の恣意に任されやすい。新株発行の不存在と存在しているが無効である場合ははっきりと区別されるべきであり、手続違反の程度が著しいものを不存在事由と考える必要ないであろう。

次に、近時の判例を参考に、具体的に新株発行の不存在がどのような場合であるかを考える。まず、不存在が認められた事例であるが、①名古屋高判昭和六三年三月三一日金商九二二号二三頁(払込の仮装が行われている場合。第一審である名古屋地判昭和六二年六月三〇日金商九二二号二九頁では払込の事実が認定され、新株発行の存在が認められている)、②名古屋高金沢支判平成四年一〇月二六日民集五一巻一 号六〇頁(前掲最判平成九年一月二八日の原審。授權資本増加の株主総会の決議・新株発行についての

取締役会決議・新株発行についての株主への公示の手續の不存在、有効な新株の払込みがあったとはいえないこと、支配権を確立しようとする意図のものになしたものであると認められてもやむを得ないなどが実体的及び手続的瑕疵が著しい場合と評価された。しかし、第一審である金沢地判平成三年二月八日民集五一巻一号五一頁は、反対に、払込の事実が全くなかったとは言えず、増資決議についても各株主の暗黙の了解があり、支配確立目的があったと断言できないとして、この場合も不存在とはならないとした。③前掲浦和地判平成一二年八月一八日（増資登記はあるが、払込みの事実がない場合）などがある。それに対し、新株発行の存在があったとされたのは、①前掲東京高判昭和六一年八月二日（取締役会決議があり、公告、株金全額の払込、変更登記がなされている場合）、②東京地判平成一三年一月二日金法一六五六号六五頁（取締役会を経た上で代表取締役により実施され、払込、変更登記が行われた場合）、③東京高判平成一五年一月三〇日判時一八二四号一二七頁（②の控訴審で、同様の事実が認められた。）などのケースである。共通の要素としては、適法の代表取締役が行い、払込みが実際にあることであろう。これをさらに一般化すると、新株発行の不存在とは、本件の判決が

本案前の主張について判示するように、「新株発行の手續きが全く行われず、新株引受け、払込が何らなされていないとき、及び新株発行が代表権限のない者によって行われ、会社の行為とは認められない場合」には新株発行の実体がないとしてよいであろう。

四 以上のことを前提にして、当該事例に関して問題点を考えてみたい。まず、第一に、当該事例の手續の違反は新株発行の無効をもたらすか否かであるが、当該会社は定款に株式の譲渡制限の規定をおいている、いわゆる閉鎖的株式会社であると考えられ（被控訴人から株主の引受権を無視しているとの主張があり、判決も本来株主総会の決議が必要であったと認めるような表現がみられるため、このように考えられる）、このような会社では、株主の支配的利益の保証が一般の株式会社比して重要であるため、株主の新株引受権が法定されており、その引受権を与えずに新株発行を行うには株主総会の特別決議が必要である（商法二八〇条ノ五ノ二）。本件では、取締役会の決議はもとより、この株主総会の決議もなく、さらに株主に対する通知・公告も行われていない（商法二八〇条三ノ二）。株主の利益が犯されている程度は甚大であるとも考えられる。しかし、これらは手續上の瑕疵であり、単独で新株発行の

無効を争う原因となることはできても、新株発行の不存在とはいえない。また、本件の新株発行は支配権確立のために行われたものではなく、みなし解散を避けるための必要性があつて行われたことを考えると、旧株主の利益と会社全体の利益を考量すると、旧株主は一方的に害されているのではない。

しかし、第二に、A を代表取締役と認めることにも問題があるように考えられる。A は株主総会、取締役会によつて正式に選任されたことがない。原則として、取締役の選任は、株主総会において任期が終わることに判断を仰がなければならぬ。これは、個人企業に近い実態を有する一人会社の性質が濃い会社においてもいえることである。また、Y₂ が適法な手続を経て選任された代表取締役ではないことは自明なことであり、本件では Y₂ のおこなつた新株発行を A が登記によつて追認しているとして認めているが、その A の代表取締役としての地位は本当に認められるのか。しかし、これを否定すれば、新株発行の存在もまた認められなくなるおそれが出てくる。株主全員の信認による取締役・代表取締役選任決議の代替を考えるべきであろう。判決では、この点きわめて簡単に代表取締役としての地位を認めるが、重要なことであるので、単に経営に興味がなく

A が代表取締役として行動するのを放置していたことでは足りず、株主の信認について認定をはつきり行うべきであつたと考える。それが肯定されれば、本件新株発行は、代表取締役自身の新株発行行為はないが追認が行われており、払込もなされていることから、新株発行の実体は存在すると考えてよいと思う。

鈴木千佳子