

判例研究

〔商法 五八七〕

新株発行無効の訴えの提訴期間経過後の訴えの提起が
適法とされた事例

平成二八年九月三〇日名古屋地裁民事第八部判決
平成二六年(ワ)二二五六号新株発行無効等請求事件(甲事件)
平成二六年(ワ)五四三五号株主総会決議取消等請求事件(乙事件)
判例時報二三二九九号七七頁、金融・商事判例一五〇九号三八頁

〔判示事項〕

一 非公開会社における新株発行の効力発生日から一年を徒過した後に提起された新株発行無効の訴えであっても、信義則上、所定の提訴期間を徒過して提起したとすることはできない。

二 非公開会社において、募集事項の決定を取締役に委任する株主総会特別決議を経ず、取締役会決議限りで新株発行が行われた場合、当該決議の欠缺は新株発行の無効事由となる。

三 代表取締役が議長として新株発行総会決議および新株

発行取締役会決議を行うなど新株発行手続に関与しており、新株発行にかかる払込金額の払込みおよび登記がなされていることから、新株発行の実体がないとは評価できず、新株発行は不存在とはいえない。

〔参照条文〕

会社法八二八条一項二号、八二九条一号、八三〇条一項、八三一条一項

〔事実〕

原告Xは、産業廃棄物・一般廃棄物の中間処理場および最終処理場の建設、運営および管理等を目的とするZ株式

会社の代表取締役を務める者である。被告Y₁会社は、資本金を一〇〇〇万円として平成九年七月七日に設立した廃パチンコ台のリサイクル業を主要な業務（設立当初は金融業等を主要な業務）とする公開会社（会社法二条五号）でない株式会社（以下、「非公開会社」という）であり、取締役会設置会社（会社法二条七号）である。被告Y₂はY₁会社の代表取締役である。

Y₁会社の設立時発行済株式総数は二〇〇株であり、その全部をY₂の元妻であるAが保有していた。平成一二年当時、Y₁社が運転資金に窮したことからY₂がXに対して融資を依頼したところ、XはY₂に対して廃パチンコ台のリサイクル事業への転換を勧め、Y₁会社が同年七月から平成一三年六月までの一年間に支払うべき倉庫の賃料、保証金等をXが代表者を務める有限会社B（その後、B株式会社）に吸収合併された）が立て替えて支払い、これをY₁会社がB会社からの借入金として返済することとなった。その際、Y₁会社の株式のうち九割をXが、一割をY₂が保有することが取り決められた。発行済株式のうち一八〇株（以下、「本件株式」という）について、平成一四年四月一日に株式譲渡が行われ、Xに名義変更がなされた（以下、「本件株式譲渡」という）。平成一二年七月二十八日には、Y₂は代表取締役に、

Xの実弟であるCらが取締役に、Xが監査役にそれぞれ就任している。

Y₁会社は、平成一五年一〇月までにB会社からの借入金を、平成一七年一〇月までにはB会社を保証人としていた借入金を完済したところ、平成二〇年一月頃、Xの要請によりB会社に対して一億円を融資した。平成二二年一月頃、Y₁会社の資金繰りに窮したため、Y₂はXに対し、Xが保有するY₁会社の株式を売却してその代金を前記融資に基づく残金八〇〇〇万円の返済に充てるように依頼したが、Xはこれを拒否した。平成二二年一月七日、Y₂は、XがY₁会社の監査役を辞任した旨の登記手続をXに無断で行った。平成二二年三月三十一日には、本件株式について、XからY₂への名義変更がなされた（以下、「本件株式移転」という）。平成二二年六月頃から、Y₂はXに対して、Y₁会社の財務内容や営業成績の報告を行わなくなった。また、平成二二年六月決算の確定申告書別表二には、発行済株式総数を二〇〇株、Y₂の保有株式数二〇〇株と記載している。Y₁会社は、平成二二年八月二〇日、風俗関係の営業をなす者が大株主である企業に対する融資を行わない政府系金融機関から、二億八〇〇〇万円を借り受けた。

平成二三年四月二五日、XはY₁会社の株式一八〇株を有

する株主であることの確認等をY₁会社に求める訴訟を提起した（以下、「別件訴訟」という）。名古屋地裁は、平成二四年三月一四日、Xの請求を認容する判決を言い渡した。Y₁会社はこれを不服として控訴したが、平成二四年一月六日、名古屋高裁は控訴棄却を言い渡した。さらに、Y₁会社はこれを不服として上告提訴および上告受理申し立てをしたが、平成二五年七月一九日、最高裁は上告棄却および上告不受理の決定をしている。

別件訴訟係属中の平成二三年八月一〇日、Xに対して事前通知も招集通知も行わないまま、Y₁会社の臨時株主総会において、募集株式の上限数を六〇〇株、募集株式の払込最低金額を一万円とし、会社法一九九条一項の定める募集事項の決定について取締役会の決定に委任する旨の議案が承認された（以下、「本件新株発行総会決議」という）。その後、平成二四年五月一〇日開催のY₁会社の取締役会において、普通株式六〇〇株を第三者割当ての方法により発行（以下、「本件新株発行」という）し、Y₂にその全てを割り当てること、当該募集株式の払込金額を一株につき一万円とすること、払込期日を同年六月四日とすることが承認された。同日、Y₂は、普通株式六〇〇株の引受けを申し込み、払込金額六〇〇万円を振り込んだ。Y₁会社は、同月一日、

本件新株発行を踏まえて、その発行済株式総数を二〇〇株から八〇〇株に、資本金の額を一〇〇〇万円から一六〇〇万円に変更する登記を行った。

Xは、平成二五年一〇月三日、Y₁会社およびY₂との間でY₁会社の今後の経営方針について協議をした際に、本件新株発行の事実を初めて知った。XはY₁会社に対して、平成二六年六月三日、本件新株発行の無効および不存在確認の訴えを提起した（甲事件）。

〔判旨〕

一部認容、一部却下、一部棄却（控訴）

③ 主要な争点である甲事件にかかる判示事項（争点①）を引用する。

争点①（本件新株発行無効の訴えの提訴期間）に対する判断

〔2〕 ……Y₁会社の代表者である被告Y₂は、Xが本件株式を保有することを知らながら、Xに対して本件新株発行総会決議の招集通知等を行うことなく、Y₂がY₁会社の全株式を保有するものとして、当該決議を行った。しかも、Y₂は、……平成二二年一月、X及びXの実弟をY₁会社役員の内

地位から無断で排斥したほか、同年六月頃以降、X に対し、Y₁ 会社の財務内容や営業成績の報告を行わず、第一一期（平成一九年七月一日から平成二〇年六月三〇日）以降の確定申告書の写しを交付せず、これにより、X が Y₁ 会社の借入状況や株主構成その他の会社の内情を知ることが妨げた……。これらの諸事情を総合すると、Y₁ 会社の代表者である Y₂ は、X を Y₁ 会社の株主から排斥する意図の下、X に知られることなく本件新株発行を行うべく、X がこれを察知する機会を失わせるための隠蔽工作を繰り返していたものと認められる。

また、X は、本件新株発行の効力発生後である平成二四年一〇月、別件訴訟の控訴審における和解交渉の際、Y₂ 会社から、本件新株発行の事実を告げられなかったのみならず、Y₁ 会社の発行済株式総数が二〇〇株であるとの記載のある被告会社の株式評価額の算定に関する報告書等を交付されており、このような状況の中で、X が本件新株発行の事実を予想し、又は想定することは容易でなかったといえる。

そして、Y₁ 会社は、株式の譲渡制限をしている会社であるところ……。本件新株発行により株式の発行を受けた者は、Y₂ だけであるから、本件新株発行につき、取引の安全

を考慮する必要性がさほど高いとはいえない。また、X は、本件新株発行の存在を知った平成二五年一〇月三日……。から一年以内に本件新株発行の無効の訴えを提起しており……。訴訟提起が不当に遅延したとはいえない。

以上のとおりの本件事実関係の下においては、信義則上、X が本件新株発行の無効の訴えを所定の提訴期間を徒過して提起したとすることはできず、当該訴えは、適法であると解するのが相当である。

(3) これに対し、Y₁ は、本件新株発行は登記済みであり、かつ、当該登記簿の閲覧等を妨げるような客観的障害は存在しないから、当該登記後において、X は本件新株発行を知っていたものとみなされる（商法九条）旨主張する。しかし、……。商業登記の効力を理由に、本件新株発行の無効の訴えの適法性（提訴期間徒過）の有無に関する当裁判所の前示……。の判断を覆すことはできないといふべきである。」

争点②（本件新株発行の無効の訴えに係る無効事由の有無）に対する判断

「(1) 会社法上、公開会社については、募集株式の発行は資金調達の一環として取締役会による業務執行に準ずる

ものとして位置付けられ、発行可能株式総数の範囲内で、原則として取締役会において募集事項を決定して募集株式が発行される（同法二〇一条一項、一九九条）のに対し、非公開会社については、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには、取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に委任した場合を除き、株主総会の特別決議によつて募集事項を決定することを要し（同法一九九条）。また、株式発行無効の訴えの提訴期間も、公開会社の場合には六か月であるのに対し、非公開会社の場合には一年とされている（同法八二八条一項二号括弧書）。これらの点に鑑みれば、非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である（最高裁判所平成二二年(受)第一二二二号同二四年四月二四日第三小法廷判決・民集六六卷六号二九〇八頁）。

(2) これを本件についてみるに、前示のとおり、本件株式譲渡により、 Y_1 会社の発行済株式二〇〇株のうち一八〇株を X が、その余の二〇株を Y_2 が保有することとなったのであり、その後の本件株式移転は、本件株式に係る権利移転を伴うものではなく、…本件新株発行総会決議が行われた平成二三年八月一〇日においても、 Y_1 会社の発行済株式数は二〇〇株であり、そのうち一八〇株を X が、その余の二〇株を Y_2 がそれぞれ保有していたものである。そうすると、本件新株発行総会決議は、 Y_1 会社の二人の株主のうちの一入であり、同社の発行済株式のうち九割の株式を保有していた X に対する本件新株発行に係る株主総会の招集通知がされることなく、 Y_2 が Y_1 会社の全株式を保有するものとして行なわれたものであるから、その手続的瑕疵の著しさに照らして、本件新株発行に係る株主総会が法律上存在したとはいえない。

したがって、非公開会社である Y_1 会社において…、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行…がされたものであるから、この瑕疵は本件新株発行の無効原因になる。」

争点③（本件新株発行の不存在確認の訴えに係る不存在事

由の有無) に対する判断

〔1〕 新株発行の不存在確認の訴えは、新株発行の実体がないのに新株発行の登記がされているなどその外観が存する場合に肯定されるべきものと解するのが相当であり(最高裁判所平成二二年(受)第四六九号同一五年三月二七日第一小法廷判決・民集五七卷三号三二二頁参照)、新株発行が物理的には存在するような外観を呈する場合には、その手続的、実体的瑕疵が著しいからといって、その瑕疵が新株発行の不存在事由となるものではない。

(2) これを本件新株発行についてみるに、……、Y₁会社の代表取締役であるY₂が議長として本件新株発行総会決議及び本件新株発行取締役会決議を行うなど本件新株発行に関与しており、本件新株発行に係る払込金額の払込み及び登記がなされているから、新株発行の実体がないとは評価できず、本件新株発行が不存在とはいえない。

(なお、新株発行不存在確認の訴えには提訴期間の制限がないこと(最高裁判所平成二二年(受)第四六九号平成一五年三月二七日第一小法廷判決・民集五七卷三号三二二頁)等に照らせば、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過した場合の救済手段として、新株発行不存在事由を広く解釈することは相当でないといふべきである。)

〔研究〕

結論には賛成するが、理論構成に疑問がある。

一 最判昭和五三年三月二八日判例時報八八六号八九頁(以下、「昭和五三年最判」という)は、新株発行無効訴訟の提訴期間の起算日を、新株発行の効力発生日である払込期日の翌日であるとした。他方で、東京高判昭和六一年八月二二日判例時報一二〇八号一二三頁(以下、「昭和六一年東京高判」という)は、昭和五三年最判を引用したうえで、株主に対して故意に秘匿する形で行われた新株発行であつたとしても、提訴期間の経過した後提起された新株発行無効訴訟は不適法として却下している(大阪高判昭和六三年一月二二日判例タイムズ六九一号二二〇頁参照)。

本判決は、昭和五三年最判を引用して新株発行無効訴訟の提訴期間は新株発行の効力発生日から一年以内(会社法八二八条一項二号)であることを確認したうえで、Xに故意に秘匿する形で行われた本件新株発行にかかる事実関係のもとでは、信義則上、本件新株発行無効訴訟は提訴期間を徒過して提起したものとはいえず、適法であると解するのが相当であるとした。本判決は、新株発行無効訴訟の提訴期間の起算日について昭和五三年最判の立場を踏襲しつつも、提訴期間経過後の新株発行無効訴訟の適法性につい

ては、昭和六一年東京高判とは異なる立場をとったものといえる（徳元稜「判批」私法判例リマックス五六号（二〇一八年）一〇九頁。なお、公判裁判例ではないが、信義則上、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過したとはいえないとした会社法制定前の下級審裁判例として、東京地判平成一六年三月三一日2004WTLJPCA03310012がある）。

また、本件においてXは、新株発行不存在確認訴訟（会社法八二九条一号）を提起していた。本判決は、最判平成一五年三月二七日民集五七卷三号三二二頁（以下、「平成一五年最判」という）を引用したうえで、本件新株発行は払込みおよび登記がなされていることから、実体がないとは評価できず、不存在とはいえないとしている。学説では、昭和六一年東京高判を契機として、株主の救済の必要性から、新株発行の不存在事由を柔軟に解釈する見解が主張されてきた（六参照）。本判決はこの見解を採用することを明確に否定している（公判裁判例ではないが、東京地判平成二八年一月二九日2016WTLJPCA11298003は、非公開会社における新株発行不存在事由について、本判決と同様の立場をとっている）。

本稿は以下の順序で検討を進める。二では、本件事実関係のもと、本件新株発行総会決議を欠くといえるかについて

て検討する。本判決の判示とは順番が異なるが、提訴期間経過後に新株発行無効訴訟の提起を認めるとしても、新株発行の無効事由たる瑕疵がない限り、これを検討する意味がないためである。三・四・五・六では、新株発行の無効主張を認めた本判決の妥当性について、新株発行不存在確認訴訟と関連付けて検討する。七は結びである。

二 本判決は、最判平成二四年四月二四日民集六六卷六号二九〇八頁（以下、「平成二四年最判」という）を引用したうえで、本件新株発行総会決議は不存在であることから、本件新株発行には無効事由があるとした。本判決は、これまで裁判例（右最高裁判決のほか、会社法制定後、非公開会社における募集事項決定にかかる株主総会決議の欠缺が新株発行無効事由となるか問題となった最初の公判裁判例である、横浜地判平成二一年一月一六日判例時報二〇九二号一四八頁参照）で問題とされてきた募集事項決定にかかる株主総会決議（会社法一九九条一項）の欠缺と、募集事項決定を取締役に委任する株主総会決議（会社法二〇〇条一項）の欠缺とを区別していないようである。募集事項決定にかかる株主総会決議と同様、募集事項決定を取締役に委任する株主総会決議を欠くにもかかわらず取締役

会限りで新株発行手続が進められた場合には、株主の意思に反して新株発行が行われ、その会社支配的利益が侵害されることという点で違いはない。募集事項決定を取締役会に委任する株主総会決議の欠缺についても、新株発行無効事由になると解するべきであるということになる。

本判決は、本件新株発行総会の不存在を認定するにあたって、そもそも本件株式移転は Y_2 が X に無断で行ったものであり、本件株式にかかる権利移転を伴うものではないことを指摘している。 X は本件株式移転に係る意思表示を全くしていない。本件株式移転は、 Y_2 が X に無断で作成した書類に基づき外観が整えられたにすぎないものであった。

そして、本件新株発行総会決議は、 Y_1 会社の二人の株主のうち一人であり、同社の発行済株式のうち九割（一八〇株）を保有していた X に対する株主総会招集通知がされることなく、 Y_2 が Y_1 会社の全株式を保有するものとして行われている。本件新株発行総会決議当時、 Y_1 会社における株主の地位をめぐり別件訴訟継続中であった。名古屋地裁は、平成二三年三月一四日に X の請求を認容している。そのため、 Y_1 会社の代表取締役である Y_2 は、 X を発行済株式の九割を保有する株主として扱わなければならなかったことになる（なお、最判平成九年九月九日判例タイムズ九五五号

一四五頁参照）。問題となった株主総会招集手続の法令違反が取消事由（会社法八三二条一項一号）となるにすぎないのか、それとも不存在事由（会社法八三〇条一項）と評価することができるのか、その境界は必ずしも明確ではない。しかしながら、発行済株式のうち九割の株式を保有する大株主に知らせないまま開催された株主総会決議を不存在と評価すべきことに異論はないであろう（岩原紳作編『会社法コンメンタール七』（商事法務、二〇一三年）八二頁〔青竹正一〕参照）。この点について本判決は妥当である。

三 本件新株発行総会決議が法的に「不存在」といえるのであれば、これは新株発行無効事由になる。したがって、新株発行無効訴訟が適法に提起される限り、これは認められることになる。もつとも、 X が本件新株発行無効訴訟を提起したのは、新株発行の効力発生から約二年後の平成二六年六月三日のことであった。非公開会社の新株発行無効訴訟の提起期間はその効力発生日から一年とされていることから（会社法八二八条一項二号）、本来であれば、本件新株発行無効訴訟は認められないはずである。しかしながら、本判決は、「本件事実関係の下においては、信義則上、

Xが本件新株発行の無効の訴えを所定の提訴期間を徒過して提起したとすることはできず、当該訴えは、適法であると解するのが相当である」として、提訴期間経過後の新株発行無効訴訟の提起を適法なものであるとした。

この点について、先行評釈では、Xによる新株発行無効訴訟の提起を例外的に認めた結論自体は妥当であるとしても、提訴期間その他の訴訟要件は裁判所が職権で調査するものであることから（本件のように株主に秘匿する形で新株発行が行われた場合に、信義則上、「会社」が提訴期間の徒過を主張できないとする見解として、田中亘『会社法』（東京大学出版会、二〇一六年）四九八頁）、Xが新株発行を隠蔽したYが会社側に対して「信義則」違反を主張することはできても、裁判所に対してYが会社側の「信義則」違反を主張できる関係にはないと指摘されている（鳥山恭一「本件判解」法学セミナー七五二号（二〇一七年）一一九頁。また、齊藤真紀「本件判解」平成二九年重要判例解説（二〇一八年）一〇一頁は、「信義則という法律構成は、紛争の本質が特定の当事者間の対立にあるかのような印象を惹起させ、ある当事者の非難に値する行動が「会社の」行動と同視される結果、会社訴訟において図られている多数の当事者の利害調整や、例外的な取扱いをすべきか否か

を判断するために着目されるべき事実関係に十分配慮されない事態を招くのではないか」と指摘する）。「信義則」という法理を用いることによつて、適法な新株発行無効訴訟の提起であることを肯定する本判決には、筆者も違和感を感じざるを得ない。

本判決は、Xが本件新株発行の事実を知った日（平成二五年一〇月三日）から一年以内に新株発行無効訴訟を提起した（平成二六年六月三日）ことを指摘している（判例時報二三二九号八九頁）。本判決は、実質的には新株発行の存在を知った日（知り得た日）を新株発行無効訴訟の提訴期間の起算点とする立場をとったものと読むこともできるかもしれない。先行評釈では、本件のように新株発行の事実が株主に違法に隠蔽されたことによつて新株発行無効訴訟の提起が妨げられた場合には、株主が新株発行の事実を知り得た日を新株発行無効訴訟の提訴期間の起算日とみるべきとする解釈論が提示されている（鳥山・前掲一一九頁）。このような解釈論は、前述した昭和六一年東京高判の評釈において提示されたもの（砂田太士「判批」法律のひろば四一巻四号（一九八九年）七一頁参照）であり、平成一五年最判の評釈においてもこれを支持するもの（中東正文「判批」民商法雑誌一三〇巻三号（二〇〇四年）五七

一頁)がみられる。しかしながら、このような解釈は、現行の会社法八二八条一項二号の文言に明らかに反するものである(吉本健一「本件判批」金融・商事判例一五二九号(二〇一七年)五頁。鳥山・前掲一九頁もこのことは認識している)。株主に秘匿する形で行われた新株発行の場合の無効訴訟の提訴期間の起算日について、立法論として議論の余地はあるであろうが(岡本智英子「新株発行の無効・不存在再論」高知論叢八六号(二〇〇六年)一一四頁参照)、新株発行無効訴訟に関する現行法を前提とする限り、株主が新株発行の事実を知り得た日を提訴期間の起算日とする解釈は会社法の規定に反しており、とることはできないように思われる。

四 本件は、Y₁会社の代表取締役であるY₂と、Y₁会社の株主であるXの間に、その経営支配権をめぐる、深刻な対立が生じていた事案であった。事実認定では、平成二一年六月以降、Xに対してY₁会社の財務内容や営業成績の報告を行わないなど、XがY₁会社の内情を知ることが意図的に妨げていたことが指摘されている。同年一月には、Y₂は、XおよびXの実弟であるCをY₁会社の役員の地位から無断で排斥している。また、平成二三年四月には、Y₁会社

の株式一八〇株の帰属をめぐる、Xにより別件訴訟が提起されている。さらに平成二四年一〇月には、別件訴訟の控訴審における和解交渉に際して、XはY₁会社から本件新株発行の事実を告げられなかったのみならず、Y₁会社の発行済株式総数が二〇〇株であると記載されたY₁会社の株式評価額の算定に関する報告書等が交付されていた。Y₂(Y₁会社)によるこのようなXに対する妨害の背景には、「風俗関係の営業をなす者が大株主である企業に対する融資を行わない政府系金融機関から融資を得るとともに、パチンコ台のリサイクル業の選定業者の推薦を受けるため、風俗営業(パチンコ・マジャン)の遊技場経営を業とするBの代表者であるXをY₁会社の株主から秘かに排斥しよう……」という目論見があった(法律時報二二二九号八九頁)。

そもそも、新株発行の効力発生から一年を経過するまでに、通常は定時株主総会が開催されるはずであり、株主は総会の場で新株発行の事実を知ることができる、というのが会社法の建前である。非公開会社の新株発行無効訴訟の提訴期間がその効力発生後一年と規定されているのは、これと平仄を合わせたものであると会社法立案担当者は説明する(相澤哲ほか編『論点解説 新・会社法』(商事・法務、

二〇〇六年）二一五頁）。事実認定では、新株発行後一年以内に（平成二五年六月三日までに）定時株主総会が開催されたか否か明らかでない。定時株主総会すら開催していないとすれば、前記事実認定と合わせて、本件は Y_1 会社側（実質的には Y_2 ）が、積極的に新株発行の事実を隠蔽しようとした事案であったといえる。本判決は、「このような状況の中で、 X が本件新株発行の事実を予想し、又は想定することは容易でなかったといえる」としている。これこそが、新株発行無効訴訟の提訴期間の実質的な伸長という結論につながった根拠となっているものと考えられる（松尾健一「本件判解」法学教室四四四号（二〇一七年）一五六頁）。本判決は、その法律構成はともかく、事後的に本件新株発行の効力を否定することによって、会社支配的利益を侵害された X を救済するべきであるという価値判断に基づくものであるといえる。

もつとも、本件が新株発行無効訴訟によって X を救済すべき事案であったといえるかについては、議論の余地があるかもしれない。前述のように、本件では新株発行にかかる登記がなされていた。本判決は、「前示……のとおりの本件事実関係の下においては、商業登記の効力を理由に、本件新株発行の無効の訴えの適法性（提訴期間徒過）の有

無に関する当裁判所の前示……の判断を覆すことはできない」（判例時報二二九九号九〇頁）としている。本件新株発行の当時、 Y_1 会社の経営支配権をめぐる争いが顕在化しており、 X によって株主権の所在をめぐる別件訴訟も提起されていた。また、新株発行から一年を経過する以前に、 Y_1 会社の発行済株式総数が二〇〇株であると記載された Y_1 会社の株式評価額の算定に関する報告書が交付されていた。虚偽の記載がなされたものであったが、 X はこれを信じて疑わなかったようである。しかしながら、 Y_1 会社の経営支配権をめぐって X と Y_2 の間で争いが顕在化していたという本件の背景事情からすると、 X は新株発行が行われることによって自己の会社支配的利益が侵害される可能性を念頭において、新株発行にかかる登記を確認するなどの手段を講じ、自衛をする必要性があったといえるかもしれない（もつとも、新株発行にかかる登記の知・不知によって、新株発行無効訴訟の提訴期間の起算点が解釈上変わるわけではない）。本判決は、 X が本件新株発行の事実を知らなかったことについて何ら落ち度はなかったと評価しているようであるが、そもそも X を救済するべき事案であったといえるのか疑問がないわけではない（新株発行にかかる変更登記が適時にされたことを指摘するものとして、齊藤・

前掲一〇一頁)。

五 本件のように新株発行無効訴訟の提訴期間が経過してしまつた場合に、新株発行をめぐる法律関係を争うのならば、本来であれば提訴期間の制限のない新株発行不存在確認訴訟(会社法八二九条一項)によるほかない。本件では、提訴期間経過後の新株発行無効請求が認められないことを憂慮していたためか、Xは新株発行不存在確認訴訟を同時に提起していた。

新株発行不存在と言えるか否かについて、本判決は平成一五年最判を引用したうえで、「新株発行が物理的に存在するような外観を呈する場合には、その手続的、実体的瑕疵が著しいからといって、その瑕疵が新株発行の不存在事由となるものではない」として、本件新株発行は「不存在」であるとはいえないとしている(最判平成九年一月二八日民集五一巻一号四〇頁も、新株発行の不存在とは「新株発行の実体が存在しないというべき場合」であるとしている)。新株発行無効訴訟のリーディングケースである最判昭和三十六年三月三一日民集一五巻三号六四五頁は、新株発行は業務執行に準ずる行為であることから、代表取締役が行う限り、取締役会決議を欠くものであつても当該新株

発行は有効なものであるとしている。株主総会にその権限が帰属する非公開会社における新株発行もこれと同様に、代表取締役が行つていれば一応有効なものとして扱われ(山本爲三郎「判批」法学研究八五巻三号(二〇一二年)一〇七頁)、募集事項決定にかかる株主総会決議を欠いていたとしても、それは新株発行の無効事由となるにすぎないとするのが最高裁判例の立場である(平成二四年最判参照)。事実認定によれば、本件新株発行には無効事由に該当する瑕疵(募集事項決定を取締役に委任する株主総会決議の欠缺)はあるものの、Y₁会社の代表取締役Y₂によつて、新株発行にかかる株主総会および取締役会が進められており(本件新株発行総会決議が法的に不存在といえることについて二参照)、また新株引受人であるY₂は、新株発行にかかる払込み(下級審裁判例では、①代表取締役が新株発行手続を進めていること、および②新株発行にかかる払込みの有無という二点が新株発行不存在のメルクマールになっているという指摘として、鈴木千佳子「判批」法学研究七八巻一号(二〇〇四年)一二五頁)を済ませていた。本判決は平成一五年最判を参照して、新株発行の不存在事由については制限的に考えている。平成一五年最判を前提とする限り、本件新株発行を不存在とすることは困

難な事案であった（林孝宗「本件判解」新・判例解説 Watch 二一七号（二〇一七年）一四〇頁）。先行評釈には、本件新株発行の不存在事由を認めなかった本判決は、平成一五年最判に照らして妥当な判断であると評価するものもみられる（大久保拓也「本件判批」判例評論七〇九号（二〇一八年）一七三頁）。

六 他方で、学説では、物理的・実体的な新株発行の不存在だけでなく、新株発行が意図的に隠蔽された場合など、新株発行無効訴訟の提訴期間の制限を課すことが適切でないといえる事情がある場合や、不正発行であることを含めて新株発行手続に著しい瑕疵が認められる場合についても、新株発行を不存在（規範的な新株発行の不存在）であると解する（評価する）ことよって、株主の救済を図るべきとする見解（例えば、坂本延夫「判批」金融・商事判例七六五号（一九八七年）四四～四五頁、岩原紳作「判批」ジュリスト九四七号（一九八九年）一二二頁）が有力に主張されてきた。この見解は、前述の昭和六一年東京高判を契機に展開されたものであり、株主総会決議の不存在の認定をめぐる目的論的な議論を、新株発行の不存在の判断枠組みに適用するものである（岩原・前掲一二二頁参

照）。近時、これを支持するものがみられるようになってくる（例えば、中島弘雅「新株発行不存在確認訴訟に関する覚え書き」東京都立大学法学会雑誌四四卷二号（二〇〇四年）七七頁、松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて（二・完）」立教法学七一号（二〇〇六年）四九頁、久保田安彦『企業金融と会社法・資本市場規制』（有斐閣、二〇一五年）一九二頁〔初出二〇一一年〕）。Xによる新株発行不存在確認訴訟の提起も、このような有力説の議論を背景に行っているものと推察される（なお、田邊光政「新株発行不存在確認の訴え」大阪学院大学法学研究三二卷一、二号（二〇〇五年）一〇九頁参照）。本判決の先行評釈においても、本件新株発行には募集事項決定を取締役に委任する株主総会決議の不存在という無効事由が存在することを前提に、このアプローチによって解決を図るべきであるとすることがみられる（吉本・前掲五～六頁参照）。

もつとも、新株発行の「不存在」という語義からすれば、新株発行の実体が物理的・実体的に全く存在しない場合を指すと考えることが自然な解釈といえる（近藤崇晴「判解」法曹時報四九卷一一号（一九九七年）二九七頁）。他方で、株主総会決議の不存在については、物理的・実体的な不存在のみならず、規範的な（評価上の）不存在をも含

むとする解釈が確立している(二参照)。新株発行不存在確認訴訟が明文化された会社法のもとでは、株主総会決議の不存在と新株発行の不存在の平仄について詳細な議論が必要となる(三宅新「判批」ジュリスト一三二三号(二〇〇六年)一九〇頁参照)。そもそも平成一五年最判についても、新株発行の不存在を物理的・実体的な不存在に限定する立場をとったといえるか、必ずしも明らかではない(平成一五年最判の差戻審判決の意義が問題となる)。前述のように、株主が新株発行の事実を知り得た日を提訴期間の起算日とする解釈が現行の新株発行発行無効訴訟の規定に反しており妥当でないとすれば、現状としては、新株発行不存在事由を柔軟に解釈することによって株主の救済を図るほかない。新株発行不存在事由を会社法が規定していないことからすれば、新株発行の実体が物理的・実体的に全く存在しない場合のほか、手続的瑕疵が大きい場合についても(新株発行にかかる払込みが済んでおり、代表取締役が新株発行手続を履践していたとしても)、株主総会決議と同様に、当該新株発行を「不存在」と評価することができるのではないか。

七 本判決は、会社支配権をめぐる争いが顕在化している

ような状況下で、対立する株主に秘匿する形で新株発行手続が進められ、新株発行無効訴訟の提訴期間を徒過してしまふという問題が、会社法における非公開会社においても起こりうることを提起した。新株発行不存在事由を柔軟に解釈する有力説の議論は、本件のような事案においてその利益を侵害された株主を事後的に救済できる可能性を示唆するものである。本判決を契機にその支持者を集めることになろう。しかしながら、有力説の議論に対しては、従前よりその基準(新株発行の無効事由との境界)が不明確であるという批判がなされてきた(山本爲三郎「新株発行の法的性質をめぐって」法学研究七〇巻一号(一九九七年)一〇五頁)。本件のように秘密裏に新株発行が行われた場合に株主の救済をどのように図るべきであるか、根本的には提訴期間の起算日の問題として立法論的解決にすべきであるといえるが(山本・前掲論文一〇五頁)、現行法を前提とする限り、「次善の策」として、新株発行不存在事由を柔軟に解釈するほかないように思われる。なお検討・克服すべき問題は多い。

〔追記〕 脱稿後、田中亘「本件判批」ジュリスト一五一九号(二〇一八年)一一〇頁以下に接した。新株発行の不

存在について、物理的・実体的な不存在だけでなく、規範的な不存在を認めるべきという立場（有力説）による解決が適切であるとしている（同一二三頁）。

堀井 拓也