

# 新株発行不存在確認の訴えについて（二・完）

松井秀征

はじめに

第一章 従来の議論状況（以上、五八号）

第二章 解釈論の方向性

第一節 序

第二節 サブシステムの前提項(1)

——不存在事由

第一款 序

第二款 差止請求の機会喪失と不存在事由

第三款 無効請求の機会喪失と不存在事由

第四款 小 括

第三節 サブシステムの前提項(2)

——訴えの性質と片面的対世効

第一款 序

第二款 訴えの性質

第三款 片面的対世効

第四款 小 括

第四節 サブシステムの間題項

——不存在の主張方法

第五節 サブシステムの帰結項(1)

——当事者適格

第一款 原告適格

第二款 被告適格

第三款 小 括

第六節 サブシステムの帰結項(2)

——出訴期間

第七節 サブシステムの帰結項(3)

——遡及効の制限

第八節 サブシステムの帰結項(4)

——事後処理

おわりに（以上、本号）

## 第二章 解釈論の方向性

### 第一節 序

#### 一 第二章を論ずるに当たって

本論文については、第一章の公表後、約五年の月日が経過してしまった。このような長期にわたる空白は、ひとえに筆者の怠慢と能力不足によるものであり、ただひとえに恥じ入るばかりである。その間には、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間に関し、重要な最高裁判例が出された。<sup>(1)</sup> また、下級審裁判例の中にも、当該訴えに関していくつかが公刊されたものがある。<sup>(2)</sup> さらに、平成一七年(二〇〇五年)には、新たに会社法が立法され、新株発行不存在確認の訴えを正面から認め、これを明文化した規定が置かれている(会八二九条)<sup>(3)</sup>。

この五年間における以上の大きな状況の変化は、中途半端な検討のまま放置された本論文のさらなる公表を思いとどまらせるに十分な事情であった。とりわけ会社法においては、公開会社ではない会社における新株発行権限が、株主総会にあるとされた(会一九九条二項)。この結果、そもそも新株発行不存在確認の訴えが必要とされるべき状況それ自体が、本稿の執筆開始当時と変化してしまったということもある。

しかし、新株発行不存在確認の訴えに関しては、以上の最高裁判例の存在、あるいは会社法の規定の整備によっても、なお解決されていない解釈上の問題が存在しているのも事実である。また、以上の判例や立法によって実務的にひとまず解決された問題に対しても、ここで何がしかの理論的検討を行うておくことは、今後なお起こりうる新たな問題に対処する場合に、何らかの貢献をすることがあるかもしれない。そこで、本論文はなお継続して公表する意味があると信じて、以下では、第一章の議論をふまえた解釈論の方向性を示していくこととしたい。

なお、会社法の立法に伴い、条文の位置、文言、あるいはそこで指示されている意味内容その他、商法の旧条文から大きく変更が加えられている。そこで以下では、第一章との連続性も考慮して、次のような原則に従って、記述を行うこととしたい。まず、参照すべき条文については、原則として会社法のそれによるものとしつつ、商法の旧条文を適宜付記する。また、条文において用いられている文言の変更については、その意味内容が変更されていない限りにおいて商法の旧規定時代の文言を用い、必要があれば、これに新しい会社法の文言を付記することとする。それ以外の変更点については、原則として会社法に従うこととし、必要に応じて、商法の旧規定の内容を付記することとする。

## 二 検討課題

第一章においては、新株発行無効の訴え（会社法における自己株式処分無効の訴えを含む。以下、同じ）に関する八つのサブシステムを採りあげた。そして、各サブシステムについて、新株発行不存在確認の訴え（会社法における自己株式処分不存在確認の訴えを含む。以下、同じ）の場合に転位した際の妥当性を検討する前提として、従来の議論状況を紹介した。本章は、当該議論状況を前提に、新株発行不存在確認の訴えにおいて以上の各サブシステムがどのように位置づけられるべきか、検討を加えるものである。

ところで、第一章で紹介した議論からもわかるように、あるサブシステムAは、他のサブシステムBの前提問題となっており、あるいは、サブシステムAを前提としているこのサブシステムBは、同時にさらに他のサブシステムCの前提問題となっていることもある。つまり、新株発行無効の訴えに関して採りあげた八つのサブシステムの中には、他のサブシステムの純然たる前提項（以上の例におけるサブシステムA）、あるサブシステムを前提としつつ、同時に他のサブシステムを支える中間項（以上の例におけるサブシステムB）、そして他のサブシステムを前提として導かれる帰結項（以上の例におけるサブシステムC）が含まれていることがわかる。

## (1) 前提項

第一章における検討をふまえ、他のサブシステムの純然たる前提項として理解できるものには、二つのものがある。これら二つは、他の問題に先立ち検討すべき事項として位置づけられる。

第一は、実体上の問題として、新株発行の不存在事由がある。第一章における検討によれば、このサブシステムは、出訴期間のほか、不存在を確認する判決の遡及効、あるいは不存在を確認する判決が出された場合の事後処理の問題を考える前提となりうる可能性がある。したがって、最初に論ずべき必要のあるサブシステムといえよう。

第二は、手続上の問題として、新株発行不存在確認の訴えの性質がある。ここにいう「訴えの性質」については、さらに二つの次元の問題が含まれている。一つは、当該訴えが確認の訴えなのか、形成の訴えなのかという次元での問題である。いま一つは、かりに当該訴えが確認の訴えの問題であるとして、それが通常の確認の訴えなのか、あるいは対世効のみとめられる特殊な確認の訴えなのかという次元での問題である。第一章における検討によれば、これらは当事者資格の問題のほか、出訴期間、不存在の主張方法、そして不存在を確認する判決の効力の問題など、訴訟要件を考える前提となりうる可能性がある。そこで、このサブシステムも前提項として他に先立って論ずべきものである。

## (2) 中間項

一方で、(1)に述べた前提項となるサブシステムを前提としつつ、他方で、別のサブシステムの前提となつてい、る、いわば中間項と呼ぶべきサブシステムがある。このようなものとしては、不存在の主張方法の問題が挙げられる。

これは、一方で、新株発行不存在確認の訴えの性質が決められることを前提としつつ、他方で、出訴期間の問題を検討する前提ともなりうるという側面がある。そこで、当該問題については、中間項に位置するものとして、前

提項となるサブシステムの次に検討することとする。

### (3) 帰結項

最後に、以上の前提項、および中間項に挙げられたサブシステムの内容が決せられることを前提として、検討の対象となるサブシステムについて、これを帰結項として論ずることとする。この帰結項に含まれる事項としては、当事者適格、出訴期間、不存在を確認する判決の遡及効、そして不存在を確認する判決が出た場合の事後処理の問題などが挙げられる。

(1) 最判平成一五・三・二七民集五七巻三号三二二頁。

(2) たとえば、浦和地判平成一二・八・一八判時一七三五号一三三三頁(新株発行にかかる払込の事実がなく、新株発行の実体が欠き、不存在であるとされた事案)、名古屋高判平成一四・八・二二判タ一三九号二五一頁(新株発行にかかる機関の決定、あるいは適法な公示・通知がなされていないが、代表取締役が新株発行を行い、株式払込、および新株発行にかかる変更登記がなされており、新株発行としての実体が存するとされた事案)、東京高判平成一五・一・三〇判時一八二四号一二七頁(新株発行にかかる取締役会決議を欠くが、代表取締役により新株発行が実施され、株式払込金の払込み、および新株発行にかかる変更登記がなされており、新株発行としての実体が存在するとされた事案。原審につき、東京地判平成一三・一二・一二金法一六五六号六五頁)。

(3) ここでは、従前の新株発行不存在確認の訴えのほか、自己株式の処分の不存在確認、および新株予約権発行不存在確認の訴えを提起できることが明らかにされている。

## 第二節 サブシステムの前提項(1)——不存在事由

### 第一款 序

#### 一 差止事由・無効原因と不存在事由

何が新株発行の不存在事由となるかを考えるに当たって、重要な視点は、新株発行不存在確認請求という訴えの

類型が、果たしていかなる紛争を解決するために必要とされるのか、という点であろう。そして第一章において、不存在事由に関する解釈として、これが実体上の不存在のみを指すのか、あるいは規範上の不存在をも含むのかという分類を行ったのも、以上の視点に関する理解の差異に由来するものと言ってもよい。この点について、改めて議論を整理すると、次のように説明することができる。

(1) 実体上の不存在<sup>(1)</sup>

伝統的な学説の立場<sup>(2)</sup>、あるいは最高裁が採用しているであろう考え方<sup>(3)</sup>によれば、新株発行の不存在とは、新株発行の「実体が存在しない場合」を指す。そして、新株発行不存在確認の訴えが必要かつ認められるべき場合というのは、新株発行無効の訴えとの関係で、次のように理解される。すなわち新株発行無効請求は、新株発行の実体が存在するが、手続・内容上、重大な瑕疵がある場合に認められる。これに対して新株発行不存在確認の訴えは、新株発行の実体が存在せず、瑕疵として「無効原因以上」のものである場合に認められる、ということである。したがって、具体的には、新株発行による変更登記があるに過ぎず、新株発行に関する内部的意思決定も財産的基礎も欠くような場合などが、不存在に当たるものとして想定されてきた。

最高裁が述べる「無効原因以上」の瑕疵という文言について、これをどう理解すべきかは難しいところであるが、文理に沿って素直に理解するならば、次のようにならうか。不存在事由に当たる瑕疵というのは、もとより無効原因にも当たるものとして、新株発行無効の訴えの方法により争える。ただし、その瑕疵の内容が著しく重大であるために、つまり「無効原因以上」であるために、新株発行不存在確認の訴えという方法によっても争うことが認められる、ということになるだろう。

(2) 規範上の不存在<sup>(4)</sup>

これに対して、一部の学説で有力に主張されたのは、新株発行無効の訴えに用意された種々の制限に服させるの

が妥当でない場合について、新株発行不存在と評価すべきだという考え方である。<sup>(5)</sup> この考え方は、新株発行不存在確認の訴えが必要かつ認められるべき場合を次のように認識している。すなわち新株発行をめぐる現実の紛争においては、これに存在するであろう瑕疵につき、事前の差止請求、あるいは事後の無効の訴えによって争うことが、意図的に妨げられている場合がある。このような場合は、新株発行無効の訴えに存する制約を越えて、会社法上の救済を与えられるようにすべきだということが、当該主張の核心にはある。したがって、新株発行不存在確認の訴えが認められるか否かは、新株発行の実体が存在するか否かもさることながら、株主側の出訴期間等を遵守できなかった事情と、会社・取締役側の帰責事由等を総合的に考慮して、決せられることになる。

実はこの考え方も、新株発行に問題となる差止事由なり無効原因なりが存する場合を想定していることがわかる。そして、適切に差止請求なり、無効請求なりができなかった事情、そして会社側の帰責事由次第で、不存在確認請求の問題が生じるとしているのである。つまり論理としては、「差止事由以上」、あるいは「無効原因以上」の一定の事情が備わると、不存在と「評価」されるといいう構造にある。

## 二 検討の方向性

一に要約したところによれば、不存在事由を実体上の不存在と考えるか、規範上の不存在と考えるかは、思考枠組みの根本において大きな差異があるわけでもないように見える。しかし、後者の規範上の不存在に分類される考え方は、差止事由の存在とその対応機会喪失の問題が議論の前提にあるのに対して、前者の実体上の不存在に分類される考え方では、そのような視点は前面には出てこない。また無効原因との関係も、後者の考え方では、やはり対応機会の喪失の問題が論じられるが、前者の考え方では、端的に瑕疵の重大性が問われているように見える。

### (1) 差止事由との関係

以上の議論の状況をふまえると、以下において検討すべき点の第一は、次の点であろう。それは、差止事由があ

るが、何らかの事情でこれを事前に争えなかった場合、すなわち差止事由ある際の対応機会喪失の場合に、紛争解決のためになお新株発行不存在確認の訴えを問題とすべきかどうか、という点である。

会社法上、新株発行については、株主総会がその権限を行使するのであれ、取締役会が行使するのであれ、事前に株主がそれを知る機会がある（前者の場合につき、会一九九条、後者の場合につき、会二〇一条三項・四項）。その理由は、とりもなおさず、株主の新株発行差止請求権行使の機会を確保するためである。<sup>(6)</sup> そして、そのための手続が履践され、差止請求がなされている限り、瑕疵ある新株発行は事前に阻止されることになる（会二一〇条、商二一八〇条ノ一〇<sup>(7)</sup>）。それにもかかわらず、新株発行不存在確認の訴えが提起されたということは、当事者が単に怠慢であつたという特殊な場合を除けば、必要な通知・公告等がなされたにもかかわらず株主が知りえなかつたか、そもそも通知・公告がなされなかつた可能性を示唆する。このうち、後者の通知・公告がなされなかつた場合については無効事由との関係で後述することとして、<sup>(8)</sup> まず第一に、差止事由の存する新株発行について、通知・公告がなされたにもかかわらず、なお新株発行不存在確認の訴えによる紛争解決の必要があるかが検討課題となる。

## (2) 無効原因との関係

検討すべき点の第二は、無効原因があるが、何らかの事情で新株発行無効の訴えの出訴期間内にこれを争えなかつたという場合、すなわち無効原因ある際の対応機会喪失の場合に、紛争解決のためになお新株発行不存在確認の訴えを問題とすべきかどうかである。ところで、無効原因が認められるにもかかわらず、新株発行不存在確認の訴えが提起される場合というのは、新株発行がなされたことを知らないまま、出訴期間を徒過した場合であろう。そして、このような事態が起こるのは、ここでも当事者の怠慢の場合を除くと、やはり通知・公告がなされたにもかかわらずそれを知りえなかつたか、そもそも通知・公告がなされなかつたということの意味することになる。すると、第二の検討対象は、無効事由の存する新株発行において、実際になされた通知・公告を知りえなかつたか、

あるいは通知・公告がなされなかった場合に、新株発行不存在確認の訴えによる紛争解決の必要性があるか否か、ということになる。

なお、新株発行不存在確認の訴えが提起される場合というのは、ほぼ間違いなく、その発行する株式が市場取引の対象となっていない会社において、支配権をめぐる争いが生じている場合である。そして、過去の先例や学説の議論によれば、このような紛争状況にある会社において、取締役会決議なしの新株発行、仮装の払込に基づく新株発行、著しく不公正な方法による新株発行、代表取締役によってなされていない新株発行、あるいは授權株式枠を超えた新株発行などが行われ、また論じられている<sup>(9)</sup>。これら過去の先例や議論については、最後に小括を行う際に言及する。

## 第二款 差止請求の機会喪失と不存在事由

### 一 問題の所在

法の求める通知・公告は、差止請求権行使の機会を確保するためであるというのが、前款で述べた会社法の建前である。しかし、法の求める通知・公告が、事実上、差止請求権行使の機会を確保できていない場合があるとしたらどうだろうか。

典型的な場合は、支配権をめぐる争いがある会社において、新株発行に関する個別の通知はなされず、公告のみが官報においてなされた結果、争っている一方が新株発行の事実には気づかないという場合である。株主数の限られた会社であれば、個別の通知を行う負担はさほど大きいはずはない。それにもかかわらず官報による公告を行うという場合には、あえて新株発行が行われたことを隠蔽する意図が存在したという可能性が高い。しかし、この場合は、差止請求権を事実上行使できないことはもちろんのこと、新株発行がなされてしまえば、法の求める手続的・

実的要件は満たしている以上、無効にもならないというのが最高裁の立場である。<sup>(10)</sup>

規範上の不存在をもって不存在事由とすべきだと主張する考え方は、まさにこのような法的帰結に疑問を提起しているわけであるが、果たしてこの点についてどう考えるべきだろうか。

## 二 検討の方向性

### (1) 前提となる事実認識

支配権争いある中で新株発行が行われ、後にその不存在が争われるような会社というのは、十中八九、その発行する株式は市場取引の対象となっていないだろう。<sup>(11)</sup>そして紛争の中身も、親族間の感情的対立、あるいは経営者間の仲間割れといった場合がほとんどであろう。<sup>(12)</sup>この類の紛争は、結局のところ、紛争当事者が話し合うことによつて、再び協力関係を築くか、一方当事者の会社からの完全な離脱によつてしか解決できないのが実際である。

そして、このような紛争の実態に鑑みると、当事者のいずれが法的に正当性を有するかを決することは、まず困難である。紛争当事者のいずれが正当とも判断できない紛争において、新株発行にかかる権限を行使しうる側が、これを奇貨として、新株発行により支配関係を変動させることは、話し合いを一方的に有利に進めようとすることを意味する。だがこの結果を是認することは同時に、紛争の一方当事者の交渉力を無意味に強化して紛争を複雑化させ、話し合いの余地を減じる結果にもなりかねないだろう。

### (2) 事実認識に由来する帰結

以上のような事実認識を前提とした場合、新株発行を行つて支配権争いに介入すべき必要性や相当性は、まず肯定できない。繰り返すとおり、紛争の実態からすれば、新株発行前の状態におけるいずれの当事者の立場が法的に正当化できるか、決することができないからである。そうであるとすれば、その紛争の複雑化を防止すべく、当該新株発行の法的な効果は否定されるべきことが、一応は好ましいといえそうである。

だが、理論的にこのような結論を当然に導けるかという点、そうではない。かりに通知・公告について、通常の株主ならば気づかないような方法——たとえば官報公告——で行われ、それによって差止請求権行使の機会が事実上なかったという先の一に示した例を手がかりに考えてみよう。この場合、新株発行について法律上求められた手続を履践し、法律要件をすべて満たしている以上、無効というのであれ、不存在というのであれ、その効力を認めないとは言いにくい。新株の著しい不正発行を無効とせず、不存在事由を事実上の不存在と理解する、という最高裁判例に見られる方向性は、以上の意味において理論的にすっきりするものがある。

ここに、事実認識から由来する好ましき結論と、理論的な帰結とに矛盾が生じる。先に述べたとおり、支配権争いのある会社において、あえて反対派の気づかない方法で公示を行い、支配関係を変動させる新株発行を既成事実化するという結論は、現実の紛争解決としては好ましくないというのが本稿の立場である。しかし、従来から一般的になされてきた理論により、これを基礎づけることは困難である。そこで考えるべきは、これは本当に理論的に克服できないのかということであって、以下ではそのための理論的枠組みを提示することを試みたい。

### (3) 理論的な枠組み

ここで注目すべき点は、実際のところ、支配権争いのある会社において、反対派に気づかれないように新株発行を行うて支配権を変動させようとする場合、公示を通常気づかない方法で行うというにとどまらないということである。なぜなら、それだけでは新株発行の事実を隠蔽することができず、種々の違法行為が事前・事後に伴わなくてはならないからである。たとえば前款でもふれたとおり、株主総会決議、取締役会決議など有効な機関決定なしになされたり、あるいは払込が仮装のものであったり、その違法行為にはさまざまな形態がありうる。

そして、このような違法行為をも伴う新株発行の特徴を改めてまとめると、次の三点に集約できよう。第一に、著しく不公正な方法による新株発行であることが前提となる。つまり、必要性や相当性のおよそ肯定できない支配

権争いの状況で、支配権に影響を与える目的での新株発行が行われている、ということである。第二に、公示の方法として、事実上、反対派の差し止めの機会を奪う形で行われる。そして第三に、事前・事後とも当該新株発行の効力を争えないようにすべく、違法な手続が重ねられる。

以上の三点のうち、第一の点に関していえば、その必要性や相当性を肯定できない以上、新株発行によって会社が得られる利益、もしくは権限行使を行った取締役が得られる利益は、これによって株主の利益が害されることを正当化する余地はない。その意味で、利益の客観的衡量という観点から大きな問題が生じる。しかも、そもそも一方の紛争当事者に確立された支配権が、会社の利益に結びつく保障すらどこにもない。また第二、および第三の点に関していえば、新株発行にかかる権限を行使する側の取締役が、反対派の支配にかかる利益、および経済的利益を損なうことを意図して新株発行手続を遂行していること、つまりその権限行使には反対派に対する害意が存在することを意味している。言うまでもなく、ここで害される利益は、支配にかかる利益——自らの議決権の希釈化——にとどまらない。その発行する株式が市場において取引されていない会社において、議決権割合が零細となる株主が、多数派株主でもある経営者と対立しているということは、事実上、経済的利益の分配を受ける可能性も失うであろうことを意味する。

さて、先の三点の特徴を有する新株発行について、利益の客観的衡量の観点からみた著しい不均衡、および害意の存在することを考えると、この場合の新株発行にかかる株主総会における多数派株主、あるいは取締役(会)の権限の行使は、濫用的な行使であると評価せざるを得ない(民一条三項参照)。もとより一般条項を頼みに解釈を行うことについては、相当の慎重さが要求されると言わねばならないが、権利濫用の問題に関しては、わが国においてはその適用対象の範囲が広いこともあって、可能な限り要件が明確化されている。<sup>13)</sup>そこでは、主観的要素である害意、そして客観的要素である当事者間の利益状況の比較という、双方の視点より権利の行使が濫用かどうかを判

断されるべきだとされる<sup>(14)</sup>。そして、本稿が問題としている新株発行について、この権限濫用に関する法的な枠組みを参照することこそが、事実認識からの帰結と従前の理論との矛盾を乗り越える手がかりになるだろう。以上のよう  
に考えれば、新株発行にかかる取締役の権限行使が濫用的であると評価できる場合には、その効果として、取締役の権限行使は認められず、新株発行に伴う効果も生じないことになる<sup>(15)</sup>。そして、これによれば、取締役の権限行使にかか  
る新株発行の手続はすべて法的な意味を持たないことになるから、問題となる新株発行は不存在と理解することが可能であらう。

ちなみに不存在事由を以上のように考えたとすると、従来の議論のうち、新株発行の不存在を規範上の不存在としてとらえるべきだとした考え方は、やはり注目に値する。なぜならこの考え方は、株主側の出訴期間等を遵守できなかつた事情と、会社・取締役側の帰責事由等を総合的に考慮することを説くが、これは先の第二、第三の害意にかか  
る事情に他ならないと考えられるからである。その意味で、本稿の不存在事由に関する理解は、いわゆる規範上の不存在に分類しうるものであらう<sup>(16)</sup>。むしろ、それはあくまでも言葉の問題、ないし分類の問題であつて、何より大切なことは、不存在事由の理解として、先の三点が存在するか否かが問題であり、訴訟における原告は、当該事情を主要事実として主張、立証していくべきだということである<sup>(17)</sup>。

### 第三款 無効請求の機会喪失と不存在事由

#### 一 問題の所在

ある新株発行について無効原因がある場合については、もとよりそれがなされる以前に差止請求権を行使することが可能である。ただし、通知・公告をそもそも欠く場合、あるいは通知・公告がなされたとしても、それに気づけなかつた場合については、新株発行がなされてしまうため、そうなる  
と事後に無効の訴えによって争う必要が生

じる。

ところで、通知・公告を欠く場合、あるいはそれがあつたとしても通常気づかない方法によってそれがなされた場合には、新株発行の事実を知らないまま無効の訴えの出訴期間を徒過し、この訴えも提起できない場合が多い。そのような事情にも配慮して、新しい会社法は、公開会社ではない株式会社について、無効の訴えの出訴期間を効力発生日から一年以内とし（会八二八条一項二号）<sup>(18)</sup>、定時株主総会の際に違法な新株発行がなされたことが明らかになるよう期待している。<sup>(19)</sup>

すると、新株発行に無効原因があるにもかかわらず、新株発行無効の訴えが提起できない場合というのは、第一に、通知・公告を欠くか、あるいはなされた通知・公告に気づけなかった場合であつて、第二に、新株発行後無効の訴えの出訴期間内に定時株主総会が開催されず、あるいは当該株主総会について適法な招集手続がないためにこれに気づかず、そして第三に新株発行の効力発生後六か月、ないし公開会社ではない株式会社であれば一年が経過した場合ということになる。そして、無効原因があるにもかかわらず、新株発行不存確認の訴えが提起されるのは、まさにこのような場合だということになるだろう。

もとより第二の点と関連して、実際に株主総会が開催されず、また何らの決議もなされていないにもかかわらず、株主総会が開催されたものとして、日常の業務執行がなされている場合には、株主総会決議不存確認の訴えを提起すればよいようにも思われる（会八三〇条一項、商旧二五二条）。しかし、かりにこの請求が認容されたとしても、問題となる新株発行についてすでに無効を争えないとすれば、将来的に支配関係の変動そのものは固定化されてしまう。したがって、やはり出訴期間経過後には、新株発行不存確認の訴えが認められるべきか否か、あるいは新株発行の不存を前提として他の訴訟でこれを主張しうるかが問題となりうるのである。

## 二 帰 結

以上のように考えた場合、実は、問題状況が前款で検討した例と酷似することに気づく。すなわち支配権争いのある会社において、やはり以下の三つの事情が存在する場合に、不存在確認の訴えが必要とされることになる。第一に、著しく不公正な方法による新株発行がなされていること。第二に、通知・公告がなされず、もしくは一般にはわからない方法によりそれがなされ、かつ定時株主総会も開かない、もしくは適法な招集手続を行わないことによつて、新株発行が意図的に気づかれなないようにされていること。そして第三に、定時株主総会の不開催に見られるように、違法行為が行われているということである。

支配権争いのある会社において支配関係を変動させることにつき、適法性なり、妥当性なりを肯定できない新株発行は、その法的な効果を否定することが好ましいとするならば、やはり同じく新株発行不存在確認の訴え、ないし新株発行不存在の主張を認めていくべきだろう。そして、その場合に不存在事由を考えるための理論的枠組みについても前款で述べたとおり、新株発行にかかる権限の濫用的な行使があつたか否かにより判断すべきだということになると考えられる。

#### 第四款 小 括

以上の検討より、新株発行の不存在事由については、次のようにまとめられる。新株発行に差止事由、あるいは無効原因が存在することを前提に、さらに一定の事情が備わつた場合に、不存在事由がありとされる。その一定の事情とは、新株発行にかかる権限の濫用的行使があつたと評価できる場合であつて、第一に、著しく不公正な方法による新株発行であること。第二に、公示の方法として、事実上、反対派の差止請求（仮処分申立てを含む）、ないし無効請求の機会を奪う形で行われ、もしくは公示をまったく欠くこと。そして第三に、事前・事後とも当該新株発行の効力を争えないようにすべく、違法な手続が重ねられたことである。

このような枠組みに依拠した場合、先の本節第一款二(2)に列挙した過去の先例や学説の議論はどのように評価できるだろうか。新株発行権限の濫用的行使か否かを判断するために、まず客観的利益衡量の枠組みに乗せるべく、そこで著しく不正な方法による新株発行かどうか問題となる。次に、害意の枠組みで考慮すべき事項には、取締役会決議なしの新株発行、仮装の払込に基づく新株発行、代表取締役によってなされていない新株発行、あるいは授権株式枠を超えた新株発行など、いずれも違法な手続の有無が勘案されることになる。何にせよ、ある一つの事情をもって、これがあれば当然に不存在と評価されるという不存在事由はない<sup>(20)</sup>というべきであろう。

なお、不存在事由の意義について、これを正面から判断した最高裁判例は<sup>(20)</sup>まだ存在しない。また会社法の規定も、これについて考える手がかりを特に提供しているわけではない。したがって、本節の検討は、なお当該問題を解釈するに当たって意義を失うものではないと思われる。

- (1) 以下、第一章第四節一(立教法学五八号一五五頁以下(二〇〇一)参照。
- (2) たとえば、菱田政宏「新株発行と瑕疵」石井照久追悼『商事法の諸問題』四一〇頁(一九七四)。
- (3) 最判平成九・一・二八民集五一巻一四〇頁。
- (4) 以下、第一章第四節二(前掲注(1)一六二頁以下)参照。
- (5) たとえば、岩原紳作「判批」ジュリスト九四七号一二三頁(一九八九)。
- (6) 江頭憲治郎・株式会社・有限会社法(第四版)六二八頁(二〇〇五)。
- (7) 言うまでもなく、通常は差止仮処分<sup>(20)</sup>の申立てという形式をとる(民保二三条二項参照)。
- (8) 最判平成九・一・二八民集五一巻一七二頁。
- (9) 以上に掲げる瑕疵については、第一章第四節の議論を参照(前掲注(1)一五五頁以下)。なお、このうち、前三者は、いずれも無効原因とならないとするのが最高裁判例である(取締役会決議なしになされた新株発行につき、最判昭和三六・三・三一民集一五巻三三六四頁、仮装の払込によりなされた新株発行につき、最判昭和三〇・四・一九民集九巻五号五一頁、および著しく不正な方法によりなされた新株発行につき、最判平成六・七・一四判時一五一二号一七八頁)。これに対して、後二者は、無効原因となると考えるのが一般的な理解であろう(代表取締役によってなされていない新株発行について、山崎悠基・注釈会社法(5)二二五頁(一九六八)、定款所定の授権株式枠を超えた新株発行

について、江頭・前掲注(6)六二八頁)。むろん、これらの解釈に対しては、学説上争いのあるものもあるが、ひとまずここでは以上の理解にしたがって、議論を進めていくこととする。

(10) 前掲注(9)・最判平成六・七・一四参照。

(11) 発行する株式が市場取引の対象となっているかという点での表現は、会社法上の「公開会社」(会社法二条五号)とはひとまず区別される。発行する株式に譲渡制限がないために、会社法上は公開会社と評価される会社であっても、事実上、その発行する株式が市場取引の対象となっていないものもありうる。本文の表現は、このような会社も念頭においているものである。

(12) その意味するところは、たとえば上場会社に敵対的企業買収が仕掛けられ、それに対する對抗策の行使が問題となるような状況とは異なるということである。上場会社に対する敵対的企業買収とその對抗策について判断した下級審裁判例もあるが(たとえば、東京高判平成一七・三・二三判時一八九号五六頁)、当然、本稿での問題はその射程外である。

(13) ドイツ民法においては、他人を害する目的のみから権利行使する場合について、これが権利濫用として禁止されるのに対して、わが国の権利濫用はそのような限定的な立場に立っていないことが指摘されている(四宮和夫「能見善久・民法総則」第六版)二〇頁(二〇〇二)。

(14) 四宮「能見・前掲注(13)二〇〇二頁。

(15) ある権利の行使が濫用とされた場合の効果については、四宮「能見・前掲注(13)二二頁。

(16) 近時の議論で結論を同じくするものとして、中島弘雅「新株発行不存在確認訴訟に関する覚え書き」『東京大学法学会雑誌』四四巻二七号七六頁(二〇〇四)、潘阿憲「判批」『ジュリスト』二九四号一六三〜一六四頁(二〇〇五)等参照。これと異なる結論として、松並重雄「判批」『ジュリスト』二五四号二二六〜二二七頁(二〇〇三)、北村雅史「判批」『商事法務』一七三七号五五頁(二〇〇五)等参照。

(17) 不存在の主張を行うに当たって、何が主要事実であり、何が間接事実に当たるかは、難しい問題である。この点については、本章第三節第三款にて、再度言及する。

(18) なお、公開会社については、従来どおり六か月である(会社法二八条一項二号、商法二八〇条ノ一五第一項)。

(19) 相澤哲編「一問一答 新・会社法」二四七頁(二〇〇五)。

(20) 近時の下級審裁判例では、新株発行の不存在を事実上の不存在として理解したうえで、以上挙げた事情のうち、現実の払込があったか否かをかなり重視するようである(浦和地判平成二二・八・一八判時一七三五号一三三三頁、名古屋高判平成一四・八・二二判タ一三三九号二五一頁、および東京高判平成二五・一・三〇判時一八二四号一二七頁等参照)。また、募集株式の引受人が出資の履行をしない場合に失権すること(会社法二〇八条五項、商法二八〇条ノ九第二項)、および会社法が取締役等の引受・払込担保責任を定めていないことから、払込のない場合を不存在の典型例とする学説もある(弥永真生・リーガルマインド会社法(第一〇版)三六一〜三六二頁(二〇〇六))。もとより、これが重要な事情の一つであることは否定しないが、これが決定的な理由となるべきではないというのも本稿の立場である。なお、この点については、潘・前掲注(16)一六三〜一六四頁の記述も参照。

## 第三節 サブシステムの前提項(2)——訴えの性質と片面的対世効

## 第一款 序

新株発行不存在確認の訴えに関するサブシステムの検討に当たり、不存在事由の検討と並んで、前提項として検討すべき点が訴えの性質に関する点である。本章第一節にも述べたとおり、これには二つの内容が含まれる。第一は、当該訴えが確認の訴えか形成の訴えかという問題である。そして第二は、当該訴えがかりに確認の訴えであるとした場合に、請求認容判決に対世効が認められるべきか否かという問題である。

一 訴えの性質<sup>(1)</sup>

新株発行不存在確認の訴えを文字通りに理解するならば、これは問題となる新株発行が存在しないことの「確認」を求める訴えである。それにもかかわらず、これが形成の訴えかどうかという問題を検討課題としているのは、株主総会決議不存在確認の訴えに関する議論において、これを形成の訴えとして理解すべきだとの有力な考え方が存するからである。<sup>(2)</sup> 本稿の役割として、新株発行不存在確認の訴えに必要なサブシステム、そしてそのサブシステムの解釈を理論的に基礎づけるというものが存する限り、やはり以上の先行研究をふまえた議論が必要となる。

すでに第一章第五節で紹介したとおり、株主総会決議不存在確認の訴えを形成訴訟と理解する議論の核心は、次の点にある。<sup>(3)</sup> すなわち、過去の事実・法律関係の確認については確認の利益が認められないとする伝統理論と、登記に基づく表見的事実の除去という点である。そうであるならば、本節での検討も、自ずとこの議論に従って検討を加えることが必要となる。すなわち第一に、新株発行不存在確認の訴えは、過去の新株発行の事実が存在しないことを確認するものであるから、確認の訴えとしては提起できないのか否か。そしてこれに付随するものとして、

第二に、登記に基づく表見的事実の除去という要請は、存在するの否かである。

## 二 片面的対世効<sup>(4)</sup>

新株発行不存在確認の訴えの性質について、それが形成の訴えとして理解されるのであれば、請求認容判決に對世効が要求されることは見やすい話である<sup>(5)</sup>。他方、これが確認の訴えとして理解される場合は、これに對世効が要求されるか否か、なお検討の余地がある。

そもそも、ある判決の効力として對世効が要求される理由については、若干、議論のトーンに差がある。それは、法律関係の画一的確定のために對世効が必要なのか、あるいは原告の訴えを有意義ならしめるために對世効が必要なのかという点の違いであるが、いずれにしても新株発行不存在確認の訴えに関する局面で、この理由について検討する必要がある。また、ある判決に對して對世効を認めるには、一定の手続的保障を要求すべきだとする考え方が主張されており<sup>(7)</sup>、この観点からも検討を加える必要があるだろう。

## 第二款 訴えの性質

### 一 過去の事実・法律関係の確認

確認の訴えについては、周知のとおり、訴えの利益としての確認の利益が必要であって、その際には確認対象選択の適否が問題となる。すなわち、確認対象として選択した訴訟物が、原・被告間の紛争解決にとって有効、適切であることが求められ、そのためには、原則として直接に現在の権利、または法律関係の存否を問うことが必要となる<sup>(8)</sup>。

しかし、基本的法律関係を前提として多発することが予想される紛争を一举に解決する必要がある場合には、過去の事実、または法律関係であっても、その基本的法律関係の効力について確認の利益を認めるのが今日では一般

的な理解である。<sup>(9)</sup>したがって、本稿でも、以上の確認の利益に関する理解に照らして、新株発行不存在確認の訴えの確認の訴えとしての許容性について考えてみることにする。

## 二 新株発行不存在確認の訴えの場合

新株発行不存在確認の訴えが、過去に行われた新株発行という行為の存在しないことの確認を求める訴えであることは疑いない。したがって、この訴えの確認の訴えとしての許容性を考えるに当たっては、当該新株発行を前提として発生することが予想される紛争について、これを一挙に解決する必要があるか否かが問題となる。この点については、第一に、新株発行に続くべき紛争の実態を勘案すべきこと、そして第二に、新株発行に伴ってなされる登記の存在に思いをいたすべきことを指摘したい。

### (1) 紛争の実態

本稿でも繰り返し述べているように、新株発行不存在確認の訴えによって争われる新株発行というのは、ほとんどの場合、支配権争いの存在する局面においてなされる。その意味するところは、新株発行を通じた支配権確保、つまり来る株主総会における取締役の選任が究極の目的にあるということである。そこで生じるのが、下級審裁判例でも指摘されていたところの、次のような疑問である。<sup>(10)</sup>すなわち、究極の目的が株主総会における議決権にあるというのであれば、新株発行を争わなくとも、株主権不存在確認の訴えなり、ひいては株主総会決議の効力それ自体を争う訴えなりを提起すればよいのではないかと。

しかし、以上に示した訴えを提起したとしても、支配権をめぐる争いの解決は容易ではない。株主権不存在確認の訴えであれ、株主総会決議の効力を争う訴えであれ、新株発行の不存在を前提問題として主張し、かりにその主張が認められたとしてみよう。この場合でも、問題となる新株発行が存在しないことについて、既判力が生ずるわけではないから、年を改めて総会決議の効力が争われ、紛争が長期化、複雑化する可能性は否定できない。むしろ

ん、以上の訴えをもって紛争が解決すればそれに越したことはないが、そうではない場合には、当事者にとっても、そして訴訟経済的に見ても、決して好ましいことではない。<sup>(11)</sup>

以上のような紛争の実態を考えた場合、当事者が望む場合には、新株発行が不存在であることに關して、正面から既判力を与えられるようにする必要があると思われる。つまり、新株発行不存在確認の訴えという訴訟が提起された場合に、それが過去の事実関係を争うものであるにしても、確認の利益を認めてよいということである。むしろ繰り返すように、紛争の実態に鑑み、当事者が他の訴訟の前提問題として新株発行の不存在を主張すれば足りると思われる場合には、こちらの方が簡便であるし、かえって当事者の権利実現を困難にする必要はないから、その方法を否定する必要まではないだろう。<sup>(12)</sup> このように考えると、新株発行の不存在については、訴えという方法の強制される形成の訴えではなく、あくまで確認の訴えとして理解すべきように思われる。

## (2) 登記の存在

法的に不存在と評価すべき新株発行であっても、その手続きが完了すれば、当該発行後の発行済株式総数が商業登記簿に記載されることになる(会九一一條三項九号・九一五條一項、商旧一八八條二項五号)。これについては、事実の登記に他ならないが、それに何らの公信力もない以上、利害関係人は当該新株発行が不存在であると理解している限り、黙殺していてもかまわないといえ<sup>(13)</sup>ばかまわない。そして、当該新株発行の有効であることを前提として株主総会決議などがなされ、自らと利害関係を有するにいたったときに、初めて通常の給付訴訟、確認訴訟、もしくは形成訴訟を行えばよい、という考え方もありうるだろう。<sup>(14)</sup>

しかしこれに対しては、商業登記が事実上有する効力というものが存在すること、そして裁判所の判決をもって当該登記の更正を望む実態があることを否定できない。株主総会決議不存在確認の訴えとの関係で、かつて坂井芳雄は次のように述べている。<sup>(15)</sup>

「実情においては、公の機関である法務局の登記というものがあると、それに対世的な一応の妥当力があるかのように感ぜられ、一般世人が登記を獲得した側を会社の適法な経営者であるとして取扱う傾向がある。このことは、我々の周知において顕著に見受けられる現象であるといわなければならない。これが現実において登記の獲得を競い合う原因となっているものと思われる。」

しかし、新株発行の場合であれ、株主総会決議の場合であれ、それが不存在であるにもかかわらず登記がなされた場合、利害関係人は登記抹消訴訟その他登記の抹消を得るのに適切な法律上の手段が存在しない<sup>(16)</sup>。あるいは、不存在の新株発行に基づく登記がなされた場合に、来るべき株主総会に備えて株主権不存在確認の訴えを提起して勝訴するか、開催された株主総会に対して総会決議を争う訴えを提起して勝訴するかして、登記の職権抹消を促すという方法も考えられるかもしれない(商登一三五条一項)。しかし、これに関しても、坂井が株主総会決議の場合について行っている次の指摘は重要である。<sup>(17)</sup>

「実質的に見て、弁論主義が支配し、従ってまた、当該訴訟当事者のみしか拘束しない通常の確認訴訟の結論をもって、直ちに登記内容を不実と断定することは果してどうであろうか。しかも、このような訴訟の判決においては、株主総会決議の不存在は、単に原告もしくは被告の攻撃防禦方法として、判決の理由中に判断されるものに過ぎず、訴訟当事者に対しても既判力を有しない部分である。さらに、請求の当否を判断する攻撃防禦方法は一個に止まらず……、株主総会決議の存否という攻撃防禦方法につき判決理由中で判示を受けるか否かは、全く偶然によって支配されることを顧みなければならぬ。これらのことを考えると、株主総会決議の不存在を先決関係とする現在の権利関係確認の訴えを提起し、その確定判決を利用して、登記所による登記の抹消の目的を達することは、常に期待できるとはいえないものといわざるを得ない。」

以上の議論は、不存在の株主総会決議に従って登記がなされた場合に、その効力自体を争う訴訟を認め、かつ請

求を認容する判決には第三者効を認めるべきだということにつながっていく。そしてこのような事情は、不存在の新株発行に基づきなされた登記の場合でも同様であろう。不存在の新株発行に基づきなされた登記は、それを直接抹消することも、通常の確認訴訟を提起して職権抹消を促すことも困難が伴う。それゆえ、登記抹消という観点からも、新株発行の不存在そのものを争う訴訟を認めるべきだということになり、何よりこの訴訟で重要なのは——確認訴訟か形成訴訟かもさることながら——新株発行の不存在の判断それ自体に既判力を生じさせ、かつこれに對世効が認められるべきことである。

### 第三款 片面的對世効

#### 一 對世効の必要性

前款における検討より、本稿は、新株発行不存在確認の訴えにつき、紛争の長期化・複雑化防止、そして登記抹消の必要性という観点から、これを確認の訴えとして肯定する立場に立つ。とりわけ、登記抹消の必要性という観点からは、請求認容判決に認められる既判力を第三者との関係でも確定的に主張できることが要求されることになる。これらの要請は、当該訴えが對世効ある特殊な確認の訴えとして認められるべきことを意味する。そうであるとする、かつて最高裁が「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、對世効のある判決をもって確定する必要がある」と示したことは、<sup>(18)</sup>当然であるし、妥当であるといえるだろう。

また、對世効なかりせば当事者が望むであろう登記抹消が実現しないということから議論を導くのであれば、對世効は、まさに第一章で紹介した谷口安平の議論が指摘しているとおり、新株発行の不存在を主張する「原告の訴を有意義ならしめるため」に必要とされるといふ議論の基礎の上に認められることになろう。<sup>(19)</sup>しかし、それは単にそのような要請があるのみで利害関係ある非当事者を拘束すべきではないということにもなるから、そのための手

続的保障の問題を考える必要が生じる。

## 二 手続的保障

第一章第六節にも紹介したとおり、片面的対世効ある確認訴訟として新株発行不存在確認の訴えを肯定するとした場合、これを正当化するための手続的保障が必要ではないかという議論がある。特に谷口は、第三者に判決効を及ぼしても不当と感じさせないために、第一に処分権主義・弁論主義の制限、第二に当事者適格の制限、第三に判決効の及ぶべき第三者への通知、第四に判決効の及ぶべき者を当事者とする共同訴訟、そして第五に判決効が第三者に及ぶことの不当性が明らかになった場合の再審の道を手続的保障として示している。<sup>(20)</sup> 以上五点のうち、第二、および第四の点は当事者適格に関する問題として後の第五節にて適宜言及するので、ここではその他の三点について、新株発行不存在確認の訴えとの関係で検討することとする。

### (1) 処分権主義・弁論主義の制限

#### ① 処分権主義との関係

対世効の存在ゆえに処分権主義が制限されるべきである、という議論は、主として訴訟の終了に関する当事者の訴訟行為の制限、具体的には請求の放棄、認諾、およびこれらと同様の和解の場合を念頭においてなされる。<sup>(21)</sup> それは、とりもなおさず、判決効の拡張を受ける第三者の利益が害されかねないとの配慮に基づくものである。このような配慮は、問題となる訴えが非訟事件的な形成の訴えであるならばもちろんのこと、たとえ確認の訴えの形態をとっていたとしても、その必要がある限りなおざりにできないだろう。<sup>(22)</sup>

さて、新株発行不存在確認の訴えが提起された後、請求の放棄、ないしそれと同様の和解をなすことは許されるか。請求の放棄、および和解は、それが調書に記載されることにより確定判決と同一の効力を有し（民訴二六七条）、新株発行不存在確認請求を棄却する判決と同一の効力を有することになる。したがって、この場合には

——放棄調書・和解調書に対する既判力の有無に關しいかなる考え方をとるにせよ——判決効の拡張に關する問題は生じないから（会八三八条参照）、さしあたりこれは可能であるとの結論でよいだろう。もとより、この結論を採用するためには、後に第六節で検討するように出訴期間の制限がかからないことを前提とすべきことは、言うまでもない。<sup>(24)</sup>

問題は、請求の認諾、ないしそれと同様の和解をなすことが許されるか否かである。伝統的には、判決効の拡張を受ける第三者の保護という観点から、請求の認諾、およびそれと同様の和解は許されないとする考え方が有力であった。<sup>(25)</sup>ただし、これに対しては、被告たる会社が理由なく請求を認諾し、あるいは同様の和解をすれば、取締役の責任が問題となりうること、あるいは共同訴訟的補助参加などの方法によって、第三者がその他にも利益を守る可能性がありうることから、その許容性を肯定する考え方も提示されているところである。<sup>(26)</sup>

そこで考えてみるに、新株発行不存在確認の訴えが提起されるような状況で、会社が請求の認諾、ないしそれと同様の和解をするという場合というのは、どういう場合であろうか。ありうる例としては、訴訟提起後、会社内の対立が自発的に解消された場合か、あるいは会社を支配している多数派が分裂して、その一部が新株発行を争っている少数派と結託したような場合であろう。前者の場合においては、認諾、ないしそれと同様の和解を制限する必要はない。後者の場合、後発的に生ずる馴れ合い訴訟ともいえるが、たしかにこのような認諾、ないしこれと同様の和解は第三者なり、裁判所がコントロールする手段がない。だが、このような極めて特殊な場合を一般化して、認諾、ないしそれと同様の和解を許容しないという解釈を採用すると、認諾、ないしそれと同様の和解に支障のない場合もこれができないことになり、疑問が残る。むしろ、原則として新株発行不存在確認の訴えが提起されている場合であっても、請求の認諾、ないしそれと同様の和解はできることを原則として、会社の多数派が少数派と結託するような特殊な場合は、特段の事情があるものとして認めないといった解決が現実的であろう。むしろ、この

ような結論は、立法論として訴えの認諾、ないしそれと同様の和解により不利益を被る第三者を保護する考え方を妨げるものではない。<sup>(27)</sup>

## ② 弁論主義との関係

次いで、対世効の問題と弁論主義との関係である。ここでの問題は、会社訴訟が形成訴訟である場合に、その判決効の拡張、つまり判決の利害関係者の利益保護の観点から、自白の制限を認めるか、ひいては職権探知主義の採用までも肯定するかという点にある。<sup>(28)</sup>もとより、本稿は新株発行不存在確認の訴えが形成訴訟ではないという立場であるけれども、当該問題が対世効との関係で論じられるべきだとすれば、訴えの性質の問題とははなれて、なおここで検討すべき必要はあるだろう。

対世効が認められるべき場合に、自白の制限が求められるのは、結局のところ、主要事実についての自白が認められれば、それは請求の認諾により訴訟物を処分したのと同様の結果を導くからに他ならない。<sup>(29)</sup>ところで、新株発行不存在確認の訴えにおいては、新株発行の存在しないことそれ自体を訴訟物とし、当該訴訟において原告が主張、立証すべき主要事実<sup>(30)</sup>は、この新株発行の不存在という要件事実を具体的に基礎づける事実であろう。すでに本章第二節でも述べたところであるが、不存在を具体的に基礎づける事実というのは、本稿の立場によれば、新株発行権限の濫用的行使を基礎づける事実である。つまり、著しく不公正な方法によること、新株発行を事前・事後に争う機会の剝奪、およびその機会剝奪のための違法な手続という三点が、これに当たる。訴えの提起後、このような事実を会社が自白する場合というのは、結局のところ、先の請求を認諾する場合などと同様、訴訟提起後、社内での対立が自発的に解消された場合か、あるいは会社を支配している多数派が分裂して、その一部が少数派と結託したような場合であろう。そうであるならば、前者の場合に自白を制限する必要はなく、後者のような例外的場合は特段の事情がある場合として、自白の制限がかかると考えれば足りるのではなからうか。

なお、原則として自白の制限すら認めないのであれば、職権探知主義を採用すべき必要もなさそうであるが、念のため簡単に言及をしておくこととする。周知のとおり、現行法上、職権探知主義が取られている例としては人事訴訟がある（人事訴訟法二〇条）。これは、人事訴訟の有する公益性——身分関係について実体的真実と法的結論との一致を確保する要請——が特に強いゆえに認められるものである<sup>(31)</sup>。では、これと同じ意味での公益性が会社訴訟、とりわけ新株発行不存在確認の訴えに認められるだろうか。思うに、会社訴訟としてそれが一般の財産上の紛争の延長線上にあることは否定できないから、裁判システムに一定の負担を要求してまで、職権探知主義を強制すべき公益性は見出しがたいように思われる（むろん、訴訟一般に当てはまる意味において、実体的真実と法的結論との一致を確保する要請があることは否定しない）。したがって、特に職権探知主義を採用すべき事情はないというべきであろう。

## (2) 通 知

次いで、判決効の及ぶべき第三者に対する通知の問題について検討する。この議論の前提には、第三者にも判決効が及ぶことを肯定する場合、訴訟について利害関係を有する第三者に参加の機会を与えるべきことが好ましい、との価値判断が存在する<sup>(32)</sup>。当事者としてであれ、参加人としてであれ、訴訟に参加したのであれば判決効が及ぶし、参加が行われなくとも、その機会が与えられたことよって、判決効の拡張が正当化されるということである。

新株発行無効の訴えについては、以上の通知に準ずべき訴えの公告に関する制度が存在した（平成一六年法八七改正前商法二八〇条ノ一六・一〇五条四項）。もとより、新株発行に関する利害関係者に通知を要求するといった制度は、その利害関係者の範囲が不分明である上、費用もかかることから、制度的には公告という形態をとるのはやむをえないことであつたろう。ところが、この新株発行無効の訴えをはじめとする訴えの公告に関する規定は、株主

代表訴訟の場合をのぞき、平成一六年(二〇〇四年)の商法改正により削除された。その理由は、その公告に法的効果が伴わず、会社に公告義務を課す理由が乏しいからだとされる。<sup>(33)</sup> だが、そもそも判決効の拡張という点から、当該制度が基礎づけられてきたのだとすれば、このような理由で公告義務が撤廃されることには疑問がないではない。ともあれ、ここでは、新株発行不存在確認の訴えの文脈において、判決効の拡張という観点から、この問題を改めて考えてみたい。

支配権をめぐる争いがある場合において、判決効を及ぼされる第三者として強い利害関係を有するのは、多数派に属するのであれ、少数派に属するのであれ、いずれにしても訴訟当事者以外の株主、および取締役であり、ほぼこれらに利害関係者は尽きるといっても過言ではない。発行する株式が市場取引の対象となっていない会社において、これらの利害関係者は少なからず自発的に情報を共有していることが考えられ、そして自らの利害に直接かわるとなれば——公告のあるなしを問わず——訴訟を提起し、あるいは参加をするだろう。また、かりに情報が共有されなくとも、利害を同じく適切に代表する者が、適切な訴訟追行を行ってくれる限り、それに加えて自らが訴訟に参加すべき必要性を感じないこともあるだろう。そう考えると、公告があるかないかは利害関係者の訴訟提起、ないし参加に関する選択を左右しないというのが実際かもしれない。<sup>(34)</sup> そうであれば公告を要求し、訴訟参加の機会を与えるといっても、これを判決効拡張の根拠とするには問題があるろう。むしろこの問題は、いかに適切な当事者を選択させ、そしてこの者にいかに適切な訴訟追行をさせるかという、当事者適格の問題に収斂させていくべきように思われる。<sup>(35)</sup>

### (3) 再 審

新株発行を不存在とする判決の効力が第三者にも及ぶこととなった場合に、それが著しく不当であれば、第三者のイニシアティブによって当該判決を覆す余地を認める必要があるか否か、それがここでの問題である。会社訴訟

においてこのような制度を設けているのは、すでに第一章第六節でも述べたとおり、株主代表訴訟の場合に限られる（会八五三条、商旧二六八条ノ三）<sup>(36)</sup>。株主代表訴訟に詐害再審の制度が認められるのは、取締役等に責任が肯定される可能性があるにもかかわらず、株主と取締役等との共謀による馴れ合い訴訟により請求棄却判決をはじめ、会社にとって不利益な判決を受ける可能性があるからである<sup>(37)</sup>。

しかし、それ以外の会社訴訟については、以上のような再審に関する規定はない。それは、次のような訴訟上の構造の違いに由来するものであろう。株主代表訴訟において、馴れ合い訴訟により会社に不利益な判決がなされ、これが確定した場合、この判決の既判力に会社は拘束されるはずである（民訴一一五条一項二号）。そして、この判決を不当とする株主が改めて訴えを提起することは、会社の有する請求権を株主が行使するという株主代表訴訟の構造上、認められないと考えられる。それゆえ、以上のような事態によって、会社、ひいては株主に生じる不利益を回避するために詐害再審の制度が存在するのだといえるだろう。

これに対して、本稿の対象とする新株発行不存在確認の訴えにおいて、原告と被告との共謀による馴れ合い訴訟により請求棄却判決がなされても、この場合に他の株主は当該判決の効力の影響を受けない。なぜなら、判決効の拡張はないし、また株主は会社の権利を行使するものでもないからである。したがって、この場合には再審を認めなくとも、他の株主は改めて訴えを提起することができるので何の問題もない。他方、馴れ合い訴訟で請求認容判決が出た場合には、判決効の拡張を受けるため、当該新株発行の存在を主張したい株主は、それができなくなる（不存在を主張したい株主は、それが認められている以上、問題とならない）。このようなことが起こるのは、先の(1)でも示したとおり、会社を支配している多数派が分裂して、その一部が少数派と結託したような場合である。この場合に、再審を制度的に認めていく必要があるか否かが問題となりうるが、不利益を受ける株主としては、そもそも被告たる会社に代わって訴訟を行うべき当事者適格がなく（原告適格はあるが）、再審を認めたとしても、結局、馴

れ合い訴訟に基づく判決効の拡張により受けるべき不利益を解消することができない。この問題は、結局のところ、再審の方法によって解決される問題ではなく、多数派の対立が生じた時点で、係属している訴訟への参加を検討し、自らの利益が害されることを防止するほかないということになるだろう。

#### 第四款 小 括

以上の検討より、新株発行不存在確認の訴えの性質に関しては、次のようにまとめることができる。当該訴えは、過去の事実関係を確認するものではあるが、紛争の長期化・複雑化の防止という観点から、問題となる新株発行をめぐる紛争の解決に最も必要かつ適切である。したがって、確認の利益が認められ、確認の訴えとして提起することが認められる。そして、そして登記の外観除去という観点から、その請求認容判決については対世効の認められるべきものである。

なお、このように考えた場合には、対世効の及ぶべき第三者の利益保護の問題が生じる。ただし、処分権主義・弁論主義の制限との関係では、会社側多数派が分裂し、新株発行を争う少数派と結託したという特殊な場合を例外とすれば、特に考慮すべき事情はない。また、公告、あるいは再審といった制度も、新株発行不存在確認の訴えとの関係では、設けるべき必要のないものであって、以上は、新株発行の不存在を確認する判決の対世効との関係で、特に問題とすべきものではない。結局のところ、判決効の拡張を受けるべき第三者の保護という観点からは、本章第五節に後述する当事者適格の問題にかなりを期待せざるを得ないのが実際である。

なお、会社法の規定は、新株発行不存在確認の訴えをおそらくは確認の訴えと理解した上で（文言どおりに理解する限りそのようになるはずである。会八二九条）、この認容判決には対世効を認めている（会八三八条）。本稿の立場からすれば、このような立法の立場は当然に支持されるものである。他方、対世効を支えるべき手続的保障の問題

については、特段の規定がおかれていないから、当該問題の解釈に当たつての本稿の考え方は一つの手がかりを提供することになるのではないかと思われる。

- (1) 第一章第五節三(立教法学五八号一七一頁以下(二〇〇二))参照。
- (2) たとえば松田二郎・会社法概論二〇四〜二〇五頁(一九六八)。
- (3) 第一章第五節三(前掲注(1)一七二頁)参照。
- (4) 第一章第六節(前掲注(1)一七三頁以下)参照。
- (5) 新堂幸司・民事訴訟法(第二版補正版)一四三頁(一九九〇)。
- (6) この点の議論については、第一章第六節二(2)(前掲注(1)一七五頁以下)参照。
- (7) この点の議論については、第一章第六節三(前掲注(1)一七六頁以下)参照。
- (8) 以上について、新堂・前掲注(5)一八三頁以下。
- (9) 新堂・前掲注(5)一八四頁、高橋宏志・重点講義民事訴訟法(新版)三一四頁以下(二〇〇〇)。また、大隅健一郎は、子の死後における母子関係確認の訴えについて確認の利益を認めた最高裁判決で(最判昭和四五・七・二五民集二四卷七号八六一頁)、次のような補足意見を述べている。  
「現在の権利または法律関係の個別的な確定が必ずしも紛争の抜本的解決をもたらさず、かえって、それらの権利または法律関係の基礎にある過去の基本的な法律関係を確定することが、現に存する紛争の直接かつ抜本的な解決のために最も適切かつ必要と認められる…:場合には、過去の法律関係の存否を求める訴であっても、確認の利益があるものと認めて、これを許容すべきものと解するのが相当である。」
- (10) 高松高判平成二・一・二〇高民集五三卷一号一頁。なお、この点については、第一章第五節二(前掲注(1)一七〇頁)参照。
- (11) むろん、新株発行不存在確認の訴えを認めたところで、当該訴訟が長期化、複雑化する可能性はあるだろう。しかし、ここでは制度論として、紛争の長期化、複雑化を可能な限り防止できるような制度を設けるかどうかの問題であるから、そのような可能性があることは承知の上で、問題を考えるべきである。
- (12) 株主総会決議を争う訴訟との関係で、岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造(九・完)」法協九七卷八号二一〇四頁以下(一九八〇)の記述も参照。
- (13) 株主総会決議不存在に関しこのように指摘するものとして、坂井芳雄「株主総会決議不存在確認の訴えは許されるか(二・完)」判タ七二号三八頁(一九五七)。
- (14) この点の記述につき、坂井・前掲注(13)三八頁。
- (15) 坂井・前掲注(13)三八頁。

- (16) 坂井は、不存在の株主総会決議との関係で、登記抹消請求訴訟、法務局長に対する異議申立て、そして登記抹消申請の可能性を探っているが、いずれも困難であることを指摘している(坂井・前掲注(13) 三八〜四〇頁)。
- (17) 坂井・前掲注(13) 四一頁。
- (18) 最判平成九・一・二八民集五一卷一四〇頁。
- (19) 谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田淳一選集『民事訴訟の理論(下)』五三〜五四頁(一九七〇)。その他、この点については第一章第六節二(2)・第一章第一節一(3)(前掲注(1) 一七五頁以下、一三九頁以下) 参照。
- (20) 谷口安平「会社訴訟における訴えの利益」法学論叢八二卷二・三・四号三一七頁以下(一九六八) 参照。
- (21) 訴えの取下げは、訴訟係属の趣及的消滅、および再訴の禁止という効果を伴うのみで(民訴二六二条)、請求の存否に何らの効果も生じないことから(以上につき、伊藤眞・民事訴訟法(第三版) 四〇三〜四〇四頁(二〇〇四)、新堂・前掲注(5) 二三八頁以下参照)、当事者の自由委ねられると解され、ここでも特に検討の対象とはしない。
- (22) 人事訴訟では、明文の規定があるし(人事訴訟法一九条二項)、団体訴訟においても、解釈論としてこのような主張がある。たとえば、第一章第六節で紹介したとおり、松田二郎は、株主総会決議不存在確認の訴えが非訟事件的性質を有する形成の訴えであることを前提に、原告の請求を認めるような和解はできないことを述べている(最判昭和四五・七・九民集二四卷七号七六〇〜七六一頁(松田反対意見)。この点については、前掲注(1) 一七七頁も参照)。
- (23) 放棄調書、および和解調書の効力に関する議論の状況については、たとえば伊藤・前掲注(21) 四一五頁以下、および四二八頁以下を参照。
- (24) 出訴期間の制限がかかる場合、この期間が経過した後に提起された訴えの取下げが可能であるとすると、もはや訴えを提起することができなくなるため、第三者の利益を害することになる。
- (25) 従来議論の状況については、たとえば株主総会決議取消の訴えとの関係で、岩原紳作・新版注釈会社法(5)三四五頁以下(一九八六) 参照。
- (26) 伊藤・前掲注(21) 四一二頁、四二〇頁。
- (27) かつて株主総会決議取消の訴えについて、その放棄や和解に裁判所の承認を求め、あるいは株主に公告・通知を行うといった立法論が提示されている(岩原・前掲注(25) 三四七頁)。
- (28) この点の議論については、小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」西原追悼『企業と法』上 三六一頁以下(一九七七) 参照。
- (29) 小室・前掲注(28) 三五九頁(行政訴訟についてこれを述べる)。
- (30) 要件事実、主要事実の概念について、ここでは「法規の条文の構成要件に書かれている」ものが要件事実、そして「その要件事実」に具体的なふくらみを持たせた」ものが主要事実との考え方に依拠している。この点については、高橋・前掲注(9) 三六〇頁参照。

(31) この公益性の内容に関しては、吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障——身分訴訟を中心として——」山本戸還暦『実体法と手続法の交錯』一二二頁(一九七八)を参照した。

(32) この点については、第一章第六節三(3)(前掲注(1)一七八頁)参照。

(33) 始関正光「平成一六年会社法改正(電子公告制度・株券等不発行制度の導入)の経緯と概要」ジュリスト一二八〇号八頁(二〇〇四)。

(34) 始関正光「電子公告制度・株券等不発行制度の導入」『M・A・A』商事法務一七二号五八頁(二〇〇五)参照。なお、実際にこのような公告はほとんど行われていなかったと言われる(法制審議会会社法(株券の不発行関係)部会第一〇回会議事録(平成一五年六月一八日)参照)。

(35) この点については、後述本章第五節を参照。

(36) 前掲注(1)一七九頁参照。

(37) 北沢正啓・新版注釈会社法(6)三八四〜三八五頁(一九八七)。

#### 第四節 サブシステムの間接項——不存在の主張方法

これまで、サブシステムの前提項として、新株発行不存在確認の訴えに関する不存在事由、および訴えの性質について、検討を加えてきた。本節は、以上の検討を前提として、不存在の主張方法について論ずるものである。この点は、他方で出訴期間の問題を考えるに当たっての前提ともなりうるところであり、その意味で中間項的な意味合いのあるサブシステムである。

##### 一 確認訴訟としての理解

新株発行不存在確認の訴えが確認訴訟であるとの本稿の立場からすれば、不存在の主張は、必ずしも訴えの提起という形をとる必要はない。もとより他の訴訟において、その前提問題として主張することも、理論的には妨げられないものというべきである。<sup>(1)</sup>

たしかに本稿の理解は、最高裁判決が説くのと同様、新株発行を不存在とする判決について対世効を認めるといえるものである。したがって、訴えの提起という形ではなしに不存在を主張する場合、判決主文において新株発行が

不存在であることが判断されるわけではなく、紛争の全面的解決を導かない可能性があることは否定できない。たとえば、かつての最高裁判決の補足意見でも示唆されているような株主権不存在確認訴訟が提起され、当該訴訟において、新株発行の不存在が前提問題として争点になった場合を考えてみよう。当該訴訟の判決がなされ、その判決理由中で新株発行が不存在とされた、あるいは新株発行が存在するものとされた場合、争点効を正面から認めるのでない限り、新株発行の存在、不存在にかかる裁判所の判断は訴訟当事者を拘束しない。さらに、争点効を認めたとしても、当該判断が第三者をも拘束するとはいえない。<sup>(2)</sup>したがって、前訴となる株主権不存在確認訴訟が確定した後、改めてその当事者が新株発行不存在確認の訴えを提起することが可能となる。もとより、第三者が提起することが可能であることはいうまでもないだろう。

このような帰結は、紛争の長期化、複雑化を防止するという観点からは容認しがたいし、訴訟システムへの負担という観点から好ましくないとの意見があるかもしれない。そうであるならば、新株発行の不存在は、必ず訴えの提起という方法をとるべきであるとの考え方を導くことになりそうだが、果たしてどうであろうか。

## 二 形成訴訟としての理解

新株発行の不存在が必ず訴えの提起によって主張されるべきものであるとすると、当該訴えに基づく認容判決なき限り、問題となる新株発行は有効に存在するものとして考えることになる。その意味において、当該訴えは形成訴訟として理解されるべきものだということになる。これはとりもなおさず、松田二郎が、かつて株主総会決議不存在確認の訴えについて説いていたことと、同様の議論につながっていくことになる。<sup>(3)</sup>

ところで、新株発行の不存在というのは、すでに本章第二節でも検討したとおり、新株発行の差止めの機会が存在せず、そして無効の訴えに関する出訴期間も徒過したが、なお重大な瑕疵が認められる場合に主張されるべきものである。新株発行の不存在がこのような性格のものとして位置づけられる限り、新株発行不存在確認の訴えは、形

成の訴えをとるべき必然性を失う。というのも、形成の訴えというのは、法律関係の変動の明確さが特に求められる場合に用いられるべきものであり（それゆえに出訴期間の制限を伴うことが通常となる）、新株発行無効の訴えについては、このような明確さが制度として肯定されている。だが、新株発行不存在確認の訴えはその瑕疵の重大性ゆえ、無効の訴えに要求される明確さに基づいて当事者に課されるべき制約を認めないところにこそその存在意義が認められ、当事者の紛争解決の必要に応じ、主張されるべきものだからである。そうであるならば、新株発行不存在確認の訴えを形成の訴えとして理解し、新株発行の不存在を訴えとしてのみ主張できるとすべきではないだろう。

### 三 小 括

新株発行がなされた場合、その法的安定性の要求ゆえ、原則としてはいったんその効力が発生するものとし、当該効力を消滅させるという法律関係の変動を生じさせる場合には形成訴訟という明確な手続に依拠すべきことになる。しかし、以上のように効力の発生を前提として、法律関係の変動について明確な手続に依るべきことを紛争当事者に要求することは、その者に大きな制約となることも言うまでもない（後に述べる出訴期間の制限が伴えば、なおのことである）。それは、新株発行をめぐる紛争の内容によつては、かえつて当事者の利益にかなわない場合がある。そして、新株発行不存在確認の訴えが要請される場合が、まさにその場合である以上、結局のところ、新株発行の不存在は、必ずしも訴えの提起という形によらしめる必要はない、ということになろう。むしろ、他の訴訟の前提問題としてこれが主張された場合、紛争の長期化、複雑化の回避には資さない場合もある。だが、その手段を当事者があえて選択するのであれば、否定するほどのものではないということになろう。

そもそも、以上のような議論の対立が生じうるのは、ある訴えが形成の訴えかどうかそれ自体が、極めて境界の不明な分類概念に過ぎないことによる面もある<sup>(5)</sup>。会社訴訟の場合、確認訴訟の形態をとつていても、その判決に

ついでには形成訴訟に認められるのと同様の効果が少なからず付される結果、一見、形成訴訟と似た様相を見せることになる。その意味では、確認訴訟か形成訴訟かという概念に過度に振り回されることなく、紛争の実態とそれに要請される解決方法に応じて、適切なサブシステムの選択を行うことが大事だということになる。

なお、新株発行不存在の主張方法について、特に会社法が言及するところはない。これは、新株発行不存在確認の訴えが当然に確認の訴えであることを前提として、訴えの方法で主張しても、他の訴訟の前提問題としても主張することも許容しているものと理解すべきであろう。

- (1) 以上につき、第一章第五節一（立教法学五八号一六九頁以下（二〇〇一））参照。
- (2) 株主総会決議無効確認の訴えについて、新堂幸司・民事訴訟法（第二版補訂版）一四五頁（一九九〇）。
- (3) 松田二郎・会社法概論二〇四～二〇五頁（一九六八）、あるいは最判昭和四五・七・九民集二四卷七号七六〇頁（松田反対意見）。この点については、第一章第五節三（前掲注（一）一七一頁以下）も参照。
- (4) 高橋宏志・重点講義民事訴訟法（新版）六五頁以下（二〇〇〇）。
- (5) 以下の議論については、高橋・前掲注（四）六六頁以下参照。

## 第五節 サブシステムの帰結項(1)——当事者適格

新株発行不存在確認の訴えに関するサブシステムのうち、これまで前提項、および中間項となるべきサブシステムについて検討を行った。ここからは、以上のサブシステムを前提として導かれる、帰結項となるべきサブシステムについて論ずることとする。本節では、まず当事者適格の問題を検討するが、言うまでもなくこれには原告適格の問題と、被告適格の問題があるので、それぞれ分けて論ずることとする。

第一款 原告適格

一 序

本稿は、新株発行不存在確認の訴えについて、それが文字どおり確認訴訟であるとの理解に立つ。したがって、抽象的な理屈としては、確認の利益がある限り誰でも訴えは提起できるのであって、新株発行無効の訴えの場合と同様の原告法定が論理必然的に導かれるわけではない（会八二八条二項二号・三号、商旧二八〇条ノ一五第二項参照）。

しかし、問題はこの先にある。つまりどのような者に確認の利益があり、原告適格が認められるか、ということである。この点に関しては、第一章第一節において、株主総会決議を争う訴訟との関係でかつての議論を紹介したところである。その一つには、中田淳一のように、出発点を法律上の対世効に関する規定に見出す議論がある。<sup>(1)</sup>すなわち、紛争の画一的確定、およびそれに由来する既判力の関係者全員への拡張という前提から、原告適格を社団関係の適正な運営維持に全面的利害を有する者に認めるというものである。いま一つには、谷口安平のように、出発点を原告の訴訟への全面的利害に見出し、ここから原告適格を導く議論がある。<sup>(2)</sup>そして判決効の拡張は、この全面的利害を有する者の利害を保護するための手段であると論ずる。もとより谷口も、判決効の拡張を受ける第三者の保護のために、できるだけ密接した利害関係を有する者の関与を要求するから、対世効の存在が原告適格の決定に際しての前提になりうることを、完全に否定するわけではない。

本稿は、すでに本章第三節第三款における対世効に関する検討において、それが当事者が望むであろう登記抹消のため、つまり原告の訴えを有意義ならしめるために必要なものだ、との立場に立っている。その意味で、対世効の存在を所与とする中田の議論ではなく、谷口の方角性に親和的な議論を展開した。そこで以下でも、谷口の議論を基礎として検討を行い、必要に応じて中田の議論も参照しながら論ずることとしたい。

## 二 訴訟への利害関係

繰り返すように、新株発行不存在確認の訴えは、よほどの特殊な例外を除けば、次のような場合に必要とされるものであろう。すなわち、その発行する株式が市場取引の対象となっていない会社において、支配権をめぐる争いが存在する場合に、問題となる新株発行によって不利益を被った既存株主が、法の用意した救済手段を利用できなかった場合である。新株発行不存在確認の訴えが、以上のような事情から必要とされる訴えであることを前提に、当該訴訟への利害関係を検討してみよう。

### (1) 株 主

第一に、この訴えによって救済されるべき主体は、言うまでもなく既存株主、より具体的には支配権をめぐる争いにおいて不利益を受けた株主である。<sup>(3)</sup>つまり当該株主こそ、当該訴訟に対して——谷口が言うところの——全面的な利害を有する者に他ならず、原告適格が認められるべきものだけということになる。

そして、請求認容判決に対しては、この原告の訴えを有意義ならしめるために対世効が認められる。判決効の拡張を受ける第三者の利益保護という観点からすれば、当該訴訟にもっとも切実な利害を有する者がこれを追行している以上、第三者としてもこれに自らの利益を託し、信託することができよう。また、このようなもっとも適切な訴訟追行を期待できる者が関与した結果として出された判決であれば、たとえ自らが手続に関与することなしにその判決に拘束されることも、正当化できると考えられる。かりに、以上の訴訟追行に自らの利益を託せない、あるいは信託できないというのであれば、自ら訴訟に参加すればよいだけのことである。

なお、以上のような株主に原告適格が認められるべきことは、かりに中田のような議論の方向性を採用したとしても同様である。このような株主こそ、もっとも問題となる新株発行を是正すべき誘因を有しており、それゆえに社団関係の適正な運営に向けた行動をとりうるからである。

(2) 取締役その他役員

① 取締役

支配権をめぐる争いにおいて不利益を受けた株主のほかは、不存在が争われる新株発行から直接の不利益を受けるものではない。その意味では、事実問題として、全面的な利害関係の有無の程度は相対的に下がることになる。ただし法律上、問題となる新株発行について全面的な利害関係を有すべき者がある。それは会社法の規定に従って、株主を当該新株発行による不利益から守るべき地位にあるとされる者である。

新株発行により株主に生ずべき不利益を回避すべき者として、まず挙げるべきは、言うまでもなく取締役である。かりに株主総会に株主の支配にかかわる利益を害するような新株発行の議案を提出し(会二九八条一項)、あるいは取締役会設置会社であれば、そのような新株発行議案に取締役会で賛成することは、一部の株主にのみ不利益を与える業務執行として、善管注意義務に反する(会三三〇条、商旧二五四条三項、民六四四條)。以上のような法律上の義務の存在に鑑みれば、取締役は、問題となる新株発行により不利益を受けた株主がいる場合には、自らそれを救済する措置をとるべきだともいえる。その結果、取締役は、自らの負う法律上の義務に従って、当該訴訟に全面的な利害を有するとされる者であり、その結果、原告適格が肯定されるべきだといえる。<sup>(4)</sup> ちなみに、委員会設置会社の執行役、および清算手続時の清算人についても、取締役と同様の論理で当該訴訟に全面的な利害を有するものといえ、これらについては原告適格を肯定することが認められよう(執行役につき、会四〇二条、旧商特二一条の一四第七項・商旧二五四条三項、民六四四條。清算人につき、会四七八条六項・三三〇条、商旧四三〇条二項・旧二五四条三項、民六四四條)。

取締役が、法的に問題ある新株発行を是正し、社団関係の適正な運営に向けた行動をとるべきことは、やはり善管注意義務の問題として導かれる。したがって、中田のような議論の方向性を採用したとしても、取締役の原告適

格は認められることになろう。

## ② 監査役

以上のように、自らの負う職責として株主利益の保護が含まれる者としては、その他に監査役設置会社における監査役を挙げることができる。監査役も、株主の支配にかかわる利益を害するような新株発行を取締役会で決されんとする場合には、法の規定に従い、その場に出席し、意見を述べるべきである(会三三八三条一項、商旧二六〇条ノ三第一項)。また、問題となる新株発行がなされてしまった場合には、取締役の職務執行の監査権限に基づき、その法的瑕疵の存する新株発行を是正すべきだといえる(会三三八一条、商旧二七四条一項)。以上のような法律上の権限、および義務ゆえ、監査役は、取締役会が一部株主に支配上の不利益を与える新株発行をなした場合には、自らそれを是正すべきだといえる。それは、法律上の規定により、取締役と同様に、当該訴訟に全面的な利害を有するものであり、原告適格が肯定されるべきだということである。

監査役が、法的に問題ある新株発行を是正し、社団関係の適正な運営に向けた行動をとるべきことは、やはり以上の監査にかかる権限、および義務の問題として導かれる。したがって、中田のような議論の方向性を採用したとしても、監査役の原告適格は認められることになろう。

## (3) その他

以上の株主、および取締役その他の役員を除くと、問題となる新株発行によって、直接に支配にかかる利益を害され、あるいは法律上、当該新株発行の違法について関与、是正すべき地位にある者はない。したがって、他に当該訴訟に全面的な利害を有する者は考えにくく、たとえば会社債権者なども、以上に述べた意味において全面的な利害を有するとはいえないだろう。<sup>(5)</sup>

## 第二款 被告適格

### 一 序

団体内部紛争一般を考えた場合、その被告適格については、第一章第二節でも述べたとおり、判例と学説において議論が多岐に分かれている。伝統的には、問題となる団体のみが被告適格を有することが当然だと考えられ、最高裁もそのような立場であったが、学説の議論はより詳細に分かれていた。<sup>(6)</sup>

学説の議論の核心は、紛争の実態をふまえて被告適格の問題を考えるべきだというものである。<sup>(7)</sup> もとより新株発行の不存在が争われる場合、当該新株発行自体は会社の行為であるとしても、紛争の実質が株主間の支配権争いであることは繰り返し述べたとおりである。そして、当該訴訟に全面的な利害を有する者に当事者適格を認めるべきだという観点からすれば、やはり被告適格を有すべき者は会社ではないのか、という疑問も生じることになる。以下では、従来の学説の議論を批判的に検討しつつ、新株発行不存在確認の訴えの被告適格の問題を考えてみることにしたい。

### 二 訴訟への利害関係

さて、当該新株発行が有効に存在することについて、全面的な利害を有する者は誰か。紛争の利害関係者に即して被告適格を考えようとした谷口の議論からすれば、これは支配権争いを行っている相手方株主全員、ひいてはこの株主の利益を適切に反映している代表取締役ということになりそうである。<sup>(8)</sup>

だが、よく考えてみると、問題となる新株発行が有効に存在するものとして争うために、相手方株主、あるいはその利益を反映する代表取締役は、自らの支配にかかる利益を主張することはできない。それを主張することは、新株発行の不存在を認めることに他ならないからである。つまり、新株発行の不存在を主張する原告に対立すべき

利益というのは、会社の正当な業務上の利益を守るべきことに関する利害である。そして、これを唯一正当に主張しうる地位にあるのは、とりもなおさず新株発行を行った会社それ自体に他ならない。<sup>(9)</sup>

谷口は、団体内部紛争における会社の形骸性に着目して、これに被告適格を認めるべきことを否定した。だが、ある紛争が会社の行為を契機として現れる限り、訴訟の場で対立当事者の利害をむき出しに対立させることはできない。つまり、いくら紛争の実態において会社が形骸であるにせよ、その形骸を主体とする行為が利用されている限り、当該紛争の一方当事者は必ず「会社の利益を守る」という立場に立たざるを得ないということである。以上の意味において、新株発行の不存在が争われる場合に、それが有効に存在することを法的に支持できる形で主張できるのは、唯一当該行為を行った会社だけである。むしろ、谷口の議論が、紛争の実態を踏まえて、訴訟に全面的な利害を有する者に当事者適格を認めるべきことを説いたこと自体は評価できるように思われる。<sup>(10)</sup> ただ、少なくとも新株発行を争う文脈においては、会社が形骸に過ぎないことをもって、その当事者適格を否定するという結論を本稿はとらない。また、このように考えたとしても、会社を代表して訴訟追行を行うのは、結局のところ多数派の利益を最もよく反映すべき代表取締役なのであるから、適宜、株主間の利害対立も争点に織り込まれることが期待できよう。<sup>(11)</sup>

第一章第二節で紹介した議論の中には、谷口の議論をふまえ、またこれを批判する形で利害関係者の利害の調整・集約といった観点<sup>(12)</sup>、あるいは一般構成員への判決効の拡張といった観点<sup>(13)</sup>から、団体内部紛争における会社の被告適格を認めた議論がある。だが本稿は——結論は同じくするもの——議論の方向性としてこのような立場をとるものではない。ただし、以上のような観点をひとまずはなれて、山本克己が団体に効果の帰属する法律行為について、その団体の当事者適格を肯定すべきことを説いたことは、本稿の立場からすれば極めて注目し値するところである。<sup>(14)</sup>

なお、判決効の拡張を受ける第三者保護という観点から見た場合、問題となる新株発行が有効に存在することについて、唯一、法的に主張すべき地位にある会社が当事者となることは、第三者としては自らの利益を託し、信頼を置く上で重要な事情であろう。それゆえに、第三者への判決効の拡張も正当化できるように思われるし、当事者に信頼を寄せることができない場合には、自らが訴訟に参加していくことを考えればよいだろう。<sup>(15)</sup>

### 第三款 小 括

以上より、新株発行不存在確認の訴えの当事者資格の問題については、当該訴訟に全面的な利害を有する者にこれが認められるべきだとの前提の下、次のように考えることができる。

#### 一 原告適格

まず、原告適格については、当該新株発行に基づき、会社の支配につき直接の不利益を被ったと考える株主に認められる。また、法律上、このような株主の利益を保護すべき地位にあり、当該新株発行に違法がある場合にこれを是正すべき立場にある、取締役（会社の種類によっては、監査役、執行役、および清算人）に認められるというべきであろう。<sup>(16)</sup>

会社法は、新株発行不存在確認の訴えの原告適格については特に定めをおいていない。したがって、現行法の規定を前提として、以上の解釈論を展開することが可能であるものと考えられる。

#### 二 被告適格

次いで、被告適格については、当該新株発行の主体である会社に認められる。これは、かつての最高裁判決の立場と同様であり、また会社法でもその旨の明文の規定が置かれるに至り（会八三四条一三号・一四号）、立法論的に解決している。

- (1) 中田淳一「確認訴訟の二つの類型」法学論叢六〇巻一・二号一九六〜一九八頁(一九五四)。この点については、第一章第一節(2)〔立教法学五八号一三七頁以下(二〇〇一)〕参照。
- (2) 谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田選暦『民事訴訟の理論(下)』五三〜五四頁(一九七〇)。この点については、第一章第一節一(3)〔前掲注(1)一三九頁以下〕参照。
- (3) この点に関しては、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——」東海法学二三号二四七頁(二〇〇〇)参照。
- (4) この点に関して、岩原伸作「株主総会決議を争う訴訟の構造(九・完)」法協九七巻八号一〇五九頁(一九八〇)参照。もっとも、当該新株発行議案を株主総会に提出した取締役、もしくは取締役会で賛成した多数派取締役が、当該新株発行を争う訴訟を提起することは、まず期待できない(むしろ被告会社側に立つであろう)。したがって、取締役に原告適格を認めた場合、訴訟の提起が期待できるのは少数派に属する取締役であろう。
- (5) もっとも、問題となる新株発行により株主間の議決権割合が変動し、それをふまえて選任された取締役、ないし代表取締役と取引関係にある債権者は、当該新株発行と利害関係があるようにも思える。しかし、債権者としては自らの取引相手たる代表取締役が無権限にならないように、つまり当該新株発行が有効に存在することを求めるべき地位にある。そうであれば、不存在確認の訴えの原告適格を認めるべき利害はないというべきだろう。
- (6) 判例は、一貫して、訴訟の対象とされている法律関係の処分権限を基準に、被告適格を決してきたとされる(八田卓也〔判批〕民訴百選四二頁(二〇〇三))。たとえば、株主総会決議取消訴訟につき、最判昭和三六・一一・二四民集一五巻一〇号二五八三頁、宗教法人の代表役員たる地位等にあることの確認を求める訴えにつき、最判昭和四四・七・一〇民集二三巻八号一四二三頁など参照。
- (7) 議論の詳細については、第一章第二節二〔前掲注(1)一四三頁以下〕参照。
- (8) 谷口・前掲注(2)五八〜六〇頁。この点については、第一章第二節二(1)②〔前掲注(1)一四五〜一四六頁〕参照。
- (9) この点に関して、伊藤眞・民事訴訟法(第三版)一六〇〜一六一頁(二〇〇四)、井上治典〔判批〕民訴百選二二六頁(二〇〇三)も参照。
- (10) 紛争の利害関係者に即して当事者適格を考えるというときに、生の現実として誰と誰が対立しているかという問題を出発点にする考え方には、私も強い共感を覚える。従来、明文の規定の存在しなかった訴えについて、これを解釈で認めていこうという場合には、以上の発想法が非常に有用であることは間違いない。問題として難しいのは、そのような議論を踏まえて、誰のどのような利益を対立させて、当事者適格を認めるべきかという点なのだろう。
- (11) 岩原・前掲注(4)一〇八七頁参照。
- (12) 福永有利「法人の内部紛争の当事者適格」鈴木忠一『三ヶ月章編・新実務民事訴訟法講座』一三三四〜三三七頁(一九八一)。この点については、第一章第二節二〔(2)参照〕〔前掲注(1)一四六頁以下〕。
- (13) 中島弘雅「法人の内部紛争における被告適格について(三)」判タ五三八号三九〜四〇頁(一九八四)。この点については、第一章第二節二

(3) 参照 (前掲注 (1) 一四七頁以下)。

(14) 山本克己 (判批) 民商九五巻六号九三二〜九三三頁 (一九八七)。この点については、第一章第二節二(4) (前掲注 (1) 一四九頁以下) 参照。

(15) この点に関して、山本・前掲注 (14) 九三三頁参照。

(16) この点と関連して、最判平成四・一〇・二九判タ八一五号一三七頁参照 (株主ではない者が訴えを提起したところ、特に利害関係がないとして原告適格が否定され、訴え却下となった事案)。

(17) 最判平成九・一・二八民集五一巻一号四〇頁。

## 第六節 サブシステムの帰結項(2)——出訴期間

### 一 序

#### (1) 最高裁判平成一五年判決

新株発行不存在確認の訴えは、そもそも一般原則に従って、出訴期間の制限にかからない訴えとして認められる、との議論から出発してきた。そして、このような結論自体は、平成一五年の最高裁判決によって確認されるに至った。<sup>(1)</sup> ただし、この最高裁の判示を見ると、出訴期間の制限がかからないものと考えるべき根拠として、次のように述べられている。

「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……。」

この字面のみを漫然と追っていくと、出訴期間の制限がかからないということを述べるについて、まず新株発行

不存在確認の訴えが新株発行の実体が存しない場合に用いられることをふまえている。そして、新株発行の不存在はこれを前提とする訴訟で主張できることを、出訴期間の制限がかからない直接の理由として挙げられている。本稿も、すでに本章第四節で不存在の主張は訴えの方法に限られないことを論じており、それゆえに新株発行をめぐる争いが長期化・複雑化する可能性のあることも許容している。したがって、最高裁が直接の理由としている点は特に付け加える点はなく、基本的に出訴期間の制限はかからないものとして考えればよいと理解している。<sup>(2)</sup>

## (2) 本節の検討対象

だが、ここでやや気になるのは、むしろ新株発行不存在確認の訴えについて、「新株発行の実体が存しない場合」を不存在とする一般論を述べた上で、出訴期間制限の問題を論じている点である。本稿は、いわゆる規範上の不在をも新株発行の不存在事由として含むべきことを説いたが——それは最高裁の意図するものとおそらく異なるだろう——、<sup>(3)</sup> いずれにせよ不存在事由の理解と出訴期間の制限とが相互に関係する可能性があるのであれば、この点は、一応、検討しておく必要がある。

さらに、第一章第三節でも見たとおり、最高裁平成九年判決の補足意見では、新株発行不存在確認の訴えは新株発行無効の訴えに準じて肯定されるべきであるとの示唆がなされている。<sup>(4)</sup> そして、これに影響を受けたと思しき下級審裁判例（上記最高裁平成一五年判決の原審である）においても、判決に対世効という強い効力を認めるのであれば、新株発行無効の訴えに準じて出訴期間の制限を課すべきだとの判断がなされている。<sup>(5)</sup> もとより、(1)に紹介した最高裁判例は、このような下級審の判断を覆してなされ、ここでは対世効に関する言及はまったくないことを考えれば、この点は特に問題とするに値しないのかもしれない。しかし、各サブシステム間の相互関係について、理論的にどのように説明がなされるべきかを明らかにすることも本稿の重要な目的の一つであるから、この点についても簡単にはあるが、言及を行うこととする。

## 二 出訴期間制限の有無とその根拠

### (1) 不存在事由との関係

不存在事由の理解は、出訴期間制限の有無を左右しうるだろうか。まず、不存在事由に関する最高裁の思考方法について、改めて述べることにしよう。第一章第四節でも触れたとおり、最高裁は、新株発行の手続・内容に瑕疵があっても、時間の経過によって完全な効力を有せしめるに適合する場合を實體がある場合とし、これは新株発行無効の訴えの対象とする。そして、このような実体がない場合は、出訴期間の制限に関わらず、一般原則に従って新株発行不存在確認の訴えを提起できる、と考えているように思われる。<sup>(6)</sup>これは、「新株発行の实体あり」新株発行無効の問題⇨出訴期間制限あり、「新株発行の实体なし」新株発行不存在の問題⇨出訴期間制限なし」という、ある意味単純な二分法的発想にも見え、「**実体**」の内容が何かという問題(実はこれが一番難しい)を除けば、極めてわかりやすい。

しかし本稿は、繰り返しとおり、新株発行の不存在事由として、規範上、不存在と評価できる場合をも含めて考えるべきだという立場である。つまり、一方の立場からすれば「新株発行の实体あり」といえるかもしれない場合であっても、なお新株発行を不存在とすべき場合のあることを主張している。その結果、ここで考えなければいけないのは、いわゆる規範上の不存在といった考え方からすれば新株発行は不存在と評価できるのだが、その新株発行として「新株発行の实体あり」といえる場合には、なお「出訴期間の制限あり」と解釈すべきなのか、ということである。あるいは、新株発行の实体はあるとしても、規範上の不存在といった考え方からは「新株発行不存在の問題」だと評価できるのだから、「出訴期間制限なし」なのか、ということである。

結論から言うならば、本稿の立場は言うまでもなく後者である。本章第二節で不存在事由を検討した際にも触れたとおり、新株発行不存在確認の訴えというのは、権限濫用的な新株発行のゆえに、無効の訴えすら提起する機会

が失われた株主に、最終的な救済手段として認められるものである。つまり、無効の訴えに設けられた出訴期間の制限を越えたところにこそ、その制度としての存在意義が存するものである。したがって、先の説明によれば、「新株発行不存在の問題＝出訴期間制限なし」で足るのであって、新株発行の不存在事由の内容は、出訴期間の問題に何ら影響はしないものというべきである。そして、この点に関する限り、おそらくは(1)に示した最高裁判平成一五年判決の文言も、実は同様に理解すべきなのではないかと思われる。つまり、新株発行不存在が実体上の不存在であることは、単に一般論を述べただけであって、これが出訴期間の問題に相互に関係するものではないだろう。

## (2) 対世効との関係

次に、対世効の存在が、出訴期間制限の有無を左右するかどうかである。先にふれた下級審裁判例では、新株発行不存在はそれを前提問題として争う訴訟において出訴期間に関係なく主張できることを述べている。しかし、当該問題が訴えの形で提起された場合には、対世効の存在ゆえ、出訴期間を制限して、新株発行に伴う法律関係を安定させる必要があるという<sup>(7)</sup>。しかし、この論理に対しては、次の二点において賛成できない。

第一に、最高裁判平成一五年判決も述べるとおり、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できるとするならば、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間を制限しても、新株発行の存否が終局的に確定しない。それにもかかわらず、法律関係の安定のために出訴期間の制限をかけるというのは矛盾している。

第二に、本稿の立場からすれば、対世効というのは原告による当該訴えを有意義ならしめるために必要なもの<sup>(8)</sup>であり、より具体的には登記の外観を除去するために必要なものである。対世効の有する意味は、それ以上でもそれ以下でもない。いわんや、これが法律関係の安定に関する出訴期間の問題を考えるための前提問題とはならないはずである。

以上より、本稿は、対世効の存在を出訴期間の制限の問題に関連させることには賛成できない。したがって、や

はり出訴期間の制限は、新株発行不存在確認の訴えにはかからないということになる。

### 三 小 括

以上の検討より、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間に関する本稿の結論は、一般原則に従い、原則として何らの制限にもかからないというものである。それは、当該訴えの存在意義が、無効の訴えに設けられた出訴期間の制限を越えたところにこそ存することからすれば、当然の帰結である。

なお、会社法は、新株発行不存在確認の訴えについて、出訴期間に関する何らの規定も設けていない。これは、当該訴えについて出訴期間の制限がかからないことを意味するものとして解釈すべきであろう。もとより、新株発行無効の訴えに関する出訴期間制限が類推適用されるといった解釈がなされるべきでないことは、言うまでもない。

- (1) 最判平成一五・三・二七民集五七卷三号三二二頁。
- (2) 新株発行不存在確認の訴えが、出訴期間経過後にこそ意味を有することについて明確に述べるものとして、高橋美加〔判批〕法教二七七号九九頁(二〇〇三)、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八七頁(二〇〇四)。そのほか、出訴期間の制限に伴う問題につき、株主総会決議を争う訴訟との関係で、岩原伸作「株主総会決議を争う訴訟の構造(九・完)」法協九七卷八号一〇七九―一〇八〇頁(一九八〇)参照。
- (3) もとより、新株発行不存在の意義を正面から判断した最高裁判例がまだ存在しないことは、すでに本章第二節でも述べたとおりである。ただし、最高裁調査官の解説などでは、これがかなり限定されたものであることが示唆されており(松並重雄〔判批〕ジュリスト一二五四号二二六―二二七頁(二〇〇三))、その意味ではやはり本稿に言ういわゆる規範上の不存在のような考え方は採用していかないだろう(この点に関しては、北村雅史〔判批〕商事法務一七三七号五二頁以下(二〇〇五)の詳細な検討を参照。なお、以上と反対の理解として、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―」東海法学二三号三三七―三三八頁(二〇〇〇))。
- (4) 最判平成九・一・二八民集五一卷一号四〇頁(可部・千種補足意見)。この点については、第一章第三節二(立教法学五八号一五二―一五三頁(二〇〇一))参照。
- (5) 高松高判平成一二・一・二〇高民集五三卷一号一頁。この点については、第一章第三節三(前掲注(4)一五三―一五四頁)参照。

(6) 以上、第一章第四節一(1)(前掲注(4)一五五頁以下) 参照。

(7) 第一章第三節三(前掲注(4)一五三頁) 参照。

(8) 本章第三節第三款参照。

## 第七節 サブシステムの帰結項(3)——遡及効の制限

### 一 序

新株発行不存在確認の訴えが、確認の訴えであるという立場をとる以上、新株発行の不存在を確認する判決が出ることに、もとより新株発行は存在しなかったというのが論理的な帰結になるだろう。その意味では、「遡及効が制限されるか否か」という問いの立て方は、それ自体が失当である。

もっとも、会社法上の訴えについて無効判決がなされた場合に、既存の表見的事実を信頼して法律関係を形成した者が存在することに鑑みると、当該法律関係をできる限り尊重すべきだとの要請が働くことは、すでに述べたとおりである。<sup>(1)</sup>そして、株主総会決議を争う訴えを参考としつつ、従来の議論には新株発行無効判決に見られる種々の効果について、これを不存在確認の訴えにも準用する可能性を説く議論も存在するところである。<sup>(2)</sup>

以上のような議論の状況をふまえると、新株発行の不存在を確認する判決について、もとよりそれが存在しないものと理解すべきか否かを決するに当たっては、さしあたり次の二点を検討しておく必要があるであろう。第一に、実際上の必要性の問題として、すでに形成された法律関係を尊重すべきだとの要請がどの程度あるのか、ということである。新株発行の無効判決については、このような要請のあることが前提となることがうかがわれるが、新株発行の不存在を確認する判決に同様の必要性があるか否かである。そして第二に、かりに第一の問いが肯定された場合、理論上の問題として、請求認容判決により将来に向かって新株発行の不存在を確認するといった

ことが可能かどうか、ということがある。これは、新株発行不存在確認の訴えと無効の訴えとの関係をどう理解するかにもかかわるところである。

## 二 実際上の要請

新株発行を無効とする判決に関して、その遡及効が制限されるのは、言うまでもなく、新株発行をめぐる法律関係の安定を図るためである。<sup>3)</sup> 新株発行後、判決が確定するまでには、当該新株に対して利益配当がなされ、あるいは新株に基づく議決権が行使され、さらには当該新株が譲渡の対象になるなど、種々の会社法上の行為、あるいは取引法上の行為がなされうる。新株発行により表見的にはその効力が発生し、そしてその発行から判決確定までの間には少なからぬ時間がかかることを考えると、会社内外の利害関係者をめぐって、多々新たな法律関係が生じうる。これを無効判決によってすべて覆し、無用に法律関係を複雑化することは、それによって生じる当事者の負担が大きく、遡及効の制限が必要だということであろう。

では、新株発行の不存在を確認する判決の場合はどうか。新株発行の不存在について、これを実体上の不存在と考えると、規範上の不存在と考えると、当該発行を行った会社の側としては、新株発行が有効に存在することを前提としているはずである。つまり会社側として、当該新株に配当を行い、あるいは当該新株について議決権を認めることはありうるところだろう。また、当該新株について、これを譲渡の対象とし、あるいは質入の対象とすることもありうるだろう。つまり、新株発行の不存在を確認する判決がなされるまでは、商業登記の記載が存在し、一定の新株が発行されたことを前提として会社の業務執行は行われるはずである。そして、それに基づいて形成されてきた法律関係がすべて覆滅されるとすれば、法律関係は極めて不安定、かつ複雑化し、当事者に生じる負担は小さくないだろう。

たしかに、無効判決と不存在確認判決とは、無効原因と不存在事由という実体法上の要件の違いがあり、また形

成判決と確認判決という手続法上の形式の相違もある。だが、以上のように考える限り、判決確定後の法律関係の処理について、実際問題としての差異は特に見出しがたいようにも思われる。

### 三 理論的基礎づけ

実際上の要請という観点からは、無効判決と不存在確認判決に差異のなきこと以上のとおりであるが、しかし、これを理論的に基礎づけるとなると容易ではない。もとより、新株発行不存在確認の訴えは形成訴訟であるとの理解をとれば、それが解釈論か立法論かはともかく、遡及効の制限を設ける場合の説明が容易である。

だが、本稿の立場は、すでに本章第三節でも論じたとおり、当該訴えを確認の訴えとして位置づけることを前提としている。それは、過去の事実として存在しない事柄について、訴訟を通じてその旨を確認するにとどまり、法的に一度効力が発生したものについて、その効力を奪うというものではない。たしかに、かつての議論の中には、株主総会決議無効確認の訴えと不存在確認の訴えとの関係を参考に、新株発行無効の訴えの規定の不存在確認の訴えへの準用可能性を説くものがある。<sup>(4)</sup>しかし、これは「無効」と「不存在」という文言のみをとらえて議論が展開されている面もあり、以下のとおり疑問の余地の残る議論である。

一般的な理解による限り、決議内容の法令違反の存在により株主総会決議を争う訴えを提起する場合、これはもとより無効であることを前提として確認訴訟の形態をとる(会八三〇条二項、商旧二五二条)。他方、株主総会決議の不存在を争うための直接の規定がない当時、これを主張する場合、やはり決議はもとより不存在であって確認訴訟の形態をとるべきだとされてきた。だからこそ、解釈上、株主総会決議不存在確認の訴えは、無効確認の訴えに関する商法旧二五二条(会社法)に照らして適法とされてきたといえることがある。<sup>(5)</sup>つまり、株主総会決議の無効と不存在とは、後者を確認する訴えが前者を確認する訴えの一形態だと理解する考え方も提起される類のものであり、少なくとも手続法上の法的形式において連続性のあるものであった。<sup>(6)</sup>

しかし、違法の存在ゆえに新株発行無効の訴えを提起する場合、これはもとより無効ではなく、その結果、訴訟の形式としても形成訴訟の形態をとることになる。他方で新株発行の不存在は、もとより不存在というのが原則であって、かつ確認訴訟の形態をとる。つまり、手続法上の法的形式において連続性は存在しないのであって、いわんや無効の訴えの一形態として不存在確認の訴えがあるとはいえない。「株主総会決議を争う場合に妥当する」から、「新株発行を争う場合にも妥当する」というには、その前提を欠くのである。

したがって、少なくとも解釈論としては、一般原則に従ってもとより不存在として理解すべきことになろう。むしろ、これによる法律関係の不安定化は免れないが、理論的には民商法上の一般原則で処理がなされるだろう。また実際問題としては、新株発行不存在確認の訴えが用いられるような会社は、その株式が市場取引の対象とならない会社であろうから、法律関係の複雑化は限られたものと推測される。

#### 四 小 括

以上の検討によれば、解釈論としては、新株発行の不存在を確認する判決が確定した場合、新株発行の効力が最初から発生していないということになる。むしろ、実際上の要請としては、将来に向かって新株発行の不存在が確認されるといった結論が好ましいというところはある。理論的にこれを基礎づけるのはなかなか困難ではあるが、純粹に政策問題として、立法によりこのような規定を置くことはまったく不可能というわけでもないだろう。

この点についての判断を行った裁判例がないことは、すでに述べたとおりである。また、会社法の規定はこの点について何らの規定を置いていない。このことは不存在を確認する判決が確定した場合、最初から新株発行の効力が発生していないことが判決として確認されたと解釈すべきことを意味するのだろう。

(1) 鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法(第三版)八九九〇頁(一九九四)。この点については、第一章第七節(1)(立教法学五八号一八〇)一八

一頁(二〇〇一)参照。

- (2) 寶金敏明〔判批〕判タ八五二号二〇一頁(一九九四)。この点については、第一章第七節一(2)(前掲注(1)一八一頁以下)参照。
- (3) 江頭憲治郎・株式会社・有限会社法〔第四版〕六三一頁(二〇〇五)、山崎悠基・新版注釈会社法(7)三六九頁(一九八七)。
- (4) 寶金・前掲注(2)二〇一頁参照。
- (5) 最判昭和三八・八・八民集一七卷六号八二三頁。
- (6) 以上につき、第一章第七節一(2)②(前掲注(1)一八一〜一八三頁)参照。
- (7) この点につき、第一章第七節二(前掲注(1)一八三頁)。

## 第八節 サブシステムの帰結項(4)——事後処理

新株発行の不存在を確認する判決が確定した場合、無効判決について特に規定された事後処理手続が、同様に妥当するか否かを検討するのが最後の課題である。具体的には、新株に対して払い込まれた金額の処理、そして登記の嘱託に関する問題が挙げられる。

### 一 払込金の処理

この問題を検討するに当たっては、新株発行の不存在事由との関連が問題となりうる。すなわち、第一章第八節にも触れたとおり、新株発行の不存在を実体上の不存在と考える限り、基本的に新株に対する現実の払込があるとは考えにくい<sup>(1)</sup>。その意味では、特に新株に対して払い込まれた金額の処理について、具体的に問題が生じることはまれであつて、無効の訴えに類する規定を置いたり、解釈論として類推適用をなしたりすべき必要性は低いようにも思われる。

しかし、以上の不存在事由に規範上の不存在をも含むと考える本稿の立場からすれば、新株に対する現実の払込がなされる事例がありうることも否定できない。この場合、かりに民法の一般原則に従つて処理を行うのであれば、払込をなした者は、会社に対して払い込んだ金額に関する不当利得返還請求権を有することになる。この場

合、会社は悪意の受益者とも考えられ、受けたる利益である払込金額に利息を付して返還させるということになるか（民七〇四条）。だが、この結論は、新株発行後の会社の経営状況の変化——好転していればともかく、悪化していることもある——をまったく反映できない。また、不存在となる新株発行の新株引受人は、少なからず会社と通謀している可能性があることを考えると、払込金額に一律に利息を付させる処理にも疑問が残る。

一般原則に従って処理することの以上の問題点を考えると、やはり新株発行不存在を確認する判決が確定した場合も、政策的な事後処理の問題として、新株発行を無効とする判決と同様の処理が好ましいように思われる。すなわち、会社からの払い戻しは原則として払込金額とし、また新株発行後に会社の財産状況が変動し、払込金額の払い戻しでは著しく不相当だと評価できる場合には、裁判による増減の余地を認めるという処理である（会八四〇条二項・八四一条二項、商旧二八〇条ノ一八第一項・二項）。したがって、解釈論としては新株発行無効の訴えの事後処理に関する規定を類推適用し、また立法論としては同様の規定を設けるということが考えられてよいであろう。もとより、これは現実の払込がなされた場合の処理であって、仮装の払込が行われた場合の株主に妥当しないことは言うまでもない。

## 二 登記の嘱託

新株発行不存在確認の訴えが必要とされる理由の一つに、登記によって現出している新株発行の外観を除去するということがある。<sup>(2)</sup>したがって、新株発行の不存在を確認する判決が確定した場合、この判決をもって確実に登記の外観を除去できる手続が必要となる。会社法は、新株発行の不存在確認判決に基づく登記の嘱託に関して、具体的な規定をおくことによって手当てを行っている（会九三七条一項一号ホ）。したがって、この点については立法的に解決を見たといつてよいだろう。

- (1) 第一章第八節一(2)①(立教法学五八号一八五頁(二〇〇二)) 参照。
- (2) 本章第三節参照。

## おわりに

### 一 解釈論・立法論としての結論

以上、新株発行不存在確認の訴えに関する冒頭の問題提起を受けて、第一章において従前の議論を概観した後、第二章では新株発行無効の訴えに設けられた各サブシステムの相互関係に注意しながら、新株発行不存在確認の訴えにおけるその位置づけを検討してきた。ここで、冒頭の問題提起の順序に従って、本稿の結論を示すと、以下のとおりとなる。

- (1) 原告適格を有するのは誰か(第一章第一節、第二章第五節第一款)  
新株発行不存在確認の訴えは、確認の利益ある限り、誰でも訴えの提起ができる。ただし、実際に確認の利益が認められるのは、問題となる新株発行に全面的な利害を有する者であって、通常の場合、株主、および取締役(会社の種類によっては、監査役、執行役、および清算人)であろう。
- (2) 被告適格を有するのは誰か(第一章第二節、第二章第五節第二款)  
問題となる新株発行が有効に存在することについて全面的な利害を有する者であって、これは会社に限られる。なお、この点については、会社法の具体的な規定が存在する(会八三四条一三号・一四号)。
- (3) 出訴期間はいつまでか(第一章第三節、第二章第六節)  
新株発行不存在確認の訴えは、一般原則に従って、出訴期間の制限にかからない。
- (4) 不存在事由にはどのようなものが含まれるのか(第一章第四節、第二章第二節)

新株発行の不存在は、最高裁判例などが言う実体上の不存在といわれるもののみならず、いわゆる規範上の不存在というべきものを包含しうる。濫用的な新株発行であるがゆえに、重大な瑕疵があると評価できる場合がこれに当たり、具体的には次の三つの事情が備わった場合が不存在と評価しうる場合である。第一に、著しく不公正な方法による新株発行がなされていること。第二に、公示の方法として、問題となる新株発行により不利益を受ける株主が、事実上、差止請求、ないし無効請求の機会を奪う形で行われ、もしくはそもそも公示を欠くこと。そして第三に、事前・事後に当該新株発行の効力を争えないようにすべく、違法な手続きが重ねられたこと、である。

(5) 不存在の主張としてどのような方法が許されるのか(第一章第五節、第二章第四節)  
確認訴訟の提起という方法はもちろんのこと、他の訴訟においてその前提問題として、新株発行の不存在を主張することも許される。

(6) 判決効は第三者にも及ぶのか(第一章第六節、第二章第三節)  
新株発行の不存在を確認する判決は、第三者にも及ぶ。なお、この点については、会社法の具体的な規定が存在する(会八三八条)。

(7) 遡及効は認められるのか(第一章第七節、第二章第七節)  
新株発行の不存在を確認する判決が確定した場合、新株発行の時点からこれが存在しないことが確認されることになる。

(8) 不存在確認後の事後処理はどうなるのか(第一章第八節、第二章第八節)  
払込金の返還、登記の嘱託については、新株発行無効の訴えと同様の処理がなされることが望ましい。なお、以上のうち、登記の嘱託については、会社法の具体的な規定が存在する(会九三七条一項一号ホ)。

以上のほか、冒頭では、訴訟手続と関連した問題として、訴えの管轄、訴えの公告、弁論の一元化、および株主

が原告となった場合の担保提供の問題について、言及を行った。これらについては、会社法の制定により、立法的な対応が行われたことをここに記しておく。まず、訴えの管轄については、会社の本店所在地を管轄する地方裁判所の専属管轄である（会八三五条一項）。次に、訴えの公告については第二章第三節でも言及したが、本論文の第一章の部分が公表された後、規定が削除されている。弁論の一元化については、新株発行不存在確認の訴えについても求められる（会八三七条）。そして、株主が原告となった場合の担保提供の問題についても、新株発行不存在確認の訴えにおいて、命令の対象とあることが明らかにされた（会八三六条）。

## 二 締めくくりに当たって

本論文は、第二章の冒頭にも述べたとおり、筆者の怠慢と能力不足のゆえ、第一章の公表から第二章が執筆されるまでに五年の空白が空いてしまった。その結果、筆者の意見も執筆を始めた当初とはやや変化しており、第一章と第二章とでややトーンの変化した部分もある。実務的に重要な問題であったにもかかわらず、研究者として迅速な検討を行わなかったことは本当に恥じ入るばかりであるが、それでも本稿の公表により、これに対する忌憚なき批判がなされ、当該問題の議論の深化にいささかでも役立つことがあれば、それは望外の喜びである。

\*本稿第一章に誤りがありましたので、お詫びして以下に訂正いたします。

第一章第五節(1)一行目（立教法学五八号一六九頁）

（誤） 一般原則に従って新株発行無効の訴えを認めるという学説は

（正） 一般原則に従って新株発行不存在確認の訴えを認めるという学説は

第一章第五節 注（9）（立教法学五八号一七三頁）

（誤） 松田・前掲注（7）七六〇頁

（正） 松田・前掲注（8）七六〇頁