

新株発行不存在確認の訴えについて（一）

松井秀征

はじめに

第一章 従来の議論状況

第一節 原告適格

第二節 被告適格

第三節 出訴期間

第四節 不存在事由

第五節 不存在の主張方法

第六節 片面的対世効

第七節 遡及効の制限

第八節 事後処理（以上、本号）

第二章 解釈論の方向性

はじめに

一 新株発行無効の訴えに存する問題

わが国の商法上、瑕疵ある新株発行の効力を事後に争うのは、必ずしも容易ではない。たしかに商法は、新株発行無効の訴えなる制度を用意してこれに対処している。だが、この制度そのものは、無効の認められる場合を限定することを意図している。すなわち商法二八〇条ノ一五（以下、特に断らない限り、条文のみで示すものは商法の条文である）は、出訴期間を新株発行の日から六か月以内、出訴権者も株主、取締役、または監査役のみに限定した上、無効の主張そのものも訴えという方法に限っている。加えて、明文では規定されていない無効原因も、限定的に解釈される傾向にある。

鈴木竹雄および竹内昭夫の体系書によると、以上のような立法および解釈の態度は、次のような価値判断に基づいていることが理解される。⁽¹⁾

「新株発行は会社にとってはその人的・物的の構成要素を拡大する組織の問題であるが、新株を引き受けまたは譲り受ける者としては、代表取締役が会社を代表して発行した以上は新株は有効であると信頼するのが当然であり、その意味から取引の安全保護の精神がこの場合にも必要となる。」

だが、このような新株の引受人ないし新株の譲受人を強く保護するとの価値判断は、瑕疵ある新株発行によって自らの財産的利益もしくは支配的利益を害された既存株主に、甚だ深刻な結果をもたらすことがある。たとえば出訴期間が限定されている結果、既存株主が瑕疵ある新株発行によって自らの利益を害されたと認識した時点では、すでに訴えが提起できなくなっている場合がある。あるいは、無効原因が限定的に理解されている結果、瑕疵ある

新株発行であることが明らかであるにもかかわらず、自分の利益が害された状態を甘受しなければならない場合もある。

二 本稿の検討対象

(1) 学説では、以上のような新株発行無効の訴えに存する制約を克服すべく、瑕疵ある新株発行の効力を争う手段が検討されてきた。その方向性の一つは、新株発行無効の訴えに用意された厳格な要件について、解釈論でこれ⁽²⁾を乗り越えようとする努力である。たとえば、出訴期間の起算点を見直す⁽²⁾、あるいは無効原因を柔軟に解釈しようとする努力⁽³⁾がこれにあたるだろう。

そして、いま一つの方向性として挙げられるのが、新株発行不存在確認の訴えなるものを解釈論上認めていこうとする努力である⁽⁴⁾。すなわち、株主総会決議について決議不存在確認の訴えが認められているのと同様、新株発行についても無効を主張する際に設けられた制限なしに不存在の主張を認めようという方向性である⁽⁵⁾。本稿が検討の対象とするのは、まさにこの方向性である。

(2) たしかに入口の問題として、新株発行不存在確認の訴えが認められるかどうかは極めて重要な問題である。しかし、この訴えを規律する直接の条文は存在しない。したがって、いくら抽象的な議論の段階で当該訴えが認められると論じてみても、その訴え提起の具体的な要件、あるいは新株発行の不存在を確認する判決の効力等が明らかにならないのであれば、実際上は問題が大きい。

では、以上の点についてどのように考えればよいだろうか。そもそも先もふれたように、新株発行不存在確認の訴えを認めようとする議論は、新株発行無効の訴えに設けられた種々の制限を克服すべく現れてきたものである。したがって、無効の訴えに設けられた訴え提起の要件や、無効判決の効力等を議論の出発点とすべき必要性が高いことは言うまでもない。

かつて株主総会決議不存在確認の訴えについて展開された議論も、同様の出発点を有していた。すなわち昭和五六年（一九八一年）の商法改正以前は、株主総会決議不存在確認の訴えについて明文の規定が存在しなかった。そしてこの訴えを解釈によって認める際には、訴えの性質、訴訟物、訴訟要件、判決の効力等、明文の規定を有する株主総会決議取消の訴え（二四七条以下）、および無効確認の訴え（二五二条）が、少なからず参考にされていたのである。

(3) 新株発行不存在確認の訴えにつき、新株発行無効の訴えを出発点として検討するにしても、具体的にはどのように分析視点を獲得すべきか。この点に関しては、かつて岩原紳作が株主総会決議を争う訴訟の構造を分析した際に用いた視点が有用だと考えられる。岩原は、次のように述べている。⁽⁶⁾

「株主総会決議を争う訴訟は、これをシステムとして捉えることができると思われる。即ち構造面に着目すれば、それは株主総会決議の瑕疵をめぐる紛争を合理的に解決することを目的とする、機能的に相互作用する様々な法規の結合体と見ることができよう。またその社会における紛争解決制度としての働きに着目すれば、一般私人がその制度の利用を求めるといふインプットを与えることによって、あらかじめ定められた流れに乗って手続が進行し、決議の瑕疵をめぐる紛争に対する裁判所の判決というアウトプットが出される手続（法適用過程）と見ることができよう。とすれば、このような決議を争う訴訟のシステムを構成する要素としての各法規整は、右システムを構成するサブシステムあるいは要素（element）と呼ぶことができる。」⁽⁷⁾

さらに岩原は、以上の説明に続けて、次のように述べる。

「このような観点から株主総会決議を争う訴訟を眺めた場合、最も多くのサブシステムから成り立っている決議取消訴訟を決議を争う訴訟の典型であるとすれば、他の決議無効確認訴訟、不存在確認訴訟は、取消訴訟のサブシステムの一部が欠けている訴えであると理解することができる。」

そして岩原は、以上のように述べた上で、株主総会決議を争う訴訟につき、まず決議取消訴訟のサブシステムの分析から開始したのである。

以上の岩原の説明は、「株主総会決議」ないし単に「決議」と述べられた部分を「新株発行」と入れ替えても理解可能であるし、妥当性を有するものと考えられる。すなわち新株発行を争う訴訟も、これをシステムとしてとらえることができる。構造面に着目すれば、新株発行の瑕疵をめぐる紛争を合理的に解決することを目的とする、機能的に相互作用する様々な法規整の結合体である。社会における紛争解決制度としての働きに着目すれば、一般私人がその制度を求めるといふインプットを与えることによって、あらかじめ定められた流れに乗って手続が進行し、新株発行の瑕疵をめぐる紛争に対する裁判所の判決というアウトプットが出される手続と見ることもできる。以上の観点から新株発行を争う訴訟を眺めた場合、商法の明文上事後的に瑕疵を争う方法として唯一用意された新株発行無効の訴えが、新株発行を争う訴訟の典型だということになる。そして、無効訴訟に用意された各サブシステムを分析して、どれが新株発行不存在確認の訴えに必要なサブシステムであるかを考えることが求められることになる。

(4) 以上のような観点から、新株発行無効の訴えに用意されたサブシステムにつき、不存在確認の訴えへの妥当性を考えていく必要がある。

まず、訴え提起の要件との関係では、次のような点が問題となる。

- ① 原告適格を有するのは誰か (二八〇条ノ一五第二項参照)。
- ② 被告適格を有するのは誰か。
- ③ 出訴期間はいつまでか (二八〇条ノ一五第一項参照)。
- ④ 不存在事由にはどのようなものが含まれるのか。

⑤ 不存在の主張としてどのような方法が許されるのか(二八〇条ノ一五第一項参照)。

また、新株発行の不存在を確認する判決との関係では、次のような点が問題となる。

⑥ 判決効は第三者にも及ぶのか(二八〇条ノ一六、一〇九条一項参照)。

⑦ 遡及効は認められるのか(二八〇条ノ一七第一項参照)。

⑧ 不存在確認後の事後処理はどうなるのか(二八〇条ノ一六、一三七条参照)。

その他にも、訴訟手続と関連した問題として、訴えの管轄は本店所在地の地方裁判所の専属管轄となるのか(二八〇条ノ一六、八八条参照)、会社は訴えの公告をしなければならぬか(二八〇条ノ一六、一〇五条四項参照)、弁論の一元化等は求められるのか(二八〇条ノ一六、一〇五条三項参照)、そして株主が原告となった場合に担保提供の問題は生ずるか(二八〇条ノ一六、二四九条)、といった点も問題となる。これらの問題についても、必要に応じて適宜言及していくことが求められるだろう。⁽⁸⁾

三 本稿の検討順序

以上に述べた問題は、従来から裁判例、学説の中でも少しずつ論じられてきたところである。とりわけ、新株発行不存在確認の訴えの被告適格について判断した平成九年(一九九七年)の最高裁判決は、当該問題に対する議論をかなり進展させる契機となったように思われる。⁽⁹⁾しかし当該訴えについて、十分な議論がつくされたと言いきれないことも事実である。

そこで本稿では、従来からの議論の蓄積を前提に、当該訴えに関するさらなる解釈論を試みようとするものである。まず第一章では、以上の二(4)に示したそれぞれのサブシステムについて、従来の裁判例および学説の中で、どのような議論が展開されてきたのかを紹介する。当然のことながら、その検討の中心は新株発行不存在確認の訴えに関する議論であるが、この訴えに関する議論はいまだ乏しく、それだけでは十分な検討をなしえない場合があ

る。そこで、必要に応じて株主総会決議を争う訴訟をはじめとした、その他の会社訴訟に関する議論も参考にする
ことがある。そして第二章では、第一章で紹介した従来の裁判例および学説の議論になお残る問題点を明らかに
し、その解決の方向性を探ることとしたい。

- (1) 鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法(第三版)四二七頁(一九九四)。
- (2) 出訴期間の起算点たる「発行の日」とは、これを新株発行による資本額等の変更登記の日であるとする少数説をのぞけば(伊沢孝平「新株発行の手続」田中耕太郎編・株式会社法講座第四卷一二三二頁(一九五七))、新株発行の効力発生時期である払込期日の翌日であるとするのが判例・通説である(最判昭和五三・三・二八判時八八六号八九頁、近藤弘二・新版注釈会社法(7)三六〇頁(一九八七)参照)。
これに対して、新株発行が行われたことを知る手段が株主に与えられていなかった場合、新株発行が行われたことを知った日から六か月以内に訴えを提起すればよい、との考え方も主張されている(この立場を明確に述べるものとして、砂田太士(判批)法律のひろば四一巻四号七一頁(一九八八)がある。その他、このような議論の可能性を示唆するものとして、岩原紳作(判批)ジュリスト九四七号一二三頁(一九八九)がある)。
- (3) 無効原因に関する学説の議論の詳細は、近藤・前掲注(2)三四一頁以下参照。
- (4) 論者によっては、単に「新株発行不存在の訴え」とするものもある(山崎悠基・注釈会社法(5)二二五頁(一九六八))。
- (5) 鈴木・竹内・前掲注(1)四三〇頁。
- (6) 岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造(一)」法協九六巻六号六九〇頁〜六九二頁(一九七九)。
- (7) 岩原・前掲注(6)六九二頁。
- (8) 以上の訴訟手続と関連した問題がとくに議論の対象となるのは、⑥に示された判決の対世的効力との関連である。詳細については、第一章第六節を参照されたい。
- (9) 最判平成九・一・二八民集五一巻一号四〇頁。

第一章 従来の議論状況

裁判所も学説も、新株発行不存在確認の訴えの可能性自体は認めてきた。だが裁判例をみた場合、その数そのものが限られていることもあつて、冒頭に列挙した検討課題すべてが明らかにされているわけではない。しかも各判決の内容をみると、そこに示された考え方は必ずしも統一的に理解できるものでもない。

また学説に目を向けても、この訴えそのものについて精緻かつ総合的な検討を加えた論稿は少ない。その議論の多くは、数少ない裁判例に対する評釈ないし解説の類として展開されたにとどまる。また、この訴えを提起する要件、および不存在を確認する判決の効力等に関して、必ずしも議論に一致がみられないのも、裁判例の場合と同様である。

第一節 原告適格

新株発行無効の訴えは、その原告適格を株主、取締役、および監査役に限定している(二八〇条ノ一五第二項)。以下で検討されるべき問題は、新株発行不存在確認の訴えの原告適格も、以上の者に限定されるのかどうかである。

一 学説の議論状況

(1) 新株発行不存在確認の訴えにおける原告適格の問題について、学説はほとんど議論らしい議論を展開していない。⁽¹⁾ そもそもこの訴えを肯定する学説は、一般原則によつて「誰でも」新株発行不存在確認の訴えを提起できることを当然の前提としていた。⁽²⁾ したがつて、原告適格の問題は民事訴訟法学の確認訴訟に関する一般論に解消され

ていたのであって、とりたてて論ずべき対象ではなかったであろう。そして、新株発行不存在確認の訴えの原告適格が確認訴訟の一般的な議論に解消されるとすると、すべては訴えを提起した原告につき、当該事案との関係で確認の利益が認められるかどうかの問題となる。⁽³⁾

また、かつての下級審裁判例の態度を見ても、以上の学説の理解とほぼ同様であった。すなわち一般原則に従って、新株発行不存在確認の訴えの原告適格が決せられるものと理解していたように見受けられるのである。⁽⁴⁾

(2) しかし、民事訴訟法学の議論をくわしく検討した場合、株式会社その他の団体内部紛争における原告適格の問題について、より精緻な議論が展開されてきたことに注意が必要である。

① 中田淳一は、かつて株主総会決議無効確認の訴えをとりあげ、その訴えの特殊性を論じた。中田は、商法上株主総会決議の無効を確認する判決に対世的効力が与えられていることに着目し、次のように述べている。⁽⁵⁾

「会社その他の社団関係では、或る法律行為の効力ないし法律状態について争いが起った場合に、この紛争を単に個々の訴訟の当事者間で相対的にのみ確定するのではなく、むしろ関係者全員の間で画一的に確定することが、この種の法律関係の特殊性から要請せられるのである。例えば、……某株式会社の総会でなされた決議について、その内容の法令違反が問題となった場合に、株主甲との間では無効、株主乙との間では有効というように、訴えた株主ごとに、違って判定されたのでは、法律的な安定性を甚だしく害する結果となるのは、自明である。即ち、……社団関係では、他の法律関係と違って、関係者の一人の起した訴えの判決が、関係者全員のため且つ全員に対しても既判力を及ぼし、権利関係を一律に確定するような、特殊な確認訴訟が認められる必要がある。」

このように、社団関係における紛争の画一的確定、およびそれに由来する既判力の関係者全員への拡張が要請される訴訟形態を、中田は「特殊(合一)型の確認訴訟」と呼んだ。そして中田は、以上の訴訟形態における原告適格の問題につき、次のように議論を展開する。⁽⁶⁾

「この特殊型の確認訴訟が通常型と異なるところは、……これについての判決の既判力が関係者全員に拡張せられる点にある。その代りに、この種の確認訴訟の要件も、通常の場合と同じ基準で考えるわけにはいかず、ことに確認の利益並びに当事者適格に関しては、極めて限定した解釈をとらなければならない。……特殊型の確認訴訟では、これによつてその原告に当該の……社団関係自体に介入し、これに対し一種の支配干渉をなす権能を認めることに帰するのであるから、いわゆる確認の利益としても、単に原告個人の一面的な利害ではならず、むしろ彼の所属する……社団関係の適正な運営を維持することについての全面的利害でなければならぬ。……株主総会決議の効力に関しても、あたかも商法二五二条の定める無効確認の訴は、取消の訴(商二四七条一項)に準じ、その会社の株主又は取締役に限つて、これを起すことができる(この場合、被告は常に会社である)と解すべきである。」

以上の中田の議論においては、原告適格の問題が既判力の拡張という観点から論じられていることが重要である。つまり、社団関係への介入および支配干渉権能を原告に認めるところから、原告適格を有する者が社団関係の適正な運営維持に全面的な利害を有する株主と取締役に限定されることを導くのである(なお、現在であれば原告適格を有するものとして監査役が含まれることは言うまでもない)。

② むろん、以上の中田の議論は、あくまでも株主総会決議無効確認の訴えの文脈で論じられたものである。だが、中田の意図するところが、新株発行不存在確認の訴えの局面でも妥当性を有しうることは論を待たないだろう。なぜなら、新株発行が会社における物的・人的組織の拡大を生じさせる行為である以上、これをめぐって紛争が生じた場合は、会社組織の問題として関係者全員の間で画一的に確定することが求められると考えられるからである(新株発行を無効とする判決に対世的効力が認められていることがその証左でもある)。

たしかに、新株発行不存在確認の訴えに関しては、中田が原告適格の限定を導くための前提とする判決の対世的効力に関する規定が存在しない。だが、かりに紛争の画一的な確定の必要ゆえに、新株発行の不存在を確認する判

決に対世的効力を認めるとの解釈が採れるとすれば、全面的利害を有する者のみが原告適格を有すべきだとの議論につながるはずである。これの意味するところは、とりもなおさず新株発行無効の訴えに規定された原告法定(株主、取締役、および監査役)が、新株発行不存在確認の訴えの場合にも妥当するということである。

(3) ① 以上のとおり、株主総会決議の無効を確認する判決に認められた対世的効力の存在を手がかりに、原告適格の限定を主張した中田に対して、谷口安平は、議論の順序が逆転しているとして批判を加える。谷口は、まず次のように出発点を置く⁽⁸⁾。

「私見によれば、株主等の全面的利害が少くとも論理的には出発点であるはずであり、……判決効の拡張はこの利害を保護する手段であると解すべきである。……判決効の拡張を実現する手段としては各種のものがあろうるなかで、全面的利害関係者たる原告の関与そのことが、かかる手段の一つに当たっていることにすぎないのである。」
そして谷口は、何人も自己が関与しない訴訟の結果に拘束されるべきでないとの原則を前提として、非当事者の利益と画一的確定の必要とを考量したうえで、はじめて判決効の拡張を是認すべきだとする。このような谷口の立場からは、次のように原告適格の問題が論じられることになる⁽⁹⁾。

「むしろ、原告の訴を有意義ならしめるためには判決効の画一的な拡張が要請され、他方では単にそのような要請があるだけで利害関係ある非当事者を当然に拘束すべきでないとの要請があり、この両者の調和点を、判決効を受ける第三者保護のため当該問題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ことに求めているのだと解すべきである。……ということは、反面では、その限度においてのみ判決効を受くべき者の利害関係は考慮されているにすぎないのである。……結局のところ、すべての場合に画一的に処しうる基準はなく、各々の事柄の性質により画一的解決の要請と判決効を受ける第三者の利害関係の濃淡を考慮して決すべき相対的な問題という他ない。」

谷口の考え方に依拠した場合、訴えの利益や原告適格の有無はどのように決せられることになるか。谷口の議論によれば、判決の対世的効力はあくまでも原告の訴えを有意義なものとするために要求される。そして、その要求すら絶対的なものではなく、判決効を受ける第三者の保護の要請との兼ね合いで決まる。この意味するところについて福永有利は、あくまでも原告適格は確認訴訟の一般原則に従って決せられるのであって、対世効が生じるか否かは、それを認めるための条件が備わっているか否かに依拠するのだ、と分析する⁽¹⁰⁾。つまり、これを論理的に敷衍するのであれば、対世効のない相対的な解決でも、訴えの利益や原告適格が肯定される余地が出てくる、ということである。⁽¹¹⁾もつとも谷口自身は、単に当事者間にしか及ばない判決効しか認められないのであれば、株主等の利害保護が図れないと考える。したがって、対世的効力がない限り、つまるところ訴えの利益も原告適格も否定することになることに注意が必要である。

② では、以上の議論を新株発行不存在確認の訴えの文脈に転位したらどうなるだろうか。谷口の議論の出発点からすれば、瑕疵ありと主張される新株発行に対して、訴えを提起している原告が全面的利害を有しているかどうか問題となるだろう。

このような全面的利害を有する者としては、まず瑕疵ある新株発行によって自らの利益（経済的利益および支配的利益）を直接的に害される株主が考えられる。このほか、瑕疵ある新株発行を行うことで善管注意義務ないし忠実義務違反となる取締役、およびこれを監視すべき地位にある監査役が考えられよう。若干問題となりうるのは、会社債権者である。すなわち、瑕疵ある新株発行によって増加した資本を信頼したという債権者が、新株発行を不存在と確認することに全面的利害を有しているかどうかである。この点、全面的利害の意味や後に述べる不存在事由の内容にもよるだろうが、原則として債権者としては新株発行ができる限り有効となる方向が望ましいのであって、定型的に全面的利害を有するものとは考えがたい。したがって谷口の議論に依拠しても、結論においては先の

中田の考え方とそう変わるものではないだろう。なお、この谷口の考え方においては、以上の者の原告適格が肯定される前提として、不存在を確認する判決が対世的効力を有することも肯定されていなければならない。

二 最高裁の立場

一でも述べたとおり、かつての下級審裁判例の中には、漠然と確認訴訟の一般原則に従って原告適格の問題を考えているものがみられる。これに対して最高裁は、別訴において株主でない⁽¹²⁾と確定された者(X)が会社(Y)に対して新株発行不存在確認の訴えを提起したという事案において、次のような判示をしている。

「Xらは、本件とは別に、Yとの間で、Xらが本件株式を所有する株主であることの確認を求める事件を提起していたところ、同事件については、最高裁……判決をもって、Xらが本件株式の株主でないとした控訴審の判決が確定していることが明らかである。そして、Xらは、本件新株発行につき、他に格別の利害関係を有するものとはうかがわれないから、Xらには本件新株発行が存在しないことの確認を求める訴えの利益がなく、本件訴えは不適法として却下すべきものである。」

この判決でまず注意すべき点は、株主ではないXらの提起した訴えが却下された理由である。最高裁は、Xらが新株発行に対して格別の利害関係を有しておらず、ゆえに訴えの利益なしとして却下した。つまり、Xらは株主でないために当然に原告適格を否定され、したがって訴え却下となったというのではないのである。その意味において、新株発行無効の訴えにおける原告法定は、新株発行不存在確認の訴えに準用されないと⁽¹³⁾の立場を最高裁が採用したと理解できよう。

しかしこの判決だけでは、新株発行不存在確認の訴えにおける原告適格の判断に関して、最高裁の態度が完全に示されたとは必ずしもいえないだろう。特に一に紹介した学説にみられる判決の対世的効力と原告適格との関係については何らふれられていない。したがって、この点はなお検討の余地があるものといえるだろう。

- (1) かりうじて、本節二に紹介する最高裁判決に対する評釈・解説類の中に、原告適格の問題について簡単なコメントを付したものが散見される(春田博〔判批〕法セ四六八号六二頁(一九九三)、近藤弘二〔判批〕ジュリスト一〇二四号一二二頁(一九九四)、寶金敏明〔判批〕判タ八五二号二〇〇頁(一九九四)、田村詩子〔判批〕判タ九七五号一八七頁(一九九八)。だがこれらも、新株発行不存在確認の訴えにおける原告適格について、最高裁が新株発行無効の訴えの規定を準用、類推適用しなかつたことを確認する程度であつて、それ以上の議論が展開されてゐるわけではない。
- (2) 山崎悠基・注釈会社法(5)二二五頁(一九六八)、近藤弘二・新版注釈会社法(7)三四二頁(一九八七)、鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法〔第三版〕四三〇頁(一九九四)等参照。
- (3) 確認の訴えにおける当事者適格の問題は、確認の利益の問題に吸収されてしまふ、と説明されるのが通常である(新堂幸司・民事訴訟法〔第二版補正版〕一八一頁、一九二頁参照(一九九〇))。
- (4) 大阪高判昭和五二・八・五金商五四五号二三頁参照。
- (5) 中田淳一「確認訴訟の二つの類型」法学論叢六〇巻一・二号一九六頁(一九五四)。
- (6) 中田・前掲注(5)一九七〜一九八頁。
- (7) 鈴木・竹内・前掲注(2)三九三頁。
- (8) 谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田還暦『民事訴訟の理論(下)』五三頁(一九七〇)。
- (9) 谷口・前掲注(8)五四頁。
- (10) これは、まず対世効の必要性が前提となり、それによつて当事者適格の要件が加重されるといふ中田の考え方と好対照である(福永有利「法人の内部紛争の当事者適格」鈴木忠一・三ヶ月章監修・新実務民事訴訟講座1三三三頁(一九八一))。
- (11) 対世効に関する明文規定を持たない決議無効確認の訴えに関して、井上治典は次のように述べている(井上治典〔判批〕判タ二九二号八九頁(一九七三))。
- 「決議の無効が第三者との間で画一的に確定されないとしても、これをもつて決議無効確認の訴えを否定するほどの理由にはならないであろう。当事者間の法的紛争が抜本的に解決されれば、かかる確認の訴えを認めるに十分である。げんに、対世効を有しないとされる株式会社の取締役会の決議無効確認にも同様のことがいえるはずである。」
- (12) 最判平成四・一〇・二九判タ八一五号一三七頁。
- (13) この点の理解に関しては、寶金・前掲注(1)二〇二頁参照。

第二節 被告適格

被告適格については、新株発行無効の訴えに関しても明文の規定は存在しない。ただしこの点については、会社のみが被告適格を有するとするのが一般的である⁽¹⁾。では、新株発行不存在確認の訴えの場合についても、これと同様に解してよいのだろうか。

一 伝統的立場

そもそも、団体内部紛争における被告適格の問題に関しては、従来から民事訴訟法学においてさかんに議論がなされてきたところである。そして伝統的な民事訴訟法学においては、株式会社その他の団体内部紛争における被告適格の問題につき、これを当該団体のみが有することをほとんど当然視していた⁽²⁾。また最高裁も、団体における自称代表者・理事者の地位の消極的確認訴訟や株式会社における取締役解任訴訟⁽⁴⁾のような場合を除き、団体それ自体を被告とすべきことを明確にしてきている⁽⁵⁾。

ただし、問題を新株発行不存在確認の訴えにおける被告適格に限ると、従前の学説はほとんど議論を展開していなかった。そもそも、新株発行不存在確認の訴えは確認訴訟の一般原則に従うことが前提とされていたうえ、伝統的な民事訴訟法学説や判例の立場が以上のように明確だっただけに、この点に関する問題意識が明確になりにくかったということがあるのかもしれない。

二 学説の議論状況

だが、近年の民事訴訟法学において、以上のような伝統的な立場に疑問が提起されてきたことは周知のとおりである。むろん、各々の学説は、必ずしも新株発行の瑕疵を争う訴訟について論じたものではない。だが、新株発行不存在確認の訴えにおける被告適格の問題を検討する前提としては、参考とすべき内容を当然に含んでいる。そこ

で、まず各学説の内容を簡単に紹介した上で、それを新株発行不存在確認の訴えに関する文脈に位置づけて考えてみることにしたい。

(1) ① まず第一に挙げるべきは、いうまでもなく、団体内部紛争における被告適格の伝統的な考え方に対し、鋭い批判を提起した谷口安平の議論である。谷口は、株主総会決議を争う訴えにつき、株主総会決議が会社の意思決定であるから会社を被告とすべきであるとの従来の議論に対して、次のような反論を展開した。⁽⁶⁾

「決議は確かに会社の意思決定ではあるが、これは外部から法人格の窓を通して見た場合にそうなのであって、内部的にはあくまで株主集団の意思決定にすぎない。……もともと、法人という制度は対外的関係において真の意味をもつ法技術であるから、法人の内部組織上の紛争に関して法人自体がそもそも紛争の主体となりうるかが問題とされるべきである。決議の効力といった事柄は完全な内部の意思決定過程の問題であって、総会決議がなされるについて『会社』そのものは何ら発言権を有していないのである。そして総会で決議されたことは当然に会社の決議とされる。これは『会社』というものがこの過程の中においては全くの形骸にすぎなく、決議そのものについて何ら独自の利益を持たないことの証拠である。」

以上のように谷口は、紛争の実態に着目した上で、具体的な紛争の利害関係者に即して訴訟の被告適格を考えようとする。この考え方によると、株主総会決議を争う訴えにおいて被告となるべき者は、次のように決定される。⁽⁷⁾

「かくして、形骸を紛争の場面からとり除き、実質的利害関係を当事者適格に反映させるためには株主・取締役を含めた全内部関係人の間で決議の効力を決すればよく、株主の決議が当然に『会社』の決議とされるのと同じく、ここで行なわれた判決は当然に会社をも拘束すると考えるべきである。」

ただしこの考え方に依拠すると、原告株主は、他の全株主と取締役を被告として訴えを提起しなければならぬ。このような不都合を回避するため、谷口は、これら全員の者に判決効を及ぼすことが正当化できるような少数

の適切な被告を選び出すことを試みる。⁽⁸⁾

「最も充実した防禦活動の期待できる者を被告とすべきであるとの観点から見れば、たとえば取締役選任決議の効力を争う訴訟においては当該取締役が最も原告とは反対の利益を代表しているといえる。また、今日の株主総会の実態においては株主総会決議は各種の会社活動の発議機関ではなく、取締役会の決定の批准機関であるにすぎない。……このようにして、専ら取締役会の提案について賛否を問うという形態で行なわれた決議においては、決議の効力を守るのに最も関心があるのは提案者たる取締役会であり、あるいはそこから選出され取締役会の利害を代表する立場にある代表取締役である。かくして、取締役等選任決議以外の決議においては代表取締役を被告とするのが合理的であり、あるいは、選任決議においても同様の事情があるので、当該取締役に加えて代表取締役を共同被告とする(固有必要的共同訴訟)のが合理的であろう。」

② このような谷口の議論を、新株発行不存在確認の訴えの議論に当てはめた場合、どのように考えられるだろうか。さしあたり、次の三点については特に異論もないだろう。第一に、「形骸」にすぎない会社は当事者たりえないこと。第二に、本来的に被告とされるべき者は全内部利害関係人であること。そして第三は、これら全関係人を被告として訴える不都合を回避し、かつ、これら全員の者に判決効を及ぼすことが正当化できるような少数の適切な被告を選び出すべきことである。

谷口の議論をここからさらに進めると、新株発行の効力を維持することに最も関心のある者が被告となるべきだということになる。ところで新株発行は、取締役会における多数の決定によって行われるものである(二八〇条ノ二第一項)。また、新株発行をめぐる紛争は、その取締役会の多数を占める株主の多数派と、当該発行によって利益を害されたと主張する株主の少数派との間で生じやすい。そうだとすると、谷口の議論から導かれる新株発行不存在確認の訴えにおける被告適格とは、原則として取締役会における多数派の利害を代表する代表取締役が有する

ものといえよう。そして場合によっては、当該新株の割当を受けた多数派株主が有することも考えられるところである。⁽⁹⁾

(2) ① 第二の立場として、以上のような谷口の問題提起を基礎として展開された福永有利の議論を紹介する。福永は、紛争の実質的な主体に着目した谷口の問題提起に理解を示しながらも、これに対する批判を展開する。たとえば株主総会決議の効力が問題となる場合、本来ならば株主総会の構成員全員を被告とすべきことを前提とする谷口の議論をとらえて、次のように疑問を呈する。⁽¹⁰⁾

「株主総会決議の効力が問題となる場合、株主総会（の構成員全員）を被告とするのが筋であるとするれば、株主数が少数の場合にはその全員を被告とすればよいことにならないか。また、株主が多数で、全員を共同被告とするところが現実的でないときには、全員の意見を代表するような者が被告として選ばれるべきであり、それは会社ということになるのではないか。」

そして福永は、会社を被告として訴えを提起することを否定した谷口の議論を批判しつつ、次のように述べて会社の被告適格を肯定するのである。⁽¹¹⁾

「最も充実した訴訟追行を期待しうる者を被告とすべきであると説いてみても、その判断基準は極めて不明確であり、またその具体的な結論の妥当性についても疑問がないわけではない。他方、……株主や取締役など重大な利害関係を有する多数の者の利害を調整・集約し、その結果に従って訴訟追行がなされることを保障する方法として、これらの利害関係者全員によって構成され、運営される会社という組織を被告に据えるのが最も妥当であるように思われる。」

ただし根本的な発想方法においては、以上の福永の議論と谷口の議論との間に著しい差が存在するわけではないだろう。まず福永の意図するところは、次の点にある。すなわち被告適格を有すべき者とは、紛争関係者の利害を

調整・集約し、これを訴訟に反映できる者であるという点である。このような発想は、紛争の実態に着目した上で被告適格を論じた谷口の問題意識の中に存するものにほかならない。しかも、福永の議論においても、会社のみが被告適格を有すべき者とされるわけではない。⁽¹²⁾

「会社を被告とするのは、それによって株主全体の意向が訴訟追行に反映されるからであり、一般の株主としての地位を超える特に重大な利害関係をもつ者は、会社とは独立に当事者となる地位を認められるべきであり、それによって自己の利益を訴訟において主張することができ、また判決によって拘束されることを正当化されるものともみるべきである。……少数の株主からなる株式会社にあつては、原告に反対する株主全員が被告とされていれば、特に会社を被告とするまでもなく、その訴えを有効と解する余地はあるように思われる。」

② さて、以上の福永の立場を、新株発行不存在確認の訴えの文脈に引き直してみたい。まず、彼の議論の出発点は、多数の利害関係者における利害の調整・集約を保障すべき存在として、会社を一次的な被告とするところにある。これは、新株発行不存在確認の訴えでも同様に妥当することになるだろう。

問題は、一般の株主としての地位を超える重大な利害関係をもつ者が存在しうるかどうかである。この点については、①②でも述べたように、新株発行に関する争いが少数派の多数派に対する支配権争いとして現れることが多いという現状に鑑みて検討する必要がある。つまり、取締役会の多数派を代表する者(通常は代表取締役)や新株の割当を受けた多数派株主等は、重大な利害関係を有すると考えられ、これらの者は被告適格を有すべきものとされるのが通常だろう。⁽¹³⁾

このほか小規模閉鎖会社において生じた紛争の場合、原告に反対する株主全員が被告とされていれば、当該訴えにおける被告適格の問題は生じないことも福永の議論から明らかだといえる。

③ ① 第三に、中島弘雅の議論を紹介する。中島も、訴訟結果に最も密接な利害関係を有する者を被告とすべ

きとする谷口の議論を高く評価する。しかし中島は、法人の代表者・理事者の地位をめぐって争いが生じている状況において、谷口の認める被告適格者だけでは判決効拡張の側面からなお疑義が生ずることを述べる。⁽¹⁴⁾

「この種の訴訟においては、……その判決効を訴訟当事者以外の第三者にも拡張する必要があるが、そのような判決効の拡張を受ける第三者の中には、原告〔派〕と当該法人の代表者・理事者たる地位をめぐって現実に対立している〔自称〕代表者・理事者派の構成員だけでなく、当該紛争には直接は無関心な一般構成員も含まれると考えられる。……後者の一般構成員については、その利益は、被告たる〔自称〕代表者・理事者の利益とは必ずしも一致せず、むしろ対立することも少なくないから、それにもかかわらず、一般構成員の利益が〔自称〕代表者・理事者の訴訟追行によって確保されるかのように擬制して、それらの者に判決効を及ぼすのは、あまりに彼らの手続権を無視したもの」である。

そこで中島は、このような一般構成員に判決効を及ぼす前提として、彼らの利益を最も適切に確保できる者である法人自身が、訴訟に被告として参加すべきことを求める。⁽¹⁵⁾

「法人が被告になつていれば、判決効の拡張を受ける第三者の意見を集約・調整したところに従って訴訟追行されることが原則的に期待できるから、法人〔の代表機関〕が訴訟に加わることによって初めて、一般構成員等への判決効の拡張が正当化されるといえよう。」

このような議論が、結論において先の福永の考え方とさほどの差異をもたらさないことは、中島自らも認めるところである。ただし福永の議論においては、一次的な被告適格者が法人であった。これに対し中島の議論においては、一次的な被告適格者が紛争の真の主体である〔自称〕代表者・理事者である。以上の一次的な被告適格者の点で異なるというのが、中島自身が述べる福永との差異である。⁽¹⁶⁾ また、やはり議論の視点も、福永とかなり異なることとはいうまでもない。つまり、紛争の実態の中に明確な対立構造に包含し得ない第三者を見出し、この者たちへの

判決効の拡張という側面を強調している点で、中島の議論には特徴があるといえるのである。

② ところで中島の議論が、結論において福永のそれに近似することは、新株発行不存在確認の訴えに議論を転位した場合も明らかである。すなわち、多数派の利害を代表する代表取締役が一次的な被告適格を有するほか、一般構成員の利益を代表する会社が二次的に被告適格を有することになると考えられる⁽¹⁷⁾。

(4) ① 以上三つの考え方は、それに重きを置くか否かは別として、「法人格」を議論の手がかりとしていた。

これに対し、第四の考え方として紹介する山本克己の議論は、そもそも「法人格」の有無が被告適格の問題を左右するかどうかについて疑問を提起している。すなわち、紛争の生じている人的団体の法的性格をどう捉えるかが問題なのではないか、との主張を行うのである⁽¹⁸⁾。そして、団体構成員の総会決議を争う訴え一般について、次のように述べる。

「筆者は団体構成員の総会決議を争う訴え一般について、『法人格』の有無にかかわらず、当該人的団体の必要的被告適格を肯定したい。……決議が団体にその効果が帰属する法律行為である以上、団体は判決主文において形成ないし確認された法律関係の帰属点として、判決の名宛人となることを要すると考えるのである。」

しかし山本は、このように一次的な被告適格を認められた団体自身が、訴訟追行をする必要はないとする。なぜならこの団体の被告適格とは、既判力を受けるべき者全員を被告として訴えるべき不都合を回避するために認められるにすぎないからだ、というのである⁽¹⁹⁾。加えて山本は、従来からの議論と同様、個々の構成員の利害に配慮することも怠らない⁽²⁰⁾。

「これらの不都合を回避する方途は、まず容易に訴訟が適法に成立し得るような必要的被告適格を定め、原告の利益の保護を図った上で(第一段階)、決議の存在及び効力を肯定することに利害を感じている者は被告側に、その存在ないし効力を否定することに利害を感じている者は原告側に、それぞれ、共同訴訟参加(任意的当事者適格

がある場合) ないし共同訴訟的補助参加をなし得るような手続保障を具体化していくこと(第二段階)であると考
える。」

② 以上のような山本の考え方に従って、新株発行不存在確認の訴えについて考えるとななるだろうか。

まず第一段階として、会社が必要的被告適格者であることはまちがいない。ただし、会社はこれでその役割を全
うし、実際の訴訟追行からは離脱することになる。

そして第二段階では、個々の利害関係者が自らの利害に従って、共同訴訟参加ないし共同訴訟的補助参加をす
る。したがって、これらの利害関係者が被告適格を有するかどうかは、すぐれて個々の利害状況に依存すること
なる。

三 最高裁の立場

以上のとおり学説の議論が分かれる一方で、新株発行不存在確認の訴えにおける被告適格に関して、最高裁の判
断は伝統的な立場を維持しているかのようである。すなわち最高裁は、新株を引き受けた株主を被告として提起し
た新株発行不存在確認の訴えにつき、「新株発行無効の訴えと同様に、会社を被告としてのみ提起することが許さ
れる」として、これを却下しているのである。⁽²¹⁾

最高裁は、これ以上の理由を明らかにしていない。このため、当然のように新株発行無効の訴えの被告適格と同
様の理解をしたことにつき、以上の学説の議論も踏まえて若干の検討が必要になると思われる。ただし、この点は
第二章の議論に委ねることとしたい。

(1) 近藤弘二・新版注釈会社法(7)三五九頁(一九八七)。

(2) 中田淳一は、株主総会決議取消の訴えにおける被告適格について、次のように述べる(中田淳一〔判批〕民商四六卷五号八九四頁(一九六

二)。なお中田は、先の第一節一(2)①に引用した論文の中でも、株主総会決議無効確認の訴えにおける会社の被告適格を当然の前提としていることに注意されたい。

「株主総会の決議はいうまでもなく会社の意思決定であるから、その取消を目的とする訴訟は、当然に当該会社を被告とすべく、かつ会社のみが被告適格を有することはほとんど自明の理として前提されている……。」

(3) 最判昭和四二・二・一〇民集二二卷一号一一二頁参照。これは、合資会社における自称無限責任社員に対して、その者が当該地位にないことを確認するよう求められた事案である。

(4) 最判平成一〇・三・二七民集五二卷二号六六一頁参照。

(5) 最判昭和四四・七・一〇民集二三卷八号一四二三頁参照。

(6) 谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田還暦「民事訴訟の理論(下)」五八〇～五九頁(一九七〇)。

(7) 谷口・前掲注(6)五九頁。

(8) 谷口・前掲注(6)五九〇～六〇頁。

(9) この点につき、山本弘「判批」会社判例百選(第六版)一五一頁(一九九八)も参照。

(10) 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・新実務民事訴訟法講座1三三四～三三五頁(一九八一)。

(11) 福永・前掲注(10)三三七頁。

(12) 福永・前掲注(10)三三七頁。高橋宏志も、このような福永の立場に与する(高橋宏志・重点講義民事訴訟法一八〇頁(一九九七)参照)。

(13) 山本(弘)・前掲注(9)一五一頁参照。

(14) 中島弘雅「法人の内部紛争における被告適格について(三)」判タ五三八号三九頁(一九八四)。

(15) 中島・前掲注(14)三九頁。

(16) 中島・前掲注(14)三九〇～四〇頁。

(17) 山本(弘)・前掲注(9)一五一頁参照。

(18) 山本克己「判批」民商九五卷六号九三二頁(一九八七)。

(19) 山本(克)・前掲注(18)九三二～九三三頁。

(20) 山本(克)・前掲注(18)九三三頁。なお山本は、第二段階における手続保障の方法として、原告による役員全員に対する訴訟告知の可能性を指摘している(九三五頁)。

(21) 最判平成九・一・二八民集五一卷二号四〇頁。

第三節 出訴期間

新株発行無効の訴えは、出訴期間を発行の日から六か月以内に限定している(二八〇条ノ一五第一項)。では、新株発行不存在確認の訴えについても、この出訴期間は妥当するのだろうか。新株発行不存在確認の訴えが提起されるのは、新株発行無効の訴えがもはや出訴期間経過によって提起できなくなった場合が多いことからすると、この点は実際上きわめて問題となりうる点である。

一 伝統的立場

新株発行不存在確認の訴えを一般原則に委ねて肯定する学説は、出訴期間に関する制限は認めず、原則として「いつでも」提起可能なものと考えていた。⁽¹⁾ また、下級審裁判例の中にも、新株発行の不存在はいつでも主張できると判示するものが存在する。⁽²⁾

さらに、次の第四節でくわしく紹介するが、新株発行の不存在を規範上の不存在として理解する学説においては、この点がより明確となる。⁽³⁾ すなわちこの考え方においては、新株発行無効の訴えに設けられた出訴期間等の制限を課することが妥当でない場合に、新株発行を不存在と判断する可能性を認めている。したがって、出訴期間の制限が課されることを認めては、それ自体論理矛盾を来たしてしまうのである。

いずれにしても従前の学説においては、新株発行不存在確認の訴えにつき、出訴期間の制限はかからないものと考えるのが一般的であったといえるだろう。

二 最高裁補足意見

だが、第二節三に紹介した最高裁判決に付された可部恒雄、千種秀夫両裁判官による補足意見は、以上のような伝統的な考え方とは一線を画している。これをまず紹介しておきたい。⁽⁴⁾

「(新株発行不存在確認の訴えを肯定する場合) 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。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。」

この補足意見においては、新株発行不存在確認の訴えの訴訟要件や判決効は、出訴期間の問題に限らず、全般的に新株発行無効の訴えに準ずべきことが想定されている。だが、とりわけ出訴期間に関しては、法的安定性という理由が明確に述べられ、準用の必要性が重点的に説かれていることが目を引くところである。

三 裁判例の立場

(1) そして、近時の下級審裁判例には、以上の最高裁補足意見に影響を受けたと思われるものが現れている。すなわち、問題とされる新株発行より二年ないし三年以上経過してから新株発行不存在確認の訴えが提起されたという事案において、高松高裁は次のような判示をしている。⁽⁵⁾

「新株発行不存在確認の訴えは、明文の規定がないのに新株発行無効の訴えに準じて認められるものであり、しかも判決に対世効という強い効力があることを認めるものであるから、出訴期間についても新株発行無効の訴えに準ずるのが当然といふべきである(このように解しても、①新株発行不存在確認の訴えには、無効事由が存在するにすぎないのに、出訴期間が経過しているため、発行手続等の瑕疵が著しく不存在と評価すべきであるなどとして提起されるものが少なくないこと、②出訴期間経過後であっても、新株発行の存否が前提となる訴訟において、その不存在を主張できること(ただし、その訴訟の判決には対世効はない。)からして、不存在を主張する者の保護に欠けるわけではなく、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が著しく損なわれるといふべきである。)」

以上のように高松高裁は、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間につき、新株発行無効の訴えに設けられた六月という期間に準ずることを明らかにしている。ただしその理由付けを見ると、次の二点で若干の注意を要する。

第一に、新株発行不存在確認の訴えが用いられる場合とは、無効事由があるにとどまる場合が多いと判断している点である。この点は、不存在事由をどう考えるかという点と密接に関連するものである。第二に、出訴期間後であつても、なお他の訴訟の前提問題として不存在を主張する可能性を認めている点である。この点は、不存在の主張方法を訴えに限るかどうか、ひいては対世効の点をどう考えるか、という点と関連するものである。つまり高松高裁の出訴期間に関する判断は、不存在事由、不存在の主張方法、そして対世効の問題と結びついてなされているのであつて、出訴期間の問題のみを単独で考えていないことに留意する必要があるのである。

(2) ところで、この出訴期間の問題に関しては、最高裁の判例がいまだ存在しない。そして以上見てきたように、下級審裁判例の間でも、その判断が異なった状況にある。むしろ、最高裁の補足意見では出訴期間の制限が示唆されている。しかし可部や千種が、「新株発行無効の訴えに関する規定を何処まで類推適用すべきかについては、なお議論の余地がある」との留保をなしているのも事実である。したがって、この点に関する裁判所の方角性に関しては慎重な検討を要するものといえるだろう。

(1) 第一節注(2)に掲げた文献を参照。

(2) 大阪高判昭和五二・八・五金商五四五号二三頁参照。その他、具体的な事実関係を検討したうえで新株発行無効の訴えに規定された出訴期間の制限の準用を認めなかったものとして、浦和地判平成一二・八・一八判時一七三五号一三三頁参照。

(3) 規範上の不存在の考え方については、岩原紳作〔判批〕ジュリスト九四七号一一九頁(一九八九)参照。

(4) 最判平成九・一・二八民集五一巻一号四三頁参照。

(5) 高松高判平成一二・一・二〇判時一七二〇号一六七頁。

第四節 不存在事由

不存在事由をどう考えるかについては、無効事由とのかねあいのみならず、新株発行不存在確認の訴えに期待される機能そのものとも関連するため、なかなか困難な問題がある。従来の商法学の議論がほとんどこの不存在事由の考え方の部分に集中し、またこの点に関する裁判所の判断が分裂しているのも、以上のような事情によるのであろう。

不存在事由に関する立場を便宜上大別すると、おおむね新株発行の不存在を「実体上の不存在」として理解する立場と、「規範上(評価上)の不存在」として理解する立場の二つに分類できるものと考えられる。以下、それぞれの立場の内容を明らかにしながら、若干くわしく議論を紹介する。

一 実体上の不存在

(1) 一般論

① 新株発行の不存在に関する伝統的な学説の考え方は、以下のようなものであった。すなわち菱田政宏によれば、新株発行の不存在とは次のような場合である。⁽¹⁾

「新株発行の実体が存在せず、新株発行による変更登記……があるにすぎないときは、新株発行は不存在であり、新株発行無効の訴の場合ではない。新株発行不存在の場合には、一般原則に従い、何人でもまた何時でもその不存在または無効を主張することができる。」

新株発行の不存在を、以上のように「実体上の不存在」として説明する背景には、次のような考え方が⁽²⁾ある。すなわち新株発行無効の訴えが問題としているのは、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するだけの実体を備えている場合である。このような実体がない以上、新株は当然に

無効であり、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、というのである(以下では、このような考え方を「実体上の不存在」とする⁽³⁾)。

以上の考え方によれば、新株発行無効の訴えと不存在確認の訴えとは、まったくその対象とする局面を棲み分けていることになる。つまり新株発行無効の訴えは、新株発行の実体は存在するものの、手続・内容上の瑕疵がある場合をその守備領域とする。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しない場合をその守備領域とすることになる。

② ところで、第二節三に紹介した被告適格に関する最高裁判決は、その一般論の中で、新株発行の不存在をどう考えるかについても一定の手がかりを与えてくれる⁽⁴⁾。

「商法は……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場合であっても、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……。」

以上に引用した最高裁の判示は、被告適格の問題について述べた事案においてなされたものであって、あくまでも傍論としての判断である。だが、以下の二点については留意しておく必要があるだろう。

第一に留意すべき点は、やはり一般論として、「新株発行の実体が存在しないというべき場合」が、新株発行不存在の場合であると述べていることである。そして、「実体が存在しない」にもかかわらず登記などの外観が存在する場合が、新株発行不存在確認の訴えが想定する局面だと述べている。むろん、何が不存在事由にあたるのかに関して、それ以上に明確な具体的基準を明らかにしているわけではない⁽⁵⁾。したがって、この点を過度に強調するこ

とは慎むべきだろう。ただ、次の二に述べる規範上の不存在に関する一般論と対比しても、以上の部分は検討に値する判示だといえる。

第二に留意すべき点は、不存在という瑕疵が「無効原因以上のもの」であると述べている点である。この点の理解はなかなか難しい。不存在事由が無効原因以上であるということは、不存在事由は当然無効原因にもなるのだろうか(この場合、不存在事由と無効事由との関係は量的問題ととらえることになるだろう)。あるいは、不存在事由は無効原因とは別のものなのだろうか(この場合は、不存在事由と無効事由との関係は質的問題ととらえることになるだろう)。以上の点をどう理解すべきかについても、最高裁の判示⁽⁶⁾だけでは必ずしも明らかにならない。この点の理解は、まさに新株発行不存在の訴えの機能する領域をどう考えるかにもかかわるので、やはり慎重な検討を要するところであろう。

(2) 不存在と判断されるべき具体的局面

いずれにしても、次の問題として、新株発行の実体が存在しない場合とはどのような場合かが問題となる。新株発行による変更登記以外何ら行われていないような明白な場合はともかく、それ以外の場合についてはなかなかの難問である。これまで議論されてきたものを列挙すると、次のようなものがある。

① 定款で新株発行を株主総会の権限としたが、総会決議なしに新株発行を行った場合

昭和二五年(一九五〇年)の商法改正前における資本増加無効の訴え(昭和二五年改正前商法三七一条)⁽⁷⁾については、この訴えとは別に資本増加決議不存在確認の訴えを提起できる可能性が学説上指摘されていた。⁽⁸⁾昭和二五年改正後に関しては、定款をもって新株発行権限が株主総会に留保されている場合に(商法二八〇条ノ二第一項但書)、かつての資本増加決議不存在確認の訴えに関する議論が妥当するのかが問題となる。すなわち、株主総会決議が不存在である場合に、新株発行も不存在とされるのかどうかである。この点について、菱田は次のように論ず

る。

「新株発行権限が定款により株主総会に与えられている場合でも、現行法は発行予定株式数を定款で定め、株主総会は会社の発行予定株式数の枠内で新株発行を定めるのであって……、株主総会における新株発行決議の存否はやはり新株発行の手続的瑕疵というべきであろう。……総会の決議なくして新株が発行されれば、株主は新株発行無効の訴を提起すればよいのであって、不存在の場合ではできるだけ縮限して考察すべきものと考えられ、定款で定めた株主総会の決議がないという新株発行の場合でも、新株発行の実体を欠くと考える必要はなく、したがって新株発行不存在の場合に当たらないと考える。」

ここで問題とされているのは、内部的な意思決定の欠缺のみをもって実体上の不存在とされるかどうかである。

この点については、菱田においても、以上に引用された内容をこえて議論を展開しているわけではない。もつとも現在では、株主総会の特別決議を経ない新株の第三者に対する有利発行も有効だとする最高裁判例の立場を考⁽⁹⁾えると、この点が特に問題となることはないのかもしれない。

② 額面株式について額面未満での新株発行を行った場合

商法二〇二条二項は、額面株式について額面未満での発行を禁じている。それにもかかわらず額面未満での新株発行がなされた場合について、松田二郎および鈴木忠一は次のように述べる⁽¹⁰⁾。

「(新株発行無効の訴えの) 訴提起の期間は新株発行の日より六月内に限定される。……但し新株発行が株式会社の重要な本質に反するときは、この期間経過後も無効の訴を提起する利益ある限り、これを提起し得る。たとえば商法の認めざる少額の額面の株式を発行したときの如し。」

松田と鈴木の議論を素直に理解するならば、彼らは額面未満での新株発行を「不存在」であるとは論じてはいないというべきであろう。したがって、この点を「不存在」の問題としてとりあげるのは若干疑問もある。だがこの

点の理解にあたっては、そもそも新株発行不存在確認の訴えを認めようとする学説が、一般原則に従うものとしてこれを主張していたことに思いを致すべきである。つまり新株発行不存在確認の訴えは、新株発行無効の訴えに用意された出訴期間の制限にかからない訴えとして認識されていたのである。この点に着目する限りは、以上の松田と鈴木の議論として、新株発行不存在確認の訴えの範疇に入るとも考えられよう。⁽¹¹⁾ 現に菱田も、この議論を新株発行不存在に関する問題として扱った上で、次のように論ずる。⁽¹²⁾

「額面額未満の新株発行を不存在とすることも疑問と考える。新株発行無効の訴の提訴権者に債権者が入っていないとしても、債権者保護からいえば、額面額まで引受人の追加出資または取締役の責任を認めることによって、債権者の利益保護ははかられうる。額面株式を券面額未満で発行した場合、それについて新株発行無効の訴が提起されなかった場合、それは株式として認められるが、引受人は額面に達するまで追加出資義務を負うと考える。」

ここで問題とされているのは、法律上認められない「方法」による新株発行がなされた場合に、これが実体上の不存在とされるのかどうかである。すなわち額面額未満の新株発行が、強行規定に反することは明らかであるが、このことが不存在とされるメルクマールとなるのかどうかを検討すべき課題となる。

③ 無効の取締役会決議によって特殊の新株発行が行われた場合

この点に関しては、平成二年（一九九〇年）の商法改正において条文の整理が行われている。平成二年改正前の二九三条ノ三は、取締役会決議によって準備金の全部または一部を資本に組み入れる場合、これに伴う新株の無償交付を認めていた。菱田は、この旧法下の制度において、次のように述べている。⁽¹³⁾

「取締役会決議の無効は取締役会決議の法的不存在であり、準備金の資本組入について取締役会決議がなくて、新株の無償交付だけがあつた場合、それは何らの法的根拠も財産的根拠もなしになされた新株発行であつて、かかる新株発行は不存在——当然無効というべきであろう。」

さらに菱田は、以上の新株の無償交付と額面額未満の新株発行とを区別する理由について、次のように説明する。⁽¹⁴⁾

「額面株式の券面額未満の新株発行には、新株発行に伴う会社財産の増加があるのに対して、準備金の資本組入のない場合の新株発行は会社財産の増加は全くないのであるから、むしろ後者について新株発行を不存在とする方が実益であろう。この場合は、額面株式の額面未満発行の場合のように、新株発行の価額の高低を問題とするのではなく、全く出資なくして発行された株式であり、かつこの場合は株主に追加出資義務を負わせることは困難であり、また債権者としてもかかる株式を株式として存続せしめる利益がないといえよう。」

ところで、平成二年改正後の現行法は、これを準備金の資本組入に伴う株式分割と理解している（二二八条、二九三条ノ三）⁽¹⁵⁾。したがって、現行法に即して問題を読みかえるならば、次のようになる。すなわち準備金の資本組入に伴う株式分割が、無効の取締役会決議に基づいて行われた場合、これが新株発行不存在とされるかどうかである。⁽¹⁶⁾ 尾崎安央は、菱田が「資本」としての払込の実質に着目していたことにふれた上で、次のように述べている。⁽¹⁷⁾

「現行商法の解釈としては、資本組入れ規制が改められ……、また株式分割における財務基準……がクリアされる限り、資本組入れの手續の瑕疵をもってすべての新株発行を無効あるいは不存在とするまでの必要はあるまい。」
ここで問われているのは、財産的基礎がなく、かつ追加出資も負わせられない新株発行が、内部的な意思決定の欠缺を伴って行われた場合に、実体上の不存在といえるのかどうかである。つまり、①の場合とは財産的基礎の充実がありえない点で異なる。もちろん、尾崎の指摘するように、現行法上は準備金の資本組入に伴う株式分割として評価されることに着目し、菱田が議論した当時とは法的評価が異なるとの理解もできなくはない。しかし、法的な評価が変化したのみであって実質は変化していないこと、しかもこれを争うにはやはり新株発行を争う訴えに

依拠する以上、この問題が質的に変化したとはいえないとも考えられる。したがって、以上の点はなお検討の余地を残しているのではなからうか。

④ 会社を代表する権限のない者が新株発行を行った場合

この点に関しては、必ずしも詳細な議論が展開されているわけではないが、山崎悠基は次のように述べている。⁽¹⁸⁾
「会社の代表権限のないものが新株名義の株券を発行してもそれは株券の偽造であつて、……新株発行無効の訴
の場合ではない。これらの場合には一般原則に従い何人でもまた何時でもその不存在または無効を主張することが
できる。」

また、新株発行の有効・無効を判断するに際しての最高裁の判示から、以上の議論との親和性を看取できるかも知れない。⁽¹⁹⁾ まず、有効な取締役会決議を欠く新株発行がなされた場合につき、最高裁は次のように述べている。

「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の決議がなくとも、右新株の発行は有効なものと解すべきである……。」
さらに、株主總會特別決議を経ることなく、第三者に対して新株の有利発行がなされた場合についても、最高裁は次のように判示している。⁽²⁰⁾

「株式会社の代表取締役が新株を発行した場合には、右新株が、株主總會の特別決議を経ることなく、株主以外の者に対して特に有利な発行価額をもって発行されたものであつても、その瑕疵は、新株発行無効の原因とはならないものと解すべきである。」

以上から、代表権限なき取締役が新株発行を行った場合には、当該新株発行は有効とはいえない可能性が示唆されているといえるだろう。もつとも、それは当該新株発行が「無効」とされることを意味するのか、あるいは「不存在」とされることを意味するのかは必ずしも明らかではない。山崎の場合にしても、無効と不存在を並立させて

いるので、この点は不明である。さらに、③に示した菱田の議論のように、財産的基礎がおよそなく、かつ内部的
意思決定を欠くといった手続・内容上の瑕疵が存在する新株発行を、新株発行の実体が存在しない場合だと考える
と、以上の場合に新株発行の実体が存在しないことになるのかどうかについてはなお検討を要するところだろう。

二 規範上の不存在

(1) 一般論

実体上の不存在のみを新株発行の不存在とする立場によると、新株発行を争う者は、いかに著しい手続・内容上
の瑕疵があっても、その実体が存在する限り新株発行無効の訴えという方法に依らねばならない。そしてこの訴え
を提起するには、出訴期間をはじめとする法律上の制限に服さねばならない。しかし、現実の新株発行において
は、何らかの事情によつてこの制限に服することができない場合があるのも事実である。そこでこのような場合で
あつても、なお新株発行の効力を争う手段として、新株発行不存在確認の訴えを利用できないかが問題となる。

① 一(1)②に紹介した最高裁判決よりも以前、下級審裁判例では当該最高裁判決と異なる方向性を採るものが存
在していた。すなわち、定足数を欠く取締役会で新株発行の決議がなされていること、その公告は官報によつて行
われていること、そして新株発行の意図は支配権確立にあつたこと等が認定された事案で、東京高裁は、新株発行
の不存在につき次のような一般論を述べている。⁽²¹⁾

「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……。」

この東京高裁判決の重要な点は、新株発行の不存在が物理的な存否の判断ではなく（おそらく、この点が伝統的な

「実体上の不存在」の考え方に通ずるものであろう、「法的判断」の側面を有しているとの一般論を立てているところである(以下では、このような考え方を「規範上(評価上)の不存在」とする)。もっともこの判決自体は、問題となった新株発行を不存在としなかった。具体的には、定足数を欠いていても取締役会決議が存在すること、官報であっても公告がなされていること、株式払込金が全額払い込まれていること、そして発行済み株式および資本額の変更登記がなされていること等の事実を勘案して、不存在としなかったのである。

② 学説の議論の中にも、以上の下級審裁判例を受けて、新株発行の不存在を規範上の不存在として理解する可能性を示唆するものがある。たとえば岩原紳作は、株主総会決議不存在確認の訴えについて論じられているところを参考に、次のような議論を展開する⁽²²⁾。

「株主総会決議不存在については、不存在を認定する一般的な基準について様々な議論が行われ、手続上の瑕疵の重大さとともに、決議取消の訴えにおける提訴期間の制限、提訴権者の制限、そしてこの訴えによらなければ瑕疵の主張をなしえない等の制限を課することが適当か否かという目的論的な判断が重要であるとの考え方が有力になっている……。特に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だとされている……。……新株発行不存在事由の規範的理解を進めれば、このような株主総会決議不存在に関する一般的な基準と同様の考え方ができるはずであり、……。新株発行不存在の認定にも類推すべき考え方のように思われる。」

このような新株発行不存在の考え方によれば、もはや新株発行の実体が存在するか否かのみが、当該訴えを認めるにあたっての決定的な要因となるものではない。むしろ、新株発行の実体がおよそ存在しない場合に、新株発行不存在確認の訴えを提起することは認められよう。しかしここで重要なことは、かりに新株発行の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⁽²³⁾と判断できる事情がある場合、なお当該新株発行は不存在とされる可能性があるという点である。

なお、以上の考え方によれば、新株発行の無効事由と不存在事由とは、対象とする局面において重なる部分も生じてくる。ただし、この有力説に依拠した場合でも、これら二つの訴えは一に紹介した学説とは別の意味で棲み分けがなされていると考えられる。なぜなら、無効事由ある新株発行に対して新株発行不存在確認の訴えを提起できるのは、新株発行無効の訴えが法律上の制限ゆえに提起できず、かつ、当該制限を課するのが妥当でないという場合に限られるはずだからである。

(2) 不存在と判断されるべき具体的局面

次に、以上の考え方に依拠した場合でも、新株発行無効の訴えに設けられた法律上の制限が例外的に妥当しないのはどのような場合かが問題となる。すなわち、新株発行を不存在と評価するにあたって、どのような事情が考慮の対象となるのだろうか。

① まず、この点について手がかりとなる下級審裁判例を探すと、次のようなものがある。すなわち名古屋高裁金沢支部は、ある会社(A)の問題となる新株発行について、これに先立ってなされた株主総会における授権資本増加に関する定款変更決議が不存在であること、新株発行に関する取締役会決議が不存在であること、新株発行に関する株主への公示を欠いていること、新株に対する有効な払込みがなされていないこと、そして新株発行の意図が被告(Y)側の支配権確立にあったことを認定した上で、次のように述べている。⁽²⁴⁾

「本件新株発行は、授権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及び新株発行についての株主への公示の手続がいずれも不存在であり、有効な新株の払込みがあったとはいえない難いうえ、Y側がA会社の支配権を確立しようとする意図のもとになしたものであると認められてもやむを得ない状況であるから、その実体的

及び手続的瑕疵が著しい場合といわざるを得ず、不存在と評価するに値するといふべきである。」

この判決は、新株発行の「実体的及び手続的瑕疵が著しい場合」が新株発行の不存在であつて、かつ、その不在を「評価する」と述べている。この表現からは、規範上の不存在概念を意識した判決であることがうかがえる。もつともこの事案は、発行された新株に対して有効な払込みがなされなかつた事案である。つまり、先の一(2)に紹介した議論からすれば、実体上の不存在の枠組みであつても不存在とされた可能性は高い。したがつて、規範上の不存在の事案として、どの程度の意味を有するものかは必ずしも明らかではない。ただし、ひとまずこの点を度外視すると、規範上の不存在の判断にあつて、何かひとつの事情が決め手となるのではなく、種々の事情を総合考慮しようとしていることは理解できるだろう。

② 以上のように規範上の不存在の判断にあつて、種々の事情を総合考慮するという方向性は、学説の議論にも見られるものである。すなわち岩原は、実際の不存在確認訴訟において主張された事情がどれも個別には無効事由にすらならないことを前提に、個々の事由のみで、新株発行不存在と認定することは困難だとしている⁽²⁵⁾。

ところでこの岩原の議論は、(1)①に引用した東京高裁判決に対する評釈として展開されたこともあり、当該事案の事実関係をもとに不存在の判断に資すべき若干の具体的事情が検討されている。抽象的には、原告となる株主側の出訴期間等を遵守しえなかつた事情と、被告となる会社側の帰責事由とを総合的に考慮するものとし、さらに具体的には、以下の三点を考慮事情としている⁽²⁷⁾。

- I 新株発行が会社支配権維持のために行われていること
- II 新株発行無効の訴えが出訴期間内に提起できないよう工作されていること
- III 発行された新株が悪意者の下にとどまっていること

これらの具体的事情を抽象的な枠組みとの関係で理解すると、次のようになるだろうか。まず、株主側の出訴期

間等を遵守しえなかった事情とは、この場合IIに示されている事情であろう。より具体的な事情としては、原告が欠席した定足数不足の取締役会で新株発行を決議していること、新株発行が官報によって公告されていること、そして、新株発行後にまもなく開かれることとなっていた株主総会を新株発行無効の訴えの出訴期間満了後に開催したことなどが指摘されている。

一方、会社側の帰責事由は、IおよびIIに示されているといえよう。より具体的な事情として、Iに関しては、何ら会社にとって資金調達の実必要性が示されていないことが指摘されている。また、IIに関しては、先に指摘した出訴期間を遵守させないための工作が、弁護士加担のもとに行われた可能性のあることが指摘されている。

なお、以上に加えてIIIの事情が挙げられているのは、かりに新株発行が不存在とされても、善意の第三者が害される心配が全く生じないということを示すためのようである。これは、そもそも新株発行無効の訴えに設けられた種々の制限が、第三者の利益を害することを防ぐためのものであったこととの関連から理解できるだろう。⁽²⁸⁾

(1) 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)。

(2) 山崎悠基・注釈会社法(5)二二五頁(一九六八)、菱田・前掲注(一)四一〇～四一一頁。

(3) なお吉本健一は、新株発行不存在の場合を除き、新株発行に際して生じうべき多様な瑕疵をその性質に従って体系的に整理し、「新株の存在」に関する瑕疵がある場合には、新株発行無効の訴えに設けられた制限に服さない無効(絶対無効)の確認請求の可能性を認める(吉本健一「新株発行の瑕疵について」阪大法学三九巻二号(二五二号)二五頁以下(一九八九)。そのほか、菱田・前掲注(一)四一六頁以下参照)。なお、「新株の存在」に関する瑕疵とは、発行された新株の内容または数に関し、新株の存在自体が違法性を帯びる場合である。

「商法上新株の効力を否定する唯一の方法は、新株発行の無効訴訟制度であるが、これは……新株発行から六月以内に提起された訴えに基づく判決によってのみ、新株の効力が否定されるのであって、六月の期間経過とともに瑕疵が治癒したものと扱われうるような瑕疵のみを対象としていて考えられる……。そこで、現行法上認められていない種類の株式の発行のように、六月以内に訴えの提起がないとしても、瑕疵が治癒したものとしてその存在が許されることとならない瑕疵の場合には、新株発行の無効判決によって新株の効力が否定されるのではなく、それは当然に絶対無効と解しなければならない。」

もつとも、法律上は発行が認められているが、定款上発行が認められていない種類の株式や、超過発行された株式の場合については、法律や定款に違反するものの、発行された新株の内容は違法ではないとして、新株発行無効の訴えにおける無効原因に該当すると解すべきだとする。つまり吉本は、新株発行無効の訴えに服さない瑕疵として、法律上および存在が許されない新株が発行された場合を挙げ、これは利害関係者がいつでも、どのような方法によっても無効であることを主張できるというのである。

(4) 最判平成九・一・二八民集五一巻一号四〇頁。

(5) 二で示される規範上の不存在に限らず、そもそも不存在の具体的基準を明らかにすることは難しい。かつて名古屋高裁は、問題となる新株発行につき、代表取締役ではない者(A)によって遂行されていること、仮装の払込がなされていること、そして特定株主(B)の支配力排除のためになされていることが認定された事案で次のように述べている(名古屋高判昭和六三・三・三一金商九二二号二三頁。なお、これは第一節注(12)に引用する最判平成四・一〇・二九の原審である)。

「本件新株発行は、AがY会社におけるBの支配力を排除すべく、そのためBの持株比率を低下させる必要があると考え、そのような外形を作り出すため、隠密裡に払込みを仮装してしたものであるから、実体のないものとして不存在であるといわなければならぬ。」

この名古屋高裁の判決が、新株発行不存在と判断するにあたって、仮装の払込みのほかに持株比率低下目的について考慮しているのであれば、これは疑問である(判決文からは、考慮しているとしてもしていないとどちらとも読めそうである)。なぜなら、持株比率低下目的とはあくまでも新株発行を行うにあつての発行者における主観的事情にすぎず、客観的判断としては新株発行の実体は存在するものというべきだと考えられるからである。

(6) たとえば、本判決の調査官解説を書いている近藤崇晴は、次のように説明して、無効原因と不存在事由とを質的に区別する(近藤崇晴〔判批〕法曹時報四九巻一一号三一八九頁(一九九七))。

「『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ふように区分けするのが素直な解釈ではなからうかと思われる。」

一方、大塚龍児は、最高裁の表現について次のような理解を示し、量的な差異として考えているようでもある(大塚龍児〔判批〕私法判例リマックス一九九八上V一一二頁(一九九八))。

「『瑕疵として無効原因以上のもの』とは、複数の無効原因を含めて『無効原因より大きな瑕疵』ということであろう……。」

(7) この訴えは、昭和十三年(一九三八年)の商法改正において導入されたものである。それまで、資本増加の無効は、一般原則に従い、いつでも、誰でも主張しうるものとされていた。しかし、これでは資本増加があつたものとして形成された新株主や会社債権者と会社との法律関係の安定を害するし、株式取引の安全も害することになる。そこで、資本増加無効の訴えの制度によって無効の主張を訴えの方法に限定し、出訴権者および出訴期間についても制限を設けて、以上の法律関係の不安定を避けようとしたのである(以上につき、近藤弘二・新版注釈会社法(7)三三九〜三四〇頁(一九八七))。

(8) この点に関して、由比宏忠および霜島甲一は次のように述べている(由比宏忠「霜島甲一」〔判批〕商事判例研究昭和三〇年度一八事件八八頁(一九六二))。

「増資の実体のないときには、増資無効確認の訴の出訴期間にかかわりなく決議不存在確認の訴を提起しうるのは……当然であり、自然的事実として増資決議の存在しない場合には増資の実体も不存在であるといえよう……。」

(9) 最判昭和四六・七・一六判時六四一号九七頁。

(10) 松田二郎「鈴木忠一・條解株式会社法下三八二頁(一九五二)。

(11) したがって、ここで主張されている無効とは、前掲注(3)において吉本の議論として紹介した絶対無効の考え方に近いものといえるだろう。ただし吉本の議論とは、次の二点で明確に区別すべきである。

第一に、吉本は、新株発行の不存在と新株発行の絶対無効とを明確に区別していた。これに対して、松田と鈴木の議論においては、不存在と無効がどう区別されるのかは特に論じられておらず、この点が明らかでない。

第二に、吉本は、額面額未満での新株発行を絶対無効の場合とは考えていない(吉本・前掲注(3)三二頁参照)。吉本が絶対無効とするのは、あくまでも法律上その存在が認められない株式を発行した場合に限られるからである。

(12) 菱田・前掲注(1)四二二〜四一三頁。

(13) 菱田・前掲注(1)四一三頁。

(14) 菱田・前掲注(1)四一三〜四一四頁。

(15) 竹内昭夫・新版注釈会社法(9)一〇八頁以下(一九八八)、同・新版注釈会社法補巻 平成2年改正二二九頁以下(一九九二)参照。

(16) 株式分割など特殊の新株発行の効力を事後的に争う場合、新株発行無効の訴えによつて処理されると解するのが一般的である(鈴木竹雄「竹内昭夫・会社法」〔第三版〕一九三頁、四三二頁(一九九四))。したがって、新株発行不存在確認の訴えについても、同様に問題となりうることを考えてよいであろう。

(17) 尾崎安央〔判批〕判例評論四六三号五八頁(判例時報一六〇六号二二〇頁)(一九九七)。

(18) 山崎・前掲注(2)二二五頁。そのほか、近藤(崇)・前掲注(6)三一八九頁参照。

(19) 最判昭和三六・三・三一民集一五卷三号六四五頁。

(20) 前掲注(9)参照。

(21) 東京高判昭和六一・八・二一判時二二〇八号一二三頁。

(22) 岩原紳作〔判批〕ジュリスト九四七号一二二頁(一九八九)。

(23) もつとも、不存在が問題となるほとんどの場合は、出訴期間について問題が生じている場合であろう。

(24) 名古屋高金沢支判平成四・一〇・二六民集五一卷一号六〇頁。なお、これは前掲注(4)最判平成九・一・二八の原審である。

(25) 岩原・前掲注(22)一二二頁。

- (26) 岩原・前掲注(22) 一一三頁。
(27) 以下の点に関しては、岩原・前掲注(22) 一二二～一二三頁を参照。
(28) はじめに一参照。

第五節 不存在の主張方法

新株発行の無効は、訴えをもつてのみ主張できる(二八〇条ノ一五第一項)。このことから、新株発行無効の訴えは、形成の訴えであると理解されている。では、新株発行不存在確認の訴えについては、どのように考えられるだろうか。

一 伝統的立場

(1) 一般原則に従って新株発行無効の訴えを認めるといふ学説は、新株発行の不存在については必ずしも訴えの提起という形をとることを求めていなかった。すなわち「どのような方法」でも、その主張を認めるといふ立場を採っていたのである。⁽¹⁾したがって、新株発行不存在確認の訴えとは通常の確認の訴えである、と当然のように理解していたものと考えられる。

(2) また、第二節三に紹介した最高裁判決に付された可部と千種による補足意見でも、次のように述べられている。⁽²⁾

「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。」

以上のように、可部と千種は、新株発行の不存在を他の訴えの前提問題として主張する可能性を指摘している。

もつとも、彼らの不存在の主張方法に関する議論については、出訴期間の制限の問題と密接に関連しており、直ち

にこれを従前の伝統的な立場と同列に扱うことは慎むべきである。ただ少なくとも、彼らが新株発行不存在確認の訴えを形成の訴えと理解していないことは、以上の議論から明らかであろう。

二 裁判例の立場

この問題について論じた最高裁判決は、いまだ存在しない。これに対して下級審裁判例に目を向けると、第三節でも紹介した高松高裁判決において、次のように論じられている⁽³⁾。

「なお、本件訴えが、対世効のある特別の訴えではなく通常の確認の訴えであるとしても、それは、過去の事実関係ないし法律関係の確認を求めるものであり、このような訴えに確認の利益を認めるには、現在の権利関係は法律関係を確認することが必ずしも紛争の抜本的な解決をもたらさず、かえって過去の法律関係を確定することが紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適正かつ必要と認められる場合であることを要するところ、新株発行の外観があつても、その実体が存在しないのであれば、これを主張する者は、新株発行の不存在を前提として、株主権の不存在確認の訴えを提起するなど、個別的な権利救済を図ることができるから、判決に対世効のない通常の確認の訴えとして新株発行の不存在を確認することが、紛争の直接かつ抜本的な解決のため最も適切かつ必要であるとは認められず、したがって、通常の確認の訴えとしての新株発行不存在確認の訴えには、確認の利益がないというべきである。」

高松高裁の以上の判示においては、種々の法的な問題が論じられており、興味深い。ただし、本節の内容との関連でまず指摘すべきことは、高松高裁が、株主権不存在確認の訴えにおいて新株発行の不存在を主張する可能性を認めている点である。この点は、まさに可部と千種の補足意見を前提として論じられていることが理解できよう。その意味で高松高裁も、新株発行不存在確認の訴えを形成の訴えではなく、確認の訴えとして理解していることがわかる。

なお高松高裁は、新株発行不存在確認の訴えとして理解してはいるものの、これを通常の確認の訴えとは理解していない。すなわち新株発行不存在確認の訴えは、対世効ある特別の確認の訴えとしては認められるが、通常の確認の訴えとしては、過去の事実関係ないし法律関係の確認となつて確認の利益が認められないというのである。⁽⁴⁾この点は、対世効の問題とも関連して、別途検討を要するところであると考えられる。

三 株主総会決議不存在確認の訴えに関する議論からの示唆

(1) ところで、昭和五六年(一九八一年)の商法改正以前、いまだ株主総会決議不存在確認の訴えが明文化されていなかった当時、この訴えの性質に関して議論があつたことは有名である。⁽⁵⁾むろん学説の多くは、通常の確認の訴えか対世効ある特別の訴えかはさておき、これを確認の訴えとして理解していた。⁽⁶⁾しかし、一部の学説にはこれに異を唱えるものが存在したのである。この点は、次章の対世効その他の議論を検討する上でも参考になるので、簡単ではあるが以下に紹介する。

株主総会決議不存在確認の訴えの性質について、これを確認の訴えとして理解することに正面から反論を加えたのは、他でもない松田二郎であつた。⁽⁷⁾まず松田は、確認の訴えに関する一般原則との関係から、株主総会決議不存在確認の訴えを否定する。⁽⁸⁾

「もし、原告の請求の趣旨が単に過去に存在した総会の決議の不存在の確認を求めらるるものに過ぎないならば、その訴えは許さるべきでなく、その決議と称するものによつて発生または羈束さるべき権利または法律関係が無効であることの確認を求むべきである。そして、それが確認の訴たる以上、この判決の効力は訴訟当事者を拘束するに止まるものと考ええる。その判決の効果が画一的に第三者に及ぶことは、一見、望ましいようであるが、しかし、その判決の効力が訴訟当事者以外の第三者にも当然及ぶものとするときは、これによつて第三者はあるいは当惑し、あるいは衝撃を受けることすらあるであろう。」

しかし松田は、決議の内容が会社機関の地位にある者の変更にかかるものであって、さらにそれに関する登記がある場合に限っては、以上に対する例外を構成するとい⁽⁹⁾う。

「しかし、決議不存在なのに拘らず、そのいわゆる決議が会社の機関たる地位にある者の変更を内容としていて、しかも、既にその旨の登記があったときは、右と趣を異にするものと考ええる。けだし、この場合は、登記簿上に登記され、公示された事項について表見的事実が法律上の意味をもち、一種の法的地位を有するに至るからである。そして、このような場合には、登記簿上存在する外観によって生じた法的地位を遡及して失わしめ、しかも、対世的効果をもって失わしめることが要求されるのである。通常『決議不存在確認の訴』といわれるものうち、かかる請求と解すべき場合が相当数存在する。私の解するところによれば、この場合という『確認の訴』といわれるものの本質は、非訟事件的性質を有する一種の形成の訴なのである。」

(2) 以上の松田の論ずるところを、新株発行不存在確認の訴えの文脈に転位した場合はどうなるだろうか。

まず、以上の転位のために前提となるのは、次の点が肯定されるか否かである。すなわち新株発行不存在確認の訴えが、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って、これが確認の訴えとしては提起できないかどうかである。実際のところ、この点に関連する内容は、二に紹介した高松高裁の判示の中にも若干みられる。もつとも高松高裁の判示は、対世効ある特殊な確認の訴えというものが認められうること、そして過去の事実の確認を求める訴えであつてもこれが認められる場合があることを根底に有しており、この点で松田の議論とは前提が異なることに注意が必要である。

かりに、以上の前提が肯定される場合（つまり新株発行不存在確認の訴えにつき、対世効ある特殊な確認の訴えとしてはこれが認められず、かつ過去の事実の確認を求める訴えとしてもこれが認められないと解釈する場合）、次に問題となるのは登記である。すなわち新株発行による変更の登記がなされ（一八八条二項五号、六号、商業登記法八二条参

照)、これが公示され、一定の法律上の意味を有すると評価できる場合には、形成の訴えとしての新株発行不存在確認の訴えが認められる余地が出てくることになるだろう。この場合には、まさに訴えという方法をもってのみ、新株発行の不存在が主張できることになるのである。

果たして、以上の二点をいずれも肯定できるかどうかは難しい面もあろう。だが、対世効その他のサブシステムの理解をはじめとして、新株発行不存在確認の訴えの理論的性格を明らかにする上で、以上の松田の議論を検討しておく必要はあるものと考えられる。

- (1) 第一節注(2)に掲げた文献を参照。
- (2) 最判平成九・一・二八民集五一巻一号四三三頁参照。
- (3) 高松高判平成一二年一月二〇日判時一七二〇号一六七頁。
- (4) なお、高松高裁判決におけるこの部分の判示については、前掲注(2)最判平成九・一・二八に対する調査官解説に影響を受けた部分が大きいと考えられる(近藤崇晴〔判批〕法曹時報四九巻一〇号三一八八頁(一九九七)参照)。
- (5) 株主総会決議無効確認の訴えについて、諸説乱れていたことは周知のとおりであるが(小島孝・新版注積会社法(5)三八五〜三八七頁(一九八六)、決議不存在確認の訴えについても若干の対立が存在していたのである)。
- (6) 小島・前掲注(5)四〇一〜四〇二頁。
- (7) たとえば、松田二郎・会社法概論二〇四〜二〇五頁(一九六八)。その他、西原寛一・商事法論集第二巻一九一〜一九二頁(一九六三)、初出一九六二)、長谷部茂吉・裁判会社法一八四〜一八七頁(一九六四)も参照。
- (8) 最判昭和四五・七・九民集二四巻七号七五九頁(松田反対意見)。
- (9) 松田・前掲注(7)七六〇頁。

第六節 片面的対世効

新株発行を無効とする判決については、その効力が第三者にも及ぶこととされている(二八〇条ノ一六、一〇九条

一項)。このような判決の効力は、法律関係の画一的確定の要求から認められるとするのが一般的である。⁽¹⁾では、同様の要求が、新株発行の不存在を確認する判決の場合にも妥当するのであるか。

一 伝統的立場からの推論

新株発行不存在確認の訴えについて、これを一般原則から認めるとしていた学説は、不存在を確認する判決がどのような効力を有するかについて言及していない。また、これに関する明文の規定がない以上、論理的に考えるのであれば、確認訴訟の一般原則に従って当事者間でのみ効力が及ぶべきものとするのが自然だといえる。

二 対世効の承認

だが、この判決効がどこまで及ぶのかという問題は、前節に述べた不存在の主張方法とも関連するほか、第一節や第二節において論じた当事者適格の議論とも結びつくため、この部分のみを切り取って論じられるほど単純な問題ではない。

(1) 最高裁の立場

第二節三に紹介した最高裁判決では、「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確定する必要がある」と論じられている。⁽²⁾その意味において最高裁は、新株発行不存在確認の訴えについて、通常の確認訴訟ではなく対世効ある商法上の特別の訴えであると解していることがわかる。⁽³⁾(なお、第三者にも及ぶとされる判決効の内容がどのようなものであるのかについては議論もあるが、さしあたりこの点にはふれない)。このような最高裁の立場が下級審裁判例にも踏襲されていることは、前節の議論においてもすでに垣間見られるところである。

対世効を認めるにあたって最高裁が述べるところは、新株発行無効の場合に妥当する法律関係の画一的確定の要請が、新株発行の不存在を確認する場合についても同様に妥当する、ということである。しかしながら、それ以上

に何らかの理由が述べられてはならず、この点についてはなお検討の余地があるだろう。

(2) 学説の立場

① 第一節一(2)①にも述べたように、中田淳一は、紛争の画一的な確定の必要ゆえに対世的効力を要請する確認の訴えについて、これを通常の確認訴訟と區別して「特殊(合一)型の確認訴訟」と呼んで區別していた。もっとも、中田がこの區別に関する議論を展開したのは、あくまでも原告適格を決定するためであった。したがって、対世効がどのような場合に認められるかについては、紛争の画一的な確定の必要があるか否かにすべてが委ねられていた⁽⁴⁾のである。

同じく第一節の一(3)で紹介したように、この点の議論をさらに一步進めたのが、谷口安平である。谷口の議論の特徴は、対世効が原告の訴えを有意義なものとするために要求されている点、そしてその要求も絶対的なものでなく、判決効を受ける第三者の保護の要請とのかねあい⁽⁵⁾で決まる点にあった。この谷口の考え方に従った場合、対世効の問題は、それを認めることが原告の訴えを有意義なものならしめるかどうかにかかっていた⁽⁵⁾。

② 以上を前提として新株発行不存在確認の訴えを考えると、そもそもこの紛争において解決に画一的確定が求められるかどうか(中田の議論の延長)、あるいは画一的確定をすることが原告の訴えを有意義なものとするために必要かどうか(谷口の議論の延長)が問題となる。そもそも新株発行を争う訴えの場合に限らず、会社法上の訴え一般においては画一的な確定が求められるという。鈴木竹雄および竹内昭夫は、設立無効の訴えを手がかりとして、この点の事情を次のように説明する⁽⁶⁾。

「設立無効の訴えと同様ないし類似の制度は会社法上に多数存在している。これらの制度の根本的なねらいは三つある。第一は、法律関係の画一的確定の要求である。判決は訴訟当事者に対してのみ効力を有するにすぎないのが原則であるが、それではたとえば会社とAとの訴訟で設立が無効とされても、Bがこれに反する主張をすること

は妨げられないから、このようなならばらの解決では、関係者が多数の場合には、混乱が生じ收拾がつかなくなる。そこで設立無効の判決がされたときは、その効力を第三者にも及ぼすこと（対世効）が必要となる。」

このような説明に依拠すれば、新株発行不存在確認の訴えの場合も、多数関係者の間において異なる結果が生じること防止するために、法律関係の画一的確定の要求が生じるとすることは考えられる。

さらに、以上の画一的確定の要求をより確実なものとして実現するためには、対世効を認めるだけでなく、その他にも制度上の手当てがあることも望まれよう。すなわち訴訟手続と関連した問題として、訴えの管轄は本店所在地の地方裁判所の専属管轄となるのか（二八〇条ノ一六、八八条参照）、弁論の一元化等は求められるのか（二八〇条ノ一六、一〇五条三項参照）といった点につき、本稿の冒頭で言及した⁽⁷⁾。このような専属管轄や弁論の一元化が認められることによって、より画一的確定の要求は容易に実現されることとなるだろう。

③ もつとも以上の点についても、なお一つの留保が必要である。新株発行の不存在が訴えという形をとって主張され、不存在を確認する判決がなされた場合には対世効を認めるとしても、前節でも見たように、新株発行の不存在は必ずしも訴えという形で主張することが求められているわけではない。つまり、他の訴えにおける前提問題として主張することも可能なのであって、このような場合には対世効は問題となりえない。その結果、個々の利害関係者によって新株発行の存在・不存在が分かれる可能性も残るのであって、その際に法律関係をどう調整すべきかという問題があることは念頭においておく必要がある。

三 手続的保障

ところで、ある判決に対して対世効を認めることを正当化するにあたっては、当事者適格との関係でそのすべてを処理しきれないわけではない。このことは、先の議論を展開している谷口自身も充分理解しているところである⁽⁸⁾、その他の学説でも指摘されているところである⁽⁹⁾。したがって、対世効の問題を検討する前提として、当事者

適格との関係以外についても従来の議論を概観しておくことは重要であろう。谷口は、対世効を認めるにあたって、判決効を第三者に及ぼしても不当と感じさせないようにするための手続的保障を求め、その保障の内容として次の五点を挙げる。⁽¹⁰⁾

(1) 処分権主義・弁論主義の制限

これは、次のような考え方を前提とする。すなわち、判決効の相対性は処分権主義・弁論主義の結果であるから、判決効を第三者にも及ぼす場合にはこれら二つの内容に制限を加えることが必要だというのである。現に、人事訴訟においてこのような制限が存在することは周知のとおりである。

会社訴訟においては、このような制限が制度化されてはいない。また、解釈論としても制限を加えないのが一般である。もともと一部の論者においては、会社訴訟においても処分権主義・弁論主義の制限可能性を認める。たとえば松田二郎は、株主総会決議不存在確認の訴えについて、前節三に紹介した理解を前提に、次のように論ずる。⁽¹¹⁾

「この場合の『確認の訴』といわれるものの本質は、非訟事件的性質を有する一種の形成の訴えなのである。そして、それが形成の訴えであればこそ、(イ)原告勝訴の判決が確定すると、その形成力により登記簿上存在する外観的地位は遡及して失われ、かつ、その判決の効力は当事者以外の第三者にも及び、すなわち、対世的効果を生ずるのである。そして、(ロ)この訴はかかる非訟事件的性質を有する以上、そこには、たぶん裁判所の職権的調査が行われ、この点で前記確認訴訟におけると異なり、馴合訴訟の防止に役立つのである。さらに、(ハ)かかる訴の性質上、この訴訟において自白は許されず、また原告の請求を認めるがごとき和解も許されないのである。」

かりに新株発行不存在確認の訴えについても、非訟事件的性質を有する形成の訴えとして理解できれば、新株発行を不存在とする判決に認めるべき対世効も、この点とのかねあいから正当化される可能性が出てくるかもしれない。

(2) 当事者適格の制限

この考え方の前提にあるのは、判決効が第三者にも及ぶ場合には、当該法律関係について、最も直接の利害関係を有する者が当事者とならねばならないということである。この点については、第一節、第二節および本節二において論じたところであるので、これ以上の議論は省略する。

(3) 通知

この考え方の主旨は、次のとおりである。すなわち判決効を及ぼしたい第三者に対しては、訴訟についての通知を与え、参加を促す。これによって実際に参加が行われれば、当事者ないし参加人として判決効を受けることになり、かりに参加が行われなくとも、その機会を与えた以上判決効を及ぼすことが正当化される、というのである。

会社訴訟においては、代表訴訟につき、訴えを提起した株主の会社に対する告知の制度がある(二六八条三項)。

その他の場合には、新株発行無効の訴えの場合も含めて、公告という制度が用意されている(新株発行無効の訴えの場合に関しては、二八〇条ノ一六、一〇五条四項参照)。谷口は、この公告について、「他の適格者にも判決効が及ぶ関係で、それらの者に訴訟の存在を知らせ、参加(共同訴訟参加)の機会を与える趣旨とも解しうる」との可能性を示している。⁽¹²⁾

新株発行不存在確認の訴えに関しても、不存在を確認する判決に対世効を認めるべきだとの価値判断を採用するのであれば、このような公告の制度を利用する可能性は考えられるのかもしれない。とりわけ、新株発行無効の訴えについてこの制度が用意されていることは、充分念頭においておくべき事情であると考えられる。

(4) 共同訴訟

この考え方は、判決効を及ぼしたい者を当事者にする、というものである。この点については、当事者適格の有無の問題に帰着するので、これ以上はふれない。

(5) 再 審

この考え方は、一応判決効が第三者に及ぶこととしておきつつ、それが著しく不当な場合にはその者のイニシアティブによつて確定判決を取り消すことを認める、というものである。

会社訴訟においては、代表訴訟に関して、会社もしくは株主による詐害再審が認められている(二六八条ノ三)。これは、代表訴訟に認められた訴訟参加(二六八条二項)だけでは、必ずしも妥当な訴訟追行を図れるとは限らないという判断に基づくものである⁽¹³⁾。だが、その他の会社訴訟にはこのような制度が用意されていない。したがって新株発行不存在確認の訴えにつき、この場合に限つてとくに対世効を正当化するという観点から再審の訴えを認めるには、相当の議論を要するものと考えられよう。

- (1) 鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法(第三版)四三〇頁(一九九四)。
- (2) 最判平成九・一・二八民集五一巻一号四〇頁。
- (3) 近藤崇晴(判批)法曹時報四九巻一一号三一八四頁(一九九七)。
- (4) 以上につき、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)を参照。
- (5) 以上につき、谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田還暦『民事訴訟の理論(下)』五三〜五四頁(一九七〇)を参照。
- (6) 鈴木・竹内・前掲注(1)八九頁。
- (7) はじめに二(4)参照
- (8) 谷口安平「会社訴訟における訴えの利益」法学論叢八二巻二・三・四号三一五頁以下(一九六八)。
- (9) たとえば、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——」山木戸還暦『実体法と手続法の交錯(下)』一二〇〜一二二頁(一九七八)、本間靖規「判決の対世効と手続権保障——社団関係訴訟を中心として——(二・完)」龍谷法学一九巻一号三四頁以下(一九八六)など参照。
- (10) 谷口・前掲注(8)三二七頁以下参照。
- (11) 最判昭和四五・七・九民集二四巻七号七六〇〜七六一頁(松田反対意見)を参照。その他、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)に紹介された議論、およびそこに掲げられた参考文献を参照。

- (12) 谷口・前掲注(8)三一八頁。
 (13) 北沢正啓・新版注釈会社法(6)三八四頁(一九八七)。

第七節 遡及効の制限

新株発行を無効とする判決が確定した場合、当該新株発行にかかる新株は将来に向かって効力を失う(二八〇条ノ一七)。では、新株発行の不存在を確認する判決が確定した場合、当該新株発行にかかる新株の扱いはどうなるか。

一 学説の議論状況

(1) 序

① 第五節一でもみたように、学説の一般的理解によれば、新株発行不存在確認の訴えは形成の訴えとされていない。したがって、この立場を論理的に推し進める限りでは、問題となる新株発行はもとより不存在だと確認されるべきことになるのであろう。つまり当該新株発行にかかる新株も、「最初から」不存在だと確認されるはずである。

だが、ある会社法上の訴えが確認の訴えか形成の訴えかという問題と、その判決の効果に遡及効を認めるかどうかの問題とは、ひとまず論理的に区別できる。したがって、この点についてはもう少し詳細な検討を要するだろう。

② そもそも会社法上の訴えにより、ある行為に関する無効判決がなされた場合、その遡及効を阻止すべき要求があることについては争いが無い。鈴木竹雄と竹内昭夫は、次のように説明する⁽¹⁾。

「(会社法上の訴えの根本的なねらいの)第二は、無効の遡及効阻止の要求である。無効である以上後になって主張

されても初めに遡って効力がないわけであるが、それではそれまでの間に法律上有効であるかのような表見的事実を信頼して法律関係を形成した者が損害を蒙ることになる。そこで無効の判決があつても、将来に向かつてその効果を認めるだけで、既往の関係はそのままとすることが必要となる。」

以上のような会社法上の訴え一般に関する議論が、新株発行無効の訴えの場合に妥当することについては、明文の規定があることから問題ない。そこで、新株発行不存在確認の訴えの場合にも、同様に妥当するかどうか問題となる。

(2) 理論的検討

① 寶金敏明は、新株発行無効の訴えに関する条文を新株発行不存在確認の訴えに準用するについて、次のように述べている。⁽²⁾

「仮に……判決の非遡及(二八〇条ノ一七)、判決に基づく抹消登記の囑託(二八〇条ノ一六、一三七条、非訟事件手続法一三九条七号)、判決確定後の払戻手続などにつき準用・類推がないとすると、株主総会決議無効確認の訴えと同決議不存在確認の訴えを同列に扱う商法二五二条とのバランスを失する感を否め」ない。

寶金は、理論的な観点から(「バランスを失する」とは、以上の観点として理解できよう)、新株発行不存在確認の訴えと無効の訴えとの関係について、株主総会決議不存在確認の訴えと無効確認の訴えとの関係と同様のものと論じ、このことから新株発行無効の訴えに関する条文の準用可能性を説いている。たしかに現在の商法の条文によれば、株主総会決議不存在確認の訴えは無効確認の訴えと同じ二五二条に規定され、これら二つの訴えは同様の扱いを受けるに至っている。では、このように扱われるに至った背景には、どのような議論が存在していたのだろうか。

② 株主総会決議無効の訴えと不存在確認の訴えとの関係については、後者の訴えに関する規定が昭和五六年

(一九八一年)に整備されるまで、様々な議論が行われてきた。

まず、具体的な学説の議論がどのようなものであったかにつき、概観する。かつて坂井芳雄や今井宏が整理したところによると、株主総会決議不存在確認の訴えを認める議論の内容は次の四つに分かれていた。⁽³⁾まず第一は、株主総会決議不存在確認の訴えが商法二五二条の適用を受ける株主総会決議無効確認の訴えの一場合と解する立場である。このような立場をとるのであれば、現在の条文の形で立法されたのは当然のことだといえる。あとは、無効確認の訴えと不存在確認の訴えを同列で論ずるについて、理論的な裏づけを用意すれば足りる。第二から第四は、以上二つの訴えを別個の訴えだと解する立場である。これに関しては、さらに三つの立場に分かれるものとされていた。第二は、民事訴訟の一般原則により、現在の法律関係の確認の訴えとしてのみ適法であるもの。第三は、過去の決議が存在しないことから帰結する現在の法律状態確定の訴えとして決議不存在確認の訴えを認めるもの。そして第四は、確認の利益が存する限り過去の事実の確認も許され、同様の性格を有する二五二条の類推により決議不存在確認の訴えを認めるもの、である。二つの訴えを別の訴えだと考える三つの学説のうち、最後の第四の学説が、現在の条文の体裁を肯定するにつき、もつとも親和的であるといえる。この場合、確認の訴え(確認の利益)に関する理論的な裏づけが用意され、かつ以上二つの訴えがいかなる意味において「同様の性格」といえるのかが問われなければならない。

一方、株主総会決議不存在確認の訴えを肯定したとされる最高裁判決では、次のように述べられている。⁽⁴⁾

「株主総会決議がその成立要件を欠き不存在と評価される場合においても、本件のようにその決議の内容が商業登記簿に登録されている場合に、その効力のないことの対世的確定を求める訴の必要性は決議の内容の違法の場合と何ら異ならず、同条においてとくにこれを除外する趣旨がうかがわれなから、本訴は商法二五二条に照し適法であるといわなければならない。」

この判決の表現が、先に紹介した学説の議論との関係で、どのような立場に立脚したものは必ずしも明らかでない⁽⁵⁾。ただし、本節の議論との関係では、次の二点を確認しておく必要があるだろう。まず第一に、株主総会決議不存在確認の訴えが、「商法二五二条に照らし」適法だとされていることである。そして第二に、とくに対世効の観点から、株主総会決議不存在確認の訴えが決議無効の場合と同様に扱われるべきことを明らかにしたことである。

③ いずれにしても、以上のような学説・判例の状況を受けて、昭和五六年の商法改正では株主総会不存在確認の訴えに関する規定が二五二条に明文化された。かくしてこの訴えは、株主総会決議無効確認の訴えと同様の扱いがされることとなったのである。

では、新株発行不存在確認の訴えについて、寶金の述べるように株主総会決議を争う訴訟の場合と同様に扱うには、どのような前提が必要だろうか。②に紹介した議論を前提とすると、次のような理論的裏づけを確保できるかどうか問題となるのではなからうか。第一の可能性は、新株発行の不存在を新株発行無効の一形態と理解できるかどうかである。この点は、第四節にも論じた無効事由と不存在事由の関係と大きく関係するだろう。第二の可能性は、過去の事実を確認する訴えが認められることを前提に、新株発行の不存在を無効と同様の性格を有するものと判断ができるかどうかである。ちなみに最高裁が、対世効の観点から、株主総会決議不存在確認の訴えを無効確認の訴えに準ずべきものとした点は充分参考になるだろう。以上の点について充分検討されてはじめて、先の寶金の議論の妥当性(つまり、新株発行無効の訴えに関する規定を、新株発行不存在確認の訴えについても適用ないし類推適用すること)は確保されるといえるだろう。

二 裁判例の立場

新株発行の不存在を確認する判決の遡及効の問題について、直接言及した裁判例は見当たらない。

- (1) 鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法〔第三版〕八九〇頁（一九九四）。
- (2) 寶金敏明〔判批〕判タ八五二号二〇一頁（一九九四）。
- (3) 以下の学説の紹介は、坂井芳雄〔判批〕法曹時報一五卷二一號一一九〜一二〇頁（一九六三）、および今井宏「株主總會決議の瑕疵」ジュリスト五〇〇号二七三頁以下（一九七二）に依拠している。
- (4) 最判昭和三八・八・八民集一七卷六号八二三頁。その他、最判昭和四五・七・九民集二四卷七号七五五頁も参照。
- (5) 今井・前掲注（3）二七四頁。

第八節 事後処理

新株発行を無効とする判決が確定した場合、会社は新株の株主に対してその払い込んだ金額の支払いをしなければならず（二八〇条ノ一八第一項）、その額に関する調整規定も設けられている（二二項）。また無効判決に関しては、裁判所から登記の嘱託がなされ、商業登記簿に無効の登記がなされる（二八〇条ノ一六、一三七条、非訟事件手続法一三九条七号、一四〇条、商業登記法一五条）。では、新株発行不存在を確認する判決が確定した場合については、どう処理されるべきであろうか。

一 学説の議論状況

(1) 序

前節に紹介した寶金敏明の議論においては、理論的な観点から、新株発行無効に関する規定を不存在確認の訴えにも準用・類推すべき可能性が指摘されていた。ところで寶金は、実際的な観点からも、新株発行無効の訴えに設けられた事後手続規定を用いることが不存在確認の訴えの実効性確保の上で意味を有すると指摘している。⁽¹⁾

「少なくとも抹消登記等の判決の事後手続の準用・類推がないとすると実際上も新株不存在確認の訴えを許容する実益に乏しいように思われる。」

この指摘も、前節に紹介した議論と同様、株主総会決議不存在確認の訴えに関する議論を念頭においた上でなされたものである。そこで以下でも、株主総会決議不存在確認の訴えに関する議論を念頭におきつつ、事後処理の問題について考えてみることにする。なお事後処理の問題については、冒頭に示したとおり、払込金の処理の問題と登記の嘱託の問題とがある。以上のうち、前者の払込金の処理に関する問題については、そもそも新株に対する払込の有無が新株発行を不存在としかどうかの問題に直結する。したがって、以下の議論では第四節に紹介した不存在事由に応じて場合分けをすることが便宜であろう。

(2) 実体上の不存在

① 新株発行の不存在を実体上の不存在として理解する場合、基本的には新株に対する払込があるとは考えにくい。⁽²⁾ そうだとすると、新株主に対する払戻について問題となることは考えられないのではなからうか。つまり、二八〇条ノ一八が直接的に問題となる局面は、そもそもあまり生じないように思われるのである。⁽³⁾

むしろ第四節に述べたとおり、実体上の不存在の場合であっても、具体的にどのような場合に不存在とされるべきかは微妙な問題を残しており、払込があってもなお不存在とされる場合も考えられるかもしれない。この場合は、二八〇条ノ一八の準用ないし類推適用が論じられうる。

② 一方、登記の嘱託の問題に関しては、どうであろうか。この点に関しては、株主総会決議不存在確認の訴えが認められるかどうか議論された当時に、同じく問題とされたところであった。かつてこの問題を検討した坂井芳雄は、不存在の総会決議に基づいてなされた取締役の就任・解任に関する商業登記であっても、これが事実上の影響力を有しうることを指摘している。⁽⁴⁾

「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の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、我々の周囲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つていているものと思われる。株主総会決議不存在確認訴訟として提起される訴も、実は、裁判所の判決をもつて登記を更正する手段として利用したいが為⁽⁵⁾に外ならない。」

さらに坂井は、以上のような事実上の影響力を有する商業登記を是正する手段として、登記抹消請求訴訟、法務局長に対する異議申立、そして不実の登記を受けた取締役による登記抹消申請の可能性を検討する。だが、これらの方法が現実にはいずれも困難であることを指摘し、次のように株主総会決議不存在確認の訴えの必要性を結論づける。⁽⁵⁾

「以上のように、不存在の総会決議にもとずいて、取締役の解任、就任等の登記がなされた場合に、利害関係人により、その登記の抹消を得る適切な法律上の手段が他にないようである。ここに決議の効力自体を争うことを目的とする特殊訴訟を認めて、これにより登記是正の実効を改める必要性が感ぜられる。」

以上の議論を参考にして、新株発行不存在確認の訴えについて考えるとどうなるか。新株発行の実体が不存在であっても、登記の外観の存在する場合はありうる。そして、かりにこのような登記の外観が、事実上の影響力を有するに至ることが危惧されるのであれば、新株発行無効の訴えに留意された登記の嘱託に関する規定の準用ないし類推適用の余地が出てくることになるだろう。最高裁が、新株発行不存在確認の訴えを認めるにつき、とくに登記などの外観が生じている場合を論じたのは、以上のような場合を念頭においていたからなのかもしれない。⁽⁶⁾

(3) 規範上の不存在

① 次に、新株発行の不存在を、規範上の不存在として理解する立場について考える。この場合は、新株に対して払込みがなされている場合も考えられるのであり、二八〇条ノ一八が準用ないし類推適用される可能性はありうる。

② 一方、登記の嘱託に関しては、基本的に第一の場合と同様に考えてよいだろう。とりわけ、規範上の不存在概念を採用した場合、新株発行の実体が伴っていることも想定されるため、より登記の有する影響力を排除すべき必要性は大きいのかもしれない。

二 裁判例の立場

遡及効の場合と同様、新株発行の不存在を確認する判決が出された後の事後処理につき、直接言及した裁判例は見当たらない。

- (1) 寶金敏明〔判批〕判タ八五二号二〇一頁(一九九四)。
- (2) 第四節で説明したところからもわかるように、最高裁が、具体的にどのような場合を新株発行の不存在と考えているかは必ずしも明確ではない。だが、少なくとも新株に対する払込みがなされている場合に、これが実体の伴わない新株発行だとは判断できないであろう(第四節注(5) 名古屋高判六三・三・三二も、払込みが仮装であった事案である)。
- (3) もし発行された株券があるのであれば、それは無効の株券なのであって、受け戻して回収することが必要となろう。
- (4) 坂井芳雄「株主総会決議不存在確認の訴は許されるか(二・完)」判タ七二号三八頁(一九五七)。
- (5) 坂井・前掲注(4)三八〇四一頁。
- (6) 最判平成九・一・二八民集五一巻一号四〇頁。なお、第四節(1)②も参照。