

新株発行無効原因に関する一考察

伊 藤 敦 司

A Study of Nullity of Issuance of New Shares

Atsushi ITO

Abstract

New Corporation Act was formed in 2005, and came into force in 2006. Many issues have appeared in academic circle and in the economic world. I intend to explain a few issues in this thesis, especially issue of nullity of issuance of new shares. On this issue, there are many different court decisions and theories. Then, I survey and examine representative court decisions and theories, especially, in closely small held corporation. This examination is very significant because there are many closely small held corporations in Japan. It is important to take legal security, uniformed disposition and concrete equality into consideration.

Key-words: Corporation Act Issuance of shares/

目次

1. はじめに
2. 新株発行無効の訴え
3. 新株発行無効の訴えの無効原因
4. 東京地裁平成18年10月10日判決
5. むすびにかえて

1. はじめに

平成17年6月29日に会社法（平成17年法律第86号）が成立し、同年7月26日公布され、同18年5月1日から施行された。組織再編対価の柔軟化に関する規定については、会社法の施行から1年後に施行することとされたが（附則4条）、その点も本年5月より施行されることになり、会社法の規定が完全に施行されることになる。このような状況のもと、会社法上の諸制度について、多様な観点からの分析を加えていくことが必要であり、既に多数の論稿が公にされている⁽¹⁾。また、会社法施行後、

多数の裁判例も現れ、会社法前後の適用関係や、従来との異同という観点からの分析も重要となっている。

本稿においては、小規模閉鎖的な会社⁽²⁾における新株発行の無効原因に関する裁判例を題材に、従来形成されてきた理論を概観したうえで、それが維持されるべきか、それとも修正されるべきか、という点に関し若干の考察を加えることを目的とする⁽³⁾。

2. 新株発行無効の訴え

発行された新株は、原則として不特定多数の者に譲渡

されることが予定され（会社法127条参照）、また、拡大された規模での活動を開始する。このため、新株の取得者⁽⁴⁾や拡大した会社と取引関係を有する第三者等、新株（発行）の有効性を前提とする多数の利害関係者が存在するに至る。このため、新株発行に瑕疵が存する場合に、それを一般原則に委ねることは適当ではない。そこで、法的安定性と画一的処理の要請から、新株発行無効の訴えの制度が設けられている（会社法828条1項2号）⁽⁵⁾。改正前商法においても同様の規定が置かれていたが⁽⁶⁾、会社法においては、「第7編雑則第2章訴訟」のなかで、会社組織に関する訴えの一つとして規定されているが、その実質は従来と異なることはない。ただし、会社法においては、新株の発行の手續と自己株式の処分の手続に関する規律を一本化し⁽⁷⁾、「第2編第2章第8節募集株式の発行等」として規定し、そのうちの自己株式の処分に関する瑕疵については、自己株式処分無効の訴えとして別の訴訟として規定し（会社法828条1項3号）、また、新株発行の不存在確認の訴えについての明文規定を新たに設けた⁽⁸⁾⁽⁹⁾（会社法829条1号）。

新株発行無効の訴えの制度により、無効の主張は可及的に制限され、新株発行の無効は、その効力が生じた日から6箇月以内に⁽¹⁰⁾、株主等⁽¹¹⁾が、訴えによるのみ主張することができる（会社法828条1項2号2項2号）。また、無効判決は第三者に対してもその効力を有するとして対世効が認められている（会社法838条）。さらには、無効判決により、新株発行は遡及的に無効となるのではなく将来に向かって無効となる（会社法839条）⁽¹²⁾。

3. 新株発行無効の訴えの無効原因

(1) 総説

以上のように、新株発行をめぐる利益状況に鑑み、法は無効の訴えの制度を設け法的安定性および画一的処理の要請に応じているが、無効原因については明文の規定をおかず、解釈に委ねている。一般的には、新株発行を無効とすることによって守られる会社・株主の利益と、新株発行の有効性を信頼した新株の取得者や拡大された規模の会社と取引した第三者の利益とを衡量し、限定的に解釈される。

(2) 無効原因として異論無きもの

重大な法令・定款違反であり、無効原因として異論無きものの代表例として以下のものがある。

- ① 定款所定の発行可能株式総数（会社法37条、113条）を超えた新株発行⁽¹³⁾
 - ② 定款に定めのない種類株式（会社法108条1項2項）の発行
 - ③ 譲渡制限株式会社である募集株式の発行に必要な株主総会決議（会社法199条2項、204条2項）・種類株主総会決議（会社法199条4項、322条1項4号）を欠く発行⁽¹⁴⁾
 - ④ 譲渡制限株式につき株主の募集株式の割当を受ける権利（会社法202条2項）を無視した発行⁽¹⁵⁾
- (3) 無効原因として争いの存するもの

これに対し、無効原因となるか否かについて、争いの存するものとして以下のものがある⁽¹⁶⁾。

- ① 取締役会設置会社において必要な取締役会決議（会社法201条1項）を欠く場合
- ② 有利発行において必要な株主総会特別決議（会社法201条1項、199条2項）を欠く場合
- ③ 新株発行の差止仮処分命令を無視してなされた場合
- ④ 必要な募集事項の通知・公告（会社法201条3項4項）を欠く場合
- ⑤ 著しく不公正な方法による発行がなされた場合

これらのうち、①および②の必要な決議を欠く場合については、現在、無効原因とならないと解する立場が支配的である。①に関する最判昭和36年3月31日⁽¹⁷⁾は以下のように判示する。すなわち、「改正商法（株式会社法）はいわゆる授權資本制度を採用し、会社成立後の株式の発行を定款変更の一場合とせず、新株発行の効力発生のためには、発行決定株式総数の引受及び払込を必要とせず、払込期日までに引受及び払込のあった部分だけで有効に新株の発行をなし得るものとしている（第280条ノ9）等の点から考えると改正法にあっては、新株の発行は株式会社の組織に関することとはいえ、むしろこれを会社の業務執行に準ずるものとして取り扱っているものと解するのが相当であり、また、「取締役会の決議は会社内部の意思決定であって、株式申込人には右決議の存否は容易に知り得べからざるものである」とする⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾。②に関する最判昭和46年7月16日⁽²⁰⁾は、「株式会社の代

表取締役が新株を発行した場合には、右株式が株主総会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っても、その瑕疵は新株発行の無効原因とはならないものと解すべき」として、その際、最判昭和41年10月8日⁽²¹⁾を引用する。41年判決は、「新株発行は、むしろ、会社の業務執行に準ずるものとして、取り扱っているものと解するのを相当とすべく、右株主総会の特別決議の要件も、取締役会の権限行使についての内部的要件であって、取締役会の決議に基づき代表権を有する取締役により既に発行された新株の効力については、会社内部の手續の欠缺を理由にその効力を否定するよりは右新株の取得者および会社債権者の保護等の外部取引の安全に重点を置いてこれを決するのが妥当である」として、その際には、先に指摘した、最判昭和36年3月31日を引用する⁽²²⁾。

これに対し、③の新株発行の差止仮処分命令を無視してなされた場合については、対立がみられる。最判平成5年12月16日⁽²³⁾は、以下のように判示し、無効原因とする。すなわち、「280条ノ10に規定する新株発行差止請求の制度は会社が法令若しくは定款に違反し、又は著しく不公正な方法によって新株を発行することにより従来株主が不利益を受けるおそれがある場合に、右新株の発行を差し止めることによって、株主の利益の保護を図る趣旨で設けられたものであり、同法280条ノ3ノ2は、新株発行差止請求の制度の実効性を担保するため、払込期日の二週間前に新株の発行に関する事項を公告し、又は株主に通知することを会社に義務付け、もって株主に新株発行差止の仮処分を得る機会を与えていると解されるのであるから、この仮処分命令に違反したことが新株発行の効力に影響がないとすれば、差止請求権を株主の権利として特に認め、しかも仮処分命令を得る機会を株主に与えることによって差止請求権の実効性を担保しようとした法の趣旨が没却されてしまう」とし、無効原因であるとする。この判例の見解を支持する立場に対し、無効原因としない有効説も有力に主張される。有効説は、取引の安全や法律関係の安定といった理由の他、新株発行の仮処分は、会社に対し債権者である株主との関係において不作為義務を設定するにすぎず、会社の新株発行権限を対世的に制約するものではないといった点を強調

する⁽²⁴⁾。また、原則として無効原因と解しつつ、差止理由無き点を会社側が証明する限り新株発行の無効は回避されるとする折衷的な見解もみられる⁽²⁵⁾。

必要な募集事項の通知・公告（会社法201条3項4項）を欠く場合についても、無効説・有効説・折衷説の対立が存するが⁽²⁶⁾、最判平成9年1月28日⁽²⁷⁾は、折衷説をとることを明らかにした⁽²⁸⁾。本件においては、（一）新株発行に関する事項について改正前商法280条ノ3ノ2に定める公告又は通知がされておらず、（二）新株発行を決議した取締役会について、取締役の一人に招集の通知（同法259条ノ2）がされておらず、（三）代表取締役が来る株主総会における自己の支配権を確立するためにしたものであると認められ、（四）新株を引受けた者が真実の出資をしたとはいえず、資本の実質的な充実を欠いているものであった。最高裁は、「新株発行に関する事項の公示（同法280条ノ3ノ2に定める公告又は通知）は、株主が新株発行差止請求権（同法280条ノ10）を行使する機会を保障することを目的として会社に義務付けられたものであるから（最高裁平成元年（オ）第666号同5年12月16日第一小法廷判決・民集47巻10号5423頁参照）、新株発行に関する事項の公示を欠くことは、新株発行差止請求をしたとしても差止め的事由がないためにこれが許容されないと認められる場合でない限り、新株発行の無効原因となると解するのが相当であり、右（三）及び（四）の点に照らせば、本件において新株発行差止請求の事由がないとはいえないから、結局、本件の新株発行には、右の（一）の点で無効原因がある」とした。すなわち、公示欠缺を原則と無効原因としつつ、差止事由の不存在を会社側が立証できた場合には無効原因とはならないものとした。

⑥の著しく不公正な方法による発行がなされた場合については、次に掲げる事例の後にとりあげる。

4. 東京地裁平成18年10月10日判決⁽²⁹⁾

（1）事実の概要

被告Y株式会社（平成3年9月17日設立のジーコードに関連する機械、ソフトウェア等の販売等を営む会社。以下、Y）の発行済株式総数は2000株であったが、このうち、原告X（日本に営業拠点を持たない法人であり、

代表者をAとする)が1600株(80パーセント)を、被告Y代表者Nが400株(20パーセント)を、それぞれ保有していた。被告Yは、平成16年7月6日、取締役会を開催し、普通株式1500株を、1株5万2000円で、C株式会社⁽³⁰⁾に1440株、K・M・T⁽³¹⁾にそれぞれ20株発行する旨決議した。上記、Cら4名は払込期日(7月30日)に新株の全額についての払込を完了し、同年8月2日付けで、発行済株式総数を3500株に、資本の額を1億7800万円に、それぞれ変更した旨の登記を経由した。なお、被告Yの定款には、「当会社の公告は官報に掲載してする」旨の規定があり、被告は、本件新株発行につき、同年7月15日、官報による公告を行った。

本件新株発行以前、Nの有していた被告株式数は400株であって、被告の発行済株式総数に占める割合は20パーセントであったが、本件新株発行の後、被告の発行済株式総数に占めるN、C、K、MおよびTの保有する被告株式の割合は、約54.3パーセントとなった。一方、本件新株発行により、被告の発行済株式総数に対する原告の有する被告株式の割合は、80パーセントから約45.7パーセントに低下した。

この新株発行に対し、原告は、本件新株発行が、資金調達の合理的必要性が全く存しないなかで、Nによる被告会社支配のためになされた著しく不公正な方法によるものとして新株発行差止請求が認められる事案であるにもかかわらず、通知公告義務に実質的に違反しており⁽³²⁾、原告の新株発行差止請求権を侵害する方法によるものであり、また、取引安全を考慮する必要がなく⁽³³⁾、公序良俗にも違反するものである⁽³⁴⁾と主張して、当該新株発行を無効とするよう求めた。

これに対し、被告は、上記新株発行は、著しく不公正な方法によるものではなく⁽³⁵⁾、通知公告義務に違反するものでもなく⁽³⁶⁾、取引安全を考慮する必要もあり⁽³⁷⁾、公序良俗にも違反しないと主張する。

(2) 裁判所の判断

本件における争点として、

- (1) 本件新株発行が、著しく不公正な方法によるものに該当するか
- (2) 被告の株主構成その他原告主張の事情に照らして、

本件新株発行が通知公告義務に違反したものと認めるか

- (3) 新株発行無効原因の判断にあたって取引の安全を考慮すべきか。また、本件新株発行において取引の安全を考慮すべき事情が認められるか
- (4) 原告が公序良俗として主張する事実が、本件新株を無効とすべき事情に該当するか。また、本件新株発行において原告の主張する事実が認められるかと指摘したうえで、以下のとおり判示した⁽³⁸⁾。

「新株発行は、株式会社を代表する権限のある代表取締役が新株を発行した以上、新株が著しく不公正な方法により発行された場合であっても、有効であり、発行された新株がその会社の取締役の地位にある者によって引き受けられ、その者が現に保有していることやあるいは新株を発行した会社が小規模で閉鎖的な会社であることなどの事情は上記結論に影響を及ぼすものではない。ただし、新株の発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性があることにかんがみれば、その効力を画一的に判断する必要があり、上記のような事情の有無によってそれを個々の事案ごとに判断することは相当でないからである(最高裁平成2年(オ)第391号同6年7月14日第一小法廷判決・裁判集民事172号771頁参照)。

一方、新株発行に関する公示(旧商法280条ノ3ノ2に定める公告又は通知)は、株主が新株発行差止請求権(同280条ノ10)を行使する機会を保障することを目的として会社に義務づけられたものであるから、新株発行に関する事項の公示を欠くことは、新株発行差止請求をしたとしても差止め事由がないためにこれが許容されないと認められる場合でない限り、新株発行の無効原因となると解するのが相当である(最高裁平成5年(オ)第317号同9年1月28日第三小法廷判決・民集51巻1号71頁参照)。

以上のとおり、本件新株発行が新株発行に関する事項の公示を欠く場合でない限り、著しく不公正な方法によるものであっても新株発行の無効原因とはならないものであるから、まず、本件新株発行が上記公示を欠くか否か(争点(2))について判断することとする」としたうえで、争点(2)について以下のとおり判示する。

「旧商法は、新株発行事項につき、公告又は株主に通知すべきこと、公告は官報又は時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙に掲げる方法によること、会社が公告をなす方法につき定款で定めるべきことを規定している（同法280条ノ3ノ2、166条1項9号、5項）。

被告は、本件新株発行につき、定款の規定に従い官報によって公告しているのであるから、旧商法280条ノ3ノ2に違反するものとは認められない。

なお、同条は、新株を発行する株式会社の規模、株式譲渡を制限する定款の規定の有無等を問わず、公告又は株主に対する通知のいずれかの方法をも認めていることからすると、原告が日本に営業拠点を持たないために公告内容を了知することが事実上不可能であるか否かは上記判断を左右する事情とは認められない。

したがって、通知公告義務違反に関する原告の主張は失当であって理由がない。」

なお、争点（1）については、「原告に通知公告義務違反が認められないから、本件新株発行が著しく不正な方法によるか否かは、本件新株発行の無効原因の存否の判断に影響を与えるものではない」とし、争点（3）についても、「上記のとおり、新株の発行の効力は画一的に判断する必要があるのであるから、原告の主張する事情は、新株発行の無効原因には該当しないものと解すべきである」とし、いずれの主張も退けた。

（3）検討

本判決は、最判平成6年7月14日⁽³⁹⁾を引用し、著しく不正な方法⁽⁴⁰⁾により発行された場合であっても、有効であり、発行された新株がその会社の取締役の地位にある者によって引き受けられ、その者が現に保有していることや、あるいは新株を発行した会社が小規模で閉鎖的な会社であることなどの事情は上記結論に影響を及ぼすものではないとしており、従来の考え方に従ったものといえる。学説も取引安全の要請から無効原因とはならないとする立場が多数を占める⁽⁴¹⁾。これに対し、当初の株式引受人や悪意の株式保有者の手もとに新株がある場合には、取引の安全を考慮する必要がないため、無効とすることができるとする折衷的な見解も存する⁽⁴²⁾。また、公示欠缺という主張に対する、「公告又は株主に対

する通知のいずれかの方法をも認めている」との判示も、会社が任意に選択し得る以上は形式的には正当なものといえよう⁽⁴³⁾。

最高裁の判例理論や支配的な学説のもとにおいては、以下のような傾向を読み取ることができる。すなわち、無効原因か否かが問題となる上記のケースについて、既存株主に新株発行差止請求権行使の機会が保障されていたか否かを実質的に判断して、結論を導いている。公示欠缺の場合は新株発行差止請求権の機会が確保されておらず、また、差止仮処分命令を無視してなされた場合は、株主の正当な差止請求権行使に対し、仮処分命令とはいえ公権的な判断がなされたにもかかわらず、それが無視され、株主の差止請求権が実質的に機能しなかった場合である。これに対し、必要な決議を欠く場合や、著しく不正な方法による場合については、公示に基づく差止請求権行使の機会が株主には保障されており、その意味では、既存株主の利益よりも取引安全が重視されるべき場合といえ、有効と評価されることとなった。このような基本的な枠組みは肯定されるべきものといえよう。新株の効力発生後においては、新株の取得者や拡大した会社と取引関係を有する第三者等、新株（発行）の有効性を前提とする多数の利害関係者の利益に鑑みた場合には、訴えの制度による主張の可及的制限に加え、無効原因の限定的解釈がなされるべきである。他方、このように効力発生後における無効主張の限定という点に鑑みると、効力発生前の株主にとって唯一ともいべき手段である差止請求権は最大限尊重されるべきであり、逆に、それが保障されていた限りにおいては、効力発生後においては、差止請求権を行使しなかった株主よりも、取引の安全が重視され、新株を有効とすることが正当化され、株主は関係者への責任追及で満足すべきといえよう。このような観点から、上記の最高裁判決をはじめとした判例・学説の一般的な傾向は肯定されるべきともいえるが、特に判例においてみられる形式的にすぎる判断には疑問を感ずる。特に、著しく不正な方法が問題となるケースの多くは、本判決も含め、小規模閉鎖的な会社におけるものであり、発行された新株の流通は予定されず、引受人の手もとに実質的にとどまっており、不正な状態が継続している。このような点を認識しながら、画一的

に結論を導くことには疑問を感ぜざるを得ない。たしかに、この点に関し判例は、「新株の発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性がある」という点を強調するが、小規模閉鎖的な会社においてこのようなことが一般的に当てはまるのであろうか⁽⁴⁴⁾。

本件においても、被告Y株式会社の規模・株主構成・取引状況等や本件新株の引受人と被告およびその代表者との関係等を実質的に考慮すべきであったのではなからうか。また、公示がなされたかという点に関しても、たしかに形式的には充たしているであろうが、被告会社の株主構成や原告の置かれた状況に鑑みた場合に、上述のように重要な機能を有する公示が存し、差止請求権が保障されたとは到底評価できないように思われる。このような状況においても、「会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係」が果たして保護されるべきといえるのであろうか。

5. むすびにかえて

会社法制定に際し、有限会社制度は廃止され、株式会社と有限会社は株式会社に一本化された。このため、会社法における株式会社のなかには、大企業から中小・零細企業に至るまで、多様な会社が存することになる。もちろん、株式会社である以上、統一的な規制に服する部分が多数あるが、他方、それぞれの会社規模や特色に沿った柔軟な規制により効率的に規制することが求められている。このような観点に鑑みた場合、上述のように無効原因の解釈においても画一的な判断を及ぼすことは適当でなく、会社規模や特色に沿った柔軟な対応が求められていくべきであろう。このことは、無効原因の解釈にとどまらず、従来、理念型としての株式会社を前提に形成されてきた理論等に再検証を加える必要が存する場合も少なくないであろう⁽⁴⁵⁾。

[注]

(1) 会社法に関する論稿は多数存するが、ここでは立法担当者によるものとして、相澤哲・郡谷大輔「会社法制の現代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方（新会社法解説

(1))」商事法務1737号11頁以下、相澤哲・岩崎友彦「会社法総則・株式会社の設立（新会社法解説(2))」同1738号4頁以下、同「株式（総則・株主名簿・株式の譲渡等）（新会社法解説(3))」同1739号35頁以下、相澤哲・豊田祐子「株式（株式会社による自己の株式の取得）（新会社法解説(4))」同1740号43頁以下、同「株式（株式の併合等・単元株式数・募集株式の発行等・株券・雑則）（新会社法解説(5))」同1741号15頁以下、同「新株予約権（新会社法解説(6))」同1742号17頁以下、相澤哲・細川充「株主総会等（新会社法解説(7))」同1743号18頁以下、相澤哲・石井裕介「株主総会以外の機関（上）（新会社法解説(8))」同1744号87頁以下、同「同（下）（新会社法解説(9))」同1745号13頁以下、相澤哲・岩崎友彦「株式会社の計算等（新会社法解説(10))」同1746号26頁以下、相澤哲・郡谷大輔「定款変更、事業の譲渡等、解散・清算（新会社法解説(11))」同1747号4頁以下、同「持分会社（新会社法解説(12))」同1748号11頁、相澤哲・葉玉匡美「社債（新会社法解説(13))」同1751号13頁以下、相澤哲・細川充「組織再編行為〔上〕（新会社法解説(14))」同1752号4頁以下、同「同〔下〕（新会社法解説(15))」同1753号37頁以下、相澤哲・葉玉匡美「外国会社・雑則〔上〕（新会社法解説(16))」同1754号96頁以下、相澤哲・葉玉匡美・湯川毅「雑則〔下〕（新会社法解説(17・完))」同1755号4頁以下、澤哲編著『一問一答新会社法』、等がある。また、特に中小企業関係に関しては、郡谷大輔編著『中小会社・有限会社の新・会社法』がある。

(2) 会社法概念としては、大会社ではない（中小会社）非公開会社ということになる。会社法は、その成立にあたり、有限会社法を廃止し、有限会社を株式会社に取り込んだが、そのような背景のもと、株式会社を、株式譲渡制限の有無（会社法における「公開」の有無）および会社の規模（大会社と中小会社）の観点から4区分とし、それぞれの実情に応じた規制を行い、無用な規制を排除し、また会社の実情に即した効率的な規制を課している。ただし、「公開会社」（会社法2条5号）に関しては、その内容に問題が存すると思われる。すなわち、その定義によるならば、一部でも譲渡制限の付されていない株式が存する場合には、会社法上は「公開会社」ということになり、一般的に用いられる公開会社の概念とは明らかに異なるものがそこに含まれることになる。そこで、本稿においては、従来から一般的に用いられている「閉鎖（的）会社」という用語を用いていくこととする。

(3) 本来、小規模閉鎖的な会社の特質を反映させながら、そこで生じうる問題点等を総合的に分析すべきことが求められるが、本稿においては、新株発行の無効原因という点に関する分析にとどめ、総合的研究は別稿に委ねることとする。

(4) ここにおける新株の取得者とは、会社から新株の発行を受

- けた直接の取得者だけでなく、譲渡等により株式を取得した者も含むことになる。
- (5) 新株発行無効の訴えの沿革に関しては、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(7)』339頁以下(近藤弘二執筆)参照。
- (6) 改正前商法280条ノ15は、以下のように規定していた。「新株発行ノ無効ハ発行ノ日ヨリ六月内ニ訴ヲ以テノミ之ヲ主張スルコトヲ得
前項ノ訴ハ株主、取締役、又ハ監査役ニ限り之ヲ提起スルコトヲ得」
- (7) 改正前商法において、自己株式の処分に関する手続は、新株発行の手続に関する規定の多くを準用する形で規律されていたが、両手続を別異に規律する必要性はなく、会社法の下では規律を一本化した。すなわち、両行為は、会社が株式の引受を募集し、引き受けた者からの金銭等の払込みを受けて、株式を交付するという点で同一な面がみられるため、両者を別異に規定する必要が存しないためである(相澤・豊田・前掲注(1)商事法務1741号19頁)。
- (8) 同様の確認の訴えは自己株式の処分および新株予約権の発行についても規定された(会社法829条2号3号)。
- (9) 新株発行不存在の確認の訴えについては、従来から判例(最判平成9年1月28日民集51巻1号40頁)・学説上認められてきていたが、その訴えの手続や効力について明らかではなかったため、会社法により明文化された(新設の経緯につき、相澤・葉玉・前掲注(1)商事法務1754号101頁)。上記最判は、新株発行不存在確認の訴えにつき以下のように判示した。「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が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もいうことができるから、新株発行の不存在についても、新株発行に無効原因がある場合と同様に、対世効のある判決をもってこれを確認する必要がある。したがって、商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行無効の訴えに準じて新株発行不存在確認の訴えを肯定する余地がある」。
- (10) 非公開会社において、この期間は1年とされている(会社法828条1項2号かっこ書き)。非公開会社においては、株主の持株比率が重要な意味をもち、その利益を保護する必要があり、募集事項の決定は株主総会決議事項とされている(会社法199条1項2項等)。ところが、この決議を経ずに新株発行がなされた場合には、株主は次の定時総会の開催までその事実を知る機会ほとんどなく、提訴期間を6箇月間とすると、その期間を徒過してしまうおそれがある。
- そこで、そのような場合における無効主張の機会を保障するために、株主総会を年1回開催しなければならない点をふまえ、非公開会社については提訴期間を1年間に延長している。
- (11) 株主、取締役又は清算人(監査役設置会社にあつては株主、取締役、監査役又は清算人、委員会設置会社にあつては株主、取締役、執行役又は清算人)のことをいう(会社法828条1項1号参照)。
- (12) 会社法は、従来、疑義のあった新株発行が無効とされた場合において会社が金銭を支払うべき相手方や、現物出資者に返還すべきものを明確にした(会社840条1項)
- (13) 東京地判昭和31年6月13日下民集7巻6号1550頁。
- (14) 江頭憲治郎『株式会社法』687頁。
- (15) 無視の程度により別異に処理していくべきか否かという点に関し、江頭・前掲注(14)689頁参照。なお、東京高判平成12年8月7日判タ1042号234頁。
- (16) ここでは代表的なものを指摘するにとどめる。詳細に関しては、近藤・前掲注(5)342頁以下参照。
- (17) 民集15巻3号645頁。
- (18) 改正商法とは、授權資本制度を採用した昭和25年改正を意味し、判決文中の条文は、以下も含め会社法成立前のものである。
- (19) 学説も、有効説が支配的である(江頭・前掲注(14)689頁、前田庸『会社法入門〔第11版〕』293頁、近藤・前掲注(5)350頁等)。これに対し、無効説は、新株発行が会社の人的・物的組織を拡大する組織法上の行為である点を強調し、取締役会決議は新株発行の効力要件であり、これを欠けば無効とすべきであり、他方、取引の安全は訴えの制度による主張制限や無効判決の効力制限によってある程度図れるとする(田中誠二『三全訂会社法詳論下巻』1009頁、大隅健一郎=今井宏『会社法論〔第三版〕(中)』664頁等)。また、当初の株式引受人や悪意の株式保有者の手もとに新株がある場合には無効とすることができるとする折衷的な見解も存する(鈴木竹雄「新株発行の差止と無効」商法研究233頁、北沢正啓『会社法〔第六版〕』542頁)。なお、この立場は、その株式について、処分禁止の仮処分を求め得るとする。
- (20) 判時641号97頁、判タ266号177頁。
- (21) 民集19巻7号1745頁。なお、この事例は、株主以外の者に新株引受権を付与するにあたり株主総会特別決議が要求されていた昭和41年改正前商法のもとの事例である。
- (22) 学説は、この点についても有効とする立場が多数である(江頭・前掲注(14)689頁、前田・前掲注(19)293頁、近藤・前掲注(5)353頁等)。これに対し、無効とする立場も一部有力に主張される(たとえば、宮島司教授は、「現行株式会社制度における機関権限分配の法理(株主総会や取締役会の決定は代表取締役が具体的行為をなす場合の単なる動機ではない)、新株発行法制(通常の新株発行

はもとより、有利発行についてはより強い理由で人的・物的組織の拡大といえるし、法律行為としての新株発行に不可欠の意思表示を考えると)からすれば無効説に立たざるを得ない」と主張される(宮島・会社判例百選〔第六判〕139頁)。なお、株主以外の者に新株引受権を付与する場合に株主総会特別決議を要していた昭和41年改正前の規定に対し、同年改正により、第三者に対し特に有利な価額で発行する場合に限り株主総会が要することとされ、同時に、この特別決議があった場合を除き、その新株発行の公告または通知が求められたため(280条ノ3ノ2)、この公告または通知と関連させて議論されるようになった。

- (23) 民集47巻10号5423頁。
- (24) 武藤春光「新株発行の差止の仮処分」判例タイムズ86頁、新堂幸司「仮処分」経営法学全集19巻経営訴訟142頁。多数意見に対する2名の裁判官による反対意見は、「本来仮処分命令は疎明によって発せられる暫定的裁判であり、そのような裁判につき多数意見の説示するような強力な効力を認めることは、そのように解するに足る明確な法令の定めをまって、はじめてなし得るところ、多数意見の挙示する商法280条ノ10及び280条ノ3ノ2を新株発行差止仮処分命令の効力まで論及した規定ということができないことは、その文言から明らかである」とする。また、江頭教授も、「判例の見解に従えば、仮処分命令に会社の募集株式の発行等の権限を制約する効果があると解することになるが、わが国の法制上、仮処分命令そのものにそのような効果を認めることは極めて異例である」と指摘される(江頭・前掲注(14)685頁)。
- (25) 大隈=今井・前掲注(19)630頁。
- (26) 裁判例としては、無効原因とするものとして、東京地判昭和45年3月17日下民集21巻3=4号424頁、大阪地判昭和48年11月21日判時736号92頁、株主が新株発行差止請求をしても認められないことを会社が立証した場合には、公示義務違反は無効原因とならないとするものとして、名古屋地判昭和50年6月10日判時792号84号、大阪高判昭和55年11月5日判タ444号146頁。これに対し、無効原因とはならないとするものとしては、東京高判平成7年10月25日判時1639号127頁がある。学説は、無効原因とする立場(田中・前掲注(19)1010頁、関俊彦『〔新版〕会社法概論』449-450頁等)、無効原因とはならないとする立場(河本一郎『現代会社法〔新訂第七版〕』269頁、神崎克郎『商法〔第3版〕』347-348頁等)の対立のなか、判例と同様の折衷説をとるものが多い(鈴木・前掲注(19)235頁、前田・前掲注(19)293頁、江頭・前掲注(14)688頁等)。また、公示欠缺が問題となるのは、閉鎖的な同族会社等において株主間に内部的な勢力争いが生じているケースが多いことから、公示欠缺という手続的瑕疵という面ではなく、違法または著しく不正な方法による新株発行であるかどうかという実質面に着目すべきとして、公示欠缺自体は無効原因とはならないとする立場もみられる(北沢・前掲注(19)544頁、吉本健一「新株発行による既存株主の利益保護とその救済」阪大法学149=150号192-193頁、山下友信・会社判例百選(第五版)155頁等)。

- (27) 民集51巻1号71頁。
- (28) 最判平成10年7月17日判時1653頁も同様な判断を示した。
- (29) 金商判1253号9頁。
- (30) C株式会社は、本店所在地が被告Yと同一であり、かつ、被告代表者Nが代表取締役を務めている。
- (31) TおよびMは、いずれも被告Yの従業員であり、かつ、C株式会社の取締役に就任している。また、TとKは、Nが代表取締役を務めるD株式会社の取締役に就任しており、Mは同社の監査役に就任している。さらに、KとMは、被告Yと本店所在地を同一にし、かつ、いずれもNが代表取締役を務めるE株式会社およびF株式会社の取締役に就任しており、Tは同社の監査役に就任している。
- (32) 被告Yの株主は原告とNの2名しかいないこと、原告が日本になら営業拠点を持っておらず、原告が官報公告を了知することは事実上不可能であること、被告Yもかかる事情を十分認識していたことからすると、原告に対して直接通知をすべきであった。被告Yが取って公告という方法を選んだのは、原告が新株発行の事実を知って差止請求権を行使することのないよう、形式的に改正前商法280条ノ3ノ2の要件を整えるためのものであって、同条の課す通知公告の義務を果たしたとはいえないと主張した。
- (33) 被告Yの取引先は、本件新株発行以前から取引関係に入っていた者であるから、本件新株発行が無効となることにより取引の安全を害される第三者にはあたらないと主張した。
- (34) 次注で指摘する土地建物の譲受に関し、譲渡人と被告YおよびNら関係者との特殊な関係から、当該取引の不当性、さらには新株発行の不当性を主張するが、本論稿と直接関係するものではなく、詳細については割愛する。
- (35) 本件新株発行の目的は、賃借していた本店所在地の土地建物の購入資金を調達することにあるから、著しく不正な方法による発行には該当しないと主張した。なお、裁判所の認定した事実によると、当該土地建物は平成16年9月10日に被告Yに譲渡されている。
- (36) 本件新株発行に関し、公告を行っている以上、通知公告義務に違反したものではないと主張した。
- (37) 「新株発行の効力の問題は、株主との利害関係だけでなく、会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性がある以上、その発行の時点において一体的かつ画一的にされることが要請される。発行された新株がどのような状態にあるか、あるいは、引受人等の善意悪意如何によって、その効力を個別事案毎に判断するものとするれば、法律関係をいたずらに錯綜させることになり相当でない。
- また、新株引受金が既に本件不動産の購入資金として全

額使用されているほか、本件不動産につき被告を債務者とした根抵当権が設定されており、既に本件新株発行がなされたことを前提として複数の法律関係が生じているから、取引の安全を考慮する必要がある。」

(38) 争点(4)については、上記のとおり、本稿と直接関係ないため、割愛する。なお、裁判所は、「上記のとおり、新株の発行の効力は画一的に判断する必要があるのであることからすれば、当該発行に関する発行の意図等の事情は、新株発行の無効原因には該当しないものと解すべきであるから、原告の主張は失当である」として退けている。ただし、「当該発行に関する発行の意図等の事情は、新株発行の無効原因には該当しない」との主張は、一般的には正当であるとしても、後に指摘するように、特に非公開会社などにおいて、取締役等が引受人と通じて行い、その株式が流通していないような場合については別異に解すべきであるように思われる。もっとも、新株発行自体の意図等と、それによって調達された資金の使用目的は、分けて考えるべきであり、後者が新株発行の効力に影響を与えないことは当然である。

(39) 「新株の発行は株式会社の組織に関することとはいえ、会社の業務執行に準じて取り扱われるものであるから、右会社を代表する権限のある代表取締役が新株を発行した以上、たとい、新株発行に関する有効な取締役の決議がなくても、右新株の発行が有効であることは、当裁判所の判例(最高裁昭和32年(オ)第79号同36年3月31日第二小法廷判決・民集15巻3号645頁)の示すところである。この理は、新株が著しく不公正な方法により発行された場合であっても、異なるところがないものというべきである。また、発行された新株がその会社の取締役の地位にある者によって引き受けられ、その者が現に保有していること、あるいは新株を発行した会社が小規模で閉鎖的な会社であることなど、原判示の事情は右の結論に影響を及ぼすものではない。けだし、新株の発行が会社と取引関係に立つ第三者を含めて広い範囲の法律関係に影響を及ぼす可能性があることにかんがみれば、その効力を画一的に判断する必要があり、上記のような事情の有無によってそれを個々の事案ごとに判断することは相当でないからである。」

(40) どのような場合が「著しく不公正な方法」にあたるかは困難な問題であり、敵対的な買収や会社内部における株主間の支配権の争いに際してなされる第三者割当において問題となる。この点に関しては、拙稿「会社支配権争奪時における第三者割当増資に関する一考察(1)」杏林社会科学21巻4号36頁参照。

(41) 大隈=今井・前掲注(19)664頁、近藤・前掲注(5)347頁、江頭・前掲注(14)690頁等。無効説としては、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(7)』146頁(森本滋執筆)。また、北沢博士は、株主保護を強調し、発行方法の著しい不公正自体を無効原因としつつ、取

締役が自己またはその関係者に対して発行した新株が引受人の手を離れ、不公正な状態が消滅すれば、その株式については無効原因が治癒されると指摘される(北沢・前掲注(19)544-545頁)。

(42) 鈴木・前掲注(19)233頁、吉本・前掲注(26)193頁等。

(43) 森本・前掲注(41)142-143頁。

(44) 江頭教授は「有限会社の資本増加の手続が適用されることになった会社法の下における全株式譲渡制限会社の募集株式の発行等の無効事由は、従前の株式会社ほど限定的に解する必要はない」と指摘される(江頭・前掲注(14)687頁)。

(45) このような視点からの考察の一部成果として、拙稿「新会社法に関する一考察(1)」杏林社会科学22巻4号26頁参照。