九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

民事手続判例研究

酒井, 博行
九州大学大学院法学府

https://doi.org/10.15017/3866

出版情報：法政研究. 70 (3), pp.213-227, 2003-12-18. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

一　新株発行不存在確認の訴えの認められる場合

二　新株発行不存在確認の訴えの出訴期間

（最高裁判所平成一二年（受）第四六九号、新株発行不存在確認請求事件、平成一五年三月二七日第一小法廷判決、破棄差戻、民集五七巻三号三一二頁、裁判所時報一三三六号九頁、判例時報一八二〇号一四五頁、判例タイムズ一一二〇号八四頁、金融法務事情一六八六号一二七頁）

酒井博行

【事実の概要】

Y社（被告・被控訴人・被上告人）は、昭和二五年にAが中心となって設立された株式会社である。Aは、Yの設立以来、その株主であり、かつ、代表取締役であった。

Yは、平成元年八月一二日の取締役会で、額面株式三万株の新株を発行し、払込期日を同月二九日とする旨決議し、B（Aの長男）・C（Bの妻）が新株を引き受けて右期日に払込をなしたとして、発行済株式総数が一五万株から一八万株に変更された旨の登記を受けている。さらに、Yは、平成二年九月三〇日の取締役会で、額面株式七万株の新株を発行し、払込期日を同年一一月七日とする旨決議し、B・Cが新株を引き受けて右期日に払込をなしたとして、発行済株式総数が一八万株から二五万株に変更された旨の登記を受けている。

Aは上記二回のYの新株発行について、取締役会が現実には開催されていないこと、平取締役にすぎないB・Cが勝手にしたものであること等の理由を挙げ、新株発行が法的評価において不存在であるとして、平成四年、本件訴えを提起した。Aは第一審係属中に死亡し、X_1（Aの長女）、X_2（Aの次女）がAの株式を相続して訴訟を承継した。

第一審（徳島地判平成一〇年一〇月一三日・高民集五三巻一号一二頁参照）は、本件新株発行について、払込期日に払込金が指定の銀行に支払われ、それに基づき変更登記がなされていること、本件新株発行以前からAがYの経営をBに任せるようになっていて、本件新株発行手続終了後間もない頃に新株発行の事実を知った後も特に異議を述べなかったが、平成四年六月頃より突然Bに対し本件新株発行について異議を申し立てるようになったこと等の事実を

認定した上で、本件新株発行は物理的にも法的評価においても不存在とはいえないとして、請求を棄却した。

X_1、X_2は控訴したが、控訴審（高松高判平成一二年一月二〇日・高民集五三巻一号一頁）は、「商法は、…瑕疵のある新株発行について、これを形成的に無効とする特別の訴えを創設しているが、…新株発行不存在確認の訴えについては何ら規定していない。しかしながら、…そもそも新株は発行されていない、すなわち不存在であるにもかかわらず、新株発行の登記…がされているなど、あたかも新株発行がされているかのような何らかの外観が生じていることがあり得るのであって、このような外観がある場合には、新株発行の不存在を主張する者が、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その不存在の確認を得る必要があることを否定することができないから、商法の明文の規定を欠いてはいるが、新株発行の不存在についても、新株発行無効の訴えに準じて、その旨の確認の訴えを肯定するのが相当である。そして、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うべきである（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うべきである。）」と判示し、第一審判決を取り消し、出訴期間経過を理由に本件訴えを却下した。これに対して、X_1が上告受理申立てをなし、上告が受理された。

【判旨】 破棄差戻

「新株発行不存在確認の訴えについては、商法に何ら規定がないが、新株発行の実体がないのに新株発行の登記がされているなどその外観が存する場合には、新株発行が無効である場合と同様に、対世効のある判決をもって新株発行の不存在を確定し、不実の外観を除去する必要があると認められるから、商法二八〇条ノ一五以下に規定されてい

る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べきである…。そして、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新株発行不存在確認の訴えを認めるのであるから、同訴えについては、その性質に反しない限り新株発行無効の訴えに関する規定を類推適用するのが相当である。

しかし、新株発行無効の訴えの出訴期間に関する規定については、これを類推適用すべきでなく、新株発行不存在確認の訴えに出訴期間の制限はないものと解するのが相当である。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いつでも主張することができるから、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間を制限しても、同期間の経過により新株発行の存否が終局的に確定することにはならないのであり、新株発行の効力を早期に確定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というべきだからである。」

【評釈】 判旨に賛成

一　はじめに

株式会社における新株の発行に瑕疵が存在する場合、利害関係を有する株主等が当該新株発行の瑕疵を是正する手段として、新株発行の効力発生前には新株発行の差止（商二八〇条ノ一〇）、効力発生後には新株発行無効の訴え（商二八〇条ノ一五以下）が認められる。ところが、実務においてはしばしば「新株発行不存在確認の訴え」が提起されることがある。この訴えについては、明文規定がないため、その性質、訴訟要件、判決の効力等については従来必ずしも明らかではなかった。本判決は、最高裁として初めて新株発行不存在確認の訴えを正面から肯定し、かつ、この訴えに関する重要な問題点である出訴期間の問題について判断したという点で、意義を有すると考えられる。

本稿では以下、新株発行不存在確認の訴えに関する従来の学説・裁判例の動向を概観し（→二）、その上で、新株発行不存在確認の訴え、およびその出訴期間に関する本判決の判旨を検討し（→三）、最後に、残された問題点等について若干の検討を試みる（→四）。

二　従来の学説・裁判例の動向

従来の商法学説は、新株発行の瑕疵が著しい場合、例えば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ような場合には、新株発行不存在として、新株発行無効の場合のような制限無しに、一般原則に従い、いつでも誰でも、またいかなる方法によっても不存在の主張が可能である旨を論じていた。[1] しかし、ここでは、新株発行不存在確認の訴えの性質・訴訟要件・判決の効力等について十分には論じられていなかった。

また、実務においても新株発行不存在確認の訴えが提起された事例は散見され、公刊された裁判例も、福岡高判昭和三〇年一〇月一二日（高民集八巻七号五三五頁）[2]、大阪高判昭和五二年八月五日（金判五四五号二三頁）[3]、東京高判昭和六一年八月二一日（判時一二〇八号一二三頁）[4]、最判平成四年一〇月二九日（裁判集民事一六六号四七七頁）[5]と存在する。しかし、これらの裁判例は、新株発行不存在確認の訴えが認められることを前提とするものの、その性質や訴訟要件、判決効などの問題について正面から判示していない。また、新株発行の不存在を認めたものもなく、具体的にどのような場合に新株発行が不存在とされるのかという点についても不明確な状態であった。

このような状況の中で、新株発行不存在確認の訴えについて最高裁として初めて立ち入って考察した、最判平成九年一月二八日（民集五一巻一号四〇頁）[6]が現れた。この判決は、新株を引き受けたとされる株主を被告として提起された新株発行不存在確認の訴えに関するものであった。最高裁は、「新株発行の不存在についても、…対世効のある判決をもってこれを確定する必要がある。したがって、…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り、この場合、新株発行無効の訴えに対比して出訴期間、原告適格等の訴訟要件が問題となるが、この訴えは少なくとも、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ものと解すべきである」と判示し、判決が対世効を有する新株発行不存在確認の訴えが認められる余地を示唆したものの、当該事案については、被告適格を欠くとして訴えを却下した。この判決における法廷意見は、被告適格以外の各種訴訟要件についても問題点を提示し、可部恒雄、千種秀夫両裁判官の補足意見は、出訴期間の問題について議論を展開した。補足意見は、新株発行不存在確認の訴えについて、「…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ことには躊躇を覚える。その反面、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」と述べ、出訴期間の制限を肯定する方向性を示唆し、他方で、出訴期間経過後においても別訴の前提問題として新株発行の不存在を主張することを認めるという方向性を示唆していた。

これ以後の下級審裁判例は、新株発行不存在確認の訴えについておおむね平成九年最判を踏まえた形で判断をしているといえる。しかし、出訴期間の問題に関しては、出訴期間の制限を認めたもの〔本判決の原審である、高松高判平成一二年一月二〇日（高民集五三巻一号一頁）[7]〕、出訴期間の制限を前提としつつ、事案の具体的事情に鑑みて訴え提起を適法としたもの〔浦和地判平成一二年八月一八日（判時一七三五号一三三頁）[8]〕、出訴期間を問題としていないもの〔東京地判平成一三年一二月一二日（金法一六五六号六五頁）〕、出訴期限制限の類推を認めなかったもの〔名古屋高判平成一四年八月二一日（判例集未登載）[9]〕というように、判断が分かれていた。

三　新株発行不存在確認の訴えに関する問題

平成九年最判は、判決が対世効を有する新株発行不存在確認の訴えの適法性を肯定する方向を示した上で、被告適格について判示した。しかしながら、出訴期間や原告適格等、その他の訴訟要件については、明確な判断を示さなかった。また補足意見も、出訴期間に制限を加えないことに対しては否定的な方向を示すのみで、この問題について明確な判断を示したわけではなかった。そして、平成九年最判以後の下級審裁判例も、新株発行不存在確認の訴えに関して新株発行無効の訴えにおける出訴期間制限（商二八〇条ノ一五）が類推されるかという問題に関して判断が分かれていた。本判決は、平成九年最判の流れを汲んで新株発行不存在確認の訴えの適法性を明示的に肯定した上で、出訴期間の制限についてその類推適用を明確に否定した。

以下では、新株発行不存在確認の訴えの法的性質、およ

び出訴期間制限の問題に関する本判決の判旨について、検討を行う。

(1) 法的性質、対世効

従来の商法学説は、新株発行の不存在はいつでも、誰でも、いかなる手段ででも主張が可能であると理解していたため、新株発行不存在確認の訴えの法的性質について特に言及はされていなかった。[10] そのため、ここでこの訴えの法的性質がどう考えられていたかに関しては明確ではない。しかし、これらの学説が新株発行不存在について、「一般原則に従」う旨を論じていた点から考えると、ここでは新株発行不存在確認の訴えは、通常の確認の訴えと理解されていたと思われる。

これに対して、平成九年最判は、「新株発行の不存在についても、…対世効のある判決をもってこれを確定する必要がある」として、判決が対世効を有する訴えとして新株発行不存在確認の訴えを捉えている。また、補足意見は、「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」として、新株発行の不存在を別訴の前提問題として主張することも妨げられないとする。本判決も、「新株発行の実体がないのに…その外観が存する場合には、…対世効のある判決をもって新株発行の不存在を確定し、不実の外観を除去する必要がある」ことを理由として、判決が対世効を有する新株発行不存在確認の訴えを肯定する。その一方で、「新株発行の不存在はこれを前提とする訴訟においていつでも主張することができる」旨を論じ、平成九年最判補足意見と同様、新株発行の不存在を別訴の前提問題として主張することも認める。これらの点から考えると、最高裁は新株発行不存在確認の訴えについて、判決が対世効を有することは認めるものの、訴えの性質は形成の訴えではないとして、新株発行不存在確認の訴え以外の手段でも新株発行不存在の主張を認める方向性を示したと考えられる。[11]

では、新株発行不存在確認の訴えの法的性質、およびその対世効についてどう考えるべきか。新株発行不存在確認の訴えを通常の確認の訴えと考えると、広い範囲に影響を与える社団的法律関係の画一性という観点から問題が生じる。例えば、会社を被告とする新株発行不存在確認の訴えについて、原告Aについて新株発行不存在を確認する認容判決が下され、別の原告Bについて請求棄却判決が下された場合を仮定する。この場合、会社とAとの関係では新株発行は不存在とされ、会社は新株発行が無かったものとして行動しなければならず、一方、Bとの関係では新株発行

は存在するということになり、会社は新株の発行を前提として行動しなければならなくなる。そして、この事態の帰結として、社団的法律関係の画一性は損なわれ、かつ、同一の新株発行に関して会社を矛盾した行為基準で拘束することになる。[12] また、新株発行の変更登記の更正についても、公示制度としての商業登記の変更を、相対的効力しか有さず、当事者が異なる訴訟間では既判力の抵触の恐れもある通常の判決でなすわけにはいかないと考えられる。[13] それ故、平成九年最判・本判決が、新株発行に関する法律関係の画一的確定を目的の一つとする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の判決に対世効が認められる旨を判示する点は、社団的法律関係の画一性の保障という観点から妥当であると考えられる。[14]

(2) 出訴期間

本判決は新株発行不存在確認の訴えについて、「その性質に反しない限り新株発行無効の訴えに関する規定を類推するのが相当である」とする。ここで、新株発行無効の訴えに関する各種訴訟要件について、どの程度まで新株発行不存在確認の訴えに類推されるべきかが問題となる。とりわけ提訴期間に関しては、新株発行無効の訴えにおける六ヶ月の出訴期間経過後に新株発行の瑕疵を争うために新株発行不存在確認の訴えが提起されてきたという点から、[15] 実務的には大きな問題となり得る。

この点に関して、平成九年最判は補足意見で、新株発行無効の訴えが法的安定性の見地から出訴期間制限に服する点に鑑み、新株発行不存在確認の訴えにおける出訴期間の制限を肯定する方向を示した。また、本件の原審である平成一二年高松高判は、新株発行不存在確認の訴えが新株発行無効の訴えに準じて認められ、かつ判決が対世効を有する点に鑑み、新株発行無効の訴えの出訴期間制限を類推適用するのが当然である旨を判示した。これに対し、本判決は、新株発行不存在確認の訴えには出訴期間制限を類推適用すべきではない旨を判示し、この訴えにおける出訴期間の制限を否定した。その理由として本判決は、新株発行の不存在はこれを前提とする訴訟でいつでも主張できるから、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間を制限したとしても、出訴期間経過によって新株発行の存否が終局的に確定することにならず、新株発行の効力の早期確定のために設けられた出訴期間制限を肯定する合理的な根拠を欠くという点を挙げる。また、この問題に関する平成九年最判以後の学説は、多くは出訴期間制限の類推適用に反対であり、[16] 賛成するものは少数であった。[17]

新株発行不存在確認の訴えの出訴期間に関する問題を考える際には、どのような場合に新株発行が不存在とされるかという問題との関係で困難な面が出てくる。新株発行不存在確認の訴えについては、新株発行の実体が存在しないという典型的な不存在の場合だけではなく、新株発行の瑕疵が重大で法的評価として不存在であるとして提起されるものもある。そして、後者の場合についても新株発行不存在確認の訴えの対象たり得ると考えるならば、新株発行の無効事由と不存在事由との区別は微妙なものとなる。その場合に、もし新株発行不存在確認の訴えについて出訴期限を制限しないとすれば、新株発行に関する法律関係の早期・画一的確定のために各種訴訟要件を制限し、取引の安全や会社組織の安全を図ることを意図している新株発行無効の制度の潜脱にもつながりかねない。このように、新株発行不存在をどのように考えるかによって、新株発行不存在確認の訴えの各種訴訟要件に関して困難な問題が生じてくる。しかし、不存在事由に関しては後述することとして、ここではさしあたり、従来の判例、学説によって異論なく認められ、本判決でも不存在事由として挙げられている、新株発行の実体が存在せず外形のみが存在する場合[18]を念頭に置いて、出訴期間制限の問題について考察する。

出訴期間の制限を肯定する裁判例は、その理由として、新株発行不存在確認の訴えが新株発行無効の訴えに準じて認められることを挙げる（平成九年最判補足意見、本件原審）。しかし、商法中で既に明文で認められた会社関係の確認の訴えである株主総会決議無効確認の訴えや株主総会決議不存在確認の訴え（商二五二条）について、株主総会決議取消しの訴えにおける出訴期間制限の規定（商二四八条）が準用されていない点に鑑みると、この理由が説得力を有するとは思われない。また、判決に対世効を認めることを出訴期間制限の根拠とする考え方（本件原審）も、説得力を有するとは思われない。右に述べたように出訴期間制限がないとされている株主総会決議無効確認の訴えや株主総会決議不存在確認の訴えについても、判決に対世効が認められており（商二五二条による商一〇九条の準用）、対世効を認めることと出訴期間の制限とが論理必然的に結びつくとは思われないからである。[19] さらに、新株発行に無効事由が存在するにすぎないのに、新株発行無効の訴えの出訴期間が経過したために、発行手続等の瑕疵が著しく不存在と評価すべきであるとして新株発行不存在確認の訴えが提起される場合が少なくないことを出訴期間制限の根拠とする考え方（本件原審）も、説得力を有するとは思われ

ない。この点に関しては、新株発行の不存在事由をどう考えるかという点と密接に関連するため、若干の留保が必要だが、少なくとも、無効事由が存在するにすぎないものが持ち込まれることがあるということから直ちに、新株発行不存在確認の訴えに出訴期間制限を認めるべきとすることは、論理の飛躍があるのではないかと考えられる。仮にそのような訴えを排斥する必要があるとしても、それは本案での請求棄却で対応すべき問題であり、本来新株発行不存在確認の訴えで扱われるべき事件を排除するという犠牲を払ってまで、出訴期間制限によりあらかじめ排除すべきものではないと思われる。

他方、出訴期間制限を肯定する裁判例が根拠として挙げる理由として、新株発行に関する法律関係の安定を図るというものがある。ここでは、出訴期間経過後であっても新株発行の不存在を前提とした別訴で新株発行不存在の主張をすることは妨げられないため不存在を主張する者の保護に欠けることはなく、かえって、出訴期間を制限しないことにより新株発行に関する法律関係の安定が損なわれるという点がさらに指摘される（この方向性は平成九年最判の補足意見でも示されていたが、明示的に論じたのは本件原審である）。それに対して、本判決は、新株発行の不存在はこれを前提とする訴訟でいつでも主張できるため、新株発行不存在確認の訴えの出訴期間を制限したとしても、出訴期間の経過によって新株発行の存否が終局的に確定することにならないことを理由に、新株発行不存在確認の訴えにおける出訴期間制限を否定する。

この点に関してどのように考えるべきか。新株発行不存在確認の訴えの出訴期間を制限し、出訴期間経過後における処理を、新株発行不存在を前提とする訴訟における不存在の主張に委ねるという考え方を採ると、出訴期間内には、新株発行不存在確認の訴えを用い、対世効を有する判決によって新株発行に関する紛争の抜本的解決を図ることができる。しかし、出訴期間経過後には、別訴の前提問題としてしか新株発行不存在を主張し得ないことになる。この場合の別訴は判決が対世効を有しない通常の訴えとなり、かつ、新株発行の不存在については判決理由中の判断となるため、判決により新株発行に関する法律関係を画一的に確定することは望めない。また、訴えが常に会社を被告として提起されるとは限らないため、会社との関係で法律関係の画一的確定を図ることも常に実現されるとは限らない。そのため、この考え方をとった場合には、判決が対世効を有する新株発行不存在確認の訴えによって法律関係の画一

的確定を図ろうとした趣旨は、出訴期間内に訴え提起がなされた場合にしか達成されず、出訴期間経過後には法的に不安定な状態が継続することになりかねない。[20] また、この場合においても、相対効しか有さず、かつ、常に会社が名宛人になるとは限らない別訴の判決で新株発行の変更登記の更正ができるかという問題が出てくるであろう。[21] さらに、ここでの法律関係の安定とは、早期の法律関係の安定も含んでいると思われるが、新株発行不存在については新株発行不存在確認の訴えによらずともいつでも主張できるとする以上、新株発行不存在確認の訴えについてのみ出訴期間制限を課したとしても、法律関係の早期の安定は図られないと考えられる。[22]

他方、出訴期間経過後における、新株発行不存在を主張する者の保護についてはどうか。この考え方において、新株発行不存在を前提とする別訴としてどのようなものが考えられているかについては、平成九年最判補足意見が「株主権の不存在確認を求める等の別訴」の可能性を示唆するものの、具体的には明らかでない。しかし、仮に株主権不存在確認の訴えを前提に考えると、まず、誰を被告として訴えを提起すべきかが問題となると考えられる。[23] そして、新株を引き受けたとされる株主に対して株主権不存在確認の訴えを提起する場合、請求認容判決が下されたとしても、判決は相対効しか有しないため、会社は判決効に拘束されず、新株を引き受けた株主に株主権があるという前提で行動することを妨げられないため、新株発行不存在を主張する者の保護にはつながらないであろう。また、この場合、新株を引き受けたとされる株主が会社から株主権を有する者として扱われ、そのことによって、新株発行の不存在を主張する者が不利益を被ったとすれば、彼はその状態の是正のためさらに訴えを提起しなければならず〔例えば、新株を引き受けたとされる者が利益配当（商二九〇条）を受けた場合における不当利得返還請求等が考えられるであろう〕、新株発行の不存在を主張する者の保護という観点からは、迂遠さは否めないであろう。このような帰結は、新株発行の不存在を主張する者に無用の手間をかけるものであり、不存在を主張する者の保護に資するとは考えられない。また、新株を引き受けたとされる株主と会社を共同被告とする場合、仮に当該訴訟で原告・被告（自称株主）・会社間での法律関係の画一的確定がなされたとしても、当該訴訟の判決は相対効しか有しない以上、別の自称株主が現れた場合には、その者に判決の効力を及ぼすことはできない。したがって、この場合も、新株発行の不存在を主張

する者の保護は図られないことになる。むしろ、新株発行不存在確認の訴えの利用を認め、新株発行の存否という、新株発行に関する各種法律関係の根本となる基本的法律関係自体を争うことを認める方が、新株発行不存在を主張する者の保護に資するのではないかと考えられる。

したがって、法律関係の安定を図り、かつ、新株発行の不存在を主張する者の保護を図るという観点からは、本判決のように、新株発行不存在確認の訴えには出訴期間の制限はないとして、時間の経過に関わらず新株発行不存在確認の訴えの利用を認める方が望ましいと考えられる。この場合、対債権者関係、あるいは株券が発行され流通していた場合の取得者との関係での法的安定性が問題となり得る。しかし、債権者保護の観点からは、新株発行の外観を実体に合わせることがより債権者保護に資すると考えられるため、提訴期間の制限なく新株発行不存在の主張を認めることには問題はないと思われるし、また、株券取得者の保護に関しても、実体がない新株発行を不存在とすることはやむを得ないと思われる（この場合の取得者保護は、むしろ取締役の第三者責任〔商二六六条ノ三第一項〕等によって図られるべきであると思われる）[24]。

四　残された問題等

新株発行不存在確認の訴えに関しては、平成九年最判と本判決によって、訴訟要件のうち、被告適格と出訴期間制限の有無については明らかにされたと考えられる。しかしながら、その他の訴訟要件、新株発行の不存在事由、および請求認容後の事後処理については、未だ明らかになっていない。ここでは、これらの問題について、簡単にではあるが、以下で論じることにしたい。

まず、原告適格についてであるが、一方では新株発行無効の訴えに準じるべきとの考え方があり得る[25]。しかし、実体のない新株発行を是正することには、新株発行無効の訴えの提訴権者（商二八〇条ノ一五第二項）以外の者（例：会社債権者）も利害関係を有することが考えられる。故に、新株発行不存在確認の訴えでは、確認の利益を有する者については原告適格を認めてよいのではないかと考えられる。

次に、いかなる場合に新株発行が不存在とされるかという問題に移る。本判決は、「新株発行の実体がないのに…その外観が存する場合」が新株発行不存在にあたる旨を判示しているが、不存在が認められる場合をこのような場合のみに限定する趣旨であるかどうかについてははっきりしない。上記三(2)で述べたように、新株発行の瑕疵が著しい

場合に法的評価において不存在であるとして新株発行不存在確認の訴えを認めてよいかどうかという点[26]については、新株発行無効の制度との関係で問題を孕むと考えられる。また、不存在事由を拡大することは、法的安定性の点から問題があるとも考えられる。[27] 新株発行が会社の人的・物的要素の拡大という組織法的側面のみならず、資金調達の手段として新株を流通させるという側面も有する点に鑑みると、株式取引の安全を図るためには、不存在事由を無限定に拡張すべきではなかろう。しかし、新株発行により不利益を受ける者が新株発行無効の訴えを起こす機会を奪われていた等の理由により、出訴期間制限を課すことが適切でないような場合には、新株発行不存在確認の訴えでの瑕疵の主張も認めてよいのではないかと考えられる。[28] この場合には、新株発行不存在を主張する者の不利益と、取引安全、会社組織の安全との比較考量も重要となるであろう。

請求認容判決の遡及効（商二八〇条ノ一七第一項参照）については、新株発行の実体が存在しない場合には、遡及効を否定すると、実体のない新株発行の存在を請求認容判決の確定までは認める結果になるので、[29] 遡及効を認めるということになると考えられる。これに対して、新株発行の瑕疵が著しく、不存在と評価すべき場合には、新株発行無効の場合に準じて、遡及効は否定されることになろうか。

認容判決確定後の事後処理については、新株発行登記の更正が問題となるが、この場合には、商法二八〇条ノ一六の準用により処理することになると考えられる。

最後に、本件の本案の帰結について検討すると、原審までの認定事実を前提とする限り、本件新株発行は実体が存在しないとはいえない。また、Aが新株発行後すぐにその事実を知っていたにもかかわらず、本件訴えを提起した頃までは新株発行に異議を述べていなかった点を考えると、新株発行不存在と評価すべきであるような重大な瑕疵が存するとも思われない。したがって、本件の本案の帰結としては、請求棄却が妥当と考えられる。

(1) 例えば、菱田政宏「新株発行と瑕疵」石井照久先生追悼論文集『商事法の諸問題』（有斐閣、一九七四年）三九九頁、四一〇～四一一頁、上柳＝鴻＝竹内（編集代表）『新版注釈会社法(7)』（有斐閣、一九八七年）三四一頁［近藤弘二］、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法〔第三版〕』（有斐閣、一九九四年）四三〇頁注（一〇）など。

(2) ただし、昭和二五年商法改正前の増資の不存在に関する事案である。

(3) この判決の結論は、最判昭和五三年三月二八日（裁判

集民事一二三号三〇七頁）で支持されている。

(4) この判決の評釈として、坂本延夫・金融・商事判例七六五号（一九八七年）四二頁、川島いづみ・税経通信四二巻五号（一九八七年）二五二頁、砂田太士・法律のひろば四一巻四号（一九八八年）六七頁、奥島孝康・法学セミナー四〇四号（一九八八年）一一八頁、慶田康男・判例タイムズ六七七号（一九八八年）二三〇頁、岩原紳作・ジュリスト九四七号（一九八九年）一一九頁、庄子良男・判例タイムズ九七五号（一九九八年）一九五頁。また、瀬谷ゆり子「新株発行の瑕疵と不存在確認の訴え」京都学園大学論集一七巻三号（一九八八年）九三頁も参照。

(5) この判決の評釈として、近藤弘二・平成四年度重要判例解説（一九九三年）一二二頁、春田博・法学セミナー四六八号（一九九三年）六二頁、寶金敏明・判例タイムズ八五二号（一九九四年）二〇〇頁、田村詩子・判例タイムズ九七五号（一九九八年）一八七頁。

(6) この判決の解説・評釈として、近藤崇晴・ジュリスト一一一二号（一九九七年）一三四頁、同・法曹時報四九巻一一号（一九九七年）二八一頁、本間靖規・法学教室二〇三号（一九九七年）一〇四頁、同・龍谷法学三〇巻二号（一九九七年）一八八頁、瀬谷ゆり子・判例タイムズ九四八号（一九九七年）一八九頁、尾崎安央・判例評論四六三号（一九九七年）五五頁（判例時報一六〇六号二一七頁）、居林次雄・金融・商事判例一〇二九号（一九九七年）四五頁、大塚龍児・私法判例リマークス一六号（一九九八年）一一〇頁、菅野佳夫・判例タイムズ九五八号（一九九八年）六〇頁、山本弘・会社判例百選［第六版］（一九九八年）一五〇頁、小林量・民商法雑誌一一七巻六号（一九九八年）六七頁、生田治郎・判例タイムズ九七八号（一九九八年）一六四頁、菱田雄郷・法学協会雑誌一一五巻一二号（一九九八年）一六七頁、松嶋隆弘・日本大学司法研究所紀要一〇巻（一九九九年）一六七頁。

(7) この判決の評釈として、河野正憲・私法判例リマークス二三号（二〇〇一年）一二〇頁、鳥山恭一・判例評論五一二号（二〇〇一年）四六頁（判例時報一七五五号二一六頁）、松嶋隆弘・日本大学司法研究所紀要一二巻（二〇〇一年）二一七頁、佐茂剛・判例タイムズ一〇六五号（二〇〇一年）二二八頁、岡本智英子・法学研究七五巻六号（二〇〇二年）一一七頁。

(8) この判決の評釈として、鳥山恭一・法学セミナー五六五号（二〇〇二年）一一〇頁、福島洋尚・金融・商事判例一一三一号（二〇〇二年）六一頁。

(9) この判決の評釈として、鳥山恭一・法学セミナー五七九号（二〇〇三年）一〇八頁。

(10) 前注(1)参照。また、最近では、例えば、北沢正啓『会社法（第六版）』（青林書院、二〇〇一年）五五一頁。

(11) 菱田・前掲注(6)一七三頁。

(12) 菱田・前掲注(6)一七〇頁。

(13) 松嶋・前掲注(6)一七四頁。

(14) なお、中田淳一「確認訴訟の二つの類型」同『訴と判決の法理』(有斐閣、一九七二年)二九頁、三七〜三八頁(初出一九五四年)は、身分関係や社団関係においては、ある法律関係についての紛争を関係者全員の間で画一的に確定することが要求され、それゆえに、判決が対世効を有する特殊な確認の訴えが認められる必要があり、このような訴えは「特殊(合一)型の確認訴訟」であると論じる。

(15) 近藤・前掲注(6)ジュリ一三四頁、同・前掲注(6)曹時二八六頁、瀬谷・前掲注(6)一八九頁、菅野・前掲注(6)六三頁、生田・前掲注(6)一六五頁、松嶋・前掲注(6)一七六頁。

(16) 本間・前掲注(6)龍法一九七頁、瀬谷・前掲注(6)一九〇頁、尾崎・前掲注(6)五六〜五七頁、大塚・前掲注(6)一一三頁、菅野・前掲注(6)六二〜六三頁、小林・前掲注(6)七七〜七八頁、松嶋・前掲注(6)一七六頁、鳥山・前掲注(7)四九〜五〇頁、松嶋・前掲注(7)二二四〜二二六頁、佐茂・前掲注(7)二二九頁、岡本・前掲注(7)一二九頁。

(17) 菱田・前掲注(6)一七四〜一七六頁は、平成九年最判補足意見の考え方について、出訴期間制限が置かれるのは株式の流通の保護のためであり、そのためには新株発行の瑕疵について善意の者のみを保護すれば足りるということを前提として、会社のみに被告適格を認める新株発行不存在確認の訴えについては個々の株主の善意・悪意を問題にできないため善意者保護のための次善の策として出訴期間を制限せざるを得ないが、株主権不存在確認の訴えの前提問題として新株発行不存在を主張することについては個々の株主が被告となるので彼自身の主観的態様を問題にできるという趣旨であれば合理性を有する旨の評価を行い、この方向性を支持する。また、河野・前掲注(7)一二三頁は、新株発行不存在確認の訴えの必要性を主として新株発行登記の是正に見るという観点から、この訴えの提起を時間的に無制限に許容することはできないとする。

(18) 典型的な場合として、新株発行の実体が存在せず新株発行の登記のみが存在する場合が挙げられるが、その他に、偽造株券が発行された場合や、新株発行について虚偽の記載をした計算書類の備置き(商二八二条)等が考えられる。この点について、平成九年最判掲載誌のコメント(判時一五九二号一三〇頁、判タ九三一号一八一頁など)参照。

(19) 松嶋・前掲注(7)二二五頁も同旨。

(20) 鳥山・前掲注(7)四九頁。

(21) 前注(13)の本文参照。

(22) 鳥山・前掲注(7)五〇頁。

(23) 会社の社員たる地位、あるいはそれに基づく権利の存否・帰属に関する訴えの被告適格に関して、最判昭和三五年三月一一日(民集一四巻三号四一八頁)は、有限会社の持分の帰属が自称社員間で争われた事案につき、「(持分の帰属についての)争ある当事者だけの間で持分の帰属の確

認を求める本訴請求は適法であり、…訴外会社において本訴の判決により確定されるべき持分の帰属を承認しない虞があるとしても、そのことの故に右持分の帰属を訴外会社との間でも合一に確定しなければならない理由はないというべきである」と判示し、自称社員のみを被告とする訴えを適法とする。これに対し、最判昭和四二年二月一〇日（民集二一巻一号一一二頁）は、合資会社の社員が他の社員を被告として、同社員が同会社の無限責任社員でないこと並びに利益分配等を受ける権利を有しないこと等の確認を求めた事案につき、会社が当事者として加わっていない当該訴訟で仮に原告が勝訴しても判決の効力が会社に及ばず、被告が会社に対して右判決に反する法律関係を主張することも妨げられないため、原告の訴えは即時確定の利益を欠き不適法である旨を判示した原判決を支持した。このような裁判例の状況を踏まえると、本文で検討する株主権不存在確認の訴えの被告適格についてどのように考えるかという点に関しては不明確な点が残ると思われる。しかし、以下の検討ではさしあたり、新株を引き受けたとされる株主のみを被告とする場合、および、株主と会社を共同被告とする場合を考える。なお、昭和三五年最判の評釈として、井上正三・民商法雑誌四三巻二号（一九六〇年）一三二頁など、昭和四二年最判の評釈として、谷口安平・民商法雑誌五七巻二号（一九六七年）一一五頁など参照。

(24) 小林・前掲注(6)七七～七八頁。

(25) 近藤・前掲注(6)ジュリ一三五頁、同・前掲注(6)曹時二九四頁。

(26) 瀬谷・前掲注(6)一九〇頁は、この方向性を肯定する。

(27) 小林・前掲注(6)七五頁、岡本・前掲注(7)一二八頁。

(28) 岩原・前掲注(4)一二二～一二三頁は、この方向性を肯定する。このような場合として、例えば、新株発行事項の公示（商二八〇条ノ三ノ二）を欠く場合などが考えられるであろう。

(29) 瀬谷・前掲注(6)一九〇頁。

※本判決の評釈として、鳥山恭一・法学セミナー五八三号（二〇〇三年）一一八頁。

なお、脱稿後、本判決の評釈として、大塚和成・銀行法務21六二二号（二〇〇三年）七〇頁、川嶋四郎・法学セミナー五八六号（二〇〇三年）一一一頁、髙橋美加・法学教室二七七号（二〇〇三年）九八頁が公刊された。また、最高裁調査官による本判決の解説として、松並重雄・ジュリスト一二五四号（二〇〇三年）二二五頁が公刊されたが、この解説は、新株発行不存在確認の訴えの実体要件につき、新株発行の実体がないのに外観が存する場合に限定する旨を論じる。しかし、私見は、出訴期間制限が適切でない場合における救済を図るという観点から、本文四で論じたように、実体要件の拡張を認めてよいのではないかと考える。