

# 新株発行不存在の判断要素\*

——最近の裁判例の分析——

吉 本 健 一

- I はじめに
- II 裁判例の概要
- III 裁判例の分析
- IV おわりに

## I はじめに

新株発行不存在については、平成17年改正前商法（以下、「旧商法」という）において規定が設けられていなかったが、判例・学説上法概念として承認され、また新株発行不存在確認の訴えという訴訟類型も認められていた。平成17年の会社法は、この訴訟類型を明文化した（会829条1号、2号<sup>(1)</sup>）。会社法施行後も新株発行不存在確認の訴えは相当数提起されているようであり、この訴訟による救済へのニーズが少なくないことを示している。

もっとも、会社法施行後の最高裁判例は本稿執筆時にはまだなく、また旧商法時代の最高裁判例は3件あるものの、いずれも新株発行不存在

---

\* 本稿の執筆に際しては、久保田安彦慶應義塾大学教授より、貴重かつ適切なご教示をいただいた。記して謝意を表す。文責はすべて筆者にある。

(1) 会社法上新株発行の不存在（会329条1号）と自己株式処分の不存在（同条2号）が区別されるが、本稿では両者を含む趣旨で新株発行不存在と表現する。

確認の訴えの訴訟要件についての判断を示したもので、新株発行不存在<sup>(2)</sup>について実体判断を示したものではない。そこで、本稿では、最近の新株発行不存在確認の訴えに関する下級審裁判例を採り上げ、それらの裁判例において示された新株発行不存在の実体判断を分析し、そこから新株発行不存在の判断要素を抽出することを試みる。これは、新株発行不存在確認の訴えに期待される機能を十全に発揮できるような解釈論を構築するための前提作業となるであろう。

---

(2) すなわち、⑨最判平成4年10月29日(番号は、後掲「別表1 新株発行不存在裁判例一覧表」に示す番号。以下、判例番号はすべて別表1の番号を示す。)は、別訴で株主の地位を否定された者による新株発行不存在確認の訴えにつき、確認の利益を否定して訴えを却下した(原判決である⑤名古屋高判昭和63年3月31日は新株発行不存在確認請求を認容)。また、⑩最判平成9年1月28日(以下、「最判平成9年」という)は、新株発行不存在確認の訴えは発行会社を被告としなければならないとして、新株引受人である株主を被告とした訴えを却下した(原判決である⑧名古屋高金沢支判平成4年10月26日は新株発行不存在確認請求を認容)。さらに、⑬最判平成15年3月27日(以下、「最判平成15年」という)は、新株発行不存在確認の訴えには提訴期間の制限はないと判示して、制限があったとした原判決(⑬高松高判平成12年1月20日)を破棄し、事件を原審に差し戻した。なお、②最判昭和53年3月28日は、一般に旧商法280条ノ15所定の「発行ノ日」について判断した判例として扱われているが、本訴の主位的請求は新株発行不存在確認請求である。そして、原判決(①大阪高判昭和52年8月5日)が新株発行不存在を否定して控訴を棄却したことにつき、なお新株発行不存在を主張する上告理由に対し(金判545号22-23頁参照)、最高裁は原審の認定判断を支持しているから、新株発行不存在の判断基準につき原判決と同様の判断をしていると推測することも可能かもしれない。そのほか、新株発行不存在を否定した③東京高判昭和61年8月21日については最高裁で上告棄却判決(金判921号18頁参照)、同じく新株発行不存在を否定した⑦東京高判平成15年1月30日について上告棄却・不受理の決定(鳥山恭一「判解」法セ587号117頁、松並重雄『最高裁判所判例解説民事篇平成15年度上』(法曹会、2006年)221頁(注33)参照)、また新株発行不存在を認めた⑩高松高判平成15年7月29日についても上告棄却・不受理の決定がなされたとの指摘があるが(松並・前掲221頁(注36)参照)、最高裁の判断内容は不明である。

## II 裁判例の概要

### (1) 裁判例の抽出

本稿では、新株発行不存在が争点となった裁判例を、民間の判例データベースを利用して検索した。具体的には、LEX/DB, WestlawJapan, 判例秘書 (LLI/DB) を使用して「新株発行不存在」という文字検索でヒットした裁判例を手がかりに、新株発行不存在が争点となった事案を抽出した。<sup>(3)</sup> 筆者が知り得た新株発行不存在が争点となった事件（そのほとんどは、新株発行不存在確認請求事件）は、後掲別表1に示した47件である。本稿では、このうち、⑱最判平成15年以降に下された裁判例（⑲～④⑦）について分析を行う。その理由は、⑱最判平成15年以前の裁判例については、それぞれ多くの判例解説や判例評釈があるのに対して、これ以降の裁判例については、2件（⑳㉔）を除き紙媒体の判例誌等に掲載されておらず、そのせいか判例評釈等にもほとんど採り上げられていないからである。その数は29件あるが、<sup>(4)</sup> そのうち1件（㉒）は、判旨が不明なので本稿の対象から省き、結局本稿が対象とするのは28件で、そのうち新株発行不存在を肯定したものは12件である。

### (2) 裁判例の概要

以下において、それぞれの判決の判旨の概要を見ていく（冒頭の番号

- 
- (3) 2018年2月15日最終確認。「新株発行の不存在」で検索した結果は、「新株発行不存在」で検索した結果よりも少なく、すべて後者に含まれている。興味深いことに、それぞれの判例データベースには、収録裁判例にかなりの相違が見られ、重複する裁判例は少ない。その理由は不明であるが、おそらく収録裁判例の収集方法の違いによるのであろう。
- (4) もっともこのうち2件（⑲神戸地判平成15年4月30日およびその控訴審判決である㉒大阪高判平成16年1月29日（いずれも新株発行不存在を肯定）は、田邊光政「新株発行不存在確認の訴え——二つの最高裁判決を契機として——」大阪学院法学研究31巻1号（2005年）85頁以下で紹介された裁判例である。

は、後掲別表1の番号である)。なお、本稿では、新株発行不存在の判断基準につき、便宜的に⑱最判平成15年が示す基準（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）や下級審裁判例が示す基準（会社代表権のない者が新株発行に関与した場合）を、新株発行不存在の範囲をいわゆる物理的不存在に限定する立場として「限定説」と呼び、⑳東京高判昭和61年8月21日が示した判断基準（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る、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を含む）を、いわゆる評価的不存在をも含むように要件を緩和する立場として「緩和説」と呼ぶ。

⑲神戸地判平成15年4月30日（認容）では、授権株式数を増加する定款変更や株主の新株引受権を排除する総会決議がなく、取締役会決議もないまま代表取締役が不知の間になされた新株発行につき、業務執行機関である代表者のまったくあずかり知らぬところで隠密裏になされたものであり、およそ手続の存在を観念することができないほど瑕疵が著しく高いものであるから、単なる無効ではなく、本件新株の発行は存在しない<sup>(5)</sup>というほかないと判示された。

⑳高松高判平成15年7月29日（認容）は、前掲⑱最判平成15年の差戻審判決である。差戻し前の第一審（㉑徳島地判平成10年10月13日）は、新株発行不存在の判断基準として緩和説をとりつつも、2回にわたる本件新株発行を実行した平取締役は、代表取締役から包括的授権を得ていたかまたは追認があったとして新株発行不存在を否定したが、本判決は、代表権のない取締役が代表取締役に無断で、新株発行に関する取締役会決議を経ずに株主に対する公示をすることもなく、自己および妻が被控

---

(5) 田邊・前掲注(4)106-107頁による。

### 新株発行不存在の判断要素

訴会社における自らの支配権を確立しようとしてなした著しく不公正なものというべきであることからすれば、本件各新株発行は、物理的にはこれが存在するかのような外観を呈してはいるが、その手続的・実体的瑕疵が著しいため不存在と評価すべきであると判示した。

②福岡高判平成15年12月10日（棄却）は、新株発行から30年経過して提訴された新株発行不存在確認請求事件の控訴審であるが、本件新株発行は当時代表取締役として商業登記され会社の代表権限を有する者が被控訴会社の業務執行として行ったものであり、単なる見せ金ではなく現実の払込みがあって資本の充実が図られた以上、仮に当該者が取締役会で代表取締役を選任された事実がなく、当該代表取締役が本件新株発行に及んだのは被控訴会社における自己の支配権を確立する目的であり、取締役会決議や株主に対する公示がなく株券不発行のような手続的瑕疵があっても、商法で規定された新株発行の手続を全く欠き、単に新株発行による変更登記があるにすぎないような場合であったとはいえないとして、控訴を棄却した。

③東京地判平成16年3月31日（棄却）は、被告譲渡制限会社の支配権争奪をめぐる夫（被告）婦（原告）間の紛争で、2回にわたる新株発行が問題となっている。代表取締役の一人である夫は、被告会社の支配権を確立するために、株主の新株引受権を無視して株主総会決議や取締役会決議を経ることなく、また株主に対する通知・公告もなく第三者に新株を割り当てた。本判決は限定説に立ちつつ、いずれの新株発行についても、主位的請求である新株発行不存在確認請求については、代表取締役が実行しかつ払込みもなされた以上不存在事由は認められないとしたが、予備的請求である新株発行無効請求を認容した。このうち第2回目の新株発行については、その変更登記が発行後6か月を経過してなされたために、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過してしまったが、株主以外の者に対する有利発行であるのに株主に対する公示もなされておらず、かつ被告会社に登記の経由を妨げる事由がないのに提訴期間を徒過

させるためにあえて登記を遅らせたと推認できるとし、原告による新株発行無効の訴えは、信義則上提訴期間を徒過しているとはいえないと判示した。

㊸東京地判平成16年3月31日（棄却）は、限定説に立ちつつ、本件新株発行は、被告譲渡制限会社の支配権を変動させるもので、すでに取締役を解任され代表権を失った登記簿上の代表取締役が、株主の新株引受権を侵害し、取締役会決議や株主に対する公示もなしに行ったものであるが、本件新株発行については現実に払込みがなされ、その旨の登記も完了しており、その後原告は本件新株発行に関して公正証書原本不実記載等で当該代表取締役を告訴していることから、商法所定の6か月の提訴期間内に新株発行無効の訴えを提起することも可能であったことが認められ、新株発行無効の訴えが提起できたのに、それを怠ったような場合にも新株発行不存在確認の訴えが提起でき、それが認められるのは相当でないとして、新株発行不存在確認請求を棄却した。

㊹東京地判平成16年9月22日（棄却）は、2回にわたる被告会社の新株発行につき、原告による不存在請求を被告会社が争わず、補助参加人が争ったケースである。本判決は、授權株式数を増加する定款変更決議および新株発行の取締役会決議の不存在を認定したが、限定説に立ちつつ、本件新株発行は商法改正による最低資本金を満たすために代表取締役が実行し、引受人は被告会社<sup>(6)</sup>に対する未収入金をそれぞれ現物出資として現実にその給付を完了し、増資登記が經由されている以上、本件新株発行はその実体を有するものであって、不存在であるとはいえないと判示した。

㊺東京地判平成16年9月27日（棄却）は、譲渡制限会社において授權株式数を増加する定款変更および株主の新株引受権排除のための総会決議が存在せず、取締役会決議も不存在であり、代表取締役が被告会社の

---

(6) 被告会社が譲渡制限会社であるかについては認定がない。

### 新株発行不存在の判断要素

支配権を保持する目的で行われたことが窺われなくもない本件新株発行につき、限定説に立ちつつ、代表取締役が自己の会社に対する貸付債権を現物出資として現実に給付し自己に新株を割り当てたもので、その上で本件新株発行に基づく増資登記を経由していることが認められるから、本件新株発行はその実体を有するものであって、不存在であるとはいえないと判示した。

㉗東京地判平成17年11月25日（認容）は、被告会社が積極的に争っていないケースで、解任された代表取締役が新株発行を実行し、株式申込証に記載された払込取扱機関とは別の銀行の株式払込金保管証明書が添付されて登記申請がなされたとの事実認定に基づき、本件新株発行は株式申込証に記載された払込取扱機関に対して払込みがされておらず、業務執行権限を有しない者がしているから、不存在というべきであると判示された<sup>(7)</sup>。

㉘東京地判平成18年12月20日（棄却）は、被告譲渡制限会社における新株発行について、限定説に立ちつつ、被告会社代表者が手続をしたことが認められるから、株主総会の特別決議および取締役会決議の不存在をもって新株発行の実体がないとはいえないとし、本件新株発行にかかる公示がないことについても同様であり、さらに本件新株発行の払込金を被告会社が立て替えたことが認められ、仮装払込みに該当する蓋然性があるとしながらも、平成17年改正前商法では新株の引受けがあったといえない場合であっても、取締役がこれを共同して引き受けたものとみなされ、新株発行の無効原因とならないから、被告会社代表者が本件新株発行に関わっている以上、新株発行の実体がない新株発行の不存在事由には該当しないと判示した<sup>(8)</sup>。

---

(7) 原告は、取締役会決議の欠缺、株主に対する申込催告通知（旧商280条ノ5）の欠缺も主張しているが、裁判所の認定はない。

(8) 本件では、新株発行無効の訴えの提訴期間が徒過していると推測されるが、それが被告会社が本件新株発行を秘匿した結果であるかは明らかで

㊸東京地判平成19年2月26日（棄却）は、5つの事件が併合された複雑な訴訟構造の事案で、被告会社は譲渡制限のない株式を発行している。第1事件の原告が平成7年になされた2回にわたる被告会社の新株発行につき、取締役会決議の欠缺、株主に対する公示欠缺、不公正発行、有利発行に関する株主総会決議の欠缺を主張して、当該新株発行の不存在確認を求めたのに対し、本判決は、限定説の立場に立った上で、本件新株発行は代表取締役が株主割当てにより行った新株発行で、実際に引受人名で払込みがされ、新株発行の登記もされているから、その実体がないとはいえず、取締役会決議や株主に対する公示の欠缺、有利発行承認決議の欠缺は新株発行不存在を基礎づけるには足りないとして、請求を棄却した。<sup>(9)</sup><sup>(10)</sup>

㊹東京地判平成19年12月19日（認容）は有限会社の事例で、社員総会決議がなく、払込みもないとして新株発行不存在確認請求が認容された（被告会社は争っていない）。<sup>(11)</sup>

㊺東京地判平成21年3月9日（棄却）は、非公開会社である被告会社のスポンサーとなった代表取締役が、株主総会決議を経ずに会社に対する貸付債権を現物出資<sup>(12)</sup>し、自己を引受人として行った新株発行につき、被告会社の全株を所有していた原告が新株発行不存在確認の訴えを提起した事案であるが、原告の了解があったとして新株発行不存在確認請求

---

ない。

(9) 原告は被告会社の株主であることの確認も求めているが棄却された。もっとも、原告は被告会社の取締役であるので、新株発行不存在確認の訴えにつき、確認の利益があるとされた。

(10) 新株発行不存在確認請求については、被告会社も原告に同調している。しかし、本件では独立当事者参加がなされており、参加人が新株発行不存在を争った。

(11) 旧有限会社においてなされた出資口数および資本増加の不存在確認を会社法施行後に訴求した事案である。

(12) この現物出資については、税理士による相当性の証明があったとされている。



## 新株発行不存在の判断要素

を棄却した。

⑳東京地判平成21年3月18日（認容）では、非公開会社において、当時の代表取締役が会社支配権を確立するために、株主総会決議も取締役会決議もないまま、架空の金銭債権を現物出資したことにして第三者割当ての方法により2回にわたり新株発行を行ったことにつき、社会通念上株主総会も取締役会も開催されず、一部の取締役の一方的な判断で実体のない債権を財務諸表に記載して操作し、新株発行の登記手続きを行っただけで、それ以外には新株発行の外形は何ら存在しないことからすると、新株発行手続の実体は存在せず、不存在というべきであるとされた。<sup>(13)</sup>

㉑東京地判平成22年2月23日（棄却）では、原告が本件新株発行不存在の根拠として、①代表取締役でない者が実行し、②取締役会決議がなく、③株主に対する公示がなく、④有利発行に関する特別決議もなく、⑤支配権獲得のための不公正発行であり、⑥実質的な払込みがなく、⑦新株発行の事実を隠したために新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過したと主張したが、本判決は、①⑥を否定し、代表取締役が本件新株発行当時取締役の地位を有しなかったとは認められず、その他原告が主張する事情が存在することを前提として判断しても、本件新株発行について引受人名義の株式申込証が作成され、実際に払込みが行われている等、新株発行としての相応の実体があることに照らせば、本件新株発行の無効原因となる事情があるかは格別、本件新株発行について不存在とまで評価するに足りる事情があるとは認められないとして、新株発行不存在確認請求を棄却した。

㉒大阪地判平成24年5月30日（棄却）は、非公開会社で招集手続がされていない株主総会決議（不存在）や取締役会決議（無効）により解任されたとする代表取締役が<sup>(14)</sup>、被告会社の支配権を獲得するために、被告

---

(13) 原告の一部には、本件新株発行後に被告会社の代表取締役に就任した者もいるが、本件新株発行に気づかなかつたのかは不明である。

(14) 被告会社の主張によれば、本件新株発行に関する株主総会決議は平成

会社に対し貸付債権を有していた第三者に対し当該金銭債権を現物出資として株主総会決議なく新株発行を行った事案で、本判決は、本件新株発行決議は不存在であるが、本件貸金債権が存在しないもので引受人からの現物出資がされなかったとみることは困難であるから、本件新株発行の実体が存在しなかったとまでいうことはできないとして、主位的請求である新株発行不存在確認請求を棄却しつつ、予備的請求である新株発行無効請求<sup>(15)</sup>を認容した。

㊸東京地判平成25年2月25日（認容）は、非公開会社における新株発行不存在確認を求める第1事件と当該株式の引受人が株主権確認請求を<sup>(16)</sup>求める第2事件が併合された事案である。本判決は、本件新株発行当時の被告会社代表取締役であった第1事件原告が本件新株発行をしたとまでは認められず、また第2事件原告が被告会社に貸金債権を有していたとの事実を認めることができないことから、同原告の被告会社に対する現物出資があったとの事実が認められない以上、本件新株発行は存在していなかったことになると判示した。<sup>(17)</sup>

---

22年6月30日になされ、払込期日は同年7月4日であった。他方、原告の主張によれば、被告会社の代表取締役は、7月2日の取締役会で代表取締役を、また同日の株主総会で取締役を、それぞれ解任されたことになっている。本件では、このいずれの解任決議も否定されたが、仮にこれらの事実が認定された場合には、新株発行決議から新株発行の効力発生の中に代表取締役が解任されたことになり、本件新株発行を実行した者が代表取締役の地位にあったか否かにつき、判断が分かれる可能性がある。

(15) 本件は、被告会社から控訴がなされ、控訴審は、本件新株発行時点において、既存株主が全て新株発行による持株比率の減少を了承していたという特段の事情があるとして、新株発行決議は不存在であるものの、新株発行の無効原因とならないと判示して原判決を取り消した（大阪高判平成25年4月12日金判1454号47頁）。

(16) 被告会社代表者は第1事件原告の娘で、かつ第2事件原告の妻であるが、被告会社は本件新株発行の不存在を主張している。

(17) 本判決は、新株発行の株主総会決議に関する議事録の存在を認定しているが、決議の存否については判断していない。

## 新株発行不存在の判断要素

⑳東京地判平成26年3月19日（認容）では、非取締役会設置会社における新株発行が、授權株式数を増加する定款変更および新株発行に関する株主総会決議がなく、引受けの申込みや払込みもないから、不存在であるとの原告の主張に対し、被告会社（代表者は原告の子）が当該事実をすべて認めた結果、不存在確認請求が認容された。

㉑東京地判平成26年3月20日（認容）は、株主総会で被告会社の取締役・代表取締役に選任されたとする仮装代表者（選任決議不存在）である補助参加人が、被告会社の支配権を獲得するために、第三者を引受人とし当該引受人が他社に対して有する金銭債権を現物出資として実行した本件新株発行につき、参加人が議事録を作成したものにすぎず、授權株式を増加する定款変更決議および新株発行決議が不存在であるというべきであり、本件新株発行は代表取締役でない参加人が株主総会決議を経ずに行ったものであるから、不存在であるといわざるを得ないと判示した。

㉒東京地判平成26年3月26日（認容）は、㉑の関連事件で、事実関係もほとんど同様である（被告会社は異なる）。本判決は、株主総会で被告会社の取締役・代表取締役に選任されたとする仮装代表者（選任決議不存在）である補助参加人が、被告会社の支配権を獲得するために、金銭債権を現物出資として実行した本件新株発行につき、本件新株発行決

---

(18) 被告会社が非公開会社であるとの認定はないが、非公開会社と見られる。なお、被告会社は特別代理人により中立的態度を採り、補助参加人が原告の主張を争っている。

(19) 原告は本件新株発行に係る払込みの事実がないと主張しているが、裁判所の認定はない。

(20) 新株発行無効の訴えの提訴期間の徒過については不明であるが、予備的請求である新株発行無効請求について提訴期間の徒過は争点となっていない。

(21) 被告会社が非公開会社であるとの認定はない。本件でも、被告会社は特別代理人により原告の主張を積極的に争っていない。

(22) 原告は払込みがないと主張しているが、裁判所の認定はない。

議は株主の参加がなく不存在であり、代表取締役でない参加人によりされたものに帰することになるから、存在していないものといわざるを得ないと判示した。<sup>(23)</sup>

㊸東京地判平成27年6月30日（認容）は、非公開会社における新株予約権の行使による新株発行について新株発行不存在確認請求がなされた事案で、原告株主である当該新株予約権者が新株予約権を行使しないまま行使期間が徒過したが、行使期間満了直前に被告会社代表取締役が誤って当該新株予約権を行使し払込みを行い新株発行がなされた。本判決は、新株予約権者が新株予約権を行使した事実自体が存在しない場合には、会社側の取扱いの如何にかかわらず、当該新株予約権行使に係る新株発行はそもそも存在しないものと解するのが相当であると判示した。

㊹東京地判平成28年8月3日（認容）は、非取締役会設置会社の全株を保有する代表取締役（夫）が中国滞在で不在中に、取締役（妻）が被告会社に対する金銭債権を現物出資として自己へ割り当てた新株発行につき、限定説に立ちつつも、本件新株発行決議は不存在というほかなく、新株発行の手続は全くされていなかったもので、加えて代表権限のない者が代表取締役である原告に無断で行ったものであるから、仮に被告会社において現物出資を前提とした会計処理がされているとしても、その瑕疵は単に手続的瑕疵というにとどまらず、本件新株発行が実体のあるものとは認められないと判示した。

㊺東京地判平成28年9月28日（棄却）は、被告会社の取締役兼株主である原告が新株発行不存在確認の訴えを提起したのに対し、授權株式会社を増加する定款変更決議および新株発行に関する取締役会決議があり、被告会社の代表取締役が株主割当の方法により本件新株発行を行ったもので（原告は申込期日までに引受けを申し込まなかった）、払込みも代

---

(23) 新株発行無効の訴えの提訴期間の徒過については不明であるが、予備的請求である新株発行無効請求について提訴期間の徒過は争点となっていない。

### 新株発行不存在の判断要素

表取締役個人の資金をもってなされており、本件新株発行が存在しないとはいえないと判示した。

④名古屋地判平成28年9月30日（棄却）は、別訴で株主権が確定した大株主である原告に対抗して会社支配権を獲得するために、非公開会社の代表取締役が原告に招集通知を発することなく株主総会で募集事項決定の委任決議を行い（不存在）、取締役会において新株発行決議をして自己に新株を割り当てた事案である。本判決は、新株発行不存在確認請求について、限定説に立ちつつ、代表取締役が本件新株発行に関与しており、新株発行に係る払込みおよび登記がなされているから、新株発行の実体がないとは評価できず、また新株発行不存在確認の訴えには提訴期間の制限がないこと等に照らせば、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過した場合の救済手段として、新株発行不存在事由を広く解釈することは相当でないとしたが、新株発行無効請求について、本件では代表取締役が原告を被告会社の株主から排斥する意図の下、原告に知られることなく本件新株発行を行うべく、原告がこれを察知する機会を失わせるための隠蔽工作を繰り返していたものと認められるから、信義則上、原告が本件新株発行の無効の訴えを所定の提訴期間を徒過して提起したとすることはできず、本件新株発行無効の訴えは適法であると判示しつつ、<sup>(24)</sup>本件新株発行の無効請求を認容した。

④東京地判平成28年11月22日（否定）は、株式譲渡制限のない会社における株主権確認請求事件であり、原告株主はその前提として新株発行の不存在を主張している。本判決は、限定説に立ちつつ、本件新株発行は被告会社の代表取締役によって行われたものであり、その発行価額の払込みが外形上存在し、それに沿う内容の発行済株式総数および資本金

---

(24) 両請求は、単純併合関係にあるとされている。本判決に関する判例批評ないし解説として、鳥山恭一「判解」法セ751号（2017年）119頁、松尾健一「判解」法教444号（2017年）156頁、吉本健一「判批」金判1529号（2017年）2頁参照。

額の変更登記も遅滞なく行われているところ、その他全証拠によっても、本件新株発行の実体がないとまで評価すべき事情を認めることができないとし、本件新株発行に関する取締役会決議等がなかったとしても、また本件払込みは被告会社の資金をもって行われたものであり、払込みとしての実質を欠くものとみられるが、そのような事情も、少なくとも平成17年改正前商法の下では、新株発行を不存在ならしめる事由には該当しないと判示した。<sup>(25)</sup>

④東京地判平成28年11月29日（棄却）では、非公開会社の代表取締役が会社支配権を獲得するために、授權株式数を増加する定款変更および新株発行に関する株主総会決議を経ずに、第三者割当ての方法により新株発行を行ったことが不存在事由に当たるとの主位的請求に対し、本判決は、限定説に立ちつつ、本件新株発行は被告会社の代表取締役によって行われたと認められるところ、その他本件全証拠によっても、本件新株発行について、そもそも実体がないとまで評価すべき事情を認めることはできないとして請求を棄却したが<sup>(26)</sup>、原告主張の事実は本件新株発行の無効原因となるとして予備的請求を認容した。<sup>(27)</sup>

⑤東京高判平成29年3月1日（棄却）は、④事件の控訴審判決と見られるが、控訴人が新株発行不存在事由として①株主総会の招集通知欠缺、②取締役会決議不存在、③割当通知および株式申込証交付の欠缺、④払込みの欠缺、⑤控訴人に株式を割り当てる意思がなかったことを主張したのに対し、これらをすべて否定しつつも、④を除くこれらを瑕疵を個

---

(25) なお、本件新株発行は株主割当てによりなされており、株主間に支配権争奪をめぐる争いがあったかは不明である。

(26) 本件新株発行の募集事項を定める株主総会の特別決議が存在しないとしても、あるいは本件定款変更決議が存在しないために本件新株発行によって発行済株式総数が定款所定の発行可能株式総数を超過するとしても、そのような手続的瑕疵をもって、新株発行の実体がないとまでいうことはできないとされている。

(27) 本件訴訟は、新株発行の効力発生日から1年以内に提起されていた。

## 新株発行不存在の判断要素

別に挙げて、仮にこのような瑕疵があるとしても新株発行は不存在を理由付ける事実とはならないと判示した。

④⑥東京地判平成29年3月27日（棄却）は、被告会社（原告と被告代表取締役が株式を半数ずつ保有する非公開会社）の支配権を争う原告が、自分も代表取締役であった時になされた新株発行につき（原告と被告が合意）、仮装払込みを理由として新株発行不存在確認を求めた事案で、本判決は、新株発行無効の訴えの提訴期間を定める会社法828条1項2号の趣旨からすれば、形式的には募集株式について払込みがされたとみる余地がある場合には、これが実質的なものでなかったことのみを理由に当該新株発行が存在しないものとして、出訴期間の制限なく主張等することができるものと解することは相当でないと判示して、不存在確認請求を棄却した。<sup>(28)</sup>

④⑦東京地判平成29年9月8日（肯定）は、原告が訴外会社の株主であることの確認を被告に求めた事件である。<sup>(29)</sup>原告は訴外会社の単独株主兼代表取締役であったが、訴外会社が原告とは無関係であるように見せかけるため、24000株のうち20000株を被告に、残りの4000株をAに無償譲渡したことにして代表取締役も辞任し、被告が代表取締役となったが、その後代表取締役に復帰した。被告は訴外会社の支配権を確保する目的で、授権株式数を増加する定款変更および新株引受権排除のための株主総会決議なく、取締役会の割当決議もないまま新株36000株を原告および被告に各18000株ずつ割り当て、会社に対する金銭債権の現物出資により発行した。原告が本件新株発行不存在を理由に24000株全部の株主であることの確認を求めたのに対し、裁判所は、限定説を採りつつも、

---

(28) 当該新株の半数が自己に帰属すると認められた原告は控訴しておらず、控訴審（東京高判平成29年9月7日2017WLJPCA09076007）では新株発行不存在について判断されていない。

(29) 本件は、旧商法下での新株発行の不存在を理由に、原告が被告（代表取締役）に対し、株主権の確認を求める事案である。

本件では①総会決議および取締役会決議の欠缺，②現物出資が仮装であること，③訴外会社は株券発行会社であるが株券が発行されておらず，かつ譲渡制限会社であり株式譲渡による取引安全の要請は乏しいとして，新株発行の不存在を認定したうえで，株主権確認請求を認容した。

### III 裁判例の分析

#### (1) 分析の結果

##### (a) 個別要素の分析<sup>(30)</sup>

さて，以上の裁判例を見たときに，新株発行不存在を肯定した裁判例とこれを否定した裁判例を比較し，その判断を分ける要素がどのようなものを抽出したいというのが本稿の意図である。そこでまず，これらの裁判例において現れた種々の要素を個別に採り上げ，それぞれの瑕疵が新株発行不存在を肯定したものと否定したものにどのように分かれるかを見ていく。<sup>⑮</sup>最判平成15年以後に新株発行不存在の主張が争点となった下級審裁判例は全部で28件あり，そのうち新株発行不存在を肯定したものは上述のように12件，否定したものは16件である。

第1に，新株発行不存在の判断基準として，限定説や緩和説のような一般的命題（定義）に言及したものは13件，そのうち緩和説は1件のみで，限定説が12件，残りの15件はとくに言明がない。そして，新株発行不存在を肯定した裁判例12件のうち，緩和説が1件で，限定説も2件ある。残りの9件はとくに言明がない。したがって，新株発行不存在を認定するに当たり，一般的命題とくに緩和説を採ることはあまり関連性が見られない。他方で，限定説の12件のうち，新株発行不存在を否定したものが10件あるから，否定の結論を採る場合にはその正当化根拠として限定説はなじみやすいといえる。

第2に，新株発行会社が旧商法上の株式譲渡制限会社または会社法上

---

(30) 以下の分析の結果は，後掲「別表2 新株発行不存在裁判例の分析」に示している。



### 新株発行不存在の判断要素

の非公開会社であるか否かによって、新株発行の手続が異なることから、この点について分析すると、譲渡制限会社または非公開会社における新株発行の事案は17件で、株式譲渡制限がない会社は2件、残りの9件は不明である。しかし、いずれケースでも、実態として被告会社が小規模閉鎖会社であることに変わりはない。株式譲渡制限がなされている会社のうち、新株発行不存在が肯定されたものは9件、否定されたものが8件であり、この点での有意な違いは見られない。他方で、譲渡制限のない会社に関する2件では、新株発行不存在が否定されている。

第3に、新株発行を実行した者が代表取締役か否かを見ると、代表取締役が関与したものが18件、関与しなかったものが8件、認定がないものが2件ある。そして、代表取締役が関与したケースのうち3件、関与しなかったケースのうち7件、認定がないケース2件において、新株発行不存在が肯定されている。逆に、代表取締役が関与したもののうち15件、関与しなかったケースの1件が、新株発行不存在を否定している。この点では、単純な比較でも、新株発行不存在の判断要素として、代表取締役が関与したか否かは重要なポイントとなっていることが分かる。

第4に、新株発行の手続的な瑕疵を見ると、授権（発行可能）株式数を増加するための定款変更、旧商法上の譲渡制限会社における株主の新株引受権の排除または有利発行に関する決議、あるいは非公開会社における新株発行ないし公開会社における有利発行に関する募集事項の決定は、いずれも株主総会の特別決議が必要となる（定款変更決議：旧商343条1項、会309条2項11号。株主の新株引受権排除決議：旧商280条ノ5ノ2第1項但書、有利発行決議：旧商280条ノ2第2項。非公開会社における新株発行ないし公開会社における有利発行の場合の募集事項の決定：会199条2項・3項、201条1項、309条2項5号）。このような株主総会決議を経ることなく新株発行を行ったケースは19件あるが、新株発行不存在を肯定したものの8件に対し、否定したものが11件あり、これ<sup>(31)</sup>だけでは有意な差異は見られない。また、新株発行に必要な取締役会

決議を経ていないケース15件のうち、新株発行不存在を肯定したもの4件に対し、否定したもの11件で、ここでも取締役会決議を経ていないことはあまり重視されていないことが分かる。さらに、株主に対する通知・公告などの公示手続、あるいは株主割当てによる新株発行の際の割当通知がないことについても、<sup>(32)</sup> これらの手続がないケース9件のうち、新株発行不存在を肯定したものは2件で、残りの7件は否定している。総じて、これらの手続的瑕疵は、新株発行不存在の判断において重要な要素となっていないように思われる。<sup>(33) (34)</sup>

第5に、出資の有無がどのように新株発行不存在の判断と関係するかを見ると、まず新株発行不存在が争われた事案で特に目につくのが、金銭債権の現物出資のケースが多いことである。<sup>(35)</sup> 全体の28件のうち実に11件で、40%近くある。一般に閉鎖会社において新株が発行される際に現物出資がどのくらいの割合を占めるかは詳らかでないが、一般のケースに比べてかなり多いのではないだろうか。そして、出資がありとされたものは19件（そのうち現物出資7件）あるが、そのうち6件は新株発行不存在が肯定され（現物出資2件）、残りの13件は否定されている（現物出資5件）。他方で、出資なしとされた9件（現物出資4件）のうち

---

(31) 正確にいうと、否定した11件には、「仮に株主総会決議がなかったとしても、新株発行は不存在ではない」という判示のケースも含まれている。

また、④では新株発行に関する総株主（2人）の合意が認定されている。

(32) このようなケースでは、会社が原告の株主資格を争っているものが少なくない。

(33) そもそもこれらの手続的瑕疵は、公示義務違反を除き判例法上新株発行の無効原因となっていないことが影響していると見られる。

(34) しかし、後述するように、株主総会決議の不存在という要素は、代表取締役の不関与という要素と結びつくと新株発行不存在を肯定する評価根拠となり得る。

(35) とくに会社法では、会社に対する金銭債権の出資は、その履行期が到来したものは当該債権に係る負債の帳簿価額以下で評価すれば検査役の調査を免れることができ（会207条9項5号）、代表取締役が新株発行に関与するケースでは、利用しやすい要素がある。

### 新株発行不存在の判断要素

6件は新株発行不存在が肯定されたが（現物出資4件）、3件は否定されている（現物出資0件）。出資の履行があるかないかはある程度重要なポイントであるが、それでもこれだけでは決定的な要素であるとまではいえないように思われる。

第6に、新株の割当方法であるが、実質的なものも含めて第三者割当てが23件と圧倒的に多く、株主割当てが4件、不明が1件である。第三者割当てのうち、新株発行不存在が肯定されたものが11件、否定されたものも12件である。<sup>(36)</sup> 第三者割当てのケースでは、新株発行を行った代表取締役への割当てが多いが、それ以外でも代表取締役の関係者に対する割当てが少なくなく、ほとんどのケースで新株発行の瑕疵について悪意者ではないかと推測される。

第7に、新株発行に伴う変更登記は不明の1件を除くすべてのケースで行われている。ただし、そのうち1件<sup>(23)</sup>は、新株発行の効力発生後、新株発行無効の訴えの提訴期間である6か月を経過するまで登記がされなかった事案である。

第8に、新株発行がされた背景として、会社支配権をめぐる争いがあるケースは22件と圧倒的に多い。しかし、そのうち新株発行不存在が肯定されたものは9件であり、否定されたものも13件ある。他方で、支配権争いが不明なケースで新株発行不存在が肯定されたものが3件ある。会社支配権をめぐる紛争において代表取締役が新株発行に関与したケースでは、代表取締役が大株主と対立している状況の中で自己の会社支配権を確立するために新株発行を行ったケースが16件見られる。

第9に、新株発行不存在確認の訴えは、新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過した場合に提起されることが多いといわれるが、実際にも28件のうち、18件で新株発行無効の訴えの提訴期間が徒過していると見られる。しかし、提訴期間を徒過していないケースも2件ある。徒過した18

---

(36) ④6では、被告代表取締役への第三者割当発行であるものの、原告と被告の合意を根拠にそれぞれ50%の新株帰属を認めている。

件のうち、7件で新株発行不存在が肯定されたが、11件では否定されている。<sup>(37)</sup> 新株発行無効の提訴期間の徒過が不明なケース8件のうち、5件で新株発行不存在が肯定され、3件で否定されている。この点との関連で、新株発行が秘匿されたことが明らかなケースは6件で、そのうち新株発行不存在が肯定されたものが3件、否定されたものが3件となっている。また、秘匿がないもの4件のうち、新株発行不存在が肯定されたもの1件と否定されたものが3件ある。

(b) 新株発行不存在の判断根拠

以上の裁判例に現れた個別要素のうち、実際に裁判所が新株発行不存在の判断の根拠として挙げている要素を分類したものが、後掲「別表3 新株発行不存在判断の根拠要素」<sup>(38)</sup>である。

これによれば、新株発行不存在を肯定した判断の根拠としては、株主総会決議不存在が8件と最も多く、<sup>(39)</sup> 代表取締役の不関与が7件、<sup>(40)</sup> 出資の履行欠缺が6件と続く。逆に、新株発行不存在を否定した判断の根拠としては、代表取締役の関与が11件と最も多く、<sup>(41)</sup> 次いで出資の履行が10件、登記がなされたことが5件である。

以上から、裁判例のほとんどは、新株発行不存在を肯定するにしても否定するにしても、いくつかの要素を総合的に考慮していることが分かる。そして、これらの判断根拠となった要素が複数あるケースについて見ると、新株発行不存在を肯定したケースでは、代表取締役の不関与と

(37) ただし、そのうち2件では、信義則上新株発行無効の訴えの提訴期間を徒過したとはいえないとして、無効の訴えが適法であるとされた上で、無効原因があるとして無効判決がなされている(23④2)。

(38) したがって、別表3の件数は、別表2の件数とは一致しない。

(39) ただし、株主総会決議不存在のみで新株発行不存在を肯定したものはない。

(40) 代表取締役の不関与のみで新株発行不存在を肯定したものはない。

(41) このうち、代表取締役の関与のみで新株発行不存在を否定したものが2件あるが(28④4)、そのうちの1件(44)は新株発行無効請求を認容している。

## 新株発行不存在の判断要素

株主総会決議の不存在が4件(19③7③⑧40)、代表取締役の不関与と出資の履行欠缺が2件(27③5)、代表取締役の不関与と取締役会決議の不存在および株主に対する公示欠缺の3要素をあげるものが1件(20)、株主総会決議不存在と出資の履行欠缺が2件(30③6)、株主総会決議および取締役会決議の不存在と出資の履行欠缺の3要素を挙げるものが2件(32④7)<sup>(42)</sup>となっており、代表取締役の不関与、株主総会決議の不存在、出資の履行欠缺の3要素のうち、いずれかの2要素が存在するケースでは、新株発行不存在が肯定される可能性が高くなるといえるように思われる。

他方で、新株発行不存在を否定したケースでは、代表取締役の関与と出資の履行の組み合わせが8件(21②③②5②6②9③③④1④2)あり、これらの2要素があれば新株発行不存在が否定される可能性が高いといえる。<sup>(43)</sup>なお、これらのうち4件(25②6②9④2)は新株発行に関する変更登記があったことも根拠に挙げており、また1件(43)は代表取締役の関与と登記があったことを根拠としており、裁判所は登記の存在もある程度重視しているといえよう。

### (2) 小 括

以上の分析から、裁判所の新株発行不存在の判断基準としてどのような要素が抽出できるであろうか。

まず、留意すべきことは、これらの裁判例は、それぞれの事案ごとにそれぞれの裁判所が個別に判断した結果であって、そこから何らかの傾向が見て取れるとしても、それが直ちに裁判所の一般的傾向を示すものと即断することは慎重でなければならない点である。各事案には各事案

---

(42) 2件とも代表取締役の関与が認定されている。

(43) 新株発行不存在の否定判断において出資の履行を重視している③④⑤でも、判断根拠としては挙げられていないものの、代表取締役の関与自体は認定されている。

ごとの個別的要素があり、また裁判所を構成する裁判官も異なることからすれば、そのような個別の裁判所の判断を全体的に見たときに、裁判所の一般的傾向のようなものを安易に導出すべきではないともいえそうである。しかしながら他方では、個々の裁判官には、個別事件への法の適用解釈を通して日本全国に一律に同一内容の法規範を適用させる職業的使命があり、またそのような共通認識をもって裁判に臨んでいると考えられる<sup>(44)</sup>。そして、上述した28件の裁判例のうち、実に18件が東京地裁民事第8部において審理されているという事実がある<sup>(45)</sup>。同部は、商事部専門部として、内部的にも研究会等を通じて会社法の解釈につき研鑽を積んでいることが指摘されており<sup>(46)</sup>、その判断の同質性に相当程度の制度的保証があるといってもよいと思われる。とするならば、このような裁判例の分析から得られる何らかの傾向を、一定程度裁判所の新株発行不存在に関する判断基準の一般的傾向として認識することは可能であるといえよう。

そこで、上述した下級審裁判例の分析によれば、新株発行不存在の判断基準の考慮要素に関する一般的傾向としては、まず新株発行を行った者が代表取締役であるか否かが重要なポイントとなっているといえる。しかし、代表取締役の関与の有無だけで新株発行不存在の判断がなされているわけではない<sup>(47)</sup>。そこで、代表取締役の関与の有無が認定された上で、さらに他の要素の有無が考慮されることになる。そして、代表取締

---

(44) 憲法76条3項では、裁判官はその良心に従い独立してその職権を行うとされるが、そのことと国民が法の適用解釈において同一内容の裁判を受けること（憲法14条1項）は、矛盾するものではない。

(45) さらにそれ以外の3件の東京地裁判決（㉑㉒㉓）も、同部の判決であると確認できなかったものの、同部の判決であると推測できる。

(46) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ（第3版）』（判例タイムズ社、2011年）v-vi頁（第1版はしがき）参照。

(47) 上述したように、代表取締役の関与のみで新株発行不存在を否定したものは2件で、代表取締役の不関与のみで新株発行不存在を肯定したものはない。

## 新株発行不存在の判断要素

役が関与したケースでは、出資の履行があれば新株発行不存在が否定される可能性が高い。他方で、代表取締役が関与していないケースでは、さらに株主総会決議の不存在または出資の履行欠缺のいずれかの要素が重なれば、新株発行不存在が肯定される可能性が高いといえると思われる<sup>(48)</sup>。しかし、それ以外の考慮要素としては、決定的な要素は見られないということになりそうである。新株発行不存在を否定したケースでは、新株発行に関する変更登記があることを根拠要素の一つとしてあげるものが少なくないが、これには疑問があるところである。なお、出資の形態として金銭債権の現物出資のケースがかなりあるが、金銭債権の現物出資だからといって必ずしも出資の履行が否定される傾向が強いはいえず、また現物出資の履行が認められても、新株発行不存在が肯定されたケースが2件存在する。

## IV おわりに

以上の分析を総合的に考慮するならば、新株発行不存在をめぐる最近の下級審裁判例は、その判断基準の内容として複合的な判断構造をとっていると理解することができる。すなわち、まず第一段階として代表取

---

(48) 田邊博士は、②以前の裁判例の分析として、新株発行不存在とは、新株発行の実体がない場合だけでなく、①授權株式数増加の定款変更のため、あるいは株式譲渡制限の定めがあり、第三者に割り当てるため必要な総会決議を欠くこと、⑤代表取締役が関与せず、代表取締役不知の間に権限なく新株発行が行われたこと、③新株発行に関し株主に通知・公告をしていないこと、④支配権の奪取または確立の意図のもとにおこなわれたことの瑕疵が重なったときは、新株発行の不存在と認められるとされている。田邊・前掲注(4) 107-108頁参照。また、弥永教授は、代表権のある取締役によって発行手続が行われ、払込みがなされていれば新株発行は不存在とはならないというのが従来の下級審裁判例であるとされる。弥永真生「新株発行不存在確認の訴えと会社分割不存在確認の訴え」『現代企業法学の理論と動態（奥島孝康先生古稀記念論文集）』第1巻下篇（2011年）679頁参照。

締役が新株発行を実行したか否かを重視し、これが認められた場合には第二段階として出資の履行があれば新株発行不存在を否定する可能性が高く、逆に第一段階において代表取締役の関与がない場合には、さらに第二段階として株主総会決議の不存在または出資の履行欠缺が認められれば、新株発行不存在を肯定する可能性が高いといえよう。しかし、それ以外の要素については一般的傾向は見られないということになる。

そこで、上記の裁判例を改めて見ると、新株発行不存在が争点となっている事案では、小規模閉鎖会社において会社支配権争奪をめぐる紛争があり、この紛争に決着をつける目的で、会社支配権を確立できるような大量の新株を自己ないしそのグループに発行するケースが多いという点が特徴的である。このような支配権確立目的による新株発行はいわゆる不正発行（会210条2号）に該当するが、会社法は、不正発行が一方的になされることがないように種々の手続的規制を定めており、また事前には新株発行差止請求権、事後的には新株発行無効提訴権という救済手段を置いている。ところが、このようなケースでは、会社法が定める救済手段を回避するために、多くの手続的規制違反が意図的になされ、とくに新株発行差止仮処分申立てや新株発行無効の訴えの提起を回避するために新株発行の事実が秘匿され、しかも当該新株がそのような目的や手続的瑕疵を含んでいることにつき悪意者の手元に保有されている。このような小規模閉鎖会社において会社支配から排除された少数派株主は、株式を譲渡して会社から退出することが困難で、また損害賠償責任の追及も実効性が低いことからすれば、新株発行の効力を否定することが唯一の適切な救済となる。しかし、新株発行無効の訴えの提訴期間が徒過した場合には、それが会社の手続違反による新株発行の秘匿の結果であっても、原則として同訴訟による救済を受けることができないから、新株発行不存在確認の訴えこそが新株発行の効力を否定する救済として最後の砦となる。したがって、新株発行不存在確認の訴えという制度がどの程度このような新株発行をめぐる紛争の適切な解決に役立つ



### 新株発行不存在の判断要素

つことができるかという点が、下級審裁判例の一般的傾向を評価する重要なポイントとなろう。

そして、そのような観点からは、個別事案においてこのような紛争の実態に適合した解決がなされているかという点では、疑問が残るものもあるように思われる。その結果、新株発行不存在確認の訴えという制度が、これに期待されている機能を十全に発揮することができていない可能性も否定できないと考えられる。そこで、そのような機能を十全に発揮することが可能となるような解釈論の構築が、今後の課題となろう。

別表1 新株発行不

番号	判決年月日 出典 株式譲渡制限の有無	新株発行 の不存在	新株発行手続
①	大阪高判昭52-8-5 金判545-23 ②の原審	否定	<u>代表取締役が実行</u> <u>取締役会決議あり</u>
②	最判昭53・3・28 判時886-89 ①の上告審	否定	
③	東京高判昭61・8・21 判時1208-123, 判タ627-204, 金法1146-40, 金判756-3	否定	代表取締役が実行 <u>取締役会決議の瑕疵（定足数不足）</u> <u>官報公告</u> 有利発行決議なし（△）
④	名古屋地判昭62・6・30 金判921-29 ⑤の原審	否定	<u>代表取締役が実行</u> <u>取締役会決議なし（△）</u>
⑤	名古屋高判昭63・3・31 金判921-23 ④の控訴審, ⑨の原審	認容	仮代表取締役が実行 取締役会決議なし？
⑥	金沢地判平3・2・8（甲事件） 民集51-1-51 ⑧の原審	否定	代表取締役が関与せず 授權株式数増加の総会決議不存在（ <u>議事</u> <u>録あり</u> ） 取締役会決議不存在（ <u>議事録あり</u> ） 割当通知なし（△）
⑦	大阪高判平3・9・20 判時1410-110, 判タ767-224 譲渡制限会社	無効認容	代表取締役が実行 新株引受権排除決議不存在 取締役会決議不存在
⑧	名古屋高金沢支判平4・10・26 （甲事件） 民集51-1-60 ⑥の控訴審, ⑩の原審	認容	代表取締役が関与せず 授權株式数増加の総会決議不存在 <u>取締役会決議不存在</u> <u>株主に対する公示なし</u>
⑨	最判平4・10・29 裁判集民事166-477, 判時1454- 146, 判タ815-137, 金法1356-4 4, 金判921-18 ⑤の上告審	却下（訴 えの利益）	

新株発行不存在の判断要素

存在裁判例一覧表

出資の履行 割当方法	変更登記	支配権争奪の有無 提訴期間の徒過	備考
<u>払込みあり</u> 第三者割当て	登記あり	支配権争奪 提訴期間の徒過	限定説 ②最判昭53・3・28で支持
			「発行ノ日」の意義 原判決を支持
<u>払込みあり</u> 第三者割当て（代表取締役が同じ 会社）	<u>登記あり</u>	支配権争奪（移転 △） 提訴期間徒過 秘匿（△）	緩和説 新株発行無効の予備的請 求も却下 上告棄却（金判921-18）
<u>払込みあり</u> 一般公募	登記あり	支配権争奪（移転） 提訴期間徒過 秘匿の可能性	
仮装払込み 第三者割当て（ <u>名義貸し</u> ）	登記あり	<u>支配権争奪（移転）</u> 提訴期間徒過 <u>秘匿</u>	⑨最判平4・10・29で破棄
<u>払込みあり</u> 第三者割当て	登記あり	支配目的を否定 提訴期間徒過	緩和説 決算報告書に9年間増加 後の資本金が記載され、 株主も了解していた
払込み不明 第三者割当て（悪意者）	登記あり	支配権争奪（移転） 夫婦が代表取締役 で全株式保有	<u>無効を認容し、遡及効を 認めた（実質的不存在）。</u> 本件は役員職務執行停 止・職務代行者選任仮処 分決定の異議控訴事件で ある。
仮装払込み（会社資金で払込みの ちに金銭債権と相殺処理） 株主割当て（実質第三者割当て）	登記あり	<u>支配権確立意図</u> 提訴期間徒過（当 初秘匿）	緩和説 引受人を被告（⑩最判平 9・1・28で破棄）
			別訴で株主の地位否定

⑩	最判平9・1・28 民集51-1-40, 判時1592-129, 判タ931-179, 金法1481-51, 金 判1015-17 ⑧の上告審	却下 (被 告適格)	
⑪	徳島地判平10・10・13 民集57-3-325 ⑬の原審	否定	代表取締役でない取締役が実行 取締役会決議なし
⑫	東京地判平成11・6・7 判時1725-171 譲渡制限会社	否定	代表取締役が実行 官報による公告 新株引受権排除決議の不存在 (追加的主 張) 不公正な方法・価額による発行 (△)
⑬	高松高判平12・1・20 民集57-3-330 ⑪の控訴審, ⑱の原審	却下	
⑭	浦和地判平12・8・18 判時1735-133, 金判1125-52	認容	代表取締役が実行 株主総会決議不存在 (有利発行△) <u>取締役会決議不存在</u>
⑮	東京地判平13・12・12 判タ1187-318 ⑰の原審	否定	<u>代表取締役が実行</u> <u>取締役会決議あり</u> (原告を取締役と扱わ ず) 割当通知なし
⑯	名古屋高判平14・8・21 判タ1139-251 譲渡制限会社	否定	登記簿上の代表取締役が実行 ( <u>代表取締 役の同意</u> ) 新株引受権排除決議なし 取締役会決議なし 株主に対する公示なし
⑰	東京高判平15・1・30 判時1824-127, 判タ1187-312 ⑮の控訴審	否定	<u>代表取締役が実行</u> 割当通知なし 取締役会決議不存在 (△)
⑱	最判平15・3・27 民集57-3-312, 判時1820-145, 判タ1120-84, 金法1686-127, 金判1179-14 ⑬の上告審	破棄差戻	

新株発行不存在の判断要素

			限定説
<u>払込みあり</u> 一般公募（実質第三者割当て）	<u>登記あり</u>	支配権争奪 提訴期間徒過 秘匿の可能性？	緩和説 <u>代表取締役からの包括的</u> <u>授權又は事前承認・事後</u> <u>の黙示的追認</u> 2回の新株発行
<u>払込みについて認定なし</u> 代表取締役への第三者割当て	登記につき認定なし	支配権争奪（移転） 原告は代表取締役 の妻の母	主位的請求が無効、予備 的請求が不存在 無効提訴期間経過後に無 効原因を追加したが認め られず 不存在も否定 瑕疵を個別に検討
			限定説 不存在確認の訴えに提訴 期間の制限あり
<u>金銭債権の現物出資（仮装出資）</u> 代表取締役への第三者割当て	登記あり	<u>支配権争奪</u> 提訴期間徒過 秘匿の可能性あり	<u>会社解散のケース</u> （残余 財産の分配） 解散会社の場合は提訴期 間に制限なし
<u>払込みあり</u> 株主割当て（原告に割り当てず）	<u>登記あり</u>	支配権争奪 提訴期間徒過 秘匿の主張	限定説
<u>払込みあり</u> 登記簿上の代表取締役への第三者 割当て	登記あり	提訴期間徒過	限定説 不存在確認の訴えは提訴 期間の制限なし 代表取締役の同意 商法改正による増資
<u>払込みあり</u> 株主割当て（原告に割り当てず）	<u>登記あり</u>	支配権争奪 提訴期間徒過	限定説 別訴で原告の株主権確認 （原告は被告代表者の弟） <u>上告棄却・不受理</u>
			限定説 提訴期間の制限なし

⑲	神戸地判平15・4・30 田邊論文106 譲渡制限会社 ㉒の原審	認容	<u>代表取締役が関与せず</u> <u>授権株式数増加の総会決議なし</u> 新株引受権排除決議なし 取締役会決議なし 株主に対する公示なし
⑳	高松高判平15・7・29 LEX/DB25470875 ⑱の差戻審	認容	<u>非代表取締役が代表取締役名義を冒用</u> <u>取締役会決議なし</u> <u>株主に対する公示なし</u>
㉑	福岡高判平15・12・10 2003WLJPCA12100001	否定	<u>登記簿（事実）上の代表取締役</u> 取締役会決議なし（△） 株主に対する公示なし（△）
㉒	大阪高判平16・1・29 田邊論文107 ⑱の控訴審	認容	
㉓	東京地判平16・3・31 2004WLJPCA03310012, LLI/DB L05931551 譲渡制限会社	否定 無効認容	代表取締役が実行 授権株式数増加決議不存在 新株引受権排除決議不存在 有利発行決議不存在 取締役会決議不存在 株主に対する公示なし
㉔	東京地判平成16・3・31 LLI/DB L05931571 譲渡制限会社	否定	解任された登記簿上の代表取締役が実行 （会社は表見責任を負う） 新株引受権排除決議なし 取締役会決議の欠缺 株主に対する公示なし
㉕	東京地判平成16・9・22 LLI/DB L05933817	否定	代表取締役が実行 授権株式数増加決議なし 取締役会決議の不存在
㉖	東京地判平成16・9・27 LLI/DB L05933857 譲渡制限会社	否定	代表取締役が実行 授権株式数増加決議不存在 新株引受権排除決議不存在 取締役会決議不存在

新株発行不存在の判断要素

払込みに疑問 第三者割当て（長男）	登記あり	支配権争奪（移転） <u>秘匿</u>	
払込みあり 公募（実質代表取締役を含む第三者割当て）	登記あり	<u>支配権争奪（移転）</u> 提訴期間徒過 秘匿	緩和説 2回の新株発行 原告は被告代表者の父親（死亡後、子が訴訟承継） <u>上告棄却・不受理</u>
<u>払込みあり（見せ金を否定）</u> 第三者割当て（代表取締役を含む）	<u>不明</u>	支配権争奪（△） 提訴期間徒過（30年経過）	限定説 被控訴会社は権利濫用を主張 控訴人は株券不発行も主張
払込みあり 第三者割当て（代表取締役の父親）	登記遅滞	夫婦間の支配権争奪（移転） 提訴期間徒過（2回目） 秘匿	限定説 2回の新株発行 <u>信義則上提訴期間の徒過なし（2回目）</u>
払込みあり 代表取締役への第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転） 提訴期間徒過	限定説 <u>無効提訴期間内に提訴が可能であったとして不存在を否定</u>
<u>金銭債権の現物出資</u> 第三者割当て（ほぼ株主割当て）	<u>登記あり</u>	提訴期間徒過 秘匿せず	限定説 被告会社は不存在を争わず、補助参加人が争った 商法改正による増資 2回の新株発行 瑕疵を個別に判断
<u>金銭債権の現物出資</u> 代表取締役への第三者割当て	<u>登記あり</u>	支配権争奪（移転） 提訴期間の徒過不明	限定説 2回の新株発行 別訴で原告の株主資格確定 ㊟と類似の事案 瑕疵を個別に判断

⑳	東京地判平17・11・25 LLI/DB L06034476 譲渡制限会社	認容	<u>解任された代表取締役が実行</u>
㉑	東京地判平18・12・20 LLI/DB L06135150 譲渡制限会社	否定	代表取締役が実行 株主総会決議不存在 取締役会決議不存在 株主に対する公示なし 被告会社は原告の株主権否定
㉒	東京地判平19・2・26 2007WLJPCA02268009, LLI/DB L06230855 譲渡制限なし	否定	代表取締役が実行 取締役会決議なし (△) 株主に対する公示なし (△) 有利発行決議なし (△)
㉓	東京地判平19・12・19 LLI/DB L06235708 有限会社	認容	<u>社員総会決議の欠缺</u>
㉔	東京地判平21・3・9 2009WLJPCA03098006 非公開会社	否定	代表取締役が実行 株主総会決議なし
㉕	東京地判平21・3・18 2009WLJPCA03188015 非公開会社	認容	代表取締役が実行 株主総会決議不存在 <u>取締役会決議不存在</u>
㉖	東京地判平22・2・23 2010WLJPCA02238002	否定	代表取締役が実行 取締役会決議なし (△) 株主に対する公示なし (△) 有利発行決議なし (△) 不公正発行 (△)
㉗	大阪地判平24・5・30 金判1454-55 非公開会社	否定 無効認容	代表取締役が実行 (解任決議は不存在・無効) 新株発行の総会決議不存在
㉘	東京地判平25・2・25 LEX/DB25510794, 2013WLJPCA02258003 非公開会社	認容	<u>代表取締役が関与せず</u> 株主総会議事録あり



新株発行不存在の判断要素

<u>払込取扱銀行への払込なし（別の銀行の保管証明書を添付して登記）</u>	登記あり		会社も積極的に争っていない 予備的請求として新株発行無効請求
<u>被告会社が立替払い（仮装払込みの蓋然性）</u> 代表取締役等への第三者割当て	登記あり	支配権争奪 提訴期間徒過不明	限定説 旧商法下の事案（仮装払込みは無効事由ではない） 瑕疵を個別に検討 原告への株式譲渡は取締役会の承認がなくても被告会社の全株式であるから有効である
<u>払込みあり</u> 株主割当て	<u>登記あり</u>	支配権争奪 提訴期間徒過	限定説 商法改正による2回の新株発行 原告の株主資格を否定（取締役として訴えの利益肯定） <u>被告会社は争わず（参加人が争った）</u>
<u>払込みなし</u> 第三者割当て	登記あり	提訴期間徒過	被告会社は争わず
金銭債権の現物出資（税理士の証明あり） 代表者への第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転）	<u>全株式を有する原告が了解</u>
<u>金銭債権（架空）の現物出資</u> 第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転） 提訴期間徒過	2回の新株発行 株券不発行に言及 原告らは新株発行後代表取締役を務めていた
<u>払込みあり</u> 第三者割当て	登記あり	支配権争奪 秘匿（△） 提訴期間徒過	<u>株式申込証に言及</u> 株式の帰属に争いがある
<u>金銭債権の現物出資</u> 第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転） 無効提訴期間内	控訴審（大阪高判平25・4・12金判1454-47）により取消し
<u>金銭債権の現物出資（仮装出資、税理士の証明あり）</u> 第三者割当て（代表者の夫）	登記あり	支配権争奪（移転） 提訴期間徒過 秘匿せず	原告は被告代表者の親（第1事件）

③⑥	東京地判平26・3・19 LEX/DB25518358, 2014WLJPCA03198017 非取締役会設置会社	認容	<u>授権株式数増加の総会決議不存在</u> (別訴 で確定) <u>新株発行の総会決議不存在</u>
③⑦	東京地判平26・3・20 LEX/DB25518359, 2014WLJPCA03208021	認容	<u>代表権のない者が実行</u> <u>授権株式数増加の総会決議不存在</u> <u>新株発行の総会決議不存在</u>
③⑧	東京地判平26・3・26 LEX/DB25518363	認容	<u>代表権のない者が実行</u> <u>新株発行の総会決議不存在</u>
③⑨	東京地判平27・6・30 LEX/DB25530436, 2015WLJPCA06308024 非公開会社	認容	<u>新株予約権の行使による新株発行</u> <u>予約権者でない者による行使</u>
④⑩	東京地判平28・8・3 LEX/DB25536505, LLI/DB L0713840, 2016WLJPCA08038003 非取締役会設置会社	認容	<u>代表権のない取締役が実行</u> <u>新株発行の株主総会決議不存在</u>
④⑪	東京地判平28・9・28 LEX/DB25537012, 2016WLJPCA09288009	否定	<u>代表取締役が実行</u> <u>授権株式数を増加する定款変更決議あり</u> <u>取締役会決議あり</u>
④⑫	名古屋地判平28・9・30 判時2329-77, 金判1509-38	否定 無効認容	<u>代表取締役が実行</u> 募集事項決定の委任の株主総会決議不存 在
④⑬	東京地判平28・11・22 LEX/DB25538211 譲渡制限なし 株券発行会社	否定	<u>代表取締役が実行</u> 取締役会決議なし (△)
④⑭	東京地判平28・11・29 2016WLJPCA11298003, LEX/DB25538213 非公開会社	否定 無効認容	<u>代表取締役が実行</u> <u>授権株式数増加の総会決議なし</u> (△) <u>新株発行の株主総会決議不存在</u> (△)
④⑮	東京高判平29・3・1 2017WLJPCA03016007	否定	<u>代表取締役が実行</u> 株主総会招集通知欠缺 (△) 取締役会決議不存在 (△) 割当通知なし (△)

新株発行不存在の判断要素

引受け・払込みなし 第三者割当て	登記あり	支配権争奪が伺われる（移転） 提訴期間徒過	被告会社が争っていない
第三者に対する金銭債権の現物出資 第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転） 提訴期間の徒過不明	非公開会社の認定なし 被告会社は中立的態度
金銭債権の現物出資 第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転） 提訴期間徒過不明	非公開会社の認定なし 被告会社は中立的態度 ④の関連事件
払込みあり 被告会社の代表取締役にな株を発行	登記あり	提訴期間の徒過不明	原告は株主兼新株予約権者 予備的請求として新株発行無効請求
金銭債権の現物出資 第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転） 提訴期間徒過	限定説 被告会社代表者は原告の妻
払込みあり 株主割当て（原告は申し込まず）	登記あり	支配権争奪？ 支配目的なしと認定 提訴期間徒過	代表取締役は原告の子
払込みあり 代表取締役への第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転） 提訴期間徒過 秘匿	限定説 信義則により提訴期間の徒過なし 原告を株主と扱わず（別訴で株主資格確定）
会社資金による払込み（外形上存在） 株主割当て	登記あり	提訴期間（6か月） 徒過 旧商法の事案	限定説 株主権確認請求訴訟であり、原告はその前提として新株発行の不存在を主張している
金銭債権の現物出資 第三者割当て	登記あり	支配権争奪（移転） 1年以内に提訴	限定説 瑕疵を個別に検討
払込みあり 株主割当て 原告に割り当てる意思なし（△）	登記あり	支配権確立目的 （△）	瑕疵を個別に検討 ④の控訴審判決とみられる

④⑥	東京地判平29・3・27 2017WLJPCA03276008 非公開会社	否定	代表取締役が実行 総株主の同意
④⑦	東京地判平29・9・8 2017WLJPCA09088011 <u>譲渡制限会社</u>	認容	代表取締役が実行 <u>授權株式数増加および新株引受権排除の</u> <u>株主総会決議不存在</u> <u>取締役会決議不存在</u>

- 表の見方
1. 2重下線は、裁判所の新株発行不存在の判断基準の要素
  2. △は、当事者の主張であり、仮にそのような瑕疵があるとしても新株発行
  3. 1重下線は、当該事案に特徴的な要素

### 新株発行不存在の判断要素

<u>形式的払込あり</u> （仮装払込み）	登記あり	支配権争奪 提訴期間徒過	<u>形式的払込があることを理由に新株発行不存在を否定</u> <u>東京高判平29・9・7 2017WLJPCA09076007で控訴棄却</u>
<u>金銭債権の現物出資（仮装出資）</u> <u>第三者割当て</u>	登記あり	支配権争奪 提訴期間徒過 秘匿	限定説 <u>株券発行会社で株券発行なし</u>

不存在ではないと判示するものを含む

別表2 新株発行不存在裁判例の分析

新株発行不存在		肯定	否定	合計	備 考
		12	16	28	
不存在判断基準	限定説	2	10	12	
	緩和説	1	0	1	
	言明なし	9	6	15	
株式譲渡制限	あり	9	8	17	
	なし	0	2	2	
	不明	3	6	9	
代表取締役の関与	あり	3	15	18	
	なし	7	1	8	
	不明	2	0	2	
株主総会決議	あり	0	1	1	
	なし	8	11	19	
	不明	4	4	8	総会決議を要しない場合を含む
取締役会決議	あり	0	1	1	
	なし	4	11	15	
	不明	8	4	12	取締役会決議を要しない場合を含む
公示・通知	あり	0	0	0	株主割当通知を含む
	なし	3	7	10	
	不明	9	9	18	
出資の履行	払込み	6	11	17	
	現物出資	6	5	11	
	あり	6	13	19	払込みに疑問あり1件を含む
	なし	6	3	9	
割当方法	第三者割当て	11	12	23	公募（実質的第三者割当て）を含む
	株主割当て	0	4	4	
	不明	1	0	1	
登 記	あり	12	15	27	提訴期間の登記遅滞を含む
	なし	0	0	0	
	不明	0	1	1	
支配権争奪	あり	9	13	22	
	なし	0	1	1	
	不明	3	2	5	
無効訴訟の 提訴期間徒過	あり	7	11	18	
	なし	0	2	2	
	不明	5	3	8	
秘 匿	あり	3	3	6	
	なし	1	3	4	
	不明	8	10	18	

新株発行不存在の判断要素

別表3 新株発行不存在判断の根拠要素

考慮要素	不存在肯定の裁判例	12件	不存在否定の裁判例	16件
代表取締役の関与	あり		21)23)25)26)28)29)33)41)42)43)44)	11件
	なし	19)20)27)35)37)38)40)		
株主総会決議	あり		41)	1件
	なし	19)30)32)36)37)38)40)47)		
取締役会決議	あり		41)	1件
	なし	20)32)47)		
公示・通知	あり			
	なし	20)		
出資の履行	あり		21)23)25)26)29)33)34)41)42)45)43)46)	10件+2件
	なし	27)30)32)35)36)47)		
登記あり				
支配権の確立			25)26)29)42)43)	5件
	20)	1件		
秘 匿		1件		
	19)			
新株発行無効の訴えの提訴が可能			24)	1件
単独株主の了解			31)	1件
新株予約権者でない者による新株予約権行使	39)	1件		

\* 新株発行不存在を肯定または否定した裁判例において判断根拠とされた要素を示している。別表2の件数と一致しないのは、ここでは考慮要素の認定があっても、不存在判断の根拠となっていないものが除かれるからである。

④9は、会社資金による払込みで外形上出資の履行があったことを新株発行不存在を否定する要素の一つとしている。同様に、④6は、形式的に払込みがされたとみる余地があることを理由に新株発行不存在を否定している。