

|      |   |
|------|---|
| タイトル | 民事判例研究 名古屋地判平成28年9月30日（提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えの認容と再決議による決議取消訴訟の訴えの利益の消滅） |
| 著者   | 岩淵，重広； IWABUCHI, Shigehiro  |
| 引用   | 北海学園大学法学研究, 54(3): 77-99  |
| 発行日  | 2018-12-30  |

## 提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えの認容と再決議による決議取消訴訟の訴えの利益の消滅

名古屋地判平成二八年九月三〇日判例時報二三二九号七七頁、金融・商事判例一五〇九号三八頁  
新株発行無効等請求、株主総会決議取消等請求事件、名古屋地裁平二六(ワ)二二五六号(甲事件)・  
同五四三五号(乙事件)

岩 淵 重 広

## 【事案の概要】

Y1株式会社(以下「Y社」という)は、公開会社(会社法二条五号)でない会社(以下、「非公開会社」という)であり、取締役会設置会社である。Y1社の発行済株式は二〇〇株であり、そのうち、一八〇株(以下、「本件株式」という)をXが所有し、残りの二〇株をY1社の代表取締役である

Y2が所有していた。Xは、Y2から依頼を受けて運転資金に窮したY1社へ融資し、その際に本件株式を取得するに至った(以下、XがY1社株主となった取引を「本件株式譲渡」という)。さらに、本件株式譲渡の際、Y1社が、Xからの勧めに応じて、その業務を廃パチンコ台のリサイクル業へ変更したこと、Xの弟であるDが同社取締役に、Xが同社監査役にそれぞれ就任したこと、Xの指示によってEが同社の

顧問税理士となったことがそれぞれ認定されている。Y1社は、上記融資に係る債務を完済している。

その後、Y1社は、平成二〇年一月頃、Xからの依頼で、Xが代表者を務める会社に対して一億円の融資を行った。Y2は、平成二一年頃、Y1社が資金繰りに窮したことから、Xに対して本件株式を売却し、その売却代金をもって上記融資の未返済分である八〇〇万円を返済するよう要求した。しかし、Xはこれに応じなかった。

Y2は、平成二一年一月七日、Xらに無断で、XのY1社監査役辞任登記とDの同社取締役辞任登記を行い、同年六月にはEを顧問税理士から解任した。さらに、Y2は、同年六月以降、Y1社の財務内容や営業成績をXに対して報告しなくなった。Y2は、同年三月三一日に、本件株式の名義をXからY2へと変更し（以下、「本件株式移転」という）、小牧税務署長に対して、株主変更についての申立書を提出した。同申立書には、Xが本件株式を所有していたのはY1社への貸付金の担保のためであり、Y1社がそれを完済したこと、また、Y1社の事業計画の遂行上Xが株主に含まれることが障害となること（具体的には、Xが代表者を務める会社の一つが風俗営業（パチンコ・麻雀）の遊技場を経営しており、

それが政府系金融機関からの融資やパチンコ台のリサイクル業者の推薦をY1社が受けるうえで障害となること）から、本件株式の名義をY2に戻した旨の記載がなされていた。

その後、Xは、平成二三年四月二五日、Xが本件株式を所有する株主であることの確認等を求める訴訟（以下、「別件訴訟」という）を名古屋地方裁判所に提起し、平成二四年三月一四日にXの請求を認容する判決が言い渡された。同判決は平成二五年七月一九日に確定した（控訴審・控訴棄却、上告審・上告棄却および上告不受理の決定）。

Y1社は、別件訴訟が係属していた平成二三年八月一〇日、Y2を同社の唯一の株主とし、新株発行に係る臨時株主総会を開催した。同株主総会においては、募集株式の上限数を六〇〇株とすること、払込最低金額を一万円とすること、および、会社法一九九条一項に定める募集事項の決定について取締役会の決定に委任することが決議された（以下、「本件新株発行総会決議」という）。Y1社取締役会は、平成二四年五月一〇日、本件新株発行総会決議を踏まえ、普通株式六〇〇株を株主割当てでない方法（以下、「第三者割当」という。）で発行（以下、「本件新株発行」という。）し、Y2にそのすべてを割り当てること、払込金額を一万円とすること、およ

び払込期日を同年六月四日とすることを決議した(以下、「本件新株発行取締役会決議」という。)。そして、Y2は、同月四日に払込金額六〇〇万円をY1社の預金口座へと振り込み、同社は、同月一日、本件新株発行に係る登記手続を行った。

Xは、別件訴訟終結後の平成二五年一〇月三日、今後のY1社の経営についての話合いの場において、Y1社およびY2の代理人から本件新株発行がなされたことを伝えられ、そこでその存在を知った。なお、Y1社は、別件訴訟の控訴審(判決日：平成二四年一月六日)において和解を希望した際に、本件新株発行の事実を述べていなかった。

Xは、平成二六年六月三日に、本件新株発行の無効および不存在確認の訴えを提起した。もともと、この新株発行無効の訴えの提起は会社法八二八条一項二号に定められた提訴期間を徒過してなされたものであった。

本件新株発行無効の訴えの係属中に、Y1社は、平成二六年九月一日(消印：同月二〇日)、Y1社定時株主総会(以下、「本件株主総会」という。)に関する招集通知をXへ送付した。同招集通知には、下記の議案(以下、下記の議案をまとめて「本件各議案」という。)がその目的事項として記載さ

れていた。

第一号議案…第一七期決算報告書の承認に関する件

第二号議案…定款変更の件

第三号議案…取締役三名選任の件

第四号議案…監査役一名選任の件

第五号議案…取締役及び監査役の報酬総額の件

第六号議案…退任取締役及び退任監査役に退職慰労金贈呈

の件

上記招集通知には、本件各議案の議題名が記載されているだけであり、現在および変更後の定款の内容を明らかにする書面、取締役会の承認を受けた計算書類および事業報告書等が添付されていなかった。Xは、遅くとも、同月二五日までに上記招集通知を受領し、Y1社に対して、同社の計算書類および事業報告書の交付等を求めた。これに対して、Y1社は、第一五期に関する決算報告書のみを送付した。Xは、同月二八日、主的に本件株主総会開催禁止の仮処分命令の申立て、予備的に本件株主総会におけるY2の二〇株を超える部分についての議決権行使禁止の仮処分命令を申立てた。し

かし、Xは、本件株主総会の予定時刻が到来したことから、上記各申立てを取り下げた。

同月二十九日、Y1社およびY2の代理人弁護士法律事務所において、本件株主総会が開催された。Y1社は、本件株主総会において、Xに対して第一七期決算報告書と変更後の定款を交付し、役員報酬・退職金の額を明らかにした。本件株主総会では、Y2が六二〇株、Xが一八〇株を有することを前提に本件各議案についての採決が行われ、本件各議案を可決する決議がなされた（以下、「本件各決議」という）。その後、Xは、本件新株発行等を前提になされた本件各決議には瑕疵があるなどと主張して、決議取消しの訴え（会社法八三一条一項）を提起した。

Y1社は、上記決議取消訴訟の係属中、Xに対し、平成二七年九月三日付け定時株主総会招集通知を送付し、本件各決議についての再決議（以下、「本件再決議」という。）を行った。本件再決議は、本件各決議の取消が確定することを停止条件に、決議の性質に反しない限り平成二六年九月二十九日に遡って効力を有するものであった。本件再決議については決議取消訴訟等が提起されなかった。

### 【判旨】一部認容・一部却下・一部棄却（控訴）

・新株発行無効の訴えの提訴期間の徒過について

〔2〕……Y2及びY1社は、遅くとも平成一四年六月頃までには、本件株式譲渡合意をなし、これによりXが本件株式を保有するに至ったことを熟知しながら、平成二一年一頃以降、資金繰りに窮したため、風俗関係の営業をなす者が大株主である企業に対する融資を行わない政府系金融機関から融資を得るとともに、パチンコ台のリサイクル業の選定業者の推薦を受けるため……、風俗営業（パチンコ・マーチャン）の遊技場経営を業とするZの代表者であるXをY1社の株主から秘かに排斥しようと考え、……第一二期（平成二〇年七月一日から平成二一年六月三〇日）の……『同族会社の判定に関する明細書』に発行済株式の総数二〇〇株、Y2の保有株式数二〇〇株と記載し、小牧税務署長に対し、本件株式譲渡が譲渡担保目的であり、被担保債権の消滅により本件株式の名義をY2に戻すものであるとの虚偽の説明をしたことが認められる。その上で、前示のとおり、Y1社の代表者であるY2は、Xが本件株式を保有することを知りながら、Xに対して本件新株発行総会決議の招集通知等を行うことな

く、Y2がY1社の全株式を保有するものとして、当該決議を行った。しかも、Y2は、……平成二十一年一月、X及びXの実弟をY1社役員から無断で排斥したほか、同年六月頃以降、Xに対し、Y1社の財務内容や営業成績の報告を行わず、第一期（平成一九年七月一日から平成二〇年六月三〇日）以降の確定申告書の写しを交付せず、これにより、XがY1社の借入状況や株主構成その他の会社の内情を知ることが妨げた……。これらの諸事情を総合すると、Y1社の代表者であるY2は、XをY1社の株主から排斥する意図の下、Xに知られることなく本件新株発行を行うべく、X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（筆者注…以下の研究において以上の事情を「①の事情」という。）。

また、Xは、本件新株発行の効力発生後である平成二四年一〇月、別件訴訟の控訴審における和解交渉の際、Y1社から、本件新株発行の事実を告げられなかったのみならず、Y1社の発行済株式総数が二〇〇株であるとの記載のあるY1社の株式評価額の算定に関する報告書を交付されており……、このような状況の中で、Xが本件新株発行の事実を予想し、又は想定することは容易でなかったといえる（筆者注…

以下の研究において以上の事情を「②の事情」という。）。

そして、Y1社は、株式の譲渡制限をしている会社であるところ……、本件新株発行により株式の発行を受けた者は、Y2だけであるから、本件新株発行につき、取引の安全を考慮する必要性がさほど高いとはいえない（筆者注…以下の研究において以上の事情を「③の事情」という。）。また、Xは、本件新株発行の存在を知った平成二五年一〇月三日……から一年以内に本件新株発行の無効の訴えを提起しており……、訴訟提起が不当に遅延したとはいえない（筆者注…以下の研究において以上の事情を「④の事情」という。）。

以上のとおりの本件事実関係の下においては、信義則上、X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、当該訴えは、適法であると解するのが相当である。」

・本件新株発行の無効の訴えに係る無効事由について

「(1) 会社法上、……非公開会社については、募集事項の決定は取締役会の権限とはされず、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには、取締役（取締役会設置会社にあつては、取締役会）に委任した場合を除き、株主総会

の特別決議によつて募集事項を決定することを要し（同法一九九条）、また、株式発行無効の訴えの提訴期間も、公開会社の場合は六箇月であるのに対し、非公開会社の場合には一年とされている（同法八二八条一項二号括弧書）。これらの点に鑑みれば、非公開会社については、その性質上、会社の支配権に関わる持株比率の維持に係る既存株主の利益の保護を重視し、その意思に反する株式の発行は株式発行無効の訴えにより救済するというのが会社法の趣旨と解されるのであり、非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な法令違反があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である（最高裁判所平成二二年（受）第一二二二号同二四年四月二四日第三小法廷判決・民集六六卷六号二九〇八頁）。

（２）……本件新株発行総会決議が行われた平成二三年八月一〇日においても、Ｙ１社の発行済株式数は二〇〇株であり、そのうち一八〇株をＹが、その余の二〇株をＹ２がそれぞれ保有していたものである。そうすると、本件新株発行総会決議は、Ｙ１社の二人の株主のうちの一人であり、同社の発行済株式のうち九割の株式を保有していたＹに対する本件

新株発行に係る株主総会の招集通知がされることなく、Ｙ２がＹ１社の全株式を保有するものとして行なわれたものであるから、その手続的瑕疵の著しさに照らして、本件新株発行に係る株主総会が法律上存在したとはいえない。

したがって、非公開会社であるＹ１社において……、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行……がされたものであるから、この瑕疵は本件新株発行の無効原因になる。」

・新株発行不存在確認の訴えについて

「（１）新株発行の不存在確認の訴えは、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觀が存する場合に肯定されるべきものと解するのが相当であり（最高裁判所平成一二年（受）第四六九号同一五年三月二七日第一小法廷判決・民集五七卷三三二二頁参照）、新株発行が物理的には存在するような外觀を呈する場合には、その手続的、実体的瑕疵が著しいからといって、その瑕疵が新株発行の不存在事由となるものではない。

（２）これを本件新株発行についてみるに、……Ｙ１社の代表取締役であるＹ２が議長として本件新株発行総会決議及び

本件新株発行取締役会決議を行うなど本件新株発行に関与しており、本件新株発行に係る払込金額の払込み及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、本件新株発行が不存在であるとはいえない。

（なお、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（最高裁判所平成一二年（受）第四六九号平成一五年三月二七日第一小法廷判決・民集五七卷三号三一二頁）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いふべきである。）」

・再決議と株主総会決議取消しの訴えの訴えの利益について  
「……本件再決議は、本件各決議の取消しが確定すること  
を停止条件に、決議の性質に反しない限り平成二六年九月二  
九日（本件各決議がされた日）に遡って効力を有することと  
して、本件各決議と同一事項について再決議をしたものであ  
る。そして、……本件再決議は、平成二七年九月九日に行わ  
れ、これに対する取消訴訟等の提起もなく確定した（なお、  
本件再決議は、……Y2の保有株式数が六二〇株、Xの保有  
株式数が一八〇株であることを前提として行われたが、この

ことが本件再決議の不存在事由に該当しない……）。

そうすると、本件再決議に付された遡及効を認めることが  
本件各決議の性質に反しない限り、仮に、本件各決議が取り  
消されたとしても、本件再決議によって本件各決議と同一の  
効果が生ずるため、本件各決議の取消しを求める実益はない  
から、当該取消しを求める訴えの利益が失われるものと解さ  
れる（最高裁判所平成元年（オ）第六〇五号同四年一〇月二  
九日第一小法廷判決・民集四六卷七号二五八〇頁参照）。

そこで、本件再決議に付された遡及効を認めることが本件  
各決議の性質に反するか否かにつき検討するに、本件各決議  
のうち、第二号決議（定款変更）、第三号決議（取締役の選任）  
及び第四号決議（監査役の選任）のように、これを前提とし  
て諸般の社团的及び取引的行為が行われるものについては、  
既に進展した法律関係を遡及的に否定したのでは、著しく法  
的安定性が害されるため、再決議の遡及効を否定すべきであ  
るが、第一号決議（決算報告書の承認）、第五号決議（役員報  
酬総額の決定）及び第六号決議（退職慰労金の贈呈）のよう  
に、それ自体完了的意味を有する個別的な事項の決定に関す  
るものについては、再決議の遡及効を認めるのが相当である。  
したがって、本件各決議のうち、第一号決議（決算報告書の

承認）、第五号決議（役員報酬総額の決定）及び第六号決議（退職慰労金の贈呈）については、その決議の取消しを求める実益がないため、訴えの利益が失われたが、第二号決議（定款変更）、第三号決議（取締役の選任）及び第四号決議（監査役の選任）については、その決議の取消しを求める実益があるため、訴えの利益は失われない。」

### 【研究】

#### 一 はじめに

本件は、非公開会社であるY1社の支配権争いに関する事件であり、同社の少数株主であり代表取締役であるY2と支配株主であるXの間で対立が生じている。本件では、少数株主であり代表取締役でもあるY2が、支配株主であるXに対して新株発行を秘匿していたという事情があった。そのため、Xは、発行の日から一年という提訴期間内（会社法（以下、「法」という）八二八条一項二号参照）に新株発行無効の訴えを提起できなかった。本判決は、このような事情を前提に、**①**提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えが信義則上適法になるとし、同訴えを認容した。

さらに、本件では、本件新株発行がなされた後、本件株主

総会が招集され、本件各決議がなされた。本件各決議には取消事由があったため、その効力は争われるに至ったが、Y1社は、翌年の定時株主総会において、本件各決議の取消しを停止条件としてその成立時点に遡って効力（以下、「遡及効」という）が生じるという内容の決議（以下、このような決議を指して「再決議」という）を行った。本判決は、このような遡及効を再決議に付与することがどのような場合に許されるのかも示した。本評釈では、以上の**①②**と関係する点について検討していく。<sup>(1)</sup>

#### 二 新株発行無効の訴えの提訴期間について

ア 提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えの適法性を検討する際の視点

本判決の認定によれば、Y1社の少数株主であり、代表取締役であるY2（以下、Y1社とY2をまとめて「Yら」と表記することがある）は、支配株主であるXを排斥する意図のもと、自らが支配株主となる本件新株発行を実施した。さらに、Y2は、本件新株発行の前後を通じて、Xが本件新株発行に気づかないようにするための隠蔽行為をしていた。Xが新株発行無効の訴えの提訴期間内に同訴えを提起できな

かつたのはこのような事情による。

このような事情がある場合に、支配株主への救済が、新株発行無効の訴えの提訴期間の徒過を理由として、全く認められないならば、少数株主によるクーデターが容認されることとなる。このようなクーデターが許されるべきでないことは、学説においても認識されており、それへの対処として二つの解釈論が提示されてきた。一つが、新株発行無効の訴えの提訴期間の制約を例外的に課さないというものであり、もう一つが新株発行不存在確認の訴えを認めるというものである<sup>(2)</sup>。

提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えを例外的に適法とする解釈論には、大きく分けて、二通りのものがある。一つが提訴期間の起算日を原告が知った日とするというものであり<sup>(3)</sup>、もう一つが、信義則や禁反言等を媒介にして提訴期間を徒過した訴えを適法とするというものである<sup>(4)</sup>。これらの解釈論にはそれぞれ批判があるが、本判決の採用した後者のような解釈に対しては、信義則を根拠とした点への批判がある<sup>(5)</sup>。しかしながら、信義則が根拠とされたことを理由に、その立場を否定することに大きな意味はない<sup>(7)</sup>。むしろ検討すべきは、会社法において提訴期間が一年に延長された趣旨は何か、

そして、そのことからして、どのような事情がある場合に提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えを適法とすることが正当化できるのかという点である。

#### イ 本判決の判断とその考慮要素

本判決は、その表現を見る限り、信義則によって会社側の主張を制限した<sup>(8)</sup>というわけではない<sup>(9)</sup>。本判決は訴えの提起それ自体を適法なものとしており、本判決において、信義則が果たしている機能は、いわゆる「特段の事情」による例外的作出のようなものである。以下では、どのような事情によって、また、どのような理由から本件新株発行無効の訴えが適法なものとなされたのかを確認する。

本件判旨は、①～④の各事情を総合考慮のうえ、本件新株発行無効の訴えを適法なものとして判断している(①～④の詳細な事情については、判旨の該当部分を参照)。すなわち、①Y1社の代表取締役であるY2が支配株主であるXを同社株主から排斥する意図のもと本件新株発行を行い、さらには、それをXに秘匿していたこと、②Xに本件新株発行についての認識可能性がなかったこと、③本件新株発行によって発行された株式が第三者へ譲渡されていないこと(取引安全の考

慮)、④Xによる訴訟提起が不当に遅延していないこと、である。

①④の事情が指摘されたのは、非公開会社における新株発行無効の訴えの提訴期間の趣旨および会社法制定時に非公開会社における新株発行無効の訴えの提訴期間が伸長された理由と関連するものと思われる。

まず、③と④から確認する。新株発行無効の訴えにおいて提訴期間が定められているのは、法的安定性の確保や株式取引の安全のためとされる。③と④の指摘は、本件においては、提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えを認めても、そのような趣旨に反しないことを示す事情である。

①と②の事情は、本件新株発行がXの支配株主たる地位を失わせることを目的とすること、および、その目的を達成するために本件新株発行がXに秘匿され、実際にXが新株発行無効の訴えの提訴期間が徒過するまで、それに気づけなかったことを示すものである。<sup>11)</sup>

①②の事情が指摘されたのは、会社法の制定によって、非公開会社における新株発行無効の訴えの提訴期間が、六箇月(平成一七年改正前商法二八〇条ノ一五)から一年(法八二八条一項二号括弧書き)へと伸長された理由と関係する。すな

わち、非公開会社において株主総会が開催されないまま新株発行がなされた場合、代表取締役と対立する支配株主が新株発行の存在に気づくのは新株発行後の定時株主総会であることが多い。このとき、新株発行無効の訴えの提訴期間が六箇月であれば、定時株主総会の開催前に提訴期間が経過する可能性があるため、株主が新株発行に気づかぬまま、同訴えの提訴期間が経過してしまう恐れがあった。<sup>12)</sup>そこで、会社法においては、定時株主総会が一年に一回は開催されなければならぬことを踏まえて、提訴期間が一年であれば違法な新株発行を同訴えの提訴期間内に認識できると考えられた。このような理由から新株発行無効の訴えの提訴期間は伸長されたのである。<sup>14)</sup>

このような会社法制定時の経緯に照らせば、会社法では、非公開会社における新株発行無効の訴えについての提訴期間の制限を課すことの前提として、株主に違法な新株発行を認識する機会が必要であるとの考え方が採用されたといえる。そして、①と②の事情が挙げられたのは、そのような機会がなかったことを示すためである。<sup>15)</sup>

本判決は、以上の①④の事情から、新株発行無効の訴えを適法なものと判断しており、本判決の判断は、同訴えの提

訴期間の趣旨や会社法制定時の議論を踏まえた妥当なものであったといえる。<sup>16)</sup>

もっとも、先に述べた会社法制定時の議論をヨリ重視するならば、株主総会が招集されないまま新株発行がなされたことと、新株発行後に定時株主総会が適法に開催されていないことの二つの事情を理由に、提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えを認めてよいようにも思われる。なぜならば、上記のような二つの事情が存在するとき、先に見たような提訴期間を伸長した理由に反する事態が生じており、非公開会社における既存株主の持分比率維持という利益を保護するために会社法が用意した新株発行無効の訴えが、意図的に骨抜きにされたと評価できるからである。

### 三 本件新株発行に係る実体法上の瑕疵の判断について

#### ア 無効原因に関する本判決の判断枠組み

最判平成二四年四月二四日民集六六卷六号二九〇八頁は、非公開会社において株主割当て以外の方法による新株発行がなされた場合に、株主総会特別決議を経ないことは無効原因になると判示した。本判決は、同最判に基づき、本件新株発行にかかる株主総会決議が法律上存在したとはいえないとし

て、本件新株発行を無効と判断した。

本件新株発行は、本件株主総会決議によって法一九九条一項に定める募集事項の決定を取締役会に委任し、それに基づき取締役会が行ったという形式をとる。これは、法二〇〇条に定められた手続を意識したものだと思われるが、この場合でも株主総会特別決議が必要となる（法二〇〇条一項・法三〇九条二項五号）。

本件では、新株発行において要求される株主総会特別決議といえそうなものは一つしかない。本判決は、その決議がなされた株主総会につき、「その手続的瑕疵の著しさに照らし、本件新株発行に係る株主総会が法律上存在したとはいえない」と述べ、そこから本件新株発行が株主総会特別決議を経ないものとしている。この意味は、本件新株発行総会決議を行った株主総会が法的に株主総会と評価できないので、そこでなされた決議も法的に株主総会決議と評価できず、したがって、本件では、新株発行に際して要求される株主総会特別決議が存在しない、というものである。

以上のような株主総会の成立を否定する論法は株主総会決議不存在確認の訴えの判断において用いられるものである。同訴えに関する先例に照らしても、本件では発行済株式の九<sup>17)</sup>

割を有するXに招集の通知がなされていないため、本件は、株主総会決議が不存在と評価される事案であったといえる。<sup>(18)</sup>

### イ 新株発行不存在確認の訴えについて

#### i 本判決の判断

本判決は、新株発行不存在確認の訴えが認められる場合として、新株発行の実体がない（Ⅱ新株発行の手続が全くなされていなくえに出資の履行もない）のに新株発行の登記がされている場合を挙げる。<sup>(19)</sup> このような本判決の立場は、新株発行不存在確認の訴えにおける不存在事由を、いわゆる物理的不存在に限定する立場である。<sup>(20)</sup>

本判決は、そのような立場を前提に、(ア) Y1社の代表取締役であるY2が議長として本件新株発行総会決議と本件新株発行取締役会決議を行うなど本件新株発行へ関与したと、(イ)本件新株発行に係る有効な払込みがあったこと、(ウ)上記新株発行について登記されたことから、新株発行の実体がないとはいえず、本件新株発行が不存在と評価できないとした。

判旨が(ア)の事情を挙げることには疑問がある。というのも、本件では株主総会が法的に存在しないとされているた

め、そのような法的に株主総会とされない集まりにおいてY2が議長を務めたことが、どのような意味で、本件新株発行が不存在でないことを裏付けるのかはよく分からないからである。また、会社法下の非公開会社では新株発行権限が株主総会にあり、そこから委任を受けていない取締役会決議にY2が関与したこともまた同様である。<sup>(21)</sup>

もっとも、不存在事由を物理的不存在に限定する下級審裁判例は、有効な出資の履行がなされた場合には、新株発行不存在確認の訴えを認めない傾向にあるといわれる。<sup>(22)</sup> 本判決においても(イ)の事情が認定されているので、新株発行不存在確認の訴えが認められないという本判決の結論は、従前の傾向に沿ったものではある。

#### ii 新株発行不存在確認の訴えの存在意義

新株発行不存在事由については、学説上、物理的不存在に限るとする立場と、物理的不存在だけでなく法的不存在も含むとする立場がある。<sup>(23)</sup> これに対して、新株発行不存在事由に関する判例の立場であるが、最高裁は、新株発行不存在事由に該当するのが物理的不存在のみであると明示的に判断していない。そのため、先行評釈が指摘するように、不存在事由

に関する最高裁の立場はオープンだといえる。<sup>(24)</sup>以下、このことを前提に議論する。

新株発行不存在事由に法的不在も含むべきであるとの主張は、新株発行無効の訴えを通じた救済がその提訴期間の徒過を理由に機能しないという場面を念頭に置いてなされた<sup>(25)</sup>。そこでは、新株発行無効の訴えの提訴期間の制約を課さない解釈による解決か、あるいは、新株発行不存在確認の訴えによる解決かのいずれか一つを認めるならば、適当なのはどちらかというような形で議論されてきた。<sup>(26)</sup>そのため、本判決が新株発行無効の訴えの提訴期間の制約を例外的に課さないという解釈を採用したことは、新株発行不存在確認の適用場面を物理的不在に限ることを補強する論拠となりうるのかもしれない。

しかしながら、二つの解決法の間には、将来効の有無という点で相違があるため、新株発行無効の訴えの提訴期間の制限を例外的に課さないという本判決のような解釈が認められたいとしても、新株発行不存在確認の訴えによる解決が必要な場合はありうる。たとえば、新株発行後、会社に新たな法律関係が形成されてしまうような場合である。非公開会社においては、違法な新株発行を前提に、いくつもの法律関係が形

成されていく恐れがあり、それへの対処という観点から考えたとき、将来効である新株発行無効の訴えでは十分な解決とまらない可能性がある。<sup>(27)</sup>それゆえ、不存在事由に法的不在を含む新株発行不存在確認の訴えによる解決が必要となる場面は存在するといえる。

### iii 本判決の判断の妥当性

本件を含む下級審裁判例の多くは、先述のように、手続上の著しい瑕疵があったとしても、有効な払込みがある場合には不存在事由がないと判断してきた。下級審裁判例の傾向としては、総会決議の欠缺といった手続上の著しい瑕疵があり、かつ、払込みがない場合や払込みが仮装されたという実体上の瑕疵があるときに、不存在事由は肯定されてきた。<sup>(28)</sup>このような下級審裁判例の立場は、提訴期間徒過後の新株発行無効の訴えを認めるとしても、少数株主である代表取締役が、会社に資金を払い込むことよって、無効判決が確定するまでではあるが、会社支配権を支配株主から一時的に奪取することを認めるものであると評価できる。<sup>(29)</sup>

新株発行不存在事由に法的不在を含むべきかどうかは、以上のような一時的な支配権の移転とそれから生じうる弊害

への対処が必要と考えるのか否かという問題である。つまり、(a) 本件のような形で新株発行無効の訴えが認められれば、支配株主の支配権は回復するから、救済としてはそれで十分であると考えられるのか、(b) 本件のような形で新株発行無効の訴えが認められるとしても、それまでの間に生じる一時的な支配権移転により、弊害が生じる可能性のある以上、それへの対処も必要であると考えるのかによる。

会社法においては、非公開会社について、会社の支配権に関わる既存株主の持分比率の維持という利益の保護がより重視されている<sup>30)</sup>。このことからすれば、(b) の立場を採用すべきである。このような立場を主張するのは、支配権争いの生じている会社においては、少数株主が一時的に取得した支配権を奇貨として、自らの支配権を完全なものにする恐れがあり、その恐れが現実化したときには、既存株主の持分比率の維持に関する利益の保護が必要になるからである。このように、違法な新株発行を前提に形成される法律関係の影響を否定することも、会社支配権に関わる持分比率の維持という利益の保護にとって必要であるといえるので、新株発行不存在事由には法的不存在を含めるべきである。

それでは、どのような場合を法的不存在と評価するべきな

のであろうか。新株発行不存在確認の訴えが上記のような面で必要とされることからすれば、(a) 支配権の異動を引き起こすような新株発行が行われたこと、(b) 会社(あるいはその代表者)がその新株発行を一部の株主に秘匿して実施し、その結果株主にその新株発行を争う機会が事前・事後ともになかったこと、(c) 適法な株主総会決議がないことという事情がある場合には、そのような新株発行は不存在と評価されて良いように思われる<sup>33)</sup>。

もっとも、以上のような事情が認められる場合に不存在事由が肯定されるとするならば、提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えを例外的に認めるという解決と適用場面が重なる可能性はある。そのため、新株発行不存在確認の訴えについては確認の利益における方法選択の適切性が問題となるように思われる<sup>34)</sup>。というのも、新株発行無効の訴えが形成の訴えであり、新株発行不存在確認の訴えが確認の訴えだからである。この問題については、既述のように、両訴えの解決可能な範囲についての相違に着目することが重要である。先の議論からすれば、法的不存在を不存在事由とする新株発行不存在確認訴訟の訴えの利益が認められるのは、新株発行無効の訴えによる解決では不十分な理由がある場合、すなわち、新

株発行後に形成された法律関係を否定することの必要性がある場合となろう。

以上の不存在事由と確認の利益に関する議論を前提とすれば、本件は、新株発行不存在確認の訴えが認容されてよい事案であったといえる。本件では、不正発行ともいえる本件新株発行が株主総会決議を経ずになされ、その前後を通じてXに秘匿されており、また、本件新株発行後に新たな法律関係を形成する本件各決議が成立しているからである。以上より、新株発行不存在確認の訴えに関する確認の利益は肯定され、また、上記(a)～(c)の要件も満たすといえる。

なお、本件においては、新株発行不存在確認の訴えによる解決がなされても結論は異なる事案であったとの指摘がある<sup>35)</sup>。

#### 四 再決議と訴えの利益に関する判断について

##### ア 本判決の判断枠組み

本件では、新株発行無効の訴えの係属中に、第一七期定時株主総会（平成二六年九月二十九日）が開催され、本件各決議（第一号決議（決算報告書の承認）、第二号決議（定款変更）、第三号決議（取締役の選任）、第四号決議（監査役の選任）、

第五号決議（役員報酬総額の決定）、第六号決議（退職慰労金の贈呈）が可決された。本件再決議は、本件各決議の取消しが確定することを停止条件に、決議の性質に反しない限り、平成二六年九月二十九日に遡って効力が生じるというものである。本件では、本件再決議について株主総会決議取消訴訟は提起されていない。

本判決は、最判平成四年一〇月二十九日民集四六卷七号二五八〇頁（以下、「最判平成四年」という）を参照しつつ、「本件再決議に付された遡及効を認めることが本件各決議の性質に反しない限り、仮に、本件各決議が取り消されたとしても、本件再決議によって本件各決議の取消しを求める実益はないから、当該取消しを求める訴えの利益が失われるもの」と判示する。決議取消訴訟の訴えの利益の判断に際しては実益の有無が問題となる<sup>36)</sup>。本判決は、この実益の有無を、本件各決議の性質からして再決議に遡及効を認めることができるのかという形で判断する<sup>37)</sup>。

本判決が用いた具体的な基準は次の通りである。すなわち、「これ〔筆者注…決議〕を前提として諸般の団体的及び取引的行為が行われるものについては、既に進展した法律関係を遡及的に否定したのでは、著しく法的安定性が害されるた

め、再決議の遡及効を否定すべきである」とし、一方で、「それ自体完了的意味を有する個別的な事項の決定に関するものについては、再決議の遡及効を認める」というものである。この基準に基づき、判旨は、決算報告書の承認、役員報酬総額の決定、退職慰労金の贈呈の三つの決議については訴えの利益が失われたと判示し、定款変更、取締役の選任、監査役の選任については訴えの利益が失われなかったとした。

判旨の判断基準は不適切なものである。判旨が基準として用いた表現は、決議取消しの訴えについて一律に遡及効を認めるべきでないという学説<sup>(38)</sup>において示されたものである<sup>(39)</sup>。その学説は、決議取消訴訟に一律に遡及効を認めれば、瑕疵の連鎖が生じ、法的安定性を著しく欠く事態になるという問題意識のもとで唱えられたものである。一方で、本件再決議に付与されるような遡及効は、先行決議が取り消された場合に法律関係が不安定となることを未然に防ぐためのものである。それゆえ、判旨の判断基準は全く異なる場面を念頭に述べられたものであり、再決議に遡及効を認めるかどうかの判断基準としては不適切である。

### イ 遡及効を付与する際の判断基準とその帰結

それでは、どのような基準で、再決議に遡及効を付与できるかどうかを判断すべきか。判旨の述べる「決議の性質に反しない」かどうかは、具体的には、遡及効を認めても法律関係に変動がなく、また、第三者の権利を害しないかという二つの要件に基づいて判断されるといわれてきた<sup>(40)</sup>。従前の裁判例・判例の傾向に照らせば、決算報告書の承認<sup>(41)</sup>、役員報酬総額の決定、退職慰労金の贈呈<sup>(42)</sup>については、再決議の遡及効は認められ、訴えの利益は失われることになる。一方で、解任については、従来から指摘があるように、再決議があろうとも先行決議の取消訴訟についての訴えの利益は失われない<sup>(43)</sup>。以上の決議については、先の二要件に基づき判断しても本判決の判断と結論は異ならない<sup>(44)</sup>。

問題となるのは、取締役選任決議の再決議に遡及効を認めてよいかである。本判決は、取締役の選任決議に関する再決議に遡及効を認めることを否定するが、選任決議に関する再決議に遡及効を認めることは許されないわけではないように思われる。選任決議に関する再決議に遡及効を認めない見解は、選任決議と解任決議を区別せずに論じ、いずれの場合も遡及効を認めれば、取締役の地位という法律関係に変動を及

ばすことをその理由とする<sup>(45)</sup>。しかしながら、選任決議についても解任決議についても、決議取消訴訟が認容される前に再決議がなされれば、先行決議の取消が認められたからといってその法律関係に変動が生じるわけではない。というのも、再決議は、先行決議が取り消され無効となった時点で効力が生じ、先行決議のなされた時点で遡って効力を生じる以上、法律関係としてはなお従前の状態が維持されると考えられるからである<sup>(46)</sup>。このように選任および解任決議に関しては、法律関係の変動という要件によって、遡及効の付与が否定されるわけではない<sup>(47)</sup>。

むしろ、解任決議と選任決議において、遡及効を認めることについての結論が分かれるのは、第三者の利益を害しないかどうかという要件に關してである。解任決議の再決議に遡及効を認めることは、解任決議が取り消された場合に、その時点で遡って回復する取締役としての地位と、それにともなつて生じる報酬請求権を一方的に奪うことを意味し、その点で解任された者の利益を害することになる<sup>(48)</sup>。これに対して、選任決議に關する再決議について遡及効を認めることは、その不安定な地位を安定させるのみで、第三者の利益が害されるわけではない。このように、選任決議に關する再決議に

ついて遡及効を認めることを否定する理由はないといえる。

なお、取締役の選任決議の取消しについては、瑕疵連鎖の問題が生じる。そのため、再決議についても決議取消しの訴えが提訴された場合には、取締役の選任に關する再決議に遡及効を認めたとしても、先行決議の決議取消訴訟の訴えの利益が肯定される場合はありうる<sup>(49)</sup>。もつとも、本件では、新株発行無効の訴えによる解決が前提であるため、本件再決議においても賛否認定の誤りという取消事由は存在しない。また、仮に先行決議が取り消されたとしても、法三四六条一項および法三五一条一項によりY2は、代表取締役としての権利義務を有するので、このことも本件再決議の取消事由にならない<sup>(50)</sup>。それゆえ、本件で新株発行無効の訴えが認められたことを前提とする限り、本件再決議に瑕疵がないため、同決議について決議取消訴訟が提起されたとしても、本件各決議に關する決議取消訴訟の訴えの利益は失われることになる<sup>(51)</sup>。

※脱稿後、堀井拓也「本件判批」法学研究九一卷七号（二〇一八年）四七頁、吉本健一「小規模閉鎖会社における新株発行の不存在について」民商法雑誌一五四卷四号（二〇一八年）六七二頁に接した。

- (1) 本判決の評釈としては、林孝宗「本件判批」新判例解説 March 二二号(二〇一七年)一三七頁、島山恭一「本件判批」法学セミナー七五二号(二〇一七年)一九九頁、松尾健一「本件判批」法学教室四四四号(二〇一七年)一五六頁、吉本健一「本件判批」金融・商事判例一五二九号(二〇一七年)二頁、徳本穰「本件判批」私法判例リマックス五六号(二〇一八年)一〇六頁、大久保拓也「本件判批」判例評論七〇九号(判例時報二三五六号)(二〇一八年)一七〇頁、齊藤真紀「本件判批」ジュリスト一五二八号(二〇一八年)一〇〇頁、田中亘「本件判批」ジュリスト一五一九号(二〇一八年)一一〇頁がある。
- (2) 新株発行不存在確認の訴えについては、坂本延夫「判批」金融・商事判例七六五号(一九八七年)四二頁、岩原紳作「判批」ジュリスト九四七号(一九八九年)一一九頁など。
- (3) たとえば、砂田太士「判批」法律のひろば四一卷四号(一九八八年)七一頁など。この立場を支持する学説については吉本・前掲注(1)七頁注八に引用されたものを参照。
- (4) たとえば、田中亘「会社法」(東京大学出版会、二〇一五年)四九八頁参照。
- (5) 吉本・前掲注(1)五頁参照。具体的には、「株式の発行の効力が生じた日」という文言からの乖離や最判昭和五三年三月二八日判例時報八八号八九頁との抵触である。
- (6) 「信義則」を用いた構成に疑問を呈する見解として、島山・前掲注(1)一一九頁、笠原武朗「演習」法学教室四四四号(二〇一七年)一四七頁、吉本・前掲注(1)五頁、齊藤・前掲注(1)一〇一頁。
- (7) 吉本・前掲注(1)五頁、齊藤・前掲注(1)一〇一頁。信義則を根拠とすることを問題とする見解は、二当事者間の衡平妥当な解決をはかるといふ信義則本来の機能が会社訴訟になじまない点を指摘する。
- (8) 本文のように理解する見解として、江頭憲治郎「株式会社法(第七版)」(有斐閣、二〇一七年)七八二頁注八。
- (9) 笠原・前掲注(6)一四七頁、吉本・前掲注(1)六頁注五。
- (10) 江頭・前掲注(8)七七七頁参照。改正前商法に関する説明であるが、上柳克郎ほか編「新版注釈会社法(七)」(有斐閣、一九八七年)三三九〜三四〇頁(近藤弘二)参照。
- (11) 松尾・前掲注(1)一五六頁は、本件の特徴として、新株発行の事実を積極的に隠蔽しようとした点を挙げる。
- (12) 実際に、そのような懸念が現実化した裁判例として、東京高判昭和六一年八月二日判例時報二〇八号一三三頁。
- (13) なお、平成一七年改正前商法下において六箇月と定められていたことにつき、かつては六箇月に一度株主総会をする会社が多かったからという指摘がある。法制審議会会社法(現代化関係)部会「第一〇回会議事録」三九頁(<http://www.noj.go.jp/content/001225237.pdf>、二〇一八年一〇月一五日最終閲覧)。
- (14) 相澤哲ほか「外国会社・雑則」相澤哲編著「立案担当者による新・会社法の解説」別冊商事法務二九五号(二〇〇六年)

二二二頁。

(15) Yらは、商業登記の効力によりXの悪意が擬制されるとの主張やHP上の記載から新株発行の存在を容易に知ることができたとの主張を行っていたが、②の事情は、それへの反論ともなりうる。具体的には、②のような事情（Yらから新株発行がないかのような情報提供を受けていたという事情）があるため、商業登記の効力やHP上の記載があってもXが新株発行の存在を認識することは期待できなかつたというものである。なお、悪意擬制という考え方ではなく、対抗力回復説が有力であることを指摘し、それによる帰結を示すものとして、吉本・前掲注（一）七頁注二二。

(16) 本判決と類似の事案でありながらも異なる判断を示した裁判例として、東京高判昭和六一年八月二一日判例時報二二〇八号一二三頁（以下、「昭和六一年判決」と呼ぶ）がある。同判決は、一般論として、提訴期間の徒過した新株発行無効の訴えを適法とすることを否定し、提訴期間を徒過したことを理由に新株発行無効の訴えを却下した。そのため、本判決と昭和六一年判決が異なる立場を示したと言及するものもある（たとえば、徳本・前掲注（一）一〇九頁）。

しかし、本判決と昭和六一年判決は、それらの前提に下記のような相違点があるため、矛盾していると理解すべきではない。また、昭和六一年判決が平成一七年改正前商法下の事案であることにも留意すべきである。

まず、既存株主への新株発行の際の情報提供に関する手続

の相違と、それに伴って新株発行について原告が不知であったことについての法的評価の相違がある。平成一七年改正前商法下では、非公開会社での新株発行の際の情報提供手段は、通知に限られず、公告でもよいとされていた（平成一七年改正前商法二八〇条ノ三ノ二）。一方で、会社法では、非公開会社における新株発行の場合には、それに際して行われる株主総会の招集手続を通じて株主へ情報提供を行うこととなっている。そして、このような法規整の相違は、昭和六一年判決と本判決の間で、株主が新株発行について不知であったことについての法的評価に次のような違いを生じさせる。すなわち、昭和六一年判決では、問題となった新株発行において公告がなされていた。そのため、手法として不適切なものではあったが、法律上の手続は遵守されており、株主の不知が会社の違法な行為によるものと評価できなかつた。これに対して、本件では、原告であるXの不知は、Yらの違法な行為によるものという評価になる。

また、会社法（正確には、株式譲渡制限会社において新株引受権の排除に関する株主総会決議が法定された平成二年商法改正後の商法）では、非公開会社の既存株主の持分比率維持にかかる利益の保護がより重要なものとなっており、株主総会決議を欠くことが無効原因ともなっている（笠原武朗「株主総会決議と募集株式の発行等の無効原因」岩原紳作ほか編集代表『会社・金融・法〔上〕』（商事法務、二〇一三年）四七一頁参照）。この点もまた、昭和六一年判決と本判決の前

提に関する相違点となる。

- (17) 最判昭和三十三年一〇月三日民集一二卷一四号三〇五三頁。同判決では、株主九名中六名・発行済株式五〇〇〇株のうち二一〇〇株に対する招集通知漏れがあったため、株主総会が成立しておらず、その総会でなされた決議も不存在であるとされた。吉本・前掲注(1)六頁も参照。
- (18) 本件と類似の判断をヨリ明示的に述べる裁判例として、東京地判平成二八年一月二九日LEX/D B(文献番号二五五三八二一三)。
- (19) 近藤崇晴「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成九年度(上)三五頁は、最判平成九年一月二八日民集五一卷一号四〇頁が、物理的不存在のみを不存在事由とする趣旨だという。
- (20) 中東正文「判批」民商法雑誌一三〇巻三号(二〇〇四年)五七一頁は、本文のような場合にのみ、新株発行不存在確認の訴えが認められるべきとする。類似の指摘として、岡本智英子「新株発行の無効事由と不存在事由」高地論叢(社会科学)第七四号(二〇〇二年)二七三頁。
- (21) 平成一七年改正前商法では、新株発行権限が取締役会にあるとされていたため、本文のように代表者の関与を新株発行不存在事由において考慮しえたのかもしれない。
- (22) 北村雅史「判批」旬刊商法務一七三七号(二〇〇五年)五三頁、潘阿憲「判批」ジュリスト一二九四号(二〇〇五年)一六三頁、松井秀征「新株発行不存在確認の訴えについて(二・完)」立教法学七一号(二〇〇六年)四〇頁、洲崎博史「判批」私法判例リマークス四三三号(二〇一一年)八九頁などは、裁判例の傾向から、不存在事由が肯定されるかどうかの要素として、払込みあるいは出資の有無が重要であることを示唆する。東京高判平成二九年九月七日 Weidlaw Japan(文献番号二〇一七WLJPCA〇九〇七六〇〇七)では、不存在事由の判断において有効な払込みの有無が主たる争点となった。有効な払込みが認定できないことから、新株発行不存在確認の訴えを認容した裁判例として、東京地判平成二五年二月二五日LEX/D B(文献番号二五五一一〇七九四)。
- (23) 新株発行不存在事由に関する議論を紹介する近時の文献として、久保田安彦「新株予約権発行の瑕疵とその連鎖」同『企業金融と会社法・資本市場法制』(有斐閣、二〇一五年)一八七頁〜一八九頁参照(初出:二〇一一年)。
- (24) たとえば、田中・前掲注(1)一一二頁。なお、平成一五年最判の差戻審である高松高判平成一五年七月二九日LEX/D B(文献番号二五四七〇八七五)は、手続的・実体的瑕疵の著しさから不存在と評価すべきと判断しており、下級審裁判例の一部も最高裁の態度が決まっていまいと考えているようである。
- (25) 久保田・前掲注(23)一八九頁注五二に引用された文献を参照。江頭・前掲注(8)七一六頁注二は、株式がいつ発行されたのかを株主が認識できない特殊の株式発行について、新株発行不存在確認の訴えが認められると主張する。
- (26) たとえば、岩原・前掲注(2)一二三頁、中東・前掲注(20)

五七一頁。また、本判決が、「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、なお書きで判示したのも、本文のような議論の存在を意識したからなのかもしれない。

(27) 岩原・前掲注(2) 一三三頁参照。田中・前掲注(1) 一一三頁が挙げる極端な例についても参照。

(28) 注(22)の議論も参照。代表権限のない者による新株発行についても不存在事由に該当すると解されてきた。近藤・前掲注(19) 二五頁、松並重雄「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成一五年度(二〇〇六年) 二一〇頁。下級審裁判例の立場については、近藤解説が強い影響を与えたように思われる。同解説の立場は、不存在という言葉の語義を一つの基準とするものである。もつとも、何を不存在ととらえるかは本来的に法的評価の問題という指摘もある。福島洋尚「判批」判例タイムズ一四三三号(二〇〇四年) 一〇二頁。

(29) 以下では、提訴期間を徒過した新株発行無効の訴えによる救済も認められるとの前提で議論する。

(30) 最判平成二四年四月二四日民集六六卷六号九〇八頁参照。

(31) このような恐れの実体例として、田中・前掲注(1) 一一三頁の例を参照。

(32) 本文の議論は、非公開会社において、将来効を伴う解決が一般的に望ましくないことまでを意図したものではない。ま

た、本文の立場とは反対に、一時的な支配権の変動が長期化すればするほど、むしろ法的安定性の確保を重視すべきとの考え方もありうる。この点についてはより詳細な検討が必要である。

(33) 坂本・前掲注(2) 四二頁、岩原・前掲注(2) 一一九頁、松井・前掲注(22) 四九頁、吉本・前掲注(1) 六頁、田中・前掲注(1) 一一三頁などを参考にした。

(34) 方法選択の適切性については、高橋宏志「重点講義民事訴訟法(第2版補訂版)」(有斐閣、二〇一三年) 三六五頁、三木浩一ほか「民事訴訟法(第三版)」(有斐閣、二〇一八年) 三六四頁以下(垣内秀介)。

(35) 新株発行不存在確認の訴えが認容された場合の後処理については、田中・前掲注(1) 一一三頁参照。

(36) 決議取消訴訟の訴えの利益に関する先例として、最判昭和四五年四月二日民集二四卷四号二二三頁。中野貞一郎「総会決議取消の訴と『訴の利益』」商事法務研究一〇四号(一九五八年) 四七五頁、上柳克郎ほか編集代表「新版注釈会社法(五)」(有斐閣、一九八六年) 三三四頁(岩原紳作) 参照。

(37) 大内俊身「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成四年度四四四～四四六頁。実際に、再決議に遡及効を認めることが否定された事案として、東京高判平成二七年三月一二日金融・商事判例一四六九号五八頁。

(38) 石井照久「株主總會決議の瑕疵」田中耕太郎編『株式會社法講座第三卷』(有斐閣、一九五六年) 九七六～九七七頁。塩崎

- 勳「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和五八年度二二〇頁も決議取消が認められた場合の効力との関連で石井の見解を引用する。
- (39) 同様の指摘として、伊藤靖史「株主総会に関する近年の裁判例」旬刊商事法務二一七五号(二〇一八年)四一頁注五四。
- (40) 青竹正一「判批」法学教室(〇三号)(一九八九年)九七頁、中島弘雅「株主総会の再決議と訴えの利益」旬刊商事法務一一八〇号(一九八九年)六頁、大内・前掲注(37)四四五頁、久保田安彦「判批」法学研究八九巻五号(二〇一六年)一一七頁。
- (41) 最判昭和五八年六月七日民集三七巻五号五一七頁参照。
- (42) 退職慰労金については最判四年参照。最判平成一七年二月一五日判例時報一八九〇号一四三頁からすれば、役員報酬総額の決定についても再決議に遡及効を認めてよいといえる。
- (43) 大内・前掲注(37)四四六頁参照。決議不存在の事案であるが、東京地裁平成二三年一月二六日判例タイムズ一三六一号二二八頁は解任決議についての再決議に遡及効を認めていない。
- (44) 定款変更についてはその内容が明らかではないので言及しない。なお、定款変更については、訴えの利益が失われたと解することができる主張する見解として、鳥山・前掲注(1)一一九頁。
- (45) 取締役の選任決議に関する再決議に遡及効を認めるべきでないとして、弥永真生ほか監修・西村あさひ法
- 律事務所編『会社法実務相談』(商事法務、二〇一六年)三六頁(太田洋・山本晃久)、伊藤・前掲注(39)三八頁。
- (46) もっとも、再決議による遡及効の発生が取消判決の確定後であることからすれば、観念的には、一旦、先行決議による法律関係が無効となり、無効となった状態から遡及効のある再決議によって法律関係が新たに形成されることとなる。このように理解すれば、法律関係が変動したといえるので、前掲注(45)に引用した文献のような立場となる。論理的にはこのような立場も十分に成り立つものである。この脚注の議論については、伊藤靖史教授より示唆を賜った。
- (47) 東京高判平成二七年三月二日金融・商事判例一四六九号五八頁では、第三者の利益を害するかどうかのみによって遡及効の付与が判断されている。
- (48) 解任決議については、委任契約の解除については将来効しかないことから遡及効を付与できないともいわれる。大内・前掲注(37)四四六頁、弥永真生ほか監修・西村あさひ法律事務所編・前掲注(45)三八頁(太田洋・山本晃久)。
- (49) 田中・前掲注(4)一九八・二〇〇頁。なお、再決議についても決議取消訴訟が提起されている場合には、再決議に遡及効が認められたとしても、先行決議の取消訴訟につき、訴えの利益が当然に失われるわけではない。というのも、再決議の取消が認められた場合には、先行決議の効力を判断する実益があるからである。また、この場合に、再決議について取消事由がないと判断されれば、先行決議についての取消訴訟

は訴え却下となる。

(50) 田中・前掲注(1)一三頁参照。なお、田中の議論は、本件新株発行が不存在であることを前提とした議論ではあるが、先行する取締役の選任決議に取消事由がある場合にも基本的に妥当なものと思われる。

(51) もっとも、新株発行不存在確認の訴えが認容された場合には、賛否認定の誤りという取消事由が再決議にも存在することになるので、Y2が、法三四六条一項、三五一条一項により引き続き代表取締役としての地位を有していても、再決議それ自体に瑕疵があることになる。ただし、新株発行不存在確認の訴えが認容された場合で、かつ、再決議についての取消訴訟が提訴期間内に提訴されなかった場合には、先行決議に関する決議取消訴訟の訴えの利益が失われることになる(もっとも本件では再決議が争われていないので結論は異ならぬ)。以上のように、新株発行無効の訴えによる認容された場合と新株発行不存在確認の訴えが認容された場合とは議論の内容が異なる。