OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	閉鎖会社における残余財産分配の便法としての退職金等支給決議の取消に関する提訴期間と新株発行不存在確認の訴えの提訴期間について
Author(s)	清水, 耕一
Citation	阪大法学. 2003, 52(5), p. 251-266
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55272
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

判例研究

閉鎖会社における残余財産分配の便法としての退職金等支給決議の取消に関する提訴期間と新株発行不存在確認の訴えの提訴期間について

浦和地判平成一二年八月一八日（請求認容）控訴後和解。金判一一二五号五二頁

大阪大学民事判例研究会／清　水　耕　一

【事実の概要】

本件は、被告Y株式会社の株主である原告X_1・X_2が、Yの死亡した前代表取締役Aに対する弔慰金及び退職金の支給を承認する旨の株主総会の決議を著しく不当な決議にあたるとして、商法二四七条一項三号に基づき取消を求めるとともに、それに先立っておこなわれた新株発行の不存在確認を求めている事案である。

Yは自動車による貨物運送業、自動車及び一般内然機関の修理並びに同部品の販売等を目的として昭和三九年二月二六日に設立された株式会社である。X_1・X_2はYの株主であり、かつては取締役であった。昭和四二年五月から昭和五八年六月まで代表取締役であったX_1が、代表取締役を辞任したのに伴い、Aは昭和五八年六月から後任の代表取締役に就任したが、平成五年八月一五日に死亡した。それに伴い、平成五年一〇月四日に開催された平成五年総会において、Aの長男Bが取締役に選任された。同時に、X_1・X_2（以下、「Xら」という。）も再任された。そして、同日の平成五年取締役会でBが代表取締役に就任した。ところが、平成六年八月六日に開催された平成六年総会において取締役Bが再任され、さらにAの妻及びその長女（以下、

「Bら」という。）が取締役に選任された。そして、三名からなる同日の平成六年取締役会でBが代表取締役に選任された。

また、平成六年総会では、Yは資本金をそれまでの倍額の一〇〇〇万円に増額する旨の決議を行ったことになっており、平成六年九月九日に額面普通株式一万株の新株を発行し、同一四日に増資登記をしている。平成七年一二月二日、Yは会社存続に必要な唯一の資産である工場敷地の借地権を六六〇〇万円で売却している。

平成八年二月一〇日に「平成八年総会第一次総会」が開催され、その議事録によれば、①第四二期決算報告の件、②会社の解散に関する件、③借地権の売買の件、④Aに対する弔慰金二七〇万円及び退職金四八六〇万円支給に関する件の決議（以下、「第一次支給決議」という。）は、Xらの反対にもかかわらず、それぞれ商法所定の賛成決議に必要な賛成を得て可決承認されている。この際、Bらの議決権行使の対象となった株式には、本件新株発行によって引き受けた新株一万株も含まれている。もっとも、裁判所は、本件新株を除いたBらの議決権に基づいて本件支給決議が可決されたと認定している。(1) そして、Yは平成八年四月五日及び同月八日、弔慰金二七〇万円及び退職金四〇五〇万円（以下「本件退職金等」という。）をAの相続人であるBらに支給した。これに対し、Xらは④の弔慰金及び退職金の支払いを停止する旨の仮処分を申立て、平成八年四月九日に認められた。また、Xらは平成八年二月一〇日から同年五月一〇日までの間に第一次支給決議取消の訴えを提訴した。Xらは仮に支給額を減額するとしても、特別利害関係人の決議に基づく支給は差し止められるべきであるとして、再び仮処分を申し立て、平成八年六月二七日に認められた。

そこで、Yは平成八年七月一日に平成八年総会第二次総会を招集する旨を通知し、同日午後から開催し、(2) 第一次支給決議の退職金の計算に誤りがあったとして、減額して四〇五〇万円を支給する旨の決議（以下、「第二次支給決議」という。）をXらの反対にもかかわらず、議決権株式総数の三分の二以上の賛成で可決承認し、その旨の議事録を作成した。Xらは第二次支給決議に対する提訴期間の経過後、訴えの追加的変更を行った。

Xらの主張は概要以下のとおりである。Ⅰ．退職金等支給決議について、（一）第一次支給決議は、特別の利害関係を有する株主によって行われた著しく不当な決議であり、商法二四七条一項三号に基づき取り消されるべきである。①AはYの業績

を悪化させ、損害を与えたのであるから、退職金を支給する理由はなく、また、Yの存続のために必要な唯一の資産である本件借地権に関してなんらの金銭的負担をしたことはない。②不存在の新株発行後の株式数をBらの議決権に算入することは許されない。③第一次支給決議の目的が会社資産の領得のために売却直後に行われ、極めて違法性が強い。(二)第二次支給決議の取消請求の出訴期間は、第一次支給決議を基準にすべきである。①第二次支給決議は、第一次支給決議を修正した追認的な決議であり、形式的なものに過ぎない。本件退職金等は、実質的には第一次決議に基づいて支給されている。②出訴期間を制限する商法二四八条の適用は、時の経過により採証が困難となったという事情もないことなどから、法の求める正義に著しく反する結果となる。Ⅱ．本件新株発行は、瑕疵が著しく、実体のないものであって、単に本件増資登記があるに過ぎず不存在である。①総会で増資の決議がされた事実がない。②払込の事実もなく、また貸金債権を現物出資した事実もない。③増資の必要性もないのに、Bらは持ち株比率を引き上げて株主総会を支配し、Yに残された唯一の会社財産の売却代金を領得するという不当な目的を実現しようとして、株式数を操作するために仮装した。④本件新株発行を不存在としても、既にYが解散しているので、取引の安全を害するなどの不都合はなく、新株発行無効の訴えについて商法二八〇条の一五第一項の規定する出訴期間の制限を本件新株発行不存在確認に適用する必要はない。

Yの主張は概要以下のとおりである。Ⅰ．退職金等支給決議について、(一)第一次決議は、商法二四七条一項三号に規定する著しく不当な決議ではない。Bらが特別利害関係人であるとしても、Aが本件借地権の契約更新料一〇〇〇万円を個人的に負担して支払っていること、および、AはYに貢献してきたのであるから、それを退職金の計算に反映させることは決して不当ではない。(二)第二次支給決議の取消を求める訴えは、当該決議の日から三ヶ月を経過した後、第一次支給決議の取消の訴えを追加的に変更して提起されたものであり、その時点では、既に出訴期間を徒過していた不適法な訴えであるから、却下されるべきである。Ⅱ．本件新株発行について、①平成六年総会において決議されている。②既に相続した貸金債権により増資相当額の金員が会社に移転している。単に振替という帳簿操作が遅れたに過ぎない。③最低資本金を一〇〇〇万円とする商法改正に合わせるために必要な増資である。④Xらの主張は、新株発行の手続上の瑕疵による無効事由に過ぎず、二八〇条

の一五第一項所定の六ヶ月の出訴期間を徒過した不適法な訴えである。

【判旨】

一　退職金等支給決議の内容について

「本件支給決議は、前代表取締役に対する弔慰金及び退職金の支給に係る決議であるとはいえ、当該前代表取締役が死亡していて、実際に支給を受けるのは、その相続人であるBら三名であるのであるから、当該決議がBら三名にとって特別の利害関係を有する決議であった。」

「本件支給決議は、Xらを排斥して、本件借地権を売却してYの営業を廃止することとし、その残余財産となるべき売却代金を株主であるXらに分配することなく、Bら三名で取得するための便法として行われたものというほかはないのであって、著しく不公正（ママ　不当）な決議である。」

二　総会決議取消請求の出訴期間について

「Yは、第二次決議の取消請求は、出訴期間を徒過しているので不適法な訴えであると主張する。しかし、第二次決議は、第一次決議を一部修正した追認的な決議にとどまることが明らかなところ、本件における訴えの追加的変更がされた新旧各請求の関係からすれば、第二次決議の取消請求に係る訴えは、第一次決議の取消請求に係る訴えが提起された時点で提起されたものと同視することができ、その出訴期間は遵守されたものとして取り扱うのが相当である（最判平成五年一二月一六日民集四七巻一〇号五四二三頁参照）。」

三　新株発行の不存在およびその議決権について

「一連の事実経過を併せ考えると、増資の事実がないのに、後になってその事実を裏付けるかのような振替伝票が作成され

ているのは、Xらの主張するとおり、Xらを排斥して、本件借地権を売却してYの営業を廃止することとし、その残余財産となるべき売却代金を株主であるXらに分配することなく、Bら三名で取得するための便法として、死亡して三年が経っていたAに対する弔慰金及び退職金の支給という名目を立てたものと疑わせるに十分であって、その過程において行われたことになっている本件新株発行は、本件増資登記にもかかわらず、Yの主張する貸付金との相殺による払込の事実もない、その実体を欠いたものであって、これを不存在であるといわざるを得ない。」

四　新株発行不存在確認の訴えにおける出訴期間について

「Yは、新株発行不存在確認の訴えについても、新株発行無効の訴えについて規定されている出訴期間の制限が認められるべきであると主張する。しかし、新株発行の事実はあるのに、その効力が争われる新株発行無効の訴えの場合と異なり、新株発行不存在確認の訴えの場合には、新株発行の事実それ自体がないことに加え、例えば、新株発行後も会社が経営を継続している場合においては、会社債権者の利害も考慮すると、会社内部から無制限に新株発行が不存在であるとの主張を許すのは、衡平を失する場合も想定されるので、別異に解する余地はあっても、本件のように新株発行を契機としてこれによって多数派を占めた株主が会社の解散決議をし、しかも、会社の唯一の資産である本件借地権を売却して、会社の継続が予定されていない場合には、会社債権者の利害を考慮に入れる必要も、その余地もない。かえって、会社の残余財産となるべき本件借地権の対価の処分を株主総会において適切に決定するうえでも、本件新株発行の存否を明らかにしておく必要がある。」

【検討】

一　本判決の意義と位置づけ

小規模閉鎖会社では、発生した利益について多数派の経営者側は報酬の名目で配当を受け、少数派株主への配当を行わないばあいがある。(3) そこで、少数派株主が総会決議の瑕疵を攻撃する訴訟を提起することによって対抗する。(4) 本件はそのような一

事例として、多数派株主が不存在の新株発行により議決権の多数を握り[5]、その上で、残余財産分配の便法としての退職金等の支給を決議して、少数派株主への分配を妨害したことに対して、少数派株主がその取消を請求した事案である。

残余財産分配の便法としての退職金支給決議に対する取消の訴えの提訴期間について、本判決は、新株発行差止請求の訴えから変更された新株発行無効の訴えが出訴期間の遵守に欠けるところがないとされた最判平成五年一二月一六日民集四七巻一〇号五四二三頁（以下、「最高裁平成五年判決」という）を引用している。従って、本判決は事例判決として位置づけられるかのようにみえるが、最高裁平成五年判決の事案とは構造は異なるため検討を要する。

また、新株発行不存在確認の訴えは、商法の明文の規定を欠いているが、判例と学説によって認められてきた[6]。しかし、新株発行無効の訴えに準じて肯定した最判平成九年一月二八日民集五一巻一号四〇頁は、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について明らかにしなかった。その後、高松高判平成一二年一月二〇日判タ一〇四二号二四〇頁（以下、「高松高裁平成一二年判決」という）は、新株発行不存在確認の訴えが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、出訴期間について新株発行無効の訴えに準じ六ヶ月以内と判示した。本判決は、それとは逆に、新株発行不存在確認の訴えに関する出訴期間の制限を排除することを示した。従って、本判決の提訴期間についての判断を検討する必要がある。

二　決議取消の訴えの提訴期間

1．本件では、第一次支給決議は、平成八年二月一〇日に行われ、商法二四八条所定の提訴期間三ヶ月内に決議取消の訴えが提訴された。そして、第一次支給決議に対して、支払い停止の仮処分が認容された状況の中で、第一次支給決議の退職金の計算に誤りがあったとして、減額して支給する旨の第二次支給決議が平成八年七月一日に行われた。第二次支給決議がなされてしまえば、第一次支給決議に対する取消訴訟は訴えの利益を欠くことになり、そのままでは却下を免れない。従って、第二次支給決議取消の訴えへの変更が必要となる。ところが、第二次支給決議に対する提訴期間が徒過してから追加的変更が行われ

た。従って、本件決議取消の訴えは、形式的にみれば出訴期間経過後に申し立てられたことになることから、不適法として却下されるはずである。

判旨は、第二次支給決議は第一次支給決議を一部修正された追認的な決議に過ぎないとして、訴え提起の時点を第一次支給決議の提訴の時点と同視している。その根拠として最高裁平成五年判決を引用している。

最高裁平成五年判決では、「本件新株発行に対する差止請求の訴えと右訴えを本案とする本件仮処分命令に違反してされた新株発行に対する無効の訴えとは、事前と事後の違いはあるが、ともに本件新株発行により不利益を受けるとする原告ら株主がその新株発行を阻止し、もしくはその効力を否定しようとするものであって、同一の経済的利益を追求するものということができる上、新株発行差止請求の訴えの訴訟資料、証拠資料を新株発行無効の訴えの審理に利用することが期待できる関係にあるということができるから、旧訴である新株発行差止請求の訴えと新訴である新株発行無効の訴えとの間には請求の基礎に同一性がある」とし、「訴えの変更は、変更後の新請求については新たな訴えの提起に他ならないから、変更後の訴えにつき出訴期間の制限がある場合には、出訴期間の遵守の有無は、原則として、訴えの変更のときを基準としてこれを決すべきであるが、変更前後の請求の間に存する関係から、変更後の新請求に係る訴えを当初の訴えの提起時に提起されたものと同視することができる特段の事情があるときは、出訴期間が遵守されたものとして取り扱うのが相当である」とした。その上で、新株発行差止の仮処分に違反して新株が発行されたため、商法二八〇条の一〇に基づく新株発行差止請求訴訟を提起していた株主が、これを同法二八〇条の一五の新株発行無効の訴えに変更したという事実関係の下では、原告らの新株発行に対する差止請求の訴えの提起により、万一仮処分命令に違反して新株が発行された場合には新株発行の効力を争い、仮処分命令違反をその理由とする意思をも表明していると認められるとして、この特段の事情があるとの結論を採った。(7)

2. 民事訴訟法一四三条一項本文により、訴えの変更の要件として、請求の基礎に変更がないことが必要である。(8) これは、二つの要素からなる。(9) すなわち、①訴えの変更を紛争の適切な解決に必要な範囲に限定するために、新旧両請求の利益関係が社

会生活上共通していること、②訴訟に迅速な解決が期待でき、被告の困惑と防御の困難が生じない範囲に限定するために、審理の継続的施行が正当化される程度に従前の裁判資料を新請求の裁判に利用できることである。

本件では、第一次支給決議と第二次支給決議は両方とも、死亡した代表取締役Aに対する退職金等の支給決議である。その意味で、本判決は①の要件は満たされていると判断し、また、両決議の関係として一部修正した追認的な関係であるとしていることから、②の要件も満たされていると判断した。

3．しかし、本判決と最高裁平成五年判決とは、訴えの変更に至る事案の構造は異なる。本判決では、新旧両請求は退職金等の支給決議という同じ局面における異なる決議の取消の訴えである。つまり、各支給決議のあいだには一部修正された追認的な関係であるとはいえ、別個の決議であり、明らかに独立している。これに対して、最高裁平成五年判決では、新旧両請求は当該新株発行の瑕疵を争うという同一問題であって、差止請求の訴えと無効の訴えという局面に対応している。つまり、一連の事実関係の経過により、当該新株発行の瑕疵を争うことに関する訴えの手段が変化したに過ぎない。

従って、本判決が最高裁平成五年判決を引用しながらも、「請求の基礎の同一性」の型とは異なる型である点について、検討を行わなかった点には疑問がある。しかし、本件における両決議はともに、死亡した代表取締役Aに対する退職金等の支給決議であり、原告はその取消を求めていることから、新旧両請求の利益関係について社会生活上共通しているとして、最高裁平成五年判決の「請求の基礎の同一性」の型とは異なる型を認めたとも評価できる。

もっとも、請求基礎の同一性の基準についてどれくらいの決議の修正がなされれば、追認的な決議として捉えられなくなるのか、明らかではないという問題がある。それゆえ、本件のような場合の請求基礎の同一性に関する判断の射程をどこまで捉えるべきかという問題が残される。

また、訴えの利益との関係で疑問がある。いわゆるブリジストン事件（平成四年一〇月二九日民集四六巻七号二五八〇頁）によれば、「役員退職慰労金贈呈の株主総会決議取消の訴えの係属中、右決議と同一の内容を持ち、右決議の取消判決が確定

した場合にはさかのぼって効力を生ずるものとされている決議が有効に成立し、それが確定したときは、特別の事情がない限り、右決議取消の訴えの利益は、失われる」と判示された。つまり、ブリジストン事件の判断枠組みによれば、決議の内容の同一性が認められるとされた本件第二次支給決議によって、第一次支給決議に対する決議取消の訴えの利益がなくなるはずである。従って、第二次支給決議に対して、提訴期間中に決議取消の訴えが提訴されなかった本件の場合、訴えは却下されるべきではなかったかとも考えられる。

しかし、それでも本判決が、原告を救済したのはなぜであろうか。

4．最高裁平成五年判決によれば、変更前後の請求の間に存する関係から、変更後の新請求に係る訴えを当初の訴えの提起時に提起されたものと同視することができる「特段の事情」を考慮して、提訴期間の経過後の訴えの追加的変更を認めている。しかし、本判決では、何をもって特段の事情として考慮したのか明らかではない。第二次総会に先立って、第二次決議に基づく支給の差止を求める仮処分が原告によって申し立てたことを考慮したのかもしれないが、第一次決議の取消請求に係る訴えが提起された時点で第二次決議の取消請求が提起されたものと同視しうるとする判旨の説明としては、「第二次決議が第一次決議の一部修正した追認的な決議にとどまる」という指摘である。従って、本判決が引用する最高裁判所平成五年判決の構造から、請求の基礎の同一性の説明をもって、特段の事情を説明したことにはならないはずである。

5．本裁判所が提訴期間について原告を救済した理由として、株主総会決議を争う訴訟をはじめとする会社関係訴訟の多くが、会社内部の経営主導権をめぐる派閥間の争いであるという認識をストレートに解釈論に反映させて[10]、本件が小規模閉鎖会社における残余財産の分配をめぐる株主間の争いであることを重視したからではなかろうか[11]。

そこで、改めて、本件退職金等の支給決議の不当性を確認する。

商法二四七条一項三号により、特別利害関係人の議決権行使による著しく不当な決議がなされた場合、決議の取消という訴

えによって、決議の無効を主張できる。

特別利害関係人が、議決権を行使すると、資本多数決の濫用の典型例となるため、かつてはその範囲は狭く限定されていた。[12] 現行法は、原則として特別利害関係人の議決権行使を許容し、[13] 裁判所が決議内容を不当と判断した場合に決議を取り消す制度となったので、改正前のように特別利害関係人の範囲を狭く解する必要はないとされている。[14] 本件では、Bらが、退職金支給の受益者であるという点で特別利害関係人であることを認めており、争うことのない問題である。[15]

本件支給決議が著しく不当な決議であったのかという点について、[16] 一般的に退職金の算出が社内規定に則った場合であり、かつ、相続によって同一人（Aの相続人であるBら現経営陣）に退職金等という経済的効果が帰属することはありうることであり、[17] それだけであれば、必ずしも不当ではないように思われる。[18] ところが、本件では、Bら多数派株主が実体のない新株発行により議決権の多数を握り、その上で、残余財産分配の便法としての退職金等の支給を決議して、Xら少数派株主への分配を妨害している。そこから、決議の著しい不当性が認められている。

このような事案では、取消を求める株主の利益に対する侵害の程度、多数派株主の態度から、提訴期間を柔軟に解釈する余地が出てくるのではなかろうか。

8．要するに、本件は、確かに最高裁平成五年判決を引用して、その枠組みで総会決議取消の提訴期間を処理したかのようにみえるが、実際には請求の同一性については型の違いが明らかである。また、訴えの利益に関して、ブリジストン事件とは逆の判断によって原告を救済している。ブリジストン事件では、公開会社であり、かつ、第二決議は瑕疵のない有効な決議であったのに対して、本件では、小規模閉鎖会社の株主間の訴訟であり、その決議の侵害の程度、多数派株主の態度から、不当性が解消されていない。本件について、そのような背景から、提訴期間を柔軟に解釈した可能性が指摘できるのではなかろうか。

三　新株発行不存在確認の訴えの提訴期間

1．高松高裁平成一二年判決では、新株発行不存在確認の訴えが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、出訴期間について新株発行無効の訴えに準じ六ヶ月以内と判示した。その理由として、①無効事由が存在するに過ぎないのに、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からして[19]、不存在を主張するもの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ことをあげている。

これに対して、提訴期間の制限を設けない本件判旨は、新株発行という事実それ自体がないという物理的不存在に加えて[20]、小規模閉鎖会社における新株発行を契機として、多数派株主が会社の解散決議をし、しかも会社の唯一の資産である本件借地権を売却して、会社の継続が予定されていないことを考慮している。

2．新株発行不存在確認の訴えは、新株発行無効の訴えに存する制約を克服するために、瑕疵ある新株発行の効力を争う手段として検討されてきたものである[21]。

新株発行の実体がないにもかかわらず、新株発行の登記がなされているなどなんらかの外観があるため、対世効のある判決により新株発行が不存在である旨の確認を得る必要がある場合には、法に明文の規定はないが、会社を被告とする新株発行不存在確認の訴えを提起することが認められる[22]。新株発行不存在確認の訴えは、多くの判例・学説上、一般原則に従って誰でも何時でも提起しうるものと解されている[23]。新株発行無効の訴えは、商法上新株発行の日から六ヶ月の提訴期間を過ぎると提起できず、無効の瑕疵は治癒されたものとして扱われるが、時の経過によっても治癒され得ない性質または程度の瑕疵についてはこれを争う手段が必要だからである。

従って、新株発行無効の訴えで重視されている「取引の安全保護」という制度の目的[24]と新株発行不存在確認の訴えで重視さ

れる目的とは異なる。

3．従来、新株発行不存在確認の訴えが問題となった事例は、小規模閉鎖会社における支配権の争奪を背景としている(25)。小規模閉鎖会社においては、①取引の安全に関して、このような会社の株式が輾転流通することは実際上稀であり、場合によっては株券すら発行されていないこともある点、②支配権争奪である以上、現在の支配株主が当該新株を他人に譲渡することは通常考えられず、またその支配株主は当該新株発行の経緯について悪意であると考えられる点、③仮に譲渡がなされていたとしても自らの支配権維持にとって有利な、事情に通じたもの（悪意の転得者）に譲渡すると考えられる点などから、当該新株発行の効力を否定するうえでの取引の安全という要素の重要性はそれほど高くないといわれる(26)。

従って、商法を無視する現経営者を優遇し、支配を侵害される株主の保護を図らないのは、公平を欠いているので、このような場合にこそ新株発行不存在確認の訴えを活用して、正当な利益の確保と法の実現が図られるべきである(27)。

本件も、基本的には、小規模閉鎖会社における支配権の争奪を背景としている。すなわち、本件では、Bらは、Yの解散を決議しているので、継続的な会社の支配的利益よりも、支配権を争奪して、自己に有利な総会決議を行うということを基礎として、残余財産分配という財産的利益を争奪している。その意味で、本件における支配権とは、退職金の支給決議に関する総会決議のイニシアティブを握るということである。このような会社においては、新株発行の効力を否定することに対して、取引の安全保護の要請はそれほど高くないと思われる。

4．商法二八〇条の一五による六ヶ月という出訴期間の制限は、新株発行に伴う法律関係を早期に確定させるという要請に基づくものである。商法二八〇条の一五の類推適用肯定説によれば、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るものであり、しかも判決に対世効という強力な効力があることを認めるのであるから、出訴期間についても無効の訴えに準ずるのが当然であって、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。(28) これに対して、類推適用否定説によれば、新株発行無効の訴えは、新株は発行されていてこれに瑕疵があるにとどまる場合に形成的にこれを無効とするものであるから、新株発行に伴う法律関係を早期に確定する必要からこれについて出訴期間の制限を設けることは理解することができるが、新株発行の実体が存在しない場合には、出訴期間の徒過したからといって存在しなかった新株発行が存在することになるわけのものではなく、新株発行不存在の確認の訴えについて出訴期間を制限することは、背理であるという。(29)

本判決の判旨は、新株発行不存在確認の訴えに関する出訴期間の制限を排除することを明らかにした。新株発行の実体が存在しない場合には、出訴期間の徒過したからといって存在しなかった新株発行が存在するようになるわけではなく、新株発行不存在の確認の訴えについて出訴期間を制限することは背理であろう。また、新株発行無効の訴えと新株発行不存在確認の訴えは、制度趣旨を異にしたものである。新株発行不存在確認の訴えは、新株発行無効の訴えに存する上述の制約を克服するために、瑕疵ある新株発行の効力を争う手段として検討されてきたことを重視すべきであろう。

5．要するに、本件では、小規模閉鎖会社における株主間の訴訟であるという実体を捉えて、会社債権者の利害、決議による侵害の程度、多数派株主の態度という事情を考慮して、新株発行不存在確認の訴えの提訴期間を解釈している。その意味では、本判決の射程は広いものとはいえないと思われるが、小規模閉鎖会社における株主間の訴訟の解決方法として一つのアプローチを示したものと思われる。

（1） 裁判所は本件新株が不存在であるから、それに基づいて議決権を行使した決議の瑕疵を認定した。従って、ほんらい全体的に取消されるべき決議にもかかわらず、裁判所が不存在部分を差し引いた議決権数によって、決議の成立を認めていることは奇妙である。

（2） 商法二三二条一項本文に違反している。

（3） 近藤弘二 『新版注釈会社法（7）』 三二四頁 （有斐閣、一九八七）。

(4) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』二五四頁（有斐閣、二〇〇一）。

(5) 閉鎖会社と公開会社とでは、新株発行が既存株主の利益（財産的利益と支配的利益）に与える影響が異なるのみならず、既存株主が有する対抗手段にも差異がある。吉本健一「閉鎖会社における新株発行と法規制のあり方」阪大法学一四五・一四六号三二六頁（一九八八）、同「新株発行による既存株主の法益侵害とその救済」阪大法学一四九・一五〇号一七五頁以下。

(6) 最判昭和五三年三月二八日金判五四五号二一頁、最判平成四年一〇月二九日金判九二一号一八頁など。学説として、近藤弘二「前掲書」三四一頁、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』四一〇頁（一九七四）など。

(7) 大橋弘「最高裁判所平成五年一二月一六日判例解説・曹時四七巻一二号三二五六頁（一九九五）。

(8) 請求の基礎の概念については、①請求の実体的性質に着目する説、②裁判資料の継続利用の可能性を強調する見解、③両者を要求する見解がある。

(9) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（補訂版）』四三二頁（有斐閣、二〇〇〇）。

(10) 谷口安平「団体をめぐる紛争と当事者適格」ジュリスト五〇〇号三二六頁（一九七二）、中島弘雅「法人の内部紛争における被告適格論・再論」新堂幸司先生古稀記念論文集『民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』七三四頁（有斐閣、二〇〇一）。

(11) Zollner, in: Baumbach/Hueck GmbH-Gesetz, 16. Aufl., Anh § 47 Rz. 5 u. 78-80は、閉鎖会社の総会決議の瑕疵を争うばあいの提訴期間について解説している。ドイツ有限会社法には、社員総会の決議の取消に関して規定はないが、判例・学説によって形成されている。判例・通説は、会社には決議の法的な確定性を迅速に明らかにするという利益があるので、法的安定性のために提訴期間の制限を設ける必要性を認めている。しかし、ドイツ株式法での一ヶ月の取消期間（株式法二四六条一項）についての法政策上の考慮は、ドイツ有限会社には当てはまらないとして、一九七一年有限会社法草案一九六条一項で規定されていた株式法上の取消期間は有限会社法に受け継がれなかった。それゆえ、ツォルナー(Zöllner)によれば、判例が株式法の提訴期間は有限会社の模範的機能を有すると示すのは適切ではないという。すなわち、ドイツ株式法二四六条は、有限会社には適用すべきではなく、むしろ、取消の時間的制限は、社員が決議の瑕疵の

主張をできるだけ早く主張することを求める「誠実義務」から展開されなければならない。それによる不確実性は、当事者にとっては耐えうるものであり、基準の柔軟性による事案における公正さという大きな利益がもたらされる。そして、事案上及び法的に難しい判断であればあるほど、より長く、社員は時間を与えられてよく、また、取消を求める社員の利益に対する侵害の程度、多数派株主の態度によっても、提訴期間は定まる。

(12) 旧商法二三九条五項により、特別利害関係を有する株主は議決権を行使できない。

(13) 例外、自己株式買い受けに関する商法二〇四条の三の二第三項、二〇四条の五、二一〇条五項。

(14) 江頭憲治郎　前掲書　二五六頁。

(15) 福島洋尚　本件評釈　金判一一三一号六四頁。

(16) 参考、岩原紳作　『新版注釈会社法（5）』　三二四頁　（有斐閣、一九八六）では、多数決濫用事例があげられている。

(17) もっとも、権利能力のない死者に対する退職金の支給決議について、民法上無効であるとの指摘がある。しかし、退職慰労金が死亡役員の相続財産に属するか否かは、支給を決定した株主総会決議が、死亡役員の相続財産とする趣旨で同人の相続人を支給対象者としてなされたかによって決せられる（広島高判平成一二年二月一六日判タ一〇八七号二三九頁）ので、会社法上は、有効を前提にしているものと思われる。

(18) 福島洋尚　前掲評釈　六四頁。

(19) 参考、岡本智英子　「新株発行不存在確認の訴えの出訴期間」法学研究七五巻六号一二六頁　（二〇〇二）。

(20) 新株発行不存在事由について、物理的不存在のみならず、法律的・評価的不存在も含むという学説の対立はあるが、本件では物理的不存在の事例であったので、裁判所はとりたててこの点について判断を示さなかった。本稿ではこの点についての検討は控える。なお、判旨は、本件新株発行について、「貸付金との相殺による払込」と述べているが、これは、商法二〇〇条二項違反である。正しくいうならば、相殺ではなく、現物出資であろう。

(21) 松井秀征　「新株発行不存在確認の訴えについて」　立教法学五八号一三一頁　（二〇〇一）。

(22) 最判平成九年一月二八日民集五一巻一号四二頁。

(23) 大阪高判昭和五二年八月五日金判五四五号二七頁。

(24) 参考、最判平成九年一月二八日民集五一巻一号四〇頁。

(25) 庄子良夫「新株発行不存在確認の訴え」判タ九七五号一九八頁（一九九八）。また、既存の株主は、新株発行を通じて調達された資金が運用されることにより、会社の将来利益ひいては利益配当請求権及び残余財産分配請求権などの財産的利益の面でも影響を受ける。吉本健一 前掲論文三二七頁。

(26) 尾崎安央「新株発行不存在の訴えの被告適格」判例評論四六三号二二〇頁、鈴木竹雄「新株発行の差止と無効」『商法研究Ⅲ』二三三頁（一九六七）。

(27) 庄子良夫 前掲評釈一九八頁。

(28) 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。

(29) 近藤崇晴「新株発行不存在確認の訴えの被告適格」最高裁判所平成九年一月二八日判例解説・曹時四九巻一一号二九三頁（一九九七）。