

1	設問1
2	第1 主張
3	1. まず、甲社の登記事項証明書によると、本件新株発行は、平成
4	24 年 6 月 10 日になされている。したがって、効力発生後である平成
5	26 年 4 月現在では新株発行の差止請求訴訟(会社法(以下、法名
6	略)210 条)を提起することはできない。次に、登記事項証明書によ
7	ると甲社は公開会社ではないところ、本件新株発行の効力が生じた
8	日からすでに 1 年以上が経過している。したがって、出訴期間を徒
9	過している(828 条 1 項 2 号)ため、新株発行無効の訴えを提起でき
10	ない。
11	2. そこで、Cは、本件新株発行につき、新株発行不存在確認の訴
12	えを提起し、本件新株発行には不存在事由があることを主張すべき
13	である。
14	新株発行不存在確認の訴えは、訴えの利益が認められる限り、
15	誰でも、いつでも提起できる。Cは甲社の株主であるため、訴えの利
16	益が否定されることは考えられず、問題なく当該訴えを提起できる。
17	第2 主張の可否
18	1. 新株発行不存在確認の訴えは、差止訴訟や無効の訴えができ
19	ないときに機能する点で意義を有する。したがって、新株発行不存
20	在事由は、①物理的不存在のみならず、②新株発行の手續に著し
21	い瑕疵があり、法律上存在しないものと評価される法的不存在をも
22	含むと解する。
23	2. ①物理的不存在について

1	まず、Eは実際に平成 24 年 6 月 10 日に払込みをし、本件新株発
2	行を受け、400 株を手に入れているため、①物理的不存在は認めら
3	れない。
4	3. ②法的不存在について
5	(1) 現物出資についての法的不存在
6	Eは本件新株発行につき、自ら所有する 4000 万円相当の賃貸用
7	の建物を出資の目的とするという現物出資(199 条 1 項 3 号)を行っ
8	ている。現物出資の際には原則として検査役の選任をし、現物の価
9	額の調査をしなければならない(207 条 1 項、同条 2 項)ところ、E は
10	これを経していない。しかし、例外的に現物出資財産について定めら
11	れた 199 条 3 項の価額が相当であることについて弁護士(207 条 9
12	項 4 号)や不動産鑑定士(同号かっこ書き)の証明を受けた場合に
13	は、検査役の選任・調査は不要となる(207 条 9 項柱書)。そして、E
14	は、出資の目的とした賃貸用の建物につき、価額が相当であること
15	についての弁護士の証明及び不動産鑑定士の鑑定評価を受けて
16	いるため、例外的に検査役の選任・調査を経なかった点について、
17	手続の瑕疵はない。したがって、これを理由とする法的不存在はな
18	い。
19	(2) 株主総会の承認を経していないことなどに関する法的不存在
20	甲社は公開会社ではないため、201 条は適用されず、新株発行は
21	常に株主総会の承認を経なければならない(199 条 2 項)。しかし、D
22	が A,C 及び E に対し本件新株発行について説明したところ、C はこ
23	の提案に反発して直ちに退席し、A は時期尚早であるとして態度を

1	保留した。この時点で甲社は 500 株発行済みであったのだから、A と
2	C の 350 株分という過半数の賛成が得られなかったといえる。したが
3	って、本件新株発行は株主総会の承認を経ていない。
4	しかし、E は本件新株発行につき株主全員の賛成があった旨の株
5	主総会議事録を作成し、あたかも適法な株主総会の承認を経たか
6	のように偽造した。
7	また、E は、代表取締役ではなく、権限も与えられていないにもか
8	かわらず、必要な書類を準備して甲社の募集株式の発行による変
9	更の登記を申請し、その旨の登記をした。
10	加えて、D は、A 及び C に対し、本件株式発行の計画を断念した
11	などと虚偽の事実を述べた。
12	これらの事情からすると、本件新株発行は、適法な株主総会の承
13	認を欠くうえに、D と E の共謀により適法になされたものと作出された
14	ものといえ、その手続きに著しい瑕疵を含んでいるといえる。したが
15	って、法的不存在が認められる。
16	4. よって、C の主張は認められる。
17	第 3 本件株式発行に係る法律関係
18	1. 新株発行不存在が確認されると、発行された株式は当初から不
19	存在であったこととなるため、それに基づく権利義務につき、当事者
20	は原状回復義務を負うこととなる（民法 121 条の 2 第 1 項）。
21	2. よって、C は本件株式発行に係る株式 400 株を甲社に返還する
22	義務を負う。一方、甲社は C が現物出資した建物を返還する義務と
23	ともに、事実審の口頭弁論終結時までの当該建物による賃料の収

1	益を返還する義務を負う。
2	設問2
3	第1
4	1. H は、本件借入れの効果が甲社に帰属することを主張すること
5	が考えられる。これに対し、甲社は、本件借入れは代表権を持たな
6	いEによって行われたものであるから、甲社に帰属しないと反論する。
7	これに対し、更に、Hは 354 条 1 項により帰属すると再反論すること
8	が考えられる。
9	2. Eは甲社の「取締役」である。
10	代表取締役AはEに代表取締役の地位につかせることとして、必
11	要な書類を準備して甲社の役員の辺の登記を申請し、その旨の登
12	記がされているため、甲社はEに代表取締役という「名称」を「付し
13	た」といえる。
14	Hが、Eが代表取締役であったことについて悪意又は重過失であっ
15	たことを基礎づける事実はないため、「善意」だったといえる。
16	3. よって、Hの再反論は認められ、甲社に本件借入れの効果は帰
17	属する。
18	第2
19	1. H による本件借入れの効果が甲社に帰属するとの主張に対し、
20	甲社は、更に、本件借入れは「多額の借財」(362 条 4 項 2 号)にあ
21	たるにもかかわらず、甲社の取締役会の承認を受けていないため、
22	無効であり、甲社に効果帰属しないと反論することが考えられる。
23	(1) 本件借入れは「借財」にあたるどころ「多額」といえるか。

1	「多額」にあたるかは、当該借財の額、借財の累積残高、当該借
2	財が会社の資本金に占める割合、借財の目的等を総合的に考慮し
3	て判断される。
4	本件借入れは 2 億円であり、甲社の資本金 6000 万円の 3 倍以上
5	の大きな額である。そして、この 2 億円に加え、年 10% の利息まで発
6	生するため、甲社にとってその返済は困難であるといえる。そして、
7	本件借入れは、E が妻の F が取締役を務める乙社に貸し付けること
8	を専らの目的としている。実際に本件貸付けは本件借入れと全く同
9	じ額で取引されており、甲社の資金調達に何ら寄与するところがない。
10	
11	したがって、本件借入れは「多額の借財」にあたる。
12	(2) そして、取締役会の承認を得ていない「多額の借財」の効果は
13	どう扱われるか。
14	この点、取締役会の承認を受けていない代表取締役の個々の行
15	為は、内部的意思決定を欠くにとどまり原則として有効であると解す
16	る。もっとも、相手方が悪意又は有過失であるときには、民法 93 条 1
17	項但書を類推適用し、無効となると解する。
18	本件借入れに先立ち、E は H に対し、甲社の店舗建設のための資
19	金として必要である旨を説明した。しかし、その説明が曖昧であった
20	ため、H から、甲社の事業計画に関する資料等を交付するよう求め
21	られていた。この事実からすると、H は本件借入れについて不審感
22	を覚えており、本件借入れの目的について調査確認するべきであっ
23	たといえる。にもかかわらず、H は資料の交付を受けないまま本件借

1	入れを実行した。したがって、Hには有過失があったといえる。
2	(3) よって、本件借入れは無効であり、効果帰属しない。
3	設問3
4	第1 主張
5	1. Cは、「株主」として、株主代表訴訟(847条3項、1項)を提起し、
6	①D 及び C に対し任務懈怠責任に基づく損害賠償請求(423条1
7	項)の主張をすることが考えられる。
8	第2 主張の当否
9	1. 任務懈怠責任の要件は、423条1項の規定上、ア「役員等」が、
10	イ任務を怠ったこと、ウ会社の損害が発生したこと、エイとウとの因
11	果関係である。ただし、役員等は自身に帰責事由がないことを証明
12	してその責任を免れ得る(428条1項参照)。
13	2. ア「役員等」
14	Eは、甲社の取締役だから「役員等」にあたる。
15	一方、Dはすでに取締役を退任しており、その旨が登記にも記載さ
16	れていることから、「役員等」にあたらないのではないかと。
17	この点、退任取締役は、再度適法な選任手続を経ない限り、「役
18	員等」にあたらないため、423条1項を直接適用することはできない。
19	しかし、会社の運営の適正を確保するという423条1項の趣旨は、
20	取締役でない者にも該当する場合がある。そこで、退任取締役であ
21	っても、対外的にも対内的にも会社の意思決定をすることができる
22	者は事実上の取締役として、423条1項を類推適用できると解する。
23	本件では、Dは、甲社の取締役であるEの母であり、本件借入れに

1	際してもEから相談を受けていたり、甲社の経営に影響力を有して
2	いるとも思える。しかし、実際にはEがDからの助言に従うことはなか
3	ったことから、Dはもはや甲社の経営に影響力を有するとはいえず、
4	対外的にも対内的にも会社の意思決定をすることができるとはいえ
5	ない。したがって、Dに 423 条 1 項を類推適用することはできない。
6	3. イ任務を怠ったこと
7	Eは取締役として甲社に対し善管注意義務を負う(330 条、民法
8	644 条)。そして、当該義務に違反すれば、イ任務を怠ったといえる。
9	設問 2 で述べたように、本件借入れは、専ら乙社のためになされた
10	ものであり、甲社の資金調達に何ら寄与しない。にもかかわらず、E
11	は、妻であるFの要請に抗いがたいからという身勝手な理由で、甲
12	社の利益を考慮することなく本件借入れを行った。したがって、Eに
13	は、善管注意義務違反があり、イ任務を怠ったといえる。
14	4. ウ会社の損害が発生したこと、エイとウとの因果関係
15	Eの任務懈怠により、甲社には本件借り入れ分の損害が発生した
16	(ウ、エ充足)。
17	5. 以上より、CによるEに対する任務懈怠責任の主張が認められ
18	る。
19	以上
20	
21	
22	
23	