



同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

2023年度後期日程
(2023年1月実施)

入学試験問題の解説

商 法

その1

(総括的なコメント)



商法分野（主に会社法）の重要な法制度、法理についての知識と、簡単な事例問題の解き方を理解しているか。具体的には、

1. 与えられた事実関係において生じている法律問題が何かを発見することができるか（**問題発見能力**）、
2. この問題に適用される**根拠条文**を正確に指摘することができるか（条文の位置を探せるか、条文を読みこなしているか）、
3. こうして特定された**重要条文の制度趣旨**を理解しているか、特に、判例により制度趣旨の説明が与えられているときは、判例の考え方を知っているか、
4. 条文の要件効果、条文解釈を補う**判例法理**があるときは、その判例法理を正確に再現することができるか、また、判例への批判が支持を集めているときは、判例法理の問題点を理解し、より適切な規範を、解釈により導くことができるか、
5. 以上の作業を経て導き出された法規範に対して、与えられた事実の中から、要件に対応する事実を指摘し、要件を満たしているか否かの当てはめをすることができるか（いわゆる**法適用の三段論法、法的三段論法**）、
6. 法的三段論法の結果得られた**法的結論（法律効果の発生不発生、請求などが認められるか否か）**を明確に提示することができるか

入学試験においては、前のページに挙げた6項目のうち、**第1の問題発見能力、第5の法的三段論法による検討**を経た、**事例問題の解答(第6)**については、必ず見るようにしています。

また、法学既修者として認定することができるか、という観点からは、会社法の膨大な条文の中から**重要条文に正しくたどり着くことができるか**、その文言を読み取ることができるか**(第2)**をみれば、商法の学修が進んでいるかどうかについて、ある程度わかります。

日頃の学修に際しても、六法を必ず引いて、会社法の条文を確認しながら基本書、判例集などを読み進めることが大切です。

- 判例については、会社法などの判例百選に掲載されたものが出題の中心となります。ただ、百選に掲載された判例の中には、やや高度な問題を扱う判例、使われる頻度の少ない制度についての判例もあり、百選に掲載された判例の全てに目が通っていることは求めています。
- その代わりに、百選に掲載された判例のうち重要な判例については、その解説において言及されている判例に関する出題にまで及ぶ可能性があります。
- もちろん、判例はほとんどない事項であっても、制度運用上の重要条文、制度の特質を理解する上で重要な基本条文についても出題することがあります。

今回の出題についての総論的なコメント



- 商法の入学試験問題は、行政法と合わせて80分の試験時間で、各50点満点の試験を行います。実質40分間で完全な解答を作成するのは、結構大変かも知れません。
- 時間が足りないときは、一部の問いに時間をかけるのではなく、要点を簡潔に答え、わかっている問題を解き残すことのないよう努めることが大切です。
 - 問（1）①②では、取締役会、株主総会の招集通知が一部の者に対して行われなかった違法につき正確な根拠条文を示した上で、手続の違法が決議無効に至るまでの訴訟の要否、取消と無効の違いを意識して論じることが、最低限必要です。
 - 例外的に無効とならない場合についての判断枠組も、取締役会と株主総会では異なります。本問では、通知漏れが決議の結果に影響を及ぼす程度についても議論の余地があり、そこまで意識して論じることができれば高い評価となります。
 - 問（1）③においては、①②の解答を踏まえて、非公開会社の募集株式発行に際し、何が株式発行無効事由にあたるかを正しく論じる力が問われています。差止の機会を奪われたとの線から無効を導くのは難しい事案なので、非公開会社では、適法な総会決議による決定を欠くことが無効事由であることを指摘し、その根拠を論じた上で、①②の解答結果を無効事由の規範に当てはめることができれば良いでしょう。
 - 問（2）においては、取締役の会社に対する責任と、既存株主（第三者）に対する責任の両方の可能性を比較検討する必要があります。また、募集株式の有利発行に際して、発行会社に損害が生じたといえるかどうかの解釈論上の対立があることを指摘し、両説の優劣を論じることにも求められます。時間があれば、本問の事案において、発行会社に損害ありと考えるよいかを具体的に検討することも期待されます。



同志社大学法科大学院
Doshisha Law School

2023年度（2023年1月29日実施）
後期日程入学試験問題の解説

商法 その2

**出題趣旨および
解答のポイント**



問題文



次の設例を読んで、問（１）、（２）に答えなさい。

[設例]

1. 甲株式会社（以下「甲社」という。）は、不動産賃貸業を営む非公開会社であり、取締役会及び監査役を設置している。甲社の発行済株式総数は10万株であり、その代表取締役Aが3万株、代表権のない取締役B、Cが各2万株、監査役Dが1万株を保有しており、残りの2万株は、甲社の従業員5名が各4千株を保有している。
2. Aは、甲社の取締役会を開催し（以下「本件取締役会」という。）、価額5億円の賃貸物件「乙」を新たに取得すること、その取得費用の不足額4億円を調達するために、払込金額を1万円として、取引先である丙株式会社に対して甲社株式4万株を発行すること（以下「本件株式発行」という。）、および本件株式発行を決定するために甲社の臨時株主総会（以下「本件総会」という。）を招集することにつき、いずれもCの賛成を得て可決した（以下「本件取締役会決議」という。）。
3. 本件取締役会の開催に際し、Aは、甲社の事業拡大に慎重なBに対して招集通知を送付せず、Bは、本件取締役会の開催を知らずに欠席した。
4. 本件総会の開催に際し、Aは、BおよびBを明確に支持する従業員株主3名（以下「Bら4名」という。）に対して本件総会の招集通知を送付せず、Bら4名が本件総会の開催を知らずに欠席した。本件総会における出席株主の議決権数は6万8千個であり、出席株主の全議決権の賛成を得て、本件株式発行が決定され（以下「本件総会決議」という。）、これに基づいて本件株式発行が行われた。
5. 甲社が社外の専門家に依頼して得た甲社の株式評価によれば、公正な株式価値は2万円を下回ることはないとされた。

問（１）（配点：35点）

- ① 本件取締役会決議の効力を検討しなさい。
- ② 本件総会決議の効力を検討しなさい。
- ③ Bが本件株式発行の効力を争うには、どのような主張をすることが考えられるかを検討しなさい。

問（２）（配点：15点）

Bが、本件株式発行の効力を争うことに代えて、本件株式発行につきAの損害賠償責任を追及するとすれば、どのような主張をすることが考えられるかを検討しなさい。

問（１）の出題趣旨



- 問（１）①②において問われているのは、募集株式発行の決定に至る取締役会、株主総会決議の効力。
 - 招集通知漏れという初歩的な手続的瑕疵につき、
 - 公開非公開の別、役員・株主構成、持株比率等に関する具体的な事実関係に基づき、
 - 取締役会決議と株主総会決議について定められる規定の違いに応じて、
 - 手続の瑕疵が治癒される可能性、裁量棄却の可能性など、効力の判定に際し検討を要する規範の適用可能性にも必要に応じて言及しながら、
 - その効力を正しく判定し、論じ分けることができるかをみるもの。
- 問（１）③において問われているのは、募集株式発行の効力を株主が争うためになすべき主張。
 - 株式発行の効力を否定するには、株式発行無効訴訟という形成訴訟の提訴が必要である（総会決議取消によっては、株式発行の効力を否定することはできない）こと、
 - 株式発行無効事由は、会社の公開非公開の別に応じて論じられるべきこと、といった前提を正しく指摘した上で、
 - 非公開会社では、募集事項を決定した総会決議の瑕疵は無効事由に当たることを、判例の見解を示しつつ正当化した上で、総会決議の瑕疵を具体的に指摘し、
 - 原告適格、訴訟の提訴期間、無効主張の根拠となるべき総会決議の効力に関する主張にも期間制限があり得ることなどにも言及しながら、
 - その効力を正しく判定し、論じることができるかをみるもの。

問（１）①の解答のポイント



- 取締役会決議の必要性（言及されていることが望ましい）
 - 非公開会社である甲社において、丙社を引受人とする募集株式発行（202条1, 2項に定める株主割当てでないことは明らか。答案上、株主割当てに言及することは不要。）を決定するためには、株主総会決議による決定が必要（199条2項）であり、
 - 取締役会設置会社である甲社においては、取締役会決議に基づき、株主総会の招集及び会議の目的を決定する必要がある（298条4項）。
- 取締役会決議の瑕疵：一部の取締役に対する招集通知漏れ（必答）
 - 取締役会の招集には、招集権者が取締役および監査役に対して招集通知を発する必要がある（368条1項括弧書）。
 - 代表取締役Aが招集することに問題はなさそうだが、Aが、取締役Bに対して招集通知を発していないことは、368条1項違反。
- 取締役会決議の効力（必答）
 - 手続の法令違反がある取締役会決議は無効となるのが原則。
 - ただ、招集通知漏れが決議の結果に影響を及ぼさないと認められる特段の事情があるときは、決議は無効とならないと解される（次ページの判例を参照）。
 - 判例の事案のように、名目的取締役に対する通知漏れの事案では、特段の事情が認められる可能性があるとしても、本問は、そのような事案ではない。
 - Aの提案に反対するであろうBに対する招集通知漏れは軽視できない。Bの出席がCの投票行動に影響を与えなかったであろうことを本問において示すことは難しく、そのような場合に、特段の事情を認めて決議を例外的に有効と解することについては、学説は批判的。→本件取締役会決議は無効と結ぶのが素直な結論。

問（１）①の参照判例

最判昭和44・12・2民集23巻12号2396頁<百選4版62、商法判例集8版I-119>

「取締役会を招集するにあたり、取締役全員に対してその通知を発しなければならないことは、商法二五九条ノ二の規定に徴して明らかであり、所論のように、たんに名目的に取締役の地位にあるにすぎない者に対しては右通知を発することを要しないと解すべき合理的根拠はないから、原判決に所論の違法はない。」

「取締役会の開催にあたり、取締役の一部の者に対する招集通知を欠くことにより、その招集手続に瑕疵があるときは、特段の事情のないかぎり、右瑕疵のある招集手続に基づいて開かれた取締役会の決議は無効になると解すべきであるが、この場合においても、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、右の瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解するのが相当である（最高裁判所昭和三六年（才）第一一四七号同三九年八月二八日第二小法廷判決、民集一八巻七号一三六六頁参照）。」

問（１）②の解答のポイント



- 非公開会社である甲社において募集株式発行の募集事項を決定するためには、株主総会の特別決議による決定が必要（会社法199条2項、309条2項5号）。
 - Bら4名以外の株主が全員出席し、その議決権数は6万8千個であるから、発行済株式総数10万株である甲社において、特別決議の定足数要件（総株主の議決権の過半数）を満たしており、また、出席株主全員が賛成しているから、総会特別決議の可決要件（出席株主の議決権数の2/3以上の賛成）も満たしている。しかし、…
- 総会決議の取消事由
 - 本件総会の開催に際し、Bら4名の株主に対する総会招集通知が送付されていない。＝一部の株主に対する招集通知漏れは、株主に対する招集通知の送付を招集者に義務付ける299条1項の違反。Bら4名に対する招集通知を欠き、これらが欠席したことは、招集手続、決議方法の法令違反となり、総会決議取消事由にあたる（831条1項1号）。
- 裁量棄却の可能性
 - 招集通知を受けなかったBら4名の持株比率が、総株主の議決権数の3割以上と大きいので、特別決議の成立に影響しなかったようにみえるとしても、この通知漏れの瑕疵は軽微とはいえず、裁量棄却（831条2項）とすることはできない。
 - 原告適格を有する株主等が、決議日から3か月以内に本件総会決議の取消訴訟を提起すれば、本件総会決議は取り消され、遡及的に無効となる。
- 総会決議不存在の可能性
 - 持株比率3割を超える（反対派と見られる）株主に対して招集通知を送付しないでなされた総会決議は、不存在と評価することができるかを検討するに値する（次ページの判例を参照）。適切な規範に基づく検討があればよく、結論は採点には影響しない。

問（１）②の参照判例—株主総会決議の不存在

- 招集通知漏れが著しい、つまり、大株主など持株比率が相応に大きな株主に対する通知を欠く場合に総会決議不存在と判示した裁判例には、次のようなものがある。
- 最判昭和33・10・3民集12-14-3053：

「原審は所論総会当時におけるY社の株主は…9名（総株式数5千株）であること、しかるに右総会についてはX〔原告、被上告人株主〕以下6名（その持株2100株）」に対しては招集の通知が全然なされなかったこと、…〔他の2名〕…に対したとえ招集の通知があったとしても、それは単なる口頭の招集に過ぎず、しかも…両名はいずれも〔代表取締役〕の実子であったことを認定し、所論株主総会の決議は、何ら法律所定の手続によらず単に親子3名によってなされたことが明白であるから、これをもって株主総会が成立し、その決議があったものといえない旨判示しているのであって、原審のこの判断は相当である。」
- 東京高決平成4・1・17東京高裁判決時報43巻1-12号2頁：持株比率40%の株主に対する通知漏れの事案

「Xは、…その所有の株式5250株を譲渡したとして取締役会の承認を求め、同日承認の取締役会議事録が作成されている。右取締役会の構成員はX、A、Bの3名であり、商業登記簿上はいずれも昭和60年8月18日の株主総会における取締役選任の決議に基づいて就任したものとされている。しかし、右株主総会に際しては少なくとも発行済株式総数の4割に当たる株式を有する株主であるCに対する招集通知が全くなされていなかった。

この事実によれば、〔同日〕の株主総会の招集には重大な手続的瑕疵があり、同総会における…取締役選任決議は不存在というべく、その効力を有しない…。」
- 大分地判昭和47・3・30判時665号90頁：株主7名のうち25%以上を有する株主に対する通知漏れにつき、総会決議不存在と判断した。
- 名古屋高判平成30・4・18金判1570号47頁：持株比率21%の株主の委任状を偽造した事案につき、総会決議不存在と判断した。

問（１）③の解答のポイント



- 無効訴訟の必要性
 - 株式発行の効力を争うには、株式発行無効訴訟の提訴が必要（828条1項2号）。
 - 株式発行を決定した総会決議を取り消しても株式発行は無効とならない。
- 株式発行無効事由
 - 無効事由は法定されていない。解釈により無効事由を明らかにする必要あり。
 - 非公開会社においては、既存株主の持株比率維持に関する利益が重視され、かかる既存株主の利益は、募集事項の決定に総会特別決議を課すことにより保護するのが会社法の趣旨と解されるので、適法な総会決議による決定を欠くことは無効事由に当たる（次ページの判例を参照。百選4版22事件、26事件）。
 - 総会招集手続の法令違反が総会決議取消事由または総会決議不存在事由であることは、非公開会社である甲社においては株式発行無効事由となる。
 - 総会招集通知漏れの事実があるので、非公開会社の株主が差止の機会を奪われた事案でもあるが、合理的な資金調達目的があり不公正発行と言い難いため、他に差止事由ありとまではいえず、差止の機会が奪われたことを理由とする無効事由を認めるのは、この事案では難しそう。
- 株式発行無効訴訟を適法に維持するための主張をなすべき時期
 - 非公開会社では、株式発行無効訴訟の提訴期間は効力発生日から1年（828条1項2号）。
 - 総会決議取消訴訟の提訴期間が決議日から3か月以内に制限されている趣旨から、決議取消事由が無効事由に当たる旨の主張も、総会決議日から3か月以内に裁判上行う必要がある。その期間内に無効訴訟を提起した上で、3か月以内に主張することを要する。
 - 総会決議不存在の主張には期間制限がない。株式発行の効力発生日から1年以内に無効訴訟を提起し、本件決議が不存在であることが株式発行無効事由となるとも主張し得る。
- 株式発行不存在には当たらないことが明らかなので、これについては触れる必要なし。

問（１）③の参照判例—非公開会社における株式発行無効事由

非公開会社において適法な株主総会決議によらない株式発行は無効。

最判平成24・4・24民集66巻6号2908頁

「会社法上、公開会社（同法2条5号所定の公開会社をいう。以下同じ。）については、募集株式の発行は資金調達の一環として取締役会による業務執行に準ずるものとして位置付けられ、発行可能株式総数の範囲内で、原則として取締役会において募集事項を決定して募集株式が発行される（同法201条1項、199条）のに対し、公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という。）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って募集事項を決定することを要し（同法199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6箇月であるのに対し、非公開会社の場合には1年とされている（同法828条1項2号）。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。**」

- ★ この判例は、既存株主の持株比率維持にかかる利益の保護を問題としているため、有利発行であることを理由とする株主総会決議を欠く場合にも、この判例の射程が及ぶのかは明らかでない。しかし、有利発行の場合には、時価発行の場合と比べて払込金額が低く定められるので、時価発行の場合よりも多数の株式が発行され、持株比率も希釈される結果となるから、持株比率維持の利益に着目する判例の射程が、有利発行の事案にも及ぶと考えることは妨げられないであろう。

株主による差止の機会と株式発行無効事由

最判平成10・7・17判時1653号143頁（通知公告義務違反＋不公正発行の差止事由。会社法の下では、非公開会社では、株主に対する募集事項の通知公告は総会招集通知により代替されるものと整理され、通知公告を定めた201条は、公開会社にしか適用がないことに注意！）

「新株発行に関する事項の公示（商法二八〇条ノ三ノ二に定める公告又は通知）は、株主が新株発行差止請求権（同法二八〇条ノ一〇）を行使する機会を保障することを目的として会社に義務付けられたものであるから、新株発行に関する事項の公示を欠くことは、新株発行差止請求をしたとしても差止め的事由がないためにこれが許容されないと認められる場合でない限り、新株発行の無効原因となると解すべきである（最高裁平成五年（オ）第三一七号同九年一月二八日第三小法廷判決・民集五一巻一号七一頁参照）。

これを本件についてみるに、…（一）鈴木勉は、本件新株発行について赤尾に他言しないように頼み、当時発行済株式の総数の過半数を所有していた上告人らに通知しないまま本件新株発行を行っているが、これは上告人らに秘匿して行ったものといわざるを得ないこと、（二）本件新株発行により、上告人らの持株は過半数を割り込むことになり、他方、鈴木勉の持株は過半数を上回ることになって、被上告人に対する支配関係が逆転すること、（三）本件新株発行が取締役会で決議されたのは、商法の一部を改正する法律（平成二年法律第六四号）の施行日である平成三年四月一日の直前の同年三月二九日であって、もし右施行日後に右決議がされていれば、株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨の定款の定めのある被上告人の株主である上告人らは新株引受権を有することになったはずであること（同法附則一四条、商法二八〇条ノ五ノ二）、（四）新株の払込期日は右決議の約二箇月も先である同年五月二三日と定められており、新株発行により増資されても、それが直ちに株式会社の運転資金を調達したことにはならず、被上告人が本件新株発行を決議した当時、その公示をしないで本件新株発行を急がねばならないほど資金を緊急に調達する必要があったとはいいい難いこと等の事情が存することが明らかである。右によれば、**本件新株発行は「著シク不公正ナル方法」（同法二八〇条ノ一〇）によるものではないとは到底いえず、差止め的事由がないとは認められないから、前記の通知又は公告を欠く本件新株発行には、無効原因がある**というべきである。」

★ この判例及び、引用された平成9年最判は、募集事項の通知・公告義務違反以外に別の差止事由が認められることが、株式発行無効事由にあたる旨を判示したものの。通知公告義務違反という法令違反＋株主の不利益があれば、210条1号の差止事由は認められるが、ここにいう無効事由には当たらない。

問（２）の出題趣旨



- 問（２）において問われているのは、本件株式発行についての取締役Aの責任。
 - 取締役の責任全般を問うているので、会社に対する責任、第三者に対する責任の両方が出題に含まれている。
 - 民法709条に基づく不法行為責任は、会社法上の責任ではないから題意から外れているが、法解釈の学力を見る観点から採点を行った。
 - 会社法350条は、Aの不法行為についての甲社の責任を定めたものなので、Aの責任を問う題意から外れている。
 - 本件株式発行が有利発行に当たることが前提。そのことを最初に指摘する。
 - 現物出資の事案ではないので、取締役は213条1項に基づく責任を負わない。
 - 212条1項1号は、引受人が、取締役と通じて著しく不公正な払込金額で募集株式を引き受けた場合に、引受人が公正価額との差額を支払うことを義務付けているが、これに対応する取締役の責任を定めた規定はない。法学既修者に必要な学力を判定する上では、213条類推適用の可能性には触れなくてよい。
 - 次いで、甲社に損害が生じたといえるか否かの検討を経て、
 - 募集株式の有利発行により、発行会社に損害が生じると解してよいか否かについては、学説、裁判例に争いがあり、
 - 特に、本問においては、本件株式発行は甲社の不動産取得資金を調達するためであって、具体的な必要調達額を得ているので、このような場合にも、甲社には、払込金額と公正価額の差額につき損害があるといえるかどうかを検討することが求められていた。
 - 甲社に損害が生じたと考えるときは、423条1項に基づく責任の有無を論じ、
 - 甲社に損害が生じたと考えるか否かの結論に応じて、429条1項に基づく責任の有無を論じることが問われている。

問（２）の解答のポイント



- 有利発行の該当性
 - 事実5によれば、甲社株の公正な株価は2万円を下らないにもかかわらず、払込金額を1万円としている（事実5）ので、規範を立てるまでもなく、有利発行であることは明らか（試験時間を考慮し、丁寧に規範を立てることを採点上求めていない。）。
- 423条1項に基づく責任
 - 募集株式の有利発行により、発行会社に損害が生じると解してよいか否かについては、学説、裁判例に争いがある。やや応用的な論点。学習の到達度を測るための出題。
 - 会社の損害を否定する立場からは、形式的理由として、株式発行により会社は払込金額の出資金を得ており、財産は減少していないことが指摘される。
 - 加えて、資金調達目的の株式発行に際して、会社は事業計画上必要な資金額を定めて株式を発行しているはずなので、払込金額の総額を超える資金を得ることを会社は予定しておらず、有利発行により余計な数の株式を発行したということはいえども、得べかりし利益を喪失したとはいえないという。
 - 他方、会社の損害を肯定する立場は、会社は正当な理由がなければ公正価額で株式発行を行う必要があり、公正価額（株式の時価から合理的な割引額を差し引いた後の額）と払込金額の差額は、会社の得べかりし利益とみるべきであるという。
 - 不公正発行の場合には、合理的な資金調達目的がないので、既存株主の持株比率の希釈を避けるために公正価額による株式発行がより強く求められる、といえそう。
 - 本件株式発行は甲社の不動産取得資金を調達するために行われ、その不動産の取得に必要な調達額を甲社は入手した。現経営陣の支配権維持目的を示す事実は十分でない。このような場合にも、払込金額と公正価額の差額につき甲社に損害があるといえるか、という問題として検討することが望ましい。

問（２）の解答のポイント



- 423条1項に基づく責任（前ページの続き）
 - 甲社の損害ありとする場合には、
 - 会社にどのような損害が生じたか（前ページ）を特定した上で、取締役Aの任務懈怠がどのようなものかを明らかにし（問（1）①②の解答通り、発行手続の法令違反があり、これらは善管注意義務違反とみて差し支えない→任務懈怠）、帰責事由（法令違反につき悪意あり）、因果関係についても触れながら論じる。
 - 甲社の損害なしとする場合には、
 - 責任なしとの結論を示す前に、公正価額と払込金額の差額は損害でない理由を示す。
- 429条1項に基づく責任
 - 甲社の損害ありとする場合には、
 - 株主Bに生じた、保有株式の価値が希釈された損害は間接損害であると論じるのが素直であるが、この場合でも直接損害とみて差支えないとする学説もある。なお、判例の解釈によれば、直接損害と間接損害は重ならない対立概念ではない。
 - Bの損害が間接損害であれば、株主の間接損害につき429条1項の適用を肯定してよいか、株主は第三者に含まれるか（株主の間接損害を賠償しても会社の損害は回復されない）を検討し、同項の定める要件の該当性を検討する必要がある。
 - 株主の間接損害につき429条1項の適用を肯定するなら、悪意による法令違反の任務懈怠は肯定され、その任務懈怠とBの損害の間の因果関係は肯定される。
 - 甲社の損害なしとする場合には、
 - 429条1項に基づくBのAに対する責任追及との関係では、Bの損害が直接損害であることを前提として検討することができる。

有利発行につき取締役の第三者に対する責任を認めた裁判例

最判平成9・9・9判時1618号138頁、判タ955号145頁

本件は、明星自動車の株主としての地位を有する上告人らが、本件新株発行がされた当時同社の取締役であった被上告人らに対し、本件新株発行は上告人西村光雄に対する本件株主総会の招集の通知を欠いたままされたなどとして、商法二六六条ノ三第一項又は民法七〇九条に基づき、本件新株発行によって生じた損害の賠償を求めるものである。

- 「…定款上株式の譲渡については取締役会の承認を要する旨の制限の付されている会社において株式の譲渡等がされた場合には、会社に対する関係でその効力の生じない限り、従前の株主が会社に対する関係ではなお株主としての地位を有し、会社はこの者を株主として取り扱う義務を負うのであるから（最高裁昭和四七年（オ）第九一号同四八年六月一五日第二小法廷判決・民集二七巻六号七〇〇頁、最高裁昭和六一年（オ）第九六五号同六三年三月一五日第三小法廷判決・裁判集民事一五三巻五五三頁参照）、明星自動車の取締役である被上告人らは、上告人西村光雄を株主として取扱い、本件株主総会の招集の通知を行う職務上の義務を負っていたものというべきである。そして、株主総会開催に当たり株主に招集の通知を行うことが必要とされるのは、会社の最高の意思決定機関である株主総会における公正な意思形成を保障するとの目的に出るものであるから、同上告人に対する右通知の欠如は、すべての株主に対する関係において取締役である被上告人らの職務上の義務違反を構成するものというべきである（最高裁昭和四一年（オ）第六六四号同四二年九月二八日第一小法廷判決・民集二一巻七号一九七〇頁参照）。
- 本件株主総会の招集に先立って、前訴において上告人西村光雄の株主としての地位の確認請求を棄却すべきものとする控訴審判決が言い渡されていたが、右判決は、その確定を待って、初めて実体法上の権利義務関係についての効力を生ずるのであって、確定に至るまでは、会社の負う前記義務に消長を来すことはない。また、仮に当時本件新株発行を早期に行う必要性が存在したとしても、株主に対する株主総会の招集の通知が会社の意思決定に関して有する意義が前記のとおりであることに照らし、取締役における事務処理上の便宜のいかんによって、右通知を行う義務が免除されることはあり得ない。してみると、これらの事情は、被上告人らに職務上の義務違反がありこれにつき悪意又は重大な過失もあつたとするを妨げるものではないというべきである。…」

有利発行につき取締役の第三者に対する責任を認めた裁判例

大阪高判平成11・6・17判時1717号144頁（平成9年最判の差戻控訴審）

「特に有利な発行価額による新株発行が違法になされた場合に既存株主に生じる損害は、その発行価額と本来会社に払い込まれるべき適正な発行価額との差額（すなわち、本来増加すべき会社資産）が増加しないことにより、既存株式の客観的価値が低下することである。」

そして、右株式の客観的価値の低下は、違法な新株発行直前の株式価額と有利な発行価額による株式価額の低下との差額として算定するのが相当である…。」

「本件新株発行当時、明星自動車の株主の内部では、旧経営陣であった亡北村豊藏・原告西村光雄ら（少数派株主）と現経営陣である被告ら（多数派株主）の二派が対立していたところ、原告西村光雄らはエムケイと意を通じて明星自動車の支配権獲得を図ろうとしていたことが窺われたこと、そこで、明星自動車の多数派株主である被告らは、これを嫌って、その対抗措置として特に有利な価額での本件新株発行をなしたものであって、当時、ジャルフアインランスとの業務提携を実現させることを企図して、右発行をなしたのではない。」

「（三）……本件新株発行の目的は、資金調達、自己資本拡充にある旨陳述する。なるほど、…タクシー業界の規制緩和による競争激化に備え自己資本拡充の必要性はこれを認められないこともない。しかし、…本件新株発行の割当価額は相当低額である。また、…一株あたり一〇〇〇円という本件新株発行の割当価額決定につき、明星自動車とジャルフアインランスとの間で格別の交渉もなく、明星自動車の側から右価額での割当を申し入れていたと認められる。

これらの事実を考え併せると、本件新株の発行は、原告らの前記会社支配権獲得企図に対する対抗措置の一環としてなされたものであることが推認できる。」

「（四）右各事情からすると、本件新株発行が正当な目的でなされたものとはいえないのみならず、仮に発行目的に違法性が認められないとしても、その発行手続に違法があり、それによる株価の下落が生じた以上、それが原告らの損害でないということとはできない。」

有利発行の場合に会社の損害を認めた裁判例

大阪地判平成12・7・27判タ1056号246頁

「被告及び被告の長男乙野三郎に対して各一〇万株を割り当てて一株につき七〇〇円の発行価額により行った平成二年四月のA社の第三者割当による二〇万株の新株発行は、当時のA社の株式の時価が一株につき九〇〇円であり、一株につき七〇〇円の発行価額での第三者割当による新株発行が株主以外の者に特に有利な発行価額をもって新株を発行する場合に当たり、したがって商法二八〇条ノ二第二項により株主総会の特別決議を必要とすることを認識しながら、A社の代表取締役社長であった被告が、会長であり大株主であった被告の母乙野花子に知らせずに会社の実質的な支配権を確保するために、あえて株主総会を開催してないで新株発行を決定し、これを実施し、これにより、公正な発行価額である一株につき九〇〇円の価額と実際の発行価額である一株につき七〇〇円の価額との差額二〇〇円について発行株数二〇万株に相当する合計四〇〇〇万円の損害を会社に対して与えた事実を認めることができる。

したがって、被告は、商法二六六条一項五号により、A社に対し、四〇〇〇万円とこれに対する訴状送達の日からの遅延損害金を支払う義務がある。」

最新判例：不公正発行・有利発行の事案における取締役の責任

東京高判令和2・5・30民集76巻1号49頁、金判1648号9頁

「本件新株発行は、…本件鑑定の評価結果と比較すれば約5773分の1に当たる1株1万円という著しく廉価な価格で、発行済み株式総数100株の約9倍に当たる899株を発行するというものであり、これによりX保有株式の価値は著しく低下した…。」

「本件新株発行により第一審原告=Xは…保有株式の持分比率の低下に伴う価値の希釈化という直接の損害を被った（一方、第一審被告会社=Y社は本件株式発行により払込金額899万円を取得し、利益を得こそすれ損害を被ったとはいえない。）ものであり、このような損害は、Y社の業績が悪化して株価が下落した場合のように、会社の企業価値を毀損したことが同時に全株主の損害と間接的に評価することができるようなものでもないから、Xがこの損害を回復するに当たっては、株主による取締役の責任（会社法423条1項）の追及（同法847条、847条の2）等の手段によることなく、取締役や会社に対する直接の損害賠償請求をすることができる」と解すべきである…。」

「第一審被告Aは、Y社におけるX保有株式の持分比率を低下させ、その経済的価値を希釈化させた上で、本件株式取得によってXを排除するという目的で本件新株発行をしたのであるから、第一審被告らにはXに対する権利侵害（不法行為）について故意過失があり、Aには前記任務懈怠について悪意があるというのが相当であ…〔る〕。」

「Aは、Y社の代表取締役として行った違法な本件株式発行により、Xに対して…保有株式の経済的価値の希釈化という前記の損害を与えたものであるから、不法行為（民法709条）に基づく責任を負い（Aは…会社法429条1項の責任も負うことになるが、Xが本件新株発行の日からの遅延損害金を求めているため、不法行為に基づく請求を認容する…）、Y社も、Xに対し、会社法350条に基づき、本件株式発行による損害を賠償する責任を負い、Aの損害賠償責任とは不真正連帯の関係になる。」

★ この東京高裁判決の上告審である最判令和4・1・18民集76巻1号1頁は、不法行為に基づく損害賠償債務の遅延損害金につき、民法405条の適用または類推適用により元本に組み入れることはできない旨を判示したもの。Yらによるその他の上告受理申立は、上告受理の決定により排除された。