

論文式試験問題集
[商法]

[商法]

次の文章を読んで、後記の【設問1】及び【設問2】に答えなさい。

- 1 株式会社甲（以下「甲社」という。）は、家具及びインテリアの小売を業とする株式会社であり、公開会社である。
- 2 甲の代表取締役Aは以前から個人で家具の小売業を営んでいたものであるが、これを会社形態で営むこととし、友人であるDにも出資してもらい、平成15年4月1日に設立した株式会社であり、取締役会設置会社である（甲社は監査等委員会設置会社ではなく、また指名委員会等設置会社でもない）。
- 3 甲社の株主は設立以来AとDの2名のみであり、それぞれの保有株式数はAが200株、Dが300株である。また甲社の取締役はA以外に、Aが個人事業を営んでいた時から従業員としてAに雇われていた営業担当のBと、友人であるCの2名があるが、Bは甲社より月額70万円の役員報酬を得ている一方、Cは無報酬であり、またCは現在に至るまで甲社の業務執行には何ら関与したことがない。監査役はAの前妻であるEであり、かつ無報酬であるが、甲社の定款には、監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定めがある。
- 4 甲社の業務執行は専らAが独断で行っており、甲社では設立以来、一度も取締役会が開催されたことはない。甲社の令和元年4月1日から令和2年3月末日までの会計年度に係る年間売上額は1億円、純利益は2000万円、同会計年度末日現在における純資産の額（資産総額から負債総額を控除した額）は6000万円である。
- 5 Aは個人での投資に失敗して多額の借金を抱え、生活費にも窮するようになったことから、甲社と取引先との取引を利用して現金を得ることを企てた。Aは過去に甲社との間で数回取引をしたことがあり、画廊を営んでいる乙社に赴き、乙社の代表取締役Pに対して、「会社の応接室に飾るための絵画を甲社にて購入したい。」と持ち掛け、乙社との間で、令和2年4月2日、著名な画家による絵画（以下「本件絵画」という。）を時価相当額である3000万円で購入する契約を締結した（以下「本件売買」という。）。
- 6 当該絵画は縦1.4メートル、横1.8メートルある比較的大型の絵画であり、その運搬には専門の業者の手配が必要であった。本件売買に際して売買契約書は作成されなかったものの、Aは乙社に対して、「絵画は令和2年4月8日にAの自宅に搬入してください。代金は令和2年6月末までに支払います。株式会社甲 代表取締役 A」と手書きで記載し、かつ甲社の代表印（法務局に登録されている、いわゆる実印である。）の押印のあるメモ（以下「本件メモ」という。）を手渡した。なお、過去に甲社が乙社から絵画を購入した際には、絵画は全て甲社の本社において引き渡すこととされており、A個人の自宅が引渡場所に指定されたことはなかった。
- 7 また、これまで同様、本件売買にあたっては、甲社において取締役会が開催されていない。
- 8 乙社は本件メモ記載の通り、令和2年4月8日に本件絵画を持参してAの自宅に赴き、本件絵画をAに引き渡した。Aは令和2年4月10日、本件絵画を第三者に対して2500万円で転売して引き渡し、同日代金を受領したが、当該代金を持ったまま行方をくらましてしまった。現在に至るまでAは行方不明である。
- 9 Aが行方不明となったことを知ったDは、令和2年5月1日、甲社の臨時株主総会を招集のうえ、Aを解任し、後任としてDの知人であるFを取締役に選任した。また、同日開催された取締役会において、Fが甲社の代表取締役に選任された。なお、Aの取締役解任、並びにFの取締役選任及び代表取締役選定に係る手続については会社法上適法に行われたものとする。
- 10 乙社は令和元年6月末日になり、甲社に対して本件絵画の代金3000万円を請求したが、甲社の代表取締役Fはもちろん、取締役B及びC、並びに監査役Eも、乙社から当該請求を受けて初めて、本件売買の事実を知るに至った。

〔設問1〕

甲社が乙社からの請求を拒絶するために甲社の立場において考えられる主張及びその主張の当否について、論じなさい。

〔設問2〕

甲社が乙社の請求に応じて本件絵画の代金3000万円の支払をせざるを得なくなった場合、甲社の株主であるDは、B及びCに対し、会社法上、それぞれどのような責任を追及することができるか。

2020年1月19日

担当：弁護士 氏森政利

参考答案
[商法]

第1 設問1について

1 甲社は、乙社からの本件絵画の代金3000万円の請求を拒絶するた
め、①本件売買について甲社の取締役会において承認が得られてい
ないこと、及び②本件売買はAが甲社の代表権を濫用したものであ
ること、の2点を根拠に、本件売買が無効であると主張すると考え
られる。当該主張の当否について、以下順に検討する。

2 取締役会の承認がないことについて

まず甲社は、本件売買が362条4項1号所定の「重要な財産」の「譲
受け」に該当するため、取締役会の承認を欠く本件売買は無効であ
ると主張すると考えられる。

同号所定の「重要な財産」の「譲受け」に該当するか否かは、当
該財産の価額の他、当該財産の総資産に占める割合や、会社におけ
る従前の取扱等の事情を総合的に考慮して判断すべきである。

本件絵画の価額は3000万円であるが、甲社の直近会計年度末時点
における純資産額の実に50%を占める高額なものである。そうであ
る以上、甲社においては従前Aが専ら独断で業務執行を行っており、
過去に取締役会が開催されていないことを考慮してもなお、本件売
買は「重要な財産」の「譲受け」に該当し、本件売買については取
締役会の承認が必要であるものと解すべきである。

そこで次に、必要とされる取締役会決議による承認を欠く取締役
の行為の効力が問題となる。この点については、取締役会の承認の
欠缺を意思表示における真意と表示の不一致同様に考え、民法93条

但書を类推適用する見解もあるが、かかる見解によると軽過失ある
相手方は保護されないため、相手方は取締役会決議の有無やその効
力についての調査義務を尽くさなければならぬ取引の安全を考
害する。思うに、取締役会の承認を欠く代表取締役の行為は原則と
して無効であるが、取締役会による承認はあくまでも会社内部の手
続に過ぎないのであるから、代表取締役に加えた内部的制限と同様
に考えるべきであり、会社は取締役会の決議がないことにつき善意
の第三者に対抗することはできないものと解すべきである。(349条
5項类推適用)。

よって、乙社が甲社取締役会決議の欠缺につき善意である場合、
甲社は乙社に対して本件売買の無効を対抗することができない。

3 代表権の濫用について

次に甲社は、Aは甲社の代表取締役として本件売買を行いながら、
絵画を自宅に搬入させただうえで転売し、その代金を着服したまま行
方をくらましたものであるから、その経済的利益を恣に取得する意
図で本件売買を実行し、以て代表権を濫用したものであり、乙社は
かかるAの意図を知り得たことから、民法第93条但書の类推適用に
より本件売買が無効となると主張すると考えられる。

しかしながら、代表者の濫用的意図の有無という内心の問題は取
引の相手方からは判別が困難であり、この点について相手方に調査
義務を課するのは取引安全の見地から妥当でない。よってこの点につ
いても前述の取締役会決議の欠缺の場合同様、349条第5項を类推適

用し、代表者の濫用的意図について善意の第三者には会社は取引行為の無効を対抗できないものと考ええる。

本問においてAは、「会社の応接室に飾るため」と説明していたにもかかわらず、甲乙間の過去の取引と異なり本件売買において本件絵面の引渡場所はAの自宅とされていること等、乙社の過失を基礎づける事実等は見受けられるもの、乙社はAの濫用的意図を知っていたといった事情は見当たらない。よって甲社は乙社に対して、本件売買の無効を対抗することはできない。

第2 設問2について

1 責任追及の方法

DはB及びCに対して、①株主代表訴訟により取締役の任務懈怠責任（423条第1項）を追及する方法（847条）、及び②429条第1項に基づき責任追及を行う方法の2つ方法を取ることが考えられる。以下検討する。

2 423条第1項に基づく責任について

Dは平成15年の設立以来甲社の株主であるから、847条第1項に基づきB及びCに対する責任追及の訴えを提起するよう甲社に求め、甲社が60日以内に提訴しない場合には自ら会社のために責任追及の訴えを提起することができる（同条第3項）。

ここで、B及びCには任務懈怠責任（423条1項）が認められるかが問題となる。本問における甲は取締役会設置会社であるところ、取締役会は取締役の職務の執行の監督をなすべき機関であり（362

条2項2号）、各取締役がこれを招集することができる（366条）、かつ少なくとも3か月に1回は招集することが要請される（363条3項）。

月額70万円の役員報酬を受領しながら設立以降一度も取締役会を招集することなく、以てAに対する職務執行の監督を怠り、その結果甲社にとって極めて高額の財産の譲受である本件売買の実行を看過したものと認められ、Bには423条1項所定の任務懈怠責任を負う。

他方Cは無報酬であり甲社の業務執行に関与したことはないところ、無報酬にもかかわらず取締役の責任のみを負うというのは酷であるし、報酬の決定及び取締役の選任・解任権を有するD自身Cのような名目的取締役の存在を容認していた側面もあることに鑑みれば、Cは423条1項の任務懈怠責任を負わないと考える。

3 第429条第1項の責任について

Dに生じた損害は、本件絵面の引渡しを受けられぬにもかかわらず、3000万円の代金を乙社に支払わなければならなかったことにより甲社に損害が生じ、これにより甲社株式の価値が下落することによる損害（いわゆる間接損害）である。株主の間接損害は、会社の取締役に対する責任追及の訴えや株主代表訴訟によって回復されるべきであるから、429条1項にいう「第三者に生じた損害」に株主の間接損害は含まれないものと考ええる。

よってDは429条1項に基づきB及びCに責任を追及することはできない。

以上

2020年1月19日

担当：弁護士 氏森政利

予備試験答案練習会(商法)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(22)		
甲社としては売買契約の無効を主張すべきこと		2	
無効事由① 取締役会決議を欠く点について			
362条4項1号「重要な財産」の「譲受け」の指摘		2	
「重要な財産」のメルクマール		3	
あてはめ		2	
取締役会決議を欠く会社の行為の効力についての解釈論		2	
あてはめ		3	
無効事由② 代表権の濫用について			
代表権の濫用事案であることの指摘		2	
解釈論(93条但書かそれ以外)		3	
あてはめ		3	
〔設問2〕	(18)		
請求① 株主代表訴訟			
株主代表訴訟の手続(提訴請求→60日→代表訴訟)		2	
423条への言及		2	
善管注意義務・忠実義務違反が問題となること		2	
Bにおける善管注意義務違反の有無		2	
Cが名目的取締役であることの指摘		2	
Cの善管注意義務違反の有無		2	
請求② 第三者責任			
429条1項の指摘		2	
株主に生じた間接損害に対する賠償の場面であること		2	
間接損害に対する429条1項適用の可否		2	
裁量点	(10)	10	
合計	(50)	50	

商法 解説レジュメ

第1. 出題趣旨

本問は、取締役会が開催されないことが常態化されているような比較的小規模な株式会社において、代表取締役が権限を濫用して第三者と取引を行った場合における、会社と第三者の間の取引の効力（第1問）、及び株主による他の取締役に対する責任追及の方法（第2問）を問うものである。

第1問については学説・裁判例とも多様な見解があり得るところである。自説の立場から矛盾なく回答することが求められる。また第2問については役員等に対する株主代表訴訟（423条、847条）と役員等の第三者に対する損害賠償責任（429条1項）が考えられるところであるが、Dが甲社の株主であり、Dが被った損害は会社において損害が生じたことによりDの保有する株式の価値が下がったことにより生じたもの（いわゆる間接損害）であることを踏まえて論述する必要がある。また、Bと異なり、Cはいわゆる名目的取締役であることから、このことが任務懈怠責任の有無について違いをもたらすかどうかについても言及すべきである。

いずれも典型的な論点ではあるが、論ずべき点が多いため、描くべき事項のバランスにも留意する必要がある、比較的難易度は高いと思われる。

第2. 設問1

(1) 設問の検討

問われているのは、「甲社の立場において考えられる主張及びその当否」である。従って、回答の大まかな構図としては、「甲社としては●という主張をすることが考えられるが、●であることから当該主張は認められる（認められない）」という形式とすべきである。当該出題形式は平成31年（令和元年）の商法の問題でも出題されており、商法に限らず頻出の出題形式である。

ここで気を付けなければならないのは、あくまでも「甲社の立場で」回答する必要があるということである。設問を読めばわかるとおり、甲社は乙社から、行方不明となったAが独断で締結した売買契約に基づき、絵画の引渡しも受けていないにもかかわらず、突如として3000万円もの売買代金の請求を受けることになった、というのが「甲社の立場」にある。当然甲社としては、当該売買代金の請求を拒否したいと考えるであろう。では当該売買代金の請求を拒むためにはどのような法律構成が考えられるのか？そしてその法律構成は妥当なのか？という流れで答えは進んでいく。「良い答案」とはまさにこうした「法律家の思考プロセス」が答案に表れている答案である。

(2) 契約の当事者

さて、具体的な「法律構成」の話に入って行こう。事実レベルで考えられる主張としては、「そもそも乙社との売買契約はA個人との間で締結されたものであり、甲社は本件売買の当事者ではないため売買代金の支払義務を負わない。」という主張である。本件において売買契約書が作成されていない事実を鑑みればこうした主張もあり得よう。ただしその場合、「株式会社甲 代表取締役 A」との署名及び会社の代表印の押印のあるメモをどう見るかは問題である。当該メモの記載を見る限り、Aは甲社の代表取締役として本件売買を締結していると思えるを得ないと思えるのが通常であろう。特段配点はしていないものの、「契約の名義」については実務家は非常に気にする点であり、この点に言及している答案には裁量点が与えられる。

(3) 「重要な財産」の「譲受」と取締役会決議の要否

本件において売買契約が甲社と乙社の間で締結されていると解さざるを得ないとすれば、甲社としては、当該売買契約が無効であると主張しない限り、代金支払義務を負うことになってしまう¹。

売買契約が無効であると主張するためのロジックの一つとして、「本件売買について取締役会の決議を経していない」ことを理由とするものが考えられる。すなわち、362条4項及び同項第1号は、取締役会は、「重要な財産の処分及び譲受け」の決定を取締役に委任することができない。」と定めており、本件売買が同項に違反しているとの主張である。

まず、そもそも本件売買が「重要な財産」の「譲受け」に該当するのか否かが問題となる。例えば、時価1000万円の商品を買受ける場合であっても、例えば年間売上1000億円の上場会社が譲り受ける場合には「重要な財産」に該当しないと解されようし、逆に会社の純資産が1000万円しかない小規模の会社においては、当該譲受のために会社財産の全てを対価として支払わなければならないこととなるため、「重要な財産」に該当すると解される可能性が高い。このような点に鑑みると、「重要な財産」の「譲受け」か否かを分けるメルクマールが重要である。

この点、最高裁判平成6年1月20日判決は、「商法260条2項1号にいう重要な財産の処分に該当するかどうかは、当該財産の価額、その会社の総資産に占める割合、当該財産の保有目的、処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等の事情を総合的に考慮して判断すべきものと解するのが相当である。」と判示し、「重要な財産」の判断基準を比較的明確に挙げているため、当該判例は是非答案で使えるレベルにしておきたい。

当該最高裁判決で挙げられている要素は「当該財産の価額」、「その会社の総資産に占める割合」「当該財産の保有目的」「処分行為の態様及び会社における従来の取扱い等」の4つであり、本件においては、次のとおりそれぞれ該当する事情がある。すなわち、「当該財産の価額」は3000万円であるが、これを高いとみるかどうかは次の「その会社の総資産に占める割合」にかかっている。甲社の直近決算期末時点の純資産額は6000万ということであるから、3000万という金額は純資産の実に50%を占める高額なものということになろう。他方、甲社においては従前取締役会が一度も開催されていないという事情に鑑みれば、甲社においてはいかに高額な取引であろうと取締役会決議に付すことをしないとというのが実務上の慣行であったという見方もあり得るであろうし、そもそも設立以来一度も取締役会を開催したことの無い甲社が本件売買に限って「取締役会が開催されていないから本件売買は無効」と主張することの（信義則上の）当否という点も検討し得るところである。

(4) 取締役会の決議を欠く代表取締役の行為の効力

前記(1)について、「重要な財産」の「譲受け」に該当すると結論付けた場合、次に問題となるのは「取締役会の決議を欠く代表取締役の行為の効力」である。すなわち、362条4項及び同項第1号は、取締役会は、「重要な財産の処分及び譲受け」の決定を取締役に委任することができない。」と規定するものの、これに違反した場合の取引行為の効力については規定がなく、この点は解釈にゆだねられることとなる。

この点については、最高裁昭和40年9月22日判決（民集19-6-1656）は、「代表取締役が、取締役会の決議を経ることを要する対外的な個々の取引行為を、右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であって、ただ、相手方が右決議を経っていないことを知りまたは知り得べかりしときに限って、無効である、と解する

¹ 本件メモの記載を見る限り、本件絵画の引渡場所はAの自宅とされており、代表取締役であるAが本件絵画の引渡しを受けているため、「本件絵画の引渡しを受けるまで代金の支払いを拒絶する」という同時履行の抗弁の主張は難しいであろう。

のが相当である。」と判示しており、これは民法第93条但書を類推適用したものであると説明される。しかしかかる判例に対しては、取締役会の決議の有無や有効性について取引の相手方に調査義務を課す（当該調査義務を尽くさない限り、軽過失があるとして契約が無効とされるリスクがある）ものである等として、学説から強い批判がある。学説上は取引の相手方が善意であれば保護されるべきとする見解が有力であるが、その理論構成は様々である²。

(5) 代表権の濫用

次に甲社が本件売買に係る契約の無効事由として主張すると考えられるのが、「本件売買はAが甲社の権限を濫用して締結したものであるから無効である」との主張である。すなわち、本件売買の契約当事者が仮に甲社と乙社の二社であったとしても、本件売買の目的物である本件絵画はAの自宅に届けられ、Aがこれを恣に第三者に2500万円で売却したうえで、その代金を個人で受領している。しかもAは本件売買の前、多額の借金を抱えて生活費にも窮する状況であったとのことであり、Aは当初から本件絵画を転売したうえ、代金を着服する意図で本件売買に係る契約を締結したものと推認される。このように、代表取締役が自己の利益を図る目的で、表面上会社の代表者として法律行為をしたケースは、講学上「代表権の濫用」と呼ばれている³。

代表取締役がその代表権を濫用して行った会社の行為について、最高裁昭和38年9月5日判決（民集17-8-909）は、「株式会社の代表取締役が、自己の利益のため表面上会社の代表者として法律行為をなした場合において、相手方が右代表取締役の真意を知りまたは知り得べきものであったときは、民法九三条但書の規定を類推し、右の法律行為はその効力を生じないものと解するのが相当である。」と判示している。しかし、取締役会決議の欠缺のケースにおける前記(1)記載の最高裁判決同様、相手方に軽過失があれば第三者との契約が無効になってしまう点については学説からの批判が強いところであり、相手方が善意であれば保護される（つまり取引は無効としない）ものと解すべきであると主張する見解が有力である。

本件においては、本件売買は過去の甲乙間の取引と異なり、甲社の本社ではなくAの自宅が引渡し場所として指定されていることや、「会社の応接室に飾るため」との説明を受けておきながら、専門業者の手配が必要となるにもかかわらず本件絵画をAの自宅に届けることとされているなど、乙社の立場からしても本件売買に不審な点はいくつかみられるところである。判例の立場を取る場合には、こうした点は乙社が「知り得べき」事情たり得ないかがを説得的に論ずる必要がある。

第3. 設問2

(1) 設問の検討

問われているのは、「甲の株主であるD」がB及びCに対して追及し得る会社法上の責任である。本件売買を自ら行ったAに対する会社法上の責任を問うものではなく、これを監視すべき立場である他の取締役の責任を問うものである点に留意が必要である。

(2) B及びCの会社法上の責任

取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない（忠実義務 355条）。また、取締役と会社の関係は、委任に関する規定に従

² 神田秀樹『会社法（第19版）』225頁

³ 神田秀樹『会社法（第19版）』223頁

うこととされ、委任に関する 644 条は、「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」と定めている（善管注意義務）。

そこで、B や C について、本問においてこうした忠実義務ないし善管注意義務の違反がないかを検討していくこととなる。自ら代表権の濫用行為を行った A にこうした義務の違反があることは明白であるが、当該行為に全く関与していない B や C にはどのような義務が課されており、何故かかる義務に違反することになるのでしょうか。この点を考えるにあたっては、本件において、「設立以降一度も取締役会が開催されていない」という事実に着目すべきである。

取締役会には、取締役の職務執行の監督という重要な役割が与えられている（362 条 2 項 2 号）。代表取締役は、3 か月に 1 回以上、自己の職務の執行の状況を取締役に報告しなければならない（363 条 2 項）、かかる会社法上の定めを鑑み、株式会社は少なくとも 3 か月に 1 回は取締役会を招集しなければならないものと解されている。取締役会が定期的開催され、その監督を受けるからこそ、取締役の職務執行の適法性が確保され得るのであって、取締役会が全く開催されず、業務執行を代表取締役に「丸投げ」するような状況では、取締役として監視義務を果たしたとはいえず、原則として取締役会の構成員たる個々の取締役は善管注意義務ないし忠実義務の違反の責任を負うべきであると考えられる。

(3) 名目的取締役

他方、会社実務、特に中小企業においては、本問における C のように、当初から会社の職務執行には全く関与せず、また報酬もないという取締役（いわゆる名目的取締役）は現実に相当数存在する。これは現行会社法の施行前（当時は株式会社において取締役会の設置が義務付けられており、取締役は最低でも 3 名が必要であった。）に設立された株式会社において特に多く見られ、取締役については善管注意義務の軽減を図るべきであるという見解が有力に主張されている。裁判例上も、会社設立の際の員数合わせのために取締役に就任し、無報酬かつ経営や業務執行への関与のない者について取締役の責任を否定したものがいくつか存在する⁴。

特に本件においては、D が株主の立場で C の役員としての責任を追及していくこととなるのであるが、D は甲社株式の過半数を保有しており、C の報酬の額はもちろん、C の選解任についても自身の裁量により決し得る立場である。業務執行に何ら関与しない C を無報酬の取締役として選任し続けていたという事情は C の善管注意義務違反の有無に影響しないかどうか、余力があれば検討したい。

(4) 責任追及の方法①～株主代表訴訟

前記のとおり B（ないし C）に善管注意義務違反及び忠実義務違反が認められる場合、まず、取締役は、423 条 1 項に基づき、会社に対する任務懈怠責任を負う。すなわち、取締役がその任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を負う。

そして、6 か月前から引き続き株式を有する株主は、株式会社に対し、取締役の責任を追及する訴えの提起を請求することができ（847 条 1 項）、会社がかかる請求の日から 60 日以内に責任追及の訴えを提起しないときは、当該請求をした株主は、株式会社のために、自ら責任追及の訴えを提起することができる（いわゆる株主代表訴訟 同条 3 項）。

⁴ 仙台高等裁判所昭和 63 年 5 月 26 日判決（判時 1286-143）、東京地方裁判所平成 3 年 2 月 27 日判決（判時 1398-119）など。ただし、これらの裁判例はいずれも、取締役の第三者に対する責任（429 条 1 項）における故意又は重過失の有無という文脈で論じられている問題点であり、423 条 1 項にいう「任務を怠った」か否かの判断において同様に考えられるかは問題である。

従って、Dが株主の立場で423条1項に基づくB（ないしC）に対する任務懈怠責任を問う場合には、この株主代表訴訟によることとなる。株主代表訴訟提起に至る手続の流れについては頻出論点であるため、これを機会に条文にあたって確認をしておきたい。

(5) 責任追及の方法②～取締役の第三者に対する責任

次に、DがBに対して、株主代表訴訟によらず、直接責任を追及する手段が問題となる。429条1項は、役員等がその職務を行うについて悪意又は重大な過失があったときは、当該役員等は、これによって第三者に生じた損害を賠償する責任を負う旨規定しており、Dがここでいう「第三者」に、またDが被った損害がここでいう「損害」に該当するのであれば、同条を適用する余地が出てくることとなる。

もっとも、本件におけるDは甲社の株主であり、かつDが被った損害は、BないしCの任務懈怠によって会社に損害が生じた結果、当該会社の株式の価値が下がったことによる損害（いわゆる間接損害）である。株主に生じた間接損害について、株主が429条1項に基づき直接役員に損害賠償を請求することについては、①会社が損害を回復すれば株主の損害も回復するという関係にあること、②仮にかかる請求を認めると、先んじて役員に直接請求を行った株主は会社にさえ先んじて損害を回復することができ、他の株主との平等を害すること等を理由に否定する見解が有力であり、裁判例においても、上場会社の事例ではあるが、「株式会社の業績が取締役の過失により悪化して株価が下落するなど、全株主が平等に不利益を受けた場合、株主が取締役に対しその責任を追及するためには、特段の事情のない限り・・・会社に代位して会社に対し損害賠償をすることを求める株主代表訴訟を提起する方法によらなければならない、直接民法709条に基づき株主に対し損害賠償をすることを求める訴えを提起することはできないものと解すべきである。」と判示している（東京高等裁判所平成17年1月18日判決⁵（金商1209-10））。

本件においても、かかる学説及び裁判例の動向に鑑みれば、DのB（ないしC）に対する429条1項に基づく損害賠償請求については消極に解することとなる。

第4. 参考文献・参考判例

脚注及び本文記載のもの

以上

2020年1月19日

担当：弁護士 氏森政利

⁵ 同判決は「株式が公開されていない閉鎖会社においては、株式を処分することは必ずしも容易ではなく、違法行為をした取締役と支配株主が同一ないし一体であるような場合には、実質上株主代表訴訟の遂行や勝訴判決の履行が困難であるなどその救済が期待できない場合も想定し得るから、このような場合には、前記の特段の事情があるものとして、株主は民法709条に基づき取締役に対し直接株価の下落による損害の賠償をすることもできると解すべきである。」とも判示しており、閉鎖会社においては株主の間接損害について役員に対する直接損害賠償請求を認める余地があるとされている。ただし、本件におけるDは甲社の過半数の株式を有する株主であり、勝訴判決の履行が困難などの事情は存在しないため、やはり株主の間接損害については429条1項による救済を否定するのが穏当と考えられる。

最優秀答案

回答者 YS 36点

第1 設問1

甲社が乙社からの請求を拒絶するためには、本件絵画の本件売買契約が無効となる必要があるところ、以下検討する。

1. 甲社の主張

(1) まず、本件売買は3000万円もの高額な絵画の売買契約であるところ、3000万円の取引は、甲社の純資産の2分の1、純利益の1.5倍にも相当する大きな取引であるから「重要な財産の処分及び譲受け」（会社法（以下略）362条4項1号）にあたる。

(2) そして、甲社は取締役会設置会社であるから、上記事項の決定について代表取締役に委任することはできず、本件売買の決定にあたっては取締役会の決議を経る必要がある。

したがって、取締役会の決議を経ずに、Aの独断で決定した本件売買は、甲社との関係では362条4項1号に反し無効である。

よって、甲社は乙社に対し、3000万円を支払う必要はない。

2. 甲社の主張の当否

(1) まず、上記1のとおり、本件売買は甲社の純利益の1.5倍相当の高額な取引であり、甲社の資産に重大な影響を与えるものであるから、「重要な財産の処分及び譲受け」（362条4項1号）にあたり、決定には取締役会決議を得る必要がある。

(2) では、取締役会決議なく行った本件売買の効力は、どのように解するべきか。

ア. この点、取締役会決議を欠く362条4項各号の行為を絶対的に無効としてしまうと、相手方は決議を経たかどうかをいちいち確認しなければならず、企業取引の迅速性や取引の安全を著しく害する。そこで、株式会社を代表する代表取締役による行為であり（349条1項主文）、相手方が取締役会の決議を経ないことにつき善意であるときは、取締役会決議を欠く362条4項各号の行為であっても、相手方との関係では有効と解するのが妥当である。

イ. 本件では、Aは甲社の代表取締役であり、また、本件メモには甲社の代表印が押捺されているところ、乙社としては、代表取締役が正当な権限をもって取引をしていると考えるのが通常である。また、乙社の代表取締役PがAから聞いた話では、本件絵画は会社の応接室に飾るというものであり、引渡場所も甲社であるから、Dとしては、甲社と適法に取引をしたつもりであり、甲社が取締役会決議を得ていないことについては善意であったと考えられる。

ウ. したがって、甲社は本件売買の無効を乙社に対抗することはできない。

3. 結論

よって、甲社の主張は認められず、甲社は乙社からの請求を拒絶できない。

第2 設問2

1. 甲社の大株主であるDは、甲社が3000万円もの支払いをせざるを得なくなったことにより、甲社の財産が毀損され、ひいては自らの所有する株式の価値が下がったことを理由として、B及びCに対し、429条1項に基づく責任追及をすることが考えられる。

しかし、429条1項の「第三者」に株主が含まれるのは、株主が直接損害をこうむった場合のみであり、本件のような間接損害はこれに含まれないから、Dの429条1項に基づく損害賠償請求は認められない。

2. そこで、DはB及びCに対し、株主代表訴訟(847条3項)を提起して、B及びCに対し、423条1項の責任追及をすることができる。以下検討する。

(1) Bに対する責任追及

Bは取締役として、月額70万円もの報酬を得ながら、代表取締役であるAの監督義務を怠った。Bは、大型の絵画が甲社本社に搬入されているにもかかわらずこれを見過ごし、Aに対して本件売買について何らの確認をしなかったのであるから、これは甲社に対する善管注意義務違反、忠実義務違反にあたる(355条民法644条)。

そして、BがAを監督する義務を怠ったことにより、甲社は3000万円もの損害を負ったのであるから、Bは甲社に対し、3000万円の損害賠償責任を負う。

(2) Cに対する責任追及

Cは無報酬であるが、甲社の取締役として登記されることを了承した以上、たとえ業務執行せずとも、対外的には甲社の取締役である。そして、Cも取

締役である以上, 上記Bと同じく甲社に対して善管注意義務, 忠実義務を負う。

Cは取締役登記されているにもかかわらず, 何ら甲社の経営に関心を持たず, もってAの本件売買を見過ごしたことは, Aに対する監督義務に違反する。

そして, Cが上記義務を怠ったことにより, 甲社は3000万円の損害を負っているから, CはBと連帯して甲社に対し3000万円の損害賠償責任を負う。

(3) その他

Dが株主代表訴訟を提起するにあたっては, 甲社の現在の代表取締役であるFに対し, 提訴請求をすることが必要であり, Fが提訴請求に応じて60日以内にB及びCに訴えを提起した場合は, Dはもはや株主代表訴訟を提起することはできなくなる(847条1項本文3項)。

以 上

採点講評

(2020年1月19日 商法)

今回から下三法に入り、特に1、2年生など勉強の進んでいない受講生にとっては難しかったと思います。しかしながら、本答練は、たとえ勉強の進んでいない分野であっても、あきらめずに継続して受講することがとても大切です。しっかりと体調を整え、答練に継続して出席するようにしてください。

全般的な印象としては、できている人とできていない人の差が大きかったように思います。前述のとおり商法については勉強が追い付いていない受講生が相当数いらっしゃるということだろうと思います。あまり得点について気に病むことなく、解説レジュメをみてしっかり復習してください。

設問1について、「重要な財産の…譲受け」については多くの方が書けていましたが、代表権の濫用の論点が書けた人は少なかったようです。また、取締役会決議がないことが取引の効力に与える影響について、「知り又は知りうべき場合は無効」という規範については、「何を」知り又は知りうべきかをきちんと明記すべきです。代表権の濫用と対比すればわかると思いますが、「取締役会決議がないこと」を知り又は知りうべきなのか、それとも「Aの濫用的意図」を知り又は知りうべきなのかによって、あてはめで論ずべき事情は全く違ってきます。こういう部分をおろそかにすると点は伸びません。

なお、設問1で利益相反を論じた人は猛省してください。356条1項2号がどのような場面で適用される規定なのかを、よく復習しましょう。

設問2については、代表訴訟(847条、423条)は多くの方が書けていましたが、429条の第三者責任について検討できている人は少数でした。前者については、423条を根拠に、株主であるDが直接BやCに損害賠償請求できるかのような記載をしている記載が目立ちましたが、423条は取締役の「会社に対する」(株主に対する、ではない。)損害賠償責任に関する規定ですので、これを根拠にDが損害賠償請求をすることはできません。もう一度条文をよく確認し、Dによる損害賠償請求はあくまでも代表訴訟を通じて実現していくことになることをしっかりと頭に入れましょう。

最後に、自分の答案をよく見返して、どのくらい「条文」を引用し、また条文の「文言」を引用しているか確認してください。最優秀答案は、条文やその文言を答案にしっかりと書いていると思います。どの科目でもそうですが、「条文」に食らいつくことが合格答案の条件といっても過言ではありません。

インフルエンザ（やコロナウィルス）が猛威を振るっている時期です。受講生は体調管理を万全にし、日々の受験対策を続けて行ってください。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2020年1月19日分 得点分布表

商法

出席者 32名 平均点 14.8点

