

論文式試験問題集
[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、平成17年に、Aが900万円、Dが100万円を出資して設立された、スマートフォン用のゲームアプリの開発業を営む株式会社であり、取締役会設置会社である。甲社の発行済み株式は全部で200株であり、設立以来Aが180株、Aの友人であるDが20株をそれぞれ保有している。また、甲社の発行済株式の全部に対して、当該株式の取得について取締役会の承認を要する旨の定款の定めがある。なお、甲社は株券発行会社ではない。
2. 甲社の取締役は代表取締役であるAのほか、B及びCの三名である。監査役はEであるが、C及びEは非常勤かつ無報酬である。また、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。
3. 前記のとおり、甲社の株主はA及びDの2名であったが、Dは甲社の経営にはほとんど関与しておらず、またこれまで株主総会にも出席したことがなかったため、平成25年以降、Aの独断により、甲社の株主名簿にはAが甲社の発行済み株式200株の全てを保有している旨の記載がされていた。平成22年に甲社の取締役に就任したBはそのことを知っていたが、平成29年に甲社の役員に就任したC及びEはそのことを知らなかった。
4. 今般、Aはその保有株式の全てを売却（以下「本件株式譲渡」という。）することとした。ソフトウェアの開発業を営む乙社は本件株式譲渡に応じることとし、Aより甲社の株主名簿を含む甲社に関する資料一式の開示を受けたうえで、令和元年6月15日、甲社保有株式の全てである200株をAから2億円で買い受ける旨の株式譲渡契約（以下「本件株式譲渡契約」という。）をAとの間で締結した。
5. 本件株式譲渡契約上、本件株式譲渡の譲渡実行日は令和元年6月30日と取り決められた。令和元年6月20日、甲社では取締役会が適法に招集され、A、B及びCが出席した。前記の通り、Bは本件株式譲渡の対象とされた株式の一部をDが保有していることを知っていたが、本件株式譲渡の実行と同時に退任する甲社の全役員（A、B、C及びD）のうち、A及びBには高額な退職慰労金が支払われることとなっていたため、Bはそのことを取締役会で報告しなかった。そして、利害関係人であるAを除くB及びCの賛成により本件株式譲渡が承認された。
6. 本件株式譲渡は予定通り6月30日に実行され、Aはその保有株式の全てを甲社に譲渡し、2億円の譲渡代金の支払を受けた。同日、甲社は株主名簿上の記載を乙社が200株保有している旨の名義書換を行った後、新たに株主となった乙社の同意を得て、招集手続を省略して甲社の株主総会を招集し、乙社一人による賛成の議決権行使を以て甲社の取締役会及び監査役を廃止する旨の定款変更を行い、新たな取締役として乙社従業員であるEのみを取締役に就任させる旨の株主総会決議（以下「本件株主総会決議」という。）を行った。
7. その後、別件で甲社の履歴事項全部証明書を取り寄せたDは、身に覚えのない取締役会及び監査役の廃止登記、並びに役員変更登記が行われていることを知ったことから、本件株式譲渡が行われたことがDに発覚した。
8. 現在は令和元年7月30日である。

〔設問1〕

Dが本件株主総会決議を否定するために取り得る会社法上の法的手段、並びに当該法的手段においてDがすると考えられる主張及びその当否について論じなさい。

9. Dはその後甲社に対して、自身が甲社株式を20株保有している株主であることの確認を求める旨の株主権確認訴訟を提起し、裁判所はDの請求を認容した。乙社はやむを得ず、Dから甲社株式20株を3000万円で買い受け、改めて甲社保有株式の全てを取得するに至った。

10. 本件株式譲渡により2億円の譲渡代金を得たAは、その後現在に至るまで行方不明である。

〔設問2〕

乙社が甲社の取締役であったB及びCに対して会社法上の責任を追及することができるか、論じなさい。

2021年1月17日

担当：弁護士 氏森政利

参考答案
[商法]

<p>第1 設問1について</p> <p>1 Dが取り得る法的手段としては、①株主総会決議取消しの訴え、及び②株主総会決議不存在の訴え、の2つが考えられる。以下、当該法的手段において考えられるDの主張及びその当否を論ずる。</p> <p>2 決議取消しの訴え</p> <p>非公開会社が株主総会を招集するには、原則として株主総会の日から1週間前までに招集通知を発する必要があるが（299条1項）、株主全員の同意がある場合には当該手続を省略できる（300条）。Dは甲社の株式を20株保有する株主であるにもかかわらず招集通知を受領しておらず、かつ招集手続の省略にも同意していないことから、Dとしては、本件株主総会の招集手続が299条1項に違反していると主張し、831条1項1号に基づき本件株主総会決議の取消しを請求すると考えられる。</p> <p>株主総会決議取消しの訴え等を提起するためには、Dが株主でなければならぬが（831条1項柱書）、甲社の株主名簿上は乙社が甲社の発行済み株式である200株の全てを保有している旨の記載があるため、Dは甲社の株主といえるかがまず問題となる。</p> <p>思うに、Dは設立以来甲社の株式を20株保有する株主であり、Aに對して譲渡等したものではないし、株主名簿の名義書換は株式譲渡の対抗要件に過ぎず（130条1項）、株主名簿の記載によって真の株主が保有する株式が失われるものではないため、Dは甲社の株式を20株保有する株主である。</p> <p>Dが甲社の株主である以上、甲社が招集手続を省略して株主総会を</p>	<p>招集するにはDの承諾が必要であり、承諾なく招集手続を省略した点につき招集手続に299条1項に違反する法令違反がある。</p> <p>では、当該法令違反は本件株主総会決議の効力に影響するか。831条2項に基づく裁量棄却の適用有無が問題となる。</p> <p>本件株主総会決議は、①取締役会及び監査役の廃止の定款変更、及び②新たな取締役の選任の2つである。確かに、①の決議は特別決議が必要事項ではあるが（309条2項11号）、Dは甲社の議決権の10%を保有する株主にすぎず、Dの他は乙社しか株主はおらず、乙社がDの意向によって議決権行使の方法を変更するとは考え難いことに鑑みれば、上記法令違反は重大でなく、かつ決議に影響を及ぼさないと認められる。</p> <p>よって、この点に係るDの主張は失当である。</p> <p>3 株主総会決議不存在確認の訴え</p> <p>また、Dは、自身に対する招集通知漏れについては法令違反の程度が著しいと主張し、株主総会決議不存在確認の訴えを提起することも考えられる。</p> <p>確かに、株主総会招集通知漏れが著しい場合には、株主総会決議自体が存在しないものと評価される場合はあり得る。しかし、前記のとおり、招集通知漏れは甲社の株式を10%保有するに過ぎないDに係るものであり、Dが出席しても決議の成否を左右するとは考え難く、招集通知漏れが著しい場合に当たらない。</p> <p>よって、この点に関するDの主張もまた失当である。</p>
---	--

<p>第2 設問2について</p> <p>1 Bに対する請求</p> <p>乙社はBに対し、Aが甲社の唯一の株主と信じて本件株式譲渡に係る対価2億円を支払ったのに、その後Dが甲社の株主であることが発覚し、さらに3000万円を支払いDから甲社株式を買収したことに伴い、当該対価相当額の損害を被ったことについて、会社法第429条第1項に基づき損害賠償請求を行うと考えられる。</p> <p>会社法第429条第1項は、役員等の任務懈怠について悪意又は重過失があるときは、当該役員等は第三者に生じた損害を賠償する義務を負う旨規定する。しかるにBは、甲社の株主はAとDの2名であるにもかかわらず、平成25年以降甲社の株主名簿にAのみが株主である旨の虚偽の記載があることを知りながらこれを放置しているため、これが任務懈怠に該当するかが問題となる。</p> <p>思うに、株主名簿の虚偽記載は過料の罰則を伴う違法行為である(976条7号)。虚偽記載を自ら行ったAに任務懈怠があることはもちろんであるが、取締役会は取締役の職務の執行の監督をすべき法的義務があることに鑑みれば(362条2項)、取締役会の構成員たる個々の取締役は、他の取締役が法令・定款に違反する行為を行うことのないよう監視する義務があるものと解する。</p> <p>これを本件について見るに、前記のとおりBはAが株主名簿の虚偽記載という法令違反行為を行っていることを知っていたにもかかわらず、令和2年6月30日に開かれた本件株式譲渡に係る承認のため</p>	<p>の取締役会においてそのことを報告せず、またAに対して虚偽記載を改めるよう忠告等もしなかったというのであるから、Bには悪意による任務懈怠が認められる。</p> <p>よって、Bに対する乙社の請求は認められる。</p> <p>2 Cに対する請求</p> <p>Cも甲社の取締役であった以上、在任中の任務懈怠について悪意又は重過失がある場合には、乙社に対して損害賠償義務を負う。</p> <p>そして、B同様、Cは取締役会の構成員として代表取締役であるAの職務執行を監督する責任を負うことに鑑みれば、Aによる株主名簿の虚偽記載を看破することなく漫然と本件株式譲渡を承認したCには任務懈怠が認められる。</p> <p>では、Cに悪意又は重過失は認められるか。確かに、Dは設立当時より甲社の取締役であったものであるから、甲社の原始定款を確認すればDが株主であったことを確認することは可能である。しかしながら、株主名簿の虚偽記載が行われたのはCが取締役に就任する前であり、またDは甲社の経営にほとんど関与しておらず、株主総会にも出席したことがないというのであるから、無報酬かつ非常勤の取締役に過ぎないCが、Dが甲社の株主であることを知らなかったとしても無理からぬ事情があるものと解する。</p> <p>以上より、Cには重過失は認められず、乙による429条1項に基づくCに対する損害賠償請求は認められない。</p>
--	---

以上

2021年1月17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)		
Dが取り得る法的手段について			
株主総会決議取消しの訴え		2	
株主総会決議不存在確認の訴え		2	
株主総会決議取消しの訴えについて			
Dが甲社の株主であること		2	
Dに対する招集通知漏れが問題となること			
条文の適示(299、300)		3	
論述		3	
裁量棄却			
条文の適示		3	
あてはめ		3	
株主総会決議不存在の訴えについて			
招集通知漏れが著しい場合には決議不存在となること		2	
あてはめ		2	
〔設問2〕	(18)		
乙社のB及びCに対する請求の内容について			
Bに対する責任追及			
429条が問題となること		3	
429条の要件(任務懈怠、悪意・重過失)		2	
取締役の監視義務について		3	
任務懈怠についてのあてはめ		3	
悪意・重過失の有無についてのあてはめ		2	
Cに対する責任追及			
任務懈怠の有無のあてはめ(規範はBと同じのため省略可)		2	
悪意・重過失の有無についてのあてはめ		3	
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、虚偽の内容の株主名簿を前提として株式譲渡がなされた場合の真の株主（D）と株式譲受人（乙社）の間の株式の帰属の問題を前提として、真の株主に対する招集通知が行われなかった場合における株主総会の効力及びこれを争う手段（第1問）、及び株式の一部が取得できなかった株式譲受人が取締役に対して責任追及をすることの可否及びその方法（第2問）を問うものである。

株主名簿に虚偽記載があるという事案が予備試験で出題されたことはまだないと思われるが（もしあったら教えてください。）、株式の性質や株主とはどういう者を指すのか、といった基本的事項の理解があれば、本件における20株の株主がDなのか乙社なのかについては迷いなく書くことができると思われるし、真の株主がDであることが導ければ、設問1についてはそれほど難しくなく回答が導けるであろう。設問2については、甲社の株主となった乙社が取締役の行為によって直接損害を被ったという事案であり、会社法（以下会社法については法律名は省略する。）第429条1項の適用が問題となる。また、Bと異なり、Cは無報酬かつ非常勤（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、株主名簿の虚偽記載という普段見慣れないと思われる論点であるため、これに惑わされることなく、基本を押さえた論述ができるかがポイントとなる。

第2. 設問1

(1) 設問の検討

問われているのは、「Dが本件株主総会決議を否定するために取り得る会社法上の法的手段」と「当該法的手段においてDがすると考えられる主張及びその当否」である。そこで書き出しは「Dとしては●（及び●）という法的手段を取ることが考えられる。以下当該法的手段においてDすると考えられる主張及びその当否を論ずる。」とするとよい。答案構成を設問に合わせることで、採点者からは「この受験生は問いに答えているな。」との印象が得られるうえ、その先どんなことを受験生が書くつもりなのかを予測できるため、採点者にとって非常に読みやすくなる。なお、後述のとおり、●の部分には「株主総会決議取消しの訴え」と「株主総会決議不存在確認の訴え」が来ることとなるが、それらの根拠条文は必ず適示すること。

(2) 株主総会決議の効力を争う方法

決議の瑕疵の類型

一般に、株主総会決議の瑕疵を争う方法としては、「決議不存在の確認の訴え」、「決議の無効の訴え」、「決議の取消しの訴え」の3つの方法が考えられる。そして、会社法においては、その各類型ごとに、特別の訴えの規定をおいている（「不存在」につき第830条第1項、「無効」につき第830条第2項、「取消」につき第831条）。

(3) 無効と取消し

決議の瑕疵を争う3つの方法のうち、「無効」については、「決議の内容が法令に違反することを理由として」訴えをもって請求するものである（第830条第2項）。本件株主総会において成立した決議は定款変更（第466条）、及び取締役の選任（329条1項）を内容とするものであり、

いずれも会社法上株主総会において決議できる事項であるうえ、決議内容について特段の法令違反等の事情も見当たらないため、本問において「無効」については問題とならない。

本件で問題となり得る決議の瑕疵は、本件株主総会に係る招集手続が省略されている点である。すなわち、株主総会を招集するには、原則として株主総会の日から2週間前（非公開会社の場合には1週間前）までに招集通知を発する必要があるが（299条1項）、株主全員の同意がある場合には当該手続を省略できる（300条）。もし、本件株式譲渡契約がその約定通りに効力を生じ、乙社が甲社の発行済み株式200株の全てを取得したのであれば、乙社が同意さえすれば招集手続を省略して株主総会を開くことができる。しかしながら、Aは甲社株式を180株しか保有しておらず、残りの20株はもともとDが保有していたものである。そうである以上、招集手続を省略するためには乙社の他にDの同意も必要であり、かかる同意がない以上は原則通りDに対して招集通知を送付する必要があるのではないかと、この点が問題となるのである。

この点について論ずる前提として、まずDがもともと保有していた20株の甲社株式が本件株式譲渡によっても乙社に移転していないことに触れておきたい。すなわち、甲社の株主名簿は、Aが恣に改ざんした結果、Aのみが甲社の株主である旨の記載がされている。しかしながら、株主名簿は株式譲渡における対抗要件に過ぎず、それを信頼して取引したものを保護する効力（公信力）はない¹。従って、AがDの株式も含めた200株について本件株式譲渡を行ったとしても、Dの株主権が乙社に移転することはない。

そうすると、Dは本件株式譲渡にかかわらず、依然として甲社の株主であるということになる。従って、Dの同意なくして本件株主総会の招集手続を省略することはできず、原則どおり甲社はD（及び乙社）に対して招集通知を送付しなければならず、かかる招集手続をせずになされた本件株主総会決議について、その招集手続が第299条第1項に違反し、かかる違反は株主総会決議取消しの訴えの要件である「招集の手続…が法令…に違反」する場合に該当することとなる。

(4) 裁量棄却

前記のとおり、招集手続が違法であったとしても、必ずしも株主総会決議について取消しが認められるわけではない。すなわち、株主総会の招集の手続が法令に違反するときであっても、裁判所は、その違反する事実が重大でなく、かつ、決議に影響を及ぼさないものであると認めるときは、同項の規定による請求を棄却することができる（第831条第2項 いわゆる裁量棄却）。

そこで、本問においては、さらに裁量棄却が認められるか否かについても論ずる必要がある。すなわち、本件においては特にDに対して招集通知が送付されていない点に違法の瑕疵があることとなるが、Dの持株比率は10%に過ぎず、Dが決議に反対したとしても、他の株主が賛成すれば決議の成立を阻止することはできない。もちろん、Dが出席したうえで決議に反対することで、他の株主もこれに同調するような動きが出るようであれば、必ずしもDの持株比率のみを以て決議に影響を与えないということとはできないのであるが、本件においてはDの他には乙社しか株主はおらず、本件株主総会決議は乙社の意向を受けたものと解されることに鑑みれば、Dの株主総会出席によって決議の成否に影響が出るとは考え難いと思われる。

(5) 決議不存在の訴え

招集通知もれが著しい場合には株主総会決議の不存在事由となり得るとする最高裁判例（最判昭和33年10月3日（民集12-14-3053）は、総議決権の42パーセントの株主に対する招集通知を欠く場合に株主総会決議が不存在である旨判示している。）に照らせば、Dに対する当該招集

¹ 株券発行会社の場合には、株券の交付が株式譲渡の効力要件となるうえ、株券の交付を受けた者は、悪意又は重過失がない限り、株主権を取得することとなる（第131条第2項）。その意味で、株券に対しては公信力が認められているといえるであろう。

通知もれば決議取消事由であるのみならず、決議不存在事由ともなり得るものと考えられる。ただし、決議取消しの訴えについて裁量棄却を認める立場を取った場合には、決議不存在の訴えが認められるという立場は取り得ないものと考えられる。

なお、本問では株主総会決議取消の訴えの出訴期間内であるところ、決議取消と決議不存在で論ずべき点は重複する部分も多いため、両者を同じボリュームで論ずる必要はなく、決議取消の訴えを中心的に論じた上で、不存在については軽く触れる程度でもよいと考えられる。

第3. 設問2

(1) 設問の検討

問われているのは、乙社がB及びCに対して追及し得る会社法上の責任である。株主名簿の虚偽記載及び本件株式譲渡を自ら行った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) 423条（株主代表訴訟）か、429条か

乙社は甲社の株主という立場にあることから、まず株主代表訴訟（847条）を思い浮かべる受験生もいるかもしれない。しかし、ここで注意しなければならないのは、本件において損害を被ったのは、Aから甲社の発行済み株式200株の全てを2億円で買ったはずだったのに、結局さらにDから20株を3000万円で買わなければならなくなった乙社であって、甲社そのものは一連の経緯の中で全く損害を被っていないということである。それ故、本件において株主代表訴訟は問題とならず、会社法第429条に基づく取締役の対第三者責任のみが問題となる。

(3) B及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）。

この点、株主名簿に虚偽の記載を行った取締役は100万円以上の過料が処せられることとなるため（976条7号）、株主名簿の虚偽記載が違法行為であることは明らかである。自ら株主名簿の虚偽記載を行ったAに忠実義務ないし善管注意義務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だろうか。

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会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。取締役会が定期的に開催され、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。

特にBについては、Aが株主名簿の改ざんをしている事実を知っていたものであるから、当該事実を本件株式譲渡の承認に関する取締役会において明らかにし、Aに是正を促す等して、違法状態を解消させる必要があったものと考えられる。それにもかかわらず、高額の退職慰労金欲し

さに違法行為にあえて口をつぐんだ結果、Aのみが甲社の株主と誤信した乙社が損害を被ったものである以上、Bには任務懈怠があり、当該任務懈怠について悪意も認められる。

(4) Cの責任（名目的取締役）

会社実務、特に中小企業においては、本間におけるCのように、非常勤かつ無報酬という取締役（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る。こうした名目的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²。

本問においては、上記名目的取締役の議論に加え、Aによる株主名簿の改ざんが行われたのはCの甲社取締役就任前であったこと、Dが甲社の経営にほとんど関与しておらず、また株主総会に出席していなかったことといったDの責任を否定する事情や、逆にDは設立時からの株主であるから、原始定款（甲社設立時の定款）や平成25年の改ざん前の会社の資料を確認すればDが株主であることが容易に判明したはずである、といったDの責任を肯定する事情を斟酌したうえで、Dの任務懈怠についての重過失の有無を判断することとなる。

第4. 参考文献・参考判例

脚注及び本文記載のもの

以上

2021年1月17日

担当：弁護士 氏森政利

² 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。